



٦٨٢

المكاسب والبيع

تقرير

أبحاث الامتياز الاعظم الميرزا النائيني (قدس)

بتلخيص

العلامة الرباني الشيخ محمد تقى الاملى (قدس)

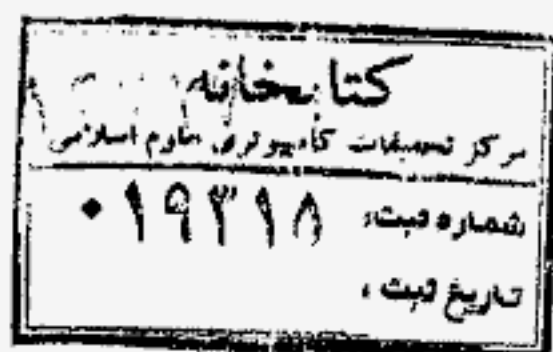
الجزء الثاني

مؤسسة النشر الاسلامي (طهران)

بمراجعة المراجعين من علماء الشريعة والفقه



٦٨٢



المكاسب والبيع

تقرير

أبحاث الأستاذ الأعظم الميرزا النائيني (قده)

مركز تحقيق قلم

العلامة الرباني الشيخ محمد تقى الاملى (قده)

الجزء الثانى

مؤسسة النشر الإسلامى
التابعة لجماعة المدرسين بضم المشرفة

يا صاحب الزمان ادر كفى

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين

ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين

قوله (قده) بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه (الخ) اعلم ان المسلم من الاتفاق على المنع عن الفضولي انما هو في باب العتق والطلاق ، واما ما عداهما ، فلا يخلو اما ان يكون مما لا يقع فيه البحث عن كون الاجازة فيه كاشفة أو ناقلة ، بل تكون الاجازة علة تامة لتحقيق المضمون الذي تعلقت به من حين الاجازة ، وذلك كما في اجازة الرجوع الى الطلاق اذا انشأه غير الزوج فضولياً ، حيث ان اجازته بنفسها رجوع و يتحقق بها الرجوع من حينها ، أو يكون قابلاً لان يقع فيه البحث عن الكشف والنقل ، فالاول ايضاً مما وقع الاتفاق فيه على بطلانه بالفضولي ، بمعنى عدم ترتيب الاثر على الفضولي اصلاً ، و انما الاثر مترتب على نفس فعل المجيز ، و الثاني وقع فيه البحث عن صحة الفضولي فيه ، وان كان المتسالم بين المشهور هو البطلان لكن لم يظهر اتفاق الكل فيه ، فدعوى الاتفاق على بطلان الفضولي في الايقاع على نحو العموم ممنوعة .

قوله (قده) وكان الذي يقوى في النفس لولا خروجه عن ظاهر الاصحاب (الخ) هل المعتبر في نفوذ العقد الصادر عن الفضولي ، هو استناده الى

في اعتبار استناد العقد الى المالك

- ٣ -

المالك مع رضائه به ، أم يكفي مجرد رضاه ولو لم يتحقق الاستناد اليه (احتمالان)
ظاهر المتسالم عند الاصحاب هو الاول ، و مال المصنف قد ه الى الاخير
لو اخرجوه عن ظاهر الاصحاب ، واستدل على ذلك بعمومات ادلة العقود مثل
(او فوا بالعقد) وآية التجارة ، وحديث (لا يحل مال امرئ الا بطيب نفسه) وما
دل على كون سكوت المولى عن نهي العبد عن نكاحه عند العلم به اقراراً به ،
وحديث عروة البارقي المتضمن للقبض والاقباض قبل اجازة النبي ﷺ
وتقريره ﷺ اياه ، مع انه لو لم يكتف بالرضا الباطني لكان القبض حراماً
اذ ليس للفضول ان يقبض ما عنده ويقبض بدله ، وذكر اخيراً منع تسالم
الاصحاب على اعتبار الاستناد لانهم يعبرون كثيراً باعتبار الرضا مثل قولهم
في مقام الاستدلال على الصحة بان الشرائط كلها حاصلة إلا الرضا ، ومثل
قولهم في مقام الاستدلال على عدم كفاية السكوت في الاجازة بأنها اعم
من الرضا .

ولا يخفى ما في الكل ، اما اولاً : فلأن ما يميل اليه في المقام مخالف
مع ما استدل به على نفوذ عقد المكره بالاجازة بفحوى صحة عقد الفضولي
بها ، وذلك لما عرفت من ان مبنى دعوى الفحوى كان على الالتزام باعتبار
الاستناد في العقد حيث يقال (ح) بان عقد الفضول فاقد لجهتين وهما الاستناد
والرضا وعقد المكره فاقد لجهة واحدة و هي الرضا وما هو فاقد لجهتين
لوصح بالتعقب بالاجازة تكون صحة الفاقد لجهة واحدة بها اولى ، وهذا
الاستدلال منافى مع اختيار عدم اعتبار الاستناد اذ على القول بعدم اعتباره
يصير حال العقد الفضولي كعقد المكره من غير اولى في البين اصلاً .

واما ثانياً : فلما ذكره من منع تسالم الاصحاب وما نقله من
العبارة لا تدل على حصر ما يعتبر في خصوص الرضا بلا اعتبار الاستناد ، وذلك

لان الرضا يطلق بمعنيين (الاول) طيب النفس (والثانى) الاختيار واطلاقه بالمعنى الثانى شائع كثير فى استعمالات اهل العرف واللغة ومنه قول العامة فى وجه تسمية الرضا رضاً بالرضا لانه اختاره المأمون لولاية العهد فيمكن ان يكون مرادهم من الرضا فى هذه الكلمات هو الاختيار ولا اقل من الاجمال فلا تكون منافياً مع ما يظهر منهم فى غير مورد من الاتفاق على اعتبار الاستناد .

واما ما استدل به من العمومات ففيه انه لادلالة فى شىء منها على عدم اعتبار الاستناد لولم تكن دالة على اعتباره فهى فى الدلالة على اعتبار الاستناد تكون اظهر ، اما آية وجوب الوفاء فلأن مقتضى تقابل الجمع بالجمع ، اعنى او فوا والعقود هو التوزيع ، اعنى وجوب وفاء كل احد بعقد نفسه ولا اشكال ان عقد الاجنبى لا يصير عقد الراضى به مالم يتحقق الاستناد اليه فبالاستناد يضاف عقد الفضولى اليه ثم يشمله عموم وجوب الوفاء وكذا الكلام فى آية التجارة فان التجارة عبارة عن التكسب واعتبر فيها الرضا ولا بد من استناد التجارة الصادرة عن الفضولى الى المالك حتى تصير تجارته فتحل بواسطة الرضا واما الرضا بتكسب الغير فهو خارج عن مورد الآية كما لا يخفى .

واما حديث الحل ، فلانه انما يدل على اعتبار طيب النفس والرضا فى العقد ولا ينفي اعتبار ماعداه ، اذ ليس فى مقام حصر ما يعتبر فى العقد بالرضا ويكون حاله كحال لاصولة الابفاتحة الكتاب ، حيث انه يدل على اعتبار فاتحة الكتاب فى الصلوة لاعلى عدم اعتبار ماعداها فيها .

واما ما دل على ان سكوت المولى عند علمه بنكاح عبده اقرار فهو على خلاف مراده (قدس) دل حيث انه يدل على ان السكوت منه (ح)

اقرار ولا اشكال ان الاقرار- امر وجودي- تشييت للامر الصادر عن العبد فهو اجازة من غير كلام ، وانما الكلام في الاكتفاء بمحض الرضا الباطني بلا ابرازله في مرحلة الخارج باقرار و نحوه ، وبالجمله فالسكوت بما هو سكوت ليس موجبا لنفوذ النكاح ولم يجعل كك في الخبر منشاء لنفوذ بل هو بما هو اقرار يقتضى النفوذ وهذا خارج عن محل البحث ولذا يستدل على ثبوت الفورية في جملة من الخيارات بكون السكوت اقراراً أى سكوت من له الخيار عن الفسخ مع علمه بأن له الخيار يجعل تشييتاً للعقد ودالأعلى اجرائه على وقته وهو يقتضى سقوط خياره فدلالة السكوت على سقوط الخيار انما هي لاجل كونه اقراراً و تشييتاً كما سيأتى توضيحه .

والحاصل ان هذا الدليل لا يدل على صحة الاكتفاء بالرضا ولولم يكن مع الاستناد لولم يجعل دليلاً على اعتبار الاستناد لمكان التعبير بكون السكوت اقراراً كما لا يخفى ، واما رواية عروة البارقي فسيأتى الكلام فيها مفصلاً فالمتحصل مما ذكرناه اعتبار الرضا والاستناد معاً في نفوذ عقد الفضولي وعدم صحة الاكتفاء بالرضا .

ولا فرق فيما ذكرناه بين ما كان متعلق فعل الفضولي ملكاً للغيرو كانت الحاجة الى اجازة المسبب بالدرجة الثانية، اعنى معناه الاسم المصدري أو كان متعلقه مما يتعلق به حق الغير وكانت الحاجة الى الاجازة بالنسبة الى الدرجة الاولى من المسبب، اعنى معناه المصدري كبيع الراهن بلا اذن المرتهن وكنكاح بنت الاخ والاخت بلا اذن العمة والخالة وكنكاح الباكرة بلا اذن وليها لوقيل باعتبار اذنه وكنكاح العبد أو فعله ما يتبع به بعد عتقه بلا اذن مولاه ، اذ الجميع مشترك في اعتبار الاجازة زائداً عن الرضا الباطني . ولا يصح الاكتفاء بالرضا الباطني في شيء منها، اما فيما كان

المحتاج الى الاجازة هو المعنى الاسم المصدري كبيع مال الغير فضولياً فلما تقدم من ان عقد الفضولى لابد من ان يستند الى المالك فما لم يستند اليه لا يصير عقده فلا يشمل العمومات الدالة على صحة العقود مثل عموم او فوا ونحوه .

واما ما كان المحتاج الى الاجازة فيه هو المعنى المصدري ، فلأنه بعد فرض تعلق حق الغيره ووقوفه على اذنه يتوقف نفوذه على احدا من اهل اسقاط حق الغير لى بمضى بصيرورته طلقاً عن حق الغير كما اذا اسقط المرتهن حقه عن العين بعد بيع الراهن أو الى تنفيذه لو لم يسقط حقه و الرضا الباطنى لا اسقاط ولا تنفيذ فيحتاج الى فعل وجودى منفذ بعد فرض الحاجة الى التنفيذ .

قوله قدّمه ثم انه لو اشكل فى غير المالك فلا ينبغى الاشكال فى عقد العبد (الخ) اعلم انه يحتمل ان يكون المراد من العصيان المذكور فى الخبر الوارد فى صحة نكاح العبد اذا اجازه المولى معللاً بأنه لم يعص الله سبحانه و انما عصى سيده فاذا اجاز جاز هو العصيان التكليفى أى الحرمة التكليفية ، و يحتمل ان يكون بمعنى الوضع اعنى التجاوز عن حق المولى أى فعل ما يتوقف صحته على اذن المولى وكان زمامه بيده ، فعلى الاول ترتفع الحرمة التكليفية بمجرد رضا المولى باطناً من غير حاجة الى الاجازة ، وعلى الثانى فيتوقف صحة ما فعله على اذنه أو اجازته .

اذا عرفت ذلك : فاعلم ان مبنى ما افاده (قده) من عدم تحقق المعصية التى هي مناط المتع فى الاخبار بعد الرضا الباطنى ولو لم يأذن المولى . يتم على الاحتمال الاول ، ولا يخفى ما فيه . ضرورة فساد هذا الاحتمال لان العصيان لو كان بهذا المعنى لزم صحة نكاحه ولو مع عدم الرضا

ايضاً لكون النهي (ح) راجعاً الى ناحية السبب اعني مقام التلفظ بصيغة العقد واستعمالها حسبما تقدم وقدم ايضاً ان حرمة السبب لا يوجب فساد المعاملة فالالتزام بالحرمة التكاليفية مقتضى للالتزام بعدم الفساد كما لا يخفى .

قوله قد علم ان الفضولي (الخ) الفضولي اما يبيع لنفسه واما يبيع عن المالك، وعلى الثاني ، فاما يكون مع سبق النهي عن المالك أولاً فهنا ثلاث صور، والمتيقن من صحة الفضولي هو الاخير اعني ما اذا باع الفضولي عن المالك مع عدم سبق النهي عن المالك ، اذا قلنا في هذه الصورة اختلفوا في الصحة في صورتين الاولتين ، وبالجمله فالكلام الآن في هذه الصورة ، وقد وقع الخلاف في صحة الفضولي فيها والمشهور على الصحة وهو الحق .

والبحت عن صحة الفضولي فيها في مقامين (الاول) في ان صحته هل هي مطابق مع القاعدة أي ان الادلة العامة هل تقتضي الصحة أم لا (الثاني) فيما تقتضيه الادلة الخاصة لو فرض عدم مطابقة صحته مع القواعد ، أو مع قطع النظر عن القواعد .

اما المقام الاول: فالحق كون صحة الفضولي مطابقاً مع القاعدة ، وتقريب ذلك تارة يقع على مسلك المصنف (قده) من الاكتفاء بالرضا الباطني والقول بعدم الحاجة الى الاستناد ، واخرى على ما حققناه من الحاجة الى الاستناد مع الرضا لانه يختلف التقريب حسب اختلاف المسلكين ، اما الاول فتقريبه محاذياً لما في الكتاب ان يقال ان مقتضى العمومات مثل (أو فوالعقود) (واحل الله البيع) هو صحة البيع مطلقاً سواء كان مع الرضا أم لا ، سواء كان الرضا سابقاً أو مقارناً أو لاحقاً ولكنها خصصت بما يدل على اعتبار الرضا

و دليل الدال على اعتبار الرضا اما مطلق أى يدل على كفايته مطلقاً . و لو كان لاحقاً او يكون مجعلاً من هذه الجهة ، و على الاول فيدل على كفاية الرضا اللاحق ، وعلى الثاني يكون المتيقن منه هو اعتبار الرضا في الجملة : اما خصوص الرضا السابق و المقارن فلا يدل عليه دليل و اذا شك في اعتباره يكون المرجع هو العام لكون التخصيص بالمخصص المنفصل المجمل هذا هو غاية تقريبه (قده).

ولا يخفى ما فيه اما اولاً فلأنه ما لم يتم الاستناد لا يكون شيئاً من العمومات دليلاً على الصحة لما ذكرناه في مفاد عموم (اوفوا) من ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضى التوزيع ، فكل احد يجب عليه الوفاء بعقده لا بعقد الصادر عن اخرا جنبى عنه ، فالعقد الصادر عن الفضول ما لم يستند الى المالك لا يصير المالك متعلقاً لمخاطب وجوب الوفاء به سواء قلنا بان مفاد اوفوا حكم وضعى كما هو الحق أو انه حكم تكليفى ينتزع عنه الحكم الوضعى على ما اختاره المصنف قده على ما سيأتى .

و اما آية الحل فلا شبهة ان المراد من البيع فيها هو معنى الاسم المصدرى اعنى ما هو نتيجة البيع بالمعنى المصدرى ، و ما هو عبارة عن المبادلة بين المالين التي هي التجارة بمعنى التكسب ، و معلوم انه لم يتحقق من الفضول ، و انما الصادر عنه هو البيع بالمعنى المصدرى وبالإجازة يصير بيعاً و تجارة من المجيز ، فمع عدم الاستناد ليس بيع بمعنى الاسم المصدرى حتى يتعلق به حكم الحل بركة عموم احل الله البيع

و اما ثانياً : فلأن ما افاده من انفصال المخصص عن العام و كون التخصيص بالدليل المنفصل ممنوع ، كيف و آية التجارة من العمومات الواردة في مساق بقية العمومات و قد خصص بقيد الرضا بقيد متصل و كون

في ان الفضولي موافق مع القاعدة ٩-

التخصيص فيها بالمتصل يستلزم كون ماعداها من ساير العمومات التي لم يذكر فيها ذاك المخصص ايضاً كذلك ، وذلك بعد اشتراكها مع عموم تلك الآية المباركة في المفاد والمؤدى و انها باجمعتها مثبتات لمعنى واحد و هو اعضاء المعاملات العرفية المقتضى لصحتها .

واما ثالثاً: فلأن محصل ما افاده قده يرجع الى تأسيس الاصل في كل شرط وان الاصل فيه هو التأخر ضرورة ان مقتضى ما افاده هو عدم استفادة اعتبار تقارن الرضا مع العقد بل الدليل الدال على اعتباره يدل على اصل اعتباره في الجملة وعند الشك في اعتبار تقارنه يدفع اعتباره بالاصل فيكون شرطاً ولو مع التأخر ولا يخفى ان فتح هذا الباب مستلزم لا بداء احتمال تأخر كل شرط عن مشروطه وهذا وان كان ممكناً في نفسه إلا أنه بعيد في الغاية بل طبع اشتراط كل شرط يقتضى اعتبار مقارنته مع المشروط وهو الاصل فيه إلا ان يقوم الدليل على الاكتفاء بوجوده المتأخر ايضاً هذا تمام الكلام في التقريب الاول مع ما فيه .

و اما الثاني: اعنى تقريب مطابقة صحة الفضولي مع القواعد محاذياً مع ما هو المختار من اعتبار الاستناد والرضا فيبانه يتوقف على مقدمة ، وهي انه لا اشكال ان باب العقود والايقاعات انما هو باب الابداع والانشاء لكن الابداعات تنقسم على قسمين : فمنها ما يتعلق بالامور الخارجية التي موطن وجودها وعالم تحققها هو الخارج ، ومنها ما يتعلق بالامور الاعتبارية التي لاوعاء لوجودها إلاعالم الاعتبار وبين القسمين فرق ، اذ في الخارجية يترتب وجودها على ابداعها بلا مهلة ولا يعقل التفكيك بينهما ، فاذا تحقق الكسر يتحقق الانكسار أو تحقق التسخين يتحقق التسخن .

و اما في الاعتباريات ففيها مرحلتان مرحلة وجود المنشأ في

موطن الانشاء و هذه المرحلة كالخارجيات لا ينفك المنشأ فيها بوجوده الانشائي عن الانشاء ، و مرحلة تحقق المنشأ في عالم الاعتبار و هذه المرحلة يمكن انفكاكها عن الانشاء و ذلك فيما اذا توقف تحققه على امر آخر من اعتباره ممن بيده الاعتبار اذ ليس كل منشئ ممن بيده الاعتبار وعلى هذا ففي مثل ملكتك السماء ايضاً يتحقق المعنى الانشائي بالانشاء لكنه لا يتحقق له في عالم الاعتبار .

اذا ظهر ذلك فنقول : اما الخارجيات فلا يخلو اما ان تقبل النيابة كالضرب و نحوه أو لا تقبل النيابة ، و على كلا التقديرين فشيء منها لا يقبل الفضولي اما ما ليس قابلاً للنيابة فواضح اذ كلما تحقق يكون مستنداً الى مباشره محضاً و اما ما يقبل النيابة فان كان باذن من الغير سابقاً على وقوعه يكون مستنداً الى الآذن وان لم يكن مع سبق الاذن فلا يصير بالآذن اللاحق مستنداً الى الآذن كما اذا ضرب ضارب وانت تجيز ضربه بعد العلم بصدوره ، و ذلك لأن ضربه هذا له جهتان وهما جهة صدوره عن الفاعل بالمعنى المصدري وجهة صدوره وتحققه في الخارج بمعنى الاسم المصدري واذا استنابه في ضربه يستند الضرب الى المنيوب عنه واذا اجازته بعد صدوره لا يستند اليه بالاجازة لامعناه المصدري ولا معناه الاسم المصدري امامعناه المصدري ، فلا استحالة انقلابه عما وقع عليه ، والمفروض انه صادر عن الفاعل . و لا يعقل ان يصير بالاجازة مستنداً الى المجيز و اما المعنى الاسم المصدري فلتحققه حين اليجاد من غير تراخ و توقف في تحققه على امر مترقب ، والشيء الواقع لا يعقل ان ينقلب عما وقع عليه ففي مثله استحيل تأثير الاجازة المتأخرة ، فلا يتمشي فيه الفضولي بوجه من الوجوه .

واما الاعتبارات فما لا يقبل منها النيابة ايضاً لا يقبل الفضولي

والتقابل منها للنيابة ، فبالنسبة الى المعنى المصدرى لا يؤثر الاجازة المتأخرة في استناده الى المجيز كما في المعنى المصدرى من الخارجيات وبالنسبة الى المعنى الاسم المصدرى تكون هي قابلة للاجازة بخلاف الخارجيات ، وذلك لامكان تخلف وقوعه عن وقوع المعنى المصدرى لاجل توقيفه على امر مترقب من اعتبار ممن ييده الاعتبار أو اجازة أو نحو ذلك ، وعلى هذا فيصير المعنى للاسم المصدرى الواقف لولا الاجازة متنفذاً بالاجازة وتكون الاجازة منفذاً له .

ومنه يظهر ان الاجازة لا بد من ان تقع على عقد متحقق بحيث تؤثر في نفوذه وترتيب الاثر عليه لا ان تكون هي بنفسها مما يترتب عليه الاثر كان في البين عقداً لا ، ويترتب على ذلك انه يعتبر في مورد تأثير الاجازة امران (احدهما) ان يكون ترتيب الاثر على متعلق الاجازة متوقفاً على الاجازة ، بحيث لو لاها لم يترتب عليه الاثر ، فلو كان هو بنفسه مما يترتب عليه الاثر كانت في البين اجازة ام لا ، لكن خارجاً عن مورد الفضولي ، وذلك كأداء الدين و الزكوات والاحماس من المتبرع ، حيث ان نفس تأديتها يوجب تخلية ذمة المديون منها ، بلا توقف منها على اجازة المديون فلا يقع فيه الفضولي ولا يصير بالاجازة مستنداً الى المجيز (وثانيهما) ان تكون الاجازة تنفيذاً لفعل الفضولي ولم تكن مما يترتب عليه بنفسه الاثر ولولم يكن فعل فضولي في البين ، ولو كان كذلك لكان خارجاً عن باب الفضولي ، وذلك كما في مثل الرجوع وجميع العقود الاذنية التي يكفي فيها الاذن ، حيث ان الاجازة فيها رجوع أو اذن .

إذا تبين ذلك فنقول اذا كان مصب الاجازة هو المعنى الاسم المصدرى لا المعنى المصدرى لعدم قابليته لان يلحقه الاجازة يكون مرجع

الشك في صحة الفضولي الى الشك في اعتبار صدور المعنى المصدري عن
يعتبر اجازته ، فانه لو كان صدور المعنى المصدري منه معتبراً في صحة
العقد لم يكن الفضولي صحيحاً ، ولو لم يكن معتبراً ، لما كان مانعاً عن
صحة الفضولي .

وحيث رجع الشك الى اعتبار صدور المعنى المصدري عن له الاجازة
زايدة عن اعتبار استناد لمعنى الاسم المصدري اليه يدفع اعتباره بالاطلاقات حيث
انه بعد الاجازة يستند العقد أو التجارة وكل ما كان من نظائر ذلك موضوعاً لحكم
في عام من العمومات مثل (احل الله البيع) ونحوه الى المجهز وبعد استناده اليه و
كون الشك في الصحة ناشياً عن الشك في اعتباره حيث صدور المعنى
المصدري عن المجهز يدفع اعتباره ببركة الاطلاقات و العمومات ولا
يلزم (ح) المحذور الذي اوردناه على مسلك المصنف (قدم) من انه مع
عدم الاستناد لا دلالة في العمومات ، وظهر الفرق بين المسلكين
و تبين فساد التمسك بالعمومات على المسلك الاول دون المسلك المختار
بملا مزيد عليه ، هذا اذا انتهت النوبة الى الشك في اعتبار استناد الانشاء
الى من له الاجازة زائدة عن اعتبار استناد المنشأ اليه ، ويمكن دفع
الشك في اعتباره بالتمسك ببناء العقلاء ، بأن يقال ان المعتبر عندهم في
ابواب المعاملات هو استناد المعنى المنشأ ، والاسم المصدري الى من بيده
الاجازة ، ولا يعتبرون استناد المعنى المصدري اليه .

و مما ذكرنا كله يظهر ما في كلام شيخ الفقهاء في كشف الغطاء
من تأسيس الضابط لما يصح فيه الفضولي بأن كلما يصح فيه النيابة يصح
فيه الفضولي ، وجه الضعف هو ما بيناه من عدم جريان الفضولي في كلما يصح
فيه النيابة ، وذلك كما في مثل اداء الدين ونحوه ، فانه يصح فيه النيابة

مع انه لا يصح فيه الفضولي ، اللهم إلا ان يقيد الضابط بقيد آخر ، وهو قيد ان لا يجري فيه التبرع فانه مع زيادته يفيد الكلية فان ما يصح فيه النيابة لا التبرع يقع فيه الفضولي كلياً كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في ايضاح كون صحة الفضولي على طبق القاعدة ، و قد بقي الكلام في المقام الثاني وهو البحث عما تقتضيه الأدلة الخاصة حسبما يأتي .

قوله قد عده وان وجهنا شرائه على وجه يخرج عن الفضولي (الخ) وذلك لان عروة كان وكيلاً في شراء الشاة بدينار فكان ما اشتراه من الشاتين بدينار مشمولاً للوكالة اذ الوكالة ما تعلقت بخصوص شاة واحد على نحو التقييد بقيد بشرط لا حتى يكون شراء الشاتين خارجاً عن تحت الوكالة فيكون مورد الفضولي هو بيعه احد الشاتين اللتين اشتراهما اذ لم يتعلق به الوكالة .

قوله قد عده ولكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة (الخ) اورد على الاستدلال بالرواية بأسر (الاول) ان تقريب الاستدلال بها يتم مع ظهور هافي توكيل عروة في خصوص شراء الشاة بحيث ينصدم به احتمال كونه وكيلاً مفوضاً . و امام احتمال الوكالة المفوضة فلا يتم الاستدلال : وذلك لقيام احتمال كونه وكيلاً في بيع الشاة و اقباض المثلث و قبض الثمن و مع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال لولم يدفع بدافع هذا مضافاً الى امكان دعوى ظهور الرواية في الوكالة المفوضة إلا انه لا يحتاج الى دعواه مع انه دام اساس الاستدلال بصرف الاحتمال ، و لا دافع لهذا الاشكال الادعوى ظهور الرواية في توكل عروة في خصوص الشراء وهي ليست بكل البعيد :

الامر الثاني : ما اشار اليه المصنف (قده) بقوله لا يخفى ان الاستدلال

بها يتوقف على دخول المعاملة (النج) وهويتم بناء على ما اختاره من عدم الحاجة الى الاستناد والالتزام بكفاية رضا المالك بوقوع المعاملة على ماله في وقوعها ولو لم تكن مستندة اليه ، و على ذلك يورد على الاستدلال بالرواية بدعوى ظهور علم عروة برضاء النبي ﷺ بمافعله من بيع احدى الشاتين وقد تأيده بقبض الثمن واقباض الشاة ، مع انه لو كان فضولياً لكان القبض والاقباص حراماً ، ولم يكن محل لتقرير النبي ﷺ اياه فيما فعله فمن تقريره ﷺ يستكشف جواز ما فعله من القبض والاقباص وجوازهما منوط بعلم عروة برضاء النبي ﷺ بمافعله ، وإلا لكان حراماً ومع العلم برضاء يخرج عن كونه فضولياً بناء على عدم الحاجة الى الاستناد هذا محصل مراده وفيه ما لا يخفى .

اما اولاً فله ساد المبنى وقد تقدم بما لا مزيد عليه ، و اما ثانياً ، فلما فيما ذكره من التأييد بالقبض والاقباض وذلك لانه بناء على المختار من اعتبار الاستناد في صحة العقد نقول الذي يحتاج الى الاستناد انما هو العقد . و اما القبض و الاقباض فيكفي في جوازهما العلم بالرضا ، فصدور القبض والاقباض من عروة انما هو لاجل علمه برضاء النبي ﷺ وهو كاف في جواز وقوعهما منه وخروج فعله عن كونه محرماً لکن لا يخرج بذلك فعله البيعي عن كونه فضولياً لأجل فقد الاستناد ولو كان الرضا متحققاً .

وبالجمله فدلالة هذا الفقرة من الرواية على صحة الفضولي غير قابل للانكار وانه لا ينافيه وقوع القبض والاقباص الغير الجائز وقوعهما عن الفضول ، و ذلك لامكان علم عروة برضاء النبي ﷺ بوقوعهما .

الامر الثالث: ظهور الرواية في كون بيع عروة لاحدى الشاتين معاطاتياً وقد تقدم في باب المعاطاة كفاية وصول كل من العوضين عن صاحبه الى

الآخر بأى طريق كان و انما العبرة في صحة المعاملة المعاطانية ، هو العلم بالرضا فيخرج عن الفضولي (ح) و الى هذا الوجه يشير بقوله قده :

خصوصاً بملاحظة ان الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة (الخ) ولا يخفى ما فيه اما اولاً فلمنع ظهور الرواية في كون بيع الصادر عن عروة معاطاتياً خصوصاً مع ملاحظة كونه من اهل اللسان و كون التكلم بالصيغة مثل بعتك وقبلت قليل المؤنة لديه من غير حاجة الى حضور عند من يجرى الصيغة له كما لا يخفى .

و اما ثانياً: فلما تقدم في باب المعاطاة من احتياج المعاطاة الى انشاء فعلى ولا يكفيه فيها صرف وصول كل من العوضين عن صاحبه الى الآخر مع رضائه به ، وقد قلنا ان مثل تلك المعاملة لا تفيد الملكية بل هي مفيدة للإباحة ، وانما ذكره القائل بالإباحة ولو كان ممنوعاً في مطلق المعاطاة . و لكنه مقبول في المحقرات التي جرت السيرة بالاكْتفاء فيها على مجرد وصول كل من العوضين الى الآخر ولو كان بواسطة حيوان ولا شبهة في تحقق الانشاء الفعلي في قضية عروة حيث انه وقع القبض والاقباض فيدخل في باب الفضولي من غير اشكال .

قوله قده وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة (الخ) وهذه الموهنات ، مثل ما يورد على حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة قبل السؤال عن الابن البائع من انه هل باع بلا اذن من ابيه أو انه يدعى الوكالة عنه ، ومثل حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة قبل السؤال عن السيد عن انه هل يريد الاجازة ام لا ، ونحو ذلك من الموهنات، ووجه وهنها هو ان مولانا ابا جعفر عليه السلام ليس عند نقله هذه القضية عن امير المؤمنين عليه السلام في مقام نقل ما وقع منه عليه السلام في مجلس قضاائه بل هو في مقام نقل نتيجة قضاائه و حاصل

حكمه الذي به طوى مجلس القضاء بلاغرض في نقل ما وقع من المتخاصمين من القيل والقال والبحث والجدال فهذه الوجوه طراً واهية، وعمدة ما يرد على الرواية من الموهنات ثلاثة وجوه:

الاول حكمه عليه السلام بأخذ ابن الوليدة مع انه حر ولد عن الوطى بالشبهة وذلك لجهل المشتري ببطلان البيع كما يظهر من مناشدته مع امير المؤمنين عليه السلام وتعليمه عليه السلام اياه بأخذ الابن البايع ولا يخفى ان الولد نشأ عن الوطى بالشبهة حتى في صورة الاجازة ايضاً و لو على القول بالكشف الحكمي لان مقتضى الكشف الحكمي لا يكون ترتيب جميع ما يترتب على وقوع البيع من حينه حتى لو ازمه وملزوماته حسبما يأتي شرحه ، نعم يصح ترتيب جميع الآثار بناءً على الكشف الحقيقي لكنه لا نقول به ولا يمكن ان يقال به ايضاً كما سيأتي شرحه.

الثاني حكمه عليه السلام ~~بحسب~~ الابن البايع للوليدة حتى يأخذ ابنه عن السيد مع ان البايع حر لا يجوز حبسه في مقام اخذ ابنه المتولد عن الوليدة .

الثالث حكمه بنفوذ اجازة السيد لبيع امته بعدرده. الكاشف عنه مطالبته في مجلس القضاء واخذه اياها مع ابنها بعد الحكم بأن له الاخذ اذ نفس المطالبة تدل على الرد بالانتماء ، حيث انه لو اجاز البيع لما احتاج الى الترافع كما ان الاخذ رد فعلى مثل الرجوع في العدة بالفعل أو الفسخ الفعلي مع ان الاجازة لا تكون مؤثرة بعد الرد بالاجماع والقول بمنع الاجماع وجعل الرواية دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد كما في حاشية العلامة الطباطبائي (قده) كما ترى وهذه عمدة الاشكالات الواردة على الرواية ولكنها كلها مندفة .

أما الاول فلا مكان حمل اخذ ولد الوليدة مع كونه حراً على حبسه لأخذ

قيمته يوم ولد حر الكونه نماء لملك سيد الوليدة و حيث وقع حراً من وطى
المشتري يكون غرامته عليه و يجب عليه تأدية قيمته فليسيد الوليدة حبس
ولدها الحر الكى يؤخذ بقيمته ، و اما الثانى فبحمل حبس بايع الوليدة
لاجل استرداد الثمن الذى قبضه عن المشتري و الغرامات التى ورد على
المشتري من ناحية شراء الوليدة فان له الرجوع به على البايع اذا كان جاهلاً
بكون البايع فضولاً.

واما الثالث فبأنه ليس فى الرواية ما يدل على صدور الرد من المالك
لاقولاً ولا فعلاً ودفع الامر الى الحاكم و مطالبة الوليدة عن المشتري لا يكون
رداً فعلياً بل كل واحد منهما اعم من الرد ، و انما المطالبة والاخذ منه جرى
على طبق الملك السابق والجرى على طبقه اعم من الرد ، نعم هما يدلان
على عدم الاجازة الذى هو امر عدمى لا على الرد الذى هو امر وجودى و
الذى لا ينفع بعده الاجازة هو الرد الذى يكون وجودياً و اما عدم الاجازة فلا يضر
بالاجازة اللاحقة اصلاً فليس حال الاجازة والفسخ فى باب الفضولى كحال الاجازة
والفسخ فى باب الخيارات فيما ثبت فيه فورية الخيار ، حيث ان نفس ترك الاخذ
بالفسخ اجازة للمعاملة و يسقط به حقه دون المقام ، و الفرق بينهما ان
الخيار حق ثابت لذى الخيار ارفاقاله ويكون ترك الاخذ به موجبا لتفويت
حقه بسبب تصرف من عليه الخيار فى العين حيث انها ملكه قبل الفسخ ،
وهذا بخلاف باب الفضولى فان المالك قبل الاجازة والرد لا يحصل تفويت
فى حقه اصلاً و انما الاجازة منه بمنزلة احداث معاملة جديدة ، فكما انه
ليس عليه ان يبيع ماله فوراً بل له الخيار فى البيع و تركه ، كذلك ليس عليه
فورية اجازة البيع الواقع على ماله فضولاً ، بل له ان يجيز ، وله ان يترك
الاجازة الى زمان آخر .

والحاصل ان الرواية لاتدل على صدور الرد و انشائه منه لا قولاً ولا فعلاً حتى تكون الاجازة منه اجازة بعد الرد ، وكانت غير مؤثرة بالاجماع ، هذا مضافاً الى انه لو سلم كون المخاصمة و مطالبة الوليده ردأ قولياً ، و اخذها من المشتري ردأ فعلياً ، لم يكن اشتغال الرواية على كون الاجازة بعد الرد مضراً بالاستدلال به على صحة الفضولي بالاجازة .

و توضيح ذلك ان استفادة عموم الحكم عن دليل وارد في مورد لا يخلو عن انحاء (الاول) ان يكون المورد متحد النوع مع بقية افراد نوعه فيسرى الحكم عنه الى بقية افراد نوعه لاشتراكها معه في اندراجها تحت نوع واحد مثل ماورد من قولهم رجل فعل كذا فله كذا حيث ان المحكوم عليه وان كان فرداً واحداً الا انه يحكم بشمول حكمه الى كل فرد من افراد الرجل المشترك معه في النوع (الثاني) ان تكون القضية بلفظها متكفلة لاثبات العموم لاشتمالها على ادواته او كونها مطلقة دالة على العموم باجراء مقدمات الحكمة فيها (الثالث) ان يكون مجموع القضية من صدرها وذيلها دالة على العموم بدلالة سياقية .

فان كان استفادة العموم من الرواية في المقام بالوجه الاول يرد عليه عدم اتحاد المورد مع بقية الافراد في الحكم لقيام الاجماع على عدم تأثير الاجازة بعد الرد فيكون حكم الاجازة في مورد الرواية مخالفاً مع حكمها في ساير الموارد ، وان كان بالوجه الثاني يرد عليه بلزوم تخصيص المورد المستهجن القبيح ، حيث لا يجوز القاء حكم عام لاجل الانطباق على مورد يكون خارجاً عن تحته بالتخصيص ، وان كان بالوجه الثالث فيمكن استفادة العموم بما سنحققه ، لكن المورد ليس من قبيل الاول ، وذلك لعدم اتحاد المورد مع بقية افراد نوعه ، ولا من قبيل الثاني لعدم مايدل على العموم ،

فتعين ان يكون من قبيل الثالث .

وقرينه ان قول الامام عليه السلام في مقام تعليم المشتري، مخذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك ، وقول الباقر عليه السلام فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه كلاهما يدلان على مفروغية قابلية بيع الفضولي لان ينفذ بالاجازة فكل واحدة من لفظة ينفذ البيع ، واجاز بيع ابنه ظاهرة في تعلق الانفاذ والاجازة بما فعله الابن وصدر عنه ، فهنا ظهور ان ظهور النفوذ والاجازة في كونهما متعلقين بالبيع الفضولي ، وظهور مطالبة المالك ، واخذ الوليدة في كون الاجازة بعد الرد بناء على ظهورهما في الرد قولاً وفعلاً فح يجب ان يلاحظ الاظهر منهما فان كان في الين اظهرية يؤخذ بما هو الاظهر ويجعل قرينة على صرف الظهور الآخر ، وإلا يصير الخبر مجملاً يسقط عن قابلية الاستدلال به ، لكن الكلمتين في كسوف الاجازة متعلقة بالبيع الفضولي اظهر بل هما نصان في ذلك ، ومطالبة المالك بالوليدة واخذها من المشتري لهما ظهور في كون الاجازة بعد الرد وقابلان للصرف بقرينة اظهر فيجعل ظهور كلمة النفوذ والاجازة قرينة على صرف هذين عن ظهورهما في الرد ويحملان على كراهة المالك للبيع بلا انشاء ريمنه حتى لا يكون بعده قابلاً للاجازة والحاصل ان دلالة هذا الخبر على قابلية البيع الفضولي للاجازة غير قابل للانكار كما لا يخفى .

قوله قد ورد بما يستدل ايضاً بحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحرو العبد (النخ) المقصود من النص الوارد في صحة نكاح الفضولي في العبد هو النص الوارد في صحة نكاحه الواقع بغير اذن مولاه معللاً بأنه لم يعص الله تعالى وانما عصي سيده فاذا اجاز جاز ، ومن النص الوارد في

صحة الفضولي في نكاح الحر هو النصوص الواردة في موارد مخصوصة ،
كنكاح الاب لابنه ، ونكاح الام لابنه ، ونكاح الوصي ، فالكلام هاهنا في
مقامين الاول في الاستدلال بالطائفة الاولى اعني ما دل على صحة نكاح
العبد عند تعقبه باجازة الولي على صحة الفضولي في غير النكاح ايضاً ،
و تقريب الاستدلال بوجهين (الاول) طريق الفحوى والاولوية

وتوضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) ان القياس المنصوص
العلة عبارة عما اذا لم يكن في الحكم المذكور في الكلام ما يوجب
اختصاصه بالموضوع المذكور فيه ولا في علة الحكم المذكورة في الكلام
ما يوجب احتمال دخل اضافتها الى خصوص المورد المعلن (في كونها علة)
نظير ما اذا ورد مثلاً الخمر حرام لأنه مسكر حيث انه ليس في الحكم
اعني الحرمة ما يوجب اختصاصه بالخمر بل كلمة حرام في هذه القضية يحمل
على كل حرام في العالم في قضايا آخر كحمله على الخمر في تلك القضية
ولا في العلة اضافة : الي الموضوع بحيث يصير منشأة لاحتمال اختصاص
اسكار الخمر في كونه علة للحرمة ففي مثل هذه القضية تكون العلة
المذكورة من قبيل المنصوص العلة الموجب لتعدي الحكم عن تلك القضية
الى كل ما يحقق فيه العلة فيقال مثلاً النبيذ مسكر بالوجدان و كل
مسكر حرام فالنبيذ حرام فتكون النتيجة قضية مركبة من موضوع اخذ
من صغرى القياس اعني قولنا النبيذ مسكر ومحمول اخذ من كبراه اعني
قولنا وكل مسكر حرام هذا :

و امامع اضافة العلة الى الموضوع كما اذا كان في المثال المذكور
(الخمر حرام لاسكارها) بدل قوله لانها مسكر فلا يخلو اما ان يستفاد الغاء
خصوصية اسكار الخمر في كونه علة للحرمة بل الاسكار بما هو اسكار

ولومع عدم اضافته الى الخمر يكون علة للحرمة فيدخل فى المنصوص
 العلة كالقسم الاول واما ان لا يستفاد من الخارج الغاء خصوصية اسكار
 الخمر فى دخله فى العلة فيخرج عن باب منصوص العلة ولا يمكن اسراء
 الحكم بهذه العلة المحتمل اختصاصها بالمورد عن مورد ها الى غيره
 من الموارد .

الامر الثانى قوله (ع) انه لم يعص الله وانما عصى سيده علة لصحة
 نكاح العبد بالاجازة وقد اضيفت العلة فيه الى المورد وهو قوله عصى سيده
 فعصيان السيد صار علة للحكم وفيه احتمالان (الاول) ان يكون المراد
 بالعصيان مخالفة الحكم التكليفى اعنى ارتكاب مخالفة المولى وفعل ما
 يعد معصية له (الثانى) ان يكون المراد منه هو الحكم الوضعى اعنى
 التصرف فى حق المولى بنكاحه لكون نكاحه حقا للمولى حيث ان له ان
 يختار بعده ما يشاء فعلى المعنى الاول يختص العلة بالمورد اذ ليس فى التصرف
 فى حق غير المولى من موارد الفضولى عصيان تكليفى بالنسبة الى صاحب
 الحق لعدم مولوية فى البين يصدق معها العصيان بل يختص العصيان بالنسبة
 الى مخالفة العبد مع مولاه . فلا يمكن تعميم الحكم عن مورد العبد الى
 ساير الموارد بواسطة عموم العلة بل لو كان فى البين فحوى يتمسك بها
 والا فلا يصير هذا الخبر دليلاً على العموم اصلاً ، وعلى الثانى يتم التمسك
 بالعلة المنصوصة بلا احتياج الى التمسك بالفحوى ، وذلك لان العصيان
 اذا صار بمعنى الوضع واريد منه التصرف فى حق السيد يصير المعنى
 هكذا العبد لم يعص الله تعالى حتى يتغير عما وقع عليه بل انما تصرف فى
 سلطان السيد ، وكلما كان تصرف فى سلطان السيد ينفذ اذا اجاز لكونه
 ذا حق رضى به وبعد اسقاط خصوصية السيادة ، وجعل المالك رضا صاحب

الحق يتحصل المعنى من انه عصى آدمياً واذا اجاز الآدمي جاز ، فيدل على صحة كل فضولي سواء كان نكاح العبد أو غيره .

اذا عرفت ذلك ، فنقول تمامية التمسك بالفحوى متوقف على كون العصيان هو بمعنى التكليف لا الوضع ، ولكن الظاهر منه هو الوضع لا التكليف وذلك لا يمكن ان لا يكون من السيد نهى كما اذا لم يكن مطلقاً على ارادة العبد للنكاح مع ان نهى المولى عنه وعصيانه له لا ينفك عن عصيان الله سبحانه لوجوب اطاعته لسيدته شرعاً ، وعلى ذلك فالخبر المذكور يدل على صحة الفضولي في غير مورد نكاح العبد بلا حاجة الى التمسك بالفحوى : ومن ذلك ظهر تقريب الثاني في الاستدلال بالخبر اعني التمسك به من غير طريق الفحوى .

فان قلت : الاستدلال بما ورد من صحة الفضولي في نكاح العبد على صحته في غير مورد نكاحه فاسد لثبوت الفرق بين نكاح العبد وبين غيره ، حيث ان في نكاح العبد كان التصرف في حق المولى بايجاد النكاح بالمعنى المصدري نظير توكل العبد عن غيره أو فعله ما يتبع به بعد عتقه وفيما عدى تصرف العبد يكون التصرف في حق الغير بمعنى الاسم المصدري وصحة التصرف بالاجازة في المعنى المصدري لا يقتضى صحته بها في المعنى الاسم المصدري .

قلت : نكاح العبد مما يتوقف صحته على الاجازة بمعنى الاسم المصدري لما عرفت من ان نكاح العبد حق للمولى وله ان يختار له ما يشاء وليس وزانه وزان توكل العبد عن الغير أو فعله ما يتبع به بعد العتق مما لا يكون معنى الاسم المصدري متعلق حق المولى ، وانما كان التصرف في حقه في المعنى المصدري محضاً بل وزان نكاحه وزان التصرف فيما يبيده

من الاموال التي ملك للمولى ، بناء على امتناع ملك العبد ، أو متعلق حقه
بناء على صحة تملك العبد ، بل الحكم في جميع ما كان تصرفاً في حق
الغير يكون كك ، كبيع عين المرهونة بلاذن المرتهن ، وبيع المحجور
عليه ماله بلاذن الديان بعد الحكم عليه بالحجر ، وبيع الورثة ما انتقل
اليهم بالارث بلااجازة الديان في صورة استيعاب الدين ، فان البيع في جميع
هذه الفروض فضولي يحتاج المعنى الاسم المصدري منه الى الاجازة ، و
المثال المحقق لما يكون المعنى المصدري متوقفاً على الاجازة هو تصرفات
العبد بالتوكل عن الغير وما يتبع به بعد العتق ، وعقد بنت الاخ والاخت على
العمة والخالة .

وقد تحصل من مجموع ما ذكرناه صحة التمسك بما ورد في نكاح
العبد على صحة الفضولي مطلقاً ولو في غير نكاحه بطريق قياس المنصوص
العلة وظهر وجه التمسك بطريق الفحوى مع ما فيه ايضاً بما لا مزيد عليه
هذانام الكلام في المقام الاول .

المقام الثاني في الاستدلال بالطائفة الثانية اعني ما دل على صحة
الفضولي في نكاح الحر ، وتقريب الاستدلال بها انما يتم بالتمسك بالفحوى
فان صحة الفضولي في النكاح مع الاهتمام بشأنه و لزوم رعاية الاحتياط
فيه لكونه باب الفروج تقتضي صحته في غيره من بقية ابواب العقود بطريق
اولى ، ولا مناقشة في هذا الاستدلال ، إلا ما ذكر في الكتاب من دعوى
وهنه بالنص الوارد في الرد على العامة القائلين بالفرق بين تزويج الوكيل
المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بقولهم بالصحة في الثاني والبطالان في
الاول حيث يقول الامام عليه السلام في ردّهم سبحانه الله ما أجور هذا الحكم
واقسده فان النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه لانه الفرج ومنه الولد ،

فانه يدل على انه لو كان الفضولى صحيحاً فى البيع لكان صحيحاً فى النكاح بطريق اولى ، فقد جعل ^{للإختصاص} البيع أصلاً والنكاح فرعاً فصحة البيع تقتضى اولوية صحة النكاح ، وعلى هذا فلا يتم اولوية صحة البيع عن صحة النكاح فلا يصح التمسك بالفحوى ، ولكنه من دفع ، وتوضيح اندفاعه يحتاج الى بيان امور :

الامر الاول الوكالة اما اذنية واما عقدية ، والمراد بالاول هو ما اذا كان عمل الوكيل برضاء الموكل بالتفويض من الموكل اليه بل كان محض وضاه به والمراد بالثانى هو تفويض الموكل فعله الذى وكل الوكيل فيه الى الموكل وصيرورة الوكيل بالتفويض بمنزلة الموكل نفسه ، ففى الاول لابد فى صحة فعل الوكيل من مقارنته مع رضاه الموكل واقعاً فلورجع الموكل عن الاذن وفعل الوكيل مع جهله برجوع الموكل يقع باطلاً لانتفاء رضاه الذى هو كان شرطاً فى صحة عمل الوكيل ، وفى الثانى لا يبطل فعل الوكيل بمجرد عزل الموكل اياه ما لم يبلغ العزل الى الوكيل لان تفويض الامر المفوض اليه لا يرتفع عنه بمجرد العزل الواقعى بل سلب التفويض عنه يتوقف على نزع عنه الموقوف الى بلوغ العزل اليه ، بل قبل البلوغ هو وكيل واقعاً أى ما سلب عنه التفويض الحاصل بالتوكيل واقعاً ولو انشأ عزله الف مرة ، وهذا هو الفارق بين الوكالة الاذنية وبين الوكالة العقدية .

الامر الثانى ان فى فعل الوكيل بعد العزل مع جهله به جهتان جهة توسعة للموكل ، وجهة تضيق عليه ، اما جهة توسعته فلنفوذ فعل الوكيل عنه وعدم انفساخ وكالته بمجرد العزل بحيث يحتاج فى اسناد فعل الوكيل الى نفسه الى انشاء وكالة مستانفة بل فعل الوكيل بلا توكيل جديد ، يستند اليه ويقع عنه وهذا سعة للموكل واما جهة تضيقه فلنفوذ فعل الوكيل على

الموكل رضي به ام لا وهذا ظاهر ، فالحكم بصحة ما يفعله الوكيل بعد العزل الجاهل به يمكن ان يكون من الجهة الاولى و كان جعله للارفاق على الموكل والتوسعة له ، ويمكن ان يكون من الجهة الثانية و للتضييق على الموكل ، ولا بد في تشخيص ذلك من بيان الامام عليه السلام لعدم كونه امراً جلياً يمكن استنباطه للمكلفين بل يختص ببيانه بوظيفة الشارع .

الامر الثالث اذا كان شيئان احدهما اهم من الآخر كالنكاح والبيع مثلاً فاذا ثبت في الاهم منهما توسعة تكون ثابتة في المهم منهما بطريق اولي واذا ثبت في المهم منهما تضييق يكون نبوته في الاهم بطريق اولي ، فالفحوى والا ولوية يتعاكس فيهما بالنسبة الى التوسعة و الضيق فالضيق الثابت في المهم نبوته في الاهم يكون اولي والتوسعة بالعكس .

اذا تبين هذه الامور نقول عدم انقاس الوكالة بمجرد العزل قبل علم الوكيل به يكون ضيقاً على الموكل بمقتضى نفوذ فعل الوكيل عليه والامام عليه السلام يريد ان يرد على العامة بأن هذا الحكم الذي هو ضيق على الموكل اذا كان ثابتاً في البيع الذي هو مهم بالنسبة الى النكاح ، وانتم تقولون بشبوته و تحكمون بصحة بيع الوكيل بعد العزل واقعاً بكون نبوته في النكاح الذي هو اهم من البيع بطريق اولي فلم لا تقولون به في النكاح ، ولا يخفى ان هذا المعنى غير مناف مع التمسك بفحوى صحة الفضولي في البيع اذا كان صحيحاً في النكاح ، وذلك لان صحته في النكاح توسعة واذا ثبت التوسعة في النكاح الاهم تكون نبوته في البيع بطريق اولي .

وبالجملة اولوية بقاء الوكالة بعد العزل اذا لم يعلم به الوكيل في النكاح اجنبى عن اولوية صحة الفضولي في البيع عن صحته في النكاح و هذا

الذي استفيد معنى حسن لا ربط له بباب الفضولي حتى يصير موهناً للاستدلال بالفحوى في اثبات صحة الفضولي في البيع .

ومما ذكرناه ظهر انه لا يحتاج الى ما افاده المصنف (قده) في وجه اولوية الاحتياط في النكاح ، و محصله ان التزويج الصادر عن الوكيل قبل علمه بعزله ان بنينا على بطلانه وحكمنا بعدم تحقق الازدواج وان المربة خلية عن الزوج ، فلو تزوجت بالغير وكان النكاح في الواقع صحيحاً لزم الزنا بذات البعل . ولو بنينا على صحته و كان في الواقع باطلاً لزم الزنا بغير ذات البعل ، فالأمر يدور بين الحكم بالبطلان المحتمل معه وقوع الزنا بذات البعل ، أو الحكم بصحته المحتمل معه الزنا بالخلية عن البعل ، يكون الحكم الثاني اقرب الى الاحتياط هذا محصل ما افاده قده .

ولا يخفى ان ما افاده وان كان حسناً في نفسه لكنه لا يرتبط بالخبر ، اذ ليس الغرض من الرواية الحكم بلزوم الاحتياط في النكاح عند الشك في بطلان الوكالة بالعزل قبل علم الوكيل به (وبعبارة اخرى) ليس الغرض منه بيان الحكم الظاهري عند الشك في صحة النكاح واقعاً بل المقصود منه بيان صحة النكاح وعدم عزل الوكيل بمجرد العزل قبل العلم به واقعاً ، غاية الامر يكون بيانه ببيان اولوية صحته عن صحة البيع ، حيث ان الحكم بالصحة حكم تضييقي و هو في الالهم اولى كما بيناه . فتحصل انه لا غبار في التمسك بالاخبار الدالة على صحة الفضولي في النكاح و اثبات صحته في البيع بالفحوى وطريق اولى .

قوله قده ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة مثل موثقة جميل (الح) تقرب دلالة ماورد في باب المضاربة على صحة الفضولي بعد الاجازة ، ان

يقال وردت أخبار كثيرة على أنه لو تعدى العامل فى المضاربة عما اشترط عليه من اشتراط شئى خاص أو التجارة فى مكان مخصوص ، فاشترى ما نهى عن اشترائه أو اتجر فى غير مكان الذى امر بالتجارة فيه يكون ضامناً وعليه الخسارة و الربح بينهما على ما شرطاه ، ولا يخفى أن كون الربح بينهما يتوقف على صحة معاملة العامل مع أنها لم تكن ما ذونا فيه فلا بد من أن نلتزم بتعقبها بما يصححها بعد ظهور الربح من الرضا بها بناءً على مختار المصنف من كفاية الرضا وللم يكن استناد فى البين ، أو الاجازة اللاحقة بناءً على المختار من عدم الاكتفاء بصرف الرضا و اعتبار الاستناد فيصير الخبر بهذه العناية دليلاً على صحة الفضولى بالاجازة هذا :

ولكن الانصاف عدم دلالة تلك الطائفة من الاخبار على صحة الفضولى بوجه من الوجوه ، و توضيحه ان تلك الاخبار على طائفتين (احديهما) ما تدل على ضمان العامل عند التعدى باتيان نفس ما نهاه المالك عن ايتائه (الثانية) ما تدل على ضمانه عند التعدى بالاتجار فى غير ما عينه المالك لان يتجر فيه ثم مقتضى عموم ادلة المضاربة هو عدم ضمان العامل للخسارة و ان الربح بينهما على ما شرطاه اما عدم ضمانه للخسارة و كون الخسارة على المالك فلمقتضى امانته و ليس على الامين ضمان ، و اما كون الربح بينهما على ما شرطاه فبمقتضى دليل المضاربة ، و مع التعدى يخرج عن الامانة فتكون الخسارة عليه ، و هذا مطابق مع القاعدة لكن لما لم يكن ما صدر عنه عن وكالة من المالك بل كان مخالفاً مع ما اذن به كان اللازم بطلان معاملته و مقتضى بطلانه كون عين مال المالك الذى اشتراه المشتري عن العامل باقياً على ملك المالك فله ارتجاعه مع بقاءه والرجوع الى مثله أو قيمته عند تلفه ، و للمشتري ايضاً الرجوع الى العامل بعين ثمنه مع وجوده أو مثله

أوقيمته عند تلفه فلاخسارة (ح) حتى تكون على العامل كملاً ربح حتى يكون بينهما . اذ لا معاملة حتى يترتب عليها الخسران أو الربح . فالحكم يكون الخسارة على العامل والربح بينهما على ما شرطاه لا يوافق القاعدة . فلا بد له من توجيه و يختلف وجهه في الطائفتين المذكورتين .

اما فيما دل على ضمان العامل اذا تعدى بالاتجار في غير ما عينه المالك فيمكن ان يقال ان النهي عن التجارة فيما اتجر العامل فيه لا يرجع الى نفس التجارة بل هو متعلق الى امر خارج عنه فهي مأذون فيه ووقع عن توكل من المالك غاية الامر انها وقعت في مكان منهي عنه ، و على هذا فيصح مطلقاً على تقدير ظهور الخسارة والربح الا انه مع ظهور الخسارة يكون الخسران على العامل لمكان تعديده و مع ظهور الربح يكون الربح بينهما بمقتضى المضاربة فعلى هذا تكون صحة ما صدر عن العامل بسبب الوكالة و يخرج عن حريم باب الفضولي رأساً كما لا يخفى .

واما فيما دل على ضمانه عند تعديده باتيان نفس ما نهى المالك . فلا يتمشى هذا الذي ذكرناه في التعدى بالاتجار في غير ما عينه المالك بل يكون ما فعله غير مأذون فيه ووقع على خلاف ما وكل فيه ، وحين يمكن ان يقال بأن الحكم بالصحة (ح) حكم تعبدى كما في الحكم بالصحة في التجارة بمال الصبي حسب ما يأتي شرحه ولكنه بعيد في الغاية . ويمكن ان يقال بكون ما يفعله العامل على خلاف ما وكل فيه يكون باذن من المالك ايضاً على نحو الخطاب الترتيبي بأن يقال للمالك لا تعامل هذه المعاملة الخاصة فان عاملتها وظهر فيها الربح فانت مأذون فيها والخطاب الترتيبي امر ممكن معقول حسب ما اثبتنا امكانه في الاصول ولكنه يحتاج الى دليل يدل على وقوعه اذ هو غير موافق مع القاعدة . ويحتاج اثباته الى دليل قوي يدل عليه .

و الدليل عليه فى المقام هو كون المالك فى مقام الاسترباح وانه انما نهى
 العامل عن معاملة خاصة لاجل تخيله الخسران فيها ، فيستفاد من نفس
 اقدامه على المضاربة وانه فى مقام الاسترباح اذنه بكل معاملة يظهر الربح
 فيها فيكون النهى عن معاملة خاصة معلقاً على خسرانها (فح) يصح كلا
 الحكمين اعني كون الخسارة على العامل وكون الربح بينهما اما الاول
 فلانه تعدى بفعله المنهى عنه واما الثانى فلفعله لما اذن فى فعله بالخطاب
 الترتيبى وفى كلتا صورتين تخرج عن باب الفضولى ولا يرتبط به اصلاً .
وحاصل الكلام ان فى اخبار باب المضاربة احتمالات ثلاث
 (الاول) ان يكون الحكم بصحة المعاملة مع كونها غير مأذون فيها تعدياً
 وهذا بعيد فى الغاية (الثانى) ان يكون لأجل تعقبها بما يوجب الصحة
 وهو الرضا أو الاجازة . و على هذا فينطبق على الفضولى ووجه الكشف
 عن التعقب بالرضا أو الاجازة هو كون المالك فى مقام الاسترباح وانه يريد
 الربح ، فاذا ظهر الربح يرضى بمقتضى موافقته مع ارادته وهذا ايضاً
 بعيد لوجهين (الاول) ان رضاه أو اجازته بعد ظهور الربح لا يصير المعاملة
 المذكورة مورد تعلق عقد المضاربة حتى يكون الربح بينهما على ما شرطاه
 بل اللازم منه كون الربح بتمامه للمالك وللعامل اجرة مثل عمله ان كان
 يستحق شيئاً او لا يستحق شيئاً اصلاً لمكان تعديده وانه فعل على خلاف اذن
 المالك ، وهذا هو الاقوى فالحكم بكون الربح بينهما لا ينطبق على تصحيح فعل
 العامل على طبق الفضولى (الثانى) ان انكشاف ما يصح المعاملة من الرضا
 أو الاجازة لو تم فانما هو مع ظهور الربح ، واما مع الخسران فلا تصح
 المعاملة المذكورة لعدم ما يدل على تعقبها بما يوجب صحتها ، ولازم
 ذلك رجوع المالك بعين ماله بمن عنده اذا كان باقياً وبمثله وقيمه لو كان

٣٠- في الاستدلال بما ورد في اتجار غير الولي

تألفاً فلا خسارة (ح) حتى تكون على العامل أو على غيره اذ هي فرع صحة المعاملة ، الاحتمال الثالث ما ذكرناه وقويناه وهو المتعين على ما بيناه .

قوله قدّمه ومن هذا القليل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي (الخ) لا يخفى ان الاخبار في باب الاتجار بمال الطفل على طائفتين (منها) ما يدل على اعتبار الملامّة في التاجر مع كونه هو الولي نفسه . ويدل على جواز تجارة الولي بمال الطفل اذا كان ملياً (ومنّها) ما يدل على صحة تجارة غير الولي بمال الطفل مع اعتبار الملامّة ايضاً ، ولا يخفى ان الطائفة الاولى على سياق الثانية فتكون الصحة فيهما على نهج واحد فملاك الصحة في الاول هو بعينه ملاكها في الثانية ، ولا يمكن جعل الصحة في الطائفة الاولى من باب الفضولي بالتقريب المتقدم في الاخبار الواردة في باب المضاربة وذلك لكون التاجر هو الولي نفسه ولا يعقل ان تكون تجارته بنفسه متعقبات باجازه فلا بد في الحكم بالصحة فيها من التماس منشأ آخر . وليس الا التعبد بها لقيام الدليل عليها وبعد اتحادها مع الطائفة الثانية تخرج الطائفة الثانية ايضاً عن مورد الفضولي .

مضافاً الى اطلاق الطائفة الثانية بصحة معاملة العامل الممي مطلقاً سواء كان للطفل ولي ام لا وسواء اجازه الولي ام لا والحمل على اجازة الهية للمعاملة بعيد جداً فيكون المتعين فيها هو الحمل على التعبد فيخرج عن مورد الفضولي رأياً فلهذا الاخبار كالاخبار الواردة في باب المضاربة اجنبى عن باب الفضولي كما لا يخفى .

قوله (قدّمه) بناء على انه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال (الخ) يمكن التمسك بخبر ابن اشيم بوجهين (الاول) دلالة حكمه (ع) برد

١
في الاستدلال بخبر ابن اشيم - ٣١ -

المملوك رقاً لمولى العبد المأذون اذا اقام البينة على ان عبده اشترى اياه من ماله فان دعواه ملكية الاب المشتري و انه اشترى من ماله متضمن لاجازة البيع بالحكم بكونه له بعد البينة متوقف على صحة البيع بالاجازة وهو المطلوب (الثاني) دلالة حكمه (ع) برب المملوك رقاً لورثة الدافع لو كانوا هم يقيمون البينة بالتقريب المتقدم بناء على ان يكون الدافع وكل العبد المأذون في البيع فانه تبطل وكالته بموته ويكون شراء العبد المأذون بعد موته فضولياً في المال المدفوع اليه المنتقل الى ورثة الدافع بعد موته .

ولا يخفى ان كل واحد من التقريبن خلاف ظاهر الخبر ، اما الاول فلصراحة الخبر في كون العبد مأذوناً في التجارة فيكون بيعه عن مولاه باذن منه ويخرج عن باب الفضولي ، واما الثاني فلظهور الخبر في كون دفع الدافع الى العبد المأذون من باب الوصاية لا الوكالة وذلك بقرينة الامر بالحج عنه بالباقي عن الالف بعد اشتراء النسمة الظاهر في كونه ايضاً بالحج (فح) يصح بيعه بعد موت الدافع بلا دخل له بالفضولي ، نعم على هذا لا بد من الحكم بحرية الاب المشتري لاعوده رقاً الى ورثة الدافع ليجتاح في الحكم بعوده الى الرق الى التوجيه . وكيف كان فهذه الرواية ضعيفة السند مخالفة للقواعد ، ومع ذلك غير دالة على صحة الفضولي بعد الاجازة .

قوله قدّمه ومما يؤيد المطلب ايضاً صحيحة العجلي (الخ) وجه دلالة هذا الخبر على صحة الفضولي هو ان اقالة بيع الثوب اذا رده على بايعه بالوضعية تكون باطلة فيبقى الثوب عند البائع على ملك المشتري واذا باعه البائع والحال هذا يكون فضولياً ووجوب رد الزائد عن ثمنه الى

المشتري انما هو لمكان وقوع البيع في ملكه فيدل على صحة الفضولي مع اجازة المالك .

ولا يخفى ما فيه لأن تسلم المشتري الثوب الى البائع تفويض لكلما يرجع اليه الى البائع من بيعه وشرائه ، غاية الامر بتخييل انه ماله لمكان الجهل ببطلان الاقالة ، فيدخل المقام فيما لو اذن الغير في التصرف في مال باعتقاد انه مال المأذون ثم تبين انه من مال الآذن وسيأتي حكمه وكيف كان فهو خارج عن باب الفضولي .

قوله (قدّه) ويمكن القائده ايضاً بموثقة عبد الله (الخ) تقريب دلالة هذا الخبر هو ان يقال ان فيه ثلاث احتمالات (الاول) ان يكون الدلال وكيلاً لصاحب الورق في شراء المتاع مع جعل الخيار لصاحب الورق على صاحب الامتعة (الثاني) ان يكون اشتراه لنفسه فيبيع على صاحب الورق مراضيه (الثالث) ان يكون فضولياً عن صاحب الورق فيجيز ما يختاره ، وحيث انه لا ظهور في الخبر في احدى الاحتمالات يصير مجعلاً من هذه الجهة والامام (ع) لما اجاب بعدم البأس مع ترك الاستفصال عن هذه المجتمعات يكون جوابه هذا كاشفاً عن صحته مطلقاً حتى على الاحتمال الاخير المنطبق على الفضولي فيصير دالاً على صحة الفضولي بالاجازة .

ولا يخفى ما فيه لظهور الخبر في كون اشتراء السمسار لنفسه كما هو المعمول من الدلائل في هذه الاعصار ايضاً حيث انهم يشترون اولاً ثم يبيعونه ممن ساءهم كما يظهر من الخبر على ما في الفقيه حيث ان فيه بعد قوله فما شئت اخذته وما شئت تركته ورد هكذا فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول خذها رضىت (الخ) حيث انه في الدلالة على كون

شراء السمسار لنفسه اظهر كما لا يخفى .

قوله (قده) اور بما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد الخ لا يخفى ان تأييد هذه الاخبار على صحة الفضولى متوقف على اسقاط خصوصية رضا السيد في البين وجعل المناط فى صحة نكاح العبد هو رضا السيد بما هو له الدخل فى صحة نكاحه لا بما هو سيده وعلى هذا فيصير دليلاً على صحة الفضولى لا موبداً له كما قد مناة ربه فما استدلل به بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر والعبد .

قوله قده دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على ان غير التجارة عن تراض أو التجارة لاعتراض غير مبيح (البح) الاحتمالات التى ذكرها فى الآية المباركة ثلاثة (الاول) ان تكون الآية بمفهوم الحصر دالة على انحصار المبيح بالتجارة عن تراض فما لا يقترب مع رضا المالك لا يكون مبيحاً ، والحصر انما يستفاد من الاستثناء حيث انه يفيد الحصر كما حقق فى الاصول (الثانى) ان تكون الآية بسياق التحديد دالة على الانحصار والمراد بسياق التحديد هو ورود الوصف فى مقام التحديد ، حيث انه يدل على انتفاء المحدود عند انتفائه (وبعبارة اخرى) يكون مفهومه حجة ولو لم يكن للوصف مفهوم فى غير مورد التحديد ، وعلى هذا فتدل الآية على انحصار الحل بالتجارة المقترنة بالتراضى ولو منع عن دلالة الاستثناء على الحصر (الثالث) ان يكون قوله تعالى (عن تراض) فى محل النصب لكى يكون خبر بعد خبر لقوله يكون اذا سمه مقدر و هو الاكل . وكلمة تجارة منصوبة على ان تكون خبراً وتكون كلمة عن تراض خبراً بعد خبر فيصير المعنى بيان طريق حل الاكل وانه على طريقين وهما التجارة والرضا اعنى اذن المالك بالاكل . و عليه فلا تدل الآية على

اعتبار الرضا في التجارة ، و الاستدلال بالآية على اعتبار الرضا يتم بأحد الاحتمالين الاولين .

وقد اورد على الاستدلال بها بمنع دلالتها على الحصر لكون الاستثناء منقطعاً لعدم كون التجارة عن تراض فرداً من الاكل الباطل وخارجاً عن حكمه بالتخصيص ، وبمنع كون الوصف في مقام التحديد لاحتمال كونه وارداً لمورد الغالب ولتساوي الاحتمالين الاولين مع الاخير ، فلامعين للحمل على احدهما على تقدير تمامية دعوى الحصر والتحديد هذا ، ولكنه لا يخفى ما فيه لما تقدم في بيع المكروه من المنع عن كون الاستثناء منقطعاً بل هو استثناء متصل والمستثنى منه هو قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم لا خصوص كلمة باطل وانما جيء بكلمة (باطل) تعليلاً للنهي فيصير مفاد الآية حرمة اكل الاموال بماعدى التجارة عن تراض فالمنع عن افادة الآية المباركة للحصر ساقط جداً كما ان احتمال كون كلمة عن تراض خبراً بعد خبر بعيد في الغاية .

فالحق في الجواب عن الاستدلال بها هو ما تقدم في بيع المكروه من كون الآية دالة على اعتبار مقارنة الرضا مع التجارة بالمعنى الاسم المصدري اعنى التكسب والنقل والانتقال ووقوع اثر البيع وهذا مما لا كلام فيه سواء قلنا في باب الاجازة بالنقل أو بالكشف الحكمي بل الحقيقي ايضاً انما الكلام في دخل الرضا في التجارة بالمعنى المصدري اعنى انشاء التجارة بالعقد ، ليكون مما يعتبر في العقد كالعربية والماضوية ونحوهما ، والآية لا تدل عليه فهي اجنبية عن الدلالة على بطلان الفضولي كما لا يخفى ، و كذلك الكلام في (اوفوا بالعقود) اذ هو ايضاً دال على وجوب الوفاء بكل عقد بمعنى الاسم المصدري .

فان قلت: فعلى هذا يلزم ان لا يكون العقد لازم الوفاء من طرف الاصيل ايضا قبل اجازة المالك اذ ما لم يتحقق الاجازة لم يتحقق العقد بمعنى الاسم المصدري و ما لم يتحقق لم يصح جعله موضوعاً لوجوب الوفاء قلت مقتضى تقابل الجمع بالجمع اعني قوله تعالى اوفوا بالعقود ولا تأكلوا أموالكم (النح) هو كون كل واحد من المتعاملين مورد الخطاب وعدم ارتباط خطاب كل الآخر و لا ملازمة بين ارتباطية العقد الصادر عنهما بحيث يكون لكل واحد منهما دخل في حصوله وتحققه و بين ارتباطية خطاب المتعلق بكل واحد منهما فاذا صدر العقد من الاصيل و الفضولي يكون الاصيل متعلقاً للخطاب بنفس صدوره اذ ما هو اللازم من قبله تحقق بحيث لا حالة انتظرية من قبله ، و انما وقوف العقد من ناحية عدم تحقق الاجازة من طرف الآخر فيكون هذا العقد لازم الوفاء من طرف الاصيل و يصير كك بسبب الاجازة من طرف الآخر .

قوله قدّه وهو قوله بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ للحكم بن حزام ، لا يخفى ان المقصود مما ليس عنده اما يكون العين الشخصى الذى ليس عنده او يكون الاعم منه و من الكلى ، فعلى الآخر يصير الخبر مخصصاً بادل على صحة بيع السلف . والظاهر ارادة خصوص العين الشخصى امكان كون حزام دلالاً كان يبيع شيئاً معيناً ثم يذهب ويشتريه وعلى هذا فيدخل في باب من باع ثم ملك و يكون المقصود من النهى عدم ترتب الاثر عليه من حيث انه يبيعه و كان واقعاً عن نفسه . و لا منافات بين عدم وقوعه عن العاقد الذى اوقعه عن نفسه و بين وقوعه عن المالك اذا اجازته وعلى ذلك فيخرج عن النهى عن الفضولى كما لا يخفى .

قوله (قدّه) و لما ورد في توقيع العسكرى لا يجوز بيع ما ليس يملك

(الخ) يمكن ان تكون كلمة يملك بصيغة المجهول فيكون التوقيع دليلاً على بطلان بيع مالا يملك شرعاً كالخنزير أو عرفاً كالحشرات والديدان ، ويمكن ان يكون بصيغة المعلوم . وعلى الثاني فان كان النهي عن البيع بمعنى الاسم المصدري فيخرج عن مورد الفضولي ادلا اشكال في توقف البيع بمعنى الاسم المصدري على الاجازة ، ولا يصح ولا يقع عن الفضولي قطعاً وان كان بالمعنى المصدري بمعنى ان يكون نهياً عن انشاء بيع مالا يملكه فيصير دليلاً على النهي عن الفضولي ، لكنه ايضاً لا يدل على الفساد لمكان رجوعه الى مرحلة السبب وقد تقدم انه لا يدل على الفساد

وقوله (قده) وما عن الحميري ان مولانا عجل الله فرجه (الخ) لا يخفى ان هذا الخبر في دلالة على صحة الفضولي اظهر منه في الدلالة على فساده ، وذلك لمكان قوله ارواحنا فداءه لا يجوز ابتياعها إلا عن مال كها أو بأمره أو رضى منه اذا المراد من الابتياح من المالك هو ايقاع العقد من المالك بالمباشرة والمراد بأمره هو ايقاعه من وكيله ويكون المراد من رضائه به هو ايقاعه عن الفضولي و اجازته .

قوله (قده) و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم (الخ) النهي عن الاشتراء في هذا الخبر ظاهر في النهي عنه بمعنى الاسم المصدري فيكون حاله كحال ما في توقيع العسكري عليه السلام فلا دلالة فيه ايضاً على بطلان الفضولي .

قوله (قده) و ثانياً سلمنا دلالة النبوي على المنع (الخ) يريد ان يذكر ان هذه الاخبار التي يستدل بها على بطلان الفضولي على تقدير تمامية دلالتها تكون اعم من الاخبار الدالة على صحته اذا تعقب بالاجازة فتخصص بماعدى صورة الاجازة ، وتقريب اعمية تلك الطائفة ان

يقال بأنها مسوقة لبيان بطلان التجارة بمعنى الاسم المصدري على نحو الاطلاق سواء اقترنت بالاجازة ام لا. والاخبار الدالة على صحة الفضولى تدل على صحة التجارة بذلك المعنى عند اقترانها بالاجازة .

ولا يخفى ان المستدل بالاخبار المانعة لو كان غرضه من الاستدلال بها هو اثبات اناطة معنى الاسم المصدري على الاجازة لكان اعتبار النسبة بالاعم والاخص المطلق تاماً لاشبهة فيه ، و لكنه يريد ان يستدل بها على اعتبار الرضا فى المعنى المصدري على ما هو محل الكلام ادلا كلام ولا اشكال فى توقف معنى الاسم المصدري على الرضا و اقترانه به وعلى هذا فلو سلم دلالة تلك الاخبار على اعتبار الرضا فى المعنى المصدري و استفادة اعتبار الرضا فى صحة العقد كسابر الشرائط المعتبرة فيه تصير النسبة بالتباين لان تلك الاخبار تدل (ح) على اعتبار الرضا فى صحة العقد و مادله على كفاية الرضا المتأخر بلازمه يدل على عدم اعتباره فيقع بينهما التعارض بالتباين فالحق فى الجواب عن الاستدلال بهذه الاخبار هو منع دلالتها على اعتبار الرضا فى العقد بالمعنى المصدري كالا يخفى .

قوله (قدمه) الرابع ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف

فى مال الغير (النخ) لا يخفى ان عدم جواز التصرف فى مال الغير امر مما استقل العقل بالحكم به لكونه ظلماً و عدواً و قد انطبق عليه الحكم الشرعى ايضاً هذه الكبرى الكلية مما لا اشكال فيه وانه ثابت عقلاً و شرعاً . و انما الكلام فى انطباقها على فعل الفضولى وان ما يصدر منه هل هو تصرف ام لا بعد عدم الاشكال فى كون التصرف المحرم عقلاً و شرعاً هو الاعم من القلب والانتقال الخارجى مثل رفع ماله عن مكان و وضعه فى مكان آخر و كأكله و شربه و ركوبه و سكنى داره و نحو ذلك

و من القلب و الانقلاب الاعتبارى مثل هبته و بيعه و نحوهما .

وقد اجاب المصنف عن هذا الدليل بوجوه خمسة (الاول) ما يشير اليه بقوله (قده) ان العقد على مال الغير متوقفاً لاجازته (النخ) وحاصله منع كون فعل الفضولى تصرفاً فى مال الغير ، و توضيحه انه قد عرفت ان القلب و الانقلاب الاعتبارى كالبيع و نحوه يعد من التصرف عرفياً إلا انه لا مطلقاً بل على بعض انحاءه . فانه تارة يصدر عن المالك بالمباشرة ، و اخرى عن وكيله المفوض اليه الامر كعامل المضاربة ، و ثالثة عن الغاصب ، و رابعة عن الوكيل فى اجراء الصيغة محضاً ، و خامسة عن الفضولى ، و الثلاثة الاول بعد من التصرف عرفياً ، بل هو اظهر انحاءه بخلاف الاخيرين . حيث ان اجراء الصيغة بالوكالة عن المالك أو فوض لا يبعد من انحاء التصرف فى المال عرفاً لى يصير محكوماً بالحرمة عقلاً و شرعاً وهذا ظاهر .

الثانى ما اشار اليه بقوله ثم لو فرض كونه تصرفاً فمما استقل العقل بجوازه (النخ) و حاصله جعل التصرف فى مال الغير على نحوين (احدهما) ما هو المحكوم بالحرمة عقلاً و شرعاً وهو مثل اكل مال الغير مثلاً من غير رضاه (وثانيهما) ما يكون محكوماً بالجواز . وذلك كالاستغلال بظلال الغير و الاستئارة بناره بلا اذنه حيث انه تصرف مجوز و فعل الفضولى من هذا القبيل هذا ، ولا يخفى ما فيه لان التصرف فى مال الغير لا يكون على نحوين بل ليس له إلا نحو واحد وهو النحو المحرم ، واما مثل الاستغلال و الاستئارة فهو انتفاع بمال الغير بلا تصرف فيه . ففرق بين الاستغلال بجداره او سقف خيمته حيث أنها مع اشتراكهما فى كونهما انتفاعاً بمال الغير ، يمتازان بكون الثانى تصرفاً دون الاول ، فلو سلم كون فعل الفضولى تصرفاً فلا محيص عن الالتزام بحرمة هذا الجواب ليس بشيء .

الثالث ما اشار اليه بقوله مع انه قد يفرض الكلام فيما اذا علم الاذن في هذا (الخ) اذ مع الاذن في هذا التصرف يخرج عن الحرمة لكونه مأذوناً فيه ، ولكنه مندرج في الفضولي بناءً على عدم كفاية مطلق الاذن والرضا في الاخراج عن باب الفضولي ، بل لابد من انشاء الوكالة حتى يصير فعل المباشر فعلاً للمالك ، ولا يخفى ما في هذا الوجه ايضاً ضرورة انه ينحصر موردّه الى النادر الملحق بالمعدوم . ولا يمكن ان يجعل وجه الصحة الفضولي مطلقاً وفي جميع الموارد ، بل هو التزام ببطلانه في الموارد الغالبة التي لم يعلم اذن المالك بل علم عدمه .

الرابع ما اشار اليه بقوله مع ان تحريره لا يدل على الفساد (الخ) وحاصله ان النهي عن حرمة التصرف المتعلق الى فعل الفضولي يرجع الى ناحية السبب ، وهو لا يدل على الفساد ، بخلاف النهي الراجع الى ناحية المسبب ، والسرفي ذلك ان النهي اذا كان راجعاً الى ناحية السبب يدل على حرمة ايجاد سبب النقل والانتقال ، وحرمة بما هو سبب لا يدل على خروج المسبب عن تحت قدرة المنشئ واراادته ، غاية الامر يكون استعمال الانشاء في ايجاده محرماً كالبيع وقت النداء إلا انه لو ارتكب ذاك المحرم يترتب عليه المسبب .

واذا كان راجعاً الى ناحية المسبب يخرج المسبب به عن تحت قدرة الفاعل لان المقدور هو ما كان الشخص مسلطاً على فعله وتركه ، فكما انه اذا صار احد طرفي الفعل واجبا عنه بالوجوب التكويني بأن صار واجب الصدور منه بحيث لم يتمكن من الترك أو امتنع الصدور عنه بحيث لو لم يتمكن من الفعل لكان خارجاً عن القدرة فكذلك لو صار احد طرفيه واجباً بالوجوب التشريعي ، واذا تعلق الحرمة بطرف الفعل وخارج جانب

الفعل عن تحت سلطنة الفاعل تشريعاً يصير ممتنع صدور عنه اذ الغير المقذور التشريعي كالغير المقذور التكويني ، ومع خروج المسبب عن تحت قدرة الفاعل فليس له ايجاده فلا يتحقق منه اصلاً . وهذا هو الملاك في كون النهي عن المسبب موجباً للفساد دون النهي عن السبب .

ولا يخفى ما في هذا الوجه ايضاً ضرورة انه مع تسليم كون فعل الفضولي مصداقاً للتصرف المحرم يكون النهي عنه راجعاً الى ناحية المسبب لا السبب اذا تصرف المحرم منه هو البيع مثلاً الصادر عنه نحو صدوره عن المالك والغاصب ولا اشكال في انه اذا تعلق به النهي يكون متعلقاً بالنقل والانتقال لا بايجاد السبب في ظرف تمامية القدرة على ايجاد المسبب اللهم إلا اذا انضم الى هذا الوجه ما اجاب به خامساً .

بقوله (قده) مع انه لو دل دل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم استقلاله في ذلك (الخ) وحاصله ان النهي عن فعل الفضولي ولو كان راجعاً الى ناحية المسبب إلا انه في النتيجة يساوي مع ما كان راجعاً الى ناحية السبب ، وذلك لأن النهي عن المسبب كما عرفت يوجب خروجه عن تحت قدرة الفاعل ، ومن المعلوم ان الفضولي مع قطع النظر عن تعلق النهي به لا يكون مسلطاً على المسبب ، فالمسبب خارج عن تحت سلطانه مع عدم النهي فلا يصير النهي المتعلق به سبباً لخروج المسبب عن تحت قدرته ، فالنهي بالنسبة اليه بما هو فضولي لا يفيد الاحرمة التصرف من حيث السبب فلا منافات بين حرمة الفعل عليه من حيث هو فضولي وبين صحته بما يصير مستنداً الى المالك بالاجازة من حيث ان له السلطنة على المسبب من غير تعلق النهي به بما هو مالك .

والحاصل ان النهى متعلق الى فعل الفضولى بما هو فضولى وهو موجب لعدم ترتيب الاثر عليه بما هو فعل الفضولى ، ولا منافات بين نفي الاثر عنه بما هو فعل الفضولى وبين صحته بمعنى ترتيب الاثر عليه بما هو يميزه المالك ، وهذا المعنى بناءً على القول بناقلية الاجازة اظهر كما لا يخفى ومما ذكرناه يظهر انه لا تفاوت بين فعل الوكيل وبين فعل الفضولى اصلاً إلا ان فعل الوكيل مسبوق بالاذن ويكون من حين وقوعه مستنداً الى المالك وفعل الفضولى يلحقه الاستناد اليه .

قوله (قدس سره) وقد يستدل للمنع بوجوه أخر ضعيفة (الخ)

ذكر قدس سره مما استدل به على بطلان الفضولى عقلاً ، وجهين آخرين (احدهما) ان القدرة على التسليم معتبرة فى صحة البيع والفضولى غير متمكن منه شرعاً لكونه تصرفاً فى مال الغير الممنوع عنه (وثانيهما) ان الفضولى لا يكون قاصداً لمقتضى اللفظ لعدم تمشى قصد العطاء منه لانتفاء ساطنته على الاخذ والعطاء وبعد ما بيناه من انتفاء التفاوت بين الوكيل وبين الفضولى إلا بما تقدم يظهر ضعف هذين الوجهين :

اما الاول : فلأن الفضولى كما لم يكن متمكناً على التسليم لم يكن الوكيل ايضاً متمكناً منه ومن المعلوم بديهية عدم اعتبار القدرة على التسليم من الوكيل المباشر لاجراء الصيغة ، وانما التمكن منه شرط فى البائع والمشتري والمفروض تمكّنهما منه (وبعبارة اخرى) انتفاء القدرة على التسليم انما يوجب فساد العقد عن الوكيل والفضولى من حيث استناده اليهما ، ولا منافات بين بطلانه بهذه الحثية بمعنى عدم ترتيب الاثر عليه . وبين صحته من حيث استناده الى المالك الحاصل فى فعل الوكيل من الاول وفى فعل الفضولى بعد الاجازة ، ولا فرق فيما ذكرناه بين ان نقول بصحة الفضولى

على طبق القاعدة أو قلنا بأنهما على خلاف القاعدة وأنها ثبتت بالدليل .

و اما الثاني : فلأن المالك والوكيل والفضولي جميعاً يكونون قاصدين لمدلول اللفظ بالدلالة التصورية اعنى المداليل الافرادية و الدلالة التصديقية . اعنى مداليل الجملة التركيبية . ولا تفاوت بينهم في قصدهذين المدلولين ، ويمتاز المالك عنهما بكونه قاصداً للعطاء والاخذ . ولكن قصده هذا لا يكون من مقومات الانشاء بل هو الداعى الى الانشاء . و فرق بين ارادة الفعل وبين ارادة داعيه وما هو المنفى في فعل الوكيل و الفضولي هو ارادة داعى الفعل وما هو المعتبر في صحة العقد هو ارادة مدلوله الافرادى والتركيبى . فالاستدلال المذكور نشأ من الخلط بين ارادة الفعل وبين ارادة داعيه وكم لهذا الخلط من نظير .

قوله (قده) المسئلة الثانية ان يسبقه منع المالك «الخ» ربما يقال في هذه الصورة بالبطالان ولومع القول بالصحة في المسئلة الاولى ، وذلك بتوهم كون المنع السابق على العقد كالرد اللاحق له . فكما ان الرد اللاحق يخرج العقد عن قابليته للحقوق الاجازة كك المنع السابق على العقد يمنعه عن قابلية تأثيره للحقوق الاجازة ، والتحقيق ان يقال بأنه يتكلم تارة على القول بكون الفضولي صحيحاً على طبق القاعدة كما هو المختار ، واخرى على القول بكون صحته على خلاف القاعدة . وعلى الاول : فلا يخلو . فاما ان يقال بكون نفس المنع السابق بما هو منع سابق على العقد كالرد اللاحق في منعه العقد عن قابلية تأثير لحقوق الاجازة ، واما ان يقال ببقائه الى بعد العقد انا ما هو المانع عن صحة العقد لانفس وجوده السابق والتحقيق ان شيئاً منها لا يصلح للمنع اما المنع السابق فلأن غاية ما يترتب عليه هو عدم استناد العقد معه الى المالك ، ولا يخفى ان العقد لم يكن

مستنداً اليه ولومع عدم نهيه لتوقف الاستناد على انشاء الر كالة أو الاجازة فوجود المنع السابق كعدمه فى انه لا يؤثر شيئاً واما استمراره الى بعد العقد انما فلأن غاية بقائه الى بعد العقد هو كراهة المالك عن فعل الفضولى لكن الكراهة اعم من الرد . و لذلك قلنا بتأثير الاجازة فى صحة عقد المكره ، و السر فى ذلك كله هو اعتبار الانشاء فى الرد و الاجازة وعدم كفاية الرضا الباطنى أو الكراهة الباطنية فيهما فلو فرض القطع بكراهة المالك بعد العقد لم يمنع عن تأثير الاجازة ما لم تصل الى مرتبة البروز بالانشاء .

واما الاستدلال بانفساخ عقد الوكيل بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراطه على كفاية الكراهة الباطنية فى الرد لكون الحلف اماراة على عدم الرضا ، فلا يخفى ما فيه لكون الحكم بالانفساخ ناشياً عن الحلف وهو يذهب بما فيه ، فهو اجنبى عن المدعى ، مضافاً الى ان الكراهة ابرزت بالحلف والكلام فى المقام فى نفس الكراهة الغير المبرزة بالانشاء كما لا يخفى هذا تمام الكلام على القول بكون الصحة فى الفضولى على القاعدة

واما على القول بكونها مخالفاً مع القاعدة وانها انما تثبت بالادلة الخاصة المتقدمة ففي الاشكال فى صحته فى هذه الصورة اعنى صورة تقدم نهى المالك مجال ، و الذى يمكن ان يستدل به على صحته امور قد اشار المصنف قده اليها فى الكتاب لا يخلو شيئاً منها عن المناقشة ، منها خبر محمد بن قيس المتقدم الوارد فى قضاء مولانا امير المؤمنين صلوات الله عليه فى وليدة باعها ابن سيدها حيث استدل به على صحة الفضولى كما تقدم وباطلاؤه بترك الاستفصال يدل على صحته ولو فيما كان مولى الوليدة نهى ابنه عن بيعها هذا ولكن برده ظهور سياق الخبر فى كون بيع الوليدة فى حال

جهل مولاها بالبيع لفرض غيبة الولي وفرض نهيها عن بيعها قبل الخروج الى السفر بعيد ياباه السياق ومع هذا الظهور ينهدم اساس الاطلاق المستكشف من ناحية ترك الاستفصال، ومنها فحوى ماورد فى نكاح العبد بدون اذن مولاه وقد تقدم الاستدلال به ايضاً فهو دال على صحة الفضولى فى مورد سبق نهى المولى ايضاً، حيث علل للصحة فى بعضه بأنه عصي سيده وعاصى الله سبحانه واذا اجاز السيد جاز فان عصيان السيد لا يتحقق إلا بعد نهيه اياه عن التزويج حتى يكون نكاحه مع نهيه (ح) عصياناً، وإلا فمع عدم نهى السيد فلا نهى حتى يكون عصياناً هذا :

ولا يخفى ما فيه ايضاً، وذلك لما تقدم من ان العصيان فى المقام ليس عصيان تكليفي بل هو عبارة عن التعدى عن سلطان المولى و التصرف فيما لايجوز التصرف فيه، ونكاح العبد بلا مراجعة الى سيده من هذا القليل ولولم ينه عنه فلا يكون لفظ العصيان دليلاً على سبق النهى عن السيد نعم لا بأس بدعوى ترك الاستفصال ان لم يدعى ظهور سياق تلك الادلة ايضاً فى صورة جهل المولى بالحوال .

ومنها ما ورد فى مخالفة العامل فى المضاربة لما اشترط عليه المالك من كون الخسران على العامل والربح بينهما فان كون الربح بينهما يدل على صحة الفضولى حيث لم تكن المعاملة الصادرة عن العامل المخالف لما اشترط عليه ماذونافيا، وقد تقدم المنع عن دلالة تلك الاخبار على صحة الفضولى بدعوى امكان حملها على ما اذا كان الشرط على العامل لاجل توهم عدم الربح فى معاملة اشترط عليه تركها، ولما علم العامل بالربح فيها اقدم عليها امكان علمه بخروجها عن حيز الشرط فيصير ماذوناً فيها عند ظهور الربح فيها أى يكشف ظهور الربح فيها عن كونها ماذوناً فيها

فيخرج عن مورد الفضولي ، هذا مضافاً الى ما تقدم نقله عن الممالك من كون الحكم بالصحة فيها تعبيراً خرج بالنص وان كان مذكراً بعيداً في الغاية ، حيث يمكن دعوى القطع بأنه لا يكون لاجل التعبد . بل لموافقته مع قواعد باب المعاملات .

وبالجملة الذي يقتضيه الانصاف عدم ما يدل بالخصوص على صحة الفضولي مع سبق نهي المالك فلواتتهى الامر الى اثبات صحته على خلاف القاعدة لاشكل الحكم بصحته غاية الاشكال إلا ان الامر سهل بعد ما قويناه من كون الصحة على طبق القاعدة و ان ما تكلمناه كله فرض في فرض .

قوله (قده) المسئلة الثالثة ان يبيع الفضولي لنفسه (الخ) هذه المسئلة هي المهمة في باب الفضولي ، ولا يخفى ان يبيع الفضولي عن نفسه تارة يكون من الغاصب ، واخرى لاجل جهله بكون المبيع له . و انه لنفسه فيبيع عن نفسه ، ثم انه لا بد من تصوير جامع للصحة بحيث يشمل صورة ما كان البايع غاصباً أو جاهلاً ، والكلام في حكمه تارة يقع بالنظر الى ما تقتضيه القواعد ، واخرى بالنظر الى ما تقتضيه الادلة الخاصة ، اما على الاول : فربما يمنع عن الصحة لاجل عدم تحقق البيع عن نفسه اذا لم يكن مالاً للمبيع . وذلك لما تقدم مراراً من ان حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع بقاء الاضافة على حالها . ولذا قلنا بلزوم دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثلث فلا يصح اخراج المبيع عن ملك مالك مثلاً بازاء دخول الثمن في ملك شخص آخر على ما مر توضيحه و تحقيقه . وعلى هذا فليس بين المال والبايع الفضولي اضافة حتى يقصد انتقال الثمن عن المشتري اليه بازاء ما يخرج عنه الى المشتري ، بل العوض ينتقل اليه بازاء ما ينتقل

عن مالك المعوض الى المشتري . فلا تتحقق المعاوضة هذا :

وقد اجاب عنه المصنف قده بأن البايع ينزل نفسه منزلة المالك فيبيع عن نفسه بعد ذاك التنزيل نظير ما يقول السكاكى فى الاستعارة . و ظاهره الالتزام بلزوم جعل البايع نفسه فى مقام البيع بمنزلة المالك لكى يصير مالكا ادعائيا ، فيقال بتحقيق البيع عن المالك لكن ادعاء ولا يخفى ما فيه .

اما اولاً : فلأنه لا يتم فى الجاهل اذ هو يعتقد مالكيته فلا ادعاء فيه . ولا بد من ان يجاب بجواب جامع للغاصب والجاهل . واما ثانياً : فلأنه لا يتم فى الغاصب اذ كثيراً ما لا يكون الغاصب حين البيع ملتفتاً الى حاله وانه غاصب حتى ينوى ويضمرفى نفسه انه مالك ادعاء .

بل التحقيق ان يقال : كما لا يبعد ان يكون هو مراده ، و ان كانت العبارة قاصرة عن تأديته بان الموقوف من المالك هو تلك الاضافة اى ان الغاصب يغصب الملكية فيأخذ مال المالك بجعل نفسه مالكاى يعتبر علاقة الملكية بينه وبين المغصوب فكأنه سرق وغصب الخيط الذى كان بين المالك والمال الذى يعبر عنه بالملكية فمن اول الامر ينزل نفسه نفس المالك اى يعتبر نفسه مالكا فيكون جميع تصرفاته فى ما بيده من مال الغير الذى منه يبعه اياه فى ملكه بادعاء واحد وهو غصبه الملكية ، وبعبارة اخرى اصل الملكية عبارة عن اضافة اعتبارية تعتبر ممدودة بين المالك وبين المال وهى قد تكون ممضاة من الشارع وقد لا تكون ممضاة منه وما يعتبر منها بين المالك والمال ممضاة وما يعتبر منها بين غير المالك سواء كان غاصباً أو جاهلاً غير ممضاة من الشارع ، لكن تحقق البيع العرفى من البايع الفضولى لا يتوقف على امضاء ما يعتبره من الملكية بل هو يتمشى منه بنفس اعتبار

الملكية عدواناً أو جهلاً، ولذا نرى الغاصب يقصد بيع ما بيده من مال
المغصوب حقيقة ويعامل معه معاملة سائراً ملاكاً وهذا الذي ذكرناه وإن
كان بعيداً عن عبارة المصنف التي يذكرها بعد في قوله (إن قصد المعاوضة
الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالاً حقيقياً وإن كان هذا الجعل
لاحقيقة له الخ) خصوصاً بقرينة ما ذكره بقوله (نعم لو باع لنفسه من دون
بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاده كانت المعاملة باطلة) حيث إن الظاهر
منه احتياج تمشي قصد البيع عن الغاصب إلى تنزيله نفسه منزلة المالك
حين البيع ، ولذا أورد عليه بإمكان عدم تحقق هذا البناء منه حين البيع
لكن مراده (قدس) هو ما ذكرناه ، ولا بد من تنزيل العبارة عليه .

و خلاصة الكلام إن في بيع الفضولي عن نفسه أقوال ثلاثة : القول
بالبطلان وعدم تأثير الإجازة فيه أصلاً ، والصحة و وقوعه عن الفضول
بالإجازة ، والصحة و وقوعه عن المالك المجيز ، واستدل الأول بماتقدم من عدم
تمشي قصد الانشاء من غير المالك لنفسه لخروجه عن حقيقة المعاوضة
و خلاصة الجواب يتم بأمريْن : الأول قد تقدم فيما سبق أن تقوم البيع ونحوه
من عقود المعاوضات على العوضين وإن المتعاملين ليسا ركنين فيها بخلاف
باب الفكاح . ولذا قلنا بعدم الحاجة في البيع من حيث هو بيع إلى تعيين
الطرف وإن كان يتوقف بعض انحائه إلى التعيين ، لكن لا بما هو شرط في
تحقق البيع ، بل لأجل اناطة تعيين العوض أو المعوض على تعيينه فيما
إذا كان كلياً ، ويترتب على ذلك خروج قصد البائع كون البيع عن نفسه
عن مقومات البيع و كونه من مقارناته .

الثاني لو كان الأمر بالشئ في باب التكاليف استجبائياً مثلاً فهو
قصد امتثال الأمر الوجوبي جهلاً أو تشريعاً ، فتارة يقصد امتثال ذلك الأمر

التخيلي التشريعي أو الاعتقادي على وجه التقييد بحيث لو لم يكن وجوبياً بل كان استحبائياً لم يكن قاصداً لامثاله، واخري يكون قاصداً لذلك الامر الواقعي . غاية الامر يعتقد وجوبه جهلاً أو بينى على وجوبه تشريعاً . و في الاول لا يصح عمله من جهة عدم تحقق امثال الامر الموجود و ما قصد امثاله لم يكن امراً واقعاً . بل هو امر اعتقادي أو بنائي وفي الثاني يصح عمله لتمامية الامثال ويكون اعتقاد وجوب الامر أو البناء عليه لغواً غير دخیل في العمل .

إذا تبين ذلك نقول مانحن فيه من قبيل الثاني اذ الفضولي يبيع معتقداً كونه عن نفسه جهلاً أو بانيا كك غصبا وما هو المقوم في صحة البيع و تحققه هو تبديل طرفي الاضافة واقترن به اعتقاد كونه عن نفسه أو بناءه عليه . وهذا الامر المقترن به غير دخیل في تحقق البيع فيكون وجوده غير مضر كعدمه . و منه يظهر وقوعه عن المالك بعد الاجازة لاعن الفضولي اذ لا وجه للقول بوقوعه عن الفضولي بعد الغاء حيثية اسناده اليه من البين كما لا يخفى ، ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يكون الغاصب بايعاً أو يكون مشترياً بأن اشترى شيئاً بمال مفصوب فانه كما يكون البناء على مال كيته للمؤمن غير دخیل في مقومات البيع كذلك بناءه على ملكية الثمن .

قوله (قده) مع انه ربما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة الغرض ملكاً للفضولي (الخ) هذا اشارة الى القول الثاني وقد نقله عن فقيه عصره في شرحه على القواعد ويستدل له بوجهين ، الاول ما اشار اليه بقوله احدهما ان قضية بيع مال الغير (الخ) و توضيحه انه قد تقدم في المعاطات تصحيح عتق المالك عبده عن الامر لو امره بالعتق عنه بفرض الملك وتقديره انما هم وقوع العتق عن ملكه ، وقلنا بأن المراد

من تقدير الملك ليس فرضه و تصويره ، بلا ان يكون له واقع اصلاً . بل المقصود انتقال العبد الى الآمر باستدعائه حقيقة . و دخوله في ملكه واقعاً فيقع العتق عن الآمر بالطريق الاعوجاجي على ما بيناه ، ثم انه قد يتعدى عن مورد الامر بالعتق الى موارد آخر مثل مورد (اشترى هذا المال متاعاً لنفسك) أو تصرف ذي الخيار في زمان خياره بما يتوقف على الملك ، ونحو ذلك . بدعوى ان الاذن في الاشتراء بمال الآذن لنفسه المأذون يوجب انتقال مال الآذن الى المأذون ثم خروجه عنه الى من يشتري منه ، وقد حررنا في باب المعاطات فساد المقايسة و ثبوت التفاوت بين قضية عتق عبدك عني . و بين قضية عتق عبدك عنك أو اشترى بمالي متاعاً لنفسك ، حيث انه يصح الالتزام بتقدير الملك بالطريق الاعوجاجي في الاول دون الأخير و سنعينه ايضاً في المتن الآتي بقولنا ومن هنا يظهر الفرق بين مسألة عتق عبدك عني .

إذا عرفت ذلك فاعلم ان محصل هذا الوجه هو القول بالالتزام الملك بالطريق الاعوجاجي في مثل عتق عبدك عني مما يكون استدعاء عن المالك بإيقاع عقد أو إيقاع على ماله عن المستدعي ، ثم التعدي عنه والالتزام به في مثل اشترى بمالي متاعاً لنفسك مما يكون اذناً بالسابق في إيقاع عقد أو إيقاع في مال الآذن عن المأذون ، ثم التعدي عن الآذن السابق والالتزام به فيما يكون بالاجازة اللاحقة . وعلى هذا فبالاجازة اللاحقة نقلاً أو كشفاً ينتقل المال عن المالك الى الناصب . ثم عنه الى المشتري منه بالطريق الاعوجاجي . فيتوقف صحة هذا الوجه على القول به في مثل عتق عبدك عني ، ثم التعدي عنه الى الآذن السابق في بيع المأذون مال الآذن لنفسه . ثم التعدي عن الآذن السابق الى الاجازة اللاحقة .

و اشار الى الوجه الثاني بقوله الثاني انه لا دليل على اشتراط كون

احد العوضين (الخ) و حاصله صحة البيع و وقوعه بانتقال المثلث الى البائع بازاء انتقال المثلث عن شخص ثالث الى المشتري بدعوى ان حقيقة البيع ليس الا التمليك و التملك و اما كون احد العوضين خارجاً عن ملك من يدخل فى ملكه العوض الاخر . فلا دليل على اعتباره وقد تقدم بيانه فى اول البيع و قلنا بحكاية عن سيد اساتيد استادنا وجها فى درسه لاختياراً و مرتزيفه ايضاً بان هذا خارج عن حقيقة البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة بل انه هبة بازاء هبة اخرى فراجع ما حررناه فى الاول البيع وفى المعاطاة

قوله قدّمه اما الاول فلان صحة الاذن فى بيع المال لنفسه او الشراء لنفسه ممنوعة (الخ) حاصله المنع عن صحة الاذن السابق فى الشراء لنفس المأذون فى مثل اشترى بهذا متاعاً لنفسك اولاً ، ثم على تقدير تسليم صحته منع صحة الاجازة اللاحقة فى تأثيرها فى وقوع الشراء السابق للغاصب لفساد قياسها بالاذن السابق ثانياً ، اما المنع عن صحة الاذن السابق فلأنه لا وجه لتأثيره فى وقوع الشراء لنفس المأذون إلا دعوى كونه من شئون السلطنة ، حيث ان السلطنة على المال تقتضى صحة جميع تقلباته التى من جملتها التمليك الضمنى على الغير لأن يشتري به شيئاً لنفسه ، وهى مدفوعة بأن مقتضى السلطنة على المال هو صحة تمليكه على الغير بالاسباب المملوكة شرعاً التى جعلها الشارع سبباً للنقل والانتقال ، لا صحة تمليكه بما يشاء ولو بالم يجمعه الشارع سبباً ، فانه تصرف فى سلطان الشارع وتعدى فى حقه والتمليك الضمنى الحاصل باذن المالك و انشاء المأذون للبيع مع من يعامل معه ليس حاصلًا بالاسباب المجمولة الشرعية ، ، فلو قام دليل بالخصوص على صحة الشراء بهذا المال المأذون له فى اشتراء مال به لنفسه مثل اجماع أو نص مخصوص لكان دليلاً على انتقال المال الى المأذون ثم عنه الى مالك المثلث الذى يشتري

المأذون عنه على الطريق الاعوجاجي أو انتقل الثمن عن مالكه الى مالك الثمن ثم عنه الى المشتري المأذون كك واذالم يكن في اليين دليل بالخصوص على صحة الشراء لنفس المأذون لكان الاوفق بالقواعد الممهدة في باب المعاملات هو الحكم بالبطلان .

ومن هنا يظهر الفرق ، بين مسألة اعتق عبدك عني مما يكون امر واستدعاء لا يقع المالك عتق عبده عن الأمر . وبين هذه المسألة اعنى مسألة اشتر بمالي طعاماً لنفسك ، حيث ان الاوفق بالقواعد في المسألة الاولى كان هو الحكم بالصحة ، و ذلك لان المفروض صحة تبرع المالك بعتق عبده عن الأمر فاذا استدعي منه ما يكون هو بنفسه سلطاناً عليه وكان له ان يفعله بلا استدعاء الأمر غاية الأمر مع عدم الرجوع بقيمته عند التبرع يكون استدعائه منشأً لضمانه ما يتلفه المالك باستدعائه ، سواء كان مع استيفاء من الأذن كما اذا وقع العتق عنه في كفارة أو لابل كان محض الامر بالاتلاف ، لكن اذا كان في الاتلاف غرضاً عقلياً مثلما اذا امره بالقاء ماله في البحر وعليه ضمانه اذا صار المال موجباً لاضطراب السفينة لاما اذا لم يكن في الاتلاف غرض عقلي مثل ما اذا امره باحراق ماله وعليه ضمانه فانه لو ارتكب المالك (ح) لم يكن ضمانه على الامر .

والسرفيه هو كون اقدامه هذا حراماً شرعاً فاذا اقدم على الحرام الشرعي الممنوع عنه لم يكن ضمانه على الأمر لمكان كونه منهيّاً عنه وبالجمله وقوع العتق عن الأمر بالطريق الاعوجاجي في قضية اعتق عبدك عني موافقاً مع القواعد موقوف على امرين كلاهما حاصلان وهما صحة تصرف المالك بما يأمره الامر مع قطع النظر عن الأمر والاستدعاء وصحة استدعائه بالضمان المعاملي بأن يفعل ماله السلطنة عليه وكلاهما حاصلان

وهذا بخلاف الاذن في شراء المأذون لنفسه حيث انه لو لا ذلك الاذن ليس للمأذون ان يشتري بمال الغير متاعاً لنفسه وهذا الاذن من مقومات صحة شرائه بخلاف امر الآمر بالعق حيث انه لم يكن مقوماً لصحة عقق المالك عن الامر بل لولا امره لكان له التبرع عنه بالعق و (ح) يقع الكلام في صحة وقوع التملك الضمنى بالاذن وانه هل هو من شئون سلطنة الاذن على ماله أو انه تصرف في سلطان الشارع ، وقد تقدم ان الاقرب بالنظر هو الاخير ، اللهم إلا ان يقال بمساعدة العرف على الاول (فج) يمكن الالتزام بصحته أيضاً لكن لا يخلو عن تأمل ، وهذا بعد عدم قياس الدليل بالخصوص على صحته لعدم نص في الين وعدم تحقق اجماع أيضاً على صحته هذا تمام الكلام في المقيس .

اما فساد قياس الاجازة اللاحقة بالاذن السابق لوقيل بالصحة في الاذن السابق ، فلأن الاذن السابق انما يؤثر على تقدير القول به لاجل خصوصية سبقه المعدومة في الاجازة لا امكان كونه اذناً من المالك حتى يقال بأن الاجازة أيضاً اذن منه ، غاية الامر انها متأخرة عن الفعل والاذن متقدم عليه .

وبيان ذلك ان القول بتأثير الاذن السابق اما يكون بدعوى موافقته مع القواعد أو بدعوى ورود دليل بالخصوص دال على كونه موافقاً مع سلطنة المالك أو بدعوى ورود دليل من اجماع أو نص على تأثيره بالخصوص مع قطع النظر عن كونه من شئون سلطنة المالك أو عدمه ، فعلى الاولين تكون الاجازة اللاحقة كالاذن السابق في التأثير بجماع واحد بخلاف الاخير فان ما يبدل على تأثير الاذن السابق مفقود بالنسبة الى الاجازة اللاحقة

بل تأثير الاجازة اللاحقة فى وقوع معاملة الغاصب لنفسه يتوقف على تحقق المعاملة منه على وجه مفسد غير قابل لان تلحقها الاجازة .

وتوضيحه ان كلاً من فعلى الغاصب ومن يشتري بمال الغير متاعاً لنفسه باذن مالكه يمكن ان يقع على نحوين (احدهما) ان يشتري المأذون او الغاصب لنفسه بما هو هو شخصه و(ثانيهما) ان يشتري كل واحد منهما بما هو مالك . ونتيجة الوقوع على النحو الثانى هو وقوع الشراء لمالك الثمن بالاذن السابق او الاجازة اللاحقة . ونتيجة الوقوع على النحو الاول هو وقوع الشراء لنفس المشتري المأذون او الغاصب لكن الاذن السابق اذن فى ايقاع المأذون الشراء لنفسه بحيث يقع عنه لاعن المالك : وهذا النحو فى شراء الغاصب غير معقول لما عرفت من ان مبنى الاشكال فى صحة فعل الغاصب الفضولى . والشبهة فى عدم قابليته للاجازة هو كان احتمال وقوعه على هذا النحو حيث انه لما لم يكن مالكاؤهم عدم تمشى الانشاء منه على هذا الوجه وكان الجواب عن هذا الاشكال هو تصوير النحو الآخر فى بيعه اعني وقوع الفعل عنه بادعاء المالك واستراق السلطنة الملكية على ما بيناه . فتأثير الاجازة فى وقوع الشراء لنفس الغاصب مبنى على صدور الشراء منه لنفسه بما هو هو لا بما هو مالك ، ووقوع الشراء منه كك مستلزم لفساده لعدم تمشى الانشاء منه كك فكون الاجازة اللاحقة مؤثرة فى وقوع الشراء لنفس الغاصب فاسد . ومن ذلك يظهر صدق ما قاله المصنف قدس من كون قياس الاجازة اللاحقة بالاذن السابق مع الفارق وبطل نفى الفرق بينهما على ما يدعيه بعض المحشين فى حاشيته .

قوله (قدس) ثم ان مما ذكرنا من ان نسبة ملك العوض حقيقة (الخ) اعلم ان ما تقدم كان بياناً للاشكال فى صحة بيع الغاصب ووقوعه للمالك

باجازته من جهة عدم تحقق البيع بالمعنى العرفي عن الغاصب ، وقد تقدم جوابه الذى محصله هو امكان صدور البيع عنه بعد سرقة الملكية عن المالك وجعله نفسه مالكا للمغصوب ، وهذا اشكال آخر يرد على وقوع بيعه للمالك باجازته فى صورة علم المشتري من الغاصب بكون بايعه غاصبا ، وحاصله ان للمشتري فى هذه الصورة اى فى صورة علمه بكون البايغ غاصبا لا يكون مسلدا على استرداد ما دفعه من الثمن الى الغاصب وهذا يكشف عن سيرورة الغاصب مالكا للثمن الذى قبضه من المشتري ، وإلا لم يكن وجه لعدم جواز رجوع المشتري اليه بالثمن ومع ملكه له لو اجاز المالك بيع الصادر من الغاصب يجرى الاشكال المتقدم اعنى خروج المعوض عن ملك المالك الى ملك المشتري ودخول عوضه عن المشتري الى ملك الغاصب لا المالك ، وقد عرفت انه خارج عن حقيقة البيع وانه على تقدير صحته يكون هبة بازاء هبة اخرى كما بيناه .

و الجواب عنه المنع عن عدم جواز رجوع المشتري الى الغاصب بالثمن مع علمه بكونه غاصبا على نحو الاطلاق بل فيه تفصيل . و القول به فى بعض الصور غير قادح فى القول بوقوع بيع الغاصب عن المالك باجازته .

و توضيحه ان فى مسألة جواز رجوع المشتري الى الغاصب بالثمن عند علمه بكونه غاصبا اقوال ثلاث ، احدها : هذا الاحتمال المذكور فى الاشكال وهو عدم جواز الرجوع مطلقا حتى مع وجوده عند الغاصب ، وقد نقل عن الفخر والقطب الرازى وبعض آخر ، وعلى هذا يكون اساس الاشكال المذكور . وثانيها : وهو مقابل القول الاول وهو جواز الرجوع بعينه لو كان موجودا و بعوضه من مثله أو قيمته لو تلف عند الغاصب

وثالثها: هو التفصيل بين وجود العين عند الغاصب فيجوز للمشتري استرداده وبين تلفه عنده فليس للمشتري (ح) تفريجه ، وهذا هو الحق وعليه المحققون ويظهر وجهه من بيان بطلان وجه الاولين .

اما الاول فلأن المشتري ما ملك الثمن بالغاصب مجاناً أولاً وانما الصادر منه هو التسليط الخارجى اى قبضه بالغاصب مع علمه بكونه غاصباً فما وقع في بعض العباير من ان المشتري ملك الغاصب بالثمن مجاناً فاسد أو مؤل بارادة التسليط من التمليك ، وقد تقدم ان الجمع بين القول بكون المشتري ملك الغاصب مجاناً مع القول بكون الثمن للمالك باجازه متنافيان لأن مبني تملك الغاصب هو تمليك المشتري اياه بما هو هو ومبني صيرورة الثمن للمالك بالاجازة هو تمليك المشتري بما هو مالك ادعاء ، ولا يمكن الجمع بينهما في عقد واحد ، ولا يكون عقد ان حتى يكون مفاد احدهما تمليكه اياه بما هو هو ومفاد الآخر تمليكه اياه بما هو مالك ، ولو فرض وجود العقدين بدعوى تضمن الشراء عن الغاصب بما هو مالك لهبته اياه بما هو هو فهو مع كونه محالاً هبة يجوز الرجوع عنهما مع وجود العين عند المتهب لما عرفت من ان تمليك مال بشخص بازاء دخول عوضه عن ملك ثالث الى ملكه خارج عن حقيقة البيع وانه داخل في الهبة فالمشتري من الغاصب يملك الغاصب ثمنه بازاء الثمن الذى هو ملك المالك لا الغاصب ولو سلم كون المعاملة الكذائية بيعاً لغيره فلا يزيد حكمه عن حكم الهبة اذ لا يمكن القول بوجوب التزام المشتري بالتزام العقدى مع عدم التزام طرفه في صورة رد المالك كما هو اوضح من ان يخفى ، ومما ذكرناه وما لم نذكره يظهر فساد القول بعدم جواز الرجوع في صورة وجود العين بل يستبعد القول بوجود القائل به جداً بحيث ينبغى تأويل كلام من ينسب اليه بحسب

ظاهر كلامه .

واما فساد القول الثاني اعنى القول بجواز الرجوع عند تلف الثمن فلكونه من صغريات قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فان المشتري مع علمه بغاصبية البايع و عدم كونه مالكا للثمن اذا سلطه على ثمنه يكون تسليطه اياه تسليطاً مجانياً اذ يعلم بأن عوضه لا يخرج من الغاصب اليه بل لو خرج لكان عن المالك ، وتسليطه اياه و ان كان معاوضياً ، إلا ان العوض لمالم يكن عن الغاصب ، بل يكون عن المالك ، لم يخرج بالنسبة الى الغاصب عن التسليط المجاني ، فلا يقاس بالمعاوضة الفاسدة كالقمار و الربو حيث ان المشتري مع علمه بالفساد اذا سلط البايع على ماله لا يوجب سلب الضمان بل البايع ضامن لعدم التسليط المجاني واذا دخل تحت تلك الكلية يكون اللازم عدم الضمان مع التلف .

اذا تبين ذلك فنقول اما مع وجود الثمن عند الغاصب لو وقعت الاجازة من المالك . فلا اشكال اصلاً حيث لا موجب لملكية الغاصب للثمن بل بالاجازة يصير ملكاً للمالك فيرد اليه من غير اشكال ، ومع تلفه يكون عدم ضمان الغاصب للمشتري لاجل تسليطه اياه على الثمن تسليطاً مجانياً ، ولا منافاة بين ان لا يكون ضامناً للمشتري لاجل التسليط المذكور و ضمانه للمالك اذا اجاز لعدم تحقق تسليط منه للغاصب على الثمن .

و توضيح ذلك بوجه ابسط ان يقال ان ما قيل أو يقال في المشتري العالم بكون المبيع مقصوباً ووجهه (الاول) انه ملك الثمن بالغاصب مجاناً ، وهذا هو مختار من يقول بعدم جواز الرجوع الى الثمن مطلقاً ولو مع وجوده (الثاني) انه سلطه على الثمن تسليطاً مطلقاً نظير التسليط الحاصل في المعاطات بناءً على القول بالاباحة ، و لازم ذلك بقاء الثمن على ملك المشتري مادام موجوداً

عند الغاصب، لكن اذا اشترى الغاصب به شيئاً يملك ما اشتراه به كما في باب المعاطاة على القول بالاباحة، وقد قيل بهذا الوجه ايضاً من صرح بصيرورة ما يشتره الغاصب بالثمن ملكاً له، ولا يخفى ان شيئاً من هذين الوجهين لا يمكن الالتزام به، اذ لم يصدر عن المشتري إلتامليك الثمن الى الغاصب بازاء المال المغصوب والتسليط الخارجى اعنى اعطاء الثمن اياه وشيئاً منهما لا يكون تمليكاً مجانياً ولا تسليطاً من جميع الوجوه، نظير ما في المعاطاة، اما تملكه بازاء المال المغصوب فواضح حيث انه يبيع بعوض غاية الامر يكون تمشيه من بناء مالكية الغاصب ادعاءً حسبما مر شرحه وليس هبة مجانية ولا ان العقد الصادر منه يبيع وهبة معاً أو يبيع وتسليطاً، واما التسليط الخارجى فهو ايضاً لا يكون تمليكاً ولا تسليطاً موجبا للاباحة العامة نظير ما في المعاطاة، بل هو تسليط مترتب على البيع الصادر منه ومن متمماته ولو احقه و متفرعاته و الوفاء به مثل المقبوض بالعقد الفاسد حيث لا يفيد الاباحة فليس في البين تمليك من المشتري الثمن الى الغاصب مجاناً حتى يقال بعدم جواز رجوعه اليه مادام موجوداً ولا تسليط مجانى حتى يقال بانتقال ما يشتره الغاصب به اليه نظير ما قيل في المعاطات بناء على القول بالاباحة، فهذا الوجهان ساقطان جداً، و ان قال بهما بعض لکن لا يعبأ بهما، بل الحق هو الوجه الثالث وهو ان المشتري مع علمه بمغصوبية المثل من سلط الغاصب على الثمن تسليطاً خارجياً أي اعطاء الثمن في الخارج ولازمه عدم ضمان الغاصب له لو تلف عنده لاندراجه تحت قاعدة مالا يضمن بصحيحه وعلى هذا فيرفع الاشكال حيث ان اساسه كان على صيرورة الثمن ملكاً للغاصب فلو اجاز المالك (ح) لكان بيعاً بلا ثمن أي تكون اجازته موجبة لدخول المثل في ملك المشتري

بالادخول الثمن في ملك المالك المميز ، وصار بناء اندفاعه على بقاء الثمن على ملك المشتري ولو لم يكن الغاصب ضامناً له على تقدير التلف فلا يلزم ان تكون الاجازة هي الاجازة للبيع بلا ثمن .

فان قلت ما ذكرت انما يدفع الاشكال اذا كانت الاجازة مع وجود الثمن حيث انه بعد الاجازة يصير ملكاً للمميز فيرجع به الى الغاصب واما مع تلفه عنده فالاشكال باق على حاله اذ حين الاجازة (ح) لا يكون عين الثمن موجوداً عند الغاصب حتي يرجع اليه ولا هو ضامن لمثله أو قيمته حتي يرجع اليه بما يضمنه ، ولا يمكن ان يقال بالرجوع الى المشتري ، لان الاجازة وقعت على الثمن الشخصي التالف عند الغاصب لا الى الكلي في ذمة المشتري و (ح) يكون البيع بلا ثمن فيعود الاشكال .

لا يقال هذا الاشكال يرد على القول بالنقل فانه بناء على ناقلية الاجازة يكون انتقال الثمن عن المميز الى المشتري حين وقوع الاجازة وفي هذا الظرف لا يكون الثمن موجوداً عيناً ولا انه يعتبر ضمانه مثلاً او قيمة ، و اما على القول بالكشف فالاجازة كشفة عن صيرورة الثمن ملكاً للمميز حين العقد لا الاجازة ، فالمشتري (ح) سلط الغاصب على الثمن الذي هو ملك للمميز ولا تسليط من قبل المميز للغاصب على الثمن فيكون الغاصب ضامناً للمميز حيث انه تلف ثمنه عنده بلا تسليط منه فيرجع المميز اليه من غير اشكال .

لانا نقول هذا الذي ذكره وان عدم الثمرات بين الكشف و النقل لكنه فاسد ، بل الحق عدم التفاوت بين الكشف والنقل من هذه الجهة ، اذ بناء على الكشف يعتبر بقاء العوضين على قابلية ان يتعلق بهما العقد (وبعبارة اخرى) لا بد من وجود جميع ما يعتبر في العوضين حين العقد عند

الاجازة بناءً على الكشف بحيث لو كانت الاجازة ناقلة لكانت شرائط النقل حين الاجازة موجودة فاذا لم يصح النقل لم يصح الكشف ايضاً .

قلت الاشكال مندفع في صورة تلف الثمن على النقل والكشف بجامع واحد ، وتوضيحه ان تسليط المشتري للغاصب على الثمن اما كان من متفرعات الشراء منه بعنوان الوفاء بالعقد معه يكون متأخراً بالرتبة عن العقد ، ولو فرض تقدمه على العقد بالزمان كما اذا دفع الثمن اليه اولاً ثم اشترى منه المال المغصوب بالثمن الذي دفعه اليه فالعقد الذي وقع بينه وبين الغاصب متقدم بالرتبة على التسليط والاجازة تكون متعلقة بذلك المتقدم وتجعل العقد عقد المجيز والمشتري سيطر الغاصب على ثمنه ولا يكون الغاصب ضامناً للمشتري لاجل التسليط المذكور ، لكن لامناطات بين عدم ضمانه للمشتري لمكان تسليطه اياه وبين ضمانه للمالك المجيز بعد صيرورته مالكاً بالاجازة لعدم تحقق تسليط منه ولا يردانه عند الاجازة لا يكون الثمن موجوداً بعينه لتلفه ولا يبدله لعدم اعتبار ضمانه لان عدم اعتبار الضمان انما هو بالنظر الى المشتري واعتباره بالاجازة انما هو للمجيز وهما متغايران وتحقق ملك الثمن للمجيز وان كان حين الاجازة بناءً على النقل الا انه لمكان تقدم العقد الذي هو السبب على تسليط المشتري يفيد صحة اعتبار ضمان الغاصب للمجيز .

وبعبارة اوضح المجيز وان لم يحصل له الملك الا حين الاجازة الذي لا يكون الثمن موجوداً الا انه يصح اعتبار وجوده لدى الغاصب ملكاً للمجيز ثم تلفه عن ملكه لقرار ضمانه عليه للمجيز . لمكان تقدم العقد الذي يتعلق به الاجازة على تسليط المشتري الغاصب على الثمن اقول هكذا قررولكن المسئلة بعد لا يخلو عن الاشكال .

ويمكن ان يقال ان اعطاء المشتري الثمن الى الغاصب تسليط اياه عليه لامطلقاً بل فى صورة رد المالك وامام مع الاجازة فالمرتكز من المشتري انما هو دفع الثمن الى الغاصب عوضاً عما يأخذ منه من مال المغصوب فيكون تسليطاً منه آياه على الثمن لان يدفع الى المجيز ولو تم هذا الارتكاز يصح التفصيل بين صورتى الرد والاجازة بالقول باختصاص مجانية التسليط فى الاولى دون الاخير وعليه فيبقى الثمن على ملك المشتري عند تلفه لدى الغاصب اذا تعقب العقد بالاجازة فينتقل الى المجيز حين الاجازة فتأمل.

قوله (قده) الاول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى (الخ) البيع الفضولى اما يكون واقعاً على العين مثلما اذا باع فرس زيد مثلاً من عمر وهكذا اويكون واقعاً على الكلى ثم الكلى اما يكون متقراً فى الذمة قبل وقوع البيع عليه كما اذا كان فى ذمة زيد كراعى الطعام لعمر و لدين أو اسلاف فباع الفضولى هذا الذى كان فى ذمة زيد لعمر ومن خالف مثلاً فالشئ ملك للعمر فى ذمة زيد ، واما لا يكون متقراً وانما يتقرر بنفس وقوع البيع من الفضولى عليه كما اذا باع كراعى الطعام فى ذمة زيد من عمر ، حيث انه بنفس ذلك البيع يتقرر الكلى فى ذمة زيد لعمر وفيثبت فى ذمته على تقدير اجازته اذا قلنا بصحة الفضولى فى بيع الكلى فى هذا القسم ايضاً ، لا اشكال فى حكم الفضولى اذا كان المبيع أو الثمن عيناً أو كذا فى القسم الاول من الكلى اعنى ما كان له تقرر قبل البيع الفضولى اذ هو ملحق من هذه الجهة بالعين ، وانما الكلام فى القسم الثانى اعنى ما يتقرر بنفس وقوع البيع عليه وعقد هذا التنبيه انما هو لبيان حكمه قوله قده ثم ان تشخيص كون ما فى الذمة الذى يعقد عليه الفضولى (الخ) اعلم ان البيع الصادر عن البائع فى مثل قوله بعثك

لا يخلو من انه اما يستند الى نفسه مثلما اذا قال بعثك هذا المتاع عن نفسي في بيع العين أو بعثك كرامن الطعام في ذمتي ، واما يستند الى الغير مثل بعثك في ذمة زيد أو لا يستنده الى نفسه ولا الى غيره بل يجعله مطلقاً ويقول بعثك كرامن الطعام فاذا استنده الى نفسه أو غيره فهو ومع عدم الاستناد والاطلاق يكون ايضاً مستنداً الى المباشرة وذلك لاقتضاء الاطلاق حيث ان طبع المباشرة للبيع حين ايقاعه اذا لم يستنده الى غيره هو الايقاع عن نفسه ، ونظير ذلك في باب العبادات حيث انه لو لم يقصد فيها التحمل عن الغير ، تقع عن نفسه ولو لم يقصد وقوعها عن نفسه فلو صلى لآبنة الغير لا يقع عن الغير بل يقع عن نفسه لو كانت ذمته مشتغلاً بها أو الاتقع لغواً ، و منه يظهر فساد ما في بعض الرسائل من وجوب قصد التحمل عن الغير أو قصد المباشرة عن نفسه ادلاً يجب في عمل نفسه قصد ايقاعه عن نفسه .

اذا عرفت ذلك : فنقول استناد البيع الى الغير اما يكون باضافته الى الغير في متن العقد وجعله قيداً في العقد كما اذا قال بعثك عن زيد مناً من الحنطة و اخرى بجعل المبيع في ذمته كما اذا قال بعثك كرامن الطعام في ذمة زيد ، و على كلا التقديرين فاما يكون باللفظ أو يكون بالقصد بلا جعله قيداً في العقد بان يقول بعثك كرامن الطعام قاصداً كونه عن زيد أو كونه في ذمته ، ولا فرق بين القسمين في مقام تصحيح الاستناد الى الغير ، وان كان بينهما فرق في مقام التعارض و توجيه الحلف كما سيظهر ، وعلى جميع التقادير فاما ان يكون الفضولي هو العاقد البايع كما اذا قال بعثك كرامن طعام في ذمة زيد ، فيبيع عن زيد كرامن الطعام في ذمته و يقبل المشتري لنفسه ، و اما يكون هو العاقد المشتري كما اذا قال بعث هذا العباء الذي هو ملك له

بدرهم في ذمة زيد فيبيع العباء من زيد اصالة من نفسه و فضولياً عن زيد المشتري .

(١) قوله قدّه و حيث عرفت ان لازم قصد البيع للغير (الخ)

اعلم انه قد يجمع بين اضافة البيع و اضافة الكلي و (ح) فاما لا يكونا متنافيين كما اذا اضاف البيع و الكلي كليهما الى نفسه ، و قال بعثك من آمن الحنطة في ذمتي أو اضافهما معاً الى الغير أو يكونا متنافيين ، بان اضاف البيع الى غيره و الكلي الى نفسه ، أو استند الشراء الى غيره و الكلي الى نفسه و قال اشتريت هذا لفلان بدراهم في ذمتي أو اضاف الشراء الى نفسه و الكلي الى غيره و قال اشتريت هذا لنفسى بدراهم في ذمة الغير فان لم يكن بينهما تناف فهو مع التنافي ، فان قلنا بما ابداه فقيه عصره كاشف الغطاء (قدّم) من كفاية دخول احد العوضين في ملك شخص بازاء خروج بديله عن ملك شخص آخر فلا اشكال اذ يحكم (ح) في الاول بوقوع الشراء لفلان بدراهم في ذمة العاقد و في الثاني بوقوع الشراء لنفسه بدراهم في ذمة الغير ، وان قلنا بخروج ذلك عن حقيقة البيع كما هو التحقيق ، فهل يحكم بفساد المعاملة (ح) ، لتدافع الظهورين . أو بصحتها و الاخذ بأحد الظهورين تخييراً ، و تقديم اولهما لمكان تقدمه ، أو بتساقط الظهور ان فيكون كان لم يسند الي نفسه و لا الى غيره (وجوه) ثم على الاخير فهل يحكم بفساد المعاملة أو بصحتها و وقوعها عن العاقد المباشر لاقتضاء الاطلاق استنادها اليه بعد تساقط ما يوجب الاستناد الى غيره وجهان .

الذي افاده المصنف في الكتاب هو التفصيل ، بين اضافة الشراء الى غيره و الكلي الى نفسه و بين اضافة الشراء الى نفسه و الكلي الى غيره فاحتمل البطلان في الاول ، لانه في قوة شراء شيئي للغير بمال شخصي لنفسه

كما اذا قال اشتريت هذا الفلان بهذا الدرهم الموجود الذي هو لنفسى فكما لا يصح شراء شيى لغيره بعين نفسه ، كك لا يصح الشراء لغيره بكلي فى ذمته اذا الكلى فى ذمته فى حكم المال الموجود الخارجى ، و احتمال الغاء احد القيدين اما قيد كون الشراء لفلان و تصحيح المعاملة لنفسه بأخذ قيد اضافة الكلى الى نفسه او الغاء قيد اضافة الكلى الى نفسه و تصحيح المعاملة بأخذ قيد اضافة الشراء الى غيره ، و صيرورة المعاملة فضولياً محتاجاً الى اجازة الغير ، ولم يذكر احتمال البطلان فى الاخير، بل احتمال فيه الصحة، اما باحتمال كونه كما لو اشترى لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد اجازته لكن بعد تصحيح المعاملة بالبناء على تملك ما فى ذمة الغير اعتقاداً كما اذا اشترى الغاصب لنفسه بعين المال المفضوب ، حيث انه بعد اجازة المالك يقع له لكن بعد تصحيح المعاملة ببناء الغاصب على تملك العين المفضوبة اعتقاداً أو باحتمال الغاء قيد اضافة الكلى الى الغير والحكم بوقوع الشراء لنفسه بكلي فى ذمته وذلك لتقدم تقييد الشراء بكونه لنفسه على تقييد الكلى بكونه فى ذمة الغير فبوخذ بالتقيد المتقدم ويترك المتأخر ، هذا محصل مرامه مع اعترافه فى آخر عبارته باحتياج المسئلة الى التأمل .

و لا يخفى فيما افاده اما فى القسم الاول : اعنى ما اذا اضاف الشراء الى غيره والكلى الى نفسه ، فلما فى احتماله للبطلان ، اذا لا وجه للبطلان اصلاً ، وقياسه بما اذا اشترى لغيره بعين مال نفسه فاسد ، و ذلك لامكان ان يكون باب جعل الكلى فى ذمته من باب الضمان ، فيصح ضمانه للثمن عن الغير ، وانشائه فى ضمن عقد البيع كما اذا قال اشتريت للغير و انا ضامن ثمنه أو انا كفيله ، ونحو ذلك .

لا يقال لا يصح ضمان الثمن فى ضمن ذاك العقد الذى يوجب قرار

الثلث في ذمة المشتري ، لانه من قبيل ضمان ما لا يجب ، بل لا بد في ضمانه من تمامية العقد وتحقق المعاملة . فلامحالة يجب تأخره عن البيع مع ان اسناد الكلبي الى نفسه يكون في ضمن البيع .

لأننا نقول يكفي في كونه ضماناً لما استقر في عهدة المشتري من الثمن بالبيع تأخره بالرتبة ، ولذا يصح بعثك و انا كفيله من غير اشكال . لا يقال كون اسناد الكلبي الى نفسه من باب الضمان يصح لو قصد به الضمان ، بخلاف ما لو كان قصد العاقد ايقاع البيع لغيره بجعل الثمن في ذمة نفسه .

لأننا نقول بعد كون اللفظ قالباً لانشاء الضمان - وكان صدوره منه بآرادته يكون قصد جعل الثمن في ذمته لغواً لانه قصد مالم يوجد في الخارج ، حيث انه قصد شيئاً واوجد شيئاً آخر غير ما قصد نظير ما تقدم في باب المعاطات فيما اذا قصد الاباحة واوجد ما هو مصداق البيع حسبما مر شرحه وفي المقام ايضاً نقول قصد البيع لغيره بجعل الثمن في ذمته و لكنه اوجد ما هو مصداق الضمان .

و اما في القسم الثاني اعني ما اذا اضاف البيع الى نفسه و الكلبي الى غيره فلمافيماذكره من تنافي القيدتين ادلا منفاة بينهما اصلاً . بل يكون حاله حال بيع الغاصب عين المال المنصوب بعينه فيكون فضولياً متوقفاً على اجازة من اضيف الكلبي اليه ، كما انه في العين المنصوبة كان ايضاً فضولياً متوقفاً على اجازة المالك حسبما مر ، ولا يحتاج في كلا المقامين الى الاعتقاد بتملك العين في العين المنصوبة أو اعتقاد تملك ما في ذمة الغير في تصحيح المعاملة بل تصح بلا حاجة الى ذاك الاعتقاد بسرقة السلطنة و الملكية حسبما حققناه .

وهما ذكرناه ظهر الغاء احتمال الصحة بالغاء ذمة الغير ، والحكم بوقوع الشراء لنفسه بواسطة تقييد الشراء باضافته الى نفسه ، وذلك لما بيناه من ان اسناد الشراء الى نفسه مع اضافة الكلي الى الغير ليس الا كبيع الغاصب ، فكما انه في بيع الغاصب لنفسه يكون فضولياً يقع للمالك اذا اجاز وبلغى قصد نفسه ، كذلك في بيع الكلي المضاف الى الغير من غير تفلات اصلاً وهذا ما يقتضيه التحقيق في المقام .

ثم لا يخفى ان المنافي الذي يؤتي به في ضمن العقد اما يكون منافياً لاركانه كما اذا قال بعثك بلائمن ، أو آجرتك بلا اجرة ، حيث ان الثمن والاجرة ركنان في عقدي البيع والاجارة ، واما يكون منافياً لما يقتضيه اطلاقه بعد تمامية اركانه كما اذا اسند البيع الى نفسه ، والثمن الى غيره ، حيث انه قد تقدم مفصلاً ان البائع والمشتري ليسا من اركان البيع و انما الركن فيه هو الثمن والمثمن ، ولذا قلنا بعدم الحاجة الى تعيين البائع والمشتري الا فيما احتاج تعيين الثمن والمثمن الى تعيينهما وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون ذكر المنافي في اثناء العقد أو بعد تمامه ، ففي الاول اعني ما كان منافياً لركنه يكون مبطلاً للعقد مطلقاً ، سواء ذكر في اثنائه أو بعده وفي الثاني يفصل بين ما يذكر في الاثناء فيحكم فيه بالبطلان ، وبين ما يذكر بعد تمام العقد فيحكم بالغاء ذاك المنافي ، وصحة العقد نظير ما اذا اجاز المالك في بيع الغاصب لنفسه كون البيع للغاصب ، حيث انه يؤثر اجازته في صحة البيع ويقع للمالك نفسه ، وبلغى قيد كونه للغاصب ، ومن ذلك يظهر التحقيق في القسمين اللذين ذكرهما المصنف (قده) حسبما حررناه فانه في القسم الاول اعني ما اذا اضاف البيع الى غيره والكلي الى نفسه على تقدير ان يكون منافياً لاضافة البيع الى غيره ولم يحمل على الضمان

حسبما حررناه لم يكن موجبا للبطلان حيث انه مذكور بعد تمام العقد ولم يكن منافياً لأركانه وكذا في القسم الثاني اعنى ما اذا اضاف البيع الى نفسه والكل الى غيره كما لا يخفى .

قوله قدّه وان رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً (الخ) قد تقدم ان تشخيص مافى الذمة الذي ينمقد عليه العقد الفضولي اما يكون باضافة البيع اليه ، أو باضافة الكل الى ذمته (وعلى التقديرين) اما يكون الاستناد لفظياً بمعنى انه يذكر في ضمن العقد أو يكون بحسب القصد أى يعين الذمة بالنية ، فعلى الاول : فلا اشكال فى كونه فضولياً متوقفاً على اجازة من اضيف اليه ، فان اجاز فهو والا فيلغو العقد ، وعلى الثانى الذى عليه جملة من الاساطين هو وقوعه للفضولى العاقد على تقدير الرد واقعاً ، و نظير ذلك ما ذكره فى بيع الوكيل المفوض اذا انكر الموكل وكالته ، فانهم حكموا بوقوعه للوكيل هذا :

و اورد عليهم المصنف بفساد ذلك فى باب الوكالة والفضولى معاً اذ لا معنى لتردد البيع الصادر عن العاقد كى لا كان أفضولياً . بين ان يكون صادراً عن اضيف اليه بالقصد والنية ، وبين ان يكون عن العاقد المباشر حتى يصير باقرار الوكالة أو الاجازة عقداً له وبانكار الوكالة أو الرد عقداً للعاقد المباشر ، بل التحقيق ان يقال اما فى باب الوكالة فلا يخلوا ما يكون قصد البائع جعل المال فى ذمته نفسه بالاصالة فيكون ما جعل فى ذمته كعين ماله الخارجى فيكون كما لو باع عين ماله عن غيره ، أو يكون قصده جعل المال فى ذمته لا بالاصالة بل بما هو نايب عن موكله ، فعلى الاول : فاما يقال بتأثير نيته فى بيع مافى ذمته عن غيره ، أو يقال بعدم تأثيرها ، وان نيته هذه لغو بل يقع البيع عنه ، فان قلنا بتأثير النية ، يكون الاوفق بالقواعد هو الحكم

بالبطلان ، بناء على عدم كفاية دخول احد العوضين في غير ملك من خرج عنه الآخر كما حققناه مراراً وان قلنا بعدم التأثير يكرن اللازم هو الحكم بالصحة و وقوع البيع للمباشر سواء اجاز الموكل ام لا ، فلا وجه لوقوعه للموكل مع اجازته .

وعلى الثاني اعني ما اذا جعل المباشر المال في ذمته بما هو نايب فان قلنا بتأثير النية فاللازم هو الحكم بالبطلان عند الرد لا الحكم بوقوعه للمباشر واقعا وان قلنا بعدم تأثير النية فاللازم هو الحكم بوقوعه للمباشر ولو مع اجازة الموكل فلا وجه للحكم بوقوعه للموكل مع اجازته ، هذا بالنسبة الى الوكيل المفوض كالوكيل في باب المضاربة .

واما الفضولي فلا يخلو اما ان يقال بتأثير نيته أو يقال بعدم التأثير ، ففي صورة التأثير يقع باطلاً في صورة الرد واقعا ، وعلى القول بعدم التأثير يقع للمباشر ، هذا :

ولا يخفى عدم مجيئى الترديد الجاري في الوكيل بين جعل المال في ذمته بالاصالة أو بما هو نايب في باب الفضولي والى هذا اشار باستشكاله في صحة جعل نفسه نايباً عن الغير إلا اذا رجع الى الشراء في ذمة الغير ، فمافي ظاهر ذيل العبارة بعد حكاية عبارة التذكرة في مقام تحقيق المقام من الترديد بين القسمين في باب الفضولي ، لا يخلو عن شيئ والصواب هو ما حررناه من التكلم في كل واحد من الوكيل والفضولي على حدة .

ثم ان محصل المنقول عن الاصحاب قدس الله اسرارهم هو الفرق بين ما اذا اسند الكلئ الى ذمة غيره في ضمن التزام عقدي بان ذكره لفظاً وبين ما اذا قصده في النية من غير اسناده اليه في اللفظ بكون الاول عقداً عنه فيقع عنه اذا اجاز لو كان فضولياً ويبطل على تقدير الرد كما انه يحكم بكونه

عنه لو اقر بالوكالة على تقدير كون العاقد وكيلًا و بطلانه ظاهر أو انكرها على حسب موازين القضاء ، وبكون الثاني اعنى صورة اسناد العقد بالنية صالحًا لأن يصير عقداً للمنوي بسبب النية فان اجاز في الفضولي أو اقر بالوكالة في الوكيل يصير عقداً له وان رداً وانكر الوكيل وكالة يقع عن المباشرة، وعلى هذا التقرير فلاحاجة في الاستشكال عليهم بما في الكتاب من التردد وتطويل المسافة ، بل ينبغي ان يورد بأن النية اما تكون مؤثرة اولاً ، فعلى الاول فلا وجه في التفرقة بين النية واللفظ ، وعلى الثاني فلا يحصل للعقد صلاحية للاسناد الى المنوي بسبب النية لكون المفروض الغائبها و عدم تأخيرها في شيء .

ويمكن ان يتصور لها افادته وجهاً صحيحاً وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) ان في العقود المعاوضة كالبيع ونحوه كل واحد من المتعاملين يصير مالكا للالتزام الآخر بالعقد ، ففي البيع مثلاً كل واحد من البائع والمشتري يلتزم التزاماً عقدياً بخروج ما يملكه من الثمن أو المثل من ملكه و دخوله في ملك الآخر بازاء ما يخرج عن ملك الآخر الى ملكه و بالعقد بينهما يصير كل واحد منهما مسلطاً على التزام الآخر بحيث لا يجوز لكل واحد رفع اليد عن التزامه إلا برضا الآخر ومن هنا تطلع الاقالة حيث انها عبارة عن رفع يد كل واحد عما يملكه من التزام الآخر فيرجع كل عن التزامه ، ولجل ذلك لا تكون الاقالة بيعاً ، وعلى هذا ايضاً يظهر ثبوت الخيار لذى الخيار حيث انه عبارة عن ملكه لالتزام نفسه و التزام الآخر ، فيصح له الرجوع عما التزمه لعدم صيرورة التزامه ملكاً للآخر ، و ان كان يملك التزام الآخر .

الامر الثاني ظاهر جملة من الاصحاب صحة جعل كل واحد من

المتعاملين ما يملكه من التزام الآخر لشخص ثالث كان ينتقل المشتري المالك للالتزام البايع مملكه بالعقد من التزامه الى ثالث ، فيصير هذا الثالث مالكا للالتزام البايع و البايع مالكا للالتزامه ، كما انه لو كان هو بنفسه طرفاً و مشترياً من اول الامر ويعبر عن هذا ببيع التولية ، ويحتاج الى ايجاب وقبول و ايجابه قول احدهما وليتك البيع ويتحقق قبوله بلفظ قبلت وما يشبهه .

الامر الثالث اذا التزم المشتري مثلاً بعقد ناوياً كونه عن ثالث يكون مقتضى اسناد الالتزام الى نفسه في ضمن العقد ، وصيرورته بنفسه طرفاً للالتزام العقدي هو كونه بنفسه طرفاً للالتزام ، ويكون قصده عن الغير بمنزلة ايجاب بيع التولية المفتقر الى القبول فان تعقبه ما هو قبول له من اجازة أو تقرير وكالة يتم بيع التولية ويصير المجيز أو المعتبر بالوكالة طرفاً للالتزام العقدي بعد ان كان المباشر طرفاً له ، وان رده أو انكر الوكالة لا يتم بيع التولية فلا ينتهي الى الاسناد الى من قصده ، وعلى هذا فالصادر عن المباشر بقصد الغير له نسبة فعلية الى المباشر ، وله قابلية التحويل الى الغير بواسطة قصد الغير الذي هو كايجاب بيع التولية المتوقف على القبول فلا يكون مردداً بين المشتري وبين من قصده حتى يقع لمن قصده على تقدير اجازته وللمشتري على تقدير الرد بل هو للمشتري على كل من تقديرى الاجازة والرد اولاً إلا انه بالاجازة يحول عنه الى من قصد فيصير بيعه و التزامه التزامه والظاهر تسالمهم على ما ذكرناه في ابواب متفرقة كباب المضاربة فيما اذا اشترى العامل شيئاً بالذمة فانكر المالك وكالته ، وكباب التجارة بمال اليتيم حيث ان الولي لو اشترى في الذمة قاصداً اداءه بعين مال اليتيم ، فانهم قالوا بكون الربح لليتيم ، ولولا صيرورة اليتيم طرفاً للالتزام و انتقال المبيع اليه في طول انتقاله الى الولي لما كان وجه للحكم

بكون الربح له، وكباب خيار العيب فيما اذا باع الوكيل ولم يسند العقد الى موكله لفظاً بالالتزام العقدي ثم ظهر العيب، فانهم حكموا باشتغال ذمة الوكيل نفسه بالارش وهو ايضاً لا يتم الا على فرض كونه طرفاً للالتزام العقدي « وبالجمله فلما ذكرناه نظائر في ابواب المعاملات يتوقف صحته على ما بيناه من كون قصد العقد عن الغير اذا لم يسنده اليه باللفظ يصير بمنزلة ايجاب بيع التولية المتوقف على القبول وعليه فلا يبقى الاشكال اصلاً.

قوله قدس سره وتوهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذي يحصل به التملك (الخ) اعلم انه استشكل في جريان الفضولي في المعاطاة بثلاث وجوه هذا اولها وحاصله ان الاقباض الذي يحصل به التملك يكون منهيأ عنه لعدم جواز الاقباض على الفضولي فيكون محرماً مفسداً للمعاملة لدلالة النهي على الفساد، وقد تقدم هذا الاشكال في الفضولي بالانشاء القولي ايضاً، واجاب عنه المصنف باجوبة كلها مذكورة هاهنا إلا الاول منها وهو المنع عن كون الانشاء القولي تصرفاً في مال الغير حتى يكون محرماً ولم يذكره هاهنا لعدم جريانه في المقام، حيث ان الانشاء وقع بالاقباض الذي هو تصرف في مال الغير بلا كلام.

وحاصل الجواب الاول في المقام هو المنع عن توقف تحقق الفضولي في المعاطات بالاقباض لكي يصير منهيأ عنه فيكون محرماً مفسداً اذ قد لا يحتاج الى الاقباض كما اذا اشترى فضولياً عن الغير بالذمة وكان البائع اصيلاً، فالبايع يقبض المبيع الى الفضولي اصاله والمشتري يقبل في ذمة الغير فليس في البين ثمن شخصي حتى يكون اقباضه من المشتري الى البائع محرماً.

والثاني ما اشار اليه بهو له مع ان الاقباض قد يقع مقروئاً برضا

المالك (الخ) وحاصله انه تقدم اعيان انشاء الاجازة وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني في صحة الفضولي ، لكن الرضا الباطني كاف في رفع حرمة التصرف فيكون التصرف به مباحاً غير محرم ، لكنه لا يخرج عن كونه فضولياً ، فليس كل اقباض في الفضولي محرماً حتى يكون موجباً للفساد ، نعم بناءً على كفاية مجرد الرضا في الصحة يخرج به عن الفضولي ، فلا يتصور التصرف المأذون المرضى به مع كونه فضولياً لكنه خلاف التحقيق كما قدمناه

الثالث ما اشار اليه بقوله مع ان النهي لا يدل على الفساد وحاصله منع دلالة النهي على الفساد في المقام على تقدير تسليم النهي ، وذلك لكونه راجعاً الى مرحلة المسبب ، وقد تقدم ان ما يدل على الفساد هو النهي الراجع الى ناحية السبب .

الرابع ما اشار اليه بقوله مع انه لودل لدل (الخ) وحاصله التفكير في القول بالفساد بما هو مستند الى الفضولي وبما هو مستند الى المالك على تقدير تسليم دلالة النهي على الفساد في المقام ، ومحصله انه لو قلنا في المقام بدلالته على الفساد من حيث ارجاعه الى ناحية السبب يكون الفساد من حيث هو فعل صادر عن الفضولي ، ولا ملازمة بين فساده من هذه الجهة ، وبين فساده بما هو مستند الى المالك بسبب الاجازة ولا يحتاج فساده من حيث صدوره عن الفضولي الى التمسك بحرمة بل هو من تلك الجهة غير نافذ قطعاً ولولم يكن منهياعنه ، والحاصل ان النهي على تقدير تسليم اقتضائه للفساد يقتضي فساد المعاملة من حيث هو فعل الفضولي ولا كلام في فساده والغرض اثبات الصحة بما هو معاملة المالك ومستندة اليه ولاقتضاء للنهي في فساده من تلك الجهة ، والمراد بقوله فلانيا في كونه جزء سبب هو ما ذكرناه ويكون جزؤه الآخر رضي المالك واجازته .

قوله قده وربما يستدل على ذلك (الخ) هذا هو الاشكال الثاني و حاصله ان المعاطات مطلقاً سواء قلنا بافادتها الملك أو الاباحة لا يتمشى من غير المالك ، وذلك لاناطتها على التراضى و قصد الاباحة أو التملك ، ولا يتصور صدورهما عن غير المالك ، والجواب عنه اما على القول بافادة المعاطاة للملك ، فلا فرق بين الانشاء القولي والفعلى فكما انه يصح قصد التمليك من الفضولى في القولى يصح فى الفعلى ايضاً فهذا الاشكال يرد على الفضولى مطلقاً ، ولا اختصاص له بخصوص المعاطاة ، والجواب عنه ايضاً هو الجواب بجامع واحد في القولى والفعلى واما على القول بالاباحة فاجراء الفضولى فيها لا يخلو عن اشكال فمنهم من منع عن اجرائه فيها مطلقاً ومنهم من اجرى المعاطاة على القول بالاباحة مجرى العقد القولى فى اجراء الفضولى فيها مطلقاً حتى فى جريان الكشف والنقل فى اجازتها والحق هو التفصيل بين القول بجريان الفضولى فيها والمنع عن اجراء احتمال الكشف فيها بل يلتزم فيها بالنقل محضاً فان اراد القائل بالمنع عدم تأثير الاجازة اصلاً ، فهو مدفوع بأنه لا وجه للمنع عن التأثير ، وان اراد القائل بالجواز باجراء حكم الكشف فى الاجازة فلا وجه له ايضاً وهذا الكلام جارٍ فى جميع العقود الاذنية ولا اختصاص له بالمعاطاة على القول بالاباحة على ما لا يخفى .

قوله (قده) إلا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك (الخ) هذا هو الاشكال الثالث : و حاصله ان صحة الفضولى امر تعبدى ثبتت بالادلة الخاصة على خلاف القاعدة ، ولا شبهة ان مورد دليله هو غير المعاطاة فالمسلم من صحة المعاطاة التى هي المتيقن مما يدل الدليل عليه هو بيع الاصيل معاطاة فيجب الاقتصار عليه . والحكم فيما عداه وهو مورد الفضولى

بالبطلان جرياً على القاعدة ، والجواب ان ما ذكر مبني على كون الفضولي على خلاف القاعدة ، وحيث قد اوضحنا سابقاً خلافه وان صحته على طبق القواعد العامة فلا وقع لهذا الاشكال اصلاً هذا ما يرجع الى شرح ما في الكتاب .

ولكن بعد ذلك في الحكم باجراء الفضولي في المعاطات اشكال بل منع ، وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) انه قد تقدم مراراً من ان البيع اما يراد بالمعنى المصدرى اعني المعاملة الخاصة من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورها ملحوظاً ، و اما يراد منه معنى الاسم المصدرى وهو نفس تلك المعاملة بلا حيث اسنادها الى الفاعل بل من حيث هي (الثاني) ان البيع القولي يتصور فيه المعنيان معادون الفعلي اما في القولي فلأن آلة الانشاء اعني كلمة بعث المركبة من الهيئة والمادة الواردة هيئتها على مادتها يصبح ان يراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدرى ، كما يصح ان يراد منه المعنى الاسم المصدرى ، وذلك لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين ، واما في الفعلي ، فلأنه ليس في البين دال يمكن ان يراد منه المعنى المصدرى تارة والاسم المصدرى اخرى ، بل ليس في البين الافعل خارجي تكويني وهو ذاك الفعل المعطائي الذي هو مصداق للبيع والتمليك الصادر عن الفاعل والقائم به بالقيام الصدوري (الثالث) الاجازة في بيع الفضولي القولي يمكن ان يتعلق في عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى ويمكن ان يتعلق بمعنى الاسم المصدرى ومعنى تعلقه بالاول هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولي من حيث صدوره عنه بيعاً للمجيز ، ولازم تعلقه بالثاني هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز ، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الاجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلك لان المعنى

المصدرى فعل تكويني وله اضافة الى الفاعل المباشر تكويناً وهذا غير قابل لان يرتبط الى المجيز بسبب الاجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث انه بالاجازة لا يصير فعل المجيز وهذا بخلاف المعنى الاسم المصدرى الذى هو لحاظ ذاك الحدث مقطوع النسبة عن فاعله اذ هو قابل لان يسند الى المجيز فعلى هذا فطبع الاجازة المؤثرة يقتضى تعلقها بمعنى الاسم المصدرى اللهم الا ان يقوم دليل على تعيين تعلقها بالمعنى المصدرى فيصير امرأ تعبدياً مخالفاً مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل .

اذا تحقق هذه الامور، فنقول: اذا وقعت المعاطاة فضولياً فلا يخلو اما ان نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلق الاجازة بالمعنى المصدرى أو نقول بقيامه وعلى كلا التقديرين لا يتم القول بصحة الفضولى ، اما على الاول فلعدم المعنى الاسم المصدرى فى المعاطاة حتى تتعلق به الاجازة ، واما على الثانى فلأن الفضولى (ح) يصير مخالفاً للقاعدة فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل وهو منحصر بالقولى ولو سلم تعميمه للفعل بدعوى اطلاق خبر عروة مع ترك الاستفصال فيه عن اشتراطه الشاة من كونه قولياً أو فعلياً على اقرب الاحتمالين أو انصرافه الى الفعل على ابعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلك فى سائر ادلته التى العمدة منها واردة فى مورد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه فاللازم (ح) هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطاة بين البيع و بين غيره (وبالجملة) فالحكم باجرائه فى المعاطاة فى غاية الاشكال .

و بعبارة اوضح نقول: الدليل على صحة المعاطاة بناءً على القول بالاباحة هو السيرة ، ولا بد فى اثبات كل خصوصية معتبرة فيها من اثبات قيام السيرة عليها بالتخصص ، وعلى القول بالملك يكون الدليل هو الادلة العامة

الدالة على صحة البيع من الآيات ونحوها لكون المفروض على القول بساقتها للملك كونها مصداقاً للبيع ، لكن فرق بين صدق البيع على إنشاء البيع باللفظ وبين صدقه على الفعل الخارجى الاعطائى ، بان الاول معنون بعنوان البيع بالعنوان الاولى حيث ان ايراد الهيئة على مادة البيع بقصد ايجاده فى وعاء المناسب لوجوده وهو عالم الاعتبار بيع بخلاف الثانى فانه عطية ونقل تكوينى خارجى فهو معنون بعنوان العطاء بالعنوان الاولى وحيث انه عطاء مع التسليط على جميع تصرفاته يصير ذاك المعنون بالعنوان العطائى معنواً بعنوان البيع و التملك ثانياً فيصير عنوان البيع الصادق عليه عنواناً ثانوياً و البيع العنوانى المفهومى ماضى متعلقاً لإنشاء حتى يتصور فيه المعنى المصدري والاسم المصدري و المعنون بذاك العنوان بالعنوان الثانوى اعنى فعل الخارجى العطائى ليس من عالم المفهوم و المعنى حتى يتصور فيه المعنى المصدري والاسم المصدري بل هو فعل خارجى متعلق لإنشاء والايجاد حاصل بايجاد موجدته ، غير قابل بحسب وجوده العينى لان ينتقل عن موجدته الى آخر باجازته . بل هو فعل فاعله كيفما كان تعلق به اجازة الآخر أم لا فلا موضوع فى المعاطاة للاجازة لكى يتعلق به الاجازة و يصير بهامستنداً الى المجيز كما لا يخفى .

قوله قد اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتفاقهم على توقفها على الاجازة (النخ) اعلم ان المشهور بين الاصحاب قدس اسرارهم هو القول بالكشف فى باب الاجازة ، لكنه وقع الخلاف بينهم فى تصحيحه على وجوه لابد من ذكرها والبحث عن صحتها و سقمها (فلاول) ما افاده المحقق الرشتى قدس و حاصله ان المعتبر فى صحة البيع عن المالك رضى المالك ولو تقدير بحيث لو علم به لرضى به والاجازة المتأخرة كاشفة عن

هذا الرضا التقديرى بحيث يحرز بها ان المالك لو كان مطلعاً على بيع ماله لكن راضياً به حين البيع ، وفيه ما لا يخفى من المنع صغرى وكبرى ، اما من حيث الصغرى : فبالمنع عن كاشفية الاجازة عن الرضا حين البيع لا يمكن عدم اشتمال البيع على المصلحة حين تحققه وصورته اذا مصلحة حين الاجازة ، واما من حيث الكبرى فبالمنع عن كفاية الرضى التقديرى على تقدير تسليم احرازه بالاجازة ، اقول مضافاً الى الزوم القول بصحة البيع لو احرز رضى المالك من دون اجازة مع انه لاشبهة فى توقفها على الاجازة حتى على الكشف .

الثانى ما نقله فى الكتاب عن جامع المقاصد و الروضة ، وحاصله ان العقد سبب تام للملك ، ولكن العلم بتماميته فى الفضولى يتوقف على الاجازة فبالاجازة يعلم تمامية السبب من حين وقوعه فيؤثر من حينه لا من حين الاجازة ، وهذا الوجه بظاهره فاسد كما ترى ، مدفوع بما فى الكتاب من ان الاجازة لا تخلو اما تكون دخيلاً فى السبب أو لا فعلى الاول فلا بد من تحققها فى تمامية السبب فعالم يؤت بهالم يتم السبب ، وعلى الثانى يلزم عدم دخل الاجازة والحكم بصحة البيع من حين العقد ولولم يؤت بالاجازة اصلاً .

ولكن يمكن ان يقال بعدم ارادة ذاك الظاهر من هذه العبارة بل يوجه بما توضيحه ان الشروط المتأخرة المنوطة بها الامور المتقدمة على قسمين (منها) مثل القبض فى بيع السلم والصرف الذى لا يجئ فيه نزاع النقل والكشف ، بل يلتزم فيه بالنقل من غير نكير (و منها) مثل الاجازة فى بيع الفضولى الذى وقع فيها النزاع فى النقل والكشف والفرق بينهما ان الاجازة تصحح استناد العقد الى المالك بعد فرض كونه بحيث

لو كان صادر عن المالك لكان سبباً تاماً جاً معاً لشرائط التأثير فشان الاجازة دائماً تصحيح الاستناد الى استناد السبب التام المفروض تماميته بجماعيته لاركانه و شرائطه الى المالك ، وهذا بخلاف القبض و نحوه من الشرائط المتأخرة حيث انه دخیل في تمامية السبب لافي استناد السبب بعد الفراغ عن تماميته و لا يخفى ان هذا الاستدلال بهذا التقريب يسلم عما اورد عليه في الكتاب .

لكنه ايضاً بهذا القدر لا يسلم عن الايراد ، حيث انه يقال (ح) ان استناده الى المالك اما يكون له مدخلة في تأثيره أم لا ، فعلى الاول فلا بد من ان يكون تأثيره من حين الاستناد ، و على الثاني فلا وجه للاجازة اصلاً . بل لابد من القول بتأثيره ولو لم يقع اجازة اصلاً ، اللهم إلا ينضم اليه الوجه الثالث لكي يصير الوجهان وجهاً واحداً .

وحاصل الوجه الثالث ان الاجازة انفاذ للعقد السابق و مضمون العقد السابق هو تحقق البيع من حين البيع ، و انفاذه بماله من المضمون عبارة عن تثبيت البيع السابق المقيد بظرف وقوعه فللاجازة دخل في تأثير العقد فماله تتم تحقيق لم يؤثر لكن اثره انما هو وقوع البيع من حين وقوعه فهذا الاثر حين الاجازة يترتب و نتيجتها الحكم بترتب الاثر على البيع من حين وقوعه .

ويرد على ذلك ايضاً ان زمان العقد ظرف للانشاء اي الانشاء وقع فيه لأنه ظرف للمنشأ اي المنشأ لا يكون هو الملكية المقيدة بكونها في حال الانشاء ، كيف فلو كان الايجاب هو انشاء الملكية المقيدة بكونها في حال الانشاء يلزم تقدم تحققها على القبول ، وعلى ما يعتبر في تحققها كالقبض في مورد اعتباره ، وهو كما ترى فتقييد المنشأ بحال الانشاء موجب

للبطلان فالمنشأ مرسل عن الزمان ، بمعنى انه عبارة عن نفس الملكية المرسلة في زمان هو تحققها في ذلك الزمان لو لم يتوقف تحققها على امر مترقب من قبول أو قبض أو نحو ذلك و تحققها عند تحقق ما يتوقف عليه من الامر المترقب لو كان منوطاً كالقبول والقبض .

ولازم اناطة تحققها على الاجازة التي هي من مقتضيات شرطية الاجازة هو الحكم بتحقيقها عند الاجازة الذي هو عبارة عن النقل فهذا الوجه ايضاً كسابقه لم ينفى تصحيح الكشف شيئاً، هذا :

وقد نقل الاستاد دام بقاءه عن بعض مشايخه قده بأنه كان يجمع بين الامرين اعنى بين مفاد قول المحقق الثاني قده بكون الاجازة فصحة للاستناد ويجعل العقد مستنداً الى المالك المجيز ، وبين كون الاجازة انفاذاً للعقد السابق وموجبة لتأثيره من حين وقوعه ثم كان يتعدى عن مورد الفضولي الى ابواب اخرويد عني كون الكشف الحكمي على القاعدة وسيأتي التكلم فيما افاده .

قوله قده وعن فخر الدين في الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم يكن كاشفة (الخ) هذا كما ترى استدلال لبطلان النقل ، وتقريبه يتوقف على تمامية امرين (الاول) ان يكون دخل العقد في الملكية من قبيل دخل المؤثر في اثره كما في العلل والمعلول التكويني كالنار بالنسبة الى الحرارة (الثاني) ان الملكية التي هي مضمون عقد البيع مثلاً هي عبارة عن نفس الملكية المنشأة بانشاء المنشئ ويكون انشائه اعلو لتحقيقها فلا بد من ان تحقق في آن تحقق الانشاء ، وعلى هذا فلو كان تحقق الملكية حين الاجازة لافي ظرف وقوع العقد للزم تأخير المعدوم اعني العقد المعدوم في زمان الاجازة في الامر الموجود اعنى الملكية الحاصلة حين الاجازة ، ولا يخفى تمامية ما افاده على تقدير

تمامية الامرين المذكورين .

لكن الكلام في صحتهما بل لا يستقيم شيئي منهما ، اما الاول فلان تأثير العقد في الملكية الاعتبارية ليس كدخل العلل التكوينية في معلولاتها بل العقد موضوع لجعل الملكية جعلاً تشريعياً حسبما يأتي شرحه تفصيلاً ، واما الثاني : فلأن الكلام في الملكية الاعتبارية التي يعتبرها من بيده الاعتبار وهو الشارع عند تمامية ما اخذه قيداً في موضوع اعتبارها وهي مما يجوز تخلفها عن الانشاء لا الملكية الانشائية الحاصلة بانشائها في ظرف الانشاء المستحيل تخلفها عن الانشاء فليس في النقل محذور تأثير الموجود في المعدوم اصلاً ، بل هو مطابق للقاعدة لا الكشف الحقيقي بل الكشف الحقيقي مستحيل ، وذلك لا ستلزامه تأثير المعدوم في الموجود اعني الاجازة المعدومة حال العقد في الملكية الحاصلة في ظرف العقد عكس ما افاده في الايضاح كما ربما ينسب اليه ايضاً بحمل استدلاله عليه لانه فاسد لعدم التأثير و التأثير التكويني في ناحية العقود ومسبباتها واباء حمل عبارة الفخر عليه ، بل لان فرض دخل الاجازة في الملكية مع الالتزام بتقديمها على الاجازة خلف يرجع الى القول بالمناقضة .

وتوضيح ذلك انه اما يقال في باب السببية ان المجمعول الشرعي هو سببية العقد للملكية بأن يكون الحكم الصادر عن الشارع هو سببية السبب حتى يكون حال السبب بعد جعله سبباً بالتشريع حال الاسباب التكوينية في تأثيرها في مسبباتها على ما نسب الى جماعة ، أو يقال بأن المجمعول هو الملكية عند تحقق موضوعها من العقد ونحوه وكلما فرض دخله في موضوعها جزءاً أو شرطاً على ما هو التحقيق كما فصل في الاصول وبينافي موضعه استحالة تعلق الجعل بالسببية نفسها ، والالزم ان يكون

العقد مشرعاً، وعلى كل تقدير، فعلى الاول: فاما نقول بدخل الاجازة المتأخرة في تحقق الملكية أم لا؟ فان قلنا بدخلها فتكون من اجزاء سبب الملكية ومن البديهيات الاولى استحالة تقدم المسبب على بعض اجزائه سببه، ففرض تقدم المسبب على الاجازة التي فرض دخلها في تحققه (خلف) كما لا يخفى، وان قلنا بعدم دخل الاجازة المتأخرة فسي تحقق الملكية كان خلفاً، حيث ان الكلام في الكشف الحقيقي بعد فرض دخل الاجازة كما لا يخفى، هذا على تقدير ذاك القول المحال اعنى القول بجعل السببية، وعلى الثانى اعنى القول بجعل المسببات عند وجود اسبابها يلزم الخلف حيث ان معنى جعل المسبب (ح) هو انشاءه على فرض تحقق موضوعه بان يؤخذ موضوعه مفروض الوجود في مرحلة الانشاء فيجعل الحكم على فرض وجوده ويكون فعليته بتحقيق موضوعه خارجاً ولازم ذلك عدم تقدمه عليه ولا تأخره عنه ولا يلزم الخلف فتقدم المسبب على سببه لا يصح على كلا القولين فالكشف الحقيقي غير معقول.

ومما ذكرناه يظهر فساد تخيل امكانه بدعوى الفرق بين العلال التكوينية وبين العل التشريعية كما في بعض الحواشى تارة و بجعل الشرط هو الوجود العلمى للامر المتأخر لا الامر المتأخر بوجوده العينى كما عن بعض آخر اخرى، وقد ظهر وجه فساد الاول من ارجاع العلل التشريعية الى التكوينية بناء على القول بجعل السببية، ومن لزوم التخلف المحال بناء على القول بجعل المسببات عند اسبابها وانتزاع السببية من جعلها عندها، واما فساد الدعوى الثانية فيتضح بالفرق بين القضايا الحقيقية و الخارجية و ايضاح ان المجهول من الاحكام انما هو على نهج الاولى لا الثانية، وان مبنى ما افاده على توهم كون الاحكام مجعولة على نهج القضايا

الخارجية ، وقد اوضحنا سبيله ووجه فسادہ فى الواجب المشروط و الشرط المتأخر من الاصول فراجع

وبالجملة فكلما قيل أوقال فى تصوير الكشف الحقيقى والشرط المتأخر لا يرجع الى محصل ، والصواب ان يقال مقتضى القاعدة الاولى فى باب الاجازة وفى باب دخل كل امر غير موجود فى الحال هو النقل ، والحكم بتحقيق الاثر عند تحقق جميع ماله الدخل فى تحققه مما فرض دخله ، فان لم يقد دليل على خلافه فلا محيص عن التزامه و ان قام الدليل على تقدم الاثر على بعض ماله الدخل فى تحققه ، مثل ماورد فى المقام مما يدل على تقدم حصول الملكية على تحقق الاجازة ، فان امكن جعل الامر الانتزاعى (اعنى تعقب الامر المتقدم بالتأخر الحاصل حين وجود المتقدم اذا كان المتأخر مما يوجد فى موطن وجوده واقعاً ولو لم يوجد بعد) هو الشرط لا الامر المتأخر بوجوده العيني الخارجى و ساعد على شرطية الامر الانتزاعى الدليل والعقل والاعتبار فيتمين الالتزام به كما فى الواجبات الارتباطية مثل الصوم والصلوة ونحوهما حيث اوضحنا فى الاصول كون الوجوب و الواجب و الامتثال فيها جميعاً تدريجية فراجع ما فى الواجب المشروط و ان لم يساعد الدليل و العقل والاعتبار على شرطية الامر الانتزاعى بل قام الدليل والعقل والاعتبار على شرطية الامر المتأخر بوجوده العيني الخارجى فلا بد من الالتزام بالكشف الحكمى ، و المقام من هذا القليل حيث ان ما يدل على اعتبار الرضا والاجازة فى العقد يدل على اعتبارهما بالوجود الخارجى ، بحيث لو فرض عدم تعقب العقد بالاجازة مع تحقق الاجازة نفسها (أى فرض عدم انصاف المتقدم بصفة التعقب) لكان نفس وجود الاجازة فى الخارج كافياً

في صحة العقد ، و منه يظهر ان ارجاع الشرط المتأخر الى الامر المقارن يجعل الشرط الامر المنتزع عن المتأخر و هو تعقب المتقدم بالتأخر وان كان يعالج محذور الشرط المتأخر إلا انه لا يعم الموارد كلها ، و ما افاده المحقق صاحب الحاشية و اخوه البارع صاحب الفصول قدس سرهما من جعل الشرط هو تعقب العقد بالاجازة غير مفيد .

فان قلت: جعل التعقب شرطاً فرادع لزوم الشرط المتأخر كترعلى ماقر ، حيث ان تحقق تلك الصفة اعني وصف التعقب حين العقد يتوقف على الامر المتأخر اعني الاجازة المتأخرة فلوا ممكن تأثير المتأخر في تحققه حين العقد فليكن مؤثراً في تحقق نفس الملكية بلا حاجة الى الالتزام بشرطية التعقب وان لم يكن تأثيره في حصول الملكية المتقدمة امراً معقولاً . فلا يعقل دخله في وصف التعقب ايضاً .

قلت : الفرق بين الملكية وبين صفة التعقب ظاهر ، اذ الملكية امر اعتباري لها وجود واقعي في الوعد المناسب لوجودها ، بخلاف التعقب فانه انتزاعي محض ينتزع عن وجود شيء في زمان متقدم على زمان وجود شيء آخر ، فالوجود ان في الزمان اذا كانا بحيث يحيط بهما زمان واحد ينتزع عن وحدة زمانهما وصف التقارن ، و اذا احيط بكل واحد زمان غير الزمان المحيط بالآخر ينتزع عن السابق منهما بالزمان وصف التقدم والتعقب و عن اللاحق منهما وصف التأخر ، فالتعقب امر انتزاعي محض لا وجود له اصلاً كساير الامور الانتزاعية سواء كان منشاء انتزاعها نفس الذات كالشيئية مثلاً أو الذات مع انضمام امر اليها .

اقول هكذا افيد لكنه لا يخلو عن التأمل فان التعقب و لو كان امراً انتزاعياً ليس له ما يابزاه اصلاً لافي العين ولا في عالم الاعتبار إلا انه ينتزع من

الذات المتقدمة لابعاهى هى بل بىماهى مضافة الى الامر المتأخر وهذه الاضافة والربط الخاص من مقولة الاضافة وهى من الامور المتأصلة كما صرح به هو دام بقاءه مرار امن كون الاعراض التسعة كلها من المحمولات بالضميمة لا الخارج المحمول ، و من المعلوم اناطة تحققها بالامر المتأخر لتقومها بالطرفين فمالم يتحقق الامر المتأخر لا تتحقق الاضافة فلا تتحقق الصفة المنتزعة منها ، وبعبارة اخرى الامر المتأخر دخیل فى جزء منشأ انتزاع صفة التعقب وهو الربط الخاص الذى عند انضمامه الى الامر المتقدم يصير متصفاً بالتقدم وعند انضمام طرفه الاخر بالامر المتأخر يتصف بالتأخر وكان ما ذكرناه ظاهراً جذا فتأمل .

وامكن الانصاف كما صرح به اساطين الحكمة كون الاضافة من الامور الاعتبارية وهى وان كانت موجودة لكن هو جوديتها بعين وجود منشأ انتزاعها ، ويكفى فى صحة انتزاعها تحقق منشأها كما لا يخفى .

قال دامت افاداته واذا انتهى الامر فى المقام الى الالتزام بالكشف الحكمى لعدم مساعدة الدليل على شرطية التعقب ، فهل المتعين هو القول بالكشف الحكمى على خلاف القاعدة أو يمكن تطبيقه على القواعد ايضاً احتمالان وتفصيل الكلام فى المقام ان يقال فى الكشف الحكمى ثلاثة مسالك (الاول) ما نقله المصنف (قده) فى الكتاب عن استاده الشريف وحاصله الحكم بتحقيق الملكية حين الاجازة حسبما يقتضيه الدليل الدال على دخلها فى حصولها ، لكن الشارع عيونا على ترتيب ما امكن من آثار الملكية من حين العقد ، فيكون وجوب ترتيب الاثر من حين العقد امراً تعبدياً ثبت بالدليل ، نظير وجوب ترتيب الاثر على وجود الاكثر عند

الشك في عدد الركعات ، ووجوب البناء على وجود الشيء أو عدمه على ما هو مفاد الأصول العملية .

المسلك الثاني ما افاده بعض مشايخ استادنا دامت افادته و هو الشيخ محمد باقر الاصفهاني قده وقد تقدم اليه الاشارة و حاصله ان كل امر متقدم يكون كالمادة الهيولانية بالنسبة الى امر متأخر عنه و كان المتأخر كالصورة في افادة فعلية ذلك الامر يكون بوجوده منشأة لتحقيق الفعلية في ذلك المتقدم فلا يمكن ترتيب الاثر على المتقدم قبل وجود المتأخر لعدم تحقق فعليته قبله ، لكن اذا تحقق المتأخر يصير المتقدم فعلياً ويخرج عما هو عليه من القوة الى الفعل ، ويلزم ترتيب الاثر عليه من حينه ، لكن عند وجود المتأخر ، وذلك كالر كوع فان الوصول الى حديتمكن من وضع اليدين على الركبتين شرط في صدق الركوع على اول انحنائه عن القيام الى ان يصل الى ذلك الحد فهذا الانحناء الخاص قابل لان يتصور بصورة الركوع ويكون ركوعيته منوطاً بالوصول الى الحد المخصوص و اذا وصل يصير الانحناء بتمامه ركوعاً وقد فرع على ما افاده من انطباق الكشف الحكمي على القاعدة فروعاً كثيرة من اول الطهارة الى كتاب الحج في مدة تقرب من اربعة اشهر ، ولا يخفى انه احسن ما افيد في المقام ، ولكنه لا يخلو ايضاً عن المنع ، حيث ان السؤال عن دخل الاجازة المتأخرة بعد باق على حاله فيقال ذلك الامر المتأخر اما يكون دخيلاً في نفع الصورة في الامر المتقدم اولاً وان لم يكن دخيلاً يكون خلفاً وان كان دخيلاً فلا يتحقق له الصورة الا عند تحقق الامر المتأخر فيجب ترتيب الاثر المترتب عليه حين الامر المتأخر لان يترتب عليه قبله .

المسلك الثالث ما نقل عن بعض في تطبيق الكشف الحكمي على

القواعد ، وهو يختص بخصوص الاجازة المتأخرة ، ولا يعم كلما له دخل في الامر المتقدم عليه ، مثل فك الرهانة المتوقف صحة بيع الراهن عليه ومثل اداء الخمس والزكوة فيما اذبايع العين الخمس أو الزكوى ومثل اذن العمة والخالة للعقد الواقع على بنت الاخ أو الاخت ، وحاصل هذا الوجه ان الاجازة التزام بترتيب الاثر على العقد السابق ، فيجب ان يكون تأثيرها في العقد السابق بترتيب ما يترتب عليه من حينه من الاثر و إلا لم يكن التزاماً به ، ولا يخفى ان مبنى هذا الوجه على دعوى كون الاجازة التزاماً بالملكية الانشائية الحاصلة حين الانشاء الغير المتخلفة عنه.

ويرده أولاً أنها ليست كذلك بل هي التزام بالملكية الاعتبارية الواقعية التي واقعيتها بوجودها في عالم الاعتبار وهي تتخلف عن العقد فيما اذا كان امضاءها من الشارع متوقفاً على ما عدى العقد من الامور التي توجد بعد العقد وثانياً ان هذا الوجه لا يصح الكشف إلا في مورد الاجازة مع ان المشهور ملتزمون بالكشف في جميع الموارد مثل فك الرهانة ونحوه وان كان مختار المحقق الثاني (قده) المصرح بالكشف الحقيقي في الاجازة هو النقل فيما عداها ، لكن المشهور على خلافه ، فلا بد من وجه يثبت به الكشف في جميع الموارد ، ومن هنا يظهر ان المسلك الاول ايضاً لا يتم لتوقف القول بالكشف بناءً عليه على ثبوت دليل تعبدى في كل مورد بالخصوص ولا يمكن التعدى عن مورد قيام الدليل الى غيره من الموارد .

والاجود بحسب النظر هو تنميم الكشف الحكمى على القواعد بالتقريب الاول المنقول عن الشيخ محمد باقر قده ، وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) ان ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصياه هو انطباقه على ما اسسه من ضابط الكشف الحكمى اعنى كون الامر

المتأخر كالصورة بالنسبة الى الامر المتقدم والامر المتقدم كالمادة الهيولائية ، كما يظهر ذلك من المراجعة الى موارد الشرط المتأخر ، مثل الاجازة بالنسبة الى العقد ، وفك الرهانة بالنسبة الى البيع الواقع على العين المرهونة ، واداء الزكوة والخمس بالنسبة الى العقد الواقع على العين الزكوى والخمس ، واجازة العمة والخالة للعقد الواقع على بنت الاخ أوخت ، وسائر النظائر من غير فرق ، بين ما اذا كان العقد السابق وارداً على ملك الغير كما في باب الفضولي ، أو على ملك العاقد الذي يكون متعلق حق الغير كما في باب عين المرهونة قبل اذن المرتهن .

الثاني ان كل امر متأخر يكون كالصورة بالنسبة الى الامر المتقدم لا يخرج عن احد نحوين ، فاما ان يكون بمؤداه ومدلوله ناظراً الى تنفيذ الامر السابق ويكون مدلوله المطابقى انفاذه وذلك كالاجازة وما يؤدى معناها من الامضاء اي انشاء الاجازة بلفظ امضيت ونحوه واما يكون متمماً للامر السابق وموجباً لفعليته من غير ان يكون مدلوله المطابقى انفاذاً له ، وذلك كما في فك الرهانة حيث انه ليس ناظراً الى انفاذ البيع السابق كالاجازة لكنه يوجب تمامية البيع السابق بعد تحقق تمام اركانه ، فسكن فرق بين القبض في باب السلم مثلاً ، وبين فك الرهانة في بيع عين المرهونة ، حيث ان القبض لا يكون موجباً لتأثير العقد السابق بخلاف فك الرهانة فان الرهن كان مانعاً عن نفوذ البيع وبالفك يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره ، وان شئت فقل ضابط ما كان الامر المتأخر كالصورة بالقياس الى الامر المتقدم ، هو كون الامر المتأخر موجباً لرفع المنع عن تأثير الامر المتقدم من غير فرق بين ان يكون المنع لاجل ورود العقد على ملك الغير او وروده على متعلق حق الغير ، وسواء كان لسان الامر

المتأخر لسان انفاذ الامر السابق او صرف رفع المانع المترتب عليه انفاذ الامر السابق .

الثالث ان معنى الكشف الحكمي هو ترتيب الآثار السابقة على الامر المتأخر المترتبة على الامر المتقدم من حين تحقق الامر المتأخر لكن لا مطلقاً بل كلما يمكن ترتيبها زمان الامر المتأخر فبالاجازة يترتب كل اثر ترتيب على الملكية من حين العقد الى زمان الاجازة من الآثار التي مافات وقت ترتيبها وقت الاجازة ، وامامنا لا يمكن ترتيبها حين الاجازة فلا يترتب بالاجازة وعلى هذا فلو وقع النكاح على امرئة ثم زنى بها فأجازت بعد الزنا لم يكن الزنا بذات البعل اذ الزنا بها انما هو بالوطى على امرئة تكون في حال الزنا بهاذات البعل وهذه المرمة بالاجازة تصير ذات البعل ، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الاجازة .

الرابع ان المنشاء بالمقد وان لم يكن مقيداً بزمان الانشاء عقلاً كما قدمناه ، بمعنى انه ليس الملكية المقيدة بكونها في حال البيع منشأة بالانشاء . بل الملكية بما هي بلا تقييد بزمان هي المنشأ لكن العرف يرون المنشأ حاصل حين الانشاء اعنى بحسب الفهم العرفي يكون المنشاء هو الملكية المقيدة بحال الانشاء ، فاذا تعلق بها اجازة أو ما يؤدي مؤداه يرونها بسبب الانفاذ اللاحق حاصلة من حين الانشاء ، فالاجازة اللاحقة تؤثر عندهم في تأخير العقد السابق من حينه لامن حين الاجازة .

الخامس ان ما ورد في الشرع مما يدل على الكشف يكون امضاء لذلك الامر الارتكازي العرفي ، ويكون جرياً على ما يفهم العرف من الكشف الحكمي ، وذلك كخبر محمد بن قيس المتقدم الوارد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب ، وفيه قال عليه السلام فلما رأى ذلك سيد

الوليدة اجازيع ابنه (الخ) حيث يترتب على اجازة سيد الوليدة بيع ابنه،
 صيرورة الوليدة أم ولد للمشتري، بمعنى ان الاجازة وتنفيذ البيع تصير منشأة
 لترتيب هذا الاثر اعني صيرورة الوليدة أم الولد في زمان ولادتها الذي هو
 قبل الاجازة، وكالخبر الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً الامر بعزل الميراث
 من الزوج المدرك الذي اجاز فمات بعد الاجازة للزوجة الغير المدركة الى
 ان تدرك وتحلف على انها اجازت للزوج لاجل اخذ الارث، فانه يترتب
 على اجازتها ملكية سهمها من الارث من حين وفات الزوج.

فان قلت: الخبر الاول وان كان يلائم الكشف الحكمي لكن
 الثاني لا يستقيم إلا على الكشف الحقيقي بمعنى تحقق الزوجية من حين
 العقد واقعاً لا تحققها من حين الاجازة مع ترتيب آثار الزوجية من حين العقد
 وذلك لعدم استقامة الحكم بعزل سهم الزوجة لولا الكشف الحقيقي لانه
 يكون ملكاً لسائر الورثة (ح)، وانما يصير ملكاً للزوجة بالاجازة، فلا وجه
 للحكم بعزل ما دخل في ملك الغير واقعاً كما لا يخفى.

قلت الحكم بالعزل حكم احتياطي شرع لرعاية حق الزوجة
 لئلا يضيع حقها بعد الاجازة ولا محمل له إلا ما ذكرناه وإلا فلا يستقيم حتي
 على الكشف الحقيقي ايضاً، وذلك لانتقال الملك الى سائر الورثة بواسطة
 استصحاب عدم صدور الاجازة عن الزوجة اي الاصل الجارى في اثبات عدم
 تحقق الامر المتأخر فيما اذا كان له اثر في المتقدم المعبر عنه بالاستصحاب
 في الامور المستقبلية.

والحاصل ان المستفاد من ادلة الفضولي ليس ازيد من الكشف
 الحكمي على الضابط الذي مهدناه في تطبيقه على القاعدة فيكون امضاء
 للامر الارتكازي وعلى هذا فيكون الكشف الحكمي مطابقاً مع القاعدة

فيقال به ولو في غير مورد الدليل ولا يجب فيه الاقتصار على مورد و هو المطلوب .

بقي الكلام في توجيه آخر في تصوير الشرط المتأخر و هو كونه بوجوده الدهري شرطاً ، وتوضيحه ان اهل المعقول قالوا بأن المتغيرات في وعاء الزمان ثابتات في عالم الدهر ، و مرادهم من هذه العبارة ان لكل مهية نحويين من الوجود وجود تفصيلي يختص بها الذي به وجودية المهية في عالم الزمان بنحو البسط و النشر ، وهو يتكرر بتكرار لمهيات ، ووجود واحد جمعي في عين وحدته وجود كل المهيات فتكون الكل موجودة به على نحو الجمع واللف ، و هو المعبر بعالم الدهر ، فالامر المتأخر وان كان متأخراً بالوجود التفصيلي الزماني لكنه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعي الدهري فهو شرط بهذا الوجود ، فالأخير للشرط وقد نسب هذا الوجه الى الميرزا الشيرازي قدس قال الاستاذ دامت بركاته وهو (قده) لم يرض بهذه النسبة وكيف كان فهذا الوجه ايضاً لا يصلح الشرط المتأخر قال دامت بركاته لاجتماع الزمانيات في عالم الدهر على نحو الترتب نظير اجتماع الخط المختلف الالوان بجميع الوانه المختلفة تحت نظر واحد حيث ان الالوان المختلفة مجتمعات في النظر واللمحظ على ما هي عليه من الترتب كما لا يخفى ، هذا تمام الكلام في حكم الاجازة وقد ظهر ما هو المختار فيها وهو الكشف الحكمي مع دعوى انطباقه على القاعدة .

قوله قده واما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي (الخ) ذكر (قده) اولاً ثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الاجازة شرطاً وبين كون الشرط صفة التعقب المنتزعة عن لحوق الاجازة ، ثم عقبها بثمرات بين الكشف والنقل مرضية عنده ، وثمرات مردودة ، اما الثمرة

بين وجهي الكشف الحقيقي فهي جواز تصرف كل من البائع و المشتري فيما تنقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد بناءً على ان تكون التعقب شرطاً ، وعدم جوازه بناءً على ان يكون الامر المتأخر بوجوده العيني شرطاً ، اما الاول: فلتحقق الشرط قبل الاجازة و هو وصف التعقب واما الثاني : فلاناطة جواز التصرف بالاجازة المتأخرة لكون المفروض شرطيتها بالوجود العيني هذا ، ولا يخفى ما فيه ، بل الحق عدم الفرق بين الوجهين من هذه الجهة ، وانه يجوز التصرف حتى على تقدير شرطية الاجازة ، اذا المفروض انه على ذاك التقدير المحال اي تقدير تأثيرها بوجودها المتأخر العيني في الامر المتقدم ، والالتزام بتقديم المسبب على سببه ، لا بد من القول بتحقيق الامر واقعاً من حين العقد فالعلم باجازة المالك فيما بعد يستلزم العلم بجواز التصرف الذي هو مسبب عن الاجازة فيما قبلها كما لا يخفى .

واما الثاني اعني الثمرات المرضية بن الكشف والنقل فامور (الاول) وطى المشتري الامة التي اشتراها فضلاً قبل اجازة المالك ، فانه على الكشف الحقيقي حلال واقعاً لكشف الاجازة عن وقوعه في ملك الواطى ، وعلى الكشف الحكمي او النقل حرام واقعاً ، وذلك لوقوع الملك بالاجازة فلا يكون الوطى في ملك الواطى (الثاني) استيلاء الامة الموطوءة قبل الاجازة فانها تصير أم الولد على الكشف الحقيقي والحكمي معاً دون النقل ، اما على الكشف الحقيقي فظاهر ، اما على الحكمي فلأن النقل وان وقع من حين الاجازة لكن مقتضى ترتيب الآثار من حين العقد هو الحكم بوقوع الوطى في الملك بمعنى ترتيب اثره الذي في المقام عبارة عن الحكم بصيرورة الامة أم الولد ، واما على النقل فعدم صيرورتها

أم الولد ظاهر أيضاً هذا ، ثم احتمال (قده) عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي أيضاً فيفترق الحقيقي و الحكمي في الحكم بالاستيلاء وعدمه .

وهذا الذي احتمله أخيراً هو الموافق للتحقيق ، وذلك لأن ضابط الكشف الحكمي هو ترتيب كلما يترتب على الملكية من الآثار المترتبة عليها من حين العقد بسبب الإجازة إذا اجتمع فيها امران (أحدهما) أن تكون الملكية تمام الموضوع لترتب ذلك الأثر (وثانيهما) إمكان ترتيبه حين الإجازة بأن لم يفت محل ترتيبه حين الإجازة فبانتفاء الأمرين أو أحدهما لا يحكم بترتيبه بعد الإجازة ، هذا ، و لكن الأمر الأول منتفـ في الاستيلاء ، وكذا في حكم الزنا بذات البعل ، أما الاستيلاء فلأنه يترتب على الوطئ في الملك مع مصادفة الوطئ للملكية ، وأما الزنا بذات البعل فكذلك حيث أنه عبارة عن الزنا بذات البعل مع مصادفة الوطئ مع كونها ذات البعل ، فالمتزوجة فضلاً لا يكون الزنا بها قبل الإجازة زناً بذات البعل لعدم مصادفة وطئها مع كونها ذات البعل ، فالموضوع لأم الولد في المقام هو الملكية ومصادفة الوطئ مع الملكية ، وليست الملكية نفسها تمام الموضوع لها وعند تحقق الإجازة لا يترتب إلا الآثار التي تكون الملكية تمام الموضوع لها ، والموضوع للزنا بذات البعل هو وطئ الأجنبية مع مصادفته لكونها ذات البعل و بإجازة النكاح لا تصير هي قبل الإجازة ذات البعل لكي يحكم على الزنا بها بكونها بذات البعل ، وإن كان يترتب ما أمكن ترتيبه من آثار الزوجية من حين العقد ، والحاصل هو دعوى نفى الفرق بين الاستيلاء وبين الوطئ ، فكما أنه يفرق بين الكشف الحقيقي في الثاني فيقال بجواز الوطئ واقعاً على الحقيقي وحرمة على الحكمي

فكذلك في الاستيلاد يقال بصير ورتها أم ولد على الكشف الحقيقي دون الحكمي .

الامر الثالث اذا اخرج المالك ما وقع عليه العقد الفضولي عن ملكه ثم اجازتكون الاجازة مؤثرة في عقد الفضولي و موجبا لبطلان ما اوقعه على المال من العقد قبل الاجازة بناء على الكشف الحقيقي دون الحكمي اما في الكشف الحقيقي فلكشف الاجازة عن خروج الملك عن المميز الى الآخر من حين عقد الفضولي فوق ما اوقعه عليه من العقد في ملك الآخر ، واما على الكشف الحكمي فلكون الانتقال من زمان الاجازة ولو كان الاثر مترتبا من حين العقد ، هذا :

ولا ينفي ما في هذه الثمرة ايضاً من المنع ، وذلك لما ياتي من اعتبار جامعية المميز لشرائط الانشاء حين الاجازة بمعنى ان الاجازة تنفذ ممن ينفذ انشائه لو صدر منه الانشاء بدل الاجازة و الذي انتقل عنه المال بالعقد السابق ، لا ينفذ انشائه اللاحق المخالف لعقده السابق ، فلا تنفذ اجازته ضرورة عدم صحة نفوذ الاجازة الصادرة عن كل احد بالنسبة الى كل عقد ، ولولم يكن بين المميز وبين ما يتعلق به العقد ربط وعلاقة اصلاً .

فان قلت : ما ذكرت من عدم تأثير الاجازة عند تحقق النقل عن المالك قبلها يتوقف على نفوذ النقل الصادر عنه لكي يرتفع به موضوع الاجازة وعلى تقدير الكشف الحقيقي تكون الاجازة كاشفة عن عدم نفوذ النقل الصادر عنه لكونه صادراً عنه بعد خروج المال عن ملكه فيكون فضولياً قلت : عدم نفوذ العقد الصادر عنه منوط بنفوذ الاجازة اذ لا مانع عن نفوذه الا الا اجازة المتأخرة فلو كان نفوذ الاجازة منوطاً بعدم نفوذه للزم الدور (وبعبارة اخرى) تأثير الاجازة يتوقف على عدم تأثير العقد الصادر

عن المالك قبلها وعدم تأثيره يتوقف على تأثير الاجازة .

فان قلت: هذا انما يتم لو كان للاجازة المتأخرة دخل واقعي في تأثير الحقيقي على ما هو بعض المتحولات في الكشف الحقيقي وهو الفرض المحال من تأخير السبب عن المسبب واما اذا كانت كاشفة محضة عن تأثير المتقدم بلا مدخلة لها في الامر المتقدم سوى الكاشفة نظير كاشفة الالفاظ عن المعاني فليس لها تأثير (ح) حتى يتوقف تأثيرها على عدم نفوذ العقد الصادر المتقدم عليها وينتفي الدور (ح) لان نفوذ النقل المتقدم يتوقف على عدم الاجازة المتأخرة وليس للاجازة تأثير حتى يتوقف تأثيرها على عدم نفوذ النقل المتقدم .

قلت على هذا افترض ايضا تبطل الاجازة بسبب النقل المتقدم ولو كانت كاشفة محضة لأن كاشفتها لو كانت كاشفة لاتكون ذاتية بل لو ثبتت لكانت بالتعبد بالدليل وادلة الاجازة انما تدل على نفوذها ولو في جهة الكشف اذا كانت صادرة عن له السلطنة على الانشأ فيكون حالها حال انشاء العقد اصالة ومن المعلوم خروج المالك عن صلاحية بيع ماله بالاصالة بعد صدور النقل عنه ، فلاموقع معه للاجازة ، فظهر مما ذكرناه عدم التفاوت بين الكشف الحقيقي ، وبين الحكمي والنقل من هذه الجهة وانه لا تأثير للاجازة بعد نقل العين عن المالك على جميع التقادير سواء قلنا بالنقل أو بالكشف الحقيقي أو بالحكمي ويترتب على ذلك فساد ما جعله قده ثمرة بين النقل والكشف الحكمي بعد اشتراكهما في صحة النقل السابق على الاجازة الصادر عن المالك بعدم وجوب رد القيمة على المالك المميز بناء على النقل ووجوبه بناء على الكشف الحكمي قياسا له بما اذا وقع الفسخ بعد نقل العين عما انتقل اليه بالنقل اللازم ، حيث يجب عليه رد القيمة

بعد الفسخ .

ولا يخفى ما فيه من الغرابة ، وذلك لان وجوب رد القيمة فى صورة الفسخ انما ثبت من جهة وجوبه فى صورة تلف العين وان نقلها بالنقل اللازم فى حكم التلف ، ففى باب الفسخ مقامان (احدهما) وجوب رد القيمة اذا كان الفسخ بعد التلف و (ثانيهما) ما يترتب على الاول وهو كون النقل اللازم بمنزلة التلف ، اما الحكم الاول فقد علل فى موضعه كما سيأتى بأن حق الخيار يتعلق بالعقد بالعين لكى يدور مدار وجوده ابل هو ثابت فى كلتى صورتى وجود العين وعدمها فيصح اعماله مع التلف ولازم ذلك هو وجوب اخذ القيمة عن المفسوخ عليه اذا كان الفسخ بعد التلف ، وعلى تقدير القول بتعلقه بالعين ايضا لا ينحصر به ابل يتعلق بها والاولى على فرض عدمها الى بداها فى طول التعلق بالعين حسب ما يأتى تفصيله وشيئى من هذين الوجهين لا يجرى فى المقام ، اذ لا يصح القول بأن الفضولى انما انشاء نقل القدر المشترك بين العين والقيمة حتى يترتب عليه وجوب اداء القيمة مع عدم العين بل الصادر عنه ليس إلا نقل العين محضاً بوامضائه و اجازته يتوقف على بقاءه ، ومع تلفه لا موقع للاجازة ، حتى ينتهى الى تأدية البدل ، واذا لم يكن مورد للاجازة فى صورة التلف فلا مورد للاحاق النقل اللازم الى حكم التلف ، ضرورة انتفاء الحكم عن صورة التلف لكى يتعدى عنه الى النقل اللازم .

وبالجملة فلا وجه للحكم بتفاوت النقل والكشف الحكى فيما افاده بوجه من الوجوه اصلاً ، فان قلت : وزان العين النالفة قبل الاجازة بناء على الكشف الحكى و زان المنافع المتصرفه من حين العقد الى زمان الاجازة فكما انه بالاجازة يحكم بضمان

هذه المنافع على المالك المجيز و يجب عليه رد القيمة كذلك بالنسبة الى العين ، فالنقل و ان حصل في زمان الاجازة ، لكنه يجب ترتيب الاثر من حين العقد .

قلت : القياس مع الفارق ، و ذلك لان ضمان المنافع المتصرفه من حين العقد الى زمان الاجازة انما يصح لمكان حصول نقل العين بالاجازة و هذا بخلاف تلف العين اذ ليست (ح) عين حتى تنتقل و نقول بأن اثر نقلها انما هو ضمانها من حين العقد ، ولا يمكن ان يقال بانتقال بدلها بالاجازة لان المنشأ نقله هو نفس العين لا القدر المشترك بين العين و بدلها حتى يمكن القول بانتقال البديل عند تلف العين ، كما ان الخيار كان متعلقاً الى القدر المشترك بين العين و بدلها لكن طولاً بمعنى ثبوت حق استرداد العين عند وجودها و استرداد بدلها عند تلف العين بناءً على القول بتعلق حق الخيار بالعين .

مركز تحقيق مكتبة مير علي حسيني

و بالجملة فما افاده (قده) نمرة بين الكشف والنقل لا يستقيم بوجه ، واحسن ما يقال في بيان الثمرة هو المنافع المتصرفه حيث انه لا يجب على المجيز ضمانها بناءً على النقل دون الكشف الحقيقي والحكمي لمكان انتقالها الى من انتقل اليه العين من اول العقد على الكشف الحقيقي ووجوب ترتيب اثر انتقالها من اول العقد على الكشف الحكمي وهذا ظاهر جداً .

قوله (قده) ومنها ان فسخ الاصيل لانشاءه قبل اجازة الآخر (الخ) الاحتمالات في المسئلة ثلثة (الاول) ان يكون فسخ الاصيل لانشاءه قبل اجازة الآخر مبطلاً لانشاءه مطلقاً قبل في الاجازة بالنقل أو بالكشف (الثاني) ان لا تكون الاجازة بعد فسخ الاصيل لانشاءه مؤثرة في صحة العقد مطلقاً قبل في الاجازة بالنقل أو بالكشف (الثالث) ان يفصل في

باب الاجازة بين الكشف والنقل فيقال بابطال الانشاء بفسخ الاصيل قبل اجازة الآخر على القول بالنقل وبعدم تأثيره فى ابطاله على القول بالكشف ومنشاء الاحتمالات هو الترديد فى امر الاجازة انها هل هى ركن للعقد فتكون اجازة البايع كالايجاب واجازة المشتري كالقبول أو انها شرط كالقبض ثم على الثانى ايضاً فهل هى كالقبض فى باب الصرف والسلم أو انها كالقبض فى باب الوقف والهبة والصدقة ، والفرق بينهما ان القبض فى باب الصرف والسلم شرط للملكية المنشئة بالعقد للعقد نفسه والعقد مشتمل على التزامين (احدهما) بالمطابقة وهو الالتزام بمضمونه من النقل والانتقال والمبادلة بين المالىن . والآخر بالالتزام وهو الالتزام بالقبض والاقباض فيما انتقل عن كل واحد منهما الى الآخر ولما لم يكن العقد مشروطاً بالقبض وتحقق من المتعاقدين بلا شرط يجب على كل واحد منهما الوفاء بما التزما به من الالتزامين المطابقين والالتزامى فيجب عليهما القبض وجوباً تكليفاً ناشياً عن حكم وضعى ، وهو استحقاق كل واحد منهما للقبض عما انتقل اليه من الآخر ، بواسطة الالتزام العقدي ، ونتيجة ذلك وجوب دفع كل واحد منهما ما انتقل عنه الى من انتقل اليه ، وجواز اجباره عليه لو امتنع هذا فى باب الصرف والسلم ، واما فى باب الوقف والصدقة والهبة ، فالقبض شرط للعقد نفسه لا للمنشاء به ، ولذا لا يجب على الواقف والمتهب والمتصدق ، ولا يجوز اجبارهم عليه ، ومنشاء الفرق بين القبضين هو مناسبة الحكم والموضوع . حيث ان الاعطاء فى باب الوقف والصدقة والهبة ، لما كان من جانب واحد لا من الطرفين ، فيكون المناسب لشرطية القبض هو شرطيته لاصل الاعطاء بالمعنى المصدري اعنى كونه شرطاً لنفس العقد ، وان الاعطاء فى باب الصرف والسلم لما كان من

الجانبين وان كل واحد من المتعاقدين التزم بالقبض في ضمن التزامه المطابق بمضمون العقد ، يكون المناسب لشرطية القبض هو شرطيته للعقد بمعنى الاسم المصدري ، اعنى النتيجة الحاصلة من العقد بالمعنى المصدري وهذا الذى ذكرناه من عدم وجوب القبض في باب الوقف والصدقة والهبة ووجوبه في باب الصرف والسلم هو المتسالم فيه بين الاصحاب والسر فيه ما ذكرناه .

اذا تحقق ذلك فيقع الكلام في باب الاجازة في انها هل هي كالايجاب والقبول أو انها كالقبض في باب الوقف والصدقة والهبة ، أو انها كالقبض في باب الصرف والسلم ، ويترتب على الاول جواز رجوع الاصيل عن انشائه قبل اجازة الآخر ، فلو كان البايع اصيلاً والمشتري فضولياً وفسخ البايع قبل اجازة مالك الثمن يكون كالفسخ قبل تحقق القبول ، ويترتب على الثانى ايضاً صحة رجوع الاصيل قبل اجازة الآخر ، نظير صحة رجوع الواقف مثلاً قبل القبض ، ويترتب على الثالث عدم تأثير فسخ الاصيل فيما انشأه قبل اجازة الآخر ، بل يجب عليه الوفاء بما انشأه نظير فسخ البايع قبل القبض في الصرف والسلم .

ثم جواز الرجوع على الاول اى على القول بكون الاجازة كالايجاب والقبول مبنى على القول بجواز ابطال كل واحد من المتعاقدين لانشائه قبل انشاء الآخر ، وهذا مما تسالوا عليه وقد وجهه المصنف (قده) باشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب اعنى الايجاب والقبول فانضمام الجزء الآخر اعنى القبول من دون تحقق الشرط لا يكون مجدياً فى وجود المسبب ثم قال بانه عند الشك فى الاشتراط يدفع الشرطية ببركة الاطلاقات الدالة على صحة العقود ولزومها ، ثم قال ولا يخلو التمسك بالاطلاق فى المقام

عن الاشكال .

وهذا الذى ذكره اخيراً هو الموافق للتحقيق اذ ليس عدم تخلل
الفسخ بين الايجاب والقبول شرطاً شرعياً حتى يتمسك فى دفعه باطلاقات
ادلة العقود عند الشك بل هو لو كان شرطاً لكان شرطاً فى تحقق العقد
عرفاً وكان من قيود تحققه وعند الشك فى تحقق العقد ومع الشك فى
تحقيقه يكون التمسك باطلاقات من قبيل التمسك بالعموم فى الشبهة
المصادقية للعام كالتمسك للعام لاثبات حكم الفرد المشكوك فرديته ،
وبالجملة فلا ينبغى الاشكال فيما تسالموا عليه من جواز رجوع كل
من المتعاقدين عن انشاءه قبل انشاء الآخر .

ثم ان المتحصل مما تقدم توطئة لتنقيح تلك الثمرة امور (الاول) ان
الاجازة هل هي كالتبض فى باب الصرف والسلم ، أو كالتبض فى الهبة ونحوها
أو انها كالايجاب اذا كان الفضولى من طرف الايجاب أو كالتبض اذا كان
الفضولى من طرفه (احتمالات) اقواها الاخير وذلك لكونها بمنزلة التبض
فى البايين يحتاج الى مؤنة زائدة يقصر الدليل الدال على اعتبارها عن
اثباته ، ومقتضى الدليل هو كونها ركناً ، لكن لا بمعنى كونها من متممات
العقد ومما يتوقف العقد فى تحقيقه عليها بل انما هى ركن فى استناد العقد
المتحقق من الفضول الى المالك المميز .

الامر الثانى: يمكن ان يكون محل الكلام فى تقرير هذه الثمرة
هو ما اذا فسح الاصيل قبل اجازة الطرف الآخر ثم تعقب بالاجازة فيبحث
فى تأثير الفسخ وصيرورة الاجازة لغواً أو تأثير الاجازة ولغوية الفسخ ، واما
اذا تعقب بالرد أو لم يتعقب بشي من الرد والاجازة فكان خارجاً عن محل
الكلام ، ويمكن ان يكون محل الكلام فى تأثير الفسخ مطلقاً ولو تعقب

بالرد وليس فى كلامهم مايدل على محل البحث لكن الثانى امس وهو الاولى لان يجعل محل الكلام ، كما ان الاقوى هو عدم التأثير ولومع التعقب بالرد كما سظهر .

الامر الثالث: ان ابطال كل من الايجاب والقبول بالفسخ قبل تحقق الآخر، ليس لاجل اشتراط عدم تخلل الفسخ بينهما تعبدأ . بل انما هو لاجل دخله فى تحقق العقد عرفاً . فلا موقع للتمسك بأدلة اطلاقات العقود عند الشك لكون الشبهة مصداقية .

الامر الرابع: الاحتمالات فى محل الكلام ثلاث وهى احتمال تأثير الفسخ فى ابطال العقد مطلقاً ، ولو على القول بالكشف واحتمال عدمه مطلقاً ، ولو على القول بالنقل ، واحتمال التفصيل بين الكشف والنقل بعدم تأثير الفسخ على القول بالكشف ، وتأثيره على القول بالنقل .

اذا تبين هذه الامور فاعلم ان الاقوى عدم تأثير الفسخ فى البطلان مطلقاً ولو على القول بالكشف ، وذلك لما تقدم سابقاً من ان الاجازة تكون موجبة لاستناد العقد الصادر من الفضول الى المجيز بعد الفراغ عن صدوره عنه لانها موجبة لتحقيق العقد كيف ولو كان كذلك ، لكان اللازم بطلان الفضولى حيث ان الاجازة لا تكون ايجاباً ولا قبولاً ، فالعقد تحقق من الاصيل والفضول ، لكن فى جانب الاصيل يكون استناده الى الاصيل ايضاً تاماً لمباشرته له لنفسه وفى طرف الفضول لا يكون مستنداً الى المالك ويحتاج فى استنادة اليه الى ما يوجب استناده وهو الاجازة وخطاب وجوب الوفاء الذى هو خطاب وضعى فى قوة نفوذ العقد ويتعلق بكل من البايع والمشتري على نحو الانحلال ، فيكون كل منهما متعلقاً لذلك الخطاب مستقلاً ، واذا كان العقد تاماً بين الاصيل والفضول ولم يكن تعلق الخطاب

بوجوب الوفاء بالاصيل معلقاً على تعلقه بالآخر يكون وجوب الوفاء من ناحية الاصيل تاماً موضوعاً وحكماً فلا ينتظر تعلق الوجوب اليه الى تعلقه بالطرف الآخر ، بل مادام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء الى ان يرتفع الموضوع برد الطرف الآخر فمالم يتحقق الرد يكون الاصيل ملزماً بالوفاء سواء اجاز الآخر أم لا ، فظهر ان هذه الثمرة التي ذكروها للنقل و الكشف لا يرجع الى محصل .

(١) قوله قدومه ومنها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل الخ ان قلت لافرق بين هذه الثمرة والثمره المتقدمة إلا في ان الاولى فسخ قولي وهذه فسخ فعلى بل الثمرة الاولى لم تكن مختصة بالفسخ القولي و انما الكلام فيها في الفسخ مطلقاً فعلاً أو قولياً ويكون ذكر حكم الفسخ الفعلى بعد الفراغ عن حكم الفسخ المطلق تكراراً لغواً (قلت) يمكن الفرق بينهما بأن الفسخ القولي هو الصادر عن الفاسخ بانشاءه أولاً وبالذات بخلاف الفسخ الفعلى ، حيث ان الفعل مما يترتب عليه الفسخ ترتباً قهرياً ، لانه منشاء بالفعل و (ح) يقع البحث فيه . فيقال: على تقدير جواز الفسخ القولي فلا ينبغي الاشكال في نفوذ الفسخ الفعلى ، وعلى تقدير المنع عنه كما هو التحقيق في الثمرة المتقدمة ، فهل يجوز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه تصرفاً يترتب عليه انفساخ العقد و رفعه أم لا مطلقاً على القول بالكشف ، أو لا يجوز مطلقاً حتى على القول بالنقل ، أو يفصل بين القولين ، فيقال بالجواز على القول بالنقل وعدمه على القول بالنقل (وجوه) الذي يظهر من العبارة هو مفروغية الجواز على القول بالنقل ، وجعل الكلام على القول بالكشف ، ومقتضى ما تقدم في الثمرة المتقدمة هو عدم الجواز مطلقاً .

وتوضيحه زائداً عما تقدم ان عموم وجوب الوفاء انحلالى لا

ارتباطى ، فيتعلق بكل واحد من المتعاقدين حكم بوجوب الوفاء غير مرتبط
بما يتعلق بالآخر ، فكل واحد منهما يجب عليه الوفاء بما التزم سواء وجب
على الآخر أم لا ، وذلك لأن وجوب الوفاء الذى هو حكم وضعى متعلق
بالعقد بالمعنى المصدرى لا بالمعنى الاسم المصدرى ، و بيانه ان العقد
بالمعنى المصدرى هو الالتزام الصادر عن المتعاقدين المعبر عنه بالعهد
وبالمعنى الاسم المصدرى هو العقدة الحاصلة من فعلهما فى عالم الاعتبار
نظير العقدة الحاصلة من شد احد الحبلين بالآخر فى عالم العين ، وفى عالم
التصور ، يمكن تعلق الوجوب بوفاء العقد بالمعنى المصدرى ، ويمكن
تعلقه بوفائه بالمعنى الاسم المصدرى ، لكن المستظهر من الآية الكريمة
اعنى (اوفوا بالعقود) ومقتضى دليل الاعتبار هو تعلقه بالوفاء به بالمعنى
المصدرى ، وذلك اما الآية فلأن الوفاء بالشىء عبارة عن الاقامة
على الشىء وعدم نقضه ، ولا اشكال فى أن المناسب معه التعلق بالعهد
اذ العهد هو الذى يوفى به او لا يوفى ومعنى وفائه ابقاء العقدة الحاصلة
منه ، فوجوب الوفاء متعلق باقامة العهد نفسه ، ولازم وجوب وفائه وضعا هو
بقاء العقدة الحاصلة منه وعدم حلها إلا بالفسخ فى مورد ثبوته ، فبمناسبة
الحكم اعنى وجوب الوفاء والموضوع اعنى العقد يستكشف ان متعلق
وجوب الوفاء هو المعنى المصدرى هذا بالنظر الى ما يستفاد من الآية ، و
امام قطع النظر عنها فالمناسب مع الاعتبار وحكم العقل ايضا هو تعلق
الوجوب بالوفاء بالعقد بالمعنى المصدرى ، وذلك لان بقاءه بالمعنى الاسم
المصدرى مترتب على وجوب الوفاء بالمعنى المصدرى وضعا حيث ان معنى
الاقامة عليه وضعا هو بقاء العقدة الحاصلة منه ، ولا يمكن جعل نفس تلك
العقدة متعلقا لوجوب الوفاء اذالم يكن المعنى المصدرى واجب الوفاء

وضمناً فهذان الدليان يشبان تعلق الوجوب الى العقد بالمعنى المصدري ولازمه انحلال الوجوب بالنسبة الى كل واحد من المتعاقدين وعدم ارتباط وجوب كل واحد بالآخر ، كما ان لازم تعلق الوجوب بالوفاء بالعقد بالمعنى الاسم المصدري هو الارتباطية حيث ان المعنى الاسم المصدري و هو الاثر الحاصل من العقد بالمعنى المصدري كالملكية في البيع والزوجة في النكاح لا يكون متعلقاً بوجوب الوفاء بالنسبة الى احد الطرفين إلا اذا كان كذلك بالنسبة الى الآخر ، اذ لا معنى لخروج المال عن ملك احدهما إلا بدخوله في ملك الآخر كما لا يخفى .

اذا تبين ذلك فتقول اذا وجب البائع الاصيل مثلاً فما دام لم يتحقق القبول ولو من ناحية الفضولي لا يتحقق العقد فلا يتحقق موضوع وجوب الوفاء الوضعي وعند تحقق القبول من الفضولي يتم العقد ، ويصير البائع متعلقاً بوجوب الوفاء الوضعي ، ولازمه انسلاب جميع انحاء السلطنة الثابتة له قبل البيع عن نفسه كما في منذور الصدقة ، حيث انه بالنذر يسلب عن نفسه جميع انحاء السلطنة ، ولذا لا يجب فيه الزكاة لا لأجل صيرورة المنذور له ذاق عليه ، و ذلك لكونه مصرفاً . وانما الحق لله سبحانه كما هو مفاد اللام ، ونظير ذلك انسلاب السلطنة عن المالك بواسطة تعلق النهي بالمعاملة بالمعنى المسبب والاسم المصدري ، ولذا يوجب بطلان المعاملة والسرفى ذلك هو ما ذكرناه من عدم القدرة للمالك بعد النهي ، ونتيجة ذلك هو عدم نفوذ تصرفاته فيما انتقل عنه ويترتب عليه عدم نفوذ الفسخ الفعلي وهو المطلوب .

ثم ان ما ذكرناه في بيان التفرقة بين الثمرتين لا يخلو عن منع و ذلك لان الفسخ الفعلي لا يكون مترتباً على الفعل ترتب المعلول على علله

كما ادعيناه في بيان الفرق بل الفعل الصادر عن الفاعل الفاسخ بمعناه المصدري فسخ وبمعناه الاسم المصدري تصرف منه فيما انتقل عنه ، فلو باع ذو الخيار مثلاً ما انتقل عنه بالبيع الخيارى يكون بيعه هذا موجباً لانتقال المبيع اليه ثم انتقاله عنه الى المشتري بالطريق الاعوجاجى ويكون انتقاله متقدماً على اخراجه عنه و بانتقاله اليه يحصل الفسخ ، فيكون الفسخ متقدماً على تصرفه البيعى فيما انتقل عنه ، فلا فرق بين الفسخ القولى والفعلى اصلاً فلا وجه لجعلهما ثمرتين .

ثم على تقدير كونهما ثمرتين فلا ينبغي التأمل في اتحادهما من حيث الحكم فان قلنا بعدم نفوذ الفسخ القولى على القول بالنقل ، فلا بد من القول بعدم نفوذ الفسخ الفعلى ايضاً على هذا القول لاتحاد المناسط فلا وجه لما فى الكتاب من الالتزام بعدم نفوذ الفسخ القولى والاعتراف بنفوذ الفعلى على القول بالنقل

قوله (قده) فان كان زوجاً حرمت (الخ) حرمة الخامسة على الزوج اذا كان هو الاصيل لو فرض تمام الرابعة بالعقد الفضولى و حرمة الاخت والام والبنت قبل اجازة الطرف الآخر مبنى على ما حققناه من مأخوذية الاصيل بما التزم به بعد تمامية العقد بينه وبين الفضولى الى ان يبطل برد الطرف الآخر وهو معنى قوله إلا اذا فسخت اى فسخت الزوجة التسي وقع العقد عليها من الفضول اذ (ح) تحل الخامسة والاخت والبنت من غير اشكال وذلك اما فى الخامسة والاخت فلكون حرمتها انما هى مع الجمع بين الرابعة أو الاخت ، واذا فسح نكاح الفضولى ارتفع المانع ، واما فى البنت فلا نحرمتها انما هى فيما اذا صارت أمها موطوءة وإلا فلا وفسح عقد أمها قبل الوطئ لم تحرم البنت ، واما الام ففى حليتها بفسح عقد الفضولى

اشكال كما اشار اليه بقوله على اشكال، و منشأ الاشكال هو الاشكال فى ان رد الزوجة لعقد الفضولى هل هو كالفسخ من حينه أو الفسخ من حين العقد فعلى الاول فيقع العقد مؤثراً الى حين الرد، ولازم ذلك صيرورة الام أم الزوجة قبل الفسخ وبصيرورتها أم الزوجة و لو آناً مانع من الابد ولولم يدخل بالبنت، و على الثانى فتحل الام لعدم صيرورتها أم الزوجة اصلاً، هذا بالنسبة الى الفسخ، واما لو طلق الزوجة ففى حل المذكورات بطلاقه نظر، ومنشأ النظر فى ان الطلاق هل هو لحل الزوج عما قيد به مما التزم به على نفسه، أو انه لحل الزوجية وارسالها عما قيدت به من تمليكها نفسها للزوج، فعلى الاول يصح الطلاق لكون الزوج ملزماً بما التزم على نفسه، وعلى الثانى فلا محل للطلاق ادلايد للزوج حتى تصير مرسلة بسبب الطلاق.

هذا كله اذا كان الفضولى من طرف الزوجة، و ان كانت اصيلاً وكان الفضولى من ناحية الزوج تكون الزوجة ملزمة بما التزم به نفسها قبل اجازة الزوج فلا يحل لها نكاح غيره إلا اذا رد الزوج والطلاق معتبر هاهنا، اما اذا كان الطلاق لتخليص الزوجة مما التزمت به من النكاح فاعتبار الطلاق ظاهر، حيث ان الزوجة بانشاء العقد ملزمة بما التزمت به وهذا بخلاف ما اذا كان الزوج اصيلاً حيث انه بانشاء النكاح لا يصير تحت سلطنة الزوجة، وان كان يجب عليه بسبب النكاح ما يجب من الانفاق و نحوه من الاحكام المترتبة على الزوجية، ويحرم عليه بسببه، ما يحرم من المصاهرة إلا انها احكام مترتبة على المنشأ بانشاءه، و ليس نفس ما التزم به بخلاف الزوجة فانها التزم بقيدية الزوج ويجعل نفسها تحت سلطانه كما لا يخفى، وعلى هذا فلا يحتاج فى تصحيح الطلاق بالالتزام بكونه كاشفاً عن

اجازة العقد في الرتبة السابقة ، حيث ان الطلاق لا يقع إلا على الزوجة على نحو ترتب العقود بل يصح الطلاق ولو لم يجر العقد أصلاً لكون الزوجة ملزمة قبل الاجازة ، فيصح تخليصها عما التزمت به بالطلاق الذي شرع لتخليصها هذا على تقدير كون الطلاق لتخليص الزوجة كما هو التحقيق ، وأما لو كان لتخليص الزوج ، فيكون معتبراً ايضاً ، ولكن مع الالتزام بكشفيته عن تقدم الاجازة وكيف كان فلا اشكال في صحة الطلاق في هذه الصورة أصلاً .

قوله قدّم منها مال وانسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين (الخ) اعلم ان انسلخ القابلية عن احد المتبايعين ، اما يكون بالموت أو بالارتداد الفطري ، أو بالارتداد الملبى وعلى الاخير : فاما يكون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً مما لا يجوز تملكه على الكافر ، أو يكون غيرهما مما يصح تملكه على الكافر فهنا صور (الاولى) ما اذا كان الانسلخ بالموت فالحق في هذه الصورة عدم التفاوت بين الكشف والنقل أصلاً سواء كان الميت هو الاصيل أو من وقع عنه العقد فضولياً .

وتوضيح ذلك انه قد تقدم سابقاً ان الملكية في عسالم الاعتبار تكون كالحبل الممدود بين المال ومالكه الذي يكون احد طرفيه معقوداً على المال والآخر على رقبة المالك والعقود المعاوضة تصير منشأة لتبديل طرف ذاك الحبل الممدود الذي مشدود على المال ، فكأنه يرفع مال المالك عن ذاك الطرف ، ويشد مال الآخر مكانه ، والارث عبارة عن حبل طرف ذاك الحبل الممدود على رقبة المالك وشده على رقبة وارثه مع بقاء طرفه الآخر على حاله ، و لازم الاول هو انه لو كان المال متعلق حق شخص آخر كحق الرهانة ونحوه عدم دخوله في ملك ما انتقل اليه مما عليه

من الحق بل الحق اما يمنع عن تبديله أو يسقط ويزول ، ولازم الثاني انتقال المال بماله من اللون الى الوارث حيث يقوم الوارث مقام مورثه في كونه طرف ذاك الحبل فيشد الحبل على رقبتة على نحو كان مشدوداً على رقبة المورث .

اذ اتبين ذلك فنقول اذا كان الميت هو الاصيل فالاصيل لما كان ملزماً بما عقد على نفسه حسبما تبين في الثمرة المتقدمة تكون الملكية التي بينه وبين ماله على ما عليها منتقلة الى وارثه فيقوم وارثه مقامه في طرفية تلك الملكية مع ما التزم المورث على نفسه ، فيكون الوارث أيضاً ملزماً بما التزمه المورث على نفسه بعين التزامه ، فيصح اجازة الطرف الآخر (ح) سواء قلنا بالكشف أو بالنقل من غير تفاسوت بينهما اصلاً هذا في موت الاصيل .

واما اذا كان الميت من وقع عنه العقد فضولياً فلأن الاجازة والرد وان كانا لا يورثان لكونهما من الاحكام لامن الحقوق إلا ان المورث لما كان مالاً للمال الذي وقع عليه العقد فضولياً وكان مقتضى ملكيته قابلية ان يقع منه الاجازة اذا انفصل عنه حبل الملكية بالموت ، واشتد على رقبة وارثه ويقوم وارثه مقامه في كونه طرف شذاك الحبل بماله من القابلية على ان يقع منه الاجازة فيصح منه بحق الملكية لاسبب ارث الاجازة فتتغذ اجازته مطلقاً سواء قلنا بالكشف أو بالنقل ، فظهر نفي الفرق بين القولين في هذه الثمرة ومن حكم هذه الصورة يظهر حكم الصورة الثانية ، وهي ما اذا كان انسلاخ قابلية احد المتبايعين بعروض الارتداد الفطري حيث ان حال الارتداد حال الموت في كونه موجباً لانتقال المال الى الوارث .

الصورة الثالثة ما اذا كان الانسلاخ بالارتداد الملى مع كون

المبيع مما يصح تملكه من الكافر، ولا اشكال فى صحة الاجازة فى هذه الصورة بعد عروض الكفر مطلقاً سواء كان فى طرف الاصيل أو فى طرف الآخر قلنا بالكشف أو بالنقل وهذا ظاهر.

الرابعة هى الصورة الثالثة بعينها مع كون المبيع مما لا يصح تملكه من الكافر، فان كان المرتد هو الاصيل، فلا اشكال فى صحة اجازة الآخر قلنا بالكشف أو بالنقل، حيث انه بالكفر يجب اجباره على اخراج المسلم والمصحف عن ملكه، فعلى النقل تكون الاجازة موجبة لاجراجهما عن ملكه من غير اشكال، واما على الكشف فالامر واضح، وإن كان المرتد هو الطرف الآخر، فلا يصح منه الاجازة مطلقاً قلنا بالنقل أو بالكشف، اما على الاول فواضح حيث لا يصح تملكه لهما فلا تفيد اجازته للملكية. واما على الثانى فلما سبأنى من انه على القول بالكشف يشترط ان يكون المميز واجداً لجميع ما يعتبر فى التعاقد حين الاجازة بحيث يصح منه التعاقد لو كان هو التعاقد نفسه فى تلك الحالة، و المرتد الملى لا يصح منه تملك المسلم والمصحف فى تلك الحالة، فلا يصح اجازته ايضاً، فظهر سقوط هذه الثمرة من رأس كما لا يخفى.

قوله قد وه كذا الوانسلخت قابلية المنقول (الخ) حاصل هذه الثمرة هو صحة الاجازة اذا صدرت عن المميز بعد تلف المنقول أو خروجه عن ملك المميز بعقد سابق على الاجازة بناءً على الكشف، فيجب عليه اداء مثله أو قيمته، اذا كان التلف حقيقياً، و يكشف عن بطلان المعاملة التى صدرت منه على المنقول قبل الاجازة اذا كان التلف حكماً، بمعنى انه اخراج المال عن ملكه قبل الاجازة، هذا على الكشف وتبطل الاجازة على النقل، حيث لا مورد لها مع التلف الحقيقى أو الحكمى، هذا:

ولا يخفى ما في هذه الثمرة أيضاً بعد اتضاح ما بيناه في انسلاخ احد المتعاقدين عن قابلية الملك ، و حاصله ان مورد القول بالكشف و النقل ، انما هو فيما اذا كانت الاجازة صادرة عن يقدر على انشاء البيع بحيث كان شرائط تحقق العقد منه تماماً . من شرائط المتعاقدين والعوضين (فح) اذا صدرت منه الاجازة يقع البحث في انها كاشفة أو ناقلة ، ومع تلف المنقول و انسلاخ قابليته لا يصح البيع من المجيز اذ لا يجوز بيع الثالف ، فلا يصح منه الاجازة سواء قلنا بالكشف أو بالنقل ، هذا بالنسبة الى التلف الحقيقي ، و هكذا الكلام بالنسبة الى الحكمي ، حيث ان القول بنفوذ الاجازة الصادرة بعده من المجيز ، بناء على الكشف و جعلها كاشفة عن بطلان ما صدر من المجيز قبل الاجازة مستلزم للدور ، لان بطلان ما صدر منه من العقد الناقل يتوقف على صحة اجازته ، اذ لا مانع عن صحته إلا نفوذ اجازته في عقد الفضولي و نفوذ اجازته يتوقف على بطلان ما صدر منه من العقد الناقل ، لانه لو كان صحيحاً لخرج المجيز عن قابليته للاجازة ، اذ مع صحة العقد الناقل منه ليس له حين الاجازة ان يبيع المال المنقول عنه ثانياً ، فليس له اجازة العقد الفضولي (ح) ، هذا مع انه لا يحتاج في نفي نفوذ الاجازة المسبوقة بالعقد الناقل الى التمسك بالدور ، بل يكفي في نفيه القول بخروج المجيز عن اهلية الاجازة بعد العقد الناقل ، اذ لا اشكال في ان للاجازة دخل في انتقال المال عن المجيز على القول بالكشف أيضاً فماله يصدر منه الاجازة كان له التصرف في ماله وان كان بالاجازة يخرج المال عن ملكه من حين العقد و مع صدور العقد الناقل عنه يخرج عن قابليته للاجازة فتكون اجازته (ح) كاجازة الصادر عن شخص اجنبي عن المال ، ومعلوم ان المثمرة من الاجازة هي الصادرة عن المالك لا الاجازة مطلقاً ولو كانت عن اجنبي كما

لا يخفى .

اللهم إلا ان يقال فى الاجازة بناء على الكشف بعدم دخلها و تأثيرها فى حصول الملكية اصلاً . بل تكون اماردة محضة عن حصول الملكية بعقد الفضولى ، حيث ان العقد الناقل (ح) كان واقعاً عن ليس له العقد، إلا ان توهم عدم مدخلية الاجازة فى حصول الملكية فاسد كما لا يخفى .

قوله (قده) ووربما يعترض على الاول بامكان دعوى ظهور الادلة (الخ) محصل كلام المعارض هو صاحب الجواهر (قده) دعوى ظهور ادلة الدالة على صحة الفضولى بالاجازة على اعتبار استمرار قابلية كل من العوضين و المتعاقدين من حين وقوع العقد الفضولى الى زمان الاجازة فيترتب عليه بطلان ما ذكر من الثمرات الاخيرة، اما فى موت احد المتعاقدين أو كفره بالارتداد الفطري أو الملى، فلعدم بقاء قابلية المجيز ، و اما مع تلف المبيع أو عررض نجاسة عليه مع ميعانه ، فلعدم استمرار قابلية مورد العقد ، و اما فى صورة تجديد القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد ، أو حصول الشرط قبلها لو كان مفقوداً حال العقد ، فلعدم استمرار القابلية من حين العقد الى زمان الاجازة .

هذا محصل مرامه وقبل التعرض لما اورد عليه المصنف نقول ما ذكره وان كان ممنوعاً باطلاقه ، لكنه حق فى الجملة للأجل ظهور الادلة فى اعتبار استمرار القابلية كما ادعاه ، لكى يرد عليه منع ظهورها فيما ذكر بل لكون معنى الاجازة اعني بها تنفيذ العقد السابق يقتضى اعتبار قابلية المجيز لان يقع منه العقد أى كونه فى حال الاجازة مما يصح منه صدور العقد و استمرار تلك القابلية من حين العقد الى زمان الاجازة اما الدليل على اعتبار القابلية حين الاجازة ، فهو حكم العرف ودليل الاعتبار

بل حكم العقل بذلك بمعنى مناسبة الحكم والموضوع ، وذلك بعد وضوح عدم مدخلية كل اجازة ، ولو كانت صادرة عن الاجنبي عن المال في صحة البيع الفضولي الوارد على المال ، بل معنى الكشف هو كاشفية تنفيذ المالك لبيع الواقع على ماله عن تحقق البيع من حين العقد ، و معلوم ان تنفيذ البيع على ماله متفرع على بقاء المال في ملكه ، وإلا لكان تنفيذ البيع على غير ماله كما لا يخفى ، فلا بد من ان يكون حين الاجازة مالاً ما وقع عليه العقد الفضولي ، حتى يكون مساطاً على بيعه فيجيز بيعه .

واما الدليل على اعتبار استمرار القابلية ، فلا أنه لو خرج المال عن ملكه قبل الاجازة و لو انما تم دخول في ملكه فهذه الملكية الثانية ملكية جديدة مغايرة مع الملكية التي كانت في حال العقد وان كان المالك بذاته هو هو . فبالنسبة الى الملكية الجديدة يكون مالاً جديداً واجازته بعد الملكية الجديدة تكون كاجازة غير المالك فتكون خارجاً عن معنى الاجازة عرفاً و اعتباراً بل عقلاً ، و مثل ذلك لا بد من تحرير الكلام ولعل مرجع كلام صاحب الجواهر قده الى ما ذكرناه وان كان استدلاله بظهور الادلة يأباه وكيف كان فهذا مستقيم لا غبار عليه إلا انه لا يترتب عليه نفي الثمرات المذكورة بقول مطلق بل لا بد فيه من التفصيل حسبما نشير اليه .

ومحصل ما أورد عليه المصنف (قده) هو المنع عن اعتبار استمرار قابلية العوضين للبيع أو المتعاملين من حين العقد الى زمان الاجازة ، وذلك للنقض بأمرين (الاول) ما اذا ترتب عقود متعددة على مال فضولاً ، ثم اجاز المالك العقد الاول من هذه العقود ، فان المسلم منهم صحة ما ترتب عليه من العقود بنفس اجازة العقد الاول . مع ان المالك المجيز باجازته للعقد الاول خرج عن قابليته للعقد

الثاني فتكون اجازة العقود المتأخرة عن العقد الاول ممن لا يكون له اهلية العقد بصيرورته اجنبياً عن المال باجازة العقد الاول .

الثاني ما اذا تزوج الصغيران فمات احدهما وبلغ الآخر و اجاز العقد ، فانه ورد النص بصحة اجازته ، ويورث عن مال الآخر بعد الحلف بأنه اجاز للزوجية لالارث وانه على تقدير حيوة الآخر ايضاً كان مجيزاً مع ان اجازته هذه واقعة منه بعد خروج المنقول عن قابلية تعلق العقد به حيث ان فوت احد الزوجين كتلف احد العوضين هذا ، والمستفاد منه (قده) في مقام الاشكال على صاحب الجواهر (قده) هو اختيار عدم اعتبار بقا الشروط من حين العقد الى زمان الاجازة مطلقاً ، ولا يخفى ان منع اعتبار بقائها على الاطلاق كدعوى اعتبار بقائها كذلك غير صحيح ، بل لا بد فيه من التفصيل بين الشروط ، كما ان ما افاده من النقص بالموردين المذكورين غير وارد ، اما عدم ورود النقص الاول : فلأن محل الكلام انما هو اعتبار بقاء القابلية من حين العقد الى زمان الاجازة ، ومورد النقص انما هو خروج المجيز عن القابلية بسبب الاجازة فكل عقد من تلك العقود قابل لان يتعلق به الاجازة قابلية مستمرة من زمان العقد الى حين الاجازة ، و اجازة العقد تتبع صحة بقية العقود المترتبة عليه لكون اجازته اجازتها .

والحاصل ان مورد النقص اجنبي عن محل الكلام ، لكون الكلام في استمرار قابلية المجيز الى زمان الاجازة ومورد النقص خروج المجيز عن القابلية بعد الاجازة ، واما عدم ورود النقص الثاني : فلأن اجازة احد الزوجين بعدموت الآخر ، انما تؤثر بالنسبة الى الارث ، ولذا يحلف على انه لا يكون داعيه على الاجازة اخذ الميراث ، وقياسه في باب البيع انما هو بما اذا اجاز المالك

الواقع عنه العقد فضولاً بعد تلف ما وقع عليه العقد ، لان يملك المنافع و هذا خارج عن محل الكلام ، اذ هو في تصحيح الاجازة للبيع الواقع على التالف لا في ترتب ملك المنافع عليه ، وبعبارة اوضح باجازة احد الصغيرين بعد بلوغه لا تتحقق الزوجية سواء قلنا بالكشف أو بالنقل ، بل انما الاجازة مصححة للارث ، وهو خارج عن محل الكلام هذا تمام الكلام بالنسبة الى ما ذكره من النقص بالموردين .

واما تفصيل الشروط في بيانها ان الشرط اما يكون شرط العقد مثل العاضوية و تقدم الايجاب على القبول و التوالي بينهما ونحو ذلك مما يرجع الى شرائط العقد ، واما يكون شرط المتعاملين مثل البلوغ والعقل و المالكية ، وعدم الهجر عن التصرف بالفلس والسفه ونحوهما من موجبات الهجر ، واما يكون شرط الموضين كالمالية والمعلومية ، ومثل بدو الصلاح في بيع الانمار ، اما شروط العقد فلا شبهة في اعتبارها في حال العقد . ويكون اختلالها موجبا لبطلان العقد سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فلا تمرة بين الكشف والنقل بالنسبة اليها ، واما شرائط المتعاملين فلا يعتبر البلوغ والعقل حين العقد اذا كان مجيز حال العقد من احدا وليا الصغير والمجنون فلو واقع الفضولي العقد على مال الصغير أو المجنون مع وجود ولي لهما حين العقد ولم يجز الولي ولم يرد حتى بلغ الصبي ووافق المجنون ثم اجاز اصح العقد ونفذت الاجازة ، فبالنسبة اليهما ايضا لا تمرة بين الكشف والنقل ، بل يصح العقد مع الاختلال بالبلوغ والعقل حين العقد اذا كانا متحققين حين الاجازة قلنا بالنقل أو بالكشف ، واما الملكية فهي معتبرة حين العقد ، ولا بد من بقائها الى زمان الاجازة فلو تجددت بعد العقد أو كانت حين العقد ، ولكنه ازيلت بسبب ثم تملك الذي اخرجته عن ملكه بسبب جديد لا تنفع الاجازة ، اما مع عدم وجودها حين العقد فلا ان الاجازة انما هي

تنفيذ العقد الواقع على ملك المجيز، والمفروض عدم وقوع العقد على ملكه حين وقوعه لكونه تملك المبيع بعد العقد، فلا تكون اجازته تنفيذاً للعقد الواقع على ملكه، واما مع زوالها بعد العقد، فتملكه للمبيع بملكية حادثة فلاجل عدم بقاء الملكية التي ورد عليها العقد الى زمان الاجازة، بل حال هذا المجيز كالمالك الجديد الذي هو اجنبى عن العقد وان كان ذاته هو هو، لكن وصف مالكته تبدل بتبدل الملكية كما لا يخفى، فبالنسبة الى هذا الشرط ايضا لا ثمة بين الكشف والنقل، بل العقد يبطل على كلا القولين .

واما عدم الحجر عن التصرف، فهل هو ايضا معتبر كالملكية من حين العقد الى زمان الاجازة مطلقاً، فلو صار مفلساً فى الائناء أو رهن المبيع فى الائناء ثم ارتفع الحجر برفع الفلس أو فك الرهانة بطلت الاجازة أو لا يعتبر مطلقاً أو يفصل فى اسباب الحجر بين ما اذا كان من قبيل الفلس الذى يكون الحجر عن التصرف بمانع خارجي غير مزاحم مع السلطنة الثابتة للمالك على ماله ذاتاً أى مع مقتضى سلطنته وذاك المانع الخارجي هو حكم الحاكم بالحجر و بين ما اذا لم يكن كذلك، بل كان لقصور فى مقتضى سلطنته كالرهن . فيقال فى الاول بعدم بطلان تأثير الاجازة بعد زوال الحجر (وجه) قال الاستاد دام بقاءه الذى اخترناه سابقاً هو الاخير، وذلك: اما فى عدم بطلان الاجازة فى مثل الفلس فلأن الحجر لا يبطل موضوعها وهو الملكية، حيث انها تنفيذ للعقد الواقع على ملكه، وان مفروض بقاء شخص ملكيته التى وقع عليها العقد من حين العقد الى زمان الاجازة، و انما الحجر الحاصل فى الائناء يكون بسبب خارجي لا لأجل نقصان فى الملكية، واما البطلان فى مثل الرهن فلأن استحقاق المرتهن على العين يوجب نقص سلطنة المالك عليها الموجب لقصور ملكيته فلا تكون الملكية الموجودة من حين العقد باقية الى زمان

قال دامت افاداته ولكن التحقيق عدم الفرق بين القسمين ، وان الاقوى نفوذ الاجازة في مثل الرهن ايضاً وذلك لأن المنشأ للبطلان في صورة زوال الملكية ثم حدوثها بسبب جديد في الاثناء وهو اختلاف المالك حين الاجازة معه حين العقد مفقود في المقام ، حيث ان الملكية المطلقة المتحققة بعد فك الرهن هي بعينها الملكية الموجودة حين العقد من غير تفاوت فلا اختلاف في المالك في الحالتين فلا مانع عن نفوذ الاجازة اصلاً ، فتحصل ان الاقوى انتفاء الثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة الى شرائط المتعاملين .

واما شرائط العوضين فان احراز كونها شرطاً حين السبب المملك فيبطل العقد بانتفاؤه حين العقد سواء قلنا بالكشف أو بالنقل ولا يبعد ان تكون المالية من هذا القليل ، ضرورة اعتبار مالية العوضين حين العقد لكي يرد العقد على ما يكون متمولاً فلم يكن المبيع مالا حين العقد ولكنه صار مالا حين الاجازة لاتفيد الاجازة صحته قلنا بالكشف أو بالنقل وان احراز كونها شرطاً للعوضين حين التملك اعنى حين تحقق المسبب . فيختلف الحكم (ح) بين الكشف والنقل ، فلو كان معدوماً حين العقد . وحصل حين الاجازة فعلى الكشف يبطل العقد ويصح على النقل ولا يبعد ان تكون المعلومية من هذا القليل ، وان اشكل امره في كونه معتبراً في العوضين في ناحية السبب أو ناحية المسبب . يشكل حكمه من حيث اختلافه على الكشف والنقل ، أو انتفاء الثمرة بينهما ، واشتراط بد والصالح من هذا القليل ، ولا بد في احراز كون الشرط راجعاً الى ناحية المسبب من ملاحظة دليل اعتباره .

فقد تحصل منه مجموع ما ذكرناه انتفاء الثمرة بين الكشف والنقل عند اخلال الشرائط الراجعة الى العقد والراجعة الى المتعاملين ، وتحقق الثمرة بين القولين في بعض اقسام شروط العوضين فحصل بطلان ما ادعاه صاحب الجواهر قده من انتفاء الثمرة بين القولين عند انتفاء الشرائط بل يحكم بالبطلان مطلقاً وبطلان ما اختاره المصنف قده ايضاً من منع اعتبار تحقق الشروط من حين العقد الى زمان الاجازة مطلقاً ، وان الحق هو التفصيل بين الشروط حسبما حققناه ، هذا حال الشروط .

واما بالنسبة للاحكام كالخيار ونحوه ، وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله : وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات ، وتفصيله اما بالنسبة الى خيار المجلس فسيأتي في باب من انحصار مورد ثبوته في الفضولي بما اذا بقي مجلس المتعاقدين الى زمان الاجازة مع حضور الاصيل في حال العقد ووقوع الاجازة منه ايضاً في ذلك المجلس ، وسقوطه في غير هذه الصورة بواسطة انتفاء المجلس ، وهكذا الكلام في باب الصرف والسلم ، فان اشتراط القبض في المجلس في باب الصرف والسلم انما هو على فرض تحقق المجلس ويسقط اعتباره عند انتفائه بدلالة اطلاق دليل العقد ، فان اطلاق (او فوا) مثلاً دال على صحة العقد ، ولو مع عدم القبض في المجلس ، وقد خرج عن تحته صورة تحقق المجلس بدليل اعتبار القبض ، وامام عدم تحقق المجلس فلا يكون مفيد في البين فيبقى تحت اطلاق المطلق .

واما خيار الحيوان فيختلف ابتداء زمانه على الكشف والنقل ، و يكون من حين العقد على الكشف ومن حين الاجازة على النقل . وكذا خيار الرؤية ولا يختلف الحكم بين الكشف والنقل في بقية الخيارات .

واما الشفعة فالكلام فيها في باب الفضولي يقع من جهتين (الاولى) في اصل ثبوتها بناء على الكشف لتأخر الاخذ بها عن زمان العقد الى زمان الاجازة فتبطل بفوات الفورية فيقال (ح) بثبوتها بناء على النقل وسقوطها بناء على الكشف، ولكنه فاسد بديل الحق بثبوتها على كلال القولين مع القول باعتبار الفورية في الاخذ بها وسقوطها بالتأخير، وذلك لان المعتبر في فورية الاخذ بها هو عدم التواني في الاخذ بها بعد العلم بها موضوعاً وحكماً، والسرف في اعتباره (ح) هو كاشفية التواني في الاخذ بها عن الرضا بما وقع الموجب للامضاء المسقط للحق بكاشفية نوعية، حيث ان طبع كل من ثبت له حق اذا علم به ولم يرض بذهابه يسارع في اخذه فمن التواني في اخذه وعدم المسارعة بأخذه يستكشف رضائه بذهابه ومعلوم ان هذه الكاشفية النوعية الناشئة عن الامر الارتكازي المغترس في النفوس من المسارعة على اخذ حقوقهم انما تتم عند العلم بالموضوع والحكم والاف التاخير المستند الى الجهل بتحقيق موضوع الشفعة أو الجهل بحكمها لا يكون كاشفاً عن الرضا كما لا يخفى وهذا حكم سار في كلما اعتبر فيه الفورية كما في خيار الغبن ونحوه.

اذا ظهر ذلك فنقول لا اشكال في كاشفية الاجازة في تحقق الملكية من حين العقد على القول بالكشف فقبل الاجازة لا علم للشريك بتحقيق موضوع الشفعة حتى يكون تأخيره للاخذ بحقه الى زمان الاجازة مسقطاً لحقه لمنافاة مع الفورية، فلا تفاوت في ثبوت حق الشفعة بين القول بالكشف والنقل.

الجهة الثانية اذا باع الفضولي حصة احد الشريكين من زيد مثلاً ثم باع الشريك الآخر حصته من عمر و مثلاً اصالة ثم اجاز الاول العقد الواقع على حصته فضولاً فعلى الكشف يكون المشتري عن الفضولي

مالكاً لما اشتراه من حين العقد فيثبت له الشفعة فى البيع الذى وقع فى
حصة الآخر من عمر ومثلاً وعلى النقل يصير المشتري مالاً حين الاجازة
فيثبت للعمر والمشتري حصة الشريك الآخر الشفعة فيما انتقل الى المشتري
عن الفضولى فيكون عكس الاول ، وهذه ثمرة صحيحة مترتبة على القولين
كما لا يخفى هذا كله تمام الكلام فى الثمرات بين النقل والكشف
الحقيقى .

واما بين النقل والكشف الحكمى الذى هو المختار فلم يتعرض
لها المصنف قده فى الكتاب مع ان تنقيحها من المهمات ، ولا بد من التكلم
فيها وقد عرفت ان الكشف الحكمى عبارة عن القول بتحقيق الملكية من
حين الاجازة مع الالتزام بترتب كلما يمكن ترتيبه من الآثار من حين العقد
(ففيه جهتان) فمن حيث كون الملكية حاصلة من حين الاجازة ملحق
بالنقل ومن حيث الحكم بترتيب الآثار الممكن ترتيبها من حين العقد ملحق
بالكشف الحقيقى ، وفى الثمرات التى تختلف حكمها على الكشف والنقل
هل يلحق بحكم الكشف أو بحكم النقل .

التحقيق ان يقال بأن كل اثر يكون العقد السابق تمام الموضوع
لترتيبه بلا توسط امر آخر ورائه كالنماءات والمنافع يلحق بالكشف الحقيقى
وكل اثر يتوقف ترتبه على وجود امر عدى العقد يلحق بالنقل ، وذلك كالزنا
بذات البعل حيث ان حكم الزنا بذات البعل يترتب على مصادفة الزنا
مع كون المرممة ذات البعل (فح) نقول مثل اشتراط معلومية العوضين
وما ليتها ونحوهما اذا علم كونه شرطاً للتملك أو للسبب المملك فلا يفرق فيه
بين الكشف الحكمى والنقل : و اذا شك فى نحو اعتباره وانه هل هو
ماخوذ فى ناحية التملك أو السبب المملك ، فلا يفرق ايضاً بين القولين و

في مثل مسألة الزكوة والخمس والنذور يحكم بحكم الكشف وفي مثل الخيارات ايضاً لا يفرق بين القولين ، فيكون حال الكشف الحكمي كالحقيقي في انتفاء الثمرة بينه وبين النقل في بعض هذه الفروض وثبوتها في بعض آخر منها .

قوله قده الاول ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس في مفهومها اللغوي (الخ) اعلم ان الشبهة في كاشفية الاجازة او ناقليتها يمكن ان تكون مفهومية بمعنى ان القائل بالكشف يدعي كون الكشف عن وقوع العقد من حين وقوعه ماخوذاً في مفهوم الاجازة لغة والقائل بالنقل يدعي كون النقل ماخوذاً في مفهومها لغة و يكون النزاع بينهما (ح) في مفهوم الاجازة لغة ، ويمكن ان يكون فيما يقتضيه اطلاق الاجازة انصرافاً . فالقائل بالكشف يدعي انصرافها عند الاطلاق الى الكشف ، نظير انصراف اطلاق العقد الى الحال ونقد البلد ونحوهما ، والقائل بالنقل يدعي انصراف الاجازة الى النقل ، فلوا وقعت الاجازة مطلقة تنصرف الى الكشف عند القائل به ، والى النقل عند القائل به ، وعلى هذا فيصح اشتراط النقل عند القائل بالكشف أو اشتراط الكشف عند القائل بالنقل لكونه شرطاً مخالفاً لاطلاق الايقاع اعني الاجازة ، كما يصح اشتراط ما يخالف اطلاق العقد كاشتراط تأجيل الثمن ، أو كونه من غير نقد البلد .

ويمكن ان يكون النزاع في مقتضى الاجازة ، فالقائل بالكشف يدعي ان الاجازة اعني ايقاع استناد العقد الى المجيز و تنفيذه ، يقتضي وقوع اثره من حين العقد ، حيث ان الاجازة امضاء لما وقع من العقد فيقتضي وقوعه من حينه ، والقائل بالنقل يدعي انها مقتضية لوقوع انصراف العقد من

حين الاجازة ، لأن العقد و ان تمت اركانها حينه ، لكن المفروض دخل الاجازة في تأثيره ، فيتوقف تحقق اثره على الاجازة ، وليست للاجازة حالات يقع اثرها تارة من حين العقد ، و اخرى من حينها لكي تكون عند اطلاقها مؤثرة من حين العقد على الكشف ، ومن حينها على النقل كما ان البيع يقع تارة بنقد البلد و اخرى بنقد غيره وعند الاطلاق ينصرف الى نقد البلد و النزاع في الكشف والنقل يكون في الاخير ، وهذا هو المراد من العبارة ويرتب على هذا ، انه لو قصد المبيع الامضاء من حين العقد على القول بالنقل أو الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف ان لا يقع الاجازة المقيدة بذلك القيد أي بقيد من حين الاجازة على القول بالكشف أو قيد من حين العقد على القول بالنقل بل يلغو القيد من غير كلام .

وانما الاشكال في وقوع الاجازة و نفوذها فتوجب تحقق الاثر من حين العقد على الكشف أو حين الاجازة على النقل ، أو انه تلغو الاجازة ايضاً لفسادها بفساد الشرط و يحتاج الى اجازة مستأنفة ، و تنقيح الكلام في ذلك يتوقف على البحث عن جهتين (الاولى) هل هذا الشرط مخالف مع مقتضى العقد او الايقاع أو انه مخالف للكتاب ، والمراد بمخالفة مقتضى العقد او الايقاع هو كونه منافياً لما ينشأ المنشأ بعقده او ايقاعه بحيث يضاد ذيل كلامه مع صدره كما في مثل بعثك بشرط ان لا يكون بتمن ، و أجرتك بشرط ان لا تكون مع اجرة ، فان مفهوم البيع هو المبادلة بين المالين و اشتراط عدم الثمن فيه يؤل الى اشتراط عدم البيع ، فيكون الشرط في قوة ان يقول بعثك بشرط ان لا يكون بيعاً والمراد بما يخالف الكتاب هو ان يكون منافياً لحكم شرعي مترتب على المنشأ (وبعبارة اخرى) ما كان منافياً لما يقتضيه المنشأ من الحكم الشرعي .

إذا عرفت ذلك فنقول المنشأ بالاجازة انما هو نفوذ العقد الفضولي ومن المعلوم ان تقييد نفوذه بحال الاجازة لا ينافي انشاء النفوذ بناء على الكشف وكذا تقييده بحال العقد لا يكون منافياً للمنشاء بناءً على النقل . اذ ليس تقييده باحدى الحالتين كاشتراط البيع بعدم الثمن فهذا شرط لا يكون منافياً لمقتضى الايقاع بل انما فساده لاجل منافاته مع ما يقتضيه ذلك الانشاء من الحكم الشرعى ، وهو كون اثره مترتباً من حين الاجازة ، أو من حين العقد .

الجهة الثانية الشرط المخالف للعقد والايقاع مفسد لما يقع فيه ،
وذلك واضح بعد ما عرفت من أوله الى اشتراط عدم المنشأ و مضادته مع انشائه ، وكذا الحال في الشرط المجهول حيث ان جهالته يسرى الى الشروط فيبطله لاجل الجهالة ، واما ما عدى هذين من الشروط الفاسدة ، كالشرط المخالف للكتاب ، أو الغير المقدور ونحو ذلك فهل هو مفسد أم لا ، اما بالنسبة الى للعقود ففيه خلاف ، وان كان الحق عدم مفسديته للعقد وان كان موجباً للخيار على ما يأتي تفصيله ، و اما بالنسبة الى الايقاع ، فالظاهر عدم تحقق الخلاف في انه لا يكون مفسداً اذ لم ينقل القول بمفسديته عن احد ، و ادلة القائلين بمفسدية الشرط الفاسد في العقد وان كان بعضها مما يمكن ان يستدل به لمفسديته في الايقاع ايضاً ، إلا انه لم يستدل به في العقد لابطال الايقاع ايضاً ، وبالجمله فالشرط الفاسد مما عدى الشرط المخالف لمقتضى المنشأ والشرط المجهول لا يكون مفسداً للايقاع ، ولو قلنا بمفسديته للعقد ولا يوجب خياراً في باب الايقاع اذ لا معنى للخيار فيه ، وعلى هذا فهذا الشرط لا يكون مفسداً للاجازة وهو المطلوب انباته . و بما ذكرنا يظهر ما في تحرير الكتاب . وان الحق هو البحث عن الجهات المتقدمة . اعنى البحث عن صحة هذه الاجازة المقيدة تارة وعن فساد شرطها لكونه منافياً مع الكتاب اخرى

وعن كون فساد مفسداً للاجازة أم لاثالة، كما بيناه .

(١)

قوله قدة الثاني انه يشترط في الاجازة ان يكون باللفظ (الخ)
الكلام في هذا التنبيه يقع عن جهات (الاولى) في انه هل يكفي في تحقق
الاجازة صرف الرضا الباطني ام لالأنها امر انشائي يتوقف تحققها على الإنشاء (الثانية)
في انه هل يكفي في تحققها بالفعل أم لا بد في تحققها من الإنشاء القول (الثالثة) هل
يعتبر في اللفظ الذي يقع به الإنشاء ان يكون صريحاً أم يكفي مطلق اللفظ ولو كان كنايةً،
اما الجهة الاولى فالمختار عند المصنف هو كفاية الرضا الباطني في تحققها
وعدم الحاجة الى الإنشاء ، واستدل له بالعمومات الواردة في ابواب المعاملات
مثل لا يحل مال امره إلا بطيب نفسه ، حيث انه يدل على اعتبار طيب النفس
في حل المال ، وهو يتحقق بصرف الرضا ، ولا يخفى ما فيه لأن الحديث
الشريف بعقد المستثنى منه المذكور فيه يدل على عدم الحلية عند عدم
الرضا وهذا مما لا اشكال فيه ، ولكنه لا يدل على عدم اعتبار ما عدى الرضا
فان المستثنى المذكور فيه يدل على انتفاء مانع الحلية عند طيب النفس
فان قلت: اطلاق المستثنى يقتضي ثبوت الحلية عند طيب النفس
كان معه شيئ آخر أم لا ، فالمستثنى باطلاقه ينفي اعتبار ما عدى طيب
النفس في ثبوت الحلية .

قلت: التمسك بالاطلاق ممنوع حيث انه ليس وارداً في مقام البيان
من هذه الجهة بل سوق المستثنى انما هو في مقام بيان انتفاء هذا المانع
عن الحلية عند تحقق الطيب ، وقد ثبت في الاصول اشتراط التمسك
بالاطلاق بكونه وارداً في مقام البيان ، ولا فرق فيما ذكرناه ، بين ان يكون
متعلق النحل هو النقل والانتقال ، أو صرف جواز التصرف في مال الغير ، وقد
مرفى بيع المكروه ان الاجازة في بيع المكروه موجبة لتحقيق احد ركني

صحة العقد وهو الرضا ، وفي باب الفضولي لتحقيق كلاً ركنيهما . وهما الاستناد والرضا ، فالرضا الباطني غير كافٍ في تحقيق الاستناد أي استناد العقد الى المجيز ، ولو كان محض الرضا كافياً في صحة العقد ولولم يكن استناد في الين للزم صحة كل عقد برضا كل احده ، ولو كان اجنبياً عنه وهذا كما ترى و حاصل ما افاده المصنف في المقام هو الميل الى القول بكفاية الرضا الباطني في تحقيق الاجازة مستظهر بذلك أيضاً من كثير من الفتاوى والنصوص مثل التعليل المنقول عن جماعة لعدم كفاية السكوت في الاجازة بكونه اعم من الرضا فلا يدل على الرضا الظاهر في كون العبرة بالرضا ، و مثل ما ذكر وافي انكار الموكل للاذن فيما اوقعه الوكيل فيحلف انه تنفسخ المعاملة بحلفه ، لأن الحلف يدل على كراهة المعاملة فهذا التعليل ايضاً ظاهر في كون العبرة عندهم بالكراهة ، ومثل تصريحهم بأنه لو رضى المكره بما فعله صح . حيث انهم عبروا بالرضا الكاشف عن كفايته في صحة المعاملة .

و استدلل لكفايته بعد الاستظهار المذكور بالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي مثل (اوفوا بالعقود) ونحوه وماورد من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه على تزويجه و مادل على ان قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه طلق يدل على رضاه بتزويجه ، ومادل على ان المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصيته لمولاه المرتفعة برضى المولى ، ومادل على ان التصرف من ذي الخيار رضى منه هذا محصل ما افاده الكل كما تراه .

و الاقوى اعتبار الانشاء في الاجازة وعدم الاكتفاء بمجرد الرضا الباطني ، وذلك لما عرفت من ان عقد الفضولي فاقد لامرين رضى المالك

واستناد العقد اليه ، بخلاف عقد المكره ، حيث انه فاقد للرضا لصدوره عن المالك المكره ، فالرضا الباطني في العقد الفضولي يصلح احد الامرين فيبقى صحته منوطة بالاستناد ، ونفس الرضا لا يصح الاستناد كما لا يخفى ، مضافاً الى الامرين اللذين افادهما المصنف في الكتاب وجهاً لاستبعاد الاكتفاء بالرضا بقوله : بقي في المقام (الخ) اولهما أنه لا اشكال في أن الاجازة التي تصحح العقد الفضولي ، اذا تعقب العقد بها هي التي لو قارنت بالعقد لخرج العقد بها عن كونه فضولياً ، فلو كان الرضا الباطني كافياً في الاجازة ، للزم القول بخروج العقد عن الفضولي لو علم بمقارنته مع العقد ، مع ان الاصحاب لا يلتزمون به ، و التفكيك بين الرضا المقارن وبين الرضا المتأخر عن العقد ، بالقول بعدم كفاية الاول دون الاخير ، وان لم يكن ممتنعاً عقلاً نظير اجتماع النقيضين ، إلا ان مذاق الفقه يأباه ، وليس كلما يمكن عقلاً يمكن ان يقال به كما لا يخفى وهذا بخلاف ما لو قلنا باعتبار انشاء الاجازة حيث انه كافٍ في صحة العقد اذا كان مقارناً كما يكفي في صورة تأخره ايضاً .

و ثانيهما ان الرد ضد الاجازة ، ومقتضى التضاد بينهما هو اعتبار ضد ما يعتبر في الاجازة في تحقق الرد فان كان المعتبر في الاجازة انشاء التنفيذ يكون المعتبر في الرد في المقام والفسخ في باب الخيار هو انشاء الرد والفسخ ، وان كان المعتبر في الاجازة نفس الرضا الباطني ، لا بد من القول بكفاية الكراهة الباطنية في تحقق الرد ، وعدم الحاجة في تحققه الى الانشاء وهذا ايضاً مما لا يلتزمون به ، مع انه موجب لسقوط البحث عن بيع المكره وذلك لمقارنته مع الكراهة الباطنية المفروض كفايتها في تحقق الرد كما لا يخفى .

وبالجملة فالمتحصل من الدليل هو اعتبار الانشاء في الاجازة و
عدم الاكتفاء بالرضا الباطني ، وأما ما افاده في وجه الاكتفاء بالرضا ، فممنوع
أما استظهاره من عبارة الاصحاب ففيه انه لادلالة في عبارةهم إلا على اعتبار
الرضا ، لكن الرضا يستعمل تارة بمعنى الاختيار فيتعدى (ح) بنفسه فيقال
رضيه اذا اختاره ، ومنه ماورد من خلف المشتري لو تلف المبيع في الثلاثة
بأنه رضيه أي اختاره ، واخرى بمعنى طيب النفس فيتعدى بالباء فيقال رضي به
وليس المذكور في هذه العبارات اللفظ الرضا فلعل المراد به الاختيار فليست
عبارةهم صريحة في كفاية الرضا بمعنى طيب النفس

وأما التمسك بالعمومات ففيه ما لا يخفى ، حيث ان المخاطب
بهذه العمومات هو الذي يستند اليه العقود ، والمفروض كسوف البحث
فيما به يستند العقد اليه فكيف يمكن التمسك بما يعتبر في صحة التمسك
به تحقق الاستناد لاثبات الاستناد (وبعبارة أوضح) مقتضى مقابلة الجمع بالجمع
في قوله تعالى (او فوا بالعقود) هو لزوم وفاء كل احد بعقده الصادر منه لا
ان كل احد مكلف بالوفاء بكل عقد في الدنيا ، ولولم يكن مرتبطاً به
والكلام (ح) يقع فيما به يتحقق الاستناد حتى يصير العقد عقداً له فيدخل
تحت عموم وجوب الوفاء .

وأما الروايات الخاصة التي استدلت بها : ففيه ان شيئاً منها لا يدل
على كفاية الرضا ، أما ما دل على ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج
عبد له اقرار منه ، فلأن لفظ الاقرار معناه اللغوي هو تثبيت الشيء وانفاذه
فهذا يدل على كفاية الفعل اعني السكوت في الاجازة ، وهو غير مرتبط
بالقول بكفاية مطلق الرضا ، والحاصل ان المدعي كفاية الرضا الباطني
من دون انشاء قولي أو فعلي ، والرواية تدل على كفاية الانشاء الفعلي فهي

غير مرتبطة بالمقام ، وأما ما دل على ان المانع عن صحة نكاح العبد معصيته لمولاه ، ففيه ان المذكور فيه اعتبار اجازة المولى حيث انه قال فإذا اجاز المولى ، فلا دلالة فيه على ما به يتحقق الاجازة ، وكفاية مطلق الرضا الباطنى في تحققها .

وأما ما دل على ان تصرف ذى الخيار رضى منه ، فلأن تصرفه فسخ فعلي ، فيكون كالسكوت المذكور في الرواية الاولى في كونه انشاءً فعلياً فهذه الرواية ايضاً تكون مما يدل على تحقق الاجازة بالفعل وعدم اعتبار خصوص القول فيها لعل كفاية الرضا في تحققها ، وبالجمله فلا قوى هو ما ذكرناه .

بقى امر وهو انه لاشبهة في اعتبار الانشاء في الاجازة ، فيما اذا كان المقتضى للصحة قاصراً كما في عقد الفضولي ، حيث ان المانع عن صحته الفعلية انما هو قصور مقتضية لاجل عدم استناده الى المالك ، واما لو كان المانع من جهة تعلق حق الغير بالمال ، كما اذا باع المالك ماله الذى تعلق به حق الغير من حق رهانة أو تفليس أو جناية ونحو ذلك ، فهل هو كالاول في الاحتياج الى انشاء الاجازة أم يكفى رضاه ذى الحق ببيع المالك ولولم ينشأ رضاه (وجهان) اقواهما الاول ، وذلك لأن نفوذ بيع المالك في متعلق حق الآخر يتوقف على اسقاط حق الآخر عن ماله ، والاسقاط لا بد له من مسقط ، وليس نفس الرضا بالبيع من المسقطات وإلا لما كان المسقطات متعددة بل يرجع جميعها الى شئ واحد ، وهو الرضا بالبيع كما ان نية الافطار في الصوم لو كانت مفطراً لما كانت المفطرات عشرةً وذلك لبطلان الصوم بنية الافطار (ح) قبل تحقق المفطر في الخارج فيكون البطلان مستنداً الى نية الافطار لا الى فعل المفطر ، فمن تكثر المسقطات

يعلم ان نفس الرضا الباطني لا يكون مسقطاً للحق ذي الحق ، و مادام بقاء حقه لا ينفذ البيع لكون متعلقه متعلق حق الغير .

نعم اذا كان دخل اجازة الآخر في صحة العقد لامن جهة كونه ذاق حتى يتوقف على اسقاطه بل كان صحة العقد منوطاً باجازته لأجل احترام منه بلائبوت حق له فيمكن ان يقال في مثله ، بكفاية الرضا كما في عقد بنت الاخ أو الاخت على العمة والخالة . مع اشكال فيه ايضاً .

الجهة الثانية في ان الاجازة على تقدير الحاجة في تحققها بالمبرز وعدم كفاية الرضا الباطني ، فهل تحتاج في ابرازها الى القول أم يكفي الفعل ايضاً ، المحكى عن بعض كمافي الكتاب هو اعتبار القول ، ولكن الحق هو الاكتفاء بالفعل ، وذلك لما تقدم في باب المعاطاة من بيان الضابط الكلي لما يدخل فيه المعاطات وما لا يدخل فيه المعاطات ، ومحصله ان البيع بالقول مثلاً انما يصح ويكون بيعاً لصحة حمل البيع عليه به الحمل الشائع الصناعي .

و توضيحه ان هيئة فعل الماضي مثلاً موضوعاً لاحداث نسبة الفاعل الى المادة التي تتعلق بها الهيئة وترد الهيئة عليها بنسبة خاصة تعبر عنها بالنسبة التحقيقية فبايقاع تلك الهيئة على المادة توجد النسبة المذكورة من غير ان يكون الاخبار عن وقوع تلك النسبة أو انشائها مدلولاً كلامياً ، بل الخبرية و الانشائية تكونان من المد اليل السياقية ، و من طواري الاستعمال ، فالمتكلم اذا اوقع الهيئة على المادة بداعي الاخبار يصير كلامه خبراً أو بداعي انشاء المادة في موطن وجودها وعالم تحققها وهو عالم الاعتبار فيما اذا كانت من الامور الاعتبارية يصير كلامه انشاءً فالمتكلم بوجوده ينشئ المادة . اعني البيع بالمعنى المصدري أو بالمعنى الاسم بالمصدري بايراد الهيئة

عليها ، ويكون إيراد الهيئة آلة لا يجادها في وعاء وجودها ، وهذا الفعل الخاص اعني إيراد الهيئة على المادة لا يجاد المادة بذاك الإيراد مصداق للبيع ، فيقال ان قول البائع بعثك كذا بكذا في مقام الانشاء يبيع فهذا القول يصدق عليه البيع بالحمل الشايع الصناعي هذا بالنسبة الى القول .

واما الفعل فكل فعل كان مصداقاً لعنوان من عناوين معاملة يصح انشاء تلك المعاملة به لكونه كالقول (ح) في كونه مما يحمل عليه ذاك العنوان بالحمل الشايع الصناعي ، فالتسليط الخارجي من المالك تملك أي يصدق عليه التملك ، ويحمل عليه عنوانه بالحمل الشايع واقتراض الحصر ونحوه في المسجد مثلاً مصداق للوقوف ونحو ذلك ، وكلما لا يصدق عليه عنوانه بالحمل الشايع فلا يصح ايقاع تلك المعاملة به كما في وقف العقار ونحوه مما لا فعل ايقافي بالنسبة اليه بحيث يصدق عليه انه ايقاف فالمعيار فيه ما يجري فيه المعاطات كون فعل خاص مصداقاً لعنوان ما يراد انشاءه بالمعاطات وما لا يجري فيه المعاطات هو عدم صدق ذلك العنوان على ذاك الفعل الذي يراد ايقاع ذاك الامر الانشائي به سواء كان الامر الانشائي من العقود أو من الايقاعات .

اذا تبين ذلك فنعول الاجازة امر من الايقاعات مضمونها عبارة عن استناد العقد الصادر عن الفضول الى المجيز ، فكما ان قوله اجزت ونحوه مصداق للاجازة ومحقق للاستناد ، كذا فعله الذي يتوقف صحته على صحة استناده الى الفاعل مصداق للاجازة وذلك كتمكين الزوجة زوجها على نفسها اذا اوقع عليها العقد فضولاً ، وكالتصرف في الثمن ونحو ذلك ، فظهر أن الأقوى وقوع الاجازة بالفعل كما يقع بالقول .

الجهة الثالثة في انه على تقدير وقوعها بالقول فهل يعتبر القول

الصريح أم يكفى الالفاظ الكناية والمشاركة لفظاً أو معنى ، والتحقيق هو الاكتفاء بالالفاظ الكناية دون الالفاظ المشاركة فنادعويان (احديهما) عدم كفاية الالفاظ المشاركة لفظاً أو معنى فى تحقق الاجازة (وثانيتهما) كفاية الالفاظ الكناية فى تحققها ، وبيان كلتا الدعويين يتوقف على ذكر وجه عدم الاكتفاء بالالفاظ المشاركة والكناية فى العقود وقد تقدم توضيحه ، و محصله اما بالنسبة الى الالفاظ المشاركة ، فلأن المعنى المنشأ بالعقود معنى بسيط لا تركيب فيه من جزء وجزء البسيط لا يعقل ان يوجد بالتدريج بل لابد فى ايجاده من ان يكون آنياً واللفظ المشترك لفظاً أو معنى لمكان اجماله هو بافراده لا يصلح ان يقع به الانشاء بل لابد من ضم ما يحصله و يضيره مصداقاً لذلك المضمون الذى اريد انشاءه به ويصير الضميمة بالنسبة اليه كالفصل بالنسبة الى الجنس ويلزم تحقق المنشأ بذلك اللفظ المشترك وبما انضم اليه وحصله وهذا مستلزم للتدريج فى الابداع المنافى مع بساطة المعنى المنشأ والمراد بالمعنى البسيط فى مثل البيع مثلاً هو مفهوم المادة فى قولك بعت التى ترد عليها الهيئة واما الهيئة فهي ليست ذلك المعنى البسيط بل هي وضعت لاستناد ايجاد المادة الى المتكلم فمفاد الهيئة فى بعت هو مفاد المادة فى اجزت ، فكما ان الاجازة موجبة لاستناد العقد الى المجيز ، كذلك الهيئة تحدث نسبة المادة الى المتكلم هذا بالنسبة الى الالفاظ المشاركة ، واما عدم وقوعها اعنى العقود بالالفاظ الكناية ، فلما حققناه سابقاً وآنفاً من ان ايقاع العقد بلفظ أو فعل ، انما هو لمكان كون ذلك القول والفعل مصداقاً حقيقياً لما ينشأه مثل قول القائل بعتك ، أو الاعطاء الخارجى حيث انهما مصداقان للتملك واللفظ الكنائى ليس مصداقاً لازماً ، فقول القائل زيد كثير الرماد ليس مصداقاً لايجاد

السخاوة مثلاً حتى ينشأه السخاوة اذا فرض كون السخاوة مما يقع بالانشاء .

اذا تحقق ذلك فنقول: اما عدم وقوع الاجازة بالالفاظ المشتركة فلأن الاجازة ايضاً امر بسيط غير ذي اجزاء لا يصح ايقاعها بها هو كالمركب من الجنس والفصل ، واما وقوعها بالكنائية فلكون اللفظ الكنائسي ايضاً مصداقاً للاجازة ، فكما ان قول القائل اجزت وامضيت وانفذت اجازة و امضاء ، فكذلك قول (بارك الله صفقة يمينك) مصداق للاجازة ، وبعد صحة حمل الاجازة على الالفاظ الكنائية بالحمل الشائع الصناعاتي كحملها على الالفاظ الصريحة ، لا يبقى مجال للمنع عن ايقاعها بها لاتحاد الملاك فيهما و هو المصادقية للاجازة على ما بيناه .

قوله قده الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد (الخ) هذا هو التنبيه الثالث من تنبيهات الاجازة وهو في اعتبار عدم سبق الرد في تأثير الاجازة ، فلو سبقها الرد ينفسخ العقد ، ولا يبقى محل لتأثير الاجازة و قد ادعى المصنف (قده) ظهور الاجماع عليه ، ولا يخفى ان دعوى الاجماع من مثل المصنف (قده) كاشف قطعي عن تسالم الحكم بين الاصحاب إلا انه يقع البحث عن جهات :

الاولى ان خروج العقد عن قابلية لحقوق الاجازة هل هو امر تعبدى ثبت بالاجماع على خلاف القاعدة ، وان مقتضى القاعدة هو عدم تأثير الرد في انفساخ العقد وبقائه على صفة قابلية ان يلحقه الاجازة ، وأنه امر على طبق القاعدة و ان الاجماع ليس على امر تعبدى ثبت على خلاف القاعدة .

الثانية ان خروجه عن قابلية لحقوق الاجازة بسبب الرد على تقدير

ان يكون موافقاً مع القاعدة هل يختص بباب الفضولي أو يعمه و كل ما اذا تعلق العقد بما يكون متعلق حق الغير ، مثل بيع الراهن للعين المرهونة بلا اذن المرتهن ، وبيع المفلس لماله بلا اذن الغرماء ونحوهما ، ثم على التعميم ايضاً ، فهل يختص بما اذا كان المبيع متعلق حق الغير كما مثلناه ، أو يعمه مع مثل العقد على بنت الاخ أو الاخت بلا اذن العمة أو الخالة .

الثالثة في ان الخروج اذا كان على طبق القاعدة فهل رواية الوليدة يمكن ان يستفاد منها صحة العقد بالاجازة بعد الرد حتى تكون الرواية مخالفة مع القاعدة حتى تأول أو تطرح ، أو انها لا دلالة لها على خلاف ما يقتضيه القاعدة .

اما الجهة الاولى فالحق فيها كون خروج العقد عن قابلية لحق الاجازة مطابقاً مع القاعدة وذلك اوجهين (الاول) ما اشار اليه بقوله ان الاجازة انما يجعل المجهيز أحد طرفي العقد (الخ) وحاصله قياس رد العقد بعد تماميته بفعل الفضولي وقبل استناده الى المالك بالاجازة الى رد الموجب ما انشأه قبل تحقق القبول ، فكما انه لو رجع عما انشأه قبل قبول القابل لم يؤثر القبول في تحقق العقد ، فكذلك لو رد المالك بعد العقد قبل ان يضيف اليه ، ولا يخفى ان هذا الوجه يتم لو كان للمالك بعد تحقق العقد من الفضولي حق الرد والسلطنة عليه و إلا فإفرد عليه بالمنع عن تأييده قبل الاجازة في اسقاط العقد عن قابلية لحق الاجازة فالعمدة هو الوجه الثاني وهو ما اشار اليه بقوله (هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم تأييد الرد في قطع علاقة الطرف الآخر الخ)

و توضيحه يتوقف على بيان مقدمة وهي ان المالك يكون مسلطاً على اجازة عقد الفضولي وابطاله لأنه مسلط على اجازته وعدم اجازته ،

وتوضح ذلك أنه لا شكل فى سلطنة المالك على اجازة العقد الصادر عن الفضولى ، وان السلطنة على الشئ يقتضى ان يكون مسلطاً على عديله بحيث يكون له القدرة على طرفى الشئ ، وانما الكلام فى ان سلطنته هل هى على الاجازة وعدم الاجازة (وبعبارة اخرى) يكون سلطاناً على النقيضين بحيث يختار احدهما ، أو انه مسلط على امضاء العقد وابطاله ورده ، ويكون قدرته متعلقة بأمرين وجوديين و يكون التقابل بين متعلقى قدرته بالتضاد لا بالسلب و الايجاب ، و لازم الاول عدم سقوط العقد عن قابلية لحق الاجازة بسبب الرد لأن المالك (ح) مخير بين الاجازة و عدم الاجازة و عدم الاجازة امر عدمى حاصل من اول العقد الى زمان تحقق الاجازة والرد لا يوجب سقوط حق الاجازة ، لأن حال المالك بالنسبة الى ما بعد الرد و قبله متساو بالنسبة الى تحقق عدم الاجازة ، فكما ان عدم الاجازة قبل الرد لا يمنع عن الاجازة فكذلك بعد الرد .

وبالجمله فالرد يصير (ح) اجنبياً عن متعلق سلطنة المالك فيكون وجوده كعدمه ، ولازم الثانى هو سقوط حق المالك بسبب الرد ، حيث انه اعمل حقه و استوفاه بالرد و معه فلا يبقى شئ حتى يلحقه الاجازة .

اذا ظهر ذلك : فاعلم ان التحقيق يقتضى ثبوت سلطنة للمالك بين الرد و الاجازة ، ويكون طرفى قدرته وجودياً بالاعلى الاجازة وعدمها بحيث يكون متعلق القدرة هو الفعل والترك ، وذلك لأن ما يحصل بفعل الفضولى هو اضافة تأهلية بين من اوقع البيع له و بين مال المالك ، اى اضافة قابلية لأن تصير بالفعل بركة الاجازة ، و هى و ان لم تكن فعلية و بالنسبة الى البالغة الى المرتبة الفعلية تكون معدومة ، لكنها بالنسبة الى المعدوم

المحض اعنى الغير الحاصلة بفعل الفضولى شئى لها الوجود وهذه المرتبة من الاضافة التأهلية بين مال المالك و بين طرف الفضولى ثابتة ، ولا يخلو اما يكون امرا بقاءها و رفعها بيد المالك بحيث له ان يبقيا فتصير فعلية بعدان كانت تأهلية صالحة للبلوغ الى المرتبة الفعلية ، وان يعدمها ويجعلها كما اذا لم يتحقق من الفضولى شئى ، وهذا معنى سلطنته على الرد و الامضاء ، فان نتيجة الردفناء تلك الاضافة و نتيجة الامضاء بلوغها الى مرتبة الفعلية ، أو يكون امرا بقاءها بيده بحيث له ان يثبتها ويمضيها ، ولكن امر رفعها لا يكون بيده ، وهذا معنى التخيير بين الاجازة وعدم الاجازة لكن عدم السلطنة على رفع ما حدث بفعل الفضولى عن ماله قصر فى سلطنته ، و مقتضى عموم الناس مسايطون على اموالهم المثبت للسلطنة المطلقة للمالك هو كونه سلطاناً على انفاذ تلك الاضافة التأهلية و رفعها معاً ان يكون سلطاناً على وضعها من غير سلطنة له على الرفع ، فظهر ان المالك مسلط على الرد والاجازة لا على الاجازة وعدم الاجازة فاذا رد دينهم ما احدهم الفضولى بفعله ، اعنى الاضافة التأهلية ، فلا يبقى شئى يتعلق به الاجازة هذا تمام الكلام فى الجهة الاولى .

اما الجهة الثانية فتحقيق القول فيها هو أن ذي الحق مثل المرتهن و نحوه يكون مسلطاً على استيفاء حقه من متعلقه و على رفع اليد عن حقه باسقاطه ، فالمرتهن ان يستوفى دينه من العين المرهونه ، أو التجاوز عن حقه منها ، لكنه ليس له السلطنة على فسخ عقد الراهن و رده اذ السلطنة على استيفاء حقه من العين شئى ، و السلطنة على رد عقد الراهن شئى آخر ، و ان كان يلزم من استيفاء دينه من العين بيعه اما بنفسه ، أو باذن الحاكم بطلان عقد الراهن بزوال موضوعه ، لكن زوال موضوع عقد الراهن

بأعمال سلطنة المرتهن على الاستيفاء مغاير مع السلطنة على فسخ العقد كما لا يخفى ، ولذا ليس له فسخ العقد من دون استيفاء حقه فالمرتهن مسلط على امرين وجوديين كالمالك في بيع الفضولي إلا ان المالك كان مسلطاً على اجازة العقد ورده أولاً و بالذات ، والمرتهن ليس له السلطنة على امضاء عقد الرهن اورده أولاً و بالذات بل الثابت له أولاً بالذات هو السلطنة على استيفاء دينه ، و يلزمه بطلان عقد الرهن بالاستيفاء بزوال موضوعه وعلى اسقاط حقه عن العين والتجاوز عنه و يلزمه نفوذ عقد الرهن و مضيه .

ونتيجة ذلك انه لو رد عقد الرهن ثم اجاز أى اسقط حقه عن العين المرهونة ولم يستوف دينه منها ، بل تجاوز عنها لم يكن رده مؤثراً في سقوط العقد عن قابلية لحق الاجازة فصار الاصل في بيع الرهن ما يتعلق به حق المرتهن وما بمعناه مما يكون المبيع متعلق حق شخص آخر هو عدم تأثير الرد في رفع قابلية لحق الاجازة ، ومن هذا القبيل ايضاً حق ذي الخيار اذا باع من عليه الخيار الذي انتقل اليه بالبيع الخيارى فان ذي الخيار مسلط على فسخ عقده واسترجاع العين و على تشييته و امضائه ، و يترتب على فسخه بطلان عقد من عليه الخيار ، بناء على ان يكون العين متعلق الخيار لا العقد وإلا فيكون على من عليه الخيار رد مثل العين التي نقلها أو قيمتها و يترتب على اجازة عقده نفوذ العقد الصادر عن من عليه الخيار و ليس له فسخ عقد من عليه الخيار أو انفاذه أولاً بالذات كما لا يخفى ، هذا اذا كان متعلق المعاملة كالعين مما تعلق به حق حيث يكون نفوذ المعاملة متوقفاً على امضاء صاحب الحق بالمعنى المتقدم و اما في مثل العقد على بنت الاخ أو الاخت ، فالاقوى كون نفس

العقد فيه متعلق امضاء العمة أو الخالة ، أو ردهما فلهما انفاذ العقد أورده ، فيكون العقد الواقع بلاذنهما نظير العقد الصادر عن الفضولي في كون نفس العقد متعلق الامضاء أو الرد والمتحصل من هاتين الجهتين هو كون سقوط الاجازة عن التأثير اذا كان مسبقاً بالرد في مثل العقد الصادر عن الفضول والعقد الواقع على بنت الاخ أو الاخت مطابقاً مع القاعدة و تمام المالك في تطبيقه على القاعدة هو كون طرفي سلطنة المالك هو الرد والاجازة لا الاجازة وعدمها و اثبات ذلك يتوقف على تمامية تحقق الاضافة التأهيلية من العقد الصادر عن الفضولي ، حيث ان تلك الاضافة الحادثة على مال المالك من فعل الفضولي منافي مع سلطنته فله رفعها بالرد كما ان له تقريرها وتثبيتها بالاجازة فلو كان مسلطاً على التقرير دون الرفع لكان منشأة لقصر سلطنته المطلقة و عموم دليل السلطنة منافي له .

ولكن يمكن منع ذلك بدعوى عدم حدوث شئ من ناحية فعل الفضولي حيث ان اجازة المالك ممالها الدخل في تحقق الملكية فالصادر عن الفضولي ليس إلا العقد ولكن تأثيره يتوقف على تمامية استناده الى المالك الموقوف على الاجازة فقبل الاجازة لم تحصل اضافة على مال المالك من فعل الفضولي حتى يكون سلب قدرة المالك عن رفعها منافياً مع سلطنته والى هذه المناقشة امر المصنف قد (بالتأمل) .

ويمكن دفعها بأن الامر وان كان كذلك بحسب الدقة العقلية ، حيث ان حصول الاضافة من فعل الفضولي مع دخل الاجازة في حصول الملكية متنافيان إلا انه بحسب النظر العرفي ليس كذلك لأنهم يرون حصول شئ بين المالك وطرف العقد الفضولي بواسطة العقد ، وهذا المعنى العرفي قابل للرد والاجازة ، ونفى السلطنة عن رده قصر للسلطنة بحسب النظر العرفي

وهو مناف مع عموم دليل السلطنة ، و الحاصل ان منع حصول الاضافة بحسب العقل من فعل الفضولى و ان كان مسلماً إلا ان حصولها بحسب نظر العرف كاف فى الحكم بثبوت السلطنة بين الرد والاجازة .

واما الجهة الثالثة فالحق فيها ما افاده فى العبارة من عدم دلالة الرواية على تأثير الاجازة بعد الرد ، وذلك لاللمنع عن تحقق الرد بالفعل ضرورة انه كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل ، بل للمنع من كون اخذ الوليدة مصداقاً للرد ، بل هو جرى على طبق الملكية السابقة ، فيكون نظير امساك المضمن من ناحيه ذى الخيار لأجل الوصلة الى الثمن ، حيث انه لا يكون فسخاً بخلاف تصرفه فيه بما يتوقف على الملكية ، كوطئ الجارية أو قبيلها حيث انه فسخ أو تصرفه فى الثمن على ذلك النحو من التصرف فانه اجازة على ما سيبنى فى باب الخيارات هذا وقد تقدم التكلم فى هذه الرواية فى مقام الاستدلال بالاخبار فى اثبات صحة الفضولى فراجع .

قوله (قده) الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك (الخ)
 الفرض من هذا التنبيه بيان ان الاجازة حكم مترتب على الملكية ، و تكون من شئون السلطنة على المال نظير البيع ، فكما يكون للمالك السلطنة على بيع ماله ، كذا يكون له السلطنة على اجازة البيع الصادر من الفضولى على ماله ، وكما ان السلطنة على البيع حكم لا يورث كذلك السلطنة على الاجازة ، و اذا انتقل المال الى الوارث بموت المالك يثبت لهم السلطنة على الاجازة بحق ملكيتهم ، لا أنهم يرثون الاجازة عن مورثهم نعم ثبوت السلطنة بالملكية المنقلة ينحصر بما اذا كان الانتقال بالارث لا باحدى العقود المملكة ، فلو باع المالك قبل الاجازة لثالث . لا يثبت للمشتري السلطنة على اجازة ما صدر من الفضولى فى زمان ملك البايع ،

و الفرق بين الارث والبيع، هو ان الملكية بماله من الشئ تنتقل من المورث الى وارثه، ويقوم الوارث مقامه في كونه طرفاً لتلك الاضافة حسبما تقدم مراراً و لذا لو كانت متعلقة لحق من رهن و نحوه ، تنتقل مع ماله عليهما من الحقوق ، بخلاف البيع فان المشتري يتلقى الملك عن بايعه بملكية جديدة أي لا تنتقل الملكية التي بين البايع وبين المال المبيع الى المشتري بل هي تبقى بحالها ، و يرفع المبيع عن كونها طرفاً لها ، ويجعل مقامه الثمن فالمشتري لا يملك المبيع بتلك الملكية التي كان البايع يملكه بها ، ولذا لو انتقل اليه مع كونه متعلقاً لحق لا يبقى ذلك الحق بعد الانتقال ، بل اما ان لا ينتقل اصلاً ، وذلك فيما اذا كان مع عدم رضا صاحب الحق أو يزول الحق و ذلك فيما اذا سقطه صاحبه كما لا يخفى ، والحاصل ان الاجازة لا تورث بل هي حكم تابع للملكية فتثبت فيما ثبتت الملكية لكن لا مطلقاً ، بل اذا كانت الملكية بالارث على ما ينشأ من

قوله (قده) الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن
 (الخ) لا اشكال في ان اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ، أو قبض المثل
 فيما اذا باع الفضولي واقبض المبيع وقبض الثمن ، وانما الكلام في تنقيح امور
 (الاول) ان القبض في نفسه هل يقبل الفضولي بأن يصح بلحقه الاجازة
 كالبيع ، أو انه لا يكون قابلاً للحقوق الاجازة ، . والكلام في هذا الامر نسابة
 يقع في القبض الذي لا يكون من قيود صحة العقد كقبض المبيع في غير
 الصرف والسلم ، واخرى في القبض الذي من شرائط الصحة كالقبض في
 باب السلم . والصرف . و ك القبض في باب الوقف والهبة

اما الاول فربما يقال بعدم صحة الفضولي فيه ، وذلك لانه من الامور التكوينية التي لو وقعت وقعت على ما هو عليه ولا يعقل انقلابه بالاجازة عما

وقع عليه والمفروض صدوره عن الفضولى وعدم صدوره عن له القبض ،
ومعلوم ان هذا الامر التكوينى لا يصبر بسبب الاجازة قبضاً لمن له القبض
فلا اجازة لانفيد اصلاً اى لا يمكن ان يصير قبض الفضولى بالاجازة قبضاً
للمجيز ، هذا ولكنه فاسد ضرورة تصوير الفائدة فى الاجازة وترتيب الاثر
عليها وذلك بامرین : (احدهما) ما ذكره فى الكتاب بقوله لأن مرجع
اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن (الخ) وحاصله ان الثمن قبل القبض
يكون مضموناً على المشتري ، وكذا الثمن قبل قبضه يكون مضموناً
على البايع ، وذلك بحكم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فلو
قبض الفضولى الثمن عن المشتري وتلف عنده وما اجاز البايع قبضه يكون
التلف هذا على عهدة المشتري لكونه قبل القبض ، ولو اجاز البايع يكون
معناه اسقاط ضمان المشتري للثمن ، هذا :

و يمكن ان يورد عليه بأن اسقاط ضمان المشتري ليس بيد البايع
اذ ضمان كل من البايع والمشتري لما يتلف عنده من مال الآخر قبل القبض
بحكم شرعى غير قابل للاسقاط فلا يصح منه الاجازة لارجاعها الى الاسقاط
الذى لا يؤثر من المجيز فى شىء .

ولكن يدفعه ان الايراد مبنى على ان يكون حكم تلف قبل القبض
تعدياً ثابتاً على خلاف القاعدة ، حيث انه ليس فى اليمين ما يوجب سقوطه ،
واما اذا كان على طبق القاعدة ، بان كان الحكم بالضمان لأجل الشرط
الضمنى الذى يتكفله العقد فهو قابل للاسقاط لارجاع اسقاطه الى رفع اليد
عن هذا الشرط الذى يتضمنه العقد ، ومن المعلوم جواز رفع اليد عن الشرط
للمشروط له ، وصحة اسقاطه ، فظهر ان الايراد مبنى على كون قاعدة تلف
قبل القبض على خلاف القاعدة ، والجواب عنه بكونها على طبق القاعدة

وسياتى ان التحقيق هو الاخير ، ولذلك يتعدى عن البيع الى غيره من العقود مع كون الدليل وارداً في خصوص مورد البيع ولو كان على خلاف القاعدة لكان الواجب هو الاقتصار على مورد الدليل كما لا يخفى .

وثانيهما وهو الاولى عن الوجه الاول لسلامته عما ذكر من المناقشة في الوجه الاول ، وحاصله ان الاجازة تفيد انتقال الضمان ، وتوضيحه ان كلاً من البائع و المشتري ضامن لما انتقل عنه الى الآخر قبل قبضه بعوضه فالبايع ضامن للمبيع بعوضه الذي هو الثمن اعني اذا تلف المبيع يكون ضامناً للمشتري بالثمن أى يرجع الثمن الى المشتري وكذا اذا تلف الثمن قبل قبضه يكون ضمائه على المشتري بعوضه الذي هو المبيع ، واذا وقع التلف بعد القبض ، وانسخ البيع بخيار ونحوه يكون المشتري ضامناً ايضاً ، لا بعوضه بل بالمثل أو القيمة ، فقاعدة الاجازة هي انتقال الضمان عن كونه بالعوض الى المثل أو القيمة وهذا كما ترى لا يرد عليه المنع عن صحة اسقاط هذا الضمان ، اد ليس مرجع الاجازة الى اسقاطه ، بل الاجازة اذا وقعت صحيحة تؤثر هذا الاثر كالقبض الواقع عن المعجز ، ومرجع هذه الاجازة الى تسو كيل القابض في القبض أو ايداعه المقبوض اياه ، ولا شبهة في انتقال الضمان بقبض وكيله أو امينه كانتقاله بقبضه بنفسه هذا تمام الكلام في اجازة القبض في غير ما يتقوم به الصحة ، ومنه يظهر حكم اجازة القبض في ما اذا انيط به الصحة كما في باب الصرف و السلم ، حيث ان مرجعه الى تسو كيل القابض أو ايداعه فيترتب عليه بعد صيرورة القابض وكيلاً أو اميناً كلما يترتب على قبض المعجز بنفسه .

الامر الثاني انه لا فرق في صحة اجازة قبض الثمن والمثمن بين ما اذا كان كل واحد منهما عيناً شخصياً خارجياً او كان كلياً في الذمة ، اما في

الاول فقد اتضح سبيل صحتها بما بيناه في الامر الاول ، واما في الثاني فربما يمنع عن صحة الاجازة فيه بما في الكتاب من ان تصحيح الفضولي في القبض يحتاج الي دليل يدل على اسراء حكم الفضولي عن العقد الى القبض وإلزامه على صحة الفضولي في العقد لا يقتضى صحته في قبض الكلى ايضاً هذا :

ولكن الانصاف عدم التفاوت بين الكلى وبين العين الخارجى ، وذلك بما بيناه في الامر الاول من ارجاع اجازة القبض الى توكيل القابض أو ايداعه ، فكما ان قبض وكيل المجهز وامينه قبض له بدليل تنزيل الوكيل منزلة الموكل في العين الخارجى ، كذلك قبضهما في الكلى ايضاً قبضه ، فكما انه يصح انطباق الكلى على الفرد بقبض المجهز نفسه ، كذلك يصح انطباقه عليه بقبض ما نزل منزلته اعنى وكيله وامينه ، فالدال على صحة الفضولي في قبض الكلى ، ليس ما يدل على صحته في العقد حتى يمنع عن دلالة ، ويقال بالاحتياج الى المعمم بل الدال عليها هو الدال على تنزيل الوكيل والامين منزلة الموكل والمودع مع ما يدل على اعتبار قبض المجهز كما لا يخفى .

الامر الثالث اجازة المالك فيما اذا كان البايع فضولياً ، تارة تكون بالنسبة الى قبض المبيع ، وذلك فيما اذا قبضه الفضولى الى المشتري واخرى تكون بالنسبة الى قبض الثمن وذلك فيما اذا قبضه الفضولى عن المشتري ، وكذلك فيما اذا كان الشراء فضولياً بجيز مالك الثمن تارة قبض ما انتقل اليه وذلك فيما اذا قبض الفضولي المبيع عن البايع ، واخرى بجيز قبض ما انتقل عنه ، وذلك فيما اذا قبض الفضولى الثمن الى البايع وكيف كان فاجازة القبض ، هل يجرى فيها احتمال الكشف والنقل ، فتكون

كأجازة العقد، أو أنها ناقلة ولو قلنا في إجازة العقد بالكشف (وجوه)
 أقواها التفضيل في القبض، بين ما إذا كان في باب السلم والصرف، وبين
 ما إذا كان في غيرهما، سواء كان فيما يتوقف الصحة عليه كباب الوقف والرهن
 والهبة أولاً، بالقول بمجى الخلاف في النقل والكشف في الأول أعني القبض
 في باب السلم والصرف دون الأخير، وذلك إما في باب السلم والصرف
 فلكون القبض فيهما جزء من السبب كالإيجاب والقبول، فيكون حال
 إجازته كحال إجازة العقد، حيث أنه سبب يجي الكلام في ترتب مسببه
 عليه بالأجازة من حينه وهو الكشف، أو من حينها وهو النقل، وإما في
 غير باب السلم والصرف فلأن القبض ليس جزء من السبب، بل إاشتراط
 للصحة كما في باب الوقف ونحوه، ألا يكون دخيلاً في الصحة، وكيف
 كان فما هو المعتبر ممن له القبض رضائه بالقبض، وهو لا يدخل فيه الكشف
 بل الرضا إذا حصل فهو حاصل من حين حصوله، فيكون حاله كحال
 العقود الأذنية، ولأجل ما ذكرناه من الاختلاف في القبض في باب السلم
 والصرف وباب الوقف ونحوه، بكونه في الأول جزء من السبب دون
 الأخير، قالوا لو أقر بالوقف بصيغة (وقفت هذا المال) فأقراره هذا ليس
 إقراراً بالقبض لأن القبض ليس من أسباب الوقف، ولو كان إقراره بصيغة
 (هذا المال وقف) كان إقراراً بالقبض، وهذا بخلاف الإقرار ببيع
 الصرف، فإن الإقرار به إقرار بالقبض سواء أقر بصيغة (بعت هذا) أو بصيغة
 (هذا مبيع) لأن الإخبار عن بيعه إخبار عن إيجاد البيع بسببه، والمفروض
 كون القبض من أجزاء السبب.

والحاصل أن المحتاج إليه في صحة القبض الصادر عن الفضولي في
 غير باب السلم والصرف هو رضى من له القبض به وأذنه به فيكون من

هذه الجهة كالعقود الاذنية فى انها لو تحققت فضولياً تكون الاجازة فيها ناقلة ولو قلنا فى باب الاجازة بالكشف ، لأن المدار فى صحتها على الاذن .
فلا محالة يكون اثرها عند الاذن ، ولا يعقل تحقق اثرها قبل صدور الاذن ولا يصح ان يقال بكشفية الاجازة عن كون الاذن من اول الامر لمخالفته مع الوجدان فيما اذا لم يكن المجيز راضياً من الاول فرضي بعده .

وبالجملة فالاجازة فى العقود الاذنية ناقلة واجازة القبض ملحقة

بها لما اسلفناه من ارجاعها الى التوكيل والايذاع اذا كانت الاجازة بالنسبة الى قبض ما انتقل اليه ، كما انه يكون صرف الاذن والرضا لو كانت بالنسبة الى ما انتقل عنه فيكون تأثيرها من حينها لا من حين القبض ، ويترتب على ذلك عدم انتقال الضمان المعاضى باجازة القبض لو كانت الاجازة بعد تلف المقبوض فى يد القابض ، بل يكون الضامن ضامناً بالعوض ، فلو تلف الثمن المقبوض فضولياً عند القابض أو المضمن المقبوض كذلك قبل الاجازة ثم اجاز لم ينتقل ضمان المشتري فى الاول للثمن الى المثل أو القيمة ولا ضمان البائع للمضمن فى الثانى عند فسخ المعاملة بالخيار بل يفسخ المعاملة فى كلتا صورتين وينتقل المبيع الى البائع فى الاول والثمن الى المشتري فى الثانى ، اعنى فى صورة تلف المضمن ، والالتزام بالنقل فى المقام وفى العقود الاذنية بعد مساعدة الدليل لا ينافى مع الالتزام بالكشف فى سائر الموارد ، كيف والمحقق الثانى (قده) مع توغله فى القول بالكشف يقول بالنقل فى اجازة المرتهن للبيع الصادر عن الراهن معللاً بتوقف صحة عقده على سقوط حق المرتهن الحاصل بالاجازة ، و ان كان يرد عليه باعكان تعلق اذنه بالعقد الصادر عن الراهن ، فلمكان وجود الامر الانشائى والمعنى المسببى وهو الصادر عن الراهن يصح الالتزام بالكشف فى غيره من البيوع ، والحاصل

ان الالتزام بالنقل في بعض الموارد ان ساعده الدليل مع الالتزام بالكشف لولا الدليل على النقل ليس بغريب ، و المتحصل من هذا الامر كون اجازة القبض ناقلة لا كاشفة لإلأى قبض المبيع في باب السلم والصرف .

الامر الرابع ذكر المصنف (قده) انه لو كانت اجازة العقد بلا اجازة القبض لغواً كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي وتفرق المجلس ، يحكم باجازة القبض من باب الملازمة حيث ان اجازة العقد (ح) مستلزم لاجازة القبض وإلتصير اجازة العقد لغواً . و هذا باطلاقة ممنوع بل الحق هو التفصيل ، بين اذا كان مجيز العقد عالماً بتوقف صحة العقد على القبض فيجيز العقد ، وبين ما اذا لم يكن عالماً ، فيصح دعوى الملازمة بين الاجازتين ، في الاول دون الاخير ووجه ظاهر .

الامر الخامس لو اجاز العقد فيما يتوقف صحته على القبض ورد القبض فهل يحكم ببطالان العقد لأجل انتفاء القبض برد القبض الواقع عن الفضولي و عدم امكان القبض الجديد لكون الكلام بعد التفرق ، أو صحته وبطلان رد القبض (وجهان) منشأهما التصريح برد القبض ، و ان للمتكلم ان يلحق بكلامه ما يشاء ، و ما ذكر في الامر السابق من استلزام اجازة العقد لاجازة القبض فيكون الرد بعد الاجازة ولا يؤثر الرد اذا وقع بعدها ، ولا يخفى ان الوجه الثاني ليس بشيئ أصلاً ، كيف وإلأزم عدم الالتزام بشيئ من الشروط المذكورة في ضمن العقد المخالفة لمقتضاه وهو كما ترى ، بل الحق ان استلزام اجازة العقد مع اجازة القبض انما هو فيما اذا لم يتم ما يوجب خلافه ، و لذا قيدناه في الامر السابق بصورة علم المجيز بتوقف صحة العقد على القبض وأي قرينة اعظم من التصريح برد القبض كما لا يخفى .

قوله (قده) السادس الاجازة ليست على الفور (الخ) وذلك مضافاً الى ما استدل به من العمومات ، وصحيحة محمد بن قيس ، لأجل عدم ما يدل على الفورية لان اجازة المالك للبيع الوارد على ماله ليس إلا كنفس يبعه ، فكما ان يبعه لا يكون على الفور بحيث يسقط السلطنة على البيع بترك الفور ، كذلك الاجازة ليست على الفور ، و انما تقول بالفور في موارد القول به لأجل قيام الدليل عليه ، والدليل الدال عليه في موارد مثل الشفعة والغبن ونحوهما بما مع واحد هو كون التراخي وترك الفور في الاخذ بالحق كاشفاً عن رضى ذى الحق بترك حقه والتجاوز عنه ، كما يقال في باب الشفعة ، انه مع العلم بانتقال الشقص الى المشتري وان له استرداده بأخذه منه لو ترك الاخذ يكون تركه كاشفاً عن رضاه بانتقال الشقص الى المشتري ولا يخفى انتفاء هذا الملاك في المقام ، اذ لا يترتب على ترك الاجازة شيء كما لا يترتب على ترك بيعه بالمباشرة شيء الإبقاء ماله على ملكه وهذا ظاهر .

قوله (قده) على القول بالكشف (الخ) ابتناء المسئلة على القول بالكشف مبنى على مختاره (قده) من التفصيل بين الكشف والنقل في صحة تصرف الاصيل ، فيما انتقل عنه وعدم صحته حيث جعل من الثمرات بين القولين صحة تصرفاته وعدمها ، وبناء على ما حققناه سابقاً من عدم صحة تصرفات الاصيل حتى على النقل ، فلا يحتاج الى التقييد بالقول بالكشف في هذا الفرع بل يجرى الكلام فيه على النقل ايضاً .

قوله (قده) فالاقوى تداركه بالخيار أو اجبار المالك على احد الامرين (الخ) اي الرد والاجازة ، ومنشاء التردد بين تداركه ضرر الاصيل بسبب مماثلة المالك في الاجازة والرد بالخيار أو اجبار المالك على

احد الامرين ، هو الوجهان المذكوران في الخيارات الثابتة بالضرر ، حيث يقال فيها ان لزوم العقد ضررى فيرفع بالخيار ، وان ثبوت الخيار بالضرر متوقف على عدم جبرانه باجبار المالك ، ومع اجباره بما يرفع به الضرر ، فلا ضرر حتى يوجب الخيار ، ولا يخفى ان شيئاً من الوجهين لا مجرى له في المقام ، اما مسألة اجبار المالك فلان مودده انما هو فيما اذا كان التزام من المالك ، فتخلف عما التزم به فيجبره على الوفاء بما التزم ، كما في خيار تخلف الشرط ، ومن البين عدم صدور التزام من المالك في المقام حتى يجبر على شيء وفاء لالتزامه بقضاء (او فوا بالعقود) فليس في اجباره وجه اصلاً ، واما مسألة تدارك الضرر بالخيار ، فلأن الضرر انما يتدارك اذا لم يكن المتضرر مقدماً عليه وإلا فلا يلزم تداركه حتى يثبت بسببه الخيار . كما ان في صورة الغبن لا خيار للمغبون مع علمه بالغبن ، ولما كان الاصيل مقدماً على الالتزام على نفسه في بيع الفضولي يكون الضرر ناشئاً من اقدامه على الضرر فلا خيار ، ويمكن منع كون فعله اقداماً على الضرر بالفرق بين المقام وبين الاقدام على المعاملة الغبنية ، بأن المعاملة الغبنية ضررى والاقدام عليها مع العلم بها اقدام على الضرر ، وهذا بخلاف معاملة الاصيل مع الفضولي ، حيث ان نفس تلك المعاملة ليست ضررياً بل الضرر ينشأ من مقدمة اخرى وهي مما طلة المالك على الاجازة والرد ، فنفس هذه المعاملة لا تكون ضررياً والاقدام عليها ليس اقداماً على الضرر إلا مع العلم بأن المالك يماطل واما مع احتمال المماطلة واحتمال المسارعة في الرد أو الاجازة فليس هناك اقدام على الضرر .

فان قلت : كما ان من العلم بالمماطلة يصدق الاقدام على الضرر كذلك مع احتمال مما طلة المالك على الرد والاجازة ايضاً يصدق الاقدام

على الضرر ، ادلّا يعتبر في صدق الاقدام على الشيء العلم بترتبه ، بل نفس الاطمينان بعدم ترتبه كافي في صدق الاقدام عليه ، ولذلك قالوا في باب الغبن بأنه لو علم بالغبن ولكن احتمل كونه بالعشرين فان بان مقدار الغبن بمقدار يحتمله ، فالاختيار ولو كان زائداً على المقدار المحتمل لكان يثبت الخيار ، فلو لا ان في صورة الاحتمال كان اقداماً على الضرر لكان اللازم ثبوت الخيار في مقدار العشرين المحتمل ايضاً .

قلت : لا يصدق الاقدام في صورة الاحتمال ، وليس نفي الخيار فيما ذكر في السؤال لأجل احتمال مقدار المحتمل ، بل من جهة كونه المتيقن من مقدار الغبن فأقدم على المتيقن لا المشكوك ، فتحصل انه لا مورد في المقام للترديد ، بين ثبوت الخيار الاصيل ، وبين اجبار المالك على احد الامرين من الاجازة والرد بل اللازم هو القول بثبوت الخيار ، ويمكن حمل العبارة على التخيير بين الخيار والاجبار لا الترديد ، ولكنه ابعد ، وذلك لأن المالك في ثبوت احد الامرين انما هو ضرر الاصيل ، ومقتضى قاعدة نفي الضرر فيما اذا كان امور متعددة مترتبة موجبة للضرر هو رفع الاخير منها الذي يرتفع برفعه الضرر ، ولذلك يقال في المعاملة الغبنية برفع اللزوم لا الصحة ، مع انه برفع الصحة ايضاً يرتفع الضرر ، وليس منشأه إلا كون اللزوم هو الحكم الاخير الذي يترتب عليه الضرر (ح) نقول لازم التخيير ان يكون هناك حكمان عرضيان يترتب عليهما الضرر ويرفع احدهما تخييراً ، ولا اشكال في عدم تحققهما في المقام ، اذ ليس الضرر في المقام مترتباً على مجموع لزوم المعاملة من طرف الاصيل وسلطنة المالك على تعويق الرد والاجازة ، بحيث يرتفع برفع احدهما ، بل تقدم انه لا ملزم للمالك على احد الامرين اصلاً ، فالضرر نشأ عن قبل الحكم باللزوم ،

فالمتعين رفعه بثبوت الخيار لا التخيير بين رفعه ورفع سلطنة المالك على التعويق باجباره على احد الامرين كما لا يخفى .

قوله قدّمه السابع هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد
 الخ هل المعتبر في صحة الاجازة مطابقتها مع العقد مطلقاً بأن كانت اجازة له بماله من الاجزاء و القيود ، أو لا يعتبر مطلقاً ، فتصح ولو كانت مخالفة مع العقد في الجزء ، بأن اجاز بعض ما وقع عليه العقد الفضولي ، فتكون اجازة لبعض العقد ، أو في الشرط بأن يجيز العقد المشروط بلا شرطه أو يجيز العقد الغير المشروط مع اشتراطه بشئ غير مذكور في العقد ، أو يفصل بين الجزء والشرط ، بالقول بعدم اعتبار المطابقة في الاول دون الاخير (وجوه) : و تحقيق المرام يحتاج الى بسط في الكلام ، فنقول : اما في الجزء فالمختار عند المصنف هو عدم الاعتبار ، فتصح اجازة عقد الفضولي بالنسبة الى بعض المبيع كما تصح اجازة كله مطلقاً ، سواء كان العقد متعدداً بواسطة تعدد المبيع واختلافه بحسب الحكم أو بواسطة تعدد المتعاقدين كما اذا كان الاصيل في عقد الفضولي متعدداً ، بأن باع الفضولي من اثنين أو كان واحداً كما اذا لم يكن المبيع مركباً من امور مختلفة في الحكم ولم يكن الطرف الاصيل ايضاً متعدداً .

اما في صورة تعدد العقد باحدى الجهتين ، فجواز التبعض في
 الاجازة بأن يجيز البيع بالنسبة الى احدى السلعتين ، اذا كان التعدد من ناحية اختلاف المبيع ، أو بالنسبة الى احد المشتريين ، اذا كان التعدد من اختلاف الاصيل وتعددّه واضح ، حيث ان العقد متعدد فله أن يجيز كل واحد منهما كماله ان يجيز المجموع كما في باب الخيار ، و يبيع ما يملك وما لا يملك أو ما يملك وما لا يملك كالخل و الخمر فانه يصح فسخ احد العقدین و امضاء

الآخر اذا كان متعددأ باختلاف المبيع أو تعدد المتعاقدين فيفسخ بيع هذه السلعة ويمضى بيع الاخرى ، أو يفسخ البيع من هذا المشتري ، ويمضى المبيع الآخر ولو كان بعقد واحد ، ويحكم بصحة بيع ماله يبعه و بطلان الآخر اذا كان مما لا يملك كالخمر ، أو توقفه على اجازة مالكه اذا كان مما يملك .

واما فى صورة وحدة العقد و عدم تعدده بانتفاء ما يوجب تعدده من الجهتين ، فكذلك أيضاً ، وان كان مع وحدة العقد لا يحكم بالتفكيك فى الخيار أو الصحة والبطلان ، لكنه يصح التفكيك فى الاجازة ، والسر فى ذلك : اما عدم جواز التبعض فى الخيار والصحة ، فلمكان عدم تعدد العقد وعدم ما يوجب تعدده لاسبقاً ولا لاحقاً .

وتوضيح ذلك ان الاختلاف الحاصل فى احدى الجهتين المذكورتين اما يكون سابقاً على العقد ، أو يكون طارئاً عليه ولاحقاً عنه ، ففى الاختلاف السابق يختلف العقد من غير اشكال ، فيوجب تعدد العقد بتعدد متعلقه أو عاقده ، واما الاختلاف الطارئ فقد يوجب التعدد وقد لا يوجب ، فكلما لا يكون وحدة العقد مانعاً عن طريان الاختلاف لعدم المانع عن طريانه فيقع به التعدد فى ناحية العقد وكلما كان وحدة العقد مانعاً عن طريانه فالعقد يدفع الاختلاف ، فلا يطرأ حتى يوجب تعدد العقد والتبعض فى الخيار بفسخ البيع فى بعض المبيع و التزامه فى البعض الآخر ، وان كان يوجب الاختلاف فى المبيع ، ويحدث الاختلاف الطارئ فيه مثل ما اذا كان مختلفاً من اول الامر نظير ما اذا كان بعضه مما يصح بيعه و بعضه مما لا يصح ، فهذا التبعض على تقدير جوازه يوجب تعدد العقد ، لكن الكلام فى جوازه فان وحدة العقد تمنع عنه ولا تبقى مجالاً لتحقيق الاختلاف و طريانه و منشأ ذلك كون

الخيار حقاً متعلقاً بالعقد تابعاً له في الوحدة والتعدد ، و مع وحدة العقد يكون واحداً و مع تعدده يكون متعدداً و اذا فرض وحدة العقد يكون الخيار واحداً فليس لذى الخيار (ح) حقان حتى يأخذ بأحدهما ويسقط الآخر . و تحليل العقد بالقياس الى اجزاء المبيع و وقوع كل جزء منه بازاء جزء مما يحاذيه من الثمن لا يوجب تعدد العقد ما لم تحقق احدى الجهتين الموجبتين للتعدد ، و نفس التبعض في الخيار وان كان اختلافاً طارياً مـوجباً للتعدد إلا انه لا يجوز حتى يصير منشاءً للتعدد هذا في باب الخيار و الصفقة الواحدة .

و اما جواز التبعض في الاجازة في المورد المذكور ، فلأن الاجازة ليست حقاً مترتباً على العقد الفضولي نظير الخيار ، بل هو حكم مترتب على سلطنة المالك على ماله كما تقدم في التنبيه الرابع ، فكما ان له ان يبيع بعض ماله أو كله فله ان يجيز البيع الواقع على تمام ماله أو على بعضه ، ويرد الواقع على البعض الآخر فليست الاجازة حقاً مترتباً على العقد حتى تكون في الوحدة و التعدد تابعة لوحدة العقد و تعدده ، بل هي حكم مترتب على السلطنة تكون حالها كحال سلطنة المالك على مباشرة البيع بنفسه فكما ان له بيع ما وقع عليه عقد الفضولي كلاً و بيع كل جزء من اجزائه بالمباشرة ، كذلك يكون له اجازة البيع الصادر عن الفضولي ، أو اجازة بيع كل جزء جزء ، و ذلك بعد فرض تحليل بيع المجموع بالمجموع الى بيع كل جزء من الثمن بما يحاذيه من الثمن ، و لا يمنع وحدة العقد عن ايقاع ذاك التبعض في الاجازة لعدم تبعيتها للعقد حتى يمنع بوحدة العقد ، نظير ما تقدم في الخيار ، و مع عدم منع وحدة العقد عنه و عدم مانع آخر في البين . يتحقق التبعض فيكون اختلافاً طارياً مـوجباً لتعدد العقد ، فالعقد الفضولي صار متعدداً لكن بنفس

التفكيك في الاجازة الطارية عليه لا باختلاف سابق عليه، كما لا يخفى .

ومما ذكرناه ظهر فساد قياس باب الاجازة بباب الخيار وجه الفساد منع وحدة العقد في باب الخيار، عن جواز التبعيض في الخيار لكي يصير منشاء لتعدد العقد و عدم منع وحدة عقد الفضولي عن جواز تبعيض الاجازة فيقع التفكيك فيها الموجب لتعدد العقد بنفس وقوع التعدد و التفكيك فيها هذا تمام الكلام في الجزء .

واما بالنسبة الى الشرط ، فاما ان يكون مخالفة الاجازة مع العقد في الشرط بعدم اجازة شرط مذكور في ضمن العقد أو باجازة العقد مشروطاً بشرط غير مذكور في ضمنه وعلى التقديرين، فاما يكون الشرط على المجيز أو يكون على الاصيل فهنا صور (الاولى) فيما اذا اجاز العقد دون الشرط و كل الشرط على الاصيل ، ولا اشكال في جوازه لارجاعه الى اسقاط الشرط فان له ان يطالب الاصيل بالشرط كما ان له اسقاطه، ولا فرق في صحة الاسقاط بين ما اذا كان سقوياً بعد الثبوت أو كان بما يوجب عدم الثبوت، كما اذا كان ايجاب البائع مثلاً متضمناً لشرط على نفسه للمشتري و يقبله المشتري بلا شرط حيث ان مرجعه الى اسقاطه ، وما نحن فيه من هذا القليل ، بل ينبغي اخراج هذه الصورة عن صور مخالفة الاجازة مع العقد كما لا يخفى .

الثانية ان يكون الشرط على المالك المجيز للاصيل كما اذا باع الفضولي وشرط على مالك المبيع امر المالك للمشتري فاجاز المالك البيع دون الشرط فهل تصح اجازته مطلقاً من غير ثبوت شيء للمشتري ، أو تبطل مطلقاً ولا يصح البيع اصلاً أو تصح ويثبت الخيار للمشتري بواسطة عدم سلامة الشرط له (وجوه) اقواها الاخير و ليعلم ان هاهنا مسائل متحدة من حيث الملاك (اوليها) مسألة تعذر الشرط ، والمختار فيها عند الاصحاب هو صحة العقد

و ثبوت الخيار للمشروط له بل لم ينقل فيه قول ببطالان العقد بواسطة تعذر الشروط (وثانيها) مسألة فساد الشرط وقد وقع فيها الخلاف على اقوال، القول بصحة العقد مطلقاً و القول بفساده (كك) و القول بصحته مع ثبوت الخيار للمشروط له كما في صورة تعذر الشرط، وهذا هو الاقوى لماتين وجهه في صورة التعذر لاتحاد المالك فيها بل ينبغي عدم الخلاف في صورة فساد الشرط كما لم يكن خلاف في صورة تعذره .

وثالثها ما تقدم من التفكيك في الجزء، اذ هو أيضاً يرجع الى تفكيك الاجازة في ناحية الشرط، و ذلك لاستلزام التفكيك مخالفة شرط الانضمام المذكور ضمناً، و توضيح ذلك انه سيجي في باب الخيارات ان المانع عن جواز التفكيك في الخيار في موارد المنع عنه انما هو مخالفته مع شرط الانضمام المتباني عليه العقد نظير شرط الصحة، فالبايع في بيع غير مختلف الحكم الناشئ اختلافه عن احدي الجهتين المتقدمتين كانما يشترط على نفسه كون كل جزء مبيعاً بشرط الانضمام مع بقية الاجزاء و اذامات مثلاً و ورث خياره المتعددون ليس لكل واحد منهم فسخ ما تعلق به حقه لمنافاته مع ذاك الشرط الضمني، و يترتب عليه صحة التفكيك مع رضا المشروط له، هذا؛ ولازم ما ذكرناه جواز تفكيك الاجازة عن المجيز لعدم صدور العقد منه حتى يكون التفكيك منافياً مع ما اشترط على نفسه في ضمن العقد، فليس ملزم على اجازة الكل اورده كما كان الملزم متحققاً في باب الخيار، و هو شرط الانضمام الضمني عن البايع العاقد، وعلى هذا فمرجع التفكيك في الجزء الى التفكيك في الشرط فالفضولي باع مال المالك بشرط الانضمام ضمناً لا صريحاً، و المالك يجيز اصل البيع دون الشرط، فلا فرق بين هذا الشرط الضمني والشرط المذكور صريحاً لا لاصيل، ومنه يظهر فساد قياس باب الاجازة

بياب الخيار أيضاً زائداً عما تقدم .

وبالجملة فالاولى (ح) جعل العنوان في تفكيك الاجازة بين الشرط والمشروط ثم تقسيمه الى ما كان الشرط عبارة عن شرط الانضمام المذكور ضمناً والى غيره من الشروط الصريحة في العقد ، وعلى اى تقدير فحال هذا الشرط أيضاً كحال تعذر الشرط ، في كون الاقوى صحة العقد معه مع ثبوت الخيار للمشروط له ، اذا تبين ذلك ، فنقول: التحقيق في الموارد الثلاث يقتضى الحكم بصحة البيع و ثبوت الخيار للمشروط له ، اما صحة البيع فلعدم ما يوجب فساداً بواسطة تعذر الشرط ، أو فساداً أو عدم اجازته ، و ذلك لأن الشرط وان كان له دخل في تحقق المعاملة ويكون له قسط من الثمن ، إلا أنه لم يقع في متن العقد بإزاء الثمن بل المعاملة و الالتزام العقدى وقع بين الثمن والمثمن ، والمفروض سلامتهما ، فلا موجب لبطلان المعاملة بواسطة فقدان الشرط من ناحية تعذر أو فساد أو عدم اجازة المالك اياه ، واما ثبوت الخيار للمشروط له فلأنه التزم بواجد الشرط ولم يرض بفاقده ومقتضى عدم سلامة الشرط له مع كون المبيع هو هو ، ثبوت الخيار له كما في مورد تخلف الشرط والوصف كما لا يخفى .

الصورة الثالثة ان يزيد المجيز شرطاً على الاصيل، وهل تصح الاجازة مع الشرط أو تصح هي ويلغو الشرط أو تبطل الاجازة مع الشرط كليهما (وجوه) اقواها الاخير ، و توضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) انه يحتمل ان يكون هذا الشرط من الشروط المذكورة في ضمن العقد ، وذلك لكون الاجازة بمنزلة عقد المالك نفسه ، ويكون تأثيره متوقفاً عليها فالشرط المذكور في ضمنها يكون نظير الشروط المذكورة في ضمن القبول اذا رضى الموجب به و دليل وجوب الوفاء بالشرط عام يشمل ما كان في

ضمن العقد، أو بين الإيجاب والقبول، أو بين العقد والإجازة، أو ما كان ابتدائياً محضاً خرج منه الأخير، وهو الشروط الابتدائية المحضة، ويبقى الباقي تحت العموم، ولكنه احتمال ضعيف، وذلك لأن العقد تم بين الفضولي وبين الأصيل بلا ذكر من الشرط فيه، والإجازة تنفيذ للعقد الواقع بينهما لا إنها متمم لوقوعه، فالشرط المذكور في ضمنها لا يكون شرطاً في ضمن العقد وكذا الشرط المذكور بين الإيجاب والقبول، إذاً العقد عبارة عن مجموع الالتزامين لخصوص أحدهما فهو في كلا المقامين من الشروط الابتدائية كما لا يخفى.

الامر الثاني ان الوجه في اخراج الشرط الابتدائي عن حكم وجوب الوفاء اما يكون قيام الاجماع على اخراجه، وذلك عند فرض عموم دليل وجوب الوفاء به لكل شرط، واما الأجل قيام الدليل على اخراج الشروط البدوية المحضة، واما الأجل عدم عموم لدليل وجوب الوفاء مثل المؤمنون عند شروطهم لماعدى الشرط المذكور في ضمن العقد لكون الشرط عبارة عن التزام في ضمن التزام لا مطلق الالتزام، فعلى الأولين يكون الشرط المذكور في ضمن الإجازة واجب الوفاء وذلك لعدم اجماع أو دليل دال على اخراجه، وعلى الأخير فلا يجب الوفاء به لكونه من الشروط التي لم يدل الدليل على أزومه بعد تخصص الدليل بالشروط الضمني، لكن المشهور على الأخير، وهو المعمول، وعليه فلا يكون الأصيل ملزماً بالوفاء بهذا الشرط لعدم ملزم له ويكون حاله حال الهبة في كونها جائزة إذا لم يكن ملزم لها (ح) يقع الكلام في صحة الإجازة بدون الشرط نظير الشرط الفاسد المذكور في ضمن العقد، حيث قلنا انه لا يفسد العقد بل يقع العقد صحيحاً بدون الشرط غاية الامر ثبوت الخيار للمشترط له، أو فسادها لانه إذا لغي

الشرط لفي المشروط لكونه التزاماً واحداً ولم يصدر من المجيز التزامان أحدهما في ضمن الآخر ، فلا يقلص بالشرط الفاسد المذكور في ضمن العقد وهذا الأخير هو الأقوى (الصورة الرابعة) ما إذا زاد المجيز شرطاً لا يصلح على نفسه ورضي به الاصيل ولا كلام في صحته ولكن لا يصير واجب الوفاء لعدم كونه في ضمن العقد ولا يضر عدم وجوبه بصحة الاجازة كما لا يخفى هذا تمام الكلام في التنبيهات المتعلقة بالاجازة والحمد لله أولاً وآخراً .

(١) قوله قدده وأما القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان أمور (الخ) يشترط في المجيز أمور (الاول) ان يكون جازر التصرف حين الاجازة بأن كان جامعاً لكل ما يعتبر في العاقد المالك حين صدور العقد منه من كونه عاقلاً بالغاً مالكاً غير محجور عليه باحدى اسبابه ، فلو انتفت احدها لم تصح اجازته ، وهذا مما لا ينبغي الارتياح فيه ويكون من القضايا التي قياساتها معها بعد تصور معنى الاجازة وكونها تنفيذاً للعقد الصادر عن الفضولي ، ضرورة ان التنفيذ لا بد وان يكون ممن له اهلية الانفاذ ، ولم يذكر فيه خلاف إلا في خصوص الملكية ، حيث انه لو خرج المال عن ملك المجيز بناقل ثم اجاز قيل بصحة الاجازة وكشفها عن بطلان النقل السابق ، وذلك بناء على الكشف كما تقدم توضيحه في بيان ذكر الثمرة بين الكشف والنقل وتقدم ايضاً بطلانه بما حصله استلزام الدور على تقدير بطلان النقل السابق بالاجازة المتأخرة ، و ذلك لأن بطلان النقل المتقدم متوقف على تأثير الاجازة المتأخرة ، اذا المفروض عدم وجود مانع عن تأثيره سوى الاجازة المتأخرة ، وتأثير الاجازة المتأخرة ايضاً متوقف على بطلان العقد السابق لأنه مع فرض صحته ، لا يبقى محل لتأثيرها لكونها اجازة صادرة عن الاجنبي وهذا دور ظاهر كما لا يخفى .

قوله (قدّه) هل يشترط في صحة العقد الفضولي (الخ)
 كان الامر المتقدم في بيان اعتبار جامعية المميز لشروط التصرف حين
 الاجازة وهذا الامر في بيان اعتبار وجود المميز في حال العقد ، قد نقل عن
 العلامة (قدّه) اعتباره مستدلاً له بأنه لولاه لامتنع صحة العقد في زمان ما
 و هو زمان عدم وجود المميز ، والامتنع في زمان ممتنع دائماً وهذا
 الاستدلال ينحل الى صغرى ، وهي ان العقد الذي لم يكن له مميز ممتنع
 الصحة في زمان عدم المميز ، والى كبرى وهي انه كلما امتنع في زمان
 يمتنع دائماً ولا يخفى ان كل واحدة من مقدمتيه ممنوعة ، اما الاولى
 فلا يثبتها على ان يكون اثر العقد هو حصول مضمونه حين وجوده فيكون مدلول
 بعث هو البيع في الزمان المتصل بالعقد ، وهذا ممنوع ، بل المنشأ مرسل
 بالنسبة الى الزمان ، لأن البائع ينشأ الملكية المقيدة بالزمان ، فلا يكون
 ممتنعاً اصلاً وحين عدم وجود المميز بل هو امر ممكن غاية الامر لم
 يتحقق سببه التام لتوقفه على الاجازة ، واما الثانية فلأنه على تقدير تسليم
 الصغرى فكلما ثبت امتناعه في وقت يكون ممتنعاً الى الابد ممنوع اشد
 المنع لعدم الملازمة بين الامتناع في وقت وبين الامتناع الى الابد .

قوله قدّه الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال
 الاجازة (الخ) اذا كان المالك حين العقد هو المالك حال الاجازة ولم يكن
 حال العقد جازر التصرف لجبره بواسطة احدي موجباته من الفلس أو
 كون عين ماله مرهوناً ونحوهما ، فالكلام يقع تارة في صحة عقده هذا ولو
 قلنا بصحة الفضولي ، واخرى في اجازة من له الحق اعني المرتين أو الديان
 مثلاً ، وثالثة في حكم سقوط حق من له الحق ، اما بوفاء من عليه الحق
 أو باسقاط من له الحق ، ورابعة في ان الاسقاط أو الاجازة هل يجري فيها

نزاع النقل و الكشف أولاً ، بل يتعين فيها النقل ، و خامسة في انه هل يحتاج بعد اجازة من له الحق أو سقوط حقه باجازة من عليه الحق أم لا فالكلام في امور :

الاول في صحة العقد الصادر عن المالك الذي لم يكن جازي التصرف
 حال العقد ، والاقوى كونه كالفضولي في كونه صحيحاً متوففاً على اجازة من له الحق كالمرتهن مثلاً ، وقد حكى الخلاف في ذلك عن صاحب المقاييس (قدم) وقال ببطالان العقد مستدلّاه بأنه منهي عنه لكونه متعلق حق الغير فيكون باطلاً ، ولا يخفى ما فيه ، لأن تعلق النهي به ناشئ عن كونه متعلق حق الغير ، فيكون ايقاع العقد عليه عصيانه للغير بمعنى التعدي في حقه ، واذا اجاز الغير جاز نظير عصيان العبد سيده في النكاح ، حيث انه لما كان عصيانه لسيده أي تعدياً في حقه لعصيان الله سبحانه يصح باجازته ، و قد تقدم في السابق معنى الحديث المبارك وانه بعد اسقاط اضافية العصيان الى السيد يدل على ان كلما كان عصيان الله سبحانه في معاملة ناشئاً عن التجاوز على حق آدمي فيها للمفوضية تلك المعاملة في نفسها له تعالى تصح باجازة ذاك الذي له الحق في تلك المعاملة فكل معاملة صدرت من المالك و كان المبيع المملوك مما تعلق به حق الغير تصح عند ارتفاع ذاك الحق عن ذاك العين.

الامر الثاني في اجازة من له الحق لتلك المعاملة كالمرتهن مثلاً ،
 اعلم ان اجازة المرتهن للبيع الصادر عن الراهن ليست كاجازة المالك للمبيع الصادر عن الفضولي ، واذا فرض صدور بيع العين المرهونة عن ثالث فضولي غير الراهن والمرتهن فهو يتوقف على اجازة الراهن لكونه مالكا للعين و على اجازة المرتهن لكون العين مخرج دينه ، وله حق استيفاء دينه منها ، واجازة الراهن تنفيذ لذلك البيع وموجب لاستناد البيع الصادر عن الفضولي الى

المالك، فيصير بيعه بيعه واجازة المرتهن لا توجب استناد بيع الفضولي الى المرتهن ولا يصير بها بيعه اذ ليس للمرتهن بيع مال الراهن وانما هو مخرج دينه بل انما اثرت اجازته في تصحيح البيع المستند الى الراهن بسبب اجازته فاجازة الراهن تجعل بيع الفضولي بيع الراهن وكأنه هو البائع بالمباشرة لكن بيعه متوقف على اجازة المرتهن ومادام بقاء حق المرتهن لامضي لبيع الراهن ويكون واقفاً بسبب منع حق المرتهن، واجازة المرتهن يرفع المانع عن مضي بيعه بعد وقوفه، ورفع المانع يكون بزوال حق المرتهن، فروح اجازة المرتهن اسقاط حقه، المستلزم لمضي بيع الراهن، اذ لم يكن مانع عن مضي الاذاك الحق، واذا لم يعقل مضي مع بقاء ذاك الحق، وفرضنا ان الاجازة موجبة لمضي فلا بد ان يكون الاجازة مسقطاً لحقه .

و.الحاصل ان الصادر عن المرتهن أولاً هو اسقاط الحق بانشاء الاجازة ويترتب عليه نفوذ البيع، كما انه اذا لم يجز ليس له رد عقد الراهن ابتداء كما يكون للمالك حق رد عقد الفضولي، بل المرتهن يأخذ بحقه ابتداءً، ويترتب عليه بطلان العقد، لأن العقد صار منشاءً لانتقال المبيع على ما كان عند البائع الى المشتري فهو بما هو طرف حق المرتهن ينتقل الى المشتري والمشتري يملكه بما هو معروض حق المرتهن وهذا الانتقال لا يضاد مع حق المرتهن فله (ح) استيفاء حقه منه ولو كان عند المشتري، و لازم استيفائه حقه هو بطلان عقد الراهن بزوال موضوعه لأن المرتهن يرد العقد ابتداءً بل لا اثر لرده هذا مع زوال حقه فلم يرد العقد ثم اسقط حقه يكون العقد صحيحاً، ولا يضرب بصحته سبق الرد عن المرتهن مع تعقبه بسقوط حقه بمسقط .

والحاصل ان مرجع اجازة المرتهن الى اسقاط حقه كما ان مرجع

رده الى الاخذ بحقه ، ومن ذلك يظهر عدم التفاوت بين اجازته وبين اسقاطه حقه بأن يقول اسقطت حقي ، وبين سقوط حقه باخراج الراهن العين عن الرهن بأداء الدين وفك الرهن ، حيث ان مضي البيع في جميع هذه الصور يكون بزوال حق المرتهن ، غاية الامر انه في صورة الاجازة يكون ارتفاعه بصورة الاجازة ، وفي صورة الاسقاط بصورة الاسقاط ، وعنداده الدين بفك الرهن وهذا هو الامر الثالث وسيجي في بيع الرهن زيادة تحقيق لذلك فانتظر .

الامر الرابع ان اجازة المرتهن أو اسقاط حقه وما هو بمعناه هل يجري فيه نزاع الكشف والنقل أم لا ، بل يتعين القول بالنقل هاهنا ولو قلنا بالكشف في اجازة المالك لبيع الفضولي ، وقد حكى عن المحقق الثاني عدم جريان الكشف في المقام ، بتخيل عدم انطباق ضابط جريانه في المقام ، ولا يخفى ان ما افاده في ضابط ما يجري فيه نزاع الكشف والنقل عماليجري فيه ، وان كان حسنأى الغاية إلا ان تطبيقه أى تطبيق ضابط ما لايجري فيه نزاع الكشف على المقام ممنوع جداً .

اما بيان ما افاده في اصل الضابط فقد تقدم مراراً وحاصله ان كلما يكون وجوده تنفيذاً للعقد السابق وناظراً الى امضائه وتشيته يكون مما يجري فيه النزاع ، وكلما يكون هو بنفسه دخيلاً في صحة المعاملة بلانظر فيه الى انفاذ العقد السابق ، فيتعين فيه النقل مثل القبول ومثل القبض في مثل الصرف والسلام ، حيث ان القبول ليس تنفيذاً للإيجاب ولا القبض تنفيذاً للعقد وهذا ظاهر .

واما بيان عدم انطباق هذا الضابط على اجازة المرتهن وما بمعناه فيتوقف على توضيح وجه توهم تطبيقه وهو يتوقف على مقدمة ، وهي ان

الملك الموزع من حيث الكمية بين الاكثر من واحد كالشريكين مثلاً لو باعه الفضولي يتوقف على اجازتهما ، واجازة كل واحد تؤثر في مقدار ماله من هذا المبيع ، ويقع فيه نزاع الكشف والنقل بالنسبة الى ملكه ولا تكون اجازة واحد منهما نافذاً في بيع ملك الآخر من حينه ، وهذا مما لا اشكال فيه .

اذا ظهر ذلك فاعلم ان المحقق الثاني (قده) جعل اجتماع الراهن والمرتهن على العين المرهونة كاجتماع الشريكين على ملك واحد فحكم بالتوزيع ، غاية الامر في الكيفية لافى الكمية ، والمراد بالكيفية هي السلطنة ، فالراهن اعطي من سلطنته التي كانت له على ماله قسطاً الى المرتهن فالمال وان لم يكن بينهما بالتوزيع ، إلا ان السلطنة عليه صارت كذلك ولذا تقصر سلطنة الراهن على العين بسبب الرهن ، ويكون النقصان لأجل انتقال حظ منها الى المرتهن ، فبمقدار ما انتقل منها الى المرتهن ، تقصر من الراهن قهراً ، و يترتب على ذلك فروع ثلاثة (احدها) كون اجازة المرتهن وما بمعناه منشاء لانتقال ماله من السلطنة الى الراهن ، نظير ما اذا باع احدا الشريكين مجموع نصيبه ونصيب شريكه ، ثم اشترى حصة شريكه فان الملك اغنى حصة شريكه ينتقل اليه من حين الاشتراء لامن حين يبعه مجموع النصيبين ، وكذلك في المقام بالاجازة أو الاستقاط ينتقل حظ المرتهن من السلطنة الى الراهن حين الاجازة ، فكما انه في بيع احد الشريكين حصته من الآخر لا يجيء نزاع الكشف والنقل فكذلك في اجازة المرتهن و(ثانيها) احتياج بيع الراهن بعد انتقال سلطنة المرتهن اليه الى اجازته كما كان يبيع مجموع السلعة محتاجاً الى اجازته بعد انتقال نصيب شريكه اليه (وثالثها) كون المقام من باب من باع شيئاً ثم ملك

فيجبى فى المقام ما يقال فيه، وترتب الفروع الثلاثة على ما أسسه واضح إلا أن الكلام فى صحة المبنى

والتحقيق فسادہ وعدم استقامته بوجه ، وذلك لأن الراهن لا يعطى من سلطنته شيئاً الى المرتهن وليست السلطنة قابلة للنقل والانتقال ، لعدم السلطنة على نقلها وانتقالها ، وان المرتهن لاسلطنة له على العين ، حتى يكون له حظ وقسط من سلطنة الراهن وانما له حق على العين بصيرورتها مخرجاً لدينه فله ان يستوفى دينه منه الموجب لقصور سلطنة المالك بلا انتقال شيئ من سلطنته عنه الى المرتهن ، فاسقاطه ليس من باب نقل سلطنة منه الى الراهن ، فسقطت الفروع الثلاثة بسقوط مبنائها فلا يتعين النقل فى الاجازة وما فى معناها ، ولا يحتاج الى اجازة الراهن بعد اجازة المرتهن ولا يدخل فى باب من باع شيئاً ثم ملك ، ولكن الكلام يبقى بعد فى انطباق ضابط مايجرى فيه نزاع النقل والكشف أو ضابط مايتعين فيه النقل ، والاقوى كون المقام من قبيل الاول ، اما اذا اسقط حقه بلفظ الاجازة فواضح ، لأن مرجع الاجازة وان كان هو الاسقاط إلا أنها اسقاط بصورة تنفيذ العقد السابق ، وكذا اذا كان بصورة الاسقاط أو بفك الرهن حيث انهما ايضاً تنفيذ ، ومما ذكرناه ظهر تحقيق القول فى الامر الخامس وان الاقوى فيه عدم الحاجة الى اجازة من عليه الحق اعنى الراهن بعد اجازة من له الحق أو اسقاط حقه .

قوله (قده) اما المسئلة الاولى فقد اختلفوا فيها (الخ) اختلف فى صحة بيع من باع شيئاً ثم ملكه بالاشتراء على اقوال ثلاثة : قيل بالبطلان ، وقيل بالصحة مع عدم الحاجة الى اجازة جديدة بعد الشراء وقيل بثوقفه على اجازة جديدة بعد الشراء وسيأتى الكلام فيما يقتضيه

التحقيق من تلك الأقوال .

قوله قد فظاهر المحقق (الخ) اعلم ان الاحتمالات في باب الزكوة دائرة بين ان تكون متعلقة بالعين أو ان تكون حقاً بالنسبة الى العين ، فعلى الاول يحتمل ان يكون على نحو الاشاعة بأن يكون المستحق شريكاً مع المالك في عين المال الزكوى بمقدار سهم الزكوة ، أو يكون على نحو الكلّي في المعين ، وعلى تقدير ان تكون الزكوة حقاً متعلقاً بالعين ، فيحتمل ان يكون مثل حق الرهانة ، ويحتمل ان يكون مثل حق الجناية ، ويحتمل ان يكون قسماً ثالثاً من الحقوق ، وهذا الاخير هو مختار المحقق الثاني وعليه العمل .

والفرق بين حق الرهانة و الجناية ان الحق في الاول يتعلق بالعين بما هو ملك للمالك ، ويكون متقوماً ببقائه على ملكه ولازمه عدم بقاءه مع انتقال العين عنه ، بناقل بل او يسقط الحق على فرض صحة الانتقال أو يمنع الحق عن الانتقال على فرض بقاءه ، وفي الثاني يتعلق بالعين مع قطع النظر عن كونها ملكاً للمالك ، ولازمه بقاءه على العين حيثما تذهب العين ، ولذا يأخذ المجنى عليه بحقة حيثما وجدت العين ، وحيث ان للعامل في باب الزكوة ان يسعى بها حيثما وجد العين الزكوية ، فيشبهه بحق الجناية ، وحيث ان للمالك اداء الزكوة من مال آخر وفك عينه من تعلق حق الزكوة ، فيشبهه بحق الرهانة فهو (ح) حق آخر مغاير مع الحقين ومشابه مع كل واحد منهما من وجه ، هذا : واما احتمال تعلقها بالعين ، فهو خلاف التحقيق مطلقاً ، سواء كان على نحو الاشاعة أو على نحو الكلّي في المعين .

اذا تبين ذلك فنقول اذا باع مالك النصاب شيئاً من العين الزكوية

أورهنه ، ثم ادى الزكوة من مال آخر له فعلى احتمال ملك المستحق للعين باحدى نحويه من الاشاعة أو الكلى فى المعين يدخل فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملكه ، وعلى تقدير تعلق الحق بالعين بأحد انحائه ، من نحو حق الرهانة أو الجناية . أو قسم ثالث مغاير للقسمين ، يدخل فى المسئلة المتقدمة اعنى بيع الراهن للعين المرهونة ، ثم اجازة المرتهن لبيعه الذى عرفت التحقيق فيها : فعلى هذا فنظر المحقق قده فى المعتبر فى الحكم باحتياج بيع المال الزكوى الى اجازة المالك بعد اداء الزكوة الى احتمال ملك المستحق كما يظهر من تنظيره بمسئلة من باع شيئاً ثم ملك وامانظر شيخ الطائفة فى الحكم بعدم الحاجة الى الاجازة فيمكن ان يكون (كذلك) أى مع احتمال ملك المستحق للزكوة يقول بعدم الحاجة الى الاجازة فيكون فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك قائلاً بالصحة مع عدم الحاجة الى الاجازة ويمكن ان يكون لأجل احتمال تعلق الحق بالعين فيخرج (ح) عن باب من باع شيئاً ثم ملك ، وحيث انه لم يظهر منشأ حكمه بعدم الحاجة الى الاجازة فلا يمكن استناد القول بالصحة مع عدم الحاجة الى الاجازة فى مسئلة من باع شيئاً اليه كما لا يخفى .

قوله (قده) الاول انه باع مال الغير لنفسه (الخ) محصل هذا الوجه هو جريان الاشكال الجارى فى بيع الغاصب لنفسه الذى تقدم تقدم توضيحه ، و حاصله ان البيع عبارة عن تبديل طرفى الاضافة الاعتبارية ، وانتقال كل من العوضين اللذين طرف للاضافة عن مكانه الى مكان الآخر حسبما مر شرحه . فالمبيع الخارج عن ملك البائع الى ملك المشتري يقتضى ان يكون الثمن الخارج عن ملك المشتري واقعاً مكانه حتى يتحقق المعاوضة ، و اما دخول المبيع فى ملك المشتري عن

البائع بازاء انتقال الثمن عن ملك المشتري الى ثالث غير البائع ، فهو خارج عن حقيقة المعاوضة ، لكن بيع الغاصب لنفسه فى المسئلة المتقدمة وبيع الفضولى فى المقام نفسه ثم اشتراؤه المبيع من مالكه ، يكون كذلك حيث ان البائع الفضولى غاصباً كان أم لا يقصد انتقال الثمن عن مالكه الى المشتري فى مقابل انتقال الثمن عن المشتري الى البائع كما هو معنى كون البيع عن نفسه ، وهذا خارج عن حقيقة البيع .

قوله (قده) وربما لا يجرى فيه بعض ما ذكرهناك (الخ) أى لا يجرى فى المقام بعض المصححات الجارية فى بيع الغاصب لنفسه ، وتوضيحه ان المصحح فى بيع الغاصب لنفسه انما هو ادعاء كونه مالكا وجعل نفسه مالكا ادعائياً بالغصب ، فيمضى على طبق المشي المالكى بعد ذاك الادعاء فى اكل ، وبيع ، وهب ، ويترك ، كل ذلك بما هو ملك له على ذاك الادعاء فهو يبيع عن المالك غاية الامر يزعم نفسه مالكا وبيعه عن المالك حقيقى . وانه هو المالك ادعائى (وبعبارة اوضح) يدعى انه المالك أى يدعى وجود خيط الملكية بينه وبين المال المنصوب ، وعلى تلك الدعوى يخرج المال عن طرف خيطه الادعائى و يضعه على طرف خيط المشتري وينزع طرف خيط المشتري فيضعه مكانه ، فيتحقق منه حقيقة البيع بعد ذاك الادعاء و اذا اجاز المالك بتحقيق البيع عن المالك وبلغو ذاك الادعاء ، و نتيجة وقوع البيع مع الغاء الادعاء هو وقوعه من المالك الحقيقى .

والبائع الفضولى فى المقام لا يدعى الملكية لنفسه ولا مالكيته لما يبيعه ، حيث انه لا يكون غاصباً بل هو مدعن بأن المبيع ملك لمالكه بلا ادعاء منه فى مالكيته اصلاً . فما ذكر فى وجه صحة بيع الغاصب غير جار فى المقام ، نعم يمكن ان يقال بدعوى مالكية المال من باب المجاز بالمشاركة

حيث انه يبيع لكى يمشى الى المالك ، فيشتري المبيع عن مالكه ، ويسلمه الى مشتريه ، فهو فى قوة ان يصير مالكا ، فلمكان اشرافه على المالك كانه الآن يكون مالكا ، ولكنه انما يتم فيما اذا تحقق تمام المقدمات التى يتوقف بيعه عن المالك عليها حتى يصدق الاشراف ومع ذلك ، الوجدان حاكم بعدم ادعاء المالكية منه حين صدور البيع الفضولى منه ولو بعلاقة المشاركة فى صورة تحقق العلاقة فتمشى البيع الحقيقى منه لنفسه فى غاية الاشكال كما لا يخفى .

قوله قدده وربما سلم هناعن بعض الاشكالات الجارية (الخ) لا يخفى ان المالك فى بيع الغاصب لنفسه اما يجيز لنفسه او يجيز للغاصب . فان اجاز لنفسه ، فيقع الاشكال المتقدم وهو كون البيع صادرا عن الغاصب لنفسه وكيف يصير بالاجازة بيعا عن المالك ، وقد تقدم الجواب عنه ، وهو كون البيع صادرا عن الغاصب للمالك مع ادعاء انه المالك ، وبالاجازة يقع عن المالك ويلغى ادعاء كون الغاصب هو المالك ، و ان اجاز للغاصب يقع عن المالك أيضاً ويلغى كونه عن الغاصب بعد الغاء كونه للغاصب ، و وقوع البيع للمالك تقع المطابقة بين الاجازة مع قصد البائع الغاصب ، اذ هو باع للمالك ، و المفروض وقوع الاجازة أيضاً للمالك ، وعلى هذا فيصير حال بيع الغاصب كحال المقام من دون تفاوت ، والمتحصل من هذا الوجه : هو عدم اندفاع الاشكال الجارى فى بيع الغاصب عن المقام ، بما اندفع به فى باب بيع الغاصب كما بيناه .

و يمكن ان يقال باعتبار مالكية البائع الفضولى فيما جرت السيرة فى بيعه ثم تسليمه الى المشتري بعد اشتراكه عن مالكه كما فى معاملة الدالين الذين يبيعون ثم يشترون ما باعوه عن مالكه فيسلمونه الى مشتريهم ،

وذلك في مثل الاشياء المعدة في البيع التي تكون في عرضته بحيث يطمئن الدلال بأن المالك يبيعه ، فكأنه يدعى نفسه مالكا ، فيصدر منه بيعه ، ثم يشتريه فيسلمه وفاة ببيعه الذي صدر منه قبل الاشتراء ، وهذا مما لا بأس به لولا الاخبار الواردة في النهي عن بيع ماليس عندك ، فانها واردة في مقام من باع ثم ملك ، ولا يمكن ان يجاب عنها بما اجيب عنها في مقام التمسك في بطلان بيع الغاصب لنفسه ، فانه اجيب عنها في ذلك المقام بظهور تلك الاخبار في مقام من باع ثم ملك ، فلا تدل على بطلان بيع الغاصب ، ولا يخفى ان الجواب بمثل ذلك في المقام هو ان يقل بحمل تلك الاخبار على بيع الغاصب وهذا عجيب ، حيث لا معنى لحمل تلك الاخبار على باب من باع ثم ملك في مقام التمسك بها على بطلان بيع الغاصب ثم حملها على باب بيع الغاصب في مقام التمسك بها على بطلان بيع ماليس عندك كما لا يخفى .

قوله (قده) الثاني انا حيث جوزنا بيع غير المملوك (الخ) محصله انه لو تصورنا امكان تمشي البيع عن غير المالك لنفسه ، وقلنا بأنه بيع اما لأجل ما تقدم من وجه التصور بالملكية الادعائية أو بالتزام عدم تبديل طرفي الاضافة في حقيقة البيع . لكن على فرض كونه بيعا لا يمكن الحكم بصحته لاختلال شرائطها ، وهي رضى المالك والقدرة على التسليم ، وذلك لأن المعتبر في صحة الفضولي ، وان لم يكن رضا المالك وقدرته على التسليم حين العقد ، بأن يكون الرضا والقدرة منه حين العقد ، لكنه يعتبر الرضا والقدرة من المالك حين الاجازة ولو حصل بعد العقد بأن لم يكن المالك حين العقد راضيا ولا قادرا على التسليم ، ولكن رضى حين الاجازة و صار قادرا على التسليم لأنه البائع حقيقة ، وفي المقام لا يكون المالك حين العقد راضيا ببيع الفضولي حين الاجازة ولا قادرا على التسليم ، لخروج المبيع عن ملكه

بيعه من بايع الفضولي ، فالرضا و القدرة حاصلان للبائع الفضولي الذي لم يكن مالكا حين العقد ، و المالك حين العقد ليس براض ببيع الفضولي ولا قادراً على التسليم حين الاجازة .

قوله (قده) وفيه ان الثابت هو اعتبار رضى من هو المالك (الخ) يعنى الذى ثبت اعتباره بالدليل في باب الرضا انما هو اعتبار الرضا من المالك حين الاجازة سواء كان مالكا حين العقد أم لا؟ وليس على اعتبار كون الرضا حين الاجازة من المالك حين العقد دليل ، والسرفيه انما هو كون منشاء الاعتبار قبح التصرف في ملك الغير بغير رضاه ، وهذا كما ترى لا يثبت ازيد من اعتبار رضاه من هو مالك حين الرضا ، و اما اعتبار كون الرضا من هو مالك حين العقد ، فلا دليل عليه هذا بالنسبة الى الرضا .

واما القدرة على التسليم ، فقيه اولاً ان المعتبر منها ايضاً انما هو القدرة للمالك حين الاجازة و لو لم يكن قادراً على التسليم حين العقد فلو باع الفضولي ملك من هو عاجز عن التسليم ، ثم قدر على التسليم حين الاجازة فاجاز كان صحيحاً ، وعلى هذا فيكون حال القدرة على التسليم حال الرضا في كونه معتبراً حال الاجازة لا حال العقد والى هذا الوجه اشار بقوله (قده) فلا نضائق (الخ) بمعنى انه يمكن منعه ووجه منعه ما ذكرناه .

وثانياً على تقدير تسليم اعتبار قدرة المالك على التسليم حين العقد فبقاء المالك القادر على التسليم حين العقد كذلك مالكا قادراً على التسليم الى زمان الاجازة اول الكلام ، بل لو لم يتبدل المالك لكن يجب قدرته على التسليم حين الاجازة كما كان قادراً حين العقد ، لكن مع تبدله فاعتبار بقاء قدرته مع انه ليس مالكا حين الاجازة لا وجه له .

والحاصل ان اعتبار قدرة المالك في زمان العقد شئى، و كون المالك حين الاجازة هو المالك حين العقد شئى آخر، فعلى تقدير النزول عن الوجه الاول والقول باعتبار قدرة المالك على التسليم حين العقد اذا فرضنا كون بيع الفضولي مقارناً مع هذا الشرط، وكان المالك قادراً حين البيع، فلا دليل على اعتبار بقاءه على القدرة حين الاجازة اذا خرج عن الملكية، والحاصل انه يعتبر ان يكون المالك قادراً على التسليم حين العقد كما يعتبر قدرته حين الاجازة، واما كون المالك القادر على التسليم حين الاجازة هو بعينه المالك القادر على التسليم حين العقد فلا دليل عليه.

قوله (قده) الثالث ان الاجازة حيث صحت (الخ) لا يخفى ان هذا الوجه مع الوجوه الاربعة الآتية الى الوجه السابع مبني على مقدمة: وهى كون اجازة البائع الفضولي بعد اشتراؤه من المالك كاشفاً عن صحة بيعه من حين العقد بناء على الكشف فيرد هذه الوجوه الاربعة (ح) بجامع واحد ولا مدفع عنها على ذلك المبنى، واما الجواب عن الكل منع المبنى بالبناء على كون الاجازة كاشفاً عن وقوع البيع من حين اشتراء البائع عن المالك، لا من حين ايقاع الفضولي وعلى ذلك: فيندفع الوجوه الاربعة بانهدام اساسها كما لا يخفى، فالكلام (ح) يقع في ان الاجازة اذا تعلق بالبيع لما لا يكون المجيز مالاً حال العقد ولا يعقل ان تصير منشاء لتحقيق النقل من حين العقد، فهل يحكم ببطال الاجازة (ح) بناء على الكشف، لعدم امكان البناء على الكشف أو يحكم بالصحة، و البناء على الكشف بمقدار يمكن القول به و هو النقل من حين انتقال المبيع الى المجيز، كما اذا باع الفضولي ما لا يملكه المالك و ما يملكه أو أجر الفضولي داراً مثلاً و كانت منفعة هذه السنة نصفها للمالك الدار ونصفها لغيره، فاذا اجاز المالك في الفرضين يصح

بيع الفضولي أو اجارته بالنسبة الى ما يمكن صحته ، فيصح بالنسبة الى ما يملكه في الاول وبالنسبة الى القطعة من المنفعة الباقية على ملكه في الثاني وذلك لان الاجازة كاشفة عن وقوع الملك بالقدر الممكن من وقوعه ، و القدر الممكن في الفرضين هو بيع ملك المالك أو اجارته .

ويحتمل ان يقال بالبطلان ، وذلك لان الاجازة انفاذ للعقد السابق وليس الكشف والنقل داخلين في مفهومها ، انما الكشف أو النقل حكم شرعى مترتب عليها كما تقدم بيانه في التنبيه الاول من تنبيهات الاجازة . فعلى فرض الكشف اذا كان المنكشف باطلاً لأجل عدم تحقق شرطه تلغو الاجازة و اما تقطيع الملكية باعتبار استمرارها من زمان العقد الى الابد لولم ترفع برفع ، والحكم بكشف الاجازة عن حصولها في زمان يمكن حصولها ، وعدم حصولها في زمان قبله فهو خارج عن متعلق الاجازة لأنها تعلقت بالعقد الصادر عن المجيز كما لا يخفى ، وهذا الاحتمال ليس ببعيد و سيأتى تمام الكلام فيه ان شاء الله .

قوله (قدّه) و يلزم (ح) خروج المال عن ملك البائع (الخ) يعنى بناء على الكشف تكون الاجازة كاشفة عن دخول المبيع في ملك من اشتراه عن البائع الفضولي حين العقد مع انه تملكه عن مالكه بعد بيعه من مشتريه فيلزم خروج المبيع عن ملك البائع الفضولي وانتقاله الى من اشتراه منه قبل دخوله في ملكه .

قوله (قدّه) و فيه منع كون الاجازة (الخ) حاصله ان الاجازة على الكشف كاشفة عن خروج المبيع عن ملك الفضولي الى ملك من اشتراه حين شرائه من مالكه لاقبله لأن هذا هو المقدار الممكن من الكشف في المقام كما تقدم شرحه فلا اشكال ، ولا يخفى ابتناء

الجواب على المنع من كشفية الاجازة عن تحقق النقل من حين العقد في المقام بل الكشف في المقام بالمقدار الممكن ، وهو النقل من حين انتقال المبيع اليه بالشراء عن مالكه ، فحاصل جوابه هو دعوى صحة هذا البيع من جهة تمامية مقتضيه وعدم المانع عنه ، اما تمامية المقتضى فلشمول عمومات ادلة البيع له وعدم قصورها في الشمول ، واما عدم المانع فلأن المانع المتصور هو كون الاجازة بناء على الكشف مقتضية لانتقال المبيع عن البائع الفضولي الى مشتريه من حين البيع ، وهو ممنوع بل اللازم على الكشف هو الالتزام به بمقدار يمكن الالتزام به و هو في المقام دعوى حصول النقل من حين انتقال المبيع عن مالكه الاصلي الى البائع الفضولي ، لامن حين بيعه هذا :

وفيما افاده منع ، اما بالنسبة الى ما افاده في وجود المقتضى للصحة فلما تقدم في الاشكال من المنع عن شمول العمومات للمقام من جهة المنع عن كونه بيعاً عرفياً بعد فرض كون البيع عرفاً وحقيقة تبديل طرفي الاضافة على ما تقدم شرحه ، واما بالنسبة الى ما افاده في عدم المانع فلأن ما ذكره انما يستقيم في مثل الاجازة ، اذا وقعت فضولاً بالنسبة الى زمان ملكية المالك للمنفعة وزمان لا يملكه ، اعني مجموع زمانى ملكيته وغيره . فأجاز حيث ان اجازته هذه كاشفة عن انتقال المنفعة الى المستأجر من زمان تملك المالك المعجز لها من حين العقد ، ولا يتم هذا في عقد البيع اذ ليس فيه تقطيع لملكية المبيع بالنسبة الى الازمنة المتأخرة عن العقد حتى يقال بتعلق الاجازة بقطعة منها دون الاخرى ، بل العقد الواقع يقتضى الملكية على الاطلاق ، واما استمرارها ببقائها لأنه يقتضى استمرار الملكية الى الابد (وبعبارة اوضح) عقد الاجازة يورث ملكية منفعة زمان معين محدود

مذكور في العقد ، لكن عقد البيع لا يقتضي ملكية العين في زمان معين محدود بحد قليل أو كثير كما لا يخفى (فح) على الكشف اما لا بد من الالتزام بحصول الملك من حين البيع أو ببطان الاجازة ، ولا يصح القول بحصوله من حين انتقال المبيع الى البائع ، اذ ليس في ذلك الزمان عقد تكشف الاجازة عن تأثيره وتأثير العقد السابق في الملكية من ذلك الحين موقوف على التقطيع في الملكية الذي قد عرفت منعه ، والحاصل تمامية هذا الوجه في اثبات بطلان بيع من باع ثم ملك .

قوله (قد ه) الرابع ان العقد الاول انما صح (الخ) حاصله ان صحة العقد الاول وهو الصادر عن البائع الفضولي متوقف على اجازته ، واجازته متوقفة على انتقال المبيع عن مالكه الاصل الى العقد الثاني الواقع بين المالك الاصل وبين البائع الفضولي ، وانتقال المبيع عن مالكه الى البائع الفضولي متوقف على ملكية المالك الاصل حقيقة . اذ لا معنى لانتقاله عنه اليه مع عدم ملكيته ، فعلى تقدير الكشف وكون الاجازة كاشفة عن تحقق النقل الى المشتري من الفضولي ، يلزم اجتماع مالكين بالنسبة الى ملك واحد ، وهو المالك الاصل . و المشتري من الفضولي وهو محال ، وهذا الاشكال كما ترى مبني على ما تقدم من كون كاشفية الاجازة عن تحقق النقل من حين العقد .

قوله (قد ه) فان قلت مثل هذا يلزم في كل عقد فضولي (الخ) وذلك لان صحة النقل الى المشتري متوقفة على اجازة المالك البائع الصادر عن الفضولي وهي متوقفة على ملكيته اذ لا معنى لاجازة من ليس بمالك واقعا فعلى تقدير الكشف يلزم ان يكون المالك والمشتري كلاهما مالكين للملك وهو المحال المذكور .

قوله (قدّه) يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهراً (الخ)^(١)

اراد ابداء الفرق بين توقف اجازة المالك على ملكه فى سائر المقامات وبين توقف اجازة البائع الفضولى على ملك المالك الاصلى فى المقام ، وحاصله ان مرجع اجازة المالك الى رفع اليد عن حقه ، و اسقاطه للحق وهو لا يتوقف على الملك الحقيقى ، بل يكفى الملك الظاهرى ، وهذا بخلاف اجازة البائع الفضولى حيث انها متوقفة على انتقال المبيع عن المالك الاصلى اليه المتوقف على العقد ، وهو يتوقف على الملك الحقيقى الواقعى ولا يكفى فيه الملك الصورى هذا :

ولا يخفى ان ما افاده لا يرجع الى محصل ، كما اورد عليه المصنف بما محصله انه ان كان الملك الصورى كافياً فى صحة اجازة المالك الاصلى ، فليكن كافياً فى صحة العقد الجديد والتعليل فى مقام ابداء الفرق بأن مرجع الاجازة رفع اليد عن الحق ، وهو لا يتوقف على الملك الواقعى فاسد اذ مع عدم الحق واقعاً بزوال الملكية قبل الاجازة كيف يكون له حق حتى يسقط بالاجازة .

قال الاستاذ دامت بر كاته ويمكن الفرق بين المقام وبين الاجازة فى سائر المقامات بوجه آخر ، وحاصله ان اجتماع ملكية المالك الاصيل مع المشتري من الفضولى وان كان يلزم فى جميع المقامات على القول بالكشف إلا أن ملكية المالك الاصيل مع المشتري ، فيما عدى مورد من باع ثم ملك تكون طويلة ، حيث ان ملكية المشتري مترتبة على اجازة المالك المتوقفة على ملكه فيكون ملكان طوليان فى زمان واحد (احد هما) ملك الاصيل وهو الذى يتوقف عليه الاجازة و الآخر ملك المشتري وهو الذى يتوقف على الاجازة والمحال اجتماع الملكين العرضيين

بالنسبة الى شيئين واحد في زمان واحد ، اما مع طوليتها فلا استحالة فيه اصلاً هذا بالنسبة الى غير المقام ، واما بالنسبة الى المقام فملك المشتري من البايع الفضولي مترتب على اجازة البايع الفضولي لاعلى ملك المالك الاصيل فيكون ملك المالك الاصيل مع ملك المشتري من البايع الفضولي عرضياً واجتماعهما مستحيل هكذا افيد ، و لكنه ممنوع فان ملك المشتري الاول متوقف على اجازة البايع الفضولي وهي متوقفة على انتقال المبيع اليه عن المالك الاصيل الموقوف على ملكه فتكون ملكية المشتري الاول الذي اشترى عن البايع الفضولي متأخراً عن ملكية المالك الاصيل بل التأخر هنا اظهر لكونه بمرتبتين ، حيث ان ملكية المشتري متوقفة على اجازة البايع الفضولي المتوقفة على ملكه الموقوف على بيع المالك الاصيل منه الموقوف على ملك المالك كما لا يخفى .

قوله (قده) اقول قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الاثر (الخ) و حاصل جوابه عن هذا الاشكال هو الجواب المتقدم عن الاشكال الثالث ، ومحصله الالتزام بالكشف بالمقدار الممكن منه وهو في المقام عبارة عن كشف الاجازة عن تحقق ملك المشتري من حين انتقال المبيع عن ماله الاصيل الى البايع الفضولي لامن حين وقوع عقد الفضولي بين البايع الفضولي وبين مشتريه . هذا : وقد عرفت ما فيه من الضعف ، قال الاستاد دامت بر كاته فعلى ما حققناه في باب الاجازة يرد هذا الوجه على القول بالكشف و لا مدفع عنه كالاشكل الثالث ، و اقول بل يدفع بما يندفع به في كل عقد فضولي وهو ما افاده من طولية المالكين على ما حققناه فلا تغفل .

قوله قده فلا وجه لاعادته بتقرير آخر الخ . لا يخفى ان هذا

الاشكال مغاير مع الاشكال الثالث وان كان مشتركاً معه فى المبنى ، وذلك لان النظر فى هذا الوجه الى لزوم اجتماع مالكين فى زمان واحد فى ملك واحد والنظر فى الوجه الثالث الى لزوم تقدم ملك المشتري الذى يتلقى الملك عن البايع عن ملك البايع ، حيث ان ظرف حصول الملك للمشتري هو زمان العقد الاول وظرف حصول ملك البايع هو زمان العقد الثانى فالوجه الثالث مغاير مع الرابع لأنه اعادة له بتقرير آخر .

قوله (قدّه) نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام (النخ) اجتماع المالك الثلاثة هو المالك الاصيل والبايع والمشتري اما ملكية المالك الاصيل والمشتري عن البايع الفضولى فقد ظهر وأما ملكية البايع الفضولى فليكون المفروض تلقى المشتري ملكيته عنه فيجب ان يكون هو ايضا مالكا هذا ولا يخفى ما فيه فان المفروض تقدم ملك المشتري على ملك البايع كما هو المناط فى الوجه الثالث ومع قطع النظر عن استحالة وفرض حصول ملك المشتري قبل ملك البايع فلا ملك للبايع حين حصول الملك للمشتري ففرض ملك البايع مع المشتري حين عقد الفضولى رجوع الى الوجه الثالث كما لا يخفى

قوله قدّه ثم ان ما ذكره فى الفرق بين الاجازة والعقد الثانى (النخ) لا يخفى ان ما افاده فى نفي الفرق فى غاية الجودة ، مضافاً الى ان قول صاحب المقاييس ، من حصول الملك الظاهرى باستصحاب ملكه السابق لا يرجع الى محصل ، حيث لم يعلم المراد منه ، فانه ان اراد الاستصحاب الاصطلاحى اعني ابقاء الحكم السابق على زمان عقد الفضولى من جهة الشك فى بقاءه لأجل الشك فى تحقق الاجازة من المالك فى المستقبل

ففيه انه مقطوع البقاء قبل الاجازة لكون المفروض دخل الاجازة في زواله
فهي من اجزاء علة زواله ، و لذا كان الكشف الحقيقي مستحيلاً و معنى
الالتزام به هو الالتزام بتقديم المعلول على العلة لا فرض عدم دخل الاجازة
في زوال ملكية المالك ، وان اراد الاستصحاب اللغوي اعني جعل الملكية
مصاحباً مع المالك الى زمان اجازته ، ففيه انه لا يوجب صورية الملكية
وابتات ظاهريتها كما لا يخفى .

اقول يمكن ان يقال بأن مراده هو المعنى الاول ولا غبار عليه
اصلاً . فانه على تقدير القول بالكشف الحقيقي كما يكون بناء الاشكالات
عليه يكون ملك المالك زائلاً من حين العقد واقعاً على تقدير مجيء
الاجازة في المستقبل على نحو الشرط المتأخر المستحيل فمع القطع بتحقيق
الاجازة في المستقبل يقطع بزوال ملكية المالك حين البيع و مع الشك
يستصحب بقاءه كما هو الشأن عند الشك في الامور المستقبلية ، وهذا
لا يجري في المقام ، فان العقد الجديد الصادر عن المالك الاصيل ليس
اجازة للعقد الاول الصادر عن البائع الفضولي ، حتى يكون كاشفاً عن
خروج المال عن ملك المالك المميز من حين العقد الاول . بل هو رد
للعقد الاول فبالعقد الجديد الصادر عن المالك ، يقطع بعدم تحقق
الاجازة منه بالنسبة الى العقد الاول فيقطع ببقاء الملكية الواقعية الى زمان
العقد الثاني :

قال الاستاد دامت بركاته وبعض المعاصرين حمل الملكية
الظاهرية على الملكية التقديرية : قال دامت افادته وهذا ايضاً يرجع
الى محصل ، فانه ان اراد الملكية التقديرية على حسب ماصورناه في غير
المقام من الملك على الطريق الاعوجاجي ، ففيه مع انه لا ملزم له في

المقام موجب لاجتماع المالكين الواقعيين كما لا يخفى ، وان اراد به فرض الملك بالان يكون له واقعية اصلاً . ففيه انه لا يرجع دعواه الى محصل اصلاً اذا الاجازة لاتصح إلا عن المالك الواقعى لاعمن يفرض ملكيته بصرف الفرض والتوهم كما لا يخفى .

قوله قدّمه الخامس ان الاجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول (الخ) لما كان مقتضى كشف الاجازة تملك المشتري الاول من حين وقوع عقد الفضولى فيكون العقد الثانى الواقع عن المالك الاصيل واقعاً فى ملك المشتري الاول فيحتاج (ح) الى اجازة المشتري الاول اعنى من اشترى عن البايع الفضولى للعقد الثانى اعنى الواقع عن المالك الاصيل فيلزم (ح) توقف ملكية كل من البايع الفضولى و مشتريه على اجازة الآخر فالمشتري يملك باجازة البايع بعرضائه عن المالك الاصيل ، والبايع يملك بالاشتراء عن المالك باجازة المشتري ، وهذا مع انه من الاعاجيب يلزم منه محالان .

احدهما: عدم تملك المالك الاصيل شيئاً من الثمن والمثمن ، وذلك بالنظر الى تملك المشتري للمثمن من حين العقد الاول ، فيلزم ان يكون الثمن له أى للمشتري لخروج المثمن عنه هذا ؛ ولكن الصواب جعل الثمن المأخوذ من البايع الفضولى بين المالك الاصيل والمشتري على نحو الاستقلال كما ان مقتضى توارده ملكيتهما على المثمن كان كذلك ، فلازم كون المثمن ملكاً لهما على نحو التوارد المحال كون الثمن ايضاً كذلك لأن يكون الثمن للمشتري فقط ولعل الحكم بكونه للمشتري هو لحاظ تملكه للمثمن من حين العقد الاول فقط . بل انظر الى اجتماع ملكه مع ملك البايع الى زمان العقد الثانى فعلى هذا فيمكن الحكم بكون الثمن للمالك بلحاظ

ملكه للمؤمن الى زمان العقد الثانى ، بالنظر الى اجتماع ملكه مع ملك المشتري من حين العقد الاول ، فالصواب هو ما ذكرنا .

وثانيهما تملك المشتري الاول المبيع بلا عوض اذا كان الثمن فى العقد الثانى مطابقاً مع الثمن فى العقد الاول ، وان يكون تملكه بأنقص من العوض المذكور فى العقد الاول ان زاد الثمن الاول على الثمن الثانى . كما اذا كان الثمن فى العقد الاول عشرة ، وفى العقد الثانى خمسة ، فيصير الخمسة التى هى ثمن فى العقد الثانى للمشتري ، فيقع المبيع له بالخمسة ، وان يكون تملكه بلا عوض ، ويخلص له المبيع مع اخذ زيادة أيضاً اذا كان الثمن الثانى ازيد من الاول ، كما اذا كان الاول خمسة والثانى عشرة ، فان المشتري يأخذ المبيع وت تمام العشرة التى ثمن فى العقد الثانى فيجتمع عنده الثمن والثمن مع زيادة خمسة ، ولا يخفى ان هذا اللازم أيضاً يكون بالنظر الى تملك المشتري من حين العقد الاول فقط ، وإلغياً لنظر الى ملكية المالك بل لاحظ ملكية المشتري معه ، يلزم اجتماع الثمن الاول والثانى عنده لكون البيع الاول كالثاني واقعاً فى ملكه ، ولكن الصواب هو اجتماع المالك والمشتري فى الثمين لكون المبيع فى حال العقدين ملكاً لهما معاً .

قوله قد . والجواب عن ذلك ما تقدم (الخ) وقد تقدم ما فيه .
وان الحق فى الاجازة بناء على الكشف هو الحكم بالبطلان فيما اذا تعذر النقل من حين العقد لا الحمل على ما يمكن كما مر توضيحه .

قوله قد السادس ان من المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه (الخ) محصله ان اجازة المالك كرده كما يمكن ان يكون بالقول (كك) يمكن ان يقع بالفعل . ففعل ما هو من لوازم الاجازة أو الرد اجازة أورد : وهذا مما لا اشكال فيه ، وقد سبق القول فيه مراراً

ولا يخفى ان بيع المالك الاصيل ، المبيع الفضولي من البايع ، من لوازم رده للمبيع الصادر عن الفضولي ، فيكون رداً فعلياً . ومعه فلا يكون قابلاً للمحقوق الاجازة .

قوله (قده) والاجواب ان فسخ عقد الفضولي (الح) محصل جوابه ان بيع المالك الاصيل ، مسقط لحقق اجازته للعقد الاول بحيث لا يصح اجازته بعد بيعه ، وكون بيعه رداً بالنسبة اليه بحيث لم يكن العقد الاول قابلاً لاجازته بعده لا يستلزم سقوط قابلية العقد عن ان يلحقه الاجازة ولو من المالك الثاني اذ لم يصدر من المالك الثاني ما يكون رداً للعقد الاول ، فيصح منه اجازته واذا فرض حصول الرد منه ببيعه من ثالث يكون رده ايضاً موجباً لعدم صحة اجازته بعده ، لعدم صحتها مطلقاً ولو من الثالث وهكذا ، وهذا محصل مرامه . ولا يخفى ما فيه .

وتوضيحه ان الامر في حقيقة البيع لا يخلو عن احداثحاء فاما ان يقال بأنه عبارة عن مفهوم تبديل مال بمال مع قطع النظر عن اضافة كل منهما الى محل مضاف اليه ، بل صرف التبديل المفهومي ، واما ان يقال بأنه عبارة عن تبديل مال بمال مضاف الى محل كلي مرددين هذا المحل اوداك ، او ذلك ، فخصوصية المحل ليست مقومة لحقيقته ، واما ان يقال بأنه عبارة عن تبديل طرفي الاضافة اعني الخيط الاعتباري الممدود بين كل من المالكين وبين المال فالبايع يأخذ طرف تلك الاضافة اعني المال ويجعله على طرف اضافة المشتري ، ويجعل ماعلى طرف اضافة المشتري مكان ماله ، وهذا هو الصحيح كما مر مراراً . فعلى الاولين يصح القول ببقاء حق الاجازة للمالك الثاني بعد بيع المالك الاول ، لكن يرد عليه عدم وجه لسقوط حق اجازته بعد عود الملك اليه ، ضرورة عدم ما يوجب

فى من باع شيئاً ثم ملك - ١٧٧ -

سقوطه (ح) وعلى الاخير يكون بيع المالك الاصيل مبطلاً لقابلية بيع الفضولى لأن يلحقه الاجازة رأساً لامن هذا المالك البايع ولا من مالك آخر بعده والوجه فيه ظاهر ، اذا البيع كان عبارة عن تبديل المبيع بما هو طرف الخيط الاعتبارى الذى بين المالك وبين المال والمفروض خروجه عن طرف خيطه ببيعه ومعه فلا يبقى محل للاجازة لامنه ولا من غيره ، و حيث ان الاقوى فى هذه الاحتمالات الثلث هو الاخير فاللازم بطلان العقد الفضولى بتمتعه بالعقد الثانى ، ولا تصح اجازته من المالك الثانى ثم على تقدير الصحة ، لا وجه للمنفصل بين التفتات المالك الى وقوع العقد الفضولى وبين عدم الالتفات منه اليه ، فالقول بأنه رد مع الالتفات وليس بردمع مع عدمه ساقط بل ان قلنا بالاحتمال الاخير يكون بيع المالك ردأسواء كان ملتفتاً الى عقد الفضولى أم لا ، وان قلنا بأحد الاحتمالين الاولين فالبيع منه لا يكون مبطلاً لعقد الفضولى رأساً ولو مع الالتفات الى عقد الفضولى ، وبالجمله فالمدار فى القول بالبطلان وعدمه على القول بالاحتمال الاخير أو احدا الاولين كما فصلناه .

قوله (قده) و الجواب عن العمومات (الخ) اجاب عن الاخبار الناهية عن بيع ماليس عندك بوجوه (الاول) ما افاده بقوله انها انما تدل على عدم ترتب الاثر (الخ) ، و حاصله هو الجواب الخامس عن الاخبار التى استدلت بها على بطلان الفضولى وقد تقدم تقريره ، و محصله ان البيع الصادر عن الفضولى فاسد لا يترتب عليه الاثر وهو النقل و الانتقال من حيث هو بيع البايع الفضولى ، ولا يلزم من بطلانه من حيث هو بيعه بطلانه من حيث هو بيع المالك الاصيل باجازته ، ولا دليل على فساد من تلك الحيثية ، و مع عدم الدليل على فساد كك ، يشملها العمومات الدالة على صحة البيع من غير محذور .

وفى المقام نقول البيع الصادر من البايع الفضولى له جهتان ، جهة كونه عن البايع الفضولى ، وجهة كونه بيع المالك المجيز اذا اجازته بعد انتقال المبيع اليه ، فهو من الجهة الاولى فاسد ، ولا يلزم من فساد بتلك الجهة ، فساد بما هو مستند الى المجيز ، فهذه الاخبار تصير دليلاً على فساد البيع فيما اذا باع ثم اشترى ولم يجز البيع الاول الذى هو مفروض البحث فى المسئلة الثانية ، وسنقول فيها بالبطالان هذا محصل مرامه .

ولا يخفى ما فيه لفساد قياس المقام بباب الفضولى فى ساير الموارد ، وذلك لان المالك والبايع فى غير المقام متغايران حقيقة فيصح ان يلتزم بفساد البيع من حيث هو مستند الى البايع ، وبصحته من حيث انه مستند الى المالك بالاجازة ، وفى المقام التغير اعتباري ، اذ المالك المجيز هو البايع ، ويكون التفاوت باعتبار اعتوار الحالات ، حيث انه قبل انتقال المبيع اليه يكون بايعاً فضولياً وبعده يصير مالكاً مجيزاً .

ولا يخفى ان اطلاق تلك الاخبار يدل على بطلان البيع الصادر عن البايع الفضولى بما هو مستند اليه ، سواء اجاز بعده أم لا ، فحال اجازة البايع بعد ملكيته مندرج - فى اطلاق ما يدل على فساد بيعه ، بخلاف اجازة المالك الاصيل فى غير المقام فان اطلاق ما يدل على بطلان البيع من حيث هو بيع الفضولى ، لا يدل على بطلانه من حيث انه مستند الى المالك الاصيل اذ ليس استناده الى المالك من الحالات الطارئة على البايع لمغايرة المالك مع البايع حقيقة .

والحاصل ان اطلاق دليل الفساد من حيث هو بيع البايع الفضولى يقتضى فساد ، ولو بعد صيرورته مجيزاً بعد كونه مالكاً ، واطلاقه كك لا يقتضى فساد من حيث هو بيع المالك الاصيل ، بسبب اجازته ، فما افاده

فيمن باع شيئاً ثم ملك - ١٧٩ -

في الجواب من الاخبار المستدل لها على بطلان الفضولي اعنى الجواب الخامس ، وان كان في غاية الجودة و نهاية المتانة في ذلك المقام ، إلا انه لا سبيل اليه في مقامنا بوجه من الوجوه اصلاً .

قوله (قده) نعم يمكن ان يقال ان مقتضى تعليل نفي البأس (الخ) يريد ان يفصل بين دلالة هذه الاخبار التي استدل بها على بطلان البيع ممن باع شيئاً ثم اجاز بعد الملك ، بتسليم الدلالة في مثل رواية خالد بن الحجاج المتقدمة ، و المنع فيما لا يكون مساقه ذاك المساق و تهريب الاول ان مقتضى تقييد نفي البأس بما اذا كان المشتري مخيراً بين الاخذ والترك الدال على ثبوت البأس اذالم يكن المشتري مخيراً بل كان ملزماً على الاخذ لا يجتمع مع صحة الفضولي ، حيث ان المشتري اصيل ، يجب عليه الالتزام بما التزم ، و انما الخيار بين الاجازة و عدمها للمالك الاصيل ، أو البايع الفضولي بعد انتقال المبيع اليه . هذا :

ولا يخفى ما فيه ، فانه مع قطع النظر عن ظهور الرواية في بطلان بيع ماليس عنده من حيث الالتزام والالتزام العقدي الذي في قوة ان يقال البيع اعنى (الالتزام والالتزام) ممن ليس مالاً للمبيع اذا باع بقصد ان يملك ثم يعجز باطل ، لا تدل على بطلانه لأجل كون صحته مستلزماً للزومه على الاصيل ، اى لا يمكن ان تجعل الرواية دليلاً على الفساد بمعونة ان صحته مستلزم للزومه على المشتري الاصيل مع ان الرواية تنفي للزوم عن المشتري و تحكم بالبطلان لو كان المشتري ملزماً بالاخذ ، و ذلك لان تلك المعونة ليست امراً عرفياً حتى توجب ظهور الرواية في البطلان ، كيف وقد تقدم ان الالتزام بلزوم المعاملة من طرف الاصيل كان امراً خفياً اتعينا في اثباته باقامة البرهان ، ولا يمكن جعل هذا الامر الخفى منشاء لظهور

الرواية في البطلان بحسب المتفاهم العرفي كما لا يخفى .
 قوله قدّه و الحاصل ان دلالة الروايات عمومياً و خصوصاً
 (الخ) ما افاده في هذا الحاصل وجه ثان في الجواب عن الاخبار ، و محصله
 ان تلك الاخبار وان كانت ظاهرة في النهي عن بيع ما ليس عنده ، و النهي
 ظاهر في ارجاعه الى ناحية المسبب الموجب للفساد . فالفساد المستفاد
 منها غير قابل للانكار إلا أن معنى فساده عدم ترتب الآثار عليه من النقل و
 الانتقال الخارجى اعنى رد المبيع قبل انتقاله الى البائع و اجازته الى المشتري
 و اخذ الثمن منه . و لا منافاة بين فساده بمعنى عدم ترتب تلك الآثار عليه .
 و الحكم بصحته بترتب تلك الآثار عليه بعد الاجازة .

ولا يخفى ما فيه لأن النهي بعد تسليم ارجاعه الى المسبب يدل على
 فقدما يعتبر وجوده في البيع ، فالنهي عن بيع ما ليس عنده . يدل على اشتراط
 كون المبيع ملكاً للبائع ، و مع فقد الشرط ، لا يقع البيع ، و حرمة ترتيب
 الأثر عليه ، انما هي من جهة عدم تحققه ، فهي من لوازم فساده لأنهما معنى
 فسادهما كما لا يخفى ، فهذا البيع بمقتضى ما سلمه من دلالة النهي الواقع في
 تلك الاخبار على الفساد فاسد ، لأجل فقد ما يعتبر فيه ، و يترتب على فساد
 حرمة ترتيب الأثر عليه لأن نفس حرمة ترتيبه عبارة عن فساد ، فالمستفاد
 من وجه دلالة النهي على الفساد هو ارشاد المخاطب بلغوية الفعل المنهى
 عنه ، لخلل فيه (من فقد شرطاً و وجود مانع) المستلزم لعدم ترتيب الأثر عليه
 لا الارشاد الى عدم ترتيب الأثر المقصود عليه كما لا يخفى .

قوله قدّه نعم قد يندش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار انه تقدمه
 (الخ) اعلم ان المبيع في بيع ما ليس عنده اما كلي او شخصي ففي الاول لا
 اشكال في صحة بيعه ثم تسليم المبيع في الخارج بعد اشتراء مصداق الكلي

و ليس شرط صحة بيع الكلى فى الذمة تحقق مصداقه عنده حين البيع اجماعاً منا ، وان خالف فيه بعض من العامة ، ووجه الجواز عدم ما يوجب المنع عنه عقلاً و شرعاً اما عقلاً . فلعدم مجبى ما قلنا فى وجه بطلان بيع ما ليس عنده اذا كان شخصياً اعنى عدم تحقق البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة على ما مر فى الوجه الاول من وجوه الاشكالات المنقولة عن المقاييس ، حيث ان طرف اضافة الكلى هو نفس البائع الذى يجعله فى ذمته بنفس البيع ، و اما شرعاً ، فلأن الاخبار المتقدمة المانعة عن بيع ما ليس عنده بعمومها و خصوصها لا يشمل البيع الكلى ، اما بالتخصيص لوقلنا بأن الكلى يكون عنده باعتبار سلطنة البائع على اعتباره فى ذمته ببيعه فيكون خارجاً عما ليس عنده ، أو بالتخصيص لوقلنا بأنه داخل فيما ليس عنده من جهة عدم صحة اعتباره قبل البيع وانه لا يكون مصداقه فى ملك البائع حين البيع ومخصصه هو الاجماع على جواز بيعه ولو لم يكن ما ينطبق عليه منه موجوداً عند البائع ، بل يبيع فى الذمة ثم يشتري و يسلم ما فى ذمته بما اشتراه الى المشتري .

وربما يقال بكراهته ولا وجه له بعد عدم دلالة تلك الاخبار على المنع عنه ، باحدى الجهتين (من التخصيص . أو التخصيص) ولا يمكن ابقاء بيع الكلى تحت عموم تلك الاخبار ، بناء على شمولها له و عدم الالتزام بالتخصيص . وحمل النهى بالنسبة اليه على الكراهة ، للزوم ارادة الحرمة منه فى بيع الشخصى والكراهة فى بيع الكلى . والجمع بينهما من لفظ واحد فاسد كما لا يخفى هذا بالنسبة الى البيع الكلى .

وحاصل الكلام فيه هو جواز بيعه وخروجه عن اخبار المانعة اما بالتخصيص أو بالتخصيص ، و اما البيع الشخصى فهو مورد الاخبار الخاصة

الواردة فى المنع عن بيع ماليس عنده ، كما انه يكون مشمولاً للعمومات الواردة فى النهي عن بيع ماليس عنده و ظهور بعض الاخبار كروايات ابن مسلم وابن حازم المعبر فيهما بلفظة متاعاً ورواية معوية بن عمار المعبر فيها بلفظ الحرير بناءً على تسليم ظهورها فى بيع الكلى ، اللازم حملها على الكراهة أو على التقية ، لا يوجب حمل ما هو الظاهر منها فى بيع الشخصى ، كروايتى يحيى و خالد على الكراهة أو التقية ، اذ لا ملازمة بين حمل الظاهر منها فى بيع الكلى على الكراهة أو التقية وبين حمل الظاهر فى الشخصى عليهما ، هذا مضافاً الى المنع عن ظهور الروايات المتقدمة فى الكلى ، اما صحيحة معوية بن عمار المعبر فيها بلفظ الحرير فظاهر حيث لا دلالة فى لفظه على كون المبيع الحرير الكلى ، واما لفظ متاعاً المذكور فى روايتى ابن مسلم وابن حازم ، فهو وان لا يخلو عن اشعار فى الكلى ، لكنه ليس بمراء قطعاً ، اذ ليس الغرض بيع متاع فى الجملة الجامع بين امتعة الدنيا بل المعلوم قطعاً ارادة متاع خاص ، والظاهر من قوله عليه السلام فى رواية ابن مسلم ليس به بأس . انما يشتريه منه بعد ما يملكه هو نبوت البأس فيما اذا كان شرائه منه قبل ما يملكه .

ولا اشكال فى ان البائع انما يشتري المبيع عن ماله جزئياً (وبعبارة اخرى) الضمير فى قوله بعد ما يملكه راجع الى المتاع الشخصى وهو الذى اشتراه البائع من ماله ثم باعه الى مشتريه بعد ما يملكه فيكون البأس فى بيع هذا الذى باعه بعد ما يملكه لو كان يبيعه قبل ان يملكه كما لا يخفى ، وكذا قوله عليه السلام فى صحيحة ابن حازم . انما البيع بعدما يشتريه ظاهر فى كون المبيع الشخصى الذى اشتراه هو المبيع فمقتضى نفى البأس فى بيعه اذا كان بعد شرائه ثبوته اذا كان قبل شرائه ، فالمتحصل من هذه

الاخبار عمومها وخصوصها هو عدم جواز بيع ماليس عنده ثم تسليمه الى المشتري بعد اشترائه من مالكة ، وليس ما يوجب رفع اليد عن تلك الاخبار الظاهرة في هذا المدعى مع كونه مطابقاً مع القاعدة ايضاً لما ذكرنا في تقارير الاشكالات السابقة هذا تمام الكلام في المسئلة الاولى .

قوله (قده) ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات (الخ) محصل ما افاده في المقام هو ان بيع البايع ماليس عنده يتصور على وجوه ثلاثة ، والاخبار المتقدمة الدالة على بطلانه من عموماتها مثل لا تبع ماليس عندك ، وخصوصاتها مثل قوله ~~لا تبيع~~ ولا تواجبها قبل ان تستوجبها أو تشتريها ونحوه ، مما يدل على حرمة البيع قبل ان يشتري المبيع من مالكة تدل على بطلان الوجه الاول من الاقسام الثلاثة لكونه القدر المتقين منها فالاول من تلك الوجوه هو مالو باع البايع لنفسه واشتري المشتري غير مترقب لاجازة المالك أو اجازة البايع بعد تملكه بل باع يبعاً منجزاً مثل بيع المال الموجود عنده فيجب عليه ان يشتريه من مالكة ليقبضه الى المشتري كما كان القبض عليه واجباً لو كان عنده وهذا القسم هو المتقين من تلك الاخبار الناهية .

وقد نفى الخلاف فيه العلامة في التذكرة واستدل لبطلانه بالغرر وعدم القدرة على التسليم ايضاً . اما الفرر فللجهل بتمكّنه من التسليم الى المشتري حيث لم يعلم رضا المالك في بيعه ، واما المعجز عن التسليم فلمعجز كونه ملكاً له ولا يقدر على تسليم ملك الغير الى المشتري ، الوجه الثاني مالو تبايعاً مع تعليق العقد على الاجازة واتفق تحقق الاجازة من البايع بعد تملكه أو من المالك لنفسه ، الوجه الثالث مالو كان اللزوم معلقاً على تملك البايع دون اجازته و حكم بخروج هاتين الصورتين

عن مصب الاخبار الناهية بدعوى اختصاصها بالصورة الاولى .

ولا يخفى ما فيه ، اما اولاً : فلأنه لا معنى لهذه التصورات اصلاً ، اذ المنشأ لها ما هو تباني المتبايعين بأن تبانياً على ان يبيعه البايع ثم يذهب ويشترى المبيع عن ماله فيسلمه الى المشتري أو تبانياً على ان يكون العقد موقوفاً على الاجازة بمعنى عدم مأخوذية البايع بقبض المبيع الى المشتري إلا اذا اشتراه واجاز يبيعه الصادر منه ، اما قبله فلا يكون ملزماً ببيعه حتى يجب عليه الاشتراء والاجازة بعد الاشتراء : أو تبانياً على ان يكون اللزوم موقوفاً على تملكه بحيث لو ملكه عن ماله كان يبيعه لازماً : ولا يحتاج الى اجازته بعد تملكه أو يكون المنشأ للانقسامات الثلاث ، هو جعل ذلك قيداً في متن العقد بأن يبيعه البايع مع الشرط عليه بأن يشتري من ماله فيسلمه بحيث يصير الاشتراء والتسليم واجباً عليه من قبل وجوب الوفاء بالشرط ، أو مقيداً على الاجازة بحيث لو لا الاجازة لم يكن ملزماً ، أو مع تقييد اللزوم بالتملك من المالك ، وعلى الاول اعنى كون منشأ هذه الانقسام هو تباني المتبايعين ، فيرد عليه ان التباني لا يؤثر في شيء اصلاً بل في جميع الاقسام لابد من الحكم بوز ان واحد اذا التباني يكون من الدواعى في ايجاد العقد واختلاف دواعي العقد لا يوجب اختلافاً في العقد كما لا يخفى . فلو كان فاسداً في الصورة الاولى ، لكان فاسداً في الصورتين الاخيرتين ، وذلك لدعوى اطلاق الاخبار المانعة بالنسبة الى الجميع حيث ان في كل هذه الصور المختلفة باختلاف التباني والدواعى ، يكون البيع مصداقاً لبيع ماله عنده كما لا يخفى ، ودعوى ظهور الاخبار في الصورة الاولى لوجه له ، وكون الصورة الاولى مختصة بأدلة اخرى دالة على بطلانها ، مثل نفى الخلاف المحكى عن التذكرة ، ومثل دليل نفى

الغرر ، وعدم القدرة على التسليم ، لا يوجب اختصاص الاخبار الناهية ايضاً بها بل يحكم بالبطلان فى جميع تلك الصور .

وعلى الثانى اعنى جعل منشأ التقسيم هو تقييد العقد بالقيود . فيرد عليه ان الشرط على البايع حين العقد بقبض المبيع مطلقاً . المستلزم لا يجاب اشتراؤه من مالكه وتسليمه الى المشتري . وان كان امراً متصوراً وحيث انه مجهول يحكم بفساد العقد لاشتماله على الغرر ولعدم القدرة على التسليم مع عدم الاطمينان بحصول تملكه من المالك بايقاع المالك ماله فى معرض البيع ، لكن تقييد العقد على الاجازة واللزوم على تملك البايع غير متصور .

اما الاول : فلأن المقصود من تقييد العقد على الاجازة ، اما تقييد الانشاء . أو تقييد المنشاء ، والاول غير معقول ، والثانى مما اجمع على بطلانه فى العقود ، واما الثانى فلأنه لا يعقل معنى لتعليق اللزوم على التملك لإجعل الخيار مثلاً للبايع ، اذ اللزوم ليس حقاً ثابتاً بجعل المتبايعين ، حتى يقال بجعله مطلقاً ، أو مقيداً بحصول شئ ، بل هو حكم شرعى ترتب على العقد فالمعقول من تعليقه هو جعل الخيار ، ولا يخفى ان جعله لا يوجب صحة العقد بعد كونه مندرجاً تحت الاخبار الناهية ، ضرورة انه بجعل الخيار لا يخرج عن عموم تلك الاخبار اذ ليست الاخبار الناهية عن بيع ماليس عندك مخصصة بماعدى البيع الخيارى الذى جعل فيه الخيار قبل تملك البايع للمبيع كما هو واضح من ان يخفى ، و بالجملة فشىء من هذه الصور لا ينطبق على القواعد ، و الحق ما قلناه من الحكم بالبطلان مطلقاً لعدم قصور فى دلالة تلك الاخبار المانعة اصلاً .

قوله (قده) ولوباع عن المالك فاتفق (الخ) اعلم ان بيع ماليس

عنده يتصور على وجوه (احدها) ما اذا باع البائع عن نفسه ثم يشتري المبيع عن مالكه فيجيز بيعه ويسلم المبيع الى المشتري و فاء بالبيع الذى صدر فضوليا قبل تملكه ، وهذا هو الذى تقدم حكمه . وقلنا فيه بالبطلان سواء كان البيع مع عدم ترقب الاجازة او موقوفا عليها على التفصيل المتقدم (الثانى) ما اذا باع البائع عن المالك ثم يتفق اشتراؤه منه فيجيزه . فهل يصح له باجازه ام لا . ظاهر المصنف (قده) هو الصحة ، وذلك لخروجه عن مورد الاخبار الناهية اذ هي ظاهرة فى البيع عن البائع نفسه كما استظهر من قوله **لا يبيع** : الظاهر فى كون البيع لنفس البائع لامن مالكه ، ثم استشكل فى صحته بعدم مطابقة الاجازة مع العقد الواقع فان العقد وقع عن المالك والاجازة تقع من البائع : وليس بين البائع والمشتري عقد حتى يتعلق به اجازة البائع والعقد الذى بين المالك والمشتري اعني الذى وقع عن المالك بمباشرة البائع فضوليا لم يتعلق به الاجازة . فما وقع لم يصرمتمعلقا للاجازة وما تعلق به الاجازة لم يكن واقعا .

و اجاب عنه بما يجاب به عن بيع الغاصب لنفسه اذا اجازه المالك ، حيث يقع العقد عن المالك مع انه كان صادرا عن الغاصب لنفسه : و محصل هذا الجواب هو الغاء جهة اضافة العقد الى الغاصب وتصحيحه باسناده الى المالك واعتبار انه هو المالك ، و حيث نأخذ باسناده العقد الى المالك والقينا اعتبار نفسه مالكا ينتج ان الاجازة تعلق بنفس العقد الصادر عن الغاصب وهو البيع عن المالك ، وبعد اسقاط اعتبار مالكية الغاصب يقع البيع عن المالك نفسه هذا محصل ما افاده

ولا يخفى انه لا موقع لهذا الجواب فى المقام اصلا ، وذلك لان البيع فى المقام وقع عن المالك عكس البيع الصادر عن الغاصب ،

وليس ها هنا اعتبار ملكية احد في البين ، ولا يحتاج في تصحيح قصد البيع عن البايع بعد اسناده الى المالك الى استراق المالكية بوجه من الوجوه ، فالبيع الصادر عنه المضاف الى المالك لا يصير باجازه بيعه ، و الغاء جهة الاضافة الى المالك موجب لفساد البيع لعدم تمشي قصده من البايع من دون تلك الاضافة (فتح) الامر يدور بين ان يكون البيع مضافاً الى مالك كلي وهو الجامع بين المالك حال البيع و المالك حال الاجازة ، او يكون مضافاً الى شخص المالك حال البيع ، فعلى الاول : تصح الاجازة من المالك الثاني ، لكن تقدم فساد هذا المبنى . وكونه خارجاً عن حقيقة البيع . وان حقيقة عبارة عن تبديل طرف في الاضافة الشخصية القائمة بين المال ومالكه : وعلى الثاني : فلا محيص الا عن الالتزام بالفساد ، وهذا هو الاقوى والى ذلك اشار بقوله فتأمل .

الوجه الثالث ما اذا اضاف البايع البيع الى نفسه فاجازه المالك ، ففي وقوعه للمالك أو بطلانه رأساً (الوجهان) من عدم تمشي قصد البيع عن البايع لعدم مجبى ما ذكر في تصحيح قصد البيع في الغاصب فيكون باطلاً . ومن احتمال تصحيحه باحتمال كون البيع هو المبادلة بين المالكين من غير اضافة الى مالك اصلاً . أو مع اضافته الى مالك كلي على احدا الاحتمالين المذكور سابقاً فيتمشي منه قصد البيع و بعد الغاء كونه عن نفسه يقع عن المالك باجازه ، وحيث قد تقدم ضعف الاحتمالين الاخيرين فالاقوى هو البطلان . وعدم صحته للمالك باجازه .

الوجه الرابع ما اذا اضاف البيع الى ثالث غيره وغير المالك ، فان اجازه المالك فهل هو يصح للثالث ، بناء على عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك بل يصح بيع مال المالك عن غيره . أو للمالك كما في بيع الغاصب لنفسه

حيث يقع للمالك باجازه بعد الغاء حيث كونه للغاصب . و في المقام ايضاً يقال بوقوعه للمالك بعد الغاء حيث كونه للثالث . أو يبطل لعدم مصحح له لاجل اعتبار كون البيع من المالك (وجوه) اقواها وقوعه عن المالك بعد فرض تمشي قصد البيع عن البايع اما الاعتقاده تملك الثالث . أو لاجل بناءه عليه عدو أنا ، الموجب لصحة صدور البيع عنه بذاك البناء ولو اشتراه الثالث من المالك و اجازه فهو داخل في مسألة بيع ما ليس عنده ويكون حكمه حكمه وهذا الفرع لم يذكره الاستاد دامت بركاته في مجلس البحث .

قوله قد ه ثم انه قد ظهر مما ذكرناه في المسئلة المذكورة (الخ) لا يخفى ان التفكيك بين المسئلتين يجعل كل مسئلة على حدة لا يخلو عن فساد ، و الصواب جعلهما مسئلة واحدة . وجعل تعقب البيع بالاجازة وعدمه من حالات البيع ، ثم يبحث عن صحته وفساده ويختار احدهما ، اما مطلقاً أو بالتفصيل بين الحالتين .

قوله (قد ه) فان الظاهر بطلان البيع الاول لدخوله تحت الاخبار المذكورة يقيناً (الخ) لا يخفى انه لا يصح حمل الاخبار الناهية على صورة عدم اجازة البايع عند تملكه المبيع ، اذ لا معنى لجعل عدم الاجازة على النحو الشرط المتأخر منشاء لفساد البيع من حين وقوعه من ناحية النهي عنه المقتضي لفساده ، بل لابد من القول بفساده سواء اجازه البايع بعد الملك ام لا . كما هو مقتضى تلك الاخبار الناهية . أو بصحته لو منع عن دلالة تلك الاخبار على الفساد . وعدم اجازة البايع اجنبى عن ما هو ملاك فساد وهو دلالة النهي على فساد

قوله قد ه والمقام مقام استصحاب حكم الخاص (الخ) كما اذا ورد

مثل (اوفوا بالعقود) وخرج عنه فرد بالتخصيص مثل البيع المشتمل على الغبن . وشك فى كون الخراج هو ذاك الفرد فى زمان مخصوص وهو الفور أو مطلقاً ، فإنه لا يتمسك (ح) فى اثبات حكم العام بالنسبة الى المشكوك بالعموم بل لابد من استصحاب حكم المخصص ، اذ اثبات العموم الزماني بالنسبة الى ذاك الفرد متفرع على ثبوت العموم الافرادى للعموم . والمفروض خروج هذا الفرد عن العموم الافرادى ومعه فلا ينتهي الامر الى التمسك بالعموم الا زمانى بالنسبة الى هذا الفرد (وبعبارة اخرى) للعام عموماً ان افرادى بالنسبة الى كل فرد وازمانى فى كل فرد بالنسبة الى كل زمان والعموم الزماني فى كل فرد متفرع على العموم الافرادى ، وكون هذا الفرد مشمولاً لحكم العام ، وبعد فرض خروج هذا الفرد بالتخصيص عن حكم العام لا يكون للعام عموم افرادى يثبت به حكم هذا الفرد حتى ينتهى الى التمسك بالعموم الزماني .

قوله فتأمل اشارة الى ان ما افاده من كون المقام مقام استصحاب حكم المخصص فاسد ، بل المقام مقام التمسك بالعموم نظير ما اذا ورد عموم مثل اكرم العلماء وكان زيد فى برهة من الزمان جاهلاً ثم صار عالماً ادلشك فى اندراجة تحت العموم بعد تلبسه بالعلم ، ولا مجال لتوهم التمسك باستصحاب حكم عدم وجوب اكرامه فى حال كونه جاهلاً . وذلك لانه قبل صيرورته عالماً لم يكن من افراد العام و كان خروجه عنه بالتخصص لا بالتخصيص . فلا مخصص فى البين حتى يرجع الى استصحاب حكمه ، وما نحن فيه من هذا القبيل فان البيع الصادر عن الفضولى قبل تملكه من المالك الاصيل . ليس من افراد عموم (اوفوا بالعقود) لما تقدم مراراً من ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضى وجوب وفاء كل احد بعقده الواقع على ملكه و ليس العقد الواقع على ملك شخص متعلقاً لوجوب الوفاء

بالنسبة الى شخص آخر فقبل تملك البائع لم يكن هذا العقد داخلاً في العموم نظير عدم دخول زيد في عموم اكرم العلماء قبل صيرورته عالماً، لا انه كان من افراد العموم وخرج عنه بالتخصيص . فمن حين تملكه للمبيع يصير عقده عقد المالك فيندرج تحت الخطاب فيتوجه اليه الخطاب بوجوب الوفاء من دون تخصيص فيه حتى يتوهم الرجوع الي استصحاب حكمه ، وهذا في الوضوح بمثابة لم يكن محتاجاً الى التنبيه اليه بالامر بالتأمل الذي هو في مقام التنبيه على الامر الخفي .

قوله (قدہ) مضافاً الى معارضة العموم المذكور (الخ) لا يخفى انه بعد فرض جريان العموم وعدم المانع عن التمسك به عقلاً و نقلاً لا يبقى مجال لمعارضته مع عموم دليل السلطنة ، وعموم عدم حل المال إلا عن طيب النفس ، لان لازم التمسك بالعموم . صحة البيع بالرضا القبلي الغير المنافي مع لحوق الكراهة ، وعليه فيكون رفع اليد عنه مخالفاً مع سلطنة المشتري ، وذلك بعد فرض حصول الملك بالرضا الحاصل حين البيع وعدم الاحتياج الى الرضا المتأخر كما لا يخفى .

قوله (قدہ) المسئلة الثالثة ما لباع معتقداً لكونه (الخ) الاحسن جعل هذه المسئلة عنواناً برأسها غير داخل في عنوان المسئلة السابقة : اذ لا ربط لها بمسئلة بيع ما ليس عنده كما هو واضح ، وكيف كان الذي يبيع معتقداً لكونه غير جائز التصرف ، ثم يتبين كونه جائز التصرف لا يخلو اما يتبين كونه مالاً أو يتبين كونه ولياً بأقسامه من الاب أو البجد أو الوصي المنسوب من قبل احد هما . أو الحاكم الشرعي لو فرض اعتقاد كونه غير جائز التصرف ، ضرورة انه بعد فرض العلم بكونه مجتهداً يعلم بانه جائز التصرف أو الوكيل . أو العبد المأذون

وعلى كل تقدير فاما انه يبيع عن المالك أو عن نفسه فهنا صور أربع :
 الاولى ما اذا باع عن المالك ، فانكشف كونه ولياً على البيع ، ولا
 اشكال في صحته فيما عدى العبد المأذون من الاولياء على البيع . ولزومه
 وعدم الحاجة الى اجازته بعد انكشاف الخلاف ، وذلك لكون احراز
 الولاية على البيع طريقياً بالنسبة الى صحة البيع . بمعنى ان المعتبر صدوره
 عن هوولى سواء علم بولايته ام لا ، وليس اعتباره من باب الموضوعية
 حتى يحتاج الى الاحراز لكي يحكم بالبطلان . لاجل عدم احرازها ، و
 اما العبد المأذون فلما لم يكن قادراً على التصرف إلا باذن المولى ، فربما
 يستشكل في صحة بيعه من جهة اعتبار اذن المولى في قدرته ، فيتوقف
 فعله على احراز القدرة المتوقف احرازها على العلم بالاذن . فمع عدم
 العلم به لم تكن القدرة محرراً . ولكن الأقوى صحته ايضاً من جهة كون
 احراز القدرة ايضاً طريقياً يكفي نفس وجودها الواقعي ، ولولم يعلم العبد
 بوجودها . وعلى تقدير تسليم موضوعيته والتزام اعتبار احرازها ، فغاية
 ما يترتب على ذلك توقف عقده (ح) على اجازة المولى و الاذن اللاحق
 ولا يكون باطلاً رأساً كما لا يخفى . اذ ليس العبد المأذون كالصبي في كونه
 مسلوب العبارة رأساً . بل وقوف معاملته انما هو لاجل اناطتها على اذن المولى
 كما لا يخفى .

اقول هكذا افيد الحق عدم الفرق بين العبد المأذون وبين تصرف
 سائر الاولياء من الولى والوصي والوكيل في الاشكال وجوابه ، ضرورة
 انه كما يتوقف قدرة العبد على اذن المولى كذلك تصرف الوكيل والولى
 والوصي يتوقف على جعل الوكالة والولاية والوصاية ، وليس احد من
 هؤلاء قادراً على التصرف مع قطع النظر عن الجعل ، فان كان في بيع العبد

المأذون اشكالاً لمن جهة اشتراط صحته باحراز القدرة . فليكن فى الجميع كذلك ، فلا وجه لاجراج ما عدى العبد المأذون عن محل الاشكال واختصاصه به كما لا يخفى .

الثانية ان يبيع لنفسه فانكشف كونه ولياً أو وصياً أو كياً أو مأذوناً فالكلام فيه فى مقامين (الاول) فى اصل صحته ، والظاهر انه لا ينبغي الاشكال فى صحته ، وذلك لما عرفت فى بيع الغاصب لنفسه ، حيث قلنا انه يقع للمالك ويلغى تقيده كونه لنفسه ، والسرفى ذلك ان البيع وان كان تبديلاً طرفى الاضافة ولا بد من ان يكون التبديل بين الطرفين اللذين طرفان للاضافة القائمة على المال والمالك ، إلا انه اذا قصد البائع فيه ما يضر بتحقيقه يلغى ذاك القصد . ويقع مجرد دأعنه ، ولما كان مصحح قصد البيع عن الغاصب موجوداً فى المقام وهو البيع عن المالك . وقد انضم اليه قصد كون البائع هو المالك . ولم يكن لقصد هذا دخلاً فى تحقق المعاملة . بل كانت المعاملة صحيحة بانتقال المبيع عن المالك بازاء نقل عوضه اليه . فلا جرم يكون قصد كونه عن نفسه لغواً فيقع عن المالك من غير فرق بين ان يكون البائع عن نفسه ولياً أو وصياً أو كياً أو عبداً مأذوناً

المقام الثانى فى توقفه على اجارة الولى للمولى عليه أو الوكيل للموكل ، أو العبد المأذون نفسه للمولى ، والحق عدم التوقف على الاجازة لان المفروض وقوع البيع للمالك بعد فرض الغاء كونه للبائع ، والمفروض صدوره عن الولى فى البيع واقعاً ، وحيث انه لا يحتاج الى احراز ولايته على البيع . فلا جرم يقع صحيحاً واقعاً من غير توقف على الاجازة كالصورة الاولى التى كان البيع فيها واقعاً للمالك .

وبالجملة بعد الغاء كون البيع لنفسه البائع يصير حال الصورة

فيما اذا باع عن المالك فظهر كونه المالك -١٩٣-

الثانية كالاولى بعينها كما لا يخفى ، واما ما افاده في الكتاب من ان قصد كونه لنفسه بوجب عدم وقوعه على الوجه المأذون (فمدفوع) بما عرفت آنفاً من انه لا يضر بعد عدم منافاته مع تحقق العقد ، وليس نظير قصد البيع بلائمن . أو البيع عن المالك مع قصد انتقال الثمن الى غيره بأن يخرج العوض عن شخص ويدخل العوض في ملك الآخر . ومع فرض الغائه كما هو مبنى صحته . فلا يبقى موقع للتوقف على الاجازة (وبعبارة اخرى) البيع المقيد بكونه للبائع وان لم يكن مأذوناً لكنه فاسد لا يصح بالاجازة والبيع للمالك يكون صحيحاً . وهو يكون مأذوناً فيه . فلا يحتاج مع الاذن فيه الى الاجازة كما لا يخفى والى ما ذكرنا يشير الى الامر بالتأمل .

الصورة الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكاً وهذا
يتصور على قسمين (الاول) ان يبيع عن المالك ثم يتبين انه هو المالك (الثاني) ان يبيع عن ابيه مثلاً باعتقاد ان اباه هو المالك ثم يتبين انه هو المالك بواسطة موت ابيه وانتقال المال اليه اذا فرض انحصار الوارث به ، كما ان الصورة الرابعة هي ما اذا باع عن نفسه باعتقاد انه لغيره ثم تبين انه لنفسه فاقسام بيع المالك على ثلاث صور ، لانه اما يبيع عن المالك ، أو يبيع عن ابيه مثلاً . او يبيع عن نفسه : والكلام في هذه الاقسام يقع تارة في اصل صحة بيعه ، واخرى في احتياجه الى اجازة البائع . بعد تبين كونه مالكاً على تقدير صحته

اما الاول فلا ينبغي الاشكال في صحة القسم الاول اعني ما اذا باع
عن المالك ثم تبين انه هو المالك ، وذلك لتمشي قصد البيع عنه بسبب قصد البيع عن المالك وانشائه بتبديل طرفي الاضافة بين المالك والمشتري

ويكون عكس بيع الغاصب بعد اشتراكهما فى كون البايع قاصداً فيهما كون البيع للمالك . إلا ان الغاصب يطبق المالك على نفسه بسرقة الاضافة عن المالك وملكية ادعائية ، وفى المقام يطبق البايع المالك على غيره جهلاً منه بانه هو . وبعد فرض عدم دخل هذا التطبيق فى مقومات البيع يلغى . ويحكم بوقوع البيع عن مالكة الواقعى الذى هو نفس البايع فى المقام و غيره فى باب بيع الغاصب .

أما القسمان الاخيران فقد يستشكل فى صحة البيع فيهما ، أما فى القسم الثانى اعنى ما اذا باع عن ابيه ، فلان البايع قصد البيع عن الاب وهو لم يقع لعدم مالكية الاب . ولم يقصد البيع عن نفسه حتى يحكم بوقوعه فما يحكم بوقوعه لم يقصد وما قصد لم يقع ، وأما القسم الثالث اعنى ما اذا باع عن نفسه فلما فيه من التعليق الموجب للبطلان لانه فى معنى قوله ان مات مورثى فقد بعته ، ولانه كالمات فى مباشرة العقد لا اعتقاده ان المبيع لغيره . هذا :

وقد اجاب المصنف قده عن الاول بأن قصد الاب لا يضر فى وقوعه عن نفس البايع بعد تبين كونه مالكاً . لانه انما يقصد كونه عن الاب لا بما هو اب بل بما هو مالك فبالحقيقة لم يقصد البيع إلا عن المالك فيكون كالقسم الاول ، وعن الثانى بان القصد الصورى المنجز كافى فى الصحة . ولو كان القصد الحقيقى معلقاً على انتقال المبيع اليه ، ولا يخفى ما فى الجوابين معاً . أما الاول فلأن البايع لم يقصد البيع إلا عن الاب بشخصه ويكون حيثية كون الاب مالكاً تعليلية لا تقييدية .

وتوضيح ذلك يتوقف على بيان الفرق بين القسم الاول والثانى اولاً ، ثم ايضاح استحالة اخذ المالكية فى القسم الثانى تقييدية ، فنقول الفرق بين القسمين اعنى ما اذا باع عن المالك أو باع عن ابيه هو كالفرق بين اقتداء

فيما لو باع عن مورثه فظهر انه له -١٩٥-

بهذا الحاضر. أو الاقتداء بزید الحاضر في باب الجماعة ، ففي الاول يكون قصد المأموم الى الاقتداء بهذا الشخص الحاضر عمر وأكان أوزيداً ، لكنه يعتقد أنه عمر وفي بيان أنه زید ، وإذا كان زید الذي تبين كونه اماماً عادلاً . تصح صلوته لأجل عدم تقيد قدوته بكونها بعمره . بل انما اقتدى الى الشخص الحاضر . وفي الثاني يقتدى بزید باعتقاد انه هو الامام وإذا تبين انه لا يكون زیداً منطل قدوته لانه لم ينو الاقتداء إلا بزید (هذا) وكذلك الكلام في المقام فانه تارة يقصد البيع عن المالك ، لكنه يعتقد انه ابوه ، وأخرى يقصده عن ابيه ويكون منشأ قصده عنه اعتقاد كونه هو المالك ، فظهر ان اعتقاد مالكية ابيه حيثية تعليلية أي صار العلم بمالكية منشأ القصد للبيع عنه بما هو أب لا بما هو مصداق للمالك ، والسرف في ذلك ان الحيثية التقييدية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية مطلقاً سواء كانت موضوعة لحكم وضعي أو تكليفي . وإذا جعل شخص موضوعاً لحكم وجوبي بالنسبة الى فعل مثلاً هو بنفسه يكون موضوعاً ، وأما العنوان المنطبق عليه مثل العالم مثلاً في مثل زید العالم فانما هو علة لثبوت الحكم لهذا الجزئي . فقول القائل اكرم زید ليس في قوة القول باكرام زید العالم بحيث يكون زید باعتبار حالتي العلم والفسق موضوعاً لحكمين فهو باعتبار علمه يكون موضوعاً لوجوب الاكرام وباعتبار فسقه موضوعاً لحرمة . فيقال بمجيب ، نزاع باب اجتماع الامر والنهي فيه . بل زید هو بنفسه موضوع للحكم . وانما العلم والفسق جهتان تعليليتان لثبوت الحكم له ولذا يكون خارجاً عن باب الاجتماع ولا يجوز اجتماع الحكمين فيه من غير اشكال .

وأما مورد الحيثية التقييدية فهو ما اذا كان الموضوع من العناوين لامن المتشخصات ، كما اذا تعلق الوجوب باكرام العالم والحرمة باكرام

الفاسيق . فاجتمع العنوانان في شيء واحد . فانه (ح) يقع البحث عن جواز الاجتماع وعدمه بالنظر الى ان تعدد العنوان هل هو يوجب تعدد المعنونات لكيلا يسرى الامر الى متعلق النهي وبالعكس . أولاً يوجب بل يكون الشيء الواحد المعنونات بالعنوانين مأموراً به و منهيّاً عنه كما اوضحناه في مسألة الاجتماع وبالجملّة فاله موضوع اذا كان شخصاً يكون هو بنفسه موضوعاً . وانما العنوان المنطبق عليه مأخوذ على نحو التعليلية ولذا لو اذن زيداً بدخول داره باعتقاد انه صديقه يصح لزيدان يدخل ولو علم باه عدوه . اذ لم يقع الاذن على دخول الصديق بل زيد هو المأذون ، وان كان اذنه بالدخول صدر عن الآذن لاجل اعتقاد انه هو صديقه ، ففي المقام ايضاً يكون البائع باع عن الاب بما هو اب لاب عنوان كونه مالكا وان كان يجهل عنه لا اعتقاد كونه مالكا لكن مالكيته لا تكون عنواناً تقييدياً في البيع وهذا الذي ذكرناه على وجه الكبرى الكلية هو مختار المصنف قدّم . وعليه مشيه في غير المقام . ولم يعلم وجه في ذهابه في المقام الى خلافه مع انه احدى صغريات هذا بالنسبة الى الجواب عن الاشكال الاول

واما الجواب الثاني فلم يعلم له محصل اصلاً اذ لا نعرف معنى كون القصد بحسب الواقع معلقاً بحسب الصورة غير معلق ثم دعوى كفاية عدم التعليق في القصد الصوري مع كون القصد الحقيقي معلقاً كل ذلك شيئاً لا يتحصل له معنى ، فهذان الجوابان منه قدّم ليس بشيء . ولكن مع ذلك الاشكال ليس بوارداً ايضاً . وذلك لما فيه من الفساد اما الاول فلما تقدم مراراً من ان قصد ما لا يضر قصده في تحقق البيع لا يكون مضرأبعثته .

وتوضيح ذلك ان البيع كما عرفت مراراً هو عبارة عن التبديل بين المالكين ولا يعتبر فيه قصد شخص خاص يكون هو المضاف اليه . ولذا قلنا بان العوضين هو الركن فيهما عكس النكاح فاسناد البيع الى الاب خارج

فيما لو باع عن مورثه فظهر انه له -١٩٧-

عن مقوماته ولا يضر الغائه في تحققه وقدم سابقاً أن الاخلال بما يكون من مقوماته مثل البيع بالائمن ونحوه مضر بأصل تحققه في عالم الانشاء . وما لا يكون من مقوماته لا يكون الاخلال به مضرأ في صحته والاسناد الى غير المالك لا يكون مضرأ في تحققه بعد ان كان البائع انشاء التبديل بين العالين اي اراد وقوع العوض في مكان المعوض الذي هو البيع ، و بالجملة فالبيع تقوم بالعوضين و ليس اضافتهما الى المالكين معتبرأ في تحققه اذا كان العوضان شخصيين بل ولو كانا كليين ، و انما الحاجة في الكلي الى الاضافة الى ذمة شخصية لاجل عدم اعتبار الكلي إلا بالاضافة الى الذمة كما تقدم ، و لاجل ما ذكرناه من عدم اعتبار الاضافة الى شخص خاص في العوضين الشخصيين يصح البيع لو اشترى من شخص بنحوهم انه زيد فبان كونه عمروأ ، ولا يضر تبين الخلاف في صحته لكون خصوصية المحل غير دخيل في تقومه كما لا يخفى . واما الثاني فبالمنع عن التعليق رأساً بل البائع انما يبيع عن نفسه اما بفرض نفسه مالكا للمشارفة أو نحو اعتبار مالكية الغاصب بالتعليق في بيعه لا واقعاً ولا ظاهراً . فالمتحصل من هذا الامر هو صحة بيع المالك مع الجهل بكونه مالكا سواء باع عن المالك أو عن الاب أو عن نفسه .

المقام الثاني في ان بيع المالك في الصور الثلاث اذا تبين مالكيته هل يحتاج الى اجازته بعد تبين مالكيته مطلقاً أو لا يحتاج مطلقاً . أو يفصل بين ما اذا باع عن المالك ، أو عن ابيه مثلاً . فيقال بازوم الاجازة بعده . وبين ما اذا باع عن نفسه فلا يحتاج الى الاجازة (وجوه) قد يقال بعدم الحاجة الى الاجازة مطلقاً لان الغرض من الاجازة هو تحقق الرضا بالبيع من المالك ، و تصحيح استناد العقد اليه . و المفروض ان الامر ينمأ حاصلان في المقام بنفس صدور العقد عنه حيث انه عقد صدر

منه فيكون مستنداً اليه و كون صدوره عنه برضاه فيكون الرضا ايضاً متحققاً فلا وجه للتوقف (ح) الى اجازته ، و ليست الاجاره امرأ تعبد ياً حتى يقال بلزومها ولو فيما يكون الامر ان اعنى الرضا و استناد العقد الى المالك متحققاً بل المنشأ لاعتبارها فيما تكون معتبراً هو فقد الامرين المذكورين او فقد احدهما كما لا يخفى

و التحقيق ان يقال باختلاف هذه الاقسام في الاحتياج الى الاجازة وعدمه وفيما يحتاج منها الى الاجازة ايضاً بالاختلاف في وضوح الحاجة الى الاجازة وخفائها ، و توضيح ذلك ان بيع المالك مسع جهله بملكه اما يكون عن غيره أو يكون عن نفسه ، وعلى الاول : فاما ان يعين شخصاً خاصاً مثل ما اذا باع عن ابيه مثلاً أو لا يعين شخصاً بل يبيع عن المالك ، اما اذا باع عن شخص خاص ، فتبين كون البائع بنفسه مالكا ، فالاحتياج الى الاجازة اظهر ، اما اصل صحة بيعه . فلما تقدم من ان اسناد البيع الى شخص خاص و اضافته الى معين ليس من مقوماته ، و اذا تبين الخلاف يكون لغو أساقطاً ويصح البيع مجرداً عن تلك الاضافة . واما الحاجة الى الاجازة فلما عرفت سابقاً في الفرق بين بيع المكروه و بين بيع الفضولي بعد اشتراكهما معاً في الاحتياج الى الاجازة ، في ملك الافتقار اليها ، وهو ان بيع الفضولي فاقد للرضا و استناد البيع الى المالك معاً . ولا جل كلنا الجهتين يحتاج الى الاجازة و بيع المكروه فاقد للرضا فقط . و لا جل عدم الرضا محتاج الى الاجازة ، والبيع الصادر عن البائع في المقام باعتقاد ان المبيع ملك للغير . يكون مثل البيع الصادر عن المكروه في كونه فاقداً للرضا وان كان واجداً للاستناد الى المالك فان رضائه ببيع مال ابيه ليس رضاه منه ببيع ماله فالرضا المعاملى مع العلم بكون المبيع ملكاً للغير ليس رضاه بالمعاملة بما يكون

فيما اذا باع عن المالك فظهر كونه المالك - ١٩٩ -
المبيع ملكاً له والمعتبر في صحة المعاملة هو الاخير . فيتوقف على رضا
البائع بما هو مالك الموقوف على الاجازة هذا فيما اذا باع عن شخص خاص
كأبيه مثلاً .

اما اذا باع عن المالك من غير ان يعينه في شخص خاص وان كان
يعتقد مالكية شخص خاص لكنه لا يقصد كون البيع عنه ، فقد نقل في
احتياجه الى الاجازة اقوال ثلاثة (احدها) عدم الحاجة اليها مطلقاً في
اصل الصحة و لا في اللزوم بل يكون كالبيع الصادر عن المالك العالم
بمالكيته (وثانيها) انه كالبيع الصادر عن الفضولي في الاحتياج الى الاجازة
بمعنى انه قبل الاجازة صحيح بالصحة التأهيلية و اذا تعقبه الاجازة يصح
بالفعل في مقابل ما اذا كان فاسداً لا يفيد الاجازة (و ثالثها) انه صحيح
بالصحة الفعلية كالبيع الخيارى فيتوقف لزومه على الاجازة .

ويستدل للاول بأنه بيع صادر عن المالك مع رضا البائع بالنقل
عن المالك من غير تعيين للمالك ، فمن جهة الابهام في المالك تمشي من
البائع طيب النفس بالبيع عن المالك . ولوا نطبق المالك عليه فهو راض
بالبيع عن المالك مطلقاً ولو كان المالك نفسه . فيكون بيعه صادراً عن
المالك مع رضائه به بما هو بيع عن المالك ، فلا يحتاج الى الاجازة لامن
جهة تصحيح الاستناد ولا لاجل الرضا ، اما من جهة الاستناد فواضح . و
اما لاجل الرضا فلثبوت رضا البائع به . ولو كان هو المالك ، فظهر الفرق
بين القسمين فان رضا البائع بالبيع عن مالك خاص كأبيه مثلاً ليس رضائه
به ولو كان هو المالك بخلاف رضائه بالبيع عن المالك المبهم اي مالك كان
فانه رضا بالبيع ولو كان المالك هو نفسه (ولا يخفى ما فيه) من الضعف
وذلك لان الرضا بالعنوان الخاص لا يتحقق إلا بعد العلم بالخصوصية . ولا

يكفى فى تحققه العلم بالجامع مع الغفلة عن الخصوصية ، ومن المعلوم اعتبار الرضا الخاص اعنى رضا المالك بما هو مالك فى صحة البيع .

و توضيح هذه الجملة اما اعتبار رضا المالك بما هو مالك ، فلظهور دليل اعتبار الرضا فيه ، وذلك لان قوله ^{بأنه} لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه من ناحية اضافة المال الى المرء ، وتقييد حله بطيب نفس ذاك المرء الذى اضيف اليه المال ، يستكشف منه ان العبرة فى الحل هو رضا صاحب المال لا مطلق الرضا . واما ان تحقق رضا صاحب المال يتوقف على العلم بكونه صاحبه ، فلأن العنوان الخاص اذا كان مركباً من كلى و خصوصية يتوقف تحققه على العلم بتحقيق كلاً جزئيه ، و ذلك كالعمد بالتكلم فى الصلوة ، فان عنوان العمد اليه يتحقق بالعلم بالتكلم والعلم بكونه فى الصلوة ، فلو تكلم عمداً لكن مع الغفلة عن كونه فى الصلوة . لا يصدق عليه العمد بالتكلم فى الصلوة وان كان يصدق عليه العمد بالتكلم . فالتكلم عمدي لكن التكلم فى الصلوة لا يكون عمدياً (ح) .

و كالاذن بأكل ماله مثلاً ، حيث انه يتوقف على العلم بكونه ماله فلو اذن فى اكله معتقداً بانه لا يكون ماله ، و المأذون يعلم خلافه لا يجوز له الاكل باذنه هذا لانه وان تحقق منه الاذن . لكنه ليس اذنأ لا كل ماله لعدم العلم بكونه ماله ، وهكذا الكلام فى المقام . فان رضا البائع ببيع ماله يتوقف على العلم بكونه ماله ومع الجهل بكونه ماله يكون الصادر منه هو اصل الرضا بالبائع ، لكن لم يتحقق منه الرضا ببيع ماله وما هو المعتبر فى الصحة انما هو رضا المالك بعنوان كونه مالكا ، وهذا متوقف على الانشاء بعد العلم بكونه مالكا فيحتاج الى الاجازة ، ومنه ظهر صحة القول الثانى اعنى الاحتياج الى الاجازة فى الصحة لافى اللزوم .

ثم ان جامع المقاصد (قدہ) استدلل للقول الثانى ، بما حاصله ان
 البايع انشاء النقل المتوقف على الاجازة فلا بد من ان ينوط بالاجازة . و
 يمكن ان يكون مراده (قدہ) تعليق البايع ببيعه على الاجازة حتى يكون
 وقوعه بلا اجازة وقوعاً لما لا يكون مقصوداً ، ويمكن ان يكون مراده
 صرف اعتقاد البايع توقف تحققه على الاجازة لاجل اعتقاد مالكية غيره
 فيكون وقوع البيع (ح) بلا اجازة مخالفاً لما كان يعتقد البايع ، ويرد على
 الاحتمال الاول (اولاً) بان تعليق البيع على الاجازة مناف لمسلكه فى
 باب الاجازة من القول بالكشف . وليت شعرى كيف يتصور القول بالكشف
 مع تعليق مضمون العقد على الاجازة فهل هذا إلا التناقض (وثانياً) بان الحاجة
 الى الاجازة و عدمها ليس امراً قصدياً انشائياً حتى يحتاج اليها عند اناطة
 العقد بها ، ولا يحتاج اليها عند عدم اناطة العقد بها ، بل هى حكم شرعى نشأ
 من نفي عدم جواز التصرف فى اموال الناس الا بموافقتهم . وعدم حل اموالهم
 الا بطيب منهم (وثالثاً) بان التعليق موجب لبطلان البيع للاجماع على بطلان
 العقد بالتعليق (ورابعاً) بانه على فرض صحة التعليق ايضاً التعليق على الاجازة
 تعليق على المجهول لعدم العلم بتحقيق الاجازة فيكون البيع غريباً باطلاً
 لاجل الجهالة .

ويرد على الاحتمال الثانى بان اعتقاد الاحتياج الى الاجازة لا يصير
 منشاء للحاجة اليها ، كما ان اعتقاد عدم عدم الحاجة اليها لا يصير منشاء
 لعدم الحاجة اليها فلو باع ملك الغير عن نفسه جهلاً ثم تبين انه مال غيره ، أو عدواناً
 كما فى بيع الغاصب لاحتياج الى الاجازة قطعاً ، كذلك رؤية الحاجة لا تجعل
 المعاملة محتاجة اليها ، هذا ما يتعلق بكلام جامع المقاصد وقد تبين ما فيه ،
 ولكن فساد الدليل لا يستلزم فساد المدعى فالمدعى اعني الحاجة الى الاجازة حق

كما ذكره وان كان دليله غير مستقيم.

ومما ذكرناه من الحاجة الى الاجازة يظهر بطلان العتق والطلاق لو اعتق عبده أو طلق زوجته معتقاً بأنه عبد غيره أو زوجة غيره ، فتبين انه عبده أو زوجته . وجه البطلان هو عدم جريان الفضولى فى الايقاعات وبطلان ما يتوقف صحته على الاجازة اللاحقة فلا يراد على من جمع بين بطلان العتق والطلاق فى الفرض المذكور وبين صحة البيع موقوفاً على الاجازة (مدفوع) بانه على تقدير القول بتوقف البيع على الاجازة لا محيص عن القول بالبطلان فى العتق والطلاق كما لا يخفى ، نعم لا يصح الالتزام ببطلانها مع القول بصحة البيع بلا احتياج فيه الى الاجازة .

قوله قدّه ثم انه ظهر مما ذكرناه فى وجه التوقف على الاجازة (الخ) قد تقدم ان فى البيع عن المالك مع تبين كون البائع هو المالك بالنسبة الى اناطة بيعه هذا على الاجازة كانت اقوال الثلاثة وهى القول بعدم الحاجة الى الاجازة . والقول بالحاجة اليها نظير احتياج البيع الفضولى الى اجازة المالك والقول بالحاجة اليها فى اللزوم دون الصحة وهذا هو الذى ينقله المصنف من بعض مقاربي عصره ، وتوضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) ان فى قوله عليه السلام لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه احتمالين (احدهما) ان يكون المراد اناطة حل المال بطيب نفس من هو مالكة (وثانيهما) اعتبار طيب من هو مالك المال على انه مالك ، ويترتب على الاول كفاية رضا من هو مالك حين الرضا ولولم يعلم بانه مالك ، ويترتب على الثانى اعتبار رضا من هو مالك مع العلم من الراضى بانه هو المالك ، وهذان الاحتمالان جاريان فى نظام المقام ايضاً . مثل الاذن فى اكل المال مثلاً ، فانه يقال ان دليل اعتبار اذن المالك فى جواز التصرف فى ماله اما يدل على اعتبار اذن من

هو مالك ، أو يدل علم اعتبار الاذن من المالك على انه مالك ، و لازم الاول كفاية اذن المالك حين الاذن و لولم يعلم بكونه مالكا ، بل يأذن في اكل مال الغير لجهله بكونه ماله ، و لازم الثاني اعتبار كون الاذن ممن يعلم بكونه مالكا . و لا يكفي صدوره من المالك الواقعي و لولم يعلم بمالكه ، و حيث ان المستفاد من دليل اعتبار الاذن والرضا هو دخول رضا المالك بما هو مالك في حل التصرف في ماله لا اذنه في مال يراه مال غيره اذ اذنه (ح) صادر عن الاجنبي عن هذا المال باعتقاده ، والمستظهر من الدليل اعتبار رضا مالك المال بعنوان انه مالك لارضا الاجنبي . فبمناسبة الحكم والموضوع اعني ان اطة التصرف في مال الغير على اذن صاحبه يكون المتممين من الدليل هو الاحتمال الاخير ، وعليه فاللازم عدم كفاية رضا البائع حين البيع لكونه رضا من المالك حين الجهل بمالكه بل يعتبر رضائه بعد العلم بمالكه فيحتاج الى الاجازة (ح) .

فالمحصل من هذا الامر دوران الاحتياج الى الاجازة في الصحة و عدمها مدار تعين الاحتمال الاخير أو الاحتمال الاول ، فعلى الاحتمال الاخير يحتاج الى الاجازة ، وعلى الاحتمال الاول لا يحتاج الى الاجازة في اصل الصحة ، فعلى تقدير الحاجة الى الاجازة في الصحة فلا ينتهي الى التمسك بقاعدة لا ضرر في اثبات الخيار وعلى تقدير عدم الحاجة اليها في الصحة بل الالتزام بالصحة مع عدم الاجازة فينتهي الامر الى التمسك في نفي اللزوم بقاعدة لا ضرر ، فظهر ان القول بان اطة اللزوم على الاجازة مبني على الاخذ باحتمال الاول دون الاخير (الامر الثاني) ان دليل لا ضرر لكونه حاكما على ادلة الاحكام الواقعية يكون متكفلا لرفع كل حكم ضرري يلزم من وضعه الضرر وليس له شأن في اثبات وضع حكم يلزم من عدمه الضرر

إذا عرفت هذا علمت انه بناء على ما اخترناه في معنى دليل اعتبار الرضا في الحل، لا ينتهي التوبة الى التمسك بلا ضرر . و بناء على الاحتمال الآخر . فلا بد من ملاحظة انه هل يكون حكم مجعول يلزم منه الضرر حتى يكون دليل نفي الضرر متكفلاً لرفعه أم لا ، فنقول اما براد من التمسك بلا ضرر اثبات الاحتياج الى الاجازة في اصل الصحة بمعنى احراز شرطية الاجازة بقاعدة لا ضرر بتقريب ان يقال يبيع المالك ماله مع الجهل بمالكه بلا اشتراطه الى اجازته بعد تبين مالكيته ضرري فيستكشف منه جعل اشتراط الاجازة لرفع الضرر بجعله ، و اما يراد من التمسك به رفع الصحة بمعنى ان صحة البيع الكذابي بلا اجازة المالك ضرري فيرفع الصحة بلا ضرر بلا نظر الى جعل الاجازة شرطاً في الصحة و اما يراد رفع اللزوم بلا ضرر .

لكن الاولين غير قابلين لان يتمسك لهما بلا ضرر (اما الاول) فلما عرفت من كون دليل نفي الضرر متكفلاً لنفي الحكم الذي يلزم منه الضرر لا لوضع ما يلزم من عدمه الضرر ، و شرطية الاجازة شيء يلزم من عدم جعلها الضرر ولا يثبت وضعها بدليل لا ضرر (و اما الثاني) فلان الصحة ليست حكماً مجعولاً حتى يلزم من وضعها الضرر بل هي امر تنتزع من واجدية الشيء لما يعتبر فيه من الاجزاء و الشرائط فالعقد الصادر عن البائع الجاهل بمالكه لو كان واجداً لما يعتبر فيه من الاجزاء و الشرائط يكون لا محالة صحيحاً لا يعقل رفع صحته حتى يتكفل دليل نفي الضرر لرفعه و لو لم يكن واجداً لما يعتبر فيه بناء على شرطية الرضا من المالك على انه مالك فليس بصحيح حتى يلزم من صحته الضرر ، لكي يحتاج في رفع صحته الى دليل نفي الضرر ، فيبقى ما يمكن التمسك في رفعه بدليل نفي

الضرر هو اللزوم لو انتهى الامر الى التمسك به . فيكون حال المقام على تقدير صحة التمسك بقاعدة لا ضرر حال الغبن بعينه ، فكما ان المرفوع بالضرر فى الغبن هو اللزوم فكذلك فى المقام .

ومنه يظهر صحة ما ذهب اليه بعض معاصرى المصنف (قده) و من يقرب عصره من التمسك بلا ضرر على نفي اللزوم . حيث ان التمسك به على تقدير انتهاء الامر الى التمسك به لا يصح الا على نفي اللزوم ، لكن الشأن فى انتهاء الامر الى التمسك به كما اوضحناه .

وعلى هذا فلا يرد عليه ما اورد المصنف (قده) بقوله الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لامر راجع الى العوض والمعوض . و انما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه (النخ) وحاصله ابداء الفرق بين ما اذا كان الضرر مترتباً لامر يرجع الى العوض والمعوض مثل الغبن ونحوه ، وبين ما اذا كان مترتباً لامر يرجع الى المالكين ككون البيع عن غير البائع بتخييل انه هو المالك ، فالضرر فى الاول موجب لرفع اللزوم و ثبوت الخيار بخلاف الثانى ، لانه موجب لرفع الصحة ، ولعل وجه التفرقة دعوى كون ترتب الضرر لامر يرجع الى العوضين ، لا يوجب انعدام شئى فى العقد من اجزائه وشروطه فاذا كان العقد تاماً (مع الضرر الراجع الى العوضين) من حيث الاجزاء والشروط فلا جرم يوجب الضرر رفع لزومه و اما الضرر المترتب لامر راجع الى المالكين . فهو يرجع الى نقصان فى العقد وينهدم تماميته فيوجب رفع صحته . هذا :

ولا يخطئ ما فيه لعدم تمامية ما افاده (قده) من الضابط على وجه الكلية ، اذ بما يرجع الضرر الى العوضين مع انعدام فى اركان العقد ، كما اذا كان الضرر للجهل بالعوض ، فانه موجب للضرر فلولم يكن دليل على

بطلان البيع الفردي لكان اللازم من دليل نفي الضرر هو البطلان. مع كون الضرر راجعاً الى العوضين ، وذلك لاشتراط العلم بالعوضين مع قطع النظر عن الفرر ، وربما يرجع الى المالكين . ولا يوجب انصدام العقد في اركانه وشرائطه كما اذا قلنا بكون المعتبر في الرضا على المعاملة . هو رضا المالك ببيع الوارد على ما هو ماله ولولم يعلم انه ماله بناءً على احد الاحتمالين المتقدمين . فان العقد على هذا الاحتمال تام من حيث الاركان : ومع ذلك يكون الضرر راجعاً الى احد المالكين ، وليس ارجاع الضرر الى المالكين مستلزماً لفقد كمال الصحة دائماً حتى يقال بكونه موجباً للرفع الصحة فهذه التفرقة لا يرجع الى محصل .

فان قلت بناءً على ما هو التحقيق في باب السببية من انها منتزعة لا مجعولة كما تحقق في الاصول ، الملكية في البيع مثلاً . حكم وضعي شرعي مجعول عند تحقق اسبابها من الايجاب والقبول الواجبين لما يعتبر فيهما فنكون قابلة للرفع عند طر والضرر ، وليس ما يمكن رفعه (ح) منحصرأ باللزم فيتم ما افاده المصنف من احراز اناطة الصحة بالاجازة بدليل نفي الضرر

قلت الملكية المجعولة ايضاً ليست قابلة للرفع مالم ينته الى جعل الاجازة شرطاً حتى يكون رفعها لاجل عدم تمامية اركان العقد ، وإلا فمع عدم دخل الاجازة في اسباب الملكية وشروطها المقتضى لجعل الملكية تام بوجود ولولم تتحقق الاجازة اصلاً فلا معنى لرفعها بل ليس رفعها (ح) مع فرض جعلها الاخلفاً كما لا يخفى .

والحاصل انه مع فرض انتهاء النوبة الى التمسك بدليل نفي الضرر ينحصر صحة الاستدلال به على نفي اللزوم كما اوضحناه ، فتحصل

ان الاقوى فى بيع البايع عن المالك بعدتين مالكيته هو الاحتياج الى الاجازة فى اصل الصحة لاعتبار رضا المالك فى المعاملة بعنوان انه مالك و مع الغض عن ذلك و البناء على كفاية رضا المالك ببيع ما هو ماله و لو لم يكن رضا منه بعنوان انه مالك . فالمتعين هو الاحتياج الى الاجازة فى اللزوم ، واما القول بعدم الحاجة الى الاجازة اصلاً لافى الصحة ولا فى اللزوم فليس له وجه اصلاً هذا تمام الكلام فيما لو باع عن المالك فتبين انه هو المالك لا غيره .

قوله (قده) الرابعة ان يبيع لنفسه (الخ) هذا هو الصورة الثالثة من الصور الثلاث المتقدمة فى بيع المالك جهلاً ، والكلام فى هذه الصورة ايضاً يجرى فى مقامين (احدهما) فى اصل الصحة (والثانى) فى الوقوف على الاجازة . اما الاول : فلا ينبغي التأمل فى الصحة هاهنا بعد ما قويناهما فى الصورة المتقدمة بل الصحة فى تلك الصورة اولى من الصورة الاولى و الثانية فان البايع فى صورتين الاولين يبيع عن الغير و كانت الصحة فيهما محتاجة الى الغاء اضافة البيع الى الغير . و فى هذه الصورة يكون البيع مستنداً اليه نفسه من غير حاجة الى ارتكاب تمحل اسقاط الاضافة الى الغير اصلاً .

واما المقام الثانى ففى الاحتياج الى الاجازة مطلقاً ، أو عدمه كذلك . أو التفصيل بين ما اذا كان البايع مسلطاً على المبيع نظير تسلط الغاصب عليه اذا باع مال المصوب ، وبين ما اذا لم يكن مسلطاً عليه بل يعتقد ان المبيع ليس عنده (وجوه) صدر العبارة يشير الى الاول و هو قوله قده والوقوف على الاجازة بمثل ما مر فى الثالثة وذيلها ناظر الى الوجه الثانى وهو قوله وفى عدم الوقوف هنا وجه (الخ) .

والا قوى هو الاول ووجهه ان رضا المالك ببيع ماله عن نفسه مع اعتقاد انه ليس له ليس كرضائه فى بيعه عن نفسه عالماً بكون المبيع له ، اذ كثيراً ما يتسامح فى البيع عن نفسه اذا لم يكن المبيع له بما لا يتسامح فيما يعلم انه ماله كما يرى من الغاصبين . حيث انهم يرضون ببيع ما بايدىهم من الاموال المغصوبة بانقص من ائمانها نقصاً فاحشاً ، و المعتبر فى صحة البيع هو رضائه ببيع ماله رضا ناشياً عن المالك العالم بمالكيته ، ولا يكفيه رضائه ببيعه منه مع اعتقاد عدم مالكيته (و بعبارة اخرى) المتحصل من دليل اعتبار الرضا امر ان : رضا المالك بيع ماله ، و كون رضائه به على نحو لا يتمشى إلا من المالك العالم بمالكيته الراضى ببيع ماله عن نفسه و هذا المعنى غير متحقق و ان كان الرضا ببيع ماله عنه متحققاً .

ووجه الثانى هو بطلان الوجه الاول حيث ان المعتبر من الدليل ليس ازيد من رضا المالك ببيع ماله بعنوان انه مالك ، واما مسئلة تسامحه فى البيع لو اعتقد عدم مالكيته أو مما كسته فيه عند العلم بمالكيته فخرج عن باب الرضا ، وليس لدليل اعتبار الرضا دلالة على اعتبار الرضا المقيد بكونه من المالك المعتقد لمالكيته اذا كان الرضا منه بعنوان انه المالك (فح) بنفذيته هذا من غير توقفه على الاجازة مطلقاً ، سواء كان مع تسلطه على المبيع نحو تسلط الغاصب أم لا .

ووجه التفصيل : اما وجه عدم الحاجة الى الاجازة فيما اذا لم يكن مسلطاً على المبيع . فانه (ح) يبيع لكى يشتره عن مالكه فيسلمه الى مشتريه فيكون هلاك تمشى البيع عنه ماعدى سرقة الاضافة المالكية فيكون وزان بيعه هذا مع اعتقاده لعدم مالكيته وزان بيع من يعتقد . ويعلم بان ماله

فيراعى فى بيعه جميع ما يرايه المالك العالم بملكه فى بيعه فرضاه ببيعته
 هذا رضاه المالك على التصرف فى ماله بعنوان انه مالك ، واما وجه الحاجة
 الى الاجازة فيما اذا كان المبيع عنده مسلطاً عليه و يرى نفسه مسلطاً على
 المبيع نحو تسلط الغاصب ، فلأن من لا يرى نفسه مالكاً يتسامح فى بيع ما
 عنده من مال الغير بما لا يتسامح فيه لو كان يرى نفسه مالكاً . فطيب النفس
 بالبيع عن نفسه بالنسبة الى مبيع يراه لغيره : لا يكفى عن طيب النفس فى
 تصرفه فى ماله الذى يراه ماله هذا ، و لا يخفى ان اقوى الوجوه هو الاول
 وذلك لما بين من ان المستكشف من دليل اعتبار رضا المالك فى التصرف
 فى ماله ، اعنى (لا يحد مال امرء الا بطيب نفسه) اما بنفس ظهوره أو بمناسبة
 الحكم والموضوع ، هو اعتبار رضا المالك على انه مالك بالتصرف فى
 ماله و رضا من لا يعلم بمالكته . وان كان رضا من المالك
 لكنه ليس رضا منه على انه مالك . بل رضا منه بما هو بايع ، ولا يكفى رضا
 مالم يصدق عليه انه رضا المالك ، والسرفى ذلك ان الرضا امر وجدانى
 وصدوره عن المالك بعنوان انه مالك يتوقف على علمه بكونه مالكاً . ولا
 يكفى صدوره عن شخص مالك واقعى و هو لا يدرك بكونه مالكاً ، و
 بالجملة فالاقوى عدم الفرق . بين مالو باع عن المالك ، وبين مالو باع عن
 نفسه . فعلى تقدير الحاجة الى الاجازة فيما لو باع عن المالك يحتاج اليها
 فيما لو باع عن نفسه بعين ذاك المالك . فالتفصيل بينهما لا وجه له .

قوله (فده) ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة
 على القول بصحة عقد الفضولى (الخ) اعلم ان العقد المكروه والعقد
 الفضولى كلاهما مشتركان فى الاحتياج الى الاجازة . وفى البطلان مع عدم

الاجازة ، لكن يقتربان في ملاك الحكم بالبطلان مع عدم الاجازة ، فالعقد المكره يبطل . لمكان اكراه المالك على العقد بواسطة دليل رفع الاثر بالاكراه و حكومة دليله على الادلة الاولى فلولا دليل رفع الاكراه لكان مقتضى ادلة البيع هو صحة بيع المكره ولزومه لكونه بيعاً صادراً عن المالك بآرادته غاية الامر كانت ارادته اكرهياً اي متحققة من توعيد المكره على الترك ، فلولا تخصيص تلك العمومات بدليل الاكراه لكان اللازم هو الحكم بصحة بيع المكره ولزومه ، وهذا بخلاف بيع الفضولي فانه لولا الاجازة لا يكون بيعاً للمالك ولا مرتبطاً به . ولا يكون مشمولاً لخطاب من الخطابات الواردة في البيع ، ولا مندرجاً تحت دليل دال على صحته أو لزومه و بعد الاجازة يصير مندرجاً تحت الادلة العامة لوقلنا بكون صحته على طبق القاعدة . أو تدل الادلة الخاصة على صحته لوقلنا بكون صحته على خلاف القاعدة على الاحتمالين المتقدمين في صدر البحث عن الفضولي ، وكيف كان ففرق بين بين عقد المكره وبين عقد الفضولي ، فالقول بالبطلان في العقد الفضولي لا يستلزم القول به في العقد المكره .

إذا تبين ذلك ، فنقول : ما نحن فيه اعني بيع المالك مع جهله بمالكه ، نظير بيع المكره في كونه بيعاً صادراً عن المالك مع ارادته ورضاه فلولا ما استظهرناه من دليل اعتبار الرضا من كون المعتبر رضا المالك بما هو مالك لكان مقتضى الادلة العامة هو صحة بيعه ولزومه بلا حاجة الى اجازته ولكن كان المستظهر من الدليل اعتبار رضاه على انه مالك ، واما بطلانه فلا وجه له فهذا البيع صحيح ولوقلنا ببطلان الفضولي .

قوله قد انزلنا في بطلانه بما تقدم (الخ) منشأ الحكم

بالبطلان في المقام اذا كان دليل بطلان الفضولي حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير ، مع انه ليس في المقام تصرف في مال الغير بل انما هو تصرف في مال نفسه ، غاية الامر لمكان الجهل بكونه مالكا يدخل في التجري ، هو دعوى كون العقل مستقلاً في الحكم بقبح التصرف في مال الغير في صورة العلم أو الظن بكونه مال الغير أو الشك فيه بملاك واحد ، نظير حكمه بقبح الكذب الحاكم فيه بقبح اسناد ما لم يعلم مستنده الى الغير ، سواء كان مطابقاً مع الواقع و هو لا يعلم به أولاً ، و منه حكمه بقبح التشريع ، و اما لو كان العقل ذا حكمين حكم بقبح التصرف في مال الغير الواقعي بملاك انه ظلم و حكم بقبح التصرف فيما لا يعلم بانه مال بملاك وجوب التحذر عن الوقوع في التعدى الى الغير فيختلف ملاك حكمه على الواقع مع ملاك حكمه عند الشك والظن والعلم بالخلاف فيكون حكمه في مورد عدم المطابقة مع الواقع واقعاً نفسياً وفي صورة القطع بالخلاف طريقاً من باب حكمه بقبح التجري فلا يلزم من الحكم ببطلان الفضولي لكونه تصرفاً في مال الغير واقعاً الحكم ببطلان بيع مال المالك نفسه مع الجهل بكونه مالكا تجريباً ، فان قبح التجري طريق لا يستلزم الحرمة النفسية التي تستتبع الفساد ، ولعل الاقرب في المقام هو الاخير ، فعليه فالأقوى صحة البيع في المقام ، ولو قلنا في الفضولي بالبطلان حتى من ناحية حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير كما لا يخفى .

قوله (قده) الاول يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط

المعتبرة (الخ) اعلم ان الشروط المعتبرة في البيع على انحاء (فمنها) ما يعتبر في الصيغة من العربية والماضوية ونحوهما مما تقدم تنقيح الكلام فيه (ومنها) ما يعتبر في تأثير العقد بعد تماميته من القدرة على التسليم وكون المشتري مسلماً اذا كان المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً و نحوهما (ومنها) ما يعتبر

-٢١٢- فى انه يشترط فى الفضولى ان يكون جامعاً للشروط

فى العوضين من المعلوماتية و نحوها ، لا ينبغي الاشكال فى اعتبار ما كان من الشرائط شرطاً للصيغة ، اذالكلام فى الفضولى جار فى العقد الذى جامع لجميع مايعتبر فيه من الشرائط عدى صدوره عن المالك ، أو المأذون منه وامام فقده لمايعتبر فيه من الشرائط ، مثل ما اذا لم يكن عربياً ، بناء على اعتبار العربية فى العقود فليس مورد البحث عن صحته بسبب الاجازة ، اذ هو على تقدير صدوره عن المالك يكون ايضاً محكوماً بالبطلان ، وبالجمله مورد البحث عن الفضولى هو العقد الذى لو كان صادراً عن المالك ، أو المأذون فيه لكان صحيحاً ، اما لو كان مع فرض صدوره عنه ، أو عن المأذون عنه لكان باطلاً ، فهو خارج عن محل الكلام وهذا ظاهر جداً ، كما انه لا ينبغي الاشكال فى عدم اعتبار ما كان من الشرائط شرطاً لتأثير العقد مثل القدرة على التسليم فان القدرة شرط فى وقت التسليم ولو كان وقت البيع عاجزاً عن التسليم و صار وقت التسليم قادراً عليه ، يكون كافياً فى الصحة ، كما ان المعتبر فى بيع المصحف والعبد المسلم اسلام المشتري وقت التسليم .

وانما الكلام فى شرائط العوضين أو المتعاقدين ، فهل يعتبر تحققها حال العقد او حال الاجازة ، وعلى الاول فهل يعتبر بقائها الى زمان الاجازة او يكتفى بتحققها حال العقد ولولم تبق الى حال الاجازة (وبعبارة اخرى) الشرائط المعتبرة اما راجعة الى مرحلة الانشاء بالصيغة أو الى مرحلة التسليم والتسلم وهاتان خارجتان عن محل الكلام وذلك لاعتبار الاول وعدم اعتبار الثانى فى العاقد الفضولى قطعاً : و اما راجعة الى مرحلة المعاملة فيكون شرطاً للمعاملة بماهى معاملة : وذلك مثل ما يعتبر فى المتعاقدين والعوضين وهى محل الكلام فى المقام فى انه

هل هي معتبرة في المتعاقدين مطلقاً . أولاً يعتبر مطلقاً أو يفصل بين الاصيل وبين الفضولي بالقول بالاعتبار في الاول دون الاخير ، ثم على تقدير اعتبارها في الفضولي ، فهل يعتبر تحققها في المجيز ايضاً أم لا ، وعلى تقدير اعتبارها في المجيز ، فهل يعتبر استمرارها في المجيز من حين العقد الى زمان الاجازة ، أو يعتبر وجودها حال العقد والاجازة معاً وان لم تكن متحققاً بينهما أو يكفي وجودها حال الاجازة وان لم تكن متحققاً من حين العقد الى زمان الاجازة وجوه واحتمالات ...

ربما يقال بأن العبرة على تحققها حال العقد ، وذلك لان وزان الاجازة اللاحقة وزان الاذن السابق . فكما لا يعتبر اجتماع شرائط المتعاقدين والعوضين حال الاذن السابق ، ولا عبرة بتحقيقها في حال الاذن السابق ان لم تكن متحققة حال العقد فكذلك الاجازة اللاحقة ، اذ هي ايضاً اذن إلا انها اذن لاحق ، والتفاوت بينها وبين الاذن السابق بالسبق و اللحق ، فلا بد من تحقق شرائط صحة العقد من شرائط العوضين والمتعاقدين حين البيع .

لا يقال لاعتبار الشرائط من طرف الاصيل عند البيع وجه . حيث انه ملزم بالوفاء بالعقد من حين البيع بناء على الكشف على ما احتمله المصنف في الكتاب . وجعله ثمرة بين القول بالكشف و النقل أو مطلقاً حتى على القول بالنقل بناء ما قويناه سابقاً من وجوب الوفاء على الاصيل حتى على النقل ، و اما اعتبارها من ناحية الفضولي فلا وجه له فانه ليس إلا كالوكيل ، ولا يعتبر علم الوكيل بالعوضين ولا اجتماع شرائط المتعاقدين فيه بعد فرض اتصافه بصحة الانشاء بان كان بالغاً عاقلاً فيصح بيعه ولو كان

مكرهاً على الوكالة بعد فرض تحقق البيع منه اذا كان المالك راضياً بالبيع لانه يقال كون الفضولي كالوكيل وان كان مسلماً إلا انه ليس كالوكيل في اجراء الصيغة فقط الذي هو نايب عن البائع في اجراء الصيغة بل هو كالوكيل المفوض في مثل باب المضاربة ، ويعتبر فيه ما يعتبر في العاقد من الشرائط ، كما ان الوكيل المفوض ايضاً كذلك ، والدليل على كون الفضولي كالوكيل المفوض ، هو قيام المعاملة به و كونه مصدراً لها ، و انما الاجازة مصححة لاستناد المعاملة الصادرة عن الفضولي الى المالك ، فلا بد من واجدية الفضول للشرائط المعتبرة في المعاملة بما هي معاملة كما تشترط في ناحية الاصيل ، هذا بالنسبة الى الفضول ، و اما بالنسبة الى المالك المجيز فهل يعتبر تحققها فيه أم لا (وجهان) من ان الاجازة مصححة لاستناد المعاملة الى المجيز ، و هذه الشرائط شرائط لما يستند الى المالك بالاجازة وهي المعاملة لانها شرائط لاستناد المعاملة اليه ، فلا يعتبر في الاجازة ما يعتبر في المعاملة بما هي معاملة ، و من ان الاجازة وان لم تكن موجبة إلا لاستناد المعاملة الى المالك . إلا ان المالك بسبب الاجازة يصير طرفاً للعقد ، فكانه يصير عاقداً فيعتبر فيه (ح) ما يعتبر في المتعاقدين

و يؤيده مناسبة الحكم والموضوع بالنسبة الى بعض تلك الشرائط فان اعتبار معلومية العوضين مثلاً انما هو لاجل رفع الخطر في المعاملة الراجع الى المالك . فانه هو الذي يقع في الخطر من ناحية الجهالة ، فالمناسب في اعتبار المعلومية انما هو اعتبار علم المالك الذي ينشأ من جهله الخطر ، وعلى هذا فيمكن ان يفصل في الشرائط بين ما اذا كان كذلك كالمعلومية فيقال فيها باعتبارها في المجيز ، وبين ما لم يكن كذلك

فيقال فيها بعدم الاعتبار .

لكن الكلام الكلي هو القول بالاعتبار مطلقاً ، سواء كان مما تقتضي المناسبة بين الحكم والموضوع اعتبارها أم لا ، وذلك لان العقد وان كان قائماً بالمتعاقدين الفضول والطرف الاصيل ، لكن المعاملة قائمة بـ الفضول والمالك المجيز معاً من طرف والطرف الاصيل من طرف آخر ، لتوقف تحققها على اجازة المالك . ومع قيام المعاملة بهما معا يعتبر اجتماع الشرائط فيهما فيعتبر تحقق الشرائط في المجيز بعين ملاك تحققها في الفضول . لكن اللازم من ذلك اعتبار الشرائط في المالك المجيز حين الاجازة : واما اعتبارها حين العقد أو استمرارها من حين العقد الى حين الاجازة فليس عليه دليل اصلاً .

و مما ذكرناه ظهر الفرق بين الفضولي في المقام وبين الوكيل المفوض في باب المضاربة ، حيث ان المعتبر في الوكيل المفوض هو واجديته للشرائط دون المالك بخلاف المقام ، فانه يعتبر جامعية العاقد الفضولي والمالك المجيز للشرائط المعتبرة في المتعاقدين معاً ، ووجه الفرق هو قيام المعاملة بالمالك المجيز في المقام كقيامها على الفضول بخلاف باب المضاربة فان المعاملة فيه قائمة بالوكيل ولا استناد لها الى المالك اصلاً .

قوله (قده) الثاني هل يشترط في المجاز كونه معلوماً (الخ)

الكلام تارة يقع في اشتراط العلم بوجود العقد الفضولي . فيقال هل يشترط في المجاز ان يكون معلوم الوجود ام تصح الاجازة معلقة على وجوده ، واخرى يقع في اشتراط معلومية نوعه فيقال هل يشترط في المجاز ان يعلم بكونه بيعاً أو صلحاً أو اجارة ونحوها أم يكفي اجازة ما علم اجمالاً بصدوره عن الفضول ولولم يعلم المجيز بكونه بيع دابته أو اجارة داره أو صلح عقاره .

أما المقام الأول فربما يقال بلزوم العلم بوجود المجاز ، وإلا يلزم التعليق في الاجازة وهي لمكان كونها ايقاعاً غير قابلة للتعليق ، وان قلنا بصحة التعليق في العقود ولا يحتاج في اثبات لزوم العلم به الى تحمل كون الاجازة عقداً بما في الكتاب من كونها احد ركني العقد بحسب الحقيقة لان المعاهدة الحقيقية تحصل بين المالكين بعد الاجازة ، لانه وان كان صحيحاً إلا انه تطويل لا حاجة اليه . اذ يكفي في اثبات المدعى بالقول بكون الاجازة ايقاعاً لا يقع فيها التعليق هذا .

ولكن التحقيق هو عدم اعتبار العلم بوجود المجاز ، ويصح مع الجهل بوجوده . ولومع عدم صحة التعليق في العقد فضلاً عن الايقاع ، وذلك لان المضر من التعليق هو التعليق على امر زائد عما يقتضيه نفس ذاك العقد أو الايقاع .

وتوضح ذلك ان طلاق الزوجة وعتق العبد ونحوهما من الايقاعات ويبيع المالك ماله ونحوه من العقود معلق على زوجية الزوجة ورقية العبد وكون المال مالاً للمالك نحو تعليق كل حكم على موضوعه فهذا المقدار من التعليق ممالا محيى عنه في العقود و الايقاعات ، وانما الكلام فيما زاد منه من التعليق على مالا يقتضيه ذاك الايقاع أو العقد فمثل تعليق الزوج والمالك طلاق الزوجة على زوجيتها وعتق العبد على رقيته ، خارج عن محل البحث في التعليق ، وان شئت فقل لا تعليق فيهما . وان شئت فقل ان هذا التعليق لا يكون مضراً ، ومرجع العبارتين الى شئ واحد . وما نحن فيه من هذا القبيل ، لكونه تعليقاً للاجازة على وجود العقد الذي يتعلق به الاجازة نظير تعليق البيع على ملك المبيع و الطلاق على زوجية الزوجة واما المقام الثاني فالحق فيه اعتبار معلومية المجاز بعينه على

تقدير وجوده ولا يصح اجازة المبهم ، وذلك للمعرفانه لا يختص بالبيع وان
 ورد النهي عنه في البيع بالخصوص ايضاً ، لكن النهي عنه ليس مختصاً بالبيع
 بل ورد النهي عنه بقول مطلق (فان قلت) الاجازة اللاحقة انما هي اذن لاحق
 فتكون كالتوكيل السابق . فكما انه يصح التوكيل مع عدم تعيين متعلق
 الوكالة كالتوكيل بقول مطلق فيما يراه الوكيل مصلحة من البيع والشراء
 ونحوهما ، فلتكن الاجازة اللاحقة الواردة على الامر المبهم ايضاً صحيحة .
 قلت وزان الاجازة الواردة على الامر المبهم مثل اجازة ما صدر
 من الفضولي الذي لا يعلم بكونه بيعاً او غيره وزان التوكيل في احدا الامرين
 المرد دين البيع وغيره لانظير التوكيل المطلق في جميع اموره ، ولا
 اشكال في بطلان الوكالة ايضاً اذا كانت متعلقة بالمبهم وانما الصحيح منها
 هو الوكالة المطلقة ، ولا يتصور نظيرها في الاجازة لتعلقها الى المعاملة
 الشخصية الخارجية التي لا يتحمل إلا احدهما من البيع و نحوه ، اللهم
 إلا ان يفرض وقوع معاملات عن الفضولي من البيع و الصلح فاجاز المالك
 جميعها باجازة واحدة فانها تصح لكنه خارج عن محل الفرض كما
 لا يخفى .

قوله قده الثالث المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير
 (المنح) لا يخفى ان هذا الامراه الامور الواقعة في بيع الفضولي . بل يمكن
 القول بكونه من اشكل مباحث هذا الكتاب ، واعلم ان العقود المتعددة
 الواقعة على مال الغير ، اما لا تكون مترتبة إلا بحسب الزمان ، و اما ان
 تكون مترتبة طولية ، فالكلام يقع في مقامين (الاول) فيما اذا لم تكن
 العقود مترتبة إلا بحسب زمان ، كما اذا باع الفضولي عبد المالك من زيد ثم
 باعه ذلك الباع او شخص آخر سوى زيد للمشتري من الاول من عمره ثم
 باعه من بكر . وهكذا . فلا يخلو اما ان يجيز المالك بيع الاول أو الوسط

أو الآخر ، فان اجاز الاول فينتقل العبد الى زيد المشتري الاول من حين العقد الاول على الكشف . و من حين اجازة المالك للعقد الاول على النقل فالبيع المتعددة المتأخرة عن البيع الاول واقعة على ملك زيد المشتري فى البيع الاول على الكشف لوقوعها بين الاجازة و بين البيع الاول . و المفروض انتقال المبيع اليه من حين العقد الاول وعلى النقل يكون زمان انتقال المبيع الى المشتري الاول من حين اجازة المالك ، فيكون العقود المتأخرة واقعة على ملك المالك لا المشتري الاول (فح) تبطل تلك العقود المتأخرة عن العقد الاول الذى تعلق به الاجازة لان اجازة العقد الاول . مثل العقد الصادر عن المالك بعد بيع الفضولى رد لبقية العقود ، وليس لمشتري الاول اجازة بقية العقود بعد اجازة المالك بيعه لعدم وقوع تلك العقود على ملكه هذا اذا اجاز المالك العقد الاول فان اجاز العقد الثانى . فالكلام بالنسبة الى العقد الثالث هو الكلام المتقدم ، فيكون العقد الثالث واقعاً على ملك المشتري الثانى على الكشف ، وعلى ملك المالك على النقل ، فيبطل باجازه العقد الثانى التى هى كالبيع من المشتري الثانى تكون رداً للعقد الثالث .

و بالنسبة الى العقد الاول فالعقد الاول واقع على ملك المالك مطلقاً قلنا فى الاجازة الواقعة على العقد الثانى بالكشف أو بالنقل لان مقتضى كشفها هو وقوع العقد الثانى من حينه ولازم القول بالنقل فيها وقوع اثر العقد الثانى من حين الاجازة ، وكيف كان يكون زمان وقوع العقد الاول خارجاً عن زمان ملك المشتري الثانى حتى على الكشف فان كان المشتري الثانى اجاز البيع الاول يدخل فى مسئلة من باع شيئاً ثم ملك حيث ان اجازة البيع قبل املك تكون كالبيع قبله ، فمن اجاز بيعاً على

ملك ثم تملك ذاك المبيع يكون كمن باعه ثم ملكه فيكون حكمه حكمه
، هذا بناء على الكشف و اما بناء على النقل فيبطل العقد السابق على
المجاز لكونه واقعاً على ملك المالك فيكون اجازته للعقد الثاني ردأله
كما انه رد لكل عقد متأخر عنه .

اقول هكذا افيد وهو لا يخلو عن شيئي والاحسن ان يقال اذا كانت
العقود مترتبة بحسب الزمان فقط و اجاز المالك بعضاً منها فاجازة المجاز
منها لا يستلزم اجازة المتأخر منه كما في اجازة العقد الواقع على الثمن
في العقود المترتبة حيث انها مستلزمة لصحة العقود المتأخرة عنه ولا يتوقف
على اجازة المتقدم منه كما في اجازة العقد الواقع على الثمن في العقود
المترتبة حيث انها متوقفة على اجازة العقود المتقدمة عليه بل اجازة المجاز
من تلك العقود موجبة لبطلان المتقدم و المتأخر عنه من حيث قابليته
لتعلق اجازة المالك به فلا يؤثر فيه اجازة المالك هذا بالنسبة الى اجازة
المالك .

و اما بالنسبة الى المشتري الذي اشترى المبيع بالعقد المجاز
من المالك اذا اجاز العقود المتأخرة عن عقده أو المتقدمة عنه فلا يخلو
اما يكون اجازة بالنسبة الى العقود المتأخرة و المتقدمة بمد صدور اجازة
عقده عن المالك ، أو تكون اجازته قبل اجازة المالك فهنا صور (الاولى)
ان يجيز المشتري عقود المتأخرة عن عقده بعد اجازة المالك لعقده . بان
تكون العقود المتأخرة عن عقده متوسطة بين عقده و بين اجازته عقده ،
والحكم في هذه الصورة هو تأثير اجازته للعقود المتأخرة عن عقده بناء
على الكشف فان تلك العقود واقعة على ملكه واجازته لها أيضاً واقعة
بعد صيرورته مالكا للمبيع باجازة المالك ، فيصح منه الاجازة للعقود

المتأخرة عن عقده المفروض وقوعها على ملكه من غير اشكال و اما بناءً على النقل فتدخل في مسألة من باع ثم ملك ، حيث انها كانت واقعة على ملك المالك . لكون الانتقال الى هذا المشتري من حين اجازة المالك و كون تلك العقود متقدمة على اجازة المالك . فلا موقع معه لاجازة المشتري ايها ، ضرورة انها اجازة على العقد الواقع على ملك الغير ، اذا قلنا في بيع مالىس عنده بالبطلان . لاعتبار الملكية حين العقد ، و اما بناءً على صحة بيع مالىس عنده . وعدم اعتبار الملكية البايع حين العقد فتصح اجازته للعقود المتأخرة عن عقده الواقعة على المبيع . و لو كانت واقعة على ملك غيره و هو المالك .

الصورة الثانية أن يجيز المشتري تلك العقود المتأخرة عن عقده قبل اجازة المالك . و حكم هذه الصورة هو بطلان الاجازة على النقل من غير اشكال ، و اما على الكشف . فيدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملك ، فان قلنا باعتبار صدور الاجازة عن المالك حين الاجازة فتبطل اجازته (أى المشتري) للعقود المتأخرة عن عقده قبل اجازة المالك لعقده لتوقف ملكيته على اجازة المالك ولو على الكشف ، اللهم إلا ان يقال في الكشف بالامارية المحضة من غير توقف على الاجازة اصلاً اذ (ح) يكون المشتري مالكا حين الاجازة ولو لم يعلم بملكه ، فيدخل (ح) في مسألة من باع جهلاً بكونه مالكا ثم علم بملكه ، و ان قلنا بعدم اعتبار الملكية في المجيز فله اجازة العقود المتأخرة عن عقده قبل اجازة المالك لعقده لانها واقعة على ملكه ، والمفروض عدم اعتبار الملكية في حال الاجازة بل تصح منه الاجازة اذا صار مالكا بعدها ، نظير من باع ثم ملك على تقدير القول بصحته .

الصورة الثالثة ان يجيز العقد المتقدمة على عقده به - د اجازة المالك لعقده ، فان قلنا بعدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد الذي يجيزه فتصح اجازته لانه وان لم يكن مالكا حين العقد ، لكنه مالك حين الاجازة ولا فرق في ذلك بين الكشف والنقل ، وان قلنا باعتبار كون المجيز هو المالك حين العقد فلا يصح اجازته سواء قلنا بالكشف أو النقل ، لانه على الكشف يملك من حين العقد الذي اجازته المالك والعقود المتقدمة على هذا العقد واقعة على ملك المالك (ح) .

الصورة الرابعة ان تكون اجازته للعقود المتقدمة على عقده قبل اجازة المالك لعقده ، ولا اشكال في البطلان بناء على النقل حيث ان المشتري (ح) لا يكون مالكا لحين العقد الذي يجيزه ولا حين اجازته و كذا على الكشف بناء على دخول الاجازة في الملك المتقدم ، واما بناء على الكشف الحقيقي والالتزام بالامارية المحضة فتكون اجازته (ح) نظير بيع المالك مع الجهل بملكيته ، فيدخل في الصورة الثالثة فان قلنا باعتبار مالكية المجيز حين العقد فتبطل اجازته ، وان قلنا بعدم اعتبار مالكيته حين العقد فتصح اجازته . لكونها صادرة عن المالك حين الاجازة ، ولو لم يكن عالما بكونه مالكا حينها هذا تمام الكلام في العقود المترتبة بحسب الزمان فقط .

واما المترتبة طبعا فاما تكون تلك العقود المترتبة واقعة على المثلث كما اذا باع الفضولي ثوب زيد من عمرو ثم باعه عمرو من بكر ثم باعه بكر من خالد وهكذا . فالمبيع في تلك العقود شئ واحد وهو ثوب زيد والبائع فيها مختلف كما مثلناه واما تكون واقعة على الثمن كما اذا باع الفضولي ثوب زيد من عمرو بدينار ثم باع الدينار من بكر بدرهم ثم باع الدرهم من خالد بفرس وهكذا

فالمبيع في كل عقد تال هو الثمن الواقع في عقد سابقه ولا يعتبر تعدد البائع ولا وحدته بل يجتمع مع وحدته كما مثلناه ومع تعدده كما اذا باع ثالث الدينار الذي كان ثمننا في البيع الاول من بكر بدرهم ثم باع الدرهم رابع من خالد بفرس وهكذا .

فان كان الترتيب في المثلين و اجاز المالك شيئاً منها يصح المجاز مع ما بعده من العقود من غير حاجة الى الاجازة بناء على الكشف . و يحتاج الى اجازة المشتري الذي اجاز المالك عقده بناء على النقل و تبطل العقود المتقدمة عليه اما بطلان العقود المتقدمة فواضح . لكون اجازة العقد المتأخر رداً لها : و اما صحة العقود المتأخرة من غير احتياج الى الاجازة على الكشف . فلان اجازة المالك تكشف عن وقوع تلك العقود على ملك المشتري الذي اجاز المالك عقده والعقد الصادر عن المشتري الذي اجاز المالك عقده كان (ح) صادراً عن المالك : فيصح من غير حاجة الى الاجازة : و اما على النقل فلان قلنا باعتبار مالكية المميز حين العقد فتبطل العقود المتأخرة لكونها واقعة على ملك المالك لاملك البائع الذي صار مالكا بالتملك عن المالك باجازه و ان قلنا بكفاية مالكية المميز حين الاجازة ولو لم يكن مالكا حين العقد فيصح العقود المتأخرة عن العقد المجاز لكن باجازة عاقد ها بعد التملك عن المالك بالاجازة فيصير حال مشتري العقد المجاز حال المالك نفسه بالنسبة الى العقود المتأخرة فله ان يجيز كل واحد منها و اجازة كل واحد منها مستلزم لصحة ما بعده مع التوقف على اجازة المشتري في العقد الذي اجازه .

اقول هكذا افيد لكن الحكم بصحة العقود المتأخرة بلا حاجة

الى الاجازة على الكشف مشكل ، فان المشتري في العقد المجاز ولو كان مالكا حين العقد الذي يوقعه مترتباً على عقده إلا انه لما كان قبل الاجازة لم تكن مالكيته معلومة فيدخل في باب ما اذا باع المالك عن نفسه مع الجهل بمالكيته وقد تقدم ان المختار فيها هو الاحتياج الى الاجازة هذا في العقود المترتبة على الثمن ، وقد تحصل ان اجازة كل عقد مستلزمة لصحة ما يترتب عليها من العقود المتأخرة ، واما العقود المترتبة على الثمن فاجازة كل متأخر منها متوقف على صحة المتقدم فاذا باع الفضولي ثوب زيد بدرهم ثم باع ذاك الدرهم بفرس ثم باع الفرس بدينار و هكذا . و اجاز المالك بيع الدرهم بالفرس فلا يخلو اما يصرح باجازة بيع الدرهم بالفرس بنحو بشرط لا والتصريح بعدم اجازة بيع الثوب بالدرهم أولا يصرح بها فعلى الاول تبطل اجازته لبيع الدرهم بالفرس اذا الدرهم ما كان له حتى يجيز بيعه بالفرس والمفروض عدم اجازته لبيع الثوب بالدرهم .

وعلى الثاني تصح اجازته وتكون كاشفة عن اجازة بيع الثوب بالدرهم اذ لو لا اجازته ذاك البيع لم يكن مورد لاجازته بيع الدرهم بالفرس و بهذه العناية يقال بان اجازة المتأخر متوقف على صحة المتقدم أى يحكم بصحة المتأخر بالاجازة اذا كانت اجازته كاشفة عن اجازة المتقدم و هو ما اذا لم يصرح بالخلاف ، وبالجمل فصححة المتأخر تكشف عن اجازة المتقدم و اما بالنسبة الى المتأخر فلاستلزام صحة ما اجازته لصحة كل عقد متأخر عنه ولا تتوقف صحته على صحته .

والحاصل ان العقد المجاز ان كان على المبيع تكون اجازته مستلزمة لصحة العقود المتأخرة عنه و موجبة لرد العقود المتقدمة عليه و ان كان على الثمن فتكون اجازته مستلزمة لصحة العقود المتأخرة عنه و

متوقفة على صحة العقود المتقدمة عليه .

و اعلم ان هذا الذي ذكرناه من ترتيب العقود في سلسلة الثمن أو الثمن هو الذي ذكره الفقهاء رضوان الله عليهم وحكموا في كل سلسلة بما ذكرناه وهو واضح ، ولكن المصنف زاد على ما افادوه بازدياد صور مغالطة لا تخلو عن التعقيد ، ومحصله ان كل واحد من سلسلة الثمن و الثمن يتصور على اربعة اربعة فان العقد الوسط الذي اجازه المالك اما يكون طرفيه موافقاً معه بان كانا واردين على مورده كما اذا كان المجاز هو العقد الواقع على الثمن و كان العقد المتقدم عليه و المتأخر عنه ايضاً واقعاً على الثمن و اما يكون طرفاه مخالفاً معه كما اذا كان العقد المتقدم على العقد المجاز الواقع على الثمن و المتأخر عنه كلاهما واقعين على الثمن و اما يكون المتقدم عليه مخالفاً معه بان كان واقعاً على الثمن . لكن المتأخر موافقاً معه بان كان واقعاً على الثمن . أو يكون بالعكس اعني العقد المتأخر واقع على الثمن و المتقدم على الثمن ، وكذا العقد المجاز في سلسلة الثمن اما يكون موافقاً مع طرفيه ، وهذا هو الذي ذكره الفقهاء في سلسلة الثمن . أو يكون مخالفاً معها أو يكون موافقاً مع العقد المتقدم ومخالفاً مع المتأخر أو يكون بالعكس . فالعقد الوسط في كل من سلسلة الثمن و الثمن يتصور على صور اربعة .

وتوضيح تلك الصور: اما اذا كان العقد الوسط واقعاً على الثمن فبان يقال اجازة العقد الواقع على الثمن مستلزم لصحة كل عقد مترتب عليه متأخر عنه طبعاً سواء كان واقعاً على الثمن أو كان واقعاً على الثمن .

مثال الاول ما اذا باع الفضولي فرس المالك من زيد بدينار فباعه

زيد المشتري من الفضولي من عمرو بدينارين فباعه عمرو من بكر بثلاث دنائير مثلاً فاجازة المالك لبيع فرسه من زيد مستلزم لصحة بيع زيد للفرس من عمرو و بيع عمرو اياه من بكر بناء على الكشف كما هو واضح.

ومثال الثاني ما اذا باع زيد في المثال ، الفرس الذي اشتراه من الفضولي من عمرو بدينارين ثم باع الدينارين بعشرة دراهم و عمرو المشتري للفرس من زيد باع الفرس من بكر بثلاث دنائير ثم باع الدينائير من خالد بعشرين درهماً مثلاً ومن اشترى الفرس من عمرو باعه الى آخر ثوب مثلاً ثم باع الثوب بكتاب ، فهنا سلسلتان من العقود كلتاهما متأخران عن العقد المجاز احديهما واقعة على مال المجاز و هي العقود الواقعة على فرس المالك من زيد المشتري من الفضولي و عمرو المشتري من زيد و بكر المشتري من عمرو وهكذا ، و الاخرى واقعة على ثمن مال المجاز و هي العقود الواقعة على الدينارين اللذين ثمن في بيع زيد للفرس من عمرو على ثلاث دنائير التي ثمن في البيع الصادر من عمرو و الثوب الذي ثمن في البيع الصادر ممن اشترى من عمرو فهذه العقود واقعة في سلسلة الثمن . لكن في طول العقد المجاز الواقع على الثمن ، فكما ان اجازة مالك الفرس لبيع فرسه من زيد مستلزم لصحة بيع زيد الفرس من عمرو لكونه واقعاً في ملكه كذلك تكون مستلزماً لصحة بيع زيد ثمن الفرس الذي باعه من عمرو ، اذا باع ذاك الثمن من آخر ، لان بيع ثمن الفرس ايضاً واقع في ملكه : فيصح بيع مال ك صحة بيع الفرس نفسه واذ انراى البيوع على هذا الثمن الذي باعه زيد بان باعه المشتري من زيد ثم باعه المشتري عن هذا المشتري يكون تمام تلك العقود صحيحة و هذا المعنى اعني تعميم

الصحة في العقود المترتبة على العقد المجاز الى ما كان العقد المترتب واقعاً على المال المجاز أو على ثمنه شيء ابداه المصنف قده و لم يكن في عبارة الاصحاب اشارة اليه .

ولا يخفى انه حسن جيد لكن مشروطاً بما ذكرناه اعني فرض كون العقد الواقع على الثمن من متفرعات العقد المجاز الواقع على المثل بان كان العقد الواقع على الثمن ممن اشترى عن الفضولي بعد بيعه المثل ممن اشتراه عنه وهو زيد في المثال المتقدم الذي اشترى الفرس من الفضولي فباعه بدينار ثم باع ذلك الدينار ، واما اذا لم يكن كذلك فاجازة العقد المجاز لا يستلزم اجازته كما اذا باع الفضولي الفرس من زيد بدينار ثم باع هو نفسه ذلك الدينار بثوب فان اجازة بيع الفرس بالدينار لا يستلزم صحة بيع الدينار بالثوب ضرورة ان اجازة بيع الفرس بالدينار مستلزم لصيرورة الدينار ملكاً للمبني فبيع الدينار بالثوب فضولي مثل بيع الفرس بالدينار يحتاج الى الاجازة .

ولا يخفى ان اطلاق عبارة المصنف في قوله واقعين على مورده أو بدله ان كان المراد منه ما ذكرناه اعني العقد الواقع على البديل ممن اشترى من الفضولي ومن يشتري من ذلك المشتري و هكذا فهو ، وان كان المراد هو الاعم منه و من العقد على الثمن من الفضولي مثلاً ، فيرد عليه انه ليس بجيد كما ذكرناه هذا فيما اذا كان العقد المجاز هو الواقع على المثل .

و اما الواقع على الثمن فاجازته متوقف على صحة العقود المتقدمة عليه الواقعة على المثل ، و مستلزما لصحة العقود المتقدمة عليه الواقعة على الثمن (مثال الاول) ما اذا باع الفضولي فرس المالك من زيد بثوب

ثم باع هوا وغيره ذاك الثوب الذي نمن للفرس من عمرو بكتاب . ثم باع ذاك الكتاب هو أو شخص آخر من خالد بدينار ، فاجاز المالك بيع الكتاب بالدينار . فان اجازته لهذا البيع متوقف على كون الكتاب ملكاً له والا كان هو اجنبياً عن هذا البيع . وكون الكتاب ملكاً له يتوقف على كون الثوب الذي بيع بالكتاب له . و هو متوقف على اجازة بيع الفرس بالثوب وهذا ظاهر .

ومثال الثاني ما اذا باع الفضولي في المثال المتقدم فرس المالك من زيد بثوب . ثم زيد المشتري باع هذا الفرس الذي اشتراه عن الفضولي من عمرو بدرهم ثم عمرو الذي اشتراه عن زيد باعه من بكر وهكذا ، فاجازة المالك لبيع الكتاب بالدينار . متوقف على اجازة بيع الفرس بالثوب . وهو اول العقود الصادر عن الفضولي الاول ، وصحته مستلزم لصحة كل بيع ورد على الفرس متفرعاً على ذلك البيع من بيع زيد الذي اشترى من الفضولي وعمرو الذي اشترى من زيد وبكر الذي اشترى من عمرو وهكذا ، فاجازة العقد الواقع على الثمن لا ينحصر اقتضاءها في صحة العقود المتقدمة عليه اذا كانت واقعة على الثمن بل موجبة لصحة كل عقد متقدم عليه تقدماً طبعياً لازماً ، سواء كان واقعاً على الثمن كما في المثال الاول أو على المثلن كما في المثال الثاني ، و اطلاق قول المصنف على بدله في هذا المقام ايضاً ليس على ما ينبغي ، بل الصواب هو التقييد بما ذكرناه اعني ما اذا كان العقد الواقع على المثلن ممن اشترى عن البائع الفضولي وعمرو يشتري عن ذاك المشتري وهكذا .

فتحصل المراد من الصور الاربع في كل من السلسلتين فالعقد الوسط الواقع على المال المجاز متوسط بين المتقدمين الموافقين معه فيما

إذا كان المتقدم عليه والمتأخر عنه واقعاً على المال المجاز ومتوسط بين المخالفين معه فيما إذا تقدم عقد على الثمن من البائع فى ذاك العقد المجاز الذى اشتراه من بايع قبله وتأخر عقد عنه من المشتري المتأخر.

مثال الاول ما إذا باع مال المالك من زيد مثلاً ثم باع زيد هذا المال من عمرو ، فباع ثمنه الذى اخذه من عمرو الى آخر ثم باع عمرو مال المالك من خالد . فبيع عمرو المال المالك متأخر عن بيع زيد ثمن هذا المال من آخر كما لا يخفى .

و مثال الثانى ما إذا باع عمرو الثمن الذى اخذه من خالد بأخر فبيعه الواقع على هذا الثمن متأخر عن بيع زيد لمال المالك من عمرو فبيع عمرو لمال المالك محقق ببيع زيد للثمن الذى اخذه من عمرو من آخر وبيع عمرو للثمن الذى يأخذه من خالد من آخر و منه يظهر تصوير الصورتين المختلفتين بأن كان المتقدم موافقاً والمتأخر مخالفاً أو بالعكس .

قوله (قد ه) ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود (الخ) منشأ الاشكال هو ذهاب الاصحاب الى عدم ضمان الغاصب للثمن الذى يأخذه عن المشتري لو كان المشتري عالماً بالنصبية ، و وجه عدم ضمانه هو تسليط المشتري اياه على ماله تسليطاً غير مضمون عليه ، و ذلك لان التسليط المعاضى هو عبارة عن تسليط المشتري مثلاً للبائع على ماله بازاء ما ينتقل اليه عنه من ماله اعنى المبيع و هذا يتصور بعد فرض كون المبيع ملكاً للبائع و مع العلم بعدم كون المبيع ملكاً له يكون تسليطه على الثمن بازاء ما يخرج عن مالك المبيع الى المشتري لا ما ينتقل عن الغاصب اليه . فيكون التسليط بالنسبة الى الغاصب مجاناً فيدخل

في كبرى ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده . حيث قد تقدم في اول البحث عن البيع بان هذه القاعدة ليست منصوطة بالخصوص ، بل هي شرح وعبرة اخرى عن حكم ضمان كل مورد وقع التسليط عن المالك بعوض ، و عدم ضمان كل مورد يكون التسليط مجانياً و بلا عوض ، و معلوم ان تسليط المشتري البايع الغاصب مع عمله بكونه غاصباً تسليط اياه بلا تضمينه بالعوض بل بتضمن غيره و هو مالك العين المغصوبة فيكون بالنسبة الى البايع الغاصب من صفريات ما لا يضمن بصحيحه هذا .

واما الاشكال فتارة يقع بالقياس الى العقد المجاز واخرى بالقياس الى ما يترتب صحته عليه ، اما الاول فتقريبه ان يقال اذا صار الثمن ملكاً للغاصب بواسطة تسليط المشتري اياه مع عمله بكونه غاصباً فاجازة المالك تصير منشاء لانتقال المبيع الى المشتري بلا دخول ثمنه في ملك المالك المجيز فيكون بيعاً بلا ثمن وهو باطل واما بالنسبة الى العقود المترتبة عليه فواضح حيث ان صحتها متوقفة على صحة العقد المجاز بالاجازة و مع عدم نصحيحه بالاجازة فلا يصح هو حتى يصح ما يترتب عليه هذا وتمام الاشكال كما ترى ناش عن الالتزام بصيرورة الثمن ملكاً للغاصب بسبب تسليط المشتري اياه .

و تفصيل البحث عنه يتوقف على بيان امور (الاول) لاشكال و لا كلام في الجملة في عدم ضمان الغاصب لما يأخذ من المشتري من الثمن عند علم المشتري بالغصب ، وانما الكلام في ان عدم ضمانه هل هو مختص بصورة تلف الثمن عنده أو بعم ما اذا كان موجوداً ايضاً (الثاني) ان منشا عدم عدم تضمين الغاصب بالثمن على ما حكم عن الشهيد (قدس) هو نفس شراء المشتري منه . و ايقاع البيع معه . وهذا يتصور على نحوين (احدهما)

ان يكون مرجع شراء المشتري منه الى تمليكك الثمن حين العقد وتملك المثلث . فالشراء منه كانه ينحل الى عقدين عقد هبة للمثلث الى الغاصب واتهاب من المشتري للمثلث (وثانيهما) ان يكون اباحة من المشتري للمثلث الى الغاصب نحو الاباحة المتصورة في باب المعاطات بازاء استنقاذ مال الموصوب من الغاصب . هذا على ما حكى عن الشهيد . وحكى عن الفخر بن منشأ تسليط المشتري الغاصب على ثمنه بعد العقد معه . فالتسليط الخارجي عنده موجب لعدم الضمان ، لا العقد السابق عليه .

فعلى الاول اعني المحكى عن الشهيد ، فلا يبقى موقع لاجازة المالك لبالنسبة الى العقد الاول الواقع على ماله ، ولبالنسبة الى العقود المترتبة عليه الواقع على الثمن ، وذلك لصيرورة الثمن بنفس العقد الاول ملكاً للغاصب على التصوير الاول اعني فرض رجوع الشراء الى تمليك المشتري الغاصب بالثمن ، وكذا على التصوير الثاني اعني رجوع الشراء الى اباحة المشتري الثمن الى الغاصب نحو الاباحة المتصورة في المعاطاة لصيرورته بتصرف الغاصب فيه ملكاً نظير تمليك احد المتعاملين لما وقع في يده بالمعاطاة بسبب تصرفه فيه ، وعلى كلا التقديرين فيكون تصرفات الغاصب في ملكه بلا ربط الى الموصوب منه فلا ينتهي الامر الى اجازته .

اقول الحق هو التفصيل بين التصويرين فعلى القول برجوع الشراء الى تمليك الثمن : فلا يبقى مورد لاجازة المالك لبالنسبة الى العقد الاول ولبالنسبة الى ما يترتب عليه من العقود الواقعة على المثلث . وعلى القول برجوع الشراء الى اباحة الثمن الى الغاصب . فلا موقع لاجازة العقود المترتبة الواقعة على الثمن ايضاً فان الغاصب يملك الثمن بنفس تصرفه فيه ببيعه ونحوه ، وكذا العقد الاول لو وقع اجازته بعد وقوع العقد على الثمن واما الواجاز

المالك للعقد الاول قبل صدور العقد الثاني فلا مانع عن نفوذ اجازته حيث ان الثمن لم يصر بعد ملكاً للغاصب ، اللهم إلا ان يقال لا يبيع على ملك المالك (ح) حتى يتعلق به الاجازة بل الصادر من المشتري اباحة للثمن الى الغاصب واستنقاذ منه للثمن ، هذا بناء على ما حكى عن الشهيد .

واما على ما حكى عن الفخر فالمنقول عنه هو ايراد الاشكال على القول بالنقل دون الكشف ، اما وروده على النقل فلان الاجازة الواقعة بعد التسليط الخارجى موجبة لانتقال الثمن الى المالك حين الاجازة . والمفروض انتقاله قبل الاجازة بسبب التسليط الى الغاصب ، ومعه فلا موقع للاجازة لابلانسية الى العقد الاول ، ولابلانسية الى العقود الواقعة على الثمن ، واما عدم وروده على الكشف فلان الاجازة (ح) ولو كانت متأخرة عن التسليط لكنها كاشفة عن انتقال الثمن الى المالك من حين العقد فلا يصير التسليط موجبا لتملك الثمن الى الغاصب ، هذا مما حصل ما حكى عنه في تقرير الاشكال .

ويرد عليه اولاً بان التسليط لا يستلزم التملك فذكر التسليط الخارجى ثم تفريع التملك عليه طرفة من غير دليل ، وثانياً لو سلم صيرورة الثمن ملكاً للغاصب بالتسليط ، فالتفصيل بين الكشف والنقل بايراد الاشكال على النقل دون الكشف متوقف على بقاء اثر الاجازة حتى بعد تصرف المالك وهو ممنوع كما تقدم . وعليه فلا فرق بين الكشف والنقل ، اذ على الكشف ايضاً لا يبقى موقع للاجازة لتقدم التسليط عليها الموجب لصيرورة الثمن ملكاً للغاصب ، فيكون التسليط نظير العقد الصادر من المالك الواقع على الثمن قبل الاجازة . فكما ان العقد منه مذهب لموضوع الاجازة فكذا التسليط الصادر عن المشتري كما لا يخفى .

الامر الثالث ان عدم ضمان الغاصب لما يأخذ عن المشتري من الثمن

لا يكون منوطاً على رد المالك لبيعه بل الثمن يصير ملكاً له سواء رد المالك أم أجاز ، وهذا الأمر إنما هو لدفع توهم المنع عن الاشكال ، بدعوى اختصاص مالكية الغاصب بصورة رد المالك ، فلا موجب للاشكال في صورة اجازته . ووجه دفع التوهم ظاهر ، حيث ان منشاء الاشكال هو عدم ضمان الغاصب للثمن ، وهو عام يشمل صورتي رد المالك واجازته ، ووجه عدم اختصاص عدم ضمان الغاصب بصورة الرد ، هو ان المنشأ لعدم ضمانه على ما عرفت ، اما تمليك المشتري الثمن اياه بشرائه منه المال المغصوب على ما حكى عن الشهيد ، واما بتسليطه اياه على الثمن على ما حكى عن الفخر . وعلى كلا التقديرين فليس في فعل المشتري تعليق على صورة الرد بل قد لا يخطر رد المالك بباله فضلاً عن تعليق تمليكه عليه .

الامر الرابع كما لا يعقل اجتماع مالكين مستقلين عرضيين على ملك بان يكون شيء واحد بما هو ملكاً لشخص و يكون ايضاً ملكاً لآخر في عرض الملك الاول بل لابد عند اجتماعهما ، اما من كونهما طوليين او يكون الاجتماع على نحو التشريك على تقدير ان يكونا عرضيين فكذلك لا يعقل اجتماع ضمانين مستقلين عرضيين على ملك واحد . بل عند الاجتماع اما يجب ان يكونا طوليين كما في مورد الايدي المتعاقبة او يكون على نحو التشريك على تقدير ان يكونا عرضيين من غير فرق في ذلك بين ان يكون الضمان معاوضياً مثل تضمين ثمن واحد مثلاً لشخصين في عرض واحد ، او كان ضماناً قهرياً ناشياً عن حكم اليد ، وهذا الذي ذكرناه في الضمان القهري وان كان ظاهراً إلا انه في ضمان المعاوضي اظهر .

اذ اتين هذه الامور اتضح وجه الاشكال في اجازة المالك بيع الغاصب الفضولي مع تسليم المشتري الثمن الى الغاصب اذا كان عالماً بالغصب

و الجواب عنه اما على ما حكى عن الشهيد من كون الشراء بنفسه تمليكا للثمن الى الغاصب أو اباحة اياه فيما افيد فى الامر الرابع من استحالة ضمان شخصين مستقلين عرضاً لمال واحد شخصى ، وان تمليك المشتري الى الغاصب أو اباحته له . لا يجتمع مع تمليكه الى المالك ، لكن الالتزام بكون شرائه منه تمليكا أو اباحة للثمن الى الغاصب . متوقف على عدم امكان الالتزام بكونه تمليكا له الى المالك ، وإلا فان امكن تصحيح البيع من المالك . فلا موجب للالتزام بكون شرائه تمليكا للثمن الى الغاصب أو اباحة له .

وبعبارة اخرى صحة تمليك الغاصب فى طول تمليك المالك فان امكن حمل الشراء على تمليك الثمن الى المالك فلا موجب لحمله على تمليك الغاصب وإلا فيجب الحمل على تمليك الغاصب أو اباحته ، لكن الحمل على تمليك المالك و تضمينه بالضمان المعاوضى بمكان من الامكان لما تقدم مراراً من ان الغاصب انما يبيع بعد سرقة الاضافة المالكية و ادعاء نفسه مالكا ، و ان المشتري يشتري منه بما هو مالك لا غاصب و بعد ان ثبت سابقاً ان الركن فى البيع هو العوضين لا المالكين . و انما اعتبر المالك لكونهما موردين للبيع وطرفين للاضافة المالكية . يسقط اعتبار مالكية الغاصب ويقع عن المالك الحقيقى ، و الحاصل ان المصحيح لاجازة المالك (ح) امر ان (احد هما) كون الغاصب طرفاً فى المعاملة بما هو مالك لا بما هو غاصب (وثانيهما) الغاء مالكية الغاصب الادعائية . و وقوع البيع عن المالك الحقيقى و بعد انضاح الامرين كما تقدم مراراً يكون شراء المشتري تمليكا للثمن الى المالك ، وحيث قد تبين فى الامر الرابع استحالة تضمين شخصين لمال واحد و ثبت تضمين المالك فلا تضمين للغاصب اصلاً .

فان قلت قد ثبت فى موضعه انه اذا صار عنوان داعياً لتعليق حكم على شئى يصير هذا الشئى محكوماً عليه بذلك الحكم ، ولولم يكن مما ينطبق عليه العنوان و انكشف الخطا فى التطبيق كما اذا اذن المالك زيداً فى دخول داره او اكل طعامه بداعى انه من اصدقائه ، فانه يجوز لزيد دخوله فى داره او اكله من طعامه بذلك الاذن و لو مع علمه بانه من اعدائه : و ما نحن فيه من هذا القليل : فان المخاطب للمشتري فى قوله ملكتك الثمن هو الغاصب : و انما ادعاء مالكيته داع للمشتري فى تمليك الثمن اياه فيكون بعينه كالاذن فى دخول داره بداعى انه صديقه فالتمليك صدر عن المشتري بالنسبة الى الغاصب لا المالك

قات ليس المورد مقام الخطاء فى التطبيق اذ لم ينكشف عدم مالكية الغاصب بل كان عدم مالكيته مكشوفاً من الاول و انما جعل مخاطباً بالبيع لمكان سرقة الاضافة المالكية فهنا امر ان (احدهما) مبادلة مال المالك بمال المشتري (و ثانيهما) مخاطبة الغاصب فى قول المشتري ملكتك الثمن الظاهر فى كون التمليك الى الغاصب نفسه و هذان الامران متنافيان ، ضرورة ان مقتضى المبادلة هو تضمين المالك بالثمن بالضمان المعارضى . و مقتضى المخاطبة مع الغاصب هو تمليك الثمن مجاناً : و الجمع بينهما غير معقول . فلا بد من رفع اليد اما من ظهور المخاطبة مع الغاصب فى تمليك الثمن اياه مجاناً و اما من ظهور الفعل فى كونه مبادلة بين المالكين . لكن رفع التنافى يحصل من استناد البيع الى الغاصب لاجل سرقة الاضافة المالكية : و مع امكانه يحفظ معنى المبادلة مع المخاطبة فيصير فعل الصادر عن المشتري كالنص فى البيع و كالظاهر فى التمليك الى الغاصب فيقدم ما هو كالنص على ما هو كالظاهر لابعنى ان فعله نص

في البيع و ظاهر في التملك الى الغاصب . بل بمعنى تقديم فعله بما هو بيع على ما يقتضيه المخاطبة بعد رفع المنافات بما ذكر .

فتحصل ان الاشكال في صحة اجازة المالك للعقد الصادر عن الغاصب و اجازة ما يترتب عليه من العقود الواقعة على الثمن (مدفوع) بدفع ملاكه . و هو ما حكى عن الشهيد بكون شراء المشتري عن الغاصب تملك منه الثمن الى الغاصب أو اباحة منه له اليه و محصله كون الشراء تملكاً أو اباحة اذا لم يمكن حمله على التملك الى المالك و معه فلا موجب لحمله على التملك بالغاصب أو اباحته له كما لا يمكن حمله على التملك بالمالك و الغاصب معاً لاشتمال تملك مال واحد الى شخصين عرضاً ، أو تملكه الى شخص و اباحته الى آخر هذا تمام الكلام في دفع الاشكال بناء على تقريبه بما حكى عن الشهيد .

و اما تقريبه المحكى عن القخر ، فالجواب عنه ان تسليم المشتري الثمن الى الغاصب تسليط منه اياه على الثمن ، وهو لا يستلزم التملك . فليس في البين تملك الى الغاصب حتى يكون منافياً مع قابلية لحق الاجازة من المالك ، ولازم التسليط المجاني الى الغاصب هو ضرورة الثمن ملكاً للمالك على تقدير الاجازة ، و بقاءه على ملك المشتري على تقدير الرد هذا على تقدير وجود الثمن عند الغاصب ، ومع تلفه لا يكون ضامناً للمشتري على تقدير الرد ، لانه سلطه عليه مع علمه بكونه غاصباً : و لازمه عدم ضمان الغاصب المسلط عليه بتسليط المشتري على تقدير تلفه لكن عدم ضمانه للمشتري على تقدير الرد . لا يوجب عدم ضمانه للمالك على تقدير الاجازة ، ضرورة ان مقتضى تسليط المشتري عدم ضمان الغاصب للمشتري لعدم ضمانه مطلقاً ، ولو بالنسبة الى المالك . وهذا ينتج تقييد رفع الضمان

بصورة الرد . وليس هذا تقييداً من المشتري حتى يقال بأنه لا يخطر الرد الى ذهن المشتري فضلاً عن تقييد رفع الضمان بالرد بل هذا يصير كنتيجة التقييد بلا ان يكون تقييد في البين .

والحاصل ان تسليم المشتري الثمن الى الغاصب تسليط منه اياه على الثمن مجاناً لا تمليك ، ونتيجته عدم ضمان الغاصب للمشتري الذي ظرف تحققه انما هو في صورة رد المالك ، واما مع الاجازة فيخرج الثمن عن ملك المشتري ، فلا محل للقول بضمان الغاصب له أو عدم ضمانه فتحصل من مجموع ما ذكرناه امور (الاول) ان الثمن لا يدخل في ملك الغاصب لا بسبب العقد الواقع بين الغاصب و بين المشتري . ولا بسبب تسليم المشتري للثمن اياه بعد العقد . ويترتب عليه جواز استرداد المشتري اياه على تقدير الرد ، وانتقاله الى المالك المغموب منه على تقدير الاجازة (الثاني) لو تلف الثمن عند الغاصب بتلف سماوى . لا يكون الغاصب ضامناً للمشتري بالمثل او القيمة وليس للمالك ايضاً اجازة البيع (ح) اما عدم ضمان الغاصب للمشتري . فلعدم وجبه لا اليد ولا الاتلاف ولا الضمان المعاوضي : اما اليد فلكون استيلائه على الثمن بتسليم المشتري و تسليطه . و اما الاتلاف فلكون المفروض تلفاً سماوياً ، و اما الضمان المعاوضي فلكونه بين المشتري و الغاصب بما هو مالك لابما هو غاصب . و اما عدم جواز اجازة المالك . فلكون التلف قبل القبض و هو يوجب زوال موضوع الاجازة بواسطة قاعدة التلف قبل القبض ولا اختصاص له بالمقام . بل كل مورد تلف احد العوضين قبل الاجازة لا موقع معه للاجازة ، ولا فرق فيما ذكرناه بين الكشف و النقل ، اما على النقل فواضح ، و اما على الكشف فلا اعتبار قابلية العقد للاجازة بناء على الكشف . و مع تلف الثمن لا يبقى مورد

للاجازة حتى تكون كاشفة ولكن ربما يقال بصحة الاجازة فى صورة التلف بناء على الكشف و سياتى فساد .

الثالث لو تلف الثمن عند الغاصب باتلافه لا بالتلف السماوى ، فللمالك المفسوب منه اجازة العقد فان اجاز فله الرجوع الى الغاصب لكونه متلفاً لماله ، و عدم ضمان الغاصب للمشتري لو قيل به فى هذه الصورة ، لا ينافى ضمانه للمالك على تقدير اجازته و ان رد ففى ضمان الغاصب للمشتري (وجهان) من كون الانلاف بتسليط من المشتري فلا ضمان ، و من ان التسليط يوجب عدم الضمان الحاصل من اليد بحكم على اليد ما اخذت و لا ينفي الضمان الناشئ من الانلاف بحكم من اتلف ، كما ان فى مورد الامانة و العارية و نحوهما لا ضمان لاجل اليد مع نبوته لاجل الانلاف و هذا هو الاقوى .

الرابع لا يجوز للغاصب ان يتصرف فى الثمن بوجه من الوجوه من التصرفات المتلفة كالاكل و نحوه و الناقلة كالبيع و نحوه تكليفاً ولا وضاعاً فلا يصح بيعه ولا نقله بعقد آخر غير البيع ، فلو باعه فان اجاز المالك العقد الاول يكون له اجازة ذلك البيع الواقع على الثمن لانه على ماله ، كما ان له اجازته من الاول ، فيكشف عن اجازته للعقد الواقع على ماله وعلى تقدير الرد فللمشتري ان يجيز ذلك العقد الواقع على الثمن كما ان له رده فان اجاز فيأخذ عوضه عن البايع لا من الغاصب لو كانت الاجازة قبل تسليمه المبيع الى الغاصب او عن الغاصب لو تسلم المبيع عن بايعه ، وعلى تقدير الرد فيرجع الى الغاصب بشمته . أو الى من يكون الثمن عنده ممن تسلم عن الغاصب .

بقى الكلام فى حكم العقود المرتبة بناء على الكشف الحكمى

وليعلم أولاً أن المراد من الكشف الحكمي على ما تقدم هو ترتيب الأثار على الملكية من حين العقد بما يمكن ترتيبه ، وقد حققنا سابقاً بأنه . من جهة ملحق بالكشف الحقيقي ، ومن جهة أخرى بالنقل ، فمن حيث ترتيب ما يمكن ترتيبه من الآثار عن زمان العقد يكون كالكشف الحقيقي و من حيث عدم ترتيب كلما لا يمكن ترتيبه من زمان العقد بل لا بد من ترتيبه من زمان الاجازة كالنقل ، وقد تقدم ايضاً ان الكشف بهذا المعنى مطابق مع القاعدة ، وقد دل الدليل ايضاً على صحته . مثل خبر عروة البارقي على تأمل في دلالاته ، وماورد في نكاح الفضولي .

و اذا عرفت ذلك : فنقول في ترتيب العقود يجب النظر الى تلك العقود المترتبة والتفتيش عن حالها ، لكي يعلم ما يمكن ترتيب صحته على العقد المجاز من حين العقد فيحكم بترتيبه ، وما لا يمكن منها . فلا يحكم بترتيبه من حين العقد المجاز . فنقول اما العقود المترتبة الواقعة على المضمن فاجازة العقد الاول مستلزم لصحتها ، ويمكن ترتيب آثار الصحة عليها من حين العقد المجاز اذ معنى الكشف الحكمي في العقد المجاز هو ترتيب اثار الملكية عليه من حينه ، ومن آثار تملك المشتري للمبيع من حين العقد المجاز هو صحة بيعه للمبيع الذي يحكم بكونه ملكاً له من حين العقد المجاز فائر ملكية المشتري للمضمن من حين عقد المجاز ، هو وقوع بيعه فيما يكون محكوماً بملكيته ، ولازمه صحة بيعه و صحة بيع من اشترى عنه وهكذا الى آخر العقود .

واما العقود المترتبة على الثمن ، فاجازة العقد الذي تعلق به الاجازة لا يقتضي الحكم بصحة العقود الواقعة على الاثمان السابقة على العقد

المجاز ، لأنها ليست من آثار المترتبة على العقد المجاز ، بل صحة العقد المجاز من الآثار المترتبة على تلك العقود ، وإذا كان معنى الكشف الحكمي على ما عرفت ترتيب آثار العقد من حينه من الآثار الممكنة ترتيبها . لا يمكن الحكم بصحة ما كان من العقود في مرتبة ملزوم العقد المجاز لالزامه (وبعبارة أوضح) صحة العقود المترتبة على العقد الواقع على المثلث كانت من آثار العقد الواقع على المثلث وكانت ممكن الترتيب فيحكم بترتيبها على الكشف الحكمي ، واما صحة العقود الواقعة على المثلث السابقة على العقد المجاز فليست من آثار صحة العقد المجاز و لو ازمها بل هي من لازوماتها ، فلا وجه لترتيبها على الكشف الحكمي بل القول بصحة تلك العقود الواقعة على المثلث بناء على الكشف الحقيقي أيضاً لا يخلو عن الاشكال لدوران الامر بين الحكم بصحة الاجازة المتوقفة على صحة العقود . الواقعة قبلها و بين الحكم بقوة الاجازة ، وليس في البين ما يوجب تعيين الاخذ باحتمال صحة الاجازة حتى يجب الالتزام بصحة العقود السابقة على العقد المجاز ، بل يكون احتمال الغاء الاجازة باقياً بحاله و معه ، فالأخذ بالاحتمال الاول لا يخلو عن الترجيح من دون مرجح هذا تمام الكلام في المجاز .

قوله قدّم مسألة في احكام الرد (الخ) أعلم ان الكلام في الرد يقع في مقامين (الاول) في صحة الرد في نفسه و قابلية العقد الفضولي لان يتعلق به الرد (الثاني) فيما يتحقق به الرد ، اما المقام الاول فقد يستشكل فيه بعدم تأثير الرد في ابطال العقود بل يبقى العقد مع الرد قابلاً لأن يتعقبه الاجازة ممن انتقل المال الواقع عليه العقد الفضولي اليه اما بالشراء أو بالارث مع الاشكال في الشراء دون الارث ، و ذلك لما تقدم سابقاً مراراً

من ان مورد الاجازة يجب ان يكون العقد الواقع على مال لم يتبدل ملكيته الى ملكية اخرى حال الاجازة والملكية تصير متبدلة بواسطة انتقال المال الى المشتري بالشراء ولا تتبدل بالانتقال الى الوارث بالارث : اما تبدلها بالانتقال بالشراء فلكون المنتقل نفس المال الذى طرف للملكية الاعتبارية فى البيع وبقاء الملكية التى كانت بين المال وبين المالك يجعل ما انتقل عن المشتري الى البايع طرفا لما انتقل عنه فالتبديل فى طرفى الملكية اعنى المالكين فالملكية التى بين المشتري وبين المال مغاير مع الملكية التى بين البايع وبين المال ، واما عدم تبدلها بالانتقال بالارث فلان التبديل فى الارث بين المالكين فكان راس الملكية المشدودة على عنق المالك نيزع عن عنقه بموته ويشد على عنق وارثه فالوارث يملك المال بعين تلك الملكية التى كانت بينه وبين المورث من غير تغيير فعلى تقدير تاثير الرد فى ابطال العقد الفضولى و اخراجه عن قابلية لحقوق الاجازة . فلا يصح اجازته بعد الرد لامن الراد نفسه ولا من غيره ممن انتقل المال اليه بالشراء او بالارث . وعلى تقدير المنع عن تأثيره . فلا يكون وجه فى المنع عن تاثير الاجازة من الوارث . وان منع عن اجازة من انتقل اليه المال بالشراء للموجه المتقدم او عن الراد نفسه بناء على ما تقدم من اعتبار عدم سبق الرد فى صحة الاجازة .

وجاصل الاشكال فى المقام ان اجازة المالك ليست حقا متعلقا بالعقد كحق الخيار فى مورد بل حكم شرعى من شؤون السلطنة تكون من آثار سلطنة المالك على بيع ماله فكما ان له السلطنة على بيع ماله وعدم بيعه كذلك يكون له السلطنة على اجازة بيع الواقع على ماله و عدم اجازته فطر فى السلطنة هو الاجازة وعدم الاجازة . لا الاجازة والرد : وليس العقد الفضولى موجبا لحدوث حق للمالك بين الاجازة والرد حتى يؤثر رده

فى ابطاله بل شأنية لحقوق الاجازة له باق حتى بعد الرد ، لكن لو كان
المجيز بعد الرد هو الراد نفسه لا يؤثر اجازته بعد رده لما تقدم فى تنبيهات
الاجازة وهذا بخلاف ما اذا كان المجيز من انتقل اليه المالك بالارث اذ لا مانع
عن اجازته (ح) : وحاصل ما تقدم سابقا فى وجه اعتبار عدم سبق الرد على
الاجازة وجوه (١) الاجماع على اعتباره (٢) مقايضة المقام برد الايجاب قبل
تحقق القبول حيث انه مانع عن صحة تعقبه بالقبول لاجل عدم تحقق المعاهدة
كما هو ظاهر فى العرفيات : حيث ان العهد بين الاثنين انما يتم عندهم فيما
اذا بقى الاول منهما على عهده حين تعهد الثانى . فلو رجع عن عهده فتعاهد
الثانى لم تتحقق المعاهدة (٣) : كون العقد الفضولى مؤثرا شيا فى ملك
المالك مثل الملكية التأهيلية القابلة لان تصير فعليا بالاجازة ، وقد تقدم
سابقا ان الوجة من هذه الوجوه هو الاخير لرجوع الاجماع على تقدير تحققه
اليه لبعث الاجماع التعبدى فى المقام بل الظاهر كونه لاجل القاعدة . وفساد
الوجه الثانى لفساد مقايضة المقام برجوع الموجب عن ايجابه قبل تحقق
القبول ، حيث انه كما عرفت فى رجوع الموجب عن الايجاب لا تتحقق المعاهدة
بخلاف المقام حيث ان المعاهدة تمت بفعل الفضولى و الرد لا يوجب انتفاء
المعاهدة ، وبالجمله كان الاحسن من الوجوه بحسب ما نسب الى الذهن
سابقا هو الاخير .

وحاصله ان اجازة المالك لما يقع على ماله من العقد الفضولى واوام
تكن حقا بل حكم ناش عن سلطنته على بيع ماله الا انه اذا كانت صفحة الخارج
خاليا عن عقد الفضولى كانت سلطنة المالك على بيع ماله وعدم بيعه اذ ليس
(ح) عقد حتى يصير موردا لاجازته . وبعد صدور العقد عن الفضولى تتبدل
تلك السلطنة الى السلطنة الى اجازة العقد الفضولى و رده .

وحاصل الاشكال ان ما ذكر و ان كان مسلماً إلا انه لا ينتج إلا سلطة المالك على اجازة العقد الفضولي وعدم اجازته كما انه كان قبل العقد سلطاناً على بيع ماله وعدم بيعه ، واما السلطة على الرد بحيث يخرج العقد عن قابلية لحوق الاجازة . فلا يثبت بهذا الوجه كما لا يخفى ويمكن ان يجاب بان سلطة المالك على ماله مقتضية لصحة تصرفه في ماله بكل تصرف يكون من شؤون السلطة على ماله ومنع كل تصرف من غيره في ماله بجميع انحاءه .

وبعبارة اخرى لازم السلطة على ماله صحة جميع تصرفاته الوجودية والعدمية ، ولا اشكال في ان انشاء تملك ماله من الفضولي تملك انشائي بوجوده الانشائي فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته ، فكما ان سلطنته على ماله تقتضي صحة تملكه الانشائي كذلك تقتضي رد ما احدث بانشاء غيره و هو الملكة الانشائية وعدم تمكنه من ابطال التملك الانشائي قسر سلطنته وهو مناف مع عموم سلطنته فيكون سلطاناً على رد ما انشائه الفضولي كما ان له اجازته فيكون طرفاً السلطنة امرين وجوديين اعني الرد و الاجازة كما في الخيار ، لا الامر الوجودي والعدمي اعني الاجازة وعدمها ، هذا تمام الكلام في المقام الاول .

المقام الثاني فيما يتحقق به الرد ، والكلام فيه تارة بالنسبة الى الرد القولي ، واخرى بالنسبة الى الرد الفعلي ، وثالثة بالنسبة الى التصرفات الناقلة مثل البيع ونحوه ، وينبغي تقديم امرين (الاول) لا اشكال في اعتبار الانشاء في الرد اذ هو امر ايقاعي انشائي لا بد من تحققه من ايجاده . ولا يكفي في تحققه قصده و ارادته و اخطاره بالبال كما تقدم في الاجازة ايضاً ، حيث اعتبرنا فيها انشاءها بألة انشاءها ، واما ما ورد من كفاية الرضا بالبيع في قوله

فذلك رضى منه بالبيع (الخ) فسيأتى أنه لا يدل على كفاية الرضا الباطنى (الثانى) الفسخ فى باب الخيار يحصل بكل فعل كاشف عن التمسك بالملكية السابقة مثل وطى الجارية ونحوه حتى التعريض على البيع ، و هذا بخلاف الرد فى المقام ، حيث ان المال لما كان باقياً على ملك المالك ، ولم يخرج بفعل الفضولى عن ملكه فلا يكون فعله و تصرفه فيه منوطاً بالتمسك بالملكية السابقة حتى يكون فسخاً ، بل لابد فى المقام من كون الفعل مصداقاً للرد و متعرضاً لهدم ما أسس بفعل الفضولى و انشائه .

اذ اتين ذلك فنقول لاشكال فى وقوع الرد بالقول مثل رددت و نحوه من الالفاظ الصريحة الصحيحة و اما انشائه باللفظ الغلط . فهو ايضاً محقق للرد لكونه مصداقاً للرد ، ولا يناقش فى وقوعه بالغلط باعتبار اشتراط للفظ الصحيح فى الايقاع كالطلاق و نحوه والرد ايضاً من الايقاعات ، وذلك لانه و ان لم يقع به الرد القولى ، لكنه مصداق للرد باعتبار انه فعل من الافعال ، اذ لاشكال فى ان هذا الفعل اعني انشاء الرد باللفظ الغلط مصداق للرد فيتحقق به الرد ، و هذا بخلاف مثل الطلاق الذى لا يقع بالفعل ، ولا بد فيه من القول . فلا يقع باللفظ الغلط كما لا يخفى هذا بالنسبة الى الرد بالقول .

واما الرد بالفعل : فقد وقع فيه الخلاف فى وقوع الرد به وعدمه ، ولكن التحقيق عدم الخلاف فى وقوعه به على تقدير كون الفعل مصداقاً للرد ، واما الخلاف فى وجود فعل يصدق عليه الرد (و بعبارة اخرى) النزاع صغرى لا كبرى ، وذلك بعدما تكرر مراراً من لزوم كون الفعل الذى يراد ايجاد مقولة به مصداقاً لتلك المقولة بحيث يحمل تلك المقولة عليه بالحمل الشائع الصناعى مثل التسليط الخارجى فى باب المعاوضة الذى

قلنا سابقاً انه يبيع وبعد اجراء النزاع في الصغرى نقول الظاهر عدم وجود فعل يكون مصداقاً لهدم مائشاه الفضولى ورده ، وليس قصد الرد كافياً مع ايجاد فعل مطلقاً ، ولولم يكن الفعل مصداقاً للرد . ولم يحمل عليه الرد حملاً صناعياً كما انه لا يكفي قصد البيع مع ايجاد فعل كالوثبة مثلاً الذى لا يكون مصداقاً للبيع .

واما التصرفات فهي على انحاء لانها اما تصرف ناقل للمعين كالبيع ونحوه واما ناقل للمنفعة كالاجارة ويلحقها استيفاء المالك بنفسه للمنافع أو تلفها بالاستيفاء واما تصرف يوجب تعلق حق بالعين كالارتهان والاستيلاء اما التصرفات الناقلة للمعين فلا ينبغي الاشكال فى كونها مذهباً لموضوع الاجازة ومعدمة اياه ، وتوهم كاشفية الاجازة عن وقوع العقد الفضولى من حينه خصوصاً على الكشف الحقيقى بمعنى امارية الاجازة عن تحقق البيع حين العقد بلا دخل لها فى تحققه اصلاً فان التصرف الناقل (ح) واقع فى ملك الغير (مدفوع) بان الاجازة على الكشف لا بد من ان تكون من المالك الذى له ان يبيع فله ان يجيز وليست الاجازة عن كل لحد ولو كان اجنبياً عن المبيع كاشفة عن تحقق البيع من حين العقد الفضولى فامارية الاجازة متوقفة على بطلان التصرف الناقل والافهم صحته ليست الاجازة اماراة والمفروض توقف بطلانه على امارية الاجازة .

ودعوى امارية الاجازة عن المالك حين العقد ولو خرج عن الملكية حين الاجازة مما لم يحم عليها برهان اذ الدليل على كاشفية الاجازة هو خبر عروة البارقي ونحوه وهو لا يدل على ازيد من صدور الاجازة عن المالك حين الاجازة فليس فى الاكتفاء بالاجازة ممن لا يكون مالكا حين الاجازة دليل ، مضافاً الى ان مناسبة الحكم والموضوع تقتضى اعتبار الملكية حين

الاجازة ، حيث ان الاجازة بمنزلة البيع ، فمن له البيع له اجازة البيع الواقع عن الفضولي .

وقصارى ما يتخيل في وجه الاكتفاء باجازة المالك حين العقد ولو لم يكن مالكا حين الاجازة هو الخبر الوارد في نكاح الصغيرين بعزل ميراث الزوجة من الزوج المدرك حتى تدرك الزوجة وتحلف على انها ما اجازت الزوجية لاجل الارث ، فتؤتى (ح) مقدار نصيبها المعزول لها من الارث فان اجازتها حين موت الزوج لم تكن ممن له العقد في تلك الحالة فهي ليست لها ان تعقد نفسها للميت مع ان لها اجازة العقد السابق في حال موت الزوج ولكنه يمنع ايضا بكون ذلك في واقعة خاصة اعني مورد اعطاء الارث الي الزوجة الغير المدركة لومات زوجها بعد ادراكه و اجازته ، وقد تقدم الكلام في ذلك في اول مباحث الاجازة .

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في ان التصرف الناقل للعين موجب لعدم صحة الاجازة من هذا الذي انتقل المال عنه . واسطة خروجه عن قابلية الاجازة ، لكن العقد الصادر عن الفضولي لا يبطل بواسطة خروج المالك عن قابلية الاجازة بل لو فرض تعلق اجازته بمن له الاجازة لكان صحيحاً فعلى هذا يصح اجازته ممن اشترى عن المالك بناء على عدم اعتبار ملكيته حين العقد في المجيز بل كفاية الملكية حين الاجازة ولو لم يكن مالكا حين العقد ، كما ربما يظهر عن المصنف قده وان كان خلاف التحقيق هذا في التصرفات الناقلة للعين .

اما الناقلة للمنفعة وما يلحقها كالاستيفاء أو تلف المنفعة عنده بلا استيفاء . فهل هي موجبة لسقوط الاجازة مطلقاً كالتصرف الناقل للعين أو لا توجب مطلقاً . أو يفصل بين ما كان الاستيفاء بالاجازة فيقال فيه بالسقوط

وبين ما كان الاستيفاء بمثل السكنى ونحوه أو التلف من غير استيفاء : فيقال فيه ببقاء محل الاجازة (وجوه) ثم على القول بصحة الاجازة مع هذا التصرف ، فهل يحكم بضمن المنفعة مطلقاً أو عذمه كذلك ، أو يفصل بين الاستيفاء بالاجارة . و بين الاستيفاء بغير الاجارة كالسكنى ونحوه أو التلف بغير استيفاء بالحكم بالضمان في الاول دون الاخير (وجوه) فالكلام يقع تارة في حكم هذا التصرف ، و اخرى في حكم الضمان على تقدير بقاء محل الاجازة مع هذا التصرف .

اما المقام الاول : فقد يقال بعدم بقاء محل الاجازة بعد التصرف مطلقاً ، و ذلك لان ما وقع عليه العقد الفضولى هو العين المشتملة على المنفعة الفائتة بالاستيفاء ، أو بالتلف وما يتعلق به الاجازة هو العين في حال فوات المنفعة فما وقع عليه العقد لم يسلم في حال الاجازة و ما تعلقت به الاجازة ليس ما وقع عليه العقد ، ولا يخفى ما فيه فان المنفعة ليست مما تعلق بها العقد . و انما العقد تعلق بالعين وكانت المنفعة داخلية في ملك المشتري تبعاً ، ضرورة ان البيع عبارة عن المبادلة بين العينين كما مراراً فالمنفعة خارجة عن متعلق العقد . فما تعلق به العقد هو بنفسه متعلق الاجازة . غاية الامر عند فوات المنفعة تنتقل العين الى المشتري مسلووبة بالمنفعة . اما مع ضمان المنفعة أو بلا ضمانها فهذا الوجه ليس بشيء .

وقد يقال بالتفصيل بين ما كان الاستيفاء بالاجارة وبين ما كان بغيرها وهو مختار المصنف قدّم في الكتاب اما وجه مخرجة الاستيفاء بالاجارة عن قابلية وقوع الاجازة فلتنافي صحة الاجارة مع وقوع العقد صحيحاً من حينه لان مقتضى صحته من حينه انتقال المنفعة الى المشتري من حين العقد وهو مناف مع الحكم بصحة الاجارة اللازم لبقاء المنفعة على ملك المالك المجيز . و اما عدم

مخرجة الاستيفاء بغير الاجارة كالسكنى . أو التلف من غير استيفاء ، فلأن نفس السكنى لا يكون منافياً مع صحة العقد من حينه الكاشفة بالاجارة ، ثم انه (قده) جمع في الحكم الاول بين ما كان التصرف بالاستيفاء بالاجارة . و بين ما كان باحداث حق فيما تعلق به العقد الفضولي كالاستيلاد ونحوه . و امر في آخر كلامه بالتأمل .

ولا يخفى ما في ما افاده اما الجمع بين التصرف بالاستيفاء و باحداث حق في ماله الذي تعلق به العقد الفضولي فلما فيهما من الاختلاف في الحكم كما سنحرر ، واما التفصيل في الاستيفاء بين ما كان بالاجارة ، و بين ما كان بالمباشرة فلا وجه له أصلاً ، اذا الاستيفاء بالاجارة ان كان منافياً مع صحة العقد من حينه ، و كان اللازم من صحته ابطال العقد وعدم صحته بلحقوق الاجارة فالاستيفاء بالسكنى ايضاً كذلك ، لانه على تقدير صحة العقد من حينه استيفاء لمنفعة مملوكة للمشتري فلا يكون جائزاً . فجوازه مناف مع صحة العقد الفضولي من حينه وان لم يكن هذا منافياً . فالاستيفاء بالاجارة ايضاً لا يكون منافياً .

والتحقيق عدم المنافات في كلا المقامين ، وذلك لما تقدم من خروج المنفعة عن متعلق العقد الفضولي رأساً فالتصرف فيها بانحاء التصرفات كتلفها بالاستيفاء غير موجب لفوات محل العقد ، فكما انه يصح البيع عن المالك نفسه مع الجهل ، بكون المنفعة للغير ، و كذا مع جهل المشتري غاية الامر يقع الكلام في ثبوت الخيار للمشتري على تقدير جهله ، و انه على تقدير الخيار يقع البعث في انه من اى قسم من اقسام الخيار فكذلك تصح اجازته للبيع الفضولي اذا تقدم منه الاستيفاء ولو بالاجارة .

فالحق هو عدم مخرجة التصرف في المنفعة بالاستيفاء مطلقاً

كتلفها عن قابلية وقوع الاجازة هذا تمام الكلام في المقام الاول ، واما حكم الضمان فالحق هو نبوت الضمان على الكشف الحقيقي من غير اشكال ومع اشكال على الكشف الحكمي مع تفاوته في الاستيفاء بالاجارة أو بالمباشرة أو في التلف ، حيث ان الاشكال في الاول ضعيف وفي الثاني قوى و في الاخير اعنى التلف اقوى ، ولا ضمان على القول بالنقل من غير اشكال ايضاً ، اما على الكشف الحقيقي ، فلان الاجازة بعد التصرف كاشفة عن انتقال العين الى المشتري من حين العقد مع ما يتبعه من المنفعة ، فيكون تصرف المالك في المنفعة تصرفاً في مملوك المشتري كما ان تلفها عنده ايضاً تلف ملك للمشتري فيضمنه المالك المجيز .

فان قلت : لا يمكن الجمع بين صحة الاجارة و بين ضمان المالك للمنفعة لان مبنى الضمان على كون المنفعة للمشتري وصحة الاجارة متوقفة على ان يكون المنفعة للمالك وهما لا يجتمعان ولا بد من الالتزام باحد امرين اما بطلان الاجارة وعدم استحقاق المالك لاجرة المسمى أو بطلان الاجازة على تقرير صحة الاجارة .

قلت لا تنافي بينهما ، وذلك لان الاجازة تتعلق بالبيع الواقع على العين وتبعية المنفعة للعين متوقف على عدم استيفائها ، ولا يمكن جعل الاجازة مانعاً عن صحة استيفائها ، واذ لا يكون استيفائها مانعاً عن صحة الاجازة . فتصح الاجارة والاجازة معاً ، ولازم صحة الاجارة انتقال اجرة المسمى الى المالك . و مقتضى صحة الاجازة على الكشف ضمان المالك لما استوفاه من المنفعة بعقد الاجارة ، و اما على الكشف الحكمي فالاشكال في قسمي الاستيفاء اعنى الاستيفاء بالاجارة و بالمباشرة و في صورة التلف هو ان يقال : معنى الكشف الحكمي هو ترتيب ما يمكن

ترتيبه من آثار الملكية من حين العقد اذا كان اثرأ بلا واسطة مترتبة لاما يتوقف ترتيبه على واسطة لكونه من الآثار المترتبة على لوازم الملكية أو على ملزوماتها نظير الاصل المثبت ، و ذلك كالزنا بذات البعل حيث تقدم سابقاً . من انه لا يثبت بالمعقودة فضولاً اذا كان الزنا معها بعد العقد الفضولي و قبل الاجازة اذ لا يصدق بسبب الاجازة انها ذات بعل من حين العقد . و ان وجب ترتيب ما يمكن ترتيبه من الآثار من حين العقد ، لكن اثر الزنا بذات البعل يترتب على مقارنة الزنا مع ذات البعل وهذه المقارنة لم تثبت بالكشف الحكمي .

و نقول باجازة المالك في المقام بحكم يترتب ما يمكن ترتيبه من الآثار من اول العقد ، لكن الضمان يترتب على العقد بواسطة اليد ، وذلك للفرق بين ضمان كل من المتبايعين لما انتقل عنه بالنسبة الى عينه و منفعة فان ضمان العين معاوضي و ضمان المنفعة باليد ، و معنى ضمان المعاوضي كون العين المنتقل عنه مضموناً بالمسمى ، و معنى ضمان اليد كمن المضمون مضموناً بالمثل أو القيمة و عقضى كون المبادلة بين العينين في البيع . هو كون الطرفين ضامناً لعين ما انتقل عنه بالضمان المعاوضي و حيث ان المنفعة ليست مما تعلق بها المعاوضة فليس فيها ضمان معاوضي لكن العين لما انتقل الى الآخر بالعقد ، فالمنفعة التالفة عنها في يد المنتقل عنه مضمون عليه باليد من غير فرق بين تلفها بغير استيفاء أو مع الاستيفاء بالمباشرة أو بالاجارة ، غاية الامر اذا كان البيع صادراً عن الاصيل ولم يكن فضولاً كانت الاجارة باطلة ، وإلا كانت صحيحة ، لكن المنفعة مضمونة على كل تقدير ، فظهر ان ضمان المنفعة ليس من آثار العقد بلا واسطة بل انما يترتب عليه نظير ترتيب الزنا بذات البعل على الزنا بالمعقودة فضولاً

هذا محصل الاشكال .

ولكن ايجاب عنه بان ضمان المنفعة ، عند تلفها فى يد ما انتقل عنه من آثار الملكية المترتبة على العقد فالضمان مترتب على ملكية المنتقل اليه تبعاً للمنافع العين المنتقل اليه ، و الملكية من آثار العقد بلا واسطة و مقتضاه ثبوت الضمان لما تلف فى يد المنتقل عنه ، سواء كان باستيفائه باجارة أو مباشرة أو بالقوت فى يده من غير استيفاء ، وحاصل المقال هو الحكم بصحة الاجارة وعدم بطلان الاجازة بواسطة الاجارة أو الاستيفاء وضمان ما انتقل عنه من المنفعة مطلقاً بناءً على الكشف مطلقاً حقيقياً أو حكماً ، وعدم ضمانه على النقل .

أما صحة الاجارة فلعدم مانعية الاجازة المتأخرة على تقدير منافاتها معها المتقدم فى مثل تصرفات الناقله للمعين من استلزام الدور لو جعل الاجازة مانعاً عن التصرف المتقدم ، و اما عدم بطلان الاجازة المتأخرة فلعدم منافاتها مورد أعم الاجارة المتأخرة لتعلق الاجارة بالمنفعة وتعلق الاجازة على العقد الواقع على العين .

و اما ضمان المالك المجيز بناءً على الكشف بقسميه اعلسى الكشف الحقيقى فالحكم بتبعية المنفعة للمعين فى الانتقال الى من انتقل اليه العين بالعقد القولى فكان تلفها على المالك المجيز سواء استوفاه أو فاته فى يده كان الاستيفاء بالاجارة أو بالمباشرة و اعلسى الكشف الحكمى فالحكم بترتيب ما يمكن ترتيبه من آثار الملكية حين العقد الفضولى ، و قد عرفت ان ضمان مافات فى اليد من المنافع من آثار الملكية فيجب ترتيبه و اما عدم الضمان على النقل فواضح لا كلام فيه هذا تمام الكلام فى حكم استيفاء المنافع أو فوتها فى اليد .

المقام الثالث فيما اذا كان التصرف موجبا لتعلق حق على متعلق
 العقد الفضولى ، وحكم هذا القسم كلياً هو ان يقال كل حق مانع عن بيع متعلقة فى حال الاجازة ، فهو مانع عن اجازة البيع السابق ، فيكون حاله حال التصرف فيه بالنقل ، وكلما لا يكون مانعاً عن البيع فلا يمنع عن الاجازة ايضاً هذا بالنسبة الى الكبرى ، واما تشخيص الصغريات فلا شبهة فى ان الاستيلاد مانع عن البيع فهو مانع عن اجازته ايضاً ، واما الرهن ففيه كلام ناشى من جواز رهن مال الغير باذن صاحبه اذا كان الاذن ابتداءً بان اذن المالك فى رهن ماله ، فارهنه المديون باذن منه فمن صحة الرهن باذن المالك ، يمكن ان يقال بعدم المنافات بين الرهن والبيع ، اذ لا فرق بين ان يرهن مال الغير باذنه ابتداءً ، وبين ان يرهن مال نفسه فيبيعه فيصير مال الغير بعد الرهن ، لكن التحقيق منافات الرهن مع البيع المفرق اليين بين الاذن الابتدائى ، وبين ان يرهن فيبيع فصحة الرهن باذن المالك ابتداءً لا يستلزم صحة بيع المرهونة بعد الرهن هذا :

لكن معنى منافاته مع الرهن هو توقف صحة اجازته للبيع على اذن المرتهن مثل توقف صحة بيعه بنفسه على اذنه لا بمعنى بطلان عقد الفضولى رأساً وعدم قابليته للجوق الاجازة حتى مع اذن المرتهن ايضاً كما لا يخفى هذا فى الرهن ، واما تعلق حق الجناية بالكلام فى اجازة بيع ما تعلق به حق الجناية بالكلام فى بيعه بعد تعلق الجناية ، فان قلنا بان الحق المتعلق الى عين العبد يذهب مع العبد ، حيث ما يذهب ملكية العبد مطلقاً ، اوفى الجناية الخطائية ، فلا يكون منافياً مع البيع ، حيث انه يبقى عند المشتري متعلقاً بالحق المجنى عليه (ح) ، وان قلنا بعدم ذهاب الحق مع ذهاب العين فيكون مانعاً عن ذهابه ، والحاصل ان حال الاجازة بيع العبد بعد تعلق

حق الجناية به حال بيعه بعد الحق سيجسء تحقيق الكلام فيه في بيع العبد الجاني هذا تمام الكلام في حكم التصرف في متعلق بيع الفضولي باقسامه الثلاث .

قوله (قده) بقى الكلام في التصرفات الغير المنافية (النج) لا يخفى ان المصنف قده يسلم وجود المصداق للفسخ الفعلي ثم اراد ان يبحث عن حكمه فجعل البحث كبروياً حيث قسم الفعل مثل التعريض الى البيع و الى ما يكون مع الغفلة ، وقال بان الاول مصداق للفسخ ثم تكلم في كفاية الفسخ الفعلي ، ولا يخفى ان البحث هاهنا صغرى لا كبرى اعنى ان الكلام يقع في ان التعريض هل هو مصداق للمرد هنا كما انه مصداق للفسخ في البيع الخياري ، أو انه لا يكون مصداقاً للمرد وان كان مصداقاً للفسخ في البيع الخياري وقياس المقام بالفسخ فاسد .

وهذا هو المتعين ، وذلك لان الفسخ اعادة للملكية السابقة الزائلة بالعقد المتقدم فيحصل بكل فعل تشبث بالملكية السابقة سواء كان مثل التعريض للبيع أو انكار البيع السابق ، و سواء قصد به الفسخ أو لم يقصد ، بل نفس فعله هذا فسخ أى تشبث بالملكية السابقة ، واما في المقام فالملكية حاصلة بعد و لم تزل بالعقد الفضولي فكل ما يفعله المالك في ملكه فليس بالتشبث بالملك السابق بل لمكان حق ملكه الآن وليس فيه دلالة للرد بل غايته انه ليس باجازة ولو كان نفس التشبث بالملكية الفعلية رداً للزم ان يكون ابقاء المبيع انما بعد عقد الفضولي عنده رداً و هذا مستلزم لعدم قابلية جميع العقود الفضولية للاجازة إلا ما تعقبه الاجازة فوراً وهذا كما ترى .

و بالجملة كون الفعل مصداقاً للرد غير متوقف على الانقضاء

بييع الفضولى حتى يفرق بين صورة الالتفات اليه و عدمه كما ذكره المصنف
 قدّه ، ولاعلى قصد الرد به كما صنعه بعض محشى الكتاب و زاد على
 الالتفات الى العقد الفضولى قصد الفاعل رد العقد بالفعل ، بل المدار على
 مصداق الرد كونه مما يحمل عليه الرد بالحمل الشايع الصناعى ، قصد به
 الرد أم لامع كون الفعل مقصوداً ، كان ملتفتاً الى البيع حين الفعل أم
 لا ، وليس قصد الرد مع ايجاد فعل مثل الصلوة والوضوء ، مثلاً رداً لان الصلوة
 بقصد الرد لا يصدق عليه الرد بالحمل الشايع ، وعلى هذا فان كان الفعل
 مصداقاً يكون كك ولو مع عدم القصد ولولم يكن مصداقاً كالصلوة فلا يقع
 به الرد حتى مع القصد و تعريض المبيع للبيع ليس مصداقاً للرد ، حيث
 انه بحق ملكيته الفعلية يعرضه للبيع و التثبت بالملك الفعلى لا يكون رداً
 و هذا بخلاف التعريض فى البيع الخيارى حيث انه لاملكية فعلاً لذي
 الخيار ، وليس له تعريض ملك الغير للبيع اذ هو اجنبى فالتعريض تشبث
 بالملكية السابقة فيكون فسخاً من هذه الجهة ، وبالجمله فليس فى الافعال
 ما يكون فسخاً للبيع الصادر عن الفضولى كما لا يخفى .

قوله (قدّه) فيه ممة ما دل على ان للمالك الرد مثل ما وقع فى
 نكاح العبد (الخ) لا يخفى انه ليس فى شىء من الروايات دلالة على ان
 للمالك الرد بحيث لم يكن قابلاً للاجازة بعده على ما هو محل الكلام
 كيف ولو كان كك لكن الاولى التمسك بها لاعتبار عدم مسبوقية الاجازة
 بالرد ولم يكن حاجة فى اثبات اعتباره الى التمسك بالاجماع أو مقايسة
 حال الاجازة بعد الرد الى قبول القابل بعد مراجعة الموجب عن الايجاب
 حتى يناقش فى الاول بالمنع عنه اولاً ، واحتمال كونه لاجل القاعدة لا امر
 تعبدى ثانياً . وفى الثانى بالمنع فى المقيس عليه اولاً ، و المنع عن قياس

المقام الى مراجعة الموجب عن الايجاب قبل قبول القابل بثبوت الفرق بين البابين و هو تمامية العقد في المقام دون باب الايجاب و القبول ثانياً ووجه المنع عن دلالة تلك الاخبار على ان للمالك الرد ، هو ان المستفاد مما ورد في نكاح العبد ليس إلا ان للمالك العبد بعد الاطلاع على نكاح عبده ان يجيز ذاك العقد ان شاء و ان شاء فرق بينهما ، لكن التفريق بينهما بأي شيء يحصل بالفعل أو بالقول ، فلا دلالة فيها على ذلك أصلاً والمستفاد مما ورد فيمن زوجته أمه و هو غائب ايضاً ليس إلا ان له الاختيار ان شاء قبل و ان شاء ترك ، واما الترك بما ذا يحصل هل يكفيه الفعل أم لا فلا دلالة فيه أصلاً فالروايات اجنبية عن الدلالة على كفاية الفعل في الرد كما لا يخفى .

قوله (قده) مضافاً الى فحوى الاجماع (الخ) حاصل التمسك

بالاولوية هو ان الفسخ الفعلي من ذي الخيار يؤثر في ارتجاع الملك السابق بعد زواله ، و موجب لرفع اثر العقد الخيارى ، وهو خروج المال عن ملك من له الخيار و انتقاله الى من عليه الخيار فهو رافع بالنسبة الى العقد الواقع : و في المقام موجب لدفع العقد الفضولى و مانع عن تحقق اثره لارافع لاثره المتحقق ، ضرورة توقف تحقق اثره على الاجازة على ما هو مقتضى شرطيتها ، فهو دافع عنه فاذا كان الفسخ الفعلي رافعاً فدفاعيته تكون اولى لاهونية الدفع من الرفع . هذا :

ولا يخفى ما فيه اما اولاً فبالنقض ببيع المالك للمبيع الفضولى قبل الاجازة فان المصنف قد سلم عدم فوات محل الاجازة به فلو انتقل المبيع الى المالك ثانياً يجوز له اجازة البيع الفضولى فنقول لو لم يكن البيع فسخاً فعلياً كما هو مختاره فالتعريض للبيع اولى بان لا يكون فسخاً ، وثانياً بالحل . وهو ان اولوية الدفع من الرفع انما يسلم فيما اذا كان الدفع بمالك متحداً مع

ملاك الرفع فمن اتحادهما ملاكاً اذا كان الملاك مقتضياً للرفع فاقتضائه للدفع يكون اولى وامامه اختلافهما في الملاك فالدفع في مقامه عن ملاك ليس اولى عن الرفع في مقام آخر عن ملاك آخر ، وما نحن فيه من هذا القبيل فان ملاك دافعية الفسخ للعقد الفضولي مغاير مع ملاك رافعية الفسخ في العقد الخيارى فان ملاك رافعية الفسخ في العقد الخيارى هو كون الفعل ارتجاعاً للملكية السابقة وتشبهاً بها وملاك دافعية الفسخ في المقام هو التعرض لهدم عقد الفضولي فكون التعريض للبيع مثلاً فسخاً في العقد الخيارى لكونه تشبهاً بالملكية السابقة ، ورفعاً لاثار العقد الخيارى بارتجاع الملك السابق ، لا يقتضى ان يكون فسخاً في العقد الفضولى ودفعاً عن تحقق تأثيره لان فسخيته في المقام لو كان فسخاً فانما لمكان كونه تعرضاً لهدم العقد الفضولى ، فكونه فسخاً لمكان كونه تشبهاً بالملكية السابقة ، لا يقتضى ان يكون فسخاً لمكان كونه تعرضاً لهدم العقد الفضولى فضلاً عن ان يكون اولى كما لا يخفى .

قوله (قده) كالوطى والبيع والعق (الخ) حاصل ما افاده ان الوطى ، والبيع والعق انما يكون فسخاً في البيع الخيارى لاجل دلالتها على قصد الفسخ بها وإلا فمع فرض عدم قصد الفسخ يكون الوطى حراماً والبيع والعق باطلاً لكونها واقعة في ملك الغير ، ولا يخفى ما فيه فان تحقق الفسخ بكل واحدة من تلك المذكورات انما يكون لمكان كونه تشبهاً بالملكية السابقة ولا يعتبر فيه قصد الفسخ اصلاً فالقول بكونها مع عدم قصد الفسخ يكون حراماً وباطلاً كما ترى .

قوه (قده) نعم اوثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفى هنا بطريق اولى (الخ) لا يخفى ان الفسخ في العقود الجائزة ليس مع الرد في باب الفضولى بجامع واحد كما انه يخالف في بعض منها

مع العقد اللازم الخياري أيضاً ، و توضيحه ان ملاك الفسخ في العقد اللازم الثابت فيه الخيار يجعل الشارع أو المتعاملين هو التشبث بالملكية السابقة و ارتجاعها ، و ملاك الرد في عقد الفضولي هو التعرض لهدم العقد و رفعه ، و قد تقدم انه لا يعهد فعل يكون مصداقاً لرده بحيث يصدق عليه انه رد ، و اما العقود الجائزة فهي اما تمليكية أو تكون اذنية ، و التمليكية اما تكون تنجزية كالهبية أو تكون تعليقية كالوصية و الجعالة و السبق و الرماية لوقيل فيه بكونه من العقود الجائزة فملاك الفسخ في التمليكية التنجزية هو الملاك في العقد الخياري وهو التشبث بالملكية السابقة ، و في التعليقية ايضاً كذلك مع ما بينهما من التفاوت من حيث التنجز و التعليق و ملاكه في العقود الاذنية مثل الوكالة و نحوها هو الرجوع عن الاذن فكل فعل يكون مصداقاً للرجوع يقع به الفسخ و اذا ظهر اختلاف ملاك الفسخ في العقود الاذنية مع ما هو المالك للرد في باب الفضولي تبين فساد قياس المقام بالفسخ في العقود الاذنية و ان كفاية الفسخ الفعلي في العقود الجائزة لا يقتضى كفايته في المقام فضلاً من ان يكون اولى .

قوله قد و لذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة (الخ)

لا يخفى ان منشاء الاشكال في بطلان الوكالة بايقاع العقد الفاسد مع الجهل بفساده ، ليس لاجل الاشكال في كفاية الفسخ الفعلي في باب الوكالة ، بل الاشكال على ما قرره في الايضاح و جامع المقاصد ، هو من جهة الاشكال في منافاته مع الاذن ، لكي يكون رجوعاً عنه ، قال في جامع المقاصد عند قول العلامة و مع جهله يعني الجهل ببطلان بيعه اشكال ، انه ينشأ من بقاء الملك و سلطنة التصرف والشك في سبب العزل . و من ان العقد الصحيح سبب في العزل ، و قد قصده و حاول ايجاده انتهى و نحوه ما في الايضاح فراجع .

قوله (قده) مسئلة اولم يحز المالك (الخ) اعلم ان المسائل المتقدمة كانت فى بيان موضوع الاجازة وما به يتحقق الرد و هذه المسئلة تكون فى احكام الاجازة و الرد ، و الكلام يقع تارة بالنسبة الى وظيفة المالك مع البايع الفضولى ، و اخرى فى وظيفة المالك مع المشتري ، و ثالثة فى وظيفة المشتري مع البايع فهنا مقامات (الاول) فى وظيفة المالك مع البايع اذا اجاز البيع اورد ، اما مع الاجازة فلا رجوع منه الى البايع ان لم يقبض الثمن من المشتري ، بل للمالك بعد الاجازة الرجوع الى المشتري بالثمن هذا مع وجوده ، و اما مع تلفه فان كان بتلف سماوى فيدخل فى مورد قاعدة التلف قبل القبض بناء على تعميمها بالنسبة الى الثمن ايضا ، وان كان بغير التلف السماوى ، أو قلنا باختصاص القاعدة بالمبيع قلل المالك الرجوع الى المشتري او الى الايدي المتعاقبة الواردة على الثمن الى ان ينتهى الى من حصلت التلف عنده على قاعدة باب الضمان هذا على تقدير الاجازة .

و اما مع الرد فله الرجوع الى البايع بعين ماله لو كان عنده او الى من هو عنده على تقدير وجوده و مع تلفه يرجع الى كل من صار ضامناً على قاعدة باب الضمان وهذا كله مما لا اشكال فيه ، انما الكلام فى تفاوت قيمة الثمن أو المضمن فى صورتى الاجازة و الرد مع تعاقب الايدي عليه اذا كانت الزيادة فى اليد المتوسطة بين السابقة و اللاحقة بأن كانت قيمته حال كونه فى يد الاول خمسة و صارت عند كونه عند الثانى عشرة ثم نقصت فصارت حال كونه عند الثالث خمسة فان قلنا فى كون المدار فى القيميات على قيمة يوم الرد فلا اشكال ، وان قلنا بأعلى القيم فالثالث ليس ضامناً لتفاوت القيمة الحاصل عند الثانى و اما الثانى و الاول فهما ضامنان للزيادة و ان كان قرار ضمانها على الثانى إلا ان يكون مغروراً فيرجع الى الاول .

فهنا دعويان (الاولى) عدم ضمان الثالث للزيادة (الثانية) ضمان من حصلت عنده الزيادة و من كان قبله ممن حصلت الزيادة بعده ، اما الدعوى الاولى فالوجه فيها هو الوجه فى عدم ضمان من لم يحصل العين فى يده ، و توضيحه ان ضمان العين انما يكون الى زمان بقائها . فكما انه لا معنى ل ضمانها بعد انعدامها ، وينتهى ضمانها الى من تلفت عنده ولا يعتبر الضمان فيما بعده اذ لا بعد بعد تلفها ، فكذلك بالنسبة الى الصفات والمنافع ، الا يادى المتعاقبة ضامنة لكل صفة أو منفعة واقعة تحت اليد ، ولا معنى لضمان اليد المتأخرة لصفة ومنفعة لم تفت تحت يده ، و انما فائت قبل وصول العين الى يده ومع انتفاء موجب الضمان فلا ضمان كما هو ظاهر .

واما الدعوى الثانية فبالنسبة الى ضمان من حصلت الزيادة عنده واضح حيث ان مقتضى اليد ضمانه لما يفوت فى تحت يده من المنافع والاصناف سواء كانت حصول الوصف أو المنفعة بفعله أو بفعل اليد السابقة عليه او كان بفعل الله سبحانه ، أو نشاء عن تفاوت القيمة السوقية ، بناءً على ضمان اعلى القيم . واما ضمان اليد السابقة على حصول الزيادة ، كما اذا حصلت الزيادة عند الثانى ف ضمان الاول لها هو المسلم بين الاصحاب وفي تطبيقه على القاعدة غموض فلا بد له من التماس مدرك و سيأتى التكلم فيه فى حكم الايدى المتعاقبة ، هذا تمام الكلام فى وظيفة المالك مع البائع ومحصله هو الرجوع اليه بمشمنه على تقدير الرد وبالثمن على تقدير الاجازة اذا كان للمشمن أو الثمن عنده ، وقد ظهر منه الكلام فى المقام الثانى اعني وظيفة المالك مع المشتري **المقام الثالث فى وظيفة المشتري مع البائع** الفضولى و هى امور (الاول) رجوعه الى البائع بالثمن فى صورة الرد لو قبضه مع جهله بكونه فضولياً مطلقاً مع وجوده وتلفه سواء اعترف بكونه مالكام لا اذا كان اعترافه مستنداً الى

اليدلا الى العلم بكونه مالكا أو اليينة عليه و إلا فمع علمه فلا رجوع منه عليه كما انه مع اليينة لا يرجع اليه ظاهراً وان كان الثمن له واقعاً (الثاني) نسب الى ظاهر الاصحاب عدم جواز رجوع المشتري الى البائع الغاصب بالثمن عند وجوده اذا كان المشتري عالماً بغاصبية البائع ومع علمه به اعطاه الثمن ، واستدل له بأن تسليط المشتري اياه بنفس اشتراؤه منه تمليك له بالثمن ومعه فلا رجوع اليه بالثمن ، ولو كان موجوداً عنده هذا وقد تقدم حكايته عن الشهيد في ذيل التنبيه الثالث من تنبيهات الاجازة .

ولا يخفى ما فيه فانه مع انه لم يعلم ذهاب الاصحاب اليه حيث انه لم يصرح احد منهم بعدم جواز الرجوع مع وجود الثمن في صورة رد المالك ، وانما النسبة اليهم ناشية عن اطلاق كلامهم (مخدوش) بان اشتراء المشتري من الغاصب مع علمه بالغصب ليس تمليكا منه الى الغاصب بالثمن بل هو تمليك اليه بما هو مالك لا بما هو غاصب ، فكما انه يبيع بما هو مالك بسرقة الاضافة المالكية على ما مر مراراً ، كذلك المشتري يشتري منه بما هو مالك ، وهذا هو الموجب لصحة بيعه باجازة المالك والا لما كان قابلاً للاجازة كما تقدم بما لا مزيد عليه فليس اشتراؤه تمليك منه للثمن الى الغاصب حتى لا يتمكن من الرجوع اليه عند وجوده على تقدير رد المالك ولو تنزلنا عن ذلك ، وقلنا بان الشراء منه تمليك للثمن اياه فليس ازيد من ان يكون هبة ، ولا اشكال في جواز الرجوع في الهبة مع وجود العين ، ولو تنزلنا عن ذلك ايضاً وقلنا بأنه تمليك معاوضي بناء على صحة تملك الثمن من شخص بازاؤه تمليك المثل من شخص آخر فالبايع صار مالكا للثمن بازاؤه انتقال المثل من ملك المالك الى المشتري ، فلا يمنع عن الرجوع عند الرد لان لازم هذا الفرض المحال هو انتقال الثمن الى البائع على تقدير صحة المعاوضة . و انتقال المثل الى

المشتري المتوقف على الاجازة دون صورة الرد .

قوله (قده) ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز المالك (الخ)

يعني ان الجمع بين الحكم بصحة البيع على تقدير الاجازة وتملك المالك للثمن مع الحكم بتملك البايع الغاصب باشتراء المشتري عنه متنافيان ، وذلك لان تملك البايع يكون بالشراء منه المتقدم على اجازة المالك ، فتملكه الناشئ عن اشتراء المشتري عنه موجب لفوات محل الاجازة ، حيث ينتقل الثمن الى البايع الغاصب فلا يبقى محل لانتقاله الى المالك بالاجازة .

قوله فتأمل يمكن ان يكون اشارة الى ان هذا الاشكال يرد على

من يلتزم بصحة الاجازة مع قوله بعدم جواز رجوع المشتري الى الغاصب بالثمن على تقدير الرد ، وهو ممنوع لامكان ان يكون القائل بعدم جواز الرجوع الى الغاصب هو المستشكل في صحة بيع الغاصب وقابليته للحقوق الاجازة وعليه فلا يرد هذا المنع ، ويمكن ان يكون اشارة الى ان هذا الالتزام يرد على من قال بأن نفس الشراء مستلزم للتملك ، ويمكن ان يكون تملك الغاصب للثمن بنفس التسليط الخارجى المترتب على الشراء لا بالشراء نفسه ، وعليه فيكون تملك المالك للثمن الحاصل بنفس الشراء خصوصاً على الكشف متقدماً على تملك الغاصب بالتسليط الخارجى الواقع مترتباً على الشراء فلا يرد الالتزام ولكن يندفع الاخير بأن تملك البايع ولو كان بالتسليط الخارجى ايضاً يلزم فوت محل الاجازة للزوم عدم انتقال العوضين عن انتقال عنه بالبيع قبل الاجازة فكما ان انتقال المثلث عن المالك قبل الاجازة مفوت لمحل الاجازة ، فلا يصح معه الاجازة فكذا انتقال الثمن عن المشتري ايضاً مفوت لمحل الاجازة ، فلا فرق في فوت الاجازة بين القول

يكون تملك الغاصب للثمن بالشراء أو بالتسليط بعده .

الامر الثالث هل يجوز للبائع الغاصب ان يتصرف فى الثمن الذى يقبضه من المشتري مع علم المشتري بكون البائع غاصباً ام لا (احتمالان)
 ظاهر المصنف قده فى صدر العبارة هو الاخير ، وهذا هو الحق الموافق للتحقيق وذلك لعدم ما يوجب حل تصرفاته من تمليك و نحوه ، لان المشتري انما سلطه على الثمن بعنوان قيامه مقام المثلث ، فكما انه لا يجوز له التصرف فى المثلث ، فكذلك لا يجوز له التصرف فى الثمن الذى قبضه بعنوان البدل عن المثلث ، ولكنه قده ذكر اخيراً ما يظهر منه الجواز ، قال قده فى ذيل الجواب عن السؤال الآتى بعد جملة من الكلام مالفظه ، واما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لملكية البائع للثمن عند انكشاف الخطأ . مع انه انما ضمنه بمال الغير ، فلم يدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان ، وان كان ماضيه به غير مالك له ولا يتحقق به التضمين . لانه انما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثلث ملكاً له و صيرورته مباحاله بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه اى فى صورة العلم بكونه غاصباً . لان طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل انتهى .

ولا يخفى ان قوله قده لان طيب النفس بالتصرف (الخ) ظاهر فى جواز تصرف الغاصب فى الثمن ، واتلافه لطيب نفس المشتري به كما لا يخفى اللهم الا ان يقال بانه اراد الوضع لا التكليف بمعنى عدم ترتيب الضمان على تصرفه واتلافه لمكان طيب نفس المشتري . لا الجواز التكليفى ، وكذا ما افاده فى قوله (وحاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على اتلافه فى ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث) فان ظاهره ايضا دال على جواز تصرف الغاصب

لاجل تسليط المشتري اياه على ائلافه كتسليط الاجنبي عليه ، إلا انه ايضاً محمول على كون التشبيه في عدم ضمان الاجنبي المأذون في الائلاف كما يدل عليه قوله (قده) في ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث ، وكيف كان فالمتبع هو الدليل ، وهو المساعد مع ما اخترناه واختاره قده في صدر الكلام ، من عدم جواز شئ من التصرفات للبائع وضعاً ولا تكليفاً ، وان هذا التسليط من المشتري مع علمه بغاصبية البائع لا يفيد شيئاً إلا عدم ضمان البائع اذا تلف الثمن عنده .

قوله (قده) فان قلت تسلطه على الثمن بازاء مال الغير (الخ)

لما ذكر قده انه مع علم المشتري بغاصبية البائع لو سلطه على الثمن ليس له الرجوع عليه به عند تلفه لعدم موجب الضمان ، توجه عليه هذا السؤال ، وحاصله ان مصحح بيع الغاصب مع اجازة المالك ، انما هو تحقق البيع عن الغاصب في عالم الانشاء بواسطة سرقة الملكية و ادعاء الملكية . و هذا الادعاء ينتج امرين (احدهما) صحة صدور البيع عن الغاصب وإلّا فمع عدمه لا يسقط منه انشاء البيع ، حيث ان خروج المثل عن ملكه بازاء دخول الثمن في ملك الغاصب ، خارج عن حقيقة البيع كما اسلفناه مراراً ، وثانيهما ضمان الغاصب لما يقبضه من الثمن لتضمن المشتري اياه بعد ادعاء كونه مالكاً فمالكية الغاصب ادعائي ، لكن تضمنه المترتب على مالكيته واقعي و التضمن موجب للضمان ، فمع اجازة المالك الاصلى يكون الضمان بالمال المعوض ، و هو الذي جعل بازاء الثمن في العقد ، و مع رده يكون الضمان على مال الغاصب : و هذا كما اذا اعتقد المشتري مالكية الغاصب حيث انه مع الاجازة يكون الضمان جعلياً ، و مع الرديكون البائع ضامناً بماله الاصلى فلا فرق بين علم المشتري بالغصب ، و بين

جهله به في عدم ملكية البايع الغاصب حقيقة إلا أنه مع الجهل مالكية الغاصب اعتقادي ، و مع العلم به ادعائي .

قوله (قدّه) قلت الضمان كون الشيء (الخ) حاصله بيان الفرق بين صورة علم المشتري بالغصب و بين جهله به بإمكان الالتزام بما ينتج نتيجة ضمان الغاصب على تقدير الرد في طاول ضمان المالك على تقدير الاجازة مع الجهل بالغصب وعدم إمكان الالتزام به مع العلم به و ان ادعاء مالكية الغاصب في صورة العلم لا ينتج إلا إمكان صدور المعاملة عنه ولا يوجب ضمان الغاصب اصلاً .

اما تصوير الضمان الطولي في صورة الجهل فتوضيحه ان المشتري لما اعتقد مالكية البايع ، فهو يضمنه بماله الاصلي اعني يكون الضمان بالمال الواقعي الحقيقي من اموال البايع غاية الامر طبق ماله الاصلي الذي جعله مضموناً به على مال الغير خطأ في المصداق و عالم التطبيق ، فكبرى الضمان و هو التضمن بمال البايع تحقق من المشتري ، و انما الخطأ صار في المصداق ، و نتيجة ذلك هو ضمان صاحب المضمون به على تقدير اجازته بكون ماله عوضاً عن مال المشتري ، و ضمان البايع نفسه بماله على تقدير الرد ، حيث انه مضمن بماله الاصلي الواقعي ، و مع عدم اثبات الضمان على المال المجمعول عوضاً بواسطة رد مالكه ، يكون الضمان على البايع بماله الآخر من المثل أو القيمة كما في كل مورد تين فساد العقد من غير جهة العوض ولا اقول ان المنشئ ينشئ ضمانان (احدهما) ضمان المالك على تقدير الاجازة (و الآخر) ضمان الغاصب على تقدير الرد غاية الامر يكون الثاني في طول الآخر بل ليس الصادر عن المشتري إلا تضمين البايع بماله الاصلي مع اعتقاد ما لا يكون من امواله بكونه من ماله الاصلي .

ونتيجة ضمانه بماله الاصلى هو الضمانان الطوليان ، فالتضمن واحد ، ولكنه في النتيجة ينتج الضمانين كمالات يخفى. هذا في صورة جهل المشتري بالغصب ، واما مع علمه فلا منشأ لتحقيق الضمانين الطولين ، وذلك لان المشتري مع علمه بالغصب انما يضمن البايع بماله الادعائى لا الاصلى . و التضمنين و ان كان واقعيًا حقيقياً ، لكنه تضمنين بالمال الادعائى فمع قراره باجازة المالك يتحقق الضمان الجعلى ، و مع رده فلا موجب لتضمن البايع بماله الاصلى اصلاً ، فظهر الفرق الجلى بين صورة جهل المشتري بالغصب وبين علمه به ، حيث ان موجب ضمان البايع في الاول موجود وهو تضمنينه بماله الاصلى دون الاخير .

قوله (قده) و امار جوع المشتري مع اعتقاد (الخ) قد تقدم ان هذه العبارة فيها ايماء الى جواز تصرفات الغاصب فيما قبضه من المشتري من الثمن في صورة العلم ، وذلك لمكان طيب نفس المشتري في تصرفه فيه و معه فلا مانع عن جوازه فتكون (ح) منافياً مع ما صرح أولاً بعدم الجواز تكليفاً ، اللهم الا ان يحمل الى الوضع بمعنى انه لو تصرف لم يكن ضامناً و هذا الحمل ليس ببعيد فراجع .

قوله (قده) و مما ذكرنا يظهر ايضاً فساد نقض ما ذكرنا (الخ) هذا نقض ثان يورد على القول بعدم ضمان الغاصب عند التلف مع علم المشتري بالغصب ، وحاصله انه اذا كان تسليط المشتري على الثمن مع العلم بالغصب ، تسليطاً مجانياً غير موجب للضمان لكان اللازم عدم ضمان البايع للثمن في كل معاملة فاسدة يعلم المشتري بفسادها ، حيث انه مع علمه بالفساد و انه لا يسلم له الثمن يكون تسليطه اياه على الثمن (ح) مجانياً غير موجب للضمان .

قوله (قده) وجه الفساد (الخ) و تفصيل ذلك : ان فساد المعاملة اما يكون ناشياً من غير جهة الاخلال بشرائط العوضين ، و ذلك كالاخلال بشروط المتعاقدين او العقد نفسه أو يكون من ناحية الاخلال بشروط العوضين ، وهذا الاخير ايضاً على انحاء (احدها) ان يكون الاخلال من جهة اشتراط عدم العوض كالبيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة (وثانيها) ان يكون لاجل عدم تمويل الثمن عرفاً مثل البيع بالديدان (و ثالثها) ان يكون لاجل عدم تمويله شرعاً مثل البيع بالخمر و الخنزير (ورابعها) ان يكون لاجل عدم كونه ملكاً للمشتري كما اذا اشترى الغاصب بمال غيره شيئاً لنفسه ، أو كان المعوض ملكاً للغير و باعه لنفسه فضولاً على ما هو محل الكلام .

و حكم هذه الاقسام في الضمان و عدمه ، اما القسم الاول اعني ما كان الفساد لاجل اختلال شرائط ما عدى العوضين ، فالحكم فيه هو الضمان ، و ذلك لاجل قاعدة ما يضمن بصحيحه حيث انها اسست لبيان تميز الموارد التي تقتضي اليد للضمان عما لا تقتضيه ، و مجمل القول فيه هو ان كل مورد ساط المالك غيره على المال بعنوان الجرى على ماملة واقعة بينهما فان كان التسليط بعنوان الجرى على طبق معاملة كانت في صحيحها الضمان فيكون في فاسدها الضمان ، و ذلك كالعقود المعاوضي و كل تسليط وقع على الجرى على معاملة لا يكون في صحيحها الضمان فليس في فاسدها ايضاً الضمان ، و ذلك في كل معاملة غير معاوضي يكون الاقدام على التسليط على طبقها مجانياً و من المعلوم ان التسليط في المعاملة الفاسدة من جهة الاخلال بما عدى العوضين لا يكون مجانياً ، حيث ان المعطى ساط القابض على ماله بعنوان المعاوضة ، غاية الامر انه

لم يسلم له المعروض ، وعدم سلامته له لا يوجب مجانية تسليطه كما لا يخفى . فموجب الضمان فى هذا القسم موجود وهو الاقدام على التسليط المعاضى .

و اما القسم الثانى اعنى ما كان الفساد من جهة اشتراط عدم العوض وهذا فى عالم الثبوت يتصور على احد نحوين (احدهما) ان يكون قول القائل بلائمن فى قوله بعثك بلائمن مثلاً ، قرينة على ارادة الهبة من البيع فهو انشاء الهبة بلفظ مجازى وهو البيع مع نصب القرينة على ارادة المجاز فكانه قال وهبتك (ح) ففى صحة هبته هذا وفساده (وجهان) ناشيان من اعتبار الالفاظ الحقيقى فى العقود وعدمه ، فان قلنا باعتبارها يحكم بالبطالان ، وان قلنا بعدم اعتبارها فيحكم بالصحة (وثانيهما) ان يكون اشتراط عدم الثمن شرطاً مخالفاً لمقتضى العقد ويكون مخالفاً مع صدر الكلام لانه قرينة على ارادة خلاف الظاهر من الصدر ، ويترتب عليه الفساد لاشتماله على الشرط المخالف مع مقتضى العقد .

وهذا الاخير هو الاقوى و عليه الاصحاب ، لضعف الاحتمال

الاول ، وان قال به بعض ، وذلك لان القرينة هى ما توجب ظهور اللفظ فى المعنى المجازى لا كلما يناقض المعنى الحقيقى و يضاذه ، و لو لم يوجب ظهور اللفظ فى خلافه . كيف ولو كان كل ما يناقض صدر الكلام قرينة على حمل الصدر على المعنى المجازى لانسد باب تحقق الشرط المخالف للعقد بالكايه ، اذ كلما يخالف مقتضى العقد يجعل (ح) قرينة على ارادة المعنى المجازى لكى يلازم مع القرينة ، وهذا كما ترى فكلمة بلائمن فى بعثك بلائمن أو بلا اجرة فى آجرتك بلا اجرة مخالف ، مع قوله بعث أو آجرت و موجب لفساد العقد .

اذا تبين ذلك فنقول لا ينبغي الاشكال في عدم الضمان على الاحتمال الاول حيث انه على الاحتمال الاول يدور الامر بين ان يكون بعثك بسلا ثمن هبة صحيحة أو فاسدة وعلى كلا التقديرين فلا ضمان و هذا ظاهر، وانما الكلام في الضمان وعدمه على الاحتمال الثاني ، ففي ثبوت الضمان وعدمه (احتمالان) بل قولان ينشأ من ان العبرة على ما اقدم عليه البائع في هذا البيع مثلاً على نفس ما يفهم من صدر الكلام و هو قوله بعث أو على نتيجة الحاصلة من صدر كلامه وذيله اعني من اول قوله بعثك الى آخر قوله بلا ثمن فان كانت العبرة على الاول ، لكان اللازم هو الحكم بالضمان ، فان الاقدام على البيع اقدام على المعاوضة والتسليط المترتب عليه تسليط معاوضي لا مجاني ، و ان كان المنطوق على الاخير ، فاللازم هو الحكم بعدم الضمان ، حيث ان نتيجة البيع بلا ثمن هو الاقدام على التسليط المجاني ، فمن حكم بالضمان كانه ينظر الى الاول و من حكم بعدمه فهو ينظر الى الاخير ، و هو المنقول عن الشهيد قدس .

ولا يبعد ان يكون هو الاقوى و ان امكن التفصيل بين ان يقول بعثك بلا ثمن ، و بين ان يقول بعثك بشرط اسقاط الثمن أو بعثك و اسقطت ثمنه بالحكم بعدم الضمان في الاول ، حيث انه اقدام على المجانية و بالضمان في الثاني ، حيث انه اقدام على المعاوضة . غاية الامر مع اسقاط العوض ، و اسقاطه لاينا في الاقدام على المعاوضة لكي يكون مجانياً اذ رتبة السقوط متأخرة عن الثبوت فما لم يثبت العوض لم ينته الى سقوطه و حيث ان المفروض فساد الشرط ، فيحكم بالضمان لاجل ثبوته بالاقدام و عدم زواله بمسقط بعده و لهذا التفصيل ايضاً وجه .

وكيف كان فقد تحقق حكم الضمان في هذا القسم ايضاً و انه

٢٦٨- في حكم الاجازة و الرد

على القول بكون اشتراط عدم العوض قرينة على ارادة الهبة من البيع .
فلا ضمان و على القول بكونه شرطاً مخالفاً مع مقتضى العقد ،
فالاقوي ايضاً هو عدم الضمان اما مطلقاً او مع التفصيل المتقدم .

اما القسم الثالث اعنى ما كان الفساد من جهة عدم تمول العوض
عرفاً فالحكم بعدم الضمان فيه واضح ، ضرورة اقدام البايع على التسليط
المجانى كالحكم بالضمان فى القسم الرابع ، و هو ما كان الفساد من جهة
عدم تمول العوض شرعاً مع كونه مالا عرفاً ، اذ معلوم (ح) ان التسليط
لا يكون مجانياً بل انما هو معاوضى ، غاية الامر بعوض لم يسلم لمشرعاً و
عدم سلامة العوض شرعاً لا يستلزم المجانية فى التسليط لكى يكون اقدام
عليه اقداماً على المجان كما لا يخفى .

بقى الكلام فى القسم الخامس و هو المبحوث عنه فى المقام
اعنى ما كان احد العوضين ملكاً لغير المتبايعين بأن كان البايع غاصباً ، و
حكم هذا القسم هو الضمان مع جهل المشتري بالغصب و عدمه مع علمه
به ، وذلك لما تبين من الفرق بينهما . حيث انه مع الجهل يكون تضمين
المشتري للبايع بالمال الاصلى للبايع ، غاية الامر مع خطأ فى تطبيقه لماله
الاصلى على مال غيره و هذا ينتج ضمان صاحب المال المضمن به على
تقدير اجازته و ضمان البايع بمال آخر من امواله على تقدير الرد ، و
مع العلم بكون التضمين بالمال الادعائى للبايع ، و هذا ينتج ضمان المالك
مع اجازته ، و لا ينتج ضمان البايع على تقدير رد المالك ، حيث انه لم
يضمن بماله الاصلى حتى يصير ضامناً به كما لا يخفى فالحق ما عليه المشهور
من التفرقة بين علم المشتري بالغصب و بين جهله به بعدم الضمان فى الاول
دون الاخير .

قوله (قده) ولكن اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه (الخ) لا يخفى مما بيناه آنفاً وتقدم مراراً من ان هذه القاعدة ليست قاعدة تعبدية وردت فى نص أو معقد اجماع ، و انما هي قاعدة استت لبيان المائزين ما توجب اليديه الضمان ، و بين ما لاتوجبه فيما اذا كان التسليط على الجرى على المعاملة ، وعليه فلا مورد للتمسك باطلاقها لاثبات الضمان فى المقام ، أوفى مثل البيع بلائمن أو الاجارة بلاجرة بل اللزوم هو الحكم بعدم الضمان لكون الاقدام مجانياً .

واما حديث اختصاص مورد ها بما اذا كان للعقد فردان فعليان احدهما صحيح و الآخر فاسد فلا يشمل مثل البيع بلائمن (فمدفوع) بأن شمول القاعدة اما يكون بمثلها اللفظى وذلك فيما كان للعقد فردان و اما يكون بملاكها و هو الاقدام المجانى و كون التسليط المترتب على العقد تسليطاً مجانياً لا معاوضياً ، و ذلك كما فى مثل البيع بلائمن و الاجارة بلاجرة فلا يحتاج الى التكلف بارادة مطلق المعاملة المالية التي لها فرد صحيح و هو الهبة مثلاً و فاسد و هو البيع بلائمن كما لا يخفى كما ان مورد القاعدة و محل تأسيسها فى مقام المائزين ما يوجب الضمان و ما لا يوجب هو التسليط المترتب على العقد و المتفرع عليه فلا ربط للرشوة التي يعطها الراشى الى المرتشى حتى يبحث عن ضمانه و عدمه بل هي خارجة عن موضوع هذا القاعدة المؤسسة نفياً و اثباتاً فراجع ما حققناه سابقاً فى بيان هذه القاعدة .

قوله (قده) ثم ان مقتضى ما ذكرناه (الخ) لا يخفى انه اذا باع البائع عن المالك فضولاً و اعطاه المشتري الثمن بعنوان الايصال الى المالك و لاجل ان يوصله اليه يكون اميناً عن المشتري أو وكيلاً عنه ،

حيث ان المفروض عدم وكالته عن المالك في قبض الثمن فالاعطاء اليه بعنوان كونه واسطة في الايصال الى المالك لا ينفك عن احد الطرفين اما توكيل المشتري للبائع في الايصال أو استيمانه ، و على كلا التقديرين فلا وجه للضمان بل ينبغي القطع بعدمه كما لا يخفى ، اللهم إلا اذا تلف عند البائع بتعدي منه أو تصرفه فيه .

قوله (قده) وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن (الخ) فرض هذا الشرط انما هو مع علم المشتري بالغصب وإلا فلا مورد لاشتراط ضمان الغاصب على تقدير اخذ صاحب العين عين ما له لانه مع الجهل يعتقد المشتري كون البائع هو صاحب المال ، ثم ثبوت الضمان مع العلم بهذا الاشتراط مشكل ، و انما نتيجة هذا الشرط جواز استرداد المشتري للثمن مع وجوده وهو كان حاصلًا من دون هذا الشرط فهذا الشرط لا يفيد شيئاً

اقول هكذا أفيد لكن التحقيق افادة هذا الشرط ضمان البائع للثمن مع تلفه عنده ، و ذلك لخروج تسليط المشتري البائع على الثمن بهذا الشرط عن التسليط المجاني ، فاذا كان التسليط مبيناً على العقد المعاملى المشترط فيه ضمان البائع بماله الاصلى على تقدير عدم قرار التضمين الجعلى بواسطة رد المالك ، يخرج عن المجانية بالنسبة الى البائع فيصير البائع ضامناً فحال هذا الشرط في صورة العلم حال تضمين البائع طولاً في صورة الجهل فهذا المعنى الذى كان مفاد تضمينه بماله الاصلى في صورة الجهل قد ادى في صورة العلم بالشرط كما لا يخفى ، هذا كله تمام الكلام فى صورة الرد .

و اما اذا اجاز المالك للبيع فاما ان تكون الاجازة بعد تلف

التمن عند البايع أو تكون قبله، فعلى الأول : فصحة البيع وفساده (ح) يدور مدار جريان قاعدة تلف قبل القبض بالنسبة إلى التمن وعدمه ، فإن قلنا بعمومها لتلف التمن و التمن ، فيحكم بانفساح البيع ورجوع المبيع إلى المالك ، و ان قلنا باختصاصها بتلف التمن (فح) فاما ان يجيز المالك قبض البايع للتمن ايضاً أولاً ، فإن اجاز فلا رجوع له إلى المشتري بل له مطالبة البايع بالتمن مطلقاً ، سواء كان التمن كلياً أو شخصياً وان رد قبضه فله الرجوع إلى المشتري لو كان التمن كلياً ، حيث انما اعطاه إلى البايع (ح) لم يتعين للتمنية فما تلف عند البايع لا ماس له بالمالك حتى يرجع المالك اليه وان كان شخصياً فله الرجوع إلى المشتري أو البايع ، فإن رجع إلى البايع فهو وان رجع إلى المشتري ، فله الرجوع إلى البايع بما اغترم للمالك مع جهله ، ولا رجوع له به مع العلم ، وهذا كله شيء لم يذكر في مجلس البحث .

قوله قد هذه المسئلة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك (الخ) كانت المسئلة السابقة في حكم ما اغترمه المشتري من التمن وهذا المسئلة في بيان حكم ما يغترمه ماعدى التمن وقد قسمه إلى ثلاثة اقسام (الأول) اغترام ما كان في مقابل العين كما اذا كانت القيمة المأخوذة منه عشرين وكان التمن عشرة (الثاني) ان يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار ونحوه (الثالث) ان تكون غرامة لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري كالنفقة و ما صرفها في التعمير ونحوه .

ولا يخفى انه قد بقي قسم رابع لم يتعرض له و هو المنافع الغير المستوفاة وكان الأولى تربيعة الاقسام ، ولم يظهر وجه لترك التعرض له ، ولعل و جهة ترديد المصنف سابقاً في ضمانها ، ولكنه أخيراً قوى

نبوت الضمان فيها و عليه فكلن الاولى في المقام التعرض لحكمها كما لا يخفى .

قوله (قده) وان كان جاهلاً فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب (الخ) اراد ان يبين حكم هذه الاقسام بالنسبة الى رجوع المشتري الى البايع في صورة الجهل وبدء بالتالي لوضوح حكمه بالنسبة الى الاولين ، و جملة الكلام فيه انه استدل لضمان البايع لما يفتخره المشتري مما لم يحصل له في مقابله نفع ، تارة بالاخبار الواردة في المقام و اخرى بالقواعد العامة و هي قاعدة التسيب وقاعدة الغرور وقاعدة لا ضرر و الظاهر ان قاعدة التسيب ليست قاعدة عليحدة في قبيل الغرور ، بل هي مدرك لقاعدة الغرور .

و توضيحه ان مورد التسيب على انحاء (احدها) ما كان الفعل الصادر عن المباشر من غير اختيار منه بحيث لم يتوسط ارادته في صدوره بل فعل السبب يصير منشاء لصدور المسبب عن المباشر بلا اختيار منه و لا ارادته و ذلك كحفر البئر الموجب لالقاء الشخص فيه بغير اختياره (و ثانيها) ان يكون المسبب بارادة المباشر لكن ارادة ضعيفة تكون معها اسناد الفعل اليه ضعيفا و الى السبب اقوى و ذلك كما اذا وقع الطفل في البئر مثلاً بارادته حيث ان ارادته ضعيفة (و ثالثها) ان يكون المسبب بارادة تامة من الفاعل لكن مع قهره في ارادته شرعاً أو عقلاً .

و الاول كما في حكم الحاكم على طبق بينة الزور مع جهله بكذب البينة ، حيث ان الخسران يورد على المحكوم عليه بحكمه ، و هو حاكم بارادته التامة لكن بملاك قيام البينة و وجوب الحكم على الحاكم على طبقها ، أو كالقتل الصادر عن المباشر مستنداً الى حكم الحاكم ،

حيث انه يقتل بارادته ، لكن بسبب وجوبه عليه من ناحية الحكم .
 و الثاني كما في مورد الاكرام على الفعل حيث ان استناد الفعل
 الى المكره بالكسر يكون اقوى ، و ضابط الموارد الثلاثة هو كون
 السبب مقدمة اخيرة من علل اعداد وجود المسبب بحيث لم يتخلل بينه و
 بين المسبب فعل فاعل مختار او اذا تغلل كان على احد النحويين الاخيرين
 و مع التغلل لا باحد النحويين لا يستند الفعل إلا الى الاخير ، فلو حفر البئر
 حافر وسقط فيه آخر جهلاً ومات بالسقوط يكون الضمان على الحافر . لانه السبب
 (ح) ولو نصب فيه آخر سكيناً ومات الساقط بوقوعه على السكين يكون
 الضمان على الناصب . ولو دفعه ثالث في البئر يكون الضمان على الدافع
 كما انه لو القى نفسه اختياراً لا يكون ضمانه على احد .

و حكم باب التسييب هو ثبوت الضمان على السبب ابتداءً بلا
 توجهه الى المسبب اصلاً لانه يتوجه اليه ثم منه يتوجه الى السبب ، ومن هنا يظهر
 عدم صحة التمسك بقاعدة التسييب مستقلاً في قبيل قاعدة الغرور لاثبات
 جواز رجوع المشتري الى البائع بما يغترمه حيث انه على التسييب ليس
 للمالك الرجوع الى المشتري ، لكي يرجع هو بعد الاغترام الى البائع
 بما اغترمه بل يلزم عليه الرجوع الى السبب من اول الامر ، مع ان المسلم
 بين الاصحاب صحة الرجوع الى المشتري كما يشهد به تعبيرهم بـ رجوع
 المشتري الى البائع بما اغترمه ، والحاصل ان قاعدة التسييب لا يثبت ضمان
 البائع في المقام هذا تمام الكلام في قاعدة التسييب .

واما قاعدة لا ضرر : فقد تمسك بها جماعة في المقام لاثبات حق
 رجوع المشتري الى البائع بما يغترمه للبائع مطلقاً من الاقسام الاربع
 المتقدمة ، بتقريب ان عدم جواز رجوعه اليه بما اغترمه يكون ضرراً عليه

فيندفع بالاضرر، و لكنه فاسد بما تكرر مراراً من ان لسان دليل نفى الضرر الحاكم علي ادلة الاحكام هو رفع الحكم الثابت عن مورد الضرر لاثبات الحكم المنفي، والمقام من قيل الثاني لا الاول، حيث ان الضرر يلزم من عدم ثبوت حق الرجوع، واما الضرر المثبت للحكم فهو الذي يكون في مرتبة الملاك، و يصير منشأة لتشريع الحكم الذي من و وظيفة الشارع لاغيره، فليس للفقهاء اثبات حكم في موضوع بقاعدة لاضرر إلا ان يكون مشرعاً كما لا يخفى فقاعدة لاضرر ايضاً اجنبية عن افادة جواز رجوع المشتري الى البائع.

واما قاعدة الغرور فهي المدرك في اثبات رجوع المشتري الى البائع وتنقيحها يتم ببيان امور (الاول) في مدرك تلك القاعدة وهو النبوى المرسل (المغرور يرجع الى الغار) المعتضد بعمل الاصحاب وتلقيهم اياه بالقبول، مضافاً الى ماورد في تضاعيف باب النكاح من رجوع المدلس عليه الى المدلس مستدلاً في بعضه بانه دلسها، والي ظاهر رواية جميل المذكورة في الكتاب، أو فحويها من رجوع المشتري الى البائع بشمن الجارية وقيمة الولدان اخذت منه وغير ذلك مما هو مذكور في بعض المسائل الراجعة الى البيع فالقاعدة لاشبهة فيها من حيث المدرك في الجملة وان وقع البحث في بعض تفاصيلها حسبما نشير اليه انشاء الله.

الامر الثاني ان قاعدة الغرور صغرى من صغريات قاعدة التسبب بالنسبة الى اقدام الغير على الضمان، وان كانت اجنبية عن قاعدة التسبب بالنسبة الى الفعل، وتوضيح ذلك ان قاعدة التسبب تستعمل في موضعين (احدهما) ما تقدم وهو الذي حكم فيها بضمان السبب وعدم ضمان المباشر، وضابطها هو ما كان الفعل مترتباً على المقدمة الاعدادية بحيث لا يتوسط فاعل مباشر

ارادي بينه وبينها : وذلك كما في مثل حفر البئر والسقوط فيه فلان الموت المترتب على سقوطه فيه لم يتخلل بينه وبين فعل الحفر فعل ارادي آخر وفي هذا القسم يكون الضمان على الحافر .

وحكم الحاكم المترتب على شهادة الزور وكالقتل المترتب على حكم الحاكم بالقود ، حيث ان الضمان في امثال هذه الموارد لا يتوجه على المباشر ، بل يتوجه الى السبب (وثانيهما) ما كان السبب سبباً على اقدام الفاعل المختار على الضمان ومورد هذا ما اذا تخلل الفعل الاختياري بين المقدمة الاعدادية وبين المسبب المترتب عليها ثم صدور الفعل الاختياري عن فاعله المتخلل بينهما اما يكون مع العلم من الفاعل و الالتفات الى انه موجب للضمان أولا يكون كذلك .

و الاول كما اذا تخلل دفع الدافع بين الحفر وبين السقوط في البئر وفي مثله يكون الضمان على المباشر بلا رجوعه الى سبب الحفر . فان الدافع (ح) هو المقدمة الاخيرة في سلسلة الاعدادات ، وهذا القسم خارج عن مورد قاعدة التسيب بكل واحد من اطرافها .

والثاني لا يخلو اما ان يكون السبب موقعا لذلک المباشر الاختياري في الضمان ابتداء مثل ما اذا التمس المدينون عن آخر قضاء دينه فانه سبب في ضمان الضامن بالتماسه منه الضمان ، واما يكون موقعا اياه في الضمان بايقاعه اياه في فعل يكون ذاك الفعل موجبا للضمان ، كما اذا احضر عنده طعاماً مرأياً كونه منه . فاكله الآكل بتخييل انه ملك لمن احضره ، ثم تبين كونه لغيره فان فعل الآكل المباشر للاكل وان كان اختيارياً ، لكن تضمينه قيمة الطعام ليس باختياره . وانما هو وقع في الضمان بسبب احضار الطعام عنده فمن احضره عنده يكون موقعا اياه في الضمان والضامن هو الآكل .

وتتبع ذلك ضمان الآكل المباشر للاكل مع رجوعه الى السبب .
فهذا ايضاً من موارد قاعدة التسبب لكن بمعنى التسبب في الضمان
لا التسبب في الفعل ، فالتسبب قد يطلق و يراد منه التسبب على الفعل و
هذا هو الذي لاضمان فيه على المباشر ، بل الضمان يتوجه على السبب اولاً .
وقد يطلق ويراد منه التسبب على الضمان و هو الذي يتوجه فيه الضمان
على المباشر ثم هو بعداء مافي ذمته من الضمان يرجع الى السبب .

ومما ذكرنا ظهر دفع توهم التنافي في عبارة المصنف ، حيث يمنع
اولاً عن التمسك بقاعدة التسبب في قوله (واما قوة السبب على المباشر فليست
بنفسها دليلاً على رجوع المغرور) الى ان قال و المتجه في مثل ذلك عدم
الرجوع الى المباشر اصلاً و يتمسك اخيراً بها . حيث يقول أو كـون
الغار سبباً في تغريم المغرور فكان كشاهد الزور .

ووجه الدفع هو ان ما يمنع التمسك به انما هو التسبب على الفعل
الذي عرفت انه لاضمان فيه على المباشر ، و ما يتمسك به هو التسبب على
الضمان الذي يكون الضمان على المباشر ، و قاعدة الغرور من صغريات
هذه القاعدة ، حيث ان التسبب بهذا المعنى غالباً يكون مع تغريم السبب المباشر
و ان امكن التفكير ايضاً كما في مورد التماس المديون ضمان ديته فانه
تسبب بالتغريم من التماس .

وبالجملة فالتسبب بهذا المعنى يكون مدركاً لقاعدة الغرور فمقتضى
قاعدة الغرور الثابتة بالادلة المتقدمة هو صحة رجوع المشتري الى البائع
في جميع الصور الاربع اعني ما اذا اغترم في مقابل مالم يحصل له نفع
كطم البئر و احداث البناء و نحوه ، و ما اذا اغترم في مقابل النفع الواصل
اليه و ما اذا اغترم في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن ، و ما اذا

انقرض في مقابل المنافع الغير المستوفاة الذي لم يذكره المصنف فسي الكتاب بناء على ما تقدم منه من عدم الضمان فيه و لا يمكن التحقيق لما كان هو الضمان فيه فيرجع المشتري به الى البائع ايضاً بعد الاغترام .

والحاصل ان قاعدة الغرور تقتضي رجوع المشتري الى البائع في كلما يغترمه للمالك إلا الثمن الذي يدفعه اليه حيث حصل له في مقابلته الثمن الذي اقدم على ضمانه .

و بعبارة أخرى قاعدة الغرور موجبة للرجوع في كلما لا اقدام فيه من المشتري على الضمان و هو ما عدى الثمن الذي دفعه الى البائع . فبالنسبة الى اصل الثمن اقدام منه على الضمان ففيما عداه لا اقدام منه عليه بل انما يضمن بتسبب من البائع الغار فيرجع اليه هذا حكم الاقسام على الاجمال ، ولكن وقع الخلاف في كل واحد منها قد اشار اليه المصنف و نشير اليه في موقع ذكره .

قوله (قده) وفيه مع اننا نمنع ورودها هذا اشارة الى الجواب عما ذهب اليه صاحب الحقائق قده من عدم رجوع المشتري الى البائع فيما يغترمه المالك مع حصول نفع له في مقابلته ويلزمه الحكم بعدم الرجوع فيما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة بطريق اولي ، و استدلل له بسكوت الاخبار الخاصة الواردة في رجوع المالك الى المشتري عن رجوع المشتري الى البائع مع كونها في مقام البيان فيكشف عن عدم حق له عليه هذا ولا يخفى ما فيه .

اما أولاً فلان تلك الاخبار ليست في مقام بيان حكم المشتري بالنسبة الى البائع و انما هي واردة في مقام حكمه مع المالك فليس لها

اطلاق حتى يتمسك به لنفي رجوعه الى البائع .

و اما ثانياً فلأنه على فرض تسليم الاطلاق ، فليس اطلاقها اعظم من بقية المطلقات القابلة للتقييد بعدورده ، فيقيد اطلاقها بما يدل على رجوع المغرور الى الغار ، وهذا هو المراد المصنف (قدّه) من قوله ان السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل .

قوله (قدّه) فمافى الرياض من انه لا دليل على قاعدة الغرر اذالم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر (الخ) هذه اشارة الى الجواب عما ذهب اليه صاحب الرياض قدّه من عدم رجوع المشتري الى البائع فيما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة ، واستدل له بان الدليل على قاعدة الغرور هو قاعدة الضرر وهي منتفیه فيما يغترمه مما حصل له نفع . فاذا لم يكن ضرر على المشتري فلا رجوع ولا يخفى مافيه ، وذلك لما عرفت من ان دليل قاعدة الغرور ليس قاعدة نفي الضرر . بل الدليل عليها هو النبوي المنجبر بالعمل ، وما يستفاد من مطاوى ما ورد في ابواب النكاح و البيع من رجوع المغرور الى الغار المعلل في بعضه بأن الغار مدلس كما تقدم و كون القاعدة من صغريات قاعدة التسييب بالنسبة الى الضمان و ان لم يكن من مورد التسييب بالنسبة الى الفعل حسبما بيناه .

ولو كان الدليل على القاعدة هو قاعدة نفي الضرر للزم الحكم بعدم جواز الرجوع اليها اصلاً لما قدمناه من عدم دلالة نفي الضرر على جواز الرجوع ، حيث انه متكفل لنفي الحكم في المورد الذي يلزم منه الضرر لا لاثباته في المورد الذي يلزم من عدمه الضرر

قوله قدّه أو كون الغار سبباً في تغريم المغرور (الخ)

المراد بهذا التسييب هو التسييب بالنسبة الى الضمان ، وقدر الفرق بينه و

وبين التسبب بالنسبة الى الفعل فراجع .

قوله (قده) فكان كشاهد الزور (الخ) لا يخفى ان تسبب شاهد الزور يكون من قبيل التسبب على الفعل لا على الضمان ولذا يتوجه الضمان على الشاهد ابتداء لان الحاكم يضمن ويرجع الى الشاهد بما يغترمه بعد الاغترام فهذا التمثيل ليس في موقعه .

قوله (قده) ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع (الخ) (أورد على القول يرجع المشتري الى البائع فيما يغترمه في مقابل العين . مثل ما اذا كانت قيمة المبيع زائدة على الثمن ، فرجع المالك الى المشتري بالزيادة بأنه لا يندرج تحت قاعدة الغرور . وذلك لكون المشتري مقدماً على ضمان المبيع غاية الامر انه أقدم بضمانه بالثمن ، لكن لما لم يسلم له المبيع بعوضه المسمى يكون عليه القيمة الواقعية : وذلك كما في كل عقد فاسد حيث ان اقدام المشتري في فعله على ضمان المبيع بالعوض المسمى يوجب مع فساد العقد ضمانه بالمثل أو القيمة

قوله (قده) توضيح الاندفاع (الخ) و حاصله ان ما حصل من المشتري هو الاقدام على ضمان قيمة المبيع بمقدار الثمن المسمى . ولذا لا يرجع الى البائع بالنسبة الى الثمن و اما فيما زاد من مقدار الثمن فلم يحصل منه اقدام . بل انما هو مغرور بالنسبة الى ما زاد من الثمن من البائع قوله (قده) هذا كله مع ان التحقيق على ما تقدم سابقاً (الخ) يعني ان مقتضى الضمان في العقد الفاسد هو اليد ، وذلك لما تكرر مراراً من ان قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده استست لبينان تمييز الموارد التي تقتضي اليد فيها للضمان عما لا تقتضيه وان كل مورد لا تكون اليدا مائياً مائياً ففيه الضمان فمورد العقد الفاسد لا تكون اليدا مائياً فيثبت فيه الضمان

قوله (قده) وكيف كان فجزيان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى (الخ) وجه الاولوية هو عدم حصول نفع للمشتري في مقابل ما يغترمه للمالك في مقابل زيادة العين ، فيكون صدق الغرور فيه اظهر مما يدفعه في مقابل ما حصل له نفع ، فانه ربما يمنع فيه صدق الغرور كما تقدم حكاية منعه عن صاحب الرياض وان تقدم ما فيه ايضاً .

قوله (قده) هذا اذا كانت الزيادة وقت (الخ) اذا لم تكن زيادة القيمة متحققة حين العقد بل كان المبيع مساوياً مع الثمن حين العقد و حصلت الزيادة عند المشتري فرجع المالك الى المشتري بتلك الزيادة المتجددة عنده يكون رجوع المشتري بتلك الزيادة الى البائع اولى ، و ذلك لعدم تخيل المشتري اغترام تلك الزيادة باحتمال فساد العقد لعدم تحققها وقت العقد حتى يتخيل اقدام منه عليها ، فيكون صدق الغرور بالنسبة اليها اظهر كما لا يخفى .

قوله (قده) هذا كله فيما يغترمه المشتري (الخ) لو تلف بعض اجزاء المبيع عند المشتري يكون حكمه حكم تلف الكل فيرجع المشتري الى البائع فيما يغترمه من الزيادة على الثمن فيما يقابل ذلك الجزء ، ولا رجوع له فيما يقابله من الثمن هذا على المختار ، و اعلى القول الآخر الذي اتضح اندفاعه لارجوع له اليه فيما يغترمه مطلقاً لا بالنسبة الى ما يقابل التالف من الثمن ولا بالنسبة الى الزائد عما يقابله من الثمن هذا اذا كان التالف من اجزاء المبيع .

وان كان وصفاً من اوصافه فان كان مما يقسط عليه الثمن كوصف الصحة فحكمه حكم تلف الجزء في الرجوع بالنسبة الى الزيادة عما يقابله من الثمن و عدم الرجوع بالنسبة الى ما يقابله من الثمن وان كان ممالياً

يقسط عليه الثمن فللمشتري ان يرجع الى البايع فيما يغترمه في مقابل نقصانه ، و ذلك لعدم تقسيط الثمن على ذلك الوصف فلم يقدم المشتري بضمانه بشئ ، من الثمن فيكون مغروراً بكل ما يغترمه في مقابله فله الرجوع به الى البايع الغار .

قوله (قده) ثم ان ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البايع انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحاً (الخ) اذا كان البيع فاسداً من غير جهة كون البايع غير مالك ، فلارجوع للمشتري (ح) الى البايع بما يغترمه المالك ، وتوضيحه يتوقف على مقدمة وهي ان عدم المعلول انما يستند الى وجود المانع او عدم الشرط في ظرف تحقق وجود المقتضى . والافمع عدم المقتضى يكون مستنداً الى عدمه لاستناد المعلول الى اسبق علله . وعدم المقتضى متقدم في الرتبة على عدم الشرط او وجود المانع . اذا عرفت ذلك فنقول اذا كان لفساد العقد جهتين مثل فقد ما يعتبر فيه نفسه كالعربية مثلاً وعدم كون العاقد مالكاً استناد الفساد الى فقدانها ما يعتبر فيه نفسه يكون متقدماً على تأخير عدم مالكية العاقد لكونه في رتبة المقتضى ، حيث انه اعتبار للمشيئ في حد نفسه و مالكية العاقد شرط لتأثيره بعد تمامية العقد بما يعتبر فيه في حد نفسه ف ضمان المشتري لما يغترمه ناش عن فساد العقد . وفساده (ح) ناش عن اختلال ما يعتبر فيه نفسه لا الى جهة عدم كون البايع مالكاً ف ضمان المشتري للمالك لم ينشأ عن تغيير البايع حتى يرجع اليه بقاعدة الغرور بل هو ضمان مع قطع النظر عن عدم مالكية البايع فمع انتفاء الغرور لارجوع كما لا يخفى .

قوله (قده) ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كلما يرجع المشتري به على البايع (الخ) اذا تلف المبيع عند المشتري فلا يخلوا ما يكون سبب

الضمان تلف المبيع عند المشتري بحيث لم يكن هناك سبب آخر لضمان البائع من اليد أو العقد أو يكون هناك سبب آخر ، كما إذا كان المبيع عنده غصباً فعلى الأول : فلا رجوع للمالك على البائع أصلاً لعدم تحقق سبب ضمانه للمالك ، وإنما له الرجوع إلى المشتري المغرور الذي تلف المبيع عنده .

وإذا اغترم المشتري للمالك يرجع إلى البائع بما اغترم ، وهل له الرجوع إليه قبل تأدية الغرامة إلى المالك أم لا ظاهر موضع من القواعد هو الرجوع والذي استقر عليه فتوى الأصحاب ومنهم العلامة في غير القواعد بل في مواضع آخر من القواعد أيضاً هو العدم وهو الأقوى وسيظهر وجهه . وعلى الثاني فللمالك الرجوع إلى كل واحد من البائع والمشتري فإن رجع إلى البائع فلا يرجع البائع إلى المشتري لكون قرار الضمان عليه وإن رجع إلى المشتري ، فللمشتري الرجوع إلى البائع بما اغترمه فيماله الرجوع فيه إلى البائع كما فيما يغترمه في مقابل زيادة الثمن مثلاً ولا رجوع له فيما يغترمه مما لا رجوع له إليه وهو ما يساوى الثمن من القيمة كما أن للبائع الرجوع إلى المشتري بمقدار الثمن إذا رجع المالك إليه ، وذلك لقرار الضمان في مقدار الثمن على المشتري .

قوله (قده) ان قلت ان كلاً من البائع والمشتري (الخ) هذا اشكال على الحكم برجوع البائع إلى المشتري في مقدار الثمن بواسطة ما ذكر من كون قرار الضمان عليه ، وحاصله ان المفروض تلف المبيع عند المشتري لا باتلاف منه ، وإنما ضمانه للمبيع بواسطة اليد والبائع والمشتري متساويان في سبب الضمان ، فلا قرار للضمان على المشتري حتى يرجع البائع إليه عند رجوع المالك إليه ، والحاصل انه مع فرض تساوى البائع والمشتري

في سبب الضمان ، فلارجوع لكل منهما الى الآخر لو اغترم للمالك برجوع المالك اليه ، ومحصله دعوى كون ضمان البايع والمشتري في عرض واحد فالمشتري يضمن نفس ماضمه البايع بحيث يتعلق الضمانان بمال واحد في رتبة واحدة .

قوله (قده) قلت توضيح ذلك (الخ) محصل ما افاده فيما حققه هو تسليم مالدعي في السؤال من عريضة الضمانين ، واستشهاده بنظائر ، وهي ضمان الضامن لما اشتغل به ذمة المديون على مذهب الجمهور القائلين بضم الذمة الى الذمة في باب الضمان لا بالانتقال من ذمة الى أخرى كما هو عندنا وضمان شخص لدرك المبيع عن البايع للمشتري اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير أو ضمان الثمن عن المشتري للبايع لو ظهر الثمن مستحقاً للغير ، وضمان الاعيان المضمونة على القول به كما استقر به في التذكرة ، وضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة وحكي الفخر عن درس والده ، وكالواجبات الكفائية في باب العبادات .

والحاصل ان تصوير الضمان في صورة تعدد الضامن نظير تصوير الواجب الكفائي ، فكما ان الواجب في الكفائي شيء واحد ، والمكلفون متعددون يكون المال في المقام مالاً واحداً ، وضمانه متعدد هذا محصل مراعاة (قده) .

ولا يخفى ما فيه من الفساد وذلك لعدم صحة تعدد الضمان العرضي ثبوتاً ولا اثباتاً وفساد ما ذكره قدس سره من النظائر بالمنع عن تلك النظائر اما من حيث الصغرى واما من حيث الكبرى ، اما استحالة تعدد الضمان عرضاً ثبوتاً ، فلأن الذمة في عالم الاعتبار تكون في حكم اين خارجي يستقر فيه المال إلا ان الذمة لمكان اعتباريتها وسعة تسع كل شيء يصح اعتباره فيها ولم يذيقال

بأنها يبدأ واسعة ، فكما انه لا يعقل قرار مال و احد في مكانين عرضاً بان يكون قراره في احدهما بعين قراره في الآخر و في عرضه فكذلك لا يعقل قرار مال واحد في ذمة في عرض استقراره في ذمة اخرى بعين استحالة قراره في مكانين خارجيين ، و هذا على ما هو التحقيق في باب الاحكام الوضعية من قابلية تعلق الجعل بالاستقلال وان الضمان حكم وضعي مجعول مستقل بالجعل لانه منتزع عن الحكم التكليفي .

نعم على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصين أو اشخاص بالاداء على نحو الواجب الكفائي فينتزع منه وضع و هو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشا انتزاعه لكن القول بانتزاع الضمان عن التكليف فاسد و هو قدس سره ايضاً لم يتكلم في المقام على ذلك الفرض . وبالجملة فعلى ما هو التحقيق في باب الضمان فلا ينصور تصوير النحو الواجب الكفائي فيه ، واما عدم ما يدل عليه اثباتاً فلما سنوضحه من ان ادلة الضمان في صورة تعدده يدل على الضمان الطولي الذي هو بمكان من الامكان ثبوتاً حسب ما نوضحه ان شاء الله ، واما فساد ما استشهد به قده تايداً لما ادعاء مما يكون الضمان فيه عرضياً ، اما الضمان على طريقة الجمهور فهو وان كان ينطبق على الضمان العرضي . لكنه فاسد لانقول به والاستشهاد بأمر فاسد عندنا مضروب عنه لانقول به اصلاً .

واما ضمان درك المبيع أو الثمن عند ظهور المستحق فهو ليس من باب الضمان العرضي بأن يكون الثمن مضموناً على البائع في عرض ضمانه على الاجنبي والمبيع مضموناً على المشتري في عرض ضمانه على الاجنبي بل معنى ضمان الاجنبي للثمن أو المثل هو انه لو تلف المضمون أو امتنع المضمون عنه يكون عوضه على الضامن ، ونتيجة هذا انه مع تلف المضمون

أو امتناع المضمون عنه لا يشتغل بإذمة الضامن ومع وجوده وعدم امتناع المضمون عنه لا يشتغل بإذمة المضمون عنه ، فلم يجتمع ضمان المضمون عنه مع ضمان الضامن لكي يكونا عرضيين .

نعم غاية ما هناك وجوب الزام الضامن للمضمون عنه بالرد الى المالك في صورة وجود العين ، لكن اين هذا من الضمان بمعنى استقرار ذمة الضامن بالمال وكون مال المالك في صندوق ذمته كما لا يخفى .

واما ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بأن يضمن الضامن للعين المضونة لا ما استقر في الذمة على تقدير التلف ، ففيه مع انه محل للخلاف : فان المحكي عن جماعة هو المنع عنه ان معنى ضمانه على الضامن ثبوت بدله عليه عند التلف من المثل أو القيمة ، ووجوب الزام المضمون عنه بأدائه على تقدير وجوده ، فليس هو ايضاً من باب الضمانين العرضيين . فان المضمون له على تقدير وجود العين لا يرجع إلا الى المضمون عنه ، ومع تلفه ليس له الرجوع إلا الى الضامن فلا يكون المال مستقراً في ذمة الضامن مع قراره في ذمة المضمون عنه .

واما ضمان الاثنين لواحد على نحو الاستقلال بحيث يكون كل واحد ضامناً لهذا المال الواحد في عرض ضمان الآخر فهو عين ما هو المدعي في المقام فلا وجه لجعله شاهداً للمقام . وعلى نحو التشريك لا ينتج إلا التشريك في ضمان واحد لا استقلال كل واحد بالضمان ، نظير استقراض شخصين عن واحد ، حيث انه ايضاً موجب لتشريكهما في الدين لا وقوع تمام الدين في ذمة كل واحد منهما بالاستقلال .

واما التنظير بالواجبات الكفائية في العبادات ، ففيه انه على تقدير

تصويره في المقام يوجب عدم ضمان كل واحد منهما لاضمان احدهما على
البدل ، وذلك لان المعنى المتصور في الكفائي في العبادات على ما حقق
في الاصول هو تقييد اطلاق خطاب كل واحد من المكلفين بعدم قيام الآخر به .
اذ معنى صل في الواجب المعين العيني هو وجوب الصلوة على المخاطب
سواء صلى شخص آخر ام لا ، ومعنى صل على الميت كفاية هو وجوب الصلوة
على المخاطب في ظرف عدم صلوة شخص آخر لامطلاقاً . وهذا المعنى في
باب الضمان ، يوجب عدم ضمان كل واحد منهما ، ضرورة ان ضمان كل
واحد يوجب عدم ضمان الآخر لان ضمانه (ح) في ظرف عدم ضمانه وهو
مستلزم لعدم ضمان كل واحد منهما كما لا يخفى .

و بالجمله فشيئ من هذه الموارد لا يثبت صحة الضمان المتعدد عرضاً
والمتحصل استحالة تعدد الضمان عرضاً ثبوتاً وعدم الدليل عليه اثباتاً .
بل التحقيق في مورد تعدد الضمان هو طولية الضمان ، و بطوابعه
يتم الامور المتقدمة ، وما سيجي من عدم جواز رجوع المالك الى الغار .
بل ليس له الرجوع إلا الى المغرور ، وعدم جواز رجوع المغرور الى الغار
قبل الاغترام للمالك ، وعدم جواز رجوع الدائن الى المديون بعد ضمان
الضامن عن المديون بل يتعين عليه الرجوع الى الضامن ، كما ان الضامن
لا رجوع له الى المضمون عنه إلا بعد اداء ما ضمنه الى المضمون له ، وجواز
رجوع المالك الى كل واحدة من الابداء المتعاقبة . وجواز رجوع كل
سابق الى لاحقه الذي تلف المال عنده على تقدير رجوع المالك
الى السابق .

وتوضيح الضمان الطولي ان معنى المعقول من تعدد الضمان هو
ان يكون احدهما فيما اذا كانا اثنين مثلاً ضامناً للمالك و الآخر ضامناً لما

ضمنه الآخر وما استقر في ذمته (وبعبارة أخرى) يكون الاول مشتغل الذمة بالمالك والثاني بما اشتغل به ذمة الاول ، فاشتغال ذمة الثاني يكون في طول اشتغال ذمة الاول ، وهذا يتصور على قسمين فانه إما لا يصح للمالك ان يرجع الى الثاني في عرض رجوعه الى الاول بل لا بد له من الرجوع الى الاول ثم الاول بعد تأديته لما في ذمته يرجع الى الثاني ، واما ان يصح له الرجوع الى الثاني كما يصح له الرجوع الى الاول .

غاية الامر انه اذا رجع الى الثاني لا يرجع الثاني الى الاول ، و اذا رجع الى الاول فالاول يرجع الى الثاني ، وهذا الاختلاف ينشأ من سبب الضمان فان الضمان اما عقدي كما في مورد التماس المديون ضمان ما في ذمته ، أو يكون بالاتلاف ، أو يكون بسبب الايادي المتعاقبة ، وفي الاولين اعني العقد والاتلاف لا رجوع للمالك إلا الى الضامن الاول .

اما في العقدي فلأن الضامن الذي يضمن بالتماس المديون يشتغل ذمته بدين المالك بالضمان ، ويبرء المديون المضمون عنه عن الدين و معه فليس للدين (ح) ان يرجع الى المديون المضمون عنه لبراءة ذمته عن دينه وانما المشتغل به هو الضامن .

ثم اذا ادى الضامن ما في ذمته من الدين يشتغل ذمة المضمون عنه بالضامن فللضامن (ح) الرجوع اليه بعد ما ادى الى المضمون له و هل له مطالبة المضمون عنه بما في ذمته قبل ادائه الى المضمون له الذي عليه الاصحاب هو العدم ، وذهب العلامة في موضع من القواعد الى الجواز وقال به في المغرور ايضا بأن له مطالبة الغار قبل التفرغ ، ووجه كلامه بان الضامن او المغرور ولو كان مشتغل الذمة بمال المضمون له أو المالك و ليس في ذمة المضمون عنه و الغار بالفعل شبي مما اشتغل به ذمة الضامن أو المغرور لكن الضامن مشغول

الذمة بما كان فى ذمة المضمون عنه ويكون ذمة المضمون عنه مخرجاً لما فى ذمة الضامن فله ان يؤدى ما فى ذمته بعين ما يأخذه عن المضمون عنه فيصح له المطالبة عنه لان يؤدى ما يأخذه منه الى المضمون له .

وكذا الكلام فى المفرور بالنسبة الى الغار حيث انه لما ضمن للمالك بتفريغ الغار وكان له الرجوع اليه بعد الاداء لمكان ما يؤدى الى المالك فله المطالبة منه اولاً لان يؤدى ما يأخذه عنه الى المالك، هذا :

ولا يخفى ما فيه من الفساد ، و ذلك لان الضامن بالاداء يصير مستحقاً لان يطالب المضمون عنه بما ادى . فقبل الاداء ليس فى ذمة المضمون عنه شيئ اصلاً ، بالنسبة الى المضمون له مطلقاً ولا بالنسبة الى الضامن بالفعل ، و ان كان بالنسبة اليه بالقوة بمعنى انه قوة ان يصير ضامناً للضامن اى يشتغل الذمة للضامن عند اداء الضامن لما فى ذمته . فقبل تأدية الضامن ليس شئ فى ذمة المضمون عنه حتى يصح به رجوع الضامن اليه . و هكذا المفرور بالنسبة الى الغار . بل الامر فى المفرور و الغار اظهر .

ويترتب على ما ذكرناه عدم جواز رجوع الضامن الى المضمون عنه لو ابرئه المضمون له ، و جملة من احكام اخرى يكون فيها الخلاف لا يليق المقام بذكرها ، و انما هو مو كقول الى باب الضمان فظهر انه مع الضمان العقدى لارجوع للمضمون له إلا الى الضامن الاول و ان الضامن الاول لا يرجع الى الثانى إلا بعد الاداء الى المضمون له .

و اما الاتلاف فوجه عدم رجوع المالك إلا الى الذى اتلف المال عنده و صارضاً متأسبب الاتلاف و اضح ، حيث ان سبب الضمان الذى هو الاتلاف حصل منه و معه فلا موجب لرجوع المالك الى غيره ، و منه يظهر

عدم جواز رجوع المتلف اذا كان مغروراً الى من غره قبل اداء ما استقر في ذمته بالائتلاف لانه يرجع الى الغار بما اغترمه ، وقبل الاداء لا اغترام حتى يرجع به الى الغار وهذا ظاهر .

فالمتحصل في هذين القسمين هو عدم رجوع المالك إلا الى الضامن الاول ، وانه لا رجوع للضامن الاول الى الثاني إلا بعد اداء ما في ذمته الى المالك ، واما الضامن بسبب اليد فللمالك ان يرجع الى اللاحق كما كان له الرجوع الى السابق فان اللاحق ضامن للمالك كما يكون السابق ضامناً غاية الامر على نحو الطولية بمعنى كون السابق ضامناً للمالك ، و اللاحق لماله الذي اشتمل في ذمة السابق . فان رجع الى اللاحق فهو وان رجع الى السابق فللسابق ان يرجع الى اللاحق اذا لم يكن في اليين غرور .

و خلاصة الكلام مع اعادته من رأس ، ان يقال ان تعدد الضمان عرضاً بحيث يكون احدهما ضامناً للمالك في عرض ضمان الآخر غير معقول ، و ما يقال في تصويره نظير الواجب الكفائي في التكليف لا يرجع الى محصل حيث ان المتصور في الواجب الكفائي هو تقييد اطلاق الوجوب على كل واحد من المكلفين بعدم قيام الآخر به فينتج وجوب الشيء على كل مكلف في ظرف عدم قيام الآخر به وهذا المعنى في باب الضمان ينتج عدم الضمان رأساً ، ضرورة ان تقييد ضمان كل بعدم ضمان الآخر موجب لعدم ضمان الجميع كما لا يخفى .

و المعقول من الضمان عند تعدد الضمان هو الضمان الطولي وهو ان يكون احد الضمان ضامناً للمالك ، و يكون الآخر ضامناً لما ضمنه الاول بأن تكون ذمة الضامن الثاني مخرجاً لما ضمنه الاول ، و الضامن الثالث

ضامناً لما ضمنه الثاني و هكذا ، و ليس للاول ان يرجع الى الاخير قبل الاداء .

ثم ان اسباب الضمان كما عرفت ثلاثة لارابع لها (الاول) العقود الامر المعاملى مثل امر المديون بثالث بأداء ما عليه من الدين امر معاملياً نظير امر صاحب المتاع الحمل بأن يحمل متاعه فانه يجب عليه اداء اجرة الحمل لامره به ، لا امر غير معاملي نظير التماس الملتمس عن احد في حمل متاعه على نحو التفضل مثل أو امر الفقراء و المساكين (الثاني) الائتلاف (والثالث) اليد فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكل من هذه الاسباب الثلاثة يتصور تعدده ايضاً (فالاول) كما في امر المديون بأداء دينه فإنه ضامن للمسؤل عنه فالمسؤل عنه هو الضامن الاول الذي يضمن عن المديون بالتماسه والمديون هو الضامن الثاني الذي يضمن ما يؤديه للمسؤل عنه فالمديون ضامن لما ضمنه الضامن بالتماسه (والثاني) كما اذا ائلف احد بتغريب آخر فان المتلف ضامن للمالك بائلافه و الغار ضامن للمتلف بتغريبه اياه (والثالث) كما في تعاقب الايادي ، ولهذه الاسباب الثلاثة احكام مشتركة بين الجميع واحكام مختصة ببعضها ، و الاحكام المشتركة بينهما امران (احدهما) كون الحق في الجميع واحداً مع تعدد الضمان ويكون كل لاحق ضامناً لما في ذمة الضامن السابق على ما هو معنى الطولية نظير تعدد مكنة شئ واحد في عالم العين طولاً مثل كون المصباح في المشكوة والمشكوة في البيت فكما ان تعدد امكنة شئ واحد طولاً بحسب العين امر معقول (كك) تعددها بحسب عالم الاعتبار معقول و كما ان تعدد امكنته عرضاً في عالم العين غير معقول بأن يكون في مكان في حال كونه في مكان آخر (كك) تعددها في عالم الاعتبار غير معقول بأن يكون في ذمة في حال

كونه في ذمة اخرى (الامر الثانى) عدم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل اداء ما فى ذمته وهذا الاثر مشترك فى الاسباب الثلاثة وان كان المنشاء مختلفاً حيث ان فى الضمان العقدى التزام العقدى مقتضى لعدم جواز رجوع الضامن الى المضمون عنه إلا بمقدار ما يؤديه بعد الاداء و فى الضمان بالفرور هو دليل تلك القاعدة اعنى النبوى المعروف المعتضد بالعمل أو الاجماع المنعقد على مضمونه و فى ضمان اليد هو قاعدة على اليد فالدليل مختلف فى الموارد الثلاثة ولكن الاثر واحد .

و اما الاثر المختص بكل واحد منها فالضمان العقدى يختص بأنه تابع لما التزم به بقدر الالتزام فان التزم الضامن اللاحق بالتعهد بما فى ذمة الضامن السابق يكون موجباً لبرائة الضامن السابق و اشتغال ذمة اللاحق كما كان ضمان الضامن السابق عن المديون موجباً لبرائة المديون عن الدايين و اشتغال الضامن بما يكون فى ذمة المديون و ان التزام الضامن الثانى بما فى ذمة المديون لا بما ضمنه الضامن الاول يكون باطلاً حيث انه لم يكن فى ذمته شئ و كان بريئاً بسبب ضمان السابق وعلى فرض صحته يكون موجباً لهدم الضمان السابق (وبالجملة) فهو تابع لكيفية الالتزام و هذا بخلاف ضمان اليد فان اللاحق فيه ضامن لما ضمنه السابق على ما مر شرح القول فيه ويشترك ضمان العقدى مع ضمان الاتلاف فى انه لا يتصور فيهما الضمنا المتعددون بحيث يرجع المالك الى كل واحد منهم دون ضمان اليد، اما الضمان العقدى فلأن الضمان على مذهب الخاصة عبارة عن انتقال ذمة الى اخرى فقبل ضمان الضامن كان الدين فى ذمة المديون و بعد ضمانه انتقل الدين عن المديون الى الضامن و صار المديون بريئاً عن الدين فما اجتمع اشتغال ذمة المديون مع اشتغال الضامن

معاً حتى يكون ضمانهما طولياً أو عرضياً .

واما ضمان الائلاف فلأنه لا يعقل قيام الائلاف بشخصين حتى يكونا معاً ضامين لمال واحد بل الضامن للمالك ليس إلا الملتف محضاً وإنما الغار ضامن للملتف لا للمالك فليس للمالك إلا الرجوع الى الملتف لا الغار وهذا ظاهر .

واما ضمان اليد ففيه يتصور تعدد الضمناء بالنسبة الى المالك فالضامن الثاني كما يكون ضامناً للاول بمعنى كون ذمته مخرجاً لما في ذمة الضامن الاول و للاول الرجوع اليه بعد تأدية ما في ذمته الى المالك بمقدار ما ادى ضامن للمالك ايضاً بمعنى ان للمالك ان يرجع اليه دون الاول إلا انه اذا رجع اليه فهو لا يرجع الى الاول و ان رجع الى الاول فالاول يرجع اليه ما لم يكن الاول غاراً له .

هذا تصوير تعدد الضمناء طولياً في الصور الثلاثة و الآثار المترتبة على كل واحد منها ثبوتاً (واما اقامة الدليل عليه اثباتاً) اما الضمان العقدي فالدليل على ضمان الامر بالعمل أو اداء ما عليه من الدين ليس إلا ما يدل على ضمان المستوفي لمال أو عمل محترم بأمر معاملي فففس ما يدل على ضمان المستوفي لعمل محترم أو مال محترم بأمر من المستوفي أمراً معاملياً يدل على ذلك الضمان الطولي اعنى ثبوت عهده بما يعمله العامل أو يؤديه الملتمس عنه و استقرار الضمان عليه بفعل الملتمس عنه ما التمس منه من الفعل أو اداء الدين ونحوه فقبل صدور العمل من العامل لا يكون للامر ضمان إلا بنحو القوة بمعنى ان للمعامل ان يعمل لكي يصير الامر ضامناً و بعمل المأمور ما التمس منه يثبت الضمان على الأمر و يستقر ذمته بما اداءه و لا يخفى ان ما تصورناه في عالم الثبوت ينطبق على ما استفاد من

الدليل فى مرحلة الاثبات من غير اشكال .

واما ضمان الاتلاف فالدليل عليه هو النبوى المعروف (المغرور يرجع الى الغار) ولو نوقش فى سنده ولو بعد الاعتضاد بالعمل فيتمسك بالاجماع حيث انه لاخلاف فى حكم رجوع المغرور الى الغار وكون الحكم به اجماعياً و حيث ان الثابت من الدليل هو صحة رجوع المغرور بما اغترم و يكون بعنوان التدارك عما يغترمه فلاجرم لا يكون رجوعه إلا بعد الاغترام و هذا ما ذكرناه من طولية الضمان أى كون الغار ضامناً لما يغترمه المغرور و يؤديه الى المالك بعد الاغترام .

و اما ضمان اليد فالدليل عليه انما هو الحديث المبارك المعروف على اليد ما اخذت حتى تؤديه (وتوضيحه) على وجه يوافق مع ما تصورناه نبوتاً من الضمان الطولى ان يقال معنى ضمان العين هو اعتبار قرار المال فى صندوق الذمة نحو قراره فى الصندوق الخارجى و مقتضى دلالة على اليد هو تعلق الذمة بما استقر على اليد بنفس استقراره لاثبوت ضمانه عليه عند تلفه بحيث يكون لقرار الضمان على الذمة حالة منتظرة الى حين التلف اذ هذا شعر محض لضرورة فيه (نعم) فعليه الضمان و ظرف مطالبة الضامن بالمثل أو القيمة انما هو بعد التلف لا ان اصل ضمانه يكون بعد التلف لكن العين الخارجى باستقرار اليد عليها لا تثبت فى الذمة اذ هى غير قابلة لأن تثبت فى الذمة بل الثابت فى الذمة باعتباره فيها اعتباراً عقلياً هو ما يناسب قراره فيها نظير ما يثبت من الاعيان الخارجية فى المدارك العقلية من المفاهيم المجردة ضرورة لزوم مناسبة المظروف مع ظرفه فالثابت فى الذمة من العين الخارجى هو الامر المجرد الذى هو بدل من العين الخارجى و يكون نبوته فيها على نحو البدلية فمقتضى على اليد ما اخذت بالنسبة

الى اليد الاول اعنى عموم الموصول هو اثبات العين الخارجى في ذمة الضامن على نحو يناسب ثبوتها فيها فباستقرار المال فى يد الضامن الاول يثبت بدله فى ذمته بحكم عموم على اليد ثم اذا استقر على يد الضامن الثانى يكون المال الذى قد استقر بدله فى ذمة الضامن الاول مستقرا على يد الضامن الثانى فبحكم عموم الموصول فى على اليد يثبت فى ذمة الضامن الثانى بمثل ثبوته فى ذمة الضامن الاول لكن ثبوته فى ذمة الضامن الثانى لما كان بعد ثبوت بدله فى ذمة الضامن الاول فلا جرم يكون هو بما ثبت بدله فى ذمة الاول ثابتا فى ذمة الثانى فعموم على اليد يدل على ضمان الاول و الثانى معالكن ضمان الاول يكون للمال بما هو هو و ضمان الثانى يكون للمال بما هو ثابت فى ذمة الضامن الاول (والسرفى ذلك) هو ان العموم المذكور ينحل الى قضايا متعددة بعدة موضوعاتها فكل يد عادية يخصصها فرد من الحكم و مقتضى كل واحدة من هذه الاحكام هو ثبوت ما على اليد فى ذمة صاحب اليد على نحو استقراره على اليد فان استقر على اليد بماله من المنفعة فيستقر فى الذمة (كك) و ان استقر على اليد بلا بدل فيستقر فى الذمة بلا بدل وان استقر فى حاله البدل فيثبت فى الذمة بما له من البدل

والحاصل ان مقتضى انحلال العموم هو ثبوت ما على اليد فى ذمة صاحب اليد بماله من اللون من كونه مع المنفعة او بلا منفعة و مع البدل او مع عدمه و حيث ان استقرار المال على يد الغاصب الاول يكون بلا بدل فيكون ثبوته فى ذمته ايضا (كك) بلا بدل و حيث ان قرار الضمان على الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدله فى ذمة الضامن الاول فيكون ثبوته فى ذمة الثانى بماله من البدل (ونتيجة هذا) صحة رجوع المالك الى الضامن الثانى كصحة رجوعه الى الضامن الاول لكون الثانى ضامناً للمالك كالأول

وصحة رجوع الضامن الاول الى الثانى اذا رجع المالك اليه بعد تأدية ما فى ذمته الى المالك بمقدار ما ادى وعدم صحة رجوع الضامن الثانى الى الاول اذا رجع المالك الى الثانى فيما اذا لم يكن فى اليمين غرور .

و قد تحصل ان الاستدلال بعموم على اليد لاثبات الضمان الطولى بالمعنى المتقدم فى الأيادى المتعاقبة المصحح لمذهب المشهور من صحة رجوع المالك الى كل من تلك الايادى و صحة رجوع كل سابق الى لاحقه اذا رجع المالك الى السابق و المترتب عليه الفروع الآتية يتم بأمرين (احدهما) ان ثبوت الضمان لا يتوقف على تلف العين بل هو ثابت مع وجودها ايضاً إلا ان فعلية الضمان وظرف مطالبة المالك عن الضامن بالمثل أو القيمة هو ظرف التلف (وثانيهما) ان مقتضى انحلال عموم على اليد وتخصص كل حكم من تلك الاحكام المنجولة بموضوعه على ما هو عليه هو ثبوت ضمان العين على اليد فان كان مع البدل فمع البدل وان كان بلا بدل فلا بدل و بعد تمامية الامر ينقول قرار العين على يد الضامن الاول يكون بلا بدل فيضمنه الضامن الاول بلا بدل و قرارها على يد الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدلها على ذمة الضامن الاول فيضمنه الضامن الثانى بماله بدل فى ذمة الضامن الاول (و الحاصل) ان مال المالك اذا استقر على يد الضامن الثانى بعد قرار بدله فى ذمة الضامن الاول (يحتمل) ان يكون قرار ضمانه فى ذمة الضامن الثانى مع قطع النظر عن ثبوت بدله فى ذمة الضامن الاول فيكون الضامن الثانى ضامناً للمالك فى عرض ضمان الضامن الاول وهذا معنى الضمان العرضى (ويحتمل) ان يكون ما ثبت بدله فى ذمة الضامن الاول ثابتاً فى ذمة الضامن الثانى مع ماله من لون ثبوت بدله فى ذمة الاول فيكون الضامن الاول ضامناً للمالك ماله والضامن الثانى ضامناً للمالك ماله الذى ثبت ضمانه على الاول

و هذا معنى الضمان الطولى فيكون ذمة الثانى مخرجاً لما في ذمة الاول
 هذا بحسب عالم الثبوت و اما بحسب مرحلة الاثبات فالمتعين هو
 الاحتمال الاخير وذلك لوجوه (الاول) استحالة الضمان العرضى مع تعدد
 الضمناه بالبيان المتقدم حيث اثبتنا استحالة كون مال واحد فى ذمتين
 عرضاً كاستحالة قراره فى مكانين خارجيين (الثانى) انحلال عموم على
 اليد بأحكام متعددة حسب تعدد موضوعاتها واختصاص كل حكم بموضوعه
 بماله من الخصوصيات و قد تقدم شرحه (الثالث) اطلاق دليل على اليد فان
 مقتضى اطلاقه اشتغال ذمة كل دى يد بما حصل عنده على ما هو عليه
 فتجريد المال عن كونه فى ذمة الضامن الاول و اثباته فى ذمة الضامن الثانى
 مجرداً عن تقيده بالثبوت فى ذمة الاول كما كان ثابتاً فى ذمة الاول مجرداً
 عن التقييد بشوته فى ذمة اخرى يحتاج الى مقيد لاطلاق دليل اليد مفقود
 حسب الفرض و مع عدم ما يوجب التقييد يكون المحكم هو الاطلاق، ومما
 ذكرنا ظهر الفرق المتقدم اليه الاشارة بين الضمان الحاصل بسبب اليد
 وبين الضمان الحاصل بسبب العقد أو الغرور حيث ان تعدد الضمناه لا يتصور
 الا فى الاول دون ضمان الغرور و العقد و ان التعدد فى ضمان اليد طولى
 لا عرضى و انطبق ما تصورناه فى مرحلة الثبوت على ما دل عليه الدليل
 فى مرحلة الاثبات و به تم مذهب المشهور و اندفع جميع ما يتصور فى المقام
 من الاشكالات .

و ما ذكرناه فى معنى الضمان الطولى هو -راد المصنف قده فى
 عبارته الاخيرة حيث يقول فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البديل
 والمبديل على سبيل البديل (المنح) و ان كانت العبارة قاصرة عن تأدية
 ما حققناه إلا انه يدل على ارادته (قده) لما ذكرناه ما افاده اخيراً بقوله فما يدفعه

الثاني انما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الاول بخلاف ما يدفعه الاول (الخ) فلا يرد عليه ما اوردته بعض المحققين (قده) في حاشيته من الايرادات السبعة حيث يتبين لمراجعها بأنها كلها اجنبية عن ما هو مرام المصنف (قده) فراجع ولا يحتاج الى بيان احادها وايضاح ما فيها من الغلط مفصلاً.

ثم انه يترتب على الضمان الطولي بالمعنى الذي تقدم فروع (الاول) جواز رجوع المالك الى كل واحد من الضمنا فيما اذا كان سبب الضمان هو اليد وعدم جوازه فيما اذا كان السبب العقد أو الائتلاف وذلك لان الضمان الطولي بطبيعته لا يقتضى اجتماع الضمنا المتعديين في الضمان دفعة واحدة كما انه لا ينافيه ايضاً بل كل من الاجتماع وعدمه لا بد من ان يثبت بدليل آخر لكن دليل اليد يثبت ضمان كل لاحق مع ضمان السابق عليه طولاً دفعة واحدة لان نسبة دليل اليد الى كل واحدة من الأيادي متساوية ففي ظرف ضمان الاول يثبت ضمان الاخير إلا ان الاخير ضامن لما ضمنه الاول دون العكس فدليل اليد يثبت اجتماع الضمنا طولاً في زمان واحد (واما الضمان بسبب الغرور والعقد) فلا يجتمع الضمنا فيها في زمان واحد وذلك اما في ضمان العقدي فلأن الضمان بناء على ما هو المختار عند الامامية عبارة عن انتقال ذمة الى ذمة اخرى لاضم ذمة الى اخرى فقبل ضمان الضمان يكون ذمة المديون مشغلاً بمال المالك وبعد الضمان تبرء ذمة المديون عنه وتصور ذمة الضامن هي المشتغلة بالمالك فلا اجتماع لهما في ضمان المالك اصلاً (و اما في ضمان الائتلاف) فلأن الغار لا يكون ضامناً للمالك لعدم قيام الائتلاف به وذلك لاستحالة قيام تلف واحد شخصي بشخصين على نحو الاستقلال حتى يكون ائتلاف كل سبباً لضمانه للمالك بحيث يرجع المالك الى كل واحد منهما وهذا ظاهر.

(الفرع الثاني) اذا استوفى المالك حقه من واحد من احاد السلسلة المتعاقبة لايجوز له الرجوع الى شخص آخر منهم سواء كان سابقاً على المستوفى منه ام لاحقاً بل يذهب حقه باستيفائه و تبرء ذمة الجميع عن المالك بأداء واحد منهم ما في ذمته و هذا الفرع يترتب على وحدة الحق و حيث انه واحد والمفروض استيفاء المالك اياه فليس له رجوع الى اخر منهم كما هو ظاهر .

الثالث يجوز رجوع السابق الى اللاحق اذا ادى السابق ما في ذمته الى المالك بعد رجوع المالك اليه بمقدار ما ادى اذا لم يكن السابق غاراً لللاحق ولا يجوز رجوعه قبل الاداء لوجه جواز رجوعه بعد الاداء فلكون ذمة اللاحق مخرجاً لما في ذمة السابق مخرجة مطلقاً أى غير مقيدة برجوع المالك اليه بل ذمة الثاني مخرج لما في ذمة الاول على كلا تقديرى رجوع المالك الى الثاني أو الى الاول ولازم اطلاق مخرجة ذمته لما في ذمة الاول حتى فيما اذا رجع المالك الى الاول هو بقاء مخرجة ذمته بعد رجوع المالك الى الاول ومقتضى ذلك جواز رجوع الاول الى الثاني بعد ادا ما في ذمته الى المالك لكون ذمة الثاني مخرجاً لما في ذمة الاول في تلك الحالة ايضاً (اما مخرجة ذمة الثاني) لما في ذمة الاول فهي ثابتة من طوالية الضمان كما هو معنى الضمان الطولى على ما بيناه و اما اطلاق مخرجته فلاجل اطلاق دليله حيث ان مقتضى اطلاق دليل على اليد ضمان اللاحق لما في ذمة السابق مطلقاً سواء رجع المالك الى اللاحق أو الى السابق فان رجع الى اللاحق فهو وان رجع الى السابق فالسابق يرجع الى اللاحق بمقتضى بقاء مخرجة ذمته لما في ذمة السابق في تلك الحالة (والسرف في ذلك) كون اللاحق ضامناً لما ضمنه السابق على نحو الكلى القابل للانطباق على المثل أو القيمة

لاشخص ما يدفعه السابق الى المالك فاذا دفع السابق الى المالك بصير
ضمان اللاحق عن السابق بالضمان التقديري فعليا فيرجع اليه السابق لفعلية
الضمان .

واما وجه عدم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل الاداء فلأن
ما في ذمة اللاحق ليس ملكا للسابق بل هو ملك للمالك فللمالك ان يطالب
من اللاحق بحقه دون السابق فان استوفى المالك حقه من اللاحق فهو و
ان استوفاه من السابق يتبدل المطالب عن اللاحق من المالك الى السابق
فقبل مطالبة المالك من السابق كان حق المطالبة من اللاحق للمالك وبعد
استيفاء حقه عن السابق مع بقاء مخرجة ذمة اللاحق يتقلب حق المطالبة
عن اللاحق و يصير للسابق فظهر أن دليل اليد بنفسه متكفل لاثبات حق
مطالبة السابق عن اللاحق بعد الاداء و عدم جواز مطالبته قبل الاداء .
ويقرب على هذا (فرع رابع) و هو انه لا يرجع السابق الى اللاحق
بعد الاداء إلا بمقدار ما دفعه اليه المالك حيث ان تبديل حق المطالبة من
من المالك الى السابق يتوقف على الاداء فعالم يؤديه السابق يدور بين ان
يكون في ذمته او انه خرج عن ذمته بلا اداء وعلى كلا التقديرين فلا ينتهي
الى مطالبته من اللاحق لدور انه بين سقوطه أو أن يكون حق مطالبته للمالك
دون السابق فالسابق لا يرجع الى اللاحق إلا بمقدار ما اداه اليه المالك هذا
بالنسبة الي ضمان اليد وكذا في الضمان بسبب الاستيفاء وذلك لاندرجه
في كبرى كل من استوفى مالا أو عملا بأمر معاملي يجب عليه العوض و
من المعلوم توقف ثبوت العوض على الاستيفاء و انه يثبت بمقدار المستوفى
و هذا ظاهر ، و كذا في ضمان الغرور حيث ان الدليل و هو النبوى
المعروف ان كان هو المعول عليه أو معقد الاجماع ان كانت العبرة بقيام

الاجماع على طبقه يثبت جواز رجوع انغرور الى الغار فيما ورد عليه من
الخسارة بسبب الغرور وهذا ايضاً يدل على وجوب كون الرجوع بمقدار
ما يغترمه بالغرور كما هو واضح .

(الخامس) لو ابرء المالك واحداً من الضمنا فهل يختص البراء
به دون من سبقه و لاحقه من احاد السلسلة أو يعم البراء الجميع مطلقاً
أو يعمه و السابق عليه دون اللاحق عنه (وجوه) وجه الاول هو كون ذمم
الجميع مشغولة بالمالك و ابراء احدهم لا يستلزم ابراء الآخرين فيكون حالهم
من هذه الجهة كالضمنااء العرضيين فيختص البراء بمن ابرء ذمته فيبقى الباقيون
مشغولين الى ان يؤدوا أو يسقط ذممهم بمسقط (ووجه الثاني) ان ابراء
ذمة واحد منهم يوجب براءة ذمة سابقه و لاحقه لفساد قياس الضمنااء الطوليين
بالعرضيين اما ابراء ذمم السابقين عليه فلأن ذمته كانت مخرجة لما في ذممهم
بحيث كان للسابقين الرجوع اليه بعد الاداء الى المالك ولا يعقل بقاء ذممهم
مع ذهاب ما هو المخرج لما في ذممهم فلا محالة يسقط ذمم السابقين
بذهاب ما هو المخرج لما في ذممهم و هو ذمة من ابرء ذمته عن الضمان
و اما ابراء ذمم اللاحقين فلأن اللاحق يشغل ذمته بما في ذمة السابق
فكما ان حدوث الضمان على اللاحق يكون متوقفاً على ثبوته في ذمة
السابق حتى يشغل هو بما في ذمة السابق يكون بقاء ما في ذمته ايضاً
متوقفاً على بقاء ما في ذمة السابق فبذهاب ما في ذمة السابق يبرء ما في ذمة
اللاحق لذهاب موضوعه اذ ليس في ذمة السابق (ح) شئ حتى يبقى في
ذمة اللاحق و اما وجه فساد قياس الضمنااء الطوليين بالعرضيين فله وحدة
الحق في الطوليين و تعدده في العرضيين و مع وحدة الحق و سقوطه
بالاسقاط فلا يبقى حق المالك حتى يطالب عن الباقيين بخلاف الضمنااء

العرضيين حيث ان سقوط احدى الحقوق بالابراء لا يستلزم سقوط غير المبرء منها كما لا يخفى (ووجه الثالث) اما بالنسبة الى سقوط ذمم السابقين فلما تقدم في الوجه الثاني و اما عدم سقوط ذمم اللاحقين فلما ذكر في الوجه الاول .

ولا يخفى ان الوجه الثاني هو الاقوى وانه لا وجه للتفصيل اصلاً وان قال الاستاد دامت بر كاته بأنه كان مختاره في الدورة السابقة (واما ذكرناه يظهر) عدم جواز رجوع من ابرء ذمته الى اللاحق عنه حيث انه لم يؤد شيئاً و قد تقدم اعتبار الدفع الى المالك في صحة رجوع السابق الى اللاحق و انه لا بد و ان يكون الرجوع بمقدار الاداء .

(الفرع الخامس) لو صالح المالك مع واحد من الضملاء فالارجوع له الى السابقين عليه و اللاحقين عنه لذهاب حقه بالصالح مع المتصالح كما في صورة الابراء و هذا مما لا اشكال فيه ، انما الكلام في حكم المتصالح بالنسبة الى اللاحقين فهل يكون حكم الصلح مثل حكم الابراء حتى لا يكون معه الرجوع الى اللاحق اولاً فيصح منه الرجوع اليه و جهان ، و قبل بيان ما هو الحق ينبغي تقديم (مقدمة) و هي ان التحقيق في الصلح كما حقق في محله انه عقد مستقل برأسه وان كان في كل مقام ينتج نتيجة تلك المعاملة فاذا ورد على العين بعوض ينتج نتيجة البيع و هكذا و وجه استقلاله برأسه هو ان المنشاء بصيغة الصلح في مثل صلح العين مع العوض مثلاً ليس هو تمايك العين بالعوض حتى يكون معنى صالحتك على ان تكون العين لك بكذا ملكت بكذا بسل المنشاء هو التسالم و التبانى و ما وقع عليه الصلح هو التسالم عليه و في صلح العين بعوض يقع منهما التسالم و التبانى على ان يكون صاحب العين يملكها

للاخر بعوض معين و لهذا لم يكن بيعا اذ لم يرد الانشاء على نفس تملك العين و افاد فائدة البيع حيث ان تملك العين كلن ما وقع عليه التسالم (هذه مقدمة و يتلوها اخرى) وهي ان الصلح الوارد على مافي الذمة كهبته و بيعه موجب لانتقاله الي من في ذمته انا ما ثم اسقاطه عما في ذمته لعدم صحة ان يملك الانسان على نفسه شيئا ففرق بين ابراء ما في الذمة و بين صلحه فابراؤه موجب لاسقاطه اولا و الصلح عليه موجب لانتقاله الي صاحب الذمة ثم اسقاطه عنه ثانياً وكذا الحال في البيع و الهبة .

اذا تبين ذلك فنقول في صلح مافي ذمة الشخص عليه يتحقق امران احدهما ملكه لما في ذمته و الآخر ابراء ذمته عما فيه فبالنظر الى ملكه لما في ذمته فيصح منه الرجوع الى اللاحق وبالنظر الى الابراء لما في ذمته لا يصح منه الرجوع الى اللاحق و (ح) يقع الحبث في ان العبرة هل هي بالحالة الاولى وهي تملكه لما في ذمته فيقوم مقام المالك في المطالبة عن اللاحقين او بالحالة الثانية وهي اسقاط مافي ذمته والا قوى هو الاخير و ذلك لان تبديل المطالب عن اللاحقين عن المالك بالسابق كما تقدم متوقف على اداء السابق الى المالك حتى يسقط به حق مطالبة المالك وينقل الى السابق و مع عدم ادائه فلا حق له في المطالبة عن اللاحق (وبعبارة اخرى) بقاء ذمم اللاحقين متوقف على بقاء ذمم السابقين ومع ابراء ذمم السابقين ولو بسبب الصلح معهم المترتب عليه تملكهم لما في ذمتهم لا يجوز لهم المطالبة عن اللاحقين (و بعبارة ثالثة) نفس تملكهم لما في ذمتهم لا يكفي في جواز مطالبتهم من اللاحقين بل لا بد من بقاء ما ملكوا على ذمتهم حتى يصح منهم المطالبة والمفروض انه لا يترتب على تملكهم لما في ذمتهم ابراء ذمتهم عما فيه فمع عدم بقاء المالك في ذمتهم فلا حق حتى يطالب عن اللاحقين فلا

فرق بين الأبراء والصلح فكما انه لا يكون لمن أبرء ذمته ان يرجع الى اللاحقين بالحق الذي أبرء ذمته عنه كذلك لا يكون للمتصالح معه ان يرجع الى اللاحقين إلا بقدر عوض الصلح فيما اذا كان الصلح مع العوض .

(الفرع السادس) لو ترفع المالك مع واحد من هذه السلسلة المترتبة فاما ان لا يصل الى حقه باحدى موجبات موازين القضاء من حلف المنكر أو قيام البينة ونحوهما أو يثبت حقه ببينة أو باليمين المردودة عليه من المنكر فعلى الاول فهل يذهب حقه عن الباقيين من السابقين عمن وقع معه الترافع واللاحقين عنه مطلقاً كما في صورة الأبراء أو يبقى حقه بالنسبة اليهما مطلقاً أو يفصل بينهم فيقال بسقوط حقه عن السابقين وبقاءه بالنسبة الى اللاحقين (وجوه) اقواها :

هو الاول و ذلك لكون الحق واحداً كما تكرر مراراً وان كان الضامن متعدداً والمفروض سقوط هذا الحق باحدى موازين القضاء فلا يكون للمالك (ح) حق حتى يطالب الباقيين فيكون حاله (ح) كحال الأبراء (لا يقال) الأبراء موجب للسقوط الواقعي الموجب لبراءة ذمم السابقين براءة واقعية فلا يبقى معه مورد للمطالبة عن الباقيين و هذا بخلاف سقوط الحق باحدى موازين القضاء فانه سقوط ظاهري يبقى معه الحق واقعاً فيصح منه المطالبة عن الباقيين (لانا نقول) بقاء الحق الواقعي وان كان مسلماً في صورة صدق المالك واقعاً لكنه غير مؤثر في شئ، لذهابه باحدى موازين القضاء و يكون حاله كحال الحق الباقي بالنسبة الى من وقع معه الترافع فكما انه لا يجوز منه المطالبة بعد فصل القضاء لا يجوز المطالبة عن سابقيه و لاحقيه ايضاً (وعلى الثاني) فاما ان يثبت المالك حقه ببينة أو باقرار المدعى عليه او بحلف المالك بعد رد المدعى عليه اليه فان اثبت حقه بالبينة فاما

ان يكون جميع السلسلة حاضرين في مجلس القضاء أو يكونوا غائبين عنه فعلى الاول فيثبت الحق بالنسبة الى الجميع لكون البينة امانة تقوم مقام القطع فيما يترتب عليه من الآثار التي اخذت طريقاً اليه وعلى الثاني ايضاً كذلك إلا ان الغائب عن مجلس القضاء يكون على حجة بالنسبة الى جرح الشهود أو اقامة بينة تعارضها وان ثبت حقه بإقرار المدعى عليه يقتصر في جواز المطالبة على المقر وحده ولا يجوز المطالبة عن الباقي لان اقرار المقر نافذ على حقه دون غيره فالمطالبة عن الآخرين يحتاج الى تجديد الدعوى معهم (وان ثبت حقه) يمينه المردودة من المدعى عليه فهل يثبت بها حقه على الباقي لكون اليمين المردودة بمنزلة بينة المدعى أو يختص بمن وقع معه الترافع لكونها بمنزلة اقرار المنكر أو يقال بانها امر مستقل لا في حكم بينة المدعى ولا في حكم اقرار المقر كما هو الحق عند الخاصة وعليه فهل يثبت بها الحق مطلقاً أو يختص بخصوص من وقع معه الترافع (وجوه) اقواها :

الاخير وذلك لعدم تحقق الرد الا ممن وقع معه الترافع فكما انه عند ثبوت حق المدعى بالبينة يكون الغائب من مجلس القضاء على حجة فله ان يأتى بجرح الشهود فكذلك من لم يتحقق منه الرد من السلسلة لا ينفذ حلف المدعى عليه بفقدان موضوعه وهو الرد (وحاصل هذا الوجه) التفكيك في السلسلة بين من وقع منه الرد ومن لم يقع ويثبت حق المدعى بالنسبة الى من تحقق منه الرد ولا يثبت بالنسبة الى من لم يتحقق منه الرد (الفرع السابع) لورجع المال من يد اللاحق الى يد السابق وتلف عنده يكون استقرار الضمان (ح) على السابق فان رجع المالك (ح) الى اللاحق فاللاحق يرجع الى السابق دون العكس وهذا ليس استثناء من الحكم برجوع

السابق الى اللاحق وعدم رجوع اللاحق الى السابق بل السابق في مفروض المقام انقلب و صار لاحقاً و اللاحق صار سابقاً فجعل مثل ذلك من مستثنيات حكم رجوع السابق الى اللاحق دون العكس ليس على ما ينبغي .

(الفرع الثامن) لو كان اللاحق مفروراً بالسابق فان رجع المالك الى السابق فلا يرجع السابق الى اللاحق و ان رجع الى اللاحق فاللاحق المفرور يرجع الى السابق الذي غره فلو تعدد الغار في السلسلة فكل مفرور يرجع الى الذي غره لا الى غار مفرور آخر هذا تمام الكلام في حكم تعاقب الايدي و الحمد لله .

قوله قد له لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (الخ) الاشكال

في صحة بيع مال نفسه اذا باعه مع مال غيره لو قلنا بصحة الفضولي مع فرض اجازة المالك ايضاً و اما على القول ببطلان الفضولي أو صحته مع فرض رد المالك ففي صحة بيع مال نفسه (ج) يقع الاشكال من وجوه (الاول) ان انشاء بيع مال نفسه مع مال غيره امر بسيط غير قابل للتحليل الى انشاءين حتى يحكم بصحته بالنسبة الى مال نفسه و فساد به بالقياس الى مال غيره (الثاني) ان المقصود هو بيع مجموع مال نفسه و مال غيره لم يقع و ما وقع و هو بيع مال نفسه لم يكن مقصوداً (الثالث) ان بيع مال نفسه بما يخصه من الثمن مجهول لجهالة مقدار الثمن الذي يخصه هذا .

والكل مدفوع اما الاول فلان الانشاء و لو كان امراً بسيطاً واحداً لكن المنشأ لما كان متعدداً فلا محالة ينحل الانشاء الى انشاءات حسب تعدد منشأها وهذا ظاهر ومنه يظهر اندفاع الاشكال الثاني ايضاً فانه يقال لو كان مراد المستشكل من عدم قصده بيع مال نفسه عدم قصده بالاستقلال فهذا مسلم لكنه غير ضائر ولو كان مراده عدم قصده مطلقاً ولو بتبع قصد

المجموع فهو (مم) بل هو مقصود بعين قصد المجموع كما ان تمليكك
منشاء بعين انشاء تمليك المجموع .

(واما الثالث) فالجهالة التى تضر بصحة المعاملة تارة تكون بما
يوجب الفرر وهى مضرة بالصحة فى جميع المعاملات و اخرى تكون لا
بمرتبة موجبة للفرر انما يعتبر عدمها لمكان اعتبار العلم وهذا مختص بالبيع
حيث ثبت فيه اعتبار العلم بالعوضين زائداً عما يوجب الجهل به للفرر فان
كان نظر المستشكل فى صحة هذا البيع يلزم الجهالة الى الجهالة الموجبة
للفرر فهو (مم) و ذلك لوضوح عدم الفرر فى مثل تلك المعاملة و ان
كان نظره الى اعتبار العلم فى البيع فنقول القدر السلم من اعتبار العلم
بالعوضين هو العلم بهما وقت الانشاء وحين النتيجة و اما فى الزمان المتوسط
بينهما فلا دليل على اعتبار العلم و المفروض فى المقام معلومية العوضين
وقت الانشاء و النتيجة اما وقت الانشاء فللعلم بكون المعوض هو المجموع
من مال نفسه و مال غيره و اما وقت النتيجة فللعلم بما يخص مال نفسه من
الثلث و ليس يبيع ما يملك و ما لا يملك مثل يبيع مال نفسه مع مال غيره اشد
من يبيع ما يملك مع ما لا يملك كبيع الخمر و الخل بل الامر فى الاول
اهون حيث ان ما لا يملك اعنى مال غيره مال مملوك له مالية ينحاز مقدار
من الثمن بازائه بخلاف ما لا يملك كالخمر و الخنزير فانه يحتاج الى فرض
ماليته فامر الجهالة فيه اظهر والحكم بصحته موجب للحكم بصحة بيع مال
نفسه مع مال غيره بطريق اولى كما لا يخفى .

قوله (قد) غاية الامر ثبوت الخيار (ح) لانه شترى (الخ) قد

عرفت انه لا ينبغي الاشكال فى صحة البيع بالنسبة الى ما يملكه البائع مطلقاً
سواء قلنا ببطالان الفضولى أو قلنا بصحته وسواء كان على القول بالصحة

تعبه الاجازة أو الرد والاشكالات الثلاثة المتقدمة الواردة في بيع ما يملك كالخل مع ما يملك كالخمر يوردها هنا و يندفع بما اسلفناه بل اندفاعها في بيع ما يملك مع ما يملك كبيع مال نفسه مع مال غيره يكون اهون من بيع مثل الخل و الخمر فالبيع صحيح بالنسبة الى مال البائع نفسه غاية الامر ثبوت الخيار له مع جهله بالحال دون صورة العلم والوجه في التفصيل بين العلم والجهل هو تضمن البيع لاشتراط تسليم المبيع جملة على البائع فكان المشتري اشترط على البائع تسليم المبيع له فاذا ظهر الحال واستحق بعض المبيع للغير يكون للمشتري خيار تخلف هذا الشرط الضمني فموجب خيار تبعض الصفة في جميع الموارد هو تخلف الشرط الضمني هذا في صورة جهل المشتري و اما مع علمه فلا اشتراط على البائع ضمناً حيث ان المشتري يعلم بعدم كون المبيع بجملته للمشتري و ان البيع بالنسبة الى بعضه فضولي فلا شرط منه عليه ولا موجب للخيار (ح) و بما ذكرنا يظهر ان وجه عدم الخيار في صورة العلم انما هو عدم الموجب للخيار فلا يرد بأنه لافرق في صورتين فاذا اقتضى تبعض الصفة للخيار في صورة الجهل فليكن مقتضياً في صورة العلم ، ايضاً هذا بالنسبة الى المشتري ، و كذا يثبت الخيار للبائع بالنسبة الى تبعض الثمن لو كان جاهلاً بالحال او كان معتقداً لاذن المالك مع عدم اذنه واقعاً أو مع اذنه ايضاً واقعاً لكن لا يتمكن البائع من اثبات اذنه لفقد البينة و الشهود .

قوله (قده) ثم ان البيع المذكور صحيح فيما يملكه (الخ) صحة البيع المذكور فيما يملكه البائع مع فرض بطلان الفضولي أو صحته مع تعبه بالرد متوقف على ان لا يتوقف صحته على ضم ما انضم اليه و لا يبطل من هذه الجهة كما اذا كان مال نفسه من الاجناس الربوية فانه

بضم ما انضم اليه يصير بيعه صحيحاً لخروجه عن الربوا ومع عدم انضمامه يصير البيع ربوياً بناءً على ان لا يكون الربا المحرم منحصراً بمرحلة انشاء البيع بل يعم كل معاملة ولو بعد الانشاء بل يعم باب الغرامات ايضاً فيكون مورد الربو باب المعاوضات كيفما اتفق و كما اذا كان مال نفسه عبداً آبقاً حيث لا يصح بيعه بلا ضمنية و مع رد بيع الضمنية يبطل البيع في مال نفسه لاجل كونه آبقاً لا يصح بيعه منفرداً .

قوله (قده) و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن (الخ)

محصل ما اختاره قده موافقاً لما في الارشاد هو ان يقوم كل منهما منفرداً ثم يجمع القيمتين فتنسب قيمة مال نفسه الى مجموع القيمتين و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة سواء كان مجموع القيمتين مساوياً مع قيمة المجموع بأن لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية في تفاوت القيمة أو كان مجموع القيمتين انقص بان كان اجتماع المالكين منشاء لنقص قيمتهما أو كان ازيد بأن صار اجتماعهما منشاء لزيادة القيمة كمصراعى الباب مثلاً فاذا كان قيمة كل من المالكين اربعة يكون مجموع القيمتين ثمانية ونسبة قيمة ماله الى المجموع النصف فيكون نصف الثمن له بازاء مال نفسه .

قوله (قده) ولعله ايضاً مرجع ما في الشرايع (الخ) ظاهر هذه

العبائر هو نسبة قيمة مال نفسه الى قيمة المجموع لا الى مجموع القيمتين فاذا كان قيمة المجموع عشرة و مجموع القيمتين ثمانية و قيمة مال نفسه اربعة يسند الاربعة الى العشرة لا الى الثمانية بخلاف الطريق الاول ، ولا يخفى انه على هذا الطريق يوجب الاجحاف على المشتري فيما اذا كان قيمة المجموع اكثر من القيمتين و ذلك اذا كانت للهيئة الاجتماعية مدخلية في ازدياد القيمة كمصراعى الباب و نحوه فعلى هذه الطريقة اذا كانت

قيمة المجموع عشرة وقيمة كل واحد اثنان وكان الثمن خمسة يسند الاثنان الى عشرة و يرد الى المشتري بتلك النسبة وهو واحد من الخمسة ويبقى الباقي للبائع وهو الاربعة من الخمسة وعلى طريقة المصنف يسند الاثنان الذي هو قيمة كل واحد منفرد الى الاربعة الذي هو مجموع القيمتين فيرد من الثمن الى المشتري بتلك النسبة وهو نصف الثمن اعني اثنان ونصف فالمرود الى المشتري بناء على طريقة القوم انقص من المرود على طريقة المصنف ، بل يمكن فرض الاجحاف على البائع لجمع الثمن و المثلث عند المشتري فيما اذا كان وصف الاجتماع موجباً لنقص القيمة كما اذا باع جارية مع امها بعشرة وكانت قيمة مجموعهما عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة ايضاً عشرة فانه اذا لوحظ قيمة كل واحدة منفردة الى قيمة المجموع و رد من الثمن بتلك النسبة لزم رد جميع العشرة الى المشتري فيلزم بقاء مال البائع عنده بلا ثمن وهذا بخلاف طريقة المصنف فانه يسند كل واحدة الى مجموع القيمتين وهو العشرين فيرد من الثمن بنسبة العشرة الى العشرين وهي النصف فضايط المصنف (قده) ينطبق على ما اذا كان قيمة المجموع مساوياً مع مجموع القيمتين أو كانت مختلفة بالزيادة والنقصان وهذه الصور الثلاث اعني صورة تساوي قيمة المجموع مع مجموع القيمتين و صورة ازيديتها عنه و صورة نقصانها منه هي الصور المتعارفة وان كان في امكان صورة نقصان قيمة المجموع عن مجموع القيمتين كلاماً وعلى كل حال تنطبق على ضابط المصنف و تبقى صور نادرة خارجة عن هذا الضابط مثل ما اذا كان الاجتماع موجباً لتفاوت قيمة احدهما بالزيادة أو النقصان مع بقاء الآخر على حاله او تفاوتهما معافى القيمة مع الاختلاف بزيادة في احدهما و نقصان في الآخر كما اذا كان قيمة احدهما و هو مال

البائع منفرداً اثنان و منضمّاً الى الآخر اربعة والآخر و هو مال المالك منفرداً اربعة و منضمّاً الى صاحبه اثنان فانه لو قوم كل واحد (ح) في حال الانفراد واستندت قيمته الى مجموع القيمتين ورد من الثمن بتلك النسبة لزم ان يرد من الثمن ثلثاه و لو لو حظ قيمة كل في حال الانضمام لزم ان يرد ثلث الثمن فضايط المصنف (قده) اعنى تقويم كل في حال الانفراد ثم نسبته الى مجموع القيمتين لا ينطبق على مثل هذه الصورة لكن هذه الصور نادرة و غرض المصنف (قده) بيان الضابط للصور المتعارفة هكذا افيد فتأمل .

قوله (قده) فان قلت ان المشتري انما بذل (الخ) محصل السؤال

ان وصف الاجتماع فيما يكون موجبا لازدياد القيمة امر متمول قد بذل المشتري بازائه ففي مثال المفروض في المتن اعني ما اذا كان الثمن خمسة وقيمة كل واحد منفرداً اثنين وقيمة المجموع عشرة فعلى طريقة القوم يلزم رد الواحد من الخمسة الى المشتري وابقاء الاربعة منها بازاء ماله وعلى طريقة المصنف يلزم رد نصف الخمسة على المشتري بازاء مال المالك وابقاء نصفه بازاء مال البائع ففي طريقة القوم وان كان ظلماً على المشتري إلا انه على طريقة المصنف ايضاً لا يخلو عن الظلم وان كان على طريقة القوم اشد (و وجه ذلك) انه اعطى الخمسة بازاء المجموع مع وصف الاجتماع فمن طريقة المصنف يلزم ان يبقى مال البائع له في حال الانفراد بازاء نصف الثمن الذي كان بازائه مع وصف الاجتماع (وبعبارة اخرى) كل من مال المالك و مال البائع وقع مع وصف الاجتماع بازاء نصف الثمن مع ان الحاصل للمشتري هو مال البائع في حال الانفراد بازاء نصف الثمن وهذا كما ترى ظلم وان كان الظلم على طريقة القوم افحش .

قوله قلت فوات الانضمام (الخ) محصله دعوى الفرق في الاوصاف

بين باب المعاوضات وبين باب العزائم بكونها مضمونة في باب العزائم و
غير مضمونة في باب المعاوضات (والسرف في ذلك) اما ضمانها في باب العزائم
فلتحقق سبب ضمانها من اليد والاتلاف و نحوهما و اما عدم ضمانها في باب
المعاوضات فلعدم بذل العوض بازائها و ان كانت موجبة للرغبة في بذل
العوض بازاء الموصوف بها فكتابة العبد الكاتب لاتقع بازاء الثمن وان كانت
منشأ ازدياد ثمن العبد الموصوف بها وهذا حكم مطرد في جميع الاوصاف
من غير فرق فيها بين وصف الصحة وغيرها وان كان تكرر من المصنف (قده)
دعوى الفرق بين وصف الصحة وبين غيرها بجعل وصف الصحة مما يبذل
بازائها العوض لاجل سيرورة الارش في باب خيار العيب على طبق القاعدة
ولكن سيأتى في خيار العيب فساد دعواه وان وصف الصحة كساير الاوصاف
في عدم جعله بازاء العوض وذلك امر معلوم بالوجدان و على تقدير كونه
مما يقع بازاء العوض يلزم سد باب خيار العيب و نبوت التخيير بين الرد
والارش ويكون اللازم (ح) تعين الارش و انه يثبت (ح) خيار تبعض الصفقة
بعد فرض تعين الارش وكل ذلك مما لايقول به المصنف (قده) كما يأتى
في محله (و بالجملة) على تقدير خروج الاوصاف عن مقابلة الثمن فلا
يستحق المشتري في المقام شيئاً من الثمن بازائها فسقط السؤال (نسم)
للمشتري الفسخ (ح) مع جهله بالحال لخيار تخلف الوصف كما لا يخفى .

قوله (قده) اما المبيع المثلى (الخ) قسم المثلى بما اذا كانت حصة
البائع مشاعاً مع حصة المالك و ما اذا كانت مفروزة فحكم في الاول بتقسيم
الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصتى البائع والاجنبى بما يخصه
فيبقى ما يخص حصة البائع ويرد ما يخص حصة الاجنبى الى المشتري كما اذا كان
حصة البائع تسعة امان من الحنطة و حصة المشتري من واحد و بعد

تقسيم الثمن على الجميع يقابل تسعة اجزائه بمال البايع و جزء عاشر منه بمال الاجنبي فيرد عشر الثمن الى المشتري و حكم في الثاني بملاحظة قيمة الحصتين و تقسيم الثمن على المجموع اي نسبة كل حصة الى مجموع القيمتين والاخذ من الثمن بتلك النسبة ولا يخفى ان شيئاً من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلي اما الاول فلا تتقاضه بما اذا كان لاحدى الحصتين في حال الاجتماع قيمة اكثر من قيمتها في حال الانفراد كما اذا كان من من الحنطة في حال الاجتماع مع تسعة اهنان اعلى قيمة لاجل صيرورته مرغوباً اليه في ضمن العشرة و لكنه منفرداً لا يرغب اليه بما يرغب اليه في حال الاجتماع فتقسيم الثمن (ح) على نفس المبيع ليقابل كل من الحصتين بما يخصه لا يفيد في تعيين قيمة حصة الاجنبي كما لا يخفى. (و اما الثاني) فلا تتقاضه بما اذا كانت الحصتان المفروزان كل من صبرة واحدة فلا يكفي (ح) قيمة كل واحدة و نسبة قيمته الى مجموع القيمتين والاخذ من الثمن بتلك النسبة بل لا بد من ان يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلي فلا يكون موافقاً مع القيمي في الحكم و لعله الى المناقشتين امر بالفهم .

قوله (قده) لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار (الخ)

و ينبغي ان يعلم اولاً ان البحث في تلك المسئلة هل يختص بما اذا علم بأن للبائع ارادة في قوله بعثك نصف الدار و لكن شك في كون مراده هل هو نصفها المختص به او النصف المختص بشريكه لكي يكون فضولياً أو النصف المشاع من الدار الذي مشترك بينه و بين شريكه فيكون من قبيل بيع مال نفسه مع مال غيره أو يختص بما اذا لم يكن للبائع ارادة الا مفهوم لفظ نصف الدار بلا ارادة نصفه أو نصف شريكه أو نصف المشاع

أوبعم كلتا صورتين (قديقال) بالاختصاص بالصورة الاولى و ذلك لانهم استدلوا بالظهورات ولا يخفى ان التمسك بها يصح فيما لو كانت فى البين ارادة اذهى حجة فى تعيين المراد و مع العلم بأنه لا ارادة للمتكلم فلا يبقى موقع للتمسك بالظهور (ولكن التحقيق) هو التعميم وذلك لان اللفظ بما له من المفهوم مراد بمعنى ان المتكلم اراد الواقع الذى يكون المفهوم حاكياً عنه لا المفهوم بما هو مفهوم (فح) يصح التمسك بالظهور فى تعيين ما هو مراده وان كان ارادته له على نحو الاجمال بان اراد ما يكون المفهوم حاكياً عنه بحسب المتفاهم العرفى .

ثم ان التحقيق فى هذه المسئلة هو حمل النصف على النصف المختص بالبايع مطلقاً سواء علم بان للبايع مراداً ولم يعلم مراده او علم بأنه ما اراد الا مفهوم هذا اللفظ (وتوضيح ذلك) يتوقف على بيان امرين (الاول) ان المقرر فى محله ان القرينة اذا كانت نصاً من حيث الدلالة لاشبهة فى صيرورتها منشاء لصرف ذى القرينة عما هو الظاهر و تعيين ما تعينه القرينة من المعنى المراد وان كانت ظاهرة فى الدلالة بحيث يحتمل خلافها فيحتاج الى اصاله الظهور كما ان اصاله الظهور فى ذى القرينة تقتضى صرفه الى معناه الظاهر فيتخالف الظهور ان لكن ظهور القرينة متقدم على ظهور ذى القرينة لحكومته عليه حيث ان ظهور ذى القرينة يكون محكماً اذا لم يقم على خلافه ظهور و ظهور القرينة قائم على خلافه (و بعبارة اخرى) اصاله الظهور فى ذى القرينة معلقة على عدم قيام ظهور القرينة على خلافه و اصاله الظهور فى القرينة ليست معلقة على عدم قيام ظهور ذى القرينة على خلافه بل هى متكفلة لبيان عدم ارادة ظهوره و هذا ظاهر .

(الثاني) ان القرينة امانص في القرينية مثل كلمة الحمام في مثل رأيت اسداً في الحمام واما ان تكون سالحة للقرينية بحيث يحتمل ان لا تكون قرينة وما ذكرناه في الامر الاول من تحكيم ظهور القرينة على ظهور ذبيها انما يتم في ما اذا كانت القرينية قطعية وإلا فلا بد من الاخذ بأقوى الظهورين ويترتب على ذلك عدم تقديم ظهور متعلق الفعل على ظهور الفعل نفسه فيما اذا تعارض كما في مثل لا تضرب احداً حيث ان المتعلق اعني احداً يشمل الاحياء والاموات والضرب ظاهر في المولم الموجع الموجب لاختصاصه بالاحياء فلا بد من رفع اليد عن احد الظهورين امان من ظهور الضرب في المولم الموجع واردة مطلق الضرب ولولم يكن مولماً لكى يبقى ظهور الاحد في الاحياء والاموات واما من رفع اليد عن ظهور احد في الاعم و اختصاصه بالاحياء لكى يبقى ظهور الفعل في المولم الموجع فليس لاحد الظهورين تقديم على الآخر لعدم تعيين احدهما لان يكون قرينة على الآخر و (ح) يجب تقديم الاظهر منهما لو كان اظهرية في البين والافيصير الكلام مجملاً اذا تبين ذلك فنقول في قول البايع بعثك نصف الدار ظهورات ثلاثة (احدها) ظهور النصف في الاشاعة من حيث نفسه و (ثانيها) ظهور النصف في مقام التصرف في النصف المختص بالبايع حيث ان الظاهر من كل فاعل متصرف هو ان يتصرف فيما له التصرف وهو نصفه المختص به (وثالثها) ظهور الفعل اعني البيع في كونه عن نفسه لاعتنا غيره لكون البيع عن غيره محتاجاً الى مؤنة زائدة امان نية الغير او اعتقاد كون المال لنفسه أو بنائه على انه له كما في بيع الغاصب وليس في البين ما يدل على شئ من ذلك اصلاً والظهور الاول اعني ظهور النصف في حد نفسه في الاشاعة يخالف مع الظهورين الآخرين اعني ظهور النصف في مقام التصرف في النصف المختص وظهور البيع في كونه

عن نفس البايع لآعن غيره والظهور الاول اعنى ظهور النصف فى الاشاعة
يحتمل ان يكون ظهوراً ناشياً عن الاطلاق أو عن انصرافه الى المشاع فيكون
فى عرض ظهور الفعل فى الاختصاص ويحتمل ان يكون من جهة عدم المعين
فى البين ويكون مقيداً بعدم قيام ظهور على خلافه وهذا هو الاقوى و عليه
فيقدم الظهوران الاخيران عليه اذ هو مقيد بعدم قيام ظهور آخر على
خلافه ولكن الظهورين قائمان على خلافه .

وهذا مما لا اشكال فيه انما الكلام فى ان ظهور النصف فى مقام
التصرف هل هو ظهور مغاير مع ظهور الفعل فى كونه عن نفسه حتى يجعل
كل منهما معارضاً مع ظهور النصف فى حد نفسه فى الاشاعة أو ان ظهور النصف
فى المختص فى مقام التصرف نشأ من ظهور البيع فى كونه عن نفسه فليس
له ظهور فى مقابل ظهور البيع فى النصف المختص بل هو ناشئ منه بمعنى ان
الفعل لما كان ظاهراً فى بيع النصف المختص صار منشاء لظهور النصف فى مقام
البيع فى النصف المختص وسيأتى تحقيق ذلك عن قريب (ومما ذكرناه يظهر)
عدم الفرق بين قول القائل بعثك نصف الدار وبين قوله بعثك غانماً فيما اذا
كان الغانم مشتركاً لفظياً بين عبده وبين عبد غيره حيث يصرف الى عبده كما
افاده فى الايضاح وما يورده عليه المصنف قده من كون الغانم مع قطع النظر
عن ظهور الفعل فى البيع لنفسه مجعلاً بخلاف النصف حيث انه مع قطع
النظر عن ظهور الفعل يكون ظاهراً فى الاشاعة غير وارد .

ضرورة انه بعد تبين كون ظهور النصف فى الاشاعة مقيداً بعدم قيام
ظهور على خلافه بعد ظهور الفعل فى البيع لنفسه ينعدم ذاك الظهور ويصير
كالجملة الذى تبين المراد منه من ناحية ظهور الفعل وكون الغانم مجعلاً
فى نفسه والنصف ظاهراً فى الاشاعة غير فارق بعد فرض انصرافه عن ظهور

الفعل (والحاصل) انه بعد تحكيم ظهور الفعل على ظهوره يكون حاله كما لو كان مجعلاً ففى النتيجة هما متساويان وان كانا مختلفين لولا ظهور الفعل حيث يحكم في الغانم بالاجمال ويحمل النصف على المشاع كما لا يخفى. قوله (قدّه) ثم انه لو كان البايع وكيلاً أو وياً (الخ) اعلم ان الكلام في بيع نصف الدار يقع في جهات (الاولى) ما تقدم من ان البحث هل يختص بما اذا كان للبائع مراد وشك فيه أو يعمه وما اذا لم يكن له مراد إلا انشاء مفهوم اللفظ وقد تقدم ان الاقوى هو العموم وان المختار فيها هو الحمل على النصف المختص به وذلك لظهور الكلام بجملته من هيئة قوله بعثك نصف الدار في كون المبيع هو النصف المختص به ، ووجه الظهور هو انتفاء الامرين الذين يوجب كل واحد منهما الصرف عن النصف المختص به الى الاشاعة أو النصف المختص بالشريك (وتوضيح ذلك) انه كما في بيع الكلى في الذمة يكون اطلاق البايع البيع وعدم استناده الى ذمة غيره منشاء لصرفه الى ذمته لكونه قابلاً لان ينطبق عليه و لو لم يقصد ذمة نفسه فكذلك في النصف الخارجى ايضاً اذا كان النصف قابلاً لان ينطبق على نصفها المختص به ولم يقصد نصف المشاع ولان نصف المختص بشريكه ينطبق على نصفها المختص به ولو لم يقصد فلازم انتفاء الامرين هو تعيين النصف المختص بالصرف عن نصفها المختص اما بقصد غير ذلك النصف من النصف المشاع أو المختص بشريكه أو بعدم قابلية المبيع بان ينطبق على ماله بان لم يكن له نصف كما في الفضولي ومع انتفاء الامرين فالمنصرف هو النصف المختص به وذلك لظهور ناشئ من هيئة الكلام بجملته لامن ظهور النصف في مقام التصرف ولامن ظهور كلمة بعث في كونه مسنداً الى البايع بالاصالة فليس هنا ظهوران احدهما مستنداً الى الفعل والآخر الى كلمة النصف في مقام التصرف

هذا ما يتعلق بالجهة الاولى .

(والجهة الثانية) في ان حمل النصف على النصف المختص به هل يختص بما اذا كان البايع اجنبياً عن حصة شريكه بان لم يكن له الولاية في التصرف في حصته أو يعمه وما اذا كان له ولاية التصرف في حصته بأن كان ولياً على شريكه أو وكيلاً عنه في بيع حصته (والتحقيق هو الاخير) وذلك لما عرفت آنفاً من ان الملاك في الحمل على النصف المختص به هو قابلية المبيع للانطباق على نصفه وعدم قصد بيع ملك غيره و مع انتفاء الامرين ينصرف الى بيع ملك نفسه ومن الواضح تحقق هذا الملاك مع كونه سلطاناً في تصرف حصة الشريك ايضاً حيث انه لم يقصد بالامفهوم اللفظ كما هو المفروض وكون المبيع قابلاً لان ينطبق على حصة نفسه فيكون الوجه في الحمل على النصف المختص به في صورة سلطنته على بيع حصة الشريك هو بعينه الوجه في الحمل على النصف المختص في صورة عدم سلطنته كما لا يخفى .

ومما ذكرناه من تحقيق المقام تظهر المناقشة فيما افاده المصنف في الكتاب من وجوه (منها) قوله ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البايع في مقام التصرف أو ظهور التملك في الاصاله ، ووجه المناقشة فيه هو ما عرفت من انه ليس للفظ النصف ظهور في المشاع أو انصراف اليه حتى يعارض مع ظمور شيء آخر في النصف المختص بل حمله على الاشاعة فيما يحمل عليها ناشئ عن عدم المعين ومع وجود معين في البين أي معين كان ينعدم وجه الحمل على الاشاعة وعلى هذا فلا ينتهي الامر الى معارضته بشيء اصلاً (ومنها) التردد في معارضه بين انصراف اللفظ الى مال البايع في مقام التصرف أو ظهور التملك في الاصاله حيث قد عرفت ان منشأ الحمل على النصف المختص بالبايع هو انتفاء الامرين

المتقدمين وانصراف اللفظ فى مقام التصرف الى مال البايع لظهور التملك فى الاصاله (ومنها) انه لامعنى محصل لظهور التملك فى الاصاله كما لا يخفى (ومنها) قوله بأن ظهور النصف فى المشاع ظهور المقيد و هو وارد على ظهور المطلق اذ قد عرفت انتفاء الظهور فى النصف المشاع حتى يكون ظهوراً فى المقيد مع انه على تقدير الظهور ايضاً لا يكون ظهور المتعلق من باب ظهور المقيد لعدم تعيين المطلق المقرينية بل لابد من تقديم اقوى الظهورين لو كان وإلا فالحكم هو الاجمال .

وقد تحصل مما ذكرناه ان الحمل على الاشاعة بين الحصتين انما هو فيما اذا لم يكن معين فى البين موجب لتعين ارادة احدى الحصتين وإلا فالمعين هو الحمل على ما قام عليه المعين ، ففي بيع نصف الدار الموجب لتعين حصة البايع نفسه موجود و هو صدور البيع عنه مع صلاحية حصة نفسه لان يكون مبيعاً نظير بيع الكلى فى الذمة فانه لا يحتاج الى اسناده الى ذمته بل عدم اسناده الى ذمة غيره كاف فى اسناده الى نفسه ، و كذا المقام فان صلاحية حصة نفسه لان يكون مبيعاً مع عدم اسناده الى غيره كاف فى صحة اسناده اليه فالمعين فى المقام هو ظهور الفعل والفاعل و المتعلق جميعاً فى كون المبيع حصة نفسه الحاكم على ظهور النصف فى نفسه فى الحصة المشاعة بين الشريكين .

و هذا بخلاف مالو باع الاجنبى فضولياً نصف الدار التى هى مشتركة بين اثنين فانه لامعين اصرف المبيع (ح) الى حصة احدهما معيناً فيكون المبيع نصف الدار منهما مشاعاً و من كل منهما نصف نصيبه و هو الربع من الدار و كذا لو اقر احد الشريكين بكون نصف الدار لثالث بأن قال نصف هذه الدار لفلان حيث ان كلامه هذا يحتمل ان يكون اقراراً على نفسه

فيحمل على نصفه المختص به و يحتمل ان يكون شهادة على شريكه فيحمل على حصة شريكه ، وحيث انه لاعمين في اليين حتى يكون موجباً للحمل على الاقرار أو على الشهادة فيحمل على النصف من مجموع الحصتين فيكون اقراراً بالنسبة الى نصف نصيبه و شهادة على نصف حصة شريكه ، وهذا بخلاف ما اذا كان كلامه نصاً في الشهادة كما اذا قال اشهد ان نصف الدار لفلان فانه يحمل على الشهادة على شريكه كما قال به الشيخ الكبير (قده) أو كان نصاً في الاقرار بأن قال اقر بان نصف الدار له فانه يجب حمله (ح) على الاقرار على نفسه ، وهذا و ان لم يكن مذكوراً في كلام الشيخ الكبير إلا ان لازم حمل ما كان نصاً في الشهادة على الشهادة على حصة شريكه هو حمل النص على الاقرار على الاقرار على نفسه كما لا يخفى .

قوله (قده) مسألة لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله (الخ) لافرق في انضمام ما لا يملك الى ما يملك و بيعهما معاً صفقة واحدة بين ان يكون ما لا يملك غير مملوك شرعاً كما مثله بالخمر و الخنزير حيث انهما مال عرفاً و انما سلب عنهما المالية شرعاً ، و بين ان يكون مسلوباً عنه المالية و الملك عرفاً كالحشرات ، ولا يبين علم المتعاملين أو احدهما بكونه مما لا يملك أو بفساد بيعه اذا علم به و بين جهلها أو جهل احدهما به موضوعاً أو حكماً .

قوله (قده) ويدل عليه اطلاق مكاتبة الصفار (الخ) لا اشكال في فساد البيع فيما لا يملك و اما بالنسبة الى ما يملك فهو صحيح و قد ادعى عليه الاجماع كما نقله عن جامع المقاصد و محكي الغنية ، واستدل عليه باطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة من قوله لا يجوز بيع ما لا يملك و قد وجب الشراء فيما يملك (وتقريب دلالتها) ان قوله لا يجوز و قد وجب الشراء

فيما يملك باطلاقة يشمل ما اذا كانت الضميمة الى ماله عبارة عن مال الغير كما في الفضولي أو ما لا يكون ملكاً أصلاً كما في مفروض المقام (ودعوى) اختصاصه بالاول لكونه في مقام الجواب عن السؤال عنه اذا كان السؤال عن بيع القرية التي يكون بعضها ملكاً لغير البائع (مدفوعة) بمنع الانصراف هذا (ولكن لا يخفى) ما في دعوى الاطلاق حيث ان الرواية مسوقة لحكم بيع مال غيره بعد الفراغ عن كونه ملكاً لأعن بيع مال نفسه مع شيء آخر اعم من يكون ملكاً أو لم يكن ملكاً أصلاً فالمنع عن التمسك بالرواية ليس من جهة دعوى الانصراف حتى يمنع ، بل لاجل ان بيع مال نفسه مع ما ليس بملك أصلاً ليس من افراد المطلق في شيء.

و من ذلك يظهر عدم استقامة قوله (قده) و دعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية (الخ) فان المنع عن الانصراف اما يكون بالنظر الى منعه رأساً أو بدعوى كونه بدوياً أو على كلا التقديرين فيرد عليه انه لا اطلاق حتى يمنع انصرافه باحد الوجهين (ويمكن ان يكون نظره) في استدلاله هذا الى شيء آخر غير التمسك بالاطلاق وهو ان جواب الامام عليه السلام في تلك الرواية مشتمل على جملتين كل منهما متكفل لبيان حكم موضوع مغاير مع ما يتكفله الآخر (احديهما) قوله عليه السلام لا يجوز بيع ما لا يملك ، وهذه الجملة تفيد عدم نفوذ البيع فيما ليس ملكاً للبائع الظاهر في فرض مملوكيته فتكون مختصة ببيان حكم ما لا يملكه البائع مما يكون ملكاً للغير ، وهذا هو الذي معنا شمول اطلاقه لما ليس ملكاً أصلاً (و ثابتهما) قوله عليه السلام وقد وجب الشراء فيما يملك ، وهذا تفيد نفوذ البيع فيما يكون ملكاً للبائع الذي هو جزء من المبيع في هذا البيع ، وليست احدى الجملتين مرتبطة بالآخرى لاحكاماً ولا موضوعاً حيث ان مفاد الجملة الاولى عدم

نفوذ البيع فيما يكون ملكاً للغير و مفاد الجملة الثانية نفوذه فيما يكون ملكاً له و (ح) تجب ملاحظة الجملة الثانية و النظر اليها في انها هل لها اطلاق يشمل صورة انضمام مال البائع الى ماليس ملكاً اصلاً اولاً ، و على تقدير اطلاقها فلا يضر باطلاقها اختصاص الجملة الاولى بمنع نفوذ البيع فيما يملكه الغير ، لكن الظاهر انها باطلاقها تشمل ما اذا انضم الى مملوك البائع ماليس بمملوك اصلاً و يصير (ح) بيان حكم الضميمة في مورد الرواية و ذكر كونها ملك غير البائع من باب الموردية فقط فيندرج المقام في قاعدة ان خصوصية المورد لا يوجب تقييد اطلاق الكلام ولا تخصيص عمومته بل العبرة بعمومه أو اطلاقه لا بخصوصية المورد ولا بأس (ح) بالتمسك بالاطلاق كما تمسك به (قده).

قوله (قده) بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل للزوم (الخ) استدلالاً ايضاً لصحة بيع ما يملك اذا انضم مع ما لا يملك و بيعهما صفقة واحدة بعمومات ادلة نفوذ البيع و اطلاقها بالنسبة الى ما يملك (و دعوى) انصرافها الى ما اذا كان ما يملك متعلقاً للبيع بالاستقلال (مدفوعة) بانه بدوى ناش عن انس الذهن بخصوص بعض الافراد الزائل بالتأمل في الملك و تساوى افراد المطلق من حيث الملاك لتساويها في صدق المطلق عليها ، لا انصراف مستقر ناش عن التشكيك في افراد المطلق و التفاوت في صدقه عليها على ما هو منافي الانصراف المضرب بالاطلاق .

قوله (قده) عدى ما يقال من ان التراضى (الخ) اعلم انه لا مانع في المقام من التمسك بأدلة عامة باب المعاملات في انبات صحة بيع ما يملك فى ضمن بيعه مع ما لا يملك الامور يتخيل كونها مانعة (الاول) ما اشار اليه بقوله من ان التراضى والتعاقد (الخ) وحاصله ان التراضى

فى المقام حصل من المتعاقدين بالنسبة الى بيع المملوك منضمّاً الى غير المملوك وهذا مال يقع و ما وقع وهو بيع المملوك منفرداً لم يقع به التراضى فبيع المملوك منفرداً لا يكون عن تراضى فيدخل فى عموم حرمة اكل المال بالباطل (والجواب عنه) ان مرجع هذا الاشكال الى المنع عن شمول عموم ادلة صحة البيع للمقام بتوهم انصرافها الى ما كان البيع متعلقاً للرضا مستقلاً لا ما اذا تعلق به الرضا فى ضمن تعلقه بالمركب منه و من غيره ، و قد عرفت منع الانصراف و انه يكفى فى كونه تجارة عن تراض. تعلق الرضا به فى ضمن تعلقه بالمركب منه و من بيع ما لا يملك ، (ويدل) على كفاية هذا الرضا الضمنى ايضاً رواية الصفار المتقدمة فى مورد بيع ملكه و ملك غيره مع عدم امضاء الغير مع ان رضا المتعاقدين لم يكن متعلقاً بخصوص ما يملكه البائع منفرداً فالحكم بصحة البيع فى مورد الرواية كاشف عن عدم اعتبار الرضا المستقل وهذا ظاهر .

(الثانى) ما اشار اليه بقوله ولذا حكموا بفساد العقد بفساد الشرط ، و حاصله ، مقايضة حال البيع عند فساد جزء من المبيع بحالته عند فساد الشرط فكما ان فساد الشرط يوجب فساد البيع كذلك فساد الجزء موجب لفساده وذلك لعدم الفرق بين الجزء والشرط فى باب البيع ولذا اعترف فى جامع المقاصد بأن الفرق بينهما عسر جداً .

قوله (قدّه) و امام الكلام فى باب الشروط و اجماله فى المقام هو اننا نمنع من فساد البيع بسبب الشرط الذى هو المقيس عليه اولاً وذلك لان الشرط المأخوذ فى البيع ليس من قبيل قيد اصل البيع حتى يوجب تقييد المنشأ به المقتضى لانتفاء المنشأ عند انتفائه وانما هو التزام فى ضمن الالتزام البيعى ففساده لا يوجب فساد البيع لنفسه (نعم) لما كان الالتزام

العقدي مشروطاً به أي كان شرطاً في ضمن العقد وإن لم يكن شرطاً للمنشأ بالعقد يكون فساداً موجباً للخيار وزوال الالتزام العقدي لأصل الالتزام البيعي والمبادلة بين المالكين المترتب على العقد ولما كان الالتزام العقدي بيع ما يملك في المقام منوطاً بالالتزام العقدي ببيع ما لا يملك فلا جرم يثبت الخيار عند تبين الفساد فيما لا يملك وهو خيار تبعض الصفة ولا وجه للالتزام بفساد أصل البيع أصلاً (ر) حاصل هذا الجواب (عدم الالتزام بفساد البيع عند فساد الشرط حتى نقيس إليه المقام الذي هو عبارة عن فساد الجزء) (و ثانياً) لو سلم الحكم في المقيس عليه لكن نمنع عن اجرائه في المقام لفساد قياس المقام به لكونه مع الفارق وذلك لأن فساد الشرط إنما يوجب فساد البيع على تقدير القول به لأجل وحدة المطلوب و ادعاء أن الثمن يقع بازاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابة و مع فساد الشرط أو تخلفه لا يكون ذات المبيع مما وقع بازائه الثمن ، وهذا بخلاف المقام فإن الثمن لا يقع بتمامه بازاء المملوك على كل حال بل إنما وقع المملوك بازاء بعض من الثمن و هو ما يخصه على تقدير التوزيع و هذا المقدار من الثمن الذي وقع بازاء المملوك لا يختلف بانضمام الغير المملوك و عدمه فساد البيع بالنسبة إلى غير المملوك لا يوجب الاختلاف في ناحية المملوك لأن حيث المبيع ولا من حيث ثمنه فيبطل قياس فساد الجزء بفساد الشرط (و ثالثاً) ما أشار إليه المصنف بقوله و يكفي في الفرق بين الشرط والجزء بقيام النص والاجماع على عدم الفساد بفساد الجزء دون فساد الشرط .

(الثالث) أنه يعتبر في صحة البيع علم المتعاقدين بالعوضين وذلك إما لأجل أنه لولاه للزم الغرر وإما لأجل الاجماع على اعتباره أو لأجل ورود النص على اعتبار العلم بالعوضين في باب البيع بالدقة كما نقله في كتاب

المستدرك عن بعض الكتب المعتبرة ولعله مدرك القائلين باعتبار العلم في العوضين في باب البيع بأزيد مما يرتفع به الغرر (والجواب عنه) ان العلم بالعوضين من المتعاقدين حاصل حين البيع بالنسبة الى المجموع وهذا كاف في رفع الغرر ولا يحتاج الى العلم بما يخص كل جزء من اجزاء المبيع لو وزع الثمن عليها حين البيع ولا يلزم كون اكثر البيوع غريباً لو لم نقل كلها لعدم العلم من المتعاقدين حين البيع بما يخص بكل جزء من المبيع من مقدار الثمن (و اما الاجماع) فالقدر المتيقن منه هو بطلان البيع مع الجهل بالثمن من جميع الوجوه لاما اذا علم بوجهه وان كان مجهولاً من وجه آخر (و اما النص) فهو ايضاً لا يدل على ازيد من اعتبار العلم حين البيع بمعنى العلم بالثمن الواقع في مقابل الثمن ولا يدل على اعتبار العلم بكل جزء من الثمن الذي يخص بما يقابله من اجزاء المبيع بعد التحليل و التقسيم ، كيف و الا لزم بطلان اكثر البيوع كما عرفت ، هذا مضافاً الى دلالة رواية الصفار المتقدمة على عدم اعتبار العلم بما يقابل اجزاء المبيع بعد التوزيع من اجزاء الثمن حيث ان الحكم بوجوب الشراء و مضيه فيما يملك دليل على كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع في مقابل الثمن كما لا يخفى .

قوله (قدّه) نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري (الخ) مقتضى ما تقدم من كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع في مقابل مجموع الثمن هو عدم الفرق بين صورة علم كل من البائع و المشتري بكون جزء من المبيع في هذا البيع مما لا يملك أو جهلها به أو علم احدهما مع جهل الآخر اذا العلم المعتبر في صحة البيع و هو العلم بمجموع الثمن و الثمن حاصل منهما في جميع هذه الصور (لكن المحكى) عن التذكرة

نفي البعد عن اختصاص الحكم بالصحة بصورة جهل المشتري و ذلك
 لافضاء علم المشتري الى الجهل بثمن المبيع كما حكى عن الشافعي .
 (و فيه اولاً) انه لا وجه لاختصاص البطلان بصورة علم المشتري
 بل لو تم ما افاده لجري مع علم البايع ايضاً لانه كما يعتبر علم المشتري
 بالثمن يعتبر علم البايع ايضاً (و ثانياً) بالمنع عن افضائه الى الجهل بالثمن
 و انه لو قلنا بالصحة فيما يملك بما يخصه من الثمن لقلنا به مطلقاً و اومع
 علمهما أو احدهما بفساد المعاملة فيما لا يملك و مجرد علمهما بالفساد فيما
 لا يملك لا اثر له لان العلم بالفساد لا يمنع عن انشاء المعاملة من المتعاقدين
 ولا يوجب الجهل بمجموع الثمن الذي وقع عوضاً في هذه المعاملة
 المنشأة من حيث كونه نمناً للمجموع و المفروض كفاية العلم بثمن
 المجموع ولو مع الجهل بما يخص منه باجزاء الثمن و إللا لزم الالتزام
 بفساد البيع فيما يملك اذا انضم الى ما يملكه الغير لو كان المشتري عالماً
 بان المثلث ليس بتمافه ملكاً للبائع مع انه صحيح كما تقدم و قد دل مكتبة
 الصفار على صحته .

(و تفصيل الكلام في ذلك) ان ما لا يملك الذي انضم في البيع
 الى ما يملك يتصور على انحاء (الاول) ان يكون مالا في نظر العرف كالخمر و
 ان سلب المالية عنه نشأ من حكم الشارع بسبب ماليته وفي هذا القسم لا ينبغي
 الاشكال في امكان قصد المعاوضة بين مجموع الثمن والثلث و انه يتحقق
 من انشائهما البيع العرفي و مجرد علمهما بالفساد عند الشارع لا يوجب
 سلب قصدهما عن المعاوضة العرفية في مرحلة الانشاء ولا انتفاء العلم بالمعبر
 في صحة المعاملة فان الحكم الشرعي بالفساد لا يوجب عدم تحقق المعاوضة
 العرفية في عالم التكوين مع فرض مالية المبيع بتمام اجزائه بنظر العرف و

يكون كل من المتعاقدين منشاءاً للتملك والتملك في المملوك في ضمن انشائهما التملك و التملك في المركب منه و من غير المملوك فيرجع الى التملك بالضممان في كل جزء من الثمن قهراً (و بذلك يظهر) بطلان ما في المحكى عن الحواشي المنسوبة الى الشهيد (قدس) من لزوم الحكم بكون كل الثمن في مقابل خصوص ما يملك لوقلنا بصحة البيع فيه وذلك لان القصد الى الممتنع اعنى بيع المجموع الذى يعلم امتناع تحققه ممتنع فلا محالة يتوجه القصد الى انشاء تملك خصوص ما يملك في مقابل الثمن المذكور فيقع مجموع الثمن بازاء المملوك (وجه الفساد) ما عرفت من عدم امتناع قصد بيع المجموع بعد فرض كون ما لا يملك من المبيع مالاً عرفاً و ان يبعه يبيع عرفي و ان الممتنع في عالم التشريع لا يوجب الامتناع في عالم التكوين ، فلا معنى لتوهم جعل تمام الثمن بازاء ما يملك فقط .

(و اما ما تقدم) من عدم رجوع المشتري الى البائع بالثمن اذا كان عالماً حين البيع بكون البائع غاصباً فيما اذا باع المال المغصوب مع مال نفسه فليس لا جل وقوع الثمن بتمامه في مقابل مال البائع نفسه حتى يوافق مع ما ادعاه الشهيد (قدس) بل الوجه في عدم رجوعه الى البائع عند تلف الثمن لديه انما هو من جهة انه ماضيه بمال نفسه بل التضمن وقع من الغاصب بمال الغير ، فعلى تقدير الاجازة يقع الثمن عوضاً عن مال المالك ، و على تقدير الرد فلا يضمه الغاصب لانه ما اقدم على ضمانه بمال نفسه ولا المشتري ضمنه بماله ، ولازم ذلك استرداد المشتري لعين ثمنه لو كان موجوداً و عدم رجوعه الى البائع بمثله او قيمته لو صار تالفاً و هذا لا ربط له بصيرورة الثمن بتمامه عوضاً لمال البائع نفسه الذى باعه منضمماً الى المغصوب كما لا يخفى اذا المفروض في المقام ان المشتري ضمن البائع

بالمركب مما يملك و مالا يملك بمال نفسه بالعوض على كل حال لكون مالا يملك مالا عرفاً فإذا لم يسلم له العوض المسمى بواسطة بطلان البيع فى مالا يملك شرعاً فلا بد من كونه مضموناً عليه بضمانه الواقعى (و بعبارة أوضح) عدم ضمان البائع فى مسألة بيع ملكه مع ملك غيره مع علم المشتري انما كان لا جل دخوله تحت قاعدة مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده حيث ان المشتري ما اقدم على تضمين الغاصب بما هو بل اقدم على تضمينه بما هو مالك و سارق لاضافة الملكية المترتب عليه ضمان المالك بالضمان المعاضى عند الاجازة ، و اما ضمان البائع فى هذه المسئلة اعنى مسألة بيع المملوك مع غير المملوك فلا جل دخوله فى قاعدة ما يضمن بصحيحه حيث ان المشتري اقدم على تضمين البائع بالضمان المعاضى الناشئ من كون غير المملوك مالا عرفاً لتحقق المعاوضة العرفية على ما هو المفروض .

مركز تحقيق مكتبة ميرزا حسين

(الثانى) ان لا يكون غير المملوك مالا عرفاً كالحيوانات والديدان مثلاً ، وفى مثله ينبغى مساعدة الشهيد (قده) فى قوله بعدم قصد المعاوضة العرفية بالنسبة الى غير المملوك وما يخصه من الثمن عند توزيعه على اجزاء المبيع ، بل المعاوضة وقعت حقيقة بين الجزء المملوك من المبيع و تمام الثمن و كان الثمن مبدولاً بتمامه بازاء المملوك فتكون المعاملة فى الجزء المملوك و تمام الثمن .

(الثالث) ان يكون فى غير المملوك اقتضاء للملكية بحسب نظر العرف لكن مع اقترانه بالمانع فليس محكوماً بالملكية للفعالية عندهم لكن لالقصور المقتضى عنها كالحيوانات بل لاجل وجود المانع عنها ، و ذلك كالحجر ، حيث ان مقتضى الملكية موجود فيه عرفاً ادلاً فرق بينه و

بين العبد عندهم فى قابليته للملكية إلا أنهم يرون حرته مانعة عن تملكه لعدم مجيئ الحر عندهم تحت اليد ، فهذا القسم متوسط بين القسمين حيث ان المانع عن الملكية كان معدوماً بنظرهم فى القسم الاول مثل عدم المقتضى لها فى القسم الثانى ، فهذا القسم يشبه القسم الاول فى وجود المقتضى للملكية عرفاً ويفارقه فى وجود الملكية الفعلية حيث انها ليست فى هذا القسم بحسب نظر العرف لاقتران المقتضى بالمانع دون القسم الاول و يشابه القسم الثانى فى عدم الملكية الفعلية ويفارقه فى ان المنشأ لعدم الملكية فى القسم الثانى كان من جهة عدم المقتضى وفى هذا القسم يكون لاجل وجود المانع مع وجود المقتضى ، و لهذا ترونهم يفرضون الحر عبداً فى باب ارش الجناية التى لا يكون لها مقدر .

(والاقوى) فى هذا القسم هو ما تقدم فى القسم الاول من عدم التنافى بين سلب المالية شرعاً وبين تحقق المعاوضة عرفاً فان العرف بعد فرض المانع الموجود معدوماً يرتبون اثر المالية على ما يكون مقتضى ماليته موجوداً فيعاملون معه معاملة المال عند فرض المانع معدوماً فيتحقق منهم انشاء المعاوضة بينه وبين مال آخر فلا يس جعل الثمن بازائه من قبيل التمليك المجانى بل يدخل عند العرف فى الضمان المعاوضى فيكون حاله حال القسم الاول بعينه (فتحصل مما ذكرنا) ان ما افاده الشهيد (قده) أنما يتم فى القسم الثانى فقط دون الاول والاخير .

قوله (قده) ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره (الخ) طريق تقسيط الثمن ههنا يعرف بتقويم كل منهما منفرداً ويجمع بينهما ثم يسند قيمة المملوك الى مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، فيجعل من الثمن ما نسبته الى مجموع الثمن كنسبة قيمة المملوك الى

مجموع القيمتين ثمناً للمملوك ويرد باقيه الى المشتري ، واما طريق تقويم غير المملوك فان كان مالاً عرفاً فتقويمه عند مستحليه كالخمر حيث يقومها من يستحلها ، وهذا ظاهر ، وما يكون من قبيل الحر فيفرضه عبداً بماله من الصفات فيقوم على تقدير كونه عبداً ، وما لا يكون مالاً عرفاً اصلاً ولو في مرتبة الاقتضاء فلا ينتهي الى التقويم لما عرفت من انه لا يقسط الثمن في مثله بل يقع بتمامه بازاء المملوك .

و هذا فيما اذا تعلق البيع بغير المملوك مثل الخمر و الخنزير بعنوانهما واضح واما لو باعهما مع شيء مملوك لكن بعنوان الخل أو الشاة ففي تقويمهما خمرأ أو خنزيراً عند مستحليهما لاشكال وذلك لاحتمال وجوب تقويمهما بقيمة الخل والشاة (والسرفيه) هو ما حقق في محله من ان مسالية الاشياء متقومه بصورها النوعية التي تكون الاشياء بها هي ولو كانت الصورة النوعية عرفية ولجل ذلك يحكم ببطالان البيع الواقع على الشيء المعنون بعنوانه النوعي مثل بيع الفرس اذا تبين خلافه وظهر كونه حماراً ، بخلاف تخلف الاوصاف فانه لا يوجب البطلان بل يصير منشأ للخيار فاذا وقع البيع على الخمر والخنزير بما انهما خل وشاة وتبين خمريه الاول وكون الثاني خنزيراً يكون اللازم في مقام التقسيط ارجاع قيمة الشاة والخل عن ثمن المجموع لانهما مما وقع عليها العقد دون الخمر و الخنزير و يمكن ان يقال بأن عنوان الخل والخمر من قبيل الداعي لابقاع العقد على العين الخارجى فالمعقود عليه هو ذاك الموجود الخارجى واذ تبين فساد العقد عليه لكونه خمرأ أو خنزيراً يجب استرداد قيمة ذاك الموجود من الثمن بالنسبة فلا بد من تقويمه بما هو عليه من كونه خمرأ أو خنزيراً ولكن يلزم على ذلك الالتزام بعدم بطلان البيع اذا باع فرساً فظهر كونه حماراً فتأمل .

قوله (قده) مسئلة يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل (الخ) قد تقدم في صدر مباحث البيع انه يشترط في صحة البيع كون العاقد مالكا او مأذونا من المالك أو وليا عليه وقد تقدم ما كان متفرعا على اعتبار مالكية العاقد اعني المسائل الراجعة الى بيع الفضولي وبقي حكم ما يتفرع على ولاية الاولياء ، وحيث ان بيانه كان متوقفا على بيان الولاية على القصر فلا جرم ذكر الاولياء في مقام ذكر احكام معاملاتهم (وجملة الكلام) في ذلك ان الاولياء المتصرفين في الامور الراجعة الى القاصرين طوائف مترتبة لا يجوز للمتاخر منهم التصرف مع وجود المتقدم (الاولى) الاب والجد ولا اشكال في ولايتهما على الصبي والمجنون في الجملة وان ولايتهما تكون بجعل الهى فيكون كل واحد منهما وليا اجباريا من قبل الشارع وبذل على ذلك الاخبار المستفيضة والاجماع المحقق ، فلكل واحد منهما التصرف في اموال من يكون وليا عليه من الطفل والمجنون بما يراه مصلحة من البيع والشراء وكل تصرف ، كما يدل عليه الاخبار المستفيضة ، ولا ينبغي الارتياح في عدم انزالهما عن الولاية بالفسق فلا يعتبر العدالة في ولايتهما كما عليه المشهور وذلك لاطلاق ادلتها الدالة على ثبوت الولاية لهما الغير المقيدة بالعدالة مثل قوله عليه السلام انت ومالك لا بيبك ، فمجرد فسقهما لا يوجب انزالهما عن الولاية الثابتة على من عليه الولاية كما ان فسقهما لا يخرجهما عن السلطنة على اموالهما الخاصة بهما ، هذا كله اذا كان الفسق من غير جهة الخيانة في اموال المولى عليه ، واما لو كان فسقهما بالخيانة ، فهل للحاكم عزلهما او منعهما عن التصرف أولا (احتمالان) اقواهما الثاني وذلك اما عدم ولاية الحاكم على عزلهما فلا نزاع ولايتهما امر مجعول بجعل الهى نظير ولاية النبي عليه السلام والائمة على الناس في اموالهم وانفسهم ، فليس امرها بيد الحاكم حتى يصح رفعها عنهما ، واما ولايته على

حجرهما عن التصرف اذا ظهر منهما الخيانة فلكونه من الحسبة والحاكم له
الولاية في الامور الحسبية اذله الولاية على حفظ اموال القاصرين والمقام
من احدى صغرياته .

قوله (قده) وهل يشترط في تصرفه المصلحة الخ هل المعتبر
في نفوذ تصرفات الاب والجد توافقها مع المصلحة ، أو يعتبر فيها عدم المفسدة
ولو لم يكن عن مصلحة ايضاً ، أو لا يعتبر شيئاً من ذلك ، بل ينفذ ولو مع
المفسدة وجوه ، أوجهها الوسط وذلك اما عدم اعتبار مراعاة المصلحة
فلاطلاق ما يدل على ولايتهما وان الولد وماله موهبة من الله سبحانه لا يبه
كما ورد في التعليل المروي عن الرضا عليه السلام على ما هو مذكور في الكتاب
ولامقيد لاطلاقه بوجود الصلاح واما اعتبار عدم المفسدة فلو وجود ما يقيد
الاطلاق الدال على ولايتهما وذلك كالصحيح المروي عن ابي جعفر على
ما حكاه في الكتاب بالتقريب المذكور فيه ، ورواية الحسين بن ابي العلاء
المذكورة ايضاً في الكتاب فانها ايضاً ظاهرة الدلالة على ان الحكم كن
في حق الاب هو الضمان لكن لما لم يكن للاب شيئاً يؤخذ منه للابن وكان
استنقاذ حق الابن منه منوطاً بحبسه قال عليه السلام ما كان رسول الله يحبس الاب
للابن وإلا فلو كان صرفه في نفقته بحق منه لما كان حكمه الحبس ولو جاز
حبس الاب للابن ، اذ التعليل بوجود المانع مع عدم مقتضى ركيك لاستناد
عدم الشيء عند عدم مقتضى اليه دون وجود المانع لكون المعلول
مستنداً الى اسبق علله كما لا يخفى .

قوله (قده) ثم لا خلاف ظاهر آكما ادعى في ان الجد (الخ) قد ادعى
عدم الخلاف في مشاركة الجد مع الاب في الحكم ويدل عليه ما ورد من
قوله عليه السلام انت ومالك لا يكفانه يدل على ان الشخص وماله الذي منه

ابنه لايه ، وهذا الدليل وان لم يكن يخلو عن المناقشة إلا ان ماورد في نفوذ نكاح الجدد معللاً بان البنت واباها للجدد كافر في اثبات الحكم .

قوله (قده) من جملة اولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم : هذا هو الطائفة الثانية ممن له الولاية على القاصرين المترتب ولايتهم على فقد الطائفة الاولى اعني الاب والجد ، والمراد بالحاكم في هذا المقام هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى ، ولا اشكال في ثبوت الولاية له في الجملة ، واما مقدار ما يثبت له فسيأتي التعرض له تفصيلاً .

قوله (قده) خرجنا عن هذا الاصل في خصوص النبي (الخ)

اعلم ان ولاية الحاكم لما كان من شئون من له الولاية الكبرى على الدين والدنيا حيث ان الحاكم منصوب من قبله صلوات الله عليه فلا جرم كان اللازم البحث أولاً عن اصل الولاية الثابتة للنبي وللوصياء من بعده عليهم من الصلوات اذ كانا ثم التكلم في ولاية الفقيه النائب عنهم في عصر الفقيه النائب عنهم في عصر الغيبة ، فلهذا بدء في البحث عن الولاية الكبرى .

(فاعلم) ان لولايتهم مرتبتين (احديهما) الولاية التكوينية التي هي عبارة عن تسخير المكونات تحت ارادتهم ومشيتهم بحول الله وقوته ، كما ورد في زيارة الحجة ارواحنا له الفداء بأنه ما من شيء إلا وانتم له السبب ؛ وذلك لكونهم عليهم السلام مظاهر اسمائه وصفاته تعالى فيكون فعلهم فعله وقولهم قوله ، وهذه المرتبة من الولاية مختصة بهم وليست قابلة للاعطاء الى غيرهم لكونها من مقتضيات ذواتهم النورية و نفوسهم المقدسة التي لا يبلغ الى دون مرتبتها مبلغ (وثانيتها) الولاية التشريعية الالهية الثابتة لهم من الله سبحانه وتعالى في عالم التشريع بمعنى وجوب اتباعهم في كل شيء وانهم اولى بالناس شرعاً في كل شيء من انفسهم و اموالهم ، و الفرق بين

المرتبتين ظاهر ، حيث ان الاولى تكوينية والثانية ثابتة في عالم التشريع وان كانت الثانية ايضاً لا تكون ثابتة إلا لمن له المرتبة الاولى اذ ليس كل احد لائقاً للتمس بذلك المنصب الرفيع و المقام المنيع إلا من خصه الله بكرامته وهو صاحب المرتبة الاولى على ما هو الحق عندنا خلافاً للعامة الداهيين الى اثبات تلك المرتبة الثانية لكل من يقلد امر الامة من كل بر وفاجر ولو كان من آل يزيد أو آل مروان (ولا اشكال عندنا) في ثبوت كلتا المرتبتين من الولاية للنبي وللأوصياء من عترته صلوات الله عليهم ، ويدل عليه الأدلة الأربعة كما استدلل به المصنف في الكتاب فلا يعياً بخلاف من يخص الولاية التشريعية بخصوص وجوب اتباعهم في الأحكام الشرعية والتقبل عنهم فيما يبلغون منها ، وقال بعدم الدليل على وجوب الطاعة في الزائد عن ذلك كما في الأمور العادية مثل الأكل والنوم والمشي والقيام والعود فلا يجب امتثالهم فيما يأمرؤن بالأمور المتعارفة لعدم ثبوت السلطنة لهم في أمثاله (ولا يخفى وهنه وسخافته) بل الأدلة الأربعة ناهضة على رده ، وكأنه تنبع في ذلك للمخالفين الذين لا يوافقونه في الرأي غفلة عن حقيقة الحال (وبالجملة) ما أحسن ما ذكره بعضهم في تعريف الولاية بقوله انها عبارة عن الرياسة على الناس في أمور دينهم وديناهم ومعاشهم ومعادهم (ويدل) على ثبوت هذا المعنى لهم قوله (ص) في خطبة الغدير « الست أولى بكم من أنفسكم » وغيره من الأخبار المتظافرة الظاهرة دلالتها في هذا المعنى فلا ينبغي الارتياب في ذلك . هذا في ولايتهم عليهم السلام .

واما ولاية الفقيه في عصر الغيبة باعتبار المرتبة الثانية فهي محل الخلاف بينهم من حيث السعة والضيق ، وقد عبروا في تحرير محل البحث بعبارة غير نقية ، والأحسن ان يقال انه لا اشكال في قابلية المرتبة الثانية

من الولاية لجعل والاعطاء للمغير ممن له الولاية العامة على الناس بأن يصير من جعلت له الولاية كالوالى نفسه في كونه اولى بالناس في انفسهم واموالهم كما انه لا ينبغي الريب في وقوعه ايضاً في الجملة ، كما يدل عليه سيرة النبي (ص) بعد بسط الاسلام ، وسيرة امير المؤمنين (ع) في زمان خلافته من جعلهما الولاة في البلاد وكون الولاة عنهما بمنزلة انفسهما في تلك البلاد التي نصبوا ولاة فيها ، (والظاهر) من فعل سائر الخلفاء ايضاً ذلك اذ الظاهر ان نصبهم الولاة انما كان بمآنه وظيفة الخلافة ، فهم وان تقلد والخلافة على خلاف طريقة الدين إلا ان نصبهم للولاة لم يكن إلا بما انهم يرون انفسهم خلفاء وان ذلك من وظيفة كونهم كذلك ، (وبالجملة) فلاشكال في نبوت تشريع الولاية في الشرع وجعل منصب الوالى كما انه يجعل منصب القضاء ، ولكل منهما وظيفة غير وظيفة الآخر ، فوظيفة الوالى هي الامور النوعية الراجعة الى تدبير الملك والسياسة وجباية الخراج والزكوات وصرفها في المصالح العامة من تجهيز الجيوش واعطاء حقوق ذوي الحقوق (و بعبارة اخرى) كلما يكون وظيفة السلطان في مملكته ، ومنه جعل القاضي في خطة ولايته كما يشاهد في هذه الاعصار من كون القاضي المنسوب في ناحية محكوماً بتبعية والى تلك الناحية ، وكما ينقل من معاملة القضاة مع ولاة النواحي في الاعصار السابقة (و اما وظيفة القضاة) فعبارة عن قطع الخصومات وحبس الممتنع وجبره على اداء ما عليه والحجر عليه في التصرف في امواله اذا كان دينه مستغرقاً ومباشرة بيع امواله اذا امتنع هو بنفسه عن بيعها و نحو ذلك مما هو من شئون القضاء ، وهذا هو المتيقن من الوظيفتين ، وهناك امور يشك في كونها من وظائف الوالى أو القاضي وذلك كالتصرف في اموال الايتام والمجانين وحفظ اموال الغائبين وغير ذلك من الامور الحسبية مما هو

في هذه الاعصار جعل في القوانين العرفية من وظائف مدعى العموم
فانه يشك في كونه من وظيفة الولاة أو من وظيفة القضاة .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان مرجع الخلاف في ثبوت الولاية العامة
للفقيه الى الخلاف في ان المجمعول له هل هو وظيفة القضاة أو انه منصوب
لوظيفة الولاة ، فان ثبت كونه واليا فيجوز له التصدي لكل ما هو من وظائف
الولاة التي عرفت ان منها وظيفة القضاة ، وان ثبت له وظيفة القضاة فلا يجوز
له التصدي لغيرها ولا ينفذ منه لو تصداه كما انه لا يجوز ولا يصح منه تصدي
ما يشك في كونه من وظيفة القاضي أو والي ، بل يجب الاقتصار على ما علم
كونه وظيفة القاضي ، هذا مع تبيين الامر ، ومع الشك في كونه منصوباً
لوظائف القضاة أو الولاة يجب الاقتصار ايضاً على ما يعلم بكونه من وظائف
القضاة ولا يجوز له التعدي الى ما علم كونه من وظائف الولاة أو شك فيه ، و
ذلك لما عرفت من ان الاصل الاولي يقتضي عدم النفوذ إلا ما خرج بالدليل
وعند الشك في كون المجمعول أي الوظيفتين يكون المتيقن من الخارج عن
حكم الاصل الاولي هو المعلوم كونه من وظائف القضاة دون غيره مما علم
انه من وظيفة والي أو المشكوك منه .

اذا تبين محل النزاع فاعلم انه ذهب جمع الى ثبوت الولاية للفقيه
بما هو وظيفة الولاة ، و استدلووا به باخبار ، مثل قوله (ع) « العلماء ورثة
الانبياء » وقوله (ع) « العلماء ائمة الرسل » وقوله (ص) « علماء امتي كانبيا
بنى اسرائيل » وانهم افضل ، وقوله عليه السلام « اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما
جاءوا به » ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه ، وقوله عليه السلام بعد السؤال
عن خلفائه عند الترحم عليهم بأنهم اللذين يأتون بعدى و يروون حديثي ،

(ولا يخفى) عدم دلالة شيء من المذكورات على ازيد من اثبات وظيفة تبليغ الاحكام الى الناس وان اقوالهم حجة في مقام التبليغ ويجب على الناس متابعتهم فيما يبالغونه ، وكونهم كانبيا بني اسرائيل ليس دليلاً على اثبات الولاية العامة لهم الابتخايل عموم التشبيه ، ولكنه مدفوع بأنه لم يعلم من انبياء بني اسرائيل كونهم بما هم الانبياء ولاية على الناس ، بل الظاهر المستفاد من الرجوع الى سيرهم عدم تصدى اكثرهم بالتبليغ الاحكام (نعم) كان جملة منهم صلوات الله عليهم ملوكاً مثل موسى و داود و سليمان و كانوا متصددين لوظائف الولاية لكن لا بما هم انبياء بل بما هم ملوك ، فالعمدة فيما يدل على هذا القول هو مقبولة عمر بن حنظلة ، وفيه انه عليه السلام قال فاني جعلته عليكم حاكماً فان الحكومة باطلاقها يشمل كلتا الوظائف بل لا يبعد ظهور لفظ الحاكم فيمن يتصدى لما هو وظيفة الولاية ، ولا ينافيه كون مورد الرواية مسألة القضاء فان خصوصية المورد لا توجب تخصيص العموم في الجواب (نعم) ربما يوهن الظهور المذكور بما في رواية ابي خديجة من قوله عليه السلام " جعلته عليكم قاضياً " فان لفظ القاضي ربما يجعل قرينة على ارادة القضاء من لفظ الحاكم ايضاً (ولكنه يجاب عنه) بعدم صرف ظهور المقبولة بواسطة رواية ابي خديجة بعد كونهما روايتين مستقلتين كما لا يخفى (وبالجمله) فرواية ابن حنظلة احسن ما يتمسك به لاثبات الولاية العامة للفقيه ، واماماً عداه فلا يدل على هذا المدعى بشيء . فان مثل قوله مجاري الامور بيد العلماء الامناء في حلاله و حرامه بقرينة ذيله لا يدل على ازيد من اثبات منصب التبليغ لهم في بيان الاحكام من الحلال والحرام ، كما ان المروي عن الحجة عجل الله فرجه من التوقيع المبارك " واما الحوادث الواقعة

فارجعوا فيها الى رواية احاديثنا فانهم حججنا عليكم وانا حجة الله لا يدل ايضاً
إلا على انهم مراجع من قبل الحجة في بيان الاحكام في الحوادث الواقعة
وذلك لعدم تبين المراد من الحوادث الواقعة و القدر المتيقن منها هو
ما يقع مورد الابتلاء من الموضوعات الكلية التي لم يكن حكمها معلوماً
من الكتاب والسنة .

وقد استظهر منه المصنف قدس دلالة على اثبات الولاية العامة
للفقيه بشواهد ثلث (الاولى) دلالة على وجوب الرجوع الى الفقهاء في
نفس الحوادث الواقعة لافي احكامها ، فلو كان المراد هو الرجوع اليهم في
احكام الحوادث لكان اللازم ان يعبر بقوله اما احكام الحوادث الواقعة ،
لا ان يأمر بالرجوع اليهم في نفس الحوادث (الثانية) استبعاد اختفاء لزوم
الرجوع الى العلماء في احكام الموضوعات المستحدثة من مثل السائل حتى
يحتاج الى السؤال ، وهذا بخلاف ما اذا كان السؤال عن الولاية العامة
للفقيه فان الجهل به ولو من مثله ليس مستغرباً (الثالثة) التعليل بكونهم
حججه وانه صلوات الله عليه حجة الله فانه يناسب مع تصدي الامور التي كان
المرجع فيها هو الرأي والنظر مما يكون بنظر الولاة المنصوبين من قبل الامام ،
لابما يرجع الى وظيفة المبلغ للاحكام حيث انهم حجج الله تعالى كما
وصفهم في رواية اخرى بانهم أمناء الله على حلاله و حرامه ولو كان المقصود
جعل منصب التبليغ لهم لكان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم ،
هذا محصل ما افاده (ولا يخفى ما فيه) حيث ان شيئاً من الشواهد المذكورة
لا يوجب ظهوراً في اللفظ يشمل بظهوره اللفظي لغير تبليغ الاحكام لانها
وجوه استحسانية اجنبية عن باب الظهورات .

ثم لو بينا على عموم ولاية الفقيه ببركة دلالة مقبولة ابن حنظلة فلا

اشكال فى ان له الولاية على كل ما علم بانه من وظائف القضاة أو علم بأن تصديه من وظائف الولاية أو كان مشكوكاً . فله جباية الخراج و المقاسمة فضلاً عن مطالبة الاخماس و الزكوات ، وله التصدى لاقامة الجمعة بناءً على ان تكون اقامتها من وظائف الولاية و انه مع تصديه لاقامتها تجب على كل من يتمكن حضورها وجوباً عينياً ، وكذلك له التصدى لاقامة الحدود و التعزيرات و امثالهما مما يشك فى كونه من وظيفة القضاة أو الولاية .

ولو بيننا على عدم عموم ولايته ، أو شككنا فى ذلك فالقدر المتيقن مما يجوز له تصديه هو ما علم انه من وظائف القضاة كالحكم بين الناس و ما هو من مبادئه و شؤنه ، و اما ما علم انه من وظائف الولاية أو شك فيه فان كان مما يحتمل ان يكون وجوبه أو وجوده مشروطاً بصدوره عن شخص خاص كبعض مناصب الولاية حيث انه مطلوب منه لابما هو هو فى نفسه ، بل المطلوبة تعلقت بحيث صدره من الوالى بحيث لولا صدوره عنه لم يكن مطلوباً و لا يبعد ان يكون باب الحدود و التعزيرات من هذا القليل فلا يجوز ان يتصدى الحاكم ، و ذلك لعدم العلم بمطلوبية صدوره منه ، ولو كان من الامور التى علم مطلوبيتها من حيث هى و ان كان المأمور بانفاذه هو الوالى لكن احرز عدم رضا الشارع بتركه . للزوم اختلال النظام أو العسر و الحرج ، بحيث لولا ولاية الفقيه على تصديه لوجب على عامة الناس القيام به ، و ذلك كحفظ اموال الغائبين و القاصرين و غير ذلك مما يعبر عنه بالامور الحسبية ، فيكون الفقيه هو المرجع فى ذلك لكون جواز تصديه متيقناً لدوران الامر بين التعيين و التخيير ، حيث يحتمل تعيين تصدى الفقيه لاجتماع ان يكون منصوباً

لوظائف الولاية فجواز تصديه (ح) قطعى اما لاجل تعيينه عليه أو لاجل كونه من احاد الناس الذين يجوز لهم التصدى ، و اما تصدى غيره من افراد الناس مع تمكن تصدى الفقيه له ، فهو مشكوك الجواز فيكون المرجع هو اصالة العدم كما بيناه ، هذا تمام الكلام فى ولاية الفقيه .

قوله (قد ه) مسئلة فى ولاية العدول من المؤمنين (الخ) و ممن ثبت له الولاية على التصرف فى الجملة فى اموال من ليس له السلطنة على امواله كالمقاصرين ، عدول المؤمنين . و مورد جواز تصرفهم و نفوذه هو عموم الحسيات مما علم بعدم رضا الشارع بتعطيلها لاستلزام تعطيلها اختلال النظام أو العسر و الحرج مع عدم التمكن من الرجوع الى الفقيه ، ولا اشكال فى اصل الحكم فى الجملة ، و انما الكلام فى اعتبار العدالة فى المتصددين (فقد وقع الخلاف فى اعتبارها) على ثلاثة اقوال (احدها) اعتبار العدالة (و ثانيها) كفاية الوثيقة (و ثالثها) كفاية كون المتصددين من اهل الحق ولولم يكونوا موثقين ، و منشأ الاختلاف فى ذلك هو الاختلاف فى ظواهر الاخبار الواردة فى هذا الباب كصحيحة محمد بن اسمعيل المذكورة فى الكتاب ، فان فى قوله اذا كان القيم مثلك و مثل عبد الحميد ، احتمالات (الاول) ان يكون المراد بالمماثلة فى التشيع ، حيث ان الراوى كان شيعياً (الثانى) ان يكون المراد بها المماثلة فى الوثيقة حيث ان الراوى كعبد الحميد كلاهما من الثقات (الثالث) ان يكون المراد بها المماثلة فى العدالة حيث انهما كانا من اجلاء الشيعة و عدولهم (الرابع) ان يكون المراد بها المماثلة فى الفقهية حيث انهما كانا من فقهاء الشيعة ، وعلى الاحتمال الرابع تخرج الصحيحة عن الدلالة على ولاية غير الفقيه ، لكنه بعيد فى نفسه لاقتضائه بمفهومة ثبوت البأس مع

عدم كون المتصدى فقيهاً مع ان مفروض مورد السؤال هو الامر الذى يجب القيام به من غير الفقيه عند عدم الفقيه ، كما ان الاحتمال الاول ايضا بعيد لبعده كفاية التشيع فى التصرف فى اموال الناس ولو كان فاسقاً و خائناً (فح) فالمتعين هو احد الاحتمالين من الثانى أو الثالث ، وحيث لا ترجيح لاحدهما على الآخر فلا جرم يجب الاخذ بالمتيقن منهما و هو العدالة اعنى الاحتمال الثالث ان لم ندع ظهور الرواية فيه ، هذا هو المتحصل مما افاده المصنف (قده) .

ويمكن ان يورد عليه (اما اولاً) فبان ما افاده فى وجهه بعد الاحتمال الرابع اعنى ارادة الممانلة فى الفقاهة بانه يلزم ثبوت البأس فى عدم تصدى الفقيه مع ان العوراد مما لا بد أن يؤتى به و لو من غير الفقيه (منقوض) بالنسبة الى ارادة الاحتمال الثالث ايضا بل و على الاحتمال الثانى ، فان المفروض أنه مع عدم العادل والموثق تكون الواقعة مما لا بد من القيام به ولو من الفساق (و اما ثانياً) فبان يمكن ان يكون المفروض فى مورد الرواية صورة التمكن من الرجوع الى الفقيه و ان البأس كان فى تصدى غيره لاجل التمكن من تصديه ، فالانصاف ان الرواية مجملة لا تصلح لاستنباط اعتبار العدالة منها .

و كرواية على بن رئاب المذكورة فى الكتاب ، و الانصاف عدم امكان استفادة شىء منها ايضا ، و ذلك لانها مسوقة لبيان تصحيح فعل القيم لا فى مقام بيان من يصلح للقيام بأمرهم وما يعتبر فيه ، فاعل القيم المذكور فى مورد الرواية كان فقيهاً أو نائباً أو مأذوناً مع اجتماع ما يعتبر فيه من الشرائط فلا يستفاد منها اعتبار عدالة المتصدى أو وثاقته . (و كموتقة زرعة) المذكورة فى الكتاب ايضا ، و لا ينبغي الارتياب فى

دلالته على كفاية الوثيقة في القيم بأمر الصغير ، لكن الشأن في المراد من الوثيقة ، اذ لم يعلم ان المراد منها هل هو العدالة ، فانها قد تطلق و يراد بها العدالة ، أو ان المراد بها هو المعنى الاعم من العدالة (و كيف كان) فلو اريد منها الاعم لوجب تقييدها بصحيفة اسمعيل بن سعد المروية عن الرضا عليه السلام على ما في الكتاب ، اذ المستفاد منها اعتبار العدالة في المتصدي و يكون شارحاً لما اجمل في الاخبار السابقة و يصير المتحصل من المجموع اعتبار العدالة وانه مع وجود العدل لا يجوز التصدي من غيره ولا يصح منه التصدي .

و حاصل الكلام من اوله الى آخره هو ثبوت الولاية للفقير بالنسبة الى ما علم بعدم رضا الشارع في تعطيله و انه مع التمكن في الارجاع اليه لا يجوز لغيره التصدي ، و يجوز التصدي عن المأذون من قبله و من جعله الفقير نائباً عن نفسه ضرورة ان الامور الحسبية ليست كمنصب القضاء مما لا تكون قابلية للنيابة ، و مع عدم التمكن من الفقير أو نائبه العام أو الخاص يكون وظيفة لعدول المؤمنين ، والمراد بالنائب العام هو المنصوب عن قبل الفقير المتصدي في الامور الحسبية عموماً ، وبالنائب الخاص هو المنصوب منه في واقعة خاصة كالقيم في حفظ اموال صغير مخصوص .

وينبغي ان يعلم انه فرق بين تصدي الفقير وبين تصدي عدول المؤمنين فان التصدي اذا كان من الفقير (بناء على ثبوت الولاية العامة له أو كون الواقعة من وظائف القضاة كبعض الحسيات) فليس لفقير آخر ان يقوم بتصدي ما تصداه الفقير الاول قبله ، و هذا بخلاف تصدي عدول المؤمنين حيث انه لما لم يكن بعنوان الولاية بل انما يتصدي لاجل احراز كون

الواقعة مما لا يجوز تعطيلها وينحصر القيام بها بالعدول فلا مانع من دخول عدل آخر مع المتصدى فيكون حكم عدول المؤمنين كحكم ولاية الاب والجد حيث قد عرفت ان ولايتهما كانت عرضية ، فلكل واحد منهما الولاية فى عرض الآخر (وعلى هذا) فلو باع عدل مال يقيم لمارأى فى بيعه المصلحة ورأى العدل الآخر المصلحة فى فسخه صح منه فسخه لو كان البيع الاول خيارياً ، وكذا لو عرضه عدل للبيع عن شخص جائز لعدل آخر عرضه للبيع من شخص آخر كما كان لكل من الاب والجد أيضاً ذلك .

هذا تمام الكلام فيما استفيد من بحث الاستاد دامت بركانه فى البحث عن الولاية ، وهو مع اختصاره جامع لجوامع الكلام فى البحث عنها والحمد لله على انعامه .

قوله (قده) يشترط قية ينقل اليه العبد المسلم ثمناً أو مئمة (الخ) اعلم ان المصنف (قده) جعل بطلان بيع العبد المسلم من الكافر من جهة فقد شرط صحته المعتبر فى المتعاقدين اعنى كون المشتري مسلماً اذا كان المبيع عبداً مسلماً ، ويمكن ان يجعل من شرائط العوضين بأن يقال ، شرط العبد المسلم ان يكون من يشتره مسلماً - ولكل وجه - (وكيف كان) و قد ادعى الاجماع على فساد بيعه فان تم فهو المدرك ، وإلا ففى اقامة الدليل على بطلانه بحث ، وظهر ما قيل فى الدليل عليه هو التمسك بالنص الوارد فى عبد كافر اسلم فقال امير المؤمنين صلوات الله عليه ، اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولا تقروه عنده (وتقريب الاستدلال به) ان يقال امره عليه السلام ببيع العبد من المسلمين والنهى عن التقرير عند الكافر بعد اسلام العبد يدل على مبيوضية بقاء العبد المسلم عند الكافر ، وحيث انه

لا خصوصية في حالة البقاء بل لو كان تملك الكافر للمسلم مبيعاً لكان المبيع منه هو اصل التملك فمن النهي عن التقرير في حال البقاء يستكشف حرمة التقرير في حال الحدوث ايضاً فيكون بيعه منه منهيّاً عنه وهو موجب للفساد .

وقد اورد عليه المصنف (قده) بان غاية ما يدل عليه هذا النص بعد الغاء خصوصية حال البقاء عن البين هو كون حال الحدوث كحال البقاء ، ولا دلالة على زيادة حال الحدوث على حال البقاء ، لكن الخبر لا يدل إلا على حرمة البقاء حرمة تكليفية من غير دلالة على الوضع اصالاً فيكون حال الحدوث ايضاً كذلك ، ولازمه حرمة بيع العبد المسلم من الكافر تكليفاً لانه فاسد كما هو المدعى - هذا محصل مراده (قده) - (ولا يخفى ما فيه) لان النهي عن الحدوث ولو كان كما افاده (قده) تكليفاً لكنه بعد كونه راجعاً الى ناحية المسبب اعني ملكية الكافر للمسلم فلا محالة يدل على الفساد كما هو مختاره (قده) وهو المحقق في الاصول وليس وزان النهي الراجع الى ناحية المسبب كالنهي المتعلق بالسبب في عدم دلالة على الفساد نظير البيع وقت الذداء ، ومن المعلوم في المقام ان النهي عن تقرير العبد المسلم عند الكافر بعد اسلامه ليس - الامن جهة مبعوضة تملك الكافر اياه الذي هو المعنى المسببي ومبعوضة حدوث هذا المعنى المستكشف بالنهي يدل على الفساد .

ولا فرق في استظهار ما ذكر من الامر ببيعه من المسلمين كما في قوله لَا يَبْعُ « يبعوه من المسلمين » أو من النهي عن تقريره عنده كما في قوله لَا يَبْعُ « ولا تقروه عنده » بل كلاهما يدلان على الفساد إلا ان دلالة الامر على الفساد تكون بالالتزام ودلالة النهي تكون بالمطابقة ، ونظير ذلك ما اذا اشترط على المشتري في ضمن العقد أن لا يبيع المبيع من عمره او يشترط عليه ان يبيعه من زيد فان

بيعه من عمرو في كلتا صورتين فاسد إلا أن الشرط إذا كان عدم البيع من عمرو يدل على فساد بيعه منه بالمطابقة ، وفي الصورة الأخرى يدل على فساد بالالتزام لأن قصر سلطنة المشتري على البيع من زيد يقتضى سلب سلطنته عن البيع من غيره ، فيكون بيعه من عمرو مع كونه مسلوب السلطنة في بيعه منه باطلاً بمقتضى الشرط ، وهكذا في المقام لافرق في استفادة فساد بيع المسلم من الكافر بين أن يكون من الأمر ببيعه من المسلم أو من النهي عن تقريره عند الكافر ، إذ بعد الغاء خصوصية حال البقاء وتسليم كون البقاء كالحديث في تلك الجهة يدل على النهي عن البيع من الكافر أو على الأمر ببيعه من المسلم وعلى كلا التقديرين يكون مقتضياً لفساد البيع من الكافر كما هو المطلوب (ثم إن النص المذكور) بما ذكرنا من التقريب يكون مخصصاً للعمومات الدالة على البيع ومقيداً لمطلقاتها إذ هو اخص منها كما في كل مخصص ومقيّد على ما لا يخفى .

قوله (قوله) و أما الآية فباب الخدشة فيها واسع (الخ) قد اورد على الاستدلال بالآية الشريفة مناقشات ثلاث (الاولى) ان الآية المباركة الدالة على نفى سبيل الكافر على المسلم بنفى الابد الذي هو مدلول كلمة « لن » في قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين ، آية عن التخصيص ادلا معنى لان يقال لا سبيل للكافر إلا في مورد كذا وكذا ، ودالتها على نفى ملكية الكافر تنوقف على نفى جميع انحاء الملكية عنه من الملكية الابتدائية أو استدامتها حتى على نحو الدخول في ملكه أنما على نحو ملك العمودين ، وهذا المعنى فاسد قطعاً للصحة تملك الكافر في بعض الموارد ، كما اذا اسلم عبده عنده وان كان يقهر على بيعه ، لكن القهر على البيع منوط بتملكه ، وإفلا معنى لقهره على بيعه (وبالجمله) فلو كان المراد من نفى السبيل نفى الملكية لكان اللازم الحكم بخروج العبد عن ملك مولاه قهراً عند اسلامه او عند

كفر مولاه وارتياده ، وهذا مما لا يقولون به ، فلا بد من تخصيص الآية بما عدى هذه الموارد ، وحيث ان سياق الآية آية عن التخصيص و جب صرفها عن هذا المعنى الموجب لتخصيصها ، واقرب المحامل هو الحمل على نفى السلطنة فنزل على محجورية الكافر فى التصرف فى العبد المسلم ، فلا دلالة فيها على نفى الملكية أصلاً ، ولا يخفى ان هذا الايراد قوى لا مدفع له .

(الثانية) فسرت الآية المباركة فى بعض الاخبار بنفى الحجة فيكون الخبر شارحاً ومفسراً لها فلا يمكن مع ماورد فى تفسيرها حملها على نفى الملكية وهذه المناقشة مدفوعة بان ماورد فى تفسير الآيات غير مناف للاخذ بظواهرها ولا يصادم حجية ظهورها لكون هذه التفاسير بياناً لما فى فى بطون الكتاب الكريم الغير المنافية مع الاخذ بظاهرها (الثالثة) معارضة الآية مع العمومات الدالة على صحة البيع والتجارة (ولا يخفى ما فيه) ادعى تقدير تمامية دلالة الآية تكون مخصصة وشارحة لها وذلك لمكان كونها اخص من تلك الأدلة ، ولا يعتبر فى مخصصتها كونها اخص من كل واحدة من تلك العمومات بل يكفي كونها اخص من مجموعها ، مضافاً الى انطباق ضابط الحكومة على المقام على ما بيناه فى الاصول ، فقول المصنف (قده) وحكومة الآية عليها غير معلومة غير سديد وليت شعري أى فرق بين المقام وبين حكومة نفى الضرر والخرج على العمومات الاولى .

قوله (قده) مضافاً الى استصحاب الصحة فى بعض المقامات الخ وذلك فيما اذا كان مولى العبد المسلم مسلماً ثم كفر بعد الاسلام وشك فى بقاء ملكه فان مقتضى الاستصحاب هو بقاء ملكيته له ، وكذا فيما اذا كان الكافر مالكا لكافر آخر ثم اسلم العبد ، ثم انه اذا ثبت صحة التملك فى بعض الموارد فاللازم هو الحكم بها فى الموارد الآخر لعدم القول بالفصل (ولا يخفى ما فيه) كما اورد المصنف (قده) فى نظائره وذلك لان الحكم

الاصلي الثابت في مجراه لا يتعدى عن مورده الى مورد آخر غير مجرى
الاصل ، ولذا لو وصل المسافر الخارج عن البلد الى حديشك في خروجه
عن حد الترخص يحكم عليه بوجوب التمام في ذلك الحد بحكم الاستصحاب
ولو بلغ المسافر القادم الى البلد هذا الحد يحكمون عليه بالقصر ، فلا يلحق
احدهما بالآخر الحاقاً حكماً ، وأى وجه في الحاق غيره به في الحكم مع
أنه ليس بأولى من العكس ، وانما مورد التمسك بعدم الفصل هو ما اذا كان
الدليل الدال على حكم في موضوع (في الجملة) دليلاً اجتهادياً و ثبت
التلازم بين ثبوته في هذا الموضوع و بين سائر الموارد ، فعند ذلك
يتعدى عنه الى غيره ، و لعله (قده) اشار الى هذه المناقشة بقوله
« فتأمل » .

قوله (قده) ولا يعارضه اصالة الفساد في غير هذه الموارد
لان استصحاب الصحة مقدم عليها (الخ) ولا يخفى ما في هذه العبارة لان
اصالة الفساد المحكومة بما ذكره (قده) من استصحاب الصحة لا يخلو
اما أنها اصل موضوعي جار في المورد كما اذا كان مسبوقاً بالفساد أو اصل
حكمي ، وعلى كلا التقديرين فلا وجه لتقدم استصحاب الصحة عليها ، اما
اذا كانت اصلاً موضوعياً فلانها (ح) اصل موضوعي جار في مورده مثل استصحاب
الصحة الجارية في مورده ، وليس بينهما حاكمية ومحكومة اذا كانا في مورد
واحد فضلاً عما اذا كان كل واحد في مورد غير مورد الآخر ، واما اذا كانت
اصلاً حكماً فلانها وان كانت محكومة بالاصل الموضوعي المجتمع معها
في مورد واحد ، لكن ليست محكومة باصل جار في مورد آخر ، فلا وجه
للحكم بتقديم استصحاب الصحة الجارية في مورد على اصالة الفساد الجارية
في مورد آخر ، ولعله (قده) لذا امر بالتأمل .

قوله (قده) ثم ان الظاهر انه لا فرق بين البيع (الخ) و ذلك اما

استفيد من الخبر المتقدم عدم صحة تملك الكافر للمسلم كما تقدم توضيحه حيث بينا ان في قواه لا تقروه عنده وقوله لا تقروه يبعوه من المسلمين دلالة على عدم جواز تملك الكافر للمسلم ، غاية الامر دلالة النهي عن التقرير عنده تكون بالمطابقة ودلالة الامر البيع من المسلمين تكون بالالتزام (وكيف كان) فيكون في الخبر دلالة على النهي عن تملك الكافر للمسلم الذي هو المعنى المسببي من غير فرق في سببه بين ان يكون بيعاً أو غيره من العقود المملوكة التنجزية سواء كانت معاوضة كالصالح مع العوض أو غيرها كالهبة ونحوها ، بل العقود التعليقية ايضاً كذلك كالوصية حيث انها ايضاً تمليك من الكافر وهو منهي عنه ، وبعد ضم آية نفى السبيل الى ما استفيد من الخبر الشريف يصير الامر اوضح .

قواه (قده) و اما تمليك المنافع ففي الجواز مطلقاً (الخ) لا يخفى ان الاقوال الاربعة المذكورة اعني الجواز مطلقاً والمنع كذلك و التفصيل بين العبد والحر اوضح ما اذا كان العمل في الذمة وغيره لا يمكن ان يرد على العنوان الذي ذكره المصنف (قده) من تمليك منافع العبد المسلم من الكافر على ما هو محل الكلام اذ تمليك منافع العبد المسلم لا تنقسم الى عمل الحر والعبد ، وكذا لا يصح انقسامه الى ما في الذمة وغيره ، و اما مصب هذه الاقوال وموردها هو عمل المسلم ، فانه تارة يكون من الحر و اخرى يكون من العبد كما انه يمكن ان يكون في الذمة تارة وفي الخارج اخرى ، وهذا هو الذي ذكره الشهيد (قده) وفصل فيه بين الحر والعبد و قال بجواز استيجار الحر ولو لم يكن في الذمة والمنع عنه في العبد ولو كان في الذمة والاقوى من هذه اقوال هو التفصيل بين الذمة وغيرها بالجواز فيما اذا كان في الذمة ولو كانت الذمة من العبد والمنع عما اذا لم يكن في الذمة

ولو تعلق بعمل الحر ، وذلك اما اذا لم يكن في الذمة فلأن استيلاء الكافر على المسلم باستيفاء منفعة سبيل و هو منفي واما اذا كان في الذمة فلا أنه لا يكون (ح) إلا كالدين فكما يصح استدانة المسلم من الكافر وليس اشتغال ذمته به سبيلاً منه عليه ، فكذلك اشتغال ذمته به بعقد الاجارة لا يكون سبيلاً منه عليه (وبعبارة أخرى) فرق بين الاجير الخاص و هو الذي صار اجيراً في مدة معينة بحيث لا يمكنه صرف منافعه في تلك المدة الي غير ما استأجر عليه وبين الاجير المطلق و هو الذي صار اجيراً للعمل مطلقاً ، فالاجير الخاص يصير مسلطاً عليه بسبب الاجارة من المستأجر ، فللمستأجر منعه عن غير ما استأجر عليه و الزامه بما استأجر عليه وهذا نحو سلطنة منه عليه ، بخلاف الاجير المطلق فإنه ليس للمستأجر فيه إلا ان يطالبه بالعمل كما ان الداين يطالب المديون بالدين وليس فيه سلطنة منه عليه كما لاسلطنة للداين على المديون كما لا يخفى .

قوله (قده) نعم يمكن توجيه الفرق بأن يدائم مستأجر على الملك الخ توضيح ذلك يتوقف على بيان الفرق بين اجارة الاموال واجارة الاعمال (فنقول) الاجارة الواردة على اعيان الاموال توجب استيلاء المستأجر على ربة تلك العين لكي يستوفي منها مملكته من منافعها ، وهذا هو الذي يعبر عنه بتمليك المنفعة لامتلاك الانتفاع ، واما اجارة الاعمال فان كان العمل من العبد فيمكن ان تكون من هذا القليل فتكون ربة العبد تحت سلطان المستأجر بصيرورة منافعه ملكاً له ، ويمكن ان تكون من قليل الاجارة على الاعمال في غير الاجير الخاص ، و ان كان العمل من الحر فان لم يكن اجيراً خاصاً بل آجر نفسه لعمل في ذمته بحيث يستحق منه المستأجر ذاك العمل بلا سلطنة منه عليه في قصره عما يعمل ولا في صرفه فيما يشاء

من الاعمال فلا اشكال في خروجه عن تحت سلطنة المستأجر وعدم استيلاء المستأجر عليه بوجه ، وان كان اجيراً خاصاً بمعنى صيرورة منفعة في مدة خاصة متعلقاً للاجارة ، سواء جعل صرفها في امر خاص كالكتابة مثلاً أو جعل منفعة في مدة معينة للمستأجر بحيث يصرفها فيما يشاء ؛ فهل هذا النحو من الاجارة يجعل الاجير تحت سلطان المستأجر ويصير هو مسلطاً عليه ؟ اولاً ، من جهة كونه حراً والحر لا يصير مسلطاً عليه ؛ وجهان ، اقواهما الاول وذلك لاقتضاء الاجارة تسلط المستأجر على العين الذي ملك منافعه بالاجارة ولا شبهة في امكان صيرورة الحر مسلطاً عليه ولو بجعله نفسه كذلك بعقد معاوضي .

اذا عرفت ذلك فنقول لا اشكال في صيرورة العبد المستأجر عليه تحت يد المستأجر اذا استأجر على نحو الاجارة في الاموال ، وكذا الحربنة على ما اخترناه من صيرورته تحت سلطنة المستأجر بعقد الاجارة فعلى هذا تبطل اجارة المسلم من الكافر نحو اجارة الاموال مطلقاً حرّاً كان الاجير أو عبداً كما انه على تقدير المنع عن صيرورة الحر مسلطاً عليه لا بد من التفصيل في اجارة المسلم من الكافر بين الحر والعبد ، فمنشأ التفصيل بينهما هو دعوى امتناع صيرورة الحر مسلطاً عليه لانه على تقدير صحة التسلط عليه تصح اجارته تخصيصاً لدليل نفي السبيل (و بعبارة اخرى) النزاع ليس في كون تسلط الكافر على المسلم سبيلاً اذا كان المسلم حراً بل النزاع في انه ليس للكافر تسلط على المسلم اذا كان حراً لاجل امتناع التسلط على الحر (فتحصل من جميع ما ذكرناه) ان الاقوى من تلك الاقوال في اجارة المسلم للكافر هو التفصيل بين ما اذا كانت في الذمة أو في العين (و بعبارة اخرى) على نحو اجارة الاعمال أو على نحو اجارة الاموال فيصح في الاول و

لو كان الاجير عبداً وتقع في ذمة المولى ، ولا تصح في الثاني ولو كان الاجير حراً ، و اتضح فساد القول بالصحة مطلقاً والقول بالفساد مطلقاً والقول بالتفصيل بين عمل الحر والعبد .

قوله (قده) فنأمل لعله اشارة الى ما تقدم آفأمن التحقيق في اجازة عمل الحر بأنه يمكن ان تكون على نحو اجازة الاموال لالاغبان ، وعليه فيبطل الفرق المذكور .

قوله واما الارتهان عند الكافر (الخ) تحقيق الكلام في ارتهان العبد المسلم عند الكافر ان يقال ، لا اشكال في ان الركن في الرهن هو استيثاق المرتهن بما يجعل رهناً عنده ، و اما كون العين المرهونة عند المرتهن فهو ليس ركناً للرهن ، بل هذا من مقتضى اطلاق عقده فلو قيد كونه عند ثالث لم يلزم كونه عند المرتهن بمقتضى الشرط (اذا تبين ذلك فنقول) هي هنا صور (الاولى) ان يشترط في الرهن ان لا تكون العين عند المرتهن ، ولا ينبغي الاشكال في هذه الصورة في صحة الرهن لعدم سبيل من الكافر على العبد المسلم (ح) لامن جهة كونه تحت يده ولا من جهة استيلائه على بيعه ، لانه بالشرط لا يلزم ان يكون تحت يده كما انه ليس له بيعه ايضاً في صورة الحاجة الى بيعه و انما بيعه وظيفة الحاكم على ما هو مقرر في موضعه (الصورة الثانية) ان يصرح في العقد بمقتضى الاطلاق بأن يشترط على الراهن كون العين المرهونة عند المرتهن والحكم في هذه الصورة هو الحكم في كل مورد اشترط في العقد بما يخالف الكتاب حيث ان السبيل يثبت من ناحية الاشتراط وهو المخالف مع الكتاب كما لا يخفى .

(الصورة الثالثة) ان يبقى العقد على اطلاقه من غير تصريح بالاطلاق

ولا بالخلاف ، فهل يبطل العقد في هذه الصورة لكونه باطلاً يقتضى سبيل الكافر على المسلم ، أو يصح و يقيد بكون العين المرهونة في يد غيره بمقتضى دليل نفي السبيل ، و جهان ، (و بعبارة اخرى) هل دليل نفي السبيل يقتضى نفي صحة العقد لكون اطلاقه موجباً لسبيل الكافر على المسلم ، أو يقتضى تقييد اطلاقه ويصح العقد ويكون كما اشترط فيه ان لا تكون العين عند المرتهن كالصورة الاولى (قد يقال) بالاول ، و ذلك لان دليل نفي السبيل وان كان حاكماً على المطلقات و موجباً لتقييدها بما اذا لم يكن فيها سبيل للكافر ، لكن المطلقات المحكومة لا بد ان تكون من الاحكام المطلقة التي باطلاقها تقتضى السبيل ، ولا ربط باطلاق قصود المتعاملين ، فالاطلاق في المقام في قصد المتعاقدين حيث انهما لم يقيدا الرهن بكون العين عند المرتهن او عند غيره لافي الحكم الشرعي ، فلا موجب لتقييد اطلاق العقد بدليل نفي السبيل فينحصر في الحكم بالبطالان ، هذا ، (ولكن التحقيق هو الاول) و ذلك لان الاطلاق كما ذكر وان كان في قصد المتعاقدين إلا انه منشاء للحكم الشرعي اعنى وجوب الوفاء الذي يتكفله عموم دليل وجوبه فاطلاق الحكم الناشئ عن اطلاق قصد المتعاقدين يقيد بما ذالم تكن العين المرهونة عند المرتهن ، فهذا الفرد منه يخرج عن تحت عموم دليل وجوب الوفاء ويبقى الفرد الآخر باقياً تحت العموم من غير محذور ، و نظير ذلك ما اذا تعلق النذر بشيء على وجه الاطلاق ، حيث ان قصد الناذر و ان كان مطلقاً غير مقيد بفرد راجح منه أو بفرد مرجوح إلا ان دليل اعتبار الرجحان في متعلق النذر يقيد دليل وجوب الوفاء بالنذر بالفرد الراجح منه ، والله العالم .

قوله (قد) ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر (الخ) ذكر من المواضع المستثناة اربعة مواضع (الاول) ما اذا كان الكافر

المشتري ممن ينعق عليه العبد المسلم ، بأن كان من اقاربه الذين ثبت انعتاقهم عليه ، والوجه في هذا الاستثناء عدم دلالة الدليل على بطلانه ، اذ الدليل كما عرفت اما اية نفى السبيل لو تم الاستدلال بها ، أو الخبر المروى عن امير المؤمنين عليه السلام الذي تقدم ذكره ، وإيما كان فلا دلالة في شيء منهما على البطلان في هذا الموضع ، اما الآية الكريمة فواضح ، حيث ان في بيع من ينعق على المشتري وان كان المبيع يدخل في ملك المشتري وينعق عليه على الطريق الاعوجاجي ، ولكن ملكيته هذه ليست مستقرة بل هي ملكية استطراقية اعني انتقال من البائع الى المشتري ثم العتق عنه ، ومن الواضح ان تملك الكافر للعبد المسلم . بهذه الملكية الاستطراقية لا يوجب سبيله اذ لا يترتب عليه إلا الانعتاق عليه ، وانما السبيل عليه بكونه تحت سلطانه ، بحيث كان له ان يأمره وينهاه على نحو القابلية اعني السلطنة على امره ونهيه ، وليس في الملكية الاستطراقية سلطنة من المالك عليه اصلاً ، وهذا ظاهر ، واما الخبر فلأن مضمونه كما عرفت هو النهي عن تقرير المسلم عند الكافر ، فالذي يدل عليه هو النهي عن استقرار المسلم تحت يد الكافر وجعله عنده و هو منفي في الملكية الاستطراقية ، لترتب خروج العبد عن ملكه بسبب دخوله في ملكه ، وهذا ليس مورداً للنهي فيه عن التقرير كما لا يخفى ، ومما ذكرناه ظهر فساد القول بالبطلان مستدلأه بان الكافر لا يملك حتى ينعق ، وذلك لما عرفت من انه لا دليل على عدم تملكه فيما اذا لم يترتب على تملكه شيء عدى الانعتاق .

(الموضع الثاني) ما اذا اقر الكافر بحرية عبد ثم اشتراه من مولاه لكي يستنقذه منه بحسب اقراره بحريته ، ولا اشكال في انه قد ثبت في الشريعة تشريع الملكية الاستنقاذية في موارد و انه يصح بيع ما

لا يترتب على بيعه إلا الاستنقاذ وهذا الموضع أيضاً منها ، اذ الكافر المشتري مأخوذ بإقراره بحرية العبد الذي يشتريه فيحكم عليه بالحرية فيما يشتريه ظاهراً أخذاً عليه بإقراره ، فينتفي السبيل منه عليه (ح) وقد عرفت ان المنهي عنه هو الملك الموجب لسبيل الكافر عليه المنتفى في المقام ، هذا ما يقتضيه الدليل وقد اشكل عليه المصنف (قدس) بالعلم بفساد البيع تفصيلاً المتولد من العلم الاجمالي بثبوت خلل فيه ، اما في المبيع على تقدير ان يكون حراً و اما في المشتري على تقدير كونه رقاً ، ثم قال : إلا ان نمنع اعتبار مثل هذا العلم الاجمالي (ولا يخفى) ان المنع عن اعتباره في محله و ذلك لعدم ترتيب اثر على تقدير رقيته بعد كون الكافر مأخوذاً بإقراره ظاهراً ، بل ولو اقر العبد في المقام بالعبودية ، فان اقرار العبد لا يترتب عليه اثر بالنسبة الى الكافر المقر له بالحرية ، فالكافر المقر مأخوذ بإقراره سواء اقر العبد بخلافه أم لا ، فلا يترتب على بيعه (ح) إلا استنقاذه ، و ليس هذا نظير ما اذا اقر شخص بشيء ، واقر المقر له بخلافه ، كما اذا اقر بدين لزيم مثلاً واقر زيد بخلافه .

(الموضع الثالث) ما اذا قال الكافر للمسلم اعتق عبدك عنى بكذا فاعتقه ، فالحكم فيه ايضاً هو الصحة ، و ذلك لما ذكر في الاول من ان الدليل على بطلان بيع المسلم من الكافر لا يشمل الملكية الاستطراقية .

(الموضع الرابع) ما لو اشترط البائع على المشتري عتقه ، و الحكم فيه هو المنع ، و ذلك لان الاشتراط عليه لا يفيد امراً ازيد من اجباره على البيع ، و المفروض هو تحقق هذا الاجبار عليه من طرف الشارع ، كما يستفاد من قوله لا يملك لا تقروه عنده و يبعوه من المسلمين

واذا لم يكن الاجبار الشرعي كافياً في صحة تملكه فالاجبار الجائي من قبل الشرط
ايضاً كذلك مع انه ربما لا يجبر باجبار فليزِم بقاءه تحت سلطنته (والحاصل)
ان المانع عن بيعه من الكافر في هذه الصورة وهو سلطنته عليه موجود ،
بخلاف الصور المتقدمة فانه لاسلطنة من الكافر عليه في شيء من تلك الصور
الثلاث كما اوضحناه (ومما ذكرنا يظهر) ان حكم المصنف (قدس) بصحة
استثناء الجميع على تقدير ارادة الملك المستقر فعلاً من السبيل ، ليس على ما
ينبغي ، لعدم صحة استثناء البيع المشروط فيه العتق ، فان الشرط لا يوجب
رفع فعالية الملكية و استقرارها ، بل ما لم يتحقق البيع من المشروط
عليه يملك المبيع ملكاً مستقراً فعلياً و لو تحقق بعده الوفاء بالشرط فضلاً
عما لو لم يتحقق اصلاً .

قوله اما التملك التهرى فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من
كافر (الخ) حق الكلام في المقام ان يقال ان الدليل على منع بيع المسلم
من الكافر على ما عرفت كان منحصراً بالخبر المروى عن امير المؤمنين عليه السلام
من قوله لا تقروه عنده و يبعوه من المسلمين حيث قلنا ان النهي لما يتعلق
بالمسبب بالمطابقة كما في قوله لا تقروه أو بالالتزام كما في حصر بيعه من
المسلمين فيدل على مبنوية المسبب ، وبعد اسقاط جهة البقاء والحكم
بعدم التفاوت بين حالة الحدوث مع البقاء في المبنوية يتم المطلوب وهو
النهي عن البيع منه الدال على فساد ، و اما الآية المباركة فقد تقدم عدم
دالتها على النهي عن البيع . و انما تدل على نفى السلطنة وهو لا يدل على
نفى الملك (اذا تبين ذلك فاعلم) ان الارث عبارة عن انتقال مال المورث
الى وارثه بتبديل المالك بقيام الوارث مقام مورثه في كونه طرفاً للاضافة
الى المال بلا تبديل في المال و لا في الاضافة التي بينه وبين المالك ،

كما ان البيع عبارة عن تبديل المال بمال آخر بلا تبديل في طرف المالك ولا في اضافته الى المال ، بل الاضافة و المالك باقيا على حالهما ، و انما التبديل في المال ، فالارث و البيع متعاكسان من هذه الجهة لكون المتبدل في البيع هو المال ، و في الارث هو المالك ، و على هذا اذا كان الكافر مالكا لعبد كافر فاسلم العبد ثم مات مولاه يقوم وارثه مقامه في كونه طرفاً لاضافته الى العبد بعد اسلامه ، فكما ان المورث بعد اسلام العبد مالك له لكنه يجبر على بيعه فكذا وارثه يصير قائماً مقامه في كونه مالكا له مجبوراً على بيعه وليس حاله الا كحال المورث ، و هذا خارج عن مورد الخبر اذ هو يدل على المنع عن انتقال المال الى الكافر ، و في الارث ليس الانتقال في المال و انما وقع التبديل في المالك فلا يمكن ان يتمسك في المنع عنه بالخبر المذكور ، وعلى هذا فلا يبقى مجال للحكم بانعتاق العبد ولا بانتقاله الى الامام اصلاً ، و ما ذكرناه شيء موافق مع الاعتبار ، و يمكن تطبيق الحكم عليه بعد ان لم يكن في المسئلة دليل بالخصوص كما هو الشأن في اكثر ابواب المعاملات ، هذا : ولكن المصنف (قدم) لم يسلك هذا المسلك ، بل سلك مسلكاً آخر ، حيث انه جعل الدليل على المنع عن البيع عبارة عن نفى السبيل ثم عارضه بعموم ادلة الارث ثم رجع الى الاستصحاب بعد تعارض الدليين ، و حيث ان القدر المتيقن السابق هو رقية العبد لا ملك الوارث فانه لاحالة سابقة له ، اجرى الاصل في بقاء رقية العبد ، ولما كان الثابت به بقاءه على رقه و انه لا ينعق بموت المورث لا انتقاله الى الوارث ، قال بانتقاله الى الامام لكونه مقتضى الجمع بين الادلة اعني ادلة الارث و ادلة منع تملك الكافر للمسلم ، هذا محصل ما سلكه (و فيه مالا يخفى) اما اولاً فلما في جعله الدليل على المنع من

٣٥٦- في انتقال العبد المسلم الى الكافر بالارث

البيع عبارة عن الآية المباركة مع انه لادالة فيها على المنع ، و هو (قده) ايضاً اعترف بعدم دلالتها كما تقدم (و اما ثانياً) فلما في جعله المعارضة بين دليل المنع و بين ادلة الارث فانه لو سلم دلالة ادلة المنع على المنع من التوارث ايضاً لكانت ادلة المنع حاكمة على عمومات ادلة الارث ، و قد تقدم ان المناقشة و التشكيك في حكومة الآية الشريفة على العمومات في غير محله ، و ان ضابط الحكومة منطبق على المقام (و اما ثالثاً) فلما في حكمه بالانتقال الى الامام نظراً الى جريان اصالة بقاء رقية العبد ، و ذلك لان بقاء رقبته الثابت بالاصل لا يثبت انتقاله الى الامام إلا بعد اثبات مقدمة ، و هي انه يكفي في الحكم بالانتقال الى الطبقة اللاحقة مجرد عدم احراز وجود الطبقة السابقة ولا يحتاج الى احراز عدمها أو ما يحكم عدمها من المنوعة عن الارث ، وإلّا فمع الحاجة الى احراز عدم الطبقة المتقدمة لا يمكن الحكم بالانتقال الى الامام بعد تعارض الدليلين فانه لم يحرز بعد تعارضهما ممنوعة الكافر من الارث ، غاية الامر يكون عدم ارثه من باب عدم احراز وارثته لامن باب احراز العدم ، فالمهم (ح) تنقيح تلك المقدمة ولتنقيحها مقام آخر ، وان كان الحق فيها هو الاكتفاء بعدم احراز الطبقة السابقة ولا يحتاج فيه الى احراز عدمها .

قوله (قده) ثم هل يلحق بالارث كل ملك قهري (الخ)

مثال ما كان الملك القهري بسبب غير اختياري هو الوقف بناء على ان يكون الوقف الخاص كالملك ، فانه ينتقل الى الطبقة المتأخرة بلا اختيار منهم و مثال ما كان بسبب اختياري كالخيار ، و الحكم فيهما هو عدم اللاحاق بالارث مطلقاً سواء كان بالسبب الاختياري أو بالسبب الغير الاختياري ، اما الاول فلما سيأتي عند عنوان المصنف (قده) لحكم الخيار ، و اما الثاني

فلا عدم مجيئي ما قلنا في الارث في الوقف (وتوضيح ذلك) ان الوجه في الحكم بالتوارث على ما عرفت هو عدم التفاوت بين ملك الوارث وملك مورثه ، بل ملكه هو بعينه ملك مورثه ، وانما يقوم الوارث مقام مورثه في كونه طرفاً لتلك الملكية ، فالوارث يصير طرفاً لتلك الملكية على ما هي عليه من الوصف اعني لزوم الجبر على المالك بالبيع واخراج الملك عن تحت سلطنته ، وهذا المالك لا يجري في الوقف ، فانه اذا وقف العبد الكافر على طبقات الكفار بطناً بعد بطن فاسلم العبد الموقوف فلا يخلو اما ان يسلم عند وجود الطبقة التي كانت موقوفة عليها في حال كفر العبد واما ان يسلم مقارناً مع زوال تلك الطبقة وانتقال العبد الى الطبقة اللاحقة بحيث يقع اسلام العبد وانتقاله الى الطبقة اللاحقة في ظرف واحد وعلى كلا التقديرين فلا ينتقل الى الطبقة اللاحقة (اما على الاول) فلأن اسلامه يوجب فساد وقفه لان بقاء وقفه موجب لسلطنة الكافر الموقوف عليه ، واذا بطل وقفه يباع بضمن يصح تسلط الكافر عليه فيجعل وقفاً على هذه الطبقة وعلى من بعدها من الطبقات فلا يبقى العبد بعد اسلامه وقفاً على الطبقة الموجودة حال اسلامه حتى ينتقل عند زوالهم الى الطبقة اللاحقة (واما على الثاني) فالامر اوضح ، لانه اذا حكم ببطلان الوقف على الاول واخراج عين العبد عن ملك الطبقة الموجودة مع انه كان على ملكهم قبل اسلامه فعدم دخوله الى ملك الطبقة اللاحقة اذا كان اسلامه مقارناً لاضمحلال الطبقة السابقة يكون بطريق اولي .

قوله (قد ه) ويحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقاً الخ

وهذا الاحتمال قوى جداً وذلك لأن بيعه نحو استيلاء عليه و هو منفي بعموم الآية المباركة ، ومع الغض عنه يكون مقتضى الخبر المتقدم عدم

ولاية الكافر على بيعه ، حيث قال عليه السلام : اذهبوا فبيعوه من المسلمين ، ولم يقل الزموه بالبيع .

قوله (قدّه) فاذا تولاه المالك بنفسه ^(١) لا يخفى ان الفروع المتفرعة التي تترتب على تولية المالك لبيع عبده المسلم بنفسه فرضية محضة حيث قد عرفت ان التحقيق عدم ثبوت الولاية لبيع له (وكيف كان) فالكلام يقع تارة فيما اذا تولاه المالك بنفسه ، واخرى فيما يتولاه الحاكم (اما الاول) فقد اختلف في ثبوت الخيار مطلقاً في بيع المالك اياه او عدم ثبوته مطلقاً او التفصيل بين الخيارات الثابتة بجعل الشارع كخيار المجلس او بجعل المتعاملين كخيار الشرط وبين الخيارات الثابتة بدليل نفى الضرر كخيار الغبن ، بالقول بانتفاء الاول وثبوت الثاني لو كان الضرر على المسلم دون الكافر والقول بالتفصيل بين البناء على ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد ، فيقال بثبوت الخيار على الاول وعدم ثبوته على الثاني ، على اقوال و احتمالات اردتها الاخير ، وذلك لان مسألة ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذي لم يعد مع انها لاساس لها في موردها غير منطبقة على المقام (وتوضيح ذلك) ان مورد هذا الكلام انما هو فيما اذا باع البائع مثلاً شيئاً ببيع خيارى ثم قبل ان يقع منه الفسخ باع المشتري الذي اشتراه منه بالبيع الخيارى من ثالث فزال عن ملك المشتري فما دام انها لم يعد الى ملك المشتري ليس للبائع الرجوع الى العين ، بل لو اختار الفسخ فلا بد ان يرجع الى المشتري ببذله من المثل أو القيمة ، واذا عاذه عن ملك الثالث الى ملك المشتري فيقال بابتناء رجوع البائع الى العين بعد العود الى المشتري على ان الزائل العائد كأنه لم يزل فيصح رجوعه اليه ، أو كأنه لم يعد فلا يصح ، فقيل بالاول وقيل بالثاني وفصل ثالث بين ما اذا كان عوده بفسخ العقد الواقع بينهما فيكون

في البحث عن الخيار في بيع الكافر للمسلم - ٣٥٩ -

كأنه لم يزل فلان المشتري (ح) يملكه بالملك السابق وبين ما إذا كان به عقد جديد فيكون كأنه لم يعد لان تلك الملكية جديدة حدثت بالعقد الجديد (وكيف كان) فمورد هذا الكلام لابد ان يكون نظير هذا المثال وما نحن فيه اجنبى عنه ، اذ ليس في المقام عود حتى نقول انه كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد ، بل الكلام في اصل صحة العود وان الزائل عن ملك الكافر بالبيع هل يصح ان يعود اليه أولاً ، وليس عود حتى نقول انه كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد .

و اما الخيارات الناشئة عن الضرر فاعلم ان فيها مسلكين (احدهما) ان دليل نفي الضرر بنفسه موجب لثبوت الخيار (وثانيهما) ان المنشأ للخيار هو تخلف الشرط الضمني وان دليل نفي الضرر يقتضي ثبوت الخيار بواسطة تخلفه ، وحيث ان المسلكين متناظران في الحكم فينبغي ان نتكلم على كل مسلك على حدة (فقول) اما على المسلك الاول فاما ان يكون الضرر على الكافر البايع أو على المشتري المسلم ، فقد يقال بالتفصيل بينهما بالخيار للثاني دون الاول ، اما عدم الخيار للاول فلان الضرر ينشأ من سوء اختيار الكافر للكفر ، ودليل نفي الضرر لا ينفي ما كان من الضرر بالاختيار ، واما ثبوت الخيار اذا كان الضرر على المشتري المسلم فلأن دليل نفي السبيل وان كان حاكماً على ادلة الاحكام ، لكن لاحكومة له على دليل نفي الضرر لكونه ايضاً مثل دليل نفي السبيل في حكومته على ادلة الاحكام ، فيكونان في درجة واحدة ، نظير ادلة نفي الحرج مع دليل نفي الضرر حيث لاحكومة لاحدهما على الآخر فلا يقدم دليل نفي السبيل على دليل نفي الضرر وان كان يقدم على الدليل المثبت لخيار المجلس ونحوه مما كان ثابتاً باصل الشرع أو بجعل المتعاملين بل يقدم دليل نفي

الضرر عليه لقوته ، هذا محصل هذا التفصيل ، (ولا يخفى ما فيه ايضاً) لان قوة دليل نفي الضرر توجب تقديمه على دليل نفي السبيل لو كان دليل نفيه قابلاً للتخصيص ، واما مع عدم قبوله له كما تقدم فيجب تخصيص دليل نفي الضرر به لقابليته للتخصيص ، بل وقوع التخصيص عليه بدرجة قيل باحتياجه الى الجابر لو اريد العمل به ، وهذا القول و ان كان فاسداً لما حققناه في محله من ان ما توهم خروجه عن عمومه ليس بالتخصيص بل انما هو بالتخصص ، لكن اصل امكان ايراد التخصيص عليه ووروده في الجملة مما لا يقبل المنع ، وعليه فيجب تخصيص دليل نفي الضرر بدليل نفي السبيل (فتحصل مما ذكرناه) سقوط التفصيل بين الخيارات الاصلية و بين الخيارات الناشئة عن عموم نفي الضرر بتوهم سقوط الاول لاجل حكومة دليل نفي السبيل على الادلة المثبتة للخيارات الاصلية و ثبوت الثاني لعدم حكومة دليل نفي السبيل على عموم دليل نفي الضرر و تقدم دليل نفي الضرر على دليل نفي السبيل لقوة دليله (ومنه يظهر) سقوط التفصيل بين الخيار الناشئ من ضرر المشتري المسلم و بين الخيار الناشئ من ضرر البائع الكافر بثبوت الخيار في الاول لاجل قاعدة نفي الضرر و عدم ثبوته في الثاني بالمنع عن شمول القاعدة له لكون الكافر باختياره الكفر مقدماً على الضرر (و وجه سقوطه) هو عدم عموم القاعدة للضرر المترتب على المشتري المسلم بعد تخصيصها بدليل نفي السبيل فيكون الضرر ان اعنى ما يترتب على المشتري وما يترتب على البائع سواء في خروجهما عن عموم قاعدة الضرر ومع الغض عن ذلك فلا وجه لهذا التفصيل اذ الخارج عن القاعدة هو ما كان الاقدام على نفس الضرر كالاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن لا الاقدام على شيء آخر يترتب عليه الضرر كالاقدام على الكفر في المقام ، فالاقدام على الكفر

ليس اقداماً على الضرر مثل الاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن كما لا يخفى ، فهذه التفاصيل الثلاثة اعنى التفصيل بين الخيار الاصلى و الخيار الضررى ، والتفصيل فى الخيار الضررى بين ضرر المسلم و ضرر الكافر ، وابتناء المسئلة على أن الزائل العائد كالذى لم يزل أو كالذى لم يعد كلها ساقطة .

بقى من الوجوه المحتملة ثلاثة وجوه (الاول) احتمال سقوط جميع الخيارات مطلقاً سواء كان الخيار اصلياً أم جعلياً أم ناشئاً من دليل نفي الضرر . (الثانى) احتمال نبوت الجميع مطلقاً فيكون بيع الكافر كبيع المسلم فيما له من الاحكام ، وهذا هو المنقول عن جامع المقاصد (الثالث) سقوط الخيارات بالنسبة الى العين فلا يجوز للكافر استرداد العين بالفسخ مطلقاً سواء كان العقد لازماً او كان جائزاً ، كان الخيار فى العقد لازم اصلياً أو جعلياً أو ناشئاً من دليل نفي الضرر ، ويجوز له الرجوع اليه بالقيمة هذا (واقوى الاحتمالات) هو الاول وذلك لانه قد تبين فيما تقدم ان الدليل على فساد بيع المسلم من الكافر حسب ما حررناه كان هو الخبر المتقدم بالتقريب الذى عرفت من كون النهى فى قوله ^{عليه السلام} لا تقر و راجعاً الى مرحلة المسبب ، وبعد الغاء خصوصية حالة البقاء التى هى مورد الخبر يستفاد مغبوضية المعنى المسببى بقضاء و حدوثاً ، والنهى الراجع الى مرحلة المسبب حدوثاً يدل على الفساد فيدل على فساد البيع من الكافر ، ولا فرق فى مغبوضية المسبب بين اسبابه فلا فرق (ح) بين البيع والصلح وغيرهما فكما كان سبباً لذلك المسبب المنهى عنه يكون النهى عنه كاشفاً عن عدم تأثير السبب ولو كان ايقاعاً لا عقداً ، فالفسخ فاسد لكونه انشاء حل العقد ومن الايقاعات ويكون سبباً للملكية ، واذا كانت الملكية المسببة عنه منهيأ عنها كان النهى عنها كاشفاً عن فساد سببها فالفسخ فاسد غير مؤثر فى ارتجاع الملكية ومع عدم تأثيره لا يكون الخيار

ثابتاً اذ معني الخيار هو ملك الفسخ و مع عدم تأثير الفسخ فلا ملك عليه ،
فجميع الخيارات ساقطة بدليل واحد وهو الدليل الدال على مبيع موصية
ملكية الكافر للعبد المسلم .

و بهذا الدليل ايضاً تسقط التفاصيل المتقدمة ايضاً حتى التفصيل
بين العين و البذل (وتوضيحه) ان مورد الرجوع الى المثل أو القيمة بعد
تعذر رد العين انما هو فيما اذا كان الرجوع الى العين جائزاً بسبب الفسخ
وكان تسليم العين متعذراً بواسطة التلف أو ما يحكمه فانه (ح) ينتقل الى
البذل من القيمة او المثل سواء قلنا بأن الفسخ عبارة عن حل العقد الموجب
لرجوع العين الى ما انتقل عنه أو قلنا انه ارتجاع للعين المستلزم لحل
العقد ، غاية الامر انه بناء على الاول يكون انتهاء الامر الى البذل في رتبة
ثالثة حيث لا بد اولاً من حل العقد لكي يترتب عليه رجوع العين الى ما انتقل
عنه وبعد الارتجاع اليه وكونها متعذرة ينتقل الى البذل ، وعلى الثاني في
رتبة ثانية حيث انه بعد ارتجاع العين بالفسخ ينتقل الى البذل ، وعلى كل
تمديد لا بد من الرجوع الى العين اولاً حتى ينتهي بعد تعذر تسليمه الى البذل
والمفروض في المقام امتناع الرجوع الى العين لما استفيد من الدليل
بالتقريب المتقدم ، فلا موقع للرجوع الى البذل (وبعبارة اوضح) الرجوع الى
البذل انما يكون عند امتناع تسليم العين بعد الفراغ عن الرجوع اليه الذي هو
في ظرف امكان الرجوع اليه ، والممتنع في المقام هو الرجوع الى العين ومع
امتناع الرجوع اليه فلا تنتهي النوبة الى بدلها الذي كان بعد الفراغ عن
الرجوع اليها ، وهذا ظاهر جداً ، فالتحقيق هو سقوط جميع الخيارات
مطلقاً ، و لو كانت من الخيارات الضرورية و ان التفاصيل المتقدمة كلها
ممنوعة .

هذا على ما سلكه المصنف (قده) من جعل الخيار في بعض المقامات مثل خيار الغبن ناشئاً من نفي الضرر ، واما على ما هو المختار عندنا من كون المنشأ في امثال هذه المقامات هو تخلف الشرط الضمني وان دليل نفي الضرر بنفسه لا يكون متكفلاً لاثبات الخيار في الغبن وان كان يصح الاستدلال به بعد جعل المالك هو تخلف الشرط ، فالامر في بطلان التفصيل اوضح ضرورة انه لا يبقى (ح) خيار ناشئ عن دليل نفي الضرر فيصير من الخيارات الاصلية التي لا اشكال في حكومة دليل نفي السبيل على ادلتها كسائر الادلة التي هي محكومة بدليل نفيه من غير اشكال كما لا يخفى .

هذا تمام الكلام بالنسبة الى الفسخ ، ومنه يظهر عدم جواز الرد بسبب العيب ايضاً ، نعم لا بأس بالارث حيث انه لا مانع منه بعد سقوط الرد .

هذا كله فيما اذا كان الكافر هو بنفسه متولياً للبيع ، واما اذا كان المتولى هو الحاكم كما قلنا انه وظيفة له على ما يستفاد من قوله عليه السلام في بيعه فلا خيار ايضاً فلان مقتضى الخيار هو ارتجاع العين الى من انتقل اليه بعد الاخذ بالخيار ، و المفروض عدم امكان رجوع العين الى الكافر ، ولا يعقل القول بصحة الفسخ والالتزام بعدم رجوع العوضين الى من انتقل عنه بل برجوعهما الى ثالث اجنبي لكونه خارجاً عن حقيقة الفسخ الذي هو حل العقد ، فكما ان مقتضى العقد هو خروج المال عن من انتقل عنه كذلك يكون مقتضى الفسخ دخوله في ملكه وعوده اليه بالملكية السابقة بعد جعل العقد كان لم يكن بسبب الفسخ .

قوله (قده) القول في شرائط العوضين (الخ) اعلم ان ذكر ذكر شرائط صحة البيع كان في مقامات ثلثة (الاول) فيما يعتبر في عقد البيع

نفسه وقد تقدم . (الثاني) فيما يعتبر في المتعاقدين ، وقد تقدم ايضاً مع جملة من شرائط العوضين في طيه استطراداً (المقام الثالث) فيما يعتبر في العوضين ، وهذا العنوان معقود لبيان ، وما يعتبر فيهما امور (الاول) ان يكون كل من العوضين مالاً ، وذلك لان البيع عرفاً عبارة عن المبادلة بين المالين لمساس الحاجة الى انتقال كل من المالين عن موضعه الى موضع آخر حيث ان الانسان مدني الطبع فيحتاج في عيشه الى مدنية تقوم بابناء قومه ، وحيث انه لا يقوم كل واحد بما يحتاج اليه بل يحتاج الى معاونة الآخرين لكي يقوم كل بجزء مما يحتاجون اليه ، فواحد يقوم بتحصيل الماء وآخر بتحصيل الحنطة و آخر بتحصيل الحطب ورابع بتحصيل الملح حتى تجتمع اجزاء الخبز مثلاً ، فاحتاج الى نقل الماء من عند صاحب الماء الى آخرين ونقل الحنطة والحطب والملح منهم الى صاحب الماء فقرر البيع عندهم لاجل هذه النقلة المحتاج اليها ، وقد امضاه الشارع ايضاً ، فحقيقة البيع عبارة عن تلك المبادلة على مامر توضيحه في اول البيع ، فيتعبر فيه مالية العوضين ، فلو لم يكونا واحدهما مالاً لم يكن هناك بيع .

ويعتبر في مالية الشيء امور (الاول) ان يكون له احد الامرين من المنفعة أو الخاصية على سبيل منع الخلو ، والمراد بالمنفعة هو قابلية الانتفاع به مع بقاء عينه كسكنى الدار وركوب الدابة ، وبالخاصية ما يترتب عليه من المنافع المتوقف ترتيبه على ذهاب عينه مثل الاشباع المترتب على الخبز الموقوف على ذهاب عينه باكله ، وهذان الامران على سبيل منع الخلو مقومان لمالية المال فمالا منفعة فيه ولا خاصية له اصلاً فلامال (الثاني) ان يكون مما يصح اقتنائه لاجل ما يترتب عليه من المنفعة أو الخاصية عقلاً بأن كان مما يقتنيه العقلاء لذلك بحسب عاداتهم سواء كان استعماله لاجل خاصيته مثلاً

شايعاً غير مختص ببعض الاحوال كالحنطة التي تقتنى لاجل الاقليات، أو كان نادراً مختصاً ببعض الاحوال مثل عقاير الادوية التي لا تستعمل إلا لاجل المرضى، فهي أيضاً من الاموال لمكان تعلق غرض العقلاء باقتنائها، فمالا يصح اقتنائه لاجل ما يترتب عليه من المنافع والاعراض فلا يكون مالا وان كان له احد الامرين من المنفعة والخاصية، لكن لمكان شيوع وجوده مثل الرمل والاحجار في مواضعها لا يقدم العقلاء على اقتنائه بل يعد اقتنائه عملاً سفهياً عندهم (الثالث) ان يكون مما يبذل العقلاء بازائه المال، فلولم يبذل بازائه المال لم يكن مالا كالماء في جنب الانهار حيث انه مع ماله من المنفعة والخاصية لا يكون عندهم مالا لمكان عدم اقدارهم ببذل المال بازائه، وهذه الامور المذكورة دخيلة في التمول عرفاً (الرابع) ان لا تكون تلك المنفعة أو الخاصية المقومان لمالية الشيء مصباً ومورداً للنهي الشرعي بأن تعلق النهي بنفس تلك المنفعة أو الخاصية، لصيرورة الشخص بسبب حرمة هذه المنفعة أو الخاصية عليه محروماً عن ذلك الشيء شرعاً، فيكون وجود المنفعة والخاصية كالعدم، اذ مالا يجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كملاً ينتفع به اصلاً، فمثل الخمر ونحوه لا يكون مالا لاجل المنع عن ترتب ما هو المالك في مالية المال عليه شرعاً.

الامر الثاني مما يعتبر في العوضين ان يكون كل منهما ملكاً فلا يصح بيع مالا يكون ملكاً كالحبة من الحنطة (واعلم) انه وقع الخلاف في مالا ينتفع به لقلته مثل الحبة من الحنطة هل هو مسلوب عنه المالية مع كونه ملكاً أو انه كملاً لا يكون مالا فلا يكون ملكاً أيضاً، ثم على تقدير كونه ملكاً فهل يكون تلفه موجباً للضمان اولاً؛ والحق في باب الضمان بثوبة مطلقاً ولولم نقل بكونه ملكاً وذلك لكفاية حق الاختصاص الثابت عليه من المالك

لثبوت الضمان ولا يحتاج الضمان الى الملك التام بل يكفى فى ثبوته مرتبة ناقصة منه المعبر عنه بالحق ، هذا بالنسبة الى ضمانه عند التلف ، واما بيعه فلا يجوز مطلقاً سواء قلنا انه ليس بمال أو قلنا انه ليس بملك ، وذلك لانتفاء الامر الثانى والثالث مما يعتبر فى المالية العرفية عنه اعنى جواز اقتنائه و بذل المال بساوائه عند العقلاء .

وانما اعتبروا الملكية فى العوضين لخراج الاراضى المفتوحة عنوة حيث انها لا يصح بيعها لعدم الملكية الشخصية فيها (وتوضيح ذلك) ان الملك اما يكون شخصياً أو يكون نوعياً ، والثانى اما يكون قابلاً لان يصير ملكاً شخصياً اولاً ، ومالا يكون قابلاً لان يصير ملكاً شخصياً فمنا فعه قد تكون ملكاً شخصياً بالفعل وقد تكون ملكاً شخصياً بالقوة ، وقد لا تكون قابلة للملك الشخصى اصلاً ، فالملك النوعى القابل للملكية الشخصية كالخمس والزكوة ، حيث انهما ملكان للشروع والطبيعة و لكنهما يصيران ملكاً لمن يقبضهما ، والملك النوعى الذى تكون منفعته ملكاً شخصياً بالفعل كالوقف الخاص ، حيث انه ليس ملكاً للشخص مخصوص لكونه ملكاً للطبقات كلها ، لكن احاد كل طبقة يصيرون مالكين لمنافعه ملكاً خاصاً ، والملك النوعى الذى تكون منفعته قابلة للملكية الخاصة كالوقف العام فان منافعه ليست لاشخاص معينة لكنها قابلة للملك الخاص ، ومالا تكون منافعه قابلة للملك الخاص كالمفتوح عنوة ، فان اراضيه ملك لعامة المسلمين ممن تقدم أو تأخر الى يوم القيمة ، فلا بد من ان يصرف منافعها ايضاً فيما يعود نفعه الى عموم المسلمين ، السابقين منهم واللاحقين فيكون المتولى لصرفها هو الامام كما ان المتولى فى الاملاك العامة المتقدمة مثل الزكوة والخمس والاقواف هو اوليائها ، فظهر عدم جواز بيع اراضى المسلمين ولا منافعهم لعدم قابليتها للملك الخاص وهو ما نريد اثباته من دعوى

كون اعتبار الملكية في العوضين لخراج الاراضى المفتوحة عنوة، مضافاً الى ما فى المتن من الاحتراز به عن بيع ما يشترك فيه الناس كالماء والكلاء ونحوهما من المباحات بالاصل قبل حيازتها .

قوله (قده) الارض اماموات واما عامرة (الخ) تقسيم الاراضى على ما ذكره عقلى والحصر لا يزيد عن الاربعة ، لان الارض اماموات او عامرة ، وكل منهما اما ان تبقى على حالها من الموتان أو العمران أو تنقلب عماهى عليه فتصير محياة بعد الممات أو مواتاً بعد العمران فتصير الاقسام اربعة (١) العامرة بالاصل (٢) والموات كذلك (٣) والعامرة بعد الموات (٤) والموات بعد العمران (اما القسم الاول) اعنى العامرة بالاصل فلها احكام (الاول) انها للامام عليه السلام وانها من الانفال ، ولاشكال في هذا الحكم بينهم ، وانما الكلام في مدركه ، وقد استدلل له بظاهر ماورد منهم عليهم السلام بأن كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام ، حيث ان العامرة بالاصل كأطراف الشواطئ معالم يجر عليها ملك مسلم فتكون له عليه السلام ، وماورد في خبر ابي بصير ، كل ارض لارب لها فهي من الانفال ، ولا يعارضها إلا ماورد في بعض الاخبار من تقييد الارض بالميتة ، قال المصنف (قده) و ذلك لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب (قال الاستاد دامت افادته) والاولى ان يقال بالمنع عن التقييد من اصله وذلك لان مورد حمل المطلق على المقيد انما هو فيما اذا ثبت وحدة المطلوب من الدليلين ، و ذلك عند ما اذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما فى اعتق رقبة مؤمنة اذا استفيد وحسنة المطلوب وانه ليس إلا صرف الوجود من العتق وما اذا كان المطلوب على نحو الطبيعة السارية للمقتضى للعموم فلا موقع معه للحمل كما فى مثل اكرم العالم واكرم العالم العادل حيث لا يحمل المطلق على المقيد بل يؤخذ

بكل منهما ويقال بمطلوبية اكرام كل عالم من العدول وغير العدول، وما نحن فيه من هذا القبيل ، اذ لا تنافي بين كون مطلق الاراضى التى لارب لها للامام عليه السلام وبين كون الموات منها ايضاً له عليه السلام ، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيد وارداً في مقام بيان حكم الموات بالاصل ، بل الظاهر بقرينة التقييد بقوله عليه السلام لارب لها انه في مقام بيان حكم ما عرضه الموت وانه على قسمين ، ماله مالك معلوم وما لا يعلم مالكة وان حكم مالارب له انه للامام عليه السلام ، و (ح) ينبغي ان يقال ان هذا القيد اعنى كونه مما لارب لها وارد مورد الغالب لأن التقييد بالميتة و ارد مورد الغالب اذ هو لبيان الموضوع (ح) كما لا يخفى (الثاني) انه لاشبهة في كونه حلالاً للشيعة ، وانما الكلام في اختصاص الموات بهم او انها عامة للجميع وان كان عموم الميتة نشأ لاجل التحليل لهم لا ناطة حليته للشيعة على التحليل للجميع كما ان ملاك جعل ايجاب العدة المتحقق في بعض النساء صار موجباً لجعلها على الجميع حفظاً لاختلاط المياه والتباس الانساب ، وهذا الاخير هو الاقوى (الثالث) انها تملك بالحيازة ، اما اصل تملكها فلعنوم النبوى من سبق الى ماله يسبقه اليه مسلم فهو احق به ، اذ هو بعنومه يشمل العامرة والموات من الاراضى جميعاً كما لا يخفى ، واما كفاية الحيازة في تملكها بخلاف الموات بالاصل حيث ان الحيازة لا تكفى في تملكها وان حصل بها الاولوية والاستحقاق بل يحتاج الى التعمير ، فلانها عامرة بالاصل فلا يحتاج الى عمران في تملكها (الرابع) اذا عرضه الموت بعد العمران او انجلى عنها اهلها تصير للامام عليه السلام لانها كانت له عليه السلام وانما حصل منه التحليل اما لشيعة منهم او للعموم وبعد عروض الموت عليها او انجلاء اهلها تعود الى ما كانت عليه من الحكم (الخامس) لا طسق في تلك الاراضى على من تملكها بالحيازة وما ورد عن امير المؤمنين عليه السلام

من ان عليه طسقتها يؤتى به الى الامام فهو محمول على زمان الحضور، وذلك بقرينة قوله عليه السلام يؤتى به الى الامام ، الظاهر في كونه في زمان حضورهم وبسط ايديهم ، فلا يشمل مثل زمان الغيبة الذي لا خلاف في عدم وجوب شيىء للامام عليه السلام في تلك الاراضى مع ان حمله على زمان الحضور ايضاً بعيد لعدم معاملة امير المؤمنين عليه السلام مع المتصرفين في تلك الاراضى بتلك المعاملة اذ لم يعهد منه عليه السلام مطالبة الناس بطسق ما في ايديهم (فالاولى) ان يحمل على تحليلهم عليهم السلام لشيعتهم أو لجميع الناس وان المقتضى لاخذ الطسق كان موجوداً إلا انهم اباحوه ارفاقاً بالشيعة ، ومورد الخبر وان كان هو الموات بالاصل كما نقله في الكتاب الا انه يجرى حكم الموات بالاصل في هذا القسم ايضاً ، هذا تمام الكلام في القسم الاول .

(القسم الثانى) ما كانت مواتاً بالاصالة ، ولها ايضاً احكام (الاول)
ان الارض الموات بالاصل للامام عليه السلام ، وهذا مما لا اشكال فيه ، وليس في هذا القسم مما يوجب تخصيصاً لدليل هذا الحكم لكى يحتاج الى الجواب (الثانى)
انها ايضاً حلال لشيعتهم أو للمموم على حسب الاحتمالين المتقدمين مع قوة الاخير منهما (الثالث) انها في وجوب الطسق كالقسم الاول ، بل انما مورد المروى عن امير المؤمنين عليه السلام بوجوب الطسق هو هذا القسم ، وقد قلنا ان القسم الاول ملحق به (الرابع) انها تملك بالاحياء لا بالحيازة ، وذلك لانه وردت طائفتان من الاخبار « احديهما » تدل على صيرورة الارض الموات ملكاً بالاحياء كقوله عليه السلام من احبب ارضاً أميته فهي له ، وهي تدل على كون التملك بالاحياء ولو سبق المحبب شخص آخر بالحيازة « والاخرى » تدل على صيرورتها ملكاً بالحيازة ، كقوله عليه السلام من سبق الى مالم يسبقه إليه مسلم فهو احق به ، وهي تدل على نبوت الملك بالحيازة ولو مع عدم الاحياء

فيقع بينهما التعارض فيجمع بينهما بحمل الطائفة الثانية على حصول الاستحقاق بسبب الحيازة لا الملك فيرتفع هذه المعارضة ، والذي يدل عليه هو عموم الطائفة الثانية بالنسبة الى ما لا يقبل الملك اصلاً كالأوقاف العامة مثل الخانات والمدارس والمساجد و هو يلائم الحمل على ثبوت الاولوية والاختصاص بسبب السبق ، وهذا بخلاف ما لو حملناها على الملك فانه يجب تقييدها بما يقبل الملك (ح) .

اقول مضافاً الى ان التعبير بكلمة فهو احق به ايضاً قرينة على ثبوت حق الاختصاص والاولوية بسبب السبق لا الملك .

(الخامس) قد وقع الخلاف في حكم هذا القسم من الاراضى التى هى موات بالاصل اذا عرضها الموت بعد الاحياء على اقوال (فقيه) ببقائها على ملك معمرها (وقيل) بخروجها عن ملكه وصيرورتها ملكاً لمن يعمرها ثانياً (وقيل) بأنها للأمام ^{للإمام} ، كما ان القسم الاول اعنى المحياة بالاصل كانت كذلك ، ومنشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار في ذلك ، وفي المسئلة قول آخر بالتفصيل بين ما اذا كان عروض الموت عليها وهى فى يد معمرها او وارثه فيخرج (ح) عن ملكه بعروض الموت ، وبين ما اذا كان عروض الموت عليها بعد ان صارت منتقلة عن معمرها او وارثه الى غيره باحدى العقود الناقلة فلا تخرج عن ملك المنتقل اليه بالموت ، وهذا التفصيل موجود في كلماتهم في ضمن ذكر حكم هذا القسم اعنى الموات بالاصل التى عرضها العمارة ولكن لم يعلم منهم اختصاصه بهذا القسم أو انه يعمه والقسم الاول اعنى المحياة بالاصل أو يختص بالقسم الاول (وكيف كان) فهو لا يخلو عن بعد ، ضرورة بعد الفرق بين بقاءها على يد المعمر ومن بحكمه وبين انتقالها عنه باحدى العقود الناقلة كما لا يخفى (فتحصل مما ذكرناه) الاقسام الاربعة باحكامها .

هذا كله اذا كانت الاراضى من بلاد المسلمين ، فان كانت في بلاد الكفر فلا تخلو اما تكون فتحت عنوة أو اسلم اهلها طوعاً أو انجلى عنها اهلها أو ارض صولح عليها (فعلى الاول) فحكمها حكم المفتوحة عنوة ، و قد تقدم انها ملك للجهة ، ولا ينتهى الى الملك الشخصى بوجه من الوجوه لا بنفسها ولا بمنفعتها ولا لاجل ذلك لا يصح بيعها ، وعلى الثانى فيكون حكمها حكم ساير بلاد المسلمين ، وعلى الثالث تكون من الانفال المختصة بالامام عليه السلام وعلى الرابع تكون على ماصولح عليها فتبقى في ايدى من بيدهم و يؤخذ منهم ماصولح معهم ان كان الصلح معهم كذلك كما انه تكون في حكم المفتوح عنوة لو صولحوا على ان تكون ارضهم للمسلمين وعليهم الجزية ثم الكلام في تميم حكم الاراضى المفتوحة عنوة يقع في امور (الاول) الظاهر ان الحكم يتكونها ملكاً للجهة مختص بالمحياة منها حال الفتح ولا يشمل الموات منها ، بل الموات منها حكم الموات من غيرها فيملكها من يحييها ، وذلك لاطلاق ادلة تملك الموات بالاحياء الشامل للموات من المفتوح عنوة ايضاً ولا يعارضه الدليل الدال على كون المفتوح عنوة للمسلمين لانصرافه الى المحياة منها ، اذ هي التي يؤخذ عنوة وقهراً واما الموات فلاخذ بالنسبة اليها حتى يكون قهراً وعنوة فبالنسبة الى الموات منها لادلالة لادلة حكم المفتوح عنوة فيكون اطلاق ادلة تملك الموات بالاحياء ظاهراً لا يعارضه شيء كما هو ظاهر .

(الثانى) ان ما يعرضه الموت بعد الحيوه من الاراضى المفتوح عنوة هل هي كما يعرض عليه الموات من المحياة من غيرها : فيجيب فيها الاقوال المتقدمة من بقائها على ملك مالكة الاول ، فيقال في المقام ببقائها على ما كانت عليه من كونها ملكاً للجهة او خروجها عنه وصيرورتها ملكاً لمن يعمرها

(احتمالان) اقواهما الثاني ، وذلك لانصراف مايدل على حكم الاراضي المفتوحة عنوة عما يعرضه الموت فيكون اطلاق ما دل على حكم الموات بالعارض ظاهراً من غير معارض ، والا قوى في حكمها هو خروجها عن ما كانت عليه وصيرورتها ملكاً لمن يعمرها لقوة ادلته كما هو مذكور في كتاب احياء الموات .

(الثالث) ان ما ذكر كله حكم المفتوح عنوة في حال الحضور ، و وقع الكلام في حكمها في حال الغيبة ، لكن الاولى البحث عن موضوعها في تلك الحالة ، فنقول الحق عدم وجود موضوع لها في حال الغيبة ، لان اظهر ما ثبت فتحه عنوة هو اراضي العراق واجراء حكم المفتوح عنوة على المحياة منها في هذا العصر مشكل ، وذلك لان ارض العراق كانت عامرة في حال الفتح اكثر من عمرانها في هذا العصر فمافى يد كل متصرف منها لا يعلم انها لم يعرضها الموات ثم صارت محياة ، لكي تخرج عن حكم الارض المفتوحة عنوة وتكون ملكاً لمن عمرها كما تقدم في الامر الثاني آنفاً . او انها كانت مواتاً في حال الفتح حتى كانت خارجة عن حكم مفتوح العنوة من اول الامر كما تبين في الامر الاول ، ولا يبعد ان تكون الارض الغرى على ساكنها السلام كذلك او انها من المحياة حال الفتح و لم يعرضها الموات حتى تكون في حكم المفتوحة عنوة .

ثم هذا الاخير ايضاً يحتمل ان يكون تصرف المتصرف فيها باذن ممن له الولاية كحكام الجور في زمن استيلائهم على تلك البلاد أو حكام العدل من المجتهدين ، و مع هذا الاحتمال تبقي على يد المتصرف بأصالة الصحة فالشك في كل قطعة من اراضي العراق في كونها محياة أو مواتاً حال الفتح كاف في صحة تصرف المتصرف فيها والحكم بملكيتها

وذلك للعلم الاجمالي بوجود قطعات محياة وموات مع تردد القطعة المبتلى بها بينهما وخروج غيرها عن محل الابتلاء فلا يؤثر العلم الاجمالي (ح) شيئاً ، فاراضى العراق التي نبت فتحها عنوة لا تبقى بحكم المفتوح عنوة في عصر الغيبة اصلاً ، فيجوز بيعها وشراؤها ومعاملة المالك معها كما تجوز المعاملة علي ما يؤخذ منها كالتربة الحسينية من غير اشكل واذا كان هذا حال ارض العراق التي علم فتحها عنوة ففعال ما يشك في فتحها عنوة كبعض بلاد ايران و سوريا يكون اوضح بطريق اولي .

قوله (قده) واعلم انه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً (النخ) الشرط الثالث مما اشترط في العوضين الطلقة ذكره الفاضلان وجمع ممن تأخر عنهما وفرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى ولا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته ولا بيع أم الولد الا فيما استثنى و قرع عليه بعض آخر عدم جواز بيع ما يتعلق به حق الخيار .

والمراد من الطلق مرسلية المالك بالنسبة الى ماله بأن يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميع تقلباته ، و ليس مرجعه الى جواز البيع حتى يرد بأنه لا معنى في اشتراط جواز البيع بان يكون المبيع جازي البيع ، لصيرورته من قبيل جعل الشيء مشروطاً بنفسه كما استشكل به المصنف (قده) بل مرجعه الى اشتراط كون المالك مطلق العنان للمالك وكانت سلطنته عليه تاماً في مقابل السلطنة الناقصة الناشئة نقصانها عن تعلق حق الغير بالملك ، فكما ان مرجع اصل السلطنة ليس الى الحكم التكليفي اعني جواز التصرف في الملك أو الوضعي اعني تصرفه فيه ونفوذه بل هي مما يترتب عليها الحكم التكليفي والوضعي ، كذلك ليس مرجع

تمامية السلطنة في مقابل نقصانها الى الحكم التكليفي أو الوضعي . بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تمامية السلطنة الناشئة عن كون الملكية مرسلة عن حق الغير و مطلقة العنان بالنسبة الى المالك ومن المعلوم ان هذا المعنى اساس جواز التصرف في الملك ونفوذه من المالك كسائر شرائط المتعاقدين و العوضين .

ثم منشاء اعتبار الطلاقية في الملك وان كان هو انتفاء تعلق حق الغير به من حق البطون المتأخرة من الموقوف عليه في الوقف وحق المرتن في الرهن والاستيلاء في ام الولد وحق المجنى عليه في العبد الجاني ، لكن ذلك أي اعتبارها عن انتفاء تعلق الحقوق المذكورة انما هو في مرحلة الاثبات واما في عالم الثبوت فالامر بالعكس بمعنى ان الطلاقية منشاء لانتفاء الحقوق المذكورة فانتفاء تعلق الحقوق بالملك مسبب عن طلقيته واقعاً و في عالم الثبوت ، لكنه سبب لاثبات طلقيته في عالم الاثبات . فلا يرد ما اورده المصنف (قدم) بقوله فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً (الخ) لما عرفت من ان الشرط في مرحلة الثبوت هو الطلق ويترتب عليه انتفاء الحقوق فالطلق هو الاصل و انتفاء الحقوق المترتب عليه هو الفرع ولا يكون الامر في الفرعية والاصالة بالعكس ثبوتاً وان كان كذلك في مرحلة الاثبات .

ثم ان انتفاء الطلاقية عند تعلق احدي الحقوق اما يكون لاجل قصور الملك في اقتضاء السلطنة التامة ، وذلك كما في الوقف الخاص بناء على ان يكون ملكاً للموقوف عليه فان ملكيته قاصرة عن اقتضاء السلطنة التامة واما لاجل وجود المانع ، وذلك كما في مثل العين المرهونة ، والامة المستولدة والعبد الجاني فان مقتضى الملكية فيهما تام بالنسبة الى السلطنة التامة ، لكن تعلق حق الغير يمنع عن اقتضائه .

قوله (قدّه) ثم ان اكثر من تعرض لهذا الشرط (النسخ)

قد عرفت ان اكثر المتعرضين لهذا الشرط فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وام الولد والعين المرهونة ، وزاد بعض في التفريع عدم جواز بيع العبد الجاني واورد عليهم في المقاييس بطلان حصر التفريع في الثلاثة أو الاربعة بل ينبغي التعميم الى مطلق ما خرج عن تحت تمامية سلطنة المالك بواسطة تعلق حق به ثم انها الى تمام العشرين ، وذلك مثل النذر المتعلق بالعين قبل البيع والخيار المتعلق بها الى آخر ما نقله المصنف عنه قدس سرهما في الكتاب .

ولكن التحقيق هو الاكتفاء بالموارد الاربعة لان ماعده قدس سره من الموارد اما يكون من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض آخر مما ذكره واما يكون مما ذهب المشهور فيه الى عدم مانعته عن البيع .
واما يكون مرددا بين ان يكون من قبيل حق الرهانة او من قبيل حق الجناية والفرق بينهما على ما سيأتي هو كون حق الرهانة علقه خاصة متعلقة من المرتهن الى العين المرهونة الموجب لكونها مخرجا لدينه ، ويلزمه ان يكون في ظرف قابليتها للمخرجة والنقل والانتقال وحق الجناية حق يتعلق من المجنى عليه على رقبة الجاني الموجب لاسترقاقه اينما وجدته ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجاني على اي صفة كان الجاني عليها .

وعلى هذا فامهات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الاربعة المذكورة في كلام الاكثر فيجب ان يعقد لكل منها مسألة فهنا اربع مسائل (الاولى) في عدم جواز بيع الوقف وما يترتب عليه من الاحكام و ذكر ما يستثنى منه (الثانية) في عدم جواز بيع ام الولد وما يتفرع عليه

و ذكر مستثنياته (الثالثة) في حكم بيع العين المرهونة (الرابعة) في بيع العبد الجاني .

قوله (قدّه) لا يجوز بيع الوقف اجماعاً (المبح) أعلم ان الموجب لعدم طلقية الملك اما يكون من جهة عدم المقتضى لطلاقته أو يكون لاجل المانع عن طلقيته و اصول الموانع ثلاثة الرهن والجناية وام الولد و ما عداها ملحقة بها فالوقف لا يكون طلقاً لاجل عدم المقتضى لاجل وجود المانع ، و الكلام في الوقف انما هو في الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً للطبقات الموقوف عليهم . و اما الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام ، حيث انه لا يجوز بيعهما لانتهاء الملكية لا لاجل انتهاء الطلاقية في مورد الملك الشخصي كما انه على تقدير القول بعدم الملك في الوقف الخاص ايضاً ليس المنع عن بيعه لاجل انتهاء الطلاقية فالوقف انما يكون من صغريات ما لا يجوز بيعه لعدم كونه طلقاً اذا كان خاصاً وقلنا فيه بالملك .

فان قلت الوقف الخاص بناءً على صيرورته ملكاً للطبقات يكون ممنوعاً عن بيعه لاجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقيته لاجل وجود المانع كالرهن و نحوه (قلت) نعم وان كان حق الطبقات المتأخرة متعلقاً به ، لكن مع ذلك يكون المنع عن بيعه مستنداً الى عدم المقتضى لان عدم المعلول عند عدم المقتضى ووجود المانع يستند الى عدم الاول لا الى وجود الثاني ، لان عدمه متقدم على وجود الثاني ، و المعلول انما يستند الى اسبق علله .

ثم الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملك الحاصل به قاصراً عن قابلية النقل والانتقال .

وتوضيحه ان مهية الوقف عبارة عن ايقاف المال و بالفارسية (واداشتن ان درمحل) بحيث لا يمكن ان يتحرك عن محل وقوفه الى محل آخر فكانه صار مقطوع الرجلين، وهذا المعنى هو المنشأ بانشاء الواقف و قد تعلق به الامضاء و اذا كان بمهية غير قابلة للنقل و التبديل من مكان الى مكان آخر و صار بماله من المهية ممضاة عند الشارع فلا يقبل النقل و الانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقاً مع القاعدة لولم يكن اجماع على عدم جوازه فضلاً عن كونه اجماعياً ايضاً ودل عليه الاخبار قوله (قده) فان الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة (الخ) وذلك لان كلمة صدقة في قوله التي هي صدقة لا تباع ولا توهب مفعول مطلق نوعي لقوله (تصدق) في قوله هذا ما تصدق فيدل على ان الصدقة على نوعين قسم منها تباع وتوهب وذلك كالصدقات المندوبة وقسم منها لا تباع ولا توهب وهو الوقف، وجعل الوصف صفة للشخص اعني شخص هـ هذه الصدقة الصادرة عنه التي هي صدقة لا تباع ولا توهب بعيد في الغاية مخالف للظاهر، وذلك لان مرجعه (ح) الى اشتراطه التي هي صدقة لا تباع ولا توهب على الموقوف عليهم بان لا يباعوا ولا يوهبوا لان مرجع الوصف الشخصي الى الشرط و مرجع الشرط الى الوصف. فلا فرق بين ان يقال بعت العبد بشرط ان يكون كاتباً او يقال بعت العبد الكاتب ومن المعلوم انه لو كان الوصف شرطاً للصدقة الصادرة عنه التي هي صدقة لا تباع ولا توهب لكان الالبق ان يذكر بعد تمام اركان العقد من الوقف و الموقوف عليه لاسيما انه شرط على الموقوف عليه مع انه ذكر متقدماً عليهم، وبالجملـة فظهور الجملة في كون الصفة وصفاً للنوع بعد تبين ان كلمة (صدقة) الموصوفة بالوصف المذكور مفعول مطلق نوعي غير قابل للانكار كما لا يخفى ولا يصح جعلها شرطاً في الصدقة الشخصية لانه مع اوله الى الوصف للشخص يحتاج

الى ادوات الشرط المفقودة فى المقام كما ان جعلها وصفاً للشخص يحتاج الى تقدير موصوف حيث ان كلمة صدقة لما كانت مفعولاً مطلقاً يكون المراد منها النوع قطعاً فجعل الصفة صفة للشخص يوجب الاحتياج الى تقدير الموصوف وهو خلاف الظاهر .

قوله (قدّه) مع انه لو جاز البيع فى بعض الاحيان (الخ) هذا وجه اخر ذكره صاحب المقاييس لدلالة الخبر الشريف على بطلان بيع الوقف ، وحاصله ان قوله لاتباع ولاتوهب صفة للنوع لا للشخص فانه لو جعلت الصفة وصفاً للشخص لكان مقتضى اطلاق الاشتراط أى اشتراط عدم بيع هذا الشخص هو عدم جواز بيعه مطلقاً سواء طرء مجوز بيعه أم لا لكن هذا الاطلاق مخالف للكتاب لكان جواز بيعه عند طروء المجوز والشرط المخالف للكتاب فاسد لا يليق بان يصدر عن امير المؤمنين (ع) فلا بد من ان يجعل وصفاً للنوع حذراً عن ذلك المحدور فيتم المطلوب .

قوله (قدّه) إلا ان يقال ان هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم (الخ) قد اورد المصنف (قدّه) على التقريب الذى ذكره صاحب المقاييس بوجوه ثلاثة (الاول) ما اشار اليه بقوله إلا ان يقال (الخ) وحاصله دعوى انصراف اطلاق اشتراط عدم البيع الى ما عدى وجود مجوز البيع فيه - رج صورة طروء المجوز عن حيز الشرط فلا يكون الشرط (ح) مخالفاً للكتاب (الثانى) ما اشار اليه بقوله (قدّه) مع ان هذا التقييد مما لا بد منه (الخ) وحاصله انه لو جعلنا الوصف صفة للنوع ايضاً لاحتاج الى التقييد فان الوقف الذى لا يباع يصح بيعه عند طروء المجوز ليعه فيكون اطلاق قوله لاتباع مخالفاً للكتاب سواء كان وصفاً للنوع أو للشخص (والثالث) ما اشار اليه بقوله مع احتمال علم الامام (الخ) وحاصله ان صحة اطلاق الاشتراط فى

المقام يحتمل ان يكون لاجل علمه عليه السلام بعدم طرد مجوز بيع وقفه فلا يكون مخالفاً مع الكتاب .

ولا يخفى ما فى هذا الوجوه مع ما فى اصل التقريب من الضعف و
الوهن اما الوجه الاول فلان دعوى الانصراف انما يتم فيما اذا كان المطلق
بالنسبة الى المهيئات الكلية فيدعى انصرافه الى بعض افرادها لا بالنسبة الى
المقام الذى يكون الشرط شرطاً لوقف شخصى و هو الوقف الصادر عنه
عليه السلام وبعبارة اخرى اذا كان الشرط لكلي الوقف و كان له فردان مثلاً
فرد طره عليه المجوز لبيعه و فرد لم يطره عليه المجوز فيقال ان اطلاق
الشرط ينصرف الى الفرد الذى لم يطره عليه مجوز البيع و الفرد
الطارى عليه المجوز خارج عن مصب الاطلاق و اما اذا كان الشرط لفرد
من الوقف اعنى الوقف الشخصى الصادر عنه عليه السلام فليس له فردان
حتى يكون اطلاق الشرط منصرفاً الى احد فرديه .

اقول هكذا فيدعى حسب ما استفدته ولا يخفى ما فيه فان الكلية تلاحظ
بالنسبة الى البيع الذى اشترط عدمه ومن المعلوم ان بيع هذا الوقف
الشخصى له فردان فرد عند طرد المجوز و فرد عند عدم طرده فيصح دعوى
انصراف الاطلاق الى الفرد الذى لم يطره عليه المجوز هذا ، واما الوجه
الثانى ، فلأن اشتراط النوع بوصف ان لا يباع لا يحتاج الى التقييد مثل
اشتراط الشخص بذاك الوصف ، وذلك لان الشرط انما هو فعل المنشئ
المشترط و القيد انما يرد على دليل امضاء ما انشأه .

وتوضيحه ان المواقف ينشأ الوقف الذى قد عرفت انه عبارة عن ايقاف
العين فى مكان مخصوص ، وجعله فى ذاك المكان كأنه مقطوع الرجلين
بحيث لا يتمكن من التحويل عنه ، وهذا المعنى المنشأ مع قطع النظر عن

امضائه لا يترتب عليه شيء أصلاً ، اذ المعنى الاعتباري لا بد من وجوده ففى موطن وجوده الذى هو عالم الاعتبار من صدره عن يده الاعتبار والمنشئ اعني من هو واقف ليس بيده الاعتبار ، وانما الاعتبار بيد الشارع فبامضائه يترتب تحقق المنشأ فى وعاء الاعتبار فدليل الاعتبار لو كان مطلقاً يثبت اعتبار المنشأ مطلقاً ولو كان مقيداً يثبت اعتباره مقيداً لكن دليل امضاء الوقف اعني قوله ^{في} الوقف على حسب ما يوقفها اهلها مطلق يثبت ايقافها وعدم تحويلها عن مكانها الذى انشاء الواقف ايقافها فيه ويشمل صورتي طر والمجوز وعدمه ودليل جواز البيع عند طر والمجوز يكون مقيداً لاطلاق دليل الامضاء لاطلاق اشتراط الواقف عند الانشاء فظهر ان اشتراط النوع لا يحتاج الى التقييد اصلاً فسقط قول المصنف بان هذا التقييد مما لا بد منه ولو على تقدير كون الوصف وصفاً للنوع ، ومنه يظهر سقوط قول صاحب المقاييس ايضاً اذ على تقدير كون الوصف وصفاً للشخص ايضاً لا يترتب عليه اثر إلا بعد الامضاء وبعد ارجاع التقييد الى اطلاق دليل الامضاء لا يترتب على اطلاق اشتراط الواقف اثر أصلاً ، وبما ذكرناه يصحح اشتراط عدم البيع المذكور فى صورة كتابة الاوقاف حيث يذكرون فيها بعد كتابة انشاء الصيغة بأنه صار وقفاً صحيحاً شرعياً بحيث لا يباع ولا يوهب ولا يورث .

واما الوجه الثالث فلأن العلم بعدم طر والمجوز لا يخرج اطلاق الشرط عن كونه مخالفاً للكتاب ، وذلك لان معنى الاشتراط ونتيجته هو

الزام المشروط عليه بعدم البيع عند طر والمجوز وعدمه وهذا الالتزام بعدم البيع على تقدير طر والمجوز مخالف للكتاب طر والمجوز او لم يطره كان الواقف ممن يعلم بطروره او بعدم طروره أو لم يكن عالماً فعلم الواقف بعدم طر والمجوز لا يخرج الشرط عن كونه مخالفاً للكتاب كما لا يخفى .

قوله (قده) و مما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة الخ ، لا يخفى ان الواقف بسبب الوقف الصادر عنه يصير اجنبياً عن العين التي ورد عليها الوقف وليس له حق بالنسبة اليها اصلاً وكونه صدقة جارية ينتفع بها لا يثبت للواقف حقاً عليها حتى يكون مانعاً عن بيعه واما حق البطلون المتأخرة عن البطن السابق فهو حق ثابت لهم الا انه قد تقدم عدم استناد المنع عن البيع اليه وذلك لقصور المقتضى عن جواز البيع وعدم المعلول عند عدم المقتضى يستند الى عدمه لا الى وجود المانع واما حق الله تعالى فليس له حق على الوقف في مقابل الحكم نظير الحق المتصور في باب الزكوات والاخماس ، نعم المتصور في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم الشرعي التعبدى بوجوب صرف الوقف فيما عينه الواقف ومن المعلوم ان الحكم مغاير مع الحق فالتعبير عن الحكم بالحق لا يخلو عن مساهلة وبالجملة فالمتصور من هذه الحقوق الثلاثة هو حق البطلون المتأخرة واما حق الواقف وحق الله سبحانه فليس لهما معنى معقول اصلاً .

قوله (قده) ثم ان جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف الخ ،

وهل الوقف يبطل بنفس طرو مجوز البيع فلولم يتحقق البيع فزوا المجوز الطاري يعود الى الوقف جديداً . أو انه لا يبطل بطروه مالم يرد عليه البيع وانما البيع الوارد عليه يبطل وقفته (قولان) المنقول عن كاشف الغطاء في شرحه على القواعد هو الاول وعليه صاحب الجواهر (قده) والمختار كما عليه المصنف (قده) هو الاخير واستدل الاول بأن الطولية يعتبر فيما هو موضوع للبيع ويرد عليه البيع فجواز البيع بمعنى قابلية العين للبيع لا بد من ان يكون متحققاً قبل البيع ولا يعقل ان يتحقق من البيع نفسه اذا العرض لا يعقل ان يكون منشاء لتحقيق موضوعه لانه متقوم بموضوعه متأخر عنه

والمانع عن بيع العين الموقوفة هو الوقف ، فيجب ان يكون رفع المانع عن بيعه قبل بيعه والا يلزم ان يكون الممنوع بنفسه موجبا لرفع مانعه مع ان الممنوع عند المانع لا يعقل وجوده حتى يكون رافعا لوجود مانعه (ولا يخفى) ان هذا الوجه مع لطافته لا يخلو عن المغالطة ، و ذلك باخذ المطلق بمعنى فعالية النقل والتحويل مكان المطلق بمعنى قابلية النقل والتحويل .

وتوضيحه ان فعل الواقف انما هو انشاء ايقاف العين في مكان وقصره و حبسه من ان ينتقل عنه الى مكان آخر الذي هو المعنى المقابل للمطلق و بطر والمجوز يصير المال قابلا للنقل وبمحض تحقق القابلية فيه لا يتحقق فيه النقل بل هو بعد واقف على ما هو عليه من ايقافه في محله حتى ينقل فبالبيع يخرج عن الوقف ، لكن البيع ورد على الموضوع القابل للنقل وهذا كاذن المرتهن للرهن في بيع الرهن أو اذن الرهن للمرتهن في بيعه فان نفس اذن المرتهن مثلاً لا يخرج العين عن الرهن بل هو موجب لقابلية الرهن لان يرد عليه البيع الذي بايراده عليه يخرج عن الرهن واذالورجع عن الاذن يبقى العين على ما كان عليه من الرهن من غير ان يكون الرجوع رهناً جديداً فظهر سقوط الاستدلال المذكور عن الدلالة على بطلان الوقف بطرو مجوز البيع واما الدليل على كون البيع مبطلاً له فهو ان الواقف كما عرفت يكون فعله ايجاد احتباس المال في المكان المخصوص وجعله مقطوع الرجلين في عالم الاعتبار من غير لحاظ منه في لزومه أو جوازه بمعنى انه لا ينشاء العقد - اللازم بوصف اللزوم حتى يكون لازمه ايضاً منشاء ولا العقد الجائز كك بل لو انشاء اللزوم أو الجواز لم يترتب على انشاءه اثر لان اللزوم أو الجواز حكم شرعي مجعول من الشارع لانهما من الامور الاعتبارية التي ينشأها المنشؤون فلزوم الوقف ينشأ من ناحية دليل امضائه مثل قوله الوقوف على حسب ما

يوقفها أهلها الذي يدل على لزوم فدل جواز البيع عند طر والمجوز بوجوب رفع اللزوم المدلول لدليل الامضاء وتقييد دليله بغير مورد طر والمجوز و هذا يقتضى جواز الوقف عند طر والمجوز ورفع اللزوم الذي هو فعل الشارع لرفع الوقف الذي هو فعل الواقف فطر والمجوز لا يمس بكرامة فعل الواقف اصلاً ولا موجب لرفعه بعد ان اللزوم الذي هو حكم الوقف ليس من فعله فالوقف باق على وقفيته بعد طر والمجوز كما كان عليه قبل طرده إلا ان حكمه كان هو اللزوم قبل طر والمجوز ولذا لم يكن بيعه جازاً و بعد طر والمجوز يصير جازاً فيصح بيعه ح وهذا نظير تصرف ذي الخيار في زمان خياره حيث انه بنفسه فسخ وموجب لارتجاع العين اليه بنفس ذلك التصرف لمكان قابليته للارتجاع بسبب حق الخيار .

قوله (قده) فاذا جاز بيعه مع الابدال الخ اعلم ان مجوزات بيع الوقف على قسمين فمنها ما يوجب جواز بيعه مع بقاء ماليته في ضمن ثمنه على الوقف وهذا فيما عدى اضطرار الموقوف عليهم ، و منها ما يوجب بيعه اذهاب الوقف عن عينه وماليته معاً .

ففي الاول يبطل الوقف في العين ويبقى بالنسبة الى المالية ولهذا يصير الثمن وقفاً قائماً مقام المثلن بلا حاجة في وقفه الى انشاء جديد بل هو وقف بنفس كونه ثمناً للوقف ولا يجوز انعدامه على الطبقة التي صدر منهم البيع .

وفي الثاني يصير الثمن ملكاً للطبقة المنتظرين يدفع به اضطرارهم اذا تبين هذا فتقول القول بان طر والمجوز يبطل للوقف باطل في كلا القسمين اما القسم الاول فاما بالنسبة الى مالية الوقف فالبيع الطارى بنفسه لا يبطل وقفيته فضلاً عن طر ومجوزه قبل وقوعه واما بالنسبة الى خصوصية العينية

فلا اثر للقول ببطالان الوقف بالنسبة اليها بطر والمجوز بعد بقاء المالية على الوقفية .

واما القسم الثانى فالقول ببطالان الوقف بطر والمجوز وان كان له اثر فيه إلا انه بعد القطع ببقاء الوقف لو لم يتحقق البيع لاجل عدم وجود المشتري مثلاً أو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع بغير بيعه يستكشف ان محض طر والمجوز مثل ضرورة ارباب الوقف (لوقيل بكونها من مجوزات البيع) لا يوجب خروج الوقف عن الوقفية ، فالقول بالبطالان بمجرد طر والمجوز لا يستقيم فى شيء من القسمين اصلاً كما لا يخفى .

قواه (قده) فاعلم ان لاصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة اقوال (الخ) اعلم انه قد اختلف فى الجواز بيع الوقف وعدم جوازه بعد ما عرفت من ان مقتضى طبعه عدم الجواز لكونه عبارة عن ايقاف المال و اقامته فى مكان لا ينقل عنه ، على اقوال (منها) القول بعدم الجواز مطلقاً ، وهذا شاذ جداً ضرورة انه لا ينبغي الاشكال فى جوازه فى الجملة على ما سيظهر ، ولعل القائل بالمنع المطلق يريد ما عدى مثل الآلات والحصر التى لا ينتفع بها و (منها) التفصيل بين الوقف المنقطع الآخر وبين الوقف المؤبد بالقول بالجواز فى الاول دون الاخير .

ولا يخفى ان هذا التفصيل بالنسبة الى كلا شقيه لا يرجع الى محصل اما فى الوقف المنقطع ، فلأنه لا يخلو اما ان نقول فيه بعوده الى المالك أو وراثته أو ببقائه على الوقف ووجوب صرفه فى وجوه البر أو بصيرورته ملكاً للطبقة الاخيرة من الموقوف عليه فينتقل - منهم الى وراثتهم - ممن لا يكونوا من الموقوف عليهم بحق الارث وعلى جميع التقادير لا يصح فيه القول بجواز البيع بما هو وقف اما على الاول فلأنه يصير حبساً (ح) لا وقفاً

والكلام في بيع الوقف و(ح) فان كان بايعه المالك أو ورثته فلا اشكال في صحته وان كان الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لكونهم اجنبياً عنه (ح) واما على الثاني فلائه (ح) وقف مؤبد غاية الامر تبديل مصرفه عن الموقوف عليهم الى وجوه البر ، وذلك كما اذالم ينقطع الموقوف عليه . ولكن صار مجهولاً حيث انه يصرف في وجوه البر من غير اشكال . واما على الثالث فيكون كالاول في خروجه عن الوقف بالانتقال الى ورثة الطبقة الاخيرة .

واما في الوقف المؤبد فلجواز بيعه في الجملة و لو بالنسبة الى الحُصْر والآلات التي لا ينتفع بها على ماسيأتي برهانه فليس كل مؤبد مما لا يصح بيعه بقول مطلق ، ومنها التفصيل بين المؤبد وبين المنقطع بجواز بيع الاول في الجملة وعدم جواز بيع الثاني بناء على رجوعه بعد الانقطاع الى ورثة الواقف حيث انه لا وقف (ح) حتى يقال بجواز بيعه وهذا جملة الاقوال في المسئلة ، فالحري ذكر ما هو الحق منها و هو يتم ببيان اقسام الوقف على ما ذكره المصنف بقوله فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و اخرى في المنقطع (الخ) .

وجملة القول في ذلك ان يقال ان الوقف على اقسام (الاول) ملا يكون ملكاً لاحد بل يكسون فك ملك مثل المسجد و نحوه مما يعد محلاً للعبادة فان الوقف فيه موجب لتحرير رقبة الارض عن الملك لانه تمليك على وجه مخصوص بل هو فك للملك نظير العتق في العبد و حكم هذا القسم هو عدم جواز البيع بقول المطلق و لو خرج عن قابلية الانتفاع بل يبقى على ما كان عليه ولو صار مغموراً في الماء و يلحقه احكامه الثابتة له فالمسجد المغمور في تحت الماء مثلاً يحرم مكث الجنب و الجايش فيه لو علم به و اتفق مكثهما فيه .

الثانى الا وقاف العامة مثل القناطر والطرق والوقف فى هذا القسم يكون كالمباحات بالاصل ولذا يصح الانتفاع به من كل احد وكل من ينتفع به لا يكون مالكاً له اصلاً لا بالنسبة الى العين ولا بالقياس الى المنفعة بل انما يملك الانتفاع به ولذا لا يتحقق الضمان بالنسبة اليه وحكم هذا القسم ايضا هو عدم جواز البيع وذلك لانه وان لم يكن فيه تحرير كالتقسيم الاول إلا ان الوقف فيه موجب لذهاب ماليته وافنائته بعد جعله من قبيل المباحات بالاصل ومع عدم المالية له لا يجوز بيعه لأنه تبديل مال بفال كما انه لا ضمان بالنسبة اليه لأن المالية ركن فى الضمان وانما العين تصير مضمونة بالتبع

الثالث الوقف على الجهات الخاصة مثل الوقف على الطلاب كالمدارس والوقف على المسافرين كالخانات ونحوها (الرابع) الوقف على اشخاص مخصوصين كالوقف على الاولاد مثلاً وعلى من بعدهم من البطون (الخامس) الوقف على المشاعر كالوقف على حجير المسجد أو على سراجيه أو على ثوب الكعبة ونحو ذلك وحكم هذه الاقسام الثلاثة الاخيرة يتبين بذكر صور .

الاولى فيما اذا صار الوقف خراباً ، والحكم فى هذه الصورة هو عدم جواز البيع مع بقاء العين على نحو يمكن ان ينتفع بها فيما عينه الواقف من المصارف و جوازه اذا زالت العين عن قابلية الانتفاع بها فيما يجب صرفها فيه اما وجه عدم الجواز مع قابلية العين فى الصرف فيما يجب صرفها فيه فلأن المالية فى هذه الاقسام ما ارتفعت بل هى باقية بعد تعلق الوقف والوقف تعلق بها بتبع تعلقه بالعين كما ان الغصب فى مورد غصب العين يتعلق بها بتبع تعلقه بالعين ، و مقتضى ذلك صيرورتها وقفاً كما كانت العين كك . فمع بقاء العين على وصف القابلية لا يصح بيعها

لان مقتضى تعلق الوقف بها هو عدم جواز البيع حيث ان الوقف بمهيته يقتضى عدمه و بعد زوال الوقف عن العين بزوالها بثلغها وعدم امكان الانتفاع بها فيما عين صرفها فيه تبقي وقفية المالية على حالها عند بقائها فيحفظ الوقف فى مالية العين بعد تبديلها بالثمن ، ولازم ذلك سيرورة الثمن بنفس البيع وقفاً وكذا ما يشتري به من العروض ولا يحتاج فى وقفية الثمن او ما يشتري به الى وقف جديد .

وينبغى التنبيه على امور (الاول) ان ما قلنا من عدم جواز بيع الوقف فى القسمين الاولين انما يجرى بالنسبة الى نفس الارض ، و اما الآلات المعمولة فيها كالاخشاب والطوب والجدوع ونحوها مما يعمل فى المساجد والخوانات فهى كالوقف على الجهات يصح بيعها عند خروجها عن قابلية صرفها فى الجهة التى عينت لصرفها فيها فتكون الآلات المعمولة فى القسمين الاولين من القسم الثالث الذى عرفت ان مقتضى الاصل فيه هو جواز البيع عند خروجها عن القابلية فيباع ويصرف ثمنها فى ذلك المحل الذى كان من من المسجد او الخان او فى غيره عند عدم التمكن من الصرف فيه

الثانى هل المدارس و الحسينية ملحقتان بالقسم الثانى فلا يصح بيعهما عند خروجهما عن قابلية صرفهما فى الجهة المقيمة لهما او انهما ملحقتان بالقسم الثالث (وجهان) منشأهما التردد فى ضمان منافعهما عند الغصب فعلى القول بعدم الضمان فيهما يكونان من القسم الثانى كما انه على القول بالضمان يدخلان فى القسم الثالث و المسئلة غير صافية فالاختياط لا ينبغى تركه .

الثالث ذكر فى كاشف الغطاء بعد الحكم بعدم صحة بيع الوقف العام معللاً بعدم تمامية الملك بل لعدم اصل الملك ، جواز اجارته للزراعة

مع المحافظة على رعاية آداب المسجد لو كان مسجداً و هذا غريب ،
 ضرورة انه مع فرض تحرير الملك كما هو المقروض حيث علل عدم جواز
 البيع بعدم اصل الملك ، كيف يمكن الحكم بصحة الاجارة مع اعتبار الملك
 فيها ايضاً كالبيع كما لا يخفى .

الرابع حكى عن المحقق الحكم باختصاص الدية على الطبقة
 الموجودين لوقتل العبد الموقوف عليهم ، ولعل وجهه عدم اعتبار كون
 الدية ثمناً حتى ينتقل الى جميع الطبقات ويكون موقوفاً عليهم كالعبد نفسه
 و ذلك لانهم حين وجود الطبقة المتقدمة مالكين للوقف شأنها بالملكية
 الفعلية و انما الملك الفعلي للموجودين و التالف تالف عليهم فيكون
 التدارك لهم ، وربما يحتمل التفصيل بين ما اذا كانت الدية تساوى الثمن
 او كانت تتفاوت معه بالزيادة و النقصان بالحكم بكونها بدلاً عن الوقف
 فى صورة التساوي و بكونها مختصة بالموجودين فى صورة الاختلاف .

ولا يخفى انه لا وجه له كالتقول بكونها للموجودين مطلقاً ضرورة
 ان عدم فعالية مالكية الطبقات المتأخرة لو كان مقتضياً لعدم انتقال الدية
 اليهم لكان مقتضياً لعدم انتقال القيمة ايضاً اليهم ، حيث ان شأنية تملكهم
 يكون منشأ لعدم انتقال القيمة اليهم ايضاً فان الدية ليست إلا المالية الغير
 المتقدرة بضمن المثل كما لا يخفى ، فهذا القول المحكى عن المحقق اعنى
 التفصيل بين الدية و بين غيرها ساقط لادليل عليه .

الخامس هل حكم ثمن الوقف عند بيعه كحكم الوقف نفسه فى
 عدم جواز بيعه مادام يمكن صرفه فى مصرف الوقف و يكون جواز بيعه
 عند خروجه عن امكان صرفه فى مصرف الوقف ، أو انه يجوز بيعه و تبديله
 بشيء آخر يكون اصرف (وجهان) من انه وقف يقوم مقام المثل المبيع

فيكون حكمه حكمه ، و من ان المنع عن المثلث انما هو لاجل كونه مورداً للصيغة و محلاً لانشاء المالك ايقافه بحيث لا يتحرك عن موضعه ولم يرد انشاء على الثمن فيصح تبديله من ولى الوقف لو كان فيه مصلحة ولعل الاخير هو الاقوى .

فان قلت انه قد تقدم ان المنع عن بيع الوقف ليس امر انشاء بانشاء الواقف حتى يفرق بين الوقف نفسه و بين بدله بعدم جواز تبديل الاول وجواز تبديل الثاني بواسطة ايراد انشاء المنع عن التبديل في الاول دون الاخير بل هو حكم شرعي وارد على موضوعه و هو الوقف و المفروض كون الثمن وقفاً كالمثلث بنفس كونه ثمناً للوقف فيشمله حكمه .

قلت منشأ الفرق بين الثمن و بين المثلث بصفة تبديل الثمن دون المثلث هو نفس ما ذكر في السؤال من كون المنع عن التبديل حكماً شرعياً غير منشأ بانشاء الواقف فانه لو كان بانشاء الواقف لم يكن فرق بين الوقف نفسه و بين ثمنه اذا ورد البيع على الوقف فان الوقف كما تعلق بنفس العين كك تعلق بماليتها غاية الامر تعلق الوقف بماليتها يكون بالتبع فيكون المنع عن بيع ماليتها منشأ بانشاء المنع من بيعه نفسها وهذا بخلاف ما اذا كان المنع عن التبديل حكماً شرعياً فانه (ح) يصير تابعا لدلالة الدليل على منعه وحيث لم يتم دليل على المنع عن بيع ثمن الوقف و قام على المنع عن بيعه نفسه فيجب الفرق بينهما والفارق هو قيام الدليل على المنع عن بيع الوقف نفسه وعدم قيامه على المنع عن بيع ثمنه المتوقف على ان يكون المنع حكماً شرعياً لا منشأ بانشاء الواقف فظهر ان ما هو ملاك السؤال بعينه صار ملاكاً للجواب .

السادس ما تقدم ان الوقف على الوقف على الجهات مثل الحصر

الوقف على المسجد يكون حكمه حكم الوقف على الجهات فى عدم جواز البيع مع التمكن من صرف عينه فى الجهة التى وقف عليها انما هو فيما اذا كان مثل الحصر وقفاً على الجهة كما اذا وقفه واقف على المسجد واما اذا اشترى من عوائد موقوفات المسجد فليس حكمه حكم الحصر الوقف عليه بل يجوز تبديله بغيره لو رأى الناظر تبديله اصرف للوقف و ذلك لما تقدم نظيره فى الامر الخامس من ان الحصر المذكور ما صار بنفسه متعلقاً بالوقف بل انما وقفته لاجل كونه مشتركاً من عوائد الموقوفة التى عينت لاشترائه و دليل المنع عن بيع الوقف لم يثبت به إلا المنع عن بيع ماورد عليه الوقف وليس فيه دلالة على المنع عن بيع ما اشترى بعوائد الوقف و (ح) يكون حكم هذا المال المشتري بعوائد الوقف حكم نفس تلك العوائد فكما انه يجوز تبديل تلك العوائد لمن له الولاية على تبديلها كذلك يجوز له تبديل المشتري بتلك العوائد اذا كانت المصلحة فى تبديله .

الامر السابع لو حصل ربح بالاتجار بثمر الوقف ، فهل ربحه هذا مختص بالطبقة الموجودة حال حصوله كمنافع عين الموقوفة التى تختص بالموجودين من الموقوف عليهم حال حصولها . أو يعم جميع الطبقات فيكون حال الربح الحاصل من الثمن كحال الثمن نفسه (وجهان) اقواهما الاخير ، وذلك لتبعية ربح الثمن للمؤمن نفسه فى التعميم لجميع الطبقات ولا يقاس بمنافع الموقوفة حيث انها جعلت بجعل الوقف مختصة بالطبقة الموجودة حال حصولها و هذا الوجه للاختصاص منتف بالنسبة الى ربح الثمن حيث لم يجعل لطبقة دون طبقة فليس لاختصاصه بخصوص الموجودين فى حال حصوله وجه فيحكم بتبعيته للثمن فى كونه للعموم ،

نعم لو قلنا بجواز وقف الدرهم والدينار يصير حال الربح الحاصل من الاتجار بهما اذا ورد الوقف عليهما حال المنافع الحاصلة من رقبات الموقوفة فى الاختصاص بالموجودين لكنه مبني على القول بصحة وقفهما وفى ما اذا كان بنفسهما موردا للوقف لا ما اذا جعل ثمن الوقف .

الامر الثامن اذا كانت العين موقوفة على جهة مثل الصرف الى الذرية وكانت داراً جعلت مسكنهم ، فهل يجب جعل ثمنها عند بيعها مسكناً لهم مثل المثل نفسه مطلقاً أو لا يجب مطلقاً ، أو يفصل بين ما اذا عين الواقف صرف الوقف فى مسكنهم بان وقف الدار لخصوص سكنهم و بين ما اذا لم يعين مصرفاً خاصاً بل جعلها وقفاً لهم ينتفعون بها كيفما اتفق . فيقال بلزوم اشتراء مسكن لهم من ثمن الوقف فى الاول و عدم لزومه فى الثانى بل يصرف الثمن فيما ينتفعون به و يشتري به كلما يرى المتولي للبيع فيه المصلحة (وجوه) اقواها الاخير ، ولا يخفى وجهه مما ذكر فى وجه التفصيل حيث انه بعد عدم تعلق غرض الواقف بخصوص سكنهم فلا وجه لجعل الثمن مسكناً لهم مثل المثل فيكون حاله كالقیمی عند تلفه حيث يتعين فيه القيمة بواسطة انعدام الخصوصية الوصفية بخلاف تعيين المسكن فى جملة متعلق غرضه حيث ان بدل الوقف لما كان وقفاً يصرف فى مصرف المبدل يجب صرفه فيما تعينه الواقف كما لا يخفى فيكون حاله كالمتلى حيث انه عند تلفه يتعين فيه المثل لمجىء الخصوصية المثلية تحت الضمان الامر التاسع هل ولاية البيع لناظر الوقف أو للحاكم الشرعي (وجهان) من ان مالية الوقف وقف بالتبع فالناظر المنسوب لعين الوقف ناظر على ماليته ايضاً فكل عمل راجع الى ماليته انما هو بنظر ناظر الوقف فيكون بيعه و تبدل ماليته بعين آخر من جملة الاعمال الراجعة الى ماليته

فيكون بنظر الناظر ، ومن ان وقف المالية تبعى ليس بانشاء الوقف ولاله نظر عند جعل الناظر في جعله لمالية الوقف بل بيع الوقف و حفظ ماليته في عين آخر ليس بجعل الوقف لانه حكم شرعي ناش من انشاء الشارع فيكون متوليه الحاكم ولا ربط له بالناظر ولا يخفى ان الاخير هو الاقوى و ان كان الاحتياط بمباشرة الناظر او كان للوقف ناظر مع الاستيذان عن الحاكم لا ينبغي تركه .

الامر العاشر ما تقدم من مورد الاصل الذي استشاه في بيع الوقف من خروج العين عن الانتفاع بها في الجهة التي عين الوقف صرفها فيها انما هو فيما اذا صارت العين مسلوب المنفعة بقول مطلق او كان الانتفاع بها نادراً بحيث كان في حكم المعدوم بحسب نظر العرف ، واما مع امكان الانتفاع بها بما يعد انتفاعاً منها عرفاً بحيث لا يصدق عليها انها مسلوب المنفعة فلا يجوز بيعها ولو كان الانتفاع بها قليلاً لكن لا بمقدار يصح سلب الانتفاع بها عرفاً ، وحاصل هذا الامر: ان في خراب الوقف يتصور على انحاء (الاول) ان يصير مسلوب المنافع بالكلية بحيث لا يمكن الانتفاع به بوجه من الوجوه (الثاني) ان يصير معظم منافعه مسلوباً بحيث يكون الباقي منها بحكم المعدوم ، وقد مثلوا لها في باب الاجارة بغرق ارض الزراعة تحت الماء بحيث لا يمكن الانتفاع بها بالزراعة أو السكنى وغيرهما من المنافع . لكن يمكن الانتفاع بها باصطياد السمك من الماء الموجود فيها أو بالقصب الذي ينبت فيها . ومعلوم ان مثل اصطياد السمك لا يعد منفعة للارض كما لا يخفى وحكم هاتين الصورتين هو جواز البيع من غير اشكال .

الثالث ان تبقى للوقف بعد الخراب منفعة معتدة تقوم بها ماليته . لكن تلك المنفعة ليست مما عينها الوقف صرفها في جهة الوقف كما اذا

وقف النخلة لاجل تسييل ثمرتها على الموقوف عليه فصارت يابسة لان تكون لها ثمرة تصرف في جهة الوقف لكن يمكن صرفها جذعاً للسقف أو دعامة للجدار و نحوه فهل يجوز بيعها لتكون المنفعة التي عينت صرفها في جهة الوقف مسلوبة وتلك المنفعة الباقية ليست منفعة للموقف فتكون كالمسلوبة عنها المنفعة بقول مطلق أو لا يجوز لامكان الانتفاع اليها بما يبقى معه المالية (قولان) المحكى عن شيخ الطائفة هو الاول وعن الحلبي وجماعة هو الاخير وعليه المصنف قده في الكتاب .

واستدل للاخير بان زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها و مع امكان الانتفاع بها ببعض المنافع فلا وجه لجواز بيعها واستدل الشيخ (قدمه) بأن المنفعة التي سبيلها الواقف في جهة الوقف بطلت و لا يرجى عودها وتلك المنفعة التي الان يمكن الانتفاع بها ليست مما عينها الواقف للصرف في جهة الوقف هذا ، ولكن يمكن ان يقال بان ما اختاره الشيخ الطائفة هو الاقوى ، وذلك لان محض امكان الانتفاع بالوقف بعد انسلاخ المنفعة المشروطة صرفها في الجهة المعينة لصرفها لا يصيرها ذامنة اذا لم يكن شايعاً يمكن الانتفاع بها في جميع البطون ومن المعلوم ان مثل التسقيف بالنخلة اليابسة أو جعلها جسراً أو دعامة ليس مما يكون الا بملا به شيئاً أو مما ينتفع به جميع البطون فحبس العين لاجل مثل تلك المنافع وعدم بيعه مع امكان بيعه وجعل ثمنه بد لا ينتفع به جميع البطون على حد سواء . مشكل جداً ، فما ذهب اليه شيخ الطائفة قوى وان كان الامر بعد لا يخلو عن شوب الاشكال ايضاً .

الرابع ما اذا كان الوقف في معرض الخراب مع العلم بعدم التمكن من بيعه بعد خرابه فان كان عروض الخراب عليه قريباً وكان عدم التمكن من بيعه بعد خرابه قطعياً أو مما يحصل الاطمينان به فيصح بيعه ومع فقد

احد الامرين بان لم يكن خرابه سريعاً أو لم يحصل العلم أو الاطمينان بعدم التمكن من بيعه بعد خرابه فلا يجوز بيعه وان خيف من تعذر بيعه بعد خرابه لعدم الدليل على جواز بيعه بمجرد الخوف من تعذر الانتفاع به ببيعته ، وهذا بخلاف ما اذا علم بتعذر بيعه بعد خرابه أو حصل الاطمينان به فانه مع سرعة لحوق الخراب بعد الوقف مسلوب المنفعة عرفاً ، فكان هذه المنفعة القليلة التي تكون للمعين الى زمان طرأ الخراب لقلتها محكومة بالعدم ، وذلك كالدابة الموقوفة التي يسرع اليها الموت مع العلم بتعذر بيعها بعد الموت وكما اذا غصب الغاصب ماء القرية الموقوفة و لم يكن الاستنقاذ منه ممكناً ولكنه مقدم في شراء القرية في هذا الزمان مع العلم بأنه اذا انقضى هذا الزمان يعمر الغاصب بماء هذه القرية ارضاً غيرها فينصرف عن شراء القرية فتصير القرية معطلة لا يمكن بيعها ولا الانتفاع بها .

الخامس ما اذا تبدلت الصورة النوعية العرفية للموقف بصورة اخرى مع بقاء مادته الهيولانية في ضمن الصورة المتجددة ولا يبعد ان تكون سيرورة النخلة التي وقفت للانتفاع بشمرتها خشباً من هذا القبيل وانما قيدنا الصورة النوعية المتبدلة بالعرفية لان بين تبدلها وتبدل النوعية الحقيقية عموم من وجه ، حيث انه تارة يكون النوعية الحقيقية متبدلة حقيقة ولكن العرف يرونها غير متبدلة . وتارة يرونها العرف متبدلة مع انها باقية عقلاً ، وثالثة تكون متبدلة بالدقة وبنظر العرف معاً والمدار على التبدل بالتبدل العرفي وان لم تكن متبدلة عقلاً . وحكم هذه الصورة هو جواز البيع بسبب التبدل ، وذلك لان قوام موضوع الوقف كان بالصورة ومع تبدلها ذهب موضوع الوقف وهذا الجزء الباقي اعنى المادة الهيولانية المتصورة بصورة اخرى لم يكن موضوع الوقف إلا بالتبع أى بتبع تعلق

الوقف بالصورة المتبدلة ، ولازم ذلك جواز تبديل ذلك الباقي بالبيع وهذه الصورة ليست مصرحة بها في كلماتهم إلا انه يمكن حمل ما تقدم من حكم جواز بيع النخلة اليابسة بعد امكان الانتفاع بها بالتسقيف مثلاً عليه ، ضرورة انه لولا لزوم القول بجواز بيع الوقف اذا تبديل منفعته بمنفعة اخرى كما اذا صار الدار الموقوفة مكاناً مثلاً أو بالعكس أو لم يمكن الانتفاع في ارض الزراعة بالزراعة مع امكان الانتفاع بها باحداث خان فيها ونحوه مع ان القائل بجواز بيع النخلة اذا صارت يابسة لا يمكن الانتفاع بها إلا بالتسقيف لا يلتزم به قطعاً ، فيستكشف ان ذهابه الى جواز بيع النخلة اليابسة ليس لاجل تبديل منفعتها بمنفعة اخرى مع بقاء الوقف على ما هو عليه من الصورة النوعية بل انما التزم بالجواز في هذه الصورة لمكان تبديل الصورة النوعية كما ان منع الحل (قدم) عن البيع يمكن ان يكون بالنظر الى منعه عن التبدل فيكون خلافهما (ح) ضرورياً واقعاً في ان سيرورة النخلة خشباً هل يوجب تبديل صورتها عرفاً ام لا .

ولا يخفى ان الحق (ح) مع شيخ الطائفة اذا ذهب الى التبدل العرفي بل يمكن دعوى التبدل حقيقة ايضاً ويمكن ان يكون منع الحل (ره) عن البيع كبيراً يا بمعنى انه مع تسليم التبدل يمنع عن البيع وعلى هذا فالحق مع القائل بالجواز ايضاً كما قدمناه ويمكن ان يكون نظر المجوز الى حصول التفاوت في احد ركني الوقف حيث ان فيه امر ان ايقاف العين و تسبيل ثمرتها وجواز بيع الوقف قد يكون من جهة انتفاء ثمرة العين و سيورتها مسلوب المنفعة ، وقد يكون من جهة انتفاء العين مع امكان الانتفاع بالصورة النوعية الطارئة على المادة الهولانية بعد زوال الصورة النوعية التي ورد عليها الوقف و نظ المانع عن بيعه

الى امكان الانتفاع به مع تبدل صورته هذا تمام الكلام في الصورة الاولى من الصور التي استثنيت من عدم جواز بيع الوقف .

الصورة الثانية ما اذا كان بيع الوقف اعود للموقوف عليه ، واعلم ان الاعودية تارة تلاحظ بالنسبة الى الموجودين من الموقوف عليهم ، و ذلك فيما اذا كان صرف ثمن الوقف لهم اعود ، و اخرى تلاحظ بالنسبة الى الطبقات جميعاً وذلك فيما اذا اشترى بثمن الوقف ما يكون انفع لهم فلو كان المراد بها المعنى الاول فهو مما لم يقل به احد ولم يذهب الى وهم احد جواز بيع الوقف فيما اذا كان انفع للموجودين و لا دليل عليه ايضاً و المنقول عن المفيد (قدس) لاصراحة له في هذا الاحتمال و لو كان بالمعنى الثاني فربما يستدل بالخبر المروي عن الصادق عليه السلام و فيه قلت ولورثة قرابة الميت ان يبيعوا الارض اذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة . قال نعم . اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً باعوا ، فانه يدل على جواز البيع فيما اذا احتاجوا ولم يكفهم عوائد العين الموقوفة اذ ارضى كلهم ولكن لا يخفى ما فيه . فانه بظاهره يدل على جواز البيع فيما اذا كان في البيع نفع لهم : وهو بهذا النحو من العموم مما لم يقل به احد . فالخبر من هذه الجهة متروك لا يعمل به .

الصورة الثالثة : ما اذا الحق الموقوف عليهم حاجة شديدة ، و استدل لجواز بيعه في تلك الصورة ايضاً بالخبر المتقدم ، حيث كان في مفروض السؤال احتياج الموقوف عليهم مع عدم كفاية ما يخرج من الغلة عن الوقف لمؤنتهم ، ولا يخفى ان هذه الفقرة ايضاً تدل على ما لا يقول به احد : حيث انها تدل على جواز البيع لمطلق الحاجة الحاصلة من عدم كفاية غلة الوقف لمؤنة سنة الموقوف عليهم و هو مما لم يقل به احد ، بل من جوز بيع الوقف للحاجة

اعتبر فيها الشدة كما هو المعبر عنه في عنوانهم لهذه الصورة فالرواية بالنسبة الى هذه الصورة ايضا غير معمول بها ، ومقتضى عموم المنع عن جواز بيع الوقف هو المنع في هاتين صورتين اذ لم يثبت ما يوجب الخروج عنه ، والحق في هذه الرواية ونظائرها مما يدل باطلاقها على جواز بيع الوقف وشرائه هو تقييد اطلاقها بصورة وجود مسوغ البيع بمرور خلل في احد ركني الوقف ، اعني انقلاب صورته النوعية ، أو صيرورته مسلوب المنافع ، و بذلك يجمع بينها وبين المطلقات الدالة على المنع من بيع الوقف ، و ذلك بصيرورة المطلقات المجوزة بعد التقييد بمرور وجود المسوغ اخص من مطلقات المانعة بعد ان كانت النسبة بينهما بالتباين مع قطع النظر عن التقييد المذكور ، وان شئت قلت ان ما يدل على جواز البيع في صورة وجود المسوغ ، يكون مقيداً بالمطلقات المانعة والمجوزة معا كما لا يخفى ولكن الصناعة العلمية هو الاول اعني جعل الدليل الدال على جواز البيع في صورة المسوغ مقيداً لاحد الاطلاقين . ثم تلاحظ النسبة وبعد التقييد بينه وبين الاطلاقين ، وحيث انه بعد التقييد يصير اخص في قيد به الاطلاق الآخر .

قوله (قد ه) الصورة العادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (الخ) اعلم ان الوقف المنقطع الآخر يمكن ان يكون على نحوين (احدهما) ان ينقطع الموقوف عليهم من باب الاتفاق كما اذا وقف على طائفة اتفق انقراضها أو على زيد مثلاً و من بعده من البطون وانفق انقطاع ذريته (وثانيهما) ان يجعل الواقف الوقف على طبقة مثلما اذا وقف على زيد ثم على الطبقة الاولى من ذريته فقط ، فهذا الانقطاع نشأ عن جعل الواقف : حيث خص الوقف بالطبقة الاولى من ذرية زيد . فلا يسرى الى الطبقة الثانية منهم مع وجودهم وحكم الوقف المنقطع الآخر بكلا قسميه هو صحته وقفاً

لاحسباً ولازمه انتقال الوقف بعد الانقطاع اما الى ورثة الموقوف عليه أو وجوب صرفه في وجوه البر ولا ينتقل الى ورثة الواقف (ح)، لان انتقاله اليهم متفرع على صحته حسباً لا وقفاً والمفروض في المقام هو التكلم بناء على صحته وقفاً فلا ينتهي الى الانتقال الى ورثة الواقف كما لا يخفى

اذا تبين ذلك فنقول انقطاع الوقف بكلا قسميه ليس مخالفاً لمقتضى العقد، بل انما هو مناف لمقتضى اطلاقه، والضابط بين ما يخالف مقتضى العقد وما يخالف مقتضى اطلاقه ان الاول عبارة عما ينافي المنشأ بانشاء العقد نفسه مثل ان يشترط في البيع ان يكون بلائمن اذ المنشأ وهو البيع عبارة عن التبدل بين الثمن والمثمن فشرط ان يكون بلائمن في قوة اشتراط ان لا يكون البيع بيعاً أو الثاني عبارة عما ينافي اطلاق العقد بحيث لولا هذا الاشتراط كان الاطلاق مقتضياً له مثل كون الثمن بتقد البلد مثلاً حيث ان تعيين نقد البلد كان مقتضى اطلاق العقد فاشتراط كونه من نقد غير البلد مناف مع الاطلاق ثم ان جعل الوقف على طبقات الموقوف عليه اما يكون على وجه النصوصية كان يوقف على زيد ثم على الطبقة الاولى من ذريته ثم بعدهم على الطبقة الثانية وهكذا يعين كل طبقة طبقة مستقلاً، واما ان يكون على نحو الاطلاق كان يوقف على زيد ثم بعده على ذريته من الطبقات مرتباً فشرط الانقطاع في الاول مناف لمقتضى العقد، حيث انه صرح فيه بالوقف على كل طبقة مستقلاً دون الاخير، اذ فيه يكون منافياً مع الاطلاق، ولا فرق في شرط الانقطاع بين شرطه صريحاً أو شرط ما يؤدي الى انقطاعه كشرط بيعه أو اتلافه من طبقة خاصة اذ هو في قوة شرط الانقطاع عليهم، فظهر ان شرط البيع لا يكون مخالفاً لمقتضى عقد الوقف لكس يكون

باطلاً بل انما هو مناف لاطلاقه فلا موجب للحكم ببطالانه هذا بالنظر الى ما تقتضيه القواعد في شرط البيع في الوقف ، ثم ان شرط البيع يتصور على نحوين (احدهما) ان يشترط بيع عين الوقف مع حفظ ماليته في ابداله (و ثانيهما) ان يكون الشرط بيعه وصرف ثمنه في غير جهة الوقف مثل الاكل ونحوه ، وكل واحد من القسمين يكون الشرط مخالفاً لاطلاق العقد لامنائياً لما يقتضيه . اما القسم الاول فلأن تعين بقاء العين مالم يطرء مجوزيعة انما ينشأ من اطلاق حبه على البطون والتقييد رافع لاذك الاطلاق لانه مضاد مع المنشأ بالعقد نفسه كيف و إلازم عدم جواز البيع مع طرو المسوغ ايضاً ، ضرورة مضادة جوازه مع بقاء الوقف على وقفيته . ولازم ذلك بطلان الوقف بنفس طرو المسوغ ولو لم يتحقق البيع كما تقدم اختياره عن كاشف الغطاء وصاحب الجواهر قدس سرهما وقد عرفت تزييفه ايضاً ولازم بقاء الوقف مع طرو المسوغ هو عدم التنافي بين جوازه و بين الوقف فاذا لم يكن تضاد بينهما . فكما يصح تحقق جواز البيع بطرو المسوغ يصح تحققه بسبب الشرط ايضاً ، وبالجمله فلا ينبغي التأمل في عدم تنافي شرط البيع في هذا القسم ، ولا يصير الوقف بهذا الشرط من الوقف المنقطع آخره وذلك لحفظ الوقف في ابداله على ما هو المفروض .

واما القسم الثاني فهو من قبيل الوقف المنقطع آخره بسبب الشرط الذي قد عرفت اجمالاً صحته وقفاً وسيأتي تفصيله ، و ليعلم ان المنقطع الآخر يمكن ان يكون على نحوين (احدهما) ان يعلم بانقطاع آخره كما اذا وقف على جماعة آخر هم زيد الذي لازية له فمن الاول يدري الواقف بانقطاع الوقف على زيد للعلم بعقمه (و ثانيهما) ان يشك في انقطاعه كان يقف على زيد ثم على ذريته مع الشك في انه هل يحصل له الذرية

ام لا ، و الأغلب في الانقطاع هو الاخير ، و ذلك لندرة العلم بالانقطاع كما لا يخفى .

اذا عرفت هذا فاعلم ان الرواية المروية عن أمير المؤمنين صلوات الله عليه على ما هو مذكورة في الكتاب منطبقة على القاعدة على ما قررناها حيث انه (ع) شرط بيع الوقف للحسن عليه السلام معلقاً على ارادته فشرطه (ع) هذا يصير الوقف من قبيل القسم الثاني من قسمي المنقطع الآخر ، و ذلك بواسطة تعليقه على مشية الحسن (ع) فان باعه الحسن يبطل الوقف بالبيع على ما هو المختار من عدم بطلانه بنفس تحقق الجواز بل توقف ذهاب الوقف بالبيع نفسه . و ان لم يصدر منه البيع يبقى على وقفيته وينتقل منه الى البطون المتأخرة من غير اشكال ، فالرواية بما استسناه من القاعدة تحمل على معنى صحيح معمول به . وليس اشكال في تأويلها كما افاده المصنف (قدّه) بقوله من ان تأويلها مشكل ، نعم بناء على مختار صاحب الجواهر (قدّه) من بطلان الوقف بصرف جواز البيع بشكل بقاءه على الوقف و انتقاله الى البطون المتأخرة لو لم يصدر الوقف من ابي محمد الحسن عليه السلام لكن هذا اشكال على ذلك القول لا بد من توجيهه لا على الرواية و نحن لما لا نقول به ففي غنى من توجيهه و ليس الالتزام في ورود الاشكال على صاحب هذا القول بعزير ، فالمتحصل من جميع ما ذكرناه صحة شرط بيع الوقف و انه يصح بيعه عند شرطه . و لو لم يباع يبقى على وقفيته فيكون حال شرط البيع حال طر والمسوغ كما لا يخفى .

قوله (قدّه) والاقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب (النخ) اذا كان الاختلاف بين ارباب الوقف مؤدياً الى خرابه يدخل في صورة الاولى التي تقدم حكمها من جواز البيع لو حصل الاطمينان بخراب الوقف

مع عدم الراغب فى شرائه عند خرابه ، ادلا فرق فى الخراب الذى يحصل الاطمينان بحدوثه بين ان يكون عن اختلاف بين ارباب الوقف أو يكون عن سبب آخر ، وان كان الاختلاف مؤدياً الى تلف النفوس فيقع التزام بين حفظ الوقف وبين حفظ النفس . ومعلوم انه لايزاحم مع حفظ النفس شىء بل يقدم حفظه على ما عداه فيجوز بيعه (ح) ان كان حفظ النفوس منوطاً به ، وان كان الاختلاف مؤدياً الى غير تلف النفوس من تلف مال أو نحوه فلايجوز بيع الوقف لاجله لعدم مزاحمة تلف غيره معه اذ ليس فى حفظ غيره من الاموال اهمية وترجيح حتى يقدم عليه باذها به بالبيع .

فالمتحصل من هذه الصور المذكورة فى الكتاب هو جواز البيع فيما اذا ادى بقاءه الى خرابه ، اما لاجل خلف بين اربابه أو بغيره من الاسباب وفيما اذا ادى بقاءه الى تلف النفس ، وعدم الجواز فى غير هاتين الصورتين ، ولكن يمكن ان يقال ان بيعه فى صورة تأذية بقاءه الى تلف النفوس ليس داخلاً فى موارد جواز بيعه بل هذا شىء بيدولى الامر اذا اراد المصلحة فى ازالة الوقف ببيعه وليس هذا مختصاً بما اذا ادى بقاءه الى تلف النفوس بل كل مورد رأى من بيده الامر المصلحة فى تغييره مع فرض كونه ولى الامر . لا بد ان يغيره . ومعلوم ان مثله لا يعد من مستثنيات بيع الوقف كما لا يخفى فعلى هذا فلايجوز بيع الوقف فى شىء من هذه الصور المذكورة اعنى من الصورة الثامنة الى العاشرة المذكورة فى المتن .

و اما ماورد من مكتبة ابن مهزيار فلا دلالة فيها على الجواز فى شىء من هذه الصور ، فان صدرها المتضمن لبيع الخمس الذى للامام عليه السلام ليس ظاهراً فى جعل خمس الوقف له عليه السلام بل يحتمل ان يكون خمس المال الموقوفة له عليه السلام بعنوان الخمس فيبيعه باذنه من جهة كونه ملكاً

له ^{الوقف} لا من جهة كونه وقفاً عليه و ذيلها ليس ظاهراً في كون الوقف مؤبداً . بل يحتمل ان يكون من المنقطع الآخر ، ولا في انه حصل القبض الذي هو شرط صحة الوقف بل الظاهر منه حيث فرض كون الوقف بيد الواقف ، حيث يستل عن سلب إلامن من اتفاقهم بعده ، كونه قبل القبض و احتمال ان يكون بقاءه على يد الواقف لاجل كونه بنفسه ناظراً بحسب جعله فيكون تصرفه قبضاً في الوقف و ان لم يكن له ساد ، إلا انه صرف احتمال لا يصير منشاء لظهور الخبر في كون الوقف بعد القبض ، بل يحتمل ان يكون الحكم بجواز البيع لاجل كونه قبل القبض كما يحتمل . ان يكون لاجل كونه من منقطع الآخر ، وبالجمله فالرواية قاصرة الدلالة في افادة جواز بيع الوقف عند خوف تآدي بقاءه الى تلف النفس والمال .

قوله (قدمه) واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض بناء على صحته كما هو المعروف (الخ) جملة الاقوال في باب الوقف المنقطع هو ان يقال انه اما ان يقال بعدم خروجه عن ملك الواقف أولاً وعلى الثاني فاما ان يقال بعوده الى المالك بعد الانقراض أولاً ، وعلى الثاني فاما ان يقال بانتقاله الى ورثة الطبقة المنقرضة اعني الطبقة التي انقطعت بهم الطبقات ، أو يقال بوجوب صرفه في وجوه البر فالاول اعني القول بعدم خروجه عن ملك الواقف هو قول من يقول بصحته حبساً لا وقفاً ، حيث ان مقتضى بقاءه على ملك الواقف و عدم خروجه عن ملكه هو صحة ما انشأه حبساً .

والقول بخروجه عن ملكه قول من يقول بصحته وقفاً مع ما بينهم من الاختلاف من عوده الى الواقف أو الى ورثة الموقوف عليه . أو الصرف في وجوه البر ، والحق هو صحته وقفاً لا حبساً ووجوب صرفه في وجوب

البر لا يعود الى الواقف ولا الانتقال الى ورثة الموقوف عليه . اما صحته وقفا لاجباً فلان المفروض ان الواقف انشاء الوقف و انه اخراج المال عن ملكه بانشاءه وليس فى انشاءه تقييد بعدم الانقراض ، و لعله لا يدرى الانقراض ولا يصح صيرورة الانقراض المتأخر منشاء لانقلاب المنشاء بانشاء الواقف عما هو عليه من الوقف و صيرورته حبساً و هذا ظاهر بعد فرض تغاير مهية الوقف والحبس كما لا يخفى ، اذ الوقف والحبس متغايران من حيث المهية . فان الاول عبارة عن تملك العين على الوجه المخصوص والثانى عبارة عن تملك المنفعة كك ، فالفرق بينهما كالفرق بين البيع و الاجارة .

واما وجوب صرفه فى وجوه البر . فلبطلان عوده الى المالك وانتقاله الى ورثة الموقوف عليه ، اما بطلان العود الى المالك ، فلمعدم الموجب فى عوده بعد فرض صحة الوقف وخروج المال عن ملكه وصيرورة المالك اجنبياً عنه فالواقف والاجنبى بالنسبة اليه بعد خروجه عن ملكه متساويان فالقول بعوده اليه مساوق مع الالتزام بانتقاله الى الاجنبى وهو كما ترى ، و اما بطلان الانتقال الى ورثة الموقوف عليه ارنافلاًن ورثتهم انما يرثون تركتهم والمراد بتركهم هى الاموال الثابتة لهم مرسله عن التقييد بزمان وجودهم بل على نحو الاطلاق ، وحيث ان المال كان لهم على نحو الاطلاق من غير تقييد بحيوتهم فاذا ارتفع طرفيتهم عن الاضافة الى المال يقوم وارثهم مقامهم فى الطرفية للاضافة الى المال فتتعلق الاضافة بهم بعين تعلقها بالمورث من غير تغيير ومن المعلوم ان ملك الطبقة الاخيرة لا يكون مرسلأ بل هو مقيد بحيوتهم فليس لهم تركه حتى يقوم وارثهم مقامه ، ضرورة زوال الاضافة الملكية التى كانت بينهم وبين الوقف بزوالهم لمكان تقيدها بزمان حيوتهم

فلا وجه للانتقال الى ورثة الموقوف عليه ، وحيث انه بطل عوده الى الواقف او انتقاله الى ورثة الموقوف عليه ، فلا محالة يبقى على ما هو عليه من الوقف فيكون وقفا بعد انقراض الموقوف عليه ، ولما انعدم مصرفه الخاص يصير كالأموال التي لا مالك لها فيجب صرفه في وجوه البر التي هي المصروف لامثاله .

ويترتب على هذا عدم جواز بيعه مالم يطرء عليه شيء من المسوغات إلا ان يكون الانقطاع ناشئاً عن شرط الواقف ببيعته على الموقوف عليه (فح) يصح بيعه في هذا القسم من الانقراض الذى نشأ عن اشتراط البيع عند ارادة الموقوف عليه وهذا لا اشكال فيه بعد ما او ضحناه سابقاً من عدم تنافى شرط البيع مع مقتضى عقد الوقف ، و انما هو منافى مع اطلاقه لعدم التنافى بين الوقف وبين الانقطاع لا عقلاً حيث ان الدوام لم يكن مأخوذاً في مهيته وإلا لزم عدم جواز بيعه في شيء من الصور المجرى لبيعه . ولا شرعاً اذ لم يرد من الشارع ما يدل على التنافى بين الوقف على الموقوف عليه وبين انقراضه . بل الدليل على عدم التنافى موجود ، وهو الرواية المصرحة فيها بجواز البيع بالشرط .

انما الكلام فى حكم ثمنه وانه هل هو وقف يجب معاملته الوقفية معه أو انه ينتقل الى الطبقة الاخيرة التى صدر منها البيع مقتضى ما ذكرناه في وجه بطلان الانتقال الى ورثة الموقوف عليه هو الاول ، وذلك لبقاء الوقف بعد الانقطاع . ولازم ذلك بطلان الوقف بسبب البيع فى العين ، و اما المالية المحفوظة فى الابدال ، فلا وجه لبطلان الوقف فيها ، لكن المصرح فى المروى عن الكافى فى وقف امير المؤمنين صلوات الله عليه هو الثانى اذ فيه انه ان اراد الحسن عليه السلام ان يبيع نصيباً من المال ليقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه وان شاء جعله سري الملك (اى مثله) وهذا

كما ترى صريح فى جواز بيعه وصرف ثمنه لافى الوقف ، و يمكن ان يقال بأن ما ذكرناه فى وجه بطلان الانتقال الى ورثة الموقوف عليهم ، انما يتم فى ما عدى الطبقة الاخيرة التى ينقرض عليها الموقوف عليه ، حيث ان الطبقات لما كانت موجودة بعده تكون الملكية مقيدة بحيوتهم وهذا بخلاف الطبقة الاخيرة فانه لمكان الانقراض عليهم لا طبقة بعدهم فلا محالة تكون الملكية بالنسبة اليهم مرسلة غير مقيدة بزمان وجودهم ، و لازمه انتقال الوقف بعدهم الى ورثتهم و لو مع عدم البيع ايضا فى صورة الانقراض اذا كان الانقطاع تكوينياً لا بسبب اشتراط البيع .

اقول هكذا افيد ولا يخفى ما فيه اما اولاً ، فلأن المفروض بقاء الوقف بعد الانقراض و وجوب صرفه فى وجوه البر فوجوه البر فى المصرفية تقوم مقام الطبقات المنقرضة الموجبة لتقيد الملك فى الطبقة المنقرضة بزمان حيوتهم ، و اما ثانياً ، فلانه لو فرض المنع عن قيام وجوه البر فى المصرفية ، لكن صيرورة ملك الطبقة الاخيرة مطلقاً غير مقيد بواسطة الانقراض لاعمى له الإخراج الملك عن الوقف ، و صيرورته طلقاً للطبقة الاخيرة و هذا فاسد ، ضرورة انه لا يكون مطابقاً مع ما انشأه الواقف و ليس عليه وجه ما عداه كيف ولو امكن القول بخروج الوقف عن الوقفية بسبب الانقراض لكن القول بكونه حبساً أو بعوده الى الواقف على تقدير كونه وقفاً أولى كما لا يخفى وبالجملة فهذا الوجه مما لا يمكن المساعدة عليه .

قال دامت افادته : وخلاصة الكلام فى الوقف المنقطع هو ان يقال اما ببطلانه رأساً أى لا وقفاً ولا حبساً أو يقال ببطلانه وقفاً وصحته حبساً أو يقال بصحته وقفاً وعلى الاخير فاما ان يقال بعد الانقراض بعوده الى الواقف أو يقال بانتقاله الى ورثة الطبقة الاخيرة المنقرضة ، أو يقال بوجوب صرفه

-٤٠٦- في البحث عن الوقف المنقطع الآخر

في سبيل الله تعالى ، اما بطلانه رأساً فبأحد وجهين : اما بمضادة الانقطاع مع مهية الوقف بدعوى كونه بمهيته مقتضياً للتأييد ، و اما بدعوى قيام الدليل على بطلانه شرعاً وكل واحد من الوجهين فاسد ، اما الاول فلما عرفت من ان التأييد ليس من مقتضيات مهية الوقف كيف وإلزام عدم جواز بيع الوقف في مورد من موارد طرو المسوغ لبيعه و هذا كما ترى و اما الثاني فلعدم العثور على دليل يدل على بطلانه . و اما الانتقال الى الواقف أو الى ورثته عند عدمه فهو أيضاً بأحد وجهين ، اما بسبب القول بصحته حبساً الذي لم يخرج الملك به عن ملك الحابس ، بل هو باق على ملكه ، و اما الخارج منفعته في المدة التي حبسه فبالحقيقة هذا ليس عوداً اذا لم يكن لم تكن خارجة عن ملكه حتى تعود ، و اما بالانتقال اليه بعد الخروج عن ملكه بسبب الوقف بناءً على صحته وقفاً ، و لازم الاول هو الانتقال الى ورثة الواقف حين موته : و لازم الثاني هو الانتقال الى ورثته حين الانقراض ، و منشأ الاختلاف في كون المنتقل اليه هو الوارث حين الموت أو الوارث حين الانقراض هو الاختلاف في وجه صحته وانه هل يصح حبساً حتى يعود الى الحابس أو الى ورثته حين موته أو وقفاً حتى يعود الى ورثة الواقف حين الانقراض

ولا يخفى ان كلا من الوجهين فاسد ، اما الاول فلما تقدم من ان الانقراض لا يصير منشأ لقلب مهية المنشأ و صيرورته حبساً بعد ان كان وقفاً كما هو المفروض اذا الواقف انما قصد انشاء الوقف كما هو واضح ، و اما الثاني فلعدم ما يوجب انتقال العين الى الواقف أو ورثته بعد فرض خروجه عنه صحيحاً و صيرورته اجنبياً عن المال ، فيبقى من الاقوال قولان (احدهما) وجوب صرفه في سبيل الله و هذا وان كان له وجه في الجملة ، حيث ان الوقف

بعد انقراض الموقوف عليه مال انقطع عنه مصرفه فيجب صرفه في سبيل الله كما في الوصية ، لكن هذا انما يتم في الوقف المؤبد الذي طره عليه الانقطاع كما في الوقف على المسجد الذي طره عليه الخراب .

واما الوقف المنقطع الذي يكون انقطاعه ناشياً عن عدم التأيد بل جعل على طبقة منقرضة كالوقف على زيد مثلاً بلا ذكر من عقبه فلا يتم دعوى وجوب صرفه في وجوه البر بل الاوفق الى القاعدة هو القول بانتقاله الى ورثة الطبقة المنقرضة ، وذلك لان كل طبقة تملك الوقف ملكاً مؤقتاً بزمان حيوته اذا كان بعدها طبقة تنتقل اليها بعدها و اما الطبقة الاخيرة التي يقع بها الانقطاع فلا موجب لتحديد ملكها بزمان حيوتها بل انما الملك لها مرسل عن التقييد بزمان حيوتها ، ولازم ذلك هو الانتقال الى ورثتها (فج) يكون المردى في الكافي موافقاً مع القاعدة بحيث لولا الرواية لقلنا به ، ولازم ذلك هو صيرورة الوقف لمانع الطبقة الاخيرة مقيداً بزمان حيوتهم والطبقة الاخيرة ملكاً مرسلًا غير مقيد بزمان وجودهم .

لكن هذا اذا لم يكن الانقطاع بشرط البيع . والافيتوقف على البيع فالمنشا (ح) عبارة عن القدر المشترك بين المنقطع والمؤبد الذي يبيع المشروط له البيع بصير منقطعاً وبتركه البيع يصير وقفاً موبداً : ففرق بين المنقطع الذي يكون بانشاء الواقف و بين الانقطاع الذي نشأ من شرط البيع حيث ان المنشأ في الاول منقطع بنفسه وفي الثاني ينقطع بالبيع لكون المنشأ فيه هو القدر المشترك كما لا يخفى .

قوله (قده) ومن اسباب خروج الملك عن كونه مطلقاً صيرورة المملوكة ام ولد (الخ) لاشكال في المنع عن بيع ام الولد في الجملة والمنع عنه اجماعي بل بلا خلاف فيه بين المسلمين ، وانما الكلام في تنقيح البحث

في حكمه يقع ببيان أمور (الأول) ذكرها في وجه المنع عن بيعها أنه هل هو من جهة حق الله سبحانه أو حقها أو حق ولدها وإطالوا الكلام في ذلك ، و لا يخفى أنه بلا طائل وذلك لمعلومية الحكم و ان البحث عن علته (ح) بحث عن المناسبات التي تذكر بعد الوقوع كالعزل المذكورة في النحو مع ان شأن الفقيه ليس البحث عن علل الأحكام لأنها علل لثبوتها إذا كانت علة للحكم لا للتشريع ، والفقيه يبحث عن علل انبائها .

الثاني كما لا يصح بيع أم الولد لا يصح نقلها عن الملك مطلقاً . سواء كان بعقد معاوضي كالصلح و نحوه أو غيره كالهبة الغير المعاوضة ، وذلك لان الأدلة الواردة في المنع عن نقلها ولو كانت في مورد البيع إلا أنه يفهم منها عدم الاختصاص بالبيع .

و توضيح ذلك : ان الأحكام الثابتة للبيع في السنة أدلتها على اقسام (فمنها) ما لا يفهم منه التعدي عن البيع الى غيره بل ما يدل على الاختصاص بالبيع أولاً دلالة له على التعميم ، فلامحالة يقتصر في الحكم على البيع اما لاجل الدليل على عدم التعميم ، بناء على دلالة الدليل على الاختصاص أولاً لاجل عدم الدليل على التعميم ، بناء على عدم الدلالة على العموم وسكوت الدليل عن غير البيع وهذا كدليل خيار المجلس مثل قوله عليه السلام (البيعان بالخيار) فان الخيار يثبت به في البيع ولا يدل على ثبوته في غيره ، فلا يتعدى في خيار المجلس عن البيع الى غيره لعدم الدليل عليه .

ومنها ما يفهم منه التعدي عن البيع الى كل عقد معاوضي ولو لم يكن بيعاً ولا يتعدى عنه الى غير المعاوضي ، وذلك مثل التلف قبل القبض فانه ورد في البيع بأنه من مال بايعه ، لكن بعد ارتكاز العرف وكون الدين عند الناس على ضمان كل شخص لما انتقل عنه بعقد معاوضي اذا تلف عنده

قبل قبضه، يقطع بان الحكم المذكور في الدليل ليس مختصاً بالبيع بل انما يكون ذكر البيع لاجل كونه احد افراد العقد لغلبة وقوعه .

ومنها ما يفهم منه بواسطة مناسبة الحكم والموضوع التعدي عن البيع الى كل عقد ناقل ولولم يكن معاوضياً ، وذلك كما في ما نحن فيه ، حيث ان الدليل وان ورد في المنع عن بيع ام الولد ، إلا انه يقطع بأن الغرض من المنع عن بيعها ، انما هو لاجل بقائها على ملك مولاها ، فالمطلوب هو عدم الخروج عن ملك مولاها لاجل ان تنعتق على ميراث ولدها ، لا بان الممنوع هو بيعها لاجل خصوصية في بيعها وعلى هذا . فلا يصح نقلها عن ملك مولاها بالمقد الناقل مطلقاً ولولم يكن معاوضياً ، وان شئت فقل ان المنع عن بيع ام الولد نشأ عن قصور ماليتها لان برد عليها ، ، البيع وذلك لعدم كونها طلقاً والمال لا بد من ان يكون قابلاً لان يرد عليه البيع وقصور ماليتها . كما يمنع عن صحة بيعها ، مانع عن صحة كل عقدنا قل يرد عليها ولولم يكن معاوضياً ، وبعبارة اوضح في باب ضمان تلف قبل القبض كان الدليل في باب الاسباب كان مقتضاه التعدي عن مورد الدليل وهو البيع الى غيره ، وفي المقام يكون الدليل في باب قصور المالية عن البيع ومقتضى مناسبة الحكم والموضوع هو تعميم قصورها عنه الى كل عقد ناقل .

الامر الثالث لا اشكال في صدق ام الولد اذا انفصل عنها الولد بالولادة كما لا اشكال في صدقها على الحامل مع تبين الحمل وامامع عدم تبينه ففي صدق ام الولد عليها اشكال بل لا يصدق في بعض مراتبه قطعاً كما اذا لم تستقر النطفة بعد في الرحم اذ لا يصدق الحمل على النطفة قبل استقرارها فالمناط في صدق ام الولد هو انفصال الولد عنها بالولادة أو تبين الحمل لو كانت حاملاً ويدل على ما ذكرناه الصحيح المذكور في الكتاب فان قوله لا يصدق مالم يحدث عنده

حمل يدل على عدم جواز بيعها عند حدوث الحمل ، وكذا الرواية المروية عن السكوني الدالة على سعي أم الولد التي صارت مكتوبة في عنق رقبتها فإن عجزت فهي أم ولد ، و المناقشة عليها بأنها لا تدل على ثبوت الحكم بمجرد الحمل لكون زمان الحكم بكونها أم ولد بعد تحقق السعي والعجز المتوقف على مضي زمان يصير الولد حياً بولوج الروح فيه غالباً (مدفوعة) بإمكان قلة زمان السعي كاليوم واليومين و تأخر الوطئ عن المكتوبة بأن صادف آخر أيامها بحيث لم يبق لها زمان للسعي إلا قليل لا يبلغ الى زمان ولوج الروح .

الامر الرابع يعتبر في تحقق حكم أم الولد وجود ولدها فلو مات الولد تخرج الام عن كونها أم الولد وتصير طلقاً كما كانت قبل صيرورتها أم الولد وهذا ظاهر

الامر الخامس هل ولد الولد في حكم الولد في صيرورة الامة بواسطته أم الولد مطلقاً لأن ولد الولد ولد ، ألا يكون كذلك مطلقاً لانصراف الولد الى الصلبي منه ، أو يفصل بين ما إذا كان وارثاً للمولى فيقال بكونه كالولد لأن الملاك في حكم أم الولد هو انتقالها الى ولدها وعتقها منه وهو موجود في ولد الولد الوارث عن المولى ، وبين ما إذا لم يكن وارثاً فيقال بالعدم . لاجل عدم الملاك (وجوه) اقواها الاخير ، وذلك لمناسبة الحكم والموضوع وإن صح دعوى الانصراف ايضاً لكن دعواه ينفع في ماسوى مورد تحقق الملاك وهو الذي لا يكون ولد الولد وارثاً .

الامر السادس يعتبر في صدق أم الولد ان يكون الحمل في حال الملك ، فلا عبرة بماتلد من المولى قبل الملك ، ويدل عليه صريح صحيح محمد بن مارد المذكور في الكتاب ، ولا اشكال فيه . ودعوى عموم الملاك و

شموله لما صارت أم الولد قبل الملك لكون ولدها حراً يرث من ابيه (مدفوعة) بثبوت الفرق بين الصورتين ، حيث ان الامة فيما اذا كان الحمل فى الملك تصير بكلها سهماً لولدها بحيث لو لم يكن سهمه إلا بمقدار قيمة أمه لا يرث من غيرها شيئاً من التركة أصلاً . وهذا بخلاف ما اذا كان الحمل قبل الملك فانها تنتقل الى ولدها بمقدار سهم ولدها منها من مجموع التركة فتعق بمقدار سهم ولدها ويجب عليها السعى فى مقدار سهم الباقي . فالملاك ليس عاماً فى الصورتين ، ومما ذكرناه تظهر المناقشة فى منع المصنف (قده) عن هذه الدعوى بالمنع عن اطراد العلة المذكورة ، حيث يقول والعلة المذكورة غير مطردة ولا منعكسة بل الحق هو القول بعدم تحقق العلة فى الصورة المذكورة لاتسليم تحققها ثم المنع عن اطرادها كما لا يخفى .

الامر السابع يعتبر فى أم الولد ان يكون الولد منسوباً الى المولى شرعاً سواء كان عن وطى محلل او محرم بالعارض ، كالوطى فى حال الحيض أو الاحرام ، بل و لو لم يكن عى وطى كما اذا وطى امة له ثم ساحت الموطوءة مع امة اخرى للمولى والقى اللقاح فى رحم الثانية فحملت به فان الولد يلحق بالمولى ولو لم يكن وطى منه بالنسبة اليها ، واما اذا لم يلحق بالمولى شرعاً كما اذا وطى امته المزوجة الى الغير أو المحملة الى الغير فلا تصير الامة أم ولد بسببه وهذا واضح بعد فرض سلب انتساب الولد عنه شرعاً كما لا يخفى .

قوله (قده) ثم ان المنع عن بيع ام الولد قاعدة كلية (الحج) اعلم انه قام الاجماع على المنع عن بيع أم الولد مع تحقق الخلاف فى جملة من الموارد كالموارد التى عدت من المستثنيات ، فيقع الاشكال فى انه اذا كان المنع عن بيعها اجماعياً فكيف وقع الخلاف فى صغرياته ، ومع الخلاف

في الصغريات كيف يصح انعقاد الاجماع على المنع ، و نظير هذا الاشكال يرد على دعوى الاجماع على القاعدة مع وقوع الخلاف في مصاديقها .

واجيب عنه بوجوه (الاول) ان الاجماع على المنع اجماع على المقتضى من المنع عن بيعها و موارد الخلاف موارد الاختلاف في وجود المانع ، فلا منافات بين كون وجود المقتضى عن المنع اجماعياً . ومع ذلك وقع الخلاف في بعض الموارد في جواز البيع لاجل الاختلاف في وجود المانع هذا ، ولا يخفى ان هذا الوجه لا يرجع الى محصل .

وذلك لان دعوى الاجماع على المنع عن البيع لا يصح مع الاختلاف في وجود المانع اذا المنع عن البيع انما يتحقق عند وجود المقتضى للنعيم وعدم المانع عنه فصرف الاجماع على مقتضى المنع ليس اجماعاً على المنع مالم ينضم به الاجماع على عدم المانع وهذا ظاهر .

الوجه الثاني ان يكون الاجماع على المنع عن بيعها باعتبار كونها أم الولد بالعنوان الاول وما وقع فيه الاختلاف هو فيما اذا طره عليها عنوان ثانوي ، ولا منافات بين تحقق الاجماع على حكم شئى بالعنوان الاول وبين تحقق الخلاف في حكمه اذا طره عليه عنوان ثانوي كما ان الغنم حلال بالعنوان الاول وحرام بالعنوان الثانوي فيما اذا صارت موطوءة أو منذور التصديق أو نحو ذلك فام الولد يحرم ببيعها بما هي أم ولد ، لكن اذا ورد عليها عنوان ثان يختلف حكمها فقد ينعقد الاجماع على جواز بيعها في بعض الطوارئ ويقع الخلاف في جوازه في بعض آخر على ما سنوضحه .

الوجه الثالث ان يكون الاجماع على المنع من قبيل الاجماع على القاعدة التي هي المرجع عند عدم قيام دليل خاص على خلافها و موارد الخلاف انما هي موارد الاختلاف في قيام الدليل على الخلاف والقاعدة وان

كانت من الأدلة الاجتهادية إلا أنها من هذه الجهة تشبه الأصل في تقديم الدليل الخاص عليها ، وهذا الوجه بوجه يرجع الى الوجه الثاني أذ لولا الخصوصية في مورد قيام الدليل على خلاف القاعدة لما كان الدليل يقوم على خلافها فلامحالة يجب أن يكون قيام الدليل في مورد مخصوص على خلافها لأجل طريان خصوصية على ذلك المورد بها صارت مورداً لقيام الدليل على خلافها أو وقع محلاً للخلاف لكن بتغاير التقريب حصل الفرق بين الوجهين وإن كان مآلهما واحداً . وكيف كان فالجواب عن الاشكال إنما هو اجد الوجهين الأخيرين كما لا يخفى .

قوله (قده) وكيف كان فلا اشكال في الجواز في هذه الصورة (الخ) وهي الصورة التي اشترى المولى التجارية في الذمة ثم استولدها ومات ولم يكن له من التركة ما يؤدي بها ثمنها فانها تعطى بسأء ثمنها ، لكن لا لأجل كون البائع احق بماله أذا وجدته ، وذلك لاختصاصه بتركة المفلس دون الميت ، والسرفى ذلك ان المفلس لما كان حياً يرجى منه المال يكون في معرض الترقب بأن يؤدي حق غير هذا البائع الذي يأخذ عين ماله من بقية الديان بخلاف الميت ، حيث لا يرجى منه اداء حق الباقي فاختصاص البائع بماله في تركة الميت موجب لتضييع حقوق الآخرين دون اختصاصه بماله في تركة المفلس ، بل لورود النص على جوازيه ما في ثمنها كصحيح عمر بن يزيد المذكور في الكتاب وهو قوله قال قلت لابي ابراهيم عليه السلام (اسئلك عن مسألة) والظاهر من هذا التعبير انه كان في ذهنه اشكال يريد دفعه فيستأذن عنه عليه السلام في بيان الاشكال ، فقال عليه السلام سل قلت لم باع امير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه ، امهات الاولاد قال عليه السلام في فكذلك رقابهن ، الظاهر ان اللازم في الجواب عن كل مسألة ان يكون امراً ارتكازياً يدفع به شبهة

السائل لقربها الى ذهنه بواسطة الجواب ، وحيث ان الجواب بما ذكره عليه السلام اعني كون البيع في فكاك رقابهن لم يكن امراً يئتم به وسوسة السائل و لذا يكرر السؤال بقوله قلت فكيف ذلك قال عليه السلام ايما رجل (الخ) .

واقاد عليه السلام في هذا الكلام جواز بيعها فيما اجتمع فيه امور ثلاثة كون ثمن الجارية في الذمة كما يدل عليه قوله ولم يؤد ثمنها وموت المولى كما يدل عليه قوله عليه السلام و لم يدع من المال ما يؤدى عنه ، وعدم ما يؤدى به ثمنها غير ها كما يدل عليه القول المذكور وعند اجتماع الامور الثلاثة يصح بيعها وهذا هو المتفق عليه من جواز بيعها من الصور واما قوله قلت فتباع فيما سوى ذلك في دين قال لا فهو يدل على عدم بيعها في دين آخر غير ثمنها الاعلى عدم بيعها في ثمنها في غير حال موت المولى كحال حيوته .

الصورة الثانية ببيعها في ثمنها في حياة المولى لوام يكن له غيرها
ونقل عن الاكثر جوازه مستدلين بهتبر آخر عن عمر بن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام عن بيع ام الولد في الدين قال نعم في ثمن رقبته فانه بساطلاقه يدل على جواز بيعها في ثمن رقبته في حال حياة المولى ، ولكن الانصاف منع اطلاق الخبر لحال حياة المولى بل الظاهر ان نظر السائل في قوله تباع في الدين هو السؤال عن بيعها في الدين في مقابل المنع عن بيعها بالكلية والجواب عنه يعطى جواز البيع في ثمن رقبته كك في الجملة على نحو الاجاب الجزئي كيف ولو كان له اطلاق لكان يشمل حال اعسار المولى وبساره ايضاً وهو كما ترى ادلا يفهم منه اطلاق الجواز حتى مع تمكن المولى من اداء الثمن بغير بيعها لكى يحتاج الى التقييد مع ان في التعبير بقوله تباع في الدين بصيغة المجهول الظاهر في كون البائع غير المولى اشعار بكونه سئوالاً عما بعد الموت كما لا يخفى .

قوله (قده) نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه (الخ)

المانع هو المحقق التستري في المقاييس ، ومحصل ما افاده ان الدليل على المنع عن البيع هو الاجماع وهو مفقود في مورد الخلاف خصوصاً مع ذهاب معظم من المجمعين على الجواز في هذه الصورة هذا وقد تقدم وجه الجمع بين الاجماع على المنع ، وبين تحقق الخلاف في بعض الموارد من ان الاجماع منقذ على المنع بالعنوان الأول وهو المأول لولم يثبت الجواز بالعنوان الثانوي فالمنع الثابت بالاجماع هو المحكم عند الشك في طرو ما يوجب الجواز .

قوله (قده) وربما توهم معارضة هذه القاعدة (الخ)

محصل هذا التوهم ان هذه القاعدة المستفادة من الاجماع معارضة مع وجوب اداء الدين وبعد تعارضهما يرجع الى قاعدة السلطنة ، ولا يخفى ما فيه فان وجوب اداء الدين مشروط بالقدرة عقلاً و شرعاً والمنع عن بيع أم الولد رافع للقدرة عقلاً و شرعاً فهو حاكم على وجوب اداء الدين برفع موضوعه وقاعدة السلطنة جارية في الملك المطلق اذ ليس للانسان سلطنة على الملك الذي لا يكون طلقاً و دليل المنع عن البيع برفع الطولية فلا يمكن اثبات جواز صرفها في الدين بعموم السلطنة كما لا يخفى .

قوله (قده) وبالجمله فبعد منع ظهور سياق الرواية فيما بعد الموت

لاشكال في رجحان دلالتها (الخ) لا يخفى ان المنع عن ظهور الرواية فيما بعد الموت لا يجعلها ظاهرة في الاطلاق حتى يتمسك باطلاقها بل تصير مجملة (ح) فصرف المنع عن ظهور سياقها فيما بعد الموت لا يكون وجهاً لظهورها في الاطلاق والحق انه لا اطلاق للرواية كما قد مناه .

ثم على فرض تسليم اطلاقها فظاهرية دلالتها على دلالة رواية

ابن مارد على رد المنع ممنوع بل الامر بالعكس ، وتوضيح ذلك ان النسبة بين هذه الرواية وبين رواية ابن مارد كما افاده المصنف هي العموم من وجه ، وذلك لاطلاق المنع في رواية ابن مارد بالنسبة الى البيع في الدين في ثمنها وغيره مع صراحتها في كون البائع هو المولى ، واطلاق هذه الرواية بالنسبة الى كون البائع هو المولى وغيره بناء على المنع من ظهورها فيما بعد الموت ، وصراحتها في كون البيع في ثمن رقبتها فهذه الرواية مختصة بالبيع في ثمن رقبتها واعم من كون البائع هو المولى أو غيره ، ورواية ابن مارد اخص من حيث كون البائع هو المولى واعم من حيث كون البيع في ثمن رقبتها : فيقع بينهما التعارض في بيع المولى في ثمن رقبتها ، حيث ان مقتضى هذه الرواية هو الجواز ، ومقتضى رواية ابن مارد هو المنع هذا هو محصل تقرير التعارض بينهما بالعموم من وجه ، ووجه ارجحية هذه الرواية على رواية ابن مارد كون دلالة هذه الرواية على جواز البيع في ثمن رقبتها بالنصوصية بخلاف رواية ابن مارد حيث ان دلالتها على المنع عن البيع في ثمنها بالاطلاق .

ولا يخفى ان منشاء التعارض ليس هو اطلاق رواية ابن مارد في الدلالة على المنع من بيعها في ثمنها حتى ينال بأظهرية رواية عمر بن يزيد عنها بل المنشأ هو نصوصية دلالتها في المنع عن بيعها من المولى فهي بالنسبة الى المنع من بيعها عن مولاهما اظهر فتقدم على رواية عمر بن يزيد لاظهريتها في مورد التعارض .

قوله قد رد وان دفاع التوهم بكلا وجهيه واضح (الخ)

اما الوجه الاول . فلان اطلاق الرواية الثانية لعمر بن يزيد شمولي لا بدلي ولا يحمل الاطلاق الشمولي على المقيّد كما اذا اورد اكرم العالم واريد منه

الاطلاق الشمولى الذي هو فى قوة قوالمك اكرم كل عالم وورد اكرم زيدا العالم فانه لا يحمل المطلق على المقيد ، اذ لا منافاة بين ان يكون كل عالم واجب الاكرام وبين ان يكون زيدا العالم واجب الاكرام ، بل كون كل فرد من العالم واجب الاكرام ، يقتضى وجوب اكرام زيدا العالم ايضا هذا .

ولا يخفى ما فيه فان عدم حمل الاطلاق الشمولى على المقيد وان كان صحيحاً ، لكن لا مطلقاً بل فيما اذا لم يكن المقيد مأخوذاً بقيود ، احترازية وإلا فيقع التنافي بينهما الموجب للحمل ، وما نحن فيه من هذا القبيل لان قوله **لا يخلو** ايما رجل اشترى جارية و لم يؤد ثمنها ولم يدع مالا (الخ) ظاهر من سياق الكلام ان الامور الثلاثة اعنى كون الاشتراء بالذمة وموت المولى وعدم وفاء ماله باداء ثمنها من القيود الاحترازية الموجبة لانتفاء الحكم عند انتفائها فلا محيص الا عن الحمل كما لا يخفى .

واما الوجه الثانى فوجه ضعفه هو ما تقدم من ان ذيل الخبر الاول يدل على نفى جواز بيع الامة فى غير ثمنها من ديون المولى لاعلى نفى الجواز فى ثمنها فى غير حال موت المولى ، فقد تحصل مما قدمناه ان التحقيق عدم اطلاق الرواية الثانية لعمر بن يزيد لحال حياة المولى وعلى فرض اطلاقها فهي مقيدة بالرواية الاولى الدالة على تخصيص الحكم بحال موت المولى وانها مغالطة برواية ابن هارث بالعموم من وجه ويتساوى ان لو لم تقل باظهارية رواية ابن هارث .

ونريد توضيحاً فى بيان عدم اطلاق الرواية الثانية ان دلالة المطلق على الاطلاق يكون بالوضع عند المشهور و باجراء مقدمات الحكمة من كون المولى فى مقام البيان وغيره من المقدمات عند المحققين وعلى مذهب التحقيق لا بد فى احراز الاطلاق من احراز كون المتكلم فى مقام البيان و

عدم كونه في مقام البيان تارة يكون لاجل كونه في مقام اصل التشريع كما في اقيموا الصلوة واخرى لاجل كون الكلام مسوغاً لبيان حكم آخر مثل وكلوا مما امسكن المسوق في مقام بيان حلية اكل الصيد الذي اصطيد بالكلب المعلم لافي مقام طهارة موضع عضه ، واماناً على مذهب المشهور فلا حاجة الى احراز كون المتكلم في مقام البيان بل اللفظ بالوضع يدل على الاطلاق .

اذا علمت ذلك فنقول الرواية الثانية سؤالاً وجواباً ظاهرة في كون المراد هو بيان اصل جواز بيع أم الرلد حيث يسئل السائل عن أم الولد تباع في الدين ويوجب الامام بقوله (نعم) في ثمن رقبتها وليس هذه القضية سؤالاً وجواباً مسوقة لبيان كيفية بيعها في ثمن رقبتها ولا لها اطلاق يشمل حالتى حيوة مولاهما وموته لعدم كونها صادرة لتلك الجهة ولعل المشهور اللذين استدلوا باطلاقها على جواز البيع في حال حيوة المولى يكون نظرهم في الاستدلال الى ما هو مبناه في الاطلاق من كون دلالة المطلق عليه بالوضع وعليه فاستدلوا لهم متين على مبناهم إلا انه لا يصح المساعدة معهم بعد الخلاف معهم في المبنى كما لا يخفى مع أنه على فرض المساعدة ايضاً لا يمكن الاخذ بهذا الاطلاق مع تعارضه بالخبرين المتقدمين اعنى الرواية الاولى لعمر بن يزيد ورواية ابن مارد على ما بيناه

قوله (قد ه) ثم على المشهور من الجواز (الح) لا اشكال

في جواز بيعها في ثمن رقبتها لو لم يكن للمولى مال يفي بثمنها مطلقاً لا مما عدى المستثنيات ولا منها كما انه لا يباع في ثمنها اذا كان للمولى مال مما عدى المستثنيات واما اذا كان له مال يفي بثمنها لكن من المستثنيات . ففي جواز بيعها (ح) نظراً الى انه ليس للمولى مال يمكن اداء ثمنها منه اذا مال الذي من المستثنيات لا يصرف في الدين أو انه لا يباع لوجود مال للمولى يفي

بثمنها ولو كان من المستثنيات . فالأمر يدور بين بيعها وصرفها في ثمن رقبته
المقتضى لرفع اليد عما يدل على منع بيعها ، وبين صرف المال المستثنى
في ثمنها ، والثاني مقدم لكون المال المستثنى طلقاً يجوز صرفه بالبيع و
نحوه بخلاف أم الولد حيث أنها ليست طلقاً (وجهان) مختار المصنف
هو الأول و قال الأستاذ دامت أفاضاته بالآخر وذلك لما ذكر من كون
المستثنيات ملكاً طلقاً يجوز بيعها فيقدم في مقام البيع على ما ليس طلقاً .

قوله (قد) ثم أنه لا فرق بين كون ثمنها ديناً للبائع (الخ)

اعلم أن كون ثمن الأمة على ذمة المولى يتصور على انحاء (أحدها) أن
يشترى الأمة بالذمة ولم يؤد من ثمنها شيئاً و طئها فصارت أم ولد ولم
يكن له مال غيرها وهذا هو القدر المتيقن المتفق عليه من جواز بيعها
في ثمنها عند موت المولى قطعاً أو مع حيوته عند المشهور حسبما تقدم
مع تزييفه .

و ثاليها أن يستدين المولى شيئاً فيشتري به الجارية ولم يكن له
مال يفي بدينه الذي استدانته لشراء الجارية غيرها (وثالثها) أن يشتري الأمة
في الذمة ثم استدان ديناً وأدى ثمنها ولم يكن له مال يؤدي ما استدانته
لتأدية ثمنها غيرها فهل تباع الأمة في هاتين الصورتين لأجل كون الدين
في ثمنها ، أو لا تباع لأن الدين ليس ثمنها و إن كان لأجل ثمنها ، أو يفصل
بين الصورتين بالقول بجواز بيعها فيما استدان الثمن و اشتراها به و عدم
جوازه فيما لو اشتراها في الذمة ثم استدان ديناً وأدى ما في ذمته من الثمن
مختار المصنف (قد) هو الآخر ، والحق هو الثاني وذلك لأن النص دل على
جواز بيعها في ثمنها والثمن عبارة عما يقع مدخول الباء المقابلة في قوله بعثك
هذا وهذا ومن المعلوم أن في البيع بالنقد لم يكن الثمن في الذمة و ما

هو استقر فى ذمته ليس ثمننا كما لا يخفى ، ثم لو قلنا بجواز بيعها فيما اذا استدان الدين لاجل شرائها كان اللازم القول بجوازه لو استدان بعد البيع لاجل الوفاء بما فى ذمته من الثمن فلا وجه للتفصيل اصلاً .

قوله (قده) وفى الحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن (الخ) أعلم ان القدر المتقين من جواز بيع الامة فى ثمن رقبته ما كان نفس ثمنها فى ذمة المولى ولم يكن له مال غيرها واما لو كان قدادى الثمن أو كان له مال يفى بأداءه وقد شرط عليه فى ضمن العقد اداء مال آخر غير الثمن كالانفاق على البائع مدة معينة ولم يتمكن من الوفاء به وليس له مال غير الجارية يمكن به الوفاء بالشرط ، فهل تباع الامة لاجل الوفاء بالشرط لكون الشرط كالبيع فى ان له قسطاً من الثمن فيكون كما لم يرد الثمن ، أو انها لا تباع لان الشرط ليس من الثمن لان الثمن عبارة عما يجعل عوضاً ويدخل تحت الباء المقابلة والشرط ليس كك و ان كان من شأنه تفاوت ما يبدل بازاء العين وهذا معنى ان له قسطاً من الثمن وهذا هو الاقوى كما لا يخفى و لو كان بيع الجارية خيارياً فاختار البائع الفسخ بعد ان صارت الامة ام ولد و لو حيث ان الاستيلاد مانع عن استردادها ينتقل بعد الفسخ الى القيمة كما اذا ارهنها المشتري و (ح) اذا لم يتمكن المشتري من اداء قيمتها و لم يكن له مال غيرها فهل تباع فى قيمتها أم لا (و جهان) من ان يبيعها فى قيمتها بيع فى ثمنها و لو منع من كونه كك موضوعاً فلا اقل من كونه كك حكماً وملاً اذا القطع حاصل بعدم الفرق بين البيع فى ثمنها او البيع فى قيمتها لكون المالك فى الاول هو انتفاء ما يدفع به ثمنها عند المولى حيث ليس له سواها ومن ان الاقتصار على النص فى الخروج عما استفيد من الاجماع هو الحصر على بيعها فى ثمنها و عدم التعدى عنه الى مورد آخر وهذا هو الاقوى و ذلك لان تعلق القيمة بذمة المشتري المفسوخ عليه ليس لاجل معاوضة جديدة بينه و

بين البائع بل انما هو لأجل الضمان الناشئ من قبل اليد حيث انه اتلف مال الغير بوطيه فيضمن ما اتلفه و الحكم باجراء الربو فيه لا يدل على كونه من باب المعاوضة بل لأجل ثبوت الربو فى باب الغرامات كما حقق فى محله فالقيمة التى تجب على المشتري اجنبى عن الثمن ولا يصدق عليه الثمن بوجه من الوجوه حتى يباع الامة فى قيمتها كما لا يخفى .

قوله (قده) واما بيعها فى دين آخر الخ اءلم ان مقتضى اطلاق مفهوم مقطوعة يونس هو جواز بيعها فيما اذا كان على المولى دين و لو فى غير ثمنها حيث ان قوله (ع) وان كان لها ولد وليس على الميت دين فهى للولد لكن بعد الغض عن كونها مقطوعة ، لكونها من يونس الذى من اصحاب الاجماع و يصح ما صح عنه و لو كانت مقطوعة ، تقيد بصحيحة ابن يزيد المتقدمة النافية لبيعها فى غير ثمنها لأخصية تلك الرواية عنها لكون النسبة بينهما بالاطلاق والتقييد كما لا يخفى .

قوله (قده) ولعل وجه تفصيل الشيخ الخ مبني فتوى الشيخ بجواز بيعها عند استغراق الدين هو عدم الانتقال الى ولدها (ح) لكى تعتق فلا مانع (ح) من صرفها فى الدين و مبنى المنع عن بيعها هو الا انتقال الى الوارث و ان كان يجب عليه تأدية دين الميت و حيث ان الامة تعتق بالانتقال فلا يمكن صرفها فى الدين .

قوله (قده) وعن تكاح المسالك (الخ) دعوى صاحب المسالك (قده) منحلة الى امور (الاول) ان التركة تنتقل الى الورثة مطلقاً حتى مع استغراق الدين وهذا هو الاقوى كما حقق فى محله (الثاني) ان الوارث مهجور عن التصرف فيما انتقل اليه بالارث اما مطلقاً او فى مقدار ما يقابل الدين (الثالث) انه تعتق أم الولد من نصيب ولدها لا انتقالها اليه وان الولد لا يملك أمه بل تعتق عليه بعد الانتقال (الرابع) انه يلزم على الولد قيمة ما اعتق عليه

من نصيبه منه بدون ما يعتق عليه من نصيبه من سائر التركة وما يعتق منها بالسراية فيما زاد من نصيبه من مجموع التركة .

وتحقيق ذلك على وجه أبسط يتوقف على بيان حكم عتق المملوك على من يعتق اليه أولاً ، ثم تعقيقه بخصوص عتق أم الولد ، فنقول عتق المملوك على من يعتق اليه ، أما يكون باختيار ممن يعتق اليه ، وذلك إما باختياره لعتقه كما إذا اعتق شقصاً ممن يعتق عليه . أو باختياره السبب الموجب لاعتقائه عليه ، ولولم يكن يريد أن يعتقه ، كما إذا اشترى شقصاً من إيه مثلاً أو غيره ممن يعتق عليه ، أرى يكون بغير اختيار منه لإرادة منه لعتقه ولا بسببه المؤدي اليه كما إذا ورث شقصاً من يعتق اليه ، وحكم هاتين الصورتين هو سراية العتق إلى ما عدى ما اعتق عليه من سهام سائر الشركاء ولا بد من اغترام سهامهم بالقيمة ، لكن تختلف الصورتان في المغترم ففي الصورة الأولى تجب القيمة على من اعتق عليه اذ هو الموجب لاعتق سائر السهام باختياره عتق شقصه أو السبب المؤدي اليه وفي الصورة الثانية تكون القيمة على المعتق نفسه يسعى به على ما هو المشهور وعليه رواية معمول بها وقيل تكون قيمة نصيب الباقيين على من اعتق عليه في هذه الصورة أيضاً وعليه رواية متروكة .

ثم إن معنى اعتق نصيب من عدى من يعتق عليه وجوب أداء قيمته على المملوك نفسه بالسعى به . هو ثبوت حق اعتقائه له بأداء القيمة ، فكلما يؤدي من القيمة إلى أرباب الانصباة يعتق منه بقدره لأنه يعتق سهامهم بعد اعتق مقدار نصيب من يعتق عليه دفعة ، وينتقل قيمة سهامهم إلى ذمته بعد الاعتق نحو اشتغال ذمة الأحرار بالديون ، وذلك لأن الدليل على سراية العتق إلى بقية المملوك لا يدل على أزيد من أن له اعتقائه بأداء القيمة ولولم يرض به أرباب السهام بل يكون قهراً عليهم لأنه يعتق

قبل تأدية القيمة بمجرد عتق شقص منه فيتعلق ذمته بقيمة ما يعتق منه فإن هذا امر زائد عن اعتناقه بالسراية يتوقف اثباته على الدليل المفقود في المقام هذا كله في غير أم الولد ممن يعتق على من ينتقل اليه ، ومحصله هو اعتناق نصيب من انتقل اليه بالانتقال ، واعتناق ما عداه بالسراية وتكون قيمة ما اعتق منه بالسراية عليه يسعى به سواء كان لمن انتقل اليه نصيب من غيره من ساير التركة أم لا .

واما في أم الولد فتزيد زيادة ، وهي انه لو كان للميت تركة ما عداها يرث منها ولدها بمقدار نصيبه من ساير التركة بازاء أمه فينتقل من أمه اليه من سهام شركائه فيها بازاء انتقال سهمه من ساير التركة الى شركائه فإن وفي نصيبه من مجموع التركة قيمة أمه تنتقل اليه امه بتمامها فلا عتق بالسراية (ح) وإلا فبمقدار ما يوفي نصيبه من مجموع التركة ويسرى العتق في الباقي و يجب على الام ان تسعى بها . وهنا يعتق منها من نصيبه من مجموع التركة يكون من مال ولدها ويفوت عنه و اذا كان نصيبه من مجموع التركة بقدر قيمة الام فكانه زال تمام ما ورثه من ابيه وتلف عليه بانتقاله اليه ويكون التلف في ملكه ، هذا اذا لم يكن للميت دين مستغرق واما مع الدين المستغرق لجميع تركته فهو يمنع عن اعتناق غير أم الولد على من يعتق عليه ، فاذا كان في التركة مملوك يعتق على بعض الورثة . فلا يعتق منه شيئا مطلقا لا بقدر نصيب من يعتق عليه من الوارث ولا بقدر نصيبه من سائر التركة ، سواء قلنا ببقاء التركة على حكم مال الميت مع الدين المستوعب أو قلنا بانتقالها الى الوارث اما على الاول فواضح ، ضرورة عدم انتقال المملوك (ح) الى الوارث حتى يعتق عليه ، واما على الاخير فلأن المملوك وان انتقل الى من يعتق عليه إلا انه يكون مع تعلق حق الديان به في رتبة الانتقال الى الوارث كما سنوضحه ، وهو يمنع عن

الاعتناق هذا كله فى غير أم الولد .

واما حكم أم الولد مع الدين المستغرق فبالنسبة الى نصيب ولدها منها تنتقل الى الولد وتعتق عليه وتكون قيمة نصيب الولد منها على الولد وبالنسبة الى نصيب ساير الورثة منها لا تعتق على الولد فلا يقوم ما زاد من نصيبه منها عليه سواء كان للميت تركة غيرها أو لم يكن كان نصيبه من مجموع التركة بقدر قيمة الام أو ازيداً وانقص ، فهنا دعويان (احديهما) اعتناق خصوص نصيب الولد من امه على الولد ويجب على الولد ادا قيمته ما اعتق منها من نصيبه (وثانيهما) عدم اعتناق ما عدى أم الولد ممن يعتق بالانتقال على من يعتق عليه وعدم تقويم ما عدى نصيب الولد من أمه عليه سواء كان للميت تركة غير أم الولد أم لا وعلى فرض وجود تركة غير أم الولد كان نصيب الولد من مجموع الام والتركه بقدر قيمة الام أم لا .

اما الدعوى الاولى فتقيحها بتوقف على بيان امور (الاول) ان الجمود على ظاهر قوله (ع) لانباع أم للولد فى غير ثمن رقبتها هو اختصاص الفى فيه بالبيع فى غير ثمنها و بعد تعميم البيع الى كل نقل يدل على عدم جواز المعاملة عليها فى غير ثمنها ، و هل هى (ح) من المستثنيات حتى لا يؤخذ قيمتها فى الدين ايضاً فتكون كالدار التي من المستثنيات فى الدين حيث لا تصرف فى الدين عيناً ولا قيمة . أو انها لا تصرف عينها فى الدين ، و لكن تصرف قيمتها فيه (احتمالان) مقتضى الجمود على ظاهر الخبر هو الاخير حيث انه يدل على المنع من بيعها فى الدين من غير تعرض فيه بالنسبة الى قيمتها ويمكن ان يستظهر منه الاول ، وذلك بدعوى كون ذكر البيع فى الخبر فى مقام نفي الجواز من باب المثال من قبيل ذكر الخاص و ارادة العام فمعنى ان أم الولد لا تباع فى غير ثمنها أى لا تصرف فى غير ثمنها

بوجه من الوجوه لا بالبيع ولا بغيره من اعطاء قيمتها فيكون كناية عن كونها من المستثنيات و هذا المعنى و ان لم يكن بعيداً عن الخبر بحسب الفهم العرفى كما ان التعدي عن خصوص البيع الى مطلق النقل كان كذلك إلا ان الاصحاب لم يفهموا منه ذلك ولم يقولوا بكونها من المستثنيات بعد منعهم من بيعها فى غير ثمنها .

و لعل المنشاء فى عدم ذهابهم الى هذا المعنى الغير البعيد هو تعلق حق الورثة بها الذى هو متأخر عن تعلق حق الديان ، ولذلك يجب اداء قيمة سهامهم منها . اما من نصيب ولدها من ساير التركة لو وفى نصيبه منها بقيمة سهامهم من أمه ، و اما انه يجب عليها السعى به بعد العتق . أو يجب على ولدها على القولين المتقدمين لو لم تكن تركه غيرها أو كانت تركة غيرها ، ولكن لم يكن نصيب الولد من باقى التركة و اياً بقيمة سهام ساير الورثة من أمه و اذا كانت قيمتها متعلقة لحقهم المتأخر عن تعلق حق الديان فتعلق حق الديان بها أى بقيمتها يكون أولى و كون ذكر البيع فى مقام نفى الجواز فى قوله **فلا** (لاتباع أم الولد فى غير ثمنها) من باب ذكر الخاص و ارادة العام و ان كان ممكناً غير بعيد فى نفسه إلا انه يحتاج الى دلالة قوية منتفية فى المقام بقرينة تعلق حق الوارث بها المتأخر عن حق الديان و على هذا فالمتعين عدم سقوط حق الديان عن قيمتها و عدم كونها من المستثنات .

الامر الثانى ان ما ينتقل منها الى و لدها من مقدار نصيبه منها ينعق لان غيبتها لمالاتباع فى دين مولاهما يكون طلقاً عن حق الغراء و اذا انتقل الى و لدها بلأن يكون حق من الديان على عينها ينعق عليه لعدم المانع عن اعتنا قهاح ضرورة فرض طلقية عينها عن تعلق حق الديان بها

الامر الثالث ان قيمة ما ينعقد منها من نصيب ولدها تكون على الولد لان التلف وقع في ملكه ، فهو الضامن لما يتلف عنده من حق الديان . فعدم جواز بيعها في الدين اوجب سقوط حق الديان عن عينها المقتضى لانعقادها بواسطة الانتقال الى ولدها وعدم كونها من المستثنيات اوجب تعلق حق الديان بقيمتها ، وكون التلف في ملك الولد ، اوجب ضمان قيمة ما ينعقد من نصيبه منها عليه ، ولا وجه لتوهم وجوب السعي عليها في هذا المقدار من قيمة نصيب ولدها منها . ولا يتردد الامر بين اجارتها مدة يوفى قيمة نصيبه منها بل المتعين هو كون القيمة على ولدها ، وهذا هو المتحصل مما نص عليه في المسالك ولا غبار عليه اصلاً .

واما الدعوى الثانية وهي التي لازم مدلول كلام المسالك حيث خصص ما يجب على الولد بخصوص قيمة نصيبه منها الدال على ذهابه الى عدم وجوب قيمة سهام بقية الوارثين على ولدها سواء كانت تركة اخرى أولاً ، كان نصيب الولد من مجموع التركة وافياً بقيمة الأم أم لا ، فائباتها ايضاً يتوقف على بيان امور (الاول) ان ما عدى أم الولد من بقية التركة (سواء كان ممن ينعقد على الوارث أولاً كما اذا كان غير المملوك أو المملوك الذي لا ينعقد بالانتقال الى الوارث مثل الاجنبي) لما جاز بيعه في الدين يكون عينه كقيمته متعلقاً لحق الديان .

الثاني ان موت المورث المدينون علة لتحقيق امرين مترتين عليه في رتبة واحدة وهما ، انتقال التركة الى الوارث ، وتعلق حق الديان الى التركة ، حيث ان الدين الثابت في ذمته يتعلق بتركته بحيث تصير التركة مخرجاً لدينهم كالرهن ، وذلك لعدم اعتبار الذمة للميت حتى يعتبر بقاء الدين في ذمته . ولذا يصير جميع ديونه المؤجلة حالاً بالموت ، واذا كان هذان

المعلولان في رتبة واحدة فالتركة تنتقل الى الوارث مع وصف تعلق حق الديان بأعيانها .

الثالث ان الانعتاق على الوارث يكون في الرتبة المتأخرة عن الانتقال اليه حيث ان الانتقال على من ينعتق اليه يكون منشأ لانعتاق وتعلق حق الديان كان في رتبة الانتقال المتقدم على الانعتاق ، ويترتب على هذه الامور . عدم انعتاق ماعدى نصيب الولد من أمه عليه بسبب الانتقال لافيما اذا لم تكن تركة سواها و لافيما اذا كانت تركة غيرها ، اما على الاول : فواضح حيث ان عتق ماعدى نصيب الولد منها (ح) يكون بالسراية يجب على الام نفسها ان تسعى به ، لا على الولد كما عرفت واما مع وجود تركة غيرها فلتعلق حق الديان بأعيانها الموجب للمنع عن انعتاق الام بمقدار ما يفي من قيمتها نصيب ولدها من ساير التركة لان ساير التركة وان انتقلت بالموت الى الوارث لكن استقلالاً في رتبة تعلق حق الديان بها ، فكما ان تعلق حق الديان بمملوك : لا يكون أم الولد . يمنع عن انعتاقه على من ينعتق عليه بعد انتقاله اليه كذلك انتقال بقية التركة مع تعلق حق الديان بها يمنع عن انعتاق الام بما يفي من نصيب ولدها من تلك التركة ، وعلى هذا فلا مجال ، لتوهم كون قيمة ما عدى نصيب ولدها منها على ولدها .

واذا كان مال الميت مائة دينار مثلاً وكان نصفه وهو الخمسون قيمة أم الولد وخمسون منه من ساير التركة وكان له دين مستغرق بمقدار المائة وورثه ابنان احدهما ولد أم الولد ، فلولد أم الولد من امه نصفها وهو خمسة وعشرون ومن ساير التركة ايضاً نصفها وينتقل الى الولد نصف أمه الذي هو نصيبه منها ولو لا الدين لكان نصفها الآخر ايضاً منتقلاً اليه بأزاء نصيبه من ساير التركة فتصير الام منعقاً بالانتقال اليه بأجمعها . نصفها باعتبار

كونه نصيبه منها ونصفها باعتبار كونه نصيبه من سائر التركة ، وأما مع الدين فالأم لا تنتقل إلى ولدها بأجمعها بل يختص الانتقال بنصفها الذي هو نصيبه منها وأما نصفها الآخر الذي بازاء نصيب ولدها من سائر التركة فلا تنتقل إلى ولدها لتعلق حق الغرماء بما يكون بازائه من سائر التركة فيمنع عن انتقال الأم بما يقبى نصيب ولدها من هذه التركة وإنما يعتق الأم أعني نصفها الآخر بالسراية لا بالانتقال ، فمقدار نصيب الولد من أمه طلق ينتقل إليه انتقالاً موجبا للانعقاد و مقدار نصيبه من سائر التركة متعلق بأعيانها لحق الديان الموجب للمنع من انتقال ما يحاذيه من أم الولد على الولد حتى يعتق عليه بالانتقال فللديان مطالبة الوارث بعين سائر التركة لو امتنعوا عن أداء الدين من غيرها فحال سائر التركة حال ما عدى أم الولد ممن يعتق على الوارث والمالك فيهما واحد وهو يمنع حق الديان عن انعقاده و انعقاد ما يحاذيه من أم الولد على الوارث بالانتقال ، فتحصل وجه اختصاص دعوى صاحب المسالك ، ما يقوم على ولد أم الولد بخصوص قيمة مقدار نصيبه من أمه دون سهام سائر الورثة كما أوضحناه .

وهما ذكر ظهران مبنى اشكال صاحب المسالك على الشيخ (قدس سرهما) هو القول بانتقال التركة إلى الوارث ادعى القول بالانتقال يعتق نصيبه من أمه بالتفصيل المتقدم . كما ان بناء كلام الشيخ في الحكم بجواز بيعها في الدين المستغرق على عدم الانتقال وظهر الفرق بين العتق بالسراية وبين العتق بالانتقال بكون القيمة على الولد في الثاني دون الاول ومحصله ان في العتق بالسراية تكون القيمة بازاء ما تختار الأمة نفسها من اعطاء القيمة لكي تعتق على حسب ما تعطى فكانها تشتري نفسها من مولاهما بحق لها في ذلك فلا محالة تكون القيمة عليها وهذا بخلاف ما يعتق منها بالانتقال

الى ولدها فانها بمالها من المالية تنتقل الى ولدها فيتلف مالتها بالعق
فى ملك ولدها فيتعلق حق الدين بقيمة على ولدها لوقوع التلف فى ملكه
هذا تمام الكلام فى توضيح اشكال الشهيد على الشيخ .

قوله (قدّه) وربما انتصر للمبسوط (النخ) المنتصر هو صاحب
المقاييس (قدّه) وقد اورد على المسالك فى اعتراضه على الشيخ باهوار اربعة
(الاول) ما اشار اليه بقوله اولاً بأن المستفاد مما دل (النخ) وحاصله الاشكال
على المسالك فى حكمه بالاعتاق سهم الولد من أمه بالانتقال اليه وانه يلزمه
قيمة ما يعتق منها عليه من نصيبه وهذا الاشكال كما ترى ينحل الى امرين
(الاول) المنع عن كون الانتقال مع الدين المستغرق موجباً للانعقاد ، و
ذلك لان المستفاد من دليل عتق أم الولد من نصيب ولدها . هو ما اذا كان
الانتقال اليه من جهة الاستحقاق بلا عوض بل مجاناً ، لا مثل المقام الذى
لا يستحقه الولد لمكان وجود الدين المستغرق ، فلا يكون هذا الانتقال
موجباً للانعقاد . لاختصاص الانعقاد بالانتقال الذى لا يلزمه غرامة و كان
على وجه الاستحقاق (الثانى) ان مورد التقويم على الولد هو قيمة حصص
ساير الورثة من أم الولد لقيمة نصيب ولدها منها لان مورد التغريم بالانعقاد
انما هو فى باقى الحصص من سهام ساير الورثة اذا لم يف نصيب الولد من
مجموع التركة بقيمة أمه فانه يسرى العتق الى الام جميعها فيجب اعطاء
قيمة باقى الحصص اما على الولد من ماله أو على الام تسعى بها لعدم وفاء
نصيب ولدها من التركة حتى يخرج قيمة ساير الحصص من الام من نصيبه
مما عداها من التركة .

واشار الى الثانى بقوله (وثانياً) بان النصيب اذا نسب الى الوارث (النخ)
وحاصله ان منشاء الحكم بانتقال التركة الى الوارث مع استغراق الدين

هو التفتي عن الالتزام ببقائها على حكم مال الميت لكونه مستلزماً للقول ببقاء الملك بالمالك ، وإلا فمع صحة الالتزام ببقاء الملك بالمالك كان اللازم هو القول ببقاء التركة على حكم مال الميت وهذا النحو من الانتقال لا يوجب الاعتناق هذا ولا يخفى أن هذا ليس اشكالاً على حدة بل هو إعادة لجزء الأول من الاشكال المتقدم وأنه بيان لوجهه اعني وجه كون الانتقال لا على وجه الاستحقاق .

واشار الى الثالث بقوله وثالثاً ما ادعاه من الاعتناق (الخ)

و حاصله ان هذا الانتقال مع انه لا يكون على وجه الاستحقاق لو صار منشأ للاعتناق لكان الوقف على من يمتق عليه ايضاً موجباً له بناء على صحة الوقف على من يمتق عليه وان الوقف تملك على الموقوف عليه ، مع انه مستلزم لبطلان الوقف بالاعتناق فيلزم من وجوده عدمه وهذا الاشكال ايضاً من تبعات الجزء الأول من الاشكال الأول اعني دعوى كون الانتقال لا على وجه الاستحقاق ، حيث ان الانتقال على من يمتق عليه مع تعلق حقوق ساير البطون بعين الوقف يكون نظير انتقال التركة الى الوارث مع تعلق حق الديان بها .

واشار الى الرابع بقوله و رابعاً انه يلزمه على كلامه (الخ) و

حاصله ان ملاك ضمان الولد لقيمة نصيبه من أمه اذا كان هو انتقال نصيبه منها اليه الموجب لاعتناقه عليه مع الدين المستغرق لوجهه للتخصيص بخصوص قيمة نصيبه منها بل يجب القول بكون قيمة جميعها عليه اذا كان نصيبه من مجموع الام و ماعداها يفي بقيمتها سواء كان الدين مستغرقاً أم لا و سواء زاد نصيبه من الجميع لقيمتها أو ساواها و على فرض الزيادة كان الباقي منه بعداء الدين مساوياً بقيمتها لافي صورة عدم استغراق الدين ،

و ذلك لانه مع و فاء نصيبه من مجموع التركة ينتقل اليه أمه بأجمعها في مقابل نصيبه من سائر التركة و المفروض ان ملاك الانعتاق هو الانتقال و هو متحقق في مفروض المقام بالنسبة الى جميع الام فلا وجه للتخصيص بخصوص نصيب الولد منها فان لم يبق بعد اداء الدين من نصيبه من اصل التركة شيئا فلا شيء حتى يرثه الولد (ح) وذلك في الدين المستوعب وان بقي من نصيبه شيئا بعد اداء الدين وذلك في الدين الغير المستغرق فيعطى الولد ما بقي من نصيبه من التركة سواء كان الباقي بقدر قيمة أمه أم لا هذا اذا كان نصيبه من مجموع التركة فيبقى قيمة أمه و كذا اذا كان نصيبه من اصل التركة انقص من قيمة أمه ولم يكن وافياً بشمام قيمتها بل كان بمقدار ثلثها أو ربعها أو نحوهما فانه لا وجه لاختصاص التقويم على الولد بخصوص قيمة نصيبه منها بل يقوم عليه ما ينتقل اليه منها -بإزاء نصيبه من مجموع التركة كما اذا كان اصل التركة بقيمة أم الولد مائة دينار مثلاً و كانت قيمة الام خمسين وورثه اربع بنين احدهم ولد أم الولد فلولدها من أمه ربعها ومن ساير التركة ايضاً الربع والمستفاد من المسالك هو اختصاص قيمة نصيبه من امه اعني ربع الام بالتقويم على الولد مع أن اللازم تقويم قيمة نصيبه من اصل التركة و هو نصف الام عليه لان نصفها ينتقل اليه يكون ربعها نصيبه منها وربعها الآخر مطابقاً مع قيمة نصيبه من ساير التركة فلان كان الدين مستغرقاً فلا يبقى له شيء اصلاً وان لم يكن مستغرقاً يرد اليه الفاضل من نصيبه بعد اداء الدين ويؤخذ بإزاء ما عليه من القيمة و يسقط عما يقوم عليه ويؤخذ منه الباقي وهذا هو مراده من قوله و يسقط من القيمة نصيبه الثابت الباقي ان كان له نصيب وذلك فيما اذا لم يكن الدين مستغرقاً هذا هو محصل ما اورد على المسالك من الاشكالات الاربع و الكل مندفع بما تقدم في توضيح مرام صاحب المسالك وسنعيده بما لا مزيد عليه .

قوله قدّه ويمكن دفع الاول (الخ) قد عرفت ان ايراده الاول كان منحلا الى امرين وهما منع كون الانتقال مع الدين المستغرق موجبا للانعقاد ، وان مورد التقويم على الولد هو قيمة حصص سائر الورثة لانصيب الولد من أمه و يرد على الجزء الاول بأن الدين غير مانع عن الانعقاد و ذلك لما عرفت من طلقية العين عن حق الديان المستكشف من عدم جواز بيعها في الدين و يرد على الجزء الثاني بأن نبوت قيمة نصيب الولد من أمه عليه ناسخ عن عدم كون الام من المستثنيات المستكشف من تعلق حق الورثة بقيمتها المتأخر عن حق الديان كما اوضحناه و مع بقاء حقهم في قيمتها من نصيب ولدها يتعين الرجوع الى ولدها فيما انعقد عليه منها من نصيبه لكون التلف على ملكه ، فلا وجه لتوهم وجوب السعي عليها ، ومنه يظهر انه لا وجه لترديد المصنف (قدّه) في اشتغال ذمة الولد أو وجوب بيعها في القيمة في العبارة حيث يقول لكن ذلك لا ينافي اشتغال ذمة الولد قهراً (الخ) . بل المتعين هو الحكم باشتغال ذمة الولد بقيمة نصيبه .

قوله (قدّه) فتردد الامر ح بين سقوط الديان (الخ)

المحتملات في المقام اربعة (الاول) سقوط حق الديان عن قيمة أم الولد كما هو ساقط عن عينها ومقتضى ذلك كونها من المستثنيات (الثاني) تعلق حق الديان بقيمتها حتى من تلف عليه وهو الولد لكون التلف واقعاً في ملكه (الثالث) تعلق حقهم على رقبتهما تسعى بها بعد العتق (الرابع) تعلق حقهم بمنافعها فلم ان يوجروها مدة تفي اجرتها بدينهم كما قيل في حق الغرماء بالنسبة الى المفلس و المتعين هو الثاني لبطلان ما عداه .

اما الاول فلما عرفت من انها ليست من المستثنيات .

و اما الثالث فلما عرفت من ان مورد ما يقوم عليها في رقبتهما انما هو ما يمتنع منها بالسراية لا بالانتقال والكلام هاهنا بالنسبة الى نصيب الولد

منها الذي اعتق عليه بالانتقال فلامورد لاحتمال وجوب السعي عليها الذي هو عبارة عن اختيارها لانعتاقها ببذل قيمتها على حسب ما يبذل تدريجاً أو دفعة .

و اما الرابع فلسقوطه بتعين الاحتمال الثاني مضافاً الى عدم الدليل عليه لولم نقل بتعين الثاني وقياسه بالمفلس فاسد لكونه قياساً ، اولاً ولانه مع الفارق على تقدير القول بصحة القياس ثانياً ، وذلك لادائه الى صرف عمر الامة في استيفاء منافعها اذا كانت قيمتها تعادل مع اجارتها مدة عمرها . وهو مناف مع الحكم بعقوبتها ، حيث انه لا يجتمع عقوبتها مع ضرورة جميع منافعها في مدة العمر للديان بل هذا اسوء من الرق لرجاء الانعتاق في الرق دونه كما لا يخفى ، فتحصل ان المتعين من بين الاحتمالات هو تقويم قيمة نصيب الولد على الولد ، ومنه يظهر ان ترجيح هذا الاحتمال لا يحتاج الى التأمل ، فلا وجه لقول المصنف (قدّه) من دوران الامر بين الوجهين الاخيرين اعنى وجوب السعي على أم الولد ، و تعلق حق الديان بمنافعها ثم القول بأنه يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجاً الى التأمل .

قوله (قدّه) و مما ذكرنا يظهر انه فاع الوجه الثاني الخ قد عرفت ان مرجع الوجه الثاني كان الى بيان وجه الجز ، الاول من الاشكال الاول اعنى منع كون الانتقال على وجه الاستحقاق . و يندفع بانه فاعه اذ بعد فرض عدم منع الدين عن الانعتاق فلا سبيل الى دعوى عدم كون الانتقال على وجه الاستحقاق ، مضافاً الى فساد ما افاده في وجه الالتزام بالانتقال وهو التفصي من الالتزام ببقاء التركة على حكم مال الميت اذ لا محذور في الالتزام به بل لا محيص عنه في بعض الموارد كما في باب الوصية

إذا وصى بالثالث مثلاً على مصرف فإنه بعد موت الموصي يبقى على حكم مال الميت فليس وجه القول بالاقتقال هو ما ذكره من التفصيص عن الالتزام ببقاء التركة فى حكم مال الميت بل الوجه فيه هو ترتيب آثار ملكهم عليهما من كون الوارث مما يتوجه إليه الدعوى، لو ادعى على الميت بشيئ وانهم يقيمون البيعة أو يتوجه عليهم اليمين دون الديان وإن لهم دفع الدين عن غير تركة الميت من أموالهم و نظائر هذه الأمور الكاشفة عن الانتقال إليهم و بعد ثبوت الانتقال يترتب عليه أحكامه التى منها الاعتناق لعدم المانع عنه بعد فرض عدم تعلق حق الديان بعين أم الولد المستكشف من قوله **لَا يَتَّبَعُ** فى غير ثمنها ، نعم تكون التركة متعلقة لحق الديان نظير تعلق حق المرتبة بالرهن فى غير أم الولد و يتعلق حقهم بالقيمة فى أم الولد ، و لازم ذلك تعلق قيمة نصيب الولد منها على الولد بقيمة نصيب سائر الورثة على رقبته .

قوله (قد ه) و منه يظهر الجواب عن الثالث الخ و محصله دعوى الفرق بين انتقال نصيب الولد من أمه إليه و بين انتقال الوقف إلى من ينعتق عليه و هو أن نصيب الولد من أمه طلق من حق الديان بحسب عينه فلا مانع من انعناقه فى ملكه و هذا بخلاف الوقف على من ينعتق عليه فإنه على تقدير تملك من ينعتق عليه الانتقال إليه لا يكون طلقاً لتعلق حق البطون المتأخرة عليه و كونهم مالكين له فى عرض ملك من ينعتق عليه كل بمقدار زمان و جوده المانع عن الاعتناق كما إذا ورثه من ينعتق عليه فى رتبة تعلق حق الديان حيث قد عرفت عدم انعناقه (ح) لمنع حق الديان المتعلق إلى عينه عن انعناقه على من ينعتق عليه لكون الاعتناق فى رتبة المتأخر عن الانتقال المقارن مع تعلق حق الديان بحسب الرتبة

(قوله قدّه) وأما ما ذكره رابعاً (الخ) قد عرفت توضيح الاشكال

وان محصله هو الاعتراض على صاحب المسالك في اختصاصه ما يفهم على الولد بخصوص نصيبه من امه مع ان اللازم هو التعميم بالنسبة الى ما يفى من نصيبه من قيمة أمه تمامها أو بعضها ، ولا يخفى انسداد دفع هذا الاشكال بما اوضحناه في تقرير مرام صاحب المسالك ، وحاصله هو فساد توهم تقويم ما يفى من نصيبه من سائر التركة بقيمة سائر الحصص من امه وذلك لكون نصيبه من سائر التركة متعلقاً بحق الديان بعينه في صورة استغراق الدين وهو مانع عن انتقال ما يساويه من الام من سائر الحصص إلى الولد : وحيث ان العتق يسرى (ح) الى جميع الام فتكون قيمة سائر الحصص على رقبتهما يجب عليها السعى به لأنه لا يكون بالانتقال ، وقد عرفت ان ما يكون من العتق بالسراية يكون على رقبتهما ، فلا تنافي في اختيار صاحب المسالك تقويم نصيب الولد على الولد مع التزمه بكون قيمة ما ينعتق من الام بالسراية على رقبتهما ، وهذا ذكرنا يظهر ان ما افاده المصنف (قدّه) في الجواب بقوله (انه ينافي الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقاً على الولد اما اذا قلنا باستسماها فلا يلزم شيء) ليس على ما ينبغي اذ مورد الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق على ولدها انما هو في قيمة نصيبه منها وهو امر مجزوم به ولا يلزم منه القول بكون قيمة سائر الحصص ايضاً على الولد ، بل نقول بكون ما ينعتق منها بالسراية على رقبتهما لمنع الدين المتعلق بعين سائر التركة عن انتقال ما عدى نصيبه منها اليه كما لا يخفى .

قوله (قدّه) ومنها تعلق كفن مولاها (الخ) من الموارد

التي عدت من المستثنيات من عدم جواز بيع أم الولد هو بيعها في مؤنة تجهيز مولاها مطلقاً من كفنه وغير كفنه من تجهيزه اذالم يكن له سواها ، فقل بجواز بيعها في مؤنة تجهيزه ، واستدل له بفحوى جواز بيعها في الدين

في الجملة ولو في ثمن رقبتها ، وتوضيحه انه عند اجتماع حق الديان وحق أم الولد يقدم حق الديان ولو في الجملة كما في ثمن رقبتها ، وعند اجتماع حق الميت مع حق الديان يقدم حق الميت على حق الديان مطلقاً أي حق كان دينهم من الحقوق ، لانه يبدأ بالكفن ثم بالدين ، فحق الميت مقدم على حق الديان مطلقاً . وحق الديان مقدم على حق أم الولد في الجملة فحق الميت مقدم على حق أم الولد لتقدمه على حق الديان المتقدم على حقها ونتيجة ذلك هو وجوب صرف أم الولد في الكفن و اذا ثبت وجوب صرفها في الكفن وجب صرفها فيما عداه من مؤنة التجهيز هذا محصل هذا الدليل ولا يخفى ما فيه لمنع الفحوى ، وذلك لا يمكن ان يكون تقدم حق الديان في ثمن رقبتها لاجل تعلق حقهم الى العين لكون الدين ثمنها المنتفى في حق الميت بالنسبة الى كفن المولى . فثبت حق الديان في ثمن رقبتها لا يوجب اولوية حق الميت بها بالنسبة الى مؤنة التجهيز ، نعم لو قلنا بجواز بيعها في الدين مطلقاً ولو فيما عدى ثمنها كانت الاولوية قطعية لكن لا نقول به كما تقدم وجواز بيعها في ثمنها لا يوجب اولوية جوازه في تجهيز مولاه مع الاحتمال المذكور . إلا اولوية ذلنية لاتصلح للاستدلال بها .

قوله قد نرى نعم يمكن ان يقال نظير ما قيل في الدين (الخ)

هذا هو الصحيح في المقام وحاصله دعوى اولوية تعلق حق الكفن بقيمتها من تعلق حق الديان بقيمتها وقد ثبت عدم سقوط حقهم فيما عدى ثمنها عن قيمتها وان كان ساقطاً عن عينها مع عدم احتمال ثبوت حق منهم عليها كما كان يحتمل ثبوت حق بايعها عليها فمع ثبوت حق الديان بقيمتها مع تأخر حقهم عن حق الكفن يتعلق حق الميت في تجهيزه ايضاً بقيمتها بطريق اولي وتلك الاولوية قطعية لعدم احتمال خصوصية موجبة لتعلق

حق الديان بقيمتها حتى يقال بانتفائها في حق الميت ومع تقدم حق الميت في تجهيزه على الدين وتعلق حق الديان بقيمتها مع عدم احتمال خصوصية في تعلق حقهم بقيمتها يقطع بتعلق حق الميت ايضاً بقيمتها وإذا كان الانعقاد على ولدها فنوجب مؤنة التجهيز في ماله اذا لم يكن وارث سواء ويوزع عليه وعلى أم الولد بسعيها لو كان وارث سواء على ما تبين وجهه في المسئلة المتقدمة .

قوله (قده) ومنها اذا جئت على غير مولاه (الخ) اعلم ان الحكم في جنابة المملوك هو تخيير المجنى عليه بين استرقاقه أو اخذ الفداء من مولى الجاني اذا كانت الجنابة عمدية وتخيير المولى بين الامرين ابتداء اذا كانت خطائية ، فالكلام يقع تارة في حكم الجنابة العمدية واخرى في الخطائية ، اما الاول فالظاهر جواز استرقاقها للمجنى عليه لأن الاستيلاء مانع عن اخراج المولى اياها عن ملكه بناقل اختياري مثل البيع ونحوه أو الشرط في ضمن عقد ، أو غير اختياري واسترقاق المجنى عليه ليس نقله عن ملك المولى بل يقع من المجنى عليه قهراً على المولى رضى به أم لم يرض و يلزمه زوال ملك المولى عنها فادلة عدم جواز نقلها عن ملك المولى لاتدل على عدم جواز استرقاقها على من تحقق له سبب الاسترقاق كالمجنى عليه عمداً و كان هذا ظاهر وأما ما نقله في الكتاب من انها تنتقل الى المجنى عليه على النحو الذي كانت في ملك المولى فلا يجوز للمجنى عليه بيعها وتعتق بموت المجنى عليه فعملاً ينبغي الاصفاء اليه ، اذا عتق عند موت المولى كلن لاجل انتقالها الى ولدها ولا معنى للقول بعقوبتها عند موت المجنى عليه اذ لا ولد لها منه كما لا يخفى هذا في العمد .

واما الخطأ فهل هو كالعمد في ذلك ام لا (وجهان) ظاهر الاكثر

هو الاول وذهب جماعة الى الاخير ، ويمكن ان يكون مبنى الوجين الى ان الثابت في الخطأ على المولى هل هو الفداء ومع امتناعه يكون للمجنى عليه الاسترقاق فلا يكون الاسترقاق احد فردي التخيير للمولى أو انه يتخير من اول الامر بين الامرين التفضية أو دفع الجاني فعلى الاول فيكون كالعمد من كون الاسترقاق خارجاً عن الثقل دون الاخير لكن الظاهر هو الاخير اعنى تخيير المولى بين الامرين و عليه فمقتضى القاعدة الكلية في الحكم للتخيير من انه عند تعذر بعض افراده يتعين الباقي منه بالعرض ان يكون المتعين في المقام هو اختيار الفداء لتعذر دفع الجاني بواسطة المنع عن اخراجه وذلك بعد ما استفدنا من دليل المنع عن بيعها المنع عن مطلق الاخراج الاختياري أو غيره ولو بغير عقد ، واختيار دفعها في جنائتها اخراج اختياري (هذا) إلا ان الأشهر ذهبوا الى جواز استرقاقها ، واستدل المصنف (قده) لجوازه باطلاق أدلة حكم جنابة مطلق المملوك ولولم يكن أم ولد حيث انها باطلاقها يشمل أم الولد ايضاً ولا يعارضها في باب أم الولد ما يدل على المنع عن بيعها ، حيث انه يدل على المنع من نقلها ولو بغير البيع . لكن دفعها الى المجنى عليه ليس نقلاً بل هو تخلية بينها وبين المجنى عليه ، هذا :

ولا يخفى انه على تقدير التخيير يكون المتعين هو الاول ، اللهم إلا ان يكون نظر المصنف الى منع التخيير بل الالتزام بكون المتعين هو الفداء ولو امتنع فللمجنى عليه الاسترقاق ، أو يمنع عن عدم جواز مطلق النقل ولولم يكن بعقد . ويخصص المنع بالنقل بالعقد أو الشرط في ضمنه لكن الاخير لاسبيل اليه كما تقدم . بل لاسبيل الى القول بدفعها الى المجنى عليه والتخلية بينها وبينه ولولم يكن الدفع نقلاً ، وذلك لان المستفاد

من دليل المنع عن النقل هو وجوب الابقاء على ملك المالك الواطئ لكي يترتب عليه الانعتاق والدفع مناف له والظاهر في جنابة الخطاء وتخيير المولى وعليه فمأ عليه الجماعة هو الأقوى وإن كان الأكثر على خلافه .

قوله (قدمه) ومنها بيعها على من ينعتق عليه (الخ) الأقوى جواز بيعها على من تنعتق عليه ، وذلك لوجهين (أحدهما) أنه قد تقدم مراراً أن الملك الحاصل من البيع ممن ينعتق اليه ليس ملكية استقرارية بل ملك استطراقي بمعنى أنه آنأماً يدخل في ملكه لينعتق عليه فمثل هذا النقل ليس مشمولاً لدالة المنع عن البيع لأن هذا ليس بيعاً حقيقة وإنما الالتزام بالملكية الاستطراقية و الملك التقديري لاجل قيام الدليل على الانعتاق على المشتري وهو لا يحصل إلا بالملكية الاستطراقية (الثاني) أنه على تقدير تسليم كونه بيعاً . يكون الدليل عن منع بيعها منصرفاً عنه لأن المنع عن بيعها إنما هو للارفاق بها لاجل تشبهاً بالحرية والمفروض أن بيعها على من تنعتق عليه تعجيل في حريتها .

قوله (قدمه) و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق (الخ) الأقوى في هذا الفرع أيضاً هو جواز بيعها بشرط أن يعتقها المشتري ، وذلك للوجه الثاني من الوجهين المتقدمين في الفرع السابق . و هو أنه تعجيل في عتقها فلا يمنع تشبهاً بالحرية عنه ولو امتنع المشتري عن العتق يجبره الحاكم ومع عدمه فالعدول ولا ينتهي إلى الفسخ لأن مودعه هو عند تعذر الشرط ومع إمكان قيام الحاكم أو العدول به فلا تعذر و هذا حكم كلي يطرد في جميع موارد امتناع الشروط عليه عن الوفاء بالشرط .

قوله (قدمه) وكك بيعها ممن اقرب بحريتها (الخ) لا يخفى أن بيعها ممن يقرب بحريتها إما يكون مع علم المولى البائع بصدق المشتري في إقراره أو مع عمله بكذبه أو لا يعلم بصدقه وكذبه ، فعلى الأولين فلا يصح بيعه ، أما على

تقدير العلم بصدقه ، فلأن المبيع (ح) حرة بحسب علم البائع و المشتري فلا يجوز عليهما بيعها وهذا واضح وأما على تقدير العلم بالكذب فلأن البائع يدري (ح) بصيرورة الأمة ملكاً للمشتري واقعاً ولو كان المشتري مأخوذاً بأقراره ظاهراً لكن الحرية المترتبة على اقرار المشتري لا ينافي الرقية واقعاً ودليل المنع عن بيع أم الولد يدل على المنع عن انتقالها المنافي مع تشبها بالحرية وابقائها لأن يعتق عند موت المولى واقعاً فلا يجوز بيعها مع العلم ببقائها على الرق واقعاً .

وأما مع الجهل بكذب المشتري وصدقه قال الاستاد دامت بر كاته ان الأقوى جواز البيع وذلك للحكم بحريتها بسبب الاقرار ظاهراً وألا مانع منه من طرف البائع ايضاً (أقول) يمكن ان يقال انه يحصل (ح) علم اجمالي بثبوت خلل في هذا البيع اما من جهة كون المبيع حراً أو من جهة كونه أم ولد نظير ما تقدم في بيع عبد المسلم من الكافر المقر بحريته ، حيث انه يحصل هناك علم اجمالي ببطلانه اما من جهة خلل في المبيع على تقدير صدق المقر أو في المشتري على تقدير كذبه ، و لا يمكن دفعه هاهنا بما اندفع به هناك لان المنع عن تأثيره هناك كان لاجل ان المانع عن بيعه من الكافر هو نفى سلطنة الكافر على المسلم لا اصل تملكه و لو مع الحكم بانعتاقه عليه ظاهراً فلا خلل في بيعه على تقدير كذبه امكن مأخوذة الكافر بأقراره الموجب لنفى سبيله عليه وهذا بخلاف المقام حيث ان المانع من بيع أم الولد هو تشبها بالحرية الموجب لابقائها على ملك مولاهما لكي تعتق بعد موته من ارث ولدها و من المعلوم ان بيعها ممن يقر بحريتها يمنع عن عتقها على تقدير الكذب فيكون العلم الاجمالي مؤثراً على كلا تقديره .

قوله (قده) ومنها ما اذا مات قريبها (الخ) والاقوى في هذه الصورة ايضاً جواز بيعها وذلك لكونه تعجيلاً في عتقها بل بيعها هذا ليس باختيار من المولى و انما يباع عليه لو امتنع و قد عرفت اختصاص المنع عن بيعها بالنقل بالمعنى المصدري الصادر عن الناقل ولولم يكن بالاختيار.

قوله (قده) و من القسم الثالث الخ . الكلام في هذا القسم يقع في مواضع (الاول) فيما اذا كان الاستيلاد بعد الرهن فهل يكون مبطلاً للرهن السابق اى مذهباً لمتعلق حق المرتهن بواسطة اخراجه اياه عن الطلق أو انه لا يذهب به حق المرتهن عن العين المرهونة (وجهان) اقواهما الاول ، وذلك لأنه كما ثبت في باب التكليف انه عند تزاحم ما هو مشروط بالقدرة الشرعية ، مع ما هو مشروط بالقدرة العقلية يقدم الثانى على الاول ولو كان متأخراً بالزمان كذلك في باب الحقوق اذا وقع التزاحم بين حقين يكون موضوع احدهما مشروطاً بعدم الآخر ولا يكون الآخر مشروطاً بعدمه يقدم ما لا يكون مشروطاً على عدم الآخر على ما هو المشروط منهما بعدمه ولو كان متأخراً عنه بالزمان ومانحن فيه من هذا القبيل لكون الرهن مشروطاً حدوثاً و بقاء بعدم كون العين المرهونة ام ولد و اما أم الولد فليس تحققها شرطاً بعدم الرهن اما الاول فلأن الرهن عبارة عن جعل عين قابل للنقل مخرجاً للدين فهو حكم يجعل للموضوع القابل للمخرجية ولا يعقل ان يكون الرهن حافظاً لقابلية موضوعه ، اذ هو حكم في الموضوع القابل للحكم لا يعقل ان يكون حافظاً لموضوعه و هذا ظاهر . و اما الثانى فلأن الاستيلاد يتحقق بكون العلوق في ملك الواطى و لا مانع من تحققه مع الرهن إلا توهم اعتبار كون الملك الحاصل فيه العلوق تاماً ومع الرهن لا يكون كذلك و هو مدفوع بعدم الدليل على اعتبار التمامية في الملك

اذليس عليه برهان فلاستيلاذ رافع لموضوع الرهن لكن الرهن لايمنع
عن الاستيلاذ ، ونتيجة ذلك خروج العين عن متعلق حق المرتهن ولايخرج
قيمتها عن الرهن نظير عدم تعلق حق الديان بعين أم الولد مع تعلق حقهم
بقيمتها فيجب جعل شئ آخر مكانها رهناً .

قوله (قدّه) ومنها ما اذا كان علوقها بعد افلاس المولى الخ (١)

الحكم بعدم جواز بيعها في هذا الفرع اظهر ذلك لأن حق الغرماء المتعلق
الى اعيان اموال المفلس نشاء من ناحية حكم الحاكم عليه بالحجر لامن
ناحية انشاء منه كالرهن و اذا كان حق الرهن مشروطاً ببلية الموضوع
الذى تعلق الحق به المنقل وكان الاستيلاذ موجباً لانعدام الموضوع بزوال
قابلية النقل عنه شرعاً الذى هو فى حكم انعدامه تكويناً فيكون عدم
موضوع حق الغرماء به اظهر ، والحاصل ان الحقوق المتزاحمة اذا كان احدها
مشروطاً بعدم الآخر كان المطلق منها هادماً لموضوع مشروطها و ان كان
متأخراً زماناً و ان كانت فى رتبة واحدة يقدم منها مساهي متقدماً زماناً و
لا اشكال فى ان حق الرهانة وحق الغرماء فى مال المفلس و حق المضمون
له فى مال الضامن الذى اشترط اداء مال الضامن عنه كلها مشروط بقابلية متعلقه
لأن ينتقل الى المالك حتى يستنفذ منه الحق والاستيلاذ رافع لتلك القابلية
شرعاً ، و حيث ان المانع الشرعى يكون كالعقلى فى انهدام الموضوع .
فلا جرم يقدم حق الاستيلاذ على تلك الحقوق كما كان يقدم على الجنابة
الخطائية ، فتقديم حق الاستيلاذ على مثل تلك الحقوق يكون من باب
الحكومة كما ان تقديم حق المجنى عليه على الاستيلاذ فى صورة العمد
ايضاً كان من باب الحكومة ، حيث ان موضوع الاستيلاذ انما هو الامة
التي تكون قابلة لأن تبقى الى زمان موت مولاها لكى تنعتق من نصيب

ولدها و حق استرقاق المجنى عليه يزيل تلك القابلية عنها ، فيزول حق الاستيلاء بزوال موضوعه .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها فى زمان خيار بايعها الخ (١)

الاقوى فى هذا الفرع ايضا عدم بطلان حق أم الولد بواسطة حق الخيار السابق و توضيحه يتوقف على بيان امسرين (الاول) انه تقدم ان الدليل فى باب أم الولد و ان كان وارداً عن منع بيعها لكن من مناسبة الحكم و الموضوع استفدنا عدم انحصار المنع بالبيع بل يعمه و كل نقل بعقد معاوضى أو غير معاوضى أو شرط فى ضمن عقد أو ما كان باختيار دفعها الى المجنى عليه فى الجنابة الخطائية هذا كله اذا كان النقل اختيارياً و الظاهر ان القهرى منه أيضاً كك ، و ذلك لأن الاستفادة من دليل المنع عن بيعها هو و جوب بقائها على ملك مستولدها الكى تنعق من نصيب و لدها و هذا الملاك كما يمنع عن نقلها الاختيارى يمنع عن النقل القهرى أيضاً ، اقول هكذا أفيدو هو و ان كان حقاً لكنه موجب لعدم جواز الاسترقاق فى جنائيتها العمدية أيضاً حيث انه نقل من المجنى عليه بغير اختيار من المولى و القول بأن حق أم الولد مشروط بعدم حق المجنى عليه لأنه ثبت فسى موضوع يصح بقائه الى زمان موت المولى و حق المجنى عليه يخرج عن تلك القابلية معارض بمثله حيث يصح ان يقال ان حق المجنى عليه مشروط بقابلية الموضوع لأن ينتقل اليه بالاسترقاق و الاستيلاء بناء على ايجابه المنع عن النقل الغير الاختيارى أيضاً يمنع عن الاسترقاق و على هذا فلا فرق بين حق المجنى عليه وبين ساير الحقوق فى ارتفاعه بالاسترقاق ، اللهم إلا ان يكون المقصود منع كون الاسترقاق نقلاً عن ملك المولى بل هو عبارة عن اخذ الجاني رقاً ويلزمه زوال ملك المولى عنه من دون نقل منه الى المجنى

عليه و منشأ الزوم هو امتناع اجتماع المليكيتين على مملوك واحد وحيث ان للمجنى عليه سلطنة على اخذ الجاني ملكاً وليس لمولاه منعه عنه يكون اللازم تحقق اضافة الملكية بين المجنى عليه والجاني وبترتب عليه زوال اضافة ملكية المولى عن الجاني (ح) فلا سترقاق (ح) لا يكون نقلاً و لولا عن اختيار المولى و اذ انبت بالدليل جوازه اينما وجد الجاني يكون لامحالة معدماً لموضوع حق أم الولد اعنى قابلية بقائها الى موت المولى كما لا يخفى .

الامر الثانى ان في حق الخيار احتمالين (الاول) ان يكون متعلقاً بالعقد من غير حق من ذي الخيار بالنسبة الى العين اصلاً . ولازم ذلك ارتجاع العين اليه بعد اختيار الفسخ فان كان موجوداً فيأخذه و الا يرجع الى من عليه الخيار بالمثل أو القيمة وعلى هذا فيكون العين قبل الفسخ ملكاً تساماً للمفسوخ عليه يجوز له التصرف فيه بجميع انحاء التصرف المتوقف على الملك التى منها الاستيلاد (الثانى) ان يكون حقاً متعلقاً بالعين فالفسخ عبارة عن ارتجاع العين ويلزمه حل العقد ، ولازم ذلك عدم جواز تصرف المفسوخ عليه قبل الفسخ بحرمة تكليفية لو كان فعل يؤثر في اهدام موضوع حق الخيار .

اذا عرفت ذلك فنقول حق الخيار يسقط عن العين بالاستيلاد لأن الفسخ نقل غير اختياري ، ولا فرق في منع الاستيلاد عن النقل بين الاختياري والغير الاختياري بتحكم الامر الاول وان الاستيلاد يجوز على تقدير تعلق حق الخيار بالعقد ولا يجوز على تقدير تعلقه بالعين فلا فرق بين الاحتمالين في الفسخ في حكم المقام اعنى في تأثير الاستيلاد اللاحق في المنع عن حق الخيار السابق و ان كان يفرق من جهة حرمة الاستيلاد و جوازه كما لا يخفى .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها بعد اشتراط اداء مال الضمان منها (الخ) وقع الخلاف في جواز الضمان بعين خارجي بأن يضمن مالا على ان يؤديه بهذا المال الخارجى و لعل الاقوى جوازه ثم هل هو ضمان بالنسبة الى العين الخارجى أو ان الضمان يقع بالذمة وهذا المال مخرج لما يقع في الذمة كالرهن (احتمالان) اقواهما الثانى وعليه فهذا بالرهن اشبه منه بالضمان ، اذا تحقق ذلك فنقول حكم هذا الفرع بعينه حكم سبق الرهن على الاستيلاد فكما ان الاستيلاد يمنع عن حق الرهن السابق فكذا يمنع عن حق المضمون له ايضا بجماع واحد و هو اشتراط حق الرهن و المضمون له بقابلية العين للمخرجة بواسطة المنع عن نقلها لاجل الاستيلاد .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة (الخ) اعلم ان الضابط في هذه الحقوق هو ما تقدم من ان كل ما يتوقف تحققة على قابلية متعلقه للنقل فالاستيلاد يمنع عنه ، ضرورة اناطة تحققه بتحقيق موضوعه والاستيلاد يهدم موضوعه ، والظاهر ان ماعدى حق الجناية العمدية من الحقوق المتقدمة من هذا القبيل ، وكل حق لا يتوقف تحققه على قابلية متعلقه للنقل فهو يمنع عن حق الاستيلاد وينهدم موضوعه لأن تحقق حق أم الولد متوقف على قابلية متعلقه للبقاء في ملك المولى حتى تنعتق عند موته بواسطة الانتقال الى ولدها وحق المجنى عليه مثلاً ينهدم تلك القابلية و يخرج الامة عن قابليتها للبقاء على ملك مولاها وهذا المعنى ثبت في حق المجنى عليه بدليل جواز اخذه للجاني و استرقاقه على جميع التقادير اخذ آغير متوقف على قابلية الموضوع للنقل وكان هذا اعنى عدم الاشتراط مسلم في حق الجناية كما ان اشتراط حق الرهانة بقابلية متعلقه للنقل ايضا من المسلمات وذلك واضح بعد تصور كون متعلقه مخرجاً للدين ولذا اتريهم يترددون في بعض الحقوق في انه هل هو من قبيل حق الجناية أو من قبيل

حق الرهانة و مرادهم من كونه من قبيل هذا اذالك هو اشتراطه بقابلية متعلقه للنقل وعدمه .

اذا عرفت هذا فنقول من الحقوق التي وقع البحث في كونه من قبيل حق الرهانة أو حق الجناية حق المندور له في عين المتصدق بها والكلام في تنقيح ذلك يتوقف على بيان امور (الاول) في حكم نذر الصدقة ثم تعقيبها بحكم استيلاء المندور به ، فنقول النذر تارة يتعلق الى الصدقة ويعبر عنه بنذر النتيجة ، واخرى الى التصديق ويعبر عنه بنذر الفعل . وعلى كلا التقديرين فاما يكون النذر مطلقاً كما اذا نذر كون الامة صدقة أو ان يتصدق بها من غير اناطته بشيء أو يكون مشروطاً وعلى الثاني فاما يكون بعد حصول الشرط أو يكون قبله . وعلى الاخير اعني ما اذا كان قبل حصول الشرط فاما يكون الشرط محققاً كمجيئ يوم الجمعة مثلاً أو يكون مترقياً كشفاء مريضه وقدم مسافره وحكم هذا الاقسام اما في نذر الصدقة فلو كان مطلقاً يخرج المندور عن ملكه من غير اشكال ، وكذا لو كان مشروطاً وقد حصل الشرط مطلقاً ، سواء كان الشرط محققاً أو مترقياً و لو كان قبل حصوله . فالمندور باق على ملكه لاناطة خروجه عن ملكه بشرط لم يحصل بعد فيكون فعلية خروجه بعد حصول الشرط ، وهل يجوز له ان يتصرف فيه بما يوجب اتلافه عقلاً كأكله لو كان مأكولاً ونحوه أو شرعاً كإخراجه عن ملكه أو استيلاءه أو نحوه مطلقاً أو لا يجوز مطلقاً أو يفصل بين ما اذا كان الشرط المعلق عليه محققاً فلا يجوز أو مترقياً فيجوز (دجوه) اقواها الثاني وذلك لان مجيئ الشرط مما له دخل في القدرة على امتثال النذر فيكون مما له الدخول في حسن الخطاب لافي اصل الملاك فيكون تفويت مقدماته قبل فعليته من قبيل ما تم ملاكه قبل فعلية خطابه وفي مثله يحكم العقل

بقبح التفويت من قبيل متمم الخطاب على ما اوضح تفصيله في الاصول ، فيحرم عليه التفويت ويجب حفظ القدرة الى زمان الشرط المتوقف على ابقاء المندور في ملكه قابلاً للخروج عن ملكه بالنذر عند مجيء شرطه فيحرم عليه التصرف بكل تصرف موجب لفواته عقلاً أو شرعاً هذا في حكم نذر النتيجة .

واما نذر الفعل فان كان مطلقاً فيجب التصديق به من غير اشكال كما اذا كان مشروطاً وقد حصل الشرط و اما قبل حصول الشرط فهل يجوز التصرف بما ينافي النذر أم لا فالوجوه الجارية في نذر النتيجة تجري هاهنا وان الحق منها هاهنا ايضاً عدم الجواز . وذلك لكون التصرف بما ينافي النذر موجباً للمعجز عن التصديق المحكوم عليه بالحرمة عند فرض تمامية المالك وقد ظهر مما ذكرناه عدم الفرق في نذر الفعل أو النتيجة في عدم جواز التصرف بما ينافي النذر قبل حصول الشرط مطلقاً سواء كان الشرط محققاً أم مترقباً هذا في حكم النذر مع قطع النظر عن صيرورة المندور أم ولد .

الامر الثاني في حكمه مع اجتماعه مع الاستيلاء ، فهل يقع بينها التزاحم لعدم تقدم كل واحد منها على الآخر ، أو يقدم النذر على الاستيلاء كتقدم حق الجناية العمدية عليه أو يقدم الاستيلاء عليه كتقدمه على حق الرهانة وغيره من الحقوق المتقدمة ذكرها . احتمالات قديقال بالاول وذلك لعدم تقيد موضوع كل واحد من الحقيين اعنى النذر والاستيلاء على عدم الآخر فلا يقدم كل على الآخر ، ولكن التحقيق هو تقدم الاستيلاء على النذر كتقدمه على حق الرهانة و نحوه ، وذلك لتقيد موضوع النذر اعنى ما يتعلق به النذر ، وهو المال الذي نذر صدقته أو التصديق به لقابليته لأن يخرج من ملك المالك ، وهذا الشرط مأخوذ في رتبة موضوع النذر مع قطع النظر عن حكمه فعالم يكن المال قابلاً للخروج عن ملك مالكة لا يصح نذره و

الاستيلاء يخرج المال عن تلك القابلية ، وهذا بخلاف موضوع الاستيلاء فإنه لا يكون مقيداً بعدم تعلق النذر به فلا محالة يرتفع موضوع النذر بالاستيلاء المتعقب له ولا يمكن رفع الاستيلاء بالنذر المتقدم وإلا يلزم الدور كما في كل حاكم مع المحكوم ، حيث ان رفع اليد عن الحاكم بواسطة المحكوم مستلزم للدور ، والسرف في ذلك كله هو تأخر حكم النذر عن موضوعه نحو تأخر كل حكم عن موضوعه فلا يعقل ان يكون هو بنفسه حافظاً لموضوعه ، بل هو حكم متحقق عنه تحقق موضوعه ، و اذا كان موضوعه مقيداً بعدم حكم الاستيلاء فحكم الاستيلاء يرفع موضوعه من دون ان يكون له دافع في رفعه ليقدم حكم استيلاء على حكم النذر ح من غير مدافع .

الامر الثالث في ان النذر بعد تقدم حق الاستيلاء عليه هل ينحل ولا يشي على المولى بواسطة الاستيلاء ، أو انه يحث ويجب عليه الكفارة بواسطة الحث و عليه قيمة الامة المنذورة (و جهان) ذهب المصنف الى الاول منهما في المتن و الاقوى هو الاخير ، و توضيحه يتوقف على بيان امرين (احدهما) انه يعتبر في النذر ان يكون متعلقه راجحاً وهذا في الجملة مما لا كلام فيه . وانما الاشكال في ان المعتبر من الرجحان هو الرجحان حال النذر و لو لم يكن حال الفعل راجحاً أو الرجحان حال الفعل والمحكمي من فعل صاحب الجواهر (قده) هو الاول حيث حكى انه قده لاجل اهتمامه في تصنيف الجواهر كان ينذر كل سنة قبل موسم الحج زيارة الحسين (ع) او زيارة الامير (ع) في يوم عرفة لكي لا يصير مستطيعاً و يصير الحج واجباً عليه ومن المعلوم ان فعل المنذور يصير مرجوحاً بعد حصول الاستطاعة فهذا العمل منه شاهد على ذهابه بكفاية الرجحان في حال النذر ولو كان

مرجوحاً حال العمل ، ولكن الاقوى خلافه لأن المدار على رجحان العمل فلا محالة يجب ان يكون حينه و رجحان حين النذر غير كاف في صدور العمل الراجح بعد اتصاف العمل بالمرجوحية حين العمل ، ولازم ذلك بطلان النذر بواسطة حصول الاستطاعة كما انه يبطل بواسطة صيرورة متعلقه أم الولد كما فيما نحن فيه .

و ثانيها ان بطلان النذر بواسطة طر وما يوجب مرجوحية متعلقه تارة يوجب انحلاله ولا شيء على الناذر ، و اخرى يوجب الحنث وعلى الناذر ضمانه . وضابط الاول هو ما اذا كان طريان ما يخرج النذر عن الرجحان بأمر خارج عن اختيار الناذر مثل الاستطاعة و ضابط الثاني هو ما اذا كان باختيار من الناذر مثل تلفه للعين المندورة أو فعله بها ما يوجب تلفه مثل وطئها الموجب لصيرورتها أم ولد التي في حكم التلف فكل ما كان من قبيل الاول يصير النذر به منحللاً و مثال الاستطاعة من هذا القبيل و كلما يكون من قبيل الثاني يوجب الحنث وعلى التالف ضمان العين المندورة بالمثل أو القيمة و ما نحن فيه من هذا القبيل .

فان قلت اذا كان الوطئ موجباً للحنث يكون حراماً و مع حرمة لا يتحقق الاستيلاء لكون الوطئ محرماً (قلت) مضافاً الى انه لا يعتبر في تحقق الاستيلاء حلية الوطئ بل المعتبر فيه سلطنة المولى على البضع ولو كان وطئه حراماً كما اذا كان في حال الحيض ونحوه ، الحرمة في المقام غير مانعة عن الاستيلاء اذ هي نشأت عن تفويت حق النذر المتوقف على تحقق حق الاستيلاء ولا يعقل ان يكون مانعاً عن تحققه و هذا نظير حرمة السفر المفوت للجمعة فانها لا تصير منشاء لجواز الجمعة أو حرمة السفر

المفوت للصوم المنذور فانها ايضا لا توجب جواز الصوم فيه وإلا يلزم الدور وهذا ظاهر كما لا يخفى .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها من مكاتب مشروط (الخ) (١)
اذا كان علوق الامة من مكاتب مشروط ثم فسخت الكتابة بعد العلوق فلا اشكال فى حرية الولد لأن علوقه وقع فى حال الكتابة فيحكم بحريته و ان الامة أم ولد بالنسبة الى العبد المكاتب لكن كونها مستولدة بالقياس اليه لا يصيرها مستولدة بالقياس الى المولى فللمولى ان يبيعها بعد فسخ الكتابة لكونها قنأ بالنسبة اليه وهذا ظاهر .

قوله (قده) وانما الكلام فى ان بيع الرهن هل يقع باطلاً (الخ) (٢)
الكلام فى بيع الرهن من الراهن يقع من جهات (الاولى) فى انه هل يقع باطلاً أو انه يصح موقوفاً على الاجازة (الثانية) هل حكم الاجازة فى المقام حكمها فى باب الفضولى من حيث الكشف والنقل أو انه يقال فى المقام بالنقل و لو قلنا فى الفضولى بالكشف (الثالثة) ان فك الرهانة أو اسقاط المرتهن حقه هل يكفيان فى الاجازة ويقومان مقامها أو الحكم بالصحة مختص بتحقيق الاجازة .

اما الجهة الاولى فالمشهور المعروف فيها هو الصحة وعن المحقق التستري قده فى المقاييس القول بالبطلان والحق هو ما عليه المشهور ، و ذلك لتطابق القاعدة والنص على صحته ، وتوضيح ذلك يتوقف على بيان مقدمة وهى انه قد تقدم فى باب الفضولى ان صحة الفضولى و ان كانت مطابقاً مع القاعدة ولكن تميمها بالقاعدة يكون متوقفاً على بيان مورد الفضولى ونقول فى بيانه ان الافعال الصادرة عن الفاعلين اما لا تقبل النيابة اسلاً أو تقبلها (والثانى) اما لا يكون للفعل مسبب انشائي مترتب عليه مثل ترتب ذى الآلة على آله على ما هو المختار عندنا من كون الصيغة فى باب

العقود آلة لانشاء المنشئ للمعنى الذى ينشأ بهافى عالم الاعتبار أو يكون له مسبب انشائي مترتب عليه ، لاشكال فى عدم جريان الفضولى فيما لا تقبل النيابة اصلاً ، ضرورة ان مالا يصح صدوره عن الغير بالنيابة لا يصح صدوره عن الغير بالنيابة بطريق اولى ولا فى عدم جريانه فيما ليس له مسبب انشائي وذلك لأنه لا يعقل انقلاب الشئ عما وقع هو عليه فالصلوة الواقعة عن الفاعل مثلاً لا يعقل استناده الى آخر بالاجازة . فمورد صحة الفضولى لابد من ان يكون معنى قابلاً لان يستند الى المجيز بسبب الاجازة وهذا بخلاف الاذن السابق فان المأذون اذا فعل عن الغير يقع عن الغير واما وقوعه عن شخص ثم استناده الى آخر فهو غير معقول ، و السرفى ذلك ان نفس الفعل الصادر ليس له بقاء حتى يلاحظ حاله البقائى و يستند الى غير الفاعل . وفى حال حدوثه كان مستنداً الى الفاعل و استناد حال حدوثه الى غيره مستلزم للانقلاب ، ومنه يظهر عدم جريان الفضولى ايضاً فيما يكون للفعل مسبب انشائي بالنسبة الى نفس المعنى السببي فالإيجاب و القبول من حيث هما سببان للا التزام العقدي لا يقبلان الفضولى لانهما ايضاً لآلة بقائى لهما وانما البقاء للمنشأ بهما فانحصر مورد امكان الفضولى بالمنشأ المترتب على الفعل الصادر عن الفاعل من غير فرق بين الالتزام العقدي أو الايقاع ، لكن الاجماع قام على عدم جريان الفضولى في الايقاع فينحصر موردده بالعقود فى خصوص المعنى السببي لأنه معنى قابل للبقاء ، و لما كان انشائه عن لا يكون سلطاناً فى انشائه محتاجاً الى تنميط نقصه باجازة المالك الموجبة لاستناده اليه فيالا جازة يتم الالتزام العقدي و يصير مشمولاً لعموم اوفوا بالعقود الذى يدل على حكم معاملتى و هو اللزوم لالحكم التكليفى اعني وجوب الوفاء بالعقد كما حققناه

سابقاً ، ولا يخفى ان رفع نقصان العقد الصادر عن الفضولى باجازة المالك لا يختص بما اذا كان المبيز هو المالك والفضولى غير المالك بل يعمه وكما كان فى عقده جهة نقص يرتفع باجازة الغير مثل بيع المحجور والمفلس والراهن و نكاح العبد و نكاح بنت الاخ أو الاخت على العمة أو الخالة و نحوها اذ كل هذه الموارد يجري فيها الفضولى بجامع واحد هو وجود المعنى المسبب المترتب على سببه الذى قلنا بأنه الذى يقبل الفضولى وان المالك فى كونه فضولياً هو صدوره عن لا يكون سلطاناً عليه و عدم السطنة عليه اما لاجل انه لا يكون مالكا او لاجل كونه محجوراً أو لكونه محتاجاً الى اجازة شخص آخر

فتمحصل ان التحقيق هو صحة الفضولى فى بيع الراهن اذا تعقب باجازة المرتهن مثل صحته من غير المالك اذا تعقب باجازة المالك ، هذا على ما تقتضيه القاعدة مع قطع النظر عن النص ، وكذلك الحكم بالنظر الى النص فان النص الوارد على صحة نكاح العبد اذا اجازه المولى معللاً بأنه ما عصى الله و انما عصى سيده فاذا اجاز جازيدل اما بطريق المنصوص العلة أو بطريق العلة المستنبطة القطعية على صحة كل معاملة متوقفة على اجازة آخر عند تعقبها باجازة من يعتبر اجازته .

و توضيح ذلك ان مورد المنصوص العلة عبارة عما اذا كان عموم العلة صالحاً لان يجعل كبرى كلية لو انضم الى الحكم المعلى بها لحصل منهما قياس بصورة الشكل الاول كما فى قوله الخمر حرام لأنه مسكر حيث يقال الخمر مسكر وكل مسكر حرام ، ولا بد من ان تكون صحة الاستدلال به متوقفاً على قابليته لهذا الانضمام بحيث لولاها لم يكن الاستدلال به صحيحاً و لا يتحقق الا فيما اذا كان الحكم المعلى عاماً ولم يكن فيه جهة

اختصاص بالموضوع المذكور في الخطاب كما في مثال الخمر حرام حيث ان الحرمة لا تكون مختصة بخصوص الخمر بل كل حرام فهو حرام وام يكن للموضوع ايضاً منشأ لا اختصاص الحكم به و اما لو كان كذلك فيخرج عن مورد منصوص العلة فان حصل (ح) مناط قطعي للتعدى عن مورد الحكم الى غيره يدخل في مستنبط العلة بالمناط القطعي و إلا فيخرج عن تنقيح المناط ايضاً ، وحكم منصوص العلة هو التعميم بالاحاجة الى مناط قطعي أو غيره لكون الدليل بمد لوله اللفظي متكافلاً للعموم وحكم مستنبط العلة هو احتياج التعميم الى القطع بالمناط .

اذا تبين ذلك فنقول حكم المذكور في الرواية المذكورة هو نفوذ نكاح العبد باجازه السيد والعلة المذكورة فيها هي ان العبد عصى سيده و ما عصى الله فالقياس المليم من المورد و الكبرى الكلية هو ان العبد عصى سيده و ما عصى الله وكلما عصى سيده و ما عصى الله ينفذاذا اجاز السيد فتكون النتيجة صحة كلما يصدر عن العبد مما يحتاج الى اجازة سيده سواء كان نكاحاً أو غيره ولا يدل على صحة ما صدر عن غير العبد مما يحتاج الى اجازة مجيز و هذان شاء من اضافة العصيان الى العبد و كونه عاصياً للسيد ، فال موضوع ليس في الصفري هو العصيان مطلقاً بل هو خصوص عصيان العبد ولا عصياناً بالنسبة الى كل احد بل عصياناً بالنسبة الى سيده .

لكن يمكن ان يقال ان قوله لا يملك انه عصى سيده بمدلوله المطابقي العرفي يدل على عدم خصوصية في عصيان العبد لسيدته بل يدل على ان كل تصرف احتاج الى اجازة الغير و كان عصياناً له من دون اجازته ينفذاذا تعقب باجازه .

ويمكن ان يقال ان قوله لا يملك عصى سيده بمدلوله العرفي المطابقي

لولم يكن كذلك لكن نقطع بعدم خصوصية في ذلك الحكم في غصيان العبد لسيدته وكنا الدعويين لاتكون بعيداً كما لا يخفى فعلى الاول فالنص المذكور يدل على صحة الفضولي في بيع الراهن مع اجازة المرتهن بعده بالقياس المنصوص العلة وعلى الثاني يدل عليه بطريق القياس المستنبط العلة بالمناط القطعي وعلى كالاتقديرين يكون دليلاً على صحة بيع الراهن فتطابق النص مع القاعدة كما لا يخفى وهذا ما ادعيناه من تطابق القاعدة مع النص على صحته .

قوله (قده) وقد ظهر بذلك ضعف ما قواه بعض من عاصروه (الرخ) المراد بهذا البعض هو المحقق التستري صاحب القاييس (قده) وقد استدلل لما قواه من بطلان بيع الراهن بالمنع عن تطابق القاعدة والنص على صحته ، وذلك لعدم موافقة صحته لامع القاعدة ولانع النص ، اما الاول فلوجوه (منها) ان المعتبر في صحة الفضولي هو ان يكون العقد صادراً عن الفضول بالقصد عن من له السلطنة على العقد كما في عقد الفضولي عن المالك حيث ان الفضول يقصد ايقاعه عن المالك فيقع عنه بعد اجازته وهذا بخلاف ما لو قصد الايقاع عن نفسه فانه لا يقع صحيحاً بالاجازة لاعتن المالك كما في بيع القاصب لنفسه فانه لا يقع عن المالك بعد اجازته ولا عن نفس العاقد كما في كل عقد صادر عن العاقد لنفسه اذا توقف صحته على اجازة الغير مثل عقد المفلس والمجور عليه ونكاح بنت الاخ أو الاخت بلا اجازة سابقة من العمة أو الخالة ومنه عقد الراهن قبل اجازة المرتهن ففي جميع هذه الموارد يحكم بالبطلان بجامع واحد وهو عدم كون العاقد قاصداً في عقده ايقاعه عن الغير هذا محصل مراده (قده) في هذا الوجه ولا يخفى ان هذه الدعوى ليست بينة بنفسها ولا هي مينة في كلامه اذ لم يأت عليها ببرهان .

ويمكن ان يكون نظره اعتبار امكان القصد عن الغير و يمكن ان

يكون مقصوده اعتبار فعلية القصد لكن الاول لا يلائم مع ذهبه الى بطلان الفضولي في بيع الغاصب لنفسه ، حيث ان قصد ايقاعه عن الغير فيه يمكن من الامكان ، مع انه لا وجه لاعتباره اصلاً وكذلك الثاني .

ويمكن ان يكون الوجه فيما اختاره هو اعتبار القصد عن الغير فيما لا يترتب عليه مسبب شرعي في وقوعه عن الغير كالصوم والصلوة ، حيث انه لولا القصد عن الغير لا يقع عن الغير ، بل يقع عن نفس الفاعل ان كانت ذمته مشغولة به ولا يقع لغواً ولا يقع استناده الى الغير بل حقوق اجازة الغير ، فكأنه (قده) قاس مورد جريان الفضولي بما ذكر مما لا يجري فيه الفضولي لاجل عدم ما يترتب عليه من المسبب الشرعي ، ولكن قد عرفت الفرق بين المقام وبين ما ذكر وان القياس مع الفارق فالخلط بين المقامين اوجب توهم منع جريان الفضولي في المقام لاجل عدم فعلية قصد الايقاع عن الغير قياساً له بمثل باب الصوم والصلوة .

الوجه الثاني ان بيع الراهن قبل اجازة المهرتين تصرف في حق المهرتين قبل اذنه وهو منهي عنه والنهي يدل على الفساد ، والجواب عنه اولاً ما تقدم في بيع الفضولي بان هذا ليس تصرفاً في حق الغير بل هو تصرف في لسانه بانشاء العقد اذا الكلام في نفس العقد الصادر عن الراهن لا في قبضه واقباضه ، وثانياً بأنه على فرض كونه تصرفاً فيه . فالنهي عنه لا يدل على الفساد لرجوعه الى ناحية السبب لا الى مرحلة المسبب ، وثالثاً بانه على تقدير رجوعه الى المسبب ايضاً لا يدل على الفساد في المقام لأن الفساد ينشأ من عدم اجازة المهرتين اعنى استقلال الراهن في البيع من دون اجازة المهرتين اصلاً وهذا لا كلام فيه ، وانما الكلام في صحته بعد اجازته وهو لا يكون متعلقاً للنهي كما لا يخفى .

الوجه الثالث ان مورد الفضولي انما هو فيما اذا امكن وقوع المعاملة للمجيز باجازته وهذا مفقود في المقام اذ لا معنى لوقوع البيع للمرتهن بعد اجازته وهذا بخلاف بيع المرتهن قبل اجازة الراهن فانه يقع للراهن اذا اجاز والجواب عنه عدم الدليل على اعتبار وقوع البيع للمجيز بعد اجازته في مورد جريان الفضولي بل المعتبر هو ما قدمناه من ان يكون للفعل مسبب توليدى مترتب عليه وكان ترتبه عليه متوقفاً على امضاء الغير وانفاذه سواء وقع بالامضاء لنفس المجيز أو وقع للفاعل نفسه ، هذا تمام الكلام فيما افاده في بطلان بيع الراهن على طبق القاعدة .

واما الثاني اعني المنع عن صحته بالمنع عن دلالة ماورد في صحة نكاح العبد من دون اذن مولاه على صحته ايضاً ، فمحصل ما افاده ان النص الوارد في نكاح العبد يدل على صحة نكاحه اذا تعقب باجازة مولاه . وبعموم التعليل يتعدى عن مورده الى كل ما يكون نظيره مما يكون التصرف فيه في سلطان الغير ، لان السلطان في مورد النص هو المولى ، حيث ان السلطنة في نكاح العبد تكون للمولى . فمباشرة العبد في نكاحه تصرف في سلطان مولاه ، و نظير ذلك هو تصرف الفضولي في بيع ملك الغير ، اذ السلطنة على بيع ملك الغير ثابتة لمالكه لا للفضولي ، فبيع الفضولي لمال المالك ، كنكاح العبد في كونه تصرفاً في سلطان الغير فبعموم التعليل يتعدى عن مورد النص اليه ، و اما بيع الراهن فليس مشابهاً لنكاح العبد ، اذ ليس للمرتهن بيع العين المرهونة حتى يكون بيع الراهن فعلاً لما يسلط عليه المرتهن كما كان نكاح العبد أو بيع الفضولي فعلاً لما يسلط عليه المولى او المالك فالنص المذكور لا يكون دليلاً على صحة بيع الراهن . ولا كلما يكون نظيره مما ليس الفعل الصادر عن الفاعل فعل المجيز ، وان توقف نفوذه على اجازته مثل

بيع المفلس والمحجور عليه ونكاح بنت الاخ أو الاخت على البعثة والخالة من غير رضاهما ونحو ذلك ، والجواب عنه هو ما تقدم فى تقريب دلالة النص المذكور اما بطريق المنصوص العلة أو على نحو القياس المستنبط العلة وقد عرفته بما لا مزيد عليه .

قوله (قدہ) وقد يتخيل وجه لبطلان البيع هنا (الخ) ربما يذكر وجهان مغالطيان لبطلان بيع الرهن الصادر عن الراهن كلاهما مبنيان على القول بالكشف فى باب الاجازة (احدهما) ان صحة هذا البيع من الراهن حين صدوره عنه بالاجازة المتأخرة عن المرتهن يستلزم انتقال المبيع الى المشتري متعلقاً لرهن المرتهن فيلزم ان يكون مال غير الراهن رهناً للمرتهن (وثانيهما) ان البائع حين البيع وان كان مالكا للمبيع إلا انه ليس مالكا لبيعه وبالاجازة يملك بيعه وعلى فرض صحة بيعه يدخل فى باب من باع ثم ملك رقبته المال أو من باع ثم ملك بيعه بعد كونه مالكا لرقبته .

والجواب عن الاول ان هذا ليس اشكالا مختصا بالمقام بل هو عين الاشكال الوارد على القول بالكشف الحقيقي ولذا التزمنا فيه بالكشف الحكمي فمن يقول فى الفضولى بالكشف الحقيقي لابد من ان يقول فى المقام بكون الاجازة المتأخرة موجبا لفك الرهانة من حين البيع كما يقول باقتضاها لانتقال المبيع الى المشتري من حين العقد فلم يلزم انتقاله الى المشتري متعلقاً للرهن .

وعن الثانى بأن اندراج المقام فى بلب من باع ثم ملك انما يتم اذا تعقب البيع بفك الرهانة أو باسقاط المرتهن حقه . وسيأتى حكمه والكلام الآن فى اجازة المرتهن لافى اسقاطه للحق أو فك الراهن الرهن بأداء الدين

اذا الفرق ثابت بين اسقاط المرتهن لحقه وبين ايجازته لبيع الراهن اذا الاول اسقاط لحقه المستلزم لصحة البيع الصادر عن الراهن بلا اجازة من المرتهن لبيعه وهذا هو باب من باع ثم ملك فيجىء فيه الاحتمالات فى ذلك الباب من بطلان البيع . أو صحته و احتياجه الى اجازة الراهن بعد اسقاط حق المرتهن أو بلا احتياج الى ايجازته ايضاً على ماسياتي ، والثاني اجازة منه لبيع الراهن المستلزم لسقوط حقه و هذا نظير البيع الصادر عن الفضول الذى ايجازه المالك ، حيث ان الفضولي لا يكون مالكا للبيع و مع ذلك لا يندرج بيعه بعد الاجازة فى باب من باع شيئاً ثم ملك كما لا يخفى . قوله (قده) ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة

أو ناقلة (الخ) هذا هو الوجه الثانى الذى يبحث عنها فى المقام و قد وقع الخلاف فى حكم الاجازة ههنا من حيث الكشف والنقل والمحكي عن جامع المقاصد المتوغل فى القول بالكشف هو القول بالنقل فى المقام و المختار هو عدم التفاوت فى حكم الاجازة بين المقام وما يلحق به ما يصدر البيع عن المالك متوقفاً على اجازة غيره كالمفلس ونحوه وبين ساير موارد الاجازة من حيث الكشف والنقل . فان قلنا فى ساير المقامات بالكشف فنقول به فى المقام وما يلحق به ايضاً وان قلنا بالنقل فنقول به فى المقام ايضاً

وربما يحتمل فى المقام تعيين الكشف ولو قلنا فى غيره بالنقل عكس ما ذهب اليه جامع المقاصد . وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج الى مقدمة وهى ان الشرائط على اقسام (فمنها) ما يكون شرطاً للعقد والعقد فى عقديته يتوقف عليه بحيث لولاه لم يكن العقد عقداً وذلك كالمضوية بناء على اعتبارها وما يشبه بها ، وبعبارة اوضح يكون شرطاً لتحقيق العقد ، و منها ما يكون شرطاً فى نفوذ العقد بعد تمامية عقديته ويكون شرطاً لروحه

وحيدوته ، ومنها ما يكون شرطاً لترتب الاثر على العقد مثل القبض فى الصرف والسلم ، حيث انه لا يكون شرطاً لعقدية العقد ولا لنفوذ . بل هو جزء ينضم الى العقد التام بأجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الاثر .

ولا اشكال فى ان الاجازة ليست من قبيل القسم الاول ، ضرورة اعتبار مقارنة ما كان من قبيل القسم الاول مع العقد فلا يصح تأخره عنه ، ولا من قبيل القسم الاخير وإلا لم تكن مجرى للدوران بين الكشف والنقل ولذا لم يذهب احتمال الكشف فى مثل القبض فى باب السلم و الصرف الى وهم ، بل هى من قبيل القسم الثانى ، اذا عرفت هذا فنقول هنا امور ينبغى البحث عنها .
 الاول ان اجازة المرتهن هل هى شرط لنفوذ عقد الرهن وتنفيذه و يترتب عليه سقوط حقه أو ان اسقاط حقه (وجهان) ربما يقال بأنها اسقاط للحق لا تنفيذ للعقد ، وذلك لان تنفيذ العقد لا بد و ان يكون ممن له السلطنة عليه بحيث له ان يفعل لكى يصح منه ان يجيز و هو منحصر بما اذا باع الفضولى مال المالك اذا المالك له البيع فله الاجازة ، واما المرتهن فليس له بيع مال الرهن فليس له اجازة بيع الرهن ايضاً ، واذا لم تكن له الاجازة فليس له الرد ايضاً . بل لورد لا يؤثر رده فى اسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقه ، بل العقد يؤثر فى النقل بعد ذلك الرد و سقوط حق المرتهن بفك الرهن مثلاً ولو كان الفك بعد رد المرتهن للبيع .

والسرفى ذلك كله ان خطاب او فوايا لعقود الذى مداوله حكم وضعى لا تكليفى و مرجعه الى الاخبار بلزوم العقد لا يشمل غير المالك فالمرتهن لا يخاطب بالوفاء بعقد الرهن واذا اجاز لا يصير عقد الرهن عقده لكى يشمله الخطاب فمرجع اجازته (ح) الى اسقاط حقه لكن التحقيق

هو الاول اعن كون اجازة المرتهن تنفيذاً لعقد الرهن وان ترتب عليها سقوط حقه وانه مشمول لعموم او فوا بالعقود وذلك لأن ملك الرهن و
وان كان للرهن لكن المرتهن حق على العين المرهونة بما هي ملك الرهن
فان شئت فقل بأن ملكية الرهن مركب لحق المرتهن وحقه ركب على
ملكته وان شئت فقل بأن حصة من الملكية و هي المرتبة الضعيفة منها
ثابتة للمرتهن و حصة منها للرهن واذا عبر عن ملك الرهن بأنه لا يكون
طلقاً ومنشأ نفي الطاقية عنه هو قصوره عما هو عليه بثبوت حصة أو مرتبة
منه (او ما شئت فعبّر عنه) للمرتهن فالمرتهن مخاطب بخطاب او فوا لكن
بمقدار ماله من الملكية اعني هذا القدر الذى عبر ناعنه بالمركية لحقه
أو بالمرتبة او بالحصة فله تنفيذ البيع كما ان له رده .

و نتيجة رده هو سقوط البيع عن التأثير بعد سقوط حق المرتهن
باحدى موجبات سقوطه من فك الرهن أو اداء الدين أو اسقاط المرتهن و
نتيجة اجازته هو سقوط حقه و ذلك لأن العين بما هي هي لم تكن متعلق
ملكية الرهن ولذا كانت ملكية الرهن مركبة لحقه واذا اجاز بيع الرهن
و انتقل العين الى المشتري يذهب مركب حقه فيزول حقه بزوال مركبه .
فليس مرجع اجازته الى اسقاط حقه و ان كان يترتب عليه سقوطه . وانه
مخاطب بعموم او فوا بماله حظ من الملكية ، و ليس يجب بل لا يصح ان
يصير المخاطب بوجوب الوفاء مخاطباً بأزيد مما له من الملكية وعدم شمول
العموم لمالا يكون موضوعاً لا يستلزم عدم الشمول بالمقدار الذى يعمه ،
فالحق فى هذا الا مر كون الاجازة من المرتهن تنفيذاً و ان له تنفيذ عقد
الرهن كما ان له رده .

الا مر الثانى هل بعد الاجازة على القول بكونها اسقاطاً للحق لا

تنفيذاً يصير الراهن من قبيل من باع شيئاً ثم ملك أم لا فربما يقال بان بيع الراهن المتعقب باسقاط حق المرتهن أو فك الرهانة بأداء الدين أو بغيره يوجب اندراج المقام فى باب من باع ثم ملك ، حيث ان الراهن لا يملك البيع حين العقد ، وذلك لقصور ملكه عن ذلك بواسطة ضعفه و نقصانه بمرتبة . يعبر عنه بعدم كونه طلقاً أو بقدر ما نقص عن ملكيته ثبت للمرتهن ، ولذلك كان نفوذ عقده متوقفاً على اجازته ، فسقوط حقه ارجاع لما نقص عن ملكية الراهن و ثبت للمرتهن ، عن المرتهن الى الراهن ، فالراهن لم يكن ما لكألهذا القدر الذاهب عنه بالرهن الذى ان شئت فعبر عنه بحصة من الملكية وان شئت فعبر عنه بكون ملكيته مركباً لحق المرتهن أو ما شئت فعبر بشرط ان لا يذهب و هو ملك الى اشتراك بين الراهن والمرتهن ، وباسقاط المرتهن لحقه أو سقوطه يعود ذلك الذاهب بالرهن الى الراهن . فيدخل فى باب من باع شيئاً ثم ملك على أسوأ احتمالاته فان فيه احتمالات (أحدها) هو البطلان وهذا هو الأقوى (و نأينها) الصحة مع التوقف على اجازة البائع بعد ان يصير مالكا (و ثالثها) الصحة مع عدم الحاجة الى اجازة البائع بعد ملكيته و هذا الأخير هو اراء الاحتمالات و هو اللازم فى المقام لوقلنا بتأثير اجازة المرتهن ، حيث ان اجازته تؤثر فى طلقية ملك الراهن و صيرورته مالكا للبيع من غير حاجة الى اجازة من الراهن للبيع الصادر عنه بعد اجازة المرتهن .

ولكن التحقيق فساد هذا المقال ، و ذلك لان اجازة المرتهن توجب رفع المنع عن تأثير بيع الراهن فالبيع الصادر عنه صادر عن اهله لأنه مالك لرقة المبيع من غير ان يكون للمرتهن حصة من تلك الملكية و انما له حق على العين بما هو متعلق ملكية الراهن فكان ملكيته مركباً لحق المرتهن لان

للمرتهن حظ وقسط من تلك الملكية ولو عبر عن حقه بقسط من الملكية
 لكان من باب الضيق فى التعبير ، فالبيع - صادر عن اهله إلا ان تعلق حق
 المرتهن بممتلكه كان أو قفه عن النفوذ فكان بيعه كان معلقاً فى الهواء منتظراً
 فى تأثيره لرفع المانع عن تأثيره و هو حق المرتهن و الا جازة توجب ارتفاع
 المانع عن تأثيره و بعد ارتفاعه يؤثر اثره لا محالة اذ الوقوف عن
 التأثير كان لاجل وجود المانع و لاحالة منتظرة فى التأثير بعد ارتفاعه .
 و مما ذكرناه يظهر عدم اندراج المقام فى باب من باع ثم ملك ،
 سواء تعقب بيع الراهن باجازة المرتهن باسقاطه لحقه . أو باداء الدين
 الموجب لافسك الرهن ، أو بفك الرهن ولو مع بقاء الدين ، و سواء قلنا
 بأن الاجازة اسقاط أو قلنا بانها تنفيذ للبيع المستلزم لسقوط حق المرتهن
 اذ على جميع التقادير يكون المرجع رفع المانع عن تأثير البيع من غير ان
 يرجع شئ الى الراهن حتى يندرج فى باب من باع ثم ملك ، وذلك لما
 عرفت من عدم ثبوت شئ من الملكية للمرتهن حتى يكون افسك الرهن
 أو غيره من المذكورات مستلزماً لرجوع ما خرج عنه بالرهن اليه .

الامر الثالث قد تقدم ان للمرتهن رد بيع الراهن و ذلك لان له
 اجازته لكن وزان الرد الثابت للمرتهن لا يكون وزان الرد الثابت للمالك
 لو بيع ماله فضولياً ولا وزان فسخ ذى الخيار ، بل انما له الرد لو اراد استيفاء
 دينه ، و يترتب على ذلك عدم تأثير رده قبل حلول اجل الدين أو بعده اذ لم
 يكن المرتهن فى مقام الاستيفاء فلورده والحال هذه ثم اجاز أو اسقط حقه
 أو فك الرهن صح البيع . فمرجع رده الى استيفاء دينه بالرهن كما ان مرجع
 اجازته سقوط حقه من الرهن .

الامر الرابع هل اجازة المرتهن بناء على ان تكون اسقاطاً لا تنفيذاً

للبيع ونظائرها من الاسقاط بكلمة اسقطت ، أوفك الرهن ونحوه ، يجري فيها نزاع الكشف والنقل ، أو ينعين فيها النقل و لو قلنا في سائر الموارد بالكشف (و جهان) قديقال بالآخر ، و ذلك لعدم انطباق ضابط مايجرى فيه نزاع الكشف والنقل عليها ، وتوضيح ذلك ان ضابط مايجري فيه نزاع الكشف و النقل هو كون الامر المتأخر ماله النظر الى تنفيذ الامر المتقدم وصيرورته منشأة لمضى الامر المتقدم وذلك مثل اجازة المالك لبيع الفضولي حيث انها بمدلولها اللفظي ناظر الى انفاذ البيع المتقدم فيقال (ح) هل هي موجبة لانفاذ البيع المتقدم من حينه أو من حينها ، واما ما لم يكن بمدلوله كذلك فلا سبيل فيه الى النقل كما في القبض في مثل باب الصرف والسلم ، وقد عرفت ان الشرائط منها ما هو شرط في عقدية العقد كالمضوية ونحوها وهذا مما لا محيص فيه إلا التفرع مع العقد . و منها ما هو جزء من السبب في عرض العقد و ليس له دخل في عقدية العقد في تأثيره . وهذا كالقبض في باب الصرف و السلم ، و منها ما هو شرط في تأثير العقد و سببته و ان لم يكن دخيلا في عقديته ، و ذلك كاجازة المالك في بيع الفضولي حيث انها توجب اضافة العقد الفضولي الى المالك واستناده اليه الموجب لتأثيره . اذا تبين ذلك فنقول اجازة المرتهن في المقام ليست كاجازة المالك في بيع الفضولي فانها لا تصير منشأة لاستناد عقد الرهن اليه بل لا موقع لاستناده اليه حيث ان استناده اليه موجب لبطلانه لأنه ليس له سلطنة على بيعه فلا اجازة (ح) كالقبض في باب الصرف و السلم لا يحتمل فيها غير النقل لكن التحقيق جريان النزاع في اجازة المرتهن ايضا كما يجري النزاع في اجازة المالك اذا المالك في جريان النزاع في الكشف في اجازة المالك انما هو كونها مقتضية لتأثير العقد من جهة تحقق استناد العقد الى المالك من ناحية الاجازة وفيما نحن فيه هذا

المالك هو جود بعينه إلا ان الاجازة في المقام توجب رفع المانع عن تأثير العقد بعد تمامية مقتضيه و هو صدوره عن المالك وليس المالك في جريان النزاع كون الاجازة بلسانها تنفيذا للعقد السابق حتى يمنع عنه بناء على ان تكون اسقاطاً لا تنفيذاً أو كان رفع المانع بالاسقاط أو بفك الرهن بل المعيار هو كونه رافعاً للمانع سواء كان بلسان التنفيذ أو الاسقاط أو الفك ففي جميع هذه الموارد يجري بحث الكشف والنقل والقائل بالكشف يقول بأن رفع المانع بالاجازة وما حكمها من الاسقاط والفك موجب لتأثير العقد من حينه والقائل بالنقل يقول بأنه موجب لتأثير العقد من حين الاجازة كما في اجازة المالك بعينه وحيث كان المختار في باب اجازة المالك في بيع الفضولي هو الكشف الحكمي لا الحقيقي فالأقوى في المقام ايضاً هو الكشف الحكمي ، ولكنه يشكل اذا كان الكشف الحكمي مخالفاً مع القاعدة كما عليه المصنف (قده) في باب اجازة الفضولي ، ضرورة لزوم الاقتصار (ح) على مورد قيام الدليل عليه وهو منحصر بباب النكاح والبيع عن المالك كما دل عليه الخبر الوارد في النكاح و حكاية عروة البارقي الواردة في البيع اللهم إلا ان يدعى التعدي عن مورد النص بالمناط القطعي ولا يخلو عن اشكال والذي يهون الخطب هو تمامية الكشف الحكمي على القاعدة عندنا كما اوضحنا سبيله في بيع الفضولي بما لا مزيد عليه وقد تقدم شطراً من الكلام في بيع الرهن في ابواب الفضولي ايضاً فراجع .

قوله (قده) الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم (الخ) اعلم ان بناء الفقهاء عليهم رضوان الله كان على ذكر شروط العقد ثم المتعاقدين ثم العوضين ثم يذكرون احكام البيوع من بيع الثمار والحيوان ونحوهما ثم يتعقبون الجميع بذكر حكم تعذر التسليم ولما كان احكام التعذر للتسليم مترتبة على اعتبار القدرة على التسليم و كان ذكره في

الشرائط انسب فلا جرم قدم المصنف قده ذكره على ذكر احكام البيوع و جعله في خلال ذكر الشرائط .

ثم انه يمكن ان يجعل من شروط المتعاقدين و يمكن ان يجعل من شروط العوضين وربما يحتمل في بادى النظر كونه بشرط المتعاقدين امس لكون القدرة على التسليم وصفالهما كما ان الملكية والطلاقية كانتا بالعوضين امس ، مع امكان جعلهما من شرائط المتعاقدين بجعل الشرط مالكية المتعاقدين و كونهما مطلق العنان في التصرف الذي هو بمعنى المطلق لكنه احتمال بدوى ، بل التحقيق هو كون القدرة ايضاً من شرائط العوضين بمعنى مقدوريتها للتسليم كما ان الملكية و الطلاقية من شرائطهما ، و بعبارة اخرى الشرط هو كون العوضين مما يمكن حصولهما عند من انتقل اليه و لا يكونا كالعبد الابق و السمك في الماء مما لا يمكن حصولهما عند المنتقل اليه ، ومن المعلوم رجوع الشرط (ح) الى العوضين لا الى المتعاقدين .

ثم ان اعتبار هذا الشرط هل هو على وفق القاعدة حتى يعم اعتباره في كل معاملة حتى فيما لم يرد دليل على اعتباره فيه بالخصوص و يكون الدليل الخاص في مورد و روده مؤكداً لحكم القاعدة ، أو انه على خلاف القاعدة فيقتصر (ح) على مورد قيام الدليل عليه بالخصوص (احتمالان) و التحقيق هو الاول و توضيحه ان الملكية كما تقدم مراراً امر اعتبارى من مقولة الجدة الاعتبارية و انه يترتب عليها الاثر فيما يصح اعتبارها بحسب نظر العرف والعقلاء و لا اعتبار بها فيما لا يصح اعتبارها بنظرهم ، ومن المعلوم ان الملكية التي لا يمكن حصولها عند من انتقل اليه و كان متعلقها متعذر الوصول اليه بقول مطلق لا يتمكن المنتقل عنه على التسليم ولا يتمكن المنتقل اليه على التسلم ، لا اعتبار بانشائها بحسب نظر العرف والعقلاء بل هو بانياب الاغوال

اشبه وان انشائها ليس إلا صرف اللفظ .

وبعبارة أخرى نقول في عقد البيع مثلاً دالتان (احديهما) بالمطابقة
والأخرى بالالتزام فبالمطابقة يدل على نقل كل من العوضين عن صاحبه
الى الآخر وبالتزام يدل على التزام كل من المتعاقدين على ما وقع منه من
النقل والانتقال والتزام كل منهما بتسليم ما انتقل عنه الى صاحبه ، وهذا
النقل الذي هو المدلول المطابقى انما يصح في عالم الاعتبار بحسب نظر
العرف والعقلاء ، فيما امكن حصول كل من العوضين عن انتقال عنه الى
من انتقل اليه الذي هو المدلول الالتزامى للعقد ومالا امكان فيه لحصول
كل من العوضين الى الآخر فلا اعتبار بانشاء نقله بحسب العرف ونظر العقلاء
ثم اعلم ان ما هو شرط الصحة كما عرفت هو امكان حصول كل من
العوضين ممن انتقل عنه الى الآخر سواء كان بقدرة المنتقل عنه على التسليم
او بقدرة المنتقل اليه على التسليم ولومع عجز الاول عن التسليم نعم عجزه
يوجب الخيار للمنتقل اليه لو كان طارياً ، لمخالفته للشرط الضمنى الذى
هو المدلول الالتزامى الذى عرفت دلالة العقد على التزام كل واحد من
المتعاقدين بتسليم من انتقل عنه الى الآخر التزاماً فتعذر التسليم قديوجب
الخيار وقد يستلزم البطلان .

ومورد الاول هو تعذر النقل على الملتزم به ضمناً مع قدرة الآخر على
التسليم ، لكن فيما اذا كان التعذر طارياً لا من الابتداء اذ مع تعذر النقل
ابتداء فلا التزام من به المنتقل عنه فاقدام المنتقل اليه على المعاملة مع تعذر
التسليم على المنتقل عنه من اول الامر اقدام على المعاملة مع اسقاط هذا
الشرط الضمنى فكانه اقدم على ان لا يسلمه المنتقل عنه بل بأن يتسلم هو
بنفسه ومعه فلا موجب للخيار كما لا يخفى .

و مورد الثاني هو تعذر حصول المال المنتقل عنه الى المنتقل اليه رأساً بتعذر تسليمه على المنتقل عنه وتسلمه على المنتقل اليه فظهر صحة جعل القدرة على التسليم شرطاً للصحة تارة مع جعل تعذره موجباً للخيار اخرى فحال ما هو شرط للصحة حال امكان حصول المنفعة للمستأجر الذي جعلوه شرطاً للصحة في باب الاجارة بل هو هو بعينه إلا انه اختلف التعبير ففي باب البيع عبروا باشتراط القدرة على التسليم وفي باب الاجارة عبروا باشتراط امكان الحصول و المال في البابين واحد هذا تمام الكلام في تطبيق هذا الشرط على القاعدة .

واما بالنسبة الى ما تقتضيه الأدلة الخاصة فقد استدل على اعتباره بما ورد من نهى النبي ﷺ عن بيع الفرر كما في المرسلة المشهورة عنه وَالْفَرَرُ أو عن الفرر بدون ذكر البيع كما أرسله العلامة قده عنه وَالْفَرَرُ في بعض كتبه والكلام في كل واحد منهما يقع في سنده ودلالته عدا سند الأخير فقد ذكره العلامة مرسلأ وهو متفرد بنقله ويحتمل قوياً وقوع السقط في نسخته باسقاط كلمة البيع فلا اعتماد به واما دلالته فهي مجتمعة من حيث تحمل الفرر لمعان متعددة كالخطر والغفلة والتغير ، فلامعين في اليين وليس في هذه الجملة اعنى جملة نهى النبي عن الفرر ظهور في النهي عن المعاملات الفررية فالمحكى عن العلامة مخدوش سنداً و دلالة واما سند الاول اعنى النهي من بيع الفرر فهو وان كان مرسلأ إلا انه متلقاة بالقبول و قد عول عليه الاصحاب بل هو من المسلمات بين الامة لانه من جملة قضايا النبي ﷺ المنقول عنه بطريق عبادة بن صامت الذي هو من خيار الصحابة و اكثر تلك القضايا منقولة بطرق الخاصة ايضاً إلا انها متفرقة ومنها قضية لا ضرر ولا ضرار ، وبالجملة فاعتماد الاصحاب اليه مغل عن التكلم في سنده .

وأما من حيث الدلالة فالظاهر كون إضافة البيع إلى الغرر من باب إضافة الموصوف إلى الصفة والغرر والغرة والغرور اسام ثلاث أما مصادر أو أسماء للمصدر مشتركة في مادة (غرر) لكنها تختلف بحسب المعنى فالغرر بمعنى الخطر والغرة بمعنى الغفلة والغرور بمعنى الفريب المعبر عنه بالفارسية (بگول یا بگول زدن) ومعنى الغرر غاية حاصلة من معنى الغرة والغرور إذاً الخطر ينشأ من الغفلة أو الفريب وهما مبدآن له فبين المعاني الثلاثة جامع مفهومي لكنه يؤخذ تارة من حيث الغاية والنهاية فيطلق عليه لفظ الغرر وأخرى من حيث أنه بداية ويطلق عليه الغرة أو الغرور .

ولا يخفى أن الخطر الناشئ عن الغفلة أو الغرور لا يكون إلا مع الجهل ومع العلم لا يكون ضرراً ناشئاً عن أحدهما ولو كان ضرراً (ح) لا يكون إلا مع الإقدام والضرر المقدم عليه لا يكون غرراً فالنهي عن الغرر لا يدل على بطلان البيع الخطري الذي أقدم عليه فلو كان باطلاً لكان الدليل على بطلانه أمراً آخر مثل كونه سفاهياً بالنسبة إلى بعض مراتبه ولأجل ما ذكرنا اعتبر في الغرر أن يكون مع الجهل وليس دليل اعتبار الجهل لأجل أخذه في مفهوم الغرر بل لكونه بمعنى الغاية المترتبة على الغفلة أو الغرور المتوقف على الجهل ثم إن المراد من الخطر الناشئ منهما ليس مطلق الضرر ولو كان مثل الضرب ونحوه بل الضرر المعاملي ، وذلك لكون الغرر صفة للبيع فالنهي تعلق بالبيع الضري بمعنى ما كان الضرر ناشئاً عن جهة المعاملة فيكون ضرراً معاملياً وهو ما يكون لأجل الجهل بأصل وجود العوضين أو للجهل بأوصافهما أو للجهل بإمكان حصولهما عند الانتقال إليه الذي هو مورد البحث في المقام فالنهي عن البيع الغرري يعم جميع الموارد الثلاثة ودعوى اختصاصه ببعض هذه الموارد كما ادعى اختصاصه بكل من هذه

في اعتبار القدرة على التسليم -٤٦٩-

الموارد الثلاثة لوجه له ويندفع باطلاق الدليل كما لا يخفى هذا تمام الكلام في معنى الغرر .

واما النهي عنه الذي هو منقول عن النبي ﷺ فليس في طريقنا و طريق العامة محكياً عنه بلفظ الصادر عنه ﷺ بل المنقول هو حكاية نهيه بأنه ﷺ نهى عن بيع الغرر و فيه احتمالات (الاول) ان يكون نهيه ﷺ عن بيع الغرر نظامياً لما يترتب عليه من التشاجر والتنازع فلا يكون نهياً غيرياً ولا تحريماً مولوياً وعلى هذا فلا يدل على الفساد بوجه من الوجوه الثاني ان يكون ارشاداً الى فساد البيع الغررى اما لاجل فقد شرط و هو القدرة على التسليم أو لاجل وجود مانع عن صحته و هو العجز عن التسليم و امتناع حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه وعلى هذا فيكون النهي دالاً على الفساد بالعطابقة و يمكن ان يعبر عن النهي الارشادي بالنهي الغيري لكنه يصح في باب العبادات و اما في باب المعاملات فلا يخلو عن مساهلة و الفرق بينهما هو امكان تقطيع الامر النفسي المتعلق الى المأمور به المركب من الاجزاء المقيد بالقيود الوجودية و العدمية و تخصيص كل قطعة منه في عالم التحليل العقلي بجزء أو شرط أو مانع فمأموره يختص بالمانع يتصور بصورة النهي مثل لا تصل في غير المأكول حيث انه في عالم الثبوت قطعة من الحكم المتعلق بهذا المانع اعنى لبس غير المأكول وهذا بخلاف باب المعاملات حيث لا امر حتى يكون النهي عن قسم منها في عالم الثبوت قطعة تحليلية منه بل النهي عنه كالنهي عن بيع الغرري ارشاد محض الى فساد كما لا يخفى .

الثالث ان يكون نهياً مولوياً تحريمياً فان كان راجعاً الى ناحية السبب فلا يدل على الفساد و ان كان راجعاً الى ناحية المسبب فيدل على

الفساد التزاما لكن لا محيص إلا عن ارجاعه الى ناحية المسبب و ذلك
لكونه نهياً عن البيع الفرري و المعاملة الفررية و الظاهر منه بقرينة
كون الفرر صفة للمبيع هو كون الفرر ناشئاً عن المعاملة من حيث هي وبما هي
معاملة بالمعنى الاسم المصدري اذ هي الموجب للخطر لا البيع بالمعنى
المصدري و ما هو سبب للمعاملة فهذه احتمالات ثلث و حيث انه ليس في
الكلام قرينة متصلة دالة على تعيين احديها و لا في الين قرينة منفصلة
فيكون اللفظ من جهة دلالة على الفساد مجملاً لتردده بين الاحتمال
الاول الذي لا يوجب الفساد و بين احد الاخيرين اللذين يدل اللفظ على
اولهما على الفساد مطابقة و على ثانيهما بالالتزام لكن الاصحاب حملوه على
الفساد ، ولا يمكن جعل فهمهم قرينة على تعيين احد الاحتمال الاخيرين
لان فهمهم لا يصير قرينة منفصلة موجبة لا انعقاد ظهور في اللفظ في مقام
الدلالة التصديقية اللهم الا ان يكون لا جل الدلالة السياقية بمعنى كون
مساق الكلام كنظامه من اقصيته ^{على الوجه} المنقولة عدا هذه القضية بعيداً
عن كونه نهياً نظامياً و ح يتردد بين الاحتمالين الاخيرين ومع بعد التحريم
المولوي حيث يبعد كون البيع الفرري محرماً ذاتياً يتعين حمله على الارشاد
الى الفساد و هذا الحمل بعد تسالم الاصحاب على دلالة على الفساد ليس
بكل البعيد و ليس هذا من جهة صيرورة اللفظ بقرينة فهمهم ظاهراً في
الارشاد بالدلالة اللفظية حتى يمنع عن ذلك بل لمكان ان فهمهم دليل على
وجود الدلالة السياقية على ذلك و يكون ذهابهم قرينة على كون مساق
الخبر هو ذلك كما يؤيده كونه في عدا بقرينة قضاياء ^{على الوجه} المحكية في رواية
عبادة بن صامت و بالجملة فدلالة الخبر بهذا التقريب واضحة لا ينبغي
الخدشة فيها كما لا يخفى .

قوله (قده) منها ما اشتهر عن النبي (ص) من قوله لا تبع مالميس عندك (الخ) الاحتمالات في قوله ~~والمستطاع~~ مالميس عندك امور (الاول) ان يكون بمعنى مالميس ملكاً لك فيصير دليلاً على فساد الفضولي لكنه بعيد لكون المناسب معه هو التعبير بمالميس لك لا مالميس عندك (الثاني) ان يكون بمعنى مالميس حاضراً عندك فيصير دليلاً على فساد بيع المال الغائب عنك وبيعده صحة بيع مال الذي غاب عن صاحبه مع التمكن من تسليمه من غير اشكال .

الثالث ان يكون بمعنى مالميس تحت سلطنتك ولست مسلطاً عليه ، اما من جهة انه ليس ملكاً لك ، او من جهة كونه مما يتعلق به حق شخص آخر اذا كان ملكاً لك ، او من جهة العجز عن تسليمه الى المشتري اذا كان طلقاً . و عليه فيدل بعمومه على النهي عن بيع الفرري والظاهر منه هو الاحتمال الاخير بعد بعد الاولين .

ثم الاحتمالات الثلاثة التي ذكر في الخبر الاول يأتي في النهي المذكور في هذا الخبر ايضاً غاية الامر ان في الخبر الاول كان حكاية نهيه ~~والمستطاع~~ في هذا الخبر يكون النهي الصادر عنه ~~والمستطاع~~ مذكور بلفظه والدلالة السياقية الموجودة في ذلك الخبر يمكن دعواه في هذا الخبر ايضاً إلا انه لا يكون في هذا الخبر مؤيداً بعمل الاصحاب اذ لم يتسالموا على حمله على فساد البيع الفرري مثل تسالمهم للخبر الاول ، ومع ذلك فليس حمله على فساده بعيداً بكل البعيد إلا انه يبقى الكلام (ح) في وجه خروج كلما كان عدم السلطنة على بيعه من جهة كونه ملكاً للغير أو متعلقاً بحقه كالمال المرهون ونحوه حيث ان مقتضى ذلك الخبر هو فساد جميعاً مع انه صحيح فلا بد من التماس مرخص و بيان ان خروج الموارد المذكورة هل هو بالتخصص أو بالتخصيص

وينبغي أولاً ذكر ما افاده المصنف (قده) في هذا الخبر مع ما فيه ثم تعقيبه بما يقتضيه التحقيق ومحصل ما افاده (قده) (بعد تسليمه عموم النهي وشموله بعمومه لبيع الفضولي وبيع الراهن للعين المرهونة وبيع العبد الجاني عمداً وبيع المحجور لرق اوسفه او فلس) يرجع الى وجهين .

الاول عدم ظهور النهي المذكور في فساد البيع المهنى عنه ولغوية العقد رأساً بل غاية ما يدل عليه فساد . بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود فلا ينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده الثاني لو سلم ظهور النهي المذكور في فساد العقد رأساً المنافي لوقوعه مراعى يدور الامر بين جملة على خلاف هذا الظاهر بحمله على الفساد بالمعنى المذكور (اعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر) وبين اخراج الموارد المذكورة عن عمومها بالتخصيص ولا رجحان لهذه التخصيصات على حملها على الفساد بالمعنى المذكور . (فج) لامانع عن التزام وقوع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه .

ولا يخفى ما فيه اما الوجه الاول فلأن حمل الفساد المستظهر من من النهي على نفى الصحة الفعلية الغير المنافية مع الصحة المنوطة بزوال الغرر على نحو الشرط المتأخر و ان كان ممكناً . لامكان تصريح الشرط المتأخر على بعض وجوهه مثل جعل التعقب شرطاً . لكن صرف امكانه لا يوجب حمل الكلام عليه مالم يقم عليه قرينة ظاهرة . لكونه على خلاف الاصل . لا بد من الالتزام به في مورد من مساعدة الدليل والعقل و الاعتبار عليه .

واما الوجه الثاني فلفساد الدوران بين الحمل على خلاف الظاهر

من غير قرينة وبين التخصيص القائم عليه الدليل . وبعد فرض عموم النبوى وقيام الدليل على صحة الفضولى وبيع الرهن ونظائرهما لا يكون اشكال في التزام تخصيص عموم النبوى . بما يدل على صحة الفضولى ونحوه فلا دوران حتى يمنع عن رجحان التخصيص على ارتكاب خلاف الظاهر بحمل الفساد على نفى العلية التامة على ترتب الاثر المقصود ووقوع العقد مراعى بانتفاء الفرر .

هذا كله مع انه لا دليل على صحة بيع الرهن ونحوه مما يصدر عن البائع المالك للمبيع فيما يتعلق به حق الغير ، وان قام الدليل على صحة الفضولى ، ولذا ذهب جماعة كصاحب المقاييس (قده) الى بطلان بيع الرهن ونحوه مع ذهابهم الى صحة بيع الفضولى ، فالقول بصحة بيع الرهن ونحوه . انما هو لاجل عموميات ادلة البيع مع عدم قيام الدليل على بطلانه ، ولو فرض عموم النبوى المذكور . و ظهوره في فساد بيع الرهن ونحوه . فلا مخصص له في مثل بيع الرهن حتى يدور الامر بينه وبين ارتكاب خلاف الظاهر الآخر وهو حمل الفساد على نفى الصحة الفعلية هذا ما يتعلق بما في المتن .

و التحقيق ان يقال ان التماس المخرج لهذه الموارد عن حكم المستفاد من عموم هذا الخبر مبني على تسليم دلالة على عموم المنع بالتقريب المتقدم (اعني الاحتمال الثالث) المذكور في معنى (مالميس عندك) بأن يكون بمعنى مالميس تحت استيلائك بجهة من الجهات المذكورة المتقدمة وهذا المعنى وان ذهب المصنف الى تعيينه بعد ابطال الاحتمالين الاولين . ولكنه ليس بمعين لاحتمال معنى رابع اقرب الى معنى مالميس عندك . وهو ان يكون كناية عن عدم السلطنته الفعلية التامة المتوقعة

على الملك و المراد بكونه عنده هو كونه تحت يده و استيلائه حتى كأنه عنده و لو كان غائباً عنه ، و هذا يناسبه التعبير بكلمة (عندك) و لا يلزم ان يعبر عنه بكلمة (لك) فيكون اشارة الى ما هو المتعارف في تلك الازمنة من بيع الشيء الغير المملوك ثم شرائه من مالكة و دفعه الى المشتري و يختص بمسئلة من باع ثم ملك و يخرج عنه الفضولي و نحوه بالتخصيص و هذا المعنى اقرب من الاحتمال الثالث و وجه اقربيته هو كون النهي في مقام بيع الدلال لمال شخصي ليس ملكاً له ثم ذهابه الى مالكة و اشتراؤه منه و تسليمه الى المشتري و فاء بالبيع السابق و به يدفع ما ذكره في المتن من عدم الشاهد على اختصاص النهي المذكور في النبوي بهذا المورد (اعني مورد بيع ماليس عنده) و وجه الاندفاع هو كون حكيم بن حزام الذي توجه النهي اليه في النبوي دلالاً و كان عادة الدالين هو بيع ما لا يملكون اولاً ثم اشتراؤه من مالكة و تسليمه الي من اشترى منهم هذا كله على ما يقتضيه الانصاف من منع عموم النبوي المذكور و اوسلم عمومها بناء على تسليم الاحتمال الثالث . نقول : ان النهي في الخبر لما كان راجعاً الى المعنى المسيبي اعني النقل و الانتقال الحاصل بالبيع لا الى ناحية السبب يكون بيع الفضولي خارجاً عن مورده ، لان الصادر منه هو مرحلة السبب اعني انشاء البيع فما هو يصدر عنه ليس متعلقاً لهذا النهي و ما هو منهى عنه ليس يصدر منه بل هو يصدر عن المالك بعد اجازته و هو من حيث كونه فعل المالك المجيز ايضاً لا يكون منهياً عنه لسلطنته على ما يبيعه باجازه للبيع الفضولي فالبيع الفضولي خارج بالتخصيص . حيث انه لا يشمل النهي حتى يحتاج الى التماس المخصص ، لكن هذا البيان لا يجري في بيع الرهن للعين المرهونة قبل اجازة المرتهن اذا تعقبه الاجازة منه ، بل لا بد في اخراج مثل

بيع الراهن مما يكون البيع صادراً عن المالك فيما يكون متعلقاً بحق الغير من التماس دليل آخر .

فتقول قد تقدم في مسئلة بيع الرهن انه في عالم التصور يمكن ان الملكية التي هي اضافة بين المالك و بين ملكه تقطع حصتين فحصة منها تنتقل الى المرتهن فيصير المرتهن كالراهن في كونه طرفاً لتلك الاضافة لكن لالتامامها بل قطعة منها تعلق بالمرتهن وقطعة اخرى تبقى على تعلقها بالراهن فيصير المرتهن طرفاً لتلك الاضافة في عرض الراهن نظير الشريكين في الملك ، ويمكن ان يكون حق المرتهن متعلقاً بالعين حادثاً بالرهن مع بقاء ملكية الراهن بتمامها متعلقة به بلا تقطيعها ، وهذا ايضاً يتصور على نحوين (احدها) ان تكون نفس العين متعلقة لحق المرتهن و لو انتقل ملكية الراهن الى ثالث مرة او مرات فيأخذ المرتهن بها اينما وجدها ، و على هذا فلا يكون حق المرتهن في طول ملك الراهن .

و ثانياً ان يكون العين بما هي ملك الراهن متعلقاً لحق المرتهن فيذهب حقه (ح) بان تنقل الملك عن الراهن الى ثالث ، وعلى هذا فيكون حق المرتهن في طول حق الراهن . هذا ، وقد تقدم ان التحقيق هو الاخير ، و لازمه هو بطلان الرهن بالبيع فيما اذا سبقه الاذن من المرتهن و لا يكون اذنه السابق بنفسه مبطلاً لحقه مالم يتعقبه البيع فان المنافي مع حقه هو الا تنقل من الراهن لا اذن المرتهن في النقل ، فليس حال الاذن في البيع كحال اسقاط الحق بانشاء اسقاطه ، بل انما يكون بيعه منشأً لسقوطه لمنافات حقه مع النقل عن الراهن حيث ان حقه كان متعلقاً بالعين بما هو ملك للراهن لا مطلقاً فالامر يدور بين بقاء حقه و عدم النقل و بين تحقق النقل مع ذهاب حقه ، لكن النقل لما كان باذنه فيذهب بحقه فذهاب حقه انما هو بالنقل لا بالاذن فيه .

اذاتبين ذلك فنقول حق الجناية يكون متعلقاً بالعين لافي طول ملكية المالك فيكون مع العين اينما كانت ، و حق الرهانة متعلق بالعين في طول ملك الراهن ، و اذا لايجمع مع انتقال العين عن ملك الراهن . بل الامر يدور بين سقوط حق المرتهن بمسقط من اجازة أو فك للرهن أو بساداء الدين وبين بطلان النقل ، والنهي في قوله ^{للمالك} لا تبع ماليس عندك في شسى من القسمين لا يقتضى الفساد ، اما فيما كان مثل حق الجناية فواضح حيث انه لامنافاة بين النقل وبين حق المحنى عليه فلا يكون تعلقه موجبا لقصر سلطنة المالك عن النقل و ان كان يمنع عن بيعه من جهة اخرى وهي التشكيك في ماليتة لكونه في معرض التلف في الجناية العمدية ، لكنه لا يرتبط بالنهي عن بيع ماليس عندك كما لا يخفى ، و اما ما كان مثل حق الرهانة فلأن النهى عن بيعه ليس كالنهي عن بيع العبد المسلم او المصحف من الكافر ، بل النهى عنه انما هو من جهة حق المرتهن . و بعد اسقاطه اما باجازته أو بأى مسقط من فك الرهن و نحوه يتم تأثير العقد فيؤثر اثره .

والحاصل ان المانع من نفوذ عقد الراهن كان تعلق حق المرتهن بالمبيع وبعد سقوطه يتم العقد فيؤثر اثره ، فحال العقد الصادر عن الراهن بعينه كحال العقد الفضولى في النتيجة إلا انهما يختلفان في المسلك ، فكما ان عقد الفضولى من حيث انه عقد للمالك بواسطة اجازته لا يكون مورداً للنهي كذلك عقد الراهن بواسطة اجازة المرتهن لا يكون مورداً للنهي ، هذا اذا قلنا بصحة الفضولى على القاعدة ، وكذا اذا قلنا بصحته على خلاف القاعدة لقيام الدليل عليها فانه يمكن الاستدلال بصحة بيع الراهن بعد اجازة المرتهن بالتعليل الوارد في نكاح العبد بأنه ماعصى الله و انما عصى

سيده واذا اجاز جاز، وقد تقدم تقريره في بيع الرهن بمالا مزيد عليه (وبالجملة)
فحال بيع الراهن كحال بيع الفضولي في الحكم بالصحة سواء كان القول
بالصحة على طبق القاعدة أم لا .

وخلاصة الكلام ان الخبر الوارد في النهي عن بيع ماليس عندك ليس
له عموم يشمل البيع الذي لا يكون العوضان فيه ممكن الحصول عند الآخر
وذلك لكونه وارداً في مورد بيع الدلال ثم اشترائه المال من مالكة وتسليمه
الى المشتري ، والمورد وان لم يكن مخصصاً للعموم إلا انه يتغدى عنه بمقدار
يمكن التغدى عنه ، فيتغدى الى كل بيع لا يكون البايع فيه مالكا و اما
مع ملكه اذالم تكن له القدرة على التسليم فلا يتغدى اليه بل هو خارج عن
عموم الخبر ، ومع تسليم عمومنا نقول ان العجز عن التسليم اما تكويني
كبيع العبد الابق ونحوه ، و اما تشريعي و هو اما يكون لاجل تعلق النهي
الشرعي به وذلك كالعبد المسلم والمصحف بالنسبة الى التسليم الى الكافر ،
حيث ان الشارع نهى عنه و صار نهيه سبباً للتعجيز ، فان العجز الشرعي
كالعجز العقلي (واما ان يكون) لاجل تعلق حق ادمي به ، وهذا ايضا على
قسمين (احدهما) ما يكون ذاك الحق المتعلق بالمبيع في عرض ملك البايع
كحق الجنابة ونحوه مما يكون متعلقاً بالعين فيكون هذا الحق مع العين
ايضا كانت (وثانيهما) ما يكون في طول ملك المالك بحيث يكون ملك
المالك مركباً له فيكون الحق مانعاً عن انتقال المال الى الغير ، فلو نقله
كان الامر دائرا بين امرين اما بطلان الحق وسقوطه بمسقط ، واما بطلان
النقل وبقاء الملك في محله .

وحكم هذه الاقسام اما في العجز التكويني فلا شبهة في كونه مشمولاً
لعموم النهي عن بيعه ، وكذلك ما كان العجز الشرعي فيه ناشياً عن النهي

كبيع المصحف والعبد المسلم من الكافر كما لا ينبغي الاشكال فى صحة ما كان حق آدمى من قبيل حق الجنابة ، حيث انه لا يمنع عن التسليم و انما الكلام فيما كان من قبيل الاخير اعنى حق الرهانة فنقول اما بالنسبة الى بيع الفضولى . فلا اشكال فى خروجه عن عموم النهى ، اذ النهى متعلق بالمسبب الانشائى اعنى ما يوجد بالانشاء لا الى مرحلة الانشاء نفسه فالبايع الفضولى انما يوجد البيع فى مرحلة الانشاء وهو ليس منهى عنه والذى هو منهى عنه اعنى المسبب الانشائى ليس هو من فعل البائع بل هو فعل المالك المجيز والمفروض كونه قادراً على التسليم فليس هناك نهى بالنسبة اليه ؛ و اما ما كان من قبيل بيع الراهن مما كان البيع ناشئاً عن المالك فيما يتعلق به حق الغير فى طول ملكه ففيه قولان فالمحكى عن المقاييس هو البطلان وذلك للعجز عن التسليم

(ولكن التحقيق فيه ايضاً هو الصحة) وذلك لكون النهى عنه بالنظر الى كونه متعلقاً بحق الغير ومع اجازته لامانع من صحته (وبعبارة اخرى) النهى فى « لا تبع ما ليس عندك » راجع الى ناحية المسبب الانشائى وهو يتوقف على اجازة المرتهن ومع اجازته فلانهى عنه ومع عدم اجازته لا يكون متحققاً لاجل مانعية حق المرتهن عن تحققه (والحاصل) انه قبل الاجازة لا موقع للمعنى المسبب الانشائى لاجل كون ملكية الرهن صارت محبوسة بحق المرتهن ومع بقاءه لا يبقى مجال للمعنى المسبب الانشائى فعدم تحققه مع بقاء حق المرتهن ليس لاجل اعتبار القدرة على التسليم بل لمانعة الحق عن انتقال الملك ومع اجازته يتحقق المسبب الانشائى لكن من غير تعلق نهى به لتامة القدرة على التسليم (ح) فحال بيع الرهن فى النتيجة كحال بيع الفضولى وان كان مختلفاً معه فى الطريق ، وذلك لكون المعنى

السببي في بيع الفضولي صادراً عن شخص ، و المسمى صادراً عن شخص آخر بخلاف بيع الراهن فان المعنيين صادران عن شخص واحد لكن في حالتين ، فالمعنى السببي في حال عدم اجازة المرتهن و المعنى المسبب الانشائي بعد اجازته كلاهما صادران عن الراهن ، و لا يخفى ان الصدور عن شخصين أو عن شخص واحد في حالتين غير فارق.

هذا اذا قلنا بأن صحة الفضولي تكون على القاعدة ، ولو قلنا بأنها على خلاف القاعدة فلا تفاوت بينه وبين بيع الراهن ايضاً ، بل يحكم في كلا البابين بالصحة لا جل قيام الدليل عليها إلا ان الدليل في الفضولي هو خبر البارقي و ماورد في نكاح الفضولي ، و في بيع الراهن يكون الدليل هو التعليل الوارد في نكاح العبد من غير اذن سيده بأنه ماعصى الله سبحانه و انما عصى سيده فاذا اجاز جاز .

قوله (قدّه) ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين (الخ) لا يخفى ان هذا الاستدلال يحتمل و جوهراً يرجع شيئ منها الى محصل (الاول) ان يكون المقصود من وجوب التسليم هو الوجوب الشرعي التكليفي ، وهذا هو الظاهر منه حيث يقول لاستحالة التكليف بالمتنع و لا يخفى ما فيه ضرورة ان اشتراط كل تكليف بالقدرة امر عقلي لا شبهة فيه و ليس فيه مجال للترديد ، فوجوب التسليم مثل سائر التكليف لامحالة مشروط بالقدرة ، والوجوب المشروط بالقدرة لا يثبت اشتراط القدرة على التسليم في صحة العقد لان وجوبه يكون مشروطاً بالقدرة و مع عدم القدرة فلا وجوب حتى يثبت به اعتبار القدرة (و مما ذكرناه يظهر) ان ترديد المصنف (قدّه) في الجواب بأنه ان اريد ان لازم العقد هو وجوب التسليم وجوباً مطلقاً فالاملازمة ممنوعة ، و ان اريد مطلق الوجوب فلا ينافي كونه

- ٤٨٠ - في البحث عن القدرة على التسليم

مشروطاً (غير مستقيم) و ذلك لأنه لا محيص عن التزام اشتراط الوجوب بالقدرة حيث انها من الشرائط العقلية الثابتة في كل تكليف .

(الثاني) ان يكون المقصود من الوجوب هو الوجوب الشرطي بمعنى اشتراط صحة البيع بتسليم كل من المتبايعين ما انتقل عنه الى صاحبه و هذا بعيد عن ظاهر العبارة (وكيف كان) فلا يخفى ما فيه لأن شرطية التسليم في صحة البيع و ان امكن ان تكون مشروطة بالقدرة كما انها يمكن ان لا تكون مشروطة بها ، لكن اثبات اطلاق شرطيته بالنسبة الى القدرة و كونه شرطاً مطلقاً حتى مع عدم القدرة يقتضي ابطالان البيع عند عدم امكانه ، بكونه شرطاً كذلك مصادرة واضحة ، وانما يتم الاستدلال لو كان اطلاق اشتراط التسليم بالنسبة الى القدرة ثابتاً بدليل آخر لكي يثبت باطلاق شرطية ابطالان البيع عند عدمه (الثالث) ان يكون المقصود من الوجوب هو الالتزام في ضمن العقد (ولا يخفى) انه يقتضي القدرة على التسليم لكن اللازم منه هو ثبوت الخيار عند تعذره لا ابطالان البيع رأساً فهذا المعنى اجنبى عن اقتضاء الفساد .

قوله (قدّه) ويعترض بأصالة عدم تقييد الوجوب بالخ لا يخفى ما في هذا الاعتراض فانه ان كان المراد بالوجوب هو الوجوب الشرعي فاشتراطه بالقدرة قطعى لا شبهة فيه ولا شك يعتريه حتى ينتهى الى اجراء الاصل في عدم تقيده ، وان كان المراد منه هو الوجوب الشرطى اعنى شرطية التسليم في صحة البيع فهو و ان امكن اشتراطه بالقدرة كما انه يمكن عدم اشتراطه بها و لازم اشتراطه بالقدرة سقوط الشرطية عند عدم القدرة و صحة البيع من دون التسليم (وبعبارة اخرى) كون التسليم شرطاً في حال القدرة عليه لا مطلقاً و لازم عدم اشتراطه بالقدرة بقاء الشرطية عند

العجز الموجب لبطلان البيع من دون تسليم لفقد شرطه الذي هو عبارة عن التسليم (ونظير ذلك) ما ذكر في شرائط متعلقات الاحكام مثل شرائط الصلوة عدى الطهور، حيث وقع البحث فيها في انها شرط مطلقاً و لو في حال العجز أو ان شرطيتها مختصة بحال القدرة عليها - هذا - لكن لا يجري لأصالة عدم تقييد الشرطية بالقدرة لعدم الحالة السابقة لها اذ لم تكن هذه الشرطية موجودة سابقاً مطلقاً عن القدرة حتى يثبت بقاء عدم تقييدها بالاستصحاب (ومنه يظهر) ما في دفع هذا الاعتراض بمعارضته بأصالة عدم تقييد البيع بهذا الشرط حيث انه ليس لعدم تقييده ايضاً حالة سابقة حتى يجري فيه الاستصحاب، وما ذكرنا من المناقشة في الاعتراض ودفعه هو وجه النظر الواضح الذي اشار اليه المصنف بقوله (وفي الاعتراض والمعارضة نظر واضح) قوله (قده) فافهم لعله اشارة الى ما في هذا الاستدلال والى ما في الجواب عنه من الترتيد المذكور في العبارة حسب ما قد مناه.

قوله (قده) ثم ان ظاهر معاقد الا جماعات كما عرفت كون القدرة شرطاً (الخ) اعلم انه ربما يقال بان الثمرة بين شرطية شسي مثل لبس المأكول في الصلوة و مانعية ضده مثل لبس غير المأكول فيها هي انه لو كان لبس المأكول مثلاً شرطاً لوجب احرازه في حال الصلوة و لا يصح الاكتفاء بما يشك في مأكوليته، ولو كان غير المأكول مانعاً صح الاكتفاء بالمشكوك لأصالة عدم المانع. وهذا الاصل غير الاستصحاب. وقد استدلل له بوجود مزيفة مثل تغليب جانب عدم على الوجود لا يحتاج الوجود الى علة و جودية دونه، و نحو ذلك مما لا طائل تحته

و العمدية في اثباته هو التمسك ببناء العقلاء لو ثبت بنائهم على عدم الاعتناء باحتمال و جود المانع بل يبنون على عدمه عند الشك فيه ولو ثبت

بنائهم على هذا لكان حجة بدليل عدم الردع ، لكن الشأن في ثبوت اصل بنائهم على هذا مع قطع النظر عن الاستصحاب والتحقيق عدم ثبوت بنائهم على الغاء احتمال وجود المانع عند الشك في وجوده مع قطع النظر عن الاستصحاب فهذا الاصل (اعني) اصاله عدم وجود المانع لاساس له اصلاً فلا ثمرة بين شرطية شئ او ممانعية ضده فكما انه يجب احراز الشرط عند الشك في وجوده كذلك يجب احراز عدم المانع ايضاً عند الشك فيه و لوبالاستصحاب .

ثم ان الثمرة في جعل اصاله عدم اصلاً مستقلاً في قبال الاستصحاب انما تظهر فيما لا يجري فيه الاستصحاب و هو في مورد ين (احدهما) فيما كان الشك في تبدل عدم المحمول الذي هو مفاد ليس التامة بالوجود المحمول الذي هو مفاد كان التامة مع تواردهما في الحالتين حيث انه مع تواردهما لا يجري الاستصحاب لتعارض الاستصحابين في الحالتين المتواردين ، فلو كانت اصاله عدم اصلاً مستقلاً في قبال الاستصحاب فاللازم جريانه عند الشك في تواردهما في الحالتين ، لكن هذا المورد نادر جداً (و ثانيهما) فيما كان الشك في ثبوت عدم النعتي الذي هو مفاد ليس الناقصة ادنى مثله ايضاً لا يجري الاستصحاب لأن اجراء الاصل في عدم المحمول لا يثبت عدم النعتي إلا على القول با لاصل المثبت ، و اجرائه في نفس عدم النعتي ايضاً غير صحيح فيما اذا لم تكن له الحالة السابقة فلو تم دليل اصاله عدم و ثبت كونها اصلاً برأسها في مقابل الاستصحاب كان اللازم جريانه في هذا المورد ، و لكن الدليل الذي استدلو به لاثبات حجيتها لا يشمل المقام ، اذا العمدة من ادلتهم هو اولوية عدم للممكن ، و هذا على تقدير تما ميته يجري في عدم المحمول الذي هو مقابل للوجود المحمول لا في عدم النعتي

في اعتبار القدرة على التسليم -٤٨٣-

وتحقيق ذلك بانعدام النعني ليس امراً مغايراً مع العدم المحمولى بل هما متحدان وانما التغاير بينهما بالاعتبار لأن العرض وجوده في نفسه عين وجوده لموضوعه لأن له وجودين ، فعدمه النعني ايضاً عين عدمه المحمولى من غير تفاوت بينهما الا باعتبار تحقق وجود المنعوت و عدمه لتوقف العدم النعني على استمرار العدم المحمولى الى زمان وجود المنعوت ، فعدم قيام زيد قبل وجود زيد محمولى وعند وجوده يصير نعتاً له ، ووجه سلب النعنية عن عدم قيامه قبل وجوده واضح حيث ان الاوصاف من العوارض الثانوية المتأخرة عن وجود الموصوف فلا وصاف عند عدم موصوفاتها مسلوقة من باب السالبة بانتفاء الموضوع واذالم يكن قبل وجود الموصوف عدم نعني لصفته فلا معنى للقول بأنه اولى للممكن أو انه ليس بأولى له ، فحديث اولوية العدم النعني للممكن قبل وجوده ساقط لسقوط موضوعه اذلاعدم نعني له (ح) حتى يكون اولى

و خلاصة الكلام انه ليس على اعتبار اصالة العدم دليل لان الدليل المذكور لا يثبت حجيتها مالم ينته الى الجعل الشرعي تأسيساً أو امضاء ، والجعل التأسيسي مفروض العدم وليس في البين بناء من العقلاء على اعتبار اولوية العدم حتى يثبت امضاء الشارع لبنائهم ببركة عدم الردع فلا يكون دليل على حجيتها اصلاً ، ثم على تقدير التسليم فيكون مورد ترتب الثمرة على حجيتها في المورد النادر وهو العدم المحمولى مع توارده الحالتين لافي مورد الشك في العدم المحمولى مع عدم تواردهما و لافي مورد الشك في العدم النعني لا جراه الاستصحاب في الاول و معه فيغنى عن التمسك باصالة العدم ، و عدم اجراء دليل اصالة العدم في الثاني .

ثم ان هذا كله فيما كان الدوران بين شرطية شسي و جودى و

مانعية شئى آخر وجودى ضد لما تحتل شرطيته سواء كانا من الضدين الذين
لثالث لهما كالطهارة والحدث اذا شك فى شرطية الاول ومانعية الثاني ،
او كان لهما ثالث مثل حلال الاكل و حرام الاكل اذا شك فى شرطية الاول
و مانعية الثانى حيث ان ما اللحم له كالحشرات أو غير الحيوان من النباتات
و نحوها واسطة بينهما ، واما اذا كان المحتمل مانعيته امرأعديماً فلا يجري
فيه اصالة العدم اذ لا معنى لاصالة عدم العدم ، ولا فرق فى ذلك بين كون الامر
العدمى المحتمل مانعيته مع الامر الوجودى الذى يحتل شرطيته متقابلين
بالسلب و الايجاب أو بالعدم و الملكية (ولا يخفى) ان المقام من قبيل
العدم والملكية فان العجز امر عدمى عبارة عن عدم القدرة عن من شأنه
القدرة فلا يصح التمسك عند الشك فى وجوده بأولوية عدمه اذ لا يصح ان
يقال بان العدم اولى بالعدم حتى ينمى على عدمه عند الشك فى عدمه .

و ربما يقال بالفرق بين التقابل بالأيجاب و السلب و بين العدم و
الملكية بدعوى صحة اجراء اصالة العدم فى العدم المقابل للملكة وان لم يصح فى
السلب و الايجاب و ذلك لخروج العدم لمقابل للملكة عن العدم المحض
لتحقق قابلية الوجود فى مورد دون السلب المقابل للوجود حيث انه
فاقد لما يقابله فعلاً و قوة (و يندفع) بأنه لا فرق بين السلب و الايجاب و
بين العدم و الملكية إلا فى تضيق دائرة العدم فى تقابل العدم و الملكية
حيث انه عدم خاص دون السلب المقابل للايجاب ، و اما القابلية للوجود
المعتبرة فى العدم و الملكية فهى امر وجودى مقطوع به ليس مورد الدوران
بين الوجود و العدم ، ضرورة القطع بثبوتها فى مورد التقابل بالعدم
و الملكية كالا نسان مثلاً حيث انه بعد الفراغ عن قابليته للبصر اما
يكون بصيراً أو اعمى فلا يصح اجراء اصالة العدم فيها و البناء على عدمها

(وبالجملة) فالامر العدمي في تقابل العدم والملكة و ان كان منجلاً الى امر وجودي و هو قابلية المحل و امر عدمي لكن ليس الشك في جهته الوجودية مع ما يقابله حتى يجرى فيها اصالة العدم بل الامر دائر بين جهته العدمية و بين الامر الوجودي المقابل لها فلا موقع معه لاجراء اصالة العدم . قوله (قده) ثم ان العبرة في الشرط المذكور انها هوفى زمان استحقاق التسليم (الخ) قد تقدم ان ما هو شرط في صحة العقد هو امكان حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه بالاعم من تسليم المنتقل عنه أو بتسليم المنتقل اليه اذا كان قادراً على التسليم مع عجز المنتقل عنه ، واما تعذر التسليم على المنتقل عنه مع امكان الحصول عند المنتقل اليه فهو موجب للخيار بواسطة تخلف الشرط الضمني فيما اذا كان التعذر طارياً أو و لو كان ابتداءً لكن مع جهل المنتقل اليه بتعذر التسليم على المنتقل عنه لانه علمه لان اقدامه مع علمه في قوة اسقاط شرط التسليم كما لا يخفى (و كيف كان) فكل من امكان الحصول الذي هو شرط للصحة والقدرة على التسليم التي هي شرط ضمنى يوجب تخلفه الخيار انما هو شرط في زمان استحقاق التسليم لا قبله فلا ينفع وجودهما قبله في صحة البيع او عدم ثبوت الخيار اذالم يكن حاصلًا في زمان الاستحقاق كما لا يضر عدمها قبله ، .

و يترتب على ذلك عدم اشتراط التسليم فيما لا مورد لاعتبار القدرة عليه كما اذا كان المال المنتقل عند المنتقل اليه قبل المعاملة بأن كان المثلث في البيع عند المشتري أو كان الثمن عند البائع أو كان مما لا يعتبر فيه التسليم اصلاً كشرائه من ينعق عليه الذي لا يترتب عليه الا الانعقاد و فيما اذالم يستحق التسليم كما في بيع السلم الذي اشترط فيه تأجيل المثلث ، أو النسبة التي يشترط فيها تأجيل الثمن فلا يعتبر فيهما امكان حصول المال

المنتقل عند المنتقل اليه قبل زمان الاستحقاق في الصحة و لا قدرة المنتقل عنه على التسليم في نفي الخيار قبله ، أو كان عدم استحقاق التسليم بواسطة نزول العقد ، و قد مثل له في المتن بما اذا اشترى فضولاً ، قال لانه لا يستحق التسليم إلا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة على التسليم قبلها، ثم اشكل فيه بناء على الكشف بواسطة لزوم العقد من طرف الاصيل فيتحقق الفرر بالنسبة اليه اذ لا يقدر على تحصيل ما انتقل اليه حين العقد الذي هو زمان الاستحقاق بالنسبة اليه ، ثم قال ان التمثيل با لفضولي حسن لو كان من الجانبين ، حيث لا اصيل في البين حتى يتحقق الفرر بالنسبة اليه .

و لا يخفى ما في كلامه (قوله) من اوله الى اخره اما اصل التمثيل بعدم استحقاق التسليم قبل الاجازة في الفضولي (فقيه) ان المخاطب بأدقوا هو المالك لا البائع الفضولي فانه اجنبي عنه مطلقاً سواء باع عن المالك فضولاً أو باع عن نفسه كما في الفاصب ، اما في الاول فواضح واما في الثاني فكذلك فان البيع الصادر عنه يصح عنه بما هو مالك ادعائى لا بما هو غاصب فالتمخاطب بالوفاء فيه هو المالك بعد اجازته فقبل الاجازة لا يبيع من المالك حتى يتحقق فيه استحقاق التسليم أو لا يتحقق ، و بعد اجازته يتحقق الاستحقاق . فجعل الفضولي مثلاً لما لا يستحق التسليم بمجرد العقد باطل لوجه له اصلاً

و اما ما افاده من الاشكال ففيه (اولاً) ان لزوم العقد من طرف الاصيل ليس مبنياً على الكشف لكي يبتنى الاشكال عليه ، بل العقد لازم من طرفه حتي على النقل ، و قد تقدم في الفضولي فساد جعل اللزوم على الاصيل من نمرات القول بالكشف واثبتنا القول بلزومه عليه مطلقاً سواء قلنا بالكشف

أو بالنقل (و ثانياً) ان مقتضى اللزوم على الاصيل ليس هو ترتيب جميع الآثار من حين العقد قبل الاجازة حتى صحة التصرف فيما انتقل عنه قبل الاجازة بل اللازم من اللزوم عليه هو عدم صحة نقل ما انتقل عنه قبل الاجازة حتى يجيز المالك أو يرد فليس حصول المنتقل اليه لديه مما يترتب على لزوم العقد عليه حتى يثبت منه الفرر (و اما ما افاده) من الاعتراف بحسن التمثيل فيما اذا كان الفضولي من الطرفين (ففيه) ان صرف كون الفضولي من الطرفين غير مفيد في نفي الاشكال و ذلك لا يمكن تقدم الاجازة من احدهما فيصير حاله كحال الاصيل (نعم) هو حسن فيما اذا كان الفضولي من الجانبيين مع تقارن اجازتهما كما لا يخفى .

و مما لا يستحق التسليم هو ما اذا لم يكن العقد تاماً في التأثير بل توقف على وجود امر مثل اجازة المرتهن او فكه في بيع الرهن فانه قبل الاجازة أو الفك لا يكون زمان استحقاق التسليم لاجل عدم تمامية العقد و توقف تأثيره على سقوط حق المرتهن بالاجازة أو الفك حسبما تقدم الكلام فيه مستوفى ، فالتعذر الحاصل قبل سقوط حق المرتهن غير قاذح في صحة العقد على حسب ما تبين ، كقبض الثمن في مجلس العقد في بيع السلم أو التقابض في المجلس في بيع الصرف فلن تعذر التسليم قبل التفرق غير قاذح لان الاستحقاق انما يثبت بالقبض في المجلس فلو حصل الافتراق قبل القبض يكون البيع باطلاً لاجل عدم تمامية سببه لاجل تعذر التسليم كما انه لا يضر بالصحة تعذر التسليم مادام بقاء المجلس وعدم حصول الافتراق (١) ثم انه ينبغي التنبيه على امور (الاول) ان المصنف (قده) في ذيل قوله و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلاً اذا كانت العين في يد المشتري (الخ) جمع

١ من هنا الى اخر هذه الدور ما قرره قرة عيني الحاج افاضنا الدين آلامى ابقاء الله تعالى ووفقه لما يحب ويرضى (منه عني عنه)

بين مالا يمكن فيه التسليم خارجاً ومالا يمكن ذلك شرعاً وجمع بين ما كان غير التسليم من شرائط العقد كإجازة المالك لعقد الفضولي وإجازة المرتهن لعقد الرهن ، وما كان التسليم من شرائط تأثيره كالصرف والسلم وعقد الرهن وجمع بين مالا يعتبر فيه التسليم كالمثالين الأولين ومالا يجب لاشتراط تأخير مدة أو لتزلزل العقد مع ان جميع ذلك ليس تحت ضابط واحد .

اما المثال الاول فعدم اعتبار القدرة فيه ليس لعدم اشتراط هذا العقد بهابل عدم اعتبارها انما هو لحصول نتيجة التسليم في يد من انتقل اليه (واما الثاني) فلا يجب فيه التسليم شرعاً من باب عدم بقاء تملك المشتري للعبد المنتقل اليه ، واما مسألة اشتراط التأخير مدة فمع تمامية اركان العقد لا يجب التسليم من باب اشتراط التأخير مدة فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية ، وهذا بخلاف باب عقد الفضولي فانه لا يجب التسليم على الفضولي من باب عدم تعلق العقد به ولا على المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الاجازة .

ثم لا بد من فرض عدم القدرة بالنسبة الى المالك بمعنى عدم القدرة الخارجية ، واما في عقد الرهن فعدم قدرته انما هو للعجز الشرعي (وعلى اى حال) فلا فرق بين باب عقد الصرف والسلم والرهن وسائر العقود فاذا كان العجز عن التسليم مانعاً عن تأثير العقد أو موجباً للعجز فيكون كذلك في باب الصرف والسلم والرهن لان القبض وان كان شرطاً في هذه العقود الثلاثة دون غيرها إلا انه ليس جزءاً للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول وانما هو شرط للنتيجة فسي الملكية في باب الصرف والسلم واما الالتزام والالتزام العقدي فمتحقق بنفس العقد ولذا كان بناء المشهور على وجوب التقابض كما سيأتي في خيار المجلس ويدل عليه قوله (ع) فان نزي حاططاً فانزعه الوارد في من تفرق من غير رضا صاحبه ، فبعد تمامية العقد تصير القدرة على التسليم

في باب الصرف و السلم ونحوها شرطاً كما في سائر العقود فلو تعذر فسد العقد كفساده في غيرهما (نعم) لو كان القبض جزءاً للعقد كما يحتمل ان يكون في الرهن كذلك فحيث لا عقد مع عدم القبض فالعجز عن التسليم لا اثر له لانه بعد حصوله لا موضوع للزومه ، وقبله لا عقد إلا على ما احتمله المصنف (قده) من صدق الغرر عرفاً وان لم يصدق عقلاً ، ولكنه (قده) استشكل في صدق الغرر عليه عرفاً بان صدقه عليه انما هو بالنظر البدوي ولكن بعد الاطلاع على الحكم الشرعي و هو ان اثر المعاملة لا يتحقق إلا بعد التسليم لاحكام للعرف بالغرر ، ثم امر بالتأمل ، ووجهه ان الحكم الشرعي بلزوم القبض لا يرفع صدق الغرر مع العجز عن تسليم الثمن في بيع السلم .

(الثاني) انه لا فرق في جهة الفساد بين صورة علم المشتري بعجز البائع و جهله سواء اعتبرنا القدرة على التسليم من باب القاعدة أي لكونه ادخياً في مناط مالية الاموال ، او من باب حديث نفي الغرر لان علم المشتري لا يوجب تحقق المالية أو نفي الغرر إلا اذا فسر بالحذية واما على ما هو ظاهر الحديث من الخطر فعلمه لا يرفعه .

(الثالث) ان حكم هذا الشرط ليس حكم سائر الشرائط المعتبرة في العقود في كون المدار على وجودها الواقعي سواء كانت معلومة او مجهولة ، بل يعتبر مضافاً الى وجوده الواقعي علم العاقد به فلو اعتقد عجزه لم يمكن الالتزام العقدي ولو كان قادراً في الواقع وذلك لحصول الغرر به مجرد الجهل و لازمه البطلان او كان عاجزاً أو اعتقد قدرته فتبين عجزه في الزمان المعتبر فيه التسليم لا الحكم بالصحة ولزوم بدل الحيلولة أو اجراء حكم تلف قبل القبض لعدم قيام دليل على كون الاعتقاد تمام الموضوع .

(الرابع) قد عرفت ان اعتبار القدرة انما هو حال استحقاق التسليم

فلو تعذر مدة مضبوطة او غير مضبوطة فاللازم الفساد إلا اذا كانت قليلة بحيث يتسامح عرفاً ، فمجرد كون المدة مضبوطة لا يقتضى كون التسليم مقدوراً حال استحقاق التسليم (نعم) اذا علم المشتري بعجز البائع في مدة معينة و قدرته بعد ذلك فلا يبعد ان يكون شرائه والحال هذه راجعاً الى اشتراط تأخير التسليم مدة ، و مرجع الشرط الى استحقاق التسليم بعد انقضاء هذه المدة .

(الخامس) لو كان المالك هو العاقد فلا اشكال في كون المعتبر قدرته بنفسه و اما لو كان العاقد غيره فلو كان الغير وكيلأ في اجراء الصيغة لا غير فلا اثر لقدرة ولا مانع في عجزه ، كما لا عبرة بعلمه و جهله في شرائط طلاق زوجة الموكل و اما لو كان و كيلاً مفوضاً فلا اشكال في كفاية قدرته انما الاشكال لو كان عاجزاً و كان الموكل قادراً ، ولكن الاقوى كفايته سواء علم المشتري بهذا التفصيل أو اعتقد قدرة الوكيل و كان في الواقع عاجزاً و الموكل قادراً لما سيبحث في باب خيار المجلس ان في مورد حضور الموكل في المجلس يمكن ثبوت الخيار للموكل و الوكيل على نحو الطولية ، ففي المقام اذا كان المناط لا اعتبار القدرة وصول المال الى المنتقل اليه حين استحقاقه فلو كان واحداً من الوكيل او الموكل قادراً علي التسليم كفى ذلك فيما هو المناط ، وهذا لا ينافي شرطية القدرة لصحة الالتزام العقدي من الوكيل وذلك لانه وان كان عاجزاً عن التسليم الا انه من حيث كونه بمنزلة الموكل و كونه في الحقيقة بدلامنه و بدناً تنزيلياً منه فيكفي قدرة الموكل لصحة التزام التسليم من الوكيل (وبالجملة) ما افاده المصنف (قدم) من ان الطرف اذا اعتقد قدرة الوكيل فلا يشترط علمه بقدرة الموكل و اذا علم بعجزه فيعتبر علمه بقدرة الموكل هو الصحيح الذي يبتني عليه قاعدة الطولية فانه لو اعتقد قدرة الوكيل صح الالتزام العقدي من المشتري و تحقق منه الاقدام على الشراء وان كان الوكيل في الواقع عاجزاً

في اعتبار القدرة على التسليم - ٤٩١ -

و هذا بخلاف ما اذا كان كل من الوكيل والموكل عاجزاً عن التسليم فان البيع في هذه الصورة فاسد اذا فرضنا عدم قدرة المشتري ايضاً على التسليم أو انه خيارى اذا كان قادراً .

(و حاصل الكلام) انه لا ينبغي الاشكال في ان الوكيل لو كان و كلاً في مجرد اجراء الصيغة فيعتبر قدرة الموكل و اما لو كان و كلاً مفوضاً فيكفي قدرة الوكيل و اذا كان عاجزاً فيكفي قدرة الموكل (وفي الجواهر) انه ربما قيد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى الموكل ايضاً برجوع المشتري عليه و بنى عليه بطلان العقد من الفضولي لأنه عاجز عن التسليم و قدرة المالك انما يؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضي بها حال البيع لما عرفت من ان بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الاذن مطلقاً بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق في الفضولي و البناء على القدرة الواقعية باطل اذا القدرة المشروطة هي القدرة المعلومة دون الواقعية و القدرة الواقعية من الفضولي على التسليم انما تتحقق باجازة المالك لاقبلها والمعتبر هو القدرة حال العقد (الى ان قال) ولا يقال قديحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد (فاجاب عنه) بأن هذا يخرج الفضولي عن كونه فضولياً لانه يدخل بذلك في المأذون بالفحوى و شاهد الحال ، و لو سلمنا بقاءه على صفة الفضولي إلا ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (انتهى ملخصاً) و الظاهر ان الكلام لصاحب المفاتيح (قده) .

ولا يخفى ما فيه (اما اولاً) فلأن اصل هذا المعنى و هو تخصيص الحكم بكفاية قدرة الموكل بما اذا رضى المشتري بتسليم الموكل و رضى هو ايضاً برجوع المشتري اليه فاسد فان المناط في اعتبار القدرة هو وصول المال

الى المنتقل اليه سواء رضى بذلك أولم يرض فيصح ان يلتزم الوكيل بالتسليم من باب كونه بدلاً عن المالك وبما انه مفوض منه اليه البيع و لا يشمله حديث نفى الغرر ايضاً اذ لا غرر على المشتري مع قدرة الموكل .
(واما ثانياً) فلأن مسألة الفضولي خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصاً وهو اسوأ حالاً من الوكيل في اجراء العقد الذي لاشبهة في ان قدرته و عجزه لا اثر له فانه لا يرتبط اليه العقد ايضاً حتى يكون عجزه موجباً لبطلانه .

(واما ثالثاً) فلأنه لا وجه لاعتراضه على ذلك بقوله لا يقال قديحصل الوثوق (الخ) حتى يجيب عنه أولاً وثانياً لانه لو اعتبر قدرة العاقد إلا اذا رضى المشتري بتسليم الموكل فمجرد وثوق الفضولي بارضاء المالك لا يوجب قدرة الفضولي وليس في البين رضى من المشتري بتسليم المعجز ولا رضى من المالك برجوع المشتري اليه فالامحل لهذا الاعتراض وبالجمله فلا شبهة في كفاية قدرة كل من الوكيل والموكل من تسليم المبيع في صحة البيع قوله (قده) مسألة لا يجوز بيع العبد الآبق منفرداً ^(١) هذا هو -

التنبيه السادس المتفرع على عدم صحة بيع ما لا يقدر على تسليمه سواء جعلنا مدرك الفساد عدم صحة الالتزام العقدي بما ليس فيه مناط مالية المال أو جعلنا مدركه نفى الغرر الذي قلنا انه يستلزم الجهل على جميع معانيه ومقتضى ذلك عدم الفرق بين الآبق والمجحود بغير بينة للمالك و الضال و المغصوب ونحو ذلك وعدم الفرق بين اليأس عن حصوله والرجاء به لان في جميع ذلك لا يصح الالتزام العقدي منجزاً ولا يزول الغرر بمجرد احتمال الحصول .

ثم ان موضوع البحث و ان كان المبيع إلا ان قضية القاعدة عدم الفرق بينه وبين الثمن (نعم) بناء على النص يمكن الاختصاص بالمبيع

لولم يكن المرسل في كلماتهم عن النبي ﷺ انه نهى عن الفرر معمولاً به على الاطلاق ولكن من كلماتهم يظهر الاطلاق ولذا يعممون البيع لسائر المعاوضات من الاجارة والمزارعة والمساقات ونحو ذلك (نعم) الصلح المبني على التسالم والمسامحة لايجري فيه حكم البيع (وكيف كان) فلايمكن منع الفرر من باب انه بعد اليأس يكون المبيع في حكم التلف قبل القبض المقتضى لانفساخ البيع أو من باب ان المشتري هالم يتسلم المبيع لايجب عليه تسليم الثمن فلاخطر عليه وان لم يفسخ المعاملة لرجاء حصول المبيع لأن هذه الاحكام الشرعية انما تترتب على العقد الصحيح في حد نفسه فلايمكن اثبات الصحة بما يترتب على الصحيح وإلا لزم ان يكون الحكم حافظاً لموضوعه (نعم) في هذه الصورة لو اشترط المشتري الخيار لنفسه بين الفسخ والامضاء فلايبعدان يقال بعدم صدق الفرر كما انه لو اشترط البايع الضمان على نفسه فكذلك و ذلك للفرق بين ما يترتب على البيع الصحيح وما اخذ في نفس العقد فان الاول لايرفع بالفرر فان ترتبه عليه فرع عدم كونه غريباً في نفسه و أما ما اخذ قيداً في العقد فيلاحظ الفرر بالنسبة الى المجموع من القيد والعقيد .

(السابع) ان مقتضى القاعدة بطلان البيع ولو جعل مجهول الحصول جزء للمبيع بأن يكون جزؤه الآخر معلوم الحصول ، لان جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غررى ، إلا انه ثبت بالنص جواز بيع الآبق مع الضميمة (ففي صحيحة رفاعة النخاس) قلت لابي الحسن عليه السلام ايصلح ان اشترى من القوم التجارية الآبقة واعطيهم الثمن واطلبها انا ، قال عليه السلام لا يصلح شرائها إلا ان تشتري منهم ثوباً أو متاعاً فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز (و موقفة سماعة) عن

ابى عبد الله عليه السلام في الرجل قد يشتري العبد وهو آبق عن اهله قال لا يصلح الا ان يشتري معه شيئاً فيقول اشترى منك هذا الشيئى وعبدك بكذا وكذا درهماً فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشترى معه .

وهاتان الروايتان وردتا بطرق متعددة فلا اشكال في سندهما بل مقتضى ماورد في باب ضم الضميمة الى مجهول الوجود كاللبن في الضرع وما في البطون من الحمل صحة بيع ما يشك في حصوله للمشتري، فأصل الحكم في الجملة مما لا اشكال فيه (انما الكلام) في اختصاص مورد الصحة بما اذا كان الآبق مرجو الحصول، أو يصح مطلقاً، ففيه قولان، والاقوى الاول، لان ظاهر الروايتين هو رجاءه لقوله " واطلبها انا " في الاولى ، وقوله فان لم يقدر على العبد الظاهر في ان مفروض السؤال كان مع رجاء القدرة في الثانية فسالمتين هو الاقتصار على ظاهر النص (نعم) بناء على صحة الشرط المجهول ففي مورد الشك ايضاً يصح على نحو الاشتراط لاجعله جزء للمبيع .

ثم ان ظاهر الروايتين اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها منفردة فلا يجوز ضم ما لا يجوز بيعه كالمنفعة وما لا يجوز بيعها منفردة وان صح مع الضميمة .

(اما اعتبار الشرط الاول) فلأن الظاهر من الروايتين ان الضميمة جزء للمبيع ، فكان البيع ينحل الى بيعين فان قوله عليه السلام : فنقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع وقوله فنقول اشترى منك هذا الشيئى وعبدك ظاهر في تعاقب الشراء بكل من الضميمة والآبق فلا بد من اشتغالهما على شرائط غاية الامر ان العلم بالحصول في الآبق غير لازم الا ان قابليته للشراء من غير هذه الجهة لازمة ، والمنفعة لا يصح شرائها (واما اعتبار كونها) مما يصح بيعها منفردة فلأنه لو انضم الى ما يتعذر تسليمه مثله فهذا لا يمكن ان يصح

به بيع ما يفسد ببيع (نعم) يمكن عقلاً فساد بيع كل واحد مستقلاً دون صورة الانضمام إلا أن هذا خارج عن طريقة العقلاء ، فعلى فرض اطلاق الروايتين من هذه الجهة إلا أن مناسبة الحكم والموضوع توجب تقييده .
ثم لا يخفى عليك أن مجرد اليأس عن الظفر بالآبق لا يجعله في حكم التلف حتى يقع البحث في أن أحكام التلف قبل القبض يجري في هذا أولاً ، فلا بد في جعل موضوع هذا البحث التلف الحقيقي ، وظاهر المتن أنه لو تلف قبل اليأس ففي ذهابه على المشتري و جهان (ولكن الأقوى) أنه لا يوزع الثمن على الآبق ، فلو تلف فلا يرجع المشتري على البائع لأنه جعل الثمن في الروايتين بازاء الضميمة في مورد عدم القدرة على الآبق ولا فرق في عدم القدرة عليه بين تلفه أو اليأس من حصوله ، ومقتضى ذلك أنه لو تلف الضميمة قبل القبض فإن كان قبل حصول الآبق فيرد الثمن بأجمعه ولو كان بعد حصول الآبق فيوزع الثمن لأنه ما دام آبقاً لا يقابله شيء من الثمن فإذا انفسخ العقد بالنسبة إلى الضميمة أما لتلفها أو لخيار يختص بها إذا كانت حيواناً فيبطل بيع الآبق أيضاً . ثم أنه لو كانت الضميمة من مالك آخر ففي صحة العقد كلام ولو أجاز .

قوله (قد) مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدر (الفخ) (١)

الظاهر أن المسئلة اتفاقية و أن من شرائط صحة البيع هو العلم بمقدار الثمن ولعل منشأ الاتفاق هو الحديث المشهور " نهى النبي عن بيع الغرر " وقد عرفت استلزام الغرر للجهل على أي معنى أريد منه ، وبؤيده التعليل في رواية حماد بن ميسر عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنه كره أن يشتري الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدري كم الدينار من الدرهم ، فانه إذا كان

-٤٩٦- في اعتبار العلم بقدر الثمن

استثناء الدرهم من الدينار يوجب جهالة الثمن لعدم العلم بنسبة الدينار من الدرهم فالبيع بحكم أحدهما أولى بالبطلان لأن الثمن مجهول رأساً ولا ينافي ذلك ما في صحيحة رفاعة النخاس الظاهر في صحة البيع بحكم المشتري لأن الظاهر من هذه القضية أن بايع الجارية وكل المشتري في تعيين القيمة لأنه باعها بثمن معين بعد المعاملة، مع أنه لا يمكن الأخذ بظاهر هذه الصحيحة لأنه لو كان البيع بحكم المشتري جائزاً لم يكن وجه لقوله عليه السلام أرى أن تقوم الجارية بقيمة عادلة (وبالجملة) فاعتبار العلم بالثمن من حيث المقدار هو مناط مالية الأموال فلا يمكن أن يكون الثمن قابلاً للانطباق على القليل والكثير وهذا المنطوق لا بد من العلم بمقدار الثمن مع قطع النظر عن الغرر ومع قطع النظر عن الأخبار الواردة في المكيل والموزون وإمامهم لحاظهما فلا إشكال في المسئلة في الجملة بل يستفاد من هذه الأخبار أن ما يوزن لا بد فيه من الوزن وما يكال فيجب فيه الكيل والمعدود يجب فيه العد إلا مع كون أحد هذه الأمور طريقاً إلى الآخر كما في صحيحة الجلي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعدّه فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقي على حساب ذلك العدد، قال لا بأس، وعليهذا فإن كل الشيئ مذكوراً كالتياب ونحوه فلا بد من ذرعه إلا إذا كان الوزن طريقاً لذرعه كالقمشة المصنوعة بالمكائن فإنها يعلم ذرعها بوزنها (وكيف كان) فكل ما كان مدار ماليته بكميته فلا بد من العلم بها أو ما هو بمنزلة العلم كأخبار البايع والوزن الذي هو طريق للذرع والعد إذ كما لا بد من العلم بكيفية الأموال وأوصافها من حيث الجودة والردائة ومن حيث وجودها وعدمها فكذلك يعتبر العلم بكميتها باختلاف مالية المال باختلاف الكيفية والكمية.

في اعتبار العلم بقدر الثمن -٤٩٧-

ثم ان مقتضى الاخبار الواردة في المكييل و الموزون و المعدود وجوب اعتبار الكيل والوزن والعد فيها سواء كان عددها غريباً اولاً، فكون الغرر شخصياً أو نوعياً لا دخل له في هذه الابواب وهذا لا ينافي صحة بعض ما يوزن بالاوزن كمقدار قليل من الدهن وثلاث حبات من الحنطة وزبرة من الحديد لخروج هذه الاشياء عن الادلة الدالة على اعتبار الوزن (وتوضيح ذلك) انه لا شبهة في انه اذا كان دليل المخصص المنفصل مجملاً مفهوماً فيؤخذ في تخصيص العموم بالقدر المتيقن ويتمسك بالعموم في المشتبه ففي المقام مقتضى عمومات البيع عدم اعتبار الكيل والوزن والعد في المكييل والموزون والمعدود والمذروع ولكنه ثبت بالادلة الخاصة في الثلاثة الاول اعتبار الوزن والكيل والعد ولكن في خصوص اعتبار العد في المعدود لم يقم دليل الاروابة الجوز والمعلوم على الخبير انها ناظرة الى جهة اخرى ولا تدل على اعتبار العد الا كونه مفروغاً عنه عند السائل واما خصوصيات اعتبارها فالدليل مجمل بالنسبة اليها واما ادلة اعتبار الكيل والوزن فظهر دليل في هذا الباب هو ذيل صحيحة الحلبي وهو قوله عليه السلام وما كان من طعام سميت فيه كيلاً فانه لا يصح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام ، وظهورها في اعتبار الكيل في المكييل لا شبهة فيه الا انها مختصة بما كان مناط ماليته الكيل أو الوزن مثلاً واما لو كان مناطها العد وان كان الوزن فيه ملحوظاً ايضاً بحيث انه لو نقص عن هذا الوزن كان معيباً فلا يضر عدم كيله أو وزنه وعلى هذا جرى بين الناس المعاملة بالدارهم والدنانير مع عدم العلم باوزانها ، وكذلك تختص ايضاً بما اذا كان عدم كيله مستلزماً للجزافية وبهذا المنطايضاً يحكم بصحة المعاملة مع الدراهم والدنانير وان لم يعلم مقدارهما من حيث الوزن فان السكة طريق الى مقداره المقرر عند السلطان وبهذا الوجه فصل الصادق عليه السلام بين الدراهم الواضحية وغيرها فانها هي الدراهم الصحيحة التي لا تنقص عن

الوزن شيئاً وأما غيرها فمن جهة ان نقصانها موجب للغش نهى عن المعاملة معها إلا بعد بيان مقدار نقصها (وبالجملة) فعدم اعتبار الكيل والوزن في الدارهم و الدينار اما لكون المنط في مائتيهما هو العدد والوزن بمنزلة وصف الصحة وأما لان السكة طريق الى مقداره فيخرج عن كونه يبيع جزاف (وكيف كان) فلا شبهة في صحة بيع ما يكال بكيل مجهول عند المشتري كالغريب الوارد الى بلد فانه وان لم يعرف العراقي مثلاً مقدار المن التبريزي ولا غير العراقي مقدار الحققة مثلاً إلا ان المن والحققة لكونهما مضبوطين في الواقع يخرجان المعاملة عن كونها جزافية .

(وحاصل الكلام) انه يستفاد من الادلة الواردة في اعتبار الكيل والوزن قيدان .

(اولهما) كون الكيل والوزن طريقين الى مقدار الشيء وكميته فلو كان له طريق آخر كسكة السلطان فلا دليل على اعتباره بالخصوص وبهذا المنط يصح شراء المكيل بلا كيل لو اخبر البائع بكيله وكان موثقاً به ويصح كيل المعدود ووزن المكيل .

(وثانيهما) كون البيع بدونهما جزافياً فاذا كان الكيل غير مفيد لكمية الشيء ولكنه لم يكن جزافياً فكفى الكيل وان لم يعرف المشتري مقداره وبهذا يصح بيع مقدار من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه أو من غيره المساوي له في القيمة .

(وعلى اى حال) فيستفاد من هذه الادلة بالخصوص ان الجهل بمقدار المبيع موجب للبطلان سواء كان غريباً أو لا وفي نفس هذه الاخبار لم يعلل مانعية الجهل بالغرر حتى يبحث انه حكمة التشريع فيكون المدار على النوع او على المجمعول حتى يكون الغرر الشخصي منطاً و على فرض التعليل به فلا شبهة انه حكمة .

اعتبار العلم بقدر الثمن والمثمن -٤٩٩-

(وبيان ذلك) انه قد اثبتنا في قاعدة الضرران في العناوين الثانوية كالضرر والخرج ونحوهما اذا تعلق حكم بنفس هذا العنوان يكون العنوان هو الموضوع للحكم ويدور الحكم مداره وبهذا الوجه يكون حاكماً على ادلة الاحكام ولا محالة يكون الضرر أو الخرج شخصياً واما لو تعلق الحكم بعنوان آخر وعلل هذا العنوان بالضرر أو الخرج فلا محالة يكون الضرر أو الخرج علة التشريع ولا يطرد ولا ينعكس فيكون نوعياً والحكم في مورد الخرج ورد على كلا النوعين ففي باب طهارة الحديد يكون الخرج حكمة لرفع النجاسة وفي مثل ما جعل عليكم في الدين حرج يكون حاكماً على ادلة الاحكام واما في باب الضرر فكونه حاكماً على ادلة الاحكام لا اشكال فيه كما في قضية سمرة واما كونه علة للتشريع فيتوقف على ورود هذا اللفظ منه ^{والتوقف} في ذيل حكم من احكامه كما ورد في ذيل حكمه بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن وفي ذيل حكمه بكراهة منع فضل الماء واما في المقام فلم يرد عنه ^{والتوقف} إلا انه نهى عن الغرر اما مطلقاً أو في البيع فكون الحكم دائراً مدار الغرر الشخصى أو النوعى لا موضوع له لان نفس عنوان الغرر اذا كان متعلقاً للنهى فلا محالة يكون الحكم دائراً مدار هذا العنوان (نعم) لهذا البحث مجال اذا استفيد من ادلة اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون كون عدمهما غريباً فحيث ان اعتبارهما فيهما واعتبار العدد في المعدودانما هو لأن عدمهما غرر فلا محالة يكون الحكم ثابتاً ولولم يكن غريباً واما في الذرع فلم يدل دليل عليه إلا نفى الغرر ونهى ^{والتوقف} عنه فلا بد من ان يقال ان المدار على تحقق عنوان الغرر .

(واكتنك خبير) بأن التفصيل في هذه الابواب الاربعة لا يمكن الالتزام به للقطع باتحاد احكامها فلا بد من ان يقال ان الجهل بالمقدار موجب لفساد المعاملة اذا كان مناط مالية المال هو تعيين المقدار ولكنه بعد اعتبار قيدي آخرين .

(أحدهما) ان لا يكون طريق لاحترازه واما اذا كان فخصوصية الكيل أو الوزن أو العد أو الذرع فيما يتعارف احترازه بهذا الطريق مع الاوجه لها .
(والثاني) ان يكون البيع بلا علم بالمقدار جزافياً واما لو لم يكن كذلك كبيع مقدار من الطعام بما يقابله من جنسه فلا دليل لاعتبار هذه الطرق (ومما ذكرنا يظهر) شرح ما في الكتاب من قوله (قده) .

مسئلة لو قلنا بأن المناط في اعتبار تقدير البيع في المكمل و الموزون و المعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصي فلا اشكال في جواز تقدير كل منهما بغير ما يتعارف تقديره هذا اذا انتفى الغرر بذلك (الخ) و ذلك لما عرفت من انه لم يعلل اعتبار هذه التقديرات بالغرر (نعم) يمكن ان يدعى ان حكمته سد باب الغرر المؤدي الى التنازع وعلى هذا فلا بدور الحكم مدار الغرر بل لابد من التقدير باحد هذه الامور . وهذا آخر ما وقفنا على تحريره مما حصلناه من مباحث شيخنا و استاذنا العلامة ادام الله افاداته على قدر ما تمكنت او عتينا لحفظه ثم لتحريره بعد ضبطه مع ما سنح بنخا طري الفاتر في بعض المواضع و بذلت جهدي في تأدية المطالب باسهل العبارات الخالية عن الاعضال والغلق على حسب ما تفضل على الله العظيم واهب العلم والفضل ونشكر آلائه حامداً له سبحانه ومصلياً على نبيه سيد المرسلين محمد صلوات الله عليه وآله وآله الطاهرين وارجو من الناظرين الصفح عن الزلل والنقصان فان ما سنح مني هي بضاعتي المزجاة و كل اناه يترشح بما فيه وكل ميسر لما خلق له وكان اختتامه في شهر صفر الخير من شهر سنة ١٣٥٣ ثلاث وخمسين وثلاثمائة بعد الالف من الهجرة النبوية القمرية في النجف الاشرف على ساكنه السلام والتحية والحمد لله اللهم اختتم لنا بالخير والسعادة ويكون ختام طبعه في يوم الخميس السادس والعشرين من شهر ذي حجة الحرام من شهر ١٣٧٣ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هذا تحرير ما افاده العلامة الآية العظمى مجدد المذهب في رأس
 المائة الرابعة عشر المرحوم الحاج ميرزا حسن الشيرازي قدس سره في حكم
 اللباس المشكوك فيه على ما حرره بعض تلامذته قدس سره .
 (مسئلة) اذا شك في ان اللباس مما يصلح فيه أولا مثل ان شك في كونه
 مما يؤكل لحمة أولا اذ انه حرير محض أولا ففي جواز الصلوة فيه خلاف ،
 وكذلك في المحمول بناء على المنع من المعلوم منه ، فذهب المشهور كما
 قيل الى عدمه ، بل لم ينقل مخالف صريح الا صاحب المدارك ، وتبعه جماعة
 من المحققين قدس الله اسرارهم كما قيل مثل المحقق القمي (قدم) وذهب
 الى ذلك سيد مشايخنا قدس الله نفسه الزكية (حجة القائلين بالمنع) اصالة
 الاشتغال ، وتقريره ان التكليف بالعبادة الخالية من جنس ذلك المانع معلوم
 ولا يحصل الا بالتحرز عن المشكوك (وحجة القائلين بالجواز) اصالة البرائة
 عقلا ونقلا ، اما الاول فتقريره ان النهي سواء كان نفسياً أو غيرياً يرجع الى
 تكاليف متعددة ، فمرجع النهي عن الصلوة فيما لا يؤكل لحمة الى النهي عن
 كل فرد من افراده بالعموم الاستغراقى الافرادى ، فيكون مرجع الشك
 في صدق عنوان ما لا يؤكل لحمة على شئ الى كونه مستقلاً قد نهى عن الصلوة
 فيه كسائر افراد ما لا يؤكل لحمة التى نهى عن كل واحد منها بالخصوص
 لاجل صدق العنوان عليه فيكون نظير الشك في صدق عنوان الحرام كالخمر
 على شئى فكما ان الاصل برائة الذمة كذلك فيما نحن فيه .

(والحاصل) اننا لانعقل الفرق بين النهي الغيرى والنفسى بحسب الشمول اللفظى وبحسب الانطباق على الافراد ، فكل فرد شك في صدق المهية عليه يكون الشك فيه راجعاً الى الشك فى التكليف ، والاصل فيه البرائة .

(فان قلت) اننا نفرق بين افراد النهى بحسب الشمول والانطباق ، بل نقول ان اجراء البرائة فى النهى الغيرى لا محصل له وذلك لان النهى الغيرى بما هو نهى غيرى لا يشترتب على مخالفته مؤاخذه يحتاج اثبات تلك المؤاخذه الى البيان حتى يحكم بانتفائها عند عدم البيان بحكم قاعدة قبح المؤاخذه قبل البيان ، بل لادام مخالفته الى مخالفة الامر النفسى ، وقد تم البيان بالنسبة اليه .

(والحاصل) ان الشك فى التكليف الغيرى ما لم يكن مرجعه الى الشك فى التكليف النفسى لا معنى لاجراء اصالة البرائة فيه ، و الامر هنا معلوم تفصيلاً وهو الامر بالصاوة الخالية عن الموانع ، والشك فى صدق تلك الموانع على شىء راجع الى الشك فى امتثال ذلك التكليف المعلوم تفصيلاً (قلت) ان الامر النفسى المذكور يرجع بعد التحليل الى الامر بافعال معلومة بالذوات وتترك معلومة بالعنوان مجهولة الاشخاص فكل ترك علم ان عنوان المنهى عنه صادق عليه يكون داخلاً فى المأمور به ، و كل ترك شك فى صدق العنوان عليه فدخوله فى المأمور به مشكوك ، وقد قرر فى مسألة البرائة والاحتياط ان الشك فى دخول شىء فى المأمور به لرجوعه الى تيقن مطلوبة الاقل والشك فى الزائد يرفع حكمه باصالة البرائة عن الزائد المشكوك فيه .

(فان قلت) العلم بعنوان المأمور به كاف فى الاشتغال و الشبهة المصدقية مرجعها الى الشبهة فى حصول العنوان الذى علم باشتغال الذمة به . (قلت) الاشتغال المعلوم الحصول هو اشتغال الذمة بالاجزاء والتروك

المعلوم صدق العنوان عليها ، وأما غيره فاشتغال الذمة به غير معلوم .

(وتوضيح المرام) ان المنع عن الصلوة فيما لا يؤكل لحمه يرجع الى النهي عن ايقاع الصلوة في تحصلات تلك المهية ، كما ان النهي عن شرب الخمر يرجع الى النهي عن شرب تحصلات تلك المهية ، في الخارج ، و (ح) فلا يكون العلم بالعنوان بياناً .

(وتوضيحه) ان الطلب المتعلق بالمهية اذا كان على وجه السراية ولم يكن بدلياً سواء كان وجوبياً مثل قولنا تواضع للعالم او تحريمياً مثل لا تشرب الخمر ، نفين كالمثاليين ، أو غيريين كما لو امر بالصلوة وامر بقراءة تمام القرآن فيه على وجه الجزئية ثم شككنا في ان المعوذتين من القرآن اولاً ، او نهى عن التكلم بكلام الآدمي في الصلوة سواء كان ذلك النهي بملاحظة دخل التروك المنتزعة من النهي في المهية شرطاً أو شرطاً أو بملاحظة مانعية الوجودات لها لا يكون المهية الملحوظة في ذلك الطلب (ح) في نظر العقلاء إلا كالمعرف الاجنبى الذي لوحظ به المطلوب ، غاية الامر ان المعرفة لا يكون علة للحكم ومنشأه ، بخلاف مثل هذه المهية فان صدقها على الافراد علة لمحبوبيتها أو لمبغوضيتها ، والسرفى ذلك كله حقيقة ان العلم بالكبرى مع قطع النظر عن انضمام الصغرى اليه لا يترتب عليه النتيجة ، والعلم بالنتيجة في ضمن الكبرى علماً اجمالياً لا يعد بياناً للنتيجة ، و لاجل ذلك لم يتأمل احد في الشبهات الموضوعية (وجوبية كانت أو تحريمية) في ان الاصل فيها البرائة عقلاً ونقلاً .

(وملخص الكلام) ان العقل بعد ملاحظة الامر الغيرى السارى مثل قوله اقرء القرآن في الصلوة او النهي الغيرى مثل قوله اجتنب عما لا يؤكل لحمه في الصلوة ينتزع اجزاء معلومة وهى ما علم صدق القرآن عليه ، و موانع معلومة وهى ما علم انه مما لا يؤكل لحمه ، وامور يشك في جزئيتها

وامور يشك في مانعيتها ، غاية الامر ان منشأ الشك في جرمية تلك الامور أو مانعية تلك الاشياء هو الشك في صدق المهمية عليها ، وإلا فحقيقة الجزء و المانع هي ذوات تلك الاشخاص ، و (ح) فمن بنى على البرائة في الشك في الجرمية والمانعية لا محيص له هنا عن اجراء البرائة .

(فان قلت) فرق بين مانحن فيه ومسئلة البرائة في الشك في الشرطية والجرمية لان الشك هناك في جعل الشارع وهنا في الامر الخارجى .

(قلنا) اذارجع الشك في الامر الخارجى الى الشك في الجعل فأى محصل في هذا الفرق ، و هلا فصلت بين الشبهات الحكمية الوجودية أو التحريمية وبين الشبهات الموضوعية .

(فان قلت) الامر في المانع لم يرتبط بالمهمية السارية بل يرتبط بحقيقة الجنس ، ولازمه ترك جميع الافراد ، و ذلك نظير ما ذكر في باب تداخل الاسباب وان الجنس قد يكون سبباً فلا يتكرر (ح) بتكرار الافراد ولا يتكرر بتكررها (نعم) لما كان عدم الجنس بهذا المعنى غير منفك عن عدم جميع الافراد لزم تركها من باب الملازمة والمحصالية .

(والحاصل) ان النهى بهذه الحيثية ليس نهياً عن الافراد ولا يكون المانع بهذا المعنى هي الافراد ، كما ان السبب اذا لوحظ المهمية بهذه الحيثية ليس عبارة عن الافراد فلا يكون لزوم ترك الافراد من اقتضاء الامر النفسى بل لملازمته لما يقتضى لزومه ، و (ح) يكون الشك في فردية شئى شكاً في حصول عنوان المأمور به الذى علم الاشتغال به .

(قلت) اولاً انا لانسلم ان المانع هو الجنس ، بل الظاهر من الاوامر والنواهى العرفية المتعلقة بالاسباب والموانع سببية الافراد و مانعيتها من حيث انطباق الجنس عليها ولاجل ذلك ذكرنا هناك ان عدم تداخل الاسباب

من مقتضيات الاصول اللفظية .

(ونانياً) لامحصل لهذا الكلام لأن المهيبة بهذه الحثية عبارة اخرى عن مجموع ما وجد في الخارج من الافراد ، فمرجع الشك في المانع الى الشك في ان المانع مجموع امور يكون المشكوك جزء منها او مجموع امور ليس هذا منها ، فمرجع الشك الى دخل شئ زائد عن المقدار المعلوم في الامر النفسى .

(فان قلت) مجموع الافراد ملازم للجنس في الخارج .

(قلت) انا نلغى جميع الخصوصيات المنضمة الى الافراد و نلاحظ نفس الجهة التى تشمل على الفرد وهى جهة المانع والموجود الخارجى فيكون مرجع النهى الى اجتناب مجموع تلك الحصص الموجودة من حيث كونها نفس المهيبة لامن حيث كونها اموراً متباعدة متكررة وهى بهذه الملاحظة يكون النهى عن الماهية عبارة اخرى عن النهى عنها .

هذا خلاصة ما افاده سيد مشايخنا في مدرسه المبارك حين تشرقنا بخدمته في داره المباركة المعروفة في سر من رأي شكر الله عليه و اجزل عن الاسلام واهله مثوبته ووفقنا وسائر تلامذته للمشى على منواله والسلوك على مسلكه ولاحول ولا قوة الا بالله العلى العظيم .

وقد تم استنساخه بيد العبد الراجى رحمة ربه ضياء الدين الآملى في السادس والعشرين من شهر ذى الحجة الحرام من العام الثالث والسبعين وثلاثمائة بعد الالف من الهجرة النبوية على المهاجر بها الآف الصلوة والسلام والتحية والحمد لله رب العالمين .

الرقم العنوان	الرقم العنوان
في المعاطات	٣ في البحث عن اعتبار استناد العقد الى المالك
٧٥ في البحث عن الكشف والنقل	٧ في البحث عن كون صحة الفضولي موافقا مع القواعد
٨٩ في بيان الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي	١٣ في البحث عن خبر عروة البارقي
١٠٠ في الثمرة الثانية	١٦ في الاستدلال بصحيفة محمد بن قيس
١٠٢ في الفرق بين الشرطين	٢٠ في الاستدلال بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي
١٠٥ فيما لو اسلخت قابلية الملك عن احد التبايعين	٢٦ في الاستدلال بالروايات الواردة في مقامات خاصة
١١٠ في بيان ايراد المصنف على المعترض	٣٠ في الاستدلال بخبر ابن اشيم
١١٢ في تفصيل الشروط	٣١ في بيان وجه دلالة صحيفة الحلبي
١١٧ في بيان الثمرة بين النقل والكشف الحكمي	٣٢ في تقريب دلالة موثقة عبد الله
١١٨ الخلاف في كون الاجازة كاشفة او ناقله ليس في مفهومها اللغوي	٣٣ في الاستدلال بآية التجارة
١٢١ في البحث عن اشتراط كون الاجازة باللفظ	٣٦ في الجواب عن الاختيار التي استدلت بها على بطلان الفضولي
١٢٨ في البحث عن وقوع الاجازة باللفظ الكناهي	٣٧ فيما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير
١٢٩ التنبيه الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد	٤١ وقد يستدل لمنع بوجوه ضعيفة
١٣٥ في ان الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك	٤٢ المسئلة الثانية ان يسبقه منع المالك
١٣٦ في ان اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن	٤٥ المسئلة الثالثة ان يبيع الفضولي لنفسه
١٤٣ في ان الاجازة ليست على الفور	٤٨ قوله قدم مع انه يلتزم صحة ان يكون الاجازة
١٤٦ في انه هل يعتبر في صحة الاجازة مطابقتها للعقد	٥٠ قوله قدم اما الاول فلان صحة الاذن
١٥٣ بشرط في المعجز امور الاول	٥٣ قوله قدم ثم ان ماذكرنا من ان نسبة ملك الموضع حقيقة الخ
١٥٤ في البحث عن اعتبار وجود المعجز في حال العقد	٦٠ البيع الفضولي اما يكون واقعا على العين
١٥٤ اذا كان المالك حين العقد هو المالك	٦٦ قوله قدم وان رد فدية قضى القاعدة بطلان العقد واقعا الخ
	٧٠ في البحث عن جريان الفضولي

الرقم	العنوان	الرقم	العنوان
٢٠٢	فى توضيح ما ينقله المصنف قده عن بعض مقاربي عصره		حين الاجازة ولم يكن جائز التصرف الخ
٢٠٧	الرابعة ان يبيع لنفسه (الخ)	١٦٠	فى الفرق بين حق الرهانة والجنابة
٢١١	فى البحث عن اعتبار اجتماع الشرائط فى العقد المجاز	١٦١	فى البحث عن بيع من باع شيئاً ثم ملكه
٢١٤	الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل	١٦٤	فى الاشكال الثانى فى بيع من باع ثم ملك
٢١٧	الثالث المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير الخ	١٦٦	فى الاشكال الثالث فى بيع من باع ثم ملك
٢٢١	فى حكم العقود المترتبة طبياً	١٦٩	فى الاشكال الرابع على بيع من باع ثم ملك
٢٢٨	فى بيان الاشكال فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود	١٧٤	فى الاشكال الخامس على بيع من باع ثم ملك
٢٢٩	فى بيان منشاء عدم ضمان الناصب للثمن	١٧٥	فى الاشكال السادس فى بيع من باع ثم ملك
٢٣٦	فتحصل من مجموع ما ذكرناه امور	١٧٧	فما اجاب به عن الاخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك
٢٣٩	فى احكام الرد	١٨٠	فى البحث عن كون المبيع كلياً او شخصياً فى بيع ما ليس عندك
٢٤٢	المقام الثانى فيما يشترط به الرد	١٨٣	فى الوجوه المتصورة فى بيع ما ليس عندك
٢٤٤	فى حكم التصرفات الناقلة للعين	١٨٦	فما اذا باع من المالك وانطق شراؤه منه
٢٤٥	فى حكم التصرفات الناقلة للمنفعة	١٨٧	فما اذا اضاف البيع الى نفسه فاجازه المالك
٢٥٢	فى البحث عن الرد بالفعل	١٨٧	فما اذا اضاف البيع الى ثالث غيره وغير المالك
٢٥٤	فى ذكر الادلة التى استدلت بها على وقوع الرد بالفعل	١٩٠	المسئلة الثالثة مالو باع معتق الخ
٢٥٧	فى احكام الاجازة والرد	١٩٢	الثانية ان يبيع لنفسه فادكشف كونه ولها او وصيا الخ
٢٥٨	فى وظيفة المشتري مع البايع الفضولى	١٩٣	فى شقوق بيع المالك
٢٦١	فى حكم تصرف البايع الناصب فى الثمن	١٩٤	فى الفرق بين ما اذا باع عن المالك او باع عن ابيه
٢٦٤	فى النقض الثانى على القول بعدم ضمان الناصب عند التلف		
٢٧٠	فما لو اشترط على البايع الرجوع بالثمن		
٢٧١	فى بيان حكم ما يفتريه المشتري مما عدى الثمن		

الرقم العنوان	الرقم العنوان
٣٤٢ فى بيع العبد المسلم من الكافر	٢٧٤ فى بيان قاعدة الغرور
٣٤٧ فى اجارة العبد المسلم للكافر	٢٧٧ فى حكم رجوع المشتري الى البايع
٣٥٠ فى ارتهان العبد المسلم عند الكافر	فيما يفترمه للمالك
٣٥٢ فى المواضع التى استثنيت من منع	٢٨٢ فى حكم رجوع المشتري الى البايع
تملك الكافر للعبد المسلم وهى اربعة	فى مقدار الثمن
الموضع الاول فيما اذا كان المشتري	٢٨٣ فى تصوير الضمان فى صورة
ممن ينعتق عليه العبد المسلم الموضع	تعدد الضامن
الثانى ما اذا اقر الكافر بحرية عبدهم	٢٩٢ فى اقامة الدليل على اثبات الضمان
اشتراه من مولاه	الطولى
٣٥٤ فى ارب الكافر العبد المسلم	٢٩٧ فيما يترتب على الضمان الطولى
٣٥٦ فى بيان حكم الملك القهرى وانه	من الفروع
كالارثاملا	٢٩٨ الفرع الثانى والثالث
٣٥٨ فى تولية الكافر بيع عبد المسلم	٣٠١ الفرع السادس
٣٦٣ القول فى شرائط الموضين	٣٠٣ الفرع السابع
٣٦٧ فى تقسيم الاراضى الى العامة	٣٠٥ لوباع الفضولى مال غيره مع مال نفسه
والموات	٣٠٧ فى صحة البيع فيما يملكه البايع
٣٧١ فى تنعيم حكم الاراضى المفتوحة عنوة	٣٠٨ فى طريق معرفة حصة كل من البايع
٣٧٣ الشرط الثالث من شروط الموضين	والمشتري من الثمن
الطلقية	٣١٢ فى بيع نصف الدار
٣٧٥ فى الفرق بين حق الرهانة وحق	٣١٣ فى التحقيق فى مسئلة بيع نصف الدار
الجنانية	٣١٩ لوباع ما يقبل التملك وما لا يقبله
٣٧٦ فى عدم جواز بيع الوقف	٣٢١ فى الامور التى يتخيل كونها مانعة
٣٨٣ فى مجوزات بيع الوقف	عن صحة بيع المملوك المنضم بغير
٣٨٤ فى نقل الاقوال فى بيع الوقف	المملوك
٣٨٥ فى اقسام الوقف	٣٢٤ ربما يقيد الحكم بالصحة بصورة
٣٨٧ فى التنبيه على امور	جهل المشتري
٣٩٢ فى ان خراب الوقف على انحاء	٣٢٨ فى طريق تقسيط الثمن على المملوك
٣٩٦ الصورة الثانية	وغيره
٣٩٦ الصورة الثالثة	٣٣٠ فى ولاية الاب والجد
٣٩٧ فى الوقف المنقطع آلاخر	٣٣١ فى مشاركة الجد مع الاب فى الولاية
٣٩٨ فى ذكر الضابط بين ما يخالف	٣٣٢ فى ولاية الحاكم
مقتضى العقد وما يخالف مقتضى اطلاقه	٣٣٩ فى ولاية المؤمنين

الرقم العنوان	الرقم العنوان
٤٤٢ في حكم ما اذا كان علوق أم الولد بعد افلاس المولى	٤٠٢ في ذكر الاقوال في الوقف المنقطع آخره
٤٤٣ في حكم ما اذا كان علوقها في زمان خيار بايعها	٤٠٧ في حكم بيع أم الولد
٤٤٥ في حكم ما اذا كان علوق أم الولد بعد اشتراط اداء مال الضمان منها وما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة	٤١٣ في الصورة الاولى من صور بيع أم الولد
٤٥٤ فيما استدل به صاحب المقاييس لبطلان بيع الراهن ولو مع الاجازة	٤١٤ الصورة الثانية بيعها في حياة المولى
٤٥٨ في ان اجازة بيع الراهن هل هي كاشفة او ناقلة	٤١٨ فيما اذا كان للمولى مال يفي بشن أم الولد ولم يكن من المستثنيات
٤٦٤ الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم	٤١٩ في ان شن الامة على ذمة المولى يتصور على انحاء .
٤٧١ في ذكر الاحتمالات في قوله (م) لا تبع ما ليس عندك	٤٢٠ في حكم الحاق الشرط المذكور في متن العقد بالثمن
٤٧٩ في الاستدلال بان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين (الخ)	٤٢١ في بيع الامة في دين آخر غير ثمنها
٤٨١ في بيان الثمرة بين شرطية شيئي او مانعية ضده	٤٢٩ فيما اورد على المسالك في اعتراضه على الشيخ قدس سرهما
٤٨٥ في ان العبرة في القدرة على التسليم على زمان استحقاق التسليم	٤٣٢ في الابراد الاول ما اورد على المسالك
٤٨٧ في التنبيه على امور	٤٣٥ في حكم بيع أم الولد في مؤنة تجهيز مولاها
٤٨٩ الثاني والثالث والرابع	٤٣٧ في حكم بيع أم الولد اذا جئت على غير مولاها
٤٩٢ لا يجوز بيع العبد آلا بق منفرداً	٤٣٩ في حكم بيع أم الولد على من يمتنع عليه
٤٩٥ في اشتراط العلم بقدر الثمن والثمن رسالة في لباس المشكوك	٤٣٩ في حكم بيعها بشرط عتقها و بيعها من يقر برقيتها
	٤٤١ في حكم الاستيلاء بعد الرهن



الحمد لله وصلى الله على محمد نبي الله وعلى آله آل الله

لقد قامت مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين في الحوزة العلمية بقم
المشرقة بنشاطات واسعة في مجال نشر المعرفة وإحياء التراث الإسلامي وإليكُم سرداً
لبعض منشوراتها:

من الكتب التي تم طبعها

- ١- أحاديث المهدي من مستند أحمد بن حنبل
 - ٢- أدب الحسين وحماسه
 - ٣- إرشاد الأذهان (ج ١ و ٢)
 - ٤- الإسلام السعودي المصنوع
 - ٥- الأسير في الإسلام
 - ٦- الاصطلاحات في الرسائل العملية
 - ٧- الامام الصادق (ع) (ج ١ و ٢)
 - ٨- الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل (ج ١ و ٢)
 - ٩- ايضاح الاشتباه
 - ١٠- البحث في رسالات عشر
 - ١١- بحوث في الفقه، وتشمل على:
- = إعداد السيد محمد جواد الجلاي
تأليف الشيخ أحمد الصابري الحمداني
= العلامة الحلبي
= السيد طالب الخرسان
= الشيخ علي الأحدي الميانجي
= الشيخ ياسين عيسى العاملي
= الشيخ محمد حسين المظفر
إشراف الشيخ ناصر مكارم الشيرازي
= العلامة الحلبي
= الشيخ محمد حسن القديري
= الشيخ محمد حسن الاصفهاني

أ- صلاة الجماعة

ب- صلاة المسافر

ج- الاجارة

تحقيق مؤسسة النشر الإسلامي

١٢- بحوث في الاصول، وتشمل على: تأليف الشيخ محمد حسين الاصفهاني

أ- الاصول على النهج الحديث

ب- الطلب والإرادة

ج- الاجتهاد والتقليد

تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي

= السيد علي الحسيني الاستربادي

١٣- تأويل الآيات الظاهرة

= الشيخ حسين علي الفرطوسي

١٤- التوضيح النافع في شرح ترددات صاحب الشرايع

= ابن براج الطرابلسي

١٥- جواهر الفقه

= الشيخ يوسف البحراني

١٦- الحدائق الناضرة (ج ١-٢٥)

= السيد جعفر مرتضى العاملي

١٧- حقائق هامة حول القرآن

= شيخ الطائفة الطوسي

١٨- الخلاف (ج ١-٣)

= السيد جعفر مرتضى العاملي

١٩- دراسات وبحوث في تاريخ الاسلام (ج ١-٢)

= آية الله الشيخ عبدالكريم الخائري

٢٠- درر الفوائد (ج ١-٢)

= السيد المرتضى

٢١- الذخيرة في علم الكلام

= محمد الرازي الدولابي

٢٢- الذرية الطاهرة

= السيد علي خان المدني

٢٣- رياض السالكين (ج ١-٤)

تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي

= ابن إدريس الحلبي

٢٤- السرائر (ج ١-٣)

= السيد جعفر مرتضى العاملي

٢٥- سلمان الفارسي

= الشيخ جعفر السبحاني

٢٦- سيد المرسلين (ج ١)

= القاضي النعمان المغربي

٢٧- شرح الأخبار (ج ١-٢) (١-١٠)

= السيد جعفر مرتضى العاملي

٢٨- الصحيح من سيرة النبي (ص) (ج ١-٦)

= الشيخ محمد المؤمن

٢٩- الصلاة (ج ١) (تقديرات بحث الحق الداماد)

= الشيخ عبدالله الجوادي الآملي

٣٠- الصلاة (ج ٢-٣) (تقديرات بحث الحق الداماد)

- ٣١- الصلاة (تقريرات المحقق الثاني)
- ٣٢- صلاة الجمعة
- ٣٣- فرائد الاصول
- ٣٤- فوائد الاصول (ج ١ و ٢) (تقرير بحث آية الله الثاني)
- ٣٥- فوائد الاصول (ج ٣ و ٤) (تقرير بحث آية الله الثاني)
- مع حواشي آية الله آقا ضياء الدين العراقي
- ٣٦- قاعدة لا ضرر وإفاضة التقدير
- ٣٧- قاموس الرجال (ج ١-٤)
- ٣٨- كشف الرموز (ج ١ و ٢)
- ٣٩- كشف المراد (في شرح تكملة الاعطاء)
- مع تعليقات عليه
- ٤٠- كنز الدقائق (ج ١-٦)
- ٤١- مبعوث الحسين (ج ١-٦)
- ٤٢- مجمع الفائدة والبرهان (ج ١-١٠)
- في شرح إرشاد الأذهان
- ٤٣- معادن الحكمة (ج ١ و ٢)
- ٤٤- معالم الدين وملأ المجتهدين
- ٤٥- المقنعة
- ٤٦- المناقب
- ٤٧- منتقى الجمان (ج ١-٣)
- تأليف الكاظميني الخراساني
- = الشيخ مرتضى الحائري
- = الشيخ مرتضى الأنصاري
- = الكاظميني الخراساني
- = الكاظميني الخراساني
- = شيخ الشريعة الاصفهاني
- = الشيخ محمد تقي التستري
- = الشيخ حسن الفاضل الآبي
- = العلامة الحلبي
- تحقيق الشيخ حسن زاده الآملی
- = ميرزا محمد الشهيد
- = محمد علي عابدين
- = المقدس الأردبيلي
- تحقيق الشيخ مجتبی العراقي والشيخ علي بنه
- الاشتهاردي وآغا حسين البيزدي
- = محمد ابن الفيض الكاشاني
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي
- = الشيخ المفيد
- تحقيق مؤسسة النشر الاسلامي
- = الموفق بن أحمد الخوارزمي
- = الشيخ حسن ابن الشهيد الثاني
- تحقيق علي اكبر النفقاري