



GENERAL
LIBRARY

فقه الصادق

و هو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم والفقير الاكبر الشيخ الانصاري ره

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مد ظله العالی

الجزء الثالث عشر من كتاب

فقه الصادق

وهو تعليق

على كتاب المكاسب للشيخ الاعظم و الفقيه الاكبر الشيخ الانصارى ره

تأليف:

الفقيه المحقق سماحة الحجة آية الله

السيد محمد صادق الحسيني الروحاني

مدظله العالی

چاپخانه مهراستوار

KBL

. H89

1953

vol. 13

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله على ما أولينا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق وأفضل
صلواته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة وعلى آله العلماء بالله الامناء على
حلاله وحرامه وبعد فهذا هو الجزء الثالث عشر من كتابنا فقه الصادق وقد وفقنا
لطبعه والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية الاجزاء فانه ولي التوفيق

13239F

FD2

2/5/20

من شرائط المتعاقدين الاختيار

(قوله قدده ومن شرائط المتعاقدين الاختيار والمراد به القصد الى وقوع مضمون العقد عن طيب نفس الخ) اقول الكلام في هذه المسألة انما هو في اعتبار امر آخر وراء القصد المقوم للعقد الذي انعقد له المسألة السابقة - وهو - انه هل يعتبر صدور العقد عن طيب النفس والرضا فلا يجوز ان وقع عن كره - ام لا يعتبر ذلك (فما) يظهر من جماعة منهم الشهيدان حيث قالوا ان المكروه قاصد الى اللفظ غير قاصد الى مدلوله - من ارجاع هذا البحث الى البحث السابق وجعل المكروه من مصاديق غير القاصد - في غير محله - (وما ذكره) المصنف ربه في توجيهه بان مرادهم ان المكروه غير قاصد لوقوع مضمون العقد في الخارج (فيه) انهم صرحوا بكونه غير قاصد الى مدلوله ووقوع مضمون العقد في الخارج ليس مدلوله كما هو واضح .

ثم ان المعاملات الرائجة المتعارفة بين الناس انما تكون على اقسام اربعة (الاول) ان تكون لاجل جلب المنفعة (الثاني) ان تكون لاجل دفع الضرر (الثالث) ان تكون لاجل دفع الضرر المترتب على شيء آخر كما اذا كان عياله جائعين فباع ثوبه ليشتري بثمانه طعاما - فان البيع انما يكون لدفع ضرر الجوع - و بعبارة اخرى تكون المعاملة للتخلص عن الضرر المتوجه اليه المترتب على امر آخر (الرابع) ان تكون لاجل ترتب الضرر المترتب على ترك المعاملة كما لو اكره عليها .

لا اشكال في صحة المعاملة في القسمين الاولين - واما المعاملة في القسم الثالث فهي

مشمولة للعمومات بلا كلام وما يتوهم ان يكون دليلاً على بطلانها امران (احدهما) ما دل على اعتبار طيب النفس الذي سيمر عليك (الثاني) حديث الرفع الآتي - و شيء منهما لا يصلح لذلك (اما الاول) فوجود الرضا وطيب النفس بهابى معنى كان (واما الثانى) فلان حديث الرفع لوروده مورد الامتنان يختص بما اذا كان فى رفع الحكم منة على العباد وحيث لامة فى رفع اثر مثل هذه المعاملة فلا تكون مشمولة للحديث (واما ما افاده المحقق النائنى فى وجه عدم الشمول - من ان الاضرار الى المعاملة عبارة عما يكون نفس المعاملة اضطرارية واما اذا كانت المعاملة مما يدفع به الاضرار فلا يدل الحديث على رفعها كما انه لو كان الخطاء والنسيان متعلقا بامر آخر غير نفس المعاملة و صدرت المعاملة عن عمد و التفات فهذه لا ترتفع بالحديث - فيرد عليه (اولا) النقص بما اذا كانت المعاملة غير جائزة فى نفسها كما لو نذر ان لا يبيع داره فان لازم ذلك عدم ارتفاع حرمة البيع مع انه لا اذن ان يلتزم به (وثانيا) ان الاضرار اذا تعلق بشيء و كانت المعاملة دافعة له لامحالة بتعلق الاضرار بها ايضا فالصحيح ما ذكرناه .

ادلة بطلان عقد المكره

واما القسم الرابع و هو الذى انعقد له هذه المسألة - و هو عقد المكره - فقد استدل على بطلانه فى مقابل العمومات المقتضية لصحته فيما اذا كان واجداً لجميع ما يعتبر فى الصحة من قصد اللفظ والمعنى وغير ذلك من القيود - بوجوه :

الاول: ما دل على اعتبار الرضا وطيب النفس - وهو آية التجارة (١) عن تراض - واحاديث (٢) عدم حلية مال امرء مسلم الا بطيب نفسه - والكلام فيهما يقع فى موردين (الاول) فى ان عقداً المكره فاقد للرضا ام لا (الثانى) فى دلالة ما ذكر على اعتبار الرضا فى صحة

١ - النساء - الآية ٢٩

٢ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب مكان المصلى - والاحتجاج ص ٢٦٧ - وفروع الكافى

العقد (اما الاول) فقد ذهب جمع من المحققين منهم السيد الفقيه والمحقق الاصفهاني والمحقق الايرواني ره الى انه غير فاقد للرضا وان الرضا ملازم للارادة (وقد افاد) المحقق الاصفهاني ره في وجه ذلك ان الارادة المحركة للعضلات نحو الفعل لا تتعلق بشيء الا اذا كان فيه جهة ملائمة لقوة من القوى والا فلا ينقدح بسببها الشوق في النفس كى يتأكد الى ان يصير علة لحركة العضلات وهذه الملائمة ربما تكون بالاضافة الى القوى الطبيعية كالبالصرة وغيرها وربما تكون بالاضافة الى القوة العاقلة كما في شرب المريض الدواء وربما تجتمعان فمما من فعل ارادى الا وهو يصدر اما عن شوق طبيعى او عن شوق عقلى فليس الرضا وراء الارادة ومبادئها - فالفعل الصادر عن اكراه كالصادر عن اضطرار انما يكون عن طيب عقلى غالب على الكراهة الطبيعية و الالما صدر (وفيه) ان الرضا بحسب المتفاهم العرفى يلزم ابتهاج النفس فى مقابل انقباضها وذلك ربما يكون مع ارادة الفعل وآخر لا يكون معها كما فى المكره - واما فى المضطر فهو موجود دائما وان شئت فاختر ذلك من حال العرف فهل يتوهم احدا ان يكون قول انى فعلت ذلك باختيارى عن غير رضائى اذا كان مكرها عليه متها فتافى كلامه هذا (وبالجملة) لا ينبغي التامل فى ان الرضا بحسب المتفاهم العرفى غير الارادة ومبادئها (واما المورد الثانى) فالأظهر عدم دلالة الآية و الرواية على اعتبار الرضا (اما الآية) فلانه اذا كان الاستدلال بالمستثنى منه وهو - لئلا تكلوا اموالكم بينكم بالباطل بدعوى ان عقد المكره اى الصادر عن غير رضا من مصاديق الباطل (فیرد علیه) انه مع اذن المالك الحقيقى الموجب لخروجه عن كونه باطلا المستكشف فى المقام من العمومات لا مجال للاستدلال به وان كان الاستدلال بالمستثنى وهو - الا ان تكون تجارة عن تراض (فیرد علیه) ان الاستثناء منقطع غير مفرغ وهو لا يفيد الحصر (واما الرواية) فلان ظاهر الحلية من جهة استنادها الى المال لا الى المعاملات الحلية التكليفية وقد تقدم فى اول الجزء الحادى عشر من هذا الشرح ان الحرمة التكليفية لا تستلزم الفساد - وعليه فهذه الرواية اما لا تشمل عقد المكره - لعدم حرمة تكليفها او تشملها ولا تدل على عدم نفوذها .

الثاني حديث الرفع (١) ودلالته على بطلان عقد المكره بناءً على ما حققناه في حاشيتنا على الكفاية من عموم الحديث لجميع الآثار والاحكام التكليفية والوضعية واضحة - فانه يدل على عدم نفوذ عقد المكره (واما) ما افاده الشيخ الاعظم ره من انه يدل على ذلك حتى بناءً على كونه ظاهراً في رفع المؤاخذه - من جهة ان استشهاد الامام (ع) به في رفع بعض الاحكام الوضعية كما في صحيح (٢) البرزطي حيث استدل (ع) به على عدم وقوع آثار ما حلف به من الطلاق والعناق - يدل على ان المراد بالنبوي ليس خصوص المؤاخذه (فيرد عليه) انه بعد فرض كون الحلف بالطلاق والعناق غير صحيح عندنا من دون الاكراه ايضاً - لامحالة يكون الاستدلال به غير جار على الحق ولا يكون الحديث منطبقاً على المورد وعليه فلا وجه لصرف النبوي عن ظاهره اذ لا منشأ له سوى دلالة الاقتضاء وتصحيح التعليل ومع فرض كون التطبيق جارياً على وفق التقية لا يبقی لذلك محل فافهم واغتم فالصحيح ما ذكرناه .

الثالث النصوص الواردة في طلاق المكره وعتقه كحسن (٣) زرارة عن الباقر (ع) عن طلاق المكره وعتقه فقال (ع) ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق ونحوه غير - بضميمة عدم الفرق .

حقيقة الاكراه

قوله قدّه ثم ان حقيقة الاكراه لغة وعرفاً حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر الخ لا يخفى انه ما بعد عرفت من ان الميزان في صحة المعاملة وفسادها صدق كونها مكرهاً عليها وعدمه وان وجود طيب النفس والرضا وعدمه اجنبان عن هذا المقام لا بد من بيان حقيقة الاكراه وبيان ما يعتبر فيها - فاقول حقيقة الاكراه حمل الغير

١ - الوسائل - باب ٥٦ - من ابواب جهاد النفس وما يناسبه - وباب ١٢ - ابواب ١٦ من ابواب كتاب الايمان .

٢ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الايمان - حديث ١٠

٣ - الوسائل - باب ٣٧ - من ابواب مقدمات الطلاق وشروطه - حديث ١

على ما يكرهه ويعتبر في صدقه امور (الاول) ان يكون بحمل الغير على الفعل واما اذا لم يكن ذلك بل فعله لثرضية خاطره فلا يصدق عليه المكره عليه كما انه لو لم يكن حمل من انسان بل كان الحامل له ضرورة او خوفا من حيوان مثلا لا يصدق عليه الاكراه (الثاني) ان يكون حمل الغير مقترنا بوعيد منه على تركه بالمطابقة او بالالتزام كما هو الغالب في حمل السلطان الجائر فلو حمله غيره على فعل مع وعده بالنفع كما لو وعده بان ينصبه واليا اذ اباع داره - لا يكون ذلك مكرها عليه (الثالث) ان يكون الضرر المتوقع به مما لم يكن مستحقا عليه فلو قال بع دارك والقتلتك قصاصاً وكان مستحقاً عليه او والا اطالبك بالدين الذي لى عليك لا يصدق الاكراه (الرابع) ان يكون حمل الغير متعلقا بنفس المعاملة - فلو حمله على اعطاء مال وتوقف ذلك على بيع داره لا يصدق على البيع انه مكره عليه - وان ابيت عن ذلك فلا اقل من عدم شمول حديث الرفع له فان رفعه تضيق لا توسعه وقد مر انه يعتبر في شموله كون رفعه مئة وتوسعة (الخامس) ان يحتمل ترتب الضرر المتوقع به ولا يعتبر العلم به ولا الظن ولا فرق بين ان يكون الضرر المترتب من الأمر او من غيره - فلو امره أمر بفعل وخاف من ترتب الضرر على تركه من ناحية اخيه مثلا يصدق عليه انه مكره عليه

في اعتبار العجز عن التفصي بما لا ضرر فيه

قوله قده ثم انه هل يعتبر في موضوع الاكراه او حكمه عدم امكان

التفصي عن الضرر المتوقع به الخ الاقوال في المسألة خمسة (الاول) اعتبار العجز عن التفصي بالتورية او غيرها في صدقه (الثاني) عدم اعتباره (الثالث) التفصيل بين التورية وغيرها فيعتبر العجز عن التفصي بها (الرابع) التفصيل بينهما حكماً لا موضوعاً (الخامس) انه يعتبر في الاكراه الرفع للحكم التكليفي العجز عن التفصي بالتورية وغيرها - واما في الاكراه الرفع لاثر المعاملة فلا يعتبر ذلك - بل يكفي العجز

الفعل المتحقق مع إمكان التفصي و ستعرف تقريب ذلك والكلام في المقام يقع في جهتين (الاولى) في بيان المختار ووجهه (الثانية) في بيان وجه ساير الاقوال و قبل البحث في الجهتين لا بأس ببيان حقيقة التورية .

وهي ان يلقي المتكلم كلامه لظهور في معنى - وهو يريد منه غير ذلك المعنى و يكون المعنى المراد مطابقا للواقع دون المعنى الظاهر كما اذا استأذن رجل بالباب و قال الخادم له ماهو ههنا مشيرا الى موضوع خال في البيت - و يعتبر في صدقها امران آخران (احدهما) ان يكون اللفظ بحسب المتفاهم العرفي ظاهرا في غير ما افاده المتكلم فلو كان ظاهرا فيه ولكن المخاطب لقصور فهمه لم ينتبه له لم يكن ذلك من التورية (ثانيهما) ان يكون ارادة ذلك المعنى من ذلك اللفظ صحيحة بان تكون بينهما علاقة - فلو كان استعماله فيه غير صحيح لما كان من التورية مثلا لو قال اعطيت زيدا خمسين درهما - واراد به درهما واحدا وقد اعطاه في الواقع درهما لم يكن ذلك من التورية - وعلى هذا فالتورية خارجة عن الكذب الذي هو عبارة عن عدم مطابقة المعنى المراد للواقع موضوعا اذا عرفت هذا فاعلم ان .

الاقوى هو القول الاول (وذلك) لانه يعتبر في صدق المكروه عليه على الفعل كونه صادرا عن الاجاء والضرورة فمع إمكان التفصي لا يصدق ذلك و بعبارة اخرى ان من يتمكن من التفصي عن الفعل المكروه عليه يكون مجبولا على الجامع بينه وبين ما اكراه عليه فاختيار ذلك الفعل لامحالة يكون لخصوصية اخرى غير الجهة المشتركة بينه وبين التفصي - فيستند ذلك الفعل لامحالة الى غير الاكراه .

واما الجهة الثانية فقد استدلل للقول الثاني - و هو عدم اعتبار التفصي مطلقا بوجوه (الاول) ان الاكراه انما هو على الفعل وهو مكروه عليه ابتداءً و التفصي انما يكون تخلصا عن الاكراه بعد تحقق موضوعه فالاكراه متحقق ولو لم يتفص (الثاني) ان حمل النصوص ومعاقدا لاجتماعات على صورة عدم إمكان التفصي حمل بعيد بل غير صحيح اذ في كل مورد فرض الاكراه لامحالة يتمكن الشخص من الفرار عنه بالتورية

او عدم القصد او غير ذلك - الثالث (١) خبر ابن سنان عن الصادق عليه السلام لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في اكره اقلت اصلحك الله فما الفرق بين الجبر والاكراه فقال عليه السلام الجبر من السلطان ويكون الاكره من الزوجة والام والاب وليس ذلك بشيء . وفي الكل نظر (اما الاول) فلانه مع التمكن من الفرار عما اكره عليه لا يصدق انه مكره عليه لماعرفت من انه يعتبر في صدقه ترتب الضرر المتوقع به على تركه فمع امكان التفصيص لا يترتب ذلك على تركه فلا يصدق عليه الاكره (واما الثاني) فلان الغالب ان المكره حين الاكره لا يلتفت الى عدم كونه مكرها على القصد ولا لاجله يرى نفسه مكرها على القصد ايضا (مع) انه لو سلم كون ذلك فرداً نادراً لا محذور فيه اذ حمل المطلق على الفرد النادر مستهجن - واما اذا اخذ في الموضوع عنوان له افراد نادرة في نفسه فلا محذور فيه والمقام من قبيل الثاني كما هو واضح (واما الثالث) فلانه اجنبى عن المقام اذا ما نلتزم بان الام او الزوجة والاب تقدر على الاضرار لو ترك ما اكره عليه فهو يدل على انه لا فرق في الضرر المترتب بين كونه قويا او ضعيفا واما نلتزم بالعدم فهو يدل على عدم اعتبار ترتب الضرر على ترك الفعل المكره عليه فيكون ح خلاف المتفق عليه .

واستدل للقول الثالث بانه يعتبر في صدق الاكره ان يعلم المكره او يظن بانه لو امتنع عن الفعل واطلع عليه المكره بالكسر لوقعه في الضرر ومن المعلوم ان هذا يصدق مع امكان التفصيص بالتورية ولا يصدق مع التمكن من التفصيص بغيرها اذ المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره وعدم وقوع الضرر عليه (وفيه) ان المعتمد في صدقه انه لو امتنع يحتمل او يظن وقوع الضرر عليه فمع العلم بعدم التفتات المكره بالكسر الى التورية يعلم بعدم وقوعه عليه فلا يصدق عليه الاكره - الا ترى - انه لو فرض ارسال الجائر الخمر الى بيت احد ليشربها وهو يقبل قوله لو قال شربتهاو يتمكن من عدم الشرب واطهار الشرب انه لا يجوز له الشرب من جهة انه لو اطلع المكره

على الامتناع لوقوعه في الضرر .

واستدل للقول الرابع بالاجاب (١) المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و
الاكراه وبما ورد (٢) في قضية عمار وابويه حيث اكرهوا على الكفر فابى ابواه فقتلا
واظهر لهم عمار ما ارادوا فاجاء الى النبي ﷺ فنزلت الآية «من كفر بالله الخ» فقال ﷺ
له ان عادوا فعد ولم ينبهه على التورية - وفيهما نظر (اما الاول) فلان عدم الاشارة
الى التورية انما هو لاجل ان طبع المتكلم في بيان مراداته بالالفاظ انما هو بالقاء
الالفاظ الظاهرة فيها ولا يمكن له التورية الا بالتروى وهو في مقام الخوف والاكراه عسر جدا و
خرج شديد (واما الثاني) فلان السب والتبري حرام حتى مع عدم قصد المعنى وقصد معنى
آخر لان مناط حرمة السب هو انتهاك المسبوب عند الغير وهذا المنطوق موجود مع عدم القصد
ايضا (ثم) ان المحقق الثاني رده اجاب عن الوجه الاول - بان التورية ايضا من الكذب
المحرم ولاجله لم ينبه عليها (وفيه) ما عرفت من خروج التورية عن الكذب موضوعا
و اما القول الخامس الذي اختاره المصنف رده (فحاصله) الفرق بين الاكراه
الرافع لاثار المعاملات فيكفى فيه العجز عن التفصيص فعلا وان كان قادرا على ان
يقدر نفسه عليه - واما الاكراه المسوغ للمحرمات فيعتبر فيه العجز المطلق فمن كان
قادرا على التفصيص ليس له ارتكاب المحرم المكروه عليه - واستند في ذلك الى ان
المناطق في الاكراه الرافع لاثار المعاملات عدم طيب النفس بالمعاملة وهو يتحقق مع
العجز الفعلي وان امكن التفصيص ومثل لذلك بمن كان قاعدا في محل فارغ للعبادة
فجاءه من يكرهه على بيع داره وهو في هذه الحال لا يقدر على دفع ضرره وله خدم
في الخارج لو خرج اليهم يكفونه شر المكروه ولكن يكره الخروج - فالظاهر
صدق الاكراه الرافع لاثار المعاملة - واما الاكراه المسوغ للمحرمات فهو عبارة
عن الجبر غير الصادق في المثال المتقدم الذي اليه يتبادر لفظ الاكراه وعليه يحمل

١ - الوسائل - باب ١٢ - من ابواب كتاب الايمان .

٢ - الوسائل - باب ٢٩ - من ابواب الامر والنهي وما يناسبهما - من كتاب الامر بالمعروف

حديث الرفع وغيره (اقول اولاً) قد عرفت انه لادليل على اعتبار الرضا و طيب النفس فى صحة المعاملات بل الرفع هو الاكراه وعليه فلا فرق بين المعاملات و التكليفات فى ان الرفع والمسوغ هو الاكراه (و ثانياً) انه لو سلم اعتبار الرضا و طيب النفس فالظاهر ان الرضا ليس الا ما يقابل الكره ففى كل مورد لم يكن الرضا موجوداً لامحالة يصدق الاكراه مثلاً فى المثال المتقدم اذا لم يكن الخروج من ذلك المكان حرجياً ولا ضرراً ياكما لا يصدق الاكراه لا يصدق عدم الرضا وطيب النفس وان كان حرجياً او ضرراً فكمما يصدق عدم الرضا يصدق الاكراه فتحصل ان الاظهر هو اعتبار عدم امكان التفصي مطلقاً .

لو اكراه الشخص على احد امرين

قوله قد عرفت ومن هنالم يتامل احد فى انه اذا اكراه الشخص على احد الامور المحرمين لابعينه الخ اقول ان الاكراه تارة يكون على الافراد الطولية واخرى يكون على الافراد العرضية (وقد افاد) المحقق النائنى فى الصورة الاولى بالفرق بين المحرمات والمعاملات فلو كان مكرها على شرب الخمر موسعا لايجوز له المبادرة اليه فى اول الوقت اذ لابد فى ارتكاب المحرم من المسوغ له حين الارتكاب فاذا لم يكن حين الشرب ملزماً فاخياره فعلاً لامجوز له - واما لو كان مكرها على بيع داره موسعا فاقدامه على البيع فى اول الوقت لايخرجه عن الاكراه (وفيه) انه بعد ما عرفت من ان الرفع لاثـر المعاملات بعينه هو المسوغ للمحرمات لوحدة الدليل لم يظهر لنا الفرق بين البابين .

فالحق فى المقام ان يقال ان الاكراه تارة يكون على الجامع - و اخرى على الفردين على البدل - فان كان على الجامع الذى هو موضوع الاثر - فحيث ان وجود الجامع فى الخارج لابد وان يكون مع خصوصية من الخصوصيات - و المفروض ان موضوع الاثر هو الجامع دون الخصوصيات فكل ما وجد فى الخارج يقع مكرها عليه

والخصوصية الملازمة وان لم تكن مكرها عليها الا انه لا اثر لها حتى ترتفع بالاكره كى يقال انه لا اكره عليها - واما ان كان على الجامع بين ما هو موضوع الاثر وغيره - كالاكره على بيع داره صحيحا او فاسدا - فحيث ان الجامع المكره عليه لا اثر له - وماله الاثر وهو الخصوصية لا اكره عليها وان كانت هي او مقابلها مما لا بد منه - فلا يرتفع شيء بالاكره وسيأتى لذلك زيادة توضيح فى القسم الثانى .

و اما ان كان على الفردين على البذل - فقد يقال كما عن المحقق الاصفهاني ره بالفرق بين باب المعاملات و المحرمات ففي الاول لو اختار احدهما و ان كان هو موضوع الاثر دون مقابله يقع مكرها عليه و لا يرتب عليه الاثر - اذ المفروض انه ومقابله كليهما مكره عليهما على البذل فكل منهما يقع فى الخارج يتصف بكونه مكرها عليه و اختيار كل منهما اختيار البذل الاكراهى - و فى الثانى لا يجوز اختيار ما هو موضوع الحكم ان لم يكن مقابله كك كفا فى الاكره على شرب الخمر او الماء اذا المسوغ فى المحرمات هو الاضطراب ومع وجود البذل المباح لا اضطراب الى الحرام - ولكن يرد عليه (اولا) ان المسوغ للمحرمات مع قطع النظر عن الاضطراب هو الاكره فمع صدق المكره عليه على محرم يرتفع حرمة به وان لم يصدق عليه المضطر اليه فلا وجه للفرق بين الباين (وثانيا) ان الاكره على البذل لا يزيد على الاكره التعيينى فقد مر انه مع امكان التفصى فى الاكره التعيينى لا يصدق الاكره ولا يرتفع الاثر به فكذلك فى الاكره على البذل فاذا كان احدهما موضوع الاثر دون الاخر فيمكن التفصى عما هو موضوع الاثر فلا وجه لتطبيق ادلة الاكره عليه وان شئت قلت انه فى الاكره على البذل بين ما هو موضوع الاثر وما لا اثر له - بصرح المكره باتيان موضوع الحكم او التفصى عنه فلا مورد لادلة الاكره فتدبر (فتحصل) انه لو اكره علي فردين احدهما مباح والاخر حرام او احدهما صحيح والاخر فاسد فحيث انه يمكن التخلص عن الحرام والصحيح فلا يكون مكرها عليه (ومنه) يظهر حكم مالو كان حكم احدهما اشد - كما لو اكره على شرب النجس او النجس المغصوب لا يجوز ارتكاب الثانى

فانه بالنسبة الى المغضوب يمكن التفصي فتدبر .

لو اكراه احد الشخصين على فعل واحد

قوله قد علم ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد بمعنى الزامه عليهما كفاية الخ في المسألة وجوه واقوال (احدها) مافي المتن وهو ان فعل كل منهما يقع مكرها عليه وان علم ان صاحبه يفعله (ثانيها) ما اختاره المحقق النائيني ره وهو انه لو علم ان صاحبه يصدر عنه الفعل لغير داع الاكراه لايقع فعله مكرها عليه والافيقع كك وان علم ان صاحبه يفعله لدفع الاكراه (ثالثها) ما اختاره السيد الفقيه وهو انه ان علم بان صاحبه يفعله وان فعل هذا لا يقع فعله مكرها عليه والافيقع كك وان علم انه يفعله ان لم يبادر هذا الى الفعل (رابعها) ما اختاره المحقق الايرواني ره وهو ان اكراه كل مختص بصورة عدم اتيان الاخر فاذا احتمل كل اتيان صاحبه لم يكن فعله عن اكراه (خامسها) ما هو الحق في المقام وستعرفه وقبل بيان ما هو الحق ينبغي التنبيه على مقدمة (وهي) ان اكراه احد الشخصين على فعل واحد كايجابه عليهما على نحو الكفاية فكما ان كلامهما في الفرض الثاني مكلف غاية الامر بالتكليف المشروط بعدم اتيان الاخر ولهذا بني في الواجب الكفائي على ان كلامهما بادر الى الفعل يكون فعله مصداقا للواجب ويثاب عليه و لو صدر الفعل عن الجميع في عرض واحد يقع كل منهما مصداقا له ويثاب عليه كك كل منهما مكره على الفعل في المقام في فرض عدم مبادرة صاحبه الى الفعل - نعم- بين الباين فرق - من ناحية اخرى - وهي - انه في صدق الاكراه يعتبر عدم امكان التفصي والتخلص عن المكره عليه كما عرفت .

اذا عرفت هذا (فعلم) ان المكره عليه ان كان فعلا واحدا ولم يكن ترتب الاثر او الحكم بلحاظ حيثية الصدور - كما لو اكراه احد الوليين على بيع مال الصبي كل منهما فعل يقع فعله مكرها عليه وان علم ان صاحبه يفعله فان ما هو موضوع

الاثر و هو البيع على مال الصبي لا يمكن التفصلي عنه و المفروض وقوع الاكراه عليه وان كان المكره عليه فعلا واحدا او كانت حيثية الصدور دخيلة في الحكم - كما لو اكره احد الشخصين على شرب اثناء من الخمر معين على نحو الكفاية فان علم ان صاحبه يشربه لا يجوز له الشرب ولو شرب لا يكون مكرها عليه لفرض امكان التفصلي والتخلص بمعنى انه لو لم يفعل لما وقع في الضرر ولو علم ان صاحبه لا يفعله يجوز له الشرب ويقع فعله مصداقا للمكره عليه - ولو احتمل ذلك فهل يجوز له الفعل ام لا وجهان مبنيان على انه هل يعتبر في صدق الاكراه العلم بترتب الضرر على فرض الترك ام يكفي احتمال ترتبه اذ على الاول لا يجوز الفعل لعدم العلم بترتبه - وعلى الثاني يجوز - وحيث عرفت ان الاظهر هو الثاني - فالأقوى هو الجواز الا اذا علم بان صاحبه يفعله فتدبر .

صور تعلق الاكراه

قوله قده واعلم ان الاكراه قد يتعلق بالمالك والعاقد كما تقدم وقد يتعلق بالمالك دون العاقد الخ اقول قد تقدم حكم تعلق الاكراه بالمالك العاقد - والكلام في المقام انما هو في صورتين (الاولى) ما لو تعلق الاكراه بالمالك دون العاقد كما لو اكره على التوكيل في بيع ماله (الثانية) ما لو انعكس الامر وهي ما لو اكره العاقد دون المالك .

اما الصورة الاولى - فلا اشكال في فساد التوكيل فالعاقد يكون فضوليا في بيعه فلو تعقبه الاجازة صح والافلا - وهذا مما لا كلام فيه - انما الكلام في انه اذا كان مورد الوكالة ايقاعا دون العقد كما لو اكره على التوكيل في طلاق امرأته ولم يجز الطلاق بل اجاز الوكالة فانه ان اجاز الطلاق لا يصح للاجماع على عدم صحة الفضولي من الايقاعات وان عقبه الاجازة - وبنينا على الكشف دون النقل اذ على النقل لا يصح في المقام كما هو واضح - والحق ان يقال انه ان كان معقد الاجماع عدم

صحة الايقاع الذى تعلق به الاجازة - ففى المقام بما ان الاجازة تتعلق بالوكالة دون الطلاق يصح الطلاق وان كان المعقد ان الايقاع لا يصح ان يكون معلقا على الاجازة كما هو الظاهر منه فلا يصح فى المقام فان صحة الطلاق موقوفة على صحة الوكالة المتوقفة على الاجازة والمتوقف على متوقف على شىء متوقف عليه فتكون صحة الطلاق موقوفة على الاجازة فلا يصح (فتحصل) ان الاظهر عدم الصحة تعلقت الاجازة بالايقاع او التوكيل .

واما الصورة الثانية - وهى مالو تعلق الاكراه بالعاقد دون المالك - فقد يكون المكروه هو المالك كما لو قال المالك للعاقد بى دارى او طلق زوجتى وقد يكون الاكراه من الاجنبى كما لو اكراه الوكيل على بيع دار موكله او طلاق زوجته والى هاتين الصورتين نظر المسالك و تكون الصورة الاولى هى الفرع الاول المذكور فيها - والصورة الثانية هى الفرع الثانى - وقد ذكرهما المصنف فى المتن وفى المقام اقوال (احدها) الصحة فى الفرعين ذهب اليه المصنف ره وغيره (ثانيها) البطالان فيهما (ثالثها) التفصيل بين الفرعين بالبناء على الصحة فى الفرع الاول و البطالان فى الثانى اختاره المحقق النائينى ره .

وقد استدلل للبطالان فى الموردین بوجوه - عمدتها وجهان (الاول) ان مقتضى حديث رفع الاكراه رفع اثر العقد - واجاب عنه المصنف ره بقوله ان الحديث انما يرفع حكما ثابتا على المكروه لولا الاكراه ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه (وليس) مراده ان حديث الرفع انما يرفع الحكم الذى على المكروه لا الذى له من جهة ان ذلك هو المناسب للامتنان الذى احتمله السيد الفقيه - فانه يرد عليه ان لازمه صحة قبول الهبة اكراها - مع - انه لا يعتبر فى شمول الحديث كون الحكم ضررا عليه بل يكفى كونه منافيا لغرضه (كما انه) ليس مراده ان حديث الرفع انما يرفع الاثر المتعلق به واثار العقد فى الفرض ليس متعلقا به كما احتمله السيد ايضا فانه يرد عليه انه لا دليل على هذا التقييد (بل الظاهر) ان مراده ان لفعل الوكيل

جهتين - احديهما - جهة العقدية - ثانيتهما - جهة قيامه بالوكيل - و الاكراه لا يؤثر في فقد عقد الوكيل لشيء من الامور المعتبرة فيه من الجهة الاولى من العربية و نحوها بعد كونه مستجمعة لها - و الجهة الثانية غير دخيلة في ترتب الاثر و حصول النقل و الانتقال لكون الوكيل اجنبيا عن المال بل عقده انما يؤثر من حيث انتسابه الى المالك الموكل والمفروض عدم كونه مكرها - فما هو موضوع الاثر لم يتعلق الاكراه به وما يتعلق الاكراه به لا اثر له و هو حسن (الثاني) ان القصد الى المعنى شرط في صحة العقد ومع الشك في ذلك لا اصل يحرز به كون المكره قاصدا له اذ اصاله القصد الجارية في افعال العقلاء انما هي في الافعال الاختيارية دون المكره عليها (وفيه اولا) ان الكلام انما هو بعد احراز القصد (وثانيا) ان اصاله القصد انما هي في مطلق الافعال الاختيارية في مقابل الاضطرابية كحركة يد المرتعش (واستدل) للبطلان في الفرع الثاني المحقق الثابتي ره بان المكره اذا كان غير المالك فغاية ما هناك رضا المالك بالعقد ومجرد الرضا لا يصحح الاستناد كما ان الكراهة الباطنية ليست ردا (وفيه) ان محل الكلام هو كون العاقد وكيلا مفوضا وفعل الوكيل يستند الى الموكل من جهة الوكالة فالأظهر هي الصحة في الفرعين

الاكراه على بيع عبد من عبيدين

قوله قدده فرع ولوا كراهه على بيع واحد غير معين من عبيدين فباعهما او باع

نصف احد هما الخ اقول في المسألة صور

الاولى ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما تدريجا فقد جعل المصنف وقوع الاول مكرها عليه دون الثاني هو الظاهر - واحتمل الرجوع اليه في التعيين - واورد جل من تاخر عنه عليه بانه لا وجه لهذا الاحتمال اذ بعد انطباق عنوان احدهما على بيع الاول قهرا و ارتفاع لسان المكره عنه واندفاع ضرره به لحصول مقصوده لا وجه لوقوع الثاني مكرها عليه (ولكن) يمكن ان يقال ان نظر المصنف ره الى انه

لوبياع الاول بالبيع الخيارى ثم باع الثانى - فله ان يفسخ البيع الاول فيقع الثانى مصداقا للمكره عليه وله ان يقيه على حاله فيكون الاول مصداقا له فيكون البايع هو المرجع فى التعيين بهذا المعنى واما فى صورة لزوم العقد الاول فلا يحتمل فى حق المصنف ره احتمال وقوع الثانى مكرها عليه

الصورة الثانية ان يكون المكره عليه بيع واحد غير معين فباعهما دفعة - ففى المسألة وجوه (الاول) صحة الجميع ذهب اليها المصنف وجل الاساطين ممن تاخر عنه (الثانى) بطلان الجميع (الثالث) بطلان احدهما وصحة الاخر ويرجع فى التعيين الى القرعة

واستدل للاول بوجهين (الاول) ما فى المتن واختاره المحقق الثانى ره وهو ان ما صدر عنه خارجا غير ما اكراه عليه وما اكراه عليه لم يصدر و مجرد اشتمال المجموع على احدهما لا يوجب صدق الاكراه على احدهما فضلا عن كليهما (وفيه) ان المكره عليه ليس يبيع احدهما بشرط لا كى لا يصدق على بيع احدهما فى المقام بل يبيع احدهما لا بشرط الحاصل فى ضمن بيعهما - لان لا بشرط يجتمع مع الف شرط فضم يبيع آخر اليه لا يخرج عما اكراه عليه (الثانى) ما افاده السيد الفقيه وتبعه المحقق الايروانى ره ويمكن استظهاره من كلمات المصنف ره - وهو ان بيعهما معا دفعة مع كون الاكراه على احدهما يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما و معه لا يؤثر الاكراه شيئا لان المفروض ان ما ألزمه المكره وهو بيع احدهما غير المعين نفس ما هو راض به فلا يكون اكراها على ما لا يرضاه (وفيه) ان بيع المجموع لا يكشف عن كون البايع راضيا ببيع احدهما فى مفروض المسئلة وهو كونه كارها لبيع كل منهما لولا الاكراه بل يمكن ان يكون ناشئا عن غرض آخر من انه يشق عليه التفرقة بينهما لكونهما والدا وولدا او انه لا يوجد من يشتري احدهما منفردا او نحو ذلك فح يكون بيع كل منهما مكروها - و لكن لما عرفت من اعتبار ترتب الضرر على ترك المكره عليه فى صدق الاكراه وهذا المعنى لا ينطبق على كل منهما الاعلى البذل

فلا محالة يقع احدهما مكرها عليه دون الاخر - وحيث ان انطباقه على واحد معين ترجيح بلا مرجح - والقرعة لامورد لها في المقام اذا الظاهر من ادلتها (١) كونها معينة لما له التعيين واقعاً لاحظ قوله (ع) القرعة سهم من سهام الله و سهم الله لا يخطيء - فانه اذا لم يكن له واقع معين لامتني لخطأها وعدمه - فيتعين البناء على بطلانهما معا .

الصورة الثالثة ان يكون المكره عليه واحدا معينا فباعهما دفعة - لا ينبغي التوقف في صحة بيع مالم يكره على بيعه وان كان لولا الاكراه على المعين لما باعه لانه لا يترتب الضرر على تركه فلا يكون مكرها عليه - كما لا ينبغي التوقف في بطلانه بالنسبة الى المكره عليه - لصدق الاكراه بالاضافة اليه .

الصورة الرابعة ما لو اكره على بيع واحد معين فباع نصفه - فتارة يشمل اكراه المكره لبيعه دفعتين و اخرى لايشمله - فاذا شمله - فان باع النصف بقصد ان يبيع النصف الاخر فلا كلام في كونه مكرها عليه - وان باعه لرجاء ان يقنع المكره بالنصف فقد اختار المصنف ره كونه ايضاً مكرها عليه و خالفه المحقق النائيني ره بدعوى ان البيع كك غير ماتعلق الاكراه به فان رجاء قناعته بالنصف يوجب تحقق الطيب والرضا ببيع النصف (اقول) الحق ما افاده المصنف ره فان من يدفع النصف الى المكره وداعيه الى الدفع هو الاكراه وانما يدفعه لرجاء ان يقنع المكره - يكون ذلك استدعاءً منه لان يتبدل الاكراه التعيني بدفع التمام الى الاكراه التخيري بين دفع التمام ودفع النصف فكما انه في صورة التخيير ابتداء يقع كل من فردى التخيير مكرها عليه كك في التخيير بعد الاستدعاء (وبالجملة) لا ينبغي التوقف في ان من يدفع الى المكره نصف ما اكره عليه لدفع شره ورضى المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه - الا ترى انه لو اجبر ظالم شخصاً باعطاء الف تومان فاعطاه نصفه واستدعى منه قبوله ذلك وعدم اضراره يصدق عليه انه مكره عليه ولا سبيل الى دعوى انه هبة صحيحة لانه غير ما اكره عليه والسرفيه ما ذكرناه . وبهذا البيان (ظهر) انه لو اكره على دفع شيء و اعطى شيئاً آخر لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه -

لانه بفعله هذا يستدعى منه تبديل اکراهه التعينى الى الاكراه التخييرى فيصير دفعه هذا احد فردى التخيير فيصدق عليه انه مكره عليه - وبهذا ظهر حكم ما اذا لم يشمل الاكراه لبيعه دفعتين فانه ان باع نصفه لرجاء ان يقنع المكره بذلك يصدق عليه انه مكره عليه .

(قوله قد امكن فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الامارات نظر الخ)
لم يظهر لى فرق بين هذا المورد وبين ما لو اكره على بيع شىء معين فباعه فكما ان هنا يحتمل كون بيعه الواقع عقيب الاكراه عن رضاه به كك فى ذلك المورد فما الوجه فى سماع دعواه هناك وعدم سماعها هنا - وان شئت قلت ان اصابة الجدة التى عليها بناء العقلاء لا تجرى فى امثال هذه المقامات فتدبر .

الاکراه علی الطلاق

قوله قد بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحريم
قال فى التحريم لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق الخ
اقول قبل الشروع فى بيان محتملات الفرع المذكور وما هو الحق فيه - لابد من التنبيه على مقدمة (وهى) ان المصنف ره تعرض لامر هنا كان المناسب ذكره فى المحل الذى ذكر مفهوم الاكراه ونحن ايضا غفلنا عن ذكره هناك وهو انه اذا كان الضرر المتوقع به على ترك المكره عليه هو ما يترتب على المكره بالكسر لا المكره - كما لو قال طلق زوجتك والقتلت نفسى - فهل يصدق عليه الاكراه ام لا فقد استشكل المصنف ره فى ذلك - والحق هو التفصيل فانه ربما يعد ضرر المكره ضرراً للمكره بالفتح كما لو كان المكره بالكسر هو العبد او الابن - والمكره بالفتح هو المولى او الاب فان ضرر العبد او الابن بالقتل يعد ضرراً على المولى والاب - وفى هذا المورد يصدق الاكراه اذ لافرق فى ترتب الضرر المعتبر فى صدقه بين كونه ضرراً مع الواسطة او بلا واسطة و لذا لو قال الاجنبى بع دارك والقتلت ابنك يكون ذلك اكراها و

ربما لا يعد ضرره ضررا عليه كما لو كان المكره بالكسر هو الاجنبى وقال طلق زوجتك والاقملت نفسى فانه لا يعد ضررا عليه فلا يصدق الاكراه - ومن هذا القبيل مالمو كان الداعى على الفعل شفقة دينية على المكره بالكسر كما لو قال الاجنبى طلق زوجتك والازنيت بامرأة اجنبية - فان طلاق زوجته لثلايق فعل محرم فى الخارج ليس طلاقا ناشئا عن خوف ترتب الضرر فلا يصدق عليه انه مكره عليه .

اذا عرفت هذا فاعلم انه يقع الكلام فى موردین (الاول) فى بيان وجه فتوى العلامة ره بالصحة (الثانى) فى بيان محتملات هذا الفرع فى نفسه واحكامها اما الاول فالظاهر ان نظر العلامة ره الى انه لو اكراه على الطلاق وان لم يقصد المعنى الذى يكون عند العامة طلاقا شرعيا مع النطق بالصريح فطلق ناويا فالاقرب وقوع الطلاق فانه غير مكره عليه (وايراد) المصنف ره عليه بانه يبتنى على القول باعتبار عدم امكان التفصيص بالتورية فى صدق الاكراه اذ لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى وقد مر عدم اعتباره - مندفع (اولا) بما تقدم من اعتبار العجز عن التورية فى صدقه و (ثانيا) بالفرق بينهما بعد كون المكره راضيا بالنطق بالصريح مع عدم القصد لاحظ وتامل فى الوجه المتقدم لعدم اعتبار العجز عن التورية ترى عدم جريانه فى المقام .

واما المورد الثانى فالاحتمالات المتصورة خمسة (الاول) ان لا يكون للاكراه دخل فى الطلاق بل يوقعه عن طيب نفسه ورضاه والمكره لجهله بحاله اكراهه عليه لاشكال ولا كلام فى صحة هذا الطلاق .

الثانى ان يكون كل من الاكراه والرضا سببا مستقلا بحيث لولا الاكراه كان يوقعه - ولولا الرضا لوقعه دفعا للاكراه فعن المحقق النائنى ره الحكم بالبطلان (بدعوى) ان كل علتين مستقلتين اذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع لا يؤثر كل منهما كاجتماع الرياء وقصد الامر فى العبادات - فهذه المعاملة وان صدرت عن الرضا الا انها تكون عن اكراه ايضا - او انها وان لم تكن عن اكراه الا انها لاتكون تجارة عن تراض (وفيه اولاً) ان المكره اذا كان راضيا لا يصدق على ما صدر

عنه عنوان المكره عليه بل يصدق هذا العنوان مشروطا بمعنى انه لو لم يكن راضيا كان مكرها عليه (وبالجملة) مع وجود الرضا لا يصدق الاكراه ولا يقاس المقام بالرياء في العبادات الذي هو متحقق في الفرض و يكون مبطلا للصلاة بل الصحيح تنظير المقام بما لو فرضنا العادل الورع التقى شرع في الصلاة امام الناس فان هناك سببين مستقلين لعدم ابطاله صلاته الخوف من الله تعالى - وحفظ مقامه عند الناس فهل يتوهم القول ببطلان صلاته لان ما بقى من صلاته يقع عن سببين مستقلين فتدبر (و ثانيا) انه لو فرض استناد الطلاق الى الرضا و الاكراه فمن حيث استناده الى الاكراه لا يترتب عليه الاثر الا انه يترتب عليه الاثر من حيث استناده الى الرضا و بعبارة اخرى الاستناد الى الاكراه لا يؤثر في البطلان كما هو الحال في الرضاء بل يوجب عدم تأثير العقد المستند اليه فلا يمنع عن صحته من حيث استناده الى الرضا . (و ثالثا) ان حديث الرفع من حيث وروده في مقام الامتنان لا يشمل مثل هذا الطلاق لان رفع اثره خلاف الامتنان - فالأظهر هي الصحة في هذه الصورة .

الثالث ان يكون كل من الاكراه والرضا جزء السبب بحيث انه لولا اجتماعهما لا يؤثر كل منهما - وقد حكم المصنف رحمه الله بالصحة في هذه الصورة وتبعه السيد (واستدل) له بصدق كون الفعل عن الرضا وان كان تحققه بعد وجود امر آخر من الزام الغير . و اورد عليه بايرادين (احدهما) ما افاده المحقق الايرواني ره - وهو انه كما يصدق كون الفعل عن الرضا فيشملة دليل جواز الاكل بالتجارة عن تراض - كذلك يصدق كون الفعل عن الاكراه فيشملة دليل رفع ما استكرهوا عليه (وفيه اولا) ان الاكراه لا يقتضي الفساد كي يعارض ما يقتضى الصحة كما تقدم (و ثانيا) انهما لو تعارضا تساقطا فيرجع الى اطلاقات ادلة امضاء تلك المعاملة او الايقاع (ثانيهما) ما افاده المحقق النائيني ره و هو ان الرضا و الاكراه ان وردا دفعة على المسبب فالفعل مستند اليهما و الاكراه وان لم يقتض الفساد الا ان المقتضى للصحة

ايضالم يتحقق لعدم صدق التجارة عن تراض . (وفيه) ما عرفت من انه لادليل على اعتبار الرضا في صحة العقد وان الدليل منحصر بمادل على رفع اثر المكره عليه وعليه فلا يحكم بالفساد من هذه الجهة . (والحق) في المقام ان يقال انه ان لم يصدق صدور العقد عن الاكراه فلا ينبغي التامل في الصحة لعدم المانع - وان صدق فيمكن دعوى ان منصرف دليل رفع ما استكرهوا عليه هو مالو كان الاكراه سببا تاما لصدوره فلا يشمل المقام فالظاهر هي الصحة .

الرابع . ان يكون احد هما سببا مستقلا و الآخر ضميمة فلا كلام في انه يلحقه حكمه فان كان السبب هو الرضا حكم بالصحة و ان كان هو الاكراه حكم بالبطلان .

الخامس ان يكوه الاكراه داعيا على الداعي على الطلاق اما لاعتقاد ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة فيوطن نفسه على رفع اليد عن الزوجة فيوقع الطلاق قاصدا - او لجعله بالحكم الشرعي فزعم ان الطلاق يقع مع الاكراه فيرضى نفسه بذلك و يوطنها عليه فقد حكم المصنف به بتحقيق الاكراه في هذه الصورة - وخالفه المحقق النائيني ره . و (استدل) للصحة بانه طلق ناويا و يريد للطلاق - ثم احتمل البطلان من جهة ان الاكراه صارعلة لارادة اسم المصدر فالفعل بالاخرة يستند اليه وان كان الداعي الثانوي اختياريا - و رده بان لازمه بطلان اغلب المعاملات فانها بالاخرة تنتهي الى غير الاختيار . (اقول) الحق ما افاده المصنف ره فان توطين النفس وارادة الفعل واسم المصدر لا ينافي مع الاكراه بل هذا المعنى ربما يستند الى الرضا و آخر الى الاكراه والافصح عدم الارادة لا يصدق انه صدر عنه الطلاق عن اكراه بل لم يصدر عنه وحديث رفع الاكراه انما يرفع اثر الطلاق الواجد لجميع ما يعتبر فيه سوى انه صدر عن اكراه (ودعوى) انه لو حكم ببطلان ذلك لزم الحكم ببطلان اغلب المعاملات (غريبة) فانه انما يحكم بالبطلان هناك لحديث رفع الاكراه ولا ربط لذلك بمسألة الاختيار وعدمه - فالظاهر هو البطلان في هذه الصورة (ثم انه) لايهمنا التعرض لما قيل في بيان مراد العلامة

ره وما يمكن ان يورد عليه .

لو تعقب الرضا عقد المكره

قوله قدّه ثم المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله صح العقد

الرخ اقول قد مر في اول هذا المبحث ان محل الكلام هو العقد الجامع لجميع ما يعتبر فيه من قصد اللفظ والمعنى والجد وغير ذلك وعليه فالاستدلال للبطلان بعدم قصد المكره لللفظ - او عدم قصده للمعنى - او عدم قصده لوقوع مضمون العقد في الخارج - في غير محله بل عمدة الوجه للبطلان في مقابل الاطلاقات و العمومات الدالة على صحة معامله المكره - امران -

الاول قوله تعالى لا تأكلوا (١) اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم بتقريب انه يدل على انحصار التجارة الممضاة بما اذا كانت ناشئة عن الرضا ومن المعلوم ان عقد المكره وان لحقه الرضا ليس عقدا عن الرضا بل هو عقد ورضا (واجاب) عنه المصنف ره بان الاستدلال ان كان بمفهوم الحصر فيرده ان الاستثناء منقطع غير مفرغ واورد عليه بايرادات (الاول) ان المنقطع لا ينقسم الى قسمين مفرغ وغير مفرغ فانه اذا كان مفرغا يكون متصلا بالمنقطع مثلا اذا قال ماجائني الاحمار يقدر المستثنى منه ما يشمل الاحمار ايضا اذ ادعى الى تقدير لفظ القوم ح (وفيه) انه يمكن ان يكون المستثنى منه المقدر منقطع كما اذا قيل هل جائك القوم فقال ماجائني الاحمار اذ المقدر في الجواب هو المسئول عنه والظاهر ان غرض المصنف ره ان الاستثناء منقطع مذکور فلا يحتمل فيه الاتصال (الثاني) ان الاستثناء المنقطع يرجع الى المتصل في اللب اذ لابد من ان يكون المراد من المستثنى منه ما يشمل المستثنى والا فلا يصح الاستثناء مثلا يكون المراد من ماجائني القوم - القوم ومن يرتبط بهم - والشاهد على ذلك انه لا يصح ان يقال ماجائني زيد لاعمره - وايضا لا يصح ان يقال ماجائني القوم الاحمار اذا

لم يكن الحمار متعلقا بهم وعلى ذلك فجميع الاستثنائات المنقطعة ترجع الى المتصل فتدل على الحصر (وفيه اولا) ان الاستثناء لا يقتضى الدخول حقيقة بل ربما يكون المصحح توهم الدخول كما فى قوله تعالى (وسجد الملائكة كلهم اجمعون الا ابليس) فانه حيث كان بينهم وان لم يكن منهم يتوهم الدخول فى الحكم فلذا اخرجهم وعليه فكون الابعنى الاخراج لا يقتضى رجوع المنقطع الى المتصل (وثانيا) ان ارجاع المنقطع الى المتصل لا وجه له سوى التحفظ على ظهور كلمة الا فى الاخراج وان حملها على لكن خلاف الظاهر ولل منع عن ظهورها فى ذلك بنحو تصلح قرينة للتصرف فى المستثنى منه بحمله على خلاف ظاهره بارادة اعم مجال واسع ولا اقل من الاجمال (الثالث) ان المراد بالبطل فى الآية الشريفة هو الباطل الشرعى والغرض بيان كون كل اكل باطلا الا للتجارة عن تراض فيكون المعنى لا تأكلوا اموالكم بينكم بوجه من الوجوه فان كل وجه باطل الا للتجارة عن تراض فذكر الباطل لبيان علة الحكم وعليه فالاستثناء فى الآية الشريفة يكون متصلا (وفيه) انه خلاف الظاهر اذ الظاهر منه كون الباطل موضوعا لاعلة للحكم وايضا الظاهر منه ارادة الباطل العرفى فتدبر فالحق تمامية جواب المصنف ره (ويرد عليه) مضافا الى ذلك ان المراد من التجاره ليس هو العقد كى يعتبر ان يكون عن الرضا بل المراد بها الكسب و الاكتساب وهو لا يحصل شرعا الا بعد الرضا فيكون تجارة عن تراض .

الامر الثانى حديث (١) الرفع بتقريب انه يدل على رفع اثر ما استكره هو اعليه تكليفا كان ام وضعيا فاثبات التأثير للعقد الصادر عن اكراه ولو كان على سبيل جزء العلة كما يقوله القائل بصحة عقد المكروه اذا تعقبه الرضا خلاف مقتضى الحديث . واجاب عنه المصنف ره باجوبة (الاول) مآظاهرة - ان حديث الرفع بمقتضى وروده فى مقام الامتنان يختص بالآثار التى تكون على المكروه - ولا يشمل الاثر الذى له ولا الاثر المتوجه الى غيره - وعليه - فحيث ان الحكم بوقوف عقد المكروه على الرضا

وان له ان يرضى وله ان لا يرضى - حكم له لاعليه - والزام الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره او يفسخ الزام لغيره - ومعنى صحة عقد المكره ان يرضى هو ذلك فلا تكون الصحة بهذا المعنى مشمولة للحديث .

و اورد عليه بايرادين (احدهما) ما عن السيد الفقيه و المحققين النائيني ره و الاصفهاني - وهوان الحديث لو سلم انه لا يرفع الاثر الذي للمكره فانما يختص بالاثـر الثابت للعقد لولا حديث رفع الاكراه واما الاثر الثابت له بعد وروده فلا يصلح الحديث لرفعه و الصحة بمعنى وقوفه على الرضا حكم يثبت بعد ورود حديث الرفع اذ مع قطع النظر عنه اثر العقد هو فعليه التأثير لا وقوفه على الرضا فلا يصلح حديث الرفع لرفعه و لانظر له اليه (اقول) يمكن توجيه كلامه بنحو لا يرد عليه هذا الايراد و حاصله ان اثر العقد هو الملكية من حين العقد الى الابد - و اذا كان حديث الرفع مختصا بما فى رفعه منة يرتفع مقدار من الملكية الذى يكون ثبوته منافيا للامتنان و هو الملكية قبل الرضا و اما الملكية بعد الرضا التى هى اثر العقد مع قطع النظر عن حديث الرفع فحيث انه لا امتنان فى رفعها فهى لا ترتفع بالحديث - وبالجملة - المرفوع بالحديث انما هو مقدار من الملكية التى هى باجمعها اثر العقد و يكون فى رفعه منة و اما المقدار الذى لامنة فى رفعه و هى الملكية بعد الرضا فلا يكون مرفوعا بالحديث (الايراد الثانى) ما اوردته السيد الفقيه ره و المحقق النائيني ره و هو ان المرفوع لا يختص بالآثار المتعلقة بالمكره بل المرفوع مطلق الآثار (وفيه) ان الآثار المتعلقة بغير المكره على قسمين قسم منها مترتب على الآثار المتعلقة بالمكره نظير ما لو اكره على النكاح فوقع النكاح عن كره فانه يكون عدم جواز تزويج الغير لتلك المرأة و كون الزناء معها زنا بذات البعل ونحو ذلك مترتبة على زوجية تلك المرأة للمكره - و قسم منها يكون مترتباً على ذلك الفعل مستقلاً نظير وجوب وفاء الطرف بالعقد الواقع بينه وبين المكره حيث انه مترتب على العقد مستقلاً وما ذكرناه يتم فى القسم الاول دون الثانى فتدبر - فظهر ان هذا الجواب متين .

الجواب الثاني ان الحديث انما يرفع الاثر المترتب على المكروه عليه لولا الاكراه واما الاثر الثابت له بوصف الاكراه فلا يدل الحديث على رفعه وهو واضح والاثر الثابت للعقد مع قطع النظر عن الاكراه السببية المستقلة والمدعى ثبوته له هو وقوفه على رضا المالك وهذا غير مرتفع بالاكراه (ثم اورد) على نفسه بان اثر العقد الثابت له بمقتضى الاطلاقات هو السببية التامة المرفوعة بالحديث وثبوت السببية الناقصة يحتاج الى دليل آخر مفقود فيرجع الى اصالة الفساد (واجاب عنه) بان المطلقات قيدت بمقيد آخر غير حديث الرفع بالرضا في مرتبة سابقة على الحديث فيكون المستفاد منها بعد الجمع ان العقد المرضي به بالرضا السابق او اللاحق يكون مؤثرا ولا حكومة للحديث على ذلك اذ البيع المرضي به بالرضا السابق لا يعقل عروض الاكراه عليه واما المرضي به بالرضا اللاحق فهو مع هذا القيد لا يعرضه الاكراه وبدونه وان كان يعرضه الا انه لا اثر له اذ كونه جزء المؤثر عقلي قهري يحصل بعد حكم الشارع بتأثير العقد المرضي به وعلي هذا فالمطلقات المقيدة بالرضا الاعم من السابق او اللاحق دليل صحة هذا العقد . (اقول) يرد عليه امور (احدها) ما تقدم من انه لولا دليل رفع ما استكرهوا عليه لما كان دليل على اعتبار الرضا في العقد (ثانيها) ان الجزئية للمؤثر وان كانت غير مجعولة الا انها مجعولة بتبع جعله جزء المؤثر وهو قابل للرفع (ثالثها) انه على هذا لا يكون حديث الرفع من الادلة في هذا المبحث فالحق عدم تمامية هذا الجواب نعم جوابه الاول تام .

و يمكن ان يجاب عن هذا الوجه بجواب آخر وهو ان الآثار انما تترتب على المنشآت لا الانشآت وهي امور باقية اعتبارا فلها حدوث وبقاء ومن الواضح ان المرفوع انما هو المكروه عليه بهذا العنوان كما هو الشأن في جميع العناوين المأخوذة في الموضوعات فما دام يكون الاكراه باقيا لا يترتب عليه الاثر واذ تبدل الى الرضا فهو يكون مؤثرا باقيا - ونظير ذلك ما لو اكره الجنب على الجلوس في المسجد فانه مادام بقاء الاكراه ترتفع الحرمة فاذا تبدل الى الرضا يحرم جلوسه

بقاءً (فتحصل) ان الاظهر ماهو المشهور من صحة عقد المكره اذا تعقبه الرضا .

بيع الفضولي

قوله قده و من شروط المتعاقد-دين ان يكونا مالكيين او ماذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولي لا يصح النخ اقول الكلام في هذا المقام قبل الشروع في المسائل يقع في جهات .

الاولى ان الكلام في المقام ليس في ترتب اللزوم على عقد الفضولي وعدمه بل في صحته الفعلية وعدمها وانه هل يترتب عليه الاثر ام لا - فمافي المتى من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف .

الثانية ان الفضول جمع الفضل و هو فعل مالا يعنى بالشخص و لا يهمه و الفضول من الجموع التي جاءت بمعنى المفرد اذا استندت الى الشخص - فهو يطلق على من يعمل عملا لا يهمه و غير مربوط به وليس له في الاصطلاح معنى خاص - بل هو عبارة - عمن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها - اما لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كببيع مال الغير - ولتعلق حق الغير بالعين كالمرهون - او لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كتركاح بنت الاخ حيث انه يعتبر في صحته اذن عمته لو كانت زوجته - و يترتب على ما ذكرناه امر ان (احدهما) ان الاولى التعبير بببيع الفضولي بنحو الاضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف (ثانيهما) ان مراد المصنف به بقوله - ان يكونا مالكيين ان كان مالكيتهما للتصرف اغنى عن ذكر قسيمه و ان كان مالكيتهما للعين فيرد عليه ان مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما للتصرف لتعلق حق الغير مثلا بما هو مورد المعاملة .

الجهة الثالثة ان المصنف ره ارسل عدم جريان الفضولي في الايقاعات ارسال المسلمينات و نقل دعوى الاجماع عليه من غاية المرام (و الحق) ان يقال انه ان بنيينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود وخرجنا عنها للدليل 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 المتتابع يقف على شواهد يطمئن بعده - فان ظاهر جمع منهم وصريح آخرين البناء على صحته مع الاجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناءً على انها ايقاع - وعق الراهن العبد المرهون - وعق المرتهن اياه و غير 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 او مئ اليه في شرح الاستاد (وثانياً) انه لو ثبت فليس اجماعاً تعديداً كاشفاً عن رأى المعصوم فلا يستند اليه .

الجهة الرابعة في انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضى المالك من دون اذن منه صريحاً او فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب ام لا يشمل بل يكفي مجرد رضاه في صحة العقد وترتب اثره كما اختاره المصنف ره - 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 مالکها فان اجازة المرتهن ليست لاجل تحقق استناد العقد اليه بل لان العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه وجوه - وقد استدلل للثاني بوجوه .

الاول عموم وجوب الوفاء بالعقود (١) (واورد عليه) جمع منهم المحقق النائيني ره بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع اى كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه 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 لاقتضى البناء على القول الثالث لا الاول (وثانياً) انه لا يتم - فان المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه او جد العقد - لانه لا يصدق مع الاجازة بل

مع الاذن الذى حقيقته الترخيص و اظهار الرضا به لتوقف صدقه على كون الفعل صادرا عنه بالمباشرة او التسبب وشئ منهما ليس فى مورد الاذن فضلا عن الاجازة بل المراد منه هو الاستناد بمعنى انه عقده و بيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة فان ظاهر قوله تعالى او فوا بالعقود - عقودكم لاما عقدتم - وعليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالاجازة التى حقيقته اظهار الرضا بما وقع - يتحقق بالرضا به (وبالجملة) المعنى المصدري لا يستند الى المجيز ولا الى الراضى بل ولا الى الاذن والمعنى الاسم المصدري ينسب اليه بمجرد الرضا (ودعوى) ان الاجازة التزام بالعقد و لذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا ولذا يصح رضا الاجنبى بالعقد (مردودة) لان الالتزام بالعقد لا تصور له معنى سوى الرضا به . (وبما ذكرناه) ظهر صحة الاستدلال باحل الله البيع (١) ولا يرد عليه ما اورده جمع من ان البيع لاسيما المعنى المصدري منه لا ينتسب الى المالك بمجرد الرضا .

الثانى مما استدل به المصنف ره قوله تعالى (٢) تجارة عن تراض - واورد عليه بما اورده على سابقه والجواب الجواب .

الثالث ما دل على انه (٣) لا يحل مال امرأ مسلم الا بطيب نفسه (و فيه) ما تقدم من انه فى مقام بيان شرط الحلية التكليفية ولا كلام فى انه يشمل الرضا النفسانى (مع) انه انما يدل على اعتبار الرضا لاعلى كفايته والفرق واضح .

الرابع مادل على (٤) ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته اقرار منه . (واورد عليه) جمع من الاساطين بان السكوت عن مثل النكاح له خصصرية و هى

١- البقرة الآية ٢٧٥

٢- النساء الآية ٢٩

٣- راجع الوسائل - باب ٣ من ابواب مكان المصلى - والمستدرک ج ١ - ص ٢١٢

وفروع الكافى ج ١ - ص ٢٢٦ - والاحتجاج ص ٢٦٧

٤- الوسائل باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء

كاشفته النوعية عن الرضا (وفيه) ان هذه الخصوصية لانكر الانهالاتوجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية و الرضا المستكشف من قرينة خاصة (و بالجملة) غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا وبذلك يظهر صحة الاستدلال بمادل على كفاية سكوت الباكرة .

الخامس رواية (١) عروة البارقي - و سيأتي الكلام فيها مفصلا - و يمكن الاستدلال له مضافاً الى ذلك كله (بصحيح) (٢) الحميري الاتي - الضبعة لايجوز ابتياعها الا عن مالكها او بامر او رضا منه (فتحصل) ان الاظهر هو ما ذهب اليه المصنف ره (وبما ذكرناه) ظهر مدرك القول الاول و الجواب عنه (ودعوى) ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب العقود و الايقاعات (مندفعة) بان ذلك انما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط ولاريب في ان الرضا الباطني شرط كما عرفت . (كما انه) ظهر مدرك القول الاخير - فانه استدل لعدم الاكتفاء به في معاملة غير المالك بما تقدم و لكفايته في معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذي الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه وقد عرفت الجواب عنه .

قوله قد عرفت لكن ليس كـل فضولي يتوقف لزمه على الاجازة الخ ليس الكلام فيما يسمى بهذا الاسم بل في احتياج العقد المقرون برضا المالك الى الاجازة وعدمه فلا يزيد هذا الجواب على سابقه .

(قوله قد عرفت مع انه يمكن الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع الخ ان اكتفينا في الاجازة بالرضا اكتفينا في الاذن به بطريق اولي والا فلا .

بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع

(قوله قد عرفت الاولى ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا

١- المستدرك باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه

٢- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٨

هو المتيقن النخ) الاقوال فى المسألة ثلاثة - الاول - الصحة على القاعدة - الثانى - الصحة بواسطة النص - الثالث - البطلان - ذهب الى كل جمع .

وقد استدلل المصنف ره للاول بان مقتضى العمومات مثل اوفوا بالعقود - و احل الله البيع - وغيرهما ترتب الاثر على كل عقد - وقد قيد ذلك بمادل على اشتراط ترتب الاثر بالرضا وتوقفه عليه - والمتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق . فالعقد الملحق بالرضا يشك فى ترتب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك . وفيه (اولا) انه بناء على ما اسسه فى الاصول - من انه اذا فرض خروج بعض الافراد فى بعض الازمنة عن العموم ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازماني بعد ذلك الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد لا يصح التمسك بالعموم بل لابد من الرجوع الى الاستصحاب - لوجه لتمسكه بالعمومات فى المقام اذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة لانه لم يقل احد بوجوب الوفاء عليه بان يجيزه - فبعد الاجازة يشك فى انه يجب الوفاء به ويترتب عليه الاثرام لافحيث انه ليس لها عموم ازماني فلامورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضى لعدم ترتب الاثر (وثانيا) ان المستفاد من الأدلة بحسب المتفاهم العرفى كما تقدم لزوم انتساب العقد والمعاملة الى المالك وليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد - وبالجمله - ان المستفاد منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه فليس الموضوع كل عقد كى يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب وقد اعترف قده بذلك فى مبحث الاجازة - قال - ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقلين - ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا او بمنزله الا بعد الاجازة - فلا بد من تنقيح ذلك وانه هل ينسب العقد والمعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا و قد تقدم تقريباته اليه بالاجازة فى الحاشية السابقة (وحاصله) ان المعتبر انما هو استناد المسببات لالاسباب و هى تستند اليه بالاجازة وعلى هذا البيان لا يرد ما اوردهنا اولاعلى الشيخ الاعظم فان العقد قبل الاجازة لا يكون مشمولا للعمومات لانه مشمول لها

وخارج عنها للمخرج فتدبر .

واورد السيد الفقيه ره 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 فرضى به لا يصدق انه ضربه (وفيه) ان ما ذكره ره يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب و الاسباب في باب العقود و الايقاعات و لذا ذكرنا انها لا تستند اليه بالاجازة و لا يتم في الموجودات الاعتبارية و هي 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 ره 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 مشترى فالحق ما ذكرناه (ثم انه) قد استدل على صحة الفضولي بالادلة الخاصة .

احدها (١) ما تضمن قضية عروة البارقي - حيث انه دفع اليه النبي ﷺ دينارا ليشتري به شاة للاضحية فاشترى به شاتين ثم باع احدهما في الطريق بدينار فاتي النبي ﷺ بالشاة والدينار فقال له رسول الله ﷺ بارك الله لك في صفقة يمينك - فان شرائه و بيعه وقعا فضولين - وقد افاد المصنف ره انه يمكن توجيه شرائه بنحو يخرج عن الفضولية ولم يذكر التوجيه - وافيد فيه امور (منها) ما افاده المحقق النائيني ره و هو انه مسبوق بالاذن الفحوى حيث ان اذنه بشراء شاة بدينار يقتضى اذنه و رضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولي (وفيه) انه ان كان النبي ﷺ اعد دينارا للصرفه في شراء الشاة كان هذا متينا و لكنه ﷺ انما اراد شاة واحدة للاضحية - ومعه لاسبيل الى دعوى الاذن الفحوى كما لا يخفى (ومنها) ما افاده السيد الفقيه - وهو ان

المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد (وفيه) مضافا الى انه خلاف الظاهر في نفسه باباه بيع عروة احدى الشاتين - ومنها غير ذلك مما هو واضح الدفع - ولكن يرد على الاستدلال به امران (الاول) انه ضعيف السند لانه مروي من طريق العامة و عروة لم يوثق مضافا الى نقل الشيخ ره والعلامة اياه من عرفة - والقضاء من الاصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لاسبيل الى دعوى عملهم به كي يجبر به ضعف السند (الثاني) انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معد الخدمة النبي ﷺ كان وكيلا مفوضا في امر البيع والشراء فلم يكن بيعه ولا شرائه فضوليا وحيث انه قضية في واقعة ولا اطلاق له فلاحتمال يسقطه عن الاستدلال .

وقد اورد على الاستدلال به المصنف ره بآراءين (احدهما) انه حيث كان عروة قبض الثمن واقبض الشاة - ولا سبيل الى دعوى انه فعل حراما للمنافاة لتقرير النبي ﷺ - ولا الى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الاجازة بناء على كونها كاشفة لاناقله لما سيجي من ضعفه - ولا الى دعوى علم عروة برضا النبي ﷺ باقباض ماله للمشتري حتى يستاذن - و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البايع على وجه الامانة - فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي (وفيه اولا) لا وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث اذ لاسبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلا وهو غير ثابت مع انه لو كان جاهلا يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستيمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق اى على جميع التقادير على انه ان كان مالكا فيما انه مالكا والافما انه امين - نعم - المصنف ره لا يحتاج الى اثبات فساد بل مجرد الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال (وثانيا) ان المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلى خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديرى و المقام من قبيل الثانى (ثانيهما) ان الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاوضة بين رسول الله ﷺ ومشتري الشاة ويكون عروة آلة محضة في اصال العوضين و يكفي في صحة المعاوضة وصول العوضين الى المالكين مع رضاهما وان كان الموصل غير

ذى شعور (وفيه اولا) ان ظاهر قوله عنه بآلة في اتصال الثمن والمثمن (وثانيا) ان الكافي على فرض القول به القصد الى انشاء البيع بايصال العوض باى وجه اتفق - وما هو موجود فى المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه .

ثانيها صحيح (١) محمد بن قيس عن سيدنا الباقر (ع) قضى امير المؤمنين (ع) فى وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الاخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال (ع) الحكم ان ياخذ وليدته وابنها فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع فلما راه ابوه قال له ارسل ابنى قال لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما راي ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه - وعن الدروس ان فيه دلالة على صحة الفضولى اقول الكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى فقه الحديث (الثانية) فى دلالة على صحة الفضولى .

اما الاولى فقد يقال انه مشتمل على احكام لا يمكن الالتزام بها ولاجل ذلك يرد علمه الى هله (منها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها قبل ان يسمع من المشتري دعواه و لعله كان يدعى اذن السيد او رضاه فكان يتعين تكليفه باقامة البينة و مع عدمها ان يكلف السيد بالحلف او رد الحلف كما هو الشأن فى ساير موارد المخاصمات (وفيه) انه حيث كان نقل ابي جعفر (ع) هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة - لم يكن وظيفته (ع) بيان جميع الخصوصيات فلعله لم يكن المشتري مدعيا للاذن او الو كالة او الرضا او انه انما حكم (ع) بذلك بعد تكليفه باقامة البينة (و منها) حكمه (ع) باخذ الولد مع انه حر اذا الظاهر ان الوطاء كان بالشبهة (وفيه) انه يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته - وان ابيت عن استحقاق القيمة الاعلى تقدير عدم الاجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة (و منها)

حكمه (ع) باخذ ابن السيد مع ان غاية الامر كونه غاصبا (وفيه) انه لاجل صيرورته سبباً لتلك الخسارة وغاصبا للثمن لامانع من ذلك للتوصل به الى حقه (ومنها) تعليمه - (ع) اياه 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 (ومنها) حكمه (ع) باخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الاجازة (وفيه) انه بيان للحكم في فرض عدم الاجازة (ومنها) انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد - والاجماع قام على عدم نفوذها - و سيأتي الجواب عن ذلك .

واما الثانية - فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي بانه ظاهر في تأثير الاجازة المسبوقه بالرد - و هو خلاف الاجماع - والكلام في ذلك يقع في موردين الاول في ظهوره في ذلك الثاني في انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولي ام لا (اما الاول) فقد استند المصنفه في دعواه تلك - الى امور (احدها) اطلاق حكمه (ع) بتعين اخذ الجارية وابنها من المالك اذ لو لم يكن راد للبيع وجب تقييد اخذ بصورة اختيار الرد (وفيه) انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضاً فله كان مردداً في الرد والاجازة فحكم (ع) باخذهما مالم يعجز (ثانيها) ظهور المحاصمة في ذلك (وفيه) انها ظاهرة في كراهة البيع لافي الرد الذي هو حل للعقد ورفع له ومجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس ردابل يمكن منع ظهورها في ذلك ايضاً اذ لعلها كانت لاجل استحصال ثمن الجارية الذي اخذه ابوه (ثالثها) مناشدة المشتري للامام (ع) والحاحه اليه في علاج فكاك ولده (وفيه) انه حيث لم يعجز البيع واسترد ماله ونمائه الى ان ينفك باداء قيمته طلب منه (ع) علاجاً ليعجز البيع (رابعها) قوله حتى ترسل ابني الظاهر في انه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة (وفيه) انه ظاهر في عدم الاجازة لافي الرد - اذ للمالك التصرف في ماله قبل الاجازة حتى على الكشف (فحصل) انه لا ظهور للرواية في كون الاجازة بعد الرد - فالاستدلال به على صحة الفضولي لا اشكال فيه (واما الثاني) فقد ذهب السيد الفقيه ره

الى ان الرواية تكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد ولا مانع من العمل بها (وفيه) انه خلاف الاجماع لا يمكن المصير اليه (واقاد) المصنفه في وجه صحة الاستدلال به في المقام بان هذا الخبر المتضمن لقوله لا يجوز حتى ينفذ لك البيع - وقوله اجازة بيع ابنه - ظاهر في ان حكم الفضولي ذلك - وعليه فيتصرف في ظهور صدره في الاجازة بعد الرد وبؤل بارادة عدم الحزم بالاجازة والردا وغير ذلك (وفيه) ان الظاهر من قول الامير (ع) البيع ارادة البيع الخاص الذي اوقعه الابن وصريح قول الباقر (ع) ذلك فهو ظاهر في القضية الشخصية وحيث انه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره فلا بد من تاويله ومعه يصير مجملا 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 لالثانية (مندفعة) بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقة وجودا وحجية فتدبر فالحق ما ذكرناه .

ثالثها النصوص (١) الواردة في النكاح الدالة على نفوذه بالاجازة وتقريب الاستدلال بها من وجوه (الاول) 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 نفوذه من باب كونه عصيانا للسيد فاذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل معاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر والخنزير - بل انما لا تكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازة من اعتبر رضاه فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبديل كراهته بالرضا . (الثاني) ما افاده صاحب الجواهر ره 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 ايضا ويتم في غير هذه الصورة بالاجماع

١- الوسائل- باب ٢٤ - ٢٥ و ٢٦ - ٢٧ و ٢٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء

وباب ٦ - ٧ - ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

المركب (وفيه اولا) ان الاخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة ولا نظر لها الى الجهات الاخر فلاوجه للتمسك باطلاقها (وثانيا) ان النكاح لعدم توفقه على المهر لان بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم امضائه في الفرض امضاء البيع وانفاذه فتدبر (الثالث) ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة - فاذا صح تمليك البضع بالاجازة صح تمليك ماله بها بالاولوية اما لان الاول لا عوض له بخلاف الثاني - ولان النكاح مبنى على الاحتياط و اخرى بشدة الاهتمام لانه يكون منه الولد والكلام فيه يقع في جهات - الاولى - في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح - الثانية - في التعدى عنه الى ساير 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 الاصل وعن فخر المحققين ايضا ذلك وعن ابى حمزة اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها دون غيرها - واستشكل السيد الفقيه في التعدى عن تلك الموارد المخصصة والمشهور بين الاصحاب التعدى بل نقل الاجماع عليه غير واحد (اقول) صحة نكاح الفضولي في الجملة مما لا ينبغي التوقف فيه لورود جملة من الاخبار (١) في نكاح الاب لابنه والاخ لاخته والعم لابن اخته و الام لابنه ونكاح الوصى - وغير ذلك من الموارد وفيها الصحاح والموثقات . واما التعدى عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك - لان غاية ما ذكر في وجه عدم التعدى ان موارد النصوص الواردة في المقام ما بين ما يكون العاقد عاقد نفسه الا انه منوط برضا الغير - وما بين ما يكون العاقد وليا شرعيا او عرفيا فالتعدى عنها الى ما اذا كان العاقد عاقداً لغيره ولم يكن وليا يحتاج الى دليل - ولكنه فاسد - وذلك لوجهين (احدهما) ان من جملة تلك النصوص ماورد في (٢) نكاح الاخ والعم وهما ليسا عاقلين لانفسهما ولا ولاية لهما عرفا ايضا

(ثانيهما) ان من جملتها ماورد (١) في عبد مملوك بين رجلين زوجه احدهما والاخر لا يعلم وعلم به بعد ذلك - قال عليه السلام للذي لم يعلم ولم يأذن ان يفرق بينهما وان شاء تركه على نكاحه ونحوه ماورد (٢) في جارية مملوكة بين رجلين - فانهما يدلان على توقف نكاح احد الشريكين على اجازة الاخر من حيث انه تصرف ورد على ماله ومعلوم انه ليس عاقدا لنفسه ولا ولاية له عرفا ولا شرعا - فاذا ثبت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لا ينبغي التوقف فيه .

و اما الجهة الثانية فالحق عدم صحة التعدي الى ساير العقود - لعدم تمامية الوجهين المتقدمين (اما الاول) فلان في النكاح لا يملك البضع بل هناك تسلط محض (مع) انه لايجرى في الهبة والصلح في موردها مضافا الى ان هذه الاولوية ظنية لخفاء المصالح المقترضة لجعل الاحكام (و اما الثاني) فلان الشارع الاقدس وان اهتم بالنكاح و هو احرى بالاحتياط الا ان ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سببا له وفي موارد الشبهات الحكمية والموضوعية ولا ربط لذلك بجعل الشارع فتوسعة الشارع في اسباب النكاح لا تستلزم توسعته في اسباب البيع بل الشارع الاقدس اعتبر في ساير العقود مالم يعتبر في هذا العقد كالتقايض في الصرف والسلم - ووسع في اسباب النكاح بتشريع عقد المتمتع وملك اليمين وجواز تقديم القبول على الايجاب وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الاذن والرضا (وبالجملة) اهمية النكاح ربما تستدعي التوسعة في اسبابه ثلاثيعة الناس في الزناء (فتحصل) ان الاظهر عدم التعدي الى ساير العقود .

واما الجهة الثالثة فقد افاد المصنف ره انها ربما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول الخ النص المشار اليه هو صحيح (٣)

١ - الوسائل - باب ٢٥ - من ابواب نكاح العيود والاماء

٢ - الوسائل - باب ٧٠ - من ابواب نكاح العيود والاماء

٣ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب كتاب الوكالة حديث ٢ - وباب ١٥٧ - من ابواب

مقدمات النكاح وآدابه حديث ٣

العلاء بن سبابة عن الصادق عليه السلام وفيه ما جور هذا الحكم وافسده ان النكاح احرى واحرى ان يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد و ذكر المصنف ره ان حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع اولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافا للعامة وعليه فلا يجوز التعدي عما دل على صحة النكاح الفضولي الى صحة البيع (اقول) بعد التنبيه على امرين - الاول - ان الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح وغيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل - الثاني - ان العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط بل انما عللوه بوجه استحسانى - حيث انه عليه السلام لما سأل الراوى عما يقول العامة - قال - ويقولون المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض اذا وقع منه ولد (ان) الامام عليه السلام لمالم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه - ولا من بيان بطلان ما ركنوا اليه راعى جانب الاحتياط واجاب بان النكاح بما انه مهم فى نظر الشارع واحرى بان يحتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد الى حجة شرعية ولا يعتمد الى القياس والاستحسان وما شابههما من الوجوه العلية - وقد عقبه عليه السلام بقضاء امير المؤمنين عليه السلام الذى يكون متبعاعندهم لقوله عليه السلام اقضاكم على عليه السلام (وعليه) فهو لا يدل على ما ذكره المصنف ره وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه ره فى المقام فى الرد على المصنف ره و حاصله انه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم الاحتياط و انه ليس كذلك و الا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه وان الاحتياط لو كان مقتضيا للصحة فى البيع فى النكاح بالاولوية - فانه يرد عليه ما عرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط .

(قوله قد نه انه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة مثل موثقة جميل (١) الخ) حاصل ما افاده فى اخبار المضاربة انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة فى صحة المعاملة المزبورة كانت هى مما يستأنس

به للحكم في المقام لاشتراكهما في عدم لزوم الاذن السابق - و ان قلنا بلزومها في صحتها كانت دليلا على جريان الفضولي في العقد السابق وصحته في المورد الخاص وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تايد للمطلب (اقول) في كلاشقي كلامه نظر - اما الاول - فلانه اذا دل الدليل على عدم اعتبار الرضا في مورد خاص كيف يستأنس منه لحكم ما يعتبر فيه ذلك قطعا وانما الكلام في اعتبار سبقه - واما الثاني - فلانه ان بنينا على صحة ماصدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك اذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها - والبائع اما ان يستحق اجرة لان عمل المسلم محترم اولا يستحق لانه عمل من دون امر (والحق) ان يقال ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لالتقييد بالاشتراط 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 بينهما وبهذا يظهر ان النصوص موافقة للقاعدة واجنبية عن المقام و ان ابيت عن كون ذلك مما يقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة في المقام .

قوله قدده ومن هذا القبيل الاخبار (١) الواردة في اتجار غير الولى في مال اليتيم وان الربح لليتيم (الخ) اقول ما افاده في وجه ادخال المسألة في الفضولي امران (الاول) انها تحمل على صورة اجازة الولى (الثاني) ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة - ويرد على الاول - انه ليس في النصوص ما يستفاد منه ارادة معاملة غير الولى بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولى (مع) انه ليس فيها ما يشهد باجازة الولى - ويرد على الثاني - ان التاجر ان كان مأذونا من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضولية و الحق اختصاصها بصورة معاملة الولى و تكون اجنبية عن

مسألة الفضولي .

(قوله قدده وربما يؤيد المطلب ايضا رواية ابن (١) اشبهم - بناءً على انه لولا كناية الاشتراء بعين المال الخ) اقول ان ما يتوهم ان يكون مؤيداً للمطلب حكمه (ع) بكون العبد لورثة الميت اذا قاموا اليه - واما بالنسبة الى مولي العبد فالظاهر انه كان ماذونا من قبله واما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطلة بلا كلام - والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة و آذنين اياه فيها - و عليه فيخرج عن محل الكلام .

(قوله قدده ومما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي (٢) - فان الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره الخ) بل لا ينطبق على صحة بيع الفضولي - اذ الحكم بفساد الاقالة في الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية لازمه الاستحالة من المشتري الاول لا الحكم برد ما زاد وعدم الفرق بين البيع بالازيد وبالساوي وبالنقص - ولا يعد دعوى ان الرواية ظاهرة في كراهة الاقالة بالوضعية كما ذهب اليها ابن الجنيدي واستحباب رد ما زاد فتكون اجنبية عن المقام .

(قوله قدده ويمكن التأييد له بموثقة (٣) عبدالله الخ) الظاهر من الرواية هو الاحتمال الثاني وهو اشتراط الخيار على المأذون .

(قوله قدده فاذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه الخ) الظاهر ان الاشتباه لم يكن في مراد صاحب الورق وهو كان معلوماً لدى السائل وانما كان يسأل عن حكمه .

قوله قدده وربما يؤيد المطلب بالاخبار (٤) الدالة على فساد نكاح

١ - الوسائل باب ٢٥ من ابواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١

٢ - الوسائل باب ١٧ من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ١

٣ - الوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام العقود حديث ٢ و الراوى عبد الرحمن بن ابي عبدالله

لاعبد الله .

٤ - الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب نكاح العيود والاماء

العبد الخ قدم رانها تدل على المطلب فراجع .

ادلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها

قوله قدده اما الكتاب فقولته تعالى ولا تأكلوا (٢) اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض دل بمفهوم الحصر اوسياق التحديد الخ
وقد اجاب عن الاستدلال به باجوبة (الاول) انه لامفهوم له وقد اشبعنا الكلام في ذلك في
اول مبحث الاكراه والمعاطة - وعرفت انه لا يدل على الحصر (الثاني) ان التجارة التي
هي اسم للمسبب لا السبب انما تكون تجارة للمالك بعد الاجازة فتكون عن تراض -
وقد مرفى اول مبحث الفضولي تمامية ذلك ايضا (الثالث) انه يحتمل ان يكون عن
تراض خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدها (وحاصله) انه يحتمل
ان يكون اسم كان مقدرا و هو سبب الاكل و يكون له خبران - الاول تجارة - الثاني
عن تراض - ولكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك كما في قولنا - الرمان حلو
حامض فيكون مفاده سببية التجارة والتراضى - وهي متحققه في بيع الفضولي (وفيه)
انه لا يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة - اذ السبب لو كان هو المجموع لما
كان منبعثا عن التراضى وان كان خصوص التجارة لزم قيدية التجارة بصورها عن
التراضى - وان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة والتراضى وهو خلف (مع)
انه على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد - اذ احتمال كونه خبرا واسم هو
التجارة - يدفعه ان لازمه تعريف التجارة - فالصحيح هو الاولان .

قوله قدده فهو مع تسليمه مخصوص بالخ لا يخفى انه لو سلم سياق التحديد لم
يكن مناص من تسليم الدلالة على المفهوم - ولم يكن مورد لحمل القيد على الغالب اذ
تلك القيود لا يؤتى بها في مقام التحديد .

قوله قدده واما السنة فهي اخبار منها النبوى المستفيض وهو قوله (ص)

لحكيم بن حزام (١) لاتبع ماليس عندك الخ لا يخفى ان افضية النبوى ﷺ المذكورة فى كتب العامة مجمعة عن عبادة بعينها مروية عن طريقنا برواية عقبه متفرقة على حسب تفرق الابواب وعليه فهذا النبوى مروي عن طريقنا و عن طرق العامة فلا سبيل الى الخدشة فى سندها - هذا بحسب السند - مع ان هذا المضمون موجود فى جملة من الاخبار - كخبر (٢) سليمان بن صالح عن الصادق (ع) عن النبى (ص) وخبر (٣) الحسين بن زيد عنه (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (و اما من حيث الدلالة) فما قيل او يمكن ان يقال فى الجواب عن الاستدلال به وما يساوقه من النبوي (٤) الآخر لايبيع الا فيما يملك - والتوقيع (٥) لايجوز بيع ما ليس يملك للبطلان امور (الاول) انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ماليس عنده لاحظ صحيحى (٦) عبد الرحمان ابن الحجاج عن الصادق (ع) ففى الاول منهما - عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال (ع) ليس به باس قلت انهم يفسدون عندنا - قال (ع) و اى شىء يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا الى اجل فاذا كان الى غير اجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال (ع) فاذا لم يكن الى اجل كان اجود - ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى اجل الحديث وقريب منه الآخر - تحمل هذا على التقية - لتكذيبه (ع) فيهما للعامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده (وفيه) ان الجمع بينهما يقتضى تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلى - او حملها على بيع كل ما خرج عن السلطنة وان كان المبيع كليا كما لو باع الكلى فى ذمة الغير - ولعل الثانى اظهر - وتكذيبه (ع) للعامة يمكن ان يكون فى تطبيق بيع ماليس عنده على بيع الكلى فى ذمة نفسه لافى اصل

١ - راجع سنن الترمذى - ج ٣ - ص ٥٣٤ - باب ما جاء فى كراهية بيع ماليس عندك

٢ - ٣ - ٤ - ٥ - ٦ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ٢ - ٥ - ١ - ٣

٣ - المستدرک باب ١ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٣

٥ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب عقد البيع وشروطه

لحديث (الثاني) ما افاده المصنف ره بقوله - وثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه اذا اجاز (وفيه) انه بناءً على ما استظهره المصنف ره من ان المراد من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين - تكون النسبة عموماً من وجه لأخصية النبوى من هذه الجهة فلا وجه لتقدم تلك (الثالث) ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضراً عنده سواء كان مملوكاً له ام لا - قدر على تسليمه ام لا - كلياً ام شخصياً - وحيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حمل - اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكاً له - او على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه - وان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربية الاول واما النبوى الآخر والتوقيع فيحتمل ان يكون يملك فيهما مبني للمفعول فلا ربط لهما بما نحن فيه (الرابع) ان المنفى البيع لغير المالك - فتختص هذه النصوص بالمسألة الآتية وهى مالو باع الغاصب لنفسه - ولا ربط لها بهذه المسألة - وهى البيع للمالك (الخامس) ان النهى فى هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع اذ البيع اسم للمنشأ والمسبب لا الانشاء كما تقدم مع انه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطعاً - بل المتعلق هو حقيقة البيع - وهى بالاجازة تنسب الى المالك فيكون بيع ما عنده - وبعبارة اخرى - ان الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولى تدل على عدم وقوع البيع للفضولى ولا نظر لها الى وقوعه للمالك اذا اجاز - اذ المنفى فيها وقوع البيع لنفسه فينتفى هذا وهو لا يلزم عدم وقوع البيع ولو للمالك اذ سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم - فاذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتاً عنه فى هذه الاخبار فيرجع فيه الى الأدلة المتقدمة الدالة على الوقوع فتدبر

قوله قدّه واما الروايتان التي اظهر ان مراده بهما روايتا (١) يحىي وخالد اللتان اشار اليهما فى ضمن جوابه الاول عن النبوى كما لا يخفى .

(قوله قدده واما الحصر في صحيحة (١) محمد بن مسلم والتوقيع (٢) فانما هو في مقابلة عدم رضا الخ) توضيح ما افاده انه لا يستفاد من الخبرين الا انهى عن الشراء الفاقد للرضاء رأسا وهذا لا يدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بل لحاظ الاجازة ولا يدل على صحته ايضا فالنهى فيها لا يدل الاعلى 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 جوابا آخر كما افاده السيد الفقيه (ثم ان) المحقق النائيني ره قال ان دلالة خبر (٣) الحميري على صحة الفضولي اظهر - فان مقابلة الرضا بالامر ظاهرة في كفاية الاجازة اللاحقة فان الرضا المقابل للشراء عن المالك او بامره هو الرضا اللاحق للمقارن فانه متحقق حين الامر (وفيه) انه 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 النهى عن الاشتراء الا بالرضا تقدم او تأخر فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلا في المستثنى (مع) ان المراد بالاشتراء حقيقته وهو انما يكون اشتراء للمالك بعد الاجازة فيشمله الخبران كان المراد بالرضا فيهما المقارن .

(قوله قدده واما توقيع (٤) الصفار فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك الخ) وفيه ان الجواز عبارة عن الصحة - وعدمه عبارة عن الفساد - فالحق في الجواب مضافا الى ما تقدم ان عدم الجواز لم يضاف الى العقد من حيث هو بل اليه من حيث انه ممن لا يملك فاذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد .

(قوله قدده الرابع ما دل من العقل والنقل (٥) على عدم جواز التصرف في

١-٢-٣- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٣-٨

٢- الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

٥ - الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى

مال الغير الا باذنه الخ) وقد اجاب المصنف ره عن هذا الوجه بوجوه .

الاول ان العقد على مال الغير متوقعا لاجازته غير قاصد لترتيب الاثار عليه ليس تصرفا فيه - واورد عليه - بايرادين (احدهما) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو انه وان فرض كون العقدلة تامة لحصول الاثار عرفا لم يكن مجرد العقد تصرفا فسي العين وقيحا فلا وجه للتقييد في كلامه - ومرجعه الى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس بالعين تصرفا عرفا في العين بل هو تصرف في لسان العقاد (وفيه) انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجا للمال عن ملك صاحبه قهر اعليه لكان ذلك تصرفا فيه وقيحا لكونه ظلما بل من اقبح افراده نعم مجرد العقد غير المؤثر في حصول النقل والانتقال عرفا وشرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا ولا اعتبارا (ثانيهما) ما افاده السيد الفقيه في تعليقه وهو ان الفضولي انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لا هزلا معلقا على الاجازة ويصدق التصرف عليه عرفا (وفيه) ان العقد غير المؤثر عرفا وشرعا وان قصديه الجد لا يعد تصرفا لا خارجا ولا اعتبارا - اما الاول فواضح - واما الثاني فلغرض عدم التأثير - ومجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفا وشرعا - فما افاده المصنف ره تام .

الثاني انه لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستئانة والاصطلاء بنور الغير وناره (وفيه) ان الجواز في المثالين انما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما - او السيرة على الجواز والافمع صدق التصرف لاسبيل الى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف .

الثالث انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن في هذا من المقال او الحال (وفيه) اولا ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية وثانيا ان المستدل يمكن ان يكون ملتزما بالصحة في خصوص هذا المورد والفساد في سائر الموارد .

الرابع ان تحريره لا يدل على الفساد - اقول هذا الجواب ايضا متين وقد مر في اول الجزء الحادي عشر من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك .

الخامس انه لو دل على الفساد لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم

استقلاله في ذلك والقائل بالصحة لا ينكر ذلك (وفيه) ان البناء على الفساد كان من جهة كون السبب تصرفاً ومبغوضاً للشارع فلا سببية له - ام كان من جهة كون المسبب منهياً عنه ومبغوضاً - ينافي مع هذا الجواب اذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي و كان 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

قوله قدده المسألة الثانية ان يسبقه منع المالك والمشهور ايضا صحة الخ
اقول ان صحة بيع الفضولي اما ان تكون على القاعدة - او تكون للاخبار
الخاصة .

اما على الاول - فلا توقف الصحة الاعلى العقد واستناده الى المالك الموجودين
في المقام - ولا يضر النهي السابق وذلك لان ما قيل في وجه مضرته امور (احدها)
ان العقد اذا كان منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنأ ما كاف في الرد فلا ينفع
الاجازة اللاحقة (وفيه) ان الكراهة النفسانية وان ابرزت ليست ردافانه 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 و القبول مانعة عن تحقق
المعاملة والمعاودة 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 المكروه اذا لحقه الرضا (ثالثها) ان المالك اذا نهى عن
ايقاع المعاملة على ماله نهياً عاماً شامل لزمان العقد - كان ذلك في قوة ان يقول لا ارضى
ان توقع العقد على مالي ولوا وقعت كان مردوداً وباطلاً - فيكون ذلك انشاءً للرد
غاية الامر الانشاء متقدم على العقد والمنشأ متأخر عنه - فلا تنفع الاجازة بعد

ذلك (وفيه اولا) ان النهى ليس الا التسبب الى عدم ايجاد العقد واما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطا بالنهى و(ثانيا) ان ذلك من قبيل ايجاب مالم يجبو سيأتى عدم العبرة به (وثالثا) ان وجه عدم نافية الاجازة بعد الرد هو الاجماع والمتيقن منه ما اذا كان انشائه بعد العقد (فتحصل) ان الاظهر هى الصحة على القول بصحة الفضولى على القاعدة .

واما على الثانى - فالنصوص التى سلمنا دلالتها على صحة الفضولى انما هى صحيحة (١) محمد بن قيس - و نصوص (٢) نكاح العبد المتضمنة للتعليل للصحة - بانه لم يعص الله وانما عصى سيده (اما) صحيح قيس فقد افاد المصنف ره فى وجه شموله للمقام انه بترك الاستفصال يشمل (وفيه) ان ظهور قوله فى مقام المخاصمة وليدتى باعها ابنى بغير اذننى - فى صورة عدم النهى لا ينكر والا كان يقول بساعها مع نهى فهو لا يشمل المقام . (واما) نصوص النكاح ففى المتن ان رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيد (وفيه) ان عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهى عنه بل بما ان العبد لا بد وان يكون اعماله عن اذن مولاه فاذا فعل بلا اذن منه كان خارجا عن رسم العبودية ويعد 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 فى المسألة السابقة بواسطة الاخبار الخاصة لاسبيل الى البناء عليها فى المقام .

قوله قدع من بيع مال اليتيم و المغصوب الخ اقول اما فى بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقا لوسلم شمول نصوصه لبيع غير الولي - واما المغصوب فلم ينقل سابقا دليلا يدل على صحة بيعه .

١- الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء حديث ١

٢- الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب نكاح العبد والاماء

قوله قد ه فمّن جهة ظهور الاقدام على الخلف الخ هذا اجتهد فى مقابل نص الفقهاء فانه قد نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف اماره عدم الرضا .

بيع الفضولى لنفسه

قوله قد ه المسألة الثالثة ان يبيع الفضولى لنفسه وهذا غالبا يكون فى بيع الغاصب و قد يتفق الخ بل كثيرا ما يتفق فى غيره كما فى البيوع المبينة على الامارات والاصول الظاهرية من اليد و اصاله الصحة ونحوهما - و كيف كان ففى المسألة اقوال (احدها) الصحة وه المشهور (ثانيها) التفصيل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادريس (ثالثها) التفصيل فى الغاصب بين علم المشتري وجهله كما عن العلامة وغيره (اقول) ان بنينا على صحة بيع الفضولى بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة فى المقام - فان عمدة المستند على هذا - صحيح ابن قيس ونصوص نكاح العبد - وشئ منهما لا يشمل المقام اما الاول فلانه لو كان الابن بايعا للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه اولى لانه ادخل فى الانكار - واما الثانية - فلان موردها وان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لالمولاه واما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهى تقتضى الصحة فى المقام ايضا بلافرق وقد ذكروا فى وجه الفرق و انه لا يمكن الحكم بالصحة فى المقام امورا .

الاول نصوص (١) بيع ماليس عنده بناءً على ان موردها بيع الفضولى لنفسه وقد مر الجواب عنها .

الثانى انه غالبا يكون منع المالك من البيع موجودا فى المصوب ويعتبر عدم سبق المنع (وفيه) مضافا الى ما عرفت من عدم اعتباره ان المنع غير موجود فى غير

المغصوب بل وفيه ايضا الغصب اماراة عدم الرضا بالبيع للغاصب لامطلقا.

الثالث ان الفضولى اذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه - فما يقصده هذا الفضولى ليس بيعا . (واجاب) عنه المصنف ره بان البايع فى هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا - وهذا الجعل وان كان لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الامر الادعائى حقيقية نظير المجاز الادعائى فى الاصول واورد عليه بايرادين (الاول) ما افاده السيد فى 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 يدعى ان المصحح هو التنزيل حال العقد - بل يدعى ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا وانما يبنى 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 (الثانى) ما افاده المحقق الايروانى ره - من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعى ثم يدعى انه هو هو لاجل تملك العوض - فيكون له قصدان قصد كبرى وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعى وقصد صغرى وهو قصد انه المالك الواقعى - فيرد عليه ان الوجدان يكذب ان يكون للغاصب قصدان وانما له قصد واحد للمعاملة فى حق نفسه كالمالك - وان ادعى انه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصححه دعواه الملكية فيرد عليه ان ادعاه كونه مالكا لا يصحح القصد الى المعاوضة الحقيقية فان المعاوضة المبنية على الادعاء لاتكون حقيقية وكيف يكون حقيقيا ما اساسه الادعاء (اقول) الظاهر ان مراده الثانى ويمكن ان يدفع هذا اليراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البايع نفسه ملكية المشتري للمعوض بازاء ملكيته للثمن فطر فاها امران اعتباريان و عليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء وبناء البايع على كونه مالكا . (وقد اجاب) عن الاشكال - السيد الفقيه ره - 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 و لا ينافيه ايضا (و فيه) مضافاً الى تصريحه به في اول كتاب البيع بان البيع ليس بمبادلة بل تمليك 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 يستدعى 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 كى يرد الاشكال المزبور بل حقيقته اعطاء شيء لا مجانا فراجع ما حققناه و عليه فلا يرد هذا المحذور الرابع ان الفضولي اذا قصد البيع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البايع كان منافيا لصحة العقد لان معناها صيرورة الثمن لمالك المثلث باجازه - وان تعلقت بغير المقصود كانت عقد امستأفا فيكون النقل من المثلث غير مجاز والمجاز غير منشىء واجابوا عنه باجوبة .

منها ما عن المحقق القسى ره وما نقل عنه امر ان (احدهما) ان مرجع الاجازة فى المقام الى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه وظاهره التصرف فى الايجاب فقط - واورد عليه بعدم تطابقه ح لقبول المشتري لان قبوله انما تعلق بايجاب البايع لا بمضمون الاجازة - و لكن للتأمل فى ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق فى هذه الموارد مجالا واسعا (ثانيهما) ان مرجع الاجازة فى المقام الى التصرف فى طرفى العقد معا ومفادها ان العقد الذى قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البايع الغاصب والمشتري العالم قد بدله بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه فيكون عقدا جديدا (و اورد عليه) المصنف ره بان هذا مخالف للاجماع والعقل - و لم يذكر وجه مخالفته للعقل وذكروا فى وجهه امورا (الاول) ان تبديل قصد وقوعه لنفسه ورضاه به بقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع وهو محال (و فيه) ان المراد ان العقد

الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه بمعنى انها لا تؤثر وبالاجازة يضاف الى المالك ويكون بذلك مؤثرا - فلا يلزم الانقلاب (الثانى) ان المالك لاسلطنة له على المشتري فكيف يبدل قبوله (وفيه) ان عدم سلطنة المالك على المشتري شرعى لا عقلى (مع) ان تبديل قبوله ليس من شئون سلطنته عليه بل على ماله - فان المشتري انما ملك ماله للبائع لامجانا بل بازاء مال المالك فللمالك من حيث سلطنته على ماله ان يعجز بدلية ماله لمال المشتري بان يسقط خصوصية البائع فى طرفيته لمال المشتري بازاء ماله فتدبر (الثالث) ان لازم ما ذكر اتحاد الايجاب والقبول مع انه لا يعقل ذلك (وفيه) ان المحقق لا يدعى كون الاجازة عقدا وانما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد اى تكون تصرفا فى الايجاب والقبول باسقاط الخصوصية غير القابلتين للاجازة فالانصاف ان ما افاده المحقق القمى ره غير مناف للعقل .

و منها ما افاده المصنف ره وهو ان ايجاب البائع الغاصب يتضمن امرين احدهما - تمليك المشتري المال بعوض - الثانى - دخول العوض فى ملكه و الثانى خارج عن مضمون الايجاب - نعم - مقتضى طبع المعاوضة دخوله فى ملك مالك المبيع - وحيث ان المبيع ملك للمعجز واقعا فيدخل العوض فى ملكه ككفى فرض الاجازة و حيث انه مالك ادعاء و اعتقادا فيكون بانيا على تملكه العوض - وعليه - فلان مانع من تعلق الاجازة بما هو مضمون الايجاب (ثم اورد) على نفسه بانه لا يتم فيما لو كان الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير و قال للبائع تملك منك او ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم اذ مفهومه شىء واحد وهو تملك الفضولى للثوب و لا يكون ذلك منحللا الى شيئين كى يتعلق الاجازة باحدهما دون الآخر - ثم تفصى عن الاشكال بان نسبة الملك الى الفضولى ليست بما هو هو بل بما هو مالك فحيثية المالكية ماخوذة فيه و من المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية فى الحقيقة مترتب على تلك الحيثية - فيكون المنسوب اليه الملك هو المالك والاجازة تتعلق بهذا المضمون - غاية الامر ان الفضولى لما بنى 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 - لاللمالك (و ثانيا) ان الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكا ادعاء الاحقيقة و ايقاع العقد للمالك الادعائي غير قابل للتأثير بالاجازة - و وقوعه للمالك الحقيقي بالاجازة موجب لكون المجاز غير منشأ و المنشأ غير مجاز .

و الحق في المقام يقتضى ان يقال - ان بيع الفضولي لنفسه على اقسام .
 (الاول) ان يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن والا يوقعه لملكه - و في هذا القسم لا كلام في انه لو اجازه المالك صح وقوع له و يكون المنشأ مجازا (الثاني) ان يبيع لنفسه من غير بناء على ملكيته للمبيع و يقصد خروج المعوض عن ملك مالكة ودخول عوضه في ملكه - وهذا القسم على مسلك المصنف ره و موافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلا وغير قابل للتأثير بالاجازة - ولكن على المسلك الحق من كون البيع هو الاعطاء لامجانا قابل للصحة بالاجازة - فان اجازه على ما وقع وقع للبائع - وان اجازه لنفسه صح ويكون قصد وقوعه لنفسه ملغا و لغوا (الثالث) ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالهية نفسه - و هذا القسم هو الذي يكون مورد الكلام المصنف وقد عرفت مافى تصحيحه و وقوعه للمالك مع الاجازة - ولكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر - وهو ان انشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة يدل على تملكه للعوض - و بالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور اى دخول المعوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامى فيقع له - كما له اجازة المدلول المطابقي 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 و بعبارة اخرى - ينشأ البيع لنفسه مترتبا عليه - وفي هذا القسم لو اجاز المالك التملك يقع البيع - لاللمالك كما لو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو ولعل هذا هو مراد كاشف الغطاء ره مما

نقله عنه المصنف ره - وعليه فلا يرد عليه ما افاده المصنفه بان الاجازة لادليل على تأثيرها في تأثير بناء الغاصب على الملكية في تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن اذ الاذن في التملك لا يؤثر التملك فيكيف 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 و لحوق الاجازة له لا بأس به فتدبر .

قوله قد ره ثم ان مما ذكرنا من ان نسبة ملك - يظهر اندفاع اشكال آخر
فهي صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري الخ ملخص الكلام ان الاشكال
انما يكون من جهتين (الاولى) ان المشتري العالم بكون البايع غاصبا كيف يملكه
التمن بازاء تملكه مال الغير (الثانية) انه لو سلط المشتري العالم الفضولي
على التمن ليس له الرجوع على البايع بالتمن لورد المالك البيع على ما حكم
به الاصحاب وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالتمن فلا يكون البيع المزبور قابلا
للاجازة لكونه بيعا بلا ثمن اذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشتري برده البيع
(اما الاشكال) من الجهة الاولى فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال بان
الغاصب كيف يقصد المعاوضة الذي مر - وبه يظهر ان ما ذكره المصنف ره من انه
بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين - ولا يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني ره
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 جميعا به بل في المسألة قولان آخران - احدهما - الضمان مطلقا
كما افتوا به جميعا في مسألة المقبرض بالعقد الفاسد - ثانيهما - الضمان
مع بقاء العين - واجاب عنه المصنف ره بجوابين آخرين (احدهما) ان التسليط
المذكور انما يكون تسليطا مجانيا في صورة الرد خاصة لامطلقا (وفيه) ان هذا يكون
تمليكا معلقا وهو غير نافذ (ثانيهما) ان هذا الاشكال لو تم فانما هو على القول بالنقل

ولا يتم على القول بالكشف فانه على هذا المسلك يكشف الاجازة عن كونه تسليطاً على مال الغير (وفيه) ان الكشف الذى يمكن الالتزام به هو الكشف الحكيمى لا الحقيقى فقبل الاجازة لا يكون المال منتقلاً عنه فتدبر .

لو كان مال الغير فى ذمته لاعيننا

قوله قدده الاول انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيناً او ديناً فى ذمة الغير الخ اقول بعدما لا كلام فى عدم الفرق فى الفضولى بين كون مال الغير عيناً او فى ذمة الغير فى الجملة وقع الكلام فى جهات .

الاولى فيما به يتشخص ما فى الذمة - والمصنف ره افاد ان تشخصه انما يكون باضافة الذمة الى الغير - ومقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائنى ره عدم الفرق بين الاضافة اليه لفظاً او قصداً - او بقصد العقد له لفظاً او قصداً - وذكر فى وجه كفاية الثانى ان تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول احد العوضين فى كيس من خرج عنه الاخر يكون تعييناً لمن فى ذمته الثمن - ولكن يرد عليه - انه بما ان الكلى مالم يضاف الى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من فى ذمته الثمن لا يكتفى ولا يغنى عن اضافة الكلى اليه فلا بد من الاضافة المزبورة - فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة .

الجهة الثانية انه لو لم يصدق الطرف الاخر قصد الفضولى البيع او الشراء لغيره - ففى المسألة اقوال - الاول - ما عن جمع من الاساطين وهو الحكم بوقوع العقد للفضولى ظاهراً - الثانى - الحكم بوقوعه له واقعاً - الثالث - الحكم بعدم الوقوع (اقول) مجمل القول فى المقام - انه تارة يكذب كل منهما الاخر - كما لو ادعى البائع ان المشتري قصد الشراء لنفسه فى ذمته وهو ايضا قصد ذلك وادعى المشتري انه يقصد الشراء لغيره والبائع ايضا قصد ذلك - و اخرى - يدعى مدعى الفضولية انه قصد غير ما قصده طرفه وتخيل انه ايضا قاصد لذلك والاصيل ينكر ذلك ويدعى

انه قصد عين ماقصده وهو الشراء مثلاً لنفسه (اما) الصورة الاولى فهي من قبيل التداعى فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب (واما) الصورة الثانية فحيث ان المدعى هو من يدعى الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد واصالة الصحة اذ على مايدعيه يكون العقد باطلا وعلى قول طرفه يكون صحيحا - فمقتضى القاعدة هو اقامة البينة و اذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فان حلق براء وحكم ببطلان العقد وان لم يحلف ورد الحلف فان تمكن المدعى من الحلف على العلم بالقصد وحلف فيحكم له - وان لم يتمكن من الحلف على العلم - حكم له ايضا - وتام الكلام فى كتاب القضاء .

الجهة الثالثة لوجمع بين المتنافيين - بان قال - اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى -- او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان - واجاز من اضيف اليه فى الاول احتمال المصنف البطلان لانه فى حكم شراء شئ للغير بعين ماله - واحتمل الغاء احد القيدين وجزم المحقق الثانى ره بالصحة والغاء قيد لفلان لان وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف اليه ولم يلحقه بما ينافيه - والافيق لنفسه كما هو مقتضى اطلاق العقد - وجزم السيد ره بالبطلان على مسلك المصنف ره من كون البيع هو المعاوضة (اقول) حق القول فيه بنحو يظهر الحق و مافى ساير الاقوال - انه بناء على المختار من كون البيع هو الاعطاء لامجانا - يصح البيع المذكور ويقع للغير و يشغل ذمة نفسه بالدرهم - نعم - يعتبر اجازة ذلك الغير اذ دخول شئ فى ملكه بلارضا مناف لتسلط الناس على انفسهم - و اما - بناء على كونه هو المعاوضة كما اختاره المصنف ره وغيره فيمكن تصحيحه بالنحو الذى صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على مالكيته له فاذا اجاز المالك يقع له فانه يقال فى المقام انه يشترى لغيره بدرهم فى ذمة نفسه بعد البناء على مالكيته لما فى ذمته وتسلطه عليه فى الحقيقة يشترى لمن هو مسلط على مافى ذمته وهو نفسه فيصح البيع ويلغى قيد وقوع البيع للغير وبذلك يظهر مافى كلمات الاساطين هذا كله فى الاول (و به) يظهر الحال فى الثانى - اذ على المختار يقع لنفسه اذا اجاز ذلك الغير البيع على ماوقع - وان اجاز

لنفسه صح له ويلغى قيد وقوعه لنفسه - وعلى مسلك المصنف ره 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 لوجمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف اليه بطل العقد وعن العلامة في التذكرة وان كان في الذمة لغيره واطلق اللفظ الى آخر ما نقله المصنف ره وهذا الكلام حيث انه بظااهره لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحححه

وقد ذكر المحقق النائيني رهله توجيهين (احدهما) ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير و فان اجاز الغير التولية يكون العقد له و يكون اجازته من قبيل القبول و ان رديقع للعاقد (وفيه) ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من ملكه الى المجيز لامنه الى العاقد ومنه الى المجيز فتدبر (ثانيهما) ان يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته ويكون 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 منهما ضامنا بنحو الطولية ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به اولا ولكن اذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر اليه و اذا رد بقي في ذمته (وفيه) اولا ان الغير اذا لم يجزلا 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 ره ان يقال ان مراده - ان يشتري شيئاً بمن من الحنطة مثلاً ويلتزم هو بادائه اما من مال زيد فيكون الشراء له او من ماله فيكون الشراء لنفسه وينحل هذا الشراء الى شرأين طوليين - فان اجاز الغير يقع له و ان رديقع للعاقد - ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان - لان المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شرأان فتدبر .

الفضولي في المعاطاة

قوله قدّمه الثاني الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة الخ اقول في المسألة وجوه و بعضها اقوال - ثالثها التفصيل بين القول بالاباحة فلايجرى الفضولي في المعاطاة والقول بالملك فيجى - رابعها - التفصيل بين كون الفضولي على خلاف القاعدة فلايجرى مطلقا و كونه على طبقها فيجى - خامسها - التفصيل - بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلايجرى و بين كونها على طبقها فيجى (وحق) القول في المقام يقتضى التكلم في مقامين - الاول - بناء على القول بافاداة المعاطاة الملك - الثاني - بناء على القول بافادتها الاباحة - اما الاول فالكلام فيه يقع في موردين - الاول - بناء على كون الفضولي على طبق القاعدة - الثاني - بناء على استفادته من النصوص الخاصة .

اما المورد الاول فان قلنا بان افادة المعاطاة الملك انما تكون على خلاف القاعدة يتعين البناء على عدم جريان الفضولي فيها اذا المتيقن منه تعاطى المالكين - و ان قلنا بان افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان .

وقد استدلل لعدم الجريان بوجوه (الاول) ان الاقباض الذي يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا في مال الغير فلا يترتب عليه اثر (وفيه اولا) ان النهي النفسى عن المعاملة لا يدل على فسادها كما حققناه في اول الجزء الحادى عشر من هذا الشرح (وثانيا) انه نقلا يحتاج الى اقباض مال الغير لما تقدم في مبحث المعاطاة من كفاية العطاء من جانب واحد والاخذ من الاخر - واجاب عنه المصنف بجوابين آخرين (احدهما) انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك (وفيه) ما تقدم منا تبعاه قدّمه من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية اللهم الا ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض والاقباض والرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن

ملكه واحدهما غير الآخر فتدبر (ثانيهما) انه لو دل النهي على الفساد لدل على عدم ترتب الاثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية فلاينا في كونه جزء سبب (وفيه) انه لو دل النهي على الفساد لزم منه الغاء المنهى عنه في نظر الشارع الاقدس و كانه لم يتحقق فلامحالة لا يصلح لكونه جزء سبب - وان شئت قلت - ان تأثير اعطاء مال الغير واقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العلية التامة فلو دل النهي على الفساد لاقتضى الغاء هذا الاثر لا ماليس له في نفسه فالصحيح هو الوجهان الاولان (الثاني) ما افاده صاحب المقاييس وهو ان المعاطاة منوطة بالتراضي مع قصد التملك او الاباحة وهما من وظائف المالك (وفيه اولاً) ان هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولي في غيرها ايضاً والكلام في المقام بعد جريانه فيه (وثانياً) ان التملك الانشائي ليس من وظائف المالك خاصة والاثر وان كان مترتباً على رضا المالك الا ان المفروض في المقام تحققه بالاجازة (الثالث) ما افاده المحقق النائيني ره (وحاصله) ان الاجازة لا بد وان تتعلق بامر مستمر باق كى ينتسب بها الى المالك وهذا في العقد القولي موجود اذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولي ويستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك واما في العقد الفعلي اى الاعطاء فليس حاصل مصدره امر مستمر باق بل هو اعطاء وهو لا ينفك عن الاعطاء وباجازة المالك لا ينتقل الفعل عما وقع عليه (وفيه) ما تقدم في مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما وعليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما في الانشاء القولي وتعلق الاجازة به فالظاهر جريان الفضولي فيها .

و اما المورد الثاني فان كان مدرك صحة الفضولي عموم التعليل في نصوص النكاح فهو يقتضى جريانه في المعاطاة لعموم العلة - و ان كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له - وترك الاستفصال في صحيح (١) محمد بن قيس لا يفيد

بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة وقوله ﷺ بارك الله في صفقة يمينك في رواية (١) البارقي لظهور له في وقوع المعاملة معاواة فان صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية ان يكون الانشاء بصفقة اليمين .

قوله قدّه حيث ان الظاهر وقوع المعاواة الخ ان كان منشأ استظهاره ما ذكرناه فقد عرفت ما فيه و ان كان هو غلبة ذلك في المعاملات في المحقرات فهي ممنوعة .

و اما المقام الثاني فقد استدل المصنف ره لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالاباحة بوجهين (احدهما) ان افادة المعاواة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين (الثاني) ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (اقول) انه لو قلنا بالاباحة - من باب ان المعاواة مفيدة للملك غاية الامر يشترط فيه التصرف - او التلف وقبله يحكم بالاباحة الشرعية لدليل خاص - فالفضولي يجري في المعاواة لما تقدم نعم لا يحكم بالاباحة ما لم يجز - و اما لو قلنا بانها مفيدة للاباحة - و تكون الاباحة شرعية فدليله الاول متعين ولا يتم الثاني اذ نسبة الاباحة الى ما قبل الاجازة و ما بعدها على حد سواء بعد فرض ان المالك قاصد للملك فحصولها قبلها لا مانع منه - و اما اذا قلنا بالاباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بادلة نفوذ المعاواة من قبيل اوفوا بالعقود لجريان الفضولي فيها لاستناد العقد الى المالك بعد الاجازة فتدبر .

القول في الاجازة

قوله قدّه اما الكلام في الاجازة فيقع تارة في حكمها وشروطها و اخرى في المجيز وثالثة في المجاز اما حكمها فقد اختلف القائلون بالخ المنسوب الى المشهور هو القول بالكشف بل قيل انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الى زمان المحقق

اقا جمال قده و اما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل و عن جماعة التوقف في المسألة .

ثم ان الكشف يتصور له معان (احدها) الكشف الحقيقي الصرف وهو الظاهر من جامع المقاصد والجواهر (ثانيها) الكشف عن امر مقارن للعقد وهو اما الرضا التقديرى كما عن المحقق الرشتى ره او تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الاعلام واما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتأثير العقد امرا واقعا مقارنا له لانعرفه الا انه يكون ذلك الامر ملازما للاجازه الاستقبالية (ثالثها) الكشف عن الاثر لكون الاجازه من قبيل الشرط المتأخرو هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخرو ونسب ذلك الى المشهور (رابعها) الكشف الانقلابى بان تكون الاجازه المتأخرة موجبة لحدوث التأثير فى العقد وجاعلة اياه سبباتا ما هو الذى احتمله المصنف ره فى آخر كلامه (خامسها) الكشف الحكمى بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لاحصول نفس الملكية وهو المنسوب الى المحقق شريف العلماء استاد المصنف ره (سادسها) الكشف بان تكون الاجازه بوجودها الدهرى المجتمع مع شروطها فى وعاء الدهر اذ الطوليات الزمانية عرضيات فى عالم الدهر شرطا و فى المقام (قول آخر) اختاره المحقق الايروانى ره والاستاد الاعظم و نسب الى المحقق الخراسانى وهو النقل فى الملكية والكشف فى المملوك بان يكون اعتبار الملكية بعد الاجازه والمعتبر قبلها و ستعرف توضيحه هذه هى الاقوال فى المسألة .

واما الادلة فقد استدلو للكشف بوجوه وكل واحد منها استدل به للقول بنحو

من الكشف .

الاول ما عن فخر الدين فى الايضاح وهو انه اذا لم تكن الاجازه كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود اذ العقد حالها عدم (وحيث) ان هذا الوجه بظايره بين الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لاتمامها ومعلوم ان بعض اجزاء العلة كثيراً ما يتقدم على المعلول زمانا كما فى التدريجيات اى الاجزاء المتدرجة فى الوجود

فقد تصدى المحقق النائيني ره لتوجيهه ووجهه بان مراده ان المنشأ لا يتخلف عن الانشاء واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر- ولكن يرد عليه ان المنشأ هو الملكية فى اعتبار المتبايعين والذي يكون محل الكلام هو الملكية فى اعتبار الشارع الاقدس

الوجه الثانى ماعن جامع المقاصد و هو ان العقد سبب تام اذا لمأخوذ موضوعا لوجوب الوفاء هو العقد قال الله تعالى (١) او فوا بالعقود ولا يكون شىء آخر دخيلا فيه والا لاخذ فى الموضوع غاية الامر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك اذا لم يجزه المالك فالعقد الذى اجازه المالك يكون باقيات تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شىء آخر نعم الكشف عن ثبوت الموضوع هو الاجازة اذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الاجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع هذا هو مدرك المعنى الاول من الكشف (وفيه اولا) ما تقدم من ان خطاب اوفوا بالعقود متوجه الى المالكين ومفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده و العقد الصادر من الفضولى انما يكون عقدا للمالك بالاجازة فالموضوع يتحقق من حين الاجازة (وثانيا) انه قد دل الدليل من الاجماع والنص على اعتبار رضا المالك ودخله فى ترتب الاثر وهو يقيد العموم فتأمل .

الثالث ما عن المحقق الرشتي ره وهو ان الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديرى من المالك و الاجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال هذا هو مدرك الوجه الاول من المعنى الثانى له (وفيه اولا) ان الرضا التقديرى لا يكفي فى تأثير العقد لعدم اتسابه اليه بذلك (وثانيا) ان الاجازة لا تكشف عن ذلك كيف و لحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا والكراهة مختلفة فيمكن ان لا يكون حين العقد راضيا وبصيرك بعده .

الرابع ماعن صاحب الفصول واخيه المحقق- وهو انه حيث لا يمكن ان يكون الاجازة

المتأخرة شرطاً لامتناع تأخر الشرط الذي هو من اجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول فلانماص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب - هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني (وفيه اولا) ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي بل تحقق المعلول بعد الاجازة كما هو ظاهر الادلة (وثانياً) انه لا يكون العقد بذاته منشأً للانتزاع هذا الوصف - بل المنشأ هو الاجازة - والامر الانتزاعي لا يتحقق قبل تحقق منشأ انتزاعه - 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 لاحقية الاجازة متضائفان والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشأه لا يصير الاول فعليا و اما الوجه الثالث من المعنى الثاني فلم ار ما استدل به عليه ويرده انه خلاف ظاهر الادلة ورجم بالغيب مع ان ذلك الامر حيث انه ليس من الامور المتصلة اذ الصادر من الفصولي ليس الا العقد - فلانماص عن الالتزام بكونه امرا انتزاعيا - وعليه - فان كان منشأه نفس العقد لزم ترتيب آثاره لو لم تتحقق الاجازة - وان كان المنشأ هو الاجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه .

الخامس ما استدل به على الكشف الانقلابي - وهو كون الاجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد وجاعلة اياه سبباً تاماً (وحاصله) انه فرق بين الاجازة وغيرها من الشروط كالقبض - فان الاجازة انما تكون انفاذ للعقد السابق فهي ليست دخيلة في حصول الملكية بل متممة للعقد الذي هو السبب للملكية نظير انفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر - فالعقد الى حين الاجازة لم يكن سبباً وبها انقلب وصار سبباً تاماً و لازمه تأثيره في الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب (وفيه اولا) انه لا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه (وثانياً) ان الاجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعاً - اذ اعتبار الاجازة في سببية العقد - اما ان يكون لاجل اعتبار استناد العقد الى المالك - او يكون لاجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه وعلى الاول لا يستند العقد الى المالك

الى حين الاجازة لانها توجب استناد ما وقع من اول وقوعه اليه بل من حين الاجازة كما تقدم فمن حين الاجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب - وكك الامر على الثاني اذ الرضا انما يوجد حين الاجازة لاقبلها فلا حلية للتصرف قبلها ولا ملك .

السادس ما استدل به على الكشف الحكمي - وهو وجهان (احدهما) ما استدل به على الانقلاب بضميمة انه حيث لا يعقل الانقلاب قبل لالة الاقتضاء يبنى على ارادة معاملة العقد الملحوق بالاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الاثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك ووقع النماء في ملكه - ويرد عليه ما تقدم (ثانيهما) ان الكشف الحكمي سار في اغلب ابواب الفقه كباب الخمس والزكاة ونحوهما - وحاصله - ان كل ما يكون موضوعاً لحكم بواسطة الامر المتأخر بحيث كان الامر السابق بمنزلة المادة - وذلك الامر بمنزلة الصورة فمقتضى القاعدة ترتيب اثار الموضوع من اول تحققه لانه ينكشف تحقق الموضوع من اول الامر مثلاً عنوان فاضل المؤونة موضوع لوجوب الخمس - وذاته يتحقق اول زمان ظهور الربح ولكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة - فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من اول السنة - وفي المقام العقد انما يكون موضوعاً لوجوب الوفاء بواسطة الاجازة المتأخرة فلا بد من البناء على ترتيب الاثار مهما امكن (وفيه) انه اذا كان الامر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل اذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته .

واما كون الاجازة شرطاً بوجودها الدهري - فهو مندفع بان شرط الزمان لا بد وان يكون زمانياً فلم يبق من معاني الكشف الا المعنى الثالث وهو الكشف عن الاثر . فقد استدل له بان الاجازة متعلقة بالعقد وهي رضا بمضمونه وليس الانتقال من حينه - وهذا الوجه قد استدل به للقول الاخير الذي هو برزح بين النقل والكشف - و تنقيح القول في المقام يقتضي التكلم في موارد (الاول) في امكان كل من القولين (الثاني)

في تمامية هذا الوجه (الثالث) في انه على فرض التمامية هل يثبت به الاول او الثاني .
اما الاول فغاية ما قيل في وجه امتناع الاول - انه مستلزم للقول بالشرط المتأخر
والشرط لا يتأخر - والالزم تأثير المعدوم في الوجود - او عدم التأثير والاول محال
والثاني خلف - والجواب عن ذلك في الاصول وقد اشبعنا الكلام فيه في حاشيتنا على
الكفاية (و اجماله) ان الشرط بنفسه ليس دخيلا في المصلحة و الحكم بل التقيد به
دخيل فيهما وهو بوجوده الخارجى طرف لما يكون دخيلا في الموضوع وهو التقيد به
والتقيد عبارة عن اضافة خاصة حاصلة للشيء اذا لوحظ مع غيره وتلك الاضافة تحصل
اذا لوحظ مع المتأخر كما تحصل اذا لوحظ مع المقارن وعلى التقديرين هو مقارن له
مثلا في العرفيات الحمامى انما يرضى بالتصرف في الحمام وصرف الماء لمن يعطى
الفلوس فيما بعد خروجه - فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج بما انه بالفعل
مقيد بهذا ويتصرف به يجوز له التصرف فيه (وبالجمله) حصول امر اعتبارى اضافى
من جهة تحقق المتأخر في طرفه واضح ودخل العناوين الاعتبارية الاضافية في المصالح
والاحكام في غاية الوضوح فلا محذور في الشرط المتأخر اصلا .

واما القول الثانى وهو كون اعتبار الملكية بعد الاجازة والمعتبر سابقا (توضيحه)
ان اعتبار الملكية وحصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بجسب الزمان كك يمكن
افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلا والمعتبر في زمان لاحق - او في زمان سابق - اذا لاعتبار
خفيف المؤونة ويكون نظير التصور والمحاظ ويصح تعلقه بامر متأخر او متقدم اذا كان
هناك مصحح له ولم يترتب عليه محذور ولذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم
والمملك للمعدوم ولا يتوقف الاعتبار الاعلى اثر مصحح له - ففي المقام يعتبر الملكية
بعد تحقق الاجازة لكن المملوك شيء سابق عليها واقع بعد العقد - فيكون ملكية العين
ومنافعها قبل الاجازة لمن انتقلت عنه وبعد الاجازة لمن انتقلت اليه .

فقد قيل في وجه عدم امكانه امور (الاول) انه يلزم كون المال ملكا للمالكين
في زمان واحد وهذا غير معقول (وفيه) انه حيث يكون زمان الاعتبار متعدد افلا

محذور في اجتماع ملكيتين في زمان واحد - وان شئت قلت ان الاعتبار خفيف المؤونة فيمكن اعتبار شيء واحد لشخصين مع تعدد زمان الاعتبار (الثاني) انه بناءً على مسلك العدلية من تبعية الاحكام للمصالح والمفاسد - اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه الى حين الاجازة لامحالة يكون لمصلحة داعية الى ذلك - ومعه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت اليه في ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الامور الواقعية (وفيه) ان الاحكام الوضعية تابعة لمصالح في الاعتبارات لافي المعبر فلا يلزم الاجتماع (الثالث) انه يلزم التعارض بين الآثار مثلاً اذا كان للعين منافع واستوفاهما الغير مقتضى الاعتبار الاول كون عوضها لمن انتلت عنه فيكون ضامناً - و مقتضى الاعتبار الثاني كونه لمن انتقلت اليه و كونه ضامناً وهكذا (وفيه) ان الآثار غير الباقية لا كلام فيها والباقية مترتبة على الاعتبار الثاني وهو الميزان وفي المثال يحكم بكون الثاني ضامناً (فتحصل) ان الاظهر معقوليتهما معاً .

و اما المورد الثاني فمحصل الدليل المشار اليه ان العاقد الفضولي كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد وينشأ ذلك و الاجازة من المالك تتعلق بتمام ما انشأه الفضولي لابعضه - ودليل صحة بيع الفضولي انما يدل على صحة عقد الفضولي الذي اجازته المالك ووقوعه فتكون النتيجة هو الكشف واورد عليه المصنف ره بايراد الاول 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 الانشاء الذي هو العلة في ذلك الحين و المعلوم لا يتخلف عن علته وبعبارة اخرى مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان وانما الزمان ظرف له لا قيدواستشهد لذلك بما مرين (احدهما) ان القبول حاله حال الاجازة في كونه رضا بمضمون الايجاب مع انه لم يقل احد بالكشف فيه (ثانيهما) ان الفسخ للعقد انما يكون نظير الاجازة متعلقاً بمضمون العقد فلو كان زمان وقوع العقد ماخوذاً في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد مع انه لم يقل به احد .

اقول يرد عليه قده ان العاقد الملتفت بحسب الطبع اذا لم ينشأ النقل في زمان

متأخر لا محالة يكون قاصداً الى النقل من حين العقد وانما لا يذكره في الانشاء اعتماداً على ما يقتضيه اطلاق العقد كيف ولو كان قاصداً للمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن وجهه لو قوعه من حين العقد ومجرد وقوع الانشاء في زمان لا يكفي في وقوع المنشأ من ذلك الحين فان الانشاء سبب لوقوع مضمونه و المفروض انه النقل على سبيل الاهمال لامن حينه فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه (مع) انه يفرض الكلام فيما اذا انشأ النقل من حين العقد واما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الاول منهما انه ان قلنا بان القبول انشاء للملك فالفرق بينه وبين الاجازة واضح - و ان قلنا انه رضا بمضمون الايجاب فلا محذور في الالتزام بحصول النقل من حين الايجاب الا انه بناءً على اعتبار الموالاة بين الايجاب و القبول قليل الفائدة اي لافرق بين وقوعه من حين الايجاب او من حين القبول غالباً - و اما الشاهد الثاني فيرد عليه ان الفسخ هو حل العقد بقاءً لامن حين تحقق العقد (ثم ان) المصنف رده في ذيل هذا قال والحاصل انه لا اشكال في حصول الاجازة بقول المالك الخ اقول هذا ليس حاصل لما تقدم بل هو جواب آخر - ومحصله انه لو سلم كون انشاء الفضولي متعلقا بالنقل من حينه الا ان الاجازة ليست متعوضة لانشاء الفضولي و انما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة فتكون مؤثرة في النقل من حينها (وفيه) ان الرضا بالمبادلة مالم يكن رضا بما انشاء الفضولي لا يكون كافياً وانما يبني على كفاية الكاشف عن الرضا من قبيل رضيت بكون مالي لزيد بازاء ماله من جهة كونه رضا بما انشاء الفضول بالالتزام و الا لم يكن كافياً .

الايراد الثاني انه لو سلم كون العقد انشاءً للنقل من حينه - و الاجازة متعلقة بهذا الا انه لا دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو - فان خطابات الامضاء من قبل او فوا بالعقود (١) واحل الله البيع (٢) انما توجه الى العاقدين والمالك انما يصير

عاقدا من حين الاجازة فتلك الخطابات تتوجه اليه من حين الاجازة فلاحكام التكليفية انما تكون ثابتة من حينها وقبلها لا يجب الوفاء بالعقد ولا يحل التصرف له - و الملكية انما تكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحقيقها من قبل الاجازة والامر الا نتزاعى لا يتقدم على منشأ انتزاعه (وفيه) ان هذا الوجه يصلح رد للكشف عن الاثر - ولا يصلح جوابا عما يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الاجازة الا ان المعتبر هو امر من حين العقد الاعلى مسلكه فده من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية - و اما بناء 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 .

الايراد الثالث انه لو سلم جميع الامور المشار اليها - من كون العقد انشاء للنقل من حينه - ومن ان الاجازة انفاذ لذلك - والادلة تدل على صحة هذا العقد المجاز الا انه لعدم معقولة 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 - (وفيه) ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثرا امر لا بد منه حتى على القول بالنقل - فان ذلك من لوازم دخل الاجازة في تأثيره وانما الخلاف في ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الاجازة كما يقول به القائل بالنقل - او من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا والمعتبر سابقا (فتحصل) ما ذكرناه تمامية هذا الوجه .

وبما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث - وانه انما يدل على الكشف بالمعنى الذى اختاره المحقق الخراساني وتبعه جمع من الاساطين - وخلاصة الكلام ان ادلة الامضاء انما تدل على العقد المجاز بماله من المدلول وهو ما ذكرناه كما عرفت هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

و اما الاخبار الخاصة فيدل على الكشف صحيح (١) محمد بن قيس المتقدم

من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الاجازة مع انه على القول بالنقل كان اللازم الحكم بالضمان (و المصنف) ره قال لكن لاظهار له في الكشف الحقيقي فيحتمل الكشف الحكمي (ولكن) يمكن ان يقال انه بضميمة قاعدة من اتلف ظاهر في الكشف الحقيقي - فانه لو كانت الوليدة التي حين الاجازة باقية على ملك مالكها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة - فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خبر ابي عبيدة يستفاد الكشف الحقيقي من هذا الصحيح - وحيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف في المعتبر - والصحيح قابل للحمل عليه فيحمل عليه .

ويدل عليه ايضا خبر ابي عبيدة (١) الوارد في تزويج الصغير بن فضولا الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الادراك - فقد افاد المصنف ره في وجه دلالته على الكشف ان مال الميت لو كان قبل الاجازة باقيا على ملك ساير الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط (٢) الناس على اموالهم فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف - واورده عليه السيد وتبعه المحقق الايرواني ره بانه لا محيص عن مخالفة احدي القاعدتين اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل او عموم دليل (٣) الاستصحاب ان قلنا بالكشف فترجيح احدي القاعدتين على الاخرى بسلام مرجح (وفيه) ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا محيص عنها على القولين اذ لو قلنا بالنقل وانها تترتب بعد الاجازة كان العزل منافيا لاصالة عدم الاجازة (ويمكن) ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف - وهو انه لو قلنا بالنقل فان بيننا على انتقال المال كلالا الى الورثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من ساير الورثة لزم مخالفة قاعدة الارث المقتضية لتلقي النصيب من الميت - وان بيننا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة (٤) ما تركه الميت فلو ارثه - وهذا بخلاف ما لو بيننا على الكشف كما هو واضح (فتحصل) ان القول بالكشف في المعتبر هو الذي يقتضيه القواعد والادلة الخاصة فعليه الفتوى .

١- الوسائل - باب ١١ من ابواب ميراث الزوج حديث ١

٢- البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث

٣- الوسائل - باب ١ - من ابواب نواقض الوضوء - وباب ٤١ - من ابواب النجاسات

وباب ١٠ من ابواب الخلل الواقع في الصلاة حديث ٣ -

٤- اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦

ظهور الثمرة على قول الكشف والنقل

قوله قد عده بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل الخ تنقيح القول فى المقام بالبحث فى مقامات (الاول) فى تصرف كل منهما فى ما انتقل اليه (الثانى) فى تصرف كل منهما فيما انتقل عنه (الثالث) فى سائر الآثار من النماء وغيره .

اما المقام الاول فالكلام فيه يقع فى موارد (١) فى الحكم التكميلى (٢) فى الحكم الوضعى (٣) فى الآثار الاخر المترتبة على الملك.

و ليعلم ان الكلام فى المقام يقع فى تصرف الاصيل - واما تصرف المالك الذى وقع العقد على ماله فضولا فسيأتى الكلام فيه انشاء الله تعالى.

اما المورد الاول - فعلى القول بالكشف الحقيقى باحتمالاته من شرطية التعقب - او شرطية اللحاظ - او شرطية الاجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر - او الكشف المحض - يجوز التصرف ان اجاز المالك لفرض وقوعه فى ملكه (و ما افاده) المصنف ره من الفرق فى جواز التصرف بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و الحكم بجواز التصرف على الثانى دون الاول - ان اراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف - الا انه لا يلائم مع ما افاده بعد سطرين من جواز الوطاء واقعا على الكشف الحقيقى مطلقا 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 ايضا وعلى القول بالنقل - والكشف الانقلابى - و الكشف الذى اخترناه - والكشف الحكيمى - لا يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الاجازة وتحقق الملك بعد الاجازة ولو من حين العقد بنحو الانقلاب او النحو المعقول لا يوجب انقلاب التصرف وقع اماء حرف الواء واقع عليه هذا فى الحكم الواقعى - واما فى الظاهر فان

علم بالاجازة جاز التصرف ظاهرا - على فرض جوازه واقعا - وان لم يعلم به لم يجز لاصالة عدم تحقق الاجازة بناءً على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الامور المستقبلية .

واما المورد الثاني فعلى القول بالكشف بالنحو الذي اخترناه فبيعه يكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك وكك ماشابهه - و اما الطلاق فلا ينبغي الاشكال في فساده لعدم علقه الزوجية حينه - و كك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب و اما على الكشف الحكمي فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الاجازة وان وقعت غير نافذة حين وقوعها - و اما على ساير 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 مالكها - فعلى القول بالكشف الحقيقي بنحو الكشف المحض - او الكشف عن مقارنة الشرط - او الكشف عن الاثر - صارت ام ولد لوقوع الوطء في ملكه - و على القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بالكلام - و اما على الكشف الانقلابي - و الكشف الذي اخترناه فلا يظهر عدم تحقق الاستيلاء - اذ الاجازة على القولين توجب الملكية حقيقة في الزمان الذي لم يكن الملك موجودا - و هذا لا يوجب انقلاب الوطء الواقع في ملك الغير بوقوعه في ملك الواطء سيما على المختار لورود الاعتبار على الوطء وعليه فلا يتحقق الاستيلاء - و اما على الكشف الحكمي فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء فان الوطء وان وقع في ملك الغير - الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك ومن جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطء في الملك من عدم جواز بيع الام وحرمة الولد فيجب ترتيبها - وعلى هذا فلا وجه لاحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي كما في المتن - و اوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقي بوجوهه لما عرفت .

و اما المقام الثاني وهو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه - فالكلام فيه يقع في

مورد بن (الاول) فى تصرف المجيز (الثانى) فى تصرف الاصيل. ومحل الكلام التصرف
المخرج عن الملك

اما المورد الاول - فمن حيث الحكم التكليفى لا كلام فى الجواز على جميع الاقوال
وستعرف وجهه - واما من حيث الحكم الوضعى - فالاقوال فيه اربعة (الاول) النفوذ مطلقا
اختاره جمع منهم السيدو المحقق النائينى ره (الثانى) عدم النفوذ على الكشف مطلقا - ذهب
اليه جمع منهم المحقق الايروانى ره (الثالث) النفوذ مع بقاء قابلية العقد الفصولى لان يجاز
فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة (الرابع) ما فى المتن - و هو بطلان النقل
على الكشف الحقيقى - وصحته على الكشف الحكمى مع البناء على عدم قابليته
للاجازة اذا كان التصرف من قبيل اتلاف العين عفلا او شرعا كالتق وبقاء القابليته و
و الحكم بصحة الاجازة ان كان بنحو لا ينافيها كاتلاف النماء ونقله .

وقد افاد فى وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقى بانه بالاجازة ينكشف
وقوع النقل فى ملك الغير - وفى وجه صحته على الكشف الحكمى و نفوذ الاجازة
مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالاتلاف بانه مقتضى
الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع
بهذا الجعل - وفى وجه عدم صحة الاجازة على الكشف الحكمى ان كان التصرف
بالاتلاف بانه يفوت محل الاجازة (اقول) فى كلامه قده مواقع للنظر (اما) ما افاده
اولا - فلان العقد الصادر من الفصولى لا يكون مؤثرا وحده فى لزوم التزام المالك
بمفاده فهو بعد فى سعة من ذلك فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب
الوفاء به وبعده لا يبقى مورد للاجازة لخروجه عن ملكه و تلك الاجازة الواقعة فى
غير ملكه لاتصلح ان تؤثر فى نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كى يصير نقل المال
الغير - و بالجملة الاجازة المؤثرة هى ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال فاذا
فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل ومعه لما اثر شيئا (واما)
ما افاده ثانيا - فلانه اذا فرضنا صحة الاجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك

الاصيل من حين العقد ومن جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الاجازة - فالفرق ح بين الكشف الحقيقي و الحكمي في غير محله (واما) ما افاده ثالثا - فلانه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذي هو اتلاف للمال شرعا - وبين النقل واخراجه عن ملكه - حيث حكم في الاول بفوات محل الاجازة دون الثاني و بالجملة فوات محل الاجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين وخروجه عن المالية غير دخيل في ذلك فتدبر (فتحصل) ان الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الاجازة - ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقي والحكمي فتدبر .

واما المورد الثاني فالكلام فيه يقع من جهتين الاولى في ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا - الثانية في حكم تصرفاته على كل من القولين .

اما الجهة الاولى - ففيها اقوال (الاول) اللزوم مطلقا (الثاني) عدمه كذهب اليه جمع من الاساطين (الثالث) ما في المتن - و هو اللزوم على القول بالكشف و عدمه على القول بالنقل - وليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الانقلابي .

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما - انه على القول بالنقل الاجازة دخيلة شرطا او شطرا في تأثير العقد ويكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالاجازة فقبل الاجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه وقيد - واما على القول بالكشف فالاجازة وان كانت مؤثرة في الملكية وتكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه - الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر اليه - وبعبارة اخرى تكون الاجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك الا انه حيث تكون هي بعنوان الامضاء والانفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء - وعلى هذا بني التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد بمعنى لزومه عليه - وبهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده وتبعه غيره .

ولكن يرد عليه قده - ان الاجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد

الى المالك وقبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولى - وعلى ذلك فبما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر - و من المعلوم ان الاصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا الفضولى فقبل الاجازة لا يكون هناك عقد كى يجب الوفاء به على الاصيل - وبعبارة اخرى ان الفضولى ان اشترى للمالك فالبايع الاصيل يربط التزامه بالتزام المالك فمع عدم الاجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا - وان اشترى لنفسه فالبايع وان ربط التزامه بالتزامه الا انه يربط بما انه مالك ففى الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك - فمالم 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 وان ام يكن مرتبطا بالآخر - الا ان التزام الاصيل يكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص وهو التزام طرفه يكون ماله له فالالتزام فعلى الا ان الملتزم به معلق وعليه فاذا علم بعدم الاجازة اوشك فيها و اجرى استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه (فما) نقله المصنف ره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالاجازة وغيرها هو الصحيح على هذا المسلك ولا يرد عليه ما افاده المصنف ره (مضافا) الى انه لو اغمض عن ذلك كله وسلم ما افاده لما كان وجه للفرق بين النقل و الكشف اذ الاجازة على النقل ح دخيل فى حصول الملك لافى وجوب الوفاء كما لا يخفى .

وبما ذكرناه ظهر ان ما افاده المحقق النائنى ره من وجوب الوفاء مطلقا - من جهة ان وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك والمفروض فى باب الفضولى ان العقد تام ولو لم يكن مؤثرا ولا بنافى وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر فان التزام احدهما غير منوط بالتزام الآخر لان مقتضى مقابلة الجمع بالجمع فى الاية الشريفة التوزيع فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه (غير تام) للايرادين الاولين الذين اوردنا هما على المصنف ره - فتحصل ان الاظهر عدم لزوم العقد على الاصيل فله فسخ العقد قبل الاجازة .

ثم ان المنسوب الى بعض الاعلام من تلامذة المصنف ره الايراد عليه بان تمسكه

بعموم (١) او فو بال عقود في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصداقية (ويمكن) توجيهه بانه لو سلم عموم العقد لل التزام الاصيل لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الاجازة الى الابد اجماعا فهو خارج عن العموم فلو شك في الاجازة وعدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصداقية فلا يرد عليه ما افاده المحقق الاصفهاني كما يظهر لمن راجعه .

واما الجهة الثانية فعلى القرب بال لزوم لا يكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة لانه مقتضى لزوم العقد عليه و اما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار - اما بناء على المختار من عدم اللزوم عليه - فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي - والكشف الذي اخترناه تكون تصرفاته باجمعها جائزة تكليفا و ضعاً لكونها واقعة في ملكه والمفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد - والاجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه لورود الاعتبار عليها فتدبر وهذا الاشكال فيه - فلا يبقى محل للاجازة في التصرفات المخرجة عن الملك - واما على سائر وجوه الكشف فجواز التصرف واقعا وعدمه يدوران مدار الاجازة وعدمها اذ على فرض الاجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا يكون جائزا تكليفا و وضعاً - وعلى فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي - واما الظاهرى فالجواز وعدمه يدوران مدار العلم بالاجازة - وعدمه - اذ على الاول لا يجوز وعلى الثاني يجوز لاصالة عدمها .

واما المقام الثالث فمحل الكلام امران - الاول - النماء - الثاني - فسخ الاصيل - اما الاول - ففي المتن - فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل اليه العين وعلى النقل لمن انتقلت عنه (اقول) ما افاده يتم على النقل - لان النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه - وكذا يتم على الكشف غير الكشف الانقلابي والكشف الذي بنينا عليه - لنجده في ملك من انتقلت اليه ولا يتم على هذين المسلكين لان العين باقية على ملك من انتقلت عنه الى حين الاجازة فالنماء تجدد في ملكه والاجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية - او اعتبار الملكية السابقة وهذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء - لان اعتبار

الملكية و ارد على وقوع النماء لان النماء وارد عليه فتدبر .

قوله قدده وللشهيد الثانى رده فى الروضة عبارة الخ هى هذه وتظهر الفائدة فى النماء فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المميز - وقد وجه مراده بعض - بان مفروض كلامه الفصولى من الطرفين ومراده من المالك المميز هو الجنس - ووجه آخر حكمه بكون التماثل للمالك المميز بان نماء ماله له لتجدده فى ملكه - ونماء المال الذى انتقل اليه انما يكون له لان صاحبه سلطه عليه - والمصنف رده استحسن التوجيه الاول فتدبر .

و اما الفسخ فقد يقال ان فسخ الاصيل قبل الاجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف واستدل له - بان الفسخ على الاول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لانشائه - وعلى الثانى - يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته - و اورد عليه بايرادين (احدهما) مانقله الشيخ رده عن بعض و تبعه جمع من المحشين و هو انه لادليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال اجزاءها هو مؤثر فى حصول النقل ، وانما الدليل وهو الاجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء العقد التى هى الاجاب والقبول - (و فيه) انه يمكن ان يستدل له بدليل (١) السلطنة بعد فرض كونه باقيا على ملكه (ودعوى) انه تصرف فى العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة (مندفعة) بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافى السلطنة المطلقة الثابتة للمالك (وبالجملة) مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه كك يكون جواز رفع البدعن التزامه مادام لم يخرج عن ملكه - وهذا البيان يجرى على القول بالكشف الانقلابى والكشف المختار كما هو واضح ولا يجرى على ساير وجوه الكشف (ثانيهما) ان مقتضى عموم (٢) دليل

وجوب الوفاء بالعقود عدم جواز رفع اليد عنه - قال المصنف رده ولا يخلو عن اشكال والظاهر ان منشأ اشكاله ما سيدكره بعد اسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الاجازة - فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لانشاء الاصيل ليس له فسخه وعلى القول بعدم الشمول كما اخترناه - فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي والكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة - وعلى سائر وجوه الكشف لا يكون كك لعدم الموضوع لدليل السلطنة - وعدم الدليل على جواز الفسخ ومقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ .

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين

(قوله قدّمه ثم ان بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات اخر لا بأس بذكرها لاتباعه بها و بما يمكن ان يقال عليهما منها - الو انسلخت الخ)
اقول - شرائط المعاملة على اقسام (الاول) شرائط معروضها المتعاملان كالحياة - و الاسلام 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 الاجازة (الثاني) فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف ونحوه او تجددت (الثالث) فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الاجازة او تجددت .

اما الموضع الاول فالكلام فيه يقع في موردين (الاول) في الانسلاخ - فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع والعمومات تشمله - وعلى النقل لا يصح لامتناع ترتب الاثر و اعترض عليه بايرادين (الاول) ما افاده صاحب الجواهر من انه على الكشف ايضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية ولم يذكر هو في وجه هذا الاعتبار شيئا ولذا رده المصنف رده بعدم الدليل عليه وقد ذكر السيد في وجهه ان ادلة صحة عقد الفضولي قاصرة عن الشمول لهذه الصورة (اقول)

ما افاده يتم على القول يكون صحة الفصولى على خلاف القاعدة ولا يتم على القول
بكونها على القاعدة كما هو المختار اذ الدليل ح هو العمومات (الثانى) ما افاده
المحقق النائينى ره وهو انه على النقل ايضا يصح اذ المال ينتقل الى الوارث على نحو
كان للمورث فسواء مات الاصيل او من له الاجازة يبقى العقد على حاله (اقول) انه
بناءً على النقل يكون المال لورثة الاصيل وانتقاله منهم الى المالك المجيز يحتاج
الى دليل وبقاء التزام المورث الذى هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل - واما على
الكشف فالاجازة تكشف عن النقل فى حال حياته ولا محذور فيه - هذا فى الموت
(و اما) فى الكفر فثبوت الثمرة او ضح فانه اذا فرضنا المبيع مصحفاً والمشتري
كان مسلماً فكفر على النقل بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لا يصح و على
الكشف يصير مالكا له حين ما كان مسلماً ولا محذور فيه .

المورد الثانى فى تجدد القابلية بعد العقد - وهذا ينحصر مورد به لكفر كما
لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافراً فاسلم و اجاز مالك المصحف ببيعته فعلى
الكشف لا يصح لعدم قابليته للملكية له فى ذلك الزمان - وعلى النقل من جهة الاثر الى
الملكية لا مانع من صحة العقد و سياتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف ره للمسألة
بنحو الكلية وهى انه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحة ام لا .

الموضع الثانى فى مالو انسلخت قابلية المنقول - او تجددت فالكلام فيه
ايضا يقع فى موردين (الاول) فى الانسلاخ - فقد يقال انه على الكشف يصح وعلى
النقل لا يصح - اذ على الكشف يكون الانتقال فى زمان قابل له و على النقل فى زمان
لا يكون قابلاً لذلك - واورد عليه صاحب الجواهر ره بانه على الكشف ايضا يعتبر
رضا المالك والقرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها - واجاب عنه المصنف ره
باجوبة (الاول) انه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها
كما لو وقعت ببوع متعددة على ماله فانهم صرحوا بان اجازة الاول توجب صحة
الجميع مع عدم بقاء ملكية الاول مستمرا (وفيه) ان صاحب الجواهر يمكن له ان

يدعى بالفرق بين المقام و المثال اذ فى المثال عدم بقاء التملك للبذل انما يكون للتصرف وهو يؤكد القابلية - وهذا بخلاف المقام (و لا يخفى) ان جواب المصنف ره انما يكون بالنظر الى ايراده من حيث عدم استمرار تملكه للبذل لا بالنظر الى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الاجازة - فايراد السيد قده عليه بانه فى المثال يكون المال باقيا على ملكه لولا الاجازة فالقياس مع الفارق - غير مربوط بكلام المصنفه كما هو واضح فتدبر فانه دقيق (الثانى) فحوى خبر (١) تزويج الصغيرين فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد (وفيه) أن المفروض موت الزوج فليس هناك وطء ولا ولد بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الارث فلا اولوية فتدبر (الثالث) اطلاق رواية (٢) عروة حيث لم يستفصل عن موت الشاة او ذبحه واتلافه (وفيه اولا) ما تقدم من عدم تماميته سنداً (و ثانياً) ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه (ص) ببقاء الشاة - بل الحق فى الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات (و عن) المحقق النائينى ره الايراد على هذه الثمرة - بانه على الكشف ايضا بما انه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بايعه يكون العقد منفسخاً (وفيه) اولا ان هذه القاعدة انما تختص بالبيع - وفيه ايضا يختص بالمبيع فى الفضولى فى غير البيع وفى البيع اذا كان النالف هو الثمن لا يجرى هذا الكلام - وثانياً - انه يمكن فرض القبض بان يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولى فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض فتدبر (واما) الكلام فى تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلافاً لى عند تعرض المصنفه له .

الموضع الثالث فى شرائط العقد وحيث ان المدار على ثبوتها حال الانشاء

١ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب ميراث الازواج حديث ١ .

٢ - المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

خاصة بل لا معنى لبقائها بعده فلا فرق بين القول بالنقل او الكشف فتدبر .

ثمرات ذكرها بعض

(قوله قدده وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة و

احتساب مبدأ الخيارات الخ) اقول يقع الكلام في مواضع .

الاول في تعلق الخيارات - كما اذا كان المبيع صحيحا حين العقد و صار معيبا حين الاجازة او انعكس وكذا اذا اختلف القيمة بحسب الزمانين وكذا بالنسبة الى خيار المجلس - وملخص القول فيه - ان الخيارات على قسمين (احدهما) ما يكون ثابتا بدليل خاص (ثانيهما) ما يكون ثابتا على القاعدة ومن باب الشرط الضمني (اما الاول) فلا بد من ملاحظة الدليل فان كان الماخوذ فيه تحقق النقل و الانتقال كان على الكشف ثابتا من حين العقد وعلى النقل من حين الاجازة ، وان كان موضوعه البيع و العقد فحيث انه يتم العقد بالاجازة فلا يكون ثابتا من حين العقد على القولين - وان كان موضوعه انشاء البيع كان ثابتا من حين العقد على المسلكين (واما الثاني) فالظاهر ثبوت الثمرة وانه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد وعلى النقل يكون المدار على زمان الاجازة وذلك كما في خيار الغبن اثبوته انما يكون من باب الشرط الضمني اى التساوى بين البدلين من حيث القيمة ولا ريب في ان ما عليه بناء العقلاء انما هو التساوى في زمان حصول النقل والانتقال لاقبله و لابعده كما لا يخفى - وتام 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 و الحق في المقام ثبوت الثمرة اذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك - فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتا للاصيل الذى باع حصته لانه حين البيع كان هو المالك وعلى النقل يكون ثابتا للمشتري من الاصيل لانه حين النقل مالك و شريك فتدبر .

الثالث في احتساب مبدأ الخيار الذى يكون موضوعه النقل و الانتقال كخيار

الحيوان فانه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الاجازة وعلى الكشف يكون المبدأ العقد ولكن فيه كلاما سياى فى الخيارات .

الرابع فى معرفة مجلس الصرف والسلم الذى يعتبر ان يكون القبض فيه - فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد - وعلى النقل يكون حال الاجازة لتمامية البيع حالها دون الاول - ولكن يمكن ان يقال ان الميزان هو العقد مطلقا اذ متعلق هذا الحكم هو القبض قبل التفرق اى قبل زوال الاجتماع على المعاملة ومعلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقدان اصليين او فضولين او احدهما فضوليا والاخر اصيلا وعلى كل حال تلك الحال هى المناط قلنا بالنقل او الكشف اذ لاربط للنقل والانتقال فيه كى يختلف على المسلكين و تمام الكلام فى محله .

الخامس فى اليمين و النذر كما لونذر التصديق بدراهم ان كان مالكا يوم الجمعة لكذا - وثبوت الثمرة ح واضح لاحتاج الى بيان (ثم انه) يظهر الثمرة فى باب الخمس والزكاة - كما لو اشترى شيئا عن غير مالكة قبل انتهاء السنة - فاجاز مالكة بعده - اذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية وعلى الكشف يكون من الاولى - او اشترى زرع اقبل انعقاد الحب فاجاز مالكة بعده - اذ على النقل يجب الزكاة على مالكة المجيز - وعلى الكشف تجب على المشتري فتدبر .

التنبيه الاول من تنبيهات الاجازة

قوله قد و ينبغى التنبيه على امور - الاول ان الخلاف فى كون الاجازة

كاشفة او ناقلة ليس الخ (ان كان) النزاع فى مفهومها اللغوى بان ادعى جمع ان الاجازة بمعنى الانفاذ ومقتضاه نفوذ العقد من حينه - وادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد ومقتضاه حصول النقل من حينها - كان لازم الاجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد وعدم صحته لانه ح لم يقصد معنى الاجازة وقصد شيئا آخر (وان كان) فى معنى

الاجازة اطلاقاً وانصرافاً - بان ادعى جمع ان اطلاقها وانصرافها يقتضى احداً الامرين كان للزام صحة العقد على نحو ما قصد اذا اقتضاء اطلاق الاجازة وانصرافه شيئاً كاقضاء اطلاق العقد شيئاً لا ينافى تقييدها بما ينافى مقتضى ارسالها وانصرافها (وان كان) النزاع فى حكمها الشرعى بحسب ملاحظة الأدلة - فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حين الاجازة على القول بالكشف او قصد الالتزام به من حين العقد على القول بالنقل فهل تصح ام لا - لا اشكال فى عدم صحتها على نحو ما قصد اذا اقتضائها لاحد الامرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعى وعليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لان قصد المكلف لا يغير الحكم الشرعى .

انما الكلام فى صحتها وعدم 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 الشرعى هو الكشف . بحيث يكون الداعى والمحرك له هو هذا الاعتقاد و لولاه لما كان يجيز - و كان فى الواقع هو النقل - او بالعكس لا اشكال فى الصحة فى هذا الفرض لانه من باب تخلف الداعى واخرى يجيز بهذا النحو - وهو على قسمين (الاول) يجيز العقد ويشترط النقل من حين الاجازة على القول بالكشف - ومن حين العقد على القول بالنقل (الثانى) ان يجيز العقد هكذا لانه يجيزه على ما هو عليه ويشترط ذلك (اما فى الاول) فالصحة والفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسداً ام لا - فعلى الاول تبطل وعلى الثانى تصح (واما فى الثانى) فقد يتوهم الصحة من جهة ان المجاز مضمون العقد لاحكمه والمفروض اجازته و يكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما ترتب عليه شرعاً لغو الاثر له و يكون نظير مالو تزوج و قصد عدم الانفاق عليه فانه تتحقق الزوجية ويترتب عليها وجوب الانفاق (لكنه فاسد) فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما فى المثال تم ما ذكر فان مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوا - وان كان من انحاء تعيين مضمون العقد كما

فى المقام - لامحالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه - فلاظهر هو البطلان فان مايمكن تحققه لم يقصد ولم ينشأ وما اشأ وقصد لايمكن ان يتحقق فتدبر-

التنبية الثانى

قوله قدده الثانى انه يشترط فى الاجازة ان تكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة الخ اقول تنقيح القول فى المقام يقتضى التكلم فى جهات (الاولى) فى انه هل يكفى فى الاجازة مجرد الرضا الباطنى ام لا (الثانية) فى انه على فرض عدم الكفاية - هل يكفى الانشاء القلبى كما عن المحقق الخراسانى ره ام لا (الثالثة) فى انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفى الفعل ام يعتبر القول (الرابعة) فى انه على فرض اعتبار القول هل يكفى الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة (اما الاولى) فقد استدل المصنف ره على كفاية الرضا الباطنى بوجوه

الاول العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولى السالمة عن ورود مخصص عليها عما دل على (١) اعتبار رضا المالك فى حل ماله وانتقاله الى الغير ورفع سلطنته عنه - و اورده عليه جمع من المحققين بان العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده وعقد الفضولى لا يكون عقد للمالك بمجرد رضاه بل يحتاج الى انشاء الاجازة - ولكن قد عرفت فى اول مبحث الفضولى ان الاستناد المعتبر انما هو الاستناد بمعنى انه عقده وبيعه وهذا المعنى كما يتحقق بالامضاء والانفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضاه فراجع ما ذكرناه (الثانى) ماورد (٢) فى عدة من الاخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه والجواب عن ذلك بان السكوت فى امثال المقام امضاء عرفى قد تقدم مافيه (نعم) الايراد عليه بان فى نكاح العبد خصوصية حيث ان العقد لنفسه وانما المفقود اذن المولى ورضاه فيكفى مجرد الرضا بخلاف ساير اقسام عقد الفضولى (تام) وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث وهو

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

٢ - الوسائل باب ٢٦ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

مادل (١) على ان قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح فيصير اجازة - ومادل (٢) على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد التى ترتفع بالرضا (الرابع) مادل (٣) على ان التصرف من ذى الخيار رضا منه (وفيه) ان ذلك قابل للحمل على التعبد - او على ان هذا الفعل كاشف عن الرضا واسقاط الحق و على كل حال يكون اجنبيا عن المقام - فالعمدة هى العمومات

واما الجهة الثانية فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطنى - الاظهر ماعن المحقق الخراسانى ره من كفاية الانشاء القلبى اذ به يحصل الاستناد والانتساب - ومادل على ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود والايقاعات انما هو فى المؤثر وهو العقد دون الشروط ولا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت واما الجهة الثالثة فالأظهر كفاية الفعل فى الانشاء - اذ لو سلم انه يتوقف الاستناد على الانشاء و ابرازه - لادليل على اعتبار اللفظ فيه (ودعوى) ان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ والاجازة منها - (مندفعة) بانه فى تلك النواقل ايضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة .

واما الجهة الرابعة - فلو اغمضنا عن جميع ذلك فالأظهر كفاية الكتابة ولا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح (ودعوى) ان انشاء اللازم و ايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزوم عرفا وكون الملزوم مقصودا و اداعيا من ايجاد اللازم لا اثر له لان الدواعى لا اثر لها فى باب المعاملات - التى استند اليها المحقق النائينى ره فى عدم وقوع العقد بالكتابات قد عرفت ما فيها - فى مبحث خصوصيات الفاظ العقد - فراجع ما ذكرناه هناك فتدبر

١ - الوسائل - باب ٢٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ١

٢ - الوسائل - باب ٢٤ - من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٢-١

٣ - الوسائل - باب ٤ من ابواب الخيار

التنبيه الثالث

(قوله قده الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد الخ)
وقد استدل على اعتبار هذا الشرط بوجوه (الاول) الاجماع (و فيه اولا) ان الاجماع المنقول سيما مع معلومية مدرك المجمعين ليس بحجة (وثانيا) انه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء بطلان عقد الفضولي رأسا (الثاني) ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفي العقد و بها يصير مكلفا بوجوب الوفاء بالعقد - فالرد المتخلل بينها وبين العقد الصادر من الاصيل والفضولي يكون ردا متخللا بين اجزاء العقد - وقد تقرر في محله انه يعتبر ان لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطهما عن صدق العقد (وفيه اولا) ان ما هو المسلم في تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه الالتزام والتعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه كما لورد الموجب بعد الايجاب قبل قبول القابل - واما لورد صاحبه ذلك كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلما بينهم - والمقام من قبيل الثاني لا الاول فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه و يلتزم انما هو غيره كما هو واضح (و ثانيا) انه فرق بين الرد المتخلل بين الايجاب و القبول - والرد المتخلل بين العقد و الاجازة و بعبارة اخرى ليست الاجازة في جميع الاحكام كالقبول او الايجاب ولذا ترى ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول يضر - والفصل بينهما وبين الاجازة لا يضر كما هو واضح (الثالث) ان مقتضى مادل (١) على سلطنة الناس على اموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الاخر عن ملكه فلا يبقى ما يلحقه الاجازة (و فيه) ان العلاقة المتصورة بالاضافة الى المال لا تخلو من الملكية والحقيقة - وشيء منهما لا يكون في المقام - اما الاولى فواضح و اما الثانية فلان العقد قبل الاجازة لا يوجب كون الاصيل ذي حق و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي (و بالجملة) لا يحدث بواسطة عقد الفضولي ادنى مرتبة

من الملك والحق - وعليه - فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة (وما) افاده المحقق النائيني ره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا فالرد يبطل هذه العلقه (فيه) ان العلقه التي عرفت انها اما الملكية او الحقية لا تحصل و لو عرفا واجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين (احدهما) ان قاعدة السلطنة متعارضة لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد لانه مقتضى سلطنته على ماله (وفيه) انه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للاجازة كي تؤثر فيه (ثانيهما) انه قد مر من المصنفه ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لاجميع ما اراده المالك اذ ليست مشرعة - فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد في حل العقد (وفيه) انه لو سلم حصول العلقه للاصيل بالاضافة الى المال لاشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها فان ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير ولا يحتاج الى دليل آخر فتدبر فالصحيح ما ذكرناه - فالظاهر صحة الاجازة بعد الرد .

(قوله قده نعم الصحيحة (١) الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة بعد الرد الخ) وقد تقدم في اول هذا البحث عند ذكر ادلة صحة عقد الفضولي التي منها هذه الصحيحة انه لا ظهور لها في ذلك بل هي تلائم مع عدم الرد فراجع فانه ليس فيها سوى اخذ المبيع وهو يمكن ان يكون استحصالا للثمن للغرض رد البيع - والظاهر انه الى ذلك نظر المصنفه حيث قال اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلي كاخذ المبيع الخ .

التنبية الرابع

قوله قده الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله فموضوعها (المالك الخ) اقول ما ذكره ره - الذي حاصله - ان ثبوت الاجازة للمالك و

تأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار بل هو من قبيل الحكم الشرعى- تام - لان الاجازة من التصرفات التى ثبت جوازها للمالك وهو من الاحكام الشرعية - ويترتب على ذلك انه لاتورث الاجازة لعدم كونها مما تركه الميت - نعم - لمن انتقل اليه المال اجازة ابيع الفضولى بناءً على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الاجازة الا ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة - فانها من اثار الملك و اما السلطنة التى هى عبارة عن القدرة على التصرفات فهى متقومة بجواز التصرفات لانه من آثارها .

(قوله قدده و الفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر الخ)

اقول يظهر الفرق فى موارد (منها) ما اذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على اشهر القولين فانه على القول بآرث الاجازة ترثها الزوجة و على القول بعدم لآرث وليس لها الاجازة والمفروض عدم كونها مالكة للمبيع فلاحق لها فيه (ومنها) انه على القول بانها مما ترثه الورثة - يأتى فيها النزاع الموجود فى حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة - من انه هل يرث كل من الورثة الاجازة فى مقدار ماله من العين - او يرث كل منهم الاجازة فى تمام العين بنحو العام الاستغراقى بمعنى نفوذ اجازة كل واحد منهم - او يرث المجموع الاجازة بمعنى انها شىء واحد يرثه الجميع فلا بد فى الصحة من امضاء الجميع (و منها) مالوا وصى بمال معين للفقراء مثلاً بنحو يكون ملكا لهم بالموت ثم وقع عقد الفضولى على هذا المال ومات المالك قبل الاجازة فعلى القول بآرث الاجازة ينتقل هذا الحق فلهم الاجازة بخلافه على القول بعدم فتأمل .

التنبيه الخامس

(قوله قدده اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض المبيع الخ)

اقول الكلام فى هذا التنبيه يقع فى جهات (الاولى) فى قابلية القبض والاقباض

للاجازة و عدمها وفيه وجوه و اقوال (ثالثها) مافى المتن و هو جريان الفضولية فى قبض الثمن المعين دون الكلى (رابعها) عكس ذلك اختاره السيدره .

وقد استدل لعدم الجريان مطلقا - بوجهين (الاول) ان حقيقة الاجازة انفاذ الشئ ولا مورد للنفوذ الا لتصرفات المعاملية فالافعال والاقوال الاخر لا تكون موردا لها ومنها القبض والاقباص (وفيه) ان حقيقة الاجازة اظهار الرضا بما وقع وهى توجب انتسابه الى المجيز وهذا لفرق فيه بين المعاملات وغيرها (الثانى) مانسب الى المحقق الخراسانى واوضحه المحقق الاصفهاني ره - وهوان الاجازة لا بدوان تتعلق بماله بقاء واستمرار كالامور الاعتبارية الانتزاعية من اسباب خاصة - واما الافعال الخارجية فليس لها بقاء كى تنتسب بالاجازة الى المالك وهى لاتصلح لان توجب انتسابها فى زمانها الى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم مابه الانتساب وصيرورتها منتسبة من حين الاجازة بعدما لم تكن كك يستلزم انقلاب الشئ عما وقع عليه (وفيه) ان الاجازة كما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صدر والرضا كما يتعلق بالامر الاعتبارى كك يتعلق بالفعل الخارجى - وكما يتعلق بالامر المقارن والمتاخر كك يتعلق بالامر المتقدم وهى توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الاجازة وهذا غير انقلاب الشئ عما وقع عليه (مع) ان المراد بالقبض ليس هو الاكون الشئ تحت الاستيلاء والسلطنة وهذا امر له بقاء واستمرار - فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثانى .

ثم ان المصنف ره افاد فى وجه ما اختاره واوضحه - بان قبض الثمن الشخصى قابل للاجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن المشتري - ففى الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلا للاجازة - وانما تكون الاجازة والرضا به رضا باثره وهو اسقاط الضمان - وكك الاقباض فان مرجع اجازته الى حصول المبيع فى يد المشتري برضا البايع - واما قبض الثمن الكلى وتشخصه به فهو لا يكون قابلا للاجازة فانه حيث لم يتعين الكلى فى المقبوض بيد الفضولى فليس هناك ضمان المعاوضة على المشتري بل الثمن باق على كليته - والمفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الاجازة به

فلاوجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالاجازة (وفيه) مضافا الى ما عرفت من ضعف
المبنى يرد على ما افاده في قبض الثمن الشخصي - ان ضمان المشتري للثمن قبل القبض انما
يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف
لاحقما لياكى يكون قابلا للاسقاط - وما افاده المحقق النائيني ره من ان ذلك انما
يكون من جهة الشرط الضمنى اذ كل من البايع والمشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز
قبض الثمن او الثمن وليس مقصود هم مجرد التبديل - لو تم وان لزم منه كون ذلك
من الحقوق الا انه لا يتم فان لازم ذلك ثبوت الخيار لانفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر (١) .
و استدل السيد لما ذهب اليه بان الفضولية انما تجرى في التصرفات المعاملية
لا في الافعال الخارجية - والقبض في المعين من الافعال الخارجية وفي الكلى من التصرفات
المعاملية فان ذلك يكون من باب الوفاء وهو في اللب مبادلة بين الكلى والفرد المتشخص -
وقد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للاجازه .

الجهة الثانية انه هل يأتي في القبض نزاع الكشف والنقل - ام لا - وجهان
اظهرهما الثاني - لان ذلك النزاع في العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شيء وهو
الملكية ويمكن البناء على تحققها من الاول وهذا بخلاف القبض اذ ليس وراءه شيء
فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الاجازة على المسكين كك
القبض فآثار قبض المالك تترتب عليه من حين الاجازة - فلو تلف بعدها لا يكون من
تلف المبيع قبل القبض - فلا يكون البايع ضامنا بخلاف مالو كان تالفا قبلها فانه ح
لاموضوع للاجازه اذ بالتلف ينسخ العقد فلا يكون شيء باقيا كى يلحقه الاجازة .
الجهة الثالثة لو كان اجازة العقد دون القبض لغوا كما في الصرف والسلم
بعد قبض الفضولى و التفرق - ففى المتن - كان اجازة العقد اجازة للقبض صونا
للاجازة عن اللغوية - واورد عليه بايرادات .

الاول ما عن جمع من المحشين منهم السيد ره - وهو ان ذلك اى الذى ذكره راجع

الى مقام الاثبات و ثبوت الدلالة على اجازة القبض و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت و قابلية القبض للفضولية وان يصح بالاجازة - والمصنف ره يرى عدم قابليته لها في الكلى (وفيه اولا) ان المصنف لم يلتزم بعدم قابليته لها وانما لم يقم عنده دليل على صحة القبض بنفسه بالاجازة وعليه فالدليل الدال على صحة عقديع الصرف المشروط بالقبض يكفي في صحة مثل هذا القبض بالاجازة بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطة به (و ثانيا) ان عدم قابلية القبض للاجازة - اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قدس او يكون من جهة عدم قابليته للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراساني ره وشيء منهما لا مورد له في هذا القبض اما الاول فلانه دخيل في صحة العقد وفي ترتب الآثار الوضعية و الامر الاعتباري فهو من التصرفات المعاملية واما الثاني فلعدم اعتبار الانتساب فيه اذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة فاذا صحت المعاملة بالاجازة كفي قبض الفضولي في الصحة ولا يخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض و ان الاجازة محققة لموضوع القبض لا موجهة لصحته ونفوذه .

الايراد الثاني ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الاجازة بعد التفرق وهو لا يكفي في صحة المعاملة فان الشرط هو القبض قبل التفرق والجواب عنه - هو الجواب الثاني عن الايراد الاول .

الايراد الثالث ما افاده جمع منهم السيد والمحقق النائيني ره - وهو انه انما يتم اذا كان المجيز عالما بان البيع بدون القبض باطل والافلا يحتمل على كونه اجازة للقبض (وفيه) انه اذا كان بصدد اجازة العقد بجميع ما يتوقف صحة العقد عليه كفي في كونه اجازة له (مضافا) الى ما عرفت من كفاية اجازة العقد في صحة القبض فراجع (فتحصل) ان الاظهر الاكتفاء باجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض .

الجهة الرابعة او قال اجزت العقد دون القبض - ففي المتن ففي بطلان العقد

او بطلان رد القبض وجهان (اقول) الحق ان يقال بناءً على ان العبرة بقبض المتبايعين وانه لا يلزم انتسابه الى المالكين يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد وعدم كون قبضه موضوع الاثر كى يلزم اجازته ويضررده. واما بناءً على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه. ورد القبض رد للعقد اذ لا ينفك الشرط عن المشروط - وعليه فاذا تقدمت الاجازة لغى الرد لكونه ردًا بعد الاجازة - واذا تقدم الرد لم يفد الاجازة بناءً على اعتبار ان لا تكون مسبوقه بالرد - والا صحت فتدبر .

التنبيه السادس

قوله قدده السادس الاجازة ليست على الفور الخ اقول لا اشكال في ان الاجازة ليست على الفور لاطلاق الأدلة - وصحيح (١) محمد بن قيس المتقدم - و عليه - فلو لم يجز المالك ولارد - فهل يتعين اجبار المالك باحد الامرين - كما اختاره السيد قدده - ام يتعين ثبوت الخيار كما ذهب اليه جمع - ام يثبت الامران بنحو التخيير كما اختاره المصنف ره وجوه (وليعلم) ان محل الكلام انما هو فيما اذا لم يجز للاصيل التصرف فيما انتقل عنه وفيما انتقل اليه - واما اذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم لعقد عليه - او لجوازه حتى بناءً على لزوم العقد لامورد لشيء من هذه الوجوه اذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الاجازة والرد - وايضا الظاهر ان محل الكلام مالو لم يكن الاصيل عالما بكون طرفه فضوليا - او كان مطمئنا بانه يجيز المالك او يرد - واما اذا كان عالما به ولم يكن مطمئنا بشيء منهما - فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجرى شيء من الوجوه فتدبر - وكيف كان فالأظهر من تلك الوجوه هو الثانى - اذ الاجبار - انما يكون لاحد امرين اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولى الممتنع - او للامتناع عن امتثال التكليف اللزومى من جهة لزوم (٢) الامر بالمعروف والنهي عن

١ - الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبد والاماء حديث ١

٢ - الوسائل - باب ١ - من ابواب الامر والنهي وما يناسبهما وغيره من الابواب

المنكر - و لادليل عليه فى غير الموردين و من الواضح - ان عقد الفضولى لا يوجب حدوث حق للاصيل على المالك كما تقدم ولا وجوب الاجازة او الرد عليه - فالايجاب لامورد له - وقاعدة (١) نفى الضرر لا تصلح لاثبات جوازه - لكونها نافية للحكم لا مثبتة - فهى توجب نفى لزوم العقد على الاصيل فالمتعين هو ثبوت الخيار للاصيل فتدبر

التنبية السابع

(قوله قده السابع هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما

او خصوصا الخ) اقول يقع الكلام فى مقامين (الاول) فى عدم المطابقة من حيث الجزء بان يكون الشيء المحذوف او المضاف جزء (الثانى) فى عدم المطابقة من حيث الشرط واما فى صورة الاختلاف من حيث المبينة كما لو وقع العقد على فرس فاجاز فى الحمار فلا اشكال فى عدم الصحة .

اما المقام الاول فالكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فيما اذا كان محذوفا - و ملخص القول فيه - ان المعقود عليه ان كان مركبا من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعا مستقلا بنظر اهل العرف فى البيع والشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الامعاملة على كل واحد مستقلا - كما لو عقد على عشرة (جينة) فاجاز بيع بعضها - لا ينفى التامل فى الصحة لان المجازم ما عقد عليه ولا سبيل الى اجراء خيار تبعض الصفقة هنا لان مورده ما اذا كان بيع كل جزء مشروطا بانضمام الجزء الاخر ضمنا و ارتكازا كى يسوجب التبعض تخلف الشرط فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص - وان لم يكن كل جزء موضوعا مستقلا كما اذا وقع العقد على حيوان خاص فاجاز نصفه - فعن المحقق النائنى صحة المجاز (مستدلا) بان حكم الاجازة حكم البيع ابتداء فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء فكذلك يجوز له اجازة بعضه (وفيه) ان الفرق بين الاجازة والبيع واضح فان

الاجازة انما تحتاج الى عقد واقع والتزام معاملى قبلها بخلاف البيع وعليه فان كان الالتزام العقدى منحلًا الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما اجيز لكون المجاز معقودا عليه والافلا - فالميزان هو ذلك (وبه يظهر) ان قياس المقام بمسألة التبويض فى باب الخيارات كماعن السيد فى غير محله (ولكن) الظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد غاية الامر الى التزامات ضمنية لاستقلالية (وعليه) فيصح البيع فيما اجيز - نعم - يثبت للاصيل خيار تبعض الصنفه .

المورد الثانى ما اذا كان الجزء مضافاً والضابطة فيه - انه ان انحلت الاجازة الى اجازات متعددة والتزامات عديدة - فيكون احداً للالتزامين متعلقاً بالعقد والاخر بالزائد صح العقد المجاز لكونه عقد اجيز - والافلا - فان المجاز ح غير معقود عليه وما عقد عليه لم يتعلق به الاجازة - والظاهر هو الانحلال فى جميع الموارد الا اذا كانت من قبيل اجازة الحصه الخاصة كان يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد فانه ح ما تعلقت الاجازة به لا يكون معقودا عليه كما لا يخفى .

واما المقام الثانى فالكلام فيه تارة فى الشرط المحذوف - واخرى فى المضاف اما الجهة الاولى فلا ينبغي الاشكال فى الصحة بناء على ما هو الثابت فى محله من ان الشرط انما هو التزام فى التزام لان الالتزام العقدى معلق عليه بحيث لا التزام بدونه فان الاجازة ح تكون متعلقة بالالتزام العقدى فما افاده المصنف ره فى وجه عدم الصحة من عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط - ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزام مستقل فى ضمن الالتزام العقدى - واضعف منه - تفصيله ره بين الشرط والجزء بالالتزام بالتبويض من حيث الجزء دون الشرط - لما عرفت من ان قبول العقد للتبويض من حيث الشرط اولى من قبوله التبويض من حيث الجزء - مضافاً - الى ان كل جزء شرط لا اعتبار وصف الاجتماع فيه (وهل) يثبت الخيار للاصيل ام لا وجهان والحق ان يقال ان الشرط ان كان للمالك على الاصيل كما لو وقع الفضولى العقد مع اشتراط ان يخطط الاصيل ثوب المالك فاجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له لان مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه ولا اشكال فى ذلك - وكك ان كان للاصيل

على المالك مع رضا الاصيل بذلك بعد الاجازة - واما ان كان للاصيل على المالك ولم يرض الاصيل بذلك فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له وهو واضح .

و اما الجهة الثانية فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائي - وكون الاجازة بمنزلة الايجاب او القبول - لا يوجب اسراء احكامهما اليها مضافا الى ان الشرط المذكور في ضمن احدهما وحده لا يفيد واما المشروط فان كانت الاجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضمما الى الالتزام الشرطي صح - لكون العقد مجازا وضم اللغو اليها لا يمنع عن تأثيرها في صحة العقد - وان كانت التزاما واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح - والظاهر هو الاول لان الواقع انما هو العقد المجرد و المجيز يريد ضم الشرط اليه - فلامحالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط اليه فالتقييد انما يكون للاجازة بالشرط (وحيث) ان الشرط كما تقدم انما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام وفي المقام يكون هو الالتزام المقرون بالاجازة فلغوئته لا تلازم لغوية الاجازة - فمافى المتن من تقوية البطلان في غير محله .

اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الاجازة

قوله قد وه واما القول في المجيز - الاول يشترط في المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف (الخ) اقول الوجه في ذلك واضح فان الاجازة تصرف معاملى في المال فاذا كان المجيز غير جائز التصرف لم يجز له ذلك من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف اذ على الكشف انما يكون الاثر من قبل و الا فالاجازة هي التي تؤثر في ذلك (و دعوى) انه على القول بان المؤثر في النقل ليس هو وجود الاجازة بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقب - يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا (مندفعة) بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقب بمطلق الاجازة شرطا بل الشرط هو التعقب بالاجازة المستجمعة اسائر شرائط تاتير العقد لانه المتيقن من نفوذ عقد الفضولي

الملحق بالاجازة .

(قوله قده ولو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض الخ)
ربما يورد عليه - بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط
تأثيرها فلو كان عقد الصرف في حال الصحة و كان القبض في حال المرض لا يكون
هذه المعاملة من المنجزات والاجازة شرط لتأثير عقد الفضولي فلا يضر وقوعها في
حال المرض و لا يوجب دخولها في المنجزات (و لكن يدفعه) ان للاجازة
حيثيتين (احدهما) حيثية الرضا (الثانية) حيثية الانتساب الى المالك - و هي من
الحيثية الثانية بنفسها تصرف معاملى وموجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك فالحق
ان الاجازة في حال المرض من المنجزات لان قبيل شرائط تأثير العقد .

عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال

(قوله قده الثانى هل يشترط في صحة عقد الفضولى وجود مجيز
حين العقد الخ) اقول ما يحتمل ان يكون محل الكلام بين الاعلام في بادى النظر
امور (احدها) انه هل يعتبره وجود ذات المجيز حين العقد ام لا يعتبر ذلك - و الى
هذا نظر البيضاوى في ايراده على العلامة ره بانه لا يتم على مذهب الخاصة من وجود
الامام (ع) في كل عصر - ولكن يمكن دفع ايراده - اولا - بالنقض بانه لا يتم على مذهبهم
ايضا من وجود خليفة المسلمين في كل عصر - و ثانيا - انه في نكاح الصغار يكون
الولى منحصر - بالاب والجد و الوصى على خلاف فيه - هكذا قيل (ثانيها) انه
هل يعتبر ان يكون مجيز فعلى حين العقد بان يكون متمكنا من الاجازة ام لا يعتبر (ثالثها)
انه هل يعتبر ان يكون المجيز جائز التصرف حين العقد شرعاً ام لا يعتبر ذلك - فلو
فرضنا ان يبيع مال الصغير لم يكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد
هل للولى ان يجيزه من جهة انه وان لم يكن الصرف جائز له حين البيع لعدم المصلحة
الا انه يجوز له حين الاجازة - ام لا (والظاهر) ان محل النزاع هو الاخير دون الاولين

- اما الثانى - منهما فلو صرح عدم اعتبار مجيز فعلى - و لذا لو كان المالك نائما او غائبا لم يتوهم من القائلين بصحة الفضولى فساد و عدم جواز الاجازة بعد الحضور واليقظة - و اما الاول - فلعدم ملائمتهم مع ما مثلوا له يبيع مال اليتيم فمورد النزاع هو الثالث وكيف كان فقد استدل لاعتباره بوجهين .

الاول ان صحة العقد و الحال هذه ممتنعة فاذا امتنعت فى زمان امتنعت دائما و قد ذكروا فى توضيح هذا الوجه امرين (احدهما) ما افاده المحقق الايروانى ره - وهوان بناء هذا على امرين - احدهما - القول بالكشف فى الاجازة - الثانى ان العام اذا خصص بخروج فرد منه فى زمان لم يرجع اليه فى ذلك الفرد فيما عدى ذلك الزمان فيقال ح ان العقد اذا لم يكن له من يصح باجازه حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب او فوا فاذا امتنع شمول او فوا له فى هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه فاذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر ابدا لان الفرد اذا خرج عن العام فى زمان خرج عنه رأسا و لم يرجع اليه ثانيا بعد خروجه عنه اولا (و فيه) ان الكبرى الكلية المشار اليها انما هو فيما اذا خرج فرد عن تحت العام فى الاثناء لافىما اذا خرج عنه من الاول - كما فى المقام و تمام الكلام فى محله (الثانى) ما افاده المحقق الاصفهاني ره (وحاصله) ان عقد الفضولى انما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلا للتاثير بالاجازة فلا بد وان يكون جامعا لجميع مراتب الامكان الاستعدادى بحيث لا يستند عدم فعليه التاثير الا الى عدم الاجازة - فاذا لم يمكن الاجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الامكان الاستعدادى لان منها الامكان من ناحية امكان الاجازة فاذا امتنعت الاجازة فعلا امتنعت الصحة التاهلية فعلا - واذ امتنعت الصحة التاهلية فى زمان امتنعت دائما - لان ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هى الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التاهلية (وفيه) ان المراد من الامتناع ان كان هو الامتناع الذاتى فالصغرى ممنوعة - و ان كان المراد الامتناع العرضى اي الامتناع لعدم وجود جميع اجزاء المؤثر - فالكبرى ممنوعة فان الامتناع ح يدور مدار فقد

بعض ما يعتبر فيه - وان شئت قلت ان عقد الفضولي الذي يمتنع اجازته حين العقد ويمكن ذلك فيما بعد يكون صحيحا بالصحة التاهلية لانه يمكن تأثيره فيما بعد بل حقوق الاجازة وليس معنى الصحة التاهلية الا ذلك .

الوجه الثاني لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم الاجازة (هذا على الكشف) ولعدم تحقق المقتضى (هذا على النقل) ولا في الثمن لامكان تحقق الاجازة فيكون قد خرج عن ملكه - (وفيه) مضافا الى النقض بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدم تقريره في التنبيه السادس من تنبيهات الاجازة والجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه - وهو تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الاصيل - فالحق عدم اعتبار هذا الشرط .

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد

(قوله قدده الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد)

سواء كان عدم التصرف الخ) اقول قبل الشروع في المطلب ينبغي تقديم امور .

الاول انه بناء على كون البحث في الامر السابق في اعتبار وجود المجيز - الفرق بينه وبين هذا واضح - واما بناء على كون البحث فيه في انه هل يعتبر وجود مجيز جائز التصرف شرعا حين العقد ام لا - فالفرق بين الامرين - ان البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد وعدمه - وفي المقام في انه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقد ام 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 ولم يجز حتى بلغ فاجاز نفسه فان المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد وان كان مجيز نافذ التصرف موجودا حينه هل يكفي ذلك ام لا .

الثاني انه ربما يورد على المصنف ره حيث جعل الصغير والسفه وا لجنون

من باب عدم المقتضى - مع انها اما موانع اوان البلوغ والرشد والعقل شرائط للتأثير فان المقتضى للسلطنة على التصرف فى المال اضافته الى المتصرف اواذن من له الاضافة فهذه الامور 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 وعبر عن الاول بعدم المقتضى وعن الثانى بوجود المانع - وعليه فيصح ان يقال ان عدم المقتضى اما لعدم الملك ولجنون المالك اوسفاهته او صغره - و به يظهر الفرق بين هذه الامور وبين حق الرهن المتعلق بالمال .

الثالث - ان السيد رده وغيره اوردوا على المصنف رده فى جعله المسألة الثالثة وهى مالو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كك من مسائل هذا العنوان مع انها اجنبية عنه (ويمكن دفعه) بان المراد من عدم الجواز فى العنوان عدم الجواز الفعلى لاعدم الجواز الواقعى - فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما فى الاولى والثانية واخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما فى الثالثة .

الرابع ان المصنف رده جعل المسألة الاولى اعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن اولعدم المقتضى بالتفسير الثانى - من جهة وحدة ملاك البحث - كما ان جعله المسألة الثانية وهى عدم الملك حال العقد مسألتين لتعدد الجهة من حيث الاجازة وعدمها - اذا عرفت هذه الامور تعرف ان ماسلكه المصنف رده فى عنوان هذا البحث و تشقيقه الشقوق هو الصحيح - .

المسألة الاولى

(قوله قد رده الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف الخ) الكلام فى ذلك يقع فى جهات (الاولى) فى صحة بيع ما هو متعلق حق الغير (الثانية) فى عتقه (الثالثة) فى احتياج صحة البيع الى الاجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه (الرابعة) فى جريان نزاع الكشف

والنقل في رافع الحجر وعدمه (الخامسة) في بيع الصبي والمجنون والسفيه .
 اما الجهة الاولى 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
 قد تقدم تقريب كلا الجوابين .

واما الجهة الثانية فقد ذهب المحقق النائيني ره الى انه ملزم على العتق فلا بد اما
 من لزوم اداء الدين وفك الرهانة على الراهن - واما من استسعاء العبد في فك رقبته بفك
 الرهانة واستدل له (بان) الاجازة 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 (ويرد) على الاول ان الرد المقابل للاجازة رد العقد لارد
 نتيجته فعدم امكان رد الحر الى الرق غير عدم امكان رد العتق نفسه - وبعبارة اخرى اذا
 كان العتق مراعى بالاجازة فلو اجازته يتحقق ويترتب عليه الحرية ولو رده لا يصير حرا كي
 يلزم منه رجوعه الى الرق (ويرد) على الوجه الثاني - ان كون العتق مبنيا على التغليب
 معناه انه لو انعتق مقدار من العبد - يتعين عتق الباقي لانه لو تعلق العتق المراعى به
 يكون ملزما عليه فتدبر فالأظهر عدم الفرق بين العتق والبيع في ذلك .

اما الجهة الثالثة فالأظهر عدم الاحتياج الى الاجازة اذا احتياج اليها انما
 هو لتحقيق الاستناد المتحقق في المقام بدونها .

و اما 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 لان عدم المانع من اجزاء
 العلة فملكية المشتري كما تتوقف على القبض في البابين كك تتوقف ملكية المشتري
 العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين فلا تتحقق الملكية قبل ذلك
 (اقول) ان الكشف بالمعنى الذي ذكرناه في الاجازة انه غير معقول لا يكون في الفك

والإسقاط لما ذكرناه - مضافاً إلى أن لازمه خروج العين عن كونها وثيقة - وأما بالمعنى المعقول في الإجازة فيمكن البناء عليه في المقام أيضاً والدليل عليه ح هو العمومات بالتقريب المتقدم هناك - ويؤيد ذلك بل يدل عليه - أنه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد ذلك الرهن أجاز المالك ذلك العقد - لاشبهته في أنه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقاً فتدبر .

و أما الجهة الخامسة فلو باع غير المالك - فأجازه الولي لا كلام - ولو صار بنفسه جائز التصرف فأجاز يكون من صغريات ما تقدم في الأمر الأول - والكلام في المقام إنما هو فيما لو باع بنفسه - فإن بنينا على أنه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان والأ - فلو صار كك فأجاز صح البيع لكونه عقداً أجاز المالك - ولا يتوهم في المقام عدم الاحتياج إلى الإجازة كما ذكرناه في بيع المرهون - فإنه يدفعه إن العقد في حال الانشاء وإن كان مستنداً إلى المالك تكويناً - إلا أن الشارع الأقدس الغنى هذا الاستناد فيحتاج إلى الإجازة تحقيقاً للاستناد فتدبر .

من باع شيئاً ثم ملك

(قوله قدّمه أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر الخ) الأقوال في المسألة ثلاثة (الأولى) البطلان اختاره صاحب المقاييس ره (الثاني) الصحة مع الإجازة - اختاره المحقق والمصنف ره و جمع آخرون (الثالث) الصحة بدون التوقف على الإجازة نسب ذلك إلى الشيخ ره - وفي النسبة ما لا يخفى فإن منشأها - افتائه بصحة بيع النصاب في الزكاة أيضاً إن اغترم حصة الفقراء - مع - أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة ذهابه قدّمه إلى أن تعلق الزكاة بالعين من قبيل حق الرهانة - أو الجنائية - ويمكن أن يكون للنص (١) الخاص .

وكيف كان فقد استدلل المصنف ره للصحة مضافاً إلى العمومات - بالأصل (وفيه)

انه ان اراد بالاصل - هو اصاله الصحة - فيرد عليه ان الاصل في المعاملات هو الفساد وان اراد به اصاله البرائة - فيرد عليه انه ربه بنى على عدم الرجوع اليها عند الشك في جزئية شيء او شرطيته للاسباب في باب المعاملات كما تقدم منه في مقدمة الكتاب فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات (ولكن) على المختار لابس بالاستدلال به ايضا فمقتضى العمومات والاصل هي الصحة .

وقد استدلل للبطلان بامور (الاول) انه قد باع مال الغير لنفسه وقد مر الاشكال فيه . وربما لايجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الاجوبة عن ذلك الاشكال - و اجاب عنه المصنفه بان الاقوى صحته وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاضان .

توضيح المقام ان عمدة الاشكال في تلك المسألة انما هي امران (احدهما) انه بناء على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس - الفضولي البايع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة والبيع (الثاني) مخالفة الاجازة لما قصده المتعاضان - اما الاشكال الاول فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من ان الفضولي انما يبيع للمالك ويبنى على انه هو المالك - جرى ذلك في المقام (وما) افاده المحقق النائيني ره في المقام من ان مبنى هذا الجواب على ان الغاصب سارق الاضافة ويرى نفسه المالك و هذا لايجرى في المقام لانه لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال - وعليه فليس له قصد المعاوضة - ثم قال - الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع فكانه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد - يرد عليه (اولا) ان الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب بل هو جار في كل من يبيع مال الغير لنفسه ولا فرق عليه بين ان يملكه فيما بعد وعدمه (وثانيا) انه لو لم يكن قاصد لذلك لم يفد ما افاده اخيرا فان من يطمئن بانه سيملك لا يرى نفسه مالكا بالفعل - فلا يقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على الملكية فيرجع الى ما تقدم - واما الاشكال الثاني - فاجابوا عنه هناك بانه بعد فرض كون البايع

قاصدا للبيع للمالك - وبانيا على انه هو المالك - الاجازة من المالك تتعلق بالاول دون الثاني فلا يلزم مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان - وهذا الجواب لا يجرى في المقام فان البائع انما يبيعه للمالك وحين الاجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له (فتحصل) ان ما افاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك (ولكن) ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح ودفع هذا الاشكال - من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فاجازه المالك صح ووقع للغاصب - ولو باع لنفسه مع البناء عليها فحيث ان ائشائه بالمطابقة يدل على تملك المعوض - و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له - كماله اجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب - يجرى في المقام كما لا يخفى فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه .

الثاني ان بيع الفضولي لا بد و ان يكون واجدا لجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى الاجازة بحيث لو لحقه الاجازة صح فعلا (وحيث) ان من جملة شرائط صحة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحا بالصحة التأهيلية ولا ينتظر في ترتب الاثر عليه سوى الاجازة كون من يراد وقوع البيع له قادرا على التسليم وامكان الرضا منه - كما في عقد الفضولي في سائر المقامات والمقام ليس كذلك - فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولي وهو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة في النقل اى قدرة من يده امر المال وكذا رضاه - فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التأهيلية فلا يمكن تصحيحه بالاجازة - هذا غاية ما يمكن ان يقال في توجيه هذا الامر (و الجواب) عنه ان المراد من اعتبار الرضا في المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب او فوا - ففي المقام موجود - فان حال الاجازة هو حال انفاذ المعاملة - وان كان المراد منه اعتبار رضا المالك في حال العقد فيرد عليه انه غير معتبر قطعا لانه في اغلب موارد بيع الفضولي لا يكون ذلك موجودا اما للكره او للغفلة او لغيرهما ولم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية وعلى اى تقدير لا دليل عليه - وان

كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد فهو اول الدعوى و لادليل عليه (و اما) القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف ره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد - وهو ايضاً لادليل عليه بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضى اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة و تنتسب هى اليه - وحيث ان حال الاجازة حال الالتزام بها و انفاذها - و المفروض وجودها حينها فلا حالة منتظرة لصحة البيع - و لو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد - فيرده ما افاده المصنف ره من ان الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط .

الثالث ان الاجازة كاشفة فى موارد صحتها و الالتزام به فى المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بايعه قبل الدخول فى ملكه - واجاب عنه المصنف ره بما حاصله اننا نلتزم فى المقام بخروج المال عن ملك المجيز من اول ازمته قابليته لانه لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها - وعليه - فاذا صدر العقد ورضى المالك الفعلى به و اجازته يقع البيع له و لازمه خروج المال عن ملكه من اول ازمته قابليته للتاثير (اقول) ان الذى يلوح من صدر كلامه و يصرح به فى آخره انه ره ظن ان صاحب المقاييس لا كلام له فى وجود المقتضى للصحة - و انما كلامه فى وجود المانع - فاجاب عنه بان المانع انما يمنع عن التاثير فى الملكية من حين العقد - ولا يمنع عن التاثير فى الملكية من بعد حصول الملك للبائع (ولكن) الظاهر من كلامه ردانه لا مقتضى للصحة و حاصل ما افاده - ان دليل صحة بيع الفضولى و القول بالكشف دليل واحد وهو ان العقد انما هو نقل من حينه - و الاجازة تتعلق بهذا و الامضاء الشرعى متعلق بذلك ايضا و ح ففى المقام لا يمكن شمول العمومات و ادلة الامضاء للعقد فلا مقتضى للصحة و ذلك لانه ان التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد لسزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه و ان التزمنا بشمولها له و الانتقال اليه من بعد صيرورته مالاً لزم الالتزام بالتبعض فى مضمون العقد مع انه امر واحد و التزمنا فارد متعلق بنقل المال من حينه الى الابد و لا يتعدد بتعدد الزمان كى يقال بتعلق الامضاء ببعضه دون بعض بل هو امر واحد اما يعضيه الشارع من

الاول ولا يميزه فلا يقع الى الابد - وفي باب الصرف والسلم دل الدليل الخاص على حصول النقل والانتقال من بعد القبض وهو في المقام مفقود - فعلى هذا المسلك في الكشف لامناص عن البناء على البطلان في المقام (نعم) بناءً على ما سلكه المصنف ره من ان العقد لا يكون مفاده سوى التمليك - والاجازة متعلقة بذلك والامضاء متعلق به ايضا ولم يؤخذ الزمان فيه ابدأ وانما يننى على الكشف للتصوص الخاصة صبح البناء على الصحة في المقام للعمومات - كما انه بناء على ما اخترناه في الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابي بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك اذ المال من حين العقد الى شراء البايع وانتقاله اليه ملك للمالكه الاول ومن ذاك الوقت الى زمان الاجازة ملك للمجيز - وبعد الاجازة يعتبر ملكية المشتري الاول من حين العقد والخروج انما يكون من حين الاجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول واما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول - لانه مقتضى شمول العمومات وخطاب او فوا بالعقود .

الرابع ان صحة العقد الاول تتوقف على صحة الثاني كي يصير المال ملكا للمجيز فيجيز وصحة الثاني تستلزم ملكية المالك الاصلى الى حين العقد الثاني - فعلى الكشف يلزم اجتماع المالكين - اى المشتري الاول - والمالك الاصلى - قبل العقد الثاني وبعد الاول على مال واحد في زمان واحد وهو من اجتماع الضدين ويلزمه اجتماع التقيضين اذ لازم وجود احد الضدين عدم الاخر - والجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح .

انما الكلام في المقام في الاشكال العام الذي اورده على القول بالكشف (ويذكر ذلك في المقام لمناسبة غير خفية) وهو ان صحة الاجازة تتوقف على كون المجيز مال كالا ان اجازة غير المالك كالعدم والمفروض انها توجب ملكية المشتري قبلها فيلزم بعد العقد وقبل الاجازة اجتماع المالكين على مال واحد - والمصنف ره يسلم الاشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر .

اقول الحق ان يقال في الجواب عن ذلك انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الاجازة بما هي اجازة بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمان ذلك بيد المجيز كي يكون النقل عن ملكه باجازته وامضائه - وعليه - ففي المقام

بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان وهو متحقق على الفرض- هذا على الكشف بالمعنى المشهور واما على الكشف المختار فالاشكال غير وارد اصلاً- لفرض اتصال ملكيته بالاجازة كما لا يخفى (مع) انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكاً ان لم يجز- و ان لزم من الاجازة كونه ملكاً لغيره- ونظيره ما في ذلك الاقرار على ما في اليد بانه للغير- فانه لو لا الاقرار على ان ما في يده للغير يكون له وان كان بالاقرار يكون لغيره- والظاهر- ان هذا مراد صاحب المقاييس من قوله يكفى في الاجازة ملك المالك ظاهراً- فلا يرد عليه ما افاده المصنف به بان المالك الظاهري انما يجدى اجازته اذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة قد دبر.

الخامس ان الاجازة لما كشفت عن صحة العقد الاول لزم منه كون المال حين العقد الثانى ملكاً للمشتري الاول فصحة الثانى تتوقف على اجازته وهى تتوقف على صحة الاول المتوقفة على اجازة المشتري الثانى وحيث ان اجازته تتوقف على صحة الثانى المتوقفة على اجازة المشتري الاول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر- وايضاً يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولى وهو محال فان لازمه عدم تملك المالك الاصيل شيئاً من الثمن والمثمن وتملك المشتري الاول المبيع بلا عوض اما عدم تملكه المثمن فلغرض انتقاله عنه بالبيع- واما عدم تملكه الثمن فلان العقد الاول ينتقل ثمنه الى المالك الثانى والثمن فى العقد الثانى ينتقل الى المشتري الاول لوقوعه فى ملكه- فيلزم انتقال المثمن والثمن فى العقد الثانى الى المشتري الاول- اما كون اللازم الاول محالاً فلان حقيقة البيع هى المعاوضة ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع وتملك المثمن على تقدير عدم البيع فعدم تملك شئ منهما مستلزم لارتفاع النقيضين- واما كون الثانى محالاً فلان مقتضى المعاوضة ان يملك المشتري بعوض بعينه ولا يعقل تحققها وتخلف مقتضاها عنها- واجاب المصنف به عن هذا الايراد بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد ولو التزمنا بالكشف من حين العقد الثانى فلا يلزم محذور اصلاً. ثم ان السيد المحشى به اجاب عن لزوم توقف كل من الاجازتين على الاخرى وصحة العقد الثانى على اجازة المشتري الاول بان بيع مال الغير انما يكون موقوفاً

على إجازته إذا كان ذلك المال ماله مع قطع النظر عن هذا البيع وفى المقام أنما يحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع والإجازة ومثل هذا لا يعقل أن يكون موقفاً على الإجازة - فصحة العقد الثانى - وإجازة المشتري الثانى لا تتوقفان على إجازة المشتري الأول (وفيه) أن جميع ما ذكره دليل على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على إجازته يدل على توقفها عليها فى المقام (فالحق) أن يقال أن هذا المحذور أنما يلزم على القول بالكشف المشهور وأما على الكشف المختار فإن بنياناً على الكشف من حين العقد الثانى كما مر فالمرء واضح - وأما أن قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول - فحيث أن العقد الثانى واقع فى ملك المالك الاصلى فيصح بالتوقف على شيء وينتقل ثمنه إليه فإذا إجاز المشتري العقد الأول الذى أوقعه ففضولاً لم يمتنع منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل فى الملكية والكشف فى المملوك وهذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثانى فى ملك المالك بالفعل فإن هذا الاعتبار وارد على العقد فتدبر فإنه دقيق .

السادس أن العقد الأول أنما يصح بالإجازة و من شرائطها عدم مسبقيتها بالرد والعقد الثانى يستلزم الرد فإنه لا يجمع العقد الثانى صحة الأول المقتضية لتملك المالك للثمن الأول فلا محالة يكون الثانى فسخاً للأول وأن لم يعلم بوقوعه فلا يجدى الإجازة المتأخرة - وأجاب عنه المصنف - بان الرد والفسخ - تارة يكون بانشائه قولاً أو فعلاً وأخرى يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة - والثانى على قسمين - أحدهما - ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأساً - ثانيهما - ما يفوت محلها بالنسبة إلى الفاعل - فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة إلى غيره - وفى المقام بما أنه لم ينشأ الرد كما هو المفروض والبيع ليس كالعتق موجبا لعدم بقاء المحل رأساً كى ينحل العقد رأساً - بل هو موجب لقوت محلها بالإضافة إلى المالك لخروج المال عن ملكه - وأما الفسخ الذى اشتراه فمحل الإجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع من شمول أدلة النفوذ - ولا يقاس ذلك بتصرف ذى الخيار من جهة أنه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه - فإنه هناك لو لم ينحل العقد لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه وهذا بخلاف المقام كما هو واضح .

وما افاده المحقق النائيني ره من انه اذا كان فعل مفوتا لمحل الاجازة بالاضافة الى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالاضافة الى غيره ايضا - اذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الاجازة بالاضافة اليه ليس له الاجازة والفضولي الذي اشترى المال لم يكن احد طرفي الاجازة فليس لذلك ايضا كما ليس له الرد (يرد عليه) ان مآل هذا الى انه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد و ما تعلق به الاجازة وهذا هو الاشكال الثاني والجواب عنه قد تقدم والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو .

وما اورده المحقق الايرواني ره عليه - بان البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الاجمال وان لم يلتفت الى العقد ولم يعلم به فكل فعل للمنافي فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد وفعل ما ينافيه (يمكن) دفعه بان انشاء الرد انما هو كسائر الانشاءات متقوم بالقصد وبدونه لا يتحقق فما افاده المصنف ره متين (نعم) ما ذكره اخيرا في وجه كون الفعل المنافي موجبا لانفساخ العقد في البيع الخياري يمكن ان يورد عليه - بانه اذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لانشاء الرد لم يرد الا بذلك لانه لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير واصالة الصحة في الفعل لاتصلح لاثبات تحقق قصد الرد فتدبر - مضافا الى انه قد تقدم عدم قدح الرد في تأثير الاجازة .

السابع - النصوص الخاصة - وهي طائفتان (الاولى) الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي (ص) عن بيع ما ليس عندك - وقد تقدم (١) في اوائل بيع الفضولي انها بحسب السند لا كلام فيها - وتقريب دلالتها - انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المالك والمخاطب - او بالنسبة الى خصوص المخاطب - وباطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع ولو صار مالكا واجاز بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع والافعدم وقوعه له قبل تملكه لايحتاج الى البيان (واجاب) عنها المصنف ره بانها تدل على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع على هذا البيع و

هذا لا ينافي ترتب الاثر عليه اذ الحق له الاجازة (وفيه) ان مقتضى اطلاقها عدم ترتب الاثر عليه وان اجازوا اجابوا عنها باجوبة اخرى - احسنها جوابان - وقد تقدم (احدهما) ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضراً عنده سواء كان مملوكاً ام لا - قدر على تسليمه ام لا كلياً ام شخصياً وحيث انه لا يمكن الالتزام به تعيين حمله - اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكاً - او على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه - وان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربية الاول (الطائفة الثانية) النصوص الخاصة - كصحيح (١) يحيى بن الحجاج عن ابي عبد الله (ع) عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها اربحك فيها كذا وكذا قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجه البيع قبل ان تستوجبها او تشتريها - وخبر (٢) خالد بن الحجاج عنه (ع) عن الرجل يجىء فيقول اشتر هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال (ع) ليس انشاء ترك و انشاء اخذ قلت بلى قال (ع) لا بأس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام - وصحيح (٣) محمد بن مسلم عن ابي جعفر (ع) عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لى متاعاً لعلنى اشتره منك بنقد او نسيئة فابتاعه الرجل من اجله قال (ع) ليس به بأس انما يشتريه منه بعد ما يملكه وصحيح (٤) منصور عن ابي عبد الله (ع) فى رجل امر رجلاً يشتري له متاعاً فيشتريه منه قال (ع) لا بأس بذلك انما البيع بعد ما يشتريه - وصحيح (٥) معاوية قلت لابي عبد الله (ع) يجيئنى الرجل يطلب منى ببيع الحرير وليس عندى منه شيء فيقول لى عليه و اقاوله فى الربح والاجل حتى نجتمع على شيء ثم اذهب فاشترى له الحرير فادعوه فقال (ع) ارأيت ان وجد بيعاً هو احب اليه مما عندك يستطيع ان ينصرف اليه ويدعك او وجدت انت ذلك تستطيع ان تنصرف اليه وتدعه قلت نعم قال فلا بأس (والمسئف) رد اجاب عنها اولاً بما حاصله انها تدل على المنع عن الالتزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة الى الاجازة - وهذا لا ينافي الصحة مع الاجازة - ثم رجع عن ذلك و التزم بدلائنها على الفساد - من جهة ان عدم ترتب الاثر

المقصود على عقد الامع انضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض والاجازة لا يقتضى النهى عنه بقول مطلق بل لابد من النهى عنه مقيداً بتجرده عن ذلك القيد. فاطلاق النهى يقتضى الفساد حتى مع الاجازة .

والحق فى المقام ان يقال ان الصحاح الثلاثة الاخيرة ظاهرة فى ارادة بيع الكلى وتدل على انه لا يجوز بيع الكلى فى الذمة ثم اشتراء بعض افراده وتسليمه الى المشتري الاول - وقد اتفق النص و الفتوى خلافاً للعامة على جواز ذلك - فيتعين حملها على التقية كما يظهر من بعض النصوص المجوزة - او الكراهة (وما ذكره) المصنف رده من ان الحكم فى موردها وان كان يحمل على التقية الا ان ذلك لا ينافى الاخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل وهو يقتضى البطلان فى بيع الشخصى (يرد عليه) ان عموم التعليل لا يقبل التبعض بان يحمل على التقية او الكراهة فى بعض موارد وهو الكلى والاخذ بظاھره فى مورده الآخر لاسيما وان مورد و روده الكلى اذ بقاءه فى غير مورد الاخبار والقائه فى موردها بعيد جداً - فهذه النصوص ساقطة (واما) خبر خالد بن الحجاج فقد مر الكلام فيه فى مبحث المعاطاة و عرفت انه قاصر سنداً ودلالة - اما الاول فلدوران الراوى بين ابن بختج - وابن الحجاج والاول مجهول - واما الثانى - فلان الظاهر منه ثبوت الباس فى صورة الزام المواعيد بقبول السلعة و وجهه عدم تحقق البيع فى مفروض السؤال ويكون قوله (ع) انما يحلل الكلام ويحرم الكلام بياناً لذلك لان المراد بالكلام الالتزام البيعى و المراد بالمحللية و المحرمية المنسوبة اليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البايع - ومحرمية المبيع على البايع و الثمن على المشتري و تمام الكلام فى محله (واما) صحيح يحيى فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاشتراء (توضيح ذلك) ان ايجاب البيع عبارة عن اقراره و اثباته على وجه ليس له حله و فسخه - فمفاد الخبر النهى عن ايجاد البيع على الوجه الذى لا يبقى مجال لحله و فسخه من الطرفين بنحو يكون الاشتراء مقدمة للوفاء للتسيم المعاملة - قبل استيجابها اى جعل البيع لازماً على نفسه - او الاشتراء اى التملك المجامع مع

الخيار - والنهي عنه ارشاد الى عدم تحققه فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك وهذا مما لا كلام فيه (فتحصل) ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه .

(قوله قدده ومما يؤيد المنع مضافاً الى ما سيأتى - رواية (١) الحسن بن زياد الطائي الواردة النخ) هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فانه وان كان الحسن مجهول الحال - الا ان الراوى عنه ابان الذى 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 الانعقاد وحده اومع الاجازة بعده مسوغاً للبقاء لم يكن هناك حاجة الى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كل تقدير (اقول اولاً) ان في اعمال العبد خصوصية ليست في غيره - وهى عدم استقلاله في التصرف واندكائه سلطانه في سلطان مولاه - ولذا لو باع مال غيره توقف صحته على اجازة مولاه اواذنه - فعدم الصحة في المقام بمجرد الانعقاد اومع الاجازة لا يلزم عدم الصحة في البيع (وثانياً) انه يمكن ان يكون نظره (ع) وغرضه تصحيح الزواج من الاول لاعمية نفعه واتمية فائدته - او يقال ان المعلول يستند الى اسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة .

صورييع من باع شيئاً ثم ملك

(قوله قدده ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو مالو باع البايع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لاجازة المالك النخ) اقول ان البايع، ربما يبيع لنفسه، واخرى لمالكه ، وثالثة للاجنبى .

اما الصورة الاولى ، فتارة يبيع منجز ابحيث يرى نفسه ملزماً في ذلك فيشتري المبيع من مالكة مقدمة للوفاء بعقده ، واخرى يبيع على ان يكون العقد موقوفاً على الاجازة ، وثالثة يبيع على ان يكون للزوم موقوفاً على التملك - والمصنف رده ادعى ان المتيقن من النصوص هو الفرض الاول وان الاخيرين باقيا تحت العمومات المقنضية

للصحة واستظهر من تعليل العلامة ره للفساد بالغرر وعدم القدرة على التسليم ان ماهو مفتى به عند الاصحاب هو هذا الفرض .

واورد عليه المحقق النائيني ره - بما حاصله - يرجع الى امرين - احدهما - ان الاخبار 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 لانه عبارة عن جعل الخيار وهو انما يكون مقابلاً للالتزام العقدي من المالك و ليس العقد منسوباً الى البايع في المقام - والاسم المصدري غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه . اقول ظاهر المصنف ره اختيار الشق الاول وادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الاجازة في جميع الفروض غاية الامر في الفرض الاول وهو البيع المنجز والملمزم عرفاً ورد النهي عنه بالخصوص و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده ووجه استظهاره ان متعلق النهي في بعضها مواجهة البيع واقاراره المساوق لكونه منجزاً وقوله (ع) انما البيع بعد ما يملكه في بعضها الاخر ظاهر في ذلك فان البيع ظاهر في التملك بالحمل الشايع المساوق للمنجز اذ مع عدم الملكية لا تملك بالفعل لاتحاد الوجود والايجاد - وبهذا يندفع كلا اليرادين - اما الاول فواضح - واما الثاني فلان المراد باللزوم المعلق على التملك ليس هو لزوم العقد شرعاً بل لزومه عرفاً فتدبر .

ثم ان له قده اختيار الشق الثاني (ودعوى) الاجماع على مبطلية التعليق (مندفة) بانها تتم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها فراجع ما ذكرناه .

ثم ان المحقق الايرواني ره اورد على ما استظهره من تعليل العلامة ره بان الشراء مترقباً او غير مترقب لا اثر له في رفع الغرر وحصوله ولا في القدرة وعدمها فان توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الاجازة كتوطين النفس على الالتزام بالمبيع المجهول على اي وجه كان في عدم رفعه للغرر (وفيه) ان البيع مترقباً للاجازة يوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه بخلاف ما اذا كان البيع منجزاً فلا غرر في

الاول - كما ان البايع بعد تملكه يكون شرعاً قادراً على تسليمه (فتحصل) ان ما ذكره المصنف رده تام - و ان كان ما افاده من الفساد في الفرض الاول حتى مع الاجازة بعد التملك غير تام كما تقدم .

و اما الصورة الثانية قد ذهب المصنف رده الى انها غير مشمولة لنصوص المنع وهو كك - ثم اورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الاجازة لا متعلق لها لان العقد كان انشاءً للبيع عن المالك الاصلى ولا معنى لاجازة هذا بعد خروجه عن ملكه - فاجاب عنه - بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقاً الاشكال في عكس المسألة - بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقييدية لاتعليلية (اقول) يمكن ان يورد عليه - بانه في عكس المسألة على مبنى المصنف رده من 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 و عنوان المالك و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة - فوقع البيع للمالك بعد الشراء و اجازته 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 لامجاناً - فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الاول باجازة المالك الثاني - وتصحيحها للثاني - بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها فراجع .

و اما الصورة الثالثة ففيها فرضان (الاول) ان يكون ذلك الغير موكلًا اياه في هذا البيع او تحت ولايته (الثاني) ان يكون اجنبياً عنه - اما الفرض الاول فالظاهر اتحاده مع الصورة الاولى من حيث الحكم والمدرک اذ البيع لنفس ثم الاشتراء اعم من البيع بالمباشرة او التسبيب هكذا قيل (ولكن) الانصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالاولى و عدم شمولها لهذا المورد قريبة جداً - فحكم الفرضين واحداً - وهو انه لو باع له بائناً على ملكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة او بدونه على تقدير عدمه - فان اجاز المالك صح للمالك على الاول - ولذلك الغير على الثاني - وان ملكه

الثالث فجاز صح له - وان ملكه البايع فجاز صح له على التقدير الاول - و للبايع على الثانى .

حكم ما اذا لم يجز البايع بعد تملكه

(قوله قد وهى ماله لم يجز المالك على تقدير تملكه فان الظاهر بطلان البيع الاول الخ) وقد استدل له - بالاجازة المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا - وبما (١) دل على اعتبار طيب النفس فى صحة التجارة وترتب آثارها اذا المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الاول و التزامه القبلى لم يكن الا التزاما بكون مال غيره له (ولكن) يرد عليه ان مذكوره من شمول الاخبار لهذه المسألة يقينا من غير ان يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البايع او اجازته ينافى مذكوره قبل اسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الاول - اللهم - الا ان يقال ان مفروض كلامه فى المقام هو البيع منجزا .

والصحيح ان يستدل له بانه مع عدم الاجازة لادليل على صحته لان العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك وفى المقام لا يكون مستندا اليه اذا المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الانشاء به بل المراد اضافة البيع الى المالك بما هو مالك وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا اليه لعدم التملك وبعده لا يستند اليه لعدم الاجازة - وبعبارة اخرى - الاضافة الى المالك امر قصدى لا فهرى فكيف يلتزم بها بمجرد التملك - وقد استدل لعدم الحاجة الى الاجازة بمادل (٢) على وجوب الوفاء بالعقود ومادل (٣) على وجوب الوفاء بالشرط - بتقريب ان العقد صادر من هذا الشخص والمانع عن لزوم الوفاء به قبل

١ - النساء آية ٣٠ - الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ١ - ٣

٢ - المائدة آية ٢

٣ - الوسائل باب ٦ من ابواب الخيار

التملك هو كون المبيع مال الغير اذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير وبعد زوال المانع وصيرورته ملكا له لا مانع من توجه الامر بالوفاء اليه. واجاب عنه المصنف ره بجوابين (احدهما) ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له فيستصحب بعده والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لامقام الرجوع الى حكم العام (وفيه) ان عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الافراد في بعض الازمان بدليل مخصص كى يقال انه من موارد استصحاب حكم الخاص بعد ذلك الزمان بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه اذ لا وفاء للالتزام بمال الغير - فالبايع قبل التملك غير داخل في موضوع العام - فيكون نظيره من لم يكن مشمولا للدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالما ثم صار كك فهل يتوهم فيه كونه موردا لاستصحاب عدم وجوب الاكرام - مع انه لو سلم كونه مشمولا للدليل العام في نفسه وخروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجا عنه من الاول لامن الوسط لا يكون موردا لاستصحاب حكم الخاص - مضافا الى ذلك كله - ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص وتام الكلام في محله (الثاني) معارضة العموم المذكور بعموم مادل على (١) سلطنة الناس على اموالهم و (٢) عدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس - وقد يورد عليه بان هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه وخروجه عن ملكه من دون رضاه - واما اذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الاول بمجرد اشتراء البايع من جهة ان البيع الاول مقتضى لدخول المال في ملك المشتري وكونه ملكا للغير مانعا فاذا زال المانع اثر المقتضى اثره فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالكة الاصلى - فتاعل (فالصحيح) ان يجاب عنه بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلى وبعده لا اجازة منه كى يستند اليه ومع عدم الاستناد لا يكون مشمولا للعمومات فلا يظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(قوله قد اشكل الخ) وجه الاشكالية عدم الاضافة اليه من جهة عدم قصد البيع

١- البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - وج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى حديث ٣-١

لنفسه (وفيه) انه لا يتم على مسلكه قدومه من كون البائع لغير المالك انما يبيع لعنوان المالك فانه اذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان كان بيعه من باع لنفسه ثم ملك فتدبر.

لوباع معتقد الكونه غير جائز التصرف

فبان كونه جائز التصرف

(قوله قدومه المسألة الثالثة مالوباع معتقد الكونه غير جائز التصرف -الاولى

ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وايما الخ) وقد اختار المصنف رده في هذه الصورة صحة البيع وعدم توقفها على الاجازة و تبعه غيره - والوجه في ذلك ان المفروض كونه وليا فلا يكون فضوليا وسائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة فالعقد صادر من اهله واقع في محله فيشملة ادلة النفوذ وان لم يكن البائع عالمابه (ودعوى) ان العلم بالولاية جزء الموضوع (مندفعة) بكون ذلك خلاف ظاهر الادلة من جهة ان الاحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا واناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود (واورد) السيد قدومه عليه بان العقد وان صدر ممن كان نافذا التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك فلعلة لو كان عالما بانه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص ومجرد موافقه للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي اذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح فيكون الاختيار في التعيين اليه فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بان كونه مالكا وبالجمله - يعتبر القصد الى النقل والرضا به بعنوان انه مال المولى عليه والمفروض عدمه في الفرض (وفيه) ان الدليل (١) انما يدل على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه ولم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان - والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لا يضر اذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتماله - فانه من قبيل تخلف الداعى فالأظهر هي الصحة وعدم التوقف على الاجازة .

(قوله قدومه لكن الظاهر من المحكى عن القاضى انه اذا اذن الخ) اقول

يحتمل ان يكون نظر القاضى ره الى ان حقيقة الاذن الذى هو الاعلام و اظهار الرضا والرخصة انما تكون اذا كان بحضرته من يظهر له و الافلا يعقل الاظهار والارائة فمع عدم اطلاع الغير لا يكون اذن -وعليه فما ذكر من خصوص المعاملين فى كلامه من باب المثال ويشهد له قوله فى ذيل كلامه فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز -وعلى هذا فلامورد لا يراد المختلف عليه كما لا يخفى (نعم) يرد عليه ما ذكرناه فى اوائل عقد الفضولى من كفاية الرضا وطيب النفس الواقعى فى الخروج عن الفضولية .

الصورة الثانية

(قوله قدده الثانية ان يبيع لنفسه وانكشف كونه وليا الخ) اقول بناء على ما افاده المصنف ره فى بيع الغاصب لنفسه من انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة -لابد من البناء على الصحة وعدم الوقوف على الاجازة - اما الصحة فلان البيع واقع للمالك و اما عدم الوقوف على الاجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الى الاجازة (وما ذكره) ره فى وجه الاحتياج اليها من عدم الوقوع على الوجه الماذون فيه (يرد عليه) ان غرضه ان كان عدم كونه ما ذوناقبه تكليفا فيرده ما تقدم من عدم كون بيع الفضولى لنفسه اولغيره حراما - و ان كان غرضه عدم كونه ماذونا فيه وصفا - فيرده ان المفروض كونه وليا - و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل (و اما) بناء على ما ذكرناه من ان التنزيل لا يصح قصد المعاوضة - فلا يمكن تصحيح البيع فى المقام لان الولى لا يمكن من تملك مال المولى عليه مجانا فتدبر .

الصورة الثالثة

(قوله قدده الثالثة ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا الخ) و الكلام فيها يقع فى جهتين (الاولى) فى انه هل يصح ام لا (الثانية) فى انه على فرض الصحة هل

يتوقف على الاجازة ام لا .

اما الجهة الاولى فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم القول بالبطلان فيما لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ميتا - واستدل له بامرین .

الاول ما توضيحه ان البيع للاب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون بيعا للاب وحيثية الملكية تكون تعليلية لاتقييدية فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له ولو باجازته (وبهذا) البيان يظهر ان ما اورده المصنف ره عليه - بان يبعه عن الاب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده ففي الحقيقة انما قصد البيع عن المالك - كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاده انه ملكه - غير وارد - (ثم ان) المحقق النائيني ره اورده على المصنف ره بان الحيثية التقييدية لا يمكن الالتزام بها في الموضوعات الشخصية لان الفرد الخارجي غير قابل للتعدد فتقييده ممتنع فالاب اذا كان هو الذي يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته وتوصيفه بانه المالك حيثية تعليلية و الحيثية التعليلية لا اثر لها لاتحاد المنشأ والمجاز (وفيه) ان الافعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين - الاول - الافعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالاكل - الثاني - الافعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع والائتمام والقسم الاول يتم فيه ما ذكره من جهة ان تلك الافعال لاتعلق بالعناوين مثلا الضرب لاتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع ام لا ولا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير - ولا يتم في القسم الثاني لان الافعال التي تكون من هذا القبيل تعلق بالعناوين الكلية - ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الاب على وجهين - الاول - وقوعه عن المالك بحيث تكون الحيثية تقييدية - الثاني - وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية فما افاده المصنف ره لا يرد عليه ذلك - (فالصحيح) ان يورد عليه بما ذكرناه (نعم) هذا الايراد وارد عليه على مسلكه ره حيث انه في كتاب الصلاة في مبحث الجماعة في مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبنى ونحن اوردنا عليه بعين هذا الايراد - راجع الجزء الخامس من هذا الشرح . الثاني انه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه - فحيث - انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الاطلاق في حكم التعليق -

اى عن والدى او عنى ان مات هو - وحيث انه يعتقد كونه حيا فقصده الاطلاق فى عقده يعد عبثا ومنافيا للقصده الجدى فى المعاملة - وبهذا البيان ظهر انه فاع ما ذكره المصنف ره وتبعه المحقق التائينى ره وغيره - من ان هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الاول من جهة ان اساس الاول وقوع البيع عن الاب واساس هذا وقوعه عن نفسه .

و الحق فى الجواب عن هذا الوجه - ان هذا النحو من التعليق اى المعنوى منه لا يضر بصحة العقد - كما ان عدم القصده الجدى بهذه الكيفية غير مضر كما تقدم فى اول مسألة بيع الفضولى - فالصحيح هو الوجه الاول - فالمتحصل انه ان كان البيع عن المالك اى عن الاب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه صح البيع - وان كان عن الاب كما هو كك بحسب الطبع فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه .

واما الجهة الثانية فالمحكى عن غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازة مستأنفة - و

عن المحقق والشهيد التائينى وقوفه على الاجازة - وقد استدلل للتوقف على الاجازة - بوجهين .

الاول ما عن جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك (وتوضيحه) ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير وانه لا ينتقل عن ملكه قهرا لا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالا اجازة - وحيث ان العقود تابعة للقصود فلا بد وان يقع الاجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود (وفيه اولا) ان محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لاعتن شخص الغير والابطال البيع كما تقدم - وعليه - وان سلم كون النقل موقوفا على الاجازة - الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلاحاجة الى اجازته - وبعبارة اخرى - بما انه يبيع عن المالك عن قصد اليه والمفروض انه هو المالك - فلاحاجة الى الاجازة ولعله اليه يرجع ما ذكره المحقق التائينى بقوله الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف (وثانيا) ان حقيقة البيع وهى النقل فى نظر الناقل لا النقل فى نظر الشارع فاللنفات الى انه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذى به قوام البيع (وبالجملة) الانتقال شرعا من آثار البيع ولا يلزم قصده حتى يقال انه يكون موقوفا على الاجازة - و الى

هذا نظر المصنف ره فيما ذكره في مقام الجواب (واما) ما ذكره المصنف ره بقوله -مع ان عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف - الذي حاصله ان عدم امكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل فان الانتقال انما يكون من حين الاجازة بخلاف القول بالكشف فان الانتقال فعلى فيمكن قصده حال النقل (فيرد عليه) ان المدعى هو وقوف النقل على الاجازة لا تاخره عنها - وهذا الفرق فيه بين القول بالنقل والكشف فانه على الكشف ايضا يكون النقل موقوفا على الاجازة .

الوجه الثاني ما افاده المصنف ره هو ان اكثر ادلة اشتراط الاجازة في بيع الفضولي جارية هنا ، و مراده بها ادلة (١) اعتبار التراضى وطيب النفس كما يصرح به بعد ذلك - وتقريب ما افاده انها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله - ولذا لو قدم الى غيره طعاما بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له - وفي المقام بما ان البايع انما رضى بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له في الواقع - ولم يرض بنقله بما هو ماله فيحتاج الى الاجازة لذلك (وفيه) 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 - وبعبارة اخرى - انه لا ريب في كونه راضيا ببيع مال نفسه - فان كان البيع بيعا عن الاب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للاجازة - وان كان يباع عن المالك بما هو مالك بنحو يعم نفسه كان الرضا متعلقا بنقل مال المالك الواقعي وان كان منطبقا على نفسه ومعه لا حاجة الى الاجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا وهو اولى من اذنه واجازته - ولعله الى هذا يرجع ما استدلل به لعدم الاحتياج الى الاجازة بما نقله المصنف ره بقوله - ولان قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد الخ فلا يرد عليه ما ذكره المصنف ره .

(قوله قدده ثم انه ظهر مما ذكرنا في الوقوف على الاجازة الخ) وذلك

لان الرضا ببيع المال بعنوان انه ماله من شرائط تأثير العقد - لانه امضاء للعقد المؤثر كما في موارد امضاء البيع الخيارى .

(قوله قدده اذ فيه ان الخيار فرع الانتقال الخ) محصل جوابه قدده عن استدلال بعض من قارب عصره بحديث (١) نفى الضرر للقول بانه من باب خيار الفسخ - يرجع الى امرين . (الاول) - انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفى الضرر التى هى من الادلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس مما يقتضيه الادلة الاولى - وبعبارة اخرى - ان مقتضى الادلة الاولى توقف الانتقال على الرضا فمع فقد لا يتحقق الانتقال ومع عدمه كيف يحكم ثبوت الخيار الذى هو فرع الانتقال . (الثانى) ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما فى موارد خيارى العيب والغبن - واخرى - يكون ضررا سلطانيا - اى يكون موجبا للنقص فى سلطانه على ماله وفى الاول يتدارك الضرر بالخيار - واما فى الثانى فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه على ماله وسد بابيه انما هو بالالتزام بعدم خروجه عن ملكه بلارضاه - لاخروجه عنه وتداركه بالخيار - اذاصل الانتقال ولو متزلزلا ضرر على المالك فى سلطانه - فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا للزوم - وبهذا البيان يظهر ان (ماورده) المحقق الثانى رده على المصنف - بان الصحة ليست امرامجعولا حتى ترتفع بهابل هى منتزعة من تحقق الشرائط فلودل دليل على اعتبار قيد فى ناحية الاسباب او المسببات فنفس هذا الدليل كاف لاثبات هذا القيد - والا - فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لانها حاكمة على الاحكام الثابتة ولا يمكن اثبات حكم بها لولا جعله لزم منه الضرر (فى غير محله) فان دليل نفى الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذى يلزم منه هذا الضرر ولا محذور فى ذلك .

(قوله قدده ثم ان الحكم بالصحة فى هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولى الخ) محصل ما ذكره ان الادلة الاربعة التى اقاموها على بطلان

بيع الفضولي من الكتاب (١) والسنة (٢) والاجماع - والعقل - غير الاخير منها لا تشمل هذا العقد لانه صدر ممن بيده ام - 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 - وحكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقي - فالحكم الشرعي المستكشف من الاول من باب الملازمة حكم واقعي والحكم الشرعي المستفاد من الثاني طريقي فاذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون الاتجريا (وفيه) ان مورد استثناء المصنف ره 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 واقعا وفي آخر طريقا اجنبى عن ماهو محل استثناء المصنف فتدبر .

الصورة الرابعة

قوله قد هذه الصورة الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاده لغيره فانكشف انه له والا قوى هنا ايضا (الصحة الخ) اقول ان من يبيع مالا باعتقاده لغيره - تارة يبنى على انه ماله كان في اعتبار العقلاء ايضا كك كما في ثمن الخمر - ام لم يكن كما في المال المكسوب من القمار - واخرى لا يبنى على ذلك بل يبيع بان يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير ويدخل ثمنه في ملكه (اما في الصورة الاولى فالأظهر الصحة وعدم الوقوف على الاجازة فانه باعه عن رضا بعنوان انه ماله فالعقد تام من حيث الاركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله - فما افاده المصنف ره بقوله وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة - متين بل هو وجه وجهه (واما في الصورة الثانية (فدعوى) اعتبار الاجازة بناء على اعتبار رضا البايع بالانتقال ماله بعنوان انه ماله في البيع (في محلها) لانه انما رضى

بانتقال ما يعتقد انه مال الغير ولم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان فتدبر .

القول في المجاز

(قوله قدده واما القول في المجاز - الاول يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبورة الخ) اقول - ان الشروط المعتبورة في انشاء العقد لا كلام فيها - واما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوضين - فهي على اقسام (الاول) ما يعتبر حال العقد - ككون العاقد ممن يصح منه المعاقدة والمعاودة 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 مجرى الصيغة غير قادر على التسليم وكان البيع للصبي غير القادر ولكن كان وليه قادرا صح البيع (الثالث) ما يعتبر في المالك ككون المالك للمصحف مسلما (اما) القسم الاول فهو يعتبر وجوده حين العقد ولا يخفى وجهه (و اما) القسم الثاني فلا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الاجازة حتى على الكشف فانه انما يكون في الملكية لافي انتساب العقد الى المجيز - وهو يعتبر وجوده حين صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد - و هو انما يكون من حين الاجازة (و اما) القسم الثالث فعلى القول بالكشف يعتبر وجوده حين العقد لانه اول زمان حصول الملكية - وعلى القول بالنقل لا يعتبر ذلك .

(قوله قدده للزومه عليه الخ) علة للمنفى - وكك قوله لتوقف تأثيره الخ .

(قوله قدده وذلك لان العقد اما تمام السبب الخ) علة للمنفى اي عدم الكفاية محصله ان العقد الانشائي اما تمام السبب - او جزؤه وعلى كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار - بل ما دل عليه على اعتباره في العقد التام دون جزؤه يعتبر فيه ايضا - لان الاجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولي والاصيل - ولو سلم كونها جزء فانما هي جزء السبب

المملك لاجزاء البيع الانشائي و ظاهر الادلة اعتبار ذلك فى البيع الانشائي لا السبب المملك (اقول) 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 كـون المجرى للصيغة كك ام يعتبر كـون المعجز كك فلا يثبت بذلك - فلا بد من الرجوع فى ذلك الى وجه آخر - و الظاهر هو الاول - فان المعجز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح وينسبه الى نفسه - فلا بد وان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا و من جملة ما يعتبر فى الصحة العلم بالعوضين وبهذا يظهر الفرق بين الاذن و الاجازة فان العقد فى الاول من حين تحققه يستند الى الاذن فيكفى كونه عالما بالعوضين بخلاف صورة الاجازة فتدبر .

(قوله قد نه نعم لودل دليل على اعتبار شرط فى ترتيب الاثر الشرعى الخ) مراده بذلك ما دل على اعتبار شرط فى المالك - وعليه - فيرد عليه ما تقدم من انه لا بد من التفصيل بين القول بالنقل او الكشف فراجع .

(قوله قد نه ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد الى زمان الاجازة الخ) اقول يقع الكلام فى موردين (الاول) فى انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الاجازة ام لا - والحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الاجازة الاعلى القول بانها بيع مستأنف اى ايجاب متاخر - او قبول - واما غيرها من الشروط فما كان منها معتبرا فيمن يده زمام العقد يعتبر وجوده حينها لانه حين الاجازة يستند العقد الى المعجز و يصير العقد عقده وما كان منها معتبرا فى حال العقد لا يعتبر وجوده حين الاجازة وما كان منها معتبرا فى المالك يفصل بين القول بالكشف والنقل و على الاول لا يعتبر و على الثانى يعتبر كما تقدم (المورد الثانى) فى انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الاجازة ام لا - الاظهر عدم الاعتبار و يظهر وجهه مما قد منا .

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

(قوله قدده الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل الخ)

اقول يقع الكلام فى مقامين (الاول) فى انه هل يعتبر العلم التفصيلى بالمجاز من حيث العوضين ونوع العقد من البيع والهبة وغيرهما لا يعتبر ذلك (الثانى) فى انه هل يعتبر العلم بوقوع العقد ام يكفى احتمال وقوعه .

اما المقام الاول - فقد استدل لاعتبار العلم بوجوده (الاول) ما فى المتن و هو ان الاجازة احدر كنى العقد اذ المعاهدة الحقيقية انما تحصل من المالكين بعد الاجازة فيشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل (وفيه) ان دليل اعتبار العلم بالعوضين ونوع العقد لودل على اعتباره فى البيع و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلك فى البيع والعقد الانشائى الذى هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلاوجه لاعتباره فى الاجازة لان مجرد الشبهة بالقبول لا يوجب اللاحق فى الحكم والا فلاذن السابق ايضا كك مع انه لا يعتبر فيه ذلك (الثانى) ما افاده المحقق النائنى ره - و هو ان الاجازة لامعنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لوقوع عقد الفضولى على شىء خاص وهو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الادلة الدالة على نفوذ الاجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالامرا لمبهم التى لا اعتبار بها عند العقلاء (وفيه) اولا - انه يمكن الاطلاق فى الاجازة بمعنى تعلقها بما وقع اياها كان وليس ذلك من قبيل الامر المبهم الذى لا واقع له - وثانيا - انه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الامر كونها من قبيل اجازة المجهول وهى كالاذن فى المجهول لاشكال فيها (وبالمجمله) ان الاذن فى المبهم لعدم كون المبهم مماله واقع لا يصح و كك اجازته و اما الاذن فى المجهول فلاظهر عدم المحذور فيه و كك الاجازة المتعلقة به (الثالث) ما افاده المحقق النائنى ره ايضا وهو ان الاجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج فى عموم نهى النبى (ص)

عن الغرر (وفيه) اولاً ان الغرر المنفى مختص (١) بالبيع - وثانياً انه على فرض العموم لا اشكال في عدم كون التوكيل والاذن مشمولين للمنفى اذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيهما وكذا الاجازة (الرابع) ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الاجازة ففي الحقيقة هي تكون معاملة وبيعاً فيعتبر ان لا تكون غررية (وفيه) ان المنفى هو البيع الغررى وهو ظاهر في الانشائي منه كما تقدم فالأظهر انه لا يعتبر العلم بالمجاز .

واما المقام الثانى فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين (الاول) ما فى المتن وهو ان الاجازة احد ركنى العقد فلا يصح التعليق فيها و بعبارة اخرى انها فى معناه فالتعليق مبطل لها (وفيه) ان مدرك مبطلية التعليق هو الاجماع والمتيقن منه التعليق فى البيع الانشائي ولا يشمل البيع الحقيقى وما فى معنى البيع (الثانى) ما افاده المحقق الثانى ره وهو ان بها يتحقق الاستناد وهى من الايقاعات والايقاع لا يقبل التعليق (وفيه) ان الايقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الانشاء ولا دليل على بطلانه به - مع - انه لو سلم ذلك فانما هو فى التعليق على غير القيود التى يتوقف عليها - و الا فلا دليل على البطلان - و المقام من هذا القبيل لتوقف الاجازة على صدور العقد - فالأظهر عدم اعتبار العلم به فيكفى مجرد احتماله فيجيزه على تقدير وقوعه اذا انكشف وقوعه .

حكم العقود المترتبة

(قوله قدده الثالث المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير واما العقد الواقع على عوضه الخ) اقول ان الاصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على

١- الوسائل - باب ٢٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرک باب ٣١

من ابواب آداب التجارة حديث ١ - وسنن يهقى ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذى ج ٣ -

ص ٥٣٢ - واخرجه مسلم - وابوداود - فى كتاب البيوع -

مال الغير توجب صحته وصحة ما بعده من العقود - و اجازة العقد الواقع على بدله
توجب صحته وصحة ما قبله - ومحل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب
الانتقالى لا الزمانى فلو باع العين شخص واحد من متعدد فوضو لا كانت العقود عرضية
من حيث الصحة لاطولية وخارجة عما هو محل الكلام - وتعاقبها اما ان يكون بوقوعها
من اشخاص متعددة واما بتعاقبها على ائمان عديدة (ثم ان) المراد من العوض فى كلماتهم
على ما صرح به المصنف ره هو الثمن الكلى وبعبارة اخرى ان محل البحث هى صورة
ترامى الاثمان لا ورود العقود على العوض الشخصى (ثم ان) العقود المتعددة اما واقعة
على مال الغير او على عوضه بان يكون العوض فى كل عقد معوضا فى الآخر - وعلى كل
تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري فى كل طبقة او غيره لا كلام فى ان للمالك اجازة
اى منها شاء - انما الكلام فى انه اذا اجاز عقد اهل يوجب ذلك صحة غيره ام لا .

ولتنقيح ذلك اقول - ان المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك - او آخر عقد
واقع عليه - او وسط واقع بين سابق ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط (والمراد
من المورد اعم من الثمن والمثمن فى العقد الوسط وايضا المراد من الوقوع على المورد
اعم من كون المورد فى ذلك العقد ثمنا او مثمنا) او واردين على بدل مورده - او كون
السابق واردا على مورده واللاحق وارداً على بدل مورده - او بالعكس فهذه ست صور
للعقود الواردة على المعوض واما الواقعة على العوض - فهى ايضا كك - لان المجاز اما
ان يكون اول عقد واقع عليه - او آخر عقد او وسط بين سابق ولاحق واردين على مورده او
بدل مورده - او يكون السابق على المورد واللاحق على بدله - او بالعكس فمجموع الصور
اثنتا عشرة ، ستة للفرض الاول وستة للفرض الثانى وجمع المصنف ره الكل فيما اذا باع
عبد المالك بفرس ثم باعه المشتري بكتاب ثم باعه الثالث بدينار - وباع البايع الفرس بدرهم و
باع الثالث الدينار بجارية وباع بايع الفرس الدرهم برغيف ثم بيع الدرهم بحمار
وبيع الرغيف بعسل - و جامعة هذا المثال لجميع الصور يظهر من التصوير التالى
تأمل تعرف .

(صور العقود الواقعة على العوض)	(صور العقود الواقعة على المعوض)
بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس	بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس
بيع الدرهم برغيف بيع الدرهم بحمار	بيع العبد بكتاب
بيع الرغيف بعسل	بيع العبد بدينار
١ - اول عقد واقع على العوض - بيع	١ - اول عقد واقع على المعوض - بيع العبد
الفرس بدرهم	بفرس
٢ - آخر عقد واقع عليه - بيع الرغيف بعسل	٢ - آخر عقد واقع عليه - بيع العبد بدينار
٣ - الوسط الواقع بين واقعين على مورده	٣ - الوسط الواقع عليه - الواقع بين
بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع الفرس	الواقعين على مورده - بيع العبد بكتاب
بدرهم - وبيع الدرهم بحمار	الواقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار
٤ - الوسط الواقع بين سابق واقع على	٤ - الوسط الواقع بين واقعين على بدل
بدل مورده ولاحق واقع على مورده يبيع	مورده يبيع العبد بكتاب الواقع بين بيع
الدرهم برغيف الواقع بين بيع العبد	الفرس الذى هو بدل للعبد فى العقد الاول
بفرس - وبيع الدرهم بحمار .	بدرهم و بين بيع الدينار الذى هو البدل
٥ - الوسط الواقع بين واقعين على بدل	للعبد فى العقد الاخر بجمارية .
مورده - بيع الدرهم بحمار الواقع بين	٥-٦ - وبذلك ظهر الواقع بين المختلفين
بيع العبد بفرس - وبيع الرغيف بعسل	
٦ - الوسط الواقع بين سابق واقع على	
مورده وهو يبيع الدرهم برغيف ولا حق	
واقع على بدل مورده وهو يبيع الرغيف	
بعسل - وهو ايضا يبيع الدرهم بحمار	

هذا كله فى تطبيق المثال الذى ذكره المصنف على جميع الصور.

ثم انه يقع الكلام فى بيان حكم العقود المترتبة - فالضابط - ان الاجازة كما توجب صحة المجاز - توجب صحة ما قبله مما يتوقف عليه وما بعده مما يكون

من احكامه - وبعبارة اخرى - توجب صحة ما يكون في سلسلة علله ومعلوله (توضيح ذلك) بنحو يظهر حكم جميع الصور - يقتضى التكلم في مواضع (الاول) في العقود الواقعة على شخص مال المالك وما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض و بيان انه لو اجاز المالك العقد الواقع على ماله اى عقد يصح بهذه الاجازة ومثال 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) - (الثانى) في العقود الواقعة على الثمن الشخصى وهو الثمن الواقع عوضا فى البيع الاول وهو الفرس وما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على عوضه - ومثال 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) فى العقود الواقعة على الثمن الكلى - وما سبقه و لحقه من العقود ومثال 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 بحمار - ثم بيع الرغيف بعسل) ثم انه فى هذه المواضع تارة يعجز المالك اول العقود - واخرى آخرها - وثالثة الوسط منها - فاذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الاول - والاخر .

فاقول مستعينا بالله تعالى انه فى الموضع الاول لو اجاز العقد الوسط منها وهو بيع العبد بكتاب - يكون ذلك فسحا بالنسبة الى ما قبله سواء اكان واقعا على نفس مال المالك وهو بيع العبد بفرس - او واقعا على عوضه فى ذلك العقد وهو بيع الفرس بدرهم بمعنى انه يفوت بذلك محل الاجازة بالنسبة الى المالك - للخروج عن تحت سلطنته وعدم توقف صحة المجاز عليهما نعم لمن انتقل اليه العبد اجازة بيع العبد بفرس بناء على عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل - ومطلقا بناء على القول بالكشف وله اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس اليه ولو اجاز اولا بيع الفرس - يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه

عليه - ولولم يجز من انتقل اليه المال ببعه ولا يبيع عوضه فلمالك الفرس ح اجازة ببعه بدرهم واما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال وهو يبيع العبد بدينار او عوضه فى العقد اللاحق و هو يبيع الدينار بجارية - فعلى القول بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الاجازة لوقوعها فى ملك ملاكها - و اما بناء على القول بالنقل فيبتنى على المسألة المتقدمة وهى عدم اشتراط الملكية حين العقد - واما الواقع على عوض هذا المجاز وهو بيع الكتاب بحنطة فلا يلزم بلزوم هذا العقد لان لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب فى ملكه فله اجازة العقد الواقع على كتابه - فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقة غير تام .

واما الموضع الثانى فالحكم فيه هو الحكم فى الموضع الاول الا فى مورد واحد (توضيح ذلك) انه اذا تعلقت الاجازة بالعقد الوسط - وهو بيع الفرس بحمار - فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن - و هو بيع الفرس بدرهم - و على بدله - وهو بيع الدرهم بالعلل - يكون فسحا بالتقريب المتقدم - و اما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن و هو بيع الفرس بالدار - وعلى عوضه فى العقد اللاحق وهو بيع الدار بكتاب فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف - او على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل - واما ما وقع على عوضه فى المجاز وهو بيع الحمار بجارية فلا يصح باجازه ذلك لما تقدم هذا فيما يشترك فيه الموضعان (واما) ما يختص به هذا الموضع وهو ان الاجازة فى هذا - توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك اولا وهو بيع العبد بفرس - والا لم يصر الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه - فظهر انه لا وجه للقول بانها توجب فسخ العقود اللاحقة .

و اما الموضع الثالث فلو اجاز العقد الوسط و هو بيع الدرهم برغيف - فبالنسبة الى ما بعده من العقود - يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه - وما وقع على ما انتقل اليه - فالبيع الواقع على ما انتقل اليه وهو بيع الرغيف بعسل لا يصح بهذه الاجازة لانها اوجبت دخول المعوض فى ملكه فله اجازة العقد الواقع عليه ايضا -

واما 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 الكلى - او الشخصى على القول بالكشف او عدم اشتراط الملكية على النقل (اما الاول) فلانه اذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح (واما الثانى) فلان صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له اذ لو لم يصر الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف - و صحة بيع الفرس بدرهم ايضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس (واما الثالث) فلانه اذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت - فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان فى ملكه .

ثم انه من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصى مرات ثم العقد على الثمن الكلى او العكس او غير ذلك من الفروض .

كما انه ظهر ما فى اطلاق كلام الشهيد قده من ان العقود الواقعة على المبيع لو اجاز المالك الوسط منها صح وما بعده - وفى الثمن ينعكس الامر .
كما انه ظهر ما فى اطلاق كلام المصنف ره من انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسخا لما قبله واجازة لما بعده وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر - اذ يرد عليه انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد مع ذلك يكون اجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت - وكك لو فرضنا ترتب العقود فى الثمن الكلى من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله فالاولى فى بيان الضابط ما ذكرناه فافهم واغتنم -

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

(قوله قده ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب الخ) اقول منشأ الاشكال هو فتوى الاصحاب

بانه اذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع اليه و مطالبته بالمثل او القيمة - وعليه - فينبغي التكلم في مقامين - الاول - في المنشأ - الثاني - فيما نشأ عنه - اما المقام الاول ففيه مسائل .

الاولى في ان التسليم اليه مملك له اياه او مبيع للتصرفات - ام لا - فقد استدل للاول بوجهين (الاول) ان الاصحاب حكموا بانه اذا رجع المالك الى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن ولولا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس على اموالهم (وفيه) مضافا الى عدم تسالم الاصحاب على ذلك بل هناك قولان آخران - احدهما الضمان مطلقا - ثانيهما الضمان مع بقاء العين - ان الاسباب المملوكة مضبوطة وليس التسليط بعنوان العوضية منها - واما اباحة التصرفات فلا بد وان تكون اما بفعل المالك او بحكم الشارع وشيء منهما ليس في المقام (الثاني) انهم حكموا بعدم الضمان في صورة الاتلاف فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا لان اتلاف مال الغير موجب للضمان (وفيه) مضافا الى ما تقدم ان عدم الضمان لازم اعم للملك ولما اذن مالكة في الاتلاف .

الثانية في انه هل يجوز الرجوع في المدفوع مع بقاءه ام لا - الاظهر هو الاول اما بناء على ما عرفت في المسألة الاولى فواضح - واما بناء على القول الاخر فكذلك بناء على كون التسليط مبيحا للتصرفات - واما على القول بكونه مملوكا فلانه لو سلم ذلك كان هبة ويجوز الرجوع في الموهوب مع بقاءه .

المسألة الثالثة في انه هل يجوز الرجوع الى البذل اذا اتلفه الغاصب ام لا قد استدل للثاني بوجوه (الاول) الاجماع (وفيه) مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم انه لم يثبت كونه اجماعا تعديا (الثاني) ما افاده المحقق النائيني ره - و هو ان الضمان اما معاوضي او بدعي - وشيء منهما لا مورد له في المقام - اما الاول - فلعلمه بانه ليس المثلن له - واما الثاني - فلعلم المشتري بكونه غاصبا ولازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده (وفيه) انه انما يدفعه عوضا

عن المبيع لامجناً فيكون من صغريات ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده (الثالث) ما افاده المتحقق الاصفهاني ره وهو ان اقباضه الثمن اياه ليس اقباضاً وقائياً اذ لازم نفوذ المعاملة باجازة المالك اقباضه للمالك فهذا الاقباض الخارجى تسليط منه للغاصب على ماله برضاه واختياره فوضع يده عليه باذن المالك وكذا تصرفاته فلا يكون ضامناً با تلافه الثمن (وفيه) ان الاقباض ان كان بعنوان انه مالك او ليوصله الى مالكه لا يكون اذناله فى التصرف والاتلاف مطلقاً - فالأظهر جواز الرجوع اليه فى صورة الاتلاف - وبما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ .

واما المقام الثانى فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل وتسليم المنشأ - وملخص القول فيه بعد التنبيه على امره هو ان مورد الاشكال انما هو الثمن الشخصى لا الكلى اذ غاية ما يلزم على الثانى صيرورة المدفوع ملكاً للغاصب ولكن الثمن يكون باقياً . انه وقع الاشكال من جهات .

الاولى من جهة البيع الاول الواقع على مال المالك - و تقرب الاشكال من هذه الجهة - و جهان (الاول) ان المشتري العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشتراؤه منه الى هبة وتملك للمبيع مجاناً - او الى هبة واستنقاذ للمبيع لعدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية ولازم ذلك عدم صحة البيع الاول - والجواب عنه ما ذكرناه مفصلاً فى بيع الغاصب لنفسه (الثانى) ان المشتري مع العلم بالغصبة اذا اقبض الثمن اياه يكون ذلك ملكاً وتسليطاً مجاناً فيبقى المبيع بلا ثمن (وفيه) مضافاً الى ما عرفت من فساد المبنى - انه لو تم فانما يتم على القول بالنقل ولا يتم على القول بالكشف اذ عليه يكون التسليط تسليطاً على مال الغير وهو لا يكون ملكاً (مع) انه لا يتم لانه لو سلم كونه تسليطاً مجاناً فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن وهو كونه ملكاً فى فرض عدم الاجازة فتدبر .

الثانية من جهة تنابع العقود وحاصله - ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى اتلافه فاذا اجاز ذلك فباع الثمن الغاصب او اشترى به شيئاً فقد خرج عن ملك مالكه

ودخل بدله في ملك الغاصب على ما يقتضيه الاذن في التصرفات حتى الناقلة اما بدخوله في ملكه قبل التصرف الناقل وخروجه عن ملكه - او بخروج الثمن عن ملك المشتري ودخول بدله في ملك الغاصب على اختلاف المسلكين في حقيقة البيع - فالبيع الثاني وكذا ما بعده من البيوع ليس للمالك اجازته لانه لا معنى لاجازة العقد الوارد على مملكه عاقده - ولازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الاول في صورة التنابع - لانه يكون البيع بقاء بلا ثمن و بعبارة اخرى يكون من قبيل تلف الثمن قبل الاجازة ويرده الاشكالات الثلاثة التي اوردها على الاشكال من الجهة الاولى .

الثالثة من جهة اجازة غير العقد الاول وحاصله على ما ذكره المصنف ره في ذيل شرح عبارة الايضاح - ان اجازة المالك للبيع الثاني الواقع على عوض ماله وتأثيره في صحة ذلك العقد من الفضولي تتوقف على ان يكون المبيع ملكه والافاجازته اياه اجازة الاجنبي - وكون ذلك المبيع ملكه يتوقف على اجازته المستلزمة لاجازة العقد الاول الموجبة لدخول المبيع في ملكه - وهذا دور واضح - (وفيه اولاً) ان هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشتري بالغصب (وثانياً) انه لا يختص تنابع العقود بما اذا اجاز الكل باجازة واحدة فله ان يجيز مترتباً (وثالثاً) انه لو اجاز العقد الثاني تنحل اجازته الى اجازتين احدهما متعلقة بالعقد الثاني مطابقة - والاخرى متعلقة بالاول التزاماً - وهما متحققتان فعلاً ومؤثرتان بالترتيب - فاجازة العقد الثاني توجب اولاً دخول الثمن في ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه ودخوله في ملك المشتري في العقد الثاني - ولا محذور في ذلك .

(قوله قدده ولو بقي ففيه الوجهان الخ) مبنيان على ان التسليط في صورة العلم بالغصب تملك او اذن في الاتلاف اذ على الاول لا يجوز الرجوع الا من باب جواز الرجوع في الهبة بغير ذي رحم - وعلى الثاني يجوز .

(قوله قدده و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن الخ) توضيحه - ان العقد انما يؤثر اثره ناقصاً يتم بالاجازة و يزول بالرد فمع سبق هذا

الاثـر الناقص لامورـد لتأثير تسليط المشتري (وفيه) ان اثـر العقد هو الملكية وهى ليست ذات مراتب كى يتحقق بعضها بالعقد وبعضها بالاجازة كما تقدم .

(قوله قدده لان اجازة مالك المبيع له موقوفة الخ) هذا اشارة الى الاشكال من الجهة الثالثة (قوله قدده وكذا الاشكال فى اجازة العقد الواقع الخ) هذا اشارة الى الاشكال من الجهة الثانية .

فى احكام الرد

(قوله قدده فى احكام الرد - لا يتحقق الرد قولاً الا بقوله فسخت الخ)
اقول الكلام فى المقام يقع فى موضعين - الاول - فى الرد الموجب لحل العقد -
الثانى - فى تصرفات المالك قبل الاجازة .

اما الموضع الاول - فبعد ما عرفت من تأثير الاجازة بعد الرد و ان الرد لا يوجب حل العقد وليس مفاده الاعداء لامورـد للبحث عن تحققه باى شىء - واما على المسلك الاخر - فلا ينبغي التوقف فى عدم تحققه بالبناء القلبي من غير ان يظهر لكونه من الانشائيات كما لا توقف فى تحققه بالقول فى الجملة - وبالفعل الذى يكون مصداقاً للرد - انما الكلام فى انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا - وقد اختار المصنفه عدم التحقق لاصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل وقابلته من طرف المجيز (اقول) مدرك عدم تأثير الاجازة بعد الرد ان كان هو الاجماع وحيث انه دليل لى لا اطلاق له فيتعين الاقتصار على المتيقن وهو عدم تأثير الاجازة بعد الرد بالقول الصريح واما لو كان المدرك قاعدة السلطنة - فبناء على كونها ناظرة الى الاسباب - كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كك .

و اما الموضع الثانى - فالكلام فيه يقع فى مقامين - الاول - فى التصرفات المخرجة عن الملك - الثانى - فى غير المخرجة .

اما الاول فعلى النقل لا كلام فى انها توجب فوت محل الاجازة بالنسبة

الى المالك - فان المال باق على ملكه و تصرف المالك فيه اياه نافذ شرعا - فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف - و كك على الكشف الانقباسى والحكمسى (واما) على الكشف الحقيقى بنحو الشرط المتأخر - فقد يتوهم - ان الاجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد فيكون التصرف المخرج واقعا على ملك الغير - و اوضحه المحقق الاصفهاني ره - بان صحة العقدين معامستحيلة فلا بد من رفع اليد عن احدا البيعين - وحيث انه يؤثر الاجازة فى الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الاجازة - فلا محالة يكون الملكية الى حال العقد كافية فى تأثير الاجازة - وعليه - فالاجازة فى المقام صالحة للتأثير - و يترتب عليه عدم نفوذ العقد الثانى لوقوعه فى ملك الغير - وهذا بخلاف العقد الثانى فانه غير صالح للتأثير فان تأثيره دورى لتوقفه على بقاء المال على ملك ماله حال البيع وهو متوقف على عدم صحة العقد المجاز وهو متوقف على عدم كون المال ملكا له مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثانى فيدور (ولكن) يرد عليه انه يعتبر فى تأثير الاجازة حتى على الكشف كون زمام امر البيع بيد المجيز وانه اذا لم يجز يكون المال ملكا له - و هذا مع وقوع العقد الثانى مفقود فانه بعد وقوعه وخروج المال عن ملكه ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز - فالتصرفات المخرجة عن الملك اعم من الناقلة و المتلفة توجب تفويت محل الاجازة بالاضافة الى المتصرف مطلقا .

واما المقام الثانى - فالكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فى التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد وبعبارة اخرى التصرف المنافى لملك المشتري من حين العقد (الثانى) فى التصرف غير المخرج (اما الاول) فقد مثل له المصنف ره باستيلاء الجارية - و اجارة الدابة - وتوزيع الامة - و زاد بعضهم جعل حق للغير فى المال كالرهن اقول .

اما الاستيلاء - فالحق انه مانع عن تأثير الاجازة من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف - اما على الاول فواضح فان الانتقال انما يكون فى حال كونها ام ولد - واما

على الثانى - فلانه وان كان زمان الملكية من حين العقد وقبل الاستيلاء - الا ان البيع انما يصير بيعه من حين الاجازة وان كان اثره من قبل فيشمله مادل على عدم جواز بيع الامة المستولدة .

و اما اجارة الدابة فالاقوال فيها ثلاثة - الاول - ما فى المتن وهو صحة الاجارة و بطلان البيع - الثانى - صحتها معا والرجوع الى البدل بالاضافة الى المنفعة المستوفاة بالاجارة - الثالث - وقوعهما صحيحاً مع ثبوت الخيار للمشتري (والحق) فى المقام ان يقال انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث - اما صحة الاجارة فلو وقعها من المالك الفعلى - و اما صحة البيع فلان مورده العين وهى لم تخرج عن ملك المجيز فاجازته اجازة صادرة من اهله واقعة فى محله - واما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الاجارة وجهل المشتري فلانه لم يرد اتلاف على ملكه وانما انتقل اليه الملك مسلوب المنفعة ولازم ذلك ثبوت الخيار (واما) بناءً على الكشف الانقلابى - فلا بد من اختيار الثانى - اما صحة البيع والاجارة فلما تقدم - واما الرجوع الى البدل - فلانه اذا انقلب العين وصارت ملكا للمشتري بالاجازة انقلبت المنافع ايضا - وحيث ان المالك اتلفها من حين الاجارة بعقد صحيح لزم الرجوع الى البدل (و اما) على الكشف الحقيقى فالمتعين صحة البيع وبطلان الاجارة اما صحة البيع فلان الاجازة صادرة من اهله - و اما بطلان الاجارة فلكشف الاجازة عن وقوع الاجارة على مال الغير (فتحصل) ان القول الاول لادليل عليه .

واما تزويج الامة فعلى الكشف الحقيقى باطل الا اذا اجاز مال كلها لانه تزويج لامة الغير المستكشف ذلك من الاجازة - واما على النقل فالاجازة تكون كييعها بعد التزويج وبه يظهر حكمها على الكشف الانقلابى .

و اما مسألة الرهن فعلى القول بالنقل - يكون الرهن صحيحا وليس للمالك اجازة البيع بعده لكونه ممنوعا من التصرف - وكك على القول بالكشف الانقلابى - واما على الكشف الحقيقى فيمكن البناء على تأثير الاجازة وانكشاف بطلان الرهن

لكونه رهنا لمال الغير فتأمل

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

واما المورد الثانى - فالكلام فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى انه هل يكون فعل مصداقا للرد كى يصح انشاء الرد به ام لا - وقد ذهب المحقق النائينى ره الى الثانى (وفيه) ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون ردا بالحمل الشايع وكك الكتابة - فهما مصداقان للرد الفعلى (الثانية) فى ان الافعال غير المنافية لملك المشتري هل يتحقق بها الرادام لا - وتلك الافعال على قسمين - الاول ما يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله - الثانى ما يقع فى حال عدم الالتفات. اما القسم الاول فقد ذهب المصنف ره الى تحقق الرد به - واستدل له (بصدق) الرد عليه فيشملة ما دل على ان للمالك الرد مثل ما ورد فى نكاح العبد والامة بغير اذن مولاه كموثق (١) زرارة عن الباقر (ع) عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازته وان شاء فرق بينهما - ونحوه غيره - وما ورد فيمن زوجته امه وهو غائب كخبر (٢) محمد بن مسلم عن الباقر (ع) عن رجل زوجته امه وهو غائب قال - (ع) النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزوجه فالمهر لازم لاه - (وبان) المانع عن صحة الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى وهو خروج المعجز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد (وبفحوى) الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل فان الوجه فى تحقق الفسخ هو دلالة على قصد فسخ البيع - فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى .

وفى الكل نظر (اما الاول) فلان غاية ما تدل عليه هذه الادلة انما هو عدم صحة العقد

١- الوسائل - باب ٢٤ من ابواب نكاح العبد والامة حديث ١

٢- الوسائل - باب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٣

مع الترك والتفريق - ولاتدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الاجازة بعده الذى هو محل الكلام (مع) انه لو سلم دلالتها على ان له الرد - يرد عليه ما ذكره به بقوله - الا ان يقال ان الاطلاق مسوق الخ وحاصله انه لا اطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد ولعله يختص بالقول (واما الثانى) فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احدا الطرفين بنحو لا يؤثر اجازته فى انتساب العقد اليه وصيرورته طرفا للعقد (واما الثالث) فلانه يمكن ان يكون نظر المجمعين او بعضهم فى هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لادالتها على الفسخ - وهذا وان كان خلاف التحقيق كمانه به عليه الا ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به فى الاصل فضلا عن الفرع (مع) ان الاولوية ممنوعة اذ الدفع وان كان اهون من الرفع الا ان الرد فى المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك - فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذى الخيار ارجاع للسلطنة والرد فى المقام اعدام لها لاموردد للتشبث بالاولوية هذا كله مضافا الى ان تلك الافعال المفروضة فى حال الالتفات لاتلزم انشاء الرد بهابل تلائم مع عدم الرد مثلا التعريض للبيع يمكن ان يكون للتححر عن مشتر يدفع اكثر مما دفعه المشتري الاول فان حصل دفع اليه والا اجازييع الفضولى وعليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد (فالحق) ان يقال ان منشأ عدم تأثير الاجازة بعد الرد ان كان هو الاجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي بل ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ فى الرد فالاجازة بعده تؤثر - وان كان مدركه دليل (١) السلطنة - وقلنا ان له اطلاقا من حيث الاسباب واحرزنا من الخارج انشاء الرد بهذه الافعال - كان الرد المانع عن تأثير الاجازة متحققا بالافعال المفروضة والا فلا.

واما القسم الثانى فالظاهر انه لا يتحقق به الرد لانه من الانشائيات المتقومة بالعقد المفقود مع عدم الالتفات (وما) افتوا به من ان انكار الطلاق رجوع - فانما هو للنص (٢) الخاص (مع) انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى

انقضاء العدة ثابتة - والنشيث بها رجوع - وانكار الطلاق تشبث بها - وعلى كل تقدير لا يكون مربوطا بالمقام

(قوله قدده ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى اوضح الخ) والوجه في اوضحيته ان مناط صحة تصرف الوكيل اذن المالك ورضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف وان لم ينشأ - واما الوصية - فهي جزء السبب وجزئه الاخر موت الموصى فلو ارتفع الرضا في الاثناء لم يؤثر لحقوق الجزء الاخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لامن باب تحقق الرد .

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

قوله قدده مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده فهو والا فله انتزاعه الخ اقول انه لو لم يجز المالك فان كان المال في يده فهو - والا - فتارة تكون العين باقية واخرى تكون تالفة - فان كانت باقية ينتزعها ممن وجدها في يده وله الرجوع الى غيره ممن دخلت تحت يده - واما حكم منافعها فقد تقدم في البيع الفاسد - وان كانت تالفة - فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده وقرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده - فان رجع الى الفضولي ياتي 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 - وان رجع الى المشتري - لا يبقى مورد لاحتمال الرجوع اليه بقيمة يوم الغصب او اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب ازيد من ساير الايام لان العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامنا لتلك القيمة - وبما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية .

حكم رجوع المشتري الى الغاصب

(قوله قدده الاولى انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا الخ) الكلام في هذه المسألة - يقع في موردين (الاول) فيما اذا كان جاهلا بكونه فضوليا

(الثاني) فيما اذا كان عالما به .

اما في المورد الاول - فتارة ينكشف عند المشتري كذب البائع وانه فضولي -
واخرى ينكشف كذب الاخر ويعلم انه مالك - وثالثة لا ينكشف شيء منهما - لاشكال
في جواز الرجوع في الصورة الاولى - وعدم جوازه في الصورة الثانية (واما) في
الصورة الثالثة - فان اقام المالك البيئة لكونه ملكا له يجوز الرجوع اليه لانه يصير
البيع باطلا بحكم الشارع وبعبارة اخرى تكون البيئة حجة في ثبوتها فيثبت بها كون
البيع بيعا لمال الغير وعدم كون البائع مالكا وكونه فضوليا ويترتب عليه جواز
الرجوع - وكك لو اقر البائع بذلك واما ان كان اخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف
المردود من البائع فغاية ما يثبت به اخذ المبيع ولا يثبت به كون البيع واقعا على مال
الغير - وبعبارة اخرى لا يكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعى -
وعليه فلا وجه لرجوعه الى البائع .

واما المورد الثاني فان كان الثمن باقيا استرده - لما تقدم من عدم صيرورة المدفوع
الى الفضولي والغاصب بعنوان العوضية ملكا له - وعلى فرض الملكية فغايبته كونه هبة
و يجوز الرجوع في الموهوب - وقد ذكر المصنف ره وجهين آخرين لجواز
الاسترداد (احدهما) 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 (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 قد من
انه يمكن ان يكون الدفع تمليكيا على تقدير عدم الاجازة - وان كان الثمن تالفا - فالمعروف
انه لا يجوز الرجوع - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - وقد استدلل لجواز الرجوع
وللضمان بوجوه .

احدها ما استند اليه المصنفه وهوان اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان - نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان ففاسده كك (وفيه اولا) ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية فى قبال ساير مقتضيات الضمان بل مدر كها عموم على اليد (١) فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و المصنف ره حيث منع من دلالة اليد على الضمان فى المقام فلا مورد لتامله و ميله الى الضمان بل افتائه به مستندا اليها (وثانيا) ان هذه القاعدة غاية ماتدل عليه هو الضمان واما ان الضامن هو الغاصب البايع او المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة - والعلم بعدم ضمانه فى المقام من جهة التخصيص او التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك فى المقام - لا يوجب صرف الضمان الى البايع الغاصب (وثالثا) ان الفاسد لا يصدق على عقد الفضولى بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه . ثانيا قاعدة الاقدام - وقد تقدم فى مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التى عدوها من مقتضيات الضمان لا تكون كك - و انحصار موجب الضمان باليد - والاتلاف وهما فى المقام يقتضيان الضمان (وقد اورد) المصنف على الاستدلال باليد فى المقام بانها وان كانت تقتضى الضمان - الا ان فحوى مادل (٢) على عدم ضمان من استامن المالك ودفعه اليه لحفظه كما فى الوديعة او الانتفاع به كما فى العارية او استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة فان الدفع على هذا الوجه اذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق اولى - (ثم اورد) على نفسه بان التسليط انما يكون فى مقابل العوض (فاجاب) عنه بانه سلطه بازاء مال غيره فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه (ثم اورد) على نفسه - بما حاصله - انه

١ - المبسوط كتاب الغصب - المستدرک باب ١ - من ابواب كتاب الوديعة حديث ١٢

سنن يهقى ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧ -

٢ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب احكام الوديعة - و باب ١ - من ابواب احكام العارية

و باب ٣٢ من ابواب احكام الاجارة .

انما سلطه بازاء مال الغير بعد البناء ولو عدوا ناعلى كونه ملكا له وعليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة فهو يسلطه على وجه يضمنه بماله الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بل بنى المشتري على كون المثلث ملكا للبائع فالتسليط انما يكون فى مقابل ماله حقيقة الا ان كون المثلث مالا له ادعائى (و اجاب عنه) بان المعاملة و التضمن ليست ابتداءً بين الشخصين - فيكون حقيقة المعاملة تضمنين كل منهما للاخر بماله الواقعى و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا ثانويا - بل تكون المعاملة ابتداء بين المالين فيجعل احد المالين بازاء الاخر وضمانيه به و لازم ذلك ضمان المالك السواقى و الغاصب انما طبق عنوان المالك الواقعى على نفسه ادعاء ولذلك راي نفسه هو الضامن فى المعاملة - وحيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامنا .

اقول يرد عليه قده امور (الاول) ان لازم ما ذكره ره من كون التسليط مجانيا - هو جواز تصرفه تكليفا وقد صرح قده قبل ذلك باسطر بعدم جوازه حيث قال وهل يجوز للبائع التصرف فيه وجهان بل قولان اقواهما عدم لانه اكل للمال بالباطل (الثانى) ان ما ذكره لو تم فانما هو فى صورة التلف ولا يتم فى صورة الائتلاف - اذ الحكم الثابت فى الاصل انما هو فى صورة التلف لا الائتلاف (الثالث) ان ما افاده يتم فى التضمن المعاملى واما فى الضمان الثابت باليد المختص بما اذا كان وضع اليد على المال لا باذن من المالك فى التصرف فيه مجانا وبلا عوض فلا يتم - فان من تحت يده المال هو الغاصب والتسليط الخارجى لا يكون مجانيا بل انما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما فما يدفع الى الغاصب انما يدفع اليه بعنوان كونه مال المدفوع اليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كك فى موارد الاستيمان فالفرق بين المقامين واضح (لا يقال) ان التسليط الخارجى بما انه من الافعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور فمن ضرب شخصا باعتقاده عدوله - فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو - ففى المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع اليه الا انه حيث يكون فى الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع (فانه يقال)

ان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجى بما هو كك بل بما انه مبرز
للأذن في التصرف فيه واتلافه الذى هو من المعانى الإيقاعية المتعلقة بالصور الذهنية
وتلك المعانى قابلة للتقييد (فان قلت) انه لا يمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض
كون الضمان المعاوضى مع المالك اذ لا زمه جعل ضمانين لمال واحد (قلت) انه
لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين (فالمتحصل) من مجموع ما ذكرناه انه لا
مخصص لقاعدة اليد والاتلاف - فالأظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الاساطين ومال
اليه جمع من المحققين - وحرمة التصرف فيه - وان حكم ذلك حكم المقبوض
بالبيع الفاسد.

(قوله قدده نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك الخ)
(وفيه) ان عدم تمول العوض في نظر الشارع بل العقلاء لا يوجب كون التسليط مجانيا
بل هو انما يكون بازاء ما بنى المتعاقدان على انه مال فالتسليط يكون بعوض لا مجانا .
(قوله قدده وصرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة الخ) (اورده عليه
المحقق النائنى ره بان الرشوة ليست من قبيل الثمن وليس مقصود الراشى شراء الدين
ولامقصود المرتشى بيعه فلا يلزم عدم الضمان فى مسألة البيع بلائمن عدمه فى باب
الرشوة بل الأقوى ان جهة الضمان فيه هى جهة الضمان فى باب الربا - فالشارع كما
لم يبيع للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة فى المتجانسين لم يبيع له الرشوة
على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشى فحيث ان يده يدعدوان يجب عليه المثل
او القيمة (وفيه) ان الشارع لم يبيع الرشوة بهذا المعنى واما الدفع الخارجى ولو فى
ذلك المقام لو كان تسليطا مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب اثره وبعبارة اخرى حكم
الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع وحرمة التصرف فى المقبوض بذلك فكما
ان ذلك لا ينافى فى حكمه بعدم الضمان فى المورد الثانى لاجل التسليط المجانى كك
لا ينافى حكمه فى الرشوة - فالحق ان حكم الماخوذ رشوة اذا كان بازاء الحكم لا ما اذا
كان الداعى للاعطاء هو الحكم - حكم المقبوض فى المقام وفى باب البيع الفاسد - ثم ان

هذا كله في صورة الرد.

واما في صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن .

و اما 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 وكان المقبوض باقياً - فان لم يجز الاقباض او اجازته و بنينا على عدم قابليته للاجازة ليس للمالك اى مالك المبيع الا الرجوع الى المشتري - لان المقبوض لامساس له به - و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثير الاجازة فيه فله الرجوع الى البائع دون المشتري لان ذمة المشتري برئت من الضمان و ماله دخل تحت يد البائع فيراجعه - و لا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل او الكشف (و ان) كان الثمن كلياً و كان المقبوض تالفاً - فان لم يجز الاقباض او اجازته و بنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع الى المشتري خاصة كما تقدم من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف - و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها فيه - فعلى القول بان اجازة الاقباض كاشفة عن كون الاقباض من الاول كان قباضاً للمالك كما ان اجازة العقد كاشفة - للمالك الرجوع الى البائع في صورة الانلاف دون التلف اذ ليس على الامين شئ الا مع فرض الانلاف و على القول بان اجازته ناقلة اما للبناء على النقل مطلقاً او في خصوص اجازة الاقباض شبهها - لاثار لهذه الاجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته فلا بد وان يرجع الى المشتري خاصة.

و ان كان الثمن شخصياً و باقياً و اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها - له الرجوع الى البائع خاصة من غير فرق بين القول بالنقل او الكشف - و ان لم يجز الاقباض او اجازته و بنينا على عدم تأثيرها - فله الرجوع الى كل منهما اى البائع و المشتري على المسلكين - اما رجوعه الى البائع فلكون ماله تحت يده و اما رجوعه الى المشتري فللزوم التسليم عليه (و ان) كان الثمن شخصياً و تالفاً - فبناء على النقل مطلقاً او في خصوص اجازة الاقباض لا يبقى مورد اجازة الاقباض فيفسخ العقد لان كل مبيع تلف قبل

قبضه فهو من مال صاحبه فتأمل - واما بناء على القول بالكشف حتى في الاجازة واجاز
الاقباض - فليس للمالك الرجوع الى البايع ولا الى المشتري - اما عدم الرجوع الى
الاول فلانه امين - واما عدم رجوعه الى الثاني فلتسلمه الثمن - نعم - في فرض الاتلاف
يرجع الى البايع .

فتحصل انه في بعض الفروض يرجع الى اى منهما شاء وفي بعضها لا يرجع
اليهما - وفي بعضها يرجع الى المشتري فقط وفي بعضها الى البايع - وفي بعضها
يبطال العقد .

في الغرامة التي غرمها المشتري

(قوله قدده المسالة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك غير الثمن فاما
ان يكون من مقابل العين الخ) المراد من الاغترام للمالك اعم مما يدفع اليه او يصرف
في اصلاح ملكه - اول دفع النوائب عنه (وعليه) 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 - واخذ 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 ونحو ذلك (ثم ان) محل الكلام في المقام - ليس الا
رجوع المشتري الى البايع بعد رجوع المالك اليه واما رجوع المالك الى المشتري فهو
مفروغ عنه في هذا البحث - كما ان محل الكلام صورة الردود الاجازة .

ثم ان الكلام تارة يقع في صورة العلم بالفضولية و اخرى في صورة الجهل بها
(اما في الاولى) فالظاهر انه لا خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري الى البايع - لعدم الدليل
عليه - وقد يقال انه يستثنى من ذلك موردان - الاول - ما اذا ادعى البايع الاذن من المالك
- الثاني - ما اذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات اذا لم يجز المالك (اقول) اما في المورد
الاول - فمجرد دعوى الاذن لا يوجب الاستناد اليه كي يصح دعوى الغرور - واما في المورد

الثانى - فان كان الالتزام على الوجه الشرعى فهو الموجب للرجوع والافلاموجب له .
واما فى الصورة الثانية - فقبل بيان حكم الاقسام لابد من بيان القواعد التى استندوا اليها
فى الحكم فى المقام - منها قاعدة (١) نفى الضرر حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى
البائع ضرر عليه فتنفيه القاعدة (وفيه اولا) ما حقق فى محله - من ان قاعدة نفى الضرر نافية
للاحكام ولا تصلح لاثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها (وثانيا) ان الحكم بضمنان
البائع ضرر عليه فيتعارض الضرران - فلا يظهر انه لامورد لها فى المقام .

ومنها قاعدة التسبب - اى قوة السبب على المباشر - واستدلوا بها بالاجماع
المحكى عن الايضاح على تقديم السبب على المباشر اذا كان اقوى وبقاعدة الائتلاف (٢)
(اقول) ان المتيقن من معقد الاجماع وما يستفاد من القاعدة انما هو فيما اذا لم يتوسط بين
فعل الفاعل والاثر المترتب عليه فعل فاعل مختار (توضيح ذلك) ان السبب على اقسام
ثلاثة (الاول) ما اذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر ويكون المباشر غير
مختار ولم يصدر عنه الفعل باختياره - وفى هذا القسم يتم ما ذكر والدليلان يدلان على
الضمان على السبب (وعد) المحقق النائنى ره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود
الزور وفعل المكروه باكرهه الجائر - نظر الى ان الفعل لا يستند الى المباشر شرعاً لكونه
واجبا عليه (وفيه) ان الوجوب الشرعى لا يوجب رفع الضمان - الا ترى - انه لو اضطر
الى اكل مال الغير ووجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان بل هو
ضامن - ففى مسألة المكروه للمالك الرجوع الى المكروه بالفتح - نعم - فى مسألة حكم
الحاكم ليس له الرجوع اليه للنصوص الخاصة (الثانى) ما اذا كان السبب محدثا
للداعى للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب كمن علم غيره طريق سرقة الاموال و
فى هذا القسم لا وجه للضمان على السبب والوجهان لا يدلان عليه (الثالث) ما اذا كان
الفعل مستندا الى المباشر - والضمان المترتب عليه مستندا الى السبب كمن قدم الى
غيره طعاما لياكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له - وفى هذا القسم وان كان المتجه

١- الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٤-٥

٢- قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار -

الضمان ولكن لا لما تقدم من الاجماع وقاعدة الاتلاف فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفا ولا يكون الاجماع عليه تعديا - بل لقواعد اخر - فأتضح ان قاعدة التسبب من حيث هي لاموضوعية لها .

ومنها قاعدة الغرور، واستندوا فيها الى امور (احدها) الاجماع (ثانيها) قاعدة (١) نفى الضرر - نسب ذلك الى الرياض (ثالثها) قاعدة الاتلاف من باب قوة السبب على المباشر (رابعها) قاعدة الاتلاف بالاضافة الى الخسارة الواردة على المغرور - وشيء من هذه الوجوه لا يتم اما الثلاثة الاولى فلما تقدم واما الاخير - فلان خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من جهة الاتلاف الاختياري للمشتري غير المستند الى البايع كما تقدم - (فالصحيح) ان يستدل لها بوجهين آخرين (احدهما) النبوى المعروف (٢) المغرور يرجع على من غره - المعمول به بين الفريقين (ثانيهما) استنباطها من النصوص الخاصة الواردة في الموارد الجزئية مع اشتمال بعضها على التعليل - كخبر (٣) رفاة قضى امير المؤمنين (ع) في امر تزوجها وليها وهي برصاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها وان المهر على الذي زوجها وانما صار المهر عليه لانه دلسها - وفي خبر (٤) اسمعيل بن جابر في الرجل أعجبته امرأة فأتى اباه فزوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته وانها مائة - قال (ع) ترد الوليدة على مواليها والولد للرجل وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل وخدعه ونحوهما غيرهما - (وهي) وان وردت في النكاح - الا انه لما فيها من عموم العلة يتعدى عن النكاح الى غيره - فالحق ثبوت هذه القاعدة (نعم) تختص بناء على ذلك بما اذا كان الغار عالما - واما اذا كان جاهلا - فلا تكون هذه القاعدة ثابتة - وذلك لان

١ - الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار

٢ - رواه المحقق الثاني في حاشية الارشاد

٣ - الوسائل باب ٢ من ابواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ٢

٤ - الوسائل - باب ٧ - من ابواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١

الغرور ليس بمعنى الجهل لانه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل والمفعول بل هو بمعنى الخدعة والتدليس - ولا اشكال في ان البايع او غيره الموجب للخسارة اذا كان جاهلا - لا يكون مدلسا ولا يكون فعله خدعة فلا يشمل التبوي - ولا النصوص الخاصة (وبما ذكرناه) ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله - ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما او جاهلا وما يحتمل او يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى (ثم انه) ربما يستدل لهذه القاعدة - بالنصوص (١) الواردة في شاهد الزور الدالة على انه يرجع اليه اذا رجع من شهادته - ولكنه فاسد - وذلك لوجهين (الاول) انها تدل على الرجوع ابتداء الى شاهد الزور - لانه يرجع الى الحاكم وهو الى الشاهد فلا ربط لها بهذه القاعدة (الثاني) ان في ذلك الباب خصوصية وهي ان المباشرو هو الحاكم يجب عليه الحكم على طبق الشهادة ومع احتمال دخلها لاسبيل الى دعوى التعدي والغاء الخصوصية.

اذا عرفت هذا فاعلم - ان المعروف بين الاصحاب رجوع المشتري الى البايع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع - وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - واستدل له - بالاجماع - وبقاعدة نفى الضرر - وقد مر ما فيهما (فالصحيح) ان يستدل له (بقاعدة) الغرور - و بصحيح (٢) جميل عن الصادق (ع) في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم ينجىء مستحق الجارية - قال (ع) ياخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي اخذت منه - اذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائدا الى الاب اولا - وعلى التقديرين يثبت المطلوب اما على الاول فبالفحوى اذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع الى المغرور فبالاولى في صورة عدمه - واما على الثاني فواضح .

وعن صاحب الحقائق عدم الرجوع اليه - واستدل له - بخبري (٣) زرارة و

١- الوسائل - باب ١١ - من كتاب الشهادات

٢-٣- الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء حديث ٥-٢

زريق (١) الساكنين 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 اغترمه في مقابل المنافع المستوفاة فلامساس له بمسألتنا - وذيل خبر- زريق - متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي اغترمها في اصلاح المعيشة من قيمة عرس او بناء او نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها الى المالك فهو يدل على خلاف المقصود (وثانيا) ان السكوت في مقام البيان يكون دليلا - لا مطلقه وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لافي مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى البائع (وثالثا) ان السكوت في مقام البيان غاية الظهور في عدم الرجوع وهو لا يصلح لان يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع (ورابعا) انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجوه لا تخفى .

(قوله قدده فالظاهر علم المشتري الخ) . (وفيه) ان مجرد علم المشتري بكون القاضي من المخالفين لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه - فلا دليل على كون المشتري عالما بالفساد فتدبر .

و أما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة اليه - ففيها قولان - قد استدل المصنف ره وغيره للرجوع بوجوه (منها) قاعدة لا ضرر (وفيه) مضافا الى ما تقدم ان الغرامة المقابلة للنفع الواصل اليه لا تكون ضررا - وبعبارة 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 يعد ضررا فتدبر (ومنها) قاعدة التسبب - وقد مر عدم كونها قاعدة مستقلة الا اذا كان السبب بحيث يستند التلف اليه عرفا - والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا (ومنها) النصوص الواردة في شاهد الزور - وقد مر انها اجنبية عن المقام (فالاولى) ان يستدل له بقاعدة الغرور - فان الميزان فيها هو التخيير سواء

استو في المغرور نفعا كأكله الطعام أو لم يستوف أصلا (وبصحيح) جميل المتقدم بناء على أن مورد الغرامة التي تكون بازاء المنفعة كما تقدم - أما لان الحرية نفع عائد الى الأب أو لان الولد نفسه منفعة له وان لم تكن منفعة مالية - ثم ان قاعدة الغرور وان اختصت بصورة علم البايع - الا ان مقتضى اطلاق الصحيح - عدم الفرق بين صورة العلم و الجهل وبما ذكرناه ظهر حكم ما غرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة .

وأما الغرامة التي يغرمها في مقابل العين فبالنسبة الى المقدار الذي جعل ثمنا اذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولي لا يرجع الى البايع لان هذه الغرامة لم ينشأ من تغير البايع لانه لو فرض صدق البايع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة (وما ذكره) السيد الفقيه قد في وجه الرجوع بقوله انه لم يقدم على هذه الغرامة وانما اقدم على دفع الثمن والمفروض عدم امضاء الشارع له (يرد عليه) ان الرد الى المالك أو البايع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف .

و اما في المقدار الزايد كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين - فقد ذهب المصنف ره تبعا لغيره من الاساطين الى انه يرجع الى البايع في المقدار الزايد - لقاعدة الغرور (واورد عليه) بان الاقدام والغرور لا يجتمعان و لذا لا يرجع على البايع بالمسمى - وعليه - فاذا بنينا على ان مقتضى اقدام المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك كما هو المدرك للضمان في كل عقد فاسد يضمن بصحيحه لا وجه للرجوع الى البايع حيث لا تغير - و ان قيل انه لا يكون مقدما على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك - وبعبارة اخرى - ان كان مقدما على الضمان بالقيمة الواقعية لامورد لقاعدة الغرور - والا فلا وجه لاصل الضمان .

واجاب عنه المصنف ره بجوابين (الاول) ان الاقدام انما يكون على المسمى و لا اقدام على غيره - فبالنسبة الى ما لا اقدام عليه يكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع - ولكن الاقدام على المسمى سبب شرعا لضمان تمام القيمة ف ضمان التمام ليس مقدما عليه

لينافي الغرور - بل اثر الاقدام على المسمى ضمان تمام القيمة وتبعه في هذا الجواب غيره من الاساطين (وفيه) انه اذا كان مدرك الضمان هو الاقدام كما هو مبنى الاشكال لوجه للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الاقدام على المسمى الا اذا ورد دليل على ان الاقدام على شيء سبب لضمان شيء آخر والمفروض عدمه فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا اليراد (الثاني) وهو الحق - وهو منع المبنى - لان مدرك الضمان في المقام وغيره من المقبوض بالعقد الفاسد انما هو اليد - وهي تقتضي الضمان بتمام القيمة - والغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار في المقدار الذي غر فيه - فبالنسبة الى المقدار الزائد ان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها الى البايع - (ثم انه) مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع اليه في صورة علم البايع - واما في صورة جهله فلا يرجع اليه لعدم صدق الغرور.

(قوله قدده فجرى ان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى الخ) هذا اذا كان المدرك قاعدة نفى الضرر - والا فموضوع الغرور حاصل فيهما على حد سواء.

(قوله قدده فالحكم بالرجوع فيه اولى الخ) وجه الاولوية ان هناك كان يحتمل ان الاقدام على الضمان بالمسمى اقدام على الضمان بالقيمة الواقعية - وهذا غير محتمل في المقام لان ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه (قوله قدده واما يغرمه بازاء اوصافه الخ) وقد فصل المصنف ره بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف والتزم بعدم الرجوع في وصف الصحة نظرا الى مقابلته بجزء من الثمن - والرجوع في غيره من الاوصاف كما لو كان عبد كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لانه لم يقدم على ضمان ذلك (اقول) يقع الكلام في مقامين (الاول) في الفرق بين وصف الصحة وغيره من الاوصاف (الثاني) في انه هل يرجع الى البايع فيما يغرمه بازاء الاوصاف ام لا.

اما المقام الاول فالظاهر عدم الفرق بينهما - وان شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن - وان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف ولا فرق في ذلك بين وصف الصحة وغيره

والشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف - وثبوت الارش في خيار العيب لا يدل على مقابله بالثمن والالزم ان يرد البايع جزء من الثمن .

واما المقام الثانى - فالأظهر خلافاً للسيد الفقيهه وغيره عدم الرجوع لعدم تغير البايع اياه وقد اقدم المشتري على ان الخسارة المتوجهة اليه من ناحية الوصف تكون عليه وهذا يمنع عن صدق الغرور - نعم الاوصاف التى توجد فيما بعدو وتلف حيث انه لم يقدم على ضمانها له الرجوع فيها اليه .

(قوله قدده ثم ان ما ذكرنا كله - انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البايع غير مالك اما لو كان فاسداً الخ) وقد استدل المحقق النائنى ره باختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذى يكون قابلاً للصحة باجازة المالك - بان العقد الفاسد من جهة اخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستنداً الى التغير فان الفساد من جهة اخرى هو اسبق العلل فلا يكون البايع غير مالك هو منشأ الفساد ولا المجموع بالتشريك لان العقد الفاسد من جهة كون البايع غير مالك بمنزلة وجود المانع والفساد من جهة اخرى بمنزلة فقد المقتضى فلامحالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا الى وجود المانع (وفيه) ان سبب الضمان بعدم العقد الصحيح هو اليد - سواء كان عدم الصحة لاختلال شرط من شروط العقد او كان لاختلال ساير الشروط - و التغير سبب للرجوع للضمان فلا يكون التغير وسبب الضمان مقتضاهما متحد احتى يشتركا فى التأثير او يكون التأثير للاسبق منهما (فالاولى) ان يستدل له فيما اذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية اخرى - بان التغير المساوق للتدليس والتخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان فمع علمه بذلك وانه يكون ضامناً على كل حال كان البايع مالكا ام لا - لا يصدق هذا العنوان فلاوجه للرجوع .

تعاقب الايدي

(قوله قدده ثم انه قد ظهر مما ذكرناه ان كلما يرجع المشتري به على البايع اذا رجع اليه فلا يرجع البايع الخ) الكلام يقع فى مقامين (الاول) حكم المالك

بالإضافة الى كل واحد منهم (الثانى) حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر .
 اما المقام الاول فقد اورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده بما حاصله انه
 ان اعتبر شىء واحد فى الذمم يلزم استقرار الواحد فى محال متعددة - وان التزم بتعدد
 ما فى الذمم يلزم ان يكون لشىء واحد ابدال متعددة مع ان الشىء الواحد ليس له الا
 بدل واحد (والحق فى الجواب) عن هذه الشبهة ان يقال ان الكلام تارة فى الحكم الوضعى
 واخرى - فى الحكم التكليفى .

اما من حيث الحكم الوضعى (فان قلنا) بان معنى ضمان العين كونها فى عهدة
 الضامن كما قويناه لامحذور فى تعدد الضامن فان الشىء الواحد فى المحال المتعددة
 اعتبارا ككونه فى الاذهان المتعددة بتعدد صورته لا محذور فيه والعهدة ليست الاحلا
 اعتباريا - وحيث انه واحد فلامحالة يسقط عن جميع الذمم باداء واحد منهم (وان قلنا)
 بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها فى الذمة فان قلنا بان فى ذمة كل واحد حصة من
 الطبيعى غير ما فى ذمة الآخر - لزمت ثبوت ابدال عديدة لشىء واحد واما ان قلنا بان الطبيعى
 بنفسه فى ذمة كل واحد من دون ان يصير حصة - او قلنا بان حصة منه فى ذمة كل واحد
 من جهة انه وجود اعتبارى لا محذور فى الالتزام بشىء من ذلك - فلا يلزم هذا
 المحذور ايضا .

واما من حيث الحكم التكليفى فالكلام فيه هو الكلام فى الوجوب الكفائى
 لانه احد مصاديق ذلك وقد حققنا فى الاصول امكانه فلامحذور اصلا .

واما ما افاده المصنف به فى الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله - ان الذمم
 المتعددة تشتغل بواحد على البدل نظير الواجب الكفائى فى العبادات (فيرد عليه) انه
 فى الواجب الكفائى لا يكون الوجوب متوجها الى احد الافراد على البدل فان ذلك
 غير معقول بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع لكن مشروط بعدم
 اتيان الآخرين - وهذا لا يمكن الالتزام به فى المقام فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل
 ذمة بعدم اشتغال الاخرى - او يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الاخر - او يلتزم

بتقييده بعدم اداء الآخر - ولازم الاول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الآخر
مقارناله - وثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق وهما
كما ترى - ولازم الثاني ثبوت الاشتغالين و بدلين عند عدم مطالبتهما - ولازم الثالث
استحقاق المالك لابدال متعددة لو ادى الجميع مافى ذمهم كما يحصل الامتثال
بفعل الجميع لوافق الكل على الامتثال فى الواجب الكفائى مع ان المالك لا يستحق
فى شىء من الحالات الابدلا واحدا .

و اما الالتزام بان الخطاب بالنسبة الى غير من بيده التلف تكلفى لا وضعى
كما عن بعض الاعاظم (فيرد عليه) انه لا وجه له بعد كون نسبة على اليد اليهما على
حد سواء .

(قوله قدده نعم لو اتلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان الخ)
و فيه ان الضمان فى صورة التلف ايضا كك - فان من تلفت العين تحت يده كان
يتمكن من ردها الى صاحبها فبامساكه المبيع استقر الضمان على السابق (مع)
ان سببية شخص لضمان آخر لا يوجب ضمانه اذ السببية بهذا المعنى ليست احد
موجبات الضمان .

(قوله قدده وضمان عهدة العوضين لكل من البايع الخ) يعنى ضمان شخص
ثالث عن البايع للمشتري عهدة الثمن اذا خرج المبيع مستحقا للغير - او ضمانه عن
المشتري للبايع عهدة المبيع اذا خرج الثمن مستحقا للغير (واورد عليه) المحقق
النائني ره وتبعه غيره بان هذا ليس نظير للمقام - اذ مع بقاء المضمون وعدم الامتناع
ليس المكلف بالرد والضامن الا المضمون عنه - و مع التلف او الامتناع لا تشتغل
الاذمة الضامن (و فيه) انه فى صورة البقاء للمشتري الرجوع الى الضامن كما له
الرجوع الى المضمون عنه ليتحصل ماله ويعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان وتحققه
- كما انه - فى 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.

(قوله قدده وضمان الاعيان المضمونة الخ) الكلام في ضمان الاعيان المضمونة كمالو ضمن عن المستعير في العارية المضمونة او ضمن في مورد الغصب او المقبوض بالعقد الفاسد - هو الكلام في ضمان عهدة العوضين اشكالا وجوابا .

(قوله قدده وضمان الاثنيين لواحد الخ) اورده عليه المحقق النائيني ره بانه لا يصح ضمان الاثنيين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته (ولكن) حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا - فلامحذور في الالتزام به بعد شمول ادلة صحة الضمان له .

(قوله قدده واما حال بعضهم بالنسبة الى بعض - الوجه في رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق الخ) هذا هو المقام الثاني من البحث ومحصل الاشكال في المقام - ان الاصحاب حكموا في صورة توارد الايدي انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده - ولورجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق و لا يرجع اللاحق الى السابق الا اذا كان هناك غرور فان المغرور يرجع الى من غره - مع اشتراكهما في سبب الضمان ووحدة نسبة على اليد اليهما واجابوا عن ذلك باجوبة .

الاول ما افاده المصنف ره (و حاصله) ان السابق بمجرد وضع يده بصير ضامنا بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذى اليد - فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة ومتحينة بهذه الحيثية في اللاحق واردة على عين لها بدل فضمانها ضمان عين لها بدل و مرجع ذلك الى ضمان العين وبدلها على سبيل البدل اذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البدل عن كونه بدلا - و بهذا التقريب يندفع جملة من الاشكالات التي اوردها بعض المحشين - منها - انه ما الوجه في ضمان البدل و لم يدل دليل عليه - اذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البدلية - ومنها - ان لازمه جواز رجوع

السابق الى اللاحق قبل دفع البذل - اذ البذل طولى لاعرضى - ولكن يرد عليه - امور (الاول) ان الضمان عبارة عن كون العين فى العهدة حتى بعد التلف كما تقدم تحقيقه فلا يكون لها بدل (الثانى) ان الانتقال الى البذل على القول به ليس قبل التلف بل من حينه وفى ذلك الحين يشتغل جميع الذمم بالبذل فى عرض واحد بلا سبق و لحوق (الثالث) ان لازم ما ذكره انه لو دفع العين اللاحق الى السابق بعد اخذه منه وتلف عند له الرجوع الى اللاحق اذ اللاحق اشتغل ذمته بماله بدل وبعد عود المال الى السابق لا يصير ضامنا لشيء لضمانه قبله .

الثانى ما عن صاحب الجواهر ره - وهوان من تلف العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبذل وان جازله الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشغلت ذمته به فيملك ح من ادى بادائه مال للمالك فى ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية (وفيه) ان هذا يبتنى على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد وقد عرفت ضعف المبنى .

الثالث ما عن السيد الفقيه ره وهوان العين التالفة تكون باقية على ملك مال الكهاو لذا يصح الصلح عليها واحتسابها خمسا أو زكاة - وما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضا عنها ومقتضى العوض خروج العين التالفة عن ملك مال الكهاو وصيرورها ملكا للدافع - فيكون هو مثل المالك فى جواز الرجوع الى اللاحقين (ثم اورد) على نفسه بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضا لان المفروض انه قام مقام المالك (واجاب) عنه بان الوجه فى عدم جواز رجوعه اليه انه السبب فى ضمان السابق بمعنى استقرار العوض فى ذمته (وفيه) ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احدى موجبات الضمان وعليه فلا فرق بين السابق واللاحق (مع) ان ما يدفعه الدافع الى المالك انما يكون غرامة وبدلا عن ماله من جهة ان مالية العين تلفت فمقتضى التغريم ان يحفظ ما ليتها بدفع مال ولا يكون بدل ملك عن ملك وبعبارة اخرى لا يكون بدلا عن العين فى الملكية كى يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين .

الرابع ما استند اليه جماعة منهم المحقق الخراسانى ره على اختلاف بينهم فى التعبير (وحاصله) انه فى باب التغريمات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعا ومن المعلوم لمن

راجع العرف والعقلاء انهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداء أو دخولها في العهدة بعدما كانت داخله في عهدة اخرى - ويرون - انه على الاول اداء بدل العين - وعلى الثانى - اداء بدل العين للمالك وبذل ما يؤديه السابق له على البذل - فمقتضى الاول الخروج عن عهدة العين - ومقتضى الثانى الخروج عن عهدة العين وعن عهدة عهدتها (اقول) هذا احسن ما يمكن ان يقال فى وجه جواز الرجوع (نعم) لابد من تقييده بما اذا لم يكن يد اللاحق مجانية وغير معاوضة - والا - فليس بناء من العقلاء على الرجوع - مثلاً لو غصب زيد من عمرو شيئاً فوهبه لكرثم تلف تحت يده لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر وهو واضح .

(قوله قدده مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره عن الخطاب بالاداء الخ)
هذا لا يراد مبنى على مسلك المصنف رده 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 التكليفى الى من وجه اليه الخطاب الوضعى ولا يصح رجوع صاحبه اليه ومقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما الى الآخر .

(قوله قدده غرم للمالك بدل الحيلولة الخ) قد تقدم الكلام فى بدل الحيلولة فى مبحث المقبوض بالعقد الفاسد مفصلاً فراجع ما حققناه .

(قوله قد و لا يرتفع سلطنة المالك الخ) و الوجه فيه ان كل واحد ممن وضع يده على المال يكون ضامناً و يجب عليه ادائه الى صاحبه وتمكن المالك من الاسترداد من الثانى لا يسقط وجوب الرد عن الاول .

(قوله قدده نعم ليس للمالك اخذ الخ) الحق هو التفصيل بين ما اذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف فى المال - وبين ما اذا لم يلزم منها ذلك - فللمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه فى الاول دون الثانى - فانه فى الاول للمالك ان يمنع من التصرف فى 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 لافى مثل المقام الذى يمكن الرد بغير التصرف
- وفى الثانى - لوجه لالزامه الغاصب بالرد بطريق مخصوص بل هو مختار فى ذلك.
(قوله قدده ولولم يقدر على استرداده الا المالك الخ) الحق ان الوجه هو
الاخير - فانه اذا كانت الاجرة هى المتعارفة للاسترداد نفس دليل وجوب الرد يكفى فى
الدلالة على وجوب بذل الاجرة لكونه مقدمة للرد الواجب (واما) اذا كانت زائدة عن ما
تعارف اخذه للاسترداد - فلا يجب البذل لعموم حديث لا ضرر و تمام الكلام فى مبحث
المقبوض بالعقد الفاسد .

بيع الفضولى مال نفسه مع مال غيره

(قوله قدده لوباع الفضولى مال غيره مع مال نفسه الخ) لا يخفى ان ما افاده
المصنف ره من انه لا ريب فى الصحة على القول بصحة بيع الفضولى - والحكم بظهور
الصحة على القول بطلانه - قابل للمناقشة - فان جميع ما ذكر وجهها للبطلان
تجرى على القول بصحة بيع الفضولى - نعم - على القول بصحته و كون الاجازة
كاشفة بنحو الشرط المتأخر وتحققها لايجرى شىء من تلك الوجوه كما ستعرف و
كيف كان فيشهد للصحة فى المملوك على جميع التقادير مضافا الى الاجماع صحيح (١)
الصفار عن ابى محمد العسكري (ع) لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من
البائع على ما يملك (بل) العمومات الدالة على صحة العقود كالاية الشريفة (٢) تدل على
الصحة فيه - وقد ذكروا فى وجه عدم الشمول امورا .

منها ان البيع امر واحد بسيط - فاما ان يكون هذا الواحد مشمولا
للعومات فلازمه الصحة فى جميع اجزاء المبيع - او لا يكون مشمولا لها فلازمه
البطلان فى الجميع وعلى التقديرين لوجه للتفكيك بين الاجزاء صحة فسادا - (وحيث)
انه لا يمكن الالتزام بالاول و الا لزم خروج المال عن ملك مالكة بلارضاه فيتعين البناء

١- الوسائل - باب ٢- من ابواب عقد البيع وشروطه

٢- المائدة - آية ٢

على البطلان في الجميع (وفيه) ان البيع اى الانشاء وان كان واحدا - الا ان ما تضمنه من التملك يكون متعدد حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك فاذا تعددت الملكية بتعدد التملك لا محالة لان اليجاد والوجود متحدان حقيقة - واحد التملكين يكون مشمولا للعمومات وهو ما تعلق بماله دون الاخر فيصح هو دون صاحبه (و ان شئت قلت) ان الانشاء واحد صورة ومنحل الى انشآت متعددة حسب ما للمنشأ من الافراد - ومما يشهد للانحلال مضافا الى ظهوره على ما عرفت انه لو انضم الى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه و باعها بانشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلا لان المتعلق المجموع من حيث المجموع - مع - ان لازم هذا الوجه ذلك .

ومنها ان البايع لم يرض بانتقال ماله منفردا فانه رضى بانتقاله منضمما الى مال غيره - وقد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع (وفيه) ان البايع قدر رضى بانتقال ماله وانتقال مال غيره فكل منهما متعلق للرضا فانتقال ماله يكون عن رضا وغاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لان انتقال ماله بلارضا - مع - انه اخص من المدعي اذ بما يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا .

ومنها انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد اذ ما قصد هو المجموع وما وقع غيره (اقول) قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه - فان البايع قاصد لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع .

ومنها ان الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهول فلانصح المعاملة الواقعة عليه (وفيه) ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضا او معوضا في الانشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعا .

(قوله قدده وطريق معرفة حصة كل منهما الخ) لاشكال فيما لو عين حصة كل منهما كما لو لاحظ البايع والمشتري وقوع حصة معينة من الثمن بازاء كل جزء من

الثلث - انما الكلام فيما لو لم يلا حظا ذلك واوقعا العقد على المجموع - من ناحية معرفة الحصة و التقسيط - و لهم في ذلك مسالك (الاول) ما عن المشهور - وهوانه - يقوم مجموع المالكين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبة - فاذا كان قيمة مصراعى الباب عشرة - وكان قيمة احدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن (الثانى) ما اختاره المصنف ره وفاقا لغيره - وهو - انه يقوم كل واحد منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين - فاذا كان الثمن عشرة - وكان قيمة مال نفسه اربعة وقيمة مال غيره اثنتين - يرجع المشتري بثلث الثمن - اذن نسبة قيمة مال غيره الى مجموع القيمتين هي ذلك (الثالث) ما اختاره جمع من الاساطين وهوانه يقوم كل واحد منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين .

والاظهر هو الثالث - وذلك يظهر ببيان امور (الاول) ان الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها - وربما تكون موجبة لاحدهما - وعلى الثاني تارة تكون موجبة للازيد من الطرفين بالسوية كما فى مصراعى الباب - واخرى تكون موجبة له بالاختلاف كما لو كان قيمة احدهما مع الانضمام خمسة ولا معه اربعة - وكان قيمة الاخر معه ستة ولا معه ثلاثة - وثالثة تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية - ورابعة تكون موجبة له بالاختلاف - وخامسة تكون موجبة للزيادة فى احدهما والنقص فى الاخر - كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضا ان قيمة الام تنقص فى صورة ضم ابنتها اليها من جهة قيامها بتربيتها - و قيمة الصغيرة تزيد بذلك (الثانى) ان كل جزء انما قبول بجزء من الثمن فى حال الانضمام لا مطلقا (الثالث) ان الاوصاف لا تقابل بالمال - و تخلفها يوجب الخيار لارد جزء من الثمن - وبهذه الامور يظهر ان الاظهر هو الثالث - اذ يرد على الاول ما ذكره المصنف ره من انه لا يستقيم فيما اذا كان لاجتماع المالكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى الباب وزوج خف اذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم

احدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة - فان لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع اربعة فى مقابل مصراع واحد مع انه لم يجعل فى المعاملة فى مقابله الانصف الثمن - ويرد على الثانى - هذا المحذور بعينه فى صور الاختلاف - فانه فى مثال الجارية وابنتها - اذا باعهما بعشرة - وكانت قيمة الجارية فى حال الانفرا دسطة وفى حال الانضمام اربعة - وقيمة ابنتها بالعكس - فاذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره المصنف ره رجوع المشتري الى البائع بخمسين من الثمن - مع - انه انما جعل من الثمن بازائها ثلاثة احماس - فالمتعين هو القول الثالث .

(قوله قدده اما المبيع المثلى فان كانت الحصصة مشاعة الخ) لا يخفى ان ما افاده المصنف ره يتم على ما اخترناه فى طريق تقسيط الثمن ولا يتم على مسلكه - فانه قد يتفاوت الحصتان كما لو كانت حصصة احدهما تسعة امانان و حصصة الاخرى امانا واحدا - ويكون الاختلاف فى القيمة فى صورتى الانضمام والانفرا فى الحصصة الاولى قليلا وفى الثانية ازيد كما لا يخفى .

(قوله قدده وان كانت حصصة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى الخ) اورده عليه المحقق النائيني ره بانه يمكن ان يكون المثلى مفروزاو يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصة فيجب ان يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمي (وفيه) انه كما يتصور ذلك بتصور الاختلاف فلا بد من بيان ما يفيد فى جميع الصور وهو ما افاده المصنف ره .

بيع نصف الدار

(قوله قدده لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار الخ) قبل الشروع فى البحث لابد من تقديم مقدمتين (الاولى) فى بيان الكسر المشاع وان الشركة الحاصلة فى المبيع على اى كيفية - والعمدة فيه مسلكان .

احدهما - ما هو المنسوب الى المشهور وهوان معنى الشركة على الاشاعة ان

كل جزء يفرض في الجسم فكل واحد من الشريكين المساويين مالك لنصف هذا الجزء - ثانيهما - ان كل واحد منهما مالك لتمام المملوك و انما الملكية تكون ضعيفة و ناقصة فالاخوان الوارثان لبيهما هما معا بالاضافة الى المال كبيهما و طرف اضافة الملكية هما مجتمعا و كل منهما مالك لجميع المال ولكن بالملكية الناقصة لا التامة . وقد استدلل للاول بان المشهور بين المتكلمين و بعض الحكماء قبل الاسلام وان كان ان مادة الجسم المطلق هي الاجزاء التي لاتقبل القسمة لاجارها ولا ذهنا ويسمى كل جزء من هذه الاجزاء بالجواهر الفرد والجزء الذي لايتجزى (ولكن) بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام حيث ذهب الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية - في عصرنا من اوضح البديهيات لان كل ما يشار اليه بالاشارة الحسية لا بد ان يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة التحت و كذا باقى الجهات فلا محيص من ان يكون منقسما وان لم يكن لنا آلة لتقسيمه مضافا الى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحى و نفى الدائرة (وعليه) فكل جزء يفرض في الجسم كل واحد من الشريكين مالك لنصف ذلك الجزء .

وفيه ان هذا البرهان لو تم لاقتضى امكان ذلك لاكون ما فى الخارج كك - والارجح فى النظر هو الثانى - وذلك لانه مضافا الى انه المناسب للفهم و الوجدان و يلائم مع الطبع - يشهد له وجهان (احد هما) انه لا اشكال فى ان الشيء الخارجى الذى يكون ملكا و مالا لو قسم ربما يصل الى حد يسقط عن المالية والملكية لو نصف - فعلى هذا لو خلف الميت شيئا له المالية وكان ورثته متعددين لو قسم ذلك بحسب تعددهم لا يكون كل جزء منه ملكا يلزم البناء على عدم كونه ملكا لاحد - وهو كما ترى .

الثانى ان المملوك المشترك ربما يكون من الاعراض والافعال والاعمال غير القابلة للقسمة لبساطتها - كالصلاة ورفع الحجر من الارض و نحو ذلك - ولا معنى للالتزام بالملكية بالمعنى الاول فى هذه الموارد - فلان مناص عن البناء على ما اخترناه و هذه آية قطعية عليه - و اضف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الاول فان كل ما فى

الخارج يكون معينا ولا معنى لوجود شىء فى الخارج غير معين فى الواقع و حيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معين فلا يمكن الالتزام به (فتحصل) مما ذكرناه ان معنى الملكية المشاعة هو مالكية الشركاء ، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة ونظيره فى التكوينيات رفع جماعة حجرا و احدا حيث ان الرفع يستند الى مجموعهم - فعلى هذا - معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه باعطاء الملكية الناقصة و هذه مسامحة فى التعبير و شاع ذلك .

الثانية فى تعيين محل النزاع والبحث (اقول) لاشكال فيما لو علم بانه اراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص به او نصف غيره - او المشاع فى الحصتين - و انما الكلام فى موردين (الاول) ما لو علم انه قصد شيئا معينا و كان ذلك مشتبه و غير معلوم عندنا (الثانى) ما لو علم بانه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار المفهوم هذا اللفظ - و ظاهر المتن - اختصاص النزاع بال مورد الثانى و صريح السيدر اختصاصه بالمورد الاول - و ذهب المحقق النائينى ره الى التعميم (اقول) لا ينبغي التوقف فى كون الاول مورد النزاع و لم يذكر وجه لعدم النزاع فيه (واما) ما ذكر فى وجه عدم جريان النزاع فى المورد الثانى - و حاصله - ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات والمفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه او ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس الا الاشاعة (فيرد عليه) ان المراد من انه لم يقصد المفهوم هذا اللفظ ليس خلوا لكلام عن المراد الجدى بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ وتعلقت ارادته الجدية به هكذا اى بما يقتضيه ظهور هذا الكلام ولو بلحاظ المقام مع خلوه عن الارادة التفصيلية - وعلى هذا فيقع الكلام فى موردين (الاول) فيما اذا لم يقصد المفهوم هذا اللفظ (الثانى) فيما اذا قصد معينا غير معلوم لنا (وحيث) ان المدرك و كك المختار فى موردين واحد فلاحاجة الى التكلم فى كل من الموردين مستقلا .

و كيف كان فقد ذكر فى وجه ظهور الكلام فى النصف المشاع بينه وبين الاجنبى ان النصف ظاهر فى الحصة المشاعة فى مجموع الحصتين (واورد عليه) المصنفه

بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين (احدهما) ظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة (ثانيهما) ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لان بيع مال الغير يتوقف على نية الغير او اعتقاد كونه له او البناء عليه عدوانا و الكل خلاف المفروض وهو قده من جهة هذا التعارض توقف في المسألة (اقول) انه لو سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ولم نلتزم بما افاده المصنف ره في اثناء كلامه من انه ظاهر في نفس المشاع لافي المشاع بين الحصتين - لاريب - في انه ظهور اطلاقى ناش عن انتفاء ما يوجب التعين فظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده فالظاهر الحمل على نصفه المختص .

(قوله قده واعلمه لماذا ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشهيدين وغيرهم انه لو اصدق المروثة عينا الخ) اقول ان بنينا على ان المروثة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول 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 المروثة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال والطلاق ليس انشاء لرد النصف كي يجرى فيه هذا النزاع فتدبر (اللهم) الان يقال ان ما ذكره المصنف ره 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 ذكره في صداق المروثة 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 المروثة مالكة لمصداق النصف فيكون نظير للمقام .

(قوله قده فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره في باب الصلح الخ) و قد اورد عليه بان الاصحاب في مسألة هبة المروثة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقي . وفي باب الصلح ذكره وانه اذا اقر من يده المال

لاحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصالحه المقر له على ذلك النصف مشاعا في نصيبهما - فما ذكره المصنف ره ان كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن مذكروه في المسألة الاولى منافيا له وان كان حمله على النصف المشاع لم يكن مذكروه في المسألة الثانية منافيا له (اقول) ان مذكروه المصنف ره في المقام امران - احدهما - ظهور النصف في نفسه في المشاع - ثانيهما - ظهور التصرف و انشاء البيع في ارادة النصف المختص وفي باب هبة المروثة نصف صداقها 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 وينشأ على النصف فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني اذ الصلح انما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى (و بالجملة) مذكروه ره في المقام امران وما ذكره في احد الفرعين ينافي احدهما - وما ذكره في الاخرين ينافي الثاني - هذا ما يرجع الى شرح العبارة - (ثم ان) تنقيح القول في المسألتين وبيان وجه عدم التنافي بين مذكروه هنا وما ذكره فيهما مو كول الى محل آخر .

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله

(قوله قدده لوباع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر الخ) لاختلاف في صحة البيع في المملوك وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه - (ويشهد لها) مضافا الى ذلك - والى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريبا دلالتها على الصحة في امثال المقام وان ماذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم مقتضى واخرى لعدم المانع غير تام فراجع ما حققناه (اطلاق) مكاتبة الصغار (١) المتقدمة - المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك فانها باطلا فها تشمل ما اذا كان بعض القرية وقفا ما غير مملوك لاحد .

(قوله قدده مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الخ) و
فيه ان وقوع مجموع الثمن بازاء الشيء لا واقع له سوى الجعل المعاملى والمفروض
انه جعل فيه بازاء المملوك بعض الثمن .

(قوله قدده واما البقاء ذلك القسط له مجانا الخ) وفيه (اولا) ماتقدم فى محله من
عدم تمامية ذلك فى بيع مال الغير من العالم (وثانيا) انه لو تم فيه لا يتم فى المقام فان المجانية
هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجانى غير المفروض
فى المقام .

(قوله قدده لكن الكلام هنا فى طريق معرفة قيمة غير المملوك الخ)

اقول لاشكال فيما اذا باع غير المملوك بعنوانه كمالو ضم الخمر الى الخل فباعهما
بصفقة واحدة فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكا ومالا - انما الاشكال
فيما اذا باعه بعنوان مايملك كمالو باع شاة وخنزيرا بعنوان انهما شاتان والظاهر انه
يقوم قيمة المملوك اى الشاة لان بذل المال انما يكون بازاء الصورة النوعية والافلا اجسام
من حيث هى لامية لها ولا يبذل بازائها المال والمراد بها الصورة النوعية العرفية -
ففى المقام بذل جزء من الثمن بازاء الشاة دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك فى مقام
التقويم - هذا - اذا كان غير المملوك مالا عرفا (واما) ان لم يكن مالا فقد اختار السيد
الفقيه بطلان البيع فى هذه الصورة من جهة انه لا يمكن تعيين ما بازاء غير المملوك لانه
لا قيمة له ولا يمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك فى تمام الثمن لانه جعل بازاء
غير المملوك فى المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان (وفيه) انه يتم فى صورة الجهل
فانه يجعل بازاء مالا يملك جزء من الثمن ولا يتم فى صورة العلم من جهة انه فى تلك
الصورة لا يجعل بازائه شىء من الثمن ويكون ذلك نظير ضميعة الاوساخ - فلامحالة
يصح البيع فى تمام الثمن (و بذلك) يظهر تمامية ما افاده الشيخ الكبير من التفصيل
بين صورة العلم والجهل .

ولاية الاب والجد

(قوله قدّه يجوز للاب والجد ان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع و الشراء و يدل عليه قبل الاجماع الاخبار الخ) وفى الجواهر دعوى الاجماع بقسميه عليه - وفى غير واحد من الكتب دعوى ذلك - واستدل له الشيخ الاعظم قدّه - بالاخبار المستفيضة المصرحة فى موارد كثيرة - وبفحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح (اقول) ان النصوص المستفيضة المشار اليها - طوائف الاولى (١) ماتضمن الاخذ من مال الولد - الثانية (٢) ما ورد فى تقويم الاب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ماشاء - الثالثة (٣) ما ورد فى جواز اتجار الوصى بمال الطفل اذا كان قد اوصى ابوه بذلك . ولا يصح الاستدلال بشئ منها (اما الاولى) فلانها واردة فى تصرف الاب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه (مع) انها واردة فى الولد مطلقاً صغيراً كان ام كبيراً بل ماورد اكثرها البالغ وفى بعضها التقييد بصورة الحاجة والاضطرار - وفى بعضها المنع عن الاخذ اذا كان الولد ينفق عليه باحسن النفقة (مع) انها مختصة بالاب غير متعرضة للجد (واما الثانية) فلانه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الاقلس قد وسع فى اسباب حلية الوطء بمالم يوسع فى ساير المعاملات كما تقدم فى مبحث الفضولى (مع) ان فيها ماورد فى الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد فى تقويم جارية البنت التى قد اهداها اليها ابوها حين زوجها (مع) انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الى نفسه وسبيلها سبيل تلك الادلة (واما الثالثة) فعدم دلالتها على الولاية فى حال الحياة واضح (واما الفحوى (٤) فقد تقدم فى مبحث الفضولى المناقشة فى فحوى نفوذ النكاح بالاضافة الى ساير المعاملات فراجع .

ولكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغى التوقف فيه - لبناء العقلاء عليه و عدم

١-٢- الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ من ابواب ما يكتسب به

٣- الوسائل - باب ٩٢ من ابواب احكام الوصايا

٤- الوسائل - باب ٤٠ من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد

ردع الشارع عنه - واجماع الامة عليه - و جملة كثيرة من النصوص الدال بعضها - كنصوص (١) الاتجار بماله الوارد فى باب الزكاة والمؤيد غيره كالنصوص المتقدمة .
 بقى الكلام فى الجملة المذكورة فى جملة من الاخبار (٢) - انت ومالك لا بيك -
 لاشكال فى عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبة الولد لاحد - وماله المفروض
 كونه ملكاله لا يعقل كونه ملكاله لايه - وكذا لا ينبغي التوقف فى عدم كونها للاختصاص
 بعنوان كونه وماله تحت ولايته - لانها وردت فى الكبير ايضا ولا كلام فى عدم ولايته
 على ولده الكبير - بل الامر يدور بين امرين (الاول) ان تكون اللام للاختصاص بنحو
 السلطنة على الانتفاع به وبماله فسيبها ح سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك
 (الثانى) ان تكون لافادة كون الولد موهوبًا تكوينًا للاب و انتسابه اليه بكونه
 ولده - ويؤيد الثانى المكاتبه (٣) الواردة عن الرضا (ع) حيث قال وعلة تحليل مال الولد
 لو اده بغير اذنه وليس ذلك للولد لان الولد موهوب للوالد فى قوله عز وجل الخ وعليه -
 فهى حكمة التشريع - و بعبارة اخرى انها علة التحليل فى مقام الثبوت لا الاثبات -
 وتدل على ان منشأ جعل تلك الآثار ذلك ولا تكون هى متكفلة لحكم جعلى فلا يتمسك
 باطلاقها فتدبر - انما الكلام يقع فى جهات .

فى اعتبار العدالة

الاولى فى انه هل يعتبر فى ولاية الاب والجد العدالة - كما عن الوسيلة والايضاح -
 ام لا تعتبر كما هو المشهور بين الاصحاب وجهان - قد استدل لعدم الاعتبار بوجوه (الاول)
 الاصل - تمسك به الشيخ قده فى مقابل الاطلاق وعليه فليس المراد به القاعدة المستفادة منه -
 بل المراد به الاصل العملى ولذا اورد عليه جمع ممن تاخر عنه منهم المحقق النائنى ره بان
 الاصل بالعكس لان نفوذ تصرف شخص فى مال غيره يتوقف على الدليل ومع عدمه
 الاصل يقتضى عدم نفوذه (اقول) الظاهر ان مراده بالاصل هو استحباب عدم الردع بعد ثبوت
 عدم اعتبارها عند العقلاء وعدم ثبوت ردع من الشارع الاقدس وعليه فلا يراد عليه (الثانى)

١- الوسائل - باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة
 ٢- ٣- الوسائل باب ٧٨ من ابواب ما يكتب به حديث - ٩

الاطلاقات - تمسك بها المصنف ره وتبعه غيره - ولا باس به ان كان هناك اطلاق و قد تقدم الكلام فيه (الثالث) الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج وهو كما ترى .

وقد استدلل لأعتبار العدالة بوجهين (الاول) انه ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق امينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره (وفيه اولا) ان المنافى للحكمة جعل من لا يبالى بالخيانة وليا - فاذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التى لا مفسدة فيها لاسيما اذا كان مامونا من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الابوة و رأفته لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا (وثانيا) ما ذكره المصنف ره بقوله بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال الطفل (اى رؤية آثار ضيق المعاش عليه او اختلاف حاله فى ثروته) منعه من التصرف فى ماله الخ (الثانى) نص القرآن - و قد استظهر المصنف ره ان المراد به - آية الركون (١) الى الظالم واستظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ (٢)

تقريب الاستدلال - بالاولى - احد وجهين (احدهما) ان جعله تعالى الفاسق امينا ووليا ركون منه الى الظالم مع انه نهى عنه (ثانيهما) ان المعاملة مع الاب بعنوان انه ولى الطفل ركون اليه وهو منهى عنه - و فى كليهما نظر (اما الاول) فمضافا الى انه استدلال بفحوى الآية لابنصها من جهة ان الناهى عن شىء كيف يفعله - انه غير تام - اذ مجرد جعله امينا ووليا كجعل شخص وكيلا ليس ركونا اليه - مع ان الملاك غير معلوم ولعل لركون العبد مفسدة ليست فى ركون المولى (واما الثانى) فلان المعاملة مع الاب 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 - اصف الى ذلك ما قيل من ورودها فى سلاطين الجور وان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء .

واما الاية الثانية فيرد على الاستدلال بهان قبول اخبار الفاسق واقاراه ح انما يكون من جهة كونه وليا حيث انه من ملك شيئا ملك الاقرار به ولا ينافى مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو الاية متضمنة للثانى (مع) ان عدم قبول اخباره و اقراره لا ينافى ثبوت الولاية (مضافا) الى ان قبول اخباره واقاراه بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه وماله لايه غير قبول اخباره عن غيره بل هو فى حكم قبول اقراره على نفسه فالظاهر عدم اعتبار العدالة .

اعتبار المصلحة فى التصرف

(قوله قد وهل يشترط فى تصرفه المصلحة او يكفى عدم المفسدة
ام لا يعتبر شىء ووجه الخ) هذه هى الجهة الثانية من البحث - والكلام فيها فى موردين (الاول) فى اعتبار عدم المفسدة (الثانى) فى اعتبار المصلحة .
اما المورد الاول فعن غير واحد دعوى الاجماع على اعتباره - و استدلال لعدم الاعتبار (باطلاق) النبوى وغيره من النصوص - واورد عليه المصنف ره بانه لا بد من تقييده - بما يقيد من الاخبار جواز تصرف الاب فى مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين (١) بن ابى العلاء - او بان لا يكون فيه سرف كصحيح (٢) ابن مسلم او كونه مما لا بد منه معلل بان الله لا يحب الفساد كصحيح (٣) الثمالى - وبالاية (٤) ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هى احسن - بتقرير انها تشمل الجد ويتم فى الاب بعدم الفصل - وبالاجماع - اقول (اما الاخبار) فهى تدل على جواز اخذ الاب لنفسه مع الحاجة وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذى هو محل الكلام فى المقام (واما الاية) الشريفة فى شمولها للجد تامل لان من له الجد لا يصدق عليه اليتيم فتامل مع ان عدم الفصل غير ثابت (و اما الاجماع) فليس تعبد بياكشف عن راي المعصوم عليه السلام .

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقق النائيني ره فانه بعد الايراد على المصنف ره قال انه يستفاد من الاخبار ولايته على الابن 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 الان يتعقد اجماع على خلافه او يتمسك بالاية الشريفة .

فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الاطلاق كما تقدم (ومحصله) ان جملة انت وما لك لا بيك - ليست في مقام جعل الحكم والولاية وانما هي في مقام بيان حكمة التشريع - واما ما رتب عليه - فجواز الانتفاع بماله - اجنبى عن المقام ومقيد بصورة الحاجة وبغير سرف وبما اذا لم ينفق عليه باحسن نفقة - وجواز الاقتراض - مضافا الى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه - وجواز بيعه من نفسه - مقيد بقيمة عادلة - وجواز نكاح الاب والجد للبنت مثلا - قد عرفت ما فيه - مضافا - الى انه قيد في بعض النصوص بعدم كونه مضادا - فلاطلاق للنصوص من هذه الجهة فالمرجع اصاله عدم الولاية - وهي تقتضى اعتبار عدم المفسدة .

واما المورد الثاني فالمشهور بين الاصحاب اعتبار وجود المصلحة واختار المصنف وفاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصروهم عدم اعتباره وتبعهم جمع من المحققين - وقد استدلل على اعتباره بوجوده (احدها) الاية الشريفة - ولا تقربوا مال اليتيم بالاتبى هي احسن - بدعوى ان الاحسن ما فيه المصلحة وهي تشمل الجد ويتم في الاب بعدم القول بالفصل - وفيه (اولا) ان صدق اليتيم على الطفل الذى لا اب له وله جد غير مسلم (وثانيا) ان المراد باحسن الحسن دون التفضيل كما سيأتى والفعل الذى لا مفسدة فيه حسن (وثالثا) ان الاية منصرفة الى الاجانب ولا تشمل الجد (ورابعا) ان عدم الفصل غير محرز (ثانيها) الاصل - فانه بعد ما ليس في ادلة الولاية ماله اطلاق لا بد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو الولاية على التصرف الذى فيه المصلحة والرجوع في غير ذلك الى اصاله عدم ثبوت الولاية او عدم نفوذ التصرف (اقول) هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذى لا مفسدة فيه والظاهر وجوده وحيث انه لم يردع عنه الشارع -

اولم يثبت الردع ومقتضى الاستصحاب عدمه فيبنى على عدم اعتباره ولا مورد للاصلح
ح (ثالثها) الاجماع (وفيه) انه ليس اجماعا تعبديا فلا يعتمد عليه وقد استدل
المصنف به لعدم الاعتبار (بالمطلقات) وقد عرفت ما فيها - وبماورد - (١) في نكاح
الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة ووجه ظهوره فيه التعليل بان البنت واباها
للجد - وقد تقدم ما فيه ايضا - فالصحيح ما ذكرناه ،

(قوله قدده فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بمادل على ولاية الجد وسلطنته الخ)
نظره قدده الى ان النسبة بين الاية الشريفة على فرض دلالتها - وبين تلك الادلة و ان
كانت هي العموم من وجه الا ان تلك الاخبار اظهر بل كالنص في الولاية مع عدم
المفسدة فتدبر -

مشاركة الجد للاب

(قوله قدده ثم لا خلاف ظاهر اكما ادعى في ان الجد وان عا لبشاركة الاب الخ)
هذه هي الجهة الثالثة من البحث في هذه المسألة وقد استدل على ولاية الجد الأعلى
بوجهين (الاول) ما في المتن وهو مادل (٢) على ان الشخص وماله الذي منه مال
ابنه لايه (وفيه) ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية (الثاني) ما افاده المحقق
النائني به وهو ان رواية النكاح شاملة للجد العالي (اقول) ان روايات النكاح
كلها مختصة بالاب الاماورد في مزاحمة الاب للجد - واكثر تلك النصوص صريحة
اوظاهرة في الجد الأدنى - نعم - بعضها (٣) بعنوان الاب و الجد وهو ايضا يمكن
دعوى انصرافه الى الأدنى او عدم الاطلاق للأعلى بملاحظة الاخبار الاولى
و حيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل

١ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد حديث ٨

٢ - الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به

٣ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

(قوله قدده ولو فقد الاب وبقي الجد الخ) الكلام هنا في موردين (الاول) ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الاب ام لا - المنسوب الى المشهورين القدماء هو الاول - والى المشهور بين المتأخرين هو الثاني - واستدل للاول بخبر (١) الفضل بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابو هاجيا و كان الجد مرضيا جاز - حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ابائها (وفيه) انه من قبيل مفهوم الوصف و لانقول به و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الاب و ما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط ضعيف - اذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

الثاني انه مع فقد الاب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى - ام تكون ثابتة لايه ايضا - قولان - استدل للاول في المتن - بآية (٢) اولوالارحام بعضهم اولى ببعض بتقريب انها تدل على ان القريب اولى بقربه من البعيد فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الاب وبقي الباقي (وفيه اولا) ان هذه الآية مختصة بباب الارث (و ثانيا) انها تدل على اولوية بعض الارحام من بعض ولا تدل على تعيين البعض الاولى و لعل البعض البعيد بل احتمال كونه اولى ارجح من جهة التعليقات في النصوص (و استدل) للثاني - باطلاق الأدلة - و بالاستصحاب (و يرد) على الاول ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى - وعلى الثاني - ما تكررنا من عدم جريان الاستصحاب في الاحكام الكلية .

ولاية النبي (ص) و الامام (ع)

(قوله قدده من جملة اولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم الخ) هذه المسألة انما سبقت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط و انما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه وآله و الامام عليه السلام من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام فلا بد او لا من

تعيين مقدار تلك الولاية .

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين (ع)

(قوله قد خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي والائمة صلوات الله

عليهم اجمعين الخ) اقول للولاية معان -١- الولاية التكوينية -٢- وجوب اطاعة قبول قول الولي في الاحكام الشرعية -٣- الحكومة و الرئاسة الدنيوية بادارة شئون الامة -٤- الولاية الشرعية اي ولاية التصرف في الاموال والانسف -٥- وجوب اطاعة في الاوامر الشخصية العرفية والظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي والائمة صلوات الله عليهم اجمعين - فتنقيح القول بالبحث في موارد .

الاول - في الولاية التكوينية اي ولاء التصرف التكويني - والمراد بها كون زمام امر العالم بايديهم ولهم السلطنة التامة على جميع الامور بالتصرف فيها كيف ماشاؤوا اعداما وايجادا - وكون عالم الطبيعة منقادا لهم لابنحو الاستقلال - بل في طول قدرة الله تعالى وسلطنته واختياره بمعنى ان الله تعالى اقدرهم وملكهم - كما اقدرنا على الافعال الاختيارية وكل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم - ومن هذا الباب معجزات الانبياء والاولياء - وقد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لاشخاص - قال الله تعالى (١) وقال الذي عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل ان يرتد اليك طرفك - وقال عز من قائل (٢) فسخرنا له الريح تجري بامر رداء حيث اصاب والشياطين كل بناء وغواص وآخرين مقرنين في الاصفاد - وقال سبحانه (٣) اني اخلق لكم من الطين كهيئة الطير فانفخ فيه فيكون طيرا باذن الله وابرىء الاكمه والابرص واحيي الموتى باذن الله وانبثكم بما تاكلون وما تدخرون في بيوتكم - الى غير ذلك من الايات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لاشخاص - و اذا ثبت ذلك لهؤلاء

١- سورة النمل - آية ٤٠ - ٢- سورة ص آية ٣٨

٣- سورة آل عمران آية ٤٩

فثبوت الرسول الاعظم و خليفته الذى عنده علم الكتاب بنص (١) القرآن لا يحتاج الى بيان - وعليه - فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام كالتصرف الولاى فى النقش و صيرورته اسد امفترسا وماشاكل - انما نلتزم بها ونعتقد من غير التزام بالتاويل - كيف ونرى انهم عليهم السلام بعد موتهم يصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذى عجز الاطباء عن ابرائه وحل معضلات الامور وماشاكل وليس ذلك الا لما ذكرناه .

ويمكن ان تكون الاية الكريمة (٢) النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم - ناظرة الى ثبوت هذا المعنى من الولاية ايضا للنبى (ص) (وبالجملة) ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبى والائمة المعصومين الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبى (ص) للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغي التوقف فيه - واما شبهة استلزام ذلك للشرك - فهى تندفع باننا لاندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال بل ان الله تبارك وتعالى ملكهم واقدروهم كما ملكنا واقدرونا على الافعال الاختيارية - وبه يظهر انه لا بنا فيه - قوله تعالى (٣) قل لا املك لنفسي نفعا ولا ضررا - فان المراد عدم الملكية بالاستقلال - و لتفصيل الكلام فى المقام محل آخر .

الثانى فى وجوب اطاعتهم وقبول قولهم فى الاحكام الشرعية والوظائف المجعولة الالهية - و ان قولهم وكذا فعلهم حجة لاشبهة فى ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم - قال الله تعالى (٤) ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا - وقال سبحانه (٥) لقد كان لكم فى رسول الله اسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وذكر الله كثيرا - وقال عز وجل (٦) قل ان كنتم تحبون الله فاتبعونى يحببكم الله ويغفر لكم ذنوبكم - الى

١ - الرعد آية ٣٣

٢ - سورة الاحزاب آية ٤

٣ - الاعراف آية ١٨٧ - ٤ - سورة الحشر آية ٧

٥ - سورة الاحزاب آية ٢١ ٦ - سورة آل عمران آية ٣١

غير ذلك من الايات الدالة على ان قول رسول الله (ص) وكذا عمله حجة - وقد دل الحديث الشريف الذي هو متواترين الفريقين ولاشك في صدوره عنه (ص) اني تارك فيكم الثقيلين كتاب الله وعترتي اهل بيتي وانهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض فلا تقدموهما فتهلكوا ولا تقصروا عنهما فتهلكوا ولا تعلموهم فانهم اعلم منكم - على ثبوت هذا المقام للائمة المعصومين عليهم السلام اضع الى ذلك ما دل على ثبوت ما للنبي (ص) من المناصب للائمة الهداة .

ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة (ع)

الثالث في ثبوت منصب الحكومة والرئاسة الدنيوية بادرارة شئون الامة للنبي (ص) والائمة صلوات الله عليهم - لا ينبغي الشك والكلام في ثبوت هذا المنصب لهم وانه فوض اليهم من قبل الله تعالى فهو منصب الهى لامن قبل الناس - والشاهد لثبوت لهام امور .
احداها الايات الكريمة قال الله تعالى (١) انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون - فان الاية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله (ص) لطائفة خاصة من المؤمنين فاذا انضم الي ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الاية في شان امير المؤمنين عليه السلام - وما دل على ثبوت منصب كل امام لامام بعده كخبر المعلى الاثني يثبت ثبوت هذا المنصب للائمة الهداة .

وقال سبحانه (٢) اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم - فان الاية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم وامر صادر من الله تعالى ورسوله واولى الامر ومقتضى اطلاقها ذلك حتي في ما يرجع الي شئون الامة وادارة المملكة الاسلامية وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك بل في بعض النصوص صرح الامام (ع)

بان الاطاعة المأمور بها في الآية اريد بها الاطاعة في الاوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع الى ادارة شئون الامة - لاحظ خبر (١) عيسى بن السري قلت لا يعبده الله (ع) حدثني عما بنيت عليه دعائم الاسلام اذا انا اخذت بها زكى عملي ولم يضرني جهل ما جهلت بعده فقال (ع) شهادة ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله (ص) والاقرار بما جاء به من عند الله وحق في الاموال من الزكاة والولاية التي امر الله بها ولاية آل محمد الى ان قال قال الله عز وجل اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر 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 الامر ان الارض لاتصلح الا امام - وصحيح (٢) يريد العجلي عن ابي جعفر (ع) في قول الله عز وجل فقد آتينا آل ابراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما جعل منهم الرسل والانبياء والائمة فكيف يقرون في آل ابراهيم وينكرونه في آل محمد (ص) قال قلت و آتينا ملكا عظيما قال الملك العظيم ان جعل فيهم ائمة من اطاعهم اطاع الله ومن عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم - الملك بالضم هو المملكة فجعل الائمة من جهة الامر باطاعتهم وجعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح (واما) اولوا الامر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الائمة الاثنى عشر .

ثانيها الروايات منها الدالة على ان الائمة عليهم السلام ولاية امر الله واولوا الامر لاحظ خبر (٣) عبد الرحمان سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول نحن ولاة امر الله - وخبر (٤) الحسين ابن ابي العلاء الاثنى عشرهما - والظاهر من هذا العنوان عرفان يجب الرجوع اليه

١- اصول الكافي ج ٢ - ص ٢١ حديث ٩ باب دعائم الاسلام.

٢- اصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٥

٣- اصول الكافي ج ١ - ص ١٩٢

٤- اصول الكافي ج ١ - ص ١٨٧

في الامور العامة - ومنها ما عن (١) سيد الشهداء صلوات الله عليه فلعمري ما الامام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله - ومنها - خبر (٢) المعلى بن خنيس عن الامام الصادق (ع) في قول الله عز وجل ان الله يامركم بالخ- عدل الامام ان يدفع ما عنده الى الامام الذي بعده وامرت الائمة ان يحكموا بالعدل وامر الناس ان يتبعوهم - وخبر (٣) سليمان بن خالد عنه (ع) اتقوا الحكومة فان الحكومة انما هي للامام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى او وصى نبى وقريب منهما غيرهما - ومنها - النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية - ومنها - بعض الاخبار الواردة في صفات الائمة كخبر (٤) عبد العزيز بن مسلم عن الامام الرضا (ع) في حديث طويل ان الامامة زمام الدين و نظام المسلمين و صلاح الدنيا و عز المؤمنين - ان الامامة اس الاسلام النامى و فرعه السامى بالامام تمام الصلاة و الزكاة و الصيام و الحج و الجهاد و توفير الفىء و الصدقات و امضاء الحدود و الاحكام و منع الثور و الاطراف و نحوه غيره - و ظهور ذلك في ان الحكومة للامام (ع) واضح بل هو كالصريح في ذلك - ونظير ذلك ما عن العلى بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا (ع) في علل حاجة الناس الى الامام حيث قال بعد ذكر جملة من العلى ومنها انا لانجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقمم 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.

ثالثها الارتكاز الثابت بيناء العقلاء - حيث جرى بنائهم في كل امر راجع الى المعاد والمعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة كونه اهل الخبرة والاطلاع ولم يردع

١ - ارشاد مفيد طبع النجف ص ٢٠٤

٢ - الوسائل - باب ١ - من ابواب صفات القاضى حديث ٦

٣ - الوسائل - باب ٣ - من ابواب صفات القاضى حديث ٣

٤ - اصول الكافي ج ١ ص ٢٠٠

الشارع الاقدس عن ذلك وحيث ان الامام (ع) اعلم الناس وافضلهم وابصر بالامور سواء أكان الامر مربوطا 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 يقولوا عاشوا الا بيمين 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 به - وعليه - فاما ان يعين الابصر بالامور السياسية وتنظيم البلاد او غيره - والثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح وهو قبيح ومن الحكيم محال - فيتعين الاول - وبهذا البيان يظهر قطعياً ان الله تعالى عين الامام (ع) لذلك -

خامسها ان جملة من الاحكام الشرعية احكام جزائية وقضائية - وسياسية - واجتماعية كالقصاص - والحدود - والقضاء - وقبول الجزية - والجهاد ... ولا يمكن اجراء تلك الاحكام الا بيد الحاكم على الامة - وقد صرح في جملة من (١) الاخبار انها لامام المسلمين ولذلك نرى ان النبي (ص) حين ما ساعده الظروف اسس حكومة اسلامية عادلة و كك الامام علي ابن ابي طالب (ع) اسس الحكومة وحارب مع من خالفه في ذلك .

ولاية التصرف في الاموال والانفس

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 المترتبة عليها جواز التصرف - فقد استدلت بثبوتها لهم بوجوه - منها الآية الشريفة (٢) النبي اولى بالمؤمنين من انفسهم وما كان مساقه مساقها - و اورد على الاستدلال بها (تارة) بانها مختصة بصورة التزام - للانصراف - ولان الولاية لا تقبل

١ - المستدرك باب ٥ من ابواب صلاة الجمعة وآدابها

٢ - سورة الاحزاب آية ٥٦

الشدة والضعف فلا بد وان يكون التفضيل مجازيا والمراد ثبوت الولاية عند التزام النبي (ص) وانتفاؤها عن غيره (واخرى) بانه انما تكون الاية في مقام بيان عدم اختصاص رياسته (ص) بالرياسة الروحانية بل تعم الرياسة الدنيوية والحكومة فلا تدل اولويته بكل شخص من نفسه - ولكن - (يرد الاول) ان الانصراف ممنوع - والولاية قابلة للشدة والضعف كما هو ظاهرها (ويرد الثاني) مضافا الى كونه خلاف الظاهر - انه ينافيه النبوى (١) انا اولى بكل مؤمن من نفسه .

فالحق - ان يقال انها 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 و الاسباب الشرعية كبيع ماله وتزويج المروثة وتطبيق زوجته . واما التصرف بلا سبب او بسبب غير شرعى فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو اشد للنبي (ص) مثلا ليس له ان يعطى الانتفاع بزوجة لغيره فلا يكون ذلك ثابتا له (ص) وكك الاحكام المحضة كالارث (و بالجملة) الاية الشريفة ليست في مقام التشريع للاحكام بل هي في مقام بيان تشريع الولاية وتدل على انها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لافى از يد من ذلك (ويؤيد) ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم از يد مما للشخص على نفسه بل يشهد له ما (٢) فى ذيل حديث طويل مروي عن كتاب نزهة الكرام و بستان العوام تاليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازى - فقال له (اى للكاظم - ع-) 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 (ع) كذب الذين زعموا اننا نقول ذلك واذا كان الامر كك فكيف يصح البيع والشراء عليهم ونحن نشترى عبيد او جوارى ونعتقهم ونقعد معهم وناكل معهم ونشترى المملوك ونقول له يا بنى وللجارية يا بنتى و نقعدهم

١- الاصول من الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٦

٢- كتاب النجوم للسيد ابن طاوس

ياكلون معنا تقربا الى الله سبحانه فلو انهم عبيدنا وجوارينا ماصح البيع والشراء وقد قال النبي (ص) لما حضرته الوفاة الله في الصلاة وما ملكت ايمانكم يعني صلوا و اكرموا مما لي بكم وجوار بكم ونحن نعتقهم وهذا الذي سمعته غلط من قائله ودعوى باطله ولكن نحن ندعي ان ولاء جميع الخلائق لنا يعني ولاء الدين وهؤلاء الجاهل يظنونه ولاء الملك حملوا دعواهم على ذلك ونحن ندعي ذلك لقول النبي (ص) يوم غد يرحم من كنت مولاه الخ - فانه - يدل على ما ذكرناه.

قال بعض الاكابر بعد استظهار ذلك من الادلة - لكن الظاهر ان سيرة النبي (ص) والائمة صلوات الله عليهم لم يكن ككبل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ والاعخبار فلاحظ كلام امير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب اخيه عقيل ومراجعته الى الامير صلوات الله عليه انتهى.

ومنها النصوص الدالة على ان الدنيا وما فيها لهم عليهم السلام ان لهم التصرف فيها كيف ماشاءوا لاحظ مكاتبة (١) ابن الريان الى العسكري (ع) قال كتبت اليه روى لنا ان ليس لرسول الله (ص) من الدنيا الا الخمس فجاء الجواب ان الدنيا وما عليها لرسول الله (ص) ومرسل (٢) احمد بن محمد بن عبد الله الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا فمن غلب على شيء منها فليتيق الله الحديث - وخبر (٣) ابي بصير عن الصادق (ع) قلت له اما على الامام زكاة فقال احلت يا ابا محمد اما علمت ان الدنيا والاخرة للامام (ع) يضعها حيث يشاء ويدفعها الى من يشاء ونحوها غيرها - فان الظاهر من هذه الاخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس واموالهم من غير جعل جاعل للرسول (ص) والامام (ع) بالجعل - غير المناقاة مع ملكية الناس - وهذه عبارة اخرى عن الاولوية بالتصرف فيها منهم.

ومنها - الاجماع والظاهر ثبوته لكن مستند المجمعين معلوم - ومنها غير ذلك - ولظهور عدم دلالة ما ذكره اغمضنا عن التعرض له وفيما ذكرناه كفاية .

١ - ٣ - اصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٩ - حديث ٤ - ٦ - باب ان الارض كلها للامام

٢ - ٢ - اصول الكافي ج ١ ص ٢٠٨ حديث ٢

وجوب اطاعة المعصوم (ع)

الخامس في وجوب الاطاعة - يمكن ان يستدل للزوم اطاعتهم في اوامرهم الشخصية العرفية الراجعة لمصلحتها اليهم بوجهين - احدهما - الايات والنصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم - وان معصيتهم كمعصية الله تعالى - كقوله سبحانه (١) اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم - وقوله (٢) تعالى فليحذر الذين يخالفون عن امره ان تصيبهم فتنة او يصيبهم عذاب اليم - وقوله (٣) عز وجل من يطع الرسول فقد اطاع الله و من تولى فما ارسلناك عليهم حفيظا - وصحيح (٤) زرارة عن ابي جعفر عليه السلام ذروة الامر و سنامه ومفتاحه و باب الاشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى الطاعة للامام بعد معرفته (ع) - وخبر (٥) الحسين بن ابي العلاء قال ذكرت لابي عبد الله عليه السلام قولنا في الاوصياء ان طاعتهم مفترضة فقال نعم هم الذين قال الله تعالى اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولى الامر منكم وهم الذين قال الله عز وجل انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا - الى غير ذلك من الاخبار المتواترة - اذاختصاص هذه باجمعها بالاوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة ان الاطاعة فيها اطاعة بالذات لامره تعالى و اطاعة بالعرض للوسائل و الاطاعة التي تكون بالذات اطاعة لهم هي اطاعتهم في الاوامر الشخصية ومعلوم ان ظاهر الايات و الروايات ارادة الثانية .

الوجه الثاني - انهم صلوات الله عليهم مجارى القبوضات و اولياء النعم

١ - النساء آية ٥٩

٢ - النور آية ٦٤

٣ - النساء آية ٨٣

٤ - اصول الكافي ج ١ - ص ١٨٥ باب فرض طاعة الائمة حديث ١ - ٧

باجمعها من المال و الولد و الاعضاء وغيرها فهم المنعمون بالواسطة و قد استقل العقل بوجوب شكر المنعم ومعلوم ان تصرف النعمة فى سبيل اطاعة المنعم شكر و تركه كفران فيحسن الاول عقلا ويقبح الثانى كك وبالملازمة يستكشف الوجوب. (قوله قدده يكفى فى ذلك منها مقبولة الخ) الاستدلال بهذه النصوص فى هذين المقامين يتوقف على دلالتها على ثبوت الامرين للفتية وسيأتى الكلام فى ذلك فى المسألة الآتية فانتظر .

فى اشتراط تصرف الغير باذنهم

(قوله قدده بان الابوة اذا اقتضت وجوب اطاعة الاب الخ) تقريب الاولوية ان الاب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب اطاعة عليه - فالنبي (ص) الذى هو واسطة التكوين ومجرى الفيض اولى بذلك (ولكن) يمكن ان يقال انه لم يثبت كون مناط وجوب اطاعة وعلته ذلك وعليه فلا وجه لدعوى الاولوية ولعله الى هذا اشار بقوله فتامل .

(قوله قدده واما بالمعنى الثانى اعنى اشتراط تصرف الغير باذنهم الخ) اقول لا كلام فى الموارد الخاصة التى دل الدليل بالخصوص على ثبوت الولاية لهم بهذا المعنى كالحدود والتعزيرات والحكومات والجهاد وغيرها (كما) لا كلام فى ثبوتها لهم فى الامور التى ثبت انها وظيفة الرئيس لمادل من النصوص على ان لهم الرئاسة كخبر الفضل وغيره وانهم ولاة الامر واولى الامر (كما) لا يبنى التوقف فى عدم ثبوتها لهم بالاضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات والمعاملات (انما) الكلام فيما اذا جهل الامر ولم يحرز ان التصرف من اى الاقسام - فان احتمل كونه من وظيفة الامام خاصة فتارة لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير - واخرى يحرز ذلك فعلى الاول تجرى اصالة البرائة عنه بالاضافة الى الرعية - وعلى الثانى حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى

بالتفصيل السدى سيمر عليك معلوم فلا مورد للاصل - وان احرز ان التكليف ليس مختصا به وانه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى او العينى - ولكن احتمال دخل اذنه (ع) فيه - كان المرجع اطلاق دليل المنع - اودليل الجواز - لو كان - والا - فمع التمكن من الرجوع اليه (ع) لابد من ذلك ولا مجال للرجوع الى الاصل لانه لا يرجع اليه مع التمكن من الفحص - وان لم يتمكن من ذلك فان احتمال كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجرى اصالة البرائة مع عدم تحقق الاذن - وان احتمال كونه من قبيل شرط الواجب دخل فى مسألة الاقل والاكثر الارتباطيين .

ولاية الحاكم الشرعى

(قوله قدده انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه باحد الوجهين المتقدمين (الخ) اقول تنقيح القول فى المقام انه لاشبهة ولا ريب فى ان منصب القضاة - من فصل الخصومة والامور التى يرجع فيها فى العرف الى القاضى كاخذ الحق من المماطل وحبس وبيع ماله والتصرف فى مال القصور و نصب القيم و ماشاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط - ويشهده - مشهورة (١) ابى خديجة المروية فى الكافى - و التهذيب والفقيه وغيرها باسانيد مختلفة ومتون متفاوتة فى غير الجملة التى هى مورد للاستشهاد قال بعثنى ابو عبد الله (ع) الى اصحابنا فقال قل لهم اياكم اذا وقعت بينكم خصومة - الى ان قال اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حالنا وحرمانا فاني قد جعلته عليكم قاضيا الحديث - وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل ائمة الجور ومن المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاة لم يكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع اليه ساير ما اشرنا اليه بل فى زماننا ايضا القضاة يتصدون لما ذكر فثبت هذا المقام للفقيه (وبه يظهر) اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة ولا استفادتها

١- التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ - وج ٦ ص ٢١٩ حديث ٨ - والكافى ج ٢ ص

٣٥٨ - والفقيه ج ٣ - ص ٢ - والوسائل باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ٦

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 لابي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق وهي زمان متابعتة للخطابية وحالتى استقامة وهما قبل الاعوجاج وبعده ولم يعلم انه رواها في اى الحالات (ولكن) يمكن دفع الاول بان الخبر مروي بطرق مختلفة منهما في الفقيه عن احمد بن عائد عن ابي خديجة وطريقه اليه هو - ابو عن سعد بن عبدالله عن احمد ابن محمد بن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء - وهؤلاء كلهم ثقات كما ان احد طريقى الشيخ في التهذيب اليه قوى - مع - ان المعلى من مشايخ الاجازة على ما افاده المحقق المجلسي ره وهو يكفى في قبول رواياته - ويدفع الثانى - ما حقق في محله من ان سالم بن مكرم ابا خديجة ثقة.

ولا كلام ايضا في ثبوت منصب الفتوى له وان للعوام ان يقلدوه - ويدل عليه الايات 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 الاصحاب هو الاول بل في عوائد النراقي دعوى الاجماع عليه قال حيث نص به كثير من الاصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمين -

وهو الحق الذي لا ريب فيه لان من جملة احكام الاسلام بسل والمهم منها احكاما

جزائية - وقضائية - وسياسية واجتماعية - كالقصاص - والديات - والحدود - والجهاد والصلح - والقضاء - وقبول الجزية - ... ولا يمكن اجراء تلك الاحكام الا بيد الحاكم على الامة - وبعبارة اخرى - ان الاحكام التي اتى بها نبي الاسلام (ص) انما هي قوانين كلية وبديهي ان القانون ان لم يكن له مجرلا فيفيد ويكون لغوا فيعلم من ذلك ان النبي (ص) الذي جاء بتلك القوانين وحين ما ساعده الظروف شكل الحكومة بنفسه وكك وصيه امير المؤمنين عليه السلام - عين شخصا لاجراء تلك الاحكام - وليس في هذا الزمان غير المجتهد الذي قال (ص) في حق انه خليفتي ووارثي وقال الامام (ع) هو الحجة عليكم الى غير ذلك من التعابير التي ستمر عليك مع انه لا يكون ثمة احدا عرف بمباني الاسلام منه فهو المتعين لان يكون قائما بالحكومة وعلى رأسها .

وان شئت قلت انه لا ريب في ان وظيفة المجتهد في هذا العصر اجراء احكام الاسلام وحفظ امن البلاد الاسلامية والتحرز من مكائد الاستعمار وحفظ استقلال البلاد الاسلامية - والدفاع عن حريم الاسلام والقرآن وقطع يدمن تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين وحفظ المسلمين من يد الاجانب ومن عبثهم في عقول المسلمين وعقد الذمة والعهود واجراء الحدود - والامر بالمعروف والنهي عن المنكر - وهل يمكن شيء من ذلك الا من قبل الدولة والحكومة القوية العادلة - قال الله تعالى (١) واعدوا لهم ما استطعتم من قوة - هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم - وقد تقدم خبر الفضل عن الامام الرضا عليه السلام المتضمن - انا لانجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا الا بقيم 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 .

ويشهد بشبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الاخبار منها مقبولة (٢) عمر بن حنظلة

١ الانفال ٦٣

٢- الكافي ج ١- ص ٦٧ حديث ١٠- التهذيب ج ٦ ص ٣٠١ حديث ٥٢- الفقيه

ج ٣ ص ٥- الاحتجاج ص ١٩٤- القروع ج ٧ ص ٤١٢- الوسائل - باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١

عن ابي عبد الله (ع) ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثناو نظرفى حلالنا وحرامنا وعرف احكامنا فليرضوا به حكما فانى قد جعلته عليكم حاكما فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا ردو الراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله - حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كساير الحكم المنصوبين فى زمان النبى ﷺ والصحابة - ومن المعلوم ان الحاكم المنسوب فى تلك الازمنة كان يرجع اليه فى جميع الامور العامة التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم - فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا بهذا المعنى - وبعبارة اخرى الحاكم هو المنفذ للحكم - واورد عليها (تارة) بضعف السند لانه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق (واخرى) بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لان مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى وقوله فاذا حكم بحكمنا اى قضى فهى تدل على جعل منصب القضاة له - ولكن (يرد الاول) ان الاظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثانى اياه قال انا حققنا توثيقه من محل آخر - ولورود روايتين داليتين (١) عليها - ولغير ذلك من الشواهد مع ان الاصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة (و يرد الثانى) ان المسلم عند الاصحاب ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد - مع - انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله ينظر ان من كان الخ ولم يكن حاجة الى هذه الجملة سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كلية من مصاديقها المورد.

ومنها (٢) ما رواه الصدوق باربعة طرق عن على (ع) قال رسول الله (ص) اللهم ارحم خلفائى - ثلاثا - قيل يا رسول الله (ص) ومن خلفائك قال الذين ياتون بعدى يروون حديثى وسنتى - وزاد فى بعض الروايات فيعلمونها الناس من بعدى - وحيث انه عند

١ - رواها العلامة المامقانى فى رجاله احدهما عن التهذيب - والاخرى عن الكافى

٢ - عيون الاخبار ج ٢ ص ٣٧ حديث ٩٤ - معانى الاخبار ص ٣٧٤

الفيه ج ٤ ص ٣٠٣ حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب صفات القاضى حديث

دوران الامر بين الزيادة والنقص مقتضى الاصل البناء على وجود ما نقص - فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة وظهوره في ارادة الفقهاء من الرواة في غاية الوضوح - وبعبارة اخرى - المراد من راوى الحديث والسنة هو من يعلم الناس احكام الاسلام لا مجرد لقلقة اللسان وهذا يلزم مع الفقه - فبدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله (ص) والخليفة يقول - طلق من يقوم مقام من استخلفه في كل ما هو له - وان شئت قلت ان كون الرئاسة والحكومة حق خليفة رسول الله (ص) ومنصبه المفوض اليه كان من الامور الواضحة المسلمة عند الكل ولذلك كان كل من ملوك بني امية وسلاطين بني العباس بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الاسلامية مدعيا لخلافة رسول الله (ص) لتصدى ذلك المقام على ذلك فتعين رسول الله (ص) العلماء خلفاء يكونون دالا بالملزمة البينة على جعلهم حكاما منفذا للحكم ورؤساء للحكومة الاسلامية .

ومما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة في جعله منفذا للحكم ورئيسا الاية الكريمة (١) يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق - فان كون الحكومة مرتبة على جعله خليفة مفروغ عنه في الاية وانما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى .

ومنها التوقيع (٢) 'الشريف المروى في كتاب اكمال الدين و اتمام النعمة - للصدوق - وكتاب الغيبة - للشيخ - والاحتجاج للطبرسي في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله - بتقريب ان المراد بالحوادث من جهة كونها جمعا محلي باللام كل حادث يبرج فيها الرعية الى رئيسهم من غير فرق بين كونها من السياسيات او الشرعيات ومن غير فرق بين ان تكون

١ - سورة ص آية ٢٤ -

٢ - اكمال الدين و اتمام النعمة طبع الكمباني ص ٢٦٦ ح ٤ باب التوقيع - كتاب

الغيبة ص ١٩٨ - الاحتجاج طبع النجف ص ١٦٣ - الوسائل باب ١١ - من ابواب صفات

القاضي حديث ٩

مرتبطة بشخص خاص او بالمجتمع - فتشمل ما كان من قبيل اخراج الاجانب النفط وسائر المعادن وعقد الذمة مع الدول الاخرى والى توجه الخطر من جانب الاجانب الى الدولة الاسلامية - وما شا كل فيدل على ان راوى الحديث المجعول حجة على الامة وهو الفقيه الجامع للشرائط - مرجع فى جميع تلك و ليس معنى الحكومة و كون الشخص حاكما و منفذ الحكم الا ذلك (و احتمال) ارادة حوادث خاصة نظرا الى ان اللام للعهد و اشارة الى الحوادث المسئول عنها التى ليست بايدينا (يندفع) بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

وقد يقال - انه تضمن الرجوع فى الحوادث الى الفقيه - ولا يدل على و كول نفس الحادثة اليه لياشره بنفسه او بمن ينصبه كما ادعاه المصنف ره - والظاهر من ذلك الرجوع فى حكمها اليه لا يكالها اليه (ولكن) يندفع ذلك بان الرجوع فى كل حادثة الى الفقيه و اكسب الوظيفة منه و لزوم العمل بكل ما يعينه ولو كان هو الدفاع عن المملكة الاسلامية وحفظ حدودها وما شا كل عبارة اخرى عن كونه حاكما مطلقا - و يناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العالم وما فيه .

ومنها ما (١) روى عن الحسين بن على عليهما السلام مجارى الامور والاحكام على ايدى العلماء بالله والامناء على حلاله فانتم المسلوبون تلك المنزلة و ما سلبتم ذلك الابتفرقكم عن الحق واختلافكم فى السنة بعد البينة الواضحة ولو صبرتم على الاذى وتحملتم المؤونة فى ذات الله كانت امور الله عليكم تردو عنكم تصدرو اليكم ترجع ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم واستسلمتم امور الله فى ايديهم الخ - وتقريب الاستدلال به ان المراد بالعلماء فى الخبر غير الائمة بقرينة سائر الفقرات المتضمنة لتفرقهم عن الحق واختلافهم فى السنة وان المخاطب فيهم العلماء الساكتون غير الامرين بالمعروف و غير العاملين بالوظيفة وغير ذلك من القرائن - ويدل الحديث على ان مجارى الامور

على أيديهم ولا معنى لمجاري الأمور في مقابل مجاري الأحكام سوى الأمور المربوطة بالحكومة الإسلامية ويؤكد ذلك ما في ذيله من قوله واستسلمتم أمور الله في أيديهم فإن ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط بها - وإيضاً تضمن الخبر أن العلماء غصب حقهم ومن المعلوم أن المغضوب ليس غير الحكومة (وعلى الجملة) من تدبر في الخبر صدرا وذيلاً يظهر له أن مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه أن العلماء هم الحكام وأن 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 (١) على بن أبي حمزة عن أبي الحسن موسى بن جعفر (ع) إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها و أبواب السماء التي كان يصعد فيها بأعماله و ثلم في الإسلام ثلثة لا يسدها شيء لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها - وتقريب الاستدلال به أنه يدل على أن حصن الإسلام وحافظه هو الفقيه و حيث أن أحكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات - بل منها - أحكام اجتماعية وسياسية وقضائية وجزائية ولا يمكن حفظ تلك الأحكام وكون الفقيه حصناً يدافع عنها الأمن قبل حكومة قوية صالحة - ولذلك نرى أن الاستعمار الأوروبي علم من أول وهلة أن استعمارهم لا يتم مادام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون ويجرون أحكامه وقوانينه ويتبعون إرشاداته وتعاليمه وبهذا صرح - كلادستون - رئيس وزراء بريطانيا في ذلك الوقت - ومن ذلك الوقت اتجه وجهه أخرى فأخذ يسعى بشتى الطرق والوسائل لتضعيف الإسلام وكان من جملة مصادئه وحبائله نعمة التفكيك بين الدين والسياسة وصارت تلك من أخطر الوسائل في أيديهم - وسبباً لما نرى الآن من حال الإسلام والمسلمين والبلاد الإسلامية (وبالجملة) أحكام الإسلام - من الجهاد والمهادنة وعقد الذمة والعهود وأجراء الحدود والقصاص وقبول الجزية

و ما شاكل لا يمكن حفظها الامع كون الحكومة بيد الفقيه او من ينصبه الفقيه لذلك فجعل الفقيه حصنا للاسلام لا يكون الا بجعله حاكما مطلقا منفذا للحكم.

ومنها خبر (١) السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) الفقهاء امناء الرسل مالم يدخلوا في الدنيا قيل يا رسول الله (ص) وما دخولهم في الدنيا قال (ص) اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم - و تقرب الاستدلال به ان الامين من فوض عليه حفظ ما فوض اليه وقد فوض الى الفقهاء الاحكام الشرعية وقد مر في الخبر السابق ان حفظ الاحكام الشرعية لا يمكن الا من قبل حكومة اسلامية قوية - وقوله مالم يدخلوا الخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الاهمال في تشكيل الحكومة وصيرورة المتبوع تابعا والمخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه امينا .

ومنها ما (٢) رواه في الكافي - و امالي الصدوق - وفي اول المعالم باسانيد عديدة متصلة عن ابي عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا الى الجنة و ان الملائكة لتضع اجنحتها لطالب العلم رضاه و انه يستغفر لطالب العلم من في السماء الى ان قال و ان العلماء ورثة الانبياء ان الانبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما ولكن ورثوا العلم فمن اخذ منه اخذ بحظ وافر - و تقرب الاستدلال به انه يدل على ان العالم وارث الانبياء في العلم والمراد به الاحكام والحقائق والقوانين التي جاثوا بها فكما انهم موظفون بنشرها واجرائها كي ينتفع بها الناس فكك العالم موظف بذلك و قد مر ان اجراء الاحكام الشرعية باجمعها لا يمكن الا بيد الحاكم المطلق - ودعوى - ان المراد بالعلماء هم الائمة - غريبة - يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم (مع) انه بهذا المضمون روايات صريحة في ارادة غير الائمة الهداة صلوات الله عليهم مثل ما (٣) في البحار - وقال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد تفقه في الدين فان الفقهاء ورثة الانبياء وفي المقام روايات اخر قريبة المضمون مع ما تقدم يظهر كيفية

١- اصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه حديث ٥

٢- اصول الكافي ج ١ - ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم

٣- ج ١ - ص ٢١٦ الطبع الحديث

الاستدلال بهامما تقدم فلاوجه لتطويل الكلام بذكر كل واحد منها .

العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين

ثم انه قد تضمنت الاخبار ذم العلماء الذين يختلفون ابواب الحكام ولايحترزون عن مخالطتهم - لاحظ خبر (١) السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال رسول الله (ص) الفقهاء امتاء الرسل مالم يدخلوا في الدنيا قيل يا رسول الله (ص) وما دخلهم في الدنيا قال (ص) اتباع السلطان فاذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم - والنبوى (٢) العلماء امتاء الرسل على عباد الله عز وجل مالم يخاطبوا السلطان فاذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم - والنبوى (٣) شرار العلماء الذين ياتون الامراء وخيار الامراء الذين ياتون العلماء - والخبر (٤) قال (ع) العلماء احباء الله ما مروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولم يميلوا في الدنيا ولم تختلفوا ابواب السلاطين فاذا رأيتهم مالوا الى الدنيا وختلفوا ابواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم ولا تصلوا خلفهم ولا تعودوا امراضهم ولا تشيعوا جنازتهم فانهم آفة الدين وفساد الاسلام يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل الى غير ذلك من الاخبار (و الظاهر) ان منشأ هذه التشديدات العظيمة والسرفيها - وجهان - احدهما - ان العالم جعل متبوعا وحاكما ومخدوما - فاذا صار تابعا وخداما ومحكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس ومثله هو الذي يقوم في العرض الاكبر مع المجرمين ناكسى رؤوسهم عند ربهم - الثاني - ان السلطان والملك قد غصب حق المجتهد وتصدى للحكومة فاختلف بابيه تقرير لظلمه وتعيده فلايجوز - وبذلك يظهر الوجه

١- اصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه

٢- المحجة البيضاء ج ١ - ص ١٢٤

٣- المحجة البيضاء ج ١ ص ١٤٤ - و اخرج ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على

نقل و بلفظه نقله الشهيد في المنية

٤- خراجية الفاضل القطيفي

لما في روايات كثيرة من ذم السلاطين والنهي عن اختلاف ابوابهم والامر بالهرب منهم - و في المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها وللأخبار الواردة عن أئمة الدين فيها ولكن الظروف لا تساعد والى الله المشتكى - فالمتحصل مما ذكرناه انه لا ينبغي التوقف في ان تشكيل الحكومة وظيفه المجتهد الجامع للشرائط .

مزاحمة احد المجتهدين لآخر

ثم انه يقع الكلام في انه هل يجوز لاحاد المجتهدين مزاحمة الآخرين ام لا - و تنقيح القول في ذلك انه تارة يتصدى احدهم للرئاسة والحكومة - واخرى لم يستقر له الامر ويريد التصدى لها - اما في الصورة الاولى فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة ان كان المتصدى اهلا لذلك اذ مضافا الى ان المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الاسلامية وهو بديهي الحرمة - يشهد لعدم جوازها قوله (ع) في مقبولة (١) ابن حنظلة المتقدمة فاذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله وعلينا ردو الراد علينا الراد على الله وهو على حد الشك بالله - فان تصدى المجتهد ح كتصدى الامام (ع) فمزاحمة الثاني اياه كمزاحمته للامام - وهي مستلزمة للرد عليه و هو رد على الامام فلا يجوز (اضف) الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة و هو غير جائز قطعاً (مع) ان الادلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدى له ففي فرض التصدى لادليل على ثبوته لاحد (والى) هذا نظر المحقق النائيني ره حيث قال ان الفقيه ولى من لا ولى له فاذا تحقق الولى فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولى من لا ولى له - كما ان الظاهر (الى) هذا نظر من قال ان دليل الولاية ان لم يكن لفظياً فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدى احدو الا فيرجع الى الاصل وهو يقتضى عدم الولاية وان كان لفظياً فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة فعند الشك لا بد من الرجوع الى الاصل المتقدم .

واما في الصورة الثانية فان قلنا باعتبار الاعلمية كما يشهد به مارواه (١) في البحار عن كتاب الاختصاص قال قال رسول الله ﷺ من تعلم علما ليما رى به السفهاء اوليا همى به العلماء او يصرف به الناس الى نفسه يقول انارئيسكم فليتبوء مقعده من النار ان الرئاسة لا تصلح الا لاهلها فمن دعى الناس الى نفسه وفيهم من هو اعلم منه لم ينظر الله اليه يوم القيامة فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة والا فالأظهر جواز المزاحمة بمعنى ترتيب المقدمات والتوسل بكل امر جائز في نفسه للوصول الى ذلك المقام السامى بل لو كان يرى نفسه احق وابصر بالامور وانه لو تصدى لذلك كان يخدم الاسلام والمسلمين احسن مما لو تصدى الاخر يجب عليه ذلك والله العالم .

عدم اولوية الفقيه بالتصرف في الاموال والانفس

فالمحصل مما اسلفناه ثبوت منصب الفتوى - والقضاة وما يتبع هذا المنصب والحكومة 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 و اما غير تلك من مائت للامام (ع) من اولويته بالتصرف في الاموال والانفس - و لزوم اطاعته في اوامره الشخصية العرفية - وولايته التكوينية - فالظاهر عدم ثبوت شىء منها للفقيه بما هو فقيه لاختصاص ادلتها بالامام (ع) .

(قوله قد ه فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع الخ) وقد التزم هو قد ه في كتاب الزكاة بوجوب الدفع اليه ان طالب واستدل له (بان) منعه رد عليه والراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبولة (٢) ابن حنظلة (وبقوله) - ع - في التوقيع الشريف (٣) اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم وانا حجة الله - (ولكن) قد مر ان الخبرين انما يدلان على

١ - البحار ج ٢ - ص ١١٠ من الطبع الحديث

٢ - ٣ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى - حديث ١ - ٩

ان الحكومة والقضاة للفقهاء ولا يدلان على ثبوت شيء آخر كوجوب الاطاعة وحيث ان ذلك ليس شأن من شئون احد المنصبين وعبارة اخرى ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس او القاضى فلا وجه لوجوب الرد اليه - وما فى المقبولة انما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الامام لا ان مطلق الرد رد عليه فتدبر - (نعم) اذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما وسلطانا فطلب الزكاة او الخمس لصرفها فى المصالح العامة والفقراء وجب الدفع اليه لان ذلك من حيثيات الحكومة وشئونها و لذا كان دأب النبى ﷺ والوصى (ع) فى زمان حكومتها مطالبة الزكاة والاخذ من المانعين جبرا - وبما حققناه يظهر الضابط فيما للفقهاء تصديده وما ليس له ذلك فتدبر حتى لا يشتبه عليك الامر .

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

(قوله قد بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى توقف تصرف الغير على اذنه الخ) ملخص القول فى المقام - ان ما ثبت كونه معروفا اذا علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الاب فى مال ولده الصغير - او صنف خاص كالقضاة - او علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالامر بالمعروف فلا كلام . وان احتمل ان يكون فى وجوده او وجوبه منوطا بنظر شخص خاص فان كان للدليل ذلك المعروف عموم او اطلاق من هذه الجهة ينفى الاناطة به حتى وان ثبت كونه منوطا بنظر شخص الامام (ع) فى زمان حضوره اذا المتيقن من دليل القيد هو دخول نظر الامام فى زمان الحضور فمع عدم التمكن من الاستيذان منه يكون الاطلاق هو المحكم ولا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للامام (ع) بما هو امام (نعم) ما ثبت له بعنوان انه قاض او حاكم ورئيس يثبت للفقهاء لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقهاء - وعليه - فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه - ولعله - يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار - وقدر الكلام فيه فى

كتاب الجهاد .

وان لم يكن لدليل معروفته اطلاق او عموم فان لم يحرز اصل المطلوبة في زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الامام (ع) فيها - فان ثبت كون دخل نظره (ع) بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه وانه لا بد فيه من الرجوع اليه لعموم دليل ولايته بهذا المعنى - وان احتمل دخل نظر شخص الامام (ع) فيه سقطت مطلوبيته كان ذلك من قبيل المعاملات والعبادات للاصل .

وان احرز ارادة وجوده في الخارج وعلم وجوبه كفاية - مع تعذر الاستيذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطا عند التعذر - لا كلام - في ان للفقيه التصدي له لانه اما يعتبر اذنه او هو كغيره ممن يجب عليه كفاية - واما - غير الفقيه فان كان التصرف تصرفا معامليا فالاصل عدم نفوذه الا باذن الفقيه - وان كان غير معاملي فان استلزم ذلك التصرف في مال الغير او نفسه لم يجز لعموم مادل (١) على حرمة التصرف في مال الغير او نفسه - والا كما في الصلاة على الميت - جاز التصدي له بدون اذنه بناء على جريان البرائة عند الدوران بين الاقل والاكثر كما لا يخفى (وبذلك) يظهر عدم تمامية ما افاده المصنف من اطلاق عدم المشروعية (كما) انه ظهر ما في اطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات .

فان قيل بناء على ما ذكر من انه لو كان عموم او اطلاق لدليل ذلك المعروف لم يكن اذن الفقيه معتبرا لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم مادل (٢) على ان كل معروف صدقة من النصوص (توجه عليه) ان تلك النصوص من جهة اخذ مشروعية الفعل في موضوعها لان المعروف هو ما عرفه الشارع و رغب اليه وحث عليه لاسبيل الى التمسك به لانه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا

١- الوسائل باب ٣ - من ابواب مكان المصلى حديث ١ - ٣ - و باب ١ - من ابواب القصاص

في النفس حديث ٣

٢- الوسائل - باب ١٤ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة

بدون اذن الفقيه فلا يتمسك به (فلا يظهر) هو اعتبار اذن الفقيه في التصرفات المعاملية وما استلزم التصرف في مال الغير او نفسه .

(قوله قدده ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في اذن الشارع الخ) مادة الافتراق من جانب التوقيع الامور المختصة بالفقيه كالافتاء والقضاء والحكومة - ومن جانب دليل كل معروف صدقة الافعال المطلوبة غير المعتمد فيها اذن احد - ومادة الاجتماع التصرف في مال القصر وما شاكل - تقريب - الحكومة ان التوقيع يدل على ان الحوادث الواقعة معروفيها تتوقف على اذن الفقيه (اقول) يرد عليه ان التوقيع اخص من تلك النصوص اذ لاحادثة مهمة يرجع فيها الى الفقيه الا وهو معروف ولا عكس - مع - ان التوقيع يكون واردا عليها فانه يدل على دخالة اذن الفقيه في معروفة الحوادث الواقعة - اصف - الى ذلك مامر من عدم العموم لتلك النصوص كي تدل على عدم اعتبار اذن الفقيه فراجع .

(قوله قدده ثم انه قد اشتهر في اللسان وتداول في بعض الكتب رواية (١) ان السلطان ولي من لاولى له الخ) اختلفت كلمات القوم في المراد من السلطان - فمن جماعة ان المراد به الامام (ع) وهو الظاهر من صدر عبارة المصنف ره في المقام - وعن - اخرين كالعلامة فسي التذكرة وغيره ان المراد به ما يعم الفقيه المامون القائم بشرائط الافتداء والحكم - وهو الظاهر من عبارة المصنف ره الاخيرة - والظاهر هو الثاني - فان السلطان من له السلطنة على غيره والامام (ع) وان كان مصداقه الكامل الا ان للفقيه ايضا السلطنة على غيره وهو الحاكم المنفذ للحكم كما مر فمقتضى اطلاق لخبره وجعل الولاية له ايضا - وتقريب الاستدلال به انه يدل على ثبوت الولاية على من لاولى له من شأنه ان يكون له ولي - لمن له السلطنة - ولازم جعل الولاية له وجواز كل تصرف

١ - التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه ابوداود في محكي سننه ج ١ ص ٢٨١ - وابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩ - واحمد في مسنده ج ٦ ص ٢٧ - وفي عوائد النراقي عائدة ٥٤ انه مروى في كتب الخاصة والعامة .

متعلق به او بماله كان جائزاً له لو كان مالكا لامره - فيجوز للحاكم الشرعى ان يتزوج للمجنون الذى لاولى له - وان يزوج المجنونة - فان قيل - انه ضعيف السند للارسال - قلنا - ان صاحب الجواهر ربه فى كتاب النكاح قال ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر فى خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد - والظاهر انه كك - فان الفقهاء فى باب النكاح يصرحون بان احدا لا ولياء السلطان والظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص - فلا اشكال فى الخبر سنداً ودلالة .

ولاية عدول المؤمنين

(قوله قدّمه مسألة فى ولاية عدول المؤمنين اعلم ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه الخ) ملخص القول فى المقام ان المعروف الذى ثبت كونه من وظائف الفقيه - وقد مر ضابطه - لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه - الا اذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به فيجوز ح تصدى غيره .

واما ما لم يثبت فيه ذلك - فان كان لدليله عموم او اطلاق يقتضى جواز تصدى كل احد فلا كلام - والا - فان كان احتمال دخل نظر الفقيه واذنه من قبيل شرط الوجوب - يكون التكليف به ساقطاً مع تعذر الاستيذان منه لاصالة البرائة - وان كان من قبيل شرط الواجب فان كان ذلك تصرفاً معاملياً - او كان مستلزماً للتصرف فى مال الغير او نفسه لم يجز لما تقدم والاجاز ولم يسقط التكليف به لجريان الاصل عند الشك فى الاقل والاكثر . ثم ان ثبوت مطلوبة الفعل بعد تعذر الاستيذان انما يكون باحد طرق (احدها)

استفادة ذلك من النصوص ولو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و الموضوع كما فى دفن الميت (ثانيها) ان يكون لدليل ذلك المعروف اطلاق ولا يكون الدليل المقيد له بنظر الفقيه مطلقاً فانه ح يقتصر فى تقييده على المقدار المتيقن وهو التمكن من الاستيذان (ثالثها) استقلال العقل بذلك كما فى حفظ مال اليتيم من التلف (رابعها) ان يدل دليل بالخصوص على ذلك كما سياتى فى بيع مال اليتيم (خامسها) جريان السيرة العقلية بضميمة عدم ردع الشارع عنها كما اذا مرض اليتيم وتوقف نجاته من الهلاكه

علي التصرف في ماله .

وقد ذكر له طرق اخر (منها) مانسب الى الشهيد رهو هو التمسك بدليل (١) كل معروف صدقة وشبهه - وقد مر انه لعدم احراز الموضوع وهو كون الفعل معروفا من كل احد لا موقع للتمسك به (ومنها) ما افاده المصنف رهو هو ما اذا كان الفعل مقدمة لما هو حسن عقلا - كما لو توقف نجاة اليتيم من الهلاكة على التصرف في ماله بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكة على التصرف في مال الغير بغير اذنه (وفيه) 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 داخلية تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه - ثم ان المصنف رهو ذكر ان من جملة الادلة المطلقة لمعروفة الفعل - قوله (ع) عون الضعيف من افضل الصدقة - وقوله تعالى (٢) ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن (اقول) اما الاول فقد عرفت انه لا اطلاق له من هذه الجهة (وحاصله) انه من الواضح ان كل ما يكون عونا لا يكون صدقة حتى ما كان عونا بفعل محرم فالمراد هو العون بما يكون جائزا شرعا - فلا بد من احراز جوازه عند فقهاء الفقيه بدليل آخر (واما) الآية الشريفة فان كان الخطاب فيها متوجها الى الاولياء كما ان قوله تعالى فان آنتم منهم رشد اخطاب اليهم فهي اجنبية عن المقام - وان كان متوجها الى عامة المكلفين - فلا استدلال بها في نفسها لامانع منه فانها ح بمفهوم الاستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقا - الا ان من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه و انها تدل على اعتبار اذن الفقيه في امثال ذلك ليس له التمسك بعمومها فانه بعد تقييد اطلاقها باطلاق تلك الادلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستيذان من الفقيه كما لا يخفى .

١ - الوسائل - باب ٢١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة

٢ - سورة الانعام آية ١٥٢

فى اشتراط العدالة

(قوله قد به بقى الكلام فى اشتراط العدالة فى المؤمن - وهو مقتضى الاصل

الخ) لا يخفى انه قد به فى ولاية الاب والجد التزم بان مقتضى الاصل عدم اعتبار العدالة وهنا التزم بان الاصل يقتضى اعتبارها - ويمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الاصل بذلك والافالبا بان من وادواحد كما هو واضح - وكيف كان فمحصل القول فى المقام ان الكلام فى اعتبار العدالة ربما يقع فى جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه - وربما يقع بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضمما الى فعل غيره كالإيجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للآثر .

اما المقام الاول فالكلام فيه يقع فى موردین - الاول فيما يقتضيه القواعد - الثانى فيما يقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى بيع مال اليتيم .

اما المورد الاول - فان كان ثبوت معروفية ذلك الفعل باطلاق دليل او عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة - كما انه كذا اذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل والفاسق - واما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة - او كان باستكشافه من المناطات ونحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها - لان ثبوت مطلوب بيته للعدول معلوم - ولغيرهم مشكوك فيه والاصل عدمه (مع) ان مقتضى الاصل عدم النفوذ اذا كان التصرف تصرفا معامليا - وعدم الجواز اذا كان تصرفا فى مال الغير اوف نفسه - بالاضافة الى غير العدول .

اما المورد الثانى - فمن النصوص صحيح (١) ابن بزيع - رجل مات من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضى الكوفة فصير عند الحميد القيم بماله وكان الرجل خلف ورثة صغار او متاعا وجوارى فباع عبد الحميد المتاع فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صيراليه وصية وكان قيامه فيها بامر

القاضي لانه فروج قال فذكرت ذلك لابي جعفر (ع) وقلت له - الى ان قال فقال (ع) اذا كان القيم مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس - والكلام في هذا الخبر يقع في جهات - الاولى - 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 الادلة لو كان ام لا .

اما الجهة الاولى فقد يقال كما عن المحقق الايرواني ره احتماله انه متضمن للاذن الشخصي من الامام (ع) لا لاعطاء الحكم وحيث ان مفاده ليس اعطاء المنصب بل التوكيل - فلا ينفع بالنسبة الى اعصار ساير الائمة (وفيه) ان هذا مخالف للظاهر من وجوه - منها - ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعي فالجواب يكون ظاهرا في بيان ذلك - ومنها - ان ظاهر نفى البأس عن الاعمال التي اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الامام - ومنها - التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد اذ لو كان في مقام بيان الاذن الشخصي لم يكن يعبر هكذا (وبالجملة) ظهور الخبر سؤالا وجوابا في بيان اعطاء الحكم لا ينبغي انكاره .

و اما الجهة الثانية - فالوجوه المحتملة للمماثلة - اربعة (الاول) المماثلة في التشيع (الثاني) المماثلة في الوثاقة و ملاحظة مصلحة اليتيم (الثالث) المماثلة في العدالة (الرابع) المماثلة في الفقه - وقد افاد المصنف ره و تبعه المحقق النائيني ره ان الاحتمال الرابع مناف لاطلاق المفهوم الدال على ثبوت الباس مع عدم الفقيه ولو مع تعذره (وفيه) انه لم يفرض في الخبر لا بدية البيع فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه (مع) ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة فانه باطلا فانه ح يدل على ثبوت الباس مع تعذر العادل (مضافا) الى ان مورده منطوقا ومفهوما صورة التمكن من امثال محمد بن اسماعيل وعبد الحميد (فالحق) ان يقال - ان احتمال ارادة المماثلة في الفقه (يدفعه) ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد - هو ابن سالم العطار لان الكليني وان روى الرواية واطلق عبد الحميد - ولكن الشيخ في محكي التهذيب رواها وقيده

بابن سالم - واحتمال اشتباه الشيخ او انه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده - بعيد غايته - وما افاده المحقق البهبهاني ره من ان ابن سالم لم يكن في عصر الجواد (ع) والخبر مروى عنه - يرد عليه - ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسئل حكم المسألة كلية ولا يلزم ذلك كون عبد الحميد في زمانه (ع) وحيث انه ليس صاحب اصل او كتاب فلا يستفاد فقاهته - بل هو غير فقيه (ويدفع) احتمال - ارادة المماثلة في العدالة - فرض تصرف عبد الحميد في البيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه في بيع الجوارى لانهن فروج مع ان الرجاليين وثقوه والوثاقة اعم من العدالة (ويدفع) احتمال ارادة المماثلة في التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال اذا كان من اصحابنا او من اصحابك او من يعرف امرنا فلا باس فالتعين ارادة المماثلة في الوثاقة والامانة فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للامين وان لم يكن عادلا .

واما الجهة الثالثة فبناءً على ما افاده المصنف ره يكون الخبر مجملاً وان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهة الاخذ بالمتيقن - وعليه - فلا وجه للاخذ به في مقابل اطلاق دليل او عموم بل هو يكون مبيناً لاجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان احد الدليلين مجملاً والاخر مبيناً .

و منها صحيح (١) على بن رثاب عن الكاظم (ع) عن رجل بينى وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً وترك ممالك وغلماً و جوارى ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد وماترى في بيعهم - قال فقال (ع) ان كان لهم ولي يقوم بامرهم اباع عليهم ونظر لهم وكان ماجور افيهم قلت فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد فقال (ع) لا باس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم فليس لهم ان يرجعوا فيما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (اقول) هذا الصحيح اجنبى عن المقام لان الظاهر من القيم هو القيم الشرعى اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث او بنصب من بيده الامر - وان شئت قلت - ان الخبر وارد في مقام بيان جواز الاشتراء من

القيم في مقابل الاشتراء من الصغار وليس في مقام بيان من به يقوم القيمة.
و منها موثق (١) زرعة عن سماعة عن رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار
من غير وصية وله خدم ومماليك وعقد كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال (ع) ان قام
رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس - وهذا وان كان يدل على الاكتفاء بالوثاقة الا انه
مختص بالقسمة .

و منها صحيح (٢) اسماعيل بن سعد عن الرضا (ع) عن الرجل يموت بغير وصية
وله ولد صغار وكبار ايحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير ان يتولى القاضى بيع
ذلك فان تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستعمله الخليفة ايطيب الشراء منه ام لا فقال (ع)
اذا كان الاكابر من ولده معه في البيع فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك -
وقد استظهر منه المصنفه اعتبار العدالة .

واورد عليه (بان) الظاهر من القاضى الذى تراضوا به هو القاضى الشرعى
الذى له الولاية على مال الصغير مطلقا وان لم ينضم اليه العدل اجماعا (و بان) غاية
مفاده ثبوت الولاية للعدل وهذا لا ينافي ثبوتها لمطلق الثقة الامين فلا مقيد لاطلاق
صحيح ابن بزيع (وبانه) انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة الى المشتري والكلام
انما هو في وظيفة المتصدى للبيع نفسه - وفي الكل نظر (اما الاول) فلان السؤال انما
هو عن البيع من دون تصدى القاضى و مع تصديه - فالجواب يكون عاما للموردين
(واما الثانى) فلان الظاهر كون قوله عدل الخ عطا - على قوله - رضى الورثة و
عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل و يوجب تقييد اطلاق
صحيح ابن بزيع (واما الثالث) فلانه بناء على ما استعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها
لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح البيتيم - يكون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها
شرطا للبيع والافضل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لاحد الشراء منه لغو - فلا يظهر

١- الوسائل - باب ٨٨ من ابواب احكام الوصايا حديث ٢

٢- الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

- ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين - و الظاهر منها اعتبار العدالة لامن باب الامارية على كون التصرف تصرفا بالاحسن كما ذهب اليه المصنف - بل من باب دخلها بنفسها ذ الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فى الحكم بنفسه لامن باب الامارية الى شىء آخر - وبما ذكرناه ظهر الحال فى المقام الثانى فلانعيد .

ثم ان مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه فما افاده المحقق الاردبيلي ره من كون ولاية العدول على مال اليتيم فى 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 وحاكما فمع وجوده لابد من تصديده لذلك فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زايد .

فروع

بقى فى المقام فروع - الاول - انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب هل يقبل اخباره ام لا - وجهان - والحق ان يقال انه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به (ودعوى) معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق (مندفعة) بانه لا تعارض بينهما اذ لا تنافى بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر الفاسق وقبوله من حيث انه مالك للتصرف - ولذا ترى انه يقبل اخبار ذى اليد - وان قلنا انه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق .

الثانى - انه بناء على جواز البيع للفاسق اذا تصدى الفاسق للبيع و اوجب شك من يريد القبول فى انه هل يكون الايجاب تصرفا على وجه احسن ام لا - فهل يجرى اصاله الصحة فى الايجاب ويحرز بها صحة الايجاب و القبول ام لا وجهان .
قد استدلل المصنف ره الثانى بوجهين (احدهما) ان الحكم لم يحمل على التصرف

الصحيح و إنما حمل على موضوع وهو اصلاح المال ومراعاة الحال وهذا عنوان لموضوع الاثر - و حيث انه قد ثبت في محله انه يعتبر في جريان اصالة الصحة في موضوع الاثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه و كون الشك متمحضا في الوصف والا فمع الشك في الموصوف لا تجرى اصالة الصحة ففي المقام لا تجرى اصالة الصحة في الايجاب (الثاني) ان اصالة الصحة في الايجاب لا تثبت الا بصحة الايجاب التاهلية ولا يحرز بها تحقق المصلحة و حيث ان القابل ايضا متصرف في مال الصغير ولا بدوان يكون تصرفه على وجه احسن ولا يحرز ذلك باصالة الصحة في الايجاب - فاصالة الصحة الجارية في الايجاب تفيد في الحكم بترتب النقل .

اقول يرد على الوجه الاول - ان هذا الشرط كسائر الشرائط 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 - وبعبارة اخرى ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعامل غاية الامر ان هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد - و هو كونه صلاحا لليتيم و ما كان و اجد هذا الشرط يصح و ما كان فاسدا لا يصح و مجرد جعله عنوانا و كيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الاعمال الخارجية التي قصد بها البيع او شيء آخر - وعليه - فمع احراز اصل التصرف و الشك في صحته و فساده تجرى اصالة الصحة و يحرز بها الصحة (ويرد) على الوجه الثاني ان الذي لا بد وان يكون صلاحا لليتيم هو الايجاب و البيع فانه متضمن لاعطاء 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 ولعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص و ليا في البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا فتدبير (مع) انه يمكن ان يقال ان الدليل انما يدل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن و هو انما يكون بالبيع و اما الشراء فهو

مطوعة وقبول للبيع لانه بنفسه تصرف فلا يعتبر فيه هذا الشرط - فالظاهر جريان اصاله الصحة في الايجاب و ترتب الاثر عليه مع ضم القبول اليه .

الثالث - ما ذكره بقوله نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثمن الخ اقول ما افادته وان كان متيناى تجرى اصاله الصحة في فعل البايع والمشتري وترتب عليها الاثر - الا ان الوجه الاول الذى ذكره فى الفرع المتقدم يجرى فى هذا الفرع ولازمه عدم جريانها ولازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثل على ملك الصغير ويحرز به كون مال اليتيم الذى يجب اصلاحه وحفظه من التلف هو المثل لا الثمن -

مزاحمة الولي

(قوله قد علم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى او الندبى الخ) المقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدى للمتصدى - وقد حكم المصنف ره بجوازها واستند فى ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لاعلى وجه النصب من الامام عليه السلام - (اقول) يرد عليه امران (الاول) ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام - ان كان ولي يقوم بامرهم باع عليهم ونظر لهم الخ مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليا و مالكا للتصرف والالما كانت جائزة ولا ، معنى لمجرد جعل التكليف فى هذا المقام (الثانى) انه على فرض كون ذلك من قبيل - النصب من الامام كما هو كك تجوز مزاحمته اذا كان النصب بعنوان يعم كليهما ولا يختص بخصوص المتصدى فان التصدى لا يوجب تعين المتصدى وانحصار المنسوب به الا اذا دل دليل آخر على ذلك وهو مفقود .

قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن

(قوله قدّم انه هل يشترط فى ولاية غير الاب والجد - قوله تعالى (١) ولا تقربوا

مال اليتيم الا بالتى هى احسن وحيث ان توضيح معنى الاية (الخ) الكلام فى توضيح معنى الاية الشريفة يقع فى جهات .

الاولى - ان حرمة القرب الى مال اليتيم الا بالتى هى احسن محدودة فى الاية الشريفة بقوله تعالى حتى يبلغ اشده - كما فى سورتي الانعام والاسراء - فتح قد يقال ان الغاية ان كانت قيداً للموضوع او المتعلق وان كان لا يترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للاية الشريفة الا انه خلاف الظاهر - فان الظاهر كونها قيداً وغاية للحكم - وعليه فتدل الاية بمفهوم الغاية على ان القرب المحرم انما هو الى زمان البلوغ وبعده لا يكون محرماً مع انه محرم قطعاً - واجيب عنه بجوابين (الاول) انها غاية للمستثنى فقط فمعناها ان جواز التصرف على وجه احسن محدود بالبلوغ وبه ينقطع الجواز ويدور امر التصرف مداراً ذن صاحب المال (الثانى) انها غاية للمستثنى منه او هو مع المستثنى الا ان المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً ولومع رضا اليتيم وهذا الحكم محدوداً - بلوغ فانه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه - وكلاهما خلاف الظاهر (اما الاول) فلان الظاهر كونه غاية للحكم الذى تضمنه الاية الشريفة (و اما الثانى) فلان المذكور انما هو الحكم المطلق لا اطلاق الحكم (فالحق) ان يقال انه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقاً لبيان تحقق الموضوع فان الموضوع هو اليتيم وهو يتبدل بالبلوغ .

الجهة الثانية فى بيان المراد من القرب المنهى عنه (اقول) الظاهر من القرب فى نفسه هو ما يقابل البعد ولكن الظاهر منه فى الاية الشريفة التصرف فى مال اليتيم وحيث ان التصرف فى مال اليتيم ربما يكون خارجاً مماثل اكله وشربه ونحوهما - وربما يكون اعتبارياً كبيعته وشرائه ونحوهما .

فقد وقع الخلاف فى المراد من الآية - ومحتملاته التى ذكرها المصنف ره اربعة (الاول) ارادة اقرب مايكون الى مصداق القرب اى اول تصرف فيه كمسه ووضع اليد عليه - هذا هو الاحتمال الثانى فى المتن (الثانى) ان يراد مايعمه و ساير التصرفات الخارجية - وبعبارة اخرى مطلق التقلب والتحريك - وهو الاحتمال الاول فى المتن (الثالث) ان يراد به مايعم ذلك والترك وبعبارة اخرى مطلق الامر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل والترك وهو الاحتمال الرابع فى المتن (الرابع) ان يراد به التصرف الاعتبارى وهذا هو الاحتمال الثالث فى المتن .

وهناك احتمال خامس اظهر من الجميع وهو ارادة مايعم التصرفات الخارجية والاعتبارية اذ ساير الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه - والتعميم الذى لا يساعده عرف ولا لغة - ومجرد كون المتعلق هو مال اليتيم وقرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتبارى المتعلق به - لا يصلح معينا لاحتمال الرابع الذى اختاره المصنفه (واما) ما افاده المحقق الايروانى رده من ان الظاهر ان القرب كناية عن اكل مال اليتيم والاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف لاجل اليتيم فتكون الآية اجنبية عن المقام - فبعد جد الايلائم مع استثناء الابالتى هى احسن .

الجهة الثالثة - فى بيان المراد من النهى المتعلق بالقرب (اقول) ان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتبارى المتعلق بمال اليتيم كان النهى ظاهرا فى الارشاد الى الفساد - وان كان المراد هو التصرف الخارجى المتعلق به من وضع اليد عليه وامساكه واكله وشربه كان ظاهرا فى الحرمة المولوية (وحيث) عرفت ان المراد هو الجامع بينهما - فان حملناه على المولوية لمادلت الآية على فساد المعاملة لان النهى عن المعاملة لا يبدل على الفساد - مع ان بناء الاصحاب رضى الله عنهم على التمسك بالاية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم ما لم يكن على وجه احسن - وان حملناه على الارشاد لزم تخصيص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتبارية وهو مما لا وجه له .

وحل هذه العويصة انما يكون باحد نحوين (الاول) حمل النهى على مايعم المولوى

والارشادى ولا مانع من ذلك فان الاختلاف بينهما انما يكون فى الدواعى والاغراض ولا اختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب والاستحباب ولذا بنينا على جواز الامر الواحد بشيئين مع كون احدهما واجبا والاخر مستحبا - وبالجمله - قد حقق فى محله انه لا مانع من حمل النهى عن العام على ارادة المولوية فى بعض افراده والارشادية فى بعضها الاخر (الثانى) حمل النهى على خصوص المولوى والنهى عن المعاملة نفسيا وان لم يدل على الفساد الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه وبصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لما تقدم من اعتبار العدالة فى المتصدى لامر اليتيم ومع خروجه عنها لا يكون تصرفه نافذا كما هو واضح .

الجهة الرابعة فى بيان وجه تأنيث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنى لزم تكبيرها فان القرب مذكر والذى ينبغي ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجرورا بحرف جر لابد من جعل المستثنى منه مقدرا و مجرورا بحرف جر - مثل - ب - حيثية او كيفية وعليه فيلائم تأنيث الموصول .

الجهة الخامسة فى بيان محتملات الاحسن وقد ذكر المصنف ره ان محتملاته اربعة - فان المراد به اما - التفضيل - او الحسن - وعلى الاول فاما ان يراد - التصرف الاحسن من الترك - او الاحسن مطلقا من الترك ومن التصرفات الاخر - وعلى الثانى فاما ان يراد به ما فيه المصلحة - او مالا مفسدة فيه - وهناك احتمال خامس وهو ارادة التفضيل منه وان يراد به من التصرفات الاخر - ولازم الاول جواز البيع اذا كان احسن من تركه وان كان الايجار احسن منه - ولازم الثانى عدم جوازه ما لم يكن احسن من تركه ومن التصرفات الاخر - ولازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه اصلح او سائر التصرفات كذلك - ولازم الرابع جواز التصرف اذا لم يكن فيه مفسدة وان كان فى غيره من التصرفات مصلحة اكيدة - ولازم الخامس جواز البيع اذا كان اصلح من الايجار وان كان تركه اصلح .

وقد استظهر المصنف ره الاحتمال الثانى و الوجه فيه ان الظاهر من الاحسن

ارادة التفضيل وان حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم - و اورد عليه بايرادات (الاول) ان استعماله في غير التفضيل كثير ويؤيد عدم ارادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة -من- و عدم اضافته (وفيه) ان استعماله في غير التفضيل كثيرا مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه اذا ذكر بلا قرينة - وعدم ذكر كلمة من او الاضافة انما يوجب ظهوره في العموم ولا ينافي ذلك (الثاني) ما افاده المحقق الايرواني ره وهو انه ان اريد منه الاحسن من جميع ماعداه لزم عدم الاقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها او مساواة عدة منها في مقدار المصلحة فان كل واحد من تلك الافراد المتساوية ليس احسن من جميع ماعداه وان اريد منه الاحسن 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 الاحسن مطلقا الا انه في الفرض نقول بان الجامع بين الافراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون احسن من غيره فيجوز ولازمه التخيير بين الافراد (الثالث) انه لو فرضنا ان الترك وسائر التصرفات لاحسن فيها اصلا وهذا الفعل كالبيع فيه مصلحة اكيدة لزم عدم جوازه فانه لا يصدق الاحسن لعدم المبدأ في غيره ليكون الزيادة صادقة في البيع مع انه جائز قطعاً (وفيه اولا) انه لا محذور في الالتزام بعدم شمول المستثنى له وانما يلتزم بالجواز بالاولوية اذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون اولى (وثانيا) انه يحمل الاحسن على التفضيل المجازي اى ما يترجح على غيره في نظر العقلاء سواء كان لاجل ان مصلحته آكد من مصلحة غيره او من جهة ان فيه المصلحة وفي غيره المفسدة .

ثم انه قد ظهر مما ذكرناه امران (الاول) تمامية ما افاده المصنف ره من ارادة الاحسن مطلقاً (الثاني) عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع مال اليتيم بعشرة دراهم وفرضنا 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 الابقاء يكون اصلح من غيره فيجوز ويتخير بين الفردين (فلا يظهر) جواز التبديل هذا بحسب ما استفاد من الآية فقد عرفت

انه يستفاد منها اعتبار المصلحة .

و اما بحسب الروايات - فقد ذكر المصنف ره روايتين وادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة وعدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم .
احدهما حسنة الكاهلي (١) قال قيل لابي عبدالله عليه السلام اننا ندخل على اخ لنا في بيت ايتام ومعهم خادم لهم فنقعده على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا وفيه من طعامهم فماترى في ذلك - فقال عليه السلام ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس وان كان فيه ضرر فلا - تقرب الاستدلال بها ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عندد خولهم من جهة ان ما لوحظت المنفعة بالاضافة اليه هو الدخول في بيت الايتام والقيود على بساطهم فما يتعقبه من العوض زيادة بالاضافة الى ذلك فتصدق عليها المنفعة - فيكون المراد بالضرر في الذيل ان لا يصل الى الايتام ما يوازي ذلك - فلا تنافي بين صدر الخبر والذيل ويكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة وان لم تكن مصلحة (وفيه) ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة بالاضافة الى ما ذكر و ان كانت اقل مما يوازيه لزم جواز الدخول مع اعطاء اقل مما يوازيه وهذا لا يجوز قطعاً - و ان كان المراد الزيادة بالاضافة الى مالية اموالهم - خرج صورة مساواة النفع والضرر عن منطوق الخبر وتعارض فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنفه .

والحق ان يقال ان في مورد الخبر خصوصية ليس فيه حد الوسط بين النفع والضرر فانه بالتصرف في الدار والبساط والخادم والطعام المخلوط بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مالية على الايتام فكل ما اعطى بازاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم وان اعطى اقل من ذلك كان ضرراً فندبر - ولو اغمض عن ذلك وسلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط والرجوع الى الالية الشريفة الدالة على عدم الجواز اذا لم يكن في التصرف مصلحة ونفع عائد الى الايتام .

ثانيتهما رواية على بن المغيرة (٢) قلت لابي عبدالله عليه السلام ان لي ابنة اخ يتيمة

فر بما اهدى لها الشئء فأكل منه ثم اطعمها بعد ذلك الشئء من مالى فأقول يارب هذا بذل - فقال لا بأس - بتقريب ان ترك الاستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة ولا ريب فى ان منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الايراد بان مقتضى ترك الاستفصال جواز اعطاء الانقص - ولكن يرد عليه امور (الاول) ان من يأكل من طعام الغير ويريد اعطاء عوضه وبنائه على عدم اعطاء الاقل لامحالة يعطى مقداراً أزيد وفرض التساوى نادر جداً ملحوق بالمعدوم (الثانى) ان الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره وامرها بيده وح يكون عدم التصرف فى طعامها ابقاء لمالها وتصرفاً وجودياً - فالجامع بينه وبين التصرف بازاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة فيكون جائزاً ويتخير بين الفردين (الثالث) ان الظاهر كون الطعام مطبوخاً فلا محالة اكل مقدار منه واعطاء عوضه المساوى معه فى القيمة يكون اصلح بحال اليتيمة (فتحصل) ان الاظهر اعتبار المصلحة فى التصرف فى مال اليتيم من غير فرق بين التصرفات الخارجية والمعاملية .

ثم ان الشهيد قد استدل على اعتبار المصلحة بوجوه اخر (الاول) انه منصوب لها (وفيه) ان هذا اول الكلام ولعله منصوب وليا لحفظ ماله فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله وابقائه على حاله (الثانى) اصالة بقاء الملك على حاله (وفيه) انه لا يرجع اليها مع عموم دليل الولاية (الثالث) ان العدميات لا تكاد تقع غاية (وفيه) ان العدميات وان لم تقع غاية - بل الغاية لا بد وان تكون امراً وجودياً - الا ان اعتبار كونه امراً وجودياً راجعاً الى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل مع الاغماض عما ذكرناه فلو فرصنا انه لامفسدة فى بيع مال اليتيم وكان هناك مصلحة راجعة الى نفس المتصدى للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية لولا الآية الشريفة (وبالجملة) الكلام فى المقام انما هو فى ان البيع الذى لامفسدة فيه اذا كان بداع عقلائى هل يكون نافذاً ام لا .

(قوله قد هـ هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان الخ)
اقول ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحرى الاصلح - غاية الامر بالنسبة الى التصرفات المتعارفة و
اما لو خرج الاصلح عن ذلك واوجب تحريره الاصلح الحرج او كان خلاف المتعارف فلا يجب

وبهذا يندفع ما ذكره الشهيد في وجه عدم لزوم تحري الأصلح من ان ذلك لا يتناهى .
 بقى فى المقام شىء لم ادر من تعرض له - وهو ان نظير الولي فى الحسن هل له موضوعية ام
 هو طريق الى الحسن الواقعى - وثمرة ذلك انه لو باع الولي وكان فى ذلك مصلحة بنظره ثم تبين
 عدم المصلحة فعلى الاول يصح البيع وعلى الثانى لا يصح - والظاهر هو الاول - وذلك
 لوجوه (الاول) السيرة القطعية (الثانى) لزوم اختلال النظام من عدم الصحة فى
 الفرض مثلا لو باع مال اليتيم وبعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة و من الواضح ان
 الحكم بالفساد فى هذا المورد وشبهه يستلزم الحرج و اختلال النظام (الثالث) ان
 دلالة الآية الشريفة التى هى المقيدة لاطلاق ادلة الولاية - على ان التصرف غير الاحسن
 اذا كان معامليا باطل - انما تكون من جهة دلالة النهى على الحرمة وان ارتكابه ح موجب
 للفسق و مخرج له عن الولاية - ومن الواضح انه اذا كان البيع بنظر الولي صلاحا
 لا يكون هو موجبا للفسق و ان لم يكن فى الواقع كك فتدبر .

نقل العبد المسلم الى الكافر

(قوله قدده مسألة يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمننا اثمنا ان يكون
 مسلما الخ) اقول بما ان هذا البحث لاموضوع له فى هذا الزمان فالصفح عن
 التعرض له اولى .

نقل المصحف الى الكافر

(قوله قدده المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر الخ)
 اقول قد تقدم الكلام فى هذه المسألة فى الجزء الثانى عشر من هذا الشرح فى الخاتمة -
 فلا وجه للاعادة .

شرائط العوضين - بيان حقيقة المال والملك

(قوله قدده القول في شرائط العوضين يشترط في كل منهما كونه متممولا الخ)

تنقيح القول في المقام بالتكلم في مقامين - الاول - في بيان حقيقة المال - و الملك الثاني - في وجه اعتبارهما - اما الاول - فالمال تكون على نحوين .

احدهما - ما كانت ماله ذاتية و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الانسان ويحتاج اليه بحسب فطرته من الماكول والمشروب والملبوس و ماشا كل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه و ادخاره للانتفاع به وقت الحاجة و يبذلون بازائه شيئا مما يرغبون فيه من النقود وغيرها من جهة توقف الوصول اليه الى اعمال عمل - ففي الحقيقة يعتبر في صدق المال على شيء امران (احدهما) كونه موضوعا لغرض سوء أ كان ذلك دفع الضرورات الاولى كالاقتوات - او العرضية كالادوية - او لتحصيل اللذة كالقواكه وبعض الاشربة (ثانيهما) توقف الوصول اليه الى اعمال عمل - ولجل ذلك تختلف مالية الاموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذي يحتاج اليه في الوصول الى ذلك الشيء - مثلا الغرض المترتب على الماء - ازيد بمراتب من ما يترتب على بعض الادوية النادر الوجود - ولكن المال على الشاطئ لالمالية له - وذلك الدواء له مالية معتد بها - والسرفى ذلك فقد الامر الثاني في الاول ولذا كلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت ماله .

ثانيهما ما كانت ماله اعتبارية وجعلية كالنقود - وهو على قسمين - الاول - ما كان الاعتبار فيه عاما يشترك فيه جميع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية وهى توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الاموال وعدم امكان التبادل بين الاموال التى ماله ذاتية - كالا حجار الكريمة من الذهب والفضة وغيرها - وبالجمله - القسم الاول ما بنى العقلاء على اعتبار المالية له - الثانى ما كان الاعتبار فيه خاصا - و هو ايضا على قسمين - اذ قد يكون شيء خاص يعتبر له المالية من جانب دولة بالنظر الى

مابنى عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه كطوابع البريد فان كل طابع له مالية فى مملكة خاصة دون الممالك الاخر ومالينه انما تكون بلحاظ مابنى عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه -وهو ابصال المكتوب الى اى محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به - وقد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الاول - كالدينار العراقى والاسكناس - وهذا القسم الاخير لا يعتبرونه العقلاء مالا بمجرد اعتبار الاعتبارى من كان بل لابد وان يكون له غطاء ويعبر عنه بـ (غطاء العملة) - والتغطية على وجوه - ثم ان - حرمة المنافع كعدمها مستقطة للمال عن المالية .

واما الملكية فلها اربع مراتب (الاولى) الملكية الحقيقية وهى عبارة عن السلطنة التامة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوثا وبقاءا وهى مخصوصة بالله تعالى (الثانية) الملكية الذاتية والمراد بالذاتى ما لا يحتاج تحققة الى امر خارجى - لا الذاتى فى باب البرهان ولا الذاتى فى باب الكليات الخمس - وهى عبارة عن الاضافة الحاصلة بين الشخص ونفسه وعمله وذمته - اذا الانسان مالك لعمله ونفسه ولذمته بالملكية الذاتية والشاهد به الضرورة والوجدان والسيرة العقلية - وهذه المرتبة دون مرتبة الواجدية الحقيقية المختصة بالله تعالى (الثالثة) الملكية المقولية وهى عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر كالهيئة الحاصلة من التعمم والتقمص وما شاكل (الرابعة) الملكية الاعتبارية وهى التى يعتبرها العقلاء او الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك . ثم ان هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية - وقد تكون اضافة ثانوية - والاولية قد تكون اصلية كالاضافة الحاصلة بالعمل او بالحيازة او بهما معا - وقد تكون تبعية وهى ماتكون بين المالك ونتاج امواله - والاضافة الثانوية والمراد بها ما قبل الاولية وان طرأت على الاموال مراراً عديدة - وهى قد تكون قهرية كالاضافة الحاصلة بسبب الارث - وقد تكون اختيارية كالاضافة الحاصلة من المعاملات - ولتفصيل الكلام محل آخر .

ومحل الكلام فى المقام - هو اعتبار الملكية الذاتية - والاعتبارية .

ثم ان النسبة بين المال - والملك هى العموم من وجه - اذ الحبة من الحنطة ملك وليست

بمال - والمباحات الأصلية قبل حيازتها اموال وليست بملك لاحد - وقد يجتمعان وهو كثير .

بيان الدليل على اعتبار المالية والملكية في العوضين

و اما المقام الثاني فالكلام فيه في موردين (الاول) في الدليل على اعتبار المالية (الثاني) في الدليل على اعتبار الملكية .

اما المورد الاول فقد افاد المصنفه ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين (١) مادل على انه لا بيع الا في ملك - ومالم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله اكلا للمال بالباطل فلا يجوز ومالم يتحقق فيه ذلك - فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو والا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين .

اقول في كلامه قده مواقع للنظر (الاول) في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية - بمادل على انه لا بيع الا في ملك اذ عرفت ان النسبة بين المال والملك عموم من وجه فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كي يستدل بماتضمن اعتبار الملك على اعتبار المال (الثاني) استدلاله للفساد فيما اذالم يتحقق المالية ولا عدمها بمادل على عدم جواز اكل المال بالباطل - فان صدق اكل المال بالباطل ان كان لاجل عدم المالية فهو طريق اليه لاشيء في مقابله مع ان المفروض الشك في صدق المالية فلا محالة يشك في صدق اكل المال بالباطل - وان كان لالاجل ذلك - فلا وجه لعدده من شئون مالم يعلم انه مال (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 الاموال فمسع 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 الاعطاء لامجانا فاذا كان العوض مما

لامالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا وهكذا عنوان التجارة والعقد وهذا هو الميزان -
ثم ان ههنا فروعا (منها) انه اذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا (ومنهما) انه اذا
كان للشيء منفعة محلبة نادرة و منفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا - وقد تقدم الكلام
في هذه الفروع في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح .

واما المورد الثاني - فقد استدل لاعتبار الملكية بوجوه (الاول) النصوص (١)
الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده - وقدم في مبحث بيع الفضولي ان تلك النصوص
معارضة بما تضمن (٢) الجواز وبلحاظ التعارض تحمل على ازالة بيع ما لا يكون له
السلطنة عليه - مضافا الى امكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه فراجع (الثاني)
النصوص الواضحة الدالة ذكر هذا الوجه في الجواهر (وفيه) انه ان اريد بها نصوص
بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم وان اريد بها غير ما فعله التوضيح والبيان (الثالث) ان
بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفهي واكل للمال بالباطل (وفيه) انه اذا فرضنا تسلطه
على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا كالكل في الذمة لا يكون البيع سفهيا ولا اكلا -
للمال بالباطل (الرابع) الاجماع (وفيه) انه لعدم كونه تعديلا ليعتمد عليه (وقد يقال)
بعدم اعتبار الملكية نظر الى انه يجوز بيع الكل في الذمة مع انه ليس مملوكا للبائع
(وفيه) ما مر من انه مملوك له بالملكية الذاتية .

والحق ان يقال انه لا يجوز بيع المباحات - و لا مال الغير لعدم سلطانه على
المبيع وعدم كون البائع مالكا لمرهما - اما في الثاني فواضح واما في المباحات -
فلان المباحات الاصلية متساوية النسبة الى البائع والمشتري وليست هي كالكلية
ليتعهد به في ذمته - ولا كالعين الشخصية المضافة اليه بالاضافة الملكية لتكون له السلطنة
عليه فعدم جواز البيع فيهما انما هو لاجل عدم تسلطه على المبيع وعدم كونه مالكا لمره
لا لعدم ملكية الرقبة فتدبر .

(قوله قدده واحترزوا به ايضا عن الارض المفتوحة عنوة الخ) الكلام في

ان الارض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين - ام ليست كذلك سيأتى عند تعرض المصنف رهله - ولكن بناء على كونها ملكا لهم لا يكفي مجرد التقييد بالملك فى خروجها بل لابد من اضافة خصوصية الى الملكية كى تصح الاحتراز بواسطة تلك الخصوصية .

ثم انه على القول بانها ملك - يقع الكلام فى تطبيق ملكيتها على ساير انحاء الملكية لاشكال فى انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين - والالزم الانتقال بالارث مع ان القوم غير ملتزمين بذلك - ولزم عدم تسلط غير المالك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على اموالهم (١) مع ان امرها بيدولى الامر - ولانواع المسلمين فانه وان لم يرد عليه المحذور ان المتقدمان اذ لاتعين للميت حتى يرثه وارثه ولا تعين للمالك فلما محالة يكون الولاية لولى الامر القابض على هذه الارض - الا انه يرد عليه ان لازمه جواز اعطاء ولى الامر عين هذه الارض لاحد من المسلمين من دون مصلحة - ولا وقفا لهم - والالزم عدم جواز بيعها الا فى موارد مخصوصة منصوصة لا لما يراه ولى الامر من المصلحة - بل هي ملك لنوع المسلمين - وجعل امرها عينا ومنفعة الى ولى الامر مع رعاية مصلحة النوع .

اقسام الارضين واحكامها

(قوله قدده الاض اماموات واما عامرة - الاول ما يكون مواتا بالاصالة بان لم تكن مسبوقة بعمارة الخ) الكلام فى المقام يقع فى جهات - الاولى - فى انها للامام (ع) ام لا - الثانية - فى انها تملك بالاحياء ام لا - الثالثة - فى اعتبار اذنه (ع) فى التملك بالاحياء - الرابعة - فى ان التملك بالاحياء هل يختص بالشعبة او يشمل كل مسلم ام يعم الكافر - الخامسة - فى ان الارض هل يملكها المحيى مجانا او يجب اداء خراجها الى الامام (وقبل) بيان هذه الجهات لابد وان يعلم ان الموات هي الارض المعطلة التى لا ينتفع بها لذلك اما لا تقطع الماء عنها او لغير ذلك .

اما الجهة الاولى فلا اشكال نصا وفتوى في انها للامام (ع) ولكن ما ذكره المصنف
 رهن ان النصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة - غير تام - فان (بعض) تلك النصوص
 يتضمن كون الارض الخربة للامام (ع) او من الانفال الثابت كونها له (ع) - كمصحح (١)
 حفص وموثق (٢) سماعة وغيرهما (وبعضها) يتضمن ان الارض الخربة التي باداها
 له - او منها - كخبر (٣) ابي بصير وغيره (وبعضها) يتضمن ان الارض التي لارب لها
 او الارض الميتة التي لارب لها كمرسل (٤) حماد وغيره (و بعضها) يدل على ان
 الارض كلها له كصحيح (٥) الكابلي (وبعضها) يتضمن ان موتان الارض للرسول (ص)
 كالنبيين (٦) المذكورين في المتن (اما) نصوص الارض الخربة مطلقا ومقيدها - فموردها
 غير المقام فان موردها المسبوق بالعمارة لا الموات بالاصالة - واما نصوص الارض التي لارب
 لها فمطلقا ومقيدها مسوقة لبيان ان مالا ملك له (ع) لا لخصوصية في الموات من الارض -
 واما ما دل على ان الارض كلها للامام فلا بد من حمله على ارادة الملكية غير الاعتبارية كما
 لا يخفى - واما النبويان فغير مرويين من طرقنا .

واما الجهة الثانية فلا خلاف في انها تملك بالاحياء وعن غير واحد دعوى الاجماع
 عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه - ويشهد له جملة من النصوص - كقول الصادق (ع)
 في الحسن (٧) كالصحيح قال رسول الله (ص) من احبب ارضا ما تافهى له - وقوله (ع)
 في خبر (٨) السكوني قال رسول الله ﷺ من غرس شجرة او حفرو اديا - الى ان قال
 او احبب ارضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله وقول سيدنا ابي جعفر (ع) في الصحيح (٩)

١- ٢- ٣- ٤- ٩- الوسائل - باب ١- من ابواب الانفال كتاب الخمس حديث ١-

٨- ٢٨- ٢- ٤- ٦

٥- الوسائل - باب ٣- من ابواب احياء الموات حديث ٢

٦- المبسوط كتاب احياء الموات - التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠

٧- الوسائل - باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ٥

٨- الوسائل باب ٢- من ابواب احياء الموات حديث ١

قال رسول الله ﷺ من احبى ارضاء و اتافهوله ونحوها غير ها .

واما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشيخ في الخلاف والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما في غيرهما دعوى الاجماع على اعتبار الاذن - وهناك وجهان آخران بل قولان (احدى هما) عدم اعتباره (الثانى) التفصيل بين زمانى الحضور والغيبة فيعتبر الاذن في الاول دون الثانى

اقول مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه - اعتباره .

وقد استدل لعدم الاعتبار (بانه) يكفى في الجواز اذن مالك الملوكة في ذلك و ان لم يأذن مالكها كما في التملك بالالتقاط وحق المارة (وفيه) ان استكشاف اذن مالك الملوكة ان كان من النصوص المتضمنة لسببية الاحياء للملك - فيرد عليه - ان تلك النصوص كادلة ساير الاسباب - فكما انها لاتعارض ما دل على اناطتها باذن المالك كك هذه وان كان من غيرها فعليه البيان .

واستدل للقول الثالث - بامتناع الاستيذان منه (ع) في زمان الغيبة ولم يدل دليل على نيابة الفقيه عنه في هذه الامور مع مشروعية الاحياء مطلقا (وفيه) انه يتوقف على عدم ثبوت صدور الاذن منهم عليهم السلام و سيأتى الكلام فيه - فالظاهر اعتبار اذنه .

ثم ان القائلين باعتبار الاذن - يدعون صدوره منه (ع) 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 - ومقتضاهما وان كان هو التملك ولو مع عدم الاحياء الا انه جمعا بينهما وبين ما دل على سببية الاحياء تلتزم بملكية المحيى خاصة (وفيه) ما تقدم من انهما غير مرويين عن طريقنا (الثانى) نفس قولهم عليهم السلام - من احبى ارضاء و اتافهولى - فانه وان تضمن الاذن التشريعى في الاحياء الا ان صدور ذلك من المالك يقتضى كونه اذنا مالكا نظير من قال من دخل دارى فله كذا - فانه متضمن للاذن المالكى كتضمنه لسببية الدخول للجزاء وكذا في المقام (وفيه) ان الاذن المالكى لا بد وان يصدر

من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة الى ازمة الائمة الذين قبل امام زماننا عليهم السلام وحيث ان هذه الجملة لم تصدر منه (ع) وهو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى (الثالث) اخبار (١) التحليل سيما مثل خبر (٢) مسمع بن عبد الملك عن الصادق (ع) وكل ما كان من الارض فى ايدى شيعة تفهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا الخ فانه يستفاد منها حلية التصرف - فبضمها الى ما تضمن سببية الاحياء للملك - يستنتج اذنهم عليهم السلام فى التملك بالاحياء - وهذا الوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح والمساكن والمتاجر وشمولها للاراضى - وقد اثبتنا ذلك فى الجزء السادس من هذا الشرح (الرابع) ما افاده المحقق كاشف الغطاء وهو دلالة شاهد الحال على رضاهم بالاحياء وطيب نفسهم بعمارة الارض - ولا بأس به ايضاً (فتحصل) ان الاظهر ثبوت رضاهم عليهم السلام بالاحياء.

واما الجهة الرابعة - فمن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام فى الملك بالاحياء ونحوه ما عن جامع المقاصد - وعن صريح المبسوط والخلاف والسرائر والجامع وظاهر المذهب و النافع واللمعة و تبعهم جمع من اساطين متأخرى المتأخرين عدم الفرق فى ذلك بين المسلم والكافر وان الكافر ايضاً يملك بالاحياء يشهد للثانى - مضافاً الى اطلاق جملة من نصوص الباب (صحيح ٣) محمد بن مسلم سأله عن الشراء من ارض اليهود والنصارى فقال ليس به بأس الى أن قال ايما قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم احق بها وهى لهم ونحوه صحيح (٤) الفضلاء وخبر (٥) زراة (واستدل) للاختصاص بالمسلم (بالنبويين) المتقدمين المتضمنين للتمليك بالمسلمين (وبصحيح) الكابلى المتقدم من احيى ارضا من المسلمين فليعمرها (ولكن) النبويين ضعيفان - والصحيح لا مفهوم له كى يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة - فالأظهر عدم الاختصاص

بالمسلم - ولكن بعد ما عرفت من اعتبار الاذن - و ان ثبوت اذنهم عليهم السلام انما يكون - باخبار التحليل المختصة بالشيعه - ودلالة شاهد الحال - ففى زمان الغيبة الالتزام بملكية الارض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك والافلا يكون الاحياء مملكا وفى صحيح (١) عمر بن يزيد عن مسمع بن عبد الملك المتقدم ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فياخذ الارض - وهذا صريح فى عدم الاذن لغير الشيعة فالظاهر هو الاختصاص بهم.

واما الجهة الخامسة - فظاهر فتاوى القوم ان الملك بلا عوض و عن فوائد الشرايع احتمال العوض (اقول) ظاهر قولهم (ع) من احبى ارضا مواتا فهي له - هو حصول الملك مجاناً - ومقتضى صحيحى الكابلى و عمر بن يزيد المتقدمين هو ايجاب الخراج المنافى لكونها ملكا - ومقتضى 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 وعدم عمل الاصحاب بها (مضافاً) الى ما ذكرناه فى الاراضى الخراجية فى الجزء الثا نيعشر من هذا الشرح من عدم كون هذه الارض منها (وبالجملة) لا اشكال فى سقوط الخراج اما لعدم تشريعه او للتحليل - فنصوص الاحياء لامعارض لها.

الارض العامرة

(قوله قد ه الثانى ما كانت عامرة بالاصالة اى لامن معمر والظاهر انها ايضا للامام الخ) والمراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هى عليه فى الحال كما اذا كانت بحيث يكثر عليها وقوع الامطار او نحو ذلك - والكلام فيها يقع فى مقامين (الاول) فى انه

هل تكون هذه الارض للامام ومن الانفال ام تكون من المباحات الاصلية (الثانى) فى انه على فرض كونها للامام هل تملك بالحيازة ام لا.

اما المقام الاول فقد استظهر المصنف ره من قول الاصحاب وكل ارض لم يجز عليها ملك مسلم فهي للامام - الذي حكى عن مفتاح الكرامة انه طفحت به عباراتهم و عن التذكرة الاجماع عليه - و فى الجواهر لاختلاف اجده فيه - انها للامام ولكن صاحب الجواهر ره فى كتاب الخمس استظهر من الاصحاب عدمه وانها من المباحات الاصلية - وكك المصنف ره فى ذلك الكتاب وكيف كان فقد استدلل لكونها من الانفال وللإمام بوجوه .

الاول ما ذكره المحقق النائيني ره - قال - و لما روى على ما فى المتن ان كل ارض لم يجز عليها ملك مسلم فهو للامام (ع) (وفيه اولا) ان المصنف لا يدعى انه رواية بل يدعى كونه تعبير الفقهاء وقد صرح صاحب الجواهر ره بعدم كونه نصا (وثانياً) انه لا يمكن الالتزام بعمومه فان مقتضاه كون جميع اراضى الكفار للامام مع انه خلاف النص والاجماع (وثالثاً) انه لو سلم كونه رواية وعاما - يتعين تخصيصه بما سياتى.

الثانى - ما افاده المحقق الايروانى ره قال وهو صريح عد الاجام الذى هو قسم من المحياة بالاصالة من الانفال (وفيه اولا) ان الاجام من الموات فسان الاستيجم مانع عن الانتفاع بالارض وقد صرح بذلك الفقهاء (وثانياً) ان كون خصوص هذا القسم للامام لدليل خاص اعم من كون ساير الاقسام له (ع).

الثالث ما تضمن (١) ان الارض كلها للامام - وقد تقدم انه لا بد من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات او لغيرهم عليهم السلام .

الرابع مصحح (٢) اسحاق بن عمار حيث عد فيه من الانفال التى للامام كل ارض

١ - اصول الكافى ج ١ ص ٢٠٧ الطبع الحديث

٢ - الوسائل - باب ١ من ابواب الانفال حديث ٢٠

لارب لها الشاملة للعامرة - ونحوه (١) خبر ابي بصير المروى عن تفسير العياشى (وفيه) ان اطلاق هذين الخبرين يقيد بما فى مرسل حماد (٢) حيث عد من جملة الانفال الارض الميتة التى لارب لها - اذ تقيد الارض بالميتة فى مقام الحصر والتحديد يدل بالمفهوم على ان الارض غير الميتة ليست للامام (واورد عليه) المصنف ربه بان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لان الغالب فى الارض التى لامالك لها كونها مواتا (وفيه اولا) ان الميتة لم تؤخذ قيد للارب لها وانما اخذت قيد للارض فلا يكون القيد غالبا (وثانيا) انه لوجه لحمل القيد على الغالب (وثالثا) انه لو تم ما افاده المصنفه يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره اذ كما يقال ان ذكر القيد يكون للغلبة كك يقال ان اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامرة - فلا يظهر انها من المباحات الاصلية واما المقام الثانى - فعلى المختار من كونها من المباحات لا كلام فى انها تملك بالحيازة كما لا يخفى واما على القول بانها للامام - فقد استدلل المصنفه على تملكها بالحيازة بعموم النبوى (٣) من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو احق به (وفيه اولا) انه مختص بما اذا لم يكن ذلك الشئ مملكا لاحد متعلقا لحق الغير بالسبق او غيره - ولذا لاشبهة فى عدم دلالة على جواز السبق الى املاك الناس - فلا يشمل المقام بعد فرض كون الارض للامام (وبالجملة) ملك الامام كملك غيره من الناس فكما انه لا يجوز السبق فى املاك ساير الناس فكذلك فى ملكه (ع) (وثانيا) ان الاحقية اعم من الملكية (ودعوى) انه روى من غير طريقنا ما ظاهره الملكية (٤) وهو من سبق الى مالم يسبق اليه مسلم فهو له (مندفعة) بعدم ثبوت صحة سنده .

واما ما اورده المحقق الخراسانى و المحقق النائيني عليه - بانه مسوق لبيان احقية السابق لا لبيان جواز السبق الى مالم يسبقه اليه احد (فبرده) انه بصدد بيان سببية

١- ٢- الوسائل - باب ١٠ من ابواب الانفال حديث ٢٨-٢٩

٣- المبسوط اول كتاب احياء الموات - المستدرک باب ١ من ابواب احياء الموات

حديث ٢ .

٤- سنن البيهقى ج ٦ ص ١٤٢

السبق للاحقية ومقتضى اطلاقه جواز السبق الى كل مالم يسبقه اليه احد.

فالاولى الاستدلال له بنصوص (١) التحليل الظاهرة في الملكية كما حققناه في الجزء السادس من هذا الشرح - لكنها مختصة بالشيعة كما مر.

ثم انه يمكن القول بتملكها بالاحياء لخبر (٢) السكوني عن الصادق (ع) عن رسول الله (ص) من غرس شجرا او حفرواديا بدياً لم يسبقه اليه احد او احبى ارضا ميتة فهي له قضاءً من الله ورسوله - فان ظاهره بقرينة جعل الغرس والحفر قبالة الاحياء انهما يوجبان الملكية بانفسهما و بضميمة الفاء الخصوصية يثبت الحكم في سائر افراد الاحياء - ولمضمر (٣) محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال (ع) ليس به بأس الى ان قال وايماء قوم احيوا شيئاً من الارض او عملوه فهم احق بها وهي لهم - وفي خبر (٤) آخره عن الباقر (ع) ايماء قوم احيوا شيئاً من الارض او عمروها فهم احق بها - والمضمر قرينة على ان المراد من الاحقية في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي.

الارض العامرة بعد الموت

(قوله قده الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيى الخ) اقول

ان كانت العمارة بسبب سماوى - كانت الارض ملكا للامام للاستصحاب بل للدلة فانها دالة على عدم خروج الملك عن ملك مالكة بلا سبب - وان كان بالاحياء - فان كان ذلك بغير اذنه (ع) فحكمه ما تقدم وان كان باذنه فالمشهور بين الاصحاب انها ملك للمحيى بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن التنقيح اجماع المسلمين عليه - وفي المتن ويبالى من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لانفس الرقبة هذه عبارة المبسوط - اذا تحجر ارضاً وباعها لم يصح بيعها وفي الناس من قال يصح و هو شاذ و اما عندنا

١ - الوسائل - باب ٢ من ابواب الانفال.

٢ - الوسائل - باب ٢ من ابواب احياء الموات

٣ - ٤ - الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ١ - ٣

فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء وانما يملك بالتصرف بشرط ان يؤدي الى الامام ما يلزمه عليها الخ - ومراده من الاحياء التحجير - والشاهد عليه امور - احدها تصريحه بانه يملك بالتصرف - ثانيها قوله فاما عندنا فلا يصح بيعه مع ان المشهور بين الاصحاب جواز بيعه ودلت النصوص (١) عليه - ثالثها تصريحه بالملك بالاحياء في غير موضع من كتبه وانما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة ان التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال في المبسوط - بعد الحكم بان التحجير يوجب الاحقية دون الملك - والتحجير ان يؤثر فيها اثر المبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب فيها المزور او يحوط عليها حائطاً وما اشبه ذلك من آثار الاحياء فانه يكون احق بها من غيره الخ .

و كيف كان فيشهد للملك نصوص (٢) الاحياء - و النصوص (٣) المتضمنة لجواز الشراء من المحيي معللة له بانها بالاحياء صارت له - و ظاهر صحيح (٤) الكابلي وعمر بن (٥) يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه ودفعه الى الامام عدم الملك - لكن تقدم انه يتعين طرحهما او التصرف فيهما بنحو لا ينافي الملك - فراجع - فالأظهر انهما ملك للمحيي .

الموات بعد العمارة

(قوله قدده الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة فان كانت العمارة اصلية فهي مال الامام (ع) الخ) اقول ان كانت العمارة سماوية كانت العمارة اصلية او عرضية فهي للامام - اما اذا كانت عرضية فلان الارض المفروضة كانت مواتاً في الاصل وملكا له (ع) وهي باقية على ما هي عليه - واما ان كانت العمارة اصلية فلما دل على ان الارض الميتة

١-٢-٣- الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب احياء الموات وباب ٢١ - من ابواب عقد

البيع وشروطه.

٤- الوسائل- باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢

٥- الوسائل- باب ٤- من ابواب الانفال حديث ١٢

للامام الشاملة للميتة بالاصالة و بالعرض - ومادل من النصوص الصحيحة - على ان الارض الخربة او الخربة التي لارب لها له (ع) فان الخربة ظاهرة في الخربة العرضية . 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 (الثاني) في انه على فرض عدم الخروج هل يملكها لواحيها آخر كما عن العلامة في التذكرة والشهيد 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 وترك المزاوله لها - وبين ما اذا لم يكن مستندا الى ذلك فيملكها على الاول دون الثاني كما اخترناه في الجزء السادس من هذا الشرح .

اما المقام الاول فقد استدل 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 (الثالث) اطلاق مادل على ان الارض الميتة - او الخربة - للامام (ع) - وفي الكل نظر (اما الاول) فلان كون اصلها مباحا لا يوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيي وخروجها عن ملكه مع دلالة الدليل على ان خروج الملك لا بد وان يكون بسبب (واما الثاني) فلان المستفاد من الأدلة كون ذات الارض مملوكة بسبب الاحياء وانه كسائر الاسباب المملوكة يكون سببا لحدوث الملكية - لان الارض المعنونة بعنوان المحياة مملوكة - ولا انه سبب للملكية حدوثا وبقاء (واما الثالث) فلانه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الاخر من التقييد بالارض التي لارب لها .

ويشهد لبقائها على ملك مالكيها - مضافا الى ان المستفاد من الأدلة 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 - وأخرى - بأن الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضى للشك في أن الأحياء هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت أم لا (ويمكن) دفع الأول بما تقدم من ظهور الأدلة في أن الموضوع هو ذات الأرض وأن الأحياء بمنزلة الشرط في القضية - ويمكن دفع الثاني - بأن المختار حجية الاستصحاب مطلقاً حتى في موارد الشك في المقتضى مع أن هذا ليس من الشك في المقتضى الذي بنى المصنف رده على عدم حجية الاستصحاب فيه - فإن مورده ما لو شك في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان وتمام الكلام في محله - فالأظهر بقائها على ملك المحيي الأول .

وأما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في موردين (الأول) فيما يقتضيه العمومات (الثاني) فيما تقتضيه النصوص الخاصة .

أما المورد الأول فقد استدلل لتمكن المحيي الثاني - بعموم من (١) أحیی ارضامیة فهی له (وفیه) انه قد تقدم أن هذا ليس متضمناً لأذن مالك الملوك كى لا يحتاج إلى إذن مالكه وإنما التزمنا بذلك في ملك الإمام من جهة اخبار التحليل أو شاهد الحال أو غير ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجارى شيء منها في المقام وعليه فمقتضى ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير إذنه ورضاه عدم جواز الأحياء في المقام و القياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص فيه مع الفارق .

وأما النصوص الخاصة فهي على طوائف (الأولى) ما ظاهره البقاء على ملك المحيي الأول كصحيح (٢) سليمان بن خالد عن الصادق (ع) عن الرجل يأتي الأرض الخربة فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال (ع) الصدقة قلت فإن كان يعرف صاحبها قال (ع) فليؤد إليه حقه - إذا المراد بالحق أما الأرض أو أجزائها وعلى التقديرين يدل على ذلك ونحوه صحيح (٣) الحلبي (الثانية) ما ظاهره - صيرورتها ملكاً للمحيي الثاني من دون شيء عليه كصحيح (٤) معاوية بن وهب عن الصادق (ع) أيما

١- الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب أحياء الموات

٢- ٣- ٤- الوسائل - باب ٣ - من أبواب أحياء الموات حديث ٣- ١

رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها وكرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارض الرجل قبله فغاب عنها و تركها فاخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض للهو لمن عمرها - فان ظاهره ان الارض لمن يقوم بعمارته لالمن تركها فاخرجها - (الثالثة) ماتضمن احقية الثانى بها ووجوب الخراج عليه كصحيح (١) الكابلى المتقدم فان تركها و اخربها فاحذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها واحياها فهو احق بها من الذى تركها فليؤدخراجها الى الامام من اهل بيتى الخ و الطائفة الاخيرة تقدم تعين طرحها - واما الاوليتان فحيث ان الثانية مختصة بصورة الاهمال - فتخصص الاولى بها - فتكون النتيجة التفصيل الذى اخترناه .

ويؤيد ذلك ماورد (٢) 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 وياخذ وجه الاجارة ويدفع بمقدار حق الارض الى مالكيها و يصرف الباقي فى الامور العامة - ثم ان ذكر ساير ما قيل فى وجه الجمع بين النصوص و الجواب عنها موكولان الى محل آخر .

الارض المفتوحة عنوة

(قوله قدده ثم ماملكه الكافر من الارض اما ان يسلم اهل طوعا - وان رفعت يده عنها قهرا الخ) لا يخفى انه قدده بعد ما بين اقسام الارضين و احكامها اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة والكلام فيها يقع فى جهات .
الاولى فى ان هذه الارض وان كانت مبينة من حيث المفهوم اذ هى عبارة عن الارض التى فتحت بالخيال و الركاب قهرا و رفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين الا انها مجهولة مصداقا وقد تقدم فى الجزء الثانيعشر من هذا الشرح فى مسألة الاراضى الخراجية بيان

١- الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢

٢- الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب جهاد العدو وما يناسبه

ما يثبت به ذلك.

الثانية فى اعتبار اذن الامام (ع) فى القتال فى ترتيب حكم الارض المفتوحة عنوة وقد تقدم فى ذلك المبحث ان الاظهر عدم اعتباره .

الثالثة فى اعتبار كونها محياة حال الفتح - وقد تقدم فى تلك المسألة اعتبار ذلك وعليه فارض الغرى ليست منها .

الرابعة فى ان التصرف فى الارض الخراجية فى زمان الغيبة هل يحتاج الى اذن من له الاذن ام لا - وقد تقدم فى تلك المسألة تنقيح القول فى ذلك مفصلاً فراجع .

الخامسة فى ان خراج هذه الارض هل لحل للشعة فى زمان الغيبة ام لا - وقد عرفت عدم تحليله السادسة فى بيان ان الخمس هل هو ثابت فيها ام لا - وقد تقدم ثبوته

السابعة فى بيان كيفية استحقاق المسلمين وانه هل بعنوان ملك الرقبة او بنحو آخر - والمشهور بين الاصحاب هو الاول - وعن جماعة منهم الشهيد الثانى ره فى جملة من كتبه والمحقق الاردبيلي ره أن الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين وهم مصرف لحاصلها - والاول اظهر - لانه ظاهر النصوص الاتية - لمكان اللام وازضافة الارض الى المسلمين واستدل للقول الثانى بوجوه (الاول) قوله (ع) فى مرسل (١) حماد الطويل فهى موقوفة متروكة فى يدى من يعمرها ويحييها الخ - بتقريب انه يدل على ان الارض محبوسة متروكة - وهذا يلزم فك الملك (وفيه) ان المحبوسية والمتروكية لاتنا فى مع الملك بل تجامعه فلا ينافى المرسل ساير النصوص الظاهرة من جهة اللام و الاضافة فى الاختصاص المطلق المساوق للملك (الثانى) انه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من احدهم اذا جارة الارض ممن يملك جزء منها غير جائزة (وفيه) انه قد تقدم فى اول الدخول فى بيان اقسام الاراضى واحكامها - بيان كيفية ملكيتها لهم - وانها تكون ملكا للنوع لالافراد وعليه فالفرد بما هو غير مالك كى لايجوز الاجارة منه - وبه يظهر الاشكال فى الوجه الثالث - وهوانه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز ان ينقل بعضهم حصته الى بعض مع انه لايجوز - فان المالك هو النوع لا الشخص .

الثامنة فى جواز بيع الارض المفتوحة عنوة وعدمه - وقد اختلفت كلمات القوم فى المقام وقد نقل المصنف ربه فى المتن تلك الاقوال والوجوه - و حيث ان منشأ الاختلاف هى النصوص فالاولى صرف عنان الكلام الى بيان ما يستفاد منها - فاقول . منها خبر (١) ابى بردة بن رجا قال قلت لابى عبدالله (ع) كيف ترى فى شراء ارض الخراج قال (ع) ومن يبيع ذلك هى ارض المسلمين قال قلت يبيعها الذى هى فى يده قال (ع) و يصنع بخراج المسلمين ماذا - ثم قال - لا بأس ان يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون اقوى عليها و املئ بخراجهم منه - و ابو 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 - و اما فقه الحديث (فملخصه) ان الظاهر من قوله و من يبيع ذلك الاستفهام التوبيخى و قوله هى ارض المسلمين بمنزلة العلة للمنع ولكن الراوى فهم منه الاستفهام الحقيقى فقال يبيعها الذى هى فى يده - وقوله (ع) و يصنع بخراج المسلمين ماذا يوهى ان المانع من البيع كون الارض خراجية - و على اى تقدير فقد استدرك الامام (ع) عما افاده من عدم جواز البيع فقال لا بأس ان يشتري حقه منها و ظاهره ايضا عدم بيع الارض بل يبيع حقه منها - و بيع الحق يحتمل بيع حق الاولوية والاختصاص و يحتمل ارادة بيع الاثار التى احدثها البائع و على اى تقدير لادلالة فيه على جواز بيع الارض و لوتبع الاثار - ولكن الاظهر هو الثانى - لما سيأتى من عدم دليل على ثبوت حق الاولوية - و لعدم صحة نسبة الاثراء 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 - وقوله (ع) لعله يكون اقوى الخ يعنى اقوى على الارض و عمارتها و توفير حاصلها و املئ و اقدر على دفع خراج المسلمين - فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و لو تتبع بيع الاثار .

و منها مرسل حماد (١) الطويل المنجبر بتلقى الاصحاب اياه بالقبول - وفيه -
والارضون التي اخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها
الخ - وهذا ايضا يدل على المنع اذا المراد من الموقوفة المتروكة - اما ان يكون هي
المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك - او المملوكة المحبوسة عليهم
وعلى التقديرين يدل على المنع لانه مقتضى محبوسية الارض .

ومنها صحيح (٢) الحلبي عن الصادق (ع) عن السواد ما منزلته قال (ع) هو لجميع
المسلمين لمن هو اليوم ولمن يدخل في الاسلام بعد اليوم ولمن لم يخلق بعد فقلت الشراء
من الدهاقين قال (ع) لا يصلح الا ان يشتري منهم على ان يصيرها للمسلمين فاذا شاء ولي
الامر ان يأخذها اخذها قلت فان اخذها منه قال (ع) يرد عليه رأس ماله وله ما اكل من
غلتها بما عمل - قوله (ع) لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع - واما الاستثناء فيتعين حمله على ارادة
الاشتراء الصوري من جهة قوله (ع) قبله هي لجميع المسلمين وقوله ان يصيرها للمسلمين
اي تعود الارض الى المسلمين ويصرف حاصلها في مصالحهم - وقوله فاذا شاء ولي الامر
الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكا له وان لولي الامر ابقاء الارض تحت يده وله اخذها
منه - واما قوله فيرد عليه رأس ماله - فهو اما ان يكون تفضلا من ولي الامر من جهة
استنقاذه الارض من بدالدهاقين - او يكون من جهة كونه بازاء ما كان للدهاقين من الاثار
المملوكة - او بازاء حق الاختصاص - وقوله (ع) وله ما اكل من غلتها - ظاهر في ان
المنافع كالعين تكون للمسلمين ولكن حيث انه عمل فيها فله ما اكل منها .

ومنها خبر (٣) محمد بن شريح عن الصادق (ع) عن شراء الارض من ارض الخراج فكرهه
وقال (ع) انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له فانه يشتريها الرجل وعليه خراجها فقال
لا بأس الا ان يستحيى من عيب ذلك - وهذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة ان رجال سنده
على بن الحارث وهو مجهول - واما من حيث الدلالة فصدره ظاهر في المنع لقوله فكرهه

١ - الوسائل باب ٢١ من ابواب جهاد العدو وحديث ٢

٢ - ٣ - الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٤ - ٩

معللا بان ارض الخراج للمسلمين - وذبله ظاهر فى الجواز مع الالتزام بخراجها - فلا بد من التصرف اما فى الصدر بحمل قوله (ع) ارض الخراج للمسلمين على ارادة انخراجها لهم ورقبتها لمن عمرها - او بالتصرف فى الذيل بحمل شرائها على ارادة شراء آثارها من العمارة المفروضة - ولو لم يكن الثانى اظهر - من جهة قوله الا ان يستحى من عيب ذلك فان عدم كون الارض ملكا ربما يكون عيبا - فلا اقل من تساوى الاحتمالين فيحكم بالاجمال .

ومنها خبر (١) اسماعيل بن الفضل الهاشمى عن الصادق (ع) عن الرجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى بها او لم يبن غير ان أناسا من اهل الذمة نزلوها له ان ياخذ منهم اجرة البيوت اذا ادوا جزية رؤوسهم قال (ع) يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال - وقد استدل به كل من القائلين بالمنع - والجواز .

اما القائل بالجواز فقد استدل بفقرتين منها (الاولى) صدره الظاهر فى تقريره (ع) شراء ارض الخراج (الثانية) حكمه (ع) بان اجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الارض لهم لم تكن الاجرة لهم (لا يقال) انه على فرض ملكية الارض ماذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم (فانه يقال) ان وجه السؤال احتمال كون منفعة الارض كخراجها للمسلمين فجوابه (ع) ينطبق عليه وانه ليست المنافع كالخراج بل هى تابعة للملكية 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 الذمى اذا دى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على اهل الاراضى الخراجية ام لا فاجاب (ع) بان له اخذ اجرة النزول بعد الشرط والقرار (واما الاولى) فحيث انها ليست فى 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 يسئل عن استحقاق اهل الذمة للنزول على اهل الخراج .

ثم انه لو سلم دلالة على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والانى آخر عموم مطلق - فانه اعم من المفتوحة عنوة وغيرها من ارض الخراج فيقيد اطلاقه بها

(ثم ان) الايراد على الخبر بضعف السند - من جهة ان الكلينى والشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو يروى عن غير واحد - وهم مجهولون - فى غير محله - فان الحسن هذا ذكر وافى حقه انه نقى الفقه حسن الاعتقاد والظاهر من ذلك انه لا يروى الا عن المقبولين لاسيما اذا روى عن غير واحد فالحديث معتبر سنداً .

ومنها خبر ابى (١) الربيع الشامى عن ابى عبد الله (ع) لا تشتر من ارض السواد شيئاً الا من كانت له ذمة فانما هو فيء للمسلمين - وابو الربيع - والراوى عنه خالد بن جريو - وان لم يوثق - الا ان الراوى عن خالد هو الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الاجماع فالخبر صحيح سنداً - وبدل على المنع عن بيع الارض المفتوحة عنوة والاستثناء انما يكون من جهة ان الارض المفتوحة عنوة ان اقيمت فى يد من كانت له ذمة تكون ملكاً لاربابها فيجوز بيعها - وهذا يدل على ان بعض قطعات ارض السواد هكذا . ثم انه ربما يستدل على جواز البيع بجملة من النصوص (٢) واكثرها واردة فى ارض الجزية وارض من له ذمة وهى ملك لاربابها - ولو فرض كون موردها او بعضها الارض المفتوحة عنوة فللنصوص المتقدمة تحمل على ارادة البيع بالنحو المتقدم وهو بيع الاثار والعمارة او طرح - فلا ظهر عدم جواز بيعها لامستقل ولا تبعاً للآثار .

التاسعة - فى ان من عمر الارض هل له حق الاختصاص والاولوية بها ام لا - صرح المصنف به بالاول - والحق ان يقال ان المراد به ان كان عدم جواز مزاحمة الغير لمن بيده الارض - فهو ثابت - فانه اذا اذن من له الاذن فى قبليها تكون هى كساير الاعيان المستأجرة فكما انه لا يجوز لاحد مزاحمة المستأجر - كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبل وان كان المراد به ثبوت حق اعتبارى فى العين قابل للنقل والانتقال فهو ممالا دليل على ثبوته اذ تقبل الارض كاستيجارها يوجب وجوب تسليم العين مقدمة للانتفاع بها ولا يدل على ثبوت حق وامر اعتبارى فيها .

العاشرة المنصوص عليه كون (٣) ارض العراق التى يعبر عنها بارض السواد -

(من جهة ان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض والثفاف شجرها سموها السواد لذلك) مفتوحة عنوة وانها فيء للمسلمين - ولكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية - ويمكن دفع هذه الشبهة بانه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضي لاربابها للمسلمين (منها) الموات حال الفتح فانها ملك الامام ويملكها من احيائها - والظاهر ان المشاهد المشرفة وجملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل - وعلى هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة بتوهم ان بها يقيد اطلاق نصوص المنع (ومنها) الخمس من تلك الاراضي فانه يملكها المستحق للخمس فينتقل الى غيره بالمعاملة والارث (ومنها) الاراضي التي اقيمت في بداهل الذمة فانها ملك لاربابها وعليهم الجزية وقد تقدم في خرابي الربيع وجود هذه الارض في ارض العراق وعلى هذا فاذا ثبت كون ارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيطة حال الفتح لم يجز بيعها وما لم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالي لعدم كون جميع اطرافه محل الابتلاء لاسيما وان الاراضي الخراجية التي يضرب عليها الخراج من اراضي المزارع كثيرة الى الان وامرهابيد السلطان .

ما ينفصل من المفتوحة عنوة

(قوله قدوة وعما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة الخ)
محصل الكلام - ان ما ينفصل من المفتوحة عنوة - ان صار موجودا بعد الفتح كالشجر والزراعة المتحققين بعد الفتح وكان ذلك بعد التقبل والاجارة - لا كلام في انه ملك للمستأجر والمتقبل وما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الارض - وان كان موجودا حال الفتح - او وجد بعد وكان تابعا للارض - فهو على اقسام (الاول) ما يكون مقوما للارض كاجزاء الدار (الثاني) ما يعد من منافعها وان كان من الاعيان كالشجر النابت فيها (الثالث) ما يكون منفصلا عن الارض حين الفتح (الرابع) ما يكون مدفونا فيها اما القسم الاول - فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الارض وبعد الانفصال .

لادليل على خروجه عن ملكهم غاية الامر حيث لا ينتفع به مع اجارته يباع و يصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الارض - واحتمال - كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما فى المتن لا ارى وجهاله بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكا لاحد (واما) القسم الثانى - فهو ايضا لكونه منافع الارض تابع لها وملك للمسلمين و حكمه ما تقدم (واما) القسم الثالث - فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين (و اما) القسم الرابع - فلا تأمل فى عدم كونه تابعا للارض و ملكا للمسلمين - لكونه من المنقول الموجود حال الفتح وفى شمول ما دل على ان المنقول لخصوص المقاتلين. له وجهان - وان لم يكن شاملا له فهو من المباحات - وقيام السيرة على تملك جميع الاقسام بالحيازة - غير ثابت والله تعالى اعلم .

فى اشتراط كون ملك كل من العوضين طلقا

(قوله قدده واعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تاخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا الخ) اقول المراد من الطلقة ان لا يكون فى المبيع مانع عن التصرف لانها من الاطلاق المقابل للتقييد (توضيح ذلك) ان عدم السلطنة على التصرف فى الشيء ربما يكون لخلل فى المتصرف - اما لعدم المقتضى كما اذا لم يكن ملكا له او لمانع كما اذا كان المالك محجورا عن التصرف لفلس ونحوه - وربما يكون لخلل فى ما يتصرف فيه - وذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضى كما اذا لم يكن مالا - وقد يكون للمانع كما اذا كان وقفا او رهنا - وعدم ملك المتصرف من الناحية الاولى لرجوعه الى المتصرف ذكر فى شروط المتعاقدين - وعدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر فى شروط العوضين - فملكية الشيء - ربما تكون محفوفة بالوقفية او الرهنية او غيرهما من الموانع - وربما تكون مطلقة وقد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة وغير محفوفة بشيء من الموانع ومن الواضح ان هذا المعنى غير كون البايع مستقلا بنقله ونقله ماضيا فيه - فلا يرد - عليهم ما اورده المصنف ره عليهم بان مرجع هذا

الشرط الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه بما يصح للمالك بيعه مستقلا .
ثم انه هل يكون هذا شرطا خاصا واحدا معتبرا فى البيع و يترتب عليه عدم جواز بيع الوقف والرهن ونحوهما - ام هو عنوان انتزاعى مما هو مانع لا انه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الامر الانتزاعى على منشأ انتزاعه وجهان - مختار المصنف ره هو الثانى - وعن المحقق الخراسانى ره اختيار الاول (واستدل) له بان المبرهن فى محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد - فاذا كان الاثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر - فان كان المؤثر بحسب الصورة متعددا لابد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها - ففى المقام لابد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الاعداد الخاصة وان المانع هو الجامع بين تلك الموانع (وفيه) ان هذا البرهان لو تم و كان جاريا فى الاحكام الشرعية من جهة انه وان لم يكن فيها تأثير وتأثر وان مقتضى الجعل ارادة الجاعل - الا انه بلحاظ المصالح والملاكات يجرى فيها هذا البرهان فان المولى الحكيم اذ لم يكن شىء دخيلا فى الملاك لما كان آخذا اياه فى الموضوع - فانما هو فى خصوص المقتضى الذى يترشح منه المقتضى - ولا يتم فى الشرائط الدخيلة فى فعلية الاثر من المؤثر - و الموانع - و لئلا يترتب عليهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد فلا بد من تعيين احدا الوجهين من الرجوع الى الادلة اللفظية و هى تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشتراط عدمه وليس فى الادلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقا وعليه فالظاهر هو الثانى .

بيع الوقف

(قوله قدّمه مسألة لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة ومحمكيا الخ)
اقول حق القول فى المقام يقتضى التكلم فى موردین - الاول - فى اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها او بلازمها لعدم جواز البيع - الثانى فى الادلة الخاصة .
اما المورد الاول فالوقف لغة هو ايقاف الشىء وجسه المساوق للسكون فى قبال الجريان فى التقلبات وليس له فى الاصطلاح معنى آخر - بل ذكروا فى حقيقته انه

تحبيس الاصل وتسبيل المنفعة - وفي النبوي (١) انه حبس الاصل وسبل الثمرة - والمراد من التحبيس اما الممنوعة عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر او قصر الملك على شخص او جهة مثلا بحيث لا يتعداهما وعلى التقديرين يثبت المطلوب - اما على الاول - فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعة من التصرف - ومقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف - وبه يظهر وجه ما افاده صاحب الجواهر ره من ان الوقف مادام وقفا لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد نعم اذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه انتهى - واما على الثاني - فلان حقيقة الملك لا تختلف في الوقف وغيره - فحيثية عدم التعدى عن موضوعه راجعة الى عدم نفوذ التصرف فيه شرعا بالانتقال من موضوعه.

واما المورد الثاني فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

الاول - عموم قوله (ع) الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها - ففي مكتبة (٢) الصغار - الى ابي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روى فيه عن آباءه عليهم السلام فوقع (ع) الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله تعالى وفي اخرى (٣) الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله - وقد استدل به المصنف ره (وفيهِ) ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التي قررهما الواقف من القيود و الشروط في - الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع - وليس المراد به ان الوقوف يجب ابقائها (وعليه) فان كان عدم البيع مأخوذا في حقيقة الوقف - فلا وجه للاقتضار على هذا الخبر بل كان الاولى ان يتمسك اولا بالعمومات الاولى من قبيل او فوا بالعقود و غيره - وان لم يكن مأخوذا فيها كما هو مسلك المصنف ره على ما يصرح به في الصورة الاولى من صور جواز بيع الوقف - فهذا الخبر لا يدل على ترتبه على الوقف الثاني خبر ابي (٤) على بن راشد قال سألت ابا الحسن (ع) قلت جعلت فداك

١ - المستدرك باب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١

٢ - الوسائل باب ٢ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٢

٣ - الوسائل باب ٤ من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ -

اشترى ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف فقال (ع) لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت لا اعرف لها ربا قال (ع) تصدق بغلتها - وهذا الخبر مروى فى الكافى والفقيه - وهو فى الاول مجهول وفى الثانى صحيح - فلا خدشة فيه سنداً - واما من حيث الدلالة فقد يقال انه يدل بقرينة ذيله على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه وهذا مما لا كلام فيه - انما الكلام فى الشراء من الموقوف عليه - ولكن يرد عليه أن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً لصدور البيع من غير اهله (مع) ان ترك الاستفصال فى الصدر فى مقام الجواب كاف فى اطلاق المنع اذ السؤال لم يكن مقيداً فى الصدر وانما قيده بعد جوابه (ع) فجوابه مطلق - فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف

الثالث ماروى (١) فى صدقات امير المؤمنين (ع) من قوله هذا ما تصدق به على ابن ابي طالب وهو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله تعالى الذى يرث السماوات والارض - بدعى - ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة للشخصها (اقول) الذى يظهر من كلمات المصنف ره وغيره - ابتناء الاستدلال به على ذلك - وان الامر بدورين كون الوصف صفة لنوع الصدقة او لشخصها - وحق القول فى المقام ان يقال انها ليست صفة لنوع الصدقة لانها عبارة عن التملك المتقرب به الى الله تعالى - ولها نوعان (احدهما) ما هو قسيم للوقف وهو يمتاز عن الوقف بفصل عدمى وهو عدم كونه بحيث لا يباع ولا يوهب (ثانيهما) الوقف وهو ما يكون متفصلاً بكونه بحيث لا يباع ولا يوهب - وعليه - فالصدقة بمنزلة الجنس وباحد الفصيلين تصير وقفاً - وبالاخر صدقة خاصة - فقوله (ع) لاتباع ولا توهب ليس وصفاً لنوع الصدقة قطعاً (اللهم) الا ان يقال ان مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفاً لنوع من الصدقة فلا يرد عليهم هذا الايراد (ثم ان) مرادهم من كونه وصفاً للنوع اعم من كونه فصلاً مقوماً للنوع وكونه لازماً للوقف - فلا يرد على المصنف ره

التهافت فى كلماته حيث استظهر فى المقام كونه صفة لنوع الصدقة وبصرح فيما بعد من عدم كون المنع من الانتقال ماخوذاً فى حقيقة الوقف كما لا يخفى - (ثم ان) المراد من كونه وصفاً للشخص كونه وصفاً له بنحو الاشتراط اذ لو لم يكن ذلك فصلاً او لازماً للنوع يمتنع كونه مقوماً للشخص بما انه فرد لهذا النوع و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصاً بنحو الاشتراط والالتزام - فالامر بدور بين كونه وصفاً للنوع و كونه وصفاً للشخص بنحو الاشتراط.

والاظهر هو الاول - وذلك لوجوه (الاول) ان الظاهر من قوله (ع) لاتباع كونه بنفسه وصفاً للصدقة - لالتزاماً وجعلاً (الثانى) انه لكان شرطاً والتزاماً فى ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره لابعده تحقق الالتزام الاول بماله من الاركان التى منها الموقوف عليه سيما وان الالتزام يكون على الموقوف عليه فلا معنى لذكره قبل ذكره (الثالث) ان الظاهر من صورة الوقف انه فى مقام انشاء الوقف كتبنا مطابقاً لـ (لا نشاء اللفظى الذى انشاء فى الخارج واذالم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطاً خارجياً لما صح الانشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف (الرابع) انه لو كان شرطاً كان يصدر الوصف بكلمة (على) او نحو تلك - فيكون وصفاً للنوع - ولكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف فى 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 اقسام الوقف ولا بأس به .

(قوله قد قدم مع انه لجواز البيع فى بعض الاحيان الخ) ذكر ذلك من مرجحات كونه وصفاً للنوع - وحاصله - انه لو كان شرطاً كان اطلاقه مخالفاً للمشروع لجواز فى بعض الاحيان فكان فاسداً بل مفسداً - والظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت و فى موارد الاستثناء - والجواز الذى يكون فى مطلق الوقف على القول به - حيث انه لم يستشكل فى الشرط من الناحية الثانية واستشكل فيه من الناحية الاولى - ان الجواز فى موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز فى مطلق الوقف فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع فشرط خلاف الاول مخالف للمشروع دون شرط خلاف

الثانى - فتامل - وكيف كان فدفعه بوجهين (احدهما) انصراف البيع الى البيع
للعذر (ثانيهما) لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف فصلا للنوع او شرطا خارجيا -
(ويرد عليه) ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير
- وان كان عدم الفعل لم يكن مخالفا له فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفا
للكتاب والسنة .

(قوله قدده مع احتمال علم الامام (ع) الخ) هذا من مرجحات كونه شرطا
خارجيا (ومحصله) انه لو كان شرطا يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه (ع) بعدم طرو
المسوغات المنافية للاشتراط - ولو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة اذ علمه (ع)
بان شخص هذه الصدقة لا يطرق عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعى بوصف يختص
بهذا الشخص.

(قوله قدده ومما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة الخ)
وقد سبقه فى ذلك بعض الاساطين - ولا يخفى انه لم يذكر قبل هذا الاصل المانع
ولم يتعرض للجهات المقتضية للمنع وانها ثلاث - وكيف كان فلا بد لنا من تحقيق
حال الموانع الثلاثة.

فنقول (اما) كونه متعلقا لحق الواقف - فتقريبه ان الواقف يجعل العين وقفا
يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعا اخرويا بانتفاع الموقوف عليهم - و البيع يوجب
انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات (وفيه) ان مجرد انتفاع الواقف اخرويا
بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعا عن البيع فان هذا لا يوجب حدوث حق
اعتبارى فى العين مانع عن بيعها وتقويت الغرض ليس كتقويت الحق مانعا عن البيع -
(مع) ان متعلق البيع نفس العين - والمثوبات انما تكون بازاء الانتفاعات فلا مانع
من بيع العين وبقاء حق الموقوف عليهم فى استيفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف
متعلقا بها فتامل (لا يقال) ان المراد ان هذا غرض معاملى للواقف حيث انه انشا الوقف
باقاء العين وتسبيل المنفعة وقد مضى الشارع هذا المعنى بقوله الوقوف على حسب

ما يقفها اهلها - (فانه يقال) ان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لاحق الواقف.

واما كون العين مورد الحق لله سبحانه فتنقيبه ان الوقف صدقة فى سبيله تعالى وهى له - وبهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس (وفيه) ان غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل - واعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية وهما متحققان فى جميع العبادات ولا يوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

واما كون العين مورد الحق البطون اللاحقة - فتنقيبه ان الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين وهو يمنع عن البيع (وفيه) ان ما ثبت للبطون اللاحقة لاحالة يكون بأثناء الواقف - ومن الواضح انه انما انشا الملكية خاصة فليس هناك امر آخر اعتبارى يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع واما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم فقبله لا يكون العين موردأ للملكية لهم فلا مانع من البيع من هذه الجهة - (نعم) يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع - وهو ان البطن الموجود انما يملك - العين بالملكية المحدودة لا المرسله فان تلك كانت للواقف وقد قسمها على البطون فكل بطن يملك العين فى مدة محدودة - والبيع هو التمليك مرسل مطلقا - فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

(قوله قد عده ثم ان جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف الى ان يباع الخ) وقد وقع النزاع بين صاحب الجواهر وشيخه - وبين المصنفه فقد ذهب الاولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع وخالفهما المصنفه وذهب الى بقاءه ما لم يتحقق البيع وبه يبطل (وقد يقال) انه لا ثمره لهذا النزاع فانه قبل طر والمسوغ لا يجوز البيع وبعده يصح (ولكن) اذا طرء المسوغ ولم يبيع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفة الوقفية لامورد 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 از ماني له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا اطلاق دليل المنع فلا يكون هذه ثمرة - فتأمل فان هذا لا يتم على ما سلكتناه من عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام - وكيف كان فقد عرفت ان ما اختاره

صاحب الجواهر اقوى .

الوقف قد يكون تمليكا وقد يكون فكا

(قوله قد اذاعرت ان مقتضى العمومات فى الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان لاصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة اقوالا الخ) لا يخفى ان استفادة الاتفاق من الاصحاب ولو فى مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم فى اصل الخروج عن المنع وفى موارد وكلماتهم لا تخلو من الاشكال والتشويش وقد بذل جمع منهم المصنف ره جهدهم فى استقصائها شكر الله مساعيهم ولا يهمننا نقلها وتحقيق ما يظهر منها - انما المهم بيان ما يستفاد من الأدلة والكلام يقع تارة فى الوقف المؤبد واخرى فى المنقطع .

اما الاول ففى المتن ان الوقف على قسمين احدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم والثانى ما لا يكون ملكا لاحد بل يكون فك ملك نظير التحرير الخ تنقيح القول فى المقام ان الكلام يقع اولافى انه هل يخرج الملك عن ملك الواقف ام لا - ثم فى انه على فرض الخروج هل يدخل فى ملك الموقوف عليه خاصا او عاما والام يفصل بين العام والخاص .

اما الموضع الاول - فقد استدل لعدم الخروج الذى ذهب اليه ابو الصلاح بقوله (١) (ص) حبس الاصل وسبل الثمرة - ويقول الفقهاء انه تحبىس الاصل و تسبيل الثمرة بتقريب ان الظاهر من الحبس ابقائه على حاله وملك مالكة (وفيه) ان الظاهر من الحبس بقرينة تسبيل المنفعة الحبس على الموقوف عليه كما ان التسبيل له لا الحبس على الواقف وقد استدل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد (والصحيح) ان يستدل له - بان - الملكية من الاعتبار لا بدو ان يكون بلحاظ الآثار فلا اعتبار الذى لا يرتب عليه اثر لغو لا يصدر من العقلاء والشارع وحيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات ورجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو وبلا اثر فلا يصدر من العقلاء

والشارع فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه (ويمكن) ان يستدل له بما اشتمل من النصوص (١) على كيفية الوقوف وصدقات المعصومين عليهم السلام - من قولهم - بتأبثلا - اى منقطعا عن الوقف ومبانا عنه لان البت والبتل بمعنى القطع .

واما الموضع الثانى (فعن) الاكثر بل المشهور انتقاله الى الموقوف عليه (ونقل) الحلّى عن بعضهم اختيار انتقاله الى الله تعالى وعن المبسوط نسبته الى قوم (وعن) الشهيد الثانى فى المسالك والعلامة فى القواعد التفصيل بين العام والخاص .

وقد استدل لصبر ورته ملكا للموقوف عليه بوجوه (الاول) ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه فلولم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان (وفيه) انه يكفى فى الحكم بالضمان اضافتها اليه ولو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها فيكون البديل كالمبدل مورد او مصرفا لانتفاعه به (الثانى) ان فائدة الملك وهى استحقاق النماءات والمنافع تكون له فيكشف ذلك عن ملك العين (وفيه) ان ملكية المنافع والنماءات ان لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين واما اذا تعلق الانشاء بها مستقلا كما فى باب الاجارة فلا يكشف عن ملكية العين والمقام من هذا القبيل فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال (الثالث) ان الوقف من اركان الموقوف عليه اما خاصا او عاما ولو كان مجرد فك الملك لما احتاج اليه (وفيه) ان الاحتياج اليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع او الانتفاع لامن حيث كونه فكا للملك (الرابع) ان الوقف لو كان فكا لامتليكا لما احتاج الى القبول كالتعق مع انه يتوقف عليه (وفيه) ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف مورد او مصرفا للنماءات والانتفاعات.

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 - فى الخاص بما تقدم وفى العام والجهات بتساوى نسبة كل واحد من المستحقين واستحالة ملك كل واحد او واحد معين او غير معين للاجماع و

استحالة الترجيح ولا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضره - فيتعين ان يكون لله (وفيه اولا) انه لامانع من الالتزام بانه مال لامالك له (وثانيا) انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلى كما فى 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 الانتفاع بها ولا يملك المنفعة - كان ملك الانتفاع بانشاء الواقف كالمدارس والخانات - او بحكم من الشارع كالمسجد فانه لم يقصده الا جعله مسجدا وقد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفا على المصلين (ثالثها) مالا يترتب عليه ملك المنفعة ولا الانتفاع كما فى المعلقة الموقوفة على الروضات والمشاهد المقدسة (اما) فى الاخيرين فالظاهر عدم الملك فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين اذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضا ملكا - (واما) فى الاول - فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه - للتعبير عن ذلك فى النصوص بالصدقة التى هى الاعطاء مجانا بقصد القرية - سيما وفى بعضها مثل ماتضمن (١) صدقة الكاظم (ع) نسبتها الى جميع حقه من الارض الموقوفة فانه لا ينبغي التوقف فى استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

اذا عرفت ان للوقف قسمين (احدهما) ما يكون ملكا للموقوف عليهم (وثانيهما) ما لا يكون ملكا لهم بل هو ق و تحرير - فاعلم - انه يقع الكلام فى مقامين - الاول - فى بيع ما لا يكون ملكا فى الموارد التى لو كان ملكا كان يجوز بيعه التى سيأتى ذكرها فى المقام الثانى - الثانى - فى ما يكون ملكا لهم .

اما المقام الاول - فقد قال المصنف ره - واما الثانى فالظاهر عدم الخلاف فى

عدم جواز بيعه لعدم الملك النخ الكلام فى هذا المقام يقع فى موارد - احدها - فى حكم الاوقاف العامة غير المسجد كالحانات والمدارس ونحوهما - ثانيها - فى حكم المسجد ثالثها - فى اجزاء المسجد - رابعها - فى ثوب الكعبة.

اما المورد الاول فان قلنا باناه يعتبر فى البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع - لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك ولا اجارتها لعدم ملك المنفعة على القرض (فما) عن بعضهم من جواز الاجارة حتى فى مثل المسجد اذا خرب لا ينطبق على هذا المبنى - واما على المختار من عدم اعتبار ذلك وانه يكفى كونه مالكا للبيع و مسلطا على التمليك كما فى بيع الكلى فى الذمة و اجارة الحرفه - فلا اشكال فى جواز البيع اذ كما يقال فى الوقف الخاص - ان العين بشخصها محبوسة مادام الى ذلك سبيل والافهى محبوسة بما ليتها دون شخصها فيتبدل بعين اخرى تجعل مكانها - كك يقال فى الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها مادام يمكن الانتفاع بها والافهى محبوسة بما ليتها ومطلقة من جهة شخصيتها بل تفاوت بينهما اصلا.

وبما ذكرناه يظهر حال الاجارة وانها تصح بل هى اولى بذلك من البيع فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

كما انه ظهر حكم حصر المسجد فانه كساير الاوقاف العامة ولا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما افاده المصنفه.

كما انه ظهر حكم الاوقاف العامة التى ليست لاجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالترزين - فانها وان لم تكن مملوكة لاحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها فى موارد جواز البيع لو كانت مملوكة .

واما المورد الثانى - فملخص القول فيه - ان للمسجد مع قطع النظر عن كونه من الاوقاف العامة ويجوز انتفاع المسلمين به فى الصلاة وغيرها - حيثية اخرى وهى حيثية المسجدية واحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب ازالة النجاسة عنه ونحوهما وهذه الحيثية اى حيثية كون الارض بيت الله قائمة بشخص هذه الارض لا بما لها من -

المالية وهذه الحيثية تمنع عن بيعه - واما اجارته فبما انها لاتنافى هذه الحيثية ومن حيث انه وقف عام ايضا لامانع لفرض كون المورد من موارد الجواز فلا محذور فيها و بذلك ظهر تمامية ما افاده كاشف الغطاء ره

واما المورد الثالث فالظاهر - ان حالها حال المسجد فانها من اجزائه و يجمعها والعرصة صيغة واحدة و بناء الاصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس و وجوب ازالة النجاسة وغيرهما ما لم يصرح بعدم دخولها فى المسجد - وعليه فلا يجوز بيعها بوجه - فان امكن الانتفاع بها فى ذلك المسجد - و لا ينتفع بها فى مسجد آخر وان لم يمكن صرفت فى ساير مصالح المسلمين (وما) عن كاشف الغطاء من ان لكل احد حيازتها و تملكها من جهة ان للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة (ضعيف) لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك (كما) ان ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد و بنيانه فى غير محله .

واما المورد الرابع - فقد دلت النصوص (١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنة ولا يهمننا البحث فى تطبيقها على القواعد (وما افاده) المحقق الايروانى ره من ان عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذى يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه فى الخدمة فالعين باقيه على ملك مالكها وقد اذن فى التصرف كك (غير تام) فان لازمه عدم جواز البيع لورجع صاحبه عن اذنه او مات وانتقل الى ورائه و لم يرضوا به او كان فيهم صغير (وما) افاده المحقق الاصفهاني ره من انه ليس حبسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم فى ثوب الكعبة تجديده فى كل عام بل لا قصد لمعطيه الاتزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت وسدنته او لعامة المسلمين اقرب الى الصواب .

(قوله قد و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات او اجزائها متلف الخ)
قد استدلل لعدم شمول على اليد (٢) له بوجوه (الاول) ما فى المتن وهو ان ما يطلب بقيمته

١ - الوسائل باب ٢٤ - من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج .

٢ - راجع ص ١٤١

يطلب بمنافعه والمفروض عدم المطالبة باجرة منافع هذه لو استوفاه ظالم (وفيه) ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل بل لاملزمة فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة مع ان العين التالفة تحت اليد مضمونة (الثاني) ما فى المتن ايضا - وهو ان الظاهر من التادية الايصال الى المالك فيختص باملاك الناس (وفيه) ان الظاهر منها التادية الى اهله كان هو مالكا له او مورد الانتفاع 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 (وفيه) الاولى معنى الضمان كون العين فى العهدة واثرا وجوب رد العين ومع تلفها رد بدلها والقائم مقامها ملكا او مورد الانتفاع (وثانيا) انه لامانع من اعتبار كون الكلى فى الذمة الذى هو مورد لملك الانتفاع فمعنى ضمانه للموقوف عليه اشتغال ذمته بكلى البديل الذى هو مورد لسלטنتهم على الانتفاع و التقوم بمن له الذمة يكفى فيه هذا المقدار فالظاهر هو الضمان بالانلاف او التلف .

صور بيع الوقف - الصورة الاولى

(قوله قد فاعلم ان الكلام فى جواز بيع الوقف يقع فى صور الاولى ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به الخ) و قد استدل المصنف ره لجواز البيع فى هذه الصورة بطريقتين (الاول) ان المقتضى موجود و المانع مفقود (الثاني) الاستدلال واقامة الدليل على الجواز .

اما الاول فتقريب ان المقتضى للجواز وهو الملك موجود فيعبره المقتضى فى مقام الاثبات وهو ادلة نفوذ البيع والمانع مفقود - بالتفصيل الذى سيمر عليك - فلا بد من البناء على الجواز (و اورد عليه) بان الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا بطلان الوقفية وهو خلاف الفرض اذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية الوقفية الى بدله (ولكن) يدفعه ان المصنف ره لا يسلم المبني - مع -

انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المناقاة كما سيمر عليك .

ثم انه ذكر في وجه عدم جريان ادلة المنع - ان ادلة المنع ثلاثة - الاجماع - وقوله (ع) (١) لايجوز شراء الوقف - وقوله (ع) (٢) الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله - وشيء منها لايجرى في المقام - اما الاجماع فواضح - واما الثاني - فلانصرافه الى غير هذه الحالة - واما الثالث - فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف وليس عدم البيع منها - مع انه لو سلم اخذ ابقاء العين في الوقف فحيث ان الوقف تحبیس العين وتسبيل الثمرة - فهو يخصص بصورة امكان الانتفاع فكما انه في اول الامر مع عدم وجود الثمرة لايتحقق الوقف كك يتوقف بقائه على استدامة ذلك فبنفاد الثمرة يبطل الوقف .

اقول يرد على ما ذكره من الانصراف - ان الانصراف الناشئ عن قلة وجود الفرد لا يصلح لتقييد الاطلاق - مع - ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة فليست حالة الخراب قليلة بالاضافة الى حالة العمارة - واما الايراد عليه - بان مورده الارض الخربة لقوله فلما عمرتها الخ فكيف يدعى الانصراف - فيمكن الجواب عنه بان المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب و ارض الزراعة انما لايمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها ونحوه لاعدم كونها مشغولة بالزراعة (ويرد) على الوجه الاول الذي ذكره في قوله (ع) الوقوف على حسب الخ ان هذا ينافى استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع - مضافا الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضامترتبا على الوقف بل عدم البيع ما خوذ في حقيقته - ويرد على الوجه الثاني - ان الوقف عبارة عن تحبیس العين دائما وتسبيل مالها من المنفعة كائنة ما كانت - لاتسبيلها دائما .

ثم انه قد يقال في وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائيني ره

١ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ٢

بان قوام الوقف بامر ين بقاء العين الموقوفة وكونها ذات منفعة لانه عبارة عن حبس العين و تسبيل الثمرة و اذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به لا محالة يتبدل الصورة النوعية للعين الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا - مثلاً - النخلة الموقوفة اذا قلعت تعد عرفاً مباينة للنخلة - وبالتبدل اى تبدل الصورة النوعية التى تعلق الوقف بها يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع - وبعبارة اخرى - الوقف متعلق بعناوين خاصة كعنوان الشجر والحمام والبستان وامثال ذلك ومع الخراب لا تبقى هذه العناوين ولا تصدق اسمائها والوقف يدور مدار صدق الاسم (وفيه) ان الوقف كساير المعاملات من البيع والهبة فكما انه يتعلق بالعناوين الخاصة كالمعاملات تتعلق بها فكما ان تبدل الصورة النوعية لا يوجب زوال الملكية كك لا يوجب تبدل الوقف الذى هو تمليك خاص (وبالجملة) تبدل الصورة النوعية لا يؤثر فى الملكية فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة وان شئت قلت ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجى بماله من الحالات ولذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها الاشكال فى عدم جواز بيع الوقف (مع) ان لازم هذا الوجه والوجه الثانى الذى افاده المصنف ره هو بطلان الوقف وعود العين الموقوفة الى الواقف او ورثته - اوبقائها ملكاً طلقاً للموقوف عليه الموجود او كونها من المباحات الاصلية التى تملك بالحيازة - لاجواز بيع الوقف و سرابة الوقفية الى بدلها وعوضها .

فالصحيح فى وجه عدم المنع - ان يقال - ان حقيقة الوقف لما كانت تحبىس العين وتسبيل المنفعة - كان الواقف بحسب ارتكازه حين ما يوقف ما لا ينتفع به بشخصه الى الابد قاصداً لان تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها مادام الى الانتفاع بها سبيل - وبما لها من المالية اذالم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها - وعليه فاذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقوف على حسب ما يوقفها تبديلها بما يماثلها فى المالية لان ذلك فى نظر العقلاء من انحاء حفظ المال بما هو مال (وبالجملة) تسليط الوقوف عليهم على الانتفاع الى الابد يوجب التوسعة فى الوقوف وحسبه انما يكون بما ذكرناه

فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذى هو غرض
الواقف المعاملى - فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق - وبهذا البيان يظهر الوجه فى دعوى
انصراف لايجوز شراء الوقف عن مثل الفرض - فالأظهر جواز البيع فى هذه الصورة.
واما الطريق الثانى - فهو الذى - ذكره بقوله - (والحاصل ان الامور دائر بين
تعطيله حتى يتلف بنفسه الخ) فانه ليس متحصلا لما افاده اولاً - فان كلامه الى هنا
كان مسوقا لبيان دفع موانع البيع وقصور ادلة المنع - وما افاده من هنا مسوق لبيان
اقامة الدليل على الجواز بل اللزوم - وكيف كان (فيرد) على ما افاده فى الشق الاول
وهو ان تعطيله حتى يتلف منافع لحقوق الله تعالى و الواقف والموقوف عليه - امر ان
(الاول) ما تقدم من انه لا اصل لهذه الحقوق وهى غير ثابتة وليس هناك الا التعبد بعدم
البيع او اخذه فى مفهومه (الثانى) انه لو سلم هذه الحقوق فهى متعلقة بالعين الموقوفة
وتتوقف على ثبوت المنفعة فيها والا فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دنيويا ولا
لواقف اخر دنيويا متربا على الدينوى - ولالله تعالى لعدم المصروف للملك - فلا حق
كى يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق - المهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالاعم من
العين والمالية لكن ذلك اول البحث (واما) مسألة كون الابقاء تضييعا فيرده ان كون مثل
هذا التضييع حراما غير مسلم - مع انه لو سلم فلا اشكال فى ان حرمة التضييع مقيدة بما
اذالم 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
فى الشق الثانى - مضافا الى ما مر - ان جواز الاتلاف لا يستلزم جواز البيع فان جواز
الاتلاف يكفى فيه الملكية الفعلية وجواز البيع لا يكفى فيه ذلك بل يتوقف على كونها
ملكية مرسل غير محدودة وسيأتى ان ملكية البطن الموجود ليست كذلك .

(قوله قد مر مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى
الوقف الخ) ان اراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى - فيرده عليه
ان انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها والمنع عن نقلها من قبيل اللازم والملزوم او

المتلازمين لامن قبيل الكلى والفرد وارتفاع الملزوم او الملازم لا يقتضى ارتفاع اللازم او الملازم الاخر لا مكان قيامه بملزوم آخر - و ان اراد به ارتفاع الموضوع - فيرد عليه ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التى لا ينتفع بها والانتفاع من الحيثيات التعليلية لا التقييدية - فالصحيح فى وجه المنع من الاستصحاب الوجه الاول بضميمة ما ذكرناه فى محله من عدم جريان الاستصحاب فى الاحكام .

(قوله قدده نعم يمكن ان يقال اذا كان الوقف النخ) وفيه ما تقدم من ان تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس ويوجب كون الحبس متعلقا بالعين بما لها من الخصوصية الشخصية مادام الى الانتفاع بها كك سبيل - وبها بعنوان انها مال اذ لم يمكن ذلك فراجع .

حكم الثمن على تقدير البيع

(قوله قدده ومما ذكرنا يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود - لاقتضاء البدلية ذلك النخ) اقول ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال - او من جهة ما ذكره اخيرا و هى رعاية الحقوق - فلا اشكال فى عدم الاختصاص كما لا يخفى - وان كان من جهة ما ذكره اولاً من ثبوت المقتضى وعدم المانع فللكلام فى الاختصاص وعدمه وجه وقد استدلل للمصنفه لعدم الاختصاص بوجهين .

الاول ان البدلية تقتضى ذلك لان المبيع ملك للموجودين بالفعل وملك للمعدومين بالقوة وشانا بمقتضى تملك الواقف - فكك الثمن (ودعوي) انه لا تحقق للملك الشأني - يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود - سوعليه - فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد وان يدخل العوض فى ملك الجميع (وفيه) ان الملكية امر اعتبارى وهى اما متحققة اولاً - وليست الملكية الشأنية سنخا من الملكية الاعتبارية بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لان يصير ملكا - وانشاء الواقف انما يكون سببا للحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما فى الوجوب معلقا على امر متأخر - فكون الانشاء موجود الا يلزم كون المنشأ كك (و بالجملة) المتحقق بالنسبة الى البطن

اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الاعتبارية و عليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضى الاشتراك و مجرد القابلية لا يكون من الحقوق التى تكون متعلقة بالمبيع ليسرى الى بدله بالمبيع .

الثانى ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسله غير محدودة بزمان او زمانى بل هى بحسب انشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن و حياته و بعبارة اخرى الواقف انما انشأ ملكية كل طبقة بانبساط ماله من الملكية المرسله على جميع الطبقات فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها (وعليه) فاذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعا - مع - ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا وان اعطى الملكية المرسله المنبسطه بالنسبة الى مقدار ملكية البطون اللاحقة اما بالولاية او باذن المتولى او اذن الحاكم الشرعى فلا محالة يدخل الثمن فى ملك الجميع على النحو الذى كان المثلث ملكا لهم .

(قوله قد حث حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متاخرا الخ) دية العبد المقتول ان جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها وبين المقام فان جاعل البديل كان هو الله تعالى او العبد لا يصلح فارقا - وان كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا - و به يظهر ان مجرد كون البدلية شرعية لا يوجب الاولوية كما ان تاخر صبرورته بدلا لا يصلح لذلك .

(قوله لان حق الرهنية متعلق بالعين الخ) محصله - ان حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن و متفرع عليه فلا محالة يزول بزوال الملك و حدوثه بحدوث ملك البديل يحتاج الى دليل - وهذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فانه لا يكون متفرعا على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع فى عرض واحد فى مقام الانشاء فاذا زالت جميعها بالمبيع كان بدلها للجميع .

حكم بدل العين الموقوفة

فروع الاول قبل اقال قدده ومن هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف في البدل (الخ) وقد يقال ان الوقف اذا كان عين تملك الطبقات على التدرج وكان عدم جواز البيع من آثار هذا التملك الخاص فيتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة 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 بناء على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى وعدم المانع - واما بناء على ما اخترناه في وجه الجواز من كونه ابقاءً للوقف وحفظاً للموقوف بما هو مال - فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح .

الثاني (قال قدده وليس مثل الاصل ممنوعاً عن بيعه الخ) و الوجه في ذلك ما تقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب فما بقى على الوقفية هو المالية - و خصوصية الثمن لا تكون وقفاً كما كانت كك في المثل حسب انشاء الواقف فيجوز تبديله و بيعه ما لم يضرب بالمالية .

الثالث (قال قدده ومما ذكرنا ايضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف الخ) وقد استدل لوجوب شراء المماثل - بوجوه (الاول) ان المثل اقرب الى مقصود الواقف (وفيه اولا) ان غرض الواقف لا يضابط له (و ثانيا) انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً ومصعباً للعقد (الثاني) انه لا إطلاق للدلالة المعجزة 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 حين ما وقف العين التي لها مالية - وخصوصيات نوعية - وخصوصيات شخصية - قد حبس الجميع مادام

الى الانتفاع بها سبيل - والا فالجهتان الاوليتان محبوبستان - وعليه - فلا بد من رعاية الخصوصيات النوعية - اللهم الان يقال ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مالية العين والخصوصيات الشخصية - اما لحاظ الخصوصيات النوعية وتعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم و الاصل عدمه - والاحوط الاول - وعلى اى تقدير - يجوز بيعه بالنقود وشراء المماثل او غيره بها وقد فرضه المصنف ره فى المقام والوجه فيه تعارف البيع بالنقود وتعسر بيعه بالمماثل (قوله قدده ولا يضافى عليك مواقع الرد والقبول فى كلامه الخ) 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 التأمين والصبر الى ان يتيسر الشراء كما سيجىء .

من له ولاية البيع

الرابع (قال قدده ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم الخ) هذا هو احد الاقوال - وتبعه فى اختياره جماعة - وفى المقام قولان آخران (احدهما) ان يكون ذلك الى الناظر ان كان (ثانيهما) عدم الاحتياج الى الضميمة (واستدل) للاخبار بان الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون فلا يحتاج بيعهم الى ضم شخص آخر (وفيه) ان ملكيتهم محدودة واعطاء الملكية المرسله اعطاء لما ليس لهم (واستدل) للقول الاول - بان الحاكم ولى المعدومين اما من باب كون الحاكم ولى القاصر - او لكونه ولى الممتنع الشامل للممتنع عن اختيار او اضطرار - وبان ذلك احد الامور الحسبية (وفيهما نظر) اما الاول - فلان المعدوم فى المقام لا يكون من القاصر ولا الممتنع لان السالبة هنا بانتفاء الموضوع واما الثانى فلتوقفه على لزوم البيع وعدم ثبوت هذا الحق للناظر - والاول غير ثابت والثانى فاسد كما ستعرف - فالأظهر هو القول الثانى - اذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده المصنف ره (وحاصله) ان الناظر له التصرف فى نفس العين - ولادليل على نظارته على البدل - ولكن يدفعه ان يبيع الوقف يكون حفظا للوقف بعنو ان مال

فيكون ذلك من اهم الامور الملحوظة للواقف - فلا يظهر كون ذلك الى الناظر لو كان - نعم - مع عدمه تصل النوبة الى الحاكم الشرعى .

الخامس اذا بيع العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالتقدين ولم يمكن شراء ما ينتفع به - فهل يدفع الثمن الى البطن الموجود لابان يكون له خاصة فانه لا يجوز قطعاً 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 ساير البطون فلا يجوز جعله تحت سلطنته وانما كان يدفع العين اليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلاً بلا مزاحم وكك بدلها الذى ينتفع به - و اما البديل الذى لا ينتفع به فلا سلطنته له على الانتفاع به كى يكون له السلطنته على البديل في دفعه اليه لذلك (وفيه) ان الثمن وان كان لا ينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود وليس كالمالك المشترك عرضاً بل الاشتراك طولى فهو فى هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة ولازم ذلك سلطنته على امساكه - ولوتزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لانه المنصوب لذلك والا فيوضع عند امين .

ثم انه اذا لم يمكن شراء شىء ينتفع به بدون الخيار و امكن شراء ما ينتفع به مع الخيار هل يجوز ذلك ام لا (ربما يقال) بالثانى نظر الى ان البديل وقف والوقف عبارة عن تحبيس العين وهذا يناهى مع الخيار اذا الحبس الى ان يفسخ حبس موقت لادائى (ولكن يدفعه) ان وقف البديل كما تقدم غير وقف الاصل فان وقف البديل انما هو حبسه بما انه مال ولا دخل لخصوصياته الشخصية فى الوقف ولذا ينبت على جواز التبديل اختياراً والخيار لا يناهى حبسه بما هو مال اذا غايته الفسخ والتبديل بعين اخرى وعليه فيجوز ذلك ولو طلب البطن الموجود ذلك وجب حفظ الحق الانتفاع به .

ثم انه اذا رضى البطن الموجود فى الاتجار وكان ذلك صلاحاً لجميع البطون جاز الاتجار به ويكون الربح مشتركاً بين البطون لان مجموع ما اشترى بالثمن و بيع بالثمن وقع بازاء ما هو بديل الوقف فلا محالة يشترك فيه الجميع وليس الربح من المنافع

كى يختص به البطن الموجود بل هو زيادة حصلت بالتجارة ووقعت بازاء المالية التى كانت وقفا فى اى مرتبة وصلت المالية تكون باقية على الوقفية.

السادس (قال قده ثم لافرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف - ولو كان صرف ثمنه فى باقيه الخ) لا اشكال فى عدم الفرق فى جواز البيع بين خراب الكل او البعض - كما لا ينبغي الاشكال فى جواز صرف الثمن فى 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 لان الضرر فى نفسه متوجه الى البطون اللاحقة ولا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم (فلا يظهر) عدم الجواز - نعم - لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

الصورة الثانية

(قوله قده الصورة الثانية ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتبر به بحيث يصدق عرفا الخ) الكلام فى هذه الصورة اى ما ذكره المصنف ره فى المقام يقع فى موارد (الاول) ما اذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفا و كان ماله من المنفعة قليلة جدا بحيث تلحق بالمعدوم (الثانى) ما اذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتبر بها ولم تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة (الثالث) فى وقف العنوان .

اما المورد الاول فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ما ذكر فى الصورة الاولى من انصراف ادلة المنع وغيره من الوجوه فى هذا المورد لاسيما ما ذكرناه من ان البيع ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال .

واما المورد الثانى فقد يستظهر من القائلين بالجواز فى الصورة الاولى الجواز فى هذا المورد بحمل قولهم لا يجدى نفعا على ارادة عدم النفع المعتبر به - كما انه قد

يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمرة - وكيف كان فالمتبع هو الدليل - و غاية ما قيل في وجه الجواز ما افاده المحقق الاصفهاني ره (وحاصله) ان غرض الواقف من الوقف امران - حفظ خصوصية العين الموقوفة - وحفظ خصوصية الانتفاع - وحيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص و حبس العين بما هي مقصود بالتبع و لا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالاصالة - فلامحالة يقدم الاول فيجوز البيع واشتراء ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة (وفيه) ان غرض الواقف العقدي انما هو تسبيل المنفعة لمرتبة خاصة من الانتفاع فمع بقاء المنفعة و امكان الانتفاع لا وجه لجواز التبديل كما لا يخفى فالظاهر عدم الجواز في هذا المورد .

واما المورد الثالث فقد اختار صاحب الجواهر ره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان - وخالفه المصنف ره (اقول) لا اشكال في ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له ولا ظن ذهاب احد الى جوازه والظاهر ان نظر صاحب الجواهر ره الى انه يمكن وقف العين الخاصة مادامت معنونة بعنوان البستانية مثلا - والكلام في ذلك تارة في مقام الثبوت واخرى في مقام الاثبات (اما) في مقام الثبوت فلا يرى فيه محذور فان الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان او الزمانى بان يعتبر ملكية الشيء مادام معنونا بعنوان البستانية ويمكن تاييده بملكية الخل مادام خلا واذا انقلب خمر اخرجت عن الملكية - و بملكية الارض المحياة على القول بدوران الملكية مدار الحياة و كك الامر في الحبس ملكا - ومقتضى عمومات الوقف والمعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الاخر (ودعوى) انه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التاييد في الوقف (متدفعه) بانه لا دليل عليه سوى الاجماع و هو مختص بالتاييد من حيث الزمان و تمام الكلام في محله (واما) في مقام الاثبات - فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بعنوان في كونه للاشارة الى المعنون وان تمام الموضوع هو المعنون - فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لا بد من ذكره والتصريح به .

(قوله قد هذ كر بعض ان جواز بيع الوقف الخ) هذا الكلام لا ربط له بالمقام

مع انه قد تقدم الكلام فيه وانما ذكر مقدمة لذكر وقف العنوان .

(قوله قدده و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية الخ)
لا يخفى انه في باب الوصية فرق الاصحاب فيما لو اوصى بدار فانهدمت - بين ما لو كان الانهدام قبل موت الموصى - وبين ما اذا كان بعد موته - وبين ما لو كان بطلان الوصية في الاول دون الثاني - وقد ايد صاحب الجواهر ما ذكره في المقام بما ذكره في الانهدام قبل الموت - وجه التأييد واضح حيث ان الوصية اذا لم تكن متعلقة بالعنوان و دائرة مداره لما كان وجه للبطلان والمصنفه اورد عليه بالنقض بما ذكره في المسألة الثانية وتام الكلام في محله .
(قوله قدده من جهات اخر الخ) لم يذكروا وجهها للبطلان فيما اذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان .

الصورة الثالثة

(قوله قدده الصورة الثالثة ان يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا الى حد يلحق بالمعدوم الخ) اقول هناك صورتان (احدهما) ان تقل المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتدبه منها كان الملحوظ لجميع المنافع او نوع خاص منها (ثانيتهما) ان تزول المنفعة التي لاحظها الواقف بالمرة مع وجود غيرها - اما في الصورة الاولى - فلا ينبغي التوقف في عدم الجواز لادلة المنع عن بيع الوقف - واما في الصورة الثانية - فالظاهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعته بالمرة - يخرج العين عنها في هذه الصورة اذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرة - و حيث ان المنفعة الاخرى ليست متعلقة للوقف وغرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق ويكون حكم هذا الوقف ح حكم الوقف المنقطع الاخر - و على ذلك فيمكن بناء نزاع الشيخ ره - والحل في قدده - في مسألة النخلة المنقلبة - على ذلك ويكون نظر الشيخ ره في افتائه بالجواز الى الصورة الثانية - ونظر الحل في ره الى الصورة الاولى ويكون النزاع بينهما لفظيا

الصورة الرابعة

(قوله قد هذه الصورة الرابعة ان يكون بيع الوقف انفع واعدود للموقوف عليه الخ)
اقول لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن احد سوى المفيد ولم يرض العلامة
ره باسناده اليه وعليه فلا قائل به - وكيف كان فالعمدة في المقام خبران .
احدهما خبر (١) جعفر بن حنان عن الصادق (ع) عن رجل وقف غلة له على قرابة من
ابيه وقرابة من امه - الى ان قال - قلت فللمورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا
ولم يكنهم ما يخرج من الغلة قال (ع) نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا
ثانيها التوقيع (٢) الشريف كتب الحميري الى صاحب الزمان (ع) روى عن الصادق (ع)
خبر ماثور اذا كان الوقف على قوم باعيا منهم واعقابهم فاجتمع اهل الوقف على بيعه وكان ذلك
اصحح لهم ان يبيعه فهل يجوز ان يشتري من بعضهم ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز الا
ان يجتمعوا كلهم على ذلك وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه فاجاب عليه السلام بانه اذا كان
الوقف على امام المسلمين فلا يجوز بيعه واذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما
يقدرون على بيعه مجتمعين ومتفرقين .

اما الخبر الاول فاورد عليه بوجوه (الاول) ضعف السند - لجهالة جعفر (وفيه)
ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذي هو من اصحاب الاجماع (الثاني) انه جمع
فيه بين الوقف والوصية - فان الوقف ان كان مقدما بطلت الوصية - وان كان الوصية
مقدمة كان الوقف فسخا لها - وان كانا متقارنين بانشاء واحد فمضافا 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
عاد جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض في الخبر (الثالث) ما في المتن
وهو - انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا بمجرد كون البيع انفع فالجواز

مشروط بالامرين (وفيه) ان هذا الجواب يكفى الزاما للخصم - و الا فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة الى الحاجة الى نفع زايد ليفي بمؤونته وهذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها (الرابع) ما ذكره المصنف رهايا - وهو ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذي بلحاظه يكون الفعل اختياريا وهو طلب خير الفعل لما فيه من الداعي الموافق لغرضه والجواز في هذا الفرض مما لم يقل به احد (وفيه) ان السائل سئل عن البيع الاختياري الموافق لغرضه وليس هذا امرا مبهما كي يحتاج الى تكراره في الجواب (الخامس) ما ذكره المصنف رهايا - وهو انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظه ما فرضه السائل من رفع الحاجة - وقد تقدم الكلام في ذلك (السادس) ما عن المختلف وجماعة وهو ظهوره في الوقف المنقطع ومحل الكلام الوقف المؤبد (وفيه) ان مقتضى اطلاقه على هذا جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الانقراض ومن الواضح عدم الفرق بينه وبين المؤبدح اذ الفرق انما يصلح في الطبقة الاخيرة او بعد انقراضهم كما لا يخفى (السابع) ما ذكره المصنف رهايا - وهو ان ظاهره بيع الوقف وصرف ثمنه كيف شاء وهذا ايضا مما لا يمكن الالتزام به اذ كون المبدل مشتركا والمبدل مختصا غير معقول (وفيه) ان الظاهر منه كما تقدم بيع الوقف اذا كان الثمن ازيد نفعا فراجع (فالحق) في الجواب عنه هو اعراض الاصحاب وعدم افتائهم بمضمونه .

واما الخبر الثاني فالكلام فيه تارة في ما رسله عن الصادق (ع) واخرى فيما اجاب (ع) به اخيرا (اما الاول) فهو يدل على جواز البيع اذا كان اصلح وهو المدعى و اورد عليه بجملة من الايرادات الواردة على الخبر الاول و قد تقدم ما فيها (وقد يقال) انه يقيد اطلاقه بمفهوم الخبر الاول من حيث التقييد بالحاجة فيكون اخص من المدعى (وفيه) مضافا الى ما تقدم - انه لا مفهوم لكلام الامام (ع) كي يقيد به اطلاق هذا الخبر اذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب - فالحق في الجواب عنه انه معرض عنه عند الاصحاب (واما الثاني) فيرد عليه مضافا الى ذلك انه في مقام البيان من حيث الاجتماع والتفرق لافي مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كي يتمسك باطلاقه - وعن المحقق النائيني

الجواب عنه بوجه آخر - (وهو) انه يدل على جواز بيع الوقف مطلقا فالنسبة بينه وبين ادلة المنع هي التباين - واذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها (وفيه) اننا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد فاذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لاتخفى.

الصورة الخامسة

(الصورة الخامسة ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة السخ)

ذهب جماعة الى جواز البيع في هذه الصورة وعن الانتصار والغنية دعوى الاجماع عليه - واستدل له (بالاجماع) (وبان) الضرورات تبيح المحظورات وبخبر (١) جعفر المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية مادونها من المرتبة - وفي الكل نظر (اما) الاول فلان 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 (واجاب) المصنف ره عنه - بان ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الارض لمؤونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع - وهذا اقل مراتب الفقر الشرعي - والنسبة بينه وبين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه اذ قد يكون فقير الامؤونة له ولا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مؤنته من مال الفقراء - وقد يكون له حاجة شديدة وله مؤونة سنة وقد يتفقدان (ويمكن) دفعه بان الحاجة الى تتميم المؤونة بالبيع ان كانت مسوغة للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك فتأمل - وكيف كان فالظاهر المنع لعموم الادلة

الصورة السادسة

(قوله قده الصورة السادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة الخ) في المسألة اقول - نفوذ الشرط وجواز البيع ذهب اليه العلامة في محكي الارشاد 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 - اقول الكلام في المقام يقع في موضعين - الاول - فيما تقتضيه القواعد - الثاني - فيما يقتضيه النص الخاص.

اما الاول - فقد يقال بفساد الشرط لوجهين (الاول) 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 (الثاني) انه مخالف للسنة لمادل من النصوص (١) على عدم جواز بيع الوقف.

والحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات - فلا اشكال فيه اصلا اذ الجواز حاصل والشرط مؤكده. وان كان بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات فاما ان يكون الشرط مطلقا - واما ان يكون معلقا على تقدير خاص وعلى التقديرين - اما ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا - واما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا فان كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا - لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد بناء على ما عرفت من اخذ عدم البيع في مفهومه - ومخالفا للسنة لمادل على عدم جواز بيع الوقف من السنة - وان كان مطلقا مع كون العوض وقفا - فلا يظهر صحته لاول ذلك الى وقف الشيء بما انه مال اي يكون الوقف الجامع بين المال وبدله فيكون الشرط منافيا لمقتضى اطلاق الوقف لاصله - وان كان معلقا - فان كان الشرط بيعه وجعل ثمنه وقفا صح - فانه يؤول الى وقف العين بما انها مال

١ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - وباب ١٧ - من

ابواب عقد البيع وشروطه

مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير وبعده تكون وقفاً بما انها مال - فهذا ايضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لاصله وادلة المنع عن بيع الوقف لانشمل البيع بعد الشرط كى يكون الشرط منافياً للسنة - وان كان معلقاً كان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفاً - فان قلنا بان عدم البيع ماخوذ فى حقيقة الوقف - صح ذلك فانه يرجع الى انه وقف مالم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع و اذا تحقق فلا وقف ومقتضى اطلاق ادلة الوقف ونفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف (ودعوى) انه مناف للتأييد المعتبر فى الوقف (مندفعة) بعدم الدليل على اعتباره وانه يصح الوقف مع عدمه لاسيما اذا كان مردد ابين الانقطاع وعدمه - وان قلنا بانه من احكامه لامن مقوماته - فالظاهر عدم الصحة الامع انشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير فان عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق بل من الاحكام فالشرط مناف للسنة - وبما ذكرناه يظهر ما فى كلمات المصنف ره.

و اما الثانى اى ما يقتضيه النص الخاص - وهو الصحيح (١) الحاكى لوقف امير المؤمنين عليه السلام ماله بينبع فان اراد - يعنى الحسن (ع) - ان يبيع نصيباً من المال فيقتضى به الدين فليفعل ان شاء لاجرج عليه فيه وان شاء جعله سرى الملك وان ولد على واموالهم الى الحسن بن على (ع) وان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبداله ان يبيعها فليبيعها ان شاء لاجرج عليه فيه وان باع فانه يقسمها الحديث - وهذا ايضا يدل على الجواز (ومورد) الاستدلال به قوله عليه السلام فان اراد ان يبيع نصيباً من المال الخ - واورد عليه بايرادات (الاول) انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة فيخرج عن محل الكلام (وفيه) انه ظاهر فى كونه فى مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه فى ضمن الوقف على البيع وهذا هو الاشتراط (الثانى) انه محمول على الوصية نظراً الى ما فى صدره من قوله (ع) هذا ما اوصى به وقضى فى ماله عبدالله على - وقوله فى آخره ولا يحل الى قوله ان يغير شيئاً مما اوصيت به (وفيه) انه ينافيه قوله (ع) الذى كتبت من

اموالى هذه صدقة واجبة بتلة حيا انا اوميتا ولا تكون الوصية بتلة و اجبة فى حياته بل الوقف كك واطلاق الوصية على جميع ما يدبره الانسان من شئون ماله بنحو الايصاء به لمن يقوم بعده بالامر شايع - واختصاص الوصية بالمعهودة انما هو فى لسان الفقهاء خاصة (الثالث) انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف (وفيه) انه مناف لقوله ان يبيع - ولقوله جعله سرى الملك اى ملكا نفيسا لنفسه (الرابع) ان مورده الوقف العام ولا اشكال فى عدم جواز البيع فيه - وقد تقدم الجواب عنه وانه لا فرق بين الوقف العام والخاص - فالانصاف ان الخبر لا اشكال فيه دلالة كما لا اشكال فيه سنداً فيدل على جواز البيع مع الشرط وقد عرفت انه مقتضى القاعدة .

ثم انه قد يستدل للجواز بفقرة اخرى من الرواية وهى قوله (ع) فبداله ان يبيعها فليبيعها انشاء لا حرج عليه - ولكن يمكن الايراد عليه بعدم ثبوت كون مسوره وفقا - وذلك لوجهين (الاول) قوله وان كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة اى غير الصدقات العامة - وهذا كما يمكن حمله على ما اذا كانت من الاوقاف الخاصة على الذرية يمكن حمله على دار الصدقة التى فوض امرها اليه وجعل له سكنها مادامت الحاجة و بعده بعنوان الوصية يفعل ما امر به . اللهم الا ان يقال ان المراد بهذه الجملة - انه ان كان دار الحسن (ع) التى هى مسكنه غير دار الصدقة ولم يكن له حاجة الى دار الصدقة وراى المصلحة فى بيعها فليبيعها ان شاء و يصرف ثمنها فى المصارف المذكورة (الثانى) ان تلك الدار لم تكن داخلية فيما وقفه فى اول هذا الخبر فان الموقوف هو ماله بينبع وما حولها و بوادى القرى وبديمة وباذنية وكل تلكم ليست الا المزارع وليست الدار داخلية فيها - ولكن فى الجملة الاولى كفاية

الصورة السابعة

(قوله قده الصورة السابعة ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما اوظنا الخ)

وقد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقا - والمفيد والديلمى والفاضلان فى اكثر كتبهما والشهيدان فى غير الدروس والمحقق الكركى وغيرهم الى المنع (وعن) الشيخ فى النهاية وابن سعيد فى كتابيه والطوسى والعلوى والعلامة فى بيع التحرير والشهيد فى الدروس وغيرهم اختيار الجواز - واختاره المصنف ره وقد استدلل للجواز بوجوه .
الاول ماعن التنقيح - وهو - ان بقاء الوقف على حاله والحال هذه اضاءة واتلاف للمال وهو منتهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا (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 .

الثانى ما عن المختلف والتذكرة والمهذب وغيرها - وهو - ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه وقد تعذرت فيجوز اخراجه عن حده تحصيل الغرض منه والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض (وفيه) ان هذا لو تم فانما هو فى آخر ازمته بقاءه الذى خرجت العين فيه عن حيز الانتفاع - واما قبله فالغرض من الوقف الاستيفاء من شخص العين وهو ممكن فلا يجوز .

الثالث ما افاده المحقق النائينى ره - وهو انه اذا احتمل احتمالا عقليا تاديته الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجازبيعه - جازبيعه - لان حكم الاحتمال حكم الخراب ولكن من حيث كونه طريقا لان بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكانه صار خرابا فعلا (وفيه) ان هذا لو تم فانما هو فى احتمال الخراب الفعلى لافى احتمال تاديته الى الخراب لان هذا الاحتمال ليس طريقا الى الخراب بالفعل كما هو واضح .

الرابع ما افاده المصنف ره - ومقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع - وحاصله - ان المانع عن التمسك بها فى الوقف امور (احدها) حق الواقف (ثانيها)

حق الموقوف عليه (ثالثها) الأدلة المانعة عن بيع الوقف و شيء منها لا يصلح للمنع في المقام (اما الاول) فلان غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لامحالة لاوله الى الخراب وغرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال يتوقف على البيع فالبيع ليس منافيا لغرضه (واما الثاني) فلان المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل - والانتفاع بشخص العين غير ممكن و اما حقهم في تصدى البيع فالمفروض انه يباع باذن البطل الموجود و اولياء البطون اللاحقة (واما الثالث) فلانصراف الأدلة عن صورة اول العين الى الخراب المخرج لها عن حد الانتفاع (وفيه) ان هذابت في صورة الخراب و اما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن وحق الموقوف عليهم في الانتفاع به كك - و الأدلة غير منصرفة فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات .

الخامس ما كتبه (ع) (١) في جواب ابن مهزيار ان كان قد علم الاختلاف ما بين اصحاب الوقف ان بيع الوقف امثل فليبيع فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس - بتقريب ان قوله (ع) فانه الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف وان المراد من المال الوقف فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الاخر 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 يشهده شاهد - بل بقرينة ضم النفوس الى الاموال يصير ظاهرا في المال الاخر اذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم و ادائه الى المقاتلة الموجبة لاتلاف النفوس - وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هو اجنبى عن تلف النفس فتدبر - فالأظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب لاسيما اذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة - نعم - يجوز البيع في آخر ازمته بقاءه اذ لا منفعة ح و الله العالم .

الصورة الثامنة

(قوله قده الصورة الثامنة ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال الخ) اقول - كلمات القوم في هذه الصورة متشعبة فلا يصح الى نقل شهرة في الباب فالمهم صرف عنان الكلام الى المحجج والادلة.

وقد استدلل للمنع في المتن (بعموم) ادلة المنع (١) عن بيع الوقف (وبالاستصحاب) (اقول) ما ذكر من عموم الادلة متين في نفسه - واما الاستصحاب - فغاية ما يمكن ان يقال في تقريره - ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بمادل على عدم جواز بيع الوقف وهو وان اختص بمقابل وقوع الاختلاف المزبور ولم يكن له عمول شامل له - الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع و الوفاء بالعقد مما لا عموم از ماني له بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع والعقد ومع الشك في ان الخارج هو في زمان اودائما يجري الاستصحاب ولا يكون مورد التمسك بالعموم (وفيه) مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الاصول - 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 الزايد بل لولم يكن هناك عموم لما كان مورد لاجراء الاستصحاب فتدبر فانه دقيق .

واستدل للجواز بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة في الصورة السابقة - واورد عليه المصنف (بان) قوله (ع) فانه ربما جاء في الاختلاف الخ اما ان يكون تعليلا للجواز البيع عند الاختلاف او يكون حكمة له - وعلى الاول يتعين البناء على جواز بيع الوقف اذا

١ - الوسائل باب ٤ - من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - وباب ١٧ من ابواب عقد

لزم تلف المال والنفس ولولا لدخل فيه لان العلة كما تخصص تعميم - وعلى الثانى - يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا - وشىء منهما لا يمكن الالتزام به لعدم افتاء المشهور به (وفيه) انه يحتمل على التعليل كما هو ظاهره - ولكن العلة هى لزوم تلف المال والنفس من ترك البيع وابقاء الوقف على حاله - فان الظاهر منها ان غاية 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 اى الالتزام بجواز البيع فى كل مورد لزوم بقاءه تلف المال والنفس (ودعوى) انها معرض عنها ولم يعمل بها الاصحاب (قد تقدم) ما فيها فالمكاتبة تدل على الجواز فى هذه الصورة - هذا مع قطع النظر عن الاشكالات المشتركة بين جميع الصور التى سيتعرض لها المصنف ره وستعرف عدم ورود شىء منها (فالاظهر) هو جواز البيع فيها .

و ربما يستدل له بحديث (١) لاضرر الحاكم على الادلة الواقعية (وفيه) ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس وفى مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعى - وبه يظهر ما فى الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما اذا لزم من ترك البيع تلف النفس .

الصورة التاسعة

(قوله قد هذه الصورة التاسعة ان يودى الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم الخ)

قد استدل للمنع عن البيع فى هذه الصورة - بعموم الادلة - والاستصحاب - وقد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين ولكن الاستدلال بالاستصحاب فى غير محله - وقد استدل للجواز بوجهين (الاول) لاضرر وقد تقدم ما فيه (الثانى) مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس والمال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم والاحتياط سبيل النجاة .

الصورة العاشرة

(قوله قد هذه الصورة العاشرة ان يلزم فساد يستباح منه النفس الخ)

وقد استدلل للمنع - بما تقدم - وللجواز بما ذكرناه آنفاً (وتقريب) الاستدلال بالمكاتبه ان ذكر تلف الاموال وضمه الى تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبى اذ خوف تلف النفس يتبعه خوف تلف الاموال - لالخصوصية فيه بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة (واورد عليه) المصنف ره بما تقدم من ان مقتضى عموم العلة جواز البيع لدفع كل فتنه مؤدية الى ذلك - وقد عرفت الجواب عنه (فالحق) فى الايراد عليه - مضافا الى منع التلازم الغالبى ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر فان الظاهر كون كل قيد مأخوذ فى لسان الدليل للاحتراز (مع) ان لازم التمسك بالمكاتبه البناء على كفاية خوف الاداء الى استباحة النفس لا اعتبار الاستباحة الواقعية .

ثم انه ربما اورد على الاستدلال بالمكاتبه فى هذه الصور با يرادات (الاول) اعراض الاصحاب عنها - وقد عرفت ان الاصحاب عملوا بها وانما الخلاف بينهم فى موضوع الجواز من جهة اختلافهم فى فهم المراد منها (الثانى) ان الظاهر من عدم ذكر الاعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لماؤبداً الذى هو محل البحث (وفيه) ان عدم ذكر الاعقاب انما هو من جهة عدم الاحتياج اليه فلم ندع ان اطلاق الوقف ظاهر فى المؤبد - لا كلام فى ان مقتضى ترك الاستفصال البناء على عدم الفرق فى ذلك بين المؤبد و المنقطع (الثالث) ما عن الابضاح وهو ظهورها فى عدم اقباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف - وعن المحدث المجلسى والبحرانى الجزم به واحتمله سيد العروة - فهى تدل على جواز البيع مالم يتحقق الوقف - و محل الكلام هو بيع الوقف (وفيه) اولاً - ان الظاهر من الوقف والموقوف عليهم وغيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح وثانياً - انه لو تنزلنا عن ظهورها فى ذلك يكفى فى الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف والقبض وعدمه (الرابع) ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين مع انه مناف لحق

البطون ولقول المجوزين لانهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه (وفيه) اولاً - ان عدم عمل الاصحاب بهذه الفقرة لا يوجب سقوط ساير الفقرات عن الحجية - وثانياً - ان الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الاختلاف بالانقسام الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك في الوقف - لا ارى فيه محذورا - وثالثاً - ان المحكى عن الاكثر العمل بها فتدبر (الخامس) انه لو جاز بيع الوقف فانما يجوز للموقوف عليهم لا للاجنبي والمكاتبه تدل على جوازه للاجنبي كما لا يخفى (وفيه) انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظراً - او انه استاذن من الامام (ع) في ذلك لكونه من الامور الحسبية.

(قوله قدده فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدى الخ) وفيه انه مستلزم للالتزام بخلاف الظاهر في ثلاثة الفاظ - الاول - التصرف في التلف بحمله على الخراب - الثاني - التصرف في الاموال بحملها على ارادة خصوص الوقف - الثالث - التصرف في النفس بحملها على ارادة نفس الموقوف عليهم - ولا موجب لذلك - فالاولى في بيان المراد منها ما ذكرناه من ان مدلوهاها اناطة الجواز بالاختلاف الذي لا يؤمن معه تلف الاموال و النفس وهي الصورة الثامنة .

الوقف المنقطع

(قوله قدده واما الوقف المنقطع وهو ما اذا وقف على من ينقرض بناء على صحته الخ) الكلام في المقام يقع في جهات (الاولى) في صحة الوقف المنقطع - اقول ان الوقف المنقطع على قسمين (الاول) 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 الاجماع عليه وكفى به مدركا (الثاني) ما يجعل على من ينقرض غالباً ولا يظهر صحته وقفا كما هو المشهور بين الاصحاب لان الوقف على حسب ما يوقفها اهلها (ودعوى) اخذ التأييد في مفهوم الوقف كما ترى لان حقيقة

الوقف حبس العين وتسبيل الثمرة كان ذلك دائما ام موقتا - والاجماع على اعتبار التأييد في الوقف وان كان لا ينكر - الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائما وبعبارة اخرى المراد به عدم الاقتران بمدة - واما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينال في الدوام .

و يشهد لصحته صحيح (١) الصغار كتبت الى ابي محمد (ع) اسأله عن الوقف الذي يصح كيف هو فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة واذا كان موقتا فهو صحيح ممضى 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 - هذا موقت اذا ذكر انه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى ان يرث الله تعالى الارض ومن عليها - والذي هو غير موقت ان يقول هذا وقف ولم يذكر احدا - فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل - فوقع (ع) الوقوف بحسب ما يوقفها اهلها انشاء الله - فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه .

الجهة الثانية في انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الوقف وورثته او الى ورثة الموقوف عليه او يصرف في وجوه البر - وجوه (اقواها الاول) لان خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجا مادام اى مادام حياة الموقوف عليه فلا محالة يرجع الى مالكة بموته فانه لم يخرج عن ملكه الا الى اجل (و دعوى) ان مقتضى اطلاق ادلة الارث انتقاله الى ورثة الموقوف عليه (مندفعة) بانها انما تدل على الارث فيما هو للميت لا ما ليس له بعد موته ومقتضى ملكيته بحياته فانه ليس مما تركه الميت وتام الكلام في محله - هذا على القول بخروجه عن ملك الوقف والافهو ملك له من الاول وبموته ينتقل الى ورثته ولعل الاظهر ذلك لان ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الوقف في المؤبد - من ان اعتبار الملكية له لغو - ومن اطلاق الصدقة عليه لاسيما ما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة لا يجرى في المقام - اما الاول فواضح - واما الثاني فلعدم اطلاقها مع هذا

القيد على الوقف المنقطع .

الجهة الثالثة فى جواز بيعه وعده (اقول) ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه - لا ينبغى التوقف فى عدم جواز بيعه لعموم (١) ما دل على عدم جواز بيع الوقف الشامل للمؤبد والمنقطع - ومن الغريب - عدم ذكر المصنف هذه الجهة مع هذا البسط والاطناب - نعم - لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الادلة المانعة عن البيع له - اما دليل الوقوف فلظهوره فى ان المنع عن البيع الذى انشأه الواقف انما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم اى يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم - فلو لم يقع اصل الملك كيف يقع خصوصياته - و اما غيره فلا نصراف الى ما لو كان البيع منافيا للوقف (ثم انه) على القول بعدم شمول الادلة المانعة له يقسح الكلام فيما تقتضيه القواعد - فاقول - ان بيع الواقف ح يتصور على وجوه .

احدها - ان يبيع العين الموقوفة من الاجنبى مع عدم انتقال منافعه اليه - وحيث ان المقتضى للصحة وهو الملك موجود فلا بد من التكلم فى المانع - وهو ليس الجهل بمقدار المنفعة التى يستحقها الموقوف عليه للجهل بامد انقضائها فان الجهل بنفسه وان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخلية فيه وان اوجبت زيادة المالية - بل المانع هو الغرر - وقد وجهه المصنف به بقوله (بجهل الوقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به) واورد عليه المحقق الاصفهاني ره بانه اذا كان المبيع معلوما ذاتا ووصفا وتسليما وكان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك غريبا - وعلى فرض التنزل وتسليم صدقه عليه لادليل على مبطلته لان العمدة فى مانعته الاجماع وهو غير ثابت فى المقام (وفيه) ان الجهل بوقت التسليم والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر - اما الثانى - فلان الثمن انه ايدفع بازاء العين بلحاظ المنافع فالجهل

١- الوسائل - باب ٤- من ابواب الوقوف والصدقات حديث ١-٤- وباب ١٧ من

ابواب عقد البيع وشروطه

بمقدارها موجب للغرر - واما الاول - فلانه كما يصدق الغرر مع الجهل باصل التسليم كك يصدق مع الجهل بوقته (و دعوى) ان عمدة دليل مانعية الغرر - الاجماع غير الشامل للمقام (مندفعة) بان عمدة دليله النبوى (١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام - فالأظهر بحسب القاعدة البطلان واما مصحح (٢) الحسن بن نعيم الدال على جواز بيع المالك داره التى جعل سكنها لرجل ولعقبه من بعده - فهو يخصص دليل الغرر - وعليه - فان امكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع ويحكم بجواز بيعه والا فلا .

بقى الكلام فى اجازة الموقوف عليه وان رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته ام لا - والمقصود من ذلك ان يكون العين وجميع منافعه منتقلة الى المشتري فلا يلزم الغرر - والأظهر عدم كفايته - فان المنفعة لا تنتقل الى المشتري - لا بلاعوض - ولامعه - الا بالصلح - اما عدم انتقالها بلاعوض فلان الناقل اما هو الهبة - او الاسقاط - او البراء ولا مورد لشيء منها فى المقام اما الهبة فلا اعتبار تعلقها بالعين - واما الاسقاط فلانه يتعلق بالحق والمنفعة ملك - واما البراء فلانه يتعلق بالملك الذمى كالدين والمنفعة ملك خارجى - واما عدم انتقالها بالعوض - فلان ناقلها اما الاجارة او البيع على قول - و يعتبر فى كل منهما عدم الغرر - وفى المقام كل من المعاملتين اى المعاملة التى يوقعها الواقف اصالة والتى يوقعها عن الموقوف عليه غررية وان كان لاغرر بعد تمامية العقدين فيتعين ان يكون ذلك بعنوان الصلح ولا بأس به الا انه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الى اجازة الموقوف عليه .

ثانيها - ان يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم - وقد افاد المحقق الاصفهاني ره انه لا ينبغي النزاع فى صحتها ببيعها حيث لاغرر ولا جهالة (وفيه) ان المشتري بعد البيع وان كان يعلم بماله من العين و المنافع الا ان الميزان فى الصحة والفساد كون البيع بنفسه غريبا

١ - الوسائل باب ٤٠ من ابواب اداب التجارة حديث ٣

٢ - الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام السكنى والحبس حديث ٢

وعدمه وهذا البيع بنفسه غررى والعلم بعد تحققه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر -
الأتري انه لو صالح احد الشريكين الذى له مقدار من العين غير المعين شخصا فباعه بعد
ذلك الشريك الاخر حصته لاشكال فى صدق الغرر وبطلان البيع مع ان المشتري بعد
البيع يعلم بما انتقل اليه وان العين بتمامها له.

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 لاشكال فى الصحة لوجود
المقتضى وعدم المانع - هذا كله بناء على بقاءه على ملك الواقف و اما لو قلنا بانتقاله
الى الموقوف عليه - فلا يجوز البيع لالواقف ولاللموقوف عليه - وذلك لوجهين:
(الاول) الأدلة المانعة عن بيع الوقف (الثانى) ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك
والموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسله فان باع و نقل
الملكية المرسله نقل ما ليس له - وان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو
نقل الملكية المرسله - ولا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف - او انتقاله الى
ورثة الموقوف عليه او صيرورته فى سبيل الله تعالى قوله قد علم انه حقيقة وقف مؤبد الخ.
وفيه ان صيرورة الوقف فى سبيل الله ان كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين
وصرف منافعها فى سبيل الله تعالى - وان كانت من جهة انقضاء امد ملك الموقوف عليه
لامانع من صرفها بنفسها فى سبيل الله تعالى .

بيع ام الولد

لا يخفى انه لما لم يكن موضوع لهذه المسألة فى زماننا ولا ظن تحققه الى زمان
ظهوره عجل الله تعالى فرجه - رأيت الاولى الاغماض عن هذه المسألة والاهتمام بالمسائل
الاخر التى هى مورد الابتلاء

بيع العين المرهونة

(قوله قدّه ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا الخ)

فى المسألة اقوال (الاول) الصحة وعدم الوقوف على الاجازة اختاره بعض المحققين من المتأخرين (الثانى) الصحة مع الوقوف على الاجازة او سقوط حقه باسقاطه او بالفك ذهب اليه الشيخ وابن حمزة وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم (الثالث) البطلان - و هو الظاهر من عبار جماعة من القدماء وغيرهم وصرح به صاحب المقابيس ره - والكلام يقع فى مقامين (الاول) فى انه هل يصح بيع الراهن مستقلا ام لا (الثانى) فى انه على فرض عدم الصحة كك هل يبطل رأسا - ام يسكن تصحيحه بالاجازة او سقوط حق المرتهن بالاسقاط او الفك .

اما المقام الاول فقد استدلل لعدم الصحة - بالاجماع على عدم استقلال المالك فى بيع ملكه المرهون - وبالمرسل (١) عن النبى ﷺ الراهن والمرتهن ممنوعان عن التصرف فى الرهن المنجر ضعفه بالعمل - وبقاعدة (٢) السلطنة اذ البيع ينسأ فى سلطنة المرتهن على حقه (وفى الكل نظر) اما الاول فلان هذا الاجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم (ع) بل منشأ منافاة البيع لحق المرتهن - وبعبارة اخرى معقد الاجماع هو عدم استقلال المالك فى التصرفات المنافية لحق المرتهن ومن صرح بالبيع فانما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن - و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن ولحق المرتهن اذ لا يعتبر فى العين المرهونة ان تكون ملكا للراهن وقد اتفقوا على جواز استعارة عين الرهن - فاذا جاز ذلك ابتداء جاز بالاولى بيع العين المرهونة فينتقل العين المرهونة الى المشتري ويكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها - نعم - مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار - واما الثانى - فلان التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتبارى

١- المستدرك باب ١٧ - من ابواب كتاب الرهن حديث ٦

٢- البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث - وج ١ ص ١٥٢ الطبع القديم

كالبائع كما حقق في مبحث الفصولي - مع - انه على فرض الشمول ان النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري والخارجي ولا يكون ظاهرا في الارشاد - بل هو ظاهر في المبغوضية والمحرمة النفسية - وقد مر في اول الجزء الحادي عشر عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد - واما الثالث - فلما عرفت آتفا من ان البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه - فالأظهر - هي الصحة والنفوذ وعدم الوقوف على الاجازة او سقوط حق المرتهن. واما المقام الثاني فقد استدل المصنف رد للصحة مع الاجازة بوجوده (الاول) العمومات السليمة عن المخصص - فان معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال (واورد عليه) المحقق الايرواني بان بيع الراهن خسار ج عن العمومات بالقطع والتميق وان كان خروج ما قبل الاجازة من المرتهن الا انه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازماني فيها بل عمومها افرادي فقط بازاء كل عقد ايجاب واحد للوفاء لا ايجابات متعددة حتى اذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بهافي زمان آخر (وفيه) ان خروج فرد في زمان ان كان لاجل مانع و كان ذلك المانع مقرونا بالعقد ومن حين تحققه فارتفع ذلك المانع لامانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع والكبرى التي اشار اليها لو تمت انما هي فيما اذا كان خروج الفرد في الاثناء - كما حقق في محله - فالانصاف انه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق كما هو الحق ولذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن - اذا اجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته صح بمقتضى العمومات.

(الثاني) ان المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالاجازة (١) بانه لم يعص الله و انما عصي سيده ان كل عقد كان النهي عنه لحق الادمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا - (واورد عليه) بان الحقوق مختلفة فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق وبعضها لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء والوقف ونحوهما وكون الرهن من قبيل الاول غير ثابت ومع عدم احرازه لاسبيل الى الاستدلال بعموم

العلة (وفيه) ان المستفاد من مادل على كفاية اذن المرتهن وان به يجوز البيع كونه من قبيل الاول.

(الثالث) فحوى ادلة (١) صحة الفضولى - واورد عليه المحقق الايروانى ره بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع - فلا اولوية بل ولا المساوات (وفيه) انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد وكونه من الحقوق القابلة للارتفاع وعليه فالاولوية واضحة فان فى بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة واللزوم - احدهما - فقدان رضا المالك - وثانيتهما - عدم استناد البيع الى المالك - وفى المقام ينحصر المنع بالجهة الاولى فلامحالة يكون اولى فتدبر .

وقد استدل صاحب المقاييس ره لما ذهب اليه من البطلان بما يرجع محصله

الى وجوه:

منها - ان المستفاد من ظاهر الاجماع والاعبار المحكية تعلق النهى بالمعاملة الامر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا الامر خارج كما فى - البيع وقت النداء - والنهى فى المعاملات اذا كان كك يقتضى الفساد - ثم اورد على نفسه بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولى - واجاب عنه بان الفضولى ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك وان باع - على وجه النيابة عن المالك حيث انه لا بعد تصرفا عرفا فلا يكون منهيا عنه فلا يكون باطلا ولا يعقل فى المقام النيابة والبيع الاستقلالى تصرف عرفا - (وفيه) اولا - ما تقدم من عدم دلالة الادلة المشار اليها على حرمة البيع - وثانيا - ان النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد - وثالثا - ان ما ذكره من القسمين يتصور فى بيع الراهن فانه يمكن ان يبيع رجاء لاجازة المرتهن ولا بنوى الاستقلال . ورابعا - انه قد عرفت صحة بيع الفضولى وان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الاجازة . ومنها - ان البيع ان صدر عن غير المالك فيمكن وقوعه موقوفا على الاجازة فان له بقاء وبالاجازة يستند الى المالك فيشملة العمومات - وان صدر عن المالك فلا مورد

لتوقفه على اجازة شخص آخر فاما ان يصح - اويطل ولائال وحيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة فلا بد من البناء على البطلان (وفيه) انه حيث يكون للعقد بقاء فاذا صدر عن المالك ولم يؤثر لاقتراانه بالمانع - فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

ومنها- ان التعليل الوارد في نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله (ع) انه لم يعص الله وانما عصى سيده يدل على الفساد في المقام فانه يدل على ان عصيان الله تعالى موجب للفساد و عصيان غيره لا يوجب البطلان لا مكان ارتفاعه كما في نكاح العبد - وبيع غير المالك - وفي المقام من جهة كونه محجورا عليه يكون عاصيا لله تعالى بتصرفه ولا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وانما منع الله من تفويت حقه بالتصرف - فيكون بيعه فاسدا (وفيه) ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي والاعصيان السيد عصيان الله تعالى لانه امر باطاعته ونهى عن مخالفته بل المراد به العصيان الوضعي فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للاسقاط يمكن تصحيح المعاملة باسقاطه - وفي المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه باجازه او سقوط حقه - فالأظهر هي الصحة في هذا المقام ايضا.

(قوله قدده وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة الخ) لا يخفى ان صاحب المقاييس ره لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور توجه الى اشكال وهو ان لازم ذلك بطلان بيع السفه مع انهم حكموا بصحته لو اجازة الولي - واجاب عن ذلك بانه يتجه الصحة فيه من جهة ان المنع عن بيعه ليس رعاية لحق الغير بل رعاية لمصلحة نفسه - وبهذا يظهر ان عبارة الكتاب غلط - والصحيح هكذا - وربما يتجه الصحة فيما اذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالفقه - واما قوله 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 توجه البناء على البطلان في المقام

ثم ان هبهنا اشكالين آخرين على القول بالصحة موقوفا على الاجازة توهم اختصاصهما بالمقام 'دون ساير اقسام الفضولى (احدهما) ما ذكره المصنف ره بقوله وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا (وحاصله) انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه اذا الاجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد امان البناء على بطلان البيع او بطلان الرهانة (وفيه) ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع و لا يلزم محذور (مع) ان هذا الايراد مشترك الورود فانه في المقام ان يلزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شىء واحد فى ساير اقسام الفضولى . (ثانيهما) ما ذكره المصنف ره بقوله وهذا نظير ما تقدم فى مسألة من باع شيئا (وحاصله) ان المقام يدخل فى مسألة من باع شيئا ملكه غاية الفرق انه فى تلك المسألة يصير البائع الفضولى مالكا للمبيع وفي المقام يصير مالكا للبيع (وفيه) انه على الكشف نلتزم بكشف الاجازة عن حصول الملكية من حين العقد .

بيان فائدة اجازة المرتهن

(قوله قد هثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة او ناقلة الخ)
ملخص القول فى المقام يقتضى البحث فى جهات (الاولى) قد يقال ان اجازة المرتهن لاشان لها فى المقام الامن جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن - اذا الاجازة فى عقد الفضولى انما تؤثر فى استناد العقد الى المالك وبها يصير مخاطبا او فو ابا لعقود والمرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب اليه فلا اثر لاجازته - ولكنه يمكن دفعه - بان المرتهن وان لم يكن مالكا للعين الا ان له حقا متعلقا بها فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوع حقه - وعليه - فله اعمال هذه السلطنة فى موضوع حقه بان يجيز العقد ويمضيه وان يرد العقد ويحلّه - وعدم توجه خطاب او فوا اليه لا يصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة فى العقد وموجبة لتمامية اركانه و مشمول لا دلالة الصحة و النفوذ تدبر هذا بناء على القول

بالصحة موقوفا على الاجازة - و اما على المختار من الصحة بدونها - فاجازته لاشان لها .

الجهة الثانية - في ان اجازة المرتهن كاشفة او ناقلة - فعلى المختار من صحة عقد الرهن وعدم منافاة البيع لحق الرهانة لايبقى مجال لهذا النزاع ولا يترتب على اجازته شيء سوى انها بالملازمة تكشف عن اسقاط حقه ولا معنى لكشف الاجازة عن الاسقاط من حين العقد - واما بناء على توقف الصحة على الاجازة - 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 كك يقال في اجازة المرتهن فانه من جهة تعلق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد وامضائه من حين حدوثه .

واما ان التزمنا في الفصولي بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف في المقام - اذ لوجه للتعدى سوى ما ذكره المصنفه من الاولوية - 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 الاسباب الحقيقية والتأثير والتأثر وانه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى والشرط وعدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها باسمائها - فكما ان اجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع كك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه - مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع لا وجه لاسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع لان مناطات الاحكام غير معلومة فلعل المناط مختص به (و اما) ما ذكره المصنفه مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الايقاعات عندهم لاتقع مراعاة (فيرد عليه) ان عدم وقوع الايقاعات مراعاة انما قلناه للاجماع و حيث انه ليس في ايقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع فهذا

ليس تأييدا لما ذكره .

الجهة الثالثة- في انه هل ينفع الاجازة بعد الرد ام لا - اقول- بناء على عدم توقف الصحة على الاجازة حيث انه لا معنى لرده سوى عدم اسقاط حقه فله الاجازة بعد ذلك واسقاط حقه - واما بناء على توقفها على الاجازة فان قلنا بان الرد يكون حلالا للعقد لم ينفع الاجازة والاكتفى في المقام وان لم تكف في الفصولى فان مدرك عدم كفايتها ح الاجماع وحيث انه ليس في المقام اجماع فالأظهر كفايتها (واما) ما ذكره المحقق النائيني ره من ان الرد انما يؤثر في المقام في مورد فعلية حق المرتهن وهو ما اذا حل اجل الدين و اما لو لم يحل فلا يؤثر - فله الاجازة بعد ذلك (فبرد عليه) ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الاول ولا يربطه بحلول الدين وهو موجب لتأثير رده

حكم عقد الرهن لو سقط حق المرتهن

الجهة الرابعة اذا عقد الرهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن- اما بالاسقاط - او ببراء الدين - او بآدائه - فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد ولا بنا في مع البيع فمن حيث الصحة لا كلام ولكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشتري جاهلا ثبت 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 مالو زال العيب قبل اعمال الخيار واما على القول بالمنافاة وانه لا يصح العقد بدون اجازة المرتهن - فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا وجهان قد استدلل للبطلان وعدم الصحة بوجوه

الاول - ان المرتهن كان شريكا في سلطان الرهن ولم يكن الرهن مالكا للبيع مستقلا فاذا سقط حقه وصار الرهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فعلى القول بالبطلان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام - واجاب عن ذلك المصنف ره وتبعه المحقق النائيني ره بما حاصله ان في مسألة من باع شيئا ثم ملكه يكون البيع صادرا من غير المالك فلا مقتضى للصحة - و بعد صيرورته مالكا لم يصدر

عنه عقد فيحكم بالفساد - واما في المقام فليس عدم الاثر لقصور في المقتضى وانما هو من جهة المانع فاذا زال اثر المقتضى (وفيه) ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى والشرط وعدم المانع على اجزاء العقد وما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات والاثر - فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية - وحق الرهانة مانع بل كل ما اخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء كيف وقد صرح هو قدس في ما سبق بان الملكية شرط - فالحق تمامية هذا الوجه فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئا ثم ملكه.

الثاني ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولا لادلة الصحة و اللزوم وبعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجوز الاستصحاب ولا مورد للتمسك بعموم العام لعدم العموم الزماني له (واجاب) عنه المصنف ره بانه من جهة العلم بمناط المستصحب وان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة فبعد سقوطه لا وجه لاجراء الاستصحاب ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعام (وفيه) انه قد صرح في الاصول بان العام المخصص في زمان اذا لم يكن له عموم ازمانى لا يتمسك به بعدمضى الزمان المتيقن وان لم يجز الاستصحاب (فالحق) في الجواب ان يقال ان المقام حيث يكون التخصيص من الاول تعين الرجوع في غير مورد التخصيص الى عموم العام وان لم يكن له عموم زماني الثالث ان ظاهر بعض النصوص (١) ان نكاح العبد لا يصح بدون اذن سيده و ان اعتق ويكون المقام نظير ذلك (وفيه) ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لاجل كونه تصرفا في مملوك المولى خاصة بل المتصرف ايضا مملوك ولذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته ايضا - فالصحيح الاستدلال له بالوجه الاول.

الجهة الخامسة في ان سقوط حق الرهانة هل يجرى فيه نزاع الكشف والنقل ام لا اقول - انه لا بد من البناء على النقل في المقام وان قلنا بالكشف في الاجازة فان الاجازة امضاء وانفاذ للعقد الذى هو النقل من حينه - واما سقوط الحق فهو رفع للمانع

قال عقد من حين السقوط يكون مشمولا لدليل الصحة فلا وجه للقول بحصول الملكية من الاول (وما افاده) المحقق النائنى ره فى وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف فى الاجازة من ان السقوط يكشف عن كون العقد سببا تاما فيؤثر من الاول (غير سديد) فان هذا المعنى من الكشف لادليل عليه و انما التزمنا بالكشف فى الاجازة لما اشرنا اليه غير الشامل للمقام .

الجهة السادسة - بناء على توقف صحة عقد الرهن على الاجازة او سقوط حق الرهانة لو وجد العقد الرهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر اذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى الا بذلك ام لا يجب فانه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه واما رفع حقوق الغيرو سلطنة فلا يجب وجهان اختار المصنف ره الثانى - و قاس المقام بمن باع شيئا ليس له فانه لم يلزم احد بوجوب شرائه من مال كه ودفعه الى المشتري (اقول) الاظهر لزوم الفك - وذلك لانه 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 الاداء من مال آخر وفاء بالعقد وبهذا يظهر الفرق بين المقام وبيع الفضولى - نعم لو باع الرهن قبل حلول اجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره فالاظهر هو التفصيل فتدبر حتى لا تبادر بالاشكال

فى اعتبار القدرة على التسليم

الثالث - من شروط العوضين القدرة على التسليم الخ قبل الشروع فى - اقامة الدليل على اعتبار هذا الشرط ينبغي تقديم امور (الاول) ان ذكر هذا الشرط فى شروط العوضين مع ان القدرة قائمة بالمتعاقدين وهذا يناسب جعلها من شروط المتعاقدين لعله - من جهة ان عدم القدرة على التسليم بحسب الغالب يكون من جهة قصور فى العين كالطير الطائر والبدن الباق ونحوهما - بل - ربما يقال انه اذا كان عدم القدرة على التسليم من ناحية قصور العاقد كمالو تعاوضا على عين معينة وهما فى السجن ولا يرجى اطلاقهما

منه - لا يكون ذلك مانعا عن صحة البيع (واما ما افاده) المحقق النائيني ره في وجه ذلك من ان القدرة مناط مالية المال فمع عدمها لا يكون مالا عند العقلاء فيرد عليه ما ستعرف من ان العجز لا يوجب سلب المالية (الثاني) ان محل الكلام هو العجز عن التسليم من حين تحقق العقد - فلو كان حين حدوثه قادرا على التسليم وطرد العجز يدخل ذلك في طر و العيب الموجب لثبوت الخيار - وبهذا ظهر الفرق بين تعذر التسليم الذي هو مانع عن صحة البيع وتعذره الموجب للخيار - ولعل هناك فرقا آخر وهو انه اذا كان البائع غير قادر - ولكن كان المشتري قادرا على التسليم - يثبت الخيار - وان كان هو ايضا غير قادر بطل العقد - - وسيأتى الكلام في ذلك فانتظر - ومن هنا ظهر الامر الثالث وهو ان محل الكلام عجز البائع والمشتري عن ذلك واما اذا كان المشتري قادرا على التسليم فهو خارج عن المقام وسيأتى حكمه .

اذا عرفت هذه الامور - فاعلم - انه قد تكرر من الفقهاء دعوى الاجماع على اعتبار هذا الشرط بل يظهر من الانتصار ان عليه اجماع العامة - ولم يذكروا الخلاف عن احد سوى الفاضل القطيفي - وقد استدلل لاعتباره بوجوه (الاول) النبوى (١) المشهورين الفريقين بل قيل انه اجمع عليه المخالف والمؤلف نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر - وتنقيح القول في هذا الحديث الشريف يقتضى التكلم في جهات (الاولى) في سنده - والظاهر انه من اقصية النبي ﷺ المروية من طرق اهل السنة برواية عبادة بن صامت مجتمعة وهي بعينها مروية من طرقنا برواية عقبة متفرقة على حسب تفرق الابواب - وعلى اى تقدير مع اعتماد الاصحاب عليه وتلقيهم اياه بالقبول وافنائهم مستندا اليه لا يبقى مجال الاشكال في سنده .

١ - الوسائل - باب ٢٠ من ابواب آداب التجارة حديث ٣ - والمستدرك باب ٣١

من ابواب آداب التجارة حديث ١ - الدهائم ج ٢ - ص ١٩ سنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - و

سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٢ - و اخرجه مسلم في صحيحه ج ٥ ص ٣ - و ابو داود في

كتاب البيوع .

الجهة الثانية فى معنى الغرر وتطبيقه على بيع ما لا يقدر على تسليمه - وقد ذكروا فى تفسير الغرر - امورا - الغفلة - والخديعة - والخطر - وعمل ما لا يؤمن معه من الضرر - وما كان على غير عهدة وثقة - وماله ظاهر محبوب وباطن مكروه (وقد افاد) بعض المحققين ان هذه التفاسير ليست كلها يانا للمعنى الحقيقي بل بعضها بيان مفهومه وبعضها الآخر بيان لازمه الدائمى وبعضها بيان لازمه الغالبى وبعضها بيان لمورده - ومعناه الحقيقى ما يساوق الخديعة ولازمه الدائمى هو الغفلة ولازمه الغالبى هو الخطر و الوقوع فى الضرر و المنخدع لا يكون على عهدة وثقة - و مورده ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه .

و الحق ان يقال ان لمادة الغرر معان ثلاثة لا جامع بينها اصلا على ما يظهر من كتب اللغة - لان ما يكون بمعنى الغفلة انما هو المعنى المشتق الا لازم وهو غرير بكسر العين - ومصدره الغرة بالكسر واسم فاعله الغار بمعنى الغافل ولا يكون له اسم مفعول لكونه لازما - وما يكون بمعنى الخدعة انما يكون متعديا وهو غرير بضم العين واسم مفعوله المغرور - و غرير - صفة مشبهة - واسم مفعول هذا الباب يلزم مع اسم فاعل ذلك الباب - فالمغرور - يلزم مع كونه غافلا - ومصدره غرور - والمستعمل فى القرآن الكريم انما هو المعنى الثانى - ولا جامع بين البابين - واما لفظ الغرر - فلم يستعمل فى شىء منهما وانما هو بمعنى الخطر ولا يكون معناه حديثا اشتقاقيا - بل هو جامد كما صرح بذلك فى الاساس والمصباح والمغرب والجمال والمجمع والقاموس وقد فهم العلماء قدس الله اسرارهم منه ذلك ولذا افاد المحقق المشار اليه انه انما يحمل الغرر فى الخبر على الخطر لفهم العامة والخاصة لا تفاهم ظاهرا على ذلك كما يتضح بالمراجعة الى استدلالات الفريقين فى ابواب المعاملات - (و بالجملة) الغرر بحسب تصريح اللغويين وفهم اهل العرف والعلماء انما هو بمعنى الخطر (لا يقال) انه اذا كان جامدا فكيف يقال - غرر يغرر تغريرا - (فانه يقال) ان بعض الجوامد بواسطة

بعض ابواب المزيـد فيها يصير مشتقا كالماء المشمس والتحجير وغيرهما - والمقام من هذا القبيل فمعنى غرر بنفسه اوقعه فى الخطر - وما عن القاموس من تفسير غرر بنفسه عرضها للهلاكة انما هو من جهة ان خطر النفس هو الهلاكة - وما فيه - من ان الاسم الغرر مراده منه ان اللفظ الاصلى هو معنى اسمى غير قابل للاشتقاق وهو الغرر - (وما) - عن على (ع) من تفسير الغرر بعمل لا يؤمن معه من الضرر (غير ثابت) ولم يحرز صدوره عنه و لو سلم الصدور لابد من تأويله لعدم كون الغرر بمعنى العمل على اى تقدير .

ثم انه قد يقال ان بيع ما لا يقدر على تسليمه لا يكون غررا بعد كون المبيع معلوما ذاتا ووصفا وانما يكون الغرر والخطر من ناحية الاثار الخارجية اى التسليم والتسلم (وفيه) ان الملكية المجردة لا يترتب عليها شىء ولا يبدلون العقلاء بازايتها شيئا فالبيع عليها غررى - وما بعد ما بين هذه الدعوى - وما ادعاه الشهيد زه من اختصاص الغرر بمجهول الحصول وان كان هو ايضا لا يخلو عن محذور - ويؤيد ما ذكرناه تمثيل اهل الفن للغرر - ببيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وعن ابن مسعود عن النبى ﷺ لا تشتر السمك فى الماء فانه غرر - فلا ينبغى التوقف فى صدق الغرر والخطر على بيع ما لا يقدر على تسليمه .

الجهة الثالثة فى بيان مفاد النهى - اقول ان النهى عن المعاملة كما عرفت فى اول الجزء الحادى عشر من هذا الشرح ظاهر فى كونه ارشادا الى الفساد فاذا ظهر ذلك هو فساد البيع الغررى .

الجهة الرابعة - انه قد يقال بان المانع عن الصحة ان كان هو الفرد - فهو يمكن دعوى ارتفاعه بوجوده (احدها) انه لو اشترط الخيار برد العوض مع عدم وصول المعوض اليه لا يكون هناك غرر - (وفيه) ان نفوذ الشرط مشروط بكونه فى ضمن العقد الصحيح فلا يعقل تصحيح العقد به (ثانيها) انه مع تعذر تسليم المبيع له خيار التعذر فله الفسخ واسترجاع الثمن (وفيه) ان الخيار انما يثبت فى العقد الصحيح فكيف يصحح العقد به (ثالثها) انه بالفحص اما ان يحصل فى يده - او يصير ما يوسا من ذلك فيكون بمنزلة التلف

الموجب لانفساخ العقد الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه - فهو مأمون العاقبة من الخطر لانه اما ان يصل اليه المبيع او بدله - وقد ظهر الجواب عن ذلك مما تقدم اذ الحكم بالانفساخ فرع صحة العقد (رابعها) انه مع امتناع تسليم المبيع للمشتري الامتناع من تسليم الثمن فلاغرر (وفيه) ان الامتناع من تسليم الثمن بعد فرض كونه ملكا للبايع لا يوجب تدارك ماذهب من ملكه - هذا كله مع ان القرار باعتبار الغرض المعاملى لا يجبر بالفسخ ولا بالانفساخ (فالحق) دلالة النبوى على الفساد - الا انه مختص بصورة عدم احراز امتناع التسليم لان الخطر انما يطلق فيما اذا احتمل الحصول ولو ضعيفا - ولكن فى هذا الفرد يثبت الحكم بالاولوية القطعية.

الثانى ان بذل المال بازاء ما لا يمكن تسليمه سفهى فلا تشمل ادلة نفوذ المعاملات فانها مسوقة لبيان انفاذ المعاملات العقلانية (وفيه اولا) ان بذل المال القليل بازاء مال كثير يرجى حصوله ليس سفهيا بل ربما يعد عدم البذل سفهيا (وثانيا) ان ادلة نفوذ المعاملات تدل على نفوذ كل معاملة والدليل انما دل على عدم نفوذ معاملة السفهية ولم يدل دليل على عدم نفوذ المعاملة السفهائية

الثالث ان المعاملة على ما لا يقدر على تسليمه - اكل للمال بالباطل - (وفيه) ان المراد بالاكل بالباطل بقرينة المقابلة بتجارة عن تراض التملك بالاسباب الباطلة كالقمار ونحوه والافغاية ما هناك كون اعطاء المال مجانيا وبلا عوض وليس هذا من قبيل اكل المال بالباطل.

الرابع ان ما لا يقدر على تسليمه لا يعد ما لا عرفا فلا يصح بيعه (وفيه) اولا ان المال انما هو من العناوين المنطبقة على الاشياء بانفسها مع قطع النظر عن الاشخاص و هو ينتزع من كون ذلك الشيء موضوعا لغرض موجب لحدوث رغبة الناس فيه وهى صفة تعتبر من نفس المال وان لم يكن هناك مالك - وثانيا - انه لو سلم ذلك فانما هو فيما لا يحتمل التمكن من التسليم كما لا يخفى

ثم ان المصنف رده استشهد لسلب صفة التمويل عنه - بانه يجب على غاصبه قبلا

ان يدفع تمام القيمة بصيرورته كك من باب بدل الحيلولة (وفيه) ان لزوم اداء تمام القيمة-انما يكون من جهة الحيلولة بين المالك وتمام المالية بالحيلولة بينه وبين العين -
 لامن جهة التلف - وقد تقدم تفصيل القول فى ذلك فى مبحث بدل الحيلولة
 الخامس مذكروه المصنف ره بقوله- منها ما اشتهر عن النبى (ص) من قوله
 لا تتبع ما ليس عندك الخ لا يخفى ان افضية النبى (ص) المذكورة فى كتب العامة مجتمعة
 عن عبادة بن الصامت بعينها مروية من طرق الخاصة برواية عقبة بن خالد متفرقة على حسب
 تفرق الابواب - وعليه فهذا النبوى (١) مروي من طرقنا ومن طرق العامة فلا وجه للمناقشة
 فى سنده (و اما) من حيث الدلالة - فمحصل - ما افاده المصنف ره - ان محتملات
 قوله (ع) عندك - اربعة (احدها) الحضور الذى هو معناه الحقيقى (ثانياها) الملك
 (ثالثها) السلطنة عليه والقدره على تسليمه (رابعها) السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف
 على الملك مع كونه تحت اليد - ومن البين ان الاول ليس بمراد قطعاً لجواز بيع الغائب
 اجماعاً - والثانى خلاف الظاهر فان بيع المملوك بيع ماله لا بيع ما عنده - فبيع غير
 المملوك بيع ما ليس له - لا بيع ما ليس عنده - والثالث - يدفعه استدلال الفقهاء بهذا
 النبوى على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير - فيتعين الرابع - فيدل على فساد
 بيع ما لا يكون مالكه - و ما لا يقدر على تسليمه - فلا بد من اخراج بيع الفضولى عنه
 بادلته - او بحمله على النهى المقتضى لفساده بمعنى عدم وقوعه لبايعه لو اراد
 ذلك (و فيه) ان ارادة القدره على التسليم خاصة من التصرفات الخارجية المماسه
 للعين - اما وحدها - او مع الملكية خلاف الظاهر - بل اما ان يراد مطلق التصرفات
 الخارجية او لا يكون ذلك بالخصوص بمراد - وحيث انه لا يعتبر السلطنة الخارجية
 المماسه للعين قطعاً - فلا يكون ذلك بمراد لا مستقلاً ولا ضمناً بل الظاهر منه ارادة السلطنة
 الاعتبارية على التصرفات التسببية المعاملية فيكون اجنبياً عن المقام -
 السادس - مذكروه المصنف ره - بقوله - ومنها - ان لازم العقد وجوب

تسليم كل من المتبايعين الخ (وحاصله) ان لازم العقد وجوب التسليم وهو مشروط بالقدرة فمع عدمها لازوم للتسليم فيلزم عدم نفوذ العقد - واللازم انفكاك اللازم عن الملزوم (وفيه) انه ان اريد بذلك ان لزوم التسليم من مقتضيات الملك الذي هو مدلول العقد فهو مسلم لوجوب رد المال الى صاحبه الا ان هذا اللازم ليس لازما لايفك بل هو فرع التمكن منه ومع عدم التمكن يكون ملكا له لايجب تسليمه لعدم القدرة - وان اريد به انه من مقتضيات اطلاق العقد نفسه - فيرد عليه - ان العقد عبارة عن تملك العين مثلا لا هو مع اعتبار امر آخر او تكليف آخر - وان اريد به ان الملكية تكون مقيدة بما يتمكن من تسليمه - فيرد عليه - ان التعليق في العقد موجب للبطلان - وان اريد به ان لزوم التسليم من احكام العقد من جهة ان التسليم مصداق للوفاء بالعقد الذي وجوبه من احكام العقد - فيرد عليه اولا - ان اوفوا بالعقود (١) على ما حققناه في محله يكون ارشادا الى لزوم العقد - وعلى فرض كونه تكليفيا يكون مفاده لزوم العمل بمقاد العقد بعدم فسخه فعلى كل تقدير لاربط له بالتسليم - وثانيا - ان التكليف بالوفاء قد تعلق بالعقد الصحيح فعدم لزوم الوفاء لعدم القدرة لا يكشف عن عدم الصحة

(قوله قدده ويضعف بانه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا الخ) مراده انه ان اريد ان لازم العقد وجوب التسليم وجوبا فعليا بحيث انه ان لم يكن قادرا عليه ينكشف عدم وجود الملزوم - نمنع الملازمة اى لادليل على ان ذلك من لوازم العقد - وان كان المراد ان لازمه مطلق الوجوب الملائم مع الوجوب المشروط فاللازم متحقق في الفرض وكك الملزوم.

(قوله قدده وقد يعترض باصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته باصالة الخ) المعارض - ودافعه - صاحب الجواهر ره (وحاصل) الاعتراض بما ذكره المصنف من الجواب ان مقتضى اصالة عدم تقيد الوجوب كون اللازم الوجوب المطلق فمع عدمه ينكشف عدم تحقق الملزوم (ومحصل) الدفع - انه معارض باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط فان اطلاق ادلة نفوذ البيع يكشف عن عدم اعتبار القدرة في

النفوذ - فالحجة على الاشتراط تعارض الحجة على عدمه (واما) ما ذكره المصنف ره من النظر الواضح في الاعتراض والمعارضة - فلعل وجه النظر في الاعتراض انه ان اريد باصالة عدم تقيد الوجوب الاصل العملي اى اصالة عدم وجوب المقيد - فيرد عليه انه معارض باصالة عدم وجوب المطلق - وان اريد به الاصل اللفظي اى اطلاق دليل الوجوب فهو مقيد بالقدرة عقلا - ووجه النظر في الدفع - ان اطلاق دليل المقيد لو سلم لاريب في حكومته على اصالة عدم تقيد البيع كما لا يخفى

السابع ما ذكره المصنفه بقوله ومنها ان الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير اليه و لا يتم الا بالتسليم الخ (وفيه) اولا - ان تخلف الاغراض والدواعي لاوجب فساد المعاملة وبطلانها - وثانيا - ان الغرض من المعاملة ليس هو الانتفاع المطلق بل الانتفاع على فرض التسليم - وثالثا - نمنع توقف مطلق الانتفاعات حتى التصرفات الاعتبارية على التسليم (فتحصل) مما ذكرناه ان دليل اعتبار هذا القيد هو النبوى المشهور نهى النبى ﷺ عن بيع الغرر

هل القدرة شرط او العجز مانع

ثم انه ينبغى التنبيه على امور الاول - ما ذكره المصنف ره بقوله - ثم ان ظاهر معاقدا لاجتماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما هو كك في التكليف الخ ملخص القول - ان الكلام في هذا التنبيه يقع في مواضع - احدها - فيما هو مقتضى كلمات الاصحاب - ثانيها - في معقولية مانعية العجز وعدمها - ثالثها - فيما يقتضيه الدليل - رابعها في ترتب الثمرة على هذا النزاع

اما الاول فظاهر كلمات القوم حيث قالوا ومن شرائط العوضين القدرة على التسليم كون القدرة شرطا - ومورد نزاع المصنف ره و صاحب الجواهر كلام الغنية - و ذبله الذى نقله المصنف ره صريح في شرطية القدره اللهم الا ان يكون ذلك من كلام المصنف ره

واما الثانى فقد ذهب المصنف ره الى عدم معقولة مانعية العجز - من جهة ان العجز امر عدمى لانه عدم القدرة عما من شأنه ان يقدر - والمانع هو الامر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم (وفيه) ان المانع فى باب العلة و المعلوم - غير المانع فى باب العقود والايقاعات كما تقدم فان المراد به فى هذا الباب ما قيد صحة العقد بعدمه - او حكم بفساد العقد معه وحيث ان هذا ممكن - فما نعية العجز معقولة .

واما الموضوع الثالث فالظاهر ان المستفاد من الادلة مانعية العجز - وذلك لانضم ادلة نفوذ البيع - بقوله (ص) نهى النبى عن بيع الغرر يقتضى ان يكون موضوع النفوذ البيع الذى ليس بغرر اى لا يكون متصفاه - لان الموضوع هو البيع المتصف بما يضاد الغرر كما هو واضح

واما الموضوع الرابع فقد يقال بظهور الثمرة فيما اذا شك فى القدرة - فانه على القول بشرطية القدرة لا بد من احرازها فى الحكم بصحة البيع - واما على القول بمانعية العجز - فيحكم بالصحة وان لم يعر ذلك لوجهين (الاول) اصالة عدم المانع (الثانى) قاعدة المقتضى والمانع من جهة ان العقد مقتضى والعجز مانع فاذا شك فى المانع مع احراز المقتضى يبنى على تحقق المقتضى بالفتح - وفيهما نظر (اما الاول) فلان الشبهة اما موضوعية - او حكمية - فان كانت موضوعية - فان كانت الحالة السابقة القدرة يبنى عليها - وان كانت هى العجز - يبنى عليه - ومع عدم احراز الحالة السابقة او تواردها لثنتين لايجرى الاصل الموضوعى وانما يرجع الى اصالة الفساد من غير من فرق بين المسلكين وان كانت حكمية - كما لو شك فى ان الخارج هو العجز المستمر او العجز فى الجملة او شك فى ان المراد بالعجز ما يشمل التعسر - يرجع الى عمومات الصحة اقتصارا فى المخصص على المتيقن منه (وبالجملة) بعد كون العجز - والقدرة من قبل العدم والملكة لامن قبيل السلب والايجاب لايبقى فرق بين مانعية الاول وشرطية الثانية كما لا يخفى - و(اما الثانى) فلعدم حجيتها اولا وعدم جريانها فى الاحكام الشرعية ثانيا لعدم تمييز المقتضى عن المانع والشرط - هذا كله مضافا الى ان المدرك لاعتبار هذا القيد بما انه النبوى فلا يتصور

الشك الموضوعي لتقوم الغرر بالجهل

المانع هو العجز في زمان الاستحقاق

الثاني ما ذكره المصنف ره بقوله ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم الخ لاشكال في هذه الكبرى الكلية - اي ان العبرة في هذا الشرط بالقدرة على التسليم في زمان الاستحقاق لا في زمان البيع من غير فرق بين كون المستند - وجوب التسليم - او نهى النبي عن بيع الغرر - اولزوم السفاهة مع عدمه - او عدم الانتفاع - اولاتباع ما ليس عندك - اذ لا وجوب للتسليم قبل الاستحقاق - والمعاملة التي يقدر البايع فيها على تسليم المبيع حال استحقاق المشتري لذلك ليست بغررية فعلا - والاقدام على بيع ما يتمكن من تحصيله في حال الاستحقاق ليس اقداما سفهيا ولا يتقرب الانتفاع من المبيع الا بعد استحقاقه - والمراد من عدم بيع ما ليس عنده على فرض دلالة على هذا الشرط بقريئة مناسبة الحكم والموضوع وبحسب المتفاهم العرفي عدم الالتزام بما لا يقدر عليه ومن كان قادرا حين الاستحقاق غير قادر حين البيع لا يكون ملزما على نفسه بما لا يقدر عليه (فما) افاده المحقق الاصفهاني ره من انه لو كان المدرك النهي عن بيع ما ليس عنده لا بد من القدرة حال ورود البيع عليه (غير تام) فهذه الكلية لا كلام فيها .

انما الكلام في الفروع التي فرعها المصنف ره على تلك (احدها) عدم اعتبارها اصلا اذا كانت العين في يدا المشتري (وفيه) ان عدم اعتبارها في هذا المورد ليس من متفرعات عدم اعتبار القدرة حال البيع بل لو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لم تكن معتبرة في الفرض لان التسليم طريق الى وصول المال بيد المشتري فمع تحقق الوصول لا يعقل استحقاق التسليم .

ثانيها ماذا اشترى من يعتق عليه (وفيه) ان عدم اعتبارها في المورد انما يكون

من جهة عدم دخوله في ملكه او خروجه عنه بعد دخوله آنا ما - لامن جهة عدم اعتبار القدرة حين البيع .

ثالثها ما اذا اشترى فضولا فانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك (وفيه) ان المعتبر هو قدرة من له العقد لامجري الصيغة وحيث ان العقد انما يستند الى من له العقد وهو المالك من حين الاجازة لاقبلها - فلو كانت العبرة بالقدرة حال البيع لما كانت معتبرة في بيع الفضولي حال البيع لعدم تحقق بيع المالك قبل الاجازة .

(قوله قدده لكن يشكل على الكشف من حيث انه لازم من طرف الاصيل الخ)
الظاهر ان منشأ اشكاله انه على القول بالكشف - اذا كان احد الطرفين اصيلا بما ان تمام الموضوع لوجوب الوفاء والمؤثر في الملكية هو العقد فهو من حين البيع الى ما قبل الاجازة محروم عن التصرف في ما انتقل عنه - وما انتقل اليه - اما في الاول فلخروجه عن ملكه - واما في الثاني فلانه لا يجب على مالكة التسليم فلا يقدر هو على تحصيله فيلزم من ذلك الغرر (وفيه) ان منشأ الاشكال ان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل اليه فهو يتحقق في الفضولي من الجانبين - وان كان حرمانه عن التصرف فيما انتقل عنه - فهو لا يدخل له بالقدرة على التسليم والتسلم كما لا دخل له بالغرر .

رابعها بيع الرهن قبل اجازة المرتهن اوفكه هذا التفريع حسن من جهة ان المشتري لا يستحق التسليم قبل اجازة المرتهن (على القول بتوقف نفوذه عليها) فلا يعتبر قدرته قبل الاجازة وانما العبرة بالقدرة بعدها - وان كان العقد منتسبا الى المالك من حين حدوثه .

خامسها ما لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم - محصل ما افاده في هذا الفرع انه في بيع السلم بما ان القبض جزء السبب الناقل قبل تسليم المشتري الثمن لا يكون السبب متحققا فالعجز عن التسليم لا يقدح في الصحة فلو اتفق حصوله صح البيع - وبعبارة اخرى قبل ان يقبض الثمن لا يستحق البائع التسليم لانه جزء المملك وبعده

التسليم متحقق (واورد عليه) بانه قبل القبض البيع العرفي موجود و البائع بنظرهم يستحق التسليم فالعجز عنه موجب لكون البيع غرريا عندهم فيشملة نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر فان الموضوع فيه البيع الغرري العرفي (و اجاب) عنه المصنف ره بان اهل العرف بعد اطلاعهم على عدم ترتب الاثر شرعا قبل القبض لا يرونه غرريا في الفرض (و يمكن) الجواب بوجه آخر - وهو - ان دليل اعتبار القبض يكون حاكما على دليل مانعية الغرر و يدل على انه لا غرر في الفرض (و اما ما افاده) المحقق الايرواني في الجواب عن ذلك - بان ظاهر النبوى ان البيع الذي لولا الغرر كان صحيحا مؤثرا هو الذي نهى النبي ﷺ عنه اذا كان غرريا - والبيع في الفرض قبل القبض لا يكون صحيحا فالغرر فيه لا يكون مانعا (فيرد عليه) ان دليل كل مانع انما يكون متكفلا لبيان مانعية ذلك الشيء خاصة ولا نظره الى ساير الموانع والشرائط و لذا لو فرض اقتران العمل بمانعين لاسبيل الى دعوى عدم مانعية شيء منهما مع ان مقضى البرهان المزبور ذلك فان دليل كل منهما مقيد على الفرض بعدم اقتران العمل بمانع آخر و المفروض اقترانه به - فالحق ما ذكرناه .

التنبية الثالث قال قده - ثم ان الخلاف في اصل المسألة لهم يظهر الا عن الفاضل القطيفي الخ الظاهر من كلامه انه لا ينكر اعتبار القدرة على التسليم في الجملة غاية الامر انه يلتزم باعتبار امر في خصوص مورد الجهل و عدم الرضا - و عليه - فلا تنافي بين كلمات المصنف ره حيث نفى الخلاف في اول المسألة - و هنا نقل الخلاف عن الفاضل القطيفي - ثم ان الظاهر ان المصنف ره فهم من كلامه انه يلتزم باشتراط الصحة بامر لا بجامع العلم والرضا كعنوان الخدعة و لذا اورد عليه بان الغرر انما هو في النبوى بمعنى الخطر لا الخدعة - و يحتمل ان يكون مراده ان القدرة انما تعتبر من ناحية حق تسلم المبيع للمشتري فاذا علم بعدم القدرة وا قدم على المعاملة راضيا بها فقد اسقط حقه - والجواب عنه ان الشارع اعتبر القدرة و كون ذلك من قبيل الحق القابل للاسقاط غير ثابت والاصل يقتضى عدمه .

التنبية الرابع - قال قده - ثم ان الظاهر - ان القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط الا بالتبع (الخ) والوجه فى ذلك ان المستند لاعتبار هذا القيد ان كان نهى النبى عن الغرر - اولزوم السفاهة مع عدمه - او كونه اكلا للمال بالباطل واضح اذ لا غرر ولا سفاهة ولا اكل للمال بالباطل مع تمكن المشتري من التسلم - و ان كان لا تبع ما ليس عندك فالوجه فيه ان الظاهر بقريئة المناسبة بين الحكم و الموضوع كون القدرة على التسليم انما تعتبر من جهة الطريقة الى وصول المال الى صاحبه ولا موضوعية لها - نعم - اذا كان التسلم متوقفا على بذل المال للمشتري الرجوع الى البايع فيه لان ذلك وظيفته .

قوله قده - ومنه يعلم انه لو لم يقدر احدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يدا احدهما الخ مرجع الضمير هو ما استدل به على كفاية القدرة على التسليم وهو عدم لزوم الغرر وعدم شمول غيره من الأدلة الدالة على المنع لتلك الصورة - فان مقتضاها كفاية الوثوق بحصوله فى يدا احدهما - لا - كون المناط قدرة المشتري على التسلم - فلا يرد عليه ما ذكره المحقق الا برواى ره بان مسألة كفاية الوثوق بالحصول اجنبية عن المسألة السابقة فكيف يعلم منها هذه .

التنبية الخامس - قال قده ولو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما الا بعد مدة الخ لا يخفى انه ان كان التعذر ابديا بطل البيع لما تقدم - وان كان فى مدة يتسامح فيها صح - وان كان فى مدة لا يتسامح فيها كسنة او ازيد - فان كان مدرك اعتبار هذا الشرط - النبوى - نهى النبى (ص) عن بيع الغرر - فالأظهر هى الصحة لما تقدم من انه فى صورة العلم بالعجز لا يصدق الغرر وانما التزمنا بالبطلان فى صورة العلم بالعجز الى الابد لا لولوية غير الجارية فى الفرض - كما انه - لا يكون هذه المعاملة سفهية ولا اكلا للمال بالباطل - وان كان المدرك النبوى (١) لا تبع ما ليس عندك - تعين البناء على البطلان من جهة عدم

القدرة الامع شرط تأخير التسليم الى ذلك الزمان - فانه ح يكون قادرا حين الاستحقاق وقد مر كفاية ذلك - و بذلك ظهر ان المصنف ره يتعين عليه البناء على البطلان لانه قد سلم دلالة هذا النبوى على اعتبار هذا الامر - كما انه ظهر ان الاظهر هى الصحة على المختار . وان كان زمان التعذر غير معلوم بطل البيع للغرر .

التنبية السادس قال قده - ثم ان الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين الخ ملخص القول فى المقام - انه لا اشكال فى البطلان اذا لم يكن قادرا واقعا وكانا عالمين بذلك كما لا اشكال فى الصحة اذا كانا عالمين بالقدرة وكان قادرا واقعا - انما الكلام فيما اذا كانا عالمين بالقدرة ولم يكن كك - او كانا جاهلين بها وكانت متحققة - فلو كان الدليل لاعتبار هذا الشرط - نهى النبى عن بيع الغرر - تعين البناء على الصحة فى الصورة الاولى - والبطلان فى الثانية من جهة ان الغرر قوامه بالجهل - ففى الاولى لم يقدم البايع على المعاملة الخطيرة بخلاف الثانية وان كان المدرك - لاتباع ما ليس عندك انعكس الامر كما لا يخفى - وحيث انهما معا عند المصنف ره مدرك ذلك تعين عليه البناء على البطلان فى الصورتين (فما) افاده من البطلان فى الصورة الثانية لوتبين العجز (تام) ولا يرد عليه ما افاده المحقق الاصفهاني ره (نعم) ما ذكره من الصحة فى تلك الصورة لوتجددت القدرة لا يتم - اذ المعاملة بعد وقوعها باطلة لانصح بالتجدد (ورعوى) ان مدرك البطلان فى تلك الصورة لاتباع ما ليس عندك - وهو انما يدل على عدم الصحة مادام ليس عنده - فلو تجددت وصار مما عنده لا وجه للبطلان (مندفعة) بان المصنف وان احتمل ذلك لكنه لم يبين عليه كما يظهر من الفروع التى رتبها على ان القدرة المعتبرة هى القدرة حال الاستحقاق

حكم مالو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا

التنبية السابع - قال قده ثم لا اشكال فى اعتبار قدرة العاقد اذا كان مالكا لاما اذا كان وكيلالا يخ قول لو كان المالك هو العاقد بالمباشرة لا اشكال فى اعتبار قدرة نفسه - ولو كان العاقد غيره فان كان وكىلا فى اجراء الصيغة خاصة فلا اشكال فى ان العبرة بقدرة الموكل ولا اعتبار بقدرته - لانه ليس ملزما بالتسليم ويكون كالاجنبى - نعم

لو علم بقدرته واعمال قدرته يكفى بها الامن حيث انها قدرة من يعتبر قدرته بل من حيث الوثوق بحصول المال في يد المشتري الذي عرفت كفايته - واما لو كان وكلا مفوضا في البيع ولو ازمه - فلا اشكال في الاكتفاء بقدرة الوكيل من جهة انه ملزم بالتسليم ومامور بالوفاء بالعقد والمناط في رفع الغرر قدرة من هو ملزم بالتسليم ومامور بالوفاء بالعقد.

انما الكلام في مالو كان عاجزا او كان الموكل قادرا فيه اقوال (الاول) ما عن المصنف ره وتبعه غيره - وهو الاكتفاء بذلك (الثاني) ما افاده المحقق الاصفهاني ره وهو عدم كفاية قدرته من حيث انها قدرة من ينسب اليه العقد (الثالث) ما اختاره العلامة الطبا طبائى صاحب المصابيح - وهو الكفاية مع رضا المشتري بالرجوع الى الموكل ورضى الموكل برجوع المشتري اليه.

والاظهر هو الاول لان المناط هو ما يرتفع به العزر وهو يرتفع بقدرة من هو ملزم بالتسليم - وفي الغرض كل من المالك والوكيل - ملزم به - فيكفى قدرة كل منهما في رفع الغرر

واستدل للثاني بان الوكيل الذي يستند اليه العقد ليس بقادر - و الموكل انما يجب عليه الوفاء بالعقد الصحيح المنسوب اليه فلا بد من استجماع البيع الصادر من الوكيل - وحيث فرضنا انه غير قادر فيبطل البيع (وفيه) ان كلا منهما مكلف بالوفاء بالعقد الصحيح - وهذا مما لا كلام فيه - والعقد الصادر من الوكيل اذا كان الموكل قادرا على التسليم صحيح لعدم الغرر وارتفاعه بقدرته وبعبارة اخرى مع قطع النظر عن نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر هذه المعاملة صحيحة ومستندة الى كل منهما فكل منهما موظف بالوفاء بها ولا يلزم منه الغرر لقدرة الموكل على التسليم.

واستدل للثالث بان الموكل وان كان اجنبيا عن البيع ولذا لا يكفى قدرته فقط لكنه مع التراضي والتزام الموكل لا غرر في البيع وان كان الوكيل عاجزا - وفرع على ذلك بطلان بيع الفضولي فان قدرة العاقد لا تكفى لعدم الوكالة ولا تراضى ولا التزام بين

المشتري والمالك كى يكفى قدرته - ثم اورد على هذا التفريع - بانه ربما يحصل للفضولى الوثوق بارضاء المالك فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد للقدرة على الاجازة المحققة لقدرته على التسليم والقدرة على السبب - قدرة على المسبب - واجاب عنه بوجهين - الاول - انه تخرج المعاملة بذلك عن الفضولية لمصاحبة الاذن للبيع غاية الامر حصوله بالفحوى وشاهد الحال - الثانى - ان صحة بيع الفضولى فى هذه الصورة خاصة لم يلتزم بها احد - والمصنف ره بعد نقله ذلك قال وفيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ثم فى تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه اولاً وثانياً تأمل بل نظر .

اقول اما وجه النظر فى المبنى - فهو ما عرفت من ان الموكل ليس اجنبياً عن العقد وملزم بالتسليم والعلم بقدرته يكفى فى ارتفاع الغرر - والا فمجرد التراضى لا يوجب رفع الغرر - واما وجه النظر فى تفريع الفضولى فهو ان الفضولى اجنبى عن العقد ولا يكون العقد تاماً ومنتسباً الى مالكه الا بعد الاجازة ولذا بنينا على كفاية القدرة حال الاجازة وعدم اعتبار القدرة حال البيع - واما وجه النظر فى الاعتراض - فهو ان قدرة العاقد لا اعتبار بها لعدم كونه مخاطباً بلزوم التسليم - واما وجه النظر فى الجواب الاول فهو عدم خروج المعاملة عن الفضولية بالوثوق بارضاء المالك مع عدم كونه راضياً بالفعل - واما وجه النظر فى الجواب الثانى - فلم يظهر لى لان القائلين بصحة بيع الفضولى لم يقتصروا على هذه الصورة .

عدم الحاق الصلح بالبيع

(قوله قدّه لا يجوز بيع الا بقر منفرداً الخ) لا يخفى ان بنائنا فى هذا الشرح على حذف المسائل التى لا موضوع لها فى هذه الازمنة ولا يحتمل تحققه - وهى المسائل المتعلقة بالعبيد والاماء - الا اننا تعرضنا لخصوص هذه المسألة - لما فى ذيلها من المسائل التى تعرض لها المصنف ره ولا تكون مربوطه بخصوص بيع الا بقر بل هى من تذييلات

وفروع المسألة المتقدمة وهي مسائل .

الاولى- انه لا يختص اعتبار القدرة على التسليم بالمشمن بل هو يعتبر في الثمن ايضا لاشتراك الادلة بينهما فكما انه من عدم احراز القدرة على تسليم المشمن يلزم الغرر- كك يلزم الغرر من عدم احراز عدم القدرة على تسليم الثمن.

الثانية - في الحاق ساير المعاملات بالبيع - والكلام تارة في غير الصلح - و اخرى فيه - اما في غير الصلح فالظاهر اعتبارها لوجهين (احدهما) ان المستفاد من نهى النبي (ص) عن بيع الغرر بمناسبة الحكم والموضوع ان الموجب للبطلان هو الغرر من حيث انه غرر بلا خصوصية للبيع (ثانيهما) ما رسل (١) عن النبي (ص) انه نهى عن الغرر - المنجر ضعفه بعمل الاصحاب لاستدلالهم في جميع المعاوزات كالاجارة والمزارعة والمساقاة والجمالة وغيرها - بل في غير المعاوزات كالوكالة بذلك (واما) في الصلح فالظاهر عدم اعتبارها - وذلك لوجهين (الاول) ان دليل الغرر انما يكون حاكما على ادلة المعاملات التي لها صنفان غررى وغير غررى - واما الصلح الذى ليس له صنفان بل هو بطبعه مبني على المسامحة والمسالمة والتجاوز من جهة ان الغرض فيه ليس متقوما بالمبادلة والمقابلة فلا يكون دليل الغرر حاكما عليه بل هو حاكم على دليل الغرر (الثاني) صحيح (٢) محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام انه قال في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولى ما عندي فقال عليه السلام لا بأس بذلك اذا تراضيا وطابت نفسيهما - فانه يدل على عدم مانعية الجهالة المحققة للغرر - و هو وان لم يصرح فيه بارادة الصلح من تلك المعاهدة - الا انه محمول عليه بقرينة فهم الاصحاب .

١- التذكرة ج ١ ص ٤٦٦ - مسألة بيع الطير في الهواء - ونحوه عن الشهيد - وسبقهما

الشيخ في الخلاف

٢- الوسائل باب ٥ من ابواب احكام الصلح حديث ١

بيع الضال والمجحود والمغصوب

الثالثة ان مقتضى نهى (١) النبي (ص) عن بيع الغرر - عدم جواز بيع الضال و المجحود والمغصوب كما افتى به جماعة - و بعبارة اخرى مقتضاه عدم الفرق بين المتعذر بنفسه وما تعذر بواسطة الغير (وعن) جماعة الجواز - واستدل له بوجوه احدها انه بالفحص عنه اما ان يحصل في يده او يباين منه - فان حصل - والافه في حكم التلف الموجب لانفساخ العقد من اصله الموجب لرجوع الثمن الى صاحبه فهذا البيع مأمون بالعاقبة من الخطر - واما فوات المنفعة مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد اقدم عليه و جهالته غير مضره خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التي يفوت الانتفاع بالمبيع فيها (و فيه اولا) انه مع عدم الحصول لا يحرز اليأس دائما بل ربما يرجى حصوله (وثانيا) ان كون ذلك بمنزلة التلف الموجب لانفساخ العقد غير ثابت (وثالثا) ان الحكم بالانفساخ مرتب على العقد الصحيح فلا يمكن تصحيح العقد به (ورابعا) ان الخطر من حيث الغرض المعاملى على حاله لا يرتفع بالانفساخ .

ثانيها انه مع تعذر تسليمه له خيار التعذر فالصحة تكون مراعاة بالتسليم فان تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتبر به فيها والاتخير بين الفسخ والامضاء فلا غرر (وفيه اولا) ان الخيار مرتب على العقد الصحيح فلا يعقل تصحيح العقد به (وثانيا) ان الغرر من ناحية الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك .

ثالثها ان له شرط الخيار برد الثمن او مثله اذا لم يحصل المبيع في يده الى ثلاثة ايام (وفيه اولا - ان نفوذ الشرط منوط بوقوعه في العقد الصحيح فلا يصحح العقد به - وثانيا - ان الغرر الناشى من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع بذلك

رابعا ان له الامتناع من تسليم الثمن مع امتناع البايع من تسليم المبيع فلا خطر (وفيه مضافا الى ما تقدم - ان الامتناع من تسليم الثمن مع عدم كونه مال الكاله لا يوجب تداركه ما ذهب من ملكه -

فالظاهر هو فساد بيعه .

الرابعة المشهور بين الاصحاب انه كما لا يجوز بيع غير المقدور منفردا لا يجوز بيعه منضمًا بغيره وعن ظاهر الانتصار جوازه - ويشهد الاول ان بيع المجموع من مقدور التسليم وغيره في صفقة واحدة غررى (وما) عن الانتصار من ارتفاع الغرر بذلك ضعيف - واضعف منه الاستدلال بالنص الوارد في بيع العبد الا بق الدال على جوازه مع الضميمة - اذ المناط غير محرز والتعدي يحتاج الى دليل .

اعتبار العلم بقدر الثمن

(قوله قدده المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدر اقلوباع بحكم احدهما بطل اجماعا الخ) لم يخالف في هذه الكلية احد وقد تكرر في كلماتهم دعوى الاجماع والاتفاق عليها - وصاحب الحدائق خالف الاصحاب في خصوص ما اذا باع بحكم المشتري للنص - والاسكافي خالفهم في ما اذا باع بسعر ما باع - والمدرك لها حديث نفى الغرر المتقدم - ويؤيده التعليل في رواية (١) حماد بن ميسر عن جعفر عن ابيه (ع) انه كره ان يشتري الثوب بدينار غير درهم - لانه لا يدري كم الدينار من الدرهم . وقد استدلل صاحب الحدائق ره لما ذهب اليه بصحيح (٢) رفاعة النخاس قال قلت لابي عبد الله (ع) ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمي فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت اليه بالف درهم فقلت هذه الف درهم حكمي عليك ان تقبلها فابي ان يقبلها مني وقد كنت مستتها قبل ان ابعث اليه بالثمن - فقال ارى ان تقوم الجارية قيمة عادلة فان كان قيمتها اكثر مما بعثت اليه كان عليك ان ترد اليه ما نقص من القيمة وان كان ثمنها اقل مما بعثت اليه فهو له قال قلت جعلت فداك ان وجدت بها عيبا بعد ما مستها قال ليس لك ان تردّها ولك ان تأخذ قيمة ما بين الصحة والعيب منه .

١- الوسائل-باب ٢٣ من ابواب احكام العقود حديث ٤

٢- الوسائل-باب ١٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

و اورد عليه المصنف ره بان التاويل فيه متعين لمنافاة ظاهره لصحة البيع و فساده - اذ لو كان البيع صحيحا لزم تعيين المسمى دون القيمة الواقعية فلماذا امر (ع) بتقويم الجارية بقيمة عادلة - وان كان فاسدا فلما ذاحكم بتعين ما بعث اليه ان كانت القيمة الواقعية اقل - ولهذا التزم بانه يحمل على ارادة التوكيل فى التقويم والبيع بعده بما يتعين فى نظره لابل القيمة الواقعية والامر برد ما نفص انما هو من جهة خيار الغبن - فكما انه اذا عين الموكل القيمة فظهر الغبن له الخيار كك اذا عينها الوكيل - وانما عين ذلك من جهة انه حيث لا حاجة للموكل فى الجارية والوكيل محتاج اليها فيسقط خياره ببذل التفاوت او يحمل على حصول الحبل بعد المس فصار ام ولد .

واجيب عن ذلك بجوابين (احدهما) ما افاده المحقق الايروانى ره وهو ان ما ذكره يتم لو كان المراد من البيع بحكم المشتري فى الرواية البيع بتعيينه المطلق ، اما اذا كان المراد تعيينه لقيمة المثل و يكون تعيينه طريقا محضا لاموضوعيا فيكون المراد من البيع بحكمه هو البيع بقيمة المثل من غير دخل لحكمه على وجه الموضوعية فلا حاجة الى التاويل بل ينطبق الرواية على القاعدة - (وفيه) مضافا الى انه لا تنطبق على القاعدة اذ مقتضى القاعدة هو الفساد مع عدم العلم بقيمة المثل للغرر - ان ما افاده يستلزم استرجاع الزايد ان كانت قيمتها اقل مما بعثه اليه - فهذا لا يلائم مع حكمه بعدم الرجوع الى الزايد (ثانيهما) انه يحمل على ارادة تعيينه بحكمه وان تعيينه يكون موضوعا - ولكن يشترط ان لا يكون اقل من قيمة المثل - وعليه - فلو كانت القيمة السوقية اقل كان ما بعثه اليه - ولو كانت ازيدا لبد من رد الزايد لاشراطه (وفيه) انه خلاف الظاهر جدا (ثم انه) ان تم ما افاده المصنف ره ولم نورد عليه - بان متعلق الوكالة ان كان هو البيع بقيمة المثل خاصة كان البيع بغيره فضوليا وان كان عاما لغيره لم يكن وجه لبثت خيار الغبن - وايضا لوجه لسقوط الخيار بمجرد بذل التفاوت - والا فيرد الصحيح الى اهله - وعلى اى تقدير لا يمكن الاستدلال به على الصحة -

عدم صحة بيع مايكال او يوزن جزافا

(قوله قدده العلم بقدر المثلثين كالثلثين شرط باجماع علما ثنائيا الخ) لاخلاف في اعتبار العلم بقدر المثلثين في الجملة - بل عليه الاجماع كما حكاه جماعة (ويشهد له) حديث (١) نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر بالتقريب المتقدم في المسألة السابقة - وجملة من النصوص منها صحيح (٢) الحلبي عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم وان صاحبه قال للمشتري ابتع مني هذا العدل الاخر بغير كيل فان فيه مثل ما في الاخر الذي ابتعت - قال (ع) لا يصلح الا بكيل - قال - وما كان من طعام سميت فيه كيلا فانه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام (واورد عليه) بايرادات

الاول ان قوله القيلا وما كان من طعام سميت فيه كيلا الخ مجمل اذ لو كان المراد به ما يبيع بكيل فما معنى لا يصلح مجازفة - وان كان المراد به ما من شأنه ان يباع بكيل اى يقال انه مكيل ويكون الخطاب الى الراوى بما هو من اهل العرف والعادة - فلازمه تنويع الطعام مع انه ليس من الطعام ما لا يكال ولا يوزن - (وفيه) انه يمكن اختيار الشق الثانى واخذ القيد توضيحيا - او بان يقال ان من الطعام ما هو مكيل ومنه ما هو موزون و لو فى بعض البلدان فيكون مفاد قوله القيلا ذلك - ان ما يكون من الطعام مكيلا انما اعتبر فيه الكيل - من جهة انه لا يصلح بيعه مجازفة ولازم ذلك جواز بيعه بالوزن.

الثانى ما ذكره جماعة منهم المحقق الايروانى ره - وهو ان المراد من قوله وما كان من الطعام سميت الخ ان البيع اذا انعقد بعنوان الكيل كما اذا بيع منام الحنطة - يعتبر الكيل فى مقام التسليم صونا عن التعقب بالنزاع والمشاجرة - فهو اجنبى عن المقام - (وفيه) ان هذا خلاف الظاهر - فانه يتوقف على تقدير كلمة (قبضه) او (تسليمه) بعد قوله فانه لا يصلح كما لا يخفى وهو خلاف الظاهر.

الثالث ان الخبر مخالف لفتوى المشهور فانهم افتوا بتصديق البايع في اخباره بان كيل المبيع كذا وهذا الصحيح يدل على انه لا يعتمد عليه (وفيه) انه في تلك المسألة انما يلتزمون بالصحة اذا وقع البيع على ما اخبر به بعنوان ان كيله ما اخبر به وانه لو نقص يأخذ الزايد ولو زاد يرد - لايبيع بما اخبر به سواء زاد او نقص كما هو ظاهر الخبر - مع انه في تلك المسألة يعتبرون كون البايع مؤتمنا.

الرابع ان قوله لا يبيح هذا مما يكره من بيع الطعام - ظاهر في عدم الفساد (وفيه) ان الكراهة في النصوص غير ظاهرة في الكراهة المصطلحة - بل ظاهرها المنع - مع - انه لو سلم الاجمال وعدم ظهورها في ذلك - يكون المرجع قوله لا يبيح لا يصلح مجازفة - بل المحكى عن الفقيه فلا يصح مجازفة - فالأظهر دلالة الصحيح على اعتبار الكيل في المكيل.

ومنها موثق (١) سماعة سأله عن شراء الطعام وما يكال ويوزن هل يصلح شرائه بغير كيل ولا وزن فقال (ع) اما ان تاتي رجلا في طعام قد كيل ووزن تشتري منه مرابحة فلا بأس ان اشتريته منه ولم تكله ولم تزنه اذا كان المشتري الاول قد اخذه بكيل او وزن وقلت له عند البيع اني اربحك كذا وكذا وقد رضيت بكيلك ووزنك فلا بأس - (واورد عليه) المحقق الاصفهاني ره بان مورد الاستدلال ان كان هي الشرطية الاولى وهي قوله فلا بأس ان اشتريته الخ فمن الواضح ان نفى البأس عن اشترائه بلاكيل ولا وزن لا مفهوم له الا بلحاظ موضوع الشرطية وهو طعام قد كيل او وزن وهو من مفهوم الوصف - وان كان هي الشرطية الثانية وهي - قوله - اذا اخذه المشتري الاول الخ فمن البين انه تقرير لصدر الخبر حيث قال تاتي رجلا في طعام قد كيل ووزن والشرطية اذا كانت لتحقيق الموضوع اول تقريره لا مفهوم لها فلا مفهوم في القضية لا مفهوم الوصف (وفيه) انه يدل على المفهوم من جهة وروده في مقام التحديد كما يظهر من ملاحظة السؤال والجواب (ومنها) غير ذلك من النصوص التي تعرض لبعضها المصنف ره.

ثم ان ظاهر هذه النصوص اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون سواء ألزم من تركهما الغرر ام لا - كما ان مقتضى حديث نفي الغرر ما نعى الغرر الشخصى سواء أكان العوض مما يكال او يوزن ام لا - فالنسبة بينهما عموم من وجه - وحيث انهما مثبتان لا تنافى بينهما فيتعين العمل بالدليلين و البناء على اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون مع عدم كون البيع غريبا - وعلى ما ذكرناه فان لم يكن المبيع مكيلا وموزونا - لقلته كالحبتين و الثلاثة من الحنطة - او لسكثرتة كزبرة الحديد - او كان مكيلا وموزونا ولكن كان للمتبايعين حدس قوى بالمقدار نادر التخلف عن الواقع - او كان الشيء فى اصله كك ولكن كان مالهته بالعرض تابعة لاعتبار من بيده زمام الامر بلا دخل للمقدار فيها كالمسكوكات غير ما هو من الذهب والفضة والاوراق المطبوعة - صح البيع - بلا كيل ولا وزن ان لم يلزم الغرر الشخصى كما هو المفروض - اما فى الاول - فلعدم شمول ادلة الكيل والوزن له وانصرافها عنه - واما فى الثانى - فلان الكيل والوزن انما اعتبرا من جهة الطريقة الى معرفة المقادير و الحدود لالخصوصية فيهما بالخصوص - كما يشهد له مضافا الى مناسبة الحكم و الموضوع ما دل على الاعتماد على اخبار البايع بالكيل او الوزن - وقوله فَالْيَا فى ذيل الصحيح المتقدم فانه لا يصلح مجازفة - الدال على ان المانع هو البيع جزافا - فاذا كان الحدس موجبا للاطمينان كفى - واما فى الثالث - فلعدم كونه مكيلا ولا موزونا .

(قوله قد ه ثم ان ظاهر اطلاق جميع ما ذكر ان الحكم ليس منوطا بالغرر الشخصى (الخ) لا اشكال فى ان الغرر فى حديث نهى النبى عن بيع الغرر شخصى و مالم يصر الغرر فعليا لا يترتب عليه حكمه كما فى سائر العناوين الماخوذة موضوعا و اما فى اخبار الكيل والوزن فلم يؤخذ عنوان الغرر كى يصح ما ذكره المصنف ره من ابتناء الصحة والفساد فى الفروع التى ذكرها على كون الحكم منوطا بالغرر الشخصى او النوعى فما ذكره ره من المبنى لاصل له .

(قوله قد ه كما لو باع مقدارا من الطعام بما يقابله فى الميزان (الخ)

يدل على فساد البيع في الفرض مضافا الى ادلة اعتبار الكيل حديث نهى النبي عن بيع الغرر فانه وان لم يلزم الغرر من حيث المالية الا انه يلزم من حيث الغرض المعاملى - اذا اغراض المعاملية والمقاصد العقلانية كما تختلف باختلاف الاجناس ذاتا او وصفاً كك تختلف باختلاف الحدود والمقادير من حيث الاحتياج الى مقدار خاص بلا نظر الى القيمة السوقية .

(قوله قدده والى ما ذكرنا من الفرق اشير في صحيحة (١) ابن عبد الرحمن الخ) ويمكن ان يكون وجه الفرق ان الدراهم الواضحية هي الدراهم الصحيحة فلا تكون هي ناقصة بما لا يتسامح فيه فلا بأس باعطائها من دون التبيين .

(قوله قدده ثم ان الحكم في المعدود و جوب معرفة العدد الخ) المشهور بين الاصحاب لزوم معرفة العدد - و عن - مجمع البرهان انه لا دليل على عدم جواز بيع المعدود الاعدا وان الاصل والعمومات وحصول التراضى الذى هو العمدة في الدليل دليل قوى فائبات خلافه مشكل (اقول) الذى يظهر من صحيح (٢) الحلبي عن الصادق عليه السلام عن الجوز لا نستطيع ان نعهده في كمال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال عليه السلام لا بأس به - من جهة ظهوره في اعتقاد السائل لزوم العدو تقريره (ع) ذلك - هو لزوم العدو به يقيد اطلاقات الاداة .

بيع المكيل وزناو بالعكس

(قوله قدده فيقع الكلام والاشكال في تقدير بعض المقدرات بغير ما تعارف فيه الخ) الاقوال في المسألة اربعة - ثالثها - التفصيل بين بيع المكيل بالوزن فيصح وبيع الموزون بالكيل فلا يصح - رابعها - التفصيل بين جعل كل من التقديرين طريقا الى التقدير المعتبر في المبيع في نفسه فيصح - و بين ملاحظته مستقلا فلا يصح -

١- الوسائل باب ١٠ من ابواب الصرف حديث ٧

٢- الوسائل باب ٧ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

فالكلام يقع في مقامين (الاول) في تقدير كل منهما بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا الى ما تعارف فيه (الثاني) في تقديره به مستقلا .

اما الاول فقسمه المصنفه الى قسمين - اذ ربما يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة - وربما يكون مما لا يتسامح فيه (اقول) اذا كان التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه عادة فالأظهر هي الصحة - لما عرفت من ان اعتبار التقدير الخاص انما هو لمعرفة الحد المبيع ومقداره والتقدير بما هو طريق الى ذلك مع كون التفاوت المحتمل مما يتسامح فيه ينتج ذلك ويخرج البيع عن كونه جزافيا فيصح (و يشهد له) مضافاً الى ذلك صحيح الحلبي المتقدم بالتقريب الذي قدمناه - وخبر (١) عبد الملك بن عمرو قلت لابي عبد الله عليه السلام اشترى مائة راوية من زيت فساعرض راوية او اثنتين فاترنهما ثم أخذ سائره على قدر ذلك قال (ع) لأبأس - (وما) عن التذكرة من حمل الخبر على صورة التعذر (ليس) من جهة هذا الخبر نفسه فان ائتران مائة راوية زيت ليس بمتعذر بل من جهة صحيح الحلبي الوارد في الجوز المختص بصورة عدم الاستطاعة (ولكن) برد عليه انه لا مفهوم له كي يقيد اطلاق هذا الخبر به (واما) اذا كان التفاوت المحتمل مما لا يتسامح فيه عادة فحكمه يظهر مما سنذكره في المقام الثاني (وتصحيحه) بالبناء على ذلك التقدير (مخدوش) اذ البناء عليه الرجوع الى شرط الخيار لو نقص لا يصح العقد لان ذلك لا يخرج عنه الجزافية - ولذا لا يصح البيع بالمشاهدة مبنيًا على مقدار معين مما تعارف فيه (ودعوى) اطلاق الخبر (ممنوعة) فان الظاهر و لا اقل من المحتمل كون ما بقي من مائة راوية متحد الوزن مع ما وزن كما يظهر لمن تدبر فيه .

واما المقام الثاني - فالمشهور بين الاصحاب على ما نسب اليهم في محكي الرياض جواز بيع المكيل وزنا وعدم جواز بيع الموزون كيلا - واستدل له المصنف به بان الوزن اصل للكيل وان العدول الى الكيل من باب الرخصة - وعليه - فيبيع

المكيل بالوزن ليس بيعا جزافيا بخلاف العكس (اقول) لاشكال في ان الاصل للكيل هو الوزن - اذا اغراض المعاملة العقلانية تختلف باختلاف مقادير الاشياء من حيث الخفة والثقل ولهذه الحيشة مراتب معينة يعبر عنها بالمشاقيل ومادونها و ما فوقها وليس الكيل طريقا الى معرفة ذلك في نفسه فلامحالة يقدر الكيل من حيث انه يسع مقدارا من الوزن (الا انه) بعد تعارف الكيل في شيء وعدم معرفة وزنه غالبا لامحالة لا يعرف مقدار تموله بالوزن - بل يكون ذلك ايضا بيعا جزافيا .

ثم انه ربما يستدل للجواز في الموردین بخبر (١) وهب عن الصادق (ع) عن ابيه عن علي (ع) لا باس بالسلف ما يوزن فيما يكال وما يكال فيما يوزن - وفيه (اولا) ان الخبر ضعيف السند لو هب (وثانيا) انه يدل على انه يجوز ان يكون ثمن المكيل موزونا وبالعكس - ولا يدل على جواز كل من الكيل والوزن في مورد الاخر - فالأظهر هو عدم الجواز مطلقا .

(قوله قدده ثم انه قد علم مما ذكرنا انه لو وقعت معاملة الموزون بعنوان معلوم عند احد المتبايعين الخ) يمكن الاستدلال لصحة هذه المعاملة مضافا الى سيرة المتدبين من المسافرين على الشراء بوزن البلد الذي يحضرونه او بكيله مع جهلهم بالمقدار - بان الغرر لا يلزم بعد فرض علم المشتري بان الكيل او الوزن المشتري به متعارف في البلد - ونصوص اعتبار الكيل والوزن تدل على لزوم ان يكون البيع باحدهما - واما معلومية مقدار ما يوزن تفصيلا فلا تدل عليه بل اغلب الناس لا يعلمون مقدار الكيل والوزن المتعارفين في بلدهم - وبعبارة اخرى ان تلك النصوص تدل على المنع عن البيع جزافا وبالتخمين بلا وزن ولا كيل ولا تدل على ازيد من ذلك (ولكن) ثبوت السيرة المتصلة الى زمان المعصوم (ع) محل تأمل - والظاهر صدق الغرر مع الجهل بالمقدار من حيث ذلك وان لم يصدق من حيث المالية والنصوص انما هي في صدد بيان اعتبار العلم بمقدار المبيع لا مجرد الكيل والوزن من حيث هما - فالأظهر بطلان تلك

المعاملة - (واما) صحيح (١) الحلبي عن ابي عبد الله (ع) لا يصلح للرجل ان يبيع بصاع غير صاع المصير (فالظاهر) منه المنع عن البيع بغير صاع المصير بتدليس انه صاع المصير فلا يدل على جواز البيع بصاع المصير وان لم يعلم مقداره .

(قوله قد و اما المعدود فان كان الكيل او الوزن طريقا اليه الخ)
لا كلام في انه اذا كان الكيل او الوزن طريقا الى العد يجوز ذلك كما تقدم - و صحيح -
الحلي المتقدم المختص بصورة تعذر العد لامفهوم له كي يدل على عدم جوازه مع
الامكان - و تقريره (ع) لما في ذهن السائل من عدم الجواز مع الامكان غير ظاهر -
(واما) اذا لم يكن ذلك بعنوان الطريقة فقد اختار المصنف ره كفاية الوزن فيه والظاهر ان
وجهها اصاله الوزن في التقدير مطلقا حتى في المعدود (وفيه) ان اصاله الوزن لو سلمت
لاتفيد بعد فرض كون مناط المالية في شيء العدد فانه يلزم من بيعه بالوزن الغرر فالظاهر
عدم الكفاية .

المناطق في المكيل والموزون

(قوله قد بقي الكلام في تعيين المناطق في كون الشيء مكيلا او موزونا الخ)

قبل الشروع في بيان المختار ودليله - ينبغي تقديم امور .

الاول ان مورد البحث هو انه هل المدار على ما كان مكيلا او موزونا في عصر
النبي ﷺ - لا على كبل عصره و وزنه فانه لم يقل بذلك احد و لا يكون ذلك رافعا
للغرر - وبعبارة اخرى - مورد الكلام تعيين ما هو مكيل او موزون - لاتعيين الكيل والوزن
اذلا كلام في ان المكيل يكال بالمكيل المتعارف في كل عصر و الموزون يوزن بالميزان
المتعارف في كل زمان (فما) في عبارة المبسوط المنقولة في الكتاب - والمكيال مكيال
اهل المدينة والميزان ميزان اهل مكة - لا بد من تاويله لاسيما وقد نفى الخلاف عنه .

الثاني ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل و الموزون - فان مفهومهما

اللغوى واضح - ولا حقيقة شرعية لهما قطعاً - ولا يكون مكيلية شيء او موزونيته من الامور الواقعية ويكون نظر العرف و الشرع طريقاً اليها حتى يكون الشارع مصوباً للعرف تارة ومخطئاً لهم اخرى بل هما امران جعليان رتب الشارع على هذا الامر الجعلي البنائي الذي بنى العرف عليه حكماً (و حيث) ان الجعل و البناء يختلف باختلاف الاعصار والامصار فلذا وقع النزاع في انه هل المعيار عصر خاص و مصر مخصوص - ام الميزان صدق عنوان كون الشيء مكيلاً او موزوناً .

الثالث المحكى عن ظاهر مجمع البرهان وصريح الحدائق ان الاصحاب افتوا - بان المراد بالمكيل والموزون ما ثبت فيهما الكيل والوزن في زمانه (ص) وحكم الباقي في البلدان ماهو المتعارف فيها .

واورد عليهما صاحب الجواهر ره باني لم اجد ذلك في كلام احد من الاساطين فضلاً عن ان يكون اجماعاً - نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة الى الربا - و المصنف ره ذكر طرقاً ثلاثة - لاستفادة ان الفقهاء افتوا بذلك .

الاول ان التتبع في كلمات الاصحاب يشهد بذلك - و ذكر منها عبارة المبسوط (اقول) ما افاده في المبسوط الصريح في ذلك خيرة التذكرة ونهاية الاحكام والمختلف و حواشى الشهيد و غيرها وهو المنقول عن القاضى كما عن مفتاح الكرامة - و لكن القدماء من الاصحاب لم يصرحوا بذلك .

الثانى ان المقطوع به بعد التتبع ان الموضوع في هذه المسألة وفي مسألة الربا واحد هو المكيل والموزون وقد حمل عليه حكمان - احدهما - عدم جواز بيعه متفاضلاً - ثانيهما - عدم جواز بيعه مجازفة - فاذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهي مرعية في كلتا المسألتين (وفيه) ان ما ذكره - ان كان ضابطة لتعيين المفهوم - او كان ضابطة لتعيين المصادق مع كونه ظاهراً في ضبطهما هو مصادق الموضوع في المقامين - كما اذا ذكروا المسألتين بنحو الاتصال وفي ذيلهما ذكروا ذلك تم ما افاده - ولكن بما ان ما ذكره انما يكون في مقام ضبطهما هو المصادق في ذيل مسألة الربا خاصة ولا اطلاق له يشمل

هذه المسألة فلا يجدى ذلك في المقام بعد كون ظاهر الدليل ان الموضوع فيها كل ما صدق عليه هذا المفهوم لخصوص مصداق خاص منه .

الثالث ما هو مركب من امرين - احدهما - انه يشترط عند الاصحاب في الرباء ان يكون الكيل والوزن شرطاً في صحة بيعه - ثانيهما - اتفاقهم على ان العبرة في المكيل والموزون الجارى فيه الرباء على ما هو كك في عهد الشارع الاقدس - فانه يستنتج منهما اعتبار الكيل والوزن في ما كان مكيلاً و موزوناً في عهده (وان شئت قلت) بهيئة الشكل الاول - ما كان مكيلاً او موزوناً في عهده يجرى فيه الرباء - وما يجرى فيه الرباء يشترط ان يباع بالكيل او الوزن - ونتيجتهما ان كل ما كان مكيلاً او موزوناً في عهده - يشترط ان يباع بالكيل او الوزن (وفيه) ان الامر الاول - وهو الكبرى في القياس - ان اريد به ان من شرط جريان الرباء كون الكيل او الوزن شرطاً في صحة بيعه ولو في زمانه (ص) خاصة - فهو حق الا انه لا يفيد للمستدل - وان اريد به انه من شرطه كون ذلك شرطاً في صحته الى الابد وما دام يجرى فيه الرباء فهو اول الكلام و غير ثابت - فالانصاف - ان دعوى الاجماع بل الشهرة في المقام في غير محلها .

اذ عرفت هذه الا مور - فاعلم - ان الكلام يقع في موردين - الاول - في بيان ما يستفاد من الأدلة - الثاني - في ما استدلل به على ما هو المنسوب الى المشهور .

اما المورد الاول - فالمستفاد منها - ان المدار في اعتبار الكيل والوزن على ما هو مكيل او موزون في زمان البيع وبلده - فما كان مكيلاً او موزوناً في زمان البيع وبلده اعتبر في صحة بيعه ذلك وما لم يكن كك وان كان في زمان الشارع مكيلاً او موزوناً لا يعتبر في صحته ذلك - لان دليل اعتبار هذا الامر - حديث (١) نهى النبي (ص) عن بيع الغرر - والنصوص الخاصة - المتقدمة اما الحديث فدلالته على ما ذكرناه واضحة - فان من المعلوم عدم دخل المدخلية لزمانه (ص) في رفع الغرر واثباته - واما النصوص -

فالماخوذ فيها عنوان المكيل والموزون من دون التقيد بزمان خاص و بلد مخصوص و مقتضى اطلاقه دوران الحكم مدار فعلية هذا الموضوع عند ايقاع المعاملة من حيث زمانها ومكانها - وبعبارة اخرى - قوله (ع) ما كان من طعام سميت فيه كيلا لا يصلح مجازفة من القضايا الحقيقية المتضمنة لانشاء الحكم فيها على الموضوعات المقدر وجودها - فكل ما صدق عليه هذا العنوان يشمله هذا الحكم من غير فرق بين الازمنة والامكنة .

واما المورد الثاني فالمنسوب الى المشهور دعويان - الاولى - ان العبرة في التقدير بزمان النبي ﷺ - الثانية - ان ما لم يثبت كونه مكيلا او موزونا في عهده العبرة فيه بما اتفق عليه البلدان .

وقد استدل للاولى بالاجماع (وبان) المراد من المكيل والموزون المصدق الفعلي المعنون بهما في زمان المتكلم (وبوجوب) حمل اللفظ على المتعارف عند الشارع - وفي الكل نظير (اما الاول) فلما تقدم وما عن المبسوط من نفي الخلاف عنه لا يدل على الاجماع اذ عدم الخلاف في اصطلاح القدماء محمول على امر آخر غير الاتفاق الكاشف عن رأى المعصوم (مع) انه لو ثبت ليس اجماعات بعيدا كاشفا عن رأى المعصوم (واما الثاني) فلان الظاهر من هذه القضية كساير القضايا الشرعية كونها قضية حقيقية لا خارجية - الا ترى - انه لم يتوهم احدا اختصاص ما دل على حرمة تنجيس المسجد بالمساجد الموجودة في عهد الشارع - وبالجمله - ما ذكرناه واضح (و اما الثالث) فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في المفهوم فانه مبين معلوم ولا حقيقة شرعية له .

وانما الكلام في انه هل العبرة بمصدق خاص من هذا المفهوم ام الميزان كلما صدق عليه ذلك (مع) ان النصوص انما وصلت اليها من الاثمة عليهم السلام لامنه (ص) فلو كان الميزان عرف المتكلم كان اللازم اعتبار كيل زمانهم ووزنه كما لا يخفى .
و استدل للثانية - بالاجماع - و بان - الحقيقة العرفية هي المرجع عند انتفاء

الشرعية - وبمقطوع - ابن هاشم الاتي ولا ينظر فيما يكال او يوزن الا الى العامة ولا يؤخذ فيه الخاصة فان كان قوم يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم لان اصل اللحم ان يوزن واصل الجوز ان يعد (وفي الكل نظر) اما الاول فلما تقدم - واما الثاني - فلما عرفت من ان النزاع في المقام ليس في مفهوم المكيل والموزون كي يتم فيه ذلك بل في انه هل لمصداق خاص منه خصوصية ام لا - واما الثالث - فلعدم حجيته لعدم اتصال الخبر الى المعصوم وعدم حجية قول التابعي من حيث هو - مع - ان المراد بالعامه ليس جميع الناس والا لما كان يوجد سيما في عصر الخبر شيء يحرز اتفاق الناس عليه بل المراد منه ان بناء المتعاقدين لا يكفي بل يعتبر بناء قوم كاهل بلد عليه فهو ينطبق على ما ذكرناه - مضافا - الى انه لو اغمض عن ذلك وسلم كونه ذا اعلى مذهب اليه المشهور - يقع التعارض بينه وبين صحيح الحلبي الدال على ان الميزان هو ما يسمى كيلا عند المتعاقدين بماهما من افراد البلد والمحل و الترجيح معه كما لا يخفى (ثم انه) بناء على ما اخترناه تسقط جملة من الفروع التي ذكرها المصنف ره وهو واضح .

نعم - يبقى منها فرعان (الاول) لو فرضنا كون المبيع في بلد والعقد في بلد آخرو المتعاقدين اهل بلد ثالث وكان ذلك الشيء في احد البلاد مقدرا بغير ما يقدر به في البلاد الاخر فهل العبرة ببلد المبيع كما اختاره المصنف ره - ام ببلد العقد - ام ببلد المتعاقدين وجوه - اظهرها الثالث - فانه الظاهر من صحيح الحلبي - ما سميت فيه كيلا - فانه موجه الى البايع فتدبر (الثاني) انه لو وقعت المعاملة في الصحراء وكان البلاد مختلفة في التقدير ولم يكن الصحراء ملحقا باحدها - فان كان المتعاقدان اهل بلد لحقهما حكمه كما تقدم والا فلا يعتبر في بيعهما الكيل والوزن لعمومات الصحة بعد عدم شمول دليل الكيل والوزن لهذا المورد كما هو واضح - نعم - يعتبر رعاية عدم الغرر -

اخبار البائع بقدر المبيع

(قوله قدّه لو اخبر البائع بمقدار المبيع جاز الاعتماد عليه الخ)
 اقول ان الغرر وان كان يرتفع بايقاع المعاملة مبنية على المقدار المخبر به - الا
 انه قد عرفت انه يعتبر الكيل والوزن وان لم يلزم الغرر من عدمهما - ومعلوم ان بذلك
 لا يتحقق هذا القيد - فعلى هذا يتعين الرجوع الى النصوص الخاصة - وهى على طوائف
 - الاولى - ما دل على الاعتماد عليه مطلقا - كخبر (١) محمد بن حمران قال قلت لابي
 عبد الله عليه السلام اشترينا طعاما فزعم صاحبه انه كاله فصدقناه واخذناه بكيله فقال لا بأس
 - ونحوه غيره - الثانية - ما دل على عدم الاعتماد عليه كصحيح (٢) الحلبي المتقدم -
 الثالثة - ما دل على الاعتماد عليه فى صورة الايمان خاصة كخبر (٣) ابي العطار عن
 الصادق عليه السلام اذا ائتمنتك فلا بأس ونحوه غيره - و الجمع بينها - لو سلم كون المقام
 مشمولا لصحيح الحلبي ولم نقل باختصاصه بما اذا كان الاخبار عن حدس لاحس كما هو
 ظاهره - يقتضى تقييد اطلاق الطائفة الاولى بمفهوم الثالثة وتقييد اطلاق الثانية
 بمنطوقها وبذلك يرتفع التعارض - وبما ذكرناه يظهر ما فى كلام المحقق الثانى من
 حمل صحيح الحلبي على الكراهة - كما انه يظهر اعتبار كون المخبر مؤتمنا - و
 الظاهر ان هذا هو مراد المصنف ره حيث قال ثم الظاهر اعتبار كون الخبر طريقا
 عرفيا للمقدار .

(قوله قدّه وعلى كل تقدير الحكم فيه بالصحة فلو تبين الخلاف الخ) اقول تبين
 الخلاف - تارة يكون بالنقيصة و اخرى يكون بالزيادة فالكلام يقع فى مقامين (اما
 المقام الاول) فالاقوال والوجوه فيه خمسة - الاول - البطلان - الثانى - الصحة لزوما
 الثالث - الصحة مع ثبوت خيار الغبن - الرابع - الصحة مع ثبوت خيار الشرط
 - الخامس - الصحة مع ثبوت خيار تبعض الصفقة و تنقيح القول بالبحث فى موارد

١-٣ - الوسائل باب ٥ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٤ - ٦

٢ - الوسائل - باب ٤ - من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

(الاول) فى انه هل يصح ام يكون باطلا (الثانى) فى انه على فرض الصحة هل يكون على وجه اللزوم او الجواز (الثالث) فى انه على فرض الجواز هل الثابت خيار تخلف الشرط - او خيار تبعض الصفقة - او خيار الغبن .

اما المورد الاول فقد استدلل للبطلان - بمغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقة فواقع عليه العقد لوجوده - افرض خمسة امان اذا تبين ان الموجود اربعة امان - وماله وجود لم يقع عليه العقد - فلا بد من البناء على البطلان (وفيه) ان العناوين على قسمين - احدهما - ما هو مناط مالية الاشياء وهى الصورة النوعية من غير فرق بين العقلية والعرفية - كعنوان الذهب - والعبد - و ماشا بهما - ثانيهما - ما ليس مناط المالية وانما يبذل الثمن بازاء المعنون كالكم الخاص والحد المخصوص - فان الثمن لا يبذل بازاء هذا العنوان بما هو كعنوان المن - بل يبذل بازاء المعنون اى الاجزاء الخارجية المعنونة بهذا العنوان وما ذكرتم فى القسم الاول وهو اجنبى عن المقام ولا يتم فى القسم الثانى فانه ينحل العقد الى العقد على كل جزء جزء فالمقدار الموجود لامانع من تاثير العقد فيه والمقصود ليس شيئا كى يؤثر العقد فى تمليكك وهذا بخلاف القسم الاول فانه لا ينحل العقد فيه الى العقد على ذات الموجود والعقد على عنوانه فان المادة المشتركة لامالية لها ولا يبذل المال بازاؤها - فلا يظهر هى الصحة .

واما المورد الثانى فلا يظهر هو الجواز لان التراضى لم يقع بالمبيع على كل تقدير والابطال البيع للغرر والجهالة قوسيجىء فى المورد الثالث زيادة توضيح لذلك .
واما المورد الثالث فقد ظهر مما ذكرناه فى المورد الاول وجه ثبوت خيار تبعض الصفقة (واما) ثبوت خيار الغبن فلا وجه له لان ذلك انما يثبت فيما اذا بيع بازيد من القيمة السوقية وفى المقام ربما يكون بانقص منها كما لا يخفى - لافى موارد تخلف المبيع جزء اووصفا (فما) فى القواعد على المحكى من ثبوت خيار الغبن ان كان تسامحا فى العبارة فلا كلام والافهو غير تام (واما) ثبوت خيار تخلف الشرط فانما هو فيما اذا وقع

البيع مثلا على شيء واشترط صريحا او ضمنا في ضمنه شيء آخر بحيث لم يقع شيء من الثمن بازاء الشرط وان كان موجبا لازدا بادية المبيع والمقام ليس من هذا القليل فان كل جزء من المبيع وقع بازائه جزء من الثمن وعليه فيسترد مقدار من الثمن وقع بازاء الجزء المفقود وله الخيار بين الامضاء والفسخ بعد ذلك (ثم ان) الفرق بين هذه الاقسام من الخيار انه لو كان الثابت خيار تبعض الصفقة يرد جزء من الثمن ثم يتخير بين الفسخ والامضاء ولو كان هو خيار الشرط لا يرد شيء - ولو كان خيار الغبن يتخير بينهما ما لم يبدل البايع التفاوت والا فلا خيار له فتدبر .

واما المقام الثاني فمن التزم بالبطلان في المقام الاول لا بد له من الالتزام به في المقام ولكن عرفت فسادَه (فما) عن المبسوط من البطلان (ضعيف) ولا وجه لخيار الغبن كما تقدم - وللخيار التبعض لعدمه - وللخيار الشرط لما تقدم (ودعوى) ان العقد يؤثر في ملكية ذات المبيع وشرط وصف خاص مباين للموجود لا يوجب الا الخيار بين الفسخ والامضاء بتمام الثمن - ونتيجة ذلك الصحة وكون الزيادة للمشتري وثبوت الخيار للبايع بين الامضاء بتمام الثمن والفسخ كما التزم به المصنفه في باب الشروط (مندفعة) بان شرط المقدار غير سائر الشروط كما تقدم فالعقد لا يؤثر الا في المتقدر و الزايد باق على ملك البايع - ولذلك يثبت خيار تخلف الشرط للمشتري من جهة حصول الشركة بينه وبين البايع في ما اشتراه - والشركة نقص بناء المتعاملين على عدمه فتدبر .

بيع الثوب والارض مع المشاهدة

(قوله قد همسالة قال في الشرايع يجوز بيع الثوب والارض مع المشاهدة)

وان لم يمسح الخ (وقد صرح غير واحد بصحة بيع مختلفة الاجزاء كالثوب و الدار والغنم مع المشاهدة وادعوا ان عليها الاجماع (واورد) عليهم جمع منهم المصنف ره بانه يشكل الحكم بالجواز في كثير من تلك الموارد لثبوت الغرر - وظاهر بعض الموردين وصريح آخرين الحكم بالجواز مع عدم لزوم الغرر «اقول» الاظهر عدم الصحة

فى جملة من تلك الموارد ولولم يلزم الغرر - وهى الموارد التى يباع الشئ بالعدو الذرع (اما) فى الاول فلما تقدم من دلالة الدليل على اعتبار العد فى المعدود (و اما) فى الثانى - فلان العد بالذرع ايضا داخل فى حقيقة العد - ولا فرق بين ان يقال جوزه وجوزتان وان يقال ذرع وذرعان ومجرد كون - الاول من قبيل الكم المنفصل - والثانى من قبيل الكم المتصل لا يصلح فارقا (نعم) ما ذكره يتم فيما يباع لابل بالعد ولابل بالذرع فانه يصح البيع ان لم يلزم الغرر - كما فى العباء فان كل طاقة منه لها قيمة وهى مناط ماليتها كانت اربعة اذرع او ازيد او انقص فتدبر.

بيع بعض من متساوية الاجزاء

(قوله قد ه مسألة بيع بعض من جملة متساوية الاجزاء كصاع من صبرة مجتمع الصيعان الخ) الوجوه المتصورة ثلاثة .

الاول ان يكون المراد بالصاع الكسر الواقعى المشاع من الجملة مقدرا بالصاع فلو كانت الصبرة عشرة اصوع كان المبيع عشرةا - فيكون الصاع ملحوظا مرآة الى الكسر المشاع المساوى للصاع - وقد اوضحنا حقيقة الاشاعة فى اول مسألة بيع نصف الدار - لاشكال فى صحة البيع المذكور من غير فرق بين المثال - وبين بيع عبد من عبيد - ومن غير فرق بين اختلاف العبيد والاصوع فى القيمة و عدمه - ومن غير فرق بين العلم بعدد صيعان الصبرة وعدمه لتقدر الكسر بالصاع - و العلم بنسبته الى المجموع لا يكون معتبرا (وعن) العلامة ره الاشكال فى صحة بيع عبد من عبيد او شاة من شاتين لو قصد الاشاعة.

وغاية ما قيل فى توجيهه - امران - (الاول) منع ظهور الكسر المشاع من لفظ العبدو الشاة - و الحال انه كما يعتبر فى الانشائيات كون الانشاء بما هو ظاهر او صريح فى ما قصد من المعاملة - يعتبر ذكر متعلق القصد بلفظ ظاهر فيه (وبهذا يظهر) ان ما ذكره المحقق النائينى ره من الجواب عن هذا الوجه بانه ليس الكلام فى مقام الاثبات كى يدعى عدم الظهور وانصراف المطلق الى بعض افراده بل فى مقام الثبوت (غير تام)

- و كيف كان فيرد عليه - انه لا دليل على اعتبار ذكر متعلق القصد فضلا عن اعتبار ذكره بلفظ ظاهر فيه وعليه فمع العلم بارادة الكسر المشاع لا يضر عدم ظهور اللفظ فيه (الثانى) ان العبدین او الشاتين بما انه لا وحدة لهما حقيقة فوحدتهما تصحيحا لبيع جزء مشاع منهما انما تكون بالاعتبار (وحيث) انه لا انشاء له غير انشاء البيع فيلزم تكفل انشاء واحد لا مرين - تنزيل الشئین منزلة الشئ الواحد - وبيع الكسر المشاع فى المجموع (وفيه) ان اعتبار الوحدة لا يحتاج الى الانشاء كى يلزم ذلك فالأظهر هى الصحة فى هذا المثال ايضا .

الثانى من الوجوه المتصورة ان يراد به بعض مرددين ما يمكن صدقه عليه من الافراد المتصورة فى المجموع - وهو على قسمين - احدهما - ما يكون له واقع معين ويكون مردداً عند المتبايعين - ثانيهما - ما لا يكون معيناً ولو فى الواقع - اما فى القسم الاول - فان كان المصاديق مختلفة فى القيمة بطل البيع للغرر - وان كانت متفقة فيها صح البيع . (وقد استدلل) للبطلان بالجهالة التى تبطل معها البيع اجماعاً (وفيه) ان الجهالة غير الموجبة للغرر لا دليل على مبطلتها و الاجماع عليها ان كان ليس اجماعاً تعدياً كاشفاً عن رأى المعصوم - و اما فى القسم الثانى - فالأظهر هو البطلان (لا) للغرر لما تقدم (ولا) للجهالة لما تقدم ولان المردد لا تعين له فى الواقع حتى يجهل (ولا) لان الملك صفة وجودية محتاجة الى محل تقوم به كسائر الصفات الموجودة فى الخارج واحدهما على سبيل البدل غير قابل لقيامها به - فانه يرد عليه ما ذكره المصنف ره بان الملكية امر اعتبارى وليست صفة وجودية متصلة كالسواد (بل) لان المردد من حيث هو لاهية له ولا تحقق وهو صرف مفهوم لا مطابق له - والملكية وان كانت امر اعتباريا - الا انها هوية تعلقة ومتقومة بطرفها ويستحيل ان تتحقق فى اقل الاعتبار مع عدم الطرف المقوم لها فهى لا يعقل تعلقها بالمردد وبعبارة اخرى انه لا مطابق له فى الخارج فلا ينطبق على ما فى الخارج فلا يصح اعتبار كونه مملوكاً لعدم الاثر فيبيع المردد بهذا المعنى باطل .

الثالث من الوجوه المتصورة ان يكون المبيع هو الكلى فى المعين - والكلام

فيه يقع فى جهتين (الاولى) فى تصويره (الثانية) فى حكمه .

اما الاولى فليس المراد به الكلى الذمى المقيد بالوفاء من الصبرة المعينة بحيث ينحل العقد عليه الى العقد على الكلى الذمى و اشتراط وفائه و ادائه من الصبرة الخاصة . فان لازم ذلك انه لو تلفت الصبرة يكون البيع بافيا مع ثبوت الخيار لتعذر الشرط - مع - ان الحكم فى الكلى فى المعين انه لو تلفت الصبرة يكون ذلك فى حكم تلف المبيع و موجبا لانفساخ العقد - مع - ان لازمه جواز نقل الصبرة باجمعها الى الغير ولا يلتزمون به فى الكلى فى المعين - وايضا - لازمه جواز اداء المبيع من غير الصبرة غاية الامر يشتر خيار تخلف الشرط للمشتري ولا يلتزمون به فى المقام (كما) انه ليس المراد به الكلى الموجود خار جافى الصبرة - فان وجود الكلى بوجوده افراده فمستبعد الافراد اما ان يقع العقد على احدها المعين - او غير المعين - او على جميع الوجودات - ولا رابع ليكون هو الكلى فى المعين - و صرف الوجود بمعنى مالا يشذ عنه وجود لا يعقل انطباقه على الوجودات المحدودة - وبمعنى الناقض للعدم ليس له مصداق حقيقة فان كل وجود بدليل عدم نفسه .

بل المراد به - هو الكلى المقيد بالصبرة الخارجية (توضيح ذلك) ان الكلى كما يمكن تقييده بكلى آخر ويكون القيد و المقيد كليا ثالثا اضيق من الاولين كالحنطة المقيدة بان تكون من محل مخصوص وبلد خاص كك يمكن ان يقيد بالوجود الخارجى المشتمل على افراد كالصبرة الموجودة فى الخارج فيكون المجموع كليا ينحصر افراده فى الموجود الخارجى .

واما الثانية فقد استدل لفساد البيع فى هذه الصورة - بلزوم الغرر - و بالجهالة وبانه لم يعهد ملك الكلى فى غير الذمة - وباتفاقهم على تنزيل الارطال المستثناة من بيع الثمرة على الاشاعة (ولكن) يمكن دفع الجميع - اما الاول فله عدم لزومه مع تساوى الافراد من حيث القيمة - واما الثانى فلما تقدم من عدم مانعية الجهل من حيث هو (مع) انه لاجهالة هناك فان المبيع كلى و معلوم - واما الثالث فلان عدم المعهودية ممنوع كيف

وهو معهود فى الوصية و الاصداق - مع - ان عدم المعهودية لا يصلح دليلا للمنع - واما الرابع - فلان حمل الكلام على معنى لظهوره فيه او للتعبد لا يستدعى بطلان غيره لو صرح بارادته - وبعبارة اخرى - انه يدل على الحمل على الاشاعة اذالم يحرز المراد - ومحل الكلام مالواحرزان المراد هو الكلى فى المعين فالأظهر صحته

قوله قد وهل الدائرة فى الشرع اضيق وان كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين (الخ) تقريب كون النسبة عموما من وجه انه اذا انحلت القيم فى المحتملات لا يكون هناك غرر عرفى ويكون الغرر شرعيا - وقد يكون الغرر العرفى موجودا ولا غرر شرعى كما فى بيع الابق مع الضميمة - وقد يجتمعان وهو كثير (وحيث) ان مورد اذن الشارع فى البيع مع صدق الغرر العرفى قليل - فلذا قال لعل الدائرة فى الشرع اضيق فتدبر .

(قوله قد وهل اتفاقا على انهما اراد اغير شايع الخ) لا يخفى انه بعد ان ذكر صورتين من بيع متساوية الاجزاء ونسب الى المشهور المنع فى احدهما والجواز فى الاخرى قال لو اتفاقا على انهما اراد اغير شايع - ومراده اتفاقا على انهما لم يريد الكسر المشاع وحيث ان ارادة الكلى فى المعين مفروض عدمها فيتمحض فى ارادة الفرد المنتشر فلذا افنى بعدم صحة البيع .

(قوله قد وهلوا اختلغا و ادعى المشتري الاشاعة الخ) اى انهما ارادا لاشاعة لخصوص المشتري و الا فيبطل العقد لعدم التطابق بين الايجاب والقبول - وكيف كان ففى مورد الاختلاف مقتضى اصاله الصحة البناء على صحة العقد ما لم يكن هناك لفظ ظاهر فى ارادة الفرد المنتشر والا فلعدم صلاحية اصاله الصحة التى هى من الاصول التعبدية لمعارضة الظهور الذى هو من الامارات يبنى على البطلان (فما) افاده المصنف ره من تقييد الحكم بالصحة عملا باصاله الصحة - بصورة عدم الظهور فى المعين (هو الصحيح) و اظن ان العلامة ره لا يدعى الحكم بالصحة فى هذه الصورة .

(قوله قد وهلوا اما اصاله التعيين فلم اتحققها الخ) والوجه فيه ان التعيين انما يكون

فى مقابل الاشاعة وقصد احدهما يصادق قصد الآخر فمع العلم بقصد احدهما - اصاله
عدم التعيين تعارض اصاله عدم الاشاعة - نعم - لو كان التعيين عبارة عن الاشاعة
متخصصة بمعين - كان قصد الاشاعة متيقنا وقصد التعيين مشكوكا فيه وكان يجرى اصاله عدم
التعيين فتأمل .

(قوله قدده وفيه نظر) الظاهر ان وجه النظر ما تقدم من ان اصاله الصحة من
الاصول التعبدية فلا تصلح لمقاومة الظهور الذى هو من الامارات - وانه وان كانت
هى من الامارات الا ان طريقيتها وامارتها انما تكون فى ظرف عدم الظهور فتدبر .

اذا باع صاعا من صبرة

(قوله قدده مسألة لوباع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الاول من
الوجوه الثلاثة الخ) ولا يخفى انه لافرق فى هذه المسألة بين ما لو كان هناك قصد
معين وارىد تعيينه بظاهر اللفظ - وبين ما لم يكن قاصدا الالمفهوم هذا اللفظ (ثم انه)
وان كانت الوجوه المتصورة من بيع بعض من متساويه الاجزاء اربعة - الا انه - حيث
تكون النكرة والفرد المنتشر ماخوذا فيها خصوصية من الخصوصيات زيادة على وجرد
الطبيعى فتحتاج ارادة احدهما الى قرينة ودال آخر ومع فقد ذلك لامحالة بدور الامر
بين ارادة الكسر المشاع - او الكلى فى المعين .

اللهم الا ان يقال ان المصنف ره يدعى ان مقتضى الوضع هو الفرد المنتشر
لكن ستعرف عدم تماميته واما بناء على مسلك المصنف ره فلعل وجه حصره الوجوه فى
الوجهين ما ذكره من ان احتمال ارادة المنتشر يدفع باصاله الصحة - وكيف كان -
فالكلام يقع اولافىما يستفاد من اللفظ بحسب الظهور ثم فيما يقتضيه النص الخاص .
اما الاول فالمشهور بين الاصحاب الحمل على الكلى فى المعين وتوضيح المقام -
ان الصاع كسائر الفاظ اسماء الاجناس موضوع لطبيعى المعنى - وهو المقدار الخاص
مع قطع النظر عن جميع الخصوصيات - وتنوينه اما ان يكون تنوينا للتمكن

ومجرد انحفاظ المادة في ضمن حركة اعرابية - او يكون للتكبير - وعلى الاول لا يزيد على الطبيعي شيء والثاني وان كان يتوهم ظهوره في الفرد المنتشر كما في المتن - حيث ادعى المصنفه ظهوره في ارادة الفرد المنتشر اذ لوجه له سوى ذلك - الا انه يمكن ان يقال ان المراد به مجرد عدم التعيين لالتكثرة المصطلحة - واما كلمة من فهي للتبعض فمفاد هذه الجملة ارادة صاع من الحنطة غير المتعين من جهة الامن جهة كونه بعضاً من الصبرة الموجودة في الخارج فظاهرها هو الكلي المتقيد بالموجود الخارجي المشتمل على افراد خارجية وقد عرفت ان هذا هو الكلي في المعين - وبعبارة اخرى - ان ظاهرها ارادة صاع من الحنطة الذي هو بعض من مجموع هذه الصبرة الموجودة في الخارج وهذا هو الكلي في المعين - اذ الكسر المشاع بعض من الجميع لا المجموع (مضافاً الى ان ارادة الكسر المشاع تخالف الظاهر من وجه آخر وهو اخذ الصاع مرآة وطريقاً و معرفة للعشر والثلثين او نحو ذلك وهذا بخلاف حمله على الكلي في المعين فانه يكون الصاع بنفسه وعنوانه مبيعاً - هذا كله بناء على مسلك المشهور في الكسر المشاع واما بناء على ان الكسر المشاع عبارة عن ملكية تمام المال بالملكية الناقصة كما عرفت في مسألة بيع نصف الدار فحمل العبارة المذكورة على الكلي في المعين في غاية الوضوح كما لا يخفى .

واما النص وهو صحيح (١) بريد المنقول في المتن فهو ايضاً يشهد بالحمل على الكلي في المعين فانه لو كان المبيع كسراً مشاعاً كان الباقي مشتركاً بين البائع والمشتري غاية الامر ان ينسخ البيع بالنسبة الى المقدار التالف - فالحكم يكون الباقي للمشتري خاصة آية الحمل على الكلي في المعين (لا يقال) انه بلائهم مع الفرد المنتشر ايضاً (فانه يقال) انه بعد ما عرفت من بطلان بيع الفرد المنتشر وعدم امكان تصحيحه ولو بالتعبد يتعين حمل الخبر على الكلي في المعين .

ثمرات كون المبيع كليا في المعين او مشاعا

(قوله قدده ثم انه يتفرع على المختار من كون المبيع كليا امورا احدها كون التخيير في تعيينه بيدا البايع الخ) المشهور بين الاصحاب هو ذلك وخالف القوم المحقق القمي ره وذهب الى ان التخيير في تعيينه بيدا المشتري - والظاهر - ان منشأ مخالفته للقوم قياسه تمليك الكلي في المعين - بالامر بالطبيعة و المشتري بالمامور - فكما ان هناك يكون التخيير في تعيين الفرد بيدا المأمور كك التخيير فيه في المقام انما يكون بيدا المشتري (وفيه) ان الامر بامر بصير مالكا للفرد من الطبيعي على المأمور وفي المقام يصير المشتري مالكا على البايع فكان الحري قياس المشتري في المقام بالامر هناك فكما انه ليس اختيار الفرد هناك بيدا الامر كك هناليس بيدا المشتري (وبالجملة) اذا كان البايع مملكا للكلي في المعين يصير المشتري مالكا للطبيعي دون الخصوصيات فليس له حق في الخصوصيات ليعين بعضا منها لنفسه فلا محالة يكون الخيار بيدا البايع - و هذا بخلافه على الاشاعة فان المال يكون مشتركا بينهما فليس لاحدهما التعيين الامع رضا الآخر .

(قوله قدده ومنها انه لو تلف بعض الجملة وبقي مصداق الطبيعة انحصر حق المشتري فيه الخ) والوجه في ذلك انه مع بقاء مصداق واحد للكلي لا يكون الكلي تالفا بل هو موجود وحيث انه لا تعدل لمصداقه لا محالة يكون حق المشتري منحصر فيه - ويكون نظير مالو امر بطبيعة وانحصر مصداقها في فرد واحد فانه يتعين كونه مأمورا به - وهذا بخلافه على الاشاعة فان كل ماتلف يكون مشتركا بينهما وكك الباقي . (قوله قدده ومنها انه لو فرضنا ان البايع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا كليا الخ) وقد ذكرنا في وجه تعين الصاع الباقي للمشتري الاول ويكون المبيع بالنسبة الى الثاني من قبيل ماتلف قبل قبضه امرين . الاول ما افاده المصنف ره (وحاصله) ان البايع بعد ما باع صاعا من الصبرة التي

هى عشرة اصوع يكون مالكا لتسعة اصوع فالمبيع الثانى يكون ساريا فيما يملكه البايع فاذا تلف ماعدا الصاع فقد تلف جميع ما كان الكلى ساريا فيه فقد تلف المبيع الثانى قبل القبض (وفيه) ان تسعة اصوع المالك بعد البيع الاول لانميز لها واقعا كى يكون سريان الصاع المبيع ثانيا فيها - وبعبارة اخرى - كل من المبيعين يكون كليا قابلا للانطباق على كل فرد من افراد الصبرة و مادام لم يتلف ماعدا الصاع الواحد يكون كل منهما علي حد سواء فى التطبيق على كل فرد منها ولا امتياز لاحدهما على الآخر فبعد التلف ايضا يكون هذه النسبة باقية وان شئت قلت ان الاولوية انما تكون فى المبيع وهو الكلى لافى التطبيق على الفرد .

الثانى ما افاده المحقق الثانى ره وهو - انه اذا لم يبق الا مقدار حق احدا المشتريين فحيث ان المشتري الاول سابق على الثانى فى المعاملة فهو سابق فى صرف الطبيعى الى نفسه وجره الى ملكه وجعله منطبقا على الصاع الباقي ويزاحم الاخر فى صرف الوجود من الطبيعى (وفيه) انه اذا كان هناك تزاحم فى بادى الامر كان ما ذكر متينا كما لو فرضنا انه لم يكن له الاصاع من الصبرة - واما اذا لم يكن التزاحم الابقاء فمن حين حدوث التزاحم لا اولوية لاحدهما على الاخر اذا التقدم يكون فى الحدوث وفى ذلك الحين لم يكن تزاحم (وعليه) فلا يظهر انه لا تزاحم لاجل جميع لاحدهما على الاخر فالباقي بما ان نسبته اليهما على حد سواء فيحكم بان لكل منهما نصفاهما و بالنسبة الى النصف الاخر يكون من قبيل تلف المبيع قبل القبض .

(قوله قدده و ان قبض فى ضمن الباقي - حصلت الشركة النخ)

صور الاقباض اربع (الاولى) ان يعين الكلى فى فرد ويقبضه المشتري (الثانية) ان يقبضه المجموع بعد تعيين الكلى المبيع فى الكسر المشاع (الثالثة) ان يقبضه المجموع بان يكون كل واحد منها وفاء والكليات الاخر امانة (الرابعة) ان يقبضه المجموع بعنوان الامانة حتى يعين حصة الكلى فيما بعد (لاشكال) ولا كلام فى الصورة الاولى فانه لو تلف المقبوض بحسب على المشتري - كما - لا ينبغي التوقف فى حكم الصورة الثانية - وانه بحسب التالف عليهما بالنسبة لان التعيين بيد البايع من غير فرق بين ان يكون بنحو

الافراز او الاشاعة - واما الصورة الثالثة - فان تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض واما ان تلف البعض فلا وجه لحساب التالف عليهما فان المبيع بعد القبض على كليته من دون ان يكون متعيناً في فرد بنحو الافراز او الاشاعة فاذا كان الباقي بمقدار المبيع فلا يكون المبيع الكلي تالفاً لقابلية تطبيقه على هذا الفرد - واما الصورة الرابعة - فبالنسبة الى التعيين حكمها حكم الصورة السابقة - واما بالنسبة الى الاقباض الذي اثره انه لو تلف المجموع يكون من التلف بعد القبض - فالظاهر ايضا اتحاد حكمها مع الصورة السابقة اذ لا يعقل ان يكون مال الشخص امانة عنده فلا محالة يكون اقباضاً .

الفرق بين الاستثناء والبيع

(قوله قدده وانما الاشكال في انهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و

استثنى منها اوطالا معلومة الخ) محصل الاشكال - ان الاصحاب في مسألة استثناء الارطال افتوا بانه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه - ولازم ذلك الحمل على الاشاعة وح فيقع الاشكال في الفرق بين المسألتين حيث ان ظاهرهم في مسألة الارطال الحمل على الاشاعة وفي المقام الحمل على الكلي في المعين - وايضا - فان لهم في مسألة الارطال فتويين لاتلاثمان مع الاشاعة - احدهما - انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان حصة البايع في الباقي - ثانيتهما - استقلال المشتري في التصرف وقد ذكروا في مقام الفرق وجوها - وقد ذكر المصنف ره جملة منها مع ما يرد عليها فلا حاجة الى الاعادة .

ومنها ما افاده المصنف ره في آخر كلامه (وحاصله) ان المستثنى كما يكون كلياً - كك يكون عنوان المستثنى منه الذي انتقل الى المشتري كلياً بمعنى انه ملحوظ بعنوان كلي يقع عليه البيع - فكل منهما مالك للكلي ونسبة الموجود الى كل منهما على حد سواء فتخصيص احدهما به ترجيح بلا مرجح فيكون نسبة التالف اليهما على حد سواء فيحسب عليهما - واما في البيع فان المبيع وان كان كلياً الا ان مال البايع لم

يلاحظ بعنوان كلى (وفيه) اولاً ان الخصوصيات امان تكون باقية على ملك البايع فى مسألة الاستثناء - او تكون داخلية فى ملك المشتري - فعلى الاول حكم المشتري فى المقام حكمه فى تلك المسألة فلاوجه لحساب التالف عليه - وعلى الثانى كان حكم المشتري هناك حكم البايع فى المقام فلاوجه لحساب التالف على البايع - وثانياً - ان ظاهر بيع المجموع الامتداداً منها بيع الموجود الخارجى لالكلى - وثالثاً - انه لايرتفع بذلك اشكال استقلال المشتري فى التصرف - كما لايرتفع به اشكال انه لو تلف بتفريط المشتري كان حصة البايع فى الباقي كما لا يخفى .

ومنها ما افاده المحقق النائنى ره - وهوان المبيع فى بيع الصاع كلى ولا يملك المشتري من الخصوصيات شيئاً فمادام يكون صاع من الصبرة موجوداً لوجه لحساب التالف عليه - والمبيع فى مسألة الاستثناء ايضاً وان كان كليا الا ان البايع يملك الكلى مع الخصوصية فاحتساب التالف على المشتري لوجه له بل يحسب عليهما - ومقتضى استحقاقه الكلى ان يستحق الباقي لو اتلف المشتري مقداراً من الثمرة لان حقه لم يكن مشاعاً فى مال المشتري حتى يستحق القيمة وعلى هذا يرتفع اشكال جواز تصرف المشتري فى الثمرة بلامرضى البايع لانه لم يكن شريكاً معه بعنوان الاشاعة (وفيه) ان البايع ان كان مالكا لجميع الخصوصيات كان المشتري كالمشتري فى مسألة شراء الصاع لوجه لحساب التالف عليه و ان ملك بعض الخصوصيات بنحو الاشاعة عاد سؤال الفرق - وان ملك بعضها بنحو الفرد المنتشر بطل البيع كما تقدم .

ومنها ما افاده المحقق الاصفهاني ره (وحاصله) ان ظهور الصاع فى بيع الصاع من الصبرة فى الكلى فى المعين لامزاحم له وظهوره فيه فى مسألة الاستثناء مزاحم مع ظهور الاستثناء فى كونه متصلاً لا منقطعاً وهو اقوى فلا محالة يكون المستثنى جزئياً اخرج من الجزئيات - وحيث - ان الجزئى المفروز امام مجهول او مردد والاول باطل والثانى محال فلا بد من حمله على الجزئى بجزئية منشأ انتزاعه وهو الكسر المشاع (وفيه) مضافاً - الى انه بهذا لا يرتفع اشكال استقلال المشتري فى التصرف - وانه لو

تلف المجموع بتفريط من المشتري كان حصة البايع في الباقي - ان استثناء الكلى
ن المجموع ليس استثناء منقطعاً بل يكون متصلاً لان الاستثناء المتصل هو مالو اخرج
شيء لولم يكن استثناء كان داخلاً في المستثنى منه وفي المقام كك .

فالحق ان يقال ان المستثنى في مسألة الارطال ايضاً كلى - وانما يكون المشتري
مستقلاً في التصرف - ولكن حيث انه لا اشكال عند العرف في انه لو تلف المجموع
المقدار المستثنى ليس ذلك للبايع خاصة - يستكشف من ذلك ان المستثنى هو الكلى
ذو مراتب و يكون الاستثناء في قوة استثنائات عديدة متنازلة شيئاً فشيئاً فمجموع
الارطال تكون مستثناة مع بقاء مجموع الثمرة - و شيء منها نسبتته الى الباقي نسبة المجموع
الى المجموع مع تلف شيء منه وعدم الاستثناء مع تلف الجميع - وبعبارة اخرى - ان
المستثنى هو الكلى المتقدر بالكسر المشاع كعنوان العشر مثلاً فكلما تلف يحسب
عليهما الاحالة ومع ذلك يستقل المشتري بالتصرف ولا يلزم من ذلك غرقان المستثنى
متعين وهو عشر المجموع مثلاً (و اما) وجه انه لو تلف البعض بتفريط المشتري كان
حصة البايع في الباقي - فالظاهر - انه يكون هو الشرط الضمني لبناء المتعاملين على ذلك
كما لا يخفى .

اقسام بيع الصبرة

(قوله قدده قال في الروضة تبعاً للمحكي عن حواشي الشهيد ان اقسام بيع
الصبرة عشرة الخ) لا يخفى انه اذا كانت الصبرة معلومة المقدار صرح بيعها في اربعة
اقسام - احدها - بيع جميع الصبرة - ثانيها - بيع جزء معلوم منها كالعشر - ثالثها - بيع
صاع او صبعان منهما مع العلم باشتغالها على هذا المقدار - رابعها - بيع الصبرة جميعها
كل صاع منها بكذا - اذ المشن في هذه الاقسام كالثمن معلوم - وبطل في القسم الخامس -
وهو بيع كل صاع منها بكذا لان المبيع ح غير معلوم فيكون البيع غررياً - لصالحية
انطباق كل صاع بكذا على الواحد والزيادة (وعن) المحقق النائيني ره انه يظهر مما

افاده العلامة في بعض كتبه من صحة الاجارة لوقال الموجر آجرتك الدار كل شهر بكذا في الشهر الاول لتضمن هذا القول اجارة هذا الشهر يقينا - صحة البيع في المقام بالنسبة الى صاع واحد (وفيه) مضافا الى فساد المبنى كمانه هو عليه من جهة ان تردد متعلق العقد بين الاقل والاكثر يقتضى الجهل به - انه لو تم لما يمكن البناء على الصحة في المقام - اذ في الاصل يدعى ان اجارة الشهر الاول متيقنة وذلك الشهر ممتاز عما عداه واما في الفرع فلا يمكن ان يقال ان بيع الصاع الواحد متيقن - فانه ان اريد به الواحد الشخصى فهو لتردده بين الافراد لا يصح كما تقدم - وان اريد به الكلى في المعين فهو غير متيقن اذ لو اخذ المشتري تمام الصبرة لم يقع العوض في مقابل الكلى في المعين بل وقع بازاء الاشخاص الخارجية - فالأظهر هو البطلان في هذا القسم .

و اما اقسام بيع الصبرة المجهولة المقدار فلا كلام في بطلان بيع ثلاثة اقسام منها - وهى - بيع جميع الصبرة - وبيع جزء معين منها كالعشر - وبيع كل صاع منها بكذا - كما لا اشكال في صحة بيع مقدار معين منها كالصاع مع العلم باشتغالها عليه - انما الكلام وقع في موردین (الاول) في حكم القسم الاخير مع عدم العلم باشتغال الصبرة عليه (الثانى) في حكم بيع جميعها كل صاع منها بكذا - الذى حكمنا فيه بالصحة في المعلومة .

اما المورد الاول فمن القواعد والتذكيرة و حواشى الشهيد والروضة وغيرها البطلان - و عن ظاهر الدروس و اللمعة الصحة - والظاهر هو الاول للغرر - وغاية ما قيل في وجه الصحة ومنع الغرر ان بناء العقد على توزيع الثمن على مجموع المبيع فكل جزء من ذلك يقابل بجزء من الثمن فما كان من المبيع موجود ايصح البيع بالاضافة اليه وما لم يكن موجودا بطل بالقياس اليه وثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة (وفيه) انه لو سلم ارتفاع الغرر بذلك - لما كان مجديا بعد اعتبار معلومية كيل المبيع او وزنه ان كان مكيلا او موزونا - مع - ان ارتفاع الغرر غير ثابت فانه وان ارتفع من حيث المالية

الا انه لا يرتفع من حيث الغرض المعاملى وبعبارة اخرى الجهل بوجود المبيع غرر عرفا كما لا يخفى فالظاهر هو الفساد .

واما المورد الثانى فالمشهور على ما نسب اليهم البطلان - وعن الشيخ فى الخلاف انه لا مانع منه والاصل جوازه وعن الكفاية انه غير بعيد - واستدل للصحة - بان المبيع معلوم بالمشاهدة والتمن مما يمكن ان يعرف بان يكال الصبرة ويوزع الثمن على قفزاتها (وفيه) ان المعلوماتية بالمشاهدة لا تكفى فيما يعتبر فى صحة بيعه الكيل او الوزن - مع - انه يلزم الغرر - فالظاهر هو البطلان .

في كفاية مشاهدة العين سابقا

(قوله قد هدمسألة اذا شاهد عينا فى زمان سابق على العقد عليها فان اقتضت

العادة (الخ) لا اشكال فى صحة العقد مع قضاء العادة ببقائها على ما هى عليه - كما لا اشكال فى الفساد مع قضاء العادة تغيرها عن صفاتها السابقة الى غيرها المجهول عند المتبايعين للزوم الغرر - انما الكلام فى موردين - الاول - فى انه لو اقتضت العادة التغير هل يمكن تصحيح العقد باخبار البايع او الاشتراط فى ضمن العقد - لا - الثانى - فى حكم مالهو احتمال الامران .

اما الاول فالظاهر صحة البيع مع اخبار البايع اذا كان مؤتمنا - او اشتراط تلك الصفات فى ضمن العقد - اما مع اخبار البايع - فللنصوص (١) الواردة فى اخبار البايع بالكيل او الوزن المتقدمة بناء على الغاء خصوصية موردها والتعدي الى ساير الخصوصيات التى يكون الجهل بها موجبا للغرر - و اما مع الاشتراط فلا ارتفاع الغرر به .

واما المورد الثانى فقد افاد المصنف رده انه جاز الاعتماد على اصالة عدم التغير و البناء عليها فى العقد فيكون نظير اخبار البايع بالكيل او الوزن لان الاصل من الطرق التى

يتعارف التعويل عليها (وفيه) ان الغرر لا يرتفع بالاصل - وان شئت قلت انه انما يجرى الاستصحاب فيما كان الاثر مترتباً على المتيقن - واما بالنسبة الى اثر العلم فلا يكون الاستصحاب مفيداً بالاضافة اليه فان الاستصحاب ان جرى و حكم ببقاء الحالة السابقة مع تحقق الشرائط من اليقين السابق و الشك اللاحق و ثبوت الاثر للمتيقن - يترتب عليه آثار العلم التى تكون مترتبة عليه من حيث انه موجب للجرى العملى على طبق الحالة السابقة دون غيرها واما اذا لم يكن هناك اثر للمتيقن فلا يجرى كى يقوم مقام القطع فى تلك الآثار - وفى المقام ان ارتفاع الغرر بما انه من آثار العلم فلا يترتب على الاستصحاب (مضافاً) الى انه من آثار العلم بما هو طريق لا بما انه مقتضى للجرى العملى - و عليه - فلا يفيد الاستصحاب فى المقام (ولكن) مع ذلك يمكن تصحيح العقد بان ايقاع المعاملة على العين المرثية سابقاً يكون له ظهور عرفى فى اشتراط وجود تلك الصفات و ليست هى من قبيل الاوصاف التى لا تدخل لها فى العقد كى لا يكفى مجرد البناء بل هى من قبيل الاوصاف التى تقع المعاملة مبنية عليها التى هى بمنزلة الاوصاف المذكورة - ولا اشكال فى ارتفاع الغرر بذلك - اللهم الا ان يقال ان ارتفاع الغرر من حيث المالية بذلك وان كان لا اشكال فيه كما فى ساير موارد الاشتراط - الا ان الغرر من حيث الغرض المعاملى لا يرتفع به - فتأمل .

(قوله قدده وكيف كان فاذا باع او اشترى برؤية قديمة فانكشف التغير

تخير المغبون الخ) قد عرفت ان صور البيع بالرؤية القديمة ثلاث (الاولى) العلم العادى ببقاء تلك الصفات (الثانية) اخبار البائع بها (الثالثة) ايقاع المعاملة مبنية عليها - اما فى الصورة الاولى والثانية - فالأظهر صحة العقد و لزومه اما الصحة فلما تقدم - واما لزومه فلانه لا موجب للخيار لا خيار الغبن لان ذلك الخيار مورده زيادة القيمة السوقية او نقصها - ولا خيار الرؤية لما سياتى من اختصاصه بما اذا اشترط الوصف - ولا خيار الشرط لعدمه - ولا غير ذلك وهو واضح -

واما فى الصورة الثالثة فالأظهر ثبوت خيار الشرط لما تقدم (وما) عن العلامة

من احتمال البطلان (يمكن) ان يكون مدر كسه احد امور (الاول) ما افاده المصنف ره من ان العقد اذا وقع على الشيء الموصوف انتفى متعلقه بانتفاء صفته والا فلا وجه للخيار (الثاني) ان المعتبر في صحة العقد عدم كونه بنفسه غرريا والاشتراط لا يرفع غررية البيع (الثالث) ان الشرط الذي لم يذكر في العقد لاعبرة به - والكل كما ترى - اما الاول - فللنقض بجميع الشروط - وللحل فان الشرط التزام في ضمن التزام وسيأتي توضيح ذلك في محله - واما الثاني - فلان الشرط يوجب رفع الغرر عن البيع و عدم كونه غرريا - واما الثالث - فلان الشرط غير المذكور في العقد على قسمين - الاول - ما يقع العقد مبنيًا عليه ويكون له ظهور عرفي فيه - الثاني - ما لا يكون كك وما ذكر يتم في الثاني من جهة انه في باب العقود واليقاعات لاعبرة بالبنائات القلبية ما لم تبرز - ولا يتم فسي الاول - اذ لا يعتبر فيها غير الابرار شيء آخر من كون الابرار بالدلالة المطابقة لالالتزامية فتدبر فالأظهر هي الصحة والخيار .

حكم مالو اختلاف في التغير

(قوله قدده فرعان الاول لو اختلفا في التغير فادعاه المشتري الخ)
مورد الكلام في هذا الفرع مالو اتفقا على الصفات الموجودة حال العقد وكان الاختلاف في انها هي الصفات المرئية او ان الصفات المرئية كانت غيرها (لاما)
لو اتفقا على الصفات المرئية وكان الاختلاف في انها كانت باقية الى حين العقد ام لا -
فانه في هذه الصورة يجري استصحاب بقائها على ما كانت عليه وهو حاكم على جميع
الاصول المفروضة (ثم ان) الغرض من الاصول التي تمسك بها المصنف ره تشخيص
المدعى عن المنكر - واما - انه على فرض كون المشتري منكرا يثبت له الخيار فهو انما
يكون بموازين باب القضاء من اليمين والبيئة (فايراد) المحقق الخراساني ره على
المصنف بان الخيار لا يثبت بالاصل لترتبه على عنوان الضرر غير الثابت به
فسي غير محله .

ثم ان جل الاساطين ذهبوا الى ان القول قول المشتري - و استندوا في ذلك الى وجوه (الاول) ان المشتري هو الذي ينتزع منه الثمن ولا ينتزع منه الا باقراره او بيعة تقوم عليه - وليس المراد بذلك استصحاب بقاء علقه المشتري بالثمن بناء على ان الخيار من مراتب العلقه الملكية التي كانت قبل البيع اذ المبني فاسد لان الملكية من سنخ الوجود وليست ذا مراتب - بل المراد به ظهور البدفي كون المشتري مسلطاً على الثمن بالنصرف فيه و لو بالفسخ فح ان كان الثمن بيده فلا كلام والا فيستصحب بقاء سلطنته المطلقة على الثمن (وفيه) ان يد المشتري على الثمن بعد المعاملة يد امانية وليست اماره تسلطه عليه و ادعاء المشتري تسلطه على الفسخ لا يفيد كما لا يخفى.

ثم ان المصنفه بعد هذا الجواب قال الا ان يقال ان وجود الناقل لا يكفي في سلطنة البائع الخ (وحاصله) انه بناء على ما ذكره العلامة ره في التذكرة من ان البائع لا يكون مسلطاً على تسليم الثمن في زمان الخيار كما ان المشتري لا يكون مسلطاً على تسليم الثمن في ذلك الزمان - بصير البائع مدعياً والمشتري منكراً لموافقة قوله للاصل من وجه آخر - وهوانه مع الشك في ثبوت الخيار يشك في حدوث سلطنة كل من البائع والمشتري و الاصل عدمها فمقتضى الاصل عدم تسلط البائع على تسليم الثمن من المشتري فاذا صار المشتري منكراً ثبت له الخيار بمقتضى قوانين باب القضاء - ثم قال انه لا مدفع لهذا الاصل الاصاله عدم سبب الخيار .

والحق في الجواب عن هذا الوجه ما افاده المصنفه في مبحث الخيارات بقوله اني لا اجد لهذا الحكم وجهاً معتمداً ولم اجد من عنونه وتعرض لوجهه - ولا ينافيه ما افاده في مبحث خيار المجلس بما حاصله انه لو قلنا بوجوب التقابض في عقد الصرف والسلم - فثمرة الخيار واضحة وهي عدم وجوب التقابض كما توهمه المحقق النائيني ره فان الظاهر ان مراده انه لو ثبت الخيار حيث ان له الفسخ لو فسخ لما وجب التقابض و هذه ثمرة الخيار لانه لا يجب التقابض مع عدم الفسخ .

واما تفصيل المحقق المذكور بين الخيارات الزمانية وغيرها - وانه يتم ما افاده

العلامة ره في القسم الاول دون الثاني من جهة ان حقيقة الخيار في القسم الاول عبارة عن كون امر العقد بيد ذي الخيار فجميع آثاره تحت تصرفه ومنها التسليم والتسلم - و اما في القسم الثاني فحقيقته عبارة عن ثبوت حق الاسترداد ما لم يصل الى ذي الخيار عوضه فالخيار ابتداء لا يرجع الى العقد بل ثانيا فقبل الفسخ لم يرد تخصيص على ادلة سلطنة الناس على اموالهم فيجب علي المشتري تسليم الثمن وان جازله استرداده بعده (فغير تام) فان حقيقة الخيار في القسمين واحدة وهي ملك فسخ العقد و اقراره ولا يؤثر هذا الامن حين وقوعه في رفع اثر البيع لانه يكشف عن عدم صحة البيع من الاول ولذا يجب التسليم في القسمين ما لم يتحقق الفسخ فتدبر .

الوجه الثاني ان البائع يدعي علم المشتري بهذا الوصف الموجود والرضا به والمشتري ينكره والاصل مع المشتري ذكره العلامة في محكي التذكرة (واجاب) عنه المصنف ره بجوابين (احدهما) ان المشتري يدعي علمه بالوصف الاخر الذي يدعيه الذي هو منشأ ثبوت الخيار لتخلف الوصف والاصل عدمه فالبايع يكون منكر أو المشتري مدعي (ثانيهما) ان الشك في علم المشتري بهذا الوصف وعلمه بغيره مسبب عن الشك في وجود غير هذا الوصف سابقا فاذا انتفى غيره بالاصل الذي يرجع اليه اصاله عدم تغير المبيع لم تجر اصاله عدم علمه بهذا الوصف (اقول) في الاستدلال وجوابي المصنف ره نظر (اما الاول) فلان اصاله عدم علم المشتري بالوصف الموجود لا تثبت وقوع البيع على الموصوف بالوصف الاخر الاعلى القول بالاصل المثبت (وبه يظهر) ما في الجواب الاول الذي ذكره المصنف ره - اذ لا يثبت بالاصل المزبور وقوع البيع على الموصوف بهذا الوصف الموجود (واما الثالث) فلان حكومة الاصل السببي على المسيبي انما تكون فيما اذا كانت السببية شرعية لافي مثل المقام مما تكون السببية عقلية .

الوجه الثالث ان الاصل عدم وصول حق المشتري اليه كما عن جامع المقاصد (وفيه) ان حقه من العين واصل اليه قطعاً - ومن الوصف المفقود غير ثابت واستصحاب بقاء كلى الحق من قبيل الاستصحاب في القسم الثالث من اقسام استصحاب الكلى ولا نقول

به - فهذه الوجوه لاتتم - ولذلك .

قال المصنف ده (ويمكن بناء المسألة على ان بناء المتبايعين حين العقد على
الاصناف النخ) وحاصله انه ان كان الوصف من قيود المبيع و كان الالتزام التزاما
وحدانيا متعلقا بعنوان المتصف بالصفات - كان الاصل مع المشتري لرجوع النزاع
الى وقوع العقد على الشيء المطلق بحيث يشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود
وعدمه والاصل مع المشتري - وان كان في قوة اشتراطها على ان يكون هناك التزامان
كان الاصل مع البايع لرجوع النزاع في التغير وعدمه الى النزاع في اشتراط خلاف هذا
الوصف الموجود على البايع وعدمه والاصل مع البايع (اقول) ان ما هو محل البحث
من قبيل القسم الثاني - وذلك لوجهين - الاول - ان تقييد المبيع وتضييقه يختص
بالكلي فانه قابل لذلك ولا يكون الشخصي كك - وتعليق البيع على الوصف موجب
للبطلان - فلا محالة يكون من قبيل الالتزام به في ضمن العقد - الثاني - ان البيع
بالرؤية القديمة انما صححناه بالاشتراط فراجع ما ذكرناه - وعليه - فالاصل مع البايع .
ثم انه قد يقال في تقريب ان الاصل مع البايع وجوه اخر (منها) اصالة عدم وقوع
العقد على العين المقيدة بالوصف المفقود ليثبت الجواز (و فيه) انه ان اريد بها ما هو
مفاد ليس التامة - فهي لاتنفذ فان عدم وقوع العقد المتصف بالوصف المفقود
لا اثر له الا ان يثبت به وقوعه على المتصف بالوصف الموجود او المطلق غير المقيد
بشيء من الوصفين - وان اريد به ما هو مفاد ليس الناقصة فلاحالة سابقة له (ثم ان) المصنف
ده نظر المقام بالشك في كون الماء المخلوق دفعة كرامن اصله - بدعوى - ان اصالة
عدم كربيته نافعة غير جارية و اصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة في ترتب آثار
القلة على الماء المذكور (وفيه) انه في الماء المخلوق دفعة من جهة ان آثار القلة آثار للماء غير
المتصف بعنوان الكرية يمكن اجراء عدم الكرية الازلي كما ذكرناه في الجزء الاول
من هذا الشرح مفصلا - واما في المقام فلا يمكن ذلك من جهة ان موضوع اللزوم هو العقد
الواقع على المتصف بالوصف الموجود او المطلق لاعلى العقد غير الواقع على المتصف

بالوصف المفقود فلا ينفع اصاله العدم الازلى فى المقام بخلافه فى المثال .

ومنها اصاله اللزوم (وفيه) ان الشك فى الجواز واللزوم مسبب عن الشك فى وقوع العقد على المتصف بالوصف الموجود وعدمه فاذا جرى الاصل فى السبب لا يبقى شك فى اللزوم كى يرجع الى اصالته .

و منها العمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الاسول العملية المتقدمة مثل ما دل (١) على حرمة اكل المال الا ان تكون تجارة عن تراض وعموم (٢) ولا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه وعموم (٣) الناس مسلطون على اموالهم (وفيه) ان هذه العمومات قد خصصت بادلة الخيارات فمع الشك فى الخيار تكون الشبهة مصداقية ولا يرجع فيها الى العمومات .

و منها ان موضوع الخيار المعاوضة الواقعة على مال لا ينطبق على المدفوع فاذا شك فى تلك فالاصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة (وفيه) ان موضوع الخيار هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه وبعبارة اخرى عدم دفع البايع العنوان الذى وقع العقد عليه الى المشتري والاصل موافق له (مع) انه لو سلم ما ذكر لما كان يثبت به اللزوم .

ومنها ان اصاله عدم تغير المبيع واردة على الاصول المذكورة لان الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع (وفيه) مضافا الى ما افاده المصنف ره .

بقوله (مضافا الى منع جريانه فيما اذا علم بالسمن قبل المشاهدة الخ) انه ان اريد بذلك استصحاب عدم التغير من حيث انه بنفسه حادث من الحوادث فهو

١- النساء آية ٢٩

٢- الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى - والمستدرك ج ١ ص ٢٢٢ والاحتجاج

ص ٢٦٧ .

٣- البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث وج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم .

لا يفيد لعدم كونه موضوع الاثر - وان اريد به استصحاب المعنون ففيه اولاً انه من الاستصحاب القهقرى لانه يراى اثبات كون الصفة الموجودة كك حين العقد - وثانياً - ان استصحاب كون هذه الصفة موجودة لا يكفي - فان موضوع الاثر وقوع العقد على المتصف بهذا الوصف الموجود لا وجود الصفة حين العقد (فتحصل) مما ذكرناه ان كانت الاوصاف من قبيل الشرط والالتزام في الالتزام كان الاصل مع البايع - والافمع المشتري .

(قوله قدده لكن الانصاف ان هذا البناء في حكم الاشتراط من حيث ثبوت الخيار (الخ) وفيه انه اذا لم يكن حقيقة ذلك حقيقة الاشتراط احتاج المحاق به الى دليل تعبدى مفقود و بعبارة اخرى ان تصحيح المعاملة بالرؤية القديمة كان بالاشتراط فاذا لم يكن ذلك باشتراط حقيقة لزم بطلان العقد .

(قوله قدده ولو ادعى البايع الزيادة الموجبة لخيار البايع (الخ) اقول بناء على ما اخترناه من ان اوصاف المبيع في البيع بالرؤية القديمة مع الشك فيها - انما تكون كالشروط الخارجية من قبيل الالتزام في الالتزام - وعليه بني في المسألة المتقدمة ان الاصل مع البايع لا بد من البناء في المقام على ان الاصل مع المشتري لان البايع يدعى ان الشرط غير هذا الوصف الموجود والمشتري ينكره والاصل عدمه - واما بناء على كونها من قبود المبيع يكون الاصل مع البايع بعكس المسألة السابقة فان المشتري يدعى وقوع البيع على هذا المتصف بالوصف الموجود والبايع ينكره والاصل معه (وبذلك) ظهر ان ما بني عليه الشهيد ره من ان الاصل مع المشتري في المسألتين (لا ينطبق) على القواعد (واما) ما افاده المحقق النائيني ره في توجيه ما افاده الشهيد ره بان الغالب يقدم البايع على البيع كائنا ما كان ولا ينظر الى الوصف الزائد على ما رآه المشتري سابقا (فغير تام) اذ كما تختلف رغبات المشتري في مقام الاشتراء كك تختلف رغبات البايع سيما في الاوصاف الموجبة لاختلاف القيمة وجودا وعدما كما هو واضح .

لواختلفا في تقدم البيع على التغير وتأخره عنه

(قوله قدّه لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة ووقوع العقد على الوصف المشاهد و اختلفا في تقدم التغير الخ) الكلام في هذه المسألة يقع في موضعين - الاول - فيما اذا صارت قيمته بعد التغير اقل وكان المدعى للخيار هو المشتري - الثاني فيما اذا صارت قيمته ازيد وكان المدعى للخيار هو البائع .

اما الموضع الاول فالكلام فيه يقع في موردین - احدهما - بناء على ان تلف الوصف بعد البيع وقبل القبض يوجب الخيار - ثانيهما - بناء على عدم كونه موجبا للخيار - وقبل الشروع في بيان الحق لا بد من تقديم مقدمة (وهي) انه ربما يكون متعلق الحكم هو الفعل المتعلق بالموصوف المتصف بوصف حال وجود الوصف - وربما يكون متعلقه هو الفعل المتعلق بالوصف - مثال الاول - مالو وجب اكرام زيد العالم - و مثال الثاني - موارد ضمان الاوصاف فانه مترتب على الاستيلاء على الوصف نفسه - وفي القسم الاول اذا كان الوصف متيقنا سابقاً و مشكوكا فيه لاحقاً يجرى فيه الاستصحاب و يترتب حكمه بضم الوجدان الى الاصل فلو كان زيد عالماً وشك في بقاء علمه يستصحب ذلك ويكون اكرامه متعلقاً للوجوب - وفي القسم الثاني - لا يكفي استصحاب بقاء الصفة لانه لا يثبت به كون الفعل متعلقاً به - فلو كان الغنم سميناً سابقاً وشك في سمنه حال الغصب لا يكفي استصحاب بقاء السمن في الحكم بضمان هذا الوصف المترتب على غصب الوصف ايضاً - وتتمام الكلام في ذلك مو كول الى محل آخر .

اذا عرفت هذه المقدمة فاعلم انه (في المورد الاول) يكون الاصل مع المشتري لاصالة عدم وصول حقه اليه - و اصالة عدم التغير وبقاء الوصف الى زمان القبض لا يثبت قبض الصفة الذي هو موضوع اللزوم فلا تجرى - وكذا لا تجرى اصالة عدم القبض الى ما بعد التغير فانها ايضاً لا تثبت وقوع القبض على فاقد الوصف الذي هو موضوع الخيار فهذان الاصلان لا يجريان - واما - اصالة اللزوم فهي محكومة لاستصحاب

عدم وصول حق المشتري اليه (وفي المورد الثاني) يكون الاصل وهو اصاله للزوم واصالة عدم التغير وبقاء الوصف الى حين البيع الجارية والمفيدة في المقام من جهة ان الاثر وهو اللزوم انما يترتب على وقوع البيع على الموصوف في حال وجود تلك الصفة - مع البايع (وما) عن بعض من ان الاصل الثاني معارض مع اصاله عدم وقوع البيع الى زمان التغير (برده) انه لا اثر لهذا الاصل لان الخيار انما يترتب على وقوع البيع على الفاقد لذلك الوصف (واما) ما افاده المصنف رده من ان الاصل مع المشتري وهو اصاله عدم وصول حقه اليه (فغير تام) لانه على الفرض القاطع بعدم وصول حقه اليه لا يكون موجبا للخيار لعدم كون تلف الوصف قبل القبض موجبا للخيار فكيف باستصحابه .

و اما الموضوع الثاني وهو ما لو ادعى البايع الخيار - بان كانت العين في حال المشاهدة فاقدة الوصف والبيع وقع عليهما مع عدم الوصف وصارت بعد ذلك واجدة له وادعى البايع تقدم وجود الصفة على البيع والقبض والمشتري يدعى التاخر فظاهر كلام المصنف رده ان الاصل مع البايع - و صريح كلام المحقق النائيني رده ذلك ولكن الحق ان الاصل مع المشتري - اذ مضافا الى اصاله للزوم يجري اصاله عدم التغير وعدم وجود الوصف الى حين البيع - ولا يعارضها اصاله عدم البيع الى زمان التغير اذ لا يثبت بها وقوع البيع في حال وجود الوصف .

(قوله قدّه ولو وجد المبيع قالفا بعد القبض فيما يكفي الخ) او كان البيع

بيد المشتري قبل البيع - ولم يعلم وجه تعرضه لهذا الفرع في المقام و على كل حال لان تجري الاصول الموضوعية في شيء من الطرفين في المقام من غير فرق بين الجهل بالتاريخ والعلم به - للمثبتية فان استصحاب بقاء العين الى حين البيع لا يترتب عليه الاثر ما لم يحرز به تحقق البيع الذي هو تملك مال بعوض - كما ان - استصحاب عدم البيع الى ما بعد التلف لا يثبت كون البيع واقعا على المعدوم فلامحالة يشك في تحقق البيع وعدمه وبالنسبة يشك في انتقال الثمن عن المشتري وعدمه والاصل يقتضي عدم الانتقال و

بقاء ملك المشتري على الثمن .

وقد يتوهم انه تجرى اصاله الصحة في البيع لانه لو كان المبيع معد وما يكون البيع فاسدا وبلا اثر ولو كان موجودا يكون صحيحا - اصاله الصحة تقضى بالصحة وهي حاكمة على اصاله بقاء ملك المشتري على الثمن (ولكنه) فاسد من جهة اختصاص دليل اصاله الصحة بما اذا شك في الصحة والفساد بعد احراز اصل العمل الموصوف بالصحة - لا - لانه لا يعقل الشك في الوصف الامع احراز الموصوف - بل لان دليل التعبد انما يتكفل التعبد بالوصف دون التعبد بالموصوف واثباته - فلا تعبد بالوصف الامع احراز الموصوف وفي المقام بما انه يشك في اصل وجود البيع الذي هو المقسم للصحيح والفساد لانه اذا كان المبيع معد وما لم يكن ما وقع بيعا ولو عرفا - فلا يكون مجرى اصاله الصحة .

(قوله قدده حيث تمسك باصاله صحة الرجوع عن الاذن السخ)

التمسك هو صاحب الجواهره وقد حققنا في رسالة القواعد الثلاث انه لا تجرى اصاله الصحة فيه من جهة ان الرجوع اذا وقع بعد البيع لا يترتب عليه شيء لعدم كونه قابلا للتاثير ومن شرائط جريانها قابلية التاثير عقلا .

(قوله قدده ولو فيما اذا باع بالثمن السخ) البيع بلا ثمن كالبيع بلا مبيع بعد فرض تقوم البيع بالعوضين فلو شك فيه لا تجرى اصاله الصحة لعين ما تقدم .

(قوله قدده كما لو باع ما تلفه زيد السخ) اقول ان قلنا ان حقيقة الضمان كون التالف بشخصه في العهدة الى حين الاداء - صح البيع المذكور لاعتبار بقاء المبيع - وان قلنا ان حقيقة انتقال المثل او القيمة الى الذمة كان بيعه بعد التلف بيعا لما لا وجود له وقدمر عدم جريان الاصل لو شك في ذلك .

في لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة

(قوله قدده مسألة لا بد من اختبار الطعم واللون والرائحة فيما يختلف قيمته باختلاف ذلك السخ) ملخص القول في المقام انه تارة نختلف قيمة الشيء باختلاف

اوصافه الثلاثة - و اخرى - لا تختلف - وعلى الاول - قد يكون واجد الوصف صحيحا وفاقد فاسدا - وقد يكونان معان مراتب الصحيح .

اما في القسم الاول - فلا ينبغي التوقف في بطلان البيع مع الجهل بالوصف من دون توصيف واشترط ولو ضمنى للغرر - من غير فرق بين كون الفاقد فاسدا او مالا مالية له المترتبة من ذلك الشيء - وبين كونه معيبا وهناك قول آخر (وهو) القول بصحة البيع اعتمادا على اصاله السلامة (وفيه) انه لا دليل عليها لامن بناء العقلاء ولا من الشرع (اما الاول) فلانهم في اموراتهم لا يبنون على السلامة مالم يطمئنا بها (وما) اعترف به المصنف ربه من بنائهم عليها في ما اذا كان الشك في طرو المفسد (غير سديد) لانهم في ذلك المورد ايضا لا يبنون عليها مع عدم الاطمئنان (ومايري) من ايقاع المعاملة على الشيء من دون اطمئنان بسلامته (انما) يكون من جهة الشرط الضمني وسيأتي الكلام فيه (واما الثاني) فلان ما يتوهم كونه دليلا عليها ليس الا الاستصحاب وهو لا يجري في المقام لان الاثر مترتب على الاحراز دون المتيقن .

كما لا ينبغي التوقف في صحة البيع مع العلم بالوصف بالاختبار او غيره - او اخبار البايع به ان كان مؤتمنا - او اشتراط وجوده و لو بالشرط الضمني لارتفاع الغرر بجميع ذلك - اما بالاول فواضح - واما بالثاني - فلما دل (١) على حجية خبر الواحد في الموضوعات - وما دل (٢) على كفاية اخبار البايع بالكيل او الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد - واما بالثالث - فان كان الشرط صريحا واضحا - وان كان ضمنيا اي كان القيد من القيود التي بناء المتعاملين عليها فلما تقدم اجمالا وسيأتي تفصيله من انه بحكم ذكر الشرط وليس من قبيل البناء القلبي المجرد كما يقال انه لاعبرة به في باب العقود والايقاعات - و خبر (٣) محمد بن العيص عن ابي عبد الله (ع)

١- الحجرات آية ٤

٢- الوسائل - باب ٥ من ابواب عقد البيع وشروطه

٣- الوسائل باب ٢٥ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ١

عن رجل اشترى ما يذاق بذوقه قبل ان يشتري قال نعم فليذقه ولا يذوقن مالا يشتري - لا يدل على لزوم الاختبار - فانه سؤال وجوابا في مقام بيان جواز الذوق لاجوبه .
واما في القسم الثاني فما ذكرناه في هذا القسم يجري فيه طابق النعل بالنعل و الفرق بينهما انه لا مجال في هذا القسم لاحتمال الاستناد الى اصالة السلامة .
واما في القسم الثالث فالأظهر صحة البيع مع الجهل با لوصف وان لم يشترط وجوده لعدم لزوم الغرر .

ثم انه في القسم الاول لو تبين فقد الوصف - فان كان الفاقد مما لا مالية له بطل البيع - لانه يحظر العرف الفاقد غير الواحد حقيقة فمواقع عليه العقد لا واقع له و ماله واقع لم يقع عليه العقد - وبعبارة اخرى مع عدم المالية للمبيع لا يصدق عنوان البيع - وان كان الفاقد معياوله مالية ايضا صح البيع وثبت خيار العيب (و اما في القسم الثاني فان كان البيع مع اشتراط وجود الوصف ولو ضمنا ثبت خيار تخلف الشرط - و ان كان مع الاختبار او اخبار البائع لم يثبت الخيار لاخيار تخلف الشرط لعدمه ولا خيار الغبن لان مورده زيادة القيمة السوقية او نقصها ولا خيار العيب لعدم كونه معيبا .

(قوله قدده واطلاق كلمات الاصحاب في جواز شراء ما يراود طعمه الخ)
الكلمات بانفسها مقصورة على صورة التمكّن من التوصيف ولا تشمل ما لا يمكن فيه ذلك لعدم الانضباط - لانه من البدهي ان المراد بالتوصيف تعيين الصفات للمشتري لا مجرد ذكرها كما هو واضح .

(قوله قدده ثم انه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة الى المفيد الخ)
ظاهر كلمات هؤلاء كصريح الحلّي تعيين الاختبار وعدم كفاية التوصيف (كما)
ان مقتضى اطلاق كلام الجميع عدم الفرق بين وصف الصحة وسائر الاوصاف التي تنضبط بالتوصيف .

(قوله قدده والمتبايعان فيه بالخيار الخ) والمراد بالخيار هنا هو الخيار فى احداث بيع جديد وان لهم ذلك لالخيار المصطلح - وذلك للتصريح قبله ببطلان البيع من دون اختبار - وكك بعده - ولنسبة الخيار الى المتبايعين ولو كان المراد هو الخيار المصطلح كان المنسوب اليه احدهما لا كليهما .

(قوله قدده على شرط الصحة او البرائة من العيوب الخ) المراد بالبرائة من العيوب براءة المبيع منها فيكون عطف تفسير لشرط الصحة لبرائة البائع عن عهدة العيوب - فان هذا الشرط لا يعقل صيرورته موجبا لصحة البيع لو كان باطلا بدون له للجهاالة والغرر لانه لا يرفعهما لؤلم يؤكد .

(قوله قدده فينبغى ان يكون كلامهم فى الامور التى لاتنضب الخ) حاصله انه من افتاء القوم بكفاية التوصيف فيما يفسده الاختبار يستكشف انه يكفى فى رفع الغرر - وحيث - انه لا يمكن البناء على كفايته فى رفع الغرر فى مورد دون آخر - فيعلم من ذلك ان ما افتوا به من عدم كفاية التوصيف فيما لا يفسده الاختبار انما هو فيما لا يمكن فيه التوصيف الابدع الاختبار وهو ما اذا كانت الصحة ذات مراتب ولا يمكن تعيين مرتبة منها الابدع سبق الاختبار .

(قوله قدده الان تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار الخ) حاصل ذلك انه من مقابلة ما لا يفسد بالاختبار بما يفسد به - يعلم ان الفساد المنفى تارة والمثبت اخرى واحد وهو ما يقابل الصحة (وفيه) ان ما يفسده الاختبار كما يفسد باختبار وصف صحته يفسد باختبار مراتب صحته فلا شهادة فى هذا التخصيص على القصر بوصف السلامة .

(قوله قدده وان كان مذهبهم موافقا للحلى الخ) قد عرفت ان الاظهر

ذلك فراجع .

(قوله قدده الا فيما اذا كان الشك فى طر والخ) قد عرفت انه لابناء من العقلاء

حتى فى هذا المورد .

قوله قدّه ان السلامة من العيب الخاص متى ما كانت مقصودة الخ) محصل هذا التفصيل ان السلامة ان كان فواتها موجبا لفوات معظم المالية وكانت هي مقصودة على وجه الركنية لزم احرازها حين البيع ويطل بدونه ولا يصح الاعتماد على اصاله السلامة - وان لم تكن كك اى لم تكن مقومة للمالية فلا تكون متعلقة للغرض النوعى المعامل من العقلاء - لم يجب احرازها .

(قوله قدّه نعم لما كان الاطلاق الخ) هذا دفع اعتراض مقدرو هو انه ما الوجه لثبوت الخيار على هذا التفصيل فانه فى الصورة الاولى يبطل البيع وفى الثانية يصح ولكن لا موجب له - وحاصل الجواب ان وجه ثبوت الخيار فى الصورة الثانية ليس من حيث الاعتماد على اصاله السلامة بل لاقتضاء اطلاق العقد - اى الشرط الضمنى بالتقريب المتقدم ذلك .

(قوله قدّه ولكن الانصاف ان مطلق العيب الخ) هذا هو الصحيح على ما تقدم .

حكم شراء ما يفسده الاختبار

(قوله قدّه يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون اختبار اجماعا الخ) محصل الكلام فى المقام ان الاوصاف التى تختلف المالية باختلافها على قسمين - الاول - ما يوجب فقدّه كون الفاقد غير صحيح - الثانى - ما لا يوجب فقدّه ذلك بل يكون الواحد والفاقد من مراتب الصحيح (اما فى الاول) فيجوز البيع مع التوصيف او الاشتراط ولو بنحو الشرط الضمنى كما تقدم فيما لا يفسده الاختبار - ولا يصح البيع بدون ذلك للزوم الغرر (واما) الاعتماد على اصاله السلامة فقد عرفت فى المسألة المتقدمة ما فيه (واما) ما عن جماعة من الاكتفاء بالبرائة من العيوب - فان كان المراد بهما ما تقدم وهو براءة المبيع من العيوب فهو متين الا انه يرجع الى اشتراط الصحة وان كان المراد بهابرة البايع عن عهدة العيوب فيرد عليه ان ذلك يوجب الغرر المبطل للبيع ولا وجه

للقول بصحة البيع معه (واما فى القسم الثانى) فان كان الوصف مما يمكن ضبطه وتوضيفه اعتبر ذلك دافعا للغرر - والاجاز بيعه - وان لم يكن الوصف محرزا بلاختبار للاجماع على عدم لزومه - والوجه فى ذلك - امانته لا يلزم الغرر من جهة ان لهذه الامور عند العرف مالية معينة وان كان لو انكشف كونها واجدة للوصف نصير ماليتها ازيد الا انه مالم ينكشف ذلك يكون لها مقدار معين من المالية - اولانه على فرض لزوم الغرر السيرة القطعية المستمرة توجب تخصيص دليل الغرر (١) - والظاهر - ان نظر صاحب الجواهر ره المدعى للسيرة على بيع ما يفسده الاختبار بمجرد المشاهدة الى هذا القسم واما فى القسم الاول فقد عرفت انه يمكن ان تكون السيرة من جهة البناء على السلامة بنحو الشرط المضمنى فتدبر .

(قوله قدح وكيف كان فاذا تبين فساد البيع فان كان قبل التصرف الترخ)

محصل الكلام فى المقام - انه ان كان تبين الفساد قبل التصرف بالكسر ونحوه - فربما يكون للفساد مقدار من المالية ولكنه اقل من مقدار الصحيح - وربما لا يكون له المالية - فان كان له مقدار من المالية - فان كان الفاسد بنظر العرف غير الصحيح كالجوز الاجوف الذى لا يصلح الا للاحراق - لاشكال فى فساد البيع فان مساوقع عليه العقد غير موجود - والموجود لم يقع عليه العقد - وبعبارة اخرى ما قصد لا واقع له وماله واقع لم يقصد - وان كان ذلك معيب الصحيح صح البيع وثبت خيار العيب - وان لم تكن له مالية بطل البيع لتقومه بتبديل المال .

واما ان كان التبين بعد التصرف بالكسر ونحوه - فان كان للفساد مائة و كان مع الصحيح بنظر العرف واحدا لا وجه لبطالان البيع - ويسقط خياره للتصرف فتمعين عليه اخذ الارش (ولو) كان التصرف الكسرى بالمقدار اللازم فى الاختبار - فهل يكون ذلك مانعا عن الرد اولا وجهان - لا يبعد اظهرية الثانى فان البيع بشرط الصحة يتضمن

شرط تقبل الرد بظهور العيب بالمقدار من الكسر المتوقف عليه الاختبار - وليس المقام كسائر موارد خيار العيب الساقط فيها الخيار بالتصرف - وان كان بنظر العرف مباحين للصحيح بطل البيع - وان لم تكن للفاسد مالية - فالكلام فيه في مواضع .

الاول ان المبيع الفاسد الذي لا مالية لمكسوره كالبيض هل له مالية قبل الكسر من جهة ان العقلاء يبذلون بازائه المال رجاء للسلامة وليس المال الا ما يبذل بازائه المال ام ليس له مالية نظر الى ان المالية تنتزع من كون الشيء موضوعا لاثري ميل العقلاء اليه ويكون موردا لرجبتهم وجهان - اقواهما الثاني - وعليه - فيكون البيع في الفرض باطلا من اصله من جهة انكشاف عدم المالية .

الثاني انه على تقدير المالية قبل الكسر - هل يفسخ البيع من حين الكسر وتبين الفساد كما عن الشهيد ره نظر الى ان الخروج عن المالية بالكسر حيث انه لا مر سابق على العقد فيكون مضمونا على البائع - ام لا يفسخ من جهة ان الخروج عن المالية ليس لامر سابق وهو فساد فانه اوجب نقضا في المالية ثم بالكسر ذهب المقدار الباقي فعلا وجهان اقواهما الثاني (فان قلت) انه يمكن تصحيح كلام الشهيد به بان يقال انه بالكسر يظهر العيب فحين الكسر يكون خيار العيب ثابتا قطعا وفي ذلك الحين ي تلف المبيع فيكون تالفا في زمان الخيار فيشمله قاعدة (١) التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له (قلت اولاً) ان الكسر اتلاف لا تلف و القاعدة مختصة بالتلف (وثانياً) انها مختصة بالخيارات الزمانية بانفسها وخيار العيب ليس زمانياً بذاته .

الثالث انه على تقدير المالية قبل الكسر وعدم انفساخ البيع - هل يسترجع ما يوازي تمام الثمن - ام يسترجع تفاوت ما بين الصحيح والمعيب وجهان - اقواهما الثاني فان الموجب للارش هو العيب الموجود حال البيع دون الحادث بعده (ودعوى) ان الحادث في زمان الخيار ايضاً موجب له (مندفعة) بان الحادث بالاتلاف ليس موجبا

له كما هو واضح .

(قوله قدده لم يكن هنارد ولا ارش الخ) عدم ثبوت الارش واضح لعدم التفاوت بين القيمتين واما عدم ثبوت الرد فغير ظاهر فانه اذا اشتراه بشرط الصحة ثبت خيار تخلف الشرط .

(قوله قدده وحيث ان خروجه عن المالية لا مر سابق على العقد كان مضمونا على البايع الخ) ليس مراده بذلك ضمان المعاوضة كي يرد عليه بان لازمه انفساخ البيع و المفروض عدمه بل مراده ضمان الغرامة نظرا الى منشأ هذا العيب الحادث هو العيب السابق فالصحيح ان يورد عليه بان الكسر الموجب لنقص مقدار من المالية المشترك بين الصحيح والمعيب ليس منشأ العيب السابق .

(قوله قدده وعن الدروس واللمعة انها تظهر في مؤونة نقله عن الموضع الذي اشتراه فيه الى موضع الخ) الاقوال و الوجوه في المسألة ثلاثة (الاول) ان المؤونة على البايع مطلقا (الثاني) انها على المشتري كك (الثالث) التفصيل بين القول بالانفساخ من حين التبين فعلى المشتري وبين القول بانكشف الفساد من الاول فعلى البايع (والاظهر) انها على المشتري مطلقا الامع صدق التقرير فانه يرجع المشتري ح الى البايع لقاعدة الغرور - او كون النقل بامر - اما رجوعه الى البايع في المورد ين فواضح واما عدم رجوعه في غيرهما فلعدم الموجب له .

(قوله قدده واما مؤونة نقله من موضع الكسر الخ) اقول تارة يكون لزوم النقل لحق البايع من جهة ان المكسور ماله و متعلق حقه - واخرى - يكون لحق الله تعالى كما اذا كان في المسجد وكان بقائه فيه موجبا لهتكه (اما في الاول) فمؤونة الرد على المشتري الا اذا كانت المؤونة زائدة عما يقتضيه طبع رد المال - فانه اذا كانت المؤونة بمقدار ما يقتضيه طبع رد المال لامحالة يكون دليل وجوب الرد اخص من حديث لا ضرر فيخصص به - وان كانت زائدة عليه كان مقتضى حديث (١) لا ضرر عدم وجوب البذل عليه (واما في

الثاني) فمؤونة النقل كاصل وجوبه تكون على عامة المسلمين وصيرورة المشتري سببا لتوجيه اختصاص التكليف لانتوجب اختصاص التكليف به كما حققناه مفصلا في الجزء الاول من هذا الشرح في مبحث تنجيس المسجد .

(قوله قدده ثم ان المحكى في الدروس عن الشيخ واتباعه انه لو تبرأ البائع

من العيب فيما لا قيمة له الخ) الظاهر ان مراد الشيخ واتباعه انه مع الفراغ عن صحة البيع بالاطمينان بالصحة والسلامة من الاختبار او التوصيف او غيرهما - اذا تبرأ من العيوب ثم تبين الفساد بالكسر صرح - وليس مراده تصحيح البيع بالتبري حتي يورد عليه بان ذلك موجب للزوم الفرر المبطل - او يوجه بان المراد اشتراط المشتري على البائع البرائة من العيوب (وعلى ما ذكرناه) فاي راد الدروس عليهم بانه اكل للمال بالباطل - انما - يكون من جهة انكشاف عدم المالية له قبل الكسراى حين البيع .

(قوله قدده وقد تصدى بعض لتوجيه - اذ المثلث يتحقق على حسب معاملة

العقلاء الخ) المتصدى للتوجيه هو صاحب الجواهر ره - ويرد عليه انه ان اراد بذلك عدم اعتبار المالية الواقعية وانه يكفي المالية الظاهرية في صحة البيع - ففيه - ان البيع اذا كان هو تبديل المالين فمع عدم المالية الواقعية يتعين البناء على الفساد الواقعي - وان اراد ان مال القيمة لمكسوره يكون مالا واقعا قبل الكسر - ففيه - ما تقدم في اوائل هذه المسألة وان اراد كفاية الملكية في صحة البيع ولا يعتبر المالية - ففيه - ما تقدم في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح في مسألة بيع مالا منفعلة وعرفت انه لا تصدق عناوين المعاملات مع عدم المالية - وان اراد انه من حيث كونه محكوما بالارش المستوعب فهو ذو مالية على اى تقدير - ففيه - ان الارش لا يوجب صيرورة المبيع مالا .

(قوله قدده على سبيل استدراك الظلامة الخ) الظلامة هي مال المظلوم عند الظالم

واستدراكها تداركها اما باسترجاع عين ما يكون عنده او ابداء ما يماثله .

(قوله قدده ولذا لم يتامل ذو مسكة الخ) الفرق بين المقام وبين بيع الحر و

الخمر بعد اشتراكهما في عدم المالية .. ان الحر والخمر ليسا ملكين بخلاف المبيع في المقام .

(قوله قدّه ثم ان الجمع بين عدم خروجه عن المالیه وبين عدم القيمة لمكسوره الخ) يمكن الجمع بينهما ان كان المراد عدم الخروج عن المالية قبل الكسر كما تقدم - نعم - لا يمكن الجمع بينهما ان لوحظا في حال واحد .

(قوله قدّه ثم انه ربما يستشكل في جواز اشتراط البرائة من العيوب الخ) لا اشكال فيه اذا كان الاشتراط بعد كون البيع صحيحا غير غررى لعدم الجهل به و الاطلاع على حاله بالاختبار ونحوه - وكان الغرض منه دفع الالتزام بالعيوب اذا ظهر الخطاء - نعم - يصح هذا الاشكال لو كان الاشتراط مع الجهل بالمبيع لدفع الغرر فانه يوجب ولا يرفع .

بيع المسك في الفار

(قوله قدّه المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك في فاره الخ) مقتضى العمومات والسيرة جواز بيع ذلك واستدل لعدم الجواز بوجهين (الاول) انه نجس لانه دم ولا يجوز بيع النجس (واجاب) عنه المصنف رحمه الله بان ليس بنجس للنص (١) والاجماع - ويمكن ان يجاب عنه مضافا الى ذلك بوجهين (احدهما) عدم كونه نجسا اما للاستحالة فتدبر - اولان المادة من اصلها ليست مادة دم بل هي جرم خاص (ثانيهما) انه لا دليل على بطلان بيع الدم الذي ينتفع به منفعة محللة معتد بها - كما تقدم تفصيل القول في ذلك في الجزء الحادي عشر من هذا الشرح (الثاني) انه مجهول ولا يجوز بيع المجهول كما تقدم (اقول) انه تارة يحتمل الفساد - واخرى - لا يحتمل ذلك ويكون الفاقد لوصف محتمل من مراتب الصحيح (اما) في الصورة الاولى فقد افاد المصنف رحمه الله ان بناء العرف على اصاله الصحة في نفى الفساد - وقد تقدم ما في ذلك في المسألة السابقة (والحق) انه مع اخبار البائع بالسلامة ان كان مؤتمنا واشترط

الصحة ولو بالشرط الضمنى يصح البيع لارتفاع الغرر - اما بالاول - فلما (١) دل على حجية خبر الواحد فى الموضوعات - و ما دل (٢) على كفاية اخبار البايع بالكيل او الوزن ان كان مؤتمنا بعد الغاء خصوصية المورد - واما بالثانى - فلما تقدم فى المسألة السابقة - وبدون ذلك لا يكون البيع صحيحا للغرر (و اما) فى الصورة الثانية فان لم تختلف القيمة باختلاف الاوصاف صح البيع بلا كلام لعدم الغرر - وان كان يختلف به القيمة - فيصح مع اخبار البايع - او الاشتراط ولو ضمنا - وبدونه يحتمل الوجهان - وجه البطلان لزوم الغرر - وجه الصحة سيرة المشرعة من التجار وغيرهم على البيع بدون الاختبار - و الاحوط ان يختبر بفتقهما بادخال خيط فيها بآبرة ثم اخراجه وشمه .

(قوله قدده وجه مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم الخ)
وفيه انه يمكن القول بعدم الضمان و ان قلنا بالضمان فى تلك المسألة - فان المشتري ان اختبر مع اذن البايع كان ظاهر ذلك هو المجانية وعدم ضمان النقص وهذا بخلاف المقبوض بالسوم .

(قوله قدده عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف الخ) الاشكال فى بيع اللؤلؤ انما يكون من جهتين - الاولى - من جهة انجهل بالوجود - الثانية - من جهة الجهل بالصفة و انما يصح البيع مع التعارف اذا ارتفع الجهل من الجهتين للتعارف - والا فلا يصح -

بيع المجهول منضمًا إلى المعلوم

(قوله قدده لافرق في عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم اليه وعدمه الخ)

الاقوال في المسألة اى في بيع المجهول مع الضميمة ثلاثة (احدها) الجواز مطلقا ذهب اليه السيد في محكى الانتصار (الثانى) ماهو المشهور بين الاصحاب وهو عدم الجواز كك (الثالث) ماعن المختلف وشرح الارشاد وغيرهما وهو التفصيل بين ما اذا كان المجهول تابعا للمعلوم فيصح البيع وبين ما اذا لم يكن كك فيبطل - والحق - يقتضى التكلم في موضعين - الاول - فيما تقتضيه القواعد - الثانى - فى مقتضى النصوص الخاصة.

اما الموضع الاول فان لم يكن المجهول تابعا لا كلام فى البطلان للغرر واما التابع فله معان (احدها) ماعن العلامة فى القواعد والتذكرة وهو ان التابع ما اخذ شرطاً فى المبيع فى مقابل ما جعل جزء منه - وعليه - فعلى القول بالتفصيل لافرق فى الصحة فى صورة الاشتراط بين ان يكون الشرط اصلا فى الغرض او تابعا كما لافرق فى البطلان على الجزئية بين الصورتين (واورد) على ذلك المحقق الثانى بان هذا الفرق ليس بشىء لان العبارة لا اثر لها (ورده) المحقق النائنى ره بان الجزء بقسط عليه الثمن فاذا كان مجهولا يفسد البيع وهذا بخلاف الشرط فان الثمن يقع بازاء المشروط وهو معلوم (اقول) تارة يكون الالتزام البيعى اجنبيا عن الالتزام الشرطى و انما اخذ الاول ظرفا للثانى خاصة من جهة انه لا عبرة بالالتزام الابتدائى كما لو كان الالتزام البيعى لزيد - و الشرطى لعمر - واخرى يكونان مرتبطين - اما فى الصورة الاولى فيتم ما افاده المحقق النائنى ره ولا يتم فى الثانية - فان المبيع وان كان معلوما الا انه من جهة تفاوت مالية المبيع بالعرض بوجود الشرط وعدمه لامحالة يلزم الغرر فيبطل البيع لذلك.

ثانيهما يظهر من الشهيدين والمحقق الثانى وهو ان التابع هو ما بعد فى العرف من التوابع كمفتاح الدار وحمل الام والبيض الذى فى جوف الدجاجة ونحو تلكم -

وعلى هذا ايضا لانظر الى الغرض الشخصى او النوعى - والظاهر فى التابع بهذا المعنى هو التفصيل بين مالو جعل التابع جزءا للمبيع وبين مالوا اخذ شرطا - وفى الاول جهالته موجبة للغرر - وفى الثانى لانوجب ذلك - والشاهد على هذا التفصيل هو اهل العرف - فانهم يفرقون فى صدق الغرر بين الموردين (ثم ان) التابع بهذا المعنى قسمان - الاول - مالا يدخل فى ملك المشتري لو لم يصرح به فى العقد - الثانى - ما يكون بناء العرف والعقلاء على تبعيته فى الملكية للمبيع مالم يصرح بخلافه فندبر حتى لا يختلط الموردان .

ثالثها ما يظهر من العلامة فى المختلف وهو ان المراد بالتابع ما يكون تابعا بالنسبة الى الغرض من المعاملة سواء اكان غرضا نوعيا او شخصيا - مثل - مالواراد شراء السرج وكان مالكة لايبيعه بدون الفرس فاشتراهما معا فان الفرس تابع بهذا المعنى والظاهر ان جهالة التابع بهذا المعنى مضرة وموجبة للغرر .

رابعها ما يظهر من المحقق القمى وصاحب الجواهر - وهوان التابع ماهو كك فى الجعل والتباني وان كان هو المقصود بالاصالة وانما يجعل تبعا تخلصا عن الغرر - نظير ما يستعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض بايقاع العقد على شىء معين معلوم لانزاع فيه ويجعل ذلك من اللواحق - والظاهر عدم كفاية ذلك والالزم تجويز بيع كل مجهول - وان شئت قلت - ان الجهالة توجب غررية المعاملة ومجرد البناء على كونه تابعا لا يوجب رفع الغرر .

واما الموضوع الثانى - فملخص القول فيه - ان بعض النصوص يدل على انه يصح بيع مجهول الوجود مع الضميمة كصحيح (١) ابن محبوب عن الكرخى قال قلت لابي عبد الله (ع) ما تقول فى رجل اشترى من رجل اصواف مائة نعجة ومافى بطونها من حمل بكذا وكذا درهما فقال (ع) لا باس ان لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف - حيث ان المفروض فيه الجهل بوجود مافى البطون - وبعضها - يدل على

صحة بيع مجهول الحصول مع الضميمة كموثق (١) سماعة عن اللبن يشتري وهو في
الضرع فقال يُحْلَبُ الا لا ان يحلب لك منه اسكرجة فيقول اشتر مني هذا اللبن الذي في
الاسكرجة وما في ضرعها بشئ مسمى فان لم يكن في الضرع شيء كان ما في لاسكرجة
قتامل - فانه قابل للحمل على الجهل بالوجود - وبعضها يدل على صحة بيع مجهول
الصفة مع الضميمة - كمرسل (٢) البنظي عن الصادق (ع) اذا كانت اجمة ليس
فيها قصب اخرج شيء من سمك فيباع وما في الاجمة - وخبر (٣) ابي بصير عنه (ع)
في شراء الاجمة ليس فيها قصب انما هي ماء قال يُحْلَبُ تصيد كفامن سمك تقول اشترى
منك هذا السمك وما في هذه الاجمة بكذا وكذا - فانهما ظاهران في صحة بيع المجهول
من حيث المقدار بضمه الى المعلوم بنحو الجزئية .

واورد عليها المصنفه - بانها متضمنة لجواز بيع المجهول مع ضمه الى
مجهول آخر اذ الاصواف على ظهر مائة نعجة في رواية الكرخي مجهولة بنفسها
ولا يصح بيعها منفردة - المستخرج و المتصيد من السمك اللذان تضمنهما مرسل
البنظي وخبر ابي بصير غير معينين - وما في الاسكرجة من اللبن غير معلوم الوزن -
وعلى هذا فلم يفت احد بمضمونها فلا بد من رد علمها الى اهلها (وفيه) ان اطلاقات
النصوص واردة في مقام بيان شيء آخر وهو تصحيح بيع المجهول لاتصحيح بيع
الضميمة - فلا مورد للتمسك باطلاقها من هذه الجهة - وبعبارة اخرى - ان النصوص انما
سيقت لبين انه يمكن تصحيح بيع المجهول بالضميمة وليست في مقام بيان ما يعتبر
في الضميمة فلا يصح التمسك باطلاقها من تلك الجهة فالحق انها تدل على صحة
بيع المجهول بالضميمة (ولكن) لاتخص تلك بصورة كون المجهول تابعا . وتكون
مختصة بموارد خاصة وليست لها اطلاق او عموم يتمسك به للتعدى عنها .

(قوله قد هفي، رسالة البنظي التي ارسالها كوجود سهل فيها سهل الخ)

١- الوسائل باب ٨ من ابواب عقد البيع وشروطه حديث ٢

٢-٣- الوسائل باب ١٢- من ابواب عقد البيع حديث ٢-٦

اما كون ارسالها سهلا فلان المرسل هو البزنطى الذى لا يرسل الا عن ثقة - اما كون وجود سهل سهلا - فلم يظهر لى وجهه .

(قوله قدده والمراد شراء مافيه الخ) وفيه ان ظاهر الخير شراء رقبة الارض مع مافيه من القصب - لا شراء السمك - فهو اجنبى عن المقام .

(قوله قدده بناء على ان المراد بيع اللبن الذى فى الضرع بتمامه الخ) وفيه ان المراد بالاقطاع ان كان هو النقاد - فلا تعرض فيه لاعتبار الضميمة اذ المراد ح من قوله اوشىء منه بيع بعض اللبن - وان كان المراد به الانفصال من الضرع - وان كان ح المراد من قوله اوشىء منه انفصال بعض اللبن وبيعه منضمما الى مافى الضرع الا ان الجزء السابق وهو بيع جميعه مع الانفصال بيع المجهول ولم يعتبر فيه الضميمة (فما هو ظاهر المتن من حمل الاقطاع على النقاد - وحمل اوشىء منه على حلب شىء من اللبن وضمه الى مافى الضرع - تفكيك بين الفقرتين وحمل لهما على معنيين لاتقابل بينهما اصلا .

(قوله ان يحلب لك فى سكرجة) السكرجة معرب سكره - وهى بالفارسية وعاء متخذ من الطين يحلب فيه اللبن .

(قوله قدده فتامل) لعله اشارة الى ما ذكرناه من انه لعدم كونهما فى مقام البيان من جهة الضميمة لا اطلاق لهما بالاضافة اليها من حيث العلم والجهل .

(قوله قدده وفى التمثيل نظر لخروج زخرفة الجدران الخ) اذ محل الكلام ليس ماهو من توابع المبيع وان لم يخطر ببال المتبايعين - فانه يتعرض لحكم ذلك فيما بعد - وزخرفة الجدران من ذاك القبيل .

(قوله قدده نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا الخ) محصله اعتبار التبعية فى مقام الوجود وفى مقام الجعل والانشاء باخذه شرطا لاجزاء وقدمان هذا هو الاظهر .

في جواز ان ينذر للظروف ما يحتمل الزيادة والنقصان

(قوله قدده يجوز ان ينذر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة النقصان)

الفرق بين هذه المسألة والمسألة الثانية واضح - حيث ان محل البحث في تلك المسألة بيع المظروف مع ظرفه - ومحل البحث في المقام بيع المظروف بدون ظرفه (ثم ان) الكلام في المقام يقع في مقامين - الاول - فيما تقتضيه القواعد - الثاني - فيما يستفاد من النصوص .

اما المقام الاول - فملخص القول فيه ان بيع المظروف يتصور على وجوه .
احدها ان يوزن مظروف مع ظرفه فيباع المظروف جملة بكذا - وفي هذه الصورة لا يحتاج الى الانذار - وقد حكم المصنفه بصحة بيعه بناء على كفاية العلم بوزن المجموع وعدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا (اقول) بناء على هذا وان كان يتم ما افاده الا ان الكلام في المبنى اذ الدليل دل على اعتبار العلم بوزن المبيع - وفي المقام وزنه غير معلوم ومعلومية وزنه منضمما الى شيء آخر لانكفى فالأظهر هو البطلان .

ثانيها ان يوزن المظروف مع ظرفه ثم يباع المظروف على وجه التسعير بان يقول بعته كل رطل بدرهم - والكلام في هذه الصورة يقع في جهتين - الاولى - في انه هل يصح البيع ام لا - الثانية - في الانذار للحاجة الى تعيين ما يستحقه البائع من الدراهم - اما الاولى - فقد تقدم الكلام فيها - في مسألة بيع صاع من صبرة - وعرفت ان الاظهر هو البطلان اذا كان وزنه بتمامه غير معلوم - واما الثانية - فالأظهر هو الاكتفاء بما تراضيا عليه لو بنينا على صحة البيع وان الانذار في هذا المقام لا يضر فلو عين مقدارا للظرف وتراضيا عليه مع احتمال الزيادة والنقصان لا اشكال فيه اذ البيع على الفرض تام الاجزاء والشرائط والتراضى انما يكون في مرحلة تسليم حق البائع وفي هذا المقام كما له ان يبرء المشتري عن الثمن بتمامه او بعضه كك له التراضى على مقدار

معين و ابرائه عن الزيادة لو كان و للمشتري ايضا ان يرضى بان يأخذ البايع اكثر مما يستحقه .

ثالثها ان يوزن الظرف و المظروف ثم يندر مقدار للظرف فيبيع المظروف بعد ذلك كما لو وزن المجموع و كان عشرة ارطال ثم اندر رطلين للظرف فباع المظروف الذى هو ثمانية ارطال تخميناً بعد الانذار بمبلغ معين - وفى هذه الصورة اذا كان وزن الظرف من جهة الاعتقاد معلوما و اطمئن بان وزنه بالمقدار الذى اندر صح البيع للاطمينان بوزن المبيع فلا جهالة ولا غرر - والابطل البيع للجهالة والغرر - والتراضى لا يصح البيع الغررى - كما - ان معلومية وزن المجموع لا تكفى كما تقدم .

رابعها ان يبيع مقدار من المظروف الذى يعلم باشماله عليه ثم فى مقام التسليم يوزن المظروف مع ظرفه ثم يندر مقدار للظرف و يسلمه الى المشتري - وفى هذه الصورة يصح البيع اذا غررو لاجهالة و اما فى مرحلة الوفاء فحكمها حكم الصورة الاولى فراجع - هذا ما تقتضيه القواعد (فالمتحصل) منها - ان للانذار صورتين - احدهما - الانذار بعد البيع وفى مقام الوفاء - ثانيهما - الانذار فى ضمن المعاملة - وفى الصورة الاولى الانذار لا يضر بصحة المعاملة ان كانت صحيحة فى نفسها - ثم هو ان كان بما هو المعتاد الذى عليه بناء العرف والعقلاء لا يعتبر فيه التراضى - والا - اعتبر فيه ذلك - وفى الصورة الثانية ان كان بالمتعارف صح البيع والابطل حتى مع التراضى .

واما بحسب الاخبار - فما ورد من النصوص فى المقام ثلثة - الاول - موثق (١) حنان قال سمعت معمر الزيات قال لابي عبد الله (ع) انا نشترى الزيت فى زقاقه و يحسب لنا فيه نقصان لمكان الزقاق فقال (ع) ان كان يزيد وينقص فلا بأس وان كان يزيد ولا ينقص فلا تقربه - الثانى - خبر (٢) على بن ابي حمزة قال سمعت معمر الزيات يسئل ابا عبد الله (ع) فقال جعلت فداك انى رجل اباع الزيت الى ان قال قلت فانه يطرح لظروف السمن و الزيت لكل ظرف كذا وكذا رطلا فربما زاد وربما نقص فقال (ع) اذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس - الثالث - خبر (٣) على بن جعفر عن اخيه موسى (ع) عن الرجل يشتري المتاع وزنا

فى الناسية والجوالى فى قول ادفع للناسية رطلا او اقل او اكثر من ذلك ايجل ذلك البيع قال (ع) اذا لم يعلم وزن الناسية والجوالى فلا باس اذا تراضيا - والكلام فى هذه الروايات يقع فى جهات .

الاولى فى سندها - فالاولان موثقان - و اما الثالث - فليس فى طريقه من لم يوثق الا عبد الله بن الحسن (ثم ان) الغالب على الظن كون الاولين حاكبين عن قضية واحدة اذ من المستبعد سئوال الزيات عن ابى عبد الله (ع) مسألة واحدة مرتين - والله العالم .

الثانية فى ان موردها هو الانذار بعد البيع او الانذار فى ضمن المعاملة - ظاهر قوله فى موثق حنان فى حسب لنا النقصان ترتب حساب النقصان على الاشتراء فهو من الانذار بعد المعاملة لتسليم حق المشتري اليه وان ابيت عن ذلك فلا اقل من احتماله فى مقابل احتمال كون الفاء تفسيرية وبياناً لكيفية الاشتراء - فلا يمكن استفادة حكم مخالف للقاعدة منه (واما) خبر على بن ابي حمزة فان كان متحدا مع خبر حنان فلا كلام والافيمكن ان يقال انه مهمل من هذه الجهة (واما) خبر على بن جعفر فظاهر صدره من جهة ترتب فى قول الخ على اشتراء المتاع كون الانذار بعد البيع - وما فى ذيله ايجل ذلك البيع قابل للحمل على ارادة حلية البيع بلازمه من حيث ان الانذار من توابع البيع المتعلق بماله ظرف و عليه فهذا الخبر ايضا ظاهر فى الانذار بعد البيع - وقد مر ان جواز الانذار بعد البيع مما يقتضيه القواعد فاذا ما يقتضيه القواعد ويدل عليه النصوص هو جواز الانذار بعد البيع الذى هو المتعارف من الانذار والظاهر ان ما هو المشهور بين الاصحاب ايضا ذلك .

الثالثة فى القيود المعتمدة فيه - ظاهر موثق حنان فى بady النظر اعتبار احتمال الزيادة والنقصان - و ظاهر الاخيرين اعتبار التراضى (وقد يقال) فى الجمع بين النصوص كما عن صاحب الجواهر رد بانه يحمل الموثق على صورة العادة المقضية للانذار بذلك المقدار و لذا لم يعتبر فيه التراضى و يحمل الخبرين الاخيرين

على ما اذالم تكن هناك عادة ولذا اعتبر فيهما التراضي (وفيه) انه جمع تبرعى لاشاهد له (وقد يقال) كما في المتن ان المعول خصوص الموثق و الظاهر انه لضعف سند الاخيرين - اضعف سند الاخير و اتحاد الاول منهما مع الموثق - وهو ظاهر في اعتبار الاعتبار من حيث ظهوره في كون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به في بيع كل مظهر بحسب حاله (اقول) ما افاده ربه من ان المعول خصوص الموثق متين (واما) ما افاده من ان ظاهره كون حساب المقدار الخاص متعارفا (فرد عليه) ان ظاهره كصريح خبر على بن ابي حمزة احتمال الزيادة و النقصان و هذا لولم يخص بصورة عدم التعارف لا يكون مختصا بصورة التعارف كما لا يخفى (والحق) ان يقال ان الزيات حيث لم يكن سائلا عن معاملة شخصية بل كان سؤاله عن حكم ما هو شغله فلا محالة يكون المراد من قوله (ع) ان كان يزيد و ينقص الزيادة و النقص في نوع المقدار المنذر في نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق في بعض المعاملات الزيادة وفي بعض اخر النقص الذي هو الاحتمال الثالث في المتن فلا محالة يصير ذلك سببا لاحتمال الزيادة و النقص في كل معاملة شخصية - فمراده (ع) انه ان كان يحتمل الزيادة و النقص لا محالة يتراضيان - واما ان كان يحتمل خصوص الزيادة فقد لا يرضى المشتري فبه بأس فالمتحصل منه اعتبار التراضي لا غير فيتحد مفاده مع الاخيرين (فتحصل) انه لا يستفاد من النصوص غير ما يستفاد من القواعد .

(قوله قدده على ما هو مفروض المسألة ومعقد الاجماع المتقدم الخ) والظاهر كما تقدم ان مورد فتوى المشهور هو الانذار بعد البيع لتعيين ما يستحقه البائع لا الانذار حين البيع ولا يتوقف ذلك على القول بكفاية العلم بوزن المجموع و عدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا كما عرفت فهذا ليس مفروض المسألة و لا معقد الاجماع .

(قوله قدده مع انه اذا فرض كون استقرار العادة على انداز مقدار معين الخ) هذا دفع لما اورده بعض الاساطين على من اكتفى بالتراضي في انداز ما يعلم زيادته بان التراضي لا يدفع غررا (وحاصله) انه لو فرض استقرار العادة على انداز

مقدار معين فالتراضى على الزايد عليه او الناقص يكون كاشتراط زيادة مقدار على المبيع غير قاذح فى صحة البيع - ولا يكون ذلك من الغرر فى شىء .

(قوله قدده المفروض فى السؤال هو التراضى لان الحاسب هو البائع الخ)
كون الحاسب هو البائع لا يكون شاهد التراضى فانه ربما لا يرضى المشتري به فتدبر -
وعلى اى حال قد مر ظهور الخبر فى اعتبار التراضى .

(قوله قدده وان يراد به الزيادة والنقيصة فى نوع المقدار المندر فى نوع هذه المعاملة الخ) قد مر ان هذا الاحتمال هو المتعين فراجع و خبر ابن ابي حمزة صريح فى ذلك و اما الرواية التى استشهد بها لتعيين ارادة هذا الاحتمال فهى اجنبية عن مسألة الاندار بل هى ظاهرة فى جواز بيع المكمل خرصا .

(قوله قدده لاصالة عدم زيادة المبيع عليه وعدم استحقاق البائع ازيد الخ)
اورد عليه المحقق النائنى ره بانه بمغاليلس التامة و ان كان صحيحا الا انه لا اثر له و بمغاليلس الناقصة ليست له حالة سابقة و اجراء العدم المحمولى لترتيب آثار العدم النعنى مثبت (اقول) يرد عليهما ان اصالة عدم زيادة المبيع عليه لا تجرى للعلم بعدم زيادة المبيع على ما فى الظرف من غير فرق بين الاندار حين البيع والانداز بعده لان المفروض كون المبيع ما فى الظرف - ويرد على المحقق النائنى ره - ان اصالة عدم استحقاق البائع ازيد مما يعطيه المشتري تجرى لالاباث كون ما يعطيه امام ما يستحقه كى يقال انه مثبت بل لبرائة ذمته فتدبر .

بيع المظروف مع ظرفه

(قوله قدده يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه وان لم يعلم الخ) تارة يكون كل من الظرف والمظروف مما يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع - واخرى يكون كل منهما مما لا يجوز بيعه منفردا اذا وزن المجموع وثالثة يكون احدهما يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الاخر .

اما فى الصورة الاولى فلا ينبغى التوقف فى جواز بيعهما منضمًا - اذالمقتضى لصحة بيع المجموع موجود وشرطه وهو العلم بوزن المبيع ومقدار الثمن متحقق و المانع وهو الغرر مفقود.

واما فى الصورة الثانية فان كان قيمة كل منهما مساوية لقيمة الاخر فلا ريب فى الجواز لعدم اعتبار العلم بوزن كل جزء من المبيع بل المعتبر العلم بوزن المجموع والغرر غير لازم - وان كانت القيمتان مختلفتين كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال والى مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها الفى مثقال - فقد اختار المصنف ره بطلان البيع فى الفرض (معللاً) بان الاقدام على هذا البيع اقدام على ما فيه خطر يستحق لاجله انلوم من العقلاء (اقول) الاظهر هى الصحة - وذلك يظهر بعد بيان مقدمتين (الاولى) ان الغرر المبطل انما يكون متقومًا بالجهل بالوجود او بالمقدار او بالصفة - واما الجهل بالقيمة فقط فلا يكون موجباً للغرر ولذا لو علم بوجود المبيع و وصفه ومقداره ولم يعلم قيمته لا يكون بيعه غريباً بل لو بيع الشئ باضعاف قيمته مع العلم لا يكون غرر وان كان يلام المشتري على ذلك البيع (الثانية) ان الغرر المدعى فى المقام انما يكون من جهة الجهل بالقيمة ولذا لو كانت قيمة كل منهما مساوية لقيمة الاخر لم يكن توقف فى الصحة - وعلى هذا - فالبيع فى الفرض ليس غريباً ويكون صحيحاً (ولكن) الانصاف هو البطلان فى الفرضين من جهة الجهل بوصف المبيع فانه كما يلزم الغرر لو اشترى المردد بين الذهب والرصاص ولو بقيمة الرصاص كك يلزم لو اشترى شيئاً مركباً من جنسين مع الجهل بمقدار كل منهما .

واما فى الصورة الثالثة فان كان ما لا يجوز بيعه منفرداً تبعا صح البيع والابطال على القول بالبطلان فى الصورة الثانية كما لا يخفى .

(قوله قد عده ثم ان بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور الخ) بيان الصور واحكامها
انما هو لاجل الاحتياج الى استرجاع جزء من الثمن لو ظهر الظرف مستحقاً للغير - وكيف كان ففى المقام صور .

الاولى ان يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلاً وفي هذه الصورة لا ينظر الى نسبة الوزن بل يسترجع بحسب نسبة القيمة - فلو كان وزن الظرف نصف وزن المجموع ولكن كانت قيمته العشر - يحسب الثمن اعشار الابل بالمنصفة .

الثانية ان يبيعه مع ظرفه بكذا على ان كل رطل من المظروف بكذا - وفي هذه الصورة يندر مقدار للظرف ثم يسترجع من الثمن ما فضل من حساب كل رطل بكذا في المظروف بلا احتياج الى النظر الى نسبة الوزن او نسبة القيمة .

الثالثة ان يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على ان يكون التسعير للظرف والمظروف ولهذه الصورة فرضان - احدهما - ان يلاحظ ارطال المظروف وارطال الظرف فيبيع جميع ارطالهما كل رطل بدرهم وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة الوزن - ثانيهما - ان يلاحظ كل رطل ملفق من الظرف والمظروف بكذا - وفي هذا الفرض يسترجع من الثمن بنسبة القيمة كما في الصورة الاولى .

(قوله قدّه فالجميع كل رطل من هذا المجموع لامن المركب الخ)

الاول اشارة الى الفرض الاول والثاني الى الثاني فتدبر .

التفقه في مسائل التجارات

(قوله قدّه المعروف بين الاصحاب تبعالظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغي)

استحباب التفقه الخ (ادلة (١) وجوب التفقه والتعلم من آية النفر والروايات باجمعهما ظاهرة في ارادة الوجوب الارشادي والطريقي ولا تدل على الوجوب النفسي وهي توجب تنجز الواقع والعقاب على مخالفته وان كان حين العمل غافلاً - كما يستقل العقل بذلك وقد اشبعنا الكلام في ذلك في حاشيتنا علي الكفاية - انما الكلام في المقام في موردين (الاول) ان المصنف ره افاد ان وجوب التعلم في المعاملات شرعي لنهي الشارع عن التصرف مع الجهل بصحة المعاملة - لاصالة عدم الانتقال (وفيه) اولاً -

ان الاصل في العبادات ايضا هو الاحتياط لاختصاص ادلة البرائة بالشبهات قبل الفحص - و ان قيل - ان اصاله الاحتياط لا تجرى مع الغفلة - قلنا - ان اصاله عدم الانتقال ايضا كك كما لا يخفى - وثانيا - ان اصاله عدم الانتقال ايضا توجب تنجز الواقع و عدم جواز التصرف في الاموال المكتسبة ولا تدل على وجوب معرفة احكام المعاملات (الثاني) في انه اذا لم يمكن الجمع بين تعلم المسائل الواجب وكسب المعيشة اذا كان واجبا - فايهما يقدم ولقد اطال المصنف ره تبعا للحدائق الكلام في المقام والحق انهما من قبيل الواجبين المتزامنين فلا بد من ملاحظة الخصوصيات والموارد والفوائد المترتبة على كل منهما وترجيح الالهم من كل منهما على الاخر وليس ذلك تحت ضابط واحد فالمتعين ملاحظة كل مورد ثم الحكم بالتقديم .

حرمة تلقى الركبان

(قوله قد لا خلاف في مرجوحية تلقى الركبان بالشروط الآتية الخ)
الكلام يقع في مقامين - الاول - في اصل الحكم - الثاني - في الخصوصيات المعتبرة فيه (اما الاول) ففيه قولان بعد الاتفاق ظاهر اعلى المرجوحية فمن التقى والفاضل والحلى والعلامة وغيرهم الحرمة - وعن الاكثر الكراهة .

ومستند الحكم جملة من النصوص (١) الظاهرة في التحريم (واورد) على الاستدلال بها للحرمة - بوجوه (احدها) ضعف السند - بدعوى - ان جميع تلك النصوص سبعة خمسة منها تنتهي اسنادها الى منهال القصاب وهو مجهول - وواحد منها رواه عمر بن شمر الضعيف عن عروة بن عبد الله المجهول - والسابع مرسل (وفيه) ان في طريقين من روايات منهال من هو من اصحاب الاجماع فان في طريق احدهما ابن ابي عمير - وفي طريق الاخر ابن محبوب فلا مورد للمناقشة فيها من حيث السند (ثانيها) اعراض المشهور عنها (وفيه اولا) ان جماعة افتوا بالحرمة (وثانيا) ان الاعراض الموهن هو الاعراض

عن الخبر سند الادالة والا صحاب عملوا بهذه النصوص فانهم حكموا بالمرجوحية وافنائهم بالكرهه لا يكون حجة علينا (ثالثها) موافقة القول بالكرهه للاصل ومخالفة القول بالحرمة له (وفيه) ان الاصل لا يقاوم الدليل ومع وجوده يرتفع موضوع الاصل بالورود او الحكومة (مع) ان القول بالكرهه ايضا مخالف للاصل وعدم الحرمة وان كان موافقا له الا انه لا يثبت به الكرهه -رابعها- كون الروايات موافقة للعامة (وفيه) ان مخالفة العامة من مرجحات احدى الحجتين على الاخرى بعد فقد جملة من المرجحات لامن مميزات الحجة عن اللاحقة -وبالجملة- موافقة العامة من حيث هي ليست من الموهنات (خامسها) ان النهي وان كان ظاهرا في نفسه في الحرمة الا ان النهي عن التلقى من جهة وقوعه في سياق النهي عن اكل المتلقى بقوله لا تأكل منه وقوله لا تأكل من لحم ما تلقى - الذي لم يرد منه الحرمة يقينا لعدم فساد المعاملة بحمل على الكرهه (واجيب عنه) بان الحرمة كما يمكن ان تكون منبعثة عن فساد المعاملة باعتبار ان اكل مال الغير بلا سبب شرعي حرام ككذلك يمكن ان تكون منبعثة عن مصلحة في نفس ترك الاكل و حسم مادة التلقى المحرم والظاهر ان الاكل حرام من حيث انه اكل لما تلقى لامن حيث انه مال الغير (وفيه) ان الظاهر منه كون النهي عنه من جهة كونه مال الغير فمع صرفه عن ظاهره لا وجه لحمله على ما ذكرنا من (والاولى) في الجواب ان يقال ان النواهي المتعددة الواقعة في سياق واحد لو حمل احدها على الكرهه للدليل على عدم حرمة متعلقه لا وجه لحمل غيره عليها بناء على ما حققناه في محله من ان الحرمة والكرهه خارجتان عن حريم الموضوع له والمستعمل فيه وانما تنتزعان من الترخيص في فعل ما تعلق النهي به وعدمه (فتحصل) ان الاظهر هو القول بالحرمة .

واما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في جهات - الاولى - في حد التلقى - لا كلام في ان حده اربعة فراسخ انما الكلام في دخول الحد في المحدود و خروجه عنه .

(قال قده - والظاهر ان مرادهم خروج الحد عن المحدود الخ) اقول

- مقتضى - خبر (١) ابن ابي عمير - قلت وما حد التلقى قال مادون غدوة او روحة قلت وكم الغدوة والروحة قال اربعة فراسخ هو الثانى - ومقتضى - خبر (٢) ابن محبوب قال قلت له ما حد التلقى قال روحة فى بادى النظر هو الاول (ولكن) بما ان للحد معينين - احدهما - ما ينتهى به الشئ - والاخر - ما ينتهى عنده الشئ - فالحد فى الخبر الاول يحمل على المعنى الاول فان الحد بذلك المعنى داخل فى المحدود - وهو فى الخبر الثانى يحمل على المعنى الثانى فانه بذلك المعنى خارج عنه - فالجمع بين الخبرين يقتضى البناء على الخروج - والذي يسهل الخطب ان الوصول الى الاربعة بلا زيادة ولا نقصان نادر جدا - (الثانية) فى اعتبار القصد وعدمه .

(قال قده ثم انه لا اشكال فى اعتبار القصد الخ) استدلل المصنفه لاعتباره بعدم صدق عنوان التلقى بدونه (و اورد عليه) المحقق الايروانى ره بان عنوان التلقى ليس منهيًا عنه بالنهى النفسى فانه ليس بمرجوح قطعاً بل المرجوح السبق الى الاشتراء ممن قصد البلد بمتاعه وعليه نفس هذه المعاملة مرجوحة ولو لم يتلق اصلاً (وفيه) ان التلقى للاشتراء بنفسه منهي عنه والظاهر مرجوحته ايضا كيف وقد جمع فى النصوص بين النهي عنه والنهى عن الاشتراء (و الحق) ان يقال ان المنهى عنه هو التلقى للاشتراء فاذا لم يكن من قصده التلقى اصلاً او كان ولم يكن للاشتراء لا يكون ذلك مرجوحاً و اما الاشتراء فحيث ان الظاهر من الخبر مرجوحية الاشتراء اذا كان مع التلقى المرجوح لاطلاقاً - فلا يكون مرجوحاً اذا لم يكن التلقى عن قصد فالظاهر اعتباره (الثالثة) فى اعتبار جهل الركب بسعر البلد .

(قال قده قيل ظاهر التعليل فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب

الخ) اقول هذا التعليل وقع فى خبرين - احدهما - خبر (٢) عروة عن الامام الباقر عليه السلام

١-٢ الوسائل باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة حديث ١-٢

٢ - اورد صاحب الوسائل صدره فى الوسائل - باب ٣٦ من ابواب آداب التجارة حديث ٥

وذيله فى باب ٣٧ منها حديث ١

عن رسول الله ﷺ لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر ولا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض - ثانيهما - ما عن (١) الشيخ بسنده عن جابر عن رسول الله ﷺ لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض - وقد استدل العلامة ره به واستنده الى غير واحد على اعتبار الجهل (ويرد عليه) ان الظاهر ولا اقل من المحتمل كونه علة لحكم بيع الحضري للبدوي والمناسب ايضا ذلك فانه اذا لم يصير الحاضر وكيلا للبادى فى البيع يشتره المشتري باقل فيرزق منه فتدبر (مع) ان كونه من قبيل العلة المعممة والمخصصة غير ثابت - فالظاهر هو التعميم - لا طلاق الروايات وعدم معلومية علة الحكم ولعلها شىء موجود فى فرض العلم .

الرابعة فى انه هل يختص الحكم بالتلقى للاشتراء ام يعم التلقى للبيع منهم او لمعاملات اخر غير شراء متاعهم .

(قال قدده فظاهر الروايات عدم المرجوحية الخ) وجه الظهور مع اطلاق قوله ﷺ فى خبر (٢) منهال القصاب عن ابي عبد الله عليه السلام لا تلق فان رسول الله ﷺ نهى عن التلقى - هو ورود الاطلاق مورد الغالب المتعارف وهو التلقى للاشتراء كما هو مفاد ساير النصوص - وبه يظهر حال (٣) قوله ﷺ لا يتلقى احدكم تجارة خارجا عن المصر - مع ان الصدوق رواه هكذا ولا يتلقى احدكم طعاما - وهو ظاهر فى التلقى لا شراء الطعام .

(قوله قدده نعم لوجعلنا المناط ما يقرب من قوله الخ) قد عرفت حال التعليل فالأظهر هو الاختصاص .

١ - الوسائل - باب ٣٧ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

٢ - ٣ - الوسائل باب ٣٦ - من ابواب آداب التجارة حديث ١ - ٥

كيفية صرف المال المدفوع للصرف في قبيل

(قوله قدّه اذا دفع انسان الى غيره ما لا يصرفه في قبيل يكون المدفوع اليه

منهم الخ) لا يخفى انه تارة يدفع المال اليه من جهة كونه ولى الامر كدفع سهم الامام عليه السلام الى الحاكم الشرعى بما انه نائب الامام عليه السلام - واخرى يدفع اليه ليكون وكيلاً عن الدافع فى صرفه فى قبيل - لا كلام فى جواز اخذ المدفوع اليه من ذلك المال فى الصورة الاولى وانما الكلام فى الصورة الثانية .

وفى تلك الصورة - فروض (الاول) ان يظهر قرينة على عدم رضاه بالاخذ منه لاشكال فى عدم جواز الاخذ فى هذا الفرض (الثانى) ان يظهر قرينة على جواز اخذه منه لاشكال فى جواز الاخذ ح - انما الاشكال - فيما اذا اختلف مقدار المدفوع الى الاصناف المختلفة - كان عين للمجتهدين مقدار او غيرهم مقدارا اقل منه - واعتقد الاخذ انه من المجتهدين والدافع يعتقد عدم كونه منهم ففى المتن - انه ان كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية براعى معتقد المدفوع اليه - وان كان ذلك العنوان داعياً الى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع (وفيه) ان العنوان فى الافعال الخارجية المتعلقة بالاشخاص كالافتداء والبيع والرضا ونحو تلكم يكون داعياً ولا معنى لكونه موضوعاً - والرضا وان كان يتعلق بالعنوان الكلى الا انه من حيث كونه مرآة و طريقاً الى الافراد وعليه فلا محالة يكون المناط اعتقاد الدافع فانه اذا عين مقدارا للمجتهدين و كان يعتقد عدم كون المدفوع اليه مجتهداً لا يكون راضياً باخذه ذلك المقدار .

الثالث ان لا يقوم قرينة على احد الامرين - وقد اختلفت فيه كلماتهم - فالمهم صرف عنان الكلام الى بيان المدرك - والكلام فيه يقع فى موردين (الاول) فيما يقتضيه القواعد - و الاظهر انه الجواز مطلقاً - فان ظاهر تعليق كل حكم على موضوع ثبوته لجميع افرادة فلو علق رضاه على المجتهد كان مقتضاه جواز تصرف كل مجتهد بما

هو مجتهد لاسيما مع احراز عدم خصوصية فرد في نظره فاذا كان المدفوع اليه يرى نفسه مجتهدا جازله التصرف - واما ظهور الدفع في مغايرة الدافع و المدفوع اليه و الواضع والموضوع فيه - فلوسلم و اغمض عن اختصاصه ببعض الموارد - فهو لا يتقادم الظهور المشار اليه وعلي ذلك فيجوز له التصرف فيه .

الثاني فيما يقتضيه النصوص الخاصة - وهي - طائفتان الاولى ما يدل على عدم الجواز كمصحيح (١) ابن الحجاج عن الامام الصادق عن رجل اعطاه رجل مالا يقسمه في محابيج او في مساكين وهو محتاج يأخذ منه لنفسه ولا يعلمه قال عليه السلام لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه - الثانية - ما يدل على الجواز كمصحيح (٢) سعيد بن يسار قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الرجل يعطي الزكاة فيقسمها في اصحابه يأخذ منها شيئا قال (ع) نعم - وحسن (٣) الحسين بن عثمان عن ابي ابراهيم (ع) في رجل اعطى مالا يفرقه فيمن يحل له ان يأخذ منه شيئا لنفسه وان لم يسم له قال (ع) يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره وصحيح (٤) ابن الحجاج عن ابي الحسن (ع) عن الرجل يعطي الرجل الدراهم يقسمها ويضعها في مواضعها وهو ممن تحل له الصدقة قال لا بأس ان يأخذ لنفسه كما يعطى غيره قال ولا يجوز له ان يأخذ اذا امره ان يضعها في مواضع مسماة الا باذنه .

والجمع بينهما انما يكون باحد انحاء (الاول) اختصاص النصوص المجوزة بالمال الذي يكون من الحقوق الشرعية - اما اختصاص الاول فواضح - واما الثاني فلقلوله يفرقه فيمن يحل له - واما الثالث فلقلوله وهو ممن يحل له الصدقة - وخبر المنع مختص بمال يكون للدافع (الثاني) ان خبر المنع من جهة التعبير بالكرة ظاهر في ارادة اشخاص معينين فلا يعارض الاخبار المجوزة (الثالث) الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة - ومن المعلوم ان الاخير يتوقف على عدم تمامية الاولين وعدم امكان الجمع بنحو آخر - والاظهر هو الثاني فاذا لا تدل الاخبار على ما ينافي القواعد

١- الوسائل - باب ٨٤ من ابواب ما يكتسب به حديث ٣

٢- ٣- ٤- الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب المستحقين للزكاة حديث ١- ٢- ٣

فالاقوى هو الجواز مطلقا .

(قوله قدده فالاولى حمل الاخبار المجوزة على الخ) وفيه انه جمع تبرعى لاشاهدله .

(قوله قدده ثم على تقدير المعارضة فالواجب الرجوع الى ظاهر اللفظ الخ)
وفيه انه على تقدير المعارضة يتعين الجمع بحمل خبر المنع على الكراهة لنصوصية الاخبار المجوزة في الجواز .

(قوله قدده فالواجب بعد التكافؤ الرجوع الى المنع الخ) وفيه ان الواجب ح الرجوع الى الاخبار العلاجية .

حرمة الاحتكار

(قوله قدده احتكار الطعام وهو كما في الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه يتربص به الغلاء لا خلاف في مرجوحيته الخ) في المسألة اقوال (الاول) ما هو الاشتهر وهو كراهة الاحتكار (الثاني) ما ذهب اليه جمع من الفقهاء وهو التحريم (الثالث) ما ذهب اليه المصنف ره وهو التحريم مع عدم باذل الكفاية والكراهة معه (والظاهر) ان مورد كلام الفقهاء هو عدم وجود باذل الكفاية فلا قائل بالمرجوحية معه سوى المصنف ره .

وكيف كان فقد استدل للحرمة مضافا الى وجوه اعتبارية - بكثير من النصوص (١) وهي وان كان بعضها ضعيف السند - وبعضها قاصر الدلالة من جهة تضمنه اللعن على المحتكر الذي هو بمعنى الابعاد الملائم مع الكراهة - او وروده في مقام بيان موضوع الاحتكار المحكوم بالحرمة او الكراهة - الا ان - جملة منها صحيحة السند - ظاهرة الدلالة عليها كصحيح (٢) الحنات عن الصادق (ع) عن رسول الله (ص) يا حكيمن بن حزام اياك

١- الوسائل باب ٢٧ و ٢٨ من ابواب آداب التجارة

٢- الوسائل باب ٢٨ من ابواب آداب التجارة حديث ٣

ان تحتكر - وما (١) في نهج البلاغة في كتابه (ع) الى مالك الاشتر فامنع من الاحتكار فان رسول الله (ص) منع منه - ونحوهما غيرهما - (و يؤيدها) النص صرح الآخر و لا يعارضها صحيح (٢) الحلبي عن ابي عبد الله (ع) ان كان الطعام كثيراً يسع الناس فلا بأس به وان كان الطعام قليلاً لا يسع الناس فانه يكره ان يحتكر الطعام - فان الكراهة في اصطلاحهم عليهم السلام اعم من الكراهة المصطلحة - وعليه - فهو ايضا بمفهوم الشرط يدل على التحريم فانه يدل على ثبوت لباس مع عدم كثرة الطعام وهو ظاهر في التحريم (وبما ذكرناه) ظهر مدرك القول بالكراهة وضعفه .

وقد استدلل المصنفه لما اختاره - بان جملة من النصوص متضمنة للنهي عن الاحتكار و ظاهر ذلك مرجوحته مطلقاً - و ظاهر صحيح الحناط و صحيح الحلبي حرمة في صورة عدم باذل الكفاية - اما الاول فلان الظاهر منه ان علة عدم لباس وجود الباذل فلولاه حرم - واما الثاني - فلانه قيد الحكم فيه بصورة عدم باذل غيره وهذا بواسطة ما دل على كراهة الاحتكار مطلقاً قرينة على ارادة التحريم (وفيه) ان الخبرين يقيدان جميع نصوص الاحتكار المتضمنة للنهي عنه سواء حمل النهي فيها على الكراهة او الحرمة فمورد الحكم صورة عدم وجود باذل غيره والا فلا يكون الاحتكار مكروها - وبذلك يظهر ما في قوله وان شئت قلت الخ.

(قوله قد وه الظاهر ان الرواية (٣) ماخوذة من كتبهم التي - ففيه دليل على اعتبار ما في كتبهم الخ) اقول - قد ذكر المصنف ره هذا الكلام في كتاب الصلاة و عليه بنى حجية ما في كتبهم وان كان المروى عنه ضعيفاً او مجهولاً (و يرد عليه) ان ذلك النص (٤) سؤالاً وجواباً مسوق لبيان ان فساد عقائد وآراء بني فضال لا يمنع عن الاخذ برواياتهم فغاية ما يدل عليه حجية قوليهم ورواياتهم وانها كالروايات المروية عنهم في حال استقامتهم بل انظر فيه الى حجية الروايات من غير تلك الجهة واما اصحاب

١-٢-٣- الوسائل باب ٢٨ من ابواب آداب التجارة حديث ١٣-٢-٦

٤- الوسائل باب ١١ من ابواب صفات القاضي حديث ١٣

الاجماع قد دل الدليل على الاستغناء بروايتهم عن ملاحظة من قبلهم في السند وقد حققنا ذلك في الجزء الثاني من هذا الشرح في مبحث الحيض .

(قوله قدده واما الملح فقد الحقه بها في المبسوط الخ) قال في محكي المبسوط بثبت الاحتكار في الملح ولم تقف على حديث دال عليه ولعله نظر في ذلك الى دعوى الحاجة اليه واساس الضرورة الى تناوله فصار كالطعام انتهى (اقول) مقتضى الحصر في خبر (١) غياب عدم ثبوت هذا الحكم في الملح والعلة المستنبطة المشار اليها لاتصلح لاثبات الحكم الشرعي بها - لعدم كونها منصوصة بعنوان العلة للحكم كي تعمم - ولذا لم يفت احد بثبوته في غير ذلك من ما يحتاج اليه الناس - فالاظهر عدم اللاحق .

(قوله قدده روى (٢) السكوني عن ابي عبد الله (ع) ان الحكرة في الخصب الخ) ظاهر الخبر تحديد الحكرة في الرخص باربعين يوما - وفي الغلاء بثلاثة ايام وعمل به الشيخ والقاضي وصاحب الوسيلة (والايراد عليه) تارة بضعف السند واخرى بانه محمول على بيان مظنة الحاجة كما عن الدروس واستحسنه المصنف (ره) في غير محله - اما الاول فلما تقدم في هذا الشرح مرارا من اعتبار خبر السكوني - واما الثاني - فلان ذلك خلاف الظاهر لاشاهد له فالظاهر تمامية هذا التحديد .

(قوله قدده وعليك في استخراج احكام هذه الاقسام الخ) الاحتكار المحرم هو الاحتكار مع حاجة الناس - والمباح هو الاحتكار لامع حاجتهم - والواجب هو الاحتكار لاعانة المضطرين في ايام الغلاء - والمستحب هو الاحتكار لاعانة الزوار - واما المكروه فلم نجد له مثالا (ثم ان) الاحتكار بما هو احتكار لا يكون واجبا ولا مستحبا واتصافه بهما انما يكون من جهة انطباق عناوين اخر عليه .

(قوله قدده انه يسعر عاينه ان اجحف بالثمن لنفي الضرر الخ) ولانه لولاه لانتفت فائدة الجبر اذ بدونه يمتنع المالك من البيع الا باضعاف ثمنه فلو سوغناه

انتفت الحكمة فى الزامه بالبيع - وهو جيد - الا انه لا يدل على التسعير لملائمته مع ما عن
الميسى والشهيد الثانى انه يؤمر بالنزول من دون تسعير - والله العالم
الحمد لله على ما انعم علينا بالنعم الجسام التى من اعظمها تحرير الكتب الفقهية ونشرها
ومنها هذا الكتاب وهو الجزء الثالث عشر من كتابنا فقه الصادق وكان ختامه فى ليلة الاربعاء
١٠ ذى القعدة الحرام سنة ١٣٨٠ بيد مؤلفه الاحقر محمد صادق الحسينى الروحانى القمى
عفى عنه ويتلوه الجزء الرابع عشر فى الخيارات انشاء الله تعالى .

فهرست الجزء الثالث عشر من كتاب فقه الصادق

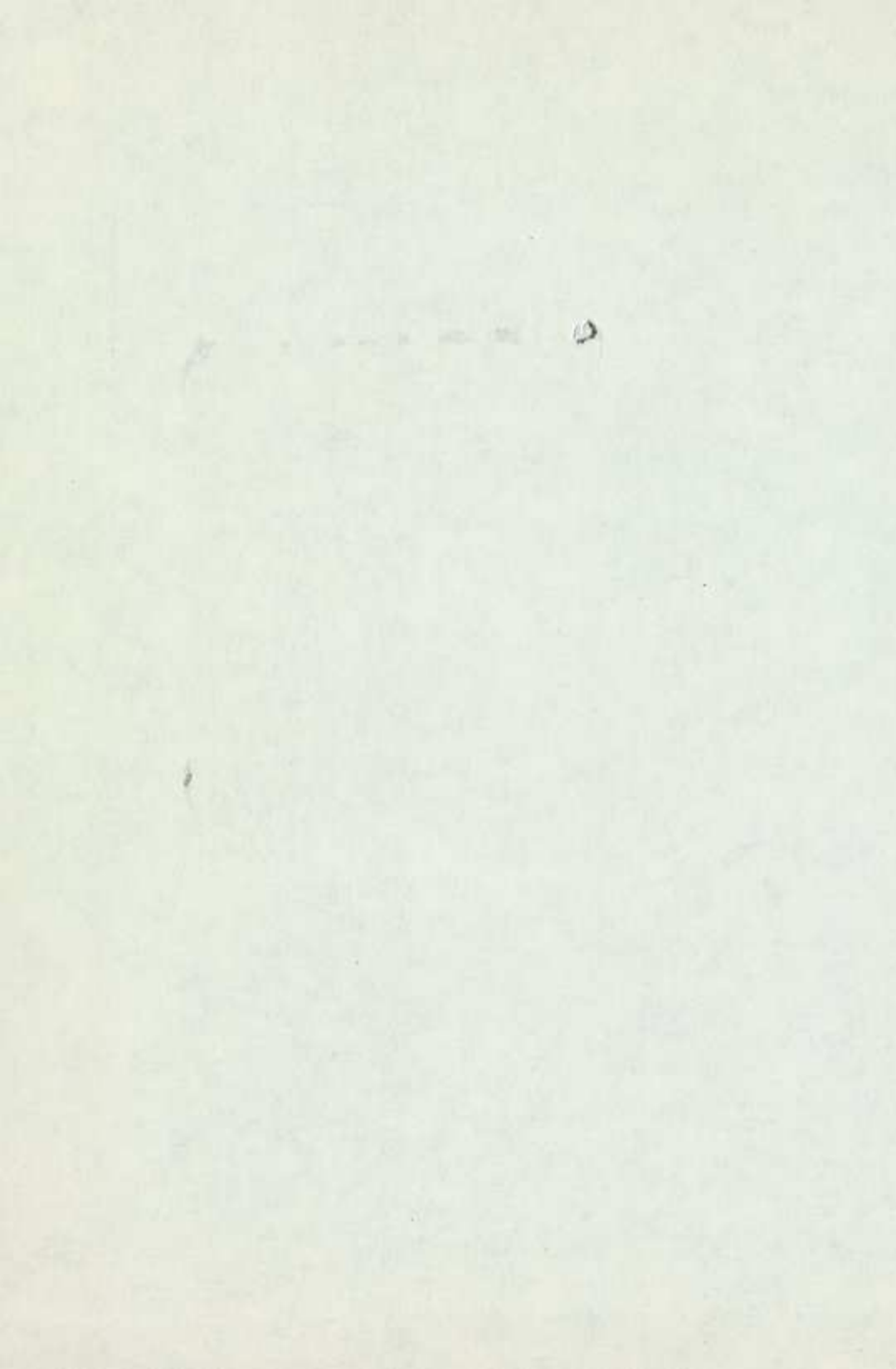
الصفحة	العنوان	الصفحة	العنوان
٥٨	الفضولي في المعاطاة	٣	من شرائط المتعاقدين الاختيار
٦١	الاجازة - بيان وجوه الكشف وادلتها	٤	ادلة بطلان عقد المكره
٧٠	بيان الثمرة بين الكشف والنقل	٦	بيان حقيقة الاكراه وما يعتبر فيه
٨١	تبيهاات الاجازة	١١	حكم اكراه الشخص على احد الفعلين
٨٣	كفاية الرضا الباطنى فى الاجازة	١٣	حكم اكراه الشخصين على فعل واحد
٨٥	لا يعتبر فيها عدم سبق الرد	١٤	صور تعلق الاكراه
٨٧	الاجازة لا تورث	١٦	الاكراه على بيع عبد من عبيدين
٨٨	اجازة القبض	١٨	الاكراه على الطلاق
٩١	الاجازة ليست على الفور	٢٣	العقد المتعقب بالرضا
٩٢	فى اعتبار مطابقة الاجازة للعقد	٢٧	البيع المقرون بالرضا
٩٤	اعتبار كون المجيز جائزاً لتصرف	٣٠	بيع الفضولى للمالك وادلة صحته
٩٥	عدم اعتبار وجود المجيز حال العقد		ادلة بطلان بيع الفضولى و الجواب عنها
٩٨	حكم بيع ما هو متعلق حق الغير	٤٢	
١٠٠	من باع شيئاً ثم ملك	٤٩	حكم بيع الفضولى لنفسه
١١٣	اذا لم يجز البائع بعد تملكه	٥٥	لو كان المبيع ديناً

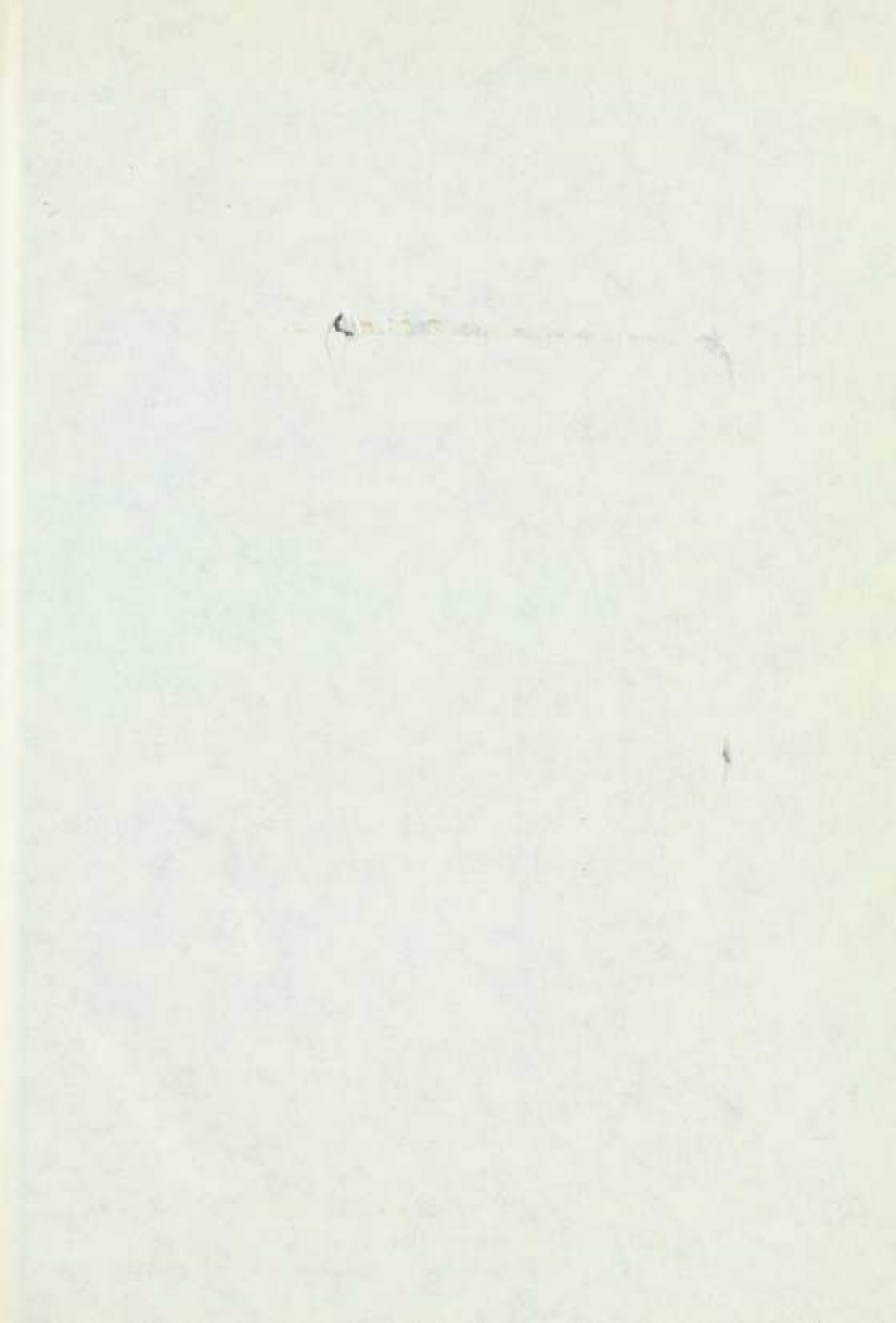
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
ولاية التصرف في الاموال والانفس	١٧٩	لو باع باعتقاد عدم جواز التصرف	
وجوب اطاعة المعصوم (ع)	١٧٢	فانكشف الجواز	١١٥
ولاية الحاكم الشرعي	١٨٤	اعتبار كون المجاز واجد الشرائط	
تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد	١٨٥	الصحة	١٢٢
العالم المختلف باب السلطان آفة الدين	١٩٢	اعتبار كونه معلوما تفصيلا	١٢٤
مزاحمة احد المجتهدين لآخر	١٩٣	حكم العقود المترتبة	١٢٥
ضابط التصرفات المتوقف جوازها على		في احكام الرد	١٣٤
اذن الفقيه	١٩٥	حكم التصرفات غير المنافية لملك	
الفقيه ولي من لاولى له	١٩٧	المشتري	١٣٧
ولاية عدول المؤمنين وشرائطها-		حكم رجوع المالك الى المشتري-و	
شرائط العوضين-بيان حقيقة المال والملك	٢١٤	رجوعه الى الغاصب	١٣٩
بيان الدليل على اعتبار ان المالية والملكية	٢١٤	في الغرامة التي غرمها المشتري	١٤٥
اقسام الارضين واحكامها	٢١٨	تعاقب الابدى	١٥٢
عدم جواز بيع الوقف	٢٣٧	بيع ما يملك وما لا يملك	١٥٨
صور بيع الوقف	٢٤٨	بيع من له نصف الدار ونصف الدار	١٦١
الوقف المنقطع	٢٧١	بيان حقيقة الاشاعة في الملك	١٦٢
بيع العين المرهونة	٢٧٦	حكم بيع ما يقبل التملك وما لا يقبل	١٦٥
فائدة اجازة المرتهن	٢٧٨	في ولاية الاب والجدو ما يعتبر فيها	١٦٧
حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن	٢٨٢	ولاية المعصومين عليهم السلام	١٧٣
في اعتبار القدرة على التسليم	٢٨٤	ثبوت الولاية التكوينية لهم	١٧٤
هل القدرة شرط او العجز مانع	٢٩١	ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة	
المانع هو العجز في زمان الاستحقاق	٢٩٣	للحجة (ع)	١٧٦

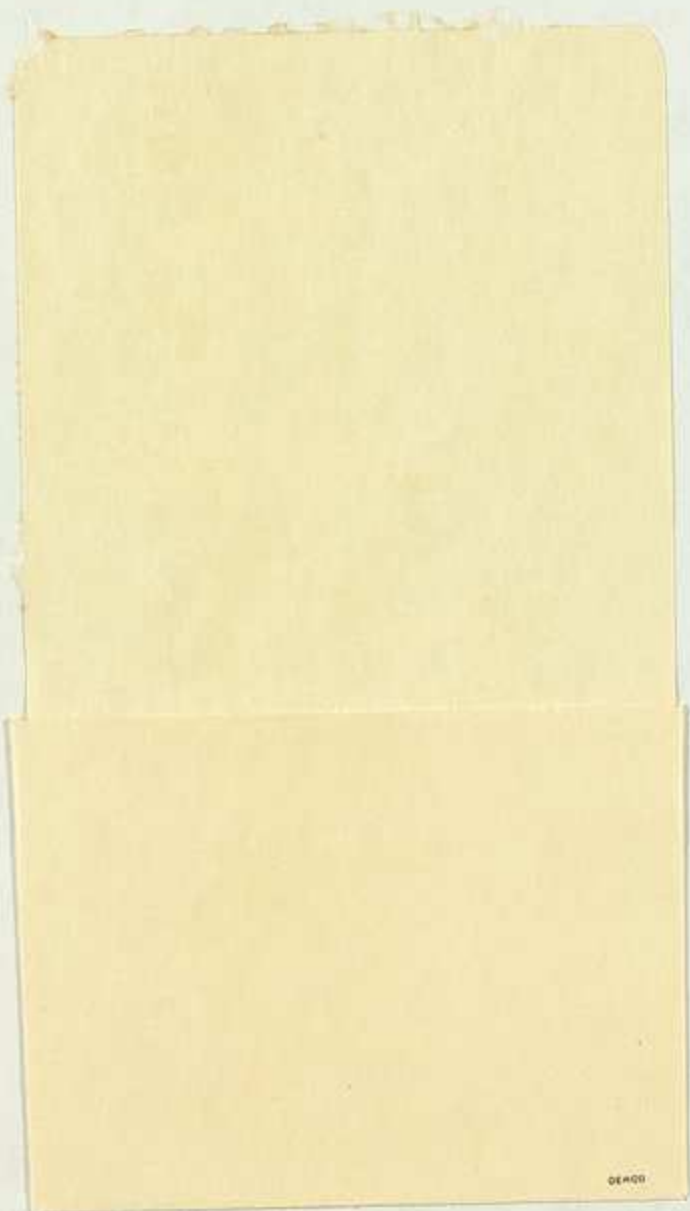
العنوان	الصفحة	العنوان	الصفحة
حكم مالو كان الوكيل عاجزا والموكل قادرا	٢٩٧	الفرق بين الاستثناء والبيع	٣٢٦
عدم الحاق الصالح بالبيع وحكم ساير المعاملات	٢٩٩	اقسام بيع الصبرة	٣٢٨
بيع الضال والمجذود والمنصوب	٣٠١	في كفاية مشاهدة العين سابقا	٣٣٠
اعتبار العلم بقدر الثمن	٣٠٢	حكم مالو اختلفا في التغير	٣٣٢
عدم صحة بيع مايكال او يوزن جزافا	٣٠٤	حكم مالو اختلفا في تقدم البيع على التغير	٣٣٨
بيع المكيل وزنا وبالعكس	٣٠٧	في لزوم اختبار الطعم واللون والرائحة	٣٤٠
المناط في المكيل والموزون	٣١٠	حكم شراء ما يفسده الاختبار	٣٤٤
اخبار البائع بقدر المبيع	٣١٥	جواز بيع المسك في فاره	٣٤٩
بيع الثوب والارض مع المشاهدة	٣١٧	بيع المجهول مع الضميمة	٣٥١
بيع بعض من متساوية الاجزاء	٣١٨	حكم الانذار	٣٥٥
بيان حقيقة الكلى في المعين	٣٢٠	جواز بيع المطروف مع طرفه الموزون معه	٣٥٩
حكم بيع الكلى في المعين	٣٢١	التفقه في مسائل التجارات	٣٦١
حكم ما اذا باع صاعا من صبرة	٣٢٢	حكم تلقي الركبان	٣٦٢
ثمرات كون المبيع كليا في المعين او مشاعا	٣٢٤	جواز اخذ الانسان من مال يدفع اليه	
		ليصرفه في قبيل هو منهم	٣٦٦
		في حكم الاحتكار وموارده	٣٦٨

جدول الخطاء والصواب

ص	س	خطاء	صواب
٧٠	٢٣	التصروقع اماء حرف	التصرف الواقع حراما
		الواعماقع	عماوقع
٧٥	١١	لاشكال	لااشكال
٨٥	١٨	الحقيقة	الحقية
٩٤	١٩	العقب	التعقب
٩٥	١٣	يعتبره	يعتبر
٩٥	٢١	الصرف	التصرف
١٣٨	١٤	للتحر	للتحرى
١٦٩	١٨	ولعله	ولعله
٢١٣	٢	نظير	نظر
٢٤٠	١٩	لجواز	لجوازه
٣٠٨	٦	القدير	التقدير







FEB 29 1980

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU17882567