



مركز  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه  
صباح  
الرمضان

WWW. **Ghaemiyeh** .com  
WWW. **Ghaemiyeh** .org  
WWW. **Ghaemiyeh** .net  
WWW. **Ghaemiyeh** .ir

مَدِينَةُ الْمَدِينَاتِ

فِي الْمَعَامِلَاتِ

بِإِذْنِ الْمَوْلَانَا  
السُّلْطَانِ الْوَالِدِ الْوَالِي

بِأَمْرِ

السُّلْطَانِ الْوَالِدِ الْوَالِي

٤

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

# مصباح الفقاهه - المكاسب المحرمه

كاتب:

آيت الله سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

الفاهاه

رقمى الناشر:

مركز القائمىة باصفهان للتحريات الكمبيوترىة

# الفهرس

٥	الفهرس
١٥	مصباح الفقاهه المكاسب المحرمه المجلد ٤
١٥	اشاره
١٥	[اتمه كتاب البيع]
١٥	[اتمه الكلام فى شروط المتعاقدين]
١٥	اشاره
١٦	قوله مسأله: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
١٦	اشاره
١٦	قبل التعرض لحكم العقود الفضوليه يحسن بنا ان نتعرض لأمرين
١٦	الأول: إذا قلنا بصره العقود الفضوليه فهل يمكن ان يحكم بصره الإيقاعات الفضوليه أم لا؟
١٩	الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟
١٩	ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة اللاحقه
١٩	اشاره
١٩	و استدل على رايه هذا بوجوه:
١٩	الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتى وجوب الوفاء بالعقد و التجاره عن تراض،
٢٠	الوجه الثانى: ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه نفسه،
٢١	[الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك]
٢٥	ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضوليه مطلقا
٣٠	يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:
٣٠	اشاره
٣٠	أما المسأله الاولى [ان يبيع الفضولى للمالك]
٣٠	اشاره
٣٤	و قد استدل على القول بصره البيع الفضولى مع توقفه على الإجازة بوجوه:
٣٤	الأول العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها

٣٧	الوجه الثاني روايه عروه [١]
٤١	الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس
٤١	اشاره
٤٢	و قد نوقش في الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:
٤٢	اشاره
٤٢	المناقشه الاولى: ان القائلين بصحة عقد الفضولي قد التزموا بصحة التأهليه
٤٥	المناقشه الثانيه: ان الامام (ع) قد حكم للسيد الأول بأخذ الوليده و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهه،
٤٥	اشاره
٤٥	و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين
٤٥	الوجه الأول، انه لا مانع عن كون المشتري عالما بالحال،
٤٥	الوجه الثاني: ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد الأول لاستحصال قيمه يوم الولاده
٤٧	المناقشه الثالثه: آتة قد حكم الامام عليه السلام للمشتري بأخذ ابن السيد
٤٩	الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعتر و الإجماعات المحكيه على صحة الزواج الفضولي [١]
٥٦	الوجه الخامس الروايات [١] الداله على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه
٥٦	اشاره
٥٦	الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك الاخبار
٥٧	الثاني: من ناحيه عموم التعليل المذكور في الخبرين
٦٠	الوجه السادس: الروايات [١] الوارده في إباحه المناكح
٦٤	الوجه السابع: الروايات [١] الوارده في عامل مال المضاربه لو خالف ما شرط عليه
٧٢	الوجه الثامن: الأخبار الوارده في الاتجار بمال اليتيم
٧٧	الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم [١]
٨٤	الوجه العاشر: حسنه الحلبي [١]
٨٨	الوجه الحادي عشر: روايه «١» عبد الرحمن بن أبي عبد الله
٨٨	اشاره
٨٨	و حاصل كلامه أن في الروايه احتمالات شتى:
٨٨	الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،

- الثاني: أن يكون الشراء لصاحب الورق ..... ٨٩
- الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله في ذلك ..... ٨٩
- الوجه الثاني عشر: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع ..... ٩٠
- الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك و اللقطة ..... ٩٠
- و قد استدل على بطلان بيع الفضولي و عدم صحته بالإجازه اللاحقه بوجوه عديده من الأدله الأربعة ..... ٩٢
- اما الكتاب فقوله تعالى <sup>□</sup> لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ ..... ٩٢
- و وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين. .... ٩٢
- الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجاره عن تراض ..... ٩٢
- الوجه الثاني: سياق التحديد ..... ٩٢
- و اما السنه فهي اخبار كثيره، ..... ٩٩
- منها النبوى المروى مستفيضا من الخاصه و العامه ..... ٩٩
- و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل ..... ١٠٩
- و منها روايه «١» الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه ..... ١١٠
- و منها صحيحه محمد بن مسلم ..... ١١١
- و منها الروايات «١» الداله على عدم جواز شراء السرقة و الخيانه ..... ١١١
- و منها ما رواه الشيخ في المجالس ..... ١١٤
- قوله: الثالث الإجماع على البطلان. .... ١١٥
- قوله: الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، التصرف في مال الغير إلا بإذنه. .... ١١٥
- اشاره ..... ١١٥
- و بيانه يحتاج الى مقدمات: ..... ١١٥
- الاولى ..... ١١٥
- الثانيه: ان الفضولى متصرف في مال الغير بالعقد عليه بدون إذنه ..... ١١٥
- الثالثه: أن التصرف في مال الغير حرام ..... ١١٦
- و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان البيع الأبق من ناحيه تعذر التسليم ..... ١١٨
- قوله (المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك. .... ١١٩
- اشاره ..... ١١٩

- ١٢٠ ..... ثم انه يقع البحث هنا في جهتين
- ١٢٠ ..... اشاره
- ١٢٠ ..... اما الجبهه الأولى، [أى وجود المقتضى على صحه عقد الفضولى]
- ١٢٢ ..... اما الجبهه الثانيه [وجود المانع على بطلان العقد]
- ١٢٤ ..... اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن إلخ،
- ١٢٥ ..... قوله: المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه
- ١٢٥ ..... اشاره
- ١٢٦ ..... ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين
- ١٢٦ ..... اشاره
- ١٢٦ ..... الاولى: فى وجود المقتضى لصحه البيع و عدمه،
- ١٢٦ ..... اما الجبهه الثانيه، [أى وجود المانع لصحه البيع و عدمه]
- ١٢٧ ..... اشاره
- ١٢٧ ..... الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد البيع لنفسه
- ١٢٩ ..... الوجه الثانى: ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه
- ١٣٤ ..... [بقى هنا أمران]
- ١٣٤ ..... [الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى]
- ١٣٤ ..... اشاره
- ١٣٥ ..... و هنا مسئلتان
- ١٣٥ ..... اشاره
- ١٣٥ ..... اما المسأله الاولى، [فى وقوع البيع للعاقده مطلقا]
- ١٤٠ ..... و اما المسأله الثانيه أعنى صحه معامله فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،
- ١٤٢ ..... [الأمر الثانى] (جريان الفضولى فى المعاطاه).
- ١٤٢ ..... اشاره
- ١٤٢ ..... [الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطاه مطلقا]
- ١٤٣ ..... الوجه الثانى الذى استدلل به على عدم جريان الفضوليه فى المعاطاه
- ١٤٤ ..... الوجه الثالث ان العقد الفضولى آتيا ثبت جوازه على خلاف القاعده فيختص بالعقد القولى



- الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره. ----- ١٤٤
- (الإجازة و الرد فى المعامله الفضوليه) ----- ١٤٦
- قوله (ره) اما الكلام فى الإجازة. ----- ١٤٦
- اشاره ----- ١٤٦
- و أما الكلام فى طريق الكشف الحقيقى و كفيته و هو على أنحاء. ----- ١٤٦
- الأول: ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى ان الملكيه إنما حصلت حين العقد و أثر العقد فيها ----- ١٤٦
- اشاره ----- ١٤٦
- الأول: ان يقال: ان المؤثر التام فى المعامله الفضوليه ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ----- ١٤٦
- و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جمله شرائط العقد كالإيجاب و القبول ----- ١٤٧
- الثالث: ان يكون المؤثر فى الأمر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا ----- ١٤٩
- ثم ان هنا وجهها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتى من ان الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى ----- ١٤٩
- الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق و الشهيد الثانى ----- ١٥٠
- اشاره ----- ١٥٠
- و قد أورد عليه العلامة الأنصارى و تبعه جمله من الاعلام و منهم شيخنا الأستاذ بوجهين: ----- ١٥١
- الأول: ان المنشأ عباره عن مضمون العقد من الملكيه فى باب البيع و الزوجيه فى باب النكاح و هكذا ----- ١٥١
- الإشكال الثانى: أنه سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لا بمعنى ان وقوعه فى الحين جزء لمدلوله ----- ١٥٣
- و اما الكشف الحكمى ----- ١٦٤
- (فى ثمره النقل و الكشف) ----- ١٦٥
- اشاره ----- ١٦٥
- و الحاصل ان الكلام فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل يقع فى جهات. ----- ١٦٧
- اشاره ----- ١٦٧
- اما الجبهه الاولى [فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبى قبل الإجازة]. ----- ١٦٧
- و اما الجبهه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى نفس العين ----- ١٧٠
- (الجبهه الثالثه فى حكم التصرف) ----- ١٧٥
- الجبهه الرابعه فى ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال فضوله، ----- ١٧٨
- [فى بيان ما ذكروا للثمره بين الكشف و النقل] ----- ١٧٩

- ١٧٩ ..... اشارة
- ١٧٩ ..... منها النماء
- ١٨١ ..... و منها انّ فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر.
- ١٨١ ..... اشارة
- ١٨١ ..... و اما على القول بالنقل
- ١٨٦ ..... و اما على القول بالكشف،
- ١٨٦ ..... اشارة
- ١٨٦ ..... الاولى فى جواز فسخ الاصيل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم تأثيره على الكشف.
- ١٨٦ ..... الجهة الثانية: فى انه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه وضعاً فهل يجوز للأصيل التصرفات فى ماله قبل اجازة طرف الآخر أم لا؟
- ١٩٣ ..... افى عدم جواز إعدام المنذور]
- ١٩٣ ..... اشارة
- ١٩٣ ..... تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى
- ١٩٥ ..... و اما الحكم الوضعى أعنى صحة التصرفات فى المنذور.
- ١٩٧ ..... ثم انّ بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.
- ١٩٧ ..... اشارة
- ١٩٧ ..... الأول: انه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري
- ٢٠٠ ..... الثمرة الثانية ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما
- ٢٠٣ ..... الثمرة الثالثة ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه
- ٢١٤ ..... و ينبغى التنبيه على أمور.
- ٢١٤ ..... اشارة
- ٢١٤ ..... الأول انّ النزاع فى باب الفضولى فى أنّ الإجازة كاشفه أو ناقله ليس من جهه أخذ ذلك فى مفهوم الإجازة لغه أو عرفاً أو انصافاً
- ٢١٨ ..... الثانى: انه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة.
- ٢٢٣ ..... الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.
- ٢٢٣ ..... اشارة
- ٢٢٣ ..... الأول: قام الإجماع على ذلك.
- ٢٢٣ ..... الوجه الثانى: انّ الرد ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه

- الثالث: أنّ دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على ماله ------ ٢٢٦
- ثم بقي هنا أمران. ----- ٢٣٠
- الأول: أنّه قيل أنّ إثبات جواز الردّ بدليل السلطنة يوجب تعارضه في مفهومه ----- ٢٣٠
- الثاني: أنّه ذكر شيخنا الأنصاري بعد دعوى ظهور الصحيحه فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال أنّ الردّ الفعلي كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بدّ من إنشاء الفسخ. ٢٣٠
- الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله. ----- ٢٣٢
- الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع. ----- ٢٣٥
- السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات. ----- ٢٣٩
- السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا. ----- ٢٤١
- قوله: و اما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور. ----- ٢٥٥
- اشاره ----- ٢٥٥
- انّ الكلام هنا أى في شرائط المجيز يقع في ضمن مسائل. ----- ٢٥٧
- اشاره ----- ٢٥٧
- الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف حال الإجازة ----- ٢٥٧
- المسألة الثانيه: ان يكون موجودا حال العقد ----- ٢٥٧
- اشاره ----- ٢٥٧
- ثم أنّ هذا الشرط يتصور على وجوه. ----- ٢٥٧
- الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ذات المجيز ----- ٢٥٧
- الثاني- ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازة عقلا ----- ٢٥٨
- الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمكّن الشرعى ----- ٢٥٨
- قوله الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد. ----- ٢٦١
- اشاره ----- ٢٦١
- الثالث ان يكون ذلك من جهه وجود المانع ----- ٢٦٢
- و اما المسألة الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا الى عدم المقتضى ----- ٢٧٠
- اشاره ----- ٢٧٠
- و الحاصل أنّ الكلام في عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهه المقتضى يقع في ضمن مسائل. ----- ٢٧١
- الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا ----- ٢٧١

- ٢٧١ ..... اشارة
- ٢٧٢ ..... و قد استدل على البطلان بوجوه قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.
- ٢٧٢ ..... الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثه
- ٢٧٢ ..... اشارة
- ٢٧٢ ..... الأول عدم تمشى القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه
- ٢٧٤ ..... الثانى أنّ الغاصب أتمّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على ذلك القصد
- ٢٧٤ ..... الوجه الثالث: أنّ الاخبار تدل على أنّ بيع ما لا يملك حين العقد غير جائز
- ٢٧٤ ..... اشارة
- ٢٧٥ ..... و لكن نقول فى اليوم أنّ بيع مال الغير لنفسه يتصوّر على قسمين.
- ٢٧٥ ..... الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري منه بعد ذلك
- ٢٧٥ ..... الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين
- ٢٧٧ ..... الإشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه
- ٢٨٠ ..... الاشكال الثالث من إشكالات التستري
- ٢٨٤ ..... الاشكال الرابع: أنّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى و باع مال غيره لنفسه أتمّما يتوقف على صحة البيع الثانى.
- ٢٨٩ ..... الاشكال الخامس: أنه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن صحة العقد الأول فيكون المال ملكا للمشتري الأول
- ٢٩٠ ..... الاشكال السادس: أنّ بيع الأصيل ما له من البائع الفضولى رد عملى لبطلان البيع الأول
- ٢٩٠ ..... الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك.
- ٢٩٤ ..... المسأله الثانيه ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل أجازته
- ٣٠١ ..... قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف
- ٣٠١ ..... اشارة
- ٣٠٢ ..... الصوره الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنه غير جائز التصرف فبان أنه جائز التصرف
- ٣٠٣ ..... قوله الثانيه: ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا.
- ٣٠٤ ..... قوله (ره) الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.
- ٣١١ ..... قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنه له.
- ٣١٢ ..... قوله و اما القول فى المجاز.
- ٣١٢ ..... اشارة

- الأول أنّ العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها ..... ٣١٢
- اشاره ..... ٣١٢
- فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى الخليه فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع أم لا ..... ٣١٩
- الأمر الثاني في معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعيينه ..... ٣١٩
- اشاره ..... ٣١٩
- الاولى في أنّه هل تصح- الإجازة على تقدير الوقوع أم لا ..... ٣١٩
- و اما الجبهه الثانيه أعنى إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم ..... ٣٢١
- الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه ..... ٣٢٢
- قوله رحمه الله مسأله في أحكام الرد ..... ٣٣٥
- [القول في تحقق الرد بالفعل و القول] ..... ٣٣٥
- اشاره ..... ٣٣٥
- بقي الكلام في الرهن ..... ٣٤٣
- قوله بقي الكلام في التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد ..... ٣٤٤
- مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده ..... ٣٥٠
- اشاره ..... ٣٥٠
- فهناك مسئلتان ..... ٣٥٣
- اشاره ..... ٣٥٣
- أما الاولى ان المشتري تاره يكون جاهلا بكون البائع الفضولي فضوليا أو غاصبا و- اخرى يكون عالما به ..... ٣٥٣
- اشاره ..... ٣٥٣
- و قد استدل على كون العين باقيه في ملك المشتري على تقدير البقاء بوجوه ..... ٣٥٤
- الأول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا ..... ٣٥٤
- الوجه الثاني ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد ..... ٣٥٤
- الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك ..... ٣٥٥
- و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على الهبه المجانيه ..... ٣٥٥
- ثم بقي هنا أمور في كلام الشيخ قد ذكرها في ذيل المسأله ..... ٣٦١
- اشاره ..... ٣٦١

- الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه ..... ٣٦١
- الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشتري عليه ..... ٣٦١
- الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن ..... ٣٦١
- الأمر الرابع انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيّننا ..... ٣٦١
- قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك ..... ٣٦٢
- [بحث فى تعاقب الأيدي] ..... ٣٧٩
- قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه. .... ٤٠٣
- اشاره ..... ٤٠٣
- و للكلام هنا جهات. .... ٤٠٣
- الاولى فى أصل صحه البيع ..... ٤٠٣
- الجهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشتري و عدمه ..... ٤٠٧
- الجهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع رد المالك ..... ٤٠٨
- قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار. .... ٤١٢
- اشاره ..... ٤١٢
- و اما مسأله الطلاق ..... ٤٢١
- و اما مسأله الصلح ..... ٤٢١
- و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر ..... ٤٢١
- و اما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل من الوارث فى يده ..... ٤٢٤
- تعريف مركز ..... ٤٣٠

شابک ۹۶۴-۹۱۸۰۷-۳-۲

پدیدآورنده (شخص) خویی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱-۱۲۷۸

عنوان مصباح الفقاهه فی المعاملات

تکرار نام پدیدآور تقریرالابحاث ابوالقاسم الموسوی "المحقق الخوئی"

مشخصات نشر قم: نشر الفقاهه، ۱۴۲۰ ق. = ۱۳۷۸.

...عنوان... مصباح الفقاهه المكاسب المحرمه

بها ۷۰۰۰۰ ریال (دوره)

یادداشت عنوان روی جلد: مصباح الفقاهه المكاسب المحرمه

یادداشت عربی

یادداشت کتاب حاضر در سالهای مختلف توسط ناشرین مختلف منتشر شده است

یادداشت کتابنامه به صورت زیرنویس

موضوع معاملات (فقه)

شناسه افزوده (شخص) توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳-۱۳۰۳، گردآورنده

رده کنگره ۱۹۰، BP، /خ ۹م ۱۳۷۸، ۶

رده دیوئی ۲۹۷/۳۷۲

شماره مدرک م ۷۹-۳۳۰۶

[تمه کتاب البیع]

[تمه الکلام فی شروط المتعاقدين]

## قوله مسأله: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

### اشاره

فعقد الفضولى «١» لا يصح اى لا يترتب

(١) الفضولى لغه هو الاشتغال بما لا يعنى قال فى المصباح:

و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل أى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا-خير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه لأنه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزله المفرد و سمي بالواحد و فى أقرب الموارد: الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول العمل الفضولى و هو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا يعنيه.

أقول: لو لا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبه فضلى لا فضولى.

اما فى الاصطلاح فعن الشهيد: هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا، و فى شرح فتح القدير الفضول: جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولايه له فيه و كيف كان الفضولى صفة للعاقد و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

أقول

**قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لأمرين**

**الأول: إذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم بصحة الإيقاعات الفضوليه أم لا؟**

إذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضولية انما هو على خلاف القاعده أعنى بها أصاله الفساد، و ان الإطلاقات و العمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود و الإيقاعات- الفضوليه إلا ما خرج بالدليل قيل: ان مقتضى القاعده و ان كان هو الحكم بصحة العقود و الإيقاعات، و لكن قام الإجماع على عدم جريان الفضوليه فى الطلاق و العتاق بل فى مطلق الإيقاعات.



وإذا قلنا بأن صحه العقود

الفضوليه موافقه لمقتضى القاعده حكمنا بصحه الإيقاعات الفضوليه أيضا إلا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضوليه كذلك تشمل الإيقاعات الفضوليه أيضا و عليه فما ورد بالخصوص فى صحه العقود الفضوليه يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع هنا، و لكن لا- نسلم كونه إجماعا تعبديا إذ من المحتمل ان القائلين ببطلان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى بطلان طلاق الفضولى بالأولويه أو الى الروايات الداله على ان الطلاق لا ينفذ إلا إذا صدر من الزوج أو ممن هو مأذون من قبله أو من قبل الشارع، و ان القائلين ببطلان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الداله على انه لا عتق إلا فى ملكك و ان القائلين ببطلان مطلق الإيقاعات الفضوليه قد استندوا فى ذلك الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥

عدم قابليه الإيقاع للتعليق واقعا، أو الى غير ذلك عن الوجوه الاعتباريه، و اذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه. فلا يكون هذا إجماع تعبدى أما الوجوه المزبوره فهى أيضا ليست بتامه فلا- تدل على بطلان الإيقاعات الفضوليه اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فإنما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الإجازة، و يدل على عدم تحقق الإجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى صحه عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك أو الإجازة، و ذهب بعضهم إلى صحه عتق المرتهن عن الراهن مع أجازته ذلك و اما الروايات الوارده فى المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الإنسان ليس له ان يطلق زوجه غيره مستقلا و

بغير اذنه و أجازته و هذا لا ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الإجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغه، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانع عن العتق الصادر من غير المالك و يضاف الى ذلك ان أمثال هذه الروايات واردة فى البيع أيضا كقوله عليه السلام لا بيع إلا فى ملك فلو التزمنا بظاهرها فلا بد من الالتزام- ببطلان البيع الفضولى أيضا.

و اما دعوى ان التعليق فى الإيقاعات أمر مستحيل دعوى جزافيه ضروره أن المعانى الإيقاعات كالمعانى العقديه فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا دليل على بطلان الإيقاعات الفضولى و إذا قلنا بكون الوصيه من الإيقاعات كانت الوصيه بما زاد على الثلث من الإيقاعات الفضولى و لا إشكال فى صحتها مع اجازة الورثه و على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الإجماع التعبدى على بطلان الإيقاعات الفضولى مطلقا أو فى الجملة.

**الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟**

**ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توفقه على الإجازة اللاحقه**

**اشاره**

سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد أم لم يعلم به حين ذلك و سواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه أم لم ينكشف له ذلك أصلا.

**و استدل على رايه هذا بوجوه:**

**الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتى وجوب الوفاء بالعقد و التجاره عن تراض،**

و لكن لا دلالة فى الآيتين على ذلك اما آيه وجوب الوفاء بالعقد، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه، و من الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لا يخرج العقد الصادر من الأجنبى عن الفضولى و لا يجعله عقدا للمالك، بل العقد انما يصير عقدا للمالك، و يستند اليه اما بمباشرة نفسه أو بنيابه الغير عنه بالإذن، أو بالإجازة اللاحقه- كما فى الفضولى- و شىء من ذلك لم يتحقق فى المقام، و اذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآيه التجاره عن تراض، إذ لا تتحقق التجاره عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا و لا يقال للمالك انه اتجر بماله.

و قد ظهر لك مما بيناه، انه لا يمكن الاستدلال على ذلك بقوله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧

تعالى أَحْيَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ <sup>□</sup> فان مفاده أحل الله بيوعكم و عليه فالممضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لا- مطلق البيع و ان لم ينسب اليه

### **الوجه الثانى: ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه نفسه،**

و من الواضح ان المالك فى الصوره المفروضه راض بالتصرف فى ماله، فيكون خارجا عن الفضوليه و الا لم يجز التصرف فيه.

وفيه: ان المراد من حليه البيع ان كانت هى الحليه التكليفيه كحرمه الأكل و الشرب، فالروايات المزبوره خارجه عن محل الكلام لادن البحث، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك، و ان كان المراد هو الأعم من الحليه الوضعيه و التكليفيه فهو و ان كان لا بأس به، و لكن لا دلالة فيها على ان المعتبر فى حليه المال انما هو

خصوص رضاء المالك و طيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر في حليه المال، و هذا لا ينافي اعتبار شىء آخر فيها كإظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن، أو الإجازة و السر في ذلك هو ان أمثال هذه الجمل و المركبات كقوله عليه السلام لا صلاحه إلا- بطهور أو بفاتحه الكتاب و لا- عمل إلا- بنيه لا تدل على الحصر، و أن الصلاه مثلا لا تتحقق الا بالطهور أو بفاتحه الكتاب و ان العمل لا- يتحقق إلا- بنيه، فإنه لا يستفاد منها الا اعتبار كون الفعل مقرونا بالتية أو الطهور أو بفاتحه الكتاب لا ان الفعل لا يوجد إلا بالأمر المذكوره، و كذلك الأمر فيما نحن فيه بل المستفاد منها أنما هو اعتبار المستثنى في المستثنى منه سواء اعتبر فيه شىء آخر أم لا.

### [الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك]

الوجه الثالث: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨

و سكوته إقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة [١] هو كفايه الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه.

و يرد عليه أولا: ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد، و مورد بحثنا ما إذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك.

و ثانيا: أن مجرد رضاء المولى باطنا بنكاح عبده يكفى فى صحته، لما سيأتى من التفضيل بين كون الإجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له، و بين

---

[١] عن معاويه ابن وهب قال: جاء رجل الى ابى عبد الله عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم و انى تزوجت امرأه حره بغير إذن مولاي ثم أعتقونى بعد ذلك فأجدد نكاح إياها

حين اعتقت فقال له أ كانوا علموا انك تزوجت امرأه و أنت مملوك لهم فقال: نعم و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ فقال سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم اثبت على نكاحك الأول و نحوه خبره الآخر عنه عليه السلام في حديث المكاتب و كذا خبر الحسن بن زياد الطائي الوافي ج ١٢ ص ٨٨ و عن عروه بن أبي الجعد البارقي قال عرض للنبي (ص) جلب فأعطاني دينارا و قال اي عروه أنت الجلب فاشتر لنا شاه قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو قال أقودهما، فلقيني رجل فساومني، فأبيعه شاه بدينار فجئت بالدينار فقلت يا رسول الله هذا ديناركم و هذه شاتكم قال كيف صنعت قال فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له في صفقه يمينه فلقد رأيتني أقف بكناسه الكوفه فاربح أربعين ألفا قبل أصل إلى أهلي و كان يشتري الجوارى و يبيع مسند احمد ج ٤ ص ٣٧٦-المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنز العمال و هناك خبران آخران سيأتي إنشاء الله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩

كونها بمجرد تعلق حق الغير، حيث نلتزم بكفايه الرضاء الباطنى فى الثانى دون الأول، و من الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما و انما الاحتياج إلى- اجازة المولى من جهه ان فعل العبد متعلق حقه فقط.

الوجه الرابع: روايه عروه، فإنها ظاهره فى جواز الاكتفاء فى صحه العقد بالرضاء الباطنى و ان لم يقترن بالكاشف.

و يتوجه عليه أولا: ان الروايه غير مذکور فى أصول الشيعه مسندا و انما هى مذكوره فى كتب العامه بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد إليها فى شىء

فى الأحكام الشرعيه.

و ثانيا: انه يمكن ان البارقى كان و كيلا مفوضا عن النبى (ص) فى أمر شراء الشاه و بيعها و اذن فتكون الروايه بعيده عن محل بحثنا.

و ثالثا: أن إقباض عروه المبيع، و قبضه للثمن مع تقرير النبى (ص) ذلك لا يدل الا على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) بأصل البيع أيضا ضروره أنه لا ملازمه بين جواز القبض و الإقباض و بين صحه البيع إذ قد يكون البيع صحيحا و لا يجوز القبض و الإقباض كبيع الوكيل الذى هو و كيل فى أصل المعامله فقط، و قد يجوز القبض و الإقباض مع فساد المعامله كما إذا كان أحد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى أصل المعامله و اذن فرضاء النبى (ص) بالقبض و الإقباض لا يدل على صحه ما أنشأ عروه من البيع.

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضوليّه و عد توقفه على الإجازة اللاحقه من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحه ان الشرائط كلها حاصله الا رضاه المالك و قولهم ان الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه أعم من الرضاء و الى غير ذلك من كلماتهم.

و يتوجه عليه أولا: انه لا حجه فى كلماتهم فان رأى فقيه لا يكون حجه على فقيه آخر.

و ثانيا: انه لا ظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابله الكراهه و الاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار و ليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا ربط لها بما نحن فيه و

لا أقل من الاحتمال، فتكون كلماتهم مجمله.

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا- دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقه.

و يتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لأننا إذا قلنا باحتياج المعاملات الفضوليه إلى الإجازة اللاحقه كان ما نحن فيه من صغرياتها، فتحتاج صحته إلى الإجازة اللاحقه و لا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى، و ان قلنا بعدم احتياجها إلى الإجازة اللاحقه، لكونها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها فليكن المقام كذلك و اذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضوليه ثم الحكم بعدم احتياجه إلى الإجازة اللاحقه.

ثم قال: مع انه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاء لا ينفك عن ذلك مع الالتفات و يرد عليه انه إذا قلنا بكفايه الرضاء الباطنى المتأخر و لو آنا ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١

فى صحة البيع و إخراجة عن الفضوليه قلنا بذلك فى الرضاء المقارن أيضا بالأولويه، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر.

ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضوليه بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهه الباطنيه موجه لفساد البيع مع انها لا توجب بطلانه و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبه مع كراهه المغصوب منه ذلك، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهه- الباطنيه لا تؤثر فى فساد المعامله و كذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتهما لان سبيلهما واحد.

ثم قال: انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصيه التى



هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف.

و یرد علیه: انه لا وجه لتخصیص الحكم بالعبد بل یرجى ذلك فى كل عقد كان فضولیة من ناحیه كونه متعلقا لحق الغير كبیع الراهن العین المرهونه مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نکاح الباكره بدون اذن الولی و النكاح على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمه و الخاله فإن الرضاء الباطنى یركفى صحه العقد فیها و فى أمثالها و سیأتى ذلك تفصیلا.

### **ثم انه ذهب شیخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء الباطنى عن الفضولیة مطلقا**

سواء كانت فضولیته لتعلق حق الغير بذلك أم كانت فضولیته من ناحیه صدوره من غیر المالك و إليك لفظ مقّرر بحته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢

و الحق عدم صحه العقد الصادر من غیر من بیده زمام أمر المعقود علیه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتبنا كان أو مولی و ذلك لانه لو كان أمر العقد موقوفا و غیر ماض اما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا یرجى عن التوقیف الا- باستناده الى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائیة و یكونان كسائر الإیقاعات لا بد من إیجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنیة رد و لا الرضاء الباطنى إجازة بل كل منهما یحتاج الى كاشف.

و التحقیق هو التفصیل فى المقام بین ما كانت الإجازة لتحقیق استناد العقد الى المالك بحيث یكون العقد الصادر من الفضولی عقدا له بالحمل الشائع و بینما كانت الإجازة لأجل كون المبیع متعلقا لحق الغير، فكل مورد تعتبر الإجازة فى العقد لأجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لا یصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الإجازة، لا لتلك الجهه

بل لجهه أخرى لا شبهه في كفايه الرضاء الباطنى فى ذلك، و على الأول، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران برضاء المالك لا- يخرج العقد عن الفضولى ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مشمولاً لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بديهه ان العقد لا يكون مشمولاً لتلك الآيه إلا باستناده الى المالك لأن مقارنه الجمع بالجمع فى الآيه الكريمه يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى أوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لا يكون عقداً للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما إذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣

أوجده بنفسه أو بالتسبيب كما إذا أوجده وكيله أو بالإضافه إليه كما إذا رضى بالعقد الفضولى مع إظهاره ذلك بمظهر خارجى و من الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى أجنبى عن ذلك كله و على الثانى فيكفى فى صحة العقد مطلق الرضاء و إن كان باطنياً و غير منكشف بكاشف و ذلك كالأمثله التالیه.

١- انه إذا باع الراهن العين المرهونه فإن اعتبار اجازته- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحیه لزوم استناد العقد اليه بل من ناحیه أن العين وثيقه عنده، فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن، فإذا رضى به المرتهن و لو باطنا صح البيع، و بعبارة اخرى: ان المناط فى صحة العقد هو كونه مشمولاً- للإطلاقات و العمومات الداله على صحة العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غايه الأمر ان التصرف فى العين المرهونه موقوف برضاء المرتهن فإذا

رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف أيضا.

٢- بيع المفلس فإنه مستند اليه و مشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر إذنهم في ذلك من هذه الناحية ٣-  
العقد على بنت الأخ و بنت الأخت فإن صحه ذلك موقوفه على إجازة العمه و الخاله لا من جهه عدم استناد العقد الى الزوجين  
إلا بإذنهما بل من جهه أخرى.

٤- عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان أو غير نكاح فان احتياجه إلى إجازة السيد ليس من ناحيه كون العقد عقدا  
للسيد و هو لا يتحقق إلا بإجازته بل من جهه انه ليس للعبد الاستقلال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤

في التصرف في قبال سيده.

٥- الوصيه بما زاد على الثلث فإنها تحتاج إلى إجازة الورثه لكن لا من جهه عدم استنادها الى الموصى بل لأجل نفوذ الوصيه  
٦- عقد الباكره بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه في ذلك فان اعتباره فيه من جهه النفوذ لا من جهه الاستناد.

و على الجملة ان في كل مورد كانت الإجازة لأجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لا  
يكفى فيها الرضاء الباطنى، و في كل مورد كانت الإجازة لأجل نفوذ العقد لا للجهه المزبوره يكفى فيها الرضاء الباطنى لأنه  
يكفى في النفوذ و لا دليل على إظهاره بمظهر خارجى، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فإنه ما لم يظهر فى الخارج لا يصدق  
على ما أوجده الفضولى انه عقد للمالك، و لا انه بيعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك وضوحا بمراجعته العرف و اللغه، و اذن فلا  
يتم ما ذكره المصنف على وجه الإطلاق و

لا ما ذكره شيخنا الأستاذ (و أظن ان كلام المصنف لا ينافى التفصيل المذكور لانه ذكر في آخر كلامه (ثم انه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الإشكال في عقد العبد إلخ) خصوصا إذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه بعيدا من ناحيه التعليل في كلامه بقوله لعدم تحقق المعصيه.

فما ذكره شيخنا الأستاذ من: (ان الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل)، انما يتم في الاستناد فقط لا في التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما أفاد شيخنا الأستاذ في

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥

آخر كلامه من انه ثبت من الأدله الخارجيه عدم استقلال العبد و الراهن و الباكره و كل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث في عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فإن به لا يسند العقد اليه. ثم انه ربما يستدل على كفايه الاقتران بالرضاء الباطنى في خروج العقد عن الفضوليه بصحيحه محمد بن مسلم [١] و روايه الحميرى [٢] فإنهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

---

[١] عن ابى جعفر عليه السلام قال: سألته عن شراء أهل الذمه فقال لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون قال: و سألته عن رجل من أهل النيل عن أرض - اشتراها بقم النيل و أهل الأرض يقولون هي أرضهم و أهل الأستان يقولون هي من أرضنا قال لا تشتريها الا برضا أهلها صحيحه الوافى ج ١٠ ص ١٣٣ قال فى الوافى الأستان بالضم اربع كور ببغداد و فى

أقرب الموارد: الكوره بالضم المدينه و الصقع و فى المفردات: و قيل لكل مصر كوره و هى البقعه التى يجتمع فيها قرى و محال ج كور و قد ذكرنا سابقا ما هو المراد من النيل فى - ج ٣ ص ١٨٠

[٢] ٢- انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض أصحابنا له ضيعه جديده بجنب ضيعه خراب للسلطان فيها حصه و أكرته ربما زرعوها و تنازعوا فى حدودها و تؤذنههم عمال السلطان و تتعرض فى الكل من غلات ضيعته و ليس لها قيمه لخرابها و انما هى باثره منذ عشرين سنه و هو يتحرج من شرائها لأنه يقال ان هذه الحصه من هذه الضيعه كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شرائها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عماره لضييعته و انه يزع هذه من القرية البائره يفضل ما ضيعته العامره و يتحم عن طمع أولياء السلطان و ان لم يجز ذلك عمل بما تأمره إنشاء الله فأجابه الضيعه لا يجوز ابتياعها الا عن مالكها أو بأمره أو رضاء منه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦

ان المناط فى صحه البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من أمثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمه (لا) كقوله عليه السلام لا صلاح إلا بطهور لا ان حقيقه مدخول كلمه (لا) منحصره بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الإطلاق، فيكون شأنهما شأن بقيه الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار

الذى يقابل الكراهه و قد تقدم اعتباره فى العقود و الإيقاعات

قوله ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك.

أقول

**يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:**

**اشاره**

الاولى: ان يبيع الفضولى للمالك.

الثانيه: ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه: ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

**أما المسأله الاولى [ان يبيع الفضولى للمالك]**

**اشاره**

فيقع البحث فيها من جهه انه هل يعتبر فى صحه العقود صدور إنشائها من المالك بالمباشره أو ممن يقوم مقامه كالوكيل و المأذون أم لا يعتبر فى صحتها ذلك؟ بل المناط فى صحه العقود هو استنادها الى من له العقد، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشره و التسبيب كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه أيضا.

و لا يخفى عليك انا إذا قلنا بصحه العقد الفضولى فى هذه المسأله، فيقع الكلام فى صحته و فساده فى المسألتين الآتيتين و إذا قلنا بفساده هنا فلا شبهه بفساده فى المسألتين الآتيتين لان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧

ما يبحث عنه فى المسأله الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فإذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الآتيتين بالأولويه القطعيه.

ثم انه وقع الكلام فى صحته و فساده فالمحكى عن الأكثر هو صحته - كالمقنعه و النهايه و الوسيله و الشرائع و النافع و كشف الرموز و العلامه فى جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللعه و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسيه و الروضه و المسالك و غيرها- و حكى المصنف عن غايه المراد حكايه القول بالصحه عن جمع من المذكورين و غيرهم ثم قال: و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين - كالأردبيلى و السيد الداماد

و بعض متأخر المحدثين - وقال فى التذكرة: مسأله يشترط ان يكون البائع مالكا أو من له ولايه كالأب و الجد له و الحاكم و  
امينه و

الوكيل فلو باع الفضولي صح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و إسحاق و أبو حنيفة و الشافعي في القديم و احمد في إحدى الروايتين و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعي في الجديد و احمد في الرواية الأخرى يبطل البيع و هو قول لنا و قال- بعد أسطر-: لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان و الوقف على الإجازة الا أن أبا حنيفة، قال: يقع للمشتري بكل حال و ان كان في الذمه لغيره و أطلق اللفظ قال: علماؤنا يقف على الإجازة إلخ و عن الحدائق: ان القول بالصحة كاد يكون إجماعا و ذهب جمع آخر إلى فساده فعن

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا و في الخلاف ج ١ ص ٢٢٢: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على اجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا دليلنا إجماع الفرقه و من خالف منهم لا يعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع و عن الغنيه نحوه من الصراحه و حكى القول بالبطلان أيضا عن الإيضاح و اختاره في الحدائق و أطنب فيه الكلام و لكنه لم يأت بشيء تركن اليه النفس و يطمئن به القلب و ذكر جملة من النصوص محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها و ستأتى الإشارة إليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلاله بعضها على خلاف مقصوده و في شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩: و من



باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد و قال الشافعي: لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولايه شرعيه لأنها بالمالك أو يأذن المالك و قد فقدا و لا انعقاد إلا بالقدره الشرعيه و صار كبيع الآبق و الطير في الهواء في عدم القدره على التسليم و في الفقه على المذاهب الأربع ج ٢ ص ١٦٦- عن الشافعيه:- و من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقده عليه ولايه فلا يصح بيع الفضولي و في ص ٢٤٠- عن الحنيفه:- اما بيع ملك الغير بوكاله منه فإنه صحيح نافذ و بيعه بدون وكاله فهو صحيح موقوف على اجازة المالك و هذا هو بيع الفضولي و في ص ٢٢٤: و اما الموقوف و هو بيع ما يتعلق به حق للغير فإنه من أقسام الصحيح و انه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض و في ص ١٦٨: و من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩

شروط العاقده، ان يكون مالكا أو وكيلاً عن مالك فلا يلزم بيع الفضولي و في شرح العنايه بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣١٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد في روايه و قال الشافعي في الجديد و هو روايه عن احمد لم ينعقد.

و هنا قول ثالث و هو صحة البيع و بطلان الشراء و هو القول الآخر للشيخ في الخلاف قال في كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على أجازته و كان باطلا ثم قال: و عندنا ان البيع يقف

على اجازة مالكة.

و فى المسأله وجهان آخرا: أحدهما انه ان وثق برضاء المالك فأجاز صح و الافلا. ثانيهما: انه ان لم يسبق منه منع و لم يظهر كراهه صح و إلا بطل.

**و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على الإجازة بوجوه:**

### **الأول العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها**

و بيان ذلك انه لا شبهه فى ان صدق عنوان العقد أو- التجاره عن تراض أو البيع أو صدق اى اسم من اسما آيه معامله كانت لا يتوقف على مباشره المالك بنفسه للعقد، بل يكفى فى ذلك النيابة بأن يكون المباشر لذلك غير المالك غايه الأمر لا بد و ان تكون هذه المباشره بإذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشره نفس المالك أو بمباشره غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه من المالك و حينئذ فيصدق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك أو تجارته أو بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات و المطلقات المزبوره و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أَوْفُوا بِعُقُودِكُمْ لا- ما عقدتم و المراد من أحل الله البيع هو حليه بيوعكم و المراد من التجاره عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك، و من الظاهر انها تستند إليه بالإجازة كاستنادها اليه بالمباشره أو بالإذن فتشملها العمومات غايه الأمر انا نشك فى اعتبار مباشره المالك شرعا أو اقتران رضائه بالعقد أو وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه بأصالة الإطلاق أو العموم

و هذا هو مراد المصنف (ره)

من الأصل

فى المقام لا أصاله البراءه و ان احتمله- بعيدا- المحقق الايروانى بناء على جريان البراءه فى الأسباب و الأوضاع.

و قد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافه عقد الفضولى إلى المالك بالإجازة اللاحقه لكن الإضافه لا تحصل بذلك بعد وضح ان المراد من عقودكم العقود الصادره منكم، و لو بالتسبب لا العقود المنتسبه إليكم بايه نسبه كانت و لو نسبه كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخصى بإجازته له.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ لا فارق فى انتساب العقد من الأجنبى إلى المالك بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقه فكما ان الاذن السابق كاف فى صحه العقد و استناده اليه كذلك الإجازة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١

اللاحقه لأنهما متساويان فى حصول الرضاء الذى هو الأصل فى ذلك و قد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به فى التمسك بالعمومات على صحه العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى أو الملك أو غيرهما و لا سبيل الى كل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا و هذا واضح، و اما المالك فقبل أجازته كذلك و الا لوجبت عليه الإجازة و أما بعدها فهو مجيز لا عاقد، و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أَوْفُوا بعقودكم لا ما عقدتم و قد عرفت ان العقد الصادر من الفضولى يكون عقدا للمالك بالإجازة اللاحقه و يستند اليه استنادا تاما، فيكون مشمولا للعمومات من حين الإجازة لا من حين العقد فزمان الإجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى.

و من

هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابه حيث قال: (ان التمسك بالعموم بعد الإجازة مبنى على ثبوت عموم أزمانى فى العمومات و ليس له وجود وقد اعترف به المصنف ره فى خيار الغبن)، و وجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول- العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الإجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الإجازة محتاجا الى ثبوت العموم الأزمانى للعمومات، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الإجازة انما هو أول زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الداله على صحه العقود.

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء- كما عن المختلف و غيره- على صحه البيع الفضولى بأنه عقل صدر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢

من أهله فى محله، بداهه ان كون العاقد أهلا- للعقد من حيث كونه بالغاً عقلاً- مع كون المبيع قابلاً- للبيع لا يثبتان الصحه إلا بضميمه مقدمه أخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من أهله فى محله و كل ما صدر من أهله فى محله صحيح شرعا للعمومات و المطلقات.

و ان أبيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غايه المراد: من كونه مصادره ضروره ان تحقق الأهليه التامه عين الدعوى و جعلها دليلاً على المدعى صرف مصادره و لا يمكن دفعها الا بما كرهناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان اشتراط تأثير العقد بالرضاء لا ربط له بأهليه العاقد و لا بكون المبيع قابلاً لوقوع العقد عليه بل أهليه العاقد بما هو عاقد منوطه بكونه عاقلاً عقلاً، و بكونه بالغاً شرعاً، و

قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك، فلا قصور في العاقد، و لا فيما وقع عليه العقد، و المفروض حصول الإجازة الكاشفه عن الرضاء و المحققه للانتساب، فلا مصادره و كون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن أهليه العاقدية و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه، فما افاده المصنف في توجيه المصادره و أجاب عنها بإثباتها بالعموم خال عن الوجه، و الوجه في ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلا- بالغاء، و كون المحل مما يتمول، و حصول الرضاء بالإجازة اللاحقه الكاشفه، لا يثبت صحه العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنه الرضاء أو سبق الإذن فإنه مع هذا الاحتمال لا تتم الأهليه التامه للعاقد، فلا يمكن نفيه إلا بأصالة العموم أو الإطلاق و بذلك تثبت الأهليه التامه للعاقد.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣

و قد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولى صحيح على القاعده بمقتضى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و لزومها و عليه، فلا نحتاج الى الاستدلال على صحته و نفوذه بالأدله الخاصه إلا لمزيد الوضوح و من جهة التأييد و عليه فلو ناقشنا فى الأدله الخاصه اما من حيث السند أو من حيث الدلاله فلا يضر هذه المناقشه بصحه عقد الفضولى و نفوذه بوجه.

### الوجه الثانى روايه عروه [١]

و وجه الاستدلال هو ان عروه قد باع احدى الشاتين بدينار من غير إذن النبى (ص) و أقره (ص) و أظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا- لم يقره النبى (ص) بل كان عليه (ص) زجر عروه و الأمر برد الدينار و أخذه الشاه أو تجديد المعامله بعد تحصيل الاذن من النبى (ص) مع انه ص لم- بفعل

شيئا من ذلك، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالروايه من ناحيه بيع عروه احدى الشاتين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا في شراء شاه بدينار الظاهره في الشاه لواحد فذكر المصنف

[١] (فله روايتان قد تقدمت إحداهما و اما الأخرى فهي انه ان رسول الله ص بعث معه بدينار يشتري له أضحيه و قال مره أو شاه فاشترى له اثنتين فباع واحده بدينار و أتاه بالأخرى فدعا له بالبركه في بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه مسند احمد ج ٤ المطبوع بمصر و بهامشه منتخب كنز العمال في سنن الأقوال و الافعال ص ٣٧٥ و عن حكيم بن حزام ان النبي ص بعث معه بدينار يشتري له أضحيه فاشتراها بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى أضحيه- بدينار و جاء بدينار إلى النبي ص فتصدق به النبي ص و دعا ان يبارك له في تجارته البحار ج ٢٣ ص ٣٤.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولي، و لكن لم يبين الوجه في ذلك و لعل نظره في ذلك الى ان قول النبي (ص) لعروه اشتر به شاه يمكن ان يراد به كون الشراء الشاه الواحد بدينار، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاه بدينار و على الثاني فلا شبهه في عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثنتين و على الأول فإن كان الظاهر في بادي النظر هو كون الشراء فضوليا أيضا و لكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص إذا كان مأذونا في شراء شاه واحده بدينار فيكون مأذونا في شراء شاتين بدينار بالأولويه القطعيه، و

عليه فأذن النبي (ص) لعروه في شراء الشاه الواحده بدينار اذن له في شراء شاتين أيضا بدينار، فيكون الشراء خارجا عن الفضوليه على كل حال.

و قد ناقش المصنف في الاستدلال بالروايه المزبوره على صحه البيع الفضولي: بان

ذلك متوقف على دخول المعامله المقرونه برضاء المالك في بيع الفضولي، و قد عرفت انها خارجه عنه، و بيان ذلك أن عروه كان عالما ظاهرا برضاء النبي (ص) بما فعله من البيع و الا لما اقبض المبيع و لم يقبض الثمن لان ذلك تصرف في مال غيره بدون رضاه و هو حرام عقلا و نقلا، و عليه فلا بد اما من الالتزام بأن عروه فعل الحرام بقبضه الثمن و إقباضه المثلث، و هو مناف لتقرير النبي (ص) و تبريكه (ص)، و اما من القول بجواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بتعقبه لها.

و سيأتي ضعفه و اذن، فيدور الأمر بين القول بخروج المعامله المقرونه برضاء المالك عن الفضوليه، و بين القول بعلم عروه برضاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥

النبي (ص) بإقباضه ماله للمشتري حتى يستأذن من النبي (ص) مع علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن إلى البائع على وجه الامانه و الا فلا يستحق الفضولي قبض المال لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عنه و لكن الظاهر هو الوجه الأول أعني به خروج البيع الصادر من عروه عن المعامله الفضوليه إذ من المستبعد جدا علم المشتري بكون بيع عروه فضوليا، و يتضح ذلك بملاحظه ان الظاهر هو عدم كون المعامله فضوليه في مورد الروايه، بل وقعت بعنوان المعاطاه لأنها وقعت بين النبي (ص) و بين مشتري الشاه و يكون عروه آله محضا في إيصال العوضين

وقد عرفت في مبحث البيع - المعاطاتي انه يكفي في صحه المعاطاه مجرد رضا المالكين بالنقل و الانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين و لو كان الوصول بإطاره ریح أو بفعل صیبي أو بواسطه حیوان و من الظاهر انه يتسامح في المعاطاه بما لا يتسامح به في العقود اللفظیه.

و یرد علی ما ذكره المصنف أولاً ما ذكرناه أنفاً من أن اقتران العقد الصادر من الأجنبي بالرضا الباطني من المالك لا يخرج عن الفضولیه.

و ثانياً: ان كون الصادر من عروه فضولياً أو مندرجاً تحت الكبرى المتقدمه متوقف على عدم كونه و كيلاً مطلقاً و مفوضاً من النبي (ص) في أمر شراء الشاه أو مطلقاً الذي سمي في لغه فارس بكلمه (وكيل خرج) و من المحتمل ان يكون هو كذلك و عليه، فلا يمكن الاستدلال بالروايه على صحه بيع الفضولي إذ لا - قرنيه في الروايه و لا - من الخارج على كون البيع الصادر من عروه فضولياً.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦

و على الجملة ان ما صدر من عروه قضيت شخصيه واقعه في مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحه البيع الفضولي و ان أصرّ عليه جمع من الفقهاء و لا حملها على الكبرى المتقدمه و ثالثاً: ان تحقق القبض و الإقباض بين عروه و بين المشتري لا يكون قرينه على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولاً بدعوى انه لو كان فضولياً لكان التصرف في الثمن و المثلن بالقبض و الإقباض حراماً و ذلك لما ذكرناه أنفاً من عدم الملازمه بين كون البيع فضولياً و بين حرمة التصرف في الثمن أو المثلن، ضروره ان العلم بالرضا الباطني للمالك يفيد جواز التصرف



تكليفا لا جوازه وضعا.

و رابعا: انا لو سلمنا صحه المعاطاه الفضوليه لكن لا نسلم كون فعل عروه ظاهرا فى المعاطاه لعدم القرينه على ذلك.

و دعوى ان القرينه على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى أمثال ذلك هو البناء على المعاطاه، دعوى جزافيه، لأننا لو سلمنا وجود الغلبه و لكنها لا تفيد الا الظن و هو لا يغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله: لم افهم هذه الدعوى و لم أدر من اين هذا الظهور.

و خامسا: انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الأمثله التى ذكروها لتحقق المعاطاه بمجرد إيصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهره فى ذلك بل هى من أمثله المعاطاه المتعارفه راجع ج ٢ ص ١٦٩.

و سادسا: ما ذكره المحقق الايروانى و إليك نصه ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاه و الرضا الحاصل فى المقام فان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧

الرضا الكافى فى المعاطاه عن القصد إلى إنشاء البيع بإيصال المبيع بأى وجه اتفق و بواسطه أى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالمبيع من أى بائع تحقق بلا قصد إلى إيجاد البيع فى الخارج.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الروايه ضعيفه السند و قد عرفته قريبا.

**الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس**

**اشاره**

عن ابى جعفر (ع) قال قضى أمير المؤمنين [١] لأن قوله عليه السلام فيها فى معالجه فك الولد بعد المناشده: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالإجازة اللاحقه إذ لو كانت الإجازة فاسده و غير مؤثره فى العبد الفضولى لما أمر الإمام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الأب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر

## وقد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:

### أشاره

[١] عن أبى جعفر عليه السلام قال قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى وليده باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينقد (فى يب ينفذ) لك البيع فلما أخذه قال له أبوه أرسل ابنى قال لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليده أجاز بيع ابنه صحيحه الكافى ج ٥ ص ٢١١ و التهذيب ج ٢ ص ١٣٨ و ٢٥٠ و الاستبصار ج ٣ من طبعه النجف ص ٨٥ و الفقيه ج ٣ من طبعه النجف ص ١٤٠.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨

### المناقشه الاولى: ان القائلين بصحة عقد الفضولى قد التزموا بصحة التأهليه

و بقاءه على حاله موقوفا على اجازة المالك فان اجازة لزم و ان فسخه انفسخ و إذا انفسخ لم تؤثر فيه الإجازة إجماعا مع ان الصحيحه ظاهره فى نفوذ الإجازة بعد الرد من نواحي شتى:

١- قوله: الحكم ان تأخذ الوليده و ابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد.

٢- قول السائل: ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال: وليدتى باعها ابنى بغير اذنى و من الظاهر ان المخاصمه ظاهره فى الرد، إذ لولاه لما وقعت المخاصمه بين السيد الأول و السيد الثانى بل كانت الوليده و ابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمه و مرافعه.

٣- مناشده المشتري للإمام عليه السلام و الحاجه إليه فى علاج فكاك ولده، و من الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الأول: لم يكن وجه لهذه

٤- قول الامام عليه السلام- فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشتري:- خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع إذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الأول إلى أخذ الوليده و ابنها فهذه القطعه من الروايه صريحه فى أخذ السيد الأول ابن الوليده و أخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان أخذ الابن لأجل كونه نماء للوليده التى هى مملوكه له.

فتحصل ان الروايه ظاهره فيما هو مخالف للإجماع و اذن فلا بد اما من طرحها و إرجاع علمها إلى أهلها، و اما من رفع اليد عن-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩

ظهور كون الإجازة بعد الرد أو يراد من الإجازة البيع الجديد أو حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسى (ره) فى مرآت العقول ص ٤٠٧ ج ٣ قال: (الظاهر ان هذا من حيله التى كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) و لا بأس بتعليم هذه الحيله لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع و اقتضاء المصلحه لذلك مثل ان عليا عليه السلام كان عالما- فى مورد الروايه- بكون الابن و كيلا فى بيع وليده أبيه و أنكر الأب و كاله ابنه و ادعى عدم الاذن فى ذلك فاحتال على عليه السلام حيله لكى يصل بها الحق الى صاحبه أو تحمل الصحيحه على غير ذلك من المحامل.

و على الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولى و هو عدم كون الإجازة مسبقا بالرد، فالروايه أجنبيه عنه و ما اشتملت عليه الروايه من تأثير الإجازة بعد الرد مخالف للإجماع و ان التزم السيد بظاها و قال: (فالإينصاف ان الروايه لا مانع من العمل

بها و تكون دليلا- على صحه الإجازة حتى بعد الرد)، و لكن الظاهر انه لا إشعار في الروايه بكون الإجازة بعد الرد فضلا عن الدلاله عليه اما قوله عليه السلام الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فلا دلاله فيه على ما يرومه الخصم، و ذلك لان الروايه خاليه عن تعرض المالك لفسخ العقد أو إمضائه بل غايه ما يظهر منها هو عدم رضاه بإقباض ابنه و لذا استرد الوليده و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولي ان يتصرف في المبيع حتى على القول بالكشف غايه الأمر أنه إذا أجاز العقد الفضولي انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه في ماله تكليفا قبل الإجازة و لا شبهه في ان تصرفه هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠

قبل الإجازة لا يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة ترده بين الفسخ و الإمضاء و لا يشترط في تأثير الإجازة وقوعها عقيب عرض البيع على المالك من دون أن يفصل بينهما: التردد بين الفسخ و الإمضاء أو التوقف في ذلك، بل العبره في تأثير الإجازة بكونها قبل الفسخ و يدل على ما ذكرناه ما ذهب إليه الأصحاب من الحكم بصحه إجازة المكره بعد زوال إكراهه، فيعلم من ذلك ان الكراهه الباطنيه لا توجب فسخ المعامله فضلا عن التردد بين الفسخ و الإمضاء اما مناشده المشتري للإمام عليه السلام في فكاك ولده فلا تدل أيضا على ان المالك قد رد البيع و أخذ ابن الوليده لكونه مملوكا له لان الولد لا يملك على تقديري الإجازة و الفسخ لكونه حرًا كما سيأتي بل المناشده من حيث ان المشتري طلب من

الامام عليه السلام علاجاً لفك الولد و اجازته البيع فعلمه الامام (ع) طريقاً لذلك و هو قوله (ع) أخذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع.

و من هنا اتضح لك انه لا دلالة فى قول المشتري: حتى ترسل ابني على تحقق الرد قبل الإجازة نعم له ظهور فى عدم الإجازة و هو أعم من الرد كما اتضح لك انه لا دلالة فى قوله (ع):

خذ ابنه إلى. أخره على تحقق الرد قبل الإجازة بل هو طريق علمه الامام (ع) للمشتري لكي يتشبث به فى فكاك ولده اجازته البيع و اما المخاصمه، فلا دلالة فيها أيضا على رد البيع غايه الأمر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع و عدم اذنه فيه و هذا ظاهر.

و على الجملة انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على تحقق الرد قبل الإجازة بل هى أعم منه و من التردد بين الإجازة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١

و الرد أو التوقف فيهما.

**المناقشه الثانيه: ان الامام (ع) قد حكم للسيد الأول بأخذ الوليده و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهه،**

**اشاره**

و ذلك لان المشتري لم يعلم بكون الوليده لغير البائع إذ لو كان عالماً بذلك لكان الوطى حراماً و صار الولد رقاً لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشتري لم يكن عالماً بالحال و ان الولد انما تولد من الشبهه و قد حقق فى محله ان ولد الشبهه ملحق بأبيه، فيكون حراً و معه كيف يجوز للسيد الأول ان يأخذه.

**و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين**

**الوجه الأول، انه لا مانع عن كون المشتري عالماً بالحال،**

و عليه فيكون الولد من الزناء فيصير رقاً للسيد الأول لو لا الإجازة.

و يرد عليه انه لو كان الأمر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام بأخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشتري حد الزناء.

**الوجه الثاني: ان الولد و ان كان حراً و لكن أخذه السيد الأول لاستحصال قيمه يوم الولاده**

لأنه و ان لم يكن مالكا للولد لكونه حراً و متولداً من الشبهه و لكن له ان يطالب قيمته يوم الولاده لكونه نماءً لمملوكه و هو

الوليد و قد حمل الروايه على هذا الشيخ (ره) فى الاستبصار و إليك لفظه: فالوجه فى هذا الخبر انما يأخذ وليده و ابنها إذا لم يرد عليه قيمه الولد فاما إذا بذل قيمه الولد فلا يجوز أخذ ولد الحرج ٣ ص ٨٥ و تبعه المحقق التستري فى مقابسه و جعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال فى خلال كلامه: (و ذكر فى جملة من الاخبار ان للمالك قيمه الولد و فى بعضها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل إلى أخذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات و هذه الروايات مرويه فى ج ٣ ص ٢١٣ و الظاهر انه لا بأس بهذا الوجه بعد مساعده الروايات عليه فراجع المقاييس.

و يرد عليه ان المطالب (بالفتح) هنا انما هو المشتري فلو جاز حبس المديون لاستحصال الدين، فلا بد و ان يحبس المشتري دون ولده غير المقصر.

و التحقيق أن يجاب عن المناقشه بأنه لا شبهه فى ظهور الروايه فى صحه بيع الفضولى بالإجازة المتأخره و قد عرفته قريبا غايه الأمر انها اشتملت على حكم آخر لا نعرف سزّه و لا ربط له بجهه الاستدلال و من الظاهر

ان اشتمالها على جهه مجهوله لا يسقطها عن الحجيه من سائر الجهات غير المجهوله.

### المناقشه الثالثه: انه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري بأخذ ابن السيد

مع ان ذلك لا يجوز لأن غايه الأمر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك.

و أوجب عنه بأنه يمكن ان يكون ذلك لمطالبه المشتري الثمن الذى دفعه اليه و من الظاهر انه لا- بأس بحبس المديون لاستحصال الدين.

و يتوجه عليه ان هذا الحكم و ان كان صحيحا فى نفسه لأن الغرامه المتوجهه على المشتري متوجهه على البائع لأنه الذى غرّ المشتري و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص و الفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار، و لكن هذا الوجه لا- يناسب ذيل الروايه أعنى به

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣

قول المشتري للسيد الأول: لا و الله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك أجاز البيع، فان الظاهر من هذه القطعه من الروايه هو ان حبس المشتري ابن السيد الأول لم يكن لأجل استحصال الثمن بل لأجل فكاك ولده.

و التحقيق ان يجاب عن هذه المناقشه أيضا مثل ما أجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لا نعرف ربطه بجهه الاستدلال من الروايه على ما نحن فيه.

و يؤيد ما ذكرناه ان القضايا التى صدرت من أمير المؤمنين عليه السلام لم تصل إلينا بجميع خصوصياتها الخارجيه الواقعه بين المترافعين و كذلك هذه القضيه التى بين أيدينا فإن غرض الإمام أبى جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان أمير المؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للإجازة و ليس غرضه بيان خصوصيات القضيه بأجمعها.

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحه ظاهره فى صحه بيع الفضولى بالإجازة المتأخره و قلنا

بظهورها فى صحته بالإجازة المسبوقه بالرد الذى هو مخالف للإجماع فهل يستفاد منها تأثير إجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا أم لا؟

ذكر المصنف ره

(ان الانصاف ان ظهور الروايه فى أن الإجازة مجديه فى الفضولى مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه فى مورد الروايه غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينه و هى الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد).

و ملخص كلامه ان الصحيحه و ان وردت فى قضيه شخصيه التى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤

لا- يمكن التعدى منها الى مثلها إجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير إجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا فى غير مورد الإجماع.

و يتوجه عليه: ان هذا انما يتم فيما إذا كان للروايه عموم أو إطلاق، فان فى مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصيه المورد و يؤخذ بالعموم أو الإطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من روايه على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكليه و نظير ذلك كثير فى الروايات [١] و اما إذا لم يكن للروايه إطلاق أو عموم- كما فى المقام حيث ان الصحيحه تحكى قضيه شخصيه فى مورد خاص لا نعرف كيفيه وقوعها من جميع الجهات- فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره.

---

[١] منها صحيحه أبى نصر البزنطى عن ابى الحسن (ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقه ما بملكك أ يلزمه ذلك فقال لا قال رسول الله (ص) وضع عن أمتى ما اكره عليه و ما لم يطيقوا و ما اخطئوا الوسائل ج ١٦ باب ١٦ من كتاب الايمان ج ٦ فان هذه الصحيحه و



ان تنطبق على موردها إذ لا يلزم الحلف بالأمر المذكوره فى الروايه فى غير حال الإكراه أيضا عند الإماميه و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك بإطلاق حديث الرفع فى غير مورد الروايه و هذا ظاهر و منها موثقه ابن بكير قال سأل زراره أبا عبد الله (ع) عن الصلاه فى الثعالب و الفنك و السنجاب إلى آخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥

### **الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعترف و الإجماعات المحكيه على صحه الزواج الفضولى [١]**

و إذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضوليه بالأولويه و ذلك لان الماليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضروره ان النكاح مبنى على الاحتياط و

---

[١] عن على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكه بين رجلين زوجها أحدهما و الآخر غائب هل يجوز النكاح قال إذا كره الغائب لم يجز النكاح، و عن عبيد بن زراره عن ابى عبد الله عليه اللام فى عبد بين رجلين زوجته أحدهما و الآخر لا- يعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهما قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما و ان شاء تركه على نكاحه الوافى ج ١٢ ص ٨٩ و عن ابن بزيع قال: سأله رجل مات و ترك أخوين و ابنه و الابنه صغيره فعمد أحد الأخوين الوصى فزوج الابنه من ابنه ثم مات أبو الابن المزوج فلما ان مات قال الأخر أخى لم يزوج ابنه فزوج الجاربه من ابنه فقيل للجاربه أى الزوجين أحب إليك الأول أو الآخر قالت الأخر ثم ان الأبخ الثانى مات و للأبخ الأول ابن أكبر من الابن المزوج فقال للجاربه اختارى أيهما أحب

إليك الزوج الأول أو الزوج الآخر فقال الروايه فيها انها للزوج الآخر و ذلك انها قد كانت أدركت حين زوجها و ليس لها ان تنقضى ما عقدته بعد إدراكها (يب ج ٧ ص ٣٨٧ الوافى ج ١٢ ص ٦٧ و فى روايه البقباق إذا زوج الرجل ابنه فذلك إلى أبيه موثقه. الوافى ج ١٢ ص ٦٥ يب ج ٢ ص ٢٢٤ و رواه الشيخ بسند آخر فى ص ٢٢٥ و عن محمد بن الحسن الأشعري قال كتب بعض بنى عمى الى ابى جعفر الثانى عليه السلم ما تقول فى صبيه زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك و الأمر أمرها الوافى ج ١٢ ص ٦٦ يب ج ٢ ص ٢٢٣ و عن الكاهلى عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انه- سأله رجل زوّجته أمه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لامه الوافى ج ١٢ ص ٦٨ يب ج ٢ ص ٢٢٤.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦

فى غير واحد من الروايات «١» ما يدل على شدة الاهتمام بأمر النكاح و الاحتياط فيه و علل ذلك فى بعضها بأنه يكون منه الولد و من الظاهر انه إذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق اولى و قد تمسك بهذا الوجه جماعه من الفقهاء بل قال فى الرياض: (و لعمري انها من أقوى الأدله و لولاها لا شكل المصير الى هذا القول لحكايه الإجماعين الآتين-).

و يتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بأمر النكاح و شدة احتياطه فيه

لا يقتضى الاهتمام بسببه و الاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه أسهل لثلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف و الضيق مثلا إذا اعتبرت العرييه فى ماده الصيغه و هيئتها و لهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن أكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيرا، فالاهتمام بأمر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون- الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا يعتبر فى عقد النكاح كالتقابض فى المجلس فإنه معتبر فى الصرف و السلم و لكنه غير معتبر فى عقد النكاح و كثيرا ترى التوسعه فى أسباب النكاح من تشريع المتعه و ملك اليمين و التحليل و جواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت و غير ذلك و اذن، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعه فى أسبابه

---

(١) ج ٧ يب ص ٦٧ و الوسائل باب ٢ من أبواب الوكاله و روايه أخرى فى ج ١٦ وافى ص ٥٢ و روايه شعيب الحداد و فى ج ٢ يب ص ٢٤٥.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧

لا يدل بالفحوى على التوسعه فى أسباب سائر العقود و عليه فلا دلالة فى الروايات الوارده فى صححه عقد النكاح الفضولى مع ضميمه ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صححه سائر العقود الفضوليه لا بالأولويه و لا غيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الأولويه ظنيه و الظن لا يغنى من الحق شيئا.

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صححه البيع الفضولى،

و حاصل مناقشته ان الأولويه المزبوره و ان كانت ثابتة فى بادية

النظر و لكنها مردوده بالنص الوارد فى الرد على العامه فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الأول لأن البضع ليس له عوض و بالصحه فى الثانى لأن المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبهم برمى رأيهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استدموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام: ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاج فيه لانه الفرج و منه يكون الولد «١» و عليه، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحه النكاح الواقع اولى من الحكم بصحه البيع الواقع و اذن فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان الحكم بصحه المعامله المالىه الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحه النكاح بالأولويه دون العكس كما زعمه أهل السنه و الجماعه، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحه النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحه البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب

---

(١) يب ج ٢ ص ٦٧ وسائل باب ٢ من أبواب الوكاله.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨

الأولويه و الا- لم تتحقق الأولويه و اذن فالاستدلال بصحه النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح اولى بالبطلان من جهه ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط فى إبقاء النكاح لا فى إبطاله؟ مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الأمر فى الا-عراض كالأموال دائر بين المحذورين ضروره ان إبقاء النكاح الذى أوقعه الوكيل قبل وصول عزله إليه أحد المحذورين و إبطاله هو المحذور الآخر و عليه

فلا يكون احتياط في البين.

و لعل الوجه في ذلك: هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى: درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الأخذ بالجانب الأهم و بيان ذلك: ان الحكم بإبطال النكاح في موارد الاشتباه التي منها مورد الروايه أعنى به مسأله عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحه النكاح واقعا فتتزوج المرأه بزواج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحه النكاح و إبقائه فإنه حينئذ لو كان باطلا في الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا أهون من الزنا بذات البعل فالإمام عليه السلام قد جعل الأخذ بأخف المحذورين احتياطاً في الموارد المشتبهه من الاعراض انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق ان الروايه أجنبيه عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبني على الاحتياط لا في البيع و لا في النكاح لا من حيث- الفتوى و لا من حيث العمل، بل الروايه ناظره إلى جهه أخرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحه البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكي يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط، فيكون أولى بالصحه بل استندوا في ذلك الى الاستحسان الذي يقتضى الصحه في البيع و البطلان في النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان في مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير، و

من الواضح ان- الفتوى بلا علم حرام بالأدلة الأربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل، فلا شبهه في ان حكمهم بصحة البيع لا- يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا احتياط في البين و هكذا الحال في النكاح أيضا طابق النعل بالنعل، ضروره ان حكمهم ببطلانه غير مبني على الاحتياط بل انما هو مبني على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا- علم و انه في نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون في مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط، نعم يمكن الاحتياط في النكاح بأنحاء شتى:

١- طلاق المرأة، لأنها لو كانت مزوجه في الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢- اجزاء العقد عليها ثانيا.

٣- الإجازة مع عدم رد المرأة العقد الذي أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠

و اما معنى الخبر فغرض الامام (ع) منه- و الله العالم- انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين أفتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين في ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا أمر الدين أصولا و فروعاً في غير محله و لم يرجعوه إلى اهله و لم يستندوا فيه الى آية صريحه و لا سنه معتبره و لا عقل سليم بل استبدوا بآرائهم الواهيه و عقولهم الناقصه و انقطعوا بذلك عن العترة الطاهره و استظهروا بالمعصيه على الطاعة و بالفرقة على الاجتماع و بالشتات على الألفه و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العز حتى تمزق الاجتماع

و تفرق المسلمون مثل أيادي سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و أضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الأدله و البراهين و التعبد بسنه سيد المرسلين قد أخذ الأعناق إلى الأخذ بمذهب الأئمه الطاهرين و الانقطاع إليهم في فروع الدين و عقائده و أصول الفقه و قواعده و معارف السنه و الكتاب و علوم الأخلاق و السلوك و الآداب فالإمام (ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا في الماليات و أفتوا بصحة البيع الفضولي و استندوا في رأيهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا في الاعراض أيضا حيث أفتوا ببطالان النكاح الفضولي مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا و كان الاحتياط فيه أجدر و أخرى لأن تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيله إلى تولد الفراعنه و الجباره فيفسدون في الأرض و يسفكون الدماء و قد أشار الإمام عليه السلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه.

و على الجملة ان الامام عليه السلام وبخهم و وجه الإزراء عليهم من جهه إقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى و عدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الروايه بعيدة عن المعنى الذى ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر - كما فى المقاييس و

غيره- و حاصله انه إذا صح تملك البضع بالإجازة مع انه لا عوض له صح التملك المال المتضمن للعوض بالأولوية.

و يرد عليه ان عدم مقابله بالمال لا يدل على الأولوية المزبوره إذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهميه البضع و يضاف الى ذلك ان البضع أيضا له عوض غايه الأمر انه لا- يلزم ذكره في العقد بل في الجواهر (انه لا خلاف في ان ذكر المهر ليس شرطا في صحه العقد بل الإجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آيه لا جناح و النصوص المستفيضة أو المتواتره).

على ان هذه الأولوية ظنيه لأن مصالح الأحكام خفيه و من الظاهر ان الأدله الظنيه لا تصلح لإثبات الأحكام الشرعيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٢

### الوجه الخامس الروايات [١] الداله على صحه نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه

#### اشاره

و قد علل هذا الحكم في بعضها بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فقد استدل بها على صحه بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين:

### الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك الاخبار

و بيان ذلك انه إذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالإجازة اللاحقه مع كونه فضوليا لتصرفه في مملوك مولاه و كونه محجورا عليه إذ لا سلطان له في مقابل سلطنه مولاه صح العقد

[١] عن على بن جعفر عن أخيه عليه السلام: انه أتاه رجل بعبد فقال: ان عبدى تزوج بغير ادنى فقال عليه السلام: فرق بينهما فقال السيد لعبد: يا عدوا لله طلق فقال (ع) كيف قلت له قال: قلت له: طلق فقال للعبد أما الان فإن شئت فأمسك حيث قلت له طلق أقررت له بالنكاح يب ج ٢ ص ٢١٤ الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و البحار ج ٢٣ ص ٨٠ و عن معاوية بن وهب عن الصادق (ع) انه قال في رجل كاتب على نفسه و ماله و له أمه و قد شرط عليه ان لا يتزوج فأعتق الأمه و تزوجها فقال لا يصلح له ان يحدث في ماله إلا الأكله من الطعام و نكاحه فاسد مردود قيل فان سيده علم بنكاحه و لم يقل شيئا قال إذا صحت حين يعلم بذلك فقد أقر الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ و الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و عن زراره عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال: ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما و ان شاء أجاز نكاحهما فقلت لأبى جعفر (ع) فإنه فى أصل النكاح كان عاصيا فقال (ع) و ليس بعاص



للّه و انما عصى سيده و فى روايه اخرى لزراره عنه (ع) انه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا اجازة فهو له جائز الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ و الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و يب ج ٢ ص ٢١٣.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٣

المتمرض فى الفضوليه بالأولويه.

و فيه ما عرفته آنفا من ان الأولويه ليست بقطعيه لكى يمكن الأخذ بها فى الأحكام الشرعيه بل هى ظنيه فلا يجوز الاستناد إليها لأن مصالح الاحكام غير معلومه لنا.

### **الثانى: من ناحيه عموم التعليل المذكور فى الخبرين**

فقد استدل بذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله و انما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و اما إذا كان مشروعاً من قبله سبحانه و لكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط بإجازته، فإذا أجاز فقولته (ع) فإذا أجاز بمتزله كبرى كليه و خصوصيه كون العاقد عبداً و كون ذى حق سيدياً ملغى قطعاً، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فأمر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء اجازة و على هذا، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال، لانه المناط فى صحه الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان جهه الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلقاً لحق الغير كتعلق حق الرهانه أو حق الغرماء و الديان أو حق السادات و الفقراء و نحو ذلك).

و ملخص كلامه: ان الاستدلال بتلك الروايات على صحه بيع الفضولى لا يتوقف

إلى إثبات الأولوية لكى يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العله المنصوصه فى الخبرين المستفاده من مقابله عصيان الله بعصيان السيد بدعوى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٤

ان العبد لم يعص الله فى نكاحه لكى يكون قابلا للزوال بالإجازة اللاحقه كالعقد فى العده و أشباهه كما فى أحد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهه السيد فإذا رضى به صح و عليه، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالإجازة اللاحقه إذ لا خصوصيه لنكاح العبد لنفسه و اذن فالإمام (ع) فى مقام بيان الضابطه الكليه و هى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى، فهو فاسد كالعقد فى العده و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غايه الأمر انه محتاج إلى إجازة سيده.

و قال المصنف ما هذا لفظه

(و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده، أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فيزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه.

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحه بيع الفضولى

بالإجازة اللاحقة للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولي ضروره إذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا إذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٥

هو معتبر فى صحته و هو رضا السيد و اذن، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليها نعم يمكن التعدى منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الأخ، فإن صحته متوقفه على رضا العمه و كعقد بنت الأخت فإن صحتها متوقفه على رضا الخاله على ما فى بعض الروايات «١» و عليه فإذا تزوج الرجل ببنت الأخ بدون رضا العمه أو ببنت الأخت بدون رضا الخاله حكم بصحة ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهة تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لا يزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا و عليه فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان كل عقد صدر من اهله و وقع فى محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالإجازة بمقتضى التعليل المذكور فى تلك الأخبار، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف أصل انعقاده على اجازة الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولى أيضا و لكن الواقع فى الروايه ليس كذلك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحة بيع الفضولى بالإجماع على نفوذ بيع المفلس مع اجازة الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لأن شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه.

ثم إذا سلمنا دلالة الأخبار المذكوره على صحه

عقد الفضولي لم يصح ما نسب الى ابن حمزه ره من ان نكاح العبد و كذا نكاح

(١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٣٧ و يب ج ٢ ص ٢٠٨ و الكافي ج ٥ ص ٤٢٤ و الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٦

الحر لغيره فضولا كنكاح الولي الشرعي و العرفي انما يصح بالإجازة لخصوصيه خاصه في كل مورد فلا يمكن التعدي من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولي فضلا عن سائر العقود الفضوليه و ذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضوليه لوحده المناط في الجميع و لكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

### الوجه السادس: الروايات [١] الواردة في إباحه المناكح

و

[١] عن علي بن إبراهيم في تفسير قوله تعالى إِذَا جَاءُوهَا وَفُتِحَتْ أَبْوَابُهَا قَالَ أمير المؤمنين عليه السلام ان فلانا و فلانا غصبونا حقنا و اشتروا به الإمام و تزوجوا به النساء الا و انا قد جعلنا شيعتنا من ذلك في حل لتطيب مواليدهم. و عن غوالي اللثالي سئل الصادق (ع) فقيل يا ابن رسول الله ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به إذا غاب غائبكم إلخ مستدرک ج ٢ ص ٥٥٥، و عن علبة الأسدي قال دخلت على ابي جعفر (ع) فقلت له: انى وليت البحرين فأصبت بها مالا- كثيرا و اشتريت متاعا و اشتريت رقيقا و اشتريت أمهات أولاد و ولد لى و أنفقت و هذا خمس ذلك المال و هؤلاء أمهات أولادى و نسائى و قد أتيتك به فقال: اما انه كله لنا و قد قبلت ما جئت به و حللتك من أمهات أولادك و نسائك رجال الكشى.

و عن الحسن بن علي العسكري (ع) عن آباءه (ع)

عن أمير المؤمنين (ع) انه قال لرسول الله (ص): قد علمت يا رسول الله انه سيكون بعدك ملك غضوض و جبر فيستولى على خمس من السبي و الغنائم و يبعونه فلا يحل لمشتريه لأن نصيبى فيه فقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك شيئاً من ذلك من شيعتى لتحل لهم منافعهم من مأكّل و مشرب و لتطيب مواليدهم و لا يكون أولادهم أولاد حرام مجهول.

الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال ج ٢٠.

و عن سالم بن مكرم عن أبي عبد الله (ع) قال رجل و انا حاضر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٧

المساكين و المتاجر للشيعة و ان كان ذلك بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل على ان الأئمة عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم على أموالهم فتدل على تأثير الإجازة اللاحقه.

أقول لا يخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى على تقدير و لا يمكن ذلك على تقدير آخر و بيانه انك قد عرفت فى طليعه البحث عن العقد الفضولى ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الأجنبى لا يخرج عن عنوان الفضولى إلا إذا أظهره بمظهر خارجى و هذا لا شبهه فيه.

و انما البحث فى ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولى أم لا؟ كما إذا اذن المالك فى بيع شىء من ماله فباعه المأذون قبل وصول الإذن إليه فإن قلنا بتأثير الاذن الغير الواصل فى خروج العقد عن الفضولى، فالإجازة المزبوره أجنبيه عن بحث الفضولى بالكلية، ضروره أن الأئمة (ع) قد أذنوا لشيعتهم فى المعامله على ما فيه حق الامام (ع) غايه الأمران المشترى لم يطلع على ذلك الاذن و عليه، فتكون تلك المعامله مستنده الى الأئمة

حلل لى الفروج ففزع أبو عبد الله (ع) فقال له: رجل ليس يسألك أن يعترض الطريق انما يسألك خادما يشتريها أو امرأه يتزوجها أو ميراثا يصيبه أو تجاره أو شيئا أعطيه فقال هذا لشيئتنا حلال الشاهد منهم و الغائب و الميت منهم و الحى و ما يولد منهم الى يوم القيامة الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال ج ٤ ضعيف بسالم بن مكرم و حديث الأول من باب ٤ أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٨

(ع) لأجل ذلك الاذن الموجود حين العقد، و ان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعامله الصادره من الأجنبي عن عنوان الفضولى ما لم يصل اليه، بل الاذن المزبور انما يؤثر فى خروجها عن الفضولى حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروايات المذكوره تدل على صحه العقود الفضولىه و هذا هو الحق لأن الأئمه و ان أذنوا فى المعامله على أموالهم و لكنه لم يصل الى المشتري و من الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولىه باستناده الى المالك و لا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولاً للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروايات أيضا على صحه العقود الفضولىه بالإجازة اللاحقه.

و دعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد، و لا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسده، لأن الظاهر منها هو ان الامام (ع) أنما يمضى معاملات شيعتهم الواقعه على أمواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعده كلييه و هى

ان كل مالك يجوز له إمضاء المعامله الفضوليه الواقعه على ماله و على هذا فإذا اشترى أحد شيئاً ثم علم ان البائع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسيه إلى مقدار الخمس فضولياً و يحكم بصحته من ناحيه إجازة الإمام (ع) فلا يحتاج إلى إجازة الحاكم و عليه، فيتعلق الخمس بالثمن و لو كان ذلك جاريه بل يصح النقل بلا عوض أيضاً و حينئذ فيتعلق الخمس بدمه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٩

الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروايات و قد ذكرنا في كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محموله على هذه الجبهه و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا- للناقل بل ذمته مشغوله بحق الامام (ع) و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الداله على طيب المناكح و المساكين و المتاجر للشيعه و بين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كروايه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبي جعفر (ع) إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل إلخ، الوسائل باب ٣ من أبواب الأنفال و لو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الأمه التي هي للإمام (ع) مع انها جائزه و أيضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجاريه ولد زنا مع انه ليس كذلك و جميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحه و طى الجاريه التي جعلت ثمنا لما

فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله.

### الوجه السابع: الروايات [١] الواردة فى عامل مال المضاربه لو خالف ما شرط عليه

من تعيين سلعه مخصوصه فاشترى غيرها أو المنع عن السفر إلى أرض معلومه فسافر إليها فإنها تدل على انه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٠

يضمن مال المضاربه مع التلف و لكن الربح مشترك بينهما على الشرط و هذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضوليه و تأثير الإجازة اللاحقه فيها، فإنه على هذا تكون المعامله الصادره من العامل فضوليه و تصح بالإجازة اللاحقه و الا فمقتضى القاعده ان يكون مجموع الربح للمالك.

---

[١] يب عن جميل عن ابى عبد الله (ع) فى رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضربا من المتاع فاشترى به غير الذى أمره قال هو ضامن و الربح بينهما على ما شرط و روى الكلينى و الشيخ بإسناد هما عن الحلبي عن ابى عبد الله (ع) انه قال فى الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها قال: فان جاوزها و هلك المال، فهو ضامن و ان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه و ان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم. كافي عن محمد بن مسلم عن أحدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربه و ينهى ان يخرج به فخرج قال: يضمن المال و الربح بينهما. تهذيب عن ابى بصير عن ابى عبد الله (ع) فى الرجل يعطى الرجل مالا مضاربه و ينهنا أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه فقال



هو له ضامن و الربح بينهما إذا شرطه و عصاه.

فقيه عن الكنانى قال سألت أبا عبد الله (ع) عن المضاربه يعطى الرجل المال يخرج به الى الأرض و نهى أن يخرج به الى أرض غيرها فعصى فخرج به الى أرض أخرى فعطب المال فقال هو ضامن فإن أسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق (ع) فى المضاربه إذا اعطى الرجل المال و نهى ان يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن و الربح بينهما الكافى ج ٥ ص ٢٤٠ و التهذيب ج ٢ ص ١٧٠ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ و الفقيه طبعه النجف ص ١٤٣.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥١

قال المصنف- و هذا نصه:-

(فإنها إن أقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب الى ظاهر الأصحاب و عدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك و غيره كان فيها استيناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و أم حملناها على صورته رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل [١] اندرجت المعاملة فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمال كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الداله على صحة المعاملة الصادره من عامل القراض تدور على احتمالين أحدهما: عدم لزوم الإجازة فى المعاملة المزبوره، و الثانى: دلالتها على صحة تلك المعاملة مع الإجازة اللاحقه ضروره ان المالك و

ان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الأول، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشترائه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال، و على الثانى، فتدل على صحة بيع الفضولى.

أقول: اما الاحتمال الأول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحة بيع الفضولى، فإنه لا يفيد الا الظن فهو لا يغنى

---

[١] كآيه التجاره عن تراض و الروايات الدالّه على حرمه التصرف فى مال الغير بدون اذنه و رضائه و قد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ١٣٧.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٢

من الحق شيئا بل لا استيناس هنا أيضا بديهه ان الحكم بصحة عقد الفضولى بلا احتياجه إلى الإجازة اللاحقه فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعامله الفضولى مع الإجازة و ذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك فى الأول بخلاف الثانى فإنه تعتبر فى صحته اجازة المالك- كما هو المفروض- و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضوليه فى عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لا سابقا و لا لاحقا إذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معاملة العامل إلى اجازة المالك، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الإطلاق.

فتحصل ان هذه الروايات أجنبيه عن بيع الفضوليه بالكليه فى مورد فلا- استيناس بها لصحة بيع الفضولى بوجه، و اما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحق الإجازة من المالك بالمعامله التى أوقعها العامل و لكنها لا يتفق و مورد الروايات، بداهه ان

المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك و العامل و مقتضى لحوق الإجازة بها هو كون الربح بأجمعه للمالك و ان العامل لاستحق منه شيئا.

و دعوى ان المالك انما أجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربه و من الظاهر ان مقتضى عقد المضاربه هو اشتراك الربح بينهما، دعوى فاسده، لأنها تكلف فى تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لا- على العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورته لحوق الإجازة من المالك دعوى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٣

فاسده إذ لا- شاهد عليه فى شىء من تلك الاخبار و لا- فى غيرها فيكون الحمل تبرعيا محضا. و على الجملة ان الروايات المذكوره و ان كانت تنطبق على البيع الفضولى بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثانى و لكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل و المالك، ضروره ان ما وقع عليه عقد المضاربه لم يوجد العامل و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربه بل انما هو عقد آخر فضولى، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربه و مشتركا بينه و بين العامل و ان لم يجزه بطل من أصله و العجب من المصنف فإنه كيف حمل تلك الروايات على الفضولى بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا فى نقل الأموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولى مع لحوق الإجازة بها من ناحيه تلك الاخبار يعد من الغرائب و انها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف.

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعده أو انها محموله على التعبد المحض؟ فربما يقال بالأول بدعوى ان

غرض الامام (ع) من تلك الروايات انما هو التنبيه على ما تقتضيه القاعده و بيان ذلك ان غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه ليس الا الاسترباح و تحصيل المنفعه بأى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعه خاصه أو عن المسافره إلى محل معين لأجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك أو تلف المال عندئذ، فيكون نهيه عن المعامله الخاصه أو عن المسافره إلى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعه أيضا، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناك مصلحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٤

خفيه لا يعلمها العامل و لا- انه مستند الى العناد و اللجاج و اذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربه غايه الأمران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربه لأجل ذلك الخيال، و حينئذ فلو رأى العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك و أقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربه، و ان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضروره ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا، فاشتركا فى الربح من جهه عقد المضاربه لا للإجازة اللاحقه لكى يستدل بذلك على صحه العقود الفضوليه كما ان كون الخسران على العامل من جهه الاشتراط، فإنه يؤثر فى كون الوضيعه عليه و به تخرج المعامله عن المضاربه فى صوره الخسران و تدل على ذلك قصه عباس [١] عم النبى (ص) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى و الا فالضرر عليهم، فيعلم

من هذه القضية انه لا بأس باشتراط كون الوضيعه على عامل المضاربه فى فرض المخالفه.

و یرد علیه أولاً: انه لا يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى

---

[١] عن الحلبي عن ابي عبد الله (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربه له من الربح و ليس عليه من الوضيعه شىء الا ان يخالف أمر صاحب المال فان العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربه و يشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذا كبد رطبه قال (ع) فان خالفت شيئاً مما أمرتك به فائت ضامن للمال يب ج ٢ ص ١٦٩ و الوافى ج ١٠ ص ١٢٠ قوله ذا كبد كناية عن الحيوان و انما منع عنه لكونه فى معرض الآفات.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٥

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه إلا الاسترباح بأى وجه اتفق فإنه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربه فى صوره المخالفه عند ظهور الربح فيها.

و اما إذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا- يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى صوره المخالفه مثلاً إذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربه ان يبيع إلا الأكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربه ليس الا تحصيل الربح.

و ثانياً: انه لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى و الا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلاً- إذا و كل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابه الموكل أيضاً بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل

فى بىع داره لىس الا الاتجار بماله بأى وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لأجل تخيله ان غير الدار لاتباع بالقيمه المناسبه و كذلك إذا وكت المرأه أحدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزوجه بعالم آخر أفضل منه بتخيل ان غرض المرأه إنما التزويج بالعالم و ان تعيين شخص خاص من جهه عدم التفاتها الى من هو أفضل منه و الى غير ذلك من الأمثله.

و ثالثا: ان تطبيق تلك الروايات على القاعده على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك أخص من المدعى لانه ربما تكون المعامله مربحه فى صوره المخالفه كما هو مورد الاخبار، و لكنها لا تكون موافقه لغرض المالك كما إذا نهى عن المعامله مربحه كان ربحها فى كل عشره اثنان و رخص فى المعامله مربحه كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٦

ربحها فى كل عشره ثمانيه فإنه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحه المعامله الأدنى بقانون ان غرض المالك من المضاربه هو الاسترباح و ان النهى عن معامله خاصه لأجل الخطا فى التطبيق، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد.

و اما كون الخسران على العامل فى مورد الروايات فليس ذلك من ناحيه الاشتراط و الا- لكان تخلفه موجبا للخيار لا كون الوضيعه على العامل بل هو من قبيل اشتراط كون الوضيعه على العامل فى صوره المخالفه و هذا المعنى و إن كان يتفق أحيانا كما اتفق فى معاملات عباس عمّ النبى (ص) و لكن لا- كليه له قطعا و من الظاهر ان الأمور الاتفاقيه لا تكون ضابطه كليه لكى تؤخذ بها فى جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه

لا- يمكن حمل النصوص المذكوره على الفضولى مع تقييدها بالإجازة اللاحقه و لا حملها على القواعد بل هى محموله على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه.

مع ان ورودها على طبق القاعده يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربه أيضا لأن الحركه على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربه بل تجرى فى الوكاله و غيرها أيضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد أفتوا على طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد.

قال العلامة فى القواعد: و لو امره بالسفر إلى جهة فسافر الى غيرها أو بابتياح شىء معين، فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على شرط و حكى التصريح بذلك كآله عن النهايه و الشرائع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٧

و النافع و التذكره و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفايه و المفاتيح و قضيه الإطلاق جمع أخر بل حكى الإجماع عن الغنيه و السرائر، على أنه يضمن فيما إذا خالف فى السفر و ابتياح المعين و عن جامع المقاصد انه لا- بحث فيه بل نسبه الى الأصحاب بل فى الرياض انه لا خلاف فيه و عن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما إذا خالف فى هذين الأمرين و عن إيضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و فى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم.

و على الجملة انه لا شبهه و لا خلاف فى حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض و تفصيل الكلام فى محله.

ثم ان شيخنا

الأستاذ بعد ما حكم بصحة المعامله التى فيها ربح و دخولها تحت المضاربه و خروجها عنها فى صوره الخسران قال (ثم ان كون الوضيعه عليه مع ان فى صوره البطلان لا وضيعه محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران).

و يرد عليه ان كون الوضيعه على العامل من جهه بطلان العقد و عدم إمكان استرداد المبيع، و ان كان ممكنا فى الجملة الا ان هذا لا يجرى فى جميع الروايات، لانه حكم الإمام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعامله فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها.

### **الوجه الثامن: الأخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم**

قال المصنف- و هذا نصه-

(و من هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربه الأخبار الواردة فى اتجار غير الولي فى مال اليتيم و ان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٨

الربح لليتيم فإنها إن حملت على صوره اجازته الولي كما هو صريح جماعه تبعاً للشهيد الثانى كان من افراد المسأله و ان عمل بإطلاقها كما عن جماعه ممن تقدمهم خرجت عن مسأله الفضولى لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم و ربما احتتمل دخولها فى المسأله من حيث ان الحكم بالمضى إجازته إلهيه لاحقه للمعامله فتأمل).

و قال فى البلغه (منها ما ورد مستفيضاً و فيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفاً بحرف).

و يرد عليه أولاً: جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشىء منها لصحة بيع الفضولى مع لحوق الإجازة فضلاً عن الدلاله عليها.

و ثانياً: انا لم نعر على خبر يكون نصاً أو ظاهراً فى كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولي بل الروايات



الوارده فى الاتجار بماله كلها على طائفتين. الطائفة الأولى صريحه فى تجاره نفس الولى بذلك [١] الثالثه [٢] مطلقه و غير مقيده بالولى و لا بغيره و من

---

[١] عن أسباط بن سالم قال: قلت لأبى عبد الله (ع) كان لى أخ هلك فإوصى الى أخ أكبر منى و أدخلنى معه فى الوصيه و ترك ابنا له صغيرا و له مال أ يضرب به أخى فما كان من فضل سلمه لليتيم و ضمن له ماله فقال ان كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا- بأس به و ان لم يكن له مال فلا- يعرض لمال اليتيم مجهوله بابن سالم الوسائل باب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به و عن أبى الربيع قال: سئل أبو عبد الله (ع) عن الرجل يكون فى يده مال لأخ له يتيم و هو وصيه أ يصح له ان يعمل به قال نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا إذا كان ناظرا له. مجهوله بابى الربيع الشامى الوافى ج ١٠ ص ٤٥ و الوسائل باب ٢ من تجب عليه الزكاه.

[٢] عن محمد بن مسلم عن أبى عبد الله (ع) فى مال اليتيم قال العامل به ضامن و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال و قال ان عطب أداه حسنه بابن إبراهيم و عن ربيع بن عبد الله عن أبى عبد الله (ع) قال فى رجل عنده مال اليتيم و هو ضامن وسائل- أبواب نا يكتسب به باب ٧٥ ج ٣ و غيرها من الروايات المذكوره فى باب الزكاه من ثل باب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاه

و من لا تجب عليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٥٩

الظاهر انه لا- دلالة في كلتا الطائفتين على ما نحن فيه و لا استيناس بهما لذلك، اما الطائفة الاولى فلان التاجر الولي بمال اليتيم تاره يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم و يتجر به لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلك في روايه الصيقل و مفضل بأنه ان كان عندك مال و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى أخذته قرضا و لكن الروايه- ضعيفه، و اخرى لليتيم و على الأول فالمعامله مختصه بالولي فلا حظّ فيها لليتيم بوجه و عليه، فيكون ربح التجاره له و خسرتها عليه و اذن فلا ربط لها بالمعامله الفضوليه بل شأنها شأن سائر تجاراته بمال نفسه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٠

و هذا واضح لا شبهه فيه و على هذا تحميل الروايات [١] الداله على جواز أخذ مال اليتيم مع الضمان و الشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولي و لو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور في هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه.

على ان بعضها مقيد بخصوص الولي كما يظهر ذلك لمن- يلاحظها و على الثاني، فلا ربط للمعامله الفضولي أيضا إذ لو كانت فضوليه لاحتاجت إلى اذن الولي فتخرج بذلك عن الفضوليه، و اما إذا كان المتصدى لها هو شخص الولي، فلا تحتاج صحتها إلى إذن احد ضروره ان صحه تصرفات غير الولي متوقفه على اذن الولي فلو كانت صحه تصرفات الولي أيضا متوقفه على اذن غيره فاما يدور أو يتسلسل و كلاهما باطل.

نعم يعتبر في اتجار

الولى بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فإنه حينئذ يكون الربح لليتيم و الخسران أيضا عليه.

أقول لا دليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفة الاولى، و اما الطائفة الثانية، فهي ظاهره فى كون الربح لليتيم و

---

[١] عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله (ع) فى رجل ولى مال يتيم استقرض منه فقال: ان على بن الحسين (ع) قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا فى حجره فلا بأس بذلك.

و عن ابي نصر قال سألت أبا الحسن (ع) عن الرجل يكون فى يده مال لأيتام فيحتاج اليه فيمد يده فيأخذه و ينوى أن يرده فقال لا- ينبغي له ان يأكل إلا- القصد و لا- يسرف و ان كان عن نيته ان لا يرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦١

الوضيعة على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولي و غيره لمكان الإطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقة مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفة السند كما ذكرناه فى الحاشية.

و اما إذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتيم و الخسران على الولي المتجر به كما فى روايه الصيقل و غيرها، و هذا أيضا غير مربوط بالفضولي لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحه المعامله بالإجازة هو كون النفع لليتيم و الوضيعة عليه، و مقتضى عدم إمضائها هو بطلانها من أصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتيم تعبدا و لعل الحكمه فيه هو مراعاة حال اليتيم كما سيأتى قريبا الإشاره اليه على ما فى الروايه كما أن الأمر كذلك فى اتجار غير الولي بمال اليتيم و

سيأتى قريباً على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفه السند و اما الطائفة الثانيه التي تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقاً، فهي ناظره إلى رعايه حال اليتيم و وارده في مقام التوسعه له و- الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص في الاتجار بماله لأى أحد مع كون ربح التجاره له و وضيعتها على التاجر و لعل النكته في ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن و لا شبهه في ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى أصلاً و لا تنطبق عليه القواعد، و لا أن صحه المعامله المزبوره متوقفه على اجازة الولى لو كان التاجر غيره حتى يتوهم أنّها كيف تكون صحيحه مع عدم لحوق الإجازة بها؟ إذ لو كانت هي فضوليه و موقوفه على اجازة الولى لاختصت باليتيم في صوره الإجازة و كانت الوضيعه عليه و الربح له و كانت باطله من أصلها في صوره الرد و على كل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٢

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضيعه على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محموله على التعبد الصرف.  
و قد يقال: ان كون الاتجار بمال اليتيم فضولياً لا يستلزم التوقف على اجازة الولى بل يمكن ان يكون ذلك فضولياً و مجازاً من قبل الله تعالى و قد وصلت إلينا هذه الإجازة بواسطه سفرائه الكرام.  
و عليه، فتحمل الروايات المتقدمه على هذه الناحيه.

و يرد عليه أن إدخال التجاره بمال اليتيم فى الفضوليه بالإجازة الإلهيه يوجب خروجها عن ذلك جزماً، ضروره ان تلك الإجازة موجوده حال العقد لا انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد- الروايات فى عقد الفضولى و لعله لأجل

هذا أمر المصنف بالتأمل.

و هذا المطلب ظاهرا ينافى لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضوليه و ان كان الاذن موجود أحال العقد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم أجنبيه عما نحن فيه بالكلية.

### الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم [١]

حيث ان الامام

[١] عن ابى جعفر (ع) فى عبد لقوم مأذون له فى التجاره دفع اليه رجل ألف درهم فقال اشتر منها نسمة و أعتقها عنى و حج عنى بالباقي ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فأعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي فى الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى أبيه و مواليه و ورثه الميت فاجتمعوا، فاختصموا جميعا فى الألف درهم فقال: موالى المعتق انما اشترت أباك بمالنا فقال أبو جعفر (ع) اما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد و اما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٣

عليه السلام قد اكتفى فى الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازة المالك لو لم تكن كافيه فى صحه الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص أيضا.

و لا يخفى عليك أن صريح الروايه هو أن المدعى لملكه الأب ثلاث طوائف:

١- موالى الأب المعتق فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٢- موالى العبد المأذون، فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٣- ورثه الميت فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

و على الأول، فالمعامله باطله من أصلها لأننا ذكرنا فى محله ان البيع عباره عن اعتبار التبديل بين المالين فى جهه الإضافه و لا شبهه فى ان هذا المعنى لا- يتحقق الا- بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و

يجعلها قائمه بالثمن و يفك المشتري إضافته القائمه بالثمن و يجعلها قائمه بالمتاع لان كلاً من المتعاملين يبدل ماله- عند المبايعه بمال شخص آخر فى جهه الإضافه و عليه، فإذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبائع و لو صار ملكا لشخص آخر لما

---

المعتق فهو رد فى الرق لموالى أبيه و اى الفريقين أقام البيئه ان العبد اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا ضعيف با بن أشيم الكافى ج ٧ باب النوادر من الوصيه ص ٦٢ و يب ج ٢ زيادات الإجازات ص ١٨١ و العتق ص ٣١٨ و زيادات ص ١٦٨ الوصايا ص ٤٠١ و الوافى ج ٩ باب قضايا غريبه من القضاء ص ١٦٨.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٤

صدق عليه مفهوم البيع لان الثمن لم يدخل فى ملك من خرج المثلث عن ملكه كما أنه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع أيضا لعدم تحقق التبديل فى جهه الإضافه مثلا إذا ملك احد ماله لنفسه بإزاء ماله الآخر أو ملكه لزيد بإزاء تمليك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع و اذن فلا- ربط للروايه على هذا الوجه بالبيع الفضولى بوجه بل نسبته إليها كوضع الحجر فى جنب الإنسان.

و على الثانى فالمعامله و ان كانت صحيحه و لكنها بعينه عن بيع الفضولى إذ المفروض أن العبد مأذون فى التجاره من قبل مواليه، فيكون مأذونا فى شراء أبيه و عليه فالروايه أيضا أجنبيه عن عقد الفضولى الا أن يقال: أن موالى المأذون و ان أذنوا له فى التجاره و لكن الظاهر ان المراد منها هو التجاره التى فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها،

فيكون فضوليا، فلا تكون الروايه أجنبيه عنه فتأمل.

و على الثالث فقد يقال بدخول المعامله فى العقد الفضولى لأن الظاهر من الروايه أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال إلى الورثه و حينئذ فتكون المعامله فضوليه لعدم كون العبد مأذونا فى ذلك من قبلهم، فتكون مطالبه المبيع اجازة و اذن- فتدل الروايه على صحه بيع الفضولى، ضروره أنه لو لم تكن الإجازة المتأخره كافيه فى صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و اقامه البيئه عليه كافيا فى تملك المبيع و لكن كون البيع فضوليا فى هذه الصوره- متوقف على إنكار الورثه وصيه مورثهم بما فعله العبد المأذون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٥

و دعواهم وكالته فى ذلك من المورث فإنه عندئذ تبطل الوكاله بموت الموكل و تصح المعامله فضوليه لما عرفته من ان الظاهر من الروايه هو كون الشراء بعد موت المورث و هذا المعنى و ان كان متينا فى نفسه و لكن يحتمل أن يستند شراء العبد إلى اذن الورثه إذ المفروض هو كون المشتري مأذونا فى التجاره و لو كانت لغير مولاه كما هو مقتضى الإطلاق و على هذا، فلا تكون المعامله فضوليه حتى مع إنكار الوصيه.

و دعوى أن هذا مخالف لظاهر الروايه و إطلاقها لأن الظاهر كون العبد مأذونا فى التجاره لمولاه فقط و الا لوقع التعرض له فى الروايه، دعوى فاسده لما ذكرناه من ان مقتضى الإطلاق هو كون العبد مأذونا فى مطلق التجاره و يضاف الى ذلك ان الروايه مسوقه لبيان حكم المخاصمه بين المدعين و ليس فيها تعرض لهذه الناحيه كما لا تعرض فيها لشرائط التجاره.

و لا يخفى عليك انه بناء على نقل المصنف فالروايه

ظاهره فى كون الشراء قبل موت الدافع و عليه فلا تكون المعامله فضوليه لانه عندئذ فالروايه ظاهره بل صريحه فى كون المشتري مأذونا من قبل مولاه و مولى أبيه و من قبل أب الورثه و اذن فتبعد الروايه عن عقد الفضولى، و لكن المصنف لم ينقل الروايه بعينها و الا فلا شبهه فى ظهورها فى كون الشراء بعد موت المورث.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد استظهر من الروايه ثبوت الوصيه بما فعله العبد المأذون و إليك لفظ مقرر بحثه.

(ان الظاهر من الروايه أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٦

فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله (ع) اما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد فالورثه لا ينكرون الوصيه حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافى ذلك قوله (ع) اى الفريقين بعد أقاموا البيئه على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقما لإمكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس، و كيف كان فظهور الروايه فى مسأله الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحه نعم قابل للحمل عليها فتدبر). و يرد عليه أولا: انه ليس فى الروايه ما يدل على صدور الوصيه من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثه لأن المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل و كالتة بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (ع) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لا يصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديده بل فى الحج الواجب أيضا إذا



لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار «٢» الكثيره و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسماع دعوى الورثه بعد إقامه البيئه و من الظاهر انه لو كانت هناك وصيه لم يحكم به الامام (ع).

و ثانيا: أن ورثه صاحب المال يدعون أن المأذون قد اشترى أباه بمالهم و من البين الذى لا ريب فيه أن مقتضى هذه

---

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب وجوب الحج و شرائطه و باب ٢٥ من أبواب النياه فى الحج.

(٢) الوسائل باب ٤٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٧

الدعوى هو ان يكون أباه رقا لا حرا و عليه فلا يكون الغرض من - دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم.

و ثالثا: ان الحكم بمضى الحج فى الروايه لا يتفق مع القواعد و سيأتى قريبا.

ثم انه نوقش فى الروايه بأمر فعمدتها أمران.

الأول: الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه و مطالبه البيئه من الفريقين الآخرين مع الأول يدعى فساد البيع كما عرفته قريبا، و الآخران يدعيان صحه البيع و قد ثبت فى محله أن مدعى الصحه فى باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد.

و قد يتوهم أن تقديم قول مولى الأب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحه لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهه الاستصحاب لأن الأصل بقاء الأب فى ملك مولاه.

و لكنه توهم فاسد إذ لا يجرى الاستصحاب فى المقام لان- الظاهر من الروايه هو أن العبد المأذون فى التجاره كان عنده المال من جميع الفرق و الخصماء و كان مأذونا فى التجاره لمولاه و مولى أبيه و كان وكيلا أيضا من قبل صاحب المال

فى شراء عبء و عتقه و تجهيزه للءء حتى ىءء عن الميء، و عليه، فىنفء إءرار- العءء على ءمىء الفرق لان من ملك الشىء ملك الإءرار به و من الواضء أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باءراء أبىه بمال الءافع فىكون عنءئء اعترافه أو عمله الخارجى ءءه على مولى الأب و اءن، فمءضى القاعءه هو كون العءء ملكا لصاءب الءراهم فعوءه

مصباح الفءاهه (المكاسب)، ء ٤، ص: ٤٨

رقا لمولاه من ءهه الاستصءاب مءالف للقاعءه فلا ىءرى الاستصءاب هنا.

و ىرد عليه أولا: أن مءعى الصءه و ان كان ىءم على مءعى الفساء فى باب المعاملاء الا ان ذلك لا ىءرى فىما نحن فىه، لأننا ذكرنا فى محلها ان السىره قائمه على صءه العمل فىما إذا آرز أصل وءوءه الءامع بىن الصءىء و الفساء و شك فى صءته و فساءه من النواءى الأءر و اما إذا شك فى أصل وءوء العمل لم ءءر أصله الصءه لكون الشء ءىئء فى ءءق العمل فى الخارج لا فى صءته و فساءه بعء إءراز وءوءه، بل ذكرنا هناء انها لا ءءرى مع عءم إءراز قصد العءوان ءتى فىما لم ىكن العءوان من العءاوبن القصدىه كالطهاره الءبئبه مثلا- إذا شاهءنا آءا ىصب الماء على ءوب ءنءس و لكنها لم نءرز انه قصد ءطهیره أم لا- لم ءءر فىه أصله الصءه و هءذا لكلام فى قاعءه الفراغ فإنها لا ءءرى مع الشء فى أصل وءوء العمل أو فى قصد عءوانه بل إنما ءءرى مع الشء فى صءته و فساءه من ناءىه الشرائط أو الموانع بعء إءراز أصل وءوءه.

و لا شبهه فى أن هءه الكبرى لا ءنءبء على ما نحن فىه لانه بناء

على دعوى مولى الأب لم يتحقق فى الخارج معامله حقيقه أصلا بل انما تحققت معامله صوريه و عليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصوريه كبيع الهازل و الساهى و الغالط و النائم و أشباهها و اذن، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفا لأصالة الصحه لكى بلزم منه تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعده من ملك شيئا ملك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٦٩

الإقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لأن القاعده المذكوره لم ترد فى آيه و لا فى الروايه و لا انعقد عليها إجماع تعبدى لكى يؤخذ بها فى جميع الموارد، بل هى قاعده خاصه فقيهه مختصه بما إذا كان المالك باقيا على حاله الإقرار بالشىء لو لا الإقرار به مثلا- إذا أقر زيد بكون ما فى يده من المال ل بكر فهو باق على مالكيته للمقر به لو لا الإقرار و لا شبهه أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهه أن العبد المأذون فى التجاره ليس مالكا- وقت الإقرار- بشراء أبيه بمال الورثه لأنهم لم يأذنوا فى ذلك و عليه فلا اعتبار بإقراره رأسا و ثانيا: أن العبد الذى اشتراء المأذون و أعتقه و جهزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه أو لمولى المأذون أو لصاحب المال، و لا شبهه فى انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الأولين فظاهر لانه عبد، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه، و على الثالث فالبيع فضولى و من الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن و لا فى الثمن بالقبض و الإقباض و عليه فكيف يمكن الحكم بصحه المأذون

شراء الأب و عتقه عن - الميت و إرساله إلى الحج ليحج عن ذلك الميت؟ و لا ريب في أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهييه المسلمه و الظاهر انه لا- جواب عن هذه المناقشه و لكن الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند و غير منجبره بعمل الأصحاب لا صغرى لعدم فتوى الأصحاب على طبقها و لا كبرى لأننا ذكرنا في علم الأصول أن عمل المشهور بروايه ضعيفه غير جابر لضعف سنده كما أن إعراضهم عن العمل بروايه صحيحه لا يوجب وهنها بل لا بد و ان تلاحظ الروايه في نفسها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٠

فان كانت صحيحه أخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحججه إلى مثلها لا يوجب الحجيه.

### الوجه العاشر: حسنه الحلبي [١]

الوارده في رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمته، ثم باعه بأزيد من ثمنه فإنه يجب عليه أن يرد الزائد إلى المشتري الأول فإن الحكم برد الزيادة عليه الظاهر في الاستحقاق مبنى على صحة بيع الفضولى لنفسه مع الإجازة اللاحقه و الا، فلا شىء للمشتري من الزيادة، لبطان البيع إذ لم يكن البائع مأذونا في بيع الثوب لكى يصح بدون الإجازة و على هذا فالروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا بأس بدلالتها على ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن الروايه غريبه عن بيع الفضولى إذ البيع - الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الإقاله انما هو انفساخ العقد من أصله

[١] عن ابي عبد الله قال: سألته عن رجل اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال: لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه و باعه بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد. حسنه بإبراهيم بن هاشم الكافى ج ٥ باب بيع المتاع و شرائه ص ١٩٥ و يب ج ٢ باب النقد و النسيه ص ١٣٣ و الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧١

الإقالة فى مورد الروايه انفسخ العقد بالمره و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا، و حيث ان المفروض فى مورد الروايه هو بقاء الثوب على ملك المشتري لبطلان الإقالة بالوضيعة أو الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع فى فرض الوضيعه و كون الزائد ملكا للمشتري فى فرض الزيادة.

و على هذا الضوء لو أخذ البائع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من أصله لا بالنسبه إلى الزائد على الثمن المطلوب للمشتري و عليه فان اجازته المشتري حكم بصحته و الا فيحكم بفساده.

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشتري غرض خاص من الاستقاله فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقاله فاته ذلك الغرض و اذن فلا تؤثر إقالته بعد مده طويله خصوصا مع ترق القيمة السوقيه.

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالروايه على صحه بيع - الفضولى و اما معناها فهو ان المشتري قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا

بوضيعة فحكم الامام (ع) بعدم جواز الإقالة بالوضيعة و أما إذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالإقالة، و ان كانت فاسده واقعا و لكن يستكشف منها أن المشتري قد أذن للبائع في بيع الثوب سواء أ كان أقل من الثمن الأول أم كان مساويا له أم زائدا عليه غايه الأمر أنه إعطائه للبائع بعنوان الإقالة مع الجهل بطلانها مع الوضيعه فباعه البائع لنفسه متخيلا انه ملكه، فتكون ذلك من قبيل الخطا في التطبيق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٢

و دعوى أن البائع لم يقصد كون البيع للمشتري فيبطل من هذه الناحيه، دعوى فاسده لما ذكرناه في الجزء الثالث أن حقيقه البيع انما هي اعتبار تبديل شىء بشىء في جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و لا شبهه في تحقق هذا المعنى بدخول العوض في ملكك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن أو تعيين مالك المثلن إذ لم يقد عليه دليل عقلى أو نقلى و عليه فتعيين العوض و القصد إليه يغنى عن تعيين المالك و القصد اليه و لا يفرق في ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره.

و بتعبير آخر: ان اقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضولي كما عرفت آنفا و لكن وجود الاذن السابق على العقد يخرج عن الفضولي و لا شبهه في وجوده في مورد الروايه للقريه عليها منها و هي: أن الروايه قد دلت مطابقه على أن المشتري قد اذن لشخص البائع في أخذ الثوب بالوضيعة و دلت بالدلاله الالتزاميه على جواز الأخذ لغير البائع أيضا إذ لا فارق بينهما في ذلك جزما

بل قد يكون بيعه من غير البائع أولى و ارضى لأن المشتري لما رضى رده على البائع بوضيعة رضى بيعه من غيره بأكثر من ثمنه الأول بالأولويه القطعيه و المفروض فى مورد الروايه أن البائع قد باع الثوب بأكثر من ثمنه، فيكون هذا البيع مرضيا للمشتري قطعاً.

فتحصل أن الروايه غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه.

ثم احتمال شيخنا الأستاذ ثانياً بأنه: (يحتمل أن يكون البائع قد اشتراه من المشتري ثانياً، فيكون ردّ الزائد استجابياً و يشهد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٣

لهذا قوله (ع) صاحبه الأول فإن التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكاً للمشتري فعلاً).

و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو إرجاع الضمير فى كلمه (صاحبه) الى لفظ (الثوب)، فيكون معنى الروايه حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب، و عليه فتدل الروايه على ان من اشترى شيئاً بثمن ثم باعه يازيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الأول.

و لكن يتوجه عليه أولاً- أن الظاهر من سياق الروايه هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و أريد منه البائع و المراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشتري و- عليه فمعنى الروايه هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه و قرينه الذى هو المشتري.

و ثانياً: أن الثوب لو كان للبائع من ناحيه البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد)، إذا- المفروض أن الثوب ملك للبائع و قد اشتراه من المشتري الأول ثانياً بأقل من الثمن الذى باعه منه أولاً و لا شبهه فى صحه هذه

المعاملة لأنها ليست بإقاله، لكى لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو أخذه جهلا و باعه بأزيد من الثمن الأول.

و ثالثا: أن إرجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغويه بل يستلزمها إذ بناء على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان أحدهما المشتري الأول، و ثانيهما البائع، و حيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

مصباح الفقيه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٤

نفسه، فيكون ذلك قرينه على ان المراد من قوله (ع) و يرد على صاحبه هو المشتري و حينئذ فلا- يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ- الأول و الا فيكون لغوا و اما إذا أرجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور فى السؤال و أريد منه البائع فإنه حينئذ لا تلزم اللغويه، لأن الثوب له صاحبان الصاحب الأول، و هو الذى اشترى الثوب من البائع أولا- و الصاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا، فإذا قيد لفظ صاحبه بكلمه الأول أريد منه المشتري الأول و عليه فتكون هذه الجملة قرينه على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الأستاذ.

**الوجه الحادى عشر: روايه «أ» عبد الرحمن بن أبى عبد الله**

**إشاره**

قال سألت أبا عبد الله (ع) عن السمسار ا يشترى بالأجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس و قد جعلها المصنف مؤيده لصحه بيع الفضولى

**و حاصل كلامه أن فى الروايه احتمالات شتى:**

**الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،**

فيكون أخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الأمتعته ما يرضى به و يوفيه دينه و لا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تأتي بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

---

(١) الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ و الفقيه و الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

مصباح الفقيه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٥

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالأجر و فرضه فى الروايه



ممن يشتري به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ أصل حرفته و صناعته لا بملاحظه هذه القضييه الشخصيه و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا.

### **الثاني: أن يكون الشراء لصاحب الورق**

بان يكون الدلال وكيلا- عنه في ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بائع الأمتعه بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه.

### **الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله في ذلك**

بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد إذنا في الشراء و لا توكيلا فيه إذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء أو يكون ذلك بعنوان الأمانه أو حصول الاطمئنان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائده الشرط عليه من أخذ ما يريد و ترك ما يكرهه عدم مطالبه الأجر منه على عمله أو حذرا من إباطه و امتناعه عن ذلك.

و على هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد و الإمضاء فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الإجمال في السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التي منها- احتمال كون الشراء فضوليا.

و يرد عليه: أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم إذا كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٦

مورد السؤال ذا شقوق شتى فأجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا- استفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق في الحكم و الا- فيلزم منه الإغراء بالجهل و اما إذا لم يكن السؤال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك أن الروايه ظاهره في الاحتمال الثاني و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غايه الأمر انه جعل لنفسه الخيار على صاحب المتاع و قد عرفته آنفا و اذن فلا إشعار في الروايه بصحة بيع الفضولي فضلا عن دلالتها عليها أو تأييدها لها.

هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغه و جعله أظهر الاحتمالات و هو وقوع الاشتراء بالمساومه و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفه و يكون دفع الورق لطمأنينه السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار انتهى.

و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به على ان الروايه غير نقيه - السند.

### **الوجه الثاني عشر: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع**

فعن مسمع أبي سيار قال:

قلت لأبي عبد الله (ع) انى كنت استودعت رجلا مالا، فجددني و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال هذا مالك فخذ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٧

أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين و الروايه «١» ضعيفه بالحسن بن عماره.

و وجه الاستدلال هو ان أخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لا يصح الا على صحه بيع الفضولى مع الإجازة اللاحقه و الا فلا شىء للمالك من الربح فكان الروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح.

و فيه أولا: أن الروايه ضعيفه السند كما مر فلا يمكن الاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و ثانيا: أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعامله على عين الوديعة اما بنحو المعاطاه أو بالعقد اللفظى و لكن لا قرينه فى الروايه على ذلك.

### **الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك و اللقطه**

من أنه إذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له و الا ضمنه المتصدق.

و فيه: أنه لا شبهه فى صحه التصدق هناك للإذن الشرعى و ان لم يرض به المالك و انما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبدا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك.

و اما ما ورد من نفوذ الوصيه بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازة الورثه، فأیضا غير مربوط بالبيع الفضولى و انما الإجازة هناك



١٠ من الوديعه و الوافى ج ١٠ ص ١١٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ و الفقيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٨

شرط فى نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر.

هذه هى الوجوه التى استدلت بها على صحة بيع الفضولى و قد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لا يتم شىء منها و انما العمده هى العمومات و المطلقات و سيتضح لك قريبا بطلان ما استدلت به على فساد بيع الفضولى و انه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات و اذن، فالحكم بصحة بيع الفضولى انما هو من ناحيه العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها على النحو الذى عرفته سابقا.

**و قد استدلت على بطلان بيع الفضولى و عدم صحته بالإجازة اللاحقه بوجوه عديده من الأدله الأربعة**

**اما الكتاب فقوله تعالى <sup>□</sup> لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ <sup>□</sup> إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**

**و وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين.**

**الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجاره عن تراض**

فالمعنى أنه لا- يتصرف بعضكم فى أموال بعضكم الآخر بوجه من الوجوه فإنه باطل الا بوجه التجاره عن تراض فإنه جائز و لا شبهه فى انه لو لم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قله- الارتباط بين المستثنى و المستثنى منه و من الظاهر ان بيع الفضولى ليس تجاره عن تراض فيكون أكل المال به الكلاله بالباطل.

و دعوى أن لحوق الإجازة به يدرجه فى التجاره عن تراض، دعوى فاسده لأنه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الإجازة بها لا يجعله مصداقا لها.

**الوجه الثانى: سياق التحديد**

فان كل وصف ورد فى مقام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٧٩

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف و ان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد و الا- فلا- شبهه فى ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد- التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

اما الوجه الأول فقد ناقش فيه المصنف بأن

دلالة الآيه على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع إذ لا يصح استثناء التجاره الصحيحه من التجاره الفاسده، فلا يستفاد حصر أكل المال بالتجاره عن تراض لكي يستفاد منه بطلان بيع الفضولى.

و فيه أولا: أن الاستثناء المنقطع من أوضح الاغلاط إذ لا يصح أن يقال ما رأيت عالما الا جاهل و ما اتجرت تجاره فاسده إلا تجاره صحيحه فإنهما و أشباههما من الأغلاط الواضحه التي لا تصدر من الأخصائين فى الفصاحه و المدربين فى البلاغه بل هى لا تصدر ممن دونهم و لا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من الله العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى

نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبي (ص) من جميع البشر و الأمم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى و تحداهم الى الإتيان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه أيضا ثم تنزل عن ذلك و طالبهم أن يأتوا بسوره واحده مثله و أمرهم أن يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عز من قائل قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَ الْجِنُّ إِخٍ فَمَا كَانُوا مَقْرِنِينَ و مع ذلك كله كيف يرض المصنف بوجود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٠

الغلط فى مثل هذا الكتاب الذى لا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ، تعالى كلامه عز و جل عن ذلك علوا كبيرا و اذن فليس الاستثناء الاقسما واحدا و هو الاستثناء المتصل و عليه فلاستثناء فى الآيه- الشريفه استثناء متصل و لو كان ذلك بالعايه. و ثانيا: لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين و لكن الموجود فى آيه التجاره عن تراض استثناء متصل و ذلك لان الألفاظ المذكوره ليست إلا الأكل و الأموال و الباطل و التجاره و التراضى اما اللفظ الآخر فهو المستثنى و اما البواقى فلا يصلح شىء منها لان يكون مستثنى منه و هذا ظاهر.

و اذن فلا- مناص الا- عن تقديره فى الكلام و قد ذكرنا غير مره ان دخول الباء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها فى الآيه مع التجاره عن تراض قرينتان على كون الآيه ناظره إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله كما أن المراد من الأكل ليس معناه الحقيقى أعنى به الازدراد بل هو كناية عن تملك مال

الناس من غير استحقاق، و اذن فيكون المستثنى منه محذوفا في الآيه المباركه و هو أسباب التجاره، و قد حذف و أقيم لفظ بالباطل مقامه و نظير ذلك كثير في القرآن و غيره و من ذلك قوله تعالى إِنَّ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ، حيث حذف الجزاء و أقيمت العله مقامه و حينئذ، فمفاد الآيه المباركه انه لا تملكوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل و عليه فتدل الآيه على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨١

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تأكلوا لا تأكلوا أموال الغير و بعد التجاره عن تراض ليس الأكل أكلا لمال الغير.

و ثالثا: لو سلمنا كون الاستثناء فى الآيه منقطعا و سوق الآيه بحسب ظهورها البدوى إلى بيان القاعده الكليه لكل واحد من أكل المال بالباطل و التجاره عن تراض و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجاره عن تراض و لا من الأسباب الباطله فيكون مجملا و لكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من القرينه المقاميه و تحصل أن الآيه- المباركه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه بالتجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا، فدلاله الآيه على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجاره عن غير تراض و منها البيع الفضولى

اما الوجه الثانى، فقد ناقش فيه المصنف:

بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف بمورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى وَ رَبَّائِكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ لا للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا، ثانيا لتكون بناء على نصب تجاره كما هو المنقول عن قراءه الكوفيين، لا قييدا للتجاره و حينئذ فيلزم وقوع الأكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٢

التجاره أم تأخر عنها إذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الأكل تجاره و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه على الوجه الأول، أنه لا شبهه فى ثبوت مفهوم- الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائده القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هى الدلاله على عدم ثبوت الحكم للطبيعه الساريه مثلا إذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه إثبات وجوب الإكرام للعالم و نفيه عن غيره، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الإكرام للإنسان العالم لا لطبيعه الإنسان و أضف الى ذلك اننا لو سلمنا عدم دلاله الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينه على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهه فى ثبوته كما إذا ذكر الوصف فى مقام التحديد لان وقوعه فى مقام التحديد قرينه مقاميه على اختصاص الحكم بمورد الوصف و لو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له.

و الوجه فى ذلك هو أن الحد لا بد و أن يكون جامعا للأفراد و مانعا عن



الأغيار و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام كر من الماء فى جواب السائل عن الماء الذى لا ينجسه «١» شىء، فان الإمام (ع) ذكره فى مقام تحديد الماء الذى لا ينفعل فىدل على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و ذكر التراضى فى الآيه الكريمة من القبيل المذكور لما عرفته آنفا من انها متوجه الى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها و حصر أسبابها الصحيحه بالتجاره عن تراض و

---

(١) الوسائل باب ٩ من أبواب الماء المطلق.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٣

اذن فلا شبهه فى قيام القرينه على كون قيد التراضى مسوقا الى تحديد الأسباب الصحيحه للتجاره و حصرها بالتجاره عن تراض.

و يتوجه على الوجه الثانى، انه لا يفرق فى دلالة الآيه على اعتبار التراضى فى التجاره و تقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيدا للتجاره و بين كونه خبر ثانيا لتكون، فإنه على كل تقدير تدل الآيه الشريفه على بطلان التجاره غير الناشئه من الرضا و طيب النفس.

نعم إذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائره مفهوم الوصف إذ المفروض أن التجاره حينئذ لم تتصف بالتراضى و لكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآيه على اعتبار الرضاء فى أسباب النقل و الانتقال على النحو الذى ذكرناه.

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد فى نفسه و مخالف لظاهر الآيه.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقاييس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا- (أن تكون تجاره كامله عن تراض أو ممضاه عن تراض فىندرج عقد الفضولى

فى الآيه لأن كماله و إمضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى فى المجمع عن مذهب الإماميه و الشافعيه و عن غيرهم من ان معنى التراضى - بالتجاره إمضاء البيع بالتفرق أو التباير بعد العقد) فان هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآيه و التزام بالتقدير بلا ملزم.

و التحقيق فى الجواب عن الاستدلال بالآيه على بطلان بيع الفضولى ما أشار إليه المحقق صاحب المقاييس و تبعه المصنف من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٤

أن الخطاب فى الآيه الشريفه لملا-ك الأموال فيشترط وقوعها أى التجاره برضاهم و من البين الذى لا-ريب فيه أن التجاره الصادره من الفضولى لا يطلق عليها أنه تجاره المالك الا بعد إجازته فإذا أجازها صارت تجاره عن تراض.

و بتعبير آخر انا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع و التجاره ليست إنشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و أشباههما، و لا أنها عباره عن الاعتبار النفسانى المحض و الا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفسانى الصرف من دون إظهاره بمظهر خارجى، بل حقيقه البيع و التجاره هى الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى و عليه فلو اعتبر أحد فى أفق نفسه تبديل ماله بمال غيره و أظهره بمظهر خارجى صدق عليه مفهوم البيع و التجاره.

و من البديهى أن هذا المعنى لا يصدر الا من المالك أو ممن هو بمنزلته كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولى قبل اجازة المالك، فهو ليس ببيع حقيقه بل صورته بيع الفضولى فلم يصدر منه الا-الإنشاء و الصيغه و لا-شبهه فى انه لا يطلق البيع و التجاره على الإنشاء المحض كما عرفته و لا يقال أن الفضولى قد اتجر بالمال الفلانى و

باعه بمجرد إجراء الصيغ، إلا بالعنايه و المجاز فإذا اجازهُ المالك كان بيعا و تجاره حقيقه للمالك لا للفضولى، فالبيع الفضولى بما انه بيع فضولى خارج عن الآيه و عن سائر العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها خروجا تخصيصا فلا دلالة فى الآيه لا على صحته و لا على فساده و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآيه و بقيه العمومات و لا تنافى بين خروج بيع الفضولى عنها قبل الإجازة و بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٥

اتصافه بالصحه التأهليه.

و يمكن الجواب عن ذلك، بأن الآيه قد دلت على كون المدار على وقوع التجاره عن رضاء المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان اللذان لم يأذن لهما المالك و لا أجاز عقدهما و بقى الباقي.

و كيف كان فلا دلالة فى الآيه على بطلان بيع الفضولى.

**و اما السنه فهى اخبار كثيره،**

**منها النبوى المروى مستفيضا من الخاصه و العامه**

و هو قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك [١] و وجه

---

[١] عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول الله (ص) عن بيع ما ليس عندك ضعيف بسليمان بن صالح و عن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندك ضعيف بشعيب بن واقد و غيره الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود و عن حكم بن حزام قال: قلت يا رسول الله (ص) يا يأتينى رجل يسألنى البيع ليس عندى ما أبيعهُ ثم أبيعهُ من السوق فقال: لا تبع ما ليس عندك و عنه فى روايه أخرى قال قلت: يا رسول الله (ص) الرجل يسألنى البيع و ليس عندى أ فأبيعهُ؟ قال لا تبع ما ليس عندك و

عنه في روايه أخرى قال قلت يا رسول الله انى اشترى بيوعا فما يحل لى منها و ما يحرم على؟

قال فإذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه و عنه أيضا عن رسول الله (ص) لا تبع طعاما حتى تشتريه و تستوفيه سنن احمد ج (٣) المطبوع بمصر و بها بهامشه منتخب كنز العمال ص ٤٠٢ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول الله (ص) لا- عتق قبل ملكك و عن ابن علوان عن الصادق (ع) عن أبيه (ع) قال قال لا- طلاق لمن لا ينكح و لا عتاق لمن لا يملك بحارج ٢٣ ص ١٣٩ و ١٤١ عن الصفار انه كتب الى ابى محمد الحسن العسكري (ع)

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٦

الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه إرشاد الى عدم نفوذ البيع لأننا ذكرنا مرارا أن النهى عن معامله إرشاد إلى بطلانها و المراد من عدم حضور المبيع عند البائع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و اراده اللازم و عليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البائع لنفسه أم باعه لمالكه و عليه فشأن النبوى شأن قوله (ع) لا طلاق إلا فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لا بيع إلا فيما يملك بناء على قراءة لفظ (يملك) بصيغته الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لأنه إزاله علقه- الزوجيه فقبل تحققها لا يتوجه القصد إلى إزالتها و كذلك العتق و عليه فالمراد من الروايه هو طلاق زوجه الغير

فى رجل له قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة و القريه بمراحل من منزله فوق (ع) لا يجوز بيع ما ليس بملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع و عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) أنه قال لا- طلاق إلا- فيما يملك و لا عتق إلا فيما يملك و لا بيع إلا فيما يملك الخلاف ج (١) مسأله ٢٧٥ ص ٢٢٢ و رواه فى المستدرک ج ٢ ص ٤٦٠ بأدنى تفاوت كافي و عن أبي بصير عن ابى عبد الله (ع) قال كان الذين من قبلنا يقولون لا عتاق الا بعد ما يملك الرجل و عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) فقال لا يطلق الا ما يملك و لا يعتق الا ما يملك و لا يتصدق الا بما يملك و عن الحلبي عن أبي عبد الله (ع) لا طلاق إلا بعد- نكاح و لا عتق الا بعد ملك الوافى ج ١٢ باب ١٦٤ من أبواب الطلاق ص ١٥٦.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٧

ماله فضولا، فالمعنى أنه لا بيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للأخبار المستفيضه المداله على عدم وقوع الطلاق و العتاق الا بعد الملك و قد ذكرناها فى الحاشيه.

و اما بناء على قرائته بصيغه المفعول- كما توهم- فالروايه خارجه عن المقام بل هى ناظره إلى المنع عن بيع ما ليس بملك كبيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء و كبيع الخمر و الخنزير و كلب الهراش و طلاق الأجنبيه و عتاق الحر.

و يتوجه عليه أولا: ان

النبوى المزبور غير نقى السند و لا انه منجبر بشىء فلا يمكن الاستدلال به فى المقام.

و ثانيا: أن المراد من الموصول من قوله (ص) لا تبع ما ليس عندك، انما هو بيع العين الشخصيه عن نفسه ثم يشتريها البائع من مالکها و يسلمها إلى المشتري و ذلك لقيام الإجماع و الضروره على بيع الكلى فى الذمه عن نفسه سلفا أو حالا و الشاهد على ذلك من الروايه ما ذكره فى التذکره من ان النبى (ص) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشىء ثم يمضى و يشتريه و يسلمه و عليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد أخطأ العامه فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمه حالا.

و ثالثا: انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول و اراده المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البائع سواء أ كان مملوكا له أم لا و سواء أ كان كليا فى الذمه أم كان جزئيا خارجيا و سواء أ كان مقدور التسليم أم لا، و لكن لا بد من تخصيصه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٨

بالنصوص [١] الظاهره فى جواز بيع الكلى الذى ليس عنده المعتبره عن كون المنع عنه مذهب العامه حيث ناقضهم الامام (ع) ببيع السلف و أن صاحبه باع ما ليس عنده و عليه فيكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات [٢] المانعه عن بيع العين الشخصيه قبل تملكها و من هنا

---

[١] عن عبد الرحمن بن الحجاج قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال ليس به بأس قلت انهم يفسدونه

عندنا قال و أى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا إلى أجل فإذا كان الى غير أجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح فقال فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود (أحق به) ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و الى أجل فقال لا يسمى له أجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب و البطيخ و شبهه فى غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا صحيح و عنه قال قلت لأبى عبد الله (ع) الرجل يجيئنى يطلب المتاع فأقاله على ثم اشترىه فأبيعه منه فقال أ ليس إنشاء أخذ و ان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده. ان أبى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه حسنه بإبراهيم بن هاشم و عن ابى الصباح الكنانى عن الصادق (ع) فى رجل اشترى من رجل مأه من صفرا بكذا و كذا و ليس عنده ما اشترى منه قال لا بأس به إذا وفاه الذى اشترط عليه و رواه- بسند آخر فى باب ٥ من أبواب السلف الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود و عن هشام بن سالم عن ابى عبد الله (ع) قال سأل عن رجل باع يبيعا ليس عنده إلى أجل و ضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ٥ من أبواب السلف.

[٢] عن خالد بن الحجاج قال قلت لأبى عبد الله (ع) الرجل يجىء فىقول اشتر هذا الثوب أربحك كذا و كذا قال أ ليس إنشاء ترك و ان شاء أخذ؟ قلت بلى قال لا

بأس به انما يحلل الكلام و يحرم الكلام، مجهول بيحيى و عن معاوية بن عمار قال قلت لأبى عبد الله (ع) يجيئنى

مصباح الفقيه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٨٩

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أ كان المبيع كليا أم كان شخصا انما هو مذهب العامه [١] و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان بيع الكلى سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الأستاذ أو من قلم مقرر بحثه و انما العصمه لأهلها.

و رابعا: أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

---

الرجل يطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شىء فيقولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه إليه فقال أ رأيت أن وجد بيعا هو أحب إليه مما عندك ا يستطيع ان ينصرف اليه و تدعه؟ قلت:

نعم قال فلا بأس صحيح و عن منصور بن حازم قال سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينه قال ليس عندى هذه دراهم فخذها فأشترىها فأخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ا يشترى منه؟ فقال أ ليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى أعطاه الدراهم؟

قلت بلى قال إنشاء اشترى و ان شاء لم يشترى؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود.

[١] قال فى شرح الهدايه: ج ٥ ص ٣٢٤ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنة و هو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان و رخص فى السلم و القياس و ان كان ياباه. و لكننا تركناه بما روينا، و وجه القياس



أنه بيع المعدوم إذ المبيع هو المسلم فيه انتهى. و في شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٩١ منع عن بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه و في ص ١٩٢ منع عن بيع الطير في الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ و في الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٣٤ و حكم السلم الجواز فهو رخصه مستثناه من بيع ما ليس عند بائعه و دليل جوازه الكتاب و السنه؟ و الإجماع و في ص (٢٤٠) عن الحنفية و من البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لأنه إنما يبيع شيئاً معدوماً لا يقدر على تسليمه و هو باطل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٠

على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك و بقاءه على أهليته لتعقب الإجازة منه، و بعبارة اخرى: ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الإقباض لا عدم الصحة التأهليه الاقتضائية التي هي مورد البحث في بيع الفضولى.

ثم ان بيع العين الشخصية على قسمين الأول أن يكون المبيع شيئاً معيناً و مالا مشخصاً عند شخص معلوم، فباعه البائع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه إلى المشتري.

الثانى: أن يكون المبيع مشخصاً عند شخص معلوم كالقسم الأول- و لكن باعه البائع لملكه فضولاً.

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البائع انما هو القسم الأول لأن إرادته القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى، هو الإنشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره، فيحتاج ارادته الى العناية و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن إيجاد حقيقه البيع التي يتوقف حصولها على النقل

و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الإنشاء الصادر من الأجنبى فلا يكون بيعا إلا بالإجازة اللاحقه.

و بتعبير آخر: أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك و السلطنه لمن له البيع لا للعاقد عنه، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا: بعدم ظهوره فى القسم الأول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى أيضا، فيرجع فيه الى العمومات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩١

الداله على صحه العقود، و اما القسم الأول فيرجع فيه الى الروايات الداله على المنع عن بيع الشخصى الذى هو غير موجود عند البائع.

و مع الإغماض عن ذلك، فلا دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلك لان الظاهر من منع البائع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه و كونه له كما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحه بيع الفضولى صحه تأهليه بحيث يستند إليه بالإجازة اللاحقه.

و لو أغمضنا عن ذلك أيضا و لكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالته عليه انما هو بالإطلاق فنقيده بالأدله الخاصه الداله على صحه بيع الفضولى و عمدتها صحيحه محمد بن قيس المتقدمه و اذن فيختص النبوى بالقسم الأول فقط.

و لو تنزلنا عن ذلك أيضا و قلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه و بين ما دل على صحه بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب و مع عدم المرجح فى البين - فيتساقطان و يرجع الى العمومات، و قد عرفت فى أول المسأله أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحيه.

و قد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان

بيع الفضولي بالروايات الداله على المنع عن بيع مالا- يملك بناء على قراءه يملك بصيغه الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحه الصفار المتقدمه قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرض لصحيحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٢

الصفار من ان (الأصحاب قد أفتوا فى هذه المسأله التى هى مضمون هذه الروايه بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى انه صحيح، لكونه فضوليا موقوفا فى لزومه على اجازة المالك و الروايه كما ترى تنادى بأنه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمه مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكة) إذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعى كما فهمه الأصحاب فان اراده النفوذ من الجواز شائع و إذا احتمل هذا المعنى، فلا يبقى فى الصحيحه ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا- يجوز بأعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفى.

و قال شيخنا الأستاذ: (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها، فلا يمكن تخصيصها بالأدله الداله على صحة الفضولى لأن تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق، بتقريب أن مفاد الأدله المانعه هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز و مفاد الأدله المجوزه صحة البيع للمالك إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين فإنه لو

سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولى البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا- إشكال فى شمول الروايات الداله على الصحه لجميع الاقسام).

و لكن يتوجه عليه: أن تخصيص الأدله المجوزه بصوره كون البيع لمالك مع لحوق الإجازة ان التخصيص لأجل ما ذكر انما يصح فيما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٣

إذا لم يتعارف فى الخارج بين الإنسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا فى زمان الجاهليه بل فى جميع الأزمنه، و قد جرت عليه سيره الجهال و الفساق و غير المباليين فى أمر الدين حيث انهم يرون الأسباب غير المشروعه مملكه كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانه و أشباهها بل ربما يستملكون أموال الناس بلا- مملك شرعى و لا- عرفى و يعاملون معها معامله أموالهم. و قد يقال: ان النسبه بين ما دل على صحه بيع الفضولى و بين ما دل على فساده هى العموم من وجه- كما فى حاشيه المحقق الايروانى- و إليك نصه: (أن المنفى فى هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار أخص من هذه الجبهه و ان كانت أعم من حيث اجازة المالك، فتكون النسبه عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و ان أجاز المالك كما قالوه فى بيع الغاصب).

و فيه أن الاستدلال بالأخبار المانعه على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها أعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لأنها لو كانت مختصه بالبيع للمالك لكانت خارجه عما نحن فيه- بالكلية- و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك.

و قد عرفت

قبل الشروع بذكر أدله القولين أن هنا ثلاث مسائل:

الأولى أن يبيع للمالك الثانيه ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

و كلامنا فعلا فى حول المسأله الاولى و اما البيع لنفسه الذى هو المسأله الثالثه فسيأتى البحث عنه قريبا، و كيف كان فلا وجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٤

لتخصيص الأدله المانع له لصوره البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر فى الاخبار المانع و لا فى الاخبار المجوّزه كون البيع - للمالك مع لحوق الإجازة أو كونه للبائع و لم يصرح فيهما بشىء من ذلك و اذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصه بل الظاهر منهما هو كون الطائفة المجوّزه أخص من الطائفة المانع له لأن الأولى مختصه بصوره لحوق الإجازة من المالك و الثانيه أعم من ذلك.

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقت و الرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الآخر.

### و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل

قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال فليقل له ليمنعها أشد - المنع فإنها باعت ما لم تملكه «١» حيث انها تدل على المنع عن بيع الإنسان ما لا تملكه، فتشمل الفضولى أيضا.

و فيه ان الصحيحه تدل على انه لا يجوز لبائع الفضولى ان يقبض الثمن، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال: انها مشعره بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بأنه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لو كان البيع فاسدا لعلله بذلك لان التعليل بالأمر الذاتى

(١) التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ و التهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ و للوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٥

العرض.

**و منها روايه «١» الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها أو بأمره أو رضى منه**

فإنها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولى لأنه لم يصدر من المالك و لا بأمره و لا برضاء منه.

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند من جهه الإرسال.

و ثانيا: انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الأصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقه واحده حيث بنوا على النفوذ فى الأول و توقفه على اجازة المالك فى الثانى و لا ريب ان إطلاق الجواز و عدمه على النفوذ و عدمه شائع بين الفقهاء رضوان الله عليهم، و من ذلك قولهم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ و اذن، فالروايه تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و عدم نفوذه منه و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا- يطلقان على الإنشاء الساذج و عليه فالمراد من قوله (ع) لا- يجوز ابتياعها إلخ هو النهى عن ابتياع مال الغير حقيقه لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من أصله بل ربما يقال:

بدلالتها على صحته، و ذلك لان الإمام عليه السلام قد تفصل بان ابتياع الأرض لا يصح الا بمباشرة المالك أو بوكاله منه أو برضائه به على سبيل مانعه الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و قد ذكرنا مجموع الروايه سابقا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

الرضاء السابق على العقد لكننايه قوله (ع) و بأمر منه فى ذلك، و لا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحه البيع و قد عرفته فيما سبق، فىكون المراد منه الرضاء المتأخر، و ان أبيت عن ظهور الروايه فى ذلك فلا- أقل من الاحتمال فتكون الروايه- مجمله.

و كيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى.

### و منها صحيحه محمد بن مسلم

عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بقم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا فقال لا تشتريها الا برضاء أهلها [١] حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الأرض الا برضاء أهلها، فىكون الشراء من الفضولى فاسدا

و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافى استناد البيع الى المالك بإجازته إذ لا دلالة فى هذه الروايه على اعتبار الرضاء المقارن فى صحه العقد و كون الإجازة اللاحقه لاغيه، فلا وجه لما ذكره فى الحدائق، من صراحه الروايه فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال: و دعوى قيام الإجازة- المتأخره مقام الرضاء السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء.

[١] فى حديث المناهى قال من اشترى خيانه و هو يعلم فهو كالذى خانها، و فى روايه سماعه قال سألته عن شراء الخيانه و السرقة فقال إذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشترت من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٧

### و منها الروايات «١» الداله على عدم جواز شراء السرقة و الخيانه

و قد استدل بها و غيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى و قال فى جملة ما ساقه من الكلام و إليك لفظ بعضه و هذه جملة من الاخبار الواضحه الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع- الفضولى و عدم صحته، و لو كان ما يدعونه من صحه بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الإجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو أشير اليه و لاجابوا بالصحه و ان كان اللزوم موقوفا على

الإجازة في بعض هذه الأخبار ان لم يكن في كلها مع انه لا أثر فيها لذلك و لو بالإشارة فضلا عن صريح العبارة، و قال في موضع آخر- بعد نقل خبر سماعه- و هذا نصه: (و قد نهى عن الشراء و النهى دليل التحريم و ليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا و التصرف في- المغصوب قبيح عقلا و نقلا و الأصحاب في مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو الا رد لهذا الخبر و نحوه؟ و لكنهم معذرون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الأخبار الا- انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الأدلة من مظانها و الأخبار المذكورة في كتب الأخبار المتداوله في أيديهم مسطوره) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخاليه عن التعريض و إساءه الأدب

---

العامل، و عن جراح المدائني عن الصادق (ع) قال لا يصلح شراء السرقة و الخيانه إذا عرفت، و في روايه أخرى من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك في إثمها، و في روايه قرب الاسناد عن رجل سرق جاريه ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل و ان لم يعلم فلا بأس الوسائل باب (١) من أبواب عقد البيع و شرائه.

---

(١) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شرائه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٨

مع الأصحاب.

ثم قال في آخر كلامه: و بالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الأخبار على انا لا نحتاج في الإبطال إلى دليل بل المدعى للصحة عليه الدليل كما هو



القاعده المعلومه بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان أدلتهم لا تسمن و لا تغنى من جوع كما لا يخفى.

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهره فى إرادته التملك من الابتياح المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتياح من المالك، فلا- إشعار فى شىء منها ببطالان بيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليه و من نظر إليها بعين الانصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تبخره فى الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كأنه عثر على ما لم يعثر عليه غيره، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الأصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار، و كونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين أيديهم و لنصب عيونهم، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا- انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه.

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته: (بل أظن فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يأت بشىء بل مقتضى جمله من كلماته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٩٩

التي أساء الأدب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع و تخيل أن القائل بالصحة يريد حصول أثرها من المالك و التملك و جواز التصرف، و غير ذلك عدا اللزوم، فأبرق و

أرعد ثم ترنم و غرد و ساق جمله من النصوص الداله على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها.

فتحصل: انه لا-دلاله فى شىء من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولى و لو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولى، و على تقدير التعارض و التسايط يرجع الى العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و قد عرفت ذلك كله فيما تقدم.

قوله: اما الروايتان.

أقول: المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآتيتان فى بيع- الفضولى لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اى توقيع الصفار و توقيع الحميرى.

### و منها ما رواه الشيخ فى المجالس

ياسناده عن زريق قال:

كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجلا ن الى ان قال:

فقال أحدهما: أنه كان على مال لرجل من بنى عمار و له بذلك ذكر حق و شهود، فأخذ المال و لم استرجع منه ذكر الحق و لا كتبت عليه كتابا. و وارثه حاكمونى. فبياع على قاضى الكوفه معيشه لى و قبض القوم المال. فقال: المشتري كيف اصنع فقال:

تصنع ان ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه إلى صاحبها الحديث الحدائق ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث: ان هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٠

الخبر و ان تضمن ان البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر بناء على ما ورد عنهم (ع) من الأخذ بأحكامهم فى زمان الهدنه و التقية الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثه بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى و هو كما سيأتى على قسمين:

أحدهما: ما يكون المشتري عالما بالغصب و انه ليس ملكا للبائع.

و ثانيهما: ان يكون جاهلا و ادعى البائع الاذن

من المالك و ما اشتمل عليه الخير من القسم الثانى.

و لكن يتوجه عليه ان الروايه أجنبيه عن بطلان بيع الفضولى فإنها ليست مسوقه لبيان بطلان البيع حتى مع الإجازة اللاحقه، بل هى ناظره إلى بيان حكم الواقعه و أنه بعد كشف الخلاف، فلا بد و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حق الى صاحبه.

### **قوله: الثالث الإجماع على البطلان.**

أقول: قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى أول المسأله و مع ذلك قد اعترف بأن الصحه مذهب جماعه من أصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم و هو محكى عن ابن زهره أيضا فى الغنيه و عن الحللى فى مضاربه السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

و يرد عليه أولا: ان دعوى الإجماع على البطلان فى هذه المسأله موهونه جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الإجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفه الشيخ فى النهايه التى قيل انها آخر كتبه و من هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠١

الإجماع منقولاً لا محصلاً و اذن، فلا نظن وجود الإجماع فى المقام بل نطمئن بعدمه.

و يضاف الى ذلك انه ليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمه أو جميعها على ان الإجماع لا يكافؤ ما تقدم من أدله الصحه.

### **قوله: الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، التصرف فى مال الغير إلا بإذنه.**

#### **إشاره**

أقول: قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى

#### **و بيانه يحتاج الى مقدمات:**

#### **الأولى**

(و الظاهر انه لا احتياج الى هذه المقدمه) ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا و نقلا و هذا ظاهر لا شبهه فيه.

#### **الثانيه: ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه بدون إذنه**

لأنه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان أنشأه لغوا محضا و ساقطا عن درجه الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال حقيقه و لا ريب فى كون ذلك تصرفا.

### الثالثه: أن التصرف فى مال الغير حرام

للروايات الداله على حرمه التصرف فيها بدون اذن مالکها

فنتيجه هذه المقدمات هى بطلان عقد الفضولى لأن النهى يقتضى الفساد كما حقق فى محله.

وفيه أولا: أن مجرد إنشاء البيع لا يعد تصرفا فى المبيع عند العرف لا تصرفا خارجيا و لا تصرفا اعتباريا سواء أ كان ذلك باذن المالك كالوكيل فى اجزاء الصيغه، أم كان بدون إذنه كالفضولى و ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٢

لان التصرف فى المال عباره عن إيجاد ما هو من شؤون المالك سواء أ كان ذلك تصرفا خارجيا كالأكل و الشرب و الاستغلال تحت الخيمه أم كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الإجاره و نحوهما.

و هذا بخلاف الفضولى، فإنه و ان لم يكن هازلا فى إنشائه و لا غالطا و لا ساهيا و لا لاغيا و لا لاهيا و لا مستهزئا و لا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا- انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لإجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على إنشائه صدقا حقيقيا الا بعد الإجازة التى بها يتحقق التصرف الاعتبارى فى المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالإنشاء الساذج الفضولى.

و ثانيا اننا لو سلمنا كون الإنشاء الخالص تصرفا فى المبيع و لكنه لا دليل على حرمه التصرف فى مال الغير على وجه الإطلاق بقيام السيره العقلانيه على جواز الاستضلال بحائظ الغير و الاستضاء بضيائه و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله و أشباهها

و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما أدله حرمة التصرف في أموال الناس فهي منصرفه عنها قطعاً.

ثالثاً انا لو سلمنا كون الإنشاء تصرفاً في المبيع و سلمنا حرمة أيضاً، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرائن الحالية أو المقالية و الا، فلا شبهه في جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضوليه كما هو كذلك لأن الاذن قد تعلق- بالإنشاء لا بالمنشأ و الذى يخرج العقد عن الفضوليه انما هو الثانى دون الأول و عليه، فيكون الدليل أخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولى في هذا المورد لعدم كونه مشمولاً للدليل العقلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٣

و ببطلانه في سائر الموارد، و لكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى و حينئذ فيكفى في نقضه الإيجاب الجزئى.

و رابعاً: أنا لو سلمنا جميع ما ذكر و لكن انما يحرم الإنشاء من الأجنبى مع العلم و العمد و اما مع الجهل بذلك أو مع الغفله عنه، فلا وجه لحرمة و من الظاهر أن مورد بحثنا أعم من ذلك و اذن، فيكون الدليل أيضاً أخص من المدعى.

و خامساً: انا لو سلمنا ذلك أيضاً و لكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد و ان أصر عليه شيخنا الأستاذ و تفصيل ذلك في محله نعم لو كان النهى إرشاداً إلى فساد المعامله سواء أ كان- تحريماً أم كان تنزيهاً فلا شبهه في دلالة على فسادها قد تقدّم ما يمسّ بالمقام. ص ٧٥ و سادساً: أن الفساد من قبل الفضولى و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك، و لا ينافى الصحة التأهليه و جواز

استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه.

### و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان البيع الآبق من ناحيه تعذر التسليم

الذى هو شرط فى صحه البيع و من الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب و الشرط معا.

وفيه: انا نعتبر الملك و القدره على التسليم بالنسبه إلى المالك المجيز لا العاقد و الا لم يصح عقد الوكيل فى إجراء الصيغه فقط لانه ليس بمالك و لا قادر على التسليم و لا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحيه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٤

و قد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولى مشتمل على الغرر للجهل بحصول أثره و قد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر.

وفيه أولاً: أنه انما يلزم ذلك إذا حكمنا بلزومه و لكنه ليس يلازم و عليه، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ و ثانياً: أن عمده الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الإجماع لأن النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشىء و المتيقن منه غير ما نحن فيه.

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (و الجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى إنما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا هزلا و لا معلقا على الإجازة و الا لم يكن صحيحا مع الإجازة أيضا و حينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب إلخ.

و يرد عليه أولاً: ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه و اين هذا من الفضولى.

و ثانياً: ان قوله و لا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحه العقد لا يوجب بطلانه لأن صحه العقد

متوقفه واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا أمور لبطلان بيع الفضولى و لكن قد أغمضنا عنها إذ لا يهمنا- التعرض لها.

حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك

**قوله (المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك).**

**اشاره**

---

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ١٠٤

أقول: المعروف و المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحه بيع الفضولى مطلقا و حكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٥

سبق المنع و عدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثانى فى بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا إلى القرينه الداله على عدم الرضا و هى الغصب و يشير إليه أيضا ما حكى عن فخر الإسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحه الفضولى عدم مسبوقيه الصيغه بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامه فى نكاح التذكره من حمل النبوى أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه و كراهته له فإنه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح و غيره، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع أيضا.

و يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا- عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط و عليه فلا بدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحه عقد الفضولى.

و ثانيا: انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا بدّ من تقديم أدله الصحه لضعف النبوى سندا و مع صحه سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات.

و ثالثا: أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه

آثار الزوجيه بلا استيذان ولا استجاره من مولاه ولا شبهه فى كونه زانيا وهذا لا ربط له بالفضولى المسبوق بالمنع.

**ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين**

**اشاره**

الاولى: فى أنه هل هنا دليل يقتضى صحه عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك؟

الثانى: فى أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحه؟

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٦

**اما الجبهه الأولى، [أى وجود المقتضى على صحه عقد الفضولى]**

فإن كان الدليل على صحه بيع الفضولى هو العمومات فلا- يفرق فى ذلك بينما يكون مسبوqa بمنع المالك و عدمه فإنه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات فى كلتا الصورتين و الا فلا، و ان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم، فلا شبهه فى اختصاصه بصوره عدم المنع عن البيع إذ المفروض فيه ان النبى (ص) قد امره باشتراء الشاه من دون نهى عن بيعها و لذا دعاه بالخير و البركه و قال: بارك الله فى صفقه يمينك، و ان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى)، هو عدم سبق المنع عن البيع و الا لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و أقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع و على هذا، فلا يبقى مجال لاستفاده العموم من الصححيه من ناحيه ترك الاستفصال.

و دعوى أن قوله: باعها بغير إذنى أعم من المنع و عدم الاذن، دعوى فاسده للفرق الواضح بين أن يقول الإنسان لأحد ما أذنت لك فى الفعل الفلانى و بين أن يقول له نهيتك عن ذلك و لا ريب فى أن الثانى أقوى للاحتجاج فى مقام المخالفه و ان كان الدليل على صحه بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا اجازة فهو جائز، فدلالته على صحه بيع



الفضولى هنا بوجهين الأول من ناحيه الفحوى و بيان ذلك أن السيد و ان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهه شديده و لكن حيث لم يكن الزواج معصيه لله بل كان عصيانا للسيد فقط، لم يخرج بذلك عن الصحه التأهليه لرجاء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٧

زوال العصيان بالإجازة المتأخره، و إذا صح الزواج بالإجازة اللاحقه مع كونه مسبوqa بكراهه السيد صح مع كونه مسبوqa بالمنع أيضا لأن ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضيه الزواج موجود فيهما بلا فرق بين إظهارها بمظهر خارجى و عدمه و إذا صح الزواج صح غيره بالأولويه القطعيه. و يتوجه عليه: أن الروايات المزبوره خاليه عن كون الزواج مسبوqa بالنهى إذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيًا عنه و المراد بالعصيان ليس هو مخالفه نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبوديه على ما هو صريح الروايه و اذن، فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالإجازة مع المنع السابق.

و دعوى استفاده المنع منها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد، دعوى فاسده لأن حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازه و الاستيذان و الا، فيكون خارجا عن زى الرقيه و العبوديه و هذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل - بمنع صريح.

و يضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه مع وجود شهاده الحال على المنع خرج عن محل البحث إذ شهاده الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الإجازة.

على انا لو سلمنا

دلاله الروايات المزبوره على صحه زواج العبد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٨

مع المنع السابق و لكنها بعیده عن الفضولی المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروايات مستند الى العبد و أنه بنفسه طرف للمعاقد و المعاهده غايه الأمر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لا شبهه فى ان هذا غير ما هو مورد البحث فى مبحث الفضولى و اذن فلا وجه لدعوى الفحوى المتقدمه.

الوجه الثانى من ناحيه عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام (ع) قد علل فيها صحه نكاحه بالإجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصيه لله تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعيه نكاح العبد و عدم كونه معصيه لله و نفوذه بإجازة المولى بين كونه مسبقا بالنهى و عدمه، فإذا صح النكاح صح كل - معاملة مشروعته بذاته، فان كونه معصيه للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما إذ كان ذلك معصيه لله فإنها غير قابله للزوال.

و لكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه و عقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونه بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الأخ و بنت الأخت بدون اذن العمه و الخاله و اذن، فلا- يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقيه الوجوه، فقد عرفت انها لم تدل على صحه بيع الفضولى مع عدم سبق المنع، فكيف إذا كان مسبقا به و كذلك المؤيدات المتقدمه فلا وجه لاطاله البحث عن ذلك.

**اما الجبهه الثانيه [وجود المانع على بطلان العقد]**

فذكر المصنف:

(أن العقد

إذا وقع منهيًا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف في الرد فلا ينفذ الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٠٩

اللاحقة بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الأذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه اماره عدم الرضا).

و فيه أولاً: أن الباقي بعد العقد ليس إلا الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد و لكن ذلك أجنبي عن الرد بديهه أن معنى الرد انما هو حل العقد و ابطال ما حصل به من الربط و لا شبهه في أن هذا لا يتحقق إلا بالإنشاء الذي هو مفقود في المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد إلا بالإنشاء لأن الكراهة الباطنية كالرضا الباطني لا يؤثران في الرد و الإجازة و لا في الفسخ و الإمضاء و ثانياً: أن الرد لم يثبت بدليل لفظي لكي يتمسك بإطلاقه و يحكم بتحقيقه بالكراهة الباطنية الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالإجماع و من الواضح أنه دليل لبي، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن و هو إنشاء الكراهة و عدم الرضا بمظهر خارجي من اللفظ و غيره و من هنا التزم الفقيه الطباطبائي بجواز تأثير الإجازة بعد الرد و هذا نصه: (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك و لا يوجب الفسخ. اما ظهور الإجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل أقول: لا يصح دعوى الإجماع القطعي على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الإيجاب و القبول، نعم لا يبعد

دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩).

### اما الفرع الذي حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن الخ،

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٠

فتاره نفرضه في غير زمان الخيار و اخرى في زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن في اشتراء الوكيل، لو سلم انما هو لأماريه الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهه الموكل باطنا، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكاله فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع).

و ان كان في زمان الخيار فيفسخ العقد بإنكار الوكاله بلا احتياج الى الحلف على نفى الاذن في اشتراء الوكيل، و ذلك لان الموكل إذا أنكر و كاله المشتري فقد أقر بكون المبتاع للغير و لا شبهه أن هذا إقرار على نفسه، فيكون نافذا و هذا نظير إنكار الطلاق في العده الرجعيه، فإنه يكفي في الرجوع الى المطلقه بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضروره أن إنكار الطلاق إقرار على الزوجيه و لوازمها من الإنفاق و غيره، فيكون إقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا يكشف الا عن الكراهه الباطنيه و عدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفي في الرد بل لا بد فيه من الإنشاء و قد عرفته آنفا.

و من هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه

(و ما ذكره في حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة الإقدام على الحلف على ما أنكره في رد البيع و عدم تسليمه له).

و أن كان ذلك في غير العقد الخيارى، فهو بحسب طبعه على نحوين لأنه تاره ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكاله أيضا و

يحلّف على ما أنكره و أخرى ينكر الوكّالَه فقط و يحلّف على ما أنكره من دون أن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١١

ينكر التزامه بالعقد و على الأول، فيحكم بطلان المعامله إذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدي أصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ إذ لم يتحقق هنا عقد لكي يحكم بانفساخه و على الثاني فيحكم ببطلان الوكّالَه فقط دون العقد، إذ لا تحتاج صحته إلى صحه الوكّالَه و قد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد إنكار الوكّالَه لا يكفي في بطلان ما أنشأه الوكيل من العقد بل لا بد في الحكم ببطلانه من وجود القرينه الخارجيه على إرادته الصوره الاولى و أن المنكر انما ينكر الوكّالَه و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحه العقد و بطلان الوكّالَه فقط.

(بحث في بيع الفضولى لنفسه)

**قوله: المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه**

**اشاره**

و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع كما في مورد صحيحه الحلبي المتقدمه في الإقاله بوضيعة و الأقوى فيه الصحه أيضا وفاقا للمشهور.

أقول: المعروف و المشهور بين الأصحاب هو صحه بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب في بيع الغاصب و قد حكى عن كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازة كسائر البيوع الفضوليه و منهم العلامه في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكرة و القواعد و غصبهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى و حكى عن فخر الإسلام أنه اختاره بناء على صحه الفضولى و هذا مقتضى إطلاق الباقيين بل هو لازم فتوى الأصحاب في ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

مصباح الفقاهه (المكاسب)،

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا تتم هذه الفتوى بإطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولي لنفسه و عن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولي فيبيع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة فالأكثر على أنه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري إلخ.

**ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين**

**اشاره**

حذو المسأله السابقه.

**الاولى: في وجود المقتضى لصحة البيع و عدمه،**

و الثانيه في وجود المانع عن ذلك و عدمه أما الجهه الاولى فلا شبهه في أن بيع الفضولي لنفسه مع لحوق الإجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها و هذا ظاهر.

و يضاف الى ذلك صحيحه محمد بن قيس المتقدمه في المسأله الأولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبوقا بالمنع و بضميمه ترك الاستفصال نعم هذه المسأله أيضا ضروره أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام (ع) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال اماره العموم و اذن فتدل الصحيحه على صحة بيع الفضولي في كلتا المسألتين و ان ناقشنا في دلالتها على صحته في المسأله الثانيه لأجل خصوصيه فيها.

و اما الاخبار الوارده في صحة نكاح العبد لنفسه بلا اذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسأله الاولى و كذلك في المسأله الثانيه، فعدم دلالتها على صحته هنا أولى إذ المفروض أن البيع في المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فإنه للبائع لأنه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٣

بها هناك.

و أما بقيه الوجوه التي استدلت بها على صحة بيع الفضولي فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها في هذه المسأله.

**اما الجهه الثانيه، [أي وجود المانع لصحة البيع و عدمه]**

فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه و لكن عمدتها وجهان:

**الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد البيع لنفسه**

لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و حينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل  
انما هو صورته بيع نظير بيع الهازل و الغالط و الساهى.

و على لجمله ان حقيقه المعاوضه التى هى عبارته عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصوده للعاقده و ما هو  
مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضه بين المالكين و انما هو معاوضه صوريه و اذن، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع  
الفضولى لنفسه.

و يتوجه عليه.

أولاً: أن الدليل المذكور أخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبيه المبيع فلا يجرى فى الجاهل بغصبيته و لا فى  
الغافل عن ذلك.

و ثانياً: أن العلم بالغصبيه إنما يمنع عن قصد التبديل بين المالكين فى نظر الشارع دائماً و فى نظر العرف أحياناً كبيع السرقة و  
الخيانه على رؤس الاشهاد و بمرأى من الناس و مسمع منهم لا- فى نظر المتبايعين لأننا ذكرنا مراراً أن حقيقه البيع عبارته عن  
الاعتبار-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٤

النفسانى المظهر بمرز خارجى، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و ان لم يكن فى العالم شى  
ء من الشرع و أهل العرف و اما كونه ممضى للعقلاء و الشرع، فهو أمر خارج عن حقيقه البيع و انما هو من الأحكام اللاحقه له و  
على هذا فالبايع الغاصب مثلاً، و ان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره و لكن الإخلال بذلك لا  
يوجب الإخلال بحقيقه البيع لان قصد حقيقته، لما كان مستلزماً لقصد دخول احد

العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضه حقيقه و ان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزله المالك، لان تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقه البيع بل القصد الى العوض و تعيينه يغنى عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و الا فلا يصدق عليه البيع و عليه، فلو اشترط على البائع دخول الثمن فى ملك الأجنبى أو اشترط على المشتري دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضروره أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد و قد تقدم تفصيل ذلك فى الجزء الثالث.

و الذى يكشف عن صحه ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل أنه سرقه أو خيانه فبأن أنه مال نفسه حكم بصحه البيع و كذلك إذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لأبيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك و أوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأه بتخيل أنها خامسه أو ذات بعل أو أخت زوجته فبانت انها ليست بأخت زوجته و لا انها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٥

ذات بعل و لا- انها خامسه بل هى امرأه خليه يجوز تزويجها حكم بصحه الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البائع الغاصب كون البيع لنفسه لا يؤثر فى فساده و هذا ظاهر و قد أشار المصنف الى ما ذكرناه

بقوله: ان قصد المعاوضه الحقيقه مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لا حقيقه



له لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقى حقيقه نظير المجاز إلا دعائى فى الأصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثلن و لا اعتقاد له كانت المعامله باطله غير واقعه له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضه.

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايروانى و هذا عبارته:

كيف تكون المعاوضه المبنيه على أمر غير حقيقى حقيقه و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف (ره) فى غير محلها، لان غرض المصنف من

قوله لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقى حقيقه،

إنما حقيقه المعاوضه مقصوده للبائع بتبع الأمر إلا دعائى و فى الحقيقه ان المقصود انما هو الأمر الواقعى.

### **الوجه الثانى: ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه**

و عليه فان تعلق اجازته المالك بما قصده الفضولى كان ذلك منافيا لصحه العقد لان معناها هو صيروره المثلن لمالك المثلن بإجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولى كانت عقدا مستأنفا لا إمضاء لنقل الفضولى فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعباره اخرى ان ما قصده الفضولى من المبيع لنفسه ليس قابلا للإجازة لما عرفته من أن دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ فى مفهوم البيع و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٦

ما هو قابل للإجازة لم ينشئه الفضولى و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الإشكال الأول من أن حقيقه البيع عبارته عن اعتبار تبديل مال بمال فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك أم لا و سواء أقصده العاقد أم لا، فان كل ذلك خارج عن حقيقه البيع

و من الظاهر أن الفضولي قد قصد هذا المعنى غاية الأمر أنه قصد كونه لنفسه من جهة الخطاء في التطبيق و ذلك لأنه إنما قصد المعاوضه بين ملكي المالكين مع اعتقاده أو بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحة العقد بالإجازة اللاحقه و اذن، فلا- يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لأن الإجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكي المالكين إذ المنشئ لم ينشأ إلا أصل التبديل الذي- ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البائع خطابه الى غير المشتري اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهه في صحة البيع حينئذ ضروره أن اقتران الإيجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحيه الخطأ في التطبيق فلا يضر بصحة البيع.

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه إذا اعطى أحد ديناراً لشخص و و كله في شراء متاع و اشتبه الوكيل، فقصد الاثراء لنفسه ثم التفت بذلك فإنه لا شبهه في كون البيع للموكل، و أوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعاً من عمرو لموكله، فتخيل عمرو أنه اشترى لنفسه فوجه الإنشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد، ثم انكشف انه قد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٧

اشترى لموكله فان ما قصده البائع من كون الاثراء لعمرو لا يضر بحقيقه البيع.

و على الجملة أن المقصود للبائع في مرحله الإنشاء أمران أحدهما حقيقه البيع المبرزه بمبرز خارجي و ثانيهما إضافته إلى نفسه و هذه الإضافه ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغيه.

ثم لا يخفى عليك أن

ما ذكرناه جار في ناحيه المشتري أيضا حذو النعل بالنعل فإنه إذا قبل الإيجاب و اضافه الى نفسه فقال- مثلا- قبلت فان كان هذه الإضافة مطابقه للواقع فهو و الا كانت فاسده و لكن فسادها لا يضر بصحة البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن و قد حكم المصنف بصحة الشراء حينئذ بوجه آخر و هذه عبارته:

ان نسبه الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشىء من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه فالمسند اليه التملك حقيقه هو المالك للثمن إلخ.

و يتوجه عليه أن الثابت للشىء من حيثيه تقييده و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثيه و لكن لا على وجه الإطلاق بل لخصوص الحصة الحاصله من تلك الحيثيه فى ضمن ذلك الشىء سواء كانت هذه الحصة حقيقه كما إذا كان المتبايعان مالكين حقيقه أم كانت ادعائيه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٨

كما فيما نحن فيه و عليه، فاجازه المعامله الخاصه لا تقتضى إلا وقوع المعامله لمن أنشأت له المعامله لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الإنشاء و هو منفى هذا ما ذكرناه فى وجه الصحه.

و قد أجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه فى بعض أجوبه مسائله بأن الإجازة فى

هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه الخل و عليه فىكون ذلك عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازة.

و فىه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم اليه القبول المتقدم من المشتري و حينئذ، فىلغو الإيجاب الصادر من الفضولى فىكون ذلك من موارد تقدم القبول على الإيجاب المتأخر.

و ىرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الإيجاب و سلمنا أيضا جواز الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول و أغمضنا عن مخالفه هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا- فىمكن أن تكون الإجازة اللاحقه إيجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما أنشأه الفضولى، و الإجازة المتأخره على تقدير كونها إيجابا لا فىمكن أن يكون إيجابا لذلك القبول لعدم المطابقه بينهما بل لا- بد و ان فىكون له قبول آخر و قد ذكرنا فى الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري من الأمور الواضحه و اذن فلا فىمكن أن تجعل الإجازة اللاحقه مع القبول المتقدم عقدا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١١٩

مستأنفا و معامله جديده.

و قد يراد من كلامه أن للإجازة جهتان جهة إيجاب و جهة قبول فالمالك المجيز من جهة الإيجاب غير أصيل و من جهة القبول اما- و كيل المشتري أو وليه.

و ىرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز و كيلا للمشتري و لا وليا له أضف الى ذلك

أن الإجازة اللاحقة ليست الا- رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة إيجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من

(أنه ربّما يلتزم صحه أن يكون الإجازة لعقد الفضولى موجه لصيروره العوض ملكا للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين).

الأول أن قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحاله دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكوره تصحح البيع أو الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمه مقام الاذن السابق قاضيه بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٠

الثانى: انه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقده فى انتقال بدله اليه، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: بع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا ملك الثمن فى الصوره الأولى بانتقال المبيع عن مالكة الى المشتري و كذا ملك المثلث فى الصوره الثانیه، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ

المعاوضه رجع الملك الى مالكة دون العاقد.

[بقي هنا أمران]

[الأمر الأول جريان الفضولي في بيع الكلي]

إشارة

قوله (ره) الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو في الذمه.

أقول: أنّ البائع تاره يبيع مال شخصه في ذمه الغير كالدين فهو خارج عن الفضولي فإنّه نظير بيع عين ماله الشخصى.

و اخرى يبيع مال غيره في ذمه نفسه، فالظاهر خروجه أيضا عن الفضولي فإنه لا ميز لمال الغير في ذمه نفسه.

و ثالثه يبيع ما في ذمه شخص لآخر أو يشتري كذلك، فهذا لا شبهه في كونه فضوليا و يتصور ذلك في كل من البيع و الشراء على ثلثه أنحاء.

الأول ان يصرح البائع أو المشتري (تذكره أنه قد وقع في بعض الموارد فيما إذا تكون الإجازة باطله و غير مفيده أنّ العقد يبطل و هذا مسامحه بل المراد بطلان الإجازة و الا فلو انضم إليه إجازة أخرى نحكم بصحة العقد فإنّ الرد لا يخرج العقد عن قابليه انضمام الإجازة إليه فكيف ببطلان الإجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الأثر لعدم تحقق الإجازة فيه) الفضوليين بالذمه بأن يقول بعثك كذا من الطعام مثلا في ذمه عمرو أو اشتريته بخمسه دراهم في ذمه بكر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢١

الثانى: ان يكون كلامه ظاهرا في كون المبيع أو الثمن في ذمه الغير كان يصنف البيع إليه، فإن ظاهر الإضافة كونه للغير و حينئذ، فيكون الثمن أو المثمن أيضا في ذمته لما مر مرارا انه لا يعقل دخول العوض في ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه.

الثالث: ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا في كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، و على هذا، فلو أضاف

الكلى إلى ذمّه الغير أو قصد هذا المعنى، ثم أضاف البيع الى نفسه و لم يظهر ما قصده بمبرز في الخارج أو قصد هذا المعنى و أضاف البيع الى الغير و لكن أضاف الكلى إلى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى أو اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّه فلان يقع التنافى كما أنه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى ذمّه غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا.

## و هنا مسألان

### إشارة

الأولى: فى وقوع البيع للعاقده مطلقا على تقدير ردّ الغير و عدم وقوعه له مطلقا أو يفصّل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطلان، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة الثانية: فى صحة تلك المعامله مطلقا و عدم صحتها كذلك أو يفصّل كما تقدم.

### أما المسأله الأولى، [فى وقوع البيع للعاقده مطلقا]

فالظاهر من صدر عبارته العلامة أنه لو اشترى بما فى ذمّه الغير و أطلق اللفظ يقف على أجازته و إذا ردّ يقع للمباشر، بل نسب ذلك الى العلماء.

و لكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء أنما هو بما فى ذمّه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٢

نفسه للغير حيث علّل صحة الشراء بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير.

و بالجمله يظهر منه التفصيل بين المثاليين و ان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابي حنيفه حتى فى الأعيان الشخصيه.

و التزم شيخنا الأستاذ أيضا بذلك و كونه واقعا للعاقده مطلقا.

و لكن حكم العلامة الأنصارى (ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم نساعد بذيله.

و الوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرّد و عدم وقوعه للعاقده أنه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع و حقيقته متقوم بالمبادله بين الماليين بحيث يدخل كلّ من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك أو لم يعلم فإن معرفته غير دخيله فى حقيقه البيع و صحته هذا فى بيع الأعيان الشخصيه، و اما فى بيع الكلى أو شرائه فحيث ان الكلى بما هو كلى ليس فيه شائبه المالىه من جهه و أنما يكون متصفا بالمالىه إذا أضيف إلى ذمّه معينه لأن الذمه الغير المعينه أيضا كلى، فإضافه الكلى إلى كلى آخر لا يوجب

التعین و التشخص.

اذن



فكون الكلى ثمنا أو مثمنا متقوم بإضافه إلى شخص معين لا من جهة لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمه لاتصاف الكلى بالماليه، حتى يكون قابلا للمعاوضه عليه لأنّ العوضين فى البيع بمنزله الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين.

و على هذا، فلو قصد الفضولى كون المعامله لغيره و ان لم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٣

يظهر فلا- يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك، فان تحقق المعامله و ظهورها فى صفحه الوجود كان معلقا على إضافه الكلى إلى ذمه الغير و مع عدم وقوعها للغير لأجل ردّه، و عدم إمضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد؟ و الا، فيلزم كون ما يكون مقوماً للبيع و الشراء غير مقوم لهما فهل هذا الا- التناقض الواضح؟ و بعبارة أخرى اتصاف الكلى بالماليه و كونها طرفا للمبادله أنما هو بالإضافه إلى الذمه و لو فى عالم القصد، فإذا أزاله صاحب الذمه عن ذمته، فتنزل عن الماليه، فهذه الإزالة لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلى أيضا بماليه اخرى ليكون قابلا للمعاوضه عليه، لأن إزاله اضافته عن ذمه ليس إضافه أخرى لذمه شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بأنّه إذا ردّ الغير الذى كانت المعامله له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان ردّه سببا لإضافه الكلى إلى العاقد أو اتصف الكلى بالماليه بغير اضافته؟ فكلاهما غير معقول.

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامة الأنصارى حيث أفاد فى وجه البطلان بما حاصله أنّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكة الأصلى و من وقع له العقد، فلا- معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين ان يدخل فى ملك الفضولى أو ملك من وقع له العقد.

و وجه انحلال: أنّه

بعد انحصار البيع أو الشراء بمن وقع له العقد، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولي، بل هو دائر بين ان يبقى في ملك مالكة الأصلي و ان يدخل في ملك من له العقد على تقدير أجازته العقد.

هذا كله في مقام الثبوت و اما في مقام الإثبات فظاهر الكلام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٤

كون العقد للمباشر الا ان يثبت بينه و نحوها كونه للغير.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تصدى الى تصحيح العقد في كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه أو العكس.

و حاصل كلامه: أنه إذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير أو اشترى مالا للغير بمال نفسه، فإن أجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر و حمل على ذلك كلام العلامة و فسرته بصوره الشراء في ذمه نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه و الوجه في ذلك: ان الفضولي إذا اشترى مالا للغير بمال نفسه في الذمه فقد أنشأ بيعين: الأول اشتراؤه لنفسه من الغير، و الثاني يبعه لمن له العقد بلا- مرابحه و وضعه كما هو كذلك في بيع التولية، فيكون ذلك من مصاديقه، فكون البيع للفضولي ليس خارجا عن القاعده مع رد من له العقد فان رده يوجب انحلال- البيع الثاني دون الأول.

و على ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يرد اشكال المصنف أيضا فإنه على تقدير صحته انما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائرا بين كونه للفضولي أو من له العقد و اما بناء على ما ذكره الأستاذ فهنا يبعان أحدهما للمباشر، و الثاني لمن له العقد فبطان الثاني للرد لا يوجب بطان الأول.

و لكنه ليس بتمام، لأنه أولا

لا يتم في البيع فإن بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى في البيع.

و ثانياً أنه على هذا يكون الإجازة اللاحقة قبولاً للإيجاب الذي تحقق في ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن إخلال الفصل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٥

البعيد بين الإيجاب و القبول، و عن الإشكالات الأخرى، ان هذا مع الإجازة يكون عقداً مركباً من الإيجاب و القبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولي الذي هو محط كلا منا مع أنه ليس الأمر كذلك لأنه لو مات الفضولي، ثم أجاز المالك بيعه أو شرائه فلا- شبهه في صحته، و اما لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلاً بلا شبهه فيعلم من ذلك أنه ليس هنا عقدان و يبعان بل عقد واحد على أنه خلاف الظاهر من كلام الفضولي.

و أوضح من ذلك في البطلان البيع للغير فإنه لا يجرى فيه ما ذكره الأستاذ من إرجاعه إلى بيعين و عقدين كما ذكرنا.

و بالجمله ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولي، و على خلاف الظاهر بمكان.

و أمّا تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة، فأيضاً لا وجه له لأنه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضمان عليه طويلاً، فإنه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلاً منزله الغير في إيجاب العقد فكأنه شخص تنزيلي للغير و حينئذ، فيكون العقد مع الرد فاسداً من أصله لكونه راجعاً إليه فلا يكون واقعا عن العقاد النائب كما هو الظاهر فإن النائب ليس له موضوعيته بل هو قنطره إلى المنوب عنه فالمناط في الصحة و البطلان إمضاءه و ردّه.

## و اما المسأله الثانيه أعني صحه المعامله فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،

فحكم شيخنا الأستاذ بكونه للعاقد أيضا و قد أفاد في وجه ذلك وجوها.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٦

الأول: ان الأمور البنائيه و الأغراض المنويّه لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من الفعل أو القول.

الثاني: انّ الالتزامات العقديّه يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما في غير النكاح أو بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار.

الثالث: عدم اعتبار تعيين المالك في البيع و أنّه ليس دخيلا في حقيقه البيع فينتج من تلك الأمور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقد، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه.

ثم قال: و اما وقوعها له لو أجاز أو أقر بالوكاله فلان العقد و ان لم يؤثر في صرف الالتزامات الى الغير الا أنّه لا ينفك عن أثره التكويني، فيجعل المعامله كالماده الهولانيه القابله لصرفها الى الغير بإجازته أو إقراره، فيكون القصد كجعل التوليه للغير و يكون الإجازة أو الإقرار بمنزله قبول التوليه فالقول بأنّ المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق.

و فيه اما ما أفاده في وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير توليه في العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما أفاده في وقوعه للغير من المقدمات ففيه: اما عدم لزوم تعيين المالك، فإنّما هو في الأعيان الشخصيه و اما في بيع الكلّي، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام الماليه التي بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادله.

و اما المقدمه الثانيه ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

و ان كان فى محلّه الا أنّه فيما يكون العقد واقعا لهما، و اما فيما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر؟ فالعقد الفضولى نسبته الى العقد ليس إلا كنسبه الأجنب إليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر.

و بعبارة اخرى: ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا، فهو متين، و ان كان المقصود كون العاقد مالكا لالتزام الآخر سواء كان أصيلا أو فضوليا فهو غير مسلّم.

و اما المقدمه الثالثه:

ان القصد بلا إظهاره بمظهر و ان كان ليس له أثر الا أنّه فيما يكون الإظهار و الإبراز من المقومات بحيث لا يتحقق العنوان الذى يترتب عليه الأثر إلا- بالإظهار كعنوان البيع و الهبه و الصلح و الإجازة و غيرها من العناوين العقوديه و الإيقاعيه، و اما فيما لا يكون إظهاره دخيلا فى التأثير، فإظهاره و عدمه سيان، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقومات العقد و من هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما و اكتفى العاقد بمجرد بعت و اشترت لكان كافيا على أنّه قد أظهر ذلك بقوله اشترت هذا بخمسه دراهم فى ذمّه فلان.

و بالجمله لم يتحصّل لنا شىء مما افاده بل لا بد فى صورته الجمع بين المتنافيين من الحكم بالإلغاء و قيد كونه للغير و الحكم بكونه للعاقد لأنّه من قبيل الخطاء و الاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بضمن هو مال شخص آخر بتخيل أنّه ماله أو بتخيل رضايته بذلك كما إذا وعد شخص على آخر عشره أمان من الحنطه و تخيل

الموعود له ملكيته بمجرد ذلك، فباعه من شخص فانّ

فى أمثال ذلك يقع البيع للعائد فافهم.

## [الأمر الثانى] (جريان الفضولى فى المعاطاه).

### إشاره

وقد عرفت أنّ بيع الفضولى حسب دلالة الأدله عليه لا اشكال فيه، و أنّما الكلام فى أنّه هل يجرى فى المعاطاه مطلقا أو لا يجرى فيها مطلقا أو فرق بين القول بالإباحه فلا يجرى و القول بالملك- فيجرى أو فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعده فلا يجرى مطلقا و بين كونه على وفقها فيجرى مطلقا؟ وجوه.

### [الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطاه مطلقا]

قوله (ره) الثانى: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاتى.

أقول ذكر العلامه الأنصارى أنّه على القول بصحة البيع الفضولى لا يفرّق فيه بين البيع اللفظى و البيع المعاطاتى لإطلاق الأدله و عمومها، و عن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى أنّ الإقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر.

و فيه:

أولاً: أنّ الإقباض و التصرف يمكن ان يكون مباحا كما إذا اشتبه المقبض و تخيل أنّ المال لنفسه و اقبضه للمشتري بالبيع المعاطاتى فإنّ هذا التصرف ليس بمحرّم و هكذا فى جميع موارد السهو و النسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء، و الوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الالتزاميه ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع و نفس الأمر بمقتضى أدله الرفع و اذن عدم رضائه المالك بالتصرف لا يدل على حرمة الإقباض.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٢٩

و ثانيا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالتصرف كما إذا أذن للفضولى قبل البيع ان يتصرف فى ماله و يقبضه لشخص خاص أو يعطى الفضولى مال المالك لو كيله أو وليه أو من يقوم مقامه- بعنوان البيع، فإنّ الإقباض شىء من ذلك ليس بمحرّم و أنّما يقصد الفضولى فى ضمن

ذلك الإعطاء المباح البيع المعاطاتي و هكذا الأمر لو اعطى أحد وكلائه ماله لو كيله الأخر بعنوان البيع من غير ان يكونا وكيلين في البيع و الشراء.

و ثالثا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالبيع و لكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن، فلا يكون البيع الا واقعا برضائه المالك و قد تقدم انّ الرضا المقارن لا يخرج العقد الفضولي عن الفضولي ما لم يظهره المالك في الظاهر بمظهر قولي أو فعلى.

و رابعا: على تقدير كون الإقباض و الإعطاء تصرفا في مال الغير و حراما و لكنه حرام تكليفي يعاقب المتصرف فيه لأجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعية الذي هو محط كلامنا.

و خامسا: على تقدير التسليم انّ الحرمة التكليفيه تدل على الفساد فلا نسلم أيضا بطلان ذلك العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولي و عدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساده عن المالك و عن له العقد بل ينتسب الى المالك إذا اجازة.

و بالجملة انّ هذا الاشكال لو هنه لا يصلح لمنع جريان الفضولي في المعاطاه.

قوله و ربّما يستدل على ذلك.

أقول

### الوجه الثاني الذي استدل به على عدم جريان الفضولي في المعاطاه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٠

انّ المعاطاه منوطه بالتراضي و قصد الإباحه أو التمليك و هما من وظائف المالك و شئونه و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثاني انّ المكروه و الفضولي قاصدان اللفظ دون المعنى و ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك.

و فيه: انّ هذا الاشكال لو تمّ انّما يعمّ جميع أقسام الفضولي و لا يختص بالمعاطاه و بعبارة اخرى أنّه إشكال لأصل الفضولي.

أما الحلّ انّ الرضايه من المالك تحصل بإجازته المتأخره فلا يكون البيع خاليا عن التراضي و هكذا قصد التمليك

و الإباحه و بعباره اخرى ان الفضولى ليس له الا إيجاد المعامله و إنشائها و بقيه الجهات التى لا بدّ من صدورها ممن نسب العقد اليه، أنّما تصدر من المالك، فلا ربط لها بالفضولى، و اما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته و تماميته.

قوله الا ان يقال أنّ مقتضى الدليل.

أقول

### الوجه الثالث ان العقد الفضولى أنّما ثبت جوازه على خلاف القاعده فيختص بالعقد القولى

و قد أجاب عنه المصنف بأنه طبق القواعد للعمومات الداله على صحته.

و هذا الجواب منه و ان كان متينا الا ان ظاهرا أنّه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا فى المعاطاه و لكن الأمر ليس كذلك بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى كجرىانه فى العقد القولى بمقتضى إطلاق صحيحه محمد بن قيس و قضيه عروه البارقى و غير ذلك بناء على تماميتها فإنّها غير مختصه بالعقد القولى بل إطلاقها محكم بالنسبه إلى المعاطاه أيضا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣١

### الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره.

و حاصله: أنّ فعل الفضولى ليس قابلا للإيجاب فى باب المعاطاه سواء قلنا بإفادتها الإباحه أو بإفادتها الملك الجائز أو اللازم.

اما على القول بكونها مفيده للإباحه، فمن جهه ان مجرد قصد اباحه التصرف بالإعطاء و ان كان بلا ثبوت لفضولى الا أنّ الإباحه التى تكون مؤثره فى باب المعاطاه هى الإباحه الحاصله من تسليط غيره، فيكون تسليط غيره لغوا محضا.

و أمّا اجازة المالك، فهو و ان كان تفيد الإباحه الا أنّه بنفسها تكون مؤثره فى الإباحه من غير ربط بفعل الفضولى، و اما بناء على الملك فلان الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء و التبديل، و أمّا افاده الملكيه التى عباره عن تبديل طرفى الإضافه فلا، بل هى متوقفه اما على إيجاد ماده بالهيئه و اما على فعل المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقا للبيع.

و فيه أنّ انحصار إفاده الملكيه فى البيع اما بإيجاد ماده أو بفعل المكلّف و ان كان له وجه على المذاهب المعروفه فى الإنشاء و لو كان مع ذلك قابلا للمناقشه، الا أنّه لا وجه له بناء على ما ذكرنا من أنّ الإنشاء ليس



الا اعتبار النفساني و إظهاره بمبرز في الخارج، لأنّ الفضولي أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونه و خفيف الاعتبار و يبرزه في الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا أو قولاً، فإنه على كل حال يكون مصداقا للبيع و قد تقدم ذلك منه في المعاطاه مع جوابه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٢

نعم بناء على إفادتها الإباحه يتوجه الاشكال من جهة ان افاده المعاملات المقصود بها المالك للإباحه على خلاف القاعده و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدهات عديده على القول بالإباحه و ان أجاب عنها الشيخ الأنصاري بأنها ليست بمبعدهات إذا اقتضاه الجمع بين الأدله، و قد عرفت ذلك مفصلا و اذن فلا بدّ من الاقتصار على صورته تعاطى المالكين في المعاطاه.

على أنه لا يعقل حصول الإباحه قبل الإجازة بفعل الفضوليين و الذي ينبغي ان يقال: ان الكشف الحقيقي و ان كان يمكن جريانه في المعاطاه الفضوليه بناء على إفادتها الإباحه - لإمكان الالتزام بالإباحه قبل الإجازة و كون الإجازة كاشفه عنها الا انّ الكشف الحقيقي في الفضولي مع إمكانه في مقام الثبوت لا دليل عليه في مقام الإثبات و يكون الأمر دائرا بين النقل و الكشف الحكمي اما الثاني فهو مستحيل لأنّ التصرف في مال الغير قبل الإجازة بعقد فضولي حرام، فإنه لا يجوز التصرف في مال الغير إلا- باذنه و بعد الإجازة تحصل الإباحه من حينها و لا يمكن الحكم بإباحه التصريفات التي قبل الإجازة بالإباحه الحكميه فإنّ الشئ لا ينقلب عمّا هو عليه و عن وقوعه بالتصرّف الذي كان محرّما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحه و هذا واضح جدا.

و اما على النقل فجريان الفضولي في المعاطاه بناء على - إفادتها

الإباحه أيضا بمكان من الإمكان فإنّ حصول الإباحه بعد الإجازه لا نرى فيه محظورا أصلا.

و اذن يتوقف حصول الملكيه على التصرفات المتوقفه على الملك

مصباح الفقاهاه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٣

فتحصل بها الملكيه آنا ما قبل التصرف.

هذا كله فيما إذا قصدت الملكيه و حصلت الإباحه الشرعيه بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطاه.

و اما لو قصد الفضوليّان الإباحه من الأول فلا شبهه فى عدم جريان ذلك فى المعاطاه فإنّه لا معنى لحصول الإباحه قبل الإجازه لتكون الإجازه كاشفه عنها بل هى تحصل بنفس الإجازه و لا- يعقل ان ما وقع قبل الإجازه من التصرفات المحرّمه أن تكون مباحه بالإجازه كما تقدم.

### (الإجازة و الرد فى المعامله الفضوليه)

### قوله (ره) اما الكلام فى الإجازة.

#### إشاره

أقول: أساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض الإجازة المتأخره متصله بالعقد و إلغاء الفصل الواقع بين العقد و الإجازة كما أنّ أساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالإجازة بقاء و ان حصل بينهما الفصل حدوثا فكأنه وقع فى زمان الإجازة.

إذا عرفت ذلك، فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم: أنّ الإجازة كاشفه عن تماميّه السبب و هو العقد

و أنّما الكلام فى طريق الكشف الحقيقى و كيفيته و هو على أنحاء.

### الأول: ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى أنّ الملكيه إنما حصلت حين العقد و أثر العقد فيها

#### إشاره

من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الإجازة و هذا يتصور على وجوه:

الأول: ان يقال: أنّ المؤثر التام فى المعامله الفضوليه ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

و أنّما الإجازة معرفه لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفه عنه من غير ان تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكيه و الزوجيه و نحوهما، و الا- يلزم ان لا- يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شىء آخر و هذا الوجه هو الذى أشار إليه المحقق و الشهيد الثانى- على ما حكى المصنف فى المتن- و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الإمكان و ان كان متصورا و ممكنا لإمكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شىء و لو كان ذلك الشىء رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخصصه فإنه أيضا لا يكون راضيا مع انه صحيح، الا أنه لا دليل عليه بحسب مقام الإثبات، كيف؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخاله الرضا فى تأثير العقد و سمى ذلك بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا أنّ العقد الفضولى قبل الإمضاء و الإجازة ليس معامله و تجاره عن تراض.

و بالجملة: مضافا الى عدم الدليل فى مقام الإثبات بصحة مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آيه التجاره و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد أنّما فيما يكون صادرا عن له العقد أو باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صورته العقد.

### **و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جملة شرائط العقد كالإيجاب و القبول**

بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه و هذا المعنى أى تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم يتصور على نحوين فإنّ ما يكون دخيلا فى الأمر المتقدم و شرطا فى تحققه تاره

اخرى من شرائطه. اما الأول: فكالمرکبات الاعتباريه كالصلاه مثلا بان يكون الجزء المتأخر دخيلا فى صحه الجزء المتقدم بحيث ان المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار و كان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقه فى الصلاه دخيله فى صحتها و اما الثانى فككون الأمر المتأخر من شرائط الأمر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخاله أغسال المستحاضه فى صحه صومها، فإن صحه صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر- كما هو الحق- و صحه الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحه صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الأولين فان فى جميع ذلك قد أثر الأمر المتأخر فى صحه المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين، فإنه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مده و ليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميه و الصحه عدم دخاله شىء فيه من الأمور المتقدمه و المتأخره و معنى دخالته عدم تماميه المشروط و تحققه على وجهه بتمامه و كماله و هل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الأكابر: ان الالتزام بدخاله الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحاله التناقض فى الشرعيات و اما الأمثله المذكوره، فشىء منها لا يكون دليلا على صحه ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٦

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها و عدم ارتباطها

لهذا الوجه.

### **الثالث: ان يكون المؤثر في الأمر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا**

و يكون الأمر المتأخر كاشفا عن تحقق الأمر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير في الأمر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الأمثلة المتقدمة من الصلاه و أغسال المستحاضه في صحه الصوم، فإنّ الدخيل في صحه الصلاه وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق و في صحه الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضه و يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فتكون تعقب العقد بالإجازة دخيلا في صحه العقد.

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجيه في دخاله الأجزاء- اللاحقه في الأجزاء السابقه في الصلاه كما حقق ذلك في محله، و لكنه لا دليل على جريانه في المقام، فإنه لا دليل على دخاله الرضا المتأخر في صحه العقد المتقدم بعنوان التعقب، فإنّ مقتضى عدم جواز التصرف في مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكيه قبل الإمضاء و الإجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا في مال الغير بدون الرضا فيكون حراما.

على أنّ مقتضى قوله تعالى **إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**، عدم حصول الملكيه و التجاره إلا بالتراضى و الرضا، فلا شبهه أنّ العقد الفضولي حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضائه حتى يحصل الملكيه بذلك.

و بالجملة: ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيله ثبوتا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٧

إثباتا، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق إثباتا.

### **ثم أنّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتي من أنّ الإجازة كاشفه عن الرضا التقديري**

بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرضا المعبر في العقد هو الأعم من الحقيقي الفعلي و التقديري.

و فيه: أنّ

هذا من عجائب الكلام، فإنه مضافا الى ما تقدم من أنّ الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولي عن الفضوليه فكيف بالرضا التقديرى؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضائه المالك على البيع أو الشراء، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضولياً فإنه ربّما لا- يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسده عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الإجازة، فيكون العقد عنده ذا مصلحه فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى؟

على أنّه لا- دليل على كون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل.

فتحصل: أنّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيه مثلا- موجوده قبل الإجازة و تكون الإجازة مؤثره فيه اما بنحو الشرطيه أو بنحو- التعقب أو لا تكون مؤثره فيها بل معرّفه محضه لا وجه له بوجه.

### الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق و الشهيد الثانى

#### إشاره

على ما حكى عنهما- من أنّ الإجازة متعلقه بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه و محصل ذلك أنّ الرضا من الأوصاف التعلقيه و الصفات النفسانيه ذات الإضافه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٨

و لها تحقق و تكوّن فى صقع النفس و لها بحسب نفسها فى ذلك العالم ماهيته و وجود و توجد بخالقيه النفس و مع ذلك لا بدّ و ان تضاف إلى شىء و يتعلق به حتى يكون ذلك الشىء متعلقه نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسانيه ذات اضافه و الا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضه اذن فاصل الملكيه التى متعلق الرضا قد تحققت و

وجدت بواسطة العقد و الرضا أنّما تعلق حين- الإجازة و الإمضاء من المالك بتلك الملكية الموجوده فى زمان العقد و الا فيلزم ان لا يكون للإجازة و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الأوصاف التعلقية.

**و قد أورد عليه العلامة الأنصارى و تبعه جملة من الاعلام و منهم شيخنا الأستاذ بوجهين:**

**الأول: ان المنشأ عبارته عن مضمون العقد من الملكية فى باب البيع و الزوجية فى باب النكاح و هكذا**

و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكية الحاصلة بالعقد مقيدة بزمان العقد و حاصله من حينه بل مضمونه عبارته عن طبيعى النقل، فبالإجازة تقع الملكية فى زمان النقل، نعم حيث أنّ المنشأ و الإنشاء من الأمور الزمانية فيكون التقييد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالإيجاب فى العقود فإنه ليس إلا إيجاب أصل الإيجاد دون الإيجاد المقيد بزمانه و الا يلزم حصول الملكية مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الإيقاعات بل هى كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقييد مضمون العقد بزمان الإيجاب.

و بالجملة أنّ مضمون العقد ليس مقيدا بزمان و أنّما الزمان ظرف

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٣٩

له لكون ذلك المضمون من الزماتيات فيكون الملكية بعد الإجازة.

و فيه: أنه لو كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه، بدعوى أنّ المنشئ أنّما ينشئ مضمون العقد و يوجد على نحو اللابشرطية من غير تقيده بقيد من الزمان و غيره و اما بناء على ما حققناه و اخترناه فى معنى الإنشاء من أنه عبارته عن الاعتبار النفسانية و إظهاره بمبرز من المبرزات فعلينا أو قولنا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه.

و ذلك لما حققناه فى الأصول من ان الإهمال فى الواقعيّات من المستحيلات الأوليه، و أنّ الأمور الواقعية لا يعقل ان تكون عاربه عن الإطلاق أو التقييد بل لا بدّ اما و ان تكون فى موطنها اما

مطلقاً أو مقيداً، فالذى يوجد امراً و يعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه مطلقاً أو مقيداً، اذن، فالمعتبر لمضمون العقد فى عالم نفسه اّما ان يعتبره مطلقه و غير مقيد ب قيد و شرط أو مقيد بهما، فحيث لم يكن مقيداً فقهرًا يكون مطلقاً من غير ان يكون مقيداً بحصوله بعد الإجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكيه المطلقه الدائمه كما هو واضح فتكون الإجازة متعلقه بتلك الملكيه المستمره فيكون اعتبار الملكيه من الأول.

و اما النقص بالقبول، فهو باطل من أصله، و غير مربوط بالمقام فإنّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا يحصل بالإنشاء و الإيجاب المحض و أنّما هو بالقبول و الا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه بالإيجاب و القبول، و من هنا قلنا: أنّ الإيجاب أنّما يتحقق على تقدير القبول و التعليق مما لا بدّ منه و ان لم يصرح به و قلنا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٠

أحكام الصيغه أنّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقد لكونه راجعاً الى ما يتوقف صحه العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تم بالإيجاب و القبول الفضوليين و أنّما يتوقف نفوذه و مضيّه على اجازة المالك، فلا يقاس ذلك بالإيجاب المحض.

و الذى يوضح ذلك أنّه لو آجر الفضولى دار احد للغير إلى سنه فاجازة المالك بعد شهرين فلا شبهه فى صحه ذلك مع أنّ متعلق الإجاره مقيد و هكذا العقد المنقطع، فيعلم من ذلك أنّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهملاً فيكون المقام على عكس باب الوصيه، فإنّ تحصل الملكيه بعد الموت مع أنّ الإنشاء متقدم عليه فلو كان المنشأ مطلقاً لكان لازمه



الالتزام بحصولها قبل الموت، و على هذا فلا- محذور في المقام للالتزام بحصول الملكيه قبل الإجازة فإن باب الوصيه مع ما نحن فيه من هذه الجبهه مشتركه.

### **الإشكال الثاني: أنه سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه و لكن لا بمعنى أن وقوعه في الحين جزء لمدلوله**

حتى يقال ليس معنى بعت، أو جدت البيع في الحال بل بمعنى أن وقوع الإنشاء في الحال يقتضى تحقق منشأه حالا و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه، و ذلك لأنه لم يدل دليل على إمضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيه حاصله قبل الإجازة لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقد أو بمنزله الا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها، و من المعلوم أنّ الملك الشرعى يتبع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤١

الحكم الشرعى فما دام لا يجب الوفاء، فلا ملك كما أنه ما لم يتحقق القبول لا يتحقق مضمون العقد بالإيجاب المجرد.

و بعبارة أخرى لو سلمنا حصول الملكيه من زمان العقد و تحقق النقل به الا أنّ الملكيه الشرعيه لا تحصل إلا بالإجازة فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الإجازة اذن، فلا معنى للكشف لحصول الملكيه بتمام المعنى من حين الإجازة.

و فيه: أنّ الإجازة تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقد و ان الشارع يمضى بالإجازة أيضا من الأول كما هو مقتضى الإطلاقات و- العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَيْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى أو الحكمى فإنّ النقل أنّما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الأول لا مهملا كما قد يكون حاصله مقيدا أيضا كما فى الإجازة و النكاح المنقطع

و ليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فإنه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لا كشفا حكميا- كما التزم به المصنف- من الحكم بحصول النقل حكما و تنزيلا- فإنه و ان كان صحيحا الا أنه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكيه و النقل الصحيح قبل الإجازة غايه الأمر يكون حصولها بالإجازة و اما مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للأخذ بما ذهب اليه المصنف.

و توضيح ذلك أنه ذكرنا في الأصول أنّ الأمور الاعتباريه لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعبر من الأمور الخارجيه أو لم يكن كذلك مثلا- لو اعتبر أحد ملكيه داره لشخص، فيكون وجوده في عالم الاعتبار فقط و هكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا في عالم الاعتبار و قائما به و لو كان ذلك المعبر من الأمور الخارجيه فإن الوجود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٢

الاعتباري سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجيه لأنّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فإنّ الوجود الذهني غير الوجود الخارجى كما حقق في محله.

و بالجمله فوعاء الوجودات الاعتباريه ليس الا- عالم الاعتبار فتوجد بمجرد الاعتبار لكونها خفيف المئونه من غير احتياج إلى مبادئ الوجود الخارجيه.

إذا عرفت ذلك:

فنقول: أنّ الاعتبار تارة يتعلق بالأمر الحالى فيعتبر المعبر ملكيه داره مثلا لشخص فى الحال الحاضر كما إذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لأنّ الاعتبار و المعبر كلاهما فعلى، و اخرى يتعلق بأمر استقبالى كاعتبار الملكيه لشخص بعد مده كما فى باب الوصيه حيث يعتبر الموصى ملكيه الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعبر استقبالى، و ثالثه يتعلق بالأمر الماضى بأن يعتبر

ملكه مال له لزيد من الأمس فلو لم تكن الارتكازات العرفيه على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع أيضا و كان المال ملك المشتري من الأمس فإنه ليس في ذلك محذور عقلي أو شرعي بوجه.

فإذا جاز تعلق الاعتبار بكل من الأمور الثلاثة الحاليه و الاستقباليه و الماضيه فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيه في باب الفضولي بأمر متقدم فيكون الإجازة اعتبارا للملكيه من زمان العقد التي قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الإجازة من قبل تعلق الاعتبار بالأمر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيه فعلى و لكن المعبر تحقق بعد الإجازة و لا يضر التعليق على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٣

صحته.

و بعبارة أخرى فحيث جاز تعلق الاعتبار بأمر متقدم في عالم الاعتبار كبيع الدار من أمس مثلا فجاز اعتبار الملكيه لأحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه في البيع و الشراء فلا نقول بذلك فيهما و اما في الإجازة، فلا محذور فيه بوجه و في باب الفضولي حصل الاعتبار من البائع و المشتري و تحقق البيع بالحمل الشائع في الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على إجازة المالك فالمبيع أو الثمن ملك لمالكهما و بالإجازة كشفنا حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كل منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان، و في هذا الزمان صار ملكا للآخر بالإجازة من أول الأمر حقيقه فإن بالإجازة انضم العقد السابق الذي انوجد بالفضوليين بالمالك، فصار البيع بيعه و الشراء شرائه اذن يشمل على ذلك البيع العمومات الداله على صحة البيع من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ تِجَارَةَ عَنْ تَرَاضٍ.

و بالجمله بعد

القول بتحقق الاعتبار قبل الإجازة فمقتضى - العمومات نحكم بالصححة و كونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه إليه بالإجازة لا ان الإجازة كشف عن أنّ الملكيه كانت حاصله من الأول بل الإجازة أوجبت حصول الملكيه فعلا اذن فيترتب عليه آثار الملكيه من الأول و على هذا فلا- تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث أنّه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى إنشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فانّ الموجود فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٤

المقام ليس الا الاعتبار و اما الملكيه فتحصل بعد الإجازة فيكون نظير التعليق غايه الأمر انه باطل فى العقود لا من جهه الإجازة. و قد أشكل على ذلك شيخنا الأستاذ بأنّه لا يعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فإنّه لا يعقل ان يكون المال الواحد فى زمان واحد ملكا لشخصين و ان كان زمان الحكم بملكيه أحدهما مغاير الزمان الحكم بملكيه الآخر و ليس ذلك إلا مناقضه واضحه و قد ذكر ذلك أيضا فى الخروج عن الأرض المغصوبه من أنّه لا يعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضه و لو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك فى حق غير العالم بالغيب ممّن يجرى فى حقه البداء و اما فى حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه.

و فيه: أنّ هذا متين فى الأحكام التكليفيه لكونه لغوا محضاً دون الأحكام الوضعيه فإنّ قوامها باعتبار المعبر فهو خفيف المثونه فلا مانع من اعتبار ملكيه المبيع مثلا لمالكه الأصلي إلى زمان الإجازة و

باعتبار ملكيته للمشتري من زمان العقد أيضا بالإجازة و الرضا فإنه أيضا اعتبار الملكيه من المالك للبائع أو المشتري و لا مانع من ذلك بوجه و ان كان نفس ذلك موضوعا للأحكام التكليفية أيضا فإنه لا بأس به و انما المحذور فى نفس الأحكام التكليفية من اللغويه و المناقضه لكونها ناشئه عن المصالح و المفسد فى متعلقها على المعروف أو عن المصالح فى الأغراض فلا يمكن ان يكون هنا فى شىء واحد مصلحه و مفسده يستدعيان الحكم المتناقضين أو غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٥

و بعبارة اخرى ان الامورات الوجوديه على أقسام ثلثه:

الأول: ما يكون من قبيل الجواهر التى لا تحتاج فى وجودها الى موضوع.

و الثانى: ما يكون من قبيل الأعراض التى إذا وجدت تحتاج فى ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصيله فجميع أحكام الوجود التأصلى و آثارها يترتب عليهما فلا يمكن مع تحققها و تأصلها فى الخارج طرو العدم عليها بالاعتبار و الا يلزم اجتماع النقيضين.

الثالث: الوجودات الاعتباريه فقوامها و تحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شىء من آثار الوجودات الخارجيه و كما وجودها بالاعتبار و هكذا عدمها و كما يمكن فرضها و اعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها فى زمان آخر فى ذلك الوقت الخاص الذى اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شىء من اجتماع النقيضين أو الضدين و هذا بخلاف الوجودات المتأصله فإنه بعد تحققها و تكونها فى الخارج على طبق ما عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم أو باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم

اجتماع النقيضين أو الضدين أو المثلين.

و السر فى ذلك أنّ الامورات التاصيله لا تختلف بالاعتبار و هذا بخلاف الاعتباريات فانّ قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غايه الأمر ان يكون الاعتبار فيه مصلحه لثلا يلزم اللغويه.

إذا عرفت ذلك.

فنعول: ان الملكيه ليست من الوجودات المتأصله جوهرًا كان أو عرضًا بل هى من الأمور الاعتباريه اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٦

فلا- يلزم شىء من المحذورات غير اللغويه إذا لم يكن الاعتبار عن مصلحه و على هذا ففى باب الفضولى أنّ الفضوليين إذا عاملا- معامله فاعتبرا مالكيه كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكة الأخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيته فى العرف و الشرع بالفعل مع مالكيهما الأصلية لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضائه مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجاره عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الإجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فإنه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الأول على حاله فيلغو العقد الذى أوقعه الفضوليان و ان أجاز المالك ذلك فيكون حين الإجازة و الإمضاء معتبرا لملكه ماله لشخص آخر من الأول و حين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليان بحيث لم يكن ذلك الغير إلى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشتري ان كان أصيلا أو من له الشرى ان كان فضوليا مالكا من الأول فلا مانع فى ذلك إن كان فيه مصلحه فكانت المصلحه تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكيه للمالك الأصلى و

من الآن للمشتري مثلا من الأول فإن الاعتبار بعد ما كان خفيفه المؤننه و لم يكن لغوا صحّ تعلقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين في زمانين و بعد ذلك الإمضاء يتوجه أدله صحه البيع من الأول فإنّ موضوع تلك الأدله كانت متحققه الّا من جهه انتفاع الإجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون أدله الصحه محكمه.

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان اجتماع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٧

حكيمين متنافيين في متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل - المناط في صحه الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك أيضا في الخروج عن الأرض المغصوبه.

و وجه الاندفاع أنه في باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئه من المصالح و المفاسد عن المتعلق أو الغرض بخلافه هنا فان قوام الأحكام الوضعيه ليس الا باعتبار المعبر فلا محذور في توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى، و بهذا تم الكشف الذي نقول به في باب الفضولي و هذا المعنى أوضح في باب الإجازة و النكاح المنقطع فإنه إذا أجاز المالك أو الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الإجاره الواقعه على الدار مثلا- سنه أو النكاح إلى سنه صحيحا من الأول فإنه بناء على صحه الفضولي لم يستشكل أحد في صحه ذلك مع أنه لم يتحقق هنا بالإجازة عقد إجاره أو عقد نكاح.

و ربّما يشكل على ما ذكرنا بأنه أنّما يتم ذلك في القضايا الخارجيه سواء كانت صادرة من الموالى العرفيه أو من المولى الحقيقي و أنّها في القضايا الحقيقيه التي على نسقها الأحكام الشرعيه، فإنّ جميع المجعولات الشرعيه أو جلّها على نحو القضايا الحقيقيه فلا يتم هذا البيان

و ذلك فإنّ كلامنا في حصول الملكية و اعتبارها ليس إلا في الملكية الشرعيه فإنّه هو الذى كان محل النزاع في المقام من أنّه حاصله أم لا و الا فالملكيه في اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا. و اذن فإن كان المراد من اعتبار الملكية الشرعيه اعتباره من حين العقد فقد حصل من الأول قطعا و ذلك لأنّه بعد فرض كون

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٨

الاعتبارات الشرعيه من قبيل القضايا الحقيقيه، فهي حاصله قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الأمه أو الخلق فان علمه عند الله فلا يتوقف ذلك الا- على تحقق الموضوع كما في سائر القضايا الحقيقيه الشرعيه و غيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الأول لكل من يكون مستطيعا فالمكلف انما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعه لا أنّه يجعل الحكم له بالفعل و كذلك جعل الحكم بنجاسه البول بالقضيه الحقيقيه، فإذا وجد البول فيحكم بنجاسته و لا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف و ان كان فيه اجزاء البول أيضا و هكذا في المقام فإذا فرضنا كون موضوع الملكية الشرعيه هو العقد فقط من اى شخص تحقق مع رضائه المالك و ان كان ذلك متأخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكية حاصله حين العقد متوقفا على الإجازة المتأخره، و ان كان المراد من حصولها أى الملكية بعد الإجازة فإنّ بالإجازة يتم موضوع الملكية فتكون حاصله من حين الإجازة دون قبلها فعلى الأول يكون كشافا و على الثاني يكون نقلا فلا واسطه في البين ليكون وجهها آخر.

و فيه أولا- انه لا- دليل لنا لإثبات الملكية الشرعيه حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديره



الى الفعلية فعند المعامله و تحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف و لا شبهه انّ العرف يرى البيع الفضولى معامله صحيحه فبالإمضاء و الرضا من المجيز المالك يتحقق الملكيه من أول الأمر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكيه و ان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الإرث فإن الوارث يرث لما تركه مورثه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٤٩

و بالجمله لا حكم للشارع فى باب المعاملات تأسيسيا بحيث- يعتبر الملكيه عند البيع للبائع أو المشتري كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع انما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملان على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيه و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيه أيضا إلا- فى مقام التخطئه كبيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و بيع الربوى، فحيث انّ العرف لا- يرى بأسا فى إمضاء المجيز و اعتباره الملكيه من زمان العقد فيكون الشارع أيضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحه البيع و إطلاقاته عليه لكونها ناظره على ما يروونه العرف معامله، فلا شبهه فى كون بيع الفضولى مع تلك الإجازة معامله و تجاره عن تراض عند العرف.

و بالجمله لا محذور فى ما ذكرنا إثباتا و ثبوتا.

و ثانيا سلمنا انّ الشارع قد حكم بالملكيه و له حكم فى ذلك و لكنه حكم بملكيه المجيز الثمن إذا كان بائعا و المثلن إذا كان مشتريا من زمان الإجازة على النحو الذى ذكرنا فإنه بعد البناء على صحه الفضولى و إثبات عدم تماميه الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من المعرضيه المحضه و تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم أو عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها أو لعدم تماميه

دليل الإثبات الذى هى نتيجة القول بالكشف الحكمى فلا- بدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم- بالكشف الحكمى على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصى عن العجز من توجيه ما ظهوره فى الكشف صونا له من اللغويه مع أنّه أيضا تمام كما ستعرض له بخلاف ما ذكر فإنّه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه إثباتا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٠

بل أدله صحه البيع الفضولى ظاهره فى الكشف كروايه قيس و غيرها و يأتى بيان ذلك فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل فى ضمن ردّ كلام شيخنا الأستاذ بناء على تماميتها خصوصا الروايات الوارده فى التزويج من أنّه إذا مات احد الزوجين الذى عقد عليهما فضوله سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين أو كبيرين فمات أحدهما فيستحلف أحدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الآخر ثم يرث فان ذلك صريح فى صحه النكاح الفضولى على الكشف غايه الأمر أنّها مطلقه بالنسبه إلى أقسام الكشف و لكن حيث عرفت أنّ المعرضيه المحضه و عدم دخاله الإجازة فى صحه العقد باطل لصراحه الآيه فى اشتراط صحه التجاره بالرضايه من المالك و الالتزام بتأثير الإجازة المتأخره فى الملكيه المتقدمه مستحيل و الالتزام بالتعقب لا وجه له و لا دليل عليه فالكشف الحكمى فى نفسه غير معقول كما سيأتى فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الروايه مع ان أصله عدم الإجازة جاريه هنا فأى شىء أوجب الخروج من هذا الأصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى فى حال الموت كما هو واضح.

ثم بقى هنا شىء و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الوارده فى النكاح الفضولى فى الكشف الحقيقى، فإنّه

لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الأول و انتظار الإجازة الى ان يستحلف بأنه لو لم يمت الزوج الآخر أيضا لكان راضيا بالعقد- فعزل النصيب قبل الإجازة ظاهر فى الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول.

و فيه: انّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥١

فى باب الأموال فىكون ذلك مانعا عن جريان الأصل كما أشار إليه فى المتن و له نظير فى باب الإرث من غير ان يكون مختصا بهذا المورد كما إذا مات احد و كانت زوجته حامله، فإنّ عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الأموال مع أنّه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بأنّ الزوجه تلد ذكراين.

و بالجمله الاحتياط الشديد فى باب الأموال لثلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى و أهميته الشارع بذلك، أوجب عزل النصيب فيما ذكر و هذا لا يوجب إثبات الكشف الحقيقى فافهم.

و الحاصل أنّك قد عرفت انّ الكشف الحقيقى على أقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل أولا دليل على صحته فى مقام الإثبات.

ثم انّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى انّ العقد حال الإجازة معدوم، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير أمر المعدوم اعنى العقد فى الأمر الموجود أعنى الملكيه و قد طبق ذلك بالفلسفه كما هو دأبه فى بعض الفروع الفقهيّه.

و فيه: أولا انّ ما نحن فيه ليس من قبيل العله و المعلول التأمين بل من قبيل جزء السبب، فيجوز فى ذلك تأثير الأمر المعدوم فى الموجود فى التكوينيات فإنّ الأسباب و المعدات للشئ ء توجد تدريجا و تنعدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فإنّ أسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد

مدّه و هكذا غيره فإذا كان في التكوينيات كذلك فكيف لك إنكاره في التشريعات؟ نعم في العليه و المعلوليه التامتين لا يمكن الانفكاك كما التحريك بالنسبه إلى تحرك المفتاح فإنّ الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء في اللفظ فقط على أنه يرد عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٢

النقض بالإيجاب و القبول فإن الإيجاب قد يتحقق و يندم الى زمان القبول و بالوصيه فإنها تنعدم عند الموت مع أنه لم يستشكل أحد في تأثيرهما في الملكيه بل لازم ذلك إنكار شرطيه القبض لصحه بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور.

و الحل في الكل انّ العقد لا يندم بل يبقى اعتبار المتعاقدين إلى الأبد ما لم يطرئه مزيل فإنه ليس عباره عن اللفظ المجرد- لينعدم بمجرد الحدوث بل هو الاعتبار النفساني مع المظهر فيبقى ذلك عندهما و عند العرف.

### و اما الكشف الحكمي

الذي ذكره المصنف و قلنا إذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقي على النحو الذي سلكناه فلا بد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمي فمعناه كما في المتن إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الا بعد الإجازة بحيث يحكم بإثبات آثار الكشف من أول الأمر و حين العقد و لازم ذلك إثبات آثار الملكيه من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من أستاذه شريف العلماء.

أقول: ان تنزيل شئ ء مقام شئ ء آخر يكون على أنحاء.

الأول: ان ينزل الأمر الواقعي التكويني مقام أمر واقعي تكويني آخر كتنزيل الفقاع منزله الخمر و تنزيل الطواف منزله الصلاه و نحوهما إلخ فيوجب التنزيل ترتيب آثار الصلاه على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فإنه

لا يلزم منه تشريع الحكم.

الثانى: ان يكون التنزيل فى بعض الآثار مع كون المنزل و المنزل عليه كليهما امرا تعبديا كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٣

النظر إليها، فإن كل منهما أمر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الآثار.

الثالث: ان يكون المنزل عليه امرا تعبديا مع كون التنزيل فى جميع الآثار نظير المقام حيث ان أصل الملكيه بعد اجازة المالك أمر تعبدى، فقد يحكم الشارع بإجراء آثار الملكيه عليه بعد العقد و كون جميع آثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث ان الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكيه الحقيقيه و جعل الملكيه فلا معنى لتسميته باسم التنزيل و هذا نظير تنزيل - إمساك الاعتكاف منزله الصوم فى جميع الآثار مع عدم تسميته صوما و هكذا فافهم و تأمل.

**(فى ثمره النقل و الكشف)**

**اشاره**

قوله بقى الكلام فى بيان ثمره بين الكشف إلخ.

أقول: و قد ذكر المصنف فى ضمن أسطر ما لم نفهم معناه و لا ندرى ما ذا فهمنا منه سابقا فإنه ذكر أولا - على ما هو ظاهر كلامه -:

أنه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشتري بإجازه مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع و فى علم الله و قد صرح بذلك قبل نصف صحيفه ناقلا فى البعض و قال: و التزم كون الشرط تعقب العقد بالإجازه لا - نفس الإجازه فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازه لو علم تحققها فيها بعدا.

و فيه: أنه بناء على القول بالكشف الحقيقى لا معنى للفرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٤

بين الالتزام بالتعقب أو تأثير الإجازه

المتأخره فى المتقدم أو العرفيه المحضه فإنه على جميع التقادير تحصل الملكيه من الأول كما هو معنى الكشف الحقيقى، و بعد حصولها فلا- وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا يخفى ثم ذكر و اما الثمره بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطا فيظهر فى مثل ما إذا وطى المشتري الجاربه قبل إجازة مالكها فأجاز فإنّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى.

و هذا الذى لا ندرى ماذا أراد منه المصنف فإنه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل أسطر على القول بالكشف الحقيقى إلا- فى صورته التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض؟ و لعل و الله العالم أنّ هذا من سهو- القلم.

و التحقيق ان يقال: أنه بناء على الكشف الحقيقى على جميع أقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع و الثمن إذا علم أنّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا أصالة عدم- الإجازة فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الأمه فتكون أم ولد و مع عدم العلم بالإجازة فيحرم التصرف فى الظاهر و يجوز فى الواقع و يكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم فى الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٥

الظاهر و الواقع حتى مع

العلم بالإجازة فإن الفرض أنّ الملكيه تحصل بالإجازة فلا- معنى لجواز التصرف قبله في مال الغير بل يكون حراما و مع وطى الأمه فيكون زنا فيحدّ و لا تكون الأمه أم ولد و لو مع تحقق الإجازة فإنها لا يوجب انقلاب و أوقع حراما من واقعه و الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و اما على الكشف الحكمى فأیضا لا يحكم بترتب آثار الملكيه إلا بعد الإجازة فإنّ ما وقع من التصرفات قبل الإجازة فإنما هي تصرفات غير مشروعه فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الإجازة حتى يحكم بترتب آثار الملكيه عليه قبل الإجازة أيضا.

### و الحاصل أنّ الكلام فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل يقع فى جهات.

#### إشاره

الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.

الثانيه فى حكم تصرفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضوله.

الثالثه فى تصرفاته فى نماء تلك العين.

الرابعه فى تصرفات ما انتقلت العين اليه.

### اما الوجه الاولى [فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة].

فإذا تصرف المشتري أو الأجنبي فى تلك العين فهل يترتب أحكام الملكيه على تصرف المشتري و أحكام العقد على تصرف الأجنبي أم لا- أو يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب؟ مثلا إذا اشترى امه فضوله فاستولدها أو زنى الأجنبي بها فهل تصير الأمه على الأول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٦

أمّ ولد و زنى الأجنبي زنا بذلت البعل فيترب على ذلك أحكامهما أم لا؟ فأما على النقل فلا شبهه فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها أم ولد بل كان وطى المشتري أيضا حراما تكليفا فإنّ- الإجازة الحاصله بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا و الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاء المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيروره الأمه المستولده أم ولد كما لا شبهه فى أنّه على الكشف الحقيقى على أنحائه غير ما ذكرنا تكون الأمه بالاستيلاء عن وطى المشتري قبل الإجازة أمّ ولد و ان كان الواطى جاهلا بوقوع الإجازة عن المالك المجيز فإنّ التصرف أنما وقع فى ملكه، فيكون نظير ما وقع الوطى على الأمه بزعم أنّها أجنبيّه فبانت مملوكه فإنّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك و على هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤيده و هكذا الكلام فيما إذا عقد على امرأه فضوله

فرنى بها احد قبل الإجازة، فإنه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل و اما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجة الكشف الحكمى و على الكشف الحكمى الذى ذكره المصنف فاختر بناء على الكشف الحكمى صيروره الأمه باستيلاء المشتري قبل الإجازة أم ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك و مع ذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا و على هذا، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا المجرد فتحرم عليه مؤبده.

ثم احتمال تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٧

الولد فى الملك و ان حكم بملكيتة للمشتري بعد ذلك و أنكر ذلك شيخنا الأستاذ عليه، فحكم بتحقق الاستيلاء بذلك.

و الذى ينبغى ان يقال: أنه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاء بوطى المشتري قبل الإجازة كما انّ الواطى كان محرّما كما عليه المصنف أيضا، فلا يتحقق بذلك الاستيلاء أيضا و ان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل.

و توضيح ذلك أنه و كان بحسب الثبوت و الواقع ممكنا و ليس من المستحيلات العقلية و لكن لا- دليل على تحقق الاستيلاء بوطى المشتري أو كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الإثبات فإنّ ظاهر أدلتها ان يكون المرأه حال الوطى مملوكه للواطى لتصير بذلك أم ولد و حال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه أحكام الزنا بذات بعل و الأمر هنا ليس كذلك، بل أنّما هى مملوكه للغير حقيقه بالفعل كما هو المفروض، فيكون الزنا بغير ذات بعل و الاستيلاء عن وطى واقع على غير مملوكه و



ان كانت تصير مملوكه بعد الإجازة حقيقه من زمان العقد على ما ذكرنا أو فى حكم المملوكه على الكشف الحكمى، و السرّ فى ذلك أنّ الاستيلاء لم يحدث فى الملك فإنّ الوطى كان وقوعه و حدوثه فى ملك الغير و ان كانت الأمه ملكا للمشتري بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم أحد أنّه لو زنا رجل بامرئه خليه ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل أو يكون الولد المتولد منها ولده أو تصير المرأه أمّ و ولد لو كانت مملوكه فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٨

و قد نزل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذى يبيعه الإنسان عن جزم ثم اشترى الحديقه فإنّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالآخر كما لا يخفى، و مقامنا نظير ما ذكرنا فى كتاب الصلاه فى معنى الزيادة فى الفريضه و قلنا أنّ ظاهر الأدله الداله على ان الزيادة فى الفريضه توجب البطالان هو ان تكون الزيادة واقعه بعنوان الزيادة حين الإتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها و تحققها و يكون ذلك فى ذلك الوقت و صفا عنوائيا زائدا لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه أدله المبطلية مثلا- إذا أراد المصلى ان يقول إياك فبداله و قال أيا فسكت ثم قال إياك فإنّ أيا و ان وقعت زياده الا أنّه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فإنّ أدله الزيادة فى الفريضه منصرفه عن ذلك و كك فيما نحن فيه فإنّ الوطى الواقع على الأمه

قبل الإجازة أنما هو متّصف بكونه على غير ملكه و أنما صار بعد الإجازة متصفا بكونه فى ملكه أو ذات بعل فأدله صيروره الأمه مستفاده بملك المالك أو كون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها فى فعلية الاتصاف و كونهما كك حال الوطى لا بعده.

### و اما الجهه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالك المميز فى نفس العين

فلو باع احد مال غيره فضوله و تصرف فيه المالك قبل الإجازة و العلم بذلك أو مع العلم فهل يكون تصرفه هذا ردا فعليا أو لم يكن رداً أو يفصل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته؟ و قد قرب شيخنا الأستاذ نفوذ تصرفات المالك المميز فى العين مطلقا حتى على الكشف-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٥٩

الحقيقى بأقسامه و لو كانت الإجازة بعنوان المعرضيه حتى مع العلم بصدور الإجازة منه و مع ذلك لا يبقى مجال لإجازة العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضوله أو أعتق العبد أو غير ذلك من التصرفات أو زوجت الامراه نفسها للغير أصاله فانّ فى جميع ذلك لا- يبقى موضوع للإجازة فإنها أنما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجه نفسها من الغير أصاله أو نقل المالك العين عن ملكه لا- يبقى مجال لها فانّ ما هو متعلق الإجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فانّ هذه الإجازة ليست إلا كإجازة الأجنبى فهل يتوهم احد أنّ اجازة الأجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون إمضاء من قبل المالك؟ فكك هنا فانّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازاله علقه سلطنته صار كالأجنب فلا تكون إجازته مؤثره فى ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لأنه متعلق بالعقد و اما الإجازة

فهى متعلقه بالعين فإذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ.

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخه لو باع أمّ الولد كما اختار كونها كذلك و اما بناء على سقوط أمّ و كون النسخه لو باع الولد فلا يمكن نسبه ذلك الى الشيخ فانّ بيع الولد لا ينافى مع إمضاء عقد الفضولى الواقع على الام.

وفيه: أنّ ما أفاده أنّما يتم فى الزوجه فإنّه بعد ما زوّجت المرأه نفسها لغير الذى زوجها الفضولى إياه، فلا شبهه فى بطلان العقد الأول و كون العقد الثانى ردا عمليا للعقد الأول و السّير فى ذلك انه بعد تزويج المرأه نفسها من الزوج الآخر لا يبقى موضوع لإجازه العقد الأول و لا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٠

لانتفاء ركن العقد و قوامه و انعدام ما ينسب اليه العقد و ينضم به بحيث يكون العقد عقده و يكون منسوبا اليه.

و بعبارة أخرى: قد حققنا فى الأصول فى وجه تقدم الامارات على الأصول أنّ موضوع الأصول معلق على عدم وجود الامارات فإذا تحققت الامارات و صارت منجزه لا يبقى مع ذلك موضوع للأصول و هكذا الأمر فى كل أمرين يكون الحكم فى أحدهما تنجزيا و فى الآخر تعليقا، فانّ موضوع التعليق يرتفع بوجود التنجيزى و فى المقام كذلك فانّ موضوع صحه العقد الأول الفضولى معلق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظر عن الإجازة مالكا للعقد و المعامله و يقدر على الإجازة فإذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلق عليه الذى يتوقف على عدمه صحه العقد الأول فلا يبقى مجال لصحته بالإجازة فحيث أنّ صحه العقد الأول متوقفه على بقاء المجيز على حالته

الأوليه و كونه مالكا للإجازة و قد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الأول بلا شبهه.

و بعبارة ثالثة: أنّ العقد الفضولى إنّما يحكم بصحته مقتضى العمومات أو الأدله الخاصه إذا انتسب ذلك العقد اى المالك- ليحكم عليه بأنّه يجب عليك الوفاء به و اما إذا انعدم، فلا تشمل الإطلاقات و العمومات ذلك العقد، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص أن يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فإذا انتفى المالك فلا- يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد و غيره من الأدله الخاصه أو العامه بل هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦١

الذى ذكرنا هو من جمله المرتكزات الشرعيه حيث أنّ من البديهيات فى عالم الشريعة أنّه لو زوج احد امرأه فضوله و لم تكن المرأه عالمه بذلك فتزوج نفسها بزواج آخر و عرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيره الأولاد و أجاز العقد الأول، فهل يتوهم احد أنّ جميع هذه الأولاد و الاستمتاعات وقعت شبهه؟ و ليس كذلك قطعاً هذا ما يرجع الى الزوجيه. و اما فى غير الزوجيه فلا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و ذلك لان تصرف المالك فى المبيع من عتق الأمه أو العبد أو بيعهما للغير أو غير ذلك من التصرفات لا ينافى العقد الأول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المميز على قابليته أن يجيز العقد الأول و مالكا لذلك قبل الإجازة فإن قوام العقد الفضولى و بقاءه لم يكن ببقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقومات العقد.

و السرّ فى ذلك

أنّ الإجازة و الرد كالأمضاء و الفسخ فى باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجيه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و جعله وجه الفرق بين الإجازة و الفسخ.

غايه الأمر أنّ الفسخ رفع و الرد دفع و الإجازة تنجز و الإمضاء و عدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمره ذلك فيما بعد و على هذا فانتقال العين من ملك المالك المجيز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازة و انتفاء قابليه المجيز بل هو باق على قابليته الأوليه اذن، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه فى العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازة و الإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٢

و بعبارة اخرى: أنّ ما ذكره الأستاذ يرجع الى إبداع المانع و أنّ المانع من تأثير العقد الفضولى هو عدم تأثير اجازة المالك لسقوطها عن التأثير بمانعيه انتقال العين من المالك الى غيره و هذا بخلاف ما ذكرنا فإنّه يرجع الى منع المقتضى فإنّه لا مقتضى لحصول الملكيه قبل الإجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيه على القول بالكشف بالمعانى التى ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الأدله على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعنى أدله الصحة منعدم فى المقام.

و بعبارة أخرى نحن نقول: بصحة الفضولى على طريقه الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة أدله الفضولى فحيث أنّ المتيقن منها صورته عدم التصرف فلا تبقى أدله صحة الفضولى شامله للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى.

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولى بعد تلك

التصرفات و ان لم تكن موجبه لانتفاء قابليته المجيز عن مجيزته و ذلك لان صحه ما ذكرنا متوقفه على القول بالكشف الحقيقي على غير ما ذكرنا و قد قلنا ان جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الأدله لأن أدله صحه العقد الفضولي لا تساعد على كون الملكيه مثلا حاصله من الأول فتكون الإجازة المتأخره دخيله فى ذلك بعنوان التعقب أو معرّفا صرفا فإن أخذ الإجازة و الرضا من شرائط صحه العقد ليس الا ظاهرا فى كونه شرطا مقارنة لحصول التجاره و الملكيه و الزوجيه و نحوها كما لا يخفى و مع ذلك لا يمكن صرف أدله صحه الفضولى إلى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٣

هنا ما وعدناك فى بيان طرق الكشف.

و بعبارة اخرى ان أدله صحه العقد الفضولى و ان قلنا انها ظاهره فى الكشف الا أنها تدل على صحه العقد الذى يكون متعارفا و على وفق مذاق العرف و الشرع و الذى يفهم العرف من لسان الأدله الشرعيه هو ما يكون العقد مقارنة برضا المالك و مثل ذلك العقد يكون مؤثرا فى النقل و الملكيه و الزوجيه و حيث ان العقد الفضولى حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنة و ان كان مؤثرا فى الملكيه من زمان العقد.

و على هذا، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمره بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الأستاذ فى الكشف الحكمى و الكشف الحقيقي بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجة الكشف الحكمى.

بيان ذلك أنه على الكشف الحقيقي بما ذكرنا و الكشف الحكمى فيكون الإضاء

المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقه على ما ذكرنا أو حكما على الكشف الحكمي و هذا بحسب القواعد فإن القاعده تقتضى بعد تحقق الإجازة و شمول أدله الصحه عليه لكونه عقد بالحمل الشائع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فإن دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الإجازة و هو يصير عقدا للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فإن فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهه أنه لم يكن لادلتها إطلاق لتشمل مثل هذه الموارد أيضا و لم يكن المقتضى تماما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فإن القاعده تقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٤

ان يكون العقد صحيحا بعد الإجازة بمقتضى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالإجازة كانتسابه إليه فى غير موارد الفصولى بدليل الوفاء و هذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الأستاذ فإنه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الإمضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح.

### (الجهه الثالثه فى حكم التصرف)

الجهه الثالثه فى حكم تصرف المالك سواء كان مالك الثمن أو مالك المثلث فى نماء المبيع، فنقول: لا- إشكال فى جواز تصرفه فيه على القول بالنقل وضعيا و تكليفا لأنه تصرف فى ملكه و لا مانع من تصرف المالك فيه و أنما ينتقل العين عنه الى غيره بالإجازة و الفرض أنه قبل الإجازة و يكون يبعه لو باعه المالك من غير و عتقه لو كان النماء عبدا لو امه نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الإجازة أيضا.

و اما على القول بالكشف الحقيقى فربما يقال ان تصرفه فى- الثماء ليس أا تصرفا جائزا فلان ذلك كونه

فى ملكه و لائزم كون النماء فى الملك كون الأصل فى ملكه، فىدل تصرفه فى النماء بالدلاله الائتمائيه على رد البىع الفضولى فىحكم ببطلانه و قد اءمئل المصنف ذلك بناء على كون النسخه (و لو نقل المالك الولء) على خلاف ما قربه شىخنا الأءءاء ءىء قال مع اءءمئل كون النقل بمنزله الرء و اما بناء على كون النسخه لو نقل المالك أم الولء فلا مئل إله فى كلامه.

و فىه: أن رء العءء الفضولى كأءازءه و ان كان يصء بالفعل و القول كللهما الا أن مجرد صدور الفعل لا ىءل على الرء ما لم ىكن بنفسه إنشاء الرء فإن ءءققه ىءءء إلى الإنشاء كما ان ءءقق الإءازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ء ٤، ص: ١٦٥

ىءءء إلى الإنشاء بءىء ىكون الفعل بنفسه مصءاقا للرد و هذا لا ىمكن الا بالقصد اءن، فىكون الفعل بءسب نفسه أعم من الرء لكون صدوره أعم من ان ىكون بقصد الرء أولا فالأعم لا ىءل على الأءص بوءه الاءمئل ان ىكون من ءىر قصد أو بقصد عءوانى مع علمه بأنّه ىءىز ءءصرف الغاصب و السارق و نءو ذلك.

و على هذا فلا ىكون تصرف من انءقل عنه المال فى نمائه قبل الإءازه رءا فلا بء له من إعطاء بءله على ءقءىر الإءلاف و مع البقاء و انءقاله الى ءىر ىكون المقام من صءرىاء ءعاقب الأىءى، فله ان ىرء الى المالك و ىرء المالك الى ما [من انءقل الىه أو الى ما انءقل الىه ابتءاء.

و اما على الكشف الءكمى و الكشف الءقىقى بمعنى الذى ذكرنا الذى فى ءكم الكشف الءكمى فلا شبهه فى كون تصرف المالك فى نماء العىن تصرفا فى ملكه لان الفرض أنه



يحكم بملكه العين كما انتقل اليه بعد الإجازة فيكون النماء أيضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع و حين تصرفه لم تصدر منه الإجازة ليكون التصرف في ملك الغير و هذا لا شبهه فيه و أنما الكلام في أنه يحكم بعد الإجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى في صورته كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهده أم لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان أو مئنا بالإجازة مع النماءات الموجوده حال الإجازة متصله كانت أو منفصله.

و قد حكم شيخنا الأستاذ بالثاني من جهة أنّ الإجازة أنّما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٦

ما انتقل اليه العين، و اما إذا كانت العين معدومه فقد تقدم أنه لا مجال للإجازة مع ذلك و ان كان النماء معدوما فلا شيء يكون ملكا لما انتقل اليه و التبعية أنّما يتحقق في صورته وجود النماء لا في صورته عدمه.

و بعبارة اخرى: ان العين الى زمان الإجازة ملك لملكها لجميع شئونها فله ان يتصرف فيها كيف يشاء و في زمان الإجازة لو انتفت العين فلا- موضوع للإجازة أصلا و ان بقيت العين و نماءاتها، فتكون بالإجازة منتقلة إلى الطرف الآخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم، فتكون العين وحدها منتقلة إلى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الأصل إلى الغير ليحكم بضمائه، فما يكون مانعا عن تحقق الملكية بالإجازة في صورته نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكية بالنماءات أيضا فلا تؤثر الإجازة في ثبوت الملكية بالنسبة إلى النماءات المستوفاه.

و فيه:

انّ ضعفه ظاهر لانّ زمان الانتقال و ان كان هو زمان الإجازة و لكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكيه من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمي و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي و اذن، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت في الكشف الحقيقي و هذا واضح جدا.

ثم انّ شيخنا الأستاذ قُرب كون النسخة و لو نقل المالك أمّ الولد و لكن الظاهر أنّها الولد بدون لفظ الأمّ لأنه يصرح بعد أسطر في ذيل الضابط للكشف الحكمي أنّه يحكم بملكه المشتري من حين

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٧

العقد فانّ ترتب شيء من آثار ملكيه المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمعا بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع الى البدل.

### **الجهة الرابعه في ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال فضوله،**

اما على النقل فلا شبهه في عدم جواز تصرفه قبل الإجازة وضعا و تكليفا لكونه تصرفا في مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك، ثم أجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكليه من باع شياء ثم ملك و سيأتي الكلام فيه.

و اما على الكشف الحقيقي على أنحاء الثلثه فلا شبهه في جواز تصرفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الإجازة متحققه واقعا غايه الأمر مع عدم العلم بتحقيق الإجازة يكون متجريا فقط في الظاهر و الافى الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا.

و اما على الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفي و الحكم الوضعي و الحكم بحرمة التصرفات قبل الإجازة واقعا و

ظاهرا لكونه تصرفا في مال الغير حقيقه فهو حرام لانه لا يجوز التصرف في مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا.

و اما الأحكام الوضعيه فهي نافذه بعد الإجازة فإنه بعدها يكشف كونه واقعا في ملكه فلو باع قبل الإجازة فيكون صحيحا نافذا و لو أعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الأحكام الوضعيه على طبق القاعده فإنه بعد تحقق الملكيه بالإجازة من حين العقد، فمقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٦٨

القاعده ترتب أحكام الملكيه أيضا بأجمعها كما هو من المرتكزات العرفيه أيضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاء و تحقق الزنا بذات البعل فإنه تقدم أنّ الظاهر من دليلهما أنّ الاستيلاء و الزنا بذات البعل أنّما يتحققان من المملوك و الزوجه الفعلين دون ما يكون مملوكا أو زوجه بعد ذلك الوطى.

و بعبارة اخرى: أنه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الأحكام الوضعيه إمكانا و إثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما في تحقق أمّ الولد و الزنا بذات البعل فإنّ ترتب الأحكام الوضعيه بأجمعها بحسب القاعده كيف فإنه بعد الحكم بحصول الملكيه من حين العقد فيترتب أحكام الملكيه أيضا عليه.

و اما عدم ترتب الحكم التكليفى فمن جهة أنّ الشىء لا ينقلب عتيا هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الإجازة كانت محرمة فلا ينقلب إلى الحليّه.

**[فى بيان ما ذكروا للشمره بين الكشف و النقل]**

**اشاره**

قوله

**منها النماء**

فإنّه على الكشف.

أقول: و قد تقدم أنّ النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلا فى ملكه و اما على النقل فللمالك لكونه أيضا حاصلا فى ملكه و تكراره انما هو توطئه لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضه حيث قال: أنّ النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبائع و نماء المبيع للمشتري و اما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز.

و قد وجّه كلامه بعض محشى الروضه حيث قال: يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن و مالك

اي نماء الثمن للمشتري لكونه مالكا له و نماء المثمن للبائع لكونه مالكا له.

و وجهه آخر بتوجيه آخر، بدعوى اراده جنس المالك فيكون أعم من مالك الثمن و مالك المثمن و على كلا التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه.

و لكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فانّ ظاهر المقابلة كون النماء على النقل للبائع فإنه قال: و على النقل فهما للمجيز، فظاهره كون كلا النماءين لشخص واحد و وجه بعض بتوجيه بارد و هو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعده لكونه حاصلًا في ملكه و اما كون الثمن له فلانّ المشتري بنفسه قد أقدم على ذلك و سلّط البائع على ماله الذي مالك العين على ماله فيكون نمائه أيضا له.

و فيه: أنه قد يكون العقد من طرف المشتري أيضا فضوليا فكيف يصح الحكم بأنه قد أقدم على تسليط البائع على ماله؟ و قد يكون غير ملتفت على كون البائع فضوليا و لو كان المشتري بنفسه مباشرة للعقد على أنّ ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى و صغرى اما الوجه

فى بطلان الكبرى فلان الاقدام لىس من جملة المملكات و لم يعهد من الشرع المقدس ذلك المعنى إلا إذا كان بعنوان الهبة فإنها مملكة فى الشرع المقدس و ان كان يجوز الرجوع إليها أيضا.

و كىف كان لا ىمكن الالتزام بهذا التوجه اذن فلا بدّ اما من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشريف لكون العصمة لصاحبها و اما ان ىكون نظره ما تقدم من التوجيهين الأولين و انما كان غرضه من إغلاق العبارة تجرّبه الأفهام و الله العالم.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٠

قوله

**و منها انّ فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر.**

**إشارة**

أقول: إذا كان أحد طرفى العقد فضوليا و الآخر أصيلا فهل يجوز ان ىفسخ الأصل قبل إجازة الآخر مطلقا أو لا يجوز كك أو ىفصل بين القول بالكشف فىحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فىحكم بجواز فسخه؟.

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الأصل العقد قبل إجازة الآخر.

و قد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف.

أما على القول بالكشف فسيأتى الكلام فىه.

**و اما على القول بالنقل**

فمن جهة أنّه لم ىحصل النقل بمجرّد العقد و أنّما ىكون ذلك مؤثرا فى زمان النقل و قبل زمانه، فىكون العقد بالنسبة إلى الأصل كنسبته الإيجاب إلى الموجب، فىكون فسخه كفسخ الموجب إيجابه فكما أنّه لا محذور فى فسخ الإيجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الأصل العقد قبل تحقق الإجازة.

و بعبارة آخر أنّما ىجب إتمام العقد و لا ىجوز حلّه من جهة أوّفا بالعقود و هو أنّما ىتوجه بعد الإجازة و قبلها لىس هناك شىء بوجه و لا ىشمله دليل وجوب الوفاء فىكون الأصل مختارا فى فسخه و عدمه.

و اما على القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه انّ مقتضى قوله تعالى أوّفا بالعقود وجوب الوفاء بالعقد الذى عبّارة عن المعاقده وجوبا تكليفيا و لا شبهه فى تحقق العقد و عدمه بالنسبة إلى الأصل

وَأَمَّا الْمَوْقُوفُ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧١

على الإجازة ليس الا حصول النقل الحقيقي و اما نفس العقد و المعاقده فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ  
عليه فيكون ذلك كبيع الصرف

و السلم حيث ان حصول الملكيه فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البائع أو المشتري فسخ العقد فإنه بعد التحقق لا يجوز إلا إذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لا يقاس المقام بالإيجاب المجرد قبل مجيء القبول، فإنه لم يتم المعاقده بدون القبول حتى يشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا بخلاف المقام كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد تاره يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد أعنى الملكيه أو الزوجيه أو نحوها.

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى أعنى نفس العقد و المعاقده فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الإجازة، فلا يشمله دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازة الا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ.

و على الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقده.

نعم الملكيه موقوفه على الإجازة و ذلك غير مربوط بالمقام.

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه و إنهائه بعد تحقق العقد و المعاقده و هذا واضح جدا فافهم.

و فيه: أما على الكشف فسيأتى الكلام فيه عن قريب، و أما على النقل فكلامه هذا مبنى على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفيا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٢

فإنه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و لكنّه غير ممكن إذ كون الأمر بالوفاء تكليفيا أو حرمة نقضه كك يقتضى ان يكون متعلقه امرا مقدورا بحيث يكون مختارا فى فسخه و إمضائه فإن التكليف لا يتعلّق بغير المقدور و لا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال أنه أمر ممكن و

معنى كونه مختاراً في ذلك ليس الا- كون العقد جائزاً فيكون ذلك خلف الفرض مع ان مقتضى كون العقد جائزاً و كون الوجوب تكليفيًا انه يفسخ بالفسخ غاية الأمر انه فعل حراماً مع انه لا- يفسخ قطعاً بل عدمه بل الأمر هنا إرشاد إلى الحكم الوضعي نظير (إرشاد) النهي في قوله (ع) نهى النبي عن بيع الغرر إرشاداً إلى الفساد و معنى الوفاء به عباره عن إتمامه و إنهائه كما يقال الدرهم الوافي للدرهم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد انه لا يفسخ هذا العقد بالفسخ و على هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا- بعد إمكان تحقق الحكم الوضعي بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازة المالك لانه المفروض اذن، فما ذكره العلامة الأنصاري من جواز فسخ الأصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه.

و بعبارة أخرى: وجوب الوفاء بالعقد من ناحيه الأصيل على القول بالنقل قبل الإجازة متوقف على أخذ العقد بمعنى المصدرى أى مجرد المعاقده فإذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفاً على أخذ الوجوب تكليفيًا و هو غير جائز فلا بد من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى و هو لا يحصل إلا بالإجازة، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الإجازة دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو أيضاً ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما أيضاً بقوله

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٣

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و بعدها، لم يمكن شموله على العقد الا بعد حصول الاسم المصدرى فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البائع و المشتري فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح.

و بعبارة اخرى: انّ الأمر بالوفاء إرشاد الى عدم



انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع إلا- بالإقاله و معنى الوفاء به إنهائه إلى الآخر و إتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقده على أساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه أنّما هو الملكيه و حصول الملكيه موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفاء بالعقد فيكون نظير الإيجاب قبل تماميه القبول نعم في مثل النذر لا- بأس من الالتزام بالوجوب التكليفي لا من جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصيه المورد فانّ متعلق الوفاء في باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه في باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقده و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لا غرو من الالتزام بالوجوب التكليفي في النذر و نحوه و بالوجوب الإرشادى في باب العقود.

و بالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديده حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه إتمام العقد و إنهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب إتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفي.

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهه فى أنّه أنّما يتمّ بعد تحقق العقد و هو على أساس القول بالنقل لا يتمّ الا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٤

بعد الإجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد أنّما يحصل بالإجازة و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفي فلا يتوجه الا بعد الإجازة

لتحقق موضوعه في ذلك الوقت.

و بعبارة أخرى: مع الغمض عن بطلان أخذ الوجوب إرشاديا و الجواب على وفقه أنّ موضوع الوجوب التكليفي لم يتم بعد، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع؟

فتحصل أنّه على القول بالنقل يجوز للأصيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة،

**و اما على القول بالكشف،**

**اشاره**

فهنا جهات للكلام:

**الاولى في جواز فسخ الأصيل منهما و عدمه أي تأثيره و عدم تأثيره على الكشف.**

و الذى ينبغى ان يقال: أنّه لا يؤثر الفسخ في انحلال العقد فإنّ أساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانيين و بعد تحققه لا معنى لفسخ الأصيل ذلك فإنّ أدله و جوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا يفسخ بأجمعها، شامله للمقام فإنّ عمدتها على ما تقدم في المعاطاة قوله تعالى **لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**، فلا شبهة أنّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجاره عن تراض بل يكون أكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الإجازة، فأیضا لا يحتاج الى الفسخ بتحقيقه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه.

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٥

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه أدله اللزوم.

**الجهة الثانية: في أنّه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه وضا فهل يجوز للأصيل التصرفات في ماله قبل إجازة طرف الآخر أم لا؟**

فهذه الجهة فيها جهتان. الاولى في جوازها و عدمها ظاهرا، و الثانية في جوازها و عدمها واقعا، فقد ادعى العلامة الأنصارى عدم جوازها ظاهرا و واقعا على تقدير عدم الإجازة بدعوى أنّ المال بواسطة المعاقده خرجت عن موضوع جواز تصرف المالك في ملكه و دخل تحت أدله حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف في ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهرا و واقعا و الا فيكون حراما في الظاهر فقط، و لا يجرى هنا أصاله عدم الإجازة لأنه أنّما يجرى في فرض عدم المنع عن جريانه و الفرض أنّ دليل وجوب الوفاء قد جرى و أوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الأصيل في ماله و معه كيف تجرى أصاله عدم الإجازة.



انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيه لا- حصول نفس الملكيّه و موضوع عدم جواز التصرف في المال تكليفاً نفس الملكيّه و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف في مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الأصيل العقد بحرمة تصرفه في العين فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للأصيل التصرف في ماله نعم لو تحقق الإمضاء، فيكشف منه انّ التصرف كان حراماً في الواقع و هذا من عجائب الكلام، فإنه مع عدم الإجازة فبأى دليل نحكم بحرمة تصرفه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٦

في ماله مع كون الناس مسيطون عليه، و بعبارة اخرى ان قلنا انه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس إلا مناقضه في مفهوم الناس مسيطون على أموالهم فافهم.

و بالجملة انّ الثمره ثمره صحيحه فإنه على النقل بجوز للأصيل أن يتصرف في ماله و على القول بالكشف لا يجوز فسخه و يجوز تصرفه ظاهراً ثم ان تحققت الإجازة بعد ذلك، فيكشف أنه كان حراماً واقعا و على تقدير عدم الإجازة ينكشف أنه لم يكن حراماً في الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقيق الإجازة فلا يجوز، و العجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى في صورته العلم بعدم الإجازة مع أنه على هذا لم يكن منع منه بوجه لتصرفه في ماله قطعاً و عدم احتمال تصرفه في مال الغير.

الحاصل أنّ الكلام في جواز تصرف الأصيل في ماله قبل اجازته الآخر و قلنا أنّه لا شبهة في جوازه مع الجهل بتحقيق الإجازة مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقي و لو بمعنى أخذ الإجازة معرّفه لحصول النقل من زمن العقد فإنّه مع ذلك أيضا يشك في انه ممّا يتمّ به النقل أو يكون معرّفا لذلك يتحقق أولا يتحقق فيتمسك بأصالة عدم تحقق الإجازة فيحكم بجواز التصرفات مطلقا فإن مقتضى جريان ذلك الأصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف في مال الغير كما أنّه في صورة العلم بعدم الإجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى في صورة العلم بعدم الإجازة، فعجيب منه مع أنّه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرفا في مال الغير فلا ندري ما المانع من كونه أي الأصيل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٧

مسلطا على ماله؟ فإنّ قوله بعث مع العلم بعدم الإجازة ليس الا كاللاغى و الساهى.

نعم على الكشف الحقيقي المعروف لو تصرف فيه معتمدا على أصالة عدم الإجازة أي القطع التعبدى أو على العلم بعدم الإجازة و القطع الوجدانى فأجاز الطرف الآخر فيكون تصرف الأصيل في المبيع فضوليا، فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليا من قبله فيبطل من قبل الأصيل و لا يكون العقد عقده و أنّما يكون راجعا الى المجيز فان شاء أجاز و ان شاء لم يجز.

ثم ذكرنا أيضا أنّه لا وجه في عدم جواز تصرفه أي الأصيل بآيه وجوب الوفاء بالعقد- كما تمسك به شيخنا الأستاذ- على تقدير كونه وجوبا تكليفيا، فإنه يرد عليه أولا أنّ الأمر بوجوب الوفاء بالعقد إرشاد إلى تمام

الالتزام وإنهائه كما هو معنى الوفاء بالشيء لغه فليس ذلك وجوبا تكليفيًا كما هو الظاهر.

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا- ترتيب آثار الملكيه و الزوجيه و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيًا، فهو لا يحصل قبل الإجازة فإن معنى ترتيب الآثار هو حرمة التصرف في ذلك المال للأصيل فلا شبهة ان أدله حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكه كما هو واضح.

و ثالثا مع الإغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفيه، فإنما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لا قبله.

و بعبارة اخرى: ان الاحكام التكليفيه انما تكون فعليه بفعليه موضوعها فما لم تصر موضوعها فعليه فلا معنى لفعليه الحكم اذن فموضوع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٨

وجوب الوفاء انما هو العقد ففعليه ذلك الحكم يحتاج إلى تماميه العقد فحيث ان العقد عبارته عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقده بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازة المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبه يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فان حقيقتها عبارته عن التمليك المجاني و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فان الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد- الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضم أحدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فان الأصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز أو لا يجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الإجازة بل يجوز التصرف لكل من البائع و المشتري في بيع الصرف و المشتري في الثمن في بيع السلم قبل القبض فيهما فإنه

ما لم يحصل القبض لم يحصل الملكيه و وجوب الوفاء بالعقد أنّما هو باعتبار الملتزم به أعنى الملكيه نعم فى صورته العلم بأنّ المالك يجيز العقد لا يجوز للأصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف و لكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلا- فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابله فى ملكه متلازمان فانّ قوام البيع عبارته عن المبادله بين المالكين فى طرف الإضافه و حقيقته الإضافه ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لا يجوز للأصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمه و ما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمه تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه و الوجه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٧٩

فى ذلك هو ثبوت الملازمه بينهما وجودا و عدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لا بد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكيه دون الالتزام.

ثم أنّه لا- يفرق فيما ذكرنا بين أقسام العقود الفضوليه نكاحا كان أو غيره فإنّه فى باب النكاح أيضا يجوز للأصيل ترتيب آثار عدم الزوجيه قبل إجازته المرأه التى كان العقد من قبلها فضوليه من تزويج أمها أو أختها أو تزويج الخامسة لو كانت عنده زوجات ثلثه غير الزوجه- الفضوليه الى غير ذلك من آثار عدم الزوجيه معتمدا بأصالة عدم الإجازة فإنها محكمه ما لم يكن دليل على خلافها.

نعم تقدم أنّه زوج الصغير فضوله فمات فيعزل نصيب

الزوجه فبعد البلوغ عرض إليها العقد فإن أجاز مع الحلف على عدم طمعتها بالمال فيعطى بها الإرث و الا فلا.

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء بأصالة عدم الإجازة في باب النكاح بالملازمه.

و فيه ان مقتضى جريان أصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجيه من قبله فضوليه الزوجيه هو عدم ترتيب آثار الزوجيه قبل الإجازة فيترتب عليه عدم التوارث فإنه مع جريان أصل السببي لا يبقى موضوع للمسبب و بعبارة اخرى ان قضيه الإرث هنا و إن كان راجعا الى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعامله الفضوليه و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليا فيجرى فيه أصالة عدم الإجازة الذى هو أصل سببي بالنسبه إلى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٠

من التوارث و غيره و بذلك الملازمه فيكون التوارث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعامله الفضوليه.

و لكن حيث و رد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجه هنا- فبالملازمه القطعيه يبقى جريان أصالة عدم الإجازة و ترتيب الآثار عليها فان نفى اللازم يستلزم نفى الملزوم الا ان ورود النص فى مورد خاص مبتيا على الاحتياط فى الأموال كما تقدم لا يوجب التعدى الى غير مورده و الحكم بعدم جريان أصالة عدم الإجازة فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى.

و قلنا سابقا انه ورد نظير ذلك فى المرأه الجبلى حال و فات زوجها فإنه يعزل نصيب ذكرين مع ان أصالة عدم التولد أو عدم كون الولد أكثر من واحد أو عدم كونه ذكورا بناء على جريان الأصل فى الاعدام الأزليه كما هو الحق جاريه فإن المتيقن فى



الصورة الأخيره هو كون الأقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزيادة التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالأصل و بالجمله تتحصل أنه يجوز- للأصيل أن يتصرف فى ماله قبل اجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه و على القول بالنقل و على القول بالكشف الحكمى فإن أصاله عدم الإجازة محكمه و ما ذهب اليه المصنف من أصاله عدم الإجازة و التمسك بأوفوا بالعقود فى إثبات لزوم العقد و تبعه بعض الآخر و كك ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من الحكم بلزوم العقد من الأصيل لا وجه له.

## [فى عدم جواز إعدام المنذور]

### إشارة

قوله كالنذر المعلق على شرط.

أقول: تفصيل الكلام هنا أنه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨١

أو بالنتيجة و سواء كان متعلقه امرا اختياريا أو غير اختيارى على انما

### تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى

و اخرى فى الحكم الوضعى اما.

الأول: فتاره يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشىء بأن كان قصده حين النذر لتنجز التكليف بالوفاء عليه لأنه على وجه الإطلاق كما إذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا و على هذا فلا إشكال فى عدم جواز إعدام المنذور و اخرى يكون معلقا و عليه تاره يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليًا و متعلقه امرا استقباليًا كما يكون الوجوب فعليًا و الواجب استقباليًا فى الواجب المعلق و هذا مثل الأول لفعليه الوجوب.

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لأنه تاره يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الأول- أيضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب إعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تماميه ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ قدره لإتيانه و حفظ مقدماته و تهيئه وسائل إتيانه لو علم أو احتمال عجزه عنها فى ظرف الإتيان و يحرم إعدام المقدمات المفوته لذلك الملاك و لو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الطرف أو لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم أنه لو لم يحفظه يموت بعد ساعه عطشا أو لا يجد الماء للوضوء و تسمى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوته.

و بالجمله و ان كان النذر معلقا مثل الواجب

المشروط الا ان العلم بانعقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٢

ملاك التكليف فى نظر العقلاء و الشارع و لو كان التكليف استقباليا كما انّ الأمر كك فى الواجب المشروط أيضا.

و ان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلق النذر بالإبقاء كتعلقه بأصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهه أيضا فى وجوب حفظ المنذور كما إذا نذر بصدقه شاه على تقدير براء مرض ابنه و مع ذلك تعلق نذره بإبقاء ذلك الشاه أيضا.

و ان لم يكن نذره متعلقا على صدقه الشاه مطلقه و لا على صدقتها على نحو الواجب المعلق و لا على نحو الواجب المشروط- بحيث يعلم بحصول متعلقه و لا- ان يكون متعلقا بإبقائه أيضا فلا- يجب الإبقاء بل يجوز إعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه أصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلقه.

ثم أنه لا يفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل أو بالنتيجه و سواء كان اختياريا أو كان غير اختيارى.

### **و اما الحكم الوضعى أعنى صحه التصرفات فى المنذور.**

فنقول:

اما فيما يجوز التصرف و إعدام موضوع النذر كما فى الصورة الأ-خيريه فلا شبهه فى صحه التصرف و نفوذه فلو باع فيحكم بصحته و اما فيما يحرم التصرف فى المنذور كأكل الشاه المنذوره مثلا فأیضا يصح التصرف فى المنذور وضعاً و ينفذ ذلك لأنه لا ملازمه بين حرمة التصرف تكليفا و بين صحته وضعاً.

و ما يمكن ان يكون وجهها فى عدم صحه ذلك أمران.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٣

الأول أنه يشترط فى المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع غير الطلق و ما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق

حق الغير به.

و فيه: أنه ممنوع كبرى و صغرى، اما الصغرى فواضح لانه لا يكون المال بمجرد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير و من هنا لو اجتمع المنذور إليهم و أسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك فى المنذور شيئا و لا يصيره عن حاله الأوليه التى لم يتعلق به الا الحكم التكليفى و لا يرتفع به الحكم الشرعى التكليفى أعنى عدم جواز التصرف فيه مع أنّ الحق امتيازاه عن الحكم ليس إلا بالإسقاط كما مرّ فى أول البيع و الا فكلّ حكم يصح إطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك أنه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفى أعنى حرمة التصرف فيه و اما الحكم الوضعى فلا- فلم يتم الصغرى و اما الوجه فى منع الكبرى فلائنه لا- دليل على اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو أمر منتزع من الموارد الخاصه ففى كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه و لا يصح و فى كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا.

الأمر الثانى ما اعتمد به شيخنا الأستاذ من أنّ المنع الشرعى كالمنع العقلى فحيث أنّ التصرف فى المنذور محرم شرعا فيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكويننا فحيث أنّ المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا أيضا و بهذا استند فى أنّ النواهى تدل على الفساد فى المعاملات و بنى على ذلك دلاله النهى على الفساد فى باب المعاملات.

و فيه: ان كان المراد من أنّ المنع الشرعى كالمنع العقلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٤

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلم

و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو أول الكلام إذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى و حكم بحرمه التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم بطلانه كما هو واضح.

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الأستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستندا على هذا الوجه الغير الوجيه فإنه لا ملازمه بين حرمه التصرف تكليفا و بين حرمة وضعها و ما اعتمد عليه فى دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه.

قوله

**ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.**

**اشاره**

أقول: ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف أو النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الأنصارى.

**الأول: أنه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري**

سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليا أو من قبل أحدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليا من جانب و احد فمات الأصيل قبل الإجازة الآخر فحاصل ما قاله (ره) أنه لو مات الأصيل قبل الإجازة فيبطل العقد بناء على النقل فإنه حين تحقق الملكيه غير موجود و الفرض انّ العقد لم ينعقد قبل الإجازة فيبطل.

و بعبارة اخرى: انّ المالك الأصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيه و حين انعقاد العقد و تماميه الملكيه لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فإنه يحكم بصحته فإنّ الملكيه قد تحققت على الفرض فلم يبقى فى البين إلا إجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٥

و قد أورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدله فى اعتبار استمرار القابليه إلى حين الإجازة على الكشف مع قطع النظر عن الإجازة فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الإجازة و مراده انّ صحة العقد الفضولى متوقفه على بقاء مالكي العقد و من يستند العقد اليه و يكون العقد عقده باقيا على قابليه ذلك المعنى و بالموت يخرجان عن ذلك القابليه و لا يمكن استناد العقد اليه و هذا واضح جدًا.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بالنقض و الحلّ اما النقص بالعقود المتعدده الواقعه على مال واحد بنحو تعاقب الأيدي فضولا حيث انّ تلك العقود قد وقعت فضوله و قبل تحقق الإجازة انتقل الملك الى الآخر و لم يبق المالك مستمرا على مالكيته و على تلك القابليه الأوليه

إلى زمان الإجازة فيكشف من ذلك أنّ بقاء المالك على قابليه المالكه إلى زمان الإجازة غير لازمه.

وفيه: أنّ هذا عجيب من المصنف حيث أنّه فرّق بين ما نحن فيه وبينما ذكره المصنف نقضا لأنّ في فرض تعاقب الأيدي المالكه مستمره مع قطع النظر عن الإجازة و إنما الإجازة أوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن و مالك الثمن عن المثلن كما أنّ الرد يوجب انهدام العقد و بقاء كل منهما في ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنه مع قطع النظر عن الإجازة و الرد ينقطع الملك بالموت كما أفاده الأستاذ اذن فلا- ينبغي لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك و ثانيا بالحل و حاصله أنّ بعض الاخبار المتقدمه من أدله صحه المعامله الفضوليه ظاهره في صحتها حتى مع موت أحدهما الأصيل أو من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٦

كان العقد من قبله فضوليا كالأخبار الداله على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربه حيث انها أعم من ان يكون المالك حيّا أو ميتّا مع جريان العاده بموته في مدّه مديده يتجر العامل بالمال و لم يستفصل الامام (ع) في ذلك فيكون إطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحه في ذلك كالروايه التي تضمّن ان شخصا اوصى بالعبد المأذون في التجاره ان يشتري عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترفع كلّ من مولى المأذون و العبد المعتق و الورثه في كونه من مالهم فإنّها صريحه في المطلوب حيث أنّ المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد المأذون ذلك العقد فيكون صريحه في المورد.

وفيه: قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحه البيع الفضولي بل هي

خارجه عن المقصد بل الشيخ أيضا لم يستدل بها على ذلك و إنما ذكرها تأييدا لمرامه فلا يمكن الاستناد إليهما في هذا المقام أيضا.

و الذى ينبغى ان يقال أنه لو كان النظر إلى الأدله الخاصه للمعامله الفضوليه كروايه عروه البارقي و صحيحه محمد بن قيس فلا شبهه لظهورها فى كون المالك المجيز أو الطرف الآخر حيا فلا أقل من أخذ المتيقن منها فإنه ليس لها إطلاق يؤخذ به انما سرى فلا- يكون الأدله الخاصه للفضوليه دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفايه منها بحال حياه الطرفين من المالكين الفضوليين أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيلا.

و ان كان النظر إلى الأدله العامه أعنى العمومات و الإطلاقات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٧

الداله على صحه المعامله كقوله تعالى **أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ** و غيرها فلا شبهه فى صحه المعامله مع موت الأصيل أو المجيز مطلقا على القول بالكشف و على القول بالنقل و ذلك اما على القول بالكشف فواضح لان العقد قد تم من جميع الجهات الا من ناحيه اجازة من كان العقد من قبله فضوليا فإذا حصلت الإجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات و عدم نقصانه من جهه.

و السر فى ذلك أنه قد تقدم مرارا ان قوام المعامله بالمبادله بين المالين و لا خصوصيه للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص أو ذلك الشخص فحيث ان المبادله و الملكيه قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين إلا الإجازة من المجيز فيها يتم جميع جهات المعامله غايه الأمر أنه إلى زمان موت الأصيل كان المالك للثمن أو المثلث هو و بعد موته يكون

المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضوله و تبادل المالك لا- يضرّ بصحة معامله بوجه و كك انقلابه الفضوليه لا يضر بالمطلب و لزوم كون البائع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم و ان تقدم الالتزام به من التستري الا أنه بلا مدرك لإمكانه في المالك المتجدد بالإرث و نحوه و اما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الإجازة معلقا في الهواء حتى يجيزه المجيز فإذا أجاز يستند اليه العقد و موت الأصيل أو غيره من أحد طرفي العقد لا يضرّ بالعقد- الواقع فإنّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات و المطلقات و بعبارة اخرى: أنّ العقد بعد وقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحة غير جهة الإجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٨

يخرج عن الجبهه التي وقع عليها كما هو بديهي الوضوح.

نعم لو كان الميت هو الأصيل لصار العقد من قبل وراثه أيضا فضوليا فتتوقف صحته على إجازتهم أيضا كتوقفها على اجازة المجيز الآخر.

و بالجملة لا نعرف وجهها صحيحا لدفع العمومات أو المطلقات عن شمولها لهذه المعاملة.

غايه الأمر أنه على الكشف ينتقل المال بموت الأصيل إلى الورثه من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله أيضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضوله و يجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمره ثمره البحث فإنه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة العقد و ان لم تكن الأدله الخاصه للفضولى جاريه هنا لعدم إطلاقها أو عمومها.

**الثمره الثانيه ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما**

سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيل حيث



ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمره هنا بين القول بالكشف أو النقل.

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تاره يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيًا و اخرى يكون كليًا فى الذمه فعلى الأول فالكلام فيه بعينه هو الكلام فى الفرع الأول فإنه على القول بالكشف ينتقل الثمن أو المثلن الى الوارث بمجرد ارتداد أحدهما ينتقل العين الشخصيه إلى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضوله فيتوقف صحه العقد على إجازته أيضا و على القول بالنقل فينتقل المال أيضا الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٨٩

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الإجازة فإن أجاز يقع و الا فلا على النحو الذى تقدم. و على الثانى فلا بدّ و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما أو مصحفا فإنه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا- يظهر ثمره بين القولين إذ المرتد الفطرى يملك على الأقوى و ان كان ينتقل أمواله الموجوده بالارتداد إلى الورثه و تبين عنه الزوجه و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبه إلى الأموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازه أو بالكسب بعمله أو بالمعامله على الذمه أو ببذل شخص آخر و غير ذلك فإنه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابليه التملك بالكليه بواسطه ارتداده و أنّما- الدليل دل على ثبوت الأمور المذكوره.

و توهم أنّ تملكه غير معقول فإنه أمواله الموجوده تنتقل إلى الورثه و بالنسبه إلى الأموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل.

و لكنه فاسد فإنه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم أو لعدم بسط يد الحاكم عليه أو غير ذلك كما هو واضح.

إذا عرفت

ذلك فنقول إذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما أو مصحفا ثم ارتد أحدهما أى الأصيل أو الفضولى فتظهر الثمره حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فإنه على الأول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فإنّ الفرض أنّ الملكيه قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما.

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الإجازة و-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٠

بالإجازة كانت الملكيه حاصله و الفرض أنّ المشتري الأصيل مثلا- ارتد و سقط عن قابليته تملك المسلم أو القرآن فيحكم ببطلان المعامله كما هو واضح.

و توضيح الكلام بعباره اخرى ان يقال أنه لا فرق بين موت احد المالكين أو كلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فإنّ الارتداد الفطرى أيضا موت شرعى و بيان ذلك أنه لو كان المبيع أو الثمن مالا شخصا فكما أنه بموت الأصيل ينتقل إلى الورثه فتكون الورثه طرفا للمعامله و هكذا فى فرض الارتداد و لا- يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو الرد كما تقدم غايه الأمر يكون العقد بالنسبه إلى الورثه أيضا فضوليه و اما لو كان دينا فى الذمه فعلى القول بالكشف فأیضا يحكم بالصحة بالإجازة و يلزم الورثه بإعطاء الثمن أو المثمن إذ التوريث بعد إخراج الوصيه و الديون و من بعد وصيه يوصى بها أو دين و على هذا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحة أيضا مطلقا فإنّ العقد كان مراعى الى زمان الإجازة و زمان الإجازة هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت

فى الميٲ مطلقا و فى المرٲد إذا كان المبيع مسلما أو مصحفا بناء على شمول نفي السبيل فى الآيه بتملك الكافر المسلم أو مطلقا إذا قلنا بعدم مالكيه المرٲد و كونه قابلا لذلك و هنا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد فإن عدم قابليه التملك مشترك بينهما و اما إذا قلنا بالكشف و كان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمره حينئذ بين المرٲد و الموت حيث أنه فى صوره الموت قد حكمننا بانتقال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩١

الثمن إلى الورٲه فى العين الشخصى و بلزوم أدائهم فى الدين و اما فى صوره كونه عملا- يبطل العقد فى صوره الموت لعدم إمكان دفعه منه الا على احتمال انتقاله إلى قيمه و اما هنا فلا يبطل فإن المرٲد غير قابل للتملك لا أنه غير قابل بإعطاء ما ملكه للآخر من العمل مع إمكانه كما لا يخفى.

### **الثمره الثالثه ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه**

كما إذا كان المبيع خلا ثم صار خمرا.

و هذا يتصور على نحوين الأول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضوله و قبل إقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابليه للتملك فيحكم حينئذ ببطان العقد على القول بالكشف و النقل فإن تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطان العقد و هذا معنى ان التلف قبل القبض من مال مالكه كما سيأتى أى يفسخ العقد بذلك لا ان المالك يجبر بدفع الغرامه كما لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمره فإنه مع البطان لا تصل التوبه الى ذلك بل الأمر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد- اصيلين فإن البطان مستند إلى جهه تلف احد العوضين

قبل القبض و البطلان من هذه الجبهه غير مربوط بجبهه أخرى.

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري بالإيجار و نحوه و تلف بعد البيع أو كان أمواله تحت يد الوكيل فى غير جبهه البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضوله ثم تلف المبيع قبل الإجازة فإنه حينئذ لا شبهه فى ظهور الثمره بين القولين فإنه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٢

انتقل اليه المال فبالإجازة يكشف تلفه منه.

و اما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فإنه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض و فى زمان الإجازة قد انعدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول إليه بالإجازة كما لا يصح ذلك ابتداء.

و من هنا ظهر أنّ ما أشكل به شيخنا الأستاذ و غيره من رد هذه الثمره على إطلاقه غير تمام إذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض أو بعده و لعل نظر هؤلاء الأعظم إلى صورته كون التلف قبل القبض و لكنّه غير مختص بالمعامله الفضوليه كما عرفت.

قوله أو عروض نجاسه له مع ميعانه.

أقول: نحتمل أنّ هذا صدر من سهو القلم فإنه بناء على مانعيه النجاسه و تسريه مانعيته الى المتنجس أيضا فهى انما تمنع عن التمليك و البيع و لا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن و نحوه عن الملكيه فإن كلامنا فى سقوط المنقول عن قابليه الملكيه عن قابليه التمليك و البيع و من هنا لا يوجب التنجس سقوط المتنجس عن الملكيه و لذا يضمه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابليه

إلى الشروط بالمثل بان كان مراده أنه تاره يكون المنقول عنه أو المنقول اليه ساقطا عن قابليه التملك كما تقدم و اخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابليه كما إذا تلف أو كان خلا و صار خمرا.

و ثالثه تسقط عن قابليه استيفاء المنقول بالشروط فإنه بناء على مانعيه النجاسه عن التمليك و البيع فيكون المبيع بعروض النجاسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٣

الغير القابله للتطهر خارجا عن تلك القابليه اى قابليه التمليك و التملك بالبيع و الشرى و على هذا فلا يرد عليه شى ء.

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث أنه اعتبر بقاء القابليه لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول و حكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابليه و بعدم استمرارها الى زمان الإجازة لكونها على خلاف مقتضى أدله صحه الفضولى فإنّ المتيقن منها صورته بقاء قابليته تلك الأمور و استمرارها الى زمان الإجازة كما هو واضح و قد أجبنا عن ذلك بأنه ان كان نظره فى أخذ المتيقن إلى الأدله الخاصه لصحه الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فإنه ليس لها إطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه الفضولى فهو ممنوع إذ لا- وجه لمنع تلك الإطلاقات بوجه و قد أجاب عنه شيخنا الأنصارى بوجه الأول بالنقض بالعقود المتتابعه و فيه ما تقدم من أنّ الناقل فيها الإجازة و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الأستاذ.

الثانى بالروايات الظاهره فى ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجاره بمال المضاربه و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العاده

جرت بموت المالك في مده طويله غاب عنه العامل.

و فيه: أنّ تلك الروايات و ان كانت ظاهره في ذلك و ظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحه بيع الفضولي.

الثالث أشكل عليه بصراحه بعض الروايات الأخرى في ذلك و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٤

أنّه لا فرق في صحه البيع الفضولي بين موت أحد طرفي المعامله من المالكين و عدمه.

و فيه: لم نجد في الروايات المتقدمه ما يكون صريحا في ذلك إلا روايه علي بن أشيم المتضمنه لشراء العبد المأذون في التجاره و عتقه و إرساله الحج مع موت المالك قبل اجازته مالك العبد فعل عبده الا انها غير مربوط بالمقام حيث أنّ المشتري أنّما كان هو- الوكيل من قبل المالك و لم يكن فضوليا حتى يكون دليلا على المقام و من هنا منعنا دلالتها على صحه المعامله الفضوليه.

الرابع بما يدل على صحه نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحي من الميت مع الحلف كما تقدم و حيث أنّ الزوجين في النكاح بمنزله المالكين في البيع في الركنيه فإذا صح العقد فيما يكون من أهم الأمور أعنى النكاح فإنّه من الاعراض و الفروج و اهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الأهم صحيحا بطريق اولي فيكون الاستدلال بالفحوى و فيه على تقدير صحه الاستدلال بها فيما تقدم على صحه المعامله الفضوليه بالفحوى و الأولويه بدعوى أنّه إذا قلنا بصحه- الفضوليه فيما فيه و طى مع كونه من أهم الأمور و فيما ليس من الفروج نحكم بالصحه بالأولويه و أغمضنا النظر عمّا قلناه من منع الاستدلال بذلك.

الا أنّه لا يمكن التمسك بها في المقام

حيث أنّ الروايه تعرضت فى صورته موت احد الزوجين بقضيه الإرث و ليس فيه و طى حتى يتوهم صحه غير النكاح بفحوى ذلك بل هو أيضا من قبيل الأموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٥

التعدى لإقياسا و نحن لا نقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحه المعامله الفضوليه فى غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم.

الخامس أنّه قد استدل على عدم اشتراط القابليه فى المنقول بروايه عروه البارقى حيث أنّ رسول الله (ص) لم يستفصل بين موت الشاه و بقائها عند الإجازة بل أجاز البيع بقوله بارك الله فى صفقه يمينك.

و فيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان ببقاء الشاه و عدم موتها.

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاه و اما ذبحها فمع العلم بها لا يضر أيضا فإنّ الذبح لا يخرج الشاه عن المالىه و عن استمرار تلك القابليه غايه الأمر كانت المالىه قبل الذبح قائمه بالشاه و بالذبح كانت قائمه باللحم كما هو واضح.

و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابليه المالىه.

ثمّ أنّه يقع الكلام فى عكس تلك الفروض المتقدمه بأن كان العاقد أو العوضين أو المالكين غير قابلين فى حال العقد للعاقديه و المالكيه و العوضيه فصار قابلا بعد العقد و قبل الإجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان فى جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان نفصل فى الشروط و توضيح ذلك أنّ الشرط تاره يكون شرطا للعاقد كما إذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصبى و عممنا قوله (ع) عمد الصبى خطأ الى ذلك أيضا فيكون عقد الصبى باطلا و لا ينعقد

من الأول فإنه يشترط في تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبي ثم صار بالغاً لا يمكن الحكم بصحة مثل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٦

هذا العقد فإنه كان حين صدوره باطلاً لفقدانه للشرائط ثم صار واجداً لها فوجدانها بعد تحققه باطلاً لا ينقلب (يقبّل) الباطل إلى الصحيح فإنّ الشئ لا ينقلب عما هو عليه.

و اخرى يكون الشرط شرطاً لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غريباً حيث أنه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الأول و الا- فيبطل من الأول و لا يتحقق صحيحاً و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غريباً ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة فلا يمكن الحكم بذلك أيضاً بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غريباً لما تقدّم من أنّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلاً للفقدان لا يقبّل الباطل إلى الصحة و الشئ لا ينقلب عما هو عليه و لا يفرق في ذلك أيضاً بين النقل و الكشف.

و ثالثه يكون الشرط راجعاً إلى المال و هذا على قسمين فإنه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالىة و اخرى لا يكون اما الأول كاشتراط عدم كون المبيع خمراً أو اشتراط وجود الثمرة و بدو صلاحها في بيع الاثمار فإنه يلزم من انتفائهما انتفاء المالىة مثلا لو باع خمراً من شخص فضوله و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الإجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فإنّ في الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا- و قابلا- للبيع اما لاعتبار المالىة و اما للنص و فى الزمان الذى كان



مالا و واجدا لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد.

و بعباره اخرى: انّ العقد وقع عليه فى الزمان الذى ألقى الشارع ماليتة و قابليتة كونه مبيعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٧

ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل أوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا- لذلك لا يوجب صحه العقد فإنه حين زمان صدور العقد أوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد.

و هكذا الكلام فى بيع الثمره قبل الظهور و الانعقاد فإنه أيضا لو باعه احد من شخص فضوله حين كونه زهره ثم صار ثمره لا يكون ذلك البيع صحيحا اما لاعتبار المالىة أو للنص فإنه حينما وقع عليه- العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلا- و غير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق فى ذلك كله بين القول بالنقل و الكشف بل الأمر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الأصيل.

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ المالىة فى صورتى الفقدان و الوجدان و كونه الشرط راجعا إلى جهة الأوصاف الكماليه دون ما يقوم بها المالىة و هذا كالمثال المتقدم من المائع المتنجس فإذا وقع على المائع الطاهر عقد فضولا و بين العقد و الإجازة عرضت له النجاسة فإنه بناء على مانعيه النجاسة عن البيع بمقتضى روايه تحف العقول

أو شىء من وجوه النجس أو اشتراط الطهاره فى المبيع لا يكون هذا المانع الذى وقع عليه العقد واجدا لشرايط البيع و إذا ظهر قبل الإجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل إذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا و غير ذلك المال مما وقع عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٨

الإجازة غايه الأمر كان حين العقد فاقتدا للشروط و حين الإجازة واجد له و لكن المائيه ماله وحدانيه محفوظه فى ذلك المال من البدو الى زمان الإجازة و لم يرد الشارع و لا العرف ما وقع عليه العقد مغايرا لما وقع عليه الإجازة و هذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغاير لما يرد عليه الإمضاء فى نظر الشارع بل فى نظر العرف فى بعض الموارد و ما وقع عليه العقد ليس بمال فى نظر الشارع و ما يرد عليه الاذن مال فى نظره فكيف يتحدان و يحكم بالصحه و هكذا العين الموقوفه لأشخاص خاصه فإنه لا يجوز بيعها إلا- فى الموارد- المخصوصه فإذا باعها شخص فضوله ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين أربابها فإنه لا مانع من الحكم بصحه مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه و أنّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الإمضاء غايه الأمر كان حين وقوع العقد عليه فاقتدا لشروط من شرايط البيع و حين الإمضاء واجد لذلك و هكذا الكلام فى بيع أمّ الولد ثم مات ولده.

و الوجه فى صحه العقد فى أمثال ذلك أنّ العقد قد تحقق و استند الى من له العقد بالإجازة فيشملة دليل صحه البيع عموما و إطلاقا.

لا يقال أنه حين وقوع العقد على أمثال

ذلك كان البيع فاقدا لذلك الشرط فيكون باطلا و ما يكون موجودا عند الإجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم فى الشروط الراجعة إلى العاقد و نفس العقد و ما يكون به المائيه كما لا يخفى.

فإنه يقال كلامنا على طريقه النقل أخ لا يصدق البيع على ذلك العقد الا حين الإجازة فإنه زمان النقل و الانتقال و فى ذلك الوقت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ١٩٩

فالعقد واجد لجميع الشرائط.

و أوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما إذا باع العبد المسلم أو المصحف من الكافر فضوله ثم أسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزهاد قبل ان يتحقق الإجازة فإنه لا وجه حينئذ للحكم ببطان العقد.

و السرفيه ما كثرناه مرارا من أنّ حقيقه البيع هو التبديل بين المالكين و خصوصيه المالك ملغاه فى ذلك بل اللازم وجود طبيعى المالك و هو أيضا لا من جهة الموضوعيه بل يكون مقدمه للتبديل بين المالكين و قنطره لذلك فإنّ التبديل فى جهة الإضافه أى الإضافه الملكيه لا يكون إلا فى ملك مالك بل الأمر كك حتى على القول بالكشف فإنه سيأتى من المصنف أنّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيه و نحوها من زمان العقد بالإجازة المتأخره بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الإجازة و لو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة فى تلك الموارد على القول بالكشف أيضا فإنّ بالإجازة نكشف عن تحقق الملكيه فى بيع الوقف و المائع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين أرباب الوقف و عروض الظهاره للمائع و إسلام المشتري الكافر

فتشمل العمومات و الإطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الأدله الخاصه لعدم إطلاقها فى صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد.

و بالجمله لا مانع من التمسك بالعمومات فى تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا فى صورته تجدد الشرط بعد العقد و قبل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٠

الإجازة بلا وجه نعم الأدله الخاصه للفضولى لا تجرى فى المقام فإنه ليس فيها تعرض لصوره تجدد الشروط بعد العقد و قبل الإجازة و لا ان فى مورد احد هذه الأدله ذلك المعنى موجود اذن فلا إطلاق لها نتمسك به هذا.

و قوله و ربما يقال بظهور الثمره فى تعلق الخيارات.

أقول: اما ظهور الثمره بين القول بالكشف أو النقل فى خيار الحيوان فالظاهر أنه لا اشكال فيه فإنه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشتري من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنه يصدق من حين العقد على الكشف ان المشتري صاحب الحيوان فيشملة قوله (ع) (صاحب الحيوان المشتري أو المشتري بالخيار الى ثلثة أيام).

و اما خيار العيب فالظاهر أيضا أنه على الكشف يثبت من الأول و على النقل من حين الإجازة فإن دليل ثبوته سواء كان هو الشرط فى ضمن العقد أو غير ذلك شامل عليه من الأول على الكشف تماميه معامله على الفرض و ان وقف على الإجازة بخلافه على النقل فإن الفرض أنه لم يحصل النقل و الانتقال حتى يشترط فى ضمنه الخيار و يكون للمشتري أو للبائع خيار الحيوان و نتيجة ثبوت الخيار له من الأول أنه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الأمر الثابت و قطعه بخلاف الرد فإنه دفع و

مانع عن تحققه من الأول و اما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الأستاذ عدم ثبوته على النقل و الكشف و لا نعرف له وجهها صحيحا و الذى ينبغى ان يقال أنه انما يثبت على النقل و الكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠١

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما أصيلا و الآخر فضوليا لفرض تمامية المعامله من جميع الجهات الا من ناحيه الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الإجازة فإنّ الفضولين ليسا الا مجرد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض أنّ الملكيه إنما تحصل لهما بعد الإجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلا بدّ و ان يثبت من حين الإجازة لأنّ زمانها زمان ا انتساب العقد إليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الإجازة و لو كان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فإنّ لفظ المجلس لم يرد فى روايه ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعه فهو ثابت لأحد الشريكين من جهه دفع الضرر ما إذا باع أحد حصه أحد الشريكين للأجنبي فضوله ثم باع الشريك الأخر حصته من شخص آخر أصاله فعلى القول بالكشف فحيث ان المشتري الأول ملك العين قبل المشتري الثانى فيثبت حق الشفعه له و يأخذ الحصه الأخر من المشتري الثانى بالشفعه و اما القول بالنقل فحق الشفعه للمشتري الثانى إذ الإجازة بعد البيع الثانى و الفرض أنّ زمان تحقق البيع و المعامله و استنادهما الى المالك و

عند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعه فهو مسبق بحق الشفعه للمشتري الثانى و ربّما يقال بظهور الثمره فى صورته تعاقب الأيدى و سيأتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن أيضا.

و اما ظهور الثمره فى تعلق النذور و الأحماس و الزكوات عليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٢

فالظاهر ان يفصل بينها لأنها ان كانت متعلقه بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا إشكال فى ثبوتها من الأول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهه أخرى كالزكوات حيث أنّها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف فى المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لا تجب الزكاه على القول بالكشف لا على البائع و لا على المشتري اما البائع فلائنه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلق الزكاه عليه فما ليس ملكه لا- يجب فيه الزكاه و اما المشتري فلائنه و ان كان المال ملكا له و لكنه لا- يجوز له التصرف قبل الإجازة و شرط تعلق الزكوات جواز التصرف فى المال.

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكاه على المالك ليس الا كما هو واضح.

قوله (ره)

**و ينبغى التنبيه على أمور.**

**إشاره**

أقول:

**الأول أنّ النزاع فى باب الفضولى فى أنّ الإجازة كاشفه أو ناقله ليس من جهه أخذ ذلك فى مفهوم الإجازة لغه أو عرفا أو انصرافا**

بل من جهه الحكم الشرعى حيث أنّ القائل بالكشف أنّما يدعى استناد العقد الى المالك المحييز من حين العقد بواسطه الإجازة فإنّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف.

و القائل بالنقل يقول أنّ العقد مستند الى المالك حين الإجازة فلا- بدّ من القول بانتقال الملك إليه أيضا فى ذلك الوقت و هذان مختلفان فى مقام الثبوت.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٣

و اما فى مقام الإثبات فلا بدّ من إثبات أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الأول و ان كان الاستناد فى

زمان الإجازة أو بوجوب الوفاء من زمان الإجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على أنّ ذلك المعنى من ناحيه الشرع.

ثمّ إنّ المالك المجيز لو أجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى و مجتهده بأن بنى المقلد على الكشف فأمضى المالك من زمان النقل أو من الوسط أو كان المفتى بانبا على النقل فهو أجاز العقد من زمان العقد و على طريقه الكشف فهل يصح العقد حينئذ أو يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الإجازة على النقل و من حين العقد على الكشف أو يقع من زمان تعلق أجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الأول فيحكم بالبطالان و على الثانى فلا و بيان ذلك اما وجه البطالان على الأول فالذى استندنا إليه فى إثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى أوقعه الفضولى إلى المالك المجيز بالإجازة و- صيرورته عقدا له من حين صدوره و تحققه و لا قصور فى إثبات ذلك فى العمومات كما تقدم

فإنه قلنا أنّ الإهمال في الواقع غير معقول فلا بدّ من الإطلاق أو التقييد ولا شبهه أنّ المنشأ بالعقد الفضولي هو الإطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الإجازة بل لا بدّ و ان يمضى على النحو الذى إنشائه المتعاقدان.

و بالجمله حيث أنّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولي مطلقا لعدم التقييد و عدم الإهمال في الواقعيّات فبالإجازة يستند

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٤

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الإطلاقات فيكون عقدا له.

و على هذا المنهج فلو اجازة المجيز من الوسط أو من زمان الإجازة فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لأنّ المنشأ عباره عن- الملكية المطلقة و لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة لم تنشأ فيكون باطلا.

و بعباره اخرى: أنّ المنشأ بالعقد الفضولي واجد لجميع للشرائط التى تعتبر فيه الا الرضا فلا بدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذى قد أنشأت و الا فيحكم بطلانه.

و أساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول فإنّ الإجازة و ان لم تكن قبولا- حقيقه لتماميه العقد بالفضوليّه إيجابا و قبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

الا- أنّ ملاك لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول موجود هنا فإنّه كما لو تخلف الإيجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الإيجاب مثلا- بالزوجيه الدائميّه و قبل الزوج الزوجيه المنقطعه أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول بملكيه البستان أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول باستئجارها فإنّ في جميع ذلك يحكم بطلان العقد لتخلف الإيجاب عن القبول و أنّ ما أنشأه المنشئ غير



ما قبله القابل فبمقتضى القاعده يكون العقد باطلا و كك الحال فى قضيه الاجازه، فإن روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد  
أثما هو توجد بالإيجاب و القبول على النحو الذى قد أنشأ بهما فلا بد فى صحه ذلك من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٥

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحه  
شىء منهما اما المنشأ بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض و اما ما تعلق به الرضا فلفقدان الإنشاء لعدم كونه منشأ  
على الفرض و بالجمله ملاك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بعينه موجود هنا فلا بدّ من صحه العقد الفضولى على القول  
بالكشف من مطابقه الاجازه مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى و اما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحه مع مخالفه الاجازه عن  
ما بنى عليه المفتى بأن أجاز من حين العقد أو من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شىء قبل سنه بحيث يكون  
نمائه من تلك السنه للمشتري فإنّ مثل ذلك لا يضر بالمطابقه فإنّ التخلف بين الإيجاب و القبول و لو بمقدار لا يكون فصلا  
طويلا مما لا بدّ منه مع أنّ الإيجاب هو إنشاء المنشأ من حين الإيجاب و القبول بعد دقيقه أو دقيقتين فلم يحصل المطابقه بينهما  
و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعا لسيره القطعيه على عدم إضراره بالعقد.

نعم فيكون أجازته هذا مع قصد شرعيه هذا العقد تشريعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنه  
أيضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفيه و على خلاف

المتعارف فلا تشملله الأدله فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحه العقد و شمول أدله الصحه على ذلك.

قوله

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ٢٠٥

**الثانى: أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة.**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٦

أقول: المحتملات هنا أربعة.

الأول: اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة فلا يكتفى بالكنايه فضلا عن غير اللفظ.

الثانى: الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا و لو بالكنايه.

الثالث: عدم الحاجة الى اللفظ أيضا و كفايه الإنشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى.

الرابع: إلغاء الإنشاء قولاً و فعلاً و الاكتفاء بمجرد الرضاء الباطنى فى طرف الإجازة و بالكراهه الباطنيه فى طرف الرد و ربما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الإمضاء لأن الاستقراء و التفحص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الإيجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفايه غير اللفظ الصريح فى الإجازة أيضا.

و فيه على تقدير قبول تماميه الاستقراء فإنما هو فى الإيجاب و القبول فقط فلا يسرى بالإجازة حيث انّ العقد قد تمّ و كون الإجازة مثل القبول فى التطابق لا- يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بأنّ الإمضاء مثل البيع فى استقرار الملك و قد نسب المصنف إلى المصادره و هو كك.

بل ظاهر روايه العروه البارقى كفايه الكنايه فى الإجازة و لو كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فإنّ قوله (ص) بارك الله فى صفقه يمينك من لوازم إمضاء العقد لا انه بنفسه مصداق للإجازة اذن فيكفى فى الإمضاء مثل أحسنت و نحوه.

اذن فلا- دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ أصلا و يكفى فيه مطلق ما يوجب إنشاء الإجازة

مصباح

و يكون مبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد و لو كان فعلا كتمكين الزوجه نفسها من الزوج و إعطاء المالك العين المبيعه للمشتري و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فإنه لا شبهه فى صدق الإنشاء و الإبراز، و الإظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل أو القول و لو كان بتحريك الرأس و إذا صدق عليه إنشاء الرضا الباطنى عرفا و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الإطلاقات فيحكم بصحته و لزومه و مع هذا أى شىء يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كما هو واضح.

و بالجمله لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى إذا انضم الى المالك المجيز عرفا بأى نحو كان الانضمام فإن المناط فى صحه العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لا يعتبر شىء آخر ورائه كما لا يخفى.

ثم انّ العلامة الأنصارى (ره) قزب الاحتمال الرابع و كفايه مطلق الرضا الباطنى فى الإجازة فلو علم ذلك و لو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحه العقد الفضولى و استدل عليه بوجه و قد تعرضنا لذلك فى أول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى إخراج العقد من الفضوليّه الى غير الفضوليّه فحيث اكتفى المصنف بكفايه رضا المقارن فى ذلك فاكتمل بكفايه رضى الباطنى المتأخر فى الإمضاء أيضا.

الأول مما استدل به على مقصده لصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع فى امرأه زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم أفقت و عرض لها النكاح فأقامت معها مقام الزوجه فقال (ع) إذا أقامت معه بعد ما

أفاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورته توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضوليه و الا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشره للعقد كما فى حاشيه السيد.

وفيه: انّ نفس الاقدام بذلك اجازته فعليته للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفايه الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك.

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما أحدث فيه المشتري حدثا قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه و لا شرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل الخ.

فاستدل بها بانّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفايه الرضا فى الإجازة و الإمضاء و كون المناط فى ذلك هو الرضا فقط.

وفيه: انّ ذلك إشاره إلى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفايه الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك.

و منها الأخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث انّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاء و الاخبار الأخر- الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بانّ سكوت سيده إقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيده الظاهره فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفايه الرضا الباطنى فى الإمضاء حيث انّ صحه عقد العبد أيضا متوقف على اجازة المولى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٠٩

وفيه: مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون

كاشفا عن الرضا فلا- تكون تلك الروايات داله على كفايه مجرد الرضا الباطنى أنه تقدم ان تلك الاخبار خارجه عن العقد الفضولى فإنّ فى العقد الفضولى أنّ الإجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيده فإنّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غايه الأمر أنّ إجازته دخيله فى صحه العقد كإجازة العمه و الخاله فى صحه عقد بنت الأخ و بنت الأخت فلو دلت هذه الروايات على كفايه الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه.

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال أنّ الاخبار الداله على صحه عقد العبد بدون اذن سيده لأجل أنه عصى سيده و لن يعرض الله لا بأس من دلالتها على كفايه الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا.

و اما التمسك فى ذلك بالآيات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه فبيدهى البطلان لأنّ العمومات غير شامله لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون إلا بإنشاء الإجازة و إظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى أو قولى كما مر.

و اما كلمات الفقهاء فأیضا بوجه.

الأول: أنه ذكر بعضهم أنه يكفى فى إجازة البكر السكوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٠

فهذا يدل على كفايه مجرد الرضا الباطنى لا أنّ الرضا ليس بشرط فيه.

و فيه: قد عرفت من السكوت من جملة الأفعال فيكون مبرزا فعليا للرضا و الا فمن اين علم أنّ البكر راض بذلك العقد.

الثانى أنه علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل

عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلاله كالصريح في كفايه الرضا الباطنى و الا كان حقه ان يقال السكوت لا يكفى فى الإجازة لعدم اللفظ.

و فيه: أنه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف و العجب منه كيف غفل عن ذلك فانّ قولهم انّ السكوت أعم من الرضا صريح فى انّ السكوت تاره يدل على الرضا و اخرى لا يدل فإن الإنسان تاره يسكت برضائه و اخرى يسكت بدون الرضايه و ردهم كفايه السكوت من جهه عدم دلالة الأعم على الأخص كما هو قضيه منطقيه بديهيه و هذا صريح فى انّ السكوت غير الرضا و انما يدل عليه فى بعض الأحيان كما هو واضح لا يخفى.

الثالث أنه ذكر بعضهم أنه إذا أنكر الموكل الاذن فيما أوقعه الوكيل من المعامله فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها و فيه: انّ العقد تاره يكون خياريا و اخرى غير خيارى فعلى الأول فقيامه على مقام الحلف و إنكار الوكاله يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى و على الثانى فيإنكار الاذن و الوكاله يكون فضوليا فيكون أيضا قيامه مقام الحلف ردا فإنّه أيضا من الافعال له و على اى حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره و على تقدير دلالة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١١

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصریحهم على ذلك فأیضا لا يدل هذا على كفايه مجرد الرضا الباطنى فى الإمضاء فإنه لا دليل على حجیه قولهم لنا و انما هم أفتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروایات أو صدق العمومات بمجرّد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بين ما ذكرنا و

ما ذكره المصنف ثم يبين حيث أنه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك مضى بخلافه على ما ذكرنا فإنه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمبرز لا يفيد لنا عن الإجازة.

قوله

### الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.

#### إشارة

أقول: وقد استدل المصنف على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد عليها بوجه.

#### الأول: قام الإجماع على ذلك.

وفيه: أنه مضافا الى منع حجيه الإجماع المنقول أن تحققه ممنوع لأنه لا اشعار به فى كلمات القدماء و المتأخرين إلا فى كلام الشهيد فى القواعد و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع عليه.

على أن الإجماع إنما يكون حجه إذا لم يكن له مدرك معلوم بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجه من باب التعبد المحض و مدركه هنا الوجهان الآخران و سند كرهما فلا أقل من احتمال ذلك فإن حجيته مشروطه بالعلم بعدم ابتناؤه على مدرك معلوم و يكفى منع ذلك احتمال الابتناء بمدرك آخر.

#### الوجه الثانى: أن الرد مما يوجب انحلال العقد و انعدامه

إذ الرد الفاصل بين العقد و الإجازة بمنزله ما يتخلل بين الإيجاب و القبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٢

أن قوام العقد و تحققه فى وعائه إنما هو بالتعاهد و التعاقد بين الإيجاب و القابل و ارتباط التزام كل منهما بالآخر ليحصل العقد.

و بعبارة اخرى: أن من الأمور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب و القابل و الإيقاع عبارته عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الإيجاب و القبول ربط و عقده لانقلب الى الإيقاع.

و على هذا فكما لو انفصل بين الإيجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط أحدهما بالآخر و اتصالهما بحيث يكون الإيجاب إيجابا

لهذا العقد و القبول قبولاً لهذا و كك الرد فإن الإجازة فى البيع الفضولى بمنزله القبول.

و فيه: ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الإيجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن إيجابه و فسخه ما إنشائه من الإيجاب فهو متين فإنّ الإيجاب أّما يؤثر فى الملكيه إذا بقى على حاله و لم يعتريه ما يوجب زواله و اذن



فلو رجع على إيجابه فلا يفيد بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و ردّه على الموجب و عدم قبوله إيجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الإيجاب فإن ردّ القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابيه بواسطه الأمور الأخر الموجهه لبطلانه و لا دليل على انه دامه برّد القابل.

اذن فالمطلب ليس بتمام في المقيس عليه.

و اما المقيس فلو سلمنا كون ردّ القابل كرد الموجب موجبا لبطلان الإيجاب و عدم تأثيره في الملكيه فلا نسلم ذلك في الإجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبه إلى الإيجاب و بين الإجازة بالنسبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٣

إلى الإيجاب و القبول فإنّ العقد كما عرفت تماميته أنّما هو بالإيجاب و القبول و لو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث أنّ الرد من ناحيه الموجب أو من ناحيه القابل أوجب ردّ الإيجاب فما نزل عن الإيجابيه فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تمّ بالإيجاب بتمامه و لم يبق في البين إلا رضائه المالك ليكون ذلك تجاره عن تراض و منتسبا الى المالك و حينئذ ان ردّ الأصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه أصيلا ثم أجاز فقد تقدم الكلام في تأثيره و عدمه.

و ان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا و أجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازة به أولا.

الظاهر هو الثانى لأنّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك و عن قابليه انتسابه الى المالك بالإجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم

تماميته في المقيس عليه مع كون الإيجاب من أحد أطراف العقد و كيف في المقام حيث تم العقد و لم يبق الا- انتسابه الى المالك فردّ الفضولي لا يخرج عن قابليه الانتساب و لا دليل على تأثير رده في انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الإجازة لصدق عنوان العقد على هذا و صدق أنّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه.

و بعبارة اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد سبق بعنوان القضية الحقيقيه فإنما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء و في المقام حيث يصدق على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٤

العقد الفضولي مع تخلل الرد من الفضولي بين العقد و الإجازة أنه عقد عرفا فيشمله أو فوا بالعقود فيحكم عليه بوجوب الوفاء.

### **الثالث: أنّ دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على ماله**

و مقتضى ذلك تأثير الرد في العقد و كونه موجبا لقطع علاقه الطرف الآخر عما انتقل إليه.

فإنّه قد حصل بواسطه البيع الفضولي شأنيّه كونه للطرف الآخر في ذلك المال فلو لم يكن له ازاله تلك الشأنيّه للزم الخلف في دليل السلطنة و عدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة.

و فيه أوّلا: أنّ دليل السلطنة نبويّه مرسله فلا تكون حجه لعدم انجباره بشي ء .

و ثانيا: أنّه قد تقدم سابقا أنّ دليل السلطنة ليس مشرعا في مفاده و نظرا إلى الأحكام الشرعيه بحيث لو شككنا في ترتب بعض الاحكام على الاملاك تتمسك بدليل السلطنة كما إذا شككنا ان لبس السنجاب جائز في الصلاه أو غير جائز فنمسك بدليل السلطنة أو ان أكل شي ء فلانى جائز أو لا فنمسك بذلك أو أنّ بيع الميته و نحوها جائز أم لا فنمسك

بدليل السلطنة و هكذا بل أنّما نتمسك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعي من الجواز و عدمه و الشك في أنّ للغير حق المنع عن ذلك كما في المهجور و المجنون و الصبي و السفیه أولاً و بمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه و أنّه ليس للغير ذلك.

و بالجملة أنّ مقتضى تسلط الناس على أموالهم عدم جواز مزاحمه الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه و كان مفروغا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٥

عنه قبل شمول دليل السلطنة و أنّما دليل السلطنة ناظره فقط الى منع الغير و حجه عن ذلك التصرف الجائز.

و بعبارة اخرى: أنّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفل لمنع الموانع الخارجيه دائما و ليس له في إثبات أصل الجواز مانع بوجه أصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلّطا على أحكامهم بدليل السلطنة و يكون ذلك الدليل مشرعا.

و ثالثا: لو سلّمنا كون دليل السلطنة مشرّعا و ناظرا إلى الاحكام أيضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا.

اما النقض فلائنه لو كان دليل السلطنة متكفلا- لإثبات كون الرّد مزيلا لقابليه كون المال للغير بإجازه المالك و مانعا عن بقاء علاقته الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث و عن أصل انعقاد بيع الفضولي صحيحا حيث ان ثبوت علاقته الغير في المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنه المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فأولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال أنّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك أنّه غير مانع عن البقاء أيضا فلا يؤثر رده في سقوط المبيع عن قابليته انتقاله الى الغير بالإجازه لو كانت تلك القابليه ثابتة بالبيع.

و اما الحل

فبانّ تلك القابليّه فى الأموال ثابت من الأول و قبل البيع الفضولى حيث أنّ لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق و علاقه غايه الأمر ففى صورته بيع ذلك المالك فضوله تحقق أحد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضائه المالك و أجازته بفعل الفضولى أعنى العقد و بقى الجزء الآخر أعنى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٦

الإجازة و ذلك من الأحكام الشرعيّه للمالك فى أموالهم و ليس مربوطا بدليل السلطنه بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنه هنا يمنع عن منع الغير من إيجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضايه و الإجازة الذى من الأحكام الشرعيّه. و بعبارة أخرى: جواز البيع و أجازته من الأحكام الشرعيّه الثابته للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنه سواء كان هناك دليل السلطنه أم لم يكن نعم فى إجراء ذلك الحكم فى البيع الفضولى لا نحتاج الى العقد لتحقيقه بل إلى الإجازة فقط لتحقيق الموضوع لانتقال المال الى الغير.

و أوضح من ذلك أنّ الفضولى لم يرد شيئا فى ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنه المالك و يكون ذلك علاقه لطرف الآخر كما توهم و بنى عليه أساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنه و يقال ان يدفع ذلك فلو لم يؤثر للزم ان لا يكون الإنسان مسلّطا على ماله و أنّما الفضولى قد أوجد موضوع الإجازة الذى عبّاره عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار إيجاداه و عدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد و الإجازة و كان ذلك ثابتا من الأول.

و لكن

إذا أوجد الفضولي أحد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجد و له ان لا يوجد.  
و لو كان دليل السلطنة متكفلا- لإثبات جواز الرد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرد موضوعا للإجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فإنه عرفت أنّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنه المالك-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٧

حتى يدفع بدليل السلطنة بل أوجد موضوعا للإجازة فليس هنا للمالك المجيز إلا الإجازة و عدمه فالإجازة تثبت و عدمها تحليل و الا فالرد ليس له اثر و ان كان مشوبا بسوء الخلق و ضيق النفس.

و بعبارة أخرى: أحد جزئى موضوع المعاملة و على هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم إعدام نفوذ الإجازة بدليل السلطنة و هذا ما قلنا من اللازم.

و ببيان آخر أنّ المال حسب انحفاظه تحت سلطنه مالكة فى عمود الزمان لو أراد أحد التصرف فيه بغير إذن أهله يتوقف على اذنه و لو منع عن تصرفات مالكة بأنحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة و اما لو لم يمنع عن تصرفات المالك بوجه و لا أنه تصرف فيه بغير اذنه بل فعل فعلا- فيه من دون تصرف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البائع فى إيجاد غرض من الأغراض بحيث لو كان بنفسه مباشر الإيجاد ذلك الغرض كان عليه إيجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعا لذلك بل فعله هذا مؤيد لذلك الدليل.

و لو أريد إثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تأثير الإجازة و سد بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله إعدام نفسه

بنفسه و هذا من الوضوح بمكان.

ثم أنّ من العجائب قياس الأستاذ الرّد بالإجازة بأنّه كما ليس للمالك فسخ العقد بعد أجازته و كك ليس له إمضائه بعد رده. و وجه العجب أنّ الإجازة تثبت العقد و تقريره في مقرّه بخلاف الرّد فإنّ كونه موجبا للفسخ أول الكلام كما عرفت فالصحيحه الظاهره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٨

في صححه الإجازة بعد الرّد فعلى مقتضى القاعده و تكون مؤيده لما ذكرنا مع قطع النظر عمّا تقدم من عدم تحقق الرّد بذلك الأخذ.

نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم اراده ذلك التوجيه الذي ذكرناه و كك لا وجه لقياس الرّد بالفسخ من أنّه كما لا يجوز الإمضاء بعد الفسخ و كك لا يجوز الإجازة بعد الرّد و ذلك ان تأثير الفسخ في العقود الخياريه أنّما ثبت بدليل شرعى و هذا بخلاف الرّد فإنّك قد عرفت عدم تأثيره في العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا إلا الإجازة و عدم الإجازة كما عرفت.

**ثم بقى هنا أمران.**

**الأول: أنّه قيل انّ إثبات جواز الرّد بدليل السلطنه يوجب تعارضه في مفهومه**

فإنّه يوجب إثبات جواز الإجازة أيضا فيقع التعارض في مفهومه من حيث إثبات الرّد و إثبات الإجازة لأنّ إثبات كل منهما موجب لإسقاط الآخر.

وفيه: أنّه مع الإغماض عمّا ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنه على الرّد أنّ هذا توهم فاسد إذ ليس شمول دليل السلطنه على الرّد في عرض شموله على الإجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما في طول الآخر و بأيّهما شمل أولا يوجب إعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لأنّ الشمول على نحو البدليّه لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم.

**الثانى: أنّه ذكر شيخنا الأنصارى بعد دعوى ظهور الصحيحه فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال انّ الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بدّ من إنشاء الفسخ**

و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢١٩

من الفسخ فى العقود اللازمه و قد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع.

و فيه: أنّه لا شبهه فى كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا انّ جعله الأخذ غير كاف فى الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فى تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز أخذ مال الغير بدون إذنه فإنّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز أخذ مال الغير بل هذا من أقوى ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقيق الرّد بالأخذ فى باب الفضولى و ما توهم من الأولويّه من أنّه يكفى الفسخ به فى باب العقود و فى الفضولى لا بدّ و ان يكون كافيا بالأولويّه فبلا وجه بل المطلوب على عكسه و ذلك من جهة انّ الفسخ و ان كان رفعا و الرّد دفعا الا انّ مجرد ذلك لا يوجب كون مئونه الدفع أقل

من الرد حتى يثبت بالأولويه على الدفع كلما يكون ثابتا على الرد و لكن العقد بعد صدوره من الاصيل يكون مؤثرا في حصول الملكيه للطرف الآخر و لو كان عقدا خياريا و يكون المبيع ملكا للمشتري فلا يجوز لأحد ان يتصرف فيه أو يأخذه و مع ذلك لو أخذه البائع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسخا منه للعقد كما أنه لو لم يكن ذي خيار لكان أخذه هذا حراما لكونه تصرفا في مال الغير و السر في ذلك ان المال بما أنه مال للغير فيكون الأخذ ظاهرا في الفسخ مع كون الأخذ ذو خيار.

و هذا بخلاف أخذ المالك المجيز فإنه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف في ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكه على

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٠

شيء أذن فأخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ بل فسخ أم لم يفسخ كان له ذلك و أما قلنا بتحقق الفسخ به في الأول من جهة عدم جواز أخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا ان ظهور الأخذ في الفسخ و اما في المقام فله ذلك فسخ أم لا فلا وجه للالتزام بتحقق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولي.

و من جهة هذه النكته قلنا في صحيحه محمد بن قيس ان أخذه الوليده لا يدل على الرد لتكون الروايه شاهده على جواز الإجازة بعد الرد بل الأخذ على طبق القاعده و من جهة أخذ المالك مال نفسه و كون ذلك من شئون مالكيته فافهم.

قوله

#### **الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله.**

أقول: حاصل كلامه هنا ان ثبوت حق الإجازة للمالك المجيز و تأثيرها في العقد الفضولي من الأحكام الشرعيه



الثابته للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبه و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما انّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشره أو توكيلا فكك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا.

و بعباره اخرى: انّ من جمله الأحكام الشرعيه المترتبه على المالك هو جواز بيع ماله و اجازه بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك- الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح فى ضمن وجهين.

الأول أنّهم ذكروا فى باب الإرث انّ الزوجه لم ترث من العقار و أنّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميّت من حق أو مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢١

و على هذا فلو باع الفضولى دار احد فضوله و مات المالك قبل أجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الإجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازه البيع بناء على جواز مغايره المالك حال العقد و حال الإجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا و حين الإجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة إرث الإجازة فإن الفرض أنّه من الاحكام أو إذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها إلى الورثة اعنى المال فإنّ تلك الإجازة كانت قائمه بالمالك فى ذلك المثلث أو الثمن فإذا تبدل المالك لذلك المال فينتقل الحكم أيضا لكونه قائما بذلك الموضوع فإنّه ذكرنا انّ لكل مالك اجازه بيع ماله لو بيع فضولا و اذن فليس للزوجه حق الإجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال و الفرض انّ العقار

لا تنتقل إلى الزوجه.

و إذا قلنا بكون الإجازة من الحقوق و قلنا بجواز انتقاله إلى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (ع) ما تركه الميت فلوارثه الا- العقار و لا شبهه انّ نفس حق الإجازة للعقد الفضولي ليس من العقار بل من غيرها التي ترثها الوارث زوجه كان أو غيرها.

الوجه الثاني: أنّه ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم في باب الخيارات أنّه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار إلى الورثة فيكون الورثة ذى خيار.

فاختلفوا في طريق اعمال الخيار منهم إذا تعددوا فبنى شيخنا الأنصارى أنّه ثابت لطبيعي الورثة فأى منهم امضوا البيع فيكون

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٢

لازما و اى منهم فسخوا فيفسخ سواء اعلم الآخرون خيارهم أم لا و قال بعض آخر أنّه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ إمضائهم أو فسخهم لا تؤثر إلا إذا اجتمعوا في الفسخ أو فى الإمضاء و هو الذى بنينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسيط و أنّه اى منهم أجاز أو فسخ يفسخ و يلزم بالنسبة إليه فقط لأنّ لكلّ من الورثة حق و حصه فى ذلك الخيار المنتقل من الورثة إليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمده هنا الوجهان الأولان.

و لكن ذلك لا يثبت فى الإجازة حتى مع القول بانتقالها إلى الورثة بنفسها كحق الخيار.

و ذلك لأنّ الإجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا و لم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الإجازة أيضا و ان كانوا متعددين فلا بد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبة إلى

المجيز فقط ليس الا- وهذا نظير ما إذا جمع الفضولي أموال اشخاص متعددين في بيع واحد فإنه هل يتوهم احد ان اجازة أحدهم يوجب لزوم المعامله بالنسبه إلى الآخرين أيضا وهكذا المقام غايه الأمر ان في ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و في المثال انما كان التعدد من الأول وهذا المقدار لا يكون فارقا.

و بالجمله أنه فرق بين انتقال الإجازة إلى الورثة و كون أمر الإجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار إليهم كما عرفت.

قوله

### الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٣

أقول: لا- ريب في عدم الملازمه بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثلن و لا لإقباضهما و ذلك لأن كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الإقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الأمور الاعتباريه أو الخارجيه الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الإشاره أو الاقتضاء أو غيرهما، و على ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح. ثم أنه هل يكون نفس القبض قابلا- لانه يتعلق به الإجازة أم لا، و ربما يقال ان القبض أمر تكويني لا يمكن ان يتعلق به الإجازة فإن ما وقع من الأفعال الخارجيه لا ينقلب عمّا هو عليه و سيأتي ما فيه من الرهن و قد فصل المصنف بينما يكون الثمن أو المثلن شخصا فحكم بصحة إجازة القبض و الإقباض و جريان الفضولي فيهما و بينما يكون كليًا في الذمه و انما تعينه و تشخصه ليس الا بقبض الفضولي فقط و ذلك لأن مرجع اجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري

برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع و يتم ذلك بالإجازة الصريحة أو الاقتضائية فى الثمن أو المثلن الشخصيين.

و أما الكلى منهما فليس لنا دليل على جريان الفضولية فيهما لعدم تعين الكلى بأخذ الفضولى حتى يتعلق به إجازة المالك المجيز و يرجع الى إسقاط الثمن عن عهده المشتري و الى حصول المبيع فى يد المشتري.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين كون الثمن أو المثلن شخصيًا أو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٤

كلينا فى الذمه و ان صحّ تعلق الإجازة بالقبض أو الإقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحّ فى كليهما و الا فلا، و الظاهر هو الأول لا من جهة ما ذكره المصنف من أنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهده المشتري فإنه إنما يتم إذا قلنا بأنّ ضمان المشتري الثمن بحسب القاعده و أنه بمقتضى الشرط الضمنى اذن فإجازة البائع قبض الفضولى الثمن إسقاط لذلك الشرط الضمنى.

و اما إذا قلنا بأنه من باب التعييد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و إنما أجروا ذلك فى الثمن لأجل حمل المبيع على المثل فانّ من البعيد ان يختلف حكم المثلن مع الثمن فى بيع واحد و ح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فإنّ معنى كون تلف المبيع من مال البائع أنه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهده بل معناه فساد البيع و كون تلف المبيع من مالكة و عدم حصول النقل و الانتقال به و لذا نقول أنّ الحكم يسرى الى الثمن أيضا و لهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو

واضح بل جواز تعلق الإجازة بالقبض من جهة التوكيل و ذلك لأن الإجازة مثل الوكالة فكما يصح التوكيل في القبض و كذلك يصح أجازته.

و أوضح من ذلك ان الأفعال على قسمين قسم يصح تعلق النيابة و الوكالة بها و قسم لا يصح فالأول كالعقود و الإيقاعات و أمثالهما فإنه يصح التوكيل و النيابة فيهما و الثانى كالأكل و النوم و القيام و الجلوس و أمثالهما من سائر الأفعال التكوينية فإنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابة و الوكالة.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٥

و القبض من قبيل الأول فإنه ممّا يقبل النيابة و الوكالة فيقبل الإجازة أيضا لأن الإجازة عين الوكالة غايه الأمر أنّ الوكالة من الأول و الإجازة ليس من الأول و إنما تقع على الفعل الواقع.

بل على ذلك السيره العقلايه فإنه لم يشك أحد في أنه لو استقرض شخص من الآخر ديناً فاستوفى أخ الدائن ذلك الدين من المديون لصح ذلك لو أجازة الدائن.

اذن فلا وجه لتوهم أنّ القبض من الأمور التكوينية فلا تنقلب بالإجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب إنما يجرى في الآثار الماضيه دون الآثار الباقيه كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثل كليا أو شخصيا.

ثم أنّ ما ذكرنا من عدم الملازمه بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا في صحه البيع كبيع الصرف و السلم و الهبه و الا- فإجازتها ملازم لإجازة القبض صوتا لكلامه عن اللغويه و كذلك فيما إذا صرح بإجازة القبض عند اجازة البيع و هذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبه فأنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد أيضا فإنّ من الواضح أنه لا يشترط المباشرة في القبض

فيما يكون القبض شرطا لصحة معامله بل المناط استناد القبض الى المالك و لو كان بقبض وكيله و لو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبه اليه و هذا كله إذا كان المجيز عالما بالملازمه و اما مع الجهل فلا ملازمه أيضا لعدم تماميه دلالة الاقتضاء ح ثم أنّ التقابض في المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين في مجلس واحد عرفي بل معناه ان يكون التقابض في مكان العقد و لو كان بينهما بعد كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٦

تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس.

بقي الكلام في أنه هل يجري نزاع الكشف و النقل في القبض و الإقباض أولا، الظاهر أنه لا يجري لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الإجازة بوجودها المتقدم فإنّ الإجازة من الأمور التعليقيه و الأوصاف الحقيقيه ذات الإضافه يصحّ ان تتعلق بالأمور الماضيه كما يصحّ ان تتعلق بالأمور الحاليه و المستقبليه.

و هي مع احتوائها بالحقيقيه الكذائيه مأخوذه في العقود جزء أو شرطا.

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضوليه من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره في النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لا بعد في بيع مال في الحال قبل يوم أو شهر أو سنه غايه الأمر أنه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات في الاصيلين و لكن لا مانع من شمولها على العقود الفضوليه و جعلها صحيحه و مستنده الى المالك بالإجازة حين الإجازة من الأوّل كما عرفت و هذا بخلاف القبض فإنه أمر تكويني غير تعلقى فلا- يمكن ان يستند الى المالك بالإجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الإجازة لأنّ ما تحقق بتمام

حقيقه فى الخارج و صار فعلى الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عما هو عليه و لا يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يؤخذ شىء فى حقيقته من الامور التعليقيه حتى يمكن تعلقه بالامر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالاجازه، اذن فلا معنى للقول بالكشف فى اجازة القبض و الإقباض و انما يكونان مستندين الى المجيز من حين الاجازة و عنده يكون قبضا للمجيز فقها يثبت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٧

النقل و لا يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحه تعلق الاجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس فى مقام الثبوت بل من جهه عدم وجود المقتضى و الدليل عليه فى مقام الإثبات.

قوله

### السادس الاجازة ليست على الفور للعمومات.

أقول: ان الاجازة فى العقد الفضولى ليست على الفور للعمومات و صحيحه محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الاجازة بعد الكراهه و هذا مما لا شبهه فيه.

و انما الكلام فى انه اذا لم يجر العقد و تضرر الأصل بتأخيره الاجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على القول بالكشف.

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولى أو إجبار المالك المجيز بالاجازة أو الرد أولا شىء عليه بل لا بد و ان يتحمل بالضرر لإقدامه عليه بنفسه و قد قوى المصنف الأول و لكن الظاهر انه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتم فى جميع الموارد فان النكاح مما لم يثبت فيه الخيار لينجبر الضرر بالخيار إلا فى الموارد المنصوصه و كذلك لا يمكن الإجبار فى جميع الموارد كما إذا كان مالك العقد ممن لا يمكن إجباره اما لعلو

سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل أنّ امرأه زوجت نفسها للحجه المنتظر عليه و على آباءه آلاف التحية و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من ظرف الأصيل.

و الظاهر أنّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الردّ و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٨

لا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أما الأول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلّط الناس على أموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فإن الإجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله و عدمه و ليس لأحد أن يجبره على ذلك و هكذا الإجازة و تضرر الآخر من عدم اجازة المالك أو ردّه لا يجوز الإجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر.

و اما ثبوت الخيار فهو أيضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الأصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفي الضرر و فيه أنّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار أنّما يكون فى مورد يكون حادثا لا موجودا من الأول فإنّ إقدام الأصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الأول غايه الأمر يختلف ذلك قله و كثره بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق أنّه لا مناص من القول بالزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الإجازة غايه الأمر يكون المجاز



عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فإنَّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قد أسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف رضى القول بالزوم للأصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه.

قوله

### السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٢٩

أقول: تاره تكون الإجازة مطابقه للعقد الواقع فضولاً- بحيث يكون المجاز عين ما صدر من الفضوليين و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً مع الاختلاف فيه بالكشف و النقل.

و اخرى لا- يكون العقد المجاز مطابقاً للعقد الفضولى بل يباينه كما إذا وقع العقد الفضولى مثلاً على الدار و تعلقت اجازة المالك الإجازة على البستان فهذا باطل بلا إشكال لأن ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الإجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الإجازة و ما أجزى لم يقع عليه العقد.

و ثالثه يكون المجاز مغايراً للعقد الفضولى لا مغايره مباينه بل بالإطلاق و التقييد أو بالكلية و الجزئية كما إذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فأجاز أحدهما دون الآخر أو أجاز البيع فى أحد المالكين دون الآخر فإن المجاز مغاير لما وقع عليه العقد بالكلية و الجزئية و كما إذا وقع العقد على الدار مثلاً مقارناً مع الشرط فأجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغايراً كما وقع عليه العقد الفضولى بالإطلاق و التقييد.

و هل يصحّ العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز و ما وقع عليه العقد أم لا يصح و قد فصل المصنف و قال فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر البعض يجيز بالخيار و لو أوقع العقد على شرط بإجازة المالك

مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز و ما افاده هو المتعين أما صحته عند الاختلاف بالجزئيه و الكليه كما عليه الأستاذ فلأن البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء إنما ينحل الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٠

بيوع عديده فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداء فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لأنك قد عرفت ان الإجازة المتأخره من المالك ليست الا- كالبيع الابتدائى فكما له بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غايه الأمر ان فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن و فى الإجازة المتأخره حصل موضوع الإجازة أعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقه البيع و تماميه ماهيته عند تحقق الإجازة لكونها من مقوماتها و اجزائها.

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقه فينجبر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأن المشتري يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضا و الا- فليس المشتري ملزما بقيامه على التزامه و بالجمله لا نعرف وجهها لبطلان البيع فى هذه الصوره بل جرى على هذا المنهج- كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك و ما لا يملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له و يبطل فى الأخر كما يصح فى ما يملك و يبطل فى الأخر كما إذا وقع العقد على الشاه مع الخنزير بل الأمر كذلك فى بيع شىء واحد كما إذا باع دارا فضوله فأجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الأخر لكونه لشخص آخر و السر فى ذلك هو ما أشرنا إليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعدده كالعوم-

الاستغراقى لا كالعوم المجموعى و كون الإجازة مثل البيع.

و أما إذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الإطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تاره يقع فى ضمن العقد و اخرى فى ضمن الإجازة و على الأول فتاره يكون للمالك

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣١

على الأصيل و اخرى للأصيل على المالك. فلو كان للمالك على الأصيل و أجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهه فى صحه الإجازة و صحه استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته فى وعائه فإنّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع إليه أمره فله إسقاط ما يريد إذا كان موجودا فى ذمّه أشخاص آخرين مثلا- إذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط فى ضمن العقد ان يخيّط الأصيل ثوبا للمالك فأجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله إسقاطه.

و بعبارة اخرى: أنّ اجازة المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضه و عدم أجازته التزامه بالشرط على نفس الأصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الأصيل على نفسه فلا- وجه لتوهم البطلان الأمن جهه التعليق فهو أيضا منفى كما سيأتى و اما لو كان من الأصيل على المالك الفضولى فأجازة بلا شرط فقد حكم العلامة الأنصارى (ره) بالبطلان و شيخنا الأستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للأصيل و أفاد فى وجه ذلك بأنّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذى يكون ضميمه لأحد العوضين فكما أنّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و ان لم يتعدّ خارجا الا أنّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزله التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا

على القول بالتقييد و الإناطة و الحق عدمه و لذا نقول بأن الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلا إذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه، فنقول لا شبهة أنّ الشرط و المشروط إذا كانا من قبيل المعلق و المعلق عليه كالشرط و المشروط التكوينيين فلا شبهة في بطلان المشروط عند انتفاء الشرط أما نفسه أو لعدم حصول المعلق عليه كما

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٢

أنّه إذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غير ان يكون بينهما ربط فلا شبهة في صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما إذا التزم عند بيع الدار بخياطه ثوب المشتري من غير أن يرتبط بالالتزام البيعى فإنه ح لا معنى لبطلان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما، بل لانتفاء حقيقه الشرط هنا فإنه لا يصدق الشرط و المشروط ما لم يكن بينهما ربط و التزام كما في القاموس و جعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشئتين بالآخر، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من أنّ الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام العقدى و أنّه لا يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع أنّك عرفت أنّه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد و على تقدير آخر فلا.

و الذى ينبغى ان يقال أنّ معنى جعل الشرط فى العقود عبارته أخرى عن جعل الخيار فيها و صيروره العقد خياريا نظير جعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فإنّ البائع مثلا إذا اشترط فى ضمن البيع على المشتري شيئا أو اشترط المشتري عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا أنّهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالآخر ليخرج عن معنى الشرطيه بل

معناه ان البائع إنّما باع متاعه و التزم به مطلقا من غير إيقافه على شىء آخر فأصل الالتزام البيعى غير معلق على شىء و غير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه و لكن اشترط على المشتري مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشتري بحيث لو و فى المشتري

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٣

بذلك الشرط فللبائع أيضا ان يقف على التزامه البيعى و الا فلا فكما أنّ جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول أنّ تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد و أنّما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له إجباره على ذلك فإنّ التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما أنّ الوفاء به ليس واجبا تكليفيا بل هو أمر أخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فإنّه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من أنّ المقام نظير تعذر الشرط فكما أنّه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط و كذلك فى المقام إذا أجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى و ليس نقص فى ذلك المبنى و لكن البنا ليس بصحيح.

و توضيح ذلك أنّ العقد تاره يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى أى المعنى المصدرى.

اما الأول: فهو مطلق و غير مقيد بشىء و لا متوقف عليه فإنّه بعد تحقّق ما يؤثّر فيه لا معنى لوقوفه على

شىء بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل و الا فلا، فلا يعقل توقفه على شىء بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه.

و اما الثانى: فهو تاره يوجد من المتعاقدين غير مقيد بشىء كما إذا كان العقد غير خيارى بشرط و غير مقيد بشىء و اخرى يكون مشروطا بشرط كما إذا كان فى العقد شرط و اشتراط ففى هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى و الثبوت

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٤

عليه متوقفا على الشرط و تحققه أصل الالتزام مقيد بالشرط فى مقام الإنشاء فإن الإهمال فيه لا يعقل بل هو اما مطلق أو مقيد فحيث أنه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيدا و على هذا فلو أجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الإجازة عليه.

إذا فما ذكره المصنف صحيح و ان كان ما ذكره شيخنا الأستاذ من حيث المبنى أيضا صحيحا الا ان ما بنى عليه غير صحيح لأن ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت.

و بعبارة اخرى: ان الإجازة من حيث نسبه العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الإيجاب و القبول بالإطلاق و التقييد يبطل العقد كما إذا قال البائع بعث الدار بثمان كذا على ان تخط لى ثوبا و قال المشتري قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا فى الإجازة فإن الإجازة و ان كانت بعد تمامية العقد إيجابا و قبولا و ليست مثل القبول من جميع

الجهات و الا لكان العقد الفضولي باطلا بالفصل بين العقد و الإجازة و لكن الإجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما أنّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى نفسه و الأمر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولي. و بالجمله العقد الواقع فضوله على وجه خاص لا بدّ و ان تقع عليه الإجازة على ذلك الوجه و الا لحصل التخلف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان.

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٥

لا يتوهم أنّ تقييد العقد على النحو الذي قلتم عين التعليق فيكون باطلا أما لعدم حصول المعلق عليه أو لبطلان التعليق في نفسه. فإنّه توهم فاسد إذ معنى التعليق أنّ أصل الالتزام العقدي متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فإنّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود-المشروط و من عدمه عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار.

لا يقال أنّه اى فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الإجازة الموجب للبطلان.

قلت: فرق واضح بين الأمرين حيث العقد قد تحقق على الأول و لكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثاني فإنّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلا نظير عدم قبول القابل بما أنشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل.

و توضيح المقام أنّه هل يعتبر مطابقه الإجازة للعقد أم لا و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الأصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى

أم لا، و تفصيل ذلك ان الإجازة تارة تكون مطابقه للعقد و هذا لا شبهه في صحته كما تقدم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل.

و اخرى تباينه مباينه تامه كما إذا باع الفضولى الدار فأجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و أجاز المالك دار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٦

الكبير و هذا لا شبهه في بطلانه لأن الإجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجوز و ما أجزى لم يقع فيحكم بالبطلان.

و ثالثه تكون الإجازة مخالفه للعقد الواقع من جهه و موافقه له من جهه أخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص و المطلق و المقيد، اما الأول كما إذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بأن باع الفضولى دارين أو فرسين لزيد أو أحدهما لزيد و الآخر لعمر و فأجاز المجيز أحدهما دون الآخر، و اما الثانى كما إذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلا شرط سواء كان من المالك الأصيل أو العكس.

أما الأول: فلا شبهه في صحته غاية الأمر انه يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه و ذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعدده غاية الأمر يكون كل فيها مشروطا بالآخر فالمجيز بإجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشتري الخيار و هذا واضح.

و اما الثانى: فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمه فهى أنه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان.

الأول ان يطلق على الملتزم



به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما إذا باع العبد على ان يكون كاتباً فان الكتابه متعلق بالالتزام الشرطى و يكون ملتزماً به و اخرى يطلق على نفس الالتزام.

اما الأول فلا شبهه فى عدم كون العقد معلقاً عليه و مقيداً به بان يقول بعثك العبد على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع بحيث

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٧

يكون أصل البيع متوقفاً على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا يبيع أصلاً فهذا لا شبهه فى بطلانه اما مطلقاً كما هو الظاهر لبطلانه فى العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الأول بل معناه أنّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلق عليه بحيث لم يكن كاتباً لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خيارياً مثلاً لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخطط عمرو له ثوباً فقبل عمرو ذلك و لكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيداً بالخياطه فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا فى جميع الموارد فيكون البيع صحيحاً للعمومات.

و اما الثانى فلا شبهه فى كونه قيداً للعقد فإنه لو باع احد داره بشرط كذا أو على ان يكون له الخيار فإن بيعه هذا و ان لم يكن مقيداً بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبايع من الأول باع بيعاً مقيداً و أورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الأول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى و ح فلو

قبل القابل للبيع بدون ذلك الالتزام الشرطي فلم يقبل ما أنشأه البائع و لم يرد التزامه على التزام البائع فيكون باطلا و بالجمله ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبه إليها مطلق و انما هي قيد للالتزام و الثبات على العقد، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد إذا لو لم يقبل المشتري ما أوجده البائع من العقد المقيد بالتزام خاص بأي نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الأول لأن ما أوجده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٨

البائع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تاره يكون من المالك الأصلي بأن باع الفضولي دار زيد فضوله من عمرو فاشترط عليه ان يخطط ثوب عمرو فأجاز العمر و بدون ذلك الشرط و هذا لا إشكال في صحته لأن المالك قد تجاوز عن حقه و أسقطه من الأصلي و العفو و التجاوز عن الحق لا يوجب البطلان.

و بعبارة اخرى: أنّ الالتزام البيعى و ان كان مطلقا و قد قبله المالك بإجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز بإجازته على التزام الفضولى و لكن أسقطه بعد قبوله غايه الأمر أن ذلك انى و تقديرى لا أنّ الاسقاط قبل القبول أو أنّ المالك لم يجز التزامه بل شيئا آخر و الا يلزم المحذور.

و اما إذا كان من الأصلي على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الإجازة باطله و ذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الأصلي فإنّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الإجازة و

ما وقعت به الإجازة لم يقع فتكون الإجازة لغوا فلا يكون العقد مشمولاً للعمومات إلا إذا انضم إليه إجازة أخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد.

كيف فلو لم يطابق الالتزامين في الاصيلين بان باع أحدهما متاعاً مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيراً خصوصاً في الدالين و قبل الآخر بدون ذلك الشرط فإنه ح لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فإنّ ما أنشأه البائع غير ما قبله المشتري فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٣٩

فإذا لم يتم ذلك في الاصيلين فكيف في الفضولى و لا شبهه أنّ- الإجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المعجز كما أنّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى القابل.

و من هنا ظهر أنّ ما جعله شيخنا الأستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث أنّ في صورته تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجياً أو عقلياً قد توارد الالتزامين من البائع و المشتري على مورد واحد و لكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلاً لو باع احد داره و اشترط على المشتري ان يحج عنه فقد تعذر ذلك الشرط عقلاً لكونه مريضاً لا يقدر على المشى أو هرماً أو مات و هكذا فإنّ هذا و نظائره لا يوجب بطلان البيع فإنّ المشتري قد التزم على ما التزم به البائع و لكن قد أوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط فيكون البائع مخيراً في الفسخ أو الرضايه حتى يتمكن المشتري من ذلك و اما التعذر الشرعى كالشروط المخالفه للكتاب و السنه فكما إذا باع متاعاً و اشترط في ضمنه ان يعطيه المشتري

مقدار من الخمر فقبله المشتري و هذا أيضا ليس نظير ما نحن فيه إذا المشتري أيضا قبل التزام البائع على النحو الذى التزم و توارد الالتزامين على مورد واحد و لكن المنع الشرعى أوجب التعذر و المنع فلا اشكال فيه أيضا من هذه الجهة و اما من جهة كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد أو أنه مثل التعذر العقلى يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر و سيأتى فى محله.

لا يقال ما الفرق بين عدم مطابقه الإجازة مع العقد فى بيع المجموع المركب و بين عدم المطابقيه فى صوره الاشتراط فاما لا بد من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٠

القول بطلان الإجازة فيهما أو عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى.

أقول الفرق بينهما بديهي و قد ظهر ممّا ذكرنا و ملخصه أنّ فى صورته اختلاف الإجازة مع العقد بالجزئيه و الكليه أنّ المجيز قد أجاز البيع على النحو الذى وقع و هذا بخلاف صورته الاختلاف بالإطلاق و التقييد بيان ذلك انه إذا باع فرسين من عمرو فضوله لمالك واحد أو لمالكين ففى الحقيقه أنّ هنا بيعان كليهما خيارى فانّ كلا من - الفرسين بيع منضمما الى الآخر و بهذا الشرط فإذا أجاز المجيز أحدهما دون الآخر فليس معناه أنّ المجيز أجاز البيع الغير الخيارى بل أجاز البيع الخيارى و لذا لو سنل لأجاب هكذا فح يثبت للبائع الخيار و لا يلزم ورود الإجازة بما لم يقع و كون ما وقع خاليا عن الإجازة و هذا معنى خيار تبعض الصفقه و هذا بخلاف صورته عدم المطابقيه فى الشرط فإن الإجازة لم تقع على العقد كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ صورته عدم المطابقيه بالجزئيه

و الكليه نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشتري أحدهما دون الآخر فهل يتوهم احد انّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الإيجاب و القبول بمورد واحد و كذلك ما نحن فيه و هذا أمر واضح فى الاصيلين و غيرهما و بذلك يتبنى خيار تبعض الصفقه.

فتحصل عدم بطلان الإجازة فى صورته عدم المطابقه بالجزئيه و الكليه دون عدم المطابقه بالإطلاق و التقييد مع كون الشرط من الأصيل على المالك و من هنا ظهر أنه لا وجه لإدراج صورته عدم- المطابقه بالجزئيه و الكليه تحت العقد فى تعذر الشرط و جعل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤١

الاختلاف بالجزئيه و الكليه و الإطلاق و التقييد و تعذر الشرط كلها من واد واحد.

ثم لو كان الشرط عند الإجازة و خارجا عن العقد و هذا أيضا تاره يكون من المالك على الأصيل و اخرى من الأصيل على المالك و اما لو كان من المالك على الأصيل بأن باع الفضولى داره من الأصيل خمسين ديناراً و اجازة المالك مع اشتراط سكنى سنه فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الأول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازة الأصيل و الثالث البطلان بمعنى انّ العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الإجازة لأن ما وقع عليه العقد لم يجز و ما أجز غير الواقع فتكون تلك الإجازة باطله و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى أنه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائيه اما من جهه الإجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهه اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطاً

بين الشئ و شئ و آخر فما لم يرتبط أحدهما بالآخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال فى القاموس ان الشرط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه أحد الشئين بالآخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا أيضا و لكن لا دليل عليه و أنما هو خلاف الأخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلك فإنه يكون ذلك الشرط بالإجازة شرطا فى ضمن العقد و التزاما فى التزام.

بيان ذلك ان الإجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٢

من الطرفين على الآخر و لكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط و حصوله و الا فلا يلتزم- بالإيجاب. و بعبارة أخرى: يلتزم بقبول الإيجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط و الا فلا يلتزم و ح لو لم يرض الموجب بهذا المشروط يبطل الإيجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد و عدم ارتباط أحدهما بالآخر فيكونان باطلين و اما إذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهه لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و أنما الخارج منه بالإجماع أو باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية و اما غيرها فلا.

غايه الأمر لم يكن ذلك الشرط المذكورا عند الإيجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب فى ذلك عن القابل و لا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط فى الإيجاب بل المناط فى لزومها و عدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه

و هذا فى غايه الوضوح فأمر الإجازة أمر القبول كما تقدم و أما لو كان من الأصيل على المالك بأن أجاز المالك مع شرط للأصيل على نفسه و هذا لا شبهه فى صحته بالدلاله الالتزاميه الفحوائيه فإن المالك قد أجاز البيع الذى كان الأصيل ملتزما به مع اضافة شرط عليه على نفسه و قد كان الأصيل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالأولويه نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذى مرجعه الى جعل الخيار و قد تقدم نظير ذلك فى روايه البارقي و قلنا انّ رسول الله ص و ان كان قد وكله بشراء الشاه بدينارين الا أنه بالأولويه قد وكله فى شرائها بدينار أيضا فيكون شرائه الشاه بدينار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٣

من جهه التوكيل فتكون الروايه خارجه عن الفضوليه فإن من وكل الغير شراء دار بخمسين دينارا فبالأولويه راض بشرائه بعشرين هذا و اغتتم.

**قوله: و اما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور.**

**اشاره**

أقول: الأول ذكر انه يشترط فى المجيز ان يكون حين الإجازة جائز التصرف فلا تجوز الإجازة ممن لا يجوز التصرف فى حقه و هذه قضيه قياسها معها فإنك عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعيه الثابته للملاك بالنسبه إلى أموالهم نظير جواز البيع غايه الأمر أنّ جواز البيع حكم ابتدائي و الإجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولى فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا- تجوز له الإجازة لكونها بيعا حقيقه فإنّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك و لم يكن بيعه و حين الإجازة ثار بيعا له كما أنه باع من الأول مباشره و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو النقل فإنّ هذا أنّما بعد الفراغ

من صحه الإجازة و الفرض أنّ الإجازة غير صحيحة و هكذا الأمر في كل مورد لا تصح الإجازة.

و بعباره اخرى: أنّ حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط في البيع و على هذا فلو باع الفضولي ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فإجازة المفلس أو الراهن بنفسها لا- تؤثر فيه بوجه و الأمر الثاني: انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد و الا فيبطل العقد الفضولي فصحته مشروطة بذلك الشرط و قد ذكروا في وجه ذلك وجهين، الأول، ما عن قواعد العلامه من أنّ صحه العقد بدونه يمتنع فإذا امتنع في زمان فيمتنع في جميع الأزمنه لعدم الفرق في

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٤

الامتناع بين قله الزمان و كثرته.

الثاني بلزوم الضرر على الأصيل فإنه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الإطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الأصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه أن يجيز العقد لأنه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه فأدله نفى الضرر ينفي لزوم ذلك العقد و هذا يتصور على وجوه.

الأول: ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه أن يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا أو شرعا أو لم يكن و الا فيبطل و على هذا فلا موقع لذا الشرط في الأموال حتى عند العامه أيضا إذ ما من مال الأوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولي أما عندنا فلو جود ولي الأمر صاحب العصر عجل الله فرجه فإنه الولي المطلق فأى مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه و



تصرفه فوليه هو الامام (ع) و نعم ما ذكر البيضاوى انّ هذا الشرط لا موقع له عند العامه لقولهم بوجود الامام (ع) فى كل زمان و اما عند العامه فكذلك أيضا لأنهم أيضا قالوا بوجود وليّ الأمر فى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصحّ فى النكاح بناء على عدم ولايه أحد حتى الامام عليه السلام.

الثانى: ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا.

الثالث: ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا.

و بعبارة أخرى من الأول:

**ان الكلام هنا أى فى شرائط المجيز يقع فى ضمن مسائل.**

**اشاره**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٥

**الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف حال الإجازة**

فلا يجوز لمن لا يجوز له ذلك و قد تقدم هذا.

**المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد**

**اشاره**

و قد ذكر العلامة (ره) انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما و أضاف إليه الشيخ بكونه ضررا على الأصيل فإنه لا يجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و لا فيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالإجازة فلو بقى العقد الفضولى على النحو الذى وجد لكان ضررا على الأصيل.

**ثم ان هذا الشرط يتصور على وجوه.**

**الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ذات المجيز**

و من يكون من شأنه إجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما، و هذا الشرط أنما يتم على غير

مذهب الإماميه و اما على مذهبهم القائلين بوجود الإمام في كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى إذ لم يوجد عقد في العالم الا وله مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (ع) عندنا وليّ الأمر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الإماميه يمكن ذلك و كذلك- عندهم إذ لم نقل بكونه وليا في جميع الأمور حتى النكاح مثلا

### **الثانى - ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازة عقلا**

بان لا- يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك مما يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فإنه ح يحكم بفساد العقد و هذا الوجه أيضا لاحق بالأول فلا فائده فى البحث عنهما فإنه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالأولويه مضافا الى ورود

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٦

الروايات فى صحه نكاح الصغيرين مع عدم التمكن من الإجازة الفعلية عند العقد و كذلك صحيحه محمد بن قيس و روايه البارقى فهذا ان الوجهان ليسا بمهمّ و العمده هو الوجه الثالث.

### **الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى**

بان لا يكون مانع شرعى من الإجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطه و مصلحه فيه مع حضور الولى ثم صار ذلك البيع ذا مصلحه كما إذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائه و لكن صار وقت الإجازة ذا مصلحه لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فإنّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى أيضا من الإجازة عنده الا انّ أجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطله و لو لم يكن يجيز حال العقد فإنه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن و هذه الإجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطله و يكون العقد باطلا و لكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الأولين و يظهر حكمه من عكس المسأله كما إذا فرضنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحه فيه فإذا أراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحه فى حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقى المال على أضعاف مقابل ما

باعه الفضولي فلا شبهه في عدم صحه إجازته و نفوذه و كون البيع باطلاً فإنّ البيع و ان كان ذا مصلحه حال العقد و لكن ليس فيه مصلحه حال الإجازة و المناط وجودها عندها لانيّ زمان الإجازة كان زمان البيع حقيقه و نقطه شمول أوفوا بالعقود عليه فحيث أنّه في هذا الزمان غير مصلحه في حق اليتيم فيكون باطلاً و السر في ذلك هو ما تقدم أنّ حكم الإجازة حكم البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٧

الابتدائي فكما لا يصح بيع مال اليتيم بلا مصلحه ابتداءً فكذلك لا يصح اجازة بيعه لكون العقد بالإجازة مستندا إلى الولي.

و بعبارة أخرى: قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن و اجازة الولي بيع مال اليتيم فضوله عند عدم الصلاح فيه حال الإجازة و لو كان فيه مصلحه حال العقد تقرب بغير وجه أحسن فلا تكون نافذه إذ المناط في كون البيع ذا مصلحه حال الإجازة.

و من هنا يظهر حكم ما نحن فيه إذا البيع و لو كان خالياً عن المصلحه عند العقد و لكن حالها عند الإجازة فكما يصح البيع الابتدائي عند وجود المصلحه فيه فكذلك تصح الإجازة للبيع الفضولي فإنّ زمان الإجازة هو زمان تحقق البيع حقيقه و زمان شمول العمومات إذا- فاشتراط كون المجيز متمكناً من الإجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط المتمكن حال الإجازة و من هنا لو كان فاقداً للتمكن الشرعي حال العقد و صار واجداً له حال الإجازة فتصح أجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الأولين بالأولويه و كذلك اتضح انه لا يفرق هنا بين القول بالكشف و النقل كما تقدم و اما ما ذكره العلامة

(ره) من أنّ الممتنع في زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتي فالكبرى أمر مسلم كالاتحاد الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التي مرجع كلّها الى اجتماع النقيضين و من هنا يسمّى مبدء المبادئ فإنّ أمثال ذلك أنّ الشىء إذا امتنع في زمان فيكون ممتنعا دائما لأنه لا يحتمل أنّ اجتماع النقيضين يكون محالا في زمان و غير مستحيل في زمان آخر بل هو محال بذاته و لكن الصغرى ليس بمسلم إذ الامتناع في أمثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٨

عقد الفضولى ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير و من جهة عدم العله و المصلحه و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيرى فهو مسلم صغرى إذ عدم صحه عقد الفضولى حال العقد انما هو لأجل عدم المصلحه فيه عنده و لكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير في زمان لا- يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا في زمان لأجل عدم علته و ممكنا في زمان آخر بل واجبا لوجود علته و من هنا قال الشيخ الرئيس أنّ الممكن من ناحيه علته أ ليس و من عدم علته ليس و- بالجملة الامتناع الغيرى تابع لعدم علته فكما كانت معدومه فيعدم و إذا وجدت العله يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما و هذا واضح جدا فلا ندرى ما إذا أراد العلامة من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا على الأصل لكونه ممنوعا من التصرف في ما انتقل عنه لاحتمال الإجازة و كونه مال الغير فيكون التصرف حراما

و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و كونه أيضا تصرفا فى مال الغير فيكون حراما.

و فيه أولا- أنّ الضرر إنما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد أثبتنا عدم لزومه من الأول و انما يكون لازما بالإجازة فإذا لم يتحمل الأصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا إلى أصالة عدم الإجازة فلم يشمل عليه من حين العقد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ حتى يمنع من التصرفات.

و ثانيا تقدم من المصنف أنّه لا يجوز للأصيل أن يتصرّف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الإجازة لعدم العلم بالإجازة و عدمها فإذا نقض ما ذكره هنا بما تقدم بأنه لو تضرر الأصيل إلى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٤٩

زمان الإجازة فى غير المقام فبأى وجه أجبتم هناك فمثله يجب هنا أيضا من القول بجواز الفسخ أو أنّه أقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ أو غير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصيه ليجب إنكار صحه الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحه أصل الفضولى و قد تقدم عدم تماميه الاستدلال بأدله نفى الضرر هنا فراجع.

**قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.**

**إشاره**

أقول: و هذه المسأله الثالثه تتصور على ثلثه أنحاء الأول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحيه عدم المقتضى كما إذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الإجازة باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرّف المجيز حال العقد من جهه فقدان شرطه كما إذا باع الفضولى مال اليتيم أو السفيه أو المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط

فإنّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرف حال العقد من جهة عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد.

### الثالث ان يكون ذلك من جهة وجود المانع

بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقتزمان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التأثير و هذا كما إذا باع الفضولى مال الراهن فضولا- فإنّ الراهن مالك حقيقه و شرائط التصرف موجود فيه و لكن اقترن ذلك بمانع أوجب منعه عن التأثير و عن جواز التصرف.

فهل يحكم فى هذه الصورة ببطلان البيع الفضولى أو بالصحة فللمجتازان يجيز العقد بعد تجدد المقتضى و احتوائه الشرائط و ارتفاع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٠

الموانع أو يفصل بينها فيحكم بالصحة فى بعضها و بالبطلان فى بعضها الآخر و جوه.

اما الصورة الأولى فالبحث فيها من جهات ثلث الأولى ان لا يكون المجيز جائر التصرف حال العقد واقعا الثانى ان لا يكون المجيز جائر التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهرى فى حقه و حكم بعدم جواز التصرف فيه.

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيلا و توهمًا من غير ان يكون كك واقعا أو يتم فى حقه الحكم الظاهرى فى مرحله الشك فالجامع فى الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصورة بعينها هى مسأله من باع شيئا ثم ملك فهى مسأله معروفه و سيأتى الكلام فيها و اما الصورة الثانية فالظاهر أنّه لا شبهه فى صحة العقد و عدم اشتراطها بكون المجيز جائر التصرف حال العقد بل يكفى فى صحته كونه جائر التصرف حال الإجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد و

غيره في صحيفه الوجود خلا استناده الى من له العقد و لا بد و ان يستند اليه و إذا كان المجيز حين أجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه و الحكم بصحته فذلك حين انعقاده و ان كان غير واجد لمجيز يجوز تصرفه الا غير شرط في صحته بل يكفينا الشك في ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحه تأهليه فنحكم بالصحه كما هو واضح و الذى يوضح ذلك انه لو عقد صبي أو سفیه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فأجازة الولي أو أجازا بعد ارتفاع اليتيم و السفه-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥١

و صيروره الصبى بالغا و السفیه رشيدا فهل يتوهم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل.

نعم فى المجنون إذا عقد بسفه ثم أفاق و أجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحه بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهه و بالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفیه و الصبى بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة أم كان المتصدى لذلك شخص فضوله ثم أجازا فلا شبهه فى صحه ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الإجازة جائر التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الإجازة و ذلك لأنّ العقد تمام من جميع الجهات الا من جهه الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الإجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه.

اما الصورة الثالثه فهى اقتران بالمانع كما إذا باع الراهن أو المرتهن أو الفضولى مال الرهانه ثم أجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث أنّ الرّاهن لم يكن جائر التصرف حال

العقد و انما صار ككك حين الإجازة فهل يصح هذا العقد أم لا أو يفصل الظاهر أنه لا مانع من الحكم بصحة العقد هنا أيضا لما تقدم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد بإجازته إذا كانت حين كون الرّاهن جائز التصرف خصوصا إذا كان البائع هو المرتهن فإن تصديده بالبيع كاشف عن عدم كون حقه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فكما أنّ المناط في تماميته صحة البيع من جميع الجهات في البيع الابتدائي هو

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٢

زمان العقد فككك في البيع الفضولي هو زمان الإجازة في الشروط التي ترجع الى المالك دون العاقد و قد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده و حاصل الفارق أنّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولي فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات بإجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فإنه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونه لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه و ان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعى و معلقا من دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفية و البيع الفضولي فإنّ البيع في لجميع يستند الى المالك بالإجازة بعد البلوغ و الرشد في الأولين و الإجازة في الثالث لوالى من له العقد أعنى الولى فيتم العقد من جميع



الجهات و لم يبلغ الشارع الاستناد بالكلية في أمثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الرهن فإنه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله حيث أنّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون إذن العمه و الخاله فيكون فاسداً و بالجملة كان أساس المنع ان العقد الذي وقع له ينتسب الى المالك لإلغاء الشارع استناده اليه مع تعلق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد آخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلاً و لا توجب انفكاك الرهن صحته و لا أنّ أجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضوله فلا يكون ذلك العقد مشمولاً للعمومات و فيه الظاهر أنّه لا فرق في الحكم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٣

بالصحة و الاستناد بين بيع الرهن و المرتهن و غير البيوع الفضوليه و كلها قابله الاستناد الى المجيز و لها صحة تأهليه.

و ذلك فإنّ أجازة المرتهن و العمه و الخاله و ان كانت دخيله في صحة العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهليه و عن قابليه الاستناد الى من له العقد بعد تماميه سائر الشرائط و أجازة من لإجازته دخل في صحة العقد فإنه لا نر مانعا عن شمول أدله صحة العقود على ذلك بوجه غايه الأمر لا بد من ملاحظه ما يدل على دخاله إجازة الغير في صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم و انما نحكم به بعد أجازة الغير و اما المقدار الزائد فلا و ليس في الأدله الداله على دخاله إجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون أجازة المرتهن أو العمه

و الخاله كما لا يخفى.

فيكون ذلك تخصيصاً لأدله اللزوم من الأول نظير تخصيصها بالأدله الداله على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد و ليس ذلك تخصيصاً فى الافراد حتى يتوهم عدم إمكان التمسك بالعمومات فى مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلك الأخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث أنّ- الصغيرين ليسا ممن يستند إليهما العقد عنده.

و كك يدل على ذلك الأدله الواردة فى صحه نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده فى المقام أيضا أنّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص الله و انما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحاً و يتم من جميع الجهات بإجازه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٤

المرتهن فهذا لا شبهه فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى.

و يؤيد ذلك بيع الصرف و السلم حيث أنّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولاً لافوا بالعقود و مقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستنداً الى الراهن حين الصدور من جهه المانع و كان باطلاً- بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسباً الى المالك و مشمولاً للعمومات كما هو واضح و بعبارة اخرى: أنّ المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق فى محلّه أنّ التقييد مقدّم على التخصيص لكونه قدراً متيقناً مثلاً إذا ورد أكرم العلماء و علمنا بخروج زيد العالم عنه فى اليوم الأول يقينا و لكن نشك فى خروجه إلى الأبد أو

فى اليوم الأول فحينئذ يدور الأمر بين تقييد العام باليوم الأول و الالتزام به من جهة طرفٍ حاله موجبهُ للتقييد و بين تخصيصه و إخراج الخاص من تحته إلى الأبد فيؤخذ القدر المتيقن لأنه المتيقن الخروج و تمسكك بالعام فى الأزمنة الأخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقييد قطعاً للعمومات ببيع الراهن حين تعلق حق الرهانه بالعين الموهونه و خرج ببيعهُ هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحاله فقط اعنى حاله تعلق حق - المرتهن عليها ليكون الإخراج تقييداً أو أبدى ليكون الخروج تخصيصاً فحيث انّ القدر المتيقن هو الأول فالمقدار الزائد منه مشكوك فلتترنم بالتقييد فتمسكك بالعمومات فى المقدار الزائد و هذا واضح جداً.

و قد بقى هنا أمران الأول أنه بعد الالتزام بصحه بيع الراهن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٥

و عدم منع تعلق حق المرتهن بالعين عن نفوذهُ و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لإجازهُ المرتهن دخاله فى صحه ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد و كان البيع واقعا فضوله أو أصاله من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفك و حين صدور العقد أم لا الظاهر عدم دخاله رضاه فى صحه ذلك العقد فإنّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهة الاستناد أيضا فيشملة العمومات و بعد ذلك تعليق صحتهُ إلى شىء آخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و إذا - شككنا فى دخالته فى صحه العقد

فندفعه بالعمومات. الأمر الثاني و هو المهم أنه هل هذا كسائر البيوع الفضوليه فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه أو أنّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازها لانّ الظاهر أنّه لا ملازمه بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فإنه (ره) مع إسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فإذا باع الراهن العين المرهونه فلا تكون الملكيه حاصله من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك أنّ أساس قولنا بالكشف فى هناك هو أنّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشروط إلاّ جهة الانتساب فإذا انتسب إليه بالإجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الإجازة و تثبت صحه العقد و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٦

ترتب الأثر عليه من الأول لجواز تعلّق الإجازة بالأمر المتقدم كجواز تعلقها بالأمر الحالى و الأمر المتأخر لكونها من الأمور التعلقية كما عرفت و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ عدم تماميه العقد على العين المرهونه حين العقد لم يكن مستندا إلى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لو كان الراهن هو البائع و على تقدير كونه الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانيه جهة تعلق حق الغير به و عدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط آخر و هو خلّوه عن رضائه من رضايته شرط فى صحه العقد و هو حق المرتهن و لذا لو كان البائع هو الراهن أو

غير الراهن فضوله و أجاز الراهن قبل أداء الدين و فك الرهن لا يكون العقد أيضا مشمولاً للعمومات لاقتترانه بالمانع و هو حق المرتهن و على هذا فلو باع الفضولي العين المرهونه أو الراهن في يوم السبت و انفك الرهن يوم الأحد و أجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما إذا كان البائع هو الفضولي و عدم وجدانه تمام الشروط لو كان هو الراهن و فقدان رضائه المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فإنّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فإذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفكّ و انحصار المانع بعدم رضائه المالك.

و بعبارة اخرى: أنّ رضائه المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التي ترجع اليه و من ناحيته دون الموانع التي من ناحيه الغير فإنّ الناس مسلطون على أموالهم و شؤونهم و حقوقهم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٧

فليس لأحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنه الغير و يكون ذلك موجبا لازاله حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو في الحقيقه متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فإنّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضوله ثم حصل القبض بعد ساعتين و أجاز المالك ذلك البيع بعد أربعه ساعات فهل يكشف ذلك الإجازة من حصول النقل من زمان العقد مع أنّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل أجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فإنّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضائه المالك فقط بل كان بعد القبض أيضا موجبا

لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الأمر كك لو كان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم.

و بالجمله لا- نعقل وجها للقول بالكشف من حين العقد فى بيع الفضولى العين المرهونه كما لا يمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف أيضا.

هذا كله فيما إذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط أو وجود المانع

**و اما المسأله الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا الى عدم المقتضى**

**اشاره**

فقد عرفت ان هذه المسأله منحلّه الى ثلث- مسائل.

الاولى ان يبيع شخص ما لا لنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه أو بالنواقل القهريه كالإرث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد أم لا و قد نسب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٨

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسأله بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل إخراج الزكاه حيث التزم الشيخ الطوسى بصحة البيع و يلزم للمالك أداء الزكاه من ماله مع انّ هذه المسأله من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شىء ليس للبائع مالكيه لها ثم ملكه فانّ حق الفقراء قد تعلق بالمال و كانوا شركاء معهم بأى نحو كانت الشركه سواء كان بعنوان الشركه الحقيقيه أو من باب الكلّى فى المعين.

وفيه: انّ الظاهر انّ الشيخ لم يفت فى هذه المسأله بالجواز من جهه القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكاه و هى صحيحه عبد الرحمن البصرى قلت للصادق (ع) رجل لم يزك إبله و شأنه عامين فباعها على من أشتريها أن يزكها لما مضى قال نعم تؤخذ زكوتها و يتبع البائع أو يؤدى زكوتها البائع

و العجب من المحقق كيف رضى القول بالإشكال على الشيخ مع ورد النص عليه و غفل عن النص كما أنّ العجب من المصنف حيث احتمل أنّه الا- ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحة البيع جعل المقام مثل بيع العين التي تعلق بها حق الديان أو حق المرتهن و لم يحتمل كون الشيخ مستندا إلى الروايه و اذن لا وجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصه بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد.

**و الحاصل أنّ الكلام فى عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهه المقتضى يقع فى ضمن مسائل.**

**الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا**

**اشاره**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٥٩

كما إذا باع الابن مال أبيه ثم ملكه بالقهر كالإرث أو بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى أنّه محتاج إلى الإجازة أم لا و قد ذكرنا أنّه لا- ملازمه بين هذه المسأله و بين مسأله بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فإنّ أصل مسأله بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسأله بناء على تعلّق الزكاه بالعين و كون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركه على نحو الإشاعه أو على نحو الكلى فى المعين و لكن المسأله منصوصه فجاوز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فإنّه و رد النص على ما فى حاشيه السيد انه لو باع المالك العين الزكوى فيكون البيع صحيحا فتكون الزكاه على البائع بأن يؤديها من ماله أو تتبع المال فيؤديها المشتري فهذا أمر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكليه فأرجاع الشيخ المسأله الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونه فقد عرفت جوابه فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لا بد و ان يعلم أنّ مقتضى العمومات و

الإطلاقات صحة تلك المعاملة فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليجب تقييدها أو تخصيصها إذا عرفت ذلك.

اعلم أنّ المسألة ذات قولين قول بالصحة كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحة و عليه جماعه أخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد الله التستري

**و قد استدل على البطلان بوجه قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.**

**الأول الإشكال المتقدم في بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه ثلثه**

**اشاره**

و قد ذكر المصنف أنّه لا يجرى بعضها في المقام.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٠

**الأول عدم تمشي القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه**

فيكون باطله و قد أجاب عنه شيخنا الأستاذ بوجه لا يكون ذلك جوابا عما نحن فيه و لكن على ما أجبناه عنه به فيكون جوابا عنه هنا أيضا و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ في تصحيح بيع الغاصب الذي لا يجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الأستاذ أنّ من باع شيئا بما أنّه مالك تاره يكون مالكا حقيقيا كما إذا كان مالكا للمبيع.

و اخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقه الادعائيه في المجاز على ما سلك به السكاكي طريق المجاز كما إذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فإنّه ليس بمالك حقيقه و لكن لأجل سرقة الإضافه الماليه و نسبتها الى نفسه قد رأى نفسه مالكا للعين و باع بادعاء أنّه مالك و تخيل وجود إضافه مالكيه بين المال و بين نفسه كما يتخيل كون المنيه سبعا و يثبت له لوازم السبعيه من الأظفار و هذا الوجه لا- يجرى في المقام فإنّ البائع لا يدعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكيه ادعائيه بل هو بعد على إقراره بأنّ المال للغير و أنّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار في المقام و من هنا ذكر شيخنا الأستاذ أنّ البائع لم يسرق الإضافه و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثمن الذي يقصد تملكه و المثلن الذي هو ملك لغيره مع أنها تقتضى دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلن و لكن قد تقدم أنّ الوجه في صحة بيع الغاصب غير ما ذكره شيخنا الأستاذ.

و حاصله أنّ حقيقه البيع كما مرّ مرارا



ليست إلا عبارته في المبادله بين المالكين بحيث يدخل العوض المكان الذي خرج عنه المعوض و كك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦١

العكس و خصوصيه قصد المالك ليست دخيله في صحه البيع بوجه و أنّما هو أمر زائد عن حقيقه البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصيه فهو أمر موافق للواقع و أمر زائد عن حقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع التي عبارته عن المبادله بين المالكين قد تحققت لعدم تقدّم حقيقه المبادله و المعامله بخصوصيه المالك و أنّما حقيقتها متقوّمه بتبديل المالكين كما عرفت و هي انما تحصل بالمبادله في ملك المالك الواقعي ليكون التبديل في الإضافه و هذا المعنى قد تحقق هنا غايه الأمر أنّ خصوصيه كون البيع لنفس البائع مع عدم كونه مالكا أمر زائد عن حقيقه البيع فقصد الأمر الزائد عن حقيقه البيع الذي لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع و لا يضر بصحته و وجه صحه بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا أيضا لكونه بيعا حقيقه و مشمولا للعمومات فإنّ ما اعتبر الرضايه في البيع ليس إلا آيه التجاره و قوله (ع) لا- يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهه أنّ الشخص إذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه أنّه تجاره عن تراض و طيب نفس و لعل مراد المصنف من

قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا

هو هذا الوجه.

و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ فشى ء لا يمكن تصديقه إذ الغاصب لا يسرق الإضافه و أنّما يغصب المال و اما

الإضافه فأمر اعتبارى يعتبره لنفسه فمجرد ادعائه المالكه لا يوجب انقلاب الواقع عمّا هو عليه بناء على دخاله تعين المالك و قصده فى حقيقه البيع.

### **الثانى أنّ الغاصب أنّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على ذلك القصد**

فلا شبهه أنّ البيع أنّما يقع للمالك إذا أجاز دون الغاصب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٢

فيلزم ح كون ما تعلّق به الإجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا إذا- الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع.

و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا أيضا إذ البائع لمال الغير لنفسه أنّما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك أنّما هى بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازة المالك منشأ حتى يكون موردا للإجازة.

### **الوجه الثالث: أنّ الاخبار تدل على أنّ بيع ما لا يملك حين العقد غير جائز**

#### **إشاره**

و قد تقدمت الإشارة إليها و الى توجيهها و سيأتى الكلام فيها تفصيلا.

و الحاصل ان من جمله الإشكالات التى أشكل به التستري على صحه بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من عدم تحقق قصد البائع إلى حقيقه المعاوضه و المبايعه فإن حقيقتها مبادله مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوّض منه لتتحقق المبادله بين المالىن فى جهه الإضافه.

أقول: و قبل الدخول بتوضيح ذلك لا- بد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع عليه فى العرف حقيقه فيكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات فإن ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تخصيصها أو تقيدها فنأخذ به و نقيّد بذلك أو نخصّص الإطلاق و العمومات و الا فنحكم بصحه المعامله و هكذا الأمر فى جميع الموارد إذا عرفت ذلك فنقول أنّه و ان أجبتنا عن ذلك الإشكال أمس بما لا يضرّ ببيع الغاصب و لا ببيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٣

البائع مال الغير لنفسه و لكن نقول فى

اليوم ان بيع مال الغير لنفسه

**و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين.**

**الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري منه بعد ذلك**

أو يتملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعاً أنه يتملك.

و بعبارته أخرى يكون الإنشاء فعلياً و المنشأ استقبالياً بحيث ينشأ فعلاً ملكيه مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه و لكن ملكيه متأخره نظير بيع مال نفسه بعد خمس أيام و هذا لا شبهه فى صدق حقيقه المبيعه عليه و تحقق القصد من البائع الى ذلك و كونه مشمولاً للعمومات و الإطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجبهه التى نحن بصددنا بل لا- يتوقف على الإجازة أصلاً لكونه خارجاً عن البيع الفضولى و إنما باع مال نفسه.

نعم نتوقف فيه من جبهه التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فإنّ الإنشاء هنا و ان كان حالياً و لكن المنشأ عبارته عن ملكيه مال زيد للمشتري بعد خمس أيام نظير باب الوصيه و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له أو غيره أو قال بعتك هذا ان قبلته فإنّ أمثال هذه التعليقات التى هى راجعه إلى التعليق فى أركان العقد المكونه فى العقد حقيقه سواء صرح به أم لا لا يضرب بالصحة لكونها ممّا لا بدّ منه و خارجاً فى معقد الإجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام.

اللهم الا- ان يقال ان بطلان التعليق إنّما هو بالإجماع كما سمعت و هو دليل لئبى فلا بدّ من أخذ المتيقن من ذلك فهو فيما إذا كان البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شىء فحكم ببطلانه-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٤

للتعليق للإجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلاً فى معقد الإجماع.

**الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين**

من دون ان يكون فى الين تعليق بان

يكون المنشأ المملكيه بعد خمسہ أيام بل ينشأ ملكيه مال زيد لعمر و في مقابل خمسہ دنانير ليدخل الثمن في كيسه و يخرج المثل من كيس زيد من غير ان يكون غرضه إنشاء المملكيه المتأخره ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشترى و ان كان غرض التستري (ره) هذا الوجه الظاهر أنه لا مدفع له لا انتفاع حقيقه المباعه فإن حقيقته المبادله بين المالين و ذلك لا يتحقق الا بكون العوض داخلا على كيس من خرج المعوض من ذلك و من هنا قلنا سابقا ان حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالين في جهه الإضافه و بان يعقد العوض مكان المعوض و المعوض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكاني و على هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد إلى حقيقه المباعه و المبادله و ما قلنا أمس من عدم دخاله خصوصيه المالك في حقيقه البيع لكونها أمرا زائدا عنها و ان كان صحيحا و لكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصيه بل راجعا الى هدم حقيقه البيع فإنه إنما لا يضر عدم التوجه الى الخصوصيات المالكه إذا كانت حقيقه البيع متحققه و إنما كان الاشتباه في خصوصيه المالك أنه هو أو غيره كما إذا باع مال غيره اشتباها أو بتخيّل أنه له فإن القصد في أمثال ذلك إنما تعلق بالمبادله بين المالين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوض و بالعكس غايه الأمر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٥

انّ الخطاء وقع في تطبيق المالك على غير المالك.

نعم هذا يجري في بيع الغاصب حيث أنه نزل نفسه ادعاء منزله المالك و جعل نفسه من مصاديق ذلك فإن المبادله إنما وقع

بين المالكين بحيث يكون العوض داخلا- فى ملك طبيعى المالك و بالعكس و الخصوصيات الشخصيه المالكه خارجه عن حقيقه المبادله و إذا باع شخص مال غيره كما فى الغاصب بدعوى أنه هو المالك نظير دعوى الحقيقه الادعائيه فى المجاز على ما سلكه السكاكى فقد حصلت المبادله بين المالكين حقيقه و اما إذا لم يكن كذلك و لا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه و لا الى التخيل بل مع العلم بأن المال مال الغير يبيع ذلك ليكون المعوض خارجا من كيس مالكة و يدخل العوض داخلا بكيس نفسه البائع دون المالك فقد عرفت فى تعريف البيع أنه خارج عن حقيقه المبيعه و المبادله و بالجملة ان الخصوصيات المالكه لا تضر بحقيقه المعامله إذا لم توجب التزلزل فى حقيقه المبادله و الا فلا بد من اعتبارها على النحو الذى عرفت.

لا يقال ان من باع مال غيره لنفسه و ان لم يدعى كون نفسه مالكا تنزليا و من مصاديق طبيعى المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مده اما بالقهر أو بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد أيضا بالمجاز المشارفه.

فإنه يقال ان المجاز المشارفه لا يوجب تحقق البيع حقيقه و إنما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صدر منه بيعا مجازا و لا يقاس ذلك- بالادعائى فإنه يوجب تحقق البيع حقيقه.

### **الإشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه**

أنه لا بد و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٦

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط و حاويا لها غير جهه رضائه المالك فإذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات و يستند البيع اليه و يكون مشموولا للعمومات و مقامنا هذا ليس كك إذ البائع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضائه المالك ليس

قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع أنه لا بد من اعتباره حين العقد بمقتضى الأدلة وقد أجاب عنه المصنف بما حاصله أنّ كلامنا في المقام في البيع الفضولي وأن رضائه المتأخر هل توجب صحه ذلك البيع أم لا فقد عرفت كفايتها فيها فإن ما يدل على اعتبار رضائه المالك ليس إلا آية التجاره و التوقيع الشريف الدال على حرمه التصرف في مال الغير الا بطيب النفس و لا شبهه أنّ البيع الفضولي بعد رضائه المالك تجاره عن تراض و أكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا و غضبا أو نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجاره عن تراض.

و اما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بأمر البيع الفضولي.

و في مقامنا هذا أنّ هذا البيع باطل من جهه عدم قدره البائع على التسليم لأننا لا نضائق من اعتباره حال العقد لأجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الإجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببائع فتفسد معامله.

أقول اما التزامه بكفايه رضائه المالك عند الإجازة و كون البيع الفضولي بالإجازة تجاره عن تراض و أكلا لمال الغير بطيب النفس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٧

فمما لا شبهه فيه لعدم الدليل في صدق التجاره عن تراض أزيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالإجازة.

و اما اعتباره القدره على التسليم حال العقد فتاره نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدره عليه اما الأول فلا دليل على اعتباره

فى صحه العقد قطعاً غايه الأمر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشتري أو البائع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط- الضمنى لالتزام كل من البائع و المشتري ضمناً على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدره على التسليم فليس عليه دليل إلا أحد الوجهين على سبيل منع الخلو فشى ء منهما لا يدل على مقصد المصنف أحدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطرياً و غررياً و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلاً لذلك.

و فيه أنّ الخطر و الخديعه الذى هو معنى الغرر أنّما يتوجه عند الإجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البائع حقيقه فإنّ وقت الإجازة وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتب آثاره و اما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقه ليرتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب أحكام البيع و آثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهه و لا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد أيضا أم لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال أبيه فمات و انتقل اليه أو مال غيره فاشترى بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأ للأثر من جهات اخرى كما تقدم.

اذن فلا يكون ذلك دليلاً على اعتبار القدره على التسليم حال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٨

العقد بل على اعتباره حال الإجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلاً من جهه عدم القدره على التسليم أيضا فلا- يكون ذلك مانعاً من شمول العمومات و الإطلاقات على ذلك و بعبارة اخرى: أنّ الدليل أنّما دلّ على اعتبار القدره على التسليم للبائع

بأن يكون هو قادرا على تسليم ما باعه و عنوان البائعيه انما تحقق عند الإجازة فيكون المالك بإجازته بائعا لأن الفصولي المنشأ للعقد ليس ببائع حقيقه فيكون اعتبار القدره على التسليم من حين الإجازة للمالك لا قبله فيكون المناط قدره المالك حال الإجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد أيضا أم لا. الثاني قيام الإجماع على القدره على التسليم في البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففي المقام انّ البائع ليس بقادر عليه حال العقد.

و فيه على تقدير قبول الإجماع فهو دليل لثبتي فالمتيقن منه صورته كون البائع بائعا لمال نفسه فإنه ح نعتبر القدره على التسليم حال العقد.

و اما في بيع مال الغير لنفسه فنشكك في دخول ذلك في معقد الإجماع فيكون خارجا عنه لعدم الإطلاق للأدله البيهه ليشمل الموارد المشكوكه أيضا.

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر في صحه البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص و لم يسلم ذلك قهرا عليه فلا- يوجب ذلك بطلان المعامله كما تقدم نظير ذلك في بيع السلاح لأعداء الدين نعم يثبت للمشتري خيار الفسخ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٦٩

من جهه المخالفه بالشرط الضمنى حيث انّ البائع يستلزم و يشترط في ضمنى العقد ان يسلم المبيع إلى المشتري و الا فله ان يفسخ المعامله لأجل مخالفه هذا الشرط.

### الاشكال الثالث من إشكالات التستري

أنه على القول بالكشف و كون الإجازة كاشفه عن الملكيه السابقه كما هو الحق و أغمضنا النظر عن الإشكاليين الأولين من منع تحقق حقيقه البيع أو بطلانه من جهه عدم القدره على التسليم أنه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه فانّ الفرض أنه باع



مال غيره لنفسه و لم يملك بعد و قد ملك المشتري عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور.

و قد أجاب شيخنا الأنصاري عن هذا الاشكال.

بما حاصله أنّ دليل الكشف أنّما يدلّ عليه في مورد يكون قابلا لذلك لا في مورد غير قابل لذلك فإذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه أو باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فأجاز البيع فيكون حصول الملكيه على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابليه تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البائع أو من له البيع الفضولى إلى زمان الإجازة فيما احتاج إليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكيه حتى يستشكل في ذلك و في نحو حصولها.

و بعبارة اخرى: أنّ كشف الإجازة عن الملكيه إنّما يترتب على وجود الملكيه بحيث أنّ الملكيه بمنزله الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزله الحكم المترتب على الملكيه و إذا لم يكن من له البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٠

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالإجازة بل من نقطه من الزمان الذى يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطه ليس المورد قابلا- لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل إلى المشتري و يتصور الكشف و على هذا فيكون المال خارجا من ملك البائع بعد دخوله في ملكه لا قبل دخوله فيه.

و على هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلى أو شرعى ليكون موجبا لرفع اليد عنها.

و بالجمله من حين وجود القابليه ان يخرج المال من ملك

البائع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك.

ثم قال

لا- يقاس المقام بما تقدم فى الكشف و النقل أنه لو خصّ المالك على الكشف الإجازة بزمان متأخر عن العقد حيث قلنا بعدم صحه ذلك و وجه عدم القياس أنّ القابليّه للكشف هنا كموجود من الأول فتكون العمومات شامله عليه من حين العقد بخلافه هنا فإنّ العمومات كما عرفت شامله عليه من زمان تكون القابليه لا قبله فيكون الإجازة فى الأول بعد العقد مع كون القابليه من حين العقد قادحه فى صحه العقد و غير موافقه للواقع.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولى و إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذى باعه الفضولى ردًا عمليًا كالفسخ العملى فى باب الخيار و كالرجوع العملى فى باب الطلاق اذن فلا يبق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧١

مجال لإجازة من له العقد ذلك العقد الفضولى لسقوطه عن قابليه لحوق الإجازة عليه.

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولى بمعنى إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازة بها و أنّ ذلك أمر ثابت للمالك اما بالإجماع أو بدليل السلطنه لكون ذلك أيضا حقا ثابتا له فى ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه أولا أنّ مقتضى الناس مسلطون على أموالهم كونهم مسلطين على أموال نفسهم لا على أموال غيرهم إذا بيع المالك ماله أو جب سقوط قابليه العقد عن لحوق الإجازة به فى ملك نفسه لا فى ملك غيره فإنّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد

المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله إلى الورثة فكما للورثة ذلك فكك للمالك الثاني ذلك و السرف فى جميع ذلك هو أنّ خصوصيه المالك غير دخيله فى صحه البيع بل هو مبادلته مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر.

و ثانياً أنّ الدليل أخصّ من المدعى فإنّ هذا أنّما يتم فيما إذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختياريه كالبيع و الهبه و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهريه كالإيرث و نحوه فلا- عمل هنا ليكون ذلك ردّاً للبيع الأول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الأستاذ حيث التزم أنّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورث فيكون الكشف هنا من الأول و من زمان العقد فإنّه بأى وجه يمكن الالتزام بأنّ الوارث قائم مقام المورث فيكون إجازته كاشفه عن الملكيه من أول الأمر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين أيضاً من هذا القبيل.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٢

و اما ما افاده شيخنا الأنصارى من أنّ الكشف من زمان القبول و هو أول حدوث الملكيه لمن له العقد و فيه أنّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث أنّ المنشأ هو الملكيه من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الإجازة تعلقت على الملكيه من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد إذا فلا مقتضى لصحه العقد لأنّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات و بعبارة اخرى: أنّ العقد الفضولى بمنزله الإيجاب و الإجازة بمنزله القبول فيما هو واقع هنا فإيجاب ليس له قبول و ما تعلق به الإجازة فقبول ليس له إيجاب فلا عقد

هنا ليكون مشمولاً للعمومات.

### الاشكال الرابع: انّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى و باع مال غيره لنفسه انما يتوقف على صحه البيع الثانى.

أعنى اشتراء البائع الأول المبيع الذى باعه من المشتري فضوله من مالكة الأصلى لأنه مع عدم صحه ذلك البيع الثانى لا يصح بيعه الأول أيضا فإنّ البائع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل انما باع مال غيره فبيعه انما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشتري الأول فيلزم من عدم صحه البيع الثانى عدم صحه البيع الأول أيضا و صحه العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الأول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فإنّ مقتضى صحه البيع الأول كون الملك للمشتري من زمان العقد الذى يكشف بإجازه من له العقد أو بدون الإجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البائع بائعا لنفسه و صحه البيع الثانى كونه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٣

للأصيل إلى زمان البيع.

فاجتماع المالين فى ملك واحد محال للتضاد على انّ صحه البيع الأول متوقفه على تملك البائع المبيع فهو متوقف على ملك البائع الثانى لبيعه منه مع أنه لو صحّ الأول يلزم منه عدم الثانى فإنّه مع صحه الأول يكون المبيع مالا للمشتري من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثانى و ملكيه الأصيل و إذا لم يبق مجال للثنائى فينعدم صحه البيع الأول و ملكيه المشتري الأول أيضا لأنّ الفرض أنّه كان متوقفا على الثانى فيلزم من وجود البيع الثانى عدم الأول فيلزم من وجود الأول عدمه و كك الثانى فيلزم من وجوده عدمه فى آن فهو محال.

و قد دفعه المصنف بمثل ما أجاب به فى الاشكال الثالث

من أنّ الكشف من زمان القابليه لا من زمان العقد و لكن بناء على صحه جواب المصنف فهو أنّما يوجب دفع الاشكال من جهه اختصاصه بالمقام لكن لا- يد دفعه في جميع موارد الفضولى على الكشف و فى المقام من زمان القابليه كما أشار إليه التستري (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود فى جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل فى المقام فإنّ صحه البيع الفضولى على الكشف يقتضى حصول الملكيه للمشتري من زمان العقد أو من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا- يصح و صحه اجازة المالك متوقفه على كونه مالكا و الا فتكون إجازته كإجازة الأجنب فيلزم اجتماع المالكين فى ملك واحد و من وجود ملك المشتري الأصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فإنّ مالكيه المشتري يقتضى صحه اجازة المالك و صحه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٤

اجازة المالك تقتضى عدم ملكيه المشتري فملكيه المشتري تقتضى عدمه و كك صحه الإجازة تقتضى وجود ملكيه المشتري الأول فهو يقتضى عدم صحه الإجازة فصحة الإجازة تقتضى عدم صحتها فلا بدّ اما من القول ببطان البيع الفضولى بالكلية أو بطلان القول بالكشف.

و قد أجاب عن ذلك الإشكال التستري بالالتزام بالملك الصورى بدعوى أنّه يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها الحقيقه رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه يباع و هو يقتضى الملكيه الحقيقه فلا يمكن ذلك بالاستصحاب.

و أجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحه.

الأول أنّ الاستصحاب أنّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتفقد إجازته ما لم ينكشف الحال و بعد انكشاف

الواقع و علم أنه ليس بمالك فلا تكون أجازته نافذه بل لا بدّ في صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعي كالبيع فإنهما من آثار المالك الواقعي دون المالك الظاهري و من هنا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأن المالكه من الشرائط الواقعيه دون العلميه.

الثاني أنه لا وجه للفرق بين صورتى الإجازة و العقد بان يلتزم بكفايه الملك الصورى فى الأول و بعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعي و المالك الواقعي كما عرفت و لا ينقضى تعجبي منه فى وجه الفرق فإنه كيف حكم بأن الإجازة إسقاط للحق و رفع اليد عنه مع أنه لا يعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٥

قال شيخنا الأنصارى

و التحقيق أنّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفيه على مسلك المشهور من القول بكون الإجازة شرطا متأخرا يؤثر فى سببيه العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمى فينزل بالإجازة غير المالك منزله المالك فى زمان العقد و هذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكة الأول حقيقه.

و هكذا الكلام فى الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فإنه عليه ينكشف بالإجازة كون المشتري مالكا حقيقه من حين العقد و لكن من زمان الإجازة بحيث يحكم بترتب آثار الملك عليه حين الإجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمى و الظاهر من كلامه هذا أنه التزم بالإشكال على الكشف الحقيقى و كك الظاهر من شيخنا الأستاذ انه أيضا التزم بالإشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال أنّ اجتماع

المالكين في ملك واحد إنما يستحيل في الملكيه العرضيه لا في الملكيه الطويله فقد ورد نظيره في الشريعه كمالكيه العبد فإنها في طول مالكيه المولى فإن المولى مالك له و لما في يده و في طول ذلك فهو مالك لما في تحت يده و في المقام ان مالكيه المشتري في طول مالكيه المالك فإذا أجاز المالك البيع فيكون مالكيه المشتري في طول ذلك فلا محذور فيه.

و فيه: ان الطويله في الملكيه إنما تكون متصوره إذا كان الثاني من شئون الأول و من فروعه و الا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا و نظير ذلك ما ورد في الشرع من المثال المتقدم من ملكيه العبد فإن ملكيته من شئون ملكيه المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك في طول مالكيه المولى له و لما في يده و من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٦

شئون ذلك كونه مالكا لما في يده و كك نظيره في الملكيه التكوينييه نظير مالكيه الخالق جميع الموجودات و من شئون ذلك مالكيه العباد أموالهم بالملكيه الاعتباريه و من هذا القبيل مالكيه القائم مقام و سلطنته للبلد و مالكيه المتصرف لها و غيرها فإن الأول في طول الثاني و هكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فإنه سلطان جميعهم و في جميع ذلك المالكيه الواقعه في طول المالكيه الاولى ليس الا من شئون الاولى لا أنها ملكيتان مستقلتان و مالكيتهما مالكيه مستقله.

و هذا بخلاف المقام فإن مالكيه المشتري و ان كانت في طول مالكيه المجيز الا ان ذلك طوليّه العليّه و المعلول و ان ملكيه- المشتري معلوله لملكيه المجيز و الا لم تحدث الإجازة ملكيه للمشتري مثلا بل تكون كإجازة

سائر الأجنب أجنبيه عن العقد و ليس ملكيه المشتري من شئون ملكيه المجيز بنحو بل كل منهما ملكيه مستقلة فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و إذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكلّ منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الإشكال الى حاله على النحو الذى عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من قيام الورثه مكان المورث و وجه العجب أنه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج إلى مؤنه بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثه إجازة للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و أنّما الدليل على أنّ ما تركه الميت فلو إرثه و الذى ينبغى ان يقال أنّ المجيز مالك فى حال الإجازة لو لا أجازته بمعنى أنّ اجازة كل احد لا تكون مؤثره فى العقد الفضولى حتى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٧

الأجنب بل أنّما تكون المؤثر فيه اجازة المالك أى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الإجازة لا أنه مالك حقيقه ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند أجازته مالكا حقيقه بل على تقدير عدم الإجازة فالى زمان الإجازة هو مالك حقيقه فبالإجازة- نكشف عن حصول الملكيه من زمان العقد حقيقه.

و بعبارة أخرى: تاره تتكلم فى مقام الإثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم أنه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى إمكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الإمكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لا وجه لحمله على الاستحاله و الرد



من هذه الجهة بل نأخذه و نبني عليه لتماميته ثبوتا و إثباتا.

### الاشكال الخامس: أنه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن صحه العقد الأوّل فيكون المال ملكا للمشتري الأوّل

فح إذا وقع عليه العقد الثاني فيكون واقعا على ملك المشتري فيكون فضوليا فيتوقف على أجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعدده فأجاز المالك البيع الأوّل فإنّ صحه البيوع المتأخره تتوقف على إجازة المشتري الأوّل و على هذا فيلزم توقّف صحه إجازة المميز على إجازة المشتري للبيع الثاني لا يتحقق موضوع لإجازة المميز فإنّ الفرض ان المبيع ملك للمشتري و صحه إجازة المشتري متوقفه على إجازة المميز لأصل البيع فإنّ ذلك لا تحصل الملكيه للمشتري أصلا اذن فيلزم توقف إجازة كل من الشخصين على الأخرى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٨

و أيضا يلزم ان تتوقّف صحه العقد الثاني و إجازة العقد الأوّل على إجازة المشتري الأصيل كما هو واضح و هذا من الأعاجيب فإنّ ذلك يستلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلن و تملك المشتري الأوّل المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زياده ان نقص لانكشاف وقوعه فالثلن له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن مثلا و توضيح ذلك اما العقد الأول فتوقفه على إجازة المشتري بالواسطه فإنّ يتوقف على إجازة البائع المتوقفه على البيع الثاني المتوقف على إجازة المشتري و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلن اما الثمن فلانّ المبيع ملك للمشتري فالبائع الفضولي يشتري منه حقيقه فلا بدّ من ان يسلمه إلى المشتري و اما المثلن فلانّه بالبيع الأوّل تملكه المشتري و هكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان

كما لو باعه الفضولي بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصيل فيجب عليه ردّه الى المشتري و يلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأول كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصيل بخمسه و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الأول كما لو اشتراه بخمسه و اشترى البائع من الأصيل بعشره ثم ان تلك الوجوه المذكوره فى الإيضاح و جامع المقاصد.

### **الاشكال السادس: انّ بيع الأصيل ما له من البائع الفضولى رد عملى لبطلان البيع الأول**

فيكون باطلا غير قابل للإجازة.

و فيه قد تقدم أنّه على تقدير كون الرد موجبا لإسقاط العقد فى القابليه فهو اّمّا بدليل السلطنه و فيه أنّه يقتضى إسقاط العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٧٩

الأول عن القابليه فيكون موجبا لإسقاطه عن القابليه فى ماله ما دام ماله فإذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه و اّمّا بالإجماع فالمتيقن منه أنّ المالك له حق الرّد من ماله لا من مال شخص آخر فالمبيع و ان تعلق به ذلك العقد و ردّه مالكة و لكن بعد ما خرج فى ملكه فلا نعلم تأثير رده عن البيع حتى إذا كان مال شخص آخر أيضا فلا ندرى كون ذلك داخلا فى معقد الإجماع على تقدير تحققه.

### **الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك.**

فهى على ثلثه طوائف الأولى ما دلّ على ذلك مطلقا فى الأعيان الشخصيه و البيع الكلى فتكون ظاهره فى بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (ع) لا تبع ما ليس عندك و أمثال ذلك.

الثانيه ما يكون ظاهرا فى حرمه بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عنده كروايتى ابنى الحجاج فى بيع الدابه فإنها ظاهره بل صريحه فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده و هذا يظهر من روايتين آخريتين اللتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس عنده فإنّ الظاهر من قول السائل اشترى متاعا ليس معناه المتاع الكلى الشامل لكل شىء لأنه لا يكون محطّ نظر بل المتاع الشخصى فيكون قوله (ع) بعدم الجواز إذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا فى بطلان المعامله على العين الخارجيه التى ليست عنده.

الثالثه ما يكون ظاهرا فى البيع الكلى مثل ما دلّ على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فإنّ

الظاهر من التحرير هو الكلى.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٠

اما الطائفة الثالثة فلا بدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهه أو على التقيّه إذ لا شبهه فى جواز البيع الكلى فى الذمه عندنا على ما نطق به الروايات و من هنا نقض الامام (ع) على - العامه القائلين بعدم جواز بيع الكلى للأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه أيضا بيعا كليا فلا بدّ من حمل ذلك على التقيه لقولهم بذلك أو على الكراهه و اما المطلقات فلا بدّ أيضا من تقيدها ان قيل بكونها مطلقه أو بتخصيصها ان قلنا بكونها عامه بما يدلّ على جواز البيع الكلى فى الذمه و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصيص تلك المطلقات أو العمومات بالأعيان الشخصيه اذن فيقع الكلام فى بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها إرشاده إلى بطلانها فهل تلك المطلقات أو العمومات بعد التقييد أو التخصيص مع تلك الأخبار الخاصه أى الطائفة الثانيه تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الأعيان الشخصيه أم لا ليكون ما نحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياتة.

و من هنا يعلم أنّ حمل تلك الأخبار بأجمعها على التقيه أو الكراهه لا وجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لا تنفى الصحه الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الآثار عليه قبل الأخذ و الإعطاء و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للإجازة المستقبليه.

و فيه أنّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بإرادته نفى الآثار خلاف الظاهر

الحجاج حيث دلت على عدم البأس إذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود البأس إذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى. و بعبارة اخرى: أنها تدل على وجود البأس فى ذلك البيع عند استناده إلى البائع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل أنّ الإلزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من - المتعاملين بمعنى أنه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعامله الفضوليين أيضا غير لازم قبل الإجازة لأنّ العمومات تشمل عليها من زمان الإجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحه البيع لنفسه روايه الحسن بن زياد الطائر الداله على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهه عدم جعلها دليلا- ما ذكرناه سابقا من خروج أمثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال أنه على هذا فتلك الأخبار شامله لبيع الفضولى أيضا لكونه أيضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك.

فإنه يقال لا- يقاس المقام ببيع الفضولى إذ عرفت أنّ زمان البيع من زمان الإجازة فيها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الإجازة لم يكن إلا- صورته البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون يباع بالإجازة و كانت له صحه تأهليه لا صحه فعلية بحيث قبل زمان الإجازة لم يكن هنا بيع حقيقه و بالإجازة صار يباع حقيقه و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ بائع مال الغير لنفسه من الأول باع

لنفسه و أسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الأول و ليس كبيع الفضولي

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٢

ليكون بيعا من زمان الإجازة إذا فقياس المقام بالبيع الفضولي فاسد من أصله.

و قد تحصل من مطاوى ما ذكرنا أنّ الاخبار المشار إليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه إيجابا و استيجابا من غير المالك.

ثمّ أنّ صور المسألة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجرا الثاني بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا اما بالاختيار أو بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشتري الخيار إذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هي الصورة الأولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما أنّه مورد تعليل العلامة من كونه غريبا و عدم قدره البائع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين.

و من هنا يحكم العلامة الأنصارى (ره) بصحة الصورتين الأخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبائع و ليس لها تعرّض إلى جهة اجازة المالك.

و فيه أنّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك و كك هو مورد تعليل العلامة الا أنّ إطلاقها يشمل الصورتين الأخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فإن مقتضى التعليل فى قوله ع فى روايه ابن المسلم و ليس به بأس إنّما يشتره منه بعد ما يملكه و كك مقتضى الإطلاق فى قوله ع أ ليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ فى روايه خالد و كك قوله لا توجبها قبل ان تستوجبها و غيرها من الروايات ظاهره فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجرا أو معلقا تعليقا من جهة البيع أو

من جهة اللزوم و كون فرد متيقن الإراده من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٣

الدليل لا يوجب الانصراف و لا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه و بين ما نحن فيه.

### **المسأله الثانيه ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل أجازته**

فهل يجوز له اجازته ذلك البيع لنفسه أم لا- و قد حكم العلامة الأنصارى بصحّه ذلك أيضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولاً للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسأله بيع الغاصب لنفسه ثم يجيزه المالك فكما أنه صحيح و كك هذا.

و فيه أولا- أنه و ان لم يكن من بيع البائع لنفسه بأقسامه المتقدمه فإنّ الفرض أنه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا أنه كما لا- بدّ و ان يكون البيع في ملك فلا بدّ في صحه الاثراء أيضا ان يشتري من المالك ليكون صحيحا فإنّ مقتضى التعليل أنّما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاثراء فلا بدّ في صحه اثراء المشتري من ان يكون البائع مالكا أو اشترى قبل بيعه بحيث يكون اثراء المشتري اثراء من المالك و الا- فيبطل الشرى فإنه لم يقع من المالك حين العقد و حين الإجازة لم يكن شراء ليكون من المالك و بعبارة اخرى: أنّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا لما نحن فيه كالروايات و العمومات الداله على بطلان بيع البائع ما ليس عنده فإنّ المفروض أنّ هذا الشخص لم يبيع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولاً لها و لكن في بعضها الآخر غنى و كفايه فإنّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال إلى البائع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل إلى البائع لم يتحقق هنا

شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا بإجازه البائع و بعبارة اخرى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٤

انّ المتحصل و لو من بعض الروايات هو لزوم كون البائع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا فلا يمكن استناد البيع إليه بالإجازه لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوطا بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته و ثانياً أنه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فإنّ البيع و ان كان عبارة عن مبادله مال بمال و ليست الخصوصيات المالكيه دخيله فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين أو ذاك الشخص المعين الا- أنه فيما إذا كان النظر إلى كلى المالك و كون المبادله بين مالى كلى المالك فإنّه ح لا يلزم معرفه شخصى المالك بل يكفى حصول التبديل بين المالين فى ملك المالك الكلى و طبيعى المالك و اما إذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل فى مال الشخص المعين فح لا بدّ و ان يكون اضافه باقيه الى حين الاجازه و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارة اخرى لا- بدّ و ان تكون الإضافه المالكيه التى حصل التبادل على تلك الإضافه حين العقد محفوظه حال الاجازه و فى المقام ليس ككك فإنّ التبادل بين المالين حين العقد حصل على الإضافه التى بين المالك و المشتري و خرج العوض من ملكيه المشتري و دخل تحت اضافه المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت إضافه المشتري و تلك الحاله غير باقيه حال الاجازه فإنّ

إضافه العين الى المالك قد انقطع و أنّما تعلق بها الإضافة المالكه من البائع فهي غير الإضافة حال العقد التي كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما أجز غير الواقع و بعباره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٥

أخرى لا- بدّ و ان يكون المجيز مالكا حال العقد و الا- يلزم ان المقصود غير مجاز و المجاز غير مقصود لان تبديل مال بمال تحقق في الإضافة المالكه الواقعه بين المال و مالكه الاولى و بين الثمن و تلك الإضافة التي كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الإجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فإنّها بالنسبه الى التبديل كالموضوع بالنسبه الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لا- مجال للحكم و على هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب و من هنا ظهر عدم تصحيح البيع في المسأله الثالثه أيضا فهي ما يكون الشراء لأجنبي باعتقاد أنّه مالك و تحقق القصد لأجل هذا- الاعتقاد بحقيقه البيع فإنّه أيضا ليس بصحيح أوّلا لشمول بعض تلك الاخبار عليه و لو لم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه و ثانيا من جهه عدم بقاء الإضافة التي كانت موضوعا للتبديل و محلا له و ارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت و لا يقاس هذه المسأله و لا المسأله السابقيه ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثال بين المسئلتين و ان كانا متعاكسين فإنّ الصحه في بيع الغاصب على حسب القواعد إذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادله بين المالين في جهه الإضافة المالكه و تحقق حقيقه المعاوضه التي عباره عن المبادله بين المالين مع دخاله



وجود طبيعي المالك فيها لتحقيق حقيقه التبادل في جهه الإضافه غايه الأمر أنه يجعل نفسه بحسب الادعاء و العناية مالكا كالمجاز على مسلك السكاكي فحقيقه البيع محقق حقيقه و لا كذب فيها و أنّما الكذب في جعل نفسه مصداقا للمالكيه فهو أمر لا واقع له و على هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٦

فاجازه المالك بيع الغاصب توجب صحته و كونه له دون إجازة البائع البيع الذي أوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فإنّ في الأوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فإنّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فإنّ الإضافه التي كان تبديل المالكين فيها قد ارتفع فلم يبق الأمر الواقع حين الإجازة و الإضافه التي حدثت حين الإجازة لم يقع تبديل المالكين فيها ليكون موردا للإجازة و على تقدير وقوعه غير التبديل الذي كان حين العقد فإنّك عرفت أنّ ارتفاعه موضوعه أعنى الإضافه المالكيه بين المالك الأول و المال و لعل الى هذا أشار المصنف بالأمر بالتأمل و لا يفرق في ما ذكرنا من عدم صحه البيع إذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكيه المجيز و تجدد ملكه بالقهر أو بالاختيار فإنّ في جميع هذه الصور لا وجه لصحه مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الأستاذ من تصحيح ذلك في صورته الإرث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فإنّ بحسب الفرض ممكن و لكن لا يكفي مجرد الفرض في صحته بل لا بدّ من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على أنّ الوارث يقوم مقام المورث بحيث إذا أجاز العقد فيصح من حين

العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال المیت إلى الورثه و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزیلیًا للمورث فلا دليل علیه و من جميع ما ذكرنا حكم الصورة الرابعه أيضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهريه أو اختياريه.

قوله ثم أنه قد ظهر مما ذكرنا في المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه

أقول لو قلنا بالبطلان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٧

في المسأله المتقدمه ففي هذه المسأله نقول بالبطلان بطريق أولى فإنه إذا لم يكن وجه لصحه بيع مال الغير لنفسه مع أجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالأولويه و انما الكلام فيما لو قلنا بالصحه في المسائل المتقدمه فهل يمكن الحكم بالصحه هنا بان نقول بصحه البيع بدون الإجازه فإنه كان بائعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الأول أولا بل لا بد من ان نقول بالبطلان هنا و لو قلنا بالصحه في المسأله السابقه و قد اختار المصنف البطلان و أنّ البيع الأول باطل للأخبار المتقدمه و لدليل السلطنه فإنّ الحكم - بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازته خلاف السلطنه و خلاف عدم جواز التصرف في مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا أيضا فإنّ البائع الذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الذى أنشأ العقد لم يكن مالكا ليتم التزامه و فى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحه البيع و كون المال للمشتري بدون اجازته منه على خلاف السلطنه فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحه ذلك الا ما ربّما يتوهم من

شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الإنشاء فالعقد مَمَّنْ شمل عليه ذلك الدليل و إنما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقيه تحت الدليل و أوجب عن ذلك بأن المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فإنَّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام أو الخاص فإنَّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولاً للعمومات ثم

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٨

خصصت في زمان فنشك في زمان آخر في دخوله تحت العام أو يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأة بما يدل على التحريم في حال الحيض و نشك في جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من أنه نعمل بالعام و نجري حكمه عليه لأنَّ المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقي تحته أو نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الأول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد أكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصيضا ثم شكنا في ان ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون- داخلا تحته حين الشك أو نستصحب فيه حكم المخصيص و مقامنا من قبيل الثانى فإنَّ البائع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بائعا حقيقه و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففي الزمان الذى مالك ليس له التزام و فى الزمان الذى له التزام فليس بمالك ففي أى نقطه شمل أو فوا بالعقود نشك في بقاء حكمه

أو حكم الخاص في نقطه اخرى لندرج الى النزاع المعروف من انّ المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك أو استصحاب حكم المخصّص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الإكراه لكان لإجراء النزاع المعروف هنا وجهها و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فتمسك به في الباقي نظير شموله بالبيع المكره و أنّما الخارج عنه زمان الإكراه فيكون الباقي داخلا تحت العام و لكن يكون آيه التجاره مقيده لها حيث انّ الله تعالى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٨٩

قد حصر فيها جواز أكل مال الغير بالتجاره عن تراض و ان غيرها- باطل و من أكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجاره عن تراض حيث انّ البائع و ان كان بائعا لنفسه لكن كان بائعا مال الغير لنفسه و أنّما هو ملك بعد ذلك فليس ببائع فيكون أخذ ماله هذا بالبيع السابق أكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الأول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه أيضا.

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آيه التجاره مقيده لدليل الوفاء و لكن تكفينا الروايات الوارده في المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبائع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان يبيعه الأول باطلا لكونه يبيعا بما ليس عنده و إيجابا و استيجابا قبل التملك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بأن إنشاء البيع في الحال و كان المنشأ في المستقبل نظير الوصيه و أغمضنا النظر عن بطلان

التعليق بالإجماع و أغمضنا النظر عن الروايات الواردة في المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الإشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الأستاذ أنه التزم بصحة هذه المسألة و قال لا وجه للتفصيل في ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجز ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد و أفاد في وجه الصحة هنا بأن الإجازة أنما نحتاج إليها لأمرين الأول من جهة اعتبار الرضا في البيع بمقتضى آية التجاره و الثاني من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا الأمرين متحقق هنا فان الفرض أنه باع لنفسه و الفرض أنه راض بذلك أيضا فيكون صحيحا و فيه أن هذا يعد من عجائب شيخنا الأستاذ فإنّ-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٠

بائع مال الغير لنفسه أنما هو رضى و أسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و أسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى يناع فيه بأنه أسند إلى نفسه أم لا فما أسنده إلى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين.

**قوله المسألة الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف**

**اشاره**

أقول لو باع مال الغير باعتقاد أنه غير جائز التصرف اما بتخيل أو باستصحاب أو نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان أنه جائز التصرف فهذه على أربعة صور كما أشار إليها فى المتن فإن البائع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليا للمالك و اما لعدم الملك و كونه

مالكا فانكشف أنه مالك و على كل تقدير فاما ان يبيع عن المالك و اما ان يبيع لنفسه فالصور أربع.

### **الصورة الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنه غير جائز التصرف فبان أنه جائز التصرف**

لكونه وليا للمالك أو ممن كان أمره في يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع أم لا.

الظاهر كونه صحيحا فإنّ الفرض أنّ البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممّن لا بدّ و ان يصدر منه غايه الأمر أنّه كان ناسيا للاذن- السابق و كونه وكيلا- عن المالك أو عن كونه وليا أو غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الإجازة اللاحقة.

و كذلك كونه وليا في الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم أحد في أنّه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم-

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩١

و أصل إليه الكتاب و كان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لا يحتمل ذلك و مقامنا نظير ذلك فإنّ اعتقاد عدم كونه جائز التصرف لا موضوعيه له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممّن لا بدّ و ان يصدر منه و وقع في محله فلا وجه لتوهم البطلان بوجه.

بل لو قلنا يبطلان المعاملة الفضولية لا نقول بالبطلان هنا فإنّه كما أشار إليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غايه الأمر أنّ العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه أخصر من البيع الفضولي نعم لا- بدّ و ان الاذن موجودا في الخارج بان يكون مبرزا فإنّه لا يكفي في صحه البيع الرضا الباطني للمالك ما لم يظهر بمظهر في الخارج و قد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولي بل لا نحتمل من ان يقول احد بالبطلان

الا عن القاضى حيث قال أنه لو اذن السيد لعبده فى التجاره فهو باع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده و لا علم به احد لم يكن مأذون فى التجاره و لا يجوز شىء مما فعله فان علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الاذن و لم يجرى ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما ان يعاملوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان بيعه و شرائه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الاذن.

و قد ظهر بطلانه مما ذكرنا فان وصول الإذن اليه و عدمه لا موضوعيه فيه و إنما المناط أصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا أنه يكفى فى نفوذ معامله العبد بالتجاره للغير نفس رضى الباطنى للمولى و ان لم يبرزه فى الخارج فاننا و ان قلنا فى أول الدخول

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٢

بالباع الفضولى أنه لا- يكفى فيه الرضا الباطنى و لكنه غير مربوط- بمعامله العبد كما تقدم سابقا فان معاملته صحيح من جميع الجهات حتى من جهه الاستناد و إنما المانع من نفوذها عصيان السيد فقط و هو يرتفع برضا الباطنى و ان لم يكن مبرزا فى الخارج.

### **قوله الثانيه: ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا.**

أقول المسأله الثانيه إذا يبيع مال الغير لنفسه باعتقاد أنه غير جائز التصرف فانكشف كونه وليا فالظاهر هنا أيضا صحه البيع وفاقا للمصنف و ذلك لما عرفت ان حقيقه البيع عباره عن مبادله مال بمال فقد تحققت مع جميع ما فيها من الشرائط غايه الأمر أنه قد انضم اليه قيد كون البيع لنفسه فيكون لغوا و الوجه فى ذلك ان البائع مأذون فى البيع و الشرى و غيرهما من التصرفات فى

مال المولى عليه فإنّ الفرض أنّ الولى كك فلا يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق و عن الإذن الآخر الذى لا يلتفت اليه الا فى جهه القصد و ان يكون البيع واقعا لنفسه و قد مرّ مرارا أنّ القصد لا يوجب تغييرا فى حقيقه البيع بل هو بالنسبه إليها كالحجر فى جنب الإنسان فبعد تحقق حقيقه البيع أعنى مبادله المال بالمال و تحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك أو من قبل مالك الملموم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا.

و ربّما يقال باحتياجه اى ذلك البيع على اجازته الولى البائع لنفسه غفله كونه للمولى عليه بعد انكشاف الحال كما يميل اليه المصنف فإنّه لم يقع بعنوان أنّه للمولى عليه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لا- بدّ و ان يكون البيع مستندا إليه بالإجازة و الا فلا يستند اليه فيكون باطلا إذ البائع و لو كان مجازا واقعا فى البيع الا ان-

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٣

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البائع فما أوجده و قصده أنّما هو غير ما كان مأذونا فيه فيتوقف صحه كونه عن المولى عليه على اجازته جديده.

و فيه أنّه لا- وجه لاحتياجه إلى الإجازة بوجه لأنّ قيد كونه لنفسه ان كان قييدا للبيع فبانكشاف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقه البيع و ان لم يكن قييدا فيكون لغوا فلا- يضرّ بصحه البيع لكونه كالحجر فى جنب الإنسان بالنسبه إلى حقيقه البيع و على كل تقدير لا تتصور وجهها لاحتياج البيع إلى الإجازة و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

**قوله (ره) الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.**

أقول المسأله الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا



و قد مثلوا لذلك بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا فإنه ح يكون المال مال نفسه و يكون البيع عن نفسه فهل يصح هذا البيع أولا يصح و على تقدير الصحة فهل يكون محتاجا إلى الإجازة أو يكون له الخيار في ذلك بحيث له ان يفسخ أولا يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه و الفرق بين كونه محتاجا إلى الإجازة و بين كون المالك مختيرا بين الفسخ و الإمضاء هو أنه لو لم يجز المالك على تقدير الاحتياج إلى الإجازة فيكون البيع باطلا و اما على تقدير كونه مختيرا بين الفسخ و الإمضاء فالعقد صحيح و لكن للمالك حق الفسخ فقط.

و اما أصل البيع فالمشهور صحته بل ربما يدعى الإجماع في ذلك و في المتن لم نعثر على مخالف صريح الا عن الشهيد في قواعده حيث احتمل إمكان البطلان و سبقه العلامة و ابنه لوجه

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٤

لا يمكن المساعدة على شىء منها كما ذكر المصنف في المتن.

و اما الوجه في صحة البيع فلما تقدم في البيع لنفسه ان حقيقه البيع قد تحققت بجميع شرائطه و حقيقته التي عبارته عن مبادله مال بمال في طرف من الإضافه المالكيه لمالك طبيعي و قصد كونه لنفسه كما في المسأله المتقدمه أو كونه لمالك كما في هذه المسأله أمر زائد عن حقيقه البيع و غير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا- يضر بصحة البيع بوجه و اما الوجه التي أشار إليها العلامة فالأول ان الابن قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن في الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقه البيع

كما مرّ نظير ذلك الإشكال في بيع الغاصب.

و فيه انه قد تقدم مرارا أنّ القصد غير قادح لحقيقه البيع إذا لم يضرب بها ففى المقام و ان قصد البائع كونه عن المالك و هو الأب الا- ان قصده ذلك من جهه كون الأب مالكا فى اعتقاده لا لخصوصيه فى شخص الأب غايه الأمر أنه أخطأ فى قصده و طبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضراً.

الوجه الثانى ان هذا العقد باطلا- من جهه التعليق فإنه و ان كان فى الصوره منجزا و لكنّه فى التقدير معلق فإنّ التقدير ان مات مورثى فقد بعثك فىكون باطلا من جهه التعليق.

و فيه الظاهر أنه أمر وقع من سهو القلم من العلامه (ره) فإنّ التعليق أنّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الأب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق فى صحه العقد و تكون متوقفه على موت الأب و ان كان المنشأ كالإنشاء امرا فعليا لا امرا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٥

استقباليا ليكون التعليق فى المنشأ.

و بعباره أخرى: هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الأول فى طرفى النقيض فإنّ مقتضى الوجه الأول أنّ البيع عن الأب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثانى أنّ البيع عن نفسه فليس عن الأب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول أحدهما متناقضا مع مدلول الآخر.

اللهم الا- ان يقال ان القصد الحقيقى إلى النقل معلق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صورى و قد تقدم نظير ذلك من المسالك فى أنّ الفضولى و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تماميه ذلك و أنّ الفضولى و المكره قاصدان للمدلول

أيضا و لو بهذا القصد الصورى فهو يكفى فى صحه البيع الفضولى.

الوجه الثالث: انّ البائع كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده انّ المبيع لغيره.

و فيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولى قاصدا للمدلول أيضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه و بالجمله فاصل صحه البيع ممّا لا اشكال فيه و لا يعتنى بمثل تلك الوجوه فى الحكم بالبطلان كما لا يخفى.

و اما احتياجه إلى الإجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه أولا بقوله الا ان يقال ان قصده إلى أصل البيع كاف و ذلك لان حصول النقل حين العقد أو بعد

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٦

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يضرّ قصد خلافه و أنّما هو من الأحكام الشرعيّة المعارضه للعقود فلا يكون مأخوذاً فى صحه العقد.

و ثانيا ان هذا الدليل أخص من المدعى فإنّه قد يتحقق القصد الى ذلك لو كان البائع لذلك أى بائع مال نفسه للغير باعتقاد أنّه للغير و كيلا من قبله فباع ثم انكشف أنّه مال نفسه فإنّ القصد هنا متحقق إلى أصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الإجازة المتأخره.

و ثالثا أنّ هذا ينافى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد بل الوجه فى الاحتياج إلى الإجازة هو الذى أشار إليه المصنف من عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم الا بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجاره فإنّ الالتزام بصحه العقد

بدون الإجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على أموالهم و كونه حلالا لهم بغير طيب نفسهم و توضيح ذلك فإن مقتضى آية التجارة و قوله لا يحل مال امرؤ مسلم الا بطيب نفسه و ان كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بأن المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبرا و لكن بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا و الطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فإن احترام ماله و توقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا في جواز التصرف و معلوم ان الطيب بأصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى نعم ما نزل شيخنا- الأستاذ ذلك بما ان العمد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٧

عمدا بالتكلم فى الصلاة و الأكل فى نهار شهر رمضان و الأمر كك فإن الإنسان يتعمد إلى أصل الفعل و لكن يغفل عن كونه فى الصلاة أو الصوم ثم أنه يؤيد ذلك أنه لو أعتق عبدا للغير بما أنه له فبان أنه لنفسه أو طلق امرأه للغير فبان أنها لنفسه له ينعقد العبد و لا يطلق الزوجه و إنما جعلناهما مؤيده من جهة أنهما إزاله الملك و الزوجيه و كونهما عن المالك و الزوجه من الجهات المقومه فعدم وقوعها من الغير من تلك الجبهه فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصرف عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحل الله البيع فإن الظاهر أنهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى أوقعه على ماله بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص آخر فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أنه يجب ان يفي كل شخص بعقده نفسه

و معنى أحلّ الله البيع أنّه حلّ بيع أنفسكم و فى المقام ان البائع و ان كان مالكا واقعا الا- أنّه باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون البيع بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا- يشمله أو فوا بِالْعُقُودِ و العمومات الأخر إلا بالإجازة ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا وجه لاعتبار الإجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه فى ماله فإنّه و ان كان تصرف فى ماله و لكنه بعنوان أنّه مال الغير فلا يكون البيع مستندا اليه الا بالإجازة و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صححه هذا البيع و كونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و إمضائه و استدل عليه بدليل نفى الضرر بدعوى أنّ لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدل بتلك الأدلة على ثبوت بيع بعض

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٨

الخيارات كخيار الغبن.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بتوضيح و اضافة إجماليته منّا و حاصله أنّ الضرر عبارته عن النقص فى المال أو العرض أو النفس و شىء منها غير موجود فى المقام بل أنّما هو فى انتقال المال إلى المشتري بدون رضائه المالك و اذنه فمقتضى شمول أدله الضرر على ذلك هو نفى الانتقال و بطلان العقد لا ثبوت الخيار مع صحته.

و بعباره اخرى: أنّه لو فرضنا من صححه العقد و كان النزاع فى لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحيه اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الأمر ليس كذلك و أنّما الضرر فى أصل صححه العقد

و انتقال المال الى الغير لا من ناحيه اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بد من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفى الضرر لا بكونه خياريا.

بل لا- مجال أصلا هنا للتمسك بأدله نفى الضرر و لا موضوع لها هنا فإنه أتما تكون شامله لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته أتما بواسطة شمول العمومات عليه فهي لا تشمل المورد ما لم تلحق عليه الإجازة اللاحقه من المالك فإنه عرفت أنه مضافا الى كون صحه العقد بدون الإجازة منه أكلا لمال الغير بدون اذنه و كونه تصرفا في مال الغير بغير طيب نفسه و كونه خلاف السلطنه أن أوفوا بالعقد و أحلَّ اللهُ البيعَ أتما ينصرف الى بيع شخص المالك و ان كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا- اذن فلا- موضوع يكون ضرريا حتى يشمله أدله نفى الضرر و بالجمله لا- وجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفى الضرر.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٢٩٩

ثم لو انعقد الإجماع على عدم جريان الفضوليه في الإيقاعات و اختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم إجازته أو عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد أنه مال الغير ثم إجازته و ان لم يتم الإجماع و ناقشنا فيه فيصح في الإيقاعات أيضا كما هو واضح ثم أنه لا- ملازمه بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد أنه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولي بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولي لقلنا ببطلان ذلك أيضا.

و ذلك لان عمدته ما قيل في بطلان البيع الفضولي كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل

بالروايات المستفيضة النافية عن بيع ما ليس عنده و قد أجبنا عنه فيما تقدم أنّ ذلك فيما يكون بائعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا- يجرى هنا فإنّ البائع لم يبيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالإجازة فلا- يكون مشمولاً لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولي هو التصرف في مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله في بيع الفضولي فلا يجرى هنا لأنّ في البيع الفضولي كان تصرف في مال الغير بخلافه هنا فإنّه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجري فهو قبيح في نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعيه حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعيه فساد المعامله فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولي كما هو اوضح.

### **قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنه له.**

أقول إذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٠

شخصي أو عقلائي ثم انكشف أنه مال نفسه كما إذا باع مالا أخذه من الغير بالقمار أو بغيره من الأسباب الباطله شرعا ثم باع لنفسه مع- اعتقاده بحسب تدنيته بدين الإسلام أنه مال الغير ثم انكشف أنّ هذا بعينه المال الذي كان ذلك الغير أخذ منه أمس فالظاهر أنه لا شبهه في صحه هذا البيع لعدم قصور في الإنشاء و لا في المنشأ بل أنّما تحققت حقيقه البيع على النحو الذي لا بدّ و ان تتحقق فإنّ حقيقته المبادله بين المالين في علقه المالكيه و قد حصل ذلك في نظر العرف و العقلاء فإنهم يرون التمسك بالقمار و نحوه من الأسباب الباطله

من الممتلكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشائع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشملة العمومات فيحكم بصحته شرعا أيضا غايه الأمر أنه لم يعلم بكونه مالكا واقعا و في نظر الشارع فهو لا يضر بصحة البيع.

و بعباره أخرى حكم الشارع بالمالكيه من الأحكام الشرعيه فصحة البيع لا يتوقف على العلم به و الا فلا بدّ من عدم تحقق البيع و صدقه على بيع من لا عقيده له لشريعه من الكفار و الفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف و العقلاء و بالجمله أنّ صحه مثل ذلك مع صدوره عن مالكة الواقعي و تحقق شرائطه ممّا لا شبهه فيه و هل يحتاج ذلك الى الإجازة أم لا فالظاهر أنّه غير محتاج إلى الإجازة لكونه صادرا من مالك المبيع و واقعا لنفسه و مستندا اليه فالاحتياج إلى الإجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج إليها.

و بعباره اخرى أنّ العقد بعد تماميه أركانه و وقوعه عن مالكة بعد نفسه مالكا للمال بأي نحو كان و كونه مالكا أيضا واقعا غير أنّه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠١

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا إلى الإجازة ثانيا فأنّ مجرد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح و ذلك كما إذا باع مال نفسه لنفسه غفله عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا.

### قوله و اما القول في المجاز.

#### أشاره

أقول تحقيق الكلام فيه يقع في أمور

### الأول أنّ العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها

#### أشاره

و الا- فلا- يكون ممّا يترتب عليه الأثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لا ريب فيه فإنّ العقد الفضولي يعينه العقود الأخر غير أنّه فاقد للإجازة فيحتاج إلى الإجازة المتأخّره و هذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق أو من المالك فإنّه كما إذا كان شيء منهنهما فاقدًا لشروط من الشروط مع كونه صادرا ممن له العقد أو بإذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكك العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكي فإنّه يلحق بالإجازة المتأخّره فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا في غير العقد الفضولي اذن فمقتضى أدلّه صحه البيع مع أدله الشروط المعتره فيه قاضيه في البيع الفضولي أيضا.

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ إلى أقسام أما شرائط العقد فلا شبهه في اعتباره في العقد الفضولي لكونه عقدا كسائر



العقود فلا بدّ من اعتبار شروطها فيه أيضا و جهه الفضوليه لا توجب إلغاء تلك الشروط و ذلك كالماضويه و العرييه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فإنّها كما تعتبر في عقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٢

الأصيل و هكذا تعتبر في العقد الفضولي و اما شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما إذا اعتبرنا صدوره من البائع العاقل فإنّه يعتبر هنا أيضا فلا- يصح عقد الصبي و المجنون لو كانا فضولين أيضا فإنّه بعد عدم كفايته فيما إذا كان طرف المعامله هو الأصيل و كان مجرى العقد هو الصبي أو المجنون فلا يكفي هنا أيضا لأنك عرفت أنّ

العقد الفضولي لا يزيد على عقد الأصيل و معاملته و بالجملة لا يكفي في صحة عقد الفضولي صدوره من الصبي و المجنون لو قلنا بعدم صحه عقدهما كما تقدّم.

و اما شرائط العوضين فهو أيضا ممّا لا ريب في اعتبارها هنا فلا يصح بيع أم الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الأصيل أيضا فإنّ ما لا يجوز من الأصيل فكيف يجوز من الفضولي فهل يزيد ذلك على الأصيل و بالجملة.

إنّ تلك الشروط الثلثة لا شبهه في اعتبارها في العقد الفضولي حين العقد فإنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى تعتبرها من زمان الإجازة بل إجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولي و أنّما هي دخيله في تأثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور.

و اما الشروط التي تكون معتبره فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتره في تأثير العقد أو الشروط الراجعة إلى المالك فلا يعتبر فيه اما الأول فكالقدره على التسليم فإنّ اعتباره في العقد ليس من جهه كونها شرطا للعقد أو للعوضين أو للمتعاقدين بل أمر خارج عن العقد فإنّما يكون معتبرا من جهه تمكين المشتري من المبيع أو البائع من الثمن و تسليطهما عليهما و هذا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٣

إنّما يلزم اعتباره حين التسليم فقط و ان كان البائع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه أصيلا ففي الفضولي أيضا لا يعتبر القدره على التسليم لا حين العقد و لا حين الإجازة بل إنّما يلزم اعتباره - حين التسليم و التسلم فلو باع الفضولي عن المالك سلما فلا بدّ و ان يكون المالك متمكنا عن التسليم عند التسليم و

فى الأجل المعين الذى يجب تسليمه فيه و لو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكنا من التسليم عند الإجازة لأنّ زمان الإجازة زمان التسليم و التسليم و بالجمله فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد و لا بالعوضين و لا بالمتعاقدين بل هو أمر خارج عن العقد و لا يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمنى و لا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنّه على القول بالكشف أيضا و ان حصلت الملكيه و لكن لم يحصل زمان التسليم و التسلم و لذا لا يجوز التصرف قبل الإجازة حتى على الكشف فزمان التسليم زمان الإجازة فإنّه ليس معنى الكشف أنّ الملكيه قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل إليه معامله ملكه بل أنّما ذلك بعد الإجازة غايه الأمر أنّها تكشف أنّ الملكيه من الأول.

و اما الثانى كاعتبار كون المشتري للمصحف أو العبد المسلم مسلما و لا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا أيضا لا يعتبر فى العقد الفضولى كون المشتري للمصحف أو- العبد المسلم مسلما حين العقد بل لا بدّ من كونه مسلما حين الإجازة فلو باع الفضولى المصحف أو العبد من الكافر فأسلم إلى زمان الإجازة فيكون البيع صحيحا و السر فى ذلك أنّ عمده دليل اعتبار كون المشتري

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٤

مسلما بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فَإِنَّ بَيْعَ الْمُصْحَفِ وَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ مِنَ الْكَافِرِ اسْتِیْلَاءٌ وَ سَبِيلٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بَلْ مِنْ أَعْلَىٰ مَرَاتِبِ اسْتِیْلَاءٍ وَ هَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ حَتَّىٰ عَلَى الْقَوْلِ

بالكشف فإنّ الاستيلاء أنّما يتم بتماميه العلقه الملكيه و هي لا تتم إلا بتماميه السبب و تماميه السبب إنّما بالإجازة حتى على القول بالكشف فإنّه على القول بالكشف أيضا تكون الإجازة مؤثره في الملكيه السابق فكشف بها حصولها من زمان العقد و بها يكون المشتري مسلطا على المبيع و اما قبل زمان الإجازة فليس له تسلط على المبيع غايه الأمر أنّه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو أجاز المالك و الا فلا فإنّما يحصل السبيل و التسلط في زمان الإجازة و في زمان تماميه السلطنه على المبيع لكون الإجازة مما تكون متممه للعلقه المالكيه و قبله لا سلطنه للمشتري على المبيع بوجه و لذا لا يجوز له التصرف فيه.

نعم بناء على الكشف بمعنى كون الإجازة معرفه محضه مع العلم بأنّ المالك يجيز العقد قطعا نلتزم بعدم جواز البيع الفضولي أيضا لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقيق العلقه بتمامها عنده و لكن قد عرفت عن تماميه ذلك المذهب و اما توهم حصول السبيل بمجرد العقد توهم فاسد فإنّ مجرد تحقق ما يكون له تأهليه الصحه و كونه قابلا لان يترتب عليه تماميه العلقه المالكيه للمشتري لا يوجب إثبات السبيل للكافر على المسلم.

و بالجمله أنّ فقدان الشرائط الخارجيه و شرائط المالك عند العقد في العقد الفضولي لا يضّر بالصحه التأهليه التي كانت في

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٥

العقد الفضولي بل هي تحصل بذلك مع وجدانه الشرائط الأخر الداخلة في العقد من شرائط العقد و شرائط العوضين و شرائط المتعاقدين بل الصحه التأهليه باقيه الى زمان الإجازة و زمان وصول محل الشرط فإنّ حصل فيحكم بالصحه الجزميه و الا فيحكم بالبطلان.

ثم هل يعتبر استمرار

تلك الشروط التي لا- بدّ من اعتبارها الى زمان العقد أم لا- يعتبر اما الشروط الراجعه إلى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابليه البقاء كالعريه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها فإنها كقيّمات غير قابله للبقاء.

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها فى صحه العقد كما إذا جنّ العاقد الفضولى أو مات فإنّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتره فى العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا فى صحته بحسب البقاء أيضا و أنّما الظاهر من أدله اعتبارها فى العقود دخالتها فى صحتها بحسب الحدوث فقط.

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفي البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمره عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلّه فى اعتبار استمرار القابليه إلى زمان الإجازة على الكشف.

و تفصيل الكلام هنا أنّ الشروط تاره تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى أنّه يشترط فى انتقال المال الى الغير و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٦

تملكه بعض الشروط كالخمر فإنّ التملك و التمليك و انتقال المال من شخص الى آخر بأى عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك و غيره مربوط بالبيع أصلا و لذا لا يكون بغير البيع أيضا و لذا أمر رسول الله (ص) بإراقه الروايه من الخمر الذى أهدى اليه و هكذا كلما يكون شرطاً للتملك. و اخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع أم ولدا و من الأعيان النجسه أو المتنجسه بناء على عدم جواز

بيعهما و هكذا فإنّ مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك أم الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من أتلّفها و قد تقدم في بيع الكلاب القول بالضمان على من أتلّف كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الأمور تنتقل الى وارثه و هكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهه في عدم اعتبار استمرارها اي تلك الشروط الى زمان الإجازة حتى على القول بالنقل فإنّها كانت محققة في زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لأنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولي أمه الغير أو متاعه ثم صار ذلك أم ولد أو متنجسه أو نجسه فعلى القول بالكشف لا- شبهه في صحه البيع لو اجازته المالك لحدوث التوليد و التنجيس في ملك الغير فإنّ بالإجازة تنكشف انتقالها إلى المشتري من زمان العقد و كون التوليد و التنجس واقعا في ملك المشتري فإنّ ما لا يجوز أنّما هو بيع أم الولد أو النجس و الفرض هنا انهما حصلا في ملك المشتري لا- انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع أنّما تحقق في زمان تحقق العقد و ليس الإجازة إلا إجازة ذلك العقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٧

لا أنّها عقد جديد و كك على القول بالنقل أيضا لا يبعد ذلك فإنّ الملكية و ان لم تحصل إلا في زمان الإجازة و لكن الإجازة هنا أيضا ليس عقدا جديدا بل هي اجازة للعقد السابق المتحقق فضوله فيكون البيع حاصلًا قبل ان تصير الأمه أم ولد أو يكون المبيع

نجسا و إنما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهه في جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث و بالجمله انّ الإجازة ليست عقدا جديدا و إنما هي إمضاء للعقد السابق الذى يبيع أو نكاح فقد تحقق عنوانه و إنما الاستناد يكون بالإجازة ليكون يباع للمالك أو نكاحا له و هكذا و الا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقائه إلى زمان الإجازة.

### **فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى الخليّة فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع أم لا**

اما على الكشف فلا شبهه في صحة البيع لكون القلب و الانقلاب في ملك الغير و اما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الإجازة فإن ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله و ما هو موجود فإنما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل صورته النوعية فإنّ الخمر و الخل في نظر الشارع من الصور النوعية المتخلفة كما إذا فرضنا أنه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقه لا- إنسانا في صورته الكلب ثم تبدل إلى الإنسانية فإنّ الإنسان الثانى غير الإنسان الأول فلا يصح ذلك البيع بالإجازة لما ذكرناه إذا فلا بدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه و واجدا على شرائط الانتقال من حين العقد الى

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٨

حين الإجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففى الحقيقه مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال أولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فإنّه إذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع أيضا كما هو واضح.

### **الأمر الثانى فى معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا مع تعينه**

#### **اشاره**

و يقع الكلام هنا فى جهتين

### **الاولى فى أنه هل تصح - الإجازة على تقدير الوقوع أم لا**

كما إذا يقول لو بيع مالى فضوله أو أوجرت دارى فقد أجزته و الثانيه هل يمكن تعلق الإجازة بالأمر المبهم أم لا- اما الجهه الأولى فقد حكم شيخنا الأنصارى ببطلان الإجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فإنّ الإجازة و ان لم تكن عقدا الا أنه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد أيضا باطلا و أضاف إليه شيخنا الأستاذ انّ الإجازة من الإيقاعات فالتعليق فى الإيقاعات لا يعقل.

اما ما افاده شيخنا الأنصارى ففيه أولا- لا- دليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فإنّ عمده الدليل على بطلانه هو

الإجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه في نفس العقد لا ما في حكمه و ثانيا أنه تقدم في السابق أنّ التعليق في العقد موجب للبطلان إذا كان بأمر خارج عن العقد و اما لو كان على أمر يكون مقوما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو في جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما إذا قال ان كنت زوجتي فأنت طالق أو ان كان هذا مالي فبعته فكك الإجازة.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٠٩

و اما ما افاده شيخنا الأستاذ فلم نعقل له معنى محصّلا حيث أنّ التعليق في الإيقاع قد وقع في الشريعة المقدسه فكيف له الحكم بكونه غير معقول في الإيقاعات كالتدبير فإنه من الإيقاعات مع كونه معلقا على الموت و كالوصيه بناء على كونها من الإيقاعات كما هو الحق فإنها متوقفه على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه



أثما هو الإجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الإيقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

### و اما الجبهه الثانيه أعنى إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم

فهى متفرعه على الجبهه الاولى و لذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الإجازة منزله الوكاله فما لم يبلغ الأمر فى ذلك الى مرتبه لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الإجازة.

و الظاهر جواز تعلقها بالأمر المبهم إذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرًا كما إذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره أو إجارته أو بيع الفرس أو غير ذلك فيقول أجزت ذلك الأمر الواقع ان كان إجاره- فأجزت الإجاره و ان كان يبيعا فأجزت البيع و هكذا و هكذا و لا يلزم معرفه المجاز و لا يضرّ عدم المعرفه بصحة الإجازة و هذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك و لكن لا يدرى أنه أى شىء فيقول أجزته فهل يتوهم احد عدم صحه ذلك بل هذا أوضح من الوكاله فإنّ فى الوكاله و ان كان يصح تعلقها بالأمر المبهم و لكن يشترط فى صحه ذلك وجود جامع بين تلك الأفراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها و الا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد و هذا بخلافه هنا فإنّ الإجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيره و ان لم يكن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٠

بينها جامع فإنّ التردد لا يمنع عن ورود الإجازة إلى مورده و محله فى الواقع و هذا نظير إتيان أربعة ركعات من الصلاه الرباعيه بقصد إتيان الواقع إذا علم بكون ذمته مشغوله بأربعة ركعات من الصلاه مع الجهل بخصوصياتها.

و من هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الأستاذ حيث قال انه

لا- يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكاله فإنها تصح على نحو الإطلاق و ان لم تصح على نحو الإبهام و اما الإجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق لأن عقد الفضولى وقع على شىء خاص و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدله الداله على نفوذ الإجازة بل حكمها حكم تعلق الوكاله بالأمر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد و وجه البطلان ان ما تقع عليه الإجازة و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق لا كليا قابلا للإطلاق الا ان اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للإطلاق بلا دليل بل انما تكون الإجازة واقعه على موردها و ان كانت المحتملات كثيره و بالغه الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكاله فإنه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديده فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فأجزته و ان كان ذلك فأجزته و هكذا و بالجملة ان الإجازة بعد صدورها من أهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الإبهام بمكان فان توجها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق فيقول المجيز أجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا.

### **الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١١

أو آخر عقد وقع على ماله أو أول عقد وقع على عوض ماله أو آخر عقد وقع على عوض ماله فهذه أربعة صور ثم انه اما العقد الوسط بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى أو وسط بين العقدين الواقعين على بدله أو على الاختلاف و على كل من هذه الأربعة فاما ان ذلك العقد الوسط

واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازته الوسط ثمانية صور فيرتقى المجموع إلى اثني عشر صور و توضيح ذلك أنّما يكون في ضمن مثال فلو باع الفضولي عبد المالك بفرس و باع مشتري ذلك الفرس بدرهم و باع الآخر العبد بكتاب ثم باع الآخر العبد بدينار و باع الآخر الدينار بجاريه.

فهذه البيوع الخمسة حاوية لبيع واقع على مورد ابتداء و هو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلك البيع الأول وسطا و هو بيع العبد بكتاب و بيع واقع على ذلك المورد لاحق و هو بيع العبد بدينار و حاو أيضا على بيع وارد على بدل العبد و هو بيع الفرس الذي بدل العبد بدرهم و على بيع وارد على بدل العبد أيضا و لكن لاحق و هو بيع الدينار بجاريه فهل تكون اجازته العقد الوسط الذي بيع العبد بكتاب الذي وقع قبله عقد على مورد و عقد على بدله و كذلك بعده اجازته السابق و اللاحق أو ليس إجازته لشيء منها أو نقول بالتفصيل فيتضح بذلك المثال حكم المقام فتارة نتكلم على الكشف و آخر على النقل اما على الكشف فلو أجاز مالك العبد بيع العبد بكتاب فيكشف ذلك ان العبد من حين العقد صار ملكا لمالك الكتاب و الكتاب صار ملكا لمالك العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيكون باطلا لكونه واقعا في مال الغير و لم تتعلق به

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٢

الإجازة من المالك فيقع باطلا.

و اما بيع الفرس بدرهم فهو أمر آخر أجنبي عن بيع العبد فيكون فضوليا و موقوفا على اجازته مالكة.

و اما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فإنه بعد

كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له أيضا من حين العقد فإذا باعه بجاريه فيصح بيع الجاريه أيضا.

و اما على النقل فحكم العقود السابقه على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقه الكشف فى كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحه بيع الفرس بدرهم مع الإجازة و اما العقود اللاحقه- فحيث ان الإجازة ناقله من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الإجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الإجازة و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادله الواقعه بين العبد و الكتاب بيعا لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته و عدمه مطلقا أو مع الإجازة و عدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع.

قوله الثالث المجاز اما العقد.

أقول و حكم المسأله فى غايه السهوله و لكن تصويرها فى غايه الصعوبه و قد ذكره المصنف و أوضحه بامثله و نحن أيضا نوضح المسأله بالمثل الذى ذكره المصنف و لكن نحللّه الى مثالين لأجل التوضيح

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٣

و حاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الإجازة بالمجاز قبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير أو العقد الواقع على عوض مال الغير و على كلا التقديرين فاما ان يكون المجاز أول عقد وقع على مال الغير أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق

واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و محصله ان العقد المجاز تاره يكون أول عقد وقع على عين مال الغير و آخر يكون آخر عقد وقع على عين مال الغير و ثالثه يكون أول عقد وقع على بدل مال الغير و رابعه آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه أربعه صور و أيضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تاره يكون وسطا بين عقدين واقعا على مورده و اخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى و ثالثه يكون العقد السابق منه واقعا على مورده و اللاحق به واردا على بدل مورده و رابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون موردا للإجازة تاره يكون واقعا على عين مال الغير و اخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية أقسام و مع إضافه الأقسام الأربعة إليها ترتقى إلى اثني عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيم ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين و يجمع جميع ذلك مثلا-ن بتقسيم الفرض إليهما ممّا مثله المصنف الأول نفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره أنه لو باع شخص فضوله عبد المالك بفرس ثم باع البائع - الفرس بدرهم و باع المشتري العبد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبد بدينار و باع الدينار بجاريه و قد وقع هنا عقود خمس و الوسط منها مسبق بعقدين وقع أحدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٤

الأخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق أيضا بعقدين أحدهما واقع على مورده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده

و هو بيع الدينار بجاريه و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الذى يكون ثمننا أو مئنا متحدا مع العقد الآخر فى هذه الجهه  
أى كما انه ثمن أو مئنا فى هذا العقد و كك هو أيضا ثمن أو مئنا فى ذلك العقد.

فلو أجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشتري أعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه  
العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجاريه فإن جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط و كونه موجبا لحصول  
الملكيه من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط  
اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا- فإنه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابليه لحوق الإجاره به بإجازة العقد الوسط لعدم  
بقاء الموضوع له فإن مالكا العبد قد أجاز بيعه بكتاب فإجازة بيعه بكتاب لا يستلزم صحه بيعه بفرس اعنى العقد السابق.

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمه ليلزم  
من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقله وقع على مال الغير فضوله فإن أجاز المالك صح و الا  
فلا.

و اما على النقل فبالنسبه إلى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبه إلى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحه بيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٥

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الإجازة المتأخره أو بدون الإجازة فيكونان أيضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا  
من جهه عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما

بل من جهه كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم.

و من هنا ظهر أنّه لو أجاز العقد الأول فإنّه يستلزم صحه العقود المتأخره بأجمعها و لو أجاز العقد الأخير فإنّه لا يستلزم صحه العقود المتقدمه بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الإجازة.

بقى هنا أمران لا بدّ من التعرّض لهما الأول أنّ إجازة العقد لا يستلزم صحه العقود السابقه إذا أجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما إذا أجاز للبائع فيصح بذلك العقود السابقه أيضا و ذلك لأنّ صحه بيع العبد بكتاب و كونه للبائع يستلزم صحه بيع العبد بفرس فإن صحه بيع العبد بكتاب متفرع على صحه بيع العبد بفرس فإنه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا إلى المشتري و لا يصح بيع المشتري ذلك العبد بكتاب صحيحا فإنّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البائع فى أحدهما هو الفضولى و فى الآخر هو المشتري و إذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحه بيع الفرس بدرهم أيضا من غير توقف على الإجازة فإن لازم صحه بيع العقد بفرس و كون العبد للمشتري ان يكون الفرس للبائع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و إذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحه بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته بإجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبائع فإذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٦

غير توقف على الإجازة لكونه يباع لما له و واقعا فى ملكه.

ثم أنّ هذا الذى ذكرناه انما هو على

الكشف و اما على النقل فيتوقف أيضا على المسأله السابقه من توقف البيع على الملك و الا فييطان كما هو واضح.

الأمر الثانى انّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود- صحه العقود اللاحقه العقود الطويله الرتبيّه التفرعيّه اى يكون العقد اللاحق أو السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له أو ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه أو بايعه بائعا أو مشتريا للآخر الذى يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متأخره عن رتبه العقد المجاز و ان لم يكن لا حقا له بحسب الزمان كما تقدّم انّ اجازة عقد الوسط يستلزم صحه العقود السابقه إذا كان ذلك للبائع.

و اما إذا لم يكن بينها ملازمه و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا يستلزم اجازته صحه العقود اللاحقه كما إذا فرضنا أنّه باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد ببقرة و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فأجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحه العقود السابقه أو اللاحقه لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها أجنبيّه عن العقد المجاز كما هو واضح.

و من هنا صح.

دعوى الكبرى الكليه فى المقام على استلزام اجازة العقد صحه الآخر و هى أنّه كلما كان بين عقدين ملازمه اما بكون الأول لازما و الآخر ملزوما أو العكس فاجازة أحدهما مستلزم لإجازة الآخر و الا فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٧

فهذه كبرى كليّه مختصره لضابطه ذلك و بعبارة أخرى أجاز عقد يوجب صحه كلّ عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا.

المثال الثانى ان يكون المجاز هو العقد الوسط أيضا و لكن



واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك أيضا بما ذكره الشيخ كما إذا فرضنا أنّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف أو اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير و هو الدرهم فإنه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان أحدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فإنّ الدرهم أيضا مورد العقد الوسط و الثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان - أحدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو أجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف أو اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحه العقود السابقه أيضا فإنّ صحه بيع الدرهم برغيف يستلزم صحه بيع الفرس بدرهم فإنّه لو لم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحه بيع الفرس بدرهم يستلزم صحه بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليجيز بيع الدرهم برغيف أو - اشتراء الرغيف بدرهم.

و اما على النقل فتكون البيوع السابقه واقعه فى غير ملك المالك لعدم كون البائع مالكا فان قلنا بصحتها مع الإجازة أو بدونها فبها و الا فتبطل. و اما العقود اللاحقه فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحه الوسط بالإجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٨

أو بيعه بحمار فى ملك مالكه. و اما بيع الرغيف

بعسل فيكون عقدا فضوليًا موقوفًا على اجازته المالك لأنه غير ملازم لإجازته بيع الدرهم برغيف.

و بالجمله الحكم في هذا المثال على عكس المثال الأول كما عرفت.

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من أشخاص متعدده كان اجازته وسط منها فسحا لما قبله و اجازته لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و وجه البطلان أشار أنّ تعدد الأشخاص و انفراده ليس ميزانا في المقام بل المناط هي الملازمه بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الأشخاص العديده و مع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و إن كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعدده الفضوليه على شىء واحد فأجاز المالك الوسط و هكذا من شخص واحد و كذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره في الإيضاح و الدروس من أنّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صحح و ما بعده و في الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل.

قوله ثم ان هنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود- لصوره علم المشتري بالغصب.

أقول و قد أشار العلامة الى ذلك الاشكال و أوضحه قطب الدين و الشهيد على ما في المتن فحاصله ان المشتري مع العلم بكون البائع غاصبا يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البائع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض في كلامهم هو الأول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازته المالك المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه

أى الثمن المدفوع عوضاً عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثنياً عن مبيع

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣١٩

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الأول. نعم لا يجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجاني.

و بالجمله انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصباً غير قابل لان يكون ثمناً من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجاناً فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمناً أو مثنياً قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا- يبقى موضوع للإجازة لبقاء المغصوب بلا عوض.

و هذا الاشكال مبنى على أن مال المسلط مع العلم بكونه البائع غاصباً يكون تالفاً من كيسه بعد إتلافه الغاصب ببيع و نحوه لأنّه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير إياه فيكون عند التلف تلفاً من كيسه.

نعم مع بقاء العين تصح إجازة المالك البيع الأول.

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الأول بإجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على أنّه مسلط الغير على ماله مجاناً فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلاً- فى ملك الغاصب من الأول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحته تأهليته لتكون فعلية بإجازة المالك المجيز و على هذا لا وجه للقول بأن إجازة العقد الوسط الواقع على الثمن إجازة لما قبله أو إذا وقع العقود المترتبة من أشخاص متعدده صح إجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله أو ما ذكرناه من الميزان الكلى فى ذلك من أنّ إجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم إجازة جميع ما يتعلق بها و الوجه فى ذلك كله يظهر بالتأمل- و لكن هذا الاشكال ليس

بصحيح لوجه قد أشار إليه الفخر رحمه الله عليه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٠

الأول بفساد المبني بأنه لا- دليل على كون مال المسلط ملكا للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فإنه قد سلطه على ماله بعنوان البيع لا-ن يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعده اليد و قد تقدم في ما لا يضمن انّ الملكيه العقلائيّه القائمه باعتبارهم أو الملكيه عند المتبايعين غير مربوطه بالملكيه الشرعيه بإقدام المسلط على المعامله مع علمه بكون البائع غاصبا لا يقدم على تلك المعامله مجانا بل يسقطه على ماله بعنوان المعاوضه و ان لم تكن حاصله عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فإذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا.

و بالجملة بعد ملاحظه إقدام المشتري على المعامله المعاوضه و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضه و لو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعده اليد تخصيصا و كون ماله ملكا للغاصب مجانا.

الثاني ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فإن منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبه إلى إجازة المجيز لعدم بقاء الصحه التأهليه للعقد حتى تنضم إليه الإجازة لأنه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولي الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله تسليط بعد تحقق البيع و لو بعديه رتيبه كما في المعاطاه فيكون ذلك وفاء للثمن الذي

لزم عليه بالمعاضه لا انه تمليك مستقل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢١

ليوجب انعدام العقد الأول و سقوطه عن الصحة التأهليه و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الإغماض عن الجواب الأول فإنه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سألطه عليه بتسليط المالك لا يبقى - موضوع للإجازة فإنها متفرعه على كون ما أخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضا عنه فيبقى المغصوب في ملك مالكة فيكون الثمن أيضا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول.

الثالث انه لا يتم على النقل أيضا وذلك لأن الإجازة و ان كانت بعد التسليط و أنّ الملكيه و الاستناد انما يحصلان عند الإجازة لا قبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشتري انما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالإجازة المتأخره فيكون التسليط مقيدا بذلك لا أنه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانا فإذا كان تسليط المشتري الغاصب على ماله بعنوان المعاضه بحيث يكون مراعى على اجازة المالك تتم المعاضه من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انما وقع مجانا و بالجملة أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو تبعيه تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته و غير خفى أن قصد المشتري ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاضه و حيث ان - الغاصب ليس مالكا على المثلن فيكون العقد من طرفه فضوليا فقها يكون

التسليط مراعى على اجازته المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضه فيان أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحا و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٢

الا- فيكون مالا- للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول و السير فى ذلك ان الإجازة ليست بيعا ليكون التسليط الواقع من المالك أعنى المشتري تسليطا مجانيا لوقوعه على غير عنوان البيع و خارجا عنه بل انما هى من الأحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع و جواز الأكل و جواز الشرب و غير ذلك اذن فيكون البيع حاصلًا من زمان العقد على النقل أيضا و ان كانت الملكيه و الاستناد الى المالك و شمول العمومات من زمان الإجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الإجازة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب.

و بعبارة أوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشتري بكونه غير مالك و انّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض و بهذا العلم تسليطا مجانيا فلا يبقى موضوع للإجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب اما مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما أخذه من المشتري ابتداء أو بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع أو هبة أو نحوهما و إذا منعنا ذلك المنشأ و قلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التأهليه و لو بكون التسليط على هذا الفرض مراعى على الإجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى و هنا اشكال رابع قد أشار إليه فى الإيضاح و حاصله ان المشتري و ان سلط

الغاصب على ماله الا- أنه متعلق حق الغير من جهة ان للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضوله فيكون مال المشتري ملكا له في مقابل ماله بإجازته لكونه أسبق من الغاصب و اولى منه فانّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٣

و أخس الأطوار.

و فيه أنه لا منشأ لأخذ الغاصب بأشق الأحوال و أحسّها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا و عدوانا و أما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل و اما توهم أن مال المشتري متعلق حق المالك المجيز فهي الإجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعيه مثل جواز البيع و جواز الأكل و الشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع و أن يأكل و أن يشرب و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله و ليس ذلك من الحقوق و من هنا قلنا أن الإجازة لا- تنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز و على هذا فيمكن ان يكون مال المشتري ملكا للغاصب بالتسليط قبل الإجازة فلا يبقى موضوع أصلا لإجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام في أحكام الرد.

**قوله رحمه الله مسأله في أحكام الرد.**

**[القول في تحقق الرد بالفعل و القول]**

**اشاره**

أقول تحقيق المسأله في ضمن جهات الاولى أنّ هذا البحث أنّما له ثمر إذا قلنا بأن العقد الفضولي بعد ما ردّه المالك لا تبقى له صحه تأهليته لانضمام الإجازة إليها و الا فلا اثر له من هذه الجبهه و قد تقدم أنّه ليس للمالك إلغاء العقد عن ذلك و إسقاطه عن قابليته لحوق الإجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجبهه فإنّ العقد الفضولي

بعد ردّه المالك فقابل لأن تتعلق به الإجازة و يكون صحيحا أيضا بعد الرد.

الجهة الثانية في أنه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لا بدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامة الأنصاري رحمه الله يتحقق ذلك بالقول الصريح و بالفعل مثل الهبة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٤

و العتق و البيع و نحو ذلك من التصرفات الناقله و المعدمه لعلامه المالكه و لكن شيخنا الأستاذ تقبل الكبرى و إمكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالقول في ذلك الا أنه منع الصغرى و عدم إمكان تحققه بمثل العتق و الهبة و البيع و نحوها و الوجه في ذلك أن هذه الأمور لا- دلالة فيها على رد العقد الفضولي السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الأولويه و صحته التأهليه بانضمام الإجازة اليه و لا يقاس ذلك بالفسخ بالخيار فإنه إزاله علاقته المالكه فتتحقق بكل ما يكون منافيا لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرد إسقاط العقد عن قابليته لحوق الإجازة به فلا- يتحقق الا- بما يكون صريحا في ذلك و فيه ان ما ذكره هو و المصنف من الافعال كالعتق و الهبة و البيع و نحوها لا يتحقق بها الرد الا ان الافعال غير مضره بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالإشارة و الكتابه بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك أو يكتبه.

و بالجملة ان ردّ العقد كامضائه بل كإنشائه من الأمور المتوقفه على الإنشاء و الإبراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك.

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقله فإذا باع المالك ماله



الذى وقع عليه العقد قبله فضوله أو وهب أو كان عبداً فعتقه ثم أجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الإجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقله باطله أو يجب عليه أداء بدله أ تكون الإجازة باطله و التصرفات صحيحه أو يفصل بين القول بالكشف فنقول ببطلان التصرفات و بين القول بالنقل فنقول ببطلان الإجازة وجوه و قد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٥

فصل المصنف بين القول بالكشف الحقيقى و بين القول بالنقل.

و قال ان صحه الإجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحه لمنعت عن صحه الإجازة فاذن تكون صحه الإجازة مع صحه تلك التصرفات متناقضه فإنه لا يمكن الالتزام بصحه كليهما و الا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمين بل لا بدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الإجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا إلى اذن المشتري لكونها واقعه على غير وجهها فأشار المصنف إلى الأول

بقوله أو البطلان

و الى الثانى

بقوله من امتناع الأخير

و الى الثالث

بقوله أو إيقاعه على غير وجه

فحيث أن الملكيه حاصله من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطله و تكون الإجازة صحيحه و كاشفه عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير و أما على النقل أو الكشف الحكمى أو الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الإجازة بل تصح التصرفات الصادره من المالك المجيز و ذلك فإنها وقعت فى ملكه و لم تبق موضوعا للإجازة فإنها إنما تصح من المالك لو لا الإجازة لا من كلّ احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفه.

و لكن الظاهر أن الإجازة تكون

باطله مطلقا و أنّما التصرفات تكون صحيحه حتى على القول بالكشف الحقيقي بأخذ الإجازة معرفه محضه فإنك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الإجازة المطلقه و ان صدر من الأجانب بل إنما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الإجازة فإذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الإجازة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٦

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكه و صار بالنسبه الى ذلك المال كأحد الأجانب فتكون إجازته ملغاه و تصح تصرفاته فإنها لا- تبقى مجالا- لكون الإجازة صادره من المالك لو لا- الإجازة فإنّه و ان قلنا بالكشف و لكن ذلك أنّما هو بالإجازة المتأخره و الإجازة المتأخره أنّما تصح مع بقائه أى المالك على صفه المالكه على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفه فتكون أجازته لغوا فإذا لغت الإجازة فلا تكشف عن الملكيه من حين العقد بل يرتفع ما يكون مؤثرا فيها و يسقط عن الصحه التأهليه و هذا هو السر فى عدم صحه العقد الفضولى بإجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافيه و بعبارة اخرى أنّنا نقول بالكشف من جهه أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب اسناد البيع الواقع فضوله الى المالك من حين العقد و يكون البيع بيعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الإجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لا- يبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء و غيره و ان قلنا ان الإجازة أنّما هى يتعلق بالعقد كما هو كذلك و لكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل و فيما يكون العقد

واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحاله إلى زمان الإجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا يكون قابلا- لإسناد البيع الفضولى إلى نفسه بحيث يكون إسناده ذلك لنفسه بالإطلاقات موجبا للإسناد السابق عليه بتلك الإطلاقات.

و توهم ان الإجازة توجب عدم صحه تلك التصرفات المتخلله بين العقد و الإجازة و بقائها أى العين المبيعه فى ملكه فاسد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٧

لكون ذلك دورا واضحا حيث الإجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيه على الإجازة و محققه بالإجازة فيلزم الدور.

---

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

مصباح الفقاهه (المكاسب)؛ ج ٤، ص: ٣٢٧

و الحاصل ان التصرفات الواقعه بين الإجازة و العقد على أقسام الأول أن تكون منفيه للبيع السابق الواقع على العين فضوله كما إذا باعها أو وهبها للغير أو عتق إذا كان عبدا أو أمه و هكذا فإنَّها منفيه لصحه البيع الفضولى بالإجازة و هذا القسم لا شبهه فى كونها موجبه لبطلان أجازته المتأخره و ذلك مضافا الى ما تقدم أنك عرفت فى بعض المباحث المتقدمه ان العمومات و الإطلاقات أنما هى خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجها الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و أنّ المراد من حليه البيع و تجاره عن تراض حليه بيعهم و تجارتهم المرضاتيه و على هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكة و يباع له لفرض صدوره من الغير فضوله و حينما يكون العقد الصادر من الغير فضوله متعلقا على ماله ليس عقدا له و يباع مستندا اليه و حينما يكون يباع له و مستندا إليه بالإجازة ليس عقدا

للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقد كإجازته الأجنب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

و بالجمله لا نعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد إجازته اذن لا نعقل وجها لصحة ذلك العقد و لا يفرق فى ذلك بين الكشف بأقسامه حتى على معرفيه الإجازة و النقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح و على الكشف الحكمى واضح و سلمنا شمول العمومات على ذلك بالإجازة و لكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فان مقتضى بعض الروايات المتقدمه هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكا عند البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٨

كقوله عليه السلام لا- توجب قبل الاستيجاب و لا تبع قبل الشراء و غير ذلك من الروايات فان الظاهر منها ان من شرائط صحه البيع ان يكون البائع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء أو بالإجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلا يكون بيعه المستند إليه بالإجازة صحيحه فتكون تلك الروايات مخصصه لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح و من قبيل تلك التصرفات الناقله تزويج الأمه للغير من المالك فان هذا لا يبقى مجالا لإجازة تزويجها الواقع فضوله لان المزوجه لا تكون زوجه و اما التصرفات الغير المنافيه للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاذ و الإجاره و تزويج الأمه فقال المصنف

انها و ان لم تخرج الملك عن قابليه وقوع الإجازة عليه الا انه مخرج له عن قابليه وقوع الإجازة من زمان العقد لأن صحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذ فرض وقوعها صحيحه منعت عن الإجازة فهذان لا يجتمعان.

أقول أما الاستيلاذ فالظاهر أنه لا حق بالقسم الأول حتى

على الكشف فإنّ زمان الإجازة هو زمان كون البيع بيعا للمجيز و إذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الأدله فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالإجازة صحيحا و إن كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فإنّ البيع يقع في حال الاستيلاء نعم لو كان عدم الاستيلاء قيّدا في المتعلق كعدم كونه خمرا مثلا فيكون البيع صحيحا فإنّ المجيز أنّما يجيز البيع الواقع من الفضولي من زمان وقوعه و لا ريب أن متعلقه في ذلك الزمان ليس بأم ولد و أنّما حصل الاستيلاء بعده و ان كان المتعلق أم ولد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٢٩

في زمان الإجازة فإنّه ليس بمناط.

و أما الإجازة فهي تارة تكون منافيا لما فعله الفضولي فلا يعد ذلك إجازة و أخرى لا تكون منافيه فإنّه تارة تكون الفضولي قد أجر داره من الغير من مبدء سنه الى منتهى السنه ثم أجرها المالك في تلك السنه كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولي فإنّه لا يصح لمنافاه العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولي لأن الثاني لا يبقى موضوعا لإجازة الأوّل لعدم بقاء المورد على تملك المنفعه بالإجازة بعد تملكه لها ابتداء بعقد الإجازة فتكون أجازته العقد الأوّل كإجازة الأجانب فلا تشملها العمومات فإنه عند العقد لم يستند اليه و لم يكن العقد عقده و حين الإجازة لم يكن مالكا للمنفعه لتفويتها بالإجاره.

و بالجملة أنّ المالك و ان كان قد تصرف في العين بالمنفعه الغير المخرجه عن الملكيه و لكن مع ذلك التصرف في المنفعه لم يبق موضوعا

للعقد الأول فتكون اجازته ذلك باطله لعدم كون المجيز مالكا لو اجازته و ان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولي فلا تكون الاجازة باطله كما إذا باع الفضولي دار المالك و قبل ان يجيزها المالك يؤجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولي ففي هنا لا يتم كلام المصنف لعدم منافاه العقد الصادر من الفضولي مع العقد الصادر من المالك فإنه لو كان هو بنفسه يؤجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطله لعدم منافاه البيع مع الاجازة لكونه واقعا في محلّه و صادرا من اهله و هكذا إذا تحقّق البيع بالاجازة أيضا فإنها صادرة من أهلها و واقعه في محلّها اعنى البيع فيكون صحيحا لصحة الاجازة من -

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٠

أهلها غاية الأمر أنّ المشتري قد كان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة و قد صارت مسلوبه المنفعة في مده فظهر العيب في العين المبيعه فيثبت له الخيار و أما البطلان فلا و هذا نظير سكون المالك في تلك الدار بين العقد و الاجازة فإنه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشتري و قد استوفاه المالك و فوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك و صيرورتها بالنسبة إليها كالأجانب فلا بدّ ان يخرج من عهده تلك المنافع و مع ذلك يثبت للمشتري الخيار فتحصل أنّ عقد الاجاره الواقعه من المالك فليس مطلقا على نحو لا- تبقى مجالا- للعقد الأول الفضولي و تكون منافيه لصحة التأهليه و تكون موجبه لخروجها عن قابليه الاجازة به و كونه صحيحا بالاجازة كما لا يخفى و من هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولي امه المالك ثمّ زوّجها المالك من

الغير فإنّ ذلك لا يوجب بطلان اجازة العقد الأول غايه الأمر يكون المشتري مختاراً في الرضا بعقد البيع و فسخه و ذلك من جهه ان التزويج لا- ينافى البيع حتى إذا صدر كلاً- الأمرين من شخصه لإمكان كونها ملكاً لأحد و زوجه شخص آخر و أنّما المنافاه فيما يكون العقد الأول تزويجاً مثل العقد الثاني فإنّه حينئذ لا يبقى العقد الثاني موضوعاً للأول لأنّ المزوجه لا يتزوج.

### بقي الكلام في الرهن

فهل يمنع ذلك عن الإجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه فضوله أولاً يمنع و قد اختار شيخنا الأستاذ الأوّل و قال ان رهن غير المديون انما يصح إذا رهنه نفس المالك بالمباشره أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانه و أما الإجازة و المفروض صحه الرهن فلا محل للإجازة.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣١

و لكن كلامه هذا مبني على النبوي المعروف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فإنه بناء على هذا لا تصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه لكونها تصرفاً فيكون الراهن ممنوعاً من ذلك كما هو المشهور و من هنا قالوا أنّ من جمله شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين و أما إذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوي و عدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغير المنافيه للرهنه الغير الموجه لزوالها جائزه و أما التصرفات الموجهه لزوالها فلا تجوز و حيث أنّ بيع الراهن العين المرهونه لا- ينافى الرهنه لبقاء الوثيقه على حالها فلا مانع من إجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فإنّ غايه الأمر أنّها تكون مالا للغير فلا مانع من رهن مال الغير بإجازته لجواز ذلك بلا شبهه اذن فلا

مانع من اجازته الرهن البيع السابق الفضولى و صحته بها لكونها أى الإجازة صادره من أهلها أعنى المالك لو لا الإجازة و يكون البيع بها واقعا فى محلّه.

و بالجمله معنى الرهانه هو كون العين المرهونه وثيقه عند المرتهن و هذا المعنى حاصل فيما يكون الرهن من أموال غير الرهن أيضا فإن المرتهن عند وفاء الرهن دينه يبيع ذلك و يستوفى دينه و على هذا فلا مانع بعد الرهن إجازة العقد أيضا غايه الأمر يكون للمشتري الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فى معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الرهن على أداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفى دينه.

و الحاصل ان الفسخ أنما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٢

على كون الرد موجبا لسقوط العقد الفضولى عن قابليه لحق الإجازة به و عن صحه التأهليه ثم ان الافعال على أقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت ماله لكون تلك الافعال تصرفات ناقله و ذلك كالتق و الهبه و البيع و تزويج الأمه بعد تزويجها فضوله و يلحق بذلك الاستيلاء كما عرفت و قد عرفت السير فى ذلك بانّ الإجازة إنّما تؤثر فى العقد إذا كانت صادره ممن يكون مالكا لو لا الإجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الإجازة لو لا الإجازة و لكن لا بدّ و ان يعلم أنّ معنى تحقق الرد بها ليس إسقاط العقد عن قابليه لحق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحه التأهليه كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابليه الإجازة فإنه ليس بمالك ان يجيز و الإجازة لا



بدّ و ان تصدر من المالك لو لا الإجازة كما عرفت فإنها لا تدلّ على ردّ نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التأهليه كما يدلّ الرد المتحقق باللفظ على ذلك.

و يترتب على ذلك أنه إذا لم يسقط العقد عن تلك القابليه و قلنا بأنه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الإجازة مالكا حال العقد فى العقد الفضولى كما تقدم اختياره من المصنف و ان لم يقبله فللمنتقل إليه أى من انتقل اليه المال من المالك أصاله ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشتري كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم فى مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الإجازة لا يمكن بقاء العقد على قابليه التأهليه فإنه- بالعتق يزول موضوع البيع الفضولى و متعلقه فلا تصح إجازة البيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٣

العبد المعتق لا- من المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه أصلا لأنّ الحرّ لا يصبر عبدا و لا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله إليه بالعتق مثل البيع و نحوه فإنّ العتق فك ملك لا نقله الى غيره و كونه مالا له ليتمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقها يسقط العقد السابق أيضا عن قابليه لحوق الإجازة بها.

لا يقال أنّ العتق كغيره من التصرفات المنافيه لا يوجب خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازة به و أنّما يوجب كون المعتق غير- قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابليه التأهليه إذن فيمكن تعلق الإجازة به حينما صار الحرّ عبدا فيما إذا أمكن كما إذا ارتدّ ثم

صار أسيرا للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث.

فإنه يقال و ان كان فى الوارث أيضا ملك جديد و ليس اشكال من هذه الجهه و لكن العقد فيه لم يخرج فى زمان عن القابليه التأهليه للصحه و أنما استمرت تلك القابليه فى عمود الزمان لاستمرار الملكيه و هذا بخلافه هنا فإنه لم تستمر الملكيه هنا فى زمان الحرّيه و خرج العقد فى هذه الزمان عن القابليه و بطلت لذلك و بعد صيروره الحرّ عبدا يحتاج عود تلك القابليه على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالإجازة و توهم شمول العمومات عليه و من هنا ظهر انه لا فرق فى تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو فى غير حال الالتفات فإنّ المناط فى تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابليه الإجازة و كون القصور فى ذلك من قبله و لا يفرّق فى ذلك بين الحالتين و لا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات فى سقوط المالك عن قابليه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٤

الإجازة لأنّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل.

و اما الإجازة و الرهن فقد عرفت انهما لا يمنعان عن بقاء قابليه العقد عن لحوق الإجازة المالكه بها كما لا يمنعان عن بقاء قابليه مالك المجيز عن إجازتهما لأن الرهن و الإجازة فى بعض أقسامهما كما عرفت لا ينافيان العقد السابق الفضولى لىوجب تحققها انعدام قابليه لحوق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحه التأهليه.

**قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من حين العقد.**

أقول و أما التصرفات الغير المنافيه لإجازة البيع فقد فصل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فىكون تصرفه بمثل

ذلك ردا للعقد السابق و بينما لا يكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات ردا للعقد السابق.

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالإجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا يتحقق بفعله ذلك أيضا لعدم كونه هذا إنشاء للرد فلا يكون منافيا للإجازة اللاحقه و بعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الرد تحقق عنوانه و كون الفعل بالحمل الشائع ردا لا- ان مجرد صدور الفعل يكون ردا كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق ليكون إنكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء و من إطلاق كلامهم فإن لازم معنى الإنكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعا و اما فى صورته الالتفات فأفاد ان مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٥

للبيع أو المعامله عليه بالبيع الفاسد أو غير ذلك مما يصد منه مع العلم بتحقيق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون ردا و استدل عليه أولا بالأخبار المتقدمه من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غيرها مما ورد فى نكاح العبد و الأمه بدون اذن السيد الى غير ذلك ما يدل على ان للمالك الرد للعقد الفضولى فلا شبهه فى صدق الرد على مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متين جدا و حاصله أن غايه ما يستفاد منها هو ان من له العقد أو مالك العبد و الأمه له اجازة العقد و له رده و اما ان الرد بأى شىء يتحقق فليست فيها تعرض الى ذلك و دعوى صدق الرد على تلك

التصرفات مصادره و كذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير أجنبيًا عن أحد طرفي العقد فلا يؤثر إجازته في العقد السابق فإن هذا أيضا مصادره و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرد القولي أيضا أول الكلام و مصادره واضح و العمده ما يستدل به ثالثا من فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع و بعباره اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخياريه رفع ورد العقد الفضولى دفع و لا ريب أن مئونه الرفع أكثر من مئونه الدفع فإذا كان أمثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى و فيه أنه قد تقدمت الإشارة إلى جوابه فى صحيحه محمد بن قيس و توضيح ذلك ان فى العقود الخياريه قد صار المبيع ملكا للمشتري و صار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غايه الأمر أن البائع بما أن له الخيار فيجوز له فسخ العقد و يتصرف فى ذلك بعد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٦

فسخه هذا فإذا تصرف فى ذلك المبيع تصرفا لا يجوز لغير المالك أو يكون فى نظر العرف مَمًا يكون من آثار الملك فبالملازمه يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا فى محلّه و صادرا من اهله و هذا بخلاف المقام فإن المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا فى ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ فى العقود الخياريه فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرد بها بل تقدم أن التصرفات

المنافيه للعقد السابق الفضولى لا تدلّ على الرّد بل على سقوط المالك عن القابليه لإجازة العقد و كيف بالتصرفات الغير المنافيه لذلك العقد.

و بالجمله فمجرد كون الفسخ رفعا و الرّد دفعا لا يدل على تحقق الرّد بمثل تلك التصرفات فى باب رد العقود الفضوليه بل بالتصرفات التى أقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدلّ حتى على الفسخ فى العقود الخياريه أيضا لإمكان كونه زنا منه فلا يدل على ذلك و حمل فعل المسلم على الصحه لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقيق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافيا لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فإنه مناف للبيع فإنه لا بدّ و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم و الحكم بالصحه راجع الى حكم الوطى و كذلك لا يدل على الرّد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقه رجعيه حتى مع قصد الزنا لكونها زوجته حقيقه.

بقى الكلام فى انّ مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزه أم لا كما إذا أوصى شيئا من أمواله لأحد ثم عرضه الى البيع أو وكل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٧

أحدا فى بيع داره ثم أوقع عليه بيعا فاسدا أو عرضها على البيع فهل يوجب ذلك بطلان الوصيه و فسخ عقد الوكاله أم لا فقد ظهر مما ذكرنا عدم دلالة شىء من ذلك على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شىء يقتضى ذلك الا ان يبقى موضوعا للوكاله و الوصيه كما إذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصا فى بيعه فإنه لا

يبقى حينئذ موضوع للوكاله و الوصيه كما هو واضح.

قوله:

رحمه الله.

### مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده

#### اشاره

أقول إذا عرض العقد الفضولى للمالك فإن أجاز فيأتى فيه ما تقدّم من التفصيل و ان رد فان كان العين عند مالكها فلا كلام لنا فيه و ان كانت عند البائع أو المشتري و كانت باقيه فيرجع إليهما و هكذا الأمر فى الأيدى المتعاقبه فله الرجوع بأى منها شاء و الا فعلى البائع قيمتها كما هو مقتضى اليد و السيره المستمره و قد تقدم فى المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك يرجع على القابض و كذلك المغصوب على الغاصب بقيمه يوم الدفع بحسب القواعد و لكن مقتضى صحیحه أبى و لا بد أن يرجع الى قيمه يوم الغصب و كذلك فى المقام سواء كان البائع الفضولى غاصبا أو غير غاصب ثم إذا قلنا بالضمان بأعلى القسيم فيكون مبدء أخذ ذلك بالنسبه الى كل ضامن زمان دخول العين تحت زمانه فيكون البائع الأول ضامنا من أول وضع يده عليها الى زمان دفع قيمه حتى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدى المتأخره و هكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد الى زمان دفع قيمه و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٨

الوجه فى ذلك أنّ بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها إلى مالكها و هذا المعنى مسمّر الى زمان الدفع و منحلّ الى ضمانات عديده فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات و أما الأشخاص المتأخره لا يضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ فلو كانت العين فى يد البائع الأول يحاذى بخمسه و باعها من المشتري و صارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها إلى أربعه و باعها من الآخر كذلك و ترقى قيمتها

عنده الى خمسين ثم نزلت إلى عشره فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الأخير لا يضمن الا على العشره لأنه لم يأخذ زائدا عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو بالسيره و أما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فإنها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهده و لو كان عند الأول بخمسين و عند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشره و عند الرابع بخمسه فلا يضمن بالخمسين إلا الأول و لا خير بالخمسه و الثانى بالعشرين و الثالث بعشره لعين ما عرفت و إذا رجع المالك على الأول فيها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقيه قيمه من البائع الأول و على ما ذكرناه قد أشار المصنف

بقوله و لو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زياده قيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه و كذلك يضمن البائع و المشتري الى أن ينتهى إلى الآخر بالمنافع أيضا كما هو مقتضى اليد و السيره أما المستوفاه فبلا شبهه و أما المنافع الغير المستوفاه على اشكال

فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا و بالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٣٩

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين.

و أما الصفات التى تزول بعد وجودها كما إذا كانت العين وقت وجودها عند البائع فاقدته لصفه و حدثت بعد انتقالها الى الثانى أو الثالث بان كانت مهزوله ثم صارت سمينه أو كانت عبدا غير كاتب ثم صار عبدا كاتبا و تعلم الكتابه فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع

عراء تلك الصفات يكون ضامنا بها أيضا كضمانه بأعلى القيم و لو فى يد اللاحق و بالمنافع المستوفاه و غيرها الجامع مطلق المنافع الفائته أم لا يضمّن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختر شيخنا الأستاذ الأول و ان كل سابق يضمّن بالعين و بجميع شئونها من المنافع و الصفات و لو كانت حاصله فى يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفه الكمال كانت فى عهده الضامن الأول فيضمّنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصله و فائته فى يد السابق فقط لا يضمّنها اللاحق و لكن الظاهر ان السابق لا يضمّن الصفات الحاصله فى اليد التاليه و انما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها و ذلك فإن مقتضى اليد أو السيره ليس الا ضمان البائع الأول سواء كان غاصبا أو لا بالعين مع الحثيات القائمه فيها فهذه الحثيه بالنسبه إلى المنافع موجودا فى العين فإنها متصفه بالفعل بحثيه الانتفاع بها و قابليه استيفاء المنافع منها بالفعل و هذا بخلاف الأوصاف فإن العين و ان كانت لها قابليه السمن و قابليه تعلم الأوصاف الكماليه و لكن حثياتها الفعليه بحيث لو أراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لأمكن غير موجوده فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٠

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح.

و على هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابه ثم زالت عنه ذلك فيضمّنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت عنده و لو انتقلت العين الى غير من حدثت الأوصاف عنده و تلفت لديه



ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الأوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا أيضا.

و بالجمله نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فبأى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشتري و أما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تاره فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك

## فهنالك مستلطان

### اشاره

كما فى المتن

**أما الأولى ان المشتري تاره يكون جاهلا بكون البائع الفضولى فضوليا أو غاصبا و- اخرى يكون عالما به**

### اشاره

أما الأول فتاره يعترف المشتري بكونه مالكا بالعين و أخرى لا يعترف و على الثانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره إياه و على الأول تاره يكون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبيع مال البائع و عليه فلا شبهه فى عدم رجوعه إلى البائع فإنه بمقتضى اعترافه قد يكذب البيئه التى إقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامه تلك البيئه فلا- يرجع المشتري الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب أخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بإقامه المالك البيئه على ان المال ماله لكونها مكذبه لليد و كاشفه فى الظاهر عن كونها اى اليد يد عدوان و غصب و أنما استملكت مال الغير عن غير حق و ان كان فى الواقع محقا و لو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤١

تردد اعترافه بين كونه مستندا إلى الأول أو الى الثانى فهل حكمه حكم الأول فيلحق به أو الثانى ذكر المصنف ذلك و لم يرجح أحد الطرفين و لكن الظاهر ان يلحق ذلك باليد فان الغالب بل الظاهر من المشتريين يشترطون و يستندون الى اليد و لذا لو سئلوا عن ذلك فيجبو بذلك و انه كان مال فلان لكونه فى يده.

و الدليل على ذلك ان الحجج الشرعيه لا موجب لرفع اليد عنها إلا بحجه اخرى فالبيئه القائمه على أن المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعيه و انما نرفع اليد عنها هنا بواسطه إقرار المشتري على ان المال للبائع مستندا فى إقراره هذا الى العلم فإنه يؤخذ بإقرار كما عرفت

فلا يثبت له الرجوع الى البائع بمقتضى البيئه القائمه على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجه و أما فيما لم يثبت ذلك الإقرار و لا علم لنا فى كونه مستندا الى العلم الوجدانى ليكون إقراره قابلا لأخذ مقره به بل يمكن مستندا الى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البيئه و الا- يلزم رفع اليد عن الحجه بغيرها و يكفينا الشك فى ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحجه بأمر يحتمل كونه حجه قائمه على خلافها.

قوله و ان كان عالما بالفضوليه.

أقول: لا- إشكال فى أنه مع بقاء العين لا- بدّ من ردها الى صاحبها و هو المشتري و لا يفرق فى ذلك بين كون المشتري عالما بالفضوليه أو لم يكن عالما بها فإنه إنمّا أعطى الثمن للبائع على ان يكون المثلث له و لو مع علمه بكونه غير مالك فإذا لم يترتب على ذلك الإعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا فى ملكه و توضيح ذلك يظهر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٢

بذكر ما ذكره المصنف

### **و قد استدل على كون العين باقيه فى ملك المشتري على تقدير البقاء بوجوه**

#### **الأول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا**

بيان ذلك ان النقل و الانتقال لا بدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك و هذا متين خصوصا بضميمه ما ذكره أخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا أنها ناظره إلى الأسباب و حصر أسباب التجاره بالتجاره عن تراض فان المراد من الأكل هو التملك دون الانزرداد و ان أسباب ذلك الملك هى التجاره عن تراض كما هو واضح و بالجمله أكل البائع الفضولى الثمن و لو مع علم المشتري بعد مالكيه بلا مقتضى و سبب و أكل للمال بالباطل

#### **الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد**

لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله

و فيه أنه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالعقد الفساد فان فى المقبوض بالعقد الفساد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد و تأثيره فى النقل و الانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك و حصول الضمان الخاص المعاملى فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحيه عدم إمضاء الشارع فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البائع و المشتري ضامنا لما أخذه من صاحبه و هذا بخلاف المقام فان دفع المال إلى البائع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا- كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

## الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٣

كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن أنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة

ثم أمر بالتأمل و فيه انه قد تقدم سابقا أنما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسقط المشتري البائع على ذلك فاما على الكشف فواضح إذ الملكيه إنما حصلت من زمان العقد فالتسليط أنما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكيه الحاصله بالعقد من حين العقد.

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعى بحصول الملكيه بالإجازة المتأخره من المالك فإن أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجز فيكون للبائع فيكون التسليط منجزا لا ان التسليط من الأول منجز و ان المشتري سلب البائع على ماله منجزا كما هو واضح.

## و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على الهبه المجانيه

فلا- فرق بين صورته العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبه ما دامت باقيه و كذلك كل من البائع و المشتري لو كان الثمن أو المثلن غصبا و فيه ان هذا أيضا لا- كليه له فان- الواهب ليس له الرجوع على العين على الإطلاق لو كانت باقيه فإنها لو كانت ثوبا فقصر أو شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها و كذلك لو كانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتتزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام.

و من هنا ظهر حكم الجبهه الثانيه أيضا أعنى جواز تصرف كل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٤

من البائع و المشتري فيما أخذه فى مقابل المغصوب و

انه غير جائز و تصرف فى أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا- يوجب الاذن فى التصرف لأنه إنما سلطه على ماله بعنوان المعاوضه و المعامله بحيث يكون مالا له فيتصرف فى ماله لا أنه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضه لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف.

قوله رحمه الله اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه.

أقول قد بنى شيخنا الأنصارى تبعا لهؤلاء الأعظم على عدم الضمان فى هذه الصورة أعنى بيع الغاصب لنفسه و أخذ الثمن من المشتري لنفسه و تلفه عنده و تبعه شيخنا الأستاذ و ان ناقش فى بعض خصوصيات كلماته و الوجه فى ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض.

و محصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لأحد الأمرين كما تقدم فى قاعده ما لا يضمن اما دليل اليد و ان من وضع يده على مال غيره فلا بد له ان يخرج من عهده بجميع شئونه و خصوصياته كما تقدم و اما قاعده الإقدام على الضمان كما استدل بها شيخ الطائفة و غيره فى ما لا- يضمن و اما قاعده اليد فهى و ان كانت مسلمه و متسالما عليها بين الفقهاء و لكنها خصّيت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه المال لحفظه كما فى الوديعه و الإجاره و العاريه فإن دفع العين فى هذه الموارد ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٥

الا بعنوان الوديعه دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان و

على هذا فإذا كان دفع المال و تسلط الغير عليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلا- ثمن و الهبه الفاسده و الإجاره بلا اجره فلا يكون فيها ضمان و كذلك يكون مثلا إعطائه إلى ثالث فان الجامع فى جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجانى كما لا يخفى و اما قاعده الإقدام فهى أيضا غير جاريه هنا إذ لم يقدم البائع على الضمان بالثمن لعلم المشتري بكونه غير مالِك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البائع المالك فيكون إعطاء الثمن حينئذ فى مقابل ماله تضمينا له بالمال الذى هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد أيضا ثم أورد على نفسه بأنه أى فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذى تقدم فان تصحيحه انما كان بانّ البيع فيه حقيقه واقع عن المالك لأن معرفه المالك شخصه و خصوصيه غير لازم و خصوصاته غير دخيله فى صحه البيع بل يكفى فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادله اعنى تبادل مال بمال فى الإضافه المالكيه بحيث لو كان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى أيضا فليكن الأمر كذلك فى المقام أيضا فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا ذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضه أصلا فلا يصح مع الإجاره أيضا فإن البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لا- ملك شخص آخر و بالجمله: ان كان بانيا على الملكيه فلا شبهه فى صحه معاملته فيكون كبيع- الغاصب فيكون يده و اقدمه مضمين و ان لم يكن بانيا على المالكيه فلا يصح بيعه حتى مع الإجاره فيخرج عن

ثم: أجب عن ذلك بأنه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشئ في عهد الضامن و خسارته عليه و إذ لم يكن المبيع ملكا للبائع لا- حقيقه و لا- ادعاء مع علمها بالواقع و كون المال لغيره حقيقه فكيف يتحقق الضمان بإقدام البائع على أخذ مال المشتري باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالأعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فإنه بادعائه مالك للمبيع مالكيه بنائيه فالخطاب بيعتك انما هو متوجه للمالك غايه الأمر توجه الى الغاصب من باب الخطاء في التطبيق فالمبادله إنما وقعت حقيقه و في الواقع بين مالى المالكين الحقيقيين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه.

ثم أورد على نفسه بأنه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فأجاب عنه بان التضمن الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لأن المضمون به مال الضامن غايه الأمر ان فاسد العقد من جهه عدم إمضاء الشارع مانع عن مضيّ هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون أصل الضمان بالاقدام باقيا على حاله لقاعده الاقدام أو لقاعده اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا- كتسليط ثالث عليه و إعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمرا أو خنزيرا أو أم ولد فإنه لا ضمان هناك أيضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علو مقامه).

و فيه أنه و ان أتعب نفسه و أطال كلامه و لكن أسقط من كلامه ما هو نكته المقام أى صورته بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشتري إنما سلط البائع الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسده فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسده اذن فلا-وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فإنه ليس إلا هبه مجانيه و لا بالإجاره بلا اجره و بالعاريه و بإعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانيًا و هذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيًا و لذا لو سئل عنه أنك وهبت مالك أو أعرت فيجب انى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك أنه لو كان التسليط مجانيًا لم يكن وجه للحكم بكونه أى البائع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمه التصرف فى الثمن و بالجمله لا نعرف وجهها للفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الفاسده و النكته هى ما ذكرناه من ان التسليط و التسلّط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسده و قد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعده ما يضمن ليس له أساس و أن تكلف المصنف فى شرح ألفاظها و قد ذكرنا تطبيقها على القاعده من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحه مبنيًا على الضمان ففاسده أيضا كذلك بخلاف مثل الهبه و نحوها و ظهر لك أن المقام غير مربوطه بالبيع بلا ثمن ليكون هبه فاسده حتى يتوهم أنّ فى صحيح الهبه لا ضمان و كذا فى فاسدها أيضا.

فتحصل ان قاعده اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره

المصنف و اما ما ذكره من قاعده الإقدام بالضمان فقد ذكرنا في ما لا يضمن

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٨

ان الاقدام لا موضوعيه له و لا ان له دليل في كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره في وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فإنه لا ضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة و العارويه و العين المستأجره و نحوها و الا- فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح.

نعم لو كان المبيع مما لا- يملك في نفسه كالحزّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورته بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البائع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البائع ماله بلا ثمن فإنه ليس من مفهوم البيع بشىء ليكون بيعا فاسدا و يأتي فيه ما قلناه في البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابليه المتعلق لوقوع البيع عليه.

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق في نظر العرف من الأموال بل من الأموال المهمه كالخمر و الخنزير و انما الشارع- الغى ماليته و أسقطه عن الماليه فيكون تسليم المشتري الثمن إلى البائع أيضا مبني على البيع الفاسد فيكون البائع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر أيضا ما في كلام المصنف من أنّه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحزّ قوى اطراد



ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها الملك مع علم البائع بالحال فإنه يتوجه في صورته كون المعوض حرا لا في صورته كونه خمرا أو خنزيرا.

**ثم بقى هنا أمور في كلام الشيخ قد ذكرها في ذيل المسألة**

**إشاره**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٤٩

**الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه**

بل أنّما باع للمالك و انما دفع المشتري الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطه في الإيصال و تلف في يده إذا لم يسلطه عليه و لا أذن له في التصرف فيه فضلا عن إتلافه.

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فإنه ليس هنا شيء من أسباب الضمان فإن البائع و ان أخذ الثمن من المشتري و تلف عنده و لكن ليست يده يد إتلاف هنا كما صرح به (و قال و تلف) مع ذكره الإتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البائع فلا موجب للضمان لكون البائع أمينا في إيصاله إلى البائع فقط و كان له ان يعكس الأمر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتري به و أخذ الثمن و تلف عنده أو أتلفه بنفسه كما قلنا به و لا يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامنا فهو أمر آخر.

**الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشتري عليه**

فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان و لو كان الأخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما أفاده في المتن.

**الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن**

لو أخذ العين صاحبها فإنه أيضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البائع أيضا ضامنا.

**الأمر الرابع انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيناً**

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٠

فإن المشتري مع كون الثمن كلياً قد طبق ذلك الكلي على الفرد و سَلَطَ البائع عليه بانبا على العقد فيكون البائع ضامناً عليه للمشتري و حيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان في كون الثمن شخصياً فقد اختار عدمه هنا أيضاً.

### قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك

أقول هذه هي الجبهه الثالثه فهى ان المشتري لو اغترم للمالك غير الثمن من زياده قيمه السوقيه أو زياده على أصل قيمه أو المنافع المستوفاه أو الغرامات التى صرفها للعين و لم يستوفى فى عوضها منفعه فهل يضمن المالك بتلك الغرامات أو لا يضمن.

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو أخذ زياده قيمه على أصل الثمن بان اشترى على عشره دنانير و كانت قيمه العين عشرين ديناراً فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى زياده قيمه أم لا.

الثانيه فى انه إذا استوفى منفعه من العين كان اشترى الدار و آجرها من غيرها فأخذ المالك العين و إجارتها الثمن فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى تلك المنافع أيضاً أم لا.

الجبهه الثالثه قيمه المنافع الغير المستوفاه.

الجبهه الرابعه ان المشتري إذا اغترم للعين غرامه بأن صرف مقداراً من المال فى إصلاح العين من دون أن يأخذ فى قبالة منفعه فهل يضمن البائع بها و له الرجوع إليه أم لا و من هذا القبيل إنفاق العين المشتري.

اما الجبهه الرابعه فقد استدل على الضمان هنا بقاعده نفى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥١

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشتري الى البائع فى تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفى الضرر.

و فيه أنه معارض بكون الرجوع ضرراً للبائع فليس نفيه عن المشتري بدليله أرجح من نفيه عن البائع و قد

حققناه فى قاعده لا ضرر.

و قد استدل أيضا بأن البائع هو السبب فى غرامات المشتري فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع أمر فهو اولى بانتساب المسبب اليه.

و فيه ان التسيب تاره يكون على نحو يكون الواسطه ملغى عن الموضوعيه و خارجا عن الاستقلاله و اخرى لا يكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الأول فكمن تسبب فى قتل أحد بإعطاء السكين لمن لا يعقل من الصبي و المجنون و السفينه و إدخاله فى جوفه أو حفر بئرا فوقه فيه أحد فإن الفعل يستند حقيقه إلى السبب و الوسائط فى أمثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معامله القاتل فيؤخذ منه الديه فإن الفعل حقيقه فعله و هو الفاعل فى ذلك.

اما الثانى بان لا- يكون تسيب حقيقه بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لأحد مع كونه عاقلا و كاملا- اقتل فلانا أو اعطى سكيننا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمة ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معامله الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البائع ليس سببا تاما لغرامه المشتري بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٢

الى فعل البائع بعنوان التسيب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه إذا اغترم المشتري فى العين المبيعه فهل يرجع الى البائع فى ذلك أم لا- فهنا جهات ثلاث الاولى انه إذا اغترم زياده قيمه مما أخذه المشتري بأن كان المشتري اشتراه بعشره و كانت قيمته

عشرين أو ترقى الى عشرين.

الجهة الثانية فى المنافع المستوفاه كأن آجر الدار أو الدابه أو غير ذلك من المنافع المستوفاه.

الجهة الثالثه فى المنافع الغير المستوفاه و المخارج التى صرفها للعين من كيسه و لم يستوفى من العين شيئاً و من هذا القبيل إنفاق العين اما فى صورته العلم بالحال فلا يرجع بشىء من ذلك اما فى صورته الجهل فهل له ان يرجع فى ذلك الى البائع أم لا.

اما الجهة الثالثه فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجه الأول قاعده لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشتري و فيه انه على تقدير شمول قاعده لا ضرر على ذلك- فهى متعارضه فإن الرجوع أيضا ضرر على البائع فلا وجه لتقديم المشتري عليه.

الثانى بقاعده التسبب بدعوى ان السبب فى تضرر المشتري هو البائع.

و فيه انها لم ترد فى آيه و لا- فى روايه و لا- انها معقد إجماع اذن فلا بدّ من ملاحظه ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب أولاً فإن كان مستندا الى السبب سواء كان مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٣

ذلك لفاعل الفعل اختيار أم لا و سواء كان التسبب امرا شرعياً أم لا فيحكم بالضمان مثلاً إذا أمر صبياً ليفتح باباً فإذا فتح يطير الطير الموجوده فى الدار أو أمره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل فى أمثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الأولىه أيضا تكون متوجهه عليه كما تقدم فى بحث المكاسب المحرمه و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات أو نصب سكيناً فى قعر البئر فقتله السكين أو غير ذلك من الموارد التى

يستند الفعل الى السبب حقيقه و ان كان للواسطه اختيار كالصبي و من هذا القبيل ما يكون التسبب شرعيا كما إذا شهد بالشهاده الزور فأوجب ذلك غرامه المشهود عليه ثم رجع فى شهادته فإنه تكون الغرامه على الشاهد لكونه سببا فى غرامه المشهود عليه و اما فى غير تلك الموارد بحيث لا- يكون تسبب فى البين فلا- يضمن السبب بشىء لكونه داعيا محضا فى صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه.

الثالث بقاعده الغرور بان الغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعده و ان كان لم يبعد ان تكون روايه نبويّه و لكنها غير منجبره بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليه بأن الشهره لا تكون جابره لضعف السند و ذلك لخصوصيه فيها التى تمنع عن الانجبار و هى ان المشهور لم يمكن ان يستند وافى عملهم و فتواهم هنا بالضمان لأجل التسبب و قاعده الضرر أو الروايات الخاصه و عليه فلا ينجر ضعفها بالشهره بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فإنهم و ان ذهبوا الى الضمان فى هذه المسأله و لكن مقتضى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٤

العمل بالقاعده أن يعملوا بها فى جميع موارد الغرور و يفتون بطبقها أينما سرت و لم يخصوا الحكم بهذا المورد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم أحد بأنه لو غرّ أحدا فى أكل مال الغير بأنه راضى بذلك أو غرّه فى شراء شىء على ان يربحه كذا و كذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشىء بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر

المغرور و هكذا سائر موارد- الغرور فإنه لم يفت المشهور في أمثال ما ذكرنا من الأمثلة بالضمان بل أفتوا في خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطه سندا و دلاله الا ان يكون هنا تسبب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا أمر آخر غير مربوطه بقاعده الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الأولى كما ان الاحكام التكليفية أيضا ثابتة له بتلك الخطابات.

الرابع الروايات الخاصة الواردة في باب النكاح التي تدلّ على ان من غرّ أحدا فزوجه امرأه برصا أو عوراء أو مجنونه أو امه بعنوان أنها بنت مهيره فيكون على ذلك الغار مهر الأمرية فبالغاء المورد تكون داله على الضمان بغير المهر و في غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات في حاشيه السيد و فيه انها روايات خاصه قد وردت في باب النكاح في خصوص باب المهر و كون ضمانه على الولي فقط و التعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر في خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كليه من ان المغرور يرجع الى الغار في جميع ما اغتره و لأجل مصلحه قد حكم الشارع في موارد تلك العيوب بضمان الغار الذي

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٥

هو الولي لخصوص المهر و من هنا لو أوجب الغرور و صرف في ذلك مصارف كثيره كالإطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل في خصوص المهر الى المدلس كما في الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكليه منهما لمكان التعليل الوارد فيهما.

الأولى روايه إسماعيل بن جابر حيث أراد أحد تزويج بنت احد فزوجه امه فقال عليه السلام رد

الوليد على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوجه قيمه الولد يعطيه موالى الوليد كما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الذيل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعمّ غير مورد النكاح أيضا.

و فيه أيضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الروايه فإن فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا أقل من تعارض المعدل للجراح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامه بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره إذا فإذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فى ذكر الولد انه لو لا الذكر لحكمنا بضمن قيمه الولد فإنه من امه الغير فالنماء فيها كالحوانات و الأشجار للمالك و من هنا حكموا عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامه الغير فولدت فهو لمالك الأمه و لكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهه فيكون الولد للوطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٦

الثانيه روايه رفاعه فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجها وليها و هى برضاء ان لها المهر بما استحل من فرجها و ان المهر على الذى زوجها و انما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده أيضا و فيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها أيضا لا تدل

على الضمان في غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعدى إلى الغرامات الواردة في باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى إلى غيره لاحتمال ان يكون في المهر خصوصيه يستدعى الضمان و ليس في غيره فتكون هذه الروايه كغيرها من الروايات الخاصه نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم في الروايات الخاصه المتقدمه و بعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتهما على المقصود و تماميه قاعده الغرور في جميع الموارد إذ الظاهر منها اختصاص الضمان في خصوص الولد و المهر على الغار و كون التعليل مختصا بهما و قد علل كون المهر على المزوج بأنه مدلس فمقتضى العليه انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى في مطلق المزوج كما ان ضمان قيمه الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعده.

على انه لو تمت دلالة الروايتين فأیضا لا تنافيان بالمقصود إذ الدليل أخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما أنّ للمشتري ان يرجع الى البائع الذى غره و خدعه و دلّسه و لا شبهه انه لا يصدق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٧

الغرور عند جهل البائع بل قد صرح في تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمن الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال أو جاهلا بها بتلك الروايات التى أخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائي



من انه لا- يفرق بين علم البائع و جهله لا نعرف له وجها و اما روايه الجميل التي ذكرها المصنف عن الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجيىء مستحق الجاربه قال يأخذ الجاربه المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بضمن الجاربه و قيمه الولد التي- أخذت منه و قد استدل بها على تماميه قاعده الغرور بدعوى أن حريه ولد المشتري اما ان يعد نفعاً عائداً إليه أولاً و على التقديرين يثبت المطلوب مع ان فى توصيف قيمه الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعليه الحكم فيطرد فى سائر ما أخذت منه. أقول ان الروايه و ان كانت مطلقه من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشتري الى البائع مطلقاً و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمه الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فإنه من منافع الأمه فتكون للمالك فالروايه وردت على طبق القاعده فحينئذ إذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع لأنه غرّه و خدعه و لكون الوطى محرماً يكون الولد حراً و على هذا فلا وجه لما فى المتن من ان حريه الولد ان كانت من المنافع المستوفاه التي لا بدّ له من إعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البائع فتدل الروايه على الرجوع الى الغار فى غيرها بطريق اولى قد عبّر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حريه الولد من المنافع المستوفاه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٨

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلاله المنطوقه فيما هو محل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجمله فلا تكون الروايه داله على قاعده الغرور و اما قوله بان توصيف قيمه

الولد بالأخذ مشعر بالعليه فيتعدى الى غير موردها.

ففيه ان التعبير بالأخذ لأحد الجهتين الاولى ان المشتري انما يرجع الى البائع إذا رجع المالك الى المشتري و الا فليس له الرجوع الى البائع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الأيدى.

الثانيه أن المشتري إنما له الرجوع الى البائع فى القيمة التى أخذها المالك من المشتري و لو كانت أقل من القيمة السوقية فليس له ان يرجع الى البائع فى الزائد عنها كما إذا أخذ المالك من المشتري عشرين فقيمه السوقية خمسين فيرجع الى البائع بخمسين أيضا و بالجمله ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الروايه بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاه للبقر السائمه بثبوتها فى النص للغنم السائمه فإن البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشتري الى البائع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفاه و فى غيرها لا يرجع بالأوليه على ما هو لازم كلامه بإطلاق روايتى زراره و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشتري الى الغار الذى هو البائع اما الروايه الأولى اعنى روايه زراره فإنها تدل على رد الجاربه التى اشتراها المشتري من شخص الى مالكةا المدعى بعد بينه ورد قيمه الولد المتولد منها و سائر منافعها المستوفاه فهى ساكنه عن الرجوع الى البائع بأن يرجع المشتري فى غراماتها إلى البائع فحيث كان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٥٩

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الإطلاق عدم جواز رجوع المشتري الى البائع.

الثانيه روايه زريق فإنها تدل على رجوع المالك الى المشتري و يأخذ منه ماله و جميع المنافع التى استوفى من ذلك من أى أقسام المنافع

من الغرس و الزرع و اجره البناء الذى بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم و له أخذ أجره الأرض نعم للمشتري قطع ذلك لكونه مالا- له و الناس مسلطون على أموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الروايه أيضا تدل على رجوع المالك الى المشتري و ساكنه عن رجوع المشتري الى البائع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الإطلاق ندفع رجوع المشتري الى البائع.

و فيه ان الروايتين لا تدلان على ذلك اما روايه زراره إلى جهة رجوع المالك الى المشتري دون رجوع المشتري الى البائع و اما روايه زريق فإنها ناظره إلى بيان ان المالك يرجع الى المشتري و المشتري الى المالك فليست ناظره الى ان المشتري يرجع الى البائع على ان البائع فى الروايه الثانيه انما هو القاضى فإن كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان الله جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البيئات و ان كان الحكم باطلا فالمشتري يعلم بفساد البيع و هو بنفسه أقدم على ذلك فلا- يرجع إليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشتري إذا علم بالحال فلا يرجع الى البائع فى غراماته لإقدامه على ذلك بنفسه و اما مع الجهل فربما قيل

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٠

برجوعه إليه بقاعده الضرر و قد عرفت ان احد الضررين مما لا بد منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشتري دون البائع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون فى جميع الموارد كما إذا استوفى المشتري بمقدار منفعه ما اغترمه للمالك و اما دعوى الضمان بقاعده التسبيب

بأن البائع لتغيره المشتري فيضمن كما اغترمه المشتري في المنافع المستوفاه و في غيرها بطريق اولى.

و فيه انك عرفت أنه ان كان التسبب على نحو استند الفعل إليه بقوه السبب فلا إشكال في الضمان و الا فلا وجه له و اما قاعده الغرور قد عرفت انها و ان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا انه غير معمول بها في جميع الموارد بل في خصوص المقام فهيها لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصه و قد عرفت أنها ناظره إلى موارد خاصه فلا يمكن التعدى منها الى غير موارد كما لا يخفى و كذلك ما ورد في ضمان الشاهد على المشهود عليه في شهاده الزور و اما توهم عدم الضمان لأجل إطلاق روايتى زراره و زريق و قد عرفت الحال فيها و لكن يمكن لنا التفصيل في المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشتري داخلا- تحت ضمان البائع للمشتري ان يرجع في ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخلا تحت- ضمان البائع فلا يرجع المشتري فيما اغتر به للمالك إلى البائع و توضيح ذلك أنه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير أو مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهه ان الغير يرجع الى الآكل و هو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء في ذلك و انما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦١

لا بما انه مال الغير و هكذا لو ظهر انه مال الآكل أيضا كما لا يخفى و على هذا فليس للمسلط ان يرجع الى الآكل لو رجع

المالك اليه بدعوى انه سلطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لا يفيد بوجه إذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخله تحت ضمان الغاصب كأجره الدار و الثمار للأشجار و نحوها و قسم منها لا تكون داخله تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة إلى الحله أو الكربلاء مثلا- ففي الأول إذا رجع المالك إلى البائع فليس للبائع ان يرجع إلى المشتري فإنه بعد اقدمه على ضمان مال الغير و إعطائه قيمته و قيمه منافعه صار مالكا للمغضوب بقاء فكما لا يرجع إلى من سلطه على إتلاف ماله ابتداء فكذلك ليس له الرجوع إلى من سلطه على إتلافه بقاء فإذا ليس له ذلك في العين أو في المنافع المستوفاه على تقدير بقاء العين ففي المنافع الغير المستوفاه بطريق أولى لا يرجع إلى المشتري لأنه بنفسه سلطه على ذلك و اما لو رجع المالك إلى المشتري فيرجع المشتري إلى البائع كما عرفت و اما المنافع التي لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الأول و من هذا القبيل الأوصاف الزائده فلو رجع المالك إليها فليس للمشتري ان يرجع إلى البائع فإن التسليط في تفويت ذلك ليس من ناحيه البائع و يأتي ذلك في تعاقب الأيدي مفصلا و من هنا يظهر انه لا وجه للتفصيل بين المنافع المستوفاه و غيرها فإنها ان دخلت تحت ضمان البائع فلا- يرجع في المستوفاه إلى المشتري لو رجع إليه المالك ففي غير المستوفاه بطريق أولى و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك إلى المشتري ففي المستوفاه بطريق أولى و هذا واضح جدا.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٢

و بالجمله حكم الغاصب بعد رجوع المالك إليه حكم المالك الابتدائي

فكما ان المالك حدوثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح.

و حاصل الكلام أنه لا بدّ و ان يفصل في المقام بين المنافع التي دخلت تحت ضمان البائع و المشتري كليهما فحينئذ ليس للبائع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشتري بل يرجع المشتري الى البائع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها و كسكنى- الدار و ركوب الدابه التي تكون قائمه بالعين و تسلم إلى المشتري مع تسليم العين و اما المنافع المتجدده التي لا تدخل تحت ضمان البائع كالثمار و الأشجار و اللبن للحيوان و نحوهما ممّا تجدد تحت يد المشتري فلا يكون ضامن لها إلا المشتري لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البائع.

بيان ذلك ان أحدا لو قدم طعاما لأحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فأخذه الآكل فأكله فإنه قد أخذه ذلك بعنوان أنه مجاني و لم يقدم على الضمان من الأول و كذلك ان المعطى قد سلطه على ذلك بما انه مال نفسه و لو كان في الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فإذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فاني أعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن أخذه إلا أخذًا مجانيًا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى أيضا لأنه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد أنه مال الآخذ فانكشف أنه مال نفسه فإنه ليس له ان يرجع الى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٣

الآخذ بدعوى أنه كان في عقيدتي انه مالك فان الآخذ ليس إلا

أخذًا مجانيًا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعي مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير أيضا مثله فإنه مع رجوع الغير اليه فيخروجه عن عهده الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه الى الغير فليس في تسليط الغير على إتلاف ماله بين ما يكون ماله حدوثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط الغير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا- له بقاء بسبب الخروج عن عهده الضمان فهذا الذى ذكرناه ممّا قامت به السيره العقلانيه و اما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لأنّ السبب في تفويته هو المعطى و أنّما عزّه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب الى المعطى في التلف و ان كان المتلف بالمباشره هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الإتلاف إلى المسبب لقوته و لاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعه و التغرير يوجب الضمان بلا شبهه و ان لم نقل بالضمان في جميع موارد الغرور و كيف فهل يشك أحد في انه لو قدم أحد مالا- كشخص هبه مجانيه بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا إذا كان مال غيره فإن أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهي لا شبهه فيه و مما قامت به السيره نعم في المنافع المتجدده حيث لم يكن فيها تقديم مجاني من قبل المعطى فلا شبهه في الضمان اى ضمان الآخذ بل الأمر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى فإنه لا يشك أحد من أهل العرف في ضمان

إذ المال و لو كان للآخذ و انه أتلف مال نفسه و لكن أتلفه بما انه مال المعطي و دخل تحت تصرفه مجانا فالإتلاف مستند إلى الأخذ المجاني دون مال نفسه فليس السبب في ذلك الا هو المعطي و هو الذي غره في ذلك فيكون ضامنا له للغرور بمقتضى السيره العقلائيه فيرجع اليه بل لا يفرق في ذلك بين جهل المعطي بالحال و علمه فإنه مع الجهل و الاشتباه أيضا يكون ضامنا للمالك فليس له ان يرجع الى الآخذ المجاني بوجه لما تقدم كما إذا كانت عنده وديعه فاشتبه فأعطها للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجاني على إتلاف مال الغير فلا يضمن المعطي له بل يكون الضامن هو المعطي لكونه متلفا لمال الغير فكانت يده يد إتلاف لا يد وديعه إلا في المنافع المتجدده لعدم دخولها تحت ضمان المعطي من الأول و أما في غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجانا ابتداء و قد عرفت انه لا يفرق في ذلك بين المالك حدودا و بينه بقاء كما لا يفرق في ذلك بين المنافع و المستوفاه غيرها هذا كله فيما يكون التقديم مجانيا و إذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فإنه تاره يكون في مورده غرور بحيث يصدق الغرور بأنه غرّ البائع المشتري و اخرى لا يصدق اما الأول بأن يأخذ البائع مال غيره بالغصب أو السرقة و لو كان مال المشتري أيضا ثم يبيع ذلك من المشتري بقيمه قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى الله و يأخذ المشتري ذلك فيأكله أو يشترط البائع في



البيع صرفه فى أكله أو فى إحسان الغير و بعد ما يتلف المال فىخبر المشتري بالحال أو هو بنفسه يلتفت بذلك و ان المال مال نفس المشتري أو مال شخص آخر فإنه لا شبهه هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٥

من المنافع المستوفاه و غيرها الا المنافع التى لم تدخل تحت ضمان البائع من المنافع المتجدده كالبيض و اللبن و الثمار و نحوها و كذلك الثمن الذى هو بنفسه كان مقدما بذلك و لم يصدق الغرور بالنسبه إليه فإن رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا إلى البائع فإن السيره قائمه فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البائع و انه هو الذى غرّ و تسبب فى التلف و أن التلف يستند إليه فإنه لو لم يبيع ذلك منه و لم يشترط إتلافه لم يقدم المشتري بذلك و هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور و استناد التلف إلى البائع و اما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشتري الى البائع كما إذا سرق أحد مال غيره أو غصبه فباعه من شخص ثان بقيمة قليلة و بثمن بخس و راح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمة أيضا بقصد الإحسان بأن يشترط ان يعطى الفقراء و يطعم المساكين فبعد ما صرف.

الثالث المال فى الإحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فأخذ منه جميع ما يترتب على ماله من المنافع و العين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى انه متسبب فى ذلك فإن السيره قاطعه على انه لا يصدق التفويت فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى

كما هو واضح لا يخفى و بالجمله أن هذا ليس إلا كسائر البيوع الفاسده من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا بد و ان يخرج من عهده الضمان بل المشتري بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمّنات بل اليد أو السير و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعة و نحوه ممّا لا يوجب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٦

الضمان فالإقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقا في بعض الأوصاف و قال و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحه من الأوصاف التي يتفاوت بها قيمه كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بإيراد ظاهر بأن الأوصاف مطلقاً لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن لانه معناه ان قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقداراً من الثمن في الإنشاء العقدي يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد و الأرش في العيب كما سيجىء في باب العيب ان الأرش ثابت بالتعبد لا- من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا- و جب ان يكون الأرش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت في غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو في موارد خيار العيب ليس على البائع إعطاء الأرش بدون المطالبه بل معها

بحيث لو لم يلتفت به المشتري الى الا- بد أو التفت و لم يطالب فليس على البائع شىء و هذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع فى مقابلها بحيث لو لم يعط البائع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلا محرما لكونه مال الغير و قد أخذ فى مقابله الثمن كما هو واضح.

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور.

أقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور فى مورد استناد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٧

التفويت اليه و انه لو رجع المالك الى المشتري فهو يرجع الى الغار و ان رجع الى البائع فهو لا- يرجع الى المشتري انما هو فى مورد يكون البيع صحيحا من غير جهه كون البائع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البائع و تغيره و اما لو كان فاسدا من غير هذه الجهه فيكون المقام كسائر البيوع الفساده فلا يكون الضمان على البائع بل على المشتري بناء على ما ذكرناه من ان فاسد- البيع يضمن فيه كما يضمن فى صحيحه كما هو واضح.

### [بحث فى تعاقب الأيدي]

قوله ثم انه قد ظهر ممّا ذكرنا ان كل ما يرجع المشتري به على البائع.

أقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا أيضا ان الغرامات التى توجه إلى المشتري يرجع بها الى البائع مع الغرور و انه لو رجع المالك الى البائع حينئذ فلا يرجع هو الى المشتري و مع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البائع مع رجوع المالك إليه إلى المشتري و لو تعاقبت الأيدي فيرجع كل سابق الى لا حقه الى ان ينتهى الأمر إلى الذى تلف العين عنده أو هو ألتفها

فيعزم قيمه العين و المنافع التي فاتت تحت يدها دون المنافع الفائته تحت الأيدي السابقه فإن قلت ان كلا من البائع و المشتري يتساويان في ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الأيدي لاحقه و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العاديه فكلهم مشتركون في ذلك فلا وجه لرجوع البائع إلى المشتري و هو لى لاحقه و هكذا الى ان ينتهي الأمر الى من انتهى اليه الأمر الا ان يستند الضمان إلى الإتلاف فإنه حينئذ يستقر الضمان إلى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٨

ذمه من صار سببا للإتلاف.

فقد أجاب العلامة الأنصاري بما حاصله ان الشئ الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذمم المتعدده عند تعاقب الأيدي بشئ واحد و لم يكن مقتضى على اليد الا شئ واحد.

فقال اشتغال الذمم المتعدده و كون ضمان العين الى العهديات العديده معناه لزوم خروج كل منهم عن العهده عند تلفها و حيث ان المضمون ليس إلا شيئاً واحداً فمعنا تسلط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن أيّ منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلط الرجوع الى الآخر و هذا نظير الواجب الكفائي في الأحكام التكليفية فكما ان في الواجب الكفائي ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعاً و لو اتى الواحد سقط عن الجميع و هكذا في المقام ان الضامن للعين جميع من ثبت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحداً لطولب و عوقب الجميع و لو ادى واحد لسقط عن الباقيين فللمالك ان يرجع الى أي منهم على البدل و بعد أخذه ماله ممن رجع اليه

فهو يرجع الى اللاحق و هو الى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى إلى المتأخر الذى تلف المال عنده.

و هذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمه إلى ذمه أخرى لا من ضمن كما عند الإماميه ليكون المال منتقلا- إلى ذمه الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك و ان من يكون ضامنا عن شخص فيضم ذمته إلى ذمه شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان و هكذا بحيث مع

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٦٩

تعدد الضامين يتعدد الذمم للضمان و يضمن كلهم العين فى - عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائى.

و انا و ان أنكرنا ذلك عليهم فى باب الضمان و لكنه من جهة عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل فى المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبيل من الضمان على البدل نظير الواجب الكفائى موارد كثيره كما ذكر الفقهاء منها انه إذا لم يطمئن كل من البائع و المشتري على الأخر خوفا من ان يظهر المثلثن أو الثمن مستحقا للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقا للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين فى عرض ضمان البائع أو المشتري بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا للغير ان يرجع بأى منهما شاء فليس المال منتقلا إلى ذمه الضامن ليكون عهده المال الى الضامن فقط فان العين موجوده فى الخارج و منها الضمان بالأعيان الشخصيه الخارجيه المضمونه فإن فيها أيضا ان الضمان من ضم ذمه إلى ذمه أخرى و لم ينقل الضمان من شخص الى آخر لوجود العين فى الخارج فيكون الضمانان فى عرض واحد بل عن أبى حمزه

انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشيء واحد من دون ان يكون ضمان أحدهما متقدما على ضمان الآخر كما عرفت و هكذا عن الشهيد و العلامة في درسه انه نفى المنع من ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبه كفايه و منها أموال الغاصب من الغاصب و هكذا من الموارد الكثيره هذا كله حال المالك بالنسبه إلى ذا الأيدي و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائي إنما يتصور في -

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٠

الواجبات التكليفية فإنه لو قلنا ان الأداء بنحو الواجب التكيفي لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الأداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخر فيتوجه الأمر بالأداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد و لكنه ليس الأمر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالأحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه في عرض الضمان الآخر بل لا بد و ان يشتركا في الضمان أو يكون على واحد فقط و الا لو قلنا بان ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الآخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولي فهو غير مسلك العامه كما إذا أمر شخص بضمان لشخص عنه و هكذا فان كل منهم ضامن في طول الآخر بحيث لو لم يؤدي المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامرهم و هكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان في تصوير الضمان في تعاقب الأيدي على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا بأنه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور

و أن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحدا فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد. وقد وجهه شيخنا الأنصاري ذلك بتنزيله منزله الواجب الكفائي و انه كما أن الواجب في الواجب الكفائي شىء واحد و ان كان- المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقيين و الافة عقب الجميع و هكذا فى المقام فانّ المال مال واحد و ضمانه ضمان واحد و لكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧١

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقيين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدي لكان كلهم ضامين على ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن تنزيل المقام بباب الواجب الكفائي غير معقول إذ مرجع وجوب الكفائي إلى أنه يجب لكل واحد من المكلفين إتيان الواجب لو لم يأت الآخر فيكون إتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم إتيان الآخر فإذا اتى فيسقط عن الباقيين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الأصول و هذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمره فإن معنى أنّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر و ذلك هنا من ان لم يؤدي هذا أنّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضمّ ذمه إلى ذمه أخرى فى الضمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركه أو بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما

كما ترى.

الا- ان يقال بالضمان الطولى و الترتيبى لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أن كل واحد من الضامنين فى طول الضامن الآخر و ان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق و هكذا كما فى الضمان الاختيارى و من هنا يرجع اللاحق على السابق فى الضمان الاختيارى لأمر السابق على ذلك فيه و بالجمله أن ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعده عليه و لو صح ذلك فلا بدّ و ان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم إمكان تعلق مال واحد بذمه شخصين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٢

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديده و فيه ان ما افاده شيخنا الأستاذ ليس بصحيح من حيث البناء و المبنى اما من حيث المبنى فإنه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب و ان كان شيئاً واحداً الا- ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلا بدّ لكل واحد منهم إتيانه و لكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقيين.

و توضيح ذلك أن فى الواجب التخيرى قد تعلق الغرض بإتيان أحد الأمرين أو أمور عديده بحيث يكون غرض المولى قائماً بإتيان واحد منهما مع إلغاء الخصوصيه و يكون إتيان كل من الأمرين وافياً لغرضه و مقصوده و حينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده بإتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحاً بلا مرجح.

و كك الكلام فى الواجب الكفائى غاية أن التعدد فيه فى ناحيه المكلف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقاً بإتيان واجب و تحققه فى الخارج كصلاه الميت مثلاً- فان غرض المولى انما تعلق بصدور الفعل من شخص واحد أى شخص كان بإلغاء الخصوصيات و تعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس



معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و هكذا و عليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحا و موافقا لمبناه فى الأصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الأصول خارج عن- الواجب المشروط و الترتب بالكلية كما هو واضح.

و لو سلمنا مبناه فبناؤه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمه عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان أما يلزم لو كان الضمان

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٣

مقيدا بعدم الضمان الآخر و وجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى فى الواجب التكليفى أيضا فإنه يقال لو كان الواجب الكفائى كصلاه الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبه على الآخر و بالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا و لكن الأمر ليس كذلك فإنه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحة المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبه على الآخر و الا فالمحذور موجود فى المقامين و عن المقام إذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر فى التكليف فلا يلزم المحذور و لا ينافى بكون الواجب على كل مكلف و جميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبه على زيد مقيده بعدم إتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفان أيضا و ان كان مقيدا بعدم إتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ

و هكذا فى باب الضمان فإنه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال و إنما الخروج عن العهده مقيد أى لزوم ان يخرج هذا عن عهده الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهدته و الا فيسقط حق المالك بأداء واحد عن الباقيين كما لا يخفى.

و بالجمله ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل أحد باستحاله هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كل منهم استقلالاً بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٤

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديده و الا فلا استحاله هنا بوجه و ما أنكرنا على العامه فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهه الاستحاله بل من جهه عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما إذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فإنه أى المالك يرجع الى أى منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقه العامه من كونه ضم ذمه إلى ذمه أخرى فتحصل ان هنا ضمان متعدده لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيره بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البديله.

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى أى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائيه فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم

الغرور و ليس كذلك في موارد اخرى من الواجبات الكفائية كما إذا كان شخص عطشاناً فيموت به فيجب على كل من اطعم على حاله ان يسقيه بالماء و لو كانت قيمته ألف فإذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى أشخاص آخرين ممن اطعموا على حاله فللمقام أى خصوصيه اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر.

و قد أجب عن هذا الاشكال بوجه منها ما فى حاشيه السيد من انه كما ان فى صوره الإلتلاف يكون المتلف سبباً لتنجز الضمان على السابق فبقاعده استناد الفعل الى السبب لكونه أقوى من المباشر ففى صوره التلف أيضاً ان من عنده تلف المال فهو سبب

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٥

لتنجز الضمان للسابق أيضاً فإنه أى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يردده اليه فيكون هو السبب لتنجز الضمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك أى لقاعده استناد الفعل الى السبب ثم قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف.

و فيه ان هذا على تقدير تماميته فى الإلتلاف بدعوى كون المتلف سبباً لثبوت الضمان على سابقه فبمقتضى ان السبب أقوى من المباشر فيرجع السابق لو رجع اليه المالك الى للاحقه المتلف فهذا له وجه فى صوره الإلتلاف مع وضوح المناقشه فيه أيضاً إذ الإلتلاف ليس سبباً للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد فضمن المال المأخوذ السابق و اللاحق كليهما حتى يوديا المال الى مالكة فلم يتوقف ذلك بشىء أصلاً و انما الإلتلاف أوجب الانتقال إلى الذمه فهو معنى آخر غير الضمان فلا يكون اللاحق سبباً للضمان السابق

بل سبب الضمان فى كلهم انما هو الأخذ باليد و الاستيلاء على مال الغير كما هو واضح.

و مع الغمض عن ذلك فلا- وجه لتسريه الحكم إلى صورته التلف أيضا فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبب و إتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبه ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال و لم يفعلوا شيئا يوجب إتلافه بل تلف ذلك ببلاء من الله فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالإتلاف لعدم التسبب هنا بوجه و ان كان هناك ما يوجب تصوير التسبب إجمالاً فكون اللاحق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٦

مختاراً فى رد العين الى المالك فلم يردّه فتلف عنده لا يكون سبباً لثبوت الضمان اللاحق فإنّ اللاحق مع السابق سيان فى ذلك المعنى لكون السابق أيضاً مختاراً فى رد العين الى مالكها كما لا يخفى.

انتهى كلامنا إلى انه يرجع السابق الى اللاحق فى صورته تعاقب الأيدى على المال المغصوب إلا فى صورته الغرور و لا يرجع اللاحق الى السابق إلا فى صورته الغرور مع ضمان كلهم على المال المأخوذ و قد أجيب عن ذلك بوجه.

منها ما أجاب به السيد فى حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف و الإتلاف فى صدق السبب إليه إلخ.

و منها ما أجاب به المصنف و حاصل كلامه على ما يظهر من ظاهر عبارته

أن الغاصب الأول أو من فى حكم الغاصب أى بائع مال الغير مثلاً بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك انما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثانى و من فى حكمه انما هو ضامن للعين و بدلها اما العين

فلما لكها و اما البديل فللضامن الأول و هذا بخلاف الضامن الأول فان في زمان كون العين تحت يده لم تتلف ليضمن العين بمالها بديل بل كان ضمانه منحصرًا بالعين وحدها و اما الضامن الثاني حيث ان العين قد تلفت عنده فيكون ضمانه بها بما له البديل و هذا الضمان بالبديل ضمان لما استقر تداركه في ذمه الأول فالضامن الثاني لما ضامن لأحد الأمرين اما العين أو البديل على نحو البديله بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد فتكون ذمته مشغوله بشيئين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٧

على سبيل البديله اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الأول مع الثاني كحال الضمان مع المضمون عنه فانّ الضامن لشخص عن دين بامرّه أنّما يرجع الى المضمون عنه مع أداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فإذا رجع المغضوب منه الى الأول فأخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثاني فيأخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثاني على ذلك.

و بالجملة أن ظهور كلام الشيخ (ره) في الغاصب الثاني أنّما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما في ذمه الغاصب الأول للاول و على هذا فيندفع اشكال عدم صحه رجوع السابق الى اللاحق في صورته عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع إليه في ذلك و هذا بخلاف ما إذا رجع المالك الى الثاني فإنه لا يرجع الى اللاحق في غير صورته الغرور لعدم اشتغال ذمته للثاني كاشتغال ذمه الثاني للاول.

فما لم يرجع المالك الى الأول ليس له ان يرجع الى الثاني

لأنّ الأول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثانى فى البديل الذى حصل به التدارك و أنّما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الأول.

و فيه أوّلا و قبل كل شىء ان الغاصب الأول و الثانى و هكذا لم يضمّنوا الا العين بمجرّد وضع اليد بها فلم يضمّنوا بديلها قبل التلف فبالتلف أو الإتلاف ينتقل الضمان بالبديل لانتقال العين إلى الذمه و هذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المغصوبه من دون فرق بين الأول و الثانى فما ارتكبه المصنف لا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٨

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجمله ان قبل التلف - كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبديل فليس هنا ضمان على العين مما له البديل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين أو بديلها على البديل بحيث يكون مخيرا بين البديل و المبدل.

و قد أجاب السيّد فى حاشيته عن ذلك بوجوه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمده منها ثلثه الأول مما لا جواب عنه أن السابق أيضا يصدق عليه انه ضامن شىء له بدل فإنه و ان لم يكن حين حصول العين فى يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق فى ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك فى استقرار الضمان بالنسبه إلى الكل أنّما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته.

و بالجمله حين التلف الذى هو زمان الانتقال إلى قيمه يصدق بالنسبه إلى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال.

الثانى أن مقتضى ذلك كون ضمان

الأول أيضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذى فى ذمه السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما فى ذمه اللاحق أيضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق.

الثالث إذا فرضنا ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت فى يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٧٩

حينئذ إذا رجع اليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئاً له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان انما حدث بإثبات يده الأول و فى ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلاً إذا غضب عينا و ضمن فأعطاه غيره أو أخذ منه قهراً ثم ردّه ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانية بل الضمان الحادث أو لا باقى و قرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال فى يده بعد العود اليه و لازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثانى مع أنه لم يتلف فى يده و قد ذكر الإشكالات الآخر أيضا.

ثم انّ شيخنا الأستاذ لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره و انما حمل كلامه على الضمان الطولى و قال انّ الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول و حاصل ما قاله مع طول كلامه أن الإيرادات السبعه المذكوره فى كلام السيد ره مبنيه على

اراده المثل و القيمه من البديل ليكون بدلا لأصل المال من المنافع و علو القيمه و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه و اما لو كان المراد من البديل فى كلام المصنف البديل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فى ذمه الأول و عهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيره بهذا النحو من الظرفيه و هذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك و للسابق لان ذمته

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٠

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البديل اما نفس العين بما انها فى ذمه السابق و اما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضامنان للبديل.

و انما التزمنا بالزمان الطولى لاستحاله تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمه كل منهما طرفا لمال واحد فإنه نظير ثبوت شىء واحد فى آن واحد فى أمكنه المتعدده فيما يمكن هو التعهدات الطوليه على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الإعطاء و بالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجبهه و الضمان الطولى.

و فيه مع بعد اراده ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا و فيما فهمه السيد أنّ هذا الذى أفاده الأستاذ و ان كان ممكنا فى مقام الإثبات و الوقوع.

و ما افاده من استحاله ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع



الى محصل بل مما لا مناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه إذا غصب احد مال شخص و غصب الآخر منه فتلّف عنده فإنّ المالك له الرجوع بأى منهما شاء و أنّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى.

و كيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى و لا ما ذكره السيّد ره بقاعده استناد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨١

الفعل الى السبب لكونه أقوى و لا ما ذكر الأستاذ من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره.

و من الأجوبه ما أجاب به صاحب الجواهر من أن التكاليف المتوجه الى الغاصب الأول تكليفى محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو قيمه و التكاليف المتوجه الى الغاصب الثانى (أى الثانى هنا كالمعقول الثانى و ان تعددوا) تكليف وضيعى مضافا الى التكاليفى لكون المال تالفا عنده و بضميمه أن الغاصب الأول بأداء عوض - التالف يكون مالكا له بالمعاوضه القهريه و ان كان معدوما كملك المعدوم فى المعامله الخياريه فان ذى الخيار بفسخه المعامله يكون مالكا للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف و فى المقام أيضا يكون كذلك و على هذا فان رجع المالك الى الثانى فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكاليفى و ان رجع الى الأول فباعطاء البديل من المثل أو قيمه يسقط عنه الحكم التكاليفى فيرجع فى المال البديل الى الثانى فإنه هو الذى اشتغل ذمته بالبديل لتوجه التكاليف الدعوى عليه و أو رد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجملة الأولى فبوجوه ثلثه.

الأول انه راجع بمقام الثبوت و مبنى على ما أسسه فى باب الاستصحاب من

ان الاحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه.

و حاصل ذلك أنّ الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف بأداء العين أو المثل أو القيمة ففى ذلك المورد أيضا حكم وضعى و الا فلا.

و قد قلنا فى محلّه انه لا معنى لانتزاع الأحكام الوضعيه من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٢

الأحكام التكليفيه و الظاهر انه مما لا خلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الإنفاق على من يجب إنفاقه عليه من الأب و الأم و الأولاد و الزوجه انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا- يضمن بالأولاد و الأب و الام و لكن يضمن بالزوجه مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فأى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الآخران يرجعان الى مقام الإثبات.

الثانى انه لا دليل على عدم ضمان الأول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبه إليهما على حد سواء و كون التلف أو الإلتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البدل إلى الذمه دون أصل الضمان كما لا يخفى.

الثالث أن لنا دليل على ضمان الأول فإن السيره قائمه على اشتغال ذمه الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العاديه أو بالبيع الفاسد و ان أعطاه إلى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جمله ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرّد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الأمور بل لو لم يدفع لا جبر بذلك مع أنّه لا وجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للأخذ من ماله أو إجباره

على الدفع و غير ذلك من الأحكام المتعلقة على ما فى الذمه.

و اما ما يرجع الى الجملة الثانيه من ان الغاصب الأول يملك بإعطاء البدل ذلك البدل فى ذمه الغاصب الثانى بلا وجه لوجهين الأول أنّ التملك لا يحصل الا بسبب إما اختيارى أو غير اختيارى كالإرث ففى المقام شىء منهما غير موجود فبأى سبب ملك الأول ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٣

فى ذمه الثانى ليكون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالك بمجرد أداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذى أفاده راجع الى مقام الإثبات أيضا و انه لا دليل لتملك الأول لما فى الذمه الثانى و ان كان معقولا فى الواقع و مقام الثبوت.

الثانى ان لا يزم ذلك ان لا يرجع الأول مع رجوع المالك اليه الا الى من تلف المال فى يده فإنّ بإعطائه البدل يسقط الأحكام التكاليفيه المتوجهه على الغاصبين لاداء البدل فلم يبق إلا الأخير لكون خطابه ذميا فلا يسقط بأداء الأول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذكروا أنه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الأخير فتم المطلب و ان رجع الى الوسط فيرجع - الوسط إلى الأخير فهذه الإيرادات غير الإيراد الأول لا بأس بها لتماميتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلكه صاحب الجواهر فبقى الاشكال على حاله من انه كيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالك إليه فى غير صوره الغرور و كذلك كيف لا- يرجع الثانى إلى الأول فى غير صوره الغرور مع رجوع المالك اليه و إذا رجع المالك الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا يرجع الى السابق فى

غير صورته الغرور.

و لكن الذى ينبغى ان يقال ان لصاحب الجواهر أخذ الجملة الثانيه و ترك الجملة الأولى بأن يقال أن الغاصب الأول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات و الذى يوضح ذلك أمران فالأول منهما أوضح من الثانى.

الأول أنّ فى موارد الضمانات بالإنّلاف بأن غصب أحد أو سرق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٤

مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهوا و نسيانا فان النسيان لا ينافى الضمان كما قرر فى حديث الرفع لا شبهه أن للمالك أن يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاض و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاض له مثلا لو أتلف أحد سياره احد بالكسر أو ذبح فرس شخص أو أهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل أو قيمه فليس له أن يأخذ رضاض السياره أو جلد الفرس أو ميته فإنّه ذلك كله حق للضامن و الا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض و لو كان للأجنبى فهو خلاف البدهاه فيكون للضامن و هذا الذى قامت عليه السيره العقلانيه بل سيره المتشرعه من الزمن الفعلى إلى زمان المعصوم (ع) و على هذا فإذا أو الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضه القهريه إلا- إذا كان اعتبار الملكيه هنا لغوا كما إذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكيه التالف له لغوا لما قلنا من إمكان مالكيه المعدوم فحيث أنّه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجملة على هذا فرجوع السابق الى اللاحق أنّما هو مقتضى السيره العقلانيه القطعيه كما

هو واضح. الوجه الثانى انه لا شبهه فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيره العقلانيه القطعيه فيكون المقام مثله مثلا لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الأحجار الثمينه أو سرقه أو بغير ذلك فألقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فأخذ منه مثله ان كان مثليا أو

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٥

قيمه ان كان قيميا فان قلنا ان ذلك الجواهر فى قعر البحر للمالك أيضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو ضرورى البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للأجانب أو كالمباحات الأصلية فهو خلاف الضروره من العقلاء و الفقه فلم يبقى الا- ان يكون للضامن بعد إعطاء عوضه و فى المقام أيضا كذلك و يتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقيقى و موارد التلف العرفى اذن فلا يلزم شىء من الاشكال فيندفع المحذور من أصله بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس.

و الحاصل ان الوجه فى رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق بإعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذى فى ذمه من تلف عنده بالمعاوضه القهرية فيعتبر الملكيه فى ذمه المتلف لكون الاعتبار خفيف المئونه فبرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار فيرجع الى اللاحق لذلك و الذى يوضح ذلك أمران الأول أن فى موارد التلف الحقيقى لو بقيت اجزاء من العين التالفه فتكون تلك الاجزاء داخله فى ملك الغاصب بإعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه بالمعاوضه القهرية فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات الأصلية فهو بديهى

البطلان و اما كونها للمالك فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى ممّا قامت به السيره- العقلانيه كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلك.

الأمر الثاني ملاحظه موارد التلف العرفي كما إذا سرق السارق مال غيره أو غصبه أو أخذ بغير ذلك العنوان فألقاه في البحر فطالبه المالك و أخذ منه بدله فيكون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسيره

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٦

العقلانيه فإذا خرج من البحر أو وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب و ليس ذلك من المباحات الأصليه و لا انه للمالك الأول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيره القطعيه و ليس ذلك من قبيل البدل الحيلوله فإن موردها كما تقدم صورته تعذر الوصول الى المال و من هنا لو صاد أحد طيرا فجعله في قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فأعطى بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبندقه و نحوها فيكون ضامنا للثاني فإنه بإعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير و هكذا و هكذا فإن السيره في أمثال جميع ذلك محكمه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث أنّ الغاصب الأول و إذا أعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لذمه من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته في ذمته لعدم كونه لغوا.

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكيه كما إذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكيه له على التالف بحيث لم يبق منه شيء من الاجزاء و الرضاوض لغو محض هذا كله في وجه رجوع السابق الى اللاحق.

و اما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمه كلهم مشغوله بالتالف.

و قد أفاد السيد في وجه

ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه و على السابق و لكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاحقه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٧

فى غير صورته الغرور.

و فيه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحه استناد الضمان الى السبب فى أمثال المقام لكونه أقوى و لم نستشكل فى اقوائيه مثل تلك التسببات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثانى إلى المالك بل انما هو الأخذ باليد العاديه فهى صارت سببا لضمان كل من السابق و اللاحق فهو اى هذا السبب مشترك بين السابق و اللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق و القول بأنه صار سببا للضمان كما هو واضح لا- يخفى بل الوجه فى ذلك أن الأخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ إلى المالك بمقتضى قوله (ع) على اليد ما أخذت حتى تؤدى فما لم يرده الى مالكة امّا بالعين مع البقاء أو بالمثل أو قيمه مع التلف لا يبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيره العقلانيه كما تقدم فى ما لا يضمن.

و على هذا فالغاصب الأول حيث انه اعطى المال للثانى فباعطائه تحقق الأداء فهذا الأداء و ان كان قبل وصول المال بعينه أو بعوضه الى مالكة لا يفيد بوجه بل هو أداء غير مشروع و لكن بعد ما أداه الغاصب الثانى بعينه أو بمثله و قيمته الى مالكة فيكون مالكا للتالف ان كان لاعتبار الملكيه هنا فائده فإذا رجع هذا الثانى إلى الأول و ادعى منه ما ملكه بالمعاوضه القهريه فيقول

فى جوابه اعنى أدبته لك فردنى ما أعطبتك فاعطى لك مالك بأداء المثل أو القبمه فىكون أدائه هذا مفبدا فى المقام و بعباره أآرى انك عرفت أن الضمان هنا نظبر الواجب الكفائى و عبه أن الواجب الكفائى و ان كان واجبا على كل مكلف الا ان الآثار تترتب على ما بكون مأبىا فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٨

الخارج و تشخص بوبوده الخارجى كما ان الأمر كذلك فى الواجب التآبىرى و ان كان المأبى مصداقا للجامع اعنى الجامع ببن هذا أو ذاك فلا بخرج هذا الجامع عن جامعبته و بعباره آرى ان التشخص انما بكون بنفس الوبود فما بكون موبودا فى الخارج فهو المآشخص المحط للآثار لا الأفراد الأآر الفرضبه و على هذا فى المقام ان الآثار انما بترتب على كل من ادى بدل العبن لمالكها فىكون مالكا لذمه من أخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى أصله غير مشروع كما هو واضح.

و من لا حق للآق ان بربع الى السابق.

ثم أن المالك لو تبرع حقه للآول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل بكون له ان بربع الى اللآق لآختصاص التبرع له أو بكون التبرع للآول تبرعا للواحق أيضا فهنا مقامان الأول فى آختصاص التبرع بالآول أو عمومه للتوابع أيضا و الثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الأول فقط فهل له أن بربع الى الثانى أم لا.

اما المقام الأول فالظاهر أن إسقاط المالك حقه عن الأول إبراء عن البمبب فلبس له لن بربع الى الثانى فى ذلك لانه لبس هنا الا مال واحد كالدرهم الواحد مثلا و ان كان الضمنا كثيرا فإذا أعرض المالك عن هذا



المال فلا يبقى هنا شىء لتكون ذمم الضمماء الآخر مشغولة بذلك اذن فيكون إسقاطه عن الأول إسقاطا عن الثانى أيضا حتى مع التصريح بأنى أسقط من الأول فقط فإنه تصريح بلا فايده و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول.

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الإبراء بالأول فقط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٨٩

فهل له ان يطالب من اللات-حقين أم لا- الظاهر لا- فإنه إنما يجوز له ان يطالب إذا ملك ذمه الثانى ففى هنا لم يعط شيئا للثانى ليملك مطالبته غايه الأمر أسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الى الثانى إذا أد المال للثانى.

أو غصب الثانى المال منه و هنا ليس الأمر كذلك ثم إذا توقف ردّ المغصوب إلى المئونه فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن إيصاله إلى المالك و دفع ذلك بأنه ضرر على الغاصب معارض بكون عدم الصرف ضررا على المالك فلو لم يكن طريق الى الوصول الى المال إلا بواسطة المالك كما إذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحه إلا المالك فحاله حال الأشخاص الآخرين فى مطالبه الأجره فله أن يطالب الأجره لإخراجه من البحر.

و الحاصل أن الردّ إذا احتاج الى مئونه فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يردّ العين الى مالكة و توهم نفى لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا وجه إذ عدم الصرف كك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه و دليل نفى الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضا.

فرع آخر إذا كان المالك مقدورا على الوصول الى ماله مع كونه محتاجا إلى المئونه فهل

له مطالبته من الغاصب أم لا ففي هنا ثلثة فروع الأول في جواز مطالبه أصل الأجره على فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الأشخاص الآخر فكما ان لهم مطالبه الأجره على تحصيل ذلك المال و رده الى مالكة و كك نفس المالك له ذلك و لا دليل على إلزامه على ذلك بلا اجره كما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٠

هو واضح.

الثانى أنه لو لم يرض المالك إلا بإحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع إمكانه لغيره أيضا فهل له ذلك أم لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه أو بغيره للأداء إلا مع رضائه المالك بذلك فان ذلك أيضا تصرف في مال الغير فهو غير جائز إلا بإذن مالكة اذن فيباشر بنفسه فيأخذ الأجره من الغاصب.

الثالث لو طلب أجره زائدا من أجره المثل مع انحصار الأداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير في ماله أو تكويننا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و أدائه إلى مالكة بل الأداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبه بحيث يطلب من الغاصب أجره زائده على أجره المثل إرغاما لأنفسه كما إذا كان أجره الأداء لمثل هذا المال عشره فهو يريد خمسين الذى أزيد من قيمه العين أيضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبه الأجره الزائده على الرّد من الأجره و لا يكون مانع عن شموله للمقام.

ثم إذا تعذر ردّ العين الى مالكة الا بعد مده مديده و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل

الحيلولة من الغاصب على ذلك أم لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تماميه أدله بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج إلى الإعادة.

**قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.**

**اشاره**

أقول إذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩١

ذلك البيع مطلقاً أو ببطلانه كذلك أو يسقط الثمن بالنسبه الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحة فى مال نفسه مطلقاً أو مع الخيار للمشتري و بالبطلان فى مال غيره وجوه

**و للكلام هنا جهات.**

**الاولى فى أصل صحه البيع**

و الظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الأردبيلى ره و قد خالف فى المسأله و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام أنه تاره نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالأول فالظاهر ان البيع بالنسبه الى مال نفسه صحيح و بالنسبه الى مال الغير فاسد و لم نسمع الخلاف هنا من أحد الا من الأردبيلى فإنه ذهب الى الفساد و عمدته الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسأله الآتیه أعنى بيع ما يملك مع ما لا- يملك كالشاه مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط فى صورته القول ببطلان- الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك و جهان و قد ذهب الى الفساد أيضا بعض الشافعيه بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعض.

الأول ان ما هو مقصود للبائع و مبرز حين الإنشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاه مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لا يملك و ما وقع اعنى بيع الشاه فقط أو بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الإنشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب إليه الأردبيلى و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصوره و الظاهر و فى عالم الإنشاء قد أنشأ بإنشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقه بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان

كان بينهما فرق من جهة غايه الأمر قد ابرز و أنشأ بابرز واحد و إنشاء فارد غايه الأمر كل منهما منضم إلى الآخر و مشروط بهذا الانضمام

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٢

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشتري بالنسبه فى بيع مال نفسه فىكون صحيحا خياريا.

الثانى انه باطل لجهاله الثمن إذ لا- يعلم أنه اى مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاه و فى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فىكون نظير ان يبيع ماله بما فى الكيس من الدراهم فيحكم بالفساد و فيه ان الجهاله من حيث هى ليست موجه للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهة الغرر الذى نهى النبى (ص) عنه فى البيع فإذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان و فى المقام لا يلزم منها غرر إذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاه فى المسأله الآتية و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسأله و لو بالإجمال الغير الموجب للغرر نظير ان يشير إلى صبره معينه و يقول بعث كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبره و ان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فىكون معلوما بالإجمال الغير الموجب للغرر.

و فى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملكك و ان كانت النسبه غير معلومه حقيقه و لكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم و ليس مثل بعثك هذا بما فى الكيس الذى لا يعلم انه اى مقدار من المال كما لا يخفى.

و مما يدل على عدم كون الجهاله بما هى موجه للبطلان انه لو باع مال

نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فإنه لم يفتوه احد ببطلان المعامله هنا مع ان الثمن فى كل منهما مجهول تفصيلا بجهاله غير  
موجبه للغير فلو كانت الجهاله من حيث هى موجبه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٣

للبطلان مع قطع النظر عن كونها مستلزمه للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا أيضا فنكشف من ذلك عدم كونها موجبه لذلك كما  
لا- يخفى اذن فيبقى فى المقام احتمال وجود الإجماع فقط على البطلان فهو مقطوع بعدم إذ بعد معروفه عدم الخلاف فى  
الصحة إلا- عن الأردبيلى فكيف يمكن دعوى الإجماع على البطلان بل الإجماع على الصحة كما هو واضح و كيف كان  
فمقتضى القاعده فى المقام هو الصحة و مع الغض عن ذلك و عدم القول بالصحة بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصفار  
من انه إذا باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل فى مال الغير و وجب فى مال نفسه فافهم.

و اما لو قلنا بصحة الفضولى فإن أجاز فلا- كلام لنا فيه فان الإذن اللاحق لا يقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بين الاذن  
السابق و الاذن اللاحق مجازفه.

و ان ردّ المالك فيأتى فيه كلما تقدم فى صورته القول بفساد العقد الفضولى من الوجهين.

قوله ثم ان صحه البيع فيما يملكه مع الرد مقيد فى بعض الكلمات

أقول قيد بعضهم صحه البيع فى مال نفسه إذا لم يفض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا و عدم القدره على التسليم و  
مثلوا للأول بأنه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهما فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما إذا كان كليهما  
لنفسه و علل بعضهم ذلك بأن كل جنس يقع فى مقابل الجنس

الآخر الا أنه علل بعد الوقوع فلا بأس به فإذا رد المالك البيع فى الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط فى مقابل الدرهم أكثر منه فيلزم الربا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٤

و مثلوا للثانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغير الآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه أيضا باطلا لتمخض البيع بالآبق فهو باطل للجها له و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصوره الضميمه فقط فلا يصح فى غير هذه الصوره و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه أيضا.

و لنا فى ذلك كلام حاصله أنك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصوره و الإنشاء لا يضرّ يتعدده واقعا و عليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعامله عن الربويه على تقدير الإمضاء أيضا كما انّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا- ضميمه لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويًا من الأول و بيع آبق من الأول نعم ثبت جوازهما فيما إذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فإنه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعده كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه كما تقدم و كذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين أكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديده و ان كان بينهما فرق من جهه يأتى

فى الجهه الثانيه.

و بالجمله بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار أو العبدین لنفس البائع فيكون البيع منحلًا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع و لو مع إمضاء الطرف الآخر فى مال نفسه ربويا من

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٥

الأول و كذلك فى بيع العبد الآبق فيكون باطل من الأول للجهاله فراجع الى تقرير ميرزا.

### **الجهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشتري و عدمه**

لا- شبهه فى عدم ثبوت الخيار للمشتري فى صورته العلم بالحال و بان المبيع ليس للبائع بمجموعه و أنّما بعضه للغير كما أنّه لا شبهه فى عدم ثبوته للبائع فى فرض العلم بذلك و اما مع جهل المشتري فلا شبهه فى ثبوت الخيار له و الوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار تبعض الصفقه مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعالم الاستغراقى هو ان المشتري قد أقدم على اشتراء هذين المالين مشرطا على البائع فى ضمن العقد و لو بمثونه القرائن العرفيه و الانضمام العرفى ان ينضم أحدهما بالآخر فإذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشتري الخيار و هذا هو المتفاهم باذهان العرف و العقلاء فيكون مدرك هذا الخيار هو تخلف الشرط الضمنى كما هو واضح و من هنا تظهر جهه الفرق بين العام الاستغراقى المنحل الى افراده و بين المقام و بهذا يمكن أيضا دعوى ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له إذا ظهر أحدهما مستحقا للغير و لم يمض المعامله فإن مقتضى الفهم العرفى هو أن بيع كل واحد من المالين مشروط بالآخر و انه يبيعه بهذا العنوان كما إذا باع الثوب العتيق مع الجديد بيع

واحد و لكن بيعه الجديد من جهه العتيق و ان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر ان العتيق مال الغير فيكون البائع مختارا فى الفسخ و الإمضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان بيعه هذا مشروط

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٦

بكون الثوب العتيق له دون غيره.

و بهذا الملاك ظهر أنه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد انه و كيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فان بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابه و الا فلا يبيع فإذا ظهر أنه ليس بوكيل من قبله و لم يمض أيضا بيعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري فى كل مورد تحصل فيه المخالفه بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الا اشتراط و لا- يكون من قبيل الإضرار فى القلب كما هو واضح.

### **الجهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع رد المالك**

و ربما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و اللعمه و الشرائع من أنهما يقومان جميعا من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد منهما ثم تنسب قيمه كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبه فيسترد الثمن من المشتري كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشره دنانير و المجموع أيضا بعشرين فنسبه قيمه كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف قيمه.

فأورد عليه المصنف بما حاصله

أن الأوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء و



لا يقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّط إلى اجزائه و أوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و أنّما الأوصاف قد توجب زياده الثمن و انها دخيله فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٧

ذلك كما مرّ مرارا عديده إذ من البديهى أن اجراء الفرش ليس لها إلا قيمه الصوف و أوصافها توجب زياده تلك القيمه و لكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن إليها و الى الاجزاء.

و على هذا فهذا الضابطه الذى أفيد فى المقام انما يستقيم فيما إذا لم تكن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كما هو الغالب و لعله لأجل هذه الغلبه التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى الزيادة فلا يمكن التقسيط بهذا الضابط كما إذا كان المبيع مصراعى باب أحدهما لنفسه و الآخر لغيره أو زوج خفّ أحدهما لنفسه و الآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد القيمه فإنّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمه كلا المصراعين معا عشره و قيمه كل منهما درهمين و كان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسه فإنه إذا رجع المشتري الى البائع بجزء من الثمن نسبه ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبه الاثنين إلى العشره فتكون النسبه بالخمس فيسترد من البائع بملاحظه هذه النسبه النسبه خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر أربعة دراهم فيكون ما أخذه من الثمن أزيد من حقه فإنّ الثمن متساويه بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد و المشتري واحدا فى مقابل مصراع الآخر الذى مال الغير.

و بعباره

اخرى ان البائع أنما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الإجازة فلا شبهه ان ذلك بالنصف مع الإجازة

مصباح الفقاهة (المكاسب)، ج ٤، ص: ٣٩٨

فليكن كذلك مع الرد أيضا فما الموجب للازدياد فى صورته الرد.

نعم فى أغلب الصور التى لا- تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد قيمه فالضابط المذكور لا- بأس به سواء كان قيمه كل منهما متساويه أو متفاوتة كما هو واضح.

ثم وجه المصنف هذا الوجه بأخذ النسبه للمشتري لثلا يرد عليه النقص بدخاله الهيئه الاجتماعيه فى زياده الثمن و حاصله أن يقوم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشتري تلك النسبه و باعتبارها يأخذ الثمن من البائع و فى المثال المتقدم يسترد الأربعة و يبقى للبائع واحد فلا توجب زياده الثمن بالهيئه الاجتماعيه نقصا فى المطلب كما هو واضح.

ثم أورد عليه بان هذا و ان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع و لكن ينتقض بكون الهيئه الاجتماعيه موجه لنقصان قيمه فإن هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جاريه مع أمها بثمانيه و كانت قيمه كل واحد منها بعشره فإنه لا شبهه فى عدم ترتب النفع على صورته- الاجتماع الذى يترتب على غير صورته الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت و الام و من هنا نقل قيمه صورته الاجتماع فلو أخذت النسبه للمشتري فيلزم حينئذ للمشتري ان يجمع بين الثمن و المثل فإنه يسترد من البائع على هذا تمام العشره فيبقى الجاريه الأخرى للمشتري بلا ثمن لكون قيمه أحدهما المنفرده إلى مجموع القيمتين نسبه الشئ إلى مماثله.

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجأ المصنف الى وجه آخر و حمل عليه

و حاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين مثلا إذا باع مجموع المالمين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدنانيرين فيرجع المشتري بثلى الثمن اذن فيسلم ذلك من إشكالى الزيادة و النقيصه.

و أشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئه الاجتماعيه موجه للزيادة أو النقيصه بالسويه و اما لو أوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقه المصنف قده فيما إذا قوم أحدهما منفردا باثنين و منضمما بأربعة و الآخر منفردا بأربعة و منضمما باثنين ان يكون لمالك الأول ثلث الثمن و لمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمه مال الأول فى حال الانضمام ضعف قيمه مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان و للثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف. و من هنا اختار مذهبنا آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الإشكالات فى جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور فى ذلك لا- فى صورته زياده القيمه بالاجتماع و لا- فى صورته نقيصته بذلك و لو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسويه فإن تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط

المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زياده و نقيصه فلا حظ ذلك بالأمثله ثم احتمال رجوع ما

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٠

ذكره الجماعه من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد و هذا الذى أفاده السيد ره من الجوده بمكان كما هو واضح و اما المثلى فقد فصل المصنف فيه بين ما كانت الحصه مشاعه فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظه قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم أمر بالتفهم و فيه أنه لا وجه لهذه الكيفيه فى التقسيط على وجه الإطلاق لا فى المشاع و لا فى المفروض لإمكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه حصه كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لأحدهما تسعه أثمان من الحنطه و للآخر من واحد- لبداهه تفاوت الأثمان بتفاوت العروض قله و كثره فإن المبيع كلما كثر رخص و كلما قل غلى و ان كان حصه كل منهما من صبره واحده و على نسق واحد فى الجوده و الرءاءه كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيين من كومه واحده و صبره خاصه فيجب ان يقابل كل حصتى البائع و المشتري بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى.

**قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.**

**اشاره**

أقول لو قال بعث نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع أو النصف المختص بعد العلم بعدم إرادته حصه الشريك و احتياجه إلى المثونه الزائده.

تاره يعلم من القرائن الخارجيه أو بتصريحه ان البائع أراد

الشقص الخاص و النصف المعين من نصف نفسه أو نصف شريكه فلا

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠١

كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه أو مال غيره.

و اخرى يقول انى أريد من كلامى هذا بعث نصف الدار ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لأنه تاره يكون المراد به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه و يكون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجيه فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك و اخرى ما يكون ما تكلم به من الجملة المركبه ظاهره فيه من بعث نصف الدار مع ملاحظه خصوصيه النسبه و الإضافه إلى نفسه و التصرف فيه و قد خصّ السيد ره فى حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم الثانى أى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا توجه الى ما تقتضيه القرائن الخارجيه و أورد عليه بأنه على هذا لا يبقى مجال للتمسك بظهور المقام أو غيره من كون التصرف و اضافه البيع الى نفسه ظاهر ان فى نصف نفسه فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعه إذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات و المفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصيه ملكه أو ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلا الإشاعه فإن المفروض انه لم يقصد خصوصيه ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه.

و فيه أنّ السيد لم يتصور ظاهرا قسما آخر هنا و لذا جعل مورد كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا- لحاظ القرائن الخارجيه و هو متين لو كان مراده هذا و كان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجيه مناقضه واضحه إذ

بعد كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضه و دعوى القرائن على خلافه و انما المراد معلوم بلا شك و لكن مراده ليس

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٢

هو الشق الأول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص أو النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا- لو كان مراده هو الأول لم يكن موردا لوجهين بل كان تمحضا لإرادته النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملا- لعدم جريان القرائن الخارجيه فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم موردا للكلام كما فى حاشيه السيد و على هذا فلا يردّ عليه ما أورده السيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما يكون مراد البائع من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو المشاع فى الحصتين و لم يعلم التعيين مع كونه معينا واقعا و فى علم البائع الا انه أجمله فيكون ظهور كلامه حجه هنا أيضا من اراده الفرد المعين فيكون داخلا فى الكلام فحينئذ يقع الكلام أيضا فى ان المراد من ذلك أى شىء هل هو نصفه المختص أو المشاع ليكون من كل منهما الربع أو نصف الشريك و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت أنّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح

من كلامه و ربما يقال بعدم إمكان جعل القسم الثالث موردا لمحط النزاع بل لا بدّ من تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره إذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلانزومه ان لا- يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو البائع أم الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع.

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٣

و فيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لا يضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع و ان حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالين فمعرفة المالك ليست بدخيله فى صحه البيع إلا إذا كان تعيين المبيع محتاجا إلى معرفه المالك فبدونها لا تعيين للمبيع بل و لا تحقق له كما إذا كان المبيع كليا فى الذمه فإنه لا تعيين لذلك إلا بإضافه إلى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطه فى ذمه رجل لبطل البيع و اما فى غير تلك الصوره فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لا يخفى اذن فالقسم الثالث أيضا داخل فى محلّ النزاع لعدم إضرار الجهل بمالك المبيع كما لا يخفى فافهم.

ثم ان المصنف فى مقام تعيين المراد فى مقام الإثبات قد احتمل الوجهين فى مثل هذا الكلام و قول البائع بعث نصف الدار من اراده نصف المختص أو نصف المشاع و منشأ الاحتمالين اما- تعارض ظاهر النصف اعنى الحصه المشاعه فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص و ان لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام أو تعارضه مع ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه لأنّ بيع مال الغير لا بدّ فيه اما من نيه الغير أو اعتقاد كون المال

لنفسه و اما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا.

ثم ذكر انه

مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعت غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده فقاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى ظهور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٤

البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها إجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبتئا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد.

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجيه بعد العلم بعدم اراده نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و إرادته محتاجه إلى القرائن التى منتفيه هنا.

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البائع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه أعنى ظهور الإنشاء اما ظهور الإنشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبائع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما أنه ظاهر فى بيع مال نفسه و كذلك ظاهر فى بيع مال غيره أيضا إلا- فى بيع الكلى حيث أنه لا يمكن إلا بإضافه البيع الى نفسه فيكون هذا قرينه على اراده البيع لنفسه إذ لا- معنى لبيع الكلى فى ذمه الغير لعدم التعيين كأن يقول بعت متئا من الحنطه فى ذمه رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليا بل أمر معين كما هو واضح على أنه يكون قرينه موجب لرفع



اليد عن ظهور البيع فى الإشاعه إذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسيأتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره.

و اما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبائع.

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لا ينكر و أنه قرينه على اراده

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٥

مال نفسه و رفع اليد عن ظهور النصف الا انه لا يمكن الأخذ به و رفع اليد عن ظهور النصف فى الإشاعه.

و ذلك لأنه أنما يكون إذا كان الكلام مجملا و لم يكن له ظهور فى مورده و الا فلا وجه لرفع اليد عنه و المصير الى ما تقتضيه القرائن و فى المقام انّ النصف له ظهور فى الإشاعه الذى مقتضاه كون الربع من مال البائع و الربع الآخر من مال الغير ليكون محتاجا إلى الإجازة و بعد ما كان مورد البيع هو ذلك فلا وجه لرفع اليد عنه إذ هو كرفع اليد عن ظهور البيع فى مال الغير ابتداء فى سائر الموارد.

مثلا لو كان للشئ ع معنى حقيقى و معنى مجازى و قال احد بعت الشئ ع الفلانى و كان ذلك الشئ ع بمعناه الحقيقى شخص آخر موجودا عند البائع و بمعناه المجازى كان لنفسه فهل يمكن رفع اليد عن ظهور كون البيع للغير و اراده المعنى المجازى بدعوى أن ظاهر التصرف كون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد كون مورد البيع هو مال الغير و هكذا.

و بالجمله أن النتيجة هو ان مقتضى كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع و واردا على المال المعين فى الخارج هو ان المبيع هو النصف المشاع

المشترك بين المالك الشريك و البائع فيكون ربع الدار مبيعا من حق البائع و ربعها مبيعا من الشريك و محتاجا إلى الإجازة لكونه فضوليا كما لا يخفى فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره الذى هو مورد البيع بالقرائن الخارجيه و انما ذلك فى صورته عدم ورود الكلام على مورد المعنى الحقيقيه و الا فلا وجه لرفع اليد عنه كما هو واضح فلا يكون الكلام ظاهرا فى النصف المختص كما ذهب اليه المشهور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٦

هذا كله مع ملاحظه ظهور لفظ النصف فى الإشاعه و اما إذا أنكرنا ذلك كما هو ككك فىكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد جاره.

و توضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغه للنصف- المشاع بل لمطلق النصف من الشىء و لا أنه منصرف الى النصف المشاع عند إطلاقه و عليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فىكون الغرض منه فى المقام هو الكلى و توهم انّ البائع لم يقصد خصوصيه ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشيه السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصيه الملك كلى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع و الشريك و حينئذ فىكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فىكون مثل بيع الغانم فىرتفع الاجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص.

و ذلك فإنه و ان صح بيع مال الغير فضوله و لكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أو فوا بالعقود للبائع و انما يشمل المالك المجيز حين أجازته و فى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا

وضعا و لا- انصرافا لا- دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فيكون المبيع هو النصف المختص كما أنّ الأمر كك في بيع غانم المشترك بين عبده و عبد الغير فكما أنّه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك في المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكان ان ظهور البيع في بيع غانم في بيع نفسه

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٧

برفع الاجمال فكك في المقام بلا زياده و نقيصه فكما ان البائع في بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا أيضا فافهم.

و على هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا في النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك.

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسأله الإقرار بأن نصف الدار أزيد مع كونها مشتركة بالإشاعه بين المقر و شخص آخر حيث ان الإقرار اخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا في نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الإقرار بالنسبه إلى الربع في حقه و بالنسبه إلى الربع الآخر في حق الغير فيكون إقراره بالنسبه إلى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه.

و هذا بخلاف البيع فإنك عرفت أن النصف كلي يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى أو فوا بالعقود يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل اراده النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتي و ربعا من حصه شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البائع و شريكه لا

نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالاغلاط من دون قرينه عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأة عينا معنا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقي و قيمه النصف الموهوب و ان هذا من قبيل ما نحن فيه و أن النصف يصدق على النصف الباقي فيدخل تحت قوله تعالى  
فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ فَيَكُونُ

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٨

تمليك الزوجه الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الأخر كما هو واضح و ان اراده الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقي من خلاف الظهور بمكان.

و بالجمله أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقي حق للزوج فبحصر حق الزوجه بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّي بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقي و اراده النصف المشترك بين الموهوب و الباقي خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له أو منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافاه بين هذه المسأله و ما نحن فيه.

و كان كلامنا في مسأله بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف فى النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الأخر و لكن لا- نسلم ظهور النصف فى المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع أنما هو ظهور البيع فى الحصة المختصه فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد إذا لم تكن قرينه على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقه فى النصف

المشاع أيضا و لكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينه على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع في عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا ينافى ذلك مسأله الإقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة أن الربع من مال المقر و ذلك إذ ظهور البيع كما عرفت أنه متعلق

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤٠٩

على ماله و هذا بخلاف الإقرار فإنه اخبار عن الواقع فمفاده أنّ نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصه نفسه و عن حصه الغير فيلزم له الربع لأنّ الإقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبه إلى الربع الآخر فيأقرار في حق الغير فلا- ينفذ الا ان تكون هناك قرينه على ارادته من النصف النصف المختص فهو إقرار آخر و بالجملة هذه المسأله أجنبيه عن المقام بتمام الجبهه.

### و اما مسأله الطلاق

فهى عين محلّ الكلام و هى انه لو زوج احد امرأه فوهبت الزوجه نصف مهرها للغير ثم طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقي المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الإشاعه بمقتضى قوله تعالى فلکم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقي أعنى ربع الكل و قيمه نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسأله.

### و اما مسأله الصلح

فلا وجه لتوهم تنافيا لما ذكرناه أيضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو أقر من بيده المال بكون نصفه لأحد المدعيين و كان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالأخوه مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحه إلا فى الربع اعنى نصف المقر به فإنّ نتيجة ضم أحد الإقرارين بالآخر أنّ النصف المقرّ به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحه بالنسبه إلى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضوليّه فيحتاج إلى إجازة المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها.

### و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر

كما إذا كان المال بين

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٠

الشخصين بالنصف فأقر أحدهما بكون الثلث للثالث و كون التقسيم بينهم أثلاثا بالنصف و أنكر الشريك الآخر فحمل الإقرار على الثلث المشاع من العين كما فى المتن فيكون ثلث العين للثالث و حينئذ فإن تعدد المقرّ لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون إقرارهم هذا شهاده فيتبع به و ان لم يتعدد المقر و لم يكن عدولا فى صورته التعدد فيكون إقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا فى حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفا بين المقر و المقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له و ثلث الباقي لأنّ المنكر و ان كان

معدورا في عقيدته في الظاهر و لو كان الواقع على خلاف عقيدته و لكنه غاصب بزعم المقرّ السدس و ظالم لذلك بتصرفه في النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتبه الى المقرّ و المقرّ له على حد سواء فإنه قد تالف من العين

المشتركة فوزع على الاستحقاق. و دعوى ان مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقرّ سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له فى يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبه الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا- يجب الا- ان يدفع اليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقرّ به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه بان ما فى يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره فى صوره الإفراز بل هو مقدار حصته المشاعه كحصّه المقر و حصه المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شىء مما فى يده فقد

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١١

تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا- معنى لحسابه على المقر له وحده و هذا واضح جدا كما فى المتن و هذا بخلاف صوره الإقرار فإن كل من الشخصين وضع يده على مال معين فحق المقرّ له بالنسبه الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه لإقرار الشخص الآخر بثلث ما فى يد نفسه و ثلث ما فى يد الغير لا يوجب الإثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر و اما المنكر فمعدور على عقيدته اعتمادا أصاله عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له و لو عند الشك و المقر فقط بمقتضى إقراره ملزم على الأداء لكونه حجه عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم

يكون ماله بل يكفى و لو مع دعوى الشك و عدم العلم على الواقع لكفايه يده و أصاله عدم كونه ملكا للمقر له فى كون ما بيده ملكا له.

### و اما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل من الوارث فى يده

عين ما ذكرناه أيضا من كون ما فى يده مشتركا بين المقر و المقر له و ليس بينهما تنافى الا على الاحتمال ذكره السيد فى حاشيته و لتعرض له فتكون موافقه للقاعده و فتوى المشهور هنا بحمل ذلك على الإشاعه و عدم كون ما فى يد المقر نصفا بينهما بل يعطى الزائد من حقه فقط فتكون البقيه على الوارث الآخر فيكون التلف باذن الشارع فى الظاهر فى تصرفهم فى ذلك ما لم يثبت خلافه.

و هذا انما هو من جهه بعض الروايات الضعيفه المنجبره بعمل المشهور و الا فكان مقتضى القاعده هو ما ذكرناه من كون ما هو فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٢

يد المقر مشتركا بين المقر و المقر له بالنصف مثلا و لكن يرد عليه أنه مضافا الى عدم جبر ضعف الروايه بالشهره ان دلالتها أيضا غير تمام فان الموجود فيها أنه شريك فى المال و يلزم ذلك فى حقه أو حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك فى ماله كله.

فمن الواضح ان كون الآخر شريكا فى المال أو ثبوت حقه فى حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق فى حصته مشاعا بل يمكن ان يكون على النحو الذى ذكرناه على طبق القاعده كما لا يخفى فافهم.

فتحصل ممّا ذكرناه أنّ مقتضى القاعده فى المقامين ثبوت حق المقر و المقر له فى ما بيد المقر على النصف و كون الفأنت بالنسبه إليهما على حد سواء و فى مسأله الإقرار بالنسب و ان



أفتى المشهور على خلاف القاعده و كون حق المقر له مشاعا بالنسبه إلى المقر و الطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لأجل الأخبار الخاصه و قد عرفت ضعفها سندا و دلاله.

ثم قد أبدى الفرق صاحب الجواهر بين المسئلتين و التزم بكون المقر و المقر له بالنسبه الى ما فى يد المقر و الفائت على حد سواء فى المسأله الاولى و بنحو المشاع فى مسأله الإقرار بالنسب و قال فى وجه ذلك على ما فى حاشيه السيد.

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور فى كل من المقامين على القاعده و الفرق بينهما أن فى المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذى ثلثه مشترك بين المقر و المقر له فيكون محسوبا عليهما و فى

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٣

مسأله الإقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهه مجرد إنكار المنكر لخصوص حصه المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركه للميت و لا- يد لأحد عليها غيره و حيثئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركه إذا كانوا ثلثه اخوه مثلا- فلا- بد ان يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهه عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك أشار فى الجواهر حيث قال بعد العبارة التى نقلناها فى بيان الفرق بين المقامين أو يقال أن المأخوذ فى الأول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فإنه قد أخذ بسبب يخص الأخ المنكر و هو إقراره بإخوه

من أنكرو ذلك أمر يخص لأخ المنكر دون الأخ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بأمر يخص خصوص المتخاصمين و هو الإقرار من أحدهما بالآخر و إنكار الآخر إياه و ذكر فى باب الصلح أيضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الإقرار بالنسب فراجع.

و محصل كلامه فى مسأله الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانيه إلى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا- يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الأمر كما ذكر إذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قد أقرّ الثلثة باخوته و بالجملة لم يتحصّل من كلامه هذا شىء فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه.

و قال شيخنا الأستاذ ان المقر لم يقرّ أزيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لأنه أقرّ بأنّ ثلث أصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٤

الذى تحت يد الطرف الآخر المنكر للشريك الثالث و لم يقرّ أن ما فى يدي نصفه للتالث و الا فهو خلاف الإشاعه.

و فيه ان هذا و ان كان صحيحا و قد أشار إليه المصنف فى كلامه

بقوله و دعوى أن مقتضى الإشاعه

إلخ و أجاب عنه و لكن نكته الكلام هو أن أصل المال على حسب إقرار المقر مشترك بين الثلثة أثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمه فلا شبهه أنها غير مشروعه إذ ليست برضائه الشركاء أجمع فيكون باطله

اذن فليس النصف الموجود في يد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثة فحيث ان من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما في يده و ان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى أصاله عدم كون الثالث مالكا هو ذلك و ان لم يدع كونه مالكا قطعاً بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّه شرعيه ما لم يعمّ دليل على الخلاف و اما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقربان الثلثة كلهم مشتركون فى أصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثة فبعد قطع يد الطرف الآخر بأخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركاً على الإشاعه بين المقر و المقر له و يكون الفئات عليهما و ليس ذلك الا نظير ما أخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقداراً عدواناً فبقى المقدار الباقي فى يد احد الشركاء إذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقي و الفئات بين الشركاء على حدّ سواء غايه الأمر أن فى المقام ان الطرف الآخر

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٥

بزعمه ليس غاصباً بل انما يملك النصف مستنداً إلى الحجج الشرعيه من أصاله عدم كون الثالث شريكاً لهم و فى مسأله الإقرار بالنسب أن أصاله عدم كون الثالث ورثه و شريكاً معهم كما هو واضح فلا شبهه فيه.

و هذا النكته قد سقط من كلام شيخنا الأستاذ و الا فلم ينكر احد أن المقر لم يقر بنصف ما فى يده بل بثل أصل المال ليكون بالنسبه الى ما فى يده السدس.

هذا كلّه فى النصف المشاع و اما

النصف المفروض فقد ظهر حكمه من أول المسألة الى هنا فلو قال بعث نصف الدار المعين و كان حق كل من البائع و شريكه الآخر مفروضا فيحمل على نصف نفس البائع لا- على نصف شريكه فيكون ذلك أيضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع في كونه لنفسه ما لم تقم قرينه على الخلاف.

ثم هذا كله فيما كان أجنبيا بالنسبه إلى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبه إلى النصف الآخر أيضا جائز التصرف كان يكون و كيلا- من قبله أو وليا له فهل يحمل البيع هنا أيضا على نصف نفسه أو النصف الغير المختص و قال شيخنا الأنصاري ره انه لو كان البائع و كيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكه فهل هو كالأجنبي و جهان مبتيان على ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصله الأقوى هو الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور في النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين إذ ظهور

مصباح الفقاهه (المكاسب)، ج ٤، ص: ٤١٦

البيع في بيع نفسه أو ظهور التمليك في الأصله إنما يتقدم على ظهور النصف في المشاع إذا لم يرد على مال غيره و قد فرضنا أن له ظهور في وروده على مال الغير فلا يعارض شىء من الظهورين لذلك و ان لم نقل بظهور النصف في النصف المشاع و ان كان حقيقه فيه أيضا و لكنه من باب كونه مصداقا لكلي النصف الشامل له و للنصف المختص و للنصف المختص لشريكه و اما اختصاصه بالمشاع فلا لا وضعا و لا انصرافا.

و عليه فلا وجه لرفع

اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورته الولايه و الوكاله أو لم يكن جائز التصرف و بالجمله المثل فى الأجنبى و غيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم

كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الأحد ٢ شهر شعبان سنه ١٣٧٤ و يتلوه أن شاء الله تعالى المجلد الخامس.

---

خويى، سيد ابو القاسم موسى، مصباح الفقاهه (المكاسب)، ٧ جلد، ه ق

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام  
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية  
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب  
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات  
توسيع عام لفكرة المطالعة  
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية  
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة  
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة  
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات  
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : [www.ghaemiyeh.com](http://www.ghaemiyeh.com)

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة ( sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آواده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلى، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : [www.ghbook.ir](http://www.ghbook.ir)

البريد الإلكتروني : [Info@ghbook.ir](mailto:Info@ghbook.ir)

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب فى طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.



مركز  
الغمامة  
اصبحان  
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى  
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم  
**www.Ghaemiyeh.com**

[www.Ghaemiyeh.net](http://www.Ghaemiyeh.net)

[www.Ghaemiyeh.org](http://www.Ghaemiyeh.org)

[www.Ghaemiyeh.ir](http://www.Ghaemiyeh.ir)

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

