PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR
32101 018012771

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

This book is due on the latest date stamped below. Please return or renew by this date.

المجلد الثانی من

المکاسب و البیع

من تقریرات بحث العلامة الأستاذ الأعظم

المیرزا محمد حسین الغروی النائینی قدس سره

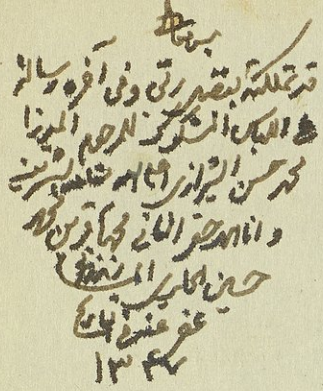
للحاج الشیخ محمد تقی الآملی عفی عنه

یطلب من

مکتبة البوذرجمهری (المصطفوی)

طهران - ۱۳۳۳- ش ۱۳۷٤- ه

چاپ بوذرجمهری مصطفوی



هو

المجلد الثانی

من التعلیقة علی مکاسب

المرحوم العلامة الشیخ الاکبر الانصاری

قدس سره

من تقریرات بحث

المرحوم الاستاذ الاعظم المیرزا محمد حسین الغروی النائینی

طاب الله تعالی مضجعه

للضعیف الفانی الحاج شیخ محمد تقی (الآملی) عفی عنه

یطلب من

مکتبة البوذرجمهری (المصطفوی)

الشروع فی الطبع ۲۹ جمیدی الاولی

سنة ۱۳۷۳ - هـ - ق

حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

مطبعة الحیدری بطهران

2269
.1185
.557
mujallad 2

بسم الله الرحمن الرحيم

وبه نستعين

الحمدلله رب العالمين والصلوة والسلام على سيدنا محمد وآله الطاهرين ولعنة الله على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين

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

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

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY PAIR>
32101 018012771

المالك مع رضائه به . ام يكفى مجرد رضاه ولو لم يتحقق الاستناد اليه (احتمالان) ظاهر المتسالم عند الاصحاب هو الاول : و مال المصنف قده الي الاخير لو لاخروجه عن ظاهر الاصحاب ،، واستدل على ذلك بعمومات ادلة العقود مثل (اوفوا بالعقود) و آية التجارة : وحديث (لايحل مال امرء الا بطيب نفسه) وما دل علي كون سكوت المولى عن نهي العبد عن نكاحه عند العلم به اقرارا به : وحديث عروة البارقي المتضمن للقبض والاقباض قبل اجازة النبى صلى الله عليه وآله وسلم وتقريره صلى الله عليه وآله وسلم اياه . مع انه لو لم يكتف بالرضا الباطنى لكان القبض حراما اذليس للفضول ان يقبض ماعنده ويقبض بدله ،، وذكر اخيراً منع تسالم الاصحاب على اعتبار الاستناد لانهم يعبرون كثيرا باعتبار الرضاء مثل قولهم فى مقام الاستدلال علي الصحة بان الشرائط كلها حاصلة الاالرضا : ومثل قولهم فى مقام الاستدلال على عدم كفاية السكوت فى الاجازة بانها اعم من الرضاء

ولا يخفى مافى الكل : اما اولا . فلان مايميل اليه فى المقام مخالف مع ما استدل به على نفوذ عقد المكره بالاجازة بفحوى صحة عقد الفضولي بها ،، وذلك لماعرفت من ان مبنى دعوى الفحوى كان على الالتزام باعتبار الاستناد في العقد حيث يقال (ح) بان عقد الفضول فاقد لجهتين وهما الاستناد والرضاء وعقد المكره فاقد لجهة واحدة و هى الرضا وماهو فاقد لجهتين لوصح بالتعقب بالاجازة تكون صحة الفاقد لجهة واحدة بها اولى ،، وهذا الاستدلال مناف مع اختيار عدم اعتبار الاستناد اذ على القول بعدم اعتباره يصير حال العقد الفضولي كعقد المكره من غير او لوية فى البين اصلا

واما ثانياً فلما فيما ذكره من منع تسالم الاصحاب ومانقله من العبائر لاتدل علي حصر مايعتبر فى خصوص الرضا بلا اعتبار الاستناد ،، وذلك

لان الرضا يطلق بمعنيين (الاول) طيب النفس (والثانى) الاختيار واطلاقه بالمعنى الثانى شايع كثير فى استعمالات اهـل العرف واللغة ومنه قـول العامة فى وجه تسمية الرضا عليه السلام بالرضا لانه اختاره المامون لولاية العهد فيمكن ان يكون مرادهم من الرضا في هذه الكلمات هو الاختيار ولا اقل من الاجمال فلا تكون منافيا مع مايظهر منهم فى غير مورد من الاتفاق علي اعتبار الاستناد

واما ما استدل به من العمومات ففيه انه لا دلالة في شيء منها على عدم اعتبار الاستناد لو لم تكن دالة على اعتباره فهى في الدلالة علي اعتبار الاستناد تكون اظهر ،، اما آية وجوب الوفاء فـلان مقتضى تقابـل الجمع بالجمع اعنى اوفوا : والعقود هو التوزيع اعنى وجوب وفاء كل احد بعقد نفسه ولا اشكال ان عقد الاجنبى لا يصير عقد الراضى به ما لم يتحقق الاستناد اليه فبالاستناد يضاف عقد الفضولى اليه ثم يشمله عموم وجوب الوفاء وكذا الكلام فى آية التجارة فان التجارة عبارة عن التكسب واعتبر فيها الرضا ولا بد من استناد التجارة الصادرة عن الفضولي الى المالك حتى تصير تجارته فتحل بواسطة الرضا واما الرضا بتكسب الغير فهو خارج عن مورد الاية كما لا يخفى

واما حديث الحل. فلانه انما يدل على اعتبار طيب النفس والرضا فى العقد و لا ينفي اعتبار ماعداه : اذ ليس في مقام حصر مايعتبر فى العقد بالـرضا ويكون حاله كحال لا صلوة الا بفاتحة الكتاب ،، حيث انه يدل على اعتبار فاتحة الكتاب فى الصلوة لا على عدم اعتبار ماعداها فيها

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

اقرار ولا اشكال ان الاقرار امروجودى تثبيت للامر الصادر عن العبد فهو اجازة من غير كلام ،، وانما الكلام فى الاكتفاء بمحض الرضاء الباطنى بلا تبرزه فى مرحلة الخارج باقـرار و نحوه ،، وبالجملة فـالسكوت بماهو سكوت ليس موجبا لنفوذ النكاح ولم يجعل كك فى الخبر منشاء لنفوذه بل هوبما هو اقرار يقتضى النفوذ وهذا خارج عن محل البحث ولذايستدل على ثبوت الفورية فى جملة من الخيارات بكـون السكوت اقـرارا اى سكوت من له الخيار عن الفسخ مع علمه بان له الخيار يجعل تثبيتا للعقد ودالاعلى اجرائه على وفقه وهو يقتضى سقوط خياره فدلالة السكوت على سقوط الخيار انماهى لاجل كونه اقرارا و تثبيتا كما سيأتى توضيحه

والحاصل ان هذا الدليل لايدل على صحة الاكتفاء بالرضا ولولم يكن مع الاستناد لولم يجعل دليلا على اعتبار الاستناد لمكان التعبير بكون السكوت اقرارا كمالايخفى ،، واما رواية العروة البارقى فسيأتى الكلام فيها مفصلا فالمتحصل مماذكرناه اعتبار الرضا والاستناد معافى نفوذ عقد الفضولى وعدم صحة الاكتفاء بالرضا

ولافرق فيما ذكرناه بين ماكان متعلق فعل الفضولى ملكا للغير و كانت الحاجة الى اجازة المسبب بالدرجة الثانية اعنى معناه الاسم المصدرى او كان متعلقه مماتعلق به حق الغير وكانت الحاجة الى الاجازة بالنسبة الى الدرجة الاولى من المسبب اعنى معناه المصدرى كبيع الـراهن بلا اذن المرتهن وكنكاح بنت الاخ والاخت بلا اذن العمة والخالة وكنكاح الباكرة بلااذن وليها لوقيل باعتبار اذنه وكنكاح العبد او فعله مايتبع به بعد عتقه بلااذن مولاه ،، اذالجميع مشترك فى اعتبار الاجازة زائدا عـن الرضاء الباطنى . ولايصح الاكتفاء بالرضاء الباطنى فى شيىء منها. امافيماكان

المحتاج الي الاجازة هو المعنى الاسم المصدرى كبيع مال الغير فضوليا : فلما تقدم من ان عقد الفضولى لابد من ان يستند الى المالك فما لم يستند اليه لايصير عقده فلايشمله العمومات الدالة على صحة العقود مثل عموم او فواونحوه

واما ماكان المحتاج الى الاجازة فيه هوالمعنى المصدرى . فلانه بعد فرض تعلق حق الغير به ووقوفه علي اذنه يتوقف نفوذه على احدامرين اما اسقاط حق الغير لكى يمضى بصيرورته طلقاعن حق الغير كما اذا اسقط المرتهن حقه عن العين بعد بيع الراهن اوالى تنفيذه لولم يسقط حقه و الرضا الباطنى لااسقاط ولاتنفيذ فيحتاج الى فعل وجودى منفذ بعد فرض الحاجة الى التنفيذ

قوله قده ثم انه لواشكل فى غير المالك فلاينبغى الاشكال فى عقد العبد (الخ) اعلم انه يحتمل ان يكون المراد من العصيان المذكور فى الخبر الوارد فى صحة نكاح العبد اذا اجازه المولي معللا بانه لم يعص الله سبحانه و انما عصي سيده فاذا اجاز جاز : هوالعصيان التكليفى اى الحرمة التكليفية . و يحتمل ان يكون بمعني الوضع اعني التجاوز عن حق المولى اى فعل مايتوقف صحته على اذن المولي وكان زمامه بيده : فعلي الاول ترتفع الحرمة التكليفية بمجرد رضا المولى باطنا من غير حاجة الى الاجازة : وعلى الثاني فيتوقف صحة ما فعله علي اذنه اواجازته

اذا عرفت ذلك : فاعلم ان مبني ما افاده (قده) من عدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الاخبار بعد الرضا الباطنى ولولم يأذن المولي . يتم على الاحتمال الاول ،، ولا يخفي مافيه . ضرورة فساد هذا الاحتمال لان العصيان لو كان بهذا المعنى لزم صحة نكاحه ولومع عدم الرضا

ايضاً لكون النهي (ح) راجعا الى ناحية السبب اعنى مقام التلفظ بصيغة العقد واستعمالها حسبما تقدم وقدمر ايضا ان حرمة السبب لا يوجب فساد المعاملة فالا لتزام بالحرمة التكليفية مقتضى للا لتزام بعدم الفساد كما لا يخفي .

قوله قده ثم اعلم ان الفضولى (الخ) الفضولي اما يبيع لنفسه و واما يبيع عن المالك وعلى الثانى . فاما يكون مع سبق النهى عن المالك اولا :فهنا ثلاث صور،،والمتيقن من صحة الفضولى هوالاخير اعني ما اذا باع الفضولى عن المالك مع عدم سبق النهى عن المالك . اذالقائلين فى هذه الصورة : اختلفوا فى الصحةفى الصورتين الاوليئين ،، و بالجملة فالكلام الان فى هذه الصورة . وقدوقع الخلاف فى صحة الفضولى فيهاوالمشهور على الصحة وهوالحق .

والبحث عن صحة الفضولى فيها فى مقامين (الاول) في ان صحته هل هى مطابق مع القاعدة اى ان الادلة العامة هل تقتضي الصحة ام لا (الثانى) فيماتقتضيه الادلة الخاصة لو فرض عدم مطابقة صحته مع القواعد . او مع قطع النظر عن القواعد .

اما المقام الاول فالحق كون صحة الفضولي مطابقا مع القاعدة : و تقريب ذلك تارة يقع علي مسلك المصنف (قده) من الاكتفاء بالرضاء الباطنى والقول بعدم الحاجة الى الاستناد . واخرى على ما حققناه من الحاجة الى الاستناد مع الرضا لانه يختلف التقريب حسب اختلاف المسلكين ،، اما الاول فتقريبه محاذيا لما فى الكتاب ان يقال ان مقتضي العمومات مثل (اوفوا بالعقود) (واحل الله البيع) هو صحة البيع مطلقا سواء كان مع الرضاء ام لا . و سواء كان الرضا سابقا او مقارنا او لاحقا ولكنها خصصت بما يدل على اعتبار الرضا

و دليل الدال على اعتبار الرضا اما مطلق اى يدل على كفايته مطلقا . و لو كان لاحقا اويكون مجملا من هذه الجهة : و على الاول فيدل على كفاية الرضا اللاحق : وعلى الثاني يكون المتقن منه(هو اعتبار الرضا فى الجملة : اما خصوص الرضا السابق و المقارن فلايدل عليه دليل واذاشك فى اعتباره يكون المرجع هوالعام لكون التخصيص بالمخصص المنفصل المجمل هذاهوغاية تقريبه(قده).

ولا يخفي مافيه اما اولا فلانه مالم يتم الاستناد لايكون شيء من العمومات دليلا على الصحة لماذكرناه في مفاد عموم (اوفوا)من ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضى التوزيع . فكل احد يجب عليه الوفاء بعقده لا بعقد الصادر عن اخرا جنبى عنه : فالعقد الصادر عن الفضول ما لم يستند الى المالك لا يصير المالك متعلقا لخطاب وجوب الوفاء به سواء قلنابان مفاد اوفوا حكم وضعى كما هو الحق او انه حكم تكليفى ينتزع عنه الحكم الوضعى علي ما اختاره المصنف قده علي ماسياتى .

و اما آية الحل فلا شبهة ان المراد من البيع فيها هوالمعنى الاسم المصدوى اعني ماهو نتيجة البيع بالمعنى المصدرى . و ما هو عبارة عن المبادلة بين المالين التي هى التجارة بمعنى التكسب : و معلوم انه لم يتحقق من الفضول . وانما الصادر عنه هو البيع بالمعنى المصدرى و بالاجازة يصير بيعا و تجارة من المجيز : فمع عدم الاستناد ليس بيع بالمعني الاسم المصدرى حتى يتعلق به حكم الحل ببركة عموم احل الله البيع :

واما ثانيا فلان ما افاده من انفصال المخصص عن العام و كون التخصيص بالدليل المنفصل ممنوع كيف و آية التجارة من العمومات الواردة في مساق بقية العمومات وقد خصص بقيد الرضا بقيد متصل و كون

التخصيص فيها بالمتصل يستلزم كون ماعداها من ساير العمومات التى لم يذكر فيها ذاك المخصص ايضا كذلك ،، وذلك بعد اشتراكها مع عموم تلك الاية المباركة فى المفاد والمؤدى و انها باجمعها مثبتات لمعنى واحد و هو امضاء المعاملات العرفية المقتضي لصحتها :

واما ثالثا فلان محصل ما افاده قده يرجع الى تأسيس الاصل في كل شرط وان الاصل فيه هو التاخر ضرورة ان مقتضى ما افاده هو عدم استفادة اعتبار تقارن الرضا مع العقد بل الدليل الدال علي اعتباره يدل على اصل اعتباره في الجملة و عند الشك في اعتبار تقارنه يدفع اعتباره بالاصل فيكون شرطاً ولو مع التأخر ولايخفى ان فتح هذا الباب مستلزم لابداء احتمال تأخر كل شرط عن مشروطه وهذا وان كان ممكنا في نفسه الا انه بعيد فى الغاية بل طبع اشتراط كل شرط يقتضى اعتبار مقارنته مع المشروط وهو الاصل فيه الا ان يقوم الدليل علي الاكتفاء بوجوده المتأخر ايضا هذا تمام الكلام في التقريب الاول مع مافيه .

و اما الثانى اعنى تقريب مطابقة صحة الفضولى مع القواعد محاذيا مع ماهو المختار من اعتبار الاستناد والرضا فبيانه يتوقف على مقدمة،، وهى انه لاشكال ان باب العقود و الايقاعات انما هو باب الايجاد والانشاء لكن الايجادات تنقسم علي قسمين : فمنها مايتعلق بالامور الخارجية التى موطن وجودها و عالم تحققها هو الخارج : ومنها مايتعلق بالامور الاعتبارية التى لاوعاء لوجودها الا عالم الاعتبار وبين القسمين فرق . اذ فى الخارجيات يترتب وجودها على ايجادها بلا مهلة ولايعقل التفكيك بينهما . فاذا تحقق الكسر يتحقق الانكسار او تحقق التسخين يتحقق التسخن

و اما في الاعتباريات ففيها مرحلتان مرحلة وجود المنشاء فى

موطن الانشاء و هذه المرحلة كالخارجيات لا ينفك المنشاء فيها بوجوده الانشائي عن الانشاء : ومرحلة تحقق المنشاء في عالم الاعتبار وهذه المرحلة يمكن انفكاكها عن الانشاء و ذلك فيما اذا توقف تحققه على امر آخر من اعتباره ممن بيده الاعتبار اذليس كل منشئ ممن بيده الاعتبار وعلي هذا ففي مثل ملكتك السماء ايضاً يتحقق المعنى الانشائي بالانشاء لكنه لا تحقق له في عالم الاعتبار

اذا ظهر ذلك فنقول ، اما الخارجيات فلا يخلو اما ان تقبل النيابة كالضرب و نحوه او لا تقبل النيابة . و على كلا التقديرين فشيء منها لا يقبل الفضولي اما ماليس قابلا للنيابة فواضح اذ كلما تحقق يكون مستنداالي مباشره محضا واما مايقبل النيابة فان كان باذن من الغير سابقا على وقوعه يكون مستنداالى الآذن وان لم يكن مع سبق الاذن فلا يصير بالاذن اللاحق مستنداالى الآذن كما اذا ضرب ضارب . وانت تجيز ضربه بعد العلم بصدوره ، وذلك لان ضربه هذاله جهتان وهما جهة صدوره عن الفاعل بالمعني المصدرى وجهة صدوره وتحققه في الخارج بالمعنى الاسم المصدرى واذا استنابه في ضربه يستند الضرب الى المنوب عنه واذا اجازه بعد صدوره لا يستند اليه بالاجازة لا معناه المصدرى ولا معناه الاسم المصدرى اما معناه المصدرى : فلا ستحالة انقلابه عما وقع عليه . والمفروض انه صادر عن الفاعل . و لا يعقل ان يصير بالاجازة مستندا الى المجيز و اما المعني الاسم المصدري فلتحققه حين الايجاد من غير تراخ و توقف في تحققه علي امر مترقب . والشيء الواقع لا يعقل ان ينقلب عما وقع عليه ففي مثله يستحيل تأثير الاجازة المتأخرة : فلا يتمشى فيه الفضولي بوجه من الوجوه :

واما الاعتباريات فما لايقبل منها النيابة ايضا لايقبل الفضولي :

والقابل منها للنيابة : فبالنسبة الى المعنى المصدرى لايؤثر الاجازة المتأخرة في استناده الى المجيز كمافي المعني المصدرى من الخارجيات وبالنسبة الى المعنى الاسم المصدري تكون هي قابلة للاجازة بخلاف الخارجيات ،، وذلك لامكان تخلف وقوعه عن وقوع المعنى المصدرى لاجل توقفه على امر مترقب من اعتبار ممن بيده الاعتبار اواجازة اونحو ذلك ،، و على هذا فيصير المعنى الاسم المصدرى الواقف لولا الاجازة متنفذا بالاجازة وتكون الاجازة منفذا له

ومنه يظهر ان الاجازة لابد من ان تقع على عقد متحقق بحيث تؤثر في نفوذه وترتيب الاثر عليه لا ان تكون هي بنفسها مما يترتب عليه الاثر كان في البين عقد ام لا و يترتب على ذلك انه يعتبر في مورد تاثير الاجازة امران (احدهما) ان يكون ترتب الاثر على متعلق الاجازة متوقفا على الاجازة . بحيث لولاها لما ترتب عليه الاثر . فلو كان هو بنفسه ممايترتب عليه الاثر كانت في البين اجازة ام لا . لكان خارجا عن مورد الفضولى ،، وذلك كاداء الدين و الزكوات والاخماس من المتبرع : حيث ان نفس تأديتها يوجب تخلية ذمة المديون منها بلا توقف منها على اجازة المديون فلايقع فيه الفضولى ولايصير بالاجازة مستندا الى المجيز (وثانيهما) ان تكون الاجازة تنفيذاً لفعل الفضولى ولم تكن ممايترتب عليه بنفسه الاثر ولولم يكن فعل فضولي في البين ،، ولو كان كك لكان خارجا عن باب الفضولى : وذلك كمافي مثل الرجوع وجميع العقود الاذنية التي تكفي فيها الاذن : حيث ان الاجازة فيها رجوع او اذن

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

الشك فى صحة الفضولى الي الشك فى اعتبار صدور المعنى المصدرى عمن يعتبر اجازته . فانه لو كان صدور المعنى المصدرى منه معتبراً في صحة العقد لم يكن الفضولى صحيحاً : ولو لم يكن معتبراً : لما كان مانعا عن صحة الفضولى

وحيث رجع الشك الى اعتبار صدور المعنى المصدرى عمن له الاجازة زايداً عن اعتبار . استناد المعنى الاسم المصدرى اليه يدفع اعتباره بالاطلاقات حيث انه بعد الاجازة يستند العقد او التجارة وكل ما كان من نظائر ذلك موضوعا لحكم فى عام من العمومات مثل (احل الله البيع) ونحوه الى المجيز وبعد استناده اليه و كون الشك في الصحة ناشيا عن الشك في اعتبار حيث صدور المعنى المصدرى عن المجيز : يدفع اعتباره ببركة الاطلاقات و العمومات ولا يلزم (ح) المحذور الذى اوردناه علي مسلك المصنف (قده) من انه مع عدم الاستناد لا دلالة فى العمومات ،، و ظهر الفرق البين بين المسلكين و تبين فساد التمسك بالعمومات على المسلك الاول دون المسلك المختار بمالا مزيد عليه ،، هذا اذا انتهت النوبة الي الشك فى اعتبار استناد الانشاء الي من له الاجازة زائدا عن اعتبار استناد المنشاء اليه ،، ويمكن دفع الشك فى اعتباره بالتمسك ببناء العقلاء . بان يقال ان المعتبر عند هم فى ابواب المعاملات هو استناد المعنى المنشاء والاسم المصدرى الى من بيده الاجازة : ولا يعتبرون استناد المعنى المصدرى اليه .

و مما ذكرنا كله يظهر مافى كلام شيخ الفقهاء فى كشف الغطاء من تأسيس الضابط لما يصح فيه الفضولى بان كلما يصح فيه النيابة يصح فيه الفضولى ،، وجه الضعف هو مابيناه من عدم جريان الفضولى فى كلما يصح فيه النيابة : وذلك كما فى مثل اداء الدين ونحوه . فانه يصح فيه النيابة

مع انه لا يصح فيه الفضولى ،، اللهم الا ان يقيد الضابط بقيد اخر. وهو قيد ان لا يجرى فيه التبرع فانه مع زيادته يفيد الكلية فان ما يصح فيه النيابة لا التبرع يقع فيه الفضولى كليا كما لا يخفى : هذا تمام الكلام فى ايضاح كون صحة الفضولى على طبق القاعدة : و قد بقي الكلام فى المقام الثانى وهو البحث عما تقتضيه الادلة الخاصة حسبما يأتي .

قوله قده وان وجهنا شرائه على وجه يخرج عن الفضولى (الخ) و ذلك لان عروة كان وكيلا فى شراء الشاة بدينا رفكان ما اشتراه من الشاتين بدينار مشمولا للوكالة اذ الوكالة ما تعلقت بخصوص شاة واحد على نحو التقئيد بقيد بشرط لا حتى يكون شراء الشاتين خارجا عن تحت الوكالة فيكون مورد الفضولى هو بيعه احد الشاتين اللتين اشتراهما اذ لم يتعلق به الوكالة

قوله قده ولكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة (الخ) اورد على الاستدلال بالرواية بـامور (الاول) ان تقريب الاستدلال بها يتم مع ظهور هافى توكيل عروة فى خصوص شراء الشاة بحيث ينصدم به احتمال كونه وكيلا مفوضا . و امامع احتمال الوكالة المفوضة فلا يتم الاستدلال : وذلك لقيام احتمال كونه وكيلا فى بيع الشاة و اقباض المثمن و قبض الثمن و مع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال لو لم يدفع بدافع هذا مضافا الى امكان دعوى ظهور الرواية فى الوكالة المفوضة الا انه لا يحتاج الى دعواه مع انهدام اساس الاستدلال بصرف الاحتمال ،، و لادافع لهـذا الاشكال الادعوى ظهور الرواية فى توكل عروة فى خصوص الشراء وهي ليست بكل البعيد:

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

بها يتوقف على دخول المعاملة (الخ) وهو يتم بناء على ما اختاره من عدم الحاجة الي الاستناد والالتزام بكفاية رضاء المالك بوقوع المعاملة على ماله في وقوعها ولو لم تكن مستندة اليه ،، و على ذلك يورد على الاستدلال بالرواية بدعوي ظهور علم عروة برضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم بما فعله من بيع احدى الشاتين وقد تأيده بقبض الثمن واقباض الشاة . مع انه لو كان فضوليا لكان القبض والاقباض حراماً . ولم يكن محل لتقرير النبي صلى الله عليه وآله وسلم اياه فيما فعله فمن تقريره صلى الله عليه وآله وسلم يستكشف جواز ما فعله من القبض والاقباض وجوازهما منوط بعلم عروة برضاء النبي بما فعله : و الا لكان حراماً و مع العلم برضاه يخرج عن كونه فضوليا بناء على عدم الحاجة الى الاستناد هذا محصل مراده و فيه ما لا يخفى .

اما اولا فلفساد المبنى وقد تقدم بما لا مزيد عليه ،، و اما ثانيا : فلما فيما ذكره من التأييد بالقبض والاقباض وذلك لانه بناء على المختار من اعتبار الاستناد في صحة العقد نقول الذي يحتاج الى الاستناد انما هو العقد. و اما القبض و الاقباض فيكفي في جواز هما العلم بالرضا ،، فصدور القبض والاقباض من عروة انما هو لاجل علمه برضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم و هو كاف في جواز وقوعهما منه وخروج فعله عن كونه محرما لكن لا يخرج بذلك فعله البيعي عن كونه فضوليا لاجل فقد الاستناد ولو كان الرضا متحققا .

وبالجملة فدلالة هذا الفقرة من الرواية على صحة الفضولي غير قابل للانكار وانه لا ينافيه وقوع القبض والاقباض الغير الجائز وقوعهما عن الفضول ،، و ذلك لامكان علم عروة برضاء النبي صلى الله عليه وآله وسلم بوقوعهما .

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

الاخر باى طريق كان و انما العبرة في صحة المعاملة المعاطاتية : هو العلم بالرضا فيخرج عن الفضولي (ح) و الى هذا الوجه يشير بقوله قده

خصوصاً بملاحظة ان الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة (الخ) ولايخفى مافيه اما اولا فلمنع ظهور الرواية فى كون بيع الصادر عن عروة معاطاتيا خصوصا مع ملاحظة كونه من اهل اللسان و كون التكلم بالصيغة مثل بعتك وقبلت قليل المؤنة لديه من غير حاجة الي حضور عند من يجرى الصيغة له كما لايخفى ا

و اما ثانيا فلما تقدم فى باب المعاطاة من احتياج المعاطاة الى انشاء فعلى ولايكفيه فيها صرف وصول كل من العوضين عن صاحبه الـي الاخر مع رضائه به : وقد قلنا ان مثل تلك المعاملة لا تفيد الملكية بل هي مفيدة للاباحة ،، وانما ذكره القائل بالاباحة ولو كان ممنوعا فى مطلق المعاطاة . و لكنه مقبول فى المحقرات التى جرت السيرة بالاكتفاء فيها على مجرد وصول كل من العوضين الي الاخر ولو كان بواسطة حيوان ولاشبهة فى تحقق الانشاء الفعلى فى قضية عروة حيث انه وقع القبض والاقباض فيدخل فى باب الفضولي من غير اشكال

قوله قده وجميع ماذكر فيها من الموهنات موهونة (الخ) وهذه الموهنات ،، مثل مايورد علي حكمه عليه السلام باخذ الوليدة قبل السؤال عن الابن البايع من انه هل باع بلا اذن من ابيه اوانه يدعى الوكالة عنه ،، مثل حكمه عليه السلام باخذ الوليدة قبل السؤال عن السيد عن انه هل يريد الاجازة ام لا . ونحوذ لك من الموهنات: ووجه وهنها هوان مولانا اباجعفر عليه السلام ليس عند نقله هذه القضية عن امير المؤمنين عليه السلام فى مقام نقل ما وقع منه عليه السلام في مجلس قضائه بل هوفى مقام نقل نتيجة قضائه و حاصل

حكمه الذي به طوى مجلس القضاء بلاغرض فى نقل ما وقع من المتخاصمين من القيل والقال والبحث والجدال فهذه الوجوه طراواهية وعمدة مايرد على الرواية من الموهنات ثلاثة وجوه

الاول حكمه عليه السلام **باخذ** ابن الوليدة مع انه حر ولد عن الوطي بالشبهة وذلك لجهل المشترى ببطلان البيع كما يظهر من مناشدته مع امير المؤمنين عليه السلام وتعليمه عليه السلام اياه باخذ الابن البايع ولايخفى ان الولد نشاء عن الوطى بالشبهة حتى فى صورة الاجازة ايضا و لو على القول بالكشف الحكمي لان مقتضى الكشف الحكمى لايكون ترتيب جميع مايترتب على وقوع البيع من حينه حتى لوازمه و ملزوماته حسبما ياتي شرحه ،، نعم يصح ترتيب جميع الاثار بناء على الكشف الحقيقى لكنه لانقول به ولايمكن ان يقال به ايضاً كما سيأتى شرحه:

الثانى حكمه بحبس الابن البايع للوليدة حتى ياخذ ابنه عن السيد مع ان البايع حر لا يجوز حسبه في مقام اخذ ابنه المتولد عن الوليدة

الثالث حكمه بنفوذ اجازة السيد لبيع امته بعده الكاشف عنه مطالبته فى مجلس القضاء واخذه اياها مع ابنها بعد الحكم بان له الاخذ اذ نفس المطالبة تدل على الرد بالالتزام . حيث انه لو اجاز البيع لما احتاج الى الترافع كما ان الاخذ رد فعلى مثل الرجوع في العدة بالفعل او الفسخ الفعلى مع ان الاجازة لاتكون مؤثرة بعد الرد بالاجماع و القول بمنع الاجماع وجعل الرواية دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد كما فى حاشية العلامة الطباطبائى (قده) كما ترى و هـذه عمدة الاشكالات الواردة على الرواية ولكنها كلها مندفعة :

الاول فلانه كان حمل اخذ ولد الوليدة مع كونه حراً على حبسه لاخذ

قيمته يوم ولد حراً لكونه نماء لملك سيد الوليدة و حيث وقع حراً من وطى المشترى يكون غرامته عليه ويجب عليه تادية قيمته فلسيد الوليدة حبس ولدها الحر لكى يؤخذ بقيمته : و اما الثانى فبحمل حبس بايع الوليدة لاجل استرداد الثمن الذي قبضه عن المشترى و الغرامات التى ورد علي المشترى من ناحية شراء الوليدة فان له الرجوع بها على البايع اذا كان جاهلا بكون البايع فضولا.

واما الثالث فبانه ليس فى الرواية مايدل على صدور الرد من المالك لاقولا ولافعلا ودفع الامر الى الحاكم ومطالبة الوليدة عن المشترى لايكون ردا فعليا بل كل واحد منهما اعم من الرد ،، وانما المطالبة والاخذ منه جرى على طبق الملك السابق والجرى على طبقه اعم من الرد . نعم هما يدلان على عدم الاجازة الذى هو امر عدمى لا على الرد الذي هو امر وجودى و الذى لاينفع بعده الاجازة هو الرد الذى يكون وجوديا. واما عدم الاجازة فلايضر بالاجازة اللاحقة اصلا فليس حال الاجازة والفسخ في باب الفضولي كحال الاجازة والفسخ في باب الخيارات فيما ثبت فيه فورية الخيار ،، حيث ان نفس ترك الاخذ بالفسخ اجازة للمعاملة و يسقط به حقه دون المقام ،، و الفرق بينهما ان الخيار حق ثابت لذي الخيار ارفاقاله ويكون ترك الاخذ به موجبا لتفويت حقه بسبب تصرف من عليه الخيار فى العين حيث انها ملكه قبل الفسخ ،، وهذا بخلاف باب الفضولى فان المالك قبل الاجازة والرد لا يحصل تفويت في حقه اصلا وانما الاجازة منه بمنزلة احداث معاملة جديدة . فكما انه ليس عليه ان يبيع ماله فورا بل له الخيار في البيع و تركه : كذلك ليس عليه فورية اجازة البيع الواقع على ماله فضولا . بل له ان يجيز : وله ان يترك الاجازة الى زمان آخر

والحاصل ان الرواية لاتدل على صدور الرد و انشائه منه لاقولا ولافعلا حتى تكون الاجازة منه اجازة بعد الرد . وكانت غير مؤثرة بالاجماع: هذا مضافاً الى انه لوسلم كون المخاصمة و مطالبة الوليده رداً قوليا . و اخذها من المشتري ردا فعليا، لم يكن اشتمال الرواية علي كون الاجازة بعد الرد مضراً بالاستدلال بها على صحة الفضولى بالاجازة

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

فان كان استفادة العموم من الرواية في المقام بالوجه الاول يرد عليه عدم اتحاد المورد مع بقية الافراد فى الحكم لقيام الاجماع على عدم تاثير الاجازة بعد الرد فيكون حكم الاجازة في مورد الرواية مخالفا مع حكمها في سايرالموارد ،، وان كان بالوجه الثانى يرد عليه بلزوم تخصيص المورد المستهجن القبيح: حيث لايجوز القاء حكم عام لاجل الانطباق على مورد يكون خارجا عن تحته بالتخصيص .وان كان بالوجه الثالث فيمكن استفادة العموم بما سنحققه : لكن المورد ليس من قبيل الاول ،، وذلك لعدم اتحاد المورد مع بقية افراد نوعه : ولامن قبيل الثاني لعدم مايدل على العموم .

فتعين ان يكون من قبيل الثالث .

وتقريبه ان قول الامام عليه السلام في مقام تعليم المشترى خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك . وقول الباقر عليه السلام فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه كلاهما يدلان على مفروغية قابلية بيع الفضولى لان ينفذ بالاجازة فكل واحدة من لفظة ينفذ البيع : واجاز بيع ابنه ظاهرة في تعلق الانفاذ والاجازة بما فعله الابن وصدر عنه : فهنا ظهوران ظهور النفوذ والاجازة في كونهما متعلقين بالبيع الفضولى : وظهور مطالبة المالك . واخذ الوليدة فى كون الاجازة بعد الرد بناء على ظهورهما في الرد قولا وفعلا فح يجب ان يلاحظ الاظهر منهما فان كان فى البين اظهرية يؤخذ بما هو الا ظهر ويجعل قرينة على صرف الظهور الاخر : والايصير الخبر مجملا يسقط عن قابلية الاستدلال به : لكن الكلمتين في كون الاجازة متعلقة بالبيع الفضولى اظهر بل هما نصان فى ذلك ،، ومطالبة المالك بالوليدة واخذها من المشترى لهما ظهور في كون الاجازة بعد الرد وقابلان للصرف بقرينة اظهر فيجعل ظهور كلمة النفوذ والاجازة قرينة على صرف هذين عن ظهورهما فى الرد ويحملان على كراهة المالك للبيع بلا انشاء ردمنه حتى لا يكون بعده قابلا للاجازة والحاصل ان دلالة هذا الخبر على قابلية البيع الفضولى للاجازة غير قابل للانكار كما لا يخفى .

قوله قده وربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى

فى الحر و العبد (الخ) المقصود من النص الوارد في صحة نكاح الفضولى في العبد هو النص الوارد فى صحة نكاحه الواقع بغير اذن مولاه معللا بانه لم يعص الله تعالى وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز،، ومن النص الوارد فى

صحة الفضولى في نكاح الحر هو النصوص الواردة فى موارد مخصوصة . كنكاح الاب لابنه . ونكاح الام لابنه . ونكاح الوصى . فالكلام هاهنا فى مقامين الاول في الاستدلال بالطائفة الاولى اعنى مادل على صحة نكاح العبد عند تعقبه باجازة الولى على صحة الفضولى فى غير النكاح ايضاً ،، و تقريب الاستدلال بوجهين (الاول) طريق الفحوي والاولوية .

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

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

ولومع عدم اضافته الى الخمر يكون علة للحرمة فيدخل في المنصوص العلة كالقسم الاول و اما ان لايستفاد من الخارج الغاء خصوصية اسكار الخمرفي دخله في العلة فيخرج عن باب منصوص العلة ولا يمكن اسراء الحكم بهذه العلة المحتمل اختصاصها بالمورد عن مورد ها الى غيره من الموارد :

الامر الثاني قوله(ع)انه لم يعص الله و انما عصى سيده علة لصحة نكاح العبد بالاجازة وقداضيفت العلة فيه الى المورد وهوقوله عصى سيده فعصيان السيد صارعلة للحكم وفيه احتمالان (الاول) ان يكون المراد بالعصيان مخالفة الحكم التكليفي اعني ارتكاب مخالفة المولى و فعل ما يعد معصية له (الثاني) ان يكون المراد منه هو الحكم الوضعي اعني التصرف في حق المولى بنكاحه لكون نكاحه حقاللمولى حيث ان له ان يختار بعده مايشاءفعلى المعنى الاول يختص العلة بالمورد اذليس في التصرف في حق غير المولى من موارد الفضولي عصيان تكليفي بالنسبة الي صاحب الحق لعدم مولوية في البين يصدق معها العصيان بل يختص العصيان بالنسبة الي مخالفة العبد مع مولاه . فلايمكن تعميم الحكم عن مورد العبد الى ساير الموارد بواسطة عموم العلة بل لو كان في البين فحوى يتمسك بها والا فلايصير هذا الخبر دليلا على العموم اصلا ،، وعلى الثاني يتم التمسك بالعلة المنصوصة بلا احتياج الى التمسك بالفحوى : وذلك لان العصيان اذا صار بمعنى الوضع واريد منه التصرف في حق السيد يصير المعنى هكذا العبد لم يعص الله تعالى حتى يتغير عما وقع عليه بل انما تصرف في سلطان السيد : و كلما كان تصرف في سلطان السيد ينفذ اذا اجاز لكونه ذاحق رضي به و بعد اسقاط خصوصية السيادة . وجعل الملاك رضاءصاحب

الحق يتحصل المعني من انه عصى آدميا واذا اجاز الادمى جاز : فيدل على صحة كل فضولى سواء كان نكاح العبد اوغيره .

اذا عرفت ذلك،، فنقول تمامية التمسك بالفحوي متوقف على كون العصيان هو بمعني التكليف لا الوضع ،، ولكن الظاهر منه هو الوضع لا التكليف : وذلك لامكان ان لا يكون من السيد نهى كما اذا لم يكن مطلعاً على ارادة العبد للنكاح مع ان نهي المولى عنه وعصيانه له لا ينفك عن عصيان الله سبحانه لوجوب اطاعته لسيده شرعا : وعلي ذلك فالخبر المذكور يدل على صحة الفضولى فى غير مورد نكاح العبد بلا حاجة الي التمسك بالفحوى : ومن ذلك ظهر تقريب الثانى فى الاستدلال بالخبر اعنى التمسك به من غير طريق الفحوي .

فان قلت الاستدلال بما ورد من صحة الفضولى فى نكاح العبد: على صحته في غير مورد نكاحه فاسد لثبوت الفرق بين نكاح العبد و بين غيره ،، حيث ان فى نكاح العبد كان التصرف فى حق المولى بايجاد النكاح بالمعني المصدرى نظير توكل العبد عن غيره اوفعله مايتبع به بعد عتقه وفيما عدي تصرف العبد يكون التصرف فى حق الغير بالمعنى الاسم المصدرى وصحة التصرف بالاجازة فى المعني المصدرى لا يقتضى صحته بها في المعنى الاسم المصدرى .

قلت نكاح العبد ممايتوقف صحته علي الاجازة بالمعنى الاسم المصدرى لما عرفت من ان نكاح العبد حق للمولى وله ان يختار له مايشاء وليس وزانه وزان توكل العبد عن الغير او فعله مايتبع به بعد العتق مما لا يكون المعنى الاسم المصدري متعلق حق المولي ،، وانما كان التصرف فى حقه فى المعني المصدري محضا بل وزان نكاحه وزان التصرف فيما بيده

من الاموال التى ملك للمولى . بناء على امتناع ملك العبد : اومتعلق حقه بناء على صحة تملك العبد ،، بل الحكم فى جميع ما كان تصرفا فى حق الغير يكون كك : كبيع عين المرهونة بلااذن المرتهن . وبيع المحجور عليه ماله بلااذن الديان بعد الحكم عليه بالحجر . وبيع الورثة ماانتقل اليهم بالارث بلااجازة الديان فى صورة استيعاب الدين . فان البيع فى جميع هذه الفروض فضولي يحتاج المعنى الاسم المصدري منه الى الاجازة . و المثال المحقق لمايكون المعنى المصدري متوقفا على الاجازة هوتصرفات العبد بالتوكل عن الغير ومايتبع به بعد العتق . وعقد بنت الاخ والاخت على العمة والخالة

وقد تحصل من مجموع ماذكرناه صحة التمسك بماوردفي نكاح العبد على صحة الفضولى مطلقا ولوفى غير نكاحه بطريق قياس المنصوص العلة وظهر وجه التمسك بطريق الفحوى مع مافيه ايضابمالامزيد عليه هذاتمام الكلام في المقام الاول :

المقام الثانى فى الاستدلال بالطائفة الثانية اعنى مادل على صحة الفضولى فى نكاح الحر : وتقريب الاستدلال بها انمايتم بالتمسك بالفحوى فان صحة الفضولى فى النكاح مع الاهتمام بشأنه و لزوم رعاية الاحتياط فيه لكونه باب الفروج تقتضى صحته فى غيره من بقية ابواب العقود بطريق اولى ،، ولا مناقشة فى هذا الاستدلال : الا ما ذكرفى الكتاب من دعوى وهنه بالنص الوارد فى الردعلى العامة القائلين بالفرق بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بقولهم بالصحة فى الثاني والبطلان فى الاول حيث يقول الامام عليه السلام فى ردهم سبحان الله ماجورهذاالحكم وافسده فان النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه لانه الفرج ومنه الولد ،،

فانه يدل علي انه لو كان الفضولي صحيحا فى البيع لكان صحيحافي النكاح بطريق اولى : فقد جعل عليه السلام البيع اصلاوالنكاح فرعا فصحة البيع تقتضى اولوية صحةالنكاح: وعلى هذا فلايتم اولوية صحة البيع عن صحة النكاح فلايصح التمسك بالفحوى : ولكنه مندفع،،وتوضيح اندفاعه يحتاج الي بيان امور

الاول الوكالة اما اذنية واماعقدية: والمراد بالاول هو ماذا كان عمل الوكيل برضاء الموكل بلاتفويض من الموكل اليه بل كان محض رضاه به والمراد بالثاني هو تفويض الموكل فعله الذى وكل الوكيل فيه الى الوكيل وصيرورة الوكيل بالتفويض بمنزلة الموكل نفسه : ففى الاول لابد في صحة فعل الوكيل من مقارنته مع رضاء الموكل واقعا فلورجع الموكل عن الاذن و فعل الوكيل مع جهله برجوع الموكل يقع باطلا لانتفاء رضاه الذى هو كان شرطافى صحة عمل الوكيل ،، وفى الثانى لايبطل فعل الوكيل بمجرد عزل الموكل اياه مالم يبلغ العزل الى الوكيل لان تفويض الامر المفوض اليه لايرتفع عنه بمجرد العزل الواقعى بل سلب التفويض عنه يتوقف على نزعه عنه الموقوف الي بلوغ العزل اليه : بل قبل البلوغ هو وكيل واقعا اى ماسلب عنه التفويض الحاصل بالتوكيل واقعا ولوانشاء عزله الف مرة ،، وهذا هو الفارق بين الوكالة الاذنية وبين الوكالة العقدية

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

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

الامر الثالث اذا كان شيئان احدهما اهم من الاخر كالنكاح والبيع مثلا فاذا ثبت في الاهم منهما توسعة تكون ثابتة في المهم منهما بطريق اولى واذا ثبت في المهم منهما تضييق يكون ثبوته في الاهم بطريق اولى،، فالفحوي والاولوية يتعاكس فيهما بالنسبة الي التوسعة و الضيق فالضيق الثابت في المهم ثبوته في الاهم يكون اولى والتوسعة بالعكس

اذا تبين هذه الامور نقول عدم انفساخ الوكالة بمجرد العزل قبل علم الوكيل به يكون ضيقا على الموكل بمقتضى نفوذ فعل الوكيل عليه والامام عليه السلام يريد ان يرد على العامة بان هذا الحكم الذي هو ضيق على الموكل اذا كان ثابتا في البيع الذى هو مهم بالنسبة الى النكاح . وانتم تقولون بثبوته و تحكمون بصحة بيع الوكيل بعد العزل واقعا بكون ثبوته في النكاح الذي هواهم من البيع بطريق اولي فلم لاتقولون به في النكاح ،، ولا يخفى ان هذا المعنى غير مناف مع التمسك بفحوى صحة الفضولي في البيع اذا كان صحيحا في النكاح . وذلك لان صحته في النكاح توسعة واذا ثبت التوسعة في النكاح الاهم تكون ثبوتها في البيع بطريق اولى .

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

الذي استفيد معنى حسن لاربط له بباب الفضولى حتى يصير موهنا للاستدلال بالفحوى في اثبات صحة الفضولى فى البيع

ومما ذكرناه ظهر انه لايحتاج الى ما افاده المصنف (قده) فى وجه اولوية الاحتياط فى النكاح، و محصله ان التزويج الصادر عن الوكيل قبل علمه بعزله ان بنينا على بطلانه وحكمنا بعدم تحقق الازدواج وان المرئة خلية عن الزوج : فلو تزوجت بالغير وكان النكاح فى الواقع صحيحا لزم الزناء بذات البعل . ولو بنينا علي صحته و كان فى الواقع باطلا لزم الزناء بغير ذات البعل : فالامر يدور بين الحكم بالبطلان المحتمل معه وقوع الزناء بذات البعل . اوالحكم بصحته المحتمل معه الزناء بالخلية عن البعل ، يكون الحكم الثانى اقرب الي الاحتياط هذا محصل ماافاده قده

ولا يخفى ان ماافاده وان كان حسنا في نفسه لكنه لا يرتبط بالخبر : اذليس الغرض من الرواية الحكم بلزوم الاحتياط فى النكاح عند الشك فى بطلان الوكالة بالعزل قبل علم الوكيل به (وبعبارة اخري) ليس الغرض منه بيان الحكم الظاهرى عند الشك في صحة النكاح واقعا بل المقصود منه بيان صحة النكاح وعدم عزل الوكيل بمجرد العزل قبل العلم به واقعا . غاية الامر يكون بيانه ببيان اولوية صحته عن صحة البيع . حيث ان الحكم بالصحة حكم تضييقى و هو فى الاهم اولى كما بيناه . فتحصل انه لاغبار فى التمسك بالاخبار الدالة على صحة الفضولى في النكاح و اثبات صحته فى البيع بالفحوى وطريق اولي

قوله قده ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة مثل موثقة جميل (الخ) تقريب دلالة ماورد فى باب المضاربة على صحة الفضولى بعد الاجازة . ان

يقال وردت أخبار كثيرة علي انه لو تعدي العامل في المضاربة عما اشترط عليه من اشتراط شيئى خاص او التجارة في مكان مخصوص : فاشترى ما نهى عن اشترائه او اتجر في غير مكان الذى امر بالتجارة فيه يكون ضامنا وعليه الخسارة و الربح بينهما على ما شرطاه : ولا يخفى ان كون الربح بينهما يتوقف على صحة معاملة العامل مع انها لم تكن مأ ذونا فيه فلابد من ان نلتزم بتعقبها بما يصححها بعد ظهور الربح من الرضا بها بناء على مختار المصنف من كفاية الرضا ولو لم يكن استناد فى البين : او الاجازة اللاحقة بناء على المختار من عدم الاكتفاء بصرف الرضا و اعتبار الاستناد فيصير الخبر بهذه العناية دليلا على صحة الفضولي بالاجازة هذا

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

اوقيمته عندتلفه فلاخسارة (ح) حتي تكون على العامل كمالا ربح حتى يكون بينهما . اذلا معاملة حتى يترتب عليها الخسران اوالربح : فالحكم بكون الخسارة على العامل والربح : بينهماعلى ماشرطاه لايوافق القاعدة. فلابدله من توجيه و يختلف وجهه في الطائفتين المذكورتين

اما فيما دل على ضمان العامل اذا تعدى بالاتجار فى غير ما عينه المالك . فيمكن ان يقال ان النهي عن التجارة فيما اتجر العامل فيه لايرجع الى نفس التجارة بل هو متعلق الى امر خارج عنه فهى مأذون فيه ووقع عن توكل من المالك غاية الامر انهاوقعت فى مكان منهى عنه ،، و على هذا فيصح مطلقا على تقدير ظهور الخسارة والربح الاانه مع ظهور الخسارة يكون الخسران علي العامل لمكان تعديه و مع ظهور الربح يكون الربح بينهما بمقتضى المضاربة فعلى هذافتكون صحة ما صدر عن العامل بسبب الوكالة و يخرج عن حريم باب الفضولى رأساكمالا يخفي

واما فيمادل على ضمانه عند تعديه باتيان نفس مانهاه المالك . فلايتمشى هذا الذى ذكر ناه في التعدى بالاتجار فى غير ماعينه المالك بل يكون مافعله غير مأذون فيه ووقع علي خلاف ماوكل فيه ،، وح يمكن ان يقال بان الحكم بالصحة (ح) حكم تعبدى كمافي الحكم بالصحة في التجارة بمال الصبي حسبمايأتى شرحه ولكنه بعيد فى الغاية: ويمكن ان يقال بكون ما يفعله العامل على خلاف ما وكل فيه يكون باذن من المالك ايضاً على نحو الخطاب الترتبي بان يقال المالك لاتعامل هذه المعاملة الخاصة فان عاملتهاوظهر فيها الربح فانت مأذون فيها والخطاب الترتبي امرممكن معقول حسبماائبتنا امكانه فى الاصول ولكنه يحتاج الى دليل يدل على وقوعه : اذهو غير موافق مع القاعدة . ويحتاج اثباته الى دليل قوي يدل عليه :

و الدليل عليه فى المقام هو كون المالك فى مقام الاسترباح وانه انما نهى العامل عن معاملة خاصة لاجل تخيله الخسران فيها : فيستفاد من نفس اقدامه على المضاربة وانه فى مقام الاسترباح اذنه بكل معاملة يظهر الربح فيها فيكون النهى عن معاملة خاصة معلقا على خسرانها (فح) يصح كلا الحكمين اعني كون الخسارة على العامل وكون الربح بينهما: اما الاول فلانه تعدى بفعله المنهى عنه: واما الثانى فلفعله لما اذن فى فعله بالخطاب الترتبى وفى كلتا الصورتين تخرج عن باب الفضولى و لا يرتبط به اصلا.

وحاصل الكلام ان فى اخبار باب المضاربة احتمالات ثلاث (الاول) ان يكون الحكم بصحة المعاملة مع كونها غير مأذون فيها تعبدياً وهذا بعيد فى الغاية (الثانى) ان يكون لاجل تعقبها بما يوجب الصحة وهو الرضا او الاجازة . و على هذا فينطبق على الفضولى ووجه الكشف عن التعقب بالرضا او الاجازة هو كون المالك فى مقام الاسترباح وانه يريد الربح . فاذا ظهر الربح يرضى بمقتضى موافقته مع ارادته و هذا ايضاً بعيد لوجهين (الاول) ان رضاه او اجازته بعد ظهور الربح لا يصير المعاملة المذكورة مورد تعلق عقد المضاربة حتى يكون الربح بينهما على ما شرطاه بل اللازم منه كون الربح بتمامه للمالك وللعامل اجرة مثل عمله ان كان يستحق شيئا او لا يستحق شيئاً اصلا لمكان تعديه وانه فعل على خلاف اذن المالك،، وهذا هو الاقوى فالحكم بكون الربح بينهما لا ينطبق على تصحيح فعل العامل على طبق الفضولى (الثانى) ان انكشاف ما يصحح المعاملة من الرضا او الاجازة لو تم فانما هو مع ظهور الربح : واما مع الخسران فلا تصح المعاملة المذكورة لعدم ما يدل على تعقبها بما يوجب صحتها ،، و لازم ذلك رجوع المالك بعين ماله بمن عنده اذا كان باقيا و بمثله وقيمته لو كان

(فى الاستدلال بماوردفى اتجار غيرالولى)

تألفا فلا خسارة (ح) حتى تكون على العامل اوعلى غيره اذهى فرع صحة المعاملة . الاحتمال الثالث ماذكرناه و قويناه و هو المتعين على ما بيناه .

قوله قده ومن هذا القبيل الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى (الخ) لا يخفى ان الاخبار فى باب الاتجار بمال الطفل على طائفتين (منها) مايدل على اعتبار الملائمة فى التاجر مع كونه هو الولى نفسه : ويدل على جواز تجارة الولي بمال الطفل اذا كان مليا (ومنها) مايدل على صحة تجارة غير الولى بمال الطفل مع اعتبار الملائمة ايضاً ، ولايخفى ان الطائفة الاولى على سياق الثانية فتكون الصحة فيهما على نهج واحد فملاك الصحة في الأول هو بعينه ملاكها فى الثانية . ولايمكن جعل الصحة في الطائفة الاولي من باب الفضولى بالتقريب المتقدم فى الاخبار الواردة فى باب المضاربة وذلك لكون التاجر هو الولي نفسه ولا يعقل ان تكون تجارته بنفسه متعقبا باجازته فلا بد في الحكم بالصحة فيها من التماس منشاء اخر . وليس الا التعبد بها لقيام الدليل عليها وبعد اتحادها مع الطائفة الثانية تخرج الطائفة الثانية ايضاً عن مورد الفضولى .

مضافا الي اطلاق الطائفة الثانية بصحة معاملة العامل الملي مطلقا سواء كان للطفل ولي امملا وسواء اجازه الولى ام والحمل على اجازة الاهية للمعاملة بعيد جدا فيكون المتعين فيها هو الحمل على التعبد فيخرج عن مورد الفضولى را سا فهذه الاخبار كالاخبار الواردة فى باب المضاربة اجنبى عن باب الفضولى كمالايخفى .

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

المملوك رقالمولي العبد المأذون اذا اقام البينة على ان عبده اشترى اباه من ماله فان دعواه ملكية الاب المشترى و انه اشترى من ماله متضمن لاجازة البيع فالحكم بكونه له بعد البينة متوقف علي صحة البيع بالاجازة وهو المطلوب (الثاني) دلالة حكمه (ع) برد المملوك رقالورثة الدافع لو كانواهم يقيمون البينة بالتقريب المتقدم بناء على ان يكون الدافع وكل العبد الماذون فى البيع فانه تبطل وكالته بموته ويكون شراء العبد المأذون بعد موته فضوليا فى المال المدفوع اليه المنتقل الي ورثة الدافع بعد موته

ولايخفى ان كل واحد من التقريبين خلاف ظاهر الخبر ،، اما الاول فلصراحة الخبر فى كون العبد مأذونا فى التجارة فيكون بيعه عن مولاه باذن منه ويخرج عن باب الفضولى ،، واما الثانى فلظهور الخبر فى كون دفع الدافع الى العبد المأذون من باب الوصاية لا الوكالة وذلك بقرينة الامر بالحج عنه بالباقى عن الالف بعد اشتراء النسمة الظاهر فى كونه ايصاء بالحج (فح) يصح بيعه بعد موت الدافع بلادخل له بالفضولى : نعم على هذا لا بد من الحكم بحرية الاب المشترى لاعوده رقا الى ورثة الدافع ليحتاج في الحكم بعوده الى الرق الى التوجيه : وكيف كان فهذه الرواية ضعيفة السند مخالفة للقواعد . ومع ذلك غير دالة على صحة الفضولى بعد الاجازة

قوله قده ومما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي (الخ)

وجه دلالة هذا الخبر على صحة الفضولى هوان اقالة بيع الثوب اذا رده على بايعه بالوضيعة تكون باطلة فيبقى الثوب عند البايع على ملك المشترى واذا باعه البايع والحال هذا يكون فضوليا ووجوب رد الزائد عن ثمنه الى

المشترى انما هو لمكان وقوع البيع فى ملكه فيدل على صحة الفضولى مع اجازة المالك

و لايخفى ما فيه لان تسلم المشترى الثوب الى البايع تفويض لكلما يرجع اليه الى البايع من بيعه وشرائه . غاية الامر بتخيل انه ماله لمكان الجهل ببطلان الاقالة . فيد خل المقام فيما لو اذن الغير في التصرف فى مال باعتقاد انه مال المأذون ثم تبين انه من مال الآذن وسيأتى حكمه وكيف كان فهو خارج عن باب الفضولى

قوله (قده) ويمكن التائيد له ايضا بموثقة عبدالله (الخ) تقريب دلالة هذا الخبر هو ان يقال ان فيه ثلاث احتمالات (الاول) ان يكون الدلال وكيلا لصاحب الورق فى شراء المتاع مع جعل الخيار لصاحب الورق علي صاحب الا متعة (الثانى) ان يكون اشتراه لنفسه فيبيع على صاحب الورق مارضيه (الثالث) ان يكون فضوليا عن صاحب الورق فيجيز مايختاره . وحيث انه لاظهور فى الخبر في احدى الاحتمالات يصير مجملا من هذه الجهة والامام (ع) لما اجاب بعدم البأس مع ترك الاستفصال عن هذه المحتملات يكون جوابه هذا كاشفاً عن صحته مطلقا حتى على الاحتمال الاخير المنطبق على الفضولى فيصير دالا على صحة الفضولى بالاجازة

ولا يخفى مافيه لظهور الخبر فى كون اشتراء السمسار لنفسه كما هو المعمول من الدلالين فى هذه الاعصار ايضا حيث انهم يشترون اولا ثم يبيعونه ممن ساومهم كما يظهر عن الخبر على ما في الفقيه حيث ان فيه بعد قوله فما شئت اخذته وما شئت تركته ورد هكذا فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذمار ضيت (الخ) حيث انه فى الدلالة على كون

شراء السمسار لنفسه اظهر كما لايخفي

قوله (قده) وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد الخ لايخفى ان تأييد هذه الاخبار على صحة الفضولى متوقف على اسقاط خصوصية رضاء السيد عن البين وجعل المناط فى صحة نكاح العبد هو رضاء السيد بماهو له الدخل فى صحة نكاحه لا بما هو سيده وعلى هذا فيصير دليلا على صحة الفضولى لا مويداً له كماقد مناتقريبه فيما استدل به بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى في الحر والعبد

قوله قده دل بمفهوم الحصر اوسياق التحديد على ان غير التجارة عن تراض اوالتجارة لاعن تراض غير مبيح (الخ) الاحتمالات التى ذكرها فى الاية المباركة ثلاثة (الاول) ان تكون الاية بمفهوم الحصر دالة على انحصار المبيح بالتجارة عن تراض فما لايقترن مع رضاء المالك لايكون مبيحا ، والحصر انما يستفاد من الاستثناء حيث انه يفيد الحصر كما حقق في الاصول (الثانى) ان تكون الاية بسياق التحديد دالة على الانحصار والمراد بسياق التحديد هو ورود الوصف فى مقام التحديد ، حيث انه يدل على انتفاء المحدود عند انتفائه (وبعبارة اخرى) يكون مفهومه حجة ولولم يكن للوصف مفهوم في غير مورد التحديد . و على هذا فتدل الاية على انحصار الحل بالتجارة المقترنة بالتراضي ولومنع عن دلالة الاستثناء على الحصر (الثالث) ان يكون قوله تعالى (عن تراض) فى محل النصب لكى يكون خبر بعد خبر لقوله تكون اذاسمه مقدر و هو الاكل : وكلمة تجارة منصوبة على ان تكون خبراً وتكون كلمة عن تراض خبراً بعد خبر فيصير المعنى بيان طريق حل الاكل وانه على طريقين وهما التجارة والرضا اعنى اذن المالك بالاكل : و عليه فلا تدل الاية علي

اعتبار الرضا فى التجارة ،، و الاستدلال بالاية على اعتبار الرضا يتم باحد الاحتمالين الاولين

وقد اورد على الاستدلال بها بمنع دلالتها على الحصر لكون الاستثناء منقطعا لعدم كون التجارة عن تراض فرداً من الاكل الباطل وخارجا عن حكمه بالتخصيص،، وبمنع كون الوصف في مقام التحديد لاحتمال كونه وارداً مورد الغالب ولتساوى الاحتمالين الاولين مع الاخير : فلامعين للحمل على احدهما على تقدير تمامية دعوى الحصر والتحديد هذا،، ولكنه لايخفى مافيه لما تقدم فى بيع المكره من المنع عن كون الاستثناء منقطعا بل هو استثناء متصل والمستثنى منه هو قوله تعالى لاتاكلوا اموالكم لاخصوص كلمة باطل و انما جيىء بكلمة (باطل) تعليلا للنهي فيصير مفاد الآية حرمة اكل الاموال بماعدى التجارة عن تراض فالمنع عن افادة الآية المباركة للحصر ساقط جدا كما ان احتمال كون كلمة عن تراض خبرا بعد خبر بعيد في الغاية .

فالحق فى الجواب عن الاستدلال بها هو ماتقدم فى بيع المكره من كون الاية دالة على اعتبار مقارنة الرضاء مع التجارة بالمعنى الاسم المصدري اعنى التكسب والنقل والانتقال ووقوع اثر البيع وهذا مما لاكلام فيه سواء قلنا في باب الاجازة بالنقل او بالكشف الحكمى بل الحقيقي ايضاً انما الكلام فى دخل الرضا في التجارة بالمعني المصدري اعنى انشاء التجارة بالعقد . ليكون مما يعتبر فى العقد كالعربية والماضوية ونحوهما : والاية لاتدل عليه فهى اجنبية عن الدلالة على بطلان الفضولى كمالا يخفى ،، و كذلك الكلام في (اوفوا بالعقود) اذهو ايضاً دال على وجوب الوفاء بكل عقد بالمعنى الاسم المصدرى .

فان قلت فعلى هذا يلزم ان لايكون العقد لازم الوفاء من طرف الاصيل ايضاقبل اجازة المالك اذمالـم تتحقق الاجازة لـم يتحقق العقـد بالمعنى الاسم المصدرى و مالم يتحقق لم يصح جعله موضوعا لوجوب الوفا .

قلت مقتضى تقابل الجمع بالجمع اعني قوله تعالى اوفوا بالعقود ولا تاكلوا اموالكم (الخ) هو كون كل واحد من المتعاملين مورد الخطاب وعدم ارتباط خطاب كل الى الاخر : ولاملازمة بين ارتباطية العقد الصادر عنهما بحيث يكون لكل واحد منهما دخل فى حصوله و تحققه و بين ارتباطية خطاب المتعلق بكل واحد منهما فاذا صدر العقد من الاصيل و الفضولي يكون الاصيل متعلقا للخطاب بنفس صدوره اذماهو اللازم من قبله تحقق بحيث لاحالة انتظارية من قبله : وانما وقوف العقد من ناحية عدم تحقق الاجازة من طرف الاخر فيكون هذا العقد لازم الوفاء من طرف الاصيل ويصير كك بسبب الاجازة من طرف الاخر :

قوله قده وهو قوله صلى الله عليه وآله وسلم لحكم بن حزام : لايخفى ان المقصود مما ليس عنده امايكون العين الشخصى الذى ليس عنده او يكون الاعم منه و من الكلى : فعلى الاخير فيصير الخبر مخصصا بمادل على صحة بيع السلف . والظاهر ارادة خصوص العين الشخصى لمكان كون حزام دلالا كان يبيع شياء معينا ثم يذهب ويشتريه وعلى هذا فيدخل فى باب من باع ثم ملك ويكون المقصود من النهى عدم ترتب الاثر عليه من حيث انه بيعه و كان واقعا عن نفسه : ولامنافات بين عدم وقوعه عن العاقد الذى اوقعه عن نفسه وبين وقوعه عن المالك اذا اجازه وعلى ذلك فيخرج عن النهى عن الفضولى كمالايخفى .

قوله (قده) ولماورد فى توقيع العسكرى لايجوز بيع ماليس يملك

(الخ) يمكن ان تكون كلمة يملك بصيغة المجهول فيكون التوقيع دليلا على بطلان بيع مالا يملك شرعا كالخنزير اوعرفا كالحشرات والديدان ،، ويمكن ان يكون بصيغة المعلوم . وعلي الثاني فان كان النهي عن البيع بالمعني الاسم المصدرى فيخرج عن مورد الفضولى اذلا اشكال فى توقف البيع بالمعنى الاسم المصدري على الاجازة و ولا يصح ولايقع عن الفضولي قطعا وان كان بالمعنى المصدرى بمعني ان يكون نهيا عن انشاء بيع مالا يملكه فيصير دليلا علي النهى عن الفضولى،، لكنه ايضا لايدل على الفساد لمكان رجوعه الى مرحلة السبب وقد تقدم انه لايدل على الفساد .

وقوله (قده) وماعن الحميرى ان مولانا عجل الله فرجه (الخ) لايخفي ان هذا الخبر في الدلالة على صحة الفضولى اظهر منه فى الدلالة علي فساده ،، وذلك لمكان قوله ارواحنا فداه لايجوز ابتياعها الاعن مالكها او بامره اورضى منه اذا المراد من الابتياع من المالك هو ايقاع العقد من المالك بالمباشرة والمراد بامره هو ايقاعه من وكيله و يكون المراد من رضائه به هو ايقاعه عن الفضولى و اجازة

قوله (قده) و مافى الصحيح عن محمد بن مسلم (الخ) النهي عن الاشتراء فى هذا الخبر ظاهر فى النهى عنه بالمعنى الاسم المصدرى فيكون حاله كحال مافى توقيع العسكري عليه السلام فلا دلالة فيه ايضاً علي بطلان الفضولى.

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

يقال بانها مسوقة لبيان بطلان التجارة بالمعنى الاسم المصدرى على نحو الاطلاق سواء اقترنت بالاجازة امﻻ: والاخبار الدالة على صحة الفضولي تدل على صحة التجارة بذاك المعنى عند اقترانها بالاجازة

ولا يخفى ان المستدل بالاخبار المانعة لو كان غرضه من الاستدلال بها هو اثبات اناطة المعني الاسم المصدرى على الاجازة لكان اعتبار النسبة بالاعم والاخص المطلق تاما لاشبهة فيه ،، و لكنه يريد ان يستدل بها على اعتبار الرضافي المعنى المصدرى على ما هو محل الكلام اذ لا كلام ولا اشكال فى توقف المعنى الاسم المصدري علي الرضا و اقترانه به وعلي هذا فلو سلم دلالة تلك الاخبار على اعتبار الرضافي المعنى المصدرى و استفادة اعتبار الرضافى صحة العقد كساير الشرائط المعتبرة فيه تصير النسبة بالتباين لان تلك الاخبار تدل (ح) علي اعتبار الرضافي صحة العقد و مادل على كفاية الرضا المتأخر بلازمه يدل على عدم اعتباره فيقع بينهما التعارض بالتباين فالحق فى الجواب عن الاستدلال بهذه الاخبار هو منع دلالتها على اعتبار الرضافى العقد بالمعنى المصدرى كما يخفى

قوله (قده) الرابع مادل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير (الخ) لا يخفى ان عدم جواز التصرف . فى مال الغير : امر مما استقل العقل بالحكم به لكونه ظلما و عدوانا و قد انطبق عليه الحكم الشرعى ايضاً و هذه الكبري الكلية مما لا اشكال فيه وانه ثابت عقلا وشرعا . وانما الكلام فى انطباقها على فعل الفضولى وان مايصدر منه هل هو تصرف امﻻ بعد عدم الاشكال في كون التصرف المحرم عقلا و شرعا هو الاعم من القلب والانقلاب الخارجي مثل رفع ماله عن مكان ووضعه فى مكان اخر وكاكله و شربه وركوبه و سكنى داره و نحو ذلك

و من القلب و الانقلاب الاعتباري مثل هبته وبيعه ونحوهما

وقد اجاب المصنف عن هذا الدليل بوجوه خمسة (الاول) مـا يشير اليه بقوله (قده) ان العقد على مال الغير متوقفا لاجازته (الخ) وحاصله منع كون فعل الفضولي تصرفا في مال الغير ،، و توضيحه انه قد عرفت ان القلب و الانقلاب الاعتباري كالبيع و نحوه يعـد من التصرف عرفـا الا انه لامطلقا بل على بعض انحائه . فانه تارة يصدر عن المالك بالمباشرة : و اخرى عن وكيله المفوض اليه الامر كعامل المضاربة : و ثالثة عن الغاصب : و رابعة عن الوكيل في اجراء الصيغة محضاً : و خامسة عن الفضولي و الثلثة الاول يعد من التصرف عرفاً . بل هو اظهر انحائه بخلاف الاخيرين . حيث ان اجراء الصيغة بالوكالة عن المالك اوفضولا لايعد من انحاء التصرف في المال عرفا لكي يصير محكوماً بالحرمة عقلا و شرعا وهذا ظاهر.

الثاني مـا اشار اليه بقوله ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه (الخ) و حاصله جعل التصرف في مال الغير على نحوين (احدهما) ما هو المحكوم بالحرمة عقلا وشرعاً وهو مثل اكل مال الغير مثلا من غير رضاه (وثانيهما) مايكون محكوماً بالجواز : وذلك كالا ستظلال بظلال الغير و الاستنارة بناره بلا اذنه حيث انه تصرف مجوز و فعل الفضولي من هـذا القبيل هذا،، ولايخفى ما فيه لان التصرف فيمال الغير لايكون على نحوين بل ليس له الانحو واحد وهو النحو المحرم ،، واما مثل الاستظلال والاستنارة فهو انتفاع بمال الغير بلا تصرف فيه : ففرق بين الاستظلال بجداره او سقف خيمته حيث انهما مع اشتراكهما في كونهما انتفاعا بمال الغير: يمتازان بكون الثاني تصرفا دون الاول ،، فلو سلم كون فعل الفضولـي تصرفـاً - فلا محيص عن الالتزام بحرمته فهذا الجواب ليس بشيء

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

الرابع ماشار اليه بقوله مع ان تحريمه لا يدل علي الفساد (الخ) وحاصله ان النهي عن حرمة التصرف المتعلق الي فعل الفضولي يرجع الي ناحية السبب . وهو لا يدل على الفساد . بخلاف النهي الراجع الي ناحية المسبب ،، والسر في ذلك ان النهي اذا كان راجعا الي ناحية السبب . يدل علي حرمة ايجاد سبب النقل والانتقال : وحرمته بما هو سبب لا يدل على خروج المسبب عن تحت قدرة المنشي وارادته : غاية الامر يكون استعمال الانشاء في ايجاده محرما كبيع وقت النداء الا انه لو ارتكب ذاك المحرم يترتب عليه المسبب

واذا كان راجعا الى ناحية المسبب يخرج المسبب به عن تحت قدرة الفاعل لان المقدور هو ما كان الشخص مسلطا على فعله وتركه . فكما انه اذا صار احد طرفي الفعل واجبا عنه بالوجوب التكويني بان صار واجب الصدور منه بحيث لم يتمكن من الترك او ممتنع الصدور عنه بحيث لم يتمكن من الفعل لكان خارجا عن القدرة : فكذلك لو صار احد طرفيه واجبا بالوجوب التشريعي . واذا تعلق الحرمة بطرف الفعل وخرج جانب

الفعل عن تحت سلطنة الفاعل تشريعا يصير ممتنع الصدور عنه اذ الغير المقدور التشريعى كالغير المقدور التكويني : ومع خروج المسبب عن تحت قدرة الفاعل فليس له ايجاده فلا يتحقق منه اصلا . و هذا هو الملاك فى كون النهى عن المسبب موجبا للفساد دون النهى عن السبب هذا

ولايخفى مافى هذا الوجه ايضا ضرورة انه مع تسليم كون فعل الفضولى مصداقا للتصرف المحرم يكون النهي عنه راجعا الى ناحية المسبب لاالسبب اذالتصرف المحرم منه هوالبيع مثلا الصادر عنه نحو صدوره عن المالك والغاصب ولااشكال فى انه اذاتعلق به النهى يكون متعلقا بالنقل والانتقلال لا بايجاد السبب فى ظرف تمامية القدرة على ايجاد المسبب اللهم الان انضم الى هذا الوجه ما اجاب به

خامساً بقوله (قده) مع انه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه وعدم استقلاله فى ذلك (الخ) وحاصله ان النهي عن فعل الفضولى ولو كان راجعا الى ناحية المسبب الاانه فى النتيجة يساوى مع ماكان راجعا الى ناحية السبب ،، وذلك لان النهى عن المسبب كما عرفت يوجب خروجه عن تحت قدرة الفاعل . ومن المعلوم ان الفضولى مع قطع النظر عن تعلق النهى به لايكون مسلطا على المسبب . فالمسبب خارج عن تحت سلطانه مع عدم النهى : فلايصير النهى المتعلق به سببا لخروج المسبب عن تحت قدرته : فالنهى بالنسبة اليه بماهو فضولى لايفيد الاحرمة التصرف من حيث السبب فلامنافات . بين حرمة الفعل عليه من حيث هو فضولى وبين صحته بمايصير مستندا الى المالك بالاجازة من حيث ان له السلطنة على المسبب من غير تعلق النهى به بماهو مالك

والحاصل ان النهى متعلق الى فعل الفضولى بما هو فضولى وهو موجب لعدم ترتب الاثر عليه بما هوفعل الفضولى ،، و لا منافات بين نفى الاثرعنه بما هو فعل الفضولى وبين صحته بمعنى ترتب الاثر عليه بماهو يجيزه المالك : وهذا المعنى بناء على القول بناقلية الاجازة اظهر كما لايخفى ومما ذكرناه يظهر انه لاتفاوت بين فعل الوكيل وبين فعل الفضولى اصلاالا ان فعل الوكيل مسبوق بالاذن ويكون من حين وقوعه مستنداً الى المالك وفعل الفضولى يلحقه الاستناد اليه

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

ذكر قدس سره مما استدل به على بطلان الفضولي عقلا ،، وجهين آخرين (احدهما) ان القدرة على التسليم معتبرة في صحة البيع والفضولى غير متمكن منه شرعا لكونه تصرفافي مال الغير الممنوع عنه (وثانيهما) ان الفضولى لايكون قاصداً لمدلول اللفظ لعدم تمشى قصد العطاء منه لانتفاء سلطنته على الاخذ والعطاء وبعد مابيناه من انتفاء التفاوت بين الوكيل و بين الفضولى الا بماتقدم يظهر ضعف هذين الوجهين

اما الاول ،، فلان الفضولى كمالم يكن متمكنا على التسليم لم يكن الوكيل ايضاً متمكنا منه ومن المعلوم بديهة عدم اعتبار القدرة على التسليم من الوكيل المباشر لاجراء الصيغة : وانما التمكن منه شرط فى البايع والمشتري والمفروض تمكنهما منه (وبعبارة اخرى) انتفاء القدرة على التسليم انما يوجب فساد العقد عن الوكيل والفضولى من حيث استناده اليهما ،، ولامنافات بين بطلانه بهذه الحيثية بمعنى عدم ترتيب الاثر عليه : وبين صحته من حيث استناده الى المالك الحاصل في فعل الوكيل من الاول وفى فعل الفضولي بعد الاجازة : ولافرق فيماذكرناه بين ان نقول بصحة الفضولى

علي طبق القاعدة . اوقلنا بانهما علي خلاف القاعدة وانها ثبتت بالدليل

و اما الثانى فلان المالك والوكيل والفضولي جميعاً يكونون قاصدين لمدلول اللفظ بالدلالة التصورية . اعنى المداليل الافرادية : و الدلالة التصديقية . اعنى مداليل الجملة التركيبية . ولا تفاوت بينهم في قصدهذين المدلولين : ويمتاز المالك عنهما بكونه قاصداً للعطاء والاخذ : ولكن قصده هذا لايكون من مقومات الانشاء بل هو الداعى الى الانشاء : و فرق بين ارادة الفعل وبين ارادة داعيه وماهو المنفى فى فعل الوكيل و الفضولى هوارادةداعى الفعل وماهو المعتبر في صحة العقد هوارادةمدلوله الافرادى والتركيبى : فالاستدلال المذكور نشاء من الخلط بين ارادة الفعل وبين ارادة داعيه وكم لهذا الخلط من نظير

قوله(قده)المسئلة الثانية ان يسبقه منع المالك «الخ» ربما يقال فى هذه الصورة بالبطلان ولومع القول بالصحة فى المسئلة الاولى : وذلك بتوهم كون المنع السابق على العقد كالرد اللاحق له:فكما ان الرد اللاحق يخرج العقد عن قابليته للحوق الاجازة كذلك المنع السابق علي العقد يمنعه عن قابلية تاثيره للحوق الاجازة ،، والتحقيق ان يقال بانه يتكلم تارة علي القول بكون الفضولى صحيحاً على طبق القاعدة كما هو المختار : واخرى على القول بكون صحته علي خلاف القاعدة . وعلى الاول . فلا يخلو . فاما ان يقال بكون نفس المنع السابق بماهو منع سابق على العقد كالرد اللاحق في منعه العقد عن قابلية تأثير لحوق الاجازة ،، واما ان يقال بقائه الى بعد العقد انا ماهو المانع عن صحة العقد لانفس وجوده السابق

والتحقيق ان شيأ منها لايصلح للمنع اما المنع السابق فلان غاية ما يترتب عليه هو عدم استناد العقد معه الى المالك : ولايخفى ان العقد لم يكن

مستندا اليه ولومع عدم نهيه لتوقف الاستنادعلي انشاء الوكالة او الاجازة فوجود المنع السابق كعدمه فى انه لايؤثر شيأ واما استمراره الي بعدالعقد اناما . فلان غاية بقائه الي بعد العقد هو كراهة المالك عن فعل الفضولى لكن الكراهة اعم من الرد . و لـذلك قلنا بتأثير الاجازة في صحـة عقد المكره ،، و السر فى ذلك كله هو اعتبار الانشاء في الرد و الاجازة وعدم كفاية الرضا الباطنى او الكراهة الباطنية فيهما فلوفرض القطع بكراهة المالك بعد العقد لم يمنع عن تأثير الاجازة مالم تصل الى مرتبة البروز بالانشاء

واما الاستدلال بانفساخ عقدالوكيل بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشترائه على كفاية الكراهة الباطنية فى الرد لكون الحلف امارة علـى عدم الرضا : فلايخفى مافيه لكون الحكم بالانفساخ ناشيأعن الحلف وهو يذهب بمافيه . فهواجنبي عن المدعى ،، مضافاالي ان الكراهة ابرزت بالحلف والكلام فى المقام فى نفس الكراهة الغير المبرزة بالانشاء كمالايخفى هذا تمام الكلام على القول بكون الصحة فى الفضولى على القاعدة

واما على القول بكونها مخالفا مع القاعدة وانهاانما تثبت بالادلة الخاصة المتقدمة ففي الاشكال فى صحته فى هذه الصورة اعنى صورة تقدم نهي المالك مجال ،، و الذي يمكن ان يستدل به علي صحته امور قد اشار المصنف قده اليها في الكتاب لايخلو شيأ منها عن المناقشة ،، منها خبر محمدبن قيس المتقدم الوارد فى قضاء مولانا امير المؤمنين صلوات الله عليه فى وليدة باعها ابن سيدها حيث استدل به علي صحة الفضولى كما تقدم وباطلاقه بترك الاستفصال يدل على صحته ولو فيما كان مولى الوليدة نهى ابنه عن بيعها هذا

ولكن برده ظهور سياق الخبر فى كون بيع الوليدة فـى حال

جهل مولاها بالبيع لفرض غيبة الولي وفرض نهيه عن بيعها قبل الخروج الى السفر بعيد ياباه السياق و مع هذا الظهور ينهدم اساس الاطلاق المستكشف من ناحية ترك الاستفصال ،، و منها فحوي مارود فى نكاح العبد بدون اذن مولاه وقد تقدم الاستدلال به ايضا فهو دال على صحة الفضولى فى مورد سبق نهى المولى ايضاً : حيث علل للصحة في بعضه بانه عصى سيده وماعصى الله سبحانه واذا اجاز السيد جاز فان عصيان السيد لا يتحقق الا بعد نهيه اياه عن التزويج حتى يكون نكاحه مع نهيه (ح) عصيانا ،، والا فمع عدم نهى السيد فلانهى حتي يكون عصيانا هذا .

و لايخفى مافيه ايضا ،، وذلك لما تقدم من أن العصيان فى المقام ليس عصيان التكليفي . بل هو عبارة عن التعدى عن سلطان المولي و التصرف فيما لايجوز التصرف فيه . ونكاح العبد بلا مراجعة الي سيده من هذا القبيل ولولم ينه عنه فلا يكون لفظ العصيان دليلا على سبق النهى عن السيد نعم لابأس بدعوي ترك الاستفصال ان لم يدع ظهور سياق تلك الادلة ايضاً فى صورة جهل المولى بالحال .

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

فيخرج عن مورد الفضولى . هذا مضافا الى ماتقدم نقله عن المسالك من كون الحكم بالصحة فيها تعبديا خرج بالنص وان كان ماذكره بعيداً في الغاية ،، حيث يمكن دعوى القطع بانه لايكون لاجل التعبد . بل لموافقته مع قواعد باب المعاملات .

و بالجملة الذى يقتضيه الانصاف عدم مايدل بالخصوص على صحة الفضولي مع سبق نهي المالك فلوانتهى الامر الى اثبات صحته علي خلاف القاعدة لاشكل الحكم بصحته غاية الاشكال الان الامر سهل بعد ما قويناه من كون الصحة على طبق القاعدة و ان ما تكلمناه كله فرض في فرض .

قوله (قده) المسئلة الثالثة ان يبيع الفضولى لنفسه (الخ)

هذه المسئلة هى المهمة في باب الفضولى . ولايخفى ان بيع الفضولى عن نفسه تارة يكون من الغاصب . واخرى لاجل جهله بكون المبيع له . و انه لنفسه فيبيع عن نفسه ،، ثم انه لابد من تصوير جامع للصحة بحيث يشمل صورة ماكان البايع غاصبا او جاهلا ،، والكلام فى حكمه تارة يقع بالنظر الى ماتقتضيه القواعد . واخرى بالنظر الى ما تقتضيه الادلة الخاصة ،، اما علي الاول . فربما يمنع عن الصحة لاجل عدم تحقق البيع عن نفسه اذا لم يكن مالكا للمبيع : وذلك لماتقدم مرارا من ان حقيقة البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع بقاء الاضافة على حالها . ولذا قلنا بلزوم دخول الثمن فى ملك من خرج عنه المثمن فلايصح اخراج المبيع عن ملك مالك مثلا بازاء دخول الثمن فى ملك شخص اخر على مامر توضيحه و تحقيقه . وعلى هذا فليس بين المال والبايع الفضولى اضافة حتى يقصد انتقال الثمن عن المشتري اليه بازاء مايخرج عنه الي المشترى . بل العوض ينتقل اليه بازاء ماينتقل

عن مالك المعوض الى المشترى : فلا تتحقق المعاوضة هذا

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

اما اولا فلانه لايتم فى الجاهل اذهو يعتقد مالكيته فلا ادعاء فيه : ولابدمن ان يجاب بجواب جامع للغاصب والجاهل،،واما ثانيا فلانه لايتم فى الغاصب اذ كثيراً ما لايكون الغاصب حين البيع ملتفتا الى حاله وانه غاصب حتي ينوى ويضمر فى نفسه انه مالك ادعاء .

بل التحقيق ان يقال . كما لايبعد ان يكون هو مراده . و ان كانت العبارة قاصرة عن تاديته بان المسروق من المالك هو تلك الاضافة اي ان الغاصب يغصب الملكية فيأخذ مال المالك بجعل نفسه مالكا اى يعتبر علاقة الملكية بينه وبين المغصوب فكانه سرق وغصب الخيط الذى كان بين المالك والمال الذي يعبر عنه بالملكية فمن اول الامر ينزل نفسه نفس المالك اي يعتبر نفسه مالكا فيكون جميع تصرفاته فى ما بيده من مال الغير الذي منه بيعه اياه فى ملكه بادعاء واحد وهو غصبه الملكية . وبعبارة اخرى اصل الملكية عبارة عن اضافة اعتبارية تعتبر ممدودة بين المالك و بين المال وهى قد تكون ممضاة من الشارع وقد لاتكون ممضاة منه ومايعتبر منها بين المالك والمال ممضاة و مايعتبر منها بين غير المالك سواء كان غاصبا . او جاهلا غير ممضاة من الشارع ،، لكن تحقق البيع العرفى من البايع الفضولى لايتوقف على امضاء مايعتبره من الملكية بل هو يتمشى منه بنفس اعتبار

الملكية عدوانا اوجهلا ،، ولذانرى الغاصب يقصد بيع مابيده من مال المغصوب حقيقة ويعامل معه معاملة سائرا ملاكه وهذا الذىذكرناه وان كان بعيداًعن عبارة المصنف التى يذكرها بعدفي قوله (ان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى علي جعل الغاصب نفسه مالكاحقيقيا وان كان هذا الجعل لاحقيقة له (الخ) خصوصا بقرينة ماذكره بقوله (نعم لوباع لنفسه من دون بناء علي ملكية المثمن ولااعتقادله كانت المعاملةباطلة) حيث ان الظاهر منه احتياج تمشى قصد البيع عن الغاصب الى تنزيله نفسه منزلة المالك حين البيع ،، ولذا اورد عليه بامكان عدم تحقق هذا البناء منه حين البيع لكن مراده (قده) هو ماذكرناه . ولابد من تنزيل العبارة عليه

وخلاصة الكلام ان في بيع الفضولى عن نفسه اقوال ثلاثة : القول بالبطلان و عدم تأثير الاجازة فيه اصلا : و الصحة و وقوعه عن الفضول بالاجازة: والصحةووقوعه عن المالك المجيز ،،واستدل للاول بمانقدم من عدم تمشى قصد الانشاء من غير المالك لنفسه لخروجه عن حقيقية المعاوضة وخلاصة الجواب يتم بامرين الاول قدتقدم فيماسبق ان تقوم البيع ونحوه من عقود المعاوضات على العوضين وان المتعاملين ليسار كنين فيهابخلاف باب النكاح : ولذا قلنا بعدم الحاجة فى البيع من حيث هو بيع الى تعيين الطرف وان كان يتوقف بعض انحائه الى التعيين ،، لكن لابما هو شرط فى تحقق البيع . بل لاجل اناطة تعيين العوض او المعوض على تعيينه فيما اذاكان كليا : ويترتب علي ذلك خروج قصد البايع كون البيع عن نفسه عن مقومات البيع وكونه من مقارناته

الثانى لوكان الامر بالشيء فى باب التكاليف استحبابيا مثلا فهو قصد امتثال الامر الوجوبى جهلا او تشريعا ،، فتارة يقصد امتثال ذاك الامر

التخيلى التشريعى اوالاعتقادى علي وجه التقييد بحيث لولم يكن وجوبيا بل كان استحبابيا لم يكن قاصداً لامتثاله ،، واخري يكون قاصداً لذاك الامر الواقعى . غاية الامر يعتقد وجوبه جهلا و بينى على وجوبه تشريعاً . و في الاول لايصح عمله من جهة عدم تحقق امتثال الامر الموجود و ماقصد امتثاله لم يكن امرا واقعا . بل هو امر اعتقادي او بنائى : وفى الثاني يصح عمله لتمامية الامتثال ويكون اعتقاد وجوب الامر او البناء عليه لغوا غير دخيل فى العمل .

اذا تبين ذلك نقول ما نحن من قبيل الثاني اذ الفضولى يبيع معتقداً كونه عن نفسه جهلا اوبانيا كذلك غصباً وماهو المقوم في صحة البيع و تحققه هو تبديل طرفى الاضافة واقترن به اعتقاد كونه عن نفسه او بنائه عليه: وهذا الامر المقترن به غير دخيل فى تحقق البيع فيكون وجوده غير مضر كعدمه. و منه يظهر وقوعه عن المالك بعد الاجازة لاعن الفضولى اذلاوجه للقول بوقوعه عن الفضولى بعد الغاء حيث اسناده اليه عن البين كمالايخفى ،، ولا فرق فيما ذكرناه بين ان يكون الغاصب بايعا اويكون مشتريا بان اشتري شيأ بمال مغصوب فانه كمايكون البناء علي مالكيته للمثمن غير دخيل فى مقومات البيع كذلك بنائه على ملكية الثمن

قوله (قده) مع انه ربما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى (الخ) هذا اشارة الي القول الثاني وقد نقله عن فقيه عصره فى شرحه علي القواعد ويستدل له بوجهين ،، الاول ما اشار اليه بقوله احدهما ان قضية بيع مال الغير (الخ) و توضيحه انه قد تقدم فى المعاطات تصحيح عتق المالك عبده عن الامر لوامره بالعتق عنه بفرض الملك وتقديره اناما ثم وقوع العتق عن ملكه. وقلنا بان المراد

من تقدير الملك . ليس فرضه و تصويره . بلا ان يكون له واقع اصلا: بل المقصود انتقال العبد الى الآمر باستدعائه حقيقة . و دخوله في ملكه واقعا فيقع العتق عن الآمر بالطريق الاعوجاجي على ما بيناه ،، ثم انه قد يتعدى عن مورد الامر بالعتق الى موارد اخر مثل مورد (اشتر بهذا المال متاعاً لنفسك) او تصرف ذى الخيار في زمان خياره بما يتوقف على الملك. و نحو ذلك . بدعوي ان الاذن في الاشتراء بمال الآذن لنفس المأذون يوجب انتقال مال الآذن الى المأذون ثم خروجه عنه الى من يشتري منه ،، وقد حررنا في باب المعاطات فساد المقايسة و ثبوت التفاوت بين قضية اعتق عبدك عني: و بين قضية اعتق عبدى عنك او اشتر بمالى متاعا لنفسك ،، حيث انه يصح الالتزام بتقدير الملك بالطريق الاعوجاجي في الاول دون الاخير و سنعيده ايضاً في المتن الاتى بقولنا ومن هنا يظهر الفرق بين مسئلة اعتق عبدك عني

اذا عرفت ذلك فاعلم ان محصل هذا الوجه هو القول بالتزام الملك بالطريق الاعوجاجي في مثل اعتق عبدك عني مما يكون استدعاء عن المالك بايقاع عقد او ايقاع على ماله عن المستدعي ،، ثم التعدى عنه والالتزام به في مثل اشتر بمالى متاعاً لنفسك مما يكون اذنا بالاذن السابق في ايقاع عقد او ايقاع في مال الآذن عن المأذون،، ثم التعدي عن الاذن السابق والالتزام به فيما يكون بالاجازة اللاحقة : وعلى هذا فبالاجازة اللاحقة نقلا او كشفا ينتقل المال عن المالك الى الغاصب . ثم عنه الى المشتري منه بالطريق الاعوجاجي. فيتوقف صحة هذا الوجه على القول به في مثل اعتق عبدك عني . ثم التعدي عنه الى الاذن السابق في بيع المأذون مال الآذن لنفسه . ثم التعدي عن الاذن السابق الى الاجازة اللاحقة»

واشار الى الوجه الثانى بقوله الثانى انه لا دليل على اشتراط كون

احد العوضين (الخ) و حاصله صحة البيع ووقوعه بانتقال المثمن الي البايع بازاء انتقال المثمن عن شخص ثالث الى المشترى بدعوي ان حقيقة البيع ليس الا التمليك و التملك واما كون احد العوضين خارجاً عن ملك من يدخل فى ملكه العوض الاخر . فلا دليل على اعتباره وقد تقدم بيانه فى اول البيع و قلنا بحكايته عن سيد اساتيد استادنا وجها فى درسه لا اختياراً و مر تزييفه ايضاً بان هذا خارج عن حقيقة البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة بل انه هبة بازاء هبة اخري فراجع ماحررناه فى الاول البيع وفي المعاطاة

قوله قده اما الاول فلان صحة الاذن فى بيع المال لنفسه او الشراء لنفسه ممنوعة (الخ) حاصله المنع عن صحة الاذن السابق في الشراء لنفس الماذون فى مثل اشتر بهذا متاعاً لنفسك اولا : ثم على تقدير تسليم صحته منع صحة الاجازة اللاحقة فى تاثيرها في وقوع الشراء السابق للغاصب لفساد قياسها بالاذن السابق ثانياً ،، اما المنع عن صحة الاذن السابق . فلانه لاوجه لتأثيره فى وقوع الشراء لنفس الماذون الا دعوي كونه من شئون السلطنة ،، حيث ان السلطنة على المال تقتضى صحة جميع تقلباته التى من جملتها التمليك الضمنى على الغير لان يشترى به شيأ لنفسه: وهي مدفوعة بان مقتضى السلطنة علي المال هو صحة تمليكه على الغير بالاسباب المملكة شرعاً التى جعلها الشارع سببا للنقل والانتقال. لا صحة تمليكه بما يشاء ولو بما لم يجعله الشارع سببا. فانه تصرف فى سلطان الشارع وتعد فى حقه والتمليك الضمنى الحاصل باذن المالك و انشاء الماذون للبيع مع من يعامل معه ليس حاصلا بالاسباب المجعولة الشرعية ،، فلو قام دليل بالخصوص على صحة الشراء بهذا المال المأذون له في اشتراء مال به لنفسه مثل اجماع او نص مخصوص لكان دليلا على انتقال المال الى المأذون ثم عنه الى مالك المثمن الذى يشتري

المأذون عنه على الطريق الاعوجاجى او انتقال الثمن عن مالكه الى مالك الثمن ثم عنه الي المشترى المأذون كك واذا لم يكن في البين دليل بالخصوص على صحة الشراء لنفس المأذون لكان الاوفق بالقواعد الممهدة في باب المعاملات هو الحكم بالبطلان

ومن هنا يظهر الفرق بين مسئلة اعتق عبدك عني مما يكون امر واستدعاء لايقاع المالك عتق عبده عن الآمر . وبين هذه المسئلة اعنى مسئلة اشتر بمالى طعاماً لنفسك ،، حيث ان الاوفق بالقواعد في المسئلة الاولى كان هو الحكم بالصحة ،، و ذلك لان المفروض صحة تبرع المالك بعتق عبده عن الامر فاذا استدعى منه مايكون هو بنفسه سلطانا عليه وكان له ان يفعله بلا استدعاء الآمر غاية الامر مع عدم الرجوع بقيمته عند التبرع يكون استدعائه منشأ لضمانه مايتلفه المالك باستدعائه : سواء كان مع استيفاء من الآذن كما اذا وقع العتق عنه فى كفارة اولا بل كان محض الامر بالاتلاف : لكن اذا كان فى الاتلاف غرضا عقلائيا مثلما اذا امره بالغاء ماله في البحر وعليه ضمانه اذا صار المال موجبا لاضطراب السفينة لاما اذا لم يكن فى الاتلاف غرض عقلائي مثل ما اذا امره باحراق ماله وعليه ضمانه فانه لو ارتكب المالك (ح) لم يكن ضمانه على الامر

والسر فيه هو كون اقدامه هذا حراما شرعا فاذا اقدم على الحرام الشرعى الممنوع عنه لم يكن ضمانه على الآمر لمكان كونه منهيا عنه وبالجملة وقوع العتق عن الآمر بالطريق الاعوجاجي فى قضية اعتق عبدك عنى موافقاً مع القواعد موقوف على امرين كلاهما حاصلان وهما صحة تصرف المالك بما يامره الامر مع قطع النظر عن الامر والاستدعاء وصحة استدعائه بالضمان المعاملى بان يفعل ماله السلطنة عليه وكلا هما حاصلان

كماترى

وهذا بخلاف الاذن في شراء الماذون لنفسه حيث انه لولا ذلك الاذن ليس للمأذون ان يشترى بمال الغير متاعا لنفسه وهذا الاذن من مقومات صحة شرائه بخلاف امر الآمر بالعتق حيث انه لم يكن مقوما لصحة عتق المالك عن الامر بل لولا امره لكان له التبرع عنه بالعتق و (ح) يقع الكلام في صحة وقوع التملك الضمنى بالاذن وانه هل هو من شئون سلطنة الاذن على ماله او انه تصرف في سلطان الشارع : وقد تقدم ان الاقرب بالنظر هو الاخير ،، اللهم الان يقال بمساعدة العرف على الاول (فح) يمكن الالتزام بصحته ايضا لكن لا يخلو عن تأمل وهذا بعد عدم قيام الدليل بالخصوص على صحته لعدم نص في البين وعدم تحقق اجماع ايضا على صحته هذا تمام الكلام في المقيس

اما فساد قياس الاجازة اللاحقة بالاذن السابق لو قيل بالصحة في الاذن السابق : فلان الاذن السابق انما يؤثر على تقدير القول به لاجل خصوصية سبقه المعدومة في الاجازة لا لمكان كونه اذنا من المالك حتى يقال بان الاجازة ايضاً اذن منه : غاية الامر انها متأخرة عن الفعل والاذن متقدم عليه

و بيان ذلك ان القول بتأثير الاذن السابق اما يكون بدعوى موافقته مع القواعد او بدعوى ورود دليل بالخصوص دال على كونه موافقا مع سلطنة المالك او بدعوي ورود دليل من اجماع او نص على تأثيره بالخصوص مع قطع النظر عن كونه من شئوى سلطنة المالك او عدمه : فعلي الاولين تكون الاجازه اللاحقة كالاذن السابق في التأثير بجامع واحد بخلاف الاخير فان مايدل على تاثير الاذن السابق مفقود بالنسبة الى الاجازة اللاحقة

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

و توضيحه ان كلا من فعلي الغاصب ومن يشترى بمال الغير متاعا لنفسه باذن مالكه يمكن ان يقع على نحوين (احدهما) ان يشترى المأذون او الغاصب لنفسه بماهو هو شخصه و(ثانيهما) ان يشترى كل واحد منهما بماهو مالك . ونتيجة الوقوع على النحو الثانى هو وقوع الشراء لمالك الثمن باذن السابق او الاجازة اللاحقة . ونتيجة الوقوع على النحو الاول هو وقوع الشراء لنفس المشتري المأذون اوالغاصب لكن الاذن السابق اذن فى ايقاع المأذون الشراء لنفسه بحيث يقع عنه لاعن المالك : وهذا النحو في شراء الغاصب غير معقول لماعرفت من ان مبنى الاشكال فى صحة فعل الغاصب الفضولي . والشبهة فى عدم قابليته للاجازة هو كان احتمال وقوعه على هذا النحو حيث انه لمالم يكن مالكا توهم عدم تمشى الانشاء منه على هذا الوجه و كان الجواب عن هذا الاشكال هو تصوير النحو الاخر فى بيعه اعني وقوع الفعل عنه بادعاء المالكية واستراق السلطنة و الملكية على ما بيناه . فتأثير الاجازة فى وقوع الشراء لنفس الغاصب مبنى على صدور الشراء منه لنفسه بماهو هو لا بما هو مالك : ووقوع الشراء منه كك مستلزم لفساده لعدم تمشى الانشاء منه كك فكون الاجازة اللاحقة مؤثرة فى وقوع الشراء لنفس الغاصب فاسد . ومن ذلك يظهر صدق ماقاله المصنف قده من كون قياس الاجازة اللاحقة بالاذن السابق مع الفارق وبطل نفي الفرق بينهما على مايدعيه بعض المحشين في حاشيته

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

باجازته من جهة عدم تحقق البيع بالمعني العرفى عن الغاصب : وقد تقدم جوابه الذى محصله هو امكان صدور البيع عنه بعد سرقته الملكية عـن المالك وجعله نفسه مالكا للمغصوب : وهذااشكال اخريرد على وقوع بيعه للمالك باجازته فى صورة علم المشترى من الغاصب بكون بايعه غاصبا ،، وحاصله ان للمشترى في هذه الصورةاى فى صورة علمه بكون البايع غاصبا لايكون مسلطا على استرداد مادفعه من الثمن الى الغاصب وهذا يكشف عن صيرورة الغاصب مالكا للثمن الذى قبضه من المشترى : و الالم يكن وجه لعدم جواز رجوع المشتري اليه بالثمن ومع ملكه له لواجازالمالك بيع الصادر من الغاصب يجيى الاشكال المتقدم اعنى خروج المعوض عن ملك المالك الى ملك المشتري ودخول عوضه عن المشترى الى ملك الغاصب لاالمالك : وقدعرفت انه خارج عن حقيقة البيع وانه على تقدير صحته يكون هبة بازاء هبةاخرى كما بيناه :

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

و **توضيحه ان فى مسئلة** جواز رجوع المشترى الى الغاصب بالثمن عندعلمه بكونه غاصبا اقوال ثلاث . احدهـا هذا الاحتمال المذكور فـى الاشكال وهو عدم جواز الرجوع مطلقا حتى مع وجوده عند الغاصب . وقد نقل عن الفخر والقطب الرازى وبعض آخر: وعلى هذا يكون اساس الاشكال المذكور (وثانيها) وهو مقابل القول الاول وهو جواز الرجوع بعينه لوكان موجوداً و بعوضه من مثله او قيمته لوتلف عند الغاصب

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

اما الاول فلان المشترى ماملك الثمن بالغاصب مجانا اولا و انما الصادر منه هو التسليط الخارجى اي قبضه بالغاصب مع علمه بكونه غاصبا فماوقع في بعض العبائر من ان المشترى ملك الغاصب بالثمن مجاناً فاسد او مؤّل بارادة التسليط من التمليك ،، وقدتقدم ان الجمع بين القول ان يكون المشترى ملك الغاصب مجانا مع القول بكون الثمن للمالك باجازته متنافيان لان مبني تملك الغاصب هو تمليك المشترى اياه بماهو هو ومبنى صيرورة الثمن للمالك بالاجازة هو تمليك المشتري بما هو مالك ادعاء . ولا يمكن الجمع بينهما فى عقد واحد . ولا يكون عقد ان حتى يكون مفاد احدهما تمليكه اياه بما هو هو ومفاد الاخر تمليكه اياه بما هو مالك : ولوفرض وجود العقدين بدعوى تضمن الشراء عن الغاصب بماهو مالك لهبته اياه بماهو هو فهو مع كونه محالا هبة يجوز الرجوع عنهامع وجود العين عند المتهب لما عرفت من ان تمليك مال بشخص بازاء دخول عوضه عن ملك ثالث الى ملكه خارج عن حقيقة البيع وانه داخل فى الهبة فالمشترى من الغاصب يملك الغاصب ثمنه بازاء المثمن الذى هو ملك المالك لاالغاصب ولو سلم كون المعاملة الكذائية بيعالغة فلايزيد حكمه عن حكم الهبة اذلا يمكن القول بوجوب التزام المشترى بالالتزام العقدى مع عدم التزام طرفه فى صورة رد المالك كما هو اوضح من ان يخفى : ومما ذكرناه ومالم نذكره يظهر فساد القول بعدم جواز الرجوع في صورة وجود العين بل يستبعد القول بوجود القائل به جدا بحيث ينبغى تأويل كلام من ينسب اليه بحسب

ظاهر كلامه .

واما فساد القول الثانى اعنى القول بجواز الرجوع عند تلف الثمن فلكونه من صغريات قاعدة مالا يضمن بصحيحه لايضمن بفاسده فان المشترى مع علمه بغاصبية البايع و عدم كونه مالكا للمثمن اذا سلطه على ثمنه يكون تسليطه اياه تسليطا مجانيا اذيعلم بان عوضه لايخرج من الغاصب اليه بل لوخرج لكان عن المالك ،، وتسليطه اياه و ان كان معاوضيا . الاان العوض لمالم يكن عن الغاصب . بل يكون عن المالك : لم يخرج بالنسبة الى الغاصب عن التسليط المجاني . فلا يقاس بالمعاوضة الفاسدة كالقمار و الربوا حيث ان المشترى مع علمه بالفساد اذا سلط البايع على ماله لايوجب سلب الضمان بل البايع ضامن لعدم التسليط المجاني واذا دخل تحت تلك الكلية يكون اللازم عدم الضمان مع التلف :

اذا تبين ذلك. فنقول اما مع وجود الثمن عند الغاصب لو وقعت الاجازة من المالك. فلا اشكال اصلا حيث لا موجب لملكية الغاصب للثمن بل بالاجازة يصير ملكا للمالك فيرد اليه من غير اشكال،، ومع تلفه يكون عدم ضمان الغاصب للمشترى لاجل تسليطه اياه على الثمن تسليطا مجانيا ،، ولا منافاة بين ان لايكون ضامنا للمشترى لاجل التسليط المذكور وضمانه للمالك اذا اجاز لعدم تحقق تسليط منه للغاصب على الثمن .

و **توضيح ذلك بوجه** ابسط ان يقال ان ماقيل اويقال فى المشترى العالم بكون المبيع مغصوبا وجوه (الاول) انه ملك الثمن بالغاصب مجانا . وهذا هو مختار من يقول بعدم جواز الرجوع الى الثمن مطلقا ولو مع وجوده (الثانى) انه سلطه على الثمن تسليطا مطلقا نظير التسليط الحاصل فى المعاطات بناء على القول بالاباحة . و لازم ذلك بقاء الثمن على ملك المشترى مادام موجوداً

عند الغاصب. لكن اذا اشترى الغاصب به شيء يملك ما اشتراه به كما باب المعاطاة على القول بالاباحة : وقد قيل بهذا الوجه ايضاً من صرح بصيرورة مايشتريه الغاصب بالثمن ملكاً له ،، ولا يخفى ان شيئاً من هذين الوجهين لا يمكن الالتزام به : اذ لم يصدر عن المشتري الا تمليك الثمن الى الغاصب بازاء المال المغصوب والتسليط الخارجي اعني اعطاء الثمن اياه وشيئا منهما لا يكون تمليكا مجانياً ولا تسليطا من جميع الوجوه . نظير مافي المعاطاة ،، اما تملكه بازاء المال المغصوب فواضح حيث انه بيع بعوض غاية الامر يكون تمشيه من بناء مالكية الغاصب ادعاء حسبما مر شرحه : وليس هبة مجانية ولا ان العقد الصادر منه بيع وهبة معا او بيع وتسليط،، و اما التسليط الخارجي فهو ايضاً لا يكون تمليكا و لا تسليطا موجبا للاباحة العامة نظير ما في المعاطاة . بل هو تسليط مترتب على البيع الصادر منه و من متمماته ولواحقه و متفرعاته و الوفاء به مثل المقبوض بالعقد الفاسد حيث لا يفيد الاباحة فليس في البين تمليك من المشتري للثمن الى الغاصب مجاناً حتى يقال بعدم جواز رجوعه اليه مادام موجوداً ولا تسليط مجاني حتى يقال بانتقال مايشتريه الغاصب به اليه نظير ماقيل في المعاطات بناء على القول بالاباحة : فهذا ن الوجهان ساقطان جدا . و ان قال بهما بعض لكن لا يعباء بهما. بل الحق هو الوجه الثالث وهو ان المشترى مع علمه بمغصوبية المثمن سلط الغاصب على الثمن تسليطا خارجياً اى اعطاه الثمن في الخارج ولازمه عدم ضمان الغاصب له لو تلف عنده لاندراجه تحت قاعدة مالا يضمن بصحيحه وعلى هذا فيرتفع الاشكال حيث ان اساسه كان على صيرورة الثمن ملكا للغاصب فلو اجاز المالك (ح) لكان بيعاً بلاثمن اي تكون اجازته موجبة لدخول المثمن في ملك المشتري

بلادخول الثمن فى ملك المالك المجيز،، وصار بناء اندفاعه على بقاء الثمن علي ملك المشترى ولولم يكن الغاصب ضامناله على تقدير التلف فلايلزم ان تكون الاجازة هي الاجازة للبيع بلاثمن .

فان قلت ماذكرت انما يدفع الاشكال اذا كانت الاجازة مع وجود الثمن حيث انه بعد الاجازة يصير ملكا للمجيز فيرجع به الى الغاصب واما مع تلفه عنده فالاشكال باق على حاله اذ حين الاجازة (ح) لايكون عين الثمن موجودا عند الغاصب حتي يرجع اليه ولا هو ضامن لمثله او قيمته حتي يرجع اليه بما يضمنه : ولايمكن ان يقال بالرجوع الى المشترى : لان الاجازة وقعت على الثمن الشخصي التألف عند الغاصب لاالى الكلى فى ذمه المشترى و (ح) يكون البيع بلا ثمن فيعود الاشكال .

لا يقال هذا الاشكال يرد على القول بالنقل فانه بناء علـى ناقلية الاجازة يكون انتقال المثمن عن المجيز الى المشترى حين وقوع الاجازة وفى هذا الظرف لايكون الثمن موجودا عينا ولانه يعتبر ضمانه مثلا او قيمة ،، و اما على القول بالكشف فالاجازة كاشفة عن صيرورة الثمن ملكا للمجيز حين العقد لاالاجازة : فالمشترى (ح) سلط الغاصب علي الثمن الذى هو ملك للمجيز ولا تسليط من قبل المجيز للغاصب علي الثمن فيكون الغاصب ضامنا للمجيز حيث انه تلف ثمنه عنده بلاتسليط منه فيرجع المجيز اليه من غير اشكال .

لانا نقول هذا الذى ذكر وان عدمن الثمرات بين الكشف و النقل لكنه فاسد . بل الحق عدم التفاوت بين الكشف والنقل من هذه الجهة: اذبناء على الكشف يعتبر بقاء العوضين علي قابلية ان يتعلق بهما العقد (وبعبارة اخرى) لابد من وجود جميع مايعتبر فى العوضين حين العقد عند

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

قلت الاشكال مندفع فى صورة تلف الثمن على النقل والكشف بجامع واحد ، وتوضيحه ان تسليط المشتري للغاصب علي الثمن لما كان من متفرعات الشراء منه بعنوان الوفاء بالعقد معه يكون متأخراً بالرتبة عن العقد : ولو فرض تقدمه على العقد بالزمان كما اذا دفع الثمن اليه اولا ثم اشترى منه المال المغصوب بالثمن الذى دفعه اليه فالعقد الذى وقع بينه وبين الغاصب متقدم بالرتبة على التسليط والاجازة تكون متعلقة بذاك المتقدم وتجعل العقد عقد المجيز والمشترى سلط الغاصب على ثمنه ولا يكون الغاصب ضامنا للمشترى لاجل التسليط المذكور : لكن لامنافات بين عدم ضمانه للمشترى لمكان تسليطه اياه وبين ضمانه للمالك المجيز بعد صيرورته مالكا بالاجازة لعدم تحقق تسليط منه ولا يردانه عند الاجازة لا يكون الثمن موجودا بعينه لتلفه ولا ببدله لعدم اعتبار ضمانه لان عدم اعتبار الضمان انما هو بالنظر الى المشترى واعتباره بالاجازة انما هو للمجيز وهما متغايران وتحقق ملك الثمن للمجيز و ان كان حين الاجازة بناء على النقل الا انه لمكان تقدم العقد الذى هو السبب علي تسليط المشترى يفيد صحة اعتبار ضمان الغاصب للمجيز .

وبعبارة اوضح المجيز وان لم يحصل له الملك الاحين الاجازة الذى لا يكون الثمن موجوداً الا انه يصح اعتبار وجوده لدى الغاصب ملكا للمجيز ثم تلفه عن ملكه لقرار ضمانه عليه للمجيز لمكان تقدم العقد الذى يتعلق به الاجازة على تسليط المشترى الغاصب على الثمن اقول هكذا قرر ولكن المسئلة بعد لا يخلو عن الاشكال :

ويمكن ان يقال ان اعطاء المشتري الثمن الي الغاصب تسليط اياه عليه لامطلقابل فى صورة رد المالك واما مع الاجازة فالمرتكز من المشترى انما هو دفع الثمن الى الغاصب عوضا عما ياخذه منه من مال المغصوب فيكون تسليطا منه آياه على الثمن لان يدفع الى المجيز ولو تم هذا الارتكاز يصح التفصيل بين صورتى الرد والاجازة بالقول باختصاص مجانية التسليط فى الاولي دون الاخير وعليه فيبقى الثمن علي ملك المشترى عند تلفه لدى الغاصب اذا تعقب العقد بالاجازة فينتقل الى المجيز حين الاجازة فتأمل

قوله (قده) الاول انه لافرق على القول بصحة بيع الفضولى (الخ) البيع الفضولي اما يكون واقعا على العين مثلما اذا باع فرس زيد مثلا من عمر وهكذا او يكون واقعا على الكلى ثم الكلي اما يكون متقررا فى الذمة قبل وقوع البيع عليه كما اذا كان فى ذمة زيد كرا من الطعام لعمرو لدين او اسلاف فباع الفضولى هذا الذي كان في ذمة زيد لعمرو من خالد مثلا : فالمثمن ملك للعمرو فى ذمة زيد ،، واما لايكون متقرراً وانما يتقرر بنفس وقوع البيع من الفضولي عليه كما اذا باع كرا من الطعام في ذمة زيد من عمرو،، حيث انه بنفس ذاك البيع يتقرر الكلي في ذمة زيد لعمرو فيثبت فى ذمته علي تقدير اجازته اذا قلنا بصحة الفضولى في بيع الكلى فى هذا القسم ايضا ،، لااشكال فى حكم الفضولى اذا كان المبيع او الثمن عيناً وكذا فى القسم الاول من الكلى اعنى ماكان له تقرر قبل البيع الفضولي اذ هو ملحق من هذه الجهة بالعين : وانما الكلام في القسم الثانى اعنى مايتقرر بنفس وقوع البيع عليه وعقد هذا التنبيه انما هو لبيان حكمه

قوله قده ثم ان تشخيص كون مافى الذمة الذى يعقد عليه الفضولى (الخ) اعلم ان البيع الصادر عن البايع فى مثل قوله بعتك

لايخلو من انه امايستند الى نفسه مثلما اذا قال بعتك هذا المتاع عن نفسى فى بيع العين او بعتك كرا من الطعام فى ذمتي ،، واما يستند الى الغير مثل بعتك فى ذمة زيد اولايستنده الى نفسه ولاالى غيره بل يجعله مطلقا ويقول بعتك كرا من الطعام فاذا استنده الى نفسه او غيره فهو ومع عدم الا ستناد والا طلاق يكون ايضاً مستندا الى المباشر وذلك لاقتضاء الاطلاق حيث ان طبع المباشر للبيع حين ايقاعه اذالم يستنده الى غيره هو الايقاع عن نفسه ،، ونظير ذلك فى باب العبادات حيث انه لولم يقصد فيها التحمل عن الغير : تقع عن نفسه ولولم يقصد وقوعها عن نفسه فلو صلى لابنية الغير لايقع عن الغير بل يقع عن نفسه لو كانت ذمته مشتغلا بها و الاتقع لغوا ،، و منه يظهر فساد مافى بعض الرسائل من وجوب قصد التحمل عن الغير اوقصد المباشرة عن نفسه اذلا يجب فى عمل نفسه قصد ايقاعه عن نفسه.

اذا عرفت ذلك . فنقول استناد البيع الى الغير امايكون باضافته الى الغير فى متن العقد و جعله قيدا فى العقد كما اذا قال بعتك عن زيد منا من الحنطة و اخرى بجعل المبيع فى ذمته كما اذا قال بعتك كرا من الطعام فى ذمة زيد : و على كلا التقديرين فامايكون باللفظ اويكون بالقصد بلاجعله قيداً فى العقد بان يقول بعتك كرا من الطعام قاصداً كونه عن زيد او كونه فى ذمته : ولافرق بين القسمين فى مقام تصحيح الاستناد الى الغير . وان كان بينهما فرقا فى مقام التعارض و توجيه الحلف كما سيظهر ،، وعلى جميع التقادير فاما ان يكون الفضولى هو العاقد البايع كما اذا قال بعتك كرا من طعام فى ذمة زيد . فيبيع عن زيد كرا من الطعام فى ذمته و يقبل المشترى لنفسه: و امايكون هو العاقد المشتري كما اذا قال بعت هذا العباء الذى هو ملك له

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

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

اعلم انه قد يجمع بين اضافة البيع واضافة الكلى و(ح) فامالا يكونا متنافيين كما اذا اضاف البيع و الكلي كليهما الى نفسه و قال بعتك منامن الحنطة في ذمتي او اضافهما معاالي الغير او يكونا متنافيين . بان اضاف البيع الي غيره والكلى الى نفسه : اواستند الشراء الي غيره والكلى الى نفسه وقال اشتريت هذا لفلان بدراهم في ذمتي او اضاف الشراء الى نفسه و الكلى الي غيره و قال اشتريت هذا النفسى بدراهم في ذمة الغير فان لم يكن بينهما تناف فهو مع التنافي: فان قلنا بما ابداه فقيه عصره كاشف الغطاء (قده) من كفاية دخول احد العوضين في ملك شخص بازاء خروج بديله عن ملك شخص اخر فلا اشكال اذ يحكم (ح) في الاول بوقوع الشراء لفلان بدراهم في ذمة العاقد و في الثاني بوقوع الشراء لنفسه بدراهم في ذمة الغير، وان قلنا بخروج ذلك عن حقيقة البيع كماهو التحقيق : فهل يحكم بفساد المعاملة «ح» لتدافع الظهورين . او بصحتها والاخذ باحد الظهورين تخييراً: وتقديم اولهما المكان تقدمه: اويتساقط الظهور ان فيكون كان لم يسند الـي نفسه و لا الى غيره (وجوه) ثم على الاخير فهل يحكم بفساد المعاملة او بصحتها و وقوعها عن العاقد المباشر لاقتضاء الاطلاق استنادها اليه بعد تساقط مايوجب الاستناد الي غيره وجهان.

الذى افاده المصنف في الكتاب هو التفصيل : بين اضافة الشراء الي غيره و الكلى الى نفسه .و بين اضافة الشراء الى نفسه والكلى الى غيره فاحتمل البطلان في الاول: لانه في قوة شراء شيئى للغير بمال شخصي لنفسه

كما اذا قال اشتريت هذا الفلان بهذا الدرهم الموجود الذى هو لنفسى. فكما لايصح شراء شيئى لغيره بعين لنفسه : كذلك لايصح الشراء لغيره بكلي فى ذمته اذا الكلى فى ذمته في حكم المال الموجود الخارجى: و احتمل الغاء احد القيدين اما قيد كون الشراء لفلان و تصحيح المعاملة لنفسه باخذ قيد اضافة الكلى الى نفسه او الغاء قيد اضافة الكلى الي نفسه و تصحيح المعاملة باخذ قيد اضافة الشراء الي غيره : و صيرورة المعاملة فضوليا محتاجا الى اجازة الغير : ولم يذكر احتمال البطلان فى الاخير. بل احتمل فيه الصحة، اما باحتمال كونه كما لو اشتري لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد اجازته لكن بعد تصحيح المعاملة بالبناء علي تملك ما في ذمة الغير اعتقاداً كما اذا اشترى الغاصب لنفسه بعين مال المغصوب. حيث انه بعد اجازة المالك يقع له لكن بعد تصيحح المعاملة ببناء الغاصب على تملك العين المغصوبة اعتقاداً او باحتمال الغاء قيد اضافة الكلى الى الغير والحكم بوقوع الشراء لنفسه بكلي فى ذمته وذلك لتقدم تقييد الشراء بكونه لنفسه على تقييد الكلى بكونه في ذمة الغير فيؤخذ بالقيد المتقدم ويترك المتأخر ،، هذا محصل مرامه مع اعترافه فى اخر عبارته باحتياج المسئلة الي التأمل

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

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

الثمن في ذمة المشتري : لانه من قبيل ضمان مالايجب . بل لابد في ضمانه من تمامية العقد وتحقق المعاملة . فلامحالة يجب تأخره عن البيع مع ان اسناد الكلي الى نفسه يكون في ضمن البيع

لا نا نقول يكفي في كونه ضمانا لما استقر في عهدة المشتري من الثمن بالبيع تأخره بالرتبة : ولذا يصح بعتك و انا كفيله من غير اشكال.

لا يقال كون اسناد الكلي الى نفسه من باب الضمان يصح لو قصد به الضمان : بخلاف مالو كان قصد العاقد ايقاع البيع لغيره بجعل الثمن في ذمة نفسه .

لا نا نقول بعد كون اللفظ قالبا لانشاء الضمان - وكان صدوره منه بارادته يكون قصد جعل الثمن في ذمته لغواً لانه قصد مالم يوجده في الخارج : حيث انه قصد شيأ واوجد شيأ اخر غير ماقصد نظير ماتقدم في باب المعاطات فيما اذا قصد الاباحة واوجد ما هو مصداق البيع حسبما مر شرحه وفي المقام ايضا نقول قصد البيع لغيره بجعل الثمن في ذمته و لكنه اوجد ما هو مصداق الضمان

و اما في القسم الثاني اعني ما اذا اضاف البيع الى نفسه و الكلي الى غيره . فلما فيما ذكره من تنافي القيدين اذ لا منافاة بينهما اصلا . بل يكون حاله حال بيع الغاصب عين المال المغصوب بعينه فيكون فضوليا متوقفا على اجازة من اضيف الكلي اليه : كما انه في العين المغصوبة كان ايضا فضوليا متوقفا على اجازة المالك حسبما مر . ولا يحتاج في كلا المقامين الى الاعتقاد بتملك العين في العين المغصوبة او اعتقاد تملك ما في ذمة الغير في تصحيح المعاملة بل تصح بلا حاجة الى ذاك الاعتقاد بسرقة السلطنة و الملكية حسبما حققناه .

و مما ذكرناه ظهر الغاء احتمال الصحة بالغاء ذمة الغير . والحكم بوقوع الشراء لنفسه بواسطة تقييد الشراء باضافته الى نفسه ،، وذلك لما بيناه من ان اسناد الشراء الى نفسه مع اضافة الكلى الى الغير ليس الا كبيع الغاصب : فكما انه فى بيع الغاصب لنفسه يكون فضوليا يقع للمالك اذا اجاز ويلغي قصد نفسه: كذلك فى بيع الكلى المضاف الي الغير من غير تفاوت اصلا وهذا ما يقتضيه التحقيق فى المقام

ثم لا يخفى ان المنافى الذى يؤتى به فى ضمن العقد اما يكون منافيا لاركانه كما اذا قال بعتك بلا ثمن: او آجرتك بلا اجرة. حيث ان الثمن والاجرة ركنان فى عقدي البيع و الاجارة : واما يكون منافيا لما يقتضيه اطلاقه بعد تمامية اركانه كما اذا اسند البيع الى نفسه . والثمن الي غيره، حيث انه قد تقدم مفصلا ان البايع والمشترى ليسا من اركان البيع و انما الركن فيه هو الثمن والمثمن : ولذا قلنا بعدم الحاجة الى تعيين البايع و المشترى الا فيما احتاج تعيين الثمن والمثمن الى تعيينهما وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون ذكر المنافي في اثناء العقد او بعد تمامه : ففي الاول اعني ما كان منافيا لركنه يكون مبطلا للعقد مطلقا ،، سواء ذكر فى اثنائه او بعده وفى الثانى يفصل · بين ما يذكر فى الاثناء فيحكم فيه بالبطلان . وبين ما يذكر بعد تمام العقد فيحكم بالغاء ذاك المنافي : وصحة العقد نظير ما اذا اجاز المالك فى بيع الغاصب لنفسه كون البيع للغاصب . حيث انه يؤثر اجازته فى صحة البيع ويقع للمالك نفسه . ويلغى قيد كونه للغاصب : ومن ذلك يظهر التحقيق في القسمين اللذين ذكرهما المصنف (قده) حسبما حررناه فانه في القسم الاول اعني ما اذا اضاف البيع الى غيره والكلي الى نفسه على تقدير ان يكون منافيا لاضافة البيع الى غيره ولم يحمل على الضمان

حسبما حررناه لم يكن موجبا للبطلان حيث انه مذكور بعد تمام العقد ولم يكن منافيا لاركانه وكذا في القسم الثاني اعني ماذا اضاف البيع الي الي نفسه والكلى الى غيره كمالا يخفي

قوله قده وان رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا (الخ) قدتقدم ان تشخيص مافي الذمة الذي ينعقد عليه العقد الفضولى امايكون باضافة البيع اليه : اوباضافةالكلى الى ذمته (وعلي التقديرين)امايكون الاستناد لفظيا بمعني انه يذكر في ضمن العقد اويكون بحسب القصد اى يعين الذمة بالنية . فعلى الاول . فلااشكال في كونه فضوليا متوقفاعلى اجازة من اضيف اليه . فان اجاز فهو والا فيلغو العقد . وعلى الثانى الذى عليه جملة من الاساطين هو وقوعه للفضولى العاقد علي تقدير الرد واقعا ،، و نظير ذلك ما ذكروه في بيع الوكيل المفوض اذا انكر الموكل وكالته . فانهم حكموا بوقوعه للوكيل هذا

و اورد عليهم المصنف بفساد ذلك في باب الوكالة والفضولى معاً اذلامعنى لتردد البيع الصادر عن العاقد وكيلا كان اوفضونيا . بين ان يكون صادراً عمن اضيف اليه بالقصد والنية . وبين ان يكون عن العاقد المباشر حتى يصير باقرار الوكالة اوالاجازة عقداً له وبانكار الوكالة اوالرد عقدا للعاقد المباشر : بل التحقيق ان يقال امافي باب الوكالة فلا يخلوا مايكون قصد البايع جعل المال في ذمته نفسه بالاصالة فيكون ماجعل في ذمته كعين ماله الخارجى فيكون كما لو باع عين ماله عن غيره : اويكون قصده جعل المال في ذمته لا بالاصالة بل بما هو نايب عن موكله : فعلى الاول . فامايقال بتأثير نيته في بيع مافي ذمته عن غيره . او يقال بعدم تأثيرها : وان نيته هذه لغو بل يقع البيع عنه . فان قلنا بتأثير النية : يكون الاوفق بالقواعد هوالحكم

بالبطلان . بناء على عدم كفاية دخول احد العوضين في غير ملك من خرج عنه الاخر كما حققناه مرارا : وان قلنا بعدم التأثير يكون اللازم هو الحكم بالصحة . و وقوع البيع للمباشر سواء اجاز الموكل املا . فلاوجه لوقوعه للموكل مع اجازته

وعلى الثانى اعني ماإذا جعل المباشر المال في ذمته بماهو نايب فان قلنا بتأثير النية. فاللازم هو الحكم بالبطلان. عند الرد: لاالحكم بوقوعه للمباشر واقعا وان قلنا بعدم تأثير النية فاللازم هو الحكم بوقوعه للمباشر ولو مع اجازة الموكل فلاوجه للحكم بوقوعه للموكل مع اجازته،، هذا بالنسبة الى الوكيل المفوض كالوكيل فى باب المضاربة

واما الفضولى فلا يخلو اما ان يقال بتأثير نيته او يقال بعدم التأثير : ففى صورة التأثير يقع باطلا فى صورة الرد واقعا : و على القول بعدم التأثير يقع للمباشر هذا .

ولا يخفى عدم مجيئى الترديد الجاري فى الوكيل بين جعل المال فى ذمته بالاصالة او بماهو نايب فى باب الفضولى والى هذا اشار باستشكاله فى صحة جعل نفسه نايبا عن الغير الا اذا رجع الى الشراء في ذمة الغير ،، فمافى ظاهر ذيل العبارة بعد حكاية عبارة التذكرة فى مقام تحقيق المقام من الترديد بين القسمين فى باب الفضولى : لايخلو عن شيئى . والصواب هو ماحررناه من التكلم في كل واحد من الوكيل والفضولى على حدة

تم ان محصل المنقول عن الاصحاب قدس الله اسرارهم هو الفرق بين ما اذا اسند الكلى الى ذمة غيره فى ضمن التزام عقدى بان ذكره لفظا : وبين ما اذا قصده فى النية من غير اسناده اليه فى اللفظ بكون الاول عقداً عنه فيقع عنه اذا اجاز لو كان فضوليا ويبطل على تقدير الرد كما انه يحكم بكونه

عنه لواقر بالو كالةعلى تقدير كون العاقدوكيلا و ببطلانهظاهر الوانكرها على حسب موازين القضاء ،، وبكون الثاني اعنى صورة اسناد العقد بالنية صالحالان يصيرعقداالمنوي بسبب النية فان اجازفى الفضولي اواقر بالوكالة فى الوكيل يصير عقداً لهوان رداوانكر الوكالة يقع عن المباشر وعلي هذا التقرير فلاحاجة فى الاستشكال عليهم بمافى الكتاب من الترديد وتطويل المسافة . بل ينبغي ان يوردبان النية اما تكون مؤثرة اولا . فعلى الاول فلاوجه فى التفرقة بين النية واللفظ : وعلى الثانى فلا يحصل للعقد صلاحية للاسناد الى المنوي بسبب النية لكون المفروض الغائها و عدم تأثيرها فى شيى

و يمكن ان يتصور لما افادوه وجها صحيحا وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) انفى العقود المعاوضية كالبيع ونحوه كل واحد من المتعاملين يصير مالكالالتزام الاخر بالعقد : ففى البيع مثلا كل واحد من البايع والمشترى يلتزم التزاما عقديابخروج مايملكه من الثمن اوالمثمن عن ملكه و دخوله فى ملك الاخر بازاء مايخرج عن ملك الاخر الي ملكه و بالعقد بينهما يصير كل واحد منهما مسلطاعلى التزام الاخر بحيث لايجوز لكل واحد رفع اليدعن التزامه الابرضاء الاخرومن هنا تطلع الاقالة حيث انها عبارة عن رفع يدكل واحد عما يملكه من التزام الاخرفيرجع كل عن التزامه . ولاجل ذلك لاتكون الاقالة بيعا : وعلى هذا ايضاً يظهر ثبوت الخيار لذى الخيار حيث انه عبارة عن ملكه لالتزام نفسه و التزام الاخر :فيصح له الرجوع عما التزمه لعدم صيرورة التزامه ملكا للاخر . و ان كان يملك التزام الاخر .

الامر الثانى ظاهر جملة من الاصحاب صحة جعل كل واحد من

المتعاملين ما يملكه من التزام الاخر لشخص ثالث كان ينتقل المشتري المالك لالتزام البايع ماملكه بالعقد من التزامه الى ثالث . فيصير هذا الثالث مالكا لالتزام البايع و البايع مالكا لالتزامه : كما انه لو كان هو بنفسه طرفا و مشتريا من اول الامر ويعبر عن هذا ببيع التولية : ويحتاج الي ايجاب وقبول و ايجابه قول احدهما وليتك البيع ويتحقق قبوله بلفظ قبلت ومايشبهه :

الامر الثالث اذا التزم المشترى مثلا بعقد ناوياً كونه عن ثالث يكون مقتضى اسناد الالتزام الى نفسه فى ضمن العقد ،، وصيرورته بنفسه طرفا للالتزام العقدى هو كونه بنفسه طرفا للالتزام : ويكون قصده عن الغير بمنزلة ايجاب بيع التولية المفتقر الى القبول فان تعقبه ماهو قبول له من اجازة او تقرير وكالة يتم بيع التولية ويصير المجيز اوالمعترف بالوكالة طرفا للالتزام العقدي بعد ان كان المباشر طرفا له . وان رده اوانكر الوكالة لايتم بيع التولية فلاينتهى الى الاسناد الى من قصده ،، و علي هذا فالصادر عن المباشر بقصد الغير: له نسبة فعلية الى المباشر: وله قابلية التحويل الى الغير بواسطة قصد الغير الذي هو كايجاب بيع التولية المتوقف على القبول فلايكون مرددا بين المشترى و بين من قصده حتى يقع لمن قصده على تقدير اجازته وللمشترى على تقدير الرد بل هو للمشترى على كل من تقديرى الاجازة والرد اولاً الا انه بالاجازة يحول عنه الي من قصد فيصير بيعه بيعه و التزامه التزامه والظاهر تسالمهم علي ماذكرناه فى ابواب متفرقه كباب المضاربة فيما اذا اشتري العامل شيئا بالذمة فانكر المالك وكالته . وكباب التجارة بمال اليتيم حيث ان الولي لواشترى فى الذمة قاصداً ادائه بعين مال اليتيم . فانهم قالوا بكون الربح لليتيم . ولولا صيرورة اليتيم طرفا للالتزام و انتقال المبيع اليه في طول انتقاله الى الولى لما كان وجه للحكم

بكون الربح له: وكباب خيار العيب فيما اذا باع الوكيل ولم يسندانعقد الى موكله لفظا بالالتزام العقدى ثم ظهر العيب . فانهم حكموا باشتغال ذمة الوكيل نفسه بالارش وهو ايضاً لايتم الاعلى فرض كونه طرفا للالتزام العقدى ،، وبالجملة فلما ذكرناه نظائر فى ابواب المعاملات يتوقف صحته على ما بيناه من كون قصد العقد عن الغير اذالم يسنده اليه باللفظ يصير بمنزلة ايجاب بيع التولية المتوقف على القبول وعليه فـلايبقى الاشكال اصلا

قوله قدس سره و توهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذى يحصل به التمليك (الخ) اعلم انه استشكل فى جريان الفضولي فى المعاطاة بثلاث وجوه هذا اولها وحاصله ان الاقباض الذى يحصل به التمليك يكون منهيا عنه لعدم جواز الاقباض على الفضولى فيكون محرما مفسد اللمعاملة لدلالة النهى على الفساد ،، وقدتقدم هذا الاشكال فى الفضولى بالانشاء القولى ايضا : واجاب عنه المصنف باجوبة كلها مذكورة هاهنا الاالاول منها و هو المنع عن كون الانشاء القولي تصرفا في مال الغير حتى يكون محرماً ولم يذكره هاهنا لعدم جريانه فى المقام ،، حيث ان الانشاء وقع بالاقباض الذى هـو تصرف فى مال الغير بلا كلام

وحاصل الجواب الاول فى المقام هو المنع عن توقف تحقق الفضولى فى المعاطات بالاقباض لكى يصير منهيا عنه فيكون محرما مفسداً اذقد لايحتاج الي الاقباض كما اذا اشترى فضولياعن الغير بالذمة وكان البايع اصيلا : فالبايع يقبض المبيع الى الفضولى اصالة والمشترى يقبل فى ذمة الغير فليس فى البين ثمن شخصى حتى يكون اقباضه من المشترى الـى البايع محرما

والثانى ما اشار اليه بقوله مع ان الاقباض قد يقع مقرونا برضا

المالك (الخ) وحاصله انه تقدم اعبار انشاء الاجازة وعدم كفاية مجرد الرضا الباطني فى صحة الفضولى . لكن الرضا الباطنى كاف فى رفع حرمة التصرف فيكون التصرف به مباحاً غير محرم . لكنه لا يخرج عن كونه فضوليا. فليس كل اقباض في الفضولى محرما حتى يكون موجبا للفساد ،، نعم بناء على كفاية مجرد الرضا فى الصحة يخرج به عن الفضولى . فلا يتصور التصرف المأذون المرضى به مع كونه فضوليا لكنه خلاف التحقيق كما قدمناه

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

الرابع ما اشار اليه بقوله مع انه لو دل لدل (الخ) وحاصله التفكيك فى القول بالفساد بما هو مسند الى الفضولى وبما هو مسند الى المالك على تقدير تسليم دلالة النهي على الفساد فى المقام ،، ومحصله انه لو قلنا فى المقام بدلالته على الفساد من حيث ارجاعه الى ناحية السبب يكون الفساد من حيث هو فعل صادر عن الفضولى . ولا ملازمة بين فساده من هذه الجهة . وبين فساده بما هو مسند الى المالك بسبب الاجازة ولا يحتاج فساده من حيث صدوره عن الفضولي الى التمسك بحرمته بل هو من تلك الجهة غير نافذ قطعا ولو لم يكن منهيا عنه،، والحاصل ان النهي على تقدير تسليم اقتضائه للفساد يقتضي فساد المعاملة من حيث هو فعل الفضولى ولا كلام في فساده والغرض اثبات الصحة بما هو معاملة المالك ومستندة اليه ولا اقتضاء للنهى فى فسادها من تلك الجهة،، والمراد بقوله فلانيا فى كونه جزء سبب هو ما ذكرناه ويكون جزئه الاخر رضي المالك واجازته

قوله قده وربما يستدل على ذلك (الخ) هذا هو الاشكال الثانى و حاصله ان المعاطات مطلقا سواء قلنا بافادتها الملك اوالاباحة لا يتمشى من غير المالك ،، وذلك لاناطتها علي التراضى و قصد الاباحة او التملك . ولايتصور صدور هما عن غير المالك . والجواب عنه اماعلي القول بافادة المعاطاة للملك . فلافرق بين الانشاء القولي والفعلي فكما انه يصح قصدالتمليك من الفضولي في القولى يصح فى الفعلى ايضا فهذا الاشكال يرد علي الفضولى مطلقا . ولااختصاص له بخصوص المعاطات والجواب عنه ايضا هوالجواب بجامع واحد في القولي والفعلى واماعلى القول بالاباحةفاجراء الفضولى فيها لايخلو عن اشكال فمنهم من منع عن اجرائه فيهامطلقا و منهم من اجرى المعاطات على القول بالاباحة مجرى العقد القولى فى اجراء الفضولي فيها مطلقا حتي فى جريان الكشف والنقل فى اجازتها والحق هو التفصيل بين القول بجريان الفضولى فيها والمنع عن اجراء احتمال الكشف فيها بل يلتزم فيها بالنقل محضا : فان اراد القائل بالمنع عدم تاثير الاجازة اصلا : فهو مدفوع بانه لاوجه للمنع عن التأثير . وان اراد القائل بالجواز باجراء حكم الكشف فى الاجازة فلا وجه له ايضا وهذا الكلام جار فى جميع العقود الا ذنية ولا اختصاص له بالمعاطات على القول بالا باحةعلى مالايخفى .

قوله (قده) الا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك (الخ) هذا هو الاشكال الثالث . و حاصله ان صحة الفضولى امر تعبدى ثبتت بالادلة الخاصة على خلاف القاعدة ،، ولاشبهة ان مورد دليله هوغير المعاطات فالمسلم من صحة المعاطات التي هي المتيقن ممايدل الدليل عليه هوبيع الاصيل معاطاة فيجب الاقتصار عليه . والحكم فيما عداه وهو مورد الفضولى

بالبطلان جرياً على القاعدة ،، والجواب ان ماذكر مبني على كون الفضولي على خلاف القاعدة ،، وحيث قداوضحنا سابقاً خلافه وان صحته على طبق القواعد العامة فلا وقع لهذا الاشكال اصلا هذا ما يرجع الى شرح ما فى الكتاب .

ولكن بعدذلك فى الحكم باجراء الفضولي في المعاطات اشكال بل منع ،، وتوضيحه يتوقف على بيان امور (الاول) انه قدتقدم مراراً من ان البيع امايراد بالمعنى المصدرى اعنى المعاملة الخاصة من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهة صدور ها ملحوظاً ،، و امايراد منه المعنى الاسم المصدرى وهو نفس تلك المعاملة بلاحيث اسنادها الى الفاعل بل من حيث هى هى (الثانى) ان البيع القولى يتصور فيه المعنيان معادون الفعلي امافى القولى فلان آلة الانشاء اعنى كلمة بعت المركبة من الهيئة والمادة الواردة هيئتها علي مادتها يصح ان يراد من البيع الوارد عليه الهيئة المعنى المصدرى . كما يصح ان يراد منه المعني الاسم المصدرى ،، وذلك لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين ،، واما فى الفعلى . فلانه ليس فى البين دال يمكن ان يراد منه المعنى المصدرى تارة والاسم المصدرى اخرى : بل ليس فى البين الافعل خارجي تكويني وهو ذاك الفعل المعاطاتى الذي هو مصداق للبيع والتمليك الصادر عن الفاعل والقائم به بالقيام الصدوري (الثالث) الاجازة في بيع الفضولى القولى يمكن ان يتعلق في عالم التصور بالبيع بالمعني المصدرى ويمكن ان يتعلق بالمعنى الاسم المصدري ومعنى تعلقه بالاول هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولى من حيث صدوره عنه بيعا للمجيز : ولازم تعلقه بالثانى هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز ،، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الاجازة بالمعنى الاسم المصدرى : و ذلك لان المعني

المصدرى فعل تكوينى و له اضافة الي الفاعل المباشر تكوينا و هذا غير قابل لان يرتبط الى المجيز بسبب الاجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث انه بالاجازة لايصير فعل المجيز وهذا بخلاف المعنى الاسم المصدرى الذى هو لحاظ ذاك الحدث مقطوع النسبة عن فاعله اذهو قابل لان يسند الى المجيز فعلي هذا فطبع الاجازة المؤثرة يقتضي تعلقها بالمعني الاسم المصدرى اللهم الان :يقوم دليل على تعيين تعلقها بالمعني المصدرى فيصير امرا تعبديا مخالفا مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل

اذا تحقق هذه الامور: فنقول اذا وقعت المعاطاة فضوليا فلايخلو اما ان نقول بعدم قيام دليل علي تعيين تعلق الاجازة بالمعنى المصدرى او نقول بقيامه وعلى كلا التقديرين لايتم القول بصحة الفضولى ، اما على الاول فلعدم المعنى الاسم المصدرى فى المعاطاة حتى تتعلق به الاجازة : واما على الثانى فلان الفضولي (ح) يصير مخالفا للقاعدة فيجب فيه الاقتصار علي ما ثبت فيه بالدليل وهو منحصر بالقولى ولو سلم تعميمه للفعلى بدعوى اطلاق خبر عروة مع ترك الاستفصال فيه عن اشترائه الشاة من كونه قوليا اوفعليا على اقرب الاحتمالين اوانصرافه الى الفعلى على ابعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلك فى سائر ادلته التى العمدة منها واردة في مورد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه فاللازم (ح) هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطاة بين البيع و بين غيره (و بالجملة) فالحكم باجرائه فى المعاطاة فى غاية الاشكال

و **بعبارة اوضح نقول الدليل** علي صحة المعاطاة بناء علي القول بالاباحة هو السيرة . ولابد في اثبات كل خصوصية معتبرة فيها من اثبات قيام السيرة عليها بالخصوص : وعلي القول بالملك يكون الدليل هو الادلة العامة

الدالة علي صحة البيع من الايات ونحو هالكون المفروض على القول بـافادتها للملك كونهامصداقاللبيع،، لكن فرق بين صدق البيع علـى انشاء البيع باللفظ وبين صدقه على الفعل الخارجى الاعطائى . بان الاول معنون بعنوان البيع بالعنوان الاولي حيث ان ايراد الهيئةعلى مـادة البيع بقصد ايجاده فى وعاءالمناسب لوجوده و هوعالم الاعتبار بيع : بخلاف الثانـي فانه عطية ونقل تكوينى خارجي فهو معنون بعنوان العطاء بالعنوان الاولى :وحيث انه عطاء مع التسليط على جميع تصرفاته يصير ذاك المعنون بالعنوان العطائى معنوناً بعنوان البيع و التمليك ثانياً فيصير عنوان البيع الصادق عليه عنواناً ثانوياً و البيع العنوانى المفهومى ماصار متعلقاللانشاء حتى يتصور فيه المعني المصدرى والاسم المصدري و المعنون بذاك العنوان بالعنوان الثانوي اعنى فعل الخارجي العطائى ليس من عالم المفهوم و المعنى حتى يتصور فيه المعني المصدرى والاسم المصدرى بل هو فعل خارجى متعلق للانشاء والايجادحاصل بايجاد موجده : غيرقابل بحسب وجوده العينى لان ينتقل عن موجده الى آخر باجازته .بل هوفعل فاعله كيفماكان : تعلق به اجازة الاخرام لافلا موضوع فى المعاطاة للاجازة لكى يتعلق به الاجازة و يصير بهامستنداً الى المجيز كمالا يخفى

قوله قده اختلف القائلون بصحة الفضولى بعد اتفـاقهم علي توقفها علي الاجازة (الخ) اعلم ان المشهور بين الاصحاب قدس اسرارهم هوالقول بالكشف فى باب الاجازة . لكنه وقع الخلاف بينهم في تصحيحه على وجوه لابد من ذكرها والبحث عن صحتها و سقمها (فالاول) ماافاده المحقق الرشتى قده و حاصله ان المعتبر فى صحة البيع عن المالك رضى المالك ولوتقديراً بحيث لوعلم بهلرضى به والاجازة المتأخرة كاشفة عـن

هذا الرضا التقديري بحيث يحرز بها ان المالك لو كان مطلعاً على بيع ماله لكان راضياً به حين البيع ،، وفيه مالا يخفي من المنع صغرى و كبرى : اما من حيث الصغرى . فبالمنع عن كاشفية الاجازة عن الرضا حين البيع لامكان عدم اشتمال البيع على المصلحة حين تحققه وصيرورته ذا مصلحة حين الاجازة،، و اما من حيث الكبرى فبالمنع عن كفاية الرضي التقديري على تقدير تسليم احرازه بالاجازة . اقول مضافاً الى الزوم القول بصحة البيع لو احرز رضى المالك من دون اجازة مع انه لاشبهة في توقفها على الاجازة حتي على الكشف

الثاني مانقله في الكتاب عن جامع المقاصد و الروضة : وحاصله ان العقد سبب تام للملك . و لكن العلم بتماميته في الفضولي يتوقف على الاجازة فبالاجازة يعلم تمامية السبب من حين وقوعه فيؤثر من حينه لامن حين الاجازة ،، و هذا الوجه بظاهره فاسد كما ترى : مدفوع بما في الكتاب من ان الاجازة . لاتخلو اما تكون دخيلا في السبب اولا فعلي الاول فلابد من تحققها في تمامية السبب فمالم يؤت بها لم يتم السبب . و علي الثاني يلزم عدم دخل الاجازة والحكم بصحة البيع من حين العقد ولو لم يؤت بالاجازة اصلا

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

لو كان صادراعن المالك لكان سبباً ناماجا معالشرائط التأثير فشأن الاجازة دائماً تصحيح الاستناداى استناد السبب التام المفروض تماميته بجامعيته لاركانه و شرائطه الى المالك : وهذا بخلاف القبض و نحوه من الشرائط المتأخرة حيث انه دخيل فى تمامية السبب لافى استناد السبب بعدالفراغ عن تماميته و لايخفى ان هذاالاستدلال بهذاالتقريب يسلم عما اورد عليه فى الكتاب

لكنه ايضا بهذا القدر لايسلم عن الايراد ،، حيث انه يقال (ح) ان استناده الى المالك امايكون له مدخليةفى تأثيره املا : فعلى الاول فلابد من ان يكون تأثيره من حين الاستناد : و على الثانى فلاوجه للاجازة اصلا. بل لابد من القول بتأثيره ولو لم يقع اجازة اصلا ،، اللهم الاينضم اليه الوجه الثالث لكى يصير الوجهان وجها واحداً

وحاصل الوجه الثالث ان الاجازة انفاذ للعقد السابق و مضمون العقدالسابق هوتحقق البيع من حين البيع : و انفاذه بماله من المضمون عبارة عن تثبيت البيع السابق المقيد بظرف وقوعه فللاجازة دخل في تاثير العقد فمالم تتحقق لم يؤثر لكن اثره انما هووقوع البيع من حين وقوعه فهذالاثر حين الاجازة يترتب و نتيجتها الحكم بترتب الاثر على البيع من حين وقوعه

ويرد على ذلك ايضا ان زمان العقد ظرف للانشاء اى الانشاء وقع فيه لانه ظرف للمنشاء اي المنشاء لايكون هو الملكية المقيدة بكونها فى حال الانشاء : كيف فلو كان الايجاب هو انشاء الملكية المقيدة بكونها فى حال الانشاء يلزم تقدم تحققها على القبول . وعلى ما يعتبر فى تحققها كالقبض فى مورداعتباره ،، وهو كماترى فتقييدالمنشاء بحال الانشاء موجب

للبطلان فالمنشاء مرسل عن الزمان . بمعنى انه عبارة عن نفس الملكية . المرسلة فى زمان هو تحققها فى ذاك الزمان لو لم يتوقف تحققها على امر مترقب من قبول او قبض او نحو ذلك و تحققها عند تحقق مايتوقف عليه من الامر المترقب لو كان منوطا كالقبول والقبض

ولازم اناطة تحققها على الاجازة التي هى من مقتضيات شرطية الاجازة هو الحكم بتحققها عند الاجازة الذى هو عبارة عن النقل فهذا الوجه ايضاً كسابقيه لم يفد فى تصحيح الكشف شيئاً هذا

وقد نقل الاستاد دام بقائه عن بعض مشايخه قده بانه كان يجمع بين الامرين اعنى بين مفاد قول المحقق الثانى قده بكون الاجازة مصححة للاستناد ويجعل العقد مستندا الي المالك المجيز، وبين كون الاجازة انفاذاً للعقد السابق وموجبة لتأثيره من حين وقوعه ثم كان يتعدى عن مورد الفضولي الى ابواب اخر ويد عـى كون الكشف الحكمي عـلى القاعدة وسياتى التكلم فيما افاده

قوله قده وعن فخر الدين فى الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم يكن كاشفة (الخ) هذا كماترى استدلال لبطلان النقل ، وتقـريبه يتوقف على تمامية امرين (الاول) ان يكون دخل العقد في الملكية من قبيل دخل المؤثر فى اثره كمافى العلل والمعلول التكوينيين كالنار بالنسبة الي الحرارة (الثانى) ان الملكية التي هى مضمون عقد البيع مثلا هي عبارة عن نفس الملكية المنشأة بانشاء المنشى ويكون انشائها علة لتحققها فلابد من ان تحقق في آن تحقق الانشاء : وعلي هذا فلو كان تحقق الملكية حين الاجازة لافى ظرف وقوع العقد للزم تأثير المعدوم اعني العقد المعدوم فى زمان الاجازة فى الامر الموجود اعنى الملكية الحاصلة حين الاجازة ، ولايخفى تمامية ما افاده علي تقدير

تمامية الامرين المذكورين

لكن الكلام في صحتهما بل لايستقيم شيئي منهما ، اما الاول فلان تأثير العقد في الملكية الاعتبارية . ليس كدخل العلل التكوينية في معلولاتها بل العقد موضوع لجعل الملكية جعلا تشريعيا حسبمايائي شرحه تفصيلا ، واما الثاني . فلان الكلام في الملكية الاعتبارية التي يعتبرها من بيده الاعتبار . وهو الشارع عند تمامية ماأخذه قيداً في موضوع اعتبارها وهي ممايجوز تخلفها عن الانشاء لاالملكية الانشائية الحاصلة بانشائها في ظرف الانشاء المستحيل تخلفها عن الانشاء : فليس في النقل محذور تاثير الموجود في المعدوم اصلا . بل هو مطابق للقاعدة لاالكشف الحقيقي بل الكشف الحقيقي مستحيل ، وذلك لالا ستلزامه تاثير المعدوم في الموجود اعني الاجازة المعدومة حال العقد في الملكية الحاصلة في ظرف العقد عكس ما افاده في الايضاح كما ربما ينسب اليه ايضا بحمل استدلاله عليه لانه فاسد لعدم التأثير و التأثر التكويني في ناحية العقود و مسبباتها واباء حمل عبارة الفخر عليه . بل لان فرض دخل الاجازة في الملكية مع الالتزام بتقدمها على الاجازة خلف يرجع الي القول بالمناقضة

وتوضيح ذلك انه امايقال في باب السببية ان المجعول الشرعي هو سببية العقد للملكية بان يكون الحكم الصادر عن الشارع هو سببية السبب حتى يكون حال السبب بعد جعله سببا بالتشريع حال الاسباب التكوينية في تأثيرها في مسبباتها على مانسب الى جماعة : اويقال بان المجعول . هو الملكية عند تحقق موضوعها من العقد ونحوه وكلمافرض دخله في موضوعها جزء او شرطا على ماهو التحقيق كما فصل في الاصول وبينا في موضعه استحالة تعلق الجعل بالسببية نفسها . والالزم ان يكون

العقد مشرعا. وعلى كل تقدير ،، فعلي الاول : فا مانقول بدخل الاجازة المتأخرة في تحقق الملكية ام لا : فان قلنا بدخلها فتكون من اجزاء سبب الملكية ومن البديهيات الاولية استحالة تقدم المسبب على بعض جزاء سببه،، ففرض تقدم المسبب علي الاجازة التى فرض دخلها في تحققه (خلف) كما لايخفى : وان قلنا بعدم دخل الاجازة المتأخرة فى تحقق الملكية كان خلفاً ،، حيث ان الكلام فى الكشف الحقيقى بعد فرض دخل الاجازة كما لايخفى ،، هذا على تقدير ذاك القول المحال اعنى القول بجعل السببية ،، وعلى الثانى اعنى القول بجعل المسببات عند وجود اسبابها يلزم الخلف حيث ان معنى جعل المسبب (ح) هو انشائه على فرض تحقق موضوعه بان يؤخذ موضوعه مفروض الوجود فى مرحلة الانشاء فيجعل الحكم على فرض وجوده ويكون فعليته بتحقق موضوعه خارجا ولازم ذاك عدم تقدمه عليه ولاتأخره عنه والايلزم الخلف فتقدم المسب علي سببه لا يصح على كلا القولين فالكشف الحقيقي غير معقول

ومماذكرناه يظهر فساد تخيل امكانه بدعوى الفرق بين العلل التكوينية وبين العل التشريعية كمافي بعض الحواشى تارة و بجعل الشرط هو الوجود العلمى للامر المتاخر لاالامر المتأخر بوجوده العينى كماعن بعض اخراخرى : وقد ظهروجه فساد الاول من ارجاع العلل التشريعية الي التكوينية بناء علي القول بجعل السببية . ومن لزوم التخلف المحال بناء على القول بجعل المسببات عند اسبابها وانتزاع السببية من جعلها عندها ،، واما فساد الدعوى الثانية فيتضح بالفرق بين القضايا الحقيقية و الخارجية و ايضاح ان المجعول من الاحكام انماهو علي نهج الاولي لا الثانية : وان مبنى ماافاده علي توهم كون الاحكام مجعولة علي نهج القضايا

الخارجية . وقداوضحنا سبيله ووجه فساده فى الواجب المشروط و الشرط المتأخر من الاصول فراجع

و بالجملة فكلماقيل اويقال فى تصوير الكشف الحقيقى والشرط المتأخر لايرجع الى محصل ،، والصواب ان يقال مقتضى القاعدة الاولية فى باب الاجازة وفى باب دخل كل امر غير موجود فى الحال هو النقل : والحكم بتحقق الاثر عند تحقق جميع ماله الدخل فى تحققه ممافرض دخله . فان لم يقم دليل علي خلافه فلا محيص عن التزامه و ان قام الدليل علي تقدم الاثر على بعض ماله الدخل فى تحققه . مثل ماورد فى المقام مما يدل علي تقدم حصول الملكية على تحقق الاجازة،، فان امكن جعل الامر الانتزاعي (اعني تعقب الامر المتقدم بالمتأخر الحاصل حين وجود المتقدم اذا كان المتأخر الحاصل حين وجود المتقدم اذا كان المتاخر مما يوجد فى موطن وجوده واقعاً ولولم يوجد بعد) هو الشرط لاالامر المتأخر بوجوده العيني الخارجى و ساعد علي شرطية الامر الانتزاعي الدليل و العقل و الاعتبار فيتعين الالتزام به كمافى الواجبات الارتباطية مثل الصوم والصلوة ونحوهما: حيث اوضحنا فى الاصول كون الوجوب و الواجب و الامتثال فيها جميعاً تدريجية فراجع مافى الواجب المشروط و ان لم يساعد الدليل و العقل والاعتبار على شرطية الامر الانتزاعى بل قام الدليل و العقل والاعتبار على شرطية الامر المتأخر بوجوده العينى الخارجى فلابد من الالتزام بالكشف الحكمى ،، و المقام من هذا القبيل .حيث ان مايدل على اعتبار الرضا والاجازة في العقد يدل على اعتبار هما بالوجود الخارجي ،، بحيث لوفرض عدم تعقب العقد بالاجازة مع تحقق الاجازة نفسها (اى فرض عدم اتصاف المتقدم بصفة التعقب) : لكان نفس وجود الاجازة فى الخارج كافياً

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

فان قلت جعل التعقب شرطا فراراعن لزوم الشرط المتأخر كرعلى مافر حيث ان تحقق تلك الصفة اعنى وصف التعقب حين العقد يتوقف على الامر المتأخر اعنى الاجازة المتأخرة فلوا مكن تأثير المتأخر فى تحققه حين العقد فليكن مؤثرا فى تحقق نفس الملكية بلا حاجة الى الالتزام بشرطية التعقب وان لم يكن تأثيره فى حصول الملكية المتقدمة امراً معقولا : فلا يعقل دخله فى وصف التعقب ايضاً .

قلت الفرق بين الملكية و بين صفة التعقب ظاهر ،، اذ الملكية امر اعتبارى لها وجود واقعى فى الوعاء المناسب لوجودها : بخلاف التعقب فانه انتزاعى محض ينتزع عن وجود شيئي فى زمان متقدم على زمان وجود شيء اخر : فالموجود ان فى الزمان اذا كانا بحيث يحيط بهما زمان واحد ينتزع عن وحدة زمانهما وصف التقارن . و اذا احيط بكل واحد زمان غير الزمان المحيط بالاخر ينتزع عن السابق منهما بالزمان وصف التقدم والتعقب و عن اللاحق منهما وصف التاخر : فالتعقب امر انتزاعي محض لا وجود له اصلا كساير الامور الانتزاعية سواء كان منشاء انتزاعها نفس الذات كالشيئية مثلا او الذات مع انضمام امر اليها

اقول هكذا افيد لكنه لا يخلو عن التأمل فان التعقب و لو كان امراً انتزاعيا ليس له ما بازاء اصلا لافى العين ولافى عالم الاعتبار الا انه ينتزع من

الذات المتقدمة لا بماهي هي بل بماهي مضافة الى الامر المتأخر وهذه الاضافة والربط الخاص من مقولة الاضافة وهي من الامور المتأصلة كما صرح به هو دام بقائه مرارا من كون الاعراض التسعة كلها من المحمولات بالضميمة لا الخارج المحمول ،، و من المعلوم اناطة تحققها بالامر المتأخر لتقومها بالطرفين فمالم يتحقق الامر المتاخر لاتتحقق الاضافة فلاتتحقق الصفة المنتزعة منها ،، وبعبارة اخرى الامر المتاخر دخيل في جزء منشاء انتزاع صفة التعقب و هو الربط الخاص الذي عند انضمامه الى الامر المتقدم يصير متصفاً بالتقدم وعند انضمام طرفه الاخر بالامر المتأخر يتصف بالتأخر وكان ماذكرناه ظاهر جدا فتأمل

ولكن الانصاف كما صرح به اساطين الحكمة كون الاضافة من الامور الاعتبارية وهي وان كانت موجودة لكن موجوديتها بعين وجود منشاء انتزاعها . ويكفي في صحة انتزاعها تحقق منشائها كما لايخفى

قال دامت افاداته واذا انتهى الامر في المقام الى الالتزام بالكشف الحكمي لعدم مساعدة الدليل على شرطية التعقب : فهل المتعين هو القول بالكشف الحكمي علي خلاف القاعدة اويمكن تطبيقه على القواعد ايضاً احتمالان وتفصيل الكلام في المقام ان يقال في الكشف الحكمي ثلاثه مسالك (الاول) ما نقله المصنف (قده) في الكتاب عن استاده الشريف وحاصله الحكم بتحقق الملكية حين الاجازة حسبما يقتضيه الدليل الدال على دخلها في حصولها : لكن الشارع عبدنا على ترتيب ما امكن من اثار الملكية من حين العقد : فيكون وجوب ترتيب الاثر من حين العقد امرا تعبديا ثبت بالدليل ،، نظير وجوب ترتيب الاثر على وجود الاكثر عند

الشك فى عدد الركعات : ووجوب البناء علي وجود الشيئى اوعدمه على ما هومفاد الاصول العملية

المسلك الثانى ماافاده بعض مشايخ استادنا دامت افاداته و هـو الشيخ محمد باقر الاصفهانى قده وقد تقدم اليه الاشارة و حاصله ان كل امر متقدم كالمادة الهيولائية بالنسبة الى امر متأخر عنه و كان المتأخر كالصورة في افادة فعلية ذاك الامر يكون بوجوده منشاء لتحقق الفعلية فـى ذاك المتقدم فلايمكن ترتيب الاثر على المتقدم قبل وجود المتأخر لعدم تحقق فعليته قبله ،، لكن اذا تحقق المتأخر يصير المتقدم فعليا ويخرج عما هـو عليه من القوة الي الفعل . ويلزم ترتب الاثر عليه من حينه : لكن عنـد وجود المتأخر : وذلك كالركوع فان الوصول الى حد يتمكن من وضع اليدين على الركبتين شرط فى صدق الركوع علي اول انحنائه عن القيام الى ان يصل الي ذاك الحد فهذا الانحناء الخاص قابل لان يتصور بصورة الركوع ويكون ركوعيته منوطا بالوصول الى الحد المخصوص و اذا وصل يصير الانحناء بتمامه ركوعا وقد فرع على ماافاده من انطباق الكشف الحكمى علي القاعدة فروعاً كثيرة من اول الطهارة الى كتاب الحج فـى مدة تقرب من اربعة اشهر ،، ولا يخفى انه احسن ماافيد فى المقام . ولكنه لايخلو ايضاً عن المنع : حيث ان السؤال عن دخل الاجازة المتأخرة بعد باق على حاله فيقال ذاك الامر المتأخر امايكون دخيلا في نفح الصورة فى الامر المتقدم اولاوان لم يكن دخيلا يكون خلفا وان كان دخيلا فلاتتحقق له الصورة الاعند تحقق الامر المتأخر فيجب ترتب الاثر المترتب عليه حـين الامـر المتأخر لاان يترتب عليه قبله

المسلك الثالث مانقل عن بعض فى تطبيق الكشف الحكمى على

القواعد . وهو يختص بخصوص الاجازة المتأخرة . ولايعم كلما له دخل في الامر المتقدم عليه . مثل فك الرهانة المتوقف صحة بيع الراهن عليه عليه . ومثل اداء الخمس والزكوة فيما اذا باع العين المخمس اوالزكوى ومثل اذن العمة والخالة للعقد الواقع على بنت الاخ او الاخت ،، وحاصل هذا الوجه ان الاجازة التزام بترتيب الاثر على العقد السابق : فيجب ان يكون تأثيرها في العقد السابق بترتيب مايترتب عليه من حينه من الاثر و الالم يكن التزاما به ،، ولايخفى ان مبنى هذا الوجه على دعوى كون الاجازة التزاما بالملكيه الانشائية الحاصلة حين الانشاء الغير المتخلفة عنه ،،

ويرده اولا انها ليست كك بل هي التزام بالملكية الاعتبارية الواقعية التى واقعيتها بوجود ها فى عالم الاعتبار و هى تتخلف عن العقد فيما اذا كان امضائها من الشارع متوقفا على ماعدي العقد من الامور التي توجد بعد العقد

وثانيا ان هذا الوجه لايصحح الكشف الافى مورد الاجازة مع ان المشهور ملتزمون بالكشف في جميع الموارد مثل فك الرهانة و نحوه وان كان مختار المحقق الثاني (قده) المصرح بالكشف الحقيقي فى الاجازة هو النقل فيماعداها ،، لكن المشهور على خلافه : فلابد من وجه يثبت به الكشف في جميع الموارد : ومن هنا يظهر ان المسلك الاول ايضا لايتم لتوقف القول بالكشف بناء عليه على ثبوت دليل تعبدى فى كل مورد بالخصوص ولايمكن التعدى عن مورد قيام الدليل الى غيره من الموارد

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

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

الثانى ان كل امر متاخر يكون كالصورة بالنسبة الي الامر المتقدم لايخرج عن احد نحوين ،، فاما ان يكون بمؤداه ومدلوله ناظرا الي تنفيذ الامر السابق ويكون مدلوله المطابقى انفاذه وذلك كالاجازة ومايؤدى معناها من الامضاء اي انشاء الاجازة بلفظ امضيت ونحوه واما يكون متمما للا مر السابق وموجبا لفعليته من غيران يكون مدلوله المطابقي انفاذاً له ،، وذلك كما في فك الرهانة. حيث انه ليس ناظراً الى انفاذ البيع السابق كالاجازة لكنه يوجب تمامية البيع السابق بعد تحقق تمام اركانه ،، فكم فرق بين القبض في باب السلم مثلا . وبين فك الرهانة في بيع عين المرهونة : حيث ان القبض لايكون موجبا لتأثير العقد السابق بخلاف فك الرهانة فان الرهن كان مانعا عن نفوذ البيع . وبالفك يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره ،، وان شئت فقل ضابط ماكان الامر المتاخر كالصورة بالقياس الي الامر المتقدم : هو كون الامر المتأخر موجبا لرفع المنع عن تاثير الامر المتقدم من غير فرق بين ان يكون المنع لاجل ورود العقد علي ملك الغير اوروده علي متعلق حق الغير : وسواء كان لسان الامر

المتأخر لسان انفاذ الامر السابق : اوصرف رفع المانع المترتب عليه انفاذ الامر السابق

الثالث ان معنى الكشف الحكمي هو ترتيب الاثار السابقة علي الامر المتأخر المترتبة على الامر المتقدم من حين تحقق الامر المتأخر لكن لا مطلقا بل كلما يمكن ترتيبها زمان الامر المتأخر فبالاجازة يترتب كل اثر ترتب علي الملكية من حين العقد الى زمان الاجازة من الاثار التى مافات وقت ترتبها وقت الاجازة ،، واما ما لا يمكن ترتيبها حين الاجازة فلا يترتب بالاجازة: وعلى هذا فلو وقع النكاح علي أمرئة ثم زنى بها فاجازت بعد الزناء لم يكن الزناء بذات البعل اذ الزناء بها انما هو بالوطى علي امرئة تكون في حال الزناء بها ذات البعل و هذه المرئة بالاجازة تصير ذات البعل . فلا يمكن ترتيب آثار الزناء بذات البعل على الزناء بها قبل الاجازة .

الرابع ان المنشاء بالعقد وان لم يكن مقيداً بزمان الانشاء عقلا كما قدمناه . بمعني انه ليس الملكية المقيدة بكونها فى حال البيع منشاء بالانشاء . بل الملكية بما هى بلا تقييد بزمان هى المنشاء لكن العرف يرون المنشاء حاصلا حين الانشاء اعنى بحسب الفهم العرفى يكون المنشاء هو الملكية المقيدة بحال الانشاء . فاذا تعلق بها اجازة او ما يؤدى مؤداه يرونها بسبب الانفاذ اللاحق حاصلة من حين الانشاء . فالاجازة اللاحقة : توثر عندهم في تأثير العقد السابق من حينه لا من حين الاجازة

الخامس ان ماورد فى الشرع مما يدل على الكشف يكون امضاء لذاك الامر الارتكازي العرفى. ويكون جريا على مايفهم العرف من الكشف الحكمى،، وذلك كخبر محمد بن قيس المتقدم الوارد فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب،، وفيه قال عليه السلام فلما راي ذلك سيد

الوليدة اجازبيع ابنه (الخ) حيث يترتب علي اجازة سيدالوليدة بيع ابنه: صيرورة الوليدةام ولدللمشتري · بمعني ان الاجازة وتنفيد البيع تصيرمنشاء لترتيب هذا الاثر اعني صيرورة الوليدةام الولد في زمان ولادتها الذي هو قبل الاجازة: وكالخبر الوارد في تزويج الصغيرين فضولاالامر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي اجاز فمات بعدالاجازة للزوجة الغير المدركة الي ان تدرك وتحلف علي انها اجازت للزواج لالاجل اخذالارث . فانه يترتب علي اجازتها ملكية سهمها من الارث من حين وفات الزوج :

فان قلت الخبر الاول وان كان يلائم الكشف الحكمي لكن الثانى لايستقيم الا علي الكشف الحقيقي بمعنى تحقق الزوجية من حين العقد واقعالا تحققهامن حين الاجازة مع ترتيب اثار الزوجية من حين العقد وذلك لعدم استقامة الحكم بعزل سهم الزوجة لولاالكشف الحقيقى لانه يكون ملكالساير الورثة (ح) : و انما يصير ملكاللزوجة بالاجازة · فلاوجه للحكم بعزل ما دخل فى ملك الغير واقعاً كما لايخفى:

قلت الحكم بالعزل حكم احتياطى شرع لرعاية حق الزوجة لئلا يضيع حقها بعد الاجازة ولامحمل له الا ماذكرناه والا فلايستقيم حتي على الكشف الحقيقى ايضاً ،،وذلك لانتقال الملك الى ساير الورثة بواسطة استصحاب عدم صدور الاجازة عن الزوجة اي الاصل الجارى في اثبات عدم تحقق الامر المتأخر فيما اذاكان له اثر فى المتقدم المعبر عنه بالاستصحاب في الامور المستقبلة.

والحاصل ان المستفاد من ادلة الفضولى ليس ازيد من الكشف الحكمى على الضابط الذي مهدناه فى تطبيقه على القاعدة فيكون امضاء للامر الارتكازى وعلي هذا فيكون الكشف الحكمي مطابقاً مع القاعدة

فيقال به ولو فى غير مورد الدليل ولايجب فيه الاقتصار على مورده و هو المطلوب .

بقى الكلام في توجيه اخر فى تصوير الشرط المتأخر و هو كونه بوجوده الدهرى شرطا ،، وتوضيحه ان اهل المعقول قالوا بان المتغيرات فى وعاء الزمان ثابتات فى عالم الدهر : و مرادهم من هذه العبارة ان لكل مهية نحوين من الوجود وجود تفصيلى يختص بها الذى به موجودية المهية فى عالم الزمان بنحو البسط و النشر . وهو يتكثر بتكثرا لمهيات، ووجود واحد جمعى فى عين وحدته وجود كل المهيات فتكون الكل موجودة به على نحو الجمع واللف ،، و هو المعبر بعالم الدهر. فالامر المتأخر وان كان متأخرا بالوجود التفصيلي الزمانى لكنه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعى الدهرى فهو شرط بهذا الوجود. فلا تأخر للشرط وقد نسب هذا الوجه الي الميرزا الشيرازى قده قال الاستاد دامت بركاته وهو (قده) لم يرض بهذه النسبة و كيف كان فهذا الوجه ايضاً لايصلح الشرط المتأخر قال دامت بركاته لاجتماع الزمانيات فى عالم الدهر علي نحو الترتب نظير اجتماع الخط المختلف الالوان بجميع الوانه المختلفة تحت نظر واحد حيث ان الالوان المختلفة مجتمعات في النظر واللحاظ على ماهى عليه من الترتب كما لايخفى ،، هذا تمام الكلام فى حكم الاجازة وقد ظهر ماهو المختار فيها وهو الكشف الحكمى مع دعري انطباقه على القاعدة

قوله قده واما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى (الخ) ذكر (قده) اولا ثمرة علي الكشف الحقيقى . بين كون نفس الاجازة شرطا وبين كون الشرط صفة التعقب المنتزعة عن لحوق الاجازة . ثم عقبها بثمرات بين الكشف والنقل مرضية عنده . وثمرات مردودة ،، اما الثمرة

بين وجهى الكشف الحقيقي فهى جواز تصرف كل من البايع و المشترى فيما انتقل اليه بانشاء الفضولى اذا علم اجازة المالك فيما بعد بناء على ان تكون التعقب شرطاً : وعدم جوازه بناء على ان يكون الامر المتأخر بوجوده العينى شرطا ،، اما الاول فلتحقق الشرط قبل الاجازة و هو وصف التعقب واما الثاني . فلاناطة جواز التصرف بالاجازة المتأخرة لكون المفروض شرطيتها بالوجود العينى هذا ،، ولا يخفي مافيه . بل الحق عدم الفرق بين الوجهين من هذه الجهة . وانه يجوز التصرف حتى على تقدير شرطية الاجازة . اذ المفروض انه على ذاك التقدير المحال اي تقدير تأثيرها بوجودها المتأخر العينى في الامر المتقدم . والالتزام بتقدم المسبب على سببه : لابد من القول بتحقق الاثر واقعا من حين العقد فالعلم باجازة المالك فيما بعد يستلزم العلم بجواز التصرف الذي هو مسبب عن الاجازة فيما قبلها كما لايخفى

واما الثانى اعنى الثمرات المرضية بين الكشف والنقل فامور (والاول) وطي المشترى الامة التي اشتراها فضولا قبل اجازة المالك . فانه على الكشف الحقيقى حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه في ملك الواطي : وعلى الكشف الحكمي . اوالنقل حرام واقعا ،، و ذلك لوقوع الملك بالاجازة فلايكون الوطى في ملك الواطى (الثاني) استيلاد الامة الموطوئة قبل الاجازة فانها تصير ام الولد على الكشف الحقيقى والحكمي معا دون النقل ،، اما على الكشف الحقيقي . فظاهر : اما على الحكمي فلان النقل وان وقع من حين الاجازة لكن مقتضى ترتيب الاثار من حين العقد هو الحكم بوقوع الوطى في الملك بمعنى ترتيب اثره الذى فى المقام عبارة عن الحكم بصيرورة الامة ام الولد ،، واما على النقل فعدم صيرورتها

ام الولد ظاهر ايضا هذا ،، ثم احتمل (قده) عدم تحقق الاستيلاد على الكشف الحكمي ايضا فيفترق الحقيقى و الحكمى في الحكم بالاستيلاد و عدمه .

وهذا الذى احتمله اخيرا هو الموافق للتحقيق ،، وذلك لان ضابط الكشف الحكمى هو ترتيب كلما يترتب على الملكية من الاثار المترتبة عليها من حين العقد بسبب الاجازة اذا اجتمع فيها امران (احدهما) ان تكون الملكية تمام الموضوع لترتب ذاك الاثر (وثانيهما) امكان ترتيبه حين الاجازة بان لم يفت محل ترتيبه حين الاجازة فبانتفاء الامرين او احدهما لا يحكم بترتبه بعد الاجازة هذا : و لكن الامر الاول منتف فى الاستيلاد . و كذا فى حكم الزناء بذات البعل ،، اما الاستيلاد . فلانه يترتب على الوطى فى الملك مع مصادفة الوطى للملكية ،، واما الزناء بذات البعل فكذلك حيث انه عبارة عن الزناء بذات البعل مع مصادفة الوطى مع كونها ذات البعل . فالمتزوجة فضولا لا يكون الزناء بها قبل الاجازة زناء بذات البعل لعدم مصادفة وطيها مع كونها ذات البعل : فالموضوع لام الولد فى المقام هو الملكية ومصادفة الوطى مع الملكية : وليست الملكية نفسها تمام الموضوع لها وعند تحقق الاجازة لا يترتب الا الاثار التى تكون الملكية تمام الموضوع لها . والموضوع للزناء بذات البعل هو وطى الاجنبية مع مصادفته لكونها ذات البعل و باجازة النكاح لا تصير هى قبل الاجازة ذات البعل لكى يحكم على الزناء بها بكونها بذات البعل : وان كان يترتب ما امكن ترتيبه من اثار الزوجية من حين العقد ،، والحاصل هو دعوى نفى الفرق بين الاستيلاد وبين الوطى . فكما انه يفرق بين الكشف الحقيقى فى الثانى فيقال بجواز الوطى واقعا على الحقيقى وحرمته على الحكمى :

فكذلك فى الاستيلاد يقال بصير ورتها ام الولد على الكشف الحقيقي دون الحكمى

الامر الثالث اذا اخرج المالك ماا و وقع عليه العقد الفضولى عن ملكه ثم اجازتكون الاجازة مؤثرة فى عقد الفضولى و موجبا لبطلان ما اوقعه على المال من العقد قبل الاجازة بناء علي الكشف الحقيقى دون الحكمى اما في الكشف الحقيقى فلكشف الاجازة عن خروج الملك عن المجيز الى الاخر من حين عقد الفضولي فوقع ماا وقعه عليه من العقد في ملك الاخر، واما على الكشف الحكمى فلكون الانتقال من زمان الاجازة ولو كان الاثر مترتبا من حين العقد هذا

ولايخفى مافى هذه الثمرة ايضا من المنع ، وذلك لمايأتي من اعتبار جامعية المجيز لشرائط الانشاء حين الاجازة بمعنى ان الاجازة تنفذ ممن ينفذ انشائه لو صدر منه الانشاء بدل الاجازة و الذى انتقل عنه المال بالعقد السابق . لاينفذ انشائه اللاحق المخالف لعقده السابق : فلاتنفذ اجازته ضرورة عدم صحة نفوذ الاجازة الصادرة عن كل احد بالنسبة الي كل عقد . ولولم يكن بين المجيز وبين ماتعلق به العقد ربط وعلقه اصلا

فان قلت ماذكرت من عدم تأثير الاجازة عند تحقق النقل عن المالك قبلها يتوقف علي نفوذ النقل الصادر عنه لكي يرتفع به موضوع الاجازة وعلى تقدير الكشف الحقيقي تكون الاجازة كاشفة عن عدم نفوذ النقل الصادر عنه لكونه صادرا عنه بعد خروج المال عن ملكه فيكون فضوليا

قلت عدم نفوذ العقد الصادر عنه منوط بنفوذ الاجازة اذ لامانع عن نفوذه الاالا جازة المتأخرة فلو كان نفوذ الاجازة منوطا بعدم نفوذه للزم الدور (وبعبارة اخري) تأثير الاجازة يتوقف على عدم تأثير العقد الصادر

عن المالك قبلها وعدم تأثيره يتوقف علي تأثيرا لاجازة

فان قلت هذا انمايتم لو كان للاجازة المتأخرة دخل واقعى في تاثير الحقيقي علي ماهو بعض المتحملات فـى الكشف الحقيقى وهـو الفرض المحال من تاخير السبب عن المسب واما اذا كانت كاشفة محضةعن تأثير المتقدم بلا مدخلية لها في الامر المتقدم سوى الكاشفية نظير كاشفيه الالفاظعن المعانى فليس لهاتأثير (ح) حتى يتوقف تاثيرها علي عدم نفوذالعقد الصادر المتقدم عليها وينتفى الدور (ح) لان نفوذ النقل المتقدم يتوقف على عدم الاجازة المتاخرة وليس للاجازة تاثير حتى يتوقف تأثيرها على عدم نفوذ النقل المتقدم

قلت على هذا الفرض ايضاً تبطل الاجازة بسبب النقل المتقدم ولو كانت كاشفة محضة لان كاشفيتها لو كانت كاشفة لاتكون ذاتية بل لو ثبتت لكانت بالتعبد بالدليل وادلة الاجازة انما تدل علي نفوذها ولو في جهة الكشف اذا كانت صادرة عمن له السلطنة على الانشأ فيكون حالها حال انشاء العقد اصالة : ومن المعلوم خروج المالك عن صلاحية بيع ماله بالاصالة بعد صدور النقل عنه . فلاموقع معه للاجازة . فظهر مما ذكرناه عـدم التفاوت بـين الكشف الحقيقى . و بين الحكمى و النقل من هذه الجهة و انه لا تأثير للاجازة بعد نقل العين عن المالك على جميع التقاديرسواء قلنا بالنقل او بالكشف الحقيقى او بالحكمى » ويترتب على ذلك فساد ماجعله قده ثمرة بين النقل والكشف الحكمى بعداشتراكهما فى صحة النقل السابق على الاجازة الصادر عن المالك بعدم وجوب رد القيمة على المالك المجيز بناء على النقل ووجوبه بناء على الكشف الحكمى قياساله بما اذاوقع الفسخ بعد نقل العين عما انتقل اليه بالنقل اللازم ،، حيث يجب عليه رد القيمة

بعد الفسخ

ولا يخفى مافيه من الغرابة ،، وذلك لان وجوب رد القيمة فى صورة الفسخ انما ثبت من جهة وجوبه فى صورة تلف العين وان نقلها بالنقل اللازم في حكم التلف ،، ففى باب الفسخ مقامان (احدهما) وجوب رد القيمة اذا كان الفسخ بعد التلف و(ثانيهما) مايترتب علي الاول وهو كون النقل اللازم بمنزلة التلف ،، اما الحكم الاول فقد علل في موضعه كما سياتي بان حق الخيار يتعلق بالعقد لا بالعين لكى يدور مدار وجودها بل هو ثابت في كلتى صورتى وجود العين وعدمها فيصح اعماله مع التلف ولازم ذلك هو وجوب اخذ القيمة عن المفسوخ عليه اذا كان الفسخ بعد التلف : وعلي تقدير القول بتعلقه بالعين ايضا لاينحصر بها بل يتعلق بها اولا و على فرض عدمها الي بدلها فى طول التعلق بالعين حسبما ياتي تفصيله وشيئى من هذين الوجهين لايجرى فى المقام : اذ لا يصح القول بان الفضولى انما انشاء نقل القدر المشترك بين العين والقيمة حتي يترتب عليه وجوب اداء القيمة مع عدم العين بل الصادر عنه ليس الا نقل العين محضا وامضائه و اجازته يتوقف على بقائه . ومع تلفه لاموقع للاجازة . حتي ينتهي الى تادية البدل : واذا لم يكن مورد للاجازة في صورة التلف . فلا مورد لالحاق النقل اللازم الى حكم التلف ،، ضرورة انتفاء الحكم عن صورة التلف لكى يتعدى عنه الى النقل اللازم

وبالجملة فلا وجه للحكم بتفاوت النقل والكشف الحكمى فيما افاده بوجه من الوجوه اصلا ،، فان قلت و زان العين التالفة قبل الاجازة بناء على الكشف الحكمى و زان المنافع المتصرفة من حين العقد الى زمان الاجازة فكما انه بالاجازة يحكم بضمان

هذه المنافع علي المالك المجيز و يجب عليه ردالقيمة كذلك بالنسبةالي العين . فالنقل و ان حصل في زمان الاجازة ،، لكنه يجب ترتيب الاثرمن حين العقد .

قلت القياس مع الفارق ،، و ذلك لان ضمان المنافع المتصرفةمن حين العقد الي زمان الاجازة انما يصح لمكان حصول نقل العين بالاجازة و هذا بخلاف تلف العين اذليست(ح) عين حتى تنتقل و نقول بان اثر نقلهاانما هو ضمانها من حين العقد . ولايمكن ان يقال بانتقال بدلها بالاجازة لان المنشاء نقلهو نفس العين لاالقدر المشترك بين العين و بدلهاحتى يمكن القول بانتقال البدل عند تلف العين، كما ان الخيار كان متعلقا الى القدر المشترك بين العين وبدلها لكن طولا بمعنى ثبوت حق استرداد العين عند وجودها و استرداد بدلها عندتلف العين بناء علي القول بتعلق حق الخيار بالعين .

و بالجملة فما افاده (قده) ثمرة بين الكشف والنقل لايستقيم بوجه ،، واحسن مايقال في بيان الثمرة هوالمنافع المتصرفةحيث انه لايجب علي المجيز ضمانها بناء على النقل دون الكشف الحقيقي والحكمي لمكان انتقالها الي من انتقل اليه العين من اول العقدعلى الكشف الحقيقي ووجوب ترتيب اثر انتقالها من اول العقد علي الكشف الحكمي وهذاظاهر جدا

قوله (قده) ومنها ان فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الاخر (الخ) الاحتمالات في المسئلة ثلثه (الاول) ان يكون فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الاخر مبطلا لانشائه مطلقا قيل في الاجازة بالنقل اوبالكشف (الثاني) ان لاتكون الاجازة بعد فسخ الاصيل لانشائه مؤثرة في صحة العقد مطلقا قيل في الاجازة بالنقل او بالكشف (الثالث) ان يفصل في

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

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

اذا تحقق ذلك فيقع الكلام في باب الاجازة في انها : هل هي كالايجاب والقبول : اوانها كالقبض في باب الوقف والصدقة والهبة : اوانها كالقبض في باب الصرف والسلم ،،ويترتب على الاول جواز رجوع الاصيل عن انشائه قبل اجازة الاخر : فلو كان البايع اصيلا والمشترى فضوليا وفسخ البايع قبل اجازة مالك الثمن يكون كالفسخ قبل تحقق القبول ،، ويترتب على الثاني ايضاً صحة رجوع الاصيل قبل اجازة الاخر : نظير صحة رجوع الواقف مثلا قبل القبض ،، ويترتب على الثالث عدم تاثير فسخ الاصيل فيما انشائه قبل اجازة الاخر : بل يجب عليه الوفاء بما انشائه : نظير فسخ البايع قبل القبض في الصرف والسلم

ثم جواز الرجوع على الاول اى على القول بكون الاجازة كالايجاب والقبول مبني على القول بجواز ابطال كل واحد من المتعاقدين لانشائه قبل انشاء الاخر ، وهذا مما تسالموا عليه وقد وجهه المصنف (قده) باشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب اعني الايجاب والقبول فانضمام الجزء الاخر اعني القبول من دون تحقق الشرط لايكون مجديا في وجود المسبب ثم قال بانه عند الشك في الاشتراط يدفع الشرطية ببركة الاطلاقات الدالة على صحة العقود ولزومها ،، ثم قال ولايخلو التمسك بالاطلاق في المقام

عن الاشكال

وهذا الذى ذكره اخيرا هو الموافق للتحقيق اذ ليس عدم تخلل الفسخ بين الايجاب والقبول شرطاً شرعيا حتى يتمسك في دفعه باطلاقات ادلة العقود عند الشك بل هو لو كان شرطا لكان شرطاً فى تحقق العقد عرفا وكان من قيود تحققه وعند الشك فى تحقق العقد ومع الشك فى تحققه يكون التمسك بالاطلاقات من قبيل التمسك بالعموم فى الشبهة المصداقية للعام كالتمسك بالعام لاثبات حكم الفرد المشكوك فرديته ،، وبالجملة فلا ينبغي الاشكال فيما تسالموا عليه من جواز رجوع كل من المتعاقدين عن انشائه قبل انشاء الاخر

ثم ان المتحصل مما تقدم توطئة لتنقيح تلك الثمرة امور (الاول) ان الاجازة هل هي كالقبض في باب الصرف والسلم : او كالقبض فى الهبة ونحوها اوانها كالايجاب اذا كان الفضولى من طرف الايجاب او كالقبول اذا كان الفضولى من طرفه (احتمالات) اقواها الاخير وذلك لكونها بمنزلة القبض فى البابين يحتاج الى مؤنة زائدة يقصر الدليل الدال على اعتبارها عن اثباته : ومقتضى الدليل هو كونها ركنا ،، لكن لا بمعنى كونها من متممات العقد ومما يتوقف العقد في تحققه عليها بل انما هى ركن في استناد العقد المتحقق من الفضول الي مالك المجيز

الامر الثانى يمكن ان يكون محل الكلام فى تقرير هذه الثمرة هو ما اذا فسخ الاصيل قبل اجازة الطرف الاخر ثم تعقب بالاجازة فيبحث فى تأثير الفسخ وصيرورة الاجازة لغوا : او تأثير الاجازة ولغوية الفسخ ،، واما اذا تعقب بالرد اولم يتعقب بشيء من الرد والاجازة فكان خارجا عن محل الكلام ،، ويمكن ان يكون محل الكلام في تأثير الفسخ مطلقا ولو تعقب

بالرد وليس فى كلامهم مايدل على محل البحث لكن الثانى امس وهو الاولى لان يجعل محل الكلام : كما ان الاقوى هو عدم التأثير ولوم ـع التعقب بالرد كماسظهر

الامر الثالث ان ابطال كل من الايجاب والقبول بالفسخ قبـل تحقق الاخر، ليس لاجل اشتراط عدم تخلل الفسخ بينهما تعبدا . بل انما هو لاجل دخله في تحقق العقد عرفا . فلا موقع للتمسك بـادلة اطلاقات العقود عندالشك : لكون الشبهة مصداقية .

الامر الرابع الاحتمالات فى محل الكلام ثلاثةوهى احتمال تأثير الفسخ فى ابطال العقد مطلقا . ولو على القول بالكشف : واحتمال عدمـه مطلقا . ولوعلى القول بالنقل : واحتمال التفصيل بين الكشف والنقل بعدم تاثير الفسخ على القـول بالكشف . و تأثيره على القول بالنقل

اذا تبين هذه الامور فاعلم ان الاقوى عدم تأثير الفسخ فى البطلان مطلقا . ولو على القول بالكشف ،، وذلك لماتقدم سابقا مـن ان الاجازة تكون موجبة لاستناد العقد الصادر من الفضول الى المجيز بعد الفراغ عن صدوره عنه لانها موجبة لتحقق العقد كيف ولو كان كذلك . لكان اللازم بطلان الفضولى ،، حيث ان الاجازة لاتكون ايجابا ولاقبولا . فالعقد تحقق من الاصيل والفضول . لكن فى جانب الاصيل يكون استناده الى الاصيـل ايضا تاما لمباشرته له لنفسه وفى طرف الفضول لايكون مستندا الى المالك ويحتاج فى استنادة اليه الى مايوجب استناده وهو الاجازة وخطاب وجوب الوفاء الذي هو خطاب وضعي فى قوة نفوذ العقد ويتعلق بكل مـن البايع والمشترى على نحو الانحلال . فيكون كل منهما متعلقا لـذاك الخطـاب مستقلا . واذا كان العقد تاما بين الاصيل والفضول ولم يكن تعلق الخطاب

بوجوب الوفاء بالاصيل معلقا على تعلقه بالاخر يكون وجوب الوفاء من ناحية الاصيل تاما موضوعا وحكما فلاينتظر تعلق الوجوب اليه الى تعلقه بالطرف الاخر : بل مادام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء الى ان يرتفع الموضوع برد الطرف الاخر فمالم يتحقق الرد يكون الاصيل ملزما بالوفاء سواء اجاز الاخر ام لا ،، فظهران هذه الثمرة التي ذكروها للنقل و الكشف لايرجع الى محصل

قوله قده ومنها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل الخ

ان قلت لافرق بين هذه الثمرة المتقدمة الافي ان الاولى فسخ قولي وهذه فسخ فعلي بل الثمرة الاولى لم تكن مختصة بالفسخ القولي و انما الكلام فيها في الفسخ مطلقا فعليا اوقوليا ويكون ذكر حكم الفسخ الفعلي بعد الفراغ عن حكم الفسخ المطلق تكرار الغواً (قلت) يمكن الفرق بينهما بان الفسخ القولي هو الصادر عن الفاسخ بانشائه اولا وبالذات بخلاف الفسخ الفعلي ،، حيث ان الفعل مما يترتب عليه الفسخ ترتبا قهريا ٠ لانه منشاء بالفعل : و (ح) يقع البحث فيه . فيقال على تقدير جواز الفسخ القولي فلاينبغي الاشكال في نفوذ الفسخ الفعلي : وعلى تقدير المنع عنه كما هو التحقيق في الثمرة المتقدمة . فهل يجوز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه تصرفا يترتب عليه انفساخ العقد و رفعه املا مطلقا على القول بالكشف : او لايجوز مطلقا حتى على القول بالنقل : او يفصل بين القولين . فيقال بالجواز على القول بالنقل وعدمه على القول بالنقل (وجوه) الذي يظهر من العبارة هو مفروغية الجواز على القول بالنقل . وجعل الكلام على القول بالكشف : ومقتضى ماتقدم في الثمرة المتقدمة هو عدم الجواز مطلقا

وتوضيحه زائدا عما تقدم ان عموم وجوب الوفاء انحلالي لا

ارتباطي : فيتعلق بكل واحد من المتعاقدين حكم بوجوب الوفاء غير مرتبط بما يتعلق بالاخر . فكل واحد منهما يجب عليه الوفاء بما التزم سواء وجب على الاخر ام لا ، و ذلك لان وجوب الوفاء الذي هو حكم وضعي متعلق بالعقد بالمعنى المصدرى لا بالمعنى الاسم المصدرى ، و بيانه ان العقد بالمعنى المصدرى هو الالتزام الصادر عن المتعاقدين المعبر عنه بالعهد : وبالمعني الاسم المصدرى هو العقدة الحاصلة من فعلهما فى عالم الاعتبار نظير العقدة الحاصلة من شد احد الحبلين بالاخر فى عالم العين : وفي عالم التصور ، يمكن تعلق الوجوب بوفاء العقد بالمعنى المصدرى : و يمكن تعلقه بوفائه بالمعنى الاسم المصدري . لكن المستظهر من الايه الكريمة اعنى (اوفوا بالعقود) ومقتضى دليل الاعتبار هو تعلقه بالوفاء به بالمعنى المصدرى ، وذلك اما الاية فلأن الوفاء بالشيىء عبارة عن الاقامة على الشيىء وعدم نقضه ، ولااشكال فى أن المناسب معه التعلق بالعهد اذ العهد هو الذى يوفى به او لا يوفى و معنى وفائه ابقاء العقدة الحاصلة منه . فوجوب الوفاء متعلق باقامة العهد نفسه : ولازم وجوب وفائه وضعا هو بقاء العقدة الحاصلة منه وعدم حلها الا بالفسخ فى مورد ثبوته ، فبمناسبة الحكم اعنى وجوب الوفاء والموضوع اعنى العقد يستكشف ان متعلق وجوب الوفاء هو المعنى المصدرى هذا بالنظر الى مايستفاد من الاية ، و امامع قطع النظر عنها فالمناسب مع الاعتبار وحكم العقل ايضا هو تعلق الوجوب بالوفاء بالعقد بالمعنى المصدرى ، وذلك لان بقائه بالمعنى الاسم المصدرى مترتب على وجوب الوفاء بالمعنى المصدرى وضعا حيث ان معنى الاقامة عليه وضعا هو بقاء العقدة الحاصلة منه : ولا يمكن جعل نفس تلك العقدة متعلقا لوجوب الوفاء اذ الم يكن المعنى المصدرى واجب الوفاء

وضعا : فهذان الدليلان يثبتان تعلق الوجوب الى العقد بالمعنى المصدرى ولازمه انحلال الوجوب بالنسبة الى كل واحدمن المتعاقدين وعدم ارتباط وجوب كل واحد بالاخر : كما ان لازم تعلق الوجوب بالوفاء بالعقد بالمعنى الاسم المصدرى هو الارتباطية حيث ان المعنى الاسم المصدرى و هو الاثر الحاصل من العقد بالمعنى المصدرى كالملكية فى البيع والزوجية فى النكاح لايكون متعلقالوجوب الوفاء بالنسبة الى احد الطرفين الا اذا كان كذلك بالنسبة الى الاخر . اذلامعنى لخروج المال عن ملك احدهماالا بدخوله في ملك الاخر كمالايخفى

اذاتبين ذلك فنقول اذااوجب البايع الاصيل مثلا فمادام لم يتحقق القبول ولومن ناحية الفضولى لايتحقق العقدفلايتحقق موضوع وجوب الوفاء الوضعى وعند تحقق القبول من الفضولى يتم العقد : ويصير البايع متعلقا لوجوب الوفاء الوضعى . و لازمه انسلاب جميع انحاء السلطنة الثابتة له قبل البيع عن نفسه كمافى منذور الصدقة ، حيث انه بالنذر يسلب عن نفسه جميع انحاء السلطنة . و لذالايجب فيه الزكوة لا لاجل صيرورة المنذور له ذاحق عليه ، و ذلك لكونه مصرفا . وانما الحق لله سبحانه كما هومفاد اللام ، ونظير ذلك انسلاب السلطنة عن المالك بواسطه تعلق النهى بالمعاملة بالمعنى المسبب والاسم المصدرى : ولذا يوجب بطلان المعاملة والسرفى ذلك هو ما ذكرناه من عدم القدرة للمالك بعدالنهى : ونتيجة ذلك هو عدم نفوذ تصرفاته فيما انتقل عنه ويترتب عليه عدم نفوذ الفسخ الفعلي وهو المطلوب

ثم ان ماذكرناه فى بيان التفرقة بين الثمرتين . لايخلوعن منع : و ذلك لان الفسخ الفعلى لايكون مترتباعلى الفعل ترتب المعلول علي علله

كما ادعيناه فى بيان الفرق بل الفعل الصادر عن الفاعل الفاسخ بمعناه المصدرى فسخ وبمعناه الاسم المصدرى تصرف منه فيما انتقل عنه . فلو باع ذوالخيار مثلا ماانتقل عنه بالبيع الخيارى يكون بيعه هذا موجبا لانتقال المبيع اليه ثم انتقاله عنه الي المشترى بالطريق الاعوجاجى ويكون انتقاله متقدماعلى اخراجه عنه و بانتقاله اليه يحصل الفسخ . فيكون الفسخ متقدماً على تصرفه البيعى فيما انتقل عنه : فلا فرق بين الفسخ القولى والفعلي اصلا فلا وجه لجعلهما ثمرتين

ثم على تقدير كونهما ثمرتين فلا ينبغي التأمل في اتحادهما من حيث الحكم فان قلنا بعدم نفوذ الفسخ القولى علي القول بالنقل ،، فلابد من القول بعدم نفوذ الفسخ الفعلى ايضا على هذا القول لاتحاد المناط فلاوجه لمافى الكتاب من الالتزام بعدم نفوذ الفسخ القولى والاعتراف بنفوذ الفعلى على القول بالنقل

قوله (قده) فان كان زوجا حرمت (الخ) حرمة الخامسة علي الزوج اذاكان هو الاصيل لو فرض تمام الرابعة بالعقد الفضولى و حرمة الاخت والام والبنت قبل اجازة الطرف الاخر مبنى على ماحققناه من مأخوذية الاصيل بما التزم به بعد تمامية العقد بينه وبين الفضولى الى ان يبطل برد الطرف الاخر وهومعنى قوله الااذافسخت اى فسخت الزوجة التى وقع العقد عليها من الفضول اذ (ح) تحل الخامسة والاخت والبنت من غير اشكال وذلك امافي الخامسة والاخت فلكون حرمتهما انماهى مع الجمع بين الرابعة اوالاخت . واذافسخ نكاح الفضولي ارتفع المانع : وامافى البنت فلأن حرمتها انماهي فيما اذا صارت امهاموطوئة والا فلوانفسخ عقد امها قبل الوطى لم تحرم البنت : واماالام ففى حليتها بفسخ عقد الفضولى

اشكال كما اشار اليه بقوله علي اشكال: و منشاء الاشكال هو الاشكال فى ان ردالزوجة لعقد الفضولى هل هو كالفسخ من حينه او الفسخ من حين العقد فعلى الاول فيقع العقد مؤثرا الى حين الرد ،، ولازم ذلك صيرورة الام ام الزوجة قبل الفسخ وبصيرورتها ام الزوجة و لوانا ماتحرم الى الابد ولولم يدخل بالبنت ،، و علي الثانى فتحل الام لعدم صيرورتها ام الزوجة اصلا: هذا بالنسبة الى الفسخ: واما لوطلق الزوجة ففى حل المذكورات بطلاقه نظر: ومنشائه النظر فى ان الطلاق هل هو لحل الزوج عماقيدبه مما التزم به على نفسه: اوانه لحل الزوجية وارسالها عما قيدت به من تمليكها نفسها للزوج: فعلى الاول يصح الطلاق لكون الزوج ملزما بما التزم على نفسه. وعلى الثانى فلامحل للطلاق اذلاقيد للزوجه حتى تصير مرسلة بسبب الطلاق

هذا كله اذا كان الفضولى من طرف الزوجة: و ان كانت اصيلا وكان الفضولي من ناحية الزوج تكون الزوجة ملزمة بما التزم به نفسها قبل اجازة الزوج فلا يحل لها نكاح غيره الا اذا ردالزوج والطلاق معتبر هاهنا ،، اما اذا كان الطلاق لتخليص الزوجة مما التزمت به من النكاح فاعتبار الطلاق ظاهر ،، حيث ان الزوجة بانشاء العقد ملزمة بما التزمت به وهذا بخلاف ما اذا كان الزوج اصيلا حيث انه بانشاء النكاح لايصير تحت سلطنة الزوجة. وان كان يجب عليه بسبب النكاح مايجب من الانفاق و نحوه من الاحكام المترتبة على الزوجية. ويحرم عليه بسبب مايحرم من المصاهرة الا انها احكام مترتبة على المنشاء بانشائه: و ليس نفس ما التزم به بخلاف الزوجة فانها تلتزم بقيدية الزوج ويجعل نفسها تحت سلطانه كما لايخفى: وعلى هذا فلايحتاج فى تصحيح الطلاق بالالتزام بكونه كاشفاً عن

اجازة العقد فى الرتبة السابقة : حيث ان الطلاق لايقع الاعلى الزوجة على نحو ترتب العقود بل يصح الطلاق ولولم يجز العقد اصلا لكون الزوجة ملزمة قبل الاجازة . فيصح تخليصها عما التزمت به بالطلاق الذى شرع لتخليصها هذا على تقدير كون الطلاق لتخليص الزوجة كما هو التحقيق: واما لو كان لتخليص الزوج . فيكون معتبراً ايضاً ،، ولكن مع الالتزام بكاشفيته عن تقدم الاجازة و كيف كان فلا اشكال فى صحة الطلاق فى هذه الصورة اصلا

قوله قده منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين (الخ)

اعلم ان انسلاخ القابلية عن احد المتبايعين. اما يكون بالموت او بالارتداد الفطرى . او بالارتداد الملى : و على الاخير . فاما يكون المبيع عبداً مسلماً او مصحفاً مما لايجوز تملكه على الكافر : او يكون غيرهما مما يصح تملكه على الكافر فهنا صور (الاولى) ما اذا كان الانسلاخ بالموت فالحق فى هذه الصورة عدم التفاوت بين الكشف والنقل اصلا سواء كان الميت هو الاصيل اومن وقع عنه العقد فضوليا

و توضيح ذلك انه قد تقدم سابقاً ان الملكية فى عالم الاعتبار تكون كالحبل الممدود بين المال ومالكه الذى يكون احد طرفيه معقوداً على المال والاخر على رقبة المالك والعقود المعاوضية تصير منشاء لتبديل طرف ذاك الحبل الممدود الذى مشدود على المال : فكأنه يرفع مال المالك عن ذاك الطرف .ويشد مال الاخر مكانه ،، والارث عبارة عن حل طرف ذاك الحبل الممدود على رقبة المالك . وشده على رقبة وارثه مع بقاء طرفه الاخر على حاله ،، و لازم الاول هو انه لو كان المال متعلق حق شخص اخر كحق الرهانة ونحوه عدم دخوله في ملك ما انتقل اليه مما عليه

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

اذا تبين ذلك فنقول اذا كان الميت هو الاصيل فالاصيل لما كان ملزماً بما عقد على نفسه حسبما تبين في الثمرة المتقدمة تكون الملكية التي بينه و بين ماله على ماعليها منتقلة الى وارثه فيقوم وارثه مقامه في طرفية تلك الملكية مع ما التزم المورث على نفسه : فيكون الوارث أيضاً ملزماً بما التزمه المورث على نفسه بعين التزامه : فيصح اجازة الطرف الاخر (ح) سواء قلنا بالكشف او بالنقل من غير تفاوت بينهما اصلا هذا في موت الاصيل .

واما اذا كان الميت من وقع عنه العقد فضوليا فلأن الاجازة والرد وان كانا لايورثان لكونهما من الاحكام لامن الحقوق الاان المورث لما كان مالكا للمال الذى وقع عليه العقد فضوليا وكان مقتضى ملكيته قابلية ان يقع منه الاجازة اذا انفصل عنه حبل الملكية بالموت . و اشتد على رقبة وارثه و يقوم وارثه مقامه في كونه طرف شد ذاك الحبل بماله من القابلية على ان يقع منه الاجازة فصيح منه بحق الملكية لا بسبب ارث الاجازة فتنفذ اجازته مطلقا سواء قلنا بالكشف او بالنقل : فظهر نفي الفرق بين القولين في هذه الثمرة : ومن حكم هذه الصورة يظهر حكم الصورة الثانية . وهي ما اذا كان انسلاخ قابلية احد المتبايعين بعروض الارتداد الفطري حيث ان حال الارتداد حال الموت في كونه موجبا لانتقال المال الى الوارث

الصورة الثالثة ما اذا كان الانسلاخ بالارتداد الملي مع كون

المبيع ممايصح تملكه من الكافر: ولا اشكال فى صحة الاجازة فى هذه الصورة بعد عروض الكفر مطلقاً سواء كان في طرف الاصيل اوفى طرف الاخر قلنا بالكشف او بالنقل وهذا ظاهر:

الرابعة هى الصورة الثالثة بعينها مع كون المبيع ممالا يصح تملكه من الكافر . فان كان المرتد هو الاصيل : فلا اشكال فى صحة اجازة الاخر قلنا بالكشف اوبالنقل ،،حيث ان بالكفر يجب اجباره على اخراج المسلم والمصحف عن ملكه : فعلى النقل تكون الاجازة موجبة لاخراجهما عن ملكه من غير اشكال ،، واما على الكشف فالامر واضح . وال كان المرتد هو الطرف الاخر : فلايصح منه الاجازة مطلقاً قلنا بالنقل اوبالكشف ،، اما على الاول فواضح حيث لايصح تملكه لهما فلاتفيد اجازته للملكية : و اما على الثانى فلما سيأتى من انه على القول بالكشف يشترط ان يكون المجيز واجداً لجميع مايعتبر فى العاقد حين الاجازة بحيث يصح منه العقد لو كان هو العاقد نفسه فى تلك الحالة : و المرتد الملي لايصح منه تملك المسلم و المصحف فى تلك الحالة : فلايصح اجازته ايضاً : فظهر سقوط هذه الثمرة من رأس كما لايخفى

قوله قده وكذا لو انسلحت قابلية المنقول (الخ) حاصل هذه الثمرة هو صحة الاجازة اذا صدرت عن المجيز بعد تلف المنقول اوخروجه عن ملك المجيز بعقد سابق على الاجازة بناء على الكشف . فيجب عليه اداء مثله اوقيمته: اذا كان التلف حقيقيا . و يكشف عن بطلان المعاملة التى صدرت منه على المنقول قبل الاجازة اذا كان التلف حكميا : بمعنى انه اخرج المال عن ملكه قبل الاجازة: هذا على الكشف .وتبطل الاجازة على النقل ،، حيث لامورد لها مع التلف الحقيقي اوالحكمى هذا

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

لايخفى .

اللهم الا ان يقال فى الاجازة بناء على الكشف بعدم دخلها و تأثيرها في حصول الملكية اصلا . بل تكون امارة محضة عن حصول الملكية بعقد الفضولي . حيث ان العقد الناقل (ح) كان واقعاً عمن ليس له العقد. الان توهم عدم مدخلية الاجازة في حصول الملكية فاسد كما لايخفى

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

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

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

واما الدليل على اعتبار استمرار القابلية . فلأنه لو خرج المال عن ملكه قبل الاجازة و لو انا ماثم دخل في ملكه فهذه الملكية الثانية ملكية جديدة مغايرة مع الملكية التي كانت في حال العقد وان كان المالك بذاته هو هو . فبالنسبة الى الملكية الجديدة يكون مالكا جديداً و اجازته بعد الملكية الجديدة تكون كاجازة غير المالك فتكون خارجاً عن معنى الاجازة عرفاً و اعتباراً بل عقلا : و مثل ذلك لابد من تحرير الكلام ولعل مرجع كلام صاحب الجواهر قده الى ماذكرناه وان كان استدلاله بظهور الادلة يأباه و كيف كان فهذا مستقيم لاغبار عليه الا انه لايترتب عليه نفي الثمرات المذكورة بقول مطلق بل لابد فيه من التفصيل حسبما نشير اليه

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

الثانى فتكون اجازة العقود المتاخرة عن العقد الاول ممن لايكون له اهلية العقد بصيرورته اجنبيا عن المال باجازة العقد الاول

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

والحاصل ان مورد النقض اجنبي عن محل الكلام : لكون الكلام فى استمرار قابلية المجيز الى زمان الاجازة . ومورد النقض خروج المجيز عن القابلية بعد الاجازة ،، واما عدم ورود النقض الثانى . فلان اجازة احد الزوجين بعد موت الاخر : انما تؤثر بالنسبة الى الارث : ولذا يحلف على انه لايكون داعيه على الاجازة اخذ الميراث . وقياسه فى باب البيع . انما هو بما اذا اجاز المالك

الواقع عنه العقد فضولا بعد تلف ما وقع عليه العقد : لان يتملك المنافع . و هذا خارج عن محل الكلام ،، اذهو فى تصحيح الاجازة للبيع الواقع على التالف لافي ترتب ملك المنافع عليه ،، وبعبارة اوضح باجازة احد الصغيرين بعد بلوغه لاتتحقق الزوجية سواء قلنا بالكشف او بالنقل . بل انما الاجازة مصححة للارث . وهوخارج عن محل الكلام هذا تمام الكلام بالنسبة الى ماذكره من النقض بالموردين :

واما تفصيل الشروط. فبيانه ان الشرط اما يكون شرط العقد مثل الماضوية و تقدم الايجاب على القبول . و التوالي بينهما . ونحو ذلك . مما يرجع الى شرائط العقد ،، واما يكون شرط المتعاملين مثل البلوغ . والعقل . و المالكية . وعدم الهجر عن التصرف . بالفلس . والسفه ونحوهما من موجبات الهجر ،، و اما يكون شرط العوضين كالمالية والمعلومية: ومثل بدو الصلاح فى بيع الاثمار ،، اما شروط العقد فلاشبهة فى اعتبارها في حال العقد. ويكون اختلالها موجباً لبطلان العقد سواء قلنا بالنقل او بالكشف فلاثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة اليها،، واما شرائط المتعاملين. فلايعتبر البلوغ والعقل حين العقد اذا كان مجيز حال العقد من احد اولياء الصغير والمجنون فلو اوقع الفضولي العقد على مال الصغير او المجنون مع وجود ولي لهما حين العقد ولم يجز الولي ولم يرد حتى بلغ الصبى وافاق المجنون ثم اجاز اصح العقد و نفذت الاجازة،، فبالنسبة اليهما ايضا لاثمرة بين الكشف والنقل. بل يصح العقد مع الاخلال بالبلوغ والعقل حين العقد اذا كان متحققين حين الاجارة قلنا بالنقل او بالكشف،، واما الملكية فهي معتبرة حين العقد. ولا بد من بقائها الى زمان الاجازة فلو تجددت بعد العقد او كانت حين العقد،، ولكنه ازيلت بسبب ثم تملك الذى اخرجه عن ملكه بسبب جديد لاتنفع الاجازة،، اما مع عدم وجودها حين العقد فلأن الاجازة انما هى

تنفيذ العقد الواقع علي ملك المجيز: والمفروض عدم وقوع العقد على ملكه حين وقوعه لكونه تملك المبيع بعد العقد. فلا تكون اجازته تنفيذاً للعقد الواقع على ملكه،، واما مع زوالها بعد العقد ثم تملكه للمبيع بملكية حادثة. فلاجل عدم بقاء الملكية التي ورد عليها العقد الى زمان الاجازة: بل حال هذا المجيز كالمالك الجديد الذى اجنبى عن العقد وان كان ذاته هو هو . لكن وصف مالكيته تبدل بتبدل الملكية كما لا يخفي . فبالنسبة الي هذا الشرط ايضا لا ثمرة بين الكشف و النقل . بل العقد يبطل على كلا القولين

واما عدم الحجر عن التصرف ،، فهل هو ايضاً معتبر كالملكية من حين العقد الى زمان الاجازة مطلقا . فلو صار مفلسا فى الاثناء او رهن المبيع فى الاثناء ثم ارتفع الحجر برفع الفلس او فك الرهانة بطلت الاجازة او لا يعتبر مطلقا او يفصل فى اسباب الحجر . بين ما اذا كان من قبيل الفلس الذى يكون الحجر عن التصرف بمانع خارجي غير مزاحم مع السلطنة الثابتة للمالك على ماله ذاتاً اى مع مقتضى سلطنته و ذاك المانع الخارجي وحكم الحاكم بالحجر و بين ما اذا لم يكن كذلك . بل كان لقصور في مقتضى سلطنته كالرهن . فيقال فى الاول بعدم بطلان تاثيرها فى الثانى (وجوه) قال الاستاد دام بقائه الذى اخترناه سابقا هو الاخير: وذلك ،، اما فى عدم بطلان الاجازة في مثل الفلس . فلان الحجر لا يبطل موضوعها وهو الملكية ،، حيث انها تنفيذ للعقد الواقع على ملكه. والمفروض بقاء شخص ملكيته التى وقع عليها العقد من حين العقد الي زمان الاجازة : و انما الحجر الحاصل فى الاثناء يكون بسبب خارجي لا لاجل نقصان فى الملكية ،، واما البطلان فى مثل الرهن فلان استحقاق المرتهن على العين :يوجب نقص سلطنة المالك عليها الموجب لقصور ملكيته فلا تكون الملكية الموجودة من حين العقد باقية الى زمان

الاجازة.

قال دامت افاداته ولكن التحقيق عدم الفرق بين القسمين ،،وان الاقوي نفوذ الاجازة فى مثل الرهن ايضاً و ذلك لان المنشاء للبطلان فـي صورة زوال الملكية ثم حدوثها بسبب جديد فى الاثناء وهو اختلاف المالك حين الاجازة معه حين العقد مفقود فى المقام ،، حيث ان الملكية الطلقية المتحققة بعد فك الرهن هـى بعينها الملكيـة الموجودة حين العقد من غير تفاوت :فلا اختلاف فى المالك فى الحالتين : فلا مانع عن نفوذ الاجازة اصلا ،، فتحصل ان الاقوى انتفاء الثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة الـى شرائط المتعاملين .

واما شرائط العوضين فان احرز كونها شرطاً حين السبب المملك فيبطل العقد بانتفائه حين العقد سواء قلنا بالكشف او بالنقل ولا يبعد ان تكون المالية من هذا القبيل ،، ضرورة اعتبار مالية العوضين حين العقد لكى يرد العقد علي مايكون متمولا فلو لم يكن المبيع مالا حين العقد ،، ولكنه صار مالا حين الاجازه لاتفيد الاجازة صحته قلنا بالكشف او بالنقل وان احرز كونها شرطا للعوضين حين التملك اعنى حين تحقق المسبب . فيختلف الحكم (ح) بين الكشف والنقل ،، فلو كان معدوماً حين العقد . وحصل حين الاجازة فعلى الكشف يبطل العقد ويصح على النقل ولا يبعد ان تكون المعلومية من هذا القبيل : وان اشكل امره فى كونه معتبرا فى العوضين فى ناحية السبب او ناحية المسبب . يشكل حكمه من حيث اختلافه على الكشف والنقل : او انتفاء الثمرة بينهما : واشتراط بد والصلاح من هذا القبيل : ولابد في احراز كون الشرط راجعـا الي نـاحية السبب او ملاحظة دليل اعتباره :

فقد تحصل من مجموع ماذكرناه انتفاء الثمرة بين الكشف والنقل عند اخلال الشرائط الراجعة الى العقد والراجعة الى المتعاملين : وتحقق الثمرة بين القولين في بعض اقسام شروط العوضين فحصل بطلان ماادعاه صاحب الجواهر قده من انتفاء الثمرة بين القولين عند انتفاء الشرائط بل يحكم بالبطلان مطلقا وبطلان مااختاره المصنف قده ايضا من منع اعتبار تحقق الشروط من حين العقد الى زمان الاجازة مطلقا ، وان الحق هو التفصيل بين الشروط حسبما حققناه ، هذا حال الشروط

واما بالنسبة الاحكام كالخيار ونحوه: وهو الذي اشار اليه المصنف بقوله . وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات . وتفصيله اما بالنسبة الى خيار المجلس فسيأتى فى بابه من انحصار مورد ثبوته في الفضولى بما اذا بقي مجلس المتعاقدين الى زمان الاجازة مع حضور الاصيل فى حال العقد و وقوع الاجازة منه ايضا في ذاك المجلس. وسقوطه فى غير هذه الصورة بواسطة انتفاء المجلس : وهكذا الكلام فى باب الصرف والسلم . فان اشتراط القبض في المجلس فى باب الصرف والسلم انما هو على فرض تحقق المجلس ويسقط اعتباره عند انتفائه بدلالة اطلاق دليل العقد . فان اطلاق (اوفوا) مثلا دال على صحة العقد . ولو مع عدم القبض فى المجلس : وقد خرج عن تحته صورة تحقق المجلس بدليل اعتبار القبض ، واما مع عدم تحقق المجلس فلا يكون مقيد فى البين فيبقى تحت اطلاق المطلق

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

واما الشفعة فالكلام فيها في باب الفضولي يقع من جهتين (الاولى) في اصل ثبوتها بناء على الكشف لتأخر الاخذ بها عن زمان العقد الى زمان الاجازة فتبطل بفوات الفورية فيقال (ح) بثبوتها بناء على النقل وسقوطها بناء على الكشف،، ولكنه فاسد بل الحق ثبوتها على كلا القولين مع القول باعتبار الفورية في الاخذ بها وسقوطها بالتاخير : وذلك لان المعتبر في فورية الاخذ بها هو عدم التواني في الاخذ بها بعد العلم بها موضوعا وحكما ،، والسر في اعتباره (ح) هو كاشفية التواني في الاخذ بها عن الرضا بما وقع الموجب للامضاء المسقط للحق بكاشفية نوعية ،، حيث ان طبع كل من ثبت له حق اذا علم به ولم يرض بذهابه يسارع في اخذه فمن التوانى فى اخذه وعدم المسارعة باخذه يستكشف رضائه بذهابه ومعلوم ان هذه الكاشفية النوعية الناشية عن الامر الارتكازى المغترس فى النفوس من المسارعة على اخذ حقوقهم انما تتم عند العلم بالموضوع والحكم والافالتاخير المستند الى الجهل بتحقق موضوع الشفعة او الجهل بحكمها لايكون كاشفا عن الرضا كمالايخفى وهذا حكم سار فى كلما اعتبر فيه الفورية كما فى خيار الغبن ونحوه

اذا ظهر ذلك فنقول لااشكال فى كاشفية الاجازة فى تحقق الملكية من حين العقد على القول بالكشف بقبل الاجازة لاعلم للشريك بتحقق موضوع الشفعة حتى يكون تاخيره للاخذ بحقه الى زمان الاجازة مسقطا لحقه لمنافاة مع الفورية : فلا تفاوت فى ثبوت حق الشفعة بين القول بالكشف والنقل

الجهة الثانية اذا باع الفضولي حصة احد الشريكين من زيد مثلا ثم باع الشريك الاخر حصته من عمر و مثلا اصالة ثم اجاز الاول العقد الواقع على حصته فضولا فعلى الكشف يكون المشترى عن الفضولي

مالكالما اشتراه من حين العقد فيثبت له الشفعة فى البيع الذى وقع فى حصة الاخر من عمر ومثلا وعلى النقل يصير المشترى مالكا حين الاجازة فيثبت للعمر والمشترى حصة الشريك الاخر الشفعة فيما انتقل الي المشترى عن الفضولى فيكون عكس الاول ،، وهذه ثمرة صحيحة مترتبة على القولين كما لا يخفى هذا كله تمام الكلام فى الثمرات بين النقل والكشف الحقيقي .

واما بين النقل و الكشف الحكمى الذى هو المختار فلم يتعرض لها المصنف قده فى الكتاب مع ان تنقيحها من المهمات . ولا بد من التكلم فيها وقد عرفت ان الكشف الحكمي عبارة عن القول بتحقق الملكية من حين الاجازة مع الالتزام بترتب كلما يمكن ترتبه من الاثار من حين العقد (ففيه جهتان) فمن حيث كون الملكية حاصلة من حين الاجازة ملحق بالنقل ومن حيث الحكم بترتب الاثار الممكن ترتبها من حين العقد ملحق بالكشف الحقيقى ،، ففى الثمرات التي تختلف حكمها على الكشف والنقل هل يلحق بحكم الكشف او بحكم النقل

التحقيق ان يقال بان كل اثر يكون العقد السابق تمام الموضوع لترتبه بلا توسط امر اخر ورائه كالنماء ات والمنافع يلحق بالكشف الحقيقى وكل اثر يتوقف ترتبه علي وجود امر عدي العقد يلحق بالنقل ،، وذلك كالزنا بذات البعل حيث ان حكم الزناء بذات البعل يترتب على مصادفة الزناء مع كون المرئة ذات البعل (فح) نقول مثل اشتراط معلومية العوضين وماليتهما ونحوهما اذا علم كونه شرطا للتملك او السبب المملك فلا يفرق فيه بين الكشف الحكمى والنقل : و اذا شك في نحو اعتباره . وانه هل هو مأخوذ فى ناحية التملك او السبب المملك . فلا يفرق ايضا بين القولين : و

فى مثل مسئلة الزكوة والخمس والنذور يحكم بحكم الكشف وفى مثل الخيارات ايضا لايفرق بين القولين . فيكون حال الكشف الحكمى كالحقيقي فى انتفاء الثمرة بينه وبين النقل فى بعض هذه الفروض وثبوتها فى بعض اخر منها .

قوله قده الاول ان الخلاف فى كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى (الخ) اعلم ان الشبهة فى كاشفية الاجازة او ناقليتها يمكن ان تكون مفهومية بمعنى ان القائل بالكشف يدعي كون الكشف عن وقوع العقد من حين وقوعه ماخوذاً فى مفهوم الاجازة لغة والقائل بالنقل يدعى كون النقل ماخوذاً فى مفهومها لغة و يكون النزاع بينهما (ح) فى مفهوم الاجازة لغة ،، ويمكن ان يكون فيما يقبضيه اطلاق الاجازة انصرافا . فالقائل بالكشف يدعى انصرافها عند الاطلاق الى الكشف . نظير انصراف اطلاق العقد الى الحال ونقد البلد و نحوهما ،، و القائل بالنقل يدعى انصراف الاجازة الي النقل . فلوا وقعت الاجازة مطلقة تنصرف الى الكشف عند القائل به . والي النقل عند القائل به ،، وعلى هذا فيصح اشتراط النقل عند القائل بالكشف : او اشتراط الكشف عند القائل بالنقل لكونه شرطا مخالفا لاطلاق الايقاع اعنى الاجازة ،، كما يصح اشتراط ما يخالف اطلاق العقد : كاشتراط تاجيل الثمن . او كونه من غير نقد البلد .

ويمكن ان يكون النزاع في مقتضى الاجازة . فالقائل بالكشف يدعى ان الاجازة اعني ايقاع استناد العقد الي المجيز و تنفيذه . يقتضى وقوع اثره من حين العقد ،، حيث ان الاجازة امضاء لماوقع من العقد فيقتضي وقوعه من حينه . والقائل بالنقل يدعى انها مقتضية لوقوع اثر العقد من

حين الاجازة . لان العقد : و ان تمت اركانه حينه ،، لكن المفروض دخل الاجازة في تاثيره : فيتوقف تحقق اثره على الاجازة : وليست للاجازة حالات يقع اثرها تارة من حين العقد : و اخرى من حينها . لكي تكون عند اطلاقها مؤثرة من حين العقد على الكشف . ومن حينها على النقل : كما ان البيع يقع تارة بنقد البلد و اخرى بنقد غيره وعند الاطلاق ينصرف الى نقد البلد و النزاع فى الكشف والنقل يكون في الاخير،، وهذا هو المراد من العبارة ويترتب على هذا . انه لو قصد المجيز الامضاء من حين العقد على القول بالنقل ان يقع الاجازة المقيدة بذاك القيداى بقيد من حين الاجازة على القول بالكشف - او قيد من حين العقد على القول بالنقل بل يلغو القيد من غير كلام

وانما الاشكال فى وقوع الاجازة و نفوذها فتوجب تحقق الاثر من حين العقد على الكشف اوحين الاجازة على النقل : او انه تلغو الاجازة ايضاً لفسادها بفساد الشرط و يحتاج الى اجازة مستانفة ،، و تنقيح الكلام فى ذلك يتوقف على البحث عن جهتين (الاولى) هل هذا الشرط مخالف مع مقتضى العقد اوالايقاع اوانه مخالف للكتاب ،والمراد بمخالفة مقتضى العقد اوالايقاع هو كونه منافيا لماينشائه المنشى بعقده اوايقاعه بحيث يضاد ذيل كلامه مع صدره كمافى مثل بعتك بشرط ان لايكون بثمن . و آجرتك بشرط ان لاتكون مع اجرة : فان مفهوم البيع هو المبادلة بين المالين و اشتراط عدم الثمن فيه يؤل الى اشتراط عدم البيع : فيكون الشرط فى قوة ان يقول بعتك بشرط ان لايكون بيعاً : والمراد بمايخالف الكتاب هو ان يكون منافيا لحكم شرعى مترتب على المنشاء (وبعبارة اخرى) ماكان منافيا لما يقتضيه المنشاء من الحكم الشرعى

اذا عرفت ذلك فنقول المنشاء بالاجازة انما هو نفوذ العقد الفضولي ومن المعلوم ان تقيد نفوذه بحال الاجازة لاينافي انشاء النفوذ بناء على الكشف وكذا تقيده بحال العقد لايكون منافيا للمنشاء بناء على النقل . اذليس تقيده باحدى الحالتين كاشتراط البيع بعدم الثمن فهذا شرط لايكون منافيا لمقتضى الايقاع بل انما فساده لاجل منافاته مع ما يقتضيه ذاك الانشاء من الحكم الشرعي : وهو كون اثره مترتبا من حين الاجازة . اومن حين العقد

الجهة الثانية الشرط المخالف للعقد والايقاع مفسد لمايقع فيه،، وذلك واضح بعد ماعرفت من أوله الى اشتراط عدم المنشاء و مضادته مع انشائه . وكذا الحال في الشرط المجهول حيث ان جهالته يسري الي المشروط فيبطله لاجل الجهالة ،، واما ماعدى هذين من الشروط الفاسدة . كالشرط المخالف للكتاب . او الغير المقدور . ونحو ذلك : فهل هو مفسد ام لا،، اما بالنسبة الى العقود . ففيه خلاف . و ان كان الحق عدم مفسديته للعقد وان كان موجباً للخيار على مايأتي تفصيله : و اما بالنسبة الى الايقاع . فالظاهر عدم تحقق الخلاف في انه لايكون مفسداً اذلم ينقل القول بمفسديته عن احد : و ادلة القائلين بمفسدية الشرط الفاسد في العقد وان كان بعضها مما يمكن ان يستدل به لمفسديته في الايقاع ايضاً : الا انه لم يستدل به في العقد لابطال الايقاع أيضاً ،، وبالجملة فالشرط الفاسد مماعدى الشرط المخالف لمقتضى المنشاء والشرط المجهول لايكون مفسداً للايقاع . ولو قلنا بمفسديته للعقد ولا يوجب خياراً في باب الايقاع اذلا معنى للخيار فيه. وعلى هذا فهذا الشرط لايكون مفسداً للاجازة وهو المطلوب اثباته . و بماذكرنا يظهر ما في تحرير الكتاب : وان الحق هو البحث عن الجهات المتقدمة . اعني البحث عن صحة هذه الاجازة المقيدة تارة وعن فساد شرطها لكونه منافيا مع الكتاب اخرى

وعن كون فساده مفسداً للاجازة ام لا ثالثة كما بيناه

قوله قده الثانى انه يشترط فى الاجازة ان يكون باللفظ (الخ)

الكلام فى هذا التنبيه يقع عن جهات (الاولى) فى انه هل يكفى في تحقق الاجازة صرف الرضا الباطنى ام لا لانها امر انشائى يتوقف تحققها بانشائها بالفعل ام لا بد فى تحققها من الانشاء القولى (الثالثة) هل يعتبر فى اللفظ الذى يقع به الانشاء ان يكون صريحا. ام يكفى مطلق اللفظ . ولو كان كنائيا، اما الجهة الاولى فالمختار عند المصنف هو كفاية الرضا الباطني فى تحققها وعدم الحاجة الى الانشاء : واستدل له بالعمومات الواردة في ابواب المعاملات مثل لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه . حيث انه يدل على اعتبار طيب النفس فى حل المال . وهو يتحقق بصرف الرضاء ، ولا يخفى ما فيه لان الحديث الشريف بعقد المستثنى منه المذكور فيه يدل علي عدم الحلية عند عدم الرضا وهذا مما لا اشكال فيه ، ولكنه لا يدل على عدم اعتبار ماعدى الرضا فان المستثنى المذكور فيه يدل على انتفاء مانع الحلية عند طيب النفس

فان قلت اطلاق المستثنى يقتضى ثبوت الحلية عند طيب النفس كان معه شيئي اخرام لا . فالمستثنى باطلاقه ينفى اعتبار ما عدي طيب النفس فى ثبوت الحلية

قلت التمسك بالاطلاق ممنوع . حيث انه ليس وارداً فى مقام البيان من هذه الجهة بل سوق المستثنى انما هو فى مقام بيان انتفاء هذا المانع عن الحلية عند تحقق الطيب : و قد ثبت فى الاصول اشتراط التمسك بالاطلاق بكونه واردا فى مقام البيان . ولا فرق فيما ذكرناه : بين ان يكون متعلق الحل هو النقل والانتقال : او صرف جواز التصرف فى مال الغير وقد مر فى بيع المكره ان الاجازة في بيع المكره موجبة لتحقق احد ركني

صحة العقد . و هو الرضا . و في باب الفضولى لتحقق كلا ركنيها . و هما الاستناد والرضا . فالرضا الباطني غير كاف فى تحقق الاستناد اى استناد العقد الي المجيز ، ولو كان محض الرضا كافيا فى صحة العقد ولو لم يكن استناد فى البين للزم صحة كل عقد برضا كل احد به . ولو كان اجنبيا عنه وهذا كما ترى

و حاصل ماافاده المصنف فى المقام هو الميل الى القول بكفاية الرضا الباطنى فى تحقق الاجازة مستظهراً ذلك أيضا من كثير الفتاوى و النصوص مثل التعليل المنقول عن جماعة لعدم كفاية السكوت فى الاجازة بكونه اعم من الرضا فلا يدل على الرضا الظاهر فى كون العبرة بالرضا : و مثل ماذكر وافى انكار الموكل للاذن فيما اوقعه الوكيل . فيحلف . انه تنفسخ المعاملة بحلفه . لان الحلف يدل على كراهة المعاملة فهذا التعليل ايضا ظاهر في كون العبرة عندهم بالكراهة ، ومثل تصريحهم بانه لو رضى المكره بما فعله صح . حيث انهم عبروا بالرضا الكاشف عن كفايته صحة المعاملة .

و استدل لكفايته بعد الاستظهار المذكور بالعمومات المتمسك بها لصحة الفضولي مثل (اوفوا بالعقود) ونحوه وماودد من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه علي تزويجه و مادل على ان قول المولى لعبده المتزوج بغير اذنه طلق يدل على رضاه بتزويجه : ومادل علي ان المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصيته لمولاه المرتفعة برضي المولي : ومادل علي ان التصرف من ذي الخيار رضى منه هذا محصل ماافاده والكل كما تراه

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

واستناد العقد اليه : بخلاف عقد المكره . حيث انه فاقد للرضا لصدوره عن المالك المكره : فالرضا الباطني في العقد الفضولي يصلح احد الامرين فيبقي صحته منوطة بالاستناد . ونفس الرضا لايصح الاستناد كما لا يخفي . مضافا الى الامرين اللذين افادهما المصنف في الكتاب وجها لاستبعاد الاكتفاء بالرضا بقوله : بقي في المقام (الخ) اولهما أنه لااشكال في أن الاجازة التي تصحح العقد الفضولي . اذا تعقب العقد بها هي التي لو قارنت بالعقد لخرج العقد بها عن كونه فضوليا . فلو كان الرضا الباطني كافيا في الاجازة : للزم القول بخروج العقد عن الفضولي لو علم بمقارنته مع العقد . مع ان الاصحاب لايلتزمون به . و التفكيك بين الرضا المقارن وبين الرضا المتأخر عن العقد : بالقول بعدم كفاية الاول دون الاخير . وان لم يكن ممتنعا عقلا نظير اجتماع النقيضين : الاان مذاق الفقه يا باه ،، وليس كلما يمكن عقلا يمكن ان يقال به كما لايخفى وهذا بخلاف ما لو قلنا باعتبار انشاء الاجازة حيث انه كاف في صحة العقد اذا كان مقارنا كما يكفي في صورة تاخره ايضا

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

وبالجملة فالمتحصل من الدليل هو اعتبار الانشاء فى الأجازة و عدم الاكتفاء بالرضا الباطني : واما ما افاده في وجه الاكتفاء بالرضا ،، فممنوع اما استظهاره من عبائر الاصحاب ففيه انه لادلالة فى عبائرهم الاعلى اعتبار الرضا . لكن الرضا . يستعمل تارة بمعنى الاختيار فيتعدى (ح) بنفسه فيقال رضيه اذا اختاره ،، ومنه ماورد من حلف المشترى لو تلف المبيع فى الثلثة بانه رضيه اى اختاره ،، واخرى بمعنى طيب النفس فيتعدى بالباء فيقال رضي به وليس المذكور فى هذه العبائر الالفظ الرضا فلعل المراد به الاختيار فليست عبائرهم صريحة فى كفايه الرضا بمعنى طيب النفس

واما التمسك بالعمومات. ففيه مالايخفى . حيث ان المخاطب بهذه العمومات هو الذى يستند اليه العقود . والمفروض كون البحث فيما به يستند العقد اليه فكيف يمكن التمسك بمايعتبر فى صحة التمسك به تحقق الاستناد لاثبات الاستناد (وبعبارة اوضح) مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في قوله تعالى (او فوا بالعقود) هو لزوم وفاء كل احد بعقده الصادر منه لا ان كل احد مكلف بالوفاء بكل عقد فى الدنيا : ولولم يكن مرتبطا به والكلام (ح) يقع فيما به يتحقق الاستناد حتي يصير العقد عقداً له فيدخل تحت عموم وجوب الوفاء

واما الروايات الخاصة التي استدل بها . ففيه ان شيأ منها لايدل على كفاية الرضا . اما مادل على ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه . فلان لفظ الاقرار معناه اللغوى . هو تثبيت الشيي وانفاذه فهذا يدل على كفاية الفعل اعنى السكوت في الاجازة : وهو غير مرتبط بالقول بكفاية مطلق انرضا ،، والحاصل ان المدعي كفاية الرضا الباطنى من دون انشاء قولى اوفعلي . والرواية تدل على كفاية الانشاء الفعلى فهى

غير مرتبطة بالمقام ،، واما مادل على ان المانع عن صحة نكاح العبد معصيته لمولاه . ففيه ان المذكور فيه اعتبار اجازة المولى حيث انه قال عليه السلام فاذا اجاز المولى : فلادلالة فيه على مابه يتحقق الاجازة . وكفاية مطلق الرضا الباطني في تحققها

واما مادل علي ان تصرف ذى الخيار رضى منه . فلان تصرفه فسخ فعلي : فيكون كالسكوت المذكور في الرواية الاولى في كونه انشاء فعليا فهذه الرواية ايضاً تكون مما يدل على تحقق الاجازة بالفعل وعدم اعتبار خصوص القول فيها لاعلى كفاية الرضا في تحققها ،، و بالجملة فالاقوى هو ماذكرناه »

بقي امر وهو انه لاشبهة في اعتبار الانشاء في الاجازة : فيما اذا كان المقتضي للصحة قاصراً كما في عقد الفضولي . حيث ان المانع عن صحته الفعلية انما هو قصور مقتضيه لاجل عدم استناده الى المالك ،، واما لو كان المانع من جهة تعلق حق الغير بالمال . كما اذا باع المالك ماله الذى تعلق به حق الغير من حق رهانة او تفليس او جناية ونحو ذلك ،، فهل هو كالاول في الاحتياج الي انشاء الاجازة ام يكفي رضاء ذى الحق ببيع المالك ولو لم ينشاء رضاه (وجهان) اقواهما الاول ،، وذلك لان نفوذ بيع المالك في متعلق حق الاخر يتوقف على اسقاط حق الاخر عن ماله . والاسقاط لابد له من مسقط: و ليس نفس الرضا بالبيع من المسقطات والا لما كان المسقطات متعدداً بل يرجع جميعها الى شيي واحد : وهو الرضا بالبيع. كما ان نيه الافطار في الصوم لو كانت مفطراً لما كانت المفطرات عشراً و ذلك لبطلان الصوم بنية الافطار (ح) قبل تحقق المفطر في الخارج فيكون البطلان مستنداً الي نية الافطا رلا الي فعل المفطر: فمن تكثر المسقطات

يعلم ان نفس الرضا الباطنى لايكون مسقطا لحق ذى الحق . و مادام بقاء حقه لاينفذ البيع لكون متعلقه متعلق حق الغير

نعم اذا كان دخل اجازة الاخر فى صحة العقد لامن جهة كونه ذا حق حتى يتوقف على اسقاطه بل كان صحة العقد منوطا باجازته لاجل احترام منه بلاثبوت حق له فيمكن ان يقال فى مثله : بكفاية الرضا كما فى عقد بنت الاخ او الاخت على العمة والخالة . مع اشكال فيه ايضا

الجهة الثانيه فى ان الاجازة على تقدير الحاجة فى تحققها بالمبرز وعدم كفاية الرضا الباطني . فهل تحتاج فى ابرازها الى القول ام يكفى الفعل ايضاً . المحكى عن بعض كما في الكتاب هو اعتبار القول . ولكن الحق هو الاكتفاء بالفعل ،،وذلك لما تقدم فى باب المعاطاة من بيان الضابط الكلى لما يدخل فيه المعاطات وما لايدخل فيه المعاطات،، ومحصله ان البيع بالقول مثلا انما يصح ويكون بيعا لصحة حمل البيع عليه بالحمل الشايع الصناعي .

و توضيحه ان هيئة فعل الماضي مثلا موضوعة لاحداث نسبة الفاعل الى المادة التى تتعلق بها الهيئة وترد الهيئة عليها بنسبة خاصة تعبر عنها بالنسبة التحققية فبايقاع تلك الهئية على المادة توجد النسبة المذكورة من غير ان يكون الاخبار عن وقوع تلك النسبة او انشائها مدلولا كلاميا ،، بل الخبرية و الانشائية تكونان من المدالیل السياقية : و من طوارى الاستعمال . فالمتكلم اذا اوقع الهيئة على المادة بداعى الاخبار يصير كلامه خبرا او بداعي انشاء المادة في موطن وجودها وعالم تحققها وهو عالم الاعتبار فيما اذا كانت من الامور الاعتبارية يصير كلامه انشاء. فالمتكلم يوجد وينشئ المادة . اعنى البيع بالمعنى المصدري او بالمعنى الاسم بالمصدرى . بايراد الهيئة

عليها : ويكون ايـراد الهيئـة آلة لايجادها فى وعاء وجودها : وهذا الفعل الخاص . اعني ايـراد الهيئة على المادة لايجاد المادة بذاك الايراد . مصداق للبيع فيقال ان قول البايع بعتك كذا بكذا في مقام الانشاء بيع فهذا القول يصدق عليه البيع بالحمل الشايع الصناعى هذا بالنسبة الى القول

واما الفعل فكل فعل كان مصداقا لعنوان من عناوين معاملة صح انشاء تلك المعاملة به لكونه كالقول (ح) في كونه مما يحمل عليه ذاك العنوان بالحمل الشايع الصناعى : فالتسلط الخارجى من المالك تمليك اى يصدق عليه التمليك . ويحمل عليه عنوانه بالحمل الشايع وافتراش الحصير ونحوه فى المسجد مثلا مصداق للوقف ونحو ذلك : وكلما لايصدق عليه عنوانه بالحمل الشايع فلا يصح ايقاع تلك المعاملة به كما فى وقف العقار و نحوه ممالافعل ايقافي بالنسبة اليه بحيث يصدق عليه انه ايقاف فالمعيار فيما يجرى فيه المعاطات كون فعل خاص مصداقاً لعنوان مايراد انشائه بالمعاطات ومالايجرى فيه المعاطات هو عدم صدق ذاك العنوان على ذاك الفعل الذى يراد ايقاع ذاك الامر الانشائى به سواء كان الامر الانشائى من العقود او من الايقاعات .

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

الجهة الثالثة فى انه على تقدير وقوعها بالقول فهل يعتبر القول

الصريح ام يكفى الالفاظ الكنائية والمشتركة لفظا اومعني ،، والتحقيق هو الاكتفاء بالالفاظ الكنائية دون الالفاظ المشتركة فهنادعويان (احديهما) عدم كفاية الالفاظ المشتركة لفظا اومعنى فى تحقق الاجازة (وثانيتهما) كفاية الالفاظ الكنائية فى تحققها : و بيان كلتا الدعويين يتوقف على ذكروجه عدم الاكتفاء بالالفاظ المشتركة والكنائية فى العقود وقد تقدم توضيحه ،، و محصله اما بالنسبة الى الالفاظ المشتركة . فلان المعنى المنشاء بالعقود معنى بسيط لاتركيب فيه من جزء والبسيط لايعقل ان يوجد بالتدريج بل لابدفى ايجاده من ان يكون آنيا واللفظ المشترك لفظا اومعنى لمكان اجماله هو بانفراده لايصلح ان يقع به الانشاء بل لابدمن ضم مايحصله و يصيره مصداقا لذاك المضمون الذى اريد انشائه به ويصير الضميمة بالنسبة اليه كالفصل بالنسبة الى الجنس ويلزم تحقق المنشاء بذاك اللفظ المشترك وبما انضم اليه وحصله وهذا مستلزم للتدريج فى الايجاد المنافى مع بساطة المعنى المنشاء والمراد بالمعنى البسيط فى مثل البيع مثلا هو مفهوم المادة فى قولك بعت التى ترد عليها الهيئة واما الهيئة فهي ليست ذاك المعنى البسيط بل هى وضعت لاستناد ايجاد المادة الى المتكلم فمفاد الهيئة فى بعت هو مفاد المادة فى اجزت . فكما ان الاجازة موجبة لاستناد العقد الى المجيز ،، كذلك الهيئة تحدث نسبة المادة الى المتكلم هذا بالنسبة الى الالفاظ المشتركة : واما عدم وقوعها اعنى العقود بالالفاظ الكنائية . فلما حققناه سابقا و آنفا من ان ايقاع العقد بلفظ او فعل : انما هو لمكان كون ذاك القول والفعل مصداقا حقيقيا لماانشائه مثل قول القائل بعتك . اوالاعطاء الخارجى حيث انهما مصداقان للتمليك واللفظ الكنائي ليس مصداقا للازمه . فقول القائل زيد كثير الرماد ليس مصداقا لايجاد

السخـاوة مثلا حتى ينشابه السخاوة اذا فـرض كون السخـاوة مما يقع بالانشاء

اذا تحقق ذلك فنقول اما عدم وقوع الاجازة بالالفاظ المشتركة فلان الاجازة ايضا امر بسيط غير ذى اجزاء لايصح ايقاعها بماهو كالمركب من الجنس والفصل : واما وقوعها بالكناية فلكون اللفظ الكنائـى ايضاً مصداقا للاجازة ،، فكما ان قول القائل اجزت وامضيت وانفذت اجازة و امضاء : فكذلك قول (بارك الله صفقة يمينك) مصداق للا جازة : وبعدصحة حمل الاجازة على الالفاظ الكنائية بالحمل الشايع الصناعـي كحملها علي الالفاظ الصريحة : لايبقى مجال للمنع عن ايقاعها بها لاتحاد الملاك فيهما و هو المصداقية للاجازة علي مابيناه

قوله قده الثالث من شروط الاماجازة ان لايسبقها الرد (الخ)

هذا هو التنبيه الثالث من تنبيهات الاجازة وهو فى اعتبار عدم سبق الرد فى تأثير الاجازة . فلو سبقها الرد ينفسخ العقد . و لا يبقي محـل لتاثير الاجازة و قداد عى المصنف (قده) ظهور الاجماع عليه ،، ولايخفي ان دعوى الاجماع مـن مثل المصنف (قده) كاشف قطعى عـن تسالم الحكم بين الاصحاب الا انـه يقع البحث عن جهات :

الاولى ان خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة هل هو امر تعبدى ثبت بالاجماع علي خلاف القاعدة . وان مقتضى القاعدة : هو عدم تأثير الرد فى انفساخ العقد وبقائه علي صفة قابلية ان يلحقه الاجازة : اوأنه امر على طبـق القـاعدة و ان الاجماع ليس علـي امر تعبـدى ثبـت على خلاف القاعدة :

الثانية ان خروجه عن قابلية لحوق الاجازة بسبب الرد على تقدير

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

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

اما الجهة الاولى فالحق فيها كون خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة مطابقا مع القاعدة : وذلك لوجهين (الاول) ما اشار اليه بقوله ان الاجازة انما يجعل المجيز احد طرفي العقد (الخ) وحاصله قياس رد العقد بعد تماميته بفعل الفضولي وقبل استناده الى المالك بالاجازة الى رد الموجب ما انشائه قبل تحقق القبول : فكما انه لو رجع عما انشائه قبل قبول القابل لم يؤثر القبول في تحقق العقد : فكذلك لو رد المالك بعد العقد قبل ان يضيف اليه ،، ولا يخفى ان هذا الوجه يتم لو كان للمالك بعد تحقق العقد من الفضولي حق الرد والسلطنة عليه و الافيرد عليه بالمنع عن تاثير رده قبل الاجازة في اسقاط العقد عن قابلية لحوق الاجازة فالعمدة هو الوجه الثاني وهو ما اشار اليه بقوله (هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم تاثير الرد في قطع علاقة الطرف الاخر الخ)

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

وتوضيح ذلك أنه لاشكال فى سلطنة المالك على اجازة العقد الصادر عن الفضولي : وان السلطنة على الشيئى يقتضى ان يكون مسلطا على عديله بحيث يكون له القدرة على طرفى الشيئى : وانما الكلام في ان سلطنته هل هى على الاجازة وعدم الاجازة (وبعبارة اخرى) يكون سلطا ناعلي النقيضين بحيث يختار احدهما : اوانه مسلط على امضاء العقد : وابطاله ورده . ويكون قدرته متعلقة بامرين وجوديين و يكون التقابل بين متعلقى قدرته بالتضاد لا بالسلب و الايجاب ،، و لازم الاول عدم سقوط العقد عن قابلية لحوق الاجازة بسبب الرد لان المالك (ح) مخير بين الاجازة و عدم الاجازة و عدم الاجازة امر عدمى حاصل من اول العقد الي زمان تحقق الاجازة . والرد لايوجب سقوط حق الاجازة : لان حال المالك بالنسبة الي ما بعد الرد و قبله متساو بالنسبة الى تحقق عدم الاجازة : فكما ان عدم الاجازة قبل الرد لا يمنع عن الاجازة فكذلك بعد الرد

و بالجملة فالرد يصير (ح) اجنبيا عن متعلق سلطنة المالك فيكون وجوده كعدمه : ولازم الثاني هو سقوط حق المالك بسبب الرد ،، حيث انه اعمل حقه و استوفاه بالرد و معه فلا يبقى شيئي حتي يلحقه الاجازة .

اذا ظهر ذلك : فاعلم ان التحقيق يقتضي ثبوت سلطنة للمالك بين الردو الاجازة : ويكون طرفى قدرته وجود يالاعلى الاجازة وعدمها بحيث يكون متعلق القدرة هوالفعل والترك : وذلك لان مايحصل بفعل الفضولى هو اضافة تأهلية بين من اوقع البيع له و بين مال المالك ،، اي اضافة قابلة لان تصير بالفعل ببركة الاجازة : و هى و ان لم تكن فعلية و بالنسبة الى البالغة الي المرتبة الفعلية تكون معدومة : لكنها بالنسبة الي العدم

المحض اعنى الغير الحاصلة بفعل الفضولى شيئى لها الوجود وهذه المرتبة من الاضافة التأهلية : بين مال المالك : و بين طرف الفضولي ثابتة ،، ولا يخلو اما يكون امرا بقائها و رفعها بيد المالك بحيث له ان يبقيها فتصير فعلية بعدان كانت تأهلية صالحة للبلوغ الى المرتبة الفعلية . وان يعدمها ويجعلها كمااذالم يتحقق من الفضولى شيئ ،، وهذامعنى سلطنته على الرد و الامضاء : فان نتيجة الردفناء تلك الاضافة و نتيجة الامضاء بلوغها الى مرتبة الفعلية : اويكون امرابقائها بيده بحيث له ان يثبتها ويمضيها : ولكن امر رفعها لايكون بيده ،، وهذا معني التخيير بين الاجازة وعدم الاجازة لكن عدم السلطنة علي رفع ما حدث بفعل الفضولى عن ماله قصر فى سلطنته . و مقتضي عموم الناس مسلطون على اموالهم المثبت للسلطنة المطلقة للمالك هو كونه سلطانا على انفاذ تلك الاضافة التأهلية و رفعها معالا ان يكون سلطانا على وضعها من غير سلطنة له على الرفع ،، فظهر ان المالك مسلط على الرد والاجازة لاعلى الاجازة وعدم الاجازة فاذا رد ينهدم ما احدثه الفضولى بفعله . اعنى الاضافة التأهلية : فلايبقي شيئى يتعلق به الاجازة هذا تمام الكلام فى الجهة الاولى :

اما الجهة الثانية فتحقيق القول فيها هو ان ذي الحق مثل المرتهن و نحوه يكون مسلطا على استيفاء حقه من متعلقه و على رفع اليد عن حقه باسقاطه ،، فللمرتهن ان يستوفى دينه من العين المرهونه : او التجاوز عن حقه منها : لكنه ليس له السلطنة على فسخ عقد الراهن ورده اذ السلطنة على استيفاء حقه من العين شيى ،، و السلطنة على رد عقد الراهن شيئى اخر . و ان كان يلزم من استيفاء دينه من العين بيعه اما بنفسه : او باذن الحاكم بطلان عقد الراهن بزوال موضوعه : لكن زوال موضوع عقد الراهن

باعمال سلطنة المرتهن على الاستيفاء مغاير مع السلطنة على فسخ العقد كما لايخفى ، ولذا ليس له فسخ العقد من دون استيفاء حقه فالمرتهن مسلط على امرين وجوديين كالمالك في بيع الفضولي الاان المالك كان مسلطا على اجازة العقد ورده اولا و بالذات والمرتهن ليس له السلطنة علي امضاء عقدالراهن اورده اولا و بالذات بل الثابت له اولاو بالذات هو السلطنة علي استيفاء دينه . و يلزمه بطلان عقد الراهن بالاستيفاء بزوال موضوعه وعلي اسقاط حقه عن العين والتجاوزعنه و يلزمه نفوذعقدالراهن و مضيه

و نتيجة ذلك انه لورد عقد الراهن ثم اجاز اى اسقط حقه عن العين المرهونةولم يستوف دينه منها: بل تجاوز عنها لم يكن رده مؤثرا في سقوط العقد عن قابلية لحوق الاجازة فصار الاصل في بيع الراهن مايتعلق به حق المرتهن وما بمعناه ممايكون المبيع متعلق حق شخص آخرهو عدم تاثير الرد فى رفع قابلية لحوق الاجازة : ومن هذا القبيل ايضاً حق ذى الخيار اذاباع من عليه الخيار الذي انتقل اليه بالبيع الخيارى فان ذي الخيار مسلط على فسح عقده واسترجاع العين و علي تثبيته و امضائه ، و يترتب علي فسخه بطلان عقد من عليه الخيار : بناء على ان يكون العين متعلق الخيار لاالعقد والافيكون على من عليه الخيار رد مثل العين التى نقلها او قيمتها

و يترتب علي اجازة عقده نفوذ العقد الصادر عمن عليه الخيار و ليس له فسخ عقد من عليه الخيار او انفاذه اولاو بالذات كمالايخفى ،هذااذا كان متعلق المعاملة كالعين مما تعلق به حق حيث يكون نفوذ المعاملة متوقفا على امضاء صاحب الحق بالمعنى المتقدم

واما في مثل العقد على بنت الاخ اوالاخت : فالاقوى كون نفس

العقد فيه متعلق امضاء العمة اوالخالة . او ردهما فلهما انفاذالعقد اورده : فيكون العقد الواقع بلااذنهما نظير العقد الصادرعن الفضولي في كون نفس العقد متعلق الامضاء اوالرد والمتحصل من هاتين الجهتين هو كون سقوط الاجازة عن التاثير اذاكان مسبوقا بالردفي مثل العقد الصادر عن الفضول والعقد الواقع على بنت الاخ اوالاخت مطابقاً مع القاعدة و تمام الملاك في تطبيقه على القاعدة هو كون طرفي سلطنة المالك هوالرد والاجازة لاالاجازة و عدمها و اثبات ذلك يتوقف على تمامية تحقق الاضافة التأهلية من العقد الصادر عن الفضولي: حيث ان تلك الاضافة الحادثة على مال المالك من فعل الفضولي مناف مع سلطنته فله رفعها بالرد كما ان له تقريرها وتثبيتها بالاجازة فلو كان مسلطا على التقرير دون الرفع لكان منشاء لقصر سلطنته المطلقة و عموم دليل السلطنة مناف له

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

و يمكن دفعها بان الامر وان كان كذلك بحسب الدقة العقلية ،، حيث ان حصول الاضافة من فعل الفضولي مع دخل الاجازة في حصول الملكية متنافيان الا انه بحسب النظر العرفي ليس كذلك لانهم يرون حصول شيئ بين المالك وطرف العقد الفضولي بواسطة العقد ،، وهذا المعنى العرفي قابل للرد والاجازة :ونفي السلطنة عن رده قصر للسلطنة بحسب النظر العرفي

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

واما الجهة الثالثة فالحق فيها ما افاده فى العبارة من عدم دلالة الرواية علي تاثير الاجازة بعد الرد ،، وذلك لا للمنع عن تحقق الرد بالفعل ضرورة انه كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل : بل للمنع من كون اخذ الوليدة مصداقاً للرد . بل هو جرى على طبق الملكية السابقة ،، فيكون نظير امساك المثمن من ناحيه ذى الخيار لاجل الوصلة الى الثمن : حيث انه لا يكون فسخا بخلاف تصرفه فيه بما يتوقف على الملكية : كوطى الجارية. او تقبيلها حيث انه فسخ او تصرفه فى الثمن على ذاك النحو من التصرف .فانه اجازة على ماسيجئ في باب الخيارات هذا وقد تقدم التكلم فى هذه الرواية في مقام الاستدلال بالاخبار فى اثبات صحة الفضولى فراجع

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

و الفرق بين الارث والبيع. هو ان الملكية بمالها من الشئون تنتقل من المورث الى وارثه. ويقوم الوارث مقامه في كونه طرفا لتلك الاضافة حسبما تقدم مراراً و لذا لو كانت متعلقة لحق من رهن و نحوه : تنتقل مع ما هي عليها من الحقوق . بخلاف البيع فان المشتري يتلقى الملك عن بايعه بملكية جديدة اى لاتنتقل الملكية التي بين البايع وبين المال المبيع الى المشترى بل هي تبقى بحالها و يرفع المبيع عن كونها طرفا لها .ويجعل مقامه الثمن فالمشتري لايتملك المبيع بتلك الملكية التى كان البايع يتملكه بها: ولذا لوانتقل اليه مع كونه متعلقا لحق يبقي ذاك الحق بعد الانتقال . بل اما ان لاينتقل اصلا :وذلك فيما اذا كان مع عدم رضاء صاحب الحق اويزول الحق و ذلك فيما اذا اسقطه صاحبه كما لايخفى ،، والحاصل ان الاجازة لاتورث بل هى حكم تابع للملكية فتثبت فيما تثبت الملكية لكن لامطلقا : بل اذا كانت الملكية بالارث علي مابيناه

قوله (قده) الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن (الخ) لااشكال في ان اجازة البيع. ليست اجازة لقبض الثمن. او اقباض المثمن فيما اذا باع الفضولى. واقبض المبيع وقبض الثمن ،، وانما الكلام فى تنقيح امور (الاول) ان القبض فى نفسه هل يقبل الفضولى بان يصح بلحوقه الاجازة كالبيع . اوانه لايكون قابلا للحوق الاجازة ،، والكلام فى هذا الامر تارة يقع فى القبض الذى لايكون من قيود صحة العقد كقبض المبيع فى غير الصرف والسلم ،، واخرى فى القبض الذى من شرائط الصحة كالقبض فى باب السلم . والصرف . وكالقبض فى باب الوقف والهبة

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

وقع عليه والمفروض صدوره عن الفضولي وعدم صدوره عمن له القبض ،، ومعلوم ان هذا الامر التكويني لايصير بسبب الاجازة قبضا لمن له القبض فالاجازة لاتفيد اصلا اى لايمكن ان يصير قبض الفضولي بالاجازة قبضا للمجيز،، هذا ولكنه فاسد ضرورة تصوير الفائدة في الاجازة وترتيب الاثر عليها وذلك بامرين : (احدهما) ماذكره في الكتاب بقوله لان مرجع اجازة القبض الي اسقاط ضمان الثمن (الخ) وحاصله ان الثمن قبل القبض يكون مضمونا على المشترى : وكذا المثمن قبل قبضه يكون مضمونا على البايع ،، وذلك بحكم كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه فلو قبض الفضولي الثمن عن المشترى وتلف عنده : وما اجاز البايع قبضه يكون التلف هذا على عهدة المشترى لكونه قبل القبض : ولو اجازه البايع يكون معناه اسقاط ضمان المشترى للثمن هذا

و يمكن ان يورد عليه بان اسقاط ضمان المشترى ليس بيد البايع اذ ضمان كل من البايع والمشترى لما يتلف عنده من مال الاخر قبل القبض حكم شرعي غير قابل للاسقاط فلايصح منه الاجازة لارجاعها الي الاسقاط الذى لايؤثر من المجيز في شيئ .

ولكن يدفعه ان الايراد مبني علي ان يكون حكم تلف قبل القبض تعبديا ثابتا على خلاف القاعدة : حيث انه ليس في البين مايوجب سقوطه ،، واما اذا كان علي طبق القاعدة . بان كان الحكم بالضمان لاجل الشرط الضمني الذى يتكفله العقد فهو قابل للاسقاط لارجاع اسقاطه الى رفع اليد عن هذا الشرط الذى يتضمنه العقد : ومن المعلوم جواز رفع اليد عن الشرط للمشروط له . وصحة اسقاطه : فظهر ان الايراد مبنى علي كون قاعدة تلف قبل القبض على خلاف القاعدة : والجواب عنه بكونها على طبق القاعدة .

وسيأتى ان التحقيق هو الاخير : ولذلك يتعدى عن البيع الى غيره من العقود مع كون الدليل واردا فى خصوص مورد البيع ولو كان على خلاف القاعدة لكان الواجب هو الاقتصار على مورد الدليل كما لا يخفى

وثانيهما وهو الاولى عن الوجه الاول لسلامته عما ذكر من المناقشة فى الوجه الاول ،، وحاصله ان الاجازة تفيد انتقال الضمان : و توضيحه ان كلا من البايع و المشترى ضامن لما انتقل عنه الي الاخر قبل قبضه بعوضه فالبايع ضامن للمبيع بعوضه الذي هو الثمن اعنى اذا تلف المبيع يكون ضامنا للمشتري بالثمن اى يرجع الثمن الى المشترى و كذا اذا تلف الثمن قبل قبضه يكون ضمانه على المشترى بعوضه الذى هو المبيع ،، واذا وقع التلف بعد القبض. وانفسخ البيع بخيار ونحوه يكون المشترى ضامنا ايضاً لا بعوضه. بل بالمثل. او القيمة . ففائدة الاجازة هي انتقال الضمان عن كونه بالعوض الى المثل او القيمة و هذا كما ترى لا يرد عليه المنع عن صحة اسقاط هذا الضمان . اذ ليس مرجع الاجازة الى اسقاطه : بل الاجازة اذا وقعت صحيحة تؤثر هذا الاثر كالقبض الواقع عن المجيز : ومرجع هذه الاجازة الى توكيل القابض في القبض او ايداعه المقبوض اياه ،، ولاشبهة فى انتقال الضمان بقبض وكيله او امينه كانتقاله بقبضه بنفسه هذا تمام الكلام فى اجازة القبض فى غير ما يتقوم به الصحة ،، و منه يظهر حكم اجازة القبض فى ما اذا انيط به الصحة كما فى باب الصرف و السلم ،، حيث ان مرجعه الى توكيل القابض او ايداعه فيترتب عليه بعد صيرورة القابض وكيلا او امينا كلما يترتب على قبض المجيز بنفسه

الامر الثانى انه لا فرق في صحة اجازة قبض الثمن والمثمن بين ما اذا كان كل واحد منهما عينا شخصيا خارجيا او كان كليا في الذمة ،، امافي

الاول فقد اتضح سبيل صحتها بمابيناه في الامر الأول : واما في الثاني فربما يمنع عن صحة الاجازة فيه بما في الكتاب من ان تصحيح الفضولي في القبض يحتاج الي دليل يدل علي اسراء حكم الفضولي عن العقد الي القبض والافمادل على صحة الفضولي في العقد لايقتضي صحته في قبض الكلي ايضا هذا.

ولكن الانصاف عدم التفاوت بين الكلي وبين العين الخارجي ،، وذلك بما بيناه في الامر الاول من ارجاع اجازة القبض الي توكيل القابض اوايداعه ،، فكما ان قبض وكيل المجيز وامينه قبض له بدليل تنزيل الوكيل منزلة الموكل في العين الخارجي : كذلك قبضها في الكلي ايضا قبضه : فكما انه يصح انطباق الكلي على الفرد بقبض المجيز نفسه ؛ كذلك يصح انطباقه عليه بقبض مانزل منزلته اعني وكيله وامينه . فالدال على صحة الفضولي في قبض الكلي : ليس ما يدل على صحته في العقد حتى يمنع عن دلالته . و يقال بالاحتياج الى المعمم . بل الدال عليها هو الدال علي تنزيل الوكيل والامين منزلة الموكل والمودع مع مايدل علي اعتبار قبض المجيز كمالايخفى

الامر الثالث اجازة المالك فيما اذا كان البايع فضوليا : تارة تكون بالنسبة الي قبض المبيع . وذلك فيما اذا اقبضه الفضولي الى المشتري واخري تكون بالنسبة الى قبض الثمن وذلك فيما اذا قبضه الفضولي عن المشتري : وكذلك فيما اذا كان الشراء فضوليا يجيز مالك الثمن تارة قبض ما انتقل اليه وذلك فيما اذ اقبض الفضولي المبيع عن البايع . واخري يجيز قبض ما انتقل عنه : وذلك فيما اذا اقبض الفضولي الثمن الى البايع وكيف كان فاجازة القبض : هل يجرى فيها احتمال الكشف والنقل . فتكون

كاجازة العقد : اوانها ناقلة ولو قلنا في اجازة العقد بالكشف (وجوه) اقواها التفصيل في القبض . بين ما اذا كان في باب السلم والصرف : وبين ما اذا كان في غيرهما، سواء كان فيما يتوقف الصحة عليه كباب الوقف والرهن والهبة اولا : بالقول بمجيء الخلاف في النقل والكشف في الاول اعني القبض في باب السلم والصرف دون الاخير ، وذلك امافي باب السلم والصرف فلكون القبض فيهما جزء من السبب كالايجاب والقبول . فيكون حال اجازته كحال اجازة العقد : حيث انه سبب يجيء الكلام في ترتب مسببه عليه بالاجازة من حينه . وهو الكشف : او من حينها وهو النقل ، وامافي غير باب السلم والصرف . فلان القبض ليس جزء من السبب . بل اماشرط للصحة كما في باب الوقف ونحوه : اولايكون دخيلا في الصحة . وكيف كان فماهو المعتبر ممن له القبض رضائه بالقبض : وهولايدخل فيه الكشف بل الرضا اذاحصل فهو حاصل من حين حصوله . فيكون حاله كحال العقود الاذنية : ولاجل ماذكرناه من الاختلاف في القبض في باب السلم والصرف . وباب الوقف ونحوه : بكونه في الاول جزء من السبب دون الاخير ، قالوا لو اقر بالوقف بصيغة (وقفت هذاالمال) : فاقراره هذاليس اقراراً بالقبض لان القبض ليس من اسباب الوقف، ولو كان اقراره بصيغة (هذا المال وقف) كان اقراراً بالقبض ، و هذا بخلاف الاقرار ببيع الصرف . فان الاقرار به اقرار بالقبض سواء اقر بصيغة (بعت هذا) او بصيغة (هذامبيع) لان الاخبار عن بيعه اخبار عن ايجادالبيع بسببه ، والمفروض كون القبض من اجزاء السبب

والحاصل ان المحتاج اليه في صحة القبض الصادر عن الفضولي في في غير باب الصرف والسلم هو رضي من له القبض به واذنه به فيكون من

هذه الجهة كالعقود الاذنية في انها لو تحققت فضولياتكون الاجازة فيها ناقلة ولوقلنا في باب الاجازة بالكشف : لان المدار في صحتها على الاذن . فلامحالة يكون اثرها عند الاذن . ولا يعقل تحقق اثرها قبل صدور الاذن ولا يصح ان يقال بكاشفية الاجازة عن كون الاذن من اول الامر لمخالفته مع الوجدان فيما اذالم يكن المجيز راضيا من الاول فرضي بعده

و بالجملة فالاجازة في العقود الاذنية ناقلة واجازة القبض ملحقة بهالما اسلفناه من ارجاعها الى التوكيل والايداع اذا كانت الاجازة بالنسبة الى قبض ماانتقل اليه . كماانه يكون صرف الاذن والرضا لو كانت بالنسبة الى ماانتقل عنه فيكون تأثيرها من حينها لامن حين القبض ، ويترتب على ذلك عدم انتقال الضمان المعاوضي باجازة القبض لو كانت الاجازة بعد تلف المقبوض في يد القابض : بل يكون الضامن ضامنا له بالعوض . فلو تلف الثمن المقبوض فضوليا عند القابض او المثمن المقبوض كذلك قبل الاجازة ثم اجاز لم ينتقل ضمان المشتري في الاول للثمن الى المثل او القيمة ولا ضمان البايع للمثمن في الثاني عند فسخ المعاملة بالخيار بل ينفسخ المعاملة في كلتا الصورتين وينتقل المبيع الي البايع في الاول والثمن الي المشترى في الثاني . اعنى في صورة تلف المثمن ، والالتزام بالنقل في المقام وفي العقود الاذنية بعد مساعدة الدليل لاينافي مع الالتزام بالكشف في سائر الموارد : كيف والمحقق الثاني (قده) مع توغله في القول بالكشف يقول بالنقل في اجازة المرتهن للبيع الصادر عن الراهن معللا بتوقف صحة عقده على سقوط حق المرتهن الحاصل بالاجازة : و ان كان يرد عليه بامكان تعلق اذنه بالعقد الصادر عن الراهن . فلمكان وجود الامر الانشائي و المعنى المسببى وهو الصادر عن الراهن يصح الالتزام بالكشف في غيره من البيوع ، والحاصل

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

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

الامر **الخامس** لو اجاز العقد فيما يتوقف صحته علي القبض ورد القبض ،، فهل يحكم ببطلان العقد لاجل انتفاء القبض برد القبض الواقع عن الفضولي و عدم امكان القبض الجديد لكون الكلام بعد التفرق . او صحته وبطلان رد القبض (وجهان) منشأهما التصريح برد القبض . و ان للمتكلم ان يلحق بكلامه مايشاء . و ماذكر في الامر السابق من استلزام اجازة العقد لاجازة القبض فيكون الرد بعد الاجازة ولا يؤثر الرد اذا وقع بعدها ،، ولا يخفى ان الوجه الثاني ليس بشيئ اصلا : كيف والالزم عدم الالتزام بشيئ من الشروط المذكورة في ضمن العقد المخالفة لمقتضاه وهو كما ترى : بل الحق ان استلزام اجازة العقد مع اجازة القبض انما هو فيما اذا لم يقم ما يوجب خلافه ،، و لذا قيدناه في الامر السابق بصورة علم المجيز بتوقف صحة العقد على القبض واي قرنية اعظم من التصريح برد القبض كما لا يخفى

قوله قده) السادس الاجازة ليست على الفور (الخ) وذلك مضافا الى مااستدل به من العمومات . وصحيحة محمدبن قيس : لاجل عدم مايدل على الفورية لان اجازة المالك للبيع الوارد على ماله ليس الا كنفس بيعه . فكما ان بيعه لايكون على الفور بحيث يسقط السلطنة على البيع بترك الفور ،، كذلك الاجازة ليست على الفور : و انما نقول بالفور فى موارد القول به لاجل قيام الدليل عليه ،، والدليل الدال عليه فى موارده مثل الشفعة والغبن ونحو همابجا مع واحد هو كون التراخى وترك الفور فى الاخذ بالحق كاشفا عن رضى ذى الحق بترك حقه والتجاوز عنه : كما يقال في باب الشفعه . انه مع العلم بانتقال الشقص الى المشترى وان له استرداده باخذه منه لوترك الاخذ يكون تركه كاشفا عن رضاه بانتقال الشقص الى المشترى ولايخفى انتفاء هذا الملاك فى المقام ،، اذ لايترتب على ترك الاجازة شيئى كمالا يترتب على ترك بيعه بالمباشرة شيئ الابقاء ماله على ملكه وهذا ظاهر

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

قوله (قده) فالاقوى تداركه بالخيار اواجبار المالك على احد الامرين (الخ) اي الردا والاجازة . ومنشاء الترديد بين تدارك ضرر الاصيل بسبب مماطلة المالك فى الاجازة والرد بالخيار اواجبار المالك على

احد الامرين . هو الوجهان المذكوران في الخيارات الثابتة بالضرر ، حيث يقال فيها ان لزوم العقد ضرري . فيرفع بالخيار : وان ثبوت الخيار بالضرر متوقف على عدم جبرانه باجبار المالك ، ومع اجباره بما يرفع به الضرر . فلا ضرر حتى يوجب الخيار ، ولايخفى ان شيأ من الوجهين لامجرى لـه في المقام : اما مسئلة اجبار المالك فلان مورده انما هو فيما اذا كان التزام من المالك : فتخلف عما التزم به . فيجبره على الوفاء بما التزم : كما في خيار تخلف الشرط ، ومن البين عدم صدور التزام من المالك في المقام حتى يجبر على شئ وفاء لالتزامه بقضاء (اوفوا بالعقود) فليس في اجباره وجه اصلا ، واما مسئلة تدارك الضرر بالخيار - فلان الضرر انما يتدارك اذا لم يكن المتضرر مقدما عليه والافلا يلزم تداركه حتى يثبت بسببه الخيـار . كما ان في صورة الغبن لاخيار للمغبون مع علمه بالغبن : ولما كان الاصيل مقدما على الالتزام على نفسه في بيع الفضولي يكون الضرر ناشيا من اقدامه على الضرر فلاخيار ، و يمكن منع كون فعله اقداما على الضرر بالفرق بين المقام و بين الاقدام على المعاملة الغبنية : بان المعاملة الغبينة ضرري والاقدام عليها مع العلم بها اقدام على الضرر ، وهذا بخلاف معاملة الاصيل مع الفضولي : حيث ان نفس تلك المعاملة ليست ضرريا . بل الضرر ينشاء من مقدمة اخرى : وهي مما طلة المالك على الاجازة والرد . فنفس هذه المعاملة لاتكون ضرريا والاقدام عليها ليس اقداما على الضرر الامع العلم بان المالك يماطل واما مع احتمال المماطلة واحتمال المسارعة في الرد اوالاجازة فليس هناك اقدام على الضرر

فان قلت كما ان من العلم بالمماطلة يصدق الاقدام عـلى الضرر كذلك مع احتمال مماطلة المالك على الرد والاجازة ايضا يصدق الاقدام

على الضرر . اذلا يعتبر فى صدق الاقدام علي الشيء العلم بترتبة . بل نفس الاطمينان بعدم ترتبه كاف في صدق الاقدام عليه ،، ولذلك قالوافى بـاب الغبن . بانه لوعلم بالغبن . ولكن احتمل كونه بالعشرين فان بان مقدار الغبن بمقدار يحتمله . فلاخيار ولو كان زائداً علي المقدار المتحمل لكان يثبت الخيار . فلو لا ان فى صورة الاحتمال كان اقداما على الضرر لكان اللازم ثبوت الخيار في مقدار العشرين المحتمل ايضاً

قلت لا يصدق الاقدام فى صورة الاحتمال . وليس نفي الخيار فيما ذكر فى السؤال لاجل احتمال مقدار المحتمل . بل من جهة كونه المتيقن من مقدار الغبن فاقدم على المتيقين لا المشكوك ،، فتحصل انه لامورد فى المقام للترديد . بين ثبوت الخيار للاصيل . و بين اجبار المالك على احد الامرين من الاجازة والرد . بل اللازم هو القول بثبوت الخيار ،، ويمكن حمل العبارة على التخيير بين الخيار والاجبار لا الترديد : ولكنه ابعد . وذلك لان الملاك فى ثبوت احد الامرين انما هو ضرر الاصيل . و مقتضى قاعدة نفى الضرر فيما اذا كان امور متعددة مترتبة موجبة للضرر هو رفع الاخير منها الذى يرتفع برفعه الضرر ،، ولذلك يقال فى المعاملة الغبنية برفع اللزوم لا الصحة . مع انه برفع الصحة ايضاً يرتفع الضرر ،، وليس منشائه الاكون اللزوم هو الحكم الاخير الذى يترتب عليه الضرر و(ح) نقول لازم التخيير ان يكون هناك حكمان عرضيان يترتب على مجموعهما الضرر ويرفع احدهما تخييرا . و لااشكال فى عدم تحققها فـي المقام . اذليس الضرر فـى المقام مترتبا على مجموع لزوم المعاملة من طرف الاصيل وسلطنة المالك على تعويق الرد والاجازة . بحيث يرتفع برفع احدهما . بل تقدم انه لا ملزم للمالك على احد الامرين اصلا . فالضرر نشاء عن قبل الحكم بالـلزوم .

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

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

اما في صورة تعدد العقد باحدى الجهتين ، فجواز التبعيض في الاجازة بان يجيز البيع بالنسبة الى احدى السلعتين: اذا كان التعدد من ناحية اختلاف المبيع . او بالنسبة الى احد المشتريين . اذا كان التعدد من اختلاف الاصيل وتعدده واضح ، حيث ان العقد متعدد فله أن يجيز كل واحد منهما كماله ان يجيز المجموع كما في باب الخيار : و بيع ما يملك ومالا يملك او ما يملك ومالا يملك كالخل و الخمر فانه يصح فسخ احد العقدين و امضاء

الاخر اذا كان متعدداً باختلاف المبيع او تعدد المتعاقدين فيفسخ بيع هذه السلعة : ويمضى بيع الاخري . او يفسخ البيع من هـذا المشترى : و يمضي المبيع الاخر ولو كان بعقد واحد . ويحكم بصحة بيع ماله بيعه و بطلان الاخر اذا كان مما لا يملك كالخمر: او توقفه على اجـازة مالكـه اذا كان مما يملك

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

وتوضيح ذلك ان الاختلاف الحاصل فى احدى الجهتين المذكورتين . اما يكون سابقاً على العقد : او يكون طاريا عليه . ولاحقـا عنه . ففـى الاختلاف السابق يختلف العقد من غير اشكال . فيوجب تعدد العقد بتعدد متعلقه او عاقده : واما الاختلاف الطاري فقد يوجب التعدد وقد لا يوجب . فكلما لا يكون وحدة العقد مانعا عن طريان الاختلاف لعدم المانع عن طريانه فيقع به التعدد فى ناحية العقد: وكلما كان وحدة العقد مانعا عن طريانه فالعقد يدفع الاختلاف : فلا يطرء حتى يوجب تعدد العقد والتبعيض فى الخيار بفسخ البيع فى بعض المبيع و التزامه في البعض الاخر. وان كان يوجب الاختلاف فى المبيع . ويحدث الاختلاف الطارى فيه مثل ما اذا كان مختلفاً من اول الامر نظير ما اذا كان بعضه مما يصح بيعه و بعضه مما لا يصح . فهذا التبعيض على تقدير جوازه يوجب تعدد العقد : لكن الكلام فى جوازه فان وحدة العقد تمنع عنه ولا تبقى مجالا لتحقق الاختلاف و طريانه و منشاء ذلك كون

الخيار حقاً متعلقاً بالعقد تابعاً له فى الوحدة والتعدد . و مع وحدة العقد يكون واحداً و مع تعدده يكون متعدداً واذا فرض وحدة العقد يكون الخيار واحداً فليس لذى الخيار (ح) حقان حتى يأخذ باحدهما ويسقط الاخر: و تحليل العقد بالقياس الى اجزاء المبيع ووقوع كل جزء منه بازاء جزء مما يحاذيه من الثمن لايوجب تعدد العبد مالم تحقق احدى الجهتين الموجبتين للتعدد ،، و نفس التبعيض في الخيار وان كان اختلافاً طارياً موجباً للتعدد الا انه لايجوز حتى يصير منشاء للتعدد هذا فى باب الخيار و الصفقة الواحدة .

و اما جواز التبعيض فى الاجازة فى المورد المذكور . فلان الاجازة ليست حقاً مترتباً على العقد الفضولى نظير الخيار : بل هو حكم مترتب على سلطنة المالك على ماله كما تقدم فى التنبيه الرابع :فكما ان له ان يبيع بعض ماله او كله فله ان يجيز البيع الواقع على تمام ماله او على بعضه: ويرد الواقع على بعض الاخر فليست الاجازة حقاً مترتباً على العقد حتى تكون فى الوحدة و التعدد تابعة لوحدة العقد و تعدده: بل هى حكم مترتب على السلطنة تكون حالها كحال سلطنة المالك على مباشرة البيع بنفسه فكما ان له بيع ماوقع عليه عقد الفضولى كلاً و بيع كل جزء من اجزائه بالمباشرة: كذلك يكون له اجازة البيع الصادر عن الفضولي : اواجازة بيع كل جزء جزء ،،و ذلك بعد فرض تحليل بيع المجموع بالمجموع الى بيع كل جزء من المثمن بما يحاذيه من الثمن : ولايمنع وحدة العبد عن ايقاع ذاك التبعيض فى الاجازة لعدم تبعيتها للعقد حتى يمنع بوحدة العقد . نظير ما تقدم فى الخيار . ومع عدم منع وحدة العقد عنه وعدم مانع آخر فى البين .يتحقق التبعيض فيكون اختلافاً طارياً موجباً لتعدد العقد : فالعقد الفضولى صار متعدداً لكن بنفس

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

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

واما بالنسبه الى الشرط. فاما ان يكون مخالفة الاجازة مع العقد فى الشرط بعدم اجازة شرط مذكور فى ضمن العقد او باجازة العقد مشروطاً بشرط غير مذكور في ضمنه وعلي التقديرين، فاما يكون الشرط على المجيز او يكون على الاصيل فهنا صور (الاولى) فيما اذا اجاز العقد دون الشرط و كان الشرط على الاصيل، ولا اشكال فى جوازه لارجاعه الى اسقاط الشرط فان له ان يطالب الاصيل بالشرط كما ان له اسقاطه: ولا فرق فى صحة الاسقاط بين ما اذا كان سقوطاً بعد الثبوت او كان بما يوجب عدم الثبوت. كما اذا كان ايجاب البايع مثلا متضمنا لشرط على نفسه للمشترى: ويقبله المشترى بلا شرط حيث ان مرجعه الى اسقاطه: ومانحن فيه من هذا القبيل: بل ينبغي اخراج هذه الصورة عن صور مخالفة الاجازة مع العقد كما لا يخفى

الثانية ان يكون الشرط على المالك المجيز للاصيل كما اذا باع الفضولى شروط على مالك المبيع امراً للمشتري فاجاز المالك البيع دون الشرط فهل تصح اجازته مطلقاً من غير ثبوت شيئ للمشترى: او تبطل مطلقاً: ولا يصح البيع اصلا او تصح ويثبت الخيار للمشترى بواسطة عدم سلامة الشرط له (وجوه) اقواها الاخير و ليعلم ان هاهنا مسائل متحدة من حيث الملاك (اوليها) مسئلة تعذر الشرط، والمختار فيها عند الاصحاب هو صحة العقد

و ثبوت الخيار للمشروط له بل لم ينقل فيه قول ببطلان العقد بواسطة تعذر الشروط (وثانيتها) مسئلة فساد الشرط وقد وقع فيها الخلاف على اقوال، القول بصحة العقد مطلقاً و القول بفساده (كك) و القول بصحته مع ثبوت الخيار للمشروط له كما في صورة تعذر الشرط : وهذا هو الاقوى لما نبين وجهه فى صورة التعذر لاتحاد الملاك فيها بل ينبغى عدم الخلاف فى صورة فساد الشرط كما لم يكن خلاف فى صورة تعذره .

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

بباب الخيار أيضاً زائداعماتقدم

و بالجملة فالاولى (ح)جعل العنوان فى تفكيك الاجازة بين الشرط والمشروط ثم تقسيمه الى ماكان الشرط عبارة عن شرط الانضمام المذكور ضمنا والى غيره من الشروط الصريحة فى العقد ،،وعلى اى تقدير فحال هذا الشرط أيضاً كحال تعذر الشرط . فى كون الاقوى صحة العقد معه مع ثبوت الخيار للمشروط له ،، اذا تبين ذلك . فنقول التحقيق فى المـوارد الثلث يقتضى الحكم بصحة البيع و ثبوت الخيار للمشروط له ،، اماصحة البيع . فلعدم مايوجب فساده بواسطة تعذر الشرط . اوفساده .اوعدم اجازته،، و ذلك لان الشرط وان كان له دخل فى تحقق المعاملة ويكون له قسط من الثمن : الاانه لم يقع في متن العقد بازاء الثمن : بل المعاملـة و الالتزام العقدى وقع بين الثمن والمثمن ،، والمفروض سلامتهما : فلا موجب لبطلان المعاملة بواسطة فقدان الشرط من ناحية تعذره اوفساده اوعدم اجازة المالك اياه ،، واما ثبوت الخيار للمشروط له فلانه التزم بواجد الشرط ولم يرض بفاقد. ومقتضى عدم سلامة الشرط له مع كون المبيع هوهو ، ثبوت الخيار له كمافى مورد تخلف الشرط والوصف كمالايخفى

الصورة الثالثة ان يزيد المجيز شرطا على الاصيل و هل تصح الاجازة مع الشرط اوتصح هي ويلغو الشرط اوتبطل الاجازة مع الشرط كليهما (وجوه) اقواها الاخير ؛ ، و توضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) انه يحتمل ان يكون هذا الشرط من الشروط المذكورة فى ضمن العقد،، وذلك لكون الاجازة بمنزلة عقد المالك نفسه . ويكون تأثيره متوقفا عليها فالشرط المذكور فى ضمنها يكون نظير الشروط المذكورة فى ضمن القبول اذارضى الموجب به و دليل وجوب الوفاء بالشرط عام . يشمل ماكان في

ضمن العقد. او بين الايجاب والقبول . او بين العقد والاجازة . او ماكان ابتدائيا محضاً : خرج منه الاخير . وهو الشروط الابتدائية المحضة . ويبقى الباقى تحت العموم : و لكنه احتمال ضعيف ، و ذلك لان العقد تم بين الفضولى و بين الاصيل بلاذكر من الشرط فيه . والاجازة تنفيذ للعقد الواقع منهما لا انهامتمم لوقوعه . فالشرط المذكور فى ضمنها لايكون شرطافى ضمن العقد وكذا الشرط المذكور بين الايجاب والقبول : اذالعقد عبارة عن مجموع الالتزامين لاخصوص احدهما فهو فى كلاالمقامين من الشروط الابتدائية كمالايخفى .

الامر الثانى ان الوجه فى اخراج الشرط الابتدائى عن حكم وجوب الوفاء امايكون قيام الاجماع على اخراجه ، و ذلك عند فرض عموم دليل وجوب الوفاء به لكل شرط : واما لاجل قيام الدليل على اخراج الشروط البدوية المحضة : واما لاجل عدم عموم لدليل وجوب الوفاء مثل المومنون عند شروطهم لماعدى الشرط المذكور في ضمن العقد لكون الشرط عبارة عن التزام في ضمن التزام لا مطلق الالتزام ، ، فعلى الاولين يكون الشرط المذكور فى ضمن الاجازة واجب الوفاء وذلك لعدم اجماع اودليل دال على اخراجه ، وعلى الاخير . فلايجب الوفاء به لكونه من الشروط التي لم يدل الدليل على لزومه بعد تخصص الدليل بالشرط الضمنيه ، لكن المشهور على الاخير، وهو المعول، وعليه فلايكون الاصيل ملزما بالوفاء بهذا الشرط لعدم ملزم له ويكون حاله حال البهة فى كونها جايزة اذالم يكن ملزم لها و (ح) يقع الكلام فى صحة الاجازة بدون الشرط نظير الشرط الفاسد المذكور فى ضمن العقد ، حيث قلنا انه لايفسد العقد بل يقع العقد صحيحا بدون الشرط غاية الامر ثبوت الخيار للمشرط له، اوفسادها لانه اذالغي

الشرط لغى المشروط لكونه التزاما واحداً ولم يصدر من المجيز التزامان احدهما في ضمن الآخر : فلايقاس بالشرط الفاسد المذكور في ضمن العقد وهذا الاخير هو الاقوى (الصورة الرابعة) ماذا زاد المجيز شرطا للاصيل علي نفسه ورضي به الاصيل ولا كلام في صحته ولكن لايصير واجب الوفاء لعدم كونه في ضمن العقد ولا يضر عدم وجوبه بصحة الاجازة كما لايخفى هذا تمام الكلام في التنبيهات المتعلقة بالاجازة والحمدلله اولا واخراً

قوله قده واما القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور (الخ) يشترط في المجيز امور (الاول) ان يكون جايز التصرف حين الاجازة بان كان جامعا لكل ما يعتبر في العاقد المالك حين صدور العقد منه من كونه عاقلا بالغا مالكا غير محجور عليه باحدي اسبابه . فلو انتفت احدها لم تصح اجازته : وهذا مما لاينبغي الارتياب فيه ويكون من القضايا التي قياساتها معها بعد تصور معنى الاجازة و كونها تنفيذاً للعقد الصادر عن الفضولي،، ضرورة ان التنفيذ لابد وان يكون ممن له اهلية الانفاذ : ولم يذكر فيه خلاف الا في خصوص الملكية ،، حيث انه لو خرج المال عن ملك المجيز بناقل ثم اجاز قيل بصحة الاجازة و كشفها عن بطلان النقل السابق ،، وذلك بناء على الكشف كما تقدم توضيحه في بيان ذكر الثمرة بين الكشف والنقل وتقدم ايضا بطلانه بما محصله استلزام الدور علي تقدير بطلان النقل السابق بالاجازة المتأخرة ،، و ذلك لان بطلان النقل المتقدم متوقف على تأثير الاجازة المتأخرة : اذ المفروض عدم وجود مانع عن تأثيره سوى الاجازة المتأخرة . وتأثر الاجازة المتأخرة ايضاً متوقف علي بطلان العقد السابق لانه مع فرض صحته : لايبقى محل لتأثيرها لكونها اجازة صادرة عن الاجنبي وهذا دور ظاهر كما لايخفى

قوله (قده)هل يشترط فى صحة العقد الفضولى (الخ)
كان الامر المتقدم في بيان اعتبار جامعية المجيز لشرائط التصرف حين الاجازة وهذا الامر فى بيان اعتبار وجود المجيز فى حال العقد : قدنقل عن العلامة (قده) اعتباره مستدلا له بانه لولاه لامتنع صحة العقد فى زمان ما و هو زمان عدم وجود المجيز : والممتنع فى زمان ممتنع دائماً و هذا الاستدلال ينحل الى صغرى : وهى ان العقد الذى لم يكن له مجيز ممتنع الصحة فى زمان عدم المجيز : والى كبرى وهى ان كلما امتنع فى زمان يمتنع دائماً و لايخفى ان كل واحدة من مقدمتيه ممنوعة : اما الاولى فلابتنائه على ان يكون اثر العقد هو حصول مضمونه حين وجوده فيكون مدلول بعت هو البيع فى الزمان المتصل بالعقد . وهذا ممنوع . بل المنشاء مرسل بالنسبة الى الزمان . لان البايع ينشأ الملكية المقيدة بالزمان : فلايكون ممتنعاً اصلاولو حين عدم وجود المجيز بل هو امر ممكن غاية الامر لم يتحقق سببه التام لتوقفه على الاجازة : واما الثانية فلانه على تقدير تسليم الصغرى فكلما ثبت امتناعه فى وقت يكون ممتنعا الى الابد ممنوع اشد المنع لعدم الملازمة بين الامتناع في وقت و بين الامتناع الى الابد

قوله قده الاولى ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة (الخ) اذا كان المالك حين العقد هو المالك حال الاجازة ولم يكن حال العقد جايز التصرف لحجره بواسطة احدى موجباته من الفلس او كون عين ماله مرهونا ونحوهما : فالكلام يقع تارة فى صحة عقده هذا ولو قلنا بصحة الفضولى ،، واخرى فى اجازة من له الحق اعنى المرتهن او الديان مثلا : وثالثة فى حكم سقوط حق من له الحق ،، اما بوفاء من عليه الحق : او باسقاط من له الحق ،، ورابعة فى ان الاسقاط او الاجازة هل يجري فيها

نزاع النقل و الكشف اولا . بل يتعين فيها النقل ،، و خامسة فى انه هل يحتاج بعداجازة من له الحق اوسقوط حقه باجازة من عليه الحق ام لافالكلام فى امور :

الاول فى صحة العقد الصادر عن المالك الذى لم يكن جايز التصرف حال العقد : والاقوى كونه كالفضولى فى كونه صحيحا متوقفا علي اجازة من له الحق كالمرتهن مثلا : وقد حكي الخلاف فى ذلك عن صاحب المقابيس (قده) وقال ببطلان العقد مستدلا له بانه منهى عنه . لكونه متعلق حق الغير فيكون باطلا ،، ولا يخفي مافيه . لان تعلق النهي به ناش عن كونه متعلق حق الغير : فيكون ايقاع العقد عليه عصيانا للغير بمعني التعدي فى حقه : واذا اجاز الغير جاز نظير عصيان العبدسيده فى النكاح ،، حيث انه لما كان عصيانا لسيده اى تعديا فى حقه لا عصيانا لله سبحانه يصح باجازته ،، و قدتقدم فى السابق معنى الحديث المبارك وانه بعد اسقاط اضافة العصيان الى السيد يدل على ان كلما كان عصيان الله سبحانه فى معاملة ناشيا عن التجاوز على حق آدمى فيها لا لمغوضية تلك المعاملة فى نفسها له تعالى تصح باجازة ذاك الذى له الحق فى تلك المعاملة فكل معاملة صدرت من المالك وكان المبيع المملوك مما تعلق به حق الغير تصح عند ارتفاع ذاك الحق عن ذاك العين:

الامر الثانى فى اجازة من له الحق لتلك المعاملة كالمرتهن مثلا ،، اعلم ان اجازة المرتهن للبيع الصادر عن الراهن ليست كاجازة المالك للبيع الصادر عن الفضولى: واذا فرض صدور بيع العين المرهونة عن ثالث فضولى غير الراهن والمرتهن فهو يتوقف على اجازة الراهن لكونه مالكا للعين و علي اجازة المرتهن لكون العين مخرج دينه ،، وله حق استيفاء دينه منها، واجازة الراهن تنفيذ لذلك البيع وموجب لاستناد البيع الصادر عن الفضولى الي

المالك. فيصير بيعه بيعه واجازة المرتهن لاتوجب استناد بيع الفضولى الى المرتهن ولايصير بها بيعه بيعه اذليس للمرتهن بيع مال الراهن وانما هو مخرج دينه بل انما اثرت اجازته فى تصحيح البيع المستند الى الراهن بسبب اجازته فاجازة الراهن تجعل بيع الفضولى بيع الراهن وكانه هو البايع بالمباشرة لكن بيعه متوقف على اجازة المرتهن ومادام بقاء حق المرتهن لامضي لبيع الراهن ويكون واقفا بسبب منع حق المرتهن، واجازة المرتهن يرفع المانع عن مضى بيعه بعد وقوفه، ورفع المانع يكون بزوال حق المرتهن : فروح اجازة المرتهن اسقاط حقه : المستلزم لمضى بيع الراهن. اذلم يكن مانع عن مضيه الاذاك الحق . واذالم يعقل مضيه مع بقاء ذاك الحق : وفرضنا ان الاجازة موجبة لمضيه فلابدان يكون الاجازة مسقطة لحقه

و الحاصل ان الصادر عن المرتهن اولا هو اسقاط الحق بانشاء الاجازة ويترتب عليه نفوذ البيع . كماانه اذالم يجز ليس ردعقد الراهن ابتداء كمايكون للمالك حق ردعقد الفضولى : بل المرتهن ياخذ بحقه ابتداء ،، ويترتب عليه بطلان العقد . لان العقد صار منشاء لانتقال المبيع علي ماكان عندالبايع الى المشترى فهو بما هوطرف حق المرتهن ينتقل الي المشترى والمشتري يتملكه بما هومعروض حق المرتهن و هذا الانتقال لايضاد مع حق المرتهن فله (ح) استيفاء حقه منه ولو كان عندالمشترى ،، و تزم استيفائه حقه هو بطلان عقد الراهن بزوال موضوعه لاان المرتهن يرد العقد ابتداء بل لااثر لرده هذا مع زوال حقه فلورد العقد ثم اسقط حقه يكون العقد صحيحا . ولا يضر بصحته سبق الرد عن المرتهن مع تعقبه بسقوط حقه بمسقط .

والحاصل ان مرجع اجازة المرتهن الى اسقاط حقه كما ان مرجع

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

الامر الرابع ان اجازة المرتهن او اسقاط حقه وماهو بمعناه هل يجرى فيه نزاع الكشف و النقل ام لا : بل يتعين القول بالنقل هاهنا ولو قلنا بالكشف في اجازة المالك لبيع الفضولى : وقد حكى عن المحقق الثاني عدم جريان الكشف في المقام . بتخيل عدم انطباق ضابط جريانه في المقام ، ولا يخفي ان ما افاده في ضابط مايجرى فيه نزاع الكشف والنقل عما لايجري فيه : وان كان حسنا في الغاية الا ان تطبيقه اى تطبيق ضابط مالايجري فيه نزاع الكشف على المقام ممنوع جداً

اما بيان ما افاده في اصل الضابط فقد تقدم مرار وحاصله ان كلما يكون وجوده تنفيذاً للعقد السابق وناظراً الى امضائه وتثبيته يكون مما يجري فيه النزاع : وكلما يكون هو بنفسه دخيلا في صحة المعاملة بلا نظر فيه الي انفاذ العقد السابق . فيتعين فيه النقل مثل القبول ومثل القبض في مثل الصرف والسلم ، حيث ان القبول ليس تنفيذاً للايجاب ولا القبض تنفيذاً للعقد و هذا ظاهر

واما بيان عدم انطباق هذا الضابط علي اجازة المرتهن ومابمعناه فيتوقف علي توضيح وجه توهم تطبيقه وهو يتوقف علي مقدمة وهي ان

الملك الموزع من حيث الكمية بين الاكثر من واحد كالشركين مثلا لو باعه الفضولي يتوقف على اجازتهما : واجازة كل واحد تؤثر في مقدار ماله من هذا المبيع . ويقع فيه نزاع الكشف و النقل بالنسبة الي ملكه ولاتكون اجازة واحد منهما نافذاً في بيع ملك الاخر من حينه ، وهذا مما لا اشكال فيه

اذا ظهر ذلك فاعلم ان المحقق الثاني (قده) جعل اجتماع الراهن والمرتهن على العين المرهونة كاجتماع الشريكين على ملك واحد فحكم بالتوزيع . غاية الامر فى الكيفية لافى الكمية : والمراد بالكيفية هي السلطنة : فا لراهن اعطي من سلطنته التي كانت له علي ماله قسطاً الى المرتهن فالمال وان لم يكن بينهما بالتوزيع . الا ان السلطنة عليه صارت كذلك ولذا تقصر سلطنة الراهن علي العين بسبب الرهن : ويكون النقصان لاجل انتقال حظ منها الى المرتهن . فبمقدار ما انتقل منها الي المرتهن : تقصر من الراهن قهرا ، و يترتب علي ذلك فروع ثلاثة (احدها) كون اجازة المرتهن وما بمعناه منشاء لانتقال ماله من السلطنة الى الراهن : نظيرما اذا باع احد الشريكين مجموع نصيبه ونصيب شريكه . ثم اشترى حصة شريكه فان الملك اعنى حصة شريكه ينتقل اليه من حين الاشتراء لا من حين بيعه مجموع النصيبين : وكذلك فى المقام بالاجازة او الاسقاط ينتقل حظ المرتهن من السلطنة الى الراهن حين الاجازة . فكما انه في بيع احد الشريكين حصته من الاخر لا يجيء نزاع الكشف و النقل فكذلك في اجازة المرتهن و(ثانيها) احتياج بيع الراهن بعد انتقال سلطنة المرتهن اليه الي اجازته كما كان بيع مجموع السلعة محتاجا الى اجازته بعد انتقال نصيب شريكه اليه (وثالثها) كون المقام من باب من باع شيئاً ثم ملك

فيجبى فى المقام مايقال فيه، وترتب الفروع الثلاثة على ما اسسه واضح الان الكلام فى صحة المبنى

والتحقيق فساده وعدم استقامته بوجه ،، وذلك لان الراهن لايعطي من سلطنته شيئا الى المرتهن وليست السلطنة قابلة للنقل والانتقال . لعدم السلطنة على نقلها وانتقالها : وان المرتهن لاسلطنة له على العين ،، حتي يكون له حظ و قسط من سلطنة الراهن وانماله حق علي العين بصيرورتها مخرجا لدينه فله ان يستوفي دينه منه الموجب لقصور سلطنة المالك بلا انتقال شيئى من سلطنته عنه الى المرتهن : فاسقاطه ليس من باب نقل سلطنة منه الى الراهن : فسقطت الفروع الثلاثة بسقوط مبناها : فلايتعين النقل فى الاجازة ومافى معناها . و لايحتاج الى اجازة الراهن بعد اجازة المرتهن ولايدخل فى باب من باع شيئا ثم ملك : ولكن الكلام يبقى بعد فى انطباق ضابط مايجري فيه نزاع النقل والكشف او ضابط مايتعين فيه النقل ،، والاقوي كون المقام من قبيل الاول . اما اذا اسقط حقه بلفظ الاجازة فواضح . لان مرجع الاجازة وان كان هو الاسقاط الاانها اسقاط بصورة تنفيذ العقد السابق . وكذا اذا كان بصورة الاسقاط او بفك الرهن حيث انهما ايضا تنفيذ ،، ومما ذكرناه ظهر تحقيق القول فى الامر الخامس وان الاقوى فيه عدم الحاجة الى اجازة من عليه الحق اعنى الراهن بعد اجازة من له الحق او اسقاط حقه

قوله (قده) اما المسئلة الاولى فقد اختلفوا فيها (الخ) اختلف فى صحة بيع من باع شيئاً ثم ملكه بالاشتراء على اقوال ثلاثة . فقيل بالبطلان : وقيل بالصحة مع عدم الحاجة الي اجازة جديدة بعد الشراء وقيل بتوقفه على اجازة جديدة بعد الشراء وسيأتي الكلام فيما يقتضيه

التحقيق من تلك الاقوال

قوله قده فظاهر المحقق (الخ) اعلم ان الاحتمالات في باب الزكوة دائرة بين ان تكون متعلقة بالعين او ان تكون حقا بالنسبة الى العين : فعلى الاول يحتمل ان يكون على نحو الاشاعة بان يكون المستحق شريكا مع المالك فى عين المال الزكوى بمقدار سهم الزكوة . او يكون على نحو الكلي فى المعين : وعلى تقدير ان تكون الزكوة حقا متعلقا بالعين . فيحتمل ان يكون مثل حق الرهانة . ويحتمل ان يكون مثل حق الجناية : ويحتمل ان يكون قسما ثالثا من الحقوق : وهذا الاخير هو مختار المحقق الثانى وعليه العمل

والفرق بين حق الرهانة و الجناية ان الحق فى الاول يتعلق بالعين بما هو ملك للمالك . ويكون متقوما ببقائه على ملكه ولازمه عدم بقائه مع انتقال العين عنه بناقل بل امايسقط الحق على فرض صحة الانتقال او يمنع الحق عن الانتقال على فرض بقائه : وفى الثانى يتعلق بالعين مع قطع النظر عن كونها ملكا للمالك ،، ولازمه بقائه على العين حيثما تذهب العين . ولذا ياخذ المجنى عليه بحقة حيثما وجدت العين ،، وحيث ان للعامل في باب الزكوة ان يسعى بها حيثما وجد العين الزكوية : فيشبه بحق الجناية : وحيث ان للمالك اداء الزكوة من مال اخر وفك عينه من تعلق حق الزكوة . فيشبه بحق الرهانة فهو (ح) حق اخر مغاير مع الحقيق ومشابه مع كل واحد منهما من وجه، هذا : واما احتمال تعلقها بالعين . فهو خلاف التحقيق مطلقا ،، سواء كان على نحو الاشاعة او على نحو الكلى في المعين »

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

اورهنه . ثم ادى الزكوة من مال اخر له فعلى احتمال ملك المستحق للعين باحدى نحويه من الاشاعة او الكلى فى المعين يدخل فى مسئلة من باع شيئا ثم ملكه . وعلى تقدير تعلق الحق بالعين باحد انحائه . من نحو حق الرهانة . او الجناية . اوقسم ثالث مغاير للقسمين : يدخل في المسئلة المتقدمة اعنى بيع الراهن للعين المرهونة . ثم اجازة المرتهن لبيعه الذى عرفت التحقيق فيها . فعلي هذا . فنظر المحقق قده فى المعتبر فى الحكم باحتياج بيع المال الزكوى الى اجازة المالك بعد اداء الزكوة الى احتمال ملك المستحق كمايظهر من تنظيره بمسئلة من باع شيئاً ثم ملك وامانظر شيخ الطائفة فى الحكم بعدم الحاجة الي الاجازة فيمكن ان يكون (كذلك) اى مع احتمال ملك المستحق للزكوة يقول بعدم الحاجة الى الاجازة فيكون في مسئلة من باع شيئا ثم ملك قائلا بالصحة. مع عدم الحاجة الى الاجازة ويمكن ان يكون لاجل احتمال تعلق الحق بالعين فيخرج (ح) عن باب من باع شيئا ثم ملك: وحيث انه لم يظهر منشاء حكمه بعدم الحاجة الى الاجازة فلايمكن استناد القول بالصحة مع عدم الحاجة الى الاجازة فى مسئلة من باع شيئاً اليه كمالا يخفى

قوله (قده) الاول انه باع مال الغير لنفسه (الخ) محصل هذا الوجه هو جريان الاشكال الجاري فى بيع الغاصب لنفسه الذى تقدم تقدم توضيحه ،، و حاصله ان البيع عبارة عن تبديل طرفى الاضافة الاعتبارية : و انتقال كل من العوضين اللذين طرف للاضافة عن مكانه الى مكان الاخر حسبما مرشرحه . فالمبيع الخارج عن ملك البايع الى ملك المشترى يقتضى ان يكون الثمن الخارج عن ملك المشترى واقعا مكانه حتى يتحقق المعاوضة ،، و اما دخول المبيع في ملك المشتري عن

البايع بازاء انتقال الثمن عن ملك المشترى الى ثالث غير البايع : فهو خارج عن حقيقة المعاوضة ،، لكن بيع الغاصب لنفسه فى المسئلة المتقدمة وبيع الفصولى في المقام لنفسه ثم اشترائه المبيع من مالكه ،، يكون كذلك : حيث ان البايع الفضولى غاصبا كان ام لا يقصد انتقال المثمن عن مالكه الى المشتري فى مقابل انتقال الثمن عن المشترى الى البايع كما هو معنى كون البيع عن نفسه : وهذا خارج عن حقيقة البيع

قوله (قده) وربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك (الخ) اى لا يجرى في المقام بعض المصححات الجارية فى بيع الغاصب لنفسه ،، وتوضيحه ان المصحح فى بيع الغاصب لنفسه انما هو ادعاء كونه مالكا وجعل نفسه مالكا ادعائيا بالغصب . فيمشى على طبق المشي المالكى بعد ذاك الادعاء فيا كل . ويبيع . ويهب . ويتلف ، كل ذلك بما هو ملك له على ذاك الادعاء فهو يبيع عن المالك غاية الامر يزعم نفسه مالكا وبيعه عن المالك حقيقى وانه هو المالك ادعائي (وبعبارة اوضح) يدعي انه المالك اى يدعى وجود خيط الملكية بينه وبين المال المغصوب ،، وعلي تلك الدعوي يخرج المال عن طرف خيطه الادعائى . و يضعه على طرف خيط المشترى وينزع طرف خيط المشترى فيضعه مكانه : فيتحقق منه حقيقة البيع بعد ذاك الا دعاء و اذا اجاز المالك يتحقق البيع عن المالك ويلغو ذاك الا دعاء ،، و نتيجة وقوع البيع مع الغاء الادعاء هو وقوعه من المالك الحقيقى

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

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

قوله قده وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية (الخ)

لا يخفى ان المالك فى بيع الغاصب لنفسه اما يجيز لنفسه او يجيز للغاصب: فان اجاز لنفسه . فيقع الاشكال المتقدم . وهو كون البيع صادراً عن الغاصب لنفسه وكيف يصير بالاجازة بيعاً عن المالك : وقد تقدم الجواب عنه . وهو كون البيع صادرا عن الغاصب للمالك مع ادعاء انه المالك : و بالاجازة يقع عن المالك ويلغي ادعاء كون الغاصب هو المالك : و ان اجاز للغاصب يقع عن المالك أيضاً ويلغى كونه عن الغاصب و بعد الغاء كونه للغاصب : ووقوع البيع للمالك تقع المطابقه بين الاجازة مع قصد البائع الغاصب . اذ هو باع للمالك . و المفروض وقوع الاجازة أيضاً للمالك ،، وعلى هذا فيصير حال بيع الغاصب كحال المقام من دون تفاوت : والمتحصل من هذا الوجه . هو عدم اندفاع الاشكال الجارى في بيع الغاصب عن المقام . بما اندفع به فى باب بيع الغاصب كما بيناه

و **يمكن ان يقال** باعتبار مالكية البائع الفضولى فيما جرت السيرة في بيعه ثم تسليمه الى المشترى بعد اشترائه عن مالكه كما في معاملة الدلالين الذين يبيعون ثم يشترون ما باعوه عن مالكه فيسلمونه الى مشتريهم،،

وذلك في مثل الاشياء المعدة فى البيع التى تكون فى عرضته بحيث يطمئن الدلال بان المالك يبيعه : فكانه يدعى نفسه مالكا . فيصدر منه بيعه : ثم يشتريه فيسلمه وفاء ببيعه الذى صدر منه قبل الاشتراء ،، وهذا مما لا باس به لولا الاخبار الواردة في النهي عن بيع ماليس عندك :فانها واردة فى مقام من باع ثم ملك ،، ولايمكن ان يجاب عنها بما اجيب عنها فى مقام التمسك فى بطلان بيع الغاصب لنفسه . فانه اجيب عنها في ذلك المقام بظهور تلك الاخبار فى مقام من باع ثم ملك : فلاتدل على بطلان بيع الغاصب :ولايخفى ان الجواب بمثل ذلك فى المقام هو ان يقال بحمل تلك الاخبار على بيع الغاصب وهذا عجيب ،، حيث لامعنى لحمل تلك الاخبار على باب من باع ثم ملك فى مقام التمسك بها على بطلان بيع الغاصب ثم حملها على باب بيع الغاصب في مقام التمسك بها على بطلان بيع ماليس عندك كما لايخفى

قوله(قده) الثانى انا حيث جوزنا بيع غير المملوك (الخ)

محصله انه لو تصورنا امكان تمشي البيع عن غير المالك لنفسه : وقلنا بانه بيع امالاجل ماتقدم من وجه التصور بالملكية الادعائية او بالتزام عدم تبديل طرفى الاضافة فى حقيقة البيع . لكن على فرض كونه بيعا لايمكن الحكم بصحته لاختلال شرائطها ، وهى رضى المالك والقدرة على التسليم: وذلك لان المعتبر فى صحة الفضولي .وان لم يكن رضا المالك وقدرته على التسليم حين العقد . بان يكون الرضا والقدرة منه حين العقد .لكنه يعتبر الرضا والقدرة من المالك حين الاجازة ولو حصلا بعد العقد بان لم يكن المالك حين العقد راضيا ولا قادرا علي التسليم ،، ولكن رضى حين الاجازة و صار قادراً على التسليم لانه البايع حقيقة ،، وفى المقام لايكون المالك حين العقد راضياً ببيع الفضولي حين الاجازة ولاقادراً على التسليم: لخروج المبيع عن ملكه

ببيعه من بايع الفضولي : فالرضا و القدرة حاصلان للبايع الفضولي الذي لم يكن مالكاً حين العقد : و المالك حين العقد ليس براض ببيع الفضولي ولا قادراً على التسليم حين الاجازة

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

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

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

والحاصل ان اعتبار قدرة المالك فى زمان العقد شيئى : و كـون المالك حين الاجازة هو المالك حين العقد شيئى آخر. فعلى تقدير التنزل عن الوجه الاول . والقول باعتبار قدرة المالك على التسليم حين العقد اذا فرضنا كون بيع الفضولى مقارنا مع هذا الشرط . وماكان قادرا حين البيع . فلا دليل على اعتبار بقائه على القدرة حين الاجازة اذا خـرج عـن المالكية ،، و الحاصل انه يعتبر ان يكون المالك قادرا على التسليم حين العقد كما يعتبر قدرته حين الاجازة : واما كون المالك القادر على التسليم حين الاجازة هو بعينه المالك القادر على التسليم حين العقد فلا دليل عليه

قوله (قده) الثالث ان الاجازة حيث صحت (الخ) لا يخفـى ان هذا الوجه مع الوجوه الاربعة الاتية الى الوجه السابع مبتن على مقدمة : وهى كون اجازة البايع الفضولى بعد اشترائه من المالك كاشفاً عن صحة بيعه من حين العقد بناء على الكشف. فيرد هذه الوجوه الاربعة (ح) بجامع واحد. ولا مدفع عنها على ذاك المبنى . وانما الجواب عن الكل . منع المبنى بالبناء على كون الاجازة كاشفا عن وقوع البيع من حين اشتراء البايع عن المالك. لا من حين ايقاع الفضولى وعلى ذلك . فيندفع الوجوه الاربعة بـانهدام اساسها كما لا يخفى ،، فالكلام (ح) يقع فى ان الاجازة اذا تعلقت بالبيع لما لا يكون المجيز مالكا حال العقد ولا يعقل ان تصير منشاء لتحقق النقل مـن حين العقد . فهل يحكم ببطلان الاجازة (ح) بناء على الكشف : لعدم امكان البناء على الكشف او يحكم بالصحة . و البناء على الكشف · بمقدار يمكن القول به و هو النقل من حين انتقال المبيع الى المجيز . كما اذا باع الفضولى ما لا يملكه المالك . و ما يملكه او آجر الفضولي داراً مثلا و كانت منفعة هذه السنة نصفها لمالك الدار و نصفها لغيره . فاذا اجاز المالك فى الفرضين . يصـح

بيع الفضولى او اجارته بالنسبة الى مايمكن صحته . فيصح بالنسبة الي ما يملكه فى الاول و بالنسبة الى القطعة من المنفعة الباقية علي ملكه فى الثانى وذلك لان الاجازة كاشفة عن وقوع الملك بالقدر الممكن من وقوعه ،، و القدر الممكن فى الفرضين . هو بيع ملك المالك . اواجارته

و يحتمل ان يقال بالبطلان . وذلك لان الاجازة انفاذ للعقد السابق وليس الكشف والنقل داخلين فى مفهومها . انما الكشف اوالنقل حكم شرعى مترتب عليها كما تقدم بيانه فى التنبيه الاول من تنبيهات الاجازة . فعلى فرض الكشف اذا كان المنكشف باطلا لاجل عدم تحقق شرطه تلغو الاجازة و اما تقطيع الملكية باعتبار استمرارها من زمان العقد الى الابد لولم ترفع برافع . والحكم بكشف الاجازة عن حصولها فى زمان يمكن حصولها . وعدم حصولها فى زمان قبله . فهو خارج عن متعلق الاجازة لانها تعلقت بالعقد الصادر عن المجيز كمالا يخفى ،، وهذا الاحتمال ليس ببعيد و سيأتى تمام الكلام فيه انشاءالله

قوله (قده) و يلزم (ح) خروج المال عن ملك البايع (الخ) يعنى بناء علي الكشف تكون الاجازة كاشفة عن دخول المبيع فى ملك من اشتراه عن البايع الفضولي حين العقد مع انه تملكه عن مالكه بعد بيعه من مشتريه فيلزم خروج المبيع عن ملك البايع الفضولى وانتقاله الى من اشتراه منه قبل دخوله فى ملكه

قوله (قده) و فيه منع كون الاجازة (الخ) حاصله ان الاجازة علي الكشف كاشفة عن خروج المبيع عن ملك الفضولي الى ملك من اشتراه حين شرائه من مالكه لاقبله لان هذا هو المقدار الممكن من الكشف فى المقام كماتقدم شرحه فلا اشكال ،، ولايخفي ابتناء

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

وفيما افاده منع . اما بالنسبة الى ماافاده فى وجود المقتضى للصحة فلما تقدم فى الاشكال من المنع عن شمول العمومات للمقام من جهة المنع عن كونه بيعا عرفيا بعد فرض كون البيع عرفا وحقيقة تبديل طرفى الاضافة على ماتقدم شرحه ، واما بالنسبة الي ماافاده في عدم المانع فلان ماذكره انما يستقيم فى مثل الاجازة . اذا وقعت فضولا بالنسبة الى زمان ملكية المالك للمنفعة وزمان لا يملكه . اعنى مجموع زمانى مالكيته و غيره . فاجاز حيث ان اجازته هذه كاشفة عن انتقال المنفعة الي المستأجر من زمان تملك المالك المجيز لها من حين العقد . ولايتم هذا فى عقد البيع : اذ ليس فيه تقطيع لملكية المبيع بالنسبة الى الازمنة المتأخرة عن العقد حتى يقال بتعلق الاجازة بقطعة منها دون الاخرى . بل العقد الواقع يقتضى الملكية على الاطلاق ، وانما استمرارها ببقائها لانه يقتضى استمرار الملكية الى الابد (وبعبارة اوضح) عقد الاجارة يورث ملكية منفعة زمان معين محدود

مذكور في العقد ،، لكن عقد البيع لايقتضي ملكية العين فى زمان معين محدود بحد قليل او كثير كما لايخفى (فح) على الكشف اما لابد من الالتزام بحصول الملك من حين البيع او ببطلان الاجازة ،، ولايصح القول بحصوله من حين انتقال المبيع الى البايع : اذ ليس في ذاك الزمان عقد تكشف الاجازة عن تأثيره : وتأثير العقد السابق فى الملكية من ذاك الحين موقوف على التقطيع فى الملكية الذى قدعرفت منعه ،، والحاصل تمامية هذا الوجه في اثبات بطلان بيع من باع ثم ملك

قوله (قده) الرابع ان العقد الاول انما صح (الخ) حاصله ان صحة العقد الاول وهو الصادر عن البايع الفضولي متوقف على اجازته : واجازته متوقفة على انتقال المبيع عن مالكه الاصلى اليه بالعقد الثانى الواقع بين المالك الاصلي وبين البايع الفضولى : وانتقال المبيع عن مالكه الى البايع الفضولى . متوقف علي مالكية المالك الاصلى حقيقة : اذلا معنى لانتقاله عنه اليه مع عدم مالكيته ،، فعلى تقدير الكشف . وكون الاجازة كاشفة عن تحقق النقل الي المشترى من الفضولي : يلزم اجتماع مالكين بالنسبة الى ملك واحد . وهو المالك الاصلي . و المشترى من الفضولى وهو محال ،، وهذا الاشكال كماترى مبتن على ما تقدم من كون كاشفية الاجازة عن تحقق النقل من حين العقد

قوله (قده) فان قلت مثل هذا لازم فى كل عقد فضولى (الخ) وذلك لان صحة النقل الي المشترى متوقفة على اجازة المالك البيع الصادر عن الفضولى : وهي متوقفة على مالكيته اذلا معنى لاجازة من ليس بمالك واقعا فعلى تقدير الكشف يلزم ان يكون المالك والمشترى كلاهما مالكين للملك وهو المحال المذكور

قوله (قده) يكفي في الاجازة ملك المالك ظاهراً (الخ) ارادابداء الفرق بين توقف اجازة المالك على ملكه في سائر المقامات و بين توقف اجازة البايع الفضولي على ملك المالك الاصلي في المقام ،، وحاصله ان مرجع اجازه المالك الى رفع اليد عن حقه : و اسقاطه للحق وهو لا يتوقف على الملك الحقيقي . بل يكفي الملك الظاهري : وهذا بخلاف اجازة البايع الفضولي حيث انها متوقفه على انتقال المبيع عن المالك الاصلي اليه المتوقف على العقد . وهو يتوقف على الملك الحقيقي الواقعي ولايكفي فيه الملك الصوري هذا

ولايخفى ان ما افاده لايرجع الى محصل . كما اورد عليه المصنف . بما محصله انه ان كان الملك الصوري كافيافي صحة اجازة المالك الاصلي . فليكن كافيا في صحة العقد الجديد والتعليل في مقام ابداء الفرق بأن مرجع الاجازة رفع اليد عن الحق : وهو لايتوقف على الملك الواقعي فاسد اذمع عدم الحق واقعا بزوال الملكية قبل الاجازة كيف يكون له حق حتي يسقط بالاجازة

قال الاستاد دامت بركاته ويمكن الفرق بين المقام و بين الاجازة في ساير المقامات بوجه اخر ،، وحاصله ان اجتماع ملكية المالك الاصيل مع المشترى من الفضولي وان كان يلزم في جميع المقامات على القول بالكشف الاان ملكية المالك الاصيل مع المشتري : فيما عدي مورد من باع ثم ملك . تكون طولية ،، حيث ان ملكية المشترى مترتبة على اجازة المالك المتوقفة على ملكه فيكون ملكان طوليان في زمان واحد (احد هما) ملك الاصيل وهو الذى يتوقف عليه الاجازة و الاخر ملك المشترى وهو الذي يتوقف على الاجازة : والمحال اجتماع الملكين العرضيين

بالنسبة الى شيئى واحد في زمان واحد . اما مع طوليتها فلا استحالة فيه اصلا هذا بالنسبة الى غير المقام ،، واما بالنسبة الى المقام فملك المشترى من البايع الفضولى مترتب على اجازة البايع الفضولي لاعلي ملك المالك الاصيل فيكون ملك المالك الاصيل مع ملك المشتري من البايع الفضولي عرضياً واجتماعهما مستحيل هكذا افيد ،، و لكنه ممنوع فان ملك المشترى الاول متوقف علي اجازة البايع الفضولى وهى متوقفة على انتقال المبيع اليه عن المالك الاصيل الموقوف على ملكه فتكون ملكية المشتري الاول الذى اشترى عن البايع الفضولى متاخراً عن ملكية المالك الاصيل بل التاخر هنا اظهر لكونه بمرتبتين ،، حيث ان ملكية المشتري متوقفة على اجازة البايع الفضولى المتوقفة علي ملكه الموقوف علي بيع المالك الاصيل منه الموقوف علي ملك المالك كما لايخفى

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

قوله قده فالاوجه لاعادته بتقرير اخر الخ لايخفي ان هذا

الاشكال مغاير مع الاشكال الثالث وان كان مشتركا معه في المبنى ،، وذلك لان النظر فى هذا الوجه الى لزوم اجتماع مالكين في زمان واحد في ملك واحد والنظر فى الوجه الثالث الى لزوم تقدم ملك المشترى الذى يتلقى الملك عن البايع عن ملك البايع ،، حيث ان ظرف حصول الملك للمشترى هو زمان العقد الاول وظرف حصول ملك البايع هو زمان العقد الثانى فالوجه الثالث مغاير مع الرابع لانه اعادة له بتقرير اخر

قوله (قده) نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام (الخ) اجتماع الملاك الثلاثة هو المالك الاصيل والبايع والمشترى اما ملكية المالك الاصيل والمشترى عن البايع الفضولى فقد ظهر وأما ملكية البايع الفضولي فلكون المفروض تلقى المشترى ملكيته عنه فيجب ان يكون هو ايضا مالكا هذا، و لايخفى مافيه فان المفروض تقدم ملك المشتري على ملك البايع كما هو المناط فى الوجه الثالث ومع قطع النظر عن استحالته وفرض حصول ملك المشترى قبل ملك البايع فلا ملك للبايع حين حصول الملك للمشترى ففرض ملك البايع مع المشترى حين عقد الفضولى رجوع الى الوجه الثالث كما لايخفى

قوله قده ثم ان ماذكره فى الفرق بين الاجازة والعقد الثانى (الخ) لايخفى ان ما افاده في نفي الفرق فى غاية الجودة . مضافا الي ان قول صاحب المقابيس . من حصول الملك الظاهرى باستصحاب ملكه السابق لايرجع الي محصل . حيث لم يعلم المراد منه . فانه ان اراد الاستصحاب الاصطلاحي اعني ابقاء الحكم السابق على زمان عقد الفضولى من جهة الشك فى بقائه لاجل الشك فى تحقق الاجازة من المالك في المستقبل

ففيه انه مقطوع البقاء قبل الاجازة لكون المفروض دخل الاجازة في زواله فهي من اجزاء علة زواله : و لذا كان الكشف الحقيقي مستحيلا و معني الالتزام به هو الالتزام بتقدم المعلول على العلة لافرض عدم دخل الاجازة في زوال ملكية المالك : وان اراد الاستصحاب اللغوي اعني جعل الملكية مصاحباً مع المالك الى زمان اجازته : ففيه انه لايوجب صورية الملكية واثبات ظاهريتها كمالايخفى :

اقول يمكن ان يقال بان مراده هو المعنى الاول ولاغبار عليه اصلا . فانه على تقدير القول بالكشف الحقيقي كما يكون بناء الاشكالات عليه يكون ملك المالك زائلا من حين العقد واقعا علي تقدير مجيء الاجازة في المستقبل علي نحو الشرط المتاخر المستحيل فمع القطع بتحقق الاجازة في المستقبل يقطع بزوال ملكية المالك حين البيع و مع الشك يستصحب بقائه كما هو الشأن عند الشك في الامور المستقبلة : وهـذا لايجرى في المقام . فان العقد الجديد الصادر عـن المالك الاصيل ليس اجازة للعقد الاول الصادر عن البايع الفضولي . حتى يكون كاشفا عـن خروج المال عن ملك المالك المجيز من حين العقد الاول . بـل هورد للعقد الاول فبا لعقد الجديد الصادر عـن المالك : يقطع بعـدم تحقق الاجازة منه بالنسبة الى العقد الاول . فيقطع ببقاء الملكية الواقعية الى زمان العقد الثانى :

قال الاستاد دامت بركاته وبعض المعاصـرين حمـل الملكية الظاهرية على الملكية التقديرية : قال دامت افاداته وهذا ايضالا يرجـع الى محصل : فانه ان اراد الملكية التقديرية علي حسب ماصورناه في غير المقام من الملك على الطريق الاعوجاجي : ففيه مع انه لاملزم له فـي

المقام موجب لاجتماع المالكين الواقعيين كمالايخفى ،، وان ارادبه فرض الملك بلاان يكون له واقعية اصلا . ففيه انه لايرجع دعواه الي محصل اصلا اذالاجازة لاتصح الاعن المالك الواقعى لاعمن يفرض ملكيته بصرف الفرض والتوهم كمالايخفى

قوله قده الخامس ان الاجازة المتاخرة لماكشفت عن صحة العقد الاول (الخ) لماكان مقتضي كشف الاجازة تملك المشترى الاول من حين وقوع عقدالفضولى فيكون العقد الثاني الواقع عن المالك الاصيل واقعاً فى ملك المشترى الاول فيحتاج (ح) الى اجازة المشترى الاول اعنى من اشتري عن البايع الفضولى للعقد الثانى اعنى الواقع عن المالك الاصيل فيلزم (ح) توقف ملكية كل من البايع الفضولى و مشتريه على اجازة الاخر فالمشتري يملك باجازة البايع بعد شرائه عن المالك الاصيل . والبايع يملك بالاشتراء عن المالك باجازة المشتري ،، و هذا مع انه من الاعاجيب يلزم منه محالان.

احدهما عدم تملك المالك الاصيل شيأ من الثمن والمثمن ،، وذلك بالنظر الى تملك المشترى للمثمن من حين العقد الاول . فيلزم ان يكون الثمن له اى للمشترى لخروج المثمن عنه هذا: ولكن الصواب جعل الثمن المأخوذ من البايع الفضولى بين المالك الاصيل والمشترى على نحو الاستقلال كماان مقتضى تواردملكيتهما علي المثمن كان كذلك : فلازم كون المثمن ملكالهما على نحو التوارد المحال كون الثمن ايضاً كذلك لاان يكون الثمن للمشترى فقط ولعل الحكم بكونه للمشترى هو لحاظ تملكه للمثمن من حين العقد الاول فقط . بلانظر الى اجتماع ملكه مع ملك البايع الى زمان العقد الثاني . فعلى هذا فيمكن الحكم بكون الثمن للمالك بلحاظ

ملكه للمثمن الى زمان العقد الثانى : بلانظر الي اجتماع ملكه مع ملك المشترى من حين العقد الاول : فالصواب هو ماذكرنا

و ثانيهما تملك المشترى الاول المبيع بلاعوض اذا كان الثمن فى العقد الثانى مطابقاً مع الثمن فى العقد الاول : وان يكون تملكه بانقص من العوض المذكور فى العقد الاول ان زاد الثمن الاول على الثمن الثانى . كما اذا كان الثمن فى العقد الاول عشرة : وفى العقد الثانى خمسة : فيصير الخمسة التى هى ثمن فى العقد الثانى للمشتري : فيقع المبيع له بالخمسة ،، وان يكون تملكه بلاعوض . ويخلص له المبيع مع اخذ زيادة أيضاً اذا كان الثمن الثانى ازيد من الاول ،، كما اذا كان الاول خمسة و الثانى عشرة : فان المشترى يأخذ المبيع وتمام العشرة التى ثمن فى العقد الثاني فيجتمع عنده المثمن والثمن مع زيادة خمسة : ولايخفي ان هذا اللازم أيضاً يكون بالنظر الى تملك المشترى من حين العقد الاول فقط ،، والافبا لنظر الي ملكية المالك بلالحاظ ملكية المشتري معه . يلزم اجتماع الثمن الاول و الثانى عنده لكون البيع الاول كالثاني واقعاً فى ملكه ،، ولكن الصواب هو اجتماع المالك و المشترى فى الثمنين لكون المبيع فى حال العقدين ملكا لهما معاً

قوله قده والجواب عن ذلك ماتقدم (الخ) و قدتقدم مافيه . وان الحق فى الاجازه بناء على الكشف هو الحكم بالبطلان فيما اذا تعذر النقل من حين العقد لا الحمل على مايمكن كما مر توضيحه

قوله قده السادس ان من المعلوم انه يكفى فى اجازة المالك و فسخه (الخ) محصله ان اجازة المالك كرده كما يمكن ان يكونا بالقول (كك) يمكن ان يقعا بالفعل . ففعل ماهو من لوازم الاجازة او الرد : اجازة . اورد : وهذا مما لااشكال فيه ،، وقد سبق القول فيه مراراً

ولايخفى ان بيع المالك الاصيل . المبيع الفضولى من البايع : من لوازم رده للبيع الصادر عن الفضولى ،، فيكون رد افعليا . ومعه فلايكون قابلا للحوق الاجازة

قوله (قده) والجواب ان فسخ عقد الفضولى (الخ) محصل جوابه ان بيع المالك الاصيل : مسقط لحقق اجازته للعقد الاول بحيث لايصح اجازته بعد بيعه ،، وكون بيعه رداً بالنسبة اليه بحيث لم يكن العقد الاول قابلا لاجازته بعده لايستلزم سقوط قابلية العقد عن ان يلحقه الاجازة ولومن المالك الثانى اذ لم يصدر من المالك الثانى ما يكون رداً للعقد الاول. فيصح منه اجازته: واذا نرض حصول الرد منه ببيعه من ثالث يكون رده ايضاً موجبا لعدم صحة اجازته بعده : لاعدم صحتها مطلقا ولومن الثالث وهكذا ،، وهذا محصل مرامه . ولايخفى مافيه

وتوضيحه ان الامر فى حقيقة البيع لايخلوعن احدانحاء فاما ان يقال بانه عبارة عن مفهوم تبديل مال بمال مع قطع النظر عن اضافة كل منهما الى محل مضاف اليه . بل صرف التبديل المفهومى : واما ان يقال بانه عبارة عن تبديل مال بمال مضاف الى محل كلى مردد بين هذا المحل اوذاك . او ذلك : فخصوصية المحل ليست مقومة لحقيقته ،، واما ان يقال بانه عبارة عن تبديل طرفى الاضافة اعنى الخيط الاعتبارى الممدود بين كل من المالكين وبين المال فالبايع يأخذ طرف تلك الاضافة اعنى المال ويجعله على طرف اضافة المشترى . ويجعل ماعلى طرف اضافة المشترى مكان ماله ،، وهذا هوالصحيح كمامر مرارا . فعلى الاولين يصح القول ببقاء حق الاجازة للمالك الثانى بعد بيع المالك الاول ،، لكن يرد عليه عدم وجه لسقوط حق اجازته بعدعود الملك اليه ،، ضرورة عدم مايوجب

سقوطه (ح) وعلى الاخير يكون بيع المالك الاصيل مبطلا لقابلية بيع الفضولى لان يلحقه الاجازة رأسالامن هذا المالك البايع ولامن مالك اخر بعده والوجه فيه ظاهر ، اذالبيع كان عبارة عن تبديل المبيع بماهوطرف الخيط الاعتبارى الذى بين المالك وبين المال والمفروض خروجه عن طرف خيطه ببيعه ومعه فلايبقى محل للاجازة لامنه ولامن غيره ، و حيث ان الاقوى فى هذه الاحتمالات الثلث هو الاخير فاللازم بطلان العقد الفضولي بتعقبه بالعقد الثانى : ولاتصح اجازته من المالك الثانى ثم على تقدير الصحة . لاوجه للتفصيل بين التفات المالك الى وقوع العقد الفضولى وبين عدم الالتفات منه اليه . فالقول بانه رد مع الالتفات وليس بردمع مع عدمه ساقط بل ان قلنا بالاحتمال الاخير يكون بيع المالك رداسواء كان ملتفتا الى عقد الفضولى ام لا ؛ وان قلنا باحد الاحتمالين الاولين فالبيع منه لايكون مبطلا لعقد الفضولى رأساً و لو مع الالتفات الى عقد الفضولى ، وبالجملة فالمدارفى القول بالبطلان وعدمه على القول بالاحتمال الاخير اواحد الاولين كما فصلناه

قوله (قده) و الجواب عن العمومات (الخ) اجاب عن الاخبار الناهية عن بيع ماليس عندك بوجوه (الاول) ما افاده بقوله انها انما تدل على عدم ترتب الاثر (الخ) ، و حاصله هوالجواب الخامس عن الاخبار التى استدل بهاعلى بطلان الفضولى :وقد تقدم تقريبه ، و محصله ان البيع الصادرعن الفضولى فاسدلا يترتب عليه الاثر وهوالنقل و الانتقال من حيث هوبيع البايع الفضولى ، ولايلزم من بطلانه من حيث هوبيعه بطلانه من حيث هو بيع المالك الاصيل باجازته : ولادليل على فساده من تلك الحيثية . و مع عدم الدليل على فساده كذلك ، يشمله العمومات الدالة على صحة البيع من غير محذور

وفى المقام نقول البيع الصادر من البايع الفضولى له جهتان ، جهة كونه عن البايع الفضولى: وجهة كونه بيع المالك المجيز اذا اجازه بعد انتقال المبيع اليه . فهو من الجهة الاولى فاسد ، ولا يلزم من فساده بتلك الجهة . فساده بما هو مسند الى المجيز . فهذه الاخبار تصير دليلا على فساد البيع فيما اذا باع ثم اشتري و لم يجز البيع الاول الذي هو مفروض البحث فى المسئلة الثانية . وسنقول فيها بالبطلان هذا محصل مرامه

ولا يخفى ما فيه لفساد قياس المقام بباب الفضولى فى ساير الموارد ، وذلك لان المالك والبايع فى غير المقام . متغاير ان حقيقة فيصح ان يلتزم بفساد البيع من حيث هو مسند الى البايع . و بصحته من حيث انه مسند الى المالك بالاجازة : وفى المقام التغاير اعتباري . اذ المالك المجيز هو البايع : ويكونا لتفاوت باعتبار اعتوار الحالات ، حيث انه قبل انتقال المبيع اليه يكون بايعا فضولياً و بعده يصير مالكا مجيزاً

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

والحاصل ان اطلاق دليل الفساد من حيث هو بيع البايع الفضولى يقتضى فساده ، ولو بعد صيرورته مجيزاً بعد كونه مالكا : و اطلاقه كك لا يقتضى فساده من حيث هو بيع المالك الاصيل : بسبب اجازته ، فما افاده

فى الجواب من الاخبار المستدل لها على بطلان الفضولى اعنى الجـواب الخامس ، وان كان فى غاية الجودة . و نهاية المتانة فى ذلك المقام .الا انه لاسبيل اليه فى مقامنا بوجه من الوجوه اصلا

قوله (قده) نعم يمكن ان يقال ان مقتضى تعليل نفى البأس (الخ) يريد ان يفصل بين دلالة هذه الاخبار التى استدل بهـا على بطلان البيع ممن باع شيأ ثم اجاز بعد الملك : بتسليم الدلالة فى مثل روايـة خالد بن الحجاج المتقدمة : و المنع فيما لايكون مساقـه ذاك المساق: و تقريب الاول ان مقتضى تقييد نفى البأس بما اذا كان المشترى مخيراً بين الاخذ والترك الدال على ثبوت البأس اذالم يكن المشترى مخيراً بل كان ملزماً على الاخذ لايجتمع مع صحة الفضولى ، حيث ان الـمشترى اصيل . يجب عليه الا لتزام بما التزم : و انما الخيار بين الاجازة و عدمها للمالك الاصيل . او البايع الفضولى بعد انتقال المبيع اليه هذا

ولا يخفى ما فيه : فانه مع قطع النظر عن ظهور الرواية فى بطلان بيع ماليس عنده من حيث الالزام والالتزام العقدى الذى فى قوة ان يقال البيع اعنى (الالزام والالتزام) ممن ليس مالكا للمبيع اذا باع بقصد ان يتملك ثم يجيز باطل : لاتدل على بطلانه لاجل كون صحته مستلزماً للزومه على الاصيل : اى لايمكن ان تجعل الرواية دليلا علـى الفساد بمعونـة ان صحته مستلزم للزومه على المشترى الاصيل : مع ان الرواية تنفى اللزوم عـن المشترى و تحكم بالبطلان لوكان المشتري ملزماً بالاخذ ، و ذلك لان تلك المعونة ليست امراً عرفياً حتى توجب ظهور الرواية فى البطلان . كيف وقد تقدم ان الالتزام بلزوم المعاملة من طرف الاصيل كان امراً خفياً اتعبنا فى اثباته باقامة البرهان : ولايمكن جعل هذا الامر الخفى منشاء لظهور

الرواية في البطلان بحسب المتفاهم العرفي كما لا يخفى

قوله قده و الحاصل ان دلالة الروايات عموما و خصوصا (الخ) ما افاده في هذا الحاصل وجه ثان في الجواب عن الاخبار ،، ومحصله ان تلك الاخبار وان كانت ظاهرة في النهي عن بيع ماليس عنده : و النهي ظاهر في ارجاعه الى ناحية المسبب الموجب للفساد . فالفساد المستفاد منها غير قابل للانكار الان معني فساده عدم ترتب الاثار عليه من النقل و الانتقال الخارجي اعني رد المبيع قبل انتقاله الى البايع واجازته الي المشترى و اخذ الثمن منه . ولا منافاة بين فساده بمعني عدم ترتب تلك الاثار عليه . والحكم بصحته بترتب تلك الاثار عليه بعد الاجازة

ولا يخفى ما فيه لان النهي بعد تسليم ارجاعه الى المسبب يدل على فقدما يعتبر وجوده في البيع : فالنهي عن بيع ماليس عنده. يدل على اشتراط كون المبيع ملكا للبايع . و مع فقد الشرط . لا يقع البيع ،، وحرمة ترتيب الاثر عليه . انما هي من جهة عدم تحققه . فهي من لوازم فساده لا انها معنى فساده كما لا يخفى: فهذا البيع بمقتضى ما سلمه من دلالة النهي الواقع في تلك الاخبار على الفساد فاسد : لاجل فقد مايعتبر فيه . و يترتب على فساده حرمة ترتيب الاثر عليه لان نفس حرمة ترتيبه عبارة عن فساده : فالمستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد هو ارشاد المخاطب بلغوية الفعل المنهي عنه : لخلل فيه (من فقد شرط او وجود مانع) المستلزم لعدم ترتيب الاثر عليه لا الارشاد الي عدم ترتيب الاثر المقصود عليه كما لا يخفى

قوله قده نعم قد يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة (الخ) اعلم ان المبيع في بيع ماليس عنده اما كلي او شخصي ففي الاول لا اشكال في صحة بيعه ثم تسليم المبيع في الخارج بعد اشتراء مصداق الكلي

و ليس شرط صحة بيع الكلى فى الذمة تحقق مصداقه عنده حين البيع اجماعاً منا . وان خالف فيه بعض من العامة ،، ووجه الجواز . عدم مايوجب المنع عنه عقلا و شرعاً اما عقلا . فلعدم مجيئ ماقلنا فى وجه بطلان بيع ماليس عنده اذا كان شخصياً اعنى عدم تحقق البيع الذى هو تبديل طرفى الاضافة على مامر فى الوجه الاول من وجوه الاشكالات المنقولة عن المقابيس ،، حيث ان طرف اضافة الكلى هو نفس البايع الذى يجعله في ذمته بنفس البيع ،، و اما شرعاً . فلان الاخبار المتقدمة المانعة عن بيع ماليس عنده بعمومها و وخصوصها لايشمل البيع الكلى ،، اما بالتخصص لوقلنا بان الكلى يكون عنده باعتبار سلطنة البايع على اعتباره فى ذمته ببيعه فيكون خارجاً عما ليس عنده . او بالتخصيص لوقلنا بانه داخل فيما ليس عنده من جهة عدم صحة اعتباره قبل البيع وانه لايكون مصداقه في ملك البايع حين البيع ومخصصه هو الاجماع على جواز بيعه ولولم يكن ماينطبق عليه منه موجوداً عند البايع : بل يبيع فى الذمة ثم يشترى و يسلم مافي ذمته بما اشتراه الى المشترى

وربما يقال بكراهته ولاوجه له بعد عدم دلالة تلك الاخبار على المنع عنه . باحدى الجهتين (من التخصص . او التخصيص) ولايمكن ابقاء بيع الكلى تحت عموم تلك الاخبار . بناء على شمولها له و عدم الالتزام بالتخصص . وحمل النهى بالنسبة اليه على الكراهة . للزوم ارادة الحرمة منه فى بيع الشخصى والكراهة فى بيع الكلي :والجمع بينهما من لفظ واحد فاسد كمالايخفى هذا بالنسبة الى البيع الكلى

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

الواردة فى المنع عن بيع ماليس عنده : كما انه يكون مشمولا للعمومات الواردة فى النهي عن بيع ماليس عنده و ظهور بعض الاخبار كروايات ابن مسلم وابن حازم المعبر فيهما بلفظة متاعا ورواية معوية بن عمار المعبر فيها بلفظ الحرير بناء على تسليم ظهورها فى بيع الكلى : اللازم حلمها على الكراهة اوعلي التقية : لايوجب حمل ما هوالظاهر منها في بيع الشخصى . كروايتى يحيى وخالدعلى الكراهة اوالتقية : اذلا ملازمة بين حمل الظاهر منها فى بيع الكلى على الكراهة او التقية وبين حمل الظاهر فى الشخصى عليهما ،، هذا مضافا الى المنع عن ظهور الروايات المتقدمة فى الكلى ،، اماصحيحة معوية بن عمار . المعبر فيها بلفظ الحرير . فظاهر حيث لادلالة فى لفظه على كون المبيع الحرير الكلى : واما لفظ متاعا المذكور فى روايتى ابن مسلم وابن حازم . فهو وان لايخلوعن اشعارفى الكلى ،، لكنه ليس بمراد قطعا : اذ ليس الغرض بيع متاع فى الجملة الجامع بين امتعة الدنيا بل المعلوم قطعا ارادة متاع خاص ،، والظاهر من قوله عليه السلام في رواية ابن مسلم ليس به بأس . انمايشتريه منه بعد مايملكه هو ثبوت البأس فيما اذاكان شرائه منه قبل مايملكه

ولااشكال فى ان البايع انما يشترى المبيع عن مالكه جزئيا (وبعبارة اخرى) الضمير فى قوله بعد ما يملكه راجع الى المتاع الشخصي وهو الذى اشتراه البايع من مالكه ثم باعه الى مشتريه بعد ماملكه فيكون البأس فى بيع هذا الذى باعه بعد ماملكه لوكان بيعه قبل ان يملكه كما لايخفى ،، وكذا قوله عليه السلام فى صحيحة ابن حازم . انما البيع بعدما يشتريه ظاهر فى كون المبيع الشخصى الذي اشتراه هو المبيع فمقتضى نفي البأس فى بيعه اذاكان بعدشرائه ثبوته اذاكان قبل شرائه : فالمتحصل من هذه

الاخبار عمومها و خصوصها . هو عدم جواز بيع ماليس عنده ثم تسليمه الى المشترى بعد اشترائه من مالكه . وليس مايوجب رفع اليد عن تلك الاخبار الظاهرة فى هذا المدعى مع كونه مطابقا مع القاعدة ايضاً لماذكرنا في تقريرات الاشكالات السابقة هذا تمام الكلام فى المسئلة الاولى

قوله (قده) ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات (الخ) محصل ما افاده فى المقام هو ان بيع البايع ماليس عنده يتصور على وجوه ثلاثة والاخبار المتقدمة الدالة على بطلانه من عموماتها مثل لاتبع ماليس عندك وخصوصاتها مثل قوله عليه السلام ولاتواجبها قبل ان تستوجبها اوتشتريها ونحوه . ممايدل على حرمة البيع قبل ان يشترى المبيع من مالكه تدل على بطلان الوجه الاول من الاقسام الثلاثة لكونه القدر المتقين منها فالاول من تلك الوجوه هو مالو باع البايع لنفسه واشترى المشترى غير مترقب لاجازة المالك اواجازة البايع بعد تملكه بل باع بيعا منجزاً مثل بيع المال الموجود عنده فيجب عليه ان يشتريه من مالكه ليقبضه الى المشترى كما كان القبض عليه واجبا لو كان عنده وهذا القسم هو المتقين من تلك الاخبار الناهية

وقد نفى الخلاف فيه العلامة في التذكرة واستدل لبطلانه بالغرر وعدم القدرة علي التسليم ايضاً. اما الغرر فللجهل بتمكنه من التسليم الي المشتري حيث لم يعلم رضاء المالك في بيعه : واما العجز عن التسليم فلعدم كونه ملكاله ولايقدر على تسليم ملك الغير الى المشترى ،، الوجه الثانى مالو تبايعا مع تعليق العقد على الاجازة واتفق تحقق الاجازة من البايع بعد تملكه او من المالك لنفسه ،، الوجه الثالث مالو كان اللزوم معلقا علي تملك البايع دون اجازته : و حكم بخروج ها تين الصورتين

عن مصب الاخبار الناهية بدعوى اختصاصها بالصورة الاولى

ولايخفى مافيه ،، اما اولا . فلانه لامعنى لهذه التصورات اصلا . اذ المنشاء لهااماهو تباني المتبايعين بان تبانيا على ان يبيعه البايع ثم يذهب ويشترى المبيع عن مالكه فيسلمه الى المشترى اوتبانيا علي ان يكون العقد موقوفا على الاجازة بمعني عدم مأخوذية البايع بقبض المبيع الى المشترى الا اذا اشتراه واجاز بيعه الصادر منه ،، اماقبله فلايكون ملزما ببيعه حتي يجب عليه الاشتراء والاجازة بعد الاشتراء : او تبانيا علي ان يكون اللزوم موقوفا علي تملكه بحيث لو ملكه عن مالكه كان بيعه لازما : ولايحتاج الى اجازته بعد تملكه . او يكون المنشاء للانقسامات الثلاث . هو جعل ذلك قيداً فى متن العقد بان يبيعه البايع مع الشرط عليه بان يشترى من مالكه فيسلمه بحيث يصير الاشتراء والتسليم واجبا عليه من قبل وجوب الوفاء بالشرط . اومقيداً على الاجازة بحيث لولاالاجازة لم يكن ملزما : اومع تقيد اللزوم بالتملك من المالك ،، و على الاول اعنى كون منشاء هذه الانقسام هو تبانى المتبايعين . فيرد عليه ان التباني لايؤثر فى شيئي اصلا بل فى جميع الاقسام لابد من الحكم بوز ان واحد اذالتباني يكون من الدواعى في ايجاد العقد :واختلاف دواعي العقدلايوجب اختلافا فى العقد كما لايخفي . فلو كان فاسدا فى الصورة الاولى: لكان فاسداً في الصورتين الاخيرتين ،، و ذلك لدعوى اطلاق الاخبار المانعة بالنسبة الى الجميع حيث ان في كل هذه الصور المختلفة باختلاف التباني والدواعى : يكون البيع مصداقا لبيع ماليس عنده كمالايخفى ،، ودعوي ظهور الاخبار فى الصورة الاولي . لاوجه له . وكون الصورة الاولى مختصة بادلة اخرى دالة علي بطلانها. مثل نفى الخلاف المحكى عن التذكرة . ومثل دليل نفى

الغرر . وعدم القدرة على التسليم : لايوجب اختصاص الاخبار الناهية ايضاً بها بل يحكم بالبطلان في جميع تلك الصور

وعلى الثانى اعنى جعل منشاء التقسيم هو تقيد العقد بالقيود : فيرد عليه ان الشرط على البايع حين العقد بقبض المبيع مطلقا . المستلزم لايجاب اشترائه من مالكه وتسليمه الى المشترى : وان كان امراً متصوراً وحيث انه مجهول يحكم بفساد العقد لاشتماله على الغرر ولعدم القدرة على التسليم مع عدم الاطمينان بحصول تملكه من المالك بايقاع المالك ماله فى معرض البيع : لكن تقييد العقد على الاجازة واللزوم على تملك البايع غير متصور

اما الاول . فلان المقصود من تقييد العقد على الاجازة . اما تقييد الانشاء . او تقييد المنشاء . و الاول غير معقول . و الثانى مما اجمع على بطلانه فى العقود ،، واما الثانى فلانه لانعقل معنى لتعليق اللزوم على التملك الاجعل الخيار مثلا للبايع ،، اذ اللزوم ليس حقا ثابتا بجعل المتبايعين . حتى يقال بجعله مطلقا : اومقيداً بحصول شيء . بل هو حكم شرعى ترتب على العقد فالمعقول من تعليقه هو جعل الخيار : ولايخفى ان جعله لايوجب صحة العقد بعد كونه مندرجاً تحت الاخبار الناهية ،، ضرورة انه بجعل الخيار لايخرج عن عموم تلك الاخبار اذ ليست الاخبار الناهية عن بيع ماليس عندك مخصصة بماعدى البيع الخيارى الذى جعل فيه الخيار قبل تملك البايع للمبيع كما هو أوضح من ان يخفى ،، و بالجملة فشيء من هذه الصور لا ينطبق على القواعد : و الحق ماقلناه من الحكم بالبطلان مطلقا لعدم قصور في دلالة تلك الاخبار المانعة اصلا

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

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

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

ولايخفى انه لاموقع لهذا الجواب فى المقام اصلا ،، و ذلك لان البيع فى المقام وقع عن المالك عكس البيع الصادر عن الغاصب :

و ليس ها هنا اعتبار ملكية احد فى البين : و لا يحتاج في تصحيح قصد البيع عن البايع بعد اسناده الى المالك الي استراق المالكية بوجه من الوجوه . فالبيع الصادر عنه المضاف الي المالك : لا يصير باجازته بيعه ،، و الغاء جهة الاضافة الى المالك موجب لفساد البيع لعدم تمشي قصده من البايع من دون تلك الاضافة (فح) الامريد وربين ان يكون البيع مضافا الى مالك كلي وهو الجامع بين المالك حال البيع و المالك حال الاجازة : اويكون مضافا الى شخص المالك حال البيع . فعلى الاول . تصح الاجازة من المالك الثانى ،، لكن تقدم فساد هذا المبنى . وكونه خارجا عن حقيقة البيع . وان حقيقته عبارة عن تبديل طرفى الاضافة الشخصية القائمة بين المال ومالكه : وعلى الثانى . فلا محيص الا عن الالتزام بالفساد ،، وهذا هو الاقوى والى ذلك اشار بقوله فتأمل

الوجه الثالث ماذا اضاف البايع البيع الي نفسه فاجازه المالك،، ففي وقوعه للمالك او بطلانه راسا (الوجهان) من عدم تمشى قصد البيع عن البايع لعدم مجيئي ماذكر فى تصحيح قصد البيع في الغاصب . فيكون باطلا . ومن احتمال تصحيحه باحتمال كون البيع هو المبادلة بين المالين من غير اضافة الى مالك اصلا . اومع اضافته الى مالك كلى على احد الاحتمالين المذكور سابقاً فيتمشى منه قصد البيع و بعد الغاء كونه عن نفسه يقع عن المالك باجازته ،، وحيث قد تقدم ضعف الاحتمالين الاخيرين فالاقوى هو البطلان . وعدم صحته للمالك باجازته

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

حيث يقع للمالك باجازته بعد الغاء حيث كونه للغاصب . و فى المقام ايضا يقال بوقوعه للمالك بعدالغاء حيث كونه للثالث . او يبطل لعدم مصحح له لاجل اعتبار كون البيع من المالك (وجوه) اقواها وقوعه عن المالك بعد فرض تمشي قصد البيع عن البايع امالاعتقاده تملك الثالث . اولاجل بنائه عليه عدو انا : الموجب لصحة صدور البيع عنه بذاك البناء ولو اشتراه الثالث من المالك و اجازه فهو داخل فى مسئلة بيع ما ليس عنده ويكون حكمه حكمه وهذا الفرع لم يذكره الاستاد دامت بركاته فى مجلس البحث

قوله قده ثم انه قد ظهر مما ذكرناه فى المسئلة المذكورة (الخ) لايخفى ان التفكيك بين المسئلتين بجعل كل مسئلة على حدة لايخلو عن فساد ،، و الصواب جعلهما مسئلة واحدة . وجعل تعقب البيع بالاجازة وعدمه من حالات البيع : ثم يبحث عن صحته وفساده ويختار احدهما . اما مطلقا . او بالتفصيل بين الحالتين

قوله (قده) فان الظاهر بطلان البيع الاول لدخوله تحت الاخبار المذكورة يقينا (الخ) لايخفي انه لايصح حمل الاخبار الناهية علي صورة عدم اجازة البايع عند تملكه المبيع ،، اذ لامعني لجعل عدم الاجازة علي النحو الشرط المتأخر منشاء لفساد البيع من حين وقوعه من ناحية النهى عنه . المقتضي لفساده : بل لابد من القول بفساده سواء اجازه البايع بعد الملك ام لا : كماهو مقتضى تلك الاخبار الناهية . اوبصحته لومنع عن دلالة تلك الاخبار علي الفساد : وعدم اجازة البايع اجنبى عن ماهو ملاك فساده وهو دلالة النهى على فساده

قوله قده و المقام مقام استصحاب حكم الخاص (الخ) كما اذا ورد

مثل (أوفوا بالعقود) وخرج عنه فرد بالتخصيص مثل البيع المشتمل على الغبن . وشك في كون الخارج هوذاك الفرد في زمان مخصوص وهو الفور اومطلقا،فانه لايتمسك (ح) في اثبات حكم العام بالنسبة الي المشكوك بالعموم بل لابد من استصحاب حكم المخصص : اذ اثبات العموم الزماني بالنسبة الى ذاك الفرد متفرع على ثبوت العموم الافرادى للعموم . والمفروض خروج هذا الفرد عن العموم الافرادي ومعه فلاينتهي الامر الي التمسك بالعموم الازمانى بالنسبة الى هذا الفرد (وبعبارة اخرى) للعام عمومان افرادي بالنسبة الي فرد وازماني في كل فرد بالنسبة الى كل زمان والعموم الازماني في كل فرد متفرع على العموم الافرادي: وكون هذا الفرد مشمولا لحكم العام . وبعد فرض خروج هذا الفرد بالتخصيص عن حكم العام لايكون للعام عموم افرادى يثبت به حكم هذا الفرد حتي ينتهى الي التمسك بالعموم الازمانى

قوله فتأمل اشارة الى ان ماافاده من كون المقام مقام استصحاب حكم المخصص فاسد ،، بل المقام مقام التمسك بالعموم نظير ماذاورد عموم مثل اكرم العلماء وكان زيد في برهة من الزمان جاهلا ثم صار عالما اذلاشك في اندراجه تحت العموم بعد تلبسه بالعلم ،، ولامجال لتوهم التمسك باستصحاب حكم عدم وجوب اكرامه في حال كونه جاهلا . وذلك لانه قبل صيرورته عالما لم يكن من افراد العام و كان خروجه عنه بالتخصص لا بالتخصيص . فلا مخصص في البين حتي يرجع الي استصحاب حكمه ،، ومانحن من هذا القبيل فان البيع الصادر عن الفضولى قبل تملكه من المالك الاصيل . ليس من افراد عموم (اوفوا بالعقود) لما تقدم مرارا من ان مقابلة الجمع بالجمع يقتضى وجوب وفاء كل احد بعقده الواقع على ملكه . و ليس العقد الواقع علي ملك شخص متعلقا لوجوب الوفاء

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

قوله (قده) مضافا الى معارضة العموم المذكور (الخ)

لايخفى انه بعد فرض جريان العموم وعدم المانع عن التمسك به عقلا و نقلا لايبقى مجال لمعارضته مع . عموم دليل السلطنة . وعموم عدم حل المال الا عن طيب النفس ،، لان لازم التمسك بالعموم : صحة البيع بالرضاء القبلي الغير المنافي مع لحوق الكراهة : وعليه فيكون رفع اليد عنه مخالفا مع سلطنة المشترى ،، و ذلك بعد فرض حصول الملك بالرضا الحاصل حين البيع وعدم الاحتياج الى الرضا المتأخر كما لايخفى

قوله (قده) المسئلة الثالثة مالو باع معتقداً لكونه (الخ)

الاحسن جعل هذه المسئلة عنوانا برأسها غير داخل في عنوان المسئلة السابقة : اذلاربط لها بمسئلة بيع ماليس عنده كما هو واضح ،، وكيف كان الذي يبيع معتقداً لكونه غير جايز التصرف : ثم يتبين كونه جايز التصرف لايخلو اما يتبين كونه مالكا او يتبين كونه وليا باقسامه من الاب . او الجد . او الوصى المنصوب من قبل احد هما . او الحاكم الشرعي لوفرض اعتقاد كونه غير جايز التصرف ،، ضرورة انه بعد فرض العلم بكونه مجتهداً يعلم بانه جايز التصرف او الوكيل . اوالعبد الماذون

وعلى كل تقدير : فاماانه يبيع عن المالك او عن نفسه فهنا صوراربع

الاولى ما اذاباع عن المالك . فانكشف كونه ولياعلى البيع ،، ولا اشكال في صحته فيما عدى العبد المأذون من الاولياء على البيع : ولزومه وعدم الحاجة الي اجازته بعد انكشاف الخلاف ،، و ذلك لكون احراز الولاية على البيع طريقيا بالنسبة الى صحة البيع . بمعنى ان المعتبر صدوره عمن هوولى سواء علم بولايته ام لا ،، وليس اعتباره من باب الموضوعية حتى يحتاج الى الاحراز : لكي يحكم بالبطلان . لاجل عدم احرازها ،،و اما العبد المأذون . فلما لم يكن قادراعلى التصرف الاباذن المولى ،، فربما يستشكل فى صحة بيعه من جهة اعتبار اذن المولى في قدرته : فيتوقف فعله على احراز القدرة المتوقف احرازها على العلم بالاذن . فمع عدم العلم به لم تكن القدرة محرزاً. ولكن الاقوى صحته ايضاً من جهة كون احراز القدرة ايضاً طريقيا يكفى نفس وجودهاالواقعي : ولولم يعلم العبد بوجودها. وعلى تقدير تسليم موضوعيته · والتزام اعتبار احرازها . فغاية مايترتب علي ذلك توقف عقده (ح) الي اجازة المولي و الاذن اللاحق ولايكون باطلا رأسا كما لايخفى ،، اذليس العبد المأذون كالصبى فى كونه مسلوب العبارة رأسا . بل وقوف معاملته انماهولاجل اناطتهاعلى اذن المولى كما لايخفى

اقول هكذا افيدوالحق عدم الفرق بين العبد المأذون وبين تصرف سائر الاولياء من الولي والوصي والوكيل في الاشكال وجوابه ،، ضرورة انه كما يتوقف قدرة العبد على اذن المولى كك تصرف الوكيل والولى والوصي يتوقف على جعل الوكالة و الولاية و الوصاية ،، و ليس احد من هؤلاءقادراًعلي التصرف مع قطع النظر عن الجعل : فان كان في بيع العبد

المأذون اشكالا من جهة اشتراط صحته باحراز القدرة . فليكن فى الجميع كذلك ، فلا وجه لاخراج ماعدى العبد المأذون عن محل الاشكال واختصاصه به كما لا يخفى

الثانية ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا او وصيا او وكيلا او مأذونا فالكلام فيه فى مقامين (الاول) فى اصل صحته ،، والظاهر انه لا ينبغى الاشكال فى صحته ،، وذلك لما عرفت فى بيع الغاصب لنفسه : حيث قلنا انه يقع للمالك ويلغى تقيد كونه لنفسه ،، والسر فى ذلك ان البيع وان كان تبديل طرفى الاضافة ولا بد من ان يكون التبديل بين الطرفين اللذين طرفان للاضافة القائمة على المال والمالك : الا انه اذا قصد البايع فيه ما يضر بتحققه يلغى ذاك القصد . ويقع مجردا عنه ، ولما كان مصحح قصد البيع عن الغاصب موجودا فى المقام . وهو البيع عن المالك . وقد انضم اليه قصد كون البايع هو المالك . ولم يكن لقصده هذا دخلا فى تحقق المعاملة . بل كانت المعاملة صحيحة بانتقال المبيع عن المالك بازاء نقل عوضه اليه : فلا جرم يكون قصد كونه عن نفسه لغوا فيقع عن المالك من غير فرق بين ان يكون البايع عن نفسه وليا او وصيا او وكيلا او عبدا ماذونا

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

وبالجملة بعد الغاء كون البيع لنفس البايع يصير حال الصورة

الثانية كالاولي بعينها كما لايخفى ،، واما مافاده فى الكتاب من ان قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوعه على الوجه المأذون (فمدفوع) بماعرفت آنفا من انه لايضر بعد عدم منافاته مع تحقق العقد : وليس نظير قصد البيع بلاثمن . او البيع عن المالك مع قصد انتقال الثمن الي غيره بان يخرج العوض عن شخص ويدخل العوض فى ملك الاخر . ومع فرض الغائه كماهو مبنى صحته . فلايبقي موقع للتوقف على الاجازة (وبعبارة اخرى) البيع المقيد بكونه للبايع وان لم يكن مأذونا لكنه فاسد لايصح بالاجازة والبيع للمالك يكون صحيحا . وهو يكون مأذوناً فيه : فلايحتاج مع الاذن فيه الى الاجازة كما لايخفى والى ماذكرنا يشير الى الامر بالتامل

الصورة الثالثة ان يبيع عن المالك ثم يكشف كونه مالكا . وهذا يتصور على قسمين (الاول) ان يبيع عن المالك ثم يتبين انه هو المالك (الثانى) ان يبيع عن ابيه مثلا باعتقاد ان اباه هو المالك ثم يتبين انه هو المالك بواسطة موت ابيه وانتقال المال اليه اذا فرض انحصار الوارث به ،، كما ان الصورة الرابعة هي ماذا باع عن نفسه باعتقاد انه لغيره ثم تبين انه لنفسه فاقسام بيع المالك على ثلاث صور : لانه اما يبيع عن المالك : او يبيع عن ابيه مثلا . اويبيع عن نفسه : والكلام فى هذه الاقسام يقع تارة فى اصل صحة بيعه ،، واخري في احتياجه الى اجازة البايع . بعد تبين كونه مالكا على تقدير صحته

اما الاول فلاينبغى الاشكال فى صحة القسم الاول اعنى ماذا باع عن المالك ثم تبين انه هو المالك ،، و ذلك لتمشى قصد البيع عنه بسبب قصد البيع عن المالك وانشائه تبديل طرفى الاضافة بين المالك والمشترى

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

اما القسمان الاخيران فقد يستشكل فى صحة البيع فيهما : اما في القسم الثانى اعنى ما اذا باع عن ابيه . فلان البايع قصد البيع عن الاب وهو لم يقع لعدم مالكية الأب . ولم يقصد البيع عن نفسه حتى يحكم بوقوعه فما يحكم بوقوعه لم يقصد . وما قصد لم يقع : واما القسم الثالث اعنى ما اذا باع عن نفسه فلما فيه من التعليق الموجب للبطلان لانه فى معنى قوله ان مات مورثى فقد بعتك : ولانه كالعابث فى مباشرة العقد لاعتقاده ان المبيع لغيره هذا

وقد اجاب المصنف قده عن الاول بان قصد الاب لا يضر فى وقوعه عن نفس البايع بعد تبين كونه مالكا . لانه انما يقصد كونه عن الاب لا بما هو اب بل بما هو مالك فبالحقيقة لم يقصد البيع الا عن المالك فيكون كالقسم الاول ،، وعن الثاني بان القصد الصورى المنجز كاف في الصحة . ولو كان القصد الحقيقى معلقا على انتقال المبيع اليه ،، ولا يخفى ما فى الجوابين معا . اما الاول فلان البايع لم يقصد البيع الا عن الاب بشخصه ويكون حيثية كون الاب مالكا تعليلية لا تقييدية .

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

بهذا الحاضر او الاقتداء بزيد الحاضر في باب الجماعة : ففي الاول يكون قصد المأموم الي الاقتداء بهذا الشخص الحاضر عمرو أكان اوزيدا، لكنه يعتقد أنه عمرو فيبان انه زيد : واذا كان زيد الذى تبين كونه اماما عادلا . تصح صلوته لاجل عدم تقيد قدوته بكونها بالعمرو بل انما اقتدى الى الشخص الحاضر: وفى الثاني يقتدى بزيد باعتقاد انه هو الامام واذا تبين انه لايكون زيداً بتطل قدوته لانه لم ينو الاقتداء الا بزيد (هذا) وكذلك الكلام فى المقام فانه تارة يقصد البيع عن المالك : لكنه يعتقد انه ابوه ، واخرى يقصده عن ابيه ويكون منشاء قصده عنه اعتقاد كونه هو المالك ، فظهر ان اعتقاد مالكية ابيه حيثية تعليلية اى صار العلم بمالكيته منشاء لقصد البيع عنه بماهو اب لا بماهو مصداق للمالك، والسر فى ذلك ان الحيثية التقييدية لايمكن الالتزام بها فى الموضوعات الشخصية مطلقا سواء كانت موضوعة لحكم وضعى او تكليفى : واذا جعل شخص موضوعا لحكم وجوبي بالنسبة الي فعل مثلا هو بنفسه يكون موضوعا ، واما العنوان المنطبق عليه مثل العالم مثلا فى مثل زيد العالم فانما هو علة لثبوت الحكم لهذا الجزئى . فقول القائل اكرم زيدا ليس فى قوة القول باكرام زيد العالم بحيث يكون زيد باعتبار حالتى العلم والفسق موضوعا لحكمين فهو باعتبار علمه يكون موضوعا لوجوب الاكرام وباعتبار فسقه موضوعا لحرمته . فيقال بمجيىء نزاع باب اجتماع الامر والنهى فيه. بل زيد هو بنفسه موضوع للحكم : وانما العلم والفسق جهتان تعليليتان: لثبوت الحكم له ولذا يكون خارجا عن باب الاجتماع ولايجوز اجتماع الحكمين فيه من غير اشكال

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

الفاسق . فاجتمع العنوانان فى شيىء واحد . فانه (ح) يقع البحث عن جواز الاجتماع وعدمه بالنظر الى ان تعدد العنوان: هل هو يوجب تعدد المعنون لكيلا يسرى الامر الى متعلق النهى وبالعكس . اولا يوجب بل يكون الشيىء الواحد المعنون بالعنوانين ماموراً به و منهيا عنه كما اوضحناه فى مسئلة الاجتماع وبالجملة فالموضوع اذا كان شخصا يكون هو بنفسه موضوعا . وانما العنوان المنطبق عليه مأخوذ على نحو التعليلية. ولذا لو اذن زيداً بدخول داره باعتقاد انه صديقه. يصح لزيد ان يدخل ولو علم بانه عدوه. اذ لم يقع الاذن على دخول الصديق بل زيد هو المأذون : وان كان اذنه بالدخول صدر عن الآذن لاجل اعتقاد انه هو صديقه،، ففى المقام ايضا يكون البايع باع عن الاب بما هو اب لا بعنوان كونه مالكا . وان كان بيعه عنه لاعتقاد كونه مالكا لكن مالكيته لا تكون عنوانا تقييديا فى البيع وهذا الذى ذكرناه على وجه الكبرى الكلية هو مختار المصنف قده : وعليه مشيه فى غير المقام . و لم يعلم وجه في ذهابه في المقام الى خلافه مع انه احدى صغرياتها هذا بالنسبة الى الجواب عن الاشكال الاول

واما الجواب الثانى فلم يعلم له محصل اصلا اذ لا نعرف معنى كون القصد بحسب الواقع معلقا وبحسب الصورة غير معلق ثم دعوى كفاية عدم التعليق فى القصد الصورى مع كون القصد الحقيقى معلقا كل ذلك شيئى لا يتحصل له معنى ،، فهذان الجوابان منه قده ليس بشيى : ولكن مع ذلك الاشكال ليس بواردا ايضا . وذلك لما فيه من الفساد اما الاول فلما تقدم مراراً من ان قصد مالا يضر قصده فى تحقق البيع لا يكون مضرا بصحته .

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

عن مقوماته ولا يضر الغائه فى تحققه وقدمر سابقا ان الاخلال بما يكون من مقوماته مثل البيع بلا ثمن ونحوه مضر باصل تحققه فى عالم الانشاء . ومالا يكون من مقوماته لا يكون الاخلال به مضراً فى صحته والاسناد الى غير المالك لا يكون مضراً في تحققه بعدان كان البايع انشاء التبديل بين المالين اي اراد وقوع العوض فى مكان المعوض الذي هو البيع ،، و بالجملة فالبيع تقوم بالعوضين و ليس اضافتهما الى المالكين معتبراً فى تحققه اذا كان العوضان شخصيئين بل ولو كانا كليين ،، و انما الحاجة فى الكلي الى الاضافة الى ذمة شخصية لاجل عدم اعتبار الكلى الا بالاضافة الى الذمة كما تقدم ،، و لاجل ماذكرناه من عدم اعتبار الاضافة الى شخص خاص فى العوضين الشخصيئين يصح البيع لو اشترى من شخص بتوهم انه زيد فبان كونه عمرواً : ولا يضر تبين الخلاف فى صحته لكون خصوصية المحل غير دخيل فى تقومه كما لا يخفى.

واما الثانى فبالمنع عن التعليق راسا بل البايع انما يبيع عن نفسه اما بفرض نفسه مالكا للمشارفة او نحو اعتبار مالكية الغاصب بلا تعليق فى بيعه لا واقعا ولا ظاهراً : فالمتحصل من هذا الامر هو صحة بيع المالك مع الجهل بكونه مالكا سواء باع عن المالك اوعن الاب اوعن نفسه .

المقام الثانى فى ان بيع المالك فى الصور الثلاث اذا تبين مالكيته هل يحتاج الى اجازته بعد تبين مالكيته مطلقا · اولا يحتاج مطلقا : او يفصل بين ما اذا باع عن المالك . او عن ابيه مثلا . فيقال بلزوم الاجازة بعده : وبين ما اذا باع عن نفسه فلا يحتاج الى الاجازة (وجوه) . قد يقال بعدم الحاجة الى الاجازة مطلقا : لان الغرض من الاجازة هو تحقق الرضا بالبيع من المالك : و تصحيح استناد العقد اليه . و المفروض ان الامرين معاً حاصلان فى المقام بنفس صدور العقد عنه · حيث انه عقد صدر

منه . فيكون مستنداً اليه و كون صدوره عنه برضاه فيكون الرضا ايضاً متحققاً فلا وجه للتوقف (ح) الى اجازته : و ليست الاجازة امراً تعبدياً حتى يقال بلزومها ولو فيما يكون الامر ان . اعنى الرضا ، و استناد العقد الى المالك متحققاً بل المنشاء لاعتبار ها فيما تكون معتبراً هو فقد الامرين المذكورين اوفقد احدهما كما لايخفى »

و التحقيق ان يقال باختلاف هذه الاقسام فى الاحتياج الى الاجازة وعدمه وفيما يحتاج منها الى الاجازة ايضا بالاختلاف فى وضوح الحاجة الى الاجازة وخفائها ،، و توضيح ذلك ان بيع المالك مع جهله بملكه اما يكون عن غيره اويكون عن نفسه : وعلى الاول . فاما ان يعين شخصا خاصا مثل ما اذا باع عن ابيه مثلا اولايعين شخصاً . بل يبيع عن المالك ،، اما اذا باع عن شخص خاص . فتبين كون البايع بنفسه مالكا . فالاحتياج الى الاجازة اظهر ،، اما اصل صحة بيعه . فلما تقدم من ان اسناد البيع الي شخص خاص و اضافته الي معين . ليس من مقوماته : و اذا تبين الخلاف . يكون لغو اساقطا ويصح البيع مجرداً عن تلك الاضافة : واما الحاجة الي الاجازة فلما عرفت سابقا فى الفرق بين بيع المكره و بين بيع الفضولي بعد اشتراكهما معافي الاحتياج الى الاجازة . في ملاك الافتقار اليها ،، وهو ان بيع الفضولي فاقد للرضا و استناد البيع الي المالك معا . ولاجل كلتا الجهتين يحتاج الى الاجازة : وبيع المكره فاقد للرضا فقط . و لاجل عدم الرضا محتاج الى الاجازة . والبيع الصادر عن البايع فى المقام باعتقاد ان المبيع ملك للغير . يكون مثل البيع الصادر عن المكره فى كونه فاقداً للرضا وان كان واجداً للاستناد الى المالك فان رضائه ببيع مال ابيه ليس رضاء منه ببيع ماله فالرضا المعاملى مع العلم بكون المبيع ملكا للغير ليس رضاء بالمعاملة بما يكون

المبيع ملكاله : والمعتبر فى صحة المعاملة هو الاخير . فيتوقف على رضاء البايع بماهو مالك الموقوف على الاجازةهذا فيما اذاباع عن شخص خاص كابيه مثلا

اما اذاباع عن المالك من غيران يعينه فى شخص خاص وان كان يعتقد مالكية شخص خاص . لكنه لايقصد كون البيع عنه . فقد نقل فى احتياجه الى الاجازة اقوال ثلاثة (احدها) عدم الحاجة اليها مطلقالافى اصل الصحة و لا فى اللزوم بل يكون كالبيع الصادر عن المالك العالم بمالكيته(وثانيها) انه كالبيع الصادر عن الفضولى فى الاحتياج الى الاجازة بمعنى انه قبل الاجازة صحيح بالصحة التأهلية و اذا تعقبه الاجازة يصح بالفعل فى مقابل ما اذاكان فاسداً لايفيده الاجازة (و ثالثها) انه صحيح بالصحة الفعلية كالبيع الخيارى فيتوقف لزومه على الاجازة

ويستدل للاول بانه بيع صادر عن المالك مع رضاء البايع بالنقل عن المالك من غير تعيين للمالك . فمن جهة الابهام فى المالك تمشيى من البايع طيب النفس بالبيع عن المالك . و لوا نطبق المالك عليه فهو راض بالبيع عن المالك مطلقا ولو كان المالك نفسه . فيكون بيعه صادرا عن المالك مع رضائه به بماهو بيع عن المالك . فلا يحتاج الى الاجازة لامن جهة تصحيح الاستناد ولا لاجل الرضا ، اما من جهة الاستناد فواضح . و امالاجل الرضاء فلثبوت رضاء البايع به . ولوكان هو المالك ، فظهر الفرق بين القسمين فان رضاء البايع بالبيع عن مالك خاص كابيه مثلا ليس رضائه به ولوكان هو المالك بخلاف رضائه بالبيع عن المالك المبهم اى مالك كان فانه رضاء بالبيع ولوكان المالك هو نفسه (ولايخفى مافيه) من الضعف وذلك لان الرضا بالعنوان الخاص لايتحقق الابعد العلم بالخصوصية : ولا

يكفي في تحققه العلم بالجامع مع الغفلة عن الخصوصية ،، ومن المعلوم اعتبار الرضاء الخاص اعني رضاء المالك بما هو مالك في صحة البيع

و توضيح هذا الجملة اما اعتبار رضاء المالك بما هو مالك . فلظهور دليل اعتبار الرضا فيه : وذلك لان قوله ﷺ لايحل مال امرء الا بطيب نفسه من ناحية اضافة المال الي المرء و تقييد حله بطيب نفس ذاك المرء الذى اضيف اليه المال : يستكشف منه ان العبرة في الحل هو رضاء صاحب المال لامطلق الرضا . واما ان تحقق رضا صاحب المال يتوقف على العلم بكونه صاحبه . فلان العنوان الخاص اذا كان مركبا من كلى و خصوصية يتوقف تحققه على العلم بتحقق كلا جزئيه ،، و ذلك كالعمد بالتكلم في الصلوة . فان عنوان العمد اليه يتحقق بالعلم بالتكلم والعلم بكونه في الصلوة : فلو تكلم عمداً لكن مع الغفلة عن كونه في الصلوة . لايصدق عليه العمد بالتكلم في الصلوة وان كان يصدق عليه العمد بالتكلم : فالتكلم عمدى لكن التكلم في الصلوة لايكون عمديا (ح)

و كالاذن باكل ماله مثلا ،، حيث انه يتوقف على العلم بكونه ماله فلو اذن في اكله معتقدا بانه لايكون ماله . و الماذون يعلم خلافه لايجوز له الاكل باذنه هذا لانه وان تحقق منه الاذن . لكنه ليس اذنا لاكل ماله لعدم العلم بكونه ماله ،، وهكذا الكلام في المقام . فان رضاء البايع ببيع ماله يتوقف على العلم بكونه ماله ومع الجهل بكونه ماله يكون الصادر منه هو اصل الرضا بالبيع ،، لكن لم يتحقق منه الرضا ببيع ماله وما هو المعتبر في الصحة انما هو رضاء المالك بعنوان كونه مالكا : وهذا متوقف على الانشاء بعد العلم بكونه مالكا . فيحتاج الى الاجازة ،، ومنه ظهر صحة القول الثاني اعني الاحتياج الى الاجازة في الصحة لا في اللزوم :

ثم ان جامع المقاصد (قده) استدل للقول الثانى . بما حاصله ان البايع انشاء النقل المتوقف علي الاجازة فلا بد من ان ينوط بالاجازة . و يمكن ان يكون مراده (قده) تعليق البايع بيعه على الاجازة حتى يكون وقوعه بلا اجازة وقوعا لما لايكون مقصوداً ، ويمكن ان يكون مراده صرف اعتقاد البايع توقف تحققه على الاجازة لاجل اعتقاد مالكية غيره فيكون وقوع البيع (ح) بلا اجازة مخالفا لما كان يعتقده البايع : ويرد على الاحتمال الاول (اولا) بان تعليق البيع على الاجازة مناف لمسلكه فى باب الاجازة من القول بالكشف . وليت شعرى كيف يتصور القول بالكشف مع تعليق مضمون العقد على الاجازة فهل هذا الا التناقض (وثانيا) بان الحاجة الى الاجازة و عدمها ليس امرا قصديا انشائيا حتى يحتاج اليها عند اناطة العقد بها . ولايحتاج اليها عند عدم اناطة العقد بها . بل هى حكم شرعي نشاء من قبل عدم جواز التصرف في اموال الناس الا برضاهم . وعدم حل اموالهم الا بطيب منهم (وثالثا) بان التعليق موجب لبطلان البيع للاجماع على بطلان العقد بالتعليق (ورابعا) بانه على فرض صحة التعليق ايضا التعليق على الاجازة تعليق على المجهول لعدم العلم بتحقق الاجازة فيكون البيع غرريا باطلا لاجل الجهالة .

ويرد على الاحتمال الثانى بان اعتقاد الاحتياج الى الاجازة لايصير منشاء للحاجة اليها : كما ان اعتقاد عدم عدم الحاجة اليها لايصير منشاء لعدم الحاجة اليها . فلو باع مال الغير عن نفسه جهلا ثم تبين انه مال غيره : اوعدوانا كمافي بيع الغاصب لاحتاج الى الاجازة قطعا . كذلك رؤية الحاجة لاتجعل المعاملة محتاجة اليها : هذا ما يتعلق بكلام جامع المقاصد وقد تبين مافيه ، ولكن فساد الدليل لايستلزم فساد المدعى فالمدعى اعني الحاجة الى الاجازة حق

كما ذكره وان كان دليله غير مستقيم:

و مما ذكرناه من الحاجة الى الاجازة يظهر بطلان العتق والطلاق لواعتق عبده اوطلق زوجته معتقدا بانه عبد غيره اوزوجة غيره : فتبين انه عبده اوزوجته ،، وجه البطلان هوعدم جريان الفضولى فى الايقاعات و بطلان مايتوقف صحته على الاجازة اللاحقة فالا يراد على من جمع بين بطلان العتق والطلاق فى الفرض المذكور و بين صحة البيع موقوفا على الاجازة (مدفوع) بانه على تقدير القول بتوقف البيع على الاجازة لامحيص عن القول بالبطلان فى العتق والطلاق كما لايخفى ،، نعم لايصح الالتزام ببطلانهما مع القول بصحة البيع بلااحتياج فيه الى الاجازة .

قوله قده ثم انه ظهر مما ذكرناه فى وجه الوقوف على الاجازة (الخ) قدتقدم ان فى البيع عن المالك مع تبين كون البايع هو المالك بالنسبة الى اناطة بيعه هذا على الاجازة كانت اقوال الاثلاثة وهي القول بعدم الحاجة الى الاجازة . والقول بالحاجة اليها نظير احتياج البيع الفضولى الى اجازة المالك والقول بالحاجة اليها فى اللزوم دون الصحة وهذا هو الذى ينقله المصنف من بعض مقاربى عصره ،، وتوضيحه يتوقف على بيان امرين (الاول) ان فى قوله عليه السلام لايحل مال امرء الابطيب نفسه احتمالين (احدهما) ان يكون المراد اناطة حل المال بطيب نفس من هو مالكه (وثانيهما) اعتبار طيب من هو مالك المال على انه مالك ،، ويترتب على الاول كفاية رضاء من هو مالك حين الرضا ولولم يعلم بانه مالك ،، ويترتب على الثاني اعتبار رضاء من هو مالك مع العلم من الراضى بانه هو المالك ،، وهذان الاحتمالان جاريان فى نظائر المقام ايضا . مثل الاذن فى اكل المال مثلا : فانه يقال ان دليل اعتبار اذن المالك فى جواز التصرف في ماله اما يدل على اعتبار اذن من

هـو مـالك ،، او يـدل علي اعتبـار الاذن مـن المـالك علـي انـه مالك : و لازم الأول كفاية اذن المالك حين الاذن و لولم يعلم بكونه مالكا . بل يأذن فى اكل مال الغير لجهله بكونه ماله : ولازم الثانى اعتبار كون الاذن ممن يعلم بكونه مالكا . و لايكفى صدوره من المالك الواقعي ولولم يعلم بمالكيته ،، وحيث ان المستفاد من دليل اعتبار الاذن والرضا هو دخل رضاء المالك بما هو مالك فى حل التصرف فى ماله لا أذنه فى مال يراه مال غيره اذا أذنه (ح) صادر عن الاجنبى عن هذا المال باعتقاده : والمستظهر من الدليل اعتبار رضاء مالك المال بعنوان انه مالك لا رضاء الاجنبى . فبمناسبة الحكم والموضوع اعنى اناطة التصرف فى مال الغير على اذن صاحبه يكون المتعين من الـدليل هـو الاحتمال الاخير ،، وعليه فـاللازم عـدم كفايـة رضاء البايع حين البيع لكونه رضاء من المالك حين الجهل بمالكيته بل يعتبر رضائـه بعد العلم بمالكيته فيحتاج الى الاجازة (ح)

فالمتحصل من هذا الامر دوران الاحتياج الى الاجازة فى الصحة و عدمه مدار تعين الاحتمال الاخير او الاحتمال الاول. فعلى الاحتمال الاخير يحتاج الى الاجازة . وعلى الاحتمال الاول لا يحتاج الى الاجازة فى اصل الصحة : فعلي تقدير الحاجة الى الاجازة فى الصحة فلا ينتهى الى التمسك بقاعدة لاضرر في اثبات الخيار وعلي تقدير عدم الحاجة اليها في الصحة بل الالتزام بالصحة مع عدم الاجازة فينتهى الامر الى التمسك فى نفى اللزوم بقاعدة لاضرر ،، فظهر ان القول باناطة اللزوم على الاجازة مبنى على الاخذ باحتمال الاول دون الاخير (الامر الثانى) ان دليل لاضرر لكونه حاكماً على ادلة الاحكام الواقعية يكون متكفلا لرفع كل حكم ضرري يلزم من وضعه الضرر وليس له شان فى اثبات وضع حكم يلزم من عدمه الضرر

اذا عرفت هذا علمت انه بناء على ما اخترناه في معنى دليل اعتبار الرضا في الحل: لاينتهي النوبة الى التمسك بلا ضرر . و بناء على الاحتمال الاخر . فلابد من ملاحظة انه هل يكون حكم مجعول يلزم منه الضرر حتي يكون دليل نفي الضرر متكفلا لرفعه ام لا، فنقول اما براد من التمسك بلا ضرر اثبات الاحتياج الى الاجازة في اصل الصحة بمعنى احراز شرطية الاجازة بقاعدة لاضرر: بتقريب ان يقال بيع المالك ماله مع الجهل بمالكيته بلا اشتراطه الى اجازته بعد تبين مالكيته ضرري فيستكشف منه جعل اشتراط الاجازة لرفع الضرر بجعله ،، و اما يراد من التمسك به رفع الصحة بمعنى ان صحة البيع الكذائي بلا اجازة المالك ضرري فيرفع الصحة بلا ضرر بلانظر الى جعل الاجازة شرطا في الصحة و اما يراد رفع اللزوم بلاضرر

لكن الاولين غيرقابلين لان يتمسك لهما بلاضرر (اما الاول) فلما عرفت من كون دليل نفى الضرر متكفلا لنفى الحكم الذي يلزم منه الضرر لالوضع مايلزم من عدمه الضرر ،، و شرطية الاجازة شيئي يلزم من عدم جعلها الضرر ولايثبت وضعها بدليل لاضرر (واما الثاني) فلان الصحة ليست حكما مجعولا حتي يلزم من وضعها الضرر بل هي امر تنتزع من واجدية الشيء لمايعتبر فيه من الاجزاء و الشرائط فالعقد الصادر عن البايع الجاهل بمالكيته لو كان واجداً لما يعتبر فيه من الاجزاء والشرائط يكون لا محالة صحيحا لا يعقل رفع صحته حتى يتكفل دليل نفى الضرر لرفعه و لولم يكن واجداً لما يعتبر فيه بناء على شرطية الرضا من المالك على انه مالك فليس بصحيح حتى يلزم من صحته الضرر ،، لكى يحتاج في رفع صحته الى دليل نفى الضرر ،، فيبقى ما يمكن التمسك فى رفعه بدليل نفى

الضرر هو اللزوم لوانتهى الامر الى التمسك به . فيكون حال المقام على تقدير صحة التمسك بقاعدة لاضرر حال الغبن بعينه : فكما ان المرفوع بالضرر في الغبن هو اللزوم فكذلك في المقام

ومنه يظهر صحة ماذهب اليه بعض معاصرى المصنف (قده) و من يقرب عصره من التمسك بلا ضرر على نفى اللزوم . حيث ان التمسك به على تقدير انتهاء الامر الى التمسك به لايصح الاعلى نفي اللزوم ،، لكن الشأن فى انتهاء الامر الى التمسك به كما اوضحناه

وعلى هذا فلايرد عليه ما او رده المصنف (قده) بقوله الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لامر راجع الى العوض والمعوض . و انما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه (الخ) : وحاصله ابداء الفرق بين ما اذا كان الضرر مترتبا لامر يرجع الي العوض والمعوض مثل الغبن ونحوه : وبين ماذا كان مترتبا لامر يرجع الى المالكين كمكون البيع عن غير البايع بتخيل انه هو المالك . فالضرر فى الاول موجب لرفع اللزوم و ثبوت الخيار بخلاف الثانى : لانه موجب لرفع الصحة ،، ولعل وجه التفرقة دعوى كون ترتب الضرر لامر يرجع الى العوضين : لايوجب انصدام شيئى فى العقد من اجزائه وشرائطه : فاذا كان العقد تا ما (مع الضرر الراجع الى العوضين) من حيث الاجزاء والشرائط فلا جرم يوجب الضرر رفع لزومه و اما الضرر المترتب لامر راجع الي المالكين . فهو يرجع الى نقصان في العقد وينهدم تماميته فيوجب رفع صحته هذا

ولايخفى مافيه لعدم تماميةما افاده (قده) من الضابط على وجه الكلية : اذ ربما يرجع الضرر الى العوضين مع انصدام فى اركان العقد . كما اذا كان الضرر للجهل بالعوض . فانه موجب للغرر فلولم يكن دليل على

بطلان البيع الغرري لكان اللازم من دليل نفي الضرر هو البطلان. مع كون الضرر راجعاً الى العوضين ،، وذلك لاشتراط العلم بـالعوضين مع قطع النظر عن الغرر ،، وربما يرجع الى المالكين . ولايوجب انصدام العقد في اركانه وشرائطه كما اذا قلنا بكون المعتبر في الرضا على المعاملة . هو رضاء المالك ببيع الوارد على ما هو ماله ولولم يعلم انه ماله بناء على احد الاحتمالين المتقدمين . فان العقد على هذا الاحتمال تام من حيث الاركان : ومع ذلك يكون الضرر راجعاً الى احد المالكين . وليس ارجاع الضرر الى المالكين مستلزماً لفقدر كن الصحة دائماحتى يقال بكونه موجباً لرفع الصحة فهذه التفرقة لا يرجع الى محصل

فان قلت بناء على ما هو التحقيق في باب السببية من انها منتزعة لامجعولة كماحقق في الاصول : الملكية في البيع مثلا . حكم وضعي شرعي مجعول عند تحقق اسبابها من الايجاب والقبول الواجدين لمايعتبر فيهما فتكون قابلة للرفع عند طرو الضرر ،، وليس مايمكن رفعه (ح) منحصراً بـاللزوم فيتم مـا افـاده المصنف مـن احراز انـاطة الصحة بـالاجازة بدليل نفي الضرر

قلت الملكية المجعولة ايضاً ليست قابلة للرفع مالم ينته الى جعل الاجازة شرطاً حتى يكون رفعها لاجل عدم تمامية اركان العقد ،، والافمع عدم دخل الاجازة في اسباب الملكية وشرائطها المقتضي لجعل الملكية تام موجود : ولولم تتحقق الاجازة اصلا فلامعنى لرفعها بل ليس رفعها (ح) مع فرض جعلها الا خلفاً كما لايخفى

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

ان الاقوى فى بيع البايع عن المالك بعدتبين مالكيته هـ والاحتياج الـى الاجازة فى اصل الصحة لاعتبار رضاء المالك فى المعاملة بعنوان انه مالك ،، و مع الغض عن ذلك و البناء علي كفاية رضاء المالك ببيع ماهو ماله و لولم يكن رضاء منه بعنوان انه مالك . فالمتعين هو الاحتياج الى الاجازة في اللزوم ،، واما القول بعدم الحاجة الى الاجازة اصلا لافي الصحة ولافى اللزوم فليس لهوجه اصلاهذاتمام الكلام فيمالو باع عن المالك فتبين انه هو المالك لاغيره

قوله (قده الرابعة ان يبيع لنفسه (الخ) هـذا هـو الصورة الثالثة من الصور الثلاث المتقدمة فى بيع المالك جهلا ،، والكلام فى هذه الصورة ايضا يجرى فى مقامين (احمدهما) فى اصل الصحة (والثانى) فـى الوقوف على الاجازة : اما الاول . فلاينبغى التأمل فى الصحة هاهنا بعد ما قويناها فى الصورة المتقدمة بل الصحة فى تلك الصورة اولى من الصورة الاولى و الثانية فان البايع في الصورتين الاوليتين يبيع عن الغير : وكانت الصحة فيهما محتاجة الي الغاء اضافة البيع الى الغير . و في هذه الصورة يكون البيع مستنداً اليه نفسه من غير حاجة الى ارتكاب تمحل اسقاط الاضافة الى الغير اصلا .

واما المقام الثانى ففى الاحتياج الى الاجازة مطلقا : او عدمـه كذلك: او التفصيل بين ما اذا كان البايع مسلطا على المبيع نظير تسلط الغاصب عليه اذا باع مال المغصوب : وبين ما اذا لم يكن مسلطا عليه بل يعتقدان المبيع ليس عنده (وجوه) صدر العبارة يشير الى الاول و هو قوله قده والوقوف علي الاجازة بمثل مامر فى الثالثة وذيلها ناظر الى الوجه الثانى وهو قوله وفى عدم الوقوف هناوجه (الخ)

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

ووجه الثانى هو بطلان الوجه الاول حيث ان المعتبر من الدليل ليس ازيد من رضاء المالك ببيع ماله بعنوان انه مالك ،، واما مسئلة تسامحه فى البيع لو اعتقد عدم مالكيته او مماكسته فيه عند العلم بمالكيته فخارج عن باب الرضا : وليس لدليل اعتبار الرضا دلالة على اعتبار الرضا المقيد بكونه من المالك المعتقد لمالكيته اذا كان الرضا منه بعنوان انه المالك (فح) ينفذ بيعه هذا من غير توقفه على الاجازة مطلقا : سواء كان مع تسلطه على المبيع نحو تسلط الغاصب ام لا

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

فيراعي في بيعه جميع ما يراعيه المالك العالم بملكه في بيعه فرضاه ببيعه هذا رضاء المالك على التصرف في ماله بعنوان انه مالك ،، واما وجه الحاجة الى الاجازة فيما اذا كان المبيع عنده و مسلطا عليه و يرى نفسه مسلطا على المبيع نحو تسلط الغاصب : فلان من لا يرى نفسه مالكا يتسامح في بيع ما عنده من مال الغير بما لا يتسامح فيه لو كان يري نفسه مالكا . فطيب النفس بالبيع عن نفسه بالنسبة الى مبيع يراه لغيره : لا يكفي عن طيب النفس في تصرفه في ماله الذى يراه ماله هذا ،، و لا يخفى ان اقوي الوجوه هو الاول: وذلك لما بتين من ان المستكشف من دليل اعتبار رضاء المالك في التصرف في ماله :اعني (لا يحل مال امرء الا بطيب نفسه) . اما بنفس ظهوره .او بمناسبة الحكم و الموضوع : هو اعتبار رضاء المالك على انه مالك بالتصرف في ماله و رضاه من لا يعلم بمالكيته . و ان كان رضاء من المالك لكنه ليس رضاء منه على انه مالك. بل رضاء منه بما هو بايع : و لا يكفي رضاه مالم يصدق عليه انه رضاء المالك ،، والسر في ذلك ان الرضى امر وجداني وصدوره عن المالك بعنوان انه مالك يتوقف على علمه بكونه مالكا . ولا يكفي صدوره عن شخص مالك واقعي و هو لا يدري بكونه مالكا ،، و بالجملة فالاقوى عدم الفرق . بين مالو باع عن المالك : و بين مالو باع عن نفسه . فعلى تقدير الحاجة الي الاجازة فيمالو باع عن المالك يحتاج اليها فيما لو باع عن نفسه بعين ذاك الملاك . فالتفصيل بينهما لا وجه له

قوله (قده) ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي (الخ) اعلم ان العقد المكره و العقد الفضولي كلاهما مشتركان . في الاحتياج الي الاجازة . وفي البطلان مع عدم

الاجازة ،، لكن يفترقان في ملاك الحكم بالبطلان مع عدم الاجازة . فالعقد المكره يبطل . لمكان اكراه المالك على العقد بواسطة دليل رفع الاثر بالاكراه و حكومة دليله على الادلة الاولية فلولا دليل رفع الاكراه لكان مقتضى ادلة البيع هو صحة بيع المكره ولزومه لكونه بيعا صادرا عن المالك بارادته غاية الامر كانت ارادته اكراهياً اي متحققة من توعيد المكره على الترك : فلولا تخصيص تلك العمومات بدليل الاكراه لكان اللازم هو الحكم بصحة بيع المكره ولزومه ،، وهذا بخلاف بيع الفضولي فانه لولا الاجازة لايكون بيعا للمالك ولامرتبطا به . ولايكون مشمولا لخطاب من الخطابات الواردة في البيع : ولامندرجا تحت دليل دال على صحته او لزومه و بعد الاجازة يصير مندرجا تحت الادلة العامة لوقلنا بكون صحته على طبق القاعدة. اوتدل الادلة الخاصة على صحته لوقلنا بكون صحته على خلاف القاعدة على الاحتمالين المتقدمين في صدر البحث عن الفضولي ،، وكيف كان ففرق بين بين عقد المكره وبين عقد الفضولي . فالقول بالبطلان في العقد الفضولي لايستلزم القول به في العقد المكره.

اذا تبين ذلك . فنقول . مانحن فيه اعني بيع المالك مع جهله بمالكيته : نظير بيع المكره في كونه بيعا صادرا عن المالك مع ارادته ورضاه فلولا ماستظهرناه من دليل اعتبار الرضاء من كون المعتبر رضاء المالك بما هو مالك لكان مقتضى الادلة العامة هو صحة بيعه ولزومه بلاحاجة الى اجازته ولكن كان المستظهر من الدليل اعتبار رضائه على انه مالك . واما بطلانه. فلاوجه له فهذا البيع صحيح ولوقلنا ببطلان الفضولي .

قوله قده الان يستند في بطلانه بما تقدم (الخ) منشاء الحكم

بالبطلان فى المقام اذا كان دليل بطلان الفضولى حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير . مع انه ليس فى المقام تصرف فى مال الغير بل انما هو تصرف فى مال نفسه . غاية الامر لمكان الجهل بكونه مالكا يدخل فى التجرى ، ، هودعوي كون العقل مستقلا في الحكم بقبح التصرف فى مال الغير فى صورة العلم او الظن بكونه مـال الغير او الشك فيه بملاك واحد : نظير حكمه بقبح الكذب الحاكم فيه بقبح اسناد مالم يعلم مستنده الى الغير ،، سواء كان مطابقا مع الواقع و هو لا يعلم به اولا : و منه حكمه بقبح التشريع . و اما لو كان العقل ذا حكمين . حكم بقبح التصرف فى مال الغير الواقعى بملاك انه ظلم . وحكم بقبح التصرف فيما لا يعلم بانه ماله بملاك وجوب التحذر عن الوقوع فى التعدى الى الغير فيختلف ملاك حكمه على الواقع مع ملاك حكمه عند الشك والظن والعلم بالخلاف فيكون حكمه فى مورد عدم المطابقة مع الواقع واقعا نفسيا وفى صورة القطع بالخلاف طريقيا من باب حكمه بقبح التجري فلا يلزم من الحكم ببطلان الفضولى لكونه تصرفا فى مال الغير واقعا الحكم ببطلان بيع مـال المالك نفسه مع الجهل بكونه مـالكا تجريـا . فان قبح التجرى طريقى لا يستلزم الحرمة النفسية التى تستتبع الفساد ،، ولعل الاقرب فى المقام هو الاخير : فعليه فالاقوى صحة البيع فى المقام ، ولو قلنا فى الفضولى بالبطلان حتى من ناحية حكم العقل بقبح التصرف فى مال الغير كما لا يخفى.

قوله (قده) الاول يشترط فيه كون جامعاً لجميع الشروط المعتبرة (الخ) اعلم ان الشروط المعتبرة فى البيع على انحاء (فمنها) ما يعتبر فى الصيغة من العربية والماضوية ونحوهما مما تقدم تنقيح الكلام فيه (ومنها) ما يعتبر فى تأثير العقد بعد تماميته من القدرة على التسليم وكون المشتري مسلما اذا كان المبيع مصحفا او عبدا مسلما و نحوهما (ومنها) ما يعتبر

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

فى العوضين من المعلومية و نحوها : لاينبغى الاشكال فى اعتبار ماكان من الشرائط شرطا للصيغة ،، اذالكلام فى الفضولى جار في العقد الذى جامع لجميع مايعتبرفيه من الشرائط عدى صدوره عن المالك . او المأذون منه وامامع فقده لمايعتبر فيه من الشرائط . مثل مااذالم يكن عربيا . بناءعلى اعتبار العربية فى العقود .فليس مورداً للبحث عن صحته بسبب الاجازة،، اذهو على تقدير صدوره عن المالك يكون ايضاً محكوما بالبطلان،، و بالجملة مورد البحث عن الفضولى هو العقد الذى لوكان صادرا عن المالك : اوالماذون فيه لكان صحيحا : اما لوكان مع فرض صدوره عنه : اوعن الماذون عنه لكان باطلا،، فهو خارج عن محل الكلام وهذاظاهر جداً : كما انه لاينبغى الاشكال في عدم اعتبار ماكان من الشرائط شرطا لتاثير العقد مثل القدرة على التسليم فان القدرة شرط فى وقت التسليم ولوكان وقت البيع عاجزاً عن التسليم و صاروقت التسليم قادراعليه : يكون كافيا فى الصحة . كما ان المعتبرفى بيع المصحف والعبدالمسلم اسلام المشترى وقت التسليم .

وانماالكلام فى شرائط العوضين اوالمتعاقدين ،، فهل يعتبر تحققها حال العقد اوحال الاجازة ، وعلى الاول فهل يعتبر بقائها الى زمان الاجازة اويكفى تحققها حال العقد ولولم تبق الى حال الاجازة (وبعبارة اخري) الشرائط المعتبرة اما راجعة الى مرحلة الانشاء بالصيغة او الي مرحلة التسليم و التسلم و هاتان خارجتان عن محل الكلام وذلك لاعتبار الاول وعدم اعتبار الثانى فى العاقد الفضولى قطعا : و اما راجعة الي مرحلة المعاملة فيكون شرطا للمعاملة بماهى معاملة : وذلك مثل مايعتبر فى المتعاقدين والعوضين وهي محل الكلام فى المقام فى انه .

هل هي معتبرة في المتعاقدين مطلقاً . او لا يعتبر مطلقا . او يفصل بين الاصيل وبين الفضولي بالقول بالاعتبار في الاول دون الاخير ، ثم على تقدير اعتبارها في الفضولي : فهل يعتبر تحققها في المجيز ايضاً ام لا . وعلى تقدير اعتبارها في المجيز . فهل يعتبر استمرارها في المجيز من حين العقد الى زمان الاجازة . او يعتبر وجودها حال العقد والاجازة معاو ان لم تكن متحققا بينهما او يكفي وجودها حال الاجازة وان لم تكن متحققا من حين العقد الى زمان الاجازة وجوه واحتمالات

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

لا يقال لاعتبار الشرائط من طرف الاصيل عند البيع وجه . حيث انه ملزم بالوفاء بالعقد من حين البيع بناء على الكشف على ما احتمله المصنف في الكتاب . و جعله ثمرة بين القول بالكشف و النقل او مطلقا حتى على القول بالنقل بناء ما قويناه سابقا من وجوب الوفاء على الاصيل حتى على النقل ، و اما اعتبارها من ناحية الفضولي فلا وجه له فانه ليس الا كالوكيل : ولا يعتبر علم الوكيل بالعوضين ولا اجتماع شرائط المتعاقدين فيه بعد فرض اتصافه بصحة الانشاء بان كان بالغا عاقلا فيصح بيعه و لو كان

مكرهاعلى الوكالة بعد فرض تحقق البيع منه اذا كان المالك راضيا بالبيع

لانه يقال كون الفضولي كالوكيل وان كان مسلماً الا انـه ليس كالوكيل في اجراء الصيغة فقط الذى هو نايب عن البايع في اجراء الصيغة بل هو كالوكيل المفوض في مثل باب المضاربة ،، و يعتبر فيه ما يعتبر في العاقدمن الشرائط : كما ان الوكيل المفوض ايضاً كذلك : والدليل علي كون الفضولي كالوكيل المفوض . هو قيام المعاملة به . و كونه مصـدرا لها ،، و انما الاجازة مصححة لاستناد المعاملة الصادرة عن الفضولى الـى المالك : فلا بد من واجدية الفضول للشرائط المعتبرة في المعاملة بماهي معاملة كما تشترط في ناحية الاصيل ،، هذا بالنسبة الى الفضول

و اما بالنسبة الى المالك المجيز .فهل يعتبر تحققهافيه املا (وجهان) من ان الاجازة مصححة لاستناد المعاملة الى المجيز : و هذه الشرائط شرائط لما يستند الى المالك بالاجازة وهي المعاملة لانها شرائط لاستناد المعاملة اليه . فلا يعتبر في الاجازة ما يعتبر في المعاملة بما هي معاملة . و من ان الاجازة وان لم تكن موجبة الا لاستناد المعاملة الى المالك . الا ان المالك بسبب الاجازة يصير طرفا للعقد ،، فكانه يصير عاقداً فيعتبر فيه (ح) مايعتبر في المتعاقدين

ويؤيده مناسبة الحكم والموضوع بالنسبة الى بعض تلك الشرائط فان اعتبار معلومية العوضين مثلا انما هو لاجل رفع الخطر في المعاملة الراجع الى المالك . فانه هو الذى يقع في الخطر مـن ناحية الجهالة : فالمناسب في اعتبار المعلومية انما هو اعتبار علم المالك الذي ينشاء من جهله الخطر ،، وعلى هذا فيمكن ان يفصل في الشرائط بين مـا اذا كان كذلك كالمعلومية فيقال فيها باعتبارها في المجيز : وبين مالم يكن كذلك.

فيقال فيها بعدم الاعتبار

لكن الكلام الكلى هو القول بالاعتبار مطلقا. سواء كان مما تقتضي المناسبة بين الحكم والموضوع اعتبارها املا ،، وذلك لان العقد وان كان قائما بالمتعاقدين الفضول والطرف الاصيل : لكن المعاملة قائمة بـالفضول والمالك المجيز معاً من طرف والطرف الاصيل من طرف آخر : لتوقف تحققها على اجازة المالك . ومع قيام المعاملة بهما معا يعتبر اجتماع الشرائط فيهما فيعتبر تحقق الشرائط فى المجيز بعين ملاك تحققها في الفضول . لكن اللازم من ذلك اعتبار الشرائط فى المالك المجيز حين الاجازة : واما اعتبارها حين العقـد او استمرارهـا من حين العقد الى حين الاجازة فليس عليه دليل اصلا .

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

قوله (قده) الثانى هل يشترط فى المجاز كونه معلوما (الخ)

الكلام تارة يقع فى اشتراط العلم بوجود العقد الفضولى . فيقال هل يشترط فى المجاز ان يكون معلوم الوجود ام تصح الاجازة معلقة على وجوده ،، واخرى يقع في اشتراط معلومية نوعه فيقال هل يشترط فى المجاز ان يعلم بكونه بيعا او صلحا او اجارة ونحوها ام يكفى اجازة ما علم اجمالا بصدوره عن الفضول ولو لم يعلم المجيز بكونه بيع دابته او اجارة داره او صلح عقاره .

اما المقام الاول فربما يقال بلزوم العلم بوجود المجاز : والا يلزم التعليق فى الاجازة وهي لمكان كونها ايقاعا غير قابلة للتعليق : وان قلنا بصحة التعليق فى العقود ولا يحتاج فى اثبات لزوم العلم به الى تمحل كون الاجازة عقداً بما فى الكتاب من كونها احد ركني العقد بحسب الحقيقة لان المعاهدة الحقيقية تحصل بين المالكين بعد الاجازة : لانه و ان كان صحيحا : الا انه تطويل لاحاجة اليه . اذ يكفى فى اثبات المدعى بالقول بكون الاجازة ايقاعا لا يقع فيها التعليق هذا .

ولكن التحقيق هو عدم اعتبار العلم بوجود المجاز : ويصح مع الجهل بوجوده . ولو مع عدم صحة التعليق فى العقد فضلا عن الايقاع : و ذلك لان المضر من التعليق هو التعليق على امر زائد عما يقتضيه نفس ذاك العقد او الايقاع .

وتوضيح ذلك ان طلاق الزوجة وعتق العبد ونحوهما من الايقاعات وبيع المالك ماله ونحوه من العقود معلق على زوجية الزوجة ورقية العبد وكون المال مالا للمالك نحو تعليق كل حكم على موضوعه فهذا المقدار من التعليق مما لا محيص عنه فى العقود و الايقاعات : وانما الكلام فيما زاد منه من التعليق على ما لا يقتضيه ذاك الايقاع او العقد فمثل تعليق الزوج والمالك طلاق الزوجة على زوجيتها وعتق العبد على رقيته : خارج عن محل البحث في التعليق ،، وان شئت فقل لا تعليق فيهما . وان شئت فقل ان هذا التعليق لا يكون مضراً : ومرجع العبارتين الي شيئى واحد . وما نحن فيه من هذا القبيل . لكونه تعليقاً للاجازة على وجود العقد الذى يتعلق به الاجازة نظير تعليق البيع على ملك المبيع و الطلاق على زوجية الزوجة

واما المقام الثانى فالحق فيه اعتبار معلومية المجاز بعينه على

تقدير وجوده ولا يصح اجازة المبهم : وذلك للغرر فانه لا يختص بالبيع وان ورد النهي عنه في البيع بالخصوص ايضا : لكن النهي عنه ليس مختصا بالبيع بل ورد النهي عنه بقول مطلق (فان قلت) الاجازة اللاحقة انما هي اذن لاحق فتكون كالتوكيل السابق . فكما انه يصح التوكيل مع عدم تعين متعلق الوكالة كالتوكيل بقول مطلق فيما يراه الوكيل مصلحة من البيع والشراء ونحوهما : فلتكن الاجازة اللاحقة الواردة على الامر المبهم ايضا صحيحا .

قلت وزان الاجازة الواردة على الامر المبهم مثل اجازة ما صدر من الفضولي الذي لا يعلم بكونه بيعا او غيره وزان التوكيل في احد الامرين المرد دبين البيع وغيره لا نظير التوكيل المطلق في جميع اموره ،، ولا اشكال في بطلان الوكالة ايضاً اذا كانت متعلقة بالمبهم وانما الصحيح منها هو الوكالة المطلقة : ولا يتصور نظيرها في الاجازة لتعلقها الى المعاملة الشخصية الخارجية التي لا يتحمل الا احديهما من البيع و نحوه : اللهم الا ان يفرض وقوع معاملات عن الفضولي من البيع و الصلح فاجاز المالك جميعها باجازة واحدة فانها تصح : لكنه خارج عن محل الفرض كما لا يخفى .

قوله قده الثالث المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير (الخ) لا يخفى ان هذا الامر اهم الامور الواقعة في بيع الفضولي . بل يمكن القول بكونه من اشكل مباحث هذا الكتاب ،، واعلم ان العقود المتعددة الواقعة على مال الغير : اما لا تكون مترتبة الا بحسب الزمان : و اما ان تكون مترتبة طولية . فالكلام يقع في مقامين (الاول) فيما اذا لم تكن العقود مترتبة الا بحسب زمان : كما اذا باع الفضولي عبد المالك من زيد ثم باعه ذلك البايع او شخص اخر سوى زيد للمشترى من الاول من عمرو ثم باعه من بكر : وهكذا . فلا يخلو اما ان يجيز المالك بيع الاول او الوسط

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

و **بالنسبة الى العقد الاول** فالعقد الاول واقع على ملك المالك مطلقا قلنا فى الاجازة الواقعة على العقد الثاني بالكشف او بالنقل لان مقتضي كشفها هو وقوع العقد الثاني من حينه ولازم القول بالنقل فيها وقوع اثر العقد الثانى من حين الاجازة ،، وكيف كان يكون زمان وقوع العقد الاول خارجاً عن زمان ملك المشترى الثانى حتي على الكشف فان كان المشتري الثاني اجاز البيع الاول يدخل فى مسئلة من باع شيء ثم ملك حيث ان اجازة البيع قبلا لملك تكون كالبيع قبله : فمن اجاز بيعا على

ملك ثم تملك ذاك المبيع يكون كمن باعه ثم ملكه فيكون حكمه حكمه ، ، هذا بناء على الكشف و اما بناء على النقل فيبطل العقد السابق على المجاز لكونه واقعا علي ملك المالك فيكون اجازته للعقد الثانى رداله كما انه ردلكل عقد متاخرعنه

اقول هكذا افيدوهو لايخلو عن شيئى والاحسن ان يقال اذا كانت العقود مترتبة بحسب الزمان فقط و اجاز المالك بعضا منها فاجازة المجاز منها لايستلزم اجازة المتاخر منه كما في اجازة العقد الواقع على المثمن فى العقود المترتبة حيث انهامستلزمة لصحة العقود المتاخرةعنه ولايتوقف علي اجازة المتقدم منه كما فى اجازة العقد الواقع على الثمن في العقود المترتبة حيث انهامتوقفةعلى اجازة العقود المتقدمةعليه بل اجازةالمجاز من تلك العقود موجبة لبطلان المتقدم و المتاخر عنه من حيث قابلية لتعلق اجازة المالك به فلا يؤثر فيه اجازة المالك هذا بالنسبة الي اجازة المالك .

و اما بالنسبة الى المشترى الذى اشترى المبيع بالعقد المجاز من المالك اذا اجاز العقود المتاخرة عن عقده اوالمتقدمة عنه فلايخلوا : امايكون اجازةبالنسبة الى العقودالمتأخرة و المتقدمة بعد صدوراجازة عقده عن المالك : اوتكون اجازته قبل اجازة المالك فهنا صور (الاولى) ان يجيز المشترى عقود المتأخرة عن عقده بعد اجازة المالك لعقده . بان تكون العقود المتأخرة عن عقده متوسطة بين عقده و بين اجازته عقده ،، والحكم فى هذه الصورة هوتأثير اجازته للعقود المتأخرة عن عقده : بناء على الكشف فان تلك العقود واقعة علي ملكه واجازته لها أيضاً واقعة بعد صيرورته مالكا للمبيع باجازة المالك ،، فيصح منه الاجازة للعقود

المتأخرة عن عقده المفروض وقوعها على ملكه من غير اشكال و اما بناء على النقل فتدخل فى مسئلة من باع ثم ملك : حيث انها كانت واقعة على ملك المالك . لكون الانتقال الى هذا المشترى من حين اجازة المالك .و كون تلك العقود متقدمة علي اجازة المالك . فلا موقع معه لاجازة المشتري اياها : ضرورة انها اجازة على العقد الواقع على ملك الغير : اذا قلنا فى بيع ماليس عنده بالبطلان . لاعتبار المالكية حين العقد ،، و اما بناء علي صحة بيع ماليس عنده . وعدم اعتبار مالكية البايع حين العقد فتصح اجازته للعقود المتأخرة عن عقده الواقعة على المبيع . و لو كانت واقعة على ملك غيره . و هو المالك

الصورة الثانية ان يجيز المشترى تلك العقود المتأخرة عن عقده قبل اجازة المالك : و حكم هذه الصورة هو بطلان الاجازة على النقل من غير اشكال ،، و اما على الكشف . فيد خل فى مسئلة من باع شيء ثم ملك : فان قلنا باعتبار صدور الاجازة عن المالك حين الاجازة فتبطل اجازته (اى المشترى) للعقود المتاخرة عن عقده قبل اجازة المالك لعقده لتوقف ملكيته علي اجازة المالك ولو علي الكشف ،، اللهم الان يقال فى الكشف بالامارية المحضة من غير توقف على الاجازة اصلا اذ (ح) يكون المشترى مالكا حين الاجازة ولو لم يعلم بمالكيته : فيدخل (ح) فى مسئلة من باع جهلا بكونه مالكا ثم علم بمالكيته : و ان قلنا بعدم اعتبار المالكية فى المجيز فله اجازة العقود المتأخرة عن عقده قبل اجازة المالك لعقده لانها واقعة علي ملكه : والمفروض عدم اعتبار المالكية فى حال الأجازة بل تصح منه الاجازة اذا صار مالكا بعدها : نظير من باع ثم ملك على تقدير القول بصحته

الصورة الثالثة ان يجيز العقد المتقدمة علي عقده بعد اجازة المالك لعقده : فان قلنا بعدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد الذى يجيزه فتصح اجازته لانه وان لم يكن مالكا حين العقد . لكنه مالك حين الاجازة ولافرق فى ذلك بين الكشف والنقل ، وان قلنا باعتبار كون المجيز هو المالك حين العقد فلا يصح اجازته سواء قلنا بالكشف اوالنقل : لانه على الكشف يملك من حين العقد الذى اجازه المالك والعقود المتقدمة على هذا العقد واقعة على ملك المالك (ح)

الصورة الرابعة ان تكون اجازته للعقود المتقدمة على عقده قبل اجازة المالك لعقده : ولا اشكال في البطلان بناء على النقل حيث ان المشترى (ح) لايكون مالكا لاحين العقد الذى يجيزه ولاحين اجازته و كذا على الكشف بناء على دخل الاجازة فى الملك المتقدم ، واما بناء علي الكشف الحقيقى والالتزام بالامارية المحضة فتكون اجازته (ح) نظير بيع المالك مع الجهل بملكيته : فيدخل فى الصورة الثالثة فان قلنا باعتبار مالكية المجيز حين العقد فتبطل اجازته : وان قلنا بعدم اعتبار مالكيته حين العقد . فتصح اجازته . لكونها صادرة عن المالك حين الاجازة : ولو لم يكن عالما بكونه مالكا حينها هذا تمام الكلام في العقود المرتبة بحسب الزمان فقط

واما المترتبة طبعا فاما تكون تلك العقود المترتبة واقعة على المثمن. كما اذا باع الفضولى ثوب زيد من عمرو ثم باعه عمرو من بكر ثم باعه بكر من خالد وهكذا . فالمبيع في تلك العقود شيئى واحد وهو ثوب زيد والبايع فيها مختلف كما مثلناه: واما تكون واقعة على الثمن كما اذا باع الفضولى ثوب زيد من عمرو بدينار ثم باع الدينار من بكر بدرهم ثم باع الدرهم من خالد بفرس وهكذا

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

فان كان الترتب فى الثمن و اجاز المالك شياء منها يصح المجاز مع ما بعده من العقود من غير حاجة الى الاجازة بناء على الكشف . و يحتاج الى اجازة المشترى الذى اجاز المالك عقده بناء على النقل و تبطل العقود المتقدمة عليه اما بطلان العقود المتقدمة فواضح . لكون اجازة العقد المتأخر رداً لها : و اما صحة العقود المتأخرة من غير احتياج الى الاجازة علي الكشف . فلان اجازة المالك تكشف عن وقوع تلك العقود على ملك المشترى الذي اجاز المالك عقده والعقد الصادر عن المشترى الذى اجاز المالك عقده كان (ح) صادرا عن المالك : فيصح من غير حاجة الي الاجازة : واما على النقل فان قلنا باعتبار مالكية المجيز حين العقد فتبطل العقود المتأخرة لكونها واقعة على ملك المالك لا ملك البايع الذى صار مالكا بالتملك عن المالك باجازته و ان قلنا بكفاية مالكية المجيز حين الاجازة ولو لم يكن مالكا حين العقد فيصح العقود المتأخرة عن العقد المجاز لكن باجازة عاقد ها بعد التملك عن المالك بالاجازة فيصير حال مشترى العقد المجاز حال المالك نفسه بالنسبة الي العقود المتأخرة فله ان يجيز كل واحد منها و اجازة كل واحد منها مستلزم لصحة ما بعده مع التوقف على اجازة المشترى فى العقد الذى اجازه :

اقول هكذا افيد لكن الحكم بصحة العقود المتأخرة بلا حاجة

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

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

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

متوقفة على صحة العقود المتقدمة عليه

و اعلم ان هذا الذي ذكرناه من ترتب العقود في سلسلة الثمن او الثمن هو الذى ذكره الفقهاء رضوان الله عليهم وحكموا فى كل سلسلة بما ذكرناه وهو واضح ، ولكن المصنف زاد على ما افادوه بازدياد صور مغلقة لاتخلو عن التعقيد ، ومحصله ان كل واحد من سلسلة المثمن و الثمن يتصور على انحاء اربعة فان العقد الوسط الذى اجازه المالك اما يكون طرفيه موافقا معه بان كانا واردين على مورده كما اذا كان المجاز هو العقد الواقع على المثمن وكان العقد المتقدم عليه و المتاخر عنه ايضاً واقعاً على المثمن و اما يكون طرفاه مخالفا معه كما اذا كان العقد المتقدم على العقد المجاز الواقع على المثمن و المتأخر عنه كلاهما واقعين على الثمن و اما يكون المتقدم عليه مخالفا معه بان كان واقعا على الثمن . لكن المتأخر موافق معه بان كان واقعاً على المثمن . او يكون بالعكس اعنى العقد المتأخر واقع على الثمن و المتقدم على المثمن ، وكذا العقد المجاز فى سلسلة الثمن اما يكون موافقا مع طرفيه : وهذا هو الذى ذكره الفقهاء فى سلسلة الثمن . او يكون مخالفاً معها: او يكون موافقاً مع العقد المتقدم . ومخالفاً مع المتأخر . او يكون بالعكس . فالعقد الوسط فى كل من سلسلة المثمن و الثمن يتصور على صور اربعة

و توضيح تلك الصور: اما اذا كان العقد الوسط واقعا على المثمن . فبان يقال اجازة العقد الواقع على المثمن مستلزم لصحة كل عقد مترتب عليه متأخر عنه طبعا سواء كان واقعاً على المثمن او كان واقعاً على الثمن

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

زيد المشتري من الفضولى من عمرو بدينارين فباعه عمرو من بكر بثلاث دنانير مثلا فاجازة المالك لبيع فرسه من زيد مستلزم لصحة بيع زيد للفرس من عمرو و بيع العمرو اياه من بكر بناء على الكشف كما هو واضح.

ومثال الثانى ما اذا باع زيد فى المثال . الفرس الذى اشتراه من الفضولى من عمرو بدينارين ثم باع الدينارين بعشرة دراهم و العمرو المشترى الفرس من زيد باع الفرس من بكر بثلاث دنانير ثم باع الدنانير من خالد بعشرين درهم مثلا ومن اشترى الفرس من عمرو باعه الى اخر بثوب مثلا ثم باع الثوب بكتاب ،، فهنا سلسلتان من العقود كلتاهما متأخران عن العقد المجاز احديهما واقعة على مال المجاز و هى العقود الواقعة على فرس المالك من زيد المشترى من الفضولى و عمرو المشترى من زيد و بكر المشتري من عمرو وهكذا ،، و الاخرى واقعة على ثمن مال المجاز وهي العقود الواقعة على الدينارين اللذين ثمن فى بيع زيد للفرس من عمر وعلي ثلاث دنانير التى ثمن فى البيع الصادر من العمرو و الثوب الذى ثمن فى البيع الصادر ممن اشتري من العمر . فهذه العقود واقعة في سلسلة الثمن . لكن فى طول العقد المجاز الواقع على المثمن : فكما ان اجازة مالك الفرس لبيع فرسه من زيد مستلزم لصحة بيع زيد الفرس من عمرو لكونه واقعاً فى ملكه: كذلك تكون مستلزما لصحة بيع زيد ثمن الفرس الذى باعه من عمرو : اذا باع ذاك الثمن من اخر ،، لأن بيع ثمن الفرس ايضا واقع فى ملكه : فيصح بعين ملاك صحة بيع الفرس نفسه واذا تراءى البيوع على هذا الثمن الذى باعه زيد بان باعه المشترى من زيد ثم باعه المشترى عن هذا المشترى يكون تمام تلك العقود صحيحة و هذا المعني اعنى تعميم

الصحة فى العقذد المترتبة علي العقد المجاز الى ما كان العقدالمترتب واقعا علي المال المجاز او على ثمنه شيئى ابداه المصنف قده و لم يكن فى عبارة الاصحاب اشارة اليه

ولايخفى انه حسن جيد لكن مشروطا بماذكرناه اعنى فرض كون العقد الواقع على الثمن من متفرعات العقد المجاز الواقع علـى المثمن بان كان العقد الواقع على الثمن ممن اشترى عن الفضولى بعد بيعه المثمن ممن اشتراه عنه وهو زيد فى المثال المتقدم الذى اشتري الفـرس مـن الفضولى فباعه بدينار ثم باع ذاك الدينار ، واما اذا لم يكن كذلك فاجازة العقد المجاز لا يستلزم اجازته كما اذا باع الفضولى الفرس من زيد بدينار ثم بـاع هـو نفسه ذاك الدينار بثوب فان اجازة بيع الفرس بالدينار لا يستلزم صحة بيع الدينار بالثوب ضـرورة ان اجازة بيع الفرس بالدينار مستلزم لصيرورة الدينار ملكا للمجيز فبيع الدينار بالثوب فضولي مثل بيع الفرس بالدينار يحتاج الى الاجازة .

ولايخفى ان اطلاق عبارة المصنف فى قوله واقعين علي مورده او بدله ان كان المراد منه ما ذكرناه اعنى العقد الواقع على البدل ممـن اشترى من الفضولى ومن يشترى من ذاك المشتري و هكذا فهو ، وان كان المراد هو الاعم منه و من العقد على الثمن من الفضولى مثلا : فيرد عليه انه ليس بجيد كما ذكرناه هذا فيما اذا كان العقد المجاز هو الواقع على المثمن

و اما الواقع على الثمن فاجازته متوقف على صحة العقود المتقدمة عليه الواقعة علي المثمن : و مستلزمة لصحة العقود المتقدمة عليه الواقعه على الثمن (مثال الاول) ما اذا باع الفضولى فرس المالك من زيد بثوب

ثم باع هوا و غيره ذاك الثوب الذي ثمن للفرس من عمرو بكتاب . ثم باع ذاك الكتاب هو او شخص اخر من خالد بدينار ،، فاجاز المالك بيع الكتاب بالدينار . فان اجازته لهذا البيع متوقف علي كون الكتاب ملكا له والاكان هو اجنبياً عن هذا البيع . وكون الكتاب ملكا له يتوقف على كون الثوب الذى بيع بالكتاب له . و هو متوقف علي اجازة بيع الفرس بالثوب وهذا ظاهر

ومثال الثانى ما اذا باع الفضولى في المثال المتقدم فرس المالك من زيد بثوب . ثم زيد المشترى باع هذا الفرس الذى اشتراه عن الفضولي من عمرو بدرهم ثم العمرو الذى اشتراه عن زيد باعه من بكر وهكذا ،، فاجازة المالك لبيع الكتاب بالدينار . متوقف على اجازة بيع الفرس بالثوب . وهو اول العقود الصادر عن الفضولي الاول : وصحته مستلزم لصحة كل بيع ورد على الفرس متفرعا على ذاك البيع من بيع زيد الذي اشترى من الفضولى والعمرو الذي اشترى من زيد والبكر الذى اشتري من عمرو و هكذا ،، فاجازة العقد الواقع علي الثمن لاينحصر اقتضائها في صحة العقود المتقدمة عليه اذا كانت واقعة علي الثمن بل موجبة لصحة كل عقد متقدم عليه تقد ماطبعيا لازمانيا ،، سواء كان واقعا على الثمن كمافى المثال الاول او على المثمن كما فى المثال الثانى : و اطلاق قول المصنف على بدله في هذا المقام ايضاً ليس على ما ينبغى ،، بل الصواب هو التقييد بما ذكرناه اعنى ما اذا كان العقد الواقع علي المثمن ممن اشترى عن البايع الفضولى وعمن يشترى عن ذاك المشتري وهكذا

فتحصل المراد من الصور الاربع فى كل من السلستين فالعقد الوسط الواقع على المال المجاز متوسط بين العقدين الموافقين معه فيما

اذا كان المتقدم عليه والمتأخر عنه واقعا على المال المجاز و متوسط بين المخالفين معه فيما اذا تقدم عقد على الثمن من البايع فى ذاك العقد المجاز الذى اشتراه من بايع قبله وتأخر عقد عليه من المشتري المتأخر

مثال الاول ما اذا باع مال المالك من زيد مثلا ثم باع زيد هذا المال من عمرو ، فباع ثمنه الذي اخذه من عمرو الى اخر ثم باع العمرو مال المالك من خالد . فبيع العمرو المال المالك متأخر عن بيع زيد ثمن هذا المال من آخر كما لا يخفى

و مثال الثانى ما اذا باع العمرو الثمن الذى اخذه من خالد بأخر فبيعه الواقع على هذا الثمن متأخر عن بيع زيد لمال المالك من عمرو فبيع عمرو لمال المالك محفوف ببيع زيد للثمن الذي اخذه من عمرو من آخر وبيع عمروا لثمن الذى يأخذه من خالد من اخر و منه يظهر تصوير الصورتين المختلفتين بان كان المتقدم موافقا و المتاخر مخالفا او بالعكس

قوله (قده) ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود (الخ) منشأ الاشكال هو ذهاب الاصحاب الى عدم ضمان الغاصب للثمن الذى يأخذه عن المشترى لو كان المشترى عالما بالغصبية ، و وجه عدم ضمانه هو تسليط المشترى اياه على ماله تسليطا غير مضمون عليه : و ذلك لان التسليط المعاوضى هو عبارة عن تسليط المشتري مثلا البايع على ماله بازاء ما ينتقل اليه عنه من ماله اعنى المبيع و هذا يتصور بعد فرض كون المبيع ملكا للبايع و مع العلم بعدم كون المبيع ملكاله يكون تسليطه على الثمن بازاء مايخرج عن مالك المبيع الى المشترى لا ماينتقل عن الغاصب اليه . فيكون التسليط بالنسبة الى الغاصب مجانياً . فيدخل

في كبرى مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده . حيث قدتقدم فى اول البحث عن البيع بان هذه القاعدة ليست منصوصة بالخصوص : بل هى شرح وعبارة اخرى عن حكم ضمان كل مورد وقع التسليط عن المالك بعوض : و عدم ضمان كل مورد يكون التسليط مجانيا و بلا عوض ،، و معلوم ان تسليط المشترى البايع الغاصب مع عمله بكونه غاصبا تسليط اياه بلا تضمينه بالعوض بل بتضمين غيره و هو مالك العين المغصوبة فيكون بالنسبة الي البايع الغاصب من صغريات مالايضمن بصحيحه هذا

واما الاشكال فتارة يقع بالقياس الى العقد المجاز واخرى بالقياس الى ما يترتب صحته عليه ،، اما الاول فتقريبه ان يقال اذا صار الثمن ملكا للغاصب بواسطة تسليط المشترى اياه مع عمله بكونه غاصبا فاجازة المالك تصير منشأء لانتقال المبيع الي المشترى بلا دخول ثمنه فى ملك المالك المجيز فيكون بيعا بلا ثمن وهو باطل واما بالنسبة الى العقود المترتبة عليه فواضح حيث ان صحتها متوقفة على صحة العقد المجاز بالاجازة و مع عدم تصحيحه بالاجازة فلا يصح هو حتي يصح مايترتب عليه هذا وتمام الاشكال كماترى ناش عن الالتزام بصيرورة الثمن ملكا للغاصب بسبب تسليط المشتري اياه

و تفصيل البحث عنه يتوقف علي بيان امور (الاول) لااشكال و لاكلام فى الجملة فى عدم ضمان الغاصب لمايأخذه من المشتري من الثمن عند علم المشترى بالغصب ،، وانما الكلام فى ان عدم ضمانه هل هو مختص بصورة تلف الثمن عنده او يعم ماذا كان موجودا ايضا (الثانى) ان منشاء عدم عدم تضمين الغاصب بالثمن على ماحكي عن الشهيد (قده) هو نفس شراء المشترى منه . وايقاع البيع معه .وهذا يتصور على نحوين (احدهما)

ان يكون مرجع شراء المشترى منه الى تمليكه الثمن حين العقد وتملك المثمن . فالشراء منه كانه ينحل الى عقدين عقد هبة للثمن الى الغاصب واتهاب من المشترى للمثمن (وثانيهما) ان يكون اباحة من المشترى للثمن الى الغاصب نحو الاباحة المتصورة فى باب المعاطات بازاء استنقاذ مال المغصوب من الغاصب ،، هذا على ماحكى عن الشهيد . وحكى عن الفخر بان منشائه تسليط المشتري الغاصب على ثمنه بعد العقد معه . فالتسليط الخارجي عنده موجب لعدم الضمان : لا العقد السابق عليه .

فعلى الاول اعنى المحكى عن الشهيد . فلا يبقى موقع لاجازة المالك لا بالنسبة الى العقد الاول الواقع على ماله . ولا بالنسبة الى العقود المترتبة عليه الواقع على الثمن ،، وذلك لصيرورة الثمن بنفس العقد الاول ملكا للغاصب علي التصوير الاول : اعنى فرض رجوع الشراء الي تمليك المشترى الغاصب بالثمن : وكذا على التصوير الثانى اعنى رجوع الشراء الى اباحة المشتري الثمن الى الغاصب نحو الاباحة المتصورة فى المعاطاة لصيرورته بتصرف الغاصب فيه ملكاً نظير تمليك احد المتعاملين لما وقع فى يده بالمعاطاة بسبب تصرفه فيه ،، وعلى كلا التقديرين فيكون تصرفات الغاصب فى ملكه بلا ربط الى المغصوب منه فلا ينتهي الامر الى اجازته .

اقول الحق هو التفصيل بين التصويرين . فعلي القول برجوع الشراء الى تمليك الثمن : فلا يبقى مورد لاجازة المالك لا بالنسبة الى العقد الاول . ولا بالنسبة الى مايترتب عليه من العقود الواقعة على المثمن . وعلى القول برجوع الشراء الى اباحة الثمن الى الغاصب . فلا موقع لاجازة العقود المترتبة الواقعة علي الثمن ايضا فان الغاصب يملك الثمن بنفس تصرفه فيه ببيعه و نحوه ،، وكذا العقد الاول لو وقع اجازته بعد وقوع العقد علي الثمن : واما لو اجاز

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

واما على ما حكي عن الفخر فالمنقول عنه هو ايراد الاشكال على القول بالنقل دون الكشف : اما وروده على النقل فلان الاجازة الواقعة بعد التسليط الخارجي موجبة لانتقال الثمن الى المالك حين الاجازة . والمفروض انتقاله قبل الاجازة بسبب التسليط الي الغاصب : ومعه فلا موقع للاجازة لا بالنسبة الى العقد الاول : ولا بالنسبة الى العقود الواقعة على الثمن . واما عدم وروده على الكشف فلان الاجازة (ح) و لو كانت متأخرة عن التسليط لكنها كاشفة عن انتقال الثمن الى المالك من حين العقد : فلا يصير التسليط موجبا لتمليك الثمن الى الغاصب ،، هذا محصل ما حكي عنه في تقرير الاشكال .

ويرد عليه اولا بان التسليط لا يستلزم التمليك فذكر التسليط الخارجي ثم تفريع التمليك عليه طفرة من غير دليل ،، وثانيا لو سلم صيرورة الثمن ملكا للغاصب بالتسليط : فالتفصيل بين الكشف والنقل بايراد الاشكال على النقل دون الكشف متوقف على بقاء اثر الاجازة حتي بعد تصرف المالك : وهو ممنوع كما تقدم . وعليه فلا فرق بين الكشف والنقل ،، اذ على الكشف ايضا لا يبقى موقع للاجازة لتقدم التسليط عليها الموجب لصيرورة الثمن ملكا للغاصب ،، فيكون التسليط نظير العقد الصادر من المالك الواقع على المثمن قبل الاجازة . فكما ان العقد منه مذهب لموضوع الاجازة فكذا التسليط الصادر عن المشتري كما لا يخفى .

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

لايكون منوطا على ردالمالك لبيعه بل الثمن يصير ملكاله سواء رد المالك اجاز : وهذا الامر انما هولدفع توهم المنع عن الاشكال . بدعوي اختصاص مالكية الغاصب بصورة ردالمالك ،، فلاموجب للاشكال في صورة اجازته . ووجه دفع التوهم ظاهر : حيث ان منشاء الاشكال هوعدم ضمان الغاصب للثمن . وهوعام يشمل صورتي ردالمالك واجازته ،، ووجه عدم اختصاص عدم ضمان الغاصب بصورة الرد : هوان المنشاء لعدم ضمانه على ماعرفت : اما تمليك المشترى الثمن اياه بشرائه منه المال المغصوب على ماحكى عن الشهيد ،، واما بتسليطه اياه علي الثمن علي ماحكى عن الفخر . وعلى كلا التقديرين فليس في فعل المشترى تعليق على صورة الرد بل قد لايخطر رد المالك بباله فضلا عن تعليق تمليكه عليه .

الامر الرابع كمالا يعقل اجتماع مالكين مستقلين عرضيين على ملك بان يكون شيىء واحد بماهو هو ملكا لشخص و يكون ايضا ملكا لاخر في عرض الملك الاول : بل لابد عند اجتماعهما . امامن كونهاطوليين . اويكون الاجتماع على نحو التشريك على تقدير ان يكونا عرضيين فكذلك لايعقل اجتماع ضمانين مستقلين عرضيين على ملك واحد . بل عند الاجتماع اما يجب ان يكونا طوليئين كما في مورد الايادي المتعاقبة اويكون علي نحو التشريك على تقدير ان يكونا عرضيئين من غيرفرق في ذلك : بين ان يكون الضمان معاوضيا مثل تضمين ثمن واحد مثلا لشخصين في عرض واحد : اوكان ضمانا قهريا ناشيا عن حكم اليد ،، وهذا الذى ذكرناه في الضمان القهرى : وان كان ظاهراً الاانه في ضمان المعاوضى اظهر .

اذاتبين هذه الامور اتضح وجه الاشكال في اجازة المالك بيع الغاصب الفضولى مع تسليم المشتري الثمن الى الغاصب اذا كان عالما بالغصب

و الجواب عنه اما علي ماحكى عن الشهيد من كون الشراء بنفسه تمليكا للثمن الي الغاصب اواباحة اياه فبما افيد فى الامر الرابع من استحالة ضمان شخصين مستقلين عرضا لمال واحد شخصى : وان تمليك المشتري الي الغاصب اواباحته له . لايجتمع مع تمليكه الي المالك ،، لكن الالتزام بكون شرائه منه تمليكا اواباحة للثمن الي الغاصب . متوقف على عدم امكان الالتزام بكونه تمليكا لـه الى المالك : والافان امكن تصحيح البيع من المالك . فلاموجب للالتزام بكون شرائه تمليكا للثمن الي الغاصب . اواباحة له .

وبعبارة اخرى صحة تمليك الغاصب فى طول تمليك المالك فـان امكن حمل الشراء على تمليك الثمن الى المالك فلا موجب لحمله على تمليك الغاصب والا فيجب الحمل على تمليك الغاصب او اباحته : لكـن الحمل على تمليك المالك و تضمينه بالضمان المعاوضى بمكان من الامكان لما تقدم مراراً من ان الغاصب انما يبيع بعد سرقة الاضافة المـالكية و ادعاء نفسه مالكا: و ان المشترى يشترى منه بما هومالك لاغاصب و بعد ان ثبت سابقاً ان الركن في البيع هوالعوضين لا المالكين . و انما اعتبر المالكان لكونهما موردين للبيع وطرفين للاضافة المالكية ،، يسقط اعتبار مالكية الغاصب ويقع عن المالك الحقيقى ،، و الحاصل ان المصحح لاجازة المالك (ح) امر ان (احد هما) كون الغاصب طرفا فى المعاملة بماهـو مالك لابماهو غاصب (وثانيهما) الغاء مالكية الغاصب الادعائية . و وقوع البيع عن المالك الحقيقى و بعد اتضاح الامرين كما تقدم مراراً يكون شراء المشترى تمليكا الثمن الى المالك ،، وحيث قد تبين فى الامر الرابع استحالة تضمين شخصين لمال واحد و ثبت تضمين المالك فلا تضمين للغاصـب اصلا .

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

قلت ليس المورد مقام الخطاء فى التطبيق . اذلم ينكشف عدم مالكية الغاصب بل كان عدم مالكيته مكشوفاً من الاول و انما جعل مخاطباً بالبيع لمكان سرقة الاضافة المالكية فهنا امر ان (احدهما) مبادلة مال المالك بمال المشتري (و ثانيهما) مخاطبة الغاصب فى قول المشترى ملكت الثمن الظاهر في كون التمليك الى الغاصب نفسه وهذان الامران متنافيان ،، ضرورة ان مقتضي المبادلة هو تضمين المالك بالثمن بالضمان المعاوضى . و مقتضى المخاطبة مع الغاصب هو تمليكه الثمن مجاناً : و الجمع بينهما غير معقول . فلا بد من رفع اليد اما من ظهور المخاطبة مع الغاصب فى تمليك الثمن اياه مجاناً و اما من ظهور الفعل فى كونه مبادلة بين المالين .لكن رفع التنافى يحصل من استناد البيع الى الغاصب لاجل سرقة الاضافة الماليكة : ومع امكانه يحفظ معنى المبادلة مع المخاطبة فيصير فعل الصادر عن المشترى كالنص فى البيع : وكالظاهر فى التمليك الي الغاصب فيقدم ماهو كالنص على ما هو كالظاهر لا بمعنى ان فعله نص

في البيع و ظاهر فى التمليك الى الغاصب . بل بمعنى تقديم فعله بما هو بيع على مايقتضيه المخاطبة بعدرفع المنافات بماذكر

فتحصل ان الاشكال فى صحة اجازة المالك للعقد الصادر عن الغاصب و اجازة ما يترتب عليه من العقود الواقعة على الثمن (مدفوع) بدفع ملاكه . و هو ماحكى عن الشهيد بكون شراء المشتري عن الغاصب تمليك منه للثمن الي العاصب او اباحة منه له اليه: و محصله كون الشراء تمليكاً او اباحة اذا لم يمكن حمله على التمليك الى المالك و معه :فلا موجب لحمله على التمليك بالغاصب او اباحته له كما لايمكن حمله على التمليك بالمالك و الغاصب معاً : لاستحالة تمليك مال واحد الى شخصين عرضاً : او تملكيه الي شخص و اباحته الى آخر هذا تمام الكلام فى دفع الاشكال بناء علي تقريبه بماحكى عن الشهيد

و اما تقريبه المحكي عن الفخر : فالجواب عنه ان تسليم المشترى الثمن الى الغاصب تسليط منه اياه على الثمن . وهو لايستلزم التمليك . فليس فى البين تمليك الى الغاصب حتى يكون منافياً مع قابلية لحوق الاجازة من المالك ،: ولازم التسليط المجانى الي الغاصب هو صيرورة الثمن ملكا للمالك على تقدير الاجازة : و بقآئه علي ملك المشترى علي تقدير الرد هذا على تقدير وجود الثمن عند الغاصب : ومع تلفه لايكون ضامناً للمشتري على تقدير الرد ،، لانه سلطه عليه مع علمه بكونه غاصباً : و لازمه عدم ضمان الغاصب المسلط عليه بتسليط المشترى على تقدير تلفه : لكن عدم ضمانه للمشتري على تقدير الرد . لايوجب عدم ضمانه للمالك على تقدير الاجازة ،، ضرورة ان مقتضى تسليط المشترى عدم ضمان الغاصب للمشترى لاعدم ضمانه مطلقاً: ولو بالنسبة الي المالك . وهذا ينتج تقييد رفع الضمان

بصورة الرد . وليس هذا تقييداً من المشترى حتى يقال بانه لايخطر الرد الى ذهن المشترى فضلا عن تقييد رفع الضمان بالرد بل هذايصير كنتيجة التقييد : بلا ان يكون تقييدفى البين

والحاصل ان تسليم المشترى الثمن الي الغاصب تسليط منه اياه على الثمن مجاناً لا تمليك : ونتيجته عدم ضمان الغاصب للمشترى الذى ظرف تحققه انما هو فى صورة رد المالك ، و اما مع الاجازة . فيخرج الثمن عن ملك المشترى : فلامحل للقول بضمان الغاصب له او عدم ضمانه فتحصل من مجموع ماذكرناه امور (الاول) ان الثمن لا يدخل فى ملك الغاصب لابسبب العقد الواقع بين الغاصب و بين المشترى . ولابسبب تسليم المشترى للثمن اياه بعدالعقد : ويترتب عليه جواز استرداد المشترى اياه على تقدير الرد :و انتقاله الى المالك المغصوب منه على تقدير الاجازة (الثانى) لو تلف الثمن عندالغاصب بتلف سماوى . لايكون الغاصب ضامناً للمشتري بالمثل او القيمة :وليس للمالك ايضاً اجازة البيع (ح) اما عدم ضمان الغاصب للمشترى . فلعدم موجبه لااليد ولاالاتلاف والاالضمان المعاوضى : امااليد فلكون استيلائه على الثمن بتسليم المشترى و تسليطه . و اما الاتلاف . فلكون المفروض تلفاسماويا : و اما الضمان المعاوضى . فلكونه بين المشتري و الغاصب بما هو مالك لابماهو غاصب . واما عدم جواز اجازة المالك . فلكون التلف قبل القبض . و هويوجب زوال موضوع الاجازة بواسطة قاعدة التلف قبل القبض : ولا اختصاص له بالمقام . بل كل مورد تلف احدالعوضين قبل الاجازة لاموقع معه للاجازة ، ولافرق فيماذكرناه بين الكشف و النقل ، اماعلى النقل فواضح :و اما علي الكشف فلاعتبار قابلية العقد للاجازة بناء على الكشف. و مع تلف الثمن لايبقى مورد

للاجازة حتى تكون كاشفة ولكن ربما يقال بصحة الاجازة فى صورة التلف بناء على الكشف و سيأتى فساده

الثالث لو تلف الثمن عند الغاصب باتلافه لا بالتلف السماوى . فللمالك المغصوب منه اجازة العقد فان اجاز فله الرجوع الى الغاصب لكونه متلفا لماله : و عدم ضمان الغاصب للمشترى لو قيل به فى هذه الصورة. لا ينافى ضمانه للمالك على تقدير اجازته و ان رد ففى ضمان الغاصب للمشترى (وجهان) من كون الاتلاف بتسليط من المشترى . فلا ضمان : و من ان التسليط يوجب عدم الضمان الحاصل من اليد بحكم على اليد ما اخذت و لاينفي الضمان الناشيى من الاتلاف بحكم من اتلف ،، كما ان في مورد الامانة و العارية و نحوهما لاضمان لاجل اليد مع ثبوته لاجل الاتلاف و هذا هو الاقوي

الرابع لايجوز للغاصب ان يتصرف في الثمن بوجه من الوجوه من التصرفات المتلفة كالاكل و نحوه و الناقلة كالبيع و نحوه تكليفاً ولاوضعا : فلايصح بيعه ولا نقله بعقد آخر غير البيع ،، فلو باعه فان اجاز المالك العقد الاول يكون له اجازة ذاك البيع الواقع على الثمن لانه على ماله : كما ان له اجازته من الاول . فيكشف عن اجازته للعقد الواقع على ماله وعلى تقدير الرد فللمشترى ان يجيز ذاك العقد الواقع على الثمن كما ان له رده : فان اجاز فيأخذ عوضه عن البايع لا من الغاصب لو كانت الاجازة قبل تسليمه المبيع الي الغاصب اوعن الغاصب لو تسلم المبيع عن بايعه : وعلى تقدير الرد . فيرجع الي الغاصب بثمنه . او الى من يكون الثمن عنده ممن تسلم عن الغاصب

بقى الكلام فى حكم العقود المرتبة بناء على الكشف الحكمى

وليعلم اولاان المراد من الكشف الحكمي على ماتقدم هو ترتيب الاثار على الملكية من حين العقد بما يمكن ترتيبه ،،وقد حققنا سابقا بانه . من جهة ملحق بالكشف الحقيقى : ومن جهة اخرى بالنقل ،، فمن حيث ترتيب ما يمكن ترتيبه من الاثار عن زمان العقد يكون كالكشف الحقيقى و من حيث عدم ترتيب كلما لايمكن ترتيبه من زمان العقد بل لابد من ترتيبه من زمان الاجازة كالنقل ،، وقد تقدم ايضا ان الكشف بهذا المعنى مطابق مع القاعدة : وقد دل الدليل ايضا على صحته . مثل خبر عروة البارقى على تأمل فى دلالته : وماورد فى نكاح الفضولى

و اذا عرفت ذلك . فنقول فى ترتب العقود يجب النظر الى تلك العقود المترتبة . والتفتيش عن حالها : لكى يعلم ما يمكن ترتب صحته على العقد المجاز من حين العقد فيحكم بترتبه . ومالا يمكن منها . فلا يحكم بترتبه من حين العقد المجاز . فنقول اما العقود المترتبة الواقعة على المثمن فاجازة العقد الاول مستلزم لصحتها : ويمكن ترتيب اثار الصحة عليها من حين العقد المجاز اذ معنى الكشف الحكمى فى العقد المجاز هو ترتيب اثار الملكية عليه من حينه : ومن اثار تملك المشترى للمبيع من حين العقد المجاز هو صحة بيعه للمبيع الذى يحكم بكونه ملكاله من حين العقد المجاز فاثر ملكية المشترى للمثمن من حين عقد المجاز ،، هو وقوع بيعه فيما يكون محكوما بملكيته : ولازمه صحة بيعه و صحة بيع من اشترى عنه وهكذا الى اخر العقود

واما العقود المترتبة على الثمن . فاجازة العقد الذى تعلق به الاجازة لايقتضى الحكم بصحة العقود الواقعة على الاثمان السابقة على العقد

المجاز : لانها ليست من آلاثار المترتبة على العقد المجاز . بل صحة العقد المجاز من الاثار المترتبة على تلك العقود ،، واذا كان معنى الكشف الحكمي على ماعرفت ترتيب اثار العقد من حينه من الاثار الممكنة ترتيبها . لايمكن الحكم بصحة ما كان من العقود فى مرتبة ملزوم العقد المجاز لالازمه (وبعبارة اوضح) صحة العقود المترتبة على العقد الواقع علي المثمن كانت من آثار العقد الواقع علي المثمن وكانت ممكن الترتب فيحكم بترتبها على الكشف الحكمى ،، و اما صحة العقود الواقعة على الثمن السابقة على العقد المجاز فليست من آثار صحة العقد المجاز و لوازمها بل هى من ملزوماتها : فلاوجه لترتبها على الكشف الحكمى بل القول بصحة تلك العقود الواقعة على الثمن بناء على الكشف الحقيقى ايضاً لايخلو عن الاشكال لدوران الامر بين الحكم بصحة الاجازة المتوقفة على صحة العقود الواقعة قبلها و بين الحكم بلغوية الاجازة : وليس فى البين ما يوجب تعين الاخذ باحتمال صحة الاجازة حتى يجب الالتزام بصحة العقود السابقة على العقد المجاز : بل يكون احتمال الغاء الاجازة باقيا بحاله و معه . فالاخذ بالاحتمال الاول لايخلو عن الترجيح من دون مرجح هذا تمام الكلام فى المجاز .

قوله قده مسئلة فى احكام الرد (الخ) اعلم ان الكلام فى الرد يقع في مقامين (الاول) فى صحة الرد فى نفسه و قابلية العقد الفضولي لان يتعلق به الرد (الثانى) فيما يتحقق به الرد ،، اما المقام الاول فقد يستشكل فيه بعدم تأثير الرد فى ابطال العقود : بل يبقي العقد مع الرد قابلا لان يتعقبه الاجازة ممن انتقل المال الواقع عليه العقد الفضولى اليه اما بالشراء او بالارث مع الاشكال فى الشراء دون الارث ،، و ذلك لما تقدم سابقاً مراراً

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

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

فى ابطاله بل شأنية لحوق الاجازة لـه بـاق حتى بعد الرد ،، لكن لو كان المجيز بعد الرد هو الراد نفسه لايؤثر اجازته بعد رده لما تقدم فى تنبيهات الاجازة وهذا بخلاف ما اذا كان المجيز من انتقل اليه المال بالارث اذ لامانع عن اجازته (ح) : وحاصل ماتقدم سابقا فى وجه اعتبار عدم سبق الرد على الاجازة وجوه (١) الاجماع على اعتباره (٢) مقايسة المقام برد الايجاب قبل تحقق القبول حيث انه مانع عن صحة تعقبه بالقبول لاجل عدم تحقق المعاهدة كما هو ظاهر فى العرفيات : حيث ان العهد بين الاثنين انما تيم عندهم فيما اذا بقى الاول منهما على عهده حين تعهد الثانى . فلو رجع عن عهده فتعاهد الثانى لم تتحقق المعاهدة (٣) : كون العقد الفضولى مؤثراً شيئاً فى ملك المالك مثل الملكية التأهلية القابلة لان تصير فعليا بـالاجازة ،، وقد تقدم سابقا ان الأوجه من هذه الوجوه هو الاخير لرجوع الاجماع على تقدير تحققه اليه لبعد الاجماع التعبدى في المقام : بل الظاهر كونه لاجل القاعدة . وفساد الوجه الثانى للفساد مقايسة المقام برجوع الموجب عن ايجابه قبل تحقق القبول ،، حيث انه كما عرفت فى رجوع الموجب عن الايجاب لاتتحقق المعاهدة بخلاف المقام حيث ان المعاهدة تمت بفعل الفضولى و الرد لايوجب انتفاء المعاهدة ،، وبالجملة كان الاحسن من الوجوه بحسب ماانسبق الي الذهن سابقا هو الاخير .

وحاصله ان اجازة المالك لمايقع على ماله من العقد الفضولى ولو لم تكن حقابل حكم ناش عن سلطنته على بيع ماله الا انه اذا كانت صفحة الخارج خاليا عن عقد الفضولي كانت سلطنة المالك على بيع ماله وعدم بيعه اذليس (ح) عقد حتى يصير مورداً لاجازته . وبعد صدور العقد عن الفضولي تتبدل تلك السلطنة الي السلطنة الي اجازة العقد الفضولي ورده .

وحاصل الاشكال ان مـا ذكر و ان كان مسلما الاانـه لاينتج الا سلطنة المالك على اجازة العقد الفضولي وعدم اجازته كما انه كان قبل العقد سلطانا على بيع ماله وعدم بيعه ،، وامـا السلطنة على الرد بحيـث يخرج العقد عن قابلية لحوق الاجازة . فلا يثبت بهذا الوجه كما لا يخفى ويمكن ان يجاب بان سلطنة المالك على ماله مقتضية لصحة تصرفه فـى ماله بكل تصرف يكون من شؤن السلطنة على ماله ومنع كل تصرف من غيره فى ماله بجميع انحائه

وبعبارة اخرى لازم السلطنة على ماله صحة جميع تصرفاته الوجودية والعدمية : ولااشكال في ان انشاء تمليك مـاله من الفضولي تمليك انشائى وجوده الانشائي فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته : فكما ان سلطنته على ماله تقتضى صحة تمليكه الانشائى كذالك تقتضى رد مـا احدث بانشاء غيره و هو الملكية الانشائية وعدم تمكنه من ابطال التمليك الانشائى قـر فى سلطنته وهو مناف مع عموم سلطنته فيكون سلطانا على رد ما انشائه الفضولى كما ان له اجازته فيكون طرفاء السلطنة امرين وجوديين اعنى الرد و الاجازة كما في الخيار : لاالامر الوجودى والعدمى اعني الاجازة وعدمها . هذا تمام الكلام في المقام الاول .

المقام الثانى فيما يتحقق به الرد . والكلام فيه تـارة بـالنسبة الى الرد القولى . واخرى بالنسبة الى الرد الفعلى : وثالثة بالنسبة الى التصرفات الناقلة مثل البيع ونحوه ،، وينبغى تقديم امرين (الاول) لااشكال في اعتبار الانشاء فى الرد اذهو امر ايقاعي انشائى لابد في تحققه من ايجاده . ولايكفي في تحققه قصده وارادته واخطاره بـالبال كما تقدم فى الاجازة ايضا : حيث اعتبرنا فيها انشائها بالة انشائها ،، واما ماورد من كفاية الرضا بالبيع في قوله

فذلك رضى منه بالبيع (الخ) فسيأتي انه لا يدل على كفاية الرضا الباطني (الثاني) الفسخ في باب الخيار يحصل بكل فعل كاشف عن التمسك بالملكية السابقة مثل وطي الجارية ونحوه حتى التعريض على البيع . و هذا بخلاف الرد في المقام . حيث ان المال لما كان باقيا على ملك المالك ، ولم يخرج بفعل الفضولي عن ملكه فلا يكون فعله و تصرفه فيه منوطا بالتمسك بالملكية السابقة حتى يكون فسخا : بل لابد في المقام من كون الفعل مصداقا للرد و متعرضاً لهدم ما اسّس بفعل الفضولي وانشائه .

اذا تبين ذلك فنقول لا اشكال في وقوع الرد بالقول مثل رددت و نحوه من الالفاظ الصريحة واما انشائه باللفظ الغلط . فهو ايضا محقق للرد لكونه مصداقا للرد ، ولا نياقش في وقوعه بالغلط باعتبار اشتراط للفظ الصحيح في الايقاع كالطلاق ونحوه والرد ايضا من الايقاعات ، وذلك لانه و ان لم يقع به الرد القولي ، لكنه مصداق للرد باعتبار انه فعل من الافعال : اذ لا اشكال في ان هذا الفعل اعني انشاء الرد باللفظ الغلط مصداق للرد فيتحقق به الرد : و هذا بخلاف مثل الطلاق والذى لا يقع بالفعل : ولا بد فيه من القول . فلا يقع باللفظ الغلط كما لا يخفى هذا بالنسبة الى الرد بالقول .

واما الرد بالفعل : فقد وقع فيه الخلاف في وقوع الرد به وعدمه ، ولكن التحقيق عدم الخلاف في وقوعه به على تقدير كون الفعل مصداقا للرد ، وانما الخلاف في وجود فعل يصدق عليه الرد (و بعبارة اخرى) النزاع صغروى لا كبروى ، وذلك بعدما تكرر مرارا من لزوم كون الفعل الذى يراد ايجاد مقولة به مصداقا لتلك المقولة بحيث يحمل تلك المقولة عليه بالحمل الشايع الصناعي مثل التسليط الخارجي في باب المعاطاة الذى

قلنا سابقاً انه بيع : وبعد اجراء النزاع في الصغرى نقول الظاهر عدم وجود فعل يكون مصداقا لهدم ماانشائه الفضولى ورده : و ليس قصد الرد كافيا مع ايجاد فعل مطلقا : ولولم يكن الفعل مصداقا للرد . ولم يحمل عليه الرد حملا صناعيا كما انه لايكفى قصد البيع مع ايجاد فعل كالوثبة مثلا الذى لايكون مصداقا للبيع .

واما التصرفات فهى على انحاء لانها اما تصرف ناقل للعين كالبيع ونحوه : واما ناقل للمنفعة كالاجارة ويلحقها استيفاء المالك بنفسه للمنافع اوتلفها بلااستيفاء واما تصرف يوجب تعلق حق بالعين كالارتهان والاستيلاد اما التصرفات الناقلة للعين فلا ينبغي الاشكال فى كونها مذهبة لموضوع الاجازة ومعدمة اياه ،، وتوهم كاشفية الاجازة عن وقوع العقد الفضولى من حينه خصوصا على الكشف الحقيقي بمعنى امارية الاجازة عن تحقق البيع حين العقد بلادخل لهافي تحققه اصلا فان التصرف الناقل (ح) واقع فى ملك الغير (مدفوع) بان الاجازة على الكشف لابد من ان تكون من المالك الذى له ان يبيع فله ان يجيز : وليست الاجازة عن كل احد و لو كان اجنبيا عن المبيع كاشفة عن تحقق البيع من حين العقد الفضولى فامارية الاجازة متوقفة على بطلان التصرف الناقل والافمع صحته ليست الاجازة امارة والمفروض توقف بطلانه على امارية الاجازة .

ودعوى امارية الاجازة عن المالك حين العقد ولو خرج عن المالكية حين الاجازة ممالم يقم عليها برهان اذ الدليل على كاشفية الاجازة هو خبر العروة البارقى ونحوه وهو لايدل على ازيد من صدور الاجازة عن المالك حين الاجازة فليس فى الاكتفاء بـالاجازة ممن لايكون مالكا حين الاجازة دليل : مضافا الى ان مناسبة الحكم والموضوع تقتضى اعتبار المالكية حين

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

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

و كيف كان فلا ينبغي الاشكال في ان التصرف الناقل للعين موجب لعدم صحة الاجازة من هذا الذى انتقل المال عنه بواسطة خروجه عن قابلية الاجازة : لكن العقد الصادر عن الفضولي لايبطل بواسطة خروج المالك عن قابلية الاجازة بل لوفرض تعلق اجازة ممن له الاجازة لكان صحيحا فعلى هذا يصح اجازته ممن اشترى عن المالك بناء على عدم اعتبار ملكيته حين العقد في المجيز بل كفاية الملكية حين الاجازة ولو لم يكن مالكا حين العقد : كما ربما يظهر عن المصنف قده وان كان خلاف التحقيق هذا في التصرفات الناقلة للعين .

اما الناقلة للمنفعة وما يلحقها كالاستيفاء او تلف المنفعة عنده بلا استيفاء . فهل هي موجبة لسقوط الاجازة مطلقا كالتصرف الناقل للعين او لاتوجب مطلقا . او يفصل بين ماكان الاستيفاء بالاجارة فيقال فيه بالسقوط

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

اما المقام الاول . فقد يقال بعدم بقاء محل للاجازة بعد التصرف مطلقا ،، و ذلك لان ماوقع عليه العقد الفضولى هو العين المشتملة على المنفعة الفائتة بالاستيفاء : او بالتلف ومايتعلق به الاجازة هو العين في حال فوات المنفعة فما وقع عليه العقد لم يسلم في حال الاجازة و ما تعلقت به الاجازة ليس ماوقع عليه العقد ،، ولا يخفى مافيه فان المنفعة ليست مما تعلق بها العقد . و انما العقد تعلق بالعين . وكانت المنفعة داخلة فى ملك المشتري تبعا ،، ضرورة ان البيع عبارة عن المبادلة بين العينين كما مر مرارا فالمنفعة خارجة عن متعلق العقد . فما تعلق به العقد هو بنفسه متعلق الاجازة . غاية الامر عند فوت المنفعة تنتقل العين الى المشتري مسلوبة المنفعة . اما مع ضمان المنفعة . او بلا ضمانها فهذا الوجه ليس بشيىء

وقد يقال بالتفصيل بين ماكان الاستيفاء بالاجارة وبين ماكان بغيرها وهو مختار المصنف قده في الكتاب اما وجه مخرجية الاستيفاء بالاجارة عن قابلية وقوع الاجارة فلتنا فى صحة الاجارة مع وقوع العقد صحيحا من حينه : لان مقتضي صحته من حينه انتقال المنفعة الى المشترى من حين العقد : وهو مناف مع الحكم بصحة الاجارة اللازم لبقاء المنفعة على ملك المالك المجيز . و امـا عدم

مخرجية الاستيفاً بغير الاجارة كالسكنى . او التلف من غير استيفاء . فلان نفس السكنى لايكون منافيا مع صحة العقد من حينه الكاشفة بالاجازة ،، ثم انه (قده) جمع فى الحكم الاول بين ماكان التصرف بالاستيفاء بالاجارة . و بين ماكان باحداث حق فيما تعلق به العقد الفضولى كالاستيلاد ونحوه . و امر في اخر كلامه بالتأمل .

ولايخفى مافيما افاده اما الجمع بين التصرف بالاستيفاء و باحداث حق فى ماله الذى تعلق به العقد الفضولى فلمافيهما من الاختلاف فى الحكم كما سنحرر ،، واما التفصيل في الاستيفاء بين ماكان بالاجارة : وبين ماكان بالمباشرة فلاوجه له اصلا : اذالاستيفاء بالاجارة ان كان منافيا مع صحة العقد من حينه : وكان اللازم من صحتها بطلان العقد وعدم صحته بلحوق الاجازة فالاستيفاء بالسكنى ايضا كذلك ،، لانه على تقدير صحة العقد من حينه استيفاء لمنفعة مملوكة للمشترى فلايكون جايزا . فجوازه مناف مع صحة العقد الفضولى من حينه وان لم يكن هذا منافيا . فالاستيفاء بالاجارة ايضا لايكون منافيا .

والتحقيق عدم المنافات في كلا المقامين . وذلك لما تقدم من خروج المنفعة عن متعلق العقد الفضولى رأسا فالتصرف فيها بانحاء التصرفات كتلفها بلااستيفاء غير موجب لفوات محل العقد : فكما انه يصح البيع عن المالك نفسه مع الجهل . بكون المنفعة للغير : و كذا مع جهل المشترى غاية الامر يقع الكلام فى ثبوت الخيار للمشترى على تقدير جهله . و انه على تقدير الخيار يقع البحث فى انه من اى قسم من اقسام الخيار : فكذلك تصح اجازته للبيع الفضولى اذا تقدم منه الاستيفاء ولو بالاجارة .

فالحق هو عدم مخرجية التصرف في المنفعة بالاستيفاء مطلقا

كتلفها عن قابلية وقوع الاجازة هذا تمام الكلام في المقام الاول ،، وامـ حكم الضمان فالحق هو ثبوت الضمان على الكشف الحقيقى من غير اشكال ومع اشكال على الكشف الحكمى مع تفاوته فى الاستيفاء بالاجارة او بالمباشرة اوفى التلف ،، حيث ان الاشكال في الاول ضعيف وفى الثانى قوى و فى الاخير اعنى التلف اقوي : ولاضمان على القول بـالنقل من غير اشكال ايضا ،، امـا علي الكشف الحقيقي . فلان الاجازة بعد التصرف كاشفة عن انتقال العين الى المشتري من حين العقد مع مـا يتبعه من المنفعة . فيكون تصرف المالك فى المنفعة تصرفـاً فى مملوك المشترى كما ان تلفها عنده ايضا تلف ملك للمشتري فيضمنه المالك المجيز .

فـان قلت لايمكن الجمع بين صحة الاجارة و بين ضمان المالك للمنفعة لان مبنى الضمان على كون المنفعة للمشترى وصحة الاجارة متوقفة على ان يكون المنفعة للمالك وهما لا يجتمعان ولا بد من الالتزام باحد امرين امابطلان الاجارة وعدم استحقاق المالك لاجرة المسمى او بطلان الاجازة علي تقرير صحة الاجارة .

قلت لاتنافى بينهما ،، وذلك لان الاجازة تتعلق بالبيع الواقع على العين وتبعية المنفعة للعين متوقف على عدم استيفائها : و لايمكن جعل الاجازة مانعا عن صحة استيفائها : واذا لايكون استيفائها مـانعا عن صحة الاجازة . فتصح الاجارة والاجـازة معا ،، ولازم صحة الاجـارة انتقال اجرة المسمى الـى المالـك . و مقتضى صحة الاجـازة على الكشف ضمان المالـك لما أستوفـاه مـن المنفعة بعقد الاجـارة ،، و امـا علـى الكشف الحكمى فالاشكال فى قسمى الاستيفاء اعنى الاستيفاء بالاجارة و بـالمباشرة و فـي صورة التلف : هو ان يقال . معني الكشف الحكمى . هو ترتيب مايمكن

ترتيبه من اثار الملكية من حين العقد اذا كان اثرا بلا واسطة مترتبة لاما يتوقف ترتبه على واسطة لكونه من الاثار المترتبة على لوازم الملكية او على ملزوماتها نظير الاصل المثبت : و ذلك كالزناء بذات البعل حيث تقدم سابقاً . من انه لايثبت بالمعقودة فضولا اذا كان الزنـاء معهـا بعـد العقد الفضولى و قبل الاجازة اذ لا يصدق بسبب الاجازة انها ذات بعل من حين العقد . و ان وجب ترتيب مايمكن ترتيبه من الاثار مـن حـين العقد ، لكن اثر الزناء بذات البعل يترتب على مقارنة الزناء مع ذات البعل وهـذه المقارنة لم تثبت بالكشف الحكمي

و **نقول** باجازة المالك فى المقام يحكم بترتب ما يمكـن ترتيبه من الاثار من اول العقد . لكن الضمان يترتب على العقد بواسطة اليد : وذلك للفرق بين ضمان كل من المتبايعين لما انتقل عنه بالنسبة الى عينه و منفعته فان ضمان العين معاوضى و ضمان المنفعة باليد : و معنى ضمان المعاوضى كون العين المنتقل عنه مضمونا بالمسمى : و معنى ضمان اليـد كون المضمون مضمونا بالمثل او القمة : ومقتضى كون المبادلة بين العينين فى البيع . هو كون الطرفين ضامناً لعين ما انتقل عنه بالضمان المعاوضى و حيث ان المنفعة ليست مما تعلق بها المعاوضة فليس فيها ضمان معاوضى : لكن العين لما انتقل الى الاخر بالعقد . فالمنفعة التالفة عنها فى يد المنتقل عنه مضمون عليه باليد من غير فرق بين تلفها بغير استيفاء او مع الاستيفاء بالمباشرة او بالاجارة ، غاية الامر اذا كان البيع صادرا عن الاصيل ولم يكن فضوليا كانت الاجارة باطلة : والا كانت صحيحة : لكن المنفعة مضمونة على كل تقدير ، فظهر ان ضمان المنفعة ليس من اثار العقد بلا واسطة بل انما يترتب عليه نظير ترتب الزناء بذات البعل على الزناء بالمعقودة فضـولا

هذا محصل الاشكال

ولكن ايجاب عنه بان ضمان المنفعة. عند تلفها فى يد ما انتقل عنه من اثار الملكية المترتبة علي العقد : فالضمان مترتب على ملكية المنتقل اليه تبعا لمنافع العين المنتقل اليه ،، و الملكية من اثار العقد بلا واسطة و مقتضاه ثبوت الضمان لما تلف فى يد المنتقل عنه ،، سواء كان باستيفائه باجارة اومباشرة او بالفوت فى يده من غير استيفاء ،، وحاصل المقال هو الحكم بصحة الاجارة وعدم بطلان الاجازة بواسطة الاجارة او الاستيفاء وضمان ما انتقل عنه من المنفعة مطلقا بناء على الكشف مطلقا حقيقيا او حكميا .وعدم ضمانه على النقل

اما صحة الاجارة فلعدم مانعية الاجازة المتأخرة على تقدير منافاتها معها لما تقدم فى مثل تصرفات الناقلة للعين من استلزام الدور لو جعل الاجازة مانعاً عن التصرف المتقدم ،، و اما عدم بطلان الاجازة المتأخرة فلعدم منافاتها موردا مع الاجارة المتأخرة لتعلق الاجارة بالمنفعة وتعلق الاجازة على العقد الواقع علي العين

و اما ضمان المالك المجيز بناء على الكشف بقسميه اما على الكشف الحقيقى فللحكم بتبعية المنفعة للعين في الانتقال الى من انتقل اليه العين بالعقد القولي فكان تلفها على المالك للمجيز سواء استوفاها اوفاتت فى يده كان الاستيفاء بالاجارة او بالمباشرة . و اما علي الكشف الحكمى فللحكم بترتيب مايمكن ترتيبه من اثار الملكية حين العقد الفضولى ،، و قد عرفت ان ضمان مافات فى اليد من المنافع من اثار الملكية فيجب ترتيبه: و اما عدم الضمان على النقل فواضح لا كلام فيه هذا تمام الكلام في حكم استيفاء المنافع اوفوتها فى اليد

المقام الثالث فيما اذا كان التصرف موجباً لتعلق حق على متعلق العقد الفضولي ، وحكم هذا القسم كليا هو ان يقال كل حق مانع عن بيع متعلقه في حال الاجازة . فهو مانع عن اجازة البيع السابق . فيكون حاله حال التصرف فيه بالنقل . وكلما لا يكون مانعاً عن البيع فلا يمنع عن الاجازة ايضاً هذا بالنسبة الى الكبرى ، واما تشخيص الصغريات فلا شبهة في ان الاستيلاد مانع عن البيع فهو مانع عن اجازته ايضاً : و اما الرهن ففيه كلام ناش من جواز رهن مال الغير باذن صاحبه اذا كان الاذن ابتداء . بان اذن المالك في رهن ماله . فارهنه المديون باذن منه فمن صحة الرهن باذن المالك . يمكن ان يقال بعدم المنافات بين الرهن والبيع . اذ لا فرق بين ان يرهن مال الغير باذنه ابتداء . وبين ان يرهن مال نفسه فيبيعه . فيصير مال الغير بعد الرهن ، لكن التحقيق منافات الرهن مع البيع للفرق البين بين الاذن الابتدائي . و بين ان يرهن فيبيع فصحة الرهن باذن المالك ابتداء لا يستلزم صحة بيع المرهونة بعد الرهن هذا

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

حق الجناية به حال بيعه بعد العتق و سيجئى تحقيق الكلام فيه في بيع العبد الجانى هذا تمام الكلام فى حكم التصرف فى متعلق بيع الفضولى باقسامه الثلاث

قوله (قده) بقى الكلام في التصرفات الغير المنافية (الخ) لايخفي ان المصنف قده يسلم وجود المصداق للفسخ الفعلى ثم اراد ان يبحث عن حكمه فجعل البحث كبرويا : حيث قسم الفعل مثل التعريض الي البيع و الي ما يكون مع الغفلة : وقال بان الاول مصداق للفسخ ثم تكلم فى كفاية الفسخ الفعلي ،، ولايخفي ان البحث هاهنا صغروى لاكبروى اعنى ان الكلام يقع في ان التعريض هل هو مصداق للرد هنا كما انه مصداق للفسخ فى البيع الخياري . اوانه لايكون مصداقاً للرد وان كان مصداقاً للفسخ فى البيع الخيارى وقياس المقام بالفسخ فاسد

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

و بالجملة كون الفعل مصداقاً للرد غير متوقف على الالتفات

بيع الفضولى حتى يفرق بين صورة الالتفات اليه و عدمه كما ذكره المصنف قده : ولا على قصد الرد به كما صنعه بعض محشيى الكتاب و زاد على الالتفات الى العقد الفضولى قصد الفاعل رد العقد بالفعل . بل المدار على مصداق الرد كونه ممايحمل عليه الرد بالحمل الشايع الصناعى . قصد به الرد ام لا مع كون الفعل مقصوداً : كان ملتفتا الى البيع حين الفعل ام لا : وليس قصد الرد مع ايجاد فعل مثل الصلوة والوضوء مثلا رداً لان الصلوة بقصد الرد لايصدق عليه الرد بالحمل الشايع : وعلى هذا فان كان الفعل مصداقاً يكون كك ولو مع عدم القصد ولو لم يكن مصداقاً كالصلوة فلايقع به الرد حتى مع القصد: و تعريض المبيع للبيع ليس مصداقاً للرد . حيث انه بحق ملكيته الفعلية يعرضه للبيع و التشبث بالملك الفعلى لايكون رداً : و هذا بخلاف التعريض فى البيع الخيارى حيث انه لاملكية فعلا لذي الخيار : وليس له تعريض ملك الغير للبيع اذهو اجنبى فالتعريض تشبث بالملكية السابقة فيكون فسخا من هذه الجهة : وبالجملة فليس ني الافعال مايكون فسخاً للبيع الصادر عن الفضولى كمالايخفى

قوله (قده) فيعمه مادل على ان للمالك الرد مثل ماوقع فى نكاح العبد (الخ) لايخفى انه ليس فى شيىء من الروايات دلالة على ان للمالك الرد بحيث لم يكن قابلا للاجازة بعده على ما هو محل الكلام كيف ولو كان كك لكان الاولى التمسك بهالاعتبار عدم مسبوقية الاجازة بالرد ولم يكن حاجة فى اثبات اعتباره الى التمسك بالاجماع اومقايسة حال الاجازة بعد الرد الى قبول القابل بعد مراجعة الموجب عن الايجاب حتى يناقش فى الاول بالمنع عنه اولا . واحتمال كونه لاجل القاعدة لالامر تعبدى ثانياً . وفى الثانى بالمنع فى المقيس عليه اولا . و المنع عن قياس

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

قوله (قده) مضافاً الى فحوى الاجماع (الخ) حاصل التمسك بالاولوية هو ان الفسخ الفعلي من ذى الخيار يؤثر في ارتجاع الملك السابق بعد زواله . و موجب لرفع اثر العقد الخيارى : وهو خروج المال عن ملك من له الخيار و انتقاله الى من عليه الخيار فهو رافع بالنسبة الى العقد الواقع : و في المقام موجب لدفع العقد الفضولي و مانع عن تحقق اثره لا رافع لاثره المتحقق ، ضرورة توقف تحقق اثره على الاجازة على ما هو مقتضى شرطيتها . فهو دافع عنه فاذا كان الفسخ الفعلي رافعاً فدافعيته تكون اولى لا هو نية الدفع من الرفع هذا

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

ملاك الرفع فمن اتحادهما ملاكا اذا كان الملاك مقتضيا للرفع فاقتضائه للدفع يكون اولي واما مع اختلافهما فى الملاك فالدفع في مقام عن ملاك ليس اولى عن الرفع في مقام آخر عن ملاك آخر :وما نحن فيه من هذا القبيل فان ملاك دافعية الفسخ للعقد الفضولي مغاير مع ملاك رافعية الفسخ في العقد الخيارى : فان ملاك رافعية الفسخ فى العقد الخياري هو كون الفعل ارتجاعاً للملكية السابقة وتشبثاً بها وملاك دافعية الفسخ فى المقام هو التعرض لهدم عقد الفضولي : فكون التعريض للبيع مثلا فسخاً فى العقد الخيارى لكونه تشبثاً بالملكية السابقة . ورفعا لاثر العقد الخيارى بارتجاع الملك السابق : لايقتضى ان يكون فسخاً فى العقد الفضولى و دفعاً عن تحقق تأثيره لان فسخيته فى المقام لو كان فسخا فانما لمكان كونه تعرضا لهدم العقد الفضولي . فكونه فسخاً لمكان كونه تشبثاً بالملكية السابقة. لايقتضى ان يكون فسخا لمكان كونه تعرضاً لهدم العقد الفضولى فضلا عن ان يكون اولى كما لايخفي

قوله (قده) كالوطى والبيع و العتق (الخ) حاصل ما افاده ان الوطى و البيع و العتق انما يكون فسخاً فى البيع الخياري لاجل دلالتها على قصد الفسخ بها . والافمع فرض عدم قصد الفسخ يكون الوطى حراماً و البيع و العتق باطلا لكونها واقعة فى ملك الغير ،، ولايخفي ما فيه فان تحقق الفسخ بكل واحدة من تلك المذكورات انما يكون لمكان كونه تشبثاً بالملكية السابقة . ولا يعتبر فيه قصد الفسخ اصلا فالقول بكونها مع عدم قصد الفسخ يكون حراماً و باطلا كما ترى

قوه (قده) نعم لو ثبت كفاية ذلك فى العقود الجايزة كفى هنا بطريق اولى (الخ) لايخفى ان الفسخ فى العقود الجايزة ليس مع الرد في باب الفضولى بجامع واحد كما انه يخالف فى بعض منها

مع العقد اللازم الخياري ايضاً ،، و توضيحه ان ملاك الفسخ في العقد اللازم الثابت فيه الخيار بجعل الشارع او المتعاملين هـ والتشبث بالملكية السابقة و ارتجاعها . و ملاك الرد فى عقد الفضولى هو التعرض لهدم العقد ورفعه ،، و قد تقدم انه لايعهد فعل يكون مصداقاً لرده بحيث يصدق عليه انه رد ،، و اما العقود الجايزة فهى اما تمليكية او تكون اذنية . والتمليكية اما تكون تنجيزية كالهبة او تكون تعليقية كالوصية و الجعالة و السبق و الرماية لإقيل فيه بكونه من العقود الجايزة فملاك الفسخ في التمليكية التنجيزية هو الملاك في العقد الخيارى وهو التشبث بالملكية السابقة . وفى التعليقية ايضا كذلك مع مابينهما من التفاوت من حيث التنجيز و التعليق و ملاكه فى العقود الاذنية مثل الوكالة و نحوها هو الرجوع عن الاذن فكل فعل يكون مصداقاً للرجوع يقع به الفسخ و اذا ظهر اختلاف ملاك الفسخ فى العقود الاذنية مع ماهو المالك للرد فى باب الفضولى تبين فساد قياس المقام بالفسخ فى العقود الاذنية و ان كفاية الفسخ الفعلى في العقود الجايزة لايقتضى كفايته فى المقام فضلا من ان يكون اولى

قوله قده و لذا استشكل فى القواعد فى بطلان الوكالة (الخ)

لايخفى ان منشاء الاشكال فى بطلان الوكالة بايقاع العقد الفاسد مع الجهل بفساده : ليس لاجل الاشكال فى كفاية الفسخ الفعلى فى باب الوكالة . بل الاشكال على ما قرره فى الايضاح و جامع المقاصد : هو من جهة الاشكال فى منافاته مع الاذن . لكى يكون رجوعاً عنه ،، قال فى جامع المقاصد عند قول العلامة و مع جهله يعنى الجهل ببطلان بيعه اشكال ،، انه ينشاء من بقاء الملك وسلطنة التصرف والشك فى سبب العزل : ومن ان العقد الصحيح سبب في العزل : وقد قصده و حاول ايجاده انتهى ونحوه ما فى الايضاح فراجع .

قوله(قده) ،سئلة لولم يجز المالك (الخ) اعلم ان المسائل المتقدمة كانت فى بيان موضوع الاجازة ومابه يتحقق الرد و هذه المسلة تكون فى احكام الاجازة و الرد ،، و الكلام يقع تارة بالنسبة الى وظيفة المالك مع البايع الفضولى : و اخري فى وظيفة المالك مع المشترى . و ثالثة فى وظيفة المشتري مع البايع فهنا مقامات (الاول) فى وظيفة المالك مع البايع اذا اجاز البيع اورد : اما مع الاجازة . فلارجوع منه الى البايع ان لم يقبض الثمن من المشتري . بل للمالك بعد الاجازة الرجوع الي المشترى بالثمن هذا مع وجوده ،، واما مع تلفه فان كان بتلف سماوى فيدخل في مورد قاعدة التلف قبل القبض بناء على تعميمها بالنسبة الى الثمن ايضا . وان كان بغير التلف السماوى : اوقلنا باختصاص القاعدة بالمبيع فللمالك الرجوع الى المشتري اوالى الايادي المتعاقبة الواردة على الثمن الي ان ينتهى الي من حصلت التلف عنده على قاعدة باب الضمان هذا على تقدير الاجازة .

واما مع الرد فله الرجوع الي البايع بعين ماله لو كان عنده او الى من هو عنده على تقدير وجوده و مع تلفه يرجع الى كل من صار ضامنا على قاعدة باب الضمان . وهذا كله مما لا اشكال فيه ،، انما الكلام فى تفاوت قيمة الثمن او المثمن فى صورتى الاجازة والرد مع تعاقب الايدى عليه اذا كانت الزيادة فى اليد المتوسطة بين السابقة واللاحقة بان كانت قيمته حال كونه في يد الاول خمسة وصارت عند كونه عند الثانى عشرة ثم نقصت فصارت حال كونه عند الثالث خمسة فان قلنا فى كون المدار – فى القيميات على قيمة يوم الرد فلا اشكال : وان قلنا بانا على القيم فالثالث ليس ضامنا لتفاوت القيمة الحاصل عند الثانى واما الثاني و الاول فهما ضامنان للزيادة و ان كان قرار ضمانها علي الثانى الا ان يكون مغرورا فيرجع الى الاول .

فهنا دعويان (الاولى) عدم ضمان الثالث للزيادة (الثانية) ضمان من حصلت عنده الزيادة و من كان قبله ممن حصلت الزيادة بعده ، ، اما الدعوي الاولى فالوجه فيها هو الوجه في عدم ضمان من لم يحصل العين فى يده ،، و توضيحه ان ضمان العين انما يكون الى زمان بقائها . فكما انه لامعنى لضمانها بعد انعدامها : وينتهى ضمانها الي من تلفت عنده ولايعتبر الضمان فيما بعده اذلا بعد بعد تلفها : فكذلك بالنسبة الى الصفات والمنافع ،، الايادى المتعاقبة ضامنة لكل صفة او منفعة واقعة تحت اليد . ولا معنى لضمان اليد المتأخرة لصفة تومنفعة لم تفت تحت يده : و انما فاتت قبل وصول للعين الي يده ومع انتفاء موجب الضمان فلاضمان كماهو ظاهر .

واما الدعوى الثانية فبالنسبة الى ضمان من حصلت الزيادة عنده واضح حيث ان مقتضى اليد ضمانه لمايفوت في تحت يده من المنافع والاوصاف سواء كانت حصول الوصف اوالمنفعة بفعله اوبفعل اليد السابقة عليه: اوكان بفعل الله سبحانه . اونشاء عن تفاوت القيمة السوقية . بناء على ضمان اعلى القيم : واما ضمان اليد السابقة على حصول الزيادة : كما اذا حصلت الزيادة عند الثانى فضمان الاول لها هو المسلم بين الاصحاب وفي تطبيقه على القاعدة غموض فلابد له من التماس مدرك : و سيأتي التكلم فيه فى حكم الايادى المتعاقبة،، هذا تمام الكلام فى وظيفة المالك مع البايع ومحصله هو الرجوع اليه بمثمنه على تقدير الرد وبالثمن على تقدير الاجازة اذا كان المثمن اوالثمن عنده : وقد ظهر منه الكلام في المقام الثانى اعني وظيفة المالك مع المشترى

المقام الثالث فى وظيفة المشترى مع البايع الفضولى و هى امور (الاول) رجوعه الي البايع بالثمن فى صورة الرد لوقبضه مع جهله بكونه فضوليا مطلقا مع وجوده وتلفه سواء اعترف بكونه مالكا لااذا كان اعترافه مستندا الى

اليدلا الي العلم بكونه مالكا اوالبينة عليه و الافمع علمه فلا رجوع منه عليه كما انه مع البينة لايرجع اليه ظاهرا وان كان الثمن له واقعا (الثانى) نسب الي ظاهر الاصحاب عدم جواز رجوع المشترى الى البايع الغاصب بالثمن عند وجوده اذا كان المشترى عالما بغاصبية البايع ومع علمه به اعطاه الثمن ،، واستدل له بان تسليط المشترى اياه بنفس اشترائه منه تمليك له بالثمن ومعه : فلارجوع اليه بالثمن : ولو كان موجودا عنده هذا وقد تقدم حكايته عن الشهيد فى ذيل التنبيه الثالث من تنبيهات الاجازة

ولايخفي مافيه فانه مع انه لم يعلم ذهاب الاصحاب اليه حيث انه لم يصرح احد منهم بعدم جواز الرجوع مع وجود الثمن فى صورة رد المالك ،، وانما النسبة اليهم ناشية عن اطلاق كلامهم (مخدوش) بان اشتراء المشترى من الغاصب مع علمه بالغصب ليس تمليكا منه الى الغاصب بالثمن بل هو تمليك اليه بما هو مالك لا بما هو غاصب . فكما انه يبيع بماهو مالك بسرقة الاضافة المالكية على مامر مراراً ،، كذلك المشترى يشترى منه بماهو مالك ،، و هذا هو الموجب لصحة بيعه باجازة المالك والا لما كان قابلا للاجازة كما تقدم بمالامزيد عليه فليس اشترائه تمليك منه للثمن الى الغاصب حتي لايتمكن من الرجوع اليه عند وجوده على تقدير رد المالك ولو تنزلنا عن ذلك : وقلنا بان الشراء منه تمليك للثمن اياه فليس ازيد من ان يكون هبة. و لااشكال فى جواز الرجوع فى الهبة مع وجود العين: ولو تنزلنا عن ذلك ايضا وقلنا بانه تمليك معاوضي بناء على صحة تملك الثمن من شخص بازاء تمليك المثمن من شخص آخر فالبايع صار مالكا للثمن بازاء انتقال المثمن عن ملك المالك الي المشترى . فلايمنع عن الرجوع عند الرد لان لازم هذا الفرض المحال هو انتقال الثمن الى البايع على تقدير صحة المعاوضة . و انتقال المثمن الي

المشترى المتوقف على الاجازة دون صورة الرد .

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

يعني ان الجمع بين الحكم بصحة البيع على تقدير الاجازة وتملك المالك للثمن مع الحكم بتملك البايع الغاصب باشتراء المشترى عنه متنافيان ،، وذلك لان تملك البايع يكون بـالشراء منه المتقدم على اجازة المالك : فتملكه الناشيي عن اشتراء المشترى عنه موجب لفوات محل الاجازة ،، حيث ينتقل الثمن الي البايع الغاصب فـلايبقى محل لانتقاله الى المالك بـالاجازة .

قوله فتامل يمكن ان يكون اشارة الى ان هذا الاشكال يرد على من يلتزم بصحة الاجازة مع قوله بعدم جواز رجوع المشتري الى الغاصب بالثمن علي تقدير الرد ، وهو ممنوع لامكان ان يكون القائل بعدم جواز الرجوع الي الغاصب هو المستشكل في صحة بيع الغاصب و قابليته للحوق الاجازة وعليه فلايرد هذا المنع ،، و يمكن ان يكون اشارة الى ان هذا الالزام يرد على من قال بان نفس الشراء مستلزم للتمليك ،، و يمكن ان يكون تمليك الغاصب للثمن بنفس التسليط الخارجي المترتب على الشراء لا بالشراء نفسه : وعليه فيكون تمليك المالك للثمن الحاصل بنفس الشراء خصوصا على الكشف متقدما على تمليك الغاصب بالتسليط الخارجي الواقع مترتبا على الشراء فلايرد الالزام : ولكن يندفع الاخير بان تملك البايع و لو كان بالتسليط الخارجي ايضا يلزم فوت محل الاجازة للزوم عدم انتقال العوضين عمن انتقل عنه بالبيع قبل الاجازة فكما ان انتقال المثمن عن المالك قبل الاجازة مفوت لمحل الاجازة . فلايصح معه الاجازة فكذا انتقال الثمن عن المشترى ايضا مفوت لمحل الاجازة . فلافرق في فوت الاجازة بين القول

بكون تملك الغاصب للثمن بالشراء او بالتسليط بعده .

الامر الثالث هل يجوز للبايع الغاصب ان يتصرف فى الثمن الذي يقبضه من المشترى مع علم المشترى بكون البايع غاصبا املا (احتمالان) ظاهر المصنف قده فى صدر العبارة هو الأخير : وهذا هو الحق الموافق للتحقيق وذلك لعدم مايوجب حل تصرفاته من تمليك و نحوه : لان المشتري انما سلطه علي الثمن بعنوان قيامه مقام المثمن : فكما انه لايجوز له التصرف فى المثمن . فكك لايجوز له التصرف فى الثمن الذي قبضه بعنوان البدل عن المثمن ،، ولكنه قده ذكر اخيرا مايظهر منه الجواز : قال قده فى ذيل الجواب عن السئوال الآتى بعد جملة من الكلام مالفظه ،، وامارجوع المشترى مع اعتقاد المتبايعين لملكية البايع للثمن عند انكشاف الخطاء . مع انه انما ضمنه بمال الغير : فلعدم طيب نفسه علي تصرف البايع فيه من دون ضمان . وان كان ماضمنه به غير مالك له : ولايتحقق به التضمين . لانه انما طاب نفسه بتصرف البايع لاعتقاد كون المثمن ملكاله : و صيرورته مباحاله بتسليطه عليه . و هذا مفقود فيما نحن فيه اى في صورة العلم بكونه غاصبا . لان طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل انتهى .

ولايخفى ان قوله قده لان طيب النفس بالتصرف (الخ) ظاهر فى جواز تصرف الغاصب في الثمن،، واتلافه لطيب نفس المشتري به كمالايخفى اللهم الاان يقال بانه اراد الوضع لاالتكليف بمعني عدم ترتب الضمان علي تصرفه واتلافه لمكان طيب نفس المشترى . لاالجواز التكليفى ،، وكذا ماافاده في قوله (وحاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الاكدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه علي اتلافه فى ان رد المالك لايوجب الرجوع الى هذا الثالث) فان ظاهره ايضا دال على جواز تصرف الغاصب

لاجل تسليط المشترى اياه على اتلافه كتسليط الاجنبى عليه . الا انه ايضا محمول على كون التشبيه فى عدم ضمان الاجنبى المأذون في الاتلاف كما يدل عليه قوله (قده) فى ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث ،، وكيف كان فالمتبع هو الدليل : وهو المساعد مع ما اخترناه واختاره قده في صدر الكلام . من عدم جواز شيئى من التصرفات للبايع وضعا و لا تكليفا : وان هذا التسليط من المشترى مع علمه بغاصبية البايع لا يفيد شيأ الا عدم ضمان البايع اذا تلف الثمن عنده .

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

لما ذكر قده انه مع علم المشترى بغاصبية البايع لو سلطه على الثمن ليس له الرجوع عليه به عند تلفه لعدم موجب الضمان ،، توجه عليه هذا السؤال : وحاصله ان مصحح بيع الغاصب مع اجازة المالك : انما هو تحقق البيع عن الغاصب فى عالم الانشاء بواسطة سرقة الملكية : و ادعاء المالكية . و هذا الادعاء ينتج امرين (احدهما) صحة صدور البيع عن الغاصب والا فمع عدمه لا يعقل منه انشاء البيع . حيث ان خروج المثمن عن ملك مالكه بازاء دخول الثمن في ملك الغاصب . خارج عن حقيقة البيع كما اسلفناه مرارا ،، وثانيهما ضمان الغاصب لما يقبضه من الثمن لتضمين المشتري اياه بعد ادعاء كونه مالكا فمالكية الغاصب ادعائى : لكن تضمينه المترتب على مالكيته واقعى و التضمين موجب للضمان : فمع اجازة المالك الاصلى يكون الضمان بالمال المعوض ،، و هو الذي جعل بازاء الثمن في العقد . و مع رده يكون الضمان على مال الغاصب : و هذا كما اذا اعتقد المشترى مالكية الغاصب : حيث انه مع الاجازة يكون الضمان جعليا . و مع الرد يكون البايع ضامنا بماله الاصلى : فلا فرق بين علم المشتري بالغصب . و بين

جهله به فى عدم ملكية البايع الغاصب حقيقة الا انه مع الجهل مالكية الغاصب اعتقادى . و مع العلم به ادعائى

قوله (قده) قلت الضمان كون الشيئى (الخ) حاصله بيان الفرق بين صورة علم المشترى بالغصب و بين جهله به بامكان الالتزام بما ينتج نتيجة ضمان الغاصب على تقدير الرد فى طول ضمان المالك على تقدير الاجازة مع الجهل بالغصب :وعدم امكان الالتزام به مع العلم به و ان ادعاء مالكية الغاصب فى صورة العلم لا ينتج الا امكان صدور المعاملة عنه : ولايوجب ضمان الغاصب اصلا

اما تصوير الضمان الطولى فى صورة الجهل : فتوضيحه ان المشترى لما اعتقد مالكية البايع . فهو يضمنه بماله الاصلي اعنى يكون الضمان بالمال الواقعى الحقيقى من اموال البايع غاية الامر طبق ماله الاصلى الذى جعله مضمونا به علي مال الغير خطاء فى المصداق و عالم التطبيق : فكبرى الضمان . و هو التضمين بمال البايع تحقق من المشتري . و انما الخطاء صار في المصداق : و نتيجة ذلك . هو ضمان صاحب المضمون به على تقدير اجازته بكون ماله عوضا عن مال المشترى : و ضمان البايع نفسه بماله على تقدير الرد ،، حيث انه مضمن بماله الاصلى الواقعي . و مع عدم اثبات الضمان على المال المجعول عوضا بواسطة رد مالكه . يكون الضمان علي البايع بماله الاخر من المثل او القيمة كما فى كل مورد تبين فساد العقد من غير جهة العوض : ولا اقول ان المنشى ينشى ضمانان (احدهما) ضمان المالك على تقدير الاجازة (و الاخر) ضمان الغاصب على تقدير الرد . غاية الامر يكون الثانى فى طول الاخر بل ليس الصادر عن المشترى الا تضمين البايع بماله الاصلى مع اعتقاده مالا يكون من امواله بكون من ماله الاصلى.

و نتيجة ضمانه بماله الاصلي هو الضمانان الطوليان . فالتضمين واحد : ولكنه فى النتيجة ينتج الضمانين كمالا يخفى هذا فى صورة جهل المشترى بالغصب : واما مع علمه فلا منشاء لتحقق الضمانين الطوليين ،، و ذلك لان المشترى مع علمه بالغصب انما يضمن البايع بماله الادعائى لا الاصلى . و التضمين و ان كان واقعيا حقيقياً : لكنه تضمين بالمال الادعائى فمع قراره باجازة المالك يتحقق الضمان الجعلى . و مع رده فلا موجب لتضمين البايع بماله الاصلى اصلا : فظهر الفرق الجلى بين صورة جهل المشترى بالغصب و بين علمه به . حيث ان موجب ضمان البايع في الاول موجود وهو تضمينه بماله الاصلى دون الاخير

قوله (قده) و اما رجوع المشترى مع اعتقاد (الخ) قد تقدم ان هذه العبارة فيها ايماء الى جواز تصرفات الغاصب فيما قبضه من المشترى من الثمن في صورة العلم : و ذلك لمكان طيب نفس المشترى فى تصرفه فيه : و معه. فلا مانع عن جوازه فتكون (ح) منافياً مع ما صرح اولا بعدم الجواز تكليفا : اللهم الان يحمل الى الوضع بمعنى انه لو تصرف لم يكن ضامناً و هذا الحمل ليس ببعيد فراجع

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

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

و حكم هذه الاقسام في الضمان و عدمه ،، اما القسم الاول اعنى ماكان الفساد لاجل اختلال شرائط ما عدى العوضين . فالحكم فيه هو الضمان ،، وذلك لاجل قاعدة ما يضمن بصحيحه حيث انها اسست لبيان تميز الموارد التى تقتضى اليد للضمان عما لا تقتضيه ،، و مجمل القول فيه هو ان كل مورد سلط المالك غيره على المال بعنوان الجرى على معاملة واقعة بينهما فان كان التسليط بعنوان الجرى على طبق معاملة كانت فى صحيحها الضمان فيكون فى فاسدها الضمان ،، و ذلك كالعقود المعاوضى و كل تسليط و قع على الجرى على معاملة لا يكون في صحيحها الضمان فليس في فاسدها ايضاً الضمان ،، وذلك فى كل معاملة غير معاوضى يكون الاقدام على التسليط على طبقها مجانيا : و من المعلوم ان التسليط فى المعاملة الفاسدة من جهة الاخلال بما عدى العوضين لايكون مجانياً ،، حيث ان المعطى سلط القابض على ماله بعنوان المعاوضة : غاية الامر انه

لم يسلم له المعوض . و عدم سلامته له : لا يوجب مجانية تسليطه كما لايخفي . فموجب الضمان فى هذا القسم موجود وهو الاقدام على التسليط العاوضى

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

وهذا الاخير هو الاقوى : و عليه الاصحاب . لضعف الاحتمال الاول . وان قيل به بعض ،، وذلك لان القرينة هى ما توجب ظهور اللفظ فى المعنى المجازى لا كلما يناقض المعنى الحقيقى و يضاده . و لولم يوجب ظهور اللفظ فى خلافه : كيف ولو كان كل ما يناقض صدر الكلام قرينة على حمل الصدر على المعنى المجازى لانسد باب تحقق الشرط المخالف للعقد بالكلية : اذ كلما يخالف مقتضي العقد يجعل (ح) قرينة على ارادة المعنى المجازى لكى يلائم مع القرينة . وهذا كما تري فكلمة بلاثمن فى بعتك بلاثمن اوبلااجرة فى آجرتك بلا اجرة مخالف . مع قوله بعت او آجرت : وموجب لفساد العقد

اذا تبين ذلك فنقول لاينبغي الاشكال في عدم الضمان على الاحتمال الاول حيث انه على الاحتمال الاول يدور الامر بين ان يكون بعتك بلا ثمن هبة صحيحة اوفاسدة وعلى كلا التقديرين فلا ضمان و هذا ظاهر، وانما الكلام في الضمان وعدمه على الاحتمال الثاني . ففي ثبوت الضمان و عدمه (احتمالان) بل قولان ينشأن من ان العبرة علي ما اقدم عليه البايع في هذا البيع مثلا على نفس مايفهم من صدر الكلام : و هو قوله بعت اوعلي نتيجة الحاصلة من صدر كلامه وذيله اعني من اول قوله بعتك الى اخر قوله بلاثمن فان كانت العبرة على الاول : لكان اللازم هو الحكم بالضمان .فان الاقدام على البيع اقدام على المعاوضة و التسليط المترتب عليه تسليط معاوضي لا مجاني : و ان كان المناط على الاخير . فاللازم هو الحكم بعدم الضمان ،، حيث ان نتيجة البيع بلاثمن هو الاقدام على التسليط المجاني . فمن حكم بالضمان كانه ينظر الي الاول و من حكم بعدمه فهو ينظر الى الاخير : و هو المنقول عن الشهيد قده

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

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

على القول بكون اشتراط عدم العوض قرينة على ارادة الهبة من البيع . فلاضمان و على القول بكونه شرطاً مخالفاً مع مقتضى العقد . فالاقوي ايضاً هو الضمان اما مطلقا اومع التفصيل المتقدم

اما القسم الثالث اعنى ماكان الفساد من جهة عدم تمول العوض عرفاً فالحكم بعدم الضمان فيه واضح ،، ضرورة اقدام البايع على التسليط المجاني كالحكم بالضمان فى القسم الرابع : و هوماكان الفساد من جهة عدم تمول العوض شرعاً مع كونه مالاعرفاً ،، اذ معلوم (ح) ان التسليط لايكون مجانيا بل انما هو معاوضى . غاية الامر بعوض لم يسلم له شرعاً و عدم سلامة العوض شرعاً لايستلزم المجانية في التسليط لكى يكون الاقدام عليه اقداماً على المجان كمالايخفي .

بقى الكلام فى **القسم الخامس** و هوالمبحوث عنه فى المقام اعنى ماكان احد العوضين ملكالغير المتباييعين . بان كان البايع غاصباً :و حكم هذا القسم هوالضمان مع جهل المشترى بالغصب . و عدمه مع علمه به ،، وذلك لما تبين من الفرق بينهما . حيث انه مع الجهل يكون تضمين المشترى للبايع بالمال الاصلى للبايع :غاية الامر مع خطاء فى تطبيقه لماله الاصلى على مال غيره و هذا ينتج ضمان صاحب المال المضمن بـه على تقدير اجازته و ضمان البايع بمال آخر من امواله على تقدير الرد : و مع العلم يكون التضمين بالمال الادعائى للبايع : و هذاينتج ضمان المالك مع اجازته : ولاينتج ضمان البايع على تقدير رد المالك ،، حيث انه لم يضمن بماله الاصلى حتى يصير ضامنا به كما لايخفى : فالحق ما عليه المشهور من التفرقة بين علم المشتري بالغصب و بين جهله به بعدم الضمان فى الاول دون الاخير

قوله (قده) ولكن اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه

(الخ) لايخفى مما بيناه آنفا وتقدم مراراً من ان هذه القاعدة ليست قاعدة تعبدية وردت فى نص او معقد اجماع . و انما هي قاعدة اسست لبيان المائز بين ما توجب اليد فيه الضمان . و بين مالا توجبه فيما اذا كان التسليط على الجرى على المعاملة : وعليه فلا مورد للتمسك باطلاقها لاثبات الضمان فى المقام . اوفى مثل البيع بلاثمن اوالاجارة بلااجرة : بل اللازم هو الحكم بعدم الضمان . لكون الاقدام مجانياً

واما حديث اختصاص مورد ها بما اذا كان العقد فردان فعليان احدهما صحيح و الاخر فاسد فلايشمل مثل البيع بلاثمن (فمدفوع) بان شمول القاعدة اما يكون بمدلولها اللفظى : وذلك فيما كان للعقد فردان و اما يكون بملاكها و هو الاقدام المجانى و كون التسليط المترتب على العقد تسليطا مجانياً لا معاوضياً : و ذلك كمافي مثل البيع بلاثمن و الاجارة بلااجرة فلايحتاج الى التكلف بارادة مطلق المعاملة المالية التي لها فرد صحيح وهو الهبة مثلا و فاسد و هو البيع بلاثمن كمالايخفى

كما ان مورد القاعدة و محل تأسيسها فى مقام المايزبين مايوجب الضمان و مالايوجب هو التسليط المترتب علي العقد و المتفرع عليه فلا ربط للرشوة التى يعطها الراشيىء الى المرتشى حتى يبحث عن ضمانه و عدمه بل هي خارجة عن موضوع هذا القاعدة المؤسسة نفيا واثباتاً فراجع ما حققناه سابقاً فى بيان هذه القاعدة

قوله (قده) ثم ان مقتضى ما ذكرناه (الخ) لايخفى انه اذا باع البايع عن المالك فضولا و اعطاه المشترى الثمن بعنوان الايصال الى المالك ولاجل ان يوصله اليه يكون امينا عن المشترى اووكيلا عنه ،،

حيث ان المفروض عدم وكالته عن المالك فى قبض الثمن فالاعطاء اليه بعنوان كونه واسطة في الايصال الي المالك لاينفك عن احد الطريقين اما توكيل المشترى للبايع في الايصال اواستيمانه : و على كلا التقديرين فلاوجه للضمان بل ينبغى القطع بعدمه كمالايخفى، اللهم الااذاتلف عند البايع بتعدى منه اوتصرفه فيه

قوله (قده)وكذايقوى الضمان لواشترط على البايع الرجوع بالثمن (الخ) فرض هذا الشرط انما هومع علم المشترى بالغصب والا فلا مورد لاشتراط ضمان الغاصب على تقدير اخذ صاحب العين عين ما له لانه مع الجهل يعتقد المشترى كون البايع هو صاحب المال ، ثم ثبوت الضمان مع العلم بهذا الاشتراط مشكل : و انما نتيجة هذا الشرط جواز استرداد المشترى للثمن مع وجوده وهو كان حاصلامن دون هذا الشرط فهذا الشرط لايفيد شيأ

اقول هكذا افيدلكن التحقيق افادة هذا الشرط ضمان البايع للثمن مع تلفه عنده ، و ذلك لخروج تسليط المشترى البايع على الثمن بهذا الشرط عن التسليط المجاني . فاذا كان التسليط مبينا علي العقد المعاوضى المشترط فيه ضمان البايع بماله الاصلى على تقدير عدم قرار التضمين الجعلى بواسطة رد المالك ، يخرج عن المجانية بالنسبة الي البايع فيصير البايع ضامنا فحال هذا الشرط فى صورة العلم حال تضمين البايع طولافي صورة الجهل فهذا المعني الذى كان مفاد تضمينه بما له الاصلى فى صورة الجهل قدادى فى صورة العلم بالشرط كمالايخفى » هذا كله تمام الكلام فى صورة الرد

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

الثمن عند البايع اوتكون قبله فعلى الاول : فصحة البيع و فساده (ح) يدورمدار جريان قاعدة تلف قبل القبض بالنسبة الى الثمن و عدمه . فان قلنا بعمومها لتلف الثمن و المثمن : فيحكم بانفساخ البيع . ورجوع المبيع الى المالك : و ان قلنا باختصاصها بتلف المثمن (فح) فاما ان يجيز المالك قبض البايع للثمن ايضاً أولا : فان اجاز فلا رجوع له الى المشترى . بل له مطالبة البايع بالثمن مطلقاً ، سواء كان الثمن كلياً او شخصيا : وان رد قبضه . فله الرجوع الي المشترى لو كان الثمن كلياً ، حيث انما اعطاه الى البايع (ح) لم يتعين للثمنية فما تلف عند البايع لامساس له بالمالك حتي يرجع المالك اليه وان كان شخصياً فله الرجوع الى المشترى او البايع. فان رجع الي البايع فهو : وان رجع الى المشترى . فله الرجوع الي البايع بما اغترم للمالك مع جهله : ولارجوع له به مع العلم : وهذا كله شيء لم يذكر في مجلس البحث

قوله قده المسئلة الثانية ان المشترى اذا اغترم للمالك (الخ)

كانت المسئلة السابقة في حكم ما اغترمه المشترى من الثمن وهذا المسئلة في بيان حكم مايغترمه مماعدى الثمن وقدقسمه الى ثلاثة اقسام (الاول) اغترام ماكان في مقابل العين كما اذا كانت القيمة المأخوذة منه عشرين وكان الثمن عشرة (الثانى) ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشترى كسكنى الدار و نحوه (الثالث) ان تكون غرامة لم يحصل فى مقابلها نفع للمشترى كالنفقة و ماصرفها في التعمير ونحوه

ولا يخفى انه قد بقى قسم رابع لم يتعرض له و هو المنافع الغير المستوفاة وكان الاولى تربيع الاقسام : ولم يظهر وجه لترك التعرض له ، و لعل و جهه ترديد المصنف سابقاً فى ضمانها : ولكنه اخيرا قوى

ثبوت الضمان فيها و عليه فكان الاولى في المقام التعرض لحكمها كما لا يخفى

قوله (قده) وان كان جاهلا فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب (الخ) اراد ان يبين حكم هذه الاقسام بالنسبة الى رجوع المشترى الى البايع في صورة الجهل و بدء بالثالث لوضوح حكمه بالنسبة الى الاولين ،، و جملة الكلام فيه انه استدل لضمان البايع لما يغترمه المشترى مما لم يحصل له في مقابله نفع . تارة بالاخبار الواردة في المقام و اخري بالقواعد العامة و هي قاعدة التسبيب وقاعدة الغرور وقاعدة لاضرر و الظاهر ان قاعدة التسبيب ليست قاعدة عليحدة في قبال الغرور . بل هي مدرك لقاعدة الغرور

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

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

حيث انه يقتل بارادته . لكن بسبب وجوبه عليه من ناحية الحكم

و الثانى كما فى مورد الاكراه على الفعل حيث ان استناد الفعل الى المكره بالكسر يكون اقوي ، و ضابط الموارد الثلثة هو كون السبب مقدمة اخيرة من علل اعداد وجود المسبب بحيث لم يتخلل بينه و بين المسبب فعل فاعل مختارا واذا تخلل كان على احد النحوين الاخيرين: و مع التخلل لاباحد النحوين لايستند الفعل الا الى الاخير ، فلو حفر البئر حافر وسقط فيه اخر جهلا ومات بالسقوط يكون الضمان على الحافر . لانه السبب (ح) : ولو نصب فيه اخر سكينا و مات الساقط بوقوعه علي السكين يكون الضمان على الناصب ، ولو دفعه ثالث فى البئر يكون الضمان على الدافع كما انه لو القى نفسه اختياراً لايكون ضمانه علي احد

و حكم باب التسبيب هو ثبوت الضمان علي السبب ابتداء بلا توجهه الى المسبب اصلا لانه يتوجه اليه ثم منه يتوجه الى السبب ، ومن هنا يظهر عدم صحة التمسك بقاعدة التسبيب مستقلا فى قبال قاعدة الغرور لاثبات جواز رجوع المشترى الي البايع بما يغترمه حيث انه على التسبيب ليس للمالك الرجوع الى المشترى . لكي يرجع هو بعد الاغترام الى البايع بما اغترمه بل يلزم عليه الرجوع الى السبب من اول الامر ، مع ان المسلم بين الاصحاب صحة الرجوع الى المشترى كما يشهد به تعبيرهم برجوع المشتري الى البايع بما اغترمه . والحاصل ان قاعدة التسبيب لايثبت ضمان البايع فى المقام هذا تمام الكلام في قاعدة التسبيب »

واما قاعدة لاضرر : فقد تمسك بها جماعة في المقام لاثبات حق رجوع المشترى الى البايع بما يغترمه للبايع مطلقا من الاقسام الاربع المتقدمة : بتقريب ان عدم جواز رجوعه اليه بما اغترمه يكون ضرراً عليه

فيندفع بلاضرر ،، و لكنه فاسد بما تكرر مراراً من ان لسان دليل نفى الضرر الحاكم علي ادلة الاحكام هورفع الحكم الثابت عن موردالضرر لااثبات الحكم المنفى : والمقام من قبيل الثانى لاالاول ،، حيث ان الضرر يلزم من عدم ثبوت حق الرجوع ،، واما الضرر المثبت للحكم فهوالذى يكون فى مرتبة الملاك : و يصير منشاء لتشريع الحكم الذى من و ظيفة الشارع لاغيره ،، فليس للفقيه اثبات حكم فى موضوع بقاعدة لاضرر الاان يكون مشرعاكما لايخفى فقاعدة لاضرر ايضا اجنبي عن افادة جوازرجوع المشترى الى البايع ،،

واما قاعدة الغرور فهى المدرك فى اثبات رجوع المشتري الى البايع وتنقيحها يتم ببيان امور (الاول) فى مدرك تلك القاعدة و هوالنبوى المرسل (المغرور يرجع الى الغار) المعتضد بعمل الاصحاب وتلقيهم اياه بالقبول . مضافا الى ماورد فى تضاعيف باب النكاح من رجوع المدلس عليه الى المدلس مستدلا فى بعضه بانه دلسها : والي ظاهر رواية جميل المذكورة فى الكتاب : او فحويها من رجوع المشترى الى البايع بثمن الجارية وقيمة الولدان اخذت منه وغير ذلك مما هومذكور في بعض المسائل الراجعة الى البيع فالقاعدة لاشبهة فيها من حيث المدرك فى الجملة وان وقع البحث فى بعض تفاصيلها حسبمانشير اليه انشاءالله

الامر الثانى ان قاعدة الغرور صغرى من صغريات قاعدة التسبيب بالنسبة الى اقدام الغير على الضمان . وان كانت اجنبية عن قاعدة التسبيب بالنسبة الى الفعل ،، وتوضيح ذلك ان قاعدة التسبيب تستعمل فى موضعين (احدهما) ماتقدم وهوالذى حكم فيها بضمان السبب وعدم ضمان المباشر : وضابطها هوماكان الفعل مترتبا على المقدمة الاعدادية بحيث لايتوسط فاعل مباشر

ارادي بينه وبينها ،، وذلك كما في مثل حفر البئر والسقوط فيه فان الموت المترتب علي سقوطه فيه لم يتخلل بينه وبين فعل الحفر فعل ارادى آخر وفى هذا القسم يكون الضمان على الحافر .

و كحكم الحاكم المترتب علي شهادة الزور وكالقتل المترتب على حكم الحاكم بالقود ،، حيث ان الضمان فى امثال هذه الموارد لايتوجه على المباشر : بل يتوجه الى السبب (وثانيهما) ماكان السبب سببا على اقدام الفاعل المختار علي الضمان ومورد هذا ماذا تخلل الفعل الاختيارى بين المقدمة الاعدادية وبين المسبب المترتب عليها ثم صدور الفعل الاختيارى عن فاعله المتخلل بينهما امايكون مع العلم من الفاعل و الالتفات الى انه موجب للضمان اولا يكون كذلك

و الاول كما اذا تخلل دفع الدافع بين الحفر وبين السقوط فى البئر وفى مثله يكون الضمان على المباشر بلارجوعه الي سبب الحفر . فان الدافع (ح) هو المقدمة الاخيرة فى سلسلة الاعدادات ،، و هـذا القسم خارج عن مورد قاعدة التسبيب بكل واحد من اطلاقيها .

والثانى لايخلو . اما ان يكون السبب موقعا لذاك المباشر الاختيارى فى الضمان ابتداء مثل ماذا التمس المديون عن آخر قضاء دينه فانه سبب في ضمان الضامن بالتماسه منه الضمان : وامايكون موقعا ايـاه في الضمان بايقاعه اياه فى فعل يكون ذاك الفعل موجبا للضمان ،، كماذا احضر عنده طعاما مرائيا كونه منه . فاكله الآكل بتخيل انه ملك لمن احضره : ثم تبين كونه لغيره فان فعل الآكل المباشر للاكل وان كان اختياريا : لكن تضمينه قيمة الطعام ليس باختياره . وانما هو وقع فى الضمان بسبب احضار الطعام عنده فمن احضره عنده يكون موقعا اياه فى الضمان والضامن هو الآكل .

ونتيجة ذلك ضمان الآكل المباشر للاكل مع رجوعه الى السبب .
فهذا ايضا من موارد قاعدة التسبيب : لكن بمعني التسبيب فى الضمان لا التسبيب فى الفعل : فالتسبيب قديطلق و يراد منه التسبيب على الفعل و هذا هو الذي لاضمان فيه علي المباشر . بل الضمان يتوجه على السبب اولا. وقديطلق ويراد منه التسبيب علي الضمان : و هو الذي يتوجه فيه الضمان علي المباشر ثم هو بعداداء مافى ذمته من الضمان يرجع الى السبب .

ومما ذكرنا ظهر دفع توهم التنافي فى عبارة المصنف : حيث يمنع اولا عن التمسك بقاعدة التسبيب فى قوله(واما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور) الى ان قال و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا : و يتمسك اخيراً بها . حيث يقول او كون الغار سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور

ووجه الدفع هوان مايمنع التمسك به انما هو التسبيب على الفعل الذى عرفت انه لاضمان فيه علي المباشر : و ما يتمسك به هو التسبيب على الضمان الذي يكون الضمان على المباشر،، و قاعدة الغرور من صغريات هذه القاعدة :حيث ان التسبيب بهذا المعنى غالبا يكون مع تغرير السبب المباشر و ان امكن التفكيك ايضاً كمافى مورد التماس المديون ضمان ديته فانه تسبيب بلاتغرير من الملتمس

و بالجملة فالتسبيب بهذا المعنى يكون مدركا لقاعدة الغرور فمقتضى قاعدة الغرور الثابتة بالادلة المتقدمة هوصحة رجوع المشتري الى البايع فى جميع الصور الاربع اعنى ما اذا اغترم فى مقابل مالم يحصل له نفع كطم البئر و احداث البناء و نحوه : و ما اذا اغترم في مقابل النفع الواصل اليه . وما اذا اغترم فى مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن : و ما اذا

اغترم فى مقابل المنافع الغير المستوفاة الذى لم يذكره المصنف فى الكتاب بناء على ما تقدم منه من عدم الضمان فيه و لكن التحقيق لما كان هو الضمان فيه فيرجع المشترى به الى البايع ايضا بعد الاغترام :

والحاصل ان قاعدة الغرور تقتضى رجوع المشترى الي البايع في كلما يغترمه للمالك الا الثمن الذى يدفعه اليه حيث حصل له فى مقابله الثمن الذي اقدم على ضمانه

و بعبارة آخرى قاعدة الغرور موجبة للرجوع فى كلما لااقدام فيه من المشترى علي الضمان و هو ما عدى الثمن الذى دفعه الى البايع. فبالنسبة الي اصل الثمن اقدام منه على الضمان ففيما عداه لااقدام منه عليه بل انما يضمن بتسبيب من البايع الغار فيرجع اليه هذا حكم الاقسام علي الاجمال ،، ولكن وقع الخلاف فى كل واحد منها قد اشار اليه المصنف و نشير اليه فى موقع ذكره

قوله (قده) وفيه مع انا نمنع ورودها هذا اشارة الى الجواب عما ذهب اليه صاحب الحدائق قده من عدم رجوع المشترى الى البايع فيما يغترمه للمالك مع حصول نفع له فى مقابله ويلزمه الحكم بعدم الرجوع فيما يغترمه فى مقابل المنافع المستوفاة بطريق اولى،،و استدل له بسكوت الاخبار الخاصة الواردة فى رجوع المالك الى المشترى عن رجوع المشتري الى البايع مع كونها فى مقام البيان فيكشف عن عدم حق له عليه هذا ولايخفى مافيه

اما اولا فلان تلك الاخبار ليست فى مقام بيان حكم المشترى بالنسبة الى البايع و انما هى واردة فى مقام حكمه مع المالك فليس لها

اطلاق حتى يتمسك به لنفى رجوعه الى البايع

و اما ثانياً فلانه على فرض تسليم الاطلاق . فليس اطلاقها اعظم من بقية المطلقات القابلة للتقييد بعدوروده . فيقيد اطلاقها بمايدل على رجوع المغرور الي الغار ،، و هذا هوالمراد المصنف (قده) من قوله ان السكوت في مقام البيان لايعارض الدليل

قوله (قده) فمافى الرياض من انه لادليل على قاعدة الغرور اذالم ينطبق مع قاعدة نفى الضرر (الخ) هذه اشارة الي الجواب عما ذهب اليه صاحب الرياض قده من عدم رجوع المشترى الى البايع فيما يغترمه في مقابل المنافع المستوفاة ،، و استدل له بان الدليل على قاعدة الغرور هو قاعدة الضرر وهى منتفيه فيما يغترمه مما حصل له نفع . فاذا لم يكن ضرر على المشتري فلارجوع ولايخفى مافيه ،، وذلك لما عرفت من ان دليل قاعدة الغرور . ليس قاعدة نفى الضرر . بل الدليل عليها هو النبوي المنجبر بالعمل ،، وما يستفاد من مطاوى ما ورد فى ابواب النكاح و البيع من رجوع المغرور الى الغار المعلل فى بعضه بان الغار مدلس كما تقدم و كون القاعدة من صغريات قاعدة التسبيب بالنسبة الى الضمان و ان لم يكن من مورد التسبيب بالنسبة الى الفعل حسبما بيناه

ولوكان الدليل على القاعدة هو قاعدة نفي الضرر للزم الحكم بعدم جواز الرجوع اليها اصلا لماقدمناه من عدم دلالة نفي الضرر على جواز الرجوع ،، حيث انه متكفل لنفى الحكم فى المورد الذى يلزم منه الضرر لا لاثباته فى المورد الذى يلزم من عدمه الضرر

قوله قده او كون الغار سببا فى تغريم المغرور (الخ) المراد بهذا التسبيب هوالتسبيب بالنسبة الي الضمان ،، وقدمر الفرق بينه و

بين التسبيب بالنسبة الى الفعل فراجع

قوله (قده) فكان كشاهد الزور (الخ) لايخفى ان تسبيب شاهد الزور يكون من قبيل التسبيب على الفعل لاعلي الضمان ولذا يتوجه الضمان على الشاهد ابتداء لان الحاكم يضمن ويرجع الي الشاهد بما يغترمه بعد الاغترام فهذا التمثيل ليس فى موقعه

قوله (قده) ومما ذكرنا يظهر اندفاع ماذكر فى وجه عدم الرجوع (الخ) اورد على القول برجوع المشترى الى البايع فيما يغترمه فى مقابل العين . مثل ما اذا كانت قيمة المبيع زائدة على الثمن . فرجع المالك الى المشترى بالزيادة بانه :لايندرج تحت قاعدة الغرور. وذلك لكون المشترى مقدما على ضمان المبيع غاية الامر انه اقدم بضمانه بالثمن ،، لكن لما لم يسلم له المبيع بعوضه المسمي يكون عليه القيمة الواقعية : وذلك كما في كل عقد فاسد حيث ان اقدام المشترى فيه على ضمان المبيع بالعوض المسمى يوجب مع فساد العقد ضمانه بالمثل او القيمة

قوله (قده) توضيح الاندفاع (الخ) و حاصله ان ما حصل من المشترى هو الاقدام علي ضمان قيمة المبيع بمقدار الثمن المسمي . ولذا لايرجع الي البايع بالنسبة الى الثمن : و اما فيما زاد من مقدار الثمن . فلم يحصل منه اقدام . بل انما هو مغرور بالنسبة الى مازاد من الثمن من البايع

قوله (قده) هذا كله مع ان التحقيق على ما تقدم سابقاً (الخ) يعنى ان مقتضى الضمان فى العقد الفاسد هو اليد ،، وذلك لما تكرر مراراً من ان قاعدة مايضمن بصحيحه يضمن بفاسد اسست لبيان تمييز الموارد التى تقتضى اليد فيها للضمان عما لاتقتضيه وان كل مورد لاتكون اليد امانيا مجانياً ففيه الضمان فمورد العقد الفاسد لاتكون اليد امانياً فيثبت فيه الضمان

قوله (قده) وكيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى (الخ) وجه الاولوية هو عدم حصول نفع للمشترى في مقابل ما يغترمه للمالك فى مقابل زيادة العين. فيكون صدق الغرور فيه اظهر ممايدفعه فى مقابل ماحصل له نفع: فانه ربما يمنع فيه صدق الغرور كماتقدم حكاية منعه عن صاحب الرياض و ان تقدم مافيه ايضاً

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

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

وان كان وصفا من اوصافه فان كان مما يقسط عليه الثمن كوصف الصحة فحكمه حكم تلف الجزء فى الرجوع بالنسبة الى الزيادة عما يقابله من الثمن و عدم الرجوع بالنسبة الى مايقابله من الثمن وان كان ممالا

يقسط عليه الثمن فللمشتري ان يرجع الى البايع فيما يغترمه في مقابل نقصانه ،، و ذلك لعدم تقسيط الثمن على ذاك الوصف فلم يقدم المشترى بضمانه بشيء من الثمن فيكون مغروراً بكل مايغترمه فى مقابله فله الرجوع به الى البايع الغار

قوله (قده) ثم ان ماذكرنا كله من رجوع المشترى على البايع انما هو اذا كان البيع المذكور صحيحا (الخ) اذا كان البيع فاسداً من غير جهة كون البايع غير مالك . فلا رجوع للمشتري (ح) الي البايع بما يغترمه للمالك ،، وتوضيحه يتوقف على مقدمة وهى ان عدم المعلول انما يستند الى وجود المانع اوعدم الشرط فى ظرف تحقق وجود المقتضى: والا فمع عدم المقتضى يكون مستنداً الى عدمه لاستناد المعلول الى اسبق علله : وعدم المقتضى متقدم فى الرتبة على عدم الشرط اووجود المانع

اذا عرفت ذلك فنقول اذا كان لفساد العقد جهتين مثل فقد ما يعتبر فيه نفسه كالعربية مثلا وعدم كون العاقد مالكا استناد الفساد الى فقد أن ما ما يعتبر فيه نفسه يكون متقدما على تأثير عدم مالكية العاقد لكونه فى رتبة المقتضي ،، حيث انه اعتبار للشيى فى حد نفسه و مالكية العاقد شرط لتاثيره بعد تمامية العقد بما يعتبر فيه فى حد نفسه : فضمان المشترى لما يغترمه ناش عن فساد العقد : وفساده (ح) ناش عن اختلال مايعتبر فيه نفسه لا الى جهة عدم كون البايع مالكا فضمان المشترى للمالك لم ينشاء عن تغرير البايع حتى يرجع اليه بقاعدة الغرور بل هو ضمان مع قطع النظر عن عدم مالكية البايع فمع انتفاء الغرور لارجوع كما لايخفي

قوله (قده) ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كلما يرجع المشترى به على البايع (الخ) اذا تلف المبيع عند المشترى فلايخلوا مايكون سبب

الضمان تلف المبيع عند المشترى بحيث لم يكن هناك سبب آخر لضمان البايع من اليد او العقد او يكون هناك سبب آخر ،، كما اذا كان المبيع عنده غصبا . فعلي الاول . فلا رجوع للمالك على البايع اصلا لعدم تحقق سبب ضمانه للمالك ،، و انما له الرجوع الى المشتري المغرور الذي تلف المبيع عنده .

واذا اغترم المشترى للمالك يرجع الي البايع بما اغترم ،، وهل له الرجوع اليه قبل تأدية الغرامة الى المالك ام لا ظاهر موضع من القواعد هو الرجوع والذى استقر عليه فتوى الاصحاب و منهم العلامة فى غير القواعد بل فى مواضع آخر من القواعد ايضا هو العدم وهو الاقوى وسيظهر وجهه .

وعلى الثانى فللمالك الرجوع الي كل واحد من البايع والمشترى فان رجع الي البايع فلا يرجع البايع الى المشترى لكون قرار الضمان عليه وان رجع الى المشترى . فللمشترى الرجوع الى البايع بما اغترمه فيما له الرجوع فيه الي البايع كما فيما يغترمه فى مقابل زيادة الثمن مثلا ولا رجوع له فيما يغترمه مما لا رجوع له اليه و هو ما يساوى الثمن من القيمة كما ان للبايع الرجوع الى المشترى بمقدار الثمن اذا رجع المالك اليه ،، وذلك لقرار الضمان فى مقدار الثمن على المشترى .

قوله (قده) ان قلت ان كلا من البايع والمشترى (الخ) هذا اشكال على الحكم برجوع البايع الى المشتري فى مقدار الثمن بواسطة ما ذكر من كون قرار الضمان عليه ،، وحاصله ان المفروض تلف المبيع عند المشترى لا باتلاف منه : وانما ضمانه للمبيع بواسطة اليد والبايع والمشترى متساويان فى سبب الضمان : فلا قرار للضمان على المشترى حتى يرجع البايع اليه عند رجوع المالك اليه ،، والحاصل انه مع فرض تساوى البايع والمشترى

فى سبب الضمان . فلارجوع لكل منهما الى الاخر لواغترم للمالك برجوع المالك اليه ،، ومحصله دعوى كون ضمان البايع والمشترى فى عرض واحد فالمشترى يضمن نفس ماضمنه البايع بحيث يتعلق الضمانان بمال واحد فى رتبة واحدة .

قوله (قده) قلت توضيح ذلك (الخ) محصل ما افاده فيما حققه هو تسليم ماادعى فى السؤال من عرضية الضمانين : واستشهد له بنظائر ،، وهى ضمان الضامن لما اشتغل به ذمة المديون على مذهب الجمهور القائلين بضم الذمة الى الذمة فى باب الضمان لا بالانتقال من ذمة الى اخرى كما هو عندنا وضمان شخص لدرك المبيع عن البايع للمشترى اذا ظهر المبيع مستحقا للغير او ضمان الثمن عن المشترى للبايع لوظهر الثمن مستحقا للغير ،، و ضمان الاعيان المضمونة على القول به كما استقربه فى التذكرة ،، و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة وحكي الفخر عن درس والده ،؛ وكواجبات الكفائية في باب العبادات

والحاصل ان تصوير الضمان في صورة تعدد الضامن . نظير تصوير الوجب الكفائي : فكما ان الواجب في الكفائي شيئي واحد . والمكلفون متعددون يكون المال فى المقام مالا واحداً : و ضمانه متعدد هذا محصل مرامه (قده) .

ولا يخفى مافيه من الفساد: وذلك لعدم صحة تعدد الضمان العرضى ثبوتا. ولا اثباتاً : وفساد ماذكره قدس سره من النظائر بالمنع عن تلك النظائر اما من حيث الصغرى واما من حيث الكبرى،، اما استحالة تعدد الضمناء عرضا ثبوتا . فلان الذمة في عالم الاعتبار تكون فى حكم اين خارجي يستقر فيه المال الا ان الذمة لمكان اعتباريتها وسيعة تسع كل شيئي يصح اعتباره فيها ولهذا يقال

بانها بيداء واسعة : فكما انه لايعقل قرار مال و احد في مكانين عرضا بان يكون قراره في احدهما بعين قراره في الاخر و في عرضه : فكذلك لايعقل قرار مال واحد في ذمة في عرض استقراره في ذمة اخرى بعين استحالة قراره في مكانين خارجيين ،، و هذا على ماهو التحقيق في باب الاحكام الوضعية من قابلية تعلق الجعل بها استقلالا وان الضمان حكم وضعي مجعول مستقل بالجعل لانه منتزع عن الحكم التكليفي .

نعم على القول بالانتزاع عن التكليف يمكن تكليف شخصين او اشخاص بالاداء على نحو الواجب الكفائي فينتزع منه وضع و هو الضمان على نحو التصوير الكفائي حسب منشاء انتزاعه لكن القول بانتزاع الضمان عن التكليف فاسد و هو قدس سره ايضا لم يتكلم في المقام على ذاك الفرض .

و بالجملة فعلى ماهو التحقيق في باب الضمان . فلايتصور تصوير النحو الواجب الكفائي فيه ،، واما عدم مايدل عليه اثباتا : فلما سنوضحه من ان ادلة الضمان في صورة تعدده يدل على الضمان الطولي الذي هو بمكان من الامكان ثبوتا حسبما نوضحه انشاءالله : واما فساد مااستشهد به قده تاييدا لما ادعاه ممايكون الضمان فيه عرضيا،، اما الضمان على طريقة الجمهور فهو وان كان ينطبق على الضمان العرضي . لكنه فاسد لانقول به والاستشهاد بامر فاسد عندنا مضروب عنه لانقول به اصلا .

واما ضمان درك المبيع او الثمن عند ظهور المستحق : فهو ليس من باب الضمان العرضي بان يكون الثمن مضمونا على البايع في عرض ضمانه على الاجنبي والمبيع مضمونا على المشتري في عرض ضمانه على الاجنبي : بل معنى ضمان الاجنبي للثمن او المثمن : هو انه لو تلف المضمون او امتنع المضمون عنه يكون عوضه على الضامن ،، ونتيجة هذا انه مع تلف المضمون

او امتناع المضمون عنه لايشتغل الاذمة الضامن : ومع وجوده وعدم امتناع المضمون عنه لايشتغل الاذمة المضمون عنه . فلم يجتمع ضمان المضمون عنه مع ضمان الضامن لكى يكونا عرضيين .

نعم غاية ماهناك وجوب الزام الضامن للمضمون عنه بالرد الي المالك فى صورة وجود العين . لكن اين هذا من الضمان بمعني استقرار ذمة الضامن بالمال وكون مال المالك فى صندوق ذمته كما لايخفى .

واما ضمان الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالعقد الفاسد بان يضمن الضامن للعين المضونة لا مااستقر فى الذمة على تقدير التلف ،، ففيه مع انه محل للخلاف : فان المحكى عن جماعة هو المنع عنه : ان معنى ضمانه علي الضامن ثبوت بدله عليه عند التلف من المثل او القيمة ،، ووجوب الزام المضمون عنه بادائه علي تقدير وجوده : فليس هو ايضا من باب الضمانين العرضيين . فان المضمون له علي تقدير وجود العين لايرجع الا الى المضمون عنه . ومع تلفه ليس له الرجوع الا الى الضامن فلايكون المال مستقراً في ذمة الضامن مع قراره فى ذمة المضمون عنه .

واما ضمان الاثنين لواحد على نحو الاستقلال : بحيث يكون كل واحد ضامنا لهذا المال الواحد فى عرض ضمان الاخر فهو عين ماهو المدعي فى المقام فلا وجه لجعله شاهداً للمقام . وعلى نحو التشريك لاينتج الا التشريك في ضمان واحد لا استقلال كل واحد بالضمان . نظير استقراض شخصين عن واحد ،، حيث انه ايضا موجب لتشريكهما في الدين لاوقوع تمام الدين فى ذمة كل واحد منهما بالاستقلال .

واما التنظير بالواجبات الكفائية فى العبادات . ففيه انه علي تقدير

تصويره في المقام يوجب عدم ضمان كل واحد منهما لاضمان احدهما علي البدل . وذلك لان المعنى المتصور فى الكفائى فـي العبادات علي مـا حقق فى الاصول هو تقييد اطلاق خطاب كل واحد من المكلفين بعدم قيام الاخر به . اذ معنى صل في الواجب المعين العينى هو وجوب الصلوة على المخاطب سواء صلى شخص آخر ام لا : ومعنى صل على الميت كفاية هو وجوب الصلوة علي المخاطب فى ظرف عدم صلوة شخص آخر لامطلقا . وهذا المعنى فى- باب الضمان . يوجب عدم ضمان كل واحد منهما ، ضرورة ان ضمان كل واحد يوجب عدم ضمان الاخر لان ضمانه (ح) فى ظرف عدم ضمانه: وهو مستلزم لعدم ضمان كل واحد منهما كما لا يخفى .

و **بالجملة** فشيئى من هذه الموارد لايثبت صحة الضمان المتعدد عرضا والمتحصل استحالة تعدد الضمناء عرضا ثبوتا وعدم الدليل عليه اثباتا .

بل التحقيق فى مورد تعدد الضمناء هو طولية الضمان . و بطوليته يتم الامور المتقدمة : وماسيجئ من عدم جواز رجوع المالك الى الغار . بل ليس له الرجوع الا الي المغرور ، وعدم جواز رجوع المغرور الي الغار قبل الاغترام للمالك : وعدم جواز رجوع الداين الى المديون بعد ضمان الضامن عن المديون : بل يتعين عليه الرجوع الى الضامن . كما ان الضامن لارجوع له الى المضمون عنه الا بعد اداء ماضمنه الى المضمون له ، وجواز رجوع المالك الى كل واحدة من الايادى المتعاقبة . و جواز رجوع كل سابق الى لاحقـه الـذى تلف المال عنده على تقديـر رجوع المالك الى السابق .

وتوضيح الضمان الطولى ان معني المعقول من تعدد الضمناء هو ان يكون احدهما فيما اذا كانا اثنين مثلا ضامنا للمالك و الاخر ضامنا لما

ضمنه الاخر وما استقر فى ذمته (وبعبارة آخرى) يكون الاول مشتغل الذمة بالمالك: والثانى بما اشتغل به ذمة الاول . فاشتغال ذمة الثانى يكون فى طول اشتغال ذمة الاول ،، وهذا يتصور على قسمين فانه تارة لايصح للمالك ان يرجع الى الثانى في عرض رجوعه الى الاول بل لابد له من الرجوع الي الاول ثم الاول بعد تأديته لما فى ذمته يرجع الى الثانى . واما ان يصح له الرجوع الى الثانى كما يصح له الرجوع الى الاول .

غاية الامر انه اذا رجع الى الثانى لايرجع الثانى الي الاول . و اذا رجع الى الاول فالاول يرجع الى الثانى ،، و هذا الاختلاف ينشاء من سبب الضمان : فان الضمان اما عقدى كما فى مورد التماس المديون ضمان ما فى ذمته. او يكون بـ الاتلاف : او يكون بسبب الايادى المتعاقبة : و فى الاولين اعني العقد والاتلاف لارجوع للمالك الا الى الضامن الاول .

اما فى العقدى . فلان الضامن الذى يضمن بالتماس المديون يشتغل ذمته بدين المالك بالضمان ،، ويبرء المديون المضمون عنه عن الداين و معه فليس للداين (ح) ان يرجع الى المديون المضمون عنه لبرائة ذمته عن دينه وانما المشتغل به هو الضامن .

ثم اذا ادى الضامن ما فى ذمته من الدين يشتغل ذمة المضمون عنه بالضامن فللضامن (ح) الرجوع اليه بعد ما ادى الى المضمون له و هل له مطالبة المضمون عنه بما فى ذمته قبل ادائه الى المضمون له: الذي عليه الاصحاب هو العدم . وذهب العلامة في موضع من القواعد الى الجواز وقال به فى المغرور ايضا بان له مطالبة الغار قبل التغريم،، ووجه كلامه بان الضامن او المغرور لو كان مشتغل الذمة بمال المضمون له او المالك و ليس فى ذمة المضمون عنه و الغار بالفعل شيىء مما اشتغل به ذمة الضامن او المغرور لكن الضامن مشغول

الذمة بماكان فيذمة المضمون عنه ويكون ذمة المضمون عنه مخرجا لما فىذمة الضامن فله ان يؤدى مافىذمته بعين مايأخذه عن المضمون عنه فيصح له المطالبة عنه لان يؤدى مايأخذه منه الى المضمون له .

وكذا الكلام فى المغرور بالنسبة الى الغار حيث انه لما ضمن للمالك بتغرير الغار ،، وكان له الرجوع اليه بعد الاداء لمكان مايؤدى الى المالك فله المطالبة منه اولا لان يؤدى مايأخذه عنه الى المالك هذا .

ولايخفى مافيه من الفساد . و ذلك لان الضا من بالاداء يصير مستحقا لان يطالب المضمون عنه بما ادى . فقبل الاداء ليس فى ذمة المضمون عنه شيئى اصلا . بالنسبة الى المضمون له مطلقا و لا بالنسبة الى الضامن بالفعل . و ان كان بالنسبة اليه بالقوة بمعنى انه قوة ان يصير ضامنا للضامن اى مشتغل الذمة للضامن عند اداء الضامن لمافى ذمته . فقبل تأدية الضامن ليس شيئى فى ذمة المضمون عنه حتى يصح به رجوع الضامن اليه . و هكذا المغرور بالنسبة الى الغار . بل الامر فى المغرور و الغار اظهر .

ويترتب على ما ذكرناه عدم جواز رجوع الضامن الى المضمون عنه لوابرئه المضمون له : و جملة من احكام اخرى يكون فيها الخلاف لا يليق المقام بذكرها ،، و انما هو موكول الى باب الضمان . فظهر انه مع الضمان العقدى لارجوع للمضمون له الا الي الضامن الاول و ان الضامن الاول لايرجع الي الثاني الا بعد الاداء الى المضون له .

و اما الاتلاف فوجه عدم رجوع المالك الاالى الذى اتلف المال عنده و صار ضا منا بسبب الاتلاف و اضح ،، حيث ان سبب الضمان الذى هو الاتلاف حصل منه و معه فلا موجب لرجوع المالك الى غيره : و منه يظهر

عدم جواز رجوع المتلف اذا كان مغرورا الى من غره قبل اداء ما استقر فى ذمته بالاتلاف لانه يرجع الي الغار بما اغترمه . وقبل الاداء لا اغترام حتى يرجع به الى الغار وهذا ظاهر

فالمتحصل فى هذين القسمين هو عدم رجوع المالك الا الي الضامن الاول . و انه لارجوع للضامن الاول الي الثاني الا بعد اداءه فى ذمته الى المالك ، و اما الضمان بسبب اليد فللمالك ان يرجع الى اللاحق كما كان له الرجوع الى السابق فان اللاحق ضامن للمالك كما يكون السابق ضامنا : غاية الامر على نحو الطولية بمعنى كون السابق ضامنا لمال المالك : و اللاحق لماله الذى اشتغل فى ذمة السابق . فان رجع الى اللاحق فهو و ان رجع الى السابق فللسابق ان يرجع الى اللاحق اذا لم يكن فى البين غرور

وخلاصة الكلام مع اعادته من رأس . ان يقال ان تعدد الضمناء عرضا بحيث يكون احدهما ضامنا للمالك في عرض ضمان الاخر غير معقول ، و ما يقال فى تصويره نظير الواجب الكفائي فى التكاليف لا يرجع الي محصل : حيث ان المتصور في الواجب الكفائى هو تقييد اطلاق الوجوب على كل واحد من المكلفين بعدم قيام الاخر به فينتج وجوب الشيء علي كل مكلف فى ظرف عدم قيام الاخر به وهذا المعني فى باب الضمان ينتج عدم الضمان رأسا ، ضرورة ان تقييد ضمان كل بعدم ضمان الاخر موجب لعدم ضمان الجميع كما لا يخفى

و المعقول من الضمان عند تعدد الضمناء هو الضمان الطولى وهو ان يكون احد الضمناء ضامنا للمالك : و يكون الاخر ضامنا لما ضمنه الاول بان تكون ذمة الضامن الثانى مخرجا لما ضمنه الاول . و الضامن الثالث

ضامنـا لما ضمنه الثاني و هكـذا : و ليس للاول ان يرجع الى الاخير قبل الاداء .

ثم ان اسباب الضمان كما عرفت ثلاثة لارابع لها (الاول) العقد و الامر المعاملي مثل امر المديون بثالث باداء ما عليه من الدين امراً معامليا نظير امر صاحب المتاع بالحمال بان يحمل متـاعه فـانه يجب عليه اداء اجرة الحمل لامره به : لاامراً غير معاملي نظير التماس الملتمس عن احد في حمل متاعه علي نحو التفضل مثل او امر الفقراء و المساكين (الثاني) الاتلاف (والثالث) اليد فكما يتصور تحقق ضمان واحد بكل من هذه الاسباب الثلاثة يتصور تعدده ايضاً (فالاول) كما في امر المديون باداء دينه فأنه ضامن للمسؤل عنه فالمسؤل عنه هو الضامن الاول الذى يضمن عن المديون بالتماسه والمديون هو الضامن الثانى الذى يضمن مايؤديه المسؤل عنه فالمديون ضامن لما ضمنه الضامن بالتماسه (والثاني) كما اذا اتلف احد بتغرير اخر فان المتلف ضامن للمالك باتلافه و الغار ضامن للمتلف بتغريره اياه (و الثالث) كما في تعاقب الايادى ، ولهذه الاسباب الثلاثة احكام مشتركة بين الجميع واحكام مختصة ببعضها ، و الاحكام المشتركة بينها امران (احدهما) كون الحق في الجميع واحدا مع تعدد الضمناء ويكون كل لاحق ضامنا لما فى ذمة الضامن السابق على ما هو معنى الطولية نظير تعددا مكنة شيئى واحد فى عالم العين طولا مثل كون المصباح في المشكوة والمشكوه في البيت فكما ان تعدد امكنة شيئي واحد طولا بحسب العين امر معقول (كك) تعددها بحسب عالم الاعتبار معقول وكما ان تعدد امكنته عرضا فى عالم العين غير معقول بان يكون في مكان فى حال كونه فى مكان اخر (كك) تعددها فى عالم الاعتبار غير معقول بان يكون فى ذمة فـى حال

كونه فى ذمة اخرى (الامر الثانى) عدم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل اداء ما فى ذمته وهذا الاثر مشترك فى الاسباب الثلاثة وان كان المنشاء مختلفا حيث ان فى الضمان العقدى التزام العقدى مقتض لعدم جواز رجوع الضامن الى المضمون عنه الا بمقدار مايؤديه بعد الاداء و فى الضمان بالغرور هو دليل تلك القاعدة اعنى النبوى المعروف المعتضد بالعمل او الاجماع المنعقد على مضمونه و فى ضمان اليد هو قاعدة علي اليد فالدليل مختلف فى الموارد الثلاثة ولكن الاثر واحد

و اما الاثر المختص بكل واحد منها فالضمان العقدي يختص بانه تابع لما التزم به بقدر الالتزام فان التزم الضامن اللاحق بالتعهد بما في ذمة الضامن السابق يكون موجبا لبرائة الضامن السابق و اشتغال ذمة اللاحق كما كان ضمان الضامن السابق عن المديون موجبا لبرائة المديون عن الداين و اشتغال الضامن بما يكون فى ذمة المديون و ان التزام الضامن الثانى بما فى ذمة المديون لا بما ضمنه الضامن الاول يكون باطلا حيث انه لم يكن فى ذمته شيئى و كان برئيا بسبب ضمان السابق وعلى فرض صحته يكون موجبا لهدم الضمان السابق (وبالجملة) فهو تابع لكيفية الالتزام و هذا بخلاف ضمان اليد فان اللاحق فيه ضامن لماضمنه السابق علي مامر شرح القول فيه ويشترك ضمان العقدى مع ضمان الاتلاف فى انه لايتصور فيهما الضمناء المتعددون بحيث يرجع المالك الي كل واحد منهم دون ضمان اليد،، اما الضمان العقدى فلان الضمان على مذهب الخاصة عبارة عن انتقال ذمة الى اخرى فقبل ضمان الضامن كان الدين فى ذمة المديون و بعد ضمانه انتقل الدين عن المديون الى الضامن و صار المديون برئيا عن الدين فما اجتمع اشتغال ذمة المديون مع اشتغال الضامن

معاً حتي يكون ضمانهما طوليا اوعرضيا

واما ضمان الاتلاف فلانه لا يعقل قيام الاتـلاف بشخصين حتى يكونا معاًضامنين لمال واحد بل الضامن للمالك ليس الا المتلف محضا وانما الغار ضامن للمتلف لا للمالك فليس للمالك الا الرجوع الى المتلف لا الغار و هذا ظاهر

واما ضمان اليد ففيه يتصور تعدد الضمناء بالنسبة الـى المالـك فالضامن الثانى كما يكون ضامنا للاول بمعنى كون ذمته مخرجا لما فـي ذمة الضامن الاول و للاول الرجوع اليه بعد تأدية ما في ذمته الي المالك بمقدار ما ادي : ضامن للمالك ايضاً بمعني ان للمالك ان يرجع اليه دون الاول الا انه اذا رجع المالك اليه فهو لايرجع الي الاول و ان رجع الـي الاول فالاول يرجع اليه مالم يكن الاول غاراله

هذا تصوير تعددالضمناء طولافى الصور الثلاثة و الاثار المترتبة على كل واحد منها ثبوتا (واماإقامة الدليل عليه اثباتا) اماالضمان العقدي فالدليل على ضمان الامر بالعمل او اداء ما عليه من الدين ليس الامايدل على ضمان المستوفى لمال او عمل محترم بامر معاملى فنفس ما يدل على ضمان المستوفى لعمل محترم اومال محترم بامرمن المستوفي امرا معامليا يدل علي ذاك الضمان الطولى اعنى ثبوت عهدته بما يعمله العامل أو يؤديه الملتمس عنه و استقرار الضمان عليه بفعل الملتمس عنه ما التمس منه من الفعل او اداء الدين ونحوه فقبل صدور العمل من العامل لايكون للآمر ضمان الا بنحو القوة بمعنى ان للعمامل أن يعمل لكي يصير الآمر ضامنا و بعمل المامور ما التمس منه يثبت الضمان علي الآمرو يستقر ذمته بما اداه و لايخفى انما تصورناه في عالم الثبوت ينطبق على مايستفاد من

الدليل فى مرحلة الاثبات من غير اشكال

واما ضمان الاتلاف فالدليل عليه هو النبوى المعروف (المغرور يرجع الى الغار) ولو نوقش فى سنده ولو بعد الاعتضاد بالعمل فيتمسك بالاجماع حيث انه لاخلاف فى حكم رجوع المغرور الى الغار وكون الحكم به اجماعيا و حيث ان الثابت من الدليل هو صحة رجوع المغرور بما اغترم و يكون بعنوان التدارك عمايغترمه فلاجرم لايكون رجوعه الا بعد الاغترام و هذا ماذكرناه من طولية الضمان اى كون الغار ضامنالما يغترمه المغرور و يؤديه الي المالك بعد الاغترام

و اما ضمان اليد فالدليل عليه انما هوالحديث المبارك المعروف علي اليد ما اخذت حتي تؤديه (وتوضيحه) على وجه يوافق مع ماتصورناه ثبوتا من الضمان الطولى ان يقال معنى ضمان العين هو اعتبار قرار المال فى صندوق الذمة نحو قراره فى الصندوق الخارجي و مقتضى دلالة على اليدهو تعلق الذمة بما استقر على اليد بنفس استقراره لاثبوت ضمانه عليه عند تلفه بحيث يكون لقرار الضمان على الذمة حالة منتظرة الى حين التلف اذهذا شعر محض لاضرورة فيه (نعم) فعلية الضمان و ظرف مطالبة الضامن بالمثل او القيمة انماهو بعد التلف لا ان اصل ضمانه يكون بعد التلف لكن العين الخارجى باستقرار اليد عليها لاتثبت فى الذمة اذهى غير قابلة لان تثبت فى الذمة بل الثابت في الذمة باعتباره فيها اعتباراً عقلائيا هو ماينا سب قراره فيها نظير ما يثبت من الاعيان الخارجية فى المدارك العقلية من المفاهيم المجردة ضرورة لزوم مناسبة المظروف مع ظرفه فالثابت فى الذمة من العين الخارجى هوالامر المجرد الذى هو بدل من العين الخارجى و يكون ثبوته فيها على نحو البدلية فمقتضى على اليد ما اخذت بالنسبة

الى اليد الاول اعنى عموم الموصول هو اثبات العين الخارجي فى ذمة الضامن على نحو يناسب ثبوتها فيها فباستقرار المال فى يد الضامن الاول يثبت بدله فى ذمته بحكم عموم على اليد ثم اذا استقر على يد الضامن الثاني يكون المال الذي قد استقر بدله فى ذمة الضامن الاول مستقرا على يد الضامن الثانى فبحكم عموم الموصول في على اليد يثبت فى ذمة الضامن الثانى بمثل ثبوته في ذمة الضامن الاول لكن ثبوته في ذمة الضامن الثانى لما كان بعد ثبوت بدله فى ذمة الضامن الاول فلا جرم يكون هو بما ثبت بدله فى ذمة الاول ثابتا فى ذمة الثانى فعموم على اليد يدل على ضمان الاول و الثانى معا لكن ضمان الاول يكون للمال بما هو هو و ضمان الثانى يكون للمال بما هو ثابت فى ذمة الضامن الاول (والسر فى ذلك) هو ان العموم المذكور ينحل الى قضايا متعددة بعدة موضوعاتها فكل يد عادية يخصها فرد من الحكم و مقتضى كل واحدة من هذه الاحكام هو ثبوت ما على اليد في ذمة صاحب اليد على نحو استقراره على اليد فان استقر على اليد بماله من المنفعة فيستقر فى الذمة (كك) و ان استقر على اليد بلا بدل فيستقر في الذمة بلا بدل وان استقر في حالة له البدل فيثبت فى الذمة بما له من البدل

والحاصل ان مقتضى انحلال العموم هو ثبوت ما على اليد في ذمة صاحب اليد بماله من اللون من كونه مع المنفعة او بلا منفعة و مع البدل او مع عدمه وحيث ان استقرار المال على يد الغاصب الاول يكون بلا بدل فيكون ثبوته في ذمته ايضا (كك) بلا بدل و حيث ان قرار الضمان على الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدله فى ذمة الضامن الاول فيكون ثبوته في ذمة الثانى بماله من البدل (ونتيجة هذا) صحة رجوع المالك الى الضامن الثانى كصحة رجوعه الى الضامن الاول لكون الثانى ضامناً للمالك كالاول

وصحة رجوع الضامن الاول الى الثانى اذا رجع المالك اليه بعد تأدية ما فى ذمته الى المالك بمقدار ما ادى وعدم صحة رجوع الضامن الثانى الي الاول اذا رجع المالك الى الثانى فيما اذا لم يكن فى البين غرور

و قد تحصل ان الاستدلال بعموم علي اليد لاثبات الضمان الطولى بالمعني المتقدم فى الايادى المتعاقبة المصحح لمذهب المشهور من صحة رجوع المالك الى كل من تلك الايادى و صحة رجوع كل سابق الى لاحقه اذا رجع المالك الى السابق و المترتب عليه الفروع الآتية : يتم بامرين (احدهما) ان ثبوت الضمان لايتوقف على تلف العين بل هو ثابت مع وجودها ايضاً الا ان فعلية الضمان وظرف مطالبة المالك عن الضامن بالمثل او القيمة هو ظرف التلف (وثانيهما) ان مقتضى انحلال عموم علي اليد وتخصص كل حكم من تلك الاحكام المنحلة بموضوعه على ماهو عليه هو ثبوت ضمان العين على اليد فان كان مع البدل فمع البدل وان كان بلابدل فبلا بدل و بعد تمامية الامرين نقول قرار العين علي يد الضامن الاول يكون بلابدل فيضمنه الضامن الاول بلابدل و قرارها علي يد الضامن الثانى يكون بعد ثبوت بدلها على ذمة الضامن الاول فيضمنه الضامن الثاني بماله بدل في ذمة الضامن الاول (و الحاصل) ان مال المالك اذا استقر على يد الضامن الثاني بعد قرار بدله فى ذمة الضامن الاول (يحتمل) ان يكون قرار ضمانه فى ذمة الضامن الثانى مع قطع النظر عن ثبوت بدله في ذمة الضامن الاول فيكون الضامن الثانى ضامناً للمالك فى عرض ضمان الضامن الاول وهذا معنى الضمان العرضى (ويحتمل) ان يكون ما ثبت بدله فى ذمة الضامن الاول ثابتا فى ذمة الضامن الثانى مع ماله من لون ثبوت بدله فى ذمة الاول فيكون الضامن الاول ضامناً للمالك ماله والضامن الثانى ضامناً للمالك ماله الذى ثبت ضمانه على الاول

و هذا معنى الضمان الطولى فيكون ذمة الثانى مخرجاً لمافي ذمة الاول

هذا بحسب عالم الثبوت و اما بحسب مرحلة الاثبات فالمتعين هو الاحتمال الاخير وذلك لوجوه (الاول) استحالة الضمان العرضى مع تعدد الضمناء بالبيان المتقدم حيث اثبتنا استحالة كون مال واحد فى ذمتين عرضاً كاستحالة قراره فى مكانين خارجيين (الثانى) انحلال عموم على اليد باحكام متعددة حسب تعدد موضوعاتها و اختصاص كل حكم بموضوعه بماله من الخصوصيات و قد تقدم شرحه (الثالث)اطلاق دليل علي اليد فان مقتضى اطلاقه اشتغال ذمة كل ذى يد بما حصل عنده على ما هو عليه فتجريد المال عن كونه فى ذمة الضامن الاول و اثباته فى ذمة الضامن الثانى مجرداً عن تقيده بالثبوت فى ذمة الاول كما كان ثابتاً فى ذمة الاول مجرداً عن التقيد بثبوته في ذمة اخرى يحتاج الي مقيد لاطلاق دليل اليد مفقود حسب الفرض و مع عدم مايوجب التقييد يكون المحكم هو الاطلاق،،ومما ذكرنا ظهر الفرق المتقدم اليه الاشارة بين الضمان الحاصل بسبب اليد و بين الضمان الحاصل بسبب العقد او الغرور حيث ان تعدد الضمناء لايتصور الافى الاول دون ضمان الغرور و العقد و ان التعدد فى ضمان اليد طولي لاعرضى و انطبق ما تصورناه فى مرحلة الثبوت على مادل عليه الدليل فى مرحلة الاثبات و به تم مذهب المشهور واندفع جميع ما يتصور فى المقام من الاشكالات .

و ماذكرناه فى معنى الضمان الطولى هو مراد المصنف قده فى عبارته الاخيرة حيث يقول فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل (الخ) و ان كانت العبارة قاصرة عن تأدية ماحققناه الا انه يدل على ارادته (قده) لما ذكرناه ما افاده اخيرا بقوله فما يدفعه

الثاني انما هو تدارك لما استقر تداركه فى ذمة الاول بخلاف مايدفعه الاول (الخ) فلا يرد عليه ما اورده بعض المحققين (قدة) فى حاشيته من الايرادات السبعة حيث يتبين لمراجعها بانها كلها اجنبية عن ماهو مرام المصنف (قده) فراجع ولا يحتاج الى بيان احادها وايضاح مافيها من الخلل مفصلا

ثم انه يترتب على الضمان الطولى بالمعنى الذى تقدم فروع (الاول) جواز رجوع المالك الى كل واحد من الضمناء فيما اذا كان سبب الضمان هو اليد وعدم جوازه فيما اذا كان السبب العقد اوالاتلاف وذلك لان الضمان الطولي بطبعه لايقتضى اجتماع الضمناء المتعددين فى الضمان دفعة وأحدة كما انه لاينافيه ايضا بل كل من الاجتماع وعدمه لابد من ان يثبت بدليل آخر لكن دليل اليد يثبت ضمان كل لاحق مع ضمان السابق عليه طولا دفعة واحدة لان نسبة دليل اليد الى كل واحدة من الايادى متساوية ففى ظرف ضمان الاول يثبت ضمان الاخير الا ان الاخير ضامن لما ضمنه الاول دون العكس فدليل اليد يثبت اجتماع الضمناء طولا فى زمان واحد (واما الضمان بسبب الغرور و العقد) فلا يجتمع الضمناء فيها في زمان واحد و ذلك اما فى ضمان العقدي فلان الضمان بناء على ماهو المختار عند الامامية عبارة عن انتقال ذمة الى ذمة اخرى لاضم ذمة الى اخرى فقبل ضمان الضمان يكون ذمة المديون مشتغلا بمال المالك وبعد الضمان تبرء ذمة المديون عنه وتصير ذمة الضامن هى المشتغلة بالمالك فلا اجتماع لهما فى ضمان المالك اصلا (و اما في ضمان الاتلاف) فلان الغار لايكون ضامنا للمالك لعدم قيام الاتلاف به و ذلك لاستحالة قيام تلف واحد شخصى بشخصين على نحو الاستقلال حتى يكون اتلاف كل سببا لضمانه للمالك بحيث يرجع المالك الي كل واحد منهما وهذا ظاهر

(الفرع الثانى) اذا استوفى المالك حقه من واحد من احاد السلسلة المتعاقبة لايجوز له الرجوع الى شخص آخر منهم سواء كان سابقاً على المستوفى منه : ام لاحقا بـل يذهب حقه باستيفائه و تبرء ذمة الجميع عن المالك باداء واحد منهم ما فى ذمته و هذا الفرع يترتب علي وحـدة الحق و حيث انه واحد والمفروض استيفاء المالك اياه فليس له رجوع الى اخر منهم كماهو ظاهر

الثالث يجوز رجوع السابق الى اللاحق اذاادى السابق مافى ذمته الي المالك بعد رجوع المالك اليه بمقدار ما ادى أذا لم يكن السابق غاراً للاحق ولايجوز رجوعه قبل الاداء اماوجه جواز رجوعه بعد الاداء فلكون ذمة اللاحق مخرجاً لمافى ذمة السابق مخرجية مطلقة اى غير مقيدة برجـوع المالك اليه بل ذمة الثانى مخرج لمافى ذمـة الاول علي كلا تقديرى رجوع المالك الى الثاني اوالى الاول ولازم اطلاق مخرجية ذمته لمافى ذمة الاول حتى فيما اذا رجع المالك الى الاول هو بقاء مخرجية ذمته بعد رجوع المالك الى الاول ومقتضى ذلك جواز رجوع الاول الى الثانى بعد اداء مافي ذمته الى المالك لكون ذمة الثاني مخرجاً لما فى ذمة الاول في تلك الحالة ايضاً (اما مخرجية ذمة الثانى) لما في ذمة الاول فهى ثابتة من طولية الضمان كما هو معنى الضمان الطولى على ما بيناه و اما اطلاق مخرجيته فلاجل اطلاق دليلـه حيث ان مقتضى اطلاق دليل على اليد ضمان اللاحق لما فى ذمة السابق مطلقاً سواء رجع المالك الى اللاحق او الى السابق فان رجع الي اللاحق فهو وان رجع الى السابق فالسابق يرجع الي اللاحق بمقتضى بقاء مخرجية ذمته لما في ذمة السابق فى تلك الحالة (والسر فى ذلك) كون اللاحق ضامناً لما ضمنه السابق على نحو الكلى القابل للا نطباق على المثل او القيمة

لاشخص ما يدفعه السابق الى المالك فاذا دفع السابق الى المالك يصير ضمان اللاحق عن السابق بالضمان التقديري فيرجع اليه السابق لفعلية الضمان .

واما وجه عدم جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل الاداء فلان ما في ذمة اللاحق ليس ملكا للسابق بل هو ملك للمالك فللمالك ان يطالب من اللاحق بحقه دون السابق فان استوفى المالك حقه من اللاحق فهو و ان استوفاه من السابق يتبدل المطالب عن اللاحق من المالك الى السابق فقبل مطالبة المالك من السابق كان حق المطالبة من اللاحق للمالك و بعد استيفاء حقه عن السابق مع بقاء مخرجية ذمة اللاحق ينقلب حق المطالبة عن اللاحق و يصير للسابق فظهر ان دليل اليد بنفسه متكفل لاثبات حق مطالبة السابق عن اللاحق بعد الاداء و عدم جواز مطالبته قبل الاداء .

و يترتب على هذا (فرع رابع) و هو انه لا يرجع السابق الى اللاحق بعد الاداء الا بمقدار ما دفعه الي المالك حيث ان تبديل حق المطالبة من من المالك الى السابق يتوقف علي الاداء فمالم يؤديه السابق يدور بين ان يكون فى ذمته او انه خرج عن ذمته **بلا اداء** وعلى كلا التقديرين فلا ينتهى الى مطالبته من اللاحق لدور انه بين سقوطه او ان يكون حق مطالبته للمالك دون السابق فالسابق لا يرجع الى اللاحق الا بمقدار ما اداه الى المالك هذا بالنسبة الي ضمان اليد و كذا فى **الضمان** بسبب الاستيفاء وذلك لاندراجه فى كبرى كل من استوفى مالا او عملا بامر معاملي يجب عليه العوض و من المعلوم توقف ثبوت العوض على الاستيفاء و انه يثبت بمقدار المستوفي و هذا ظاهر ، و كذا في ضمان الغرور حيث ان الدليل و هو النبوى المعروف ان كان هو المعول عليه او معقد الاجماع ان كانت العبرة بقيام

الاجماع على طبقه يثبت جواز رجوع انمغرور الى الغار فيما ورد عليه من الخسارة بسبب الغرور وهذا ايضاً يدل على وجوب كون الرجوع بمقدار مايغترمه بالغرور كما هو واضح

(الخامس) لو ابرء المالك واحدا من الضمناء فهل يختص الابراء به دون من سبقه و لحقه من احاد السلسلة او يعم الابراء الجميع مطلقا او يعمه و السابق عليه دون اللاحق عنه (وجوه) وجه الاول هو كون ذمم الجميع مشغولة بالمالك و ابراء احدهم لا يستلزم ابراء الاخرين فيكون حالهم من هذه الجهة كالضمناء العرضيين فيختص الابراء بمن ابرء ذمته فيبقي الباقون مشغولين الى ان يؤدوا او يسقط ذممهم بمسقط (ووجه الثاني) ان ابراء ذمة واحد منهم يوجب برائة ذمة سابقه ولاحقه لفساد قياس الضمناء الطوليين بالعرضيين اما ابراء ذمم السابقين عليه فلان ذمته كانت مخرجة لما في ذممهم بحيث كان للسابقين الرجوع اليه بعد الاداء الى المالك ولا يعقل بقاء ذممهم مع ذهاب ما هو المخرج لما في ذممهم فلا محالة يسقط ذمم السابقين بذهاب ما هو المخرج لما في ذممهم و هو ذمة من ابرء ذمته عن الضمان و اما ابراء ذمم اللاحقين فلان اللاحق يشتغل ذمته بما في ذمة السابق فكما ان حدوث الضمان علي اللاحق يكون متوقفا على ثبوته في ذمة السابق حتى يشتغل هو بما في ذمة السابق يكون بقاء مافي ذمته ايضاً متوقفا علي بقاء مافي ذمة السابق فبذهاب ما في ذمة السابق يبرء مافي ذمة اللاحق لذهاب موضوعه اذليس في ذمة السابق (ح) شيئ حتى يبقى في ذمة اللاحق و اما وجه فساد قياس الضمناء الطوليين بالعرضيين فلوحدة الحق في الطوليين و تعدده في العرضيين و مع وحدة الحق و سقوطه بالاسقاط فلا يبقى حق للمالك حتي يطالب عن الباقين بخلاف الضمناء

العرضيين حيث ان سقوط احدي الحقوق بالابراء لايستلزم سقوط غير المبرء منها كمالايخفى (ووجه الثالث) اما بالنسبة الى سقوط ذمم السابقين فلما تقدم فى الوجه الثاني و اما عدم سقوط ذمم اللاحقين فلما ذكر في الوجه الاول

ولا يخفى ان الوجه الثانى هو الاقوي وانه لاوجه للتفصيل اصلا وان قال الاستاد دامت بركاته بانه كان مختاره فى الدورة السابقة (ومما ذكرناه يظهر) عدم جواز رجوع من ابرء ذمته الي اللاحق عنه حيث انه لم يؤد شيأ و قد تقدم لاعتبار الدفع الى المالك فى صحة رجوع السابق الى اللاحق و انه لابد و ان يكون الرجوع بمقدار الاداء

(الفرع الخامس) لوصالح المالك مع واحد من الضمناء فلارجوع له الي السابقين عليه و اللاحقين عنه لذهاب حقه بالصلح مع المتصالح كما في صورة الابراء و هذا ممالااشكال فيه ،، انما الكلام فى حكم المتصالح بالنسبة الى اللاحقين فهل يكون حكم الصلح مع حكم الابراء حتى لا يكون معه الرجوع الى اللاحق اولا : فيصح منه الرجوع اليه و جهان ، و قبل بيان ما هو الحق ينبغى تقديم (مقدمة) و هى ان التحقيق في الصلح كما حقق في محله انه عقد مستقل براسه وان كان فى كل مقام ينتج نتيجة تلك المعاملة فاذا ورد على العين بعوض ينتج نتيجة البيع و هكذا و وجه استقلاله برأسه هو ان المنشاء بصيغة الصلح فى مثل صلح العين مع العوض مثلا ليس هو تمليك العين بالعوض حتي يكون معنى صالحتك على ان تكون العين لك بكذا ملكت بكذا بل المنشاء هو التسالم و التبانى وما وقع عليه الصلح هو المتسالم عليه و في صلح العين بعوض يقع منهما التسالم والتباني على ان يكون صاحب العين يملكها

للاخر بعوض معين و لهذا لم يكن بيعا اذلم يرد الانشاء علي نفس تمليك العين و افاد فائدة البيع حيث ان تمليك العين كان ما وقع عليه التسالم و (هذه مقدمة و يتلوها اخرى) وهي ان الصلح الوارد علي مافى الذمة كهبته و بيعه موجب لانتقاله الي من فى ذمته اناما ثم اسقاطه عما فى ذمته لعدم صحة ان يملك الانسان علي نفسه شيئاً ففرق بين ابراء ما في الذمة و بين صلحه فابرائه موجب لاسقاطه اولاوالصلح عليه موجب لانتقاله الى صاحب الذمة ثم اسقاطه عنه ثانياً وكذا الحال في البيع و الهبة

اذا تبين ذلك فنقول في صلح مافي ذمة الشخص عليه يتحقق امران احد هما ملكه لما فى ذمته و الاخر ابراء ذمته عما فيه فبالنظر الى ملكه لما في ذمته فيصح منه الرجوع الي اللاحق وبالنظر الي الابراء لما في ذمته لايصح منه الرجوع الى اللاحق و (ح) يقع الحبث فى ان العبرة هل هى بالحالة الاولى وهى تملكه لمافي ذمته فيقوم مقام المالك فى المطالبة عن اللاحقين او بالحالة الثانية و هى اسقاط مافى ذمته والاقوى هو الأخير و ذلك لأن تبديل المطالب عن اللاحقين عن المالك بالسابق كما تقدم متوقف علي اداء السابق الى المالك حتى يسقط به حق مطالبة المالك وينتقل الى السابق و مع عدم ادائه فلاحق له فى المطالبة عن اللاحق (وبعبارة اخري) بقاء ذمم اللاحقين متوقف على بقاء ذمم السابقين ومع ابراء ذمم السابقين ولو بسبب الصلح معهم المترتب عليه تملكهم لما فى ذمتهم لايجوز لهم المطالبة عن اللاحقين (و بعبارة ثالثة) نفس تملكهم لما فى ذمتهم لايكفى فى جواز مطالبتهم من اللاحقين بل لابد من بقاء ما ملكوا على ذمتهم حتى يصح منهم المطالبة والمفروض انه لايترتب على تملكهم لما فى ذمتهم الابرائة ذمتهم عما فيه فمع عدم بقاء الملك في ذمتهم فلاحق حتى يطالب عن اللاحقين فلا

فرق بين الابراء والصلح فكما انه لايكون لمن ابرء ذمته ان يرجع الي اللاحقين بالحق الذى ابرء ذمته عنه كذلك لايكون للمتصالح معه ان يرجع الى اللاحقين الا بقدر عوض الصلح فيما اذا كان الصلح مع العوض .

(الفرع السادس) لو ترافع المالك مع واحد من هذه السلسلة المترتبة فاما ان لايصل الى حقه باحدى موجبات موازين القضاء من حلف المنكر اوقيام البنية ونحوهما او يثبت حقه ببينة او باليمين المردودة عليه من المنكر فعلي الاول فهل يذهب حقه عن الباقين من السابقين عمن وقع معه الترافع واللاحقين عنه مطلقا كما في صورة الابراء او يبقي حقه بالنسبة اليهما مطلقا او يفصل بينهم فيقال بسقوط حقه عن السابقين وبقائه بالنسبة الى اللاحقين (وجوه) اقواها .

هو الاول و ذلك لكون الحق واحدا كما تكرر مراراً وان كان الضامن متعددا والمفروض سقوط هذا الحق باحدى موازين القضاء فلايكون للمالك (ح) حق حتى يطالب الباقين فيكون حاله (ح) كحال الابراء (لايقال) الابراء موجب للسقوط الواقعى الموجب لبرائة ذمم السابقين برائة واقعية فلايبقى معه مورد للمطالبة عن الباقين و هذا بخلاف سقوط الحق باحدى موازين القضاء فانه سقوط ظاهرى يبقي معه الحق واقعا فيصح منه المطالبة عن الباقين (لانا نقول) بقاء الحق الواقعى وان كان مسلما في صورة صدق المالك واقعا لكنه غير مؤثر في شيىء لذهابه باحدى موازين القضاء و يكون حاله كحال الحق الباقى بالنسبة الى من وقع معه الترافع فكما انه لايجوز منه المطالبة بعد فصل القضاء لايجوز المطالبة عن سابقيه و لاحقيه ايضا (وعلى الثاني) فاما ان يثبت المالك حقه ببينة او باقرار المدعى عليه او بحلف المالك بعد رد المدعى عليه اليه فان اثبت حقه بالبينة فاما

ان يكون جميع السلسلة حاضرين فى مجلس القضاء او يكونوا غائبين عنه فعلي الاول فيثبت الحق بالنسبة الى الجميع لكون البينة امارة تقوم مقام القطع فيما يترتب عليه من الاثار التى اخذت طريقا اليه وعلى الثاني ايضا كذلك الا ان الغائب عن مجلس القضاء يكون علي حجته بالنسبة الى جرح الشهود او اقامة بينة تعارضها وان ثبت حقه باقرار المدعي عليه يقتصر فى جواز المطالبة على المقر وحده ولايجوز المطالبة عن الباقين لان اقرار المقر نافذ على حقه دون غيره فالمطالبة عن الاخرين يحتاج الى تجديد الدعوي معهم (وان ثبت حقه) بيمينه المردودة من المدعى عليه فهل يثبت بها حقه على الباقين لكون اليمين المردودة بمنزلة بينة المدعي او يختص بمن وقع معه الترافع لكونها بمنزلة اقرار المنكر او يقال بانها امر مستقل لافى حكم بينة المدعى ولافى حكم اقرار المقر كما هو الحق عند الخاصة وعليه فهل يثبت بها الحق مطلقا او يختص بخصوص من وقع معه الترافع (وجوه) اقواها .

الاخير وذلك لعدم تحقق الرد الا ممن وقع معه الترافع فكما انه عند ثبوت حق المدعى بالبينة يكون الغائب من مجلس القضاء على حجته فله ان يأتى بجرح الشهود فكذلك من لم يتحقق منه الرد من السلسلة لاينفذ حلف المدعى عليه بفقدان موضوعه وهو الرد (وحاصل هذا الوجه) التفكيك فى السلسلة بين من وقع منه الرد ومن لم يقع ويثبت حق المدعي بالنسبة الى من تحقق منه الرد ولايثبت بالنسبة الى من لم يتحقق منه الرد

الفرع السابع لو رجع المال من يد اللاحق الى يد السابق وتلف عنده يكون استقرار الضمان (ح) على السابق فان رجع المالك (ح) الي اللاحق فاللاحق يرجع الى السابق دون العكس وهذا ليس استثناء من الحكم برجوع

السابق الي اللاحق وعدم رجوع اللاحق الى السابق بل السابق فى مفروض المقام انقلب و صار لاحقاً و اللاحق صار سابقاً فجعل مثل ذلك من مستثنيات حكم رجوع السابق الى اللاحق دون العكس ليس علي ماينبغي

(**الفرع الثامن**) لو كان اللاحق مغرورا بالسابق فان رجع المالك الى السابق فلا يرجع السابق الى اللاحق و ان رجع الى اللاحق فاللاحق المغرور يرجع الى السابق الذى غره فلو تعدد الغارفى السلسلة فكل مغرور يرجع الى الذى غره لاالى غار مغرور آخر هذا تمام الكلام فى حكم تعاقب الايدي و الحمدالله -

قوله قده لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه (الخ) لااشكال

فى صحة بيع مال نفسه اذا باعه مع مال غيره لوقلنا بصحة الفضولى مع فرض اجازة المالك ايضاً و اما على القول ببطلان الفضولى او صحته مع فرض رد المالك ففي صحة بيع مال نفسه (ح) يقع الاشكال من وجوه (الاول) ان انشاء بيع مال نفسه مع مال غيره امر بسيط غيرقابل للتحليل الى انشائين حتى يحكم بصحته بالنسبة الى مال نفسه و فساده بالقياس الي مال غيره (الثانى) ان المقصود و هو بيع مجموع مال نفسه و مال غيره لم يقع و ما وقع و هو بيع مال نفسه لم يكن مقصودا (الثالث) ان بيع مال نفسه بما يخصه من الثمن مجهول لجهالة مقدار الثمن الذى يخصه هذا

والكل مدفوع اما الاول فلان الانشاء و لو كان امراً بسيطا واحدا لكن المنشاء لما كان متعدداً فلا محالة ينحل الانشاء الى انشائات حسب تعدد منشائها وهذا ظاهر ومنه يظهر اندفاع الاشكال الثانى ايضاً فانه يقال لو كان مراد المستشكل من عدم قصده بيع مال نفسه عدم قصده بالاستقلال فهذا مسلم لكنه غير ضائر ولو كان مراده عدم قصده مطلقا ولو بتبع قصد

المجموع فهو (مم) بل هو مقصود بعين قصد المجموع كما ان تمليكه منشاء بعين انشاء تمليك المجموع .

(**واما الثالث**) فالجهالة التى تضر بصحة المعاملة تارة تكون بما يوجب الغرر و هى مضرة بالصحة فى جميع المعاملات و اخرى تكون لا بمرتبة موجبة للغرر و انما يعتبر عدمها لمكان اعتبار العلم و هذا مختص بالبيع حيث ثبت فيه اعتبار العلم بالعوضين زائداً عما يوجب الجهل به للغرر فان كان نظر المستشكل فى صحة هذا البيع بلزوم الجهالة الى الجهالة الموجبة للغرر فهو (مم) و ذلك لوضوح عدم الغرر فى مثل تلك المعاملة و ان كان نظره الى اعتبار العلم فى البيع فنقول القدر السلم من اعتبار العلم بالعوضين هو العلم بهما وقت الانشاء وحين النتيجة و اما فى الزمان المتوسط بينهما فلا دليل على اعتبار العلم و المفروض فى المقام معلومية العوضين وقت الانشاء و النتيجة اما وقت الانشاء فللعلم بكون المعوض هو المجموع من مال نفسه و مال غيره و اما وقت النتيجة فللعلم بما يخص مال نفسه من الثمن و ليس بيع ما يملك و مالا يملك مثل بيع مال نفسه مع مال غيره اشد من بيع ما يملك مع ما لا يملك كبيع الخمر و الخل بل الامر فى الاول اهون حيث ان مالا يملك اعنى مال غيره مال مملوك له مالية ينحاز مقدار من الثمن بازائه بخلاف مالا يملك كالخمر و الخنزير فانه يحتاج الى فرض ماليته فامر الجهالة فيه اظهر والحكم بصحته موجب للحكم بصحة بيع مال نفسه مع مال غيره بطريق اولى كما لا يخفى .

قوله (قده) غاية الامر ثبوت الخيارح للمشترى (الخ) قد عرفت انه لا ينبغى الاشكال فى صحة البيع بالنسبة الى ما يملكه البايع مطلقا سواء قلنا ببطلان الفضولى اوقلنا بصحته وسواء كان على القول بالصحة

تعقبه الاجازة اوالردوالاشكالات الثلاثة المتقدمة الواردة فى بيع مايملك كالخل مع مالايملك كالخمر يوردهاهنا و يندفع بما اسلفناه بل اند فاعها فى بيع مايملك مع مالايملك كبيع مال نفسه مع مال غيره يكون اهون من بيع مثل الخل و الخمر فالبيع صحيح بالنسبة الى مال البايع نفسه غاية الامر ثبوت الخيار له مع جهله بالحال دون صورة العلم والوجه فى التفصيل بين العلم والجهل هو تضمن البيع لاشتراط تسلم المبيع جملة علي البايع فكان المشترى اشترط علي البايع تسلم المبيع له فاذا ظهر الحال واستحق بعض المبيع للغير يكون للمشترى خيار تخلف هذا الشرط الضمني فموجب خيار تبعض الصفقة فى جميع الموارد هو تخلف الشرط الضمنى هذا فى صورة جهل المشترى و اما مع علمه فلا اشتراط على البايع ضمنا حيث ان المشترى يعلم بعدم كون المبيع بجملته للمشترى و ان البيع بالنسبة الى بعضه فضولي فلا شرط منه عليه فلاموجب للخيار (ح) و بما ذكر نايظهر ان وجه عدم الخيار في صورة العلم انما هوعدم الموجب للخيار فـلايرد بانه لافرق فى الصورتين فاذا اقتضى تبعض الصفقة للخيار في صورة الجهل فليكن مقتضيا في صورة العلم ، ايضاً هذا بالنسبة الي المشتري ، و كـذا يثبت الخيار للبايع بالنسبة الي تبعض الثمن لوكان جاهلا بالحال او كان معتقداً لاذن المالك مع عدم اذنه واقعا او مع اذنه ايضاً واقعا لـكن لايتمكن البايع من اثبات اذنه لفقد البينة و الشهود .

قوله (قده) ثم ان البيع المذكور صحيح فيما يملكه (الخ)

صحة البيع المذكور فيما يملكه البايع مع فرض بطلان الفضولى اوصحته مع تعقبه بالرد متوقف علي ان لا يتوقف صحته على ضم ما انضم اليه و الافيبطل من هذه الجهة كما اذا كان مال نفسه من الاجناس الربوية فانه

بضم ما انضم اليه يصير بيعه صحيحاً لخروجه عن الربوا ومع عدم انضمامه يصير البيع ربويا بناء على أن لايكون الرباء المحرم منحصرا بمرحلة انشاء البيع بل يعم كل معاملة ولو بعد الانشاء بل يعم باب الغرامات ايضاً فيكون مورد الربوا باب المعاوضات كيفما اتفق و كما اذا كان مال نفسه عبدا آبقا حيث لايصح بيعه بلا ضميمة و مع ردبيع الضميمة يبطل البيع في مال نفسه لاجل كونه آبقا لايصح بيعه منفرداً

قوله (قده) و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن (الخ)

محصل ما اختاره قده موافقالما في الارشاد هوان يقوم كل منهما منفرداً ثم يجمع القيمتين فتنسب قيمة مال نفسه الي مجموع القيمتين و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة سواء كان مجموع القميتين مساويا مع قيمة المجموع بان لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية في تفاوت القيمة او كان مجموع القيمتين انقص بان كان اجتماع المالين منشاء لنقص قيمتهما أو كان ازيد بان صار اجتماعهما منشاء لازدياد القيمة كمصراعى الباب مثلافاذا كان قيمة كل من المالين اربعة يكون مجموع القيمتين ثمانية و نسبة قيمة ماله الى المجموع النصف فيكون نصف الثمن له بازاء مال نفسه

قوله (قده) ولعله ايضا مرجع مافى الشرايع (الخ) ظاهر هذه العبائر هو نسبة قيمة مال نفسه الي قيمة المجموع لاالى مجموع القيمتين فاذا كان قيمة المجموع عشرة و مجموع القيمتين ثمانية و قيمة مال نفسه اربعة يسند الاربعة الى العشرة لاالى الثمانية بخلاف الطريق الاول ، ولا يخفى انه على هذا الطريق يوجب الاجحاف على المشترى فيما اذا كان قيمة المجموع اكثر من القيمتين و ذلك اذا كانت للهيئة الاجتماعية مدخلية فى ازدياد القيمة كمصراعى الباب و نحوه فعلى هذه الطريقة اذا كانت

قيمة المجموع عشرة وقيمة كل واحد اثنان وكان الثمن خمسة يسند الاثنان الى عشرة و يرد الي المشتري بتلك النسبة و هو واحد من الخمسة ويبقى الباقى للبايع و هو الاربعة من الخمسة و علي طريقة المصنف يسند الاثنان الذى هو قيمة كل واحد منفرد الى الاربعة الذى هو مجموع القيمتين فيرد من الثمن الى المشتري بتلك النسبة و هو نصف الثمن اعني اثنان و نصف فالمردود الى المشترى بناء على طريقة القوم انقص من المردود على طريقة المصنف ، بل يكمن فرض الاجحاف على البايع لجمع الثمن و المثمن عند المشتري فيما اذا كان وصف الاجتماع موجبا لنقص القيمة كما اذا باع جارية مع امها بعشرة وكانت قيمة مجموعهما عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة ايضا عشرة فانه اذا لوحظ قيمة كل واحدة منفردة الى قيمة المجموع و رد من الثمن بتلك النسبة لزم رد جميع العشرة الي المشترى فيلزم بقاء مال البايع عنده بلا ثمن وهذا بخلاف طريقة المصنف فانه يسند كل واحدة الي مجموع القيمتين و هو العشرين فيرد من الثمن بنسبة العشرة الى العشرين وهي النصف فضابط المصنف (قده) ينطبق على ما اذا كان قيمة المجموع مساوياً مع مجموع القيمتين لو كانت مختلفة بالزيادة والنقيصة

وهذه الصور الثلث اعنى صورة تساوى قيمة المجموع مع مجموع القيمتين و صورة ازيديتها عنه و صورة نقصانها منه هى الصور المتعارفة وان كان فى امكان صورة نقصان قيمة المجموع عن مجموع القيمتين كلاما وعلى كل حال تنطبق على ضابط المصنف و تبقى صور نادرة خارجة عن هذا الضابط مثل ما اذا كان الاجتماع موجباً لتفاوت قيمة احدهما بالزيادة او النقيصة مع بقاء الاخر علي حاله او تفاوتهما معا فى القيمة مع الاختلاف بزيادة فى احدهما و نقصان في الاخر كما اذا كان قيمة احدهما و هو مال

البايع منفرداً اثنان و منضما الى الاخر اربعة والاخر و هو مال المالك منفرداً اربعة و منضماً الى صاحبه اثنان فانه لوقوم كل واحد (ح) في حال الانفراد واسندت قيمته الى مجموع القيمتين ورد من الثمن بتلك النسبه لزم ان يردّ من الثمن ثلثاه و لو لو حظ قيمة كل في حال الانضمام لزم ان يرد ثلث الثمن فضابط المصنف (قده) لعنى تقويم كل في حال الانفراد ثم نسبته الي مجموع القيمتين لاينطبق على مثل هذه الصورة لكن هذه الصور نادرة و غرض المصنف (قده) بيان الضابط للصور المتعارفة هكذا افيد فتامل

قوله(قده)فان قلت ان المشترى انما بذل(الخ)محصل السئوال ان وصف الاجتماع فيما يكون موجبا لازدياد القيمة امر متمول قد بذل المشترى بازائه ففي مثال المفروض في المتن اعني ماذا كان الثمن خمسة وقيمة كل واحد منفرداً اثنين وقيمة المجموع عشرة فعلي طريقة القوم يلزم ردالواحد من الخمسة الي المشترى وابقاء الاربعة منها بازاء ماله وعلي طريقة المصنف يلزم رد نصف الخمسة على المشتري بازاء مال المالك وابقاء نصفه بازاء مال البايع ففي طريقة القوم وان كان ظلما على المشترى الا انه على طريقة المصنف ايضا لايخلو عن الظلم وان كان على طريقة القوم اشد (و وجه ذلك) انه اعطي الخمسة بازاء المجموع مع وصف الاجتماع فمن طريقة المصنف يلزم ان يبقى مال البايع له في حال الانفراد بازاء نصف الثمن الذى كان بازائه مع وصف الاجتماع (وبعبارة اخري)كل من مال المالك و مال البايع وقع مع وصف الاجتماع بازاء نصف الثمن مع ان الحاصل للمشترى هو مال البايع في حال الانفراد بازاء نصف الثمن وهذا كماترى ظلم وان كان الظلم علي طريقة القوم افحش .

قوله قلت فوات الانضمام(الخ) محصله دعوى الفرق في الاوصاف

بين باب المعاوضات وبين باب العزامات بكونها مضمونة في باب العزامات و غير مضمونة في باب المعاوضات (والسر في ذلك) اما ضمانها في باب الغرامات فلتحقق سبب ضمانها من اليد والاتلاف و نحوهما و اما عدم ضمانها فى باب المعاوضات فلعدم بذل العوض بازائها و ان كانت موجبة للرغبة فى بذل العوض بازاء الموصوف بها فكتابة العبد الكاتب لاتقع بازاء الثمن وان كانت منشاء ازدياد ثمن العبد الموصوف بها وهذا حكم مطرد فى جميع الاوصاف من غير فرق فيها بين وصف للصحة وغيرها وان كان تكرر من المصنف (قده) دعوى الفرق بين وصف الصحة وبين غيرها بجعل وصف الصحة مما يبذل بازائها العوض لاجل صيرورة الارش في باب خيار العيب على طبق القاعدة ولكن سيأتى في خيار العيب فساد دعواه وان وصف الصحة كساير الاوصاف فى عدم جعله بازاء العوض وذلك امر معلوم بالوجدان و علي تقدير كونه ممايقع بازاء العوض يلزم سد باب خيار العيب و ثبوت التخيير بين الرد والارش ويكون اللازم (ح) تعين الارش و انه يثبت (ح) خيار تبعض الصفقة بعد فرض تعين الارش وكل ذلك مما لايقول به المصنف (قده) كما يأتى فى محله (و بالجملة) على تقدير خروج الاوصاف عن مقابلة الثمن فلا يستحق المشترى في المقام شيئاً من الثمن بازائها فسقط السؤال (نعم) للمشتري الفسخ (ح) مع جهله بالحال لخيار تخلف الوصف كمالايخفي

قوله (قده) اما المبيع المثلى (الخ) قسم المثلى بما اذا كانت حصة البايع مشاعا مع حصة المالك و ماذا كانت مفروزة فحكم في الاول بتقسيط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصتى البايع والاجنبي بما يخصه فيبقي ما يخص حصة البايع ويرد مايخص حصة الاجنبى الي المشتري كما اذا كان حصة البايع تسعة امنان من الحنطة و حصة المشترى من واحد و بعد

تقسيط الثمن على الجميع يقابل تسعة اجزائه بمال البايع و جزء عاشر منه بمال الاجنبى فيرد عشر الثمن الي المشترى و حكم فى الثانى بملاحظة قيمة الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع اي نسبة كل حصة الي مجموع القيمتين والاخذ من الثمن بتلك النسبة ولايخفى ان شيئا من الضابطين لا ينضبط على الوجه الكلي اما الاول فلا نتقاضه بما اذا كان لاحدي الحصتين في حال الاجتماع قيمة اكثر من قيمتها فى حال الانفراد كما اذا كان من من الحنطة فى حال الاجتماع مع تسعة امنان اعلى قيمة لاجل صيرورته مرغوبا اليه في ضمن العشرة و لكنه منفرداً لايرغب اليه بما يرغب اليه في حال الاجتماع فتقسيط الثمن (ح) على نفس المبيع ليقابل كل من الحصتين بما يخصه لا يفيد فى تعيين قيمة حصة الاجنبى كما لا يخفى (و اما الثاني) فلانتقاضه بما اذا كانت الحصتان المفروز تان كل من صبرة واحدة فلا يكفى (ح) قيمة كل واحدة و نسبة قيمته الى مجموع القيمتين والاخذ من الثمن بتلك النسبة بل لابد من ان يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن كالمثلي فلا يكون موافقا مع القيمى فى الحكم و لعله الى المناقشتين امر بالفهم .

قوله (قده)لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار(الخ)

و ينبغى ان يعلم اولا ان البحث في تلك المسئلة هل يختص بما اذا علم بان للبايع ارادة فى قوله بعتك نصف الدار و لكن شك فى كون مراده هل هو نصفها المختص به او النصف المختص بشريكه لكى يكون فضوليا او النصف المشاع من الدار الذى مشترك بينه و بين شريكه فيكون من قبيل بيع مال نفسه مع مال غيره او يختص بما اذا لم يكن للبايع ارادة الا مفهوم لفظ نصف الدار بلا ارادة نصفه او نصف شريكه او نصف المشاع

اويعم كلتا الصورتين (قديقال) بالاختصاص بالصورة الاولى و ذلك لانهم استدلوا بالظهورات ولايخفي ان التمسك بها يصح فيمالو كانت فى البين ارادة اذهى حجة في تعيين المراد و مع العلم بانه لاارادة للمتكلم فـلا يبقى موقع للتمسك بالظهور (ولكن التحقيق) هو التعميم وذلك لان اللفظ بما له من المفهوم مراد بمعنى ان المتكلم اراد الواقع الذي يكون المفهـوم حاكيا عنه لا المفهوم بما هو مفهوم (فح) يصح التمسك بالظهور فـى تعيين ما هو مراده وان كان ارادته له علي نحو الاجمال بان ارادما يكون المفهوم حاكيا عنه بحسب المتفاهم العرفى

ثم ان التحقيق فى هذه المسئلة هوحمل النصف علي النصف المختص بالبايع مطلقا سواء علم بان للبايع مراداً ولم يعلم مراده او علم بانه ما ارادالا مفهوم هذا اللفظ (وتوضيح ذلك) يتوقف على بيان امرين (الاول) ان المتقرر فى محله ان القرينة اذاكانت نصاً من حيث الدلالة لاشبهة فى صيرورتها منشاءلصرف ذى القرينة عما هو الظاهر و تعيين مـا تعينه القرينة من المعنى المراد وان كانت ظاهرة فى الدلالة بحيث يحتمل خلافها فيحتاج الى اصالة الظهور كما ان اصالة الظهور فى ذى القرينـة تقتضي صرفه الي معناه الظاهر فيتخالف الظهور ان لكن ظهور القرينـة متقدم على ظهور ذى القرينة لحكومته عليه حيث ان ظهور ذى القرينـة يكون محكما اذالم يقم على خلافه ظهور و ظهور القرينة قائم على خلافه (و بعبارة اخرى) اصالة الظهور فى ذى القرينة معلقةعلي عدم قيام ظهور القرينة على خلافه و اصالة الظهور فى القرينة ليست معلقة علي عدم قيـام ظهور ذى القرينة على خلافه بل هى متكفلة لبيـان عدم ارادةظهـوره و هذا ظاهر

(الثاني) ان القرينة امانص في القرينية مثل كلمة الحمام في مثل رايت اسداً في الحمام واما ان تكون صالحة للقرينية بحيث يحتمل ان لاتكون قرينة وماذكرناه في الامر الاول من تحكيم ظهور القرينة على ظهور ذيها انمايتم فيما اذا كانت القرينية قطعية والا فلابدمن الاخذباقوى الظهورين ويترتب على ذلك عدم تقديم ظهور متعلق الفعل على ظهور الفعل نفسه فيما اذا تعارضا كمافي مثل لاتضرب احداً حيث ان المتعلق اعني احداً يشمل الاحياء و الاموات و الضرب ظاهر في المولم الموجع الموجب لاختصاصه بالاحياء فلابدمن رفع اليدعن احد الظهورين امامن ظهور الضرب في المولم الموجع وارادة مطلق الضرب ولولم يكن مولما لكي يبقى ظهور الاحد في الاحياء والاموات واما من رفع اليد عن ظهور احد في الاعم و اختصاصه بالاحياء لكي يبقى ظهور الفعل في المولم الموجع فليس لاحد الظهورين تقديم على الاخر لعدم تعيين احدهما لان يكون قرينة على الاخر و (ح) يجب تقديم الاظهر منهما لو كان اظهرية في البين والافيصير الكلام مجملا

اذا تبين ذلك فنقول في قول البايع بعتك نصف الدار ظهورات ثلاثة (احدها) ظهور النصف في الاشاعة من حيث نفسه و (ثانيها) ظهور النصف في مقام التصرف في النصف المختص بالبايع حيث ان الظاهر من كل فاعل متصرف هوان يتصرف فيماله التصرف وهو نصفه المختص به (وثالثها) ظهور الفعل اعني البيع في كونه عن نفسه لاعن غيره لكون البيع عن غيره محتاجا الى مؤنة زائدة امامن نية الغير او اعتقاد كون المال لنفسه اوبنائه على انه له كما في بيع الغاصب وليس في البين مايدل على شيء من ذلك اصلا والظهور الاول اعني ظهور النصف في حد نفسه في الاشاعة يخالف مع الظهورين الاخيرين اعني ظهور النصف في مقام التصرف في النصف المختص وظهور البيع في كونه

عن نفس البايع لاعن غيره والظهور الاول اعنى ظهور النصف في الاشاعة يحتمل ان يكون ظهورا ناشيا عن الاطلاق اوعن انصرافه الى المشاع فيكون فى عرض ظهور الفعل في الاختصاص ويحتمل ان يكون من جهة عدم المعين فى البين ويكون مقيدا بعدم قيام ظهور على خلافه وهذا هو الاقوى و عليه فيقدم الظهور ان الاخير ان عليه اذ هو مقيد بعدم قيام ظهور اخر على خلافه ولكن الظهورين قائمان على خلافه .

وهذا ممالااشكال فيه انما الكلام في ان ظهور النصف فى مقام التصرف هل هو ظهور مغاير مع ظهور الفعل فى كونه عن نفسه حتى يجعل كل منهما معارضا مع ظهور النصف فى حد نفسه فى الاشاعة او ان ظهور النصف فى المختص فى مقام التصرف نشاء من ظهور البيع فى كونه عن نفسه فليس له ظهور فى مقابل ظهور البيع فى النصف المختص بل هو ناش منه بمعنى ان الفعل لما كان ظاهرا فى بيع النصف المختص صار منشاء لظهور النصف فى مقام البيع في النصف المختص وسياتي تحقيق ذلك عن قريب (ومما ذكرناه يظهر) عدم الفرق بين قول القائل بعتك نصف الدار وبين قوله بعتك غانما فيما اذا كان الغانم مشتركا لفظيا بين عبده وبين عبد غيره حيث يصرف الى عبده كما افاده فى الايضاح ومايورده عليه المصنف قده من كون الغانم مع قطع النظر عن ظهور الفعل فى البيع لنفسه مجملا بخلاف النصف حيث انه مع قطع النظر عن ظهور الفعل يكون ظاهرا فى الاشاعة غير وارد .

ضرورة انه بعد تبين كون ظهور النصف فى الاشاعة مقيدا بعدم قيام ظهور على خلافه بعد ظهور الفعل فى البيع لنفسه ينعدم ذاك الظهور ويصير كالمجمل الذي تبين المراد منه من ناحية ظهور الفعل وكون الغانم مجملا فى نفسه والنصف ظاهرا فى الاشاعة غير فارق بعد فرض انصرافه عن ظهور

الفعل (والحاصل) انه بعد تحكيم ظهور الفعل على ظهوره يكون حاله كما لو كان مجملا ففى النتيجة هما متساويان وان كانا مختلفين لولا ظهور الفعل حيث يحكم في الغانم بالاجمال ويحمل النصف على المشاع كما لا يخفى

قوله (قده) ثم انه لو كان انبايع وكيلا اوو ليا (الخ) اعلم ان الكلام فى بيع نصف الدار يقع فى جهات (الاولى) ماتقدم من ان البحث هل يختص بما اذا كان للبايع مراد وشك فيه او يعمه وما اذا لم يكن له مراد الانشاء مفهوم اللفظ وقد تقدم ان الاقوى هو العموم وان المختار فيها هو الحمل على النصف المختص به وذلك لظهور الكلام بجملته من هيئة قوله بعتك نصف الدار فى كون المبيع هو النصف المختص به ،، ووجه الظهور . هو انتفاء الامرين الذين يوجب كل واحد منهما الصرف عن النصف المختص به الى الاشاعة او النصف المختص بالشريك (وتوضيح ذلك) انه كما فى بيع الكلى في الذمة يكون اطلاق البايع البيع وعدم استناده الي ذمة غيره منشاء لصرفه الى ذمته لكونه قابلا لان ينطبق عليه و لو لم يقصد ذمة نفسه فكذلك في النضف الخارجى ايضا اذا كان النصف قابلا لان ينطبق على نصفها المختص به ولم يقصد نصف المشاع ولا نصف المختص بشريكه ينطبق علي نصفها المختص به ولو لم يقصده فلازم انتفاء الامرين هو تعين النصف المختص فالصرف عن نصفها المختص اما بقصد غير ذاك النصف من النصف المشاع او المختص بشريكه او بعدم قابلية المبيع بان ينطبق على ماله بان لم يكن له نصف كما فى الفضولى ومع انتفاء الامرين فالمنصرف هو النصف المختص به وذاك الظهور ناش من هيئة الكلام بجملته لا من ظهور النصف فى مقام التصرف ولا من ظهور كلمة بعت فى كونه مسندا الى البايع بالاصالة فليس هنا ظهوران احدهما مستندا الي الفعل و الاخر الى كلمة النصف في مقام التصرف

هذا مايتعلق بالجهة الاولى .

(والجهة الثانية) فى ان حمل النصف على النصف المختص به هل يختص بما اذا كان البايع اجنبيا عن حصة شريكه بان لم يكن له الولاية فى التصرف فى حصته او يعمه وما اذا كان له ولاية التصرف فى حصته بان كان وليا على شريكه او وكيلا عنه في بيع حصته (والتحقيق هو الاخير) وذلك لما عرفت آنفا من ان الملاك فى الحمل على النصف المختص به هو قابلية المبيع للانطباق على نصفه وعدم قصد بيع ملك غيره و مع انتفاء الامرين ينصرف الى بيع ملك نفسه ومن الواضح تحقق هذا الملاك مع كونه سلطانا فى تصرف حصة الشريك ايضا حيث انه لم يقصد الا مفهوم اللفظ كما هو المفروض وكون المبيع قابلا لان ينطبق على حصة نفسه فيكون الوجه فى الحمل على النصف المختص بـه في صورة سلطنته على بيع حصة الشريك هو بعينه الوجه فى الحمل على النصف المختص في صورة عدم سلطنته كما لا يخفى .

ومما ذكرناه من تحقيق المقام تظهر المناقشة فيما افاده المصنف فى الكتاب من وجوه (منها) قوله ان المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البايع في مقام التصرف او ظهور التمليك في الاصالة ،، ووجه المناقشة فيه هو ماعرفت من انه ليس للفظ النصف ظهور في المشاع او انصراف اليه حتى يعارض مع ظهور شيىء آخر فى النصف المختص بل حمله على الاشاعة فيما يحمل عليها ناش عن عدم المعين ومع وجود معين فى البين اي معين كان ينعدم وجه الحمل على الاشاعة وعلى هذا فلاينتهى الامر الى معارضته بشيىء اصلا (و منها) الترديد في معارضه بين انصراف اللفظ الي مال البايع فى مقام التصرف اوظهور التمليك في الاصالة حيث قدعرفت ان منشأ الحمل على النصف المختص بالبايع هو انتفاء الامرين

المتقدمين وانصراف اللفظ في مقام التصرف الى مال البايع لاظهور التمليك في الاصالة (ومنها) انه لامعنى محصل لظهور التمليك في الاصالة كمالايخفى (ومنها) قوله بان ظهور النصف في المشاع ظهور المقيد و هو وارد على ظهور المطلق اذقد عرفت انتفاء الظهور في النصف المشاع حتى يكون ظهورا في المقيد . مع انه على تقدير الظهور ايضاً لايكون ظهور المتعلق من باب ظهور المقيد لعدم تعين المطلق للقرينية بل لابد من تقديم اقوى الظهورين لو كان والافالحكم هو الاجمال .

وقد تحصل مماذكرناه ان الحمل على الاشاعة بين الحصتين انما هو فيما اذا لم يكن معين في البين موجب لتعين ارادة احدى الحصتين والا فالمتعين هو الحمل على ماقام عليه المعين ، ففي بيع نصف الدار الموجب لتعين حصة البايع نفسه موجود و هو صدور البيع عنه مع صلاحية حصة نفسه لان يكون مبيعاً نظير بيع الكلي في الذمة فانه لايحتاج الى اسناده الى ذمته بل عدم اسناده الي ذمة غيره كاف في اسناده الى نفسه ، و كذا المقام فان صلاحية حصة نفسه لان يكون مبيعاً مع عدم اسناده الى غيره كاف في صحة اسناده اليه فالمعين في المقام هو ظهور الفعل والفاعل و المتعلق جميعاً في كون المبيع حصة نفسه الحاكم على ظهور النصف في نفسه في الحصة المشاعة بين الشريكين،

و هذا بخلاف مالو باع الاجنبي فضولياً نصف الدار التي هي مشتركة بين اثنين فانه لامعين لصرف المبيع (ح) الى حصة احدهما معيناً فيكون المبيع نصف الدار منهما مشاعاً و من كل منهما نصف نصيبه و هو الربع من الدار و كذا لو اقر احد الشريكين بكون نصف الدار لثالث بان قال نصف هذه الدار لفلان حيث ان كلامه هذا يحتمل ان يكون اقراراً على نفسه

فيحمل علي نصفه المختص به و يحتمل ان يكون شهادة على شريكه فيحمل على حصة شريكه ، وحيث انه لامعين في البين حتى يكون موجباً للحمل علي الاقرار اوعلى الشهادة فيحمل علي النصف من مجموع الحصتين فيكون اقراراً بالنسبة الى نصف نصيبه و شهادة على نصف حصة شريكه ، وهذا بخلاف ما اذا كان كلامه نصاً فى الشهادة كما اذا قال اشهد ان نصف الدار لفلان فانه يحمل علي الشهاده على شريكه كماقال به الشيخ الكبير (قده) اوكان نصاً فى الاقرار بان قال اقر بان نصف الدار له فانه يجب حمله (ح) على الاقرار على نفسه ، وهذا و ان لم يكن مذكوراً فى كلام الشيخ الكبير الا ان لازم حمل ماكان نصاً فى الشهادة على الشهادة على حصة شريكه هو حمل النص علي الاقرار على الاقرار على نفسه كما لايخفى

قوله (قده) مسئلة لو باع ما يقبل التملك و ما لايقبله (الخ)

لافرق في انضمام مالايملك الي مايملك و بيعهما معاً صفقة واحدة بين ان يكون مالايملك غير مملوك شرعاً كما مثله بالخمر و الخنزير حيث انهما مال عرفاً و انماسلب عنهما المالية شرعاً ، و بين ان يكون مسلوباً عنه المالية و الملك عرفاً كالحشرات ، ولابين علم المتعالمين اواحدهما بكونه مما لايملك او بفساد بيعه اذا علم به و بين جهلهما اوجهل احدهما به موضوعاً اوحكماً.

قوله (قده) ويدل عليه اطلاق مكاتبة الصفار (الخ) لااشكال في فساد البيع فيما لايملك و اما بالنسبة الي ما يملك فهو صحيح و قدادعى عليه الاجماع كمانقله عن جامع المقاصد و محكي الغنية ، واستدل عليه باطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة من قوله عليه السلام لايجوز بيع مالايملك و قد وجب الشراء فيما يملك (وتقريب دلالتها) ان قوله عليه السلام وقد وجب الشراء

فيما يملك باطلاقه يشمل ما اذا كانت الضميمة الى ماله عبارة عن مال الغير كمافي الفضولي اومالايكون ملكاً اصلاً كمافي مفروض المقام (ودعوى) اختصاصه بالاول لكونه في مقام الجواب عن السؤال عنه اذ كان السؤال عن بيع القرية التي يكون بعضها ملكاً لغير البايع (مدفوعة) بمنع الانصراف هذا، (ولكن لايخفى) ما في دعوى الاطلاق حيث ان الرواية مسوقة لحكم بيع مال غيره بعد الفراغ عن كونه ملكاً لاعن بيع مال نفسه مع شيء اخر اعم من يكون ملكاً او لم يكن ملكاً اصلاً فالمنع عن التمسك بالرواية ليس من جهة دعوى الانصراف حتى يمنع، بل لاجل ان بيع مال نفسه مع ماليس بملك اصلاً ليس من افراد المطلق في شيء

و من ذلك يظهر عدم استقامة قوله (قده) و دعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية (الخ) فان المنع عن الانصراف امايكون بالنظر الي منعه رأساً او بدعوى كونه بدوياً و على كلا التقديرين فيرد عليه انه لا اطلاق حتى يمنع انصرافه باحد الوجهين (ويمكن ان يكون نظره) في استدلاله هذا الي شيء اخر غير التمسك بالاطلاق و هو ان جواب الامام عليه السلام في تلك الرواية مشتمل على جملتين كل منهما متكفل لبيان حكم موضوع مغاير مع مايتكفله الاخر (احديهما) قوله عليه السلام لايجوز بيع مالايملك، وهذه الجملة تفيد عدم نفوذ البيع فيما ليس ملكاً للبايع الظاهر في فرض مملوكيته فتكون مختصة ببيان حكم مالايملكه البايع مما يكون ملكاً للغير، وهذا هو الذي منعنا شمول اطلاقه لما ليس ملكاً اصلاً (و ثانيتهما) قوله عليه السلام وقد وجب الشراء فيما يملك، وهذا تفيد نفوذ البيع فيما يكون ملكاً للبايع الذى هو جزء من المبيع في هذا البيع. وليست أحدى الجملتين مرتبطة بالاخرى لاحكماً ولا موضوعاً حيث ان مفاد الجملة الاولي عدم

نفوذ البيع فيما يكون ملكا للغير و مفاد الجملة الثانية نفوذه فيما يكون يكون ملكا له و (ح) تجب ملاحظة الجملة الثانية و النظر اليهافي انها هل لها اطلاق يشمل صورة انضمام مال البايع الي مالیس ملكا اصلا اولا ، و علي تقدير اطلاقها فلايضر باطلاقها اختصاص الجملة الاولي بمنع نفوذ البيع فيما يملكه الغير ، لكن الظاهر انها باطلاقها تشمل ما اذا انضم الي مملوك البايع مالیس بمملوك اصلا و يصير (ح) بيان حكم الضميمة في مورد الرواية و ذكر كونها ملك غير البايع من باب المورد ية فقط فيندرج المقام في قاعدة ان خصوصية المورد لايوجب تقييد اطلاق الكلام ولا تخصيص عمومه بل العبرة بعمومه او اطلاقه لا بخصوصية المورد ولا بأس (ح) بالتمسك بالاطلاق كما تمسك به (قده)

قوله (قده) بل لامانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم (الخ) استدل ايضاً لصحة بيع ما يملك اذا انضم مع مالا يملك و بيعهما صفقة واحدة بعمومات ادلة نفوذ البيع و اطلاقها بالنسبة الي ما يملك (و دعوى) انصرافها الي ماذا كان مايملك متعلقاً للبيع بالاستقلال (مدفوعة) بانه بدوى ناش عن انس الذهن بخصوص بعض الافراد الزائل بالتأمل في الملك وتساوى افراد المطلق من حيث الملاك لتساويها فى صدق المطلق عليها ، لاانصراف مستقر ناش عن التشكيك في افراد المطلق و التفاوت فى صدقه عليها على ماهو منات الانصراف المضر بالاطلاق

قوله (قده) عدى مايقال من ان التراضى (الخ) اعلم انه لا مانع في المقام من التمسك بادلة عامة باب المعاملات فى اثبات صحة بيع ما يملك فى ضمن بيعه مع مالا يملك الاموريتخيل كونها مانعة (الاول) ما اشار اليه بقوله من ان التراضى والتعاقد (الخ) وحاصله ان التراضى

فى المقام حصل من المتعاقدين بالنسبة الى بيع المملوك منضماً الى غير المملوك وهذا ممالم يقع و ماوقع وهو بيع المملوك منفرداً لم يقع به التراضى فبيع الملوك منفرداً لايكون عن تراضى فيدخل فى عموم حرمة اكل المال بالباطل (والجواب عنه) ان مرجع هذا الاشكال الى المنع عن شمول عموم ادلة صحة البيع للمقام بتوهم انصرافها الى ماكان البيع متعلقاً للرضا مستقلا لا ما اذا تعلق به الرضا فى ضمن تعلقه بالمركب منه و من غيره ، و قد عرفت منع الانصراف و انه يكفي فى كونه تجارة عن تراض تعلق الرضا به فى ضمن تعلقه بالمركب منه ومن بيع مالا يملك ، (ويدل) على كفاية هذا الرضا الضمنى ايضاً رواية الصفار المتقدمة فى مورد بيع ملكه و ملك غيره مع عدم امضاء الغير مع ان رضا المتعاقدين لم يكن متعلقاً بخصوص مايملكه البايع منفرداً فالحكم بصحة البيع فى مورد الرواية كاشف عن عدم اعتبار الرضا المستقل وهذا ظاهر .

(الثانى)ما اشار اليه بقوله ولذا حكموا بفساد العقد بفساد الشرط (و حاصله » مقايسة حال البيع عند فساد جزء من المبيع بحاله عند فساد الشرط فكما ان فساد الشرط يوجب فساد المبيع كذلك فساد الجزء موجب لفساده وذلك لعدم الفرق بين الجزء والشرط فى باب البيع ولذا اعترف فى جامع المقاصد بان الفرق بينهما عسر جداً

قوله (قده) و تمام الكلام فى باب الشروط و اجماله في المقام هوانا نمنع من فساد البيع بسبب الشرط الذى هو المقيس عليه اولا وذلك لان الشرط المأخوذ فى البيع ليس من قبيل قيداصل البيع حتى يوجب تقييد المنشأ به المقتضى لانتفاء المنشأ عند انتفائه وانما هو التزام في ضمن الالتزام البيعى ففساده لايوجب فساد البيع لنفسه (نعم) لماكان الالتزام

العقدى مشروطاً به اي كان شرطاً فى ضمن العقد وان لم يكن شرطاً للمنشاء بالعقد يكون فساده موجباً للخيار وزوال الالتزام العقدى لا اصل الالتزام البيعى و المبادلة بين المالين المترتب علي العقد ولما كان الالتزام العقدى ببيع مايملك في المقام منوطاً بالالتزام العقدى ببيع مالا يملك فلا جرم يثبت الخيار عند تبين الفساد فيما لا يملك و هو خيار تبعض الصفقة ولا وجه للالتزام بفساد اصل البيع اصلا (و حاصل هذا الجواب) عدم الالتزام بفساد البيع عند فساد الشرط حتى نقيس اليه المقام الذى هو عبارة عن فساد الجزء (و ثانياً) لو سلم الحكم فى المقيس عليه لكن نمنع عن اجرائه فى المقام لفساد قياس المقام به لكونه مع الفارق و ذلك لان فساد الشرط انما يوجب فساد البيع على تقدير القول به لاجل وحدة المطلوب و ادعاء ان الثمن يقع بازاء المبيع المشروط بالشرط كالعبد بشرط الكتابة و مع فساد الشرط او تخلفه لا يكون ذات المبيع مما وقع بازائه الثمن ، وهذا بخلاف المقام فان الثمن لا يقع بتمامه بازاء المملوك على كل حال بل انما وقع المملوك بازاء بعض من الثمن و هو ما يخصه على تقدير التوزيع و هذا المقدار من الثمن الذي وقع بازاء المملوك لا يختلف بانضمام الغير المملوك و عدمه ففساد البيع بالنسبة الي غير المملوك لا يوجب الاختلاف فى ناحية المملوك لا من حيث المبيع ولا من حيث ثمنه فيبطل قياس فساد الجزء بفساد الشرط (و ثالثا) ما اشار اليه المصنف بقوله و يكفى في الفرق بين الشرط والجزء بقيام النص و الاجماع على عدم الفساد بفساد الجزء دون فساد الشرط

(الثالث) انه يعتبر فى صحة البيع علم المتعاقدين بالعوضين وذلك اما لاجل انه لولاه للزم الغرر واما لاجل الاجماع علي اعتباره او لاجل ورود النص علي اعتبار العلم بالعوضين في باب البيع بالدقة كما نقله فى كتاب

المستدرك عن بعض الكتب المعتبرة ولعله مدرك القائلين باعتبار العلم في العوضين فى باب البيع بازيد مما يرتفع به الغرر (والجواب عنه) ان العلم بالعوضين من المتعاقدين حاصل حين البيع بالنسبة الي المجموع و هذا كاف فى رفع الغرر ولا يحتاج الي العلم بما يخص كل جزء من اجزاء المبيع لووزع الثمن عليها حين البيع والا يلزم كون اكثر البيوع غرريا لولم نقل كلها لعدم العلم من المتعاقدين حين البيع بما يخص بكل جزء من المبيع من مقدار الثمن (و اما الاجماع) فالقدر المتيقن منه هو بطلان البيع مع الجهل بالثمن من جميع الوجوه لا ما اذا علم بوجه وان كان مجهولا من وجه اخر (و اما النص) فهو ايضاً لايدل على ازيد من اعتبار العلم حين البيع بمعنى العلم بالثمن الواقع في مقابل المثمن ولايدل على اعتبار العلم بكل جزء من الثمن الذى يخص بما يقابله من اجزاء المبيع بعد التحليل و التقسيط ، كيف و الالزم بطلان اكثر البيوع كما عرفت ، هذا مضافاً الى دلالة رواية الصفار المتقدمة على عدم اعتبار العلم بما يقابل اجزاء المبيع بعد التوزيع من اجزاء الثمن حيث ان الحكم بوجوب الشراء و مضيه فيما يملك دليل على كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع فى مقابل المثمن كما لايخفى .

قوله (قده) نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشترى (الخ)

مقتضي ما تقدم من كفاية العلم بمجموع الثمن الواقع فى مقابل مجموع المثمن هو عدم الفرق بين صورة علم كل من البايع و المشترى بكون جزء من المبيع فى هذا البيع مما لايملك او جهلهما به او علم احدهما مع جهل الاخر اذ العلم المعتبر فى صحة البيع و هو العلم بمجموع الثمن و المثمن حاصل منهما في جميع هذه الصور (لكن المحكى) عن التذكرة

نفي البعد عن اختصاص الحكم بالصحة بصورة جهل المشترى و ذلك لافضاء علم المشترى الى الجهل بثمن المبيع كما حكى عن الشافعى

(و فيه اولا) انه لاوجه لاختصاص البطلان بصورة علم المشترى بل لوتم ما لفاده لجرى مع علم البايع ايضاً لانه كما يعتبر علم المشترى بالثمن يعتبر علم البايع ايضاً (و ثانياً) بالمنع عن افضائه الى الجهل بالثمن و انه لو قلنا بالصحة فيما يملك بما يخصه من الثمن لقلنابه مطلقا ولومع علمهما او احدهما بفساد المعاملة فيما لايملك و مجرد علمهما بالفساد فيما لايملك لا اثر له لان العلم بالفساد لايمنع عن انشاء المعاملة من المتعاقدين ولا يوجب الجهل بمجموع الثمن الذى وقع عوضاً في هذه المعاملة المنشأة من حيث كونه ثمناً للمجموع و المفروض كفاية العلم بثمن المجموع ولو مع الجهل بما يخص منه باجزاء المثمن و الاللزم الالتزام بفساد البيع فيما يملك اذا انضم الى مايملكه الغيرلوكان المشترى عالما بان المثمن ليس بتمامه ملكا للبايع مع انه صحيح كما تقدم وقددل مكاتبة الصفار علي صحته

(و تفصيل الكلام في ذلك) ان ما لايملك الذي انضم في البيع الى مايملك يتصور على انحاء (الاول) ان يكون مالافي نظر العرف كالخمر و ان سلب الماليةعنه نشأ من حكم الشارع بسبب ماليته وفى هذا القسم لاينبغى الاشكال فى امكان قصد المعاوضة بين مجموع المثمن والثمن و انه يتحقق من انشائهما البيع العرفى و مجرد علمهما بالفساد عند الشارع لايوجب سبب قصدهما عن المعاوضة العرفية فى مرحلة الانشاء ولاانتفاء العلم المعتبر فى صحة المعاملة فان الحكم الشرعى بالفساد لايوجب عدم تحقق المعاوضة العرفية في عالم التكوين مع فرض مالية المبيع بتمام اجزائه بنظر العرف و

يكون كل من المتعاقدين منشأ للتمليك والتملك فى المملوك فى ضمن انشائهما التمليك و التملك فى المركب منه و من غير المملوك فيرجع الي التمليك بالضمان فى كل جزء من الثمن قهراً (و بذلك يظهر) بطلان ما فى المحكى عن الحواشى المنسوبة الى الشهيد (قده) من لزوم الحكم بكون كل الثمن فى مقابل خصوص ما يملك لو قلنا بصحة البيع فيه وذلك لان القصد الى الممتنع اعنى بيع المجموع الذى يعلم امتناع تحققه ممتنع فلا محالة يتوجه القصد الى انشاء تمليك خصوص ما يملك فى مقابل الثمن المذكور فيقع مجموع الثمن بازاء المملوك (وجه الفساد) ماعرفت من عدم امتناع قصد بيع المجموع بعد فرض كون مالا يملك من المبيع مالا عرفاً و ان بيعه بيع عرفى و ان الممتنع فى عالم التشريع لا يوجب الامتناع في عالم التكوين ، فلا معنى لتوهم جعل تمام الثمن بازاء ما يملك فقط

(و اما ما تقدم) من عدم رجوع المشترى الى البايع بالثمن اذا كان عالماً حين البيع بكون البايع غاصباً فيما اذا باع المال المغصوب مع مال نفسه فليس لاجل وقوع الثمن بتمامه فى مقابل مال البايع نفسه حتى يوافق مع ما ادعاه الشهيد (قده) بل الوجه في عدم رجوعه الى البايع عند تلف الثمن لديه انما هو من جهة انه ماضمنه بمال نفسه بل التضمين وقع من الغاصب بمال الغير ، فعلي تقدير الاجازة يقع الثمن عوضاً عن مال المالك ، و علي تقدير الرد فلا يضمنه الغاصب لانه ما اقدم على ضمانه بمال نفسه ولا المشتري ضمنه بماله ، ولازم ذلك استرداد المشترى لعين ثمنه لو كان موجوداً و عدم رجوعه الي البايع بمثله او قيمته لو صار تالفاً و هذا لا ربط له بصيرورة الثمن بتمامه عوضاً لمال البايع نفسه الذى باعه منضماً الى المغصوب كما لا يخفى اذ المفروض فى المقام ان المشترى ضمن البايع

بالمركب مما يملك و مالا يملك بمال نفسه بالعوض على كل حال لكون مالا يملك مالا عرفاً فاذا لم يسلم له العوض المسمي بواسطة بطلان البيع فى مالا يملك شرعاً فلا بد من كونه مضموناً عليه بضمانه الواقعى (و بعبارة اوضح) عدم ضمان البايع في مسئلة بيع ملكه مع ملك غيره مع علم المشترى انما كان لاجل دخوله تحت قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده حيث ان المشترى ما اقدم علي تضمين الغاصب بما هو بل اقدم علي تضمينه بمساه و مالك و سارق لاضافة المالكية المترتب عليه ضمان المالك بالضمان المعاوضى عند الاجازة ، و اما ضمان البايع فى هذه المسئلة اعنى مسئلة بيع المملوك مع غير المملوك فلا جل دخوله فى قاعدة ما يضمن بصحيحه حيث ان المشترى اقدم علي تضمين البايع بالضمان المعاوضى الناشى من كون غير المملوك مالا عرفاً و تحقق المعاوضة العرفية علي ما هو المفروض

(**الثانى**) ان لا يكون غير المملوك مالا عرفاً كالحشرات والديدان مثلا ، وفى مثله ينبغى مساعدة الشهيد (قده) فى قوله بعدم قصد المعاوضة العرفية بالنسبة الى غير المملوك وما يخصه من الثمن عند توزيعه على اجزاء المبيع ، بل المعاوضة وقعت حقيقة بين الجزء المملوك من المبيع و تمام الثمن وكان الثمن مبذولا بتمامه بازاء المملوك فتكون المعاملة فى الجزء المملوك و تمام الثمن

(**الثالث**) ان يكون فى غير المملوك اقتضاء للملكية بحسب نظر العرف لكن مع اقترانه بالمانع فليس محكوماً بالملكية الفعلية عندهم لكن لا لقصور المقتضى عنها كالحشرات بل لاجل وجود المانع عنها ، و ذلك كالحر ، حيث ان مقتضى الملكية موجود فيه عرفاً اذ لا فرق بينه و

بين العبد عندهم في قابليته للملكية الا انهم يرون حرميته مانعة عن تملكه لعدم مجيئي الحر عندهم تحت اليد ، فهذا القسم متوسط بين القسمين حيث ان المانع عن الملكية كان معدوماً بنظرهم في القسم الاول مثل عدم المقتضى لها في القسم الثانى ، فهذا القسم يشبه القسم الاول في وجود المقتضى للملكية عرفاً ويفارقه في وجود الملكية الفعلية حيث انها ليست في هذا القسم بحسب نظر العرف لاقتران المقتضى بالمانع دون القسم الاول و يشابه القسم الثانى فى عدم الملكية الفعلية و يفارقه فى ان المنشاء لعدم الملكية في القسم الثاني كان من جهة عدم المقتضي وفي هذا القسم يكون لاجل وجود المانع مع وجود المقتضى ، و لهذا ترونهم يفرضون الحر عبداً فى باب ارش الجناية التى لايكون لها مقدر

(والاقوى) فى هذا القسم هو ماتقدم فى القسم الاول من عدم التنافي بين سلب المالية شرعاً و بين تحقق المعاوضة عرفاً فان العرف بعد فرض المانع الموجود معدوماً يرتبون اثر المالية على مايكون مقتضى ماليته موجوداً فيعاملون معه معاملة المال عند فرض المانع معدوماً فيتحقق منهم انشاء المعاوضة بينه و بين مال آخر فليس جعل الثمن بازائه من قبيل التمليك المجانى بل يدخل عند العرف في الضمان المعاوضى فيكون حاله حال القسم الاول بعينه (فتحصل مماذكرنا) ان ماافاده الشهيد (قده) أنما يتم فى القسم الثانى فقط دون الاول والاخير .

قوله (قده) ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره (الخ)

طريق تقسيط الثمن هيهنا يعرف بتقويم كل منهما منفرداً ويجمع بينهما ثم يسند قيمة المملوك الي مجموع القيمتين فيؤخذ من الثمن بتلك النسبة ، فيجعل من الثمن مانسبته الى مجموع الثمن كنسبة قيمة المملوك الى

مجموع القيمتين ثمناً للمملوك ويرد باقيه الى المشترى ، واما طريق تقويم غير المملوك فان كان مالا عرفاً فتقويمه عند مستحليه كالخمر حيث يقومها من يستحلها ، وهذا ظاهر ، وما يكون من قبيل الحر فيفرضه عبداً بماله من الصفات فيقوم على تقدير كونه عبداً ، و مالايكون مالا عرفاً اصلا ولو في مرتبة الاقتضاء فلاينتهى الى التقويم لماعرفت من انه لايقسط الثمن في مثله بل يقع بتمامه بازاء المملوك .

و هذا فيما اذا تعلق البيع بغير المملوك مثل الخمر و الخنزير بعنوانهما واضح واما لو باعهما مع شيء مملوك لكن بعنوان الخل او الشاة ففي تقويمهما خمراً اوخنزيراً عند مستحليهما اشكال وذلك لاحتمال وجوب تقويمهما بقيمة الخل والشاة (والسرفيه) هوما حقق في محله من ان مالية الاشياء متقومه بصورها النوعية التى تكون الاشياء بها هى هي ولو كانت الصورة النوعية عرفية ولاجل ذلك يحكم ببطلان البيع الواقع على الشيء المعنون بعنوانه النوعي مثل بيع الفرس اذا تبين خلافه وظهر كونه حماراً ، بخلاف تخلف الاوصاف فانه لايوجب البطلان بل يصير منشأ للخيار فاذا وقع البيع على الخمر والخنزير بما انهما خل وشاة وتبين خمرية الاول وكون الثانى خنزيرا يكون اللازم في مقام التقسيط ارجاع قيمة الشاة والخل عن ثمن المجموع لانهما مما وقع عليها العقد دون الخمر و الخنزير و يمكن ان يقال بان عنوان الخل والخمر من قبيل الداعى لايقاع العقد على العين الخارجى فالمعقود عليه هوذاك الموجود الخارجى واذا تبين فساد العقد عليه لكونه خمرا اوخنزيرا يجب استرداد قيمة ذاك الموجود من الثمن بالنسبة فلابد من تقويمه بماهو عليه من كونه خمرا اوخنزيرا ولكن يلزم على ذلك الالتزام بعدم بطلان البيع اذا باع فرسا فظهر كونه حماراً فتامل .

قوله (قده) مسئلة يجوز للاب والجد ان يتصرفا في مال الطفل

(الخ) قدتقدم في صدر مباحث البيع انه يشترط في صحة البيع كون العاقد مالكا اومأذونا من المالك او وليا عليه وقدتقدم ما كان متفرعا على اعتبار مالكية العاقد اعني المسائل الراجعة الى بيع الفضولي وبقي حكم مايتفرع على ولاية الاولياء ، وحيث ان بيانه كان متوقفا على بيان الولاة على القصر فلاجرم ذكر الاولياء في مقام ذكر احكام معاملاتهم (وجملة الكلام) في ذلك ان الاولياء المتصرفين في الامور الراجعة الى القاصرين طوائف مترتبة لايجوز للمتأخر منهم التصرف مع وجود المتقدم (الاولى) الاب والجد ولااشكال في ولايتهما على الصبي والمجنون في الجملة وان ولايتهما تكون بجعل الهي فيكون كل واحد منهما وليا اجباريا من قبل الشارع ويدل على ذلك الاخبار المستفيضة والاجماع المحقق ، فلكل واحد منهما التصرف في اموال من يكون وليا عليه من الطفل والمجنون بما يراه مصلحة من البيع والشراء وكل تصرف ، كما يدل عليه الاخبار المستفيضة ، ولاينبغي الارتياب في عدم انعزالهما عن الولاية بالفسق فلايعتبر العدالة في ولايتهما كما عليه المشهور وذلك لاطلاق ادلتها الدالة على ثبوت الولاية لهما الغير المقيدة بالعدالة مثل قوله عليه السلام انت ومالك لابيك ، فمجرد فسقهما لايوجب انعزالهما عن الولاية الثابتة على من عليه الولاية كما ان فسقهما لا يخرجهما عن السلطنة على اموالهما الخاصة بهما ، هذا كله اذا كان الفسق من غير جهة الخيانة في اموال المولى عليه ، و اما لو كان فسقهما بالخيانة ، فهل للحاكم عزلهما او منعهما عن التصرف اولا (احتمالان) اقواهما الثاني وذلك اما عدم ولاية الحاكم على عزلهما فلان ولايتهما امر مجعول بجعل الهي نظير ولاية النبي صلى الله عليه وآله والائمة على الناس في اموالهم وانفسهم ، فليس امرها بيد الحاكم حتى يصح رفعها عنهما ، واما ولايته على

حجرهما عن التصرف اذا ظهر منهما الخيانة فلكونه من الحسبة والحاكم له الولاية فى الامور الحسبية لذله الولاية على حفظ اموال القاصرين والمقام من احدي صغرياته .

قوله (قده) وهل يشترط فى تصرفه المصلحة الخ هل المعتبر فى نفوذ تصرفات الاب والجد توافقها مع المصلحة ، اويعتبر فيها عدم المفسدة ولولم يكن عن مصلحة ايضاً ، او لايعتبر شيىء من ذلك . بل ينفذ ولومع المفسدة ، وجوه ، اوجهها الوسط و ذلك امـا عدم اعتبار مراعاة المصلحة فلاطلاق مايدل على ولايتهما وان الولد وماله موهبة من الله سبحانه لابيه كما ورد فى التعليل المروى عن الرضا عليه السلام على ماهو مذكور فى الكتاب ولامقيد لاطلاقه بوجود الصلاح واما اعتبار عدم المفسدة فلوجود مايقيد الاطلاق الدال على و لايتهما و ذلك كالصحيح المروي عن ابى جعفر على ماحكاه في الكتاب بالتقريب المذكور فيه ، و رواية الحسين بن ابى العلاء المذكورة ايضاً في الكتاب فانها ايضاً ظاهرة الدلالة على ان الحكم كان في حق الاب هو الضمان لكن لمالم يكن للاب شيىء يؤخذ منه للابن وكان استنقاذ حق الابن منه منوطاً بحبسه قال عليه السلام ماكان رسول الله يحبس الاب للابن والا فلوكان صرفه فى نفقته بحق منه لماكان حكمه الحبس ولوجاز حبس الاب للابن ، اذالتعليل بوجود المانع مع عدم المقتضى ركيك لاستناد عدم الشيىء عند عدم المقتضى اليه دون وجود المانع لكون المعلول مستنداً الى اسبق علله كما لايخفى .

قوله (قده) ثم لاخلاف ظاهراً كما ادعى فى ان الجد (الخ) قدادعى عدم الخلاف في مشاركة الجد مع الاب في الحكم و يدل عليه مـاورد من قوله عليه السلام انت ومالك لابيك فانه يدل على ان الشخص وماله الذى منه

ابنه لابيه ، وهذا الدليل وان لم يكن يخلو عن المناقشة الا ان ماورد فى نفوذ نكاح الجد معللا بان البنت واباها للجد كاف فى اثبات الحكم .

قوله (قده) من جملة اولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله الحاكم : هذا هو الطائفة الثانية ممن له الولاية على القاصرين المترتب ولايتهم على فقد الطائفة الاولى اعنى الاب والجد ، والمراد بالحاكم فى هذا المقام هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى ، ولا اشكال في ثبوت الولاية له فى الجملة ، واما مقدار مايثبت له فسيأتى التعرض له تفصيلا .

قوله (قده) خرجنا عن هذا الاصل فى خصوص النبى (الخ)

اعلم ان ولاية الحاكم لما كان من شئون من له الولاية الكبرى على الدين والدنيا حيث ان الحاكم منصوب من قبله صلوات الله عليه فلا جرم كان اللازم البحث اولاً عن اصل الولاية الثابتة للنبى و للاوصياء من بعده عليهم من الصلوات ازكاها ثم التكلم في ولاية الفقيه النائب عنهم في عصر الفقيه النائب عنهم في عصر الغيبة ، فلهذا بدء في البحث عن الولاية الكبرى .

(فاعلم) ان لولايتهم مرتبتين (احديهما) الولاية التكوينية التى هى عبارة عن تسخير المكونات تحت ارادتهم و مشيتهم بحول الله وقوته ، كما ورد في زيارة الحجة ارواحنا له الفداء بانه ما مناشيىء الا وانتم له السبب ؛ و ذلك لكونهم عليهم السلام مظاهر اسمائه وصفاته تعالى فيكون فعلهم فعله وقولهم قوله ، وهذه المرتبة من الولاية مختصة بهم وليست قابلة للاعطاء الى غيرهم لكونها من مقتضيات ذواتهم النورية و نفوسهم المقدسة التى لايبلغ الى دون مرتبتها مبلغ (وثانيتهما) الولاية التشريعية الالهيته الثابتة لهم من الله سبحانه وتعالى فى عالم التشريع بمعنى وجوب اتباعهم في كل شيى وانهم اولى بالناس شرعاً في كل شيىء من انفسهم و اموالهم ، و الفرق بين

المرتبتين ظاهر ، حيث ان الاولى تكوينية والثانية ثابتة في عالم التشريع وان كانت الثانية ايضاً لاتكون ثابتة الا لمن له المرتبة الاولى اذليس كل احد لائقاً للتلبس بذلك المنصب الرفيع و المقام المنيع الا من خصه الله بكرامته وهو صاحب المرتبة الاولى على ماهو الحق عندنا خلافاً للعامة الذاهبين الى اثبات تلك المرتبة الثانية لكل من يقلد امر الامة من كل بر وفاجر ولو كان من ال يزيد اوال مروان (ولااشكال عندنا) في ثبوت كلتا المرتبتين من الولاية للنبى وللاوصياء من عترته صلوات الله عليه و عليهم ، ويدل عليه الادلة الاربعة كما استدل به المصنف في الكتاب فلايعبأ . بخلاف من يخص الولاية التشريعية بخصوص و جوب اتباعهم فى الاحكام الشرعية والتقبل عنهم فيما يبلغون منها ، و قال بعدم الدليل على وجوب الاطاعة في الزائد عن ذلك كما فى الامور العادية مثل الاكل والنوم والمشى والقيام والقعود فلايجب امتثالهم فيمايأمرون بالامور المتعارفة لعدم ثبوت السلطنة لهم في امثاله (ولايخفى وهنه وسخافته) بل الادلة الاربعة ناهضة على رده ، وكانه تبع فى ذلك للمخالفين الذين لايوافقونه في الرأى غفلة عن حقيقة الحال (وبالجملة) ما احسن ماذكره بعضهم في تعريف الولاية بقوله انها عبارة عن الرياسة على الناس في امور دينهم ودنياهم ومعاشهم ومعادهم (ويدل) على ثبوت هذا المعنى لهم قوله (ص) في خطبة الغدير « الست اولى بكم من انفسكم » وغيره من الاخبار المتظافرة الظاهرة دلالتها في هذا المعنى فلا ينبغى الارتياب في ذلك . هذا في ولايتهم عليهم السلام .

واما ولاية الفقيه في عصر الغيبة باعتبار المرتبة الثانية فهى محل الخلاف بينهم من حيث السعة والضيق ، وقد عبروا فى تحرير محل البحث بعبائر غير نقية ، و الاحسن ان يقال انه لااشكال في قابلية المرتبة الثانية

من الولاية للجعل والاعطاء للغير ممن له الولاية العامة على الناس بان يصير من جعلت له الولاية كالوالى نفسه في كونه اولى بالناس في انفسهم واموالهم كما انه لاينبغى الريب في وقوعه ايضاً في الجملة ، كما يدل عليه سيرة النبي (ص) بعد بسط الاسلام : وسيرة امير المؤمنين (ع) في زمان خلافته من جعلهما الولاة فى البلاد وكون الولاة عنهما بمنزلة انفسهما فى تلك البلاد التى نصبوا ولاة فيها . (والظاهر) من فعل سائر الخلفآء ايضاً ذلك اذ الظاهر ان نصبهم الولاة انما كان بما انه وظيفة الخلافة ، فهم وان تقلد والخلافة على خلاف طريقة الدين الا ان نصبهم للولاة لم يكن الا بما انهم يرون انفسهم خلفاء وان ذلك من وظيفة كونهم كذلك ، (وبالجملة) فلا اشكال فى ثبوت تشريع الولاية في الشرع وجعل منصب الوالى كما انه يجعل منصب القضاء ، ولكل منهما وظيفة غير وظيفة الاخر ، فوظيفة الوالى هى الامور النوعية الراجعة الى تدبير الملك والسياسة وجباية الخراج والزكوات وصرفها فى المصالح العامة من تجهيز الجيوش واعطاء حقوق ذوى الحقوق (و بعبارة اخرى) كلما يكون وظيفة السلطان في مملكته ، ومنه جعل القاضى في خطة ولايته كما يشاهد في هذه الاعصار من كون القاضى المنصوب في ناحية محكوماً بتبعية والى تلك الناحية : وكما ينقل من معاملة القضاة مع ولاة النواحى في الاعصار السابقة (و امـا وظيفة القضاة) فعبارة عن قطع الخصومات وحبس الممتنع وجبره على اداء ماعليه والحجر عليه فى التصرف في امواله اذا كان دينه مستغرقاً ومباشرة بيع امواله اذا امتنع هو بنفسه عن بيعها و نحو ذلك مما هو من شئون القضاء ، وهذا هو المتيقن من الوظيفتين ، وهناك امور يشك في كونها من وظائف الوالى او القاضى وذلك كالتصرف في اموال الايتام والمجانين وحفظ اموال الغائبين وغير ذلك من الامور الحسبية مما هو

فى هـذه الاعصار جعل فـي القوانين العرفية من وظائـف مـدعـى العموم فانه يشك في كونه من وظيفة الولاة اومن وظيفة القضاة .

اذا عرفت ذلك فاعلم ان مرجع الخلاف في ثبوت الولاية العامة للفقيه الى الخلاف في ان المجعول له هل هو وظيفة القضاة اوانه منصوب لوظيفة الولاة ، فان ثبت كونه واليا فيجوز له التصدى لكل ماهو من وظائف الولاة التى عرفت ان منها وظيفة القضاة ، وان ثبت له وظيفة القضاة فلايجوز له التصدى لغيرها ولاينفذ منه لو تصداه كما انه لايجوز ولايصح منه تصدى مايشك في كونه من وظيفة القاضي اوالوالي ، بل يجب الاقتصار على ماعلم كونه وظيفة القاضى ، هذا مع تبين الامر ، ومع الشك في كونه منصوبـاً لوظائف القضاة او الولاة يجب الاقتصار ايضاً على مايعلم بكونه من وظائف القضاة ولايجوز له التعدى الى ماعلم كونه من وظائف الولاة اوشك فيه ، و ذلك لما عرفت من ان الاصل الاولى يقتضى عدم النفوذ الاماخرج بالدليل وعند الشك في كون المجعول اى الوظيفتين يكون المتيقن من الخارج عن حكم الاصل الاولى هو المعلوم كونه من وظائف القضاة دون غيره مما علم انه من وظيفة الوالى اوالمشكوك منه .

اذا تبين محل النزاع فاعلم انه ذهب جمع الى ثبوت الولاية للفقيه بماهو وظيفة الولاة ، و استدلوا له باخبار ، مثل قوله (ع) «العلماء ورثة الانبياء » وقوله(ع) « العلماء امناء الرسل» وقوله (ص) «علماء امتى كانبياء بنى اسرائيل» اوانهم افضل ،، وقوله عليه السلام « اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جائوا به ، ان اولي الناس بابراهيم للذين اتبعوه » وقوله صلى الله عليه وآله بعد السؤال عن خلفائه عند الترحم عليهم بانهم اللذين يأتون بعدى و يروون حديثي ،

(ولايخفى) عدم دلالة شيىء من المذكورات على ازيد من اثبات وظيفة تبليغ الاحكام الى الناس وان اقوالهم حجة في مقام التبليغ ويجب على الناس متابعتهم فيما يبلغونه ، وكونهم كانبياء بنى اسرائيل ليس دليلا على اثبات الولاية العامة لهم الابتخيل عموم التشبيه ، ولكنه مدفوع بانه لم يعلم من انبياء بنى اسرائيل كونهم بماهم الانبياء ولاة على الناس ، بل الظاهر المستفاد من الرجوع الى سيرهم عدم تصدى اكثرهم الالتبليغ الاحكام (نعم) كان جملة منهم صلوات الله عليهم ملوكا مثل موسى و داود و سليمان و كانوا متصدين لوظائف الولاة لكن لابماهم انبياء بل بماهم ملوك ، فالعمدة فيما يدل على هذا القول هومقبولة عمر بن حنظلة ، وفيه انه عليه السلام قال فانى جعلته عليكم حاكماً فان الحكومة باطلاقها يشمل كلتا الوظيفتين بل لايبعد ظهور لفظ الحاكم فيمن يتصدى لما هووظيفة الولاة ، ولاينافيه كون مورد الرواية مسئلة القضاء فان خصوصية المورد لاتوجب تخصيص العموم في الجواب (نعم) ربما يوهن الظهور المذكور بمافى رواية ابي خديجة من قوله عليه السلام « جعلته عليكم قاضياً » فان لفظ القاضى ربما يجعل قرينة على ارادة القضاء من لفظ الحاكم ايضاً (ولكنه يجاب عنه) بعدم صرف ظهور المقبولة بواسطة رواية ابى خديجة بعد كونهما روايتين مستقلتين كمالايخفى (وبالجملة) فرواية ابن حنظلة احسن مايتمسك به لاثبات الولاية العامة للفقيه ، واما ما عداه فلايدل على هذا المدعى بشيىء فان مثل قوله مجاري الامور بيد العلماء الامناء الله فى حلاله وحرامه بقرينة ذيله لايدل على ازيد من اثبات منصب التبليغ لهم فى بيان الاحكام من الحلال والحرام، كما ان المروي عن الحجة عجل الله فرجه من التوقيع المبارك «واما الحوادث الواقعة

فارجعوا فيها رواة احاديثنا فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله »لايدل ايضاً الاعلى انهم مراجع من قبل الحجة في بيان الاحكام في الحوادث الواقعة وذلك لعدم تبين المراد من الحوادث الواقعة و القدر المتيقن منها هو مايقع موردالابتلاء من الموضوعات الكلية التي لم يكن حكمها معلوماً من الكتاب والسنة

وقد استظهر منه المصنف قده دلالته على اثبات الولاية العامة للفقيه بشواهد ثلث (الاولي) دلالته علي وجوب الرجوع الى الفقهاء في نفس الحوادث الواقعة لافي احكامها ، فلوكان المراد هو الرجوع اليهم في احكام الحوادث لكان اللازم ان يعبر بقوله اما احكام الحوادث الواقعة ، لا ان يأمر بالرجوع اليهم في نفس الحوادث (الثانية) استبعاد اختفاء لزوم الرجوع الى العلماء في احكام الموضوعات المستحدثة من مثل السائل حتي يحتاج الى السؤال ، و هذا بخلاف ما اذاكان السؤال عن الولاية العامة للفقيه فان الجهل به ولو من مثله ليس مستغرباً (الثالثة) التعليل ببكونهم حجته وانه صلوات الله عليه حجة الله فانه يناسب مع تصدي الامور التي كان المرجع فيها هو الرأى والنظر ممايكون بنظر الولاة المنصوبين من قبل الامام، لابما يرجع الي وظيفة المبلغ للاحكام حيث انهم حجج الله تعالى كما وصفهم في رواية اخرى بانهم أمناء الله علي حلاله و حرامه ولوكان المقصود جعل منصب التبليغ لهم لكان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم ،، هذا محصل ماافاده (ولايخفي مافيه) حيث ان شيئاً من الشواهد المذكورة لايوجب ظهوراً في اللفظ يشمل بظهوره اللفظي لغير تبليغ الاحكام لانها وجوه استحسانية اجنبية عن باب الظهورات .

ثم لو بنينا علي عموم ولاية الفقية ببركة دلالة مقبولة ابن حنظلة فلا

اشكال في ان له الولاية على كل ماعلم بانه من وظائف القضاة اوعلم بان تصديه من وظائف الولاة اوكان مشكوكا . فله جباية الخراج و المقاسمة فضلا عن مطالبة الاخماس و الزكوات : وله التصدى لاقامة الجمعة بناء على ان تكون اقامتها من وظائف الولاة و انه مع تصديه لاقامتها تجب على كل من يتمكن حضورها وجوباً عينياً ، و كذلك له التصدى لاقامة الحدود و التعزيرات و امثالهما مما يشك فى كونه من وظيفة القضاة اوالولاة ،،

ولو نبينا على عدم عموم ولايته : او شككنا في ذلك فالقدر المتيقن مما يجوز له تصديه هو ما علم انه من وظائف القضاة كالحكم بين الناس و ما هو من مباديه و شؤنه ،، و اما ماعلم انه من وظائف الولاة او شك فيه فان كان مما يحتمل ان يكون وجوبه او وجوده مشروطاً بصدوره عن شخص خاص كبعض مناصب الولاة حيث انه مطلوب منه لابما هو هو في نفسه ، بل المطلوبية تعلقت بحيث صدوره من الوالي بحيث لولا صدوره عنه لم يكن مطلوباً و لا يبعد ان يكون باب الحدود و التعزيرات من هذا القبيل فلا يجوز ان يتصديه الحاكم ، و ذلك لعدم العلم بمطلوبية صدوره منه ،، ولوكان من الامور التى علم مطلوبيتها من حيث هى هي و ان كان المأمور بانفاذه هو الوالي لكن احرز عدم رضاء الشارع بتركه . للزوم اختلال النظام . او العسر و الحرج ،، بحيث لولاولاية الفقيه على تصديه لوجب على عامة الناس القيام به : و ذلك كحفظ اموال الغائبين و القاصرين و غير ذلك مما يعبر عنه بالامور الحسبية ،، فيكون الفقيه هو المرجع في ذلك لكون جواز تصديه متيقناً لدوران الامر بين التعيين و التخيير ،، حيث يحتمل تعين تصدي الفقيه لاحتمال ان يكون منصوباً

لوظائف الولاة فجواز تصديه (ح) قطعى امالاجل تعينه عليه اولاجل كونه من احاد الناس الذين يجوز لهم التصدى : و اما تصدى غيره من افراد الناس مع تمكن تصدى الفقيه له . فهو مشكوك الجواز فيكون المرجع هو اصالة العدم كما بيناه ، هذا تمام الكلام فى ولاية الفقيه .

قوله (قده) مسئلة فى ولاية العدول من المؤمنين (الخ)

و ممن ثبت له الولاية علي التصرف في الجملة فى اموال من ليس له السلطنة علي امواله كالقاصرين ،، عدول المؤمنين . و مورد جواز تصرفهم و نفوذه هو عموم الحسبيات مما علم بعدم رضاء الشارع بتعطيلها لاستلزام تعطيلها اختلال النظام او العسر و الحرج مع عدم التمكن من الرجوع الي الفقيه ،، ولا اشكال فى اصل الحكم فى الجملة ، و انما الكلام فى اعتبار العدالة في المتصدين (فقد وقع الخلاف فى اعتبارها) على ثلاثة اقوال (احدها) اعتبار العدالة (و ثانيها) كفاية الوثاقة (و ثالثها) كفاية كون المتصدين من اهل الحق ولولم يكونوا موثقين ، و منشأ الاختلاف في ذلك هو الاختلاف في ظواهر الاخبار الواردة فى هذا الباب كصحيحة محمدبن اسمعيل المذكورة فى الكتاب ، فان فى قوله اذا كان القيم مثلك و مثل عبدالحميد ،، احتمالات (الاول) ان يكون المراد بالمماثلة فى التشيع ، حيث ان الراوى كان شيعياً (الثانى) ان يكون المراد بها المماثلة فى الوثاقة حيث ان الراوى كعبدالحميد كلاهما من الثقات (الثالث) ان يكون المراد بها المماثلة فى العدالة حيث انهما كانا من اجلاء الشيعة و عدولهم (الرابع) ان يكون المراد بها المماثلة فى الفقاهة حيث انهما كانا من فقهاء الشيعة ، وعلى الاحتمال الرابع تخرج الصحيحة عن الدلالة على ولاية غير الفقيه ،، لكنه بعيد فى نفسه لاقتضائه بمفهومه ثبوت البأس مع

عدم كون المتصدى فقيهاً مع ان مفروض مورد السؤال هو الامر الذي يجب القيام به من غير الفقيه عند عدم الفقيه ، كما ان الاحتمال الاول ايضاً بعيد لبعد كفاية التشيع في التصرف في اموال الناس ولو كان فاسقا و خائنا (فح) فالمتعين هو أحد الاحتمالين من الثاني او الثالث ، وحيث لا ترجيح لاحدهما على الاخر فلا جرم يجب الاخذ بالمتيقن منهما و هو العدالة اعني الاحتمال الثالث ان لم ندع ظهور الرواية فيه ، هذا هو المتحصل مما افاده المصنف (قده) .

ويمكن ان يورد عليه (اما اولا) فبان ما افاده في وجه بعد الاحتمال الرابع اعني ارادة الممانلة في الفقاهة بانه يلزم ثبوت البأس في عدم تصدى الفقيه مع ان المورد مما لابدان يؤتى به و لو من غير الفقيه (منقوض) بالنسبة الى ارادة الاحتمال الثالث ايضاً بل و على الاحتمال الثاني ، فان المفروض انه مع عدم العادل والموثق تكون الواقعة مما لابد من القيام به ولو من الفساق (و اما ثانياً) فبانه يمكن ان يكون المفروض في مورد الرواية صورة التمكن من الرجوع الى الفقيه و ان البأس كان في تصدي غيره لاجل التمكن من تصديه ، فالانصاف ان الرواية مجملة لا تصلح لاستنباط اعتبار العدالة منها

و كرواية علي بن رئاب المذكورة في الكتاب ، و الانصاف عدم امكان استفادة شيء منها ايضاً ، و ذلك لانها مسوقة لبيان تصحيح فعل القيم لا في مقام بيان من يصلح للقيام بامرهم وما يعتبر فيه، فلعل القيم المذكور في مورد الرواية كان فقيهاً او نائباً او مأذوناً مع اجتماع ما يعتبر فيه من الشرائط فلا يستفاد منها اعتبار عدالة المتصدي اووثاقته . (وكموثقة زرعة) المذكورة في الكتاب ايضاً ، و لاينبغي الارتياب في

دلالتها على كفاية الوثاقة في القيم بامور الصغير ، لكن الشأن في المراد من الوثاقة . اذلم يعلم ان المراد منها هل هو العدالة ، فانها قد تطلق و يراد بها العدالة ، اوان المراد بها هو المعنى الاعم من العدالة (و كيف كان)فلواريد منها الاعم لوجب تقييدها بصحيحة اسمعيل بن سعد المروية عن الرضا عليه السلام على ما في الكتاب ، اذ المستفاد منها اعتبار العدالة في المتصدى و يكون شارحاً لما اجمل في الاخبار السابقة و يصير المتحصل من المجموع اعتبار العدالة وانه مع وجود العدل لايجوز التصدي من غيره ولايصح منه التصدى .

و حاصل الكلام من اوله الى اخره هو ثبوت الولاية للفقيه بالنسبة الي ما علم بعدم رضاء الشارع في تعطيله و انه مع التمكن في الارجاع اليه لايجوز لغيره التصدى ، و يجوز التصدى عن المأذون من قبله و من جعله الفقيه نائباً عن نفسه ضرورة ان الامور الحسبية ليست كمنصب القضاء ممالاتكون قابلية للنيابة ، و مع عدم التمكن من الفقيه او نائبه العام او الخاص يكون وظيفة لعدول المؤمنين ، والمراد بالنائب العام هو المنصوب عن قبل الفقيه للتصدى في الامور الحسبية عموماً ، و بالنائب الخاص هو المنصوب منه في واقعة خاصة كالقيم في حفظ اموال صغير مخصوص .

و ينبغي ان يعلم انه فرق بين تصدى الفقيه و بين تصدى عدول المؤمنين فان التصدى اذا كان من الفقيه (بناء علي ثبوت الولاية العامة له او كون الواقعة من وظائف القضاة كبعض الحسبيات) فليس لفقيه اخران يقوم بتصدى ما تصداه الفقيه الاول قبله ، و هذا بخلاف تصدى عدول المؤمنين حيث انه لما لم يكن بعنوان الولاية بل انما يتصدي لاجل احراز كون

الواقعة مما لايجوز تعطيلها وينحصر القيام بها بالعدول فلا مانع من دخول عدل اخر مع المتصدى فيكون حكم عدول المؤمنين كحكم ولاية الاب والجد حيث قدعرفت ان ولايتهما كانت عرضية ، فلكل واحد منهما الولاية فى عرض الاخر (وعلى هذا) فلو باع عدل مال يتيم لمارأي فى بيعه المصلحة ورأى العدل الاخر المصلحة فى فسخه صح منه فسخه لو كان البيع الاول خيارياً ، وكذا لو عرضه عدل للبيع عن شخص جاز لعدل اخر عرضه للبيع من شخص اخر كما كان لكل من الاب و الجد ايضاً ذلك .

هذا تمام الكلام فيما استفيد من بحث الاستاد دامت بركانه فى البحث عن الولاية ، وهو مع اختصاره جامع لجوامع الكلام فى البحث عنها والحمدالله على انعامه .

قوله (قده) يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم ثمناً او مثمناً (الخ)

اعلم ان المصنف (قده) جعل بطلان بيع العبد المسلم من الكافر من جهة فقد شرط صحته المعتبر في المتعاقدين اعنى كون المشترى مسلماً اذا كان المبيع عبداً مسلماً ، ويمكن ان يجعل من شرائط العوضين بان يقال : شرط العبد المسلم ان يكون من يشتريه مسلماً - ولكل وجه - (وكيف كان) و قدادعي الاجماع على فساد بيعه فان تم فهو المدرك ، والافقى اقامة الدليل على بطلانه بحث ، واظهر ماقيل فى الدليل عليه هو التمسك بالنص الوارد فى عبد كافر اسلم فقال امير المؤمنين صلوات الله عليه : اذهبوا فبيعوه من المسلمين وادفعوا ثمنه الى صاحبه ولاتقروه عنده (وتقريب الاستدلال به) ان يقال امره عليه السلام ببيع العبد من المسلمين والنهى عن التقرير عند الكافر بعد اسلام العبد يدل على مبغوضية بقاء العبد المسلم عند الكافر ، وحيث انه

لاخصوصية فى حالة البقاء بل لوكان تملك الكافر للمسلم مبغوضاً لكان المبغوض منه هواصل التملك فمن النهي عن التقرير في حال البقاء يستكشف حرمة التقرير فى حال الحدوث ايضاً فيكون بيعه منه منهياً عنه وهوموجب للفساد .

وقداورد عليه المصنف (قده) بان غاية مايدل عليه هذا النص بعد الغاء خصوصية حال البقاء عن البين هو كون حال الحدوث كحال البقاء ، ولا دلالة علي زيادة حال الحدوث علي حال البقاء ، لكن الخبر لايدل الاعلى حرمة البقاء حرمة تكليفية من غير دلالة على الوضع اصلافيكون حال الحدوث ايضاً كذلك ، ولازمه حرمة بيع العبد المسلم من الكافر تكليفاً لاانه فاسد كما هوالمدعى - هذا محصل مرامه (قده) - (ولايخفي مافيه) لان النهى عن الحدوث ولوكان كما افاده (قده) تكليفياً لكنه بعد كونه راجعاً الى ناحية المسبب اعنى ملكية الكافر للمسلم فلامحالة يدل على الفساد كما هومختاره (قده) وهوالمحقق فى الاصول وليس وزان النهى الراجع الى ناحية المسبب كالنهى المتعلق بالسبب فى عدم دلالته على الفساد نظير البيع وقت النداء ،، ومن المعلوم فى المقام ان النهى عن تقرير العبد المسلم عند الكافر بعد اسلامه ليس الامن من جهة مبغوضية تملك الكافر اياه الذي هو المعنى المسببى ومبغوضية حدوث هذا المعنى المستكشف بالنهى يدل على الفساد

ولافرق في استظهار ماذكر من الامر ببيعه من المسلمين كما فى قوله عليه السلام «بيعوه من المسلمين» اومن النهى عن تقريره عنده كما في قوله عليه السلام « ولاتقروه عنده » بل كلاهما يدلان على الفساد الان دلالة الامر علي الفساد تكون بالالتزام ودلالة النهى تكون بالمطابقة ، ونظير ذلك ماذا اشترط على المشترى في ضمن العقد ان لايبيع المبيع من عمرو اويشترط عليه ان يبيعه من زيد فان

بيعه من عمرو في كلتا الصورتين فاسد الا ان الشرط اذا كان عدم البيع من عمرو يدل على فساد بيعه منه بالمطابقة : وفي الصورة الاخرى يدل على فساده بالالتزام لان قصر سلطنة المشتري على البيع من زيد يقتضي سلب سلطنته عن البيع من غيره ، ، فيكون بيعه من عمرو . مع كونه مسلوب السلطنة في بيعه منه باطلا بمقتضى الشرط، وهكذا في المقام لافرق في استفادة فساد بيع المسلم من الكافر بين ان يكون من الامر ببيعه من المسلم او من النهي عن تقريره عند الكافر ، اذ بعد الغاء خصوصية حال البقاء وتسليم كون البقاء كالحدوث في تلك الجهة يدل على النهي عن البيع من الكافر او على الامر ببيعه من المسلم وعلى كلا التقديرين يكون مقتضياً لفساد البيع من الكافر كما هو المطلوب (ثم ان النص المذكور) بماذكرنا من ه التقريب يكون مخصصاً للعمومات الدالة على البيع ومقيداً لمطلقاتها اذ هو اخص منها كما في كل مخصص ومقيد على مالا يخفى .

قوله (قده) و اما الاية فباب الخدشة فيها واسع (الخ)

قداورد على الاستدلال بالاية الشريفة مناقشات ثلاث (الاولى) ان الاية المباركة الدالة على نفي سبيل الكافر على المسلم بنفي الابد الذى هو مدلول كلمة «لن» في قوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين، آبية عن التخصيص اذلا معنى لان يقال لاسبيل للكافر الافي مورد كذا و كذا ، ودلالتها على نفي ملكية الكافر تتوقف على نفي جميع انحاء الملكية عنه من الملكية الابتدائية او استدامتها حتى على نحو الدخول في ملكه أنأما على نحو ملك العمودين ،وهذا المعنى فاسد قطعاً لصحة تملك الكافر في بعض الموارد ، كما اذا اسلم عبده عنده وان كان يقهر على بيعه ، لكن القهر على البيع منوط بتملكه ، والافلا معنى لقهره على بيعه (وبالجمله) فلو كان المراد من نفي السبيل نفي الملكية لكان اللازم الحكم بخروج العبد عن ملك مولاه قهراً عند اسلامه او عند

كفر مولاه وارتداده ، وهذا مما لا يقولون به ، فلا بد من تخصيص الاية بما عدى هذه الموارد ، وحيث ان سياق الاية آبية عن التخصيص و جب صرفها عن هذا المعنى الموجب لتخصيصها ، واقرب المحامل هو الحمل على نفى السلطنة فتدل على محجورية الكافر فى التصرف فى العبد المسلم . فلا دلالة فيها على نفى الملكية اصلا ، ولا يخفى ان هذا الايراد قوى لا مدفع له

(الثانية) فسرت الاية المباركة فى بعض الاخبار بنفى الحجة فيكون الخبر شارحاً و مفسراً لها فلا يمكن مع ماورد فى تفسيرها حملها على نفى الملكية (و هذه المناقشة مدفوعة بان ماورد في تفسير الايات غير مناف للاخذ بظواهرها ولا يصادم حجية ظهورها لكون هذه التفاسير بياناً لما فى فى بطون الكتاب الكريم الغير المنافية مع الاخذ بظاهره (الثالثة) معارضة الاية مع العمومات الدالة على صحة البيع و التجارة (ولا يخفى مافيه) اذ على تقدير تمامية دلالة الاية تكون مخصصة وشارحة لها وذلك لمكان كونها اخص من تلك الادلة ،، ولا يعتبر فى مخصصيتها كونها اخص من كل واحدة من تلك العمومات بل يكفي كونها اخص من مجموعها ، مضافاً الي انطباق ضابط الحكومة علي المقام على ما بيناه فى الاصول ، فقول المصنف (قده) وحكومة الاية عليها غير ملومة » غير سديد وليت شعرى اى فرق بين المقام وبين حكومة نفى الضرر والحرج على العمومات الاولية .

قوله (قده) مضافاً الى استصحاب الصحة فى بعض المقامات الخ

وذلك فيما اذا كان مولي العبد المسلم مسلماً ثم كفر بعد الاسلام وشك فى بقاء ملكه فان مقتضى الاستصحاب هو بقاء ملكيته له ، وكذا فيما اذا كان الكافر مالكا لكافر اخر ثم اسلم العبد ، ثم انه اذا ثبت صحة التملك فى بعض الموارد فاللازم هو الحكم بها في الموارد الاخر لعدم القول بالفصل (ولا يخفي مافيه) كما اورد المصنف (قده) في نظائره وذلك لان الحكم

الاصلي الثابت في مجراه لايتعدى عن مورده الى مورد اخر غير مجري الاصل ، ولذا لووصل المسافر الخارج عن البلد الى حديشك في خروجه عن حدالترخص يحكم عليه بوجوب التمام في ذلك الحد بحكم الاستصحاب ولو بلغ المسافر القادم الى البلد هذا الحد يحكمون عليه بالقصر، فلايلحق احدهما بالاخر الحاقاً حكمياً ، واى وجه في الحاق غيره به في الحكم مع أنه ليس باولى من العكس ، وانما مورد التمسك بعدم الفصل هو ما اذا كان الدليل الدال على حكم في موضوع (في الجملة) دليلا اجتهادياً و ثبت التلازم بين ثبوته في هذا الموضوع و بين سائر الموارد ، فعند ذلك يتعدي عنه الى غيره ، و لعله (قده) اشار الى هذه المناقشة بقوله « فتأمل »

قوله (قده) ولا يعارضه اصالة الفساد في غير هذه الموارد لان استصحاب الصحة مقدم عليها (الخ) ولايخفى مافي هذه العبارة لان اصالة الفساد المحكومة بما ذكره (قده) من استصحاب الصحة لا يخلو اما انه اصل موضوعي جار في المورد كما اذا كان مسبوقاً بالفساد او اصل حكمي ، وعلى كلا التقديرين فلاوجه لتقدم استصحاب الصحة عليها ، اما اذا كانت اصلا موضوعياً فلانها (ح) اصل موضوعي جار في مورده مثل استصحاب الصحة الجارى في مورده ، وليس بينهما حاكمية ومحكومية اذا كانا في مورد واحد فضلا عما اذا كان كل واحد في مورد غير مورد الاخر ، واما اذا كانت اصلا حكيماً فلانها وان كانت محكومة بالاصل الموضوعي المجتمع معها في مورد واحد ، لكن ليست محكومة باصل جار في مورد آخر ، فلاوجه للحكم بتقديم استصحاب الصحة الجارى في مورد على اصالة الفساد الجارية في مورد آخر ، ولعله (قده) لذا امر بالتأمل .

قوله (قده) ثم ان الظاهر انه لافرق بين البيع (الخ) و ذلك لما

استفيد من الخبر المتقدم عدم صحة تملك الكافر للمسلم كما تقدم توضيحه حيث بينا ان في قواله عليه السلام لا تقروه عنده وقوله عليه السلام بيعوه من المسلمين دلالة على عدم جواز تملك الكافر للمسلم ، غاية الامر دلالة النهي عن التقرير عنده تكون بالمطابقة ودلالة الامر بالمبيع من المسلمين تكون بالالتزام (وكيف كان) فيكون في الخبر دلالة على النهي عن تملك الكافر للمسلم الذي هو المعنى المسببي من غير فرق في سببه بين ان يكون بيعاً او غيره من العقود المملكة التنجيزية سواء كانت معاوضية كالصلح مع العوض او غيرها كالهبة ونحوها ،، بل العقود التعليقية ايضاً كذلك كالوصية حيث انها ايضاً تمليك من الكافر وهو منهي عنه ، وبعد ضم آية نفي السبيل الى ما استفيد من الخبر الشريف يصير الامر اوضح .

قوله (قده) و اما تمليك المنافع ففي الجواز مطلقا (الخ)

لا يخفى ان الاقوال الاربعة المذكورة اعني الجواز مطلقا والمنع كذلك و التفصيل بين العبد والحر او بين ما اذا كان العمل في الذمة وغيره لا يمكن ان يرد على العنوان الذي ذكره المصنف (قده) من تمليك منافع العبد المسلم من الكافر على ما هو محل الكلام اذ تمليك منافع العبد المسلم لا تنقسم الى عمل الحر والعبد ، وكذا لا يصح انقسامه الى ما في الذمة و غيره ، و انما مصب هذه الاقوال ومواردها هو عمل المسلم ، فانه تارة يكون من الحر و اخرى يكون من العبد كما انه يمكن ان يكون في الذمة تارة وفي الخارج اخري ، وهذا هو الذي ذكره الشهيد (قده) و فصل فيه بين الحر والعبد و قال بجواز استيجار الحر ولو لم يكن في الذمة والمنع عنه في العبد ولو كان في الذمة والاقوى من هذه اقوال هو التفصيل بين الذمة وغيرها بالجواز فيما اذا كان في الذمة ولو كانت الذمة من العبد والمنع عما اذا لم يكن في الذمة

ولوتعلق بعمل الحر . وذلك اما اذا لم يكن في الذمة فلان استيلاء الكافر على المسلم باستيفاء منفعته سبيل و هو منفي واما اذا كان في الذمة فلانه لايكون(ح) الاكالدين فكما يصح استدانة المسلم من الكافر وليس اشتغال ذمته به سبيلا منه عليه ، فكذلك اشتغال ذمته به بعقد الاجارة لا يكون سبيلا منه عليه (وبعبارة آخرى) فرق بين الاجير الخاص و هو الذى صار اجيراً في مدة معينة بحيث لا يمكنه صرف منافعه فى تلك المدة الي غير ما استأجر عليه و بين الاجير المطلق و هوالذى صار اجيراً للعمل مطلقا ، فالاجير الخاص يسير مسلطاً عليه بسبب الاجارة من المستأجر ، فللمستأجر منعه عن غير ما استأجر عليه و الزامه بما استأجر عليه وهذا نحو سلطنة منه عليه ، بخلاف الاجير المطلق فانه ليس للمستأجر فيه الا ان يطالبه بالعمل كما ان الداين يطالب المديون بالدين وليس فيه سلطنة منه عليه كما لاسلطنة للداين على المديون كما لا يخفي .

قوله (قده) نعم يمكن توجيه الفرق بان يد المستأجر على الملك الخ توضيح ذلك يتوقف على بيان الفرق بين اجارة الاموال واجارة الاعمال (فنقول) الاجارة الواردة على اعيان الاموال توجب استيلاء المستأجر على رقبة تلك العين لكى يستوفي منها ماملكه من منافعها ، وهذاهو الذي يعبر عنه بتمليك المنفعة لاتمليك الانتفاع ، واما اجارة الاعمال فان كان العمل من العبد فيمكن ان تكون من هذا القبيل فتكون رقبة العبد تحت سلطان المستأجر بصيرورة منافعه ملكاًله ، ويمكن ان تكون من قبيل الاجارة علي الاعمال في غير الاجير الخاص ، و ان كان العمل من الحر فان لم يكن اجيراً خاصاً بل آجر نفسه لعمل في ذمته بحيث يستحق منه المستأجر ذاك العمل بلا سلطنة منه عليه في قصره عما يعمله ولا في صرفه فيمايشاء

من الاعمال فلا اشكال في خروجه عن تحت سلطنة المستأجر وعدم استيلاء المستأجر عليه بوجه ، وان كان اجيراً خاصاً بمعنى صيرورة منفعته في مدة خاصة متعلقاً للاجارة ، سواء جعل صرفها في امر خاص كالكتابة مثلا او جعل منفعته في مدة معينة للمستأجر بحيث يصرفها فيما يشاء ! فهل هذا النحو من الاجارة يجعل الاجير تحت سلطان المستأجر ويصير هو مسلطاً عليه ؟ اولا: من جهة كونه حراً والحر لا يصير مسلطا عليه ؟ وجهان، اقولهما الاول وذلك لاقتضاء الاجارة تسلط المستأجر على العين الذي ملك منافعه بالاجارة ولا شبهة في امكان صيرورة الحر مسلطاً عليه ولو بجعله نفسه كذلك بعقد معاوضي .

اذا عرفت ذلك فنقول لا اشكال في صيرورة العبد المستأجر عليه تحت يد المستأجر اذا استأجر على نحو الاجارة في الاموال، وكذا الحر بناء على ما اخترناه من صيرورته تحت سلطنة المستأجر بعقد الاجارة فعلى هذا تبطل اجارة المسلم من الكافر نحو اجارة الاموال مطلقا حراً كان الاجير او عبداً كما انه على تقدير المنع عن صيرورة الحر مسلطاً عليه لابد من التفصيل في اجارة المسلم من الكافر بين الحر والعبد ، ، فمنشأ التفصيل بينهما هو دعوى امتناع صيرورة الحر مسلطاً عليه لانه على تقدير صحة التسلط عليه تصح اجارته تخصيصاً لدليل نفي السبيل (و بعبارة اخرى) النزاع ليس في كون تسلط الكافر على المسلم سبيلا اذا كان المسلم حراً بل النزاع في انه ليس للكافر تسلط على المسلم اذا كان حراً لاجل امتناع التسلط على الحر (فتحصل من جميع ما ذكرناه) ان الاقوى من تلك الاقوال في اجارة المسلم للكافر هو التفصيل بين ما اذا كانت في الذمة او في العين (و بعبارة اخرى) على نحو اجارة الاعمال او على نحو اجارة الاموال فيصح في الاول و

لو كان الاجير عبداً وتقع في ذمة المولى ، ولا تصح في الثاني ولو كان الاجير حراً ، و اتضح فساد القول بالصحة مطلقاً والقول بالفساد مطلقا و القول بالتفصيل بين عمل الحر والعبد .

قوله (قده) فتأمل لعله اشارة الى ماتقدم آنفاً من التحقيق في اجارة عمل الحر بانه يمكن ان تكون على نحو اجارة الاموال لا الاعيان ، وعليه فيبطل الفرق المذكور .

قوله واما الارتهان عند الكافر الخ تحقيق الكلام في ارتهان العبد المسلم عند الكافر ان يقال ،، لا اشكال في ان الركن في الرهن هو هو استيثاق المرتهن بما يجعل رهنا عنده ، و اما كون العين المرهونة عند المرتهن فهو ليس ركناً للرهن ، بل هذا من مقتضى اطلاق عقده فلو قيد كونه عند ثالث لم يلزم كونه عند المرتهن بمقتضي الشرط (اذا تبين ذلك فنقول) هيهنا صور (الاولي) ان يشترط في الرهن ان لا تكون العين عند المرتهن ، ولا ينبغي الاشكال في هذه الصورة في صحة الرهن لعدم سبيل من الكافر علي العبد المسلم (ح) لا من جهة كونه تحت يده ولا من جهة استيلائه علي بيعه ، لانه بالشرط لا يلزم ان يكون تحت يده كما انه ليس له بيعه ايضاً في صورة الحاجة الي بيعه و انما بيعه وظيفة الحاكم علي ما هو مقرر في موضعه (الصورة الثانية) ان يصرح في العقد بمقتضى الاطلاق بان يشترط علي الراهن كون العين المرهونة عند المرتهن و الحكم في هذه الصورة هو الحكم في كل مورد اشترط في العقد بما يخالف الكتاب حيث ان السبيل يثبت من ناحية الاشتراط وهو المخالف مع الكتاب كما لا يخفي .

(الصورة الثالثة) ان يبقى العقد على اطلاقه من غير تصريح بالاطلاق

ولا بالخلاف ، فهل يبطل العقد في هذه الصورة لكونه باطلاقه يقتضي سبيل الكافر على المسلم ، او يصح و يقيد بكون العين المرهونة في يدغيره بمقتضي دليل نفي السبيل ، و جهان ، (و بعبارة اخرى) هل دليل نفي السبيل يقتضي نفي صحة العقد لكون اطلاقه موجباً لسبيل الكافر على المسلم ، او يقتضي تقييد اطلاقه ويصح العقد ويكون كما اشترط فيه ان لاتكون العين عند المرتهن كالصورة الاولى (قد يقال) بالاول ، و ذلك لان دليل نفي السبيل وان كان حاكماً على المطلقات و موجباً لتقييدها بما اذا لم يكن فيها سبيل للكافر ، لكن المطلقات المحكومة لابد ان تكون من الاحكام المطلقة التي باطلاقها تقتضي السبيل ، ولاربط باطلاق قصود المتعاملين ، فالاطلاق في المقام في قصد المتعاقدين حيث انهما لم يقيدا الرهن بكون العين عند المرتهن اوعند غيره لافي الحكم الشرعي ، فلاموجب لتقييد اطلاق العقد بدليل نفي السبيل فينحصر في الحكم بالبطلان ، هذا ، (ولكن التحقيق هو الاول) وذلك لان الاطلاق كما ذكر وان كان في قصد المتعاقدين الاانه منشاء للحكم الشرعي اعني وجوب الوفاء الذي يتكفله عموم دليل وجوبه فاطلاق الحكم الناشي عن اطلاق قصد المتعاقدين يقيد بما ذالم تكن العين المرهونة عند المرتهن ، فهذا الفرد منه يخرج عن تحت عموم دليل وجوب الوفاء ويبقى الفرد الاخر باقياً تحت العموم من غير محذور ، و نظير ذلك ماذا تعلق النذر بشيء على وجه الاطلاق ، حيث ان قصد الناذر و ان كان مطلقا غير مقيد بفرد راجح منه او بفرد مرجوح الان دليل اعتبار الرجحان في متعلق النذر يقيد دليل وجوب الوفاء بالنذر بالفرد الراجح منه ، والله العالم .

قوله (قده) ثم انه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر (الخ) ذكر من المواضع المستثناة اربعة مواضع (الاول) ماذا كان الكافر

المشترى ممن ينعتق عليه العبد المسلم ، بان كان من اقاربه الذين ثبت انعتاقهم عليه ، والوجه في هذا الاستثناء عدم دلالة الدليل على بطلانه ، اذ الدليل كما عرفت اما اية نفي السبيل لو تم الاستدلال بها ، او الخبر المروى عن امير المؤمنين عليه السلام الذى تقدم ذكره وايا ما كان فلا دلالة فى شيء منهما على البطلان في هذا الموضع ، اما الاية الكريمة فواضح ، حيث ان في بيع من ينعتق على المشترى وان كان المبيع يدخل في ملك المشتري وينعتق عليه علي الطريق الاعوجاجى ، ولكن ملكيته هذه ليست مستقرة بل هى ملكية استطراقية اعنى انتقال من البايع الى المشتري ثم العتق عنه ، ومن الواضح ان تمليك الكافر للعبد المسلم . بهذه الملكية الاستطراقية لا يوجب سبيله اذ لا يترتب عليه الا الانعتاق عليه ، وانما السبيل عليه بكونه تحت سلطانه ، بحيث كان له ان يأمره وينهاه على نحو القابلية اعنى السلطنة على امره ونهيه ، وليس فى الملكية الاستطراقية سلطنة من المالك عليه اصلا ، وهذا ظاهر ، واما الخبر فلان مضمونه كما عرفت هو النهى عن تقرير المسلم عند الكافر ، فالذى يدل عليه هو النهى عن استقرار المسلم تحت يد الكافر وجعله عنده و هو منفي فى الملكية الاستطراقية ، لترتب خروج العبد عن ملكه بسبب دخوله في ملكه ، وهذا ليس مورداً للنهى فيه عن التقرير كما لا يخفي ، ومما ذكرناه ظهر فساد القول بالبطلان مستدلا له بان الكافر لا يملك حتى ينعتق ، وذلك لما عرفت من انه لا دليل على عدم تملكه فيما اذا لم يترتب على تملكه شيء عدي الانعتاق .

(الموضع الثانى) ما اذا اقر الكافر بحرية عبد ثم اشتراه من مولاه لكي يستنقذه منه بحسب اقراره بحريته ، و لا اشكال في انه قد ثبت في الشريعة تشريع الملكية الاستنقاذية في موارد و انه يصح بيع ما

لا يترتب على بيعه الا الاستنقاذ وهذا الموضع ايضاً منها ، اذ الكافر المشترى مأخوذ باقراره بحرية العبد الذى يشتريه فيحكم عليه بالحرية فيما يشتريه ظاهراً اخذاً عليه باقراره ، فينتفي السبيل منه عليه (ح) وقدعرفت ان المنهي عنه هو الملك الموجب لسبيل الكافر عليه المنتفى فى المقام ، هذا ما يقتضيه الدليل : وقد اشكل عليه المصنف (قده) بالعلم بفساد البيع تفصيلا المتولد من العلم الاجمالى بثبوت خلل فيه ، اما فى المبيع على تقدير ان يكون حراً و اما فى المشترى علي تقدير كونه رقاً ، ثم قال : الان نمنع اعتبار مثل هذا العلم الاجمالي (ولايخفى) ان المنع عن اعتباره فى محله و ذلك لعدم ترتب اثر على تقدير رقيته بعد كون الكافر مأخوذاً باقراره ظاهراً ، بل ولواقر العبد فى المقام بالعبودية ، فان اقرار العبد لايترتب عليه اثر بالنسبة الى الكافر المقرله بالحرية ، فالكافر المقرمأخوذ باقراره سواء اقر العبد بخلافه املا ، فلايترتب علي بيعه (ح) الا استنقاذه ، و ليس هذا نظير ما اذا اقرشخص بشيء واقر المقرله بخلافه ، كما اذا اقر بدين لزيدمثلا واقر زيد بخلافه .

(**الموضع الثالث**) ما اذا قال الكافر للمسلم اعتق عبدك عني بكذا : فاعتقه ، فالحكم فيه ايضاً هو الصحة ، و ذلك لما ذكر في الاول من ان الدليل على بطلان بيع المسلم من الكافر لا يشمل الملكية الاستطراقية .

(الموضع الرابع) ما لو اشترط البايع علي المشترى عتقه ، و الحكم فيه هو المنع ، و ذلك لان الاشتراط عليه لايفيد امراً ازيد من اجباره علي البيع ، و المفروض هو تحقق هذا الاجبار عليه من طرف الشارع ، كما يستفاد من قوله عليه السلام لاتقروه عنده و بيعوه من المسلمين

واذا لم يكن الاجبار الشرعى كافياً في صحة تملكه فالاجبار الجائى من قبل الشرط ايضاً كذلك مع انه ربما لا يجبر باجبار فليزم بقائه تحت سلطنته (والحاصل) ان المانع عن بيعه من الكافر في هذه الصورة وهو سلطنته عليه موجود، بخلاف الصور المتقدمة فانه لا سلطنة من الكافر عليه فى شيء من تلك الصور الثلاث كما اوضحناه (ومما ذكرنا يظهر) ان حكم المصنف (قده) بصحة استثناء الجميع على تقدير ارادة الملك المستقر فعلا من السبيل، ليس على ما ينبغى، لعدم صحة استثناء البيع المشروط فيه العتق، فان الشرط لا يوجب رفع فعلية الملكية و استقرارها، بل مالم يتحقق البيع من المشروط عليه يملك المبيع ملكا مستقراً فعلياً و لو تحقق بعده الوفاء بالشرط فضلا عما لو لم يتحقق اصلا.

قوله اما التملك القهرى فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر (الخ) حق الكلام فى المقام ان يقال ان الدليل على منع بيع المسلم من الكافر على ما عرفت كان منحصراً بالخبر المروى عن امير المؤمنين عليه السلام من قوله لا تقروه عنده و بيعوه من المسلمين حيث قلنا ان النهى لما تعلق بالمسبب بالمطابقة كما فى قوله لا تقروه او بالالتزام كما فى حصر بيعه من المسلمين فيدل على مبغوضية المسبب، و بعد اسقاط جهة البقاء والحكم بعدم التفاوت بين حالة الحدوث مع البقاء فى المبغوضية يتم المطلوب وهو النهي عن البيع منه الدال على فساده، و اما الاية المباركة فقد تقدم عدم دلالتها على النهى عن البيع. و انما تدل على نفى السلطنة وهو لا يدل على نفى الملك (اذا تبين ذلك فاعلم) ان الارث عبارة عن انتقال مال المورث الى وارثه بتبدل المالك بقيام الوارث مقام مورثه فى كونه طرفاً للاضافة الى المال بلا تبديل فى المال و لا فى الاضافة التي بينه و بين المالك،

كما ان البيع عبارة عن تبديل المال بمال اخر بلا تبديل في طرف المالك ولا فى اضافته الي المال ، بل الاضافة و المالك باقيان على حالهما ، و انما التبديل في المال ، فالارث و البيع متعاكسان من هذه الجهة لكون المتبدل في البيع هو المال ، و فى الارث هو المالك ، و على هذا اذا كان الكافر مالكا لعبد كافر فاسلم العبد ثم مات مولاه يقوم وارثه مقامه في كونه طرفاً لاضافته الى العبد بعد اسلامه ، فكما ان المورث بعد اسلام العبد مالك له لكنه يجبر علي بيعه فكذا وارثه يصير قائماً مقامه فى كونه مالكا له مجبوراً على بيعه ا و ليس حاله الا كحال المورث ، و هذا خارج عن مورد الخبر اذ هو يدل علي المنع عن انتقال المال الي الكافر ، و في الارث ليس الانتقال في المال و انما وقع التبديل في المالك فلا يمكن ان يتمسك فى المنع عنه بالخبر المذكور ، وعلى هذا فلا يبقى مجال للحكم بانعتاق العبد ولا بانتقاله الى الامام اصلا ، و ماذكرناه شيء موافق مع الاعتبار ، و يمكن تطبيق الحكم عليه بعد ان لم يكن فى المسئلة دليل بالخصوص كما هو الشأن فى اكثر ابواب المعاملات ، هذا . ولكن المصنف (قده) لم يسلك هذا المسلك ، بل سلك مسلكا اخر ، حيث انه جعل الدليل على المنع عن البيع عبارة عن نفى السبيل ثم عارضه بعموم ادلة الارث ثم رجع الى الاستصحاب بعد تعارض الدليين ، وحيث ان القدر المتيقن السابق هو رقية العبد لا ملك الوارث فانه لاحالة سابقة له ، اجرى الاصل فى بقاء رقية العبد ، ولما كان الثابت به بقائه علي رقه و انه لاينعتق بموت المورث لا انتقاله الي الوارث ، قال بانتقاله الى الامام لكونه مقتضى الجمع بين الادلة اعني ادلة الارث و ادلة منع تملك الكافر للمسلم ، هذا محصل ما سلكه (و فيه مالا يخفى) اما اولا فلما في جعله الدليل على المنع من

البيع عبارة عن الاية المباركة مع انه لادلالة فيها علي المنع ، و هو (قده) ايضاً اعترف بعدم دلالتها كما تقدم (و اما ثانياً) فلما فى جعله المعارضة بين دليل المنع و بين ادلة الارث فانه لو سلم دلالة ادلة المنع علي المنع من التوارث ايضاً لكانت ادلة المنع حاكمة على عمومات ادلة الارث ، و قد تقدم ان المناقشة و التشكيك فى حكومة الاية الشريفة علي العمومات في غير محله ، و ان ضابط الحكومة منطبق علي المقام (و اما ثالثاً) فلما في حكمه بالانتقال الى الامام نظراً الى جريان اصالة بقاء رقية العبد ، و ذلك لان بقاء رقيته الثابت بالاصل لايثبت انتقاله الى الامام الا بعد اثبات مقدمة ، وهى انه يكفى في الحكم بالانتقال الي الطبقة اللاحقة مجرد عدم احراز وجود الطبقة السابقة ولا يحتاج الى احراز عدمها اومايحكم عدمها من الممنوعية عن الارث ، والافمع الحاجة الى احراز عدم الطبقة المتقدمة لايمكن الحكم بالانتقال الي الامام بعد تعارض الدليلين فانه لم يحرز بعد تعارضهما ممنوعية الكافر من الارث ، غاية الامر يكون عدم ارثه من باب عدم احراز وارثيته لامن باب احراز العدم ، فالمهم (ح) تنقيح تلك المقدمة : ولتنقيحها مقام اخر ، وان كان الحق فيها هوالاكتفاء بعدم احرار الطبقة السابقة ولايحتاج فيه الى احراز عدمها

قوله (قده) ثم هل يلحق بالارث كل ملك قهرى (الخ)

مثال ماكان الملك القهري بسبب غير اختيارى هوالوقف بناء على ان يكون الوقف الخاص كالملك ، فانه ينتقل الي الطبقة المتأخرة بلا اختيار منهم و مثال ماكان بسبب اختياري كالخيار ، و الحكم فيهما هوعدم الالحاق بالارث مطلقا سواء كان بالسبب الاختياري او بالسبب الغير الاختيارى ، اماالاول فلما سيأتى عندعنوان المصنف (قده) لحكم الخيار ، واماالثاني

فلعدم مجيئي ماقلنافى الارث فى الوقف (وتوضيح ذلك) ان الوجه في الحكم بالتوارث على ماعرفت هوعدم التفاوت بين ملك الوارث وملك مورثه ، بل ملكه هو بعينه ملك مورثه ، وانما يقوم الوارث مقام مورثه في كونه طرفا لتلك الملكية، فالوارث يصير طرفاً لتلك الملكية علي ماهي عليه من الوصف اعني لزوم الجبر على المالك بالبيع واخراج الملك عن تحت سلطته، وهذا الملاك لايجري فى الوقف ، فانه اذا وقف العبد الكافر علي طبقات الكفار بطناً بعد بطن فاسلم العبد الموقوف فلايخلو اما ان يسلم عند وجود الطبقة التى كانت موقوفاً عليها فى حال كفر العبد واما ان يسلم مقارناً مع زوال تلك الطبقة وانتقال انعبد الى الطبقة اللاحقة بحيث يقع اسلام العبد وانتقاله الي الطبقة اللاحقة فى ظرف واحد وعلي كلا التقديرين فلاينتقل الى الطبقة اللاحقة (اما على الاول) فلان اسلامه يوجب فساد وقفه لان بقاء وقفه موجب لسلطنة الكافر الموقوف عليه ، واذا بطل وقفه يباع بثمن يصح تسلط الكافر عليه فيجعل وقفاً علي هذه الطبقة وعلى من بعدها من الطبقات فلا يبقى العبد بعد اسلامه وقفاً على الطبقة الموجودة حال اسلامه حتي ينتقل عند زوالهم الي الطبقة اللاحقة (واما على الثاني) فالامر اوضح ، لانه اذا حكم ببطلان الوقف على الاول واخراج عين العبد عن ملك الطبقة الموجودة مع انه كان علي ملكهم قبل اسلامه فعدم دخوله الى ملك الطبقة اللاحقة اذا كان اسلامه مقارناً لاضمحلال الطبقة السابقة يكون بطريق اولي .

قوله (قده) ويحتمل ان يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا الخ

وهذا الاحتمال قوى جداً ؛ وذلك لان بيعه نحو استيلاء عليه و هو منفى بعموم الاية المباركة ، و مع الغض عنه يكون مقتضي الخبر المتقدم عدم

ولاية الكافر على بيعه ، حيث قال عليه السلام : اذهبوا فبيعوه من المسلمين، ولم يقل الزموه بالبيع .

قوله (قده) فاذا تولاه المالك بنفسه الخ لا يخفى ان الفروع المتفرعة التى تترتب على تولية المالك لبيع عبده المسلم بنفسه فرضية محضة حيث قد عرفت ان التحقيق عدم ثبوت الولاية لبيعه له (وكيف كان) فالكلام يقع تارة فيما اذا تولاه المالك بنفسه ، واخرى فيما يتولاه الحاكم (اما الاول) فقد اختلف في ثبوت الخيار مطلقا فى بيع المالك اياه او عدم ثبوته مطلقا او التفصيل بين الخيارات الثابتة بجعل الشارع كخيار المجلس او بجعل المتعاملين كخيار الشرط وبين الخيارات الثابتة بدليل نفى الضرر كخيار الغبن ، بالقول بانتفاء الاول وثبوت الثاني لو كان الضرر على المسلم دون الكافر والقول بالتفصيل بين البناء على ان الزائل العائد كالذى لم يزل او كالذى لم يعد ، فيقال بثبوت الخيار على الاول وعدم ثبوته على الثاني ، على اقوال و احتمالات اردئها الاخير ، وذلك لان مسئلة ان الزائل العائد كالذي لم يزل او كالذى لم يعد مع انها لا اساس لها فى موردها غير منطبقة على المقام (وتوضيح ذلك) ان مورد هذا الكلام انما هو فيما اذا باع البايع مثلا شيئاً ببيع خيارى ثم قبل ان يقع منه الفسخ باع المشترى الذي اشتراه منه بالبيع الخياري من ثالث فزال عن ملك المشتري فما دام انها لم يعد الى ملك المشتري ليس للبايع الرجوع الي العين ، بل لو اختار الفسخ فلا بد ان يرجع الى المشترى ببدله من المثل او القيمة ، واذا عاد عن ملك الثالث الى ملك المشترى فيقال بابتناء رجوع البايع الي العين بعد العود الي المشترى على ان الزائل العائد كانه لم يزل فيصح رجوعه اليه ، او كانه لم يعد فلا يصح ، فقيل بالاول وقيل بالثاني وفصل ثالث بين ما اذا كان عوده بفسخ العقد الواقع بينهما فيكون

كانه لم يزل فان المشترى (ح) يتملكه بالملك السابق و بين ما اذا كان بعقد جديد فيكون كانه لم يعد لان تلك الملكية جديدة حدثت بالعقد الجديد (و كيف كان) فمورد هذا الكلام لابد ان يكون نظير هذا المثال و ما نحن فيه اجنبى عنه ، اذليس في المقام عود حتى نقول انه كالذى لم يزل او كالذى لم يعد ، بل الكلام فى اصل صحة العود وان الزائل عن ملك الكافر بالبيع هل يصح ان يعود اليه اولا ، وليس عود حتى نقول انه كالذى لم يزل او كالذى لم يعد

و اما الخيارات الناشئة عن الضرر فاعلم ان فيها مسلكين (احدهما) ان دليل نفى الضرر بنفسه موجب لثبوت الخيار (وثانيهما) ان المنشأ للخيار هو تخلف الشرط الضمنى وان دليل نفي الضرر يقتضي ثبوت الخيار بواسطة تخلفه ، وحيث ان المسلكين متفاوتان فى الحكم فينبغى ان نتكلم على كل مسلك على حدة (فنقول) اما على المسلك الاول فاما ان يكون الضرر على الكافر البايع اوعلى المشتري المسلم ، فقد يقال بالتفصيل بينهما بالخيار للثاني دون الاول ، اما عدم الخيار للاول فلان الضرر ينشأ من سوء اختيار الكافر للكفر ، ودليل نفي الضرر لاينفى ما كان من الضرر بالاختيار ، واما ثبوت الخيار اذا كان الضرر علي المشترى المسلم فلان دليل نفي السبيل وان كان حاكماً على ادلة الاحكام ، لكن لاحكومة له علي دليل نفي الضرر لكونه ايضاً مثل دليل نفى السبيل في حكومته علي ادلة الاحكام ، فيكونان فى درجة واحدة ، نظير ادلة نفي الحرج مع دليل نفى الضرر حيث لاحكومة لاحدهما على الاخر فلا يقدم دليل نفى السبيل على دليل نفي الضرر وان كان يقدم علي الدليل المثبت لخيار المجلس ونحوه مما كان ثابتاً باصل الشرع اوبجعل المتعاملين بل يقدم دليل نفى

الضرر عليه لقوته ، هذا محصل هذا التفصيل ، (ولا يخفى ما فيه ايضاً) لان قوة دليل نفى الضرر توجب تقديمه على دليل نفى السبيل لو كان دليل نفيه قابلا للتخصيص ، وامامع عدم قبوله له كما تقدم فيجب تخصيص دليل نفى الضرر به لقابليته للتخصيص ، بل وقوع التخصيص عليه بدرجة قيل باحتياجه الى الجابر لو اريد العمل به ، وهذا القول و ان كان فاسداً لما حققناه في محله من ان ماتوهم خروجه عن عمومه ليس بالتخصيص بل انما هو بالتخصص ، لكن اصل امكان ايراد التخصيص عليه وروده فى الجملة مما لا يقبل المنع ، وعليه فيجب تخصيص دليل نفى الضرر بدليل نفي السبيل (فتحصل مما ذكرناه) سقوط التفصيل بين الخيارات الاصلية و بين الخيارات الناشئة عن عموم نفي الضرر بتوهم سقوط الاول لاجل حكومة دليل نفى السبيل علي الادلة المثبتة للخيارات الاصلية و ثبوت الثانى لعدم حكومة دليل نفي السبيل على عموم دليل نفي الضرر و تقدم دليل نفي الضرر على دليل نفى السبيل لقوة دليله (ومنه يظهر) سقوط التفصيل بين الخيار الناشى من ضرر المشتري المسلم وبين الخيار الناشى من ضرر البايع الكافر بثبوت الخيار فى الاول لاجل قاعدة نفى الضرر و عدم ثبوته فى الثاني بالمنع عن شمول القاعدة له لكون الكافر باختياره الكفر مقدماً على الضرر (و وجه سقوطه) هو عدم عموم القاعدة للضرر المترتب على المشترى المسلم بعد تخصيصها بدليل نفى السبيل فيكون الضرر ان اعنى ما يترتب على المشترى وما يترتب على البايع سواء فى خروجهما عن عموم قاعدة الضرر ومع الغض عن ذلك فلا وجه لهذا التفصيل اذ الخارج عن القاعدة هو ما كان الاقدام علي نفس الضرر كالاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن لا الاقدام على شيء اخر يترتب عليه الضرر كالاقدام على الكفر فى المقام ، فالاقدام علي الكفر

ليس اقداماً على الضرر مثل الاقدام على المعاملة الغبنية مع العلم بالغبن كما لايخفى ، فهذه التفاصيل الثلاثة اعنى التفصيل بين الخيار الاصلى و الخيار الضررى ، والتفصيل فى الخيار الضررى بين ضرر المسلم وضرر الكافر ، وابتناء المسئلة على ان الزائل العائد كالذى لم يزل او كالذى لم يعد كلها ساقطة .

بقى من الوجوه المحتملة ثلاثة وجوه (الاول) احتمال سقوط جميع الخيارات مطلقا سواء كان الخيار اصلياً ام جعلياً ام ناشئاً من دليل نفي الضرر (الثانى) احتمال ثبوت الجميع مطلقا فيكون بيع الكافر كبيع المسلم فيما له من الاحكام ، وهذا هو المنقول عن جامع المقاصد (الثالث) سقوط الخيارات بالنسبة الى العين فلايجوز للكافر استرداد العين بالفسخ مطلقا سواء كان العقد لازماً او كان جائزاً ، كان الخيار فى العقد اللازم اصلياً اوجعلياً اوناشئاً من دليل نفي الضرر ، ويجوز له الرجوع اليه بالقيمة هذا (واقوى الاحتمالات) هو الاول وذلك لانه قد تبين فيما تقدم ان الدليل على فساد بيع المسلم من الكافر حسبما حررناه كان هو الخبر المتقدم بالتقريب الذى عرفت من كون النهى في قوله عليه السلام لاتقروه راجعاً الي مرحلة المسبب ، وبعد الغاء خصوصية حالة البقاء التي هى مورد الخبر يستفاد مبغوضية المعنى المسببى بقاء و حدوثاً ، والنهي الراجع الى مرحلة المسبب حدوثاً يدل على الفساد فيدل على فساد البيع من الكافر ، ولافرق فى مبغوضية المسبب بين اسبابه فلافرق (ح) بين البيع والصلح وغيرهما فكلما كان سبباً لذلك المسبب المنهى عنه يكون النهى عنه كاشفاً عن عدم تأثير السبب ولو كان ايقاعاً لاعقداً ، فالفسخ فاسد لكونه انشاء حل العقد ومن الايقاعات ويكون سبباً للملكية ، واذا كانت الملكية المسببة عنه منهياً عنها كان النهى عنها كاشفاً عن فساد سببها فالفسخ فاسد غير مؤثر فى ارتجاع الملكية ومع عدم تأثيره لايكون الخيار

ثابتاً اذ معنى الخيار هو ملك الفسخ و مع عدم تأثير الفسخ فلا ملك عليه ، فجميع الخيارات ساقطة بدليل واحد وهو الدليل الدال على مبغوضية ملكية الكافر للعبد المسلم ،

و بهذا الدليل ايضاً تسقط التفاصيل المتقدمة ايضاً حتى التفصيل بين العين و البدل (وتوضيحه) ان مورد الرجوع الى المثل او القيمة بعد تعذر رد العين انما هو فيما اذا كان الرجوع الى العين جائزا بسبب الفسخ وكان تسليم العين متعذراً بواسطة التلف او ما بحكمه فانه (ح) ينتقل الى البدل من القيمة او المثل سواء قلنا بان الفسخ عبارة عن حل العقد الموجب لرجوع العين الى ما انتقل عنه او قلنا انه ارتجاع للعين المستلزم لحل العقد ، غاية الامر انه بناء على الاول يكون انتهاء الامر الى البدل في رتبة ثالثة حيث لابد اولا من حل العقد لكي يترتب عليه رجوع العين الى ما انتقل عنه وبعد الارتجاع اليه وكونها متعذرة ينتقل الى البدل ، وعلى الثاني في رتبة ثانية حيث انه بعد ارتجاع العين بالفسخ ينتقل الى البدل ، وعلى كل تقدير لابد من الرجوع الى العين اولا حتى ينتهي بعد تعذر تسليمه الى البدل والمفروض في المقام امتناع الرجوع الى العين لما استفيد من الدليل بالتقريب المتقدم ، فلا موقع للرجوع الى البدل (وبعبارة اوضح) الرجوع الى البدل انما يكون عند امتناع تسليم العين بعد الفراغ عن الرجوع اليه الذي هو في ظرف امكان الرجوع اليه ، والممتنع في المقام هو الرجوع الى العين ومع امتناع الرجوع اليه فلا تنتهي النوبة الى بدلها الذي كان بعد الفراغ عن الرجوع اليها ، وهذا ظاهر جداً ، فالتحقيق هو سقوط جميع الخيارات مطلقا ، و لو كانت من الخيارات الضررية و ان التفاصيل المتقدمة كلها ممنوعة .

هذا على ماسلكه المنصف (قده) من جعل الخيار في بعض المقامات مثل خيار الغبن ناشئاً من نفي الضرر ، واما على ماهو المختار عندنا من كون المنشأ في امثال هذه المقامات هو تخلف الشرط الضمني وان دليل نفي الضرر بنفسه لايكون متكفلا لاثبات الخيار في الغبن وان كان يصح الاستدلال به بعد جعل الملاك هو تخلف الشرط ، فالامر في بطلان التفصيل اوضح ضرورة انه لايبقى (ح) خيار ناش عن دليل نفي الضرر فيصير من الخيارات الاصلية التي لااشكال في حكومة دليل نفي السبيل على ادلتها كسائر الادلة التي هي محكومة بدليل نفيه من غير اشكال كما لايخفى

هذا تمام الكلام بالنسبة الى الفسخ ، و منه يظهر عدم جواز الرد بسبب العيب ايضاً ، نعم لا بأس بالارش حيث انه لامانع منه بعد سقوط الرد .

هذا كله فيما اذا كان الكافر هو بنفسه متولياً للبيع ، و اما اذا كان المتولى هو الحاكم كما قلنا انه وظيفة له على مايستفاد من قوله عليه السلام فبيعوه فلا خيار ايضاً فان مقتضى الخيار هو ارتجاع العين الى من انتقل اليه بعد الاخذ بالخيار ، و المفروض عدم امكان رجوع العين الي الكافر ، ولايعقل القول بصحة الفسخ والالتزام بعدم رجوع العوضين الي من انتقلا عنه بل برجوعهما الى ثالث اجنبي لكونه خارجاً عن حقيقة الفسخ الذى هو حل العقد ، فكما ان مقتضى العقد هو خروج المال عمن انتقل عنه كذلك يكون مقتضى الفسخ دخوله في ملكه وعوده اليه بالملكية السابقة بعد جعل العقد كان لم يكن بسبب الفسخ .

قوله (قده) القول في شرائط العوضين (الخ) اعلم ان ذكر ذكر شرائط صحة البيع كان في مقامات ثلثة (الاول) فيما يعتبر في عقد البيع

نفسه ، وقدتقدم . (الثانى) فيما يعتبر في المتعاقدين ، و قد تقدم ايضاً مع جملة من شرائط العوضين في طيه استطراداً (المقام الثالث) فيما يعتبر في العوضين ، وهذا العنوان معقود لبيانه ، ومايعتبر فيهما امـور (الاول) ان يكون كل من العوضين مالا ، وذلك لان البيع عرفاً عبارة عن المبادلة بين المالين لمساس الحاجة الي انتقال كل من المالين عن موضعه الي موضع اخر حيث ان الانسان مدنى الطبع فيحتاج فى عيشه الى مدنية تقوم بابناء قومه ، و حيث انه لا يقوم كل واحد بمايحتاج اليه بل يحتاج الى معاونة الاخرين لكي يقوم كل بجزء ممايحتاجون اليه ، فواحد يقوم بتحصيل الماء واخر بتحصيل الحنطة و اخر بتحصيل الحطب ورابع بتحصيل الملح حتى تجتمع اجزاء الخبز مثلا، فاحتاج الى نقل الماء من عند صاحب الماء الى اخرين و نقل الحنطة والحطب والملح منهم الى صاحب الماء فقرر البيع عندهم لاجل هذه النقلة المحتاج اليها ، وقدامضاه الشارع ايضاً ، فحقيقة البيع عبارة عن تلك المبادلة على مامر توضيحه فى اول البيع ، فيتعبر فيه مالية العوضين ، فلولم يكونا واحدهما مالالم يكن هناك بيع .

ويعتبر فى مالية الشيء امور (الاول) ان يكون له احد الامرين من المنفعة أو الخاصية على سبيل منع الخلو ، والمراد بالمنفعة هو قابلية الانتفاع بـه مع بقاء عينه كسكنى الدار وركوب الدابة ، وبالخاصية مايترتب عليه من المنافع المتوقف ترتبه على ذهاب عينه مثل الاشباع المترتب على الخبز الموقوف على ذهـاب عينه باكله ، و هذان الامران على سبيل منع الخلو مقومان لمالية المال فمالا منفعة فيه ولاخاصية له اصلا فلامال (الثانى) ان يكون ممايصح اقتنائه لاجل مايترتب عليه من المنفعة اوالخاصية عقلا بان كان ممايقتنيه العقلاء لذلك بحسب عادتهم سواء كان استعماله لاجل خاصيته مثلا

شايعاً غير مختص ببعض الاحوال كالحنطة التى تقتنى لاجل الاقتيات ، او كان نادراً مختصاً ببعض الاحوال مثل عقاقير الادوية التى لاتستعمل الا لاجل المرض ، فهى ايضاً من الاموال لمكان تعلق غرض العقلاء باقتنائها ، فمالا يصح اقتنائه لاجل مايترتب عليه من المنافع والاغراض فلايكون مالا وان كان له احد الامرين من المنفعة والخاصية ، لكن لمكان شيوع وجوده مثل الرمل والاحجار فى مواضعها لايقدم العقلاء على اقتنائه بل يعد اقتنائه عملا سفهياً عندهم (الثالث) ان يكون مما يبذل العقلاء بازائه المال ، فلولم يبذل بازائه المال لم يكن مالا كالماء فى جنب الانهار حيث انه مع ماله من المنفعة والخاصية لايكون عندهم مالا لمكان عدم اقدامهم ببذل المال بازائه ، و هذه الامور المذكورة دخيلة فى التمول عرفاً (الرابع) ان لاتكون تلك المنفعة او الخاصية المقومان لمالية الشيء مصباً و مورداً للنهي الشرعى بان تعلق النهى بنفس تلك المنفعة او الخاصية ، لصيرورة الشخص بسبب حرمة هذه المنفعة او الخاصية عليه محروماً عن ذلك الشيء شرعاً ، فيكون وجود المنفعة والخاصية كالعدم ، اذ مالايجوز الانتفاع به فيما يترتب عليه يكون كمالا ينتفع به اصلا ، فمثل الخمر و نحوه لايكون مالا لاجل المنع عن ترتب ما هو الملاك فى مالية المال عليه شرعاً .

الامر الثانى مما يعتبر فى العوضين ان يكون كل منهما ملكا فلا يصح بيع مالا يكون ملكا كالحبة من الحنطة (واعلم) انه وقع الخلاف في مالاينتفع به لقلته مثل الحبة من الحنطة هل هو مسلوب عنه المالية مع كونه ملكا اوانه كمالا يكون مالا فلايكون ملكا ايضاً ، ثم على تقدير كونه ملكا فهل يكون تلفه موجباً للضمان اولا ؛ والحق فى باب الضمان بثوبة مطلقاً ولولم نقل بكونه ملكا وذلك لكفاية حق الاختصاص الثابت عليه من المالك

لثبوت الضمان ولايحتاج الضمان الى الملك التام بل يكفي في ثبوته مرتبة ناقصة منه المعبر عنه بالحق ، هذا بالنسبة الى ضمانه عند التلف ، واما بيعه فلا يجوز مطلقاً سواء قلنا انه ليس بمال او قلنا انه ليس بملك ، وذلك لانتفاء الامر الثاني والثالث مما يعتبر في المالية العرفية عنه أعني جواز اقتنائه و بذل المال بازائه عند العقلاء .

وانما اعتبروا الملكيته في العوضين لاخراج الاراضي المفتوحة عنوة حيث انها لايصح بيعها لعدم الملكية الشخصية فيها (وتوضيح ذلك) ان الملك اما يكون شخصياً او يكون نوعياً ، والثاني اما يكون قابلا لان يصير ملكا شخصياً اولا: ومالا يكون قابلا لان يصير ملكا شخصيا فمنا فعه قد تكون ملكاً شخصياً بالفعل وقد تكون ملكا شخصياً بالقوة ، وقد لا تكون قابلة للملك الشخصي اصلا، فالملك النوعي القابل للملكية الشخصية كالخمس والزكوة ، حيث انهما ملكان للنوع و للطبيعة و لكنهما يصيران ملكا لمن يقبضهما ، والملك النوعي الذي تكون منفعته ملكا شخصياً بالفعل كالوقف الخاص، حيث انه ليس ملكاً لشخص مخصوص لكونه ملكاً للطبقات كلها، لكن احاد كل طبقة يصيرون مالكين لمنافعه ملكاً خاصاً، والملك النوعي الذى تكون منفعته قابلة للملكية الخاصة كالوقف العام فان منافعه ليست لاشخاص معينة لكنها قابلة للملك الخاص ، ومالا تكون منافعه قابلة للملك الخاص كالمفتوح عنوة ، فان اراضيه ملك لعامة المسلمين ممن تقدم او تاخر الى يوم القيمة ، فلابد من ان يصرف منافعها ايضاً فيما يعود نفعه الى عموم المسلمين ، السابقين منهم واللاحقين فيكون المتولي لصرفها هو الامام كما ان المتولي في الاملاك العامة المتقدمة مثل الزكوة والخمس والاوقاف هو اوليائها ، فظهر عدم جواز بيع اراضي المسلمين ولا منافعها لعدم قابليتها للملك الخاص وهو ما نريد اثباته من دعوي

كون اعتبار الملكية في العوضين لاخراج الاراضى المفتوحة عنوة، مضافاً الى مافى المتن من الاحتراز به عن بيع مايشترك فيه الناس كالماء والكلاء ونحوهما من المباحات بالاصل قبل حيازتها .

قوله (قده) الارض اما موات واما عامرة (الخ) تقسيم الاراضى على ماذكره عقلى والحصر لايزيد عن الاربعة ، لان الارض امـا موات او عامرة ، وكل منهما اما ان تبقى على حالها من الموتان اوالعمران اوتنقلب عماهى عليه فتصير محياة بعدالممات او مواتـاً بعد العمران فتصير الاقسام اربعة (١) العامرة بالاصل (٢) والموات كذلك (٣) والعامرة بعدالموات (٤) والموات بعدالعمران (اما القسم الاول) اعنى العامرة بالاصل فلها احكام (الاول) انها للامام عليه السلام و انها من الانفال ، و لااشكال في هذا الحكم بينهم ، وانما الكلام في مدركه، وقداستدل له بظاهر ماورد منهم عليهم السلام بان كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام ، حيث ان العامرة بالاصل كاطراف الشواطى ممالم يجرعليها ملك مسلم فتكون له عليه السلام ، و مـاورد في خبر ابى بصير ، كل ارض لارب لها فهي من الانفال ، ولايعارضها الامـاورد في بعض الاخبار من تقييد الارض بالميتة ، قال المصنف (قده) و ذلك لان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب (قال الاستاد دامت افاداته) والاولى ان يقال بالمنع عن التقييد من اصله وذلك لان مورد حمل المطلق على المقيد انما هوفيما اذاثبت وحدة المطلوب من الدليلين ، و ذلك عند ماذا كان المطلوب هو صرف الوجود كما فى اعتق رقبة مؤمنة اذا استفيد وحـدة المطلوب وانه ليس الاصرف الوجود من العتق وماذا كان المطلوب على نحو الطبيعة السارية المقتضى للعموم فلا موقع معه للحمل كما في مثل اكرم العالم واكرم العالم العادل حيث لايحمل المطلق على المقيد بل يؤخذ

بكل منهما ويقال بمطلوبية اكرام كل عالم من العدول وغير العدول، ومانحن فيه من هذا القبيل، اذلاتنافي بين كون مطلق الاراضي التي لارب لها للامام عليه السلام وبين كون الموات منها ايضاً له عليه السلام، وعلى تقدير التسليم فبالمنع عن كون دليل المقيد وارداً في مقام بيان حكم الموات بالاصل، بل الظاهر بقرينة التقييد بقوله عليه السلام لارب لها انه في مقام بيان حكم ماعرضه الموت وانه على قسمين، ماله مالك معلوم ومالايعلم مالكه وان حكم مالارب له انه للامام عليه السلام، و (ح) ينبغي ان يقال ان هذا القيد اعني كونه ممالارب لها وارد مورد الغالب لان التقييد بالميتة و ارد مورد الغالب اذهو لبيان الموضوع (ح) كما لايخفى (الثاني) انه لاشبهة في كونه حلالا للشيعة، وانما الكلام في اختصاص الموات بهم اوانها عامة للجميع وان كان عموم الميتة نشأ لاجل التحليل لهم لا ناطة حليته للشيعة على التحليل للجميع كما ان ملاك جعل ايجاب العدة المتحقق في بعض النساء صار موجباً لجعلها على الجميع حفظاً لاختلاط المياه والتباس الانساب، وهذا الاخير هو الاقوي (الثالث) انها تملك بالحيازة، اما اصل تملكها فلعموم النبوى «من سبق الى مالم يسبقه اليه مسلم فهو احق به» اذهو بعمومه يشمل العامرة والموات من الاراضي جميعاً كما لايخفى، واما كفاية الحيازة في تملكها بخلاف الموات بالاصل حيث ان الحيازة لاتكفي في تملكها وان حصل بها الاولوية والاستحقاق بل يحتاج الى التعمير، فلانها عامرة بالاصل فلايحتاج الى عمران في تملكها (الرابع) اذاعرضها الموت بعد العمران اوانجلى عنها اهلها تصير للامام عليه السلام لانها كانت له عليه السلام وانما حصل منه التحليل اما لشيعتهم اوللعموم وبعد عروض الموت عليها اوانجلاء اهلها تعود الى ماكانت عليه من الحكم (الخامس) لاطسق في تلك الاراضي على من تملكها بالحيازة، وماورد عن امير المؤمنين عليه السلام

من ان عليه طسقها يؤتى به الى الامام فهو محمول على زمان الحضور، وذلك بقرنية قوله عليه السلام يؤتى به الى الامام، الظاهر في كونه في زمان حضورهم و بسط ايديهم، فلا يشمل مثل زمان الغيبة الذي لا خلاف في عدم وجوب شيء للامام عليه السلام في تلك الاراضي مع ان حمله على زمان الحضور ايضاً بعيد لعدم معاملة امير المؤمنين عليه السلام مع المتصرفين في تلك الاراضي بتلك المعاملة اذ لم يعهد منه عليه السلام مطالبة الناس بطسق ما في ايديهم (فالاولى) ان يحمل على تحليلهم عليهم السلام لشيعتهم أو لجميع الناس وان المقتضي لاخذ الطسق كان موجوداً الا انهم اباحوه ارفاقاً بالشيعة، ومورد الخبر وان كان هو الموات بالاصل كما نقله في الكتاب الا انه يجرى حكم الموات بالاصل في هذا القسم ايضاً، هذا تمام الكلام في القسم الاول.

(**القسم الثاني**) ما كانت مواتاً بالاصالة، ولها ايضاً احكام (الاول) ان الارض الموات بالاصل للامام عليه السلام، وهذا مما لا اشكال فيه، وليس في هذا القسم مما يوجب تخصيصاً لدليل هذا الحكم لكي يحتاج الى الجواب (الثاني) انها ايضاً حلال لشيعتهم او للعموم على حسب الاحتمالين المتقدمين مع قوة الاخير منهما (الثالث) انها في وجوب الطسق كالقسم الاول، بل انما مورد المروى عن امير المؤمنين عليه السلام بوجوب الطسق هو هذا القسم، وقد قلنا ان القسم الاول ملحق به (الرابع) انها تملك بالاحياء لا بالحيازة، وذلك لانه وردت طائفتان- من الاخبار « احديهما » تدل على صيرورة الارض الموات ملكاً بالاحياء كقوله عليه السلام من احيى ارضا ميتة فهى له، وهي تدل على كون التملك بالاحياء ولو سبق المحيى شخص آخر بالحيازة « والاخرى » تدل على صيرورتها ملكاً بالحيازة، كقوله عليه السلام من سبق الى ما لم يسبقه اليه مسلم فهو احق به، وهي تدل على ثبوت الملك بالحيازة ولو مع عدم الاحياء

فيقع بينهما التعارض فيجمع بينهما بحمل الطائفة الثانية على حصول الاستحقاق بسبب الحيازة لا الملك فيرتفع هذه المعارضة ، والذى يدل عليه هو عموم الطائفة الثانية بالنسبة الى مالا يقبل الملك اصلا كاوقاف العامة مثل الخانات والمدارس والمساجد و هو يلائم الحمل على ثبوت الاولوية والاختصاص بسبب السبق ، وهذا بخلاف مالو حملناها على الملك فانه يجب تقييدها بما يقبيل الملك (ح) .

اقول مضافاً الى ان التعبير بكلمة فهو احق به ايضاً قرينة على ثبوت حق الاختصاص والاولوية بسبب السبق لا الملك .

(الخامس) قدوقع الخلاف في حكم هذا القسم من الاراضى التى هى موات بالاصل اذا عرضها الموت بعد الاحياء على اقوال (فقيل) ببقائها على ملك معمرها (وقيل) بخروجها عن ملكه وصيرورتها ملكاً لمن يعمرها ثانياً (وقيل) بانها للامام عليه السلام ، كما ان القسم الاول اعنى المحياة بالاصل كانت كذلك ، ومنشأ الاختلاف هو اختلاف الاخبار في ذلك ، و فى المسئلة قول آخر بالتفصيل بين ما أذا كان عروض الموت عليها وهى فى يد معمرها اووارثه فيخرج (ح) عن ملكه بعروض الموت ، وبين ما اذا كان عروض الموت عليها بعدان صارت منتقلة عن معمرها اووارثه الى غيره باحدى العقود الناقلة فلا تخرج عن ملك المنتقل اليه بالموت ، وهذا التفصيل موجود في كلماتهم في ضمن ذكر حكم هذا القسم اعنى الموات بالاصل التى عرضها العمارة ولكن لم يعلم منهم اختصاصه بهذا القسم اوانه يعمه والقسم الاول اعني المحياة بالاصل اويختص بالقسم الاول (وكيف كان) فهو لا يخلو عن بعد ، ضرورة بعد الفرق بين بقائها على يد المعمر ومن بحكمه و بين انتقالها عنه باحدى العقود الناقلة كما لا يخفى (فتحصل مما ذكرناه) الاقسام الاربعة باحكامها.

هذا كله اذا كانت الاراضى من بلاد المسلمين ، فان كانت في بلاد الكفر فلا تخلو اما تكون فتحت عنوة اواسلم اهلها طوعاً او انجلى عنها اهلها اوارض صولح عليها (فعلى الاول) فحكمها حكم المفتوحة عنوة ، و قدتقدم انها ملك للجهة ، ولاينتهى الى الملك الشخصى بوجه من الوجوه لابنفسهاولا بمنفعتهاولاجل ذلك لايصح بيعها: وعلى الثانى فيكون حكمها حكم ساير بلاد المسلمين ، وعلى الثالث تكون من الانفال المختصة بالامام عليه السلام وعلي الرابع تكون على ماصولح عليها فتبقى في ايدى من بيدهم و يؤخذ منهم ماصولح معهم ان كان الصلح معهم كذلك كما انه تكون فى حكم المفتوح عنوة لوصولحوا على ان تكون ارضهم للمسلمين وعليهم الجزية

ثم الكلام فى تتميم حكم الاراضى المفتوحة عنوة يقع في امور (الاول) الظاهر ان الحكم بكونها ملكا للجهة مختص بالمحياة منها حال الفتح : ولايشمل الموات منها . بل الموات منها حكم الموات من غيرها . فيملكها من يحييها : وذلك لاطلاق ادلة تملك الموات بـالاحياء الشامل للموات من المفتوح عنوة ايضا ولايعارضه الدليل الدال على كون المفتوح عنوة للمسلمين لانصرافه الى المحياة منها ، اذهى التى يؤخذ عنوة وقهراً : واما الموات . فلااخذ بالنسبة اليها حتى يكون قهراً و عنوة فيا لنسبة الى الموات منها لادلالة لادلة حكم المفتوح عنوة فيكون اطلاق ادلة تملك الموات بالاحياء ظاهراً لايعارضه شيىء كما هوظاهر .

(الثانى) ان مايعرضه الموت بعدالحيوة من الاراضى المفتوح عنوة هل هى كما يعرض عليه الموات من المحياة من غيرها : فيجيىء فيها الاقوال المتقدمة من بقائها على ملك مالكه الاول . فيقال في المقام ببقائها على ما كانت عليه من كونها ملكا للجهة اوخروجها عنه وصيرورتها ملكا لمن يعمرها

(احتمالان) اقواهما الثانى ،، وذلك لانصراف مـايدل على حكم الاراضي المفتوحة عنوة عما يعرضه الموت . فيكون اطلاق مادل على حكم الموات بـالعارض ظاهراً من غير معارض ،، والاقوى في حكمها هو خروجها عن ماكانت عليه وصيرورتها ملكالمن يعمرها لقوة ادلته كماهومذكور فى كتاب احياء الموات .

(الثالث) انماذكر كله حكم المفتوح عنوة فى حال الحضور : و وقع الكلام فى حكمها فى حال الغيبة ،، لكن الاولى البحث عن موضوعها في تلك الحالة ،، فنقول الحق عدم وجود موضوع لها فى حال الغيبة ،، لان اظهر مائبت فتحه عنوة هواراضي العراق واجراء حكم المفتوح عنوة على المحياة منها فى هذا العصر مشكل ،، وذلك لان ارض العراق كانت عامرة فى حال الفتح اكثر من عمرانها فى هذا العصر فمافى يدكل متصرف منهالايعلم انهاهل مماعرضها الموات ثم صارت محياة : لكى تخرج عن حكم الارض المفتوحة عنوة وتكون ملكا لمن عمرها كما تقدم في الامر الثانى آنفا : او انها كانت مواتا فـي حال الفتح حتي كانت خارجة عن حكم مفتوح العنوة من اول الامر كمامر بين فى الامر الاول . ولايبعد ان تكون الارض الغرى على ساكنها السلام كذلك اوانها من المحياة حال الفتح و لم يعرضها الموات حتي تكون في حكم المفتوحة عنوة :

ثم هذا الاخير ايضاً يحتمل ان يكون تصرف المتصرف فيها باذن ممن له الولاية كحكام الجور في زمن استيلائهم على تلك البلاد اوحكام العدل من المجتهدين : و مع هذا الاحتمال تبقي على يد المتصرف باصالة الصحة فالشك فى كل قطعة من اراضى العراق فى كونها محياة اوموات حال الفتح كاف فى صحة تصرف المتصرف فيها والحكم بملكيته ،،

وذلك للعلم الاجمالي بوجود قطعات محياة وموات مع تردد القطعة المبتلى بها بينهما وخروج غيرها عن محل الابتلاء فلايؤثر العلم الاجمالي (ح) شيئاً : فاراضي العراق التي ثبت فتحها عنوة لاتبقي بحكم المفتوح عنوة في عصر الغيبة اصلا . فيجوز بيعها وشرائها ومعاملة الملك معها كما تجوز المعاملة علي مايؤخذ منها كالتربة الحسينية من غير اشكال واذا كان هذا حال ارض العراق التي علم فتحها عنوة فحال مايشك في فتحها عنوة كبعض بلاد ايـران و سوريا يكون اوضـح بطريق اولى .

قوله (قده) واعلم انـه ذكر الفاضلان وجمع ممن تاخر عنهما في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا (الخ) الشرط الثالث مما اشترط في العوضين الطلقية ذكره الفاضلان وجمع ممن تاخر عنهما وفرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الافيما استثني ولا الرهن الا باذن المرتهن او اجازته ولا بيع ام الولد الا فيما استثنى و فرع عليه بعض اخر عدم جواز بيع ماتعلق به حق الخيار

والمراد من الطلق مرسلية الملك بالنسبة الى مالكه بان يكون له تمام السلطنة عليه فيما يشاء من بيعه واجارته وجميـع تقلباته : و ليس مرجعه الى جواز البيع حتي يرد بانه لامعنى في اشتراط جواز البيع بان يكون المبيع جايز البيع : لصيرورته من قبيل جعل الشيء مشروطا بنفسه كما استشكل به المصنف (قده) بل مرجعه الي اشتراط كون الملك مطلق العنان للمالك وكانت سلطنته عليه تاما في مقابل السلطنته الناقصة الناشئة نقصانها عن تعلق حق الغير بالملك . فكما ان مرجع اصل السلطنة ليس الى الحكم التكليفي اعني جواز التصرف في الملك او الوضعي اعني مضى تصرفه فيه ونفوذه بل هي مما يترتب عليها الحكم التكليفي والوضعي ،، كذلك ليس مرجـع

تمامية السلطنة في مقابل نقصانها الى الحكم التكليفي او الوضعي . بل الحكمان يترتبان عليها فمعنى الطلق هو تمامية السلطنة الناشية عن كون الملكية مرسلة عن حق الغير و مطلقة العنان بالنسبة الى المالك ومن المعلوم ان هذا المعنى اساس جواز التصرف في الملك ونفوذه من المالك كساير شرائط المتعاقدين و العوضين

ثم منشاء اعتبار الطلقية في الملك وان كان هو انتفاء تعلق حق الغير به من حق البطون المتأخرة من الموقوف عليه في الوقف وحق المرتهن في الرهن والاستيلاد في ام الولد وحق المجنى عليه في العبد الجاني ،، لكن ذلك اي اعتبارها عن انتفاء تعلق الحقوق المذكورة انما هو في مرحلة الاثبات واما في عالم الثبوت فالامر بالعكس بمعنى ان الطلقية منشاء لانتفاء الحقوق المذكورة فانتفاء تعلق الحقوق بالملك مسبب عن طلقيته واقعا و في عالم الثبوت ،، لكنه سبب لاثبات طلقيته في عالم الاثبات . فلا يرد ما اورده المصنف (قده) بقوله فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطا (الخ) لما عرفت من ان الشرط في مرحلة الثبوت هو الطلق ويترتب عليه انتفاء الحقوق فالطلق هو الاصل و انتفاء الحقوق المترتب عليه هو الفرع ولا يكون الامر في الفرعية والاصالة بالعكس ثبوتا وان كان كذلك في مرحلة الاثبات

ثم ان انتفاء الطلقية عند تعلق احدى الحقوق اما يكون لاجل قصور الملك في اقتضاء السلطنة التامة ،، وذلك كما في الوقف الخاص بناء على ان يكون ملكا للموقوف عليه فان ملكيته قاصرة عن اقتضاء السلطنة التامة واما لاجل وجود المانع : وذلك كما في مثل العين المرهونة ، والامة المستولدة . والعبد الجاني فان مقتضى الملكية فيها تام بالنسبة الى السلطنة التامة . لكن تعلق حق الغير يمنع عن اقتضائه

قوله (قده) ثم ان اكثر من تعرض لهذا الشرط (الخ)

قدعرفت ان اكثر المتعرضين لهذا الشرط فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف وام الولد والعين المرهونة . وزاد بعض في التفريع عدم جواز بيع العبد الجاني : واورد عليهم في المقابيس ببطلان حصر التفريع في الثلثة او الاربعة بل ينبغي التعميم الى مطلق ماخرج عن تحت تمامية سلطنة المالك بواسطة تعلق حق به ثم انهاها الى تمام العشرين ،، وذلك مثل النذر المتعلق بالعين قبل البيع والخيار المتعلق بها الى اخر مانقله المصنف عنه قدس سرهما في الكتاب

ولكن التحقيق هو الاكتفاء بالموارد الاربعة لان ماعده قدس سره من الموارد امايكون من المسائل الخلافية كحق الخيار وبعض اخر مماذكره وامايكون مماذهب المشهور فيه الى عدم مانعيته عن البيع

واما يكون مرددا بين ان يكون من قبيل حق الرهانة اومن قبيل حق الجناية والفرق بينهما على ماسيأتي هو كون حق الرهانة علقة خاصة متعلقة من المرتهن الى العين المرهونة الموجب لكونها مخرجا لدينه : ويلزمه ان يكون في ظرف قابليتها للمخرجية والنقل و الانتقال وحق الجناية حق يتعلق من المجنى عليه على رقبة الجاني الموجب لاسترقاقه اينما و جده ولو بعد خروجه عن ملك المالك ويترتب عليه جواز استرقاق الجاني على اي صفة كان الجاني عليها

وعلى هذا فامهات الفروع المترتبة على هذا الشرط هو الاربعة المذكورة في كلام الاكثر فيجب ان يعقد لكل منها مسئلة فهنا اربع مسائل (الاولى) في عدم جواز بيع الوقف و ما يترتب عليه من الاحكام و ذكر مايستثني منه (الثانيه) في عدم جواز بيع ام الولد وما يتفرع عليه

و ذكر مستثنياته (الثالثة) فى حكم بيع العين المرهونة (الرابعة) فى بيع العبد الجانى

قوله (قده) لايجوز بيع الوقف اجماعا (الخ) اعلم ان الموجب لعدم طلقية الملك اما يكون من جهة عدم المقتضى لطلقيته او يكون لاجل المانع عن طلقيته و اصول الموانع ثلاثة الرهن والجناية وام الولد و ما عداها ملحقة بها فالوقف لا يكون طلقا لاجل عدم المقتضى لا لاجل وجود المانع ،، و الكلام فى الوقف انما هو فى الوقف الخاص بناء على صيرورته ملكا لطبقات الموقوف عليهم : و اما الوقف العام والوقف على الجهات فخارجان عن محل الكلام ،، حيث انه لايجوز بيعهما لانتفاء الملكية لا لاجل انتفاء الطلقية في مورد الملك الشخصى كما انه على تقدير القول بعدم الملك فى الوقف الخاص ايضاً ليس المنع عن بيعه لاجل انتفاء الطلقية فالوقف انما يكون من صغريات مالايجوز بيعه لعدم كونه طلقا اذا كان خاصا وقلنا فيه بالملك

فان قلت الوقف الخاص بناء على صيرورته ملكا للطبقات يكون ممنوعا عن بيعه لاجل تعلق حق الطبقات المتأخرة به فيكون عدم طلقيته لاجل وجود المانع كالرهن و نحوه (قلت) نعم وان كان حق الطبقات المتأخرة متعلقا به : لكن مع ذلك يكون المنع عن بيعه مستنداً الى عدم المقتضى لان عدم المعلول عند عدم المقتضى ووجود المانع يستند الى عدم الاول لا الى وجود الثانى : لان عدمه متقدم على وجود الثانى . و المعلول انما يستند الي اسبق علله

ثم الدليل على بطلان بيع الوقف قد ظهر مما بيناه من كون الملك الحاصل به قاصراً عن قابلية النقل والانتقال

وتوضيحه ان مهية الوقف عبارة عن ايقاف المال و بالفارسية (واداشتن ان درمحلي) بحيث لايمكن ان يتحرك عن محل وقوفه الي محل اخر فكانه صار مقطوع الرجلين. وهذا المعنى هو المنشاء بانشاء الواقف و قد تعلق به الامضاء و اذا كان بمهيته غير قابلة للنقل و التبديل من مكان الي الى مكان اخر وصار بماله من المهية ممضاة عند الشارع فلا يقبل النقل و الانتقال ولا يجوز بيعه فيكون عدم جواز بيعه موافقا مع القاعدة لولم يكن اجماع على عدم جوازه فضلا عن كونه اجماعياً ايضاً ودل عليه الاخبار

قوله (قده) فان الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة (الخ) وذلك لان كلمة صدقة في قوله عليه السلام صدقة لاتباع ولاتوهب،، مفعول مطلق نوعي لقوله (تصدق) في قوله هذا ماتصدق فيدل على ان الصدقة على نوعين قسم منها تباع وتوهب وذلك كالصدقات المندوبة وقسم منها لاتباع ولا توهب وهو الوقف : وجعل الوصف صفة للشخص اعني شخص هذه الصدقة الصادرة عنه عليه السلام بعيد في الغاية مخالف للظاهر ،، و ذلك لان مرجعه (ح) الى اشتراطه عليه السلام على الموقوف عليهم بان لايباعوا ولايوهبوا لان مرجع الوصف الشخصي الي الشرط ومرجع الشرط الى الوصف : فلا فرق بين ان يقال بعت العبد بشرط ان يكون كاتبا او يقال بعت العبد الكاتب ومن المعلوم انه لو كان الوصف شرطا للصدقة الصادرة عنه صلى الله عليه وآله وسلم لكان الاليق ان يذكر بعد تمام اركان العقد من الوقف و الموقوف عليه لاسيما انه شرط على الموقوف عليه مع انه ذكر متقدما عليهم ،، وبالجملة فظهور الجملة في كون الصفة وصفا للنوع بعد تبين ان كلمة (صدقة) الموصوفة بالوصف المذكور مفعول مطلق نوعي غير قابل للانكار كما لايخفي ولايصح جعلها شرطا في الصدقة الشخصية لانه مع اوله الى الوصف للشخص يحتاج

الى ادوات الشرط المفقودة فى المقام كما ان جعلها وصفا للشخص يحتاج الى تقدير موصوف حيث ان كلمة صدقة لما كانت مفعولا مطلقا يكون المراد منها النوع قطعا فجعل الصفة صفة للشخص يوجب الاحتياج الي تقدير الموصوف وهو خلاف الظاهر

قوله (قده) مع انه لو جاز البيع فى بعض الاحيان (الخ) هذا وجه اخر ذكره صاحب المقابيس لدلالة الخبر الشريف على بطلان بيع الوقف ،، وحاصله ان قوله لاتباع ولاتوهب صفة للنوع لا للشخص فانه لو جعلت الصفة وصفا للشخص لكان مقتضى اطلاق الاشتراط اى اشتراط عدم بيع هذا الشخص هو عدم جواز بيعه مطلقا سواء طرء مجوز بيعه ام لا لكن هذا الاطلاق مخالف للكتاب لمكان جواز بيعه عند طرو المجوز والشرط المخالف للكتاب فاسد لايليق بان يصدر عن امير المؤمنين (ع) فلابد من ان يجعل وصفا للنوع حذرا عن ذاك المحذور فيتم المطلوب

قوله (قده) الا ان يقال ان هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم (الخ) قد اورد المصنف (قده) علي التقريب الذى ذكره صاحب المقابيس بوجوه ثلاثة (الاول) ما اشار اليه بقوله الا ان يقال (الخ) و حاصله دعوي انصراف أطلاق اشتراط عدم البيع الى ماعدي وجود مجوز البيع فيخرج صورة طرو المجوز عن حيز الشرط فلايكون الشرط (ح) مخالفا للكتاب (الثاني) ما اشار اليه بقوله (قده) مع ان هذا التقييد مما لابد منه (الخ) وحاصله انه لو جعلنا الوصف صفة للنوع ايضا لاحتاج الى التقييد فان الوقف الذى لايباع يصح بيعه عند طرو المجوز لبيعه فيكون الاطلاق قوله لاتباع مخالفا للكتاب سواء كان وصفا للنوع او للشخص (والثالث) ما اشار اليه بقوله مع احتمال علم الامام (الخ) وحاصله ان صحة اطلاق الاشتراط فى

المقام يحتمل ان يكون لاجل علمه عليه السلام بعدم طرو مجوز بيع وقفه فلا يكون مخالفا مع الكتاب

ولا يخفى ما في هذا الوجوه مع ما في اصل التقريب من الضعف و الوهن اما الوجه الاول فلان دعوى الانصراف انما يتم فيما اذا كان المطلق بالنسبة الى المهيات الكلية فيدعي انصرافه الى بعض افرادها لا بالنسبة الى المقام الذى يكون الشرط شرطا لوقف شخصي و هو الوقف الصادر عنه عليه السلام وبعبارة اخري اذا كان الشرط لكلي الوقف و كان له فردان مثلا فرد طرء عليه المجوز لبيعه و فرد لم يطرء عليه المجوز فيقال ان اطلاق الشرط ينصرف الى الفرد الذى لم يطرء عليه مجوز البيع و الفرد الطارى عليه المجوز خارج عن مصب الاطلاق و اما اذا كان الشرط لفرد من الوقف اعنى الوقف الشخصى الصادر عنه عليه السلام فليس له فردان حتي يكون اطلاق الشرط منصرفا الي احد فرديه

اقول هكذا افيد علي حسب ما استفدته ولا يخفى ما فيه فان الكلية تلاحظ بالنسبة الى البيع الذى اشترط عدمه ومن المعلوم ان بيع هذا الوقف الشخصي له فردان فرد عند طرو المجوز وفرد عند عدم طروه فيصح دعوي انصراف الاطلاق الى الفرد الذى لم يطرء عليه المجوز هذا ،، واما الوجه الثانى . فلان اشتراط النوع بوصف ان لا يباع لا يحتاج الي التقييد مثل اشتراط الشخص بذاك الوصف ،، وذلك لان الشرط انما هو فعل المنشى المشترط و القيد انما يرد على دليل امضاء ما انشائه

وتوضيحه ان الواقف ينشأ الوقف الذي قد عرفت انه عبارة عن ايقاف العين في مكان مخصوص . وجعله في ذاك المكان كانه مقطوع الرجلين بحيث لا يتمكن من التحويل عنه : وهذا المعنى المنشاء مع قطع النظر عن

امضائه لايترتب عليه شيء اصلا : اذالمعنى الاعتباري لابدمن وجوده في موطن وجوده الذى هوعالم الاعتبارمن صدوره عمن بيده الاعتبار والمنشي اعني من هو واقف ليس بيده الاعتبار ،، وانما الاعتبار بيدالشارع فبامضائه يترتب تحقق المنشاء فى وعاء الاعتبار فدليل الاعتبار لوكان مطلقا يثبت اعتبار المنشاء مطلقا ولوكان مقيداً يثبت اعتباره مقيداً لكن دليل امضاء الوقف اعنى قوله عليه السلام الوقوف على حسب مايوقفها اهلها مطلق يثبت ايقافها و وعدم تحويلها عن مكانها الذي انشاء الواقف ايقافها فيه ويشمل صورتى طرو المجوز وعدمه ودليل جواز البيع عند طرو المجوز يكون مقيداً لاطلاق دليل الامضاء لالاطلاق اشتراط الواقف عند الانشاء فظهر ان اشتراط النوع لايحتاج الى التقييد اصلافسقط قول المصنف بان هذا التقييد مما لابد منه ولوعلي تقدير كون الوصف وصفا للنوع ،، ومنه يظهر سقوط قول صاحب المقابيس ايضاً اذعلى تقدير كون الوصف وصفا للشخص ايضاً لا يترتب عليه اثر الا بعد الامضاء وبعد ارجاع التقييد الى اطلاق دليل الامضاء لايترتب على اطلاق اشتراط الواقف اثر اصلا،، وبماذكرناه يصح اشتراط عدم البيع المذكور فى صورة كتابة الاوقاف حيث يذكرون فيها بعد كتابة انشاء الصيغة بانه صاروقفا صحيحا شرعيا بحيث لايباع ولايوهب ولايورث

واما الوجه الثالث فلان العلم بعدم طرو المجوز لايخرج اطلاق الشرط عن كونه مخالفاً للكتاب ،، وذلك لان معنى الاشتراط ونتيجته هو الزام المشروط عليه بعدم البيع عند طرو المجوز مخالف للكتاب طرء المجوز وعدمه وهذا الالزام بعدم البيع على تقدير طرو المجوز مخالف للكتاب طرء المجوز اولم يطرء كان الواقف ممن يعلم بطروه او بعدم طروه اولم يكن عالماً فعلم الواقف بعدم طرو المجوز لايخرج الشرط عن كونه مخالفا للكتاب كمالا يخفى .

قوله (قده) و مما ذكرنا ظهران المانع عن بيع الوقف امور ثلثة الخ ، لايخفى ان الواقف بسبب الوقف الصادر عنه يصير اجنبيا عن العين التى ورد عليها الوقف وليس له حق بالنسبة اليها اصلا وكونه صدقة جارية ينتفع بها لايثبت للواقف حقاً عليها حتى يكون مانعاً عن بيعه واما حق البطون المتأخرة عن البطن السابق فهو حق ثابت لهم الا انه قد تقدم عدم استناد المنع عن البيع اليه وذلك لقصور المقتضى عن جواز البيع وعدم المعلول عند عدم المقتضى يستند الى عدمه لاالى وجود المانع واما حق الله تعالى فليس له حق على الوقف فى مقابل الحكم نظير الحق المتصور في باب الزكوات والاخماس : نعم المتصور في باب الوقف من الله سبحانه هو الحكم الشرعى التعبدي بوجوب صرف الوقف فيما عينه الواقف ومن المعلوم ان الحكم مغاير مع الحق فالتعبير عن الحكم بالحق لايخلو عن مسامحة» وبالجملة فالمتصور من هذه الحقوق الثلثة هو حق البطون المتأخرة واما حق الواقف وحق الله سبحانه فليس لهما معنى معقول اصلا .

قوله (قده) ثم ان جواز البيع لاينا فى بقاء الوقف الخ ، وهل الوقف يبطل بنفس طرو مجوز البيع فلولم يتحقق البيع فزال المجوز- الطارى يعود الي الوقف جديداً : اوانه لايبطل بطروه مالم يرد عليه البيع وانما البيع الوارد عليه يبطل وقفيته (قولان) المنقول عن كاشف الغطاء في شرحه على القواعد هو الاول وعليه صاحب الجواهر (قده) والمختار كما عليه المصنف (قده) هو الاخير» واستدل للاول بان الطلقية يعتبر فيما هو موضوع للبيع ويرد عليه البيع فجواز البيع بمعنى قابلية العين للبيع لابد من ان يكون متحققا قبل البيع ولايعقل ان يتحقق من البيع نفسه اذ العرض لا يعقل ان يكون منشاء لتحقق موضوعه لانه متقوم بموضوعه متأخر عنه

والمانع عن بيع العين الموقوفة هو الوقف . فيجب ان يكون رفع المانع عن بيعه قبل بيعه . والا يلزم ان يكون الممنوع بنفسه موجبا لرفع مانعه مع ان الممنوع عند المانع لا يعقل وجوده حتى يكون رافعا لوجود مانعه (ولا يخفى) ان هذا الوجه مع لطافته لا يخلو عن المغالطة : و ذلك باخذ الطلق بمعنى فعلية النقل والتحويل مكان الطلق بمعنى قابلية النقل والتحويل .

وتوضيحه ان فعل الواقف انما هو انشاء ايقاف العين فى مكان وقصره و حبسه من ان ينتقل عنه الى مكان اخر الذي هو المعنى المقابل للطلق و بطر والمجوز يصير المال قابلا للنقل وبمحض تحقق القابلية فيه لا يتحقق فيه النقل بل هو بعد واقف على ما هو عليه من ايقافه فى محله حتى ينقل فبالبيع يخرج عن الوقف ، لكن البيع يرد على الموضوع القابل للنقل وهذا كاذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن او اذن الراهن للمرتهن فى بيعه فان نفس اذن المرتهن مثلا لا يخرج العين عن الرهن بل هو موجب لقابلية الرهن لان يرد عليه البيع الذي بايراده عليه يخرجه عن الرهن ولذا لو رجع عن الاذن يبقى العين على ما كان عليه من الرهن من غير ان يكون الرجوع رهنا جديداً فظهر سقوط الاستدلال المذكور عن الدلالة على بطلان الوقف بطر و مجوز البيع واما الدليل على كون البيع مبطلا له فهو ان الواقف كما عرفت يكون فعله ايجاد احتباس المال فى المكان المخصوص وجعله مقطوع الرجلين فى عالم الاعتبار من غير لحاظ منه فى لزومه او جوازه بمعنى انه لا ينشاء العقد - اللازم بوصف اللزوم حتى يكون لزومه ايضاً منشاء ولا العقد الجايز كذلك بل لو انشاء اللزوم او الجواز لم يترتب على انشائه اثر لان اللزوم او الجواز حكم شرعى مجعول من الشارع لا انهما من الامور الاعتبارية التى ينشأها المنشؤن فلزوم الوقف ينشاء من ناحية دليل امضائه مثل قوله الوقوف على حسب ما

يوقفها اهلها الذى يدل على اللزوم فدليل جواز البيع عند طرو المجوز يوجب رفع اللزوم المدلول لدليل الامضاء وتقييد دليله بغير مورد طرو المجوز و هذا يقتضى جواز الوقف عند طرو المجوز ورفع اللزوم الذى هو فعل الشارع لا رفع الوقف الذي هو فعل الواقف فطرو المجوز لا يمس بكرامة فعل الواقف اصلا ولا موجب لرفعه بعد ان اللزوم الذى هو حكم الوقف ليس من فعله فالوقف باق على وقفيته بعد طرو المجوز كما كان عليه قبل طروه الا ان حكمه كان هو اللزوم قبل طرو المجوز و لذا لم يكن بيعه جايزاً و بعد طرو المجوز يصير جايزا فيصح بيعه ح وهذا نظير تصرف ذى الخيار فى زمان خياره حيث انه بنفسه فسخ وموجب لارتجاع العين اليه بنفس ذاك التصرف لمكان قابليته»» للارتجاع بسبب حق الخيار .

قوله (قده) فاذا جاز بيعه مع الابدال الخ اعلم ان مجوزات بيع الوقف على قسمين فمنها ما يوجب جواز بيعه مع بقاء ماليته فى ضمن ثمنه على الوقف وهذا فيما عدى اضطرار الموقوف عليهم : و منها ما يوجب بيعه اذهاب الوقف عن عينه وماليته معاً .

فمى الاول يبطل الوقف فى العين ويبقى بالنسبة الى المالية ولهذا يصير الثمن وقفا قائماً مقام المثمن بلاحاجة فى وقفه الى انشاء جديد بل هو وقف بنفس كونه ثمنا للوقف ولا يجوز انعدامه على الطبقة التى صدر منهم البيع .

وفى الثانى يصير الثمن ملكا للطبقة المضطرين يدفع به اضطرارهم»» اذا تبين هذا فنقول القول بان طرو المجوز مبطل للوقف باطل فى كلا القسمين اما القسم الاول فاما بالنسبة الى مالية الوقف فالبيع الطارى بنفسه لا يبطل وقفيتها فضلا عن طرو مجوزه قبل وقوعه واما بالنسبة الى خصوصية العينية

فلا اثر للقول ببطلان الوقف بالنسبة اليها بطرو المجوز بعد بقاء المالية على الوقفية .

واما القسم الثانى فالقول ببطلان الوقف بطرو المجوز وان كان له اثر فيه الا انه بعد القطع ببقاء الوقف لولم يتحقق البيع لاجل عدم وجود - المشترى مثلا اوفرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع بغير بيعه يستكشف ان محض طرو المجوز مثل ضرورة ارباب الوقف (لوقيل بكونها من مجوزات البيع) لايوجب خروج الوقف عن الوقفية : فالقول بالبطلان بمجرد طرو المجوز لايستقيم في شيء من القسمين اصلا كما لايخفى .

قوله (قده) فاعلم ان لاصحابنا فى الخروج عن عموم المنع فى الجملة اقوال (الخ) اعلم انه قداختلف فى الجواز بيع الوقف وعدم جوازه بعد ما عرفت من ان مقتضي طبعه عدم الجواز لكونه عبارة عن ايقاف المال و اقامته فى مكان لاينقل عنه : على اقوال (منها) القول بعدم الجواز مطلقا : وهذا شاذ جداً ضرورة انه لاينبغى الاشكال في جوازه في الجملة على ماسيظهر ، ولعل القائل بالمنع المطلق يريد ماعدى مثل آلالات والحصر التى لاينتفع بها و (منها) التفصيل بين الوقف المنقطع الاخر وبين الوقف المؤبد بالقول بالجواز في الاول دون الاخير .

ولايخفى ان هذا التفصيل بالنسبة الى كلا شقيه لايرجع الى محصل امافى الوقف المنقطع . فلانه لايخلو اما ان نقول فيه بعوده الى المالك او ورثته اوببقائه على الوقف ووجوب صرفه في وجوه البر : او بصيرورته ملكا للطبقة الاخيرة من الموقوف عليه فينتقل - منهم الى ورثتهم - ممن لايكونوا من الموقوف عليهم بحق الارث وعلى جميع التقادير لايصح فيه القول بجواز البيع بماهو وقف اما على الاول فلانه يصير حبساً (ح) لاوقفا

والكلام في بيع الوقف و(ح) فان كان بايعه المالك او ورثته فلا اشكال في صحته وان كان الموقوف عليهم فلا وجه لجوازه لكونهم اجنبيا عنه (ح)

واما على الثانى فلانه (ح) وقف مؤبد غاية الامر تبدل مصرفه عن الموقوف عليهم الى وجوه البر ،، وذلك كما اذا لم ينقطع الموقوف عليه . ولكن صار مجهولا حيث انه يصرف في وجوه البر من غير اشكال .

واما على الثالث فيكون كالاول في خروجه عن الوقف بالانتقال الى ورثة الطبقة الاخيرة .

واما فى الوقف المؤيد فلجواز بيعه فى الجملة و لو بالنسبة الى الحُصُر والالات التى لا ينتفع بها على ماسيأتي برهانه فليس كل مؤبد مما لا يصح بيعه بقول مطلق ،، ومنها التفصيل بين المؤبد وبين المنقطع بجواز بيع الاول في الجملة وعدم جواز بيع الثانى بناء على رجوعه بعد الانقطاع الى ورثة الواقف حيث انه لا وقف (ح) حتى يقال بجواز بيعه وهذا جملة الاقوال في المسئلة ،، فالحري ذكر ماهو الحق منها و هو يتم ببيان اقسام الوقف على ماذكره المصنف بقوله فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و اخري في المنقطع (الخ) .

وجملة القول في ذلك ان يقال ان الوقف على اقسام (الاول) مالا يكون ملكا لاحد بل يكون فك ملك مثل المسجد و نحوه ممايعد محلا للعبادة فان الوقف فيه موجب لتحرير رقبة الارض عن الملك لانه تمليك على وجه مخصوص بل هو فك للملك نظير العتق فى العبد و حكم هذا القسم هو عدم جواز البيع بقول المطلق و لو خرج عن قابلية الانتفاع بل يبقى على ماكان عليه ولو صار مغموراً في الماء ويلحقه احكامه الثابتة له فالمسجد المغمور في تحت الماء مثلا يحرم مكث الجنب والحايض فيه لو علم به واتفق مكثهما فيه .

الثانى الا وقاف العامة مثل القناطر والطرق والوقف في هذا القسم يكون كالمباحات بالاصل ولذا يصح الانتفاع به من كل احد وكل من ينتفع به لا يكون مالكا له اصلا لا بالنسبة الى العين ولا بالقياس الى المنفعة بل انما يملك الانتفاع به ولذا لا يتحقق الضمان بالنسبة اليه و حكم هذا القسم ايضا هو عدم جواز البيع وذلك لانه وان لم يكن فيه تحرير كالقسم الاول الان الوقف فيه موجب لاذهاب ماليته وافنائه بعد جعله من قبيل المباحات بالاصل ومع عدم المالية له لا يجوز بيعه لانه تبديل مال بمال كما انه لا ضمان بالنسبة اليه لان المالية ركن في الضمان وانما العين تصير مضمونة بالتبع

الثالث الوقف على الجهات الخاصة مثل الوقف على الطلاب كالمدارس وكالوقف على المسافرين كالخانات ونحوها (الرابع) الوقف على اشخاص مخصوصين كالوقف على الاولاد مثلا وعلى من بعدهم من البطون (الخامس) الوقف على المشاعر كالوقف على حصير المسجد اوعلى سراجه اوعلى ثوب الكعبة ونحو ذلك وحكم هذه الاقسام الثلثة الاخيرة يتبين بذكر صور .

الاولى فيما اذا صار الوقف خراباً ،، والحكم في هذه الصورة هو عدم جواز البيع مع بقاء العين على نحو يمكن ان ينتفع بها فيما عينه الواقف من المصارف و جوازه اذا زالت العين عن قابلية الانتفاع بها فيما يجب صرفها فيه اما وجه عدم الجواز مع قابلية العين في الصرف فيما يجب صرفها فيه فلان المالية في هذه الاقسام ما ارتفعت بل هي باقية بعد تعلق الوقف والوقف تعلق بها بتبع تعلقه بالعين كما ان الغصب في مورد غصب العين يتعلق بها بتبع تعلقه بالعين ،، و مقتضى ذلك صيرورتها وقفا كما كانت العين كذلك : فمع بقاء العين على وصف القابلية لا يصح بيعها

لان مقتضى تعلق الوقف بها هو عدم جواز البيع حيث ان الوقف بمهيته اقتضى عدمه و بعد زوال الوقف عن العين بزوالها بتلفها وعدم امكان الانتفاع بها فيما عين صرفها فيه تبقي و قفية المالية على حالها عند بقائها فيحفظ الوقف فى مالية العين بعد تبدلها بالثمن ،، ولازم ذلك صيرورة الثمن بنفس البيع وقفا وكذا مايشتري به من العروض ولايحتاج في وقفية الثمن او مايشترى به الي وقف جديد

وينبغى التنبيه على امور (الاول) ان ما قلنا من عدم جواز بيع الوقف في القسمين الاولين انما يجرى بالنسبة الى نفس الارض ،، و اما الالات المعمولة فيها كالاخشاب و الطوب والجدوع ونحوها مما يعمل في المساجد والخانات فهى كالوقف على الجهات يصح بيعها عند خروجها عن قابلية صرفها فى الجهة التي عينت لصرفها فيها فتكون الالات المعمولة في القسمين الاولين من القسم الثالث الذى عرفت ان مقتضي الاصل فيه هو جواز البيع عند خروجها عن القابلية فيباع ويصرف ثمنها في ذاك المحل الذي كان من من المسجد او الخان اوفى غيره عند عدم التمكن من الصرف فيه

الثانى هل المدارس و الحسينية ملحقتان بالقسم الثانى فلا يصح بيعهما عند خروجهما عن قابلية صرفهما فى الجهة المعينة لهما اوانهما ملحقتان بالقسم الثالث (وجهان) منشائهما الترديد فى ضمان منافعهما عند الغصب فعلى القول بعدم الضمان فيهما يكونان من القسم الثانى كما انه على القول بالضمان يدخلان فى القسم الثالث و المسئلة غير صافية فالاحتياط لاينبغى تركه

الثالث ذكر فى كاشف الغطاء بعد الحكم بعدم صحة بيع الوقف العام معللا بعدم تمامية الملك بل لعدم اصل الملك :جواز اجارته للزراعة

مع المحافظة علي رعاية اداب المسجد لو كان مسجداً و هـذا غـريب ،، ضرورة انه مع فرض تحرير الملك كما هو المفروض حيث علل عدم جواز البيع بعدم اصل الملك : كيف يمكن الحكم بصحة الاجارة مع اعتبار الملك فيها ايضاً كالبيع كما لايخفى

الرابع حكي عن المحقق الحكـم بـاختصاص الدية علي الطبقـة الموجودين لوقتل العبد الموقوف عليهم ،، ولعل وجهه عدم اعتبار كـون الدية ثمنا حتى ينتقل الي جميع الطبقات ويكون موقوفا عليهم كالعبد نفسه و ذلك لانهم حين وجود الطبقة المتقدمة مالكين للوقف شأناً لا بالملكية الفعلية و انما الملك الفعلي للموجودين و التالف تالف عليـهم فيكـون التدارك لهم ،، وربما يحتمل التفصيل بين ما اذا كانت الدية تساوى الثمـن او كانت تتفاوت معه بالزيادة و النقيصة بالحكم بكونها بدلا عـن الوقف فى صورة التساوي و بكونها مختصة بالموجودين فى صورة الاختلاف

ولا يخفى انه لاوجه له كالقول بكونها للموجودين مطلقا ضرورة ان عدم فعلية مالكية الطبقات المتأخرة لو كان مقتضيا لعدم انتقال الديـة اليهم لكان مقتضيا لعدم انتقال القيمة ايضا اليهم ،، حيث ان شأنية تملكهم يكون منشأ لعدم انتقال القيمة اليهم ايضا فان الدية ليست الا المالية الغير المتقدرة بثمن المثل كما لايخفى : فهذا القول المحكى عن المحقق اعنى التفصيل بين الدية و بين غيرها ساقط لادليل عليه

الخامس هل حكم ثمن الوقف عند بيعه كحكم الوقف نفسه فـى عدم جواز بيعه مادام يمكن صرفه فى مصرف الوقف و يكون جواز بيعه عند خروجه عن امكان صرفه فى مصرف الوقف : او انه يجوز بيعه وتبديله بشيء اخر يكون اصرف (وجهان) من انه وقف يقوم مقام المثمن المبيع

فيكون حكمه حكمه : و من ان المنع عن المثمن انما هو لاجل كونه مورداً للصيغة و محلا لانشاء المالك ايقافه بحيث لايتحرك عن موضعه ولم يرد انشاء على الثمن فيصح تبديله من ولى الوقف لو كان فيه مصلحة ولعل الاخير هو الاقوى

فان قلت انه قد تقدم ان المنع عن بيع الوقف ليس امر انشاء بانشاء الواقف حتى يفرق بين الوقف نفسه و بين بدله بعدم جواز تبديل الاول وجواز تبديل الثانى بواسطة ايراد انشاء المنع عن التبديل فى الاول دون الاخير بل هو حكم شرعي وارد علي موضوعه و هو الوقف و المفروض كون الثمن وقفا كالمثمن بنفس كونه ثمنا للوقف فيشمله حكمه

قلت منشأ الفرق بين الثمن و بين المثمن بصحة تبديل الثمن دون المثمن هو نفس ماذكر فى السؤال من كون المنع عن التبديل حكما شرعيا غير منشاء بانشاء الواقف فانه لو كان بانشاء الواقف لم يكن فرق بين الوقف نفسه و بين ثمنه اذا ورد البيع على الوقف فان الوقف كما تعلق بنفس العين كذلك تعلق بماليتها غاية الامر تعلق الوقف بماليتها يكون بالتبع فيكون المنع عن بيع ماليتها منشأ بانشاء المنع من بيعه نفسها وهذا بخلاف ما اذا كان المنع عن التبديل حكما شرعيا فانه (ح) يصير تابعا لدلالة الدليل علي منعه وحيث لم يقم دليل علي المنع عن بيع ثمن الوقف و قام علي المنع عن بيعه نفسه فيجب الفرق بينهما والفارق هو قيام الدليل على المنع عن بيع الوقف نفسه وعدم قيامه على المنع عن بيع ثمنه المتوقف على ان يكون المنع حكما شرعيا لا منشاء بانشاء الواقف فظهر ان ماهو ملاك السؤال بعينه صار ملاكا للجواب

السادس ماتقدم ان الوقف علي الوقف على الجهات مثل الحصير

الوقف على المسجد يكون حكمه حكم الوقف على الجهات فى عدم جواز البيع مع التمكن من صرف عينه فى الجهة التى وقف عليها انما هو فيما اذا كان مثل الحصير وقفا على الجهة كما اذا وقفه واقف على المسجد واما اذا اشترى من عوائد موقوفات المسجد فليس حكمه حكم الحصير الوقف عليه بل يجوز تبدله بغيره لو راى الناظر تبدله اصرف للوقف و ذلك لما تقدم نظيره فى الامر الخامس من ان الحصير المذكور ماصار بنفسه متعلقا للوقف بل انما وقفيته لاجل كونه مشتراتاً من عوائد الموقوفة التى عينت لاشترائه و دليل المنع عن بيع الوقف لم يثبت به الاالمنع عن بيع ماورد عليه الوقف وليس فيه دلالة على المنع عن بيع ما اشترى بعوائد الوقف و (ح) يكون حكم هذا المال المشتري بعوائد الوقف حكم نفس تلك العوائد فكما انه يجوز تبديل تلك العوائد لمن له الولاية على تبديلها كذلك يجوز له تبديل المشترى بتلك العوائد اذا كانت المصلحة فى تبديله .

الامر السابع لوحصل ربح بالاتجار بثمن الوقف ، فهل ربحه هذا مختص بالطبقة الموجودة حال حصوله كمنافع عين الموقوفة التى تختص بالموجودين من الموقوف عليهم حال حصولها : او يعم جميع الطبقات فيكون حال الربح الحاصل من الثمن كحال الثمن نفسه (وجهان) اقواهما الاخير ، وذلك لتبعية ربح الثمن للمثمن نفسه في التعميم لجميع الطبقات ولايقاس بمنافع الموقوفة حيث انها جعلت بجعل الواقف مختصة بالطبقة الموجودة حال حصولها و هذا الوجه للاختصاص منتف بالنسبة الى ربح الثمن حيث لم يجعل لطبقة دون طبقة فليس لاختصاصه بخصوص الموجودين في حال حصوله وجه فيحكم بتبعيته للثمن فى كونه للعموم ،

نعم لوقلنابجواز وقف الدرهم والدينار يصير حال الربح الحاصل من الاتجار بهما اذاورد الوقف عليهما حال المنافع الحاصلة من رقبات الموقوفة في الاختصاص بالموجودين لكنه مبني علي القول بصحة وقفهما وفي ماذاكان بنفسهما موردا للوقف لاماذا جعل ثمن الوقف

الامر الثامن اذاكانت العين موقوفة علي جهة مثل الصرف الى الذرية وكانت داراً جعلت مسكنهم ،، فهل يجب جعل ثمنها عند بيعها مسكنالهم مثل المثمن نفسه مطلقا : اولايجب مطلقا . اويفصل بين ماذا عين الواقف صرف الوقف في مسكنهم بان وقف الدار لخصوص سكناهم و بين ماذا لم يعين مصرفا خاصا بل جعلها وقفا لهم ينتفعون بها كيفما اتفق . فيقال بلزوم اشتراء مسكن لهم من ثمن الوقف في الاول و عدم لزومه في الثاني بل يصرف الثمن فيما ينتفعون به و يشترى به كلما يرى المتولي للبيع فيه المصلحة (وجوه) اقواها الاخير ،، ولايخفى وجهه مماذكر في وجه التفصيل حيث انه بعد عدم تعلق غرض الواقف بخصوص سكناهم فلاوجه لجعل الثمن مسكنا لهم مثل المثمن فيكون حاله كالقيمي عند تلفه حيث يتعين فيه القيمة بواسطة انعدام الخصوصية الوصفية بخلاف تعين المسكن في جعله متعلق غرضه حيث ان بدل الوقف لماكان وقفا يصرف في مصرف المبدل يجب صرفه فيما تعينه الواقف كمالايخفى فيكون حاله كالمثلي حيث انه عند تلفه يتعين فيه المثل لمجيء الخصوصية المثلية تحت الضمان

الامر التاسع هل ولاية البيع لناظر الوقف او للحاكم الشرعي (وجهان) من ان مالية الوقف وقف بالتبع فالناظر المنصوب لعين الوقف ناظر علي ماليته ايضا فكل عمل راجع الى ماليته انماهو بنظر ناظر الوقف فيكون بيعه و تبدل ماليته بعين اخر من جملة الاعمال الراجعة الى ماليته

فيكون بنظر الناظر : ومن ان وقف المالية تبعى ليس بانشاء الواقف ولاله نظر عند جعل الناظر في جعله لمالية الوقف بل بيع الوقف و حفظ ماليته في عين اخر ليس بجعل الواقف لانه حكم شرعي ناش من انشاء الشارع فيكون متوليه الحاكم ولاربط له بالناظر ولايخفى ان الاخير هو الاقوى و ان كان الاحتياط بمباشرة الناظر لو كان للموقف ناظر مع الاستيذان عن الحاكم لاينبغى تركه

الامر العاشر ما تقدم من مورد اصل الذي استثناه في بيع الوقف من خروج العين عن الانتفاع بها في الجهة التى عين الواقف صرفها فيها انما هو فيما اذا صارت العين مسلوب المنفعة بقول مطلق او كان الانتفاع بها نادراً بحيث كان في حكم المعدوم بحسب نظر العرف : واما مع امكان الانتفاع بها بما يعد انتفاعا منها عرفا بحيث لايصدق عليها انها مسلوب المتفعة فلا يجوز بيعها ولو كان الانتفاع بها قليلا لكن لا بمقدار يصح سلب الانتفاع بها عرفا ،، وحاصل هذا الامر . ان فى خراب الوقف يتصور انحاء (الاول) ان يصير مسلوب المنافع بالكلية بحيث لايمكن الانتفاع به بوجه من الوجوه (الثاني) ان يصير معظم منافعه مسلوبة بحيث يكون الباقي منها بحكم المعدوم : وقد مثلوا لها في باب الاجارة بغرق ارض الزراعة تحت الماء بحيث لايمكن الانتفاع بها بالزراعة او السكنى و غيرهما من المنافع . لكن يمكن الانتفاع بها باصطياد السمك من الماء الموجود فيها او بالقصب الذى ينبت فيها : ومعلوم ان مثل اصطياد السمك لايعد منفعة للارض كما لايخفى وحكم هاتين الصورتين هو جواز البيع من غير اشكال .

الثالث ان تبقى للوقف بعد الخراب منفعة معتدة تقوم بها ماليته . لكن تلك المنفعة ليست مما عينها الواقف صرفها في جهة الوقف كما اذا

وقف النخلة لاجل تسبيل ثمرتها على الموقوف عليه فصارت يابسة لاتكون لها ثمرة تصرف في جهة الوقف لكن يمكن صرفها جذعا للسقف او دعامة للجدار و نحوه فهل يجوز بيعها لكون المنفعة التى عينت صرفها في جهة الوقف مسلوبة وتلك المنفعة الباقية ليست منفعة للوقف فتكون كالمسلوبة عنها المنفعة بقول مطلق اولا يجوز لامكان الانتفاع اليها بما يبقى بعد المالية (قولان) المحكى عن شيخ الطائفة هو الاول وعن الحلى وجماعة هو الاخير وعليه المصنف قده في الكتاب .

واستدل للاخير بان زوال بعض المنافع لايستلزم زوال جميعها و ومع امكان الانتفاع بها ببعض المنافع فلاوجه لجواز بيعها واستدل الشيخ (قده) بان المنفعة التى سبلها الواقف في جهة الوقف بطلت و لا يرجى عودها وتلك المنفعة التى الان يمكن الانتفاع بها ليست مما عينها الواقف للصرف في جهة الوقف هذا ،، ولكن يمكن ان يقال بان ما اختاره الشيخ الطائفة هو الاقوى . وذلك لان محض امكان الانتفاع بالوقف بعد انسلاب المنفعة المشروطة صرفها في الجهة المعينة لصرفها لايصيرها ذا منفعة اذا لم يكن شايعا يمكن الانتفاع بها في جميع البطون ومن المعلوم ان مثل التسقيف بالنخلة آليا بسة او جعلها جسرا او دعامة ليس مما يكون الابتلاء به شايعا ومما ينتفع به جميع البطون فحبس العين لاجل مثل تلك المنافع وعدم بيعه مع امكان بيعه وجعل ثمنه بدلا ينتفع به جميع البطون على حد سواء : مشكل جدا ،، فما ذهب اليه شيخ الطائفة قوى وان كان الامر بعد لايخلو عن شوب الاشكال ايضاً .

الرابع ما اذا كان الوقف في معرض الخراب مع العلم بعدم التمكن من بيعه بعد خرابه فان كان عروض الخراب عليه قريبا وكان عدم التمكن من بيعه بعد خرابه قطعيا او مما يحصل الاطمينان به فيصح بيعه ومع فقد

احد الامرين بان لم يكن خرابه سريعا اولم يحصل العلم او الاطمينان بعدم التمكن من بيعه بعد خرابه فلايجوز بيعه وان خيف من تعذر بيعه بعد خرابه لعدم الدليل على جواز بيعه بمجرد الخوف من تعذر الانتفاع به بيعه ، ، وهذا بخلاف مااذا علم بتعذر بيعه بعد خرابه اوحصل الاطمينان به فانه مع سرعة لحوق الخراب بعد الوقف مسلوب المنفعة عرفا : فكان هذه المنفعة القليلة التى تكون للعين الي زمان طرو الخراب لقلتها محكومة بالعدم ،، وذلك كالدابة الموقوفة التى يسرع اليها الموت مع العلم بتعذر بيعها بعد الموت وكما اذا غصب الغاصب ماء القرية الموقوفة و لم يكن الاستنقاذ منه ممكنا ولكنه مقدم في شراء القرية في هذا الزمان مع العلم بانه اذا انقضى هذا الزمان يعمر الغاصب بماء هذه القرية ارضا غيرها فينصرف عن شراء القرية فتصير القرية معطلة لايمكن بيعها ولاالانتفاع بها .

الخامس مااذا تبدلت الصورة النوعية العرفية للوقف بصورة اخرى مع بقاء مادته الهيولانية في ضمن الصورة المتجددة و لايبعد ان تكون صيرورة النخلة التى وقفت للانتفاع بثمرتها خشبا من هذا القبيل و انما قيدنا الصورة النوعية المتبدلة بالعرفية لان بين تبدلها و تبدل النوعية الحقيقية عموم من وجه ،، حيث انه تارة يكون النوعية الحقيقية متبدلة حقيقة ولكن العرف يرونها غير متبدلة : وتارة يرونها العرف متبدلة مع انها باقية عقلا : وثالثة تكون متبدلة بالدقة وبنظر العرف معافالمدار على التبدل بالتبدل العرفى و ان لم تكن متبدلة عقلا : و حكم هذه الصورة هوجواز البيع بسبب التبدل ،، وذلك لان قوام موضوع الوقف كان بالصورة ومع تبدلها ذهب موضوع الوقف وهذا الجزء الباقى اعنى المادة الهيولانية المتصورة بصورة اخرى لم يكن موضوع الوقف الابالتبع اى بتبع تعلق

الوقف بالصورة المتبدلة ،، ولازم ذلك جواز تبديل ذاك الباقي بالبيع : وهذه الصورة ليست مصرحة بها في كلماتهم الا انه يمكن حمل ماتقدم من حكم جواز بيع النخلة اليابسة بعد امكان الانتفاع بهابالتسقيف مثلا عليه ،، ضرورة انه لولاه لزم القول بجواز بيع الوقف اذاتبدل منفعته بمنفعة اخري كما اذاصار الدار الموقوفةدكانا مثلا او بالعكس او لم يمكن الانتفاع في ارض الزراعة بالزراعةمع امكان الانتفاع بهابا حداث خان فيهااو نحوه:مع ان القائل بجواز بيع النخلة اذا صارت يابسة لايمكن الانتفاع بهاالا بالتسقيف لايلتزم بهقطعا : فيستكشف ان ذهابه الى جواز بيع النخلة اليابسة ليس لاجل تبدل منفعتها بمنفعة اخرى مع بقاء الوقف على ما هوعليه من الصورة النوعية بل انما التزم بالجواز في هذه الصورة لمكان تبدل الصورة النوعية كما ان منع الحلي (قده) عن البيع يمكن ان يكون بالنظر الى منعه عن التبدل فيكون خلافهما(ح) صغرويا واقعا في ان صيرورة النخلة خشباهل يوجب تبدل صورتها عرفا ام لا .

ولايخفى ان الحق (ح) مع شيخ الطائفة الذاهب الي التبدل العرفي بل يمكن دعوي التبدل حقيقة ايضا ويمكن ان يكون منع الحلي (ره) عن البيع كبرو يابمعنى انه مع تسليم التبدل يمنع عن البيع وعلى هذا:فالحق مع القائل بالجواز ايضا كما قدمناه و يمكن ان يكون نظر المجوز الى حصول التفاوت في احد ركني الوقف حيث ان فيه امر ان ايقاف العين و تسبيل ثمرتهاوجواز بيع الوقف قد يكون من جهة انتفاء ثمرة العين و صيرورتهامسلوب المنفعة : و قد يكون من جهة انتفاء العين مع امكان الانتفاع بالصورة النوعية الطارية على المادة الهيولانية بعد زوال الصورة النوعية التى ورد عليها الوقف و نظر المانع عن بيعه

الى امكان الانتفاع به مع تبدل صورته هذا تمام الكلام في الصورة الاولى من الصور التى استثنيت من عدم جواز بيع الوقف .

الصورة الثانية ما اذا كان بيع الوقف اعود للموقوف عليه ، واعلم ان الاعودية تارة تلاحظ بالنسبة الى الموجودين من الموقوف عليهم : و ذلك فيما اذا كان صرف ثمن الوقف لهم اعود . و اخري تلاحظ بالنسبة الى الطبقات جميعا ، وذلك فيما اذا اشتري بثمن الوقف مايكون انفع لهم فلو كان المراد بها المعنى الاول فهو مما لم يقل به احد ولم يذهب الى وهم احد جواز بيع الوقف فيما اذا كان انفع للموجودين و لادليل عليه ايضا و المنقول عن المفيد (قده) لاصراحة له في هذا الاحتمال و لو كان بالمعنى الثانى فربما يستدل له بالخبر المروي عن الصادق عليه السلام و فيه قلت ولورثة قرابة الميت ان يبيعو الارض اذا احتاجوا ولم يكفهم مايخرج من الغلة . قال نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً باعوا ، فانه يدل على جواز البيع فيما اذا احتاجوا ولم يكفهم عوائد العين الموقوفة اذ ارضى كلهم : ولكن لايخفى مافيه . فانه بظاهره يدل على جواز البيع فيما اذا كان في البيع نفع لهم : وهو بهذا النحو من العموم ممالم يقل به احد . فالخبر من هذه الجهة متروك لايعمل به .

الصورة الثالثة : ما اذا لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة . و استدل لجواز بيعه في تلك الصورة ايضا بالخبر المتقدم ، حيث كان في مفروض السؤال احتياج الموقوف عليهم مع عدم كفاية مايخرج من الغلة عن الوقف لمؤنتهم ، ولايخفى ان هذه الفقرة ايضا تدل على مالايقول به احد : حيث انها تدل على جواز البيع لمطلق الحاجة الحاصلة من عدم كفاية غلة الوقف لمؤنة سنة الموقوف عليهم و هو ممالم يقل به احد : بل من جوز بيع الوقف للحاجة

اعتبر فيها الشدة كما هو المعبر عنه في عنوانهم لهذه الصورة فالرواية بالنسبة الى هذه الصورة ايضا غير معمول بها ،، ومقتضى عموم المنع عن جواز بيع الوقف هو المنع في هاتين الصورتين اذلم يثبت ما يوجب الخروج عنه ،، والحق في هذه الرواية ونظائرها مما يدل باطلاقها على جواز بيع الوقف وشرائه هو تقييد اطلاقها بصورة وجود مسوغ البيع بورود خلل فى احد ركنى الوقف . اعنى انقلاب صورته النوعية . او صيرورته مسلوب المنافع : و بذلك يجمع بينها وبين المطلقات الدالة على المنع من بيع الوقف ،، و ذلك بصيرورة المطلقات المجوزة بعد التقييد بمورد وجود المسوغ اخص من مطلقات المانعة بعد ان كانت النسبة بينهما بالتباين مع قطع النظر عن التقييد المذكور ،، وان شئت قلت ان مايدل على جواز البيع فى صورة وجود المسوغ . يكون مقيداً للمطلقات المانعة والمجوزة معا كما لايخفى ولكن الصناعة العلمية هو الاول اعنى جعل الدليل الدال على جواز البيع فى صورة المسوغ مقيداً لاحد الاطلاقين. ثم تلاحظ النسبة وبعد التقييد بينه وبين الاطلاقين : وحيث انه بعد التقييد يصير اخص فيقيد به الاطلاق الاخر .

قوله (قده) الصورة السادسة ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (الخ) اعلم ان الوقف المنقطع الاخر يمكن ان يكون علي نحوين (احدهما) ان ينقطع الموقوف عليهم من باب الاتفاق كما اذا وقف علي طائفة اتفق انقراضها اوعلي زيد مثلا و من بعده من البطون واتفق انقطاع ذريته (وثانيهما) ان يجعل الواقف الوقف على طبقة مثلما اذا وقف على زيد ثم على الطبقة الاولى من ذريته فقط . فهذا الانقطاع نشاء عن جعل الواقف :حيث خص الوقف بالطبقة الاولى من ذرية زيد . فلا يسرى الي الطبقة الثانية منهم مع وجودهم وحكم الوقف المنقطع الاخر بكلا قسميه هو صحته وقفا

لاحبسا: ولازمه انتقال الوقف بعد الانقطاع اما الى ورثة الموقوف عليه او وجوب صرفه في وجوه البر ولا ينتقل الى ورثة الواقف (ح)، لان انتقاله اليهم متفرع على صحته حبسا لا وقفا و المفروض في المقام هو التكلم بناء على صحته وقفا فلا ينتهي الى الانتقال الي ورثة الواقف كما لا يخفى

اذا تبين ذلك فنقول انقطاع الوقف بكلا قسميه ليس مخالفا لمقتضى العقد: بل انما هو مناف لمقتضى اطلاقه، والضابط بين مايخالف مقتضى العقد وما يخالف مقتضي اطلاقه ان الاول عبارة عما ينافي المنشاء بانشاء العقد نفسه مثل ان يشترط في البيع ان يكون بلا ثمن اذ المنشأ وهو البيع عبارة عن التبديل بين الثمن والمثمن فشرط ان يكون بلا ثمن في قوة اشتراط ان لا يكون البيع بيعا و الثاني عبارة عما ينافي اطلاق العقد بحيث لو لا هذا الاشتراط كان الاطلاق مقتضيا له مثل كون الثمن بنقد البلد مثلا حيث ان تعيين نقد البلد كان مقتضى اطلاق العقد فاشتراط كونه من نقد غير البلد مناف مع الاطلاق ثم ان جعل الوقف على طبقات الموقوف عليه اما يكون على وجه التنصوصية كان يوقف على زيد ثم على الطبقة الاولى من ذريته ثم بعدهم على الطبقة الثانية و هكذا يعين كل طبقة طبقة مستقلا: و اما ان يكون على نحو الاطلاق كان يوقف على زيد ثم بعده على ذريته من الطبقات مرتبا فشرط الانقطاع في الاول مناف لمقتضى العقد، حيث انه صرح فيه بالوقف على كل طبقة مستقلا دون الاخير: اذ فيه يكون منافيا مع الاطلاق، ولا فرق في شرط الانقطاع بين شرطه صريحا او شرط مايؤدي الى انقطاعه كشرط بيعه او اتلافه من طبقة خاصة اذ هو في قوة شرط الانقطاع عليهم، فظهر ان شرط البيع لا يكون مخالفا لمقتضى عقد الوقف لكي يكون

باطلا بل انما هو مناف لاطلاقه : فلا موجب للحكم ببطلانه هذا بالنظر الي ماتقتضيه القواعد فى شرط البيع فى الوقف ، ثم ان شرط البيع يتصور على نحوين (احدهما) ان يشترط بيع عين الوقف مع حفظ ماليته في ابداله (و ثانيهما) ان يكون الشرط بيعه وصرف ثمنه فى غير جهة الوقف مثل الاكل ونحوه ، وكل واحد من القسمين يكون الشرط مخالفا لاطلاق العقد لامنافيا لما يقتضيه . اما القسم الاول فلان تعين بقاء العين مالم يطرء مجوز بيعه انما ينشاء من اطلاق حبسه على البطون فالتقييد رافع لذاك الاطلاق لانه مضاد مع المنشاء بالعقد نفسه : كيف و الازم عدم جواز البيع مع طرو المسوغ ايضا ، ضرورة مضادة جوازه مع بقاء الوقف على وقفيته. ولازم ذلك بطلان الوقف بنفس طرو المسوغ ولو لم يتحقق البيع كما تقدم اختياره عن كاشف الغطاء وصاحب الجواهر قدس سرهما وقد عرفت تزييفه ايضاً ولازم بقاء الوقف مع طرو المسوغ هو عدم التنافي بين جوازه و بين الوقف فاذا لم يكن تضاد بينهما. فكما يصح تحقق جواز البيع بطرو المسوغ يصح تحققه بسبب الشرط ايضا ، وبالجملة فلا ينبغى التأمل فى عدم تنافي شرط البيع فى هذا القسم : ولا يصير الوقف بهذا الشرط من الوقف المنقطع اخره وذلك لحفظ الوقف فى ابداله على ماهو المفروض

واما القسم الثاني فهو من قبيل الوقف المنقطع آخره بسبب الشرط الذى قد عرفت اجمالا صحته وقفا وسيأتى تفصيله ، و ليعلم ان المنقطع الاخر يمكن ان يكون على نحوين (احدهما) ان يعلم بانقطاع آخره كما اذا وقف على جماعة آخر هم زيد الذى لاذرية له فمن الاول يدرى الواقف بانقطاع الوقف على زيد للعلم بعقمه (و ثانيهما) ان يشك فى انقطاعه كان يقف على زيد ثم على ذريته مع الشك فى انه هل يحصل له الذرية

ام لا ،، و الا غلب فـى الانقطاع هو الاخير . و ذلك لندرة العلم بالانقطاع كما لايخفى

اذا عرفت هذا فاعلم ان الرواية المرويةعن امير المؤمنين صلوات الله عليه على ما هومذكورة فى الكتاب منطبقة على القاعدة على ما قررناها حيث انه (ع) شرط بيع الوقف للحسن عليه السلام معلقا على ارادته فشرطه (ع) هذا يصير الوقف من قبيل القسم الثانى من قسمى المنقطع الاخر ،، و ذلك بواسطة تعليقه علي مشية الحسن (ع) فان باعه الحسن يبطل الوقف بالبيع على ماهو المختار من عدم بطلانه بنفس تحقق الجواز بل توقف ذهاب الوقف بالبيع نفسه . و ان لم يصدر منه البيع يبقى علي وقفيته وينتقل منه الى البطون المتأخرة من غيراشكال : فالرواية بما استثناه من القاعدة تحمل على معنى صحيح ممعمول به . وليس اشكال فى تـاويلها : كما افاده المصنف (قده) بقوله من ان تأويلها مشكل ،، نعم بناء على مختار صاحب الجواهر (قده) من بطلان الوقف بصرف جواز البيع يشكل بقائه على الوقف و انتقاله الى البطون المتأخرة لو لم يصدر الوقف من ابـى محمد الحسن عليه السلام لكن هذا اشكال على ذاك القول لابد من توجيهه لا على الرواية و نحن لما لا نقول به ففى غنى من توجيهه و ليس الالتزام فى ورود الاشكال على صاحب هذا القول بعزيز ،، فالمتحصل من جميع مـا ذكرناه صحة شرط بيع الوقف وانه يصح بيعه عند شرطه . و لو لم يبـاع يبقي علي وقفيته فيكون حال شرط البيع حال طرو المسوغ كمالايخفى .

قوله (قده) و الاقوى الجواز مع تأدية البقاء الى الخراب (الخ) اذا كان الاختلاف بين ارباب الوقف مؤديا الى خرابه يدخل فـى صـورة الاولى التى تقدم حكمها من جواز البيع لوحصل الاطمينان بخراب الوقف

مع عدم الراغب فى شرائه عند خرابه : اذلا فرق فى الخراب الذى يحصل الاطمينان بحدوثه بين ان يكون عن اختلاف بين ارباب الوقف او يكون عن سبب اخر : وان كان الاختلاف مؤديا الى تلف النفوس فيقع التزاحم بين حفظ الوقف وبين حفظ النفس . ومعلوم انه لايزاحم مع حفظ النفس شيىء بل يقدم حفظه على ماعداه فيجوز بيعه (ح) ان كان حفظ النفوس منوطا به ،، وان كان الاختلاف مؤديا الى غير تلف النفوس من تلف مال او نحوه فلايجوز بيع الوقف لاجله لعدم مزاحمة تلف غيره معه اذليس فى حفظ غيره من الاموال اهمية وترجيح حتى يقدم عليه باذها به بالبيع :

فالمتحصل من هذه الصور المذكورة فى الكتاب هو جواز البيع فيما اذا ادى بقائه الى خرابه ، امالاجل خلف بين ارباب او بغيره من الاسباب . وفيما اذا ادى بقائه الى تلف النفس : وعدم الجواز في غير هاتين الصورتين ،، ولكن يمكن ان يقال ان بيعه في صورة تأدية بقائه الى تلف النفوس ليس داخلا في موارد جواز بيعه بل هذا شيئى بيد ولى الامر اذ راى المصلحة في ازالة الوقف ببيعه وليس هذا مختصاً بما اذا ادي بقائه الى تلف النفوس بل كل مورد راى من بيده الامر المصلحة في تغييره مع فرض كونه ولى الامر . لابدان يغيره . ومعلوم ان مثله لايعد من مستثنيات بيع الوقف كمالايخفى فعلى هذا فلايجوز بيع الوقف في شيىء من هذه الصور المذكورة اعنى من الصورة الثامنة الى العاشرة المذكورة فى المتن .

و اما ماورد من مكاتبة ابن مهزيار فلا دلالة فيها على الجواز في شيىء من هذه الصور : فان صدرها المتضمن ، لبيع الخمس الذي للامام عليه السلام ليس ظاهراً في جعل خمس الوقف له عليه السلام بل يحتمل ان يكون خمس المال الموقوفة له عليه السلام بعنوان الخمس فبيعه باذنه من جهة كونه ملكا

له ﷺ لا من جهة كونه وقفا عليه و ذيلها ليس ظاهراً فى كون الوقف مؤبداً . بل يحتمل ان يكون من المنقطع الاخر : ولافى انه حصل القبض الذى هوشرط صحة الوقف . بل الظاهر منه حيث فرض كون الوقف بيد الواقف ،، حيث يسئل عن سلب الامن من اتفاقهم بعده: كونه قبل القبض و احتمال ان يكون بقائه على يدالواقف لاجل كونه بنفسه ناظرا بحسب جعله فيكون تصرفه قبضا في الوقف و ان لم يكن له ساد : الا انه صرف احتمال لايصير منشاء لظهور الخبر في كون الوقف بعدالقبض : بل يحتمل ان يكون الحكم بجواز البيع لاجل كونه قبل القبض كما يحتمل : ان يكون لاجل كونه من منقطع الاخر ،، وبالجملة فالرواية قاصرة الدلالة في افادة جواز بيع الوقف عند خوف تأدى بقائه الى تلف النفس والمال .

قوله (قده واما الوقف المنقطع وهو ماذا وقف على من ينقرض بناء على صحته كما هوالمعروف (الخ) جملة الاقوال فى باب الوقف المنقطع هو ان يقال انه اما ان يقال بعدم خروجه عن ملك الواقف اولا: وعلى الثانى فاما ان يقال بعوده الى المالك بعدالانقراض اولا : وعلى الثانى فاما ان يقال بانتقاله الى ورثة الطبقة المنقرضة اعنى الطبقة التى انقطعت بهم الطبقات . اويقال بوجوب صرفه في وجوه البر فالاول اعنى القول بعدم خروجه عن ملك الواقف هوقول من يقول بصحته حبساً لاوقفا ،، حيث ان مقتضى بقائه على ملك الواقف و عدم خروجه عن ملكه هو صحة ما انشائه حبساً .

والقول بخروجه عن ملكه قول من يقول بصحته وقفا مع مابينهم من الاختلاف من عوده الى الواقف . اوالى ورثة الموقوف عليه . اوالصرف في وجوه البر ،، والحق هوصحته وقفا لاحبسا : ووجوب صرفه في وجوب

البر لاالعود الی الواقف ولا الانتقال الی ورثة الموقوف علیه . اما صحته وقفا لاحبساً . فلان المفروض ان الواقف انشاء الوقف و انه اخرج المال عن ملکه بانشائه ولیس فی انشائه تقیید بعدم الانقراض . و لعله لایدری الانقراض ولایصح صیرورة الانقراض المتأخر منشاء لانقلاب المنشاء بانشاء الواقف عما هوعلیه من الوقف و صیرورته حبساً و هذا ظاهر بعد فرض تغایر مهیة الوقف والحبس کما لایخفی ،، اذالوقف و الحبس متغایران من حیث المهیة . فان الاول عبارة عن تملیك العین علی الوجه المخصوص والثانی عبارة عن تملیك المنفعة کك : فالفرق بینهما کالفرق بین البیع و الاجارة:

واماوجوب صرفه فی وجوه البر . فلبطلان عوده الی المالك وانتقاله الی ورثة الموقوف علیه . اما بطلان العود الی المالك . فلعدم الموجب فی عوده بعد فرض صحة الوقف وخروج المال عن ملکه وصیرورة المالك اجنبیاً عنه فالواقف والاجنبی بالنسبة الیه بعد خروجه عن ملکه متساویان فالقول بعوده الیه مساوق مع الالتزام بانتقاله الی الاجنبی وهو کما تری ،، و اما بطلان الانتقال الی ورثة الموقوف علیه ارثافلان ورثتهم انما یرثون ترکتهم والمراد بترکتهم هی الاموال الثابتة لهم مرسلة عن التقید بزمان وجودهم بل علی نحو الاطلاق ،، وحیث ان المال کان لهم علی نحو الاطلاق من غیر تقید بحیوتهم فاذا ارتفع طرفیتهم عن الاضافة الی المال یقوم وارثهم مقامهم فی الطرفیة للاضافة الی المال فتتعلق الاضافة بهم بعین تعلقها بالمورث من غیر تغییر ومن المعلوم ان ملك الطبقة الاخیرة لایکون مرسلا بل هو مقید بحیوتهم فلیس لهم ترکة حتی یقوم وارثهم مقامه ،، ضرورة زوال الاضافة الملکیة التی کانت بینهم وبین الوقف بزوالهم لمکان تقیدها بزمان حیوتهم

فلاوجه للانتقال الى ورثة الموقوف عليه . وحيث انه بطل عوده الى الواقف اوانتقاله الى ورثة الموقوف عليه . فلا محالة يبقى على ماهو عليه من الوقف فيكون وقفا بعد انقراض الموقوف عليه ،، ولما انعدم مصرفه الخاص يصير كالاموال التي لامالك لها فيجب صرفه في وجوه البر التي هي المصرف لامثاله

ويترتب على هذا عدم جواز بيعه مالم يطرء عليه شيئى من المسوغات الا ان يكون الانقطاع ناشيا عن شرط الواقف بيعه على الموقوف عليه (فح) يصح بيعه في هذا القسم من الانقراض الذى نشاء عن اشتراط البيع عند ارادة الموقوف عليه وهذا لااشكال فيه بعد ما اوضحناه سابقا من عدم تنا في شرط البيع مع مقتضى عقد الوقف . و انما هو مناف مع اطلاقه لعدم التنافى بين الوقف وبين الانقطاع لاعقلا حيث ان الدوام لم يكن مأخوذاً في مهيته والالزم عدم جواز بيعه في شيئى من الصور المجوزة لبيعه . ولاشرعا اذلم يرد من الشارع مايدل على التنافى بين الوقف على الموقوف عليه وبين انقراضه . بل الدليل على عدم التنافى موجود . و هو الرواية المصرحة فيها بجواز البيع بالشرط .

انما الكلام في حكم ثمنه . وانه هل هو وقف يجب معاملة الوقفية معه اوانه ينتقل الى الطبقة الاخيرة التى صدر منها البيع . مقتضي ماذكرناه في وجه بطلان الانتقال الى ورثة الموقوف عليه هو الاول ،، و ذلك لبقاء الوقف بعد الانقطاع . ولازم ذلك بطلان الوقف بسبب البيع فى العين ،، و اما المالية المحفوظة في الابدال . فلاوجه للبطلان الوقف فيها ،، لكن المصرح في المروى عن الكافي في وقف امير المومنين صلوات الله عليه هو الثاني اذ فيه انه ان اراد الحسن عليه السلام ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين فليفعل ان شاء لاحرج عليه وان شاء جعله سري الملك (اى مثله) وهذا

كما ترى صريح في جواز بيعه وصرف ثمنه لاقى الوقف ،، و يمكن ان يقال بان ماذكرناه في وجه بطلان الانتقال الى ورثة الموقوف عليهم . انما يتم في ما عدى الطبقة الاخيرة التي ينقرض عليها الموقوف عليه ،، حيث ان الطبقات لما كانت موجودة بعده تكون الملكية مقيدة بحيوتهم وهذا بخلاف الطبقة الاخيرة فانه لمكان الانقراض عليهم لاطبقة بعدهم فلا محالة تكون الملكية بالنسبة اليهم مرسلة غير مقيدة بزمان وجودهم ،، و لازمه انتقال الوقف بعدهم الى ورثتهم و لو مع عدم البيع ايضا في صورة الانقراض اذا كان الانقطاع تكوينيا لا بسبب اشتراط البيع

اقول هكذا افيد ولا يخفى ما فيه اما اولا : فلان المفروض بقاء الوقف بعد الانقراض و وجوب صرفه في وجوه البر فوجوه البر في المصرفية تقوم مقام الطبقات المنقرضة الموجبة لتقيد الملك في الطبقة المنقرضة بزمان حيوتهم ،، و اما ثانيا . فلانه لو فرض المنع عن قيام وجوه البر في المصرفية ،، لكن صيرورة ملك الطبقة الاخيرة مطلقا غير مقيد بواسطة الانقراض لامعنى له الاخروج الملك عن الوقف . و صيرورته طلقا للطبقة الاخيرة و هذا فاسد ،، ضرورة انه لايكون مطابقا مع ما انشائه الواقف و ليس عليه وجه ماعداه كيف ولو امكن القول بخروج الوقف عن الوقفية بسبب الانقراض لكان القول بكونه حبسا او بعوده الى الواقف على تقدير كونه وقفا اولى كما لايخفى و بالجملة فهذا الوجه مما لايمكن المساعدة عليه

قال دامت افاداته : وخلاصة الكلام في الوقف المنقطع هو ان يقال اما ببطلانه رأسا اى لاوقفا ولا حبسا او يقال ببطلانه وقفا وصحته حبساً او يقال بصحته وقفاً وعلى الاخير فاما ان يقال بعد الانقراض بعوده الى الواقف او يقال بانتقاله الى ورثة الطبقة الاخيرة المنقرضة . او يقال بوجوب صرفه

في سبيل الله تعالى . اما بطلانه رأسا فباحد وجهين : اما بمضادة الانقطاع مع مهية الوقف بدعوى كونه بمهيته مقتضيا للتأبيد : و اما بدعوى قيام الدليل على بطلانه شرعاً وكل واحد من الوجهين فاسد . اما الاول فلما عرفت من ان التأبيد ليس من مقتضيات مهية الوقف كيف والا لزم عدم جواز بيع الوقف في مورد من موارد طرو المسوغ لبيعه و هذا كما ترى و اما الثاني فلعدم العثور على دليل يدل على بطلانه : و اما الانتقال الى الواقف : او الى ورثته عند عدمه فهو ايضا باحد وجهين . اما بسبب القول بصحته حبسا الذي لم يخرج الملك به عن ملك الحابس : بل هو باق على ملكه . وانما الخارج منفعته في المدة التي حبسه فبالحقيقة هذا ليس عوداً اذ العين لم تكن خارجة عن ملكه حتى تعود : و اما بالانتقال اليه بعد الخروج عن ملكه بسبب الوقف بناء على صحته وقفا : ولازم الاول هو الانتقال الى و رثة الواقف حين موته : و لازم الثاني هو الانتقال الى ورثته حين الانقراض ،، ومنشاء الاختلاف في كون المنتقل اليه هو الوارث حين الموت او الوارث حين الانقراض هو الاختلاف في وجه صحته وانه هل يصح حبساً حتى يعود الى الحابس او الى ورثته حين موته او وقفا حتى يعود الى ورثة الواقف حين الانقراض

ولا يخفى ان كلا من الوجهين فاسد ،، اما الاول فلما تقدم من ان الانقراض لا يصير منشاء لقلب مهية المنشأ وصيرورته حبساً بعد ان كان وقفا كما هو المفروض اذ الواقف انما قصد انشاء الوقف كما هو واضح ،، و اما الثاني فلعدم ما يوجب انتقال العين الى الواقف او ورثته بعد فرض خروجه عنه صحيحا وصيرورته اجنبيا عن المال ،، فيبقى من الاقوال قولان (احدهما) وجوب صرفه في سبيل الله وهذا وان كان له وجه في الجملة ،، حيث ان الوقف

بعد انقراض الموقوف عليه مال انقطع عنه مصرفه فيجب صرفه في سبيل الله كما في الوصية : لكن هذا انما تم في الوقف المؤبد الذي طرء عليه الانقطاع كما في الوقف على المسجد الذي طرء عليه الخراب .

واما الوقف المنقطع الذى يكون انقطاعه ناشيا عن عدم التأبيد بل جعل على طبقة منقرضة كالوقف على زيد مثلا بلاذكر من عقبه فلا يتم دعوى وجوب صرفه في وجوه البر بل الاوفق الى القاعدة هو القول بانتقاله الى ورثة الطبقة المنقرضة ،، وذلك لان كل طبقة تملك الوقف ملكا موقتا بزمان حيوته اذا كان بعدها طبقة تنتقل اليها بعدها و اما الطبقة الاخيرة التى يقع بها الانقطاع فلا موجب لتحديد ملكها بزمان حيوتها بل انما الملك لها مرسلة عن التقييد بزمان حيوتها ،، ولازم ذلك هو الانتقال الي ورثتها (فح) يكون المروى فى الكافى موافقا مع القاعدة بحيث لولا الرواية لقلنا به ،، ولازم ذلك هو صيرورة الوقف لما عدي الطبقة الاخيرة مقيداً بزمان حيوتهم والطبقة الاخيرة ملكا مرسلا غير مقيد بزمان وجودهم .

لكن هذا اذا لم يكن الانقطاع بشرط البيع . والا فيتوقف على البيع فالمنشاء (ح) عبارة عن القدر المشترك بين المنقطع والمؤبد الذي ببيع المشروط له البيع يصير منقطعا وبتركه البيع يصير وقفا موبداً : ففرق بين المنقطع الذى يكون بانشاء الواقف و بين الانقطاع الذي نشاء من شرط البيع حيث ان المنشأ في الاول منقطع بنفسه و فى الثانى ينقطع بالبيع لكون المنشأ فيه هو القدر المشترك كما لا يخفى .

قوله (قده) ومن اسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة ام ولد (الخ) لا اشكال فى المنع عن بيع ام الولد في الجملة والمنع عنه اجماعى بل بلا خلاف فيه بين المسلمين ،، وانما الكلام في تنقيح البحث

في حكمه يقع ببيان امور (الاول) ذكروا في وجه المنع عن بيعها انه هل هو من جهة حق الله سبحانه اوحقها اوحق ولدها واطالوا الكلام في ذلك ،، و لايخفى انه بلاطائل : وذلك لمعلومية الحكم و ان البحث عن علته (ح) بحث عن المناسبات التى تذكر بعد الوقوع كالعلل المذكورة فى النحو مع ان شأن الفقيه ليس البحث عن علل الاحكام لانها علل لثبوتها اذا كانت علة للحكم لا للتشريع : والفقيه يبحث عن علل اثباتها .

الثانى كما لايصح بيع ام الولد . لايصح نقلها عن الملك مطلقا . سواء كان بعقد معاوضي كالصلح و نحوه او غيره كالهبة الغير المعوضة ،، وذلك لان الادلة الواردة فى المنع عن نقلها ولو كانت في مورد البيع الا انه يفهم منها عدم الاختصاص بالبيع .

و توضيح ذلك : ان الاحكام الثابتة للبيع في السنة ادلتها على اقسام (فمنها) مالايفهم منه التعدي عن البيع الى غيره بل امايدل على الاختصاص بالبيع اولا دلالة له على التعميم . فلامحالة يقتصر فى الحكم على البيع اما لاجل الدليل على عدم التعميم ،، بناء على دلالة الدليل على الاختصاص اولاجل عدم الدليل على التعميم ،، بناء على عدم الدلالة على العموم وسكوت الدليل عن غير البيع وهذا كدليل خيار المجلس مثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم (البيعان بالخيار) فان الخيار يثبت به في البيع . و لايدل على ثبوته في غيره : فلايتعدي في خيار المجلس عن البيع الى غيره لعدم الدليل عليه .

و **منها مايفهم** منه التعدى عن البيع الى كل عقد معاوضى ولو لم يكن بيعا ولايتعدي عنه الي غير المعاوضى ،، وذلك مثل التالف قبل القبض فانه ورد فى البيع بانه من مال بايعه ،، لكن بعد ارتكاز العرف وكون الديدن عند الناس على ضمان كل شخص لما انتقل عنه بعقد معاوضى اذا تلف عنده

قبل قبضه: يقطع بان الحكم المذكور في الدليل ليس مختصا بالبيع بل انما يكون ذكر البيع لاجل كونه احد افراد العقد لغلبة وقوعه .

ومنها مايفهم منه بواسطة مناسبة الحكم والموضوع التعدى عن البيع الى كل عقد ناقل ولولم يكن معاوضيا ،، وذلك كمافيمانحن فيه : حيث ان الدليل وان ورد في المنع عن بيع ام الولد : الاانه يقطع بان الغرض من المنع عن بيعها . انما هو لاجل بقائها على ملك مولاها : فالمطلوب هو عدم الخروج عن ملك مولاها لاجل ان تنعتق على ميراث ولدها . لا بان الممنوع هو بيعها لاجل خصوصية في بيعها : وعلى هذا . فلايصح نقلها عن ملك مولاها بالعقد الناقل مطلقا . ولولم يكن معاوضيا : وان شئت فقل ان المنع عن بيع ام الولد ناشىء عن قصور ماليتها لان يرد عليها ،، البيع و ذلك لعدم كونها طلقا والمال لابد من ان يكون قابلا لان يرد عليه البيع و قصور ماليتها . كما يمنع عن صحة بيعها : مانع عن صحة كل عقد ناقل يرد عليها : ولولم يكن معاوضيا ،، وبعبارة اوضح في باب ضمان تلف قبل القبض كان الدليل في باب الاسباب وكان مقتضاه التعدى - عن مورد الدليل وهو البيع الى غيره ،، وفي المقام يكون الدليل في باب قصور المالية عن البيع ومقتضى مناسبة الحكم والموضوع هو تعميم قصورها عنه الى كل عقد ناقل .

الامر الثالث لااشكال في صدق ام الولد اذا انفصل عنها الولد بالولادة كمالااشكال في صدقها على الحامل مع تبين الحمل واما مع عدم تبينه ففي صدق ام الولد عليها اشكال بل لايصدق في بعض مراتبه قطعا كمااذالم تستقر النطفة بعد في الرحم اذلايصدق الحمل على النطفة قبل استقرارها فالمناط في صدق ام الولد هو انفصال الولد عنها بالولادة اوتبين الحمل لوكانت حاملا: ويدل على ماذكرناه الصحيح المذكور في الكتاب فان قوله عليه السلام مالم يحدث عنده

حمل يدل على عدم جواز بيعها عند حدوث الحمل،، وكذا الرواية المروية عن السكوني الدالة على سعي ام الولد التي صارت مكاتبة في عتق رقبتها فان عجزت فهي ام ولد ،، و المناقشة عليها بانها لا تدل على ثبوت الحكم بمجرد الحمل لكون زمان الحكم بكونها ام ولد بعد تحقق السعي والعجز المتوقف على مضي زمان يصير الولد حيا بولوج الروح فيه غالبا (مدفوعة) بامكان قلة زمان السعي كاليوم واليومين و تأخر الوطي عن المكاتبة بان صادف آخر ايامها بحيث لم يبق لها زمان للسعي الاقليل لا يبلغ الى زمان ولوج الروح .

الامر الرابع يعتبر في تحقق حكم ام الولد وجود ولدها فلو مات الولد تخرج الام عن كونها ام الولد وتصير طلقا كما كانت قبل صيرورتها ام الولد وهذا ظاهر .

الامر الخامس هل ولد الولد في حكم الولد في صيرورة الامة بواسطته ام الولد مطلقا لان ولد الولد ولد : او لا يكون كك مطلقا لانصراف الولد الى الصلبي منه : او يفصل بين ما اذا كان وارثا للمولى . فيقال بكونه كالولد لان الملاك في حكم ام الولد هو انتقالها الى ولدها وعتقها منه وهو موجود في ولد الولد الوارث عن المولى : وبين ما اذا لم يكن وارثا فيقال بالعدم . لاجل عدم الملاك (وجوه) اقواها الاخير ،، وذلك لمناسبة الحكم والموضوع وان صح دعوي الانصراف ايضا لكن دعواه ينفع في ما سوي مورد تحقق الملاك وهو الذي لا يكون ولد الولد وارثا .

الامر السادس يعتبر في صدق ام الولد ان يكون الحمل في حال الملك . فلا عبرة بما تلد من المولى قبل الملك ،، ويدل عليه صريح صحيح محمد بن مارد المذكور في الكتاب ،، ولا اشكال فيه . ودعوي عموم الملاك و

شموله لما صارت ام الولد قبل الملك لكون ولدها حراً يرث من ابيه (مدفوعة) بثبوت الفرق بين الصورتين ،، حيث ان الامة فيما اذا كان الحمل في الملك تصير بكلها سهماً لولدها بحيث لولم يكن سهمه الا بمقدار قيمة امه لا يرث من غيرها شيء من التركة اصلا . وهذا بخلاف ما اذا كان الحمل قبل الملك فانها تنتقل الى ولدها بمقدار سهم ولدها منها من مجموع التركة فتعتق بمقدار سهم ولدها ويجب عليها السعى في مقدار سهم الباقين . فالملاك ليس عاما في الصورتين ،، ومما ذكرناه تظهر المناقشة في منع المصنف (قده) عن هذه الدعوي بالمنع عن أطراد العلة المذكورة ،، حيث يقول والعلة المذكورة غير مطردة و لامنعكسة بل الحق هو القول بعدم تحقق العلة في الصورة المذكورة لاتسليم تحققها : ثم المنع عن أطرادها كما لا يخفي .

الامر السابع يعتبر في ام الولد ان يكون الولد منسوبا الى المولى شرعاً سواء كان عن وطى محلل اومحرم بالعارض . كالوطى في حال الحيض او الاحرام : بل و لولم يكن عى وطئى كما اذا وطى امة له ثم ساحقت الموطوئة مع امة اخرى للمولى والقى اللقاح في رحم الثانية فحملت به فان الولد يلحق بالمولى ولولم يكن وطى منه بالنسبة اليها . واما اذا لم يلحق بالمولى شرعا كما اذا وطي امته المزوجة الى الغير اوالمحللة الى الغير فلاتصير الامة ام ولد بسببه وهذا واضح بعد فرض سلب انتساب الولد عنه شرعا كما لا يخفى .

قوله (قده) ثم ان المنع عن بيع ام الولد قاعدة كلية (الخ)

اعلم انه قام الاجماع على المنع عن بيع ام الولد مع تحقق الخلاف في جملة من الموارد كالموارد التى عدت من المستثنيات ،، فيقع الاشكال في انه اذا كان المنع عن بيعها اجماعيا فكيف وقع الخلاف في صغرياته : ومع الخلاف

فى الصغريات كيف يصح انعقاد الاجماع على المنع ،، و نظير هذا الاشكال يرد على دعوى الاجماع على القاعدة مع وقوع الخلاف في مصاديقها .

واجيب عنه بوجوه (الاول) ان الاجماع على المنع اجماع على المقتضى من المنع عن بيعها و موارد الخلاف موارد الاختلاف فى وجود المانع : فلامنافات بين كون وجود المقتضى عن المنع اجماعيا . ومع ذلك وقع الخلاف فى بعض الموارد في جواز البيع لاجل الاختلاف فى وجود المانع هذا ،، ولايخفى ان هذا الوجه لايرجع الى محصل .

وذلك لان دعوي الاجماع علي المنع عن البيع لايصح مع الاختلاف فى وجود المانع اذ المنع عن البيع انما يتحقق عند وجود المقتضي للمنع وعدم المانع عنه فصرف الاجماع على مقتضى المنع ليس اجماعا علي المنع مالم ينضم به الاجماع على عدم المانع وهذا ظاهر .

الوجه الثانى ان يكون الاجماع على المنع عن بيعها باعتبار كونها ام الولد بالعنوان الاولي وماوقع فيه الاختلاف هوفيما اذا طرء عليها عنوان ثانوي : ولامنافات بين تحقق الاجماع على حكم شيئى بالعنوان الاولى : وبين تحقق الخلاف في حكمه اذا طرء عليه عنوان ثانوي كما ان الغنم حلال بالعنوان الاولى وحرام بالعنوان الثانوى فيما اذا صارت موطوئة اومنذور التصدق اونحو ذلك فام الولد يحرم بيعها بماهى ام ولد : لكن اذا ورد عليها عنوان ثان يختلف حكمها فقد ينعقد الاجماع على جواز بيعها في بعض الطوارى ويقع الخلاف في جوازه في بعض آخر على ماسنوضحه .

الوجه الثالث ان يكون الاجماع على المنع من قبيل الاجماع علي القاعدة التى هي المرجع عند عدم قيام دليل خاص على خلافها و موارد الخلاف انما هى موارد الاختلاف في قيام الدليل على الخلاف والقاعدة وان

كانت من الادلة الاجتهادية الا انها من هـذه الجهة تشبه الاصل في تقديم الدليل الخاص عليها : وهذا الوجه بوجه يرجع الى الوجه الثانى اذ لولا الخصوصية في مورد قيام الدليل على خلاف القاعدة لما كان الدليل يقوم على خلافها فلامحالة يجب ان يكون قيام الدليل في مورد مخصوص على خلافها لاجل طريان خصوصية على ذاك المورد بها صارت مورداً لقيام الدليل على خلافها او وقع محلا للخلاف لكن بتغاير التقريب حصل الفرق بين الوجهين وان كان مآلهما واحداً : وكيف كان فالجواب عن الاشكال انما هو احد الوجهين الاخيرين كما لايخفى .

قوله (قده) وكيف كان فلا اشكال في الجواز في هذه الصورة (الخ) وهى الصورة التى اشترى المولى الجارية في الذمة ثم استولدها ومات ولم يكن له من التركة مايؤدى بها ثمنها فانها تعطى بازاء ثمنها : لكن لا لاجل كون البايع احق بماله اذا وجده ، وذلك لاختصاصه بتركة المفلس دون الميت : والسر في ذلك ان المفلس لما كان حيا يرجى منه المال يكون في معرض الترقب بان يؤدي حق غير هذا البايع الذي يأخذ عين ماله من بقية الديان بخلاف الميت ، حيث لايرجى منه اداء حق الباقين فاختصاص البايع بماله في تركة الميت موجب لتضييع حقوق الاخرين دون اختصاصه بماله في تركة المفلس : بل لورود النص على جواز بيعها في ثمنها : كصحيح عمر بن يزيد المذكور فى الكتاب وهو قوله قال قلت لابى ابراهيم عليه السلام (اسئلك عن مسئلة) والظاهر من هذا التعبير انه كان في ذهنه اشكال يريد دفعه فيستاذن عنه عليه السلام في بيان الاشكال ، فقال عليه السلام سل قلت لم باع امير المؤمنين صلوات الله وسلامه عليه . امهات الاولاد قال عليه السلام في فكاك رقابهن : الظاهر ان اللازم في الجواب عن كل مسئلة ان يكون امرا ارتكازيا يدفع بـه شبهة

السائل لقربها الى ذهنه بواسطة الجواب : وحيث ان الجواب بما ذكره عليه السلام اعني كون البيع في فكاك رقابهن لم يكن امراً بينالم يدفع به وسوسة السائل و لذا يكرر السؤال بقوله قلت فكيف ذلك قال عليه السلام ايما رجل (الخ) .

وافاد عليه السلام في هذا الكلام جواز بيعها فيما اجتمع فيه امور ثلاثة كون ثمن الجارية في الذمة كما يدل عليه قوله ولم يؤد ثمنها. وموت المولى كما يدل عليه قوله عليه السلام و لم يدع من المال ما يؤدى عنه : وعدم ما يؤدي به ثمنها غيرها كما يدل عليه القول المذكور وعند اجتماع الامور الثلثة يصح بيعها و هذا هو المتفق عليه من جواز بيعها من الصور واما قوله قلت فتباع فيما سوى ذلك في دين قال لا فهو يدل على عدم بيعها في دين آخر غير ثمنها الاعلى عدم بيعها في ثمنها في غير حال موت المولى كحال حيوته .

الصورة الثانية بيعها في ثمنها في حيوة المولى لو لم يكن له غيرها ونقل عن الاكثر جوازه مستدلين بخبر اخر عن عمر بن يزيد عن ابي الحسن عليه السلام عن بيع ام الولد الدين قال نعم في ثمن رقبتها فانه باطلاقه يدل على جواز بيعها في ثمن رقبتها في حال حيوة المولى ،، ولكن الانصاف منع اطلاق الخبر لحال حيوة المولي بل الظاهر ان نظر السائل في قوله تباع في الدين هو السئوال عن بيعها في الدين في مقابل المنع عن بيعها بالكلية والجواب عنه يعطى جواز البيع في ثمن رقبتها كك في الجملة على نحو الايجاب الجزئي كيف ولو كان له اطلاق لكان يشمل حال اعسار المولى ويساره ايضاً وهو كما ترى اذ لا يفهم منه اطلاق الجواز حتي مع تمكن المولي من اداء الثمن بغير بيعها لكي يحتاج الى التقييد مع ان في التعبير بقوله تباع في الدين بصيغة المجهول الظاهر في كون البايع غير المولى اشعار بكونه سئوالا عما بعد الموت كما لا يخفي .

قوله (قده) نعم ربما يمنع عموم القاعدة على هذا الوجه (الخ)

المانع هو المحقق التسترى فى المقابيس ، ومحصل ما افاده ان الدليل على المنع عن البيع هو الاجماع وهو مفقود فى مورد الخلاف خصوصا مع ذهاب المعظم من المجمعين على الجواز فى هذه الصورة هذا وقد تقدم وجه الجمع بين الاجماع على المنع . و بين تحقق الخلاف فى بعض الموارد من ان الاجماع منعقد على المنع بالعنوان الاولى وهو المأول لولم يثبت الجواز بالعنوان الثانوي فالمنع الثابت بـالاجماع هو المحكم عند الشك فى طرو مايوجب الجواز .

قوله (قـده) و ربما توهم معارضة هذه القاعدة (الخ)

محصل هذا التوهم ان هذه القاعدة المستفادة من الاجماع معارضة مع وجوب اداء الدين وبعد تعارضهما يرجع الى قاعدة السلطنة : و لايخفى مافيه فان وجوب اداء الدين مشروط بالقدرة عقلا و شرعا والمنع عن بيع ام الولد رافع للقدرة عقلا وشرعا فهو حاكم على وجوب اداء الدين برفع موضوعه وقاعدة السلطنة جارية فى الملك العلق اذليس للانسان سلطنة على الملك الذى لايكون طلقا و دليل المنع عن البيع يرفع الطلقية فلا يمكن اثبات جواز صرفها في الدين بعموم السلطنة كما لايخفى .

قوله (قده) وبالجملة فبعدمنع ظهور سياق الرواية فيما بعدالموت لااشكال فى رجحان دلالتها (الخ) لايخفى ان المنع عن ظهور الرواية فيما بعدالموت لايجعلها ظاهرة فى الاطلاق حتى يتمسك باطلاقها بل تصير مجملة (ح) فصرف المنع عن ظهور سياقها فيما بعدالموت لايكون وجها لظهورها فى الاطلاق والحق انه لااطلاق للرواية كما قد مناه .

ثم على فرض تسليم اطلاقها فـاظهرية دلالتها على دلالة رواية

ابن ماعلى رد المنع ممنوع بل الامر بالعكس ،، وتوضيح ذلك ان النسبة بين هذه الرواية وبين رواية ابن مارد كما افاده المصنف هى العموم من وجه ،، وذلك لاطلاق المنع في رواية ابن مارد بالنسبة الى البيع في الدين فى ثمنها وغيره مع صراحتها في كون البايع هو المولى : واطلاق هذه الرواية بالنسبة الي كون البايع هو المولى و غيره بناء على المنع من ظهورها فيما بعد الموت . وصراحتها في كون البيع في ثمن رقبتها : فهذه الرواية مختصة بالبيع في ثمن رقبتها واعم من كون البايع هو المولى او غيره . ورواية ابن مارد اخص من حيث كون البايع هو المولى و اعم من حيث كون البيع في ثمن رقبتها : فيقع بينهما التعارض في بيع المولى في ثمن رقبتها ،، حيث ان مقتضى هذه الرواية هو الجواز . ومقتضى رواية ابن مارد هو المنع هذا هو محصل تقرير التعارض بينهما بالعموم من وجه : و وجه ارجحية هذه الرواية على رواية ابن مارد كون دلالة هذه الرواية على جواز البيع في ثمن رقبتها بالنصوصية بخلاف رواية ابن مارد حيث ان دلالتها على المنع عن البيع في ثمنها بالاطلاق .

ولايخفي ان منشاء التعارض ليس هو اطلاق رواية ابن مارد فى الدلالة على المنع من بيعها في ثمنها حتى يقال باظهرية رواية عمر بن يزيد عنها بل المنشاء هو نصوصية دلالتها في المنع عن بيعها من المولى فهى بالنسبة الى المنع من بيعها عن مولاها اظهر فتقدم على رواية عمر بن يزيد لاظهريتها في مورد التعارض .

قوله قده وانـدفـاع التوهم بكلا و جهيه و اضح (الخ)

اما الوجه الاول . فلان اطلاق الرواية الثانية لعمر بن يزيد شمولى لابدلى ولايحمل الاطلاق الشمولى على المقيد كما اذا اورد اكرم العالم واريد منه

الاطلاق الشمولي الذي هو في قوة قولك اكرم كل عالم وورد اكرم زيدا العالم فانه لا يحمل المطلق على المقيد . اذ لا منافاة بين ان يكون كل عالم واجب الاكرام وبين ان يكون زيد العالم واجب الاكرام : بل كون كل فرد من العالم واجب الاكرام . يقتضي وجوب اكرام زيد العالم ايضا هذا .

ولا يخفى ما فيه فان عدم حمل الاطلاق الشمولي على المقيد وان كان صحيحا . لكن لا مطلقا بل فيما اذا لم يكن المقيد مأخوذاً بقيود احترازية والا فيقع التنافي بينهما الموجب للحمل : ومانحن فيه من هذا القبيل لان قوله عليه السلام ايما رجل اشترى جارية و لم يؤد ثمنها ولم يدع مالا (الخ) ظاهر من سياق الكلام ان الامور الثلثة اعني كون الاشتراء بالذمة وموت المولى وعدم وفاء ماله بـاداء ثمنها من القيود الاحترازية الموجبة لانتفاء الحكم عند انتفائها فلا محيص الا عن الحمل كما لا يخفى .

واما الوجه الثاني فوجه ضعفه هو ماتقدم من ان ذيل الخبر الاول يدل على نفي جواز بيع الامة في غير ثمنها من ديون المولى لا على نفي الجواز في ثمنها في غير حال موت المولى ،، فقد تحصل مما قدمناه ان التحقيق عدم اطلاق الرواية الثانية لعمر بن يزيد لحال حيوة المولى وعلى فرض اطلاقها فهي مقيدة بالرواية الاولى الدالة على تخصيص الحكم بحال موت المولى وانها معارضة برواية ابن مارد بالعموم من وجه ويتساويان لو لم نقل باظهرية رواية ابن مارد .

و نزيد توضيحا في بيان عدم اطلاق الرواية الثانية ان دلالة المطلق على الاطلاق يكون بالوضع عند المشهور و بـاجراء مقدمات الحكمة من كون المولى في مقام البيان وغيره من المقدمات عند المحققين وعلى مذهب التحقيق لابد في احراز الاطلاق من احراز كون المتكلم في مقام البيان و

عدم كونه في مقام البيان تارة يكون لاجل كونه في مقام اصل التشريع كما في اقيموا الصلوة واخري لاجل كون الكلام مسوغا لبيان حكم آخر مثل وكلوا مما امسكن المسوق في مقام بيان حلية اكل الصيد الذى اصطيد بالكلب المعلم لافي مقام طهارة موضع عضه ،، واما بناء على مذهب المشهور فلاحاجة الى احراز كون المتكلم في مقام البيان بل اللفظ بالوضع يدل على الاطلاق .

اذا علمت ذلك فنقول الرواية الثانية سئوالا وجوابا ظاهرة في كون المراد هو بيان اصل جواز بيع ام الولد حيث يسئل السائل عن ام الولد تباع في الدين ويجيب الامام بقوله (نعم) في ثمن رقبتها وليس هذه القضية سئوالا و جوابا مسوقة لبيان كيفية بيعها في ثمن رقبتها و لا لها اطلاق يشمل حالتى حيوة مولاها و موته لعدم كونها صادرة لتلك الجهة و لعل المشهور اللذين استدلوا باطلاقها علي جواز البيع في حال حيوة المولى يكون نظرهم في الاستدلال الى ماهو مبناهم في الاطلاق من كون دلالة المطلق عليه بالوضع وعليه فاستدلالهم متين على مبناهم الا انه لايصح المساعدة معهم بعد الخلاف معهم في المبنى كما لايخفى مع انه على فرض المساعدة ايضا لايمكن الاخذ بهذا الاطلاق مع تعارضه بالخبرين المتقدمين اعنى الرواية الاولى لعمر بن يزيد ورواية ابن مارد على مابيناه .

قوله (قده) ثم على المشهور من الجواز (الخ) لااشكال في جواز بيعها فى ثمن رقبتها لولم يكن للمولى مال يفى بثمنها مطلقا لامما عدي المستثينات ولامنها كما انه لايباع في ثمنها اذا كان للمولى مال مما عدي المستثنيات واما اذا كان له مال يفى بثمنها لكن من المستثنيات . ففي جواز بيعها (ح) نظرا الى انه ليس للمولى مال يمكن اداء ثمنها منه اذ المال الذى من المستثنيات لايصرف في الدين : اوانه لايباع لوجود مال المولى يفى

بثمنها ولو كان من المستثنيات . فالامريد وربين بيعهاوصرفها في ثمن رقبتها المقتضى لرفع اليد عما يدل على منع بيعها : و بين صرف المال المستثنى في ثمنها . والثانى مقدم لكون المال المستثنى طلقا يجوز صرفه بالبيع و نحوه بخلاف ام الولد حيث انها ليست طلقا (و جهان) مختار المصنف هو الاول و قال الاستاد دامت افاداته بالاخير وذلك لما ذكر من كون المستثنيات ملكا طلقا يجوز بيعها فيقدم فى مقام البيع على ماليس طلقا .

قوله (قده) ثم انه لا فرق بين كون ثمنها دينا للبايع (الخ)

اعلم ان كون ثمن الامة على ذمة المولى يتصور على انحاء (احدها) ان يشترى الامة بالذمة ولم يؤد من ثمنها شيائم و طئها فصارت ام ولده ولم يكن له مال غيرها و هذا هو القدر المتقين المتفق عليه من جواز بيعها في ثمنها عند موت المولى قطعا اومع حيوته عند المشبور حسبما تقدم مع تزييفه .

و ثانيها ان يستدين المولى شيئاً فيشتري به الجارية ولم يكن له مال يفى بدينه الذى استدانه لشراء الجارية غيرها (وثالثها) ان يشتري الامة في الذمة ثم استدان دينا وادى ثمنها ولم يكن له مال يؤدى ما استدانه لتأدية ثمنها غيرها . فهل تباع الامة فى هاتين الصورتين لاجل كون الدين في ثمنها . اولاتباع لان الدين ليس ثمنها و ان كان لاجل ثمنها : او يفصل بين الصورتين بالقول بجواز بيعها فيما استدان الثمن و اشتراها به و عدم جوازه فيما لواشتراها في الذمة ثم استدان دينا وادى مافي ذمته من الثمن مختار المصنف (قده) هو الاخير ،، والحق هو الثاني وذلك لان النص دل على جواز بيعها في ثمنها والثمن عبارة عما يقع مدخول الباء المقابلة فى قوله بعتك هذا بهذا ومن المعلوم ان في البيع بالنقد لم يكن الثمن في الذمة و ما

هو استقر في ذمته ليس ثمنا كمالايخفى ، ثم لوقلنا بجواز بيعها فيما اذا استدان الدين لاجل شرائها كان اللازم القول بجوازه لواستدان بعدالبيع لاجل الوفاء بمافى ذمته من الثمن فلاوجه للتفصيل اصلا .

قوله(قده) وفى الحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن (الخ) اعلم ان القدر المتقين من جواز بيع الامة في ثمن رقبتها ماكان نفس ثمنها في ذمة المولى ولم يكن له مال غيرها واما لو كان قدادى الثمن او كان له مال يفى بادائه وقد شرط عليه في ضمن العقد اداء مال آخر غير الثمن كالانفاق على البابع مدة معينة ولم يتمكن من الوفاء به وليس له مال غير الجارية يمكن به الوفاء بالشرط : فهل تباع الامة لاجل الوفاء بالشرط لكون الشرط كالمبيع فى ان له قسطا من الثمن . فيكون كمالم يؤد الثمن . او انها لا تباع لان الشرط ليس من الثمن لان الثمن عبارة عما يجعل عوضا ويدخل تحت الباء المقابلة و الشرط ليس كذلك و ان كان منشاء لتفاوت مايبذل بازاء العين وهذا معنى ان له قسطا من الثمن وهذا هو الاقوى كمالا يخفى و لو كان بيع الجارية خياريا فاختار البايع الفسخ بعد ان صارت الامة ام و لدوحيث ان الاستيلاد مانع عن استرداد ها ينتقل بعدالفسخ الى القيمة كمااذا ارهنها المشتري و(ح) اذالم يتمكن المشتري من اداء قيمتها و لم يكن له مال غيرها فهل تباع فى قيمتها ام لا (و جهان) من ان بيعها فى قيمتها بيع فى ثمنها و لو منع من كونه ككك موضوعا فلا اقل من كونه ككك حكما وملاكا اذالقطع حاصل بعدم الفرق بين البيع في ثمنها او البيع فى قيمتها لكون الملاك فى الاول هو انتفاء ما يدفع بـه ثمنها عندالمولى حيث ليس لهسواها ومن ان الاقتصار على النص فـى الخروج عما استفيد من الا جماع هو الحصر علي بيعها في ثمنها و عدم التعدى عنه الى مورد اخر وهذا هو الا قوي و ذلك لان تعلق القيمة بذمة المشترى المفسوخ عليه ليس لاجـل معاوضة جديدة بينه و

بين البايع بل انما هـ ولاجل الضمان الناشيى من قبل اليد حيث انه اتلف مال الغير بوطيه فيضمن ماتلفه و الحكم باجراء الربوافيه لايدل على كونه من باب المعاوضة بل لاجل ثبوت الربوافى باب الغرامات كماحقق في محله فالقيمة التى تجب على المشتري اجنبى عن الثمن ولا يصدق عليه المثن بوجه من الو جوه حتى بياع الامة فى قيمتها كمالا يخفى

قوله (قده) واما بيعها في دين اخر الخ اعـلم ان مقتضى اطلاق مفهوم مقطوعة يونس هو جواز بيعها فيما اذا كان على المولى دين و لو فى غير ثمنها حيث ان قوله (٤) وان كان لها ولد وليس على الميت دين فهى للولد لكن بعد الغض عن كونها مقطوعة : لكونها من يونس الذى من اصحاب الاجماع و يصح ماصح عنه و لو كانت مقطوعة : تقيد بصحيحة ابن يزيد المتقدمة النافية لبيعها في غير ثمنها لاخصية تلك الرواية عنها لكون النسبة بينهما بالاطلاق والتقييد كمالا يخفى .

قوله (قده) ولعل وجه تفصيل الشيخ الخ مبني فتوى الشيخ بجواز بيعها عند استغراق الدين هو عدم الانتقال الى ولدها (ح) لكى تعتق فلامانع (ح) من صرفها فى الدين و مبنى المنع عن بيعها هو الا نتقال الى الوارث و ان كان يجب عليه تأدية دين الميت وحيث ان الامة تعتق بالانتقال فلا يمكن صرفها فى الدين

قوله (قده) وعن نكاح المسالك (الخ) دعوى صاحب المسالك (قده) منحلة الى امور (الاول) ان التركـة تنتقل الي الورثة مطلقا حتى مع استغراق الدين وهذا هر الاقوي كماحقق في محله (الثاني) ان الوارث مهجور عـن التصرف فيما انتقل اليه بالارث امامطلقا اوفى مقدار مايقبل الدين (الثالث) انه تعتق ام الولد من نصيب ولدها لانتقالها اليه وان الولد لا يملك امه بل تنعتق عليه بعد الانتقال (الرابع) انه يلزم علي الولد قيمة ماانعتق عليه

من نصيبه منهادون ماينعتق عليه من نصيبه من سايرالتركة وماينعتق منها بالسراية فيما زاد من نصيبه من مجموع التركة .

وتحقيق ذلك على وجه ابسط يتوقف على بيان حكم عتق المملوك على من ينعتق اليه اولا : ثم تعقيبه بخصوص عتق ام الولد ، ، فنقول عتق المملوك على من ينعتق اليه . اما يكون باختيار ممن ينعتق اليه ،، وذلك اما باختياره لعتقه كما اذا اعتق شقصا ممن ينعتق عليه . او باختياره السبب الموجب لانعتاقه عليه . ولولم يكن مريداً لعتقه : كمااذا اشتري شقصامن ابيه مثلا اوغيره ممن ينعتق عليه : اويكون بغير اختيار منه لابـارادة منه لعتقه ولابسببه المؤدي اليه كمااذاورث شقصاممن ينعتق اليه ،، وحكم هاتين الصورتين هوسراية العتق الى ماعدى ماانعتق عليه من سهام سايرالشركاء ولابد من اغترام سهامهم بالقيمة ،، لكن تختلف الصورتـان في المغترم : ففى الصورة الاولى تجب القيمة على من انعتق عليه اذهوالموجب لانعتاق سايرالسهام باختياره عتق شقصه اوالسبب المؤدى اليه وفى الصورة الثانية تكون القيمة على المعتق نفسه يسعى بهعلى مـاهوالمشهور و عليه رواية معمول بها و قيل تكون قيمة نصيب الباقين على من انعتق عليه فى هذه الصورة ايضاوعليه رواية متروكة .

ثم ان معنى انعتاق نصيب من عدى من ينعتق عليه و وجوب اداء قيمته على المملوك نفسه . بالسعى به . هوثبوت حق انعتاقه لهباداءالقيمة،، فكلما يؤدي من القيمة الى ارباب الانصباء ينعتق منه بقدره لانه ينعتق سهامهم بعد انعتاق مقدار نصيب من ينعتق عليه دفعة . وينتقل قيمة سهامهم الى ذمته بعدالانعتاق نحو اشتغال ذمة الاحرار بالديون ،، وذلك لان الدليل على سراية العتق الى بقية المملوك لايدل على ازيد من ان لهانعتاقه باداء القيمة ولولم يرض بـهاربابالسهام . بل يكون قهرا عليهم : لانه ينعتق

قبل تأدية القيمة بمجرد عتق شقص منه فيتعلق ذمته بقيمة ماينعتق منه فان هذا امر زائد عن انعتاقه بالسراية يتوقف اثباته على الدليل المفقود فى المقام هذا كله فى غير ام الولد ممن ينعتق على من ينتقل اليه : ومحصله هو انعتاق نصيب من انتقل اليه بالانتقال . وانعتاق ماعداه بالسراية وتكون قيمة ما انعتق منه بالسراية عليه يسعى به سواء كان لمن انتقل اليه نصيب من غيره من ساير التركة املا.

واما فى ام الولد فتزيد زيادة . وهى انه لو كان للميت تركة ماعداها يرث منها ولدها بمقدار نصيبه من ساير التركة بازاء امه فينتقل من امه اليه من سهام شركائه فيها بازاء انتقال سهمه من ساير التركة الى شركائه فان وفى نصيبه من مجموع التركة قيمة امه تنتقل اليه امه بتمامها فلا عتق بالسراية (ح) والا فبمقدار مايوفى نصيبه من مجموع التركة ويسرى العتق في الباقى و يجب على الام ان تسعى بها . و ما ينعتق منها من نصيبه من مجموع التركة يكون من مال ولدها و يفوت عنه و اذا كان نصيبه من مجموع التركة بقدر قيمة الام فكانه زال تمام ماورثه من ابيه و تلف عليه بانتقاله اليه ويكون التلف في ملكه ،، هذا اذا لم يكن للميت دين مستغرق واما مع الدين المستغرق لجميع تركته فهو يمنع عن انعتاق غير ام الولد على من ينعتق عليه . فاذا كان في التركة مملوك ينعتق على بعض الورثة . فلا ينعتق منه شيئاً مطلقا لا بقدر نصيب من ينعتق عليه من الوارث و لا بقدر نصيبه من سائر التركة : سواء قلنا ببقاء التركة على حكم مال الميت مع الدين المستوعب اوقلنا بانتقالها الى الوارث . اما على الاول . فواضح ،، ضرورة عدم انتقال المملوك (ح) الى الوارث حتى ينعتق عليه ،، واما على الاخير فلان المملوك وان انتقل الى من ينعتق عليه الا انه يكون مع تعلق حق الديان به في رتبة الانتقال الى الوارث كما سنوضحه ،، و هو يمنع عن

الانعتاق هذا كله في غير ام الولد .

واما حكم ام الولد مع الدين المستغرق فبالنسبة الى نصيب ولدها منها تنتقل الى الولد وتنعتق عليه وتكون قيمة نصيب الولد منها على الولد وبالنسبة الى نصيب ساير الورثة منها لاتنعتق على الولد فلايقوم مازاد من نصيبه منها عليه سواء كان للميت تركة غيرها اولم يكن كان نصيبه من مجموع التركة بقدر قيمة الام او ازيدا وانقص ،، فهنا دعويان (احديهما) انعتاق خصوص نصيب الولد من امه على الولد ويجب على الولد اداء قيمة ماانعتق منها من نصيبه (وثانيهما) عدم انعتاق ماعدي ام الولد ممن ينعتق بالانتقال على من ينعتق عليه وعدم تقويم ماعدي نصيب الولد من امه عليه سواء كان للميت تركة غير ام الولد ام لا وعلى فرض وجود تركة غير ام الولد كان نصيب الولد من مجموع الام والتركة بقدر قيمة الام ام لا .

اما الدعوى الاولى فنقيحها يتوقف على بيان امور (الاول) ان الجمود على ظاهر قوله (ع) لاتباع ام الولد فى غير ثمن رقبتها هو اختصاص النفى فيه بالبيع فى غير ثمنها و بعد تعميم البيع الى كل نقل يدل على عدم جواز المعاملة عليها في غير ثمنها ،، و هل هى (ح) من المستثنيات حتى لايؤخذ قيمتها فى الدين ايضا فتكون كالدار التى من المستثنيات فى الدين : حيث لاتصرف في الدين عينا ولاقيمة . او انها لا تصرف عينها فى الدين. و لكن تصرف قيمتها فيه (احتمالان) مقتضى الجمود على ظاهر الخبر هو الاخير حيث انه يدل على المنع من بيعها فى الدين من غير تعرض فيه بالنسبة الى قيمتها ويمكّن ان يستظهر منه الاول ،، وذلك بدعوى كون ذكر البيع في الخبر فى مقام نفي الجواز من باب المثال من قبيل ذكر الخاص و ارادة العام فمعنى ان ام الولد لاتباع فى غير ثمنها اى لاتصرف في غير ثمنها

بوجه من الوجوه لا بالبيع ولا بغيره من اعطاء قيمتها فيكون كناية عن كونها من المستثينات و هذا المعنى و ان لم يكن بعيداً عن الخبر بحسب الفهم العرفي كما ان التعدي عن خصوص البيع الى مطلق النقل كان كذلك الا ان الا صحاب لم يفهموا منه ذلك ولم يقولوا بكونها من المستثينات بعد منعهم من بيعها فى غير ثمنها

و لعل المنشاء فى عدم ذهابهم الي هذا المعنى الغير البعيد هو تعلق حق الورثة بها الذى هو متأخر عن تعلق حق الديان ،، ولذلك يجب اداء قيمة سهامهم منها . اما من نصيب ولدها من ساير التركة لو وفي نصيبه منها بقيمة سهامهم من امه : و اما انه يجب عليها السعى به بعد العتق . او يجب على ولدها على القولين المتقدمين لو لم تكن تركه غيرها او كانت تركة غيرها ،، و لكن لم يكن نصيب الولد من باقي التركة و افيا بقيمة سهام ساير الورثة من امه و اذا كانت قيمتها متعلقة لحقهم المتأخر عن تعلق حق الديان فتعلق حق الديان بها اى بقيمتها يكون اولى و كون ذكر البيع في مقام نفي الجواز فى قوله عليه السلام (لا تباع ام الولد في غير ثمنها) من باب ذكر الخاص و ارادة العام و ان كان ممكنا غير بعيد فى نفسه الا انه يحتاج الى دلالة قوية منتفية فى المقام بقرينة تعلق حق الوارث بها المتاخر عن حق الديان و على هذا فالمتعين عدم سقوط حق الديان عن قيمتها و عدم كونها من المستثنات

الامر الثانى ان ماينتقل منها الى ولدها من مقدار نصيبه منها ينعتق لان عينها لما لا تباع في دين مولاها يكون طلقا عن حق الغرماء و اذا انتقل الى ولدها بلا ان يكون حق من الديان على عينها ينعتق عليه لعدم المانع عن انعتاقها ح ضرورة فرض طلقية عينها عن تعلق حق الديان بها

الامر الثالث ان قيمة ماينعتق منهامن نصيب ولدهاتكون على الولد لان التلف وقع في ملكه . فهو الضامن لمايتلف عنده من حق الديان . فعدم جواز بيعها في الدين اوجب سقوط حق الديان عن عينها المقتضى لانعتاقها بواسطة الانتقال الى ولدها و عدم كونها من المستثنيات اوجب تعلق حق الديان بقيمتها ،، و كون التلف في ملك الولد . اوجب ضمان قيمة ماينعتق من نصيبه منها عليه . و لاوجه لتوهم وجوب السعى عليها في هذا المقدار من قيمة نصيب ولدها منها . و لايتردد الامر بين اجارتها مدة يوفى قيمة نصيبه منها بل المتعين هو كون القيمة على ولدها : و هذا هو المتحصل مما نص عليه في المسالك ولاغبار عليه اصلا .

واما الدعوي الثانية وهى التى لازم مدلول كلام المسالك حيث خصص مايجب على الولد بخصوص قيمة نصيبه منها الدال على ذهابه الى عدم وجوب قيمة سهام بقية الوارثين على ولدها سواء كانت تركة اخرى اولا : كان نصيب الولد من مجموع التركة وافيا بقيمة الام املا ،، فاثباتها ايضا يتوقف على بيان امور (الاول) ان ماعدي ام الولد من بقية التركة (سواء كان ممن ينعتق على الوارث اولا كما اذا كان غير المملوك : اوالمملوك الذى لاينعتق بالانتقال الى الوارث مثل الاجنبى) لما جاز بيعه في الدين يكون عينه كقيمته متعلقا لحق الديان .

الثانى ان موت المورث المديون علة لتحقق امرين مترتبين عليه في رتبة واحدة وهما : انتقال التركة الى الوارث : وتعلق حق الديان الى التركة ،، حيث ان الدين الثابت في ذمته يتعلق بتركته بحيث تصير التركة مخرجا لدينهم كالرهن ،، و ذلك لعدم اعتبار الذمة للميت حتى يعتبر بقاء الدين في ذمته . ولذا يصير جميع ديونه المؤجلة حالا بالموت : و اذا كان هذان

المعلولان في رتبة واحدة فالتركة تنتقل الى الوارث مع وصف تعلق حق الديان باعيانها .

الثالث ان الانعتاق على الوارث يكون في الرتبة المتأخرة عن الانتقال اليه حيث ان الانتقال على من ينعتق اليه يكون منشأ للانعتاق وتعلق حق الديان كان في رتبة الانتقال المتقدم على الانعتاق ،، ويترتب على هذه الامور . عدم انعتاق ماعدى نصيب الولد من امه عليه بسبب الانتقال لافيما اذا لم تكن تركة سواها و لافيما اذا كانت تركة غيرها ،، اما على الاول . فواضح . حيث ان عتق ماعدى نصيب الولد منها (ح) يكون بالسراية : يجب على الام نفسها ان تسعى به . لا على الولد كما عرفت وامامع وجود تركة غيرها فلتعلق حق الديان باعيانها الموجب للمنع عن انعتاق الام بمقدار مايفي من قيمتها نصيب ولدها من ساير التركة لان ساير التركة وان انتقلت بالموت الى الوارث لكن انتقالا في رتبة تعلق حق الديان بها . فكما ان تعلق حق الديان بمملوك : لايكون ام الولد . يمنع عن انعتاقه على من ينعتق عليه بعد انتقاله اليه كذلك انتقال بقية التركة مع تعلق حق الديان بها يمنع عن انعتاق الام بمايفي من نصيب ولدها من تلك التركة ،، و على هذا فلامجال . لتوهم كون قيمة ما عدى نصيب ولدها منها على ولدها .

واذا كان مال الميت مأة دينار مثلا وكان نصفه وهو الخمسون قيمة ام الولد وخمسون منه من ساير التركة . وكان له دين مستغرق بمقدار المأة وورثه ابنان احدهما ولد ام الولد : فلولد ام الولد من امه نصفها و هو خمسة وعشرون ومن ساير التركة ايضاً نصفها وينتقل الى الولد نصف امه الذي هو نصيبه منها ولو لا الدين لكان نصفها الاخر ايضاً منتقلا اليه بازاء نصيبه من سائر التركة فتصير الام منعتقاً بالانتقال اليه باجمعها . نصفها باعتبار

كونه نصيبه منها ونصفها باعتبار كونه نصيبه من سائر التركة : واما مع الدين فالام لا تنتقل الي ولدها باجمعها - بل يختص الانتقال بنصفها الذي هو نصيبه منها واما نصفها الاخر الذى بازاء نصيب ولدها من سائر التركة فلاتنتقل الي ولدها لتعلق حق الغرماء بما يكون بازائه من سائر التركه- فيمنع عن انتقال الام بمايفى نصيب ولدها من هذه التركة وانما يعتق الام اعنى نصفها الاخر بالسراية لابالانتقال فمقدار نصيب الولد من امـه طلق ينتقل اليه انتقالا موجبا للانعتاق و مقدار نصيبه من سائر التركة متعلق باعيانها لحق الديان الموجب للمنع عن انتقال مايحاذيه من ام الولد على الولد حتى ينعتق عليه بالانتقال فللديان مطالبة الوارث بعين سائر التركة لو امتنعوا عن اداء الدين من غيرها فحال ساير التركة حال ماعدى ام الولد ممن ينعتق على الوارث والملاك فيهما واحد وهو منع حق الديان عن انعتاقه و انعتاق مايحاذيه من ام الولد على الوارث بالانتقال ،، فتحصل وجه اختصاص دعوى صاحب المسالك . مايقوم على ولدام الولد بخصوص قيمة مقدار نصيبه من امه دون سهام ساير الورثة كما اوضحناه .

ومما ذكر ظهران مبنى اشكال صاحب المسالك على الشيخ (قدس سرهما) هو القول بانتقال التركة الى الوارث اذعلى القول بالانتقال ينعتق نصيبه من امه بالتفصيل المتقدم . كما ان بناء كلام الشيخ فى الحكم بجواز بيعها في الدين المستغرق على عدم الانتقال وظهر الفرق بين العتق بالسراية وبين العتق بالانتقال بكون القيمة على الولد في الثانى دون الاول ومحصله ان في العتق بالسراية تكون القيمة بـازاء ماتختار الامة نفسها من اعطاء القيمة لكى تعتق على حسب ماتعطى فكانها تشتري نفسها من مولاها بحق لها في ذلك فلامحالة تكون القيمة عليها وهذا بخلاف ماينعتق منها بالانتقال

الى ولدها فانها بمالها من المالية تنتقل الى ولدها فيتلف مالتيها بـالعتق في ملك ولدها فيتعلق حق الديان بقيمتها على ولدها لوقوع التلف فى ملكه هذا تمام الكلام فى توضيح اشكال الشهيد على الشيخ

قوله (قده) وربما انتصر للمبسوط (الخ) المنتصر هو صاحب المقابيس (قده) وقداورد على المسالك في اعتراضه على الشيخ بامور اربعة (الاول) ماشار اليه بقوله اولا بان المستفاد مما دل (الخ) و حاصله الاشكال على المسالك فى حكمه بانعتاق سهم الولد من امه بالانتقال اليه وانه يلزمه قيمة ماينعتق منها عليه من نصيبه وهذا الاشكال كماترى ينحل الى امرين (الاول) المنع عن كون الانتقال مع الدين المستغرق موجبا للانعتاق ، ، و ذلك لان المستفاد من دليل عتق ام الولد من نصيب ولدها . هوماذا كان الانتقال اليه من جهة الاستحقاق بلاعوض بل مجانا : لامثل المقام الـذى لايستحقه الولد لمكان وجود الدين المستغرق : فلا يكون هذا الانتقال موجبا للانعتاق . لاختصاص الانعتاق بالانتقال الذى لايلزمه غرامة و كان على وجه الاستحقاق (الثانى) ان مورد التقويم على الولـد هو قيمة حصص ساير الورثة من ام الولد لاقيمة نصيب ولدها منها لان مورد التغريم بالانعتاق انما هو في باقى الحصص من سهام ساير الورثة اذا لم يف نصيب الولد من مجموع التركة بقيمة امه فانه يسري العتق الى الام جميعها فيجب اعطاء قيمة باقى الحصص اماعلى الولد من ماله او على الام تسعى بها لعدم وفاء نصيب ولدها من التركة حتى يخرج قيمة ساير الحصص من الام من نصيبه مما عداها من التركة .

واشار الى الثانى بقوله (وثانيا) بان النصيب اذا نسب الى الوارث (الخ) وحاصله ان منشاء الحكم بانتقال التركة الى الوارث مع استغراق الدين

هو التفصى عن الالتزام ببقائها على حكم مال الميت لكونه مستلزما للقول ببقاء الملك بلامالك : والا فمع صحة الالتزام ببقاء الملك بلامالك كان اللازم هو القول ببقاء التركة على حكم مال الميت وهذا النحو من الانتقال لا يوجب الانعتاق هذا و لايخفى ان هـذا ليس اشكالا على حدة بل هو اعادة لجزء الاول من الاشكال المتقدم او انه بيان لوجهه اعنى وجه كون الانتقال لا على وجه الاستحقاق .

واشار الى الثالث بقوله وثالثا ان ما ادعاه من الانعتاق (الخ) و حاصله ان هـذا الا نتقال مع انه لا يكون على وجه الاستحقاق لو صار منشأ للانعتاق لكان الوقف على من ينعتق عليه ايضا موجبا له نباء على صحة الوقف على من ينعتق عليه وان الوقف تمليك على الموقوف عليه ،، مع انه مستلزم لبطلان الوقف بالا نعتاق فيلزم من و جوده عدمه و هذا الاشكال ايضا من تبعات الجزء الاول من الاشكال الاول اعنى دعوى كون الانتقال لا على وجه الاستحقاق ،، حيث ان الانتقال عـلى من ينعتق عليه مع تعلق حقوق ساير البطون بعين الوقف يكون نظير انتقال التركة الى الوارث مع تعلق حق الديان بها

واشار الى الرابع بقوله و رابعا انه يلزمه على كلامه (الخ) و حاصله ان ملاك ضمان الولد لقيمة نصيبه من امـه اذا كان هو انتقال نصيبه منها اليه الموجب لانعتاقه عليه مـع الدين المستغرق لاوجـه للتخصيص بخصوص قمة نصيبه منها بل يجب القول بكون قيمة جميعها عليه اذا كان نصبه من مجموع الام و ماعداها يفى بقيمتها سواء كان الدين مستغرقا ام لا و سواء زاد نصيبه من الجميع لقيتها اوساواها و على فرض الزيادة كان الباقى منه بعد اداء الدين مسا ويا لقيمتها ام لا فى صورة عدم استغراق الدين ،،

و ذلك لانه مع و فاء نصيبه من مجموع التركة ينتقل اليه امه باجمعهافي مقابل نصيبه من سائر التركة و المفروض ان ملاك الانعتاق هوالانتقال و هو متحقق فى مفروض المقام بالنسبة الي جميع الام فلا وجه للتخصيص بحصوص نصيب الولد منهافان لم يبق بعد اداء الدين من نصيبه من اصل التركة شيئى فلاشيىء حتي يرثه الولد (ح) وذلك فى الدين المستوعب وان بقي من نصيبه شيئى بعد اداء الدين وذلك فى الدين الغير المستغرق فيعطى الولد ما بقي من نصيبه من التركة سواء كان الباقى بقدر قيمة امه ام لا هذا اذا كان نصيبه من مجموع التركة يفى بقيمة امه و كذا اذا كان نصيبه من اصل التركة انقص من قيمة امه ولم يكن وافيا بتمام قيمتها بل كان بمقدار ثلثها اوربعها اونحوهما فانه لا وجه لاختصاص التقويم على الولد بحصوص قيمة نصيبه منها بل يقوم عليه ما ينتقل اليه منها بازاء نصيبه من مجموع التركة كما اذا كان اصل التركة بضيمة ام الولد مأة دينار مثلا و كانت قيمة الام خمسين وورثه اربع بنين احدهم ولد ام الولد فلولدها من امه ربعها ومن ساير التركة ايضا الربع والمستفاد من المسالك هو اختصاص قيمة نصيبه من امه اعنى ربع الام بالتقويم على الولد مع ان اللازم تقويم قيمة نصيبه من اصل التركة و هو نصف الام عليه لان نصفها ينتقل اليه يكون ربعها نصيبه منها وربعها الاخر مطابقا مع قيمة نصيبه من ساير التركة فان كان الدين مستغرقا فلايبقى له شيئي اصلا وان لم يكن مستغرقا يرد اليه الفاضل من نصيبه بعد اداء الدين ويؤخذ بازاء ماعليه من القيمة و يسقط عما يقوم عليه ويؤخذ منه الباقى وهذا هومراده من قوله و يسقط من القيمة نصيبه الثابت الباقى ان كان له نصيب وذلك فيما اذا لم يكن الدين مستغرقا هذا هومحصل ما اورد على المسالك من الاشكالات الاربع و الكل مندفع بما تقدم في توضيح مرام صاحب المسالك وسنعيده بما لامزيد عليه .

قوله قده ويمكن دفع الاول (الخ) قد عرفت ان ايراده الاول كان منحلا الى امرين وهما منع كون الانتقال مع الدين المستغرق موجبا للانعتاق : وان مورد التقويم على الولد هو قيمة حصص سائر الورثة لا نصيب الولد من امه و يرد على الجزء الاول بان الدين غير مانع عن الانعتاق و ذلك لما عرفت من طلقية العين عن حق الديان المستكشف من عدم جواز بيعها في الدين ويرد على الجزء الثانى بان ثبوت قيمة نصيب الولد من امه عليه نـاش عن عدم كون الام من المستثنيات المستكشف من تعلق حق الورثـة بقيمتها المتأخر عن حق الـديـان كما اوضحناه و مع بقاء حقهم في قيمتها من نصيب ولدها يتعين الرجوع الى ولدها فيما انعتق عليه منها من نصيبه لكون التلف على ملكه . فلا وجه لتوهم وجوب السعى عليها ،، ومنه يظهر انه لا وجه لترديد المصنف (قده) في اشتغال ذمة الولد او وجوب بيعها في القيمة في العبارة حيث يقول لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمة الولد قهرا (الخ) . بل المتعين هو الحكم باشتغال ذمة الولد بقيمة نصيبه

قولـه (قـده) فتردد الامر ح بين سقوط الديـان (الخ) المحتملات في المقام اربعة (الاول) سقوط حق الديان عن قيمة ام الولد كما هو ساقط عن عينها ومقتضى ذلك كونها من المستثنيات (الثانى) تعلق حق الديان بقيمتها حتى من تتلف عليه وهو الولد لكون التلف واقعا في ملكه (الثالث) تعلق حقهم على رقبتها تسعى بها بعد العتق (الرابع) تعلق حقهم بمنافعها فلهم ان يوجروها مدة تفى اجرتها بـدينهم كما قيل في حق الغرمـاء بـالنسبة الى المفلس و المتعين هو الثانى لبطلان ماعداه .

اما الاول فلما عرفت من انهما ليست من المستثنيات .

و اما الثالث فلما عرفت من ان مورد مـا يقوم عليها فى رقبتها انما هو ما ينعتق منها بالسراية لا بالانتقال والكلام هاهنا بالنسبة الى نصيب الولد

منها الذى انعتق عليه بـالانتقال فلامورد لاحتمال وجوب السعى عليها الذى هوعبارة عن اختيارها لانعتاقها ببذل قيمتها على حسب مـا يبذل تدريجا او دفعة .

و اما الرابع فلسقوطه بتعين الاحتمال الثانى مضافا الي عدم الدليل عليه لولم نقل بتعين الثانى وقياسه بالمفلس فاسد لكونه قياسا : اولا ولانه مع الفارق على تقدير القول بصحة القياس :ثانياً، وذلك لادائه الى صرف عمر الامة فى استيفاء منافعها اذا كانت قيمتها تعادل مع اجارتها مدة عمرها . وهو مناف مع الحكم بعتقها ، حيث انه لايجتمع عتقها مع صيرورة جميع منافعها فى مدة العمر للديان بل هذا اسوء من الرق لرجاء الا نعتاق في الرق دونه كمالا يخفى ، فتحصل ان المتعين من بين الاحتمالات هو تقويم قيمة نصيب الولد على الولد : ومنه يظهر ان ترجيح هذا الاحتمال لايحتاج الى التأمل ، فلا وجه لقول المصنف (قده) من دوران الا مر بين الوجهين الا خيرين اعنى و جوب السعى علي ام الولد ، و تعلق حق الديان بمنافعها ثم القول بانه يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا الى التأمل

قوله (قده) و مما ذكرنا يظهر اند فاع الوجه الثانى الخ قدعرفت ان مرجع الوجه الثانى كان الى بيان وجه الجزء الاول من الاشكال الاول اعنى منع كون الانتقال علي و جه الاستحقاق . و يند فع باند فاعه اذ بعد فرض عدم منع الدين عن الانعتاق فلا سبيل الى دعوى عدم كون الانتقال على و جه الاستحقاق ، مضافا الي فساد ما افاده في وجه الالتزام بالانتقال وهو التفصى من الالتزام ببقاء التركة على حكم مال الميت اذ لا محذور في الالتزام به بل لا محيص عنه فى بعض الموارد كمافى باب الوصية

اذا اوصى بالثلث مثلا على مصرف فانه بعد موت الموصي يبقى على حكم مال الميت فليس و جه القول بالا نتقال هو ماذكره من التفصى عن الالتزام ببقاء التركة فى حكم مال الميت بل الوجه فيه هو ترتب آثار ملكهم عليها من كون الوارث مما يتوجه اليه الدعوي لو ادعي على الميت بشيي وانهم يقيمون البينة او يتوجه عليهم المين دون الديان وان لهم دفع الدين عن غير تركة الميت من اموالهم و نظائر هذه الامور الكاشفة عن الانتقال اليهم و بعد ثبوت الا نتقال يترتب عليه احكامه التى منها الانعتاق لعدم المانع عنه بعد فرض عدم تعلق حق الديان بعين ام الولد المستكشف من قوله عليه السلام لاتباع فى غير ثمنها : نعم تكون التركة متعلقة لحق الديان نظير تعلق حق المرتهن بالرهن فى غير ام الولد و تيعلق حقهم بالقيمة فى ام الولد ،، و لازم ذلك تعلق قيمة نصيب الولد منها على الولد وقيمة نصيب ساير الورثة علي رقبتها

قوله (قده) و منه يظهر الجواب عن الثالث الخ و محصله دعوي الفرق بين انتقال نصيب الـولد من امه اليه و بين انتقال الوقف الى من ينعتق عليه و هوان نصيب الولد من امه طلق من حق الديان بحسب عينه فلا مانع من انعتاقه فى ملكه و هذا بخلاف الوقف عـلى من ينعتق عليه فانه على تقدير تملك من ينعيق عليه والانتقال اليه لايكون طلقا لتعلق حق البطون المتأخرة عليه وكونهم مالكين له فى عرض ملك من ينعتق عليه كل بمقدار زمان و جوده المانع عن الا نعتاق كما اذا ورثه من ينعتق عليه فى رتبة تعلق حق الديـان حيث قد عرفت عدم انعتاقه (ح) لمنع حق الديان المتعلق الى عينه عن انعتاقه على من ينعتق عليه لكون الا نعتاق فى رتبه المتا خر عن الانتقال المقارن مع تعلق حق الديان بحسب الرتبة

(قوله قده) واما ماذكره رابعاً (الخ) قدعرفت توضيح الاشكال وان محصله هو الاعتراض على صاحب المسالك في اختصاصه مايقوم على الولد بخصوص نصيبه من امه مع ان اللازم هو التعميم بالنسبة الى مايفى من نصيبه من قيمة امه تمامها او بعضها ،، و لايخفي اندفاع هذا الاشكال بما اوضحناه في تقرير مرام صاحب المسالك : و حاصله هو فساد توهم تقويم مايفى من نصيبه من سائر التركة بقيمة سائر الحصص من امه وذلك لكون نصيبه من سايرالتركة متعلقا لحق الديان بعينه في صورة استغراق الدين وهو مانع عن انتقال مايساويه من الام من سايرالحصص إلى الولد ،، وحيث ان العتق يسرى (ح) الى جميع الام فتكون قيمة سايرالحصص على رقبتها يجب عليها السعى بهالانه لايكون بالانتقال ،، وقدعرفت ان مايكون من العتق بالسراية يكون على رقبتها . فلاتنافى في اختيار صاحب المسالك تقويم نصيب الولد على الولد مع التزامه بكون قيمة ماينعتق من الام بالسراية على رقبتها ،، ومما ذكرنا يظهر ان ماافاده المصنف (قده) في الجواب بقوله (انه ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقا على الولد اما اذا قلنا باستسعائها فلايلزم شيئى) ليس على ماينبغى اذمورد الجزم بكون قيمتها بعدالانعتاق على ولدها انما هو في قيمة نصيبه منها وهوامر مجزوم به . ولا يلزم منه القول بكون قيمة سائر الحصص ايضا على الولد ،، بل نقول بكون ماينعتق منها بالسراية على رقبتها لمنع الدين المتعلق بعين سايرالتركة عن انتقال ماعدى نصيبه منها اليه كمالايخفى .

قوله (قده) ومنها تعلق كفن مولاها (الخ) من الموارد التى عدت من المستثنيات من عدم جواز بيع ام الولد هو بيعها فى مؤنة تجهيز مولاها مطلقا من كفنه و غير كفنه من تجهيزه اذالم يكن له سواها : فقيل بجواز بيعها في مؤنة تجهيزه ،، و استدل له بفحوى جواز بيعها في الدين

في الجملة ولوفي ثمن رقبتها ،، وتوضيحه انه عنداجتماع حق الديان وحق ام الولد . يقدم حق الديان ولوفى الجملة كمافى ثمن رقبتها : وعنداجتماع حق الميت مع حق الديان يقدم حق الميت على حق الديان مطلقا اى حق كان دينهم من الحقوق . لانه يبدء بالكفن ثم بالدين : فحق الميت مقدم على حق الديان مطلقا . وحق الديان مقدم على حق ام الولد في الجملة فحق الميت مقدم على حق ام الولد لتقدمه على حق الديان المتقدم على حقها ونتيجة ذلك هووجوب صرف ام الولد في الكفن و اذا ثبت وجوب صرفها فى الكفن وجب صرفها فيما عداه من مؤنة التجهيز هذا محصل هذا الدليل

ولايخفى مافيه لمنع الفحوي ،، وذلك لامكان ان يكون تقدم حق الديان في ثمن رقبتها لاجل تعلق حقهم الى العين لكون الدين ثمنها المنتفى في حق الميت بالنسبة الى كفن المولى . فثبوت حق الديان في ثمن رقبتها لايوجب اولوية حق الميت بها بالنسبة الى مؤنة التجهيز : نعم لوقلنا بجواز بيعها في الدين مطلقا ولوفيما عدى ثمنها كانت الاولوية قطعية لكن لانقول به كما تقدم وجواز بيعها في ثمنها لايوجب اولوية جوازه في تجهيز مولاها مع الاحتمال المذكور . الا أولوية ظنية لاتصلح للاستدلال بها .

قوله قده نعم يمكن ان يقال نظير ما قيل فى الدين (الخ)

هذا هوالصحيح في المقام وحاصله دعوي اولوية تعلق حق الكفن بقيمتها من تعلق حق الديان بقيمتها وقد ثبت عدم سقوط حقهم فيما عدى ثمنها عن قيمتها وان كان ساقطا عن عينها مع عدم احتمال ثبوت حق منهم عليها كماكان يحتمل ثبوت حق بايعها عليها فمع ثبوت حق الديان بقيمتها مع تاخر حقهم عن حق الكفن يتعلق حق الميت في تجهيزه ايضا بقيمتها بطريق اولى وتلك الاولوية قطعية لعدم احتمال خصوصية موجبة لتعلق

حق الديان بقيمتها حتى يقال بانتفائها في حق الميت ومع تقدم حق الميت في تجهيزه على الدين وتعلق حق الديان بقيمتها مع عدم احتمال خصوصية في تعلق حقهم بقيمتها يقطع بتعلق حق الميت ايضا بقيمتها واذا كان الانعتاق على ولدها فتجب مؤنة التجهيز في ماله اذا لم يكن وارث سواه . ويوزع عليه و على ام الولد بسعيها لو كان وارث سواه على ما تبين وجهه في المسئلة المتقدمة .

قوله (قده) ومنها اذا جنت على غير مولاها الخ) اعلم ان الحكم في جناية المملوك هو تخيير المجنى عليه بين استرقاقه او أخذ الفداء من مولى الجانى اذا كانت الجناية عمدية وتخيير المولى بين الامرين ابتداء اذا كانت خطائية ،، فالكلام يقع تارة في حكم الجناية العمدية واخرى في الخطائية : اما الاول فالظاهر جواز استرقاقها للمجنى عليه لان الاستيلاد مانع عن اخراج المولى اياها عن ملكه بناقل اختيارى مثل البيع ونحوه او الشرط في ضمن عقد ،، اوغير اختيارى واسترقاق المجنى عليه ليس نقله عن ملك المولى بل يقع من المجنى عليه قهرا على المولى رضى به ام لم يرض و يلزمه زوال ملك المولى عنها فادلة عدم جواز نقلها عن ملك المولى لاتدل على عدم جواز استرقاقها على من تحقق له سبب الاسترقاق كالمجنى عليه عمداً و كان هذا ظاهر واما ما نقله في الكتاب من انها تنتقل الى المجنى عليه على النحو الذى كانت في ملك المولى فلايجوز للمجنى عليه بيعها و تنعتق بموت المجنى عليه فمما لا ينبغى الاصغاء اليه : اذ العتق عند موت المولى كان لاجل انتقالها الى ولدها ولامعنى للقول بعتقها عند موت المجنى عليه اذ لا ولد لها منه كما لايخفى هذا في العمد .

واما الخطاء فهل هو كالعمد في ذلك ام لا (و جهان) ظاهر الاكثر

هوالاول وذهب جماعة الى الاخير ،، ويمكن ان يكون مبنى الوجهين الى ان الثابت في الخطاء على المولى هل هو الفداء ومع امتناعه يكون للمجنى عليه الاسترقاق فلايكون الاسترقاق احد فردي التخيير للمولى اوانه يتخير من اول الامر بين الامرين التفدية او دفع الجانى فعلى الاول فيكون كالعمد من كون الاسترقاق خارجا عن النقل دون الاخير لكن الظاهر هوالاخير اعنى تخيير المولى بين الامرين و عليه فمقتضى القاعدة الكلية في الحكم التخييرى من انه عندتعذر بعض افراده يتعين الباقى منه بالعرض : ان يكون المتعين في المقام هواختيار الفداء لتعذر دفع الجانى بواسطة المنع عن اخراجه وذلك بعد ماستفدنا من دليل المنع عن بيعها المنع عن مطلق الاخراج الاختيارى اوغيره ولوبغير عقد،، واختيار دفعها في جنايتها . اخراج اختيارى (هذا) الا ان الاشهر ذهبوا الى جواز استرقاقها : واستدل المصنف (قده) لجوازه باطلاق ادلة حكم جناية مطلق المملوك ولولم يكن ام ولد حيث انها باطلاقها يشمل ام الولد ايضا ولايعارضها في باب ام الولد مايدل على المنع عن بيعها ،، حيث انه يدل على المنع من نقلها ولو بغير البيع . لكن دفعها الى المجنى عليه ليس نقلالها بل هو تخلية بينها وبين المجنى عليه هذا .

ولايخفى انه على تقدير التخيير يكون المتعين هوالاول ،، اللهم الا ان يكون نظر المصنف الى منع التخيير بل الالتزام بكون المتعين هوالفداء و لوامتنع فللمجنى عليه الاسترقاق : اويمنع عن عدم جواز مطلق النقل ولولم يكن بعقد . ويخصص المنع بالنقل بالعقد اوالشرط في ضمنه: لكن الاخير لاسبيل اليه كما تقدم . بل لاسبيل الى القول بدفعها الى المجنى عليه والتخلية بينها وبينه ولولم يكن الدفع نقلا ،، و ذلك لان المستفاد

من دليل المنع عن النقل هووجوب الابقاء على ملك المالك الواطى . لكى يترتب عليه الانعتاق والدفع مناف له والظاهر في جناية الخطاء هو تخيير المولى وعليه فماعليه الجماعة هوالاقوي وان كان الاكثر على خلافه .

قوله (قده) ومنها بيعها على من ينعتق عليه (الخ) الاقوى جواز بيعها على من تنعتق عليه : وذلك لوجهين (احدهما) انه قدتقدم مراراً ان الملك الحاصل من البيع ممن ينعتق اليه ليس ملكية استقرارية بل ملك استطراقي بمعنى انه آناما . يدخل في ملكه لينعتق عليه فمثل هذا النقل ليس مشمولا لادلة المنع عن البيع لان هذا ليس بيعا حقيقة وانما الالتزام بالملكية الاستطراقية و الملك التقديرى لاجل قيام الدليل علي الانعتاق على المشتري وهولا يحصل الا بالملكية الاستطراقية (الثانى) انه على تقدير تسليم كونه بيعا . يكون الدليل عن منع بيعها منصرفا عنه لان المنع عن بيعها انماهو للارفاق بها لاجل تشبثها بالحرية والمفروض ان بيعها على من تنعتق عليه تعجيل في حريتها .

قوله (قده) و يلحق بذلك بيعها بشرط العتق (الخ) الاقوي في هذا الفرع ايضا هوجواز بيعها بشرط ان يعتقها المشتري ، ، و ذلك للوجه الثانى من الوجهين المتقدمين في الفرع السابق . و هوانه تعجيل في عتقها فلايمنع تشبثها بالحرية عنه ولوامتنع المشترى عن العتق يجبره الحاكم ومع عدمه فالعدول ولاينتهى الى الفسخ لان مورده هوعند تعذر الشرط ومع امكان قيام الحاكم او العدول به فلاتعذر و هذا حكم كلى يطرد في جميع موارد امتناع المشروط عليه عن الوفاء بالشرط .

قوله (قده) وكك بيعها ممن اقر بحريتها (الخ) لايخفى ان بيعها ممن يقر بحريتها امايكون مع علم المولى البايع بصدق المشترى في اقراره اومع عمله بكذبه اولا يعلم بصدقه وكذبه . فعلي الاولين فلايصح بيعه . اما على

تقدير العلم بصدقه . فلان المبيع (ح) حرة بحسب علم البايع و المشترى فلايجوز عليهما بيعها وهذا واضح واما على تقدير العلم بالكذب فلان البايع يدرى (ح) بصيرورة الامة ملكا للمشترى واقعا ولو كان المشترى مأخوذاً باقراره ظاهراً لكن الحرية المترتبة على اقرار المشترى لاينافي الرقية واقعا ودليل المنع عن بيع ام الولد يدل على المنع عن انتقالها المنافي مع تشبثها بالحرية وابقائها لان ينعتق عند موت المولى واقعا فلايجوز بيعها مع العلم ببقائها على الرق واقعا .

واما مع الجهل بكذب المشترى وصدقه قال الاستاد دامت بركاته ان الاقوى جواز البيع وذلك للحكم بحريتها بسبب الاقرار ظاهرا ولامانع منه من طرف البايع ايضا (اقول) يمكن ان يقال انه يحصل (ح) علم اجمالى بثبوت خلل في هذا البيع اما من جهة كون المبيع حراً او من جهة كونه ام ولد نظير ماتقدم في بيع عبد المسلم من الكافر المقر بحريته ،، حيث انه يحصل هناك علم اجمالى ببطلانه اما من جهة خلل في المبيع على تقدير صدق المقر او في المشترى على تقدير كذبه ،، و لايمكن دفعه هاهنا بما اندفع به هناك لان المنع عن تاثيره هناك كان لاجل ان المانع عن بيعه من الكافر هو نفي سلطنة الكافر على المسلم لااصل تملكه و لو مع الحكم بانعتاقه عليه ظاهرا فلاخلل في بيعه على تقدير كذبه لمكان مأخوذية الكافر باقراره الموجب لنفى سبيله عليه وهذا بخلاف المقام حيث ان المانع من بيع ام الولد هو تشبثها بالحرية الموجب لابقائها على ملك مولاها لكى تنعتق بعد موته من ارث ولدها و من المعلوم ان بيعها ممن يقر بحريتها يمنع عن عتقها على تقدير الكذب فيكون العلم الاجمالى موثرا على كلا تقديريه .

قوله (قده) ومنها ماإذا مات قريبها (الخ) والاقوى في هذه الصورة ايضاً جواز بيعها وذلك لكونه تعجيلا في عتقها بل بيعها هذا ليس باختيار من المولى و انما يباع عليه لوامتنع و قد عرفت اختصاص المنع عن بيعها بالنقل بالمعنى المصدرى الصادر عن الناقل ولولم يكن بالاختيار.

قوله (قده) و من القسم الثالث الخ الكلام في هذا القسم يقع في مواضع (الاول) فيما اذا كان الاستيلاد بعد الرهن فهل يكون مبطلا للرهن السابق اى مذهبا لمتعلق حق المرتهن بواسطة اخراجه اياه عن الطلق او انه لايذهب به حق المرتهن عن العين المرهونة (وجهان) اقواهما الاول، وذلك لانه كما ثبت في باب التكاليف انه عند تزاحم ماهو مشروط بالقدرة الشرعية: مع ماهو مشروط بالقدرة العقلية يقدم الثاني على الاول ولو كان متأخراً بالزمان كذلك في باب الحقوق اذا وقع التزاحم بين حقين يكون موضوع احد هما مشروطا بعدم الاخر ولايكون الاخر مشروطا بعدمه يقدم ما لايكون مشروطا على عدم الاخر على ماهو المشروط منهما بعدمه ولو كان متأخرا عنه بالزمان ومانحن فيه من هذا القبيل لكون الرهن مشروطا حدوثا و بقاء بعدم كون العين المرهونة ام ولد واما ام الولد فليس تحققها شرطا بعدم الرهن اما الاول فلان الرهن عبارة عن جعل عين قابل للنقل مخرجا للدين فهو حكم يجعل للموضوع القابل للمخرجية: ولا يعقل ان يكون الرهن حافظا لقابلية موضوعه. اذ هو حكم في الموضوع القابل و الحكم لايعقل ان يكون حافظا لموضوعه و هذا ظاهر. واما الثاني فلان الاستيلاد يتحقق بكون العلوق في ملك الواطى و لا مانع من تحققه مع الرهن الا توهم اعتبار كون الملك الحاصل فيه العلوق تاماً ومع الرهن لايكون كذلك و هو مدفوع بعدم الدليل على اعتبار التمامية في الملك

اذليس عليه برهان فالاستيلاد رافع لموضوع الرهن لكن الرهن لايمنع عن الاستيلاد ،، ونتيجة ذلك خروج العين عن متعلق حق المرتهن ولايخرج قيمتها عن الرهن نظير عدم تعلق حق الديان بعين ام الولد مع تعلق حقهم بقيمتها فيجب جعل شيى اخر مكانها رهنا

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها بعد افلاس المولى الخ

الحكم بعدم جواز بيعها فى هذا الفرع اظهر و ذلك لان حق الغرماء المتعلق الى اعيان اموال المفلس نشاء من ناحية حكم الحاكم عليه بالحجر لامن ناحية انشاء منه كالرهن و اذا كان حق الرهن مشروطا بقابلية الموضوع الذى تعلق الحق به للنقل و كان الا ستيلاد موجبا لانعدام الموضوع بزوال قابلية النقل عنه شرعا الذى هو فى حكم انعدامه تكوينا فيكون هدم موضوع حق الغرماء به اظهر ،، والحاصل ان الحقوق المتزاحمة اذا كان احدها مشروطا بعدم الاخر كان المطلق منها هادما لموضوع مشروطها و ان كان متاخراً زمانا و ان كانت فى رتبة واحدة يقدم منها ماهي متقدم زمانا و لااشكال فى ان حق الرهانة وحق الغرماء فى مال المفلس و حق المضمون له فى مال الضامن الذى اشترط اداء مال الضمان عنه كلها مشروط بقابلية متعلقه لان ينتقل الي المالك حتى يستنقذ منه الحق والاستيلاد رافع لتلك القابلية شرعا . و حيث ان المانع الشرعى يكون كالعقلى فى انهدام الموضوع . فلاجرم يقدم حق الاستيلاد على تلك الحقوق كما كان يقدم على الجناية الخطائية . فتقديم حق الاستيلاد على مثل تلك الحقوق يكون من باب الحكومة كما ان تقديم حق المجنى عليه على الاستيلاد في صورة العمد ايضا كان من باب الحكومة ،، حيث ان موضوع الاستيلاد انما هو الامة التي تكون قابلة لان تبقى الى زمان موت مولاها لكى تنعتق من نصيب

ولدها و حق استرقاق المجنى عليه يزيل تلك القابلية عنها : فيزول حق الاستيلاد بزوال موضوعه

قوله (قده)و منها ماذاكان علوقها فى زمان خيار بايعها الخ

الا قوي فى هذا الفرع ايضاعدم بطلان حق ام الـولد بواسطة حق الخيار السابق و توضيحه يتوقف على بيان امـرين (الاول) انه تقدم ان الدليل فى باب ام الولد و ان كان وارداً عن منع بيعها لكن من مناسبة الحكم و الموضوع استفدنا عدم انحصار المنع بالبيع بل يعمه وكل نقل بعقد معاوضى او غير معاوضى او شرط في ضمن عقد او ماكان باختيار دفعها الى المجني عليه فى الجناية الخطائية هذا كله اذا كان النقل اختيار يا و الظاهر ان القهري منه ايضا كك ،، و ذلك لان المستفاد من دليل المنع عن بيعها هو وجوب بقائها على ملك مستولدها الكى تنعتق من نصيب و لدها و هذا الملاك كما يمنع عن نقلها الاختيارى يمنع عن النقل القهرى ايضا،، اقول هكذا افيدو هو ان كان حقا لكنه موجب لعدم جواز الا ستر قاق فى جنايتها العمدية ايضاحيث انه نقل من المجنى عليه بغير اختيار من المولى و القول بـان حق ام الولد مشروط بعدم حق المجنى عليه لانه ثبت فـى موضوع يصح بقائه الي زمان موت المولى و حق المجني عليه يخرجه عن تلك القابلية معارض بمثله حيث يصح ان يقال ان حق المجني عليه مشروط بـقابلية الموضوع لان ينتقل اليه بالاسترقاق و الاستيلاد بناء علي ايجابه المنع عن النقل الغير الا ختيارى ايضا يمنع عن الاسترقاق و على هذا فلافرق بين حق المجنى عليه و بين ساير الحقوق في ارتفاعه بالاسترقاق ،، اللهم الا ان يكون المقصود منع كون الاسترقاق نقلا عن ملك المولى بل هو عبارة عن اخذ الجاني رقا ويلزمه زوال ملك المولى عنه من دون نقل منه الى المجنى

عليه و منشاء اللزوم هوامتناع اجتماع الملكيتين على مملوك واحد وحيث ان للمجنى عليه سلطنة على اخذ الجانى ملكا وليس لمولاه منعه عنه يكون اللازم تحقق اضافة الملكية بين المجنى عليه والجانى ويترتب عليه زوال اضافة ملكية المولى عن الجانى (ح) فالاسترقاق (ح) لايكون نقلا و لولا عن اختيار المولى و اذا ثبت بالدليل جوازه اينما وجده الجانى يكون لامحالة معدما لموضوع حق ام الولد اعنى قابلية بقائها الى موت المولى كما لايخفى .

الامر الثانى ان في حق الخيار احتمالين (الاول) ان يكون متعلقا بالعقد من غير حق من ذي الخيار بالنسبة الى العين اصلا . ولازم ذلك ارتجاع العين اليه بعد اختيار الفسخ فان كان موجوداً فيأخذه والافيرجع الى من عليه الخيار بالمثل او القيمة و على هذا فيكون العين قبل الفسخ ملكا تاما للمفسوخ عليه يجوز له التصرف فيه بجميع انحاء التصرف المتوقف على الملك التى منها الاستيلاد (الثانى) ان يكون حقا متعلقا بالعين فالفسخ عبارة عن ارتجاع العين ويلزمه حل العقد ،، ولازم ذلك عدم جواز تصرف المفسوخ عليه قبل الفسخ بحرمة تكليفية لو كان فعل يؤثر في انهدام موضوع حق الخيار .

اذا عرفت ذلك فنقول حق الخيار يسقط عن العين بالاستيلاد لان الفسخ نقل غير اختياري ،، ولافرق في منع الاستيلاد عن النقل بين الاختيارى والغير الاختياري بحكم الامر الاول وان الاستيلاد يجوز على تقدير تعلق حق الخيار بالعقد ولايجوز على تقدير تعلقه بالعين فلافرق بين الاحتمالين في الفسخ في حكم المقام اعنى في تاثير الاستيلاد اللاحق فى المنع عن حق الخيار السابق و ان كان يفرق من جهة حرمة الاستيلاد و جوازه كما لايخفى .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها بعد اشتراط اداء مال الضمان

منها (الخ) وقع الخلاف في جواز الضمان بعين خارجى بـان يضمن مـالا على ان يؤديه بهذا المال الخارجى و لعل الاقوي جوازه ثم هل هو ضمان بالنسبة الى العين الخارجى او ان الضمان يقع بالذمة وهذا المال مخرج لما يقع في الذمة كالرهن (احتمالان) اقواهما الثانى وعليه فهذا بـالرهن اشبه منه بالضمان ،، اذا تحقق ذلك فنقول حكم هذا الفرع بعينه حكم سبق الرهن على الاستيلاد فكما ان الاستيلاد يمنع عن حق الرهن السابق فكذا يمنع عن حق المضمون له ايضا بجامع واحد و هو اشتراط حق الرهن و المضمون له بقابلية العين للمخرجية بواسطة المنع عن نقلها لاجل الاستيلاد .

قوله (قده) ومنها ما اذا كان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

(الخ) اعلم ان الضابط في هذه الحقوق هو ما تقدم من ان كل ما يتوقف تحققه على قابلية متعلقه للنقل فالاستيلاد يمنع عنه ،، ضرورة اناطة تحققه بتحقق موضوعه والاستيلاد يعدم موضوعه : والظاهر ان ماعدى حق الجناية العمدية من الحقوق المتقدمة من هذا القبيل . وكل حق لا يتوقف تحققه على قابلية متعلقه للنقل فهو يمنع عن حق الاستيلاد وينهدم موضوعه لان تحقق حق ام الولد متوقف على قابلية متعلقه للبقاء في ملك المولي حتى تنعتق عند موته بواسطة الانتقال الى ولدها وحق المجنى عليه مثلا ينهدم تلك القابلية و يخرج الامة عن قابليتها للبقاء على ملك مولاها وهذا المعنى ثبت في حق المجنى عليه بدليل جواز اخذه للجانى و استرقاقه على جميع التقادير اخذ اغير متوقف على قابلية الموضوع للنقل وكان هذا اعنى عدم الاشتراط مسلم في حق الجناية كما ان اشتراط حق الرهانة بقابلية متعلقه للنقل ايضا من المسلمات وذلك واضح بعد تصور كون متعلقه مخرجا للدين ولذا تريهم يترددون في بعض الحقوق في انه هل هو من قبيل حق الجناية اومن قبيل

حق الرهانة و مرادهم من كونه من قبيل هذا اوذاك هواشتراطه بقابلية متعلقه للنقل وعدمه .

اذا عرفت هـذا فنقول من الحقوق التى وقع البحث في كونه من قبيل حق الرهانة اوحق الجناية حق المنذور له في عين المتصدق بها والكلام فى تنقيح ذلك يتوقف على بيان امور (الاول) في حكم نذر الصدقة ثم تعقيبه بحكم استيلاد المنذور به ،، فنقول النذر تارة يتعلق الى الصدقة ويعبر عنه بنذر النتيجة : واخرى الى التصدق ويعبر عنه بنذر الفعل . وعلى كلا التقديرين فاما يكون النذر مطلقا كما اذا نذر كون الامة صدقة اوان يتصدق بها من غير اناطته بشيى اويكون مشروطا وعلى الثانى فـاما يكون بعد حصول الشرط اويكون قبله : و على الاخير اعنى ما اذا كان قبل حصول الشرط فاما يكون الشرط محققا كمجيىء يوم الجمعة مثلا اويكون مترقبا كشفاء مريضه وقدوم مسافره وحكم هذا الاقسام امافي نذر الصدقة فلو كان مطلقا يخرج المنذور عن ملكه من غير اشكال : و كذالو كان مشروطا وقدحصل الشرط مطلقا . سواء كان الشرط محققا او مترقبا . و لو كان قبل حصوله . فالمنذور باق على ملكه لاناطة خروجه عن ملكه بشرط لم يحصل بعد فيكون فعلية خروجه بعد حصول الشرط ،، وهل يجوز له ان يتصرف فيه بمايوجب اتلافه عقلا كاكله لو كان مأكولا ونحوه اوشرعا كاخراجه عن ملكه او استيلاده او نحوهما مطلقا اولا يجوز مطلقا او يفصل بين مـااذا كان الشرط المعلق عليه محققا فلايجوز او مترقبا فيجوز (وجوه) اقواها الثانى وذلك لان مجيىء الشرط مما له دخل في القدرة على امتثال النذر فيكون مما له الدخل في حسن الخطاب لافي اصل الملاك فيكون تفويت مقدماته قبل فعليته من قبيل ماتم ملاكه قبل فعلية خطابه وفي مثله يحكم العقل

بقبح التفويت من قبيل متمم الخطاب على ما اوضح تفصيله في الاصول . فيحرم عليه التفويت ويجب حفظ القدرة الى زمان الشرط المتوقف على ابقاء المنذور في ملكه قابلا للخروج عن ملكه بالنذر عند مجيء شرطه فيحرم عليه التصرف بكل تصرف موجب لفواته عقلا او شرعا هذا في حكم نذر النتيجة .

واما نذر الفعل فان كان مطلقا فيجب التصدق به من غير اشكال كما اذا كان مشروطا وقد حصل الشرط و اما قبل حصول الشرط فهل يجوز التصرف بما ينافى النذر ام لا فالوجوه الجارية في نذر النتيجة تجرى هاهنا و ان الحق منها هاهنا ايضا عدم الجواز . وذلك لكون التصرف بما ينافى النذر موجبا للتعجيز عن التصدق المحكوم عليه بالحرمة عند فرض تمامية انملاك وقد ظهر مما ذكرناه عدم الفرق فى نذر الفعل او النتيجة في عدم جواز التصرف بما ينافي النذر قبل حصول الشرط مطلقا سواء كان الشرط محققا ام مترقبا هذا في حكم النذر مع قطع النظر عن صيرورة المنذور ام ولد .

الامر الثانى فى حكمه مع اجتماعه مع الاستيلاد : فهل يقع بينهما التزاحم لعدم تقدم كل واحد منهما على الاخر : او يقدم النذر على الاستيلاد كتقدم حق الجناية العمدية عليه او يقدم الاستيلاد عليه كتقدمه على حق الرهانة وغيره من الحقوق المتقدمة ذكرها (احتمالات قد يقال بالاول وذلك لعدم تقيد موضوع كل واحد من الحقين اعنى النذر والاستيلاد على عدم الاخر فلا يقدم كل على الاخر ،، ولكن التحقيق هو تقدم الاستيلاد على النذر كتقدمه على حق الرهانة و نحوه : وذلك لتقييد موضوع النذر اعنى ما تعلق به النذر : وهو المال الذى نذر صدقته او التصدق به لقابليته لان يخرج من ملك المالك ،، و هذا الشرط مأخوذ فى رتبة موضوع النذر مع قطع النظر عن حكمه فعالم يكن المال قابلا للخروج عن ملك مالكه لا يصح نذره و

الاستيلاد يخرج المال عن تلك القابلية : وهذا بخلاف موضوع الاستيلاد فانه لا تكون مقيداً بعدم تعلق النذر به فلا محالة يرتفع موضوع النذر بالاستيلاد المتعقب له ولا يمكن رفع الاستيلاد بالنذر المتقدم والا يلزم الدور كما في كل حاكم مع المحكوم ، حيث ان رفع اليد عن الحاكم بواسطة المحكوم مستلزم للدور ، والسر في ذلك كله هو تأخر حكم النذر عن موضوعه نحو تأخر كل حكم عن موضوعه فلا يعقل ان يكون هو بنفسه حافظا لموضوعه : بل هو حكم متحقق عنه تحقق موضوعه : و اذا كان موضوعه مقيداً بعدم حكم الاستيلاد فحكم الاستيلاد يرفع موضوعه من دون ان يكون له دافع في رفعه ليقدم حكم استيلاد على حكم النذر ح من غير مدافع .

الامر الثالث في ان النذر بعد تقدم حق الاستيلاد عليه هل ينحل ولا شيئي على المولى بواسطة الاستيلاد . اذا انه يحنث ويجب عليه الكفارة بواسطة الحنث و عليه قيمة امة المنذورة (و جهان) ذهب المصنف الى الاول منهما في المتن و الاقوى هو الاخير ، و توضيحه يتوقف على بيان امرين (احدهما) انه يعتبر في النذر ان يكون متعلقه راجحا وهذا في الجملة مما لا كلام فيه . وانما الاشكال في ان المعتبر من الرجحان هو الرجحان حال النذر و لو لم يكن حال الفعل راجحا او الرجحان حال الفعل والمحكي من فعل صاحب الجواهر (قده) هو الاول حيث حكي انه قده لاجل اهتمامه في تصنيف الجواهر كان ينذر كل سنة قبل موسم الحج زيارة الحسين ع اوز يارة الامير ع في يوم عرفة لكي لا يصير مستطيعا و يصير الحج واجبا عليه ومن المعلوم ان فعل المنذور يصير مرجوحا بعد حصول الاستطاعة فهذ العمل منه شاهد على ذهابه بكفاية الرجحان في حال النذر ولو كان

مرجوحا حال العمل ،، ولكن الا قوي خلافه لان المدار علي رجحان العمل فلا محالة يجب ان يكون حينه و رجحان حين النذر غير كاف في صدور العمل الراجح بعد اتصاف العمل بالمرجوحية حين العمل ،، ولازم ذلك بطلان النذر بواسطة حصول الاستطاعة كما انه يبطل بواسطة صيرورة متعلقه ام الولد كما فيما نحن فيه

و ثانيها ان بطلان النذر بواسطة طرو مايوجب مرجوحية متعلقه تارة يوجب انحلاله ولاشيئ على الناذر ،، و اخري يوجب الحنث وعلى الناذر ضمانه . وضابط الاول هوما اذا كان طريان مايخرج النذر عن الرجحان بامر خارج عن اختيار الناذر مثل الاستطاعة و ضابط الثاني هو ماذا كان باختيار من النادر مثل تلفه للعين المنذورة او فعله بهامايوجب تلفه مثل وطيها الموجب لصيرورتها ام ولد التي فى حكم التلف فكل ماكان من قبيل الاول يصير النذر به منحلا و مثال الاستطاعة من هذا القبيل و كلمايكون من قبيل الثاني يوجب الحنث وعلى التالف ضمان العين المنذورة بالمثل او القيمة و ما نحن فيه من هذا القبيل .

فان قلت اذا كان الوطى موجبا للحنث يكون حراما و مع حرمته لايتحقق الاستيلاد لكون الوطى محرما (قلت) مضافا الى انه لايعتبر في تحقق الاستيلاد حلية الوطى بل المعتبر فيه سلطنة المولى على البضع ولو كان وطيه حراما كما اذا كان في حال الحيض ونحوه ،، الحرمة في المقام غير مانع عن الاستيلاد اذهي نشأت عن تفويت حق النذر المتوقف على تحقق حق الاستيلاد ولا يعقل ان يكون مانعا عن تحققه و هذا نظير حرمة السفر المفوت للجمعة فانها لاتصير منشاء لجواز الجمعة او حرمة السفر

المفوت للصوم المنذور فانها ايضا لاتوجب جواز الصوم فيه والايلزم الدور وهذا ظاهر كمالايخفى .

قوله(قده) ومنها ماذاكان علوقهامن مكاتب مشروط(الخ) اذا كان علوق الامة من مكاتب مشروط ثم فسخت الكتابة بعد العلوق فلااشكال في حرية الولد لان علوقه وقع في حال الكتابة فيحكم بحريته و ان الامة ام ولد بالنسبة الى العبد المكاتب لكن كونها مستولدة بالقياس اليه لايصيرها مستولدة بالقياس الى المولى فللمولى ان يبيعها بعد فسخ الكتابة لكونها قنا بالنسبة اليه وهذا ظاهر .

قوله (قده)وانما الكلام فى ان بيع الرهن هل يقع باطلا(الخ) الكلام في بيع الرهن من الراهن يقع من جهات (الاولى) في انه هل يقع باطلا اوانه يصح موقوفا على الاجازة (الثانية) هل حكم الاجازة في المقام حكمها في باب الفضولى من حيث الكشف والنقل اوانه يقال في المقام بالنقل و لوقلنا في الفضولي بالكشف (الثالثة) ان فك الرهانة او اسقاط المرتهن حقه هل يكفيان في الاجازة ويقومان مقامهما اوالحكم بالصحة مختص بتحقق الاجازة .

اما الجهة الاولى فالمشهور المعروف فيها هوالصحة و عن المحقق التسترى قده في المقابيس القول بالبطلان والحق هو ماعليه المشهور ،، و ذلك لتطابق القاعدة والنص على صحته : وتوضيح ذلك يتوقف على بيان مقدمة وهى انه قد تقدم في باب الفضولي ان صحة الفضولى و ان كانت مطابقا مع القاعدة ولكن تتميمها بالقاعدة يكون متوقفا على بيان مورد الفضولى ونقول في بيانه ان الافعال الصادرة عن الفاعلين امالاتقبل النيابة اصلا اوتقبلها (والثانى) امالايكون للفعل مسبب انشائي مترتب عليه مثل ترتب ذى الالة على آلته على ماهوالمختار عندنا من كون الصيغة في باب

العقود آلة لانشاء المنشيي للمعنى الذى ينشائه بهافي عالم الاعتبار او يكون له مسبب انشائي مترتب عليه ،، لااشكال في عدم جريان الفضولي فيمالاتقبل النيابة اصلا ،، ضرورة ان مالا يصح صدوره عن الغير بالنيابة لايصح صدوره عن الغير بلانيابة بطريق اولى . ولافي عدم جريانه فيما ليس له مسبب انشائي : وذلك لانه لايعقل انقلاب الشيئى عماوقع هوعليه فالصلوة الواقعة عن الفاعل مثلا لايعقل استناده الى آخر بالاجازة . فمورد صحة الفضولى لابد من ان يكون معنى قابلا لان يستند الى المجيز بسبب الاجازة و هذا بخلاف الاذن السابق فان المأذون اذافعل عن الغير يقع عن الغير و اما وقوعه عن شخص ثم استناده الى اخر فهو غير معقول ،، و السر فى ذلك ان نفس الفعل الصادر ليس له بقاء حتى يلاحظ حاله البقائى و يستند الى غير الفاعل . و فى حال حدوثه كان مستنداً الى الفاعل و استناد حال حدوثه الي غيره مستلزم للانقلاب ،، ومنه يظهر عدم جريان الفضولي ايضافيما يكون للفعل مسبب انشائي بالنسبة الي نفس المعنى السببي فالا يجاب و القبول من حيث هماسببان للا لتزام العقدي لايقبلبان الفضولى لانهما ايضالاحالة بقائي لهاوانماالبقاء للمنشاء بهمافانحصر مورد امكان الفضولي بالمنشاء المترتب علي الفعل الصادر عن الفاعل من غير فرق بين الالتزام العقدى او الا يقاعى : لكن الاجماع قام على عدم جريان الفضولى في الايقاع فينحصر مورده بالعقود فى خصوص المعنى المسببي لانه معني قابل للبقاء ،، و لماكان انشائه عمن لا يكون سلطانافي انشائه محتاجا الي تتميم نقصه باجازة المالك الموجبة لاستناده اليه فبالا جازة يتم الالتزام العقدي و يصير مشمولا لعموم اوفوا بالعقود الذى يدل على حكم معاملى و هواللزوم لاالحكم التكليفى اعني وجوب الوفاء بالعقد كما حققناه

سابقا ، ولايخفى ان رفع نقصان العقدالصادر عن الفضولى باجازة المالك لايختص بما اذاكان المجيزهوالمالك والفضولي غيرالمالك بل يعمه و كلما كان في عقده جهة نقص يرتفع باجازة الغيرمثل بيع المحجور والمفلس و الراهن و نكاح العبد و نكاح بنت الاخ اوالاخت علي العمة اوالخالة و نحوها : اذكل هذه الموارد يجري فيها الفضولى بجامع واحدو هو وجود المعنى المسببي المترتب على سببه الذي قلنابانه الذي يقبل الفضولي وان الملاك في كونه فضوليا هو صدوره عمن لايكون سلطانـا عليه و عدم السطنة عليه اما لاجل انه لايكون مالكا او لاجل كونه محجورا اولكونه محتاجا الي اجازة شخص آخر .

فتحصل ان التحقيق هوصحة الفضولى فـى بيع الراهن اذا تعقب باجازة المرتهن مثل صحته من غير المالك اذا تعقب باجازة المالك ،، هذا على ما تقتضيه القاعدة مع قطع النظرعن النص : و كذلك الحكم بالنظر الى النص فان النص الوارد على صحة نكاح العبد اذا اجازه المولى معللا بانه مـا عصى الله و انماعصي سيده فاذا اجازجازيدل اما بطريق المنصوص العلة او بطريق العلة المستنبطة القطعية على صحة كل معاملة متوقفة على اجازة اخر عند تعقبها باجازة من يعتبر اجازته .

و توضيح ذلك ان مورد المنصوص العلة عبارة عما اذاكان عموم العلة صالحاً لان يجعل كبرى كلية لوانضم الى الحكم المعلل بها لحصل منهما قياس بصورة الشكل الاول كما فى قوله الخمر حرام لانه مسكر حيث يقال الخمر مسكر وكل مسكر حرام ،، ولابد من ان تكون صحة الاستدلال به متوقفا علي قابليته لهذا الا نضمام بحيث لـولاها لم يكن الاستدلال به صحيحاو هولا يتحقق الا فيما اذاكان الحكم المعلل عاما ولم يكن فيه جهة

اختصاص بالموضوع المذكور في الخطاب كما في مثال الخمر حرام حيث ان الحرمة لاتكون مختصة بخصوص الخمر بل كل حرام فهو حرام ولم يكن للموضوع ايضا منشأ لا ختصاص الحكم به و اما لو كان كذلك فيخرج عن مورد منصوص العلة فان حصل (ح) مناط قطعي للتعدى عن مورد الحكم الى غيره يدخل في مستنبط العلة بالمناط القطعي و الا فيخرج عن تنقيح المناط ايضا ،، وحكم منصوص العلة هو التعميم بلاحاجة الي مناط قطعي اوغيره لكون الدليل بمد لوله اللفظي متكفلا للعموم وحكم مستنبط العلة هواحتياج التعميم الى القطع بالمناط .

اذا تبين ذلك فنقول حكم المذكور في الرواية المذكورة هو نفوذ نكاح العبد باجازة السيد والعلة المذكورة فيها هي ان العبد عصي سيده و ما عصى الله فالقياس الملتئم من المورد و الكبرى الكلية هوان العبد عصي سيده و ما عصى الله و كماعصي سيده وماعصي الله ينفذاذا اجاز السيد فتكون النتيجة صحة كلمايصدر عن العبد مما يحتاح الى اجازة سيده سواء كان نكاحا او غيره ولايدل على صحة ماصدر عن غير العبد ممايحتاج الى اجازة مجيز و هذانشاء من اضافة العصيان الي العبد و كونه عاصيا لسيده : فالموضوع ليس في الصغرى هو العصيان مطلقا بل هو خصوص عصيان العبد ولا عصيا نه بالنسبة الى كل احد بل عصيانه بالنسبة الى سيده ،،

لكن يمكن ان يقال ان قوله عليه السلام انه عصى سيده بمدلوله المطابقي العرفي يدل على عدم خصوصية في عصيان العبد لسيده بل يدل علي ان كل تصرف احتاج الى اجازة الغير وكان عصيانا له من دون اجازته ينفذاذا تعقب باجازته .

ويمكن ان يقال ان قوله عليه السلام عصى سيده بمدلوله العرفي المطابقي

لولم يكن كذلك لكن نقطع بعدم خصوصية في ذلك الحكم في عصيان العبد لسيده وكلتا الدعويين لاتكون بعيداً كما لايخفى فعلى الاول فالنص المذكور يدل على صحة الفضولى في بيع الراهن مع اجازة المرتهن بعده بالقياس المنصوص العلة وعلى الثانى يدل عليه بطريق القياس المستنبط العلة بالمناط القطعى وعلى كلا التقديرين يكون دليلا على صحة بيع الراهن فتطابق النص مع القاعدة كما لايخفى و هذا ماادعيناه من تطابق القاعدة مع النص على صحته .

قوله (قده) وقدظهر بذلك ضعف ماقواه بعض من عاصرناه (الخ) المراد بهذا البعض هو المحقق التسترى صاحب المقابيس (قده) وقداستدل لماقواه من بطلان بيع الراهن بالمنع عن تطابق القاعدة والنص على صحته ،، وذلك لعدم موافقة صحته لامع القاعدة . ولامع النص . اما الاول فلوجوه (منها) ان المعتبر في صحة الفضولي هوان يكون العقد صادراً عن الفضول بالقصد عن من له السلطنة على العقد كما في عقد الفضولى عن المالك حيث ان الفضول يقصد ايقاعه عن المالك فيقع عنه بعد اجازته وهذا بخلاف مالوقصد الايقاع عن نفسه فانه لايقع صحيحا بالاجازة لاعن المالك كمافي بيع الغاصب لنفسه فانه لايقع عن المالك بعد اجازته و لاعن نفس العاقد كما في كل عقد صادر عن العاقد لنفسه اذا توقف صحته على اجازة الغير مثل عقد المفلس والمحجور عليه ونكاح بنت الاخ اوالاخت بلااجازة سابقة من العمة اوالخالة ومنه عقد الراهن قبل اجازة المرتهن ففي جميع هذه الموارد يحكم بالبطلان بجامع واحد وهوعدم كون العاقد قاصداً في عقده ايقاعه عن الغير هذا محصل مرامه (قده) في هذا الوجه ولايخفى ان هذه الدعوى ليست بينة بنفسها ولاهى مبينة في كلامه اذلم يات عليها ببرهان .

ويمكن ان يكون نظره اعتبار امكان القصد عن الغير و يمكن ان

يكون مقصوده اعتبار فعلية القصد لكن الاول لايلائم مع ذهابه الى بطلان الفضولي في بيع الغاصب لنفسه ،، حيث ان قصد ايقاعه عن الغير فيه بمكان من الامكان . مع انه لاوجه لاعتباره اصلا وكذلك الثاني .

ويمكن ان يكون الوجه فيما اختاره هواعتبار القصد عن الغير فيما لايترتب عليه مسبب شرعي في وقوعه عن الغير كالصوم والصلوة ،، حيث انه لولا القصد عن الغير لايقع عن الغير . بل يقع عن نفس الفاعل ان كانت ذمته مشغولة به والايقع لغواً ولايقع استناده الى الغير بلحوق اجازة الغير: فكانه (قده) فاس مورد جريان الفضولي بماذكر . ممالايجرى فيه الفضولي لاجل عدم مايترتب عليه من المسبب الشرعي ،، ولكن قد عرفت الفرق بين المقام وبين ماذكر وان القياس مع الفارق فالخلط بين المقامين اوجب توهم منع جريان الفضولي في المقام لاجل عدم فعلية قصد الايقاع عن الغير قياسا له بمثل باب الصوم والصلوة .

الوجه الثاني ان بيع الراهن قبل اجازة المرتهن تصرف في حق المرتهن قبل اذنه وهو منهي عنه والنهي يدل على الفساد ،، والجواب عنه اولا ماتقدم في بيع الفضولي بان هذا ليس تصرفا في حق الغير بل هو تصرف في لسانه بانشاء العقد اذ الكلام في نفس العقد الصادر عن الراهن لافي قبضه واقباضه ،، وثانيا بانه على فرض كونه تصرفا فيه . فالنهي عنه لايدل على الفساد لرجوعه الى ناحية السبب لاالى مرحلة المسبب ،، وثالثا بانه على تقدير رجوعه الى المسبب ايضا لايدل على الفساد في المقام لان الفساد ينشاء من عدم اجازة المرتهن اعني استقلال الراهن في البيع من دون اجازة المرتهن اصلا : وهذا لاكلام فيه : وانما الكلام في صحته بعد اجازته وهو لايكون متعلقا للنهي كمالايخفى .

الوجه الثالث ان مورد الفضولى انما هو فيما اذا امكن وقوع المعاملة للمجيز باجازته وهذا مفقود فى المقام اذ لا معنى لوقوع البيع للمرتهن بعد اجازته وهذا بخلاف بيع المرتهن قبل اجازة الراهن فانه يقع للراهن اذا اجاز والجواب عنه عدم الدليل على اعتبار وقوع البيع للمجيز بعد اجازته فى مورد جريان الفضولى بل المعتبر هو ما قدمناه من ان يكون للفعل مسبب توليدى مترتب عليه وكان ترتبه عليه متوقفا على امضاء الغير وانفاذه سواء وقع بالامضاء لنفس المجيز او وقع للفاعل نفسه ،، هذا تمام الكلام فيما افاده فى بطلان بيع الراهن على طبق القاعدة .

واما الثانى اعنى المنع عن صحته بالمنع عن دلالة ما ورد فى صحة نكاح العبد من دون اذن مولاه على صحته ايضاً : فمحصل ما افاده ان النص الوارد فى نكاح العبد يدل على صحة نكاحه اذا تعقب باجازة مولاه . وبعموم التعليل يتعدى عن مورده الى كل ما يكون نظيره مما يكون التصرف فيه فى سلطان الغير. لان السلطان فى مورد النص هو المولى ،، حيث ان السلطنة فى نكاح العبد تكون للمولى : فمباشرة العبد فى نكاحه تصرف فى سلطان مولاه ،، و نظير ذلك هو تصرف الفضولى فى بيع ملك الغير : اذ السلطنة على بيع ملك الغير ثابتة لمالكه لا للفضولى . فبيع الفضولى لمال المالك : كنكاح العبد فى كونه تصرفا فى سلطان الغير فبعموم التعليل يتعدي عن مورد النص اليه ،، و اما بيع الراهن فليس مشابها لنكاح العبد : اذ ليس للمرتهن بيع العين المرهونة حتى يكون بيع الراهن فعلا لما يسلط عليه المرتهن كما كان نكاح العبد او بيع الفضولى فعلا لما يسلط عليه المولى او المالك . فالنص المذكور لا يكون دليلا على صحة بيع الراهن . و لا كلما يكون نظيره مما ليس الفعل الصادر عن الفاعل فعل المجيز : وان توقف نفوذه على اجازته مثل

بيع المفلس والمحجورعليه ونكاح بنت الاخ اوالاخت على العمة والخالة من غير رضاهما و نحو ذلك ،، والجواب عنه هوماتقدم فى تقريب دلالة النص المذكور اما بطريق المنصوص العلة او على نحوالقياس المستنبط العلة وقدعرفته بمالامزيد عليه .

قوله (قده) و قد يتخيل وجه لبطلان البيع هنا (الخ)

ربما يذكر وجهان مغالطيان لبطلان بيع الرهن الصادر عن الراهن كلاهما مبنيان على القول بالكشف فى باب الاجازة (احدهما) ان صحة هذا البيع من الراهن حين صدوره عنه بالاجازة المتأخرة عن المرتهن يستلزم انتقال المبيع الى المشتري متعلقا لرهن المرتهن فيلزم ان يكون مال غير الراهن رهنا للمرتهن (وثانيهما) ان البايع حين البيع وان كان مالكا للمبيع الا انه ليس مالكا لبيعه وبالاجازة يملك بيعه وعلى فرض صحة بيعه يدخل فى باب من باع ثم ملك رقبة المال او من باع ثم ملك بيعه بعد كونه مالكا لرقبته .

والجواب عن الاول ان هذا ليس اشكالا مختصا بالمقام بل هوعين الاشكال الوارد على القول بالكشف الحقيقى ولذا التزمنا فيه بالكشف الحكمى فمن يقول فى الفضولى بالكشف الحقيقي لابد من ان يقول فى المقام بكون الاجازة المتأخرة موجبا لفك الرهانة من حين البيع كما يقول باقتضائها لانتقال المبيع الى المشترى من حين العقد فلم يلزم انتقاله الى المشتري متعلقا للرهن .

وعن الثانى بان اندراج المقام فى باب من باع ثم ملك انمايتم اذا تعقب البيع بفك الرهانة او باسقاط المرتهن حقه . وسيأتى حكمه والكلام الان فى اجازة المرتهن لافى اسقاطه للحق اوفك الراهن الرهن باداء الدين

اذالفرق ثابت بين اسقاط المرتهن لحقه وبين اجازته لبيع الراهن اذالاول اسقاط لحقه المستلزم لصحة البيع الصادر عن الراهن بلا اجازة من المرتهن لبيعه وهذا هو باب من بـاع ثم ملك فيجيء فيه الاحتمالات في ذاك الباب من بطلان البيع . اوصحته و احتياجه الى اجازة الراهن بعد اسقاط حق المرتهن اوبلااحتياج الى اجازته ايضا على ماسيأتي ،، والثاني اجازة منه لبيع الراهن المستلزم لسقوط حقه و هذا نظير البيع الصادر عن الفضول الـذى اجازه المالك ،، حيث ان الفضولي لايكون مالكا للبيع و مع ذلـك لايندرج بيعه بعد الاجازة في بـاب من باع شيئاً ثم ملك كمالايخفى.

قوله(قده) ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة

او ناقلة (الخ) هذا هوالجهة الثانية التي يبحث عنها فى المقام و قد وقع الخلاف في حكم الاجازة هاهنا من حيث الكشف والنقل و المحكي عن جامع المقاصد المتوغل فى القول بـالكشف هوالقول بـالنقل فى المقام و المختار هوعدم التفاوت فى حكم الاجازة بين المقام ومايلحق بهممايصدر البيع عن المالك متوقفا على اجازة غيره كالمفلس ونحوه وبين سايرموارد الاجازة من حيث الكشف والنقل . فان قلنا فى سايرالمقامات بـالكشف فنقول بـه في المقام ومايلحق بهايضا وان قلنا بالنقل فنقول بهفى المقام ايضا

وربما يحتمل فى المقام تعين الكشف ولوقلنا فى غيره بالنقل عكس ماذهب اليه جامع المقاصد . وكيف كان فتوضيح المقام يحتاج الي مقدمة وهى ان الشرائط علي اقسام (فمنها) مايكون شرطا للعقد والعقد فى عقديته يتوقف عليه بحيث لولاه لم يكن العقد عقداً وذلك كالماضوية بناء علي اعتبارها ومايشبه بها : وبعبارة اوضح يكون شرطا لتحقق العقد ،، و منها مايكون شرطا فى نفوذ العقد بعدتمامية عقديته ويكون شرطالروحه

وحيوته ،، ومنها مايكون شرطا لترتب الاثر علي العقد مثل القبض في الصرف والسلم ،، حيث انه لايكون شرطا لعقدية العقد ولا لنفوذه . بل هوجزء ينضم الى العقد التام باجزائه وشرائطه فيترتب عليهما الاثر .

ولااشكال في ان الاجازة ليست من قبيل القسم الاول : ضرورة اعتبار مقارنة ماكان من قبيل القسم الاول مع العقد فلايصح تأخره عنه ولا من قبيل القسم مقارنة ماكان من قبيل الاخير والالم تكن مجري للدوران بين الكشف والنقل. واذالم يذهب احتمال الكشف في مثل القبض في باب السلم والصرف الى وهم: بل هي من قبيل القسم الثاني ،، اذاعرفت هذافنقول هنا امور ينبغي البحث عنها.

الاول ان اجازة المرتهن هل هي شرط لنفوذ عقد الراهن وتنفيذله ويترتب عليه سقوط حقه اوانها اسقاط لحقه (وجهان) ربما يقال بانها اسقاط للحق لاتنفيذ للعقد ،، وذلك لان تنفيذ العقد لابد و ان يكون ممن له السلطنة عليه . بحيث له ان يفعل لكي يصح منه ان يجيز و هومنحصر بما اذا باع الفضولي مال المالك اذالمالك له البيع فله الاجازة ،، واما المرتهن فليس له بيع مال الراهن فليس له اجازة بيع الراهن ايضا . واذا لم تكن له الاجازة فليس له الرد ايضا . بل لورد لايؤثر رده في اسقاط البيع عن التأثير بعد سقوط حقه . بل العقد يؤثر في النقل بعد ذلك الرد و سقوط حق المرتهن بفك الرهن مثلا ولو كان الفك بعد رد المرتهن للبيع .

والسر في ذلك كله ان خطاب اوفوا بـا لعقود الذى مدلوله حكم وضعي لاتكليفي و مرجعه الى الاخبار بلزوم العقد لايشمل غير المالك فالمرتهن لايخاطب بالوفاء بعقد الراهن واذا اجاز لايصير عقد الراهن عقده لكي يشمله الخطاب فمرجع اجازته (ح) الى اسقاط حقه لكن التحقيق

هوالاول اعن كون اجازة المرتهن تنفيذاً لعقد الراهن وان ترتب عليها سقوط حقه وانه مشمول لعموم او فوا بالعقود وذلك لان ملك الرهن و وان كان للراهن لكن للمرتهن حق علي العين المرهونة بماهي ملك الراهن فان شئت فقل بان ملكية الراهن مركب لحق المرتهن وحقه راكب علي ملكيته وان شئت فقل بان حصة من الملكية و هى المرتبة الضعيفة منها ثابتة للمرتهن و حصة منها للراهن ولذا يعبر عن ملك الراهن بانه لايكون طلقاومنشأ نفى الطلقية عنه هو قصوره عماهو عليه بثبوت حصة او مرتبة منه (اوماشئت فعبر عنه) للمرتهن فالمرتهن مخاطب بخطاب او فوالكن بمقدار ماله من الملكية اعني هذا القدر الذى عبرناعنه بالمركبية لحقه او بالمرتبه او بالحصة فله تنفيذ البيع كماان لهرده .

و نتيجة رده هو سقوط البيع عن التأثير بعد سقوط حق المرتهن باحدى موجبات سقوطه من فك الرهن اواداء الدين او سقاط المرتهن و يتيجة اجازته هو سقوط حقه : و ذلك لان العين بماهى هى لم تكن متعلق ملكية الرهن ولذاكانت ملكية الراهن مركبالحقه واذا اجاز بيع الرهن و انتقل العين الى المشترى يذهب مركب حقه فيزول حقه بزوال مركبه . فليس مرجع اجازته الى اسقاط حقه و ان كان يترتب عليه سقوطه . وانه مخاطب بعموم او فوا بماله حظ من الملكية : و ليس يجب بل لايصح ان يصير المخاطب بوجوب الوفاء مخاطبابازيدمماله من الملكية وعدم شمول العموم لمالا يكون موضوعا لا يستلزم عدم الشمول بالمقدار الذى يعمه : فالحق فى هذا الا مركون الا جازة من المرتهن تنفيذاً و ان لهتنفيذ عقد الراهن كماان له رده .

الا مر الثانى هل بعد الاجازة على القول بكونها اسقاطا للحق لا

تنفيذاً يصير الراهن من قبيل من باع شياتم ملك ام لا فربمايقال بان بيع الراهن المتعقب باسقاط حق المرتهن اوفك الرهانة باداء الدين او بغيره يوجب اندراج المقام في باب من باع ثم ملك ، حيث ان الراهن لايملك البيع حين العقد : وذلك لقصور ملكه عن ذلك بواسطة ضعفه و نقصانه بمرتبة : يعبرعنه بعدم كونه طلقاوبقدر مانقص عن ملكيته ثبت للمرتهن ، ولذلك كان نفوذ عقده متوقفا على اجازته . فسقوط حقه ارتجاع لما نقص عن ملكية الراهن و ثبت للمرتهن . عن المرتهن الى الراهن : فالراهن لم يكن ما لكالهذا القدر الذاهب عنه بالرهن الذى ان شئت فعبرعنه بحصة من الملكية وان شئت فعبرعنه بكون ملكيته مركبالحق المرتهن او ماشئت فعبر بشرط ان لايذهب وهمك الى اشتراك بين الراهن والمرتهن : ، وباسقاط المرتهن لحقه اوسقوطه يعوددذاك الذاهب بالرهن الى الراهن . فيدخل في باب من باع شيأ ثم ملك على اسوء احتمالاته فان فيه احتمالات (احدها) هو البطلان وهذاهوالا قوى (و ثانيها) الصحة مع التوقف على اجازة البايع بعدان يصير مالكا (و ثالثها) الصحة مع عدم الحاجة الى اجازة البايع بعد مالكيته و هذا الاخير هوارده الاحتمالات و هو اللازم في المقام لوقلنابتاثير اجازة المرتهن ، حيث ان اجازته تؤثرفى طلقية ملك الراهن وصيرورته مالكا للبيع من غير حاجة الى اجازة من الراهن للبيع الصادرعنه بعد اجازة المرتهن .

ولكن التحقيق فسادهذاالمقال ، و ذلك لان اجازة المرتهن توجب رفع المنع عن تاثير بيع الراهن فالبيع الصادر عنه صادر عن اهله لانه مالك لرقبة المبيع من غيران يكون للمرتهن حصة من تلك الملكية و انماله حق على العين بماهى متعلق ملكية الراهن فكان ملكيته مركب لحق المرتهن لا ان

للمرتهن حظ وقسط من تلك الملكية ولوعبرعن حقه بقسط من الملكية لكان من باب الضيق فى التعبير ،، فالبيع - صادرعن اهله الا ان تعلق حق المرتهن بمتعلقه كان او قفه عن النفوذ فكان بيعه كان معلقافى الهواء منتظراً فى تاثيره لرفع المانع عن تاثيره و هوحق المرتهن و الا جازة توجب ارتفاع المانع عن تأثيره و بعد ارتفاعه يؤثر اثره لا محالة اذ الوقوف عن التاثير كان لاجل وجود المانع و لاحالة منتظرة في التاثير بعد ارتفاعه.

ومما ذكرناه يظهر عدم اندراج المقام فى باب من باع ثم ملك ،، سواء تعقب بيع الراهن باجازة المرتهن باسقاطه لحقه . او باداء الدين الموجب لافتكاك الرهن . اوبفك الرهن ولومع بقاء الدين ،، و سواء قلنا بان الاجازة اسقاط او قلنابانها تنفيذ للبيع المستلزم لسقوط حق المرتهن اذ على جميع التقادير يكون المرجع رفع المانع عن تأثير البيع من غيران يرجع شيىء الى الراهن حتى يندرج فى باب من باع ثم ملك ،، وذلك لما عرفت من عدم ثبوت شيئ من الملكية للمرتهن حتى يكون افتكاك الرهن او غيره من المذكورات مستلزما لرجوع ماخرج عنه بالرهن اليه.

الامر الثالث قدتقدم ان للمرتهن رد بيع الراهن و ذلك لان له اجازته لكن وزان الرد الثابت للمرتهن لايكون وزان الرد الثابت للمالك لوبيع ماله فضوليا ولاوزان فسخ ذي الخيار : بل انماله الرد لواراد استيفاء دينه . و يترتب على ذلك عدم تاثيرره قبل حلول اجل الدين اوبعده اذالم يكن المرتهن فى مقام الاستيفاء فلورد والحال هذه ثم اجاز اواسقط حقه او فك الرهن صح البيع . فمرجع رده الى استيفاء دنيه بالرهن كمان مرجع اجازته سقوط حقه من الرهن.

الامر الرابع هل اجازة المرتهن بناء على ان تكون اسقاطا لا تنفيذاً

للبيع ونظائرها . من الاسقاط بكلمة اسقطت . اوفك الرهن و نحوه : يجرى فيها نزاع الكشف والنقل . او تيعين فيها النقل و لو قلنا في سائر الموارد بالكشف (و جهان) قديقال بالاخير ، و ذلك لعدم انطباق ضابط مايجرى فيه نزاع الكشف والنقل عليها ، وتوضيح ذلك ان ضابط مايجري فيه نزاع الكشف و النقل هو كون الامر المتأخر مماله النظر الي تنفيذ الامر المتقدم وصيرورته منشاء لمضى الامر المتقدم وذلك مثل اجازة المالك لبيع الفضولى حيث انها بمدلولها اللفظى ناظر الى انفاذ البيع المتقدم فيقال (ح) هل هي موجبة لانفاذ البيع المتقدم من حينه اومن حينها : واما مالم يكن بمدلوله كذلك فلا سبيل فيه الي النقل كما في القبض فى مثل باب الصرف والسلم ، وقد عرفت ان الشرائط منها ماهو شرط في عقدية العقد كالماضوية و نحوها وهذا مما لا محيص فيه الا التقارن مع العقد . و منها ماهو جزء من السبب فى عرض العقد و ليس له دخل فى عقدية العقد فى تاثيره . وهذا كالقبض فى باب الصرف و السلم . و منها ماهو شرط فى تاثير العقد و سببيته و ان لم يكن دخيلا في عقديته . و ذلك كاجازة المالك فى بيع الفضولي حيث انها توجب اضافة العقد الفضولى الي المالك واستناده اليه الموجب لتاثيره .

اذا تبين ذلك فنقول اجازة المرتهن فى المقام ليست كاجازة المالك فى بيع الفضولى فانها لا تصير منشاء لاستناد عقد الراهن اليه بل لاموقع لاستناده اليه حيث ان استناده اليه موجب لبطلا نه لانه ليس له سلطنة علي بيعه فالا جازة (ح) كالقبض فى باب الصرف و السلم لا يحتمل فيها غير النقل لكن التحقيق جريان النزاع في اجازة المرتهن ايضا كما يجري النزاع فى اجازة المالك اذ الملاك فى جريان النزاع فى الكشف فى اجازة المالك انما هو كونها مقتضية لتأثير العقد من جهة تحقق استناد العقد الى المالك من ناحية الا جازة و فيما نحن فيه هذا

الملاك هو جود بعينه الاان الا جازة في المقام توجب رفع المانع عن تاثير العقد بعد تمامية مقتضيه و هوصدوره عن المالك و ليس الملاك في جريان النزاع كون الاجازة بلسانها تنفيذا المعقد السابق حتى يمنع عنه بناء على ان تكون اسقاطا لا تنفيذا اوكان رفع المانع بالاسقاط اوبفك الرهن بل المعيار هو كونه رافعا للمانع سواء كان بلسان التنفيذ اوالاسقاط او الفك ففي جميع هذه الموارد يجري بحث الكشف والنقل فالقائل بالكشف يقول بان رفع المانع بالاجازة وماحكمها من الاسقاط والفك موجب لتاثير العقد من حينه والقائل بالنقل يقول بانه موجب لتأثير العقد من حين الاجازة كمافي اجازة المالك بعينه وحيث كان المختار في باب اجازة المالك في بيع الفضولي هو الكشف الحكمي لا الحقيقي فالاقوى في المقام ايضا هو الكشف الحكمي ،، ولكنه يشكل اذا كان الكشف الحكمي مخالفا مع القاعدة كما عليه المصنف (قده) في باب اجازة الفضولي ،، ضرورة لزوم الاقتصار (ح) على مورد قيام الدليل عليه وهو منحصر بباب النكاح والبيع عن المالك كما دل عليه الخبر الوارد في النكاح و حكاية عروة البار قي الواردة في البيع اللهم الا ان يدعى التعدي عن مورد النص بالمناط القطعي ولا يخلو عن اشكال والذى يهون الخطب هو تمامية الكشف الحكمي على القاعدة عندنا كما اوضحنا سبيله في بيع الفضولي بمالامزيد عليه وقد تقدم شطرا من الكلام في بيع الرهن في ابواب الفضولي ايضا فراجع .

قوله (قده) الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم (الخ) اعلم ان بناء الفقهاء عليهم رضوان الله كان على ذكر شروط العقد ثم المتعاقدين ثم العوضين ثم يذكرون احكام البيوع من بيع الثمار والحيوان ونحوهما ثم يتعقبون الجميع بذكر حكم تعذر التسليم ولما كان احكام التعذر للتسليم مترتبا على اعتبار القدرة على التسليم و كان ذكره في

الشرائط اننسب فلاجرم قدم المصنف قده ذكره على ذكر احكام البيوع و جعله في خلال ذكر الشرائط .

ثم انه يمكن ان يجعل من شروط المتعاقدين و يمكن ان يجعل من شروط العوضين وربما يحتمل في بادى النظر كونه بشرط المتعاقدين امس نكون القدرة على التسليم وصفالهما كما ان الملكية والطلقية كانتا بالعوضين امس ،، مع امكان جعلهما من شرائط المتعاقدين بجعل الشرط مالكية المتعاقدين و كونهما مطلق العنان في التصرف الذي هو بمعنى الطلق لكنه احتمال بدوى ،، بل التحقيق هو كون القدرة ايضا من شرائط العوضين بمعنى مقدوريتهما للتسليم كما ان الملكية و الطلقية من شرائطهما ،، و بعبارة اخرى الشرط هو كون العوضين ممايمكن حصولهما عند من انتقل اليه و لايكونا كالعبد آلابق و السمك في الماء مما لايمكن حصولهما عند المنتقل اليه ،، ومن المعلوم رجوع الشرط (ح) الى العوضين لا الى المتعاقدين .

ثم ان اعتبار هذا الشرط هل هو على وفق القاعدة حتى يعم اعتباره في كل معاملة حتى فيما لم يرد دليل على اعتباره فيه بالخصوص و يكون الدليل الخاص في مورد و رود مؤكدا لحكم القاعدة . او انه على خلاف القاعدة فيقتصر (ح) على مورد قيام الدليل عليه بالخصوص (احتمالان) و التحقيق هو الاول وتوضيحه ان الملكية كما تقدم مرارا امر اعتبارى من مقولة الجدة الاعتبارية وانما يترتب عليها الاثر فيما يصح اعتبارها بحسب نظر العرف والعقلاء ولااعتبار بها فيما لايصح اعتبارها بنظرهم . ومن المعلوم ان الملكية التى لايمكن حصولها عند من انتقل اليه وكان متعلقها متعذر الوصول اليه بقول مطلق لا بتمكن المنتقل عنه على التسليم ولا بتكمن المنتقل اليه على التسلم : لااعتبار بانشائها بحسب نظر العرف والعقلاء بل هو بانياب الاغوال

اشبه وان انشائها ليس الا صرف اللفظ

وبعبارة اخرى نقول في عقد البيع مثلا دلالتان (احديهما) بالمطابقة والاخرى بالالتزام فبالمطابقة يدل على نقل كل من العوضيين عن صاحبه الى الاخر وبالالتزام يدل على التزام كل من المتعاقدين على ماوقع منه من النقل والانتقال والتزام كل منهما بتسليم ما انتقل عنه الى صاحبه ،، وهذا النقل الذى هو المدلول المطابقى انما يصح في عالم الاعتبار بحسب نظر العرف والعقلاء . فيما امكن حصول كل من العوضين عمن انتقل عنه الى من انتقل اليه الذى هو المدلول الالتزامى للعقد ومالا امكان فيه لحصول كل من العوضين الى الاخر فلا اعتبار بانشاء نقله بحسب العرف ونظر العقلاء

ثم اعلم ان ماهو شرط الصحة كما عرفت هو امكان حصول كل من العوضين ممن انتقل عنه الى الاخر سواء كان بقدرة المنتقل عنه على التسليم او بقدرة المنتقل اليه على التسلم ولو مع عجز الاول عن التسليم نعم عجزه يوجب الخيار للمنتقل اليه لو كان طاريا ،، لمخالفته للشرط الضمنى الذى هو المدلول الالتزامى الذى عرفت دلالة العقد على التزام كل واحد من المتعاقدين بتسليم من انتقل عنه الى الاخر التزاما فتعذر التسليم قد يوجب الخيار وقد يستلزم البطلان .

ومورد الاول هو تعذر النقل على الملتزم به ضمنا مع قدرة الاخر على التسلم : لكن فيما اذا كان التعذر طاريا لا من الابتداء اذ مع تعذر النقل ابتداء فلا التزام من به المنتقل عنه فاقدام المنتقل اليه على المعاملة مع تعذر التسليم على المنتقل عنه من اول الامر اقدام على المعاملة مع اسقاط هذا الشرط الضمنى فكانه اقدم على ان لا يسلمه المنتقل عنه بل بان يتسلم هو بنفسه ومعه فلا موجب للخيار كما لا يخفى .

و مورد الثانى هو تعذر حصول المال المنتقل عنه الى المنتقل اليه رأسا بتعذر تسليمه على المنتقل عنه وتسلمه على المنتقل اليه فظهر صحة جعل القدرة على التسليم شرطاً للصحة تارة مع جعل تعذره موجبا للخيار اخرى فحال ماهو شرط للصحة حال امكان حصول المنفعة للمستاجر الذى جعلوه شرطا للصحة في باب الاجارة بل هو هو بعينه الا انه اختلف التعبير ففى باب البيع عبروا باشتراط القدرة على التسليم وفي باب الاجارة عبروا باشتراط امكان الحصول و المآل في البابين واحد هذا تمام الكلام في تطبيق هذا الشرط على القاعدة .

واما بالنسبة الى ماتقتضيه الادلة الخاصة فقد استدل على اعتباره بماورد من نهى النبى صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر كما في مرسلة المشهورة عنه صلى الله عليه وآله وسلم اوعن الغرر بدون ذكر البيع كما ارسله العلامة قده عنه صلى الله عليه وآله وسلم في بعض كتبه والكلام في كل واحد منهما يقع في سنده ودلالته اما سند الاخير فقد ذكره العلامة مرسلا وهو متفرد بنقله ويحتمل قويا وقوع السقط في نسخته باسقاط كلمة البيع فلااعتماد به واما دلالته فهي مجملة من حيث تحمل الغرر لمعان متعددة كالخطر والغفلة والتغرير ، فلامعين في البين وليس فى هذه الجملة اعنى جملة نهى النبى عن الغرر ظهور في النهي عن المعاملات الغررية فالمحكى عن العلامة مخدوش سنداً و دلالة واما سند الاول اعنى النهى من بيع الغرر فهو وان كان مرسلا الا انه متلقاة بالقبول و قد عول عليه الاصحاب بل هو من المسلمات بين الامة لانه من جملة قضاياء النبى صلى الله عليه وآله وسلم المنقول عنه بطريق عبادة بن صامت الذى هو من خيار الصحابة . و اكثر تلك القضايا منقولة بطرق الخاصة ايضا الا انها متفرقة ومنها قضية لاضرر ولاضرار ، وبالجملة فاعتماد الاصحاب اليه مغن عن التكلم في سنده .

واما من حيث الدلالة فالظاهر كون اضافة البيع الى الغرر من باب اضافة الموصوف الى الصفة والغرر والغرة و الغرور اسام ثلاث اما مصادر او اسماء للمصدر مشتركة في مادة (غرر) لكنها تختلف بحسب المعنى فالغرر بمعنى الخطر والغرة بمعنى الغفلة والغرور بمعنى الفريب المعبر عنه بالفارسية (بكول يابكول زدن) ومعنى الغرر غاية حاصلة من معنى الغرة والغرور اذ الخطر ينشاء من الغفلة او الفريب وهما مبدآن له فبين المعانى الثلثة جامع مفهومى لكنه يؤخذ تارة من حيث الغاية والنهاية فيطلق عليه لفظ الغرر واخرى من حيث انه بداية ويطلق عليه الغرة او الغرور .

ولا يخفى ان الخطر الناشيى عن الغفلة او الغرور لا يكون الا مع الجهل ومع العلم لا يكون ضررا ناشيا عن احدهما ولو كان ضرر (ح) لا يكون الا عن الاقدام والضرر المقدم عليه لا يكون غررا فالنهى عن الغرر لا يدل على بطلان البيع الخطرى الذى اقدم عليه فلو كان باطلا لكان الدليل على بطلانه امرا اخر مثل كونه سفاهيا بالنسبة الى بعض مراتبه ولاجل ماذكرنا اعتبر فى الغرر ان يكون مع الجهل وليس دليل اعتبار الجهل لاجل اخذه في مفهوم الغرر بل لكونه بمعنى الغاية المترتبة على الغفلة او الغرور المتوقف على الجهل

ثم ان المراد من الخطر الناشيى منهما ليس مطلق الضرر ولو كان مثل الضرب و نحوه بل الضرر المعاملى ،، وذلك لكون الغرر صفة للبيع فالنهى تعلق بالبيع الضررى بمعنى ماكان الضرر ناشيا عن جهة المعاملة فيكون ضرر امعامليا وهو امايكون لاجل الجهل باصل وجود العوضين اوللجهل باوصافهما او للجهل بامكان حصولهما عند المنتقل اليه الذى هو مورد البحث فى المقام فالنهى عن البيع الغررى يعم جميع الموارد الثلثة ودعوى اختصاصه ببعض هذه الموارد كما ادعى اختصاصه بكل من هذه

الموارد الثلثة لاوجه له ويندفع باطلاق الدليل كما لايخفي هذا تمام الكلام في معنى الغرر.

واما النهي عنه الذى هو منقول عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فليس في طريقنا و طريق العامة محكيا عنه بلفظ الصادر عنه صلى الله عليه وآله وسلم بل المنقول هو حكاية نهيه بانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الغرر و فيه احتمالات (الاول) ان يكون نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغرر نظامياً لما يترتب عليه من التشاجر والتنازع فلايكون نهيا غيريا ولاتحريميا مولويا وعلى هذا فلايدل على الفساد بوجه من الوجوه

الثانى ان يكون ارشاداً الى فساد البيع الغررى اما لاجل فقد شرط و هو القدرة على التسليم او لاجل وجود مانع عن صحته و هو العجز عن التسليم و امتناع حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه وعلى هذا فيكون النهي دالا على الفساد بالمطابقة و يمكن ان يعبر عن النهي الارشادى بالنهي الغيري لكنه يصح فى باب العبادات و اما فى باب المعاملات فلايخلو عن مساهلة و الفرق بينهما هوا مكان تقطيع الامر النفسي المتعلق الى المامور به المركب من الاجزاء المقيد بالقيود الوجودية و العدمية و تخصيص كل قطعة منه فى عالم التحليل العقلي بجزء او شرط او مانع فمامنه يختص بالمانع يتصور بصورة النهي مثل لا تصل فى غير الماكول حيث انه فى عالم الثبوت قطعة من الحكم المتعلق بهذا المانع اعنى لبس غير الماكول وهذا بخلاف باب المعاملات حيث لا امر حتي يكون النهي عن قسم منها فى عالم الثبوت قطعة تحليلية منه بل النهي عنه كالنهي عن بيع الغرري ارشاد محض الى فساده كما لايخفى.

الثالث ان يكون نهيا مولويا تحريميا فان كان راجعا الى ناحية السبب فلايدل علي الفساد و ان كان راجعا الى ناحية المسبب فيدل على

الفساد التزاما لكن لا محيص الاعن ارجاعه الي ناحية المسبب و ذلك لكونه نهياعن البيع الغرري و المعا ملة الغررية و الظاهر منه بقرينة كون الغررصفة للبيع هو كون الغرر ناشياعن المعاملة من حيث هي وبماهي معاملة بـالمعنى الاسم المصدرى اذهى الموجب للخطر لاالبيع بالمعنى المصدري و ماهوسبب للمعاملة فهذه احتمالات ثلث و حيث انه ليس فى الكلام قرينة متصلة دالة علي تعيين احـديها و لافى البين قرينة منفصلة فيكون اللفظ من جهة دلا لته عـلي الفساد مجملا لتردده بين الا حتمال الاول الذى لايوجب الفساد و بين احد الاخريين اللذين يدل اللفظ على اولهما على الفسادمطابقة وعلى ثانيهما بالالتزام لكن الاصحاب حملوه علي الفساد ،، و لايمكن جعل فهم قـرينة على تعين احد الا حتمال الاخيرين لان فهمهم لا يصير قرينة منفصلة موجبة لا نعقاد ظهور فى اللفظ في مقام الدلالة التصد يقية اللهم الان يكون لا جل الد لالة السياقية بمعنى كون مساق الكلام كنظائره من اقضيته صلى الله عليه وآله وسلم المنقولة عدادهذه القضية بعيداً عن كونه نهيا نظاميا و ح يترددبين الاحتمالين الا خيرين ومع بعد التحريم المولوي حيث يبعد كون البيع الغررى محرماذا تيايتعين حمله علي الارشاد الى الفساد و هذا الحمل بعد تسالم الاصحاب على دلالته على الفساد ليس بكل البعيد وليس هذا مـن جهة صيرورة اللفظ بقرينة فهمهم ظاهرا في الارشاد بالدلالة اللفظية حتى يمنع عن ذلك بل لمكان ان فهمهم دليل علي و جود الدلالة السياقية علي ذلك و يكون ذها بهم قرينة على كون مساق الخبر هوذلك كمايؤيده كو نه في عداد بقية قضاياه صلى الله عليه وآله وسلم المحكية فى رواية عبادة بن صامت وبالجملة فدلا لـة الخبر بهذا التقريب واضحة لا ينبغى الخد شة فيها كمالايخفى .

قوله (قده) منها ما اشتهر عن النبي (ص) من قوله لا تبع ماليس عندك (الخ) الاحتمالات في قوله صلى الله عليه وآله وسلم ماليس عندك امور (الاول) ان يكون بمعنى ماليس ملكا لك فيصير دليلا على فساد الفضولي لكنه بعيد لكون المناسب معه هو التعبير بماليس لك لا ماليس عندك (الثاني) ان يكون بمعنى ماليس حاضرا عندك فيصير دليلا على فساد بيع المال الغائب عنك و يبعده صحة بيع مال الذي غايب عن صاحبه مع التمكن من تسليمه من غير اشكال.

الثالث أن يكون بمعنى ماليس تحت سطنتك ولست مسلطا عليه، اما من جهة انه ليس ملكا لك: او من جهة كونه مما تعلق به حق شخص اخر اذا كان ملكا لك: او من جهة العجز عن تسليمه الى المشترى اذا كان طلقا. و عليه فيدل بعمومه على النهي عن بيع الغرري والظاهر منه هو الاحتمال الاخير بعد بعد الاولين.

ثم الاحتمالات الثلثة التي ذكر في الخبر الاول ياتي في النهي المذكور في هذا الخبر ايضا غاية الامر ان في الخبر الاول كان حكاية نهيه صلى الله عليه وآله وسلم و في هذا الخبر يكون النهي الصادر عنه صلى الله عليه وآله وسلم مذكور بلفظه و الدلالة السياقية الموجودة في ذلك الخبر يمكن دعواه في هذا الخبر ايضا الا انه لا يكون في هذا الخبر مؤيدا بعمل الاصحاب اذ لم يتسالموا على حمله على فساد البيع الغرري مثل تسالمهم للخبر الاول. ومع ذلك فليس حمله على فساده بعيدا بكل البعيد الا انه يبقى الكلام (ح) في وجه خروج كلما كان عدم السلطنة على بيعه من جهة كونه ملكا للغير او متعلقا لحقه كالمال المرهون ونحوه حيث ان مقتضى ذاك الخبر هو فساده جميعا مع انه صحيح فلابد من التماس مرخص و بيان ان خروج الموارد المذكورة هل هو بالتخصص او بالتخصيص

وينبغي اولا ذكر ماافاده المصنف (قده) في هذا الخبر مع مافيه ثم تعقيبه بمايقتضيه التحقيق ومحصل ماافاده (قده) (بعد تسليمه عموم النهي وشموله بعمومه لبيع الفضولي وبيع الراهن للعين المرهونة وبيع العبد الجاني عمدا وبيع المحجور لرق اوسفه اوفلس) يرجع الى وجهين.

الاول عدم ظهور النهي المذكور في فساد البيع المنهي عنه ولغوية العقد راساً. بل غاية مايدل عليه فساده. بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الاثر المقصود: فلاينافي وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر وتحقق كونه عنده

الثاني لوسلم ظهور النهي المذكور في فساد العقد راسا المنافي لوقوعه مراعى يدور الامر بين حمله على خلاف هذا الظاهر بحمله على الفساد بالمعني المذكور (اعني عدم كونه علة تامة لترتب الاثر) و بين اخراج الموارد المذكورة عن عمومه بالتخصيص و لارجحان لهذه التخصيصات على حمله على الفساد بالمعنى المذكور. (فح) لامانع عن التزام وقوع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه.

ولايخفي ما فيه اما الوجه الاول فلان حمل الفساد المستظهر من من النهي على نفي الصحة الفعلية الغير المنافية مع الصحة المنوطة بزوال الغرر على نحو الشرط المتأخر و ان كان ممكنا. لامكان تصرير الشرط المتأخر على بعض وجوهه. مثل جعل التعقب شرطاً. لكن صرف امكانه لايوجب حمل الكلام عليه مالم يقم عليه قرينة ظاهرة. لكونه على خلاف الاصل: لابد من الالتزام به في مورده من مساعدة الدليل و العقل و الاعتبار عليه.

واما الوجه الثاني فلفساد الدوران بين الحمل على خلاف الظاهر

من غير قرينة وبين التخصيص القائم عليه الدليل . وبعد فرض عموم النبوى وقيام الدليل على صحة الفضولى وبيع الرهن ونظائر هما لايكون اشكال في التزام تخصيص عموم النبوى . بمايدل على صحة الفضولى ونحوه فلادوران حتى يمنع عن رجحان التخصيص على ارتكاب خلاف الظاهر بحمل الفساد على نفى العلية التامة على ترتب الاثر المقصود و وقوع العقد مراعى بانتفاء الغرر .

هذا كله مع انه لادليل على صحة بيع الرهن ونحوه ممايصدر عن البايع المالك للمبيع فيما يتعلق به حق الغير . وان قام الدليل على صحة الفضولى . ولذا ذهب جماعة كصاحب المقابيس (قده) الى بطلان بيع الرهن ونحوه مع ذهابهم الى صحة بيع الفضولى . فالقول بصحة بيع الرهن ونحوه : انما هو لاجل عمومات ادلة البيع مع عدم قيام الدليل على بطلانه. ولوفرض عموم النبوى المذكور . و ظهوره في فساد بيع الرهن و نحوه : فلامخصص له في مثل بيع الرهن حتى يدور الامر بينه وبين ارتكاب خلاف الظاهر الاخر و هو حمل الفساد على نفى الصحة الفعلية هذا مايتعلق بما في المتن .

و التحقيق ان يقال ان التماس المخرج لهذه الموارد عن حكم المستفاد من عموم هذا الخبر مبتن على تسليم دلالته على عموم المنع بالتقريب المتقدم (اعنى الاحتمال الثالث) المذكور فى معنى (ماليس عندك) بان يكون بمعنى ماليس تحت استيلائك بجهة من الجهات المذكورة المتقدمة وهذا المعنى وان ذهب المصنف الي تعينه بعد ابطال الاحتمالين الاولين . ولكنه ليس بمتعين لاحتمال معنى رابع اقرب الى معنى ماليس عندك . وهو ان يكون كناية عن عدم السلطنته الفعلية التامة المتوقفة

على الملك و المراد بكونه عنده هو كونه تحت يده و استيلائه حتى كانه عنده و لو كان غائبا عنه . و هذا يناسبه التعبير بكلمة (عندك) ولا يلزم ان يعبر عنه بكلمة (لك) فيكون اشارة الى ماهو المتعارف في تلك الازمنة من بيع الشيى الغير المملوك ثم شرائه من مالكه و دفعه الى المشتري و يختص بمسئلة من باع ثم ملك ويخرج عنه الفضولى و نحوه بالتخصص وهذا المعنى اقرب من الاحتمال الثالث ووجه اقربيته هو كون النهى في مقام بيع الدلال لمال شخصيى ليس ملكاً له ثم ذهابه الى مالكه واشترائه منه و تسليمه الى المشترى وفاء بالبيع السابق و به يندفع ماذكره في المتن من عدم الشاهد على اختصاص النهى المذكور فى النبوي بهذا المورد (اعنى مورد بيع ماليس عنده) ووجه الاندفاع هو كون حكيم بن حزام الذى توجه النهى اليه في النبوى دلالا وكان عادة الدلالين هو بيع ما لا يملكون اولا ثم اشترائه من مالكه وتسليمه الي من اشترى منهم هذا كله على مايقتضيه الانصاف من منع عموم النبوى المذكور و لو سلم عمومه بناء على تسليم الاحتمال الثالث . نقول . ان النهى في الخبر لما كان راجعاً الى المعنى المسببى . اعنى النقل والانتقال الحاصل بالبيع لا الى ناحية السبب يكون بيع الفضولى خارجاً عن مورده : لان الصادر منه هو مرحلة السبب . اعنى انشاء البيع فماهو يصدر عنه ليس متعلقا لهذا النهى و ماهو منهي عنه ليس يصدر منه بل هو يصدر عن المالك بعد اجازته و هو من حيث كونه فعل المالك المجيز ايضاً لا يكون منهياً عنه لسلطنته على مايبعه باجازته للبيع الفضولى فالبيع الفضولى خارج بالتخصص : حيث انه لا يشمله النهي . حي يحتاج الي التماس المخصص ،، لكن هذا البيان لا يجري فى بيع الراهن للعين المرهونة قبل اجازة المرتهن اذا تعقبه الاجازة منه، بل لابد فى اخراج مثل

بيع الراهن ممايكون البيع صادراً عن المالك فيمايكون متعلقاً لحق الغير من التماس دليل اخر .

فنقول قدتقدم في مسئله بيع الرهن انه في عالم التصور يمكن ان الملكية التي هي اضافة بين المالك و بين ملكه تقطع حصتين فحصة منها تنتقل الى المرتهن فيصير المرتهن كالراهن في كونه طرفا لتلك الاضافة لكن لالتمامها بل قطعة منها تعلق بالمرتهن وقطعة اخرى تبقي على تعلقها بالراهن فيصير المرتهن طرفا لتلك الا ضافة في عرض الراهن نظير الشريكيين في الملك ، ويمكن ان يكون حق المرتهن متعلقاً بالعين حادثاً بالرهن مع بقاء ملكية الراهن بتمامها متعلقة به بلا تقطيعها ، و هذا ايضاً يتصور على نحوين (احدها) ان تكون نفس العين متعلقة لحق المرتهن و لوانتقل ملكية الراهن الى ثالث مرة او مرات فيأخذ المرتهن بها اينما وجدها ، و على هذافلا يكون حق المرتهن في طول ملك الراهن .

و ثانيها ان يكون العين بماهي ملك الراهن متعلقاً لحق المرتهن فيذ هب حقه (ح) با نتقال الملك عن الراهن الى ثالث ،، وعلى هذافيكون حق المرتهن في طول حق الراهن ، هذا ، وقدتقدم ان التحقيق هو الاخير ، و لازمه هو بطلان الرهن بالبيع فيمااذاسبقه الاذن من المرتهن و لايكون اذنه السابق بنفسه مبطلا لحقه مالم يتعقبه البيع فان النمافي مع حقه هوالا نتقال من الراهن لااذن المرتهن في النقل ، فليس حال الاذن في البيع كحال اسقاط الحق بانشاء اسقاطه ، بل انمايكون بيعه منشأ لسقوطه لمنافات حقه مع النقل عن الراهن حيث ان حقه كان متعلقاً بالعين بماهو ملك للراهن لامطلقا فالامر يدور بين بقاء حقه و عدم النقل وبين تحقق النقل مع ذهاب حقه ، لكن النقل لماكان باذنه فيذهب بحقه فذهاب حقه انما هو بالنقل لابالاذن فيه .

اذا تبين ذلك فنقول حق الجناية يكون متعلقاً بالعين لا في طول ملكية المالك فيكون مع العين اينما كانت ، و حق الرهانة متعلق بالعين في طول ملك الراهن ، و لذا لا يجمع مع انتقال العين عن ملك الراهن . بل الامر يدور بين سقوط حق المرتهن بمسقط من اجازة او فك للرهن او باداء الدين و بين بطلان النقل ، والنهي في قوله عليه السلام لا تبع ما ليس عندك في شيئي من القسمين لا يقتضي الفساد ، اما فيما كان مثل حق الجناية فواضح حيث انه لا منافاة بين النقل و بين حق المجني عليه فلا يكون تعلقه موجباً لقصر سلطنة المالك عن النقل . و ان كان يمنع عن بيعه من جهة اخري وهي التشكيك في ماليته لكونه في معرض التلف في الجناية العمدية ، لكنه لا يرتبط بالنهي عن بيع ما ليس عندك كما لا يخفى ، و اما ما كان مثل حق الرهانة فلان النهي عن بيعه ليس كالنهي عن بيع العبد المسلم او المصحف من الكافر ، بل النهي عنه انما هو من جهة حق المرتهن . و بعد اسقاطه اما باجازته او باي مسقط من فك الرهن و نحوه تيم تاثير العقد فيؤثر اثره .

والحاصل ان المانع من نفوذ عقد الراهن كان تعلق حق المرتهن بالمبيع و بعد سقوطه تيم العقد فيؤثر اثره ، فحال العقد الصادر عن الراهن بعينه كحال العقد الفضولي في النتيجة الا انهما يختلفان في المسلك ، فكما ان عقد الفضولي من حيث انه عقد للمالك بواسطة اجازته لا يكون مورداً للنهي كذلك عقد الراهن بواسطة اجازة المرتهن لا يكون مورداً للنهي ، هذا اذا قلنا بصحة الفضولي على القاعدة ، و كذا اذا قلنا بصحته على خلاف القاعدة لقيام الدليل عليها فانه يمكن الاستدلال بصحة بيع الراهن بعد اجازة المرتهن بالتعليل الوارد في نكاح العبد بانه ما عصى الله و انما عصى

سيده واذا اجاز جاز، وقد تقدم تقريبه في بيع الرهن بما لا مزيد عليه (وبالجملة) فحال بيع الراهن كحال بيع الفضولي في الحكم بالصحة سواء كان القول بالصحة على طبق القاعدة ام لا .

وخلاصة الكلام ان الخبر الوارد في النهي عن بيع ما ليس عندك ليس له عموم يشمل البيع الذي لا يكون العوضان فيه ممكن الحصول عند الاخر وذلك لكونه وارداً في مورد بيع الدلال ثم اشترائه المال من مالكه وتسليمه الى المشتري ، والمورد وان لم يكن مخصصاً للعموم الا انه يتعدى عنه بمقدار يمكن التعدى عنه ، فيتعدي الى كل بيع لا يكون البايع فيه مالكاً و اما مع ملكه اذا لم تكن له القدرة على التسليم فلا يتعدى اليه بل هو خارج عن عموم الخبر ، ومع تسليم عمومه نقول ان العجز عن التسليم اما تكويني كبيع العبد الابق ونحوه ، و اما تشريعي و هو اما يكون لاجل تعلق النهي الشرعي به وذلك كالعبد المسلم والمصحف بالنسبة الى التسليم الى الكافر، حيث ان الشارع نهى عنه و صار نهيه سبباً للتعجيز ، فان العجز الشرعي كالعجز العقلي (واما ان يكون) لاجل تعلق حق ادمي به ، و هذا ايضاً على قسمين (احدهما) ما يكون ذاك الحق المتعلق بالمبيع في عرض ملك البايع كحق الجناية ونحوه مما يكون متعلقاً بالعين فيكون هذا الحق مع العين اينما كانت (وثانيهما) ما يكون في طول ملك المالك بحيث يكون ملك المالك مركباً له فيكون الحق مانعاً عن انتقال المال الى الغير ، فلو نقله كان الامر دائرا بين امرين اما بطلان الحق وسقوطه بمسقط ، واما بطلان النقل و بقاء الملك في محله .

وحكم هذه الاقسام اما في العجز التكويني فلا شبهة في كونه مشمولا لعموم النهي عن . بيعه ، و كذلك ما كان العجز الشرعي فيه ناشياً عن النهي

كبيع المصحف والعبد المسلم من الكافر كما لاينبغي الاشكال في صحة ما كان حق الادمي من قبيل حق الجناية ،، حيث انه لايمنع عن التسليم ، و انما الكلام فيما كان من قبيل الاخير اعني حق الرهانة فنقول اما بالنسبة الى بيع الفضولي . فلااشكال في خروجه عن عموم النهي ، اذ النهي متعلق بالمسبب الانشائي اعني مايوجد بالانشاء لاالى مرحلة الانشاء نفسه فالبايع الفضولي انما يوجد البيع في مرحلة الانشاء وهو ليس منهي عنه والذي هو منهي عنه اعني المسبب الانشائي ليس هو من فعل البايع بل هو فعل المالك المجيز والمفروض كونه قادراً على التسليم فليس هناك نهي بالنسبة اليه ، و اما اذا كان من قبيل بيع الراهن فما كان البيع ناشياً عن المالك فيما يتعلق به حق الغير في طول ملكه ففيه قولان فالمحكي عن المقابيس هو البطلان وذلك للعجز عن التسليم .

(ولكن التحقيق فيه ايضاً هو الصحة) وذلك لكون النهي عنه بالنظر الى كونه متعلقاً لحق الغير ومع اجازته لامانع من صحته (وبعبارة اخرى) النهي في « لاتبع ماليس عندك » راجع الى ناحية المسبب الانشائي و هو يتوقف على اجازة المرتهن و مع اجازته فلانهي عنه و مع عدم اجازته لايكون متحققاً لاجل مانعية حق المرتهن عن تحققه (والحاصل) انه قبل الاجازة لاموقع للمعنى المسبب الانشائي لاجل كون ملكية الرهن صارت محبوسة بحق المرتهن و مع بقائه لايبقى مجال للمعنى المسبب الانشائي فعدم تحققه مع بقاء حق المرتهن ليس لاجل اعتبار القدرة على التسليم بل لممانعة الحق عن انتقال الملك و مع اجازته يتحقق المسبب الانشائي لكن من غير تعلق نهي به لتمامية القدرة على التسليم (ح) فحال بيع الرهن في النتيجة كحال بيع الفضولي وان كان مختلفاً معه في الطريق ،، وذلك لكون المعنى

السببي فى بيع الفضولى صادراً عن شخص ، و المسببى صادراً عن شخص اخر بخلاف بيع الراهن فان المعنيين صادران عن شخص واحد : لكن فى حالتين ، فالمعنى السببي في حال عدم اجازة المرتهن و المعنى المسبب الانشائى بعد اجازته كلاهما صادران عن الراهن ، و لايخفى ان الصدور عن شخصين او عن شخص واحد فى حالتين غير فارق ، .

هذا اذا قلنا بان صحة الفضولي تكون على القاعدة ، ولوقلنا بانها على خلاف القاعدة فلا تفاوت بينه وبين بيع الراهن ايضا ، بل يحكم فى كلا البابين بالصحة لا جل قيام الدليل عليها الا ان الدليل فى الفضولى هو خبر البارقى و ماورد في نكاح الفضولي ، و فى بيع الراهن يكون الدليل هو التعليل الوارد في نكاح العبد من غير اذن سيده بانه ماعصى الله سبحانه وانما عصي سيده فاذا اجازجاز .

قوله (قده) ومنها ان لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين (الخ) لايخفي ان هذا الاستدلال يحتمل و جوها لا يرجع شيئي منها الي محصل (الاول) ان يكون المقصود من و جوب التسليم هو الو جوب الشرعى التكليفى ، وهذا هو الظاهر منه حيث يقول « لاستحالة التكليف بالمتنع » ولايخفى مافيه ضروورة ان اشتراط كل تكليف بالقدرة امر عقلى لا شبهة فيه و ليس فيه مجال للترديد ، فوجوب التسليم مثل سائر التكاليف لامحالة مشروط بالقدرة ، والوجوب المشروط بالقدرة لا يثبت اشتراط القدرة على التسليم فى صحة العقد لان وجوبه يكون مشروطاً بالقدرة و مع عدم القدرة فلاو جوب حتى يثبت به اعتبار القدرة (ومماذكرناه يظهر) ان ترديد المصنف (قده) فى الجواب بانه ان اريد ان لازم العقد هو وجوب التسليم وجوباً مطلقاً فالملازمة ممنوعة ، و ان اريد مطلق الوجوب فلاينافى كونه

مشروطاً (غير مسقيم) و ذلك لانه لا محيص عن التزام اشتراط الوجوب بالقدرة حيث انها من الشرائط العقلية الثابتة في كل تكليف.

(الثاني) ان يكون المقصود من الوجوب هو الوجوب الشرطي بمعنى اشتراط صحة البيع بتسليم كل من المتبايعين ما انتقل عنه الي صاحبه و هذا بعيد عن ظاهر العبارة (وكيف كان) فلايخفي مافيه لان شرطية التسليم في صحة البيع و ان امكن ان تكون مشروطة بالقدرة كما انها يمكن ان لاتكون مشروطة بها، لكن اثبات اطلاق شرطيته بالنسبة الي القدرة و كونه شرطاً مطلقا حتى مع عدم القدرة المقتضي لبطلان البيع عند عدم امكانه: بكونه شرطاً كذلك مصادرة واضحة، وانما يتم الاستدلال لو كان اطلاق اشتراط التسليم بالنسبة الى القدرة ثابتاً بدليل اخر لكي يثبت باطلاق شرطيته بطلان البيع عند عدمه (الثالث) ان يكون المقصود من الوجوب هو الالتزام في ضمن العقد (ولايخفى) انه يقتضى القدرة على التسليم لكن اللازم منه هو ثبوت الخيار عند تعذره لا بطلان البيع رأساً فهذا المعنى اجنبي عن اقتضاء الفساد.

قوله (قده) ويعترض باصالة عدم تقيد الوجوب الخ لايخفى ما في هذا الاعتراض فانه ان كان المراد بالوجوب هو الوجوب الشرعي فاشتراطه بالقدرة قطعي لا شبهة فيه ولاشك يعتريه حتى ينتهي الى اجراء الاصل في عدم تقيده، وان كان المراد منه هو الوجوب الشرطي اعني شرطية التسليم في صحة البيع فهو و ان امكن اشتراطه بالقدرة كما انه يمكن عدم اشتراطه بها و لازم اشتراطه بالقدرة سقوط الشرطية عند عدم القدرة و صحة البيع من دون التسليم (وبعبارة اخري) كون التسليم شرطاً في حال القدرة عليه لا مطلقا و لازم عدم اشتراطه بالقدرة بقاء الشرطية عند

العجز الموجب لبطلان البيع من دون تسليم لفقد شرطه الذى هو عبارة عن التسليم (ونظير ذلك) ماذكر فى شرائط متعلقات الاحكام مثل شرائط الصلوة عدى الطهور، حيث وقع البحث فيها في انها شرط مطلقا و لوفى حال العجز اوان شرطيتها مختصة بحال القدرة عليها - هذا - لكن لامجرى لاصالة عدم تقيد الشرطية بالقدرة لعدم الحالة السابقة لها اذلم تكن هذه الشرطية موجودة سابقاً مطلقة عن القدرة حتي يثبت بقاء عدم تقيدها بالاستصحاب (ومنه يظهر) مافي دفع هذا الاعتراض بمعارضته باصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط حيث انه ليس لعدم تقيده ايضاً حالة سابقة حتى يجرى فيه الاستصحاب، و ماذكر نامن المناقشة في الاعتراض ودفعه هووجه النظر الواضح الذى اشار اليه المصنف بقوله (وفى الاعتراض و المعارضة نظر واضح) قوله (قده) فافهم لعله اشارة الى مافى هذا الاستدلال والى مافى الجواب عنه من الترديد المذكور فى العبارة حسبماقد مناه .

قوله (قده) ثم ان ظاهر معاقد الاجماعات كما عرفت كون القدرة شرطاً (الخ) اعلم انه ربما يقال بان الثمرة بين شرطية شيئى مثل لبس المأكول فى الصلوة و مانعية ضده مثل لبس غير المأكول فيها هى انه لوكان لبس المأكول مثلا شرطاً لوجب احرازه فى حال الصلوة و لايصح الاكتفاء بمايشك فى مأكوليته، ولو كان غير المأكول مانعاً صح الاكتفاء بالمشكوك لاصالة عدم المانع . و هذا الاصل غير الاستصحاب : وقداستدل له بوجوه مزيفة مثل تغليب جانب العدم على الوجود لاحتياج الوجود الى علة و جودية دونه، و نحو ذلك ممالا طائل تحته ، .

و العمدة فى اثباته هو التمسك ببناء العقلاء لوثبت بنائهم على عدم الاعتناء باحتمال وجود المانع بل يبنون على عدمه عند الشك فيه ولو ثبت

بنائهم على هذا لكان حجة بدليل عدم الردع ، لكن الشأن في ثبوت اصل بنائهم على هذا مع قطع النظر عن الاستصحاب والتحقيق عدم ثبوت بنائهم على الغاء احتمال وجود المانع عند الشك في وجوده مع قطع النظر عن الاستصحاب فهذا الاصل (اعني) اصالة عدم وجود المانع لا اساس له اصلا فلا ثمرة بين شرطية شيئ او مانعية ضده فكما انه يجب احراز الشرط عند الشك في وجوده كذلك يجب احراز عدم المانع ايضاً عند الشك فيه و لو بالاستصحاب .

ثم ان الثمرة في جعل اصالة العدم اصلا مستقلا في قبال الاستصحاب انما تظهر فيما لا يجرى فيه الاستصحاب و هو في موردين (احدهما) فيما كان الشك في تبدل العدم المحمولي الذى هو مفاد ليس التامة بالوجود المحمولي الذى هو مفاد كان التامة مع توارد الحالتين حيث انه مع توارد هما لا يجرى الاستصحاب لتعارض الاستصحابين في الحالتين المتواردتين ، فلو كانت اصالة العدم اصلا مستقلا في قبال الاستصحاب فا للازم جريانه عند الشك في توارد الحالتين ، لكن هذا المورد نادر جداً (و ثانيهما) فيما كان الشك في ثبوت العدم النعتى الذى هو مفاد ليس الناقصة اذ في مثله ايضاً لا يجرى الاستصحاب لان اجراء الاصل في العدم المحمولي لا يثبت العدم النعتى الا على القول با لاصل المثبت ، و اجرائه في نفس العدم النعتى ايضاً غير صحيح فيما اذا لم تكن له الحالة السابقة فلو تم دليل اصالة العدم و ثبت كونها اصلا برأسها في مقابل الاستصحاب كان اللازم جريانه في هذا المورد ، و لكن الدليل الذى استدلوا به لاثبات حجيتها لا يشمل المقام ، اذ العمدة من ادلتهم هو اولوية العدم للممكن ، و هذا على تقدير تماميته يجري في العدم المحمولي الذي هو مقابل للوجود المحمولى لا في العدم النعتي

وتحقيق ذلك ان العدم النعتي ليس امراً مغايراً مع العدم المحمولى بل هما متحدان وانما التغاير بينهما بالاعتبار لان العرض وجوده فى نفسه عين وجوده لموضوعه لان له وجودين ، فعدمه النعتي ايضاً عين عدمه المحمولي من غير تفاوت بينهما الا باعتبار تحقق وجود المنعوت و عدمه لتوقف العدم النعتي علي استمرار العدم المحمولي الى زمان وجود المنعوت ، فعدم قيام زيد قبل وجودزيد محمولى وعند وجوده يصير نعتاً له ، ووجه سلب النعتية عن عدم قيامه قبل وجوده واضح حيث ان الاوصاف من العوارض الثانوية المتأخرة عن وجود الموصوف ، فالا وصاف عند عدم موصوفاتها مسلوبة من باب السالبة بانتفاء الموضوع واذالم يكن قبل وجود الموصوف عدم نعتى لصفته فلا معنى للقول بانه اولي للممكن اوانه ليس باولي له ، فحديث اولوية العدم النعتى للممكن قبل وجوده ساقط لسقوط موضوعه اذلاعدم نعتى له (ح) حتي يكون اولى .

و خلاصة الكلام انه ليس على اعتبار اصالة العدم دليل لان الدليل المذكور لايثبت حجيتها مالم ينته الى الجعل الشرعى تأسيساً أو امضاء ، والجعل التأسيسى مفروض العدم وليس فى البين بناء من العقلاء على اعتبار او لوبة العدم حتى يثبت امضاء الشارع لبنائهم ببركة عدم الردع فلايكون دليل على حجيتها اصلا ، ثم على تقدير التسليم فيكون مورد ترتب الثمرة على حجيتها فى المورد النادر و هو العدم المحمولي مع توارد الحالتين لافى مورد الشك في العدم المحمولى مع عدم توارد هما و لافى مورد الشك فى العدم النعتي لاجراء الاستصحاب في الاول و معه فيغنى عن التمسك باصالة العدم ، و عدم اجراء دليل اصالة العدم في الثانى ،

ثم ان هذا كله فيما كان الدوران بين شرطية شيئى و جودى و

مانعية شيئى اخر وجودى ضدلما تحتمل شرطيته سواء كانامن الضدين الذين لاثالث لهما كالطهارة و الحدث اذاشك فى شرطية الاول و مانعية الثاني ، اوكان لهما ثالث مثل حلال الاكل و حرام الاكل اذاشك في شرطية الاول ومانعية الثانى حيث ان مالالحم له كالحشرات اوغير الحيوان من النباتات و نحو ها واسطة بينهما ، واما اذاكان المحتمل مانعيته امراً عدمياً فلايجري فيه اصالة العدم اذلامعني لاصالة عدم العدم ، ولافرق فى ذلك بين كون الامر العدمى المحتمل مانعيته مع الا مرالوجودى الذي يحتمل شرطيته متقابلين بالسلب و الا يجاب او با لعدم و الملكة (ولايخفي) ان المقام من قبيل العدم والملكة فان العجزامر عدمى عبارة عن عدم القدرة عمن من شأنه القدرة فلايصح التمسك عندالشك فى وجوده باولوية عدمه اذ لايصح ان يقال بان العدم اولي بالعدم حتى ينبي على عدمه عندالشك فى عدمه .

و ربمايقال بالفرق بين التقابل بالا يجاب و السلب و بين العدم و الملكة بدعوى صحة اجراء اصالة العدم في العدم المقابل للملكة وان لم يصح في السلب والايجاب و ذلك لخروج العدما لمقابل للملكة عن العدم المحض لتحقق قابلية الـوجود فى مورده دون السلب المقابل للوجود حيث انه فاقد لمايقابله فعلا و قوة (و يندفع) بانه لا فرق بين السلب والايجاب و بين العدم و الملكة الافى تضييق دائرة العدم فى تقابل العدم و الملكة حيث انه عدم خاص دون السلب المقابل للايجاب ، و اما القابلية للوجود المعتبرة فى العدم والملكة فهى امروجودي مقطوع به ليس مورد الدوران بين الوجود و العدم ، ضرورة القطع بثبوتها فى مورد التقابل بالعدم و الملكة كالا نسان مثلا حيث انه بعد الفراغ عن قابليته للبصر اهـا يكون بصيراً اواعمى فلا يصح اجراء اصالة العدم فيها و البناء على عدمها

(وبالجملة) فالامر العدمي في تقابل العدم والملكة و ان كان منحلا الي امر وجودي و هو قابلية المحل وامر عدمي لكن ليس الشك في جهته الوجودية مع ما يقابله حتى يجري فيها اصالة العدم بل الامر دائر بين جهته العدمية و بين الامر الوجودي المقابل لها فلا موقع معه لاجراء اصالة العدم .

قوله (قده) ثم ان العبرة في الشرط المذكور انما هو في زمان استحقاق التسليم (الخ) قد تقدم ان ما هو شرط في صحة العقد هو امكان حصول المال المنتقل عند المنتقل اليه بالاعم من تسليم المنتقل عنه او بتسلم المنتقل اليه اذا كان قادراً على التسلم مع عجز المنتقل عنه ، واما تعذر التسليم على المنتقل عنه مع امكان الحصول عند المنتقل اليه فهو موجب للخيار بواسطة تخلف الشرط الضمني فيما اذا كان التعذر طارياً او و لو كان ابتداء لكن مع جهل المنتقل اليه بتعذر التسليم على المنتقل عنه لا مع علمه لان اقدامه مع علمه في قوة اسقاط شرط التسليم كما لا يخفى (وكيف كان) فكل من امكان الحصول الذى هو شرط للصحة والقدرة على التسليم التى هي شرط ضمني يوجب تخلفه الخيار انما هو شرط في زمان استحقاق التسليم لا قبله فلا ينفع وجود هما قبله في صحة البيع او عدم ثبوت الخيار اذا لم يكن حاصلا في زمان الاستحقاق كما لا يضر عدمها قبله ، .

و يترتب على ذلك عدم اشتراط التسليم فيما لا مورد لاعتبار القدرة عليه كما اذا كان المال المنتقل عند المنتقل اليه قبل المعاملة بان كان المثمن في البيع عند المشتري او كان الثمن عند البايع او كان مما لا يعتبر فيه التسليم اصلا كشراء من ينعتق عليه الذى لا يترتب عليه الا الانعتاق و فيما اذا لم يستحق التسليم كما في بيع السلم الذى اشترط فيه تأجيل المثمن ، او النسية التى يشترط فيها تأجيل الثمن فلا يعتبر فيهما امكان حصول المال

المنتقل عند المنتقل اليه قبل زمان الاستحقاق في الصحة و لاقدرة المنتقل عنه على التسليم في نفي الخيار قبله ، او كان عدم استحقاق التسليم بواسطة تزلزل العقد ، و قد مثل له في المتن بما اذا اشترى فضولا ، قال لانه لا يستحق التسليم الا بعد اجازة المالك فلا يعتبر القدرة علي التسليم قبلها، ثم اشكل فيه بناء على الكشف بواسطة لزوم العقد من طرف الاصيل فيتحقق الغرر بالنسبة اليه اذ لا يقدر علي تحصيل ما انتقل اليه حين العقد الذي هو زمان الاستحقاق بالنسبة اليه ، ثم قال ان التمثيل بالفضولي حسن لو كان من الجانبين ، حيث لا اصيل في البين حتى يتحقق الغرر بالنسبة اليه .

و لايخفى مافي كلامه (قده) من اوله الى اخره اما اصل التمثيل بعدم استحقاق التسليم قبل الاجازة في الفضولي (ففيه) ان المخاطب باوفوا هو المالك لا البايع الفضولي فانه اجنبي عنه مطلقا سواء باع عن المالك فضولا او باع عن نفسه كما في الغاصب ، اما في الاول فواضح واما في الثاني فكذلك فان البيع الصادر عنه يصح عنه بما هو مالك ادعائي لا بما هو غاصب فالمخاطب بالوفاء فيه هو المالك بعد اجازته فقبل الاجازة لا بيع من المالك حتى يتحقق فيه استحقاق التسليم او لا يتحقق ، و بعد اجازته يتحقق الاستحقاق . فجعل الفضولي مثالا لما لايستحق التسليم بمجرد العقد باطل لاوجه له اصلا .

و اما ما افاده من الاشكال ففيه (اولا) ان لزوم العقد من طرف الاصيل ليس مبنياً على الكشف لكي يبتني الاشكال عليه ، بل العقد لازم من طرفه حتي على النقل ، و قد تقدم في الفضولي فساد جعل اللزوم على الاصيل من ثمرات القول بالكشف و اثبتنا القول بلزومه عليه مطلقا سواء قلنا بالكشف

او بالنقل (و ثانياً)ان مقتضى اللزوم على الاصيل ليس هو ترتيب جميع الاثار من حين العقد قبل الاجازة حتى صحة التصرف فيما انتقل عنه قبل الاجازة بل اللازم من اللزوم عليه هو عدم صحة نقل ما انتقل عنه قبل الاجازة حتى يجيز المالك او يرد فليس حصول المنتقل اليه لديه مما يترتب على لزوم العقد عليه حتى يثبت منه الغرر (و اما ما افاده) من الاعتراف بحسن التمثيل فيما اذا كان الفضولي من الطرفين (ففيه) ان صرف كون الفضولي من الطرفين غير مفيد في نفي الاشكال و ذلك لامكان تقدم الاجازة من احدهما فيصير حاله كحال الاصيل (نعم) هو حسن فيما اذا كان الفضولى من الجانبين مع تقارن اجازتهما كما لا يخفى ،

و مما لا يستحق التسليم هو ما اذا لم يكن العقد تاماً فى التاثير بل توقف على وجود امر مثل اجازة المرتهن او فكه في بيع الرهن فانه قبل الاجازة او الفك لا يكون زمان استحقاق التسليم لاجل عدم تمامية العقد و توقف تاثيره على سقوط حق المرتهن بالاجازة او الفك حسبما تقدم الكلام فيه مستوفى ، فالتعذر الحاصل قبل سقوط حق المرتهن غير قادح فى صحة العقد على حسب ما تبين ، كقبض الثمن فى مجلس العقد فى بيع السلم او التقابض فى المجلس في بيع الصرف فان تعذر التسليم قبل التفرق غير قادح لان الاستحقاق انما يثبت بالقبض في المجلس فلو حصل الافتراق قبل القبض يكون البيع باطلا لاجل عدم تمامية سببه لالاجل تعذر التسليم كما انه لا يضر بالصحة تعذر التسليم مادام بقاء المجلس وعدم حصول الافتراق (١) ثم انه ينبغى التنبيه على امور (الاول) ان المصنف (قده) في ذيل قوله و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها اصلا اذا كانت العين في يد المشترى (الخ) جمع

١ من هنا الى اخر هذه الدمور مما قرره قرة عينى الحاج اقا ضياء الدين آل املى ابقاه الله تعالى ووفقه لما يحب ويرضى (منه عفى عنه)

بين مالا يمكن فيه التسليم خارجاً ومالا يمكن ذلك شرعاً وجمع بين ماكان غير التسيلم من شرائط العقد كاجازة المالك لعقد الفضولي واجازة المرتهن لعقد الراهن ، وماكان التسليم من شرائط تأثيره كالصرف والسلم و عقد الرهن وجمع بين مالا يعتبر فيه التسليم كالمثالين الاولين ومالا يجب لاشتراط تاخيره مدة اولتزلزل العقد مع ان جميع ذلك ليس تحت ضابط واحد .

اما المثال الاول فعدم اعتبار القدرة فيه ليس لعدم اشتراط هذا العقد بها بل عدم اعتبارها انما هو لحصول نتيجة التسليم في يد من انتقل اليه (واما الثاني) فلا يجب فيه التسليم شرعاً من باب عدم بقاء تملك المشترى للعبد المنتقل اليه ، واما مسئلة اشتراط التأخير مدة فمع تمامية اركان العقد لا يجب التسليم من باب اشتراط التأخير مدة فيدخل تحت ضابط الخيارات الزمانية ، وهذا بخلاف باب عقد الفضولى فانه لا يجب التسليم على الفضولى من باب عدم تعلق العقد به ولا على المالك لعدم استناد العقد اليه قبل الاجازة.

ثم لابد من فرض عدم القدرة بالنسبة الى المالك بمعنى عدم القدرة الخارجية ، واما في عقد الرهن فعدم قدرته انما هو للعجز الشرعى (وعلى اى حال) فلا فرق بين باب عقد الصرف والسلم والرهن وسائر العقود فاذا كان العجز عن التسليم مانعاً عن تأثير العقد او موجباً للخيار فيكون كذلك في باب الصرف والسلم والرهن لان القبض وان كان شرطاً في هذه العقود الثلاثة دون غيرها الا انه ليس جزء للسبب الناقل و ليس حكمه حكم القبول وانما هو شرط للنتيجة في الملكية في باب الصرف والسلم واما الالزام والالتزام العقدى فمتحقق بنفس العقد ولذا كان بناء المشهور على وجوب التقابض كما سيأتي في خيار المجلس ويدل عليه قوله (ع) فان نزي حائطاً فانزمعه الوارد في من تفرق من غير رضا صاحبه ، فبعد تمامية العقد تصير القدرة على التسليم

في باب الصرف و السلم ونحوهاشرطاً كمافي سائر العقود فلو تعذر فسد العقد كفساده في غيرهما (نعم) لو كان القبض جزء للعقد كما يحتمل ان يكون في الرهن كذلك فحيث لاعقد مع عدم القبض فالعجز عن التسليم لااثر له لانه بعد حصوله لاموضوع للزومه ، وقبله لاعقد الاعلي ما احتمله المصنف (قده) من صدق الغرر عرفاً وان لم يصدق عقلا ، ولكنه (قده) استشكل في صدق الغرر عليه عرفاً بان صدقه عليه انما هو بالنظر البدوى ولكن بعد الاطلاع على الحكم الشرعي و هوان اثر المعاملة لايتحقق الا بعد التسليم لاحكم للعرف بالغرر ، ثم امر بالتأمل ، ووجهه ان الحكم الشرعي بلزوم القبض لايرفع صدق الغرر مع العجز عن تسليم الثمن في بيع السلم .

(الثاني) انه لافرق في جهة الفساد بين صورة علم المشتري بعجز البايع و جهله سواء اعتبرنا القدرة علي التسليم من باب القاعدة اى لكونها دخيلا في مناط مالية الاموال ، اومن باب حديث نفي الغرر لان علم المشترى لايوجب تحقق المالية او نفي الغرر الا اذا فسر بالخديعة واما على ماهو ظاهر الحديث من الخطر فعلمه لايرفعه .

(الثالث) ان حكم هذا الشرط ليس حكم سائر الشرائط المعتبرة في العقود في كون المدار علي وجودها الواقعي سواء كانت معلومة اومجهولة ، بل يعتبر مضافاً الي وجوده الواقعي علم العاقد به فلو اعتقد عجزه لم يمكن الالتزام العقدى ولو كان قادراً في الواقع وذلك لحصول الغرر بمجرد الجهل و لازمه البطلان لو كان عاجزاً واعتقد قدرته فتبين عجزه في الزمان المعتبر فيه التسليم لاالحكم بالصحة ولزوم بدل الحيلولة اواجراء حكم تلف قبل القبض لعدم قيام دليل على كون الاعتقاد تمام الموضوع .

(الرابع) قد عرفت ان اعتبار القدرة انما هو حال استحقاق التسليم

فلو تعذر مدة مضبوطة او غير مضبوطة فاللازم الفساد الا اذا كانت قليلة بحيث يتسامح عرفاً ، فمجرد كون المدة مضبوطة لا يقتضى كون التسليم مقدوراً حال استحقاق التسليم (نعم) اذا علم المشترى بعجز البايع في مدة معينة و قدرته بعد ذلك فلا يبعد ان يكون شرائه والحال هذه راجعاً الى اشتراط تأخير التسليم مدة ، ومرجع الشرط الى استحقاق التسليم بعد انقضاء هذه المدة.

(الخامس) لو كان المالك هو العاقد فلا اشكال فى كون المعتبر قدرته بنفسه واما لو كان العاقد غيره فلو كان الغير وكيلا فى اجراء الصيغة لا غير فلا اثر لقدرته ولا مانع فى عجزه ، كما لا عبرة بعلمه و جهله فى شرائط طلاق زوجة الموكل واما لو كان وكيلا مفوضاً فلا اشكال في كفاية قدرته انما الاشكال لو كان عاجزاً وكان الموكل قادراً ، ولكن الاقوى كفايته سواء علم المشتري بهذا التفصيل او اعتقد قدرة الوكيل وكان في الواقع عاجزاً والموكل قادراً لما سيجئى فى باب خيار المجلس ان فى مورد حضور الموكل في المجلس يمكن ثبوت الخيار للموكل والوكيل على نحو الطولية ، ففى المقام اذا كان المناط لاعتبار القدرة وصول المال الى المنتقل اليه حين استحقاقه فلو كان واحد من الوكيل او الموكل قادراً على التسليم كفى ذلك فيما هو المناط ، وهذا لا ينافي شرطية القدرة لصحة الالتزام العقدي من الوكيل وذلك لانه وان كان عاجزاً عن التسليم الا انه من حيث كونه بمنزلة الموكل وكونه فى الحقيقة بدلا منه وبدناً تنزيلياً منه فيكفى قدرة الموكل لصحة التزام التسليم من الوكيل (وبالجملة) ما افاده المصنف (قده) من ان الطرف اذا اعتقد قدرة الوكيل فلا يشترط علمه بقدرة الموكل واذا علم بعجزه فيقبر علمه بقدرة الموكل هو الصحيح الذى يبتني عليه قاعدة الطولية فانه لو اعتقد قدرة الوكيل صح الالتزام العقدي من المشترى و تحقق منه الاقدام على الشراء وان كان الوكيل في الواقع عاجزاً

و هذا بخلاف ما اذا كان كل من الوكيل والموكل عاجزاً عن التسليم فان البيع في هذه الصورة فاسد اذا فرضنا عدم قدرة المشترى ايضاً على التسليم اوانه خيارى اذا كان قادراً .

(و حاصل الكلام) انه لا ينبغي الاشكال في ان الوكيل لو كان وكيلا في مجرد اجراء الصيغة فيعتبر قدرة المركل واما لو كان وكيلا مفوضاً فيكفي قدرة الوكيل واذا كان عاجزاً فيكفي قدرة الموكل (وفي الجواهر) انه ربما قيد الحكم بالكفاية بما اذا رضى المشترى بتسليم الموكل ورضى الموكل ايضاً برجوع المشترى عليه وبنى عليه بطلان العقد من الفضولي لانه عاجز عن التسليم وقدرة المالك انما يؤثر لو بنى العقد عليها وحصل التراضي بها حال البيع لما عرفت من ان بيع المأذون لا يكفي فيه قدرة الاذن مطلقا بل مع الشرط المذكور وهو غير متحقق في الفضولي والبناء على القدرة الواقعية باطل اذ القدرة المشروطة هي القدرة المعلومة دون الواقعية والقدرة الواقعية من الفضولي على التسليم انما تتحقق باجازة المالك لا قبلها والمعتبر هو القدرة حال العقد (الى ان قال) ولا يقال قد يحصل الوثوق للفضولي بارضاء المالك فتتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد (فاجاب عنه) بان هذا يخرج الفضولي عن كونه فضولياً لانه يدخل بذلك في المأذون بالفحوى وشاهد الحال ، و لو سلمنا بقائه على صفة الفضولي الا ان القائلين بصحة الفضولي لا يقصرون الحكم على هذا الفرض (انتهى ملخصاً) و الظاهر ان الكلام لصاحب المفاتيح (قده) .

ولا يخفى ما فيه (اما اولا) فلان اصل هذا المعنى وهو تخصيص الحكم بكفاية قدرة الموكل بما اذا رضى المشترى بتسليم الموكل ورضى هو ايضاً برجوع المشترى اليه فاسد فان المناط في اعتبار القدرة هو وصول المال

الى المنتقل اليه سواء رضى بذلك اولم يرض فيصح ان يلتزم الوكيل بالتسليم من باب كونه بدلا عن المالك وبماانه مفوض منه اليه البيع و لايشمله حديث نفي الغرر ايضاً اذلاغرر على المشتري مع قدرة الموكل .

(واما ثانياً) فلان مسئلة الفضولى خارج عن باب العجز عن التسليم تخصصاً وهواسوء حالا من الوكيل في اجراء العقدالذى لاشبهة في ان قدرته و عجزه لااثر له فانه لايرتبط اليه العقد ايضاً حتى يكون عجزه موجباً لبطلانه .

(واما ثالثاً) فلانه لاوجه لاعتراضه على ذلك بقوله لايقال قديحصل الوثوق (الخ) حتى يجيب عنه اولا وثانياً لانه لواعتبر قدرة العاقد الا اذا رضى المشترى بتسليم الموكل فمجردوثوق الفضولى بارضاء المالك لايوجب قدرة الفضولى وليس في البين رضى من المشترى بتسليم المجيز و لارضى من المالك برجوع المشتري اليه فلامحل لهذا الاعتراض وبالجملة فلاشبهة في كفاية قدرة كل من الوكيل والموكل من تسليم المبيع في صحة البيع

قوله (قده) مسئلة لايجوز بيع العبد الابق منفرداً هـذا هو - التنبيه السادس المتفرع على عدم صحة بيع مـالايقدر على تسليمه سواء جعلنا مدرك الفساد عدم صحة الالتزام العقدى بمالس فيه مناط مالية المال اوجعلنا مدركه نفي الغرر الذى قلنا انه يستلزم الجهل على جميع معانيه ومقتضى ذلك عدم الفرق بين الابق والمجحود بغير بينة للمالك و الضال و المغصوب ونحو ذلك وعدم الفرق بين اليأس عن حصوله والرجاء به لان في جميع ذلك لايصح الالتزام العقدى منجزاً ولايزول الغرر بمجرد احتمال الحصول .

ثم ان موضوع البحث و ان كان المبيع الا ان قضية القاعدة عدم الفرق بينه وبين الثمن (نعم) بناء على النص يمكن الاختصاص بـالمبيع

لولم يكن المرسل في كلماتهم عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه نهى عن الغرر معمولا به على الاطلاق ولكن من كلماتهم يظهر الاطلاق ولذا يعممون البيع لسائر المعاوضات من الاجارة والمزارعة و المساقات ونحو ذلك (نعم) الصلح المبني على التسالم و المسامحة لايجري فيه حكم البيع (وكيف كان) فلايمكن منع الغرر من باب انه بعد اليأس يكون المبيع في حكم التلف قبل القبض المقتضى لانفساخ البيع اومن باب ان المشترى مالم يتسلم المبيع لايجب عليه تسليم الثمن فلاخطر عليه وان لم ينفسخ المعاملة لرجاء حصول المبيع لان هذه الاحكام الشرعية انما تترتب على العقد الصحيح في حد نفسه فلايمكن اثبات الصحة بمايترتب على الصحيح والالزم ان يكون الحكم حافظاً لموضوعه (نعم) في هذه الصورة لواشترط المشترى الخيار لنفسه بين الفسخ والامضاء فلايبعد ان يقال بعدم صدق الغرر كما انه لواشترط البايع الضمان على نفسه فكذلك و ذلك للفرق بين ما يترتب على البيع الصحيح وما اخذ في نفس العقد فان الاول لايرفع بالغرر فان ترتبه عليه فرع عدم كونه غرريـاً في نفسه و اما اخذ قيداً في العقد فيلاحظ الغرر بالنسبة الى المجموع من القيد والمقيد .

(السابع) ان مقتضي القاعدة بطلان البيع ولوجعل مجهول الحصول جزء للمبيع بان يكون جزئه الاخر معلوم الحصول ، لان جعل جزء من الثمن مقابل المجهول غرري ، الاانه ثبت بالنص جواز بيع الابق مع الضميمة (ففي صحيحة رفاعة النخاس) قلت لابي الحسن عليه السلام ايصلح ان اشترى من القوم الجارية الابقة واعطيهم الثمن واطلبها انا ، قال عليه السلام لايصلح شرائها الاان تشترى منهم ثوباً او متاعاً فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا وكذا درهماً فان ذلك جائز (و موثقة سماعة) عن

ابى عبدالله عليه السلام في الرجل قديشترى العبد وهوابق عن اهله قال لايصلح الا ان يشترى معه شيئاً فيقول اشترى منك هذا الشيئى وعبدك بكذا و كذا درهماً فان لم يقدر على العبد كان الذى نقده فيما اشتري معه .

وهاتان الروايتان وردتابطرق متعددةفلااشكال في سندهمابل مقتضى ماورد فى باب ضم الضميمة الى مجهول الوجود كاللبن في الضرع ومافى البطون من الحمل صحة بيع مايشك في حصوله للمشترى،فاصل الحكم في الجملة ممالا اشكال فيه (انما الكلام) في اختصاص مورد الصحة بمااذاكان الابق مرجو الحصول،اويصح مطلقا، ففيه قولان، والاقوى الاول، لان ظاهر الروايتين هو رجائه لقوله « واطلبها انا » في الاولى ، و قوله فان لم يقدر على العبد الظاهر في ان مفروض السؤال كان مع رجاء القدرة في الثانية فـالمتعين هو الاقتصار على ظاهر النص (نعم) بناء على صحة الشرط المجهول ففى مورد الشك ايضاً يصح على نحو الاشتراط لاجعله جزء للمبيع .

ثم ان ظاهر الروايتين اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها منفردة فلايجوز ضم مالايجوز بيعه كالمنفعة ومالايجوز بيعها منفردة وان صح مع الضميمة .

(اما اعتبار الشرط الاول) فلان الظاهر من الروايتين ان الضميمة جزء المبيع ، فكان البيع ينحل الى بيعين فان قوله عليه السلام : فتقول لهم اشترى منكم جاريتكم فلانة وهذا المتاع وقوله فتقول اشترى منك هذا الشيئى وعبدك ظاهر فى تعلق الشراء بكل من الضميمة والابق فلابد من اشتمالهما على الشرائط غاية الامر ان العلم بالحصول فى الابق غير لازم الان قابليته للشراء من غير هذه الجهة لازمة ، والمنفعة لايصح شرائها (واما اعتبار كونها) مما يصح بيعها منفردة فلانه لوانضم الى مايتعذر تسليمه مثله فهذا لايمكن ان يصح

به بيع مـايفسد بيعه (نعم) يمكن عقلا فساد بيع كل واحد مستقلا دون صورة الانضمام الا ان هذا خارج عن طريقة العقلاء ، فعلى فرض اطلاق ، الروايتين من هذه الجهة الا ان مناسبة الحكم والموضوع توجب تقييده.

ثم لايخفى عليك ان مجرد اليأس عن الظفر بالابق لايجعله في حكم التلف حتى يقع البحث في ان احكام التلف قبل القبض يجرى فى هذا اولا، فلابد فى جعل موضوع هذا البحث التلف الحقيقى ، وظاهر المتن انه لو تلف قبل اليأس ففى ذهابه على المشترى و جهان (ولكن الاقوى) انه لايوزع الثمن على الابق ، فلو تلف فلايرجع المشتري على البايع لانه جعل الثمن فى الروايتين بازاء الضميمة فى مورد عدم القدرة علي الابق و لافرق فى عدم القدرة عليه بين تلفه او اليأس من حصوله ، ومقتضى ذلك انه لو تلف الضميمة قبل القبض فـان كان قبل حصول الابق فيرد الثمن بـاجمعه و لو كان بعد حصول الابق فيوزع الثمن لانه مـادام ابقاً لايقابله شيئى من الثمن فاذا انفسخ العقد بالنسبة الى الضميمة اما لتلفها اولخيار يختص بها اذا كانت حيواناً فيبطل بيع الابق انصاً . ثم انـه لو كانت الضميمة من مـالك اخر ففى صحة العقد كلام ولو اجـاز .

قوله (قده) مسئلة المعروف انه يشترط العلم بالثمن قدراً (الخ)

الظاهر ان المسئلة اتفاقية و ان من شرائط صحة البيع هو العلم بمقدار الثمن ولعل منشأ الاتفاق هو الحديث المشهور « نهى النبى عن بيع الغرر» وقد عرفت استلزام الغرر للجهل على اي معنى اريد منه ، ويؤيده التعليل فى رواية حماد بن ميسر عن جعفر عليه السلام عن ابيه عليه السلام انه كره ان يشترى الثوب بدينار غير درهم لانه لايدري كم الدينار من اندرهم ، فانه اذا كان

استثناء الدرهم من الدينار يوجب جهالة الثمن لعدم العلم بنسبة الدينار من الدرهم فالبيع بحكم احدهما اولى بالبطلان لان الثمن مجهول رأسا ولاينافي ذلك مافي صحيحة رفاعة النخاس الظاهر في صحة البيع بحكم المشترى لان الظاهر من هذه القضية ان بايع الجارية وكل المشترى في تعيين القيمة لانه باعها بثمن معين بعد المعاملة، مع انه لايمكن الاخذ بظاهر هذه الصحيحة لانه لوكان البيع بحكم المشتري جائزاً لم يكن وجه لقوله عليه السلام ارى ان تقوم الجارية بقيمة عادلة (وبالجملة) فاعتبار العلم بالثمن من حيث المقدار هو مناط مالية الاموال فلايمكن ان يكون الثمن قابلا للانطباق على القليل و الكثير و بهذا المناط لابد من العلم بمقدار الثمن مع قطع النظر عن الغرر ومع قطع النظر عن الاخبار الواردة في المكيل والموزون وامامع لحاظهما فلااشكال في المسئلة في الجملة بل يستفاد من هذه الاخبار ان مايوزن لابد فيه من الوزن ومايكال فيجب فيه الكيل و والمعدود يجب فيه العد الامع كون احد هذه الامور طريقاً الي الاخر كما في صحيحة الجلبي عن ابي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الجوز لانستطيع ان نعده فيكال بمكيال ثم يعد مافيه ثم يكال مابقي على حساب ذلك العدد، قال لابأس، وعليهذا فان كان الشيئ مذروعاً كالثياب و نحوه فلابد من ذرعه الا اذا كان الوزن طريقاً لذرعه كالاقمشة المصنوعة بالمكائن فانها يعلم ذرعها بوزنها (وكيف كان) فكل ماكان مدار ماليته بكميته فلابد من العلم بها او ماهو بمنزلة العلم كاخبار البايع و كالوزن الذى هوطريق للذرع و العد لذكما لابد من العلم بكيفية الاموال و اوصافها من حيث الجودة و الرداءة ومن حيث وجودها وعدمها فكذلك يعتبر العلم بكميتها لاختلاف مالية المال باختلاف الكيفية والكمية.

ثم ان مقتضى الاخبار الواردة في المكيل و الموزون و المعدود وجوب اعتبار الكيل والوزن والعد فيهاسواء كان عدمها غرريا اولا ،فكون الغرر شخصياً او نوعياً لادخل له فيهذه الابواب وهذا لاينافي صحة بعض مايوزن بلاوزن كمقدار قليل من الدهن وثلث حبات من الحنطة وزبرة من الحديد لخروج هذه الاشياء عن الادلة الدالة على اعتبار الوزن (وتوضيح ذلك) انه لاشبهة في انه اذا كان دليل المخصص المنفصل مجملا مفهوماً فيؤخذ في تخصيص العموم بالقدر المتيقن ويتمسك بالعموم في المشتبه ففي المقام مقتضى عمومات البيع عدم اعتبار الكيل والوزن والعد في المكيل والموزون و المعدود و المذروع و لكنه ثبت بالادلة الخاصة في الثلثة الاول اعتبار الوزن والكيل والعد ولكن في خصوص اعتبار العد في المعدود لم يقم دليل الا رواية الجوز والمعلوم على الخبير انها ناظرة الى جهة اخري ولاتدل على اعتبار العد الا كونه مفروغاً عنه عند السائل واما خصوصيات اعتباره فالدليل مجمل بالنسبة اليها واما ادلة اعتبار الكيل والوزن فاظهر دليل في هذا الباب هو ذيل صحيحة الحلبي وهو قوله عليه السلام وماكان من طعام سميت . فيه كيلا فانه لايصح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام ، وظهورها في اعتبار الكيل في المكيل لاشبهة فيه الا انها مختصة بما كان مناط ماليته الكيل او الوزن مثلا و اما لو كان مناطها العد وان كان الوزن فيه ملحوظاً ايضاً بحيث انه لو نقص عن هذا الوزن كان معيباً فلايضر عدم كيله او وزنه وعلى هذا جرى بين الناس المعاملة بالدارهم والدنانير مع عدم العلم باوزانها ، وكذلك تختص ايضاً بما اذا كان عدم كيله مستلزماً للجزافية وبهذا المناط ايضاً يحكم بصحة المعاملة مع الدراهم والدنانير وان لم يعلم مقدارهما من حيث الوزن فان السكة طريق الى مقداره المقرر عند السلطان و بهذا الوجه فصل الصادق عليه السلام بين الدراهم الوضاحية وغيرها فانها هي الدراهم الصحيحة التي لاتنقص عن

الوزن شيئاً واما غيرها فمن جهة ان نقصانها موجب للغش نهى عن المعاملة معها الابعد بيان مقدار نقصها (وبالجملة) فعدم اعتبار الكيل والوزن في الدارهم و الدنانير اما لكون المناط في ماليتهما هو العد و الوزن بمنزلة وصف الصحة واما لان السكة طريق الى مقداره فيخرج عن كونه بيع جزاف (وكيف كان) فلاشبهة في صحة بيع مايكال بكيل مجهول عند المشتري كالغريب الوارد الى بلد فانه وان لم يعرف العراقي مثلا مقدار المن التبريزي ولاغير العراقي مقدار الحقة مثلا الا ان المن و الحقة لكونهما مضبوطين في الواقع يخرجان المعاملة عن كونها جزافية .

(وحاصل الكلام) انه يستفاد من الادلة الواردة في اعتبار الكيل والوزن قيدان .

(اولهما) كون الكيل و الوزن طريقين الى مقدار الشيئ و كميته فلو كان له طريق آخر كسكة السلطان فلا دليل على اعتباره بالخصوص وبهذا المناط يصح شراء المكيل بلا كيل لو اخبر البايع بكيله وكان موثوقاً به ويصح كيل المعدود ووزن المكيل .

(وثانيهما) كون البيع بدونهما جزافياً فاذا كان الكيل غير مفيد لكمية الشيئ ولكنه لم يكن جزافياً فكفى الكيل وان لم يعرف المشتري مقداره وبهذا يصح بيع مقدار من الطعام بما يقابله في الميزان من جنسه او من غيره المساوى له في القيمة .

(وعلى اى حال) فيستفاد من هذه الادلة بالخصوص ان الجهل بمقدار المبيع موجب للبطلان سواء كان غرريا اولا وفي نفس هذه الاخبار لم يعلل مانعية الجهل بالغرر حتى يبحث انه حكمة التشريع فيكون المدار على النوع اوعلة للمجعول حتى يكون الغرر الشخصي مناطاً و على فرض التعليل به فلا شبهة انه حكمة .

(وبيان ذلك) انه قد اثبتنا في قاعدة الضرران في العناوين الثانوية كالضرر والحرج ونحوهما اذا تعلق حكم بنفس هذا العنوان يكون العنوان هو الموضوع للحكم ويدور الحكم مداره وبهذا الوجه يكون حاكماً على ادلة الاحكام ولامحالة يكون الضرر اوالحرج شخصياً واما لو تعلق الحكم بعنوان آخر وعلل هذا العنوان بالضرر اوالحرج فلامحالة يكون الضرر اوالحرج علة للتشريع ولايطرد ولاينعكس فيكون نوعياً والحكم في مورد الحرج ورد على كلا النوعين ففي باب طهارة الحديد يكون الحرج حكمة لرفع النجاسة وفي مثل ماجعل عليكم في الدين حرج يكون حاكماً على ادلة الاحكام واما في باب الضرر فكونه حاكماً على ادلة الاحكام لااشكال فيه كما في قضية سمرة و اما كونه علة للتشريع فيتوقف على ورود هذا اللفظ منه صلى الله عليه وآله وسلم في ذيل حكم من احكامه كما ورد في ذيل حكمه بالشفعة بين الشركاء في الارضين و المساكن و في ذيل حكمه بكراهة منع فضل الماء و اما في المقام فلم يرد عنه صلى الله عليه وآله وسلم الا انه نهى عن الغرر اما مطلقا اوفي البيع فكون الحكم دائراً مدار الغرر الشخصي او النوعي لاموضوع له لان نفس عنوان الغرر اذا كان متعلقاً للنهي فلامحالة يكون الحكم دائراً مدار هذا العنوان

(نعم) لهذا البحث مجال اذا استفيد من ادلة اعتبار الكيل والوزن في المكيل والموزون كون عدمهما غرريا فحيث ان اعتبارهما فيهما واعتبار العدد في المعدود انما هو لان عدمها غرر فلامحالة يكون الحكم ثابتاً ولو لم يكن غررياً واما في الذرع فلم يدل دليل عليه الا نفي الغرر و نهيه صلى الله عليه وآله وسلم عنه فلابد من ان يقال ان المدار على تحقق عنوان الغرر .

(ولكنك خبير) بان التفصيل في هذه الابواب الاربعة لايمكن الالتزام به للقطع باتحاد احكامها فلابد من ان يقال ان الجهل بالمقدار موجب لفساد المعاملة اذا كان مناط مالية المال هو تعين المقدار ولكنه بعد اعتبار قيدين آخرين .

(احدهما) ان لايكون طريق لاحرازه واما اذا كان فخصوصية الكيل اوالوزن اوالعداوالذرع فيمايتعارف احرازه بهذا الطريق ممالاوجه لها.

(والثانى) ان يكون البيع بلاعلم بالمقدار جزافياً واما لولم يكن كذلك كبيع مقدار من الطعام بمايقابله من جنسه فلا دليل لاعتبار هذه الطرق (ومماذكرنا يظهر) شرح مافي الكتاب من قوله (قده).

مسئلة لوقلنا بان المناط فى اعتبار تقدير البيع فى المكيل و الموزون والمعدود بما يتعارف التقدير به هو حصول الغرر الشخصى فلااشكال فى جواز تقدير كل منهما بغير مايتعارف تقديره هذا اذا انتفى الغرر بذلك (الخ) و ذلك لما عرفت من انه لم يعلل اعتبار هذه التقديرات بالغرر (نعم) يمكن ان يدعى ان حكمته سدباب الغرر المؤدي الى التنازع وعلى هذا فلايدور الحكم مدار الغرر بل لابد من التقدير باحد هذه الامور. وهذا آخر ماوفقنا على تحريره مماحصلناه من مباحث شيخنا و استاذنا العلامة ادام الله افاداته على قدر ماتمكنت اوعتينا لحفظه ثم لتحريره بعد ضبطه مع ماسنح بخواطري الفاتر في بعض المواضع و بذلت جهدى في تأدية المطالب باسهل العبارات الخالية عن الاعضال والغلق على حسب ما تفضل على الله العظيم واهب العلم والفضل ونشكر آلائه حامداً له سبحانه ومصليا على نبيه سيد المرسلين محمد صلى الله عليه وآله الطاهرين وارجو من الناظرين الصفح عن الزلل والنقصان فان ماسنح منى هى بضاعتى المزجاة و كل اناء يترشح بمافيه وكل ميسر لماخلق له وكان اختتامه في شهر صفر الخير من شهور سنة ١٣٥٣ ثلاث وخمسين وثلاثماة بعد الالف من الهجرة النبوية القمرية في النجف الاشرف على ساكنه السلام والتحية والحمدلله اللهم اختم لنا بالخير والسعادة ويكون ختام طبعه في يوم الخميس السادس و العشرين من شهر ذى حجة الحرام من شهور ١٣٧٣.

بسم الله الرحمن الرحيم

هذا تحرير ما افاده العلامة الاية العظمي مجدد المذهب فى رأس المأة الرابعة عشر المرحوم الحاج ميرزا حسن الشيرازى قدس سره فى حكم اللباس المشكوك فيه على ماحرره بعض تلامذته قدس سره .

(مسئلة) اذا شك فى ان اللباس مما يصلى فيه ولا مثل ان شك فى كونه مما يؤكل لحمه اولا اوانه حرير محض اولا ففى جواز الصلوة فيه خلاف ، وكذلك فى المحمول بناء على المنع من المعلوم منه ، فذهب المشهور كما قيل الى العدم ، بل لم ينقل مخالف صريح الاصاحب المدارك ، وتبعه جماعة من المحققين قدس الله اسرارهم كما قيل مثل المحقق القمي (قده) وذهب الى ذلك سيد مشايخنا قدس الله نفسه الزكية (حجة القائلين بالمنع) اصالة الاشتغال ، وتقريره ان التكليف بالعبادة الخالية من جنس ذلك المانع معلوم ولا يحصل الا بالتحرز عن المشكوك (وحجة القائلين بالجواز) اصالة البرائة عقلا ونقلا ، اما الاول فتقريره ان النهى سواء كان نفسياً اوغيريا يرجع الى تكاليف متعددة ، فمرجع النهى عن الصلوة فيما لا يؤكل لحمه الى النهى عن كل فرد من افراده بالعموم الاستغراقى الافرادى ، فيكون مرجع الشك فى صدق عنوان ما لا يؤكل لحمه على شيىء الي كونه مستقلا قد نهى عن الصلوة فيه كسائر افراد ما لا يؤكل لحمه التى نهى عن كل واحد منها بالخصوص لاجل صدق العنوان عليه فيكون نظير الشك فى صدق عنوان الحرام كالخمر على شيئى فكما ان الاصل برائة الذمة كذلك فيما نحن فيه .

(والحاصل) انالانعقل الفرق بين النهى الغيرى والنفسى بحسب الشمول اللفظى وبحسب الانطباق على الافراد ، فكل فرد شك فى صدق المهية عليه يكون الشك فيه راجعاً الى الشك في التكليف ، والاصل فيه البرائة .

(فان قلت) انالانفرق بين افراد النهى بحسب الشمول والانطباق ، بل نقول ان اجراء البرائة فى النهى الغيرى لامحصل له وذلك لان النهى الغيرى بماهو نهي غيري لايترتب على مخالفته مؤاخذة يحتاج اثبات تلك المؤاخذة الى البيان حتى يحكم بانتفائها عند عدم البيان بحكم قاعدة قبح المؤاخذة قبل البيان ، بل لاداء مخالفته الى مخالفة الامر النفسى ، وقد تم البيان بالنسبة اليه .

(والحاصل) ان الشك فى التكليف الغيرى مالم يكن مرجعه الى الشك فى التكليف النفسى لامعنى لاجراء اصالة البرائة فيه ، و الامر هنا معلوم تفصيلا وهو الامر بالصلوة الخالية عن الموانع ، والشك فى صدق تلك الموانع على شيء راجع الى الشك فى امتثال ذلك التكليف المعلوم تفصيلا

(قلت) ان الامر النفسى المذكور يرجع بعد التحليل الى الامر بافعال معلومة بالذوات وتروك معلومة بالعنوان مجهولة الاشخاص فكل ترك علم ان عنوان المنهى عنه صادق عليه يكون داخلا فى المأمور به ، و كل ترك شك فى صدق العنوان عليه فدخوله فى المامور به مشكوك ، وقد قرر فى مسئلة البرائة والاحتياط ان الشك فى دخول شيئ في المأمور به لرجوعه الى تيقن مطلوبية الاقل والشك فى الزائد يرفع حكمه باصالة البرائة عن الزائد المشكوك فيه .

(فان قلت) العلم بعنوان المأمور به كاف فى الاشتغال و الشبهة المصداقية مرجعها الى الشبهة فى حصول العنوان الذى علم باشتغال الذمة به.

(قلت) الاشتغال المعلوم الحصول هو اشتغال الذمة بالاجزاء والتروك

المعلوم صدق العنوان عليها ، واما غيره فاشتغال الذمة بهغير معلوم .

(وتوضيح المرام) ان المنع عن الصلوة فيمالايؤكل لحمه يرجع الى النهى عن ايقاع الصلوة فى تحصلات تلك المهية ، كما ان النهى عن شرب الخمر يرجع الي النهي عن شرب تحصلات تلك المهيته ، فى الخارج ، و (ح) فلايكون العلم بالعنوان بياناً

(وتوضيحه) ان الطلب المتعلق بالمهية اذا كان على وجه السراية ولم يكن بدلياً سواء كان وجوبياً مثل قولناتواضع للعالم اوتحريمياً مثل لاتشرب الخمر ، نفيين كالمثالين ، اوغيريين كما لوامر بالصلوة وامر بقرائة تمام القرآن فيه على وجه الجزئية ثم شككنا فى ان المعوذتين من القرآن اولا ، اونهى عن التكلم بكلام الادمى فى الصلوة سواء كان ذلك النهى بملاحظة دخل التروك المنتزعة من النهى فى المهية شطراً او شرطاً او بملاحظة مانعية الوجودات لهالايكون المهية الملحوظة في ذلك الطلب (ح) فى نظر العقلاء الاكالمعرف الاجنبى الذي لوحظ به المطلوب ، غاية الامر ان المعرف لايكون علة للحكم ومنشأله ، بخلاف مثل هذه المهية فان صدقها على الافراد علة لمحبوبيتها اولمبغوضيتها ، والسر فى ذلك كله حقيقة ان العلم بالكبرى مع قطع النظر عن انضمام الصغري اليه لايترتب عليه النتيجة ، والعلم بالنتيجة فى ضمن الكبرى علماً اجمالياً لايعد بياناً للنتيجة ، و لاجل ذلك لم يتأمل احد فى الشبهات الموضوعية (وجوبية كانت او تحريمية) فى ان الاصل فيها البرائة عقلا ونقلا .

(وملخص الكلام) ان العقل بعد ملاحظة الامر الغيرى السارى مثل قوله اقرء القرآن فى الصلوة اوالنهى الغيرى مثل قوله اجتنب عما لايؤكل لحمه فى الصلوة ينتزع اجزاء معلومة وهى ماعلم صدق القرآن عليه ، و موانع معلومة وهى ماعلم انه مما لايؤكل لحمه ، وامور يشك فى جزئيتها

وامور يشك فى مانعيتها ، غاية الامر ان منشأ الشك فى جزئية تلك الامور او مانعية تلك الاشياء هو الشك فى صدق المهية عليها ، و الا فحقيقة الجزء و المانع هى ذوات تلك الاشخاص ، و (ح) فمن بنى على البرائة فى الشك فى الجزئية والمانعية لامحيص له هنا عن اجراء البرائة .

(فان قلت) فرق بين مانحن فيه ومسئلة البرائة فى الشك فى الشرطية والجزئية لان الشك هناك فى جعل الشارع وهنا فى الامر الخارجي .

(قلنا) اذا رجع الشك فى الامر الخارجى الى الشك في الجعل فاى محصل فى هذا الفرق ، و هلا فصلت بين الشبهات الحكمية الوجوبية او التحريمية وبين الشبهات الموضوعية .

(فان قلت) الامر فى المانع لم يرتبط بالمهية السارية بل يرتبط بحقيقة الجنس ، ولازمه ترك جميع الافراد ، و ذلك نظير ماتذكر فى باب تداخل الاسباب وان الجنس قد يكون سبباً فلا يتكرر (ح) بتكرار الافراد ولا يتكثر بتكثرها (نعم) لما كان عدم الجنس بهذا المعنى غير منفك عن عدم جميع الافراد لزم تركها من باب الملازمة والمحصلية .

(والحاصل) ان النهى بهذه الحيثية ليس نهياً عن الافراد ولا يكون المانع بهذا المعنى هى الافراد ، كما ان السبب اذا لوحظ المهية بهذه الحيثية ليس عبارة عن الافراد فلا يكون لزوم ترك الافراد من اقتضاء الامر النفسى بل لملازمته لما يقتضى لزومه ، و (ح) يكون الشك فى فردية شيئى شكاً فى حصول عنوان المأمور به الذى علم الاشتغال به .

(قلت) اولا انا لانسلم ان المانع هو الجنس ، بل الظاهر من الاوامر والنواهى العرفية المتعلقة بالاسباب والموانع سببية الافراد و مانعيتها من حيث انطباق الجنس عليها ولاجل ذلك ذكرنا هناك ان عدم تداخل الاسباب

من مقتضيات الاصول اللفظية .

(وثانياً) لامحصل لهذا الكلام لان المهية بهذه الحيثية عبارة اخرى عن مجموع ماوجد فى الخارج من الافراد ، فمرجع الشك فى المانعية الى الشك فى ان المانع مجموع امور يكون المشكوك جزء منها او مجموع امور ليس هذا منها ، فمرجع الشك الى دخل شيىء زائد عن المقدار المعلوم فى الامر النفسى .

(فان قلت) مجموع الافراد ملازم للجنس فى الخارج .

(قلت) انا نلغى جميع الخصوصيات المنضمة الى الافراد و نلاحظ نفس الجهة التى تشمل على الفرد وهى جهة المانعية والموجود الخارجى فيكون مرجع النهى الى اجتناب مجموع تلك الحصص الموجودة من حيث كونها نفس المهية لامن حيث كونها اموراً متباينة متكثرة وهى بهذه الملاحظة يكون النهى عن الماهية عبارة اخرى عن النهى عنها .

هذا خلاصة ماافاده سيد مشايخنا فى مدرسه المبارك حين تشرفنا بخدمته فى داره المباركة المعروفة فى سر من رأى شكر الله سعيه و اجزل عن الاسلام واهله مثوبته ووفقنا وسائر تلامذته للمشى على منواله والسلوك على مسلكه ولاحول ولاقوة الا بالله العلى العظيم .

وقد تم استنساخه بيد العبد الراجى رحمة ربه ضياء الدين الآملى فى السادس والعشرين من شهر ذى الحجة الحرام من العام الثالث والسبعين وثلثمأة بعد الالف من الهجرة النبوية على المهاجر بها الاف الصلوة والسلام والتحية والحمد لله رب العالمين .

الرقم	العنوان
٣	فى البحث عن اعتبار استناد العقد الى المالك
٧	فى البحث عن كون صحة الفضولى موافقا مع القواعد
١٣	فى البحث عن خبر عروة البارقى
١٦	فى الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس
٢٠	فى الاستدلال بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولى
٢٦	فى الاستدلال بالروايات الواردة فى مقامات خاصة
٣٠	فى الاستدلال بخبر ابن اشيم
٣١	فى بيان وجه دلالة صحيحة الحلبى
٣٢	فى تقريب دلالة موثقة عبدالله
٣٣	فى الاستدلال بآية التجارة
٣٦	فى الجواب عن الاخبار التى استدل بها على بطلان الفضولى
٣٧	فيما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير
٤١	وقد يستدل للمنع بوجوه ضعيفة
٤٢	المسئلة الثانية ان يسبقه منع المالك
٤٥	المسئلة الثالثة ان يبيع الفضولى لنفسه
٤٨	قوله قده مع انه يلتزم صحة ان يكون الاجازة
٥٠	قوله قده اما الاول فلان صحة الاذن
٥٣	قوله قده ثم ان مما ذكرنا من ان نسبة ملك العوض حقيقة الخ
٦٠	البيع الفضولى اما يكون واقعا على العين
٦٦	قوله قده وان رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا الخ
٧٠	فى البحث عن جريان الفضولى فى المعاطات
٧٥	فى البحث عن الكشف والنقل
٨٩	فى بيان الثمرة بين الكشف الحقيقى والحكمى
١٠٠	فى الثمرة الثانية
١٠٢	فى الفرق بين الثمرتين
١٠٥	فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد التبايعين
١١٠	فى بيان ايراد المصنف على المعترض
١١٢	فى تفصيل الشروط
١١٧	فى بيان الثمرة بين النقل والكشف الحكمى
١١٨	الخلاف فى كون الاجازة كاشفة او ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى
١٢١	فى البحث عن اشتراط كون الاجازة باللفظ
١٢٨	فى البحث عن وقوع الاجازة باللفظ الكنائي
١٢٩	التنبيه الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد
١٣٥	فى ان الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك
١٣٦	فى ان اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن
١٤٣	فى ان الاجازة ليست على الفور
١٤٦	فى انه هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد
١٥٣	يشترط فى المجيز امور الاول
١٥٤	فى البحث عن اعتبار وجود المجيز فى حال العقد
١٥٤	اذا كان المالك حين العقد هو المالك

الرقم	العنوان
	حين الاجازة ولم يكن جايز التصرف الخ
١٦٠	فى الفرق بين حق الرهانة والجناية
١٦١	فى البحث عن بيع من باع شيأ ثم ملكه
١٦٤	فى الاشكال الثانى فى بيع من باع ثم ملك
١٦٦	فى الاشكال الثالث فى بيع من باع ثم ملك
١٦٩	فى الاشكال الرابع على بيع من باع ثم ملك
١٧٤	فى الاشكال الخامس على بيع من باع ثم ملك
١٧٥	فى الاشكال السادس في بيع من باع ثم ملك
١٧٧	فيما اجاب به عن الاخبار الناهية عن بيع ماليس عندك
١٨٠	فى البحث عن كون المبيع كليا او شخصيا فى بيع ماليس عنده
١٨٣	فى الوجوه المتصورة فى بيع ماليس عنده
١٨٦	فمااذا باع عن المالك واتفق شرائه منه
١٨٧	فيما اذا اضاف البيع الى نفسه فاجازه المالك
١٨٧	فيما اذا اضاف البيع الى ثالث غيره وغير المالك
١٩٠	المسئلة الثالثة مالو باع معتقدا الخ
١٩٢	الثانية ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا او وصيا الخ
١٩٣	في شقوق بيع المالك
١٩٤	فى الفرق بين ماذا باع عن المالك او باع عن ابيه

الرقم	العنوان
٢٠٢	فى توضيح ماينقله المصنف قده عن بعض مقاربى عصره
٢٠٧	الرابعة ان يبيع لنفسه (الخ)
٢١١	فى البحث عن اعتبار اجتماع الشرائط فى العقد المجاز
٢١٤	الثانى هل يشترط في المجاز كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل
٢١٧	الثالث المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير الخ
٢٢١	فى حكم العقود المترتبة طبعاً
٢٢٨	فى بيان الاشكال فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود
٢٢٩	فى بيان منشاء عدم ضمان الغاصب للثمن
٢٣٦	فتحصل من مجموع ماذكرناه امور
٢٣٩	فى احكام الرد
٢٤٢	المقام الثانى فيما يتحقق به الرد
٢٤٤	فى حكم التصرفات الناقلة للعين
٢٤٥	فى حكم التصرفات الناقلة للمنفعة
٢٥٢	فى البحث عن الرد بالفعل
٢٥٤	فى ذكر الادلة التى استدل بها على وقوع الرد بالفعل
٢٥٧	فى احكام الاجازة والرد
٢٥٨	فى وظيفة المشترى مع البايع الفضولى
٢٦١	فى حكم تصرف البايع الغاصب فى الثمن
٢٦٤	فى النقض الثانى على القول بعدم ضمان الغاصب عند التلف
٢٧٠	فيما لو اشترط على البايع الرجوع بالثمن
٢٧١	فى بيان حكم مايغترمه المشترى مما عدى الثمن

الرقم	العنوان
٢٧٤	فى بيان قاعدة الغرور
٢٧٧	فى حكم رجوع المشترى الى البايع فيما يغترمه للمالك
٢٨٢	فى حكم رجوع المشترى الى البايع فى مقدار الثمن
٢٨٣	فى تصوير الضمان في صورة تعدد الضامن
٢٩٢	فى اقامة الدليل على اثبات الضمان الطولى
٢٩٧	فيما يترتب على الضمان الطولى من الفروع
٢٩٨	الفرع الثانى والثالث
٣٠١	الفرع السادس
٣٠٣	الفرع السابع
٣٠٥	لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه
٣٠٧	فى صحة البيع فيما يملكه البايع
٣٠٨	فى طريق معرفة حصة كل من البايع والمشترى من الثمن
٣١٢	فى بيع نصف الدار
٣١٣	فى التحقيق فى مسئلة بيع نصف الدار
٣١٩	لو باع مايقبل التملك ومالايقبله
٣٢١	فى الامور التى يتخيل كونها مانعة عن صحة بيع المماوك المنضم بغير المملوك
٣٢٤	ربما يقيد الحكم بالصحة بصورة جهل المشترى
٣٢٨	فى طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره
٣٣٠	فى ولاية الاب والجد
٣٣١	فى مشاركة الجد مع الاب فى الولاية
٣٣٢	فى ولاية الحاكم
٣٣٩	فى ولاية المؤمنين
٣٤٢	فى بيع العبد المسلم من الكافر
٣٤٧	فى اجارة العبد المسلم للكافر
٣٥٠	فى ارتهان العبد المسلم عند الكافر
٣٥٢	في المواضع التى استثنيت من منع تملك الكافر للعبد المسلم وهى اربعة الموضع الاول فيما اذا كان المشترى ممن ينعتق عليه العبد المسلم الموضع الثانى ماذا اقر الكافر بحرية عبد ثم اشتراه من مولاه
٣٥٤	فى ارث الكافر العبد المسلم
٣٥٦	فى بيان حكم الملك القهرى وانه كالارث ام لا
٣٥٨	فى تولية الكافر بيع عبد المسلم
٣٦٣	القول فى شرائط العوضين
٣٦٧	فى تقسيم الاراضي الى العامرة والموات
٣٧١	فى تتميم حكم الاراضى المفتوحة عنوة
٣٧٣	الشرط الثالث من شروط العوضين الطلقية
٣٧٥	فى الفرق بين حق الرهانة و حق الجناية
٣٧٦	فى عدم جواز بيع الوقف
٣٨٣	فى مجوزات بيع الوقف
٣٨٤	فى نقل الاقوال فى بيع الوقف
٣٨٥	فى اقسام الوقف
٣٨٧	فى التنبيه على امور
٣٩٢	فى ان خراب الوقف على انحاء
٣٩٦	الصورة الثانية
٣٩٦	الصورة الثالثة
٣٩٧	فى الوقف المنقطع آلاخر
٣٩٨	فى ذكر الضابط بين مايخالف مقتضى العقد ومايخالف مقتضي اطلاقه

الرقم	العنوان
٤٠٢	فی ذکر الاقوال فی الوقف المنقطع آخره
٤٠٧	فی حکم بیع ام الولد
٤١٣	فی الصورة الاولی من صور بیع ام الولد
٤١٤	الصورة الثانیة بیعها فی حیوة المولی
٤١٨	فیما اذا کان للمولی مال یفی بثمن ام الولد ولم یکن من المستثنیات
٤١٩	فی ان ثمن الامة علی ذمة المولی یتصور علی انحاء
٤٢٠	فی حکم الحاق الشرط المذکور فی متن العقد بالثمن
٤٢١	فی بیع الامة فی دین آخر غیر ثمنها
٤٢٩	فیما اورد علی المسالك فی اعتراضه علی الشیخ قدس سرهما
٤٣٢	فی الایراد الاول مما اورد علی المسالك
٤٣٥	فی حکم بیع ام الولد فی مؤنة تجهیز مولاها
٤٣٧	فی حکم بیع ام الولد اذا جنت علی غیر مولاها
٤٣٩	فی حکم بیع ام الولد علی من یعتق علیه
٤٣٩	فی حکم بیعها بشرط عتقها و بیعها ممن یقر برقیتها
٤٤١	فی حکم الاستیلاد بعد الرهن
٤٤٢	فی حکم ما اذا کان علوق ام الولد بعد افلاس المولی
٤٤٣	فی حکم ما اذا کان علوقها فی زمان خیار بایعها
٤٤٥	فی حکم ما اذا کان علوق ام الولد بعد اشتراط اداء مال الضمان منها وما اذا کان علوقها بعد نذر جعلها صدقة
٤٥٤	فیما استدل به صاحب المقابیس لبطلان بیع الراهن ولو مع الاجازة
٤٥٨	فی ان اجازة بیع الراهن هل هی کاشفة او ناقلة
٤٦٤	الثالث من شروط العوضین القدرة علی التسلیم
٤٧١	فی ذکر الاحتمالات فی قوله (ص) لاتبع مالیس عندك
٤٧٩	فی الاستدلال بان لازم العقد وجوب تسلیم کل من المتبایعین (الخ)
٤٨١	فی بیان الثمرة بین شرطیة شیئی او مانعیة ضده
٤٨٥	فی ان العبرة فی القدرة علی التسلیم علی زمان استحقاق التسلیم
٤٨٧	فی التنبیه علی امور
٤٨٩	الثانی والثالث والرابع
٤٩٢	لایجوز بیع العبد الآبق منفرداً
٤٩٥	فی اشتراط العلم بقدر الثمن والمثمن
٥٠١	رسالة فی لباس المشکوك

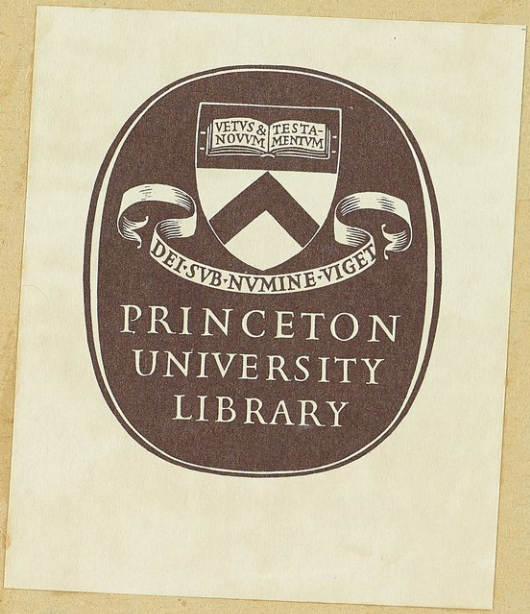
صفحه	سطر	غلط	صحيح
١٥	١٩	مثل	ومثل
١٦	١٤	بعده	بعدرده
١٦	٢٢	الاول	اما الاول
٣٠	١٧	ام	ام لا
٤٢	٢٠	بقائه	ببقائه
٤٤	٣	رود	ورد
٤٨	٣	ديبنى	اويبنى
٥٣	٧	باذن	بالاذن
٥٥	٧	القول ان يكون	القول بكون
٥٧	٢	باب	فى باب
٦٣	١٠	مال المغصوب	المال المغصوب
٦٣	١٨	اشتر	اشترى
٨٠	٥	الازة	الاجازة
٨١	١١	الى صل حين وجود المتقدم اذا كان التأخر (زياد)	
٨٤	٥	كالمادة	يكون كالمادة
٨٩	١٨	الكمى	الحكمى
٩٢	٣	أووقع	وقع
٩٥	١٧	الكمى	الحكمى
٩٨	١٧	مالك	المالك
١٠٠	٨	المتقدمة	والثمرة المتقدمة
١٠٤	١٩	بسبب	بسببه
١٠٦	١٧	فصيح	فيصح
١٠٧	٨	وال	وان
١٠٩	٢٠	ممالا يصح	ممايصح
١١٢	١٩	كان	كانا
١١٣	١٣	وحكم	هوحكم
١١٣	١٥	لصلان تأثيرها بطلان تاثير الاجازة بعد زوال الحجر وبعدم	
١١٤	٢١	السبب او	اوالمسبب من
١١٩	٨	بالنقل ان يقع بالنقل او الامضاء من حين الاجازة على القول	

صفحه	سطر	غلط	صحيح
		بالكشف ان لا يقع	
١٢١	٣	تحققها بانشائها	تحققها على الانشاء الثانية فى انه هل يكفى فى تحققها
١٢٢	٦	كثير الفتاوى	كثير من الفتادى
١٢٢	١٢	كفايته صحة	كفايته فى صحة
١٢٢	١٥	وماودد	ورد
١٢٧	٧	فالتسلط	فالتسليط
١٢٧	١٨	الزى	الذى
١٢٨	٧	من جزء	من جزء رجزء
١٢٩	١١	الاماجازة	الاجازة
١٣٦	٨	يبقى ذاك	لايبقى ذاك
١٣٩	٩	قبضها	قبضهما
١٤٦	٧	اجاز	اجازة
١٤٨	٥	العبد	العقد
١٤٨	١٩	العبد	العقد
١٤٩	١٨	شروط	وشرط
١٥٠	١٣	بيعا	مبيعا
١٥١	١٤	بفاقد	بفاقده
١٥٢	١٧	بالشرط	بالشروط
١٥٦	١٢	لبس رد	ليس له رد
١٥٨	٢٠	الموتهن	المرتهن
١٦٠	١٨	الحقيق	الحقين
١٦٦	٤	وماكان	وكان المالك
١٧١	١	طوليتها	طرليتهما
١٨٩	٧	بالنسبة الى	بالنسبة الى كل
١٩١	١٤	الى اجازة	على اجازة
٢٠٨	١٠	بيع	ببيع
٢١١	١٨	كون	كونه
٢١٩	١١	قابلية	قابليته
٢٢٦	١	فى العقذد	فى العقود
٢٢٨	٣	عليه	عنه

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٢٣٦	١٤	والاالضمان	ولاالضمان
٢٤١	١٣	للفساد	لفساد
٢٤٦	٢٠	الاجارة	الاجازة
٣٤٥	١٥	اجازة	اجازة به
٢٦٣	٢٢	بكون	بكونه
٢٦٦	٣	العاوضى	المعاوضى
٢٦٨	٣	هوالضمان	هوعدم الضمان
٢٧٩	٧	بوجوع	برجوع
٢٧٩	٢٠	بفاسد	بفاسده
٢٨٧	٣	تارة	اما
٢٩٩	٢	التقديرى	التقديرى فعليا
٣٠١	١٣	مع	مثل
٣١٢	١٢	قيمتهه	قيمته
٢٢٣	١٦	تقتضى صرفه الى معناه،، تقتضى صرف ظهورالقرنية عن معناها	
٣٢٢	١٥	المبيع	البيع
٣٢٥	٢٠	سبب	سلب
٣٢٨	١	حرميته	حريته
٣٣٧	١	فيها رواة	فيهاالى رواة
٣٤٥	١٥	ملومة	معلومة
٣٤٦	١٣	انه	انها
٣٤٧	٤	باطبيع	بالبيع
٣٥٥	٨	اوليس	وليس
٣٧٨	٢٠	الاطلاق	اطلاق

صفحه	سطر	غلط	صحيح
٣٨٠	١٨	مخالف المجوز (زائد)	لكتات طره
٣٨٦	١٨	لبية	قابلية
٣٩٢	٧	اصل	الاصل
٣٩٣	٥	بعد	معه
٤٠٤	١٩	للبطلان	لبطلان
٤١٤	١٣	الدين	فى الدين
٤١٦	١	ماعلى رد	مارد على
٤٢١	٢٠	بقبل	يقابل
٤٣٠	٢٠	نصبه	نصيبه
٤٣٠	٢١	لقيتها	لقيمتها
٤٣٤	٥	المين	اليمين
٤٤٦	١٧	كله	كاكله
٤٥٠	١٤	مقامهما	مقامها
٤٥١	١٥	لها	لهما
٤٥٣	١٢	وكما	وكلما
٤٥٩	٦	مقارنة قبيل	ماكان من (زياد)
٤٦٠	١٢	سقاط	اسقاط
٤٧٢	١٧	الغر	الغرر
٤٧٨	٩	فما	مما
٤٩٠	٦	المتبر	المعتبر
٤٩٠	٧	دكيلا	وكيلا
٤٩٠	٢٠	فيقبر	فيعتبر




VETVS & NOVVM TESTAMENTVM
DEI·SVB·NVMINE·VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY