

لا إله إلا الله
المحمد
الرحمن الرحيم

كتاب
الفتاوى
الشيخ
الشيخ

٤

الباق

كتاب الفتاوى
الشيخ

الفتاوى
الشيخ

كتاب الفتاوى
الشيخ

مِنْهَا لَحْزَامٌ الْفَسَادِ

التَّعْلِيْقُ عَلَى كِتَابِ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ

لِلَّيِّدِ الْعَلَمِيِّ السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ بَقِيَّةُ الْخَيْرِ فِي

الْمَجْمَعِ الرَّاسِخِ



الكتاب: منهاج الفقاهه / ج ٤
المؤلف: آيت الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الطبعة: الرابعة
تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ - ١٣٧٦ هـ ش
المطبعة: سپهر
الكمية: ١٠٠٠ نسخة
السعر: ٩٥٠ تومان

البَيْعُ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما اولينا من التفقه في الدين والهداية الى الحق، وافضل
صلواته واكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء
بالله الأمناء على حلاله وحرابه، سيما بقية الله في الارضين ارواح من سواه فداه.
وبعد،

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا الى طبعه،
والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فانه ولى التوفيق.

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع [١] فعقد الفضولي لا يصحّ اي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. وهذا مراد من جعل الملك و ما في حكمه شرطاً، ثمّ فرع عليه بأنّ بيع الفضولي موقوف على الاجازة، كما في القواعد، فاعترض جامع المقاصد عليه بأنّ التفرّيع في غير محلّه، لعلّه في غير محلّه، وكيف كان، فالمهمّ التّعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من اهمّ المسائل، فنقول: اختلف الاصحاب و غيرهم في بيع الفضولي بل مطلق عقده بعد اتّفاهم على بطلان ايقاعه [٢] كما في غاية المراد على اقوال

بيع الفضولي

[١] قوله و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او مأذونين من المالك او الشارع.

و تنقيح القول بالبحث في مواضع

و قبل الشروع فيها لابد من التنبيه على جهات:

الاولى: ان الكلام في المقام ليس في ترتب اللزوم على عقد الفضولي وعدمه، بل في صحته الفعلية وعدمها، وانه هل يترتب عليه الاثام لا؟ فما في المكاسب من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف.

[٢] الجهة الثانية: ان المصنف رحمته الله ارسل عدم جريان الفضولي في الايقاعات ارسال المسلمات، ونقل دعوى الاجماع عليه من غاية المراد.

والحق ان يقال: انه ان بنينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود وخرجنا عنها لدليل خاص فلا يصح ايقاع الفضولي لعدم الدليل.

واما بناءً على صحته مع الاجازة على القاعدة فلا وجه لما افاده، وذلك لانه لم يذكر دليلاً على بطلان ايقاعه عموماً سوى الاجماع.

ويرد عليه: اولاً: انه غير ثابت، بل المنتبّع يقف على شواهد يطمئن بعدمه، فان ظاهر جمع منهم وصرح آخرين البناء على صحته مع الاجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناءً على انها ايقاع، وعق الراهن العبد المرهون، وعق

والمراد بالفضولي [١] كما ذكره التَّمييد هو الكامل الغير المالك للتَّصرف ولو كان غاصباً. وفي كلام بعض العامة أنَّه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه، وقد يوصف به نفس العقد ولعلَّه تسامح وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرَّشيدة بدون اذن الولي، ومن المالك إذ لم يملك التَّصرف لتعلُّق حقِّ الغير بالمال، كما يؤمى اليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دلَّ على المنع من نكاح الباكرة بغير اذن وليِّها، وحينئذ فيشمل بيع الرَّاهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون اذن السيِّد، وكيف كان فالظاهر

المرتحن اياه وغير ذلك من الموارد، ولذا قال في الجواهر: بل عرفت مما قدمناه جريانه في العقود وغيرها من الافعال كالقبض ونحوه والاقوال التي رتب الشارع عليها الاحكام الا ما خرج بالدليل كما اومئ اليه في شرح الاستاد.

وثانياً: انه لو ثبت فليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم فلا يستند اليه [١] الثالثة: ان الفضول جمع الفضل، وهو فعل ما لا يعنى بالشخص ولا يهيمه، والفضول من المجموع التي جاءت بمعنى المفرد اذا استندت الى الشخص، فهو يطلق على من يعمل عملاً لا يهيمه وغير مربوط به. وليس له في الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، اما لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كبيع مال الغير، او لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، او لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كنكاح بنت الاخ، حيث انه يعتبر في صحته اذن عمته لو كانت زوجته. ويترتب على ما ذكرناه امران:

احدهما: ان الاولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الاضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

ثانيهما: ان مراد المصنف رحمته الله بقوله ان يكونا مالكين ان كانت مالكيتهما للتصرف اغنى عن ذكر قسميه، وان كانت مالكيتهما للعين فيرد عليه: ان مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما للتصرف لتعلق حق الغير مثلاً بما هو مورد المعاملة.

شموله لما اذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً وطيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحاً أو فحوى [١] لأن العاقد لا يصير مالكاً للتصرف، ومسلاً عليه بمجرد علمه برضاء المالك. ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكاً أو مأذوناً أو ولياً وفرّعوا عليه بيع الفضولي.

ويؤيده أيضاً استدلالهم على صحة الفضوليّ بحديث عروة البارقي مع أنّ الظاهر علمه برضاء النبي ﷺ بما يفعله، وإن كان الذي يقوى في النفس لو لا خروجه عن ظاهر الاصحاب عدم توقّفه على الاجازة للأحقّة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد،

❦

[١] هذه هي الجهة الرابعة: وهي انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك من دون اذن منه صريحاً او فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب. ام لا يشمل بل يكفي مجرد رضا في صحة العقد وترتب اثره كما اختاره المصنف رحمه الله، ام يفصل بين ما اذا كانت الاجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفي، وبين ما اذا كانت لجهة اخرى كالعين المرهونة اذا باعها مالكةا، فان اجازة المرتهن ليست لاجل تحقق استناد العقد اليه بل لان العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه. وجوه،

وقد استدلل للثاني بوجوه:

الأول: عموم وجوب الوفاء بالعقود^(١).

واورد عليه جمع منهم المحقق الثاني رحمه الله: بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع، اي كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضا، لان كونه عقداً له يتوقف على مباشرته او نيابة الغير عنه بالاذن او الاجازة بعد صدور العقد من الفضولي.

وفيه: اولاً: ان هذا لو تم لانتضى البناء على القول الثالث لا الاول.

وثانياً: انه لا يتم، فان المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه اوجد العقد، لانه لا يصدق مع الاجازة، بل مع الاذن الذي حقيقته الترخيص، واظهار الرضا

سواء علم به العاقد او انكشف بعد العقد حصوله حينه او لم ينكشف اصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى امضاء مراضي به، وبترتيب الاثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [١] ولا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه [٢] وما دلّ أنّ علم المولى بنكاح العبد وسكوته، اقرار منه، ورواية عروة البارقي الآتية حيث اقضى المبيع وقبض الدينار لعلمه برضاء النبي ﷺ ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يحجز التصرف في المعوض والعوض، بالقبض والاقباض وتقرير النبي ﷺ له على ما فعل، دليل على جوازه، هذا مع أنّ كلمات الاصحاب في بعض

به لتوقف صدقه على كون الفعل صادرا عنه بالمباشرة او التسبيب وشيء منها ليس في مورد الاذن، فضلا عن الاجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى انه عقده وبيعه كما هو الظاهر من الاية الشريفة، فان ظاهر قوله تعالى: ﴿او فوا بالعقود﴾ عقودكم لا ما عقدتم، وعليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالاجازة - التي حقيقتها اظهار الرضا بما وقع - يتحقق بالرضا به.

وبالجملة: المعنى المصدري لا يستند الى المجيز ولا الى الراضي، بل ولا الى الآذن، والمعنى الاسم المصدري ينسب اليه بمجرد الرضا. ودعوى ان الاجازة التزام بالعقد ولذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا ولذا يصح رضا الاجنبي بالعقد.

مردودة، لان الالتزام بالعقد لا تصور له معنى سوى الرضا به. وبما ذكرناه ظهر صحة الاستدلال بـ ﴿احل الله البيع﴾^(١)، ولا يرد عليه ما اورده جمع من ان البيع - لا سيما المعنى المصدري منه - لا ينتسب الى المالك بمجرد الرضا. [١] الثاني: مما استدلل به المصنف رحمه الله قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾^(٢). واورد عليه بما اورده على سابقه، والجواب الجواب. [٢] الثالث: ما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه^(٣).

(١) البقرة: ٢٧٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) راجع الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي والمستدرك ج ١ ص ٢١٢ وفروع الكافي ج ١ ص ٤٢٦.

المقامات يظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولي، وعدم وقوفه على الاجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة أنّ الشرائط كلّها حاصلة الاّ رضا المالك، وقولهم أنّ الاجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه اعمّ من الرضا ونحو ذلك، ثمّ لو سلّم كونه فضولياً ليكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف لزومه على الاجازة لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الاجازة اللاحقة، كما هو احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثمّ ملّكه، مع أنّه يمكن

وفيه: ما تقدم من انه في مقام بيان شرط الحليّة التكليفية، ولا كلام في انه يشمل الرضا النفساني، مع انه انما يدل على اعتبار الرضا لا على كفايته، والفرق واضح. الرابع: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه^(١). واورد عليه جمع من الاساطين: بان السكوت عن مثل النكاح له خصوصية وهي كاشفيته النوعية عن الرضا.

وفيه: ان هذه الخصوصية لا تنكر، الا انها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية والرضا المستكشف من قرينة خاصة. وبالمجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافياً لم يكن ذلك مجدياً. وبذلك يظهر صحة الاستدلال بما دل على كفاية سكوت الباكرا. الخامس: رواية عروة البارقي^(٢)، وسيأتي الكلام فيها مفصلاً، ويمكن الاستدلال له مضافاً الى ذلك كله بصحيح الحميري الاتي: الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالکها او بامر او رضا منه^(٣).

فتحصل: ان الأظهر هو ما ذهب اليه المصنف رحمه الله. وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الأول والجواب عنه. ودعوى ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء.

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.

(٣) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٨.

الاكتفاء في الاجازة بالرضا المحاصل بعد البيع المذكور آنأما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الإلتفات [١] ثم أنه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً، مع العلم برضا السيد، ولو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الاخبار وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلاث:

الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي والمشهور الصحة. بل في التذكرة نسبه إلى علمائنا تارة صريحاً واخرى ظاهراً بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك إن لنا فيه قولاً بالبطان.

وفي غاية المراد: حكى الصحة عن العماني والمفيد والمرضى والشيخ في النهاية وسلاّر والحلي والقاضي وابن حمزة، وحكى عن الاسكافي واستقرّ عليه رأي من تأخر عدا فخر الدين، وبعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين

العقود والايقات.

مندفعة بان ذلك انما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في ان الرضا الباطني شرط كما عرفت. كما انه ظهر مدرك القول الاخير، فانه استدل لعدم الاكتفاء به في معاملة غير المالك بما تقدم، ولكفايته في معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذي الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لا اعتبار رضاء، وقد عرفت الجواب عنه.

[١] وفيه ان اكتفينا في الاجازة بالرضا اكتفينا به في الاذن بطريق اولى

بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع

اذا عرفت هذا فاعلم: ان الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث:

الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد

لعموم أدلة البيع والعقود [١] لأنّ خلّوه عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشترط ترتّب الاثر بالرّضا وتوقّفه عليه ايضاً لا مجال لانكاره، فلم يبق الكلام الاّ في اشتراط سبق الاذن، وحيث لا دليل عليه، ففقتضى الاطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كلّ الى عموم حلّ البيع ووجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العاري عن الاذن والاجازة معاً، ولم يعلم خروج ما فقد الاذن ولحقه الاجازة،

الفضولي، والمشهور الصحة، بل عن التذكرة: نسبته الى علمائنا تارة صريحاً واخرى ظاهراً بقوله عندنا، الا انه ذكر عقيب ذلك: ان لنا فيه قولاً بالبطلان.

وفي المكاسب: واستقر عليه رأي من تأخر عدا فخرالدين وبعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين ومراد صاحب الحدائق وحيث ان القائلين بالصحة منهم من استند الى القاعدة ومنهم من استند الى النص فالأقوال في المسألة ثلاثة:

الأول: الصحة على القاعدة.

الثاني: الصحة بواسطة النص.

الثالث: البطلان.

ذهب الى كل جمع.

[١] وقد استدل المصنف رحمه الله للأول: بان مقتضى العمومات مثل «أوفوا بالعقود» و «احل الله البيع» وغيرهما ترتّب الاثر على كل عقد، وقد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتّب الاثر بالرضا وتوقّفه عليه، والمتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشك في ترتّب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك. وفيه: اولاً: انه بناءً على ما أسسد في الاصول - من انه اذا فرض خروج بعض الافراد في بعض الأزمنة عن العموم ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازمانى بعد ذلك

والى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر عن اهله في محله، فما ذكره في غاية المراد: من أنه من باب المصادرات لم اتحقق وجهه، لأن كون العاقد اهلاً للعقد من حيث أنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محل الكلام إلا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك وهو مدفوع بالاصل، ولعل مراد الشهيد أن الكلام في اهلية العاقد،

الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد، لا يصح التمسك بالعموم، بل لابد من الرجوع الى الاستصحاب - لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، اذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة، لانه لم يقل احد بوجوب الوفاء عليه بان يميزه، فبعد الاجازة يشك في انه يجب الوفاء به ويترتب عليه الاثر ام لا، فحيث انه ليس لها عموم ازمانى فلا مورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضي لعدم ترتب الاثر.

وثانياً: أن المستفاد من الدالة - بحسب المتفاهم العرفي كما تقدم - لزوم انتساب العقد والمعاملة الى المالك وليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد.

وبالجملة: ان المستفاد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه، فليس الموضوع كل عقد كي يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، وقد اعترف قده بذلك في مبحث الاجازة، قال: ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقلين، ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقداً او بمنزلته الا بعد الاجازة، فلا بد من تنقيح ذلك وانه هل ينسب العقد والمعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا، وقد تقدم تقريب اضافته اليه بالاجازة في الحاشية السابقة، وحاصله: ان المعتبر انما هو استناد المسببات لا الاسباب وهي تستند اليه بالاجازة.

وعلى هذا البيان لا يرد ما اورده اولاً على المصنف، فان العقد قبل الاجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لانه مشمول لها وخارج عنها للمخرج:

واورد السيد الفقيه رحمته الله على هذا الوجه: بان الاجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، الا ترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه، ولكن لو ضربه احد واطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لا يصدق انه ضربه.

ويكفي في اثباتها العموم المتقدم، وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي [١] حيث دفع اليه النبي ﷺ ديناراً، وقال له: اشتر لنا به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع احدهما في الطريق بدينار فأقن النبي ﷺ بالشاة والدينار، فقال له رسول الله ﷺ بارك الله لك في صفقة يمينك، فإن بيعه وقع فضولاً وان وجهها شراءه على وجه يخرج عن الفضولي، [٢]، هذا، ولكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

وفيه: ان ما ذكره ﷺ يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب والاسباب في باب العقود والايقاعات، ولذا ذكرنا انها لا تستند اليه بالاجازة، ولا يتم في الموجودات الاعتبارية وهي المسببات في المقام فانها تستند اليه بالاجازة فتشملها العمومات. فتحصل: ان مقتضى العمومات صحة الفضولي.

ويمكن ان يستدل لها بالسيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع الاقدس عنها. واما ما افاده المحقق الايرواني ﷺ في وجه الصحة بان الاجازة بنفسها انشاء من قبل المجيز فمع انشاء الاصيل هو عقد تشمله العمومات. فيرد عليه: انه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الايجاب والقبول ومقدم قبوله على ايجابه فيما اذا كان الاصيل مشترياً، فالحق ما ذكرناه. ثم انه قد استدل لصحة الفضولي بالادلة الخاصة:

[١] احدها: ما تضمن قضية عروة البارقي، المذكور في المتن^(١). فان شراءه وبيعه وقعا فضولين.

[٢] وقد افاد المصنف ﷺ: انه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية. ولم يذكر التوجيه، وافيد فيه امور:

منها: ما افاده المحقق النائيني ﷺ، وهو: انه مسبوق بالاذن الفحوى، حيث ان اذنه بشراء شاة بدينار يقتضى اذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولي.

توضيح ذلك أنّ: الظاهر علم عروة برضا النبي ﷺ بما يفعل. [١] وقد أقبض المبيع وقبض الثمن ولا ريب أنّ الإقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدّ أماً من التزام إن عروة فعل الحرام في القبض والإقباض وهو مناف لتقرير النبي ﷺ. وأما من القول بأنّ البيع الذي يعلم بتعقّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة، بناءً على كون الاجازة كاشفة وسيجيء ضعفه، فيدور الامر بين ثالث وهو جعل

وفيه: انه ان كان النبي ﷺ اعد ديناراً لصرفه في شراء الشاة كان هذا متيناً، ولكنه ﷺ إنما أراد شاة واحدة للاضحية، ومعه لا سبيل الى دعوى الاذن الفحوى كما لا يخفى. ومنها: ما افاده السيد الفقيه، وهو: ان المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد.

وفيه: مضافاً الى انه خلاف الظاهر في نفسه، ياباه بيع عروة احدى الشاتين. ومنها: غير ذلك مما هو واضح الدفع. ولكن يرد على الاستدلال به امران: الأول: انه ضعيف السند، لأنه مروي من طرق العامة، وعروة لم يوثق، مضافاً الى نقل الشيخ رحمه الله والعلامة اياه من عرفة، والقدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لا سبيل الى دعوى عملهم به كي ينجر به ضعف السند. الثاني: انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معداً لخدمة النبي ﷺ كان وكيلًا مفوضاً في امر البيع والشراء، فلم يكن يبيعه ولا يشراه فضولياً، وحيث انه قضية في واقعة ولا إطلاق له، فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال. وقد اورد على الاستدلال به المصنف رحمه الله بآرايين.

احدهما: [١] انه حيث كان عروة قبض الثمن واقبض الشاة، ولا سبيل الى دعوى انه فعل حراماً لمنافاته لتقرير النبي ﷺ، ولا الى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الاجازة بناءً على كونها كاشفة لا ناقله لما سيجيء من ضعفه، ولا الى دعوى علم عروة برضا النبي

هذا الفرد من البيع، وهو المقرون برضا المالك، خارجاً عن الفضولي كما قلناه، ورابع: وهو علم عروة برضاء النبي ﷺ باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة، والافالفضولي ليس مالكا ولا وكيلأ فلا يستحق قبض المال. فلو كان المشتري عالماً، فله ان يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف مالو كان جاهلاً. ولكن الظاهر هو اول الوجهين [الاخيرين وهو القول الثالث] كما لا يخفى خصوصاً بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة. [١]

وقد تقدّم ان المناط فيه مجرد المراضاة، ووصول كل من العوضين الى صاحب الآخر وحصوله عنده باقباض المالك او غيره ولو كان صبيأ او حيواناً، فإذا حصل التقابض بين الفضوليين او فضولي وغيره مقروناً برضاء المالكين، ثم وصل كل من العوضين الى صاحب الآخر وعلم برضاء صاحبه كفي في صحة التصرف، وليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آلة في الايصال والعبرة برضاء المالك المقرون به،

صلى الله عليه وآله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة. فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي.

وفيه: اولاً: لا وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، اذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلاً وهو غير ثابت، مع انه لو كان جاهلاً يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستئمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق، اي على جميع التقادير على انه ان كان مالكا فبما انه مالك، والا فبما انه امين نعم الشيخ رحمه الله لا يحتاج الى اثبات فساد، بل بمجرد الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال.

وثانياً: ان المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلي خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديري، والمقام من قبيل الثاني.

[١] ثانيهما: ان الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول الله ﷺ ومشتري الشاة، ويكون عروة آلة محضة في ايصال العوضين،

واستدل له ايضاً تبعاً للشَّهيد في الدُّروس [١] بصحيفة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير اذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى ينفذ البيع لك، فما رآه ابوه قال له أرسل ابني قال: لا والله لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيّد الوليدة اجاز بيع ابنه، الحديث

قال في الدُّروس وفيها دلالة على صحة الفضولي [٢] وأن الاجازة كاشفة ولا يرد عليها شيء ممّا يوهن الاستدلال بها، فضلاً عن ان يسقطه، وجميع ما ذكر فيها

ويكفي في صحة المعاطة وصول العوضين الى المالكين مع رضاها، وان كان الموصل غير ذي شعور.

وفيه: اولاً: ان ظاهر قوله عليه السلام بارك الله في صفقة يمينك التبريك في المعاملة الصادرة منه لا على كونه آلة في ايصال الثمن والمثمن.

وثانياً: ان الكافي على فرض القول به القصد الى انشاء البيع بايصال العوض باي وجه اتفق، وما هو موجود في المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فالصحيح ما ذكرناه.

[١] ثانياً: صحيح محمد بن قيس المذكور في المتن ^(١)

[٢] وعن الدروس: ان فيه دلالة على صحة الفضولي.

الكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في فقه الحديث.

الثانية: في دلالة على صحة الفضولي.

اما الاولى: فقد يقال انه مشتمل على احكام لا يمكن الالتزام بها، ولاجل ذلك يرد علمه الى اهله.

من الموهنات موهنة الّا ظهور الرّواية في تأثير الاجازة المسبوقه بالرّد [١] من جهة ظهور المخاصمة في ذلك واطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعين اخذ الجارية. وأنها من المالك بناء على أنّه لو لم يرد البيع وجب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرّد [٢] ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام والمحاحه اليه في علاج فكاك ولده وقوله حتّى ترسل ابني [٣] الظاهر في أنّه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة وحمل امساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة اجاز بيع الولد.

[١] منها: انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد، والاجماع قام على عدم نفوذها، وسيأتي الجواب عن ذلك.

[٢] ومنها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الاجازة.

وفيه: انه بيان للحكم في فرض عدم الاجازة.

منها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة وابنها قبل ان يسمع من المشتري دعواه، ولعله كان يدعي اذن السيد او رضاه، فكان يتعين تكليفه باقامة البينة، ومع عدمها ان يكلف السيد بالحلف اورد الحلف كما هو الشأن في سائر موارد المخاصمات.

وفيه: انه حيث كان نقل ابي جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام بيان جميع الخصوصيات، فلعله لم يكن المشتري مدعيا للاذن او الوكالة او الرضا، او انه انما حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه باقامة البينة.

ومنها: حكمه عليه السلام باخذ الولد مع انه حر، إذ الظاهر ان الوطاء كان بالشبهة.

وفيه: ان يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته، وان ابيت عن استحقاق القيمة الّا على تقدير عدم الاجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة. [٣] ومنها: حكمه باخذ ابن السيد، مع ان غاية الأمر كونه غاصبا.

والحاصل أنّ ظهور الرواية في ردّ البيع أوّلاً ممّا لا ينكره المنصف [١] إلا أنّ الإنصاف أنّ ظهور الرواية في أنّ أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للإنكار، فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة وهي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ.

والحاصل أنّ مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية، من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناءً على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدّة نوعاً في الحكم الشرعي، كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالردّ مانعاً عن الاستدلال بها موجباً للاقتصار على موردها، لوجه علمه الإمام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذباً في دعوى عدم الاذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحقّ

وفيه: انه لاجل صيرورته سبباً لتلك الخسارة وغاصبا للثمن لا مانع من ذلك للتوصل به الى حقه.

ومنها: تعليمه عليه السلام إياه الحيلة، مع ان وظيفة الحاكم ليست ذلك.

وفيه: اولاً: انه لم يثبت كون ذلك قضاوة، بل لعله كان جواباً عن المسألة وبياناً للحكم الشرعي.

وثانياً: لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة.

واما الثانية: فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي.

[١] بانه ظاهر في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، وهو خلاف الاجماع.

والكلام في ذلك يقع في موردين:

الأول: في ظهوره في ذلك.

الثاني: في انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولي ام لا؟

اما الأول: فقد استند المنصف عليه السلام في دعواه تلك الى امور:

احدها: اطلاق حكمه عليه السلام بتعين اخذ الجارية وابنها من المالك، اذ لو لم يكن راداً

للبيع وجب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد.

الى صاحبه. اما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام في قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه، في ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه [١] لم يقدح في ذلك ظهور الاجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بالاجازة والرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك، وكأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم

وفيه: انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضاً، فلعله كان مرددا في الرد والاجازة فحكم عليه السلام باخذهما ما لم يجز.

ثانيها: ظهور المحاصمة في ذلك.

وفيه: انها ظاهرة في كراهة البيع لا في الرد الذي هو حل للعقد ورفع له، وبمجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس رداً، بل يمكن منع ظهورها في ذلك ايضاً، اذ لعلها كانت لاجل استحصال ثمن الجارية الذي اخذه ابوه.

ثالثها: مناشدة المشتري للامام عليه السلام، والحاحه اليه في علاج فكاك ولده.

وفيه: انه حيث لم يجز البيع واسترد ماله وغناه الى ان ينفك باداء قيمته طلب منه عليه السلام علاجاً ليجيز البيع.

رابعها: قوله حتى ترسل ابني الظاهر في انه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة. وفيه: انه ظاهر في عدم الاجازة لا في الرد، اذ للمالك التصرف في ماله قبل الاجازة حتى على الكشف.

فتحصل: انه لا ظهور للرواية في كون الاجازة بعد الرد، فالاستدلال به على صحة الفضولي لا اشكال فيه.

واما الثاني: فقد ذهب السيد الفقيه عليه السلام الى ان الرواية تكون دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد، ولا مانع من العمل بها. وفيه: انه خلاف الاجماع لا يمكن المصير اليه.

[١] وافاد المصنف عليه السلام في وجه صحة الاستدلال به في المقام: بان هذا الخبر المتضمن لقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع وقوله اجاز بيع ابنه ظاهر في ان حكم الفضولي ذلك، وعليه

يستدلّ بها في مسألة الفضوليّ او يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنّها لا تزيد على الاشعار، ولذا لم يذكرها في الدّروس في مسألة الفضوليّ، بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في، غنى منه بعد العمومات المتقدّمة، وربّما يستدلّ ايضاً بفحوى صحّة عقد النّكاح من الفضولي في الحرّ والعبد الثّابتة بالنّص [١] والاجماع المحكيّة، فإنّ تملك بضع الغير اذا لزم بالاجازة كان تملك ماله اولى بذلك، مضافاً الى ما علم من شدّة الاهتمام في عقد النّكاح لانه يكون منه الولد، كما في بعض الاخبار. وقد اشار الى هذه الفحوى في غاية المراد واستدلّ بها في الرّياض، بل قال: أنّه لولاها اشكل الحكم من جهة

فيتصرف في ظهور صدره في الاجازة بعد الرد ويؤول بارادة عدم الجزم بالاجازة والرد او غير ذلك.

وفيه: ان الظاهر من قول الأمير عليه السلام البيع ارادة البيع الخاص الذي اوقعه الابن، وصرح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهر في القضية الشخصية، وحيث انه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره، فلا بد من تأويله، ومعه يصير مجملاً فلا يمكن الاستدلال به.

ودعوى انه بالدلالة المطابقة يدل على صحة الفضولي في المورد، وبالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالاجازة، والاجماع المشار اليه يوجب سقوط الاولى لا الثانية.

مندفعة بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة وجوداً وحجية. فتدبر فالحق ما ذكرناه.

[١] ثالثها: النصوص ^(١) الواردة في النكاح الدالة على نفوذه بالاجازة.

وتقريب الاستدلال بها من وجوه:

الأول: بعموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد باجازة المولى - حيث علله عليه السلام

بان نكاحه مشروع ذاتا وليس معصية لله تعالى، بل انما يكون عدم

(١) الوسائل باب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء وباب ٦ و ٧ و ١٣ من أبواب عقد النكاح واولياء المقد.

نفوذه من باب كونه عصيانا للسيد فاذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل معاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر و الخنزير، بل انما لا تكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازه من اعتبر رضاه، فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبديل كراهته بالرضا.

الثاني: ما افاده صاحب الجواهر رحمته، وهو: ان ما ورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالاجازة باطلاقه يشمل ما اذا تضمن الصداق بيعا، كما اذا باع شخص مال زيد من عمرو فضولا بمائة دينار وتزوج له هندا بتلك الدنانير، فاطلاق تلك الاخبار يقتضي صحة هذا النكاح، ولازمه صحة البيع ايضاً، ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب. وفيه: اولاً: ان الاخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة، ولا نظر لها الى الجهات الاخر، فلا وجه للتمسك باطلاقها.

وثانياً: ان النكاح لعدم توقفه على المهر لان بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم امضاؤه في الفرض امضاء البيع وانفاذه.

الثالث: ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة، فاذا صح تمليك البضع بالاجازة صح تمليك ماله بها بالاولوية، اما لأن الأول لا عوض له بخلاف الثاني، او لأن النكاح مبني على الاحتياط واخرى بشدة الاهتمام، لانه يكون منه الولد. والكلام فيه يقع في جهات:

الاولى: في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح.

الثانية: في التعدي عنه الى سائر العقود بحسب القواعد.

الثالثة: في ان الرواية التي اشار اليها المصنف هل تمنع عن هذه الاولوية ام لا؟

اما الاولى: فعن الشيخ في المبسوط والخلاف: انكاره فيه من الأصل، وعن فخر

المحققين ايضاً ذلك، وعن أبي حمزة: اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها

دون غيرها، واستشكل السيد الفقيه في التعدي عن تلك الموارد المخصوصة، والمشهور بين الأصحاب التعدي، بل نقل الإجماع عليه غير واحد.

والحق أن: صحة نكاح الفضولي في الجملة مما لا ينبغي التوقف فيه لورود جملة من الأخبار^(١) في نكاح الأب لابنه، والاخت لاخيه، والعم لابن أخيه، والام لابنها، ونكاح الوصي، وغير ذلك من الموارد، وفيها الصحاح والموثقات.

وأما التعدي عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك، لأن غاية ما ذكر في وجه عدم التعدي: أن موارد النصوص الواردة في المقام ما بين ما يكون العاقد عاقداً لنفسه الا انه منوط برضا الغير، وما بين ما يكون العاقد ولياً شرعياً او عرفياً، فالتعدي عنهما الى ما اذا كان العاقد عاقداً لغيره ولم يكن ولياً يحتاج الى دليل.

ولكنه فاسد، وذلك لوجهين:

أحدهما: أن من جملة تلك النصوص ما ورد في^(٢) نكاح الاخت والعم، وهما ليسا عاقلين لأنفسهما، ولا ولاية لهما عرفاً ايضاً.

ثانيهما أن من جملة ما ورد في عبد مملوك بين رجلين زوجه أحدهما والاخر لا يعلم وعلم به بعد ذلك، قال عليه السلام للذي لم يعلم ولم يأذن: أن يفرق بينهما، وإن شاء تركه على نكاحه^(٣). ونحوه ما ورد في جارية مملوكة بين رجلين^(٤) فإنهما يدلان على توقف نكاح أحد الشريكين على اجازة الآخر من حيث انه تصرف ورد على ماله، ومعلوم انه ليس عاقداً لنفسه ولا ولاية له عرفاً ولا شرعاً فإذا ثبت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لا ينبغي التوقف فيه.

وأما الجهة الثانية: فالحق عدم صحة التعدي الى سائر العقود

(١) راجع الوسائل باب ١٣ و ٨ و ٦ و ٧ من أبواب عقد النكاح.

(٢) راجع الوسائل باب ١٣ و ٨ و ٦ و ٧ من أبواب عقد النكاح.

(٣) الوسائل باب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

(٤) الوسائل باب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

الاجماعات المحكية على المنع وهو حسن الا أنها ربما توهن بالنص الوارد [١] في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بالصحة في الثاني لأن المال له عوض والبطان في الأول لأن البضع ليس له عوض، حيث قل الإمام عليه السلام في مقام ردّهم واشتباهم في وجه الفرق سبحانه الله ما اجور هذا الحكم وافسده، فإن النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه، لأنه الفرج ومنه يكون الولد، الخبر.

لعدم تمامية الوجهين المتقدمين،

اما الاول: فلان في النكاح لا يملك البضع، بل هناك تسلط محض، مع انه لا يجري في الهبة والصلح في موردها، مضافاً الى ان هذه الاولوية ظنية لخفاء المصالح المقتضية لجعل الاحكام.

واما الثاني: فلأن الشارع الأقدس وان اهتم بالنكاح - وهو احرى بالاحتياط - الا ان ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سبباً له، وفي موارد الشبهات الحكيمة والموضوعية، ولا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع في اسباب النكاح لا تستلزم توسعته في اسباب البيع، بل الشارع الأقدس اعتبر في سائر العقود ما لم يعتبر في هذا العقد - كالتقايض في الصرف والسلم - ووسع في اسباب النكاح بتشريع عقد التمتع وملك اليمين وجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الاذن والرضا.

وبالمجمل: اهمية النكاح ربما تستدعي التوسعة في اسبابه لتلايق الناس في الزنا

فتحصل: ان الأظهر عدم التعدي الى سائر العقود.

واما الجهة الثالثة: فقد افاد المصنف رحمته الله:

[١] انهار بما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول

والنص المشار اليه هو صحيح العلّاء بن سيابة عن مولانا الصادق عليه السلام وفيه: ما اجور

هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واخرى ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد^(١)

وحاصله أن مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الإحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدلّ على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى [١] خلافاً للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح، فقتضى حكم الإمام عليه السلام أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كلّ مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي الى صحة البيع، لأنّ الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل، في باب الأولوية وإلاّ لم يتحقّق الأولوية كما لا يخفى، فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة، من كون النكاح أولى بالبطان، من جهة أنّ البضع غير قابل للتدّارك بالعوض.

[١] وذكر المصنف رحمه الله: ما حاصله أن مقتضى الإحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الإحتياط، فدلّ على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافاً للعامة، وعليه فلا يجوز التعدي عما دلّ على صحة نكاح الفضولي الى صحة البيع. أقول: بعد التنبيه على امرين:

الأول: أن الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل.

الثاني: أن العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح والبيع بالإحتياط، بل انما علّوه بوجه استحساني، حيث انه عليه السلام لما سأل الراوي عما يقول العامة قال: ويقولون المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد.

ان الامام عليه السلام لما لم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه، ولا من بيان بطلان ما ركنوا اليه، راعى جانب الإحتياط واجاب بان النكاح بما انه مهم في نظر الشارع واهرى بان محتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد الى حجة شرعية، ولا يعتمد الى القياس والاستحسان وما شابهها من الوجوه العلية، وقد عقبه عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام الذي يكون متبعاً عندهم لقوله عليه السلام: اقضاكم علي عليه السلام، وعليه فهو لا يدل على ما ذكره المصنف رحمه الله.

بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقاؤه [١] دون ابطاله، مستدلاً بأنه يكون منه الولد مع أن الامر في الفروج كالاموال دائر بين محذورين ولا احتياط في البين، ويمكن ان يكون الوجه في ذلك ان ابطال النكاح في مقام الاشكال والاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعاً، فيتزوج المرأة ويحصل الرنا بذات البعل بخلاف ابقائه، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه الا وطى المرأة الخالية عن المانع، وهذا أهون من وطى ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً.

وكيف كان، ففتضى هذه الصحيحة أنه اذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي الى الحكم بصحة بيع الفضولي، نعم لو ورد الحكم بصحة البيع امكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح اولى بعدم الابطال كما هو نص الرواية، ثم ان الرواية وان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي [٢] الا أن المستفاد منها قاعده كلية هي ان امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي هذا.

وبما ذكرناه: ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه عليه السلام في المقام في الرد على المصنف عليه السلام، وحاصله: انه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم الاحتياط، وانه ليس كذلك والا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه، وان الاحتياط لو كان مقتضياً للصحة في البيع في النكاح بالاولوية.

فانه يرد عليه: ما عرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط.

[١] قوله بقي الكلام في وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقائه.

وفيه ان الامام عليه السلام لم يحكم بابقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط، وانما اعترض على العامة حيث حكموا بصحة بيع المعزول الجاهل بالعزل وبطلان النكاح.

[٢] قوله ثم ان الرواية وان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي

وذلك من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة ولو باعتقاد العاقد.

ثمَّ أنّه ربّما يؤيّد صحّة الفضوليّ بل يستدلّ عليها، بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصّة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالاّ ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فاشتري غير الذي امره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب فإنّها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقّف ملك الربح على الاجازة، كما نسب الى ظاهر الاصحاب وعدّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنّص، كما في المسالك وغيره، كان فيها استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره [١] وإن حملناه على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الرّبح، كما هو الغالب، وبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين مادّل على اعتبار رضاء المالك في نقل ماله، والنّهي عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضوليّ وصحّتها في خصوص المورد، وان احتمل كونها للنّص الخاصّ، الّا

[١] وحاصل ما افاده المصنف في هذه الاخبار: ^(١) انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة في صحة المعاملة المزبورة كانت هي مما يستأنس به للحكم في المقام لاشتراكهما في عدم لزوم الاذن السابق، وان قلنا بلزومها في صحتها كانت دليلاً على جريان الفضولي في العقد السابق وصحته في المورد الخاص. وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

وفي كلا شقي كلامه نظر:

اما الأول: فلأنه اذا دل دليل على عدم اعتبار الرضا في مورد خاص كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعاً، وانما الكلام في اعتبار سبقه.

واما الثاني: فلأنه ان بنينا على صحة ما صدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك، اذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، والباقي اما ان

انها لا تخلو عن تاييد للمطلب ومن هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم وان الربح لليتيم [١] فإنها ان حملت على صورة اجازة الولي، كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من افراد المسألة [٢] وان عمل باطلاقتها، كما عن جماعة ممن تقدّمهم، خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدّم، وربما احتمل دخولها في المسألة من حيث ان الحكم بالمضي اجازة الهيّة لا حققة للمعاملة [٣] فتأمل.

يستحق اجرة لان عمل المسلم محترم، او لا يستحق لانه عمل من دون امر.
والحق ان يقال: ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، اي اشتراط المالك على العامل ان لا يشتري الا الجنس الفلاني.
وعليه فاذا تخلف الشرط واشترى غير الذي امر به فان خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك، ولانه لا محالة يرد العقد.
وان ربح فيه فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينها. وبهذا يظهر ان النصوص موافقة للقاعدة واجنبية عن المقام.
وان ابيت عن كون ذلك مما تقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة في المقام.

[١] قوله ومن هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم.
وما افاده المصنف رحمته في وجه ادخال المسألة في الفضولي امر ان.
[٢] الأول: انها تحمل على صورة اجازة الولي.
[٣] الثاني: ان الحكم بالمضي اجازة الهيّة لاحقة للمعاملة.
ويرد على الأول: انه ليس في النصوص ما يستفاد منه ارادة معاملة غير الولي، بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولي، مع انه ليس فيها ما يشهد باجازة الولي.
ويرد على الثاني: ان التاجر ان كان مأذونا من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضولية، والحق اختصاصها بصورة معاملة الولي، وتكون اجنبية عن مسأله الفضولي

وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم [١] الواردة في العبد المأذون، الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقه، أو يحجّه عن أبيه، فاشترى أباه واعتقه، ثمّ تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادّعى كلّ منهم أنّه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام يردّ المملوك رقاً لمولاه، وأيّ الفريقين أقاموا البيّنة بعد ذلك على أنّه اشتراه بماله كان رقاً له، الخبر. بناء على أنّه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لاجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء، بالمال ولا إقامة البيّنة عليها كافية في تملك المبيع.

ومما يؤيد المطلب أيضاً صحيحة الحلبيّ [٢] عن الرّجل يشتري ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً، فكرهه ثمّ ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلاّ بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإنّ جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يردّ على صاحبه الأوّل ما زاد فإنّ الحكم بردّ ما زاد لا ينطبق بظاهره إلاّ على صحّة بيع الفضولي لنفسه ويمكن التأييد له

[١] قوله وربما يؤيد المطلب أيضاً برواية ابن أشيم الواردة في العبد^(١).

ما يتوهم أن يكون مؤيداً للمطلب حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميت إذا أقاموا البيّنة، وأما بالنسبة إلى مولى العبد فالظاهر أنه كان مأذوناً من قبله، وأما بالنسبة إلى مولى الأب فالمعاملة باطلة بلا كلام، والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة وأذنين إياه فيها، وعليه فتخرج عن محل الكلام.

[٢] قوله ومما يؤيد المطلب أيضاً صحيحة الحلبيّ^(٢) عن الرجل يشتري ثوباً.

فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحّة بيع الفضولي. وفيه: أنّه لا ينطبق عليها إذا الحكم بفساد الاقالة في الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية لازمه الاستجازة من المشتري الأوّل لا الحكم برد ما زاد وعدم الفرق بين البيع بالازيد وبالمساوي وبالاتقص، ولا يبعد دعوى أن الرواية ظاهرة في كراهة الاقالة بالوضيعة كما ذهب إليها ابن الجنيّد واستحبّ رد ما زاد، فتكون اجنبية عن المقام.

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة حديث ١.

ايضاً بموثقة عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام عن السمسار يشترى بالاجر، فيدفع اليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فاشئت اخذته وما شئت تركته، فيذهب ليشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال لا بأس [١] الخبر.

بناء على الإشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضاً فيبيع على صاحب الورق ما رضىه من الامتعة ويؤقيه دينه، ولا ينافي هذا الاحتمال، فرض السمسار في الرواية ممن يشترى بالاجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار اصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية، ويحتمل ان يكون لصاحب الورق باذنه مع جعل خيار له على بائع الامتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى ويفسخه فيما كره، ويحتمل ان يكون فضولياً عن صاحب الورق فيتخير ما يريد ويرد ما يكره وليس في مورد الرواية ظهور في اذن صاحب الورق السمسار، على وجه ينافي كونه فضولياً، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات، افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه [٢] معللاً بأنه لم يعص الله، وأما عصى سيده، وحاصله ان المانع من صحة العقد، اذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلاً، وهو عصيان الله تعالى. وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد، فبزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل،

[١] قوله بموثقة^(١) عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام عن السمسار بناء على ان الاشتراء من السمسار يكون فضولياً عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره. ولكن الظاهر من الخبر كون الاشتراء لصاحب الورق مع جعل خيار له على بائع الامتعة فيلتزم بالبيع فيما رضى ويفسخه فيما كره.

[٢] وأما الاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد فقد مر الكلام فيها مفصلاً فلانعيد

فانه لا يرضى أولاً ويرضى ثانياً بخلاف سخط الله عز وجل بفعل فانه يستحيل رضاه.

هذا غاية ما يمكن ان يحتج ويستشهد به للقول بالصحة، وبعضها وان كان ممّا يمكن الخدشة فيه، الا أنّ في بعضها الاخر غني وكفاية.

واحتم للبطلان بالأدلة الأربعة: [١]

اما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ دلّ بمفهوم الحصر او سياق التّحديد، على أنّ غير التّجارة عن تراض او التّجارة لا عن تراض غير مبيح، لأكل مال الغير، وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أنّ الفضوليّ غير داخل في المستثنى، وفيه أنّ دلالته على الحصر ممنوعة [٢] لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصرح المحكيّ عن جماعة من المفسّرين، ضرورة عدم كون التّجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه. وأمّا سياق التّحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو

ادلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها.

[١] وقد استدل للبطلان بالادلة الأربعة.

اما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١) بدعوى انه دل بمفهوم الحصر او سياق التّحديد على ان غير التّجارة والتّجارة لا عن تراض غير مبيحة لاكل مال الغير وان لحقها الرضا، ومن المعلوم ان الفضولي غير داخل في المستثنى.

وقد اجابوا عن الاستدلال به باجوبة.

الأول: انه لا مفهوم له، وقد اشبعنا الكلام في ذلك في اول مبحث الاكراه والمعاطة. [٢] وعرفت انه لا يدل على الحصر. لان الاستثناء منقطع غير مفرع وهو لا يفيد الحصر.

الثاني: ان التجارة التي هي اسم للمسبب لا السبب انما تكون تجارة للبالك

مع تسليمه مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى [١] لكونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه وفي قوله تعالى: ﴿وَرَبَّائِكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ مع احتمال ان يكون عن تراض خبراً بعد خبر ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيداً لها [٢] وان كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الاكل تجارة ويكون عن تراض.

ومن المعلوم ان السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي انما نشأ عن التراضي، مع ان الخطاب للمالك الاموال والتجارة في الفضولي، انما يصير تجارة المالك بعد الاجازة، فتجارته عن تراض.

وقد حكى عن المجمع أن مذهب الإمامية والشافعية وغيرهم، أن معنى التراضي بالتجارة امضاء البيع بالتصرف او التأخير بعد العقد، ولعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر.

بعد الاجازة، فتكون عن تراض وقد مر في اول مبحث الفضولي تمامية ذلك ايضاً.

[١] قوله مع تسليمه مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى.

ويرد عليه انه لو سلم سياق التحديد لم يكن مناص من تسليم الدلالة على المفهوم ولم يكن مورد لحمل القيد على الغالب.

[٢] الثالث: انه يحتمل ان يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر، ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيداً لها.

وحاصله: انه يحتمل ان يكون اسم كان مقدراً وهو سبب الاكل، ويكون له خبران: الأول: تجارة، الثاني: عن تراض. ولكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك، كما في قولنا: الرمان حلو حامض فيكون مفاده سببية التجارة والتراضي، وهي متحققه في بيع الفضولي.

وفيه: انه لا يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة، اذ السبب لو كان هو المجموع لما كان منبعثاً عن التراضي وان كان خصوص التجارة لزم قيديّة التجارة بصدورها عن التراضي، وان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضي وهو خلف، مع انه على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد، اذ احتمال كونه خبراً والاسم هو التجارة، يدفعه ان لازمه تعريف التجارة فالصحيح هو الأولان.

وامّا السّنة فهي اخبار منها: النّبوي المستفيض [١] وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك، فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنّبوي الآخر لا بيع الآفيا يملك، بعد قوله ﷺ لا طلاق الآفيا يملك ولا عتق الآفيا يملك، ولما ورد في توقيع العسكري الى الصّفاة لا يجوز بيع ما ليس يملك.

وما عن الحميري أنّ مولانا عجلّ الله فرجه، كتب في جواب بعض مسائله أنّ الضيعة لا يجوز ابتاعها الاّ عن مالکها او بامرّه او رضا منه، وما في الصّحيح عن محمّد بن مسلم الوارد في ارض بقم الثّيل اشتراها رجل، واهل الأرض يقولون هي ارضنا واهل الاسناف يقولون هي من ارضنا، فقال: لا تشتريها الاّ برضاء اهلها.

[١] واما السّنة فهي اخبار،

منها: النّبوي المستفيض، وهو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك. (١)
لا يخفى ان اقصية النّبوي ﷺ المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها مروية عن طريقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الابواب، وعليه فهذا النّبوي مروي عن طريقنا وعن طرق العامة، فلا سبيل الى الخدشة في سنده هذا بحسب السند.
مع ان هذا المضمون موجود في جملة من الاخبار: كخبر سليمان بن صالح عن مولانا الصادق عليه السلام عن النبي ﷺ (٢) وخبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي ﷺ. (٣)

واما من حيث الدلالة: فما قيل او يمكن ان يقال في الجواب عن الاستدلال به - وما يساوقه من النّبوي الآخر: لا بيع الا فمّا يملك (٤)، والتوقيع: لا يجوز بيع ما ليس يملك (٥) - للبطلان امور.

(١) راجع سنن الترمذی ج ٣ ص ٥٢٤ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ٢.

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

(٤) المستدرک باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٣.

(٥) الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع وشروطه.

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم فكتب اليها كتاباً قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال ام يمنعها، قال: قل يمنعها اشد المنع، فانها باعت ما لم تملكه، والجواب عن التّبوي أولاً أنّ الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للاجماع والنّص على جواز بيع الكليّ، ومن البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، وحينئذ فإما ان يراد بالبيع مجرد الانشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضوليّ لنفسه فلا يقع له ولا للمالك بعد اجازته. وأما ان يراد ما عن التذكرة: من أن يبيع عن نفسه، ثم يمضي ليشتريه من ماله، قال: لأنّه ﷺ ذكره جواباً لحكيم بن حزام حيث سأله عن ان يبيع الشيء فيمضي ويشتريه ويسلمه فإنّ هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافاً للنهي المذكور وللغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

الأول: انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده، لا حظ صحيحي عبدالرحمان بن الحجاج عن مولانا الصادق ﷺ، ففي الأول منها: عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال ﷺ: ليس به بأس، قلت: انهم يفسدون عندنا، قال ﷺ: واي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأس، يقولون: هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال ﷺ: فاذا لم يكن الى اجل كان اجود، ثم قال: لا بأس بان يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى اجل. الحديث (١)، وقريب منه الآخر (٢) تحمل هذه على التقيّة لتكذيبه ﷺ فيها للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

وفيه: ان الجمع بينهما يقتضي تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلي، او حملها على بيع كل ما خرج عن السلطنة وان كان المبيع كان المبيع كلياً كما لو باع الكلي في ذمة الغير.

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود حديث ٣.

وهذا المعنى يرجع الى المراد من روايتي خالد ويحيى: الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع، بمجرد انتقاله اليه بالشراء، فلا ينافي اهليته لتعقب الاجازة من المالك. وبعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدلّ على الغائه بالنسبة الى المالك حتّى لا تنفعه باجازة المالك، في وقوعه له، وهذا المعنى اظهر من الاول، ونحن نقول به كما سيجيء، وثانياً سلّمنا دلالة النبوي على المنع لكّنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدّم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة اذا اجاز [١]

ولعل الثاني اظهر، وتكذيبه عليه السلام للعامة يمكن ان يكون في تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلي في ذمة نفسه لا في اصل الحديث.

[١] الثاني: ما افاده المصنف رحمته الله بقوله: وثانياً سلّمنا دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الادلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة اذا اجاز.

وفيه: انه بناءً على ما استظهره المصنف رحمته الله من ان المراد من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، تكون النسبة عموماً من وجه لا خصية النبوي من هذه الجهة، فلا وجه لتقدم تلك.

الثالث: أن الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ما ليس حاضراً عنده، سواء أكان مملوكاً له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كلياً ام شخصياً، وحيث انه لا يمكن الالتزام به تعين حمله اما على النهي عن بيع ما ليس مملوكاً له، او على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وان لم يكن الثاني اقرب لا كلام في عدم اقربية الأول.

واما النبوي الآخر والتوقيع، فيحتمل ان يكون يملك فيها مبنياً للمفعول، فلا ربط لهما بما نحن فيه.

الرابع: ان المنفي البيع لغير المالك، فتختص هذه النصوص بالمسألة الاتية، وهي ما لو باع الغاصب لنفسه، ولا ربط لها بهذه المسألة وهي البيع للمالك.

وبما ذكرناه من الجوابين، يظهر الجواب عن دلالة قوله لا يبيع إلا في ملك، فإن الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه، وإن النفي راجع الى نفي الصحة في حقه، لا في حق المالك، مع أن العموم لو سلّم وجب تخصيصه بما دلّ على وقوع البيع للمالك اذا اجاز. وأما الروايتان: [١] فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين اوضح، وليس فيهما ما يدلّ، ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا اجاز وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع، فإنما هو في مقابلة عدم رضا اهل الأرض [٢] والصيغة رأساً على ما يقتضيه السؤال فيها، وتوضيحه أن النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

الخامس: ان النهي في هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع، إذ البيع اسم للمنشأ والمسبب لا الانشاء كما تقدم، مع انه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطعاً، بل المتعلق هو حقيقة البيع، وهي بالاجازة تنتسب الى المالك، فيكون بيع ما عنده.

وبعبارة اخرى: ان الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولي تدل على عدم وقوع البيع للفضولي، ولا نظر لها الى وقوعه للمالك اذا اجاز، اذ المنفي فيها وقوع البيع لنفسه، فينتفي هذا، وهو لا يلازم عدم وقوع البيع ولو للمالك، اذ سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم، فاذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتاً عنه في هذه الاخبار فيرجع فيه الى الادلة المتقدمة الدالة على الوقوع.

[١] ومنهاروايتايحيى وخالدالتيتان^(١)، ويظهر الجواب عنها مما ذكرناه في النبوي. ومنها صحيح محمد بن مسلم^(٢)، والتوقيع الشريف^(٣) المذكور ان في المتن. واجاب عنها المصنف رحمه الله بقوله.

[٢] وأما الحصر في صحيحة محمد بن مسلم والتوقيع فانما هو في مقابلة عدم رضا اهل الارض.

محصل ما افاده الماتن في الجواب عنها، توضيحه انه لا يستفاد من الخبرين

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع حديث ٣.

(٣) نفس المصدر حديث ٨.

ومن المعلوم أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيراً.

ولذا عدّ في الشرائع من شروط المتعاقدين، اعني شروط الصّحة كون العاقد مالكاً او قائماً مقامه، وان ابيت الاّ عن ظهور الروايتين في لغويّة عقد الفضولي رأساً وجب تخصيصها بما تقدّم من ادلّة الصّحة.

وأما رواية القاسم بن فضل فلا دلالة فيها، إلّا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنّه باع ما لا يملك، وهذا حقّ لا ينافي صحّة الفضولي.

الاّ النهي عن الشراء الفاقد للرضا رأساً، وهذا لا يدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الاجازة، ولا يدل على صحته ايضاً، فالنهي فيها لا يدل الاّ على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود ونحن نقول به. واما في البيع الملحق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة.

وبهذا البيان يظهر ان ما افاده في التوضيح ليس جواباً آخر كما افاده السيد الفقيه. والمحقق النائيني رحمته الله قال: ان دلالة خبر الحميري على صحة الفضولي اظهر، فان مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة، في كفاية الاجازة اللاحقة، فان الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بامر هو الرضا اللاحق لا المقارن، فانه متحقق حين الأمر.

وفيه: ان يمكن ان يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية فراجع.

فالحق ان يقال: ان مقتضى اطلاق الخبرين النهي عن الاشتراء الاّ بالرضا، تقدم او تأخر، فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلاً في المستثنى، مع ان المراد بالاشتراء حقيقته، وهو انما يكون اشتراء للمالك بعد الاجازة، فيشمله الخبر ان كان المراد بالرضا فيها المقارن.

أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها..... ٣٧

وأما توقيع الصفار^(١) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم. ويؤيد تصريحه^(٢) بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لملكه إذا أجاز. وبالجمله فالانصاف أنه لا دلالة في تلك الاخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعائد.

الثالث: الاجماع على البطلان [٢] ادّعاء الشيخ في الخلاف معترفاً بأن الصحة مذهب قوم من اصحابنا، معتزلاً عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادّعاء ابن زهرة أيضاً في الغنية، وادّعى الحلي في باب المضاربة: عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المصنوب.

والجواب عدم الظن بالاجماع بل الظن بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين، والمفيد، والمرتضى، والشيخ بنفسه في النهاية، التي هي آخر مصنفاته على ما قيل، واتباعهم على الصحة. واتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين، وبعض متأخري المتأخرين.

[١] قوله وأما توقيع الصفار^(١) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك.

وفيه ان الجواز عبارة عن الصحة - وعدمه عبارة عن الفساد.

فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم.

ان عدم الجواز لم يصف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لا يملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقاً لما حكم عليه بالفساد.

[٢] الثالث: الاجماع، وقد ادّعاء غير واحد من الاساطين.

والجواب عنه - مضافاً الى معارضته بما ادّعى من الاجماع على الصحة - انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلاّ بإذنه [١] فإنّ الرضا اللاّحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف. ففي التوقيع المرويّ في الاحتجاج: لا يجوز لاحد ان يتصرّف في مال غيره الاّ بإذنه. ولا ريب ان بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً.

والجواب [٢] انّ العقد على مال الغير متوقّعا لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

[١] الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير الاّ بإذنه^(١). وقد اجاب المصنف رحمته عن هذا الوجه بوجوه:

[٢] الأول: ان العقد على مال الغير متوقّعا لاجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه.

واورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايرواني رحمته، وهو: انه وان فرض كون العقد علة تامة لحصول الآثار عرفا، لم يكن مجرد العقد تصرفا في العين وقبيحا، فلا وجه للتقييد في كلامه، ومرجعه الى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس بالعين تصرفا عرفا في العين بل هو تصرف في لسان العاقد.

وفيه: انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجاً للمال عن ملك صاحبه قهراً عليه كان ذلك تصرفا فيه وقبيحا لكونه ظلماً، بل من اقبح افراده، نعم مجرد العقد غير المؤثر في حصول النقل والانتقال عرفا وشرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا ولا اعتباراً.

ثانيهما: ما افاده السيد الفقيه في تعليقه، وهو: ان الفضولي انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقاً لا هزلاً معلقاً على الاجازة، ويصدق التصرف عليه عرفا.

وفيه: ان العقد غير المؤثر عرفا وشرعا وان قصد به المجد لا يعد تصرفا لا خارجا ولا اعتباراً، اما الأول فواضح، واما الثاني فللفرض عدم التأثير، وبمجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفا او شرعا. فها افاده المصنف رحمته تام.

نعم لو فرض كون العقد علّة تامّة ولو عرفاً لحصول الآثار، كما في بيع المالك او الغاصب المستقلّ، كان حكم العقد جوازاً ومنعاً حكم معلوله المترتب عليه، ثمّ لو فرض كونه تصرفاً فما استقل العقل بجوازه مثل الإستئذنة والإصطلاء بنورالغير وناره [١] مع أنّه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الأذن في هذا من المقال او الحال بناء على أنّ ذلك لا يخرج عن الفضولي [٢] مع أنّ تحرّيمه لا يدلّ على الفساد [٣] مع أنّه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك [٤] ولا ينكره القائل بالصّحة خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة، ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناءً على أنّ العقد المقرون في هذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد، وقد يستدلّ للمنع بوجوه اخر ضعيفة أقواها أنّ

[١] الثاني: انه لو فرض كونه تصرفاً فما استقل العقل بجوازه مثل الاستئذنة والاصطلاء بنور الغير وناره.

وفيه: ان الجواز في الماثلين انما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما او السيرة على الجواز، والافع صدق التصرف لا سبيل الى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف. [٢] الثالث: انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن في هذا من المقال او الحال.

وفيه: اولاً: ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية، وثانياً ان المستدل يمكن ان يكون ملتزماً بالصّحة في خصوص هذا المورد، والفساد في سائر الموارد. [٣] الرابع: ان تحرّيمه لا يدل على الفساد.

وهذا الجواب ايضاً متين، وقد مر في اول الجزء الاول من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك.

[٤] الخامس: انه لو دل على الفساد لدل على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتّب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، والقائل بالصّحة لا ينكر ذلك.

وفيه: ان البناء على الفساد سواء كان من جهة كون السبب تصرفاً ومبغوضاً

القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع والفضولي غير قادر وإن الفضولي غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره، كما صرح في المسالك ويضعف الأول مضافاً إلى أن الفضولي قد يكون قادراً على رضا المالك بأن هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحققه في المالك فحينئذ، يشترط في صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه وقدرة المشتري على تسلّمه على ما سيجيء ويضعف الثاني بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره لا أزيد منه بدليل الاجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى.

المسألة الثانية:

أن يسبقه منع المالك [١] والمشهور أيضاً صحته، وحكى عن فخر الدين إن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك، ويلوح اليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: أيما عبد تزوّج بغير إذن مولاه فهو عاهر. بعد تضعيف السند على أنّه ان نكح بعد منع مولاه وكراهته، فإنّه يقع باطلاً.

والظاهر أنّه لا يفرق بين النكاح وغيره، ويظهر من المحقّق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب نظراً الى القرينة الدالة على عدم الرضا: وهي الغصب، وكيف كان، فهذا القول

للشارع فلا سببية له، ام كان من جهة كان المسبب منها عنه ومبغوضاً، ينافي مع هذا الجواب، اذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي وكان كالعدم كيف يحكم بالصحة مع اجازة المالك، كما انه اذا ألغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شيء حتى يجيزه المالك.

فتحصل: ان الحق في الجواب هو الاول والثالث.

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

[١] قوله المسألة الثانية: ان يسبقه منع المالك.

والمشهور ايضاً صحته، وعن فخر الدين: ان بعض المجوزين للفضولي اعتبر

لا وجه له ظاهراً عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، وإن العقد إذا وقع منهياً عنه، فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كافٍ في الرد فلا ينفع الإجازة اللاحقة [١] بناء على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه امارة عدم الرضا، هذا،

عدم سبق نهى المالك، وهو الظاهر من المحقق الثاني.
وملخص القول في المقام: ان صحة بيع الفضولي، اما ان تكون على القاعدة، او تكون للاخبار الخاصة.

اما على الأول: فلا تتوقف الصحة الأعلى العقد واستناده الى المالك الموجودين في المقام، ولا يضر النهي السابق، وذلك لان ما قيل في وجه مضرته امور.
[١] احدها: ان العقد اذا كان منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كافٍ في الرد، فلا ينفع الاجازة اللاحقة.

وفيه: ان الكراهة النفسانية وان ابرزت ليست رداً، فانه عبارة عن حل العقد وفسخه، كما ان النهي - الذي هو تسبب الى اعدام الشيء بعدم ايجاده - غير الرد.
ثانيها: ان الكراهة المتخللة بين اركان العقد كالايجاب والقبول مانعة عن تحقق المعاهدة والمعاقدة، وحيث ان منها الاجازة فالكراهة المتخللة بينها وبين العقد مانعة عن تحققها، والمفروض في المقام وجودها.
وفيه: ان الكراهة المتخللة لا تمنع عن ذلك، ولذا بنينا على صحة عقد المكره اذا لحقه الرضا.

ثالثها: ان المالك اذا نهى عن ايقاع المعاملة على ماله نهياً عاماً شاملاً لزمان العقد كان ذلك في قوة ان يقول: لا ارضى ان توقع العقد على مالي ولو اوقعته كان مردوداً وباطلاً، فيكون ذلك انشاءً للرد، غاية الأمر الانشاء متقدم على العقد، والمنشأ متاخر عنه، فلا تنفع الاجازة بعد ذلك.

ولكنّ الاقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند، حينئذ في رواية العروة، وكفاية العمومات مضافاً الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس [١] وجريان فحوى ادلة نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين المولى والعبيد مع أنّ رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيّد [٢] حينئذ جريان المؤيّدات المتقدّمة له،

وفيه: اولاً: ان النهي ليس الا التسبب الى عدم ايجاد العقد، واما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطاً بالنهي.

وثانياً: ان ذلك من قبيل ايجاب ما لم يجب، وسيأتي عدم العبرة به.

وثالثاً: ان وجه عدم نافية الاجازة بعد الرد هو الاجماع والمتيقن منه ما اذا كان انشاؤه بعد العقد.

فتحصل: ان الأظهر هي الصحة على القول بصحة الفضولي على القاعدة:

واما على الثاني: فالنصوص التي سلّمنا دلالتها على صحة الفضولي انما هي صحيحة محمد بن قيس ^(١)، ونصوص نكاح العبد المتضمنة للتعليل للصحة بانه لم يعص الله وانما عصى سيده ^(٢).

[١] اما صحيح قيس فقد افاد المصنف رحمته الله في وجه شموله للمقام: انه بترك الاستفصال يشمل.

وفيه: ان ظهور قوله في مقام المخاصمة وليدتي باعها ابني بغير اذني في صورة عدم النهي لا ينكر، والا كان يقول باعها مع نهبي فهو لا يشمل المقام. واما نصوص النكاح: ففي المكاسب.

[٢] رواية اجازته صريحة في عدم قدح معصية السيد.

وفيه: ان عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهي عنه، بل بما ان العبد لا بد وان تكون اعماله من اذن مولاه فاذا فعل بلا اذن منه كان خارجاً عن رسم العبودية ويعدّ

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والاماء.

من بيع مال اليتيم والمغصوب [١] ومخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح في منعه عمّا عداه. وأمّا ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنأماً، فلم يدلّ دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الاجازة، وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف [٢] على ما انكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له، وممّا ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وإن كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا يقدح في صحّته اذا لحقه الاجازة.

المسألة الثالثة:

ان يبيع الفضولي لنفسه [٣] وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدّمة في الإقالة بوضيعة

عاصيا بذلك، فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا اذن منه كما هو صريح الرواية.

ودعوى ان اطلاقها يشمل المقام.

مندفعة بانها انما وردت لبيان ان عصيان السيد من حيث هو لا يمنع عن صحة العقد بالاجازة، واما ان نهيه هل يمنع عن تلك ام لا فالنصوص ساكتة عنه.

فالأظهر انه على القول بالصحة في المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصة لا سبيل الى البناء عليها في المقام.

[١] قوله من بيع مال اليتيم والمغصوب.

اما في بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقاً لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولى - واما المغصوب فلم ينقل سابقاً دليلاً يدل على صحة بيعه.

[٢] قوله فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف.

هذا اجتهاد في مقابل نص الفقهاء فانه قد نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف اماراة عدم الرضا.

بيع الفضولي لنفسه

[٣] المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب.

والاقوى فيه الصحة وفقاً للمشهور [١] للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم، وفحوى الصحة في النكاح واكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمة، ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك، الا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص على بيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

منها إطلاق ما تقدم من التبيين: لا تبع ما ليس عندك. ولا بيع إلا في ملك [٢] بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه، والجواب عنها يعرف مما تقدم من أن

وكثيراً ما يتفق في غيره كما في البيوع المبنية على الامارات والاصول الظاهرية من اليد واصالة الصحة ونحوهما.

وكيف كان: في المسألة اقوال:

[١] احدها: الصحة وهو المشهور واختاره المصنف.

ثانيها: التفصيل بين الغاصب وغيره، كما عن ابن ادریس.

ثالثها: التفصيل في الغاصب بين علم المشتري وجهله كما عن العلامة وغيره.

ان بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة في المقام، فان عمدة المستند على هذا صحيح ابن قيس ونصوص نكاح العبد، وشيء منها لا يشمل المقام.

اما الأول: فلأنه لو كان الابن بائعاً للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه اولى لأنه ادخل في الانكار.

واما الثانية: فلأن موردها وان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لا لمولاه، واما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهي تقتضي الصحة في المقام ايضاً بلا فرق، وقد ذكروا في وجه الفرق وانه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام امورا:

[٢] الأول: نصوص بيع ما ليس عنده^(١) بناءً على ان موردها بيع الفضولي لنفسه،

وقد مر الجواب عنها.

(١) راجع الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه وباب ٧ من أبواب احكام العقود.

مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبايعه الغير المالك بلا تعرّض فيها، لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب. [١] وقد تقدّم عن المحقّق الكركيّ ان الغصب قرينة عدم الرضا. وفيه أولاً: أنّ الكلام في الاعمّ من بيع الغاصب.

وثانياً: أنّ الغصب امارّة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضي المالك ببيع الغاصب لتوقع الاجازة وتملك الثمن. فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا باصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء. وثالثاً: قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر.

ومنها أنّ الفضولي اذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه، فلم يقصد حقيقة المعاوضة [٢] اذ لا يعقل دخول احد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع الى اعطاء المبيع واخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعاً.

والجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب انّ قصد المعاوضة الحقيقية مبنيّ على جعل الغاصب نفسه مالكاً حقيقياً [٣] وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على

[١] الثاني: انه غالباً يكون منع المالك من البيع موجوداً في المغصوب.

ويعتبر عدم سبق المنع.

وفيه - مضافاً الى ما عرفت من عدم اعتباره - ان المنع غير موجود في غير المغصوب، بل وفيه ايضاً اذ الغصب امارّة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً.

[٢] الثالث: ان الفضولي اذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التي

هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولي ليس بيعاً.

[٣] واجاب عنه المصنف رحمه الله: بان البائع في هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقياً، وهذا

هذا الأمر الغير الحقيقيّ حقيقيّة، نظير المجاز الادّعائي في الأصول، نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثلّث ولا اعتقاد له، كان المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك، لعدم تحقّق معنى المعاوضة ولذا ذكروا أنّه لو اشتري بماله لغيره شيئاً بطل ولم يقع له ولا لغيره، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه وقد تخيل بعض المحقّقين أنّ البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام وهو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنّه عكسه وقد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء ولا اعتقاد لتمام المثلّث لأنّ المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز

الجعل وان كان لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الادّعائي حقيقية نظير المجاز الادّعائي في الاصول.
واورد عليه بايرادين:

الاول: ما افاده السيد في التعليقة، وهو: انه لو كان الملاك ذلك لزم البناء على الصحة فيما اذا احرز هذا البناء، اذ مع عدمه لا وجه له، ولم ينقل التفصيل عن احد.
وفيه: ان المصنف لا يدعي ان المصحح هو التنزيل حال العقد، بل يدعي ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا، وانما يبني بالسرقة والغصب على ان الاضافة الملكية منسوبة اليه باعها لم يبيعها، فاذا باع فهو يبيع ما يراه ملكا له بعد سرقة الاضافة، واما غير الغاصب فبنائه على ملكية نفسه واضح.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني رحمته الله: من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي ثم يدعي انه هو لاجل تملك العوض فيكون له قصدان: قصد كبروي وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي، وقصد صغروي وهو قصد انه المالك الواقعي. فيرد عليه: ان الوجدان يكذب ان يكون للغاصب قصدان، وانما له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك، وان ادعى انه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه وكان مصححه دعواه الملكية، فيرد عليه: ان ادعائه كونه مالكا لا يصحح القصد الى المعاوضة الحقيقية، فان المعاوضة المبنية على الادعاء لا تكون حقيقية، وكيف يكون حقيقيا ما اساسه الادعاء

ومنها أنَّ الفضولي اذا قصد البيع لنفسه [١] فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلّمن باجازته، وان تعلّقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا امضاء لنقل الفضولي، فيكون النّقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشئ.

الظاهر ان مراده الثاني، ويمكن ان يدفع هذا الایراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بازاء ملكيته للثمن، فطرفاها امران اعتباريان، وعليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء وبناء البائع على كونه مالكا.

وقد اجاب عن الاشكال السيد الفقيه رحمته: بان حقيقة البيع ليست الا مبادلة مال بمال من غير نظر الى كونه لنفسه او لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته ولا ينافيه ايضاً.

وفيه: - مضافاً الى تصريحه رحمته في اول كتاب البيع بان البيع ليس مبادلة بل تملك وتملك بعوض - ان حقيقة المبادلة لا تتم الا بلحاظ شيء آخر، وهو في المقام الملكية، وقصد المبادلة في الملكية التي هي صفة اضافية قائمة بالمال وصاحبه يستدعي قصد انتقال المال عن ملك مالكة ودخول عوضه في ملك صاحب هذا المال، وهذا ينافي مع قصد وقوع البيع لنفسه.

والحق ما تقدم في اول هذا الجزء من ان البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كي يرد الاشكال المزبور، بل حقيقته اعطاء شيء لا مجانا - فراجع ما حققناه - وعليه فلا يرد هذا المحذور.

[١] الرابع: ان الفضولي اذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافياً لصحة العقد، لان معناها صيرورة الثمن لمالك المثلّمن باجازته، وان تعلقت بغير المقصود كانت عقداً مستأنفاً فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشئ.

وقد اجاب عن هذا المحقق القمي رحمته في بعض اجوبة مسائله بأن الاجازة في هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى حقوق الاجازة لنفس العقد، كما في الفضولي المعهود، بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضى المالك ووقوع البيع عنه [١] وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه، وقد صرح في موضع آخر بأن حاصل الاجازة يرجع الى ان العقد الذي قصد الى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدلت بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه فيكون عقداً جديداً كما هو احد الاقوال في الاجازة. [٢] وفيه أن الاجازة على هذا تصوير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البيع لنفسه اذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري انما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الاجازة. فإذا التزم يكون مرجع الاجازة الى تبديل عقد بعقد وبعدم الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً فقد قامت الاجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري وهذا خلاف الإجماع والعقل. [٣]

واجابوا عنه باجوبة:

منها: ما عن المحقق القمي رحمته وما نقل عنه امران.

[١] احدهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الايجاب فقط.
واورد عليه بعدم تطابقه حينئذ لقبول المشتري، لان قبوله انما تعلق بايجاب البائع لا بمضمون الاجازة.

ولكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق في هذه الموارد مجالا واسعا.

[٢] ثانيهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى التصرف في طرفي العقد معا، ومفادها: ان العقد الذي قصد الى كونه واقعاً على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدلت بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً.

[٣] واورد عليه المصنف رحمته بان هذا مخالف للإجماع والعقل. ولم يذكر وجه مخالفته للعقل

وأما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحد من العلماء وغيرهم وإنما حكى كاشف الرموز عن شيخه وهو المحقق أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقلّ بغير لفظ البيع وهو قائم مقام إيجاب البائع وينضم إليه القبول المقدم من المشتري، وهذا لا يجري فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع وتملك المبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايراً لما وقع فلا بدّ له من قبول آخر فلاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الرجعة الى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع وانشائه عن رضا المشتري وانشائه، وهذا ما ذكرنا انه خلاف الاجماع والعقل

وذكروا في وجهه امورا:

الأول: ان تبديل قصد وقوعه لنفسه ورضاه به بقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع، وهو محال.

وفيه: ان المراد ان العقد الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه، بمعنى انها لا تؤثر، وبالإجازة يضاف الى المالك ويكون بذلك مؤثرا، فلا يلزم الانقلاب.

الثاني: ان المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبذل قبوله.

وفيه: ان عدم سلطنة المالك على المشتري شرعي لا عقلي، مع ان تبديل قبوله ليس من شؤون سلطنته عليه بل على ماله، فان المشتري انما ملك ماله للبائع لا بجنا، بل بازاء مال المالك فللمالك من حيث سلطنته على ماله ان يميز بديلة ماله لمال المشتري بان يسقط خصوصية البائع في طرفيته لمال المشتري بازاء ماله. فتدبر.

الثالث: ان لازم ما ذكر اتحاد الايجاب والقبول، مع انه لا يعقل ذلك.

وفيه: ان المحقق لا يدعي كون الإجازة عقدا وانما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد، اي تكون تصرفا في الايجاب والقبول باسقاط الخصوصية غير القابلتين للإجازة.

فالانصاف ان ما افاده المحقق القمي رحمه الله غير مناف للعقل.

فالاولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز.

وتوضيحه ان البائع الفضولي انما قصد تمليك المثلث للمشتري بازاء الثمن. [١]
وامّا كون الثمن مالاّ له او غيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى ما يقتضيه
مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المَعْوُض تحقيقاً لمعنى المعاوضة
والمبادلة وحيث أنّ البائع يملك المثلث بانياً على تملكه له وتسلّطه عليه، عدواناً او
اعتقاداً، لزم من ذلك بئائه على تملك الثمن والتسلّط عليه، وهذا معنى قصد بيعه
لنفسه، وحيث ان المثلث ملك للملكه واقعاً. فإذا اجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه،
فعلم من ذلك ان قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتّى تردّد
الامر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثلث
بعوض من دون تعرّض فيه لمن يرجع إليه العوض إلّا باقتضاء المعاوضة لذلك،
ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضوليّ مشترياً لنفسه بمال الغير [٢] فقال للبائع
الأصيل تملك منك أو ملكك [بالتخفيف] هذا الثوب بهذه الدراهم. فإنّ مفهوم هذا
الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل
الثوب إليه، فلا بدّ من التزام كون الإجازة نقلاً مستأنفاً غير ما أنشأ الفضولي
الغاصب.

[١] ومنها: ما افاده المصنف رحمه الله، وهو ان إيجاب البائع الغاصب يتضمن امرين:

احدهما: تمليك المشتري المال بعوض.

الثاني: دخول العوض في ملكه.

والثاني خارج عن مضمون الايجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك
مالك المبيع، وحيث ان المبيع ملك للمجيز واقعا فيدخل العوض في ملكه كذلك في فرض
الاجازة، وحيث انه مالك ادعاءً واعتقاداً فيكون بانياً على تملكه العوض، وعليه فلا مانع
من تعلق الاجازة بما هو مضمون الايجاب.

[٢] ثم اورد على نفسه: بانه لا يتم فيما لو كان الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير

وقال للبائع تملك منك او ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم اذ مفهومه شيء واحد

وبالجملة فنسبة المتكلم الفضوليّ بتملك المثلث الى نفسه بقوله ملكت او تملك كايقاع المتكلم الاصليّ التملك على المخاطب الفضوليّ بقوله ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره او جهله بذلك، وبهذا استشكل العلامة رحمته في التذكرة حيث قال: لو باع الفضوليّ مع جهل الآخر، فاشكال من ان الآخر انما قصد تملك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد او ولايته، لانه حينئذ انما يقصد به المخاطب بعنوانه الا اعم من كونه اصلياً او نائباً. ولذا يجوز مخاطبته واسناد الملك اليه مع علمه بكونه نائباً وليس الا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائباً، فإذا صحّ اعتباره نائباً صحّ اعتباره على الوجه الأعم عن كونه نائباً او اصلياً.

اما الفضولي فهو اجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار، وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الاشكال في بعض كلماته، فالترم تارة بطلان شراء الغاصب لنفسه مع انه لا يخفي مخالفته للفتاوى واكثر التصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به اخيراً، واخرى بأن الاجازة انما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وان كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلث مأخوذة فيها، وفيه ان حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الاشكال أعنى قول المشتري الغاصب تملك او ملكت هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فأجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف فالأنسب في التفصي أن يقال أن نسبة الملك الى الفضولي العاقد لنفسه في قوله، تملك منك او قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكاً للمثلث اعتقاداً او عدواناً. [١]

وهو تملك الفضولي للثوب، ولا يكون ذلك منحلًا الى شئين كي تتعلق الاجازة باحدهما دون الاخر.

[١] ثم تفصي عن الاشكال بان نسبة الملك الى الفضولي ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثية المالكية مأخوذة فيه، ومن المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية في الحقيقة مترتب على تلك الحيثية. فيكون المنسوب اليه الملك هو المالك

ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكه للثمن التزمنا بلغوئته، ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادله بتملك شخص المال بازاء مال غيره، فالمبادله الحقيقيه من العاقد لنفسه لا يكون الا اذا كان مالكا حقيقيا او ادعائيا، فلو لم يكن احدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادله حقيقة، فاذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا، فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا او عدوانا وحيث ان الثابت للشيء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، الا ان الفضولي لما بني على انه المالك المسلط على الثمن اسند ملك المثل الذي هو بدل الثمن الى نفسه، فالاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بانشاء الفضولي وهو التملك المسند الى مالك الثمن وهو حقيقة نفس المحيز، فيلزم من ذلك انتقال الثمن اليه هذا مع انه ربما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولي، موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد وتبعه غير واحد من اجلاء تلامذته، وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

والاجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الامر ان الفضولي لما بني على انه المالك اسند ملك العوض الى نفسه.

وفيه اولا: كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابت، بل الظاهر كونها حيثية تعليلية، اذ المالك انما يبيع او يشتري لنفسه لا للمالك.
وثانيا: ان الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكا ادعاء لا حقيقة، وايقاع العقد للمالك الادعائي غير قابل للتأثير بالاجازة، ووقوعه للمالك الحقيقي بالاجازة موجب لكون المجاز غير منشأ، والمنشأ غير مجاز.

والحق في المقام يقتضي ان يقال: ان يبيع الفضولي لنفسه على اقسام:
الأول: ان يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن والا يوقعه لمالكه، وفي هذا القسم لا كلام في انه لو اجازته المالك صح ووقع له، ويكون المنشأ مجازا.
الثاني: ان يبيع لنفسه من غير بناء على مالكه للمبيع ويقصد خروج العوض

احدهما: انّ قضيّة بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمناً حتّى أنّه على فرض صحّة ذلك البيع والشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه نظير ما اذا قال اعتق عبدك عنيّ، او قال بع مالي عنك او اشتريك بمالي كذا، فهو تمليك ضمنيّ حاصل ببيعه او الشراء، ونقول في المقام ايضاً، اذا اجاز المالك صحّ البيع والشراء وصحّته تتضمن انتقاله اليه حين البيع أو الشراء، فكما أنّ الإجازة المذكورة تصحّح البيع أو الشراء كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمّنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاّحقة قائمة مقام الأذن السابق قاضية بتمليكه المبيع ليقع البيع في ملكه ولا مانع منه.

الثاني: أنّه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد في انتقال بدله اليه بل يكفي ان يكون مأذوناً في بيعه لنفسه، او الشراء، به فلو قال بع هذا لنفسك او اشتريك بهذا، ملك الثمن في الصّورة الاولى بانتقال المبيع عن ماله الى المشتري، وكذا ملك الثمن في الصّورة الثّانية، ويتفرع عليه أنّه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى ماله دون العاقد.

وفي كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلاّنّ صحّة الاذن في بيع المال لنفسه او الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدّم في بعض فروع المعاوضة مع انّ قياس الاجازة على الاذن قياس مع الفارق، لأنّ الأذن

عن ملك ماله ودخول عوضه في ملكه، وهذا القسم على مسلك المصنف رحمته وموافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلاً وغير قابل للتأثير بالاجازة، ولكن على المسلك الحق من كون البيع هو الاعطاء لا مجانا قابل للصحة بالاجازة، فان اجازته على ما وقع وقع للبائع، وان اجازته لنفسه صحّ ويكون قصد وقوعه لنفسه ملغواً.

الثالث: ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالكية نفسه، وهذا القسم هو الذي يكون مورداً لكلام المصنف وقد عرفت ما في تصحيحه ووقوعه للمالك مع الاجازة، ولكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر وهو: ان انشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة

في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الإقتضاء تقدير الملك آنأماً قبل البيع بخلاف الاجازة، فإنها لا يتعلّق إلا بما وقع سابقاً والمفروض أنّه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر، نعم لما بنى هو على ملكيّة ذلك المال عدواناً أو اعتقاداً قصد بالمعاوضة رجوع البدل اليه فالاجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة افادت دخول البدل في ملك المجيز، وان رجعت الى المبادلة منضمّة الى بناء العاقد على تملك المال، فهي وان افادت دخول البدل في ملك العاقد إلا أنّ مرجع هذا الى اجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وامضائه له اذ بعد امضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البدل إلا أنّ من المعلوم عدم الدليل على تأثير الاجازة في تأثير ذلك البناء في تحقّق متعلّقه شرعاً بل الدليل على عدمه [١] لأنّ هذا ممّا لا يؤثّر فيه الاذن لأنّ الاذن في التملك لا يؤثّر التملك فكيف اجازته.

يدل على تملكه للعوض، وبالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور، اي دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كما له اجازة المدلول المطابق فيقع للغاصب.

الرابع: ان يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع، بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتبين: احدهما: التملك، ثانيهما: انشاء البيع لنفسه. وبعبارة اخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتباً عليه، وفي هذا القسم لو اجاز المالك التملك يقع البيع لا للمالك كما لو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو، ولعل هذا هو مراد كاشف الغطاء رحمته الله مما نقله عنه المصنف رحمته الله.

وعليه فلا يرد عليه ما افاده المصنف رحمته الله.

[١] بان الاجازة لا دليل على تأثيرها في تأثير بناء الغاصب على الملكية في تحقّق متعلّقه شرعاً، بل الدليل على عدمه، لان هذا ممّا لا يؤثّر فيه الاذن، اذ الاذن في التملك لا يؤثّر التملك فكيف اجازته، لان ايراده مبني على ان يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون انشاء للتملك، وقد عرفت انه يمكن ان يكون مراده التملك بنفس البيع ولحق الاجازة له لا بأس به.

وأما الثاني: فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا صرح العلامة رحمته في غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور، وأخرى بأنه لا يعقل ان يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئاً.

بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن اشتر لنفسك به طعماً، وقد صرح به الشيخ والمحقق وغيرهما.

نعم سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب ان ظاهر جماعة كقطب الدين والشَّهيد وغيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن، وأن لم يملكه فإذا اشترى به شيئاً ملكه وظاهر هذا امكان ان لا يملك الثمن ويملك المثلن المشتري [بصيغة المجهول] الا ان يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلن مطلقاً، كما نسبته الفخر رحمته إلى الأصحاب، او آناً قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء. وكيف كان فالأولى في التفصي عن الاشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا، ثم انّ ممّا ذكرنا من انّ نسبة ملك العوض حقيقة آناً هو الى مالك العوض، لكنّه بحسب بناء الطرفين على مالكيّة الغاصب للعوض منسوب اليه يظهر اندفاع اشكال آخر [١] في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري، وهو انّ المشتري الأصيل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً،

[١] قوله يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه

في صحة بيع الفضولي لنفسه اشكال آخر، وهو انما يكون من جهتين:

الاولى: ان المشتري العالم بكون البائع غاصباً كيف يملكه الثمن بازاء تملكه مال

الغير

الثانية: انه لو سلط المشتري العالم الفضولي على الثمن ليس له الرجوع على البائع بالثمن لورد المالك البيع على ما حكم به الاصحاب، وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلاً للاجازة لكونه بيعاً بلا ثمن، اذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشتري برد البيع.

اما الاشكال من الجهة الاولى: فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال: بان

فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم، بأن المالك لو ردّ فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، والا كان ردّها موجباً لرجوع كلّ عوض الى مالكة، وحينئذ إذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا ثمن، ولعلّ هذا هو الوجه في اشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد الاشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري. أن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الأشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقدير الرد والاجازة، لا التسليط المراعى بعدم اجازة البيع [١]: أمّا يتوجّه على القول بالنقل، حيث أن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبق مورد للاجازة. وأمّا على القول بالكشف فلا يتوجّه [٢] اشكال اصلاً

الغاصب كيف يقصد المعاوضة، الذي مر.

وبه يظهر أن ما ذكره المصنف رحمته من أنه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين. ولا يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني رحمته بقوله: لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال، كي يحصل به الجواب عنه.

واما الاشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه: بان هذا الحكم لم يفت الاصحاب جميعاً به. بل في المسألة قولان آخران: احدهما: الضمان مطلقاً كما اقتوا به جميعاً في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين. واجاب عنه المصنف رحمته بجوابين آخرين.

[١] احدهما: ان التسليط المذكور انما يكون تسليطاً مجانياً في صورة الرد خاصة لا مطلقاً.

وفيه: ان هذا يكون تمليكا معلقاً، وهو غير نافذ.

[٢] ثانيهما: ان هذا الاشكال لو تم فانما هو على القول بالنقل، ولا يتم على القول بالكشف، فانه على هذا المسلك تكشف الاجازة عن كونه تسليطاً على مال الغير.

وفيه: ان الكشف الذي يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمي لا الحقيقي، فقبل الاجازة لا يكون المال منتقلاً عنه.

لان الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطاً له على مال نفسه، والاجازة كاشفة عن كونه تسليطاً له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى اجاز المالك أو رده لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري او المالك، وسيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تنمة لذلك فانتظر.

ثم اعلم ان الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان او غيره، انما هو في وقوعه للمالك إذا اجاز وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه

واما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه اذا صار مالكا للمبيع واجاز سواء باع لنفسه او المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعاقد اذا ملك. ومن هنا يعلم ان ما ذكره في الرياض، من ان بيع الفضولي لنفسه باطل [١] ونسب الى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله، الا ان يريد ما ذكرناه وهو خلاف ظاهر كلامه، بقي هنا امران

[١] قوله ومن هنا يعلم ان ما ذكره في الرياض من ان بيع الفضولي لنفسه باطل

مراده انه من ضم فتوى المشهور في بيع الفضولي لنفسه بالصحة بعد الاجازة الى نسبة نفي الخلاف في البطلان الى العلامة يستنتج تمامية ما اخترناه من وقوعه للعاقد الفضولي اذا ملك واجاز - لكنه خلاف ظاهر كلماتهم

وكيف كان فهناك مسألتان،

احدهما ان العاقد الفضولي لنفسه اذا صار مالكا واجاز وهي هذه المسألة.

ثانيتهما اذا باع الفضولي مال الغير لنفسه فاجازه المالك والثانية محل الكلام،

الأول: أنّه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير [١] عينا أو ديناً في ذمة الغير، ومنه جعل العوض ثمناً أو مثمناً في ذمة الغير، ثمّ إنّ تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي. [٢] أمّا باضافة الذمة الى الغير، بأن يقول بعت كراً من طعام في ذمة فلان بكذا، او بعت هذا بكذا في ذمة فلان، وحكمه أنّه لو اجاز فلان يقع العقد له وان ردّ بطل رأساً.

وامّا بقصده العقد له فإنّه اذا قصده في العقد تعيّن كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، الأعلى احتمال ضعيف تقدّم عن بعض، فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي باضافته الى ذمة شخص خاص، وحينئذ فإن أجاز من قصد

لو كان مال الغير في ذمته لا عينا

[١] قوله لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا او ديناً.
بعد ما لا كلام في عدم الفرق في الفضولي بين كون مال الغير عينا او في ذمة الغير في الجملة وقع الكلام في جهات:
الاولى: فيما به يتشخص ما في الذمة.

[٢] المصنف رحمه الله افاد ان تشخصه انما يكون باضافة الذمة الى الغير، ومقتضى اطلاق كلامه كصریح المحقق النائيني رحمه الله عدم الفرق بين الاضافة اليه لفظاً او قصداً، او بقصد العقد له لفظاً او قصداً، وذكر في وجه كفاية الثاني: ان تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول احد العوضين في كيس من خرج عنه الاخر يكون تعييناً لمن في ذمته الثمن.

ولكن يرد عليه انه بما ان الكلي ما لم يصف الى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من في ذمته الثمن لا يكفي ولا يغني عن اضافة الكلي اليه، فلا بد من الاضافة المزبورة، فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة.

مالكيته وقع العقد، وإن ردّ فقتضى القاعدة بطلان العقد واقعاً، لأن مقتضى ردّ العقد بقاء كلّ عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردّد في باب الفضولي بين مالكة الاصل، ومن وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردّده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتجّ الى اجازة ووقع له الآن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم [١] حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهراً، كما عن المحقق وفخر الإسلام والمحقق الكركي والسيوري والشهيد الثاني.

وقد يظهر من اطلاق بعض الكلّيات كالتقواعد، والمبسوط ووقوع العقد له واقعاً، وقد نسب ذلك الى جماعة في بعض فروع المضاربة، وحيث عرفت ان قصد البيع للغير او اضافته اليه في اللفظ يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير، كما انّ اضافة الكلي اليه

[١] الجهة الثانية: انه لم لو يصدق الطرف الاخر قصد الفضولي البيع او الشراء لغيره، ففي المسألة اقول:

الأول: ما عن جمع من الاساطين، وهو الحكم بوقوع العقد للفضولي ظاهراً.

الثاني: الحكم بوقوعه له واقعاً.

الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

ومجمل القول في المقام: انه تارة يكذب كل منهما الاخر - كما لو ادعى البائع ان المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمته وهو ايضاً قصد ذلك، وادعى المشتري انه قصد الشراء لغيره والبائع ايضاً قصد ذلك - واخرى يدعي مدعي الفضولية انه قصد غير ما قصده طرفه وتحيل انه ايضاً قاصد لذلك والاصل ينكر ذلك ويدعي انه قصد عين ما قصده وهو الشراء مثلاً لنفسه.

اما الصورة الاولى: فهي من قبيل التداعي فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب

واما الصورة الثانية: فحيث ان المدعي هو من يدعي الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد واصله الصحة، اذ على ما يدعيه يكون العقد باطلاً، وعلى قول طرفه يكون صحيحاً

يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، وكذا بين إضافة البيع إلى نفسه وإضافة الكلّي إلى غيره، فلو جمع بين المتنافيين [١] بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان.

ففي الأول: يحتمل البطلان: [٢] لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل الغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

وفي الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد اجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً، ويحتمل الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، لأنّ تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب الغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، والمسألة تحتاج إلى تأمل. ثمّ إنّه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً،

فمقتضى القاعدة هو إقامة البينة وإذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فان حلف برأ أو حكم ببطلان العقد، وإن لم يحلف ورد الحلف فان تمكن المدعي من الحلف على العلم بالقصد وحلف فيحكم له، وإن لم يتمكن من الحلف على العلم حكم له ايضاً. و تمام الكلام في كتاب القضاء.

[١] الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان وإجاز من اضيف إليه.

[٢] ففي الاول احتمل المصنف رحمه الله البطلان، لانه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، واحتمل الغاء أحد القيدتين.

وحزم المحقق النائيني رحمه الله بالصحة والغاء قيد لفلان، لان وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف اليه ولم يلحقه بما ينافيه. والافيق لنفسه كما هو مقتضى اطلاق العقد، وحزم السيد رحمه الله بالبطلان على مسلك المصنف رحمه الله من كون البيع هو المعاوضة. وحق القول فيه بنحو يظهر الحق وما في سائر الاقوال: انه بناءً على المختار من

فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان والوقف على الاجازة، إلا أن ابا حنيفة قال: يقع للمشتري لكل حال، وإن كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الاجازة فإن اجاز صح و لزمه اداء الثمن، وإن ردّ نفد عن المباشر^[١]، وبه قال الشافعي في القديم و احمد، وأما يصحّ الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وأما وقف على الاجازة لأنه عقد الشراء له، فإن اجازة لزمه وإن رده لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير اولا، وقال ابو حنيفة: يقع عن المباشر وهو جديد للشافعي، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به تعليله بقوله لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير، لكن اشرنا سابقاً اجمالاً الى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل

كون البيع هو الاعطاء لا مجانا، يصح البيع المذكور ويقع للغير وتستغل ذمة نفسه بالدرهم، نعم تعتبر اجازة ذلك الغير، إذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه مناف لتسلط الناس على انفسهم.

و اما بناء على كونه هو المعاوضة - كما اختاره المصنف - وغيره - فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على مالكيته له فاذا اجاز المالك يقع له، فانه يقال في المقام انه يشتري لغيره بدرهم في ذمة نفسه، بعد البناء على مالكية لما في ذمته وتسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته وهو نفسه فيصح البيع و يلغى قيد وقوع البيع للغير، وبذلك يظهر ما في كلمات الاساطين، هذا كله في الأول،

وبه يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه اذا اجاز ذلك الغير البيع على ما وقع، وإن اجازة لنفسه صح له و يلغى قيد وقوعه لنفسه، وعلى مسلك المصنف يقع للمجيز بالتقريب المتقدم، ولا وجه لما احتمله من الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، فانه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف اليه بطل العقد، وعن العلامة في التذكرة

[١] وإن كان في الذمة لغيره، واطلق الى آخر ما نقله المصنف

لأنه ان جعل المال في ذمته بالاصالة فيكون ما في مثل هذا. اما البطلان لو عمل بالثبة بناءً على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير قهراً. أما صحته و وقوعه لنفسه لو الغى الثبة، بناءً على انصراف المعاملة الى مالك العين قهراً، وان نوى خلافه. وان جعل المال في ذمته لا من حيث الاصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع الاشكال في صحة هذا لو لم يرجع الى الشراء في ذمة الغير ان اللازم من هذا ان الغير اذا رد هذه المعاملة، وهذه الثابة يقع فاسدة من اصلها الا أنها تقع للمباشر، نعم اذا عجز المباشر من اثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة: كما مرددة بين المباشر والمنوي دون التزامه خرق القناد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً لكنه بعيد.

و هذا الكلام حيث انه بظاھرہ لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحيحه.

و قد ذكر المحقق النائيني رحمته له توجيهين

احدهما: ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته، ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، و حينئذٍ فان اجاز الغير التولية يكون العقد له و تكون اجازته من قبيل القبول، وان رد يقع للعاقد. وفيه: ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من مالكة الى المجيز لامنه الى العاقد و منه الى المجيز.

ثانيهما: ان يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته، و يكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناءً على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيكون كل منها ضامناً بنحو الطولية، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به اولاً، ولكن إذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر اليه، و اذا رد يبقى في ذمته.

الثاني: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي، بين البيع العقدي و المعاطاة [١] بناءً على افادتها للملك، اذ لا فارق بينها وبين العقد، فإنّ التّباض بين الفضوليين او فضوليّ واصيل اذا وقع بنية التّملك فاجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه او من حين الاجازة، فعموم مثل قوله تعالى: ﴿أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ شامل له، ويؤيّدُه رواية عروة البارقي، حيث أنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة،

وفيه: اولاً: ان الغير اذا لم يجز لا معنى لكون الضامن ملزماً ولا لوقوع البيع له. وثانياً: يلزم انه لو لم يؤد الغير المال بعد اجازة البيع ان يجب على العاقد ان يؤديه، وهو كما ترى.

فالصحيح في توجيه كلام العلامة ﷺ ان يقال: ان مراده ان يشتري شيئاً بمن من الحنطة مثلاً و يلتزم هو بادائه، اما من مال زيد فيكون الشراء له، او من ماله فيكون الشراء لنفسه، وينحل هذا الشراء الى شرائين طوليين، فان اجاز الغير يقع له، وان رد يقع للعاقد. ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان، لان المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شراء ان.

الفضولي في المعاطاة

[١] الثاني: قال المصنف ﷺ: الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام البيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاة.

في المسألة وجوه: وبعضها اقوال

ثالثها التفصيل بين القول بالاباحة، فلا يجري الفضولي في المعاطاة و القول بالملك فيجری

رابعها التفصيل بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلا يجري مطلقاً، و كونه على طبقها فيجري

خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلا يجري و بين كونها على طبقها فيجري.

و توهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذي يحصل به التملك محرم لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا يترتب عليه اثر [١] في غير محله اذ قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير: كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة مع انه قد يقع الاقباض مقروناً برضا المالك [٢] بناءً على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي

و حق القول في المقام يقتضى البحث في مقامين:

الأول: بناءً على القول بافادة المعاطاة الملك.

الثاني: بناءً على القول بافادتها الاباحة.

اما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: بناءً على كون الفضولي على طبق القاعدة.

الثاني: بناءً على استفادته من النصوص الخاصة.

اما المورد الاول: فان قلنا بان افادة المعاطاة الملك انما تكون على خلاف لقاعدة

يتعين البناء على عدم جريان الفضولي فيها، اذ المتيقن منه تعاطي المالكين، وان قلنا بان

افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان.

وقد استدل لعدم الجريان بوجوه:

[١] الاول: ان الاقباض الذي يحصل به التملك محرم لكونه تصرفاً في مال الغير،

فلا يترتب عليه اثر.

وفيه: أولاً ان النهي النفسي عن المعاملة لا يدل على فسادها كما حققناه في اول

الجزء الاول من هذا الشرح.

وثانياً: انه قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير لما تقدم في مبحث المعاطاة من كفاية

العتاء من جانب واحد والاخذ من الآخر.

واجاب عنه المصنف بجوابين آخرين:

[٢] احدهما: انه قد يقع الاقباض مقروناً برضا المالك.

وفيه: ما تقدم منا - تبعاله قده - من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية، اللهم

مع انّ التّهي لا يدلّ على الفساد مع أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية فلا ينافي كونه جزء سبب [١] وربّما يستدلّ على ذلك بأنّ المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الاباحة او التّملك و هما من وظائف المالك ولا يتصور صدورهما من غيره، ولذا ذكر الشهيد الثاني ان المكره و الفضولي قاصدان لللفظ دون المدلول و ذكران قصد المدلول لا يتحقّق من غير المالك و مشروطة أيضاً بالقبض و الإقباض من الطّرفين أو من أحدهما مقارناً للأمرين، ولا اثر له الاّ اذا صدر من المالك او باذنه. وفيه انّ اعتبار الاقباض و القبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها أنّما هو لحصول انشاء التّملك او الاباحة، فهو عندهم من الاسباب الفعلية، كما صرّح الشّهيدي في قواعده و المعاطاة عندهم عقد فعليّ، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها انّ البيع ينعقد بالايجاب و القبول و بالتّعاطي، و حينئذٍ فلا مانع من ان يقصد الفضولي باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملّكتك

الا ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض و الاقباض، و الرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه واحدهما غير الاخر [١] ثانيهما: انه لو دلّ التّهي على الفساد لدلّ على عدم ترتّب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء السبب.

وفيه: انه لو دلّ التّهي على الفساد لزم منه الغاء المنهي عنه في نظر الشارع الاقدس، وكأنّه لم يتحقق، فلا محالة لا يصلح لكونه جزء السبب. و ان شئت قلت: ان تأثير اعطاء مال الغير و اقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العلية التامة، فلو دلّ التّهي على الفساد لاقتضى الغاء هذا الاثر لا ما ليس له في نفسه، فالصحيح هو الوجهان الاولان.

الثاني: ما افاده صاحب المقاييس، و هو: ان المعاطاة منوطة بالتراضي مع قصد التّملك او الاباحة، و هما من وظائف المالك.

وفيه: اولاً: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولي في غيرها ايضاً، والكلام في المقام بعد جريانه فيه.

واعتبار مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلي دون القولي مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا وطيب النفس في حل مال الغير لا يخلو عن تحكّم، وما ذكره الشهيد الثاني لا يجدي فيما نحن فيه لأننا لا نعتبر في فعل الفضولي أزيد من القصد الموجود في قوله لعدم الدليل، ولو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة في العقد القولي ايضاً لأن يقال ان مقتضى الدليل ذلك خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي اذا وقعت بالقول.

لكنك قد عرفت ان العقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة.

نعم لو قلنا أن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض، و لو اتفق معها بل السبب المستتّل هو تراضي المالكين بملكيّة كلّ منها لمال صاحبه مطلقاً، او مع وصولهما، او وصول احدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم الواقع منه ايصال المال والمفروض أنّه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بالكيّة من وصل اليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا، و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة لكن الانصاف انّ هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، و أمّا قصدهم الى العقد الفعلي، هذا كلّّه على القول بالملك. و أمّا على القول بالاباحة، فيمكن القول

و ثانياً: ان التمليك الانشائي ليس من وظائف المالك خاصة، و الاثر و ان كان مترتباً على رضا المالك الا ان المفروض في المقام تحقيقه بالاجارة.

الثالث: ما أفاده المحقق النائيني رحمته، و حاصله: ان الاجازة لا بد و ان تتعلق بامر مستمر باق كي ينتسب بها الى المالك، و هذا في العقد القولي موجود، اذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولي و يستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك، و اما في العقد الفعلي - اي الاعطاء - فليس حاصل مصدره امراً مستمراً باقياً، بل هو العطاء، و هو لا ينفك عن الاعطاء، و باجازه المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه.

وقيه: ما تقدم في مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما، و عليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما في الانشاء القولي

ببطلان الفضولي لأنّ افادة المعاملة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة [١] فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن [٢] والآثار الأخرى مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة، اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة، فافهم.

و تتعلق الإجازة به. فالأظهر جريان الفضولي فيها.

و اما المورد الثاني: فإن كان مدرك صحة الفضولي عموم التعليل في نصوص النكاح فهو يقتضي جريانه في المعاطاة لعموم العلة، وإن كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الإطلاق له، وترك الاستفصال في صحيح^(١) محمد بن قيس لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، وقوله بإباحة بآراء الله في صفقة يمينك في رواية البارقي^(٢) لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاة، فإن صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية أن يكون الانشاء بصفقة اليمين.

و اما المقام الثاني: فقد استدل المصنف رحمته لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالإباحة بوجهين:

أحدهما [١]: أن افادة المعاطاة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين.

الثاني [٢]: أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن.

و الحق: أنه لو قلنا بالإباحة، من باب أن المعاطاة مفيدة للملك: غاية الأمر يشترط فيه التصرف، أو التلف وقبله يحكم بالإباحة الشرعية لدليل خاص، فالفضولي يجري في المعاطاة لما تقدم، نعم لا يحكم بالإباحة ما لم يجز.
و اما لو قلنا بأنها مفيدة للإباحة، وتكون الإباحة شرعية، فدليله الأول متين

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

القول في الإجازة والرّد أمّا الكلام في الإجازة، فيقع تارة في حكمها وشروطها و أخرى في المجيز و ثالثة في المجاز.

أمّا حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتّفاقهم على توقّفها على الإجازة [١] في كونها كاشفة بمعنى أنّه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتّى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد وناقلة، بمعنى ترتّب آثار العقد من حينها حتّى كان العقد وقع حال الإجازة على قولين: فالأكثر على الأوّل واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة

و لا يتم الثاني، اذ نسبة الإباحة الى ما قبل الإجازة و ما بعدها على حد سواء بعد فرض ان المالك قاصد للملك، فحصلها قبلها لا مانع منه.

واما اذا قلنا بالإباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بادلة نفوذ المعاوضة من قبيل «اوفوا بالعقود» لجريان الفضولي فيها لاستناد العقد الى المالك بعد الإجازة

القول في الإجازة

اما الكلام في الإجازة فكما في المتن يقع تارة في حكمها وشروطها، و أخرى في المجيز و ثالثة في المجاز.

[١] اما حكمها: فالمنسوب الى المشهور هو: القول بالكشف، بل قيل: انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الى زمان المحقق اقا جمال قده،

واما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، و عن جماعة: التوقف في المسألة. ثم ان الكشف يتصور له معان:

احدها: الكشف الحقيقي الصرف، و هو الظاهر من جامع المقاصد و الجواهر. ثانياها: الكشف عن امر مقارن للعقد، و هو اما الرضا التقديري كما عن المحقق الرشتي رحمته الله، او تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الأعلام، و اما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتأثير العقد امرا واقعيا مقارنا له لا نعرفه الا أنّه يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الإستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الاثر لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، و هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، و نسب ذلك الى المشهور.

بأن العقد سبب تامّ في الملك [١] لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وتمامه في الفضولي أنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاماً فوجب ترتب الملك عليه و إلاّ لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة. بل به مع شيء آخر وبأن الإجازة متعلّقة بالعقد فهي رضا بمضمونه وليس إلّا نقل العوضين من حينه.

رابعها: الكشف الإنقلابي بان تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير في العقد وجاعلة إياه سبباً تاماً وهو الذي احتمله المصنف رحمه الله في آخر كلامه.

خامسها: الكشف الحكمي بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لا حصول نفس الملكية، وهو المنسوب إلى المحقق شريف العلماء استاذ الشيخ رحمه الله.

سادسها: الكشف بان تكون الإجازة بوجودها الدهري المجتمع مع شروطها في وعاء الدهر، إذ الطويلات الزمانية عرضيات في عالم الدهر شرطاً.

وفي المقام قول آخر اختاره المحقق الإيرواني رحمه الله والاستاذ الأعظم ونسب إلى المحقق الخراساني، وهو النقل في المكية والكشف في المملوك، بان يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، والمعتبر قبلها، وستعرف توضيحه. هذه هي الأقوال في المسألة.

وأما الأدلة: فقد استدلوا للكشف بوجوه، وكل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف:

[١] الوجه الأول: ما عن جامع المقاصد وهو: ان العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعاً لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ولا يكون شيء آخر دخيلاً فيه ولا لأخذ في الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذي أجاز به المالك يكون باقياً تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شيء آخر.

نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرك المعنى الأول من الكشف.

و عن فخر الدين في الايضاح الاحتجاج لهم بأنّها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود [١] لأنّ العقد حالها عدم انتهى و يرد على الوجه الأول أنه ان أريد بكون العقد سبباً تامّاً كونه علّة تامّة للنقل اذا صدر عن رضا المالك فهو مسلّم الاّ أنّ بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب ولا يتبيّن كونه تامّاً اذ الاجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر ان لازم صحّة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فيكون لها مدخل في تماميّة السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها، و منه يظهر فساد تقرير الدليل

وفيه: اولاً: ما تقدم من ان خطاب «اوفوا بالعقود» متوجه الى المالكين، و مفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، و العقد الصادر من الفضولي انما يكون عقداً للمالك بالإجازة، فالموضوع يتحقق من حين الإجازة.

و ثانياً: انه قد دل الدليل من الإجماع والنص على اعتبار رضا المالك و دخله في ترتب الأثر، وهو يقيد العموم فتأمل.

[١] الثاني: ما عن فخر الدين في الايضاح، و هو: انه اذا لم تكن الإجازة كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، اذ العقد حالها عدم؛ و حيث ان هذا الوجه بظاھرہ بيّن الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لا تمامها، و معلوم ان بعض اجزاء العلة كثيراً ما يتقدم على المعلول زماناً كما في التدريجيات - اي الأجزاء المتدرجة في الوجود - فقد تصدى المحقق النائيني رحمته لتوجيه و وجهه: بان مراده ان المنشأ لا يتخلف عن الإنشاء، واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

ولكن يرد عليه: ان المنشأ هو الملكية في اعتبار المتبايعين، و الذي يكون محل الكلام هو الملكية في اعتبار الشارع الأقدس.

الثالث: ما عن المحقق الرشتي رحمته، و هو ان الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديري من المالك، و الإجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال. هذا هو مدرك الوجه الأول من المعنى الثاني له.

وفيه: اولاً: ان الرضا التقديري لا يكفي في تأثير العقد لعدم انتسابه اليه بذلك.

بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشُّروط وكلّها حاصلة الّا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السَّبب عمله، فإنّه اذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشُّروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله و دعوى (صاحب الجواهر) أنّ الشُّروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس، و اعطاء الفطرة قبل وقته، فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصّائمة، و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به مدفوعة، بأنّه لافرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعي وغيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أنّ التناقض الشرعي بين الشّيئين لا يمنع عن اجتماعهما لأنّ التقيض الشرعي غير العقلي فجميع ما ورد ممّا يوهّم ذلك أنّه لا بدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط الأمر المتنزّع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه، بأن يقال أنّ الشرط تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد. وهذا امر مقارن على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلّة.

اللهم الآن يكون مراده بالشرط، ما يتوقّف تأثير السبب المتقدّم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنّه لا يستحقّ اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا، لأنّ المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنّه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، و أنّه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك، و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (صاحب الفصول) بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من أنّ معنى شرطية الاجازة [١] مع كونها كاشفة شرطية الوصف المتنزّع منها و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة العقد الملحوق بالإجازة و هذه صفة مقارنة للعقد،

وثانياً: إن الإجازة لا تكشف عن ذلك، كيف و الحالات الموجبة لإختلاف المالك من حيث الرضا و الكراهة مختلفة، فيمكن ان لا يكون حين العقد راضياً، و يصير كذلك بعده [١] الرابع: ما عن صاحب الفصول و اخيه المحقق، و هو: انه حيث لا يمكن ان

وان كان نفس الاجازة متأخرة عنه، وقد التزم بعضهم ممّا يتفرّع على هذا من أنّه إذا علم المشتري أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفي من المخالفة للأدلة، ويرد على الوجه الثاني أولاً أنّ الاجازة وان كانت رضا بمضمون العقد

تكون الاجازة المتأخرة شرطاً لإمتناع تأخر الشرط الذي هو من اجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الإلتزام بان الشرط الوصف الإلتزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

و فيه: اولاً: ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الإلتزاعي، بل تحقق المعلول بعد الاجازة كما هو ظاهر الأدلة.

و ثانياً: انه لا يكون العقد بذاته منشئاً لإلتزاعه، وان ابيت عن ذلك وقلت بان عنوان التعقب كعنواني السابق والملحق ينتزع من نفس العقد - كما انهما ينتزعان منه - لكن لا كلام في ان هذا العنوان مع عنوان لا حقية الاجازة متضائفان، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشأه لا يصير الأول فعلياً. و اما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم ار ما استدل به عليه،

و يرد: انه خلاف ظاهر الأدلة و رجم بالغيب، مع ان ذلك الأمر حيث انه ليس من الأمور المتصلة: اذ الصادر من الفضولي ليس الا العقد، فلا مناص عن الإلتزام بكونه امراً انتزاعياً، وعليه فان كان منشأه نفس العقد لزم ترتيب آثاره و لو لم تتحقق الاجازة، وان كان المنشأ هو الاجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه.

الخامس: ما استدل به على الكشف الإلتقابي و هو: كون الاجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد و جاعلة اياه سبباً تاماً.

و حاصله، انه فرق بين الاجازة و غيرها من الشروط كالقبض؛ فان الاجازة انما تكون انفاذاً للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي

هو السبب للملكية نظير انفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فالعقد الى حين الإجازة لم يكن سببا وبها انقلب و صار سببا تاما، و لازمه تأثيره في الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب.

و فيه : اولاً: انه لا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه.

و ثانياً: ان الإجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعا، اذ اعتبار الإجازة في سببية العقد، اما ان يكون لأجل اعتبار إستناد العقد الى المالك، او يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه، و على الأول: لا يستند العقد الى المالك الى حين الإجازة لانها توجب استناد ما وقع من اول وقوعه اليه، بل من حين الإجازة كما تقدم، فمن حين الإجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب، و كذلك الامر على الثاني: اذ الرضا انما يوجد حين الإجازة لا قبلها، فلا حلية للتصرف قبلها ولا ملك.

السادس: ما استدل به على الكشف الحكمي، و هو و جهان:

احدهما: ما استدل به على الانقلاب بضميمة انه حيث لا يعقل الانقلاب فبدلالة الإقتضاء يبنى على ارادة معاملة العقد الملحق بالإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فاذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء في ملكه.

و يرد عليه ما تقدم.

ثانيهما: ان الكشف الحكمي سار في اغلب ابواب الفقه كباب الخمس و الزكاة و نحوهما.

و حاصله: ان كل ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الأمر المتأخر - بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة، و ذلك الأمر بمنزلة الصورة - فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من اول تحققه، لانه ينكشف تحقق الموضوع من الاول الأمر، مثلاً عنوان

فاضل المؤونة موضوع لوجوب الخمس، و ذاته يتحقق اول زمان ظهور الريح، ولكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من اول السنة. و في المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخرة، فلا بد من البناء على ترتيب الآثار مهما أمكن.

و فيه: انه اذا كان الأمر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل، اذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته.

و اما كون الإجازة شرطا بوجودها الدهرى، فهو مندفع بان شرط الزماني لا بد وان يكون زمانيا، فلم يبق من معاني الكشف الا المعنى الثالث، وهو الكشف عن الأثر. فقد استدل له: بان الإجازة متعلقة بالعقد، وهي رضا بمضمونه، وليس الا النقل من حينه،

و هذا الوجه قد استدل به للقول الأخير الذي هو برزخ بين النقل والكشف وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في موارد:
الأول: في امكان كل من القولين اى المعنى الثالث والقول الاخير.
الثاني: في تمامية هذا الوجه.

الثالث: في انه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول، او الثاني؟
اما الأول: فغاية ما قيل فى وجه امتناع الأول: انه يستلزم القول بالشرط المتأخر، والشرط لا يتأخر، والالزم تأثير المعدوم في الموجود او عدم التأثير، و الأول محال، و الثاني خلف والجواب عن ذلك في الاصول، و قد اشبعنا الكلام فيه في زبدة الاصول.
واجماله: ان الشرط بنفسه ليس دخيلا في المصلحة والحكم، بل التقيد به دخيل فيهما، وهو بوجوده الخارجي طرف لما يكون دخيلا في الموضوع وهو التقيد به، و التقيد عبارة عن اضافة خاصة حاصلة للشيء اذا لوحظ مع غيره، و تلك الإضافة تحصل

إذا لو حظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لو حظ مع المقارن، وعلى التقديرين هو مقارن له، مثلاً في العرفيات الحمامي إنما يرضى بالتصرف في الحمام و صرف الماء لمن يعطي الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله أنه يعطيه بعد الخروج - بما أنه بالفعل مقيد بهذا ويتصرف به - يجوز له التصرف فيه.

وبالجملة: حصول امر اعتباري اضافي من جهة تحقق التأخر في ظرفه واضح، و دخل العناوين الاعتبارية الإضافية في المصالح والأحكام في غاية الوضوح، فلا محذور في الشرط المتأخر أصلاً.

وأما القول الثاني: وهو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة والمعتبر سابقاً. توضيحه: أن اعتبار الملكية وحصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما بأن يكون الإعتبار فعلاً والمعتبر في زمان لاحق، أو في زمان سابق. إذ الإعتبار خفيف المؤنة و يكون نظير التصور واللاحظ، ويصح تعلقه بامر متأخر أو متقدم إذا كان هناك مصحح له ولم يترتب عليه محذور، ولذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم والملك للمعدوم، ولا يتوقف الإعتبار إلا على اثر مصحح له، ففي المقام تعتبر الملكية بعد تحقق الإجازة لمن انتقل عنه وبعد الإجازة لمن انتقلت إليه.

فقد قيل في وجه عدم إمكانه أمور:

الأول أنه يلزم كون المال ملكاً لملك في زمان واحد، وهذا غير معقول.
وفيه: أنه حيث يكون زمان الإعتبار متعدداً فلا محذور في اجتماع ملكيتين في زمان واحد.

وان شئت قلت: أن الإعتبار خفيف المؤنة، فيمكن اعتبار شيء واحد لشخصين مع تعدد زمان الإعتبار.

الثاني أنه بناءً على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للمصالح والمفاسد، اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه إلى حين الإجازة لا محالة يكون لمصلحة داعية إلى ذلك

الآن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلّق الاجازة والرضا بذلك النقل المقيد بكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل [١] مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان، وأما الزمان من ضروريّات انشائه، فإنّ قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين وان كان النقل المنشيء به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما ان انشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان

و معه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت اليه في ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الأمور الواقعية.

وفيه: ان الأحكام الوضعية تابعة لمصالح في الاعتبارات لا في الاعتبار، فلا يلزم الاجتماع.

الثالث: انه يلزم التعارض بين الآثار، مثلاً اذا كان للعين منافع واستوفاه الغير مقتضى الاعتبار الأول كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامناً له، ومقتضى الاعتبار الثاني كونه لمن انتقلت اليه و كونه ضامناً، وهكذا.

وفيه: ان الآثار غير الباقية لا كلام فيها، والباقية مترتبة على الاعتبار الثاني و هو الميزان: وفي المثال يحكم بكونه ضامناً للثاني فتحصل: ان الأظهر معقوليتهما معاً.

واما المورد الثاني: فمحصل الدليل المشار اليه: ان العاقد الفضولي كغيره من العاقلين يقصد النقل من زمان العقد وينشأ ذلك، و الإجازة من المالك تتعلق بتمام ما انشأه الفضولي لا بعضه، و دليل صحة بيع الفضولي انما يدل على صحة عقد الفضولي الذي اجازة المالك و وقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

واورد عليه المصنف رحمه الله بايرادات:

[١] الأول: ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه، بل اصل النقل، وانما يحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما اذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الإنشاء الذي هو العلة في ذلك الحين، والمعلول لا يتخلف عن علته.

وبعبارة اخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، وانما الزمان ظرف

يوجب وقوعه من المنشيء في ذلك الزمان [١] فكذا، إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه من المجيز في زمان الإجازة، وكما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذا إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة ولأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس الأرضا بمضمون الإيجاب، فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه، وكان القبول رضا بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب لأن الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبل ذلك ويرضى به. ودعوى أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بأن سببته للملك ليست إلا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقل في زمان ورضا، بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب، ولأجل ما ذكرنا أيضاً لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه [٢] من زمان العقد، فإن الفسخ نظير الإجازة والرّد لا يتعلق إلا بمضمون العقد، وهو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على وجه القيدية

له لا قيد، واستشهد لذلك بامرین

أحدهما: [١] أن القبول حاله حال الإجازة في كونه رضا بمضمون الإيجاب، مع أنه لم يقل أحد بالكشف فيه.

ثانيهما: [٢] أن الفسخ للعقد إنما يكون نظير الإجازة متعلقاً بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجباً للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع أنه لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليه قده: أن العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخر لا محالة يكون قاصداً إلى النقل من حين العقد، وإنما لا يذكره في الإنشاء اعتماداً على ما يقتضيه إطلاق العقد، كيف ولو كان قاصداً لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن وجه لوقوعه من حين العقد، ومجرد وقوع الإنشاء في زمان لا يكفي في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فإن الإنشاء سبب لوقوع مضمونه، والمفروض أنه النقل على

لكان ردّه و حلّه موجباً للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السرّ في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النّقل الآظرفاً، فجميع ما يتعلّق بالعقد من الاضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزّمان.

و الحاصل أنّه لا اشكال في حصول الاجازة بقول المالك [١] رضيت بكون مالي لزيد بازاء، ماله او رضيت بانتقال مالي الى زيد و غير ذلك من الالفاظ الّتي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه، كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدّخول عليها اجازة منها و نحو ذلك.

و من المعلوم انّ الرّضا يتعلّق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي و بتقرير آخر انّ الاجازة من المالك قائمة مقام رضا، و اذنه المقرون بانشاء الفضولي او مقام نفس انشاءه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الّبعد الاجازة، فهي امّا شرط او جزء سبب للملك، بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضي به و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد الّا بعد القيد و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد المجردة عن القيد،

سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه، مع انه يفرض الكلام فيما اذا انشأ النقل من حين العقد.

و اما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: انه ان قلنا بان القبول النشاء للتملك فالفرق بينه و بين الاجازة واضح، و ان قلنا انه رضا بمضمون الإيجاب فلا محذور في الإيجاب، الا انه بناءً على اعتبار المولات بين الإيجاب والقبول قليل الفائدة، اي لا فرق بين وقوعه من حين الإيجاب او من حين القبول غالباً.

و اما الشاهد الثاني فيرد عليه: ان الفسخ هو حل العقد بقاءً لا من حين تحقق العقد.

[١] قوله و الحاصل انه لا اشكال في حصول الاجازة بقول المالك رضيت هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، و محصله:

و ثانياً أنا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط ولا جزء سبب، وإنّما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلة له سبباً تامّاً حتّى كأنّه وقع مؤثراً فيتفرّع عليه أنّ مجرد رضا المالك بنتيجة العقد اعنى محض الملكية من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزاً نافذاً ماضياً لكن نقول لم يدل دليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه [١] لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف بتوجّه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والتذر.

ومن المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة الآخر بعد الإجازة فلا يجب الوفاء الآخرها.

ومن المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي فما لم يجب الوفاء فلا ملك و ممّا كرنا يعلم عدم صحّة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أنّ الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالثقل من حين العقد وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم «أحلّ الله البيع» فإنّ الملك ملزوم لحليّة التصرف قبل الإجازة لا يحلّ التصرف خصوصاً اذا علم عدم رضا المالك باطلاً أو تردّده في الفسخ والأمضاء.

انه لو سلم كون انشاء الفضولي متعلقاً بالنقل من حينه، الا ان الإجازة ليست متعوضة لإنشاء الفضولي وانما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة، فتكون مؤثرة في النقل من حينها.

وفيه: ان الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما انشأه الفضولي لا يكون كافياً، وانما يبنى على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالي لزيد بازاء ماله، من جهة كونه رضا بما انشأه الفضول بالالتزام، والا لم يكن كافياً.

[١] الإيراد الثاني: انه لو سلم كون العقد انشاءً للنقل من حينه، و الإجازة متعلقة بهذا، الا انه لا دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فان خطابات الإمضاء من قبيل «أوفوا بالعقود»^(١) و«أحلّ الله البيع»^(٢) انما تتوجه الى العاقدين، والمالك انما يصير

و ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لاجازة المالك على طبق مفهومها اللّغوي والعرفي اعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي فإذا صار العقد بالاجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتّب الآثار من حينه فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الاغماض عن أنّ مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي ترتّب الاثر من حين العقد كما أنّ كون مفهوم القبول رضاء بمفهوم الايجاب و امضاء له لا يوجب ذلك حتّى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب فتأمّل.

اذ هذا المعنى على حقيقة غير معقول لأنّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير [١] يستحيل لحوق صفة التأثير له

عاقداً من حين الاجازة، فتلك الخطابات تتوجه اليه من حين الاجازة، فالأحكام التكليفية انما تكون ثابتة من حينها، وقبلها لا يجب الوفاء بالعقد ولا يحل التصرف له، والملكية انما تكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الاجازة، والأمر الانتزاعي لا يتقدم على منشأ انتزاعه.

وفيه: ان هذا الوجه يصلح ردّاً للكشف عن الأثر، ولا يصلح جواباً عما يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الاجازة، الا ان المعتبر هو امر من حين العقد، ألا على مسلكه قد من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية. واما بناءً على كونها مجعولات بالاستقلال - كما حققناه في محله - فلا يتم هذا الجواب، فان الحكم التكليفي وان كان من حين الاجازة، الا انه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدم من حين العقد. فتدبر.

[١] الإيراد الثالث: انه لو سلم جميع الامور المشار اليها - من كون العقد انشاءً للنقل من حينه - ومن ان الاجازة انفاذ لذلك - والادلة تدل على صحة هذا العقد المجاز الا انه لعدم معقولية ذلك فانه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التأثير الى التأثير وهو محال - فلا بد من صرف الدليل عن ظاهره وحمله على الكشف الحكمي

لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإذا دلّ الدليل الشرعي على امضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بدّ من صرفه بدلالة الاقضاء الى ارادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة، فإذا اجاز المالك حكماً بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري وان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء في ملكه.

والحاصل أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة الى ما امكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي و لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف الاّ الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقیقاته و الاّ ظاهر كلام القائلين بالكشف انّ الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمته: فى القواعد مسألة الكشف و الثقل بقوله و في زمان الانتقال اشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الانتقال، و قد تحصل ممّا ذكرنا انّ كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكلّ منها قائل:

احدها: و هو المشهور الكشف الحقيقي و التزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً.

ولذا اعترضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخّر.

وفيه: ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثراً امر لا بد منه حتى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، و انما الخلاف في ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة - كما يقول به القائل بالنقل - او من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقاً، و المعتبر سابقاً. فتحصل ممّا ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

و بما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، و انه انما يدل على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقق الخراسانى و تبعه جمع من الأساطين، و خلاصة الكلام: ان ادلة الإمضاء انما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، و هو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

والتَّائِي: الكشف الحقيقي و التزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمي و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الا بعد الاجازة، و قد تبين من تضاعيف كلماتنا ان الأنسب بالقواعد و العمومات هو الثقل، ثم بعده الكشف الحكمي. و اما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة من الشروط فتمامه بالقواعد في غاية الاشكال، و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد، و لم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه تبعاً للمحكي عن كاشف الرموز وقوّاه في مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام في التّكاح، هذا بحسب القواعد و العمومات. و اما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف [١] كما صرح به في الدّروس. و كذا الاخبار التي بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور [٢]

[١] قوله اما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف.

لاخط صحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاشتراه رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال عليه السلام: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه - يعنى الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما اخذ البيع الابن قال ابوه ارسل ابني فقال لا ارسل ابنيك حتى ترسل ابني، فلما راي ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه^(١)

و دلالة هذا الخبر على الكشف واضحة من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الاجازة مع انه على النقل كان اللازم الحكم بالضمان الا ان المصنف.

[٢] قال لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور.

ولكن يمكن ان يقال انه بضميمة قاعدة من اتلف ظاهر في الكشف الحقيقي، فانه لو كانت الوليدة الى حين الاجازة باقية على ملك مالها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذى ذكره لاستفادة الكشف من خير ابي عبيدة يستفاد

فيحتمل الكشف الحكمي. نعم صحيحة ابى عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهر في قول الكشف، اذ لو كان مال الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على اموالهم، [١] فإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً الى عموم الناس مسلطون على اموالهم فيفيد أنّ العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال، قد غلبه الشارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل وجعله اكثر ما يحتمل.

الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، وحيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف في المعتبر، والصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه. ويشهد له ايضا خبر ابى عبيدة^(١) الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً، الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد افاد المصنف رحمه في وجه دلالته على الكشف. [١] ان مال الميت لو كان قبل الإجازة باقياً على ملك سائر الورثة كان العزل مخالف القاعدة تسلط الناس على اموالهم^(٢)، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

واورد عليه السيد وتبعه المحقق الايرواني رحمه: بانه لا محيص عن مخالفة احدي القاعدتين، اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالقل، او عموم دليل الإستصحاب ان قلنا بالكشف، فترجيح احدي القاعدتين على الأخرى بلا مرجح. وفيه: ان مخالفة عموم دليل الإستصحاب لا محيص عنها على القولين، اذ لو قلنا بالنقل وانها ترث بعد الإجازة كان العزل منافياً لإصالة عدم الإجازة. ويمكن ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، وهو: انه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الى الورثة وان الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة

(١) الوسائل، باب ١١، من ابواب ميراث الأزواج حديث ١.

(٢) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النّقل [١] فنقول:

قاعدة الارث المقتضية لتلقي النصيب من الميت، وان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه^(١) وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح.

فتحصل: ان القول بالكشف في المعتبر هو الذي تقتضيه القواعد والأدلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمرّة على القول بالكشف او النقل

[١] بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:

الأول: في تصرف كل منهما في ما انتقل اليه.

الثاني: في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء وغيره.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موارد.

[١]: في الحكم التكليفي

[٢]: في الحكم الوضعي

[٣]: في الآثار الاخر المترتبة على الملك.

وليعلم ان الكلام في المقام يقع في تصرف الأصيل، واما تصرف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولا فسيأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

اما المورد الأول: فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته - من شرطية التعقب، او شرطية اللحاظ، او شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، او الكشف المحض - يجوز التصرف ان اجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

أما الثمرة على الكشف الحقيقي. بين كون نفس الاجازة شرطاً و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل اليه بانشاء الفضولي اذا علم اجازة المالك فيما بعد. [١]

و اما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الاجازة شرطاً يظهر في مثل ما اذا وطى المشتري الجارية قبل اجازة مالکها فأجاز، فإن الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لإصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه، [٢] ولو

[١] وما افاده المصنف رحمته من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الإجازة شرطاً وكون الشرط تعقب العقد بها و الحكم بجواز التصرف على الثاني دون الاول، ان اراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف، الا انه لا يلزم مع ما افاده بعد سطرين.

[٢] من جواز الوطء واقعاً على الكشف الحقيقي مطلقاً كما لا يخفى.

وان اراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر فهو غير صحيح، اذ جواز التصرف من آثار الملك، والمفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك ايضاً، و على القول بالنقل، و الكشف الانقلابي، و الكشف الذى اخترناه، و الكشف الحكمي لا يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، و تحقق الملك بعد الإجازة ولو من حين العقد بنحو الانقلاب او النحو المعقول لا يوجب انقلاب التصرف الذي وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا في الحكم الواقعي، واما في الظاهر فان علم بالإجازة جاز التصرف ظاهراً - على فرض جوازه واقعاً - و ان لم يعلم به لم يجز لا صالة عدم تحقق الإجازة، بناءً على ما هو الحق من جريان الإستصحاب في الامور الإستقبالية.

و اما المورد الثاني: فعلى القول بالكشف بالنحو الذى اخترناه، فبيعه يكون من قبيل من باع شيئاً ثم ملك، وكذلك ما شابهه، واما الطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده لعدم علقه الزوجية حينه، وكذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

اولدها صارت امّ ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتّب حكم وقوع الوطى في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، وان حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك ولو نقل المالك أمّ الولد

و اما على الكشف الحكمي فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الإجازة وان وقعت غير نافذة حين وقوعها، و اما على سائر وجوه الكشف فلا ريب في نفوذها، كما لا ريب في عدم النفوذ على القول بالنقل.

و اما المورد الثالث: فلو اولد المشتري الجارية قبل اجازة مالكةا، فعلى القول بالكشف الحقيقي بنحو الكشف المحض، او الكشف عن مقارنة الشرط، او الكشف عن الأثر، صارت ام ولد لوقوع الوطء في ملكه؛ و على القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

و اما على الكشف الإتقلاي، والكشف الذي اخترناه فالأظهر عدم تحقق الاستيلاء، اذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة في الزمان الذي لم يكن الملك موجودا، وهذا لا يوجب انقلاب الوطء - و عليه فلا يتحقق الاستيلاء.

و اما على الكشف الحكمي فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فان الوطء و ان وقع في ملك الغير، الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك و من جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطء في الملك من عدم جواز بيع الام و حرمة الولد، فيجب ترتيبها، و على هذا فلا وجه لإحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي كما في المتن.

و اوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقي بوجوه لما عرفت.

واما المقام الثاني: و هو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه،

فالكلام فيه يقع في موردين:

الاول: في تصرف المجيز.

الثاني: في تصرف الأصيل.

و محل الكلام التصرف المخرج عن الملك.

عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي [١] لانكشاف وقوعه في ملك الغير [٢] مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد. وبقى صحيحاً على الكشف الحكمي و على المجيز قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه. ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم وضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كاتلاف النماء، ونقله ولم يناف الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع الى البدل وان نافي الإجازة كاتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالتعق فأت محلها مع احتمال الرجوع الى البدل و سيجي،

اما المورد الاول: فمن حيث الحكم التكليفي لا كلام في الجواز على جميع الأقوال - وستعرف وجهه - واما من حيث الحكم الوضعي - فالأقوال فيه اربعة:

الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السيد والمحقق النائيني رحمهما.

الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقا، ذهب اليه جمع منهم المحقق الإيرواني

الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية عقد الفضولي لأن يجاز فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة.

[١] الرابع: ما في المكاسب، وهو بطلان النقل على الكشف الحقيقي، و صحته على الكشف الحكمي مع البناء على عدم قابليته للإجازة اذا كان التصرف من قبيل اتلاف العين عقلا أو شرعاً كالتعق، و بقاء القابلية والحكم بصحة الإجازة ان كان بنحو لا ينافيها كاتلاف النماء ونقله.

وقد افاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي

[٢] انه بالإجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير، وفي وجه صحته على الكشف الحكمي و نفوذ الإجازة مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالاتلاف بانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكمي ان كان التصرف بالاتلاف بانه يفوت محل الإجازة

و في كلامه قده مواقع للنظر:

اما ما افاده اولاً: فلأن العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثراً وحده في لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد في سعة من ذلك، فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به، و بعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، و تلك الإجازة الواقعة في غير ملكه لاتصلح ان تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلاً لمال الغير.

و بالجملة: الإجازة المؤثرة هي ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فاذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل، و معه لما اثيرت شيئاً.

و اما ما افاده ثانياً: فلأنه اذا فرضنا صحة الإجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الاصيل من حين العقد و من جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة، فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقي و الحكمي في غير محله.

و اما ما افاده ثالثاً: فلأنه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو اتلاف للمال شرعاً، و بين النقل و اخراجه عن ملكه، حيث حكم في الأول بفوات محل الإجازة دون الثاني. و بالجملة: فوات محل الإجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردین، و خروجه عن المالية غير دخیل في ذلك.

فتحصل: ان الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الإجازة، ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقي و الحكمي.

و لا يخفى انه بحسب ما رتبنا المطالب و عناوينها المناسب هو البحث في المورد الثاني ولكن لما قدم المصنف المباحث المربوطة بالمقام الثالث و لذلك تسهيلاً للطالب نقدم البحث فيه، و بعده نرجع الى المبحث في المورد الثاني

ثم انهم ذكر و الثمرة بين الكشف و التّقل مواضع.

منها النماء فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل اليه العين، و على التّقل لمن انتقلت عنه [١] و للشّهاد الثاني في الرّوضه عبارة [٢] توجيه المراد منها، كما فعله بعض اولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و اما المقام الثالث: فمحل الكلام امران:

الأول: النماء.

الثاني: فسخ الأصيل

[١] اما الأول: ففي المكاسب: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت اليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه.

ولكن: ما افاده يتم على النقل، لأن النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، وكذا يتم على الكشف غير الكشف الانقلابي و الكشف الذي نبينا عليه لتجده في ملك من انتقلت اليه، و لا يتم على هذين المسلكين لأن العين باقية على ملك من انتقلت عنه الى حين الإجازة، فالنماء تجدد في ملكه، و الإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية او اعتبار الملكية السابقة و هذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملكية وارد على وقوع النماء لا ان النماء وارد عليه.

[٢] قوله و للشّهاد الثاني روضه عبارة

هي هذه: و تظهر الفائدة في النماء، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من البيع للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

و قد وجه مراده بعض: بان مفروض كلامه الفضولي من الطرفين، و مراده من المالك المجيز هو الجنس.

و وجه آخر حكمه بكون النماء بين المالك المجيز: بان نماء ماله له لتجده في ملكه، و نماء المال الذي انتقل اليه انما يكون له لأن صاحبه سلطه عليه. و المصنف استحسن التوجيه الأول.

ومنها انّ فسخ الاصيل لانشأته قبل اجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف [١] بمعنى أنّه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الاصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لانشأته السّابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإنّ العقد تامّ من طرف الاصيل [٢] غاية الامر تسلط الآخر على فسخه، وهذا مبنيّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشأته قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحّة العقد كالقبض في الهبة والوقف والصدقة، فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الابطال على القول بالنقل [٣] معللاً بأنّ ترتّب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من احكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه، وفيه انّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب شرط

[١] واما الفسخ: فقد يقال: ان فسخ الأصيل قبل الأجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

[٢] واستدل له: بان الفسخ على الأول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشأته؛ وعلى الثاني يكون فسخاً بعد تمامية العقد من ناحية. واورد عليه بايرادين:

احدهما: ما نقله المصنف رحمته الله عن بعض وتبعه جمع من المحشين، وهو [٣] انه لا دليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال اجزاء ماهو مؤثر في حصول النقل، وانما الدليل هو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء العقد التي هي الإيجاب والقبول.

وفيه: انه يمكن ان يستدل له بدليل السلطنة^(١) بعد فرض كونه باقيا على ملكه. ودعوى انه تصرف في العقد لالمال فلا يشمل دليل السلطنة. مندفعة بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك. وبالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه مادام لم يخرج عن ملكه.

فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب، فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ باطلاقات صحة العقود و لزومها، ولا يخلو عن اشكال. [١]

و منها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل [٣] وان قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطأها وأن استولدها صارت أم ولد لانها ملكه

و هذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي و الكشف المختار كما هو واضح، ولا يجري على سائر وجوه الكشف.

ثانيهما: ان مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود^(١) عدم جواز رفع اليد عنه [١] قال المصنف رحمته: ولا يخلو عن اشكال.

و الظاهر ان منشأ اشكاله ما سيذكره بعد اسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة.

فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه، و على القول بعدم الشمول - كما اخترناه - فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي و الكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، و على سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك لعدم الموضوع لدليل السلطنة و عدم الدليل على جواز الفسخ و مقتضى الإستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

و اما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:
الأولى: في ان العقد من قبله هل يكون لازماً ام لا؟
الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.
اما الجهة الاولى: ففيها اقوال:
الأول: اللزوم مطلقاً.

الثاني: عدمه كذلك، ذهب اليه جمع من الأساطين.

[٢] الثالث: ما في المكاسب - وهو اللزوم على القول بالكشف، و عدمه على القول

و كذا لو زوجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الاجازة في المثالين لَغَتْ لعدم بقاء المحلّ قابلاً.

و الحاصل أنّ الفسخ القولي وإن قلنا أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا أنّ له فعل ما ينال في انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الاجازة، فينفسخ العقد بنفسه بذلك و ربّما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً. لعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الاصيل وإن لم يجب في الطّرف الآخر وهو الذّي يظهر من المحقّق الثّاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لا مكان الاجازة سيّما على القول بالكشف، انتهى.

و فيه أنّ الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً او شرطاً فمالم يتحقّق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين لأنّ المأمور بالوفاء هو العقد المقيّد الذّي لا يوجد إلا بعد القيد وهذا كلّه على النقل.

و أمّا على القول بالكشف: فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيّد العميدي و المحقّق الثّاني و ظاهر غيرهم، و ربّما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدر في السّلطنة الثّابتة له،

بالنقل. و ليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الإجمالي.

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما: انه على القول بالنقل: الإجازة دخيلة شرطاً او شرطاً في تأثير العقد، و يكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيّد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققاً لعدم تحقق شرطه و قيده.

و اما على القول بالكشف: فالإجازة وإن كانت مؤثرة في الملكية و تكون سبباً لصيرورة العقد سبباً تاماً للملك بنفسه، إلا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر اليه. و بعبارة أخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، إلا انه حيث تكون هي بعنوان الإمضاء و الأنفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، و على هذا بني التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد

ولذا صرّح بعض المعاصرين بجواز التّصرف مطلقاً. نعم اذا حصل الاجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرّف مناف لانتقال المال الى المجهز، فيأخذ المال مع بقاءه وبذله مع تلفه، قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التّصرف، انتهى. [١]

اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الاصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعي باجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك

بمعنى لزومه عليه و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده و تبعه غيره.

ولكن يرد عليه قده: ان الإجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد الى المالك، وقبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي، و على ذلك فبما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر، و من المعلوم ان الأصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا الفضولي، فقبل الإجازة لا يكون هناك عقد كي يجب الوفاء به على الأصيل؛ و بعبارة اخرى: ان الفضولي ان اشترى للمالك، فالبائع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك، فمع عدم الإجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، و ان اشترى لنفسه فالبائع و ان ربط التزامه بالتزامه الا انه يربط بما انه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك لا يكون العقد متحققا، و معه لا معنى لوجوب الوفاء به.

مع انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا صدق العقد على التزام كل منهما و ان لم يكن مرتبطا بالآخر، الا ان التزام الأصيل بكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص و هو التزام طرفه بكون ماله له، فالإلتزام فعلي الا ان الملتزم به معلق، و عليه فاذا علم بعدم الإجازة او شك فيها و اجري استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.

[١] فما نقله المصنف رحمه الله من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالاجازة و غيرها هو الصحيح على هذا المسلك، و لا يرد عليه ما افاده المصنف رحمه الله،

و من هنا يظهر أنّه لا فائدة في اصاله عدم الاجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقّبه بالاجازة لعدم احراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين و اما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخّره شرطاً لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. وقد تحقق، فيجب على الاصيل الالتزام به و عدم نقضه الى ان ينقض فإن ردّ المالك فسخ العقد من طرف الاصيل كما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل أنّه اذا تحقّق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمانة شيء شرطاً او شرطاً حرمة نقضه على الاصيل مطلقاً، فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحّة العقد فهو غير جائز

مع انه لو اغمض عن ذلك كله و سلم ما افاده لما كان وجه للفرق بين النقل والكشف، اذ الاجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى.

وبما ذكرناه ظهر أن ما افاده المحقق النائيني رحمته الله من وجوب الوفاء مطلقاً - من جهة ان وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك، و المفروض في باب الفضولي ان العقد تام و لو لم يكن مؤثراً، و لا ينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فان التزام احدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه

غير تام للإيرادين الأولين الذين اوردناهما على الشيخ رحمته الله.

فتحصل: ان الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل،: فله فسخ العقد قبل الإجازة.

ثم ان المنسوب الى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ رحمته الله الإيراد عليه:

بان تمسكه بعموم «او فو بال عقود» ^(١) في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ومن هنا تبين فساد توهم أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه، لأن مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد اعني المبادلة توضيح الفساد أنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل. وأمّا دخول البدل في ملكه فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه. وأمّا قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الإلتزام على نفسه، وإن كان داخلياً في مفهوم المبادلة فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الاصل، وهي اصاله عدم الانتقال، ودعوى أنّ الإلتزام المذكور أنما هو على تقدير الإجازة ودخول البدل في ملكه، فالإلتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كاللّذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المذكور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه

ويمكن توجيهه بأنه لو سلم عموم العقد لإلتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة الى الابد اجماعاً فهو خارج عن العموم فلو شك فى الاجازة و عدمها يكون التمسك به تمسكاً بالعام في الشبهة المصداقية.

فلا يرد عليه ما افاده المحقق الإصفهاني كما يظهر لمن راجعه.

و اما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنّه مقتضى لزوم العقد عليه، و اما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار. اما بناءً على المختار من عدم اللزوم عليه.

فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي. والكشف الذى اخترناه تكون تصرفاته باجمعيها جائزة تكليفاً و وضعاً لكونها واقعة في ملكه، و المفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، و الاجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه لورود الإعتبار عليها.

فكما أن التصرف حينئذ لا يعدّ حثّاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً، لما التزمه إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلاّ معلّقاً مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالاشكال أن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنّما التزم بالمبادلة متوقعاً للإجازة فيجب عليه الوفاء به ويحرم عليه نقضه الى ان يحصل ما يتوقعه من الإجازة او ينقض التزامه بردّ المالك، و لاجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النّقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها، قال في القواعد في باب النّكاح، و لو تولّى الفضولي احد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة و الاخـت و الأم و البنت إلاّ اذا فسخت على اشكال في الأمّ. وفي الطّلاق نظر لترتبـه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة وإن كانت زوجة لم يحلّ لها نكاح غيره إلاّ إذا فسخ و الطّلاق هنا معتبر، انتهى.

و عن كشف اللثام نفي الاشكال.

وقد صرح أيضاً جماعة بلزوم النّكاح المذكور من طرف الاصيل، و فرّعوا عليه تحريم المصاهرة. و أمّا مثل التّظر الى المزوّجة فضولاً و الى امّها مثلاً و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الاصول، لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزّوجيّة الغير الثّابتة، بل المنفيّة بالاصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجة العقد. اعني علاقة الملك او الزّوجيّة بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النّقض من الطرفين.

و هذا لا اشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك.

و اما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعا و عدمه يدوران مدار الإجازة و عدمها، اذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا يكون جائزاً تكليفاً و وضعاً، و على فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي،

و اما الظاهري فالجواز و عدمه يدوران مدار العلم بالإجازة - و عدمه اذ على الأول لا يجوز، و على الثاني يجوز لأصالة عدمها.

ثمَّ انَّ بعض متأخري المتأخريين ذكر ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها، و بما يمكن ان يقال عليها، منها: [١] ما لو انسلخت قابليّة الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر او بعروض كفر بار تداد فطري او غيره، مع كون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً فيصح حينئذ على الكشف دون النقل،

ثمرات ذكرها بعض متاخري المتاخرين

و قد ذكر بعض متاخري المتاخرين ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن ان يقال عليها:

[١] منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتعاملين بموته قبل اجازة الآخر و ما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف مثلاً، و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة -

شرائط المعاملة على اقسام:

الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياة و الإسلام في بعض الموارد.

الثاني: شرائط معروضها العوضان، كالملكية.

الثالث: شرائط العقد.

فالكلام يقع في مواضع:

الاول: فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين او تجددت بعد العقد قبل

الأجازة.

الثاني: فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه او تجددت

الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة او تجددت.

اما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين.

الأول: في الإنسلاخ، فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع و العمومات

تشمله، و على النقل لا يصح لا متناع ترتب الاثر.

واعترض عليه بإيرادين.

الأول: ما افاده صاحب الجواهر من أنه على الكشف أيضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية، ولم يذكر هو في وجه هذا الاعتبار شيئا ولذا رده الشيخ بعدم الدليل عليه.

وقد ذكر السيد في وجهه: ان ادلة صحة عقد الفضولي قاصرة عن الشمول لهذه الصورة.

ولكن ما افاده يتم على القول بكون صحة الفضولي على خلاف القاعدة، ولا يتم على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار، اذ الدليل حينئذ هو العمومات.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته، وهو: انه على النقل أيضا يصح، اذ اليال ينتقل الى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الاصيل او من له الإجازة يبقى العقد على حاله.

وفيه: انه بناءً على النقل يكون المال لورثه الاصيل، وانتقاله منهم الى المالك المجيز يحتاج الى الدليل، وبقاء التزام المورث الذي هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل. اما على الكشف فالإجازة تكشف عن النقل في حال حياته ولا محذور فيه.

هذا في الموت، واما في الكفر فثبوت الثمرة اوضح، فانه اذا فرضنا المبيع مصحفاً والمشتري كان مسلماً فكفر على النقل، بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لا يصح، وعلى الكشف يصير مالاً له حين ما كان مسلماً ولا محذور فيه.

المورد الثاني: في تجدد القابلية بعد العقد، وهذا ينحصر مورده بالكفر كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فاسلم و اجاز مالك المصحف يبيعه، فعلى الكشف لا يصح لعدم قابليته للملكية له في ذلك الزمان، وعلى النقل من جهة الاثر - اي الملكية - لا مانع من صحة العقد، وسيأتي تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف رحمته للمسألة بنحو الكلية وهي انه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحة ام لا؟.

وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف او عروض نجاسة له مع ميعانه الى غير ذلك [١] وفي مقابله ما لو تجددت القابليّة قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الاجازة، وفيما قارن العقد فقد الشّروط، ثمّ حصلت و بالعكس، وربّما يعترض على الأوّل بإمكان دعوى ظهور الادلّة في اعتبار استمرار القابليّة الى حين الاجازة على الكشف، فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً الى حين الاجازة.

و فيه أنّه لا وجه لاعتبار استمرار القابليّة [٢] و لا استمرار التّملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها، كما لو وقعت بيع متعدّدة على ماله، فإنّهم صرّحوا بأنّ اجازة الأوّل توجب صحّة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الأوّل مستمراً، و كما يشعر بعض اخبار المسألة المتقدّمة حيث انّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة

[١]الموضع الثاني: في ما لو انسلخت قابلية المنقول او تجددت،

فالكلام فيه ايضا يقع في موردين:

الأوّل: في الانسلاخ، فقد يقال: انه على الكشف يصح، و على النقل لا يصح، اذ على الكشف يكون الانتقال في زمان قابل له، و على النقل في زمان لا يكون قابلا لذلك. واورد عليه صاحب الجواهر رحمته : بانه على الكشف ايضا يعتبر رضا المالك، و

الفرض انتفاء مالكيته بانتفاء قابلية العين لها

و اجاب عنه لمصنف رحمته باجوبة:

[٢]الأوّل: انه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها، كما لو وقعت بيع متعددة على ماله، فانهم صرّحوا بان اجازة الأوّل توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكيّة الأوّل مستمرا.

وفيه: ان صاحب الجواهر يمكن له ان يدعي بالفرق بين المقام والمثال، اذ في المثال عدم بقاء التملك للبذل انما يكون للتصرف، و هو يؤكّد القابلية، و هذا بخلاف المقام

مضافاً الى فحوى خبر [١] تزويج الصّغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الثّمرة الثّانية اعني خروج المنقول عن قابليّة تعلق انشاء عقد أو اجازة به، لتلف و شبهه، فإنّ موت احد الزّوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركني العقد، مضافاً الى اطلاق رواية عروة [٢] حيث لم يستفصل النبي ﷺ عن موت الشاة او ذبحه واتلافه. نعم ما ذكره اخيراً من تجدد القابليّة بعد العقد حال الاجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهراً على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. و بالجملة فباب المناقشة وان كان واسعاً إلاّ أنّ الارجح في النظر ما ذكرناه

و لا يخفى ان جواب المصنف رحمه الله انما يكون بالنظر الى ايراده من حيث عدم استمرار تملكه للبذل لا بالنظر الى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الاجازة، فايراد السيد قدّه عليه بانه في المثال يكون المال باقيا على ملكه لو لا الاجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام المصنف رحمه الله كما هو واضح. فتدبر فانه دقيق.

[١] الثاني: فحوى خبر تزويج الصّغيرين^(١)

فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركني العقد. وفيه: أنّ المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الارث، فلا اولوية

[٢] الثالث: اطلاق رواية عروة^(٢)

حيث لم يستفصل عن موت الشاة او ذبحها واتلافها. وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم تماميته سنداً. وثانياً: ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه صلى الله عليه وآله ببقاء الشاة. بل الحق في الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات. وعن المحقق النائيني رحمه الله الايراد على هذه الثمرة: بانه على الكشف ايضاً انه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب ميراث الأزواج حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع.

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين ١٠١

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات وحقّ الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات [١] ومعرفة مجلس الصّرف والسّلم والأيمان والنّدور المتعلّقة بمال البائع أو المشتري وتظهر الثمرة الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو الثمن، وسيأتي أن شاء الله تعالى.

وفيه: أولا: ان هذه القاعدة انما تخصيص بالبيع، وفيه ايضا يختص بالمبيع، ففي الفضولي في غير البيع، وفي البيع اذا كان التالف هو الثمن، لا يجري هذا الكلام. وثانيا: انه يمكن فرض القبض بان يكون المشتري عالما برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولي فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض. واما الكلام في تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسيأتي عند تعرض المصنف له. الموضوع الثالث: في شرائط العقد: وحيث ان المدار على ثبوتها حال الانشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل او الكشف.

ثمرات ذكرها بعض

[١] قوله وربما يقال بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات.

و تنقيح القول بالبحث في مواضع:
الأول: في تعلّق الخيارات، كما اذا كان المبيع صحيحا حين العقد و صار معيبا حين الإجازة او انعكس، وكذا اذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، وكذا بالنسبة الى خيار المجلس. ومخلص القول فيه: ان الخيارات على قسمين احدهما: ما يكون ثابتا بدليل خاص. ثانيهما: ما يكون ثابتا على القاعدة ومن باب الشرط الضمني.

اما الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فان كان الماخوذ فيه تحقق النقل والانتقال كان على الكشف ثابتا من حين العقد، وعلى النقل من حين الإجازة، وان كان موضوعه البيع والعقد فحيث انه يتم العقد بالإجازة فلا يكون ثابتا من حين العقد على القولين

وان كان موضوعه انشاء البيع كان ثابتاً من حين العقد على المسلكين.
 واما الثاني: فالظاهر ثبوت الثمرة، وانه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد، وعلى النقل يكون المدار على زمان الإجازة، وذلك كما في خيار الغبن، اذ ثبوته انما يكون من باب الشرط الضمني، اي التساوي بين البديلين من حيث القيمة، ولا ريب في ان ما عليه بناء العقلاء انما هو التساوي في زمان حصول النقل والانتقال لاقبله ولا بعده كما لا يخفى. و تمام الكلام في ذلك في مبحث الخيارات.

الثاني: في حق الشفعة، كما اذا باع الفضولي حصة احد الشريكين، ثم باع الشريك الاخر حصته بنفسه، ثم بعد ذلك اجاز الشريك بيع الفضولي.

والحق في المقام ثبوت الثمرة، اذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتاً للأصيل الذي باع حصته، لانه حين البيع كان هو المالك، و على النقل يكون ثابتاً للمشتري من الاصيل، لانه حين النقل مالك و شريك.

الثالث: في احتساب مبدأ الخيار الذي يكون موضوعه النقل والانتقال كخيار الحيوان، فانه على النقل يكون مبدأ الإحتساب من حين الإجازة، و على الكشف يكون المبدأ العقد. ولكن فيه كلاما سيأتي في الخيارات.

الرابع: في معرفة مجلس الصرف و السلم الذي يعتبر ان يكون القبض فيه، فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، و على النقل يكون حال الإجازة لتامة البيع حالها دون الأول.

ولكن يمكن ان يقال: ان الميزان هو العقد مطلقا، اذ متعلق هذا الحكم القبض قبل التفريق - اي قبل زوال الاجتماع على المعاملة - و معلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقدان اصليين او فضوليين، او احدهما فضوليا و الاخر اصيلا

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: انّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ليس في مفهومها اللغوي [١] و معنى الاجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة، وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صحتها و جهان:

و على كل حال تلك الحال هي المناط، قلنا بالنقل او الكشف، اذ لاربط للنقل و الإنتقال فيه كي يختلف على المسلكين. و تمام الكلام في محله.

الخامس: في اليمين و النذر، كما لو نذر التصديق بدراهم ان كان مالكا يوم الجمعة لكذا، و ثبوت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج الى بيان،

ثم انه تظهر الثمرة في باب الخمس و الزكاة، كما لو اشترى شيئا عن غير مالكة قبل انتهاء السنة فجاز مالكة بعده، اذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، و على الكشف يكون من الاولى.

او اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب فجاز مالكة بعده، اذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المجيز، و على الكشف تجب على المشتري.

التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة

و ينبغي التنبيه على امور:

[١] قوله الاول: ان الخلاف في كون الإجازة كاشفة او ناقلة ليس في مفهومها اللغوي.

ان كان النزاع في مفهومها اللغوي بان ادعى جمع ان الإجازة بمعنى الإنفاذ و مقتضاه نفوذ العقد من حينه، و ادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد و مقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد

و عدم صحته، لانه حينئذ لم يقصد معنى الإجازة و قصد شيئاً آخر.

و ان كان في معنى الإجازة اطلاقاً او انصرافاً، بان ادعى جمع ان اطلاقها او انصرافها يقتضي احد الامرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، اذ اقتضاء اطلاق الإجازة او انصرافه شيئاً كإقتضاء اطلاق العقد شيئاً لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى ارسالها او انصرافها.

وان كان النزاع في حكمها الشرعي، بحسب ملاحظة الأدلة، فان قصد الإلتزام بمضمون العقد من حين الإجازة على القول بالكشف، او قصد الإلتزام به من حين العقد على القول بالنقل، فهل تصح ام لا؟

لا اشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، اذ اقتضاءها لأحد الأمرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعي، و عليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لأن قصد المكلف لا يغير الحكم الشرعي.

انما الكلام في صحتها و عدم افتقار العقد الى اجازة اخرى على طبق ما اعتقده المجيز من احد القولين،

و ملخص القول فيها انه تارة: يجيز العقد على ما هو عليه ولكن يعتقد ان الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي والمحرك له هو هذا الاعتقاد و لو لاه لما كان يجيز، و كان في الواقع هو النقل او بالعكس، لا اشكال في الصحة في هذا الفرض لأنه من باب تخلف الداعي.

واخرى: يجيز بهذا النحو، و هو على قسمين:

الأول: ان يجيز العقد و يشترط النقل من حين الإجازة على القول بالكشف، و من حين العقد على القول بالنقل.

الثاني: ان يجيز العقد هكذا لانه يجيزه على ما هو عليه و يشترط ذلك.

اما في الأول: فالصحة و الفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسداً ام لا؟ فعلى الأول تبطل، و على الثاني تصح.

الثانى: انه يشترط فى الاجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية، كقوله امضيت و اجزت وانفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية و ليس ببعيد، اذا اتكل عليه عرفاً. و الظاهر ان الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف فى الثمن، و منه اجازة البيع الواقع عليه، كما سيجيء و كتمكين الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمته الله.

و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب الى صريح جماعة. و ظاهر آخرين و فى النسبة نظر و استدلل عليه بعضهم من انه كالبيع فى استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن ان يوجه بان الاستقراء فى التواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ.

و من المعلوم ان الثقل الحقيقى العرفي من المالك يحصل بتأثير الاجازة، و فيه نظر بل لو لا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا اذا علم حصوله من اى طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى و التصوص. فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الاجازة بكونه اعم من الرضا، فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا، و حكى عن آخرين انه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها، و ذكر بعض انه يكفي فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولاً سكوتها.

و من المعلوم ان ليس المراد من ذلك انه لا يحتاج الى ايجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا و ان لم يفد القطع دفعا للخرج عليها و علينا، ثم ان الظاهر ان كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا، كاكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبداً. و قد صرح غير واحد بانه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالاجازة. و قد ورد فيمن روجت نفسها فى حال السكر انها اذا اقامت معه بعدما افأقت فذلك رضاء منها و عرفت أيضاً استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضاء المالك، فاذا حصل، عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوى الاجماع فى المسألة دونها خرط القتاد، و حينئذ فالعمومات المتمسك بها

لصحة الفضولي السّالمة عن ورود مخصّص عليها [١] عدا ما دلّ على اعتبار رضا المالك في حلّ ماله وانتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه اقوى حجة في المقام،

واما في الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لاحكمه، والمفروض اجازته، ويكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعاً لغوّاً لا اثر له، ويكون نظير ما لو تزوج وقصد عدم الإنفاق عليها، فانه تتحقق الزوجية و يترتب عليها وجوب الإنفاق،

لكنه فاسد، فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تم ما ذكر، فان مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوّاً، وان كان من انحاء تعين مضمون العقد كما في المقام لا محالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه، فالأظهر هو البطلان، فان ما يمكن تحقيقه لم يقصد ولم ينشأ، وما انشأ وقصد لا يمكن ان يتحقق.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

الثاني: في انه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، ام يعتبر الإنشاء، ام يعتبر كون الإنشاء باللفظ الصريح؟ وجوه واقول.

و تنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في انه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني ام لا.

الثانية: في انه على فرض عدم الكفاية هل يكفي الإنشاء القلبي كما عن المحقق الخراساني رحمته الله، ام لا؟

الثالثة: في انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل ام يعتبر القول.

الرابعة: في انه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة؟

اما الأولى: فقد استدل المصنف رحمته الله لكفاية الرضا الباطني بوجوه:

[١] الأولى: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود

مضافا الى ماورد في عدّة اخبار، من أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه له عليه، [١] و ما دلّ على أنّ قول المولى لعبده، المتزوج بغير اذنه طلق، يدلّ على الرضا بالنكاح، فيصير اجازة، [٢] و على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى [٣] التي يرتفع بالرضا

مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه^(١)

واورد عليه جمع من المحققين: بأن العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده، و عقد الفضولي لا يكون عقداً للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج الى انشاء الإجازة.

ولكن قد عرفت في اول مبحث الفضولي ان الإستناد المعتبر انما هو الإستناد بمعنى انه عقده و بيعه، وهذا المعنى كما يتحقق بالإمضاء و الإنفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

[١] الثاني: ماورد في عدة من الأخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه^(٢)

و الجواب عن ذلك: بأن السكوت في امثال المقام امضاء عرفي قد تقدم ما فيه، نعم، الأيراد عليه بان في نكاح العبد خصوصية - حيث ان العقد لنفسه و انما المفقود اذن المولى و رضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف ساير اقسام عقد الفضولي تام.

و بذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث

[٢] وهو ما دل على ان قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح^(٣) فيصير اجازة.

و ما دل على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد^(٤) التي ترتفع بالرضا.

(١) سورة النساء آية ٢٩ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٢٧ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

وما دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضا منه [١] وغير ذلك. بقي في المقام أنّه اذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الإجازة باللفظ وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أنّه علم رضا المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله كفي في اللزوم، لأنّ ما يؤثّر بلحقه يؤثّر بمقارنته بطريق أولى.

والظاهر أنّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك أن لا يصحّ الإجازة إلاّ بما لو وقع قبل العقد كان اذنًا مخرجاً للبيع عن بيع الفضوليّ، ويؤيد ذلك أنّه لو كان مجرد الرضا ملزماً كان مجرد الكراهة فسخاً، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك، لأنّ الكراهة الحاصلة حينه وبعده ولو آنأماً، يكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً، إلّا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً، وإن كان مجرد الرضا إجازة.

[١] الرابع: ما دلّ على أن التصرف من ذي الخيار رضا منه.^(١)

وفيه: أن ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على أن هذا الفعل كاشف عن الرضا و إسقاط الحق. وعلى كل حال يكون اجنبياً عن المقام، فالعمدة هي العمومات. واما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطني، الأظهر ما عن المحقق الخراساني رحمته من كفاية الإنشاء القلبي، إذ به يحصل الإستناد والإنتساب، وما دلّ على أن الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الإعتبار في باب العقود والإيقاعات إنما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أن الرضا الباطني شرط كما عرفت. واما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل في الإنشاء، إذ لو سلم أنه يتوقف الإستناد على الإنشاء و إبرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه.

و دعوى أن الإستقراء في النواقل الإختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ، والإجازة منها،

مندفعة بانه في تلك النواقل ايضاً بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطة.

الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد [١] اذ مع الرد، يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، والدليل عليه بعد ظهور الاجماع بل [٢] التصريح به في كلام بعض مشايخنا أن الاجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد [٣] وإلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو في حق العاقلين أو من قام مقامهما. وقد تقرّر ان من شروط الصيغة ان لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة،

واما الجهة الرابعة: فلو اغمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، ولا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح.

ودعوى ان انشاء اللازم و ايجاده في الإنشاء القولي ليس ايجاداً للملزم عرفاً، وكون الملزم مقصوداً وداعياً من ايجاد اللازم لا اثر له، لأن الدواعي لا اثر لها في باب المعاملات - التي استند اليها المحقق النائيني رحمته في عدم وقوع العقد بالكنائيات قد عرفت ما فيها في مبحث خصوصيات الفاظ العقد - فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

[١] قوله الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد.

وقد استدل لإعتبار هذا الشرط بوجوه:

[٢] الأول: الإجماع.

وفيه: ان الإجماع المنقول - سيما مع معلومية مدرك المجمعين - ليس بحجة.

وثانياً: انه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء بطلان عقد الفضولي راساً.

[٣] الثاني: ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفي العقد، وبها يصير مكلفاً

بوجوب الوفاء بالعقد، فالرد المتخلل بينها وبين العقد الصادر من الأصيل والفضولي

يكون رداً متخللاً بين اجزاء العقد، وقد تقرر في محله انه يعتبر ان لا يحصل بين طرفي

العقد ما يسقطهما عن صدق العقد.

وفيه: اولاً: ان ما هو المسلم في تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه

هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم [١] تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، فتأمل.

الإلتزام والتعهد قبل تحقق الإلتزام من صاحبه، كما لورد الموجب بعد الإيجاب قبل قبول القابل. واما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلما بينهم، والمقام من قبيل الثاني لا الأول، فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الإلتزام منه، وملتزم انما هو غيره كما هو واضح.

و ثانيا: انه فرق بين الرد المتخلل بين الإيجاب والقبول، و الرد المتخلل بين العقد والإجازة، وبعبارة اخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول او الإيجاب، ولذا ترى ان الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول يضر، والفصل بينهما وبين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

[١] الثالث: ان مقتضى مادل على سلطنة الناس على اموالهم^(١) تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الاخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الاجازة

وفيه ان العلاقة المتصورة بالاضافة الى المال لا تخلو من الملكية والحقية وشيء منهما لا يكون في المقام، اما الأولى: فواضح، واما الثانية: فلأن العقد قبل الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حق، ولذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي. وبالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي ادنى مرتبة من الملك والحق، وعليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

وما افاده المحقق النائيني رحمته الله من انه وان لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا، فالرد يبطل هذه العلقه.

فيه: ان العلقه التي عرفت انها اما الملكية او الحقية لا تحصل ولو عرفا.

واجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين:

احدهما: ان قاعدة السلطنة متعارضة، لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد [١] اللهم إلا أن يقال: إن الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كاف [٢] بل لابد من انشاء الفسخ ودعوى أن الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة. وقد صرحوا بحصوله بالفعل، يدفعها أن الفعل الذي يحصل به الفسخ، هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى والعق ونحوهما، لا مثل اخذ المبيع. وبالجملة فالظاهر هنا وفي جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقيب الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية في خلافه، فليطرح او يأول.

وفيه: انه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه. ثانيهما: انه قد مر من المصنف رحمته ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لا جميع ما اراده المالك، اذ ليست مشرعة، فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد في حل العقد. وفيه: انه لو سلم حصول العلقه للأصيل بالإضافة الى المال لا اشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلط الإنسان على رفع مزاحمة الغير، ولا يحتاج الى دليل آخر. فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه - فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.

[١] قوله نعم الصحيحة الواردة^(١) في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة وقد تقدم في اول هذا البحث عند ذكر ادلة صحة عقد الفضولى التى منها هذه الصحيحة انه لا ظهور لها في ذلك بل هي ثلاث مع عدم الرد فراجع فانه ليس فيها سوى اخذ المبيع، وهو يمكن ان يكون استحصالاً للثمن لا لغرض رد البيع - والظاهر انه الى ذلك نظر المصنف رحمته حيث قال

[٢] اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كاف

الرابع: الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله [١] فموضوعها المالك، فقولنا له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع، و الكلّ راجع الى ان له ان يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الاجازة و أنّما يورث المال الذي عقد عليها الفضوليّ، فله الاجازة بناء على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد، فيمن باع مال ابيه فبان ميّناً و الفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر بالتأمل.

الإجازة لا تورث

[١] قوله الرابع الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله

يقع الكلام في موردین:

(١) في اصل المطلب.

(٢) في الفرق بين ارث الإجازة وارث المال.

اما الأول: فما افاده الذي حاصله: ان ثبوت الإجازة للمالك و تاثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام، لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، و هو من الأحكام الشرعية، و يترتب على ذلك انه لا تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت. نعم لمن انتقل اليه المال اجازة بيع الفضولي بناءً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة إلا ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فانها من آثار الملك. و اما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات فهي مستقومة بجواز التصرفات لا انه من آثارها.

و اما الثاني: فالفرق بين ارث الإجازة وارث المال يظهر في موارد:

منها: ما اذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على اشهر القولين، فانه على القول بارث الإجازة ترثها الزوجة، و على القول بالعدم لا ترث، و ليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع [١] ولو اجزاهما صريحاً أو فهم اجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة، لأن مرجع إجازة القبض

و منها: انه على القول بانها مما ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة من انه هل يرث كل من الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، او يرث كل منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقي - بمعنى نفوذ إجازة كل واحد منهم - او يرث المجموع الإجازة - بمعنى انها شيء واحد يرثه الجميع - فلا بد في الصحة من امضاء الجميع.

و منها: ما لو أوصى بمال معين للفقراء مثلاً بنحو يكون ملكاً لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولي على هذا المال و مات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بارث الإجازة ينتقل هذا الحق، فلهم الإجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن

[١] قوله الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع.

الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الاولى: في قابلية القبض والإقباض للإجازة وعدمها.

وفيها وجوه وأقوال.

ثالثها: ما في المكاسب، وهو جريان الفضولية في قبض الثمن المعين دون الكلى.

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيد رحمته الله.

وقد استدل لعدم الجريان مطلقاً بوجهين.

الأول: ان حقيقة الإجازة انفاذ الشيء ولا مورد للنفوذ الا التصرفات المعاملية،

فالأفعال والأقوال الاخر لا تكون مورد لها ومنها القبض والإقباض.

وفيها: ان حقيقة الإجازة اظهار الرضا بما وقع، وهي توجب انتسابه الى المجيز، و

هذا لا فرق فيه بين المعاملات وغيرها.

الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع، لكن ما ذكرنا أنما يصح في قبض الثمن المعين. و أما قبض الكلي و تشخصه به فوقه من الفضولي على وجه تصححه الاجازة يحتاج الى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الاقباض، و اتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة. [١]

الثاني: ما نسب الى المحقق الخراساني، و اوضحه المحقق الإصفهاني رحمته، و هو: ان الإجازة لابد و ان تتعلق بماله بقاء و استمرار كالأمر الاعتبارية الإنتزاعية من اسباب خاصة، و اما الأفعال الخارجية فليس لها بقاء كي تنسب بالإجازة الى المالك، و هي لا تصلح لأن توجب انتسابها في زمانها الى المجيز لعدم معقولية الإنتساب مع عدم ما به الإنتساب، و صيرورتها منتسبة من حين الإجازة بعد ما لم تكن كذلك يستلزم انقلاب الشيء عما وقع عليه.

وفيه: ان الإجازة كما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صدر، و الرضا كما يتعلق بالأمر الاعتباري، كذلك يتعلق بالفعل الخارجي. و كما يتعلق بالأمر المقارن و المتأخر كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، و هي توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الإجازة، و هذا غير انقلاب الشيء عما وقع عليه، مع ان المراد بالقبض ليس هو الاكون الشيء تحت الإستيلاء و السلطنة و هذا امر له بقاء و استمرار.

فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثاني.

[١] و استدلل المصنف لما اختاره و اوضحه: بان قبض الثمن الشخصي قابل للإجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ففي الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلاً للإجازة، و انما تكون الإجازة و الرضا به رضا بآثره، و هو اسقاط الضمان. و كذلك الإقباض، فان مرجع اجازته الى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، و اما قبض الثمن الكلي و تشخصه به فهو لا يكون قابلاً للإجازة، فانه حيث لم يتعين الكلي في المقبوض بيد الفضولي فليس هناك ضمان المعاوضة على

المشتري، بل الثمن باق على كليته، و المفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالإجازة.

وفيه: - مضافا الى ما عرفت من ضعف المبني - يرد على ما افاد في قبض الثمن الشخصي: ان ضمان المشتري للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا مالياً كي يكون قابلا للإسقاط.

وما افاده المحقق النائيني رحمته من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمني اذ كل من البائع والمشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن او المثلث و ليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم و ان لم منه كون ذلك من الحقوق، الا انه لا يتم، فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر^(١)

واستدل السيد لما ذهب اليه: بان الفضولية انما تجري في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، و القبض في المعين من الأفعال الخارجية و في الكلي من التصرفات المعاملية، فان ذلك يكون من باب الوفاء، و هو في اللب مبادلة بين الكلي و الفرد المتشخص - و قد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: انه هل يأتي في القبض نزاع الكشف و النقل ام لا؟ و جهان: اظهرهما الثاني، لأن ذلك النزاع في العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شيء و هو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، و هذا بخلاف القبض، اذ ليس ورائه شيء، فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فآثار قبض المالك تترتب عليه من حين الإجازة،

و عن المختلف أنّه حكى عن الشّيخ: أنّه لو اجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالتّمن. ثمّ ضعّفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض، و على أيّ حال فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً، كما في الصّرف و السّلم بعد قبض الفضوليّ و التّفريق، كان إجازة العقد إجازة للقبض صوناً للإجازة عن اللّغوية. [١]

فلو تلف بعدها لا يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا يكون البائع ضامناً بخلاف ما لو كان تالفاً قبلها، فانه حينئذ لا موضوع للإجازة، اذ بالتلف يفسخ العقد فلا يكون شيء باقياً كي تلحقه الإجازة

الجهة الثالثة: لو كانت إجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التّفريق، ففي المكاسب.

[١] كانت إجازة العقد إجازة للقبض صوناً للإجازة عن اللغوية.

واورد عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشين منهم السيد عليه السلام، وهو: ان ذلك - اي الذي ذكره - راجع الى مقام الأثبات، و ثبوت الدلالة على إجازة القبض، و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، و قابلية القبض للفضولية وان يصح بالإجازة، و المصنف عليه السلام يرى عدم قابليته لها في الكلّي.

وفيه: اولاً: ان المصنف يلتزم بعدم قابليته لها، و انما لم يقم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالأجازة، و عليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفي في صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطاً به.

و ثانياً: ان عدم قابلية القبض للإجازة اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قده، او يكون من جهة عدم قابليته للإنتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراساني عليه السلام، و شيء منهما لا مورد له في هذا القبض، اما الأول: فلأنه دخیل في صحة العقد و في ترتب الاثار الوضعية و الأمر الاعتباري، فهو من التصرفات المعاملية.

ولو قال اجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد او بطلان ردّ القبض و جهان [١٧]

و اما الثاني: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، اذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فاذا صحت المعاملة بالإجازة كفي قبض الفضولي في الصحة، ولا يخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض، وان الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته ونفوذه.

الإيراد الثاني: ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الإجازة بعد التفرق، وهو لا يكفي في صحة المعاملة، فان الشرط هو القبض قبل التفرق، والجواب عنه هو الجواب الثاني عن الإيراد الأول.

الإيراد الثالث: ما افاده جمع منهم السيد والمحقق النائيني رحمهما، وهو: انه انما يتم اذا كان المجيز عالماً بان البيع بدون القبض باطل، والا فلا يحمل على كونه اجازة للقبض. وفيه: انه اذا كان بصدد اجازة العقد بجميع ما تتوقف صحة العقد عليه كفي في كونه اجازة له، مضافا الى ما عرفت من كفاية اجازة العقد في صحة القبض فراجع. فتحصل: ان الأظهر الاكتفاء باجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: اجزت العقد دون القبض، ففي المكاسب

[١٧] ففي بطلان العقد او بطلان رد القبض و جهان:

الحق ان يقال : بناءً على ان العبرة بقبض المتبايعين، و انه لا يلزم انتسابه الى المالكين، يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد وعدم كون قبضه موضوع الاثري يلزم اجازته و يضررده،

و اما بناءً على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، اذ لا ينفك الشرط عن المشروط

السّادس: الاجازة ليست على الفور للعمومات، و لصحيحة محمد بن قيس [١] وأكثر المؤيّدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك، و لم يرد حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه و اليه على القول بالكشف، فالاقوى [٢] تداركه بالخيار او اجبار المالك على احد الاخرين

و عليه فاذا تقدمت الاجازة لغى الرد لكونه رداً بعد الاجازة، و اذا تقدم الرد لم يفد الاجازة بناءً على اعتبار ان لا تكون مسبوقة بالرد، و الا صحت.

الاجازة ليست على الفور

[١] السّادس: هل الاجازة على الفور فمع التاخير تسقط، ام لا؟ فيه وجهان: اقواهما الثاني: لاطلاق الأدلة، و صحيح محمد بن قيس المتقدم^(١)

و عليه، فلو لم يجز المالك و لارد،

فهل يتعين اجبار المالك باحد الأمرين - كما اختاره السيد قده -

ام يتعين ثبوت الخيار - كما ذهب اليه جمع -

[٢] ام يثبت الأمران بنحو التخيير - كما اختاره المصنف رحمته الله - وجوه؟

و ليعلم ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و فيما انتقل اليه، و اما اذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم العقد عليه او لجوازه، حتى بناء على لزوم العقد، لامورد لشيء من هذه الوجوه، اذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الاجازة والرد.

و ايضا الظاهر أن محل الكلام ما لو لم يكن الأصيل عالما بكون طرفه فضوليا، او كان مطمئنا بانه يجيز المالك او يرد، و اما اذا كان عالما به و لم يكن مطمئنا بشيء منهما، فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجري شيء من الوجوه.

و كيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثاني، اذا الإجبار انما يكون لأحد امرين: اما الإمتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولي الممتنع، او للإمتناع عن امتثال

السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا وجهان: [١] الاقوى التفصيل، فلو اوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالاقوى الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار

التكليف للزومي من جهة لزوم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر^(١)
ولا دليل عليه في غير الموردين.

ومن الواضح ان عقد الفضولي لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك - كما تقدم - ولا وجوب الإجازة او الرد عليه، فالإجبار لا مورد له، وقاعدة^(٢) نفي الضرر لاتصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفي لزوم العقد على الأصيل. فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

[١] السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً، أم لا، أم بفصل بين المطابقة من حيث الجزء، والمطابقة من حيث الشرط؟ اقول.
و تنقيح القول بالبحث في مقامين:
الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بأن يكون الشيء المحذوف او المضاف جزء.
الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، و اما في صورة الاختلاف من حيث المبانيه كما لو وقع العقد على فرس فاجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.
اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
الأول: فيما اذا كان محذوفاً،

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب الأمر والنهي و ما يناسبهما و غيره من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار - حديث ٣ - ٤ - ٥.

و ملخص القول فيه: ان المعقود عليه ان كان مركبا من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعا مستقلا بنظر اهل العرف في البيع و الشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الا معاملة على كل واحد مستقلا، كما لو عقد على عشرة جينة فاجاز بيع بعضها- لا ينبغي التامل في الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، ولا سبيل الى اجراء خيار تبعض الصفقة هنا، لأن مورده ما اذا كان بيع كل جزء مشروطا بانضمام الجزء الآخر ضمنا وارتكازا كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

و ان لم يكن كل جزء موضوعا مستقلا، كما اذا وقع العقد على حيوان خاص فاجاز نصفه،

فعن المحقق النائيني: صحة المجاز، مستدلا بان حكم الإجازة حكم البيع ابتداء، فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء، فكذلك يجوز له اجازة بعضه.

وفيه: ان الفرق بين الإجازة و البيع واضح، فان الإجازة انما تحتاج الى عقد واقع و التزام معاملي قبلها بخلاف البيع، و عليه فان كان الإلتزام العقدي منحلا الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما اجيز لكون المجاز معقودا عليه، و الا فلا. فالميزان هو ذلك.

و به يظهر ان قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات كما عن السيد في غير محله، ولكن الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد، غاية الأمر الى التزامات ضمنية لاستقلالية، و عليه فيصح البيع فيما اجيز. نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثاني: ما اذا كان الجزء مضافاً و الضابطة فيه انه ان انحلت الإجازة الى اجازات متعددة و التزامات عديدة فيكون احد الإلتزامين متعلقا بالعقد و الآخر بالزائد، صح العقد المجاز لكونه عقدا اجيز، و الا فلا، فان المجاز حينئذ غير معقود عليه

ولو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط [١] وان كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء. [٢] ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط، ولو انعكس الأمر بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً

وما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، والظاهر هو الإنحلال في جميع الموارد إلا إذا كانت من قبيل إجازة الحصة الخاصة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد، فانه حينئذ ما تعلقت الإجازة به لا يكون معقوداً عليه كما لا يخفى.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه تارة: في الشرط المحذوف، وأخرى: في المضاف. أما الجهة الأولى: فلا ينبغي الإشكال في الصحة بناء على ما هو الثابت في محله من أن الشرط إنما هو التزام في التزام، لا أن الإلتزام العقدي معلق عليه بحيث لا التزام بدونه، فإن الإجازة حينئذ تكون متعلقة بالإلتزام العقدي،

فما أفاده المصنف رحمته في وجه عدم الصحة

[١] من عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط.

ضعيف لما عرفت من أن الشرط التزام مستقل في ضمن الإلتزام العقدي.

[٢] وأضعف منه تفصيله رحمته بين الشرط والجزء، بالإلتزام بالتبعض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من أن قبول العقد للتبعض من حيث الشرط أولى من قبوله التبعض من حيث الجزء، مضافاً إلى أن كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه.

وهل يثبت الخيار للأصيل أم لا؟ وجهان، والحق أن يقال: أن الشرط أن كان للمالك على الأصيل - كما لو أوقع الفضولي العقد مع اشتراط أن يخطط الأصيل ثوب المالك فأجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأن مرجع ذلك إلى إسقاط المالك حقه، ولا إشكال في ذلك، وكذلك أن كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة؛ وأما أن كان للأصيل على المالك ولم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، وهو واضح.

ففي صحّة الاجازة مع الشرط اذا رضي به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول [١] إذا رضي به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيّز العقد فلا يجدي وقوعه في حيّز القبول إلا إذا تقدّم على الإيجاب [ليرد الإيجاب] عليه أيضاً أو بطلانها لأنّه إذا لغى الشرط لغى المشروط لكون المجموع إلزاماً واحداً وجوه أقواها الأخير. [٢]

وأمّا القول في المجيز فاستقصاؤه يتمّ ببيان امور. [٣]

الأول: يشترط في المجيز ان يكون حين الاجازة جائزاً للتصرف [٤] بالبلوغ والعقل

[١] واما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، وكون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب اسراء احكامهما اليها، مضافاً الى ان الشرط المذكور في ضمن احدهما وحده لا يفيد، واما المشروط فان كانت الإجازة مع الشرط التزاماً بالعقد منضمّاً الى الالتزام الشرطي صح، لكون العقد مجازاً و ضم اللغو اليها لا يمنع عن تأثيرها في صحة العقد، و ان كانت التزاماً واحداً متعلقاً بالمشروط لم يصح،

والظاهر هو الأول، لأن الواقع انما هو العقد المجرد، والمجيز يريد ضم الشرط اليه، فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط اليه، فالتقييد انما يكون للإجازة بالشرط، و حيث ان الشرط - كما تقدم - انما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام، وفي المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغوئته لا تلازم لغوية الإجازة. فما في المكاسب.

[٢] من تقوية البطلان في غير محله.

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة

[٣] واما القول في المجيز فاستقصائه يتمّ ببيان امور:

[٤] الأول: يشترط في المجيز ان يكون حين الإجازة جائزاً للتصرف بالبلوغ والعقل والرشد بلا اشكال، فان الإجازة تصرف معاملي في المال، فاذا كان المجيز غير جائز التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف، اذ على الكشف

والرشد، ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض [١] ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و التّقل

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مميز، حين [٢] العقد فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة

انما يكون الأثر من قبل، والافلا إجازة هي التي تؤثر في ذلك.

و دعوى انه على القول بان المؤثر في النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقيب، يشكل اعتبار ماعدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا حيثئذ،

مندفعة بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقيب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقيب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولي الملحق بالإجازة

[١] قوله: ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض...

و ربما يورد عليه: بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف في حال الصحة، وكان القبض في حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، والإجازة شرط لتأثير عقد الفضولي، فلا يضر وقوعها في حال المرض ولا يوجب دخولها في المنجزات.

ولكن يدفعه ان للإجازة حيثيتين: احدهما: حيثية الرضا. الثانية: حيثية الإنسحاب الى المالك. و هي من الحيثية الثانية بنفسها تصرف معاملي و موجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق ان الإجازة في حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مميز في الحال

[٢] الثاني: اختلفوا في انه هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مميز حين

العقد ام لا؟

و ما يحتمل ان يكون محل الكلام بين الأعلام في بادئ النظر امور:

و لا ينفعه اجازته اذابلق او اجازة وليه اذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لا يشترط قولان: اولهما للعلامة في ظاهر القواعد. و استدلل له بأن العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً [١]

احدها: انه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد ام لا يعتبر ذلك و إلى هذا نظر البيضاوي في ايراده على العلامة رحمته: بانه لا يتم على مذهب الخاصة من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

ولكن يمكن دفع ايراده: اولاً: بالنقض بانه لا يتم على مذهبه ايضاً من وجود خليفة المسلمين في كل عصر.

و ثانياً: انه في نكاح الصغار يكون الولي منحصر بالآب والجد و الوصي على خلاف فيه. هكذا قيل.

ثانيها: انه هل يعتبر ان يكون مجيز فعلي حين العقد بان يكون متمكناً من الإجازة ام لا يعتبر؟

ثالثها: انه هل يعتبر ان يكون المجيز جائز التصرف حين العقد شرعاً ام لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا ان بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولي ان يجيزه من جهة انه وان لم يكن التصرف جائزاً له حين البيع لعدم المصلحة الا انه يجوز له حين الإجازة، ام لا؟

و الظاهر ان محل النزاع هو الأخير دون الأولين،

اما الثاني منهما فلو صرح عدم اعتبار مجيز فعلي، ولذا لو كان المالك نائماً او غائباً لم يتوهم احد من القائلين بصحة الفضولي فساداً و عدم جواز الإجازة بعد الحضور واليقظة.

و اما الأول: فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث. وكيف كان: فقد استدلل لإعتباره بوجهين:

[١] الأول: ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت في زمان امتنعت دائماً،

وقد ذكروا في توضيح هذا الوجه امرين:

احدهما ما افاده المحقق الإيرواني رحمته الله، وهو: ان بناء هذا على امرين: احدهما: القول بالكشف في الإجازة، الثاني: ان العام اذا خصص بخروج فرد منه في زمان لم يرجع اليه في ذلك الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذ ان العقد اذا لم يكن له من يصح باجازه حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب «اوفوا» فاذا امتنع شمول «اوفوا» له في هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه، فاذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر أبداً، لأن الفرد اذا خرج عن العام في زمان خرج عنه رأساً، ولم يرجع اليه ثانياً بعد خروجه عنه اولاً. وفيه: ان الكبرى الكلية المشار اليها انما هو فيما اذا خرج فرد عن تحت العام في الأثناء لا فيما اذا خرج عنه من الأول كما في المقام. و تمام الكلام في محله.

الثاني: ما افاده المحقق الإصفهاني رحمته الله، و حاصله: ان عقد الفضولي انما يفرق عن العقود الفاسدة بكونه قابلاً للتأثير بالإجازة، فلا بد وان يكون جامعا لجميع مراتب الإمكان الإستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير الا الى عدم الإجازة، فاذا لم يمكن الإجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الإمكان الإستعدادي، لان منها الإمكان من ناحية امكان الإجازة، فاذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحة التاهلية فعلا، واذا امتنعت الصحة التاهلية في زمان امتنعت دائما، لأن ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هي الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التاهلية.

وفيه: ان المراد من الإمتناع ان كان هو الإمتناع الذاتي فالصغرى ممنوعة، وان كان المراد الإمتناع العرضي اى الامتناع لعدم وجود اجزاء المؤثر فالكبرى ممنوعة فان الامتناع حينئذ يدور مدار فقد بعض ما يعتبر فيه.

ولزوم الضرر على المشتري [١] لامتناع تصرفه في العين لا مكان عدم الاجازة، ولعدم تحقق المقتضى ولا في الثمن لا مكان تحقق الاجازة، فيكون قد خرج عن ملكه ويضعف الأول مضافاً الى ما قيل من انتقاضه بما اذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً سواء قلنا بالثقل ام بالكشف.

وامّا الضرر، فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة، هذا كله مضافاً الى الاخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، الشاملة لصورة وجود ولي النكاح و اهماله الاجازة الى بلوغهم و صورة عدم وجود الولي بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح وانحصار الولي في الأب والجّد و الوصي على خلاف فيه، وكيف كان فالاقوى عدم الاشتراط وفاقاً للمحكّي عن ابن المتّوجّج البحراني و الشهيد والمحقّق الثّاني و غيرهم، بل لم يرجّحه غير العلامة رحمته الله.

وان شئت قلت: ان عقد الفضولي الذي تمتنع اجازته حين العقد و يمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحاً بالصحة التاهلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، وليس معنى الصحة التاهلية الا ذلك.

[١] الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لا مكان عدم الإجازة، هذا على الكشف ولعدم تحقق المقتضى هذا على النقل، ولا في الثمن لا مكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وفيه: - مضافاً الى النقص بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدم - تقرّيه في التنبيه السادس من تنبيهات الإجازة.

والجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، وهو: تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل.

فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

ثمّ اعلم أنّ العلامة في القواعد مثّل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم.
 وحكى عن بعض العامة وهو البيضاوي على ما قيل الايراد عليه بانه لا يتم
 على مذهب الامامية من وجود الامامية من وجود الامام (ع) في كل عصر و عن
 المصنف قدس سره انه ه اجاب بأن الامام غير متمكّن من الوصول اليه و انتصر
 للمورد بأن نائب الامام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم
 المجتهد فالعدل موجود بل للفسّاق الولاية على الطّفّل في مصالحه مع عدم العدول
 لكنّ الانتصار في غير محلّه اذ كما يمكن فرض عدم التّمكن من الامام يمكن عدم
 اطلاع نائبه من المجتهد و العدول ايضاً، فان اريد وجود ذات المجيز فالاولى منع
 تسليم دفع الاعتراض بعدم التّمكن من الامام ﷺ وان اريد وجوده مع تمكّنه من
 الاجازة فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول اذالم يطّلعوا على العقد.
 فالاولى ما فعله فخر الدّين والمحقّق الثّاني من تقييد بيع مال اليتيم بما اذا كان
 على خلاف المصلحة فيرجع الكلام ايضاً الى الشّروط امكان فعليّة الاجازة من
 المجيز لا وجود ذات من شأنه الاجازة فإنّه فرض غير واقع في الأموال.
 الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التّصرف حال العقد [١] سواء كان
 عدم التّصرف لأجل عدم المقتضى او للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم
 كونه مالكاً و لا مأذوناً حال العقد. و قد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه او
 جنون او غيرهما والمانع كما لو باع الرّاهن بدن اذن المرتهن، ثمّ فكّ الرّهن
 فالكلام يقع في مسائل:

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

[١] الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد، ام
 لا يعتبر ذلك، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

وقبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم امور:
 الأول: انه بناء على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق
 بينه وبين هذا واضح، واما بناء على كون البحث فيه في انه هل يعتبر وجود مجيز جائز

جائز التصرف شرعا حين العقدام لا، فالفرق بين الأمرين ان البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد و عدمه، وفي المقام في انه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقدام لا.

وبعبارة اخرى: انه لو فرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد، وكان موجودا حينه و لم يجز و كان المجيز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة واهمل الولي و لم يجز حتى بلغ فاجاز نفسه، فان المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد وان كان مجيز نافذ التصرف موجوداً حينه، هل يكفي ذلك ام لا؟
 الثاني: انه ربما يورد على المصنف رحمته الله حيث جعل الصغر والسفه والجنون من باب عدم المقتضى، مع انها اما موانع، أو أن البلوغ والرشد والعقل شرائط التأثير، فإن المقتضى للسلطنة على التصرف في المال اضافته الى المتصرف، واذن من له الإضافة فهذه الأمور اجنبية عن المقتضى.

ولكن يمكن دفعه: بان نظره الشريف الى ان عدم نفوذ التصرف تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف، واخرى: يكون من جهة سلطنة الغير ايضا على المال، وعبّر عن الأول بعدم المقتضى، و عن الثاني بوجود المانع، وعليه فيصح ان يقال: ان عدم المقتضى اما لعدم الملك او لجنون المالك او سفاهته او صغره، وبه يظهر الفرق بين هذه الأمور و بين حق الرهن المتعلق بالمال.

الثالث: ان السيد رحمته الله وغيره اوردوا على المصنف رحمته الله في جعله المسألة الثالثة و هي ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كذلك من مسائل هذا العنوان، مع انها اجنبية عنه.

ويمكن دفعه: بان المراد من عدم الجواز في العنوان عدم الجواز الفعلي لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما في الاولى والثانية،

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد ١٢٩

الاولى: ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر [١] والاقوى صحة الاجازة بل عدم الحاجة اليها اذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الرّاهن ففكّ الرّهن قبل مراجعة المرتهن فإنّه لا حاجة الى الاجازة كما صّرح به في التذكرة.

واخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما في الثالثة.

الرابع: ان المصنف رحمه الله جعل المسألة الأولى اعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن، او لعدم المقتضي بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما انه جعل المسألة الثانية - وهي عدم الملك حال العقد - مسألتين لتعدد الجهة من حيث الإجازة وعدمها. اذا عرفت هذه الأمور تعرف ان ما سلكه المصنف رحمه الله في عنوان هذا البحث وتشقيقه الشقوق هو الصحيح.

وكيف كان: فالكلام يقع في مسائل:

لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

- [١] المسألة الأولى: ان يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل يصح البيع بالإجازة ام لا؟
و الكلام في هذا المسألة يقع في جهات:
الأولى: في صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.
الثانية: في عتقه.
الثالثة: في احتياج صحة البيع الى الإجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه.
الرابعة: في جريان نزاع الكشف والنقل في رافع الحجر وعدمه.
الخامسة: في بيع الصبي والمجنون والسفيه.

اما الجهة الأولى: فقد استدل على فساد البيع: بان البيع تصرف في ما هو متعلق حق الغير فلا يجوز، والنهي عن المعاملة يدل على الفساد.

وفيه: ان البيع ليس تصرفا في العين، مع انه لو كان حراما لم يكن وجه لفساده، اذ النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد، وقد تقدم تقريب كلا الجوابين.

واما الجهة الثانية: فقد ذهب المحقق النائيني رحمته الله الى انه ملزم على العتق، فلا بد اما من لزوم اداء الدين وفك الرهانة على الراهن، واما من استسعاء العبد في فكاك رقبته بفك الرهانة.

واستدل له: بان الإجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه، ورد الحر الى الرق غير ممكن،

وبان تأثير العتق من الراهن - حيث انه مالك للعين - لا اشكال فيه، خصوصا مع كون العتق مبنيا على التغليب.

و يرد على الأول: ان الرد المقابل للإجازة رد العقد لا رد نتيجته، فعدم امكان رد الحر الى الرق غير عدم امكان رد العتق نفسه.

وبعبارة اخرى: اذا كان العتق مراعى بالإجازة، فلو اجازه يتحقق و تترتب عليه الحرية، ولو رده لا يصير حراً كي يلزم منه رجوعه الى الرق.

و يرد على الوجه الثاني: ان كون العتق مبنيا على التغليب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد يتعين عتق الباقي، لا انه لو تعلق العتق المراعي به يكون ملزما عليه. فتدبر.

فالأظهر عدم الفرق بين العتق و البيع في ذلك.

اما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الإحتياج الى الإجازة، اذ الإحتياج اليها انما هو لتحقيق الإستناد المتحقق في المقام بدونها.

واما الجهة الرابعة: فقد يقال: انه لا يجري نزاع الكشف والنقل في مثل فك

الرهانة واسقاط المرتهن ونحوهما من جهة ان حق المرتهن اذا كان مانعا عن تأثير العقد فحكم الفك والاسقاط حكم القبض في باب الصرف والسلم، لأن عدم المانع من اجزاء العلة، فملكية المشتري كما تتوقف على القبض في البابين، كذلك تتوقف ملكية مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين، فلا تتحقق الملكية قبل ذلك. وفيه: ان الكشف بالمعنى الذي ذكرنا في الإجازة انه غير معقول لا يكون في الفك والاسقاط لما ذكرناه،

مضافا الى ان لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، واما بالمعنى المعقول في الإجازة، فيمكن البناء عليه في المقام ايضا، والدليل عليه حينئذ هو العمومات بالتقريب المتقدم هناك.

ويؤيد ذلك بل يدل عليه، انه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد فك الرهن اجاز المالك ذلك العقد، لا شبهة في انه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقا.

واما الجهة الخامسة: فلو باع المالك فاجازه الولي لا كلام، ولو صار بنفسه جائز التصرف فاجاز يكون من صغريات ما تقدم في الأمر الأول.

والكلام في المقام انما هو فيما لو باع بنفسه، فان بنينا على انه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان

والا فلو صار كذلك فاجاز صح البيع لكونه عقداً اجازه المالك،

ولا يتوهم في المقام عدم الاحتياج الى الإجازة - كما ذكرناه في بيع المرهون فانه يدفعه ان العقد في حال الانشاء وان كان مستندا الى المالك تكويننا الا ان الشارع الأقدس الغى هذا الاستناد، فيحتاج الى الإجازة تحقيقاً للإستناد.

الثانية: ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع او غيره [١] لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو: ما لو باع شيئاً، ثم ملكه، وهذه تتصور على صور، لأنّ غير المالك اما ان يبيع لنفسه او للمالك، و الملك اما ان ينتقل اليه باختياره كالشراء او بغير اختياره كالارث ثم البائع الذي يشتري الملك، اما ان يجيز العقد الأول و اما ان لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له، والمهم هنا التعرّض، لبيان ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك واجاز ومالو باع واشترى ولم يجز ويعلم حكم غيرهما منهما. اما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها [٢] فظاهر المحقّق في باب الزكاة من المعتمد: فيما اذا باع المالك الثّصاب قبل اخراج الزكاة او رهنه، أنّه صحّ البيع والرّهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصّة الفقراء، قال الشّيخ صحّ البيع والرّهن. و فيه اشكال لأنّ العين مملوكة واذا ادّى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً فافتقريها الى اجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

بل يظهر ممّا حكاه عن الشّيخ عدم الحاجة الى الاجازة الاّ ان يقول الشّيخ بتعلّق الزكاة بالعين كتعلّق الدين بالرّهن، فإنّ الرّاهن اذا باع ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم، ولم يحتاج الى اجازة مستأنفة. وبهذا القول صرّح الشهيد رحمه الله في الدروس وهو ظاهر المحكي عن الصّيمري والمحيي عن المحقّق الثاني في تعليق الارشاد، وهو البطلان

من باع شيئاً ثم ملك

[١] قوله الثانية: ان يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع او غيره. لكن المعنون في كلمات الأصحاب المسألة الاولى وهى ما لو باع شيئاً ثم ملكه، وهذه تتصور على صور الا ان المهم منها اثنان.

[٢] احدهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه واجاز، والأقوال فيها ثلاثة:

الأول: البطلان اختاره صاحب المقاييس رحمه الله.

الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق والشيخ رحمه الله و جمع آخرون.

و مال اليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه، و الاقوى هو الاول للأصل [١] و العمومات السليمة عمّا يرد عليه ما عدا امور لفقها بعض من قارب عصرنا ممّا يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح و جامع المقاصد.

الأول: أنّه قد باع مال الغير لنفسه و قد مرّ الاشكال فيه، [٢] و ربّما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه أنّه قد سبق أنّ الاقوى صحّته [٣] و ربّما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان. [٤]

الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نسب ذلك الى المصنف رحمه الله، و في النسبة ما لا يخفى، فان منشأها افتاءؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة ايضاً ان اغترم حصة الفقراء، مع انه يمكن ان يكون ذلك من جهة ذهابه قده الى ان تعلق الزكاة بالعين من قبيل حق الرهانة او الجناية، و يمكن ان يكون للنص الخاص.^(١)

[١] و كيف كان: فقد استدلل المصنف للصحة - مضافاً الى العمومات - بالأصل: وفيه انه ان اراد بالأصل هو اصاله البراءة، فيرد عليه: ان الأصل في المعاملات هو الفساد. و ان اراد به اصاله البراءة، فيرد عليه: انه رحمه الله بنى على عدم الرجوع اليها عند الشك في جزئية شيء او شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدم منه في مقدمة الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، ولكن على المختار لا باس بالاستدلال به ايضاً

فمقتضى العمومات و الأصل هي الصحة.

و قد استدلل للبطلان بامور:

[٢] الأول: انه قد باع مال الغير لنفسه، و قد مرّ الاشكال فيه، و ربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

[٣] و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان الأقوى صحته

[٤] قال و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك

مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان.

توضيح المقام: ان عمدة الأشكال في تلك المسألة انما هي امران.

احدهما: انه بناءً على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسة المعوض، وبالعكس الفضولي البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة و البيع. الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

اما الاشكال الأول: فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من ان الفضولي انما يبيع للمالك و يبني على انه هو المالك، جرى ذلك في المقام.

و ما افاده المحقق النائيني رحمته في المقام من ان مبني هذا الجواب على ان الغاصب سارق الاضافة و يرى نفسه المالك و هذا لا يجري في المقام لأنه لم يسرق الاضافة و لم يغصب المال، و عليه فليس له قصد المعاوضة، ثم قال: الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع، فكأنه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد. يرد عليه:

اولاً: ان الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب، بل هو جار في كل من يبيع مال الغير لنفسه، و لا فرق عليه بين ان يملكه فيما بعد و عدمه.

و ثانياً: انه لو لم يكن قاصداً لذلك لم يفد ما افاده اخيراً، فان من يطمئن بانه سيملك لا يرى نفسه مالكا بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على المالكية فيرجع الى ما تقدم.

و اما الاشكال الثاني: فاجابوا عنه هناك: بانه بعد فرض كون البائع قاصدا للبيع للمالك، و بانياً على انه هو المالك، الإجازة من المالك تتعلق بالأول دون الثاني، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، و هذا الجواب لا يجري في المقام، فان البائع انما يبيعه للمالك و حين الإجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له.

الثاني: أنا حيث جَوَّزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضى المالك و القدرة على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز [١] لأنَّه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم اجازته و عدم وقوع البيع عنه، و فيه أنَّ الثَّابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد ام لا لأنَّ الدَّاعي على اعتبار الرضا سلطنة النَّاس على اموالهم و عدم حلِّها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم، و قبح التصرف فيها بغير رضا هم. و هذا المعنى لا يقتضي ازيد ممَّا ذكرنا. و اما القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد، و لا يكفي بحصولها فيمن هو مالك حين الاجازة، و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحَّة البيع المذكور لأنَّ الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها

فتحصل: ان ما افاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك، ولكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح و دفع هذا الاشكال - من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فاجازه المالك صح و وقع للغاصب، و لو باع لنفسه مع البناء عليها، فحيث ان انشاءه بالمطابقة يدل على تملك المعوض، و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الإلزامي فيقع له، كماله اجازة المدلول المطابق فيقع للغاصب - يجري في المقام كما لا يخفى. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

[١] الثاني: ان بيع الفضولي لا بد و ان يكون واجداً لجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى الاجازة، بحيث لو لحقته الاجازة صح فعلاً، و حيث ان من جملة شرائط صحة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحاً بالصحة التاهلية - و لا ينتظر في ترتب الأثر عليه سوى الاجازة - كون من يراد وقوع البيع له قادراً على التسليم و امكان الرضا منه - كما في عقد الفضولي في سائر المقامات و المقام ليس كذلك - فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، و هو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة في النقل - اي قدرة من بيده امر المال و كذلك رضاء - فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التاهلية، فلا يمكن تصحيحه بالاجازة. هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه. هذا الأمر.

الثالث: ان الاجازة حيث صحّت كاشفة [١] على الاصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، وفيه منع كون الاجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المبيز من حين العقد، [٢] حتّى فيما لو كان المبيز غير المالك حين العقد، فإنّ مقدار كشف الاجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات انّ العقد الذي اوقعه البائع لنفسه عقد صدر من اهل العقد في المحلّ القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه الاّ عدم رضا مالكة، فكما انّ مالكة الأوّل اذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني

و الجواب عنه: ان المراد من اعتبار الرضا في المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب ﴿اوفوا﴾ ففي المقام موجود، فان حال الإجازة هو حال انفاذ المعاملة.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا المالك في حال العقد، فيرد عليه: انه غير معتبر قطعاً لأنّه في اغلب موارد بيع الفضولي لا يكون ذلك موجوداً اما للكرهية او للغفلة او لغيرهما، و لم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية. و على اي تقدير لا دليل عليه. و ان كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو اول الدعوى، و لا دليل عليه.

و اما القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف ﷺ تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، و هو ايضاً لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضي اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تنتسب هي اليه. و حيث ان حال الإجازة حال الإلتزام بها و انفاذها، و المفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع، و لو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيرده ما افاده الشيخ ﷺ من: ان الكلام بعد فرض اجتماع العقد لجميع الشرائط. [١] الثالث: ان الإجازة كاشفة في موارد صحتها، و الإلتزام به في المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول في ملكه.

[٢] و اجاب عنه المصنف ﷺ بما حاصله: أنّا نلتزم في المقام بخروج المال عن

إذا رضي يقع البيع له ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممّن هو مالك حال العقد، وحينئذ فإذا ثبت بالدليل فلا محيص عن القول بأنّ الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول ازمنة قابليته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعيّ حتّى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لابدّ من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلاً أو شرعاً أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت ان لا كلام في مقتضى الصحة، ولذا لم يصدر من المستدلّ على البطلان، وأنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابليّة تأثيرها، ولا يتوهم أنّ هذا نظير ما لو خصّص المالك الاجازة بزمان متأخّر عن العقد، إذ

ملك المجيز من اول ازمنة قابليته، لأنّه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، وعليه فإذا صدر العقد ورضي المالك الفعلي به واجازه يقع البيع له، ولازمه خروج المال عن ملكه من اول ازمنة قابليته للتأثير. الذي يلوح من صدر كلامه ويصرح به في آخره: انه ﷺ ظن ان صاحب المقاييس لا كلام له في وجود المقتضى للصحة، وانما كلامه في وجود المانع، فاجاب عنه: بان المانع انما يمنع عن التأثير في الملكية من حين العقد، ولا يمنع عن التأثير في الملكية من بعد حصول الملك للبائع.

ولكن الظاهر من كلامه ﷺ انه لا مقتضى للصحة، وحاصل ما افاده: ان دليل صحة بيع الفضولي والقول بالكشف دليل واحد، وهو ان العقد انما هو نقل من حينه، والاجازة تتعلق بهذا، والإمضاء الشرعي متعلق بذلك ايضاً، وحينئذ ففي المقام لا يمكن شمول العمومات وادلة الإمضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة، وذلك لأنّه ان التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، وان التزمنا بشمولها له والإنتقال اليه من بعد صيرورته مالاً لزم الإلتزام بالتبعض في مضمون العقد، مع انه امر واحد والتزام فارد متعلق بنقل المال من حينه الى الابد ولا يتعدد.

التخصيص أنّما يقدح مع القابلية، كما أنّ تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق في دليل الكشف من أنّ معنى الإجازة امضاء العقد من حين الوقوع، أو امضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها، إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع: أنّ العقد الأول، أنّما صحّ وترتب عليه اثره بإجازة الفضولي، وهي متوقّفة على صحة العقد الثاني المتوقّفة على بقاء ملك مالكة الأصلي، فيكون صحة الأول مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك والمشتري معاً في زمان واحد، وهو محال لتضادهما [١] فوجود الثاني يقتضي عدم الاول وهو موجب

بتعدد الزمان كي يقال بتعلق الإمضاء ببعضه دون بعض، بل هو امر واحد اما يَمْضيه الشارع من الأول او لا يَمْضيه، فلا يقع الى الأبد. وفي باب الصرف والسلم دل الدليل الخاص على حصول النقل والانتقال من بعد القبض، وهو في المقام مفقود فعلى هذا المسلك في الكشف لا مناص عن البناء على البطلان في المقام. نعم بناءً على ما سلكه المصنف رحمته الله من ان العقد لا يكون مفاده سوى التملك، و الإجازة متعلقة بذلك، و الإمضاء متعلق به ايضاً، و لم يؤخذ الزمان فيه ابداً و انما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة في المقام للعمومات كما انه بناء على ما اخترناه في الكشف من الالتزام بالكشف الإنقلابي بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، اذ المال من حين العقد الى شراء البائع و انتقاله اليه ملك لمالكه الأول، و من ذاك الوقت الى زمان الإجازة ملك للمجيز، و بعد الإجازة يصير ملكية المشتري الاول من حين العقد فالخروج انما يكون من حين الإجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، و اما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات و خطاب ﴿اوفوا بالعقود﴾.

[١] الرابع ان صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثاني كي يصير المال ملكاً للمجيز فيجيز، و صحة الثاني تستلزم ملكية المالك الأصلي الى حين العقد الثاني، فعلى

لعدم الثاني أيضاً فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد و هو محال، فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي لأن صحته موقوفة على الاجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك و المستلزمه لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معاً في آن واحد، فيلزم اما بطلان عقد الفضولي مطلقاً، او بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا اليراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفي في الاجازة ملك المالك ظاهراً و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها في الحقيقة رفع اليد و اسقاط للحق، و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

اقول: قد عرفت ان القائل بالصحة ملتزم بكون الاثر المترتب على العقد الأول بعد اجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد. وحينئذ فتوقف اجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم، و توقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي الى زمان العقد مسلم ايضاً. فقله صحة الأول يستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الاصلي، نعم انما يلزم ما ذكره من المحال، اذا ادعى وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك حين العقد، ولكن هذا امر تقدم دعواه في الوجه الثالث. و قد تقدم منعه، فلا وجه لاعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى، نعم يبقى في المقام [١] الاشكال الوارد في مطلق الفضولي

الكشف يلزم اجتماع المالكين - اي المشتري الأول و المالك الأصلي - قبل العقد الثاني و بعد الأول على مال واحد في زمان واحد، و هو من اجتماع الضدين، و يلزمه اجتماع النقيضين، اذ لازم وجود احد الضدين عدم الآخر. و الجواب عن ذلك بعد الإلتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح.

[١] انما الكلام في المقام في الإشكال العام الذي اورده على القول بالكشف (و يذكر ذلك في المقام لمناسبة غير خفية) و هو: ان صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز، مالكا، لأن اجازة غير المالك كالعدم، و المفروض انها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد و قبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، و المصنف رحمه الله يسلم الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

على القول بالكشف و هو كون الملك حال الاجازة للمجيز والمشتري معاً، وهذا اشكال آخر تعرّض لاند فاعه اخيراً، غير الاشكال الذي استنتجته من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الاصلي و للمشتري. نعم يلزم من ضمّ هذا الاشكال العام الى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني. لوجوب التزام ملكية المالك الاصلي حتّى يصحّ العقد الثاني، و ملكية المشتري له، لأنّ الاجازة تكشف عن ذلك و ملكية العاقد له لأنّ ملك المشتري لا بدّ ان يكون عن ملكه، و الاّ لم ينفع اجازته في ملكه من حين العقد لأنّ اجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير الى غيره. ثمّ انّ ما اجاب به عن الاشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمّن و لا يغني، لأنّ الاجازة اذا وقعت فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها، لأنّ الاجازة لا تكون الاّ من المالك الواقعي و المالك الظاهري انما يجدي اجازته اذا لم ينكشف كون غيره مالكاّ حين الاجازة [١] و لذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته، لأنّ الملكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

الحق ان يقال في الجواب عن ذلك: انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الاجازة بما هي اجازة، بما هي اجازة، بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كي يكون النقل عن ملكه باجازته و امضائه، و عليه ففي المقام بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان و هو متحقق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور. واما على الكشف المختار فلا إشكال غير وارد اصلا لفرض اتصال ملكيته بالاجازة كما لا يخفى، مع انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكا له ان لم يجز، و ان لزم من الاجازة كونه ملكا لغيره، ونظيرها في ذلك الإقرار على ما في اليد بانه للغير، فانه لولا إقرار على ان ما في يده للغير يكون له و ان كان بالإقرار يكون لغيره، فايрад المصنف على صاحب المقاييس بقوله.

[١] المالك الظاهري انما يجدي اجازته اذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الاجازة و العقد الثاني من كفاية الملك الظاهري في الأول دون الثاني تحكم صرف، خصوصاً مع تعليله بأن الاجازة رفع لليد و اسقاط للحق، فليت شعري ان اسقاط الحق كيف يجدي و ينفع مع عدم الحق واقعاً، مع ان الاجازة رفع لليد من الملك ايضاً بالبدية، و التحقيق ان الاشكال انما نشأ من الاشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفة الاجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: ان الاجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول [١] و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من اجازته، كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الأول، فلا بد من اجازة المشتري البيع الثاني، حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر و توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الاعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الاصيل شيئاً من الثمن والمثمن و تملك

غير وارد اذ الظاهر ان ما ذكرناه مراد صاحب المقاييس من قوله يكفي في الاجازة ملك المالك ظاهراً فلا يرد عليه ما افاده المصنف رحمه الله:

[١] الخامس: ان الاجازة لما كشفت عن صحة العقد الاول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكاً للمشتري الأول، فصحة الثاني، تتوقف على اجازته، و هي تتوقف على صحة الأول المتوقفة على اجازة المشتري الأول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر، و ايضاً يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولي، و هو محال، فان لازمه عدم تملك المالك الاصيل شيئاً من الثمن والمثمن، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، اما عدم تملكه المثمن فلفرض انتقاله عنه بالبيع، و اما عدم تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه الى المالك الثاني و الثمن في العقد الثاني ينتقل الى المشتري الاول لوقوعه

المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمن و دون تمامه ان زاد الأول و مع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، و قد كان المبيع له ايضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر.

والجواب عن ذلك ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع.[١]
و الحاصل ان منشأ الوجوه الاخيرة شيء واحد والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة، قد نبه عليه في الايضاح و جامع المقاصد.

في ملكه، فيلزم انتقال المثلث والثمن في العقد الثاني الى المشتري الأول.
اما كون اللازم الأول محالا فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، و تملك المثلث على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين.

و اما كون الثاني محالا فلأن مقتضى المعاوضة ان يتملك المشتري بعوض بعينه، ولا يعقل تحققها وتخلف مقتضاها عنها.

[١] واجاب المصنف رحمه الله عن هذا الإيراد: بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد، و لو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور اصلا.

و اجاب السيد المحشي رحمه الله عن لزوم توقف كل من الإجازاتين على الأخرى و صحة العقد الثاني على اجازة المشتري الأول: بان بيع مال الغير انما يكون موقوفا على اجازته اذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، و في المقام انما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع والإجازة، ومثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفا على الإجازة فصحة العقد الثاني، واجازة المشتري الثاني لا تتوقفان على اجازة المشتري الأول. وفيه: ان جميع ما ذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها في المقام.

فالحق ان يقال: ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور، و اما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين العقد الثاني كما مر فالامر واضح

السادس: انّ من المعلوم أنّه يكفي في اجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمها، و لو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني، فقد نقل المال عن نفسه و تملّك الثمن و هو لا يجمع صحّة العقد الأوّل [١] فإنّها تقتضي تملّك المالك للثمن الأوّل و حيث وقع الثاني يكون فسخاً له و ان لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الاجازة المتأخّرة.

و بالجملة حكم عقد الفضولي قبل الاجازة، كسائر العقود الجائزة بل اولى منها فكما أنّ التصّرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي.

و الجواب انّ فسخ عقد الفضولي هو انشاء ردّه.

و أمّا الفعل المنافي لمضيّه كتزويج المعقودة [٢] فضولاً نفسها من آخر، و بيع المالك ماله المبيع فضولاً من آخر، فليس فسخاً له خصوصاً مع عدم التفاته الى وقوع عقد الفضولي

و اما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأوّل، فحيث ان العقد الثاني واقع في ملك المالك الأصلي فيصح بلا توقف على شيء و ينتقل ثمنه اليه، فاذا اجاز المشتري العقد الأوّل الذي اوقعه فضولاً لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأوّل بنحو النقل في الملكية والكشف في المملوك، و هذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فان هذا الإعتبار وارد على العقد. فتدبر فانه دقيق.

[١] السادس: ان العقد الأوّل انما يسح بالاجازة، و من شرائطها عدم مسبقيتها بالرد، و العقد الثاني يستلزم الرد، فانه لا يجمع العقد الثاني صحة الأوّل المقتضيه لتملك المالك للثمن الأوّل، فلا محالة يكون الثاني فسخاً للأوّل و ان لم يعلم بوقوعه، فلا تجدي الاجازة المتاخّرة.

[٢] و اجاب عنه المصنف رحمه الله: بان الرد والفسخ تارة: يكون بانشاءه قولاً او فعلاً، و اخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الاجازة.

والثاني على قسمين: احدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأساً. ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة الى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة الى غيره.

غاية ما في الباب أنّ الفعل المنافي لمضيّ العقد مفوّت لمحلّ الاجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحاً فات محلّ الاجازة، ويخرج العقد عن قابليّة الاجازة، أمّا مطلقاً، كما في مثال التزويج او بالنسبة الى من فات محلّ الاجازة بالنسبة اليه كما في مثال البيع، فإنّ محلّ الاجازة أتماّ فات بالنسبة الى الأوّل، فللمالك الثّاني ان يجيز، نعم لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعاً، ولعموم تسلّط النّاس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل أنّه ان اريد من كون البيع الثّاني فسخاً أنّه ابطال لاثّر العقد في الجملة فهو مسلّم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد مترزلاً بالنسبة الى المالك الثّاني فيكون له الاجازة، وان اريد أنّه ابطال العقد رأساً فهو ممنوع، اذ لا دليل على كونه كذلك، وتسمية مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان من حيث أنّه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث يكون الاجازة منه بعده لغوّاً، نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعدّ فسخاً فعليّاً، لم يبعد كونه كالانشاء بالقول، لكنّ الالتزام بذلك لا يقدر في المطلب

و في المقام بما انه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، والبيع ليس كالعقود موجبا لعدم بقاء المحل رأساً كي ينحل العقد رأساً، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه و اما الفضولي الذي اشتراه فمحل الاجازة بالإضافة اليه باق فلا مانع من شمول ادلة النفوذ له، ولا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فانه هناك لو لم ينحل لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، وهذا بخلاف المقام كما هو واضح.

وما افاده المحقق النائيني رحمته الله من: انه اذا كان فعل مفوتاً لمحلّ الاجازة، بالإضافة الى المتصرف كان مفوتاً لمحلها بالإضافة الى غيره ايضاً، اذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الإضافة مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محلّ الإجازة بالإضافة اليه ليس له الاجازة و الفضولي الذي اشترى المال لم يكن عد طرفي الاجازة فليس له ذلك ايضاً كما ليس له الرد.

اذ المقصود أنّ مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابليّة لحوق الاجازة.

وأمّا الالتزام في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي فلأنّ صحّة التصرف المنافي تتوقّف على فسخ العقد، وإلاّ وقع في ملك الغير [١] بخلاف ما نحن فيه، فإنّ تصرف المالك في ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقّف على فسخه، غاية الامر انه اذا تصرف فات محلّ الاجازة.

و من ذلك يظهر ما في قوله ﷺ اخيراً.

و بالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل اولى فإنّ قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلاً عن دعوى الاولوية، وسيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقّق به الرد.

يرد عليه: ان مآل هذا الى انه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد و ما تعلقت به الاجازة، وهذا هو الإشكال الثاني، والجواب عنه قد تقدم، والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

و ما اورده المحقق الايرواني رحمه الله عليه بان: البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الإجمال و ان لم يلتفت الى العقد و لم يعلم به، فكل فعل للمنا في فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد و فعل ما ينه فيه.

يمكن دفعه: بان انشاء الرد انما هو كسائر الإنشاءات متقوم بالقصد و بدونه لا يتحقق، فما افاده الشيخ رحمه الله متين.

[١] نعم ما ذكره اخيراً في وجه كون الفعل المنافي موجبا لإنفساخ العقد في البيع الخياري يمكن ان يورد عليه: بأنه اذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزماً لإنشاء الرد لم يرد الا بذلك، لأنه، لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، و اصاله الصحة في الفعل لا تصلح لاثبات تحقق قصد الرد. فتدبر،

مضافا الى انه قد تقدم عدم قدح الرد في تأثير الاجازة.

(المُباع): الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك [١] فإنَّ النهي فيها أمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة الى المخاطب و الى المالك فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي، و أمّا لبيان فساده بالنسبة الى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقاً فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقاً و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه ممّا لا يحتاج الى البيان

السابع: النصوص الخاصة، و هي طائفتان:

[١] الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس عندك، و قد تقدم^(١) في اوائل بيع الفضولي انها بحسب السند لا كلام فيها.

و تقريب دلالتها: انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة الى المالك و المخاطب، او بالنسبة الى خصوص المخاطب. و باطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع و لو صار مالكا و اجاز.

بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج الى البيان.

و اجاب عنها المصنف رحمه الله: بعد نقل الروايات الخاصة بانها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، و هذا لا ينافي ترتب الأثر عليه اذا لحقه الإجازة. و فيه: ان مقتضى اطلاقها عدم ترتب الأثر عليه و ان اجاز و اجابوا عنها باجوبة اخر احسنها جوابان - و قد تقدما -

احدهما: ان الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كليا ام شخصيا و حيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حملة اما على النهي عن بيع ما ليس مملوكا له. او على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثاني اقرب لا كلام في عدم اقربية الأول.

الى البيان، و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة اليه قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يقول لي: اشتري هذا الثوب وهذه الذّابة و بعنيها اربحك كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك اشتريها ولا تواجهه قبل ان تستوجبها او تشتريها.

ورواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب و اربحك كذا وكذا قال: اليس ان شاء اخذ وان شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، انما يحلّل الكلام و يحرمّ، الكلام بناء على ان المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيّاً و يحرمّ اثباتاً، كما فهمه في الوافي، او يحلّل اذا وقع بعد الاشتراء و يحرمّ اذا وقع قبله او ان الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرمّ اذا كان بعنوان العقد الملزم. و يحلّل اذا كان على وجه المساومة والمراضة.

وصحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعاً لعليّ اشتره منك بنقد او نسيه، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه.

وصحيحة منصور بن حازم عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل امر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال لا بأس بذلك، انما البيع بعد ما يشتريه.

وصحيحة معاوية بن عمّار قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب منّي بيع الحرير و ليس عندي شيء، فيقاولني و أقاوله في الرّبح و الاجل، حتّى يجتمع على شيء، ثم اذهب لاشتري الحرير فادعوه اليه، فقال: رأيت ان وجد مبيعاً هو أحب إليه ممّا عندك أتستطيع أن تصرف إليه عنه و تدعه، قلت نعم قال: لا بأس و غيرها من الروايات

الطائفة الثانية النصوص الخاصة، كصحيح يحيى بن الحجاج ^(١) وخبر خالد بن الحجاج ^(٢) وصحيح محمد بن مسلم ^(٣) وصحيح منصور ^(٤) وصحيح معاوية ^(٥) المذكورة جميعاً في الكتاب

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب العقود حديث ٨.

(٢) نفس المصدر ج ٦.

(٣) المصدر ج ٧.

(٤) نفس المصدر حديث ١٣.

(٥) نفس المصدر حديث ٤.

و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر، في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وأنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله، فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري الزام و التزام سابق لذلك المال

و الجواب عن العمومات أنها انما تدلّ على عدم ترتّب الاثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجزّ على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتّب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرّف في الثمن و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع، و منه يظهر الجواب عن الاخبار [١] فإنّها لا تدلّ خصوصاً بملاحظة قوله ﷺ و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها الا على انّ الممنوع منه هو الالتزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى اجازة و هي المسألة الآتية اعني لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة الى الاجازة و سيأتي انّ الاقوى فيها البطان، و ما قيل من انّ تسليم البائع للمبيع، بعد اشترائه من المشتري الأوّل مفروض في مورد الروايات و هي اجازة فعلية مدفوع بأنّ التسليم اذا وقع باعتقاد البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنّه ممّا لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعدّ اجازة و لا يترتّب عليه أحكام الاجازة في باب الفضولي، لأنّ الاعتبار في الاجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال، لأنّ ما يدلّ على اعتبار طيب النفس في صيرورة

[١] و المصنف رحمه الله اجاب عنها اولا بما حاصله: انها تدل على المنع عن الالتزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى الاجازة، و هذا لا ينافي الصحة مع الاجازة. ثم رجع عن ذلك و التزم بدلالته على الفساد من جهة ان عدم ترتّب الاثر المقصود على عقد الا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض و الاجازة لا يقتضي النهي عنه بقول مطلق، بل لا بد من النهي عنه مقيدا بتجرده عن ذلك القيد. فاطلاق النهي يقتضي الفساد حتى مع الاجازة.

و الحق في المقام ان يقال: ان الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في ارادة بيع الكلي، و تدل على انه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى

مال الغير حلالاً لغيره يدلّ على عدم كفاية ذلك، نعم يمكن ان يقال: ان مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المتقدمة، بأن المشتري إن شاء أخذوا ان شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الاصيل. وهذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدّم، من أنّه ليس للأصيل في عقد الفضولي المعاملة قبل اجازة المالك اورده لكن الطاهر بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدّم إرادة اللزوم من الطرفين.

والحاصل ان دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على التّهي عن البيع قبل الملك ممّا لا مساغ لانكاره، و دلالة التّهي على الفساد أيضاً ممّا لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلاّ أنّا نقول أنّ المراد بفساد البيع عدم ترتّب ما يقصد منه عرفاً من الآثار في مقابل الصّحة التي هي امضاء الشارع، لما يقصد عرفاً من انشاء البيع مثلاً لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه، على الوجه الذي يقصده اهل المعاملة، كأن يترتّب عليه بعد البيع الثقل والانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله على تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتّب جميع ذلك عليه و هو لا ينافي قابليّة العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد

المشتري الأول، و قد اتفق النص و الفتوى خلافا للعامة على جواز ذلك، فيتعين حملها على التّقية - كما يظهر من بعض النصوص المجوزة - او الكراهة.

و ما ذكره بعض الاساطين و امضاه المصنف في آخر هذا الفرع من الحكم في موردها وان كان يحمل على التّقية الا ان ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل و هو يقتضى البطلان في بيع الشخصي.

يرد عليه: ان عموم التعليل لا يقبل التبويض بان يحمل على التّقية او الكراهة في بعض موارد و هو الكلي، و الأخذ بظاھر في موردّه الآخر، لاسيما و ان مورد وروده الكلي، اذ بقاءه في غير مورد الأخبار و القائه في موردها بعيد جدا. فهذه النصوص ساقطة. و اما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الكلام فيه في مبحث المعاوضة وعرفت انه قاصر سنداً و دلالة.

اما الأول: فلدوران الراوي بين ابن بختج و ابن الحجاج و الأول مجهول

او ممّن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة التّهي على الفساد، وقوع المنهي عنه لغواً غير مؤثّر اصلاً، كما يستفاد من وجه دلالة التّهي على الفساد فإنّ حاصله دعوى دلالة التّهي على إرشاد المخاطب و بيان أنّ مقصوده من الفعل المنهي عنه و هو الملك و السّلطنة من الطّرفين لا يترتّب عليه، فهو غير مؤثّر في مقصود المتابعين لا أنّه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللّهم الاّ أن يقال: أنّ ترتّب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرّد أنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع، مقيداً بانضمام بعض الأمور اللاحقة، كالقبض في الهبة و نحوها، والاجازة في الفضولي لا يقتضي التّهي عنها بقول مطلق، اذ معنى صحّة المعاملة شرعاً أن يترتّب عليها المدلول المقصود من انشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط، لا يوجب النهي عنه الا مقيد ابتجده عن لحوق ذلك الشرط فقصدتهم ترتّب الملك المنجزّ على البيع قبل التّمكّك بحيث يسلمون الثّمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. فالانصاف أنّ ظاهر التّهي في تلك

و اما الثاني: فلأنّ الظاهر منه ثبوت البأس في صورة الزام المواعيد بقبول السلعة، و وجهه عدم تحقق البيع في مفروض السّؤال و يكون قوله لا يملك انما يحلل الكلام و يحرم الكلام بيانا لذلك، لأنّ المراد بالكلام بالإلتزام البيعي، والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبة اليه محللية الإيجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري. و تمام الكلام في محله.

و اما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الإشتراء. توضيح ذلك ان ايجاب البيع عبارة عن اقراره و اثباته على الوجه الذي لا يبقى مجال لحله و فسخه من الطرفين بنحو يكون الإشتراء مقدّمة للوفاء لا لتتميم المعاملة - قبل استيجابها اي جعل البيع لازماً على نفسه - او الإشتراء - اي التملك المجامع مع الخيار - والنهي عنه ارشاد الى عدم تحقّقه، فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك. و هذا مما لا كلام فيه. فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه.

الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، وعدم ترتب اثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الاجازة. وأما صحته بالنسبة الى المالك اذا اجاز، فلأنّ النهي راجع الى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرّض فيه لحال المالك اذا اجاز، فيرجع فيه الى مسألة الفضولي. نعم قد [١] يחדش فيها انّ ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة و رודהا في بيع الكلّي، و أنّه لا يجوز بيع الكلّي في الذمة، ثمّ اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري الأوّل، و المذهب جواز ذلك و ان نسب الخلاف فيه الى بعض العبائر، فيقوي في النفس أنّها و ما ورد في سياقها في بيع الشّخصي أيضاً كروايتي يحيى و خالد المتقدمتين أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التّقية، لأنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامّة، كما صرّح به في بعض الاخبار مستنديّن في ذلك الى النهي عن بيع ما ليس عندك. لكنّ الاعتماد على هذا التّوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشّخصي و عموم مفهوم التّعليل في الاخبار الواردة في بيع الكلّي خلاف الانصاف اذ غاية الامر حمل الحكم فى مورد تلك الاخبار و هو بيع الكلى قبل التّلك على التّقية، و هو لا يوجب طرح مفهوم التّعليل رأساً فتدبّر.

[١] قوله نعم قد يחדش فيها انّ ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة و رודהا في بيع الكلى. هذا استدراك عما ذكره بقوله فالانه 'ف ان ظاهر النهي فى تلك الروايات. و الغرض انه ربما يחדش فى تلك الروايات و حاصلها ان دلالتها على المنع متوقف على امور- شمولها لبيع الشّخصى و دلالتها على التحريم و الارشاد الى الفساد و ظهورها فى كونها فى مقام بيان الحكم الواقعى. و حيث ان اكثر الروايات و اردة فى بيع الكلى و انه لا يجوز بيع الكلى فى ذمته ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري فهى لا تشمل ما هو موضوع البحث. و خبرا يحيى و خالد و ان كانا فى بيع الشّخصى لما فيهما من اشتر لى هذا الثوب، من جهة وحدة سياقهما مع الروايات الخاصة الاخر يحملان على التّقية او الكراهة، و تقدم ما هو الحق عندنا فلا نعيد.

فالاقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور، و ممّا يؤيد المنع مضافاً الى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد [١] الطائي الواردة في نكاح العبد بغير اذن مولاه، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: اني كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير اذن مولاي، ثم اعتقني بعد فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنّك تزوّجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك، الخبر.

فإنّها ظاهرة بل صريحة في أنّ علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوّغة للبقاء مع إجازته او بدونها لم يحتج الى الاستفصال عن أنّ المولى سكت ام لا، للزوم العقد على كلّ تقدير.

[١] قوله و مما يؤيد المنع مضافاً الى...رواية الحسن^١ بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد.

هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فانه وان كان الحسن مجهول الحال، الا ان الراوى عنه ابان الذي هو من اصحاب الاجماع واما من حيث الدلالة فقد افيد في وجهها انها صريحة في ان علة البقاء هو اقرار المولى المستفاد من سكوته فلو كان الاعتناق وحده او مع الاجازة بعده مسوغاً للبقاء لم يكن هناك حاجة الى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كلّ تقدير و فيه اولاً ان في اعمال العبد خصوصية ليست في غيره، و هي عدم استقلاله في التصرف و اندكاه سلطانه في سلطان مولاه - و لذا لو باع مال غيره توقف صحته على اجازة مولاه او اذنه، فعدم الصحة في المقام بمجرد الاعتناق او مع الاجازة لا يلزم عدم الصحة في البيع

وثانياً انه يمكن ان يكون نظره عليه السلام و غرضه تصحيح الزواج من الاول لا عمية نفعه و اتمية فائدته - او يقال ان المعلول يستند الى اسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة.

ثم ان الواجب على كلّ تقدير هو الإقتصار على مورد الرويات، [١] وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقّب لاجازة المالك ولا لاجازة البائع اذا صار مالكا، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمته الله في التذكرة، نافياً للخلاف في فساد، قال: لا يجوز ان يبيع عيناً لا يملكها ويمضي ليشترىها ويسلمها. وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافاً لقول النبي ﷺ لا تبع ما ليس عندك ولاشتمالها على الغرر، فإنّ صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها، ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفاً في الذمة سواء كان حالاً أو مؤجلاً فإنّه جائز اجماعاً، انتهى.

وحكى عن المختلف ايضاً الاجماع على المنع ايضاً، واستدلّاه بالغرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقّب لاجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه، فحينئذ لو تبايعا على ان يكون العقد موقوفاً على الاجازة، فاتفقت الاجازة من المالك او من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الاخبار ولا في معقد الاتفاق ولو تبايعا على ان يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون اجازته، فظاهر عبارة الدروس أنّه من المبيع المنهي عنه في الاخبار المذكورة حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره، ثم انتقل اليه فجاز ولو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه، انتهى.

لكن الانصاف ظهورها في الصورة الاولى وهي ما لو تبايعا قاصدين لتجنّز النقل

صور بيع من باع شيئاً ثم ملك

[١] قال المصنف ان الواجب على كل تقدير هو الإقتصار على مورد الرويات. وتنقيح القول في المقام: ان البائع ربما يبيع لنفسه، وربما المالكه، وثالثة يبيع للاجنبي. اما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزاً بحيث يرى نفسه ملزماً في ذلك فيشتري المبيع من مالكة مقدمة للوفاء بعقده. واخرى: يبيع على ان يكون العقد موقوفاً على

والانتقال و عدم الوقوف على شيء [١] وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم، وأصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسيئة ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فاجازه. فالظاهر أيضاً الصحة لخروجه عن مورد الاخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد السابق كان أنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه، ويمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الأشكال في عكس المسألة، وهى ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازه المالك لنفسه فتامل

الإجازة، وثالثة يبيع على ان يكون اللزوم موقوفاً على التملك.

[١] والمصنف ادعى: ان المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، وان الأخيرين باقيا تحت العمومات المقتضية للصحة. واستظهر من تعليل العلامة ﷺ للفساد بالغرر وعدم القدرة على التسليم: ان ما هو مفتي به عند الأصحاب هو هذا الفرض.

وأورد عليه المحقق النائيني ﷺ، بما حاصله يرجع الى امرين

احدهما: ان الأخبار مطلقة، والمراد من التعليق ان كان هو التعليق البنائي فقد تقدم ان البناء القلبي لا يؤثر في الصحة والفساد في باب المعاملات، وان كان هو التعليق في المنشأ فقد اجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار، وهو انما يكون مقابلاً للإلتزام العقدي من المالك، وليس العقد منسوباً الى البائع في المقام. والإسم المصدري غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه.

ولكن ظاهر المصنف ﷺ اختيار الشق الأول و ادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول، وهو البيع المنجز، والملمز عرفاً ورد النهي عنه بالخصوص، و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده.

و وجه استظهاره: ان متعلق النهي في بعضها مواجبة البيع و اقراره المساوق لكونه منجزاً، وقوله ﷺ: انما البيع بعد ما يملكه في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك فان البيع

ظاهر في التملك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، اذ مع الملكية لا تملك بالفعل لإتحد الوجود والإيجاد

و بهذا يندفع كلا الإيرادين: اما الأول: فواضح، و اما الثاني: فلأن المراد باللزوم المعلق على التملك ليس هو لزوم العقد شرعا، بل لزومه عرفا.

و له قد اخذ الشق الثاني. ودعوى الإجماع على مبطلية التعليق، مندفة بانها تتم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها. فراجع ما ذكرناه.

واورد المحقق الإيرواني رحمته على ما استظهره من تعليل العلامة رحمته: بان الشراء مترقبا او غير مترقب لا اثر له في رفع الغرر و حصوله و لا في القدرة و عدمها، فان توطین النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الاجازة كتوفين النفس على الإلتزام بالمبيع المجهول على اى وجه كان فى عدم رفعه للفرد.

و فيه: ان البيع مترقبا للاجازة لوجب القطع بعدم الإنتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما اذا كان البيع منجرأ ملا غرر في الأول، كما ان البائع بعد تملكه يكون شرعا قادرا على تسليمه.

فتحصل: ان ما ذكره المصنف رحمته تام، و ان كان ما افاده من الفساد فى الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تام كما تقدم.

و اما الصورة الثانية: قد ذهب المصنف رحمته الى انها غير مشمولة لنصوص المنع، و هو كذلك

ثم اورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الإجازة لا متعلق لها لأن العقد كان انشاءً للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه.

فاجاب عنه: بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال في عكس المسألة: بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقديدية لا تعليلية.

و لكنّه يمكن ان يورد عليه: بانه في عكس المسألة على مبنى الصنف رحمته - من

ولو باع لثالث معتقد التملكه او بانيا عليه عدوانا، فإن اجاز المالك فلا كلام في الصّحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وان ملكه الثالث واجازه او ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنّه داخل في المسألة السابقة.

ان حقيقة البيع هي المعاوضة - لا يتصور بيع الغاصب لنفسه الا بايقاع البيع للمالك بما انه مالك و ادعاء انه المالك فلذا التزموا بذلك و اما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك و ذاته وعنوان المالك و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة فوقع البيع للمالك بعد الشراء واجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك، و حيث لا سبيل اليه فلا وجه للحكم بالصحة.

و اما بناءً على ما ذكرناه من ان البيع ليس معاوضة بل حقيقته الاعطاء لا مجانا، فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول باجازه المالك الثاني، و تصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

[١] و اما الصورة الثالثة: ففيها فرضان:

الأول: ان يكون ذلك الغير موكلًا اياه في هذا البيع او تحت ولايته.

الثاني: ان يكون اجنبيا عنه.

اما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم والمدرک، اذ

البيع للنفس ثم الإشتراء اعم من البيع بالمباشرة او التسبيب - هكذا قيل

ولكن الإنصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى و عدم شمولها لهذا

المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد

و هو انه لو باع بانيا على ملكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة او بدونه -

على تقدير عدمه - فان اجاز المالك صح للمالك على الأول، و لذلك الغير على الثاني.

وان ملكه الثالث فاجاز صح له، و ان ملكه البائع فاجازه صح له على التقدير الأول، و

للبيع على الثاني.

ثم أنه قد ظهر ممّا ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الاخرى وهي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإنّ الظاهر بطلان البيع الأوّل [١] لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقيناً، [٢] مضافاً إلى قاعدة تسلّط الثّاس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب الثّفس [٣] فإنّ المفروض أنّ البائع بعدما صار مالكا لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الأوّل، و التزّامه قبل تملكه بكون هذا المال المعيّن للمشتري ليس التّزاماً ألاّ بكون مال غيره له.

حكم ما اذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثّانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال المصنف

[١] الظاهر بطلان البيع الأوّل.

[٢] وقد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقيناً^(١)

[٣] إذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الأوّل، والتزامه القبلي لم يكن الا التّزاما يكون مال غيره له.

ولكن يرد عليه: ان ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقيناً، من غير ان يفصل بين كون البيع منجزاً ام معلقاً على تملك البائع او اجازته، ينافي ما ذكره قبل اسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأوّل، اللهم الا ان يقال: ان مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزاً.

والصحيح ان يستدل له: بانه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك، وفي المقام لا يكون مستنداً اليه، اذ المراد من الإستناد الى المالك ليس قيام الإنشاء به،

بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك، وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافاً اليه لعدم التملك، و بعده لا يستند اليه لعدم الإجازة.

اللهم إلا أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد و شرط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال اليه [١] وان كان قبل ذلك اجنبياً لاحكم لوفائه ونقضه، ولعله لأجل ما ذكرنا رجح فخرالدّين في الايضاح: بناء على صحّة الفضولي صحّة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقّف على الاجازة قيل: ويلوح هذا من الشّهد الثاني في هبة المسالك. وقد سبق استظهاره من عبارة الشّيخ المحكيّة في المعبر، لكن يضعفه انّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب [٢] والمقام مقام استصحاب حكم الخاصّ لا مقام الرجوع إلى حكم العامّ فتأمل. مضافاً إلى معارضة العموم المذكور.

وبعبارة اخرى: الإضافة الى المالك امر قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

[١] وقد استدل لعدم الحاجة الى الإجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود^(١). بتقريب: ان العقد صادر من هذا الشخص، والمانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، اذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، وبعد زوال المانع و صيرورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء اليه. و اجاب عنه المصنف رحمه الله بجوابين:

[٢] احدهما: ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام.

وفيه: ان عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد في بعض الأزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه، اذ لا وفاء للالتزام بمال الغير.

فالباقي قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمو لا لدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالما، ثم صار كذلك،

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه..... ١٥٩

بعموم سلطنة الناس على اموالهم و عدم حلّها لغيرهم إلاّ عن طيب النّفس [١] و فحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدّمة في نكاح العبد بدون اذن مولاه، و أنّ عتقه لا يجدي في لزوم النّكاح لو لا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الاجازة، ثمّ لو سلّم عدم التّوقّف على الاجازة، فإنّما هو فيما اذا باع الفضولي لنفسه. أمّا لو باع فضولاً للمالك او لثالث ثم ملك هو

فهل يتوهم فيه كونه مورداً لاستصحاب عدم وجوب الإكرام، مع انه لو سلم كونه مشمولاً لدليل العام في نفسه و خروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجاً عنه من الأوّل لا من الوسط لا يكون مورداً للإستصحاب حكم الخاص، مضافاً الى ذلك كله ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. و تمام الكلام في محله.

[١] الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على ^(١) سلطنة الناس على اموالهم، و ^(٢) عدم حلّها لغيرهم الا عن طيب النفس.

و قد يورد عليه: بان هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه و خروجه عن ملكه من دون رضاه،

و اما اذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأوّل بمجرد اشتراء البائع - من جهة ان البيع الأوّل مقتضى لدخول المال في ملك المشتري و كونه ملكاً للغير مانعاً، فاذا زال المانع اثر المقتضى اثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالك الاصلى.

فالصحيح ان يجاب عنه: بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلي، و بعده لا اجازة منه كي يستند اليه، و مع عدم الإستناد لا يكون مشمولاً للعمومات. فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الواسائل - باب ٣ - من باب ابواب مكان المصلى حديث ١ - ٣.

فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة الى البائع اشكل، [١] ولو باع وكالة عن المالك، فبان انزاله بموت الموكل فلا اشكال في عدم وقوع البيع له بدون الاجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع اجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف، و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية، فانكشف كونه ولياً. واما ان يبيع لنفسه فالصور أربع:

الاولى: ان يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً على البيع، فلا ينبغي الاشكال في اللزوم حتى على القول بطلان الفضولي، [٢]

[١] قوله فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة الى البائع اشكل. وجه الاشكالية عدم الاضافة اليه من جهة عدم قصد البيع لنفسه. وفيه انه لا يتم مسلكه قده من كون البائع لغير المالك انما يبيع لعنوان المالك فانه اذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك.

لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية أو لعدم الملك، و على كل منهما اما ان يبيع عن المالك او عن نفسه، فالصور أربع:

الاولى: ان يبيع عن المالك فانكشف كونه ولياً،

[٢] واختار المصنف رحمته في هذه الصورة صحة البيع و عدم توقفها على الاجازة و تبعه غيره.

والوجه في ذلك ان المفروض كونه ولياً فلا يكون فضولياً، و سائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، فالعقد صادر من اهله واقع في محله فتشمله ادلة النفوذ و ان لم يكن البائع عالمًا به.

و دعوى ان العلم بالولاية جزء الموضوع، مندفعة بكون ذلك خلاف ظاهر الادلة.

لو باع معتقد الكونه غير جائز التصرف..... ١٦١

لَكِنَّ الظَّاهِرَ مِنَ الْمُحْكَمِيِّ عَنِ الْقَاضِي: أَنَّهُ إِذَا أَدَانَ السَّيِّدَ لِعَبْدِهِ [١] فِي التَّجَارَةِ، فَبَاعَ وَاشْتَرَى وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِأَدَانِ سَيِّدِهِ، وَلَا عَلِمَ بِهِ أَحَدٌ لَمْ يَكُنْ مَأْذُونًا فِي التَّجَارَةِ وَ لَا يَجُوزُ شَيْءٌ مِمَّا فَعَلَهُ، فَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ ذَلِكَ وَ اشْتَرَى وَ بَاعَ جَازِمًا فَعَلَهُ بَعْدَ الْأَدَانِ وَ لَمْ يَجْزَ مَا فَعَلَهُ قَبْلَ ذَلِكَ، فَإِنْ أَمَرَ السَّيِّدُ قَوْمًا أَنْ يَبَايَعُوا الْعَبْدَ وَ الْعَبْدُ لَا يَعْلَمُ بِأَدَانِهِ لَهُ كَانَ يَبِيعُهُ وَ شَرَاؤُهُ مِنْهُمْ جَائِزًا، وَ جَرَى ذَلِكَ مَجْرَى الْأَدَانِ. الظَّاهِرُ فَإِنْ اشْتَرَى الْعَبْدُ بَعْدَ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِهِمْ وَ بَاعَ جَازَ، انْتَهَى.

و عَنِ الْمُخْتَلَفِ الْإِيرَادِ عَلَيْهِ بِأَنَّهُ لَوْ أَدَانَ الْمَوْلَى وَ لَا يَعْلَمُ الْعَبْدُ، ثُمَّ بَاعَ الْعَبْدُ، صَحَّ لِأَنَّهُ صَادَفَ الْأَدَانَ وَ لَا يُؤْثِّرُ فِيهِ أَعْلَامُ الْمَوْلَى بَعْضَ الْمَعَامِلِينَ، انْتَهَى وَ هُوَ حَسَنٌ.

من جهة ان الأحكام تدور مدار موضوعتها واقعا، واناظتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود.

[١] قوله لكن الظاهر من المحكى عن القاضي انه اذا اذن السيد العبد

يحتمل ان يكون، نظر القاضي ﷺ الى ان حقيقة الاذن الذى هو الاعلام واطهار الرضا والرخصة انما تكون اذا كان بحضرته من يظهر له، و الافلا يعقل الاظهار و الارائة فمع عدم اطلاع الغير لا يكون اذن، وعليه فما ذكر من خصوص المعاملين فى كلامه من باب المثال و يشهد له قوله فى ذيل كلامه فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز و على هذا فلا مورد لا يراد المختلف عليه كما لا يخفى

نعم يرد عليه ما ذكرناه فى اوائل عقد الفضولى من كفاية الرضا و طيب النفس الواقعى فى الخروج عن الفضولية.

واورد السيد قده على ما اختاره المصنف: بان العقد و ان صدر عن من كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بانه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص، و مجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، اذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله فى الصلاح، فيكون الاختيار فى التعيين اليه، فلا فرق بين هذه الصورة و بين ما لو بان كونه مالكا.

الثانية: ان يبيع لنفسه و انكشف كونه ولياً. [١]
 فالظاهر ايضاً صحة العقد لما عرفت من ان قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع
 ولا يقدح. و في توقّفه على اجازته للمولى عليه وجه، لأنّ قصد كونه لنفسه
 يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون [٢] فتأمل.

و بالجملة يعتبر القصد الى النقل و الرضا بعنوان انه مال المولى عليه، و المفروض
 عدمه في الفرض.

و فيه: ان الدليل ^(١) انما دل على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه
 صلاحه، و لم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، و القطع بعدم
 رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لا يضر اذا كان راضياً بالفعل - فضلاً عن احتماله -
 فإنّه من قبيل تخلف الداعي.

فالأظهر هي الصحة و عدم التوقف على الإجازة.

لو باع لنفسه و انكشف كونه ولياً

[١] الصورة الثانية: ان يبيع لنفسه و ينكشف كونه ولياً.

و ملخص القول فيها: انه بناءً على ما افاده المصنف رحمته الله في بيع الغاصب لنفسه من
 انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقاً للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة و عدم
 الوقوف على الإجازة، اما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، و اما عدم الوقوف على الإجازة
 فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الى الإجازة.

[٢] و ما ذكره رحمته الله في وجه الإحتياج اليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه،
 يرد عليه: ان غرضه ان كان عدم كونه مأذوناً فيه تكليفاً فيرده: ما تقدم من عدم
 كون بيع الفضولي لنفسه او لغيره حراماً. و ان كان غرضه عدم كونه مأذوناً فيه وصفاً،
 فيرده: ان المفروض كونه ولياً، و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل
 و اما بناءً على ما ذكرناه من الالتزام بها في الموضوعات الشخصية

لو باع لنفسه و انكشف كونه ولياً..... ١٦٣

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا [١] وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته، فبان ميتاً. والمشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والإرشاد في باب الهبة الاجماع، ولم نعثر على مخالف صريح إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة و ولده في النهاية و الايضاح، لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه [٢] ولأنه وان كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق والتقدير ان مات مورثي فقد بعته فلا نه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاد ان المبيع لغيره، انتهى.

لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب اذا كان هو الذي بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية، و الحيثية لا اثر لها لإتحاد المنشأ و المجاز.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

[١] الصورة الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

و الكلام فيها يقع في جهتين:

الأولى: في انه هل يصح ام لا؟

الثانية: في انه على فرض الصحة هل يتوقف على الإجازة ام لا؟

اما الجهة الأولى: فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم: القول بالبطلان فيما لو باع

مال أبيه بظن حياته فبان ميتا

واستدل له بامرین:

[٢] الأول: ما توضيحه: ان البيع للأب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون بيعا

للأب، و حيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له ولو باجازه.

و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المصنف رحمه الله عليه : بقوله

اقول: أمّا قصد نقل الملك عن الاب فلا يقدح في وقوعه لأنّه، أمّا قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنّه مالك باعتقاده ففي الحقيقة إنّما قصد النقل عن المالك [١] لكن أخطأ في اعتقاده أنّ المالك أبوه

[١] ففي الحقيقة إنّما قصد النقل عن المالك.

وبعبارة أخرى ان يبيع عن الاب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنّما قصد البيع عن المالك كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه، غير وارد.

ثم ان المحقق النائيني رحمته الله اورد على المصنف رحمته الله: بان الحيثية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية، لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب اذا كان هو الذي يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية، والحيثية التعليلية لا اثر لها لاتحاد المنشأ والمجاز.

وفيه: ان الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين:

الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

الثاني: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع والائتمان.

و القسم الأول يتم فيه ما ذكره من جهة ان تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين، مثلاً الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع واما لا، ولا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير ولا يتم في القسم الثاني لأن الأفعال التي تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية.

ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الأب على وجهين.

الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحيثية تقييدية.

الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية.

فما افاده المصنف رحمته الله لا يرد عليه ذلك، فالصحيح ان يورد عليه بما ذكرناه.

نعم هذا الإيراد وارد عليه على مسلكه رحمته الله، حيث انه في كتاب الصلاة في مبحث

الجماعة في

وقد تقدّم توضيح ذلك في عكس المسألة اي ما لو باع ملك غيره باعققاد أنّه ملكه، نعم، ابطال عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوي البطان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، ولذا نقول نحن كما سيجيء باشتراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد، واما ما ذكر من أنّه في معنى التعليق فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأوّل كما لا يخفى [١] منع كونه في معنى التعليق، لأنّه اذا فرض أنّه يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو أنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنيّ على دعوى السّلطنة والاستقلال على المال، لا على تعليق للسّئل بكونه منتقلاً اليه بالارث عن مورّثه، لأنّ ذلك لا يجامع مع ظنّ الحياة اللهم الاّ ان يراد انّ القصد الحقيقي الى النّقل معلّق على تملّك النّاقل و بدونه، فالقصد صوريّ على ما تقدّم من المسالك من انّ الفضولي والمكره قاصدان الى اللفظ دون مدلوله، لكن فيه حينئذ أنّ هذا القصد الصّوريّ كاف، ولذا قلنا بصحّة عقد الفضولي ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره اخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

مسألة: من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبني، ونحن اوردنا عليه بعين هذا الايراد - راجع الجزء السادس من فقه الصادق

الثاني: انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الإطلاق في حكم التعليق، اي عن والذي او عني ان مات هو، وحيث أنّه يعتقد كونه حيا فقصد الإطلاق في عقده يعد عبثاً و منافيا للقصد الجدي في المعاملة.

[١] وبهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره المصنف ﷺ و تبعه المحقق النائيني ﷺ و غيره، من: ان هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأوّل من جهة ان اساس الأوّل وقوع البيع عن الأب، و اساس هذا وقوعه عن نفسه.

والحق في الجواب عن هذا الوجه: ان هذا النحو من التعليق - اي المعنوي منه - لا يضر بصحة العقد، كما ان عدم القصد الجدي بهذه الكيفية غير مضر - كما تقدم

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد الآنّ ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستأنفة، لأنّ المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لأجازة فعل نفسه، ولأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد الى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه وان لم يشعر به فهو اولى من الاذن في ذلك فضلاً عن اجازته، والأّ توجه عدم وقوع العقد له، لكنّ الاقوى وفاقاً للمحقّق والشّهود الثّانين وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد: من أنّه لم يقصد الى البيع النّاقل للملك [١] الآن بل مع اجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله الآنّ ان يقال: انّ قصده الى اصل البيع كاف

في اول مسألة بيع الفضولي - فالصحيح هو الوجه الأول.

فالمتمحصل: انه ان كان البيع عن المالك - اي عن الأب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه - صح البيع، وان كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه.

و اما الجهة الثانية: فالمحكي عن غير واحد: لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستأنفة وعن المحقق و الشّهود الثّانين وقوفه على الإجازة.

وقد استدلل للتوقف على الإجازة بوجهين:

[١] الأول: ما عن جامع المقاصد من: انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك.

و توضيحه: ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير وانه لا ينتقل عن ملكه قهراً لا محالة يكون قصده للنقل مقيداً بالإجازة، وحيث ان العقود تابعة للقصد فلا بد وان تقع الإجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود.

وفيه: اولاً: ان محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لا عن شخص الغير وابطال البيع كما تقدم، وعليه، وان سلم كون النقل موقوفاً على الإجازة، الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة الى اجازته.

لوبياع عن المالك فانكشف كونه مالكا..... ١٦٧

و توضيحه انّ انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد او بعد اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد، حتّى يعتبر قصده او يقدر قصد خلافه، وانّما هو من الاحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الامور المتأخرة و عدمه، مع انّ عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف [١] بل قصد النقل بعد الاجازة ربّما يحتمل قدحه،

فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة في اللزوم
وهو عموم تسلّط الناس على اموالهم و عدم حلّها لغيرهم الاّ بطيب انفسهم،
و حرمة اكل المال الاّ بالتجارة عن تراض.

و بعبارة اخرى: بما انه يبيع عن المالك عن قصد اليه، والمفروض انه هو المالك،
فلا حاجة الى الاجازة.

ولعله اليه يرجع ما ذكره المحقق الثاني بقوله: الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف.
و ثانيا: ان حقيقة البيع و هي النقل في نظر الناقل لا النقل في نظر الشارع،
فالإلتفات الى انه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذي به قوام البيع.
و بالجملة: الإنتقال شرعا من آثار البيع، و لا يلزم قصده حتى يقال انه يكون
موقوفا على الاجازة.

و الى هذا نظر الشيخ رحمه الله فيما ذكره في مقام الجواب.

و اما ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله:

[١] مع ان عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف،

الذي حاصله: ان عدم امكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل، فان الإنتقال
انما يكون من حين الاجازة، بخلاف القول بالكشف فان الإنتقال فعلي، فيمكن قصده
حال النقل،

فيرد عليه: ان المدعى هو وقوف النقل على الاجازة لا تاخره عنها، و هذا لافرق
فيه بين القول بالنقل والكشف، فانه على الكشف ايضا يكون النقل موقوفا على الاجازة.

و بالجملة فاكتر أدلة اشتراط الاجازة في الفضولي جارية هنا. [١] و أما ما ذكرناه من أنّ قصد نقل ملك نفسه ان حصل اغنى عن الاجازة و الّا فسد العقد، فيه أنّه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد الى نقل المال المعين و قصد كونه ماله [مال نفسه] أو مال غيره مع خطئه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدح ولا ينفع. ولذا ينبغي على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره. و أما أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنّه ماله [٢] لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإنّ حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك، فلو اذن في التصرف في مال معتقد أنّه لغيره و المأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن و لو فرضنا انه اعتق عبد ا عن غيره فبان أنّه له لم ينعق. و كذا لو طلق امرأة و كالة عن غيره، فبانّت زوجته، لأنّ القصد المقارن ألى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الاجازة و لو غرّه الغاصب. فقال: هذا عبي اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى أيضا عدم التفوذ و فاقاً للمحكي عن التحرير و حواشي الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا، و وقوفه على الاجازة، لأنّ العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد الى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلّة بخلاف البيع. فلا تناقض بين حكمه ببطالان العتق و صحة البيع مع الاجازة كما يتوهم.

[١] الوجه الثاني: ما افاده المصنف رحمته، و هو: ان اكثر ادلة اشتراط الإجازة في بيع الفضولي جارية هنا، و مراده بها ادلة اعتبار التراضي و طيب النفس ^(١) كما يصرح به بعد ذلك بقوله.

[٢] و اما ادلة اعتبار التراضي و طيب النفس فهي دالة على اعتبار رضا المالك و تقريب ما افاده: انها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، و لذا لو قدّم الى غيره طعاما بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له، و في المقام بما ان البائع انما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكه في الواقع، و لم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج الى الاجازة لذلك.

نعم ينبغي ايراد التناقض على من حكم هناك بعدم التّفوذ و حكم في البيع بالزّوم و عدم الحاجة الى الاجازة، فإنّ القصد الى انشاء يتعلّق بمعيّن، هو مال المنشئ في الواقع، من غير علمه به ان كان يكفي في طيب النّفس و الرّضا المعتبر في جميع انشاءات التّاس المتعلّق بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق و ان اعتر في طيب النّفس المتعلّق باخراج الاموال عن الملك العلم بكونه مالاً له، و لم يكف مجرّد مصادفة الواقع و جب الحكم بعدم لزوم البيع،

فالحقّ أنّ القصد الى الانشاء المتعلّق بمال معين مصحّح للعقد بمعنى قابليته للتّأثير، و لا يحتاج الى العلم بكونه مالاً له لكن لا يكفي ذلك في تحقّق الخروج عن ماله بمجرّد الانشاء، ثمّ ان كان ذلك الانشاء ممّا يقبل اللزوم بلحوق الرّضا كفت الاجازة، كما في العقود و الاّ وقع الانشاء باطلاً كما في الايقاعات.

و فيه: انه ان كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع و عدم امكان تصحيحه ولو بالاجازة،

و ان كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود، فاما يكون باطلا او يكون لازما غير متوقف على الاجازة

و بعبارة اخرى: انه لا ريب في كونه راضيا ببيع مال نفسه،

فان كان البيع بيعا عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد

للإجازة و ان كان بيعا عن المالك الواقعي و ان كان منطبقا على نفسه، و معه لا

حاجة الى الاجازة لصدور العقد عنه مباشرة و عن الرضا، و هو اولى من اذنه و اجازته.

ولعله الى هذا يرجع ما استدل به لعدم الإحتياج الى الإجازة بما نقله المصنف في

ما قبل اسطر بقوله:

و لأنّ قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد ...

فلا يرد عليه ما ذكره المصنف.

ثمَّ أنّه ظهر ممّا ذكرنا في وجه الوقوف على الاجازة أنّ هذا الحقّ للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده مترزل من حيث الحدوث لالبقاء كما قوّة بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرناه: معللاً بقاعدة نفي الضرر [١]

اذ فيه أنّ الخيار فرع الانتقال. وقد تقدّم توقّفه على طيب النفس، و ما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لامر راجع الى العوض و المعوّض، و أنّما هو لانتقال الملك عن ماله من دون علمه و رضاه، [٢] اذ لافرق في الجهل بانتقال ماله بين ان يجهل اصل الانتقال، كما يتفق في الفضولي او يعلمه و يجهل تعلّقه بماله.

و من المعلوم أنّ هذا الضرر هو المثبت لتوقّف عقد الفضولي على الاجازة، اذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر [٣]

[١] وقد يقال: ان هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده مترزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون مترزلاً من حيث الحدوث معللاً بقاعده نفي الضرر^(١). و اجاب عن ذلك المصنف رحمه الله بما حاصله يرجع الى امرين.

[٢] احدهما: انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفي الضرر التي هي من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا و طيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقد لا يتحقق الانتقال، ومع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذي هو فرع الانتقال.

[٣] الثاني: ان الضرر المترتب على المعاملة

تارة يكون ضرراً مالياً كما في موارد خياري العيب والغبن،

و اخرى يكون ضرراً سلطانياً، اي يكون موجبا للنقص في سلطانه على ماله،

و في الأول يتدارك الضرر بالخيار، و اما في الثاني فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي [١] بل يجئ على القول بالبطلان، الا ان يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ البطلان.

وبهذا البيان يظهر ان ما اورده المحقق النائيني رحمته الله على المصنف بان الصحة ليست امراً مجعولا حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الأسباب او المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، والا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، ولا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر، في غير محله، فان دليل نفي الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر ولا محذور في ذلك.

[١] قوله ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة الفضولي. محصل ما ذكره: ان الأدلة الأربعة التي اقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب ^(١) والسنة والإجماع والعقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده امر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، يتجه البطلان في المقام.

واورد عليه المحقق النائيني: بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعي، و حكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعي المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعي، والحكم الشرعي المستفاد من الثاني طريقي فاذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون الا تجرياً.

وفيه: ان مورد استثناء المصنف رحمته الله هو حكم العقل بقبح التصرف، وقال: انه لو كان المدرك هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا، فان موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد انه مال الغير، وكون الحكم المستفاد من هذا الحكم في بعض الموارد واقعياً وفي آخر طريقيا اجنبي عن ما هو محل استثناءه

الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له [١] والاقوى هنا ايضاً الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي والوقوف على الاجازة بمثل ما مرّ في الثالثة و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة [٢] ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

لو باع لنفسه فانكشف انه له

[١] الصورة الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له.

فتاره: يبيى على انه ماله كان في اعتبار العقلاء ايضاً كذلك كما في ثمن الخمر، ام لم يكن كما في المال المكسوب من القمار، واخرى: لا يبيى على ذلك بل يبيع بان يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير و يدخل ثمنه في ملكه.

اما في الصورة الأولى:

فالأظهر الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، فانه باعه عن الرضا بعنوان انه ماله، فالعقد تام من حيث الأركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله. فما افاده المصنف رحمه الله بقوله.

[١] وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة

متين بل هو وجه وجيه.

واما في الصورة الثانية:

فدعوى اعتبار الاجازة بناءً على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان انه ماله في

البيع،

في محلها، لأنه انما رضي بانتقال ما يعتقد انه مال الغير ولم يرض بانتقال ماله بهذا

العنوان.

وامّا القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان امور:
 الأول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا
 المالك، فلا يكفي اتّصاف المتعاقدين بصحة الانشاء والا حراز سائر الشّروط
 بالنسبة

القول في المجاز

واما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه ببيان امور:
 [١] قوله الاول: يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا
 المالك.

الشروط المعتبرة في انشاء العقد لا كلام فيها
 واما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوضين، فهي على اقسام:
 الأول: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممن يصح منه المعاقدة و المعاهدة، اما
 عقلا ككونه حيا، او شرعا ككونه عاقلا.

الثاني: ما يعتبر فيمن زمام امر العقد بيده كان هو المالك او ولي التصرف كالقدرة
 على التسليم، فان دليل اعتبارها انما يدل على ذلك، ولذا لو كان مجري الصيغة غير قادر
 على التسليم وكان البيع للصبي غير القادر و لكن كان وليه قادراً صح البيع.

الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلماً.

اما القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين الإجازة ولا يخفى وجهه
 واما القسم الثاني ملا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الاجازة حتى على الكشف، فانه
 انما يكون في الملكية لا في انتساب العقد الى المجيز - وهو يعتبر وجوده حين يعتبر
 صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد وهو انما يكون من حين الاجازة

و اما القسم الثالث فعلى القول بالكشف وجوده حين من العقد لانه اول زمان
 حصول الملكية وعلى القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

الى الاصيل فقط على الكشف للزومه عليه [١] بل مطلقاً لتوقف تأثيره الثابت [٢] ولو على القول بالنقل عليها، وذلك لأن العقد أما تمام السبب او جزئه [٣] وعلى أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الايجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الاجازة على القول بالنقل اشبه بالشروط، ولو سلم كونها جزءاً فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النص والاجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في انشاء النقل والانتقال بالعقد،

[١] قوله للزومه عليه: علة للمنفى

[٢] قوله لتوقف تأثيره: كذلك.

[٣] واستدل المصنف قده لاعتبار الشروط فيه

بما محصله: ان العقد الإنشائي اما تمام السبب او جزءه، وعلى كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه

لنفس دليل الاعتبار بل ما دل عليه على اعتباره في العقد التام دون جزئه يعتبر فيه ايضا، لأن الاجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره، وتمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولي والأصيل، ولو سلم كونها جزء فانما هي جزء السبب المملك لاجزاء البيع الإنشائي، وظاهر الأدلة اعتبار ذلك في البيع الإنشائي لا السبب المملك.

ولكن يرد عليه - مضافا الى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا - ان غاية ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد،

اما انه هل يعتبر كون المجري للصيغة كذلك ام يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع في ذلك الى وجه آخر،

والظاهر هو الأول، فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح وينسبه الى نفسه، فلا بد وان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، ومن جملة ما يعتبر في الصحة العلم بالعوضين.

وبهذا يظهر الفرق بين الإذن والإجازة، فان العقد في الأول من حين تحققه يستند الى الإذن، فيكفي كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الاثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في اصل الانشاء [١] امكن القول بكفاية وجوده حين الاجازة. ولعل من هذا القبيل القدرة على التسليم، واسلام مشتري المصحف والعبد المسلم، ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا؟ [٢] لا ينبغي الاشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها حتى على القول بالنقل، نعم على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوي الاشتراط. واما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، واما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، واما بناء الكشف فوجهان واعتبارها عليه ايضاً غير بعيد.

[١] قوله نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الاثر الشرعي مراده بذلك ما دل اعتبار شرط في المالك - و عليه - فيرد عليه ما تقدم من انه لا بد من التفصيل بين القول بالنقل او الكشف فراجع.

[٢] قوله هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا؟ يقع الكلام في موردين:

الأول: في انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الاجازة ام لا؟
والحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الاجازة الا على القول بانها بيع مستأنف - اي ايجاب متأخر - او قبول
واما غيرها من الشروط فما كان منها معتبراً فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الاجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده،
وما كان منها معتبراً في حال العقد لا يعتبر وجوده حين الاجازة.
وما كان منها معتبراً في المالك يفصل بين القول بالكشف والنقل. و على الأول لا يعتبر وعلى الثاني يعتبر كما تقدم.

المورد الثاني في انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الاجازة، ام لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، ويظهر وجهه مما قدمناه.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل [١] من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة كالإذن السابق، فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حداً لا يجوز معه التوكيل و من أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل. [٢]

يعتبر كون المجاز معلوماً تفصيلاً

[١] قوله الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل

تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في انه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمجاز من حيث العوضين و نوع العقد من البيع و الهبة و غيرهما ام لا يعتبر ذلك؟

الثاني: في انه هل يعتبر العلم بوقوع العقد ام يكفي احتمال وقوعه؟

اما المقام الأول: فقد استدل لإعتبار العلم بوجوه:

[٢] الأول: ما في المتن، و هو: ان الإجازة احد ركني العقد، اذ المعاهدة الحقيقية

انما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فتشبهه القبول مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و فيه: ان دليل اعتبار العلم بالعوضين و نوع العقد لو دل على اعتباره في البيع

و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلك في البيع و العقد الإنشائي - الذي هو السبب للمعاهدة

الحقيقية - فلا وجه لإعتباره

في الإجازة، لأن مجرد الشبهة بالقبول لا يوجب اللاحاق في الحكم، و الا

فالإذن السابق ايضاً كذلك، مع انه لا يعتبر فيه ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته، و هو: ان الإجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على

نحو الإطلاق لوقوع عقد الفضولي على شيء خاص، و هو لو كان مجهولاً عند المجيز فلا

تشمّلها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة. بالامر المبهم

التي لا اعتبار بها عند العقلاء.

وفيه: أولاً: انه يمكن الاطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع اياماً كان، وليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له.

و ثانياً: انه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الأمر كونها من قبيل اجازة المجهول، وهي كالإذن في المجهول لا اشكال فيها.

وبالجملة: ان الإذن في المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا يصح، وكذلك اجازته،

واما الاذن في المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، وكذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما افاده المحقق النائيني رحمته ايضاً، وهو: ان الاجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج في عموم نهى النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر.

وفيه: أولاً: ان الغرر المنفي مختص بالبيع^(١).

و ثانياً: انه على فرض العموم لا اشكال في عدم كون التوكيل و الاذن مشمولين للمنفي، اذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيهما، وكذلك الاجازة.

الرابع: ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الإجازة، ففي الحقيقة هي تكون معاملة و بيعاً، فيعتبر ان لا تكون غررية.

وفيه: ان المنفي هو البيع الغرري، وهو ظاهر في الإنشائي منه كما تقدم، فالأظهر انه لا يعتبر العلم بالمجاز.

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣

- والمستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث ١ -

وسنن بیهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٢ - واخرجه مسلم - وابو داود - في کتاب البيوع.

و من هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد و لا يكفي مجرد احتمال
 فيجيزه على تقدير وقوعه اذا انكشف وقوعه، لأنّ الاجازة و ان لم تكن من العقود
 حتّى يشملها معاهد اجماعهم على عدم جواز التعليق فيها الاّ أنّها في معناها [١] و
 لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق
 لا يكون الاّ في حقّ العاقد فتأمل.

الثالث: المجاز اماّ العقد الواقع على نفس مال الغير و اما العقد الواقع
 على عوضه، و على كل منهما اما ان يكون المجاز اوّل عقد وقع على المال او
 عوضه او آخره او عقداً بين سابق و لاحق واقعين على موردّه او بدله، او
 بالاختلاف

و اما المقام الثاني: فقد استدل لأعتبار العلم بوجهين:
 [١] الأوّل: ما في المكاسب و هو: ان الاجازة، و ان لم تكن من العقود و احد ركني العقد،
 لانها في معناها فالتعليق مبطل لها.
 و فيه: ان مدرك مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقن منه التعليق في البيع
 الإنشائي، و لا يشمل البيع الحقيقي و ما في معنى البيع:
 الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته، و هو: ان بها يتحقق الإستناد، و هي من
 الإيقاعات، و الإيقاع لا يقبل التعليق.
 و فيه: ان الإيقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الإنشاء، و لا
 دليل على بطلانه به، مع انه لو سلم ذلك فانما هو في التعليق على غير القيود التي يتوقف
 عليها، و الا فلا دليل على البطلان، و المقام من هذا القبيل لتوقف الاجازة على صدور
 العقد. فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفي مجرد احتمال، فيجيزه على تقدير وقوعه.

حكم العقود المترتبة

[٢] قوله الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و اما العقد الواقع على عوضه
 الأصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته و صحة ما
 بعده من العقود، و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته و صحة ما قبله.

و يجمع الكلّ فيما اذا باع عبد المالك بفرس، ثمّ باعه المشتري بكتاب، ثمّ باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدّينار بجارية، و باع باع الفرس الدّرهـم برغيف، ثمّ بيع الدرهـم بحمار، و بيع الرغيف بعسل

و محل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالي لا الزماني، فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية و خارجة عما هو محل الكلام، و تعاقبها اما ان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة و اما بتعاقبها على ائتمان عديدة.

و المراد من العوض في كلماتهم - على ما صرح به المصنف رحمـه الله - هو الثمن الكلي. و بعبارة اخرى: ان محل البحث هي صورة ترامي الاثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

و العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير او على عوضه، بان يكون العوض في كل عقد معوضا في الاخر، و على كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة او غيره، و لا كلام في ان للمالك اجازة اي منها شاء،

انما الكلام في انه اذا اجاز عقداً هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا؟.

و تنقيح القول فيه: ان المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك، او آخر عقد واقع عليه، او وسط واقع بين سابق و لاحق واقعين = ي مورد عقد الوسط و المراد من المورد اعم من الثمن والتمن في العقد الوسط، و ايضا المراد من الوقوع على المورد اعم من كون المورد في ذلك العقد ثمن او مئثما او واردين على بدل مورده، او كون السابق وارداً على مورده واللاحق وارداً على بدل مورده، او بالعكس. فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض و اما الواقعة على العوض فهي ايضا كذلك، لأن المجاز اما ان يكون اول عقد واقع عليه، او آخر عقد، او وسط بين سابق و لاحق واردين على مورده، او بدل مورده، او يكون السابق على المورد و اللاحق على بدله، او بالعكس

فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، و ست للفرض الثاني.

و قد جميع المصنف جميع في المثال. و جامعة هذا المثال لجميع الصور
تظهر من التصوير التالي، تأمل تعرف.

(صور العقود الواقعة على العوض)

بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس

بيع الدرهم برغيف بيع الدرهم بحمار

بيع الرغيف بعسل

١- أول عقد واقع على

العوض: بيع الفرس بدرهم.

٢- آخر عقد واقع عليه: بيع

الرغيف بعسل.

٣- الوسط الواقع بين واقعين على

مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع

الفرس بدرهم، و بيع الدرهم بحمار.

٤- الوسط الواقع بين سابق واقع

على بدل مورده، و لاحق واقع على

مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع

العبد بفرس، و بيع الدرهم بحمار.

٥- الوسط الواقع بين واقعين على

بدل مورده، بيع الدرهم بحمار الواقع بين

بيع العبد بفرس، و بيع الرغيف بعسل.

٦- الوسط الواقع بين سابق واقع

(صور العقود الواقعة على المعوض)

بيع العبد بفرس بيع الفرس بدرهم

بيع العبد بكتاب

بيع العبد بدينار بيع الدينار بجارية

١- أول عقد واقع على المعوض: بيع

العبد بفرس

٢- آخر عقد واقع عليه: بيع العبد بدينار

٣- الوسط الواقع عليه - الواقع بين

الواقعين على مورده: بيع العبد بكتاب

الواقع بين بيعه بفرس و بيعه بدينار.

٤- الوسط الواقع بين واقعين على

بدل مورده، بيع العبد بكتاب، الواقع بين

بيع الفرس الذي هو بدل للعبد في العقد

الأول بدرهم، و بين بيع الدينار الذي هو

البديل للعبد في العقد الآخر بجارية.

٥- ٦- و بذلك ظهر الواقع بين

المختلفين.

على مورده و هو بيع الدرهم برغيف،
و لاحق واقع على بدل مورده و هو بيع
الرغيف بعسل، و هو ايضا بيع الدرهم
بحمار.

هذا كله في تطبيق المثال الذي ذكره المصنف على جميع الصور.

ثم يقع الكلام في بيان حكم العقود المترتبة، فالضابط: ان الإجازة كما توجب صحة المجاز، توجب صحة ما قبله مما يتوقف عليه و ما بعده مما يكون من احكامه. و بعبارة اخرى: توجب صحة ما يكون في سلسلة علله و معلوله.

توضيح ذلك بنحو يظهر حكم جميع الصور، يقتضي البحث في مواضع:

الأول: في العقود الواقعة على شخص مال المالك و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض، و بيان انه لو اجاز المالك العقد الواقع على ماله اي عقد يصح بهذه الإجازة، و مثال الجامع لذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع العبد بكتاب، ثم بيع الكتاب بالحنطة، ثم بيع العبد بدينار، ثم بيع الدينار بجارية.

الثاني: في العقود الواقعة على الثمن الشخصي، و هو الثمن الواقع عوضا في البيع الأول، و هو الفرس و ما سبقه و لحقه من الود الواقعة على عوضه، و مثال ذلك: بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم بعسل، ثم بيع الفرس بحمار، ثم بيع الحمار بجارية، ثم بيع الفرس بالدار، ثم بيع الدار بالكتاب.

الثالث: في العقود الواقعة على الثمن الكلي و ما سبقه و لحقه من العقود، و مثال ذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع صاحب الرغيف الدرهم

أما اجازة العقد الواقع على مال المالك أعني العبد بالكتاب فهي ملزمة له ولما بعده ممّا وقع على مورده [١] أعني العبد بالدينار بناء على الكشف. وأما بناءً على الثقل فيني على ما تقدّم من اعتبار ملك المميز حين العقد و عدمه و هي فسخ بالنسبة الى ما قبله ممّا ورد على مورده أعني بيع العبد بالفرس بالنسبة الى المميز. أما بالنسبة الى من ملك بالااجازة و هو المشتري بالكتاب، فقابلته للاجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المميز حين العقد، هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعني مال المميز.

بحمار، ثم بيع الرغيف بعسل.

و في هذه المواضع تارة: يجيز المالك اول العقود، و اخرى: آخرها، و ثالثة: الوسط منها. فاذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الأول و الآخر.

فاقول مستعينا بالله تعالى: انه في الموضع الأول قال المصنف

[١] فهي ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده

توضيحه انه لو اجاز العقد الوسط منها و هو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسخا بالنسبة الى ما قبله سواء اكان واقعا على نفس مال المالك و هو بيع العبد بفرس، او واقعا على عوضه في ذلك العقد و هو بيع الفرس بدرهم، بمعنى انه يفوت بذلك محل الاجازة بالنسبة الى المالك للخروج عن تحت سلطنته و عدم توقف صحة المجاز عليهما.

نعم لمن انتقل اليه العبد اجازة بيع العبد بفرس، بناء عدم اعتبار كون المميز حال العقد مالكا على القول بالنقل، و مطلقا بناء على القول بالكشف، و له اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لاينتقال الفرس اليه، و لو اجاز او لا يبيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه عليه، و لو لم يجز من انتقل اليه المال يبيعه و لا يبيع عوضه، فلمالك الفرس حينئذ اجازة يبيعه بدرهم.

و اما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال - و هو بيع العبد بدينار - او عوضه في العقد اللاحق - و هو بيع الدينار بجارية - فعلى القول بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الاجازة لوقوعها في ملك مالكها، و اما بناء على القول

و اما العقود الواقعة على عوض مال المجيز [١] فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم، يتوقف لزومها على اجازة المالك الاصلي للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعني بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما اجازة العقد الواقع على العوض أعني بيع الدرهم برغيف، فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك اعني بيع العبد بالفرس، او على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض و هو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البدل المجاز اعني بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.

بالنقل فيبيني على المسألة المتقدمة - وهي عدم اشتراط الملكية حين العقد - و اما الواقع على عوض هذا المجاز - و هو بيع الكتاب بحنطة - فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب في ملكه، فله اجازة العقد الواقع على كتابه.

فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقة غير تام.

[١] و اما الموضع الثاني: فالحكم فيه هو الحكم في الموضع الأول، الا في مورد واحد. توضيح ذلك: انه اذا تعلقّت الإجازة بالعقد الوسط - و هو بيع الفرس بحمار - فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن - و هو بيع الفرس بدرهم - و على بدله - و هو بيع الدرهم بالعسل - يكون فسحا بالتقريب المتقدم.

و اما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن - و هو بيع الفرس بالدار - و على عوضه في العقد اللاحق - و هو بيع الدار بكتاب - فتصح بصفة هذا العقد على القول بالكشف، او على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل.

و اما ما وقع على عوضه في المجاز - و هو بيع الحمار بجارية - فلا يصح باجازة ذلك لما تقدم.

هذا فيما يشترك فيه الموضعان،

و اما ما يختص به هذا الموضع، و هو ان الإجازة في هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك اولا و هو بيع العبد بفرس، و الا لم يصرف الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه

و ملخص ما ذكرناه أنه لو ترتبت عقود متعدّدة على مال المجيز، فإن وقعت من اشخاص متعدّدة كان اجازة وسط منها فسخاً لما قبله، و اجازة لما بعده، على الكشف،

و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، و لعلّ هذا هو المراد من المحكيّ عن الايضاح والدّروس في حكم ترتّب العقود: من أنّه اذا اجاز عقداً على المبيع صحّ و ما بعده، و في الثمن ينعكس، فإنّ العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلاّ من أشخاص متعدّدة.

فظهر انه لا وجه للقول بانها توجب فسخ العقود اللاحقة.

و اما الموضوع الثالث: فلو اجاز العقد الوسط - وهو بيع الدرهم برغيف بالنسبة الى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، و ما وقع على ما انتقل اليه، فالبيع الواقع على ما انتقل اليه - وهو بيع الرغيف بعسل - لا يصح بهذه الاجازة، لأنها اوجبت دخول المعوض في ملكه، فله اجازة العقد الواقع عليه ايضاً، و اما الواقع على ما انتقل عنه - وهو بيع الدرهم بحمار - فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، او عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل.

و اما بالنسبة الى ما قبله من العقود فهي توجب صحة جميعها، اعم من الواقع على المعوض، او الثمن الكلي، او الشخصي على القول بالكشف، او عدم اشتراط الملكية على النقل.

اما الأول: فلأنه اذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح. و اما الثاني: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكاً له، اذ لو لم يصير الدرهم ملكاً له كيف يجيز بيعه برغيف، و صحة بيع الفرس بدرهم ايضاً تتوقف على صحة بيع العبد بفرس.

و اما الثالث: فلأنه اذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان في ملكه.

واما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً، لأنَّ حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقاً من قولنا. أمَّا الواقعة على هذا البديل المجاز الى آخره بل مرادهما ترامي الاثمان في العقود المتعددة كما صرَّح بذلك المحقق والشَّهيد الثانيان.

وقد علم من ذلك انَّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشَّخصي الاول له، بل العوض ولو بواسطة

و من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرات، ثم العقد على الثمن الكلي او العكس، او غير ذلك من الفروض.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام الشهيد قده من:

ان العقود الواقعة على المبيع لو اجاز المالك الوسط منها صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس الأمر.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام المصنف رحمته الله من:

انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، وان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

اذ يرد عليه: انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون اجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت، وكذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلي من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله.

فالاولى في بيان الضابط ما ذكرناه فافهم واغتنم.

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

ثم انّ هنا اشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، [١] اشارة الى العلامة عليه السلام في القواعد، و اوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة اليه، فقال الأول: فيما حكى عنه: انّ وجه الاشكال انّ المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقي، ففيه الوجهان: فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه و من أنّ الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره عن المالك، فأذا جاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى.

و قال في محكي الحواشي: انّ المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك ربّ العين، فحينئذٍ اذا اشترى به البائع متاعاً

[١] قوله ثم انّ هنا اشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبّع العقود لصورة علم المشتري. اصل الاشكال اشارة الى العلامة في القواعد و بعده الشهيد في حواشيه، و عن الايضاح و جه آخر سقف عليه.

و حيث ان منشأ الإشكال هو فتوى الأصحاب بانه اذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع اليه و مطالبته بالمثل او القيمة. فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

اما المقام الأول: ففيه مسائل:

الأولى: في ان التسليم اليه مملك له اياه او مبيع للتصرفات، ام لا؟

فقد استدلل للأول بوجهين:

الأول، ان الأصحاب حكموا بانه اذا رجع المالك الى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن، و لو لا كونه ملكاً له كان ذلك منافياً لتسلط الناس على أموالهم،

فقد اشتراه لنفسه و اتلفه عند الدّفع الى البائع فيتحقّق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع وان امكن اجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها ايضاً، لأنّ ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في اتلافه، فلا يكون ثمناً، فلا يؤثّر الاجازة في جعله ثمناً، فصار الاشكال في صحّة البيع و في التّبع، ثمّ قال أنّه يلزم من القول بطلان التّبع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: انّ الاشكال في صحّة العقد كان صحيحاً ايضاً، انتهى.

و اقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشّهيد اخيراً في وجه سراية هذا الاشكال الى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب،

و فيه: مضافا الى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران: احدهما: الضمان مطلقاً، ثانيها: الضمان مع بقاء العين - ان الاسباب المملكة مضبوطة و ليس التسليط بعنوان العوضية منها، و اما اباحة التصرفات فلا بد و ان تكون اما بفعل المالك او بحكم الشارع، و شيء منهما ليس في المقام.

الثاني: انهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن اتلاف مال الغير موجب للضمان.

و فيه - مضافا الى ما تقدم - ان عدم الضمان لازم اعم للملك و لما اذن مالكة في الإتلاف.

الثانية: في انه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقائه ام لا؟
الأظهر هو الأول، اما بناءً على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، و اما بناءً على القول الآخر فكذلك بناءً على كون التسليط مبيحا للتصرفات، و اما على القول بكونه مملكا فلائنه لو سلم ذلك كان هبة و يجوز الرجوع في الموهوب مع بقائه.

المسألة الثالثة: في انه هل يجوز الرجوع الى البدل اذا اتلفه الغاصب، ام لا؟

قد استدلل للثاني بوجوه:

الأول: الإجماع.

وفيه: - مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم - انه لم يثبت كونه اجماعا تعبديا.
 الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمته، وهو: ان الضمان اما معاوضي او يدي، وشيء
 منهما لا مورد له في المقام، اما الأول: فلعلمه بانه ليس المثلن له، واما الثاني: فلعلم
 المشتري بكونه غاصبا و لازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن
 بصحيحه لا يضمن بفاسده.

وفيه: انه انما يدفعه عوضا عن المبيع لا مجانا، فيكون من صغريات ما يضمن
 بصحيحه يضمن بفاسده.

الثالث: ما افاده المحقق الإصفهاني رحمته وهو: ان اقباضاً الثمن اياه ليس اقباضاً و
 فائيا، اذ لازم نفوذ المعاملة باجازه المالك اقباضه للمالك، فهذا الإقباض الخارجي
 تسليط منه للغاصب على ماله برضاه واختياره، فوضع يده عليه باذن المالك، وكذا
 تصرفاته فلا يكون ضامنا باتلافه الثمن.

وفيه ان الإقباض ان كان بعنوان انه مالك او ليوصله الى مالكة لا يكون اذنا له في
 التصرف و الإتلاف مطلقا، فالأظهر جواز الرجوع اليه في صورة الإتلاف.
 وبما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

و اما المقام الثاني: فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل وتسليم المنشأ، و
 ملخص القول فيه بعد التنبيه على امر

وهو: ان مورد الإشكال انما هو الثمن الشخصي لا الكلي، اذ غاية ما يلزم على
 الثاني صيرورة ما يأخذه ملكا للغاصب، ولكن الثمن يكون باقيا.

انه وقع الإشكال من جهات:

الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

و تقريب الإشكال من هذه الجهة و جهان:

الاول ان المشتري العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشترائه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا، او الى هبة و استنقاذ للمبيع لعدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية، و لازم ذلك عدم صحة البيع الأول.

و الجواب عنه: ما ذكرناه مفصلا في بيع الغاصب لنفسه.

الثاني: ان المشتري مع العلم بالغصبية اذا قبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا وتسليطا مجانيا، فيبقى المبيع بلا ثمن.

وفيه: - مضافا الى ما عرفت من فساد المبنى - انه لو تم فانما يتم على القول بالنقل و لا يتم على القول بالكشف، اذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير و هو لا يكون ممكا، مع انه لا يتم لأنه لو سلم كونه تسليطا مجانيا فحيث انه على خلاف القاعدة يقتصر على المتيقن و هو كونه مملكا في فرض عدم الإجازة.

الثانية: من جهة تتابع العقود.

و حاصله: ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في اتلافه، فاذا اجاز ذلك فباع الثمن الغاصب او اشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكة و دخل بدله في ملك الغاصب على ما يقضيه الإذن في التصرفات حتى الناقلة، اما بدخوله في ملكه قبل التصرف الناقل و خروجه عن ملكه، او بخروج الثمن عن ملك المشتري و دخول بدله في ملك الغاصب على اختلاف المسلكين في حقيقة البيع فالبيع الثاني و كذا ما بعده. من البيوع ليس للمالك اجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده،

و لازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الأول في صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاء بلا ثمن و بعبارة اخرى يكون من قبيل تلف الثمن قبل الاجازة

و ترره الاشكالات الثلاثة التي اوردناها على الإشكال من الجهة الأولى.

الثالثة: من جهة اجازة غير العقد الأول.

والمحكّي عن الايضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة نافذة، فيكون منشأ الاشكال في الجواز والعدم: الاشكال في الكشف و الثقل، قال في محكّي الايضاح اذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبّع العقود ورعاية مصلحته و الرّبح في سلسلتي الثمن و المثلّث و اما اذا كان عالماً بالغصب، فعلى قول الاصحاب من أنّ المشتري اذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب، بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجّاناً، لأنّه بالتسليم الى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنصّ الاصحاب و المالك قبل الاجازة لم يملك الثمن لأنّ الحقّ انّ الاجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال.

فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له اي الاجازة، فإذا نقل العاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه، لأنّه ملك الغاصب، و على القول بأنّ اجازة المالك كاشفة، فإذا اجاز العقد كان له، و يحتمل ان يقال لمالك العين حقّ تعلّق بالثمن، فإنّ له اجازة البيع و اخذ الثمن و حقّه مقدّم على حقّ الغاصب، لأنّ الغاصب يؤخذ بأخس احواله و اشقّها عليه و المالك مأخوذ باجود الاحوال. ثمّ قال: و الاصحّ عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم اخذه و مع التلّف ليس له الرجوع به، انتهى كلامه عليه السلام.

و ظاهر كلامه أنّه لا وقع للأشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتّجه إذ حينئذٍ يندفع بما استشكله القطب و الشّهيد بأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السّابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فاذا انكشف ذلك بالاجازة عمل مقتضاه و اذا تحقّق الرّد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له ان يستردّه بناءً على ما نقل من الاصحاب. نعم على القول بالثقل يقع الاشكال في جواز اجازة العقد الواقع على الثمن، لأنّ اجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنّه قبلها اجبني عنه، و المفروض انّ تملكه الثمن موقوف على الاجازة على القول بالثقل، و كذا الاشكال في اجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض. البائع الثمن او بعد اتلافه اياه

على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التّلف و عدمه، لأنّ تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة، فلا يبقى مورد للاجازة، وما ذكره في الايضاح من احتمال تقديم حقّ المجيز، لأنّه اسبق، وأنّه اولى من الغاصب المأخوذ بأشقّ الاحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النّقل، لأنّ العقد جزء سبب لتملّك المجيز و التّسليط المتأخّر عنه علّة تامّة لتملك الغاصب، فكيف يكون حقّ المجيز اسبق.

نعم، يمكن ان يقال: انّ حكم الاصحاب بعدم استرداد الثمن، لعلّه لأجل التّسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع، لا لأنّ نفس التّسليط علّة تامّة لاستحقاق الغاصب على تقديري الرّد و الاجازة، و حيث انّ حكمهم هذا مخالف للقواعد الدّالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التّسليط المتفرّع على عقد فاسد، و جب الاقتصار فيه على المتيقّن و هو التّسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم.

و حاصله على ما ذكره المصنف ﷺ في ذيل شرح عبارة الايضاح: ان اجازة المالك البيع الثاني الواقع على عوض ماله و تاثيرها في صحة ذلك العقد من الفضولي تتوقف على ان يكون المبيع ملكا له، و الا فاجازته اياه اجازة الأجنبي، و كون ذلك المبيع ملكا له يتوقف على اجازته المستلزمة لاجازة العقد الاول الموجبة لدخول المبيع فى ملكه و هذا دور واضح.

و فيه: اولاً: ان هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشتري بالغصب.
 وثانياً: انه لا يختص تتابع العقود بما اذا اجاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجيز مترتباً.
 وثانياً: انه يختص تتابع العقود بما اذا اجاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجز مترتباً.
 وثالثاً: انه لو اجاز العقد الثاني تنحل اجازته الى اجازتين: احدهما: متعلقة بالعقد الثاني مطابقة، و الأخرى: متعلقة بالأول التزاماً، و هما متحققتان فعلاً و مؤثرتان بالترتيب. فاجازة العقد الثاني توجب اولاً دخول الثمن في ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه و دخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، و لا محذور في ذلك.

مسألة في أحكام الرد: [١]

لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله فسخت ورددت وشبه ذلك ممّا هو صريح في الرد لإصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل [٢] وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكلّ فعل مخرج له عن ملكه بالثقل أو بالإتلاف وشبههما، كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك والوجه في ذلك أنّ تصرّفه بعد فرض صحته مفوّت لمحلّ الإجازة لفرض خروجه عن ملكه

احكام الرد

[١] قوله مسألة: في احكام الرد

والكلام فيها يقع في موضعين:

الأول: في الرد الموجب لحل العقد.

الثاني، في تصرفات المالك قبل الإجازة.

اما الموضع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، وان الرد لا يوجب حل العقد وليس مفاده الأعدم الإمضاء، لا مورد للبحث عن تحقيقه بأي شيء
واما على المسلك الآخر فلا ينبغي التوقف في عدم تحقيقه بالبناء القلبي من غير ان يظهر لكونه من الإنشائيات، كما لا توقف في تحقيقه بالقول في الجملة وبالفعل الذي يكون مصداقا للرد، انما الكلام في انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا
[٢] وقد اختار المصنف رحمه الله عدم التحقق لإصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل وقابليته من طرف المجيز.

مدرك عدم تأثير الإجازة بعد الرد، ان كان هو الإجماع - وحيث انه دليل لبي لا اطلاق له - فمتعين الإقتصار على المتيقن وهو عدم تأثير الأجازة بعد الرد بالقول الصريح، واما لو كان المدرك قاعدة السلطنة - فبناءً على كونها ناضرة الى الأسباب - كان المتعين البناء على تحقيقه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كذلك.

و اما الموضوع الثاني: فالكلام فيه يقع في مقامين:

الأول: في التصرفات المخرجة عن الملك.

الثاني: في غير المخرجة.

اما الأول: فعلى النقل لا كلام في انها توجب فوت محل الإجازة بالنسبة الى المالك، فان المال باق على ملكه، و تصرف المالك فيما له نافذ شرعا، فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف، وكذلك على الكشف الإقتلابي والحكمي.

و اما على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر،

فقد يتوهم ان الإجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد، فيكون المتصرف

المخرج واقعا على ملك الغير،

واوضحه المحقق الإصفهاني رحمته الله: بان صحة العقدين معامستحيلة فلا بد من رفع اليد عن

احد البيعين، و حيث انه تؤثر الإجازة في الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال

الملكية بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكية الى حال العقد كافية في تأثير الإجازة،

و عليه فالإجازة في المقام صالحة للتأثير و يترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني

لوقوعه في ملك الغير،

و هذا بخلاف العقد الثاني فانه غير صالح للتأثير، فان تأثيره دوري لتوقفه على

بقاء المال على ملك ماله حال البيع و هو متوقف على عدم صحة العقد المجاز و هو

متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثاني فيدور.

ولكن يرد عليه: انه يعتبر في تأثير الإجازة - حتى على الكشف - كون زمام امر

البيع بيد المجيز، و انه اذا لم يجز يكون المال ملكا له. و هذا مع وقوع العقد الثاني مفقود،

فانه بعد وقوعه و خروج المال عن ملكه ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز،

فالتصرفات المخرجة عن الملك اعم من الناقلة، و المتلفة توجب تفويت محل

الإجازة بالإضافة الى المتصرف مطلقا.

وَأَمَّا التَّصَرُّفُ الْغَيْرُ الْمَخْرُجُ عَنِ الْمَلِكِ، كَاسْتِيلَادِ الْجَارِيَةِ، وَاجَارَةِ الدَّابَّةِ وَتَرْوِيجِ الْأَمَةِ [١] فَهُوَ وَإِنْ لَمْ يَخْرُجِ الْمَلِكُ عَنْ قَابِلِيَّةٍ وَقَوَعِ الْإِجَازَةِ عَلَيْهِ، إِلَّا أَنَّهُ مَخْرُجٌ لَهُ عَنْ قَابِلِيَّةٍ وَقَوَعِ الْإِجَازَةِ مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ، لِأَنَّ صَحَّةَ الْإِجَازَةِ عَلَى هَذَا النَّحْوِ تَوْجِبُ وَقُوعَهَا بِاطْلَةِ، وَإِذَا فُرِضَ وَقُوعُهَا صَحِيحَةً مَنَعَتْ عَنْ وَقُوعِ الْإِجَازَةِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّ وَقُوعَ هَذِهِ الْأُمُورِ صَحِيحَةٌ مَنَاقِضُ لَوْقُوعِ الْإِجَازَةِ لِأَصْلِ الْعَقْدِ، فَإِذَا وَقَعَ أَحَدُ الْمُتَنَافِيَيْنِ صَحِيحاً، فَلَا بُدَّ مِنْ امْتِنَاعِ وَقُوعِ الْآخَرِ، أَوْ إِبْطَالِ صَاحِبِهِ أَوْ إِيقَاعِهِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِهِ، وَحَيْثُ لَا سَبِيلَ إِلَى الْأَخِيرِينَ تَعَيَّنَ الْأَوَّلُ. [٢] وَبِالْجُمْلَةِ كُلِّمَا يَكُونُ بِاطْلاً عَلَى تَقْدِيرِ لِحُوقِ الْإِجَازَةِ الْمُؤَثَّرَةِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، فَوْقُوعُهُ صَحِيحاً مَنَعَ مِنْ لِحُوقِ الْإِجَازَةِ، لِامْتِنَاعِ اجْتِمَاعِ الْمُتَنَافِيَيْنِ، نَعَمْ لَوْ انْتَفَعَ الْمَالِكُ بِهَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ بِالسَّكْنَى وَاللَّبْسِ كَانَ عَلَيْهِ أَجْرُهُ الْمِثْلُ إِذَا أَجَازَ، فَتَأَمَّلْ.

وَأَمَّا الْمَقَامُ الثَّانِي: فَالْكَلَامُ فِيهِ يَقَعُ فِي مَوْرَدَيْنِ:
الأول: فِي التَّصَرُّفِ الْمَخْرُجِ لِلْمَلِكِ عَنْ قَابِلِيَّةٍ وَقَوَعِ الْإِجَازَةِ مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ. وَبِعِبَارَةٍ أُخْرَى: التَّصَرُّفِ الْمَنَافِي لِمَلِكِ الْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ.
الثاني: فِي التَّصَرُّفِ غَيْرِ الْمَخْرُجِ.

[١] أَمَّا الْأَوَّلُ: فَقَدْ مَثَّلَ لَهُ الْمُصَنِّفُ ﷺ بِاسْتِيلَادِ الْجَارِيَةِ، وَاجَارَةِ الدَّابَّةِ، وَتَرْوِيجِ الْأُمَةِ. وَزَادَ بَعْضُهُمْ: جَعَلَ حَقَّ لِلْغَيْرِ فِي الْمَالِ كَالرَّهْنِ.
أَمَّا اسْتِيلَادُ الْجَارِيَةِ: فَالْحَقُّ أَنَّهُ مَنَعَ عَنْ تَأْثِيرِ الْإِجَازَةِ، مِنْ غَيْرِ فَرْقٍ بَيْنَ الْقَوْلِ بِالنَّقْلِ أَوْ الْكُشْفِ، أَمَّا عَلَى الْأَوَّلِ: فَوَاضِحٌ، فَإِنَّ الْإِنْتِقَالَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَالِ كَوْنِهَا مَوْلًى، وَأَمَّا عَلَى الثَّانِي: فَلَأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ زَمَانُ الْمِلْكِيَّةِ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْإِسْتِيلَادِ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ إِنَّمَا يَصِيرُ بَيْعُهُ مِنْ حِينِ الْإِجَازَةِ، وَإِنْ كَانَ أَثَرُهُ مِنْ قَبْلِ فَيَشْمَلُهُ مَا دَلَّ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ بَيْعِ الْأُمَةِ الْمُسْتَوْلَدَةِ.

وَأَمَّا اجَارَةُ الدَّابَّةِ: فَالْأَقْوَالُ فِيهَا ثَلَاثَةٌ:
[٢] الْأَوَّلُ: مَا فِي الْمَكَاسِبِ وَهُوَ: صَحَّةُ الْإِجَارَةِ وَبَطْلَانُ الْبَيْعِ.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونها لأنّ التنافي بينهما واقعي ودعوى أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الاجازة، ولذا صحّح جماعة كما تقدّم اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً، ثم ملكه مدفوعة باجماع اهل الكشف على كون اجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه نعم لو قلنا بان الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الرّاجع الى كون المؤثر التّام هو العقد الملحق بالاجازة، كانت التّصرفات مبنية على الظّاهر، وبالاجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصحّ الاجازة.

الثاني: صحتهما معا والرجوع الى البدل، بالإضافة الى المنفعة المستوفاة بالاجارة الثالث: وقوعهما صحيحاً مع ثبوت الخيار للمشتري.

والحق في المقام ان يقال: انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، اما صحة الإجارة فلو وقوعها من المالك الفعلي واما صحة البيع فلان مورده العين وهى لم تخرج عن ملك المجيز فاجازته اجازة صادرة من اهلها واقعة في محلها.

واما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجارة و جهل المشتري، فلأنه لم يرد اتلاف على ملكه، وانما انتقل اليه الملك مسلوب المنفعة، ولازم ذلك ثبوت الخيار.

واما بناءً على الكشف الانقلابي، فلا بد من اختيار الثاني، اما صحة البيع و الإجارة فلما تقدم، واما الرجوع الى البدل فلأنه اذا انقلب العين و صارت ملكا للمشتري بالإجارة انتقلت المنافع ايضاً، وحيث ان المالك اتلفها من حين الإجارة بعقد صحيح لزم الرجوع الى البدل.

واما على الكشف الحقيقي، فالمتعين صحة البيع و بطلان الإجارة، اما صحة البيع فلأن الإجارة صادرة من اهلها واما بطلان الإجارة فلكشف الإجارة عن وقوع الإجارة على مال الغير.

فتحصل: ان القول الأول لا دليل عليه.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري [١] من حين العقد، كتعريض المبيع و البيع الفاسد، وهذا أيضاً على قسمين، لأنّه اما ان يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولي على ماله، واما ان يقع في حال عدم الالتفات.

اما الاول: فهو ردّ فعلي للعقد، [٢] والدليل على احاقه بالردّ القولي مضافاً

و اما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل الا اذا اجاز مالکها، لأنه تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجازة، و اما على النقل فالإجازة تكون كبيعها بعد التزويج. و به يظهر حکمها على الكشف الإتقلابي.

و اما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحا و ليس للمالك إجازة البيع كما هو ظاهر و كذلك على القول بالكشف الإتقلابي، و اما على الكشف الحقيقي فيمكن البناء على تأثير الإجازة و انكشاف بطلان الرهن لكونه رهنا لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

[١] قوله بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري

و اما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في انه هل يكون فعل مصداقاً للرد كي يصح انشاء الرد به ام لا؟

و قد ذهب المحقق النائيني رحمته الله الى الثاني.

و فيه: ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون ردّاً بالحمل

الشائع، و كذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.

الثانية: في ان الأفعال غير المنافية لملك المشتري هل يتحقق بها الرد ام لا؟ و تلك

الأفعال على قسمين:

الأول: ما يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولي على ماله.

الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات.

[٢] اما القسم الأول: فقد ذهب المصنف رحمته الله الى تحقق الرد به.

الى صدق الرد عليه [١] فيعمّه ما دلّ أنّ للمالك الردّ مثل ما وقع في نكاح العبد والامة بغير إذن مولاه [٢] وما ورد في من زوّجته أمّه وهو غائب [٣] من قوله ﷺ إن شاء قبل و إن شاء ترك إلّا أن يقال أنّ الإطلاق مسوق لبيان أن له التّرك، فلا تعرّض فيه لكيفيّته أنّ المانع من صحّة الاجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي [٤] وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة احد طرفي العقد، مضافاً الى فحوى الاجماع المدّعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطى والبيع والعق [٥] فإنّ الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، والآفتوقههما على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقّف على الفسخ قبلها حتّى تصادف الملك، وكيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع اثر العقد الثابت المؤثّر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولي.

[١] واستدل له بصدق الرد عليه، فيشملة ما دل على ان للمالك الرد، مثل ما ورد

[٢] في نكاح العبد والامة بغير اذن مولاه

كموثق زرارة عن الإمام الباقر ﷺ عن مملوك تزويج بغير اذن سيده فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما^(١) ونحوه غيره.

[٣] وما ورد فيمن زوجه امه وهو غائب

كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر ﷺ عن رجل زوجته امه هو غائب قال ﷺ: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لاه.^(٢)

[٤] وبان المانع عن صحة الاجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفي العقد.

[٥] وبفحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، فان الوجه في تحقق الفسخ هو دلالته على قصد فسخ البيع، فاذا صلح الفسخ الفعلي لرفع اثر العقد

(١) الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٣.

وامّا الثاني: وهو ما يقع في حال عدم الالتفات، فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالة على انشاء الرّد و المفروض عدم منافاته ايضاً للإجازة اللاحقة، ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بأنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرّد الموقوف على القصد و الالتفات الى وقوع المردود، نظير انكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات الى وقوع الطلاق على ما يقتضيه اطلاق كلامهم، نعم لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفي هنا بطريق اولى كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هنا فالمسألة محل اشكال

الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى. وفي الجميع نظر:

اما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة انما هو عدم صحة العقد مع الترك و التفریق، ولا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذي هو محل الكلام.

مع انه لو سلم دلالتها على ان له الرد يرد عليه ما ذكره ﷺ بقوله: الا ان يقال ان الإطلاق مسوق... الخ. و حاصله: انه لا اطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد، ولعله يختص بالقول.

و اما الثاني فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احد الطرفين بنحو لا تؤثر اجازته في انتساب العقد اليه و صيرورته طرفا للعقد.

و اما الثالث: فلأنه يمكن ان يكون نظر المجمعين او بعضهم في هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، وهذا وان كان خلاف التحقيق كما نبه ﷺ عليه الا ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به في الأصل، فضلا عن الفرع.

مع: ان الأولوية ممنوعة، اذ الدفع وان كان اهون من الرفع الا ان الرد في المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذي الخيار ارجاع للسلطنة و الرد في المقام اعدام لها لا مورد للتشيبث بالاولوية.

هذا كله مضافا الى ان تلك الأفعال المفروضة في حال الالتفات لا تلازم انشاء الرد بها بل تلازم مع عدم الرد، مثلا التعريض للبيع يمكن ان يكون للتحري عن مشتر

بل الاشكال في كفاية سابقه ايضاً فإنّ بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالاجازة، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بايقاع الفاسد على متعلقها جاهلاً بفساده وقرّره في الايضاح وجامع المقاصد على الاشكال.

والحاصل أنّ المتيقن من الردّ هو الفسخ القولي و في حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصحّ وقوعها على وجه يؤثّر من حين العقد. وأمّا الردّ الفعلي و هو الفعل المنشأ به مفهوم الردّ فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. وأمّا مجرّد ايقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقّق مفهوم الردّ لعدم الالتفات الى وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للاصل

يدفع اكثر مما دفعه المشتري الأول، فان حصل دفع اليه و الاجاز بيع الفضولي، و عليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد.

فالحق ان يقال: ان منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد ان كان هو الإجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي، بل ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ في الرد، فالإجازة بعده تؤثر و ان كان مدركه دليل السلطنة^(١) وقلنا ان له اطلاقاً من حيث الأسباب و احرزنا من الخارج انشاء الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققاً بالأفعال المفروضة، و الا فلا. واما القسم الثاني:

فالظاهر انه لا يتحقق به الرد، لأنّه من الإنشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات.

و ما افتوا به من ان انكار الطلاق رجوع فانما هو للنص الخاص.^(٢) مع انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى انقضاء العدة ثابتة، و التشبث بها رجوع، و انكار الطلاق تشبث بها. و على كل تقدير لا يكون مربوطاً بالمقام.

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق.

و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصالة ولكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي أوضح. [١] و أمّا الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعلي.

و أمّا فعل ما لا يجامع صحّة العقد كالوطى و العتق و البيع فالظاهر أنّ الفسخ بها من باب تحقّق القصد قبلها [٢] لا لمنافاتها لبقاء العقد لأنّ مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام في محلّه، ثمّ إنّ الردّ إنّما يثمر في عدم صحّة الاجازة بعده. و أمّا انتزاع المال من المشتري لو اقبضه الفضولي فلا يتوقّف على الردّ بل يكفي فيه عدم الاجازة، و الظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدّالة على ارادته منه لا مطلق الأخذ لأنّه أعمّ، و لذا ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقّق به.

[١] قوله ولكنّ الاكتفاء فيهما بالردّ الفعلي اوضح

و الوجه فى او ضحيته ان مناط صحة تصرف الكيل اذن المالك و رضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف وان لم ينشأ،

و اما الوصية - فهى جزء السبب و جزئه الاخر موت الموصى فلوار تنفع الرضا فى الاثناء لم يؤثر لحقوق الجزء الاخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لامن تحقق الرد.

[٢] قوله و اما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطء و العتق و البيع فالظاهر ان

الفسخ بها

لما افاد ان الفسخ فى العقود الجائزة بالذات غير الوكالة و الوصالة منحصر باللفظ او

الرد الفعلى و لا يحصل بالتصرف غير المجامع لصحتها

اراد رفع توهم انه كيف يحصل الفسخ بالوطء و العتق و البيع، فى مثل الفضولي.

و حاصل الدفع ان الفسخ فيه انما يكون من جهة تحقق الرد الفعلى به و كونه من مصاديقه

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

مسألة: لو لم يجز المالك، فان كان المبيع في يده فهو، وإلاّ فله انتزاعه ممّن وجده في يده مع بقاءه [١] و يرجع بمنافعه المستوفاة و غيرها على الخلاف المتقدّم في البيع الفاسد [٢] و مع التّلف يرجع إلى من تلف عنده [٣] بقيمة يوم التّلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر و لو فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختصّ السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرّح به جماعة في الأيدي المتعاقبة، هذا كلّ حكم المالك مع المشتري. و أمّا حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام فيه تارة في الثّمن و أخرى فيما يغرمه للمالك زائداً على الثّمن.

فهنا مسألتان:

[١] مسألة: و لو لم يجز المالك، فان كان المال في يده فهو، و الافتارة: تكون العين باقية، و أخرى: تكون تالفة فان كانت باقية: ينتزعها ممّن وجدها في يده و له الرجوع الى غيره ممّن دخلت تحت يده

[٢] و اما حكم منافعتها فقد تقدم في البيع الفاسد.

[٣] و ان كانت تالفة: فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده، و قرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده، فان رجع الى الفضولي يأتي فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، او يوم التلف، او يوم الدفع، او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع، او اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و ان رجع الى المشتري لا يبقى مورد لإحتمال الرجوع اليه بقيمة يوم الغصب او اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب ازيد من سائر الأيام لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامناً لتلك القيمة.

و بما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

الاولى: أنّه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلاً بكونه فضولياً [١] سواء كان باقياً أو تالفاً ولا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكاً، لأنّ اعترافه مبني على ظاهريده.

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيّنة، لم يرجع بشيء. و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد او الى غيره ففي الاخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و اما حكم المشتري مع الفضولي سواء كان باقيا او تالفا، فالكلام فيه تارة: في الثمن، واخرى: فيما يغرمه زائدا على الثمن.

فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن

والكلام فيها في موردين:

الأول: فيما اذا كان جاهلاً بكونه فضولياً.

الثاني: فيما اذا كان عالماً به.

اما في المورد الأول: ففي المتن

[١] يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلاً بكونه فضولياً

و الحق انه تارة ينكشف عند المشتري كذب البائع وانه فضولي، واخرى: ينكشف كذب الاخر و يعلم انه مالك، وثالثة: لا ينكشف شيء منهما.

لا اشكال في جواز الرجوع في الصورة الاولى، وعدم جوازه في الصورة الثانية، و اما في الصورة الثالثة فان اقام المالك البيّنة لكونه ملكا له يجوز الرجوع اليه لأنه يصير البيع باطلا بحكم الشارع.

و بعبارة اخرى: تكون البيّنة حجة في مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير و عدم كون البائع مالكا وكونه فضوليا، و يترتب عليه جواز الرجوع. وكذلك لو اقر البائع بذلك. و اما ان كان اخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف المردود من البائع فغاية ما يثبت به اخذ المبيع و لا يثبت به كون البيع واقعا على مال الغير. و بعبارة اخرى: لا يكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعي، و عليه فلا وجه لرجوعه الى البائع.

وجهان، وإن كان عالماً بالفضوليّة، فإن كان الثمن باقياً استرده [١] وفاقاً للعلامة وولده والشّهيدين والمحقق الثّاني رحمهما الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعاً، ومجرّد تسليطه عليه لو كان موجباً لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد [٢] لتسليط كلّ من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأنّ الحكم بصحّة البيع لو أجاز المالك هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإنّ تملكه البائع قبله يلزم فوات محلّ الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير فيمتنع تحقّق الإجازة، فتأمل [٣].

وهل يجوز للبائع التّصرف فيه؟ وجهان: بل قولان اقواهما عدم. لأنّه اكل مال بالباطل. هذا كلّ اذا كان باقياً.

[١] واما المورد الثّاني: فان كان الثمن باقيا استرده - لما تقدم من عدم ضرورة ما دفع الى الفضولي والغاصب بعنوان العوضيّة ملكا له - وعلى فرض الملكية فغايبته كونه هبة ويجوز الرجوع في الموهوب.

وقد ذكر المصنف رحمهما الله وجهين آخرين لجواز الاسترداد

[٢] أحدهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، ولا يقولون به.

وفيه: انه يمكن الفرق بين البابين، فان الدفع في البيع الفاسد انما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مملكا، وفي المقام ليس كذلك فانه ليس بعنوان الوفاء، فان الوفاء بالمعاملة يقتضي الدفع الى المالك لا الى الفضولي.

[٣] ثانيهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم عدم صحة الاجازة من مالك المبيع حتى على النقل كما تقدم، مع انه لم يشك احد في الصحة.

وفيه: انه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قدّم من: انه يمكن ان يكون الدفع تملিকা على تقدير عدم الاجازة،

وان كان الثمن تالفا فالمعروف انه لايجوز الرجوع، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

وقد استدل لجواز الرجوع وللضمان بوجوه:

و أما لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري. بل المحكي عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه، و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلي و العلامة و غيرهما و يظهر من آخر أيضاً أنه سلطه على ماله بلا عوض. [١]

توضيح ذلك: أن الضمان أما لعموم على اليد ما اخذت، و أما لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدلل به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه، و الأول

[١] أحدها: ما استند اليه المصنف رحمته و هو: ان اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضي الضمان، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففاسده كذلك. وفيه: اولاً: ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات الضمان، بل مدرکہا عموم على اليد^(١) فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و المصنف رحمته حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتامله، و ميله الى الضمان بل افتائه به مستندا اليها. و ثانياً: ان هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان، و اما ان الضامن هو الغاصب البائع او المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجري للصيغة و العلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص او التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك في المقام

لا يوجب صرف الضمان الى البائع الغاصب.

و ثالثاً: ان الفساد لا يصدق على عقد الفضولي

بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه

[٢] ثانيها: قاعدة الاقدام، و قد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و

غيرها من القواعد التي عددها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، و انحصار موجب الضمان باليد و الاتلاف، و هما في المقام يقتضيان الضمان.

(١) المبسوط كتاب الغصب - المستدرک باب ١- من ابواب كتاب الودعه حديث ١٢ سنن بيهقي ج ٤ ص ٩٥ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

والاول مخصّص بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه لحفظه، كما في الوديعة، او الانتفاع به كما في العارية، او استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة [١] فإنّ الدفع على هذا الوجه اذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق اولي، و دعوى أنّه انما سلطة في مقابل العوض لا مجاناً [٢] حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدّم على الضمان فيها، مندفعة بأنّه انما سلّطه في مقابل ملك غيره [٣] فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة الفاسدة والبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة التي قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها، و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان، و هو الاقدام على الضمان هنا، لأنّ البائع لم يقدم على ضمان الثمن الاّ بما علم المشتري أنّه ليس ملكاً له، فإن قلت تسلّطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه و لو لا عدواناً على كونه ملكاً له و لولاهذا البناء لم يتحقّق مفهوم المعاوضة [٤] كما تقدّم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو انما سلّطه على وجه يضمنه بماله الاّ أنّ كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على اموال الناس بين السراق

[١] و قد اورد المصنف على الاستدلال باليد في المقام: بانها و ان كانت تقتضي الضمان الا ان فحوى ما دلّ ^(١) على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه لحفظه - كما في الوديعة - او الانتفاع به - كما في اارية - او استيفاء المنفعة منه - كما في العين المستأجرة عدمه اذ الدفع على هذا الوجه اذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له ممّا لا يوجب ذلك بطريق اولي.

[٢] ثم اورد على نفسه: بان التسليط انما يكون في مقابل العوض [٣] واجاب عنه: بانه سلّطه بازاء مال غيره، فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه. [٤] ثم اورد على نفسه بما حاصله: انه انما سلّطه بازاء مال الغير بعد البناء و لو عدواناً على كونه ملكاً له، و عليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسلّطه على وجه يضمنه بماله، الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على

و الظلمة، بل بنى المشتري على كون المثلن ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلا أن كون المثلن مالا له ادعائي، فهو كما لو ظهر الثمن المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع الى البائع بالثمن مع التلّف اتفاقاً. مع أنّه انما ضمنه الثمن بازاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أن التّضمين هنا حقيقي، و كون المثلن مالا له اعتقادي، لا يقدح في التّضمين. فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلن عدواناً، لا يقدح في التّضمين. بماله، قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه، و اذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً، فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك، وما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد: على كون المثلن ملكاً للبائع الغاصب، مع كونه مال الغير فهو إنما يصح وقوع عقد التمليك و التّملك منهما ادعاءً، مع عدم كون البائع اهلاً لذلك في الواقع و الأفاصل المعاوضة حقيقة، بين المالكين و الضمان و التّضمين الحقيقي بالنسبة اليهما. و لذا ينتقل الثمن الى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الاجازة. [١]

كون المثلن ملكاً للبائع، فالتسليط انما يكون في مقابل ماله حقيقة، الا ان كون المثلن مالا له ادعائي

[١] و اجاب عنه: بما توضيحه ان المعاملة و التّضمين ليست ابتداءً بين الشخصين، فتكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للآخر بماله الواقعي، و يكون تعلقها بالمالين اعتباراً ثانوياً، بل تكون المعاملة ابتداءً بين المالين، فيجعل احد المالين بازاء الآخر و ضمانه به، و لازم ذلك ضمان المالك الواقعي، و الغاصب انما طبق عنوان المالك الواقعي على نفسه ادعاءً، و لذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، و حيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامناً.

يرد عليه قده امور:

الأول: ان لازم ما ذكره رحمته - من كون التسليط مجاناً - هو جواز تصرفه تكليفاً، و قد صرح قده قبل ذلك باسطر بعدم جوازه حيث قال: و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ و جهان بل قولان: اقواهما عدم، لأنه اكل للمال بالباطل.

والحاصل أنّه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأمّا رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنّه أمّا ضمنه بمال الغير، فلعدم طيب نفسه على تصّرف البائع فيه من دون ضمان، وان كان ما ضمنه به غير ملك له، ولا يتحقّق به التّضمن، لأنّه أمّا طاب نفسه بتصرّف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكاً له، و صيrote مباحاً له بتسليطه عليه وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأنّ طيب النّفس بالتّصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

الثاني: ان ما ذكره لو تم فانما هو في التلف، ولا يتم في صورة الاتلاف، اذ الحكم الثابت في الأصل انما هو في صورة التلف لا الاتلاف.

الثالث: ان ما افاده يتم في التضمن المعاملي، و اما في الضمان الثابت باليد المختص بما اذا كان وضع اليد على المال لا باذن من المالك في التصرف فيه مجاناً وبلا عوض، فلا يتم، فان من تحت يده المال هو الغاصب، والتسليط الخارجي لا يكون مجانيا بل انما يكون جرياً على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع الى الغاصب انما يدفع اليه بعنوان كونه مال المدفوع اليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الإستثمار، فالفرق بين المقامين واضح.

و الايراد: بان التسليط الخارجي بما انه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلاً للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصاً باعتقاده انه عدو له فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع اليه الا انه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع.

يجاب عنه: بان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك، بل بما انه مبرز للإذن في التصرف فيه و اتلافه الذي هو من المعاني الإيقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، و تلك المعاني قابلة للتقييد.

ومما ذكرنا يظهر أيضاً فساد ما ذكرناه بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث أنّه صمّن البائع بما يعلم أنّه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد صمّن المشتري بما يعلم أنّ المشتري لا يضمن به، فكأنّه لم يضمنه بشيء وجه الفساد أنّ التّضمن الحقيقي حاصل هنا، لأنّ المضمون به مال الضّامن غاية الأمر أنّ فساد العقد مانع عن مضي هذا الضّمان، والتّضمن في نظر الشارع لأنّ المفروض فسادها فإذا لم يمسّ الشارع الضّمان الخاصّ، صار أصل اقدام الشّخص على الضّمان الحقيقي، أو قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة موجباً لضمّانه، على الخلاف في مدرك الضّمان من فاسد ما يضمن بصحيحه وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه

فان قيل انه لا يمكن الإلتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك، اذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد.

اجبنا عنه: بانه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين.

فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه: إنه لا مخصص لقاعدة اليد والإتلاف،

فالأظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الأساطين و مال اليه جمع من المحققين - و حرمة التصرف فيه، وان حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد.

هذا كله في صورة الرد،

واما في صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن.

واما في صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، وقد يكون شخصياً. و على التقديرين تارة: يكون المقبوض باقياً، و اخرى: يكون تالفاً.

فان كان الثمن كلياً و كان المقبوض باقياً، فان لم يجز الإقباض او اجازة و بنينا على عدم قابليته للإجازة ليس للمالك - اي مالك المبيع - الا الرجوع الى المشتري، لأن المقبوض لا مساس له به، و ان اجاز الإقباض و بنينا على تأثير الإجازة فيه فله الرجوع الى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري برئت من الضمان، و ماله دخل تحت يد البائع فيراجعه، و لا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل او الكشف.

وحاصله انّ دفع المال الى الغاصب ليس الاّ كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع، وتسليطه على اتلافه في ان ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث. نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك [١] كالخمر والخزير والحرّ، قوي اطّراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرّح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

هذا ولكن اطلاق قولهم انّ كلّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضي الضمان فيما نحن فيه وشبهه، نظراً الى انّ البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففساده كذلك، الاّ ان يفسّر بما ابطلناه سابقاً من انّ كلّ عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده، ولا ريب انّ العقد فيما نحن فيه وفي مثل المبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة اذا فرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً في توضيح هذه القضية

وان كان الثمن كلياً وكان المقبوض تالفاً، فان لم يجز الإقباض او اجازته وبنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع الى المشتري خاصة كما تقدم، من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف، وان اجاز الإقباض وبنينا على تأثيرها فيه فعلى القول بان اجازة الإقباض كاشفة عن كون الإقباض من الأول كان اقباطاً للمالك، كما ان اجازة العقد كاشفة، للمالك الرجوع الى البائع في صورة الإتلاف دون التلف، اذ ليس على الأمين شيء الا مع فرض الإتلاف.

وعلى القول بان اجازته ناقلة - امالبناء على النقل مطلقاً او في خصوص، اجازة الإقباض وشبهها - لا اثر لهذه الإجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته، فلا بد وان يرجع الى المشتري خاصة.

[١] قوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك

وفيه ان عدم تمويل العوض في نظر الشارع، بل العقلاء، لا يوجب كون التسليط مجانياً بل هو انما يكون بازاء ما بنى المتعاقدان على، انه مال فالتسليط يكون بعوض لا مجاناً.

فإنّ معناه أنّ كلّ عقد تحقق الضّمان في الفرد الصّحيح منه يثبت الضّمان في الفرد الفاسد منه، فيختصّ موردها بما اذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحاً و اخرى فاسداً. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بان: لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النّوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصّلع، بل يراد مطلق المعاملة الماليّة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد. فيقال انّ ما نحن فيه، و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر. و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة الغير المعوّضة لاضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمل.

و بالجملة فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، و لذا لم يصرّح احد بعدم الضّمان في: بعتك بلا ثمن. مع اتفاقهم عليه هنا و صرّح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرّشوة التي هي من قبيل الثّمن فيما نحن فيه [١]. نعم ذكر الشّهيّد رحمه الله و غيره عدم الضّمان في الاجارة بلا اجرة.

[١] قوله و صرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة

اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بان الرشوة ليست من قبيل الثمن و ليس مقصود الراشي شراء الدين و لا مقصود المرتشي بيعه فلا يلزم عدم الضمان في مسألة البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة بل الاقوى ان جهة الضمان فيه هي جهة الضمان في باب الربا، فالشارع كما لم يبيح للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة في المتجانسين لم يبيح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشي فحيث ان يده يدعدوان يجب عليه المثل او القيمة

و فيه: ان الشارع لم يبيح الرشوة بهذا المعنى و اما الدفع الخارجي ولو في ذلك المقام لو كان تسليط مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب اثره، و بعبارة اخرى حكم الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع و حرمة التصرف في المقبوض بذلك فكما ان ذلك لا ينافي حكمه بعدم الضمان في المورد الثاني لاجل التسليط المجاني كذلك لا ينافي حكمه في الرشوة، فالحق ان حكم الماخوذ رشوة اذا كان بازاء الحكم لا ما اذا كان الداعي للاعطاء هو الحكم، حكم المقبوض في المقام، و في باب البيع الفاسد.

و يؤيد ما ذكرنا ما دلّ من الاخبار على كون ثمن الكلب او الخمر سحتا وان امكن الذبّ عنه، بأنّ المراد التشبيه في التحريم فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع اذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن اليه، لكونه واسطة في ايصاله الى المالك، قتلف في يده. اذ لم يسلطه عليه و لا اذن له في التصرف فيه فضلاً عن اتلافه، ولعلّ كلماتهم و معاقد اتّفاقهم تختصّ بالغاصب البائع لنفسه. و ان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة، و كذا يقوى الرجوع لو اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري، بل اخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنّه لم يحصل هنا من المشتري تسليط الا بالعقد، و التسليط العقدي مع فساد غير مؤثر في دفع الضمان

وان كان الثمن شخصيا و باقيا و اجاز الإقباض و بنينا على تأثيرها، له الرجوع الى البائع خاصة - من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف - و ان لم يجز الإقباض او اجازه و بنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع الى كل منهما - اي البائع والمشتري على المسلكين - اما رجوعه الى البائع فلكون ماله تحت يده، واما رجوعه الى المشتري فللزوم التسليم عليه. و ان كان الثمن شخصيا و تالفا، فبناء على النقل مطلقا او في خصوص اجازة الإقباض لا يبقى مورد لإجازة الإقباض فينفسخ العقد، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

و اما بناءً على القول بالكشف حتى في الإجازة و اجاز الإقباض، فليس للمال الرجوع الى البائع ولا الى المشتري. اما عدم الرجوع الى الأول فلاّنه امين، واما عدم رجوعه الى الثاني فلتسلمه الثمن. نعم في فرض الإتلاف يرجع الى البائع.

فتحصل: انه في بعض الفروض يرجع الى اى منهما شاء و في بعضها لا يرجع اليهما و في بعضها يرجع الى المشتري فقط، و في بعضها الى البائع، و في بعضها يبطل العقد.

و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بأباحة تصرف البائع الغاصب فيه، مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الاباحة، وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو اخذ العين صاحبها ولو كان الثمن كلياً فدفع اليه المشتري بعض افراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجّاناً.

المسألة الثانية: انّ المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن [١] فإمّا أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة، و إمّا أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، و وطىء الجارية، و اللبن، و الصوف، و الثمرة، و إمّا أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة و ما صرفه في العمارة، و ما تلف منه او ضاع من الغرس و الحفر او اعطائه قيمة للولد المنعقد حرّاً و نحو ذلك، او نقص من الصفات و الاجزاء ثمّ المشتري ان كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه، وان كان جاهلاً.

الغرامة التي غرمها المشتري

[١] قوله المسألة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن

و هو اما في مقابل العين أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، او ما يصرف في اصلاح ملكه، او لدفع النوائب عنه. و عليه فهو على اقسام:
الاول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذي اشترى به اذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة و اخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

الثاني: قيمة المنافع المستوفاة.

الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

الرابع: ما يغرمه من جهة حفر او نفقة او قيمة ولد و نحو ذلك.

و محل الكلام في المقام ليس الا رجوع المشتري الى البائع بعد رجوع المالك اليه،

و اما رجوع المالك الى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما ان محل الكلام

صورة الرد دون الإجازة.

و الكلام تارة يقع في صورة العلم بالفضولية، واخرى: في صورة الجهل بها.
اما في الأولى: فالظاهر انه: لا خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري إلى البائع لعدم
الدليل عليه

و قد يقال: انه يستثنى من ذلك مورد ان:

الأول: ما اذا ادعى البائع الأذن من المالك.

الثاني: ما اذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات اذا لم يجز المالك.

اما في المورد الأول: فمجرد دعوى الاذن لا يوجب الاستناد اليه كي تصح دعوى
الغرور.

واما في المورد الثاني: فان كان الالتزام على الوجه الشرعي فهو الموجب للرجوع،
و الا فلا موجب له.

واما في الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لابد من بيان القواعد التي استندوا
اليها في الحكم في المقام:

منها قاعدة نفي الضرر^(١): حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى البائع ضرر
عليه، فتنتفيح القاعدة.

و فيه: اولاً: ما حقق في محله من ان قاعدة نفي الضرر نافية للأحكام و لا تصلح
لإثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها.

و ثانياً: ان الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران،

فالأظهر انه لا مورد لها في المقام.

و منها قاعدة التسبب: اي قوة السبب على المباشر

واستدلوها: بالإجماع

المحكي عن الإيضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان أقوى،
وبقاعدة الإلتلاف^(١).

وفيه: أن المتيقن من معقد الإجماع وما يستفاد من القاعدة إنما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: أن السبب على أقسام ثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا إلى السبب دون المباشر، ويكون المباشر غير مختار، ولم يصدر عنه الفعل باختياره.

وفي هذا القسم يتم ما ذكر، والدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائيني رحمته من هذا القسم

حكم الحاكم بشهادة شهود الزور

وفعل المكره باكره الجائر،

نظراً إلى أن الفعل لا يستند إلى المباشر شرعاً لكونه واجباً عليه.

وفيه: أن الوجوه الشرعي لا يوجب رفع الضمان، إلا ترى أنه لو اضطر إلى أكل مال

الغير وجب عليه ذلك حفظاً للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففي مسألة المكره للمالك الرجوع إلى المكره بالفتح.

نعم في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة. الدالة على أنه

لا ضمان على الحاكم

كم رسل جميل عن أحدهما عليها السلام قال (ع) في الشهود إذا رجعوا عن

شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا الخبر^(٢) ونحوه غيره.

الثاني: ما إذا كان السبب محدثاً للداعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى

السبب، والوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا إلى المباشر، والضمان المترتب عليه مستندا

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ١.

الى سبب، كمن قدم الى غيره طعاما لياكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له. و في هذا القسم و ان كان المنتج الضمان،

و لكن لالما تقدم من الإجماع وقاعدة الإلتلاف، فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفا و لا يكون الإجماع عليه تعديا، بل لقواعد اخر.

فاتضح ان قاعدة التسبب من حيث هي لا موضوعية لها.

و منها قاعدة الغرور: واستندوا فيها الى امور:

احدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر^(١) نسب ذلك الى الرياض.

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة الى الخسارة الواردة على المغرور.

وشيء من هذه الوجوه لا يتم

اما الثلاثة الأولى: فلما تقدم

واما الأخير: فلأن خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من جهة

الإلتلاف الإختياري للمشتري غير المستند الى البائع كما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لها بوجهين آخرين:

احدهما : النبوى المعروف: المغرور يرجع على من غره^(٢) المعمول به بين

الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة في الموارد الجزئية، مع اشتمال

بعضها على التعليل:

كخبر رفاة قضي امير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليها و هي برصاء، ان لها

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

(٢) رواء المحقق الثاني في حاشية الارشاد.

ان لها المهر بما استحل من فرجها، وان المهر على الذي زوّجها، وانما صار المهر عليه لأنه دلّسها^(١)

و في خبر اسماعيل بن جابر في الرجل أعجبته امرأة فاتي اباه فزّوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته وانها امة، قال عليه السلام: ترد الوليدة على مواليتها، والولد للرجل، وعلى الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه^(٢) ونحوهما غيرهما.

وهي وان وردت في النكاح، الا انه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح الى غيره،، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بنائاً على ذلك بما اذا كان الغار عالماً،

واما اذا كان جاهلاً فلا تكون هذه القاعدة ثابتة، وذلك لأن الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، والمفعول بل هو بمعنى الخدعة والتدليس، ولا اشكال في ان البائع او غيره الموجب للخسارة اذا كان جاهلاً لا يكون مدلساً ولا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوي ولا النصوص الخاصة.

وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله: ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالماً او جاهلاً

وما يحتمل او يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص الواردة في شاهد الزور الدالة على انه يرجع اليه اذا رجع من شهادته،

كصحيح جميل عن الامام الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال عليه السلام ان كان الشيء قائماً بعينه رد على صاحبه وان لم يكن قائماً بعينه ضمن بقدر ما اتلف ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل^(٣)

و لكنه فاسد، وذلك لو جهين:

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٧ - من ابواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٢.

فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب كما في الرِّياض و عن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الاسلام في شرح الارشاد دعوى الاجماع على الرجوع بمالم يحصل في مقابله نفع. و في التحرير انه يرجع قولاً واحداً.

و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفي الاشكال عن ضمان البايع لدرك ما يحدثه المشتري اذا قلعه المالك.

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور فإنَّ البائع مغرر للمشتري و موقع إتياءه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع اليه اذا رجع من شهادته، و لقاعدة نفي الضرر [١] مضافاً الى ظاهر رواية جميل او فحواها [٢] عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمَّ يجيء مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بثمان الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه، فإنَّ حرّية ولد المشتري اما أن يعدّ نفعاً عائداً إليه أو لا؟ و على التقديرين يثبت المطلوب

الأول: انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور، لانه يرجع الى الحاكم و هو الى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: ان في ذلك الباب خصوصية، و هي ان المباشر - و هو الحاكم - يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، و مع احتمال دخلها لا سبيل الى دعوى التعدي و الغاء الخصوصية.

اذا عرفت هذا فاعلم: ان المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري الى البايع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه،

[١] و استدل له: بالإجماع، و بقاعدة نفي الضرر. و قد مر ما فيها.

[٢] فالصحيح ان يستدل له: بقاعدة الغرور،

و بصحيح جميل عن الامام الصادق المذكور في المتن.^(١)

مع أنّ توصيف قيمة الولد بأنّها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم، فيطرّد في سائر ما اخذت منه.

و اما السّكوت عن رجوع المشتري الى البائع في بعض الاخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك كراوية زرارة في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية، فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولاداً، ثمّ اتاها من يزعم أنّها له و اقام على ذلك البيّنة، قال يقبض ولده، ويدفع اليه الجارية و يعوّضه من قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها. و رواية زريق قال: كنت عند ابي عبدالله عليه السلام يوماً، اذ دخل عليه رجلان، فقال، احدهما أنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمّار، و له بذلك ذكر حق، و شهود. فأخذ المال و لم استرجع عنها الذّكر بالحقّ و لا كتبت عليه كتاباً و لا اخذت منه برائة بذلك، و ذلك لأنّي وثقت به، و قلت له: مزق الذّكر الحقّ الذي عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبنى بالمال و رّائه و حاكموني و اخرجوا بذلك ذكر الحقّ و اقاموا العدول، فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال، و كان المال كثيراً، فتواريت عن الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي و قبض القوم المال، و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثمّ أنّ و رثة الميّت اقروا أنّ اباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي و يعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال أنّي أحبّ أن أسأل أبا عبدالله عليه السلام عن هذا، فقال الرّجل: يعني المشتري كيف أصنع جعلت فداك؟ قال تصنع: ان ترجع بمالك على الورثة و ترّد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير هذا، قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثّمار و كلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب ان ترّد ذلك إلّا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للزراع امّا قيمة الزّرع، و امّا يصبر عليك إلى وقت حصاد، الزّرع فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له و ردّ عليك القيمة و كان الزّرع له قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرساً؟ قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه [نفسه] يقلعه و يأخذه، قلت: رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال: يرّد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث الى ما كان

أو ردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض [أن يردّ عليه] كلّما خرج منه إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع الثّواب كلّ ذلك مردود إليه، انتهى.

وفيه مع أنّا نمنع ورودها إلّا في مقام حكم المشتري مع المالك أنّ السّكوت في مقام البيان لا يعارض الدّليل، مع ان رواية زرارة ظاهرها عدم التّمكن من الرجوع الى البائع، مع أنّ البائع في قضيّة زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه اليه غرم، لأنّ الحاكم من قبل الشّارع ليس غاراً من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها، وان كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر

اذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائداً الى الأب اولا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فبالفحوى، اذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع الى المغرور فبالأولى في صورة عدمه، واما على الثاني فواضح.

وعن صاحب الحقائق: عدم الرجوع اليه.

واستدل له، بخبري زرارة^(١) وزريق^(٢) المذكورين في المتن الساكتين عن حكم رجوع المشتري الى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فان ذلك آية عدم الرجوع. وفيه: اولا: ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا،

و ذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غرمها في اصلاح المعيشة من قيمة غرس او بناء او نفقة في مصلحة المعيشة و دفع الثّواب عنها الى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.

و ثانيا: ان السكوت في مقام البيان يكون دليلا لا مطلقه،

و في المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء المخالف [١] وتصرّفه في امور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

واما الثاني: وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل اليه من المنافع والنماء، [٢] ففي الرجوع بها خلاف اقواها الرجوع، وفاقاً للمحكي عن المبسوط و المحقّق والعلامة - في التجارة - والشّهيدين والمحقّق الثاني وغيرهم.

وعن التّنقيح أنّ عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم مال الغير الى غيره الجاهل، فاكله، ويؤيّده قاعدة نفي الضرر [٣] فإنّ تغريم من اقدم على اتلاف شيء من دون عوض مغوراً من آخر بأن له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه الى من غرّه في ذلك ضرر عظيم، ومجرّد رجوع عوضه اليه لا يدفع الضرر، وكيف كان فصدق الضرر واضرار الغارّ به ممّا لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد، فما في الرّياض من أنّه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوّة السبب على المباشر لكنّه لا يخلو من نظر، لأنّه إنّما يدّعي اختصاص دليل الغرور من التّصوص الخاصّة والإجماع بصورة الضرر.

و ثالثاً: ان السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، وهو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.

ورابعاً: انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجوه لاتخفى.

[١] قوله فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء المخالف

وفيه ان مجرد علم المشتري بكون القاضى من المخالفين، لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه، فلا دليل على كون المشتري عالماً بالفساد.

[٢] واما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة اليه، ففيها قولان

قد استدلل المصنف عليه وغيره للرجوع بوجوه:

[٣] منها: قاعدة لا ضرر.

و أمّا قوّة السّبب على المباشر ليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور [١] إلاّ إذا كان السبب بحيث استند التّلف عرفاً اليه، كما في المكره، وكما في الرّيح العاصف الموجب للاحراق، و الشّمس الموجبة لا ذابة الدّهن و اراقتها، والمتّجه في مثل ذلك عدم الرّجوع الى المباشر اصلاً، كما نسب الى ظاهر الاصحاب في المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة. و أمّا في غير ذلك، فالضّمان أو قرار الضّمان فيه يحتاج الى دليل مفقود، فلا بدّ من الرّجوع بالاخرة الى قاعدة الضّرر او الاجماع المدّعي في الايضاح على تقديم السّبب اذا كان اقوى، او بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغارّ سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزّور في ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أمّا الأخير فواضح. [٢]

و أمّا الأوّل: فقد عرفته. و أمّا الإجماع و الأخبار فهما و ان لم يردا في خصوص المسألة، إلاّ أنّ تحقّقها في نظائر المسألة كاف، فإنّ رجوع آكل طعام الغير إلى من غرّه بدعوى تملّكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهراً، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزّور مورد الاخبار

و فيه: - مضافا الى ما تقدم - ان الغرامة المقابلة للنفع الواصل اليه لا تكون ضرراً. و بعبارة اخرى: ان الضرر هو النقص المالي او البدني او العرضي، والنقص المالي الذي يقوم مقامه ما يسد مسده ليس بنقص مالي عند العرف. ففي المقام بما ان الغرامة انما تكون في مقابل ما وصل اليه من النفع لا تعد ضرراً.

[١] و منها: قاعدة التسييب، و قد مر عدم كونها قاعدة مستقلة الا اذا كان السبب بحيث يستند التّلف اليه عرفاً، و المتّجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلاً.

[٢] و منها: النصوص الواردة في شاهد الزور، و قد مر انها اجنبية عن المقام.

فالاولى: ان يستدل له: بقاعدة الغرور، فان الميزان فيها هو التغرير سواء استوفى المغرور نفعاً كأكله الطعام او لم يستوف اصلاً

و بصحيح جميل المتقدم بناءً على ان مورده الغرامة التي تكون بازاء المنفعة كما تقدم، اما لأن الحرية نفع عائد الى الاب

و لا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلاً، وقد ظهر ممّا ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما في كلام بعض حيث عدل في ردّ مستند المشهور عما في الرّياض من منع الكبرى إلى منع الصّغرى.

فإنّ الانصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرّجوع في باب الاتلاف وان كان غير منقّح. إلا أنّ المتّقين منه ما كان اتلاف المغرور لمال الغير و اثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده الى اتلافه مال نفسه او مال من اباح له الاتلاف فيكون غير قاصد لاتلاف، مال الغير فيشبه المكره في عدم القصد،

هذا كلّ مضافاً الى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدّمة، بناء على أنّ حرّية الولد منفعة راجعة الى المشتري،

وهو الذي ذكره المحقّق احتمالاً في الشّرايع في باب الغصب بناء على تفسير المسالك، وفيه تأمّل.

اولان الولد نفسه منفعة له وان لم تكن منفعة مالية

وقاعدة الغرور وان اختصت بصورة علم البائع، الا ان مقتضى اطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم والجهل.

وبما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

واما الغرامة التي يغرمها في مقابل العين، فبالنسبة الى المقدار الذي جعل ثمننا اذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولي لا يرجع الى البايع لان هذه الغرامة لم تنشأ من تغيير البائع، لأنّه لو فرض صدق البائع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة.

وما ذكره السيد الفقيه قده في وجه الرجوع

بقوله: انه لم يقدم على هذه الغرامة وانما اقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم امضاء الشارع له.

يرد عليه: انّ الرد الى المالك او البائع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضاً عن المال التالف.

ثمَّ انَّ ممَّا ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف، فاخذ منه المالك عشرين [١] فإنَّه لا يرجع بعشرة الثمن، و إلاَّ لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغرمه في ذلك، لأنَّه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بازاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. و أمَّا العشرة الزائدة، فإنَّما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع [٢] و ممَّا ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع من أنَّ المشتري أنما اقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كلِّ عقد يضمن بصحيحه و مع الاقدام لا غرور [٣] و اذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع انَّ الاقدام أنما كان على ضمانه بالثمن، إلاَّ أنَّ الشارع جعل القبض على هذا التحو من الاقدام، مع فساد العقد و عدم امضاء الشارع له سبباً لضمان المبيع بقيمته [٤] الواقعية

[١] و اما في المقدار الزائد - كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين - فقد ذهب المصنف رحمه الله - تبعاً لغيره من الأساطين [٢] الى انه يرجع الى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور. [٣] و اورد عليه: بان الاقدام و الغرور لا يجتمعان، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمى، و عليه فاذا بنينا على ان مقتضى اقدام المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك - كما هو المدرك للضمان في كل عقد فاسد يضمن بصحيحه - لوجه الرجوع الى البائع حيث لا تغيير، و ان قيل انه لا يكون مقدماً على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك. و بعبارة اخرى: ان كان مقدماً على الضمان بالقيمة الواقعية لا مورد لقاعدة الغرور، و الا فلا وجه لأصل الضمان. و اجاب عنه المصنف رحمه الله بجوابين:

[٤] الأول: ان الإقدام انما يكون على المسمى و لا اقدام على غيره، فبالنسبة الى ما لا اقدام عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، ولكن الإقدام على المسمى

فالمانع من تحقّق الغرور، وهو الاقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن [١] و الضمان، المسبّب عن هذا الاقدام، لما كان لاجل فساد العقد المسبّب عن تغيير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرّاً على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وان كانت مسببة عن الاقدام إلا أنها ليست مقدّماً، عليها هذا كلّه مع انّ التحقيق على ما تقدّم سابقاً أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان وان ليس الاقدام على الضمان علّة له مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان، وان استدللّ به الشّيخ واكثر من تأخّر عنه، وقد ذكرنا في محلّه، توجيه ذلك بما يرجع الى الاستدلال باليد فراجع.

وكيف كان فجرى ان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه فيما حصل في مقابلته نفع [٢] هذا اذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى [٣]

سبب شرعاً لضمان تمام القيمة، ف ضمان التمام ليس مقدماً عليه لينا في الغرور، بل اثر الإقدام على المسمى ضمان تمام القيمة. وتبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين. وفيه: انه اذا كان مدرك الضمان هو الإقدام - كما هو مبنى الإشكال - لا وجه للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الإقدام على المسمى الا اذا ورد دليل على ان الإقدام على شيء سبب لضمان شيء آخر، والمفروض عدمه، فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا الإيراد.

[١] الثاني: وهو الحق، وهو منع المبنى، لأن مدرك الضمان في المقام وغيره المقبوض بالعقد الفاسد انما هي اليد، وهي تقتضي الضمان بتمام القيمة. والغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار في المقدار الذي غرّر فيه، فبالنسبة الى المقدار الزائد وان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها الى البائع [٢] قوله فجرى ان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه.

هذا اذا كان المدرك قاعدة نفى الضرر، والا فموضوع الغرور حاصل فيهما

[٣] قوله ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى

وجه الاولوية ان هناك كان يحتمل ان الاقدام على الضمان بالمسمى اقدم

هذا كله فيما يغرمه المشتري بازاء نفس العين التالفة. أما ما يغرمه بازاء اجزائه التالفة، فالظاهر ان حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه، و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. و أما ما يغرمه بازاء اوصافه [١] فإن كان ممّا لا يقسط عليه الثمن، كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت. فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك

على الضمان بالقيمة الواقعية، و هذا المعين غير محتمل في المقام لان ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه

و مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع اليه في صورة علم البائع،

واما في صورة جهله فلا يرجع اليه لعدم صدق الغرور.

[١] قوله و اما ما يغرمه بازاء اوصافه فان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن

فقد فصل المصنف رحمته بين وصف الصحة وغيره من الأوصاف، و التزم بعدم الرجوع في وصف الصحة - نظرا الى مقابلته بجزء من الثمن - و الرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبد كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.

و تمام الكلام بالبحث في مقامين:

الأول: في الفرق بين وصف الصحة وغيره من الأوصاف.

الثاني: في انه هل يرجع الى البائع فيما يغرمه بازاء الأوصاف، ام لا؟

اما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينهما، و ان شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن، و ان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف. و لا فرق في ذلك بين وصف الصحة وغيره. والشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف،

و ثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدل على مقابلته بالثمن، و الا لزم ان يرد البائع

جزء من الثمن.

ثم إنَّ ما ذكرنا كلّه من رجوع المشتري على البائع بما يغرّمه إنّما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك. أمّا لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع [١] لأنّ الغرامة لم تجي من تغرير البائع في دعوى الملكية، وإنّما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقديري صدق البائع وكذبه.

وأما المقام الثاني: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه رحمته وغيره - عدم الرجوع لعدم تغرير البائع إياه وقد أقدم المشتري على أن الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، وهذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التي توجد فيما بعد وتتلّف - حيث أنه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

[١] قوله واما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع

وقد استدل المحقق النائيني رحمته لإختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلاً للصحة باجازه المالك، بأن العقد الفاسد من جهة أخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستنداً إلى التغرير، فإن الفساد من جهة أخرى هو اسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، ولا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، والفساد من جهة أخرى بمنزلة فقد المقتضى، فلا محالة يستند الفساد إلى عدم المقتضى لا إلى وجود المانع.

وفيه: أن سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هي اليد، سواء أكان عدم الصحة لإختلال شرط من شروط العقد، أو كان لإختلال سائر الشروط. والتغريض سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغرير وسبب الضمان مقتضاهما متحدّاً حتى يشتركا في التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالأولى: أن يستدل له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية أخرى:

ثمَّ أنّه قد ظهر ممّا ذكرنا. أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأنّ المفروض قرار الضّمان على البائع. [١] وأمّا ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثّمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك والوجه في ذلك حصول التّلف في يده. فان قلت: أنّ كلّاً من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، الّتي هي سبب للضّمان وحصول التّلف في يد المشتري، ولا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه،

بان التّغريير المساوق للتّدليس والتّخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضّمان، فمع علمه بذلك وانه يكون ضامناً على كل حال كان البائع مالكا ام لا، لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

[١] قوله لان المفروض قرار الضمان على البائع

إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري بشخص ثالث وتلف المال في يد المشتري الثاني، لا خلاف في انه للمالك مع رد البيع الأول الرجوع الى كل من الغاصب والمشتريين، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد فكيف يحكم بضمان كل من الثلاثة. وتنقيح القول في المسألة انما هو بالبحث في مقامين.

الأول: حكم المالك بالإضافة الى كل واحد منهم.

الثاني: حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

اما المقام الأول: فقد اورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده.

بما حاصله: انه ان اعتبر شيء واحد في الذم يلزم استقرار الواحد في محال متعددة، وان التزم بتعدد ما في الذم يلزم ان يكون لشيء واحد ابدال متعددة، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد.

نعم لو اتلف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق. [١] قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليمينين ببدل التالف. وصيرورته في عهدة كل منهما، مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة. وإن الموصول في قوله على اليد ما اخذت شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الايدي المتعددة.

والحق في الجواب: عن هذه الشبهة ان يقال: ان الكلام.

تارة في الحكم الوضعي.

واخرى في الحكم التكليفي.

اما من حيث الحكم الوضعي:

فان قلنا بان معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - لا محذور في تعدد الضامن، فان الشيء الواحد في المحال المتعددة اعتباراً ككونه في الأذهان المتعددة بتعدد صورته لا محذور فيه، والعهدة ليست الا محلاً اعتبارياً، وحيث انه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذمم باداء واحد منهم.

وان قلنا: بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها في الذمة، فان قلنا بان في ذمة كل واحد حصة من الطبيعي غير ما في ذمة الاخر لزم ثبوت ابدال عديدة لشيء واحد. واما ان قلنا بان الطبيعي بنفسه في ذمة كل واحد من دون ان يصير حصة.

او قلنا بان حصة منه في ذمة كل واحد من جهة انه وجود اعتباري لا محذور في الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور ايضا.

واما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي لأنه احد مصاديق ذلك، وقد حققنا في الاصول امكانه، فلا محذور اصلاً.

[١] قوله نعم لو اتلف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

وفيه ان الضمان في صورة التلف ايضا كذلك - فان من تلفت العين تحت يده كان يتمكن من ردها الى صاحبها فبامساكه المبيع استقر الضمان على السابق.

مع ان سببية شخص لضرار آخر لا يوجب ضمانه اذا لسببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان.

فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركها بعد التّلف عليه، فإذا فرض أيدي متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيدي [١] لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعدّدة، معناه لزوم خروج كلّ منها عن العهدة عند تلفه، وحيث أنّ الواجب هو تدارك التّلف الذي يحصل ببذل واحد لا أزيد، كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلّ منهم الخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمّة كلّ منهم على البذل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركاً. لأنّ المتدارك لا يتدارك والوجه في سقوط حقّه بدفع بعضهم عن الباقي أنّ مطالبته ما دام لم يصل اليه المبدل ولا بدله فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمّة واحدة لم يكن بعنوان البدلية والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقّق ممّا ذكرنا أنّ المالك أمّا يملك البذل على سبيل البدلية ويستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التّلف واصلّاً إلى المالك،

[١] وأما ما افاده المصنف رحمه الله في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: ان الذمم المتعددة تشتغل بواحد على البذل نظير الواجب الكفائي في العبادات. فيرد عليه: انه في الواجب الكفائي لا يكون الوجوب متوجها الى احد الأفراد على البذل، فان ذلك غير معقول.

بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع، لكن مشروط بعدم اتيان الآخرين. وهذا لا يمكن الالتزام به في المقام، فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمة بعدم اشتغال الاخرى، او يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، او يلتزم بتقييده بعدم اداء الآخر.

ولازم الأول انتفاء الاشتغال رأساً لو كان الشرط عدم الآخر مقارناً له، وثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، وهما كما ترى.

ولازم الثاني ثبوت الاشتغالين وبدلين عند عدم مطالبتهما.

ولازم الثالث استحقاق المالك لابدال متعددة لو ادى الجميع ما في ذمهم كما يحصل الإمتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الإمتثال في الواجب الكفائي، مع ان المالك لا يستحق في شيء من الحالات الا بدلاً واحداً.

ويمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث أنه ضمّ ذمّة الى ذمّة اخرى وضمان عهدة العوضين لكلّ من البائع والمشتري عندنا كما في الايضاح [١] وضمان الاعيان المضمونة على [٢] ما استقر به في التذكرة وقوّاه في الايضاح وضمان الاثنين لواحد [٣] كما اختاره ابن حمزة.

وقد حكى فخر الدين والشَّهيد عن العلامة في دروسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات الواجب الكفائي وفي الاموال الغاصب من الغاصب، هذا حال المالك بالنسبة الى ذوي الايدي.

[١] قوله وضمان عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا.

يعنى ضمان شخص ثالث عن البايع للمشتري عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقا للغير - او ضمانه عن المشتري للبائع عهدة المبيع اذا خرج الثمن مستحقا للغير. واورد عليه المحقق النائيني رحمته وتبعه غيره بان هذا ليس نظير للمقام - اذ مع بقاء المضمون وعدم الامتناع ليس المكلف بالرد والضامن الا المضمون عنه، ومع التلف او الامتناع لا تشتغل الاذمة الضامن.

وفيه انه في صورة البقاء للمشتري الرجوع الى الضامن، كما له الرجوع الى المضمون عنه ليتحصل ماله ويعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان وتحققه - كما انه - في صورة التلف له الرجوع الى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده. وبعبارة اخرى بمقتضى ^(١) على اليد - وفي خصوص باب الدين نلتزم بانه لا يرجع الى المضمون عنه للدلالة الخاصة الاتية في محلها غير الشاملة للمقام. [٢] قوله وضمان الاعيان المضمونة.

الكلام في ضمان الاعيان المضمونة كما لو ضمن عن المستعير في العارية المضمونة او ضمن في مورد الغصب او المقبوض بالعقد الفاسد - هو الكلام في ضمان عهدة العوضين اشكالا وجوابا.

[٣] قوله وضمان الاثنين لواحد.

اورد عليه المحقق النائيني رحمته بانه لا يصح ضمان الاثنين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته ولكن حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا - فلا محذور في الالتزام به بعد شمول ادلة صحة الضمان له.

وأما حال بعضهم بالنسبة الى بعض [١] فلا ريب في أنّ اللّاحق اذا رجع اليه لا يرجع الى السّابق ما لم يكن السّابق موجباً لا يقاعه في خطر الضّمان.

كما لا ريب في أنّ السّابق اذا رجع عليه وكان غاراً للاحقه لم يرجع اليه، اذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللّاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما اذا لم يكن غاراً له، فنقول انّ الوجه في رجوعه هو انّ السّابق اشتغلت ذمّته بالبذل قبل اللّاحق، فإذا حصل المال في يد اللّاحق فقد ضمن شيئاً له بدل [٢] فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البذل والمبدل على سبيل البذل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معيناً من دون البذل، وإلاّ خرج بدله عن كونه بدلاً فما يدفعه الثّاني، فإنّما هو تدارك لما استقرّ تداركه في ذمّة الأوّل بخلاف ما يدفعه الأوّل، فإنّه تدارك نفس العين معيناً اذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن اذّاه الى المالك سقط تدارك الأوّل له، ولا يجوز دفعه الى الاول قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه من باب الغرامة والتّدارك فلا اشتغال للذمّة قبل حصول التّدارك وليس من قبيل العوض لما في ذمّة الأوّل، فحال الاول مع الثّاني كحال الضّامن مع المضمون عنه في أنّه لا يستحقّ الدّفع اليه الاّ بعد الاداء.

[١] قوله واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض.

المقام الثاني: في حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

ومحصل الإشكال في المقام: ان الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي: انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، ولو رجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق، ولا يرجع اللاحق الى السابق الا اذا كان هناك غرور، فان الغرور يرجع الى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان ووحدة نسبة على اليد اليهما.

واجابوا عن ذلك باجوبة:

[٢] الأوّل: ما افاده المصنف رحمه الله.

وحاصله: ان السابق بمجرد وضع يده يصير ضامناً، بحيث يكون بدل العين على

تقدير التلف على ذي اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة

والحاصل أنّ من تلف المال في يده ضامن لاحد الشخصين على البذل من المالك ومن سبقه في اليد ويشتغل ذمّته أمّا بتدارك العين وأمّا بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البذل، كما كان في الايدي المتعاقبة اشتغال ذمّة اشخاص على البذل بشيء واحد لشخص واحد، وربما يقال [١] في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه

ومتحيثة بهذه الحيثية، فيد اللاحق واردة على عين لها بدل، فضمانها ضمان عين لها بدل، ومرجع ذلك الى ضمان العين وبدلها على سبيل البذل، اذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البذل عن كونه بدلا.

وبهذا التقريب تندفع جملة من الإشكالات التي اوردها بعض المحشين.
منها: انه ما الوجه في ضمان البذل ولم يدل دليل عليه، اذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البدلية.

ومنها: ان لازمه جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل دفع البذل، اذ البذل طولي لا عرضي.

ولكن ترد عليه امور:

الأول: ان الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتى بعد التلف - كما تقدم تحقيقه، فلا يكون لها بدل.

الثاني: ان الانتقال الى البذل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، وفي ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبذل في عرض واحد بلا سبق ولحق.

الثالث: ان لازم ما ذكره انه لو دفع العين من اللاحق الى السابق بعد اخذه منه وتلفت عنده له الرجوع الى اللاحق، اذ اللاحق اشتغلت ذمته بما له بدل، وبعد عود المال الى السابق لا يصير ضامنا لشيء لضمانه قبله.

[١] قوله ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده.

القائل هو صاحب الجواهر، وعبارته منقولة في المتن.

أنّ ذمّة من تلف في يده لو رجع عليه أنّ ذمّة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل [١] وان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغل ذمّته به، فيملك حينئذٍ من ادّى بادائه ما للمالك في ذمّته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: وبذلك اتّضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالاداء شرعي لا ذمي، اذ لا دليل على شغل ذمم متعدّدة بمال واحد، فحينئذٍ يرجع عليه ولا يرجع هو، انتهى. وانت خبير بأنّه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأنّ خطابه ذمي، وخطاب غيره شرعي، مع كون دلالة على اليد ما اخذت بالنسيئة اليهما على السواء،

[١] الثاني: ما عن صاحب الجواهر رحمته، وهو: ان من تلفت العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل وان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذٍ من ادّى بادائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية. وفيه: ان هذا يبتني على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد، وقد عرفت ضعف المبنى.

الثالث: ما عن السيد الفقيه رحمته، وهو ان العين التالفة تكون باقية على ملك مالکها، ولذا يصح الصلح عليها واحتسابها خمساً أو زكاة، وما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضاً عنها، ومقتضى العوضية خروج العين التالفة عن ملك مالکها وصيرورتها ملكاً للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع الى اللاحقين. ثم اورد على نفسه: بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضاً، لأن المفروض ان قام مقام المالك.

واجاب عنه: بان الوجه في عدم جواز رجوعه اليه انه السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمته.

وفيه: ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان، وعليه فلا فرق بين السابق واللاحق، مع ان ما يدفعه الدافع الى المالك انما يكون غرامة وبدلاً عن ماله، من جهة ان مالية العين تلفت، فمقتضى التغيريم ان يحفظ ماليتها بدفع مال،

والمفروض أنّه لا خطاب بالنّسيئة اليهما غيره، مع أنّه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء [١] والخطاب الذمي، مع أنّه لا يكاد يعرف خلاف من احد في كون كلّ من ذوي الايدي مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط باداء احدهم او ابرا المالك نظير الاشتغال بغيره من الدّيون في اجباره على الدّفع او الدّفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضّرب فيه مع الغرماء ومصالحه المالك عنه مع آخر الى غير ذلك

ولا يكون بدل ملك عن ملك.

وبعبارة اخرى: لا يكون بدلا عن العين في الملكية كي يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين.

الرابع: ما استند اليه جماعة منهم المحقق الخراساني رحمته الله على اختلاف بينهم في التعبير، وحاصله: انه في باب التّغريمات المتبع هو الطريقة العرفية المضادة شرعا، ومن المعلوم لمن راجع العرف والعقلاء انهم يفرّقون بين دخول العين في العهدة ابتداءً ودخولها في العهدة بعد ما كانت داخلة في عهدة اخرى، ويرون انه على الأول اداء بدل العين، وعلى الثاني اداء بدل العين للمالك، وبدل ما يؤديه السابق له على البدل. فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، ومقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، وعن عهدة عهدتها.

الظاهر هذا احسن ما يمكن ان يقال في وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقييده بما اذا لم تكن يد اللاحق مجانية وغير معاوضة، والا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلا لو غصب زيد من عمرو شيئا فوهبه لبكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر، وهو واضح.

[١] قوله مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء والخطاب الذمي.

هذا الايراد مبني على مسلك المصنف رحمته الله من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية واما على المسلك الاخر فالفرق بينهما واضح.

اللهم الا ان يقال ان نظره الشريف الى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ليصح رجوع من وجه اليه الخطاب التكليفي الى من وجه اليه الخطاب الوضعي

من احكام ما في الذمة، مع انّ تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البذل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتّجه على ما ذكرنا سقوط حقّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد اداء غيره لعدم تحقّق موضوع التّدارك بعد تحقّق التّدارك، مع انّ اللازم ممّا ذكره ان لا يرجع الغارم بمن لحقه في اليد العادية الاّ الى من تلف في يده، مع ان الظّاهر خلافه، فإنّه يجوز له ان يرجع الى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع الى احد لواحقه الى ان يستقرّ على من تلف في يده، هذا كلّ اذا تلف المبيع في يد المشتري.

وقد عرفت الحكم أيضاً في صورة بقاء العين، وأنّه يرجع المالك بها على من في يده او من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممّن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة [١] وللمالك استردادها، فيردّ بدل الحيلولة ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكّنه من الاسترداد من الثاني [٢] لانّ عهدها على الاول فيجب عليه تحصيلها، وان بذل ما بذل، نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد لياشرب نفسه [٣].

ولا يصح رجوع صاحبه اليه ومقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما الى الآخر.

[١] قوله غرم للمالك بدل الحيلولة وللمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة.

قد تقدم الكلام في بدل الحيلولة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد فراجع ما حققناه.

[٢] قوله ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الاول بمجرد تمكّنه من الاسترداد.

والوجه فيه ان كل واحد ممن وضع يده على المال يكون ضامناً ويجب عليه ادائه الى صاحبه وتمكن المالك من الاسترداد من الثاني لا يسقط وجوب الرد عن الاول.

[٣] قوله نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد لياشرب نفسه.

الحق هو التفصيل بين ما اذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف في المال - وبين

ما اذا لم يلزم منها ذلك - فللمالك اخذ مؤنة الاسترداد لياشرب نفسه في الاول

ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب من الأوّل عوضاً عن الاسترداد [١] فهل يجب عليه بذل العوض او ينزل منزلة التّعذر فيغرم بدل الحيلولة، او يفرق بين الاجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها ممّا يعدّ اجحافاً على الغاصب الأوّل وجوه هذا كلّ مع عدم تغيّر العين. وأمّا إذا تغيّرت، فيجبي صور كثيرة لا يناسب المقام التعرّض لها وان كان كثير ممّا ذكرنا ايضاً ممّا لا يناسب ذكره الآ في باب الغصب، إلا أنّ الاهتمام بها دعائي الى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناماً للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنّا من العلم والعمل أنّه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي. فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصّحة لظهور الاجماع، بل دعواه

دون الثاني - فانه في الاول للمالك ان يمنع من التصرف في ماله - ولا سبيل الى ان يقال ان وجوب رد مال الغيراهم من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها - فان ذلك فيما اذا كان ذلك مقدمة منحصرة، لا في مثل المقام الذي يمكن الرد بغير التصرف.

وفي الثاني لا وجه لزامه الغاصب بالرد بطريق مخصوص، بل هو مختار في ذلك. [١] قوله ولو لم يقدر على استردادها الا المالك ... وجوه.

الحق ان الا وجه، هو الاخير فانه اذا كانت الاجرة هي المتعارفة للاسترداد، نفس دليل وجوب الرد يكفي في الدلالة على وجوب بذل الاجرة لكونه مقدمة للرد الواجب. واما اذا كانت زائدة عن ما تعارف اخذه للاسترداد، فلا يجب البذل لعموم لا ضرر وتمام الكلام في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

بل دعواه عن غير واحد مضافاً إلى صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله ﷺ: لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي، كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. نعم لو لا التمس والاجماع امكن الخدشة فيه بما سيجيء في بيع ما يملك وما لا يملك. وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الاجازة [١] بل وكذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الامر ثبوت الخيار حينئذٍ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا، كما عن التذكرة. وسيجيء في اقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه ويؤيده صحيحة الصفار.

[١] قوله وأما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الاجازة. ما افاده المصنف من انه لا ريب في الصحة على القول بالصحة في بيع الفضولي والحكم بظهور الصحة على القول ببطلانه. قابل للمناقشة: فان جميع ما ذكر وجهاً للبطلان تجرى على القول بصحة بيع الفضولي، نعم - على القول بصحته وكون الاجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر، وتحققها لا يجرى شيء من تلك الوجوه كما ستعرف. وكيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافاً الى الإجماع - صحيح الصفار عن ابي محمد العسكري ﷺ: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك. (١)

بل العمومات الدالة على صحة العقود كآلية الشريعة (٢) تدل على الصحة فيه. وقد ذكروا في وجه عدم الشمول امورا: منها: ان البيع امر واحد بسيط، فاما ان يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات فلازمه الصحة في جميع اجزاء المبيع، او لا يكون مشمولاً لها فلازمه البطلان في الجميع. وعلى التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة وفساداً، وحيث انه لا يمكن

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب عقد البيع وشروطه.

(٢) المائدة اية ٢.

وربما حمل كلام الشَّيخ على ما اذا ادَّعى البائع الجهل او الاذن وكلام الغنية على العالم، ثمَّ ان صحة البيع فيما يملكه مع الرَّد مقيّد في بعض الكلمات بما اذا لم يتولّد من عدم الاجازة مانع شرعيّ كلزوم ربا وبيع آبق من دون ضميمة. وسيجيء الكلام في محلّها، ثمَّ انّ البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصّته من الثَّمَن، وموقوف في غيره بحصّته،

الإلتزام بالأول والالزم خروج المال عن ملك مالكة بلا رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

وفيه: ان البيع - اي الإنشاء - وأن كان واحدا، الا ان ما تضمنه من التمليك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فاذا تعددت الملكية يتعدد التمليك لا محالة، لأن الإيجاد والوجود متحدان حقيقة، وأحد التمليكين يكون مشمولا للعمومات، وهو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصح هو دون صاحبه.

وان شئت قلت: ان الإنشاء واحد صورة ومنحل الى انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

ومما يشهد للإنحلال: - مضافا الى ظهوره على ما عرفت: انه لو انضم الى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه وباعهما بانشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالا، فان المتعلق المجموع من حيث المجموع، مع ان لازم هذا الوجه ذلك.

ومنها: ان البائع لم يرض بانتقال ماله منفردا، فانه رضي بانتقاله منضمّا الى مال غيره، وقد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع.

وفيه: ان البائع قد رضي بانتقال ماله وانتقال مال غيره، فكل منهما متعلق للرضا، فانتقال ماله يكون عن رضا، وغاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه، مع انه اخص من المدعى، اذ ربما يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا.

ومنها: انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد، اذ ما قصد هو المجموع،

وطريق معرفة حصة كلّ منهما [١] من الثمن في غير المثلي ان يقوم كلّ منهما منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين [٢] مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلث دنائير وقيل أن قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن. وما ذكرنا من الطريق هو المصرّح به في الارشاد حيث قال: ويقسط المسمّى على القيمتين. ولعلّه ايضاً مرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة من أنّهما يقومان جميعاً، ثمّ يقوم احدهما. ولذا فسّر بهذه العبارة المحقّق الثاني عبارة الارشاد حيث قال: طريق تقسيط المسمّى على القيمتين الخ. لكنّ الانصاف أنّ هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الارشاد التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر اذ لو كان المراد من تقويهما، معاً تقويم كلّ منهما لا تقويم المجموع لم يحتجّ الى قولهم ثمّ يقوم احدهما، ثمّ تنسب قيمته اذ ليس هنا الاّ امران تقويم كلّ منهما او نسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

وما وقع غيره.

قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه، فان البائع قاصد لاّ يتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

ومنها: ان الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهول، فلا تصح المعاملة الواقعة عليه. وفيه: ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضاً او معوضاً في الإنشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعاً.

[١] وأما طريق معرفة حصة كلّ منهما، فلا اشكال فيما لو عين حصة كلّ منهما، كما لو لا حظ البائع والمشتري وقوع حصة معينة من الثمن بازاء كل جزء من الثمن. انما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك واوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصة والتقسيط. ولهم في ذلك مسالك.

[٢] الاول ما اختاره المصنف رحمته وفاقاً لغيره، وهو: انه يقوم كل واحد منهما منفرداً فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين،

فالظاهر ارادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة احدهما الى قيمة المجموع. [١] ومن هنا انكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك، اذ لا يستقيم ذلك فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة [٢] كما في مصراعي باب وزوج خفّ إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإنّه اذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته اليه كنسبة الاثنين الى العشرة استحقّ من البائع واحداً من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنّه لم يستحقّ من الثمن إلاّ مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر اعني درهمين ونصفاً.

فاذا كان الثمن عشرة وكانت قيمة مال نفسه اربعة وقيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلاث الثمن. اذ نسبة قيمة مال غيره الى مجموع القيمتين هي ذلك. وسيمر عليك ما يرد عليه. [١] الثاني: ما عن المشهور، وهو: انه يقوّم مجموع المالين ثم يقوّم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبة، فاذا كانت قيمة مصراعي الباب عشرة وكانت قيمة أحدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن. ولكن يرد عليه ما افاده المصنف بقوله.

[٢] اذ لا يستقيم ذلك فيما اذا كان لاجتماع الملكين دخل في زياده القيمة.

كما في مصراعي الباب وزوج خف اذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فان لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع اربعة في مقابل مصراع واحد، مع انه لم يجعل في المعاملة في مقابله الانصف الثمن. ويرد على الاول: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فانه في مثال الجارية وابنتها اذا باعهما بعشرة وكانت قيمة الجارية في حال الإنفراد ستة وفي حال الإنضمام اربعة وقيمة ابنتها بالعكس، فاذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ رجع المشتري الى البائع بخمسين من الثمن، مع انه جعل من الثمن بازائها ثلاثة اخماس. فالمتعين هو القول الثالث.

والحاصل أنّ البيع أنّما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقّها الغير مع الاجازة، ويصحّ في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع اجازة المالك الجزء الآخر هذا ولكن الظاهر أنّ كلام الجماعة أمّا محمول على الغالب، من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، او مرادهم من تقويمهما كلّ منهما منفرداً، ويراد من تقويم احدهما ثانياً ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، والّا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج الى التّقض بصورة مدخّلة الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها، وان كان ضعيفاً بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة احدهما المنفرد وبين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخّلة الاجتماع في نقصان القيمة

وهو الذي اختاره جمع من الأساطين، وهو.
انه يقوم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.
وذلك يظهر ببيان امور:

الأول: ان الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها، وربما تكون موجبة لأحدهما. وعلى الثاني تارة: تكون موجبة للازدياد من الطرفين بالسوية كما في مصراعي الباب، واخرى: تكون موجبة له بالاختلاف كما لو كان قيمة احدهما مع الانضمام خمسة ولا معه اربعة، وكان قيمة الآخر معه ستة ولا معه ثلاثة. وثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. ورابعة: تكون موجبة له بالاختلاف وخامسة: تكون موجبة للزيادة في احدهما والنقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضنا ان قيمة الام تنقص في صورة ضم ابنتها اليها من جهة قيامها بتربيتها، وقيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثاني: ان كل جزء انما يقبل بجزء من الثمن في حال الانضمام لا مطلقاً.
الثالث: ان الأوصاف لا تقابل بالمال، وتخلفها يوجب الخيار لا رد جزء من الثمن.
وبهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث،

بحيث يكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإنّ هذا فرض ممكن، كما صرّح به في رهن جامع المقاصد وغيره، فإنّ الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارية مع أمّها قيمتهما مجتمعتين عشرة وقيمة كلّ واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية، فإنّ نسبة إحداها المنفردة إلى مجموع القيمتين [١] نسبة الشيء إلى معائله فرجع بكلّ الثمانية، وكان من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن، فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كلّ منهما منفرداً ونسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت إنّ المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كلّ منهما مقيداً باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع ردّ مالك أحدهما، فالبائع أنما يستحقّ من الثمن ما يوزّع على ماله منفرداً فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة وهو درهم واحد. فالزيادة ظلم على المشتري وإن كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها من اخذ البائع أربعة والمشتري واحداً أشدّ ظلماً، كما تبيّن عليه في بعض حواشي الرّوضة فاللّازم أن يقسط الثمن على قيمة كلّ من الملكين منفرداً وعلى هيئته الاجتماعية ويعطي البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً وقيمة هيأته الاجتماعية.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة، ليس مضموناً في باب المعاوضات، وإن كان مضموناً في باب العدوان، غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصّفة، ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعدّدين في الوجود، كعبد وجارية أو متحدّاً كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنّه لا يوزّع الثمن على قيمة المجموع اثلاثاً لأنّ الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه أقلّ رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة، هذا كله في القيمي.

أما المبيع المثلي فإن كانت الحصة مشاعة قسّط الثمن [١] على نفس المبيع فيقابل كلّ من حصتي البائع والاجنبي بما يخصّه وان كانت حصة كلّ منهما معينة كان الحكم كما في القيميّ [٢] من ملاحظة قيمتي الحصّتين وتقسيط الثمن على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار، فإن علم أنّه اراد نصفه، او نصف الغير عمل به، والآ فإن علم أنّه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار المفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حمّله على نصفه المملوك له، وحمّله على النصف المشارع بينه وبين الاجنبيّ [٣]

[١] قوله اما المبيع المثلي فان كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع. ما افاده المصنف رحمه الله يتم على ما اخترناه في طريق تقسيط الثمن ولا يتم على مسلكه فانه قد يتفاوت الحصّتان، كما لو كانت حصة احدهما تسعة امانان وحصة الاخرنا واحداً، ويكون الاختلاف في القيمة في صورتى الانضمام والانفراد في الحصة الاولى قليلا وفي الثانية ازيد كما لا يخفى.

[٢] قوله وان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي. اورد عليه المحقق النائيني رحمه الله بانه يمكن ان يكون المثلي مفروزا ويكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصة فيجب ان يقابل كل من الحصّتين بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلي المشاع لا كالقيمي. وفيه انه كما يتصور ذلك يتصور الاختلاف فلا بد من بيان ما يفيد في جميع الصور وهو ما افاده المصنف رحمه الله.

بيع نصف الدار

بقي الكلام هنا في مسالتين:

[٣] احدهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

وقبل الشروع في البحث فيها لابد من تقديم مقدمتين:

الأولى: في بيان الكسر المشاع وان الشركة الحاصلة في المبيع على اي كيفية، والعمدة فيه مسلكان:

أحدهما: ما هو المنسوب إلى المشهور، وهو: أن معنى الشركة على الإشاعة أن كل جزء يفرض في الجسم فكل واحد من الشريكين المساويين مالك لنصف هذا الجزء. ثانيهما: أن كل واحد منهما مالك لتمام المملوك، وإنما الملكية تكون ضعيفة وناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما هما معا بالإضافة إلى المال كإيهما، وطرف إضافة الملكية هما مجتمعاً، وكل منهما مالك لجميع المال، ولكن بالملكية الناقصة لا التامة.

وقد استدلل للأول: بأن المشهور بين المتكلمين وبعض الحكماء قبل الإسلام وإن كان أن مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي لا تقبل القسمة لا خارجاً ولا ذهنياً ويسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد والجزء الذي لا يتجزأ.

ولكن بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام، حيث ذهب إلى أن الجسم مؤلف من أجزاء غير متناهية - في عصرنا من أوضح البديهيّات، لأن كل ما يشار إليه بالإشارة الحسية لا بد أن يكون ما يحاذي منه جهة فوق غير ما يحاذي منه جهة تحت، وكذا باقي الجهات، فلا محيص من أن يكون منقسماً وإن لم يكن لنا آلة لتقسيمه. مضافاً إلى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحي ونفي الدائرة. وعليه فكل جزء يفرض في الجسم كل واحد من الشريكين مالك لنصف ذلك الجزء.

وفيه: أن هذا البرهان لو تم لاقتضى إمكان ذلك لا كون ما في الخارج كذلك، والأرجح في النظر هو الثاني، وذلك لأنه مضافاً إلى أنه المناسب للفهم والوجدان ويلائم مع الطبع يشهد له وجهان:

أحدهما: أنه لا إشكال في أن الشيء الخارجي الذي يكون ملكاً وما لا لو قسم ربما يصل إلى حد يسقط عن المالية والملكية لو نصف، فعلى هذا لو خلف الميت شيئاً له المالية وكان ورثته متعددين لو قسم ذلك بحسب تعددهم لا يكون كل جزء منه ملكاً يلزم البناء على عدم كونه ملكاً لأحد، وهو كما ترى.

الثاني: ان المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض والأفعال والأعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها كالصلاة ورفع الحجر من الأرض ونحو ذلك، ولا معنى للإلتزام بالملكية بالمعنى الأول في هذه الموارد، فلا مناص عن البناء على ما اخترناه، وهذه آية قطعية عليه.

واضف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الأول، فان كل ما في الخارج يكون معينا، ولا معنى لوجود شيء في الخارج غير معين في الواقع، وحيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معين فلا يمكن الإلتزام به.

فتحصل مما ذكرناه: ان معنى الملكية المشاعة هو مالكية الشركاء، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة، ونظيره في التكوينيات رفع جماعة حجراً واحداً، حيث ان الرفع يستند الى مجموعهم. فعلى هذا معنى بيع نصف الدار يبيعه بتمامه باعطاء الملكية الناقصة، وهذه مسامحة في التعبير، وشاع ذلك.

الثانية: في تعيين محل النزاع والبحث.

لا خلاف ولا اشكال فيما لو علم بانه اراد من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص به، او نصف غيره، او المشاع في الحصتين.

وانما الكلام في موردين:

الأول: ما لو علم انه قصد شيئاً معيناً وكان ذلك مشتبهاً وغير معلوم عندنا.

الثاني: ما لو علم بانه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الاً مفهوم هذا اللفظ.

وظاهر الشيخ اختصاص النزاع بالمورد الثاني.

وصريح السيد رحمته الله اختصاصه بالمورد الأول.

وذهب المحقق النائيني رحمته الله الى التعميم.

لا ينبغي التوقف في كون الأول مورد النزاع، ولم يذكر وجه لعدم النزاع فيه، واما ما

ذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد الثاني.

وحاصله: ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات والمفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه او ملك غيره، وانما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس الا الإشاعة.

ومنشأ الاحتمالين. أمّا تعارض ظاهر النّصف اعني الحصّة المشاعة في مجموع التّصفين [١] مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التّصرف الى نصفه المختصّ [٢] وان لم يكن له هذا الظّهور في غير المقام، ولذا يحتمل الاقرار على الاشاعة، كما سيبيح، او مع ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه [٣] لأنّ مال الغير لا بدّ فيه أمّا من نيّة الغير او اعتقاد كون المال لنفسه، وأمّا من بنائه على تملكه للمال عدواناً، كما في بيع الغاصب، والكلّ خلاف المفروض هنا، وممّا ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين قول البائع بعت غانماً مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبد غيره، حيث ادّعى فخر الدّين الإجماع على انصرافه الى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير، فبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع وانصراف لفظ المبيع في مقام التّصرف الى مال المتّصرف سليمين عن المعارض،

فيرد عليه ان المراد من انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ ليس خلو الكلام عن المراد الجدي، بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ وتعلقت ارادته الجدية به هكذا، اي بما يقتضيه ظهور هذا الكلام ولو بلحاظ المقام مع خلوه عن الإرادة التفصيلية.

وعلى هذا فيقع الكلام في موردين:

الأول: فيما اذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما اذا قصد معينا غير معلوم لنا. وحيث ان المدرك وكذلك المختار في الموردين واحد فلا حاجة الى البحث في كل من الموردين مستقلاً.

[١] وكيف كان: فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه وبين الأجنبي: ان النصف ظاهر في الحصّة المشاعة في مجموع الحصتين.

واورد عليه المصنف رحمه الله بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

[٢] أحدهما: ظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة.

[٣] ثانيهما: ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لأنّ بيع مال الغير يتوقف على نيّة الغير او اعتقاد كونه له او البناء عليه عدواناً، والكلّ خلاف المفروض، وهو قدّم من جهة هذا التعارض توقف في المسألة.

يفسّر بهما اجمال لفظ المبيع، ثمّ انه لو كان البائع وكيلًا في بيع النّصف أو ولياً عن مالكة فهل هو كالا جنبي؟ وجهان مبنيان على أنّ المعارض لظهور النّصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع في مقام التّصرف او ظهور التّملك في الاصلالة الاقوى هو الأوّل لأنّ ظهور التّملك في الاصلالة من باب الاطلاق وظهور النّصف في المشاع وان كان كذلك ايضاً لأنّ ظهور المقيّد وارد على ظهور المطلق وما ذكره الشهيد الثّاني من عدم قصد الفضولي الى مدلول اللفظ وان كان مرجعه الى ظهور وارد على ظهور المقيّد، لأنّه مختصّ بالفضولي، لأنّ القصد الحقيقيّ موجود في الوكيل والوليّ، فالأقوى فيهما الإشتراك في المبيع تحكيماً لظاهر النّصف، لأنّ ان يمنع ظهور النّصف إلا في النّصف المشاع في المجموع. [١] وأما ملاحظة حقّي المالكين وارادة الاشاعة في الكلّ من حيث أنّه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

ومن المعلوم أنّ النّصف المشاع بالمعنى المذكور، يصدق على نصفه المختصّ فقد ملك كلياً يملك مصداقه، فهو كما لو باع كلياً سلفاً مع كونه مأذوناً في بيع ذلك من غيره أيضاً لكنّه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإنّ الظاهر وقوعه لنفسه، لأنّه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له،

وفيه: انه لم سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ولم نلتزم بما افاده المصنف رحمته في اثناء كلامه من انه ظاهر في نفس المشاع لا في المشاع بين الحصتين، قال. [١] الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع.

لا ريب في انه ظهور اطلاقى ناشٍ عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

اللهم الا ان يقال كل منهما يصلح للمنع عن انعقاد الاخر فلولوا الوجه الاول كان المتعين التوقف.

ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشَّهيدين وغيرهم، لو أنَّه اصدق المرأة عيناً فوهبت نصفها المشاع قبل الطَّلاق [١] استحقَّ الزَّوج بالطلاق النِّصف الباقي لانصف الباقي وقيمة نصف الموهوب. وان ذكروا ذلك احتمالاً، وليس إلا من جهة اصدق النِّصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ.

وان كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنَّه: لَمَّا كان الرِّبْع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً للرِّبْع التَّالف من الزَّوج ومساوياً له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة، مع كونها قيمية.

لكنَّ الظَّاهر أنَّهم لم يريدوا هذا الوجه، وأنَّهم علَّلوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقِّه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام،

[١] قوله ذكر جماعة أنه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها استحقَّ الزوج النصف الباقي.

ان بنينا على ان المرأة تملك بالعقد نصف المهر وبالدخول تملك نصفه الاخر تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا لان محل البحث في المقام لا يكون خصوص البيع فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه.

واما ان قلنا بانها تملك تمام المهر وبالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج، فهي - اجنبية عن المقام.

فان المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال والطلاق ليس انشاء لرد النصف كي يجرى فيه هذا النزاع فتدبر.

اللهم الا ان يقال ان ما ذكره المصنف رحمته الله الذي اشار اليه هنا هو عدم التنافي بين ظهور النصف في الاشاعة وحمله على نصفه المختص من باب انه من ملك كلياً ملك مصداقه. فما ذكروه في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة فان حكم الشارع الاقدس برد نصف المهر في قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج.

فيكون من باب انه من ملك كلياً ملك مصداقه اذا لرثة مالكة لمصداق النصف فيكون نظير للمقام.

ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح [١] من أنه: إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مشاعاً في نصيبهما فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع والآن نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضاً إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له، وفصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذواليد، فاختار مذهب المشهور في الثالث، لأن الإقرار منزّل على الإشاعة، وحكم بالإختصاص في الأولين لاختصاص النصف وضعاً في الأول وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختص، واعترضه في مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به. وتمام الكلام في محله وعلى كل حال، فلا إشكال في أن لفظ النصف المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، ولهذا افتوا ظاهراً على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأن ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده، لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته إلى المقر والمقر له على حد سواء، فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع الاستحقاق ودعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما

[١] قوله ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح.

وقد أورد عليه بأن الأصحاب في مسألة، هبة المنة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقي، وفي باب الصلح ذكروا أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصالحه المقر له ذلك النصف مشاعاً في نصيبهما. فما ذكره المصنف رحمه الله أن كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ما ذكروه في

فيكون في يد المقر سدس وفي يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال ان له في يدكل منهما سدسا واقارره بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع إليه ثلث ما في يده وهو السدس المقر به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة، بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو اقرّ شخص بنصف كل من داره ودار غيره وهو مقدار حصته المشاعة كحصة المقر وحصة المقر وحصة المقر له بزعم المقر، الا أنه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء ممّا في يده، فقد تلف سدس مشاع يوزّع على المقر والمقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، الا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمخض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنّه احتمال مضعّف في محله وان قال به او مال اليه بعض على ما حكى، للحرج او السيرة. نعم يمكن ان يقال بأن التلّف في هذا المقام حاصل باذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر، والشارع انما اذن له في اخذ ما يأخذه على أنّه من مال المقر له، فالشارع انما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شيء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءاً معيّناً من المال عدواناً بدون اذن الشارع حتّى يحسب على كلا الشريكين.

في المسألة الاولى منافيا له، وان كان حمله على النصف المشاع لم يكن مذكروه في المسألة الثانية منافيا له.

وما ذكره المصنف رحمته الله في المقام امران - احدهما - ظهور النصف في نفسه في المشاع - ثانيهما - ظهور التصرف وانشاء البيع في ارادة النصف المختص، وفي باب هبة المثة نصف صداقتها على فرض كونها مالكة لجميع المهر لامعارض لظهور النصف في المشاع فحكمهم بالحمل على النصف المختص ينافي هذا الظهور، وفي باب الصلح حيث ان المقر له يوقع الصلح وينشأه على النصف فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني اذ الصلح انما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى، وبالجمله ما ذكره رحمته الله في المقام امران، وما ذكره في احد الفرعين ينافي احدهما، وما ذكره في الاخرين في الثاني، هذا ما يرجع الى شرح العبارة - واما تنقيح القول في المسألتين وبيان وجه عدم التنافي بين مذكروه هنا وما ذكره فيهما فموكول الى محل آخر.

والحاصل أنّ أخذ الجزء كان بأذن الشارع، وأنما اذن له على ان يكون من مال المقرّ له، ولعلّه لذا ذكر الاكثر بل نسبه في الايضاح الى الاصحاب في مسألة الاقرار بالنسب، أنّ أحد الاخوين اذا أقرّ بثالث دفع اليه الزائد عمّا يستحقّه باعتقاده وهو الثلث، ولا يدفع اليه نصف ما في يده نظراً الى أنّه أقرّ بتساويهما في مال المورث، فكلّ ما حصل كان لهما وكلّما توى كان كذلك هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الإحتمال من جهة أنّ الشارع الزم بمقتضى الإقرار معاملة المقرّ مع المقرّ له بما يقتضيه الواقع الذي أقرّ به.

ومن المعلوم أنّ مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقرّ: هو كان ما في يده على حسب اقراره بالمناصفة. وأمّا المنكر عالمّاً فيكون ما في يده مالاً مشتركاً لا يحلّ له منه إلاّ ما قابل حصّته عمّا في يدهما والزائد حقّ لهما عليه.

وأما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور وان صاروا إلى ما ذكره، وحكاه الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته الاّ أنّه صرح جماعة ممّن تأخّر عنهم بمخالفته للقاعدة، حتّى قوى في المسالك الحمل على الاشاعة وتبعه سبطه وسيّد الرّياض في شرحي التّافع. والظاهر أنّ مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل اصحاب الحديث، كالفضل والكليني بل وغيرهما، فروى الصدوق مرسلّاً والشيخ مسنداً عن ابي البختری ووهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل مات وترك ورثة، فأقرّ أحد الورثة بدين على ابيه أنّه يلزم ذلك في حصّته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك في ماله كلّ. وإن أقرّ اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصّتهما قدر ما ورثا، وكذلك إن أقرّ أحد الورثة بأخ أو أخت فإنّما يلزمه ذلك في حصّته. وبالإسناد قال: قال عليّ عليه السلام من أقرّ لاخته فهو شريك في المال ولا يثبت نسبه، فإن أقرّ اثنان فكذلك، إلاّ أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم، وعن قرب الأسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمّد وتماّم الكلام في محلّه من كتاب الإقرار والميراث إنشاء الله.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة بثمن واحد [١] صحَّ في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد واجماعاً كما في الغنية، ويدلُّ عليه اطلاق مكاتبة الصَّفار المتقدِّمة، ودعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة، بل لا مانع من جريان قاعدة الصَّحة، بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من ان التراضي والتعاقد انما وقع على المجموع الذي لم يمتزج الشَّارع قطعاً، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصوداً الا في ضمن المركَّب يحتاج الى دليل آخر غير ما دلَّ على حكم العقود والشُّروط والتَّجارة عن تراض، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبَّه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشُّروط وذكر انَّ الفرق بين فساد الشُّروط، والجزء عسراً، وتام الكلام في باب الشُّروط ويكفي هنا الفرق بالنص والاجماع، نعم ربَّما يقيّد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في المسالك، وفاقاً للمحكي في التَّذكرة عن الشَّافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال في التَّذكرة بعد ذلك، وليس عندي بعيداً من الصَّواب الحكم بالبطلان، فيما اذا علم المشتري حرمة الآخر او كونه ممَّا لا ينقل اليه، انتهى

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

[١] الثانيه لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف في صحة البيع في المملوك، وعن غير واحد: دعوى الإجماع عليها. ويشهد - مضافاً الى ذلك. والى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريب دلالتها على الصحة في أمثال المقام. وان ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي واخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه. اطلاق مكاتبة الصَّفار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك^(١). فانها باطلاً تشتمل ما اذا كان بعض القرية وفقاً عما غير مملوك لاحد

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

ويمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع الذي قصد الى نقله عرفاً، وان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل [البيع] حقيقةً فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع، مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان [١] لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة اليه حيث قال: ان هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع والألکان البذل بازاء المملوك ضرورة ان القصد الى الممتنع كلا قصد انتهى.

لكن ما ذكره رحمته الله مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وان كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن الى البائع، لأنه سلطه عليه مجاناً، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، أما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. أما لبقاء ذلك القسط له مجاناً [٢] كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك، الا أنك قد عرفت ان الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد، ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير، من ان العبرة بتقويم كل منهما منفرداً ونسبة قيمة المملوك الى مجموع القيمتين،

[١] قوله مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك. وفيه ان وقوع مجموع الثمن بازاء الشيء لا واقع له سوى الجعل المعاملتي والمفروض انه جعل فيه بازاء المملوك بعض الثمن. [٢] قوله واما لبقاء ذلك القسط له مجاناً.

وفيه اولاً ما تقدم في محله من عدم تمامية ذلك في بيع مال الغير من العالم. وثانياً انه لو تم فيه لا يتم في المقام فان المجانية هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجاني غير المفروض في المقام.

لكنّ الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك [١] وقد ذكروا أنّ الحرّ يفرض عبداً بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها عند من يراها ما لاً، ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار، ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنّها شاة، والخمر بعنوان انها خلّ، فبان الخلاف، بل حزم هنا بوجود تقويمها قيمة الخلّ والشاة.

[١] قوله لكن الكلام هنا في طريق معرفة غير المملوك.

طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من انه يقوم كل واحد منفرداً، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض انه لا قيمة له.

لا اشكال فيما اذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفقة واحدة، فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكاً وما لا، انما الإشكال فيما اذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة وخنزيراً بعنوان انها شاتان.

والأظهر انه يقوم قيمة المملوك - اي الشاة - لأن بذل المال انما يكون بازاء الصورة النوعية والا فالأجسام من حيث هي لا مالية لها ولا يبذل بازائها المال. والمراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بازاء الشاة دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا اذا كان غير المملوك ما لا عرفاً، واما ان لم يكن ما لا فقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة من جهة انه لا يمكن تعيين ما بازاء غير المملوك لأنه لا قيمة له، ولا يمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك في تمام الثمن لأنه جعل بازاء غير المملوك في المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان.

وفيه: انه يتم في صورة الجهل فانه يجعل بازاء ما لا يملك جزء من الثمن، ولا يتم في صورة العلم من جهة انه في تلك الصورة لا يجعل بازائه شيء من الثمن ويكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلا محالة يصح البيع في تمام الثمن.

مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء [١] ويدل عليه قبل الاجماع الاخبار المستفيضة [٢] المصرحة في موارد كثيرة، وفحوى سلطتهما على بضع البنت في باب النكاح [٣].

ولاية الأب والجد

[١] مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء بلا خلاف. وفي الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، وفي غير واحد من الكتب: دعوى ذلك.

[٢] واستدل له المصنف قده: بالأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة.

[٣] وبفحوى سلطتهما على بضع البنت في باب النكاح^(١).

وفيه: أن النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد^(٢).

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ماشاء^(٣).

الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه

بذلك^(٤).

ولا يصح الاستدلال بشيء منها.

أما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه، مع أنها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان أم كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، وفي بعضها التقييد بصورة الحاجة والإضرار، وفي بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه باحسن النفقة، مع أنها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به.

(٤) الوسائل - باب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا.

واما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الأقدس قد وسع في اسباب حلّية الوطء بما لم يوسع في سائر المعاملات كما تقدم في مبحث الفضولي.

مع ان فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد اهداها اليها ابوها حين زوّجها.

مع انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الى نفسه وسبيلها سبيل تلك الأدلة.

واما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

واما الفحوى فقد تقدم في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة الى سائر المعاملات. فراجع.

ولكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغي التوقف فيه.

لبناء العقلاء عليه وعدم ردع الشارع عنه.

واجماع الامة عليه.

وجملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد في باب

الزكاة^(١) والمؤيد غيره كالنصوص المتقدمة.

بقي الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار (انت ومالك لأبيك)^(٢) لا

اشكال في عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبة الولد لأحد.

وما له المفروض كونه ملكا له لا يعقل كونه ملكا لأبيه.

وكذا لا ينبغي التوقف في عدم كونها للإختصاص بعنوان كونه وما له تحت ولايته

لأنها وردت في الكبير ايضا، ولا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير.

بل الأمر يدور بين امرين:

الأول: ان تكون اللام للإختصاص بنحو السلطنة على الإنتفاع به وبما له، فسبيلها

حينئذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به.

والمشهور عدم اعتبار العدالة [١] للأصل [٢] والاطلاقات، وفحوى
الاجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج، خلافاً للمحكي عن
الوسيلة والايضاح فاعتبراها فيهما

الثاني: ان تكون لإفادة كون الولد موهوباً تكويناً للأب وانتسابه اليه بكونه ولده.
ويؤيد الثاني المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: وعلة
تحليل مال الولد لوالده بغير اذنه وليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز و
جل ... الخ^(١) وعليه فهي حكمة التشريع.
وبعبارة اخرى: انها علة التحليل في مقام الثبوت لا الإثبات، وتدل على ان منشأ
جعل تلك الآثار ذلك.
ولا تكون هي متكفلة لحكم جعلي فلا يتمسك باطلاقها.
انما الكلام يقع في جهات:

اعتبار العدالة

الأولى: في انه هل يعتبر في ولاية الأب والجد العدالة - كما عن الوسيلة
والايضاح.

[١] ام لا يعتبر - كما هو المشهور بين الأصحاب؟ - وجهان.

قد استدل لعدم الاعتبار بوجوه:

[٢] الأول: الأصل، تمسك به المصنف قده في مقابل الإطلاق، وعليه فليس
المراد به القاعدة المستفادة منه.

بل المراد به الأصل العملي.

ولذا اورد عليه جمع ممن تاخر عنه منهم المحقق النائيني^(٢): بان الأصل بالعكس،
لأن نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقف على الدليل، ومع عدمه الأصل يقتضي عدم نفوذه.

مستدلاً في الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، ولا يصرف عن ماله [١] ويستحيل من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق اميناً يقبل اقراراته واخباراته عن غيره، مع نصّ القرآن على خلافه، انتهى.

ولعلّه اراد بنصّ القرآن آية الركون الى الظالم التي اشار اليها في جامع المقاصد. [٢] وفي دلالة الآية نظر، وأضعف منها ما ذكره في الايضاح من الاستحالة اذ المحذور يندفع،

ولكن الظاهر ان مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، وعليه فلا ايراد عليه. الثاني: الإطلاقات، تمسك بها الشيخ رحمه الله وتبعه غيره ولا بأس به ان كان هناك اطلاق، وقد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الإجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج. وهو كما ترى.

وقد استدل لإعتبار العدالة بوجهين:

[١] الأول: انها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق اميناً يقبل اقراراته واخباراته عن غيره. وفيه: اولاً: ان المنافي للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة ولياً، فاذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التي لا مفسدة فيها - لا سيما اذا كان ماموناً من هذه الجهة خصوصاً بملاحظة شفقة الابوة ورافته - لم يكن فسقه مانعاً عن جعله ولياً. وثانياً: ما ذكره المصنف رحمه الله فيما بعد بقوله:

بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال ابو الطفل اي رؤية آثار ضيق المعاش عليه او اختلاف حاله في ثروته منعه من التصرف في ماله ...

[٢] الثاني: نص القرآن.

وقد استظهر المصنف رحمه الله ان المراد به آية الركون الى الظالم^(١)

كما في جامع المقاصد بأنّ الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلاف حال أبو الطّفل عزله ومنعه من التصرف في ماله وإثبات اليد عليه وإن لم يظهر خلافه، فولايته ثابتة وإن لم يعلم استعلم حاله بالا جتهاد وتتبع سلوكه وشواهد احواله، انتهى.

، واستظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ^(١).

تقريب الإستدلال بالاولى احد وجهين.

احدهما: ان جعله تعالى الفاسق امينا ووليا ركون منه الى الظالم، مع انه نهى عنه.

ثانيهما: ان المعاملة مع الأب بعنوان انه ولي الطفل ركون اليه، وهو منهي عنه.

وفي كليهما نظر:

اما الأول: فمضافا الى انه استدلال بفحوى الآية لا بنصها من جهة ان الناهي عن

شيء كيف يفعله.

انه غير تام، اذ مجرد جعله امينا ووليا كجعل شخص وكيلا ليس ركونا اليه.

مع ان الملاك غير معلوم، ولعله لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى.

واما الثاني: فلأن المعاملة مع الأب بعنوان ان الله تعالى جعله امينا ووليا ليست

ركونا من العبد اليه، فانها كالمعاملة معه بما انه مالك او وكيل.

هذا كله مضافا الى ان الظالم اخص من الفاسق.

اضف الى ذلك ما قيل من ورودها في سلاطين الجور وان المراد بالركون الدعاء

لهم بالبقاء.

واما الآية الثانية: فيرد على الإستدلال بها: ان قبول اخبار الفاسق واقاراره حينئذ

انما يكون من جهة كونه وليا حيث انه من ملك شيئا ملك الإقرار به، ولا ينافي مع عدم

قبوله منه عن غيره من حيث هو، والآية متضمنة للثاني.

مع ان عدم قبول اخباره واقاراره لا ينافي ثبوت الولاية.

مضافا الى ان قبول اخباره واقاراره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه وماله لأبيه

غير قبول اخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول اقراره على نفسه.

فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

وهل يشترط في تصرفه المصلحة؟ او يكفي عدم المفسدة، ام لا يعتبر شيء [١] وجوه، يشهد للاخير اطلاق ما دلّ على أنّ مال الولد للوالد [٢] كما في رواية سعد بن يسار وأنه وماله لأبيه، كما في التّبوي المشهور وصحيحة ابن مسلم أنّ الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء، وما في العلل عن محمد بن سنان عن الرّضا عليه السلام من أنّ علة تحليل مال الولد لوالده أنّ الولد موهوب للوالد في قوله تعالى: يَهَبُ لِمَن يَشَاءُ إِنَّا ثَائِفُونَ وَيَهَبُ لِمَن يَشَاءُ الذَّكُورَ وَيُوَيِّدُهُ أَخْبَارَ جَوَازِ تَقْوِيمٍ جارية الابن على نفسه، لكنّ الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الاب [٣] كما يشهد له قوله عليه السلام في رواية الحسين بن ابي العلا، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما يحلّ للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف اذا اضطرّ اليه، قال: فقلت له قول رسول الله ﷺ للرجل الذي اتاه فقدّم اباه

اعتبار المصلحة في التصرف

[١] الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفهما المصلحة او يكفي عدم المفسدة ام لا

يعتبر شيء وجوه.

والكلام فيها في موردين:

الأول: في اعتبار عدم المفسدة.

الثاني: في اعتبار المصلحة.

اما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الإجماع على اعتباره.

[٢] واستدل لعدم الاعتبار، باطلاق التّبوي وغيره من النصوص.

[٣] وأورد عليه المصنف رحمه الله: بأنه لا بد من تقييده بما يقيده من الأخبار جواز

تصرف الأب في مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن ابي العلا (١).

أو بان لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم (٢).

او كونه مما لا بد منه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحيح الثمالى (٣).

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٨.

(٢) نفس المصدر، ح ١.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

فقال له انت ومالك لأبيك. فقال: أنما جاء بأبيه الى النبي ﷺ فقال يا رسول الله ﷺ هذا ابي ظلمي ميراثي من أمي فاخبره الاب أنه قد انفق عليه وعلى نفسه، فقال النبي ﷺ انت ومالك لأبيك ولم يكن عند الرجل شيء او كان رسول الله ﷺ يُحبس الاب للابن؟! ونحوها صحيحة ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ انت ومالك لأبيك، ثم قال: لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه، ممّا لا يد منه ان الله لا يحب الفساد، فإن الاستشهاد بالآية يدل على ارادة الحرمة من عدم الحبّ دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل. هذا كله مضافاً الى عموم قوله تعالى: وَلَا تُقْرِبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ [١] فإن اطلاقه يشمل الجدّ ويتم في الاب بعدم الفصل، ومضافاً الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة استظهر الاجماع تبعاً لشيخه في شرح القواعد على اناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة، وليس ببعيد فقد صرّح به في محكي المبسوط حيث قال: ومن يلي امر الصّغير والمجنون خمسة: الأب، والجدّ للاب، ووصيّ الاب والجدّ للاب، ووصيّ الاب، والحاكم ومن يأمره، ثم قال: وكلّ هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط والحظّ للصّغير لأنهم أنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لا حظّ فيه كان باطلاً، لأنّه خلاف ما نصب له، انتهى.

وقال الحلّي في السرائر لا يجوز للوليّ التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال، ويعود نفعه إلى الطفل دون المتصرّف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى.

[١] وبالاية: «ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن»^(١) بتقريب انها تشمل الجد ويتم في الأب بعدم الفصل.

وبالاجماع.

اما الأخبار فهي تدل على جواز اخذ الأب لنفسه مع الحاجة، وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام.

وقد صرّح بذلك ايضا المحقّق والعلامة والشّهيدان والمحقّق الثّاني وغيرهم، بل في شرح الرّوضة للفاضل الهندي أنّ المتقدّمين عمّموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء، واستظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التّذكرة في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين، وقد حكى عن الشّهيد في حواشي القواعد أنّ قطب الدّين رحمته الله نقل عن العلامة رحمته الله أنّه لو باع الوليّ بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الاتلاف بالاقتراض؟ لأنّاً قائلون بجواز اقتراض ماله، وهو يستلزم جواز اتلافه، قال: وتوقّف زاعماً، أنّه لا يقدر على مخالفة الاصحاب.

واما الآية الشريفة: ففي شمولها للجدة تامل، لأن من له الجد لا يصدق عليه اليتيم، فتامل، مع ان عدم الفصل غير ثابت.

واما الإجماع: فليس تعدياً يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقّق النائيني رحمته الله، فانه بعد الإيراد على الشيخ رحمته الله قال: انه يستفاد من الأخبار ولايته على الإبن، وان ولايته غير ولاية الولاية، اذ الحكمة في جعلها الشفقة والمحبة، وعليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر في ماله يجوز تصرفه في مال المولى عليه، ثم قال: الآن ينعقد اجماع على خلافه او يتمسك بالآية الشريفة. فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الإطلاق كما تقدم.

ومحصله: ان جملة انت ومالك لأبيك ليست في مقام جعل الحكم والولاية وانما هي في مقام بيان حكمة التشريع.

واما ما رتب عليه فجواز الانتفاع بماله اجنبي عن المقام ومقيد بصورة الحاجة وبغير سرف، وبما اذا لم ينفق عليه باحسن نفقة.

وجواز الإقتراض. مضافاً الى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

وجواز بيعه من نفسه مقيد بقيمة عادلة، وجواز نكاح الأب والجد للبنت مثلاً قد عرفت ما فيه. مضافاً الى انه قيد في بعض النصوص بعدم كونه مضاراً فلا اطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع اصالة عدم الولاية، وهي تقتضي اعتبار عدم المفسدة.

هذا ولكنّ الاقوى كفاية عدم المفسدة [١] وفاقاً لغير واحد من الاساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على اكثر من التّهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظّاهرة في سلطنة الوالد على الولد وماله. وأمّا الآية الشّريفة، فلو سلّم دلالتها فهي مخصّصة بما دلّ على ولاية الجدّ وسلطنته الظّاهرة في أنّ له ان يتصرّف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإنّ ما دلّ على ولاية الجدّ في التّكاح معللاً بأنّ البنت واباها للجد واباها.

واما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة.
[١] واختار المصنف وفاقاً لغير واحد من الأساطين الذين عاصرهم عدم اعتباره وتبعهم جمع من المحققين.
وقد استدل باعتباره بوجوه:

احدها: الآية الشريفة: ﴿ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن﴾^(١) بدعوى ان الأحسن ما فيه المصلحة، وهي تشمل الجد، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل. وفيه: اولاً: ان صدق اليتيم على الطفل الذي لا اب له وله جد غير مسلم. وثانياً: ان المراد باحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - والفعل الذي لا مفسدة فيه حسن.

وثالثاً: ان الآية منصرفة الى الإيجاب ولا تشمل الجداً.

ورابعاً: ان عدم الفصل غير محرز.

ثانيها: الأصل، فانه بعد ما ليس في ادلة الولاية ماله اطلاق لابد من الإقتصار فيها على المتيقن وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك الى اصالة عدم ثبوت الولاية او عدم نفوذ التصرف.
وفيه أنّ هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذي لا مفسدة فيه.

والظاهر وجوده، وحيث انه لم يردع عنه الشارع او لم يشبث الردع ومقتضى الإستصحاب عدمه، فيبنى على عدم اعتباره، ولا مورد للأصل حينئذ.

وقوله ﷺ: انت ومالك لايبك، خصوصا مع استشهاد الامام عليه السلام به في مضي نكاح الجدّ بدون اذن الاب، ردّاً على من انكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الامراء وغير ذلك، يدلّ على ذلك، مع أنّه لو سلّمنا عدم التّخصيص وجب الإقتصار عليه في حكم الجدّ دون الأب، ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة.

فقد حكى عن بعض متأخري المتأخّرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر، ثمّ لا خلاف ظاهراً كما ادّعى في أنّ الجدّ وان علا يشارك الاب في الحكم [١] ويدلّ عليه ما دلّ على ان الشّخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه [٢] وما دلّ على أنّ الولد ووالده لجدّه.

ثالثها: الإجماع.

وفيه: انه ليس اجماعاً تعدياً فلا يعتمد عليه. وقد استدل لعدم الاعتبار بالمطلقات - وقد عرفت ما فيها. وبما ورد^(١) في نكاح الجدّ الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بان البنت واباها للجد - وقد تقدم ما فيه ايضاً - فالصحيح ما ذكرناه.

مشاركة الجد للأب

[١] الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهراً كما ادّعى في ان الجد وان علا يشارك الأب. وقد استدل له بوجهين:

[٢] الأول: ما في المكاسب، وهو ما دل على ان الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه. وفيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: ان رواية النكاح شاملة للجد العالي. وفيه: ان روايات النكاح كلها مختصة بالأب الا ما ورد في مزاحمة الأب للجد، واكثر تلك النصوص صريحة او ظاهرة في الجد الأدنى. نعم بعضها^(٢) بعنوان الأب والجد، وهو ايضاً يمكن دعوى انصرافه الى الأدنى او عدم الإطلاق للأعلى بملاحظة

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتب به.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد.

ولو فقد الأب وبقي الجدّ فهل أبوه وجدّه يقوم مقامه في المشاركة او يخصّ هو بالولاية [١] قولان من ظاهر أنّ الولد ووالده لجدّه، وهو المحكّي عن ظاهر جماعة. ومن أنّ مقتضى قوله تعالى: [٢] وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ كُونَ القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، وخرج منه الجدّ مع الأب، وبقي الباقي وليس المراد من لفظ الاولى التفصيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك هو أحقّ بالأمر من فلان ونحوه، وهذا محكّي عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية، وللمسألة مواضع أخر تأتي انشاء الله.

الاخبار الاولى، وحيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: ولو فقد الأب وبقي الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا؟ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الأول، والى المشهور بين المتأخرين هو الثاني. واستدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق عليه السلام:

ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا وكان الجد مرضيا جاز^(١). حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ابنيها.

وفيه: انه من قبيل مفهوم الوصف، ولا نقول به، ولعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب.

وما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، اذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

[١] الثاني: انه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى ام تكون ثابتة لأبيه ايضا؟ قولان.

[٢] استدل للأول في المكاسب: بآية: «أُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ»^(٢)

بتقريب: انها تدل على ان القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد وخرج منها الجد مع الأب وبقي الباقي.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٤.

(٢) الأنفال آية ٧٥.

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله:
الحاكم والمراد منه، الفقيه الجامع لشروط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه
امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول: مستعيناً بالله للفقيه الجامع
للشروط مناصب ثلاثة:

أحدها: الافتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله، ومورده المسائل الفرعية
والموضوعات الاستنباطية، من حيث ترتب حكم فرعي عليها، ولا اشكال ولا
خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.
وتفصيل الكلام في هذا المقام موكل إلى مباحث الاجتهاد والتقليد.
الثاني: الحكومة فله الحكم بما يراه حقاً في المرافعات وغيرها في الجملة،
وهذا المنصب أيضاً ثابت له بلا خلاف فتوى ونصاً. وتفصيل الكلام فيه من حيث
شروط الحاكم، والمحكوم به، والمحكوم عليه، موكل إلى كتاب القضاء.
الثالث: ولاية التصرف في الاموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا
فنقول الولاية تتصور على وجهين:

وفيه: أولاً: ان هذه الآلية مختصة بباب الإرث.
وثانياً: انها تدل على اولوية بعض الأرحام من بعض ولا تدل على تعيين البعض
الاولى، ولعله البعض البعيد، بل احتمال كونه اولى ارجح من جهة التعليقات في النصوص.
واستدل للثاني: باطلاق الأدلة، وبالإستصحاب.
ويرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.
وعلى الثاني: ما تكرر منا من عدم جريان الإستصحاب في الأحكام الكلية.

ولاية النبي ﷺ والإمام عليه السلام

[١] مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله
الحاكم

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بأذنه او غير منوط به، ومرجع هذا الى كون نظره سبباً في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، وكون تصرف الغير منوطاً بأذنه وان لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، ومرجع هذا الى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره، وبين موارد الوجهين عموم من وجه، ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير، اما ان يكون على وجه الاستنباط كوكيل الحاكم، واما ان يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولي الاوقاف من قبل الحاكم، واما ان يكون على وجه الرضا، كاذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له. [١]

اذا عرفت هذا فنقول مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الأمور المذكورة، خرجنا عن هذا الاصل في خصوص النبي والأئمة صلوات الله عليهم اجمعين بالأدلة الأربعة: قال الله تعالى: ﴿النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ﴾ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ يُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ ﴿وَأَنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ﴾ الآية الى غير ذلك.

وقال النبي ﷺ كما في رواية أيوب بن عطية: انا اولى بكل مؤمن من نفسه، وقال في يوم غدیر خم: الست اولى بكم من انفسكم قالوا: بلى قال: مَنْ كُنْتُ مَوْلَاهُ فَهَذَا عَلَيَّ مَوْلَاهُ.

هذه المسألة انما سيقّت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، وانما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام، من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام، فلا بد أولاً من تعيين مقدار تلك الولاية.

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام

للولاية معان:

- ١- الولاية التكوينية.
 - ٢- وجوب الإطاعة وقبول قول الولي في الأحكام الشرعية.
 - ٣- الحكومة والرئاسة الدنيوية بإدارة شئون الأمة.
 - ٤- الولاية الشرعية، أي ولاية التصرف في الأموال والأنفس.
 - ٥- وجوب الإطاعة في الأوامر الشخصية العرفية.
- والظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي والأئمة صلوات الله عليهم اجمعين.
- فتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في الولاية التكوينية - أي ولاء التصرف التكويني - والمراد بها: كون زمام امر العالم بأيديهم، ولهم السلطنة التامة على جميع الأمور بالتصرف فيها كيف ماشاءوا اعداماً وإيجاداً، وكون عالم الطبيعة منقاداً لهم لا بنحو الإستقلال بل في طول قدرة الله تعالى وسلطنته واختياره.

بمعنى ان الله تعالى اقدرهم وملكهم كما اقدرنا على الأفعال الاختيارية، وكل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم.

ومن هذا الباب معجزات الأنبياء والأولياء، وقد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص.

قال الله تعالى: ﴿وقال الذي عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل ان يرتد إليك طرفك﴾^(١).

وقال عز من قائل: ﴿فسخرنا له الريح تجري بأمره رخاءاً حيث اصاب والشياطين كل بناء وغواص وآخرين مقرنين في الأصفاد﴾^(٢).

(١) النمل، ٤٠.

(٢) ص، ٣٨.

وقال سبحانه: ﴿إِنِّي أَخْلَقْتُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفَخْتُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَابْرَأِ إِلَى أَكْهَمِهِ وَالْأَبْرَصِ وَاحْيِ الْمَوْتَى بِإِذْنِ اللَّهِ وَابْنِصْكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَمَا تَدْخُرُونَ فِي بُيُوتِكُمْ﴾^(١).

إلى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.
وإذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم وخليفته الذي عنده علم الكتاب بنص^(٢) القرآن لا يحتاج إلى بيان.
وعليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام.

كالتصرف الولائي في النقش وصيورته اسداً مقترسا وماشا كل - إنما نلتزم بها ونعتقد من غير التزام بالتأويل.

كيف ونرى أنهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من إبراء المريض الذي عجز الأطباء عن إبرائه، وحل معضلات الأمور وماشا كل، وليس ذلك إلا لما ذكرناه.

ويمكن أن تكون الآية الكريمة: ﴿النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾^(٣) ناظرة إلى ثبوت هذا المعنى من الولاية أيضاً للنبي صلى الله عليه وآله.

وبالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي صلى الله عليه وآله والائمة المعصومين عليهم السلام الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه وآله والائمة للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغي التوقف فيه.

وأما شبهة استلزام ذلك للشرك.

فهي تندفع باناً لاندعي ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل إن الله تبارك وتعالى ملكهم وأقدرهم كما ملكنا وأقدرنا على الأفعال

(١) آل عمران، ٤٩.

(٢) الرعد، ٤٣.

(٣) الأعراف، ١٨٧.

الاختيارية.

وبه يظهر انه لا ينافيه قوله تعالى: ﴿قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَلَا ضَرًّا﴾^(١) فان المراد عدم الملكية بالاستقلال. ولتفصيل الكلام في المقام محل آخر.

الثاني: في وجوب اطاعتهم وقبول قولهم في الأحكام الشرعية والوظائف المجعولة الإلهية، وان قولهم وكذا فعلهم حجة.

لاشبهة في ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله تعالى: ﴿مَا آتَيْكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمُ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(٢).

وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُو اللَّهَ وَالْيَوْمَ
الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾^(٣).

وقال عز وجل: ﴿قُلْ إِنْ كُنْتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ
ذُنُوبَكُمْ﴾^(٤) الى غير ذلك من الآيات الدالة على ان قول رسول الله صَلَّى الله عليه وآله
وكذا عمله حجة.

وقد دل الحديث الشريف الذي هو متواتر بين الفريقين ولا شك في صدوره عنه
صَلَّى الله عليه وآله:

اني تارك فيكم الثقلين: كتاب الله وعترتي اهل بيتي، وانهما لن يفترقا حتى يردا
علي الحوض، فلا تقدموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا، ولا تعلموهم فانهم
اعلم منكم.

على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عَلَيْهِ السَّلَام، اضيف الى ذلك ما دل على ثبوت ما
للنبي ﷺ من المناصب للأئمة الهداة عَلَيْهِ السَّلَام.

ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة عَلَيْهِ السَّلَام

الثالث: في ثبوت منصب الحكومة والرسالة الدنيوية بادرارة شؤون الامة للنبي ﷺ
والأئمة صلوات الله عليهم.

(١) الاعراف، ١٨١.

(٢) الحشر، ٧.

(٣) الاحزاب، ٢١.

(٤) آل عمران، ٣١.

لا ينبغي الشك والكلام في ثبوت هذا المنصب لهم، وانه فَوْض اليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب الهي لا من قبل الناس، والشاهد لثبوته لهم امور:
احدها: الآيات الكريمة.

قال الله تعالى: ﴿انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون﴾^(١) فان الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله ﷺ لطائفة خاصة من المؤمنين، فاذا انضم الى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شان امير المؤمنين ﷺ، وما دل على ثبوت منصب كل امام لا امام بعده - كخبر المعلى الاتي - يثبت هذا المنصب للأئمة الهداة ﷺ.

وقال سبحانه: ﴿اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الأمر منكم﴾^(٢) فان الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم وامر صادر من الله تعالى ورسوله واولي الأمر، ومقتضى اطلاقها ذلك حتى في ما يرجع الى شئون الامة وادارة المملكة الإسلامية، وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك.

بل في بعض النصوص صرح الإمام ﷺ بان الإطاعة المأمور بها في الآية اريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين ﷺ فيما يرجع الى ادارة شئون الأمة لا حظ. خبر عيسى بن السري قلت لأبي عبد الله ﷺ حدثني عما بنيت عليه دعائم الإسلام اذا انا اخذت بها زكي عملي ولم يضرني جهن ما جهلت بعده، فقال ﷺ: شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ﷺ، والإقرار بما جاء به من عند الله وحق في الأموال من الزكاة، والولاية التي امر الله بها ولاية آل محمد - الى ان قال - قال الله عز وجل: ﴿اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الأمر منكم﴾ فكان علي ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، ان الأرض لا تصلح الا بامام^(٣)

(١) المائدة، ٥٥.

(٢) النساء، ٥٩.

(٣) اصول الكافي، ج ٢، ص ٢١، حديث ٩، باب دعائم الاسلام.

وصحيح يزيد العجلي عن ابي جعفر عليه السلام في قول الله عز وجل: ﴿فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما﴾ جعل منهم الرسل والأنبياء والأئمة، فكيف يقرّون في آل ابراهيم وينكرونه في آل محمد عليه السلام، قال: قلت: ﴿وآتيناهم ملكا عظيما﴾ قال: الملك العظيم ان جعل فيهم أئمة من اطاعهم اطاع الله ومن عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم^(١).

الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر باطاعتهم وجعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح. واما اولوا الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الأئمة الإثني عشر عليهم السلام.

ثانيها: الروايات

منها الاخبار الدالة على ان الأئمة عليهم السلام ولاية امر الله واولوا الأمر، لا حظ خبر عبد الرحمن: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: نحن ولاية امر الله^(٢) وخبر الحسين بن ابي العلاء الآتي^(٣) وغيرهما. والظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع اليه في الامور العامة. ومنها: ما عن^(٤) سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمري ما الإمام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله. ومنها: خبر^(٥) المعلى بن خنيس عن الإمام الصادق عليه السلام في قول الله - عز وجل

(١) اصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٥.

(٢) اصول الكافي، ج ١، ص ١٩٢.

(٣) اصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧.

(٤) ارشاد المفيد طبع النجف، ص ٢٠٤.

(٥) الوسائل - باب ١ - من ابواب صفات القاضي حديث ٦.

﴿ان الله يامرکم﴾ الخ: عدل الإمام ان يدفع ما عنده الى الإمام الذي بعده، وامرت الأئمة ان يحكموا بالعدل وامر الناس ان يتبعوهم.

وخبر^(١) سليمان بن خالد عنه عليه السلام: اتقوا الحكومة، فان الحكومة انما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى او وصي نبى. وقريب منهما غيرهما.
ومنها: النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية.
ومنها: بعض الأخبار الواردة في صفات الأئمة:

كخبر^(٢) عبدالعزيز بن مسلم عن الإمام الرضا عليه السلام - في حديث طويل -
ان الإمامة زمام الدين ونظام المسلمين وصلاح الدنيا وعز المؤمنين، ان الإمامة اس الإسلام النامي وفرعه السامي، بالإمام تمام الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد وتوفير الفیء والصدقات وامضاء الحدود والأحكام ومنع الثغور والأطراف، ونحوه غيره.
وظهور ذلك في ان الحكومة للإمام عليه السلام واضح، بل هو كالصريح في ذلك.
ونظير ذلك ما عن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في علل حاجة الناس الى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

ومنها أنّ لا نجد فرقة من الفرق وملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم في امر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه ولا قوام لهم الا به الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣.

(٢) اصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم في كل امر راجع الى المعاد والمعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة كونه اهل الخبرة والإطلاع، ولم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، وحيث ان الإمام عليه السلام اعلم الناس وافضلهم وابصر بالأُمور - سواء أكان الأمر مربوطاً بالمعاش او المعاد - فيتعين جعله المرجع والحاكم، ومتابعته حتى في الامور الراجعة الى ادارة شئون الامة.

رابعها: حكم العقل، اذ لم نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين والدنيا.
ومن الممتنع في حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه ولا قوام لهم الا به.

وعليه فاما يعين الأبصر بالأُمور السياسية وتنظيم البلاد او غيره، والثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، وهو قبيح ومن الحكيم محال، فيتعين الأول.

وبهذا البيان يظهر قطعياً ان الله تعالى عيّن الإمام عليه السلام لذلك.
خامسها: ان جملة من الأحكام الشرعية جزائية، وقضائية، وسياسية، واجتماعية. كالقصاص، والحدود، والقضاء، وقبول الجزية، والجهاد و... ولا يمكن اجراء تلك الأحكام الاّ بيد الحاكم على الامة.

وقد صرح في جملة من الأخبار انها لإمام المسلمين^(١).
ولذلك نرى ان النبي ﷺ حينما ساعدته الظروف اسس حكومة اسلامية عادلة.
وكذلك الإمام علي بن ابي طالب عليه السلام اسس الحكومة وحارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من ابواب صلاة الجمعة وآدابها.

ولاية التصرف في الأموال والأنفس

الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف منهم في اموال الناس وانفسهم.

وبعبارة اخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف.

فقد استدل لثبوتها لهم بوجه:

منها: الآية الشريفة: ﴿النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم﴾^(١) وما كان مساقه مساقتها.

واورد على الاستدلال بها.

تارة: بانها مختصة بصورة التزاحم للإنصراف ولأن الولاية لا تقبل الشدة والضعف، فلا بد وان يكون التفضيل مجازيا، والمراد ثبوت الولاية عند التزاحم للنبي ﷺ وانتفائها عن غيره.

واخرى: بانه انما تكون الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته ﷺ بالرئاسة الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية والحكومة، فلا تدل اولويته بكل شخص من نفسه. ولكن يرد الأول: ان الإنصراف ممنوع، والولاية قابلة للشدة والضعف كما هو ظاهرها.

ويرد الثاني: - مضاف الى كونه خلاف الظاهر - انه ينافيه النبوي: انا اولى بكل مؤمن من نفسه.^(٢)

(١) سورة الأحزاب آية ٦.

(٢) اصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٦، حديث ٦.

فالحق ان يقال: إنها تدل على ثبوت ولاية وسلطنة على الناس اقوى واشد من ولاية الشخص على نفسه، ومن الضروري ان ولاية الشخص على نفسه انما هي في التصرف السببي من الطرق والأسباب الشرعية، كبيع ماله، وتزويج المرأة وتطليق زوجته.

واما التصرف بلا سبب او بسبب غير شرعي فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو اشد للنبي ﷺ.

مثلا ليس له ان يعطي الانتفاع بزوجة لغيره فلا يكون ذلك ثابتا له ﷺ، وكذلك الأحكام المحضة كالإرث.

وبالجملة: الآية الشريفة ليست في مقام التشريع للأحكام بل هي في مقام بيان تشريع الولاية، وتدل على انها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لا في ازيد من ذلك. ويؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم ازيد مما للشخص على نفسه، بل يشهد له: ما في ذيل حديث طويل مروي عن كتاب نزهة الكرام وبستان العوام تاليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازي، فقال له (اي للكاظم عليه السلام): قد بقي مسألة تخبرني بها ولا تضجر، فقال له: سل، فقال: خبروني انكم تقولون ان جميع المسلمين عبيدنا وجوارينا، وانكم تقولون من يكون لنا عليه حق ولا يوصله الينا فليس بمسلم، فقال له موسى عليه السلام: كذب الذين زعموا اننا نقول ذلك، واذا كان الأمر كذلك فكيف يصح البيع والشراء عليهم، ونحن نشترى عبيد او جوارى ونعتقهم ونقعد معهم وناكل معهم، ونشتري المملوك ونقل له يا بني، وللجارية يا بنتي، ونقعدهم ياكلون معنا تقربا الى الله سبحانه، فلوانهم عبيدنا وجوارينا ما صح البيع والشراء.

وقد قال النبي ﷺ لما حضرته الوفاة: الله الله في الصلاة وما ملكت ايمانكم، يعني صلوا واکرموا ممالیککم وجواریکم، ونحن نعتقهم، وهذا الذي سمعته غلط من قائله ودعوى باطلة.

ولكن نحن ندعي ان ولاء جميع الخلائق لنا، يعني ولاء الدين، وهؤلاء الجهّال يظنونهم ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، ونحن ندعي ذلك لقول النبي ﷺ يوم غدیر خم: من كنت مولاه ... النخ^(١) فانه يدل على ما ذكرناه.

قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة:

لكن الظاهر ان سيرة النبي ﷺ والأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ والأخبار، فلاحظ كلام امير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب اخيه عقيل ومراجعته الى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

ومنها: النصوص الدالة على ان الدنيا وما فيها لهم ﷺ، وان لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لا حظ.

مكتابة ابن الريان الى الامام العسكري عليه السلام قال: كتبت اليه: روي لنا: ان ليس لرسول الله ﷺ من الدنيا الا الخمس.

فجاء الجواب: ان الدنيا وما عليها لرسول الله ﷺ.^(٢)

ومرسل احمد بن محمد بن عبدالله: الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا، فمن غلب على شيء منها فليتيق الله. الحديث^(٣).

وخبّر ابي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام قلت له: اما على الإمام زكاة؟ فقال: احلّت يا ابا محمد، اما علمت ان الدنيا والآخرة للإمام عليه السلام يضعها حيث يشاء ويدفعها الى من يشاء^(٤) ونحوها غيرها.

(١) كتاب النجوم للسيد بن طاووس.

(٢) اصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٩ حديث ٦ باب ان الأرض كلها للإمام.

(٣) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٨ حديث ٢.

(٤) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٩، حديث ٤.

فان الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس واموالهم من غير جعل جاعل للرسول ﷺ والامام علي عليه السلام بالجعل غير المنافي مع ملكية الناس، وهذه عبارة اخرى عن الاولوية بالتصرف فيها منهم.

ومنها: الإجماع.

والظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم.

ومنها: غير ذلك.

ولظهور عدم دلالة ما ذكره اغمضنا عن التعرض له، وفيما ذكرناه كفاية.

وجوب اطاعة المعصوم عليه السلام

الخامس: في وجوب الإطاعة.

يمكن ان يستدل للزوم اطاعتهم في اوامرهم الشخصية العرفية الراجعة مصلحتها اليهم.

بوجهين:

احدهما: الآيات والنصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، وان معصيتهم كمعصية الله تعالى.

كقوله سبحانه: ﴿اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الأمر منكم﴾^(١).

وقوله تعالى ﴿فليحذر الذين يخالفون عن امره ان تصيبهم فتنة او يصيبهم عذاب

اليم﴾^(٢).

(١) النساء آية ٥٩.

(٢) النور آية ٦٤.

والاخبار في افتراض طاعتهم [١] وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك. منها مقبولة عمر بن حنظلة ومشهورة ابي خديجة، والتوقيع الآتي حيث علل فيها حكومة الفقيه وتسلمته على الناس بأنني قد جعلته كذلك وأنه حجتي عليكم. وأما الاجماع فغير خفي.

وقوله عز وجل: ﴿من يطع الرسول فقد اطاع الله ومن تولى فما ارسلناك عليهم حفيظاً﴾^(١).

وصحيح زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: ذروة الأمر وسنامه ومفتاحه وباب الأشياء ورضا الرحمن تبارك وتعالى الطاعة للإمامة بعد معرفته عليه السلام ثم قال ان الله تبارك وتعالى يقول من يطع الرسول فقد اطاع الله ومن تولى فما ارسلناك عليهم حفيظاً^(٢).

وخبر الحسين بن ابي العلاء قال: ذكرت لأبي عبدالله عليه السلام قولنا في الأوصياء ان طاعتهم مفترضة، فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: ﴿اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الأمر منكم﴾ وهم الذين قال الله عز وجل: ﴿انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا﴾^(٣).

وخبر معمر بن خلاد قال سأل رجل فارسى ابا الحسن عليه السلام فقال طاعتك مفترضة فقال عليه السلام نعم قال مثل طاعة على بن ابي طالب عليه السلام فقال نعم^(٤).

الى غير ذلك من الأخبار المتواترة.

[١] منها ما اشار اليه في المتن وسيأتى الكلام فى تلك الاخبار.

اذ اختصاص هذه باجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة ان الإطاعة فيها اطاعة بالذات لأمره تعالى، واطاعة بالعرض للوسائط، والإطاعة التي تكون بالذات اطاعة لهم هي اطاعتهم في الأوامر الشخصية، ومعلوم ان ظاهر الآيات والروايات ارادة الثانية.

(١) النساء آية ٨٣.

(٢) اصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

(٣) اصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ حديث ٧.

(٤) اصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧، حديث ٨.

وأما العقل القطعي فالمستقلّ منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنّهم أولياء النعم [١] وغير المستقلّ حكمه بأنّ الابوة إذا اقتضت وجوب طاعة الابن في الجملة [٢] كانت الامامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية بطريق اولي، لأنّ الحق هنا اعظم بمراتب، فتأمل.

والمقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من أنّ وجوب طاعة الامام مختص بالاوامر الشرعية، وأنّه لا دليل على وجوب طاعته في اوامره العرفية، او سلطنته على الاموال والأنفس.

وبالجملة فالمستفاد من الأدلّة الأربعة، بعد التّبيح والتّأمل، أنّ للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، وان تصرّفهم نافذ على الرعية، ماض مطلقاً، هذا كلّه في ولايتهم بالمعنى الأوّل.

[١] الوجه الثاني: انهم صلوات الله عليهم مجاري الفيوضات، وأولياء النعم باجمعها من المال والولد والأعضاء وغيرها، فهم المنعمون بالواسطة، وقد استقل العقل بوجوب شكر المنعم، ومعلوم ان صرف النعمة في سبيل اطاعة المنعم شكر، وتركه كفران، فيحسن الأوّل عقلاً ويقبح الثاني كذلك، وبالملازمة يستكشف الوجوب.

[٢] قوله وغير المستقل حكمه بان الابوة اذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن ... بطريق اولي.

تقريب الاولوية ان الاب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب الطاعة عليه - فالنبي ﷺ الذي هو واسطة التكوين ومجرى الفيض اولي بذلك.

ولكن يمكن ان يقال انه لم يثبت كون مناط وجوب الطاعة وعلته ذلك، وعليه فلاوجه لدعوى الاولوية.

ولعله الى هذا اشار بقوله فتأمل.

اشتراط تصرف الغير باذنهم

وأما بالمعنى الثاني: اعني اشتراط تصرف الغير بأذنهم [١] فهو وان كان مخالفاً للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصة بوجوب الرجوع اليهم وعدم جواز الاستقلال لغيرهم، بالنسبة الى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحدود والتعزيرات والتصرف في اموال القاصرين والزام الناس بالخروج عن الحقوق ونحو ذلك، ويكفي في ذلك ما دلّ على أنهم اولوا الأمر وولايته، فإن الظاهر من هذا العنوان عرفاً من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص، وكذا ما دلّ على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة الى رواة الحديث معللاً بأنهم حجتى عليكم وأنا حجة الله. فإنه دلّ على أن الإمام هو المرجع الأصلي.

وما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علل حاجة الناس الى الإمام عليه السلام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: ومنها أنا لا نجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل، بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس، لما لابدّ لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما [مما] يعلم أنه لابدّ لهم منه، ولا قوام له إلا به، هذا مضافاً إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وأنها لإمام المسلمين.

[١] وهل يستقل غيرهم عليه السلام في التصرف، ام يكون تصرف الغير منوطاً بأذنهم؟ وجهان. وتفصيل القول في المقام: ان لا كلام إلا خلاف في ثبوت الولاية بهذا المعنى، اي اشتراط تصرف الغير بأذنهم في جملة من الموارد الخاصة التي دل الدليل على ذلك، كالحدود، والتعزيرات، والحكومات، والجهاد، وغيرها. كما لا كلام في ثبوتها لهم في الأمور التي ثبت أنها وظيفة الرئيس. لما دل من النصوص على ان لهم الرئاسة كخبر الفضل^(١) المذكور في المتن وغيره، وانهم ولاية الأمر واولي الأمر.

كما لا ينبغي التوقف في عدم ثبوتها لهم بالإضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات والمعاملات.

وفي الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحقّ بها من كل أحد وغير ذلك ممّا يعثر عليه المتتبع، وكيف كان فلا اشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الامور العامة بدون اذنهم ورضاهم، لكن لا عموم يقتضي اصاله توقّف كل تصرف على الاذن. نعم الامور التي يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولي الأمر وولاته، والمرجع الاصلي في الحوادث الواقعة والمرجع في غير ذلك من موارد الشك الى اطلاقات أدلة تلك التصرفات ان وجدت على الجواز او المنع، والافالي الاصول العملية [١] لكن حيث كان الكلام في اعتبار اذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه، لم يجز إجراء الأصول، لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة، وإنما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع اليها لبعض العوارض.

وبالجملة فلا يهمنّا التعرض لذلك أنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين:

[١] انما الكلام فيما اذا جهل الأمر ولم يحرز ان التصرف من اي الأقسام، فان احتمل كونه من وظيفة الإمام خاصة فتارة: لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير، واخرى: يحرز ذلك.

فعلى الأول: تجري اصاله البراءة عنه بالإضافة الى الرعية.

وعلى الثاني: حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائي بالتفصيل الذي سيمر عليك معلوم، فلا مورد للأصل.

وان احرز ان التكليف ليس مختصاً بالمعصوم عليه السلام وأنه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائي او العيني ولكن احتمل دخل اذنه عليه السلام فيه كان المرجع اطلاق دليل المنع، او دليل الجواز لو كان والافاع التمكن من الرجوع اليه عليه السلام لا بد من ذلك، ولا مجال للرجوع الى الأصل لأنه لا يرجع اليه مع التمكن من الفحص.

وان لم يتمكن من ذلك فان احتمل كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجري اصاله البراءة مع عدم تحقق الاذن، وان احتمل كونه من قبيل شرط الواجب دخل في مسألة الأقل والأكثر الارتباطيين.

فنقول: أمّا الولاية على الوجه الأوّل اعني [١] استقلاله في التصرف، فلم يثبت بعموم عدا ما ربّما يتخيّل من اخبار واردة في شأن العلماء، مثل: انّ العلماء ورثة الانبياء، وانّ الانبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهماً، ولكن اورثوا احاديث من احاديثهم فمن اخذ بشيء منه اخذ بحظّ وافر، وانّ العلماء امناء الرّسل، وقوله ﷺ: مجاري الامور بيد العلماء بالله، الامناء على حلاله وحرامه، وقوله ﷺ: علماء امتي كانبيا بني اسرائيل، وفي المرسلة المروية في الفقه الرضوي انّ منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني اسرائيل، وقوله ﷺ: في نهج البلاغة اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما حاوّا به: انّ اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه الاية.

وقوله ﷺ ثلاثاً: اللهم ارحم خلفائي قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي ويروون حديثي وسنتي، وقوله ﷺ: في مقبولة ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكماً، وفي مشهورة ابن خديجة جعلته عليكم قاضياً، وقوله عجل الله فرجه: هم حجّتي عليكم وانا حجة الله الى غير ذلك ممّا يظفر به المتّبع. لكنّ الانصاف بعد ملاحظة سياقها او صدرها او ذيلها يقتضي الجزم بأنّها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الاحكام الشرعية لا كونهم كالنبي والائمة صلوات الله عليهم في كونهم اولى الناس في اموالهم،

ولاية الحاكم الشرعي

[١] قوله اما الولاية على الوجه الاول اعني استقلاله في التصرف.

اذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

وملخص القول في المقام: انه لا شبهة ولا ريب في ان منصب القضاة - من فصل الخصومة والامور التي يرجع فيها في العرف الى القاضي كأخذ الحق من المماطل، وحبسه، وبيع ماله، والتصرف في مال القصر، ونصب القيم وما شاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط، وتشهد به مشهورة ابي خديجة المروية في الكافي والتهذيب والفقيه وغيرها باسانيد مختلفة ومتون متفاوتة في غير الجملة التي هي مورد للإستشهاد قال:

بعثني ابو عبدالله عليه السلام الى اصحابنا فقال: قل لهم: اياكم اذا وقعت بينكم خصومة - الى ان قال - اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا، فاني قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث (١).
وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل ائمة الجور، ومن المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع اليه سائر ما اشرنا اليه، بل في زماننا ايضا القضاة يتصدون لما ذكر فيثبت هذا المقام للفقيه.

وبه يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، ولا يستفاد منها ازيد من ذلك. مع انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم ... الخ كافيا ولم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة. فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

واورد عليها بضعف السند لوجهين:

احدهما: ان في طريقها المعلى بن محمد.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني، وهو: ان لأبي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، وهي زمان متابعتها للخطائية، وحالتي استقامة، وما قبل الاعوجاج وبعده، ولم يعلم انه رواها في اي الحالات.

ولكن يمكن دفع الأول: بان الخبر مروي بطرق مختلفة، منها ما في الفقيه عن احمد بن عائد عن ابي خديجة، وطريقه اليه هو: ابوه عن سعد بن عبدالله عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، وهؤلاء كلهم ثقات، كما ان احد طريقتي الشيخ في التهذيب اليه قوي.

مع ان المعلى بن مشايخ الإجازة على ما افاده المحقق المجلسي رحمته الله، وهو يكفي في قبول رواياته.

ويدفع الثاني: ما حقق في محله من ان سالم بن مكرم ابا خديجة ثقة.

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣، حديث ٥٣ ج ٦ ص ٢١٩، حديث ٨ - والكافي ج ٢، ص ٣٥٨، والفقيه ج ٣ - ص ٢ والوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي حديث ٦.

ولا كلام ايضا في ثبوت منصب الفتوى له، وان للعوام ان يقلدوه وتدل عليه الآيات والروايات وبناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم، على ما فصلنا القول في ذلك في كتاب الاجتهاد والتقليد.

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

انما الكلام في انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق ومنفذ الحكم ووظيفته تشكيل الحكومة اما بنفسه او بنصب شخص من قبله، ام لا؟ المعروف بين الأصحاب هو الأول، بل في عوائد التراقي: دعوى الإجماع عليه، قال: حيث نص به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات. وهو الحق الذي لا ريب فيه، لأن من جملة احكام الإسلام، بل والمهم منها احكاماً جزائية، وقضائية، وسياسية، واجتماعية كالقصاص، والديات، والحدود، والجهاد، والصلح، والقضاء، وقبول الجزية و... ولا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.

وبعبارة اخرى: ان الأحكام التي اتى بها نبي الإسلام ﷺ انما هي قوانين كلية، وبديهي ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد ويكون لغواً، فيعلم من ذلك ان النبي ﷺ الذي جاء بتلك القوانين وحينما ساعدته الظروف شكّل الحكومة بنفسه، وكذلك وصيه امير المؤمنين عليه السلام عين شخصاً لاجراء تلك الأحكام.

وليس في هذا الزمان غير المجتهد الذي قال ﷺ في حقه: انه خليفتي ووارثي.

وقال الامام عليه السلام: هو الحجة عليكم الى غير ذلك من التعابير التي ستمر عليك.

مع انه لا يكون ثمة احد اعرف بمباني الإسلام منه، فهو المتعين لأن يكون قائماً بالحكومة وعلى رأسها.

وان شئت قلت: انه لا ريب في ان وظيفة المجتهد في هذا العصر اجراء احكام الإسلام، وحفظ امن البلاد الإسلامية، والتحرز من مكائد الإستعمار، وحفظ استقلال البلاد الإسلامية، والدفاع عن حريم الإسلام والقرآن، وقطع يد من تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين، وحفظ المسلمين من يد الأجانب ومن عبثهم في عقول المسلمين، وعقد الذمة والعهود، واجراء الحدود، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهل يمكن شيء من ذلك الا من قبل الدولة والحكومة القوية العادلة.

قال الله تعالى: ﴿واعدوا لهم ما استطعتم من قوة﴾^(١) هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم.

وقد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام المتضمن: أنا لا نجد فرقة من الفرق ولاملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقیّم ورئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه ولا قوام لهم الا به. فان هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة ايضا.

وتشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة^(٢) عمر بن حنظلة عن ابي عبدالله عليه السلام: ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا ونظر في حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما، فاني قد جعلته عليكم حاكما، فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله.

حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابة، ومن المعلوم ان الحاكم المنسوب في تلك الأزمنة كان يرجع اليه في جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

(١) الأنفال، ٦٣.

(٢) الكافي ج ١ - ص ٦٧ حديث ١٠ - التهذيب ج ٦، ص ٣٠١، حديث ٥٢ - الفقيه ج ٣، ص ٥ - الإحتجاج، ص ١٩٤ - الفروع ج ٧، ص ٤١٢ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي حديث ١.

بهذا المعنى. وبعبارة أخرى الحاكم هو المنفذ الحكم.

وأورد عليها.

تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق.

وأخرى: بأن الظاهر من الحاكم هو القاضي لأن مورد السؤال والتحاكم هو الترافع إلى القاضي، وقوله: فإذا حكم بحكمنا أي قضى، فهي تدل على جعل منصب القضاة له. ولكن يرد الأول: أن الأظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثاني إياه، قال: أنا حققنا توثيقه من محل آخر، ولو رود روايتين دالتين^(١) عليها، ولغير ذلك من الشواهد، مع أن الأصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة.

ويرد الثاني: أن المسلم عند الأصحاب: أن خصوص المورد لا يخص عموم الوارد.

مع أنه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفي قوله: ينظر أن من كان ... الخ ولم يكن حاجة إلى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذي يكون صالحاً لكون الجملة بياناً لكبرى كلية من مصاديقها المورد.

ومنها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن الإمام علي عليه السلام: قال رسول الله ﷺ: اللهم ارحم خلفائي - ثلاثاً - قيل: يا رسول الله ومن خلفائك؟ قال: الذين يأتون بعدي يروون حديثي وسنتي - وزاد في بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدي -^(٢)
وحيث أنه عند دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة الأصل البناء على وجود ما نقص.

(١) رواهما العلامة المامقاني في رجاله أحدهما عن التهذيب - والأخرى عن الكافي.

(٢) عيون الأخبار ج ٢، ص ٢٧، حديث ٩٤ - معاني الأخبار، ص ٣٧٤، الفقيه ج ٤، ص ٣٠٣، حديث ٥٣ - الوسائل - باب

٨ - من أبواب صفات القاضي حديث ٥٣ - وباب ١١ - منها حديث ٧.

فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة، وظهوره حينئذ في ارادة الفقهاء من الرواة في غاية الوضوح.

وبعبارة اخرى: المراد من راوي الحديث والسنة هو من يعلم الناس احكام الإسلام لا مجرد لقلقة اللسان، وهذا يلزم مع الفقهاء.

فبدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله ﷺ، والخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه في كل ما هو له.

وان شئت قلت: ان كون الرئاسة والحكومة حق خليفة رسول الله ﷺ ومنصبه المفوض اليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع.

ولذلك كان كل من ملوك بني امية وسلاطين بني العباس، بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، مدعيا لخلافة رسول الله ﷺ لتصدي ذلك المقام. وعلى ذلك فتعيين رسول الله ﷺ العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما نافذي الحكم ورؤساء للحكومة الإسلامية.

ومما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة في جعله نافذ الحكم ورئيسا: الآية الكريمة:

﴿يا داود انا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾^(١) فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه في الآية، وانما امر فيها بالحكم وعدم اتباع الهوى.

ومنها: التوقيع الشريف المروي في كتاب اكمال الدين واتمام النعمة للصدوق، وكتاب الغيبة للشيخ، والإحتجاج للطبرسي في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب: واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا، فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله.^(٢)

(١) سورة ص آية ٢٤.

(٢) اكمال الدين واتمام النعمة طبع الكمباني، ص ٢٤٤، ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة، ص ١٩٨ - الإحتجاج طبع النجف، ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي حديث ٩.

بتقريب: ان المراد بالحوادث - من جهة كونها جمعاً محلي باللام - كل حادثة يرجع فيها الرعاية الى رئيسهم، من غير فرق بين كونها من السياسيات او الشرعيات، ومن غير فرق بين ان تكون مرتبطة بشخص خاص او بالمجتمع، فتشمل ما كان من قبيل اخراج الأجانب النفط وسائر المعادن، وعقد الذمة مع الدول الأخر، وما لو توجه الخطر من جانب الأجانب الى الدولة الإسلامية، وما شاكل، فيدل على ان راوي الحديث، المجعول حجة على الأمة، وهو الفقيه الجامع للشرائط، مرجع في جميع تلك، وليس معنى الحكومة وكون الشخص حاكماً ونافذ الحكم الآ ذلك.

واحتمال ارادة حوادث خاصة - نظراً الى ان اللام للعهد، واشارة الى الحوادث المسئول عنها التي ليست بايدينا -

يندفع بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

وقد يقال: انه تضمن الرجوع في الحوادث الى الفقيه، ولا يدل على وكول نفس الحادثة اليه لياشره بنفسه او بمن ينصبه كما ادعاه الشيخ رحمته الله، والظاهر من ذلك الرجوع في حكمها اليه لا ايكالها اليه.

ولكن يندفع ذلك: بان الرجوع في كل حادثة الى الفقيه، وكسب الوظيفة منه، ولزوم العمل بكل ما يعينه ولو كان هو الدفاع عن المملكة الإسلامية وحفظ حدودها وما شاكل، عبارة اخرى عن كونه حاكماً مطلقاً، ويناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العالم وما فيه.

ومنها: ما روي عن الامام الحسين بن علي عليه السلام: مجاري الأمور والأحكام على ايدي العلماء بالله، والأمناء على حلاله، فانتم المسلوبون تلك المنزلة، وما سلبتم ذلك الا بترفرقكم عن الحق واختلافكم في السنة بعد البينة الواضحة، ولو صبرتم على الأذى وتحملتكم المؤونة في ذات الله كانت امور الله عليكم ترد، وعنكم تصدر، واليكم ترجع.

ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، واستسلمتم أمور الله في أيديهم الخ^(١).

وتقريب الاستدلال به:

ان المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة بقرينة سائر الجملات المتضمنة لتفرقهم عن الحق واختلافهم في السنة.

وان المخاطب فيه هو العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف وغير العاملين بالوظيفة، وغير ذلك من القرائن.

ويدل الحديث على ان مجاري الامور على أيديهم، ولا معنى لمجاري الامور في مقابل مجاري الأحكام سوى الامور المربوطة بالحكومة الاسلامية.

ويؤكد ذلك ما في ذيله من قوله واستسلمتم أمور الله في أيديهم فان ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط بها.

وايضا تضمن الخبر ان العلماء غصب حقهم، ومن المعلوم ان المغصوب ليس غير الحكومة.

وعلى الجملة: من تدبر في الخبر صدرا وذيلا يظهر له ان مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه: ان العلماء هم الحكام، وان تشكيل الحكومة من وظائفهم، وقد غصب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وعدم المصانعة عند الظلمة، وما شاكل والله العالم.

ومنها: خبر علي بن ابي حمزة عن ابي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: اذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها، وابواب السماء التي كان يصعد فيها باعماله، وثلم في الإسلام ثلمة لا يسدها شيء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها.^(٢)

(١) تحف العقول، ص ٢٣٧.

(٢) اصول الكافي، ج ١ - ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣.

وتقريب الاستدلال به:

انه يدل على ان حصن الإسلام وحافظه هو الفقيه، وحيث ان احكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها احكام اجتماعية وسياسية وقضائية وجزائية، ولا يمكن حفظ تلك الأحكام، وكون الفقيه حصنا يدافع عنها إلا من قبل حكومة قوية صالحة. ولذلك ترى ان الإستعمار الأروبي علم من اول وهلة ان استعمار له لا يتم مادام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون ويجرون احكامه وقوانينه ويتبعون ارشاداته وتعاليمه.

وبهذا صرح (كلادستون) رئيس وزراء بريطانيا في ذلك الوقت، ومن ذلك الوقت اتجه وجهة اخرى، فاخذ يسعى بشتى الطرق والوسائل لتضعيف الإسلام. وكان من جملة مصادره وحبائله نعمة التفكيك بين الدين والسياسة، وصارت تلك من اخطر الوسائل في ايديهم، وسببا لما نرى الان من حال الإسلام والمسلمين والبلاد الإسلامية.

وبالجملة احكام الإسلام من الجهاد والمهادنة وعقد الذمة، والعهود واجراء الحدود والقصاص وقبول الجزية، وما شا كل، لا يمكن حفظها إلا مع كون الحكومة بيد الفقيه او من ينصبه الفقيه.

لذلك، فجعل الفقيه حصنا للإسلام لا يكون الا بجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم. ومنها: خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام قال رسول الله ﷺ: الفقهاء ائمة الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال ﷺ: اتباع السلطان، فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم.^(١)

وتقريب الاستدلال به:

ان الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض اليه، وقد فوض الى الفقهاء الأحكام الشرعية.

وقد مر في الخبر السابق ان حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن إلا من قبل حكومة اسلامية قوية، وقوله: ما لم يدخلوا ... الخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الإهمال في تشكيل الحكومة وصيرورة المتبوع تابعا والمخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه امينا.

ومنها: ما رواه في الكافي، وامالي الصدوق، وفي اول المعالم باسانيد عديدة متصلة عن ابي عبدالله عليه السلام: قال رسول الله ﷺ: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا الى الجنة، وان الملائكة لتضع اجنحتها لطالب العلم رضا به، وانه يستغفر لطالب العلم من في السماء - الى ان قال -

وان العلماء ورثة الأنبياء، ان الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهما ولكن ورثوا العلم، فمن اخذ منه اخذ بحظ وافر.^(١)

وتقريب الاستدلال به: انه يدل على ان العالم وارث الأنبياء في العلم، والمراد به الأحكام والحقائق والقوانين التي جاءوا بها، فكما انهم موظفون بنشرها واجرائها كي ينتفع بها الناس.

فكذلك العالم موظف بذلك، وقد مر أن اجراء الأحكام الشرعية باجمعها لا يمكن إلا بيد الحاكم المطلق.

ودعوى ان المراد بالعلماء هم الأئمة.

غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم.

مع انه بهذا المضمون روايات صريحة في ارادة غير الأئمة الهداة صلوات الله عليهم.

مثل ما في البحار: وقال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في

الدين، فان الفقهاء ورثة الأنبياء.^(٢)

(١) اصول الكافي، ج ١، ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم.

(٢) ج ١ - ص ٢١٦ الطبع الحديث.

وفي المقام روايات اخر قريية المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الإستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدة منها.

العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين

وقد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون ابواب الحكام ولا يحترزون عن مخالطتهم، لا حظ.

خبر السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان، فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم.^(١)

والنبوي: العلماء امناء الرسل على عباد الله عز وجل ما لم يخالطوا السلطان، فاذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم.^(٢)

والنبوي: شرار العلماء الذين ياتون الأمراء، وخيار الأمراء الذين ياتون العلماء.^(٣) والخبر قال عليه السلام: العلماء احباء الله ما امروا بالمعرف ونهوا عن المنكر ولم يميلوا في الدنيا ولم يختلفوا ابواب السلاطين، فاذا رأيتهم مالوا الى الدنيا واختلفوا ابواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم، ولا تصلّوا خلفهم، ولا تعودوا مرضاهم، ولا تشيعوا جنائزهم، فانهم آفة الدين، وفساد الإسلام، يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل.^(٤)

(١) اصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه.

(٢) المحجة البيضاء ج ١ - ص ١٤٤.

(٣) المحجة البيضاء، ج ١، ص ١٤٤ - واخرجه ابن عبد البر في العلم بافظ آخر على نقل وبافظه نقله الشهيد في المنية.

(٤) خراجية الفاضل القطيفي.

والظاهر ان منشأ هذه التشديدات العظيمة والسر فيها وجهان:
احدهما: ان العالم جعل متبوعا وحاكما ومخدوما، فاذا صار تابعا وخادما
ومحكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس، ومثله هو الذي يقوم في العرض الأكبر مع
المجرمين ناكسي رؤوسهم عند ربههم.
الثاني: ان السلطان والملك قد غصب حق المجتهد وتصدى للحكومة، فاختلاف
بابه تقرير لظلمه وتعديه فلا يجوز.
وبذلك يظهر الوجه لما في روايات كثيرة من ذم السلاطين والنهي عن اختلاف
ابوابهم والأمر بالهرب منهم.
وفي المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها وللإخبار الواردة عن أئمة الدين فيها،
ولكن الظروف لا تساعد، والى الله المشتكى.
فالمتحصل مما ذكرناه: انه لا ينبغي التوقف في ان تشكيل الحكومة وظيفة
المجتهد الجامع للشرائط.

مزاخمة احد المجتهدين لآخر

بقي الكلام في انه هل يجوز لآحاد المجتهدين مزاخمة الآخرين ام لا؟
و تنقيح القول في ذلك:

انه تارة: يتصدى احدثهم للرئاسة والحكومة.

واخرى: لم يستقر له الأمر و يريد التصدي لها.

اما في الصورة الأولى: فلا اشكال في عدم جواز المزاخمة ان كان المتصدي اهلا
لذلك، اذ مضافا الى ان المزاخمة موجبة لتضعيف الحكومة الإسلامية - و هو بديهي
الحرمة -

يشهد لعدم جوازها قوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة المتقدمة: فاذا حكم بحكمنا
فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله، و هو على حد
الشرك بالله ^(١).

فان تصدي المجتهد حينئذ كتصدي الإمام عليه السلام فمزاخمة الثاني اياه كمزاخمته
للإمام و هي مستلزمة للرد عليه و هو رد على الإمام فلا يجوز.
اضف الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، و هو غير جائز قطعاً.
مع ان الأدلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدي له، ففي
فرض التصدي لا دليل على ثبوته لأحد.

و الى هذا نظر المحقق النائيني رحمته الله، حيث قال: ان الفقيه ولي من لا ولي له، فاذا
تحقق الولي فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لا ولي له.
كما ان الظاهر الى هذا نظر من قال ان دليل الولاية.

ان لم يكن لفظياً فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدي احد،
والا فيرجع الى الأصل و هو يقتضي عدم الولاية

وان كان لفظيا، فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لابد من الرجوع الى الأصل المتقدم.

واما في الصورة الثانية: فان قلنا باعتبار الأعلمية - كما يشهد به.
ما رواه في البحار عن كتاب الاختصاص قال: قال رسول الله ﷺ: من تعلم علما
ليماري به السفهاء او ليباهي به العلماء او يصرف به الناس الى نفسه يقول انا رئيسكم
فليتبوء مقعده من النار، ان الرئاسة لا تصلح الا لأهلها، فمن دعى الناس الى نفسه وفيهم
من هو اعلم منه لم ينظر الله اليه يوم القيامة.^(١)
فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة.

والا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، و التوسل بكل امر جائز
في نفسه للوصول الى ذلك المقام السامي، بل لو كان يرى نفسه احق وابصر بالأمور وانه
لو تصدى لذلك كان يخدم الإسلام والمسلمين احسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه
ذلك، والله العالم.

عدم اولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس

فالمتحصل مما اسلفناه: ثبوت منصب الفتوى والقضاة وما يتبع هذا المنصب، و
الحكومة المطلقة للفقيه، وعليه فكل امر يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع المسلمون
فيه الى الفقيه، كما انه المرجع في كل امر يكون بيد القضاة كما مر.
واما غير تلك من ما ثبت للإمام عليه السلام من اولويته بالتصرف في الأموال والأنفس، و
لزوم اطاعته في اوامره الشخصية العرفية، ولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف، فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعاً [١] نعم لو ثبت شرعاً اشتراط صحة أدائها بدفعه الى الفقيه مطلقاً، او بعد المطالبة وافتي بذلك الفقيه وجب اتباعه ان كان ممن يتعين تقليده ابتداءً أو بعد الاختيار، فيخرج عن محل الكلام. هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الاخبار وجب حملها على ارادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته عَلَيْهِ السَّلَام من حيث كونه رسولاً مبليغاً، والألزم تخصيص اكثر افراد العام لعدم سلطنة الفقيه على اموال الناس وانفسهم، الا في موارد قليلة بالنسبة الى موارد عدم سلطنته. وبالجملة فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه، كالامام الا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

شيء منها للفقيه بما هو فقيه لإختصاص ادلتها بالامام عَلَيْهِ السَّلَام
[١] قوله فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه

وقد التزم هو قد في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه ان طالب.
واستدل له : بان منعه رد عليه و الراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبولة ابن حنظلة^(١).

وبقوله عَلَيْهِ السَّلَام في التوقيع الشريف: اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله^(٢).
ولكن قد مر ان الخبرين انما يدلان على ان الحكومة والقضاة للفقيه ولا يدلان على ثبوت شيء آخر كوجوب الإطاعة، و حيث إن ذلك ليس شأنًا من شؤون احد المنصبين.

وبعبارة اخرى: ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس او القاضي، فلا وجه لوجوب الرد اليه، و ما في المقبولة انما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الامام لا ان مطلق الرد رد عليه.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي - حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي - حديث ٩.

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني اعني: توقّف تصرف الغير على اذنه [١] فيما كان متوقفاً على اذن الإمام (عليه السلام) و حيث أنّ موارد التّوقف على اذن الامام غير مضبوط، فلا بدّ من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول كلّ معروف علم من الشّارع ارادة وجوده في الخارج ان علم كونه وظيفة شخص خاصّ، كنظر الاب في مال ولده الصّغير، او صنف خاصّ، كالافتاء والقضاء، او كلّ من يقدر على القيام به، كالامر بالمعروف، فلا اشكال في شيء من ذلك. و ان لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطاً في وجوده او وجوبه بنظر الفقيه وجب الرّجوع فيه اليه.

ثمّ ان علم الفقيه من الأدلّة جواز تولّيه، لعدم اناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاصّ تولّاه مباشرة او استنابة، ان كان ممّن يرى الاستنابة فيه، وإلّا عطّله، فإنّ كونه معروفاً لا ينافي اناطته بنظر الإمام (عليه السلام) والحرمان عنه، عند فقدّه كسائر البركات التي حرمانها بفقده عجلّ الله فرجه. و مرجع هذا الى الشكّ في كون المطلوب مطلق وجوده او وجوده، من موجد خاصّ.

أمّا وجوب الرّجوع الى الفقيه في الامور المذكورة فيدلّ عليه مضافاً الى ما يستفاد من جعله حاكماً كما، في مقبولة ابن حنظلة. الظّاهرة في كونه كسائر الحكّام المنصوبة في زمان النبي (صلى الله عليه وآله).

نعم اذا فرضنا سيرورة المجتهد حاكما و سلطانا فطلب الزكاة او الخمس لصرفها في المصالح العامة والفقراء وجب الدفع اليه لان ذلك من حيثيات الحكومة وشؤونها ولذا كان داب النبي (صلى الله عليه وآله) و الوصى (عليه السلام) في زمان حكومتها مطالبة الزكاة و الاخذ من المانعين جبّرا، و بما حققناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصديده و ما ليس له ذلك فتدبر حتى لا يشتبه عليك الامر.

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

قوله بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني اعني توقّف تصرف الغير على اذنه

والصَّحابة، في الزام النَّاس بارجاع الامور المذكورة اليه و الانتهاء فيها الى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السُّلطان حاكماً، وجوب الرَّجوع في الامور العامّة المطلوبة للسُّلطان اليه، والى ما تقدّم من قوله ﷺ: مجارى الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله وحرامه التّوقيع المروي في اكمال الدّين، و كتاب الغنية. واحتجاج الطبرسي، الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب الّتي ذكر انّي سألت العمري ﷺ ان يوصل الى الصّاحب (عجل الله فرجه) كتاباً فيه تلك المسائل الّتي قد اشكلت عليّ، فورد التّوقيع بخطّه عليه آلاف الصّلاة و السّلام في اجوبتها. وفيها: واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنّهم حجّتي عليكم، و انا حجة الله. فإنّ المراد بالحوادث ظاهراً مطلق الامور الّتي لا بدّ من الرَّجوع فيها عرفاً او عقلاً او شرعاً الى الرّئيس مثل التّظر في اموال القاصرين لغيبة، او موت، او صغر، او سفه. واما تخصيصها بخصوص المسائل الشّرعية فبعيد من وجوه:

منها: انّ الظّاهر و كول نفس الحادثة اليه، لياشر امرها مباشرة او استنابة، لا الرَّجوع في حكمها اليه.

و ملخص القول في المقام: ان ما ثبت كونه معروفا اذا علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، او صنف خاص كالقضاوة، او علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

وان احتمل ان يكون في وجوده او وجوبه منوطا بنظر شخص خاص، فان كان لدليل ذلك المعروف عموم او اطلاق من هذه الجهة تنفّى الإناطة به حتى وان ثبت كونه منوطا بنظر شخص، الإمام ﷺ في زمان حضوره، اذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الإمام في زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستئذان منه يكون الإطلاق هو المحكم، و لا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للإمام ﷺ بما هو امام.

ومنها التعليل بكونهم حجّتي عليكم وانا حجة الله، فإنه أنما يناسب الامور التي يكون المرجع فيها هو الرأى والنظر، فكان هذا منصب ولاية الامام من قبل نفسه، لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام، والآكان المناسب ان يقول أنهم حجج الله عليكم، كما وصفهم في مقام آخر: بأنهم امناء الله على الحلال والحرام.

و منها انّ وجوب الرجوع في المسائل الشرعية الى العلماء الذي هو من بديهيات الإسلام من السلف الى الخلف، ممّا لم يكن يخفى على مثل اسحاق بن يعقوب، حتّى يكتبه في عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى ونظره. فإنّه يحتمل ان يكون الامام عليه السلام قد وكله في غيبته الى شخص أو أشخاص من ثقافته في ذلك الزمان.

والحاصل أنّ الظاهر أنّ لفظ الحوادث ليس مختصاً بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات،

نعم ما ثبت له بعنوان انه قاض او حاكم و رئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه.

و عليه فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه، ولعله يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار، وقد مر الكلام فيه في كتاب الجهاد.

وان لم يكن لدليل معروفته اطلاق او عموم، فان لم يحرز اصل المطلوبة في زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الإمام عليه السلام فيها، فان ثبت كون دخل نظره بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه، وانه لا بد فيه من الرجوع اليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، وان احتمل دخل نظر شخص الإمام عليه السلام فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل المعاملات او العبادات للأصل.

وان احرز ارادة وجوده في الخارج و علم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطاً عند التعذر، لا كلام في ان للفقيه التصدي له، لأنه اما يعتبر اذنه او هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، و اما غير الفقيه فان كان التصرف تصرفاً معاملياً فالأصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه.

ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في اذن الشارع في كل معروف لكل احد مثل قوله عليه السلام: كل معروف صدقة. وقوله عليه السلام: عون الضعيف من افضل الصدقة، وامثال ذلك. وان كانت عموماً من وجه [١] الا ان الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها [٢]

وان كان غير معاملي فان استلزم ذلك التصرف في مال الغير او نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير او نفسه ٢.

والا كما في الصلاة على الميت جاز التصدي له بدون اذنه بناءً على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.

[١] قوله ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات انظاهرة في اذن الشارع ... وان كانت عموماً من جه.

مادة الافتراق من جانب التوقيع الامور المختصة بالفقيه كالافتاء والقضاء و الحكومة، ومن جانب دليل كل معروف صدقة الافعال المطلوبة غير المعتبر فيها اذن احد، ومادة الاجتماع التصرف في مال القصر وما شاكل

[٢] تقريب الحكومة ان التوقيع يدل على ان الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقف على اذن الفقيه

و يرد عليه ان التوقيع اخص من تلك النصوص اذلا حادثة مهمة يرجع فيها الى الفقيه الا وهو معروف ولا عكس

مع ان التوقيع يكون وارداً عليها فانه يدل على دخالة اذن الفقيه في معروفة الحوادث الواقعة.

اضف الى ذلك ما مر من عدم العموم لتلك النصوص كي تدل على عدم اعتبار اذن الفقيه فراجع.

وبذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المصنف عليه السلام من اطلاق عدم المشروعية كما ظهر ما في اطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات.
فان قيل بناءً على ما ذكر من انه لو كان عموم او اطلاق لدليل ذلك المعروف

وكونها بمنزلة المفسّر الدّال على وجوب الرّجوع الى الامام عليه السلام او نائبه في الأمور العامّة الّتي يفهم عرفاً دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر في قوله تعالى: أولي الأمر و على تسليم التّزل عن ذلك.

فالمرجع بعد تعارض العمومين الى اصالة عدم مشروعيّة ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأي وليّ الأمر هذا.

لكنّ المسألة لا تخلو عن اشكال و ان كان الحكم به مشهورياً و على ايّ تقدير فقد ظهر ممّا ذكرنا أنّ ما دلّ عليه هذه الأدلّة هو ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور الّتي يكون مشروعيّة ايجادها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على النّاس القيام بها كفاية. وأمّا ما يشكّ في مشروعيّته، كالحدود لغير الإمام، و تزويج الصّغيرة لغير الأب و الجدّ، و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، و فسخ العقد الخياري عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلّة مشروعيّتها للفقهاء، بل لا بدّ للفقهاء من استنباط مشروعيّتها من دليل آخر.

نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدّمة المختصّة به، مثل اية اولى بالنّاس من انفسهم، و قد تقدّم أنّ اثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النّحو من الولاية على النّاس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرق القتاد.

لم يكن اذن الفقيه معتبراً لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دلّ على ان كل معروف صدقة^(١) من النصوص توجه عليه ان تلك النصوص من جهة اخذ مشروعية الفعل في موضوعها - لأنّ المعروف هو ما عرّفه الشارع و رغب اليه و حث عليه - لا سبيل الى التمسك بها، لأنّه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا بدون اذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار اذن الفقيه في التصرفات المعاملية و ما استلزم التصرف في مال الغير او نفسه.

و بالجملـة فـهـا هـنـا مـقـامـان:

احدهما: وجوب ايكال المعروف المأذون فيه اليه ليقع خصوصياته عن نظره و رأيه كـتـجـهـيـز الميـت الذـي لا وـلي له، فأنـه يـجـب ان يـقـع خصوصياته من تعيين الغاسل، والمغسل، وتعيين شيء من تركته للكفن، و تعيين المدفن عن رأي الفقيه.

الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس او مال او عرض، و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثاني و ان كان الافتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها ايضاً من وظيفته، إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية، نعم لو ثبت ادلة الثبابة عموماً تم ما ذكر، ثم أنه قد اشتهر في الألسن، و تداول في بعض الكتب رواية أن السلطان ولي من لا ولي له. [١] وهذا أيضاً بعد الانجبار سنداً أو مضموناً يحتاج الى أدلة عموم الثبابة، و قد عرفت ما يصلح ان يكون دليلاً عليه، و أنه لا يخلو عن و هن في دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الاصحاب كون الفقهاء نواب الامام، و يظهر من المحقق الثاني ايضاً في رسالته الموسومة (بقاطع اللحاح في مسألة جواز أخذ الفقيه أجرة أراضى الأنفال من المخالفين)، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام اذا ظهر عليه للشك في عموم الثبابة و هو في محله.

[١] قوله اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية^(١): ان السلطان ولي من لا ولي له.

اختلفت كلمات القوم في المراد من السلطان.

فمن جماعه: ان المراد به الإمام عليه السلام، و هو الظاهر من صدر عبارة المصنف في المقام. وعن آخرين كالعلامة في التذكرة و غيره: ان المراد به ما يعم الفقيه المامون القائم بشرائط الاقتداء و الحكم، و هو الظاهر من عبارة المصنف في الأخيرة.

و الأظهر هو الثاني، فان السلطان من له السلطنة على غيره، و الإمام عليه السلام

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه ابو داود في محكى سنه ج ١ ص ٤٨١ - و ابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩ - و احمد في مسنده ج ٦ ص ٤٧ - و في عوائد التراقي عائدة ٥٤ انه مروي في كتب الخاصة والعامة.

ثم انّ قوله من لا وليّ له في المرسلة المذكورة ليس مطلق من لا وليّ له، بل المراد عدم الملكة. يعنى أنّه وليّ مَنْ مِنْ شأنه، بحسب شخصه، او صنفه، او نوعه، او جنسه فيشمل الصّغير الذي مات ابوه والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا وليّ له، وقاطبة المسلمين اذا كان لهم ملك كالمتفوح عنوة. والموقوف عليهم في الأوقاف العامّة، ونحو ذلك. لكن يستفاد منهما ما لم يكن يستفاد من التّوقيع المذكور: وهو الإذن في فعل كلّ مصلحة لهم، فيثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتّوقيع المتقدّم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف، المذكورين [١] نعم ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته اليهم، وان كان ظاهر الوليّ يوهّم ذلك، إذ بعد ما ذكرنا من أنّ المراد بمن لا وليّ له من من شأنه ان يكون له وليّ، يراد به كونه ممّن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى أنّه ينبغي أن يكون عليه وليّ، له عليه ولاية الإيجار بحيث يكون تصرّفه ماضياً عليه.

و الحاصل انّ الوليّ المنفي: هو الوليّ للشّخص لا عليه، فيكون المراد بالوليّ المثبت ذلك ايضاً، فمحصله: انّ الله جعل الوليّ الذي يحتاج إليه الشّخص، و ينبغي ان يكون له هو السّلطان، فافهم.

وان كان مصداقه الكامل الا ان للفقهاء ايضاً السلطنة على غيره، وهو الحاكم المنفذ الحكم كما مر، فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له ايضاً.

[١] و تقريب الاستدلال بالخبر: انه يدل على ثبوت الولاية على من لا وليّ له، و من شأنه ان يكون له ولي لمن له السلطنة، ولازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به او بماله كان جائزاً له لو كان مالكا لأمره فيجوز للحاكم الشرعي ان يزوج المجنون الذي لا وليّ له، وان يزوج المجنونة

فان قيل: انه ضعيف السند للإرسال.

اجبنا عنه بان صاحب الجواهر رحمته الله في كتاب النكاح قال: ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص المورد نحو غيرها من القواعد. والظاهر انه كذلك، فان الفقهاء في باب النكاح يصرّحون بان احد الأولياء السلطان، والظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال في الخبر سنداً و دلالة.

مسألة في ولاية عدول المؤمنين [١] اعلم: انّ ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه هو ما كان تصرفاً مطلوب الوجود للشارع، إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز تولّيه لآحاد المؤمنين، لأنّ المفروض كونه مطلوباً للشارع، غير مضاف الى شخص، واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، و كونه شرطاً مطلقاً له، لا شرطاً اختيارياً، مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذي امر باقامته في الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيّته مختصة بالفقيه او الامام عليه السلام، صحّ الرجوع الى اصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث ان اطلاقاته لا تعمّ ما إذا بلغ حدّ الجرح.

ولاية عدول المؤمنين

[١] مسألة: في ولاية عدول المؤمنين.

و ملخص القول في المقام: ان المعروف الذي ثبت كونه من وظائف الفقيه وقد مرضابطه - لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه، الا اذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدي غيره.
و اما ما لم يثبت فيه ذلك، فان كان لدليله عموم او اطلاق يقتضي جواز تصدي كل احد فلا كلام.

والا فان كان احتمال دخل نظر الفقيه واذنه من قبيل شرط الوجوب يكون التكليف به ساقطاً مع تعذر الاستئذان منه لإصالة البراءة. وان كان من قبيل شرط الواجب، فان كان ذلك تصرفاً معاملياً او كان مستلزماً للتصرف في مال الغير او نفسه، لم يجز لما تقدم.

والأجاز و لم يسقط التكليف به لجريان الأصل عند الشك في الأقل والأكثر.

و ثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستئذان انما يكون باحد طرق:

احدها: استفادة ذلك من النصوص و لو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و

الموضوع، كما في دفن الميت.

ثانيها: ان يكون لدليل ذلك المعروف اطلاق، و لا يكون الدليل المقيد له بنظر

قال الشهيد عليه السلام في قواعده: يجوز للأحاد مع تعذر الحكام تولية التصرفات الحكيمية [يعني ذات مصلحة] على الأصح، كدفع ضرورة اليتيم لعموم: وتعاونوا على البر والتقوى. و قوله عليه السلام: والله تعالى في عون العبد ما كان في عون أخيه. و قوله: كل معروف صدقة. [١] وهل يجوز اخذ الزكوات و الخماس من الممتنع و تفريقها في اربابها؟ و كذا بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه و جهان:

وجه الجواز: ما ذكرنا، ولأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال و هي مطلوبة لله تعالى، و قال بعض متأخري العامة أن القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها، و يصرفونها الى غير مستحقها، فان توقع امام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها اليه، و ان يئس من ذلك، كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه لما في ابقائه من التفرير و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم اليه، و لو ظفر باموال مغصوبة حفظها لاربابها حتى يصل اليهم، و مع اليأس يتصدق بها عنهم، و عند العامة تصرف في المصارف العامة، انتهى.

الفقيه مطلقا، فانه حينئذ يقتصر في تقييده على المقدار المتيقن و هو التمكن من الاستيذان.

ثالثها: استقلال العقل بذلك كما في حفظ مال اليتيم من التلف. رابعها: ان يدل دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتي في بيع مال اليتيم. خامسها: جريان السيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما اذا مرض اليتيم و توقفت نجاته من الهلاكة على التصرف في ماله. و قد ذكر له طرق اخر.

[١] منها: مانسب الى الشهيد عليه السلام: و هو التمسك بدليل كل معروف صدقة ^(١) وشبهه، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع - و هو كون الفعل معروفا من كل احد - لا موقع للتمسك به

و الظاهر انّ قوله: فإن توقّع الى آخره من كلام الشّهِيد عليه السلام ولقد اجاد فيما أفاد إلاّ أنّه لم يبيّن وجه عدم الجواز، لعلّ وجهه أنّ مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الامام او نائبه. كما في قطع الدّعاوي، واقامة الحدود، و كما في التّجارة بمال الصغير الذي له أب وجد. فإنّ كونها من المعروف لا ينافي و كوله إلى شخص خاصّ.

نعم لو فرض المعروف على وجه يستقلّ العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التّصرف في مال الغير بغير اذنه، صحّ المباشرة بمقدار يندفع به الضّرورة [١] او فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديّه لكلّ احد الاّ أنّه خرج ما لو تمكّن من الحاكم حيث دلت الأدلّة على وجوب ارجاع الامور اليه، وهذا كتجهيز الميّت [٢] و الاّ فمجرد كون التّصرف معروفاً لا ينهض في تقييد مادّل على عدم ولاية احد على مال احد أو نفسه. ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً و مصلحة، ولا يفهم من أدلّة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه، لأنّ المعروف هو التّصرف في المال، أو التّمسك على الوجه المأذون فيه من المالك، أو العقل، أو الشّارع، من غير جهة نفس أدلّة المعروف.

و بالجملة تصرّف غير الحاكم يحتاج الى نصّ عقليّ او عموم شرعيّ او خصوص في مورد جزئيّ فافهم

[١] و منها: ما افاده المصنف عليه السلام، و هو: ما اذا كان الفعل مقدّمة لما هو حسن عقلاً، كما لو توقفت نجاة اليتيم من الهلاكة على التّصرف في ماله، بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكة على التّصرف في مال الغير بغير اذنه.

و فيه: ان الكبرى الكلية تامة، الا انه في المثال من جهة امكان الصرف من مال نفسه او من بيت المال لا يتم ما افيد فيه،

و الكبرى داخلة تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه.

[٢] كما ان ما افاده في تجهيز الميّت متين و هو داخل في الطريق الاول من الطرق التي ذكرناها لمعروفية مطلوبة الفعل،

بقى الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولّى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل [١]

ثم ان المصنف في ذيل المسألة الاتية ذكر ان من جملة الأدلة المطلقة لمعرفة الفعل قوله ﷺ: عون الضعيف من افضل الصدقة المتقدم تعالى: وقوله ﴿ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن﴾^(١)

وفيه: اما الأول: فقد عرفت انه لا اطلاق له من هذه الجهة. وحاصله: انه من الواضح ان كل مايكون عوناً لا يكون صدقة، حتى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر.

واما الآية الشريفة: فان كان الخطاب فيها متوجهاً الى الاولياء كما ان قوله تعالى: ﴿فان آتستم منهم رشداً﴾ خطاب اليهم فهي اجنبية عن المقام، وان كان متوجهاً الى عامة المكلفين فلا يستدل بها في نفسها لا مانع منه، فانها حينئذ بمفهوم الإستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقاً، الا ان من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه وانها تدل على اعتبار اذن الفقيه في امثال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فانه بعد تقيد اطلاقها باطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الإستدذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

[١] قال المصنف بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن ... وهو مقتضى الأصل لا يخفى انه قد في ولاية الأب والجد التزم بان مقتضى الأصل عدم اعتبار العدالة، وهنا التزم بان الأصل يقتضي اعتبارها، ويمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الأصل بذلك، والا فالبابان من وادٍ واحد كما هو واضح.

و يمكن ان يستدلّ عليه ببعض الاخبار ايضا، ففي صحيحة محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية، فرفع امره الى قاضي الكوفة فصيّر عبد الحميد، القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثة صغاراً و متاعاً و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، اذ لم يكن الميّت صيّر اليه وصية، و كان قيامه بهذا بأمر القاضي، لأنهنّ فروج، قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من اصحابنا و لا يوصي الى احد و يخلف الجوارى فيقيم القاضي رجلاً ممّا لبيعهنّ أو قال: يقوم بذلك رجل ممّا فيضعف قلبه لأنهنّ فروج، فما ترى في ذلك. قال: اذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس [١]

و كيف كان: فمحصل القول في المقام: ان الكلام في اعتبار العدالة ربما يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و ربما يقع بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضمّا الى فعل غيره، كالايجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعاً للأثر.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة في بيع مال اليتيم.

اما المورد الأول: فان كان ثبوت معروفة ذلك الفعل باطلاق دليل او عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما انه كذك اذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل والفاسق،

و اما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، او كان باستكشافه من المناطات و نحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، و لغيرهم مشكوك فيه، و الأصل عدمه، مع ان مقتضى الأصل عدم النفوذ اذا كان التصرف تصرفاً معاملياً، و عدم الجواز اذا كان تصرفاً في مال الغير او نفسه، بالإضافة الى غير العدول.

[١] اما المورد الثاني: فمن النصوص صحيح ابن ^(١) بزيع: المذكور في المتن

والكلام في هذا الخبر يقع في جهات:

الأولى: في انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولي لهم ام لا؟

الثانية: في انه هل يدل على اعتبار العدالة ام لا؟

الثالثة: في انه هل يوجب تقييد اطلاق غيره من الأدلة لو كان ام لا؟

اما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الإيراني رحمته الله احتماله انه متضمن للاذن

الشخصي من الإمام عليه السلام لا لإعطاء الحكم، وحيث ان مفاده ليس اعطاء المنصب بل التوكيل فلا ينفع بالنسبة الى اعصار سائر الأئمة عليهم السلام.

وفيه: ان هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي، فالجواب يكون ظاهراً في

بيان ذلك.

ومنها: ان ظاهره نفي البأس عن الأعمال التي اتى بها عبدالحميد قبل الرجوع الى

الإمام عليه السلام.

ومنها: التعبير بمثلك ومثل عبدالحميد، اذ لو كان في مقام بيان الإذن الشخصي لم

يكن يعبر هكذا.

وبالجملة ظهور الخبر سؤالاً وجواباً في بيان اعطاء الحكم لا ينبغي انكاره.

واما الجهة الثانية:

فالوجوه المحتملة للمماثلة اربعة:

الأول: المماثلة في التشيع.

الثاني: المماثلة في الوثاقة، وملاحظة مصلحة اليتيم.

الثالث: المماثلة في العدالة.

الرابع: المماثلة في الفقاهة.

بناءً على أن المراد من المماثلة. اما المماثلة في التشيع، او في الوثاقعة، و ملاحظة مصلحة اليتيم، و ان لم يكن شيعياً، او في الفقاهة بأن يكون من نواب الامام عموماً في القضاء بين المسلمين، او في العدالة.

و الاحتمال الثالث مناف لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس، مع عدم الفقيه و لو مع تعذره. [١] وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإن البأس ثابت للفاسق او الخائن، او المخالف.

و ان تعذر غيرهم فتعين احدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانة و ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسراً للإحتمال الثاني، في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة.

[١] وقد افاد المصنف رحمه الله - و تبعه المحقق النائيني رحمه الله - ان الإحتمال الرابع الذي ذكرناه الثالث في المتن مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، و لو مع تعذره.

و فيه: انه لم يفرض في الخبر لابدية البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة، فانه باطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافا الى ان مورده منطوقا و مفهوما صورة التمكن من امثال محمد بن اسماعيل و عبد الحميد.

فالحق ان يقال: ان احتمال ارادة المماثلة في الفقاهة يدفعه: ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكليني و ان روى الرواية و اطلق عبد الحميد، ولكن الشيخ في محكي التهذيب رواها و قيده بابن سالم، و احتمال اشتباه الشيخ أو انه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

و ما افاده المحقق البهبهاني رحمه الله من ان ابن سالم لم يكن في عصر الجواد عليه السلام و الخبر مروي عنه،

يرد عليه: ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسأل حكم المسألة كلية، و لا يلزم ذلك كون عبد الحميد في زمانه عليه السلام و حيث انه ليس صاحب اصل او كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

ففي صحيحة علي بن رثاب رجل مات و بيني و بينه قرابة و ترك اولاداً صغاراً و ممالك غلماناً و جوارى، و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ قال: فقال ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم، الناظر فيما يصلحهم و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم [١]

و يدفع احتمال ارادة الماثلة في العدالة، فرض تصرف عبد الحميد في المبيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه في بيع الجوارى لأنهن فروج، مع ان الرجاليين وثقوه، و الوثاقة اعم من العدالة.

و يدفع احتمال ارادة الماثلة في التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال: اذا كان من اصحابنا، او من اصحابك، او من يعرف امرنا فلا بأس، فالمتعين ارادة الماثلة في الوثاقة و الأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين وان لم يكن عادلاً و اما الجهة الثالثة: فبناءً على ما افاده المصنف عليه السلام يكون الخبر مجملاً، و ان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، و عليه فلا وجه للأخذ به في مقابل اطلاق دليل او عموم، بل هو يكون مبيناً لإجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان احد الدليلين مجملاً و الآخر مبيناً.

[١] و منها: صحيح ^(١) علي بن رثاب عن الإمام الكاظم عليه السلام المذكور في المتن و لكن: هذا الصحيح اجنبي عن المقام، لأن الظاهر من القيم، الشرعي، اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، او بنصب من بيده الأمر. و ان شئت قلت: ان الخبر وارد في مقام بيان جواز الإشتراء من القيم في مقابل الإشتراء من الصغار، و ليس في مقام بيان من به تقوم القيومة.

و موثقة زرعة عن سماعة في رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و ممالك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك، قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس [١] بناءً على ان المراد من يوثق به و يطمئن بفعله عرفاً، و ان لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة [٢] قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أيجل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضي بيع ذلك؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة. ايطيب الشراء منه ام لا؟ قال عليه السلام: اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضي الورثة بالبيع و قام عدل في ذلك هذا و الذي ينبغي ان يقال أنك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لا تثبت الا في مقام يكون عموم عقلي او نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، او يكون هناك دليل خاص على الولاية اتبع ذلك النص عمومياً او خصوصاً، فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

[١] و منها موثق زرعة عن سماعة^(١) المذكور في المتن و هذا و ان كان يدل على الإكتفاء بالوثاقة، الا انه مختص بالقسمة.

و منها صحيح اسماعيل بن سعد^(٢) - الامام الرضا عليه السلام الذي ذكر في المتن [٢] و قد استظهر منه المصنف عليه السلام اعتبار العدالة.

و اورد عليه: بان الظاهر من القاضي الذي تراضوا به هو القاضي الشرعي الذي له الولاية على مال الصغير مطلقاً، و ان لم ينضم اليه العدل اجمعاً.

و بان غاية مفاده ثبوت الولاية للعدل، و هذا لا ينافي ثبوتها لمطلق الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع.

و بانه انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة الى المشتري، و الكلام انما هو في وظيفة المتصدي للبيع نفسه.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب احكام الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

وأمّا ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و أنّه هل يكون مأذوناً من الشّرع في المباشرة ام لا؟ وقد يكون بالنسبة الى ما يتعلّق من فعله بفعل غيره اذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشّراء منه مثلاً.

أمّا الأول: فالظاهر جوازه، وإنّ العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة لعموم أدلّة فعل ذلك المعروف، و لو مثل قوله ﷺ: عون الضّعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن و نحو ذلك. و صحيحة محمّد بن اسماعيل السّابقة، قد عرفت أنّها محمولة على صحيحة عليّ بن رثاب المتقدمة، بل و موثقة زرعة و غير ذلك ممّا سيأتي، و لو ترتّب حكم الغير على الفعل الصّحيح منه، كما اذا صلّى فاسق على ميت لاوليّ له. فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شكّ في صحّته،

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأنّ السؤال انما هو عن البيع من دون تصدي القاضي، و مع تصديه فالجواب يكون عاماً للموردين.

و اما الثاني: فلأنّ الظاهر كون قوله: عدل... الخ عطفاً على قوله رضا الورثة، و عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل، و يوجب تقييد اطلاق صحيح ابن بزيع.

و اما الثالث: فلأنّه بناء على ما استعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطاً للشّراء مستلزماً لجعلها شرطاً للبيع، و الا فجعل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لأحد الشراء منه لغو، فالأظهر ان الجمع بين النصوص يقتضي البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين

والظاهر منها اعتبار العدالة لامن باب الإمارية على كون التصرف تصرفاً بالأحسن كما ذهب اليه المصنف رحمه الله - بل من باب دخلها بنفسها، اذ الظاهر من اخذ كل عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لا من باب الإمارية الى شيء آخر

ولو شك في حدوث الفعل منه واخبر به ففي قبوله اشكال [١]
واما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وان ادعى
كون البيع مصلحة. بل يجب اخذ المال من يده، ويدل عليه بعد صحيحة اسماعيل
ابن سعد المتقدمة، بل و موثقة زرعة بناءً على ارادة العدالة من الوثاقة ان عموم
ادلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، فإن وجوب
اصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته، لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق، ولا
يجدي هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاة المتقدم، لان
الواجب هناك هي صلاة صحيحة. وقد علم صدور اصل الصلاة من الفاسق، واذا
شك في صحتها احرزت باصالة الصحة.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني فلا نعيد.
ومقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه،
فما افاده المحقق الأردبيلي رحمته الله من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض
ولاية الفقيه، متين
اللهم الا ان يقال: ان مقتضى اطلاق هذه النصوص وان كان ذلك، الا انه من جهة
كونها من مناصب القضاة، وقد جعل الشارع الفقيه قاضيا و حاكما، فمع وجوده لا بد من
تصديه لذلك. فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زائد.

فروع

بقي في المقام فروع:
[١] الأول: انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب،
هل يقبل اخباره ام لا؟ وجهان.
والحق ان يقال: انه بناءً على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره
لقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به.
ودعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق،
مندفعة بانه لا تعارض بينهما، اذ لا تنافي بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر
الفاسق وقبوله من حيث انه مالك للتصرف، ولذا ترى انه يقبل اخبار ذي اليد،

و اما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على موضوع هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و الشك في اصل تحقق ذلك [١] فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلة مع الشك فيها.

و ان شئت قلت: ان شراء مال اليتيم لا بد ان يكون مصلحة له، و لا يجوز ذلك باصالة صحة البيع من البائع [٢] كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل.

و ان قلنا انه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه، فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: انه بناء على جواز البيع للفاسق، اذا تصدى الفاسق للبيع و اوجب و شك من يريد القبول في انه هل يكون الإيجاب تصرفا على وجه احسن ام لا، فهل تجري اصالة الصحة في الإيجاب و يحرز بها صحة الإيجاب و القبول، ام لا؟ و جهان: قد استدل المصنف رحمته الله للثاني بوجهين:

[١] احدهما: ان الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على موضوع و هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و هذا عنوان لموضوع الأثر، و حيث انه قد ثبت في محله انه يعتبر في جريان اصالة الصحة في موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه، و كون الشك متمحضا في الوصف، و الأفع الشك في الموصوف لا تجري اصالة الصحة، ففي المقام لا تجري اصالة الصحة في الإيجاب.

[٢] الثاني: ان اصالة الصحة في الإيجاب لا تثبت الا صحة الإيجاب التاهلية، و لا يحرز بها تحقق المصلحة، و حيث ان القابل ايضا متصرف في مال الصغير، و لا بد و ان يكون تصرفه على وجه احسن، و لا يحرز ذلك باصالة الصحة في الإيجاب، فاصالة الصحة الجارية في الإيجاب لا تفيد في الحكم بترتب النقل.

ولكنه يرد على الوجه الاول: ان هذا الشرط كسائر الشروط انما يكون شرط صحة التصرف، و عنوان التصرف الذي هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البيع و غيره، و من شرائط صحته و امضاء الشارع له كونه صلاحا لليتيم.

و بعبارة اخرى: ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعاملي، غاية

نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصَّغير، لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثَّمن من الفاسق [١] لأنَّ مال اليتيم الذي يجب اصلاحه وحفظه من التَّلَف لا يعلم أنَّه الثَّمن او المثل. و اصاله صحَّة المعاملة من الطَّرفين يحكم بالأوَّل فتدبر،

الأمر ان هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد، وهو كونه صلاحا لليتيم، وما كان واجداً لهذا الشرط يصح، وما كان فاسداً لا يصح، ومجرد جعله عنوانا و كيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الأعمال الخارجية التي قصد بها البيع او شيء آخر، وعليه فمع احراز اصل التصرف والشك في صحته وفساده تجري اصاله الصحة، ويحرز بها الصحة. و يرد على الوجه الثاني: ان الذي لابد وان يكون صلاحا لليتيم هو الإيجاب و البيع، فانه متضمن لإعطاء ماله بعوض، و اما القبول فهو اخذ للمال الذي هو عوض عن ماله. و هذه حيثية راجعة الى المشتري لا الى اليتيم، فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتيم، و لعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص ولياً في البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا.

مع انه يمكن ان يقال: ان الدليل انما دل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن، و هو انما يكون بالبيع، و اما الشراء فهو مطاوعة و قبول للبيع لا انه بنفسه تصرف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط.

فالأظهر جريان اصاله الصحة في الإيجاب و ترتب الأثر عليه مع ضم القبول اليه. [١] الثالث: ما ذكره بقوله: نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم

الفسخ مع المشتري و اخذ الثمن....

ما افاده ص و ان كان متبنا - اي تجري اصاله الصحة في فعل البائع والمشتري و يترتب عليها الأثر - الا ان الوجه الأول الذي ذكره في الفرع المتقدم يجرى في هذا الفرع

ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبي او النديبي [١] لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر ومزاحمته بالبيع ونحوه ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده جاز الفسخ، إذا كان الخيار ثابتاً بأصل الشرع او بجعلهما مع جعله للصغير او مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد لو اراد بيعه من شخص وعرضه، لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة وان كان في يد الأول.

وبالجملة فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الاب والجدة، من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

ولازمه عدم جريانها، ولازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثلث على ملك الصغير، ويحز به كون مال البيتيم الذي يجب اصلاحه وحفظه من التلف هو المثلث لا المثلث.

مزاحمة الولي

[١] قوله حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبي او النديبي

والمقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدي للمتصدي، وقد حكم المصنف رحمته الله بجوازها، واستند في ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لا على وجه النصب من الامام عليه السلام ولكنه يرد عليه امران:

الأول: ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام: ان كان ولي يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم ... الخ^(١) مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه ولياً ومالكا للتصرف، والا لما كانت جائزة، ولا معنى لمجرد جعل التكليف في هذا المقام.

وَأَمَّا حُكَامُ الشَّرْعِ، فَهَلْ هُمْ كَذَلِكَ [١] فَلَوْ عَيَّنَ فِقْهِيهِ مِنْ يَصْلِي عَلَى الْمَيِّتِ الَّذِي لَا وَلِيَّ لَهُ، أَوْ مِنْ يَلِي أَمْوَالَهُ، أَوْ وَضَعَ الْيَدَ عَلَى مَالِ يَتِيمٍ، فَهَلْ يَجُوزُ لِلْآخَرِ مَزَاحِمَتُهُ أَمْ لَا؟ الَّذِي يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: أَنَّهُ إِنْ اسْتَدْنَا فِي وَلَايَةِ الْفَقِيهِ إِلَى مِثْلِ التَّوْقِيعِ الْمَتَقَدِّمِ جَازَ الْمَزَاحِمَةَ قَبْلَ وَقُوعِ التَّصَرُّفِ الْمَلْزَمِ. لِأَنَّ الْمَخَاطَبَ بِوُجُوبِ أَرْجَاعِ الْأُمُورِ إِلَى الْحُكَامِ هُوَ الْعَوَامُ. فَالْتَّهْيُ عَنْ الْمَزَاحِمَةِ يَخْتَصُّ بِهِمْ. وَأَمَّا الْحُكَامُ فَكُلُّ مِنْهُمْ حُجَّةٌ مِنَ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَلَا يَجِبُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ أَرْجَاعُ الْأَمْرِ الْحَادِثِ إِلَى آخِرٍ، فَيَجُوزُ لَهُ مَبَاشَرَتُهُ، وَإِنْ كَانَ الْآخِرُ دَخَلَ فِيهِ وَوَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ، فَحَالُ كُلِّ مِنْهُمْ حَالُ كُلِّ مَنْ الْإِبَابِ وَالْجِدِّ، فِي أَنْ التَّأْفِذَ تَصَرَّفَ السَّابِقُ وَلَا عِبْرَةَ بِدُخُولِ الْآخِرِ فِي مَقَدِّمَاتِ ذَلِكَ وَبَنَائِهِ عَلَى مَا يَغَايِرُ تَصَرُّفَ الْآخِرِ.

كَمَا يَجُوزُ لِأَحَدِ الْحَاكِمِينَ تَصَدِّي الْمَرَاةَةِ قَبْلَ حُكْمِ الْآخِرِ، وَإِنْ حَضَرَ الْمُرْتَفِعَانِ عِنْدَهُ وَاحْضَرَ الشُّهُودُ وَبُنِيَ عَلَى الْحُكْمِ. وَأَمَّا لَوْ اسْتَدْنَا فِي ذَلِكَ عَلَى عُمُومَاتِ الثِّيَابَةِ وَأَنْ فَعَلَ الْفَقِيهُ كَفَعَلَ الْإِمَامَ وَنَظَرَهُ كَنَظَرِهِ الَّذِي لَا يَجُوزُ التَّعْدِي عَنْهُ، لَا مِنْ حَيْثُ ثَبُوتُ الْوَلَايَةِ لَهُ عَلَى الْأَنْفُسِ وَالْأَمْوَالِ حَتَّى يُقَالَ أَنَّهُ قَدْ تَقَدَّمَ عَدَمُ ثَبُوتِ عُمُومِ يَدَّلُ عَلَى الثِّيَابَةِ فِي ذَلِكَ. بَلْ مِنْ حَيْثُ وَجُوبُ أَرْجَاعِ الْأُمُورِ الْحَادِثَةِ إِلَيْهِ الْمُسْتَفَادِ مِنْ تَعْلِيلِ الرَّجُوعِ فِيهَا إِلَى الْفَقِيهِ، بِكَوْنِهِ حُجَّةً مِنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلَى النَّاسِ، فَالظَّاهِرُ عَدَمُ جَوَازِ مَزَاحِمَةِ الْفَقِيهِ الَّذِي دَخَلَ فِي أَمْرٍ وَوَضَعَ يَدَهُ عَلَيْهِ، وَبُنِيَ فِيهِ بِحَسَبِ نَظَرِهِ عَلَى تَصَرُّفٍ وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَفْسُ ذَلِكَ التَّصَرُّفِ لِأَنَّ دُخُولَهُ فِيهِ، كَدُخُولِ الْإِمَامِ. فَدُخُولُ الثَّانِي فِيهِ وَبَنَائِهِ عَلَى تَصَرُّفِ آخِرٍ، مَزَاحِمَةٌ لَهُ فَهُوَ كَمَزَاحِمَةِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فَادُّلَّةُ الثِّيَابَةِ عَنِ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ لَا تَشْمَلُ مَا كَانَ فِيهِ مَزَاحِمَةُ الْإِمَامِ عَلَيْهِ السَّلَامُ

الثاني: انه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الإمام كما هو كذلك تجوز مزاحمته اذا كان النصب بعنوان يعم كليهما ولا يختص بخصوص المتصدي، فان التصدي لا يوجب تعيين المتصدي وانحصار المنسوب به الا اذا دل دليل آخر على ذلك، وهو مفقود [١] وبه يظهر ما فيما افاده في حكام الشرع فلا نعيد.

فقد ظهر ممّا ذكرنا الفرق بين الحكّام وبين الاب والجدّ. لأجل الفرق بين كون كلّ واحد منهم حجة، وبين كون كلّ واحد منهم نائباً، وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعدّدين في أنّ بناء واحد منهم على امر مأذون فيه. لا يمتنع الآخر عن تصرّف مغاير لما بنى عليه الأوّل، ويندفع بأنّ الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التّصرف لا في مقدماته فما لم يتحقّق التّصرف من احدهم كان الآخر مأذوناً في تصرّف مغاير وان بنى عليه الأوّل ودخل فيه. أمّا إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد، بحيث يكون إلزامهم كالإلزامه ودخولهم في الامر كدخوله، وفرضنا ايضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الاذن في مخالفة نفس الموكل والتّعدي عمّا بنى هو عليه مباشرة، واستنابة، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة ولا نقيصة، والوهم أنّما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعدّدين المتعلقة بنفس ذي المقدّمة، فتأمل.

هذا كلّه مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكّام، سيّما في مثل هذا الزّمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكّام ممّن يدّعي الحكومة، وكيف كان، فقد تبين ممّا ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كلّ الزام قولي او فعلي يجب الرجوع فيه الى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص، او عين شخصاً لقبضه، او جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكّام مخالفة نظره، لأنّ نظره كنظر الإمام. و أمّا جواز تصدي مجتهد لمرافعة تصدّأها مجتهد آخر قبل الحكم، فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلان وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم ثمّ أنّه هل يشترط في ولاية غير الاب والجدّ ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا، ذكر الشّهاد في قواعده أنّ فيه وجهين: ولكن ظاهر كثير من كلماتهم أنّه لا يصحّ الاّ مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة: أنّه اجماعيّ وانّ الظاهر من التّدكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين.

وعن شيخه في شرح القواعد: أنّه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشّيخ والحليّ بذلك حتّى في الأب والجدّ، ويدلّ عليه بعد ما عرفت من اصالة عدم الولاية لاحد على احد عموم قوله تعالى: وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ.

و حيث انّ توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم اجده في كلام احد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام. [١]

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب: ان تصرف غير الأب والجد في مال الصغير مشروط بوجود المصلحة، و عن مفتاح الكرامة: انه اجماعي، والظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين.

واستدل له بقوله تعالى: ﴿و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن﴾^(١)
[١] و حيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك.

و الكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: ان حرمة القرب الى مال اليتيم الا بالتي هي احسن محدودة في الآية الشريفة بقوله تعالى ﴿حتى يبلغ اشده﴾ كما في سورتى الأنعام و الاسراء، فحينئذ قد يقال: ان الغاية ان كانت قيداً للموضوع او المتعلق - وان كان لا يترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للآية الشريفة - الا انه خلاف الظاهر، فان الظاهر كونها قيداً و غاية للحكم، و عليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على ان القرب المحرّم انما هو الى زمان البلوغ، و بعده لا يكون محرماً، مع انه محرم قطعاً.

واجيب عنه بجوابين:

الأول: انها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: ان جواز التصرف على وجه احسن محدود بالبلوغ، و به ينقطع الجواز و يدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال.
الثاني: انها غاية للمستثنى منه، او هو مع المستثنى، الا ان المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً و لو مع رضا اليتيم، و هذا الحكم محدود بالبلوغ، فانه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه

فنقول أنّ القرب في الآية يحتمل معاني اربعة [١]
 الأول: مطلق التقليل والتحرّيك حتّى من مكان الى آخر، فلا يشمل مثل
 ابقائه على حال او عند احد. [٢]
 الثاني: وضع اليد عليه بعد ان كان بعيداً عنه و مجتنباً. فالمعنى تجتنبوا عنه و
 لا تقربوه الا اذا كان القرب احسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع [٣]
 الثالث: ما يعدّ تصرّفاً عرفاً، كالاقتراض، والبيع، والاجارة، وما اشبه ذلك،
 فلا يدلّ على تحريم ابقائه بحاله تحت يده اذا كان التصرّف فيه احسن منه الاّ
 بتنقيح المناط [٤]

وكلاهما خلاف الظاهر.
 اما الأول: فلأنّ الظاهر كونه غاية للحكم الذي تضمنه الآية الشريفة.
 واما الثاني: فلأنّ المذكور انما هو الحكم المطلق لا اطلاق الحكم.
 فالحق ان يقال: انه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقا لبيان تحقق الموضوع،
 فان الموضوع هو اليتيم، وهو يتبدل بالبلوغ.
 الجهة الثانية: في بيان المراد من القرب المنهى عنه.
 الظاهر من القرب في نفسه هو ما يقابل البعد، ولكن الظاهر منه في الآية الشريفة
 التصرف في مال اليتيم، وحيث ان التصرف في مال اليتيم ربما يكون خارجيا مثل اكله و
 شربه ونحوهما، وربما يكون اعتباريا كبيعهِ و شرائهِ ونحوهما.
 فقد وقع الخلاف في المراد من الآية
 [١] و محتملاته التي ذكرها المصنف عليه السلام اربعة:
 [٢] الأول: ان يراد مطلق التقليل والتحرّك
 [٣] الثاني ارادة اقرب ما يكون الى مصداق القرب، اي اول تصرف فيه كمسه و
 وضع اليد عليه.
 [٤] الثالث ان يراد به التصرف الاعتباري كالبيع والاجارة وما شاكل

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل والترك [١] والمعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلاً أو تركاً الا ما كان أحسن من غيره، فيدل على حرمة الابقاء في الفرض المذكور لأن ابقائه قرب له بما ليس احسن.

[١] الرابع: ان يراد به ما يعم ذلك والترك.
و عبارة اخرى: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل والترك، وهناك احتمال خامس اظهر من الجميع، وهو: ارادة ما يعم التصرفات الخارجية والاعتبارية، اذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، والتعميم الذي لا يساعده عرف ولا لغة.
ومجرد كون المتعلق هو مال اليتيم وقرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتباري المتعلق به، لا يصلح معينا للإحتمال الرابع الذي اختاره المصنف رحمته.
واما ما افاده المحقق الإيرواني رحمته من: ان الظاهر ان القرب كناية عن اكل مال اليتيم والاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف لأجل اليتيم، فتكون الآية اجنبية عن المقام.
فبعيد جداً لا يلائم مع استثناء الا بالتني هي احسن.
الجهة الثالثة: في بيان المراد من النهي المتعلق بالقرب.
فان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباري المتعلق بمال اليتيم كان النهي ظاهراً في الإرشاد الى الفساد،
وان كان المراد هو التصرف الخارجي المتعلق به من وضع اليد عليه وامساكه واكله وشربه كان ظاهراً في الحرمة المولوية.
و حيث عرفت ان المراد هو الجامع بينهما، فان حملناه على المولوية لما دلت الآية على فساد المعاملة، لأن النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد، مع ان بناء الأصحاب رضي الله عنهم على التمسك.

بالاية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم ما لم يكن على وجه احسن، و ان حملناه على الإرشاد لزم تخصيص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتبارية، وهو مما لا وجه له.

و حل هذه العويصة انما يكون باحد نحوين:

الأول: حمل النهي على ما يعم المولوي والإرشادي، و لا مانع من ذلك، فان الاختلاف بينهما انما يكون في الدواعي والأغراض، و لا اختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب والإستحباب، و لذا بنينا على جواز الأمر الواحد بشيئين مع كون احدهما واجبا والآخر مستحبا.

وبالجملة: قد حقق في محله انه لا مانع من حمل النهي عن العام على ارادة المولوية في بعض افراده والإرشادية في بعضها الآخر.

الثاني: حمل النهي على خصوص المولوي، والنهي عن المعاملة نفسيا و ان لم يدل على الفساد

الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه، و بصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لما تقدم من اعتبار العدالة في المتصدي لأمر اليتيم، و مع خروجه عنها لا يكون تصرفه نافذاً كما هو واضح.

الجهة الرابعة: في بيان وجه تأنيث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنى لزم تذكيرها، فان القرب مذكر،

و الذي ينبغي ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجروراً بحرف جر لابد من جعل المستثنى منه مقدراً و مجروراً بحرف جر، مثل: بحيثية او كيفية، و عليه فيلائم تأنيث الموصول.

الجهة الخامسة: في بيان محتملات الأحسن.

واما لفظ الاحسن في الآية [١] فيحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل ان يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه، كما يظهر من بعض، و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الاحسن مطلقاً من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثاني فيحتمل ان يراد ما فيه مصلحة و يحتمل ان يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من ان احد معاني الحسن ما لا حرج في فعله.

ثم ان الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات: الاحسن هو الاحتمال الثاني اعني التفضيل المطلق [٢] و حينئذ فاذا فرضنا ان المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم.

[١] و قد ذكر المصنف ان محتملاته اربعة، فان المراد به اما: التفضيل، او الحسن. و على الأول: فاما ان يراد التصرف الأحسن من الترك، او الأحسن مطلقاً من الترك و من التصرفات الاخر.

و على الثاني: فاما ان يراد به ما فيه المصلحة، او ما لا مفسدة فيه و هناك احتمال خامس و هو: ارادة التفضيل منه، و ان يراد به من التصرفات الاخر. و لازم الأول جواز البيع اذا كان احسن من تركه و ان كان الإيجار احسن منه، و لازم الثاني عدم جوازه ما لم يكن احسن من تركه و من التصرفات الاخر، و لازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه اصلح او سائر التصرفات كذلك،

و لازم الرابع جواز التصرف اذا لم يكن فيه مفسدة و ان كان في غيره من التصرفات مصلحة اكيدة،

و لازم الخامس جواز البيع اذا كان اصلح من الإيجار و ان كان تركه اصلح. [٢] و قد استظهر المصنف في الاحتمال الثاني، والوجه فيه: ان الظاهر من الأحسن ارادة التفضيل، و ان حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم. و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان استعماله في غير التفضيل كثير، و يؤيد عدم ارادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة من و عدم اضافته.

ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم او جعلها ديناراً فاراد الولي جعلها ديناراً، فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس اصلح من تركه وان كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقداً. أما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز، وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع، لأننا اذا فرضنا أن القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله، كما هو الاحتمال الرابع، فيجوز التصرف المذكور، اذ بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقداً، فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم او ديناراً، لأن القدر المشترك احسن من غيره، واحد الفردين فيه لا مزية لاحدهما على الآخر فيخير، فكذلك بعد جعله دراهم اذا كان كل من ابقاء الدراهم على حاله وجعلها ديناراً قرباً والقدر المشترك احسن من غيره، فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

وفيه: ان استعماله في غير التفضيل كثيراً مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه اذا ذكر بلا قرينة، وعدم ذكر كلمة من أو الإضافة انما يوجب ظهوره في العموم، ولا ينافي ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الإيرواني رحمته الله، وهو: انه ان اريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الأقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها او مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فان كل واحد من تلك الأفراد المساوية ليس احسن من جميع ما عداه، وان اريد منه الأحسن في الجملة ولو من بعض ماعداه لزم جواز تصرف يكون هو احسن من مادونه وان كان هناك تصرف آخر احسن منه.

وفيه: ان المراد به هو الأحسن مطلقاً، الا انه في الفرض نقول بان الجامع بين الأفراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون احسن من غيره، فيجوز، ولازمه التخيير بين الأفراد.

الثالث: انه لو فرضنا ان الترك و سائر التصرفات لا حسن فيها اصلاً، وهذا الفعل كالبيع فيه مصلحة اكيدة، لزم عدم جوازه، فانه لا يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره

والحاصل أنه كلّ ما يفرض التّخيير بين تصرفين في الابتداء، لكون القدر المشترك بينهما أحسن و عدم مزيّة لأحد الفردين تحقّق التّخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله الى الآخر، اذا كان العدول مساوياً للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم، وان كان فيه نفع يعود الى المتّصرف، لكنّ الانصاف أنّ المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة الى المعنى الثالث. وان كان الذي يقتضيه التدبّر في غرض الشّارع و مقصوده من مثل هذا الكلام ان لا يختاروا في امر مال اليتيم، إلّا ما كان احسن من غيره [١]

لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع انه جائز قطعاً.
 وفيه، اولاً: انه لا محذور في الإلتزام بعدم شمول المستثنى له، وأنما يلتزم بالجواز بالاولوية، اذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون اولى.
 وثانياً: انه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، اي ما يرجح على غيره في نظر العقلاء سواء كان لأجل ان مصلحته أكد من مصلحة غيره، او من جهة ان فيه المصلحة وفي غيره المفسدة.

وقد ظهر مما ذكرناه امران:

[١] الأول: تمامية ما افاده المصنف رحمته الله من ارادة الأحسن مطلقاً.

الثاني: عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع المال اليتيم بعشرة دراهم و فرضنا انه لا يتفاوت الحال في ابقاء الدراهم او جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فان هذا التصرف ليس اصلح من تركه.

وجه عدم تماميته: ان الجامع بينه وبين الإبقاء يكون اصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت انه يستفاد منها اعتبار المصلحة، واما بحسب الروايات، فقد ذكر المصنف رحمته الله روايتين و ادعى دلالتها على كفاية عدم المفسدة و عدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

نعم ربّما يظهر من بعض الروايات، أنّ مناط حرمة التّصرف هو الضّرر لا أنّ مناط الجواز هو النّفع.

ففي حسنة الكاهلي قال لأبي عبد الله عليه السلام: أنا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، و ربّما طعمنا فيه الطّعام من عند صاحبنا، وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك، قال: ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وان كان فيه ضرر فلا، بناءً على أنّ المراد من منفعة الدّخول ما يوازي عوض ما يتصرّفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضّرر في الدّليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك [١] فلا تنافي على ذلك بين الصّدر و الدّليل على ما زعمه بعض المعاصرين من أنّ الصدر دالّ على اناطة الحرمة بالضّرر، فيتعارضان في مورد يكون التّصرف غير نافع و لا مضرّ. وهذا منه مبنيّ على أنّ المراد بمنفعة الدّخول النّفع الملحوظ بعد وصول ما بازاء مال اليتيم اليه، بمعنى ان يكون المنفعة في معاوضة ما يتصرّف من مال اليتيم بما يتوصّل اليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطى فلساً بازائه، وهكذا وانت خبير بأنّه لا ظهور للرواية حتّى يحصل التّنافي.

احدهما حسنة^(١) الكاهلي عن الامام الصادق عليه السلام المذكورة في المتن [١] تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان ما لو حظت المنفعة بالإضافة اليه هو الدخول في بيت الأيتام والعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة الى ذلك فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين صدر الخبر و الدليل، و يكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة، و ان لم تكن مصلحة.

و فيه: ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة - بالإضافة الى ما ذكر و ان كانت

وفي رواية ابن المغيرة قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن لي ابنة أخ يتيمة، فربما اهدي لها الشيء فاكل منه، اطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فاقول: يارب هذا بهذا، قال: لا بأس فإن ترك الإستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة [١] إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدي اليها واعطاء العوض بعد ذلك اصلح اذ الظاهر أن الطعام المهدي اليها هو المطبوع وشبهه.

اقل مما يوازيه -لزم جواز الدخول مع اعطاء اقل مما يوازيه، وهذا لا يجوز قطعاً، وان كان المراد بالاضافة الى مالية اموالهم خرجت صورة مساواة النفع والضرر عن منطوق الخبر، وتعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف رحمته.
والحق ان يقال: ان في مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع والضرر، فانه بالتصرف في الدار والبساط والخدام والطعام المخلوط بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مالية على الأيتام، فكل ما اعطى بازاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم، وان اعطى اقل من ذلك كان ضرراً -فتدبر -
ولو اغمض عن ذلك وسلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط والرجوع الى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز اذا لم يكن في التصرف مصلحة ونفع عائد الى الأيتام.

ثانيتها: رواية^(١) علي بن المغيرة: المذكورة في المتن [١] بتقريب: ان ترك الإستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة، ولا ريب في ان منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الإيراد: بان مقتضى ترك الإستفصال جواز اعطاء الأنقص. ولكن ترد عليه امور:

الأول: ان من يأكل من طعام الغير ويريد اعطاء عوضه وبنائه على عدم اعطاء الأقل لا محالة يعطي مقدراً أزيد، وفرض التساوي نادر جداً ملحق بالمعدوم.
الثاني: ان الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره وامرها بيده، وحينئذ يكون عدم

و هل يجب مراعاة الاصلح ام لا؟ وجهان: قال الشهيد^(ق) في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال للموَلَّى عليه او يكفي نفي المفسدة يحتمل الأول، لأنه منصوب لها [١] و لاصالة بقاء الملك على حاله [٢] و لأنَّ النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية، و العدميات لا تكاد تقع غاية [٣]

التصرف في طعامها ابقاء لما لها و تصرفا وجوديا، فالجامع بينه و بين التصرف بازاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزاً، و يتخير بين الفردين.

الثالث: ان الظاهر كون الطعام مطبوخا، فلا محالة اكل مقدار منه و اعطاء عوضه المساوي معه في القيمة يكون اصلح بحال اليتيمة.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية و المعاملية.

و الشهيد قد استدل لاعتبار المصلحة بوجوه اخر:

[١] الأول: انه منصوب لها.

و فيه: ان هذا اول الكلام، و لعله منصوب وليا لحفظ ماله، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، و ابقائه على حاله.

[٢] الثاني: اصالة بقاء الملك على حاله.

و فيه: انه لا يرجع اليها مع عموم دليل الولاية.

[٣] الثالث: ان العدميات لا تكاد تقع غاية.

و فيه: ان العدميات و ان لم تقع غاية، بل الغاية لا بد و ان تكون امرا وجوديا، الا ان اعتبار كونها امرا وجوديا راجعا الى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل، مع الإغماض عما ذكرناه، فلو فرضنا انه لا مفسدة في بيع مال اليتيم، و كانت هناك مصلحة راجعة الى نفس المتصدي للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية، لو لا الآية الشريفة.

و بالجملة: الكلام في المقام انما هو في ان البيع الذي لا مفسدة فيه اذا كان بداع عقلائي هل يكون نافذا ام لا؟

و على هذا هل يتحرى الأصلح ام يكتفي بمطلق المصلحة فيه و جهان [١] نعم لمثل ما قلنا لا لأن ذلك لا يتناهى، و على كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الأصلح، و يترتب على ذلك اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك، انتهى.

الظاهر ان فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف راساً غير لازم، لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعاً عنده و كان الاتجار به اصلح منه لم [لا] يجب الا اذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية بأن يراد لا تختاروا في مال اليتيم امراً من الأفعال او التروك الا ان يكون احسن من غيره.

و قد عرفت الاشكال في استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهي عن جميعها لا ما كان احسن من غيره و من التترك فلا يشمل ما اذا كان فعل احسن من التترك، نعم ثبت بدليل خارج حرمة التترك اذا كان فيه مفسدة. و اما اذا كان في التترك مفسدة.

[١] و هل يتحرى الأصلح ام يكتفي بمطلق المصلحة فيه و جهان.

ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحري الأصلح، غاية الأمر بالنسبة الى التصرفات المتعارفة، و اما لو خرج الأصلح عن ذلك و اجب تحريه الأصلح الحرج، او كان خلاف المتعارف، فلا يجب.

و بهذا يندفع ما ذكره الشهيد رحمته الله في وجه عدم لزوم تحري الأصلح من ان ذلك لا يتناهى.

بقي في المقام شيء لم ار من تعرض له، و هو: ان نظر الولي في الحسن هل ل موضوعية ام هو طريق الى الحسن الواقعي

و ثمرة ذلك انه لو باع الولي و كان في ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الأول يصح البيع و على الثاني لا يصح.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجه:

الأول: السيرة القطعية.

ودار الامر بين افعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه بل ربّما يعدّ العدول في بعض المقامات افساداً كما إذا اشترى في موضع بعشرة. وفي موضع آخر قريب منه بعشرين فإنّه يعدّ بيعه في الأوّل إفساداً للمال ولو ارتكبه عاقل عدّ سفيهاً ليس فيه ملكة لإصلاح المال، وهذا هو الذي أراده الشّهيّد بقوله: ولو ظهر في الحال انتهى.

نعم قد لا يعدّ العدول من السّفاهة كما لو كان يبيعه مصلحة وكان يبيعه في بلد آخر أصلح مع اعطاء الأجرة منه ان ينقله إليه والعلم بعدم الخسارة، فإنّه قد لا يعدّ ذلك سفاهة لكنّ ظاهر الآية وجوبه.

الثاني: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة في الفرض، مثلاً لو باع مال اليتيم وبعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، ومن الواضح ان الحكم بالفساد في هذا المورد وشبهه يستلزم الحرج واختلال النظام.

الثالث: ان دلالة الآية الشريفة - التي هي المقيدة لإطلاق ادلة الولاية على ان التصرف غير الأحسن اذا كان معاملياً باطل - انما تكون من جهة دلالة النهي على الحرمة، وان ارتكابه حينئذ موجب للفسق ومخرج له عن الولاية، ومن الواضح انه اذا كان البيع بنظر الولي صلاحاً لا يكون هو موجبا للفسق، وان لم يكن في الواقع كذلك.

نقل العبد المسلم الى الكافر

قوله مسألة يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمنا او مئتمنا ان يكون مسلماً بما ان هذا البحث لا موضوع له في هذا الزمان فالصفح عن التعرض له اولى.

نقل المصحف الى الكافر

قوله المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثاني من هذا الشرح في الخاتمة فلا وجه للاعادة.

القول في شرائط العوضين: [١]

يشترط في كلّ منهما كونه متموّلاً، [٢] لأنّ البيع لغة مبادلة مال بمال، وقد احترزوا بهذا الشرط عمّا لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محلّلة في الشرع لأنّ الأول: ليس بمال عرفاً كالخنافس و الديدان، فإنّه يصحّ عرفاً سلب المصرف لها ونفى الفائدة عنها.

والثاني: ليس بمال شرعاً كالخمر والخزير، ثمّ قسّموا عدم الانتفاع الى ما يستند الى خسه الشّيء، كالحشرات، و الى ما يستند الى قلته كحبّة حنطة، وذكروا أنّه ليس مالاً و ان كان يصدق عليه الملك. ولذا يحرم غصبه اجماعاً. و عن التّدكرة: أنّه لو تلف لم يضمن اصلاً، و اعترضه غير واحد ممّن تأخّر عنه بوجوب ردّ المثل.

بيان حقيقة المال والملك

[١] المقصد الرابع: في شرائط العوضين.

و قد ذكرنا بعضها في الباب الأول، وكيف كان فيشترط في كل منهما امور أخر.

[٢] الأول و الثاني: كونه مالاً، و ملكاً.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامين:

الأول: في بيان حقيقة المال، و الملك.

الثاني: في وجه اعتبارهما.

اما الأول: فالمال يكون على نحوين:

احدهما: ما كانت ماليته ذاتية، و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الإنسان، و يحتاج اليه بحسب فطرته من الماكول و المشروب و الملبوس و ما شاكل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه و ادخاره للإنتفاع به وقت الحاجة، و يبذلون بازائه شيئاً مما يرغبون فيه من النقود و غيرها من جهة توقف الوصول اليه الى اعمال عمل، ففي الحقيقة يعتبر في صدق المال على شيء امران:

أحدهما: كونه موضوعاً لغرض، سواء كان ذلك دفع الضرورات الأولية كالأقوات، أو العرضية كالأدوية، أو لتحصيل اللذة كالفواكه وبعض الأشربة.

ثانيهما: توقف الوصول إليه إلى أعمال عمل، ولأجل ذلك تختلف مالية الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة والعمل الذي يحتاج إليه في الوصول إلى ذلك الشيء. مثلاً الغرض المترتب على الماء أزيد بمراتب من ما يترتب على بعض الأدوية النادرة الوجود، ولكن المال على الشاطيء لا مالية له، وذلك الدواء له مالية معتد بها. والسرفي ذلك: فقد الأمر الثاني في الأول، ولذا كلما ازداد بعداً عن الشط ازدادت ماليته.

ثانيهما: ما كانت ماليته اعتبارية وجعلية كالنقود، وهو على قسمين:

الأول: ما كان الاعتبار فيه عاماً يشترك فيه جميع أفراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية، وهي توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الأموال وعدم إمكان التبادل بين الأموال التي ماليته ذاتية كالأحجار الكريمة من الذهب والفضة وغيرهما. وبالجملة: القسم الأول ما بنى العقلاء على اعتبار المالية له.

الثاني: ما كان الاعتبار فيه خاصاً، وهو أيضاً على قسمين،

أدق يكون شيء خاص تعتبر له المالية من جانب دولة ما بالنظر إلى ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب أثر خاص عليه كطوابع البريد، فإن كل طابع له مالية في مملكة خاصة دون الممالك الأخرى، وماليته إنما تكون بلحاظ ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب أثر خاص عليه وهو إيصال المکتوب إلى أي محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به،

وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الأول كالدينار العراقي والإسكناس، وهذا القسم الأخير لا يعتبرونه العقلاء مالاً بمجرد اعتبار المعتمداً من كان، بل لابد وأن يكون له غطاء، ويعبر عنه بغطاء العملة، والتغطية على وجوه،

ثم إن حرمة المنافع كعدمها مسقطه للمال عن المالية.

و اما الملكية فلها اربع مراتب:

الأولى: الملكية الحقيقية، وهي عبارة عن السلطنة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوثاً و بقاءً، وهي مخصوصة بالله تعالى.

الثانية: الملكية الذاتية، والمراد بالذاتي ما لا يحتاج تحققه الى امر خارجي، لا الذاتي في باب البرهان و لا الذاتي في باب الكليات الخمس، وهي عبارة عن الإضافة الحاصلة بين الشخص ونفسه وعمله وذمته، اذ الإنسان مالك لعمله و لنفسه و لذمته بالملكية الذاتية،

و الشاهد به الضرورة و الوجدان و السيرة العقلائية، و هذه المرتبة دون مرتبة الوجدانية الحقيقية المختصة بالله تعالى.

الثالثة: الملكية المقولية، وهي عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاكل.

الرابعة: الملكية الاعتبارية، وهي التي يعتبرها العقلاء او الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك.

و هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية، و قد تكون اضافة ثانوية.

و الأولية قد تكون اصلية كالإضافة الحاصلة بالعمل او بالحيازة او بهما معاً، و قد تكون تبعية وهي ما تكون بين المالك و نتاج امواله،

و الإضافة الثانوية و المراد بها ما قابل الأولية، و ان طرأت على الأموال مراراً عديدة، وهي قد تكون قهرية كالإضافة الحاصلة بسبب الإرث، و قد تكون اختيارية كالإضافة الحاصلة من المعاملات.

و لتفصيل الكلام محل آخر.

و محل الكلام في المقام هو اعتبار الملكية الذاتية، او الاعتبارية.

و اما النسبة بين المال و الملك فهي العموم من وجه، اذ الحبة من الحنطة ملك

و الأولى ان يقال انّ ما تحقّق أنّه ليس بمال عرفاً، فلا اشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه احد العوضين اذ لا يبيع الا في ملك [١] و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله اكلاً بالباطل عرفاً [٢] فالظاهر فساد المقابلة و ما لم يتحقّق فيه ذلك، فان ثبت دليل من نصّ أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو

و ليست بمال، والمباحات الأصلية قبل حيازتها اموال و ليست بملك لأحد، و قد يجتمعان و هو كثير.

بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين

و اما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار المالية.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

[١] أما المورد الأول: فقد افاد المصنف رحمته انّ ما تحقّق فيه عدم المالية عرفاً يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين ما دل على انه لا يبيع الا في ملك ^(١). و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله اكلاً للمال بالباطل فلا يجوز، و ما لم يتحقق فيه ذلك فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو و الاً فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقّق فيه عدم المالية بما دل على انه لا يبيع الا في ملك، اذ عرفت ان النسبة بين المال و الملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزماً لعدم الملكية كي يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.

[٢] الثاني: استدلاله للفساد فيما اذا لم يتحقق المالية و لاعدمها بما دلّ على عدم جواز اكل المال بالباطل فان صدق اكل المال بالباطل ان كان لاجل عدم المالية فهو طريق اليه لا شيء في مقابله، مع ان المفروض الشك في صدق المالية، فلا محالة يشك في صدق اكل المال بالباطل.

وإلا فلا يخفي وجوب الرجوع الى عمومات صحة البيع والتجارة [١] و خصوص قوله ﷺ في المروي عن تحف العقول: وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه الى اخر الرواية. وقد تقدمت في أول الكتاب.

وان كان لا لاجل ذلك فلا وجه لعهده من شؤون مالم يعلم انه مال.

[١] الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال، وعدم احراز صدق اكل المال بالباطل، وعدم دليل خاص على عدم جواز البيع، على الصحة فانه اذا توقف صدق البيع الذي هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الا موال، فمع الشك في ذلك يشك في صدق الموضوع، ومعه لا يبقى مورد للتمسك بالعموم فالحق ان يقال: ان اعتبار المالية في العوضين انما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث ان البيع مثلا عبارة عن الإعطاء لا مجانا، فاذا كان العوض مما لا مالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا وهكذا عنوان التجارة والعقد، وهذا هو الميزان.

ثم ان ها هنا فروعا:

منها: انه اذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا؟

ومنها: انه اذا كان للشيء منفعة محللة نادرة ومنفعته الظاهرة محرمة هل يجوز

بيعه ام لا؟

وقد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الاول من الشرح

واما المورد الثاني: فقد استدلل لإعتبار الملكية بوجوه:

الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده^(١) وقد مر في مبحث

بيع الفضولي ان تلك النصوص معارضة بما تضمن الجواز^(٢)

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود.

(٢) نفس المصدر.

ثمّ أنّهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء، والكلاء، والسّموك، والوحوش، قبل اصطيادها، بكون هذه كلّها غير مملوكة با
الفعل [١]

وبلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه،
مضافا الى امكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.
الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.
وفيه: انه ان اريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، وان اريد بها غيرها
فعليه التوضيح والبيان.
الثالث: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكاً سفهي، واكل للمال بالباطل.
وفيه: انه اذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكاً - كالكلي في
الذمة - لا يكون البيع سفهياً ولا اكلا للمال بالباطل.
الرابع: الإجماع.
وفيه: انه لعدم كونه تعدياً لا يعتمد عليه.
وقد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظراً الى انه يجوز بيع الكلي في الذمة، مع انه ليس
مملوكاً للبائع.
وفيه: ما مر من انه مملوك بالملكية الذاتية.
والحق ان يقال: انه لا يجوز بيع المباحات ولا مال الغير لعدم سلطانه على المبيع
وعدم كون البائع مالكا لأمرهما.
اما في الثاني: فواضح

[١] واما في المباحات: فلأن المباحات الأصلية متساوية النسبة الى البائع
والمشتري، وليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته، ولا كالعين الشخصية المضافة اليه
بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيها انما هو لأجل عدم تسلطه
على المبيع وعدم كونه مالكا لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.

و احترزوا به ايضا عن الأرض المفتوحة عنوة، و وجه الاحتراز أنّها غير مملوكة لملاكها [١] على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكلّ منهم جزء معيّن من عين الأرض و إن قل. ولذا لا يورث بل و لا من قبيل الوقف الخاصّ على معيّنين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعاً، و لا كالوقف على غير معيّنين كالعلماء و المؤمنين، و لا من قبيل تملك الفقراء للزّكاة، و السادة للخمس، بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأنّ مصرفه منحصر في مصالح المسلمين. فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحو مستقلّ من الملكية قد دلّ عليه الدّليل، و معناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك، ثمّ أنّ كون هذه الأرض للمسلمين ممّا ادّعى عليه الاجماع و دلّ عليه النصّ كمرسلة حمّاد الطويلة و غيرها و حيث جرى في الكلام ذكر بعض اقسام الأرضين فلا بأس بالاشارة اجمالاً الى جميع اقسام الأرضين و احكامها.

[١] الكلام في ان الأرض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين، ام ليست كذلك سيأتي عند تعرض المصنف له

ولكن بناء على كونها ملكا لهم لا يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لابد من اضافة خصوصية الى الملكية كي يصح الاحتراز بواسطة تلك الخصوصية.

ثم على القول بانها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على سائر انحاء الملكية لا اشكال في انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين، و الاّ لزم الإنتقال بالإرث، مع ان القوم غير ملتزمين بذلك، و لزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على اموالهم^(١)، مع ان امرها بيد ولي الأمر

و لا لنوع المسلمين، فانه وان لم يرد عليه المحذوران المتقدمان - اذ لا تعين للميت حتى يرثه وارثه و لا تعين للمالك فلا محالة تكون الولاية لولي الأمر القابض على هذه الأرض. الا انه يرد عليه: ان لازمه جواز اعطاء ولي الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، و لا وقفا لهم، و الاّ لزم عدم جواز بيعها الا في موارد مخصوصة منصوبة لا لما يراه ولي الأمر من المصلحة،

بل هي ملك لنوع المسلمين، و جعل امرها عينا و منفعة الى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع.

فبقول ومن الله الاستعانة:
الأرض أمّا موات، و أمّا عامرة، و كلّ منهما أمّا ان تكون كذلك أصليّة، او
عرض لها ذلك، فالاقسام اربعة لا خامس لها.
الأوّل: ما يكون مواتاً بالأصالة بأن لم تكن مسبقة بعمارة، ولا إشكال ولا
خلاف منّا في كونها للإمام عليه السلام، [١] والاجماع عليه محكي عن الخلاف، والغنية، و
جامع المقاصد، المسالك، و ظاهر جماعة اخرى، والنصوص بذلك مستفيضة، بل
قيل أنها متواترة. [٢]

اقسام الارضين و احكامها

[١] قوله ولا اشكال ولا خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام
تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات
الاولى: في انها للإمام عليه السلام ام لا
الثانية: في انها تملك بالاحياء ام لا
الثالثة: في اعتبار اذنه عليه السلام في التملك بالاحياء
الرابعة: في ان التملك بالاحياء هل يختص بالشيعّة او يشمل كل مسلم ام يعم الكافر
الخامسة: في ان الارض هل يملكها المحبي مجاناً او يجب اداء خراجها الى
الامام

وقيل بيان هذه الجهات لا بد وان يعلم ان الموات هي الارض المعطلة التي لا ينتفع
بها لذلك اما لا تقطع الماء عنها او لغير ذلك.

اما الجهة الاولى فلا اشكال نصا و فتوى في انها للإمام عليه السلام
[٢] ولكن ما ذكره المصنف رحمه الله من ان النصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة
- غير تام - فان بعض تلك النصوص يتضمن كون الارض الخربة للإمام عليه السلام او من
الانفسال

كونها له عليه السلام كصحح^(١) حفص و موثق^(٢) سماعة و غيرها
و بعضها يتضمن ان الارض الخربة التي باداها لها له او منها كخبر ابي بصير^(٣)

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٨.

(٣) نفس المصدر حديث ٢٨.

وهي من الانفال. نعم ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض [١] و عليه يحمل ما في النبوي موتان الأرض لله ورسوله ﷺ، ثم هي لكم مني أيها المسلمون، ونحوه الآخر عادى الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني وربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجها إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي قال وجدنا في كتاب عليّ «أن الأرض لله يورثها من يشاء والغلبة للمتقين» قال: انا و اهل بيتي الذين اورثنا الله الارض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا، فمن احبى من الأرض من المسلمين فليعمرها وليؤدّ خراجها الى الإمام من اهل بيتي، وله ما اكل منها الخير.

وبعضها يتضمن ان الارض التي لا رب لها او الارض الميتة التي لا رب لها له كمرسل^(١) حماد وغيره

وبعضها يدل على ان الارض كلها له كصحيح^(٢) الكابلي المذكور في المتن وبعضها يتضمن ان موتان الارض للرسول ﷺ كالنبيين^(٣) المذكورين في المتن اما نصوص الارض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لبيان ان مالا مالك له له ﷺ لا لخصوصية في الموات من الارض -

واما ما دل على ان الارض كلها للإمام عليه السلام فلا بد من حمله على ارادة الملكية غير الاعتبارية كما لا يخفى

واما النبويان فغير مرويين من طريقنا.

[١] واما الجهة الثانية فلا خلاف في انها تملك بالاحياء و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه و يشهد له جملة من النصوص

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال حديث ٤.

(٢) نفس المصدر ج ٢.

(٣) المبسوط كتاب احياء الموات - التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠.

و مصححة عمر بن يزيد أنه سال رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضاً مواتاً تركها أهلها فعمرها و أجرى أنهارها و بنى فيها بيوتاً و غرس فيها نخلاً و شجراً، فقال ابو عبد الله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول: من احبب ارضا من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤدبه به الى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فاذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان يؤخذ منه الخبر.

و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب ايصال الطسق اذا طلبه الإمام عليه السلام

كقول الامام الصادق في الحسن كالصحيح قال رسول الله ﷺ من احبب ارضا مواتا فهي له^(١) و قوله عليه السلام في خبر السكوني قال رسول الله ﷺ من غرس شجرا او حفرواديا - الى ان قال او احبب ارضا ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله^(٢)

و قول سيدنا ابي جعفر عليه السلام في الصحيح قال رسول الله ﷺ من احبب ارضا مواتا فهي له^(٣) و نحوها غيرها.

و اما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشيخ في الخلاف و المحقق الثاني في جامع المقاصد و غيرهما في غيرهما دعوى الاجماع على اعتبار الاذن، و هناك و جهان آخران بل قولان احدهما عدم اعتباره

الثاني التفصيل بين زمانى الحضور و الغيبة فيعتبر الاذن في الاول دون الثاني. مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه - اعتباره.

و قد استدلل لعدم الاعتبار بانه يكفي في الجواز اذن مالك الملوک في ذلك و ان لم ياذن مالکها كما في التملك بالالتقاط و حق المارة

و فيه ان استكشاف اذن مالك الملوک ان كان من النصوص المتضمنة لسببية الاحياء للملك، فيرد عليه، ان تلك النصوص كادلة ساير الاسباب، فكما انها لا تعارض ما دل على اناطتها باذن المالك كذلك هذه و ان كان من غيرها فعليه البيان.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال حديث ٦.

لكنّ الأئمة عليهم السلام بعد امير المؤمنين عليه السلام حلّلوا شيعتهم واسقطوا ذلك عنهم [١] كما يدلّ عليه قوله عليه السلام في رواية مسمع بن عبد الملك: كلّما كان في ايدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محلّلون يحلّ لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان في ايديهم، ويترك الأرض في ايديهم. وأمّا ما كان في ايدي سواهم. فإنّ كسبهم في الأرض حرام عليهم حتّى يقوم قائمنا، ويأخذ الأرض من ايديهم ويخرجهم عنها صغرة. الخبر

واستدلّ للقول الثالث بامتناع الاستيذان منه عليه السلام في زمان الغيبة و لم يدلّ دليل على نيابة الفقيه عنه في هذه الامور مع مشروعية الاحياء مطلقا وفيه انه يتوقف على عدم ثبوت صدور الاذن منهم عليهم السلام وسيأتى الكلام فيه، فلاظهر اعتبار اذنه.

والقائلون باعتبار الاذن - يدعون صدوره منه عليه السلام واستندوا في ذلك الى وجوه الاول النبويان المذكوران في المتن والمتقدم اليهما الاشارة، حيث ان في احدهما - ثم هي لكم منى، وفي الاخر ثم هي لكم منى ايها المسلمون، ومقتضاها وان كان هو التملك ولو مع عدم الاحياء الا انه جمعا بينهما وبين ما دل على سببية الاحياء نلتزم بملكية المحيى خاصة

وفيه ما تقدم من انهما غير مرويين عن طريقنا الثاني نفس قولهم عليهم السلام، من احيى ارضا ماوا تافهى له: فانه وان تضمن الاذن التشريعى في الاحياء الا ان صدور ذلك من المالك يقتضى كونه اذنا مالكيّا نظير من قال من دخل دارى فله كذا فانه متضمن للاذن المالكى كتضمنه لسببية الدخول للجزاء و كذلك فى المقام

وفيه ان الاذن المالكى لا بد وان يصدر من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة الى ائمة الاثمة الذين قبل امام زماننا عليه السلام و حيث ان هذه الجملة لم تصدر منه عليه السلام وهو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى

[١] الثالث اخبار^(١) التحليل سيما مثل خبر^(٢) مسمع بن عبد الملك المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال.

(٢) نفس المصروح ١٢.

نعم ذكر في التذكرة أنه لو تصرف في الموات احد بغير اذن الإمام عليه طسقتها، و
يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم
الخلافا في عدم وجوب مال الإمام في الأراضي في حال الغيبة، بل الاخبار
متفقة على أنها لمن احيها، وسيأتي حكاية اجماع المسلمين على صيروتها ملكاً
بالاحياء.

فانه يستفاد منها حلية التصرف - فبضمها الى ما تضمن سببية الاحياء للملك - يستنتج
اذنهم عليهم السلام في التملك بالاحياء

و هذا الوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح والمساكن و
المتاجر و شمولها للاراضى - و قد اثبتنا ذلك فى الجزء السابع من فقه الصادق
الرابع ما افاده المحقق كاشف الغطاء و هو دلالة شاهد الحال على رضا هم
بالاحياء و طيب نفسهم بعمارة الارض - و لا بأس به ايضاً
فنتحصل ان الاظهر ثبوت رضا هم عليهم السلام بالاحياء.

و اما الجهة الرابعة - فعن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام فى الملك بالاحياء
و نحوه ما عن جامع المقاصد - و عن صريح المبسوط و الخلاف والسرائر و الجامع و
ظاهر المذهب و النافع واللمعة و تبعهم جمع من اساطين متاخرى المتاخرين عدم الفرق
فى ذلك بين المسلم و الكافر وان الكافر ايضاً يملك بالاحياء
يشهد للثانى - مضافاً الى اطلاق جملة من نصوص الباب

صحيح محمد بن مسلم سألته عن الشراء من ارض اليهود و النصارى فقال ليس به
بأس الى أن قال ايما قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم احق بها و هى لهم ^(١) و نحوه
صحيح ^(٢) الفضلاء و خبر ^(٣) زرارة

و استدلل للاختصاص بالمسلم بالنبوين المتقدمين المتضمنين للتملك
بالمسلمين

و بصحيح الكابلى المتقدم من احيى ارضا من المسلمين فليعمرها.

(١) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٥.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٦.

ولكن النبوين ضعيفان - و الصحيح لا مفهوم له كى يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة
فالظاهر عدم الاختصاص بالمسلم

ولكن بعد ما عرفت من اعتبار الاذن، وان ثبوت اذنيهم عليه السلام انما يكون -
باخبار التحليل المختصة بالشيعه، و دلالة شاهد الحال، ففي زمان الغيبة الالتزام
بملكية الارض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك و الا فلا
يكون الاحياء مملكا و فى صحيح ^(١) عمر بن يزيد عن مسمع بن عبد الملك
المتقدم ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم
قائما فياخذ الارض - و هذا صريح فى عدم الاذن لغير الشيعة
فالظاهر هو الاختصاص بهم.

و اما الجهة الخامسة - فظاهر فتاوى القوم ان الملك بلا عوض و عن فوائد
الشرايع احتمال العوض و ظاهر قولهم عليه السلام من احيى ارضا مواتا فهي له - هو
حصول الملك مجانا - و مقتضى صحيحى الكابلى، و عمر بن يزيد المتقدمين هو
ايجاب الخراج المنافى لكونها ملكا - و مقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج
والجمع بين هذه الطوائف، بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور، كما
فى المتن احتماله، ياباه صريح نصوص التحليل، كما ان حمل نصوص الخراج
على بيان الاستحقاق، كما اختاره المصنف، ينافيه ظهورها فى الفعلية
فالحق ان يقال ان نصوص الخراج، لابد من تأويلها اورد علمها الى اهلها،
لمعارضتها مع نصوص التملك بالاحياء و عدم عمل الاصحاب بها، مضافا الى ما
ذكرناه فى الاراضى الخراجية فى الجزء الثانى من هذا الشرح من عدم كون هذه
الارض منها، و بالجملة لاشكال فى سقوط الخراج اما لعدم تشريعه او للتحليل،
فنصوص الاحياء لا معارض لها.

الارض العامرة

الثاني: ما كانت عامرة بالاصالة اي لا من معمر، [١] و الظاهر أنه ايضاً للإمام عليه السلام [٢]
و عن التذكرة الاجماع عليه، و في غيرها نفي الخلاف عنه، لموثقة ابان بن عثمان

[١] قوله الثاني ما كانت عامرة بالاصالة اي لا من معمر
والمراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هي عليه في الحال كما اذا كانت بحيث يكثر عليها وقوع الامطار او نحو ذلك -
و الكلام فيها يقع في مقامين
الاول انه هل تكون هذه الارض للإمام عليه السلام و من الانفال ام تكون من المباحات الاصلية

الثاني على فرض كونها للإمام هل تملك بالحيازة ام لا.
[٢] اما المقام الاول فقد استظهر المصنف عليه السلام من قول الاصحاب و كل ارض لم يجز عليها ملك مسلم فهي للإمام - الذي حكى عن مفتاح الكرامة انه طفحت به عباراتهم و عن التذكرة الاجماع عليه - و في الجواهر لا خلاف أجده فيه - انها للإمام و لكن صاحب الجواهر عليه السلام في كتاب الخمس استظهر من الاصحاب عدمه و انها من المباحات الاصلية و كذلك المصنف عليه السلام في ذلك الكتاب.
و كيف كان فقد استدلل لكونها من الانفال و للإمام بوجوه.

الاول ما ذكره المحقق النائيني عليه السلام - قال - و لما روى على ما في المتن ان كل ارض لم يجز عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام
و فيه اولاً ان المصنف لا يدعى انه رواية بل يدعى كونه تعبير الفقهاء و قد صرح صاحب الجواهر عليه السلام بعدم كونه نصاً
و ثانياً أنه لا يمكن الالتزام بعمومه فان مقتضاه كون جميع اراضي الكفار للإمام مع انه خلاف النص و الاجماع

و ثالثاً أنه لو سلم كونه رواية و عاماً - يتعين تخصيصه بما سيأتي.
الثاني - ما افاده المحقق الايرواني عليه السلام قال و هو صريح عد الاجام الذي هو

عن اسحاق بن عمار المحكي عن تفسير علي بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عد من الانفال كل ارض لا رب لها [١] ونحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن ابي بصير عن ابي جعفر عليه السلام [٢] ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار حيث جعل فيها من الانفال كل ارض ميتة لا رب لها، بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتاً، [٣] وهل يملك هذه بالحيازة و جهان من كونه مال الإمام عليه السلام و من عدم منافاته للتملك بالحيازة كما يملك الاموات بالاحياء، مع كونه مال الامام عليه السلام.

قسم من المحياة بالاصالة من الانفال
و فيه اولاً ان الاجام من الموات فان الاستيجم مانع عن الانتفاع بالارض و قد
صرح بذلك الفقهاء

وثانياً ان كون خصوص هذا القسم للإمام لدليل خاص اعم من كون سائر الاقسام له عليه السلام.
الثالث ما تضمن^(١) ان الارض كلها للإمام - وقد تقدم انه لا بد من توجيه هذه
النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات او لغيرهم عليه السلام
[١] الرابع مصحح^(٢) اسحاق بن عمار المذكور في المتن حيث عد فيه من الانفال
التي للإمام كل ارض لا رب لها الشاملة للعامرة

[٢] ونحوه^(٣) خبر ابي بصير المروى عن تفسير العياشي
و فيه ان اطلاق هذين الخبرين، يقيد بما في مرسل حماد حيث عد من جملة
الانفال الارض الميتة التي لا رب لها، اذ تنبذ الارض بالميتة في مقام الحصر و التحديد،
يدل بالمفهوم على ان الارض غير الميتة ليست للإمام
[٣] و اورد عليه المصنف عليه السلام بان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب في الارض
التي لا مالك لها، كونها مواتاً

و فيه اولاً ان الميتة لم تؤخذ قيد اللارب لها و انما اخذت قيد اللارض فلا يكون
القيد غالباً،

و ثانياً انه لا وجه لحمل القيد على الغالب
و ثالثاً انه لو تم ما افاده المصنف عليه السلام يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٧ المطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال حديث ٢.

(٣) نفس المصدر ج ٢٨ - ٤ نفس المصدر ج ٤.

فدخل في عموم النبوي: من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احقّ به. [١]

اذ كما يقال ان ذكر القيد يكون للغلبة كذلك يقال ان اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامة،

فالظاهر انها من المباحات الاصلية

و اما المقام الثاني - فعلى المختار من كونها من المباحات، لا كلام في انها تملك بالحيازة كما لا يخفى

و اما على القول بانها للامام عليه السلام، فقد استدل المصنف رحمته الله على تملكها بالحيازة

[١] بعموم النبوي من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احقّ به ^(١)

وفيه اولاً انه مختص بما اذا لم يكن ذلك الشيء ملكاً لـ واحد و متعلقاً لحق الغير بالسبق او غيره، ولذا لا شبهة في عدم دلالة على جواز سبق الى املاك الناس - فلا يشمل المقام بعد فرض كون الارض للامام عليه السلام

و بالجملة ملك الامام كملك غيره من الناس فكما انه لا يجوز سبق في املاك ساير الناس فكذلك في ملكه عليه السلام

و ثانياً ان الاحقية اعم من الملكية

و دعوى انه روى من غير طريقنا ما ظاهره الملكية وهو من سبق الى ما لم يسبق اليه مسلم فهو له ^(٢)

مندفعة بعدم ثبوت صحة سنده

و اما ما اورده المحقق الخراساني و المحقق النائيني عليه، بانه مسوق لبيان احقية السابق، لالبيان جواز سبق الى ما لم يسبقه اليه احد

فيردعانه بصدد بيان سببية سبق لاحقية و مقتضى اطلاقه جواز سبق الى كل ما لم يسبقه اليه احد.

فالاولى الاستدلال له بنصوص التحليل الظاهرة في الملكية كما حققناه في الجزء السابع من فقه الصادق لكنها مختصة بالشيعية كما مر.

(١) المبسوط اول كتاب احياء الموات - المستدرک باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيى، [١] فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الاحياء باجماع الأمة كما عن المذهب، و باجماع المسلمين كما عن التتقيح، وعليه عامة فقهاء الامصار كما عن التذكرة،

ويمكن القول بتملكها بالاحياء

لخبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من غرس شجرا او حفر واديا بدياً لم يسبقه اليه احد او احبى ارضا ميتة فهي له قضاءً من الله ورسوله ^(١)
 فان ظاهره بقرينة جعل الغرس والحفر قبالة الاحياء انهما يوجبان الملكية بانفسهما وبضميمة الغاء الخصوصية يثبت الحكم في ساير افراد الاحياء
 ولمضمر محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من ارض اليهود وانصارى قال عليه السلام
 ليس به باس الى ان قال واما قوم احيوا شيئا من الارض او عملوه فهم احق بها وهي لهم ^(٢)
 وفي خبر آخر له عن الامام الباقر عليه السلام ايا قوم احيوا شيئا من الارض او عمروها فهم احق بها ^(٣)
 والمضمر قرينة على ان المراد من الاحقية في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي.

الارض العامرة بعد الموت

[١] قوله الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيى
 ان كانت العمارة بسبب سماوى - كانت الارض ملكا للامام عليه السلام للاستصحاب بل
 للدالة فانها دالة على عدم خروج الملك عن ملكه بلا سبب
 - وان كان بالاحياء - فان كان ذلك بغير اذنه عليه السلام فحكمه ما تقدم

(١) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة [١] فلا بد من الملاحظة

و ان كان باذنه فالمشهور بين الاصحاب انها ملك للمحيى بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه و عن التنقيح اجماع المسلمين عليه [١] و فى المتن و ببالي من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لانفس الرقبة هذه عبارة المبسوط اذا تحجر ارضاً و باعها لم يصح بيعها و فى الناس متن قال يصح و هو شاذ و اما عندنا فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء و انما يملك بالتصرف بشرط ان يؤدى الى الامام عليه السلام ما يلزمه عليها و مراره من الاحياء التحجير، و الشاهد عليه امور احدها تصريحه بانه يملك بالتصرف، ثانياً قوله فاما عندنا فلا يصح بيعه مع ان المشهور بين الاصحاب جواز بيعه و دلت النصوص ^(١) عليه،

ثالثاً تصريحه بالاحياء فى غير موضع من كتبه و انما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال فى المبسوط بعد الحكم بان التحجير يوجب الاحقية دون الملك - و التحجير ان يؤثر فيها اثر الم يبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب فيها المزور او يحوط عليها حائطا و ما اشبه ذلك من آثار الاحياء، فانه يكون احق بها من غيره انتهى.

و كيف كان فيشهد للملك بنصوص ^(٢) الاحياء - و النصوص ^(٣) المتضمنة لجواز الشراء من المحيى معللة له بانها بالاحياء صارت له - و ظاهر صحيحى ^(٤) الكابلى و عمر بن ^(٥) يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه و دفعه الى الامام عدم الملك لكن تقدم انه يتعين طرحهما او التصرف فيهما بنحو لا ينافى الملك - فراجع، فالأظهر انها ملك للمحيى.

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٢١ - من ابواب عقد البيع.

(٢) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب احياء الموات.

(٣) باب ٢١ - من ابواب عقد البيع.

(٤) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٥) الوسائل - باب ٤ - من ابواب الانفال حديث ١٢.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة، فان كانت العمارة اصلية فهي مال الإمام عليه السلام [١] و ان كانت العمارة من معمر [٢] ففي بقائها على ملك معمرها او خروجها عنه و صيرورتها ملكاً لمن عمرها ثانياً خلاف [٣] معروف في كتاب احياء الموات، منشأه اختلاف الاخبار

الموات بعد العمارة

[١] قوله الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة
ان كانت العمارة سماوية كانت العمارة اصلية او عرضية فهي للإمام عليه السلام
اما اذا كانت عرضية فلان الارض المفروضة كانت مواتا في الاصل و ملكا له عليه السلام و
هي باقية على ما هي عليه
واما ان كانت العمارة اصلية فلما دل على ان الارض الميتة للإمام الشاملة للميتة
بالاصالة وبالعرض
و ما دل من النصوص الصحيحة - على ان الارض الخربة او الخربة التي لا رب لها
له عليه السلام فان الخربة ظاهرة في الخربة العرضية.

[٢] وان كانت العمارة من معمر - فالكلام فيه يقع في مقامين
الاول في انه هل تخرج الارض بالموت عن ملك المحيي كما عن العلامة في
التذكرة والشهيد الثاني في المسالك - ام لا تخرج كما هو المشهور بين الاصحاب
[١] الثاني في انه على فرض عدم الخروج هل يملكها لو احيها آخر كما عن
العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في الروضة بل عن جامع المقاصد انه المشهور، بين
الاصحاب - ام لا يملكها كما عن جماعة من القدماء والمتأخرين - ام يفصل بين ما اذا
كان الخراب مستندا الى اهمال المالك و ترك المزولة لها - وبين ما اذا لم يكن مستندا الى
ذلك فيملكها على الاول دون الثاني كما اخترناه في الجزء الثالث عشر من فتاوى الصادق.

اما المقام الاول فقد استدلل لخروجها عن ملكه بوجوه
الاول: ان الارض اصلها مباح فاذا تركها الاول حتى عادت الى ما كانت عليه
صارت مباحة

الثاني ان السبب في صيرورتها ملكا هو الاحياء فاذا زال السبب زال المسبب

ثم القسم الثالث أما ان تكون العمارة فيه من المسلمين، او من الكفار فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول الا بناقل او بطرؤ الخراب على احد القولين، وان كان من الكفار فكذلك، ان كان في دار الإسلام وقلنا بعدم اعتبار الاسلام وان اعتبرنا الإسلام كان باقياً على ملك الإمام عليه السلام، وان كان في دار الكفر يزول بما يزول به ملك المسلم وبالاغتنام كسائر اموالهم.

الثالث اطلاق ما دل على ان الارض الميتة - او الخربة - للإمام عليه السلام

وفي الجميع نظر

اما الاول فلان كون اصلها مباحا لا يوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيى وخرجها عن ملكه مع دلالة الدليل على ان خروج المال عن ملك مالكه لا بد وان يكون بسبب

واما الثاني فلان المستفاد من الادلة كون ذات الارض مملوكة بسبب الاحياء وانه كسائر الاسباب الممكنة يكون سبباً لحدوث الملكية - لا ان الارض المعنونة بعنوان المحياة مملوكة - ولا انه سبب للملكية حدوثاً وبقاءً
واما الثالث فلانه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الاخر من التقييد بالارض التي لارب لها.

ويشهد لبقائها على ملك مالكتها - مضافا الى ان المستفاد من الادلة ان زوال الملك لا بد وان يكون بناقل - الاستصحاب

واورد عليه تارة - بالشك في بقاء الموضوع فان موضوع الملكية ان كان هو ذات الارض فهو باق قطعاً - وان كان هو عنوان المحياة فهو مرتفع قطعاً، واخرى - بان الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضى للشك في ان الاحياء، هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت، ام لا

ويمكن دفع الاول بما تقدم من ظهور الادلة في، ان الموضوع هو ذات الارض، وان الاحياء بمنزلة الشرط في القضية

ودفع الثاني: بان المختار حجية الاستصحاب مطلقاً، حتى في موارد الشك في المقتضى، مع ان هذا ليس من الشك في المقتضى الذي بنى المصنف عليه السلام على عدم حجية

الاستصحاب فيه فان مورده ما لو شك في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان، و تمام الكلام في محله،

فالظاهر بقائها على ملك المحيي الاول.

واما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في موردين

الاول فيما تقتضيه العمومات

الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة

اما المورد الاول فقد استدل لتمام ملك المحيي الثاني - بعموم من احبب ارضا ميتة

فهى له^(١)

وفيه انه قد تقدم ان هذا ليس متضمنا لاذن مالك الملوك كى لا يحتاج الى اذن

مالكه وانما التزمنا بذلك فى ملك الامام من جهة اخبار التحليل او شاهد الحال او غير

ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجارى شىء منها فى المقام

وعليه فمقتضى ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير

اذهنه ورضاه عدم جواز الاحياء فى المقام والقياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص فيه

مع الفارق.

واما النصوص الخاصة فهى على طوائف

الاولى ما ظاهره البقاء على ملك المحيي الاول

كصحيح سليمان بن خالد عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يأتى الارض الخربة

فيستخرجها ويجري انهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال عليه السلام الصدقة قلت فان كان

يعرف صاحبها قال عليه السلام فليؤد اليه حقه^(٢) اذ المراد بالحق اما الارض او اجرتها وعلى

التقديرين يدل على ذلك ونحوه صحيح^(٣) الحلبي

الثانية ما ظاهره - صيرورتها ملكا للمحيي الثاني من دون شىء عليه كصحيح

معاوية بن وهب عن مولانا الصادق عليه السلام ايما رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب احياء الموات.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

ثمّ ما ملكه الكافر من الأرض أمّا أن يسلم عليه طوعاً فيبقى على ملكه كسائر أملاكه، وأمّا أن لا يسلم عليه طوعاً، فإن [١] بقي يده عليه كافراً فهي أيضاً كسائر أملاكه تحت يده

و كرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها فاخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله ولمن عمرها ^(١) فان ظاهره ان الارض لمن يقوم بعمارته لا لمن تركها فاخرجها -

الثالثة ما تضمن احقية الثانى بها و وجوب الخراج عليه كصحيح الكابلى المتقدم فان تركها واخرجها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و احياها فهو احق بها من الذى تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي الحديث ^(٢)

و الطائفة الاخيرة تقدم تعين طرحها، و اما الاوليتان، فحيث ان الثانية مختصة بصورة الاهمال، فتخصص الاولى بها - فتكون النتيجة التفصيل الذى اخترناه:

و يؤيد ذلك ماورد فى الارض التى اسلم اهلها طوعا فان الارض وان كانت ملكا لهم الا انهم اذا اهلوها حتى خربت لولى المسلمين ان يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارته و ياخذ وجه الاجارة و يدفع بمقدار حق الارض الى مالکها و يصرف الباقي فى الامور العامة ^(٣)

ثم ان ذكر ساير ما قيل فى وجه الجمع بين النصوص والجواب عنها موكولان الى محل آخر.

الارض المفتوحة عنوة

[١] قوله واما ان لا يسلم اهلها طوعا
لا يخفى انه قد بعد ما بين اقسام الارضين واحكامها اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة والكلام فيها يقع فى جهات.

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب جهاد العدو وما يناسبه.

وان ارتفعت يده عنها؛ فإما ان يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين، او بموت اهلها و عدم الوارث فيصير ملكاً للإمام ﷺ ويكون من الانفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب. وان رفعت يده عنها قهراً وعنوة فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة، كالتخل والاشجار و البنيان للمسلمين كافة اجمعاً [١] على ما حكاه غير واحد كالخلاف - و التذكرة و غيرهما

الاولى في ان هذه الارض، و ان كانت مبينة من حيث المفهوم، اذهى عبارة عن الارض التي فتحت بالخيل والركاب قهراً و رفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين، الا انها مجهولة مصداقاً و قد تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مسألة الاراضى الخراجية بيان ما يثبت ذلك.

الثانية في اعتبار اذن الامام ﷺ في القتال في ترتب حكم الارض المفتوحة عنوة و قد تقدم في ذلك المبحث ان الاظهر عدم اعتباره.

الثالثة في اعتبار كونها محياة حال الفتح - و قد تقدم في تلك المسألة اعتبار ذلك و عليه فارض الغرى ليست منها.

الرابعة في ان التصرف في الارض الخراجية في زمان الغيبة يحتاج الى اذن من له الاذن ام لا - و قد تقدم في تلك المسألة تنقيح القول في ذلك مفصلاً فراجع.

الخامسة في ان خراج هذه الارض هل حلل للشيعه في زمان الغيبة ام لا - و قد عرفت عدم تحليله

السادسة في بيان ان الخمس هل هو ثابت فيها ام لا و قد تقدم ثبوته

[١] السابعة في بيان كيفية استحقاق المسلمين وانه هل بعنوان ملك الرقبة او بنحو

آخر -

والمشهور بين الاصحاب هو الاول -

وعن جماعة منهم الشهيد الثاني رحمه الله في جملة من كتبه و المحقق الاردبيلي ان

الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين و هم مصرف لحاصلها

والاول اظهر - لانه ظاهر النصوص الاتية - لمكان اللام و اضافة الارض الى

المسلمين

والتّصوّص به مستفيضة. ففي رواية أبي بردة المسؤول فيها عن بيع ارض الخراج قال ﷺ من يبيعها؟ هي ارض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال لا بأس أن يشتري حقّه منها و يحول حقّ المسلمين عليه، ولعلّه يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه [١]

واستدل للقول الثاني بوجوه

الاول قوله ﷺ في مرسل^(١) حماد الطويل فهي موقوفة متروكة في يدى من يعمرها و يحييها الخ - بتقريب انه يدل على ان الارض محبوسة متروكة و هذا يلزم فك الملك

و فيه ان المحبوسية و المتروكية لا تنافى مع الملك بل تجامعه فلا ينافى المرسل ساير النصوص الظاهرة من جهة اللام و الاضافة في الاختصاص المطلق المساوق للملك الثانى انه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من احدهم اذ اجارة الارض ممن يملك جزء منها غير جائزة

و فيه انه قد تقدم في اول الدخول في بيان اقسام الاراضى واحكامها - بيان كيفية ملكيتها لهم - و انها تكون ملكا للنوع لالافراد، و عليه فالفرد بما هو غير مالك كى لا يجوز الاجارة منه

و به يظهر الاشكال في الوجه الثالث، و هو انه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز ان ينقل بعضهم حصته الى بعض مع انه لا يجوز فان المالك هو النوع لا الشخص.

الثامنة في جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و عدمه - و قد اختلفت كلمات القوم في المقام و قد نقل المصنف رحمه في المتن تلك الاقوال والوجوه - و حيث ان منشأ الاختلاف هي النصوص فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما يستفاد منها -

[١] منها خبر^(٢) ابي بردة بن رجا المذكور في المتن

وابو بردة و ان لم يوثق الا ان الراوى عنه هو صفوان بن يحيى الذى هو من اصحاب الاجماع فلا وجه للمناقشة فيه من حيث السند.

(١) الوسائل - باب ٤١ - من ابواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب جهاد العدو حديث ١.

وفي رسالة حمّاد الطويلة ليس لمن قاتل شيء من الأرضين و ما غلبوا]و لا ما غلبوا كذا في الوسائل] عليه إلا ما حوى العسكر، إلى أن قال و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف، أو الثلث، و الثلثين، على قدر ما يكون له صالحاً و لا يضرّ بهم. فاذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع ممّا سقت السماء أو سقى سبّحاً، و نصف العشر ممّا سقى بالدّوالي و التّواضح، إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عمّال الأرض و اكرتها، فيدفع عليهم انصباّتهم على قدر ما صالحهم عليه،

واما فقه الحديث فملخصه ان الظاهر من قوله و من يبيع ذلك الاستفهام التوبيخي، و قوله هي ارض المسلمين بمنزلة العلة للمنع ولكن الراوى فهم منه الاستفهام الحقيقي فقال يبيعهالذى هي فى يده، وقوله ﷺ و يصنع بخراج المسلمين ما ذابوهم ان المانع من البيع كون الارض خراجية، و على اى تقدير فقد استدرك الامام ﷺ عما افاده من عدم جواز البيع، فقال لا بأس ان يشتري حقه منها و ظاهره ايضا عدم بيع الارض بل بيع حقه منها و بيع الحق، يحتمل بيع حق الاولوية و الاختصاص، و يحتمل ارادة بيع الاثار التى احدها البايع، و على اى تقدير لا دلالة فيه على جواز بيع الارض و لو تبعا للاثار ولكن الاظهر هو الثانى: لما سيأتى من عدم دليل على ثبوت حق الاولوية: و لعدم صحة نسبة الاشتراء اليها بناء على اعتبار كون المبيع من الاعيان: و لقوله حقه منها: اذ لو كان المراد حق الاولوية كان الصحيح ان يقول حقه فيها فتدبر

و قوله ﷺ لعله يكون اقوى الخ يعنى اقوى على الارض و عمارتها و توفير حاصلها و املى و اقدر على دفع خراج المسلمين

فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و لو بتبع بيع الاثار.

و ياخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق. أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام و تقوية الدّين في وجوه الجهاد، و غير ذلك ممّا فيه مصلحة العامّة ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير الخبر. [١]

و في صحيحة الحلبيّ قال سئل ابو عبدالله عليه السلام عن السّواد ما منزلته، قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن دخل في الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعد، فقلنا: انشترى من الدّهاقين؟ قال: لا يصلح، إلّا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن اخذها منه، قال: يرد عليه رأس ماله و له ما اكل من غلّتها بما عمل، [٢]

[١] و منها مرسل حماد الطويل المنجبر بتلقى الاصحاب اياه بالقبول المذكور في المتن و الارضون التي اخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها و يحييها^(١) و هذا ايضا يدل على المنع اذ المراد من الموقوفة المتروكة، اما ان يكون المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك - او المملوكة المحبوسة عليهم و على التقديرين يدل على المنع لانه مقتضى محبوسية الارض.

[٢] و منها صحيح الحلبي^(٢) المذكور في المتن قوله لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع، و اما الاستثناء فيتعين حمله على ارادة الاشتراء الصوري من جهة قوله قبله هي لجميع المسلمين، و قوله ان يصيرها للمسلمين اي تعود الارض الى المسلمين و يصرف حاصلها في مصالحهم،

و قوله فاذا شاء ولي الامر الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكاله و ان لولي الامر ابقاء الارض تحت يده و له اخذها منه،

و اما قوله فيرد عليه رأس ماله - فهو اما ان يكون تفضلا من ولي الامر من جهة استنقاذه الارض من يد الدهاقين، او يكون من جهة كونه بازاء ما كان للدهاقين من الاثار

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب جهاد العد و حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

و رواية ابن شريح سألت ابا عبدالله عليه السلام عن شراء الأرض من ارض الخراج فكرهه، قال: أنما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها. فقال: لا بأس الا أن يستحيي من عيب ذلك [١]

و رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها و سألته عن رجل اشترى ارضاً من ارض الخراج فبني بها او لم يبن غير ان اناساً من اهل الذمة نزلوها هل له ان يأخذ منهم اجرة البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم؟ قال يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر ابي الربيع لا تشتري من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هي فيء للمسلمين [٢] الى غير ذلك. و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعاً للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشتري على وجه كان للبايع اعني مجرد الاولوية و عدم جواز مزاحمته، اذا كان التصرف و احداث تلك الآثار - باذن الامام او اجازته و لولعموم الشيعة

المملوكة - او بازاء حق الاختصاص، و قوله عليه السلام و له ما اكل من غلتها - ظاهر في ان المنافع كالعين تكون للمسلمين، ولكن حيث انه عمل فيها فله ما اكل منها.

[١] و منها خبر^(١) محمد بن شريح عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن و هذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة ان من رجال سنده على بن الحارث و هو مجهول

و اما من حيث الدلالة فصدره ظاهر في المنع لقوله فكرهه معللاً بان ارض الخراج للمسلمين - و ذيله ظاهر في الجواز مع الالتزام بخراجها - فلا بد من التصرف اما في الصدر بحمل قوله عليه السلام ارض الخراج للمسلمين على ارادة ان خراجها لهم و رقيبتها لمن عمرها - او بالتصرف في الذيل بحمل شرائها على ارادة شراء آثارها من العمارة المفروضة - و لو لم يكن الثاني اظهر - من جهة قوله الا ان يستحيي من عيب ذلك فان عدم كون الارض ملكاً ربما يكون عيباً - فلا اقل من تساوى الاحتمالين فيحكم بالاجمال.

[٢] و منها خبر^(٢) اسماعيل بن الفضل الهاشمي المذكور في المتن.

(١) أنسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع حديث ٩.

(٢) نفس المصدر حديث ١٠.

كما اذا كان التصرف بتقيل السلطان الجائر او باذن الحاكم الشرعي بناء على عموم ولايته لامور المسلمين و نيابته عن الامام. لكن ظاهر عبارة المبسوط اطلاق المنع عن التصرف فيها بيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح ان يبني دوراً ومنازل ومساجد وسقايات وغير ذلك من انواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئاً من ذلك كان التصرف باطلاً وهو على حكم الاصل، ويمكن حمل كلامه على صورة عدم الاذن من الامام عليه السلام حال حضوره، ويحتمل ارادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة والتملك وقال في الدروس لا يجوز التصرف فيها المفتوحة عنوة الا باذن الامام سواء كان بالبيع أو الوقف او غيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك و اطلق في المبسوط ان التصرف فيها لا ينفذ، وقال ابن إدريس انما نبيع وتوقف تحجيرنا و بنائنا وتصرفنا لا نفس الارض انتهى.

وقد استدل به كل من القائلين بالمنع - والجواز
اما القائل بالجواز فقد استدل، بجملتين منه
الاولى صدره الظاهر في تقريره عليه السلام شراء ارض الخراج
الثانية حكمه عليه السلام بان اجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الارض لهم لم تكن
الاجرة لهم

فان قيل انه على فرض ملكية الارض ما ذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم
توجه عليه ان وجه السؤال احتمال كون منفعة الارض كخراجها للمسلمين
فجوابه عليه السلام ينطبق عليه وانه ليست المنافع كالخراج بل هي تابعة لملكية الرقبة
ولكن يرد على الثانية ان السؤال ليس عن كون الاجرة له او للمسلمين بل انما هو
عن اخذ الاجرة - والظاهر ان منشأ هذا السؤال ان الذمي اذا ادّى الجزية هل هو كالمسلم
يستحق النزول على اهل الارض الخراجية ام لا فاجاب عليه السلام بان له اخذ اجرة النزول بعد
الشرط والقرار

واما الاولى فحيث انها ليست في مقام البيان من جهة جواز الاشتراء فقابلية للحمل
على ارادة الشراء على الوجه السائغ وهو شراء الاثار والعمارة - فهذا الخبر لا يدل على
الجواز بل يدل على المنع من جهة فرض كون الارض خراجية بعد الشراء فانه يستل عن
استحقاق اهل الذمة للنزول على اهل الخراج.

وقد ينسب الى الدّروس التّفصيل بين زمني الغيبة والحضور فيجوز التّصرف في الأول، ولو بالبيع والوقف لا في الثاني الا باذن الإمام عليه السلام. وكذا الى جامع المقاصد، وفي النسبة نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه في زمان الغيبة باحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعاً للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى انها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال في شرح قول المحقق ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها، انتهى.

انّ المراد لا يصحّ ذلك في رقبة الارض مستقلة، اما فعل ذلك بها تبعاً لآثار التّصرف من بناء و غرس و زرع ونحوها فجائز على الأقوى قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره ويستمر كذلك مادام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت اجمع انقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

ولو سلم دلالة على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والاتي آخر عموم مطلق - فانه اعم من المفتوحة عنوة وغيرها من ارض الخراج فيقيد اطلاقه بها والايراد على الخبر بضعف السند - من جهة ان الكليني والشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو يروى عن غير واحد - وهم مجهولون في غير محله فان الحسن هذا ذكر وافى حقه انه نفى الفقه حسن الاعتقاد والظاهر من ذلك انه لا يروى الا عن المقبولين لا سيما اذ اروى عن غير واحد فالحديث معتبر سنداً.

له ومنها خبر ابي الربيع الشامي عن ابي عبدالله عليه السلام لا تشتتر من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين^(١)

و ابو الربيع، والراوى عنه خالد بن جرير - وان لم يوثق، الا ان الراوى عن خالد هو الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الاجماع فالخبر صحيح سنداً، ويدل على المنع عن بيع الارض المفتوحة عنوة

نعم ربّما يظهر من عبارة الشيخ في التّهذيب جواز البيع و الشّراء في نفس الرّقبة حيث قال: ان قال قائل انّ ما ذكر تموه أنّما دلّ على اباحة التّصرف في هذه الأرضين، ولا يدل على صحة تملكها بالشّراء و البيع و مع عدم صحتها لا يصح ما يتفرّع عليها، قلنا انا قد قسّمنا الأرضين على ثلاثة أقسام ارض اسلم اهلها عليها فهي ملك لهم يتصرّفون فيها، و ارض يؤخذ عنوة او يصلح اهلها عليها فقد ابحنا شراءها و بيعها، و البيع لأن لنا في ذلك قسماً لأنّها اراضي المسلمين. و هذا القسم ايضاً يصحّ الشّراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أمّا الانفال و ما يجري مجراها فلا يصحّ تملكها بالشّراء و أنّما ابيح لنا التّصرف فيها حسب. ثمّ استدلّ على اراضي الخراج برواية ابي بردة السّابقة الدّالة على جواز بيع آثار التّصرف دون رقبة الأرض، و دليله قرينة على توجيه كلامه، و كيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعاً للآثار، ممّا لا دليل عليه ان أرادوا الانتقال.

نعم المتيقّن هو ثبوت حق الاختصاص للمتّصرف ما دام شيء من الآثار موجوداً [١] فالذّي ينبغي ان يصرف الكلام اليه هو بيان الوجه الذّي يجوز التّصرف معه حتّى يثبت حق الاختصاص.

و الاستثناء انما يكون من جهة ان الارض المفتوحة عنرة ان ابقيت في يد من كانت له ذمة تكون ملكاً لاربابها فيجوز بيعها، و هذا يدل على ان بعض قطعات ارض السواد هكذا. و ربما يستدل على جواز البيع بجملة من النصوص^(١) و اكثرها واردة في ارض الجزية و ارض من له ذمة و هي ملك لاربابها - و لو فرض كون موردها او بعضها الارض المفتوحة عنرة فللنصوص المتقدمة تحمل على ارادة البيع بالنحو المتقدم و هو بيع الآثار و العمارة او تطرح

فلاظهر عدم جواز بيعها لا مستقلاً و لا تبعاً للآثار.

التاسعة - في ان من عمر الارض هل له حق الاختصاص و الاولوية بها ام لا -

[١] صرح المصنف رحمه الله بالاول

والحق ان يقال ان المراد به ان كان عدم جواز مزاحمة

فنقول امّال في زمان الحضور و التمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الاشكال في توقف التصرف على اذن الإمام، لأنّه وليّ المسلمين، فله نقلها عينا و منفعة، و من الظاهر انّ كلام الشّيخ المطلق في المنع عن التصرف محمول على صورة عدم اذن الإمام ﷺ مع حضوره. و امّا في زمان الغيبة ففي عدم جواز التصرف الاّ فيما اعطاه السلطان الذي حلّ قبول الخراج و المقاسمة منه، او جوازه مطلقاً، نظراً الى عموم ما دلّ على تحليل مطلق الأرض للشّيعه، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام ﷺ، و ربّما يؤيّد جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الارض، فيجوز التصرف فيها مجاناً او عدم جوازه الاّ باذن الحاكم الذي هو نائب الإمام، او التفصيل بين من يستحقّ اجرة هذه الارض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله ﷺ

الغير لمن بيده الارض، فهو ثابت - فانه اذا اذن من له الاذن في تقبلها تكون هي كساير الاعيان المستأجرة فكما انه لا يجوز لا حد مزاحمة المستأجر - كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبل، و ان كان المراد به ثبوت حق اعتباري في العين قابل للنقل و الانتقال فهو مالا دليل على ثبوته اذ تقبل الارض كاستيجارها يوجب و جوب تسليم العين مقدمة للانتفاع بها و لا يدل على ثبوت حق و امر اعتباري فيها.

العاشرة المنصوص عليه^(١) كون ارض العراق التي يعبر عنها بارض السواد - (من جهة ان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض و التفاف شجرها سموها السواد لذلك) مفتوحة عنوة و انها فيء للمسلمين، و لكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية

و يمكن دفع هذه الشبهة بانه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضى لاربابها
للمسلمين

منها الموات حال الفتح فانها ملك الامام ﷺ و يملكها من احيائها
و الظاهر ان المشاهد المشرفة و جملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل - و على هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة

للمخاطب في بعض اخبار حلّ الخراج وأنّ لك نصيباً في بيت المال. وبين غيره الذي يجب عليه حقّ الأرض. ولذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنّه لا يجوز حبس الخراج و سرقته [عن] على السّلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما اذا دفع الى نائب الإمام عليه السلام او بين ما عرض له الموت من الأرض المحيية حال الفتح و بين الباقية على عمارتها من حين الفتح، فيجوز احياء الأوّل لعموم أدلّة الأحياء، و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها وجوه او فقها بالقواعد، الاحتمال الثالث، ثمّ الرّابع، ثمّ الخامس، و ممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة [١] كاوراق الاشجار و اثمارها و اخشاب الابنية و السقوف الواقعة و الطّين المأخوذ من سطح الأرض، و الجص، و الحجارة و نحو ذلك، فإنّ مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين.

بتوهم ان بها يقيد اطلاق نصوص المنع
و منها الخمس من تلك الاراضى فانه يملكها المستحق للخمس فينتقل الى غيره
بالمعاملة او الارث
و منها الاراضى التى ابقيت فى يد اهل الذمة فانها ملك لاربابها و عليهم الجزية و
قد تقدم فى خبرابى الربيع وجود هذه الارض فى ارض العراق
و على هذا فان ثبت كون ارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيية حال الفتح
لم يجز بيعها و ما لم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالى لعدم كون جميع اطرافه
محل الابتلاء لاسيما وان الاراضى الخراجية التى يضرب عليها الخراج من اراضى
المزارع كثيرة الى الان و امرها بيد السلطان.

ما ينفصل من المفتوحة عنوة

[١] قوله و ممّا ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة محصل الكلام -ان ما ينفصل من المفتوحة عنوة -ان صار موجود ابعد الفتح كالشجر و الزراعة المتحققين بعد الفتح و كان ذلك بعد التقبل و الاجارة، لا كلام فى انه ملك للمستأجر

ولذا صرّح جماعة كالعلامة والشَّهيد والمحقّق الثَّاني وغيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن ابنية الأرض المفتوحة عنوة، بما اذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم: الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنّه ممّا ينقل وحينئذٍ فمقتضى القاعدة عدم صحّة اخذها الآمن السُّلطان الجائر او من حاكم الشَّرع مع امكان ان يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأنّ القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لاجزائها، الآن يكون الاخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز، و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به. [١] و يؤيده بل يدلّ عليه استمرار السَّيرة خلفاً عن سلف على بيع الامور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر والكوز والأواني و ما عمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

و المتقبل و ما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الارض، وان كان موجوداً حال الفتح - او وجد بعد و كان تابعا للارض، فهو على اقسام
 احدها ما يكون مقوما للارض كاجزاء الدار
 ثانيها ما يعد من منافعها و ان كان من الاعيان كالشجر النابت فيها
 ثالثها ما يكون منفصلا عن الارض حين الفتح
 رابعها ما يكون مدفونا فيها
 اما القسم الاول - فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الارض و بعد الانفصال. لادليل على خروجه عن ملكهم غاية الامر حيث لا ينتفع به مع اجارته يباع و يصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الارض
 [١] - واحتمال - كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما في المتن لا ارى و جهاله بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكا لاحد
 و اما القسم الثاني - فهو ايضا لكونه منافع الارض تابع لها و ملك للمسلمين و حكمه ما تقدم
 و اما القسم الثالث - فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين
 و اما القسم الرابع - فلا تامل في عدم كونه تابعا للارض و ملكا للمسلمين - لكونه

واعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع مَن تأخّر في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقاً [١] و فرّ عوا عليه عدم جواز بيع الوقف ألا فيما استثنى و لا الرهن إلا باذن المرتهن أو اجازته، و لا أم الولد إلا في المواضع المستثناة، و المراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك [٢] بحيث يكون للمالك ان يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع الى كون الملك ممّا يستقل المالك بنقله، و يكون نقله ماضياً فيه لعدم تعلّق حق به مانع عن نقله بدون اذن

من المنقول الموجود حال الفتح و في شمول ما دل على ان المنقول لخصوص المقاتلين. له و جهان - وان لم يكن شاملاً له فهو من المباحات - و قيام السيرة على تملك جميع الاقسام بالحيازة - غير ثابت و الله تعالى اعلم.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقاً

[١] و قد ذكر العلامة رحمته و المحقق و جمع ممن تاخر عنها في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقاً، و ابدله في محكى القواعد بكونه تاماً. و فرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته.

و تنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة

ثم في مسألة بيع الوقف و بيع الرهن.

[٢] اما الأول: فالمراد من الطلقة ان لا يكون في المبيع مانع عن التصرف، لأنها من الإطلاق توضيح ذلك ان عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، اما لعدم المقتضي كما اذا لم يكن ملكاً له، او لمانع كما اذا كان المالك محجوراً عن التصرف لفلس و نحوه، و ربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه

و ذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضي كما اذا لم يكن مالا، و قد يكون للمانع كما اذا كان وقفاً او رهناً. و عدم ملك التصرف من الناحية الأولى لرجوعه الى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، و عدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين

ذي الحق لمرجعه الى انّ من شرط البيع ان يكون متعلقه ممّا يصح للمالك بيعه مستقلاً [١] وهذا لا محصل له، فالظاهر انّ هذا العنوان ليس في نفسه شرطاً ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأمّ الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصّة و غيرها، ممّا ثبت منعه عن تصّرف المالك كالنذر والخيار ونحوهما، وهذا العنوان منتزع [٢] من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق ان يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه لاحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التّصرف في ملكه. فالتّعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التّصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعاً بل الأمر في الفرعية والاصالة بالعكس، ثمّ انّ أكثر من تعرّض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلاّ الثلاثة المذكورة، ثمّ عنونوا حقّ الجاني واختلفوا في حكم بيعه، و ظاهر انّ الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة او الأربعة، وقد انهاها بعض من عاصرناه الى ازيد من عشرين، فذكر بعد الاربعة المذكورة في عبارة الأكثر النذر المتعلّق بالعين قبل البيع، والخيار المتعلّق به، والارتداد، والحلف على عدم بيعه، و تعيين الهدى

فملكيّة الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية او الرهنية او غيرهما من الموانع، وربما تكون مطلقة، وقد انعقد هذا البحث لإعتبار كونها مطلقة وغير محفوفة بشيء من الموانع ومن الواضح ان هذا المعنى غير كون البائع مستقلاً بنقله و نقله ماضياً فيه.

فلا يرد عليهم ما اورده المصنف رحمه الله عليهم: بان مرجع هذا الشرط

[١] الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه ممّا يصح للمالك بيعه مستقلاً.

وهل يكون هذا شرطاً خاصاً واحداً معتبراً في البيع و يترتب عليه، عدم جواز بيع الوقف والرهن ونحوهما،

ام هو عنوان انتزاعي مما هو مانع لانه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان.

[٢] مختار المصنف رحمه الله هو الثاني،

وعن المحقق الخراساني رحمه الله: اختيار الأول

واستدل له: بان المبرهن في محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد، فاذا كان

للذبح، واشترط عتق العبد في عقد لازم، والكتابة المشروطة او المطلقة بالنسبة الى ما لم يتحرّر منه حيث، ان المولى ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الاداء، والتدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك، فاذا مات المولى ولم يمت من علق عليه العتق كان مملوكاً للورثة ممنوعاً من التصرف فيه، وتعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى وقبل قبوله، بناء على منع الوارث من التصرف قبله. وتعلق حق الشفعة بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة ابطالها، وتغذية الولد المملوك بنظفة سيده فيما اذا اشترى امة حبلى فوطئها فأتت بالولد بناء على عدم جواز بيعها وكونه مملوكاً ولد من حرّ شريك في امة حال الوطي، فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه الا بتقويمه واخذ قيمته وتعارض السبب المملّك والمزيل للملك، كما لو قهر حربى اياه والغنيمة قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك وغير ذلك ممّا سيقف عليه المتنبّع، لكننا نقصر على ما اقتصر عليه الاصحاب من ذكر الوقف، ثم امّ الولد، ثم الرهن، ثم الجناية انشاء الله تعالى

الاثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فان كان المؤثر بحسب الصورة متعدداً لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها، ففي المقام لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الإعداد الخاصة وان المانع هو الجامع بين تلك الموانع.

وفيه: ان هذا البرهان لو تم وكان جارياً في الأحكام الشرعية - من جهة انه وان لم يكن فيها تأثير وتاثر، وان مقتضى الجعل ارادة الجاعل، الا انه بلحاظ المصالح والملاكات يجري فيها هذا البرهان، فان المولى الحكيم اذا لم يكن شيء دخيلاً في الملاك لما كان آخذاً اياه في الموضوع

فانما هو في خصوص المقتضى الذي يترشح منه المقتضي، ولا يتم في الشرائط الدخيلة في فعالية الأثر من المؤثر والموانع، ولذا لم يتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد،

فلا بد من تعيين احد الوجهين من الرجوع الى الأدلة اللفظية، وهي تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشترط عدمه، وليس في الأدلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقاً، وعليه فالأظهر هو الثاني.

مسألة لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجملة و محكياً [١]

بيع الوقف

[١] مسألة: لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجملة و محكياً.

حق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الاول: في اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها او بلازمها لعدم جواز البيع.

الثاني: في الأدلة الخاصة.

اما المورد الأول: فالوقف لغة: هو ايقاف الشيء و حبسه المساوق للسكون في قبال الجريان في التقليبات و ليس له في الإصطلاح معنى اخر، بل ذكروا في حقيقته انه تحبیس الأصل و تسبیل المنفعة.

و في النبوي: انه حبس الأصل و سبل الثمرة^(١)

و المراد من التحبیس: اما الممنوعة عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر،

او قصر الملك على شخص او جهة مثلاً بحيث لا يتعدها، و على التقديرين يثبت المطلوب،

اما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعة من التصرف، و مقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف

و به يظهر وجه ما افاده صاحب الجواهر رحمته من: ان الوقف مادام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد، نعم اذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

و اما على الثاني: فلأن حقيقة الملك لا تختلف في الوقف و غيره، فحيثية عدم التعدي عن موضوعه راجعة الى عدم نفوذ التصرف فيه شرعاً بالإنتقال من موضوعه.

و اما المورد الثاني: فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

لعموم قوله ﷺ: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها. [١]
 ورواية ابي علي بن راشد، قال: سألت ابا الحسن ﷺ قلت جعلت فداك: اني
 اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي، فلما عمرتها خُبرت أنها وقف فقال لا يجوز
 شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى ما اوقفت عليه، قلت: لا اعرف
 لها رباً قال تصدق بغلتها [٢]

[١] الأول: عموم قوله ﷺ: الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها.
 ففي مكاتبة الصفار الى ابي محمد الحسن بن علي ﷺ في الوقف و ما روي فيه
 عن آبائه ﷺ فوقع ﷺ: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله تعالى (١).
 وفي اخري: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله. وقد استدل به
 المصنف ﷺ.

وفيه: ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التي قررها الواقف من
 القيود والشروط في الموقوف عليه والعين الموقوفة و صرف المنافع، وليس المراد به ان
 الوقوف يجب ابقائها، و عليه
 فان كان عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف فلا وجه للإقتصار على هذا الخبر
 بل كان الاولى ان يتمسك اولاً بالعمومات الأولية من قبيل «اوفوا بالعقود» و
 غيره

وان لم يكن مأخوذاً فيها كما هو مسلك المصنف ﷺ على ما يصرح به في الصورة
 الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتيبه على الوقف.

[٢] الثاني: خبر ابي علي بن راشد المذكور في المتن.
 وهذا الخبر مروي في الكافي والفقيه، وهو في الأول مجهول، وفي الثاني صحيح،
 فلا خدشة فيه سنداً. واما من حيث الدلالة

فقد يقال: انه يدل - بقرينة ذيله - على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، و
 هذا مما لا كلام فيه، انما الكلام في الشراء من الموقوف عليه.

ولكن يرد عليه: ان الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً لا صدور البيع من
 غير اهلها، مع ان ترك الإستفصال في الصدر في مقام الجواب كاف في اطلاق المنع

و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة (صلوات الله عليهم اجمعين) مثل ما عن ربعي بن عبدالله عن ابي عبدالله عليه السلام في صورة وقف امير المؤمنين عليه السلام

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدّق به عليّ بن ابي طالب عليه السلام وهو حيّ سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب، حتّى يرثها الله الذي يرث السموات والأرض واسكن فلاناً هذه الصدقة ماعاش وعاش عقبه، فاذا انقرضوا فهي لذوى الحاجة من المسلمين الخبر [١] فإنّ الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

اذ السؤال لم يكن مقيداً في الصدر وانما قيده بعد جوابه عليه السلام، فجوابه مطلق فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف.

[١] الثالث: ما روي^(١) في صدقات امير المؤمنين عليه السلام المذكور في المتن

بدعوى ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

الذي يظهر من كلمات المصنف رحمته الله وغيره ابتناء الاستدلال به على ذلك، وان الأمر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة او لشخصها.

و حق القول في المقام ان يقال: انها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التملك المتقرّب به الى الله تعالى، ولها نوعان:

احدهما: ما هو قسيم للوقف وهو يمتاز عن الوقف بفصل عدمي وهو عدم كونه بحيث لا يباع ولا يوهب.

ثانيهما: الوقف، وهو ما يكون متفصلاً بكونه بحيث لا يباع ولا يوهب

و عليه فالصدقة بمنزلة الجنس و باحد الفصيلين تصوير وقفا وبالأخر صدقة خاصة. فقلوه عليه السلام لا تباع ولا توهب ليس وصفا لنوع الصدقة قطعاً. اللهم الا ان يقال: ان امراءهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفا للنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا الإيراد. ثم ان مرادهم من كونه وصفا للنوع اعم من كونه فصلاً مقوماً للنوع و كونه

و يبعد كونها شرطا خارجاً عن النوع مأخوذاً في الشخص [١]، مع أنّ سياق الاشتراط يقتضى تأخّره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم، خصوصاً مع كونه اشتراطاً عليهم

لازماً للوقف.

فلا يرد على المصنف رحمته التهاافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفة لنوع الصدقة، و يصرح فيما بعد بعدم كون المنع من الانتقال مأخوذاً في حقيقة الوقف كما لا يخفى.

[١] والمراد من كونه وصفاً للشخص كونه وصفاً له بنحو الإشتراط، اذ لو لم يكن ذلك فصلاً او لازماً للنوع يتمتع كونه مقوماً للشخص بما انه فرد لهذا النوع، و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصاً بنحو الإشتراط و الإلتزام، فالأمر يدور بين كونه و صفاً للنوع و كونه وصفاً للشخص بنحو الإشتراط.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: ان الظاهر من قوله لا يتبع لا يتبع كونه بنفسه وصفاً للصدقة لا التزاماً وجعلاً.

الثاني: انه لو كان شرطاً و التزاماً في ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره الا بعد تحقق الإلتزام الأول بماله من الأركان التي منها الموقوف عليه، سيما و ان الإلتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: ان الظاهر من صورة الوقف انه في مقام انشاء الوقف كتبنا مطابقاً للإنشاء اللفظي الذي أنشأه في الخارج، و اذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطاً خارجياً لما صح الإنشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: انه لو كان شرطاً كان يصدر الوصف بكلمة على او نحو ذلك فكأن و صفاً للنوع ولكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين احدهما: المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفاً للنوع لا يدل على المطلوب، اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، و لا بأس به.

مع أنّه لو جاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسداً، بل مفسداً [١] لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع الفساد بين الموقوف عليهم او رفعه، او طرؤ الحاجة او صيرورته ممّا لا ينتفع به اصلاً الاّ ان يقال انّ هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدّم في رواية ابن راشد في انصرافه الى البيع لا لعذر [٢] مع انّ هذا التقييد ممّا لا بدّ منه [٣] على تقدير كون الصّفة فصلاً للنوع او شرطاً خارجياً، مع احتمال علم الامام بعدم طرؤ هذه الامور المبيحة [٤] وحينئذٍ يصحّ ان يستغنى بذلك عن التّقييد على تقدير كون الصّفة شرطاً بخلاف ما لو جعل وصفاً داخلياً في النوع، فانّ العلم بعدم طرؤ مسوّغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

[١] وذكر المصنف من مرجحات كونه وصفاً للنوع ما حاصله: انه لو كان شرطاً كان اطلاقه مخالفاً للمشروع للجواز في بعض الأحيان فكان فاسداً بل مفسداً، والظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت في موارد الإستثناء، والجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به - حيث انه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية واستشكل فيه من الناحية الأولى - ان الجواز في موارد الإستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثاني فتأمل.

وكيف كان فدفعه بوجهين

[٢] احدهما انصراف البيع الى البيع لا لعذر

[٣] ثانيهما لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف فصلاً للنوع او شرطاً خارجياً -

و يرد عليه : ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفاً للمشروع على جميع التقادير، وان كان عدم الفعل لم يكن مخالفاً له، فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفاً للكتاب والسنة.

[٤] وربما يذكر من مرجحات كونه شرطاً خارجياً ما محصله: انه لو كان شرطاً يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه عليه السلام بعدم طرؤ المسوّغات المنافية للاشتراط.

فظهر أنّ التمسك باطلاق المنع على البيع على كون الوصف داخلاً في اصل الوقف، كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، وان كان الانصاف ممّا ذكرنا من ظهور سياق الاوصاف في كونها اوصافاً للنوع، ومّا ذكرنا ظهر أنّ المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: [١] حقّ الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها، وحقّ البطون المتأخّرة عن بطن البائع السّابق و التّعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإنّ الوقف متعلّق لحقّ الله حيث يعتبر فيه التّقرّب، و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه، و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلّها و سيجيء التفصيل.

و لو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، اذ علمه ﷺ بان شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لايجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص.

[١] ذكر المصنف رحمه الله تعالى تبعاً لبعض الأساطين: ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: حق الواقف، حق البطون المتأخّرة عن بطن البائع السابق، و التّعبّد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول:

اما كونه متعلّقاً لحق الواقف، فتقريبه: ان الواقف يجعل العين وقفا يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعاً اُخروياً بانتفاع الموقوف عليهم، والبيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

و فيه: ان مجرد انتفاع الواقف اُخروياً بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعاً عن البيع، فان هذا لا يوجب حدوث حق اعتباري في العين مانع عن بيعها، و تفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعاً عن البيع،

مع ان متعلّق البيع نفس العين، والمثوبات انما تكون بازاء الانتفاعات، فلا مانع من بيع العين و بقاء حق الموقوف عليهم في استيفاء المنافع الموجب لانقطاع الواقف متعلّقاً بها. فتأمل.

لا يقال: ان المراد ان هذا غرض معاملي للواقف حيث انه انشأ الوقف ببقاء العين و تسبيل المنفعة و قد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: الوقوف على حسب ما يقفها أهلها.

ثمَّ انَّ جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف الى ان يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل او لا اليه، فإنَّ مدلول صيغة الوقف و ان اخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه، الاَّ أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء، كما انَّ مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

الاَّ أنه ذكر بعض في هذا المقام. انَّ الذي يقوى في النظر بعدا معانه انَّ الوقف ما دام وقفاً لا يجوز بيعه، بل لعلَّ جواز بيعه مع كونه وقفاً من التّضاد، نعم إذا بطل الوقف اتّجه حينئذ جواز بيعه، ثمَّ ذكر بعض مبطلات الوقف المسوّغة لبيعه، وقد سبقه الى ذلك بعض الاساطين في شرحه على القواعد.

فانه يرد بان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لا حق الواقف.

واما كون العين مورداً لحق الله سبحانه،

فتقريبه: ان الوقف صدقة في سبيله تعالى و هي له، و بهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

وفيه: ان غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل، واعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية، و هما متحققان في جميع العبادات، و لا يوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

واما كون العين مورداً لحق البطون اللاحقة

فتقريبه: ان الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، و هو يمنع عن البيع.

وفيه: ان ما يثبت للبطون اللاحقة لا محالة يكون بأنشاء الواقف، و من الواضح انه انما انشأ الملكية خاصة، فليس هناك امر آخر اعتباري يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع و اما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين مورداً للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه لاجهة.

حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص والاجماع، بل الضرورة: بأن البيع وضرابه ينافي حقيقة الوقف لاخذ الدوام فيه، وان نفي المعاوضات مأخوذة فيه ابتداء. [١]

وفيه أنه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين او عنها وعن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع، فهذا لا محصل له فضلاً عن ان يحتاج الى نظر، فضلاً عن امعانه، وان اريد به انتفاء اصل الوقف كما هو ظاهر من كلامه، حيث يجعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف. ففيه مع كونه خلاف الاجماع اذ لم يقل احد ممن اجاز بيع الوقف في بعض الموارد [٢] ببطلان الوقف

نعم يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع، وهو: ان البطن الموجود انما يملك العين بالملكية المحدودة لا المرسلة، فان تلك كانت للواقف، وقد قسمها على البطن، فكل بطن يملك العين في مدة محدودة، و البيع هو التملك مرسلًا مطلقًا، فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

[١] وقد وقع النزاع بين صاحب الجواهر رحمته و شيخه، وبين المصنف رحمته

[١] فقد ذهب الأولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع،

[٢] وخالفها المصنف رحمته و ذهب الى بقاءه ما لم يتحقق البيع، وبه يبطل.

وقد يقال: انه لا ثمره لهذا النزاع، فانه قبل طرء المسوغ لا يجوز البيع وبعده يصح،

ولكن اذا طرأ المسوغ ولم يبيع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفة الوقفية لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فان الوقف لا يعود بارتفاعه

واما على القول ببقائها يمكن القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ اللهم الا ان يقال: ان دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم ازمانى له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا اطلاق دليل المنع، فلا تكون هذه ثمرة فتأمل.

و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف ان المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التملك. و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز ايجابه بلفظ تصدقت، الا ان المالك له بطون متلاحقة، فاذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع ولياً على جميع الملاك في ابدال ما لهم بمال آخر، و اذا جاز لا معه كما اذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببيعهم لأنفسهم، فاذا لم يبيعوا لم يبطل. و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله. و لذا صرح في جامع المقاصد، بعد جواز رهن الوقف وان بلغ حداً يجوز بيعه معللاً باحتمال طرؤ اليسار للموقوف عليهم عند ارادة بيعه في دين المرتهن.

اذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان
لاصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالاً: [١]

فان هذا لا يتم على ما سلكناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.
و كيف كان: فقد عرفت ان ما اختاره صاحب الجواهر اقوى.

الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا

[١] اذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم: ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالاً.
و لا يخفى ان استفادة الاتفاق من الأصحاب و لو في مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم في اصل الخروج عن المنع و في موارد، و كلماتهم لا تخلو من الإشكال والتشويش، و قد بذل جمع - منهم المصنف رحمه الله - جهدهم في استقصائها، شكر الله مساعيهم و انما اكتفى بنقل كلمات المصنف من دون اظهار النظر في شيء منها و اليك نص ما افاده.

أحدها: عدم الخروج عنه أصلاً وهو الظاهر من كلام الحلي حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد رحمته والذي يقتضيه مذهبن أنّه بعد وقفه و تقيضه لا يجوز الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه و سبله ولا بيعه سواء كان بيعه أدّر [أَعُوذَ] عليهم أم لا، و سواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره أو يحصل بحيث لا يجدي نفعاً أم لا، قال الشهيد رحمته بعد نقل اقوال المجوّزين وابن ادريس سدّ الباب و هو نادر مع قوّته، و قد ادّعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبّد قال: إنّ الخلاف الذي حكيناه بين اصحابنا أنّما هو اذا كان الوقف على قوم، و من بعدهم على غيرهم، و كان الواقف قد اشترط رجوعه الى غيره الى ان يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

و فيه نظر يظهر ممّا سيأتي من ظهور اقوال كثير من المجوّزين في المؤبّد. و حكى المنع مطلقاً عن الاسكا في و فخر الإسلام ايضاً، الّا في الات لموقوف و اجزاءه التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع، قال الاسكا في على ما حكى عنه في المختلف أنّ الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله الى زوال ما سبّله من منفعته، فلا بأس ببيعه و ابدال مكانه بئمنه ان امكن او صرفه فيما كان يصرف اليه منفعته، او ردّ ثمنه على منافع ما بقي من اصل ما حبس معه اذا كان في ذلك صلاح، انتهى. و قال فخر الدّين في الايضاح في شرح قول والده رحمته و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به، او انكسر الجذع بحيث لا يستنفع به في غير الاحراق، فالاقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع بعموم النص في المنع: و الاصحّ عندي جواز بيعه و صرف ثمنه في المماثل ان امكن و الّا ففي غيره، انتهى. و نسبة المنع اليهما على الاطلاق لا بدّ ان يبيّن على خروج مثل هذا عن محلّ الخلاف و سيظهر هذا من عبارة الحلي و الكافي ايضاً فلاحظ

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد، و هو المحكي عن القاضي حيث قال في المحكي المهدب: اذا كان الشيء وقفا على قوم و من بعدهم إلى غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه فان كان وقفا على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدّمناه، و حصل الخوف من هلاكه او فساد، او كان باربابه حاجة ضرورية يكون بيعه اصلح لهم من بقاءه عليهم، او يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد، فإنّه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فان لم يحصل شيء من ذلك لم يجوز بيعه على وجه من الوجوه، و لا يجوز هبة الوقف و لا الصدقة به ايضاً، و حكي عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي. لكنّ العبارة المحكيّة عن كافيه لا تساعده بل ربّما استظهر منه المنع على الاطلاق فراجع.

و حكي التفصيل المذكور عن الصدوق و المحكي عن الفقيه أنّه قال: بعد رواية عليّ بن مهزيار الآتية أنّ هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على اولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجوز بيعه ابداً. ثمّ أنّ جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضي كما لا يخفى.

ثمّ أنّ هؤلاء ان كانوا ممّن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثه الموقوف عليه فللقول، بجواز بيعه وجه، امّا اذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف او ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم. و قد حكي القول بهذين عن القاضي إلا أنّ يوجّه بأنّه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتّى يكون حبساً بل هو وقف حقيقي و تمليك للموقوف عليهم مدّة و جودهم، و حينئذ فيبيعهم له مع تعلّق حقّ الواقف نظير بيع البطن الأوّل مع تعلّق سائر حقّ البطن في الوقف المؤبد. لكنّ هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبي المحكي عنه القول المتقدّم حيث انه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة وأما المنقطع فلم ينصوا عليه و ان ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع الى ورثة الواقف كالشيخ وسلاسله، ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد ابي المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد وكيف كان فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء. فنقول قال المفيد في المقنعة: الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف ادر [اعود] عليهم وانفع لهم من تركه على حاله و اذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه، لم يجز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجوهه وسبله متى اشترط الواقف في الوقف أنه متى احتاج اليه في حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه في مصالحه جاز له فعل ذلك وليس لأرباب الوقف بعد وفات الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع او هبة او يغيروا شيئاً من شروطه إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان او غيره، او يحصل بحيث لا يجدي نفعاً فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه. كذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه، كان لهم حله ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الاسباب والضرورات انتهى كلامه ﷺ.

وقد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد تجويز بيع الوقف في خمسة مواضع وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط الى المواضع الثلاثة المذكورة، بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم وفات الواقف فلا حظ وتأمل. ثم ان العلامة ذكر في التحرير ان قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث الى قوله انفع لهم من تركه على حاله متأول، ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظااهره للمفيد، وقال في الانتصار على ما حكى عنه، و مما انفردت الامامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعاً، جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وان ارباب الوقف متى دعهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة

ثم احتجّ باتفاق الامامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيّد ورده بكونه مسبوقاً و ملحقاً بالاجماع، و أنّه انما عوّل في ذلك على ظنون له و حسبان اخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها انتهى.

ثم قال: و اما اذا صار الوقف بحيث لا يجدي اودعت اربابه الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لانه انما جعل لمنافعهم فاذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه، و لم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذي ذكرناه، انتهى.

و قال في المبسوط و انما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، و هو انه اذا خيف على الوقف الخراب، او كان باربائه حاجة شديدة و لا يقدرّون على القيام به، فحينئذٍ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى.

ثم احتجّ على ذلك بالاخبار، و قال سلار فيما حكى عنه: و لا يخلو الحال في الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التي وقف فيها، او يتغيّر الحال فان لم يتغيّر الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، و لا هبته و لا تغيير شيء من احواله، و ان تغيّر الحال في الوقف حتّى لا ينتفع به على أيّ وجه كان، او لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع لهم انتهى.

و قال في الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه اذا صار بحيث لا يجدي نفعاً و خيف خرابه او كانت باربائه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة و لأنّ غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فاذا لم يبق له منفعة الا على الوجه الذي ذكرنا جاز، انتهى.

و قال في الوسيلة و لا يجوز بيعه يعني الوقف الا بأحد شرطين: الخوف من خرابه او حاجة بالموقوف عليه، شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

و قال الراوندي في فقه القرآن على ما حكى عنه: و انما يملك بيعه على وجه عندنا و هو اذا خيف على الوقف الخراب أو كان باربائه حاجة شديدة.

و قال في الجامع على ما حكى عنه: فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه، انتهى.

و عن النزّهة: لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة، و يكون بيع الوقف صالح لهم، انتهى.

و قال في الشرائع و لا يصحّ بيع الوقف ما لم يؤدّى بقاؤه إلى خرابه، لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود.

و قال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا يخشى خرابه، بل كان البيع انفع لهم قيل: يجوز بيعه و الوجه المنع، انتهى.

و مثل عبارة الشرائع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد في الكتابين. و قال في التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه عن الوقف، و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا، ثم ذكر كلام ابن ادریس و فتواه على المنع مطلقاً، و تنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، و نفيه الخلاف على المنع في المؤبد، ثم قال: و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية، كدار انهدمت و عادت مواتاً و لم يتمكّن من عمارتها و يشتري بضمنه ما يكون وقفاً كان وجهاً، انتهى.

و قال في بيع التحرير، و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامراً، و لو أدّى بقاؤه إلى خرابه جاز، و كذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين أربابه مع بقائه على الوقف انتهى.

و عن بيع الارشاد، لا يصحّ بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأى، و عنه في باب الوقف: لا يصحّ بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليه خلف و يخشى به الخراب، و قال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: و الوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى.

و قال في كتاب البيع، لا يصحّ بيع الوقف لنقص الملك فيه اذ القصد منه التأييد، نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوّز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

وقال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين خوف الفساد باختلاف و اذا كان البيع اعود مع الحاجة، وقال في الدروس: لا يجوز بيع الوقف الا اذا خيف من خرابه أو خلف اربابه المؤدى إلى فساد. وقال في اللمعة: لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف اربابه فالمشهور الجواز، انتهى.

وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: ان لا صاحبنا في بيع الوقف اقوالاً متعدّدة أشهرها جوازه اذا وقع بين اربابه خلف و قتنه و خشى خرابه و لا يمكن سدّ الفتنة بدون بيعه و هو قول الشّيخين. واختاره نجم الدّين و العلامة، انتهى.

وقال في التّقيح على ما حكى عنه اذا آل الى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به اصلاً جاز بيعه.

و عن تعليق الارشاد يجوز بيعه اذا كان فساد يستباح فيه الانفس، و عن ايضاح التّافع أنّه جَوِّز بيعه اذا اختلف اربابه اختلافاً يخاف معه القتال. و نهب الاموال و لم يندفع الاّ بالبيع، قال: فلو امكن زواله و لو بحاكم الجور، لم يجز. و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه، انتهى.

و مثله الكلام المحكيّ عن تعليقه على الشّرائع.

و قال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارة القواعد الى موافقة الأكثر: انّ المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع:

احدها: اذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد اذا اندرست و جذوعه اذا انكسرت.

ثانيها: اذا حصل خلف بين اربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة عليّ بن مهزيار و يشتري بثمنه في الموضعين ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان، و يتولّى ذلك النّاظر الخاصّ ان كان و الاّ فالحاكم.

ثالثها: اذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها، لرواية جعفر بن حنّان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه رفع مقامه.
و قال في الرّوضة: و الاقوى في المسألة ما دلّ عليه صحيحة عليّ بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه اذا وقع بين اربابه خلف شديد، علّله عليه السلام بأنّه ربّما جاء فيه تلف الاموال و النفوس. و ظاهره أنّ خوف ادائه اليهما و الى احدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك، قال و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه و ان احتاج اليه ارباب الوقف و لم يكفهم غلّته او كان بيعه اعود او غير ذلك ممّا قيل لعدم دليل صالح عليه، انتهى.

و نحوه ما عن الكفاية، هذه جملة من كلماتهم المرئية او المحكيّة، و الظاهر أنّ المراد بتأدية بقاء الوقف الى خرابه حصول الظنّ بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان التأدية في بعض تلك العبارات متّحداً مع عنوان خوفها و خشيتها في بعضها الاخر، و لذلك عبّر فقيه واحد تارة بهذا و اخرى بذلك، كما اتّفق للفاضلين و الشّهاد و نسب بعضهم عنوان الخوف الى الأكثر، كالعلامة في التذكرة و الى الأشهر كما عن ايضاح النافع، و آخر عنوان التأدية الى الأكثر، كجامع المقاصد، او إلى المشهور كاللمعة، فظهر من ذلك أنّ جواز البيع بظن تأدية بقائه إلى خرابه ممّا تحقّقت فيه الشّهرة بين المجوّزين لكن، المتيقّن عن فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف اربابه، اللهم الاّ ان يستظهر من كلماتهم كالتّص كون الاختلاف من باب المقدّمة و أنّ الغاية المجوزة هي مظنة الخراب

و ان شئت الاطلاع على نظرات الفقهاء العظام فانظر الى ما جمعه المصنف رحمه الله فانه قد استقصى الكلام في ذلك بنحو لم يبق مورد له دخل في كيفية الاستنباط الا وقد اشار اليه.

اذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد وأخرى في المنقطع.
 اما الأول فالذي ينبغي ان يقال فيه ان الوقف على قسمين:
 احدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم استجاره و
 أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.
 والثاني: ما لا يكون ملكاً لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير، [١] كما
 في المساجد والمدارس و الرّبط بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين،
 كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنّما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو
 سكنه احد بغير حق فالظاهر أنّه ليس عليه اجرة المثل.

و الكلام يقع تارة: في الوقف المؤبد، واخرى: في المنقطع.
 [١] اما الأول: ففي المكاسب: ان الوقف على قسمين: احدهما: ما يكون ملكا
 للموقوف عليهم، والثاني: ما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير...
 تنقيح القول في المقام: ان الكلام يقع اولاً: في انه هل يخرج الملك عن ملك
 الواقف ام لا؟
 ثم في انه على فرض الخروج هل يدخل في ملك الموقوف عليه خاصا او عاما
 اولاً،

ام يفصل بين العام والخاص؟
 اما الموضع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذي ذهب اليه ابو الصلاح: بقوله صلى الله
 عليه وآله: حبس الأصل و سبل الثمرة^(١). و بقول الفقهاء: انه تحبیس الأصل و تسبیل
 الثمرة. بتقريب: ان الظاهر من الحبس ابقائه على حاله و ملك ماله.
 وفيه ان الظاهر من الحبس بقريئة تسبيل المنفعة، الحبس على الموقوف عليه كما
 ان التسبيل له لا التحبیس على الواقف.
 وقد استدل للخروج عن ملكه بوجوه يئنة الفساد
 والصحيح ان يستدل له: بان الملكية من الإعبارات، و الاعتبار لا بد و ان يكون
 بلحاظ الآثار، فالإعبار الذي لا يترتب عليه اثر لغو لا يصدر من العقلاء و الشارع

و حيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات و رجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو و بلا اثر، فلا يصدر من العقلاء و الشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

و يمكن ان يستدل له بما اشتمل من النصوص^(١) على كيفية الوقوف و صدقات المعصومين عليهم السلام من قولهم بتا بتلا اي منقطعا عن الواقف و مبانا عنه، لأن البت و البتل بمعنى القطع.

واما الموضع الثاني:

فعن الأكثر - بل المشهور - انتقاله الى الموقوف عليه، و تقل الحلبي عن بعضهم: اختيار انتقاله الى الله تعالى، و عن المبسوط: نسبته الى قوم، و عن الشهيد الثاني في المسالك، و العلامة في القواعد: التفصيل بين العام والخاص.

و قد استدل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجه:

الأول: ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان.

وفيه: انه يكفي في الحكم بالضمان اضافتها اليه و لو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البذل كالمبدل مورداً و مصرفاً لانتفاعه به.

الثاني: ان فائدة الملك - وهي استحقاق النماءات و المنافع - تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.

و فيه ان ملكية المنافع و النماءات ان لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين، و اما اذا تعلق الانشاء بها مستقلاً - كما في باب الإجارة - فلا تكشف عن ملكية العين،

والمقام من هذا القبيل، فان الوقف تسبيل للمنافع بالاستقلال.

الثالث: ان الوقف من اركانه الموقوف عليه، اما خاصا او عاما، و لو كان مجرد

.....

فك الملك لما احتاج اليه.

وفيه: ان الإحتياج اليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع او الإئتفاع لا من حيث كونه فكاً للملك.

الرابع: ان الوقف لو كان فكاً لا تمليكا لما احتاج الى القبول كالعق، مع انه يتوقف عليه.

وفيه: ان الإحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف موردا ومصرفا للنماءات والإئتفاعات.

واستدل للقول بانتقاله الى الله تعالى: بان الوقف ازالة الملك عن المالك على وجه القرية، فيكون منتقلا الى الله تعالى، وهو كما ترى.

واستدل للقول الثالث: في الخاص بما تقدم، وفي العام والجهات بتساوي نسبة كل واحد من المستحقين، واستحالة ملك كل واحد او واحد معين او غير معين للإجماع، واستحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لإختصاص الحاضر به، فيتعين ان يكون لله.

وفيه: اولا: انه لا مانع من الإلتزام بانه مال لا مالك له.

وثانيا: انه يمكن الإلتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس والزكاة.

والحق ان يقال: ان الوقف على اقسام:

احدها: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها باجارتها ونحوها كالأوقاف الخاصة او ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبيستان الموقوف على الطلاب.

ثانيها: ما يملك الموقوف عليه الإئتفاع بها ولا يملك المنفعة، كان ملك الإئتفاع بانشاء الواقف كالمدارس والخانات، او بحكم من الشارع كالمسجد، فانه لم يقصد به

والظاهر أنّ محل الكلام في بيع الوقف أنّما هو القسم الأول.

وأما الثاني : فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك. [١]
وبالجملة فكلّاهم هنا فيما كان ملكاً غير طلق لا فيما لم يكن ملكاً،
وحينئذٍ فلو خرب المسجد، وخربت القرية، وانقطعت المارّة عن الطريق الذي فيه
المسجد، لم يجز بيعه

الا جعله مسجداً، وقد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف
وفقاً على المصلين.

ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة ولا الانتفاع، كما في المعلقات الموقوفة على
الروضات والمشاهد المقدسة.

أما في الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عد
ملكية العين، اذ لو كانت العين ملكاً كانت المنفعة ايضاً ملكاً.

وأما في الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك في
النصوص بالصدقة التي هي الإعطاء مجاناً بقصد القرية، سيما وفي بعضها مثل ما تضمن^(١)
صدقة الإمام الكاظم عليه السلام نسبتها الى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فانه لا ينبغي التوقف
في استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكاً

إذا عرفت ان للوقف قسمين: أحدهما: ما يكون ملكاً للموقوف عليهم، وثانيهما: ما
لا يكون ملكاً لهم بل هو فك وتحرير، فاعلم: انه يقع الكلام في مقامين:
الأول: في بيع ما لا يكون ملكاً في الموارد التي لو كانت ملكاً كان يجوز بيعها.
الثاني: في ما يكون ملكاً لهم.

[١] أما المقام الأول: فقد قال المصنف رحمه الله: وأما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في
عدم حواد بيعه لعدم الملك.

وصرف ثمنه في أحداث مسجد آخر أو تعميره.

والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم تمامية الملك، بل لعدم اصل الملك برجوعها الى الله ودخولها في مشاعره أنه مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة يؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها أن كان مسجداً مثلاً، واحكام السجلات لئلا يغلب اليد، فيقضى بالملك وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدماً للأقرب والأحوج والافضل احتياطاً، ومع التعارض فالمدار على الرجح، وان تعذر صرف الى غير المماثل، كذلك فإن تعذر صرف في مصالح المسلمين. وأما غير الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائع ونحوها، فإن بقيت على حالها وامكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أعدت له كانت على حالها، والآ جعلت في المماثل، والآ ففي غيره، والآ ففي المصالح على نحو ما مر.

الكلام في هذا المقام يقع في موارد:

أحدها: في حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالخانات والمدارس ونحوها.

ثانيها: في حكم المسجد.

ثالثها: في اجزاء المسجد.

رابعها: في ثوب الكعبة.

أما المورد الأول: فان قلنا بانه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، ولا اجازتها لعدم ملك المنفعة على الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتى في مثل المسجد اذا خرب لا ينطبق على هذا المبني، واما على المختار من عدم اعتبار ذلك وانه يكفي كونه مالكا للبيع ومسلطاً على التملك - كما في بيع الكلي في الذمة واجارة الحر نفسه - فلا اشكال في جواز البيع، اذ كما يقال في الوقف الخاص: ان العين بشخصها محبوسة مادام الى ذلك سبيل والا فهي محبوسة

وان تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، او ما قام مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع الى حكم الاباحة والعود ملكاً للمسلمين ليصرف في مصالحهم والعود الى المالك، ومع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك. ويحتمل بقاءه على الوقف وبيع احترازاً عن التلّف والضرر ولزوم الحرج وتصرف مرتباً على التحو السابق، وهذا هو الاقوى، كما صرّح به بعضهم، انتهى.

وفيه انّ اجارة الأرض وبيع الآلات حسنٌ لو ثبت دليل على كونه ملكاً للمسلمين [١] ولو على نحو الأرض المفتوح عنوة، لكنّه غير ثابت والمتيقّن خروجه عن ملك مالكة. وأمّا دخوله في ملك المسلمين فمنفي بالأصل، نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لاصالة الاباحة، ولا يتعلّق عليهم اجرة،

بماليتها دون شخصها فتتبدل بعين اخرى تجعل مكانها كذلك يقال في الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها مادام يمكن الانتفاع بها، والا فهي محبوسة بماليتها ومطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما اصلا.

وبما ذكرناه يظهر حال الاجارة، وانها تصح، بل هي اولى بذلك من البيع، فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

[١] كما انه ظهر حكم حصير المسجد، فانه كسائر الأوقاف العامة، ولا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكاً للمسلمين كما افاده المصنف رحمه الله.

كما انه ظهر حكم الأوقاف العامة التي ليست لأجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالتزيين، فانها وان لم تكن مملوكة لأحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

ثم انه ربما بنافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته [١] مثل رواية مروان بن عبد الملك، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام: عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده هل يصلح ان يبيع ما اراد؟ قال: يبيع ما اراد ويهب ما لم يرد وينتفع به ويطلب بركته، قلت: ايكف به الميت؟ قال: لا، قيل: وفي رواية اخرى يجوز استعماله وبيع نفسه، وكذلك ما ذكره في بيع حُصْر المسجد اذا خلقت وجذوعه اذا خرجت عن الانتفاع.

اللهم الآن يقال ان ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت والمسجد فيكون كسائر اموالهما. ومعلوم ان وقفية اموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول، وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللتأظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكاً طلقاً كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للتأظر ببيع مع المصلحة ولولم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديداً غير مستعمل وبين ما يكون من الأموال وقفاً على المسجد، كالحصير الذي يشتريه الرجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكاً للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه، الا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

واما المورد الثاني: فملخص القول فيه: ان للمسجد - مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة ويجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة وغيرها - حيثة اخرى، وهي حيثة المسجدية واحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب ازالة النجاسة عنه ونحوهما، وهذه الحيثة - اي حيثة كون الأرض بيت الله - قائمة بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، وهذه الحيثة تمنع عن بيعه.

واما اجارته فيما انه لا تنافي هذه الحيثة، ومن حيث انه وقف عام ايضاً لا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها. وبذلك ظهر تمامية ما افاده كاشف الغطاء رحمته الله.

[١] قوله ما ورد في بيع ثوب الكعبة ^(١) سيأتي البحث فيه في المورد الرابع

ثمّ الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد، أنّ الحصر يتصوّر فيه كونه وقفاً على المسلمين، ولكن يضعه في المسجد، لأنّه أحد وجوه انتفاعهم كالماء المسبّل الموضوع في المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به ولو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره ولو مع حاجته لكن يبقى الكلام في مورد الشكّ مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حبّ ماء فيه. وإن كان الظاهر في الأوّل الاختصاص وأوضح من ذلك التّربّ الموضوعة فيه.

وفي الثّاني: العموم فيجوز التّوصّي منه وإن لم يرد الصّلاة في المسجد، والحاصل أنّ الحصر وشبهها الموضوعة في المساجد وشبهها يتصوّر فيها اقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد واضرابه فتعرّض الاصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا. نعم ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع ان المحكيّ عن العلامة وولده والشّهيدين والمحقّق الثّاني جواز بيعه، وان اختلفوا في تقييد الحكم واطلاقه، كما سيّجىء الاّ أن نلتزم بالفرق بين ارض المسجد. فإنّ وقفها وجعلها مسجداً فكّ ملك، بخلاف ما عداها من اجزاء البنيان كالاشخاب والاحجار فإنّها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمّل.

وكيف كان فالحكم في ارض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو أبقاؤها مع التّصرف في منافعها، كما تقدّم عن بعض الاساطين او بدونه. وأما اجزاؤه كجذوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة في صرف عينه

واما المورد الثّالث: فالظاهر ان حالها حال المسجد، فانها من اجزائه، وتجمعها والعرصة صيغة واحدة، وبناء الاصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس ووجوب ازالة النجاسة وغيرهما ما لم يصرح بعدم دخولها في المسجد، وعليه فلا يجوز بيعها بوجه. فان امكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، والا ينتفع بها في مسجد آخر، وان لم يمكن صرفت في سائر مصالح المسلمين.

يجب صرف عينه فيه، لأن مقتضى وجوب ابقاء الوقوف واجرائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب ابقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال، وإن لم يكن مصلحة في ردّه جزءاً للمسجد، فبناء على ما تقدّم من أنّ الوقف في المسجد واضرا به فكّ ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك، وحينئذٍ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعيّن صرفه في مصالح ذلك، كاحراقه لآجر المسجد ونحو ذلك، كما عن الرّوضة والأصناف في مسجد آخر، كما في الدرّوس، والأصناف في سائر مصالح المسلمين، قيل: بل لكلّ أحد حيازته وتملّكه. وفيه نظر، وقد الحقّ بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفة على الطّريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المشتغلين والعبد المحبوس في خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المارّة والبواري الموضوعة لأصلاة المصلّين وغير ذلك ممّا قصد بوقفه الانتفاع العامّ لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالاجارة

وما عن كاشف الغطاء من أن لكل أحد حيازتها وتملكها - من جهة أن للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة.

ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك.

كما أن ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد وبنائه، في غير محله.

وأما المورد الرابع: فقد دلت النصوص^(١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو

المرسوم من البيع بعد سنة، ولا يهمنّا البحث في تطبيقها على القواعد.

وما افاده المحقق الإيرواني^(٢) من: أن عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبدول

كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة، فالعين باقية على ملك مالکها وقد اذن في التصرف كذلك.

غير تام، فإن لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن اذنه أو مات وانتقل إلى

ورثائه ولم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

ونحوها وصرفها في مصارفها، كما في الحّمّات والدّكاكين ونحوها، لأنّ جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالاصلّ اللازم ابقاؤها على الاباحة، كالطّرق العامّة والأسواق.

وهذا كلّه حسن على تقدير كون الوقف فيها فكّ ملك لا تمليكا. ولو اتلف شيئا من هذه الموقوفات او اجزائها متلف، ففي الضّمان وجهان [١] من عموم على اليد، فيجب صرف قيمته في بدله، ومن انّ ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه [٢] والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا، وانّ الظاهر عن التّأدية في حديث اليد الايصال الى المالك، فيختصّ باملاك الناس [٣] والأول احوط وقوّاه بعض اذا عرفت جميع ما ذكرنا.

وما افاده المحقق الإصفهاني رحمته الله من: أنّه ليس حبسا مؤيدا مع وضوح أنّ المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بل لا قصد لمعطيه الأتزين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت وسدنته او لعامة المسلمين، اقرب الى الصواب.

[١] قوله ولو اتلف شيئا من هذه الموقوفات او أجزائها متلف ففي الضمان وجهان. قد استدل لعدم شمول على اليد ^(١) له بوجوه.

[٢] الأول: ما في المتن وهو: ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم.

وفيه: ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة، مع ان العين التالفة تحت اليد مضمونة.

[٣] الثاني: ما في المتن ايضا، وهو: ان الظاهر من التسادية الايصال الى المالك، فيختص باملاك الناس.

وفيه: ان الظاهر منها التسادية الى اهله كان هو مالكا او موردا للانتفاع به.

الثالث: ان الضمان انما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل، فلا بد وان يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة، ومع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة.

فاعلم أنّ الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
 الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه [١]
 كالحیوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق، والاقوى جواز بيعه وفاقاً لمن
 عرفت ممّن تقدّم نقل كلماتهم،

وفيه: أولاً: معنى الضمان كون العين في العهدة واثراً وجوب رد العين، ومع تلفها
 رد بدلها، والقائم مقامها ملكاً او مورداً للإنتفاع.
 وثانياً: انه لا مانع من اعتبار كون الكلي في ذمة الذي هو مورد لملك الإنتفاع،
 والتقوم بمن له الذمة يكفي فيه هذا المقدار. فالأظهر هو الضمان بالإتلاف او التلف.

صور بيع الوقف - الصورة الأولى

وقد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.
 وتنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.
 [١] الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه.
 وقد استدلل المصنف رحمته لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:
 الأول: أن المقتضى موجود والمانع مفقود.
 الثاني: الاستدلال واقامة الدليل على الجواز.
 أما الأول: فبتقريب: أن المقتضى للجواز وهو الملك موجود، فيعمه المقتضى في
 مقام الإثبات وهو ادلة نفوذ البيع والمانع مفقود - بالتفصيل الذي سيمر عليك - فلا بد من
 البناء على الجواز.
 وأورد عليه: بأن الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا ببطلان
 الوقفية، وهو خلاف الفرض، اذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية الوقفية الى
 بدله.

لعدم جريان أدلة المنع. أما الإجماع فواضح [١] وأما قوله لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحالة. [٢] وأما قوله ﷺ الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها، فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف [٣] وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف، وان ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه. وقد تقدّم ذلك وتضعيف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه، ولو سلّم ان المأخوذ في الوقف ابقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذّره هنا [٤].

ولكن يدفعه: ان المصنف ﷺ لا يسلم المبنى، مع انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك.

وقد ذكر في وجه عدم جريان أدلة المنع: ان أدلة المنع ثلاثة: الإجماع، وقوله ﷺ: لا يجوز شراء الوقف ^(١). وقوله ﷺ: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله. ^(٢)

وشيئ منها لا يجري في المقام.

[١] اما الإجماع: فواضح.

[٢] وأما الثاني: فلانصرافه الى غير هذه الحالة.

[٣] وأما الثالث: فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف وليس عدم البيع منها.

[٤] مع انه لو سلّم اخذ ابقاء العين في الوقف فحيث ان الوقف تحبيس العين وتسبيل الثمرة، فهو يختص بصورة امكان الانتفاع، فكما انه في اول الأمر مع عدم وجود الثمرة لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامة ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

ولكن: يرد على ما ذكره من الانصراف: ان الانصراف الناشيء عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الإطلاق، مع ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة الى حالة العمارة.

واما الإيراد عليه: بان مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها ... الخ فكيف يدعى الانصراف؟

فيمكن الجواب عنه: بان المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب، واراض الزراعة انما لا يمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها ونحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

ويرد على الوجه الأول الذي ذكره في قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ... الخ: ان هذا ينافي استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع.

مضاف الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضا مترتبا على الوقوف، بل عدم البيع ماخوذ في حقيقته.

ويرد على الوجه الثاني: ان الوقف عبارة عن تحبيس العين دائما، وتسجيل مالها من المنفعة كائنة ما كانت لا تسبيلها دائما.

وقد يقال في وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائيني رحمته: بان قوام الوقف بامرین: بقاء العين الموقوفة، وكونها ذات منفعة، لأنه عبارة عن حبس العين وتسجيل الثمرة، واذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به لا محالة تتبدل الصورة النوعية للعين الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا. مثلا: النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفا مبانة للنخلة، وبالتبدل - اي تبدل الصورة النوعية التي تعلق الوقف بها - يبطل الوقف ويبقى ذات الجسم فيباع.

وبعبارة اخرى: الوقف متعلق بعناوين خاصة كعنوان الشجر والحمام والبستان وامثال ذلك، ومع الخراب لا تبقى هذه العناوين ولا تصدق اسامياها، والوقف يدور

.....

مدار صدق الاسم.

وفيه: ان الوقف كسائر المعاملات من البيع والهبة، فكما انه يتعلق بالعناوين الخاصة، كذلك المعاملات تتعلق بها، فكما ان تبدل الصورة النوعية لا يوجب زوال الملكية كذلك لا يوجب تبدل الوقف الذي هو تملك خاص.
وبالجملة تبدل الصورة النوعية لا يؤثر في الملكية، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

وان شئت قلت: ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجي بما له من الحالات، ولذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها لا اشكال في عدم جواز بيع الوقف مع ان لازم هذا الوجه والوجه الثاني الذي افاده الشيخ رحمته الله هو بطلان الوقف وعود العين الموقوفة الى الواقف او ورثته، او بقائها ملكا طلقا للموقوف عليه الموجود، او كونها من المباحات الأصلية التي تملك بالحيازة لا جواز بيع الوقف وسراية الوقفية الى بدلها وعوضها.

فالصحيح في وجه عدم المنع ان يقال: ان حقيقة الوقف لما كانت تحبس العين وتسبيل المنفعة، كان الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف ما لا ينتفع به بشخصه الى الأبد قاصداً لأن تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها مادام الى الانتفاع بها سبيل، وبما لها من المالية اذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها.

وعليه فاذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقف على حسب ما يوقفها تبديلها بما يماثلها في المالية، لأن ذلك في نظر العقلاء من انحاء حفظ المال بما هو مال.

وبالجملة: تسليط الموقوف عليهم على الانتفاع الى الأبد يوجب التوسعة في الموقوف، وحبسه انما يكون بما ذكرناه، فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذي هو غرض الواقف المعاملي. فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق.

والحاصل أنّ جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع اذا اجتمع اذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم او المتولّي.

والحاصل أنّ الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكلّ [١] والأول تضييع مناف لحقّ الله وحقّ الواقف وحقّ الموقوف عليه،

وبهذا البيان يظهر الوجه في دعوى انصراف لا يجوز شراء الوقف عن مثل الفرض، فالأظهر جواز البيع في هذه الصورة.

واما الطريق الثاني: فقد استدل للجواز.

[١] بان الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الجميع.

والأول تضييع مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليهم. والثاني مناف لحق سائر البطون، مع انه يستلزم جواز بيع البطن الأول، اذ لا فرق بين اتلافه ونقله. والثالث هو المطلوب.

ولكن يرد على ما افاده في الشق الأول وهو ان تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى والواقف والموقوف عليه امران:

الأول: ما تقدم من انه لا اصل لهذه الحقوق وهي غير ثابتة، وليس هناك الا التعبد بعدم البيع او اخذه في مفهومه.

الثاني: انه لو سلّم هذه الحقوق فهي متعلقة بالعين الموقوفة وتتوقف على ثبوت المنفعة فيها، والا فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دنيويا، ولا للواقف اخرويا مترتبا على الدنيوي، ولا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حق كي يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق. اللهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالأعم من العين والمالية لكن ذلك اول البحث.

واما مسألة كون الإبقاء تضييعا فيرده: ان كون مثل هذا التضييع حراما غير مسلم،

وبه يندفع استصحاب المنع مضافاً الى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه. [١] واما الثاني فمع مناهة لحق ساير البطون يستلزم جواز بيع البطن الاول اذ لا فرق بين اتلافه ونقله و الثالث هو المطلوب.

مع انه لو سلم فلا اشكال في ان حرمة التضييع مقيدة بما اذا لم يكن ذلك بتجوز من الشارع فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير اتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة.

ويرد على ما افاده في الشق الثاني - مضافاً الى ما مر.

ان جواز الاتلاف لا يستلزم جواز البيع، فان جواز الاتلاف يكفي فيه الملكية الفعلية، وجواز البيع لا يكفي فيه تلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسلّة غير محدودة، وسيأتي ان ملكية البطن الموجود ليست كذلك. واما استصحاب المنع فردّه المصنف رحمته.

[١] بان المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وقد ارتفع يقينا فلا يبقى ما كان في ضمنه.

وفيه: انه ان اراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلي. فيرد عليه: ان انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها والمنع عن نقلها من قبيل اللازم والملزوم، او المتلازمين لا من قبيل الكلي والفرد. وارتفاع الملزوم او الملازم لا يقتضي ارتفاع اللازم او الملازم الآخر لا مكان قيامه بملزوم آخر.

وان اراد به ارتفاع الموضوع.

فيرد عليه: ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التي لا يستفاد بها، والاتّناء من الحيثيات التعليقية لا التقييدية،

نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف ممّا لا يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم [١] بتبديله بما يبقى لهم فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل.

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحقّ للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه، وممّا ذكرنا يظهر أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود [٢] وفاقاً لمن تقدّم ممّن يظهر منه ذلك كالاسكافى والعلامة وولده والشهيدى والمحقق الثانى، وحكى عن التّقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لاقتضاء البديلة ذلك، فإنّ المبيع إذا كان ملكاً للموجودين بالفعل، وللمعدومين بالقوة، كان الثمن كذلك [٣] فإنّ الملكية اعتبار عرفت أو شرعيّ يلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها، فكما أنّ الموجود مالك له فعلاً مادام موجوداً بتملك الوقف. فكذلك المعدوم مالك له شأنًا بمقتضى تملك الوقف وعدم تعقّل الملك للمعدوم أنّما هو فى الملك الفعليّ لا الثانى، ودعوى أنّ الملك الثانى ليس شيئاً محققاً موجوداً

فالصحيح فى وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضميمة ما ذكرناه فى محله من عدم جريان الاستصحاب فى الأحكام.

[١] قوله نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف ممّا لا يبقى ... فلا وجه لمراعاتهم.

وفيه ما تقدم من أن تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس ويوجب كون الحبس متعلقاً بالعين بمالها من الخصوصية الشخصية مادام إلى الانتفاع بها كذلك سبيل - وبها بعنوان أنها مال إذا لم يمكن ذلك فراجع.

حكم الثمن على تقدير البيع

وتمام الكلام ببيان أمور.

الأول فى حكم الثمن على تقدير البيع قال.

[٢] ومما ذكرناه يظهر أنّ الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود.

وقد استدلل المصنف رحمه الله على عدم الاختصاص بوجهين:

[٣] أحدهما: أن البديلة تقتضى ذلك، لأنّ المبيع ملك للموجودين بالفعل، وملك

للمعدومين بالقوة، وشأنًا بمقتضى تملك الوقف، فكذلك الثمن.

يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود فلو جاز ان تخرج العين الموقوفة الى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدم على نهج دخول المعوض، جاز ان تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود [١] وإليه اشار الشهيد^(٢) في الفرع الآتي حيث قال: أنه يعني الثمن صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل، اذ يستحيل ان يملك لا على حدّه خلافاً لظاهر بعض العبائر المتقدّمة.

ودعوى انه لا تحقق للملك الشأني.

يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود، وعليه فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد وان يدخل العوض في ملك الجميع. وفيه: ان الملكية امر اعتباري، وهي اما متحققة أو لا. وليست الملكية الشأنية سنخا من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لأن يصير ملكاً، وإنشاء الواقف انما يكون سبباً لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على امر متاخر. فكون الإنشاء موجوداً لا يلازم كون المنشأ كذلك. وبالجمله: المتحقق بالنسبة الى البطن اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الاعتبارية، وعليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضي الاشتراك، ومجرد القابلية لا يكون من الحقوق التي تكون متعلقة بالمبيع ليسري الى بدله بالمبيع.

[١] الثاني: ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسلّة غير محدودة بزمان او زماني، بل هي بحسب إنشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن وحياته. وبعبارة اخرى: الواقف انما انشأ ملكية كل طبقة بانبساط ماله من الملكية المرسلّة على جميع الطبقات، فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها، وعليه فاذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعاً.

مع ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً، وان اعطى الملكية المرسلّة المنبسطة فبالنسبة الى مقدار ملكية البطون اللاحقة اما بالولاية او باذن المتولي او اذن الحاكم الشرعي فلا محالة يدخل الثمن

واختاره المحقق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول. ولعل وجهه أنّ الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلّق حقّ البطن اللاحقة، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلاً ولا يلزم من تعلّق الحقّ بعين المبيع تعلّقه بالثمن ولا دليل عليه، ومجرد البدلية لا يوجب ترتّب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظياً يقتضي البدلية والتّنزيل، بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك. وفيه أنّ ما ينقل الى المشتري ان كان هو الاختصاص الموقّت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكاً مستمراً وأن كان هو مطلق الاختصاص المستقرّ الذي لا يزول إلا بالنقل، فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له فالثمن لهم على نحو المثل. ومما ذكرنا تعرف أنّ اشتراك البطن في الثمن اولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث أنّه بدل شرعيّ يكون الحكم به متأخراً عن تلف الوقف [١] فجاز عقلاً منع سراية حقّ البطن اللاحقة اليه بخلاف الثمن، فإنّه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية

في ملك الجميع على النحو الذي كان المثلن ملكا لهم.

مع انه: ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال، او من جهة ما ذكره المصنف اخيراً وهي رعاية الحقوق، فلا اشكال في عدم الاختصاص كما لا يخفى.

[١] قوله حيث انه بدل شرعيّ يكون الحكم به متاخرا عن تلف الوقف.

دية العبد المقتول ان جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها وبين المقام فان جاعل البدل كان هو الله تعالى او العبد لا يصلح فارقا.

وان كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا.

وبه يظهر ان مجرد كون البدلية شرعية لا يوجب الاولوية كما ان تاخر صيرورته بدلا لا يصلح لذلك.

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختصّ بالمعوض، ومن هنا اتضح أيضاً أنّ هذا اولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهناً، لأنّ حقّ الرهنية متعلّق بالعين من حيث أنّه ملك لمالكه الأوّل [١] فجاز ان يرتفع الى بدل بارتفاع ملكيّة المالك الأوّل، بخلاف الإختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنّه ليس قائماً بالعين من حيث أنّه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقّت نظير اختصاص البطن الموجود منشأً بانشائه مقارنة له بحسب الجعل متأخّر عنه في الوجود.

وقد تبين ممّا ذكرنا أنّ الثمن حكمه حكم الوقف، في كونه ملكاً لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان ممّا يمكن ان يبقى وينتفع منه البطون على نحو المبدل. وكانت مصلحة البطون في بقائه ابقى، وإلاّ ابدل مكانه ما هو اصلح. ومن هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف في البديل [٢] بل نفس البدليّة تقضي كونه كالمبدل، ولذا علّله الشهيد (ره) في غاية المراد بقوله لأنّه صار مملوكاً على حدّ الملك الأوّل، اذ يستحيل ان يملك لا على حدّه.

ثمّ أنّ هذا العين حيث صارت ملكاً للبطون فلهم، اولوليّهم ان ينظر فيه ويتصرّف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ولو بالاببدال بعين اخرى اصلح لهم،

[١] قوله لان حق الرهنية متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكه الاول. محصله - ان حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن ومتفرع عليه فلا محالة يزول بزوال الملك وحدوثه بحدوث ملك البديل يحتاج الى دليل - وهذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فانه لا يكون متفرعاً على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع في عرض واحد في مقام الانشاء فاذا ازلت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع.

حكم بدل العين الموقوفة

[٢] الثاني: انه قد ظهر ممّا ذكرناه: انه لا حاجة الى صيغة الوقف في البديل. وقد يقال: ان الوقف اذا كان عين تمليك الطبقات على التدرّج وكان عدم جواز البيع من آثار هذا التمليك الخاص فتتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة

بل قد يجب اذا كان تركه يعدّ تضييعاً للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه إلا لعذر [١] لأنّ ذلك كان حكماً من احكام الوقف الابتدائي وبذل الوقف انما هو بدل له في كونه ملكاً للبطون فلا يترتب عليه جميع احكام الوقف الابتدائي ومما ذكرنا ايضاً يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف. [٢] كما هو ظاهر التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمقتصر ومجمع الفائدة، بل قد لا يجوز اذا كان غيره اصلح، لأنّ الثمن اذا صار ملكاً للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين، فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافاً للعلامة وولده والشهيد وجماعة فاجبوا المماثلة مع الامكان، لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف. [٣] وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف اذ قد يتعلّق غرضه بكون الموقوف عيناً خاصّة وقد يتعلّق بكون منفعة الوقف مقداراً معيّناً من دون تعلّق غرض بالعين وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستاناً لينتفعوا بثمرته، فبيع فدار الأمر بين ان يشتري بثمرته بستاناً في موضع لا يصلح

الوقف، واما ان كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تملك الطبقات تدريجاً من دون حصول عنوان الحبس، فلا بد من انشائه بالصيغة. ولكن هذا لو تم فانما هو بناءً على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى وعدم المانع. واما بناءً على ما اخترناه في وجه الجواز من كونه ابقاءً للوقف وحفظاً للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح.

[١] الثالث: الظاهر ان البذل ليس مثل الأصل ممنوعاً عن بيعه، والوجه في ذلك ما تقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع وحدوث الخراب، فما بقي على الوقفية هو المالية. وخصوصية الثمن لا تكون وقفاً كما كانت كذلك في الثمن حسب انشاء الواقف، فيجوز تبديله وبيعه ما لم يضر بالمالية.

[٢] الرابع: انه قد ظهر ايضاً مما ذكرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، ولكن قد استدل لوجوب شرائه بوجوه.

[٣] الاول: ان المثل اقرب الى مقصود الواقف.

إليهم إلا قيمة الثمرة، وبين ان يشتري ملكاً آخر يصل إليهم اجرة منفعتهم. فإنّ الأول: وان كان مماثلاً إلاّ أنّه ليس اقرب الى غرض الواقف أنّه لا دليل على وجوب ملاحظة الاقرب الى مقصوده، أمّا اللازم ملاحظة مدلول كلامه في انشاء الوقف ليجري الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها.

فالحاصل أنّ الوقف ما دام موجوداً بشخصه لا يلاحظ فيه الا مدلول كلام الواقف، واذا بيع وانتقل الثمن الى الموقوف عليهم [١] لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم، هذا قال العلامة في محكّي التذكرة: كلّ مورد جوّزنا بيع الوقف فإنّه يباع ويصرف الثمن الى جهة الوقف، فان امكن شراء مثل تلك العين ممّا ينتفع به، كان اولى، وإلاّ جاز شراء كلّ ما يصحّ وقفه،

وفيه: اولاً: ان غرض الواقف لاضابط له.

وثانياً: انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً ومصباً للعقد.

الثاني: انه لا اطلاق للأدلة المجوزة، والمتيقن منها هو البيع بالمماثل او الشراء بالمماثل.

وفيه: ان مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كي يجري فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: وهو الصحيح، ومحصله: ان الواقف حينما وقف العين التي لها مالية، وخصوصيات نوعية، وخصوصيات شخصية، قد حبس الجميع ما دام الى الانتفاع بها سبيل، والا فالجهتان الأوليتان محبوستان، وعليه فلا بد من رعاية الخصوصيات النوعية. اللهم الا ان يقال: ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالية العين والخصوصيات الشخصية، اما لحاظ الخصوصيات النوعية وتعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم، والأصل عدمه، والأحوط الأول.

[١] وعلى اي تقدير: يجوز بيعه بالنقد وشراء المماثل او غيره بها، وقد فرضه المصنف رحمته في المقام، والوجه فيه تعارف البيع بالنقد وتعرس بيعه بالمماثل.

والأصرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء، لأنّ فيه جمعاً بين التّوصّل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدّوام وبين النّص الدّالّ على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التّأييد فإذا لم يمكن التّأييد بحسب الشّخص وامكن بحسب التّوع وجب، لأنّه موافق لغرض الواقف ودخل تحت الأوّل الذي وقع العقد عليه ومراعاة الخصوصيّة الكلّيّة يفضي الى فوات الغرض بأجمعه، ولأنّ قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنّهم يستحقّون من الوقف، كما يستحقّ البطن الأوّل وتعذر وجودهم حال الوقف لا يخرجهم عن الاستحقاق.

قال بعض علمائنا والشّافعية: إنّ الوقف كقيمة الموقوف اذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكاً على رأي انتهى.

ولا يخفى عليك مواقع الرّد والقبول في كلامه ﷺ [١] ثمّ إنّ المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون [٢] ويحتمل ان يكون هذا الى الناظر ان كان [٣] لأنّه المنصوب لمعظم الأمور الرّاجعة الى الوقف، الاّ ان يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف الى التّصرف في نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقاءه، لتعلّق حقّه بالعين الموقوفة فيتعلّق ببديلها،

[١] قوله ولا يخفى عليك موارد الرد والقبول في كلامه.

موقع القبول حكمه بالبيع وشراء عين اخرى مكانه.

موقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل - كما تقدم.

وحكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين اخرى - فانه يجب التّأمين والصبر الى ان يتيسر الشراء كما سيحيى.

من له ولاية البيع

[٢] الخامس: ما افاده بقوله ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم

القيم.

وفي المقام قولان آخران:

[٣] احدهما: ان يكون ذلك الى الناظر ان كان.

ثمَّ أنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن ممَّا ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين [٨] فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذ فتوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدّة ولو طلب ذلك البطن الموجود، فلا يبعد وجوب اجابته ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

ثانيهما: عدم الإحتياج إلى الضميّة.

واستدل للأخير: بأن الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم إلى ضم شخص آخر.

وفيه: أن ملكيتهم محدودة، واعطاء الملكية المرسلّة اعطاء لما ليس لهم.

واستدل للقول الأول: بأن الحاكم ولي المعدومين، أما من باب كون الحاكم ولي القاصر، أو لكونه ولي الممتنع، الشامل للممتنع عن اختيار أو اضطرار. وبأن ذلك أحد الأمور الحسبية.

وفيها نظر:

أما الأول: فلأن المعدوم في المقام لا يكون من القاصر ولا الممتنع، لأن السالبة هنا بانتفاء الموضوع.

وأما الثاني: فلتوقفه على لزوم البيع وعدم ثبوت هذا الحق للناظر.

والأول غير ثابت، والثاني فاسد كما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثاني، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده المصنف رحمته، وحاصله: أن الناظر له التصرف في نفس العين، ولا دليل على نظارته على البديل. ولكن يدفعه: أن بيع الوقف يكون حفظاً للوقف بعنوان أنه مال، فيكون ذلك من أهم الأمور الملحوظة للواقف. فالأظهر كون ذلك على الناظر لو كان. نعم مع عدمه تصل النوبة إلى الحاكم الشرعي.

[٨] السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالنقدين ولم يمكن شراء ما

ينتفع به، فهل يدفع الثمن إلى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصّة فانه لا يجوز قطعاً

نعم لو رضي الموجود بالتّجار به وكانت المصلحة في التّجارة، جاز مع المصلحة الى ان يوجد البدل والربح تابع للأصل [١] ولا يملكه الموجودون لأنّه جزء من المبيع وليس كالنماء الحقيقي،

بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، ام يوضع عند امين، ام عند الناظر لو كان؟ وجوه.

قد استدل لعدم جواز الدفع الى الموجود: بانه مال مشترك بينه وبين سائر البطون فلا يجوز جعله تحت سلطنته، وانما كان يدفع العين اليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلا بلا مزاحم، وكذلك بدلها الذي ينتفع به. واما البدل الذي لا ينتفع به فلا سلطنة له على الانتفاع به كي تكون له السلطنة على البدل فيدفع اليه لذلك.

وفيه: ان الثمن وان كان لا ينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود وليس كالمالك المشترك عرضا، بل الإشتراك طولي، فهو في هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة، ولازم ذلك سلطنته على امساكه.

ولو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لأنه المنسوب لذلك، والا فيوضع عند امين.

واذا لم يمكن شراء شيء ينتفع به بدون الخيار، وامكن شراء ما ينتفع به مع الخيار، هل يجوز ذلك ام لا؟

ربما يقال بالثاني نظراً الى ان البدل وقف والوقف عبارة عن تحبیس العين، وهذا ينافي مع الخيار، اذ الحبس الى ان يفسخ حبس موقت لا دائمي.

ولكن يدفعه: ان وقف البدل - كما تقدم - غير وقف الأصل، فان وقف البدل انما هو حبسه بما انه مال ولا دخل لخصوصياته الشخصية في الوقف، ولذا بنينا على جواز التبديل اختياراً، والخيار لا ينافي حبسه بما هو مال، اذ غايته الفسخ والتبديل بعين اخرى، وعليه فيجوز ذلك، ولو طلب البطن الموجود ذلك وجب حفظاً لحق الانتفاع به.

[١] ولو رضى البطن الموجود في الاتجار، وكان ذلك صلاحاً لجميع البطون، جاز الاتجار به ويكون الربح مشتركاً بين البطون، لأن مجموع ما اشترى بالثمن وبيع بالثمن

ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكّله أو بعضه [١] فيباع البعض المخروب، ويجعل بدله ما يكون وقفاً ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته جاز مع رضا الكلّ لما عرفت من كون الثمن ملكاً للبطون، فلهم التصرف فيه على ظنّ المصلحة، ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجاً الى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب الى عمارة الباقي، وان لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما اذا احتاج اصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابليّة انتفاع البطون اللاحقة الى صرف منفعة الحاضرة التي يستحقّها البطن الموجود، اذا لم يشترط الواقف اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم وهنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وقع بازاء ما هو بدل الوقف، فلا محالة يشترك فيه الجميع، وليس الربح من المنافع كي يختص به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة ووقعت بازاء المالية التي كانت وقفاً، فالى اي مرتبة وصلت المالية تكون باقية على الوقفية.

[١] السابع الظاهر عدم الفرق في جواز البيع بين خراب الجميع او البعض، كما لا ينبغي الإشكال في جواز صرف الثمن في الباقي، او وقف آخر عليهم. انما الكلام فيما اذا كان انتفاع البطون اللاحقة بالباقي محتاجا الى ذلك، ولم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف ام لا؟

وقد يقال بالجواز نظرا الى تعارض الضررين.

ولكن الحق عدم الجواز، لأن الضرر في نفسه متوجه الى البطون اللاحقة، ولا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم.

فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه [١] كدار انهدمت فصارت عرصة تؤجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به، فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطي به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصة فلا ينبغي فلا ينبغي الاشكال في عدم الجواز وان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته اكثر من منفعة العرصة، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع وهو ظاهر المشهور حيث قيّدوا الخراب المسوّغ للبيع بكونه حيث لا يجدي نفعاً. وقد تقدّم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف ولم يجز بيعها.

اللهم إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين. فإن الحثام الذي يستأجر كل سنة مائة دينار اذا صارت عرصة، تؤجر كل سنة خمسة دراهم او عشرة لغرض جزئي، كمجمع الزبائل ونحوه، يصدق عليه أنه لا يجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور انهارها وهلاك اهلها، ولا تكون تسلب منافع اراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدّم عن التحرير من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية، مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية.

الصورة الثانية

[١] الصورة الثانية: ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً انه لا منفعة فيه كدار انهدمت وصارت عرصة تؤجر باجرة غير معتد بها. والكلام فيها يقع في موارد:

الأول: ما اذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفاً وكان ماله من المنفعة قليلة جدا بحيث تلحق بالمعدوم.

الثاني: ما اذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتد بها ولو تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة.

فالظاهر دخول الصورة المذكورة في إطلاق كلام كل من سَوَّع البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعاً، ويشمله الإجماع المدَّعي في الانتصار والغنية، لكنَّ الخروج بذلك عن عموم أدلّة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين وعموم قوله ﷺ لا يجوز شراء الوقف مشكل.

ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخّر عن الشَّيخ بالمنع عن بيع النّخلة المنقلعة، بناء على جواز الانتفاع بها في وجوه أخر كالترقيق، وجعلها جسراً ونحو ذلك. بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشَّيخ والحليّ ﷺ لفظياً، حيث نزل تجويز الشَّيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به في منفعة أخرى، الاتفاق على المنع اذا حصل فيه انتفاع ولو قليلاً، كما يظهر من التمثيل بجعله جسراً. نعم لو كان قليلاً في الغاية، بحيث يلحق بالمعدوم، امكن الحكم بالجواز لانصراف قوله ﷺ لا يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة. وكذا حبس العين وتسييل المنفعة إنّما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتدّ بها موجودة، وإلاّ فمجرد حبس العين وامساكه ولو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الاولى.

الثالث: في وقف العنوان.

اما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ما ذكر في الصورة الأولى من انصراف أدلة المنع وغيره من الوجوه في هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من ان البيع ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال.

واما المورد الثاني: فقد يستظهر من القائلين بالجواز في الصورة الأولى الجواز في هذا المورد بحمل قولهم لا يجدي نفعاً على ارادة عدم النفع المعتد به.

كما انه قد يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمرّة.

وكيف كان: فالمتبع هو الدليل.

وغاية ما قيل في وجه الجواز ما افاده المحقق الإصفهاني رحمه الله، وحاصله: ان غرض الواقف من الوقف أمران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، وحفظ خصوصية الانتفاع، وحيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص، وحبس العين بما هي مقصود بالتبع ولا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالإصالة فلا محالة يقدم الأول فيجوز البيع

ثمَّ انَّ الحكم المذكور جار فيما اذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثمَّ اَنَّك قد عرفت فيما سبق اَنَّهُ ذكر بعض انَّ جواز بيع الوقف لا يكون إلاَّ مع بطلان الوقف، وعرفت وجه النَّظر فيه. ثمَّ وَجَّه بطلان الوقف في الصُّورة الاولى بفوات شرط الوقف المراعي في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين ممَّا ينتفع بها مع بقاء عينها [١] وفيه ما عرفت سابقاً من انَّ بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحاً لا وجه له في الوقف المؤبَّد، مع اَنَّهُ لا دليل عليه، مضافاً الى اَنَّهُ لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإنَّ الشرط في العقود الثاقلة يكفي وجودها حين النَّقل، فإنَّه قد يخرج المبيع عن المائيَّة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع انَّ جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز كما تقدَّم. ثمَّ ذكر اَنَّهُ قد يقال بالبطلان ايضاً بانعدام عنوان الوقف فيما اذا وقف بستاناً مثلاً ملاحظاً في عنوان وقفه البستانيَّة. فخربت حتَّى خرجت عن قابليَّة ذلك، فإنَّه وان لم تبطل منفعتها اصلاً لا مكان الانتفاع بها داراً مثلاً، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصة على الوقف، باعتبار اَنَّها جزء من الوقف وهي باقية وخراب غيرها وان اقتضى بطلانه فيه لا يقتضي بطلانه فيها يدفعه انَّ العرصة كانت جزءاً من الموقوف من حيث كونه بستاناً لا مطلقاً.

واشتراء ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة.
وفيه: ان غرض الواقف العقدي انما هو تسبيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع، فمع بقاء المنفعة وامكان الانتفاع لا وجه لجواز التبديل كما لا يخفى.
فالأظهر عدم الجواز في هذا المورد.
[١] واما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر رحمته صحته وبطلان الوقف بانعدام العنوان، وخالفه المصنف رحمته.

لا اشكال في ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له، ولا اظن ذهاب احد الى جوازه، والظاهر ان نظر صاحب الجواهر رحمته الى انه يمكن وقف

فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، ولو فرض إرادة وقفها ليكون بستاناً أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف.
وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية [١] من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي، بطلت الوصية لانتفاء موضوعها.
نعم لو لم يكن الدارية والبستانيّة ونحو ذلك مثلاً عنواناً للوقف، وإن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير احواله، ثم ذكر أنّ في عود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه، بعد البطان أو الموقوف عليه وجهين: أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنّه غير تعيّر العنوان كما لا يخفى

العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانيّة مثلاً.
والكلام في ذلك تارة: في مقام الثبوت، وأخرى: في مقام الإثبات.
أما في مقام الثبوت: فلا أرى فيه محذوراً، فإن الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزماني، بأن تعتبر ملكية الشيء ما دام معنونا بالبستانيّة.
ويمكن تأييده بملكية الخل مادام خلا وإذا انقلب خمراً خرجت عن الملكية، وبملكية الأرض المحيطة على القول بدوران الملكية مدار الحياة، وكذلك الأمر في الحبس ملكاً، ومقتضى عمومات الوقف والمعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الآخر.
ودعوى أنه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التأييد في الوقف.
مندفعة بأنه لا دليل عليه سوى الإجماع، وهو مختص بالتأييد من حيث الزمان.
وتمام الكلام في محله.
وأما في مقام الإثبات: فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلقاً بالعنوان في كونه للإشارة الى المعنون، وإن تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لأبدي من ذكره والتصريح به.

[١] قوله وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية.

لا يخفى أنه في باب الوصية فرق الأصحاب فيما لو أوصى بدار فانهدمت - بين ما

انه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنه ان اريد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله: وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس الا كقوله بعث هذا البستان او وهبته. فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان. فالبستان اذا صار ملكاً فقد ملك منه كل جزء خارجي وان لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الاحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات، وان اريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف والعلم [١] ولا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظاً او قصداً في الموضوع زيادة على عنوانه. وأما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب ان يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصى بموته، وقبول الموصي له، فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر. [٢] ثم ما ذكره من الوجهين ممّا لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده اليه ابداً.

ما لو كان الانهدام قبل موت الموصى - وبين ما اذا كان بعد موته - وبنا على بطلان الوصية في الاول دون الثاني.

وقدايد صاحب الجواهر رحمته ما ذكره في المقام بما ذكره في الانهدام قبل الموت وجه التأييد واضح حيث ان الوصية اذا لم تكن متعلقة بالعنوان ودائرة مداره لما كان وجه للبطلان.

والمصنف رحمته اورد عليه بالنقض بما ذكره في المسألة الثانية وتمايم الكلام في محله.

[١] قوله وان اريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف والعلم. وفيه ان صاحب الجواهر يدعي ان المراد بالعنوان ما جعل مفعولاً في قوله وقفت هذا البستان وظاهر ذلك دخالة العنوان في موضوعيته للوقف.

ولا يقاس ذلك ببعث هذا البستان اذ البيع لا يحدد من حيث الزمان او الزماني وهذا بخلاف الوقف وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى فلا نعيد.

[٢] قوله يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات آخر.

لم يذكرها وجهاً للبطلان فيما اذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان.

الصورة الثانية: ان تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم [١] والاقوى هنا المنع وهو الظاهر من الاكثر في مسألة التخلّة المنقلعة، حيث جوّز الشيخ في محكي الخلاف بيعها محتجاً بأنّه لا يمكن الانتفاع بها، الا على هذا الوجه، لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده ومنعه الحليّ قائلاً ولا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستنداً الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لا مكان التسقيف بها ونحوه وحكى موافقته عن الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني واكثر المتأخرين، وحكى في الايضاح عن والده عليه السلام ان النزاع بين الشيخ والحليّ لفظي واستحسنه لأن في تعليل الشيخ اعترافاً بسلب جميع منافعها والحليّ فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها وقيل: يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعدّل لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان فالأقوى هنا المنع وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب [٢] فلا يجوز بذلك البيع، الا اذا قلنا بجواز بيعه اذا كان اعود وسيجيء تفصيله.

الصورة الثالثة

[١] الصورة الثالثة: ان يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم وهي تنحل الى صورتين:

احدهما: ان تقل المنفعة التي لا حظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها. كان الملحوظ جميع المنافع او نوع خاص منها.

ثانيتهما: ان تزول المنفعة التي لا حظها الواقف بالمرة مع وجود غيرها.

اما في الصورة الأولى: فلا ينبغي التوقف في عدم الجواز لأدلة المنع عن بيع الوقف. والمصنف ذكر هذه الصورة في ذيل كلامه قال.

[٢] وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب.

واما في الصورة الثانية: فالأظهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعة بالمرة، تخرج عنها في هذه الصورة، اذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرة،

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. [١] وظاهر المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعاً من المنفعة الحاصلة تدريجاً مدة وجود الموقوف عليه، وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد. وقد تقدّم عبارته فراجع، وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود. وقد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطن، اذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه، والاقوى المنع مطلقاً. وفاقاً للأكثر بل الكل بناءً على ما تقدّم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك وعلى تقديره، فقد تقدّم عن التحرير أن كلام المفيد متأول، وكيف كان فلا اشكال في المنع لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف،

وحيث ان المنفعة الاخرى ليست متعلقة للوقف وغرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق ويكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر. وعلى ذلك فيمكن بناء نزاع المصنف رحمته الله والحلي قده في مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، ويكون نظر المصنف رحمته الله في افتائه بالجواز الى الصورة الثانية، ونظر الحلي رحمته الله الى الصورة الأولى، ويكون النزاع بينهما لفظياً.

الصورة الرابعة

[١] الصورة الرابعة: ان يكون بيع الوقف انفع واعدود للموقوف عليه.
لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن احد سوى المفيد، ولم يرض العلامة رحمته الله باسناده اليه، وعليه فلا قائل به.
وكيف كان: فالعمدة في المقام خيران:
احدهما: خبر ^(١) جعفر بن حنان عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن ثانيهما التوقيع الشريف ^(٢) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٩.

وقوله ﷺ لا يجوز شراء الوقف وغير ذلك وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب، عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنّان. قال: سألت أبا عبد الله ﷺ عن رجل وقف غلّة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمّه وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلّة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كلّ سنة ويقسم الباقي على قرابته وقرابته من أمّه، فقال جائز للذي أوصى له بذلك قلت: رأيت أن لم تخرج من غلّة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمّه. قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلّة شيئاً حتّى يوفي الموصى له ثلاثمائة درهم. ثمّ لهم ما يبقى ذلك، قلت: رأيت أن مات الذي أوصى له، قال: أن مات كانت له ثلاثمائة درهم لو رثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميّت يردّ إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلّة. قلت: فللورثة من قرابة الميّت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلّة. قال: نعم إذا رضوا كلّهم وكان البيع خيراً لهم باعوا والخبر المروي عن الاحتجاج أن الحميري كتب إلى صاحب الزّمان جعلني الله فداه. أنّه روى عن الصادق ﷺ خبر مأثور أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فله يجوز أن يشتري عن بعضهم وإن لم يجتمعوا كلّهم على البيع أم لا يجوز؟ إلّا أن يجتمعوا كلّهم على ذلك وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه فأجاب ﷺ إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كلّ قوم ما يقدرّون على بيعه مجتمعين ومتفرقين. إن شاء الله. دلّت على جواز البيع، أمّا في خصوص ما ذكره الزّاوي وهو كون البيع أصلح.

وأما مطلقاً بناء على عموم الجواب، لكنّه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر كما أنّه يمكن حمل اعتبار رضا الكلّ في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كلّ واحد بقرينة رواية الاحتجاج، ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الأمّام ﷺ من الوقف.

والجواب: أمّا عن رواية جعفر، فبأنّها أمّا تدلّ على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم [١] لا لمجرد كون البيع انفع. فالجواز مشروط بالامرین كما تقدّم عن ظاهر التّزهة وسيجيء الكلام في هذا القول بل يمكن ان يقال انّ المراد بكون البيع خيراً لهم مطلق التّفع [٢] الذي يلاحظه الفاعل، ليكون منشئاً لارادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدّاً، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السّائل، يعني اذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز،

اما خبر جعفر فاورد عليه بايرادات.

الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

وفيه: ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذي هو من اصحاب الإجماع. الثاني: انه جمع فيه بين الوقف والوصية، فان الوقف ان كان مقدماً بطلت الوصية، وان كانت الوصية مقدّمة كان الوقف فسخاً لها، وان كانا متقارنين بانشاء واحد، فمضافاً الى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصية لتوقف نفوذها على الموت دون الوقف، فيتم سبب الوقف فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية.

وفيه: انه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم في ضمن عقد الوقف على ان يعطوا المقدار المعين للموصى له، فاذا مات الموصى له عادت جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض في الخبر.

[١] الثالث: ما في المتن، وهو: انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع انفع، فالجواز مشروط بالامرین.

وفيه: ان هذا الجواب يكفي الزاماً للخصم، والا فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة، اي الحاجة الى نفع زائد ليفي بمؤونته، وهذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها.

[٢] الرابع: ما ذكره المصنف عليه السلام ايضاً، وهو: ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذي يلاحظه يكون الفعل اختيارياً، وهو طلب خير الفعل لما فيه من الداعي الموافق لغرضه، والجواز في هذا الفرض مما لم يقل به احد.

كما يقال: اذا اردت البيع ورأيتَه اصلح من تركه فبع. وهذا ممّا لا يقول به احد، ويحتمل ايضاً أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل. [١] وعن المختلف وجماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد لاقتصاره على ذكر الاعقاب [٢] وفيه نظر، لأنّ الاقتصار في مقام الحكاية لا يدلّ على الاختصاص، اذ يصحّ ان يقال في الوقف المؤبد أنّه وقف على الأولاد مثلاً، وحينئذ فعلى الإمام عليه السلام ان يستفصل اذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم فافهم. وكيف كان ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الأشكال على جواز البيع بمجرد الانفعيّة اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدّمة.

وممّا ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري [٣] ثمّ لو قلنا في هذه الصّورة بالجواز

وفيه: ان السائل سأل عن البيع الاختياري الموافق لغرضه، وليس هذا امراً مبهماً كي يحتاج الى تكراره في الجواب.

[١] الخامس: ما ذكره المصنف رحمه الله ايضاً، وهو: انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. وقد تقدم الكلام في ذلك.

[٢] السادس: ما عن المختلف وجماعة، وهو ظهوره في الوقف المنقطع، ومحل الكلام الوقف المؤبد لاقتصاره على ذكر الاعقاب.

وفيه: ان مقتضى اطلاقه على هذا هو جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، ومن الواضح عدم الفرق بينه وبين المؤبد حينئذ، اذ الفرق انما يصلح في الطبقة الأخيرة او بعد انقراضهم كما لا يخفى.

فالحق في الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب وعدم افتائهم بمضمونه.

[٣] وأما الخبر الثاني: فالكلام فيه تارة: في ما ارسله عن الإمام الصادق عليه السلام، واخرى: فيما اجاب عليه به اخيراً.

اما الأول: فهو يدل على جواز البيع اذا كان اصلح، وهو المدعى.

كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد [١] فإن مقتضى كون العين مشتركة بين البطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكاً لخصوص البائع فيكون تجويز البيع في هذه الصورة والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حقّ اللّاحقين آنأما قبل البيع نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب، لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصاً.

واورد عليه بجملة من الإیردات الواردة على الخبر الأول، وقد تقدم ما فيها. وقد يقال: انه يقيّد اطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون اخص من المدعى.

وفيه - مضافا الى ما تقدم - انه لا مفهوم لكلام الإمام عليه السلام كي يقيّد به اطلاق هذا الخبر، اذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب.

فالحق في الجواب عنه: انه معرض عنه عند الأصحاب.

واما الثاني: فيرد عليه - مضافا الى ذلك - انه في مقام البيان من حيث الاجتماع والتفرّق لا في مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كي يتمسك باطلاقه. [١] ما ذكره من مخالفة الروايتين للقواعد اشكال آخر غير ما تقدم.

وحاصله: ان ظاهره بيع الوقف وصرف ثمنه كيف شاء، وهذا ايضاً مما لا يمكن الالتزام به، اذ كون المبدل مشتركا والبديل مختصاً غير معقول.

وفيه: ان الظاهر منه - كما تقدم - بيع الوقف اذا كان الثمن ازيد نفعاً. فراجع.

وعن المحقق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، وهو: انه يدل على جواز بيع الوقف مطلقاً، فالنسبة بينه وبين ادلة المنع هي التباين، واذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها.

وفيه: انّا لا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد، فاذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

الصورة الخامسة: ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة [١] وقد تقدّم عن جماعة تجويز البيع في هذه الصورة بل عن الانتصار والغنية: الاجماع عليه، ويدلّ عليه رواية جعفر المتقدّم [٢] ويردّه أنّ ظاهر الرواية أنّه يكفي في البيع عدم كفاية غلّة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى. وهذا أقل مراتب الفقر الشرعي والمأخوذ من عبائر من تقدّم من المجوّزين اعتبار الصّورة والحاجة الشّديدة وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه [٣] اذ قد يكون فقيراً ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، وقد يتفق الحاجة والصّورة الشّديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة

الصورة الخامسة

[١] الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.
فقد ذهب جماعة الى جواز البيع في هذه الصورة، وعن الانتصار والغنية دعوى الاجماع عليه.
واستدل له: بالاجماع.
وبان الضرورات تبيح المحظورات.
[٢] وبخبر جعفر^(١) المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة، بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة.
وفي الجميع نظر:
اما الأول: فلأن مصطلحهم في الاجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن اليه.
واما الثاني: فلانه يوجب الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي.
واما الثالث: فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الى البيع للتبديل بما هو انفع من حيث وفاء النفع بمؤنته لا الحاجة الى البيع لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محل الكلام.
[٣] واجاب المصنف رحمه الله عنه بجواب اخر.

سنه. فالزّواية بظاهرها غير معمول بها، مع أنّه قد يقال أنّ ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضا الكلّ وكون البيع انفع، ولو لم يكن حاجة. وكيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضّرورة الشّديدة إلاّ الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة وفي الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع، وعن قاعدة وجوب كون الثّمن على تقدير البيع غير مختصّ بالبطن الموجود، مع وهنه بمصير جمهور المتأخّرين، وجماعة من القدماء الى الخلاف، بل معارضته بالاجماع المدّعى في السّرائر، اشكال.

الصّورة السّادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة [١] او اذا كان فيه مصلحة البطن الموجود، او جميع البطون او عند مصلحة خاصّة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلّامة ومن تأخّر عنه في ذلك، فقال في الارشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج والمؤن من قبل الظّالم وشراء غيره بثمانه، فالوجه الجواز انتهى.

وحاصله ان: ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع، وهذا اقل مراتب الفقر الشرعي، والنسبة بينه وبين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه، اذ قد يكون فقيراً لا مؤونة له ولا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مؤونته من مال الفقراء، وقد تكون له حاجة شديدة وله مؤونة سنة، وقد يتفقان. ويمكن دفعه: بان الحاجة الى تتميم المؤونة بالبيع ان كانت مسوغة للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك. فتامل.

وكيف كان: فلاظهر المنع لعموم الأدلة.

الصورة السادسة

[١] الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة.

وفي القواعد ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمانه او عند خرابه وعطلته او خروجه عن حد الانتفاع او قلة نفعه. ففي صحة الشرط اشكال ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر، انتهى.

وذكر في الإيضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمه قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى وفي وجه المنع أن الوقف للتأييد والبيع ينافيه، قال والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

وقال الشهيد في الدروس ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم او وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

ويظهر منه أن للشرط تأثيراً وأنه يحتمل المنع من دون الشرط والتجوز معه، وعن المحقق الكركي أنه قال: التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف بجواز اشتراط البيع في الوقف، اذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد، وليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف، لأنه مقيد واقعا بعدم حصول احد اسباب البيع، والأفلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حبساً. لأن اشتراط شراء شيء بثمانه يكون وقفاً مناف لذلك لاقتضائه الخروج من المالك فلا يكون وقفاً ولا حبساً، انتهى. اقول يمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها - والمؤمنون عند شروطهم [١]

في المسألة اقول:

نفوذ الشرط وجواز البيع: ذهب اليه العلامة في محكي الإرشاد وتوقف فيه في محكي القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع افساده للوقف وعدمه: ذهب اليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز وبين غيره فلا: ذهب اليه في محكي جامع المقاصد.

[١] مقتضى عموم دليل الوقف، ونفوذ الشرط - صحة الوقف والشرط.

ولكن تنقيح القول في المقام بالبحث.

في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف. [١] فلعلّه مناف لإطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرؤ مسوغاته، فإنّ التحقيق كما عرفت سابقاً أنّ جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه - فإذا بيع خرج عن كونه وقفاً.

اما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس والممنوعة من التصرفات فينافيه شرط البيع، او من جهة ان الوقف للتأييد والوقف الى مدة باطل والتأييد مناف لجواز البيع.

والمصنف رحمته الله تصدى للجواب عن ذلك حيث قال.

[١] بعدم ثبوت كون جواز البيع منافياً لمقتضى الوقف.

الثاني: انه مخالف للسنة لما دل من النصوص ^(١) على عدم جواز بيع الوقف.

والحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات فلا اشكال فيه اصلاً، اذ الجواز حاصل والشرط مؤكد له. وان كان بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات، فاما ان يكون الشرط مطلقاً، واما ان يكون معلقاً على تقدير خاص، وعلى التقديرين اما ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفاً، واما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفاً.

فان كان الشرط مطلقاً مع عدم كون الثمن وقفاً لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافياً لمقتضى العقد - بناء على ما عرفت من اخذ عدم البيع في مفهومه - ومخالفاً للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.

وان كان مطلقاً مع كون العوض وقفاً فالأظهر صحته لأول ذلك الى وقف الشيء بما انه مال، اي يكون الوقف الجامع بين المال وبدله، فيكون الشرط منافياً لمقتضى اطلاق الوقف لا اصله.

وان كان معلقاً فان كان الشرط بيعه وجعل ثمنه وقفاً صح، فانه يؤول الى وقف العين بما انها مال مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير، وبعده تكون وقفاً بما انها مال، فهذا ايضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا اصله.

ثم انه لو سلم المنافات فإنما هو بيعه للبطن الموجود واكلى ثمنه. وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبساً كونه محبوساً من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق. وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لاطلاقه وتجرده عن مسوغات الابدال شرعية كانت كخوف الخراب او بجعل الواقف كالاترابط في متن العقد فتأمل.

ثم انه روى صحيحاً في الكافي ما ذكره امير المؤمنين (عليه السلام) في كيفية وقف ماله في عين ينبع [١] وفيه فان اراد يعني الحسن (عليه السلام) ان يبيع نصيباً من المال ليقضي به الدين فليفعّل ان شاء لا حرج عليه فيه، وان شاء جعله شروى الملك وان ولد عليّ ومواليهم واموالهم الى الحسن بن عليّ، وان كانت دار الحسن بن عليّ غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء، ولا حرج عليه فيه، فان باع فانه يقسم ثمنها ثلاثة اثلث فيجعل ثلثاً في سبيل الله ويجعل ثلثاً في بني هاشم وبني المطلب وثلثاً في آل أبي طالب وأنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

وادلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كي يكون الشرط منافياً للسنة. وان كان معلقاً وكان الشرط بيعه وصرف ثمنه اي عدم كونه وقفاً. فان قلنا بان عدم البيع ماخوذ في حقيقة الوقف صح ذلك، فانه يرجع الى انه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذي علق عليه جواز البيع، واذا تحقق فلا وقف، ومقتضى اطلاق ادلة الوقف ونفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف. ودعوى: انه مناف للتأييد المعتبر في الوقف. مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، وأنه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما اذا كان مردداً بين الانقطاع وعدمه.

وان قلنا بانه من احكامه لا من مقوماته. فالأظهر عدم الصحة الا مع انشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير، فان عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المصنف (رحمته الله).

[١] وأما الثاني اي ما يقتضيه النص الخاص وهو الصحيح الحاكي لوقف

ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث فإن الآخر منهما ينظر في بني عليّ الى ان قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم. وأنه يشترط على الذي يجعله اليه ان يترك هذا المال على اصوله، وينفق الثمرة حيث امره من سبيل الله ووجهه وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب، والقريب والبعيد، لا يباع شيء منه، ولا يوهب ولا يورث. الرواية وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلاً عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما ينتفعون به [١] والسند صحيح

امير المؤمنين عليه السلام ماله بينبع: المذكور في المتن^(١).
[١] وهذا ايضا يدل على الجواز، ومورد الاستدلال به قوله عليه السلام: فان اراد ان يبيع نصيبا من المال ... الخ.

واورد عليه بايرادات:

الأول: انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام.
وفيه: انه ظاهر في كونه في مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه في ضمن الوقف على البيع، وهذا هو الإشتراط.

الثاني: انه محمول على الوصية نظراً الى ما في صدره من قوله عليه السلام: هذا ما اوصى به وقضى في ماله عبدالله علي، وقوله في آخره: ولا يحل - الى قوله - ان يغير شيئاً مما اوصيت به.

وفيه: انه ينافية قوله عليه السلام: الذي كتبت من اموالي هذه صدقة واجبة بتلة حيا انا او ميتا. ولا تكون الوصية بتلة واجبة في حياته، بل الوقف كذلك، واطلاق الوصية على جميع ما يدبره الإنسان من شؤون ماله بنحو الإيضاء به لمن يقوم بعده بالأمر شائع، واختصاص الوصية بالمعهودة انما هو في لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

والتاويل مشكل والعمل به اشكل [١].....

وفيه: انه مناف لقوله ان يبيع، ولقوله جعله شروى الملك اي ملكا نفيسا لنفسه.
 الرابع: ان مورده الوقف العام، ولا اشكال في عدم جواز البيع فيه. وقد تقدم
 الجواب عنه، وانه لا فرق بين الوقف العام والخاص.
 [١] قوله والتاويل مشكل والعمل به اشكل.
 ولكن الانصاف ان الخبر لا اشكال فيه دلالة، كما لا اشكال فيه سنداً، فيدل على
 جواز البيع مع الشرط، اذ قد عرفت انه مقتضى القاعدة.
 وربما يستدل للجواز بجملة اخرى من الرواية، وهي قوله عليه السلام فبدا له ان يبيعها
 فليبيعها ان شاء لا حرج عليه.
 ولكن يمكن الإيراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفا.
 وذلك لوجهين:

الأول: قوله وان كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة اي غير الصدقات العامة،
 وهذا كما يمكن حمله على ما اذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله
 على دار الصدقة التي فوض امرها اليه وجعل له سكنها ما دامت الحاجة ويعدده بعنوان
 الوصية يفعل ما امره به.

اللهم الا ان يقال: ان المراد بهذه الجملة انه ان كان دار الحسن التي هي مسكنه غير
 دار الصدقة ولم يكن له حاجة الى دار الصدقة ورأى المصلحة في بيعها فليبيعها ان شاء
 ويصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

الثاني: ان تلك الدار لم تكن داخلية فيما وقفه في اول هذا الخبر، فان الموقوف هو
 ماله يبيع وما حولها وبوادي القرى وبديمة وباذينة، وكل تلكم ليست الا المزارع وليست
 الدار داخلية فيها ولكن في الجملة الأولى كفاية.

الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علماً او ظناً وهو [١] المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبارات المتقدمة والاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه وقد يكون لآله، والخراب المعلوم والمخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة. وأما اذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كانتفاعه السابق او ازيد فلا يجوز بيعه الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقاً من ان تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه، وقد عرفت ضعفه، وقد عرفت من عبارات جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب، ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقييدهم به.

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس، وان لم يعلم او يظن بذلك، فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصاً من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلاً عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد يستباح منه الأنفس، والأقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعاً يعتد به عرفاً، سواء كان لأجل الاختلاف او غيره، والمنع في غيره من جميع الصور أما الجواز في الأول. فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع،

[١] الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علماً او ظناً.

وقد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقاً، والمفيد والديلمي والفاضلان في اكثر كتبهما، والشهيدان في غير الدروس، والمحقق الكركي وغيرهم: الى المنع، وعن الشيخ في النهاية، وابن سعيد في كتابيه، والطوسي والعلوي والعلامة في بيع التحرير، والشهيد في الدروس وغيرهم: اختيار الجواز، واختاره المصنف رحمه الله.

فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً.

وأما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الاجماع، وانصراف النصوص الى غير هذه الصورة. وأما الموقوف عليهم فالمفروض اذن الموجود منهم وقيام الناظر العام والخاص مقام غير الموجود. [١] نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البديل او كون البديل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي،

وقد استدلل للجواز بوجوه.

[١] ما افاده المصنف رحمته، ومقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع، وحاصله: ان المانع عن التمسك بها في الوقف امور: احدها: حق الواقف.

ثانيها: حق الموقوف عليه.

ثالثها: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

وشيء منها لا يصلح للمنع في المقام.

اما الأول: فلأن غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لاوله الى الخراب، وغرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال يتوقف على البيع، فالبيع ليس منافياً لغرضه.

واما الثاني: فلأن المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبديل، والانتفاع بشخص العين غير ممكن، واما حقهم في تصدي البيع فالمفروض انه يباع باذن البطن الموجود واولياء البطن اللاحقة.

واما الثالث: فلا ينصرف الأدلة عن صورة اول العين الى الخراب المخرج اياها عن حد الانتفاع.

وفيه: ان هذا يتم في صورة الخراب، واما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، وحق الموقوف عليهم في الانتفاع به كذلك، والأدلة غير منصرفة، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزيمة إمكان البقاء مع عدم فوات الإستبدال فيه، ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال، ولو دار الأمر بين بيعه والإبدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حقّ البطن الذي يفوته المنفعة أو حقّ الواقف وسائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الواقف وجهان، لا يخلو أوّلهما عن قوّة اذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته مقدّمًا على الموقوف عليه. وقد يستدلّ على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح، من أنّ بقاء الوقف على حاله، والحال هذه اضاعة واتلاف للمال، وهو منهيّ عنه، شرعاً فيكون البيع جائزاً. [١] ولعلّه اراد الجواز بالمعنى الأعمّ فلا يرد عليه أنّه يدلّ على وجوب البيع، وفيه أنّ المحرّم هو اضاعة المال المسلّط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه الى ان يخرب بنفسه والاّ لزم وجوب تعمير الاوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما امكن مقدّمًا على البيع او اذا لم يمكن البيع. والحاصل أنّ ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتّضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير، ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكّرة والمهذب وغاية المرام، من أنّ الغرض من الوقف استيفاء منافعه. وقد تعذّرت، فيجوز اخراجه عن حدّه، تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض [٢] كما أنّه لو تعطلّت الهدى ذبح في الحال وان اختصّ بموضع، فلمّا تعذر مراعاة المحلّ ترك مراعاته لتخلّص المتعذّر

[١] الثاني ما عن التنقيح، وهو: ان بقاء الوقف على حاله، والحال هذه اضاعة واتلاف للمال وهو منهي عنه شرعاً، فيكون البيع جائزاً.

وفيه: ما تقدم من ان التضييع المحرم هو ما لم يكن بامر من الشارع، وحيث ان ابقاء الوقف يكون بامر منه فلا يشمل دليل حرمة التضييع.

[٢] الثالث: ما عن المختلف والتذكّرة والمهذب وغيرها، وهو: ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه، وقد تعذّرت فيجوز اخراجه عن حدّه تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو في آخر ازيمة بقائه الذي خرجت العين فيه عن

وفيه أنّ الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنّه الذي دلّ عليه صيغة الوقف، والمفروض تعذّره، فيسقط وقيام الانتفاع بالتنوع مقام الانتفاع بالشخص، لكونه اقرب الى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر اصل الغرض، فالاولى منع جريان ادلة المنع من خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك مؤيِّداً. وأما المنع في غير هذا القسم من الصّورة السّابعة وفيما عداها من الصّور اللاحقة لها، فلمعوم قوله ﷺ لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلّة في ملكك، فإنّ ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوّزة وعدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصّحة، يدلّ على أنّ الوقف ما دام له غلّة لا يجوز بيعه، وكذا قوله ﷺ: الوقف على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله، وما دلّ على أنّه يترك حتّى يرثها وارث السّماوات والأرض، هذا كلّه مضافاً الى الاستصحاب في جميع هذه الصّور، وعدم الدّليل الوارد عليه، عدا المكاتبة المشهورة [١] التي انحصر تمسك كلّ من جوّزه في هذه الصور فيها.

حيز الانتفاع، واما قبله فالغرض. من الوقف الاستيفاء من شخص العين وهو ممكن فلا يجوز.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني رحمه الله، وهو: انه اذا احتمل احتمالاً عقلاً ثانياً تاديتة الى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه، جاز بيعه لأن حكم الإحتمال حكم الخراب، ولكن من حيث كونه طريقاً، لأنّه بعد اعتبار هذا الإحتمال عند العقلاء فكأنّه صار خراباً فعلاً.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو في احتمال الخراب الفعلي لا في احتمال تاديتة الى الخراب، لأن هذا الإحتمال ليس طريقاً الى الخراب بالفعل كما هو واضح. [١] الخامس: ما كتبه رحمه الله في جواب ابن مهزيار^(١) المذكور في المتن.

وهي مكاتبة ابن مهزيار. قال كتبت الى ابي جعفر الثاني عليه السلام: انّ فلاناً ابتاع ضيعة فاوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس ويسألك عن رأيك في بيع حصّتك من الأرض، او تقويمها على نفسه بما اشتراها، او يدعها موقوفة، فكتب إليّ اعلم فلانا أنّي امره ببيع حصّتي من الضيعة، وايصال ثمن ذلك اليّ انّ ذلك رأيي انشاء الله تعالى، او يقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له، قال: فكتب [فكتبت] اليه انّ الرجل ذكر انّ بين من وقف عليهم بقيّة هذه الضيعة اختلافاً شديداً، وأنّه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع الى كلّ إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته فكتب بخطّه وأعلمه أن رأي أن كان قد علم الاختلاف بين ارباب الوقف ان يبيع الوقف امثل فليبيع فإنّه ربّما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنّفوس [١] الخبر.

حيث إنّهُ يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثّاني من الصّورة السّابعة، بناء على انّ قوله فإنّه الى اخره تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وإنّ المراد بالمال هو الوقف، فإنّ ضمّ النّفوس أنّما هو لبيان الضّرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أنّ المناط في الحكم هو اجتماع الامرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل أنّه كلّ ما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

[١] بتقريب: ان قوله عليه السلام: فانه ... الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وان المراد من المال الوقف، فان ضمّ النّفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، اذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: انه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: ان كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينة ضمّ النّفوس الى الأموال يصير ظاهراً في المال الآخر، اذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم وادائه الى المقاتلة الموجبة لالتلاف النّفوس، وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هو اجنبى عن تلف النفس.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب، لا سيما اذا كان الخراب المتروك بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع في آخر ازمته بقائه، اذ لا منفعة حينئذ

وفيه أنّ المقصود جواز بيعه إذا أدّى بقاءه إلى الخراب علماً أو ضمناً، لا مجرد كونه ربّما يؤدّي إليه المجمع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ربّما، كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته، ولا اظنّ أحداً يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب، لأنّ كلمات من عبّر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدّى بقاءه إلى خرابه، وبين قولهم يخشى أو يخاف خرابه، والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد اطلاقاتهم مثل قولهم يجب الافطار والتّيمم مع خوف الضّرر، ويحرم السّفَر مع خوف الهلاك، لا يتحقّق الأبعد قيام اماراة الخوف، هذا، مع أنّ مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً. وهو القسم الأوّل من الصّورة السّابعة الذي جوّزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التّلف، مع أنّه لا وجه بناء على عموم التّعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلّما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال. فكلّمات القوم في هذه الصورة متشعبة، فلا يصغى الى نقل شهرة في الباب. فالمهم صرف عنان الكلام الى الحجج والأدلة. وقد استدلل للمنع في المكاسب: بعموم ادلة المنع عن بيع الوقف^(١) وبالإستصحاب. صرح في بيان الحكم في الصورة السابعة ان عموم الادلة، والاستصحاب دليلان للمنع في الصور اللاحقة.

ما ذكره^{عليه السلام} من عموم الأدلة متين في نفسه.

واما الإستصحاب فغاية ما يمكن أن يقال في تقريره: ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، وهو ان اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور ولم يكن له عموم شامل له، الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع والوفاء بالعقد مما لا عموم ازمانى له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع والعقد، ومع الشك في ان الخارج هو في زمان او دائماً يجري الإستصحاب، ولا يكون مورد التمسك بالعموم.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ و - باب ١٧ - من ابواب عقد البيع.

وأما تقريب الاستدلال بالمكتابة على جواز البيع في الصورة الثامنة وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربّما اوجب تلف الأموال والنّفوس، فهو أنّ الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلّا أنّ قوله فإنّه ربّما الخ مقيد بالاختلاف الخاص، وهو الذي لا يؤمن معه من التلف لأنّ العلة يقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرّمان لأنّه حامض، وفيه أنّ اللازم على هذا تعميم الجواز في كلّ مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنّفوس وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقف عليهم، فيجوز بيع الوقف لا صلاح كلّ فتنة، وإن لم يكن لها دخل في الوقف [١] اللهم إلّا ان يدعي سوق العلة مساق التّقريب لا التّعليل الحقيقي حتّى يتعدّى إلى جميع مواردّه، لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه ممّا لا يؤمن، ممنوع وهو الذي فهمه الشهيد (عليه السلام) في الرّوضة، كما تقدّم كلامه، لكنّ الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرّواية، بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد،

وفيه: - مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الأصول - انه لا يكون منطبقا على المقام من جهة انه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم دليل نفوذ البيع في زمان ويشك بعده في خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود، والبيع بعد العروض فرد مقدر آخر. وعليه فمع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع الى عموم دليل النفوذ للشك في التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لإجراء الإستصحاب.

واستدل للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة في الصورة السابقة:

[١] وأورد عليه المصنف (عليه السلام)، بما حاصله ان قوله (عليه السلام): فإنه ربما جاء في الاختلاف ... الخ اما ان يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف، او يكون حكمة له. وعلى الأول: يتعين البناء على جواز بيع الوقف اذا لزم تلف المال والنفس، ولولا لدخل فيه، لأن العلة كما تخصص تعمم. وعلى الثاني: يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا، وشيء منهما لا يمكن الإلتزام به لعدم افتاء المشهور به.

وفيه: انه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، ولكن العلة هي لزوم تلف المال

مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيجيء إليه الإشارة. ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة وردّه. [١]

والنفس من ترك البيع وابقاء الوقف على حاله، فان الظاهر منها ان عليّة ما ذكر من جهة ان الوقف صدقة جارية يتقرب بها الى الله تعالى، وهذا لا يلائم مع تلف المال والنفس، ولا مانع من الالتزام بالتعميم على هذا، اي الالتزام بجواز البيع في كل مورد لازم من بقائه تلف المال والنفس.

ودعوى انها معرض عنها ولم يعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فيها، فالمكاتبة تدل على الجواز في هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الإشكالات المشتركة بين جميع الصور التي سيتعرض لها المصنف رحمته، وستعرف عدم ورود شيء منها.

فالأظهر هو جواز البيع فيها.

وربما يستدل له بحديث ^(١) لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعية.

وفيه: ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس، وفي مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي.

وبه يظهر ما في الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما اذا لازم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم.

[١] وقد استدل للمنع عن البيع في هذه الصورة:

بعموم الأدلة.

والاستصحاب.

وقد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين.

ولكن الاستدلال بالاستصحاب في غير محله.

وقد استدل للجواز بوجهين:

الأول: لا ضرر. وقد تقدم ما فيه.

الثاني: مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس

والمال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، والإحتياط سبيل النجاة

واما تقريب الإستدلال على الصّورة العاشرة، فهو ان ضمّ تلف النّفس إلى تلف الأموال، مع أنّ خوف تلف الانفس يتبعه خوف تلف المال غالباً، يدلّ على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدّة الى حيث يخاف منه تلف النّفس [١] ولا يكفي بلوغها الى ما دون ذلك، بحيث يخاف منه تلف المال فقط. وفيه انّ اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كلّ فتنة [٢] مع أنّ ظاهر الرّواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربّما جاء فيه تلف الاموال والنّفوس. والمقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدّمة: هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

والحاصل انّ جميع الفتاوى المتقدّمة في جواز بيع الوقف، الرّاجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علماً او ظناً او احتمالاً الى مطلق الفساد او فساد خاص،

الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد تستباح منه الأنفس.

وقد استدل للمنع بما تقدم، وللجواز بما ذكرناه آنفاً.

[١] وتقریب الإستدلال بالمکاتبة: ان ذکر تلف الأموال وضمه الى تلف النفوس

انما هو من جهة التلازم الغالبی، اذ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصية فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة.

[٢] واورد عليه المصنف رحمه الله بما تقدم من: ان مقتضى عموم العلة جواز البيع لدفع

كل فتنة مؤدية الى ذلك، وقد عرفت الجواب عنه.

فالحق في الإيراد عليه - مضافاً الى منع التلازم الغالبی.

ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر، فان الظاهر كون كل قيد مأخوذ في لسان

الدليل للإحتراز.

مع ان لازم التمسك بالمکاتبة البناء على كفاية خوف الأداء الى استباحة الأنفس

لا اعتبار الإستباحة الواقعية.

او فساد خاص، او اعتبار الاختلاف مطلقاً، او اختلاف خاص، مستندة الى ما فهم اربابها من المكاتبة المذكورة والظاهر في مدلولها هو اناطة الجواز بالاختلاف الذي ربّما جاء فيه تلف الأموال والنّفوس، لا مطلق الاختلاف، لأنّ الذيل مقيد، ولا خصوص المؤدّي علماً أو ظناً، لأنّ موارد استعمال لفظة ربّما اعمّ من ذلك، ولا مطلق ما يؤدّي الى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل في التعليل، بحيث يتعدّى عن مورد النص، وان كان فيه اشارة الى التعليل وعلى ما ذكرنا فالمكاتبة غير مفتى بها عند المشهور [١] لأنّ الظاهر اعتبارهم العلم أو الظنّ بأداء بقائه الى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال والانفس، فيكون النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه.

لكنّ الانصاف أنّ هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، وقصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لأنّ اختلاف فتاوى المشهور إنّما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أيط به الجواز، من قوله ﷺ: ان كان قد علم الاختلاف المنضم الى قوله: فإنّه ربّما جاء في الاختلاف. وأما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد الثّام، فهي على تقدير قصورها منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق [٢] وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم

وربما اورد على الاستدلال بالمكاتبة في هذه الصور بايرادات:

[١] الأول: اعراض الأصحاب عنها.

وقد عرفت ان الأصحاب عملوا بها، وانما الخلاف بينهم في موضوع الجواز من جهة اختلافهم في فهم المراد منها.

[٢] الثاني: ان الظاهر من عدم ذكر الأعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذي

هو محل البحث.

وفيه: ان عدم ذكر الأعقاب انما هو من جهة عدم الإحتياج اليه، فلو لم ندع ان اطلاق الوقف ظاهر في المؤبد، لا كلام في ان مقتضى ترك الإستفصال البناء على عدم

وعدم تمام الوقف، كما عن الايضاح [١] وأوضحه الفاضل المحدث المجلسي، وجزم به المحدث البحراني، ومال إليه في الرّياض. قال الأوّل في بعض حواشيه على بعض كتب الاخبار أنّه يخطر بالبال أنّه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم ولم يدفعها إليهم. وحاصل السّؤال انّ الواقف يعلم أنّه اذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف، ويشتدّ لحصول الاختلاف بينهم قبل الدّفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفة ويدفعها إليهم؟ أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد ويدفع إليهم ثمنها، أيّهما أفضل. انتهى موضع الحاجة والإنصاف أنّه توجيه حسن لكنّ ليس في السّؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الإستفصال في الجواب، كما أنّ عدم ذكر البطن اللاّحق لا يوجب ظهور السّؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبّد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبّد.

والحاصل انّ المحتاج إلى الإنجبار بالشّهرة ثبوت حكم الرّواية للوقف التّام المؤبّد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدّي الفتنة إليه، أو غير ذلك، ممّا تقدّم من الإحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشّهرة من جهة أخرى،

الفرق في ذلك بين المؤبد والمنقطع.

[١] الثالث: ما عن الإيضاح، وهو ظهورها في عدم اقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف، وعن المحدث المجلسي والبحراني: الجزم به، واحتمله سيد العروة، فهي تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، ومحل الكلام هو بيع الوقف. وفيه: أولاً: ان الظاهر من الوقف والموقوف عليهم وغيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح.

وثانياً: انه لو تنزلنا عن ظهورها في ذلك يكفي في الحكم عدم الإستفصال بين تحقق الوقف والقبض وعدمه.

وهي أن مقتضى القاعدة، كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون، وظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين [١] فلا بدّ أتما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكليف سقوط حقّ سائر البطون عن الوقف آناً ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم. وأتما من حمل السؤل على الوقف المنقطع اعني الحبس الذي لا اشكال في بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام لعدم القبض أو لعدم تحقّق صيغة الوقف وان تحقّق التّوطين عليه وتسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

ويؤيّده تصدّي الواقف بنفسه للبيع الآ أن يحمل على كونه ناظراً، او يقال أنّه اجنبيّ استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبة، بل يمكن ان يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغاً عنها، مع أنّ المركز في الازهان اشتراك جميع البطون في الوقف وبدله انّ مورد السؤل هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانتقاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيّده انّ ظاهر صدره المتضمّن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا التحويضاً، الآ أن يصلح هذا الخلل وامثاله بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام، ويقال أنّه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصّصاً لقاعدة المنع عن بيع الوقف، وموجباً لتكليف الالتزام لسقوط حقّ اللاحقين عن الوقف عند ارادة البيع، او نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن الى الموجودين.

[١] الرابع: ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع انه مناف لحق البطون ولقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه. وفيه: اولاً: ان عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية.

وثانياً: ان الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الاختلاف الا بتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك في الوقف، لا ارى فيه محذوراً. وثالثاً: ان المحكي عن الأكثر العمل بها.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الاظهر منها لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدي علماً أو ظناً الى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم كان اولى. والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، انّ المناطق في ذلك القسم العلم او الظن بتلف الوقف رأساً والمناطق هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال وان لم يتلف الوقف، فإنّ الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف وليس المراد من التلّف في الرواية تلف الوقف رأساً حتّى يتحدّد مع ذلك القسم المتقدّم، اذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإنّ تلفها غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها. ثمّ انّ الظاهر من بعض العبارات المتقدّمة، بل المحكي عن الأكثر: انّ الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. الاّ انّ ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد: هو أنّه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان. وهذا منه بني مبنّى على وجه ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبديل لكنّ، الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكاً برواية جعفر، فتعيّن الأوّل وهو منع التقرير لكنّه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

الخامس: انه لو جاز بيع الوقف فانما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبي، والمكاتبه تدل على جوازه للأجنبي كما لا يخفى.

وفيه: انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظراً، او انه استاذن من الإمام عليه السلام في ذلك لكونه من الأمور الحسبية.

وأما الوقف المنقطع، وهو ما اذا وقف على من ينقرض [١] بناء على صحته،
كما هو المعروف [٢].

الوقف المنقطع

[١] هذا كله في الدائم، وأما الوقف المنقطع، وهو ما اذا وقف على من ينقرض.
فالكلام فيه يقع في جهات:
الأولى: في صحة الوقف المنقطع.
الوقف المنقطع على قسمين:
الأول: ما يجعل وقفا موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين وهذا لا خلاف بينهم
في بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد والمسالك، بل عن الغنية والمختلف والسرائر
والجواهر: دعوى الإجماع عليه، وكفى به مدركا.
[٢] الثاني: ما يجعل على من ينقرض غالبا، والأظهر صحته وقفا كما هو المشهور
بين الأصحاب، لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.
ودعوى: اخذ التابيد في مفهوم الوقف.
كما ترى، لأن حقيقة الوقف حبس العين وتسبيل الثمرة - كان ذلك دائما ام
موقتا.

والإجماع على اعتبار التابيد في الوقف وان كان لا ينكر الا ان مراد المجمعين
عدم توقيته مدة لا كونه دائما. وبعبارة أخرى: المراد به عدم الإقتران بمدة، وأما ارتفاع
الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافي الدوام.
ويشهد لصحته صحيح الصفار: كتبت الى ابي محمد عليه السلام أسأله من الوقف الذي
يصح كيف هو؟ فقد روي ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، واذا
كان موقتا فهو صحيح مضي، قال قوم: ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان
وعقبه، فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها وقال
آخرون.

فأما ان نقول ببقائه على ملك الواقف. وأما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم، وعلى الثاني فإما ان يملكوه ملكاً مستقراً، بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم. وأما ان يقال بعوده الى ملك الواقف. واما ان يقال بصيرورته في سبيل الله [١]

هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى ان يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت ان يقول هذا وقف ولم يذكر احداً، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع عليه: الوقف بحسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله ^(١).

فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

[١] الجهة الثانية: في انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الواقف وورثته او الى ورثة الموقوف عليه او يصرف في وجوه البر، وجوه. اقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجاً مادامياً، اي مادامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع الى مالكه بموته، فانه لم يخرج عن ملكه الا الى اجل.

ودعوى ان مقتضى اطلاق ادلة الإرث انتقاله الى ورثة الموقوف عليه. مندفة بانها انما تدل على الإرث فيما هو للميت لا ما ليس له بعد موته، ومقيد ملكيته بحياته، فانه ليس مما تركه الميت. وتام الكلام في محله. هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، والا فهو ملك له من الأول وبموته ينتقل الى ورثته.

ولعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد - من ان اعتبار الملكية له لغو، ومن اطلاق الصدقة عليه لا سيما بما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة.

لا يجري في المقام. اما الأول: فواضح، واما الثاني: فلعدم اطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك، وفي جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم الفرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به [١] ولذا منع الاصحاب كما في الايضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق والشهيد في المسالك والدروس وغيرهم: صحة البيع في السكنى الموقوفة بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكي التنقيح: الاجماع عليه،

الجهة الثالثة: في جواز بيعه وعدمه.
الظاهر انه ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه لا ينبغي التوقف في عدم جواز بيعه لعموم ما دل على عدم جواز بيع الوقف^(١) الشامل للمؤبد والمنقطع.
ومن الغريب عدم ذكر المصنف^{رحمته} هذه الجهة مع هذا البسط والاطناب.
نعم لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن البيع له، اما دليل الوقف فله ظهوره في ان المنع عن البيع الذي انشأ الواقف انما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم - اي يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم - فلو لم يقع اصل الملك كيف تقع خصوصياته، واما غيره فلا ينصرف الى ما لو كان البيع منافيا للوقف.

وعلى القول بعدم شمول الأدلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد.
فالحق ان بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:
احدها: ان يبيع العين الموقوفة من الأجنبي مع عدم انتقال منافعه اليه، وحيث ان المقتضى للصحة وهو الملك موجود، فلا بد من البحث في المانع، وهو ليس الجهل بمقدار المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه للجهل بامد انقضائها - فان الجهل بنفسه وان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخلة فيه وان اوجبت زيادة المالية - بل المانع هو الفرر، وقد وجهه المصنف^{رحمته}.

[١] بقوله بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.
واورد عليه المحقق الإصفهاني^{رحمته}: بانه اذا كان المبيع معلوما ذاتا ووصفا وتسليما.

ولعلّه أمّا لمنع الغرر وأمّا للنّص وهو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصّحيح او الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل في زمان حياته ولعقبه من بعده، قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج الى بيعها [بيعها]، قال: نعم، قلت: فينقض البيع السّكنى، قال: لا ينقض البيع السّكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر لا ينقض البيع الاجارة ولا السّكنى ولكن يبيعه على ان الذي يشتريه لا يملك ما اشتره حتى ينقضي السّكنى على ما شرط الخبر. [١]

ومع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة وولده والمحقّق الثّاني، ولو باعه من الموقوف عليه المختصّ بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه، لعدم الغرر، ويحتمل العدم لأنّ معرفة المجموع المركّب من ملك البائع وحقّ المشتري لا يوجب معرفة المبيع. وكذلك لو باعه ممّن انتقل إليه حقّ الموقوف عليه. نعم لو انتقل الى الواقف، ثمّ باع صحّ جزماً.

وكان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك غريباً، وعلى فرض التنزل وتسليم صدقه عليه لا دليل على مبطليته لأنّ العمدة في مانعيته الإجماع، وهو غير ثابت في المقام.

وفيه: ان الجهل بوقت التسليم والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر. اما الثاني: فلأن الثمن انما يدفع بازاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر. واما الأول: فلأنه كما يصدق الغرر مع الجهل باصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.

ودعوى ان عمدة دليل مانعية الغرر الإجماع غير الشامل للمقام. مندفة بان عمدة دليله النبوي^(١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

[١] واما مصحح الحسن بن نعيم المذكور في المتن الدال على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنائها لرجل ولعقبه من بعده^(٢)، فهو يخصّص دليل الغرر، وعليه فان

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام السكنى والحبس حديث ٢.

واما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبي [١] لأن المنفعة مال لهم، فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صحّحناه منهم أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون عوض موزعاً عليهما، ولا بد أن يكون ذلك على وجه الصلح، لأن غيره لا يتضمّن نقل العين والمنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة، ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التّقيح من أنّه لو اتّفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء اراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدلّ عليه كلامه المحكي عنه في مسألة السّكنى، حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع او المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة، كما في السّكنى على قولٍ صحّ ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل.

وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السّكنى والحبس انشاء الله تعالى وعلى الثّاني فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك ولا للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقائه في يدهم إلى انقراضهم. وعلى الثّالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوّزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال

امكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع ويحكم بجواز بيعه والا فلا. [١] بقي الكلام في اجازة الموقوف عليه، وان رضا ببيع الواقف هل يوجب صحته ام لا؟

والمقصود من ذلك ان تكون عينه وجميع منافعه منتقلة الى المشتري، فلا يلزم الغرر. والأظهر عدم كفايته، فان المنفعة لا تنتقل الى المشتري لا بلا عوض ولا معه الا بالصلح.

اما عدم انتقالها بلا عوض فلأن الناقل اما هو الهبة او الإسقاط او الإبراء، ولا مورد لشيء منها في المقام، اما الهبة: فلا اعتبار لتعلقها بالعين، واما الإسقاط: فلأنه يتعلق بالحق والمنفعة ملك، واما الإبراء: فلأنه يتعلق بالملك الذمي كالدين والمنفعة ملك خارجي

بناءً على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة لعدم تسلطه على الثقل فإذا انقضى الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع.

ثم أنه قد أورد على القاضي رحمته حيث جَوَّز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، ويمكن دفع التنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة، وهو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده إلى الواقف، إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك في مراجعة مسألة في كتاب الوقف. وعلى الرّابع فالظاهر أن حكمه حكم الواقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني عليه ما حكى عنه،

وأما عدم انتقالها بالعرض.

فلأن ناقلها إما الإجازة أو البيع على قول، ويعتبر في كل منهما عدم الغرر، وفي المقام كل من المعاملتين - أي المعاملة التي يوقفها الواقف - أصالة، والتي يوقفها عن الموقوف عليه غررية، وإن كان لا غرر بعد تمامية العقدين فيتعين أن يكون ذلك بعنوان الصلح، ولا بأس به.

إلا أنه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة إلى إجازة الموقوف عليه.

ثانيها: أن يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، وقد أفاد المحقق الإصفهاني رحمته: أنه لا ينبغي النزاع في صحتها بيعاً حيث لا غرر ولا جهالة.

وفيه: أن المشتري بعد البيع وإن كان يعلم بماله من العين والمنافع إلا أن الميزان في الصحة والفساد كون البيع بنفسه غريباً وعدمه، وهذا البيع بنفسه غرري، والعلم بعد تحققه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر.

ألا ترى أنه لو صالح أحد الشريكين الذي له مقدار من العين غير المعين شخصاً فباعه بعد ذلك الشريك الآخر حصته لا اشكال في صدق الغرر وعلان البيع، مع أن المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل إليه وإن العين بتمامها له.

لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. [١] ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع، فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف. وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم. فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدّم. وأما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصّور التي منعنا وفي الجواز في الصّورة التي جوّزنا بالإشتراك دليل المنع والجواز ويتشاركان أيضاً في حكم الثمن بعد البيع.

ثالثها: ما اذا انتقلت منفعة العين الموقوفة الى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه، فان حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.
رابعها: ما اذا انتقلت المنفعة الى الواقف فباع العين، لا اشكال في الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع.

هذا كله بناء على بقاءه على ملك الواقف، واما لو قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه، فلا يجوز البيع لا للواقف ولا للموقوف عليه وذلك لوجهين:
الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الثاني: ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، والموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسلّة، فان باع ونقل الملكية المرسلّة نقل ما ليس له، وان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسلّة.
ولا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف او انتقاله الى ورثة الموقوف عليه او صيرورته في سبيل الله تعالى.

[١] قوله قده: لأنه حقيقة وقف مؤبد ... الخ.

وفيه: ان صيرورة الوقف في سبيل الله ان كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين وصرف منافعها في سبيل الله تعالى، وان كانت من جهة انقضاء امد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها في سبيل الله تعالى.

مسألة: ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً [١] فإنّ الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون، وحكى عن الخلاف اجماع الفرقة واخبارهم على ذلك.

وقد حكى الإجماع عن غيره أيضاً، وعن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونة أنّه ارسل عن النبي ﷺ: أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف. [٢]

بيع العين المرهونة

[١] قوله من اسباب خروج الملك عن كونه طلقاً كونه مرهوناً.

في بيع العين المرهونة اقوال:

الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

الصحة مع الوقوف على الإجازة، او سقوط حقه، باسقاطه، او بالفك، ذهب اليه الشيخ، وابن حمزة، وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم.

البطلان، وهو الظاهر من عبارة جماعة من القدماء وغيرهم، وصرح به صاحب المقاييس.

والكلام يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يصح بيع الراهن مستقلام لا.

الثاني: في انه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأساً ام يمكن تصحيحه بالإجازة او سقوط حق المرتهن بالإسقاط او الفك.

اما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة:

بالإجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

[٢] وبالمرسل عن النبي صلى الله عليه وآله الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف في الرهن^(١) المنجبر ضعفه بالعمل.

وبقاعدة السلطنة^(٢). اذا لبيع ينافي سلطنة المرتهن على حقه.

(١) المستدرک - باب ١٧ - من ابواب كتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث - ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وانما الكلام في ان بيع الرّاهن هل يقع باطلاً من اصله؟ او يقع موقوفاً على الاجازة؟ او سقوط حقه باسقاطه او بالفك، فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأوّل، الاّ أنّ صريح الشّيخ في النّهاية، وابن حمزة في الوسيلة، وجمهور المتأخّرين عدا شاذّ منهم: هو كونه موقوفاً، وهو الاقوى للعمومات السليمة عن المخصّص [١] لأنّ معقد الاجماع والاخبار الظّاهرة في المنع عن التّصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الرّاهن مع ما ثبت في محله

وفي الجميع نظر.

اما الأوّل: فلأنّ هذا الإجماع ليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأي المعصوم عليه السلام، بل منشأ منافاة البيع لحق المرتهن.

وبعبارة اخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحق المرتهن، ومن صرح بالبيع فانما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن، وعليه فحيث ان البيع ليس منافياً لحقيقة الرهن ولحق المرتهن. اذ لا يعتبر في العين المرهونة ان تكون ملكاً للراهن، وقد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن، فاذا جاز ذلك ابتداء جاز بالاولى بيع العين المرهونة، فتنتقل العين المرهونة الى المشتري، ويكون حق الرهانة باقياً متعلقاً بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.

واما الثاني: فلأنّ التصرف فيه لا يعم التصرف الإعتباري كالبيع كما حقق في مبحث الفضولي.

مع انه على فرض الشمول ان النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الإعتباري والخارجي، ولا يكون ظاهراً في الإرشاد، بل هو ظاهر في المبغوضية والحرمة النفسية. وقد مر في اول الجزء الاول عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد.

واما الثالث: فلما عرفت أنّ من ان البيع ليس منافياً لسلطنة المرتهن على حقه، فالأظهر هي الصحة والنفوذ وعدم الوقوف على الاجازة، او سقوط حق المرتهن.

واما المقام الثاني: فقد استدل المصنف رحمته الله للصحة مع الاجازة بوجوه:

[١] الأوّل: العمومات السليمة عن المخصّص، فان معقد الإجماع والأخبار

من وقوع تصّرف المرتهن موقوفاً لا باطلاً، وعلى تسليم الظهور في بطلان التصرف رأساً، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافاً على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة، معللاً بأنه لم يعص الله. وإنما عصي سيّده [١] إذ المستفاد منه أن كلّ عقد كان النّهي عنه لحقّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع، وحصول الرّضا، وليس ذلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال. وأورد عليه المحقق الإيرواني: بأن بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، والمتيقن وإن كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن إلا أنه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازمانى فيها، بل عمومها افرادى فقط بازاء كل عقد إيجاب واحد للوفاء لا إيجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر. وفيه: أن خروج فرد في زمان أن كان لأجل مانع وكان ذلك المانع مقروناً بالعقد ومن حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع، والكبرى التي أشار إليها لو تمت إنما هي فيما إذا كان خروج الفرد في الأثناء كما حقق في محله.

فالإنصاف أنه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للإرتفاع باذن من له الحق كما هو الحق، ولذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن إذا أجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته.

صح بمقتضى العمومات.

[١] الثاني: أن المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالإجازة بأنه لم يعص الله وإنما عصي سيّده^(١). أن كل عقد كان النّهي عنه لحقّ الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا.

وأورد عليه: بأن الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للإرتفاع باذن من له الحق، وبعضها

هذا كله مضافاً الى فحوى أدلة صحة الفضولي [١] لكن الظاهر من التذكرة، ان كل من ابطال عقد الفضولي ابطال العقد هنا. وفيه نظر لأن من استند في البطلان في الفضولي الى مثل قوله ﷺ: لا بيع الا في ملك. لا يلزمه البطلان هنا، بل الاظهر ما سيبيء عن ايضاح التافع من ان الظاهر وقوف هذا العقد. وان قلنا ببطلان الفضولي، وقد ظهر من ذلك ضعف ما قوّاه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكاً بظاهر الاجماعات والاخبار [٢] المحكية على المنع والتبهي،

لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء والوقف ونحوهما.
وكون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، ومع عدم احرازه لا سبيل الى الاستدلال بعموم العلة.
وفيه: ان المستفاد من ما دل على كفاية اذن المرتهن وان به يجوز البيع كونه من قبيل الأول.

[١] الثالث: فحوى أدلة^(١) صحة الفضولي.

اورد عليه المحقق الايرواني رحمه الله: بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع، فلا اولوية، بل ولا المساواة.
وفيه: انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد وكونه من الحقوق القابلة للإرتفاع، وعليه فالاولوية واضحة، فان في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة واللزوم: احدهما: فقدان رضا المالك. وثانيتهما: عدم استناد البيع الى المالك. وفي المقام ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون أولى.
وقد استدل صاحب المقاييس رحمه الله لما ذهب اليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

[٢] منها: ان المستفاد من ظاهر الاجماعات والأخبار المحكية تعلق النهي بالمعاملة لأمر داخل راجع الى احد العوضين لإستحقاق المرتهن اياه لا لأمر خارج كما في البيع وقت النداء، والنهي في المعاملات اذا كان كذلك يقتضي الفساد.

قال: وهو موجب للبطلان وان كان لحقّ الغير اذ العبرة بتعلّق التّهيّ بالعقد، لا لأمر خارج منه وهو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وأمّ الولد وغيرهما مع استوائهما في كون سبب التّهيّ حقّ الغير، ثمّ أورد على نفسه بقوله: فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي [١] وعقد المرتهن مع أنّ كثيراً من الاصحاب ساووا بين الرّاهن والمرتهن في المنع كما دلّت عليه الرّواية فيلزم بطلان عقد الجميع او صحته فالفرق تحكّم.

قلنا إنّ التّصرف المنهيّ عنه ان كان انتفاعاً بمال الغير فهو محرّم ولا يحلّ له الاجازة المتعقّبة وان كان عقداً او ايقاعاً فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النّيابة عن المالك. فالظاهر أنّه كذلك، كما سبق في الفضولي، والألّا فلا يعدّ تصرفاً يتعلّق به النهيّ فالعقد الصّادر عن الفضولي قد يكون محرّماً، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصّادر عن المرتهن ان وقع بطريق الاستقلال المستند الى البناء على ظلم الرّاهن وغصب حقّه، او الى زعم التّسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهياً عنه، وان كان بقصد النّيابة عن الرّاهن في مجرد اجراء الصّيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلّق به نهى اصلاً. [٢]

- [١] ثم أورد على نفسه: بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي.
- [٢] واجاب عنه: بان الفضولي ان باع على وجه الإستقلال بطل لذلك، وان باع على وجه النّيابة عن المالك - حيث انه لا يعد تصرفاً عرفاً - فلا يكون منهياً عنه، فلا يكون باطلاً، ولا يعقل في المقام النّيابة والبيع الإستقلالي تصرف عرفاً.
- وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم دلالة الأدلة المشار اليها على حرمة البيع.
- وثانياً: ان النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد.
- وثالثاً: ان ما ذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن، فانه يمكن ان يبيع رجاء لإجازة المرتهن ولا ينوي الإستقلال.
- ورابعاً: انه قد عرفت صحة بيع الفضولي وان كان على وجه الإستقلال لو تعقبه الإجازة.

وأما المالك فلما حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلا مستنداً إلى ملكه وانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصد التّياّبة فهو منهّي عنه، لكونه تصرفاً مطلقاً ومنافياً للحجر الثّابت عليه، فيخصّص العمومات بما ذكر، ومجرد الملك لا يقضي بالصّحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمّل أنّ الملك المسوّغ للبيع هو ملك الاصل مع ملك التّصرف فيه، ولذا لم يصحّ البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصاً للمنع عن التّصرف، ثمّ قال وبالجمله فالذي يظهر بالتّبع في الأدلّة أنّ العقود ما لم تنته الى المالك، فيمكن وقوعها على اجازته.

وأما اذا انتهت الى اذن المالك او اجازته او صدرت منه وكان تصرفه على وجه الاصاله فلا يقع على وجهين، بل تكون فاسدة او صحيحة لازمة اذا كان وضع العقد على اللزوم. [١] وأما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: لم يعص الله وإنما عصى سيّده الخ. فهو جار فيمن لم يكن مالكا، كما أنّ العبد لا يملك امر نفسه. وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه [٢] ولا يقال أنّه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا. وإنما منع الله من تفويت حقه بالتّصرف، وما ذكرناه جار في كلّ مالك متموّل لا امر نفسه اذا حجر على ماله لعارض كالفسل وغيره، فيحكم بفساد الجميع

[١] ومنها: ان البيع ان صدر عن غير المالك، فيمكن وقوعه موقوفا على الإجازة، فان له بقاء، وبالإجازة يستند الى المالك فتشملة العمومات. وان صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على إجازة شخص آخر، فاما ان يصح، او يبطل ولا ثالث. وحيث انه لا يمكن الالتزام بالصّحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان. وفيه: انه حيث يكون للعقد بقاء، فاذا صدر عن المالك ولم يؤثر لاقترائه بالمانع، فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

[٢] ومنها: ان التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله ﷺ: انه لم يعص الله وإنما عصى سيده. ^(١) يدل على الفساد في المقام، فانه يدل على ان عصيان الله عالى موجب للفساد، وعصيان غيره لا يوجب البطلان لا إمكان ارتفاعه كما في نكاح

وربما يتَّجه الصَّحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشَّفعة [١] فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء هو الاقوى، انتهى كلامه رفع مقامه.

ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال، وبيعه على وجه التَّيابة، ومنع اقتضاء مطلق التَّهي لا لأمر خارج للفساد؛
اولاً: أنَّ نظير ذلك يتصوَّر في بيع الرَّاهن، فإنَّه قد يبيع رجاء لا جازة المرتهن،

العبد وبيع غير المالك، وفي المقام من جهة كونه محجوراً عليه يكون عاصياً لله تعالى بتصرفه، ولا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، فيكون يبيعه فاسداً.

وفيه: ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي، والّا عصيان السيد عصيان لله تعالى لأنَّه امر باطاعته ونهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعي، فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للإسقاط يمكن تصحيح المعاملة باسقاطه.

وفي المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه باجازته او سقوط حقه، فالأظهر هي الصحة في هذا المقام ايضا.

[١] قوله وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشَّفعة.

لا يخفى ان صاحب المقاييس رحمته، لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور. توجه الى اشكال، وهو ان لازم ذلك بطلان بيع السفينة مع انهم حكموا بصحته لو اجازته الولي.

واجاب عن ذلك بانه يتجه الصحة فيه من جهة ان المنع عن بيعه ليس رعاية لحق الغير بل رعاية لمصلحة نفسه.

وبهذا يظهران عبارة الكتاب غلط، والصحيح هكذا - وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالسفه.

واما قول فالقول بالبطلان هنا، فهو راجع الى ما قبل ربما.

وفيه: انه لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني الذي نقلناه عنه، وهو ان بيع المالك لا يتصور فيه الوقوف على الاجازة، بل اما ان يقع باطلا او صحيحا، اتجه البناء على البطلان في المقام

ولا ينوي الاستقلال. وقد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، ولا حرمة في شيء من ذلك.

وثانياً: أنَّ المتيقن من الإجماع والأخبار على منع الرهن كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الإجماع والأخبار، اعني قولهم الرهن والمرتهن ممنوعان.

ومعلوم أنَّ المنع في المرتهن أنَّما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفاً. وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك، وأثبت المنع ازيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات. وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستنداً إلى الفرق بينهما، فلم يتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون التهي في كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تقويت حق الغير ثابت في كل ما كان التهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد، وبيع الرهن. وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الرهن وبيع الوقف وأم الولد. ففيه أن الحكم فيهما تعبد ولذا لا يؤثر الاذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله.

وبالجملة فالمستفاد من طريقة الاصحاب، بل الأخبار: أنَّ المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي اذنه السابق لا يقتضي الإبطال رأساً، بل أنَّما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلاً من دون مراجعة ذي الحق، ويندرج في ذلك الفضولي وعقد الرهن والمفلس والمريض وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها وللأمة على الحرّة وغير ذلك. فإنَّ التهي في جميع ذلك أنَّما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفاً، وهو صيرورته سبباً مستقلاً لاثاره، من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين.

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع [١] هنا بناءً على ما سيجيء من أنَّ ظاهرهم كونه الإجازة هنا كاشفة، حيث أنه يلزم منه كون مال غير الرهن وهو المشتري رهناً للبائع.

وها هنا اشكالان آخران على القول بالصحة موقوفاً على الإجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولي:

أحدهما: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله.

[١] وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا.

وبعبارة أخرى الرهن والبيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد اعني ما قبل الاجازة. وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً، ثم ملكه [١] من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع، ويدفعه أن القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن في الواقع، والألجى ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لأن فرض كون المجيز ملكاً للمبيع نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة. وأما ما يلزم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فلا يلزم في مسألة اجازة المرتهن. نعم يلزم في مسألة افتكاك الرهن وسيجيء التنبيه عليه انشاء الله تعالى.

وحاصله: انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه، اذ الاجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد اما من البناء على بطلان البيع او بطلان الرهانة.

وفيه: ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع ولا يلزم محذور، مع ان هذا الإيراد مشترك الورود، فانه في المقام ان لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شيء واحد في سائر اقسام الفضولي.

ثانيهما: ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله:

[١] وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه.

وحاصله: ان المقام يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، غاية الفرق انه في تلك المسألة يصير البائع الفضولي مالكا للمبيع، وفي المقام يصير مالكا للبيع.

وفيه: انه على الكشف نلتزم بكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد.

بيان فائدة اجازة المرتهن

وتمام الكلام في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: قد يقال: ان اجازة المرتهن لا شان لها في المقام الا من جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن، اذ الإجازة في عقد الفضولي انما تؤثر في استناد العقد الى المالك،

ثمَّ إنّ الكلام في كون الاجازة من المرتهن كاشفة وناقلة، هو الكلام في مسألة الفضولي [١].

ومحصله أنّ مقتضى القاعدة النّقل، إلاّ أنّ الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى [٢] لأنّ إجازة المالك أشبه بجزء المقتضى وهي هنا من قبيل رفع المانع

وبها يصير مخاطبا بـ «أوفوا بالعقود» والمرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب اليه فلا اثر لإجازته.

ولكنه يمكن دفعه: بأن المرتهن وإن لم يكن مالكا للعين إلا ان له حقا متعلقا بها، فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوعة حقه، وعليه فله اعمال هذه السلطنة في موضوع حقه بأن يجيز العقد ويمضيه وإن يرد العقد ويحلّه، وعدم توجه خطاب «أوفوا» اليه لا يصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة في العقد وموجبة لتسامية اركانه ومشيمولا لأدلة الصحة والنفوذ.

هذا بناء على القول بالصحة موقوفا على الإجازة، وأما على المختار من الصحة بدونها فاجازته لا شان لها.

[١] الجهة الثانية: في ان اجازة المرتهن كاشفة او ناقلة.

فعلى المختار من صحة عقد الرهن وعدم منافاة البيع لحق الرهانة لا يبقى مجال لهذا النزاع، ولا يترتب على اجازته شيء سوى انها بالملازمة تكشف عن إسقاط حقه، ولا معنى لكشف الإجازة عن الإسقاط من حين العقد.

وأما بناءً على توقف الصحة على الإجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به في المقام بعين ذلك المناط لا بالاولوية اذ كما يقال في اجازة المالك انها امضاء للعقد من حين حصوله وتكون رضا بمضمونه وهو النقل من حينه.

كذلك يقال في اجازة المرتهن، فانه من جهة تعلّق حقه بالعين وثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد وامضائه من حين حدوثه.

وأما ان التزمنا في الفضولي بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف في المقام، اذ لا وجه للتعدي.

[٢] سوى ما ذكره المصنف رحمه الله من الاولوية،

ومن اجل ذلك جوّزوا عتق الرّاهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن [١] مع ان الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة والإعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقّق الثّاني في كتاب الرّهن في مسألة عفو الرّاهن عن جناية الجاني على العبد المرهون، مناف لمتسكّهم في العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة رحمته في تلك المسألة قد جوّز العفو مراعى بفكّ الرهن، هذا اذا رضي المرتهن بالبيع واجازه. أمّا اذا اسقط حقّ الرّهن، ففي كون الاسقاط كاشفاً او ناقلاً كلام يأتي في افتكاك الرّهن او ابراء الدّين. ثمّ أنّه لا اشكال في أنّه لا ينفع الرّد بعد الاجازة وهو واضح، وهل ينفع الاجازة بعد الرّد [٢] وجهان، من انّ الرّد في معنى عدم رفع اليد عن حقّه فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرّد بيع الفضولي لأنّ المجيز هناك في معنى احد المتعاقدين.

بتقريب: ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى، وهي هنا من قبيل رفع المانع، فاذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن اولى بذلك.

وهو غير تام لما ذكرناه مرارا من ان باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية والتأثير والتاثر، وانه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى والشرط وعدم المانع على اجزاء العقد وتسميتها باسمائها، فكما ان اجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه.

مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى واجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لإسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لأنّ مناطات الأحكام غير معلومة، فلعلّ المناط مختص به.

[١] وأما ما ذكره المصنف رحمته مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة.

فيرد عليه: ان عدم وقوع الإيقاعات مراعاة انما قلنا به للإجماع، وحيث انه ليس في ايقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تاييدا لما ذكره.

[٢] الجهة الثالثة: في انه هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟

الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة - حيث انه لا معنى لرده سوى

وقد تقرّر أنّ ردّ أحد العاقلين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا، فإنّ المرتهن اجنبيّ له حقّ في العين ومن أنّ الايجاب المؤثر أنّما يتحقّق برضا المالك والمرتهن فضاء كلّ منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما أنّ ردّ المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدّم. كذلك ردّ المرتهن وهذا هو الأظهر من قواعدهم ثمّ أنّ الظاهر أنّ فكّ الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة [١] لسقوط حقّ المرتهن بذلك كما صرّح به في التذكرة.

وحكى عن فخر الإسلام والشهيد في الحواشي وهو الظاهر من المحقّق والشهيد الثانيين ويحتمل عدم لزوم العقد بالفكّ كما احتمله في القواعد بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط او البراء او بغيرهما نظراً الى أنّ الرّاهن تصرّف فيما فيه حقّ المرتهن وسقوطه بعد ذلك لا يؤثّر في تصحيحه والفرق بين الاجازة والفك أنّ مقتضى ثبوت الحقّ له هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقّه، وانّ لزوم من الاجازة سقوط حقّه فيسقط حقّه بلزوم البيع.

عدم اسقاط حقّه - فله الإجازة بعد ذلك واسقاط حقّه. واما بناء على توقّفها على الإجازة فان قلنا بان الرد يكون حلاً للعقد لم تنفع الإجازة والاكتف في المقام، وان لم تكف في الفضولي، فان مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، وحيث انه ليس في المقام اجماع، فالأظهر كفايتها.

واما ما ذكره المحقّق النائيني رحمته الله من: ان الرد انما يؤثر في المقام في مورد فعلية حق المرتهن، وهو ما اذا حل اجل الدين، واما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك. فيرد عليه: ان حق الرهانة انما يكون ثابتاً من الأول ولا ربط له بحلول الدين، وهو موجب لتأثير رده.

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

[١] الجهة الرابعة: اذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن اما بالإسقاط، او ببراء الدين، او بادائه. فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد ولا ينافي مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، ولكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشتري

وبالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما، ثم تملكهما [١] وقد تقدّم الاشكال فيه عن جماعة مضافاً إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم: أوفوا بالعقود بناءً على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص وليس ذلك محل التمسك بالعام، اذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلاً في العام، ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح. هذا ولكن الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى. وأما هو من جهة المانع فاذا زال أثر المقتضى [٢] ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو: أوفوا بالعقود والناس مسلطون على أموالهم ونحو ذلك عامة

جاهلاً يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره.

يقع الكلام في انه هل يسقط خياره ام لا - وسيأتي الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار واما على القول بالمنافاة وانه لا يصح العقد بدون إجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا؟ وجهان.

قد استدلل للبطلان وعدم الصحة بوجوه:

[١] الأول: ان المرتهن كان شريكاً في سلطان الراهن ولم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلاً، فاذا سقط حقه وصار الراهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فعلى القول بالبطلان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام.

[٢] واجاب عن ذلك المصنف رحمه الله وتبعه المحقق النائيني رحمه الله بما حاصله: أنه في

وخروج زمان الرهن يعلم انه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو اسبق فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه [١] فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

وأمّا قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأنّ المانع عن سبيّة نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح اذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً

مسألة من باع شيئاً ثم ملكه يكون البيع صادراً من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، وبعد صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. واما في المقام فليس عدم الأثر لقصور في المقتضي، وانما هو من جهة المانع، فاذا زال أثر المقتضي.

وفيه: ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع على اجزاء العقد وما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات والآثار، فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية، وحق الرهانة مانع، بل كل ما اخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف وقد صرح هو قده فيما سبق بان الملكية شرط.

فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئاً ثم ملكه.

الثاني: ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة واللزوم، وبعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجري الاستصحاب، ولا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمانه له.

[١] واجاب عنه المصنف رحمه الله: بانه من جهة العلم بمناط المستصحب وان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لإجراء الاستصحاب، ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

وفيه: انه قده صرح في الأصول بان العام المخصص في زمان اذا لم يكن له عموم ازمانه لا يتمسك به بعد مضي الزمان المتيقن وان لم يجر الاستصحاب.

ولأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انتعت العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف هذا، ولكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلاً ومؤثراً من حينه لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه [١] خصوصاً بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه. فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن فهو نظير بيع الفضولي، ثم تملكه للمبيع حيث أنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد والألزم في المقام كون ملك الغير رهناً لغير مالكة كما يلزم في تلك المسألة كون المبيع للمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الرهن عن الجاني على المرهون أن الفك يكشف

فالحق في الجواب أن يقال: أن المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعيين الرجوع في غير مورد التخصيص إلى عموم العام وإن لم يكن له عموم زمني. الثالث: أن ظاهر بعض النصوص^(١) أن نكاح العبد لا يصح بدون إذن سيده وإن اعتق، ويكون المقام نظير ذلك.

وفيه: أن عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفاً في مملوك المولى خاصة بل المتصرف أيضاً مملوك، ولذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته أيضاً.

فالتصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

[١] الجهة الخامسة: في أن سقوط حق الرهانة هل يجري فيه نزاع الكشف والنقل

أم لا.

الظاهر أنه لا بد من البناء على النقل في المقام، وإن قلنا بالكشف في الإجازة فإن الإجازة امضاء وانفاذ للعقد الذي هو النقل من حينه. وأما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حين السقوط يكون مشمولاً لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

عن صحته ويدل على الكشف أيضاً ما استدلوا به على الكشف في الفضولي من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره في الروضة وجامع المقاصد. ثم أن لازم الكشف كما عرفت في مسألة الفضولي لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الرّاهن كالمشتري الاصيل فلا يجوز له فسخه بل ولا ابطاله بالاذن للمرتهن في البيع.

نعم يمكن ان يقال بوجوب فكّه من مال آخر اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك [١] فالوفاء بمقتضى الرّهن غير مناف للوفاء بالبيع ويمكن ان يقال أنّه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه. واما رفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه ان يشتريه من مالكة ويدفعه اليه بناء على لزوم العقد بذلك [٢] وكيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرّهن ذلك، وان لزم من ذلك ابطال بيع الرّاهن لتقدّم حق المرتهن او يجبر الحاكم الرّاهن على فكّه من مال آخر جمعاً بين حقي المشتري والمشتري اللازمين على الرّاهن البائع وجهان ومع انحصار المال في المبيع فلا اشكال في تقديم حق المرتهن

وما افاده المحقق النائيني رحمته في وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف في الاجازة من ان السقوط يكشف عن كون العقد سبباً تاماً فيؤثر من الأول. غير سديد، فان هذا المعنى من الكشف لا دليل عليه، وانما التزمنا بالكشف في الاجازة لما اشرنا اليه غير الشامل للمقام.

[١] الجهة السادسة: بناء على توقف صحة عقد الراهن على الاجازة او سقوط حق الرهانة لو اوجد العقد الراهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر - اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني الا بذلك.

ام لا يجب، فانه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه واما رفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب؟ وجهان.

[٢] اختار المصنف رحمته الثاني: وقاس المقام بمن باع شيئاً ليس له، فانه لم يلزم احد بوجوب شرائه من مالكة ودفعه الى المشتري.

.....

ولكن الأظهر لزوم الفك، وذلك لأنه يجب عليه اداء الدين، وهو انما يكون ببيع العين المرهونة واداء الدين منها او ادائه من مال آخر وفك الرهن بذلك، فحيث انه باعها ويجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعين الأداء من مال آخر وفاء بالعقد.

وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبيع الفضولي، نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره ره. فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالإشكال.

تم الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة ويتلوه في الطبع الجزء الخامس انشاء الله تعالى والحمد لله اولا و آخراً.

فهرس الجزء الرابع

٥	بيع الفضولى
١٠	بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع
٣٠	ادلة بطلان بيع الفضولى والجواب عنها
٤٠	بيع الفضولى للمالك مع سبق المنع
٤٣	بيع الفضولى لنفسه
٥٨	لو كان مال الغير فى ذمته لاعتينا
٦٣	الفضولى فى المعاطاة
٦٨	القول فى الاجازة
٨٢	الثمره على القول بالكشف او النقل
٩٧	ثمرات ذكرها بعض متأخرى المتأخرين
١٠١	ثمرات ذكرها بعض
١٠٣	التنبيه الاول من تنبيهات الاجازة
١٠٦	كفاية الرضا الباطنى فى الاجازة
١٠٩	حول اعتبار عدم سبق الرد
١١٢	الاجازة لا تورث

١١٣	اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن
١١٨	الاجازة ليست على الفور
١١٩	اعتبار مطابقة الاجازة للعقد
١٢٢	اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الاجازة
١٢٣	عدم اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال
١٢٧	عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حال العقد
١٢٩	لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف
١٣٢	من باع شيئا ثم ملكه
١٥٣	صور بيع من باع شيئا ثم ملكه
١٥٧	حكم ما اذا لم يعجز البايع بعد تملكه
١٦٠	لو باع معتقد الكونه غير جائز التصرف
١٦٢	لو باع لنفسه وانكشف كونه وليا
١٦٣	لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا
١٦٩	لو باع لنفسه فانكشف كونه وليا
١٧٢	لو باع لنفسه فانكشف انه له
١٧٣	القول فى المجاز
١٧٦	يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا
١٧٨	حكم العقود المترتبة
١٨٥	حكم تتابع العقود فى صورة علم المشتري بالغصب
١٩٢	احكام الرد
١٩٦	حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
٢٠٠	حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يعجز
٢٠١	حول رجوع المشتري الى الغاصب
٢١٢	حول الغرامة التى غرمها المشتري
٢٢٨	تعاقب الايدى
٢٣٦	بيع الفضولى مال لنفسه مع مال غيره
٢٤٣	بيع نصف الدار
٢٥٢	بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

٢٥٥	ولاية الاب والجد
٢٥٧	حول اعتبار العدالة
٢٦٠	حول اعتبار المصلحة في التصرف
٢٦٤	مشاركة الجد للاب
٢٦٦	ولاية النبي ﷺ و الامام علي عليه السلام
٢٦٨	ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام
٢٧٠	ثبوت منصب الحكومة والرياسة للحجة عليه السلام
٢٧٥	ولاية التصرف في الاموال والانفس
٢٧٨	وجوب اطاعة المعصوم عليه السلام
٢٨٠	اشتراط تصرف الغير باذنهم
٢٨٣	ولاية الحاكم الشرعى
٢٨٥	تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد
٢٩٣	العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين
٢٩٥	مزاحمة احد المجتهدين لآخر
٢٩٦	عدم اولوية الفقيه بالتصرف في الاموال والانفس
٢٩٨	ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه
٣٠٥	ولاية عدول المؤمنين
٣٠٨	اشتراط العدالة في المؤمن
٣١٨	مزاحمة الولي
٣٢١	توضيح الاية الشريفة
٣٢٩	حول اعتبار المصلحة
٣٣٣	بيان حقيقة المال والملك
٣٣٦	الدليل على اعتبار المالية والملكية في العوضين
٣٤٠	اقسام الارضين واحكامها
٣٤١	الارض الموات بالاصالة واحيائها
٣٤٦	الارض العامرة
٣٤٩	حول الارض العامرة بعد الموت
٣٥١	الموات بعد العمارة

٣٥٢	الارض المفتوحة عنوة وبيعها
٣٦٢	ما ينفصل من المفتوحة عنوة
٣٦٦	اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا
٣٦٩	حول بيع الوقف
٣٧٧	الوقف قد يكون تمليكا وقد يكون فكا
٣٨٨	بيع الوقف مع عدم كونه ملكا
٣٩٥	صور بيع الوقف - الصورة الاولى
٤٠١	حكم الثمن على تقدير البيع
٤٠٤	حكم بدل العين الموقوفة
٤٠٧	من له ولاية البيع
٤١١	الصورة الثانية
٤١٦	الصورة الثالثة
٤١٧	الصورة الرابعة
٤٢٢	الصورة الخامسة
٤٢٣	الصورة السادسة
٤٢٩	الصورة السابعة
٤٣٤	الصورة الثامنة
٤٣٦	الصورة التاسعة
٤٣٧	الصورة العاشرة
٤٤٢	الوقف المتقطع
٤٤٩	بيع العين المرهونة
٤٥٧	فائدة اجازة المرتهن
٤٦٠	حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن