

محمد علي التوجيدي

مِصْبَاةُ الْفُقَاهَةِ فِي الْمَعَانِي

من تقرير بحث أستاذنا الأعظم آية ... العظمى

السيد بالقاسم الخوني

دام ظله العالی

الجزء الرابع

Princeton University Library



32101 061871164

PRINCETON UNIVERSITY LIBRARY

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

--	--

مصباح الفقاهة

من تقرير بحث الاستاذ الاكبر آية الله العظمى الحاج السيد
أبو القاسم الموسوي الخوئي دامت افاضاته .

لمؤلفه

الميرزا محمد علي التوحيدى التبريزي

الجزء الرابع

(Arab)

KBL

T383

19802

JUZ 4 (RECAP)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على اشرف الانبياء والمرسلين محمد وعترته الطاهرين
واللعنة الدائمة على اعدائهم اجمعين الى يوم الدين وبعد فننقل عن المولى جليل شانه على ابن
رجالاً علماء وفاضل يهتمون بمبغض ما القى اليهم في محاضراتي تقريراً وتحريراً احصاهم عليهم
على المعارف والعلوم الدينية ومن في طليعة هؤلاء جناب الفاضل المهذب الصفي والعلامة
المحقق الزكي ركن الاسلام قره عيني العزيز الميرزا محمد علي التبريزي فانه دام فضله
قد اتعب نفسه مدة طويلة وسهر الليالي في تحرير اجابتي وتفقيها في الفنون المتفرعة من الفقه
والتفسير والاصول حتى بلغ بفضل الله وحسن توفيقه الدرجة العليا من العلم والعمل والاصح
من العلماء العظام والاحجلة الاعلام ولقد سرحت بصري في ما علقه على كتاب الكاشف
لشيخ مشايخنا العظام استاد الفقهاء والمجتهدين المؤسس المجدد آية الله العظمى
مرضى الانصارى قدس الله تعالى اسراره فاجبني غوره في التحقيق والتدقيق وسعة
اطلاعه على مصادر الروايات وساردها وما كتبه دام فضله وتأيدته وافقته
وكاف بتوضيح ما حققناه فليحمد الله ولنشكره على ما انعم به علينا وسامحنا
من يشاء انتم واسع علم والحمد لله اولاً واخراً
ابراهيم البربري الخوني

في ١٣ رجب المرجب ١٤٠٣



اسم الكتاب : مصباح الفقاهة

اسم المؤلف : محمد علي التوحيد التبريزي

الناشر : الشيخ مهدي الحاجباني

تاريخ الطبع : ١٤٠٣

طبع من هذا الكتاب ٢٠٠٠ نسخة في مطبعة : اجير قم

الطبعة الأولى : قيمت ٩٠٠ ريال

حقوق الطبع محفوظة للناشر



قوله «مسئلة» : ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين او
 ماذونين من المالك او الشارع فعقد الفضولي (١) لا يصح اى لا يترتب

١- الفضولى لغة هو الاشتغال بما لا يعنى قال فى المصباح :
 «و فضل فضلا من باب قتل زاد وخذ الفضل اى الزيادة و الجمع
 فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما
 لاخيرفيه ولهذا نسب اليه على لفظه فقيل فضولى لمن يشتغل بما
 لا يعنيه لانه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد وسمى
 بالواحد «و فى اقرب الموارد : «الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول
 العمل الفضولى وهو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال
 بما لا يعنيه « .

اقول : لولا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان
 يقال فى مقام النسبة فضلى لفضولى .
 اما فى الاصطلاح فعن الشهيد : «هو الكامل الغير المالك
 للتصرف ولو كان غاصبا « ، وفى شرح فتح القدير الفضول : «جمع فضل
 غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولاية له فيه « و كيف كان
 الفضولى صفة للعاقده و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى
 صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه .

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم .

اقول قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لامرين
الاول : اذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم
بصحة الايقاعات الفضولية ام لا ؟ اذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود
الفضولية انما هو على خلاف القاعدة اعني بها اصالة الفساد ، وان
الاطلاقات والعمومات لاتشملها حكمنا بفساد العقود و الايقاعات -
الفضولية الا ما خرج بالدليل قيل : ان مقتضى القاعدة وان كان
هو الحكم بصحة العقود و الايقاعات ، ولكن قام الاجماع على عدم
جريان الفضولية في الطلاق و العتاق بل في مطلق الايقاعات .
و اذا قلنا بأن صحة العقود الفضولية موافقة لمقتضى القاعدة حكمنا
بصحة الايقاعات الفضولية أيضاً الا ما خرج بالدليل لان العمومات و
المطلقات كما تشمل العقود الفضولية كذلك تشمل الايقاعات الفضولية
أيضاً وعليه فما ورد بالخصوص في صحة العقود الفضولية يكون مؤيد لتلك
العمومات و المطلقات .

ويرد عليه : أنا لو سلمنا وجود الاجماع هنا ، ولكن لا نسلم
كونه اجماعاً تعبدياً اذ من المحتمل ان القائلين ببطلان الطلاق
الفضولى قد استندوا في ذلك الى ان بطلان طلاق المكره يقتضى
بطلان طلاق الفضولى بالاولوية او الى الروايات الدالة على ان
الطلاق لا ينفذ الا اذا صدر من الزوج او ممن هو ما ذون من قبله او
من قبل الشارع ، وان القائلين ببطلان العتاق الفضولى قد استندوا
في ذلك الى الروايات الدالة على انه لا عتق الا فى ملك و ان
القائلين ببطلان مطلق الايقاعات الفضولية قد استندوا في ذلك الى

عدم قابلية الايقاع للتعليق واقعا ، او الى غير ذلك عن الوجوه الاعتبارية ، واذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه ، فلا يكون هنا اجماع تعبدى اما الوجوه المزبورة فهي ايضا ليست بتامة فلا تدل على بطلان الايقاعات الفضولية اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فانما هو فى حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الاجازة ، ويدل على عدم تحقق الاجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الاصحاب الى صحة عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك او الاجازة ، وذهب بعضهم الى صحة عتق المرتهن عن الراهن مع اجازته ذلك واما الروايات الواردة فى المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج ، فالمراد منها هوان الانسان ليس له ان يطلق زوجة غيره مستقلا و بغير اذنه واجازته وهذا لا ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الاجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغة ، ومن هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعة عن العتق الصادر من غير المالك ويضاف الى ذلك ان امثال هذه الروايات واردة فى البيع ايضا كقوله عليه السلام لا بيع الا فى ملك لفلو التزمنا بظاهرها فلا بد من الالتزام- ببطلان البيع الفضولى ايضا .

واما دعوى ان التعليق فى الايقاعات امر مستحيل دعوى جزافية ضرورة أن المعانى الايقاعات كالمعانى العقدية فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا دليل على بطلان الايقاعات الفضولية و اذا قلنا بكون الوصية من الايقاعات كانت الوصية بما زاد على الثلث من الايقاعات الفضولية ولا اشكال فى صحتها مع اجازة الورثة و على

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الاجماع التعبدى على بطلان
الايقاعات الفضولية مطلقا او فى الجملة .

الامر الثانى : انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى
بمجرد رضاء المالك باطنا من دون امارة عليه ام لا ؟
ذهب المصنف الى الاول وحكم بعدم توقفه على الاجازة
اللاحقة سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد ام لم يعلم به
حين ذلك وسواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد
حين وقوعه ام لم ينكشف له ذلك اصلا .
واستدل على رايه هذا بوجوه :

الاول : ان هذه المعاملة مشمولة لآيتى وجوب الوفاء بالعقد
والتجارة عن تراض ، ولكن لا دلالة فى الايتين على ذلك اما آية
وجوب الوفاء بالعقد ، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء
بعقد نفسه ، ومن الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لا يخرج
العقد الصادر من الاجنبى عن الفضولية ولا يجعله عقدا للمالك ، بل
العقد انما يصير عقدا للمالك ، ويستند اليه اما بمباشرة نفسه أو بنيابة
الغير عنه بالاذن ، أو بالاجازة اللاحقة - كما فى الفضولى - و شئ
من ذلك لم يتحقق فى المقام ، واذن فلا يكون العقد الصادر من
الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك ، ومن هنا ظهر الجواب
عن الاستدلال بآية التجارة عن تراض ، اذ لا تتحقق التجارة عن
تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضلا و لا يقال
للمالك انه اتجر بماله .

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

تعالى لا احل الله البيع ، فان مفاده احل الله بيوعكم وعليه فالمضى
 انما هو البيع المنسوب الى المالك لا مطلق البيع وان لم ينسب اليه
 الوجه الثانى : ما دل على حرمة مال امرء مسلم الا بطيبة
 نفسه ، ومن الواضح ان المالك فى الصورة المفروضة راض بالتصرف
 فى ماله ، فيكون خارجا عن الفضولية والا لم يجزا التصرف فيه .
 وفيه : ان المراد من حلية البيع ان كانت هى الحلية
 التكليفية كحرمة الاكل والشرب ، فالروايات المزبورة خارجة عن محل
 الكلام لان البحث ، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى
 من المالك ، وان كان المراد هو الاعم من الحلية الوضعية والتكليفية
 فهو وان كان لا باس به ، ولكن لا دلالة فيها على ان المعتبر فى
 حلية المال انما هو خصوص رضاء المالك وطيب نفسه بل الظاهر منها
 هو ان الرضاء معتبر فى حلية المال ، وهذا لا ينافى اعتبار شئ آخر
 فيها كاظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن ، او الاجازة والسرفى
 ذلك هو ان امثال هذه الجمل والمركبات كقوله عليه السلام لا صلاة
 الا بطهور او بفاتحة الكتاب و لا لا عمل الا بنية لا تدل على
 الحصر ، وأن الصلاة مثلا لا تتحقق الا بالطهور او بفاتحة الكتاب و
 ان العمل لا يتحقق الا بنية ، فانه لا يستفاد منها الا اعتبار كون
 الفعل مقرونا بالنيه او الطهور او بفاتحة الكتاب لان الفعل لا يوجد
 الا بالامور المذكورة ، وكذلك الامر فيما نحن فيه بل المستفاد منها
 انما هو اعتبار المستثنى فى المستثنى منه سواء اعتبر فيه شئ
 آخر ام لا .

الوجه الثالث : ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

وسكوته اقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة (١) هو كفاية
الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضولية .

ويرد عليه اولا : ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه
عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد ، ومورد بحثنا ما اذا لم يكن هنا
كاشف عرفى عن ذلك .

وثانياً : أن مجرد رضاء المولى باطناً بنكاح عبده يكفى
فى صحته ، لما سياتى من التفضيل بين كون الاجازة لتحقيق
استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له ، و بين

١- عن معاوية ابن وهب قال : جاء رجل الى ابي عبد الله
عليه السلام فقال انى كنت مملوكا لقوم وانى تزوجت امرأة حرة بغير
اذن مولاى ثم اعتقونى بعد ذلك فاجدد نكاح اياها حين اعتقت
فقال له اكانوا علموا انك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم فقال : نعم
وسكتوا عنى ولم يغيروا على فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم
اثبت على نكاحك الاول ونحوه خبره الآخر عنه عليه السلام فى حديث
المكاتب وكذا خبر الحسن بن زياد الطائى الوافى ج ١٢ ص ٨٨ و
عن عروة بن أبى الجعد البارقى قال عرض للنبي (ص) جلب فاعطانى
دينارا وقال اى عروة انت الجلب فاشتر لنا شاة قال فاتيت الجلب
فساومت صاحبه فاشترت منه شاتين بدينار فجئت اسوقهما او قال
اقودهما ، فلقينى رجل فساومنى ، فابىغى شاة بدينار فجئت بالدينار
فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال كيف صنعت قال
فحدثته الحديث فقال اللهم بارك له فى صفقة يمينه فلقد رأيتنى
اقف بكناسة الكوفة فاربح اربعين الفا قبل اصل الى اهلى و كان
يشترى الجوارى ويبيع مسند احمد ج ٤ ص ٣٧٦ - المطبوع بمصر و
بهامشه منتخب كنزل العمال وهناك خبران اخران سياتى انشاء
الله .

كونها بمجرد تعلق حق الغير ، حيث نلتزم بكفاية الرضاء الباطنى فى الثانى دون الاول ، ومن الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى ، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما وانما الاحتياج الى - اجازة المولى من جهة ان فعل العبد متعلق حقه فقط .

الوجه الرابع : رواية عروة ، فانها ظاهرة فى جواز الاكتفاء فى صحة العقد بالرضاء الباطنى وان لم يقترن بالكاشف .

ويتوجه عليه اولاً : ان الرواية غير مذكور فى اصول الشيعة مسندا وانما هى مذكورة فى كتب العامة بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد اليها فى شئ فى الاحكام الشرعية .

وثانياً : انه يمكن ان البارقى كان وكيلاً مفوضاً عن النبى (ص) فى امر شراء الشاة وبيعها واذن فتكون الرواية بعيدة عن محل بحثنا .

وثالثاً : أن اقباض عروة المبيع ، وقبضه للثمن مع تقرير النبى (ص) ذلك لا يدل الا على رضاه (ص) بهما فقط لا على رضاه (ص) باصل البيع ايضا ضرورة انه لا ملازمة بين جواز القبض و الاقباض وبين صحة البيع ان قد يكون البيع صحيحاً ولا يجوز القبض و الاقباض كبيع الوكيل الذى هو وكيل فى اصل المعاملة فقط ، وقد يجوز القبض و الاقباض مع فساد المعاملة كما اذا كان احد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى اصل المعاملة واذن فضاء النبى (ص) بالقبض و الاقباض لا يدل على صحة ما انشأه عروة من البيع .

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضولية وعد توقفه على الاجازة اللاحقة من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة
الارضاء المالك وقولهم ان الاجازة لا يكفى فيها السكوت لانه اعم
من الرضاء والى غير ذلك من كلماتهم .

ويتوجه عليه اولا : انه لاحجية فى كلماتهم فان راي فقيه
لا يكون حجة على فقيه اخر .

وثانيا : انه لا ظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان
المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابلة
الكراهة والاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من
شرائط المتعاقدين الاختيار وليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا
ربط لها بما نحن فيه ولا اقل من الاحتمال ، فتكون كلماتهم مجملة .
ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه
على الاجازة لانه لا دليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة .

ويتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لانا اذا قلنا
باحتياج المعاملات الفضولية الى الاجازة اللاحقة كان ما نحن فيه
من صغرياتها ، فتحتاج صحته الى الاجازة اللاحقة ولا يكفى فيها
مجرد وجود الرضاء الباطنى ، وان قلنا بعدم احتياجها الى الاجازة
اللاحقة ، لكونها مشمولة للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العهود
ولزومها فليكن المقام كذلك واذن فلا وجه لجعله من المعاملات
الفضولية ثم الحكم بعدم احتياجه الى الاجازة اللاحقة .

ثم قال : مع انه يمكن الاكتفاء فى الاجازة بالرضاء الحاصل
بعد البيع المذكور آنا ما اذ وقعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات
ويرد عليه انه اذا قلنا بكفاية الرضاء الباطنى المتأخر ولو آنا ما

فى صحة البيع واخراجه عن الفضولية قلنا بذلك فى الرضاء المقارن
ايضا بالاولوية ، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر .
ثم انا لو اكتفينا فى خروج العقد عن الفضولية بالرضاء الباطنى
للزم القول بكون الكراهة الباطنية موجبة لفساد البيع مع انها لا توجب
بطلانه ومن هنا لو باع الغاصب العين المغصوبة مع كراهة المغصوب
منه ذلك ، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهة -
الباطنية لا تؤثر فى فساد المعاملة وكذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى
صحتها لان سبيلهما واحد .

ثم قال : انه لو اشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الاشكال
فى عقد العبد نكاحا او بيعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق
المعصية التى هى مناط المنع فى الاخبار وعدم منافاته لعدم
استقلاله فى التصرف .

ويرد عليه : انه لا وجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى
ذلك فى كل عقد كان فضولية من ناحية كونه متعلقا لحق الغير كبيع
الراهن العين المرهونة مع رضاء المرتهن بذلك باطنا ونكاح الباكرة
بدون اذن الولى والنكاح على بنت الاخ او الاخت بدون اذن العمه
والخاله فان الرضاء الباطنى يكفى صحة العقد فيها وفى امثالها و
سياتى ذلك تفصيلا .

ثم انه ذهب شيخنا الاستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء
الباطنى عن الفضولية مطلقا سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير
بذلك ام كانت فضوليته من ناحية صدوره من غير المالك واليك لفظ
مقرر بحته .

والحق عدم صحة العقد الصادر من غير من بيده زمام امر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك ومن له الحق مرتها كان او مولى وذلك لانه لو كان امر العقد موقوفا وغير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا او لعدم كونه مستقلاً فلا يخرج عن التوقيف الا باستناده الى المالك او ذى الحق والاستناد والتنفيذ من الامور الانشائية ويكونان كسائر الايقاعات لابد من ايجادهما اما باللفظ او بالفعل فلا الكراهة الباطنية رد ولا الرضاء الباطنى اجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف .

والتحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الاجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى عقدا له بالحمل الشايح وبينما كانت الاجازة لاجل كون المبيع متعلقا لحق الغير ، فكل مورد تعتبر الاجازة فى العقد لاجل استناده الى من له العقد فان الرضاء الباطنى السانج لا يصح ذلك وفى كل مورد اعتبرت الاجازة ، لالتك الجهة بل لجهة اخرى لاشبهة فى كفاية الرضاء الباطنى فى ذلك ، وعلى الاول ، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى وان الاقتران برضاء المالك لا يخرج العقد عن الفضولية ما لم يكن اذن وتوكيل من المالك والوجه فى ذلك ان العقد الصادر من الفضولى لا يكون مشمولا لقوله تعالى : اوفوا بالعقود ، بديهة ان العقد لا يكون مشمولا لتلك الآية الا باستناده الى المالك لان مقارنة الجمع بالجمع فى الآية الكريمة يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى اوفوا بعقودكم لاما عقدتهم ومن الواضح ان العقد لا يكون عقدا للمالك الا بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما اذا

اوجده بنفسه او بالتسيب كما اذا اوجده وكيه او بالاضافة اليه كما اذا رضى بالعقد الفضولى مع اظهاره ذلك بمظهر خارجى ومن الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى اجنبى عن ذلك كله وعلى الثانى فيكفى فى صحة العقد مطلق الرضاء وان كان باطنيا وغير منكشف بكاشف وذلك كالمثلة التالية .

١- انه اذا باع الراهن العين المرهونة فان اعتبار اجازة- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحية لزوم استناد العقد اليه بل من ناحية أن العين وثيقة عنده ، فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن ، فاذا رضى به المرتهن ولو باطنا صح البيع ، وبعبارة اخرى : ان المناط فى صحة العقد هو كونه مشمولا للا- طلاقات والعمومات الدالة على صحة العقود ولزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غاية الامران التصرف فى العين المرهونة موقوف برضاء المرتهن فاذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف ايضا .

٢- بيع المفلس فانه مستند اليه ومشمول للعمومات الا ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر اذنتهم فى ذلك من هذه الناحية

٣- العقد على بنت الاخ وبنت الاخت فان صحة ذلك موقوفة على اجازة العمة والخالة لا من جهة عدم استناد العقد الى الزوجين الا باذنتهما بل من جهة اخرى .

٤- عقد العبد لغير سيده وبدون اذنه نكاحا كان او غير نكاح فان احتياجه الى اجازة السيد ليس من ناحية كون العقد عقداً للسيد وهو لا يتحقق الا باجازته بل من جهة انه ليس للعبد الاستقلال

في التصرف في قبالة سيده .

- ٥- الوصية بما زاد على الثلث فانها تحتاج الى اجازة الورثة
لكن لا من جهة عدم استنادها الى الموصى بل لاجل نفوذ الوصية
- ٦- عقد الباكرة بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه في ذلك
فان اعتباره فيه من جهة النفوذ لا من جهة الاستناد .
- وعلى الجملة ان في كل مورد كانت الاجازة لاجل استناد
العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا وتشمله العمومات
لا يكفي فيها الرضاء الباطني ، وفي كل مورد كانت الاجازة لاجل نفوذ
العقد لا للجهة المزبورة يكفي فيها الرضاء الباطني لانه يكفي في
النفوذ ولا دليل على اظهاره بمظهر خارجي ، وهذا بخلاف الاستناد
الى المالك فانه ما لم يظهر في الخارج لا يصدق على ما اوجده
الفضولي انه عقد للمالك ، ولا انه يبيعه ولا انه تجارته ويتضح ذلك
وضوحا بمراجعة العرف واللغة ، واذن فلا يتم ما ذكره المصنف على
وجه الاطلاق ولا ما ذكره شيخنا الاستاذ (واظن ان كلام المصنف
لاينا في التفصيل المذكور لانه ذكر في آخر كلامه) ثم انه لو اشكل في
عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد الخ) خصوصا اذا
حمل ما ذكره على المثال وان كان الحمل عليه بعيدا من ناحية
التعليل في كلامه بقوله لعدم تحقق المعصية .

فما ذكره شيخنا الاستاذ من : (ان الاستناد و التنفيذ من
الامور الانشائية ويكونان كسائر الايقاعات لا بد من ايجادهما اما
باللفظ او بالفعل) ، انما يتم في الاستناد فقط لا في التنفيذ كما
عرفته قريبا وقد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما افاد شيخنا الاستاذ في

اخر كلامه من انه ثبت من الادلة الخارجية عدم استقلال العبد و
الراهن والباكرة وكل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى
عقودهم ولا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فان به
لا يسند العقد اليه .

ثم انه ربما يستدل على كفاية الاقتران بالرضاء الباطنى فى
خروج العقد عن الفضولية بصحيفة محمد بن مسلم (١) ورواية الحميرى
(٢) فانهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

١- عن ابى جعفر عليه السلام قال : سألته عن شراء اهل
الذمة فقال لا باس بها فتكون اذا كان ذلك بمنزلتهم توءدى عنها
كما يودون قال : وسألته عن رجل من اهل النيل عن ارض -
اشتراها بغم النيل واهل الارض يقولون هى ارضهم واهل الاستان
يقولون هى من ارضنا قال لا تشتريها الا برضا اهلها صحيفة الوافى
ج ١٠ ص ١٣٣ قال فى الوافى لا الاستان بالضم اربع كور ببغداد لا و
فى اقرب الموارد : الكورة بالضم المدينة والصقع وفى المفردات : و
قيل لكل مصر كورة وهى البقعة التى يجتمع فيها قرى و محال ج
كور وقد ذكرنا سابقا ما هو المراد من النيل فى- ج ٣ ص ١٨٠

٢- انه كتب الى صاحب الزمان عليه السلام ان بعض اصحابنا
له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصة واكرته ربما
زرعوا وتنازعوا فى حدودها وتؤذنها عمال السلطان و تتعرض فى
الكل من غلات ضيعته وليس لها قيمة لخرابها وانما هى باثرة منذ
عشرين سنة وهوى تخرج من شرائها لانه يقال ان هذه الحصة من
هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فان جاز شرائها
من السلطان كان ذلك صونا وصلاحا له و عمارة لضيعة وان يزع
هذه من القرية البائرة يفضل ما ضيعته العامرة و يتحم عن طمع اولياء
السلطان وان لم يجوز ذلك عمل بما تامره انشاء الله فاجابه الضيعة لا
يجوز ابتياعها الا عن مالها أو بامر او رضاء منه .

ان المناط فى صحة البيع انما هو مجرد الرضاء وان لم يبرز فى الخارج ولكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من امثال هذه التراكيب الا كون المستثنى شرطا فيما يقع بعد كلمة (لا) كقوله عليه السلام لاصلاة الا بطهور لا ان حقيقة مدخول كلمة (لا) منحصرة بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الاطلاق ، فيكون شأنهما شأن بقية الادلة الدالة على اعتبار الرضاء فى العقود و الايقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهة وقد تقدم اعتباره فى العقود و الايقاعات قوله لثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك .

اقول يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث :

الاولى : ان يبيع الفضولى للمالك .

الثانية : ان يبيع له مع سبق المنع عنه .

الثالثة : ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب .

اما المسألة الاولى فيقع البحث فيها من جهة انه هل يعتبر فى صحة العقود صدور انشائها من المالك بالمباشرة او ممن يقوم مقامه كالوكيل والماذون ام لا يعتبر فى صحتها ذلك ؟ بل المناط فى صحة العقود هو استنادها الى من له العقد ، ومن الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشرة والتسبيب كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة ايضا .

ولا يخفى عليك انا اذا قلنا بصحة العقد الفضولى فى هذه المسألة ، فيقع الكلام فى صحته وفساده فى المسألتين الاتيتين و اذا قلنا بفساده هنا فلا شبهة بفساده فى المسألتين الاتيتين لان

ما يبحث عنه فى المسألة الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فاذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الاتيتين بالاولوية القطعية .

ثم انه وقع الكلام فى صحته وفساده فالمحكى عن الاكثر هو صحته - كالمقنعة والنهائية والوسيلة و الشرايع و النافع وكشف الرموز والعلامة فى جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللعمة و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الارشاد و ايضاح النافع و الميسية و الروضة و المسالك وغيرها - و حكى المصنف عن غاية المراد حكاية القول بالصحة عن جمع من المذكورين وغيرهم ثم قال : و استقر عليه رأى من تاخر عدا فخر الدين و بعض متاخرى المتاخرين - كالاردبيلى و السيد الداماد و بعض متاخر المحدثين - و قال فى التذكرة : لا مسألة يشترط ان يكون البائع مالكا او من له ولاية كالأب و الجد له و الحاكم و امينه و الوكيل فلو باع الفضولى صح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و اسحاق و ابو حنيفة و الشافعى فى القديم و احمد فى احدى الروايتين و قال ابو ثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد و احمد فى الرواية الاخرى يبطل البيع وهو قول لنا ! و قال - بعد اسطر - : لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الاجازة الا ان اباحنيفه، قال : يقع للمشتري بكل حال و ان كان فى الذمة لغيره و اطلق اللفظ قال : علما و لنا يقف على الاجازة الخ ! و عن الحدائق : ان القول بالصحة كاد يكون اجماعا و ذهب جمع اخر الى فسادہ فعن

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا وفى الخلاف ج ١ ص ٢٢٢ : اذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة ينعقد البيع ويقف على اجازة صاحبه وبه قال قوم من اصحابنا دليلنا اجماع الفرقة ومن خالف منهم لا يعتد بقوله ولانه ممنوع من التصرف فى ملك غيره والبيع لا وعن الغنية نحوه من الصراحة وحكى القول بالبطلان ايضا عن الايضاح اختاره فى الحدائق واطنب فيه الكلام ولكنه لم يأت بشئ تركن اليه النفس ويطمئن به القلب وذكر جملة من النصوص محتجاً بالعثور عليها والاهتداء الى الاستدلال بها وستأتى الاشارة اليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلالة بعضها على خلاف مقصوده وفى شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩ : لا ومن باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء فسخ وهو قول مالك و احمد وقال الشافعى : لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها بالمالك او باذن المالك وقد فقدت ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية وصار كبيع الابق والطير فى الهواء فى عدم القدرة على التسليم لا وفى الفقه على المذاهب الاربع ج ٢ ص ١٦٦ - عن الشافعية - : لا ومن باع من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقده عليه ولاية فلا يصح بيع الفضولى لا وفى ص ٢٤٠ - عن الحنيفة - : لا ما بيع ملك الغير بوكالة منه فانه صحيح نافذ وبيعه بدون وكالة فهو صحيح موقوف على اجازة المالك وهذا هو بيع الفضولى لا وفى ص ٢٢٤ : لا واما الموقوف وهو بيع ما يتعلق به حق للغير فانه من اقسام الصحيح و انه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض لا وفى ص ١٦٨ : لا ومن

شروط العاقد، ان يكون مالكا او وكيلاً عن مالك فلا يلزم بيع الفضولى ١
 وفى شرح العناية بها مش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣١٩ : ١ و
 من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع و
 ان شاء فسخ وهو مذهب مالك واحمد فى رواية وقال الشافعى فى
 الجديد وهو رواية عن احمد لم ينعقد ١ .

وهنا قول ثالث وهو صحة البيع وبطلان الشراء وهو القول
 الاخر للشيخ فى الخلاف قال فى كتاب النكاح : ١ لو اشترى لغيره
 بغير اذنه لم يقف على اجازته وكان باطلا ١ ثم قال : وعندنا ان
 البيع يقف على اجازة مالكه .

وفى المسألة وجهان اخران : احدهما انه ان وثق برضاء المالك
 فاجاز صح والا فلا . ثانيهما : انه ان لم يسبق منه منع ولم يظهر
 كراهة صح والابطل .

وقد استدل على القول بصحة البيع الفضولى مع توقفه على
 الاجازة بوجوه : الاول العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود
 ولزومها وبيان ذلك انه لاشبهة فى ان صدق عنوان العقد او-
 التجارة عن تراض او البيع او صدق اى اسم من اسما أية معاملة
 كانت لا يتوقف على مباشرة المالك بنفسه للعقد ، بل يكفى فى ذلك
 النيابة بان يكون المباشر لذلك غير المالك غاية الامر لا بد وان تكون
 هذه المباشرة باذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد
 الصادر من المباشر الى المالك ، ومن المعلوم أن انتساب العقد
 الى المالك كما يتحقق بمباشرة نفس المالك او بمباشرة غيره مع
 الاذن منه كذلك يتحقق بالاجازة اللاحقة من المالك وحينئذ يصدق

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك او تجارته او بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولا للعمومات والمطلقات المزبورة و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من اوفوا بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و المراد من احل الله البيع هو حلية بيعكم و المراد من التجارة عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك ، و من الظاهر انها تستند اليه بالا اجازه كاستنادها اليه بالمباشرة او بالاذن فتشملها العمومات غاية الامر اننا نشك فى اعتبار مباشرة المالك شرعا او اقتران رضائه بالعقد او وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات او تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه باصالة الاطلاق او العموم و هذا هو مراد المصنف (ره) من الاصل فى المقام لا اصالة البراءة و ان احتمله - بعيدا - المحقق الايروانى بناءً على جريان البراءة فى الاسباب و الاوضاع .

وقد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى الى المالك بالا اجازه اللاحقة لكن الاضافة لا تحصل بذلك بعد وضح ان المراد من عقودكم العقود الصادرة منكم ، ولو بالتسيب لا العقود المنتسبة اليكم باية نسبة كانت ولو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخصى باجازته له .

ولكن هذا التوهم فاسد اذ لا فارق فى انتساب العقد من الاجنبى الى المالك بين الاذن السابق و الا اجازه اللاحقة فكما ان الاذن السابق كاف فى صحة العقد و استناده اليه كذلك الا اجازه

اللاحقة لانهما متساويان في حصول الرضاء الذي هو الاصل في ذلك وقد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به في التمسك بالعمومات على صحة العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى او الملك او غيرهما ولا سبيل الى كل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا وهذا واضح ، واما المالك فقبل اجازته كذلك والا لوجبت عليه الاجازة واما بعده فهو مجيز لا عاقد ، ووجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى اوفوا بالعقود هو اوفوا بعقودكم لا ما عقدتم وقد عرفت ان العقد الصادر من الفضولى يكون عقدا للمالك بالاجازة اللاحقة ويستند اليه استنادا تاما ، فيكون مشمولا للعمومات من حين الاجازة لا من حين العقد فزمان الاجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى .

ومن هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابة حيث قال : (ان التمسك بالعموم بعد الاجازة مبنى على ثبوت عموم ازماني فى العمومات وليس له وجود وقد اعترف به المصنفه فى خيار الغبن) ، ووجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول - العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الاجازة بالمخصص لى يكون التمسك بها بعد الاجازة محتاجا الى ثبوت العموم الازمانى للعمومات ، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الاجازة انما هو اول زمان صار العقد الفضولى مصداقاً للعمومات الدالة على صحة العقود .

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء - كما عن المختلف وغيره - على صحة البيع الفضولى بانه عقل صدر

من اهله في محله ، بداهة ان كون العاقد اهلا للعقد من حيث كونه بالغاعاقلا مع كون المبيع قابلا للبيع لا يثبتان الصحة الا بضميمة مقدمة اخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولي عقد صدر من اهله في محله وكل ما صدر من اهله في محله صحيح شرعا للعمومات والمطلقات .

وان ابيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد في غاية المراد : من كونه صادرة ضرورة ان تحقق الاهلية التامة عين الدعوى وجعلها دليلا على المدعى صرف صادرة و لا يمكن دفعها الا بما كرهناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان اشتراط تاثير العقد بالرضاء لاربط له باهلية العاقد و لا يكون المبيع قابلا لوقوع العقد عليه بل اهلية العاقد بما هو عاقد منوطة بكونه عاقلا عقلا ، و بكونه بالغ شرعا ، و قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك ، فلا قصور في العاقد ، و لانيما وقع عليه العقد ، و المفروض حصول الاجازة الكاشفة عن الرضاء و المحققه للانتساب ، فلا صادرة و كون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن اهلية العاقدي و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه ، فما افاده المصنف في توجيه المصادرة و اجاب عنها باثباتها بالعموم خال عن الوجه لا ، و الوجه في ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلا بالغاً ، و كون المحل مما يتمول ، و حصول الرضاء بالاجازة اللاحقة الكاشفة ، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنة الرضاء او سبق الاذن فانه مع هذا الاحتمال لا تتم الاهلية التامة للعاقد ، فلا يمكن نفيه الا باصالة العموم او الاطلاق و بذلك تثبت الاهلية التامة للعاقد .

وقد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولى صحيح على القاعدة بمقتضى العمومات والاطلاقات الدالة على صحة العقود و لزومها و عليه ، فلا نحتاج الى الاستدلال على صحته و نفوذه بالادلة الخاصة الالمزيد الوضوح و من جهة التأييد و عليه فلو ناقشنا فى الادلة الخاصة اما من حيث السند او من حيث الدلالة فلا يضر هذه المناقشة بصحة عقد الفضولى و نفوذه بوجه .

الوجه الثانى رواية عروة (١) ووجه الاستدلال هو ان عروة قد باع احدى الشاتين بدينار من غير اذن النبى (ص) واقره (ص) و اظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا لم يقره النبى (ص) بل كان عليه (ص) زجر عروة و الامر برد الدينار و اخذه الشاة او تجديد المعاملة بعد تحصيل الاذن من النبى (ص) مع انه ص لم- بفعل شيئا من ذلك ، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالرواية من ناحية بيع عروة احدى الشاتين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاة بدينار الظاهرة فى الشاة لواحدة فذكر المصنف

١- (فله روايتان قد تقدمت احداهما و اما الاخرى فهى انه ان رسول الله ص بعث معه بدينار يشتري له اضحية و قال مرة او شاة فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار و اتاه بالاخرى فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه مسند احمد ج ٤ المطبوع بمصر و بها مشه منتخبة كنزل العمال فى سنن الاقوال و الافعال ص ٣٧٥ و عن حكيم بن حزام ان النبى ص بعث معه بدينار يشتري له اضحية فاشترى بدينار و باعها بدينارين فرجع فاشترى اضحية - بدينار و جاء بدينار الى النبى ص فتصدق به النبى ص و دعا ان يبارك له فى تجارته البحار ج ٢٣ ص ٣٤ .

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولية ، ولكن لم يبين الوجه في ذلك ولعل نظره في ذلك الى ان قول النبي (ص) لعروة اشتر به شاة يمكن ان يراد به كون الشاة الواحدة بدينار ، ويمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاة بدينار وعلى الثاني فلاشبهة في عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد والاثنين وعلى الاول فان كان الظاهر في بادي النظر هو كون الشراء فضوليا ايضا ولكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص اذا كان مأذونا في شراء شاة واحدة بدينار فيكون مأذونا في شراء شاتين بدينار بالاولوية القطعية ، وعليه فاذن النبي (ص) لعروة في شراء الشاة الواحدة بدينار اذن له في شراء شاتين ايضا بدينار ، فيكون الشراء خارجاً عن الفضولية على كل حال .

وقد ناقش المصنف في الاستدلال بالرواية المزبورة على صحة البيع الفضولي : بان ذلك متوقف على دخول المعاملة المقرونة برضاء المالك في بيع الفضولي ، وقد عرفت انها خارجة عنه ، وبيان ذلك أن عروة كان عالما ظاهرا برضاء النبي (ص) بما فعله من البيع والا لما اقبض المبيع ولم يقبض الثمن لان ذلك تصرف في مال غيره بدون رضاه وهو حرام عقلا ونقلا ، وعليه فلا بد اما من الالتزام بان عروة فعل الحرام بقبضه الثمن واقباضه المثل ، وهو مناف لتقرير النبي (ص) وتبريكه (ص) ، واما من القول بجواز التصرف قبل الاجازة مع العلم بتعقبه لها .

وسياتى ضعفه واذن ، فيدور الامر بين القول بخروج المعاملة المقرونة برضاء المالك عن الفضولية ، وبين القول بعلم عروة برضاء

النبى (ص) باقباضه ماله للمشتري حتى يستاذن من النبى (ص) مع علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن الى البايع على وجه الامانة والا فلا يستحق الفضولى قبض المال لعدم كونه مالكا ولا وكيلاعنه ولكن الظاهر هو الوجه الاول اعنى به خروج البيع الصادر من عروة عن المعاملة الفضولية اذ من المستبعد جداً علم المشتري بكون بيع عروة فضوليا ، ويتضح ذلك بملاحظة ان الظاهر هو عدم كون المعاملة فضولية فى مورد الرواية ، بل وقعت بعنوان المعاطاة لانها وقعت بين النبى (ص) وبين مشتري الشاة و يكون عروة آله محضا فى ايصال العوضين وقد عرفت فى مبحث البيع - المعاطاتى انه يكفى فى صحة المعاطاة مجرد رضا المالكين بالنقل والانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين ولو كان الوصول باطارة ريح او بفعل صبى او بواسطة حيوان ومن الظاهر انه يتسامح فى المعاطاة بما لا يتسامح به فى العقود اللفظية . ويرد على ما ذكره المصنف اولا : ما ذكرناه انفا من أن اقتران العقد الصادر من الاجنبى بالرضا الباطنى من المالك لا يخرج عن الفضولية .

وثانيا : ان كون الصادر من عروة فضوليا او مندرجا تحت الكبرى المتقدمة متوقف على عدم كونه وكيلاً مطلقاً ومفوضاً من النبى (ص) فى امر شراء الشاة او مطلقاً الذى سُمى فى لغة فارس بكلمة (وكيل خرج) ومن المحتمل ان يكون هو كذلك وعليه ، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى اذ لاقرنية فى الرواية و لا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضوليا .

وعلى الجملة ان ما صدر من عروة قضيت شخصية واقعة فى مورد خاص ولم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى وان اصّر عليه جمع من الفقهاء ولا حملها على الكبرى المتقدمة وثالثا : ان تحقق القبض والاقباض بين عروة وبين المشتري لا يكون قرينة على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن والمثمن بالقبض والاقباض حراما وذلك لما ذكرناه انفا من عدم الملازمة بين كون البيع فضوليا وبين حرمة التصرف فى الثمن او المثمن ، ضرورة ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لاجوازه وضعاً .

ورابعا : انا لو سلمنا صحة المعاطاة الفضولية لكن لا نسلم كون فعل عروة ظاهرا فى المعاطاة لعدم القرينة على ذلك . ودعوى ان القرينة على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى امثال ذلك هو البناء على المعاطاة ، دعوى جزائية ، لانا لو سلمنا وجود الغلبة ولكنها لا تفيد الا الظن وهو لا يغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله : لم افهم هذه الدعوى و لم ادر من اين هذا الظهور ! .

وخامسا : انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الامثلة التى ذكرناها لتحقيق المعاطاة بمجرد اىصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهرة فى ذلك بل هى من امثلة المعاطاة المتعارفة راجع ج ٢ ص ١٦٩ .

وسادسا : ما ذكره المحقق الايروانى واليك نصه ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاة والرضا الحاصل فى المقام فان

الرضا الكافي في المعاطاة عن القصد الى انشاء البيع بايصال المبيع
باى وجه اتفق وبواسطة اى حامل كان والرضا الموجود فى المقام
هو الرضا بالبيع من اى بايع تحقق بلا قصد الى ايجاد البيع فى
الخارج .

ويضاف الى جميع ما ذكرناه ان الرواية ضعيفة السند وقد
عرفته قريبا .

الوجه الثالث : صحيحة محمد بن قيس عن ابي جعفر (ع) قال قضى
امير المؤمنين (١) لان قوله عليه السلام فيها فى معالجة فك الولد بعد
المناشدة : خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى
بالاجازة اللاحقة اذ لو كانت الاجازة فاسدة وغير مؤثرة فى العبد
الفضولى لما امر الامام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الاب بيعه ،
فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها .

وقد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى :

١- عن ابي جعفر عليه السلام قال قض امير المؤمنين عليه السلام
فى وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها
فولدت منه غلاما ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال
وليدتى باعها ابنى بغير اذنى فقال الحكم ان يأخذ وليدته و ابنها
فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى
ينقد (فى يب ينفذ) لك البيع فلما اخذه قال له ابوه ارسل ابنى قائل
لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد
الوليدة اجاز بيع ابنه صحيحة الكافي ج ٥ ص ٢١١ والتهذيب ج ٢
ص ١٣٨ و ٢٥٠ والاستبصار ج ٣ من طبعه النجف ص ٨٥ و الفقيه
ج ٣ من طبعه النجف ص ١٤٠ .

المناقشة الاولى : ان القائلين بصحة عقد الفضولى قد التزموا بصحة التأهلية وبقائه على حاله موقوفا على اجازة المالك فان اجازته لزم وان فسخته انفسخ واذا انفسخ لم توثرفيه الاجازة اجماعا مع ان الصحيحة ظاهرة فى نفوذ الاجازة بعد الرد من نواحى شتى :

١- قوله : الحكم ان تاخذ الوليدة وابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد .

٢- قول السائل : ثم جاء سيدها الاول فخاصم سيدها الاخر فقال : وليدتى باعها ابنى بغير اذنى ومن الظاهر ان المخاصمه ظاهرة فى الرد ، اذ لولاه لما وقعت المخاصمة بين السيد الاول و السيد الثانى بل كانت الوليدة وابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمة ومرافعة .

٣- مناشدة المشتري للامام عليه السلام والحاجة اليه فى علاج فكك ولده ، ومن الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الاول : لم يكن وجه لهذه المناشدة والحاجة اليها .

٤- قول الامام عليه السلام - فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشتري - : لاخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذك البيع لاخذ لولم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الاول الى اخذ الوليدة وابنها فهذه القطعة من الرواية صريحة فى اخذ السيد الاول ابن الوليدة واخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان اخذ الابن لاجل كونه نماءً للوليدة التى هى مملوكة له .

فتحصل ان الرواية ظاهرة فيما هو مخالف للاجماع واذن فلا بد اما من طرحها وارجاع علمها الى اهلها ، واما من رفع اليد عن -

ظهور كون الاجازة بعد الرد او يراد من الاجازة البيع الجديد او حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسي (ره) في مرآت العقول ص ٤٠٧ ج ٣ قال : (الظاهر ان هذا من حيله التي كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) ولا بأس بتعليم هذه الحيلة لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع واقتضاء المصلحة لذلك مثل ان علياً عليه السلام كان عالماً - في مورد الرواية - بكون الابن وكيفا في بيع وليدة ابيه وانكر الاب وكالة ابنه وادعى عدم الاذن في ذلك فاحتال على عليه السلام حيلة لكي يصل بها الحق الى صاحبه او تحمل الصحيحة على غير ذلك من المحامل .

وعلى الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولي وهو عدم كون الاجازة مسبوقة بالرد ، فالرواية أجنبية عنه وما اشتملت عليه الرواية من تأثير الاجازة بعد الرد مخالف للاجماع و ان التزم السيد بظاهرها وقال : (فالانصاف ان الرواية لا مانع من العمل بها وتكون دليلا على صحة الاجازة حتى بعد الرد) ، ولكن الظاهر انه لا اشعار في الرواية بكون الاجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام لا الحكم ان ياخذ وليدته وابنها فلا دلالة فيه على ما يرومه الخصم ، وذلك لان الرواية خالية عن تعرض المالك لفسخ العقد او امضائه بل غاية ما يظهر منها هو عدم رضاه باقباض ابنه ولذا استرد الوليدة وابنها ومن الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولي ان يتصرف في المبيع حتى على القول بالكشف غاية الامرانه اذا اجاز العقد الفضولي انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه في ماله تكليفا قبل الاجازة ولا شبهة في ان تصرفه هذا

قبل الاجازة لا يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة تردده بين الفسخ والامضاء ولا يشترط في تاثير الاجازة وقوعها عقب عرض البيع على المالك من دون ان يفصل بينهما : التردد بين الفسخ والامضاء او التوقف في ذلك ، بل العبرة في تاثير الاجازة بكونها قبل الفسخ ويدل على ما ذكرناه ما ذهب اليه الاصحاب من الحكم بصحة اجازة المكره بعد زوال اكراهه ، فيعلم من ذلك ان الكراهة الباطنية لا توجب فسخ المعاملة فضلا عن التردد بين الفسخ والامضاء اما مناشدة المشتري للامام عليه السلام في فكاك ولده فلا تدل ايضا على ان المالك قد رد البيع واخذ ابن الوليدة لكونه مملوكا له لان الولد لا يملك على تقديرى الاجازة والفسخ لكونه حرّاً كما سيأتى بل المناشدة من حيث ان المشتري طلب من الامام عليه السلام علاجاً لفك الولد واجازة البيع فعلمه الامام (ع) طريقاً لذلك وهو قوله (ع) : **اخذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذك البيع** .
ومن هنا اتضح لك انه لا دلالة في قول المشتري : **حتى ترسل ابني** على تحقق الرد قبل الاجازة نعم له ظهور في عدم الاجازة وهو اعلم من الرد كما اتضح لك انه لا دلالة في قوله (ع) : **اخذ ابنه الى ٠٠٠ اخره** على تحقق الرد قبل الاجازة بل هو طريق علمه الامام (ع) للمشتري لى يتشبه به في فكاك ولده اجازة البيع واما المخاصمة ، فلا دلالة فيها ايضا على رد البيع غاية الامر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع وعدم اذنه فيه وهذا ظاهر .
وعلى الجملة انه لا دلالة في شئ من الوجوه المتقدمة على تحقق الرد قبل الاجازة بل هي اعم منه ومن التردد بين الاجازة

والرد او التوقف فيهما .

المناقشة الثانية : ان الامام (ع) قد حكم للسيد الاول باخذ الوليدة وابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهة ، وذلك لان المشتري لم يعلم بكون الوليدة لغير البائع اذ لو كان عالماً بذلك لكان الوطى حراماً وصار الولد رقاً لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشتري لم يكن عالماً بالحال وان الولد انما تولد من الشبهة وقد حقق في محله ان ولد الشبهة ملحق بابيه ، فيكون حراً ومعه كيف يجوز للسيد الاول ان ياخذه .

وقد اجيب عن هذه المناقشة بوجهين الوجه الاول ، انه لا مانع عن كون المشتري عالماً بالحال ، وعليه فيكون الولد من الزنا فيصير رقاً للسيد الاول لولا الاجازة .

ويرد عليه انه لو كان الامر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام باخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشتري حد الزنا .

الوجه الثاني : ان الولد وان كان حراً ولكن اخذه السيد الاول لاستحصال قيمة يوم الولادة لانه وان لم يكن مالكا للولد لكونه حراً ومتولداً من الشبهة ولكن له ان يطالب قيمته يوم الولادة لكونه نماً لمملوكه وهو الوليدة وقد حمل الرواية على هذا الشيخ (ره) في الاستبصار واليك لفظه : **أفالوجه في هذا الخبر انما ياخذ وليدته وابنها اذا لم يرد عليه قيمة الولد فاما اذا بذل قيمة الولد فلا يجوز اخذ ولد الحر** ج ٣ ص ٨٥ وتبعه المحقق التستري في مقابيسه وجعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال في خلال كلامه : (وذكرفي جملة من الاخبار ان للمالك قيمة الولد وفي بعضها

انه رق والجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل الى اخذ قيمته وان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات وهذه الروايات مروية فى ج ٣ يب ص ٢١٣ والظاهر انه لا بأس بهذا الوجه بعد مساعدة الروايات عليه فراجع المقاييس .

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

والتحقيق أن يجاب عن المناقشة بانه لاشبهة فى ظهور الرواية فى صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة وقد عرفته قريباً غاية الامر انها اشتملت على حكم آخر لانعرف سره ولا ربط له بجهة الاستدلال ومن الظاهر ان اشتمالها على جهة مجهولة لا يسقطها عن الحجية من سائر الجهات غير المجهولة .

المناقشة الثالثة : انه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري باخذ ابن السيد مع ان ذلك لا يجوز لان غاية الامر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك .

واجيب عنه بانه يمكن ان يكون ذلك لمطالبة المشتري الثمن الذى دفعه اليه ومن الظاهر انه لا بأس بحبس المديون لاستحصال الدين .

ويتوجه عليه ان هذا الحكم وان كان صحيحا فى نفسه لان الغرامة المتوجهة على المشتري متوجهة على البايع لانه الذى غرّ المشتري وتسبب لخسرانه وقد دلت النصوص والفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار ، ولكن هذا الوجه لا يناسب ذيل الرواية اعنى به

قول المشتري للسيد الاول : لا والله لا ارسل اليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك اجاز البيع ، فان الظاهر من هذه القطعة من الرواية هوان حبس المشتري ابن السيد الاول لم يكن لاجل استحصال الثمن بل لاجل فكك ولده .

والتحقيق ان يجاب عن هذه المناقشة ايضا مثل ما اجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لانعرف ربطه بجهة الاستدلال من الرواية على ما نحن فيه .

ويؤيد ما ذكرناه ان القضايا التي صدرت من امير المؤمنين عليه السلام لم تصل اليها بجميع خصوصياتها الخارجية الواقعة بين المترافعين وكذلك هذه القضية التي بين ايدينا فان غرض الامام ابي جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان امير المؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للاجازة وليس غرضه بيان خصوصيات القضية باجمعها .

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحة ظاهرة في صحة بيع الفضولى بالاجازة المتاخرة و قلنا بظهورها في صحته بالاجازة المسبوقه بالرد الذى هو مخالف للاجماع فهل يستفاد منها تاثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضولا ام لا ؟

ذكر المصنف ره (ان الانصاف ان ظهور الرواية فى ان الاجازة مجدية فى الفضولى مع قطع النظر عن الاجازة الشخصية فى مورد الرواية غير قابل للانكار ، فلا بد من تاويل ذلك الظاهر لقيام القرينة وهى الاجماع على اشتراط الاجازة بعدم سبق الرد) .

وملخص كلامه ان الصحيحة وان وردت فى قضية شخصية التى

لا يمكن التعدى منها الى مثلها اجماعا ولكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك فى العقد الواقع على ملكه فضلا فى غير مورد الاجماع .

ويتوجه عليه : ان هذا انما يتم فيما اذا كان للرواية عموم او اطلاق ، فان فى مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصية المورد و يؤخذ بالعموم او الاطلاق وذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من رواية على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكلية و نظير ذلك كثير فى الروايات (١) واما اذا لم يكن للرواية اطلاق او عموم - كما فى المقام حيث ان الصحيحة تحكى قضية شخصية فى مورد خاص لانعرف كيفية وقوعها من جميع الجهات - فلا يمكن التعدى من موردها الى غيره .

الوجه الرابع : انه قد دلت النصوص المعتمدة والاجتماعات

١- منها صحيحة ابي نصر البزنطى عن ابي الحسن (ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق و صدقة ما بملك ايلزمه ذلك فقال لا قال رسول الله (ص) وضع عن امتى ما اكره عليه وما لم يطبقوا وما اخطاؤا الوسائل ج ١٦ باب ١٦ من كتاب الايمان ج ٦ فان هذه الصحيحة وان تنطبق على موردها اذ لا يلزم الحلف بالامور المذكورة فى الرواية فى غير حال الاكراه ايضا عند الاماميه و لكن هذا لا يمتنع عن التمسك باطلاق حديث الرفع فى غير مورد الرواية و هذا ظاهر ومنها موثقه ابن بكير قال سأل زرارة ابا عبد الله (ع) عن الصلاة فى الثعالب والفنك والسنجاب الى اخر الحديث و الى غير ذلك من الروايات .

المحكىة على صحة الزواج الفضولى (١) و اذا صح الزواج الفضولى صح سائر العقود الفضولية بالاولوية وذلك لان المالىات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضرورة ان النكاح مبنى على الاحتياط و

١- عن على بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوكة بين رجلين زوجها احدهما و الاخر غائب هل يجوز النكاح قال اذا كره الغائب لم يجز النكاح ، وعن عبيد بن زرارة عن ابى عبدالله عليه اللام فى عبد بين رجلين زوجه احدهما و الاخر لا يعلم ثم انه علم بعد ذلك له ان يفرق بينهما قال : للذى لم يعلم ولم ياذن ان يفرق بينهما وان شاء تركه على نكاحه الوافى ج ١٢ ص ٨٩ و عن ابن بزيع قال : سأله رجل مات وترك اخوين وابنة و الابنة صغيرة فعهد احد الاخوين الوصى فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابن المزوج فلما ان مات قال الاخر اخى لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه فقيل للجارية اى الزوجين احب اليك الاول او الآخر قالت الآخر ثم ان الاخ الثانى مات وللاخ الاول ابن اكبر من الابن المزوج فقال للجارية اختارى ايها احب اليك الزوج الاول او الزوج الآخر فقال الرواية فيها انها للزوج الآخر و ذلك انها قد كانت ادركت حين زوجها وليس لها ان تنقضى ما عقدته بعد ادراكها (يب ج ٧ ص ٣٨٧ الوافى ج ١٢ ص ٦٧ و فى رواية البقباق اذا زوج الرجل ابنه فذلك الى ابيه موثقة . الوافى ج ١٢ ص ٦٥ يب ج ٢ ص ٢٢٤ و رواه الشيخ بسند اخر فى ص ٢٢٥ و عن محمد بن الحسن الاشعري قال كتب بعض بنى عمى الى ابى جعفر الثانى عليه السلم ما تقول فى صبية زوجها عمها فلما كبرت أبت التزويج فكتب بخطه لا تكره على ذلك و الامرامرها الوافى ج ١٢ ص ٦٦ يب ج ٢ ص ٢٢٣ و عن الكاهلى عن محمد بن مسلم عن ابى جعفر عليه السلام انه - سأله رجل زوجته أمه و هو غائب قال النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لامه الوافى ج ١٢ ص ٦٨ يب ج ٢ ص ٢٢٤ .

فى غير واحد من الروايات (١) ما يدل على شدة الاهتمام بامر النكاح والاحتياط فيه وعلل ذلك فى بعضها بانه يكون منه الولد و من الظاهر انه اذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه اشد جاز فيما كان الاحتياط فيه اضعف بطريق اولى وقد تمسك بهذا الوجه جماعة من الفقهاء بل قال فى الرياض : (ولعمرى انها من اقوى الادلة ولولاها لاشكل المصير الى هذا القول لحكاية الاجماعين الآتيين) .

ويتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بامر النكاح وشدة احتياطه فيه لا يقتضى الاهتمام بسببه والاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه اسهل لثلايق الناس فى الزنا بسبب التكليف والضيقة مثلا اذا اعتبرت العربية فى مادة الصيغة وهيئتها ولهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن اكثر الناس من سبب النكاح ويقعون فى الحرام كثيراً ، فالاهتمام بامر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا يعتبر فى عقد النكاح كالتقايض فى المجلس فانه معتبر فى الصرف والسلم ولكنه غير معتبر فى عقد النكاح وكثيراً ترى التوسعة فى اسباب النكاح من تشريع المتعة و ملك اليمين والتحليل وجواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت وغير ذلك واذن ، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعة فى اسبابه

١- ج ٧ يب ص ٦٧ والوسائل باب ٢ من ابواب الوكالة ورواية اخرى فى ج ١٦ وفى ص ٥٢ ورواية شعيب الحداد وفى ج ٢ يب ص ٢٤٥ .

لا يدل بالفحوى على التوسعة فى اسباب سائر العقود وعليه فلا دلالة فى الروايات الواردة فى صحة عقد النكاح الفضولى مع ضميمة ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صحة سائر العقود الفضولية لا بالاولوية ولا بغيرها واذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الاولوية ظنية والظن لا يغنى من الحق شيئاً .

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحة البيع الفضولى ، وحاصل مناقشته ان الاولوية المزبورة وان كانت ثابتة فى بادى النظر ولكنها مردودة بالنص الوارد فى الرد على العامة فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الاول لان البضع ليس له عوض و بالصحة فى الثانى لان المال له عوض وقد وبخهم الامام وقبحهم برمى رايهم السقيم وزعمهم الواهى الى الجور والفساد واستذموا واستلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام : ما اجور هذا الحكم وافسد فان النكاح اولى واجدر ان يحتاج فيه لانه الفرج ومنه يكون الولد (١) وعليه ، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحة النكاح الواقع اولى من الحكم بصحة البيع الواقع واذن فتدل الرواية على كبرى كلية وهى ان الحكم بصحة المعاملة المالية الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحة النكاح بالاولوية دون العكس كما زعمه اهل السنة والجماعة ، وحينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسألة الفضولى الى صحة البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الاصل فى باب

١- يب ج ٢ ص ٦٧ وسائل باب ٢ من ابواب الوكالة .

الاولوية والا لم تتحقق الاولوية واذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة من كون النكاح اولى بالبطلان من جهة ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض .

ثم انه ما هو الوجه في ان الامام (ع) قد جعل الاحتياط في ابقاء النكاح لا في ابطاله ؟ مستدلا بانه يكون منه الولد مع ان الامر في الاعراض كالاموال دائريين المحذورين ضرورة ان ابقاء النكاح الذي اوقعه الوكيل قبل وصول عزله اليه احد المحذورين وابطاله هو المحذور الآخر وعليه فلا يكون احتياط في البين .

ولعل الوجه في ذلك : هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى : درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الاخذ بالجانب الاعم وبيان ذلك : ان الحكم بابطال النكاح في موارد الاشتباه التى منها مورد الرواية اعنى به مسألة عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحة النكاح واقعا فتتزوج المرأة بزوج آخر وحينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل وهذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح و ابقائه فانه حينئذ لو كان باطلا في الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل ومن الظاهر ان هذا هو من الزنا بذات البعل فالامام عليه السلام قد جعل الاخذ بأخف المحذورين احتياطاً في الموارد المشتبهة من الاعراض انتهى ملخص كلامه .

والتحقيق ان الرواية اجنبية عما افاده المصنف وان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع ولا فى النكاح لا من حيث - الفتوى ولا من حيث العمل ، بل الرواية ناظرة الى جهة اخرى

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك : ان حكم هوءلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل وان كان موافقا للواقع ولكنه حرام لانهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكى يجيب عنه الامام (ع) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط ، فيكون اولى بالصحة بل استندوا فى ذلك الى الاستحسان الذى يقتضى الصحة فى البيع و البطلان فى النكاح و لاريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه ، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير ، و من الواضح ان - الفتوى بلا علم حرام بالادلة الاربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل ، فلا شبهة فى ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه ، و حينئذ فامرهم دائريين المحذورين فلا احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح ايضا طابق النعل بالنعل ، ضرورة ان حكمهم ببطلانه غير مبني على الاحتياط بل انما هو مبني على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا علم و انه فى نفسه اما واقع او غير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الامر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط ، نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بانحاء شتى :

- ١- طلاق المرأة ، لانها لو كانت مزوجة فى الواقع لبانت عن زوجها و الا اصبح الطلاق لغوا .
- ٢- اجراء العقد عليها ثانيا .
- ٣- الاجازة مع عدم رد المرأة العقد الذى اوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل .

واما معنى الخبر فغرض الامام (ع) منه - والله العالم - انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين افتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستنديين فى ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد - وضعوا امر الدين اصولا وفروعا فى غير محله ولم يرجعوه الى اهله و لم يستندوا فيه الى آية صريحة و لاسنة معتبرة و لا عقل سليم بل استبدوا بآرائهم الواهية و عقولهم الناقصة و انقطعوا بذلك عن العترة الطاهرة و استظهروا بالمعصية على الطاعة و بالفرقة على الاجتماع و بالشتاة على الالفة و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العزحتى تمزق الاجتماع و تفرق المسلمون مثل اىادى سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و اضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الادلة و البراهين و التعبد بسنة سيد المرسلين قد اخذ الاعناق الى الاخذ بمذهب الائمة الطاهرين و الانقطاع اليهم فى فروع الدين و عقائده و اصول الفقه و قواعده و معارف السنة و الكتاب و علوم الاخلاق و السلوك و الاداب فالامام (ع) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا فى المالىات و افتوا بصحة البيع الفضولى و استندوا فى رايهم هذا الى الاستحسان ولم يرجعوا فيه الى اهله ولم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع ولم يحتاطوا فى الاعراض ايضا حيث افتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا وكان الاحتياط فيه اجدر و احرى لان تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيلة الى تولد الفراعنة و الجبارة فيفسدون فى الارض و يسفكون الدماء و قد اشار الامام عليه السلام

الى خطائهم وبطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما اجور هذا الحكم وافسد فان النكاح اولى واجدر ان يحتاط فيه .
وعلى الجملة ان الامام عليه السلام وبخهم ووجه الازلاء عليهم من جهة اقدمهم على الفتوى بلا دليل شرعى وعدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت ، فقد اتضح لك مما بيناه ان الرواية بعيدة عن المعنى الذى ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر - كما فى المقابيس و غيره - وحاصله انه اذا صح تملك البضع بالاجازة مع انه لا عوض له صح التملك المال المتضمن للعوض بالاولوية .
ويرد عليه ان عدم مقابلته بالمال لا يدل على الاولوية المزبورة اذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهمية البضع ويضاف الى ذلك ان البضع ايضا له عوض غاية الامر انه لا يلزم ذكره فى العقد بل فى الجواهر (انه لا خلاف فى ان ذكر المهر ليس شرطا فى صحة العقد بل الاجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آية لاجناح والنصوص المستفيضة او المتواترة) .

على ان هذه الاولوية ظنية لان مصالح الاحكام خفية و من الظاهر ان الادلة الظنية لاتصلح لاثبات الاحكام الشرعية .

الوجه الخامس الروايات (١) الدالة على صحة نكاح العقد الواقع بدون اذن مولاه وقد علل هذا الحكم فى بعضها بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده فقد استدل بها على صحة بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين :

الاول من ناحية الفحوى والاولوية المستفاد من مجموع تلك الاخبار وبيان ذلك انه اذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالاجازة اللاحقة مع كونه فضوليا لتصرفه فى مملوك مولاه و كونه محجورا عليه اذ لاسلطان له فى مقابل سلطنة مولاه صح العقد

١- عن على بن جعفر عن اخيه عليه السلام : انه اتاه رجل بعبده فقال : ان عبدى تزوج بغير اذنى فقال عليه السلام : فرق بينهما فقال السيد لعبده : ياعدوا لله طلق فقال (ع) كيف قلت له قال : قلت له : طلق فقال للعبد اما الان فان شئت فامسك حيث قلت له طلق اقررت له بالنكاح يب ج ٢ ص ٢١٤ الوافى ج ١٢ ص ٨٨ والبخارى ج ٢٣ ص ٨٠ وعن معاوية بن وهب عن الصادق (ع) انه قال فى رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه ان لا يتزوج فاعتق الأمة وتزوجها فقال لا يصلح له ان يحدث فى ماله الا الاكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردود قيل فان سيده علم بنكاحه ولم يقل شيئا قال اذا صحت حين يعلم بذلك فقد اقر الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ وعن زرارة عن ابى جعفر (ع) قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال : ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما فقلت لابى جعفر (ع) فانه فى اصل النكاح كان عاصيا فقال (ع) وليس بعاص لله وانما عصى سيده وفى رواية اخرى لزرارة عنه (ع) انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز الكافى ج ٥ ص ٤٧٨ والوافى ج ١٢ ص ٨٨ و يب ج ٢ ص ٢١٣ .

المتمرض فى الفضولية بالاولوية .

وفيه ما عرفته آنفاً من ان الاولوية ليست بقطعية لكى يمكن الاخذ بها فى الاحكام الشرعية بل هى ظنية فلا يجوز الاستناد اليها لان مصالح الاحكام غير معلومة لنا .

الثانى : من ناحية عموم التعليل المذكور فى الخبرين فقد استدل بذلك شيخنا الاستاذ واليك لفظ مقرر بحثه : (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله وانما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و اما اذا كان مشروعاً من قبله سبحانه ولكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط باجازته ، فاذا اجاز فقوله (ع) لا فاذا اجاز جازاً بمنزلة كبرى كلية وخصوصية كون العاقد عبداً وكون ذى حق سيداً ملغاً قطعاً ، لانه (ع) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فامر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء اجازه وعلى هذا ، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لامن قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال ، لان المناط فى صحة الفضولى توقف العقد على اجازة الغير سواء كان جهة الوقوف كون المال مال الغير ام كونه متعلقاً لحق الغير كتعلق حق الرهانة او حق الغرماء والديان او حق السادات والفقراء ونحو ذلك) .

وملخص كلامه : ان الاستدلال بتلك الروايات على صحة بيع الفضولى لا يتوقف الى اثبات الاولوية لكى يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العلة المنصوصة فى الخبرين الاستفادة من مقابلة عصيان الله بعصيان السيد بدعوى

ان العبد لم يعص الله في نكاحه لكى يكون قابلا للزوال بالاجازة اللاحقة كالعقد في العدة واشباهه كما في احد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة وانما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه ، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع فى نفسه وانما المانع عن نفوذه هو كراهة السيد فاذا رضى به صح وعليه ، فيصح كل عقد مشروع فى نفسه بالاجازة اللاحقة اذ لا خصوصية لنكاح العبد لنفسه واذن فالامام (ع) فى مقام بيان الضابطة الكلية وهى ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى ، فهو فاسد كالعقد فى العدة والعقد على المحارم وبيع الخمر والخنزير وكل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غاية الامرانه محتاج الى اجازة سيده .

وقال المصنف ما هذا لفظه (وربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بانه لم يعص الله وانما عصى سيده ، أن المانع من صحة العقد اذا كان لا يرجى زواله ، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله تعالى واما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد ورضا المالك من هذا القبيل فانه لا يرضى اولا ويرضى ثانيا بخلاف سخط الله عزوجل بفعل فانه يستحيل رضاه .

ويرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحة بيع الفضولى بالاجازة اللاحقة للفرق الواضح بين مفادها وبين البيع الفضولى ضرورة اذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا اذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

هو معتبر فى صحته وهورضا السيد واذن ، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليها نعم يمكن التعدى منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الاخ ، فان صحته متوقفة على رضا العممة وكعقد بنت الاخت فان صحتها متوقفة على رضا الخالة على ما فى بعض الروايات (١) وعليه فاذا تزوج الرجل ببنت الاخ بدون رضا العممة او ببنت الاخت بدون رضا الخالة حكم بصحة ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهة تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لايزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا وعليه فتدل الرواية على كبرى كلية وهى ان كل عقد صدر من اهله ووقع فى محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالاجازة بمقتضى التعليل المذكور فى تلك الاخيار ، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف اصل انعقاده على اجازة الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق ، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولى ايضا ولكن الواقع فى الرواية ليس كذلك . وقد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحة بيع الفضولى بالاجماع على نفوذ بيع المفلس مع اجازة الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لان شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه .

ثم اذا سلمنا دلالة الاخبار المذكورة على صحة عقد الفضولى لم يصح ما نسب الى ابن حمزة ره من ان نكاح العبد و كذا نكاح

١- راجع الوافى ج ٢ ص ٣٧ ويب ج ٢ ص ٢٠٨ والكافى ج ٥ ص

٤٢٤ والوسائل باب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة .

الحرلغيره فضولا كنيح الولى الشرعى والعرفى انما يصح بالا اجازه لخصوصية خاصة فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضولية وذلك لعدم الفارق بينها وبين سائر العقود الفضولية لوحدة المناط فى الجميع ولكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك .

الوجه الرابع : الروايات (١) الواردة فى اباحة المناكح و

١- عن على بن ابراهيم فى تفسير قوله تعالى اذا جاءوها و فتحت ابوابها قال اميرالمؤمنين عليه السلام ان فلانا وفلانا غصبونا حقنا واشتروا به الاماء وتزوجوا به النساء الا وانا قد جعلنا شيعتنا من ذلك فى حل لتطيب مواليدهم . وعن غوالى اللثالى سئل الصادق (ع) فقيل يا بن رسول الله ما حال شيعتكم فيما خصكم الله به اذا غاب غائبكم الخ مستدرك ج ٢ ص ٥٥٥ ، وعن علبا الاسدى قال دخلت على ابى جعفر (ع) فقلت له : انى وليت البحرين فاصبت بها مالا كثيرا واشتريت متاعا واشتريت رقيقا واشتريت امهات اولاد وولد لى وانفقت وهذا خمس ذلك المال وهؤلاء امهات اولادى ونسائى وقد اتيتك به فقال : اما انه كله لنا وقد قبلت ما جئت به وحللتك من امهات اولادك ونسائك رجال الكشى .

وعن الحسن بن على العسكرى (ع) عن آباءه (ع) عن اميرالمؤمنين (ع) انه قال لرسول الله (ص) : قد علمت يا رسول الله انه سيكون بعدك ملك غرض وجبر فيستولى على خمس من السبى والغنائم و يبيعونه فلا يحل لمشتريه لان نصيبى فيه فقد وهبت نصيبى منه لكل من ملك شيئا من ذلك من شيعتى لتحل لهم منافعهم من مأكى و مشرب و لتطيب مواليدهم ولا يكون اولادهم اولاد حرام مجهول . الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال ج ٢٠ .

وعن سالم بن مكرم عن ابى عبد الله (ع) قال رجل وانا حاضر

المساكين والمتاجر للشيعة وان كان ذلك باجمعه للامام عليه السلام فانها تدل على ان الائمة عليهم السلام قد اجازوا معاملات شيعتهم على اموالهم فتدل على تاثير الاجازة اللاحقة .

اقول لا يخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولى على تقدير ولا يمكن ذلك على تقدير آخر وبيانه انك قد عرفت فى طليعة البحث عن العقد الفضولى ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الاجنبى لا يخرج عن عنوان الفضولى الا اذا اظهره بمظهر خارجى وهذا الاشبهة فيه .

وانما البحث فى ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضولية ام لا ؟ كما اذا اذن المالك فى بيع شىء من ماله فباعه الماذون قبل وصول الاذن اليه فان قلنا بتاثير الاذن الغير الواصل فى خروج العقد عن الفضولية ، فالاجازة المزبورة اجنبية عن بحث الفضولى بالكلية ، ضرورة ان الائمة (ع) قد اذنوا لشيعتهم فى المعاملة على ما فيه حق الامام (ع) غاية الامران المشتري لم يطلع على ذلك الاذن وعليه ، فتكون تلك المعاملة مستندة الى الائمة



حلل لى الفروج ففزع ابو عبد الله (ع) فقال له : رجل ليس يسألك ان يعترض الطريق انما يسألك خادما يشتريها او امرأة يتزوجها او ميراثا يصيبه او تجارة او شيئا اعطيه فقال هذا لشيعتنا حلال الشاهد منهم والغائب والميت منهم والحى وما يولد منهم الى يوم القيامة الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال ج ٤ ضعيف بسالم بن مكرم و ، حديث الاول من باب ٤ ايضا .

(ع) لاجل ذلك الاذن الموجود حين العقد ، وان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعاملة الصادرة من الاجنبى عن عنوان الفضولى ما لم يصل اليه ، بل الاذن المزبور انما يوءثر فى خروجها عن الفضولية حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروايات المذكورة تدل على صحة العقود الفضولية وهذا هو الحق لان الائمة وان اذنوا فى المعاملة على اموالهم ولكنه لم يصل الى المشتري ومن الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولية باستناده الى المالك ولا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه وان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولا للعمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ونفوذها و اذن فتدل تلك الروايات ايضا على صحة العقود الفضولية بالاجازة اللاحقة .

ودعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد ، ولا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسدة ، لان الظاهر منها هو ان الامام (ع) انما يمضى معاملات شيعتهم الواقعة على امواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعدة كلية وهى ان كل مالك يجوز له امضاء المعاملة الفضولية الواقعة على ماله وعلى هذا فاذا اشترى احد شيئا ثم علم ان البايح لم يوءد خمسه كان البيع بالنسبة الى مقدار الخمس فضوليا ويحكم بصحته من ناحية اجازة الامام (ع) فلا يحتاج الى اجازة الحاكم وعليه ، فيتعلق الخمس بالثمن ولو كان ذلك جارية بل يصح النقل بلا عوض ايضا وحينئذ فيتعلق الخمس بذمة

الناقل وكل ذلك لاجل تلك الروايات وقد ذكرنا فى كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها ومقيدها محمولة على هذه الجهة و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغولة بحق الامام (ع) وانما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الدالة على طيب المناكح والمساكين والمتاجر للشيعه وبين ما دل على وجوب ايصال حق الامام اليه كرواية الكلينى عن على بن ابراهيم عن ابيه قال : كنت عند ابي جعفر (ع) اذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل الخ ، الوسائل باب ٣ من ابواب الانفال ولو اغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام (ع) ولما جاز التصرف ولما جاز وطى الامة التى هى للامام (ع) مع انها جائزة وايضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجارية ولد زنا مع انه ليس كذلك وجميع ذلك ليس الا من ان الامام (ع) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم وقد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال : من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحة وطى الجارية التى جعلت ثمنا لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز ووجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام فى محله .

الوجه الخامس : الروايات (١) الواردة فى عامل مال المضاربة لو خالف ما شرط عليه من تعيين سلعة مخصوصة فاشترى غيرها او المنع عن السفر الى ارض معلومة فسافر اليها فانها تدل على انه

يضمن مال المضاربة مع التلف ولكن الربح مشترك بينهما على الشرط وهذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضولية وتأثير الاجازة اللاحقة فيها ، فانه على هذا تكون المعاملة الصادرة من العامل فضولية وتصح بالاجازة اللاحقة والا فمقتضى القاعدة ان يكون مجموع الربح للمالك .

١- يب عن جميل عن ابي عبدالله (ع) في رجل دفع الى رجل ما لا يشتري به ضربا من المتاع فاشترى به غير الذي امره قال هو ضامن والربح بينهما على ما شرط وروى الكليني والشيخ باسنادهما عن الحلبي عن ابي عبدالله (ع) انه قال في الرجل يعطى الرجل المال فيقول له ائت ارض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها قال : فان جاوزها وهلك المال ، فهو ضامن وان اشترى متاعا فوضع فيه فهو عليه وان ربح فهو بينهما حسن بابن هاشم . كافي عن محمد بن مسلم عن احدهما (ع) قال سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى ان يخرج به فخرج قال : يضمن المال والربح بينهما . تهذيب عن ابي بصير عن ابي عبدالله (ع) في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهيه ان يخرج به الى ارض اخرى فعصاه فقال هو له ضامن والربح بينهما اذا شرطه وعصاه . فقيه عن الكنانى قال سألت ابا عبدالله (ع) عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به الى الارض ونهى ان يخرج به الى ارض غيرها فعصى فخرج به الى ارض اخرى فعطب المال فقال هو ضامن فان اسلم فربح فالربح بينهما تهذيب عن الشحام عن الصادق (ع) في المضاربة اذا اعطى الرجل المال ونهى ان يخرج بالمال الى ارض اخرى فعصاه فخرج به قال هو ضامن والربح بينهما الكافي ج ٥ ص ٢٤٠ والتهذيب ج ٢ ص ١٧٠ والوافي ج ١٠ ص ١٢٠ والفتاوى طبعة النجف ص ١٤٣ .

قال المصنف - وهذا نصه - : (فانها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الريح على الاجازة كما نسب الى ظاهر الاصحاب وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسالة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره وام حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الريح كما هو الغالب وبمقتضى الجمع بين هذه الاخبار وبين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله والنهى عن اكل المال يالباطل (١) اندرجت المعاملة فى الفضولى وصحتها فى خصوص المورد وان احتمل كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تاييد للمطلب .

وملخص كلامه ان الروايات الدالة على صحة المعاملة الصادرة من عامل القراض تدور على احتمالين احدهما : عدم لزوم الاجازة فى المعاملة المزبورة ، والثانى : دلالتها على صحة تلك المعاملة مع الاجازة اللاحقة ضرورة ان المالك وان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الريح ولكنه رضى بها وعلى الاول ، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولى لاشتراكه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال ، وعلى الثانى ، فتدل على صحة بيع الفضولى .
اقول : اما الاحتمال الاول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحة بيع الفضولى ، فانه لا يفيد الا الظن فهو لا يغنى

١- كاية التجارة عن تراض والروايات الدالة على حرمة التصرف فى مال الغير بدون اذنه ورضائه وقد ذكرنا هذه الروايات فى الجزء الثانى ص ١٣٧ .

من الحق شيئاً بل لاستيناس هنا أيضاً بديهة ان الحكم بصحة عقد الفضولى بلا احتياجه الى الاجازة اللاحقة فى مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعاملة الفضولى مع الاجازة وذلك لان النص قد دل على عدم اعتبار اذن المالك فى الاول بخلاف الثانى فانه تعتبر فى صحته اجازة المالك - كما هو المفروض - واشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضولية فى عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها فى المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولى بلا احتياج الى رضا المالك لاسبقا ولا لاحقا اذ لم يفرض فى مورد الروايات احتياج معاملة العامل الى اجازة المالك ، بل انما حكم الامام (ع) بصحتها على وجه الاطلاق . فتحصل ان هذه الروايات اجنبية عن بيع الفضولية بالكلية فى مورد فلا استيناس بها لصحة بيع الفضولى بوجه ، واما الاحتمال الثانى فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحقوق الاجازة من المالك بالمعاملة التى وقعها العامل ولكنها لا يتفق ومورد الروايات ، بدهة ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك والعامل ومقتضى لحقوق الاجازة بها هو كون الربح باجمعه للمالك وان العامل لاستحق منه شيئاً .

ودعوى ان المالك انما اجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربة ومن الظاهر ان مقتضى عقد المضاربة هو اشتراك الربح بينهما ، دعوى فاسدة ، لانها تكلف فى تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لاعلى العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورة لحقوق الاجازة من المالك دعوى

فاسدة اذ لا شاهد عليه فى شئ من تلك الاخبار ولا فى غيرها فيكون
الحمل تبرعيا محضا .

وعلى الجملة ان الروايات المذكورة وان كانت تنطبق على
البيع الفضولى بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثانى ولكن
لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل والمالك ، ضرورة
ان ما وقع عليه عقد المضاربة لم يوجد له العامل وما اوجده العامل
غير مربوط بالمضاربة بل انما هو عقد آخر فضولى ، فان اجازة المالك
اخص به لا انه يكون من مصاديق المضاربة ومشتركا بينه وبين
العامل وان لم يجزه بطل من اصله والعجب من المصنف فانه
كيف حمل تلك الروايات على الفضولى بمقتضى الجمع بينها وبين
ما دل على اعتبار الرضا فى نقل الاموال فتحصل ان الحكم بصحة
بيع الفضولى مع لحوق الاجازة بها من ناحية تلك الاخبار يعد من
الغرائب وانها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف .
ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعدة او انها
محمولة على التعبد المحض ؟ فربما يقال بالاول بدعوى ان غرض
الامام (ع) من تلك الروايات انما هو التنبيه على ما تقتضيه القاعدة
وبيان ذلك ان غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة ليس الا
الاسترباح وتحصيل المنفعة باى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء
سلعة خاصة او عن المسافرة الى محل معين لاجل تخيله عدم
حصول الربح من ذلك او تلف المال عندئذ ، فيكون نهيه عن المعاملة
الخاصة او عن المسافرة الى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعة
ايضا ، والا فليس له غرض خاص من المنع المزبور ولا هناك مصلحة

خفية لا يعلمها العامل ولا انه مستند الى العناد واللجاج واذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربة غاية الامران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربة لاجل ذلك الخيال ، وحينئذ فلوراي العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك واقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربة ، وان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضرورة ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا ، فاشتركا فى الربح من جهة عقد المضاربة لا للاجازة اللاحقة لكى يستدل بذلك على صحة العقود الفضولية كما ان كون الخسران على العامل من جهة الاشتراط ، فانه يوثرفى كون الوضعية عليه وبه تخرج المعاملة عن المضاربة فى صورة الخسران وتدل على ذلك قصة عباس (١) عم النبى (ص) حيث انه كان يقارض عماله ويشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى والا فالضرر عليهم ، فيعلم من هذه القضية انه لا باس باشتراط كون الوضعية على عامل المضاربة فى فرض المخالفة .

ويرد عليه اولا : انه لا يمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى

١- عن الحلبي عن ابي عبدالله (ع) انه قال فى المال الذى يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضعية شىء الا ان يخالف امر صاحب المال فان العباس كان كثير المال وكان يعطى الرجال يعملون به مضاربة ويشترط عليهم ان ينزلوا بطن واد و لا يشتروا ذاكبد رطبة قال (ع) فان خالقت شيئا مما امرتك به فائت ضامن للمال يب ج ٢ ص ١٦٩ والوافى ج ١٠ ص ١٢٠ قوله ذاكبد كناية عن الحيوان وانما منع عنه لكونه فى معرض الافات .

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من ايقاع عقد المضاربة الا الاسترباح باى وجه اتفق فانه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربة فى صورة المخالفة عند ظهور الربح فيها .
 واما اذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا يمكن الالتزام بالخطا فى التطبيق فى صورة المخالفة مثلا اذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربة ان يبيع الا الاكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربة ليس الا تحصيل الربح .

وثانيا : انه لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الايقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى و الا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تاسيس فقه جديد مثلا اذا وكل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابة الموكل ايضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل فى بيع داره ليس الا الاتجار بماله باى وجه اتفق ، فذكر الدار انما هو لاجل تخيله ان غير الدار لا يتابع بالقيمة المناسبة وكذلك اذا وكلت المرأة احدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزويجها بعالم آخر افضل منه بتخيل ان غرض المرأة انما التزويج بالعالم وان تعيين شخص خاص من جهة عدم التفاتها الى من هو افضل منه والى غير ذلك من الامثلة .

وثالثا : ان تطبيق تلك الروايات على القاعدة على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك اخص من المدعى لانه ربما تكون المعاملة مربحة فى صورة المخالفة كما هو مورد الاخبار ، ولكنها لا تكون موافقة لغرض المالك كما اذا نهى عن المعاملة مربحة كان ربحها فى كل عشرة اثنان ورخص فى المعاملة مربحة كان

ربحها في كل عشرة ثمانية فانه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحة المعاملة الادنى بقانون ان غرض المالك من المضاربة هو الاسترباح وان النهى عن معاملة خاصة لاجل الخطا في التطبيق ، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد .

و اما كون الخسران على العامل في مورد الروايات فليس ذلك من ناحية الاشتراط و الالكان تخلفه موجبا للخيار لكون الوضعية على العامل بل هومن قبيل اشتراط كون الوضعية على العامل في صورة المخالفة وهذا المعنى وان كان يتفق احيانا كما اتفق في معاملات عباس عم النبي (ص) و لكن لاكلية له قطعا و من الظاهر ان الامور الاتفاقية لا تكون ضابطة كلية لكي تؤخذ بها في جميع الموارد و هذا ظاهر لاشك فيه .

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن حمل النصوص المذكورة على الفضولى مع تقييدها بالاجازة اللاحقة و لاحتها على القواعد بل هي محمولة على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه .

مع ان ورودها على طبق القاعدة يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربة ايضا لان الحركة على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربة بل تجرى فى الوكالة وغيرها ايضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد افتوا على طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد .

قال العلامة فى القواعد : (ولو امره بالسفر الى جهة فسافر الى غيرها او بابتياح شئ معين ، فابتاع غيره ضمن ولو ربح حينئذ فالربح على شرط (و حكى التصريح بذلك كله عن النهاية و الشرايع

والنافع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك و الكفاية و المفاتيح وقضية الاطلاق جمع اخر بل حكى الاجماع عن الغنية و السرائر، على أنه يضمن فيما اذا خالف فى السفر وابتياح المعين وعن جامع المقاصد انه لا بحث فيه بل نسبه الى الاصحاب بل فى الرياض انه لاخلاف فيه وعن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما اذا خالف فى هذين الامرين و عن ايضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كانه لاخلاف فيه وفى آخر ان الخلاف فيه غير معلوم .

وعلى الجملة انه لاشبهة ولاخلاف فى حمل الروايات المتقدمة على التعبد المحض وتفصيل الكلام فى محله .

ثم ان شيخنا الاستاذ بعد ما حكم بصحة المعاملة التى فيها ربح ودخولها تحت المضاربة وخروجها عنها فى صورة الخسران قال (ثم ان كون الوضيعة عليه مع ان فى صورة البطلان لاوضيعة محمول على ما اذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران) .

ويرد عليه ان كون الوضيعة على العامل من جهة بطلان العقد وعدم امكان استرداد المبيع ، وان كان ممكنا فى الجملة الا ان هذا لايجرى فى جميع الروايات ، لانه حكم الامام فى بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعاملة فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها .

الوجه السادس : الاخبار الواردة فى الاتجار بمال اليتيم قال المصنف - وهذا نصه - (ومن هذا القبيل اى من قبيل اخبار المضاربة الاخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم و ان

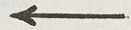
الربح لليتم فانها ان حملت على صورة اجازة الولي كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد الثاني كان من افراد المسألة وان عمل باطلاقها كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسالة الفضولي لكن يستانس لها بالتقريب المتقدم وربما احتتم دخولها في المسالة من حيث ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة فتامل) .

وقال في البلغة (منها ما ورد مستفيضاً وفيه الصحيح والمعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل او اليتيم والتقريب فيه ما تقدم حرفاً بحرف) .
ويرد عليه اولاً : جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشئ منها لصحة بيع الفضولي مع لحوق الاجازة فضلا عن الدلالة عليها .

وثانياً : انا لم نعثر على خبر يكون نصاً او ظاهراً في كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولي بل الروايات الواردة في الاتجار بماله كلها على طائفتين . الطائفة الاولى صريحة في تجارة نفس الولي بذلك (١) الثالثة (٢) مطلقة وغير مقيدة بالولي ولا بغيره ومن

١- عن اسباط بن سالم قال : قلت لابي عبدالله (ع) كان لي اخ هلك فاوصى الى اخ اكبر مني وادخلني معه في الوصية وترك ابنه صغيراً وله مال افيضرب به اخي فما كان من فضل سلمه لليتم وضمن له ماله فقال ان كان لاخيك مال يحيط بمال اليتيم ان تلف فلا باس به وان لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم مجهولة بابن سالم الوسائل باب ٧٥ من ابواب ما اكتسب به وعن ابي الربيع قال : سئد ابو عبدالله (ع) عن الرجل يكون في

الظاهر انه لادلالة فى كلتا الطائفتين على ما نحن فيه ولا استيناس بهما لذلك ، اما الطائفة الاولى فلان التجار الولى بمال اليتيم تارة يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم وبتجربه لنفسه بل صرح الامام (ع) بذلك فى رواية الصيقل ومفضل بانه ان كان عندك مال وضمنته فلك الريح وانت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمنته اى اخذته قرضا ولكن الرواية - ضعيفة ، واخرى لليتيم و على الاول فالمعاملة فتحصة بالولى فلا حظّ فيها لليتيم بوجه وعليه ، فيكون ربح التجارة له وخسراتها عليه واذن فلا ربط لها بالمعاملة الفضولية بل شأنها شان سائر تجاراته بمال نفسه .



يده مال لاخ له يتيم وهو وصيه ايصح له ان يعمل به قال نعم يعمل به كما يعمل بمال غيره والريح بينهما قال قلت فهل عليه ضمان قال لا اذا كان ناظرا له . مجهولة بايى الربيع الشامى الوافى ج ١٠ ص ٤٥ والوسائل باب ٢ من تجب عليه الزكاة .

٢- عن محمد بن مسلم عن ابي عبدالله (ع) فى مال اليتيم قال العامل به ضامن ولليقيم الريح اذا لم يكن للعامل مال وقال ان عطب اداه حسنة بابن ابراهيم وعن ربيع بن عبدالله عن ابي عبدالله (ع) قال فى رجل عنده مال اليتيم وهو ضامن وسائل - ابواب نا يكتسب به باب ٧٥ ج ٣ وغيرها من الروايات المذكورة فى باب الزكاة من ثل باب ٢ من ابواب من تجب عليه الزكاة ومن لا تجب عليه .

وهذا واضح لاشبهة فيه وعلى هذا تحميل الروايات (١) الدالة على جواز اخذ مال اليتيم مع الضمان والشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولي ولو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور في هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه . على ان بعضها مقيد بخصوص الولي كما يظهر ذلك لمن يلاحظها وعلى الثاني ، فلا ربط للمعاملة الفضولى ايضا اذ لو كانت فضولية لاحتاجت الى اذن الولي فتخرج بذلك عن الفضولية ، واما اذا كان المتصدى لها هو شخص الولي ، فلا تحتاج صحتها الى اذن احد ضرورة ان صحة تصرفات غير الولي متوقفة على اذن الولي فلو كانت صحة تصرفات الولي ايضا متوقفة على اذن غيره فاما يدور او يتسلسل وكلاهما باطل .

نعم يعتبر في اتجار الولي بمال اليتيم ان يكون مليا اي ذا مال فانه حينئذ يكون الربح لليتيم والخسران ايضا عليه . اقول لادليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفة الاولى ، واما الطائفة الثانية ، فهي ظاهرة في كون الربح لليتيم و

١- عن منصور بن حازم عن ابي عبد الله (ع) في رجل ولى مال يتيم استقرض منه فقال : ان على بن الحسين (ع) قد كان يستقرض من مال ايتام كانوا في حجره فلا بأس بذلك . وعن ابي نصر قال سألت ابا الحسن (ع) عن الرجل يكون في يده مال لايتام فيحتاج اليه فيمديده فيأخذه وينوى ان يرده فقال لا ينبغي له ان ياكل الا القصد ولايسرف وان كان عن نيته ان لايرد عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عزوجل ان الذين ياكلون اموال اليتامى ظلما .

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

واما اذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتم والخسران على الولي المتجر به كما فى رواية الصيقل وغيرها ، وهذا ايضا غير مربوط بالفضولى لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعاملة بالاجازة هو كون النفع لليتم والوضيعة عليه ، ومقتضى عدم امضاءها هو بطلانها من اصلها ولكن الشارع حكم بكون الربح لليتم تعبدا ولعل الحكمة فيه هو مراعات حال اليتيم كما سيأتى قريبا الاشارة اليه على ما فى الرواية كما أن الامر كذلك فى اتجار غير الولي بمال اليتيم وسياتى قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفة السند واما الطائفة الثانية التى تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا ، فهى ناظرة الى رعاية حال اليتيم وواردة فى مقام التوسعة له و - الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص فى الاتجار بماله لايّ احد مع كون ربح التجارة له ووضيعتها على التاجر ولعل النكتة فى ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم الا بالتى هى احسن ولا شبهة فى ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى اصلا و لا تنطبق عليه القواعد ، ولا أن صحة المعاملة المزبورة متوقفة على اجازة الولي لو كان التاجر غيره حتى يتوهم أنّها كيف تكون صحيحة مع عدم لحوق الاجازة بها ؟ اذ لو كانت هى فضولية وموقوفة على اجازة الولي لاختصت باليتيم فى صورة الاجازة وكانت الوضيعة عليه والربح له وكانت باطلة من اصلها فى صورة الرد و على كل

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتميم والوضيعة على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محمولة على التعبد الصرف .
وقد يقال : ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولي بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا و مجازا من قبل الله تعالى وقد وصلت الينا هذه الاجازة بواسطة سفرائه الكرام .

وعليه ، فتحمل الروايات المتقدمة على هذه الناحية .
ويرد عليه أن ادخال التجارة بمال اليتيم فى الفضولية بالاجازة الالهية يوجب خروجها عن ذلك جزما ، ضرورة ان تلك الاجازة موجودة حال العقد لا انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد-
الروايات فى عقد الفضولى ولعله لاجل هذا امر المصنف بالتأمل .
وهذا المطلب ظاهراً ينافى لما تقدم من ان الاذن غيرالواصل لا يخرج العقد عن الفضولية وان كان الاذن موجودا حال العقد .
فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الواردة فى الاتجار بمال اليتيم اجنبية عما نحن فيه بالكلية .
الوجه السابع : رواية موسى بن اشيم (١) حيث ان الامام

١- عن ابي جعفر (ع) فى عبد لقوم ماذون له فى التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال اشترمنها نسمة واعتقها عنى وحج عنى بالباقي ثم مات صاحب الالف درهم فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي فى الحج عن الميت فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه ومواليه وورثة الميت فاجتمعوا ، فاختصموا جميعا فى الالف درهم فقال : موالى المعتق انما اشترت اباك بمالنا فقال ابو جعفر (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لا ترد واما

عليه السلام قد اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى ومن الظاهر ان اجازة المالك لولم تكن كافية في صحة الفضولى لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص ايضا .

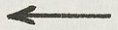
ولا يخفى عليك أن صريح الرواية هو أن المدعى لملكية الاب ثلاث طوائف :

١- موالى الاب المعتق فانهم يدعون اشتراؤه بمالهم .

٢- موالى العبد الماذون ، فانهم يدعون اشتراؤه بمالهم .

٣- ورثة الميت فانهم يدعون اشتراؤه بمالهم .

وعلى الاول ، فالمعاملة باطلة من اصلها لانا ذكرنا في محله ان البيع عبارة عن اعتبار التبدل بين المالين في جهة الاضافة و لا شبهة في ان هذا المعنى لا يتحقق الا بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البايع اضافته القائمة بالمتاع ويجعلها قائمة بالثمن ويفك المشتري اضافته القائمة بالثمن و يجعلها قائمة بالمتاع لان كلاً من المتعاملين يبذل ماله - عند المبايعة بمال شخص اخر في جهة الاضافة و عليه ، فاذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبايع ولو صار ملكا لشخص آخر لما



المعتق فهو رد في الرق لموالى ابيه واى الفريقين اقام البينة ان العبد اشترى ابيه من اموالهم كان لهم رقا ضعيف بابن اشيم الكافى ج ٧ باب النوادر من الوصية ص ٦٢ و يب ج ٢ زيادات الاجارات ص ١٨١ والعق ص ٣١٨ و زيادات ص ١٦٨ الوصايا ص ٤٠١ والوفى

ج ٩ باب قضايا غريبة من القضاء ص ١٦٨ .

صدق عليه مفهوم البيع لان الثمن لم يدخل فى ملك من خرج المثلث عن ملكه كما أنه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع ايضا لعدم تحقق التبديل فى جهة الاضافة مثلا اذا ملك احد ماله لنفسه بازاء ماله الاخر او ملكه لزيد بازاء تملك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع واذن فلا ربط للرواية على هذا الوجه بالبيع الفضولى بوجه بل نسبتها اليها كوضع الحجر فى جنب الانسان .

وعلى الثانى فالمعاملة وان كانت صحيحة ولكنها بعيدة عن بيع الفضولى اذ المفروض أن العبد مأذون فى التجارة من قبل مواليه ، فيكون مأذونا فى شراء ابيه وعليه فالرواية ايضا اجنبية عن عقد الفضولى الا أن يقال : أن موالى المأذون وان أذنوا له فى التجارة ولكن الظاهر ان المراد منها هو التجارة التى فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها ، فيكون فضوليا ، فلا تكون الرواية اجنبية عنه فتأمل .

وعلى الثالث فقد يقال بدخول المعاملة فى العقد الفضولى لان الظاهر من الرواية أن الشراء انما هو بعد موت المورث وانتقال المال الى الورثة وحينئذ فتكون المعاملة فضولية لعدم كون العبد مأذونا فى ذلك من قبلهم ، فتكون مطالبة المبيع اجازة و اذن - فتدل الرواية على صحة بيع الفضولى ، ضرورة أنه لو لم تكن الاجازة المتأخرة كافية فى صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال واقامة البينة عليه كافيا فى تملك المبيع ولكن كون البيع فضوليا فى هذه الصورة - متوقف على انكار الورثة وصية مورثهم بما فعله العبد المأذون

ودعواهم وكالته فى ذلك من المورث فانه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل وتصح المعاملة فضولية لما عرفته من ان الظاهر من الرواية هو كون الشراء بعد موت المورث وهذا المعنى وان كان متينا فى نفسه ولكن يحتمل أن يستند شراء العبد الى اذن الورثة اذ المفروض هو كون المشتري مأذونا فى التجارة ولو كانت لغير مولاه كما هو مقتضى الاطلاق وعلى هذا ، فلا تكون المعاملة فضولية حتى مع انكار الوصية .

ودعوى أن هذا مخالف لظاهر الرواية واطلاقها لان الظاهر كون العبد مأذونا فى التجارة لمولاه فقط والا لوقع التعرض له فى الرواية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه من ان مقتضى الاطلاق هو كون العبد مأذونا فى مطلق التجارة ويضاف الى ذلك ان الرواية مسوقة لبيان حكم المخاصمة بين المدعين وليس فيها تعرض لهذه الناحية كما لا تعرض فيها لشرائط التجارة .

ولا يخفى عليك انه بناءً على نقل المصنف فالرواية ظاهرة فى كون الشراء قبل موت الدافع وعليه فلا تكون المعاملة فضولية لانه عندئذ فالرواية ظاهرة بل صريحة فى كون المشتري مأذونا من قبل مولاه ومولا ابيه ومن قبل اب الورثة واذن فتبعد الرواية عن عقد الفضولى ، ولكن المصنف لم ينقل الرواية بعينها والا فلاشبهة فى ظهورها فى كون الشراء بعد موت المورث .

ثم ان شيخنا الاستاد قد استظهر من الرواية ثبوت الوصية بما فعله العبد المأذون واليك لفظ مقرر بحته .

(ان الظاهر من الرواية أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصية

فورثته يدعون الشراء بالالف ليكون ولاء العتق لهم و يوئيد ذلك قوله (ع) اما الحجة فقد مضت بما فيها لاترد فالورثة لاينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا ولاينافى ذلك قوله (ع) اى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقا لا مكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس ، و كيف كان فظهور الرواية فى مسألة الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحة نعم قابل للحمل عليها فتدبر) .

ويرد عليه اولا : انه ليس فى الرواية ما يدل على صدور الوصية من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثة لان المأذون كان وكيلًا من الدافع وتبطل وكالته بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (ع) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لا يصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديدة بل فى الحج الواجب ايضا اذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار (٢) الكثيرة و يضاف الى ذلك ان الامام (ع) حكم بسماع دعوى الورثة بعد اقامة البينة و من الظاهر انه لو كانت هناك وصية لم يحكم به الامام (ع) .

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

١- الوسائل باب ٢١ من ابواب وجوب الحج و شرائطه و باب ٢٥

من ابواب النيابة فى الحج .

٢- الوسائل باب ٤٢ من ابواب وجوب الحج و شرائطه .

الدعوى هو ان يكون اباه رقا لاحرا وعليه فلا يكون الغرض من -
دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم .

وثالثا : ان الحكم بمضى الحج فى الرواية لا يتفق مع القواعد
وسياتى قريبا .

ثم انه نوقش فى الرواية بامور فعمدتها امران .

الاول : الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه
ومطالبة البينة من الفريقين الاخرين مع الاول يدعى فساد البيع
كما عرفته قريبا ، والاخران يدعيان صحة البيع وقد ثبت فى محله
ان مدعى الصحة فى باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد .

وقد يتوهم ان تقديم قول مولى الاب على غيره ليس من
قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحة لكى يناقش فيه بما
ذكر بل انما هو من جهة الاستصحاب لان الاصل بقاء الاب فى
ملك مولاه .

ولكنه توهم فاسد اذ لايجرى الاستصحاب فى المقام لان -
الظاهر من الرواية هو ان العبد المأذون فى التجارة كان عنده
المال من جميع الفرق والخصماء وكان مأذونا فى التجارة لمولاه و
مولى ابيه وكان وكىلا ايضا من قبل صاحب المال فى شراء عبد و
عتقه وتجهيزه للحج حتى يحج عن الميت ، وعليه ، فينفذ اقرار -
العبد على جميع الفرق لان من ملك الشئ ملك الاقرار به و من
الواضح ان الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء ابيه بمال
الدافع فيكون عندئذ اعترافه او عمله الخارجى حجة على مولى الاب
واذن ، فمقتضى القاعدة هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

رقا لمولاه من جهة الاستصحاب مخالف للقاعدة فلايجرى الاستصحاب هنا .

ويرد عليه اولاً : أن مدعى الصحة وان كان يقدم على مدعى الفساد فى باب المعاملات الا ان ذلك لايجرى فيما نحن فيه ، لانا ذكرنا فى محله ان السيرة قائمة على صحة العمل فيما اذا احرز اصل وجوده الجامع بين الصحيح والفساد وشك فى صحته وفساده من النواحي الاخرى واما اذا شك فى اصل وجود العمل لم تجر اصالة الصحة لكون الشك حينئذ فى تحقق العمل فى الخارج لا فى صحته وفساده بعد احراز وجوده ، بل ذكرنا هناك انها لاتجرى مع عدم احراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصدية كالطهارة الخبثية مثلاً اذا شاهدنا احداً يصب الماء على ثوب تنجس ولكنها لم نحزانه قصد تطهيره ام لا لم تجرفيه اصالة الصحة وهكذا للكلام فى قاعدة الفراغ فانها لاتجرى مع الشك فى اصل وجود العمل او فى قصد عنوانه بل انما تجرى مع الشك فى صحته وفساده من ناحية الشرائط او الموانع بعد احراز اصل وجوده .

ولاشبهة فى أن هذه الكبرى لاتنطبق على ما نحن فيه لانه بناء على دعوى مولى الاب لم يتحقق فى الخارج معاملة حقيقية اصلاً بل انما تحققت معاملة صورية وعليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصورية كبيع الهازل والساهى والغالط و النائم و اشباهها واذن ، فوجود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفاً لاصالة الصحة لكى يلزم منه تقديم مدعى الصحة على مدعى الفساد .

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعدة من ملك شيئاً ملك

الاقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لان القاعدة المذكورة لم ترد في آية ولا في الرواية ولا انعقد عليها اجماع تعبدى لكى يوخذ بها في جميع الموارد ، بل هى قاعدة خاصة فقهية مختصة بما اذا كان المالك باقيا على حالة الاقرار بالشئ لولا الاقرار به مثلا اذا اقرزيد بكون ما فى يده من المال لبكرفهو باق على مالكيته للمقر به لولا الاقرار ولا شبهة أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهة أن العبد المأذون فى التجارة ليس مالكا - وقت الاقرار - بشراء ابيه بمال الورثة لانهم لم يأذنوا فى ذلك وعليه فلا اعتبار باقراره رأسا وثانيا : أن العبد الذى اشتراء المأذون واعتقه وجهزه الحج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه او لمولى المأذون او لصاحب المال ، ولا شبهة فى انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الاولين فظاهر لانه عبد ، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه ، وعلى الثالث فالبيع فضولى ومن الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن ولا فى الثمن بالقبض والاقباض و عليه فكيف يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الاب و عتقه عن- الميت وارساله الى الحج ليحج عن ذلك الميت ؟ ولا ريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهية المسلمة والظاهر انه لاجواب عن هذه المناقشة ولكن الذى يهون الخطب أن الرواية ضعيفة السند وغير منجبرة بعمل الاصحاب لاصغرى لعدم فتوى الاصحاب على طبقها ولا كبرى لانا ذكرنا فى علم الاصول أن عمل المشهور برواية ضعيفة غير جابر لضعف سنده كما أن اعراضهم عن العمل برواية صحيحة لا يوجب وهنها بل لا بد وان تلاحظ الرواية فى نفسها

فان كانت صحيحة اخذ بها والا فلا لان ضم غير الحجة الى مثلها لا يوجب الحجية .

الوجه الثامن : حسنة الحلبي (١) الواردة في رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه واقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمة ، ثم باعه بازيد من ثمنه فانه يجب عليه أن يرد الزايد الى المشتري الاول فان الحكم برد الزيادة عليه الظاهر في الاستحقاق مبنى على صحة بيع الفضولى لنفسه مع الاجازة اللاحقة والا ، فلا شىء للمشتري من الزيادة ، لبطلان البيع اذ لم يكن البائع مأذونا في بيع الثوب لكى يصح بدون الاجازة وعلى هذا فالرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا باس بدالاتها على ما نحن فيه .

ويرد عليه : أن الرواية غريبة عن بيع الفضولى اذ البيع - الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من اصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده وبين الزائد عليه لان معنى الاقالة انما هو انفساخ العقد من اصله ورجوع كل من العوضين الى صاحبه الاول ، وعليه فان تحققت

١- عن ابي عبدالله قال : سألته عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه ثم رده على صاحبه فابى أن يقبله الا بوضيعة قال : لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فاخذه وباعه باكثر من ثمنه رد على صاحبه الاول ما زاد . حسنة بابراهيم بن هاشم الكافى ج ٥ باب بيع المتاع وشرائه ص ١٩٥ و يب ج ٢ باب النقد والنسيئة ص ١٣٣ والوسائل باب ١٧ من ابواب احكام العقود .

الاقالة فى مورد الرواية انفسخ العقد بالمرّة و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا ، و حيث ان المفروض فى مورد الرواية هو بقاء الثوب على ملك المشتري لبطلان الاقالة بالوضيعة او الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبايع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشتري فى فرض الزيادة .

و على هذا الضوء لو اخذ البايع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من اصله لا بالنسبة الى الزائد على الثمن المطلوب للمشتري و عليه فان اجازته المشتري حكم بصحته و الا فيحكم بفساده .

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشتري غرض خاص من الاستقالة فاذا لم يقبلها البايع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض و اذن فلا توارثا لثبته بعدم مدة طويلة خصوصا مع ترق القيمة السوقية .

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالرواية على صحة بيع -

الفضولى و اما معناها فهو ان المشتري قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا ، فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله ابوضيعة فحكم الامام (ع) بعدم جواز الاقالة بالوضيعة و أما اذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالاقالة ، و ان كانت فاسدة واقعا و لكن يستكشف منها أن المشتري قد اذن للبايع فى بيع الثوب سواء أكان اقل من الثمن الاول ام كان مساويا له ام زائدا عليه غاية الامر أنه اعطائه للبايع بعنوان الاقالة مع الجهل ببطلانها مع الوضيعة فباعه البايع لنفسه متخيلا انه ملكه ، فتكون ذلك من قبيل الخطا فى التطبيق .

ودعوى أن البايع لم يقصد كون البيع للمشتري فيبطل من هذه الناحية ، دعوى فاسدة لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقة البيع انما هى اعتبارتبديل شئ بشئ فى جهة الاضافة و اظهاره بمظهر خارجى من اللفظ وغيره ولاشبهة فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن او تعيين مالك المثلن اذ لم يقد عليه دليل عقلى او نقلى وعليه فتعيين العوض والقصد اليه يقد عن تعيين المالك والقصد اليه ولايفرق فى ذلك بين صدورالعقد من نفس المالك أو من غيره .

وبتعبير آخر : ان أقتزان العقد بالرضا وان لم يخرج العقد عن الفضولية كما عرفت آنفا ولكن وجود الاذن السابق على العقد يخرججه عن الفضولية ولاشبهة فى وجوده فى مورد الرواية للقريئة عليها منها وهى : أن الرواية قد دلت مطابقة على أن المشتري قد اذن لشخص البايع فى اخذ الثوب بالوضيعة و دلت بالدلالة الالتزامية على جواز الاخذ لغير البايع ايضا اذ لا فارق بينهما فى ذلك جزما بل قد يكون بيعه من غير البايع اولى وارضى لان المشتري لما رضى رده على البائع بوضيعة رضى ببيعته من غيره باكثر من ثمنه الاول بالاولوية القطعية والمفروض فى مورد الرواية أن البايع قد باع الثوب باكثر من ثمنه ، فيكون هذا البيع مرضيا للمشتري قطعاً .

فتحصل أن الرواية غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه .

ثم احتمل شيخنا الاستاذ ثانيا بانه : (يقدتمل أن يكون البايع قد اشتراه من المشتري ثانيا ، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

لهذا قوله (ع) لصاحبه الاول فان التعبير بصاحبه الاول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا) .

والظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو ارجاع الضمير في كلمة (صاحبه) الى لفظ (الثوب) ، فيكون معنى الرواية حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب ، وعليه فتدل الرواية على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه بازيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الاول .

ولكن يتوجه عليه اولا أن الظاهر من سياق الرواية هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذي ذكر في السؤال مرتين و يريد منه البائع والمراد من لفظ صاحبه الذي في الجواب هو المشتري و- عليه فمعنى الرواية هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه وقرينه الذي هو المشتري .

وثانيا : أن الثوب لو كان للبائع من ناحية البيع الثاني لم يبق مجال لقوله (ع) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فان جهل فاخذه فباعه باكثر من ثمنه يرد على صاحبه الاول ما زاد) ، اذا - المفروض أن الثوب ملك للبائع وقد اشتراه من المشتري الاول ثانيا باقل من الثمن الذي باعه منه اولا ولا شبهة في صحة هذه المعاملة لانها ليست باقالة ، لكي لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو اخذه جهلا و باعه بازيد من الثمن الاول .

وثالثا : أن ارجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغوية بل يستلزمها اذ بناءً على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان احدهما المشتري الاول ، و ثانيهما البائع ، وحيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

نفسه ، فيكون ذلك قرينة على ان المراد من قوله (ع) ويرد على صاحبه هو المشتري وحينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ - الاول والا فيكون لغوا واما اذا ارجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور في السؤال واريده منه البايع فانه حينئذ لا تلزم اللغوية لان الثوب له صاحبان صاحب الاول ، وهو الذى اشترى الثوب من البايع اولا والصاحب الثانى وهو الذى اشترى الثوب منه ثانيا ، فاذا قيد لفظ صاحبه بكلمة الاول اريد منه المشتري الاول و عليه فتكون هذه الجملة قرينة على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الاستاذ .

الوجه التاسع : رواية (١) عبدالرحمان بن أبى عبدالله قال سألت أبا عبدالله (ع) عن السمسار ايشترى بالاجر فيدفع اليه الورق ويشترط عليه انك ان تأتى بما تشتري فما شئت اخذته وما شئت تركته فيذهب فيشتري ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال : لا باس وقد جعلها المصنف مويده لصحة بيع الفضولى وحاصل كلامه أن فى الرواية احتمالات شتى :

الاول : أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه ، فيكون اخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لى يبيع منه من الامتعة ما يرضى به ويوفيه دينه ولا ينافيه قول السائل ويشترط عليه ان تات بما تشتري فما شئت اخذته وما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

١- الكافى ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣
والفقيه والوسائل باب ٢٠ من ابواب احكام العقود حديث ٢٠ .

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالاجر وفرضه في الرواية ممن يشتري به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ اصل حرفته وصناعته لا بملاحظة هذه القضية الشخصية وحينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا .

الثاني : أن يكون الشراء لصاحب الورق بان يكون الدلال وكيلاعنه في ذلك الشراء ولكنه يجعل لنفسه الخيار على بايع الامتعة بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به ويفسخه فيما يكرهه .

الثالث : ان يكون الشراء ايضا لصاحب الورق ولكن لا يكون السمسار مأذونا من قبله في ذلك بل يكون البيع فضوليا ولا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد اذنا في الشراء ولا توكيلا فيه اذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء او يكون ذلك بعنوان الامانة او حصول الاطمينان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه واما فائدة الشرط عليه من اخذ ما يريد و ترك ما يكرهه عدم مطالبة الاجرمه على عمله او حذرا من ابائه وامتناعه عن ذلك .

وعلى هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد والامضاء فاذا احتتم مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الاجمال في السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التي منها - احتمال كون الشراء فضوليا .

ويرد عليه : أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم اذا كان

مورد السؤال ذا شقوق شتى فاجاب عنها الامام (ع) بجواب واحد بلا استفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق فى الحكم والا فيلزم منه الاغراء بالجهل واما اذا لم يكن السؤال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها ، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال وهذا ظاهر لاخفاء فيه .

ويضاف الى ذلك أن الرواية ظاهرة فى الاحتمال الثانى و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غاية الامر انه جعل لنفسه الخيار على صاحب المتاع وقد عرفته آنفا واذن فلا اشعار فى الرواية بصحة بيع الفضولى فضلا عن دلالتها عليها او تأييدها لها .

وهنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغة وجعله اظهر الاحتمالات وهو وقوع الاشتراء بالمساومة واطلاقه عليه اطلاق شائع او مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار وهو كثير الوقوع سيما مع الدلال والسمسار انتهى .

وهذا الاحتمال ايضا لا باس به على ان الرواية غير نقيصة -

السند .

الوجه العاشر : ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعة من ردها بربحها الى المالك المودع فعن مسمع أبى سيار قال : قلت لابى عبد الله (ع) انى كنت استودعت رجلا مالا ، فجحدنيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته اياه ، فقال هذا مالك فخذه وهذه أربعة الاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل فاخذت المال منه و ابيت أن آخذ الربح و اوقفت المال الذى كنت استودعته و اتيت حتى

استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال : خذ الربح واعطه النصف واحله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين والرواية (١) ضعيفة بالحسن بن عمارة .

ووجه الاستدلال هو ان اخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لا يصح الاعلى صحة بيع الفضولى مع الاجازة اللاحقة والا فلا شئ للمالك من الربح فكان الرواية منزلة على الغالب من لحوق الاجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح .

وفيه اولا : أن الرواية ضعيفة السند كما مر فلا يمكن الاستناد اليها فى الحكم الشرعى .

وثانيا : أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعاملة على عين الوديعة اما بنحو المعاطاة او بالعقد اللفظى ولكن لا قرينة فى الرواية على ذلك .

الوجه الحادى عشر : ما ورد من التصديق بمجهول المالك واللقطة من أنه اذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له والا ضمنه المتصدق .

وفيه : أنه لاشبهة فى صحة التصديق هناك للاذن الشرعى وان لم يرض به المالك وانما الرضاء يوءثر فى عدم الضمان تعبدآ كما أن عدمه يوءثر فى عدمه كذلك .

واما ما ورد من نفوذ الوصية بما زاد عن الثلث من نفوذها باجازة الورثة ، فايضا غير مربوط بالبيع الفضولى وانما الاجازة هناك

١- الوسائل باب ١٠ من الوديعة والوفى ج ١٠ ص ١١٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ والفقيه .

شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر .

هذه هي الوجوه التي استدل بها على صحة بيع الفضولي وقد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لا يتم شئ منها وانما العمدة هي العمومات والمطلقات وسيوضح لك قريبا بطلان ما استدل به على فساد بيع الفضولي وانه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات واذن ، فالحكم بصحة بيع الفضولي انما هو من ناحية العمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها على النحو الذي عرفته سابقا .

وقد استدل على بطلان بيع الفضولي وعدم صحته بالاجازة اللاحقة بوجوه عديدة من الادلة الاربعة اما الكتاب فقوله تعالى
 ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ أَوْ
 وَجْهِ اسْتِدْلَالٍ بِهَا عَلَى الْمَقْصُودِ بِوَجْهَيْنِ .

الاول انها قد دلت على انحصار اكل مال الناس بالتجارة عن تراض فالمعنى أنه لا يتصرف بعضهم في اموال بعضهم الآخر بوجه من الوجوه فانه باطل الا بوجه التجارة عن تراض فانه جائز ولاشبهة في انه لولم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قلة - الارتباط بين المستثنى والمستثنى منه ومن الظاهر ان بيع الفضولي ليس تجارة عن تراض فيكون اكل المال به اكلا له بالباطل .

ودعوى أن لحوق الاجازة به يدرجه في التجارة عن تراض ، دعوى فاسدة لانه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الاجازة بها لا يجعله مصداقا لها .

الوجه الثاني : سياق التحديد فان كل وصف ورد في مقام

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف وان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد والا فلا شبهة فى ثبوت مفهومه ومن الظاهر ان قيد- التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الاكل بمورد القيد فقط .

اما الوجه الاول فقد ناقش فيه المصنف بأن دلالة الاية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع اذا يصح استثناء التجارة الصحيحة من التجارة الفاسدة ، فلا يستفاد حصر اكل المال بالتجارة عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى .

وفيه اولا : أن الاستثناء المنقطع من اوضح الاغلاط اذا يصح أن يقال ما رايت عالما الا الجاهل وما اتجرت تجارة فاسدة الاتجارة صحيحة فانهما واشباههما من الاغلاط الواضحة التى لاتصدر من الاخسائين فى الفصاحة والمدربين فى البلاغة بل هى لا تصدر ممن دونهم ولا توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورها من الله العظيم ووجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز والتحدى حيث طلب النبى (ص) من جميع البشر والامم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى وتحداهم الى الايتان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه ايضا ثم تنزل عن ذلك وطالبهم أن يأتوا بسورة واحدة مثله وامرهم ان يدعوا شهدائهم ويصرخوا ليستنصروا منهم ويستعينوا بهم ولكن لم تنفعهم صارختهم واستغاثتهم واستعانتهم ثم عجزهم بقوله عز من قائل ولئن اجتمعت الجن والانس الخ فما كانوا مقرنين ومع ذلك كله كيف يرض المنصف بوجود

الغلط في مثل هذا الكتاب الذي لا يأيته الباطل من بين يديه،
تعالى كلامه عز وجل عن ذلك علوا كبيرا واذن فليس الاستثناء
الاقسما واحدا وهو الاستثناء المتصل وعليه فالاستثناء في الآية -
الشريفة استثناء متصل ولو كان ذلك بالعناية .

وثانيا : لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين ولكن الموجود
في آية التجارة عن تراض استثناء متصل وذلك لان الالفاظ المذكوره
ليست الا الاكل والاموال والباطل والتجارة والتراض اما اللفظ
الاخر فهو المستثنى واما البواقي فلا يصلح شئ منها لان يكون مستثنى
منه وهذا ظاهر .

واذن فلا مناص الا عن تقديره في الكلام وقد ذكرنا غير مرة
ان دخول الباء السببية على كلمة الباطل ومقابلتها في الآية مع
التجارة عن تراض قرينتان على كون الآية ناظرة الى فصل الاسباب
الصحيحة للمعاملة عن الاسباب الباطلة كما أن المراد من الاكل
ليس معناه الحقيقي اعنى به الازدراد بل هو كناية عن تملك مال
الناس من غير استحقاق ، واذن فيكون المستثنى منه محذوفا في
الآية المباركة وهو اسباب التجارة ، وقد حذف واقيم لفظ بالباطل
مقامه ونظير ذلك كثير في القرآن وغيره ومن ذلك قوله تعالى و
ان تكفروا فان الله غنى عن العالمين ، حيث حذف الجزاء واقيمت
العلة مقامه وحينئذ ، فمفاد الآية المباركة انه لا تملكوا اموالكم بينكم
بشئ من الاسباب الا أن يكون ذلك السبب تجارة عن تراض فان
التملك بغير هذا السبب باطل وعليه فتدل الآية على حصر الاسباب
الصحيحة للمعاملات بالتجارة عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا .

ومن هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تاكلوا لا تاكلوا اموال الغير وبعد التجارة عن تراض ليس الاكل اكلا لمال الغير .

وثالثا : لو سلمنا كون الاستثناء فى الآيه منقطعا وسوق الآيه بحسب ظهورها البدوى الى بيان القاعدة الكلية لكل واحد من اكل المال بالباطل والتجارة عن تراض وتظهر ثمره ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجارة عن تراض ولا من الاسباب الباطلة فيكون مجملا ولكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الاسباب المشروعة للمعاملات وتمييز صحيحها عن فاسدها وكان الاهمال مخلابا بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية وتحصل أن الآيه - المباركة موقفة لبيان حصر الاسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلا ام كان منقطعا ، فدلالة الآيه على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه وهو بطلان التجارة عن غير تراض ومنها البيع الفضولى اما الوجه الثانى ، فقد ناقش فيه المصنف : بأن سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما اذا لم يرد الوصف مورد الغالب والا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآيه الشريفة قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى لا وربائكم اللاتى فى حجوركم الا للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا ، ثانيا لتكون بناء على نصب تجارة كما هو المنقول عن قراءة الكوفيين ، لاقيدا للتجارة وحينئذ فيلزم وقوع الاكل والتصرف بعد التراضى سواء تقدم على

التجارة ام تاخر عنها اذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الاكل
تجارة ويكون عن تراض انتهى ملخص كلامه .
ويتوجه على الوجه الاول ، أنه لاشبهة فى ثبوت مفهوم -
الوصف والا كان القيد لغوا ولكن فائدة القيد ليست انتفاء الحكم
عند انتفائه بل فائدته انما هى الدلالة على عدم ثبوت الحكم للطبيعة
السارية مثلا اذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه اثبات
وجوب الاكرام للعالم ونفيه عن غيره ، بل معناه انما هو ثبوت وجوب
الاکرام للانسان العالم لا لطبيعة الانسان واضف الى ذلك اننا
لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم ولكن ذلك فيما لا قرينة
على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد والا فلا شبهة فى ثبوته كما اذا
ذكر الوصف فى مقام التحديد لان وقوعه فى مقام التحديد قرينة
مقامية على اختصاص الحكم بمورد الوصف ولو قلنا بعدم ثبوت المفهوم
له .

والوجه فى ذلك هو أن الحد لا بد وأن يكون جامعا للأفراد
و مانعا عن الاغيار ومن الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان
كذلك ومن هذا القبيل قوله عليه السلام أكرم من الماء فى جواب
السائل عن الماء الذى لا ينجسه (١) شئ ، فان الامام (ع) ذكره فى
مقام تحديد الماء الذى لا ينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفاء
القيد وذكر التراض فى الآية الكريمة من القبيل المذكور لما عرفته
أنفا من انها متوجة الى فصل الاسباب الصحيحة للمعاملة عن
الاسباب الباطلة لها وحصر اسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض و

اذن فلا شبهة في قيام القرينة على كون قيد التراض مسوقا الى تحديد الاسباب الصحيحة للتجارة وحصرها بالتجارة عن تراض .
ويتوجه على الوجه الثانى ، انه لا يفرق في دلالة الآية على اعتبار التراضى في التجارة وتقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيداً للتجارة وبين كونه خبر ثانيا لتكون ، فانه على كل تقدير تدل الآية الشريفة على بطلان التجارة غير الناشئة من الرضا وطيب النفس .

نعم اذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائرة مفهوم الوصف اذ المفروض أن التجارة حينئذ لم تتصف بالتراضى ولكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآية على اعتبار الرضاء في أسباب النقل والانتقال على النحو الذى ذكرناه .
على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد في نفسه ومخالف لظاهر الآية .

ومن هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقابيس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا (أن تكون تجارة كاملة عن تراض او مضاة عن تراض فيندرج عقد الفضولى في الآية لان كماله وامضائه بالاجازة وهذا نظير ما حكى في المجمع عن مذهب الامامية والشافعية وعن غيرهم من ان معنى التراضى - بالتجارة امضاء البيع بالتفرق او التخائر بعد العقد) فان هذا ايضا بعيد عن ظاهر الآية والتزام بالتقدير بلا ملزم .

والتحقيق في الجواب عن الاستدلال بالآية على بطلان بيع الفضولى ما اشار اليه المحقق صاحب المقابيس وتبعه المصنف من

أن الخطاب فى الآفة الشرففة لمالك الاموال فىشرط وقوعها اى
التجارة برضاهم ومن البفن الذى لاربف فىه أن التجارة الصاءرة
من الفضولى لاىطلق عليها انه تجارة المالك الا بعد اجازته فاذا
اجازها صارت تجارة عن تراض .

وبتعبفر آخرانا ذكرنا مرارا أن حقفقة البفع والتجارة لفسا
انشاء خالصا والا لصدق مفهوم البفع على بفع الهازل و الساهى و
اشباههما ، ولا أنها عبارة عن الاعبار النفسانى المحض والا لصدق
مفهوم البفع على الاعبار النفسانى الصرف من دون اظهاره بمظهر
خارجى ، بل حقفقة البفع والتجارة هى الاعبار النفسانى المظهر
بمظهر خارجى وعلفه فلواعتبر احد فى افق نفسه تبءل ماله بمال
غفره واطهره بمظهر خارجى لصدق علفه مفوم البفع والتجارة .

ومن البءفهى أن هذا المعنى لاىصدر الا من المالك او من
هو بمنزلته كالوكفل ونحوه واما بفع الفضولى قبل اجازة المالك ،
فهو لفس ببفع حقفقة بل صورة بفع الفضولى فلم ىصدر منه الا الانشاء
والصفغة ولاشبهة فى انه لاىطلق البفع والتجارة على الانشاء
المحض كما عرفته ولاىقال أن الفضولى قد اءجر بالمال الفلانى وباعه
بمءرء اجراء الصفغة ، الا بالعناية والمجاز فاذا اجازه المالك كان
ببعا وتجارة حقفقة للمالك لا للفضولى ، فالبفع الفضولى بما انه بفع
فضولى خارج عن الآفة وعن سائر العمومات والمطلقات الءالة على
صحة العقود ولزومها خروجاً لءصفا فلا ءلالة فى الآفة لا على
صحته ولا على فسائه وبما أنه مجاز للمالك فءشمله الآفة و بقفة
العمومات ولاءنافى ببف خروج بفع الفضولى عنها قبل الاجازة وببف

اتصافه بالصحة التاهلية .

ويمكن الجواب عن ذلك ، بأن الآية قد دلت على كون المدار على وقوع التجارة عن رضا المتعاقدين ، فتشمل جميع اقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان الذان لم يأذن لهما المالك ولا اجاز عقدهما وبقى الباقي .

وكيف كان فلا دلالة في الآية على بطلان بيع الفضولى .
واما السنة فهي اخبار كثيرة ، منها النبوى المروى مستفيضا من الخاصة والعامة وهو قوله (ص) لاتبع ما ليس عندك (١) ووجه

١- عن سليمان بن صالح عن الصادق (ع) نهى رسول الله (ص) عن بيع ما ليس عندك ضعيف بسليمان بن صالح وعن الحسين بن زيد عن الصادق (ع) عن آبائه فى مناهى النبى (ص) قال و نهى عن بيع ما ليس عندك ضعيف بشعيب بن واقد وغيره الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود وعن حكم بن حزام قال : قلت يا رسول الله (ص) يا تينى رجل يسألنى البيع ليس عندى ما ابيعه ثم ابيعه من السوق فقال : لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت : يا رسول الله (ص) الرجل يسألنى البيع وليس عندى افا بيعه ؟ قال لاتبع ما ليس عندك وعنه فى رواية اخرى قال قلت يا رسول الله انى اشترى ببيوعا فما يحل لى منها وما يحرم على ؟ قال فاذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه وعنه ايضا عن رسول الله (ص) لاتبع طعاما حتى تشتريه وتستوفيه سنن احمد ج (٣) المطبوع بمصر وبها مشه منتخب كنزل العمال ص ٤٠٢ و عن منصور بن حازم عن الصادق (ع) عن آبائه (ع) قال قال رسول الله (ص) لاعتق قبل ملك وعن ابن علوان عن الصادق (ع) عن ابيه (ع) قال قال لاطلاق لمن لا ينكح ولا عتاق لمن لا يملك بحارج ٢٣ ص ١٣٩ و ١٤١ عن الصفارانه كتب الى ابى محمد الحسن العسكرى (ع)

الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه ارشاد الى عدم نفوذ البيع لانا ذكرنا مراراً أن النهى عن معاملة ارشاد الى بطلانها والمراد من عدم حضور المبيع عند البايع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكاً له ، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و ارادة اللزوم وعليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البايع لنفسه ام باعه لمالكه وعليه فشان النبوى شأن قوله (ع) لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك بناءً على قراءة لفظ (يملك) بصيغة الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لانه ازالة علقه - الزوجية فقبل تحققها لا يتوجه القصد الى ازالتها وكذلك العتق و عليه فالمراد من الرواية هو طلاق زوجة الغير وعتق مملوكه و بيع

←
فى رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكة والقريه بمراحل من منزله فوق (ع) لا يجوز بيع ما ليس بملك وقد وجب الشراء من البايع على ما يملك الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبى (ص) أنه قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك الخلاف ج (١) مسألة ٢٧٥ ص ٢٢٢ ورواه فى المستدرک ج ٢ ص ٤٦٠ بأدنى تفاوت كافى و عن أبى بصير عن أبى عبدالله (ع) قال كان الذين من قبلنا يقولون لا عتاق الا بعد ما يملك الرجل وعن محمد بن قيس عن أبى جعفر (ع) فقال لا يطلق الا ما يملك ولا يعتق الا ما يملك ولا يتصدق الا بما يملك وعن الحلبي عن أبى عبدالله (ع) لا طلاق الا بعد - نكاح ولا عتق الا بعد ملك الوافى ج ١٢ باب ١٦٤ من ابواب الطلاق ص ١٥٦ .

ماله فضولا ، فالمعنى أنه لا يبيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للاخبار المستفيضة الدالة على عدم وقوع الطلاق والعتاق الا بعد الملك وقد ذكرناها فى الحاشية .

واما بناءً على قرائته بصيغة المفعول - كما توهم - فالرواية خارجة عن المقام بل هى ناظرة الى المنع عن بيع ما ليس يملك كبيع السمك فى الماء والطير فى الهواء وكبيع الخمر والخنيز وكلب الهراش وطلاق الاجنبية وعتاق الحز .

ويتوجه عليه اولاً : ان النبوى المزبور غير نقي السند ولا انه منجبر بشئ فلا يمكن الاستدلال به فى المقام .

وثانياً : أن المراد من الموصول من قوله (ص) الا تابع ما ليس عندك ، انما هو بيع العين الشخصية عن نفسه ثم يشتريها البايع من مالها ويسلمها الى المشتري وذلك لقيام الاجماع و الضرورة على بيع الكلى فى الذمة عن نفسه سلفاً أو حالاً والشاهد على ذلك من الرواية ما ذكره فى التذكرة من ان النبى (ص) ذكر هذا الكلام جواباً لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشئ ثم يمضى ويشتريه ويسلمه وعليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد اخطأ العامة فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمة حالاً .

وثالثاً : انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول وارادة المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البايع سواء أكان مملوكاً له ام لا و سواء أكان كليا فى الذمة أم كان جزئياً خارجياً و سواء أكان مقدوراً للتسليم ام لا ، ولكن لا بد من تخصيصه بالنصوص (١) الظاهرة فى جواز بيع

الكلى الذى ليس عنده المعبرة عن كون المنع عنه مذهب العامة حيث ناقضهم الامام (ع) ببيع السلف وأن صاحبه باع ما ليس عنده وعليه فيكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات (١) المانعة عن بيع العين الشخصية قبل تملكها ومن هنا

١- عن عبدالرحمان بن الحجاج قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال ليس به بأس قلت انهم يفسدونه عندنا قال وأى شئ يقولون فى السلم قلت لا يرون به بأسا يقولون هذا الى أجل فاذا كان الى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح فقال فاذا لم يكن الى أجل كان اجود (احق به) ثم قال لا بأس بان يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالا والى أجل فقال لا يسمى له اجلا الا ان يكون بيعا لا يوجد مثل العنب والبطيخ وشبهه فى غير زمانه فلا ينبغي شراء ذلك حالا صحيح وعنه قال قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يجيئني يطلب المتاع فاقاله على ثم اشتريه فابيعه منه فقال اليس انشاء أخذ وان شاء ترك قلت بلى قال فلا بأس قلت فان من عندنا يفسده ٠٠٠ ان أبى كان يقول لا بأس ببيع كل متاع كنت تجده فى الوقت الذى بعته فيه حسنة براهيم بن هاشم وعن ابى الصباح الكناني عن الصادق (ع) فى رجل اشترى من رجل مائة من صفرا بكذا وكذا وليس عنده ما اشترى منه قال لا بأس به اذا وفاه الذى اشترط عليه و رواه - بسند آخر فى باب ٥ من أبواب السلف الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود وعن هشام بن سالم عن ابى عبدالله (ع) قال سألت عن رجل باع بيعا ليس عنده الى أجل وضمن البيع قال لا بأس به صحيح الوسائل باب ٥ من ابواب السلف .

١- عن خالد بن الحجاج قال قلت لابي عبدالله (ع) الرجل يجيئ فيقول اشتر هذا الثوب اربحك كذا وكذا قال ليس انشاء ترك وان شاء أخذ؟ قلت بلى قال لا بأس به انما يحلل الكلام ويحرم الكلام ، مجهول بيحيى وعن معاوية بن عمار قال قلت لابي عبدالله (ع) يجيئني

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أكان المبيع كليا ام كان شخصا انما هو مذهب العامة (١) واذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الاستاذ من ان بيع الكلى سلفا او حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الاستاذ او من قلم مقرر بحثه وانما العصمة لاهلها .

ورابعا : أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

الرجل يطلب منى بيع الحرير وليس عندي منه شئ فيقولن عليه ثم اذهب فاشترى له الحرير فأدعوه اليه فقال رأيت أن وجد بيعا هو احب اليه مما عندك ايستطيع ان ينصرف اليه وتدعه ؟ قلت : نعم قال فلا بأس صحيح وعن منصور بن حازم قال سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل طلب عن رجل ثوبا بعينه قال ليس عندي هذه دراهم فخذها فاشترها فاخذها فاشترى بها ثوبا كما يريد ثم جاء به ايشتره منه ؟ فقال أليس ان ذهب الثوب فمن مال الذى اعطاه الدراهم ؟ قلت بلى قال انشاء اشترى وان شاء لم يشتر ؟ قلت نعم قال لا بأس به الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود .

١- قال فى شرح الهداية: ج ٥ ص ٣٢٤ ان السلم عقد مشروع بالكتاب و بالسنة وهو ما روى أنه عليه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان و رخص فى السلم والقياس وان كان يأباه . ولكنا تركناه بما روينا ، ووجه القياس أنه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه انتهى . و فى شرح فتح القدير ج ٥ ص ١٩١ منع عن بيع السمك قبل ان يصطاد لانه باع مالا يملكه وفى ص ١٩٢ منع عن بيع الطير فى الهواء لانه غير مملوك قبل الأخذ وفى الفقه على المذاهب الاربعة ج ٢ ص ٣٤ وحكم السلم الجواز فهو رخصة مستثناة من بيع ما ليس عند بائعه و دليل جوازه الكتاب والسنة ؟ والاجماع وفى ص (٢٤٠) عن الحنفية ومن البيع الباطل بيع ما سيملكه قبل ملكه لانه انما يبيع شيئا معدوما لا يقدر على تسليمه وهو باطل .

على عدم وقوعه مؤثرا في حقه ، فلا يدل على الغائه بالنسبة الى المالك وبقائه على اهليته لتعقب الاجازة منه ، وبعبارة اخرى : ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض والاقباض لاعدم الصحة التاهلية الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى .

ثم ان بيع العين الشخصية على قسمين الاول أن يكون المبيع شيئا معيناً ومالا مشخصاً عند شخص معلوم ، فباعه البايع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه ويسلمه الى المشتري .

الثانى : أن يكون المبيع مشخصاً عند شخص معلوم كالقسم الاول - ولكن باعه البايع لمالكه فضولا .

والظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البايع انما هو القسم الاول لان ارادة القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى ، هو الانشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره ، فيحتاج ارادته الى العناية والمجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن ايجاد حقيقة البيع التى يتوقف حصولها على النقل والانتقال فى الخارج واما مجرد الانشاء الصادر من الاجنبى فلا يكون بيعاً الا بالاجازة اللاحقة .

وبتعبير آخر : أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك والسلطنة لمن له البيع لا للعاقد عنه ، فلا يكون شاملاً للفضولى المتوقف على اجازة المالك .

ولو تنزلنا عن ذلك وقلنا : بعدم ظهوره فى القسم الاول و لكن لا ظهوره فى القسم الثانى ايضا ، فيرجع فيه الى العمومات

الدالة على صحة العقود ، واما القسم الاوّل فيرجع فيه الى الروايات الدالة على المنع عن بيع الشخصى الذى هو غير موجود عند البايع . ومع الاغماض عن ذلك ، فلا دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى وذلك لان الظاهر من منع البايع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه وكونه له كما عرفته آنفاً ومن البين أن هذا لا ينافى صحة بيع الفضولى صحة تاهلية بحيث يستند اليه بالاجازة اللاحقة .

ولو اغمضنا عن ذلك أيضا ولكن النبوى ليس ناصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالة عليه انما هو بالاطلاق فنقيده بالادلة الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولى وعمدتها صحيحة محمد بن قيس المتقدمة واذن فيختص النبوى بالقسم الاول فقط .

ولو تنزلنا عن ذلك أيضا وقلنا بكون النبوى ناصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه وبين ما دل على صحة بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب ومع عدم المرجح فى البين - فيتساقطان ويرجع الى العمومات ، وقد عرفت فى اول المسألة أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحية .

وقد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الدالة على المنع عن بيع ما لا يملك بناءً على قراءة يملك يصيغه الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحة الصغار المتقدمة قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك لعدم استناد البيع الى العاقد غير المالك وهذا لا ينافى استناده الى المالك بالاجازة اللاحقة فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرض لصحيحة

الصار من ان (الاصحاب قد اختلفوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملك ووقوفه فيما لا يملك على الاجازة من المالك بمعنى انه صحيح ، لكونه فضوليا موقوفاً فى لزومه على اجازة المالك و الرواية كما ترى تنادى بانه لا يجوز الدال على التحريم وليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكة) اذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعى كما فهمه الاصحاب فان ارادة النفوذ من الجواز شايع واذا احتمل هذا المعنى ، فلا يبقى فى الصحيحة ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلاً عن أن ينادى لفظ لا يجوز باعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفى .

وقال شيخنا الاستاذ : (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها ، فلا يمكن تخصيصها بالادلة الدالة على صحة الفضولى لان تعارضهما ليس بالعموم والخصوص المطلق ، بتقريب أن مفاد الادلة المانعة هو ان بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه ام للمالك وسواء اجاز ام لم يجوز مفاد الادلة المجوزة صحة البيع للمالك اذا اجاز لانه لم يكن البيع لنفسه او للمالك بلا اجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم ، بل التعارض بينهما بالتباين فانه لو سلم اطلاق هذه الروايات وشمولها لما اذا قصد الفضولى البيع للمالك او لنفسه مع المنع وعدمه فلا اشكال فى شمول الروايات الدالة على الصحة لجميع الاقسام) .

ولكن يتوجه عليه : أن تخصيص الادلة المجوزة بصورة كون البيع للمالك مع لحوق الاجازة ان التخصيص لاجل ما ذكر انما يصح فيما

إذا لم يتعارف في الخارج بين الانسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا في زمان الجاهلية بل في جميع الازمنة ، وقد جرت عليه سيرة الجهال و الفساق وغير المباليين في امر الدين حيث انهم يرون الاسباب غير المشروعة مملكة كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانة واشباهها بل ربما يستملكون اموال الناس بلا مملك شرعى ولا عرفى و يعاملون معها معاملة اموالهم .

وقد يقال : ان النسبة بين ما دل على صحة بيع الفضولى وبين ما دل على فساده هي العموم من وجه - كما في حاشية المحقق الايروانى - واليك نصه : (أن المنفى في هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار اخص من هذه الجهة و ان كانت اعم من حيث اجازة المالك ، فتكون النسبة عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و ان اجاز المالك كما قالوه في بيع الغاصب) .
وفيه أن الاستدلال بالاخبار المانعة على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها اعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لانها لو كانت مختصة بالبيع للمالك لكانت خارجة عما نحن فيه - بالكلية - ولم يبق مجال للتمسك بها على ذلك .

وقد عرفت قبل الشروع بذكر ادلة القولين أن هنا ثلاث مسائل :
الاولى أن يبيع للمالك الثانية ان يبيع له مع سبق المنع عنه .
الثالثة ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب .

وكلامنا فعلا في حول المسألة الاولى واما البيع لنفسه الذى هو المسألة الثالثة فسيأتى البحث عنه قريبا ، وكيف كان فلا وجه

لتخصيص الأدلة المانعة لصورة البيع لنفسه ويضاف الى ذلك انه لم يذكر في الاخبار المانعة ولا في الاخبار المجوزة كون البيع - للمالك مع حقوق الاجازة او كونه للبايع ولم يصرح فيهما بشئ من ذلك واذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصة بل الظاهر منهما هو كون الطائفة المجوزة اخص من الطائفة المانعة لان الاولى مختصة بصورة حقوق الاجازة من المالك والثانية اعم من ذلك .

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التسايط والرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الاخر .
ومنها صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال : سألت ابا الحسن الاول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم وكتب عليها كتابا بانها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال ام يمنعها ؟ قال فليقل له ليمنعها اشد - المنع فانها باعت ما لم تملكه (١) حيث انها تدل على المنع عن بيع الانسان ما لا تملكه ، فتشمل الفضولى ايضا .

وفيه ان الصحيحة تدل على انه لا يجوز لبايع الفضولى ان يقبض الثمن ، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال : انها مشعرة بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (ع) قد علل المنع عن تسليم المال بانه باع ما لم تملكه ومن الظاهر انه لو كان البيع فاسداً لعلله بذلك لان التعليل بالامر الذاتى اولى من التعليل بالامر

١- التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ والتهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٢ وللوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع .

العرض .

ومنها رواية (١) الاحتجاج فانه قد ذكر فيها الضيقة لا يجوز
ابتياعها الا من مالکها او بامرہ اورضى منه فانها تدل بمفهوم الحصر
على بطلان البيع الفضولى لانه لم يصدر من المالك ولا بأمره ولا
برضاء منه .

وفيه اولا : ان الرواية ضعيفة السند من جهة الارسال .

وثانيا : انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ
كما فهمه الاصحاب فيمن باع ما يملك وما لا يملك صفقة واحدة حيث
بنوا على النفوذ فى الاول وتوقفه على اجازة المالك فى الثانى و
لا ريب ان اطلاق الجواز وعدمه على النفوذ وعدمه شايخ بين الفقهاء
رضوال الله عليهم ، ومن ذلك قولهم اقرار العقلاء على انفسهم جائز
او نافذ واذن ، فالرواية تدل على عدم استناد البيع الى العاقد
غير المالك وعدم نفوذه منه وهذا لا ينافى استناده الى المالك
بالاجازة اللاحقة بل قد عرفت آنفا ان البيع والشراء لا يطلقان على
الانشاء الساذج وعليه فالمراد من قوله (ع) لا يجوز ابتياعها الخ هو
النهى عن ابتياع مال الغير حقيقة لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا ،
فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولى من اصله بل ربما يقال :
بدالاتها على صحته ، وذلك لان الامام عليه السلام قد تفضل بان
ابتياع الارض لا يصح الا بمباشرة المالك او بوكالة منه او برضائه به
على سبيل مانعة الخلو ومن المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

١- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع وقد ذكرنا مجموع

الرواية سابقا .

الرضا السابق على العقد لكناية قوله (ع) وبامر منه في ذلك ، ولا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره في صحة البيع و قد عرفته فيما سبق ، فيكون المراد منه الرضاء المتأخر ، و ان ابيت عن ظهور الرواية في ذلك فلا أقل من الاحتمال فتكون الرواية -
مجمله .

وكيف كان فلا ظهور لها في فساد بيع الفضولى .

ومنها صحيحة محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال : سأله رجل من اهل النيل عن ارض اشتراها بقم النيل واهل الارض يقولون هي ارضهم واهل الاستان يقولون هي من ارضنا فقال لا تشتريها الا برضاء اهلها (١) حيث ان الامام (ع) منع عن شراء الارض الا برضاء اهلها ، فيكون الشراء من الفضولى فاسدا وقد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافي استناد البيع الى المالك باجازه اذ لا دلالة في هذه الرواية على اعتبار الرضاء المقارن في صحة العقد وكون الاجازة اللاحقة لاغية ، فلا وجه لما ذكره في الحقائق ، من صراحة الرواية في تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال : ودعوى قيام الاجازة - المتأخرة مقام الرضاء السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع والتحريم الا مع تقدم الرضاء .

ومنها الروايات (٢) الدالة على عدم جواز شراء السرقة والخيانة

١- في حديث المناهى قال من اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذى خانها ، وفي رواية سماعة قال سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال اذا عرفت انه كذلك فلا الا ان يكون شيئا اشتريت من

وقد استدل بها وبغيرها في الحدائق على بطلان بيع الفضولى وقال في جملة ما ساقه من الكلام واليك لفظ بعضه وهذه جملة من الاخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور في عدم جواز بيع الفضولى وعدم صحته ، ولو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع والقبض صحيحا وانما يتوقف على الاجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو اشير اليه ولا جاوبوا بالصحة وان كان اللزوم موقوفا على الاجازة في بعض هذه الاخبار ان لم يكن في كلها مع انه لا أثر فيها لذلك ولو بالاشارة فضلا عن صريح العبارة ، وقال في موضع آخر - بعد نقل خبر سماعة - وهذا نصه : (وقد نهى عن الشراء والنهي دليل التحريم وليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا والتصرف في - المغصوب قبيح عقلا ونقلا و الاصحاب في مثل هذا يحكمون بالصحة والوقوف على الاجازة وهل هو الا رد لهذا الخبر ونحوه؟ ولكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبار الا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الادلة من مظانها و الاخبار المذكورة في كتب الاخبار المتداولة في ايديهم مسطورة) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخالية عن التعريض و اساءة الادب



العامل ، وعن جراح المدانى عن الصادق (ع) قال لا يصلح شراء السرقة والخيانة اذا عرفت ، وفي رواية اخرى من اشترى سرقة و هو يعلم فقد شرك في اثمها ، وفي رواية قرب الاسناد عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال اذا انبأهم انها سرقة فلا يحل وان لم يعلم فلا بأس الوسائل باب (١) من ابواب عقد البيع و شرائه .

١- الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع و شرائه .

مع الاصحاب .

ثم قال فى آخر كلامه : **ل** وبالجملة فالقول بما عليه الشيخ واتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الاخبار على انا لانحتاج فى الابطال الى دليل بل المدعى للصحة عليه الدليل كما هو القاعدة المعلومة بين العلماء جيل بعد جيل وقد عرفت ان ادلتهم لاتسمن ولا تغنى من جوع كما لا يخفى **ل**.

ويتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهرة فى ارادة التملك من الابتياح المذكور بحيث تترتب عليه الاثار نحو ترتبها على الابتياح من المالك ، فلا اشعار فى شئ منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلالة عليه ومن نظر اليها بعين الانصاف وجانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه ، والعجب من صاحب الحدائق مع تبخره فى الاخبار وغوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار ، واعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كانه عثر على ما لم يعثر عليه غيره ، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الاصحاب ورماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار ، وكونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين ايديهم ولنصب عيونهم ، و لكنه غفل عن انهم سمعوها ودعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها ولم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحدائق من الاشتباه .

ومن هنا قال فى الجواهر وهذه عبارته : (بل اطنب فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يات بشئ بل مقتضى جملة من كلماته

التي أساء الادب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع وتخييل أن القائل بالصحة يريد حصول اثرها من المالك والتملك وجواز التصرف ، وغير ذلك عدا اللزوم ، فابرق وأرعد ثم ترنم وغرذ وساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها .

فتحصل : انه لا دلالة في شيء من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولى ولو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولى ، وعلى تقدير التعارض و التساقط يرجع الى الغمومات والمطلقات الدالة على صحة العقود وقد عرفت ذلك كله فيما تقدم .

قوله : اما الروايتان .

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

ومنها ما رواه الشيخ فى المجالس باسناده عن زريق قال : كنت عند الصادق عليه السلام اذ دخل عليه رجلان الى ان قال : فقال احدهما : أنه كان على مال لرجل من بنى عمار وله بذلك ذكر حق وشهود ، فاخذ المال ولم استرجع منه ذكر الحق ولا كتبت عليه كتابا . . . ووارثه حاكمونى . . . فبياع على قاضى الكوفة معيشة لى وقبض القوم المال . . . فقال : المشتري كيف اصنع فقال : تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها الحديث الحداثى ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث : ان هذا

الخبر وان تضمن ان البايع هو الحاكم وهو صحيح بحسب الظاهر بناءً على ما ورد عنهم (ع) من الاخذ باحكامهم فى زمان الهدنة و التقية الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه واعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى وهو كما سياتى على قسمين :

احدهما : ما يكون المشتري عالما بالغصب وانه ليس ملكا للبايع .

وثانيهما : ان يكون جاهلا وادعى البايع الاذن من المالك وما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى .

ولكن يتوجه عليه ان الرواية اجنبية عن بطلان بيع الفضولى فانها ليست مسوقة لبيان بطلان البيع حتى مع الاجازة اللاحقة ، بل هى ناظرة الى بيان حكم الواقعة وأنه بعد كشف الخلاف ، فلا بد وأن يكون يرجع المال المأخوذ بلائق الى صاحبه .

قوله : الثالث الاجماع على البطلان .

اقول : قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى اول المسألة ومع ذلك قد اعترف بان الصحة مذهب جماعة من اصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم وهو محكى عن ابن زهرة ايضا فى الغنية وعن الحلّى فى مضاربة السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب اذا اشترى بعين المغصوب .

ويرد عليه اولا : ان دعوى الاجماع على البطلان فى هذه المسألة موهونة جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الاجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفة الشيخ فى النهاية التى قبل انها آخر كتبه ومن هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

الاجماع منقولا لامحصلا و اذن ، فلا نظن وجود الاجماع فى المقام بل
نطمئن بعدمه .

و يضاف الى ذلك انه ليس هنا اجماع تعبدى اذ من المحتمل
القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمة
او جميعها على ان الاجماع لا يكافؤ ما تقدم من ادلة الصحة .
قوله : الرابع ما دل من العقل والنقل على عدم جواز
التصرف فى مال الغير الا باذنه .

اقول : قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى
و بيانه يحتاج الى مقدمات : الاولى (و الظاهر انه لا احتياج الى
هذه المقدمة) ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا و نقلا و هذا ظاهر
لاشبهة فيه .

الثانية : ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه
بدون اذنه لانه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان انشاء
لغوا محضا و ساقطا عن درجة الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال
حقيقة و لا ريب فى كون ذلك تصرفا .

الثالثة : أن التصرف فى مال الغير حرام للروايات الدالة
على حرمة التصرف فيها بدون اذن مالکها فنتيجة هذه المقدمات
هى بطلان عقد الفضولى لان النهى يقتضى الفساد كما حقق فى
محله .

وفيه اولا : أن مجرد انشاء البيع لا يعد تصرفا فى المبيع عند
العرف لا تصرفا خارجيا و لا تصرفا اعتباريا سواء أكان ذلك باذن المالك
كالوكيل فى اجراء الصيغة ، ام كان بدون اذنه كالفضولى و ذلك

لان التصرف فى المال عبارة عن ايجاد ما هو من شؤن المالك سواء
أكان ذلك تصرفا خارجيا كالاكل والشرب والاستظلال تحت الخيمة
ام كان تصرفا اعتباريا كالبيع والاجارة ونحوهما .

وهذا بخلاف الفضولى ، فانه وان لم يكن هازلا فى انشائه
ولا غالطا ولا ساهيا ولا لاغيا ولا لاهيا ولا مستهزئاً ولا سكرانا بل
انما هو قصد البيع الا انه يرى نفسه نائبا عن المالك وباع ما له
فضولا متوقعا لاجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على انشائه صدقا
حقيقيا الا بعد الاجازة التى بها يتحقق التصرف الاعتبارى فى المبيع
ويستند البيع الى المالك المجيز لا بالانشاء الساذج الفضولى .

وثانيا انا لو سلمنا كون الانشاء الخالص تصرفا فى المبيع ولكنه
لادليل على حرمة التصرف فى مال الغير على وجه الاطلاق بقيام
السيرة العقلائية على جواز الاستظلال بحائط الغير والاستضاء
بضياته والاصطلاء بناره ودق باب داره لاستعلام حاله واشباهها
ولم يردع الشارع المقدس عنها جزما واما ادلة حرمة التصرف فى
اموال الناس فهى منصرفة عنها قطعاً .

ثالثا انا لو سلمنا كون الانشاء تصرفا فى المبيع وسلمنا حرمة
ايضا ، ولكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من الغرئن الحالية أو
المقالية والا ، فلا شبهة فى جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن
لا يخرج العقد عن الفضولية كما هو كذلك لان الاذن قد تعلق -
بالانشاء لا بالمنشأ والذى يخرج العقد عن الفضولية انما هو الثانى
دون الاول وعليه ، فيكون الدليل اخص من المدعى الا ان يلتزم
بصحة بيع الفضولى فى هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلى

و بطلانه فى سائر الموارد ، ولكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى وحينئذ فيكفى فى نقضه الايجاب الجزئى .
 ورابعا : أنا لو سلمنا جميع ما ذكر ولكن انما يحرم الانشاء من الاجنبى مع العلم والعمد واما مع الجهل بذلك او مع الغفلة عنه ، فلا وجه لحرمة ومن الظاهر أن مورد بحثنا اعم من ذلك واذن ، فيكون الدليل ايضا اخص من المدعى .

وخامسا : انا لو سلمنا ذلك ايضا ولكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد وان اصر عليه شيخنا الاستاذ وتفصيل ذلك فى محله نعم لو كان النهى ارشادا الى فساد المعاملة سواء أكان - تحريما ام كان تنزيهاً فلا شبهة فى دلالة على فسادها قد تقدم ما يمس بالمقام . ص ٧٥

وسادساً : أن الفساد من قبل الفضولى وعدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك ، ولا ينافى الصحة التأهلية وجواز استناده الى المالك بالاجازة اللاحقه .

وقد يستدل على بطلان بيع الفضولى بانه انما حكم ببطلان البيع الا بقر من ناحية تعذر التسليم الذى هو شرط فى صحة البيع ومن الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز ، لفقد السبب والشرط معا .

وفيه : انا نعتبر الملك والقدرة على التسليم بالنسبة الى المالك المجيز لا العاقد والا لم يصح عقد الوكيل فى اجراء الصيغة فقط لانه ليس بمالك ولا قادر على التسليم ولا فارق بينه وبين الفضولى من هذه الناحية .

وقد يستدل على بطلانه بأن عقد للفضولى مشتمل على الغرر للجهل بحصول اثره وقد نهى النبى (ص) عن بيع الغرر .
 وفيه اولا : أنه انما يلزم ذلك اذا حكمنا بلزومه ولكنه ليس يلزم وعليه ، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ واثانيا : أن عمدة الدليل على بطلان بيع الغررى انما هو الاجماع لان النبوى ضعيف السند وغير منجبر بشئى والمتيقن منه غير ما نحن فيه .
 ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (والجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى انما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لا هزلا ولا معلقا على الاجازة والا لم يكن صحيحا مع الاجازة ايضا .
 وحينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب الخ .
 ويرد عليه اولا : ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه ويبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه واين هذا من الفضولى .
 واثانيا : ان قوله ولا معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحة العقد لا يوجب بطلانه لان صحة العقد متوقفة واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا امور لبطلان بيع الفضولى ولكن قد اغمضا عنها اذ لا يهمننا -
 التعرض لها .

١١ حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك ١

قوله (المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك .
 اقول : المعروف والمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولى مطلقا وحكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

سبق المنع وعدمه ويشير اليه ما عن المحقق الثانى فى بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا الى القرينة الدالة على عدم الرضا وهى الغصب ويشير اليه ايضا ما حكى عن فخر الاسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولى عدم مسبوقة الصيغة بنهى المالك ويظهر هذا فيما حكى عن العلامة فى نكاح التذكرة من حمل النبوى اياما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه وكراهته له فانه يقع باطلا وهذه العبارة وان سردها فى النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح وغيره ، فيلزم أن يقول بمثله فى البيع ايضا .

ويتوجه عليه اولا أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط وعليه فلا بد من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولى .
وثانيا : انا لو سلمنا تكافؤهما ولكن لا بد من تقديم ادلة الصحة لضعف النبوى سندا ومع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات .

وثالثا : أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجية بلا استيذان ولا استجازة من مولاه ولا شبهة فى كونه زانيا وهذا لا يربط له بالفضولى المسبوق بالمنع .

ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين الاولى : فى أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك ؟

الثانى : فى أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث

يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة ؟

اما الجهة الاولى ، فان كان الدليل على صحة بيع الفضولى هو العمومات فلا يفرق فى ذلك بينما يكون مسبقا بمنع المالك وعدمه فانه مع لحوق الاجازة يكون مشمولا للعمومات فى كلتا صورتين و الا فلا ، وان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم ، فلا شبهة فى اختصاصه بصورة عدم المنع عن البيع اذ المفروض فيه ان النبى (ص) قد امره باشتراء الشاة من دون نهى عن بيعها ولذا دعاه بالخير والبركة وقال : **إبارك الله فى صفقة يمينك** ، وان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى) ، هو عدم سبق المنع عن البيع والا لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى واقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع وعلى هذا ، فلا يبقى مجال لاستفادة العموم من الصحيحة من ناحية ترك الاستفصال .

و دعوى أن قوله : **إباعها بغير اذنى** اعم من المنع و عدم الاذن ، دعوى فاسدة للفرق الواضح بين أن يقول الانسان لاحدما **أذنت لك فى الفعل الفلانى** وبين أن يقول له **نهيتك عن ذلك** ولا ريب فى أن الثانى اقوى للاحتجاج فى مقام المخالفة وان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازته فهو جائز ، فدلالته على صحة بيع الفضولى هنا بوجهين الاول من ناحية الفحوى وبيان ذلك أن السيد وان لم يكن راضيا بزواج العبد بل كان يكرهه كراهة شديدة ولكن حيث لم يكن الزواج معصية لله بل كان عصيانا للسيد فقط ، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهيلية لرجاء

زوال العصيان بالاجازة المتأخرة ، و اذا صح الزواج بالاجازة اللاحقة مع كونه مسبوqa بكراهة السيد صح مع كونه مسبوqa بالمنع ايضا لان ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضية الزواج موجود فيهما بلا فرق بين اظهارها بمظهر خارجى وعدمه و اذا صح الزواج صح غيره بالالوية القطعية .

ويتوجه عليه : أن الروايات المزبورة خالية عن كون الزواج مسبوqa بالنهى اذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيًا عنه والمراد بالعصيان ليس هو مخالفة نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبودية على ما هو صريح الرواية و اذن ، فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالاجازة مع المنع السابق .

و دعوى استفادة المنع منها ولو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد ، دعوى فاسدة لان حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازة و الاستيذان و الا ، فيكون خارجا عن زى الرقية و العبودية وهذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل - بمنع صريح .

ويضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه لا مع وجود شهادة الحال على المنع خرج عن محل البحث اذ شهادة الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الاجازة .

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبورة على صحة زواج العبد

مع المنع السابق ولكنها بعيدة عن الفضولى المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروايات مستند الى العبد و انه بنفسه طرف للمعاقده و المعاهدة غاية الامر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لاشبهه فى ان هذا غير ما هو مورد البحث فى مبحث الفضولى و اذن فواجه لدعوى الفحوى المتقدمة .

الوجه الثانى من ناحية عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام (ع) قد علل فيها صحة نكاحه باجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصية لله تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعية نكاح العبد و عدم كونه معصية لله و نفوذه باجازة المولى بين كونه مسبوقا بالنهى و عدمه ، فاذا صح النكاح صح كل - معاملة مشروعة بذاته ، فان كونه معصية للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما اذ كان ذلك معصية لله فانها غير قابلة للزوال .

ولكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه و عقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولى المصطلح ، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونة بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الاخ و بنت الاخت بدون اذن العمه و الخالة و اذن ، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروايات الا فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقية الوجوه ، فقد عرفت انها لم تدل على صحة بيع الفضولى مع عدم سبق المنع ، فكيف اذا كان مسبوقا به و كذلك المؤيدات المتقدمة فواجه لاطالة البحث عن ذلك .

اما الجهة الثانية فذكر المصنف : (أن العقد اذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف فى الرد فلا ينع الاجازة

اللاحقة بناءً على أنه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعد على ما يقتضية حكم بعضهم بأنه اذا حلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه امارة عدم الرضا) .

وفيه اولاً : أن الباقي بعد العقد ليس الا الكراهة المستمرة من زمان المنع الى بعد العقد ولكن ذلك اجنبى عن الرد بديهية أن معنى الرد انما هو حل العقد وابطال ما حصل به من الربط ولاشبهة فى أن هذا لا يتحقق الا بالانشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد الا بالانشاء لان الكراهة الباطنية كالرضا الباطنى لا يورثان فى الرد والاجازة ولا فى الفسخ والامضاء وثانياً : أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسك باطلاقه ويحكم بتحقيقه بالكراهة الباطنية الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالاجماع ومن الواضح أنه دليل لى ، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن وهو انشاء الكراهة وعدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ وغيره ومن هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الاجازة بعد الرد وهذا نصه : (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الاجازة بعد ذلك ولا يوجب الفسخ ٠٠٠ اما ظهور الاجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل اقول : لا يصح دعوى الاجماع القطعى على بطلان العقد اذا تخلل الرد من القابل بين الايجاب والقبول ، نعم لا يبعد دعواه على بطلانه اذا رد الموجب ايجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩) .

اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه اذا حلف الموكل

على نفى الاذن الخ ، فتأدة نفضه فى غير زمان الخيار واخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الاستاذ واليك لفظ مقرر بفضه : (وفسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، لو سلم انما هو لأمارية الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهة الموكل باطنا ، بل لا يبعد أن يكون نفس انكار الوكالة فسخا كما أن انكار الطلاق رجوع) .

وان كان فى زمان الخيار فيفسخ العقد بانكار الوكالة بلا احتياج الى الحلف على نفى الاذن فى اشتراء الوكيل ، وذلك لان الموكل اذا انكر وكالة المشتري فقد اقربكون المبتاع للغير ولا شبهة أن هذا اقرار على نفسه ، فيكون نافذا وهذا نظير انكار الطلاق فى العدة الرجعية ، فانه يكفى فى الرجوع الى المطلقة بلا احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضرورة أن انكار الطلاق اقرار على الزوجية و لوازمها من الانفاق وغيره ، فيكون اقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا يكشف الا عن الكراهة الباطنية وعدم الرضا ومن الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفى فى الرد بل لابد فيه من الانشاء وقد عرفته آنفا .

ومن هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف (ره) هذا لفظه (وما ذكره فى حلف الموكل غير مسلم ولو سلم فمن جهة الاقدام على الحلف على ما انكره فى رد البيع وعدم تسليمه له) .

وأن كان ذلك فى غير العقد الخيارى ، فهو بحسب طبعه على نحوين لانه تارة ينكر التزامه بالعقد وينكر الوكالة ايضا ويحلف على ما انكره واخرى ينكر الوكالة فقط ويحلف على ما انكره من دون أن

ينكر التزامه بالعقد وعلى الاول ، فيحكم ببطلان المعاملة اذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدى اصلا ومن هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانساح اذ لم يتحقق هنا عقد لى يحكم بانساحه وعلى الثانى فيحكم ببطلان الوكالة فقط دون العقد ، اذ لا تحتاج صحته الى صحة الوكالة وقد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد انكار الوكالة لا يكفى فى بطلان ما انشأه الوكيل من العقد بل لا بد فى الحكم ببطلانه من وجود القرينة الخارجية على ارادة الصورة الاولى وأن المنكر انما ينكر الوكالة و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما والا فيحكم بصحة العقد و بطلان الوكالة فقط .

(بحث فى بيع الفضولى لنفسه)

قوله : المسألة الثالثة أن يبيع الفضولى لنفسه وهذا غالبا يكون فى بيع الغاصب وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما فى مورد صحيحة الحلبي المتقدمة فى الاقالة بوضيعة والاقوى فيه الصحة ايضا وفاقا للمشهور .

اقول : المعروف والمشهور بين الاصحاب هو صحة بيع الفضولى لنفسه وهذا هو الغالب فى بيع الغاصب وقد حكى عن كثير من الاصحاب أنه يقف على الاجازة كسائر البيوع الفضولية ومنهم العلامة فى بيع المختلف وغصب التحرير وبيع التذكرة والقواعد وغصبهما و الشهيد والسيورى والصيمرى والكركى وحكى عن فخر الاسلام أنه اختاره بناء على صحة الفضولى وهذا مقتضى اطلاق الباين بل هو لازم فتوى الاصحاب فى ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء ومن الظاهر أنه لا تتم هذه الفتوى باطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولى لنفسه وعن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولى فبيع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بيع الفضولى على الاجازة فالكثر على أنه كذلك فى الغاصب مع جهل المشتري الخ .

ثم انه يقع الكلام هنا ايضا فى جهتين حذ والمسألة السابقة .
الاولى : فى وجود المقتضى لصحة البيع وعدمه ، والثانيه فى وجود المانع عن ذلك وعدمه أما الجهة الاولى فلا شبهة فى أن بيع الفضولى لنفسه مع لحوق الاجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود ولزومها وهذا ظاهر .

ويضاف الى ذلك صحيحة محمد بن قيس المتقدمة فى المسألة الاولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولى للمالك مع عدم كونه مسبوقة بالمنع وبضميمة ترك الاستفصال نعم هذه المسألة ايضا ضرورة أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام (ع) مع أنه لم يفصل بينهما وترك الاستفصال اماراة العموم واذن فتدل الصحيحة على صحة بيع الفضولى فى كلتا المسألتين وان ناقشنا فى دلالتها على صحته فى المسألة الثانية لاجل خصوصية فيها .

واما الاخبار الواردة فى صحة نكاح العبد لنفسه بلاذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألة الاولى و كذلك فى المسألة الثانية، فعدم دلالتها على صحته هنا اولى از المفروض أن البيع فى المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فانه للبايع لانه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

بها هناك .

وأما بقية الوجوه التى استدل بها على صحة بيع الفضولى فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها فى هذه المسألة .

أما الجهة الثانية ، فقد ذكروا وجوها لبطان بيع الفضولى لنفسه ولكن عمدتها وجهان :

الاول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد البيع لنفسه لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وحينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل انما هو صورة بيع نظير بيع الهازل والغالط والساهى .

وعلى لجملة ان حقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصودة للعاقد وما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضة بين المالكين وانما هو معاوضة صورية واذن ، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه .
ويتوجه عليه .

اولا : أن الدليل المذكور اخص من المدعى لانه مختص بالغاصب العالم بغصبية المبيع فلا يجرى فى الجاهال بغصبته ولا فى الغافل عن ذلك .

وثانيا : أن العلم بالغصبية انما يمنع عن قصد التبديل بين المالكين فى نظر الشارع دائما وفى نظر العرف احيانا كبيع السرقة و الخيانة على رؤس الاشهاد وبمراى من الناس وسمع منهم لا فى نظر المتبائعين لانا ذكرنا مرارا أن حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار -

النفسانى المظهر بمبرز خارجى ، ومن الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين ، وان لم يكن فى العالم شئ من الشرع واهل العرف واما كونه مضمى للعقلاء والشرع ، فهو امر خارج عن حقيقة البيع وانما هو من الاحكام اللاحقة له وعلى هذا فالبايع الغاصب مثلاً ، وان قصد دخول الثمن فى ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره ولكن الاخلال بذلك لا يوجب الاخلال بحقيقة البيع لان قصد حقيقته ، لما كان مستلزماً لقصد دخول احد العوضين فى ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة وان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزلة المالك ، لان تعيين المالك الواقعى غير معتبر فى مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد الى العوض وتعيينه يغنى عن القصد الى المالك وتعيينه . نعم يعتبر فى مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه وبالعكس والا فلا يصدق عليه البيع وعليه ، فلواشترط على البايح دخول الثمن فى ملك الاجنبى او اشترط على المشتري دخول المبيع فى ملك غيره كان ذلك سبباً لبطلان البيع جزماً ضرورة أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد وقد تقدم تفصيل ذلك فى الجزء الثالث .

والذى يكشف عن صحة ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعاً بتخييل انه سرقة أو خيانة فبان أنه مال نفسه حكم بصحة البيع وكذلك اذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لابيّه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك ووضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأة بتخييل انها خامسة او ذات بعل أو اخت زوجته فبان انها ليست باخت زوجته ولا انها

ذات بعل ولا انها خامسة بل هى امرأة خلية يجوز تزويجها حكم
بصحة الزواج اتفاقا مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد .
فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البايع الغاصب كون البيع
لنفسه لا يؤثر فى فساده وهذا ظاهر وقد أشار المصنف الى ما ذكرناه
بقوله : لان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه
مالكا حقيقيا وان كان هذا الجعل لاحقيقة له لكن المعاوضة المبنية
على هذا الامر الغير الحقيقى حقيقية نظير المجاز الا دعائى فى الاصول
نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلث ولا اعتقاده كانت
المعاملة باطلة غير واقعة له وللمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة .
واذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايروانى وهذا عبارته :
لا كيف تكون المعاوضة المبنية على امر غير حقيقى حقيقية و هل يزيد
الفرع على اصله ولعمري أن هذه الدعوى من المصنف (ره) فى غير
محلها ، لان غرض المصنف من قوله لكن المعاوضة المبنية على هذا
الامر الغير الحقيقى حقيقية ، إنما حقيقة المعاوضة مقصودة للبايع
بتبع الامر الا دعائى وفى الحقيقة ان المقصود انما هو الامر الواقعى .
الوجه الثانى : ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه وعليه فان
تعلقت اجازة المالك بما قصده الفضولى كان ذلك منافيا لصحة العقد
لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلث باجازه وان تعلقت بغير ما
قصده الفضولى كانت عقدا مستأنفا لا امضاء لنقل الفضولى فيكون النقل
من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشأ وبعبارة اخرى ان ما قصده
الفضولى من المبيع لنفسه ليس قابلا للاجازة لما عرفته من أن دخول
العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ فى مفهوم البيع و

ما هو قابل للاجازة لم ينشئه الفضولى واذن فالمجاز غير واقع و
الواقع غير مجاز .

وقد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الاشكال الاول من
أن حقيقة البيع عبارة عن اعتبارتبديل مال بمال فى جهة الاضافة
واظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك ام لا و سواء اقصد العاقد
ام لا ، فان كل ذلك خارج عن حقيقة البيع و من الظاهر أن الفضولى
قد قصد هذا المعنى غاية الامر أنه قصد كونه لنفسه من جهة الخطأ
فى التطبيق وذلك لانه انما قصد المعاوضة بين ملكى المالكين مع
اعتقاده او بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحة العقد
بالاجازة اللاحقة واذن ، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و
المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لان الاجازة قد تعلق بالتبديل
بين ملكى المالكين اذ المنشى لم ينشأ الا أصل التبديل الذى -
ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك وهذا نظير أن
يوجه البائع خطابه الى غير المشتري اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع
و يقول المشتري قبلت هكذا فانه لاشبهة فى صحة البيع حينئذ ضرورة
أن اقتران الايجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحية الخطأ فى التطبيق
فلا يضر بصحة البيع .

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه اذا اعطى احد ديناراً لشخص و
كله فى شراء متاع و اشتبه الوكيل ، فقصد الاشتراء لنفسه ثم التفت
بذلك فانه لاشبهة فى كون البيع للموكل ، و اوضح من ذلك أنه لو
ابتاع زيد متاعاً من عمرو لموكله ، فتخيل عمرو أنه اشتراه لنفسه فوجه
الانشاء اليه وقال بعتك هذا المتاع و قبله زيد ، ثم انكشف انه قد

اشتراه لموكله فان ما قصده البايع من كون الاشتراء لعمرو لا يضر حقيقة البيع .

وعلى الجملة أن المقصود للبايع فى مرحلة الانشاء أمران أحدهما حقيقة البيع المبرزة بميزر خارجى وثانيهما اضافته الى نفسه وهذه الاضافة ان طابقت الواقع فهو، والا كانت لاغية .

ثم لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى ناحية المشتري ايضا حذو النعل بالنعل فانه اذا قبل الايجاب و اضافه الى نفسه فقال - مثلا - قبلت فان كان هذه الاضافة مطابقة للواقع فهو والا كانت فاسدة ولكن فسادها لا يضر بصحة البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن وقد حكم المصنف بصحة الشراء حينئذ بوجه اخر وهذه عبارته : أ ان نسبة الملك الى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك او قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا او عدوانا ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة فاذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا او عدوانا وحيث ان الثابت للشئ من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو المالك للثمن الخ ب .

ويتوجه عليه أن الثابت للشئ من حيثية تقييدية و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثية ولكن لاعلى وجه الاطلاق بل لخصوص الحصة الحاصلة من تلك الحيثية فى ضمن ذلك الشئ سواء كانت هذه الحصة حقيقية كما اذا كان المتبايعان مالكين حقيقة ام كانت ادعائية

كما فيما نحن فيه وعليه ، فاجازة المعاملة الخاصة لا تقتضى الا وقوع المعاملة لمن أنشأت له المعاملة لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الانشاء وهو منفي هذا ما ذكرناه فى وجه الصحة .

وقد اجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه فى بعض اجوبة مسائله لابان الاجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع لابعنى لحوق الاجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه الخ وعليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو احد الاقوال فى الاجازة .

وفيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع وهو قائم مقام ايجاب البايع وينضم اليه القبول المتقدم من المشتري وحينئذ ، فيلغو الايجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الايجاب المتأخر .

ويرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الايجاب وسلمنا ايضا جواز الفصل الطويل بين الايجاب والقبول وغمضنا عن مخالفة هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا يمكن أن تكون الاجازة اللاحقة ايجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما انشأه الفضولى ، والاجازة المتأخرة على تقدير كونها ايجابا لا يمكن أن يكون ايجابا لذلك القبول لعدم المطابقة بينهما بل لا بد و ان يكون له قبول آخر وقد ذكرنا فى الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الايجاب والقبول من ناحية البايع والمشتري من الامور الواضحة واذن فلا يمكن أن تجعل الاجازة اللاحقة مع القبول المتقدم عقدا

مستأنفا ومعاملة جديدة .

وقد يراد من كلامه أن للاجازة جهتان جهة ايجاب وجهة قبول
فالمالك المجيز من جهة الايجاب غير أصيل ومن جهة القبول اما-
وكيل المشتري او وليه .

ويرد عليه أنه لا دليل على كون المجيز وكيل للمشتري ولا ولياله
اضف الى ذلك أن الاجازة اللاحقة ليست الا رضا بالعقد السابق
فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة ايجاب وجهة قبول وهذا ظاهر
وما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من (أنه
ربما يلتزم صحة أن يكون الاجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض
ملكا للفضولى) ، ثم قال (وتبعه غير واحد من اجلاء تلامذته و ذكر بعضهم
فى ذلك وجهين) .

الاول أن قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير
لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحة ذلك
البيع والشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه
وذلك لاستحالة دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير
ما اذا قال اعتق عبدك عنى او قال بع مالى عنك او اشترك بمالى
كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه او الشراء ونقول فى المقام ايضا
اذا اجاز المالك صح البيع والشراء وصحته يتضمن انتقال اليه حين
البيع او الشراء فكما أن الاجازة المذكورة تصح البيع او الشراء كذلك
يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الاجازة
اللاحقة قائمة مقام الاذن السابق قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع
فى ملكه ولا مانع منه .

الثانى : انه لادليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقده فى انتقال بدله اليه ، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه او الشراء به ، فلو قال : بع هذا لنفسك أو اشترك بهذا ملك الثمن فى الصورة الاولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري و كذا ملك المثلن فى الصورة الثانية ، ويتفرغ عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه دون العاقده .

قوله (ره) الاول : أنه لافرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عيننا او فى الذمة .

اقول : انّ البايح تارة يبيع مال شخصه فى ذمة الغير كالدين فهو خارج عن الفضولى فأنه نظير بيع عين ماله الشخصى .

واخرى يبيع مال غيره فى ذمة نفسه ، فالظاهر خروجه ايضا عن الفضولى فانه لا يميز لمال الغير فى ذمة نفسه .

وثالثة يبيع ما فى ذمة شخص لآخر او يشتري كذلك ، فهذا لا شبهة فى كونه فضولياً ويتصور ذلك فى كل من البيع و الشراء على ثلثة احواء .

الاول ان يصرح البايح او المشتري (تذكرة انه قد وقع فى بعض الموارد فيما اذا تكون الاجازة باطلة وغير مفيدة انّ العقد يبطل و هذا مسامحة بل المراد بطلان الاجازة و الا فلوانضم اليه اجازة اخرى نحكم بصحة العقد فانّ الرد لا يخرج العقد عن قابلية انضمام الاجازة اليه فكيف يبطلان الاجازة وان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الاثر لعدم تحقق الاجازة فيه) الفضوليين بالذمة بان يقول بعثك كراً من الطعام مثلاً فى ذمة عمرو او اشتريته بخمسة دراهم فى ذمة بدر.

الثانى : ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع او الثمن فى ذمّة الغير كان يصنف البيع اليه ، فان ظاهر الاضافة كونه للغير و حينئذ ، فيكون الثمن او المثلن ايضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه .

الثالث : ان لا يكون كلامه صريحا ولا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير ، وعلى هذا ، فلو اضاف الكلى الى ذمّة الغير او قصد هذا المعنى ، ثم اضاف البيع الى نفسه ولم يظهر ما قصده بمبرز فى الخارج او قصد هذا المعنى و اضاف البيع الى الغير ولكن اضاف الكلى الى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان يقع التنافى كما انه لو قصد الشراء لفلان و اضاف الى ذمّة نفسه او قصد الشراء لنفسه و اضاف الى ذمّة غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا .

وهنا مسثلتان الاولى : فى وقوع البيع للعاقده مطلقا على تقدير ردّ الغير وعدم وقوعه له مطلقا او يفصل بين الشراء للغير بما لنفسه فيقال بالبطلان ، و بين الشراء لنفسه بما للغير فيقال بالصحة الثانية : فى صحة تلك المعاملة مطلقا وعدم صحتها كذلك او يفصل كما تقدم .

اما المسئلة الاولى ، فالظاهر من صدر عبارة العلامة انه لو اشترى بما فى ذمّة الغير و اطلق اللفظ يقف على اجازته و اذا ردّ يقع للمباشر ، بل نسب ذلك الى العلماء .

ولكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء انما هو بما فى ذمّة

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

وبالجملة يظهر منه التفصيل بين المثالين وان كان ظاهر الصدر من كلامه ينا فى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابي حنيفة حتى فى الاعيان الشخصية .

والتزم شيخنا الاستاد ايضا بذلك وكونه واقعا للعاقدمطلقا .
ولكن حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان وهو الحق وان لم يساعد بذيله .

والوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرد وعدم وقوعه للعاقدم انه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع وحقيقته متقوم بالمبادلة بين المالىين بحيث يدخل كل من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك اولم يعلم فان معرفته غير دخيلة فى حقيقة البيع و صحته هذا فى بيع الاعيان الشخصية ، واما فى بيع الكلى او شرائه فحيث ان الكلى بما هو كلى ليس فيه شائبة المالية من جهة واما يكون متصفا بالمالية اذا اضيف الى ذمة معينة لان الذمة الغير المعينة ايضا كلى ، فاضافة الكلى الى كلى آخر لا يوجب التعيين و التشخص .

اذن فكون الكلى ثمنا او ثمنا متقوم باضافة الى شخص معين لامن جهة لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمة لاتصاف الكلى بالمالية ، حتى يكون قابلا للمعاوضة عليه لان العوضين فى البيع بمنزلة الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين .

وعلى هذا ، فلو قصد الفضولى كون المعاملة لغيره وان لم

يظهر فلا يعقل كونها لنفسه وان كان ظاهره كذلك ، فان تحقق المعاملة وظهورها فى صفحة الوجود كان معلّقا على اضافة الكلى الى ذمة الغير ومع عدم وقوعها للغير لاجل رده ، و عدم امضاءه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد ؟ والا ، فيلزم كون ما يكون مقوماً للبيع والشراء غير مقوم لهما فهل هذا الا التناقض الواضح ؟ وبعبارة اخرى اتصاف الكلى بالمالية وكونها طرفا للمبادلة انما هو بالاضافة الى الذمة ولو فى عالم القصد ، فاذا ازاله صاحب الذمة عن ذمته ، فتنعزل عن المالية ، فهذه الازالة لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلى ايضا بمالية اخرى ليكون قابلا للمعاوضة عليه ، لان ازالة اضافة عن ذمة ليس اضافة اخرى لذمة شخص آخر فان كيف يمكن القول بانّه اذا ردّ الغير الذى كانت المعاملة له تقع ذلك للعاقد ؟ فهل كان رده سببا لاضافة الكلى الى العاقد او اتصف الكلى بالمالية بغير اضافة ؟ فكلاهما غيره معقول .

ومن هنا انقدح ما فى كلام العلامة الانصارى حيث افاد فى وجه البطلان بما حاصله انّ المال فى باب الفضولى مرد بين مالكة الاصلى ومن وقع له العقد ، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين ان يدخل فى ملك الفضولى او ملك من وقع له العقد . ووجه انحلال : انه بعد انحصار البيع او الشراء بمن وقع له العقد ، فلا معنى لتردد المال بينه وبين الفضولى ، بل هو دائر بين ان يبقى فى ملك مالكة الاصلى وان يدخل فى ملك من له العقد على تقدير اجازته العقد .

هذا كلّ فى مقام الثبوت واما فى مقام الاثبات فظاهر الكلام

كون العقد للمباشر الا ان يثبت بينة ونحوها كونه للغير .
 ثم ان شيخنا الاستاد قد تصدى الى تصحيح العقد فى كلا
 المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه او العكس .
 وحاصل كلامه : انه اذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير او
 اشترى مالا للغير بمال نفسه ، فان اجاز الغير فيكون له والا فيكون
 للمباشر وحمل على ذلك كلام العلامة وفسره بصورة الشراء فى ذمة
 نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا وان كان يساعده ذيل كلامه
 والوجه فى ذلك : ان الفضولى اذا اشترى مالا للغير بمال
 نفسه فى الذمة فقد انشأ بيعين : الاول اشتراؤه لنفسه من الغير ،
 والثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحة ووضيعة كما هو كذلك فى
 بيع التولية ، فيكون ذلك من مصاديقه ، فكون البيع للفضولى ليس
 خارجا عن القاعدة مع رد من له العقد فان رده يوجب انحلال -
 البيع الثانى دون الاول .

وعلى ما ذكره شيخنا الاستاذ لا يرد اشكال المصنف ايضا فانه
 على تقدير صحته انما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائراً بين كونه
 للفضولى او من له العقد واما بناء على ما ذكره الاستاذ فهنا بيعان
 احدهما للمباشر ، والثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب
 بطلان الاول .

ولكنه ليس بتمام ، لانه اولاً لا يتم فى البيع فان بيع التولية
 مختص بالشراء من الغير ، فلا يجرى فى البيع .
 وثانياً انه على هذا يكون الاجازة اللاحقة قبولا للايجاب الذى
 تحقق فى ضمن الشراء من الغير ، فمع الغض عن اخلال الفصل

البعيد بين الايجاب والقبول ، وعن الاشكالات الاخر، ان هذا مع الاجازة يكون عقدا مركبا من الايجاب والقبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولى الذى هو محط كلامنا مع انه ليس الامر كذلك لانه لومات الفضولى ، ثم اجاز المالك بيعه او شرائه فلا شبهة فى صحته واما لومات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهة فيعلم من ذلك انه ليس هنا عقدان و بيعان بل عقد واحد على انه خلاف الظاهر من كلام الفضولى .

واوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فانه لا يجرى فيه ما ذكره الاستاذ من ارجاعه الى بيعين وعقدين كما ذكرنا .
وبالجملة ما ذكره شيخنا الاستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه ولا ينطبق على بيع الفضولى ، وعلى خلاف الظاهر بمكان .

واما تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة ، فايضا لا وجه له لانه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير رد الغير يكون الضمان عليه طولا ، فانه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزلة الغير فى ايجاب العقد فكانه شخص تنزلى للغير وحينئذ ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من اصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فان النائب ليس له موضوعية بل هو قنطرة الى المنوب عنه فالمناط فى الصحة والبطلان امضائه وردّه .

واما المسئلة الثانية اعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافيين اما لفظا او قصدا بان يقصد الغير و اضاف الى نفسه ، فحكم شيخنا الاستاذ بكونه للعاقد ايضا وقد افاد فى وجه ذلك وجوها .

الاول : ان الامور البنائية والاعراض المنويّة لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آلة لانشاءها من الفعل او القول .
 الثانى : انّ الالتزامات العقدية يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما يجعلهما كما فى غير النكاح او بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار .
 الثالث : عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع وانه ليس دخيلا فى حقيقة البيع فينتج من تلك الامور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقده ، فيكون هو ملتزما بذلك وما لكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه .

ثم قال : واما وقوعها له لو اجاز او اقرّ بالوكالة فلان العقد وان لم يوثق فى صرف الالتزامات الى الغير الا انه لا ينفك عن اثره التكويني ، فيجعل المعاملة كالمادة الهيولانية القابلة لصرفها الى الغير باجازه او اقراره ، فيكون القصد كجعل التولية للغير ويكون الاجازة او الاقرار بمنزلة قبول التولية فالقول بانّ المعاملة تقع لنفس المباشر واقعاً اذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد وقياسها على ما اذا اسندها الى الغير لفظاً مع الفارق .

وفيه اما ما افاده فى وجه كونه للغير نظيران يجعل للغير تولية فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم واما ما افاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه : اما عدم لزوم تعيين المالك ، فانّما هو فى الاعيان الشخصية واما فى بيع الكلّى ، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام المالية التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادلة .
 واما المقدمة الثانية ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

وان كان فى محلّه الا أنّه فيما يكون العقد واقعا لهما ، واما فيما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر ؟ فالعاقد الفضولى نسبه الى العقد ليس الا كنسبة الاجانب اليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر .

وبعبارة اخرى : ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا ، فهو متين ، وان كان المقصود كون العاقد مالكا لالتزام الآخر سواء كان اصيلا او فضوليا فهو غير مسلم .
واما المقدمة الثالثة :

ان القصد بلا اظهاره بمظهر وان كان ليس له اثر الا أنّه فيما يكون الاظهار والابراز من المقومات بحيث لا يتحقق العنوان الذى يترتب عليه الاثر الا بالاظهار كعنوان البيع والهبة والصلح والاجازة وغيرها من العناوين العقودية والايقاعية ، واما فيما لا يكون اظهاره دخيلا فى التأثير ، فاظهاره وعدمه سياتى ، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقومات العقد ومن هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما واكتفى العاقد بمجرد بعت واشترت لكان كافيا على أنّه قد اظهر ذلك بقوله اشترت هذا بخمسة دراهم فى ذمّة فلان .

وبالجملة لم يتحصّل لنا شئ مما افاده بل لا بد فى صورة الجمع بين المتنافيين من الحكم بالالغأ وقيد كونه للغير و الحكم بكونه للعاقد لانه من قبيل الخطاء والاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمان هو مال شخص آخر بتخيّل انه ماله او بتخيّل رضايته بذلك كما اذا وعد شخص على آخر عشرة امان من الحنطة وتخيّل

الموعد له ملكيته بمجرد ذلك ، فباعه من شخص فانّ في امثال ذلك يقع البيع للعائد فافهم . (جريان الفضولى فى المعاطات) .

وقد عرفت انّ بيع الفضولى حسب دلالة الادلة عليه لا اشكال فيه ، وانّما الكلام فى أنّه هل يجرى فى المعاطات مطلقا او لا يجرى فيها مطلقا او فرق بين القول بالاباحة فلا يجرى والقول بالملك - فيجرى او فرق بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقا وبين كونه على وفقها فيجرى مطلقا ؟ وجوه .

قوله (ره) الثانى : الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى والمعاطاتى .

اقول ذكر العلامة الانصارى أنّه على القول بصحة البيع الفضولى لا يفرق فيه بين البيع اللفظى والبيع المعاطاتى لاطلاق الادلّة و عمومها ، وعن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظى بدعوى انّ الاقباض الذى يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر .

وفيه :

اولا : انّ الاقباض والتصرّف يمكن ان يكون مباحا كما اذا اشتبه المقبض وتخيّل انّ المال لنفسه واقبضه للمشتري بالبيع المعاطاتى فانّ هذا التصرف ليس بمحرّم وهكذا فى جميع موارد السهو والنسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء ، والوجه فى ذلك انه قد حققنا فى محله ان التكاليف الالتزامية ترتفع فى موارد الخطاء حتى فى الواقع ونفس الامر بمقتضى ادلة الرفع واذن عدم رضاية المالك بالتصرف لا يدل على حرمة الاقباض .

وثانيا : يمكن ان يكون المالك ايضا راضيا بالتصرف كما اذا اذن للفضولى قبل البيع ان يتصرف فى ماله ويقبضه لشخص خاص او يعطى الفضولى مال المالك لوكيله او وليه او من يقوم مقامه - بعنوان البيع ، فانّ الاقباض شئ من ذلك ليس بمحرّم وانّما يقصد الفضولى فى ضمن ذلك الاعطاء المباح البيع المعاطاتى وهكذا الامر لو اعطى احد وكلائه ماله لوكيله الاخر بعنوان البيع من غير ان يكون وكيلين فى البيع والشراء .

وثالثا : يمكن ان يكون المالك ايضا راضيا بالبيع ولكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن ، فلا يكون البيع الا واقعا برضاية المالك و قد تقدم انّ الرضا المقارن لا يخرج العقد الفضولى عن الفضولية مالم يظهره المالك فى الظاهر بمظهر قولى او فعلى .

ورابعا : على تقدير كون الاقباض والاعطاء تصرفا فى مال الغير وحراما ولكنه حرام تكليفى يعاقب المتصرف فيه لاجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعية الذى هو محط كلامنا .

وخامسا : على تقدير التسليم انّ الحرمة التكليفية تدل على الفساد فلا نسلم ايضا بطلان ذلك العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولى وعدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساده عن المالك وعن له العقد بل ينتسب الى المالك اذا اجازه . وبالجملة انّ هذا الاشكال لو هونه لا يصلح لمنع جريان الفضولى فى المعاطات .

قوله (وربما يستدل على ذلك) .

اقول : الوجه الثانى الذى اسدل به على عدم جريان

الفضولية في المعاطات انّ المعاطات منوطة بالتراضي وقصد الاباحة او التمليك وهما من وظائف المالك وشئونه ولا يتصور صدورهما من غيره ولذا ذكر الشهيد الثاني انّ المكره والفضولى قاصدان للفظ دون المعنى وان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك .

وفيه : انّ هذا الاشكال لو تمّ انما يعمّ جميع اقسام الفضولى ولا يختص بالمعاطات وبعبارة اخرى انه اشكال لاصل الفضولى .
 اما الحلّ انّ الرضاية من المالك تحصل باجازته المتأخرة فلا يكون البيع خاليا عن التراضي وهكذا قصد التمليك والاباحة وبعبارة اخرى ان الفضولى ليس له الا ايجاد المعاملة وانشائها وبقية الجهات التي لا بدّ من صدورها ممن نسب العقد اليه ، انما تصدر من المالك ، فلا ربط لها بالفضولى ، واما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته وتاميته .

قوله لا الا ان يقال انّ مقتضى الدليل لا .

اقول الوجه الثالث ان العقد الفضولى انما ثبت جوازه على خلاف القاعدة فيختص بالعقد القولى وقد اجاب عند المصنف بانه طبق القواعد للعمومات الدالة على صحته .

وهذا الجواب منه وان كان متينا الا ان ظاهراً انه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا في المعاطات ولكن الامر ليس كذلك بل مع هذا يجرى في العقد الفعلى كجريانه في العقد القولى بمقتضى اطلاق صحيحة محمد بن قيس وقضية عروة البارقي وغير ذلك بناء على تماميتها فانها غير مختصة بالعقد القولى بل اطلاقها محكم بالنسبة الى المعاطات ايضا .

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الاستاذ واختاره .
 وحاصله : انّ فعل الفضولى ليس قابلا للايجاب فى باب
 المعاطات سواء قلنا بافادتها الاباحة او بافادتها الملك الجائز او
 اللازم .

اما على القول بكونها مفيدة للاباحة ، فمن جهة ان مجرد قصد
 اباحة التصرف بالاعطاء وان كان بلا مئونة للفضولى الا انّ الاباحة
 التى تكون ماثرة فى باب المعاطات هى الاباحة الحاصلة من تسليط
 غيره ، فيكون تسليط غيره لغوا محضا .

وامّا اجازة المالك ، فهو وان كان تفيد الاباحة الا انه بنفسها
 تكون ماثرة فى الاباحة من غير ربط بفعل الفضولى ، واما بناء على
 الملك فلان الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الاعطاء
 والتبديل ، واما افادة الملكيّة التى عبارة عن تبديل طرفى الاضافة
 فلا ، بل هى متوقفة اما على ايجاد المادة بالهيئة واما على فعل
 المالك فحينئذ يكون ذلك مصداقا للبيع .

وفيه انّ انحصار افادة الملكيّة فى البيع اما بايجاد المادة او
 بفعل المكلف وان كان له وجه على المذاهب المعروفة فى الانشاء
 ولو كان مع ذلك قابلا للمناقشة ، الا انه لا وجه له بناء على ما ذكرنا
 من انّ الانشاء ليس الا اعتبار النفسانى واطهاره بمبرز فى الخارج ،
 لانّ الفضولى ايضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونة و
 خفيف الاعتبار ويبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا
 او قولا ، فانه على كل حال يكون مصداقا للبيع وقد تقدم ذلك منه
 فى المعاطات مع جوابه .

نعم بناء على افادتها الاباحة يتوجه الاشكال من جهة ان افادة المعاملات المقصود بها المالك للاباحة على خلاف القاعدة و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدهات عديدة على القول بالاباحة وان اجاب عنها الشيخ الانصارى بانها ليست بمبعدهات اذا اقتضاه الجمع بين الادلة ، وقد عرفت ذلك مفصلا واذن فلا بد من الاقتصار على صورة تعاطى المالكين فى المعاطات .

على انه لا يعقل حصول الاباحة قبل الاجازة بفعل الفضولين والذى ينبغى ان يقال : ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطات الفضولية بناء على افادتها الاباحة- لامكان الالتزام بالاباحة قبل الاجازة وكون الاجازة كاشفة عنها الا ان الكشف الحقيقى فى الفضولى مع امكانه فى مقام الثبوت لادليل عليه فى مقام الاثبات ويكون الامر دائرا بين النقل والكشف الحكمى اما الثانى فهو مستحيل لان التصرف فى مال الغير قبل الاجازة بعقد فضولى حرام ، فانه لا يجوز التصرف فى مال الغير الا باذنه و بعد الاجازة تحصل الاباحة من حينها ولا يمكن الحكم باباحة التصريفات التى قبل الاجازة بالاباحة الحكمية فان الشئ لا ينقلب عما هو عليه وعن وقوعه فالتصرف الذى كان محرما لا يعقل ان يحكم عليه بالاباحة وهذا واضح جدا .

واما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطات بناء على- افادتها الاباحة ايضا بمكان من الامكان فان حصول الاباحة بعد الاجازة لانرى فيه محظورا اصلا .

واذن يتوقف حصول الملكية على التصرفات المتوقعة على الملك

فتحصل بها الملكيّة آنأ ما قبل التصرف .
 هذا كلّه فيما اذا قصدت الملكيّة وحصلت الاباحة الشرعية بحكم
 الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطات .
 واما لو قصد الفضوليّان الاباحة من الاول فلا شبهة فى عدم
 جريان ذلك فى المعاطات فأنّه لامعنى لحصول الاباحة قبل الاجازة
 لتكون الاجازة كاشفة عنها بل هى تحصل بنفس الاجازة ولا يعقل
 ان ما وقع قبل الاجازة من التصرفات المحرّمة ان تكون مباحة بالاجازة
 كما تقدم .

(الاجازة والرد فى المعاملة الفضولية)

قوله (ره) اما الكلام فى الاجازة .
 اقول : اساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض
 الاجازة المتاخرة متصلة بالعقد والغاء الفصل الواقع بين العقد و
 الاجازة كما ان اساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالاجازة
 بقاء وان حصل بينهما الفصل حدوثا فكانه وقع فى زمان الاجازة .
 اذا عرفت ذلك ، فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم : ان
 الاجازة كاشفة عن تمامية السبب وهو العقد وانما الكلام فى طريق
 الكشف الحقيقى وكيفيته وهو على انحاء .
 الاول : ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى ان الملكيّة انما
 حصلت حين العقد واثرا للعقد فيها من دون ان يكون تأثير العقد
 مراعى الى زمان الاجازة وهذا يتصور على وجوه :
 الاول : ان يقال : ان المؤثر التام فى المعاملة الفضولية

ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى اوفوا بالعقود وانما الاجازة معرفة لكون ذلك العقد تمام التأثير وكاشفة عنه من غير ان تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكية والزوجية ونحوهما، و الا يلزم ان لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شئ اخر و هذا الوجه هو الذى اشار اليه المحقق والشهيد الثانى - على ما حكى المصنف فى المتن - وهذا المعنى بحسب مقام الثبوت والامكان و ان كان متصوراً وممكناً لامكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شئ ولو كان ذلك الشئ رضا المالك كبيع مال المحترق فى المخصصة فانه ايضا لا يكون راضيا مع انه صحيح ، الا انه لا دليل عليه بحسب مقام الاثبات ، كيف ؟ وقد اعتبر الشارع المقدس دخالة الرضا فى تأثير العقد وسمى ذلك بالتجارة عن تراض ومن الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الامضاء والاجازة ليس معاملة وتجارة عن تراض .

وبالجملة : مضافا الى عدم الدليل فى مقام الاثبات بصحة مثل هذا العقد ، فالدليل على عدم صحته موجود آية التجارة وبيع مال المحترق وان كان صحيحا من دون رضاه وطيب نفسه ، ولكنه دليل خاص ووجوب الوفاء بالعقد انما فيما يكون صادرا عن له العقد او باذنه و الا يلزم الوفاء بكلّ ما يكون فى صورة العقد .

والثانى مقابل القول الاول ، وهو ان تكون الاجازة من جملة شرائط العقد كالايجاب والقبول بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه وهذا المعنى اى تأثير الامر المتأخر فى الامر المتقدم يتصور على نحوين فانّ ما يكون دخيلا فى الامر المتقدم وشرطا فى تحققه تارة

يكون من اجزائه واخرى من شرائطه .

اما الاول : فكالمرکبات الاعتبارية كالصلوة مثلاً بان يكون الجزء المتأخر دخيلاً فى صحة الجزء المتقدم بحيث ان المتقدم تحقق صحيحاً وتام العيار وكان المؤثر فى ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقة فى الصلوة دخيلة فى صحتها واما الثانى فلكون الامر المتأخر من شرائط الامر المتقدم لا من اجزائه ومقوماته وهذا كدخالة اغسال المستحاضة فى صحة صومها ، فان صحة صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر - كما هو الحق - وصحة الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر وصحة صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض وان كان نادراً بخلاف الاولين فان فى جميع ذلك قد اثر الامر المتأخر فى صحة المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول فى كلا القسمين ، فانه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا بعد مدة وليس هذا الا التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التمامية والصحة عدم دخالة شئ فيه من الامور المتقدمة والمتأخرة ومعنى دخالته عدم تمامية المشروط وتحققه على وجهه بتمامه وكمالته وهل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الاكابر : ان الالتزام بدخالة الامر المتأخر فى الامر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحالة التناقض فى الشرعيات واما الامثلة المذكورة ، فشئ منها لا يكون دليلاً على صحة ما

توهم وسيأتي الوجه في صحتها وعدم ارتباطها لهذا الوجه .

الثالث : ان يكون المؤثر في الامر المتقدم هو وصف التعقب من غير ان يكون المشروط متقدما والشرط متاخرا ويكون الامر المتاخر كاشفا عن تحقق الامر المتقدم صحيحا وتاما ولا يكون له تأثير في الامر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظيرا لامثلة المتقدمة من الصلوة واغسال المستحاضة في صحة الصوم ، فانّ الدخيل في صحة الصلوة وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق وفي صحة الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضة ويكون ما نحن فيه ايضا كذلك فتكون تعقب العقد بالاجازة دخيلا في صحة العقد .

وهذا المعنى وان كان له وجه وجيه في دخالة الاجزاء - اللاحقة في الاجزاء السابقة في الصلوة كما حقق ذلك في محله ، و لكنه لا دليل على جريانه في المقام ، فانه لا دليل على دخالة الرضا المتأخر في صحة العقد المتقدم بعنوان التعقب ، فانّ مقتضى عدم جواز التصرف في مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضلا ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكية قبل الامضاء والاجازة والا لجاز التصرف فيه واذن فيكون ذلك تصرفا في مال الغير بدون الرضا فيكون حراما .

على انّ مقتضى قوله تعالى ﴿الا ان تكون تجارة عن تراض ﴾ ، عدم حصول الملكية والتجارة الا بالتراضي والرضا ، فلا شبهة انّ العقد الفضولي حين وقوعه وتحققه ليس واقعا عن تراض ورضاية حتى يحصل الملكية بذلك .

وبالجملة : ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيلة ثبوتا و

اثباتا ، وبين ما يكون ممكنا ثبوتا وغير محقق اثباتا .

ثم انّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الاستاذ عن المحقق الرشتي من انّ الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد والرضا المعترفى العقد هو الاعم من الحقيقى الفعلى والتقديرى .

وفيه : انّ هذا من عجائب الكلام ، فانه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولية فكيف . بالرضا التقديرى ؟ ومن هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضاية المالك على البيع او الشراء ، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليا فانه ربما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسدة عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الاجازة ، فيكون العقد عنده ذا مصلحة فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى ؟ على انه لا دليل على كون الاجازة كاشفة عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض ورجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل .

فتحصل : انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكية مثلا موجودة قبل الاجازة وتكون الاجازة مؤثرة فيه اما بنحو الشرطية او بنحو-

التعقب اولاتكون مؤثرة فيها بل معرفة محضة لاوجه له بوجه .

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى ايضا ما اشار اليه المحقق والشهيد الثانيان - على ما حكى عنهما - من انّ الاجازة متعلقة بالعقل فهو رضى بضمونه وليس الا نقل العوضين من حينه ومحصل ذلك انّ الرضا من الاوصاف التعلقية والصفات النفسانية ذات الاضاهة

ولها تحقق وتكون في صقع النفس ولها بحسب نفسها في ذلك العالم ماهية ووجود وتوجد بخالقية النفس ومع ذلك لا بد وأن تضاف الى شئ ويتعلق به حتى يكون ذلك الشئ متعلقة نظير العلم ونحوه من سائر الصفات النفسية ذات اضافة والافيلزم تحققها بدون متعلقها وهو خلف ومناقضه اذن فاصل الملكية التي متعلق الرضا قد تحققت ووجدت بواسطة العقد والرضا انما تعلق حين - الاجازة والامضاء من المالك بتلك الملكية الموجودة في زمان العقد والافيلزم ان لا يكون للاجازة والرضا متعلق مع انا فرضا كونه من الاوصاف التعلقية .

وقد اورد عليه العلامة الانصارى وتبعه جملة من الاعلام و منهم شيخنا الاستاذ بوجهين :

الاول : ان المنشأ عبارة عن مضمون العقد من الملكية في باب البيع والزوجية في باب النكاح وهكذا وهو غير مقيد بزمان لتكون الملكية الحاصلة بالعقد مقيدة بزمان العقد وحاصلة من حينه بل مضمونه عبارة عن طبيعي النقل ، فبالاجازة تقع الملكية في زمان النقل ، نعم حيث انّ المنشأ والانشاء من الامور الزمانية فيكون التقييد بذلك بالعرض والقهر وما نحن فيه ليس كالايجاب في العقود فانه ليس الا ايجاب اصل اليجاد دون اليجاد المقيد بزمانه والا يلزم حصول الملكية مثلا قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الايقاعات بل هي كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول وهذا يكشف عن عدم تقييد مضمون العقد بزمان الايجاب .

وبالجملة انّ مضمون العقد ليس مقيدا بزمان وانما الزمان ظرف

له لكون ذلك المضمون من الزمانيات فيكون الملكية بعد الاجازة .
 وفيه : انه لو كان الانشاء بمعنى ايجاد المعنى باللفظ لكان
 لذلك الاشكال وجه ، بدعوى ان المنشئ انما ينشئ مضمون العقد
 ويوجده على نحو اللابشرطية من غير تقيده بقيد من الزمان وغيره
 واما بناء على ما حققناه واخترناه في معنى الانشاء من انه عبارة
 عن الاعتبار النفسانية واطهاره بمبرز من المبرزات فعلياً او قولياً فلا
 وجه لذلك الاشكال بوجه .

وذلك لما حققناه في الاصول من ان الاهمال في الواقعيات
 من المستحيلات الاولى ، وان الامور الواقعية لا يعقل ان تكون عارية
 عن الاطلاق او التقييد بل لا بدّ اما وان تكون في موطنها اما مطلقا او
 مقيدة ، فالذى يوجد امرا ويعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه
 مطلقا او مقيدا ، اذن ، فالمعتبر لمضمون العقد في عالم نفسه اما ان
 يعتبره مطلقة وغير مقيدة بقيد و شرط او مقيدة بهما ، فحيث لم يكن
 مقيدا فقهما يكون مطلقا من غير ان يكون مقيدا بحصوله بعد الاجازة
 بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكية المطلقة الدائمة كما هو
 واضح فتكون الاجازة متعلقة بتلك الملكية المستمرة فيكون اعتبار الملكية
 من الاول .

واما النقص بالقبول ، فهو باطل من اصله ، وغير مربوط بالمقام
 فان مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا يحصل بالانشاء والايجاب
 المحض وانما هو بالقبول والا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه
 بالايجاب والقبول ، ومن هنا قلنا : ان الايجاب انما يتحقق على
 تقدير القبول والتعليق مما لا بد منه وان لم يصرح به و قلنا فى

احكام الصيغة انّ مثل هذا التعليق لا يضرّ بصحة العقد لكونه راجعا الى ما يتوقف صحة العقد عليه وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تم بالايجاب والقبول الفضوليّين وانّما يتوقف نفوذه ومضيّة على اجازة المالك ، فلا يقاس ذلك بالايجاب المحض .

والذى يوضح ذلك انه لو آجر الفضولى دارا احد للغير الى سنة فاجازة المالك بعد شهرين فلا شبهة فى صحة ذلك مع انّ متعلق الاجارة مقيد وهكذا العقد المنقطع ، فيعلم من ذلك انّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهملًا فيكون المقام على عكس باب الوصية ، فانه تحصل الملكيّة بعد الموت مع انّ الانشاء متقدم عليه فلو كان المنشأ مطلقا لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت ، وعلى هذا فلا محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيّة قبل الاجازة فان باب الوصية مع ما نحن فيه من هذه الجهة مشتركة .

الاشكال الثانى : انه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من حينه ولكن لا بمعنى انّ وقوعه فى الحين جزءا لمدلوله حتى يقال ليس معنى بعت ، اوجدت البيع فى الحال بل بمعنى انّ وقوع الانشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا وتحقق مضمون العقد بالفعل ولكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه ، وذلك لانه لم يدل دليل على امضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيّة حاصلة قبل الاجازة لانّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذرو من المعلوم انّ المالك لا يصير عاقد او بمنزلته الا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها ، ومن المعلوم انّ الملك الشرعى يتبع

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

وبعبارة اخرى لو سلمنا حصول الملكيّة من زمان العقد وتحقق النقل به الا انّ الملكيّة الشرعية لا تحصل الا بالاجازة فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الاجازة اذن ، فلا معنى للكشف لحصول الملكيّة بتمام المعنى من حين الاجازة .

وفيه : انّ الاجازة تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقد وان الشارع يمضى بالاجازة ايضا من الاول كما هو مقتضى الاطلاقات و- العمومات من لا اوفوا بالعقود واحلّ الله البيع لا وغيرها من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى او الحكمى فانّ النقل انما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الاول لامهلا كما قد يكون حاصلًا مقيدا ايضا كما فى الاجازة والنكاح المنقطع وليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فانه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه ولا كشفا حكميًا- كما التزم به المصنف- من الحكم بحصول النقل حكما وتنزيلا فانه وان كان صحيحا الا انه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكيّة والنقل الصحيح قبل الاجازة غاية الامر يكون حصولها بالاجازة واما مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للاخذ بما ذهب اليه المصنف .

وتوضيح ذلك انه ذكرنا فى الاصول انّ الامور الاعتبارية لاوعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعبر من الامور الخارجية او لم يكن كذلك مثلا لو اعتبر احد ملكيّة داره لشخص ، فيكون وجوده فى عالم الاعتبار فقط وهكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا فى عالم الاعتبار وقائما به ولو كان ذلك المعبر من الامور الخارجية فان الوجود

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجية لانّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فانّ الوجود الذهنى غير الوجود الخارجى كما حقق فى محله .

و بالجمله فوعاء الوجودات الاعتبارية ليس الا عالم الاعتبار فتوجد بمجرد الاعتبار لكونها خفيف المئونة من غير احتياج الى مبادئ الوجود الخارجية .

اذا عرفت ذلك :

فنقول : انّ الاعتبار تارة يتعلق بالامر الحالى فيعتبر بالمعتبر ملكية داره مثلا لشخص فى الحال الحاضر كما اذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب وتأخر لانّ الاعتبار والمعتبر كلاهما فعلى ، و اخرى يتعلق بامر استقبالى كاعتبار الملكية لشخص بعد مدة كما فى باب الوصية حيث يعتبر الموصى ملكية الموصى به للموصى له بعد موته ووفاته فالاعتبار حالى والمعتبر استقبالى ، وثالثة يتعلق بالامر الماضى بان يعتبر ملكية ماله لزيد من الامس فلولم تكن الارتكازات العرفية على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع ايضا وكان المال ملك المشتري من الامس فانه ليس فى ذلك محذور عقلى او شرعى بوجه .

فاذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الامور الثلاثة الحالية والاستقبالية والماضية فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكية فى باب الفضولى بامر متقدم فيكون الاجازة اعتبارا للملكية من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الاجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالامر المتقدم ومن جهة تحقق العقد من الفضولين فاصل اعتبار الملكية فعلى ولكن المعتبر تحقق بعد الاجازة ولا يضر التعليق على

صحته .

وبعبارة اخرى فحيث جاز تعلّق الاعتبار بامر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من امس مثلا فجاز اعتبار الملكية لاحد قبل سنين ، ولكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع والشراء فلانقول بذلك فيهما واما فى الاجازة ، فلا محذور فيه بوجه وفى باب الفضولى حصل الاعتبار من البايع والمشتري وتحقق البيع بالحمل الشايغ فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالبيع او الثمن ملك لفالكهما وبالاجازة كشفنا حصول الملكية لكل من البايع والمشتري من حين الاعتبار والعقد بحيث كان كلّ منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان ، وفى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالاجازة من اول الامر حقيقة فانّ بالاجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضوليين بالمالك ، فصار البيع بيعه والشراء شراؤه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الدالة على صحة البيع من اوفوا بالعقود واحل الله البيع وتجارة عن تراض .

وبالجملة بعد القول بتحقق الاعتبار قبل الاجازة فمقتضى العمومات نحكم بالصحة وكونه بيعا صحيحا للمالك لانضمامه اليه بالاجازة لا ان الاجازة كشف عن انّ الملكية كانت حاصلة من الاول بل الاجازة اوجبت حصول الملكية فعلا اذن فيتربط عليه اثار الملكية من الاول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكى حيث انه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد وليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى انشاء الوجوب فعلى والواجب متأخر بخلافه هنا فانّ الموجود فى

المقام ليس الا الاعتبار واما الملكية فتحصل بعد الاجازة فيكون نظير التعليق غاية الامرانه باطل في العقود لامن جهة الاجازة .
 وقد اشكل على ذلك شيخنا الاستاد بانه لايعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد وان كان زمان الحكم متعددا فانه لا يعقل ان يكون المال الواحد في زمان واحد ملكا لشخصين وان كان زمان الحكم بملكيّة احدهما مغائر الزمان الحكم بملكيّة الآخر و ليس ذلك الا مناقضة واضحة وقد ذكر ذلك ايضا في الخروج عن الارض المغصوبه من انه لايعقل الحكم بوجوب الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضة ولو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك في حق غيرالعالم بالغيب ممن يجرى في حقه البداء واما في حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه .

وفيه : ان هذا متين في الاحكام التكليفيّة لكونه لغوآ محضا دون الاحكام الوضعية فانّ قوامها باعتبارالمعتبرفهو خفيف المئونة فلا مانع من اعتبار ملكيّة المبيع مثلا لمالكه الاصلى الى زمان الاجازة و باعتبار ملكيته للمشتري من زمان العقد ايضا بالاجازة والرضا فانه ايضا اعتبار الملكية من المالك للبايع او المشتري ولا مانع من ذلك بوجه وان كان نفس ذلك موضوعا للاحكام التكليفيه ايضا فانه لا باس به وانما المحذور في نفس الاحكام التكليفيه من اللغوية والمناقضة لكونها ناشئة عن المصالح والمفاسد في متعلقها على المعروف او عن المصالح في الاغراض فلا يمكن ان يكون هنا في شئ واحد مصلحة و مفسدة يستند عيان الحكم المتناقضين او غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى .

وبعبارة اخرى ان الامورات الوجودية على اقسام ثلاثة :

الاول : ما يكون من قبيل الجواهر التي لا تحتاج في وجودها الى موضوع .

والثاني : ما يكون من قبيل الاعراض التي اذا وجدت تحتاج في ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصلية فجميع احكام الوجود التاصلى واثارها يترتب عليهما فلا يمكن مع تحققها وتاصلها فى الخارج طرّوا العدم عليها بالاعتبار والى يلزم اجتماع النقيضين .

الثالث : الوجودات الاعتبارية فقوامها وتحققها فى وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شئ من اثار الوجودات الخارجية وكما وجودها بالاعتبار وهكذا عدمها وكما يمكن فرضها واعتبارها فى وقت خاص على نحو خاص وهكذا يمكن اعتبارها فى زمان آخر فى ذلك الوقت الخاص الذى اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شئ من اجتماع النقيضين او الضدين وهذا بخلاف الوجودات المتصلة فانه بعد تحققها وتكوّنها فى الخارج على طبق ما عليه ماهيتها وبخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم او باعتبارها على نحو آخر والا يلزم اجتماع النقيضين او الضدين او المثلين .

والسرفى ذلك ان الامورات التاصلية لا تختلف بالاعتبار وهذا بخلاف الاعتباريات فان قوامها وجودا وعدما ليس الا بالاعتبار غاية الامران يكون الاعتبار فيه مصلحة لثلا يلزم اللغوية .

اذا عرفت ذلك .

فنقول : ان الملكية ليست من الوجودات المتصلة جوهرآ
كان او عرضا بل هى من الامور الاعتبارية اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

فلا يلزم شئ من المحذورات غير اللغوية اذا لم يكن الاعتبار عن مصلحة وعلى هذا ففى باب الفضولى انّ الفضوليين اذا عاملا معاملة فاعتبرا مالكية كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكة الاخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيته فى العرف والشرع بالفعل مع مالكما الاصلية لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضاية مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجارة عن تراض ويكون تأشير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك ولا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الاجماع القائم على بطلان التعليق فى باب العقود على مثل ذلك فانه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الاول على حاله فيلغو العقد الذى اوقعه الفضوليّان وان اجاز المالك ذلك فيكون حين الاجازة والامضاء معتبرا لملكية ماله لشخص آخر من الاول وحين العقد على النحو الذى اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير الى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها وبالفعل صار ذلك ملكا للمشتري ان كان اصيلا او من له الشرى ان كان فضوليا مالكا من الاول فلان فى ذلك ان كان فيه مصلحة فكانت المصلحة تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكية للمالك الاصلى ومن الآن للمشتري مثلا من الاول فان الاعتبار بعد ما كان خفيفة المثونة ولم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين فى زمانين وبعد ذلك الامضاء يتوجه ادلّة صحة البيع من الاول فان موضوع تلك الادلة كانت متحققة الا من جهة انتفاع الاجازة و عدم تحققها وبعد التحقق يتم الموضوع فتكون ادلة الصحة محكمة .

ومن هنا يندفع ما ذكره شيخنا الاستاذ من عدم امكان اجتماع

حكيم متنافيين فى متعلق واحد وان كان الزمان متعدد ا بل -
المناطق فى صحة الاجتماع هو تعدد المتعلق وذكر ذلك ايضا فى
الخروج عن الارض المغصوبة .

ووجه الاندفاع انه فى باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئة من
المصالح و المفسد عن المتعلق او الغرض بخلافه هنا فان قوام الاحكام
الوضعية ليس الا باعتبار المعبر فلامحذور فى توجه اعتبارين على متعلق
واحد كما لا يخفى ، وبهذا تم الكشف الذى نقول به فى باب الفضولى
وهذا المعنى اوضح فى باب الاجازة والنكاح المنقطع فانه اذا اجاز
المالك او الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الاجازة الواقعة على
الدار مثلا سنة او النكاح الى سنة صحيحا من الاول فانه بناء على
صحة الفضولى لم يستشكل احد فى صحة ذلك مع انه لم يتحقق
هنا بالاجازة عقد اجارة او عقد نكاح .

وربما يشكل على ما ذكرنا بانه انما يتم ذلك فى القضايا الخارجية
سواء كانت صادرة من الموالى العرفية او من المولى الحقيقى واما
فى القضايا الحقيقية التى على نسقها الاحكام الشرعية ، فان جميع
المجعولات الشرعية او جلها على نحو القضايا الحقيقية فلا يتم هذا
البيان وذلك فان كلامنا فى حصول الملكية واعتبارها ليس الا فى
الملكية الشرعية فانه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من انه
حاصلة ام لا والا فالملكية فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت
قطعا .

واذن فان كان المراد من اعتبار الملكية الشرعية اعتباره من
حين العقد فقد حصل من الاول قطعا وذلك لانه بعد فرض كون

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية ، فهي حاصلة قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الامة او الخلق فان علمه عند الله فلا يتوقف ذلك الا على تحقق الموضوع كما فى سائر القضايا الحقيقية الشرعية وغيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الاول لكل من يكون مستطيعا فالمكلف انما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا انه يجعل الحكم له بالفعل وكذلك جعل الحكم بنجاسة البول بالقضية الحقيقية ، فاذا وجد البول فيحكم بنجاسته ولا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف وان كان فيه اجزاء البول ايضا وهكذا فى المقام فاذا فرضنا كون موضوع الملكية الشرعية هو العقد فقط من اى شخص تحقق مع رضاية المالك وان كان ذلك متاخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكية حاصلة حين العقد متوقفا على الاجازة المتاخرة ، وان كان المراد من حصولها اى الملكية بعد الاجازة فان بالاجازة يتم موضوع الملكية فتكون حاصلة من حين الاجازة دون قبلها فعلى الاول يكون كشفا وعلى الثانى يكون نقلا فلا واسطة فى اليين ليكون وجهها آخر .

وفيه اولا انه لا دليل لنا لاثبات الملكية الشرعية حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعاملة وتحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف ولاشبهة انّ العرف يرى البيع الفضولى معاملة صحيحة فبالامضاء والرضا من المجيز المالك يتحقق الملكية من اول الامر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكية وان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الارث فان الوارث يرث لما تركه مورثه .

و بالجمله لاحكم للشارع فى باب المعاملات تاسيسياً بحيث -
يعتبر الملكية عند البيع للبايع او المشتري كاعتبار المتعاملين ذلك بل
الشارع انما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملان على
حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكية و محصلا لها
موضوعا لحكمه بالملكية ايضا الا فى مقام التخطأة كبيع المناذرة و الملامسه
والحصاة و بيع الربوى ، فحيث ان العرف لا يرى بأسا فى امضاء
المجيز و اعتباره الملكية من زمان العقد فيكون الشارع ايضا حاكما على
طبق ذلك و يتوجه عموما صحة البيع و اطلاقته عليه لكونها ناظرة على
ما يرونه العرف معاملة ، فلا شبهة فى كون بيع الفضولى مع تلك
الاجازة معاملة و تجارة عن تراض عند العرف .

و بالجمله لامحذور فى ما ذكرنا اثباتا و ثبوتا .

و ثانيا سلّمنا ان الشارع قد حكم بالملكية وله حكم فى ذلك و
لكنه حكم بالكيّة المجيز الثمن اذا كان بايعا و المثلن اذا كان مشتريا
من زمان الاجازة على النحو الذى ذكرنا فانه بعد البناء على صحة
الفضولى و اثبات عدم تمامية الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من
المعرضية المحضة و تأثير الامر المتأخر فى الامر المتقدم او عنوان التعقب
اما لعدم معقوليتها اول عدم تمامية دليل الاثبات الذى هى نتيجة
القول بالكشف الحكيمى فلا بدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم -
بالكشف الحكيمى على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصى عن
العجز من توجيه ما ظهره فى الكشف صونا له من اللغوية مع انه
ايضا تمام كما سنعرض له بخلاف ما ذكر فانه تمام ثبوتا و الدليل
موجود عليه اثباتا .

بل ادلة صحة البيع الفضولى ظاهرة فى الكشف كرواية قيس وغيرها ويأتى بيان ذلك فى بيان ثمره القول بالكشف او النقل فى ضمن ردّ كلام شيخنا الاستاذ بناء على تماميتها خصوصا الروايات الواردة فى التزويج من أنّه اذا مات احد الزوجين الذى عقد عليهما فضولة سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين او كبيرين فمات احدهما فيستحلف احدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الاخر ثم يرث فان ذلك صريح فى صحة النكاح الفضولى على الكشف غاية الامرانها مطلقة بالنسبة الى اقسام الكشف ولكن حيث عرفت انّ المعرضية المحضة وعدم دخالة الاجازة فى صحة العقد باطل لصراحة الآية فى اشتراط صحة التجارة بالرضاية من المالك والالتزام بتاثير الاجازة المتاخرة فى الملكية المتقدمة مستحيل والالتزام بالتعقب لوجه له ولا دليل عليه فالكشف الحكمى فى نفسه غير معقول كما سيأتى فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الرواية مع ان اصالة عدم الاجازة جارية هنا فإى شئ اوجب الخروج من هذا الاصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى فى حال الموت كما هو واضح .

ثم بقى هنا شئ وهو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الواردة فى النكاح الفضولى فى الكشف الحقيقى ، فانه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الاول وانتظار الاجازة الى ان يستحلف بانه لو لم يمت الزوج الاخر ايضا كان راضيا بالعقد - فعزل النصيب قبل الاجازة ظاهر فى الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول .

وفيه : انّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

فى باب الاموال فىكون ذلك مانعا عن جريان الاصل كما اشار اليه فى المتن وله نظير فى باب الارث من غير ان يكون مختصا بهذا المورد كما اذا مات احد وكانت زوجية حاملة ، فانه عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الاموال مع انه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بانّ الزوجة تلد ذكرين .

وبالجملة الاحتياط الشديد فى باب الاموال لئلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى واهمّية الشارع بذلك ، اوجب عزل النصيب فيما ذكر وهذا لا يوجب اثبات الكشف الحقيقى فافهم .

والحاصل انك قد عرفت انّ الكشف الحقيقى على اقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل اولا دليل على صحته فى مقام الاثبات .

ثم انّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى انّ العقد حال الاجازة معدوم ، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير امر المعدوم اعنى العقد فى الامر الموجود اعنى الملكيّة وقد طبق ذلك بالفلسفة كما هو دابه فى بعض الفروع الفقهيّة .

وفيه : اولا انّ ما نحن فيه ليس من قبيل العلة والمعلول التامين بل من قبيل جزء السبب ، فيجوز فى ذلك تأثير الامر المعدوم فى الموجود فى التكوينيّات فانّ الاسباب والمعدّات للشئ توجد تدريجا وتنعدم فيترب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فانّ اسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد مدة وهكذا غيره فاذا كان فى التكوينيّات كذلك فكيف لك انكاره فى التشريعيّات ؟ نعم فى العلية والمعلولية التامين لا يمكن الانفكك كالتحريك بالنسبة الى تحرك المفتاح فانّ الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على انه يرد عليه

النقض بالايجاب والقبول فان الايجاب قد يتحقق وينعدم الى زمان
 القبول وبالوصية فانها تنعدم عند الموت فع انه لم يستشكل احد في
 تأثيرهما في الملكية بل لازم ذلك انكار شرطية القبض لصحة بيع
 الصرف والسلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور .
 والحل في الكل ان العقد لاينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين
 الى الابد ما لم يطرئه مزيل فانه ليس عبارة عن اللفظ المجرد -
 لينعدم بمجرد الحدوث بل هو الاعتبار النفساني مع المظهر فيبقى
 ذلك عندهما وعند العرف .

واما الكشف الحكمي الذي ذكره المصنف وقلنا اذا لم يتم ما
 ذكرناه من الكشف الحقيقي على النحو الذي سلكناه فلا بد من الالتزام
 بما ذكره المصنف من الكشف الحكمي فمعناه كما في المتن اجراء احكام
 الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الابعدا لاجازة
 بحيث يحكم باثبات آثار الكشف من اول الامر وحين العقد و لازم
 ذلك اثبات اثار الملكية من حين العقد وقد نقل المصنف هذا الوجه
 من استاده شريف العلماء .

اقول : ان تنزيل شئ مقام شئ آخر يكون على انحاء .

الاول : ان ينزل الامر الواقعي التكويني مقام امر واقعي تكويني
 آخر كتنزيل الفقاع منزلة الخمر وتنزيل الطواف منزلة الصلوة ونحوهما
 الخ فيوجب التنزيل ترتيب اثار الصلوة على الطواف و آثار الخمر على
 الفقاع فلا يلزم المحذور فانه لا يلزم منه تشريع الحكم .

الثاني : ان يكون التنزيل في بعض الاثار مع كون المنزل و
 المنزل عليه كليهما امرا تعبديا كتنزيل من يراد زوجيته في جواز

النظر اليها ، فان كل منهما امر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الاثار .

الثالث : ان يكون المنزل عليه امرا تعبدياً مع كون التنزيل فى جميع الاثار نظير المقام حيث ان اصل الملكية بعد اجازة المالك امر تعبدى ، فقد يحكم الشارع باجراء اثار الملكية عليه بعد العقد و كون جميع اثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث ان الحكم على هذا النحو والتنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكية الحقيقية و جعل الملكية فلا معنى لتسميته باسم التنزيل وهذا نظير تنزيل - امسك الاعتكاف منزلة الصوم فى جميع الاثار مع عدم تسميته صوما وهكذا فانهم وتأمل .

(فى ثمرة النقل و الكشف)

قوله لبقى الكلام فى بيان ثمرة بين الكشف الخ .
اقول : وقد ذكر المصنف فى ضمن اسطر ما لم نفهم معناه و لاندرى ماذا فهمنا منه سابقا فانه ذكر اولاً - على ما هو ظاهر كلامه - :
انه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشتري باجازة مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع وفى علم الله وقد صرح بذلك قبل نصف صحيفة ناقلا فى البعض وقال : لا والتزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تاخر الشرط عن المشروط والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الاجازة لو علم تحققها فيها بعدا .
وفيه : انه بناء على القول بالكشف الحقيقى لا معنى للفرق

بين الالتزام بالتعقب او تاثير الاجازة المتأخرة فى المتقدم او العرفية المحضة فانه على جميع التقادير تحصل الملكية من الاول كما هو معنى الكشف الحقيقى ، وبعد حصولها فلا وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا يخفى ثم ذكر و اما الثمرة بين الكشف الحقيقى والحكمى مع كون نفس الاجازة شرطا فيظهر فى مثل ما اذا وطى المشتري الجارية قبل اجازة مالكها فاجاز فانّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لاصالة عدم الاجازة و حلال واقعا لكشف الاجازة عن وقوعه فى ملكه ولو ولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقى والحكمى لانّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى .

وهذا الذى لاندري ماذا اراد منه المصنف فانه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل اسطر على القول بالكشف الحقيقى الا فى صورة التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض ؟ ولعل والله العالم انّ هذا من سهو- القلم .

والتحقيق ان يقال : انه بناء على الكشف الحقيقى على جميع اقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع والثلث اذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا اصالة عدم- الاجازة فيحكم بالجواز ظاهرا وواقعا ومع توليد الامة فتكون ام ولد ومع عدم العلم بالاجازة فيحرم التصرف فى الظاهر ويجوز فى الواقع ويكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك والا فيحرم فى الظاهر و الواقع واما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

الظاهر والواقع حتى مع العلم بالاجازة فان الفرض أنّ الملكية تحصل بالاجازة فلا معنى لجواز التصرف قبله فى مال الغير بل يكون حراما ومع وطى الامة فيكون زنا فيحدّ ولا تكون الامة ام ولد ولو مع تحقق الاجازة فانّها لا يوجب انقلاب وواقع حراما من واقعه والشئ لا ينقلب عمّا هو عليه .

واما على الكشف الحكمى فايضا لا يحكم بترتب اثار الملكية الا بعد الاجازة فانّ ما وقع من التصرفات قبل الاجازة فانما هى تصرفات غير مشروعة فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الاجازة حتى بحكم بترتب آثار الملكية عليه قبل الاجازة ايضا .

والحاصل انّ الكلام فى بيان ثمرة القول بالكشف او النقل يقع فى جهات .

الاولى فى بيان الاحكام الخارجية الشرعية المترتبة على تصرفات المشتري او الاجنبى قبل الاجازة .

الثانية فى حكم تصرفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضولة .

الثالثة فى تصرفاته فى نماء تلك العين .

الرابعة فى تصرفات ما انتقلت العين اليه .

اما الجهة الاولى : فاذا تصرف المشتري او الاجنبى فى تلك العين فهل يترتب احكام الملكية على تصرف المشتري واحكام العقد على تصرف الاجنبى ام لا او يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب وبين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب ؟ مثلا اذا اشترى امة فضولة فاستولدها او زنى الاجنبى بها فهل تصير الامة على الاول

أم ولد وزنى الاجنبى زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك احكامهما
ام لا؟ فأما على النقل فلا شبهة فى كون الزنا زنا بذات بعل و
عدم كونها ام ولد بل كان وطى المشتري ايضا حراما تكليفا فانّ -
الاجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم
عن واقعه وجعل ما وقع حراما حلالا والشئ لا ينقلب عمّا هو عليه و
الاستيلاء المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيرورة الامّة
المستولدة ام ولد كما لا شبهة فى أنّه على الكشف الحقيقى على
انحائه غير ما ذكرنا تكون الامّة بالاستيلاء عن وطى المشتري قبل
الاجازة أم ولد وان كان الواطى جاهلا بوقوع الاجازة عن المالك
المجيز فانّ التصرف انما وقع فى ملكه ، فيكون نظير ما وقع الوطى على
الامّة بزعم أنّها اجنبية فبانت مملوكة فانه لو ولدت ولدا بهذا الوطى
فتصير ذات ولد بذلك وعلى هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات
بعل فتحرم عليه مؤبدة وهكذا الكلام فيما اذا عقد على امرأة فضولة
فزنى بها احد قبل الاجازة ، فانه يكون ذلك زنا بذات بعل على
القول بالكشف فيترتب عليه احكامه وهذا بخلافه على النقل واما على
الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجة الكشف الحكى
وعلى الكشف الحكى الذى ذكره المصنف فاخترنا بناء على الكشف
الحكمى صيرورة الامّة باستيلاء المشتري قبل الاجازة أم ولد لان مقتضى
جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك ومع ذلك
حكم بحرمة الوطى تكليفا وعلى هذا ، فيكون وطى الغير لها زنا
بذات بعل لازنا المجرد فتحرم عليه مؤبدة .
ثم احتمل تحقق الاستيلاء على الحكمى لعدم تحقق حدوث

الولد فى الملك وان حكم بملكته للمشتري بعد ذلك وانكر ذلك شيخنا الاستاذ عليه ، فحكم بتحقيق الاستيلاء بذلك .
والذى ينبغى ان يقال : انه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاء بوطى المشتري قبل الاجازة كما ان الواطى كان محرّما كما عليه المصنف ايضا ، فلا يتحقق بذلك الاستيلاء ايضا وان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل .
وتوضيح ذلك انه وان كان بحسب الثبوت والواقع ممكنا و ليس من المستحيلات العقلية ولكن لادليل على تحقق الاستيلاء بوطى المشتري او كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الاثبات فانّ ظاهر ادلتها ان يكون المرثة حال الوطى مملوكة للواطى لتصير بذلك امّ ولد وحال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه احكام الزنا بذات بعل والامر هنا ليس كذلك ، بل انما هى مملوكة للغير حقيقة بالفعل كما هو المفروض ، فيكون الزنا بغير ذات بعل والاستيلاء عن وطى واقع على غير مملوكة وان كانت تصير مملوكة بعد الاجازة حقيقة من زمان العقد على ما ذكرنا او فى حكم المملوكة على الكشف الحكيمى ، والسرفى ذلك انّ الاستيلاء لم يحدث فى الملك فانّ الوطى كان وقوعه وحدوثه فى ملك الغير وان كانت الامّة ملكا للمشتري بقاء ولعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم احد انه لو زنا رجل بامرئة خلية ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل او يكون الولد المتولد منها ولده او تصير المرأة امّ ولد لو كانت مملوكة فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال .

وقد نزل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذي يبيعه الانسان عن جزم ثم اشترى الحديقة فانّ حكم كلّ منهما غير مربوط بالآخر كما لا يخفى ، ومقامنا نظير ما ذكرنا في كتاب الصلوة في معنى الزيادة في الفريضة وقلنا انّ ظاهر الادلة الدالة على ان الزيادة في الفريضة توجب البطلان هو ان تكون الزيادة واقعة بعنوان الزيادة حين الاتيان بها ويتصف بذلك الوصف حين وقوعها وتحققها ويكون ذلك في ذلك الوقت وصفا عنوانياً زائداً لها لا ما يكون متصفاً بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه ادلة المبطلية مثلاً اذا اراد المصلى ان يقول ايك فبداله وقال ايا فسكت ثم قال ايك فانّ اياً وان وقعت زيادة الا انه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك وهكذا فانّ ادلة الزيادة في الفريضة منصرفه عن ذلك وكك فيما نحن فيه فانّ الوطى الواقع على الامة قبل الاجازة انما هو متّصف بكونه على غير ملكه وانما صار بعد الاجازة متصفاً بكونه في ملكه او ذات بعل فادلة صيرورة الامة مستفاداً بملك المالك او كون الزنا بها زنى بذات بعل لاتشمل ذلك لظهورها في فعلية الاتصاف وكونهما كك حال الوطى لابعده .

واما الجهة الثانية فهي في حكم تصرفات مالك المجيز في نفس العين فلو باع احد مال غيره فضولة وتصرف فيه المالك قبل الاجازة والعلم بذلك او مع العلم فهل يكون تصرفه هذارداً فعليا اولم يكن ردّاً او يفصل بين الكشف الحقيقي فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته وبين الكشف الحكمي فيحكم بنفوذ تصرفاته ؟ وقد قرب شيخنا الاستاذ نفوذ تصرفات المالك المجيز في العين مطلقاً حتى على الكشف -

الحقيقى باقسامه ولو كانت الاجازة بعنوان المعرضية حتى مع العلم بصدور الاجازة منه ومع ذلك لايبقى مجال لاجازة العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضولة او اعتق العبد او غير ذلك من التصرفات او زوجت المرأة نفسها للغير اصاله فانّ فى جميع ذلك لايبقى موضوع للاجازة فانّما ترد على المحل القابل وبعد تزويج الزوجة نفسها من الغير اصاله او نقل المالك العين عن ملكه لايبقى مجال لها فانّ ما هو متعلق الاجازة وموضوعها قد زالت وانعدمت فانّ هذه الاجازة ليست الا كاجازة الاجنبى فهل يتوهم احد انّ اجازة الاجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون امضاء من قبل المالك ؟ فكذلك هنا فانّ المالك بعد نقل العين عن ملكه وازالة علقه سلطنته صار كالاجانب فلا تكون اجازته مؤثرة فى ذلك ولا يقاس ذلك بالفسخ لانه متعلق بالعقد واما الاجازة فهى متعلقة بالعين فاذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ .

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخة لو باع امّ الولد كما اختار كونها كذلك واما بناء على سقوط امّ وكون النسخة لو باع الولد فلا يمكن نسبة ذلك الى الشيخ فانّ بيع الولد لا ينافى مع امضاء عقد الفضولى الواقع على الام .

وفيه : انّ ما افاده انّما يتم فى الزوجة فانّ بعد ما زوجت المرأة نفسها لغير الذى زوجها الفضولى اياه ، فلا شبهة فى بطلان العقد الاول وكون العقد الثانى ردا عمليا للعقد الاول والسرفى ذلك انه بعد تزويج المرأة نفسها من الزوج الآخر لايبقى موضوع لاجازة العقد الاول ولا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولى

لانتفاء ركن العقد وقوامه وانعدام ما ينسب اليه العقد وينضم به بحيث يكون العقد عقده ويكون منسوبا اليه .

وبعبارة اخرى : قد حققنا فى الاصول فى وجه تقدم الامارات على الاصول انّ موضوع الاصول معلّق على عدم وجود الامارات فاذا تحققت الامارات وصارت منجزّة لايبقى مع ذلك موضوع للاصول وهكذا الامر فى كل امرين يكون الحكم فى احدهما تنجزيا و فى الاخر تعليقيا ، فانّ موضوع التعليق يرتفع بوجود التنجزى و فى المقام كذلك فانّ موضوع صحة العقد الاول الفضولى معلّق على بقاء المميز بحيث يكون مع قطع النظر عن الاجازة مالكا للعقد والمعاملة ويقدر على الاجازة فاذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلّق عليه الذى يتوقف على عدمه صحة العقد الاول فلا يبقى مجال لصحته بالاجازة فحيث انّ صحة العقد الاول متوقفة على بقاء المميز على حالته الاولى وكونه مالكا للاجازة وقد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الاول بلا شبهة .

وبعبارة ثالثة : انّ العقد الفضولى انما يحكم بصحته مقتضى العمومات او الادلة الخاصة اذا انتسب ذلك العقد الى المالك - ليحكم عليه بانّه يجب عليك الوفاء به واما اذا انعدم ، فلا تشمل الاطلاقات والعمومات ذلك العقد ، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص ان يفي بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفي بذلك بل هذا ونظائره خطاب لمالك العقد ولمن يكون العقد عقده فاذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد وغيره من الادلة الخاصة او العامة بل هذا

الذى ذكرنا هو من جملة المرتكذات الشرعية حيث ان من البديهيات فى عالم الشريعة انه لوزوج احد امراة فضولة ولم تكن المراه عالمه بذلك فتزوج نفسها بزواج آخر وعرض العقد الاول اليه بعد سنين بحيث صارت كثيرة الاولاد واجاز العقد الاول ، فهل يتوهم احدان جميع هذه الاولاد والاستمتاع وقعت شبهة ؟ وليس كذلك قطعاً هذا ما يرجع الى الزوجية .

واما فى غير الزوجية فلا يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ وذلك لان تصرف المالك فى المبيع من عتق الامة او العبد او بيعهما للغير او غير ذلك من التصرفات لا ينافى فى العقد الاول ولا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المجيز على قابلية ان يجيز العقد الاول ومالكا لذلك قبل الاجازة فان قوام العقد الفضولى وبقائه لم يكن ببقاء العين وان كان حين الحدوث من مقومات العقد .

والسرفى ذلك ان الاجازة والرد كالامضاء والفسخ فى باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجية كما ذهب اليه شيخنا الاستاذ وجعله وجه الفرق بين الاجازة والفسخ .

غاية الامران الفسخ رفع والرد دفع والاجازة تنجيز والامضاء وعدم الفسخ يثبت والا فجميع ذلك متعلق بالعقد وهو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمرة ذلك فيما بعد وعلى هذا فانتقال العين من ملك المالك المجيز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الاجازة وانتفاء قابلية المجيز بل هو باق على قابليته الاولى اذن ، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته ونفوذه فى العين وبين وجوب الوفاء بالعقد بعد الاجازة والامضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل .

وبعبارة اخرى : انّ ما ذكره الاستاذ يرجع الى ابداع المانع وانّ المانع من تاثير العقد الفضولى هو عدم تاثير اجازة المالك لسقوطها عن التاثير بمانعيّة انتقال العين من المالك الى غيره وهذا بخلاف ما ذكرنا فانه يرجع الى منع المقتضى فانه لا مقتضى لحصول الملكيّة قبل الاجازة حتى يتوهم ذلك النزاع والبحث لانحصار حصول الملكيّة على القول بالكشف بالمعاني التى ذكروها وقد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الادلة على ذلك وما يكون مقتضيا للصحة اعنى ادلة الصحة منعدم فى المقام .

وبعبارة اخرى نحن نقول : بصحة الفضولى على طريقة الكشف من باب عدم العلاج والفرار عن صحة ادلة الفضولى فحيث انّ المتيقن منها صورة عدم التصرف فلا تبقى ادلة صحة الفضولى شاملة للمقام وهذا مرادنا من منع المقتضى .

ولكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولى بعد تلك التصرفات وان لم تكن موجبة لانتفاء قابليّة المجيز عن مجيزيته وذلك لانّ صحة ما ذكرنا متوقفة على القول بالكشف الحقيقى على غير ما ذكرنا وقد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا وبينما يكون خلاف ظواهر الادلة لانّ ادلة صحة العقد الفضولى لاتساعد على كون الملكيّة مثلا حاصلة من الاول فتكون الاجازة المتاخرة دخيلة فى ذلك بعنوان التعقب او معرفّا صرفا فانّ اخذ الاجازة والرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا فى كونه شرطا مقارنة لحصول التجارة والملكيّة والزوجية ونحوها كما لا يخفى ومع ذلك لا يمكن صرف ادلة صحة الفضولى الى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

هنا ما وعدناك فى بيان طرق الكشف .

وبعبارة اخرى ان ادلة صحة العقد الفضولى وان قلنا انها ظاهرة فى الكشف الا انها تدل على صحة العقد الذى يكون متعارفا وعلى وفق مذاق العرف والشرع والذى يفهم العرف من لسان الادلة الشرعية هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك ومثل ذلك العقد يكون مؤثرا فى النقل والملكيّة والزوجية وحيث ان العقد الفضولى حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا وان كان مؤثراً فى الملكيّة من زمان العقد .

وعلى هذا ، فيكون ما هو محط البحث ومورد الثمرة بين ما ذكرنا وما ذكره شيخنا الاستاذ فى الكشف الحكيمى والكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هو نتيجة الكشف الحكيمى .
بيان ذلك انه على الكشف الحقيقى بما ذكرنا والكشف الحكيمى فيكون الامضاء المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقة على ما ذكرنا او حكما على الكشف الحكيمى وهذا بحسب القواعد فان القاعدة تقتضى بعد تحقق الاجازة وشمول ادلة الصحة عليه لكونه عقد بالحمل الشايع بعد الانتساب اليه ، حصول النقل من حين العقد فان دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الاجازة وهو يصير عقداً للمجيز ومنتسبا اليه وهذا بخلاف ما تقدم فان فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهة انه لم يكن لادلتها اطلاق لتشمل مثل هذه الموارد ايضا ولم يكن المقتضى تاما ولكن على ما ذكرنا فالمقتضى تام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فان القاعدة تقتضى

ان يكون العقد صحيحا بعد الاجازة بمقتضى اوفوا بالعقود كما ذكرنا ويكون منتسبا الى صاحب العقد بالاجازة كانتسابه اليه فى غير موارد الفضولى بدليل الوفاء وهذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الاستاذ فانه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الامضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح .

(الجهة الثالثة فى حكم التصرف)

الجهة الثالثة فى حكم تصرف المالك سواء كان مالك الثمن او مالك المثل فى نماء المبيع ، فنقول : لا اشكال فى جواز تصرفه فيه على القول بالنقل وضعيا وتكليفا لانه تصرف فى ملكه ولا مانع من تصرف المالك فيه وانما ينتقل العين عنه الى غيره بالاجازة والفرص انه قبل الاجازة ويكون بيعه لو باعه المالك من غير وعته لو كان النماء عبدا او امة نافذا وجائزا فلا يرد عنه بعد الاجازة ايضا .
واما على القول بالكشف الحقيقى فربما يقال ان تصرفه فى النماء ليس الا تصرفا جائزا فلان ذلك كونه فى ملكه ولازم كون النماء فى الملك كون الاصل فى ملكه ، فيدل تصرفه فى النماء بالدلالة الالتزامية على رد البيع الفضولى فيحكم ببطلانه وقد احتل المصنف ذلك بناء على كون النسخة (ولو نقل المالك الولد) على خلاف ما قرره شيخنا الاستاذ حيث قال لامع احتمال كون النقل بمنزلة الرد لا واما بناء على كون النسخة لو نقل المالك ام الولد فلا ميل اليه فى كلامه .
وفيه : ان رد العقد الفضولى كاجازته وان كان يصح بالفعل والقول كليهما الا ان مجرد صدور الفعل لا يدل على الرد ما لم يكن بنفسه انشاء الرد فان تحققه يحتاج الى الانشاء كما ان تحقق الاجازة

يحتاج الى الانشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن ، فيكون الفعل بحسب نفسه اعم من الرد لكون صدوره اعم من ان يكون بقصد الرد اولا فالاعم لا يدل على الاخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد او بقصد عدوانى مع علمه بانّه يجيز كتصرف الغاصب والسارق ونحو ذلك .

وعلى هذا فلا يكون تصرف من انتقل عنه المال فى نمائه قبل الاجازة ردا فلا بد له من اعطاء بدله على تقدير الاتلاف ومع البقاء وانتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الايدى ، فله ان يرجع الى المالك ويرجع المالك الى ما انتقل اليه او الى ما انتقل اليه ابتداء .

واما على الكشف الحكمى والكشف الحقيقى بمعنى الذى ذكرنا الذى فى حكم الكشف الحكمى فلا شبهة فى كون تصرف المالك فى نماء العين تصرفا فى ملكه لان الفرض انه يحكم بملكيّة العين كما انتقل اليه بعد الاجازة فيكون النماء ايضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع وحين تصرفه لم تصدر منه الاجازة ليكون التصرف فى ملك الغير وهذا لاشبهة فيه وانما الكلام فى انه يحكم بعد الاجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى فى صورة كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهده ام لابل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان او ثمنا بالاجازة مع النماءات الموجودة حال الاجازة متصلة كانت او منفصلة .

وقد حكم شيخنا الاستاذ بالثانى من جهة ان الاجازة انما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين والنماء الى

ما انتقل اليه العين ، واما اذا كانت العين معدومة فقد تقدم انه
لامجال للاجازة مع ذلك وان كان النماء معدوما فلا شئ يكون ملكا
لما انتقل اليه والتبعية انما يتحقق فى صورة وجود النماء لافى صورة
عدمه .

وبعبارة اخرى : ان العين الى زمان الاجازة ملك لمالكها
لجميع شئونها فله ان يتصرف فيها كيف يشاء وفى زمان الاجازة لو
انتفت العين فلا موضوع للاجازة اصلا وان بقيت العين ونماءاتها ،
فتكون بالاجازة منتقلة الى الطرف الاخر لكون النماء تابعا للعين و
ان بقيت العين وتلف النماء وانعدم ، فتكون العين وحدها منتقلة
الى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الاصل الى الغير ليحكم
بضمانه ، فما يكون مانعا عن تحقق الملكية بالاجازة فى صورة نقل
العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكية بالنماءات ايضا فلا تؤثر
الاجازة فى ثبوت الملكية بالنسبة الى النماءات المستوفات .

وفيه : ان ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو
زمان الاجازة ولكن تنتقل العين بالاجازة من زمان العقد فيترتب
جميع احكام الملكية من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و
تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى واذن ، فيكون المالك ضامنا
بالنماءات لو اتلفها ومع نقلها الى الغير فيكون المقام ايضا من صغريات
تعاقب الايدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى وهذا واضح جدا .

ثم ان شيخنا الاستاذ قرب كون النسخة ولو نقل المالك ام
الولد ولكن الظاهر انها الولد بدون لفظ الام لانه يصرح بعد اسطر
فى ذيل الضابط للكشف الحكمى انه يحكم بملكية المشتري من حين

العقد فان ترتب شئ من اثار ملكية المالك قبل اجازته كاتلاف النماء ونقله ولم يناف الاجازة جمعا بينه وبين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل .

الجهة الرابعة فى ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال فضولة ، اما على النقل فلا شبهة فى عدم جواز تصرفه قبل الاجازة وضعا وتكليفا لكونه تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا وشرعا نعم لو باع ذلك ، ثم اجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكلية من باع شيئا ثم ملك وسياتى الكلام فيه .

واما على الكشف الحقيقى على انحائه الثلاثة فلا شبهة فى جواز تصرفه فيه تكليفا ونفوده وضعا لو كانت الاجازة متحققة واقعا غاية الامر مع عدم العلم بتحقق الاجازة يكون متجريا فقط فى الظاهر والا ففى الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا وتكليفا .

واما على الكشف الحكيمى والكشف الحقيقى بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفي والحكم الوضعى والحكم بحرمة التصرفات قبل الاجازة واقعا وظاهرا لكونه تصرفا فى مال الغير حقيقة فهو حرام لانه لا يجوز التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا وشرعا .

واما الاحكام الوضعية فهى نافذة بعد الاجازة فانه بعدها يكشف كونه واقعا فى ملكه فلو باع قبل الاجازة فيكون صحيحا نافذا ولو اعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الاحكام الوضعية على طبق القاعدة فانه بعد تحقق الملكية بالاجازة من حين العقد ، فمقتضى

القاعدة ترتب احكام الملكية ايضا باجمعها كما هو من المرتكزات العرفية ايضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاء وتحقق الزنا بذات البعل فانه تقدم ان الظاهر من دليلهما ان الاستيلاء والزنا بذات البعل انما يتحققان من المملوك والزوجة الفعلين دون ما يكون مملوكا او زوجة بعد ذلك الوطى .

وبعبارة اخرى : انه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الاحكام الوضعية امكانا واثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما في تحقق ام الولد والزنا بذات البعل فان ترتب الاحكام الوضعية باجمعها بحسب القاعدة كيف فانه بعد الحكم بحصول الملكية من حين العقد فيترتب احكام الملكية ايضا عليه .

واما عدم ترتب الحكم التكليفي فمن جهة ان الشيء لا ينقلب عما هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الاجازة كانت محرمة فلا ينقلب الى الحلية .

قوله لا منها النماء فانه على الكشف لا .

اقول : وقد تقدم ان النماء على الكشف الحقيقي لما انتقل اليه العين لكونه حاصل في ملكه واما على النقل فللمالك لكونه ايضا حاصل في ملكه وتكراره انما هو طوتئة لبيان كلام شهيد الثاني في الروضة حيث قال : لان النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبايع ونماء المبيع للمشتري واما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز .

وقد وجه كلامه بعض محش الروضة حيث قال : لا يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن ومالك المثلث

اى نماء الثمن للمشتري لكونه مالكا له ونماء الثمن للبايع لكونه مالكا له .

ووجهه اخر بتوجيه آخر، بدعوى ارادة جنس المالك فيكون اعم من مالك الثمن ومالك الثمن وعلى كلا التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه .

ولكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فان ظاهر المقابلة كون النماء على النقل للبايع فانه قال : وعلى النقل فهما للمجيز ، فظاهره كون كلا النمائين لشخص واحد ووجه بعض بتوجيه بارد وهو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعدة لكونه حاصلا فى ملكه واما كون الثمن له فلان المشتري بنفسه قد اقدم على ذلك و سلط البايح على ماله الذى مالك العين على ماله فيكون نمائه ايضا . وفيه : انه قد يكون العقد من طرف المشتري ايضا فضوليا فكيف يصح الحكم بانه قد اقدم على تسليط البايح على ماله ؟ وقد يكون غير ملتفت على كون البايح فضوليا ولو كان المشتري بنفسه مباشرا للعقد على ان ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى وصغرى اما الوجه فى بطلان الكبرى فلان الاقدام ليس من جملة المملكات ولم يعهد من الشرع المقدس ذلك المعنى الا اذا كان بعنوان الهبة فانها مملكة فى الشرع المقدس وان كان يجوز الرجوع اليها ايضا . وكيف كان لا يمكن الالتزام بهذا التوجيه اذن فلا بد اما من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشريف لكون العصمة لصاحبها واما ان يكون نظره ما تقدم من التوجيهين الاولين وانما كان غرضه من اغلاق العبارة تجربة الافهام والله العالم .

قوله لا ومنها انّ فسخ الاصيل لانشائه قبل اجازة الآخر .
 اقول : اذا كان احد طرفى العقد فضوليًّا والآخر اصيلًا فهل
 يجوز ان يفسخ الاصيل قبل اجازة الاخر مطلقًا او لا يجوزكك او يفصل
 بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه وبين القول بالنقل
 فيحكم بجواز فسخه ؟ .

وقد اختار بعضهم جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة الاخر .
 وقد اختار شيخنا الاستاذ عدم جواز فسخه مطلقًا حتى على القول
 بالنقل واختار المصنف القول بالتفصيل وحكم بجواز فسخه على القول
 بالنقل وبعدمه على القول بالكشف .

اما على القول بالكشف فسيأتى الكلام فيه .
 واما على القول بالنقل فمن جهة انه لم يحصل النقل بمجرد
 العقد وانما يكون ذلك مؤثرًا فى زمان النقل وقبل زمانه ، فيكون
 العقد بالنسبة الى الاصيل كنسبته الايجاب الى الموجب ، فيكون
 فسخه كفسخ الموجب ايجابه فكما انه لامحذور فى فسخ الايجاب قبل
 القبول وهكذا يجوز فسخ الاصيل العقد قبل تحقق الاجازة .

وبعبارة اخر انما يجب اتمام العقد ولا يجوز حله من جهة اوفوا
 بالعقود وهو انما يتوجه بعد الاجازة وقبلها ليس هناك شئ بوجه
 ولا يشمل دليل وجوب الوفاء فيكون الاصيل مختارًا فى فسخه وعدمه .
 واما على القول بعدم الجواز مطلقًا فقد اختار شيخنا الاستاذ
 عدم جواز الفسخ كما عرفت وحاصل كلامه انّ مقتضى قوله تعالى اوفوا
 بالعقود وجوب الوفاء بالعقد الذى عبارة عن المعاقدة وجوبا تكليفيا
 ولاشبهة فى تحقق العقد وعدمه بالنسبة الى الاصيل وانما الموقوف

على الاجازة ليس الا حصول النقل الحقيقى واما نفس العقد و المعاقدة فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول اوفوا بالعقود عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكية فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البايع او المشتري فسخ العقد فانه بعد التحقق لا يجوز الا اذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لا يقاس المقام بالايجاب المجرد قبل مجئ القبول، فانه لم يتم المعاقدة بدون القبول حتى يشمل اوفوا بالعقود و هذا بخلاف المقام كما عرفت .

و بعبارة اخرى : ان دليل الوفاء بالعقد تارة يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد اعنى الملكية او الزوجية او نحوها .

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى اعنى نفس العقد و المعاقدة فعلى الاول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الاجازة ، فلا يشمل دليل الوفاء بالعقد قبل الاجازة الا انه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من اوفوا بالعقود .

وعلى الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقدة .

نعم الملكية موقوفة على الاجازة و ذلك غير مربوط بالمقام .
و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم اتمامه و انهاءه بعد تحقق العقد و المعاقدة و هذا واضح جدا فانهم .
وفيه : اما على الكشف فسياتى الكلام فيه عن قريب ، و اما على النقل فكلامه هذا مبنى على كون الامر بالوفاء على العقد تكليفا

فأنه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الاستاذ ولكنه غير ممكن ان يكون الامر بالوفاء تكليفيًا او حرمة نقضة كك يقتضى ان يكون متعلقه امرًا مقدورًا بحيث يكون مختارًا في فسخه وامضائه فان التكليف لا يتعلّق بغير المقدور ولا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال انه امر ممكن ومعنى كونه مختارًا في ذلك ليس الا كون العقد جائزًا فيكون ذلك خلف الفرض مع ان مقتضى كون العقد جائزًا وكون الوجوب تكليفيًا انه يفسخ بالفسخ غاية الامر انه فعل حرامًا مع انه لا يفسخ قطعًا بل الامر هنا ارشاد الى الحكم الوضعي نظير (ارشاد) النهي في قوله (ع) نهى النبي عن بيع الغرر ارشادًا الى الفساد ومعنى الوفاء به عبارة عن اتمامه وانها كما يقال الدرهم الوافي للدرهم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد انه لا يفسخ هذا العقد بالفسخ وعلى هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد امكن تحقق الحكم الوضعي بذلك الدليل وهو انما يكون بعد اجازة المالك لانه المفروض اذن ، فما ذكره العلامة الانصاري من جواز فسخ الاصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه .

وبعبارة اخرى : وجوب الوفاء بالعقد من ناحية الاصيل على القول بالنقل قبل الاجازة متوقف على اخذ العقد بمعنى المصدرى اى مجرد المعاقدة فاذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفًا على اخذ الوجوب تكليفيًا وهو غير جائز فلا بد من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى وهو لا يحصل الا بالاجازة ، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الاجازة دون العقد واما نقضه بالصرف والسلم فهو ايضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما ايضا بقوله اوفوا

بالعقود وبعدها ، لم يمكن شموله على العقد الا بعد حصول الاسم المصدري فلا يلزم الوفاء به اذن يجوز لكل من البايع و المشتري فسخ الصرف و السلم قبل القبض كما هو واضح .

وبعبارة اخرى : انّ الامر بالوفاء ارشاد الى عدم انفساخ العقد بالفسخ وانّ الالتزام بذلك باق على حاله ولا يرتفع الا - بالاقالة ومعنى الوفاء به انهائه الى الآخر و اتمامه وحيث انّ الالتزام والمعاقدة على اساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انما هو الملكية وحصول الملكية موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفا بالعقد فيكون نظير الايجاب قبل تامة القبول نعم في مثل النذر لا باس من الالتزام بالوجوب التكليفي لامن جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصية المورد فانّ متعلق الوفاء في باب النذر نفس الالتزام وهذا بخلافه في باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به وهو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقدة وارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لاغرو من الالتزام بالوجوب التكليفي فى النذر ونحوه و بالوجوب الارشادى فى باب العقود .

وبالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديدة حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه اتمام العقد وانهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الاوجوب اتمامه تكليفا لوضعا ولذلك نقول هنا بالوجوب التكليفي .

وثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهة فى انه انما يتم بعد تحقق العقد وهو على اساس القول بالنقل لا يتم الا

بعد الاجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد انما يحصل بالاجازة وقبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب وليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفي فلا يتوجه الا بعد الاجازة لتحقق موضوعه فى ذلك الوقت .

وبعبارة اخرى : مع الغمض عن بطلان اخذ الوجوب ارشاديا والجواب على وفقه ان موضوع الوجوب التكليفي لم يتم بعد ، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع ؟

فتحصل انه على القول بالنقل يجوز للاصيل ان يفسخ العقد قبل الاجازة ، واما على القول بالكشف ، فهنا جهات للكلام :
الاولى فى جواز فسخ الاصيل منهما و عدمه اى تأثيره و عدم تأثيره على الكشف .

والذى ينبغى ان يقال : انه لا يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فان اساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانى و بعد تحققه لامعنى لفسخ الاصيل ذلك فان ادلة وجوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا يفسخ باجمعها ، شاملة للمقام فان عمدتها على ما تقدم فى المعاطات قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ، فلا شبهة ان الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجارة عن تراض بل يكون اكل المال بالباطل واما مع العلم بعدم الاجازة ، فايضا لا يحتاج الى الفسخ بتحقيقه بدونه فهو اما لا يؤثر واما لا يحتاج اليه .

و بالجملة على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

بالعقد لا يوفّر فيه الفسخ بوجه ويدل عليه ادلة اللزوم .
 الجهة الثانية : في أنه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه
 وضعا فهل يجوز للاصيل التصرفات في ماله قبل اجازة طرف الآخر
 ام لا ؟ فهذه الجهة فيها جهتان
 الاولى في جوازها وعدمها ظاهراً ، والثانية في جوازها وعدمها
 واقعا ، فقد ادعى العلامة الانصارى عدم جوازه ظاهرا وواقعا على
 تقدير عدم الاجازة بدعى لانّ المال بواسطة المعاقدة خرجت عن
 موضوع جواز تصرف المالك في ملكه ودخل تحت ادلة حرمة التصرف
 فيه فلا يجوز له التصرف في ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما
 ظاهرا وواقعا والا فيكون حراما في الظاهر فقط ، ولايجرى هناصالة
 عدم الاجازة لانه انما يجرى في فرض عدم المنع عن جريانه والفرض
 انّ دليل وجوب الوفاء قد جرى ووجب ثبوت العقد و عدم جواز
 تصرف الاصيل في ماله ومعه كيف تجرى اصاله عدم الاجازة لا .
 وفيه : انّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيّة لا -
 حصول نفس الملكيّة وموضوع عدم جواز التصرف في المال تكليفا نفس
 الملكيّة وما لم تحصل لاتشملها حرمة التصرف في مال الغير اذن
 فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الاصيل العقد بحرمة تصرفه في العين
 فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر والعجب منه قده حيث بالغ
 وحكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر ورده بل لا بدّ
 وان يرد العقد ثم يجوز للاصيل التصرف في ماله نعم لو تحقق
 الامضاء ، فينكشف منه انّ التصرف كان حراما في الواقع و هذا من
 عجائب الكلام ، فانه مع عدم الاجازة فباي دليل نحكم بحرمة تصرفه

فى ماله مع كون الناس مسطون عليه ، وبعبارة اخرى ان قلنا انه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس الا مناقضة فى مفهوم الناس مسطون على اموالهم فافهم .

وبالجملة ان الثمرة ثمرة صحيحة فانه على النقل بجوزلاصيل ان يتصرف فى ماله وعلى القول بالكشف لا يجوز فسخه و يجوز تصرفه ظاهرا ثم ان تحققت الاجازة بعد ذلك ، فيكشف انه كان حراما واقعا وعلى تقدير عدم الاجازة ينكشف انه لم يكن حراما فى الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقق الاجازة فلا يجوز ، والعجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فى صورة العلم بعدم الاجازة مع انه على هذا لم يكن منع منه بوجه لتصرفه فى ماله قطعاً وعدم احتمال تصرفه فى مال الغير .

والحاصل ان الكلام فى جواز تصرف الاصيل فى ماله قبل اجازة الآخر و قلنا انه لاشبهة فى جوازه مع الجهل بتحقق الاجازة مطلقاً حتى على القول بالكشف الحقيقى ولو بمعنى اخذ الاجازة معرفة لحصول النقل من زمن العقد فانه مع ذلك ايضا يشك فى انه مما يتم به النقل او يكون معرفة لذلك يتحقق اولا يتحقق فيتمسك باصالة عدم تحقق الاجازة فيحكم بجواز التصرفات مطلقاً فان مقتضى جريان ذلك الاصل جواز التصرف فيه تعبداً من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما انه فى صورة العلم بعدم الاجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم ، وما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صورة العلم بعدم الاجازة ، فعجيب منه مع انه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرفاً فى مال الغير فلا ندري ما المانع من كونه اى الاصيل

مسلطاً على ماله ؟ فإنّ قوله بعث مع العلم بعدم الاجازة ليس الا كاللاغى والساهى .

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمداً على اصالة عدم الاجازة اى القطع التعبدى او على العلم بعدم الاجازة والقطع الوجدانى فاجاز الطرف الآخر فيكون تصرف الاصيل فى المبيع فضولياً ، فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضولياً من قبله فيبطل من قبل الاصيل ولا يكون العقد عقده وانما يكون راجعاً الى المجيز فان شاء اجاز وان شاء لم يجز .

ثم ذكرنا ايضا انه لا وجه فى عدم جواز تصرفه اى الاصيل بآية وجوب الوفاء بالعقد - كما تمسك به شيخنا الاستاذ - على تقدير كونه وجوباً تكليفياً ، فانه يرد عليه أولاً ان الامر بوجوب الوفاء بالعقد ارشاد الى تمام الالتزام وانهائه كما هو معنى الوفاء بالشئ لغة فليس ذلك وجوباً تكليفياً كما هو الظاهر .

وثانياً ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا ترتيب اثار الملكية و الزوجية وغيرهما عليه وليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوباً تكليفياً ، فهو لا يحصل قبل الاجازة فان معنى ترتيب الاثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للاصيل فلا شبهة ان ادلة حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكية كما هو واضح .

و ثالثاً مع الاغماض عن جميع ذلك والالتزام بالحرمة التكليفية ، فانما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لاقبله .

وبعبارة اخرى : ان الاحكام التكليفية انما تكون فعلية بفعلية موضوعها فما لم تصر موضوعها فعلية فلا معنى لفعلية الحكم اذن فموضوع

وجوب الوفاء أنّما هو العقد ففعلية ذلك الحكم يحتاج الى تمامية العقد فحيث أنّ العقد عبارة عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا والمعاقدة بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازة المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه وليس ذلك مثل الهبة يتحقق التملك بالتزام طرف واحد فإنّ حقيقتها عبارة عن التملك المجانى وذلك يحصل بتمليك طرف واحد والتزامه بخلاف البيع فإنّ الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد-الالتزامين بالالتزام الآخر وينضمّ احدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فإنّ الاصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز او لا يجيز وان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الاجازة بل يجوز التصرف لكل من البائع والمشتري فى بيع الصرف والمشتري فى الثمن فى بيع السلم قبل القبض فيهما فانه مالم يحصل القبض لم يحصل الملكيّة ووجوب الوفاء بالعقد أنّما هو باعتبار الملتزم به اعنى الملكيّة نعم فى صورة العلم بانّ المالك يجيز العقد لا يجوز للاصيل التصرف فى ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف ولكن لازم ذلك هو جواز تصرفه فى الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابلة فى ملكه متلازمان فإنّ قوام البيع عبارة عن المبادلة بين المالىن فى طرف الاضافة وحقيقة الاضافة ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه ودخول العوض الآخر مكانه وكذلك لا يجوز للاصيل مع جواز التصرف فى ماله ان يتصرف فى مقابله لعين تلك الملازمة وما فى المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه والوجه

فى ذلك هوثبوت الملازمة بينهما وجودا وعدما نعم فى مثل النذر ونحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لابد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكية دون الالتزام .

ثم انه لا يفرّق فيما ذكرنا بين اقسام العقود الفضولية نكاحا كان او غيره فانه فى باب النكاح ايضا يجوز للاصيل ترتيب اثار عدم الزوجية قبل اجازة المرثة التى كان العقد من قبلها فضولية من تزويج امها او اختها او تزويج الخامسة لو كانت عنده زوجات ثلثة غير الزوجة- الفضوليّة الى غير ذلك من اثار عدم الزوجية معتمداً باصالة عدم الاجازة فانها محكمة ما لم يكن دليل على خلافها .

نعم تقدم انه زوج الصغير فضولة فمات فيعزل نصيب الزوجة فبعد البلوغ عرض اليها العقد فان اجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الارث والا فلا .

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء باصالة عدم الاجازة فى باب النكاح بالملازمة .

وفيه ان مقتضى جريان اصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجية من قبله فضولية الزوجية هو عدم ترتيب اثار الزوجية قبل الاجازة فيترب عليه عدم التوارث فانه مع جريان اصل السببى لايبقى موضوع للمسبب وبعبارة اخرى ان قضية الارث هنا وان كان راجعا الى المال والى ورثه الوارث وليس مربوطا بالمعاملة الفضولية ولكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضولياً فيجرى فيه اصالة عدم الاجازة الذى هو اصل سببى بالنسبة الى التوارث وعدمه فيترب عليه نفي المسببات

من التوراث وغيره وبذلك الملازمة فيكون التوراث هنا الذى راجع الى المال دون العقد الفضولى مربوطا بالمعاملة الفضولية .
ولكن حيث ورد النص الخاص فى عزل نصيب الزوجة هنا -
فبالملازمة القطعية يبقى جريان اصالة عدم الاجازة وترتيب الاثار عليها فانّ نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم الا انّ ورود النص فى مورد خاص مبنياً على الاحتياط فى الاموال كما تقدم لا يوجب التعدى الى غير مورده والحكم بعدم جريان اصالة عدم الاجازة فى باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى .

وقلنا سابقا انه ورد نظير ذلك فى المرثة الحبلى حال وفات زوجها فانه يعزل نصيب ذكرين مع انّ اصالة عدم التولد او عدم كون الولد اكثر من واحد او عدم كونه ذكورا بناء على جريان الاصل فى الاعدام الازلية كما هو الحق جارية فانّ المتيفن فى الصورة الاخيرة هو كون الاقل نصيبا للولد الذى لم يولد بعد فالزيادة التى تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفى بالاصل وبالجملة تتحصل انه يجوز -
للاصيل ان يتصرف فى ماله قبل اجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه وعلى القول بالنقل وعلى القول بالكشف الحكى فانّ اصالة عدم الاجازة محكمة وما ذهب اليه المصنف من اصالة عدم الاجازة والتمسك باوفوا بالعقود فى اثبات لزوم العقد و تبعه بعض الاخر وكك ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من الحكم بلزوم العقد من الاصيل لاوجه له .

قوله لا كالتذر المعلق على شرط .

اقول : تفصيل الكلام هنا انه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

او بالنتيجة وسواء كان متعلقه امرا اختياريا او غير اختيارى على انما تارة يقع الكلام فى الحكم التكليفى واخرى فى الحكم الوضعى اما .
 الاول : فتارة يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشئ بان كان قصده حين النذر لتنجز التكليف بالوفاء عليه لانه على وجه الاطلاق كما اذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا وعلى هذا فلا اشكال فى عدم جواز اعدام المنذور واخرى يكون معلقا وعليه تارة يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليا ومتعلقه امرا استقباليا كما يكون الوجوب فعليا والواجب استقباليا فى الواجب المعلق وهذا مثل الاول لفعلية الوجوب .

واخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه وهو على قسمين لانه تارة يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد واخرى لا يعلم فعلى الاول- ايضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب اعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تامية ملاك التكليف فى محلّه والعلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدرة لاتيانه وحفظ مقدماته وتهىة وسائل اتيانه لو علم او احتمل عجزه عنها فى ظرف الاتيان ويحرم اعدام المقدمات المفوتة لذلك الملاك ولو فى ظرفه ومن هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف او لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم انه لو لم يحفظه يموت بعد ساعة عطشا ولا يوجد الماء للوضوء وتسمى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوتة .

وبالجملة وان كان النذر معلقا مثل الواجب المشروط الا ان العلم بانعقاده وحصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

ملاك التكليف فى نظر العقلاء والشارع ولو كان التكليف استقباليا كما ان الامرك فى الواجب المشروط ايضا .

وان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلق النذر بالابقاء كتعلقه باصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهة ايضا فى وجوب حفظ المندور كما اذا نذر بصدقة شاة على تقدير براء مرض ابنه ومع ذلك تعلق نذره بابقاء ذلك الشاة ايضا .

وان لم يكن نذره متعلقا على صدقة الشاة مطلقة ولا على صدقتها على نحو الواجب المعلق ولا على نحو الواجب المشروط - بحيث يعلم بحصول متعلقه ولا ان يكون متعلقا بابقائه ايضا فلا يجب الابقاء بل يجوز اعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه اصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلقة .

ثم انه لا يفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل او بالنتيجة وسواء كان اختياريا او كان غير اختيارى .
واما الحكم الوضعى اعنى صحة التصرفات فى المندور فنقول :

اما فيما يجوز التصرف واعدام موضوع النذر كما فى الصورة الاخيرة فلا شبهة فى صحة التصرف ونفوزه فلو باع فيحكم بصحته واما فيما يحرم التصرف فى المندور كاكل الشاة المندورة مثلاً فايضاً يصح التصرف فى المندور وضعاً وينفذ ذلك لانه لاملزمة بين حرمة التصرف تكليفاً وبين صحته وضعاً .

وما يمكن ان يكون وجهها فى عدم صحة ذلك امران .

الاول انه يشترط فى المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع غير الطلق وما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق حق الغير به .
 وفيه : انه ممنوع كبرى وصغرى ، اما الصغرى فواضح لانه لا يكون المال بمجرد تعلق النذره مما يتعلق به حق الغير ومن هنا لو اجتمع المنذور اليهم واسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك فى المنذور شيئا ولا يصيره عن الحالة الاولى التى لم يتعلق به الا الحكم التكليفى ولا يرتفع به الحكم الشرعى التكليفى اعنى عدم جواز التصرف فيه مع ان الحق امتيازه عن الحكم ليس الا بالاسقاط كما مر فى اول البيع والافكلّ حكم يصح اطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك انه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفى اعنى حرمة التصرف فيه واما الحكم الوضعى فلا فلم يتم الصغرى واما الوجه فى منع الكبرى فلانه لادليل على اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو امر منتزع من الموارد الخاصة ففى كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه ولا يصح وفى كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا .

الامر الثانى ما اعتمد به شيخنا الاستاذ من ان المنع الشرعى كالمنع العقلى فحيث ان التصرف فى المنذور محرم شرعا فيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكويننا فحيث ان المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا ايضا وبهذا استند فى ان النواهى تدل على الفساد فى المعاملات وبنى على ذلك دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات .

وفيه : ان كان المراد من ان المنع الشرعى كالمنع العقلى

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلم وان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو اول الكلام اذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى وحكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم ببطلانه كما هو واضح .

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الاستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستنداً على هذا الوجه الغير الوجيه فانه لاملازمة بين حرمة التصرف تكليفاً وبين حرمة وضعها وما اعتمد عليه فى دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه .
قوله ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخرها .

اقول : ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف او النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الانصارى .

الاول : انه لو مات احد طرفى العقد من البايع او المشتري سواء كان العقد من قبل كليهما فضولياً او من قبل احدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضولياً من جانب واحد فمات الاصيل قبل الاجازة الآخر فحاصل ما قاله (ره) انه لو مات الاصيل قبل الاجازة فيبطل العقد بناء على النقل فانه حين تحقق الملكية غير موجود و الفرض ان العقد لم ينعقد قبل الاجازة فيبطل .

وبعبارة اخرى : ان المالك الاصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكية وحين انعقاد العقد وتامة الملكية لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد وهذا بخلافه على القول بالكشف فانه يحكم بصحته فان الملكية قد تحققت على الفرض فلم يبقى فى البين الا اجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته .

وقد اورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الادلة فى اعتبار استمرار القابلية الى حين الاجازة على الكشف مع قطع النظر عن الاجازة فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً الى حين الاجازة ومراده ان صحة العقد الفضولى متوقفة على بقاء مالكي العقد ومن يستند العقد اليه ويكون العقد عقده باقياً على قابلية ذلك المعنى وبالموت يخرجان عن ذلك القابلية ولا يمكن استناد العقد اليه وهذا واضح جداً .

واشكلك عليه شيخنا الانصارى بالنقض والحلّ اما النقض بالعقود المتعددة الواقعة على مال واحد بنحو تعاقب الايدي فضولا حيث ان تلك العقود قد وقعت فضولة وقبل تحقق الاجازة انتقل الملك الى الآخر ولم يبق المالك مستمرا على ملكيته وعلى تلك القابلية الاولى الى زمان الاجازة فيكشف من ذلك ان بقاء المالك على قابلية الملكية الى زمان الاجازة غير لازمة .

وفيه : ان هذا عجيب من المصنف حيث انه فرق بين ما نحن فيه وبينما ذكره المصنف نقضاً لانّ فى فرض تعاقب الايدي الملكية مستمرة مع قطع النظر عن الاجازة وانما الاجازة اوجبت انقطاع مالك الثمن عن الثمن ومالك الثمن عن الثمن كما انّ الرد يوجب انهدام العقد وبقاء كل منهما فى ملك صاحبه وهذا بخلاف ما نحن فيه فانه مع قطع النظر عن الاجازة والرد ينقطع الملك بالموت كما افاده الاستاذ اذن فلا ينبغى لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك وثانياً بالحل وحاصله انّ بعض الاخبار المتقدمة من ادلة صحة المعاملة الفضولية ظاهرة فى صحتها حتى مع موت احدهما الاصيل او من

كان العقد من قبله فضوليًّا كالاخبار الدالة على الاتجار بمال اليتيم
واخبار المضاربة حيث انها اعم من ان يكون المالك حيًّا او ميتًا مع
جريان العادة بموته في مدّة مديدة يتجرّ العامل بالمال ولم يستفصل
الامام (ع) في ذلك فيكون اطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب .
وبعضها صريحة في ذلك كالرواية التي تضمن ان شخصا اوصى
بالعبد الماذون في التجارة ان يشتري عبدا فيعتقه ويحج عنه ثم
ترافع كلّ من مولى الماذون والعبد المعتقد والورثة في كونه من
مالهم فأنها صريحة في المطلوب حيث انّ المالك قد مات الى زمان
اجازة مالك العبد الماذون ذلك العقد فيكون صريحة في المورد .
وفيه : قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحة
البيع الفضولى بل هى خارجة عن المقصد بل الشيخ ايضا لم يستدل
بها على ذلك وانما ذكرها تائيداً لمرامه فلا يمكن الاستناد اليها في
هذا المقام ايضا .

والذى ينبغى ان يقال انه لو كان النظر الى الادلة الخاصة
للمعاملة الفضولية كرواية عروة البارقي وصحيحة محمد بن قيس فلا
شبهة لظهورها في كون المالك المجيز او الطرف الاخر حيًّا فلا اقل
من اخذ المتيقن منها فانه ليس لها اطلاق يؤخذ به انما سرى فلا
يكون الادلة الخاصة للفضولية دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب
الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفاية منها
بحال حيات الطرفين من المالكين الفضوليين او احدهما فضوليا و
الاخر اصيلا .

وان كان النظر الى الادلة العامة اعنى العمومات والاطلاقات

الدالة على صحة المعاملة كقوله تعالى اوفوا بالعقود واحلّ الله البيع وغيرها فلا شبهة في صحة المعاملة مع موت الاصيل اوالمجيز مطلقا على القول بالكشف وعلى القول بالنقل وذلك اما على القول بالكشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحية اجازة من كان العقد من قبله فضوليّا فاذا حصلت الاجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات وعدم نقصانه من جهة .

والسرفى ذلك انه قد تقدم مرارا انّ قوام المعاملة بالمبادلة بين المالكين ولا خصوصية للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص او ذلك الشخص فحيث انّ المبادلة والملكيّة قد حصلت بالعقد فلم يبق في البين الا الاجازة من المجيز فيها يتمّ جميع جهات المعاملة غاية الامر انه الى زمان موت الاصيل كان المالك للثمن او المثلن هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضولة و تبديل المالك لا يضرّ بصحة المعاملة بوجه وكك انقلابه الفضولية لا يضر بالمطلب ولزوم كون البايح حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم وان تقدم الالتزام به من التستري الا انه بلا مدرك لامكانه في المالك المتجدد بالارث ونحوه واما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الاجازة معلّقا في الهواء حتى يجيزه المجيز فاذا اجاز يستند اليه العقد وموت الاصيل او غيره من احد طرفى العقد لا يضرّ بالعقد - الواقع فانّ الشئ لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات والمطلقات وعبارة اخرى : انّ العقد بعد وقوعه فضولا مستجمعا لشرائط الصحة غير جهة الاجازة ليستند الى المجيز وتشمله العمومات فلا

يخرج عن الجهة التي وقع عليها كما هو بديهي الوضوح .
 نعم لو كان الميت هو الاصيل لصار العقد من قبل ورثته ايضا
 فضوليًا فنتوقف صحته على اجازتهم ايضا كتوقفها على اجازة المجيز
 الآخر .

وبالجملة لانعرف وجهها صحيحا لدفع العمومات او المطلقات
 عن شمولها لهذه المعاملة .

غاية الامرائه على الكشف ينتقل المال بموت الاصيل الى الورثة
 من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله ايضا و على القول
 بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضولة و
 باجازه ينتقل المال عنه وينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمرة
 ثمرة البحث فانه على القول بالنقل والكشف مقتضى العمومات و
 الاطلاقات صحة العقد وان لم تكن الادلة الخاصة للفضولى جارية
 هنا لعدم اطلاقها او عمومها .

الثمرة الثانية ان يعرض الكفر على احدهما او كلاهما سواء كان
 كلاهما فضوليا او احدهما فضوليا والاخر اصيل حيث ذكر الشيخ الكبير
 ظهور الثمرة هنا بين القول بالكشف او النقل .

وتحقيق ذلك ان الكلام هنا تارة يقع فيما يكون المبيع عينا
 شخصيًا واخرى يكون كليًا فى الذمة فعلى الاول فالكلام فيه بعينه
 هو الكلام فى الفرع الاول فانه على القول بالكشف ينتقل الثمن او
 المثلن الى الوارث بمجرد ارتداد احدهما ينتقل العين الشخصية
 الى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضولة فيتوقف صحة العقد
 على اجازته ايضا و على القول بالنقل فينتقل المال ايضا الى

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الاجازة فان اجاز يقع والافلا على النحو الذى تقدم .

وعلى الثانى فلا بدّ وان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلما او مصحفا فانه على فرض كونه غير المسلم والمصفح لا يظهر ثمرة بين القولين اذ المرتد الفطرى يملك على الاقوى وان كان ينتقل امواله الموجودة بالارتداد الى الورثة وتبين عنه الزوجة ولا يسقط عنه القتل ولكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبة الى الاموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازة او بالكسب بعمله او بالمعاملة على الذمة او ببذل شخص آخر وغير ذلك فانه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابلية التملك بالكلية بواسطة ارتداده و انما الدليل دل على ثبوت الامور المذكورة .

وتوهم انّ تملكه غير معقول فانه امواله الموجودة تنتقل الى الورثة وبالنسبة الى الاموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل .

ولكنه فاسد فانه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولا اما لفراره عن الحاكم او لعدم بسط يد الحاكم عليه او غير ذلك كما هو واضح . اذا عرفت ذلك فنقول اذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلما او مصحفا ثم ارتد احدهما اى الاصيل او الفضولى فتظهر الثمرة حينئذ بين القول بالكشف وبين القول بالنقل فانه على الاول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فانّ الفرض انّ الملكية قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما .

واما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الاجازة و -

بالاجازة كانت الملكية حاصلة والفرض ان المشتري الاصيل مثلا ارتد وسقط عن قابلية تملك المسلم او القرآن فيحكم ببطلان المعاملة كما هو واضح .

وتوضيح الكلام بعبارة اخرى ان يقال انه لافرق بين موت احد المالكين او كلاهما وبين ارتداده الا من بعض الجهات فان الارتداد الفطرى ايضا موت شرعى وبيان ذلك انه لو كان المبيع او الثمن مالا شخصيا فكما انه بموت الاصيل ينتقل الى الورثة فتكون الورثة طرفا للمعاملة وهكذا فى فرض الارتداد ولا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف او الرد كما تقدم غاية الامر يكون العقد بالنسبة الى الورثة ايضا فضولية واما لو كان دينا فى الذمة فعلى القول بالكشف فاذا يحكم بالصحة بالاجازة ويلزم الورثة باعطاء الثمن او المثلن اذ التوريث بعد اخراج الوصية والديون ومن بعد وصية يوصى بها او دين وعلى هذا ايضا لا يفرق بين الموت والارتداد الفطرى واما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحة ايضا مطلقا فان العقد كان مراعا الى زمان الاجازة وزمان الاجازة هو زمان النقل والانتقال والفرض ان المرتد والميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد والموت فى الميت مطلقا وفى المرتد اذا كان المبيع مسلما او مصحفا بناء على شمول نفي السبيل فى الآيه بتملك الكافر المسلم او مطلقا اذا قلنا بعدم ملكية المرتد وكونه قابلا لذلك وهنا ايضا لا يفرق بين الموت والارتداد فان عدم قابلية التملك مشترك بينهما واما اذا قلنا بالكشف وكان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمرة حينئذ بين المرتد والموت حيث انه فى صورة الموت قد حكمنا بانتقال

التمن الى الورثة فى العين الشخصى و بلزوم ادائهم فى الدين و
 اما فى صورة كونه عملا يبطل العقد فى صورة الموت لعدم امكان
 دفعه منه الا على احتمال انتقاله الى القيمة واما هنا فلا يبطل فان
 المرتد غير قابل للتملك لانه غير قابل باعطاء ما ملكه للاخر من العمل
 مع امكانه كما لا يخفى .

الثمرة الثالثة ما انسلخت قابلية المنقول بتلف ونحوه كما اذا
 كان المبيع خلا ثم صار خمرًا .

وهذا يتصور على نحوين الاول ان يكون ذلك قبل القبض بان
 باع الفضولى دار زيد فضولة وقبل اقباضها الدارق قد خرجت وانهدمت
 وخرجت عن استمرار القابلية للتملك فيحكم حينئذ ببطلان العقد على
 القول بالكشف والنقل فان تلف احد العوضين قبل القبض يوجب
 بطلان العقد وهذا معنى ان التلف قبل القبض من مال مالكة كما
 سياتى اى يفسخ العقد بذلك لا ان المالك يجبر بدفع الغرامة كما
 لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمرة فانه مع البطلان لا تصل
 التوبة الى ذلك بل الامرك حتى على تقدير كون طرفى العقد-
 اصليين فان البطلان مستند الى جهة تلف احد العوضين قبل
 القبض والبطلان من هذه الجهة غير مربوط بجهة اخرى .

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما اذا كان المبيع قبل
 البيع تحت يد المشتري بالايجار ونحوه وتلف بعد البيع او كان امواله
 تحت يد الوكيل فى غير جهة البيع فباعها شخص آخر من الوكيل
 فضولة ثم تلف المبيع قبل الاجازة فانه حينئذ لا شبهة فى ظهور
 الثمرة بين القولين فانه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

انتقل اليه المال فبالاجازة يكشف تلفه منه .
واما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فانه زمان العقد لم
يحصل النقل على الفرض وفي زمان الاجازة قد انعدم المال فلا
يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول اليه بالاجازة كما لا يصح
ذلك ابتداءً .

ومن هنا ظهر انّ ما اشكل به شيخنا الاستاذ وغيره من رد
هذه الثمرة على اطلاقه غير تمام اذ عرفت الفرق بين كون التلف
قبل القبض او بعده ولعل نظرهؤلاء الاعاظم الى صورة كون التلف
قبل القبض ولكنه غير مختص بالمعاملة الفضوليّة كما عرفت .

قوله ﴿ او عروض نجاسة له مع ميعانه ﴾ .

اقول : نحتمل انّ هذا صدر من سهو القلم فانه بناء على ما
نعية النجاسة وتسرية مانعيتها الى المتنجس ايضا فهي انما تمنع
عن التمليك والبيع ولا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر
كالدهن ونحوه عن الملكيّة فان كلامنا في سقوط المنقول عن قابليّة
الملكيّة عن قابلية التمليك والبيع ومن هنا لا يوجب التنجس سقوط
المتنجس عن الملكيّة ولذا يضمنه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلاو
صار خمرنا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابلية الى
الشروط بالمثال بان كان مراده انه تارة يكون المنقول عنه او المنقول
اليه ساقطا عن قابلية التمليك كما تقدم واخرى يكون المنقول عنه
خارجا عن تلك القابلية كما اذا تلف او كان خلا و صار خمرنا .

وثالثة تسقط عن قابلية استيفاء المنقول بالشروط فانه بناء على
مانعية النجاسة عن التمليك والبيع فيكون المبيع بعروض النجاسة

الغير القابلة للتطهر خارجا عن تلك القابلة اى قابلية التملك و التملك بالبيع والشرى وعلى هذا فلا يرد عليه شئ .

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث انه اعتبر بقاء القابلية لكل من المنقول عنه والمنقول اليه والمنقول وحكم ببطان العقد بخروج واحد منها عن القابلية وبعدم استمرارها الى زمان الاجازة لكونها على خلاف مقتضى ادلة صحة الفضولى فانّ المتيقن منها صورة بقاء قابلية تلك الامور واستمرارها الى زمان الاجازة كما هو واضح وقد اجبنا عن ذلك بانه ان كان نظره فى اخذ المتيقن الى الادلة الخاصة لصحة الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فانه ليس لها اطلاق يوءخذ به ويحكم بمقتضاه انما سرى وان كان نظره الى العمومات والاطلاقات الدالة على صحة الفضولى فهو ممنوع اذ لا وجه لمنع تلك الاطلاقات بوجه وقد اجاب عنه شيخنا الانصارى بوجوه الاول بالنقض بالعقود المتابعة وفيه ما تقدم من ان الناقل فيها الاجازة وتفصيله فى تقرير بحث شيخنا الاستاذ .

الثانى بالروايات الظاهرة فى ذلك وقد قلنا ان المراد منها روايات التجارة بمال المضاربة ومال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك وحياته مع العادة جرت بموت المالك فى مدة طويلة غاب عنه العامل .

وفيه : انّ تلك الروايات وان كانت ظاهرة فى ذلك وظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد وليس فيها ما يستفاد منها صحة بيع الفضولى .

الثالث اشكل عليه بصراحة بعض الروايات الاخرى فى ذلك و

انه لافرق فى صحة البيع الفضولى بين موت احد طرفى المعاملة من المالكين وعدمه .

وفيه : لم نجد فى الروايات المتقدمة ما يكون صريحا فى ذلك الا رواية على بن اشيم المتضمنة لشراء العبد المأذون فى التجارة وعتقه وارساله الحج مع موت المالك قبل اجازة مالك العبد فعل عبده الا انها غير مربوط بالمقام حيث انّ المشتري انما كان هو- الوكيل من قبل المالك ولم يكن فضولياً حتى يكون دليلا على المقام ومن هنا منعنا دلالتها على صحة المعاملة الفضولية .

الرابع بما يدل على صحة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحى من الميت مع الحلف كما تقدم وحيث انّ الزوجين فى النكاح بمنزلة المالكين فى البيع فى الركنية فاذا صح العقد فيما يكون من اهم الامور اعنى النكاح فانه من الاعراض والفروج واهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الهم صحيحا بطريق اولى فيكون الاستدلال بالفحوى وفيه على تقدير صحة الاستدلال بها فيما تقدم على صحة المعاملة الفضولية بالفحوى والاولوية بدعوى انه اذا قلنا بصحة الفضولية فيما فيه وطى مع كونه من اهم الامور وفيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالاولوية واعمضا النظر عما قلناه من منع الاستدلال بذلك .

الا انه لا يمكن التمسك بها فى المقام حيث انّ الرواية تعرضت فى صورة موت احد الزوجين بقضية الارث وليس فيه وطى حتى يتوهم صحة غير النكاح بفحوى ذلك بل هو ايضا من قبيل الاموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

التعدى الاقياسا ونحن لانقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة
المعاملة الفضولية في غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم .

الخامس انه قد استدل على عدم اشتراط القابلية في المنقول
برواية عروة البارقي حيث ان رسول الله (ص) لم يستفصل بين موت
الشاة وبقائها عند الاجازة بل اجاز البيع بقوله بارك الله في صفقة
يمينك .

وفيه : ان عدم الاستفصال لاجل الاطمينان ببقاء الشاة و
عدم موتها .

وثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاة واما ذبحها
فمع العلم بها لا يضر ايضا فان الذبح لا يخرج الشاة عن المالية وعن
استمرار تلك القابلية غاية الامكرانت المالية قبل الذبح قائمة بالشاة
وبالذبح كانت قائمة باللحم كما هو واضح .

وكلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابلية المالية .
ثم انه يقع الكلام في عكس تلك الفروض المتقدمة بان كان العاقد
او العوضين او المالكين غير قابلين في حال العقد للعاقدية والمالكية
والعوضية فصار قابلا بعد العقد وقبل الاجازة وقد حكم الشيخ ره
بالبطلان في جميع الصور مطلقا ولكن الظاهر ان فصل في الشروط
وتوضيح ذلك ان الشرط تارة يكون شرطا للعاقد كما اذا اعتبرنا
كونه بالغاً وحكمنا ببطلان عقد الصبي وعمنا قوله (ع) عمد الصبي
خطا الى ذلك ايضا فيكون عقد الصبي باطلا ولا ينعقد من الاول فانه
يشترط في تحققه وصدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على
هذا فلو صدر العقد من الصبي ثم صار بالغاً لا يمكن الحكم بصحة مثل

هذا العقد فانه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لا ينقلب (يقلب) الباطل الى الصحيح فانّ الشئ لا ينقلب عما هو عليه .

واخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد وذاته كعدم كون العقد غرريا حيث انه شرط لنفس العقد وذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الاول والا فيبطل من الاول ولا يتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الاجازة فلا يمكن الحكم بذلك ايضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من انّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقرب الباطل الى الصحة والشئ لا ينقلب عما هو عليه ولا يفرق في ذلك ايضا بين النقل والكشف .

وثالثة يكون الشرط راجعا الى المال وهذا على قسمين فانه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالية واخرى لا يكون اما الاول كاشتراط عدم كون المبيع خمر او اشتراط وجود الثمرة وبدو صلاحها في بيع الا ثمار فانه يلزم من انتفائها انتفاء المالية مثلا لو باع خمر من شخص فضولة وانقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد والاجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل والكشف فانّ في الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا وقابلا للبيع اما لاعتبار المالية واما للنص وفي الزمان الذى كان مالا وواجداً لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد .

وبعبارة اخرى : انّ العقد وقع عليه في الزمان الذى الغى الشارع ماليته وقابليته كونه مبيعا وبطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

ثمن الخمر سحت وما يكون حين صدور البيع ووقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل اوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلاً لذلك لا يوجب صحة العقد فانه حين زمان صدور العقد اوجب بطلانه وفي زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد .

وهكذا الكلام في بيع الثمرة قبل الظهور والانعقاد فانه ايضا لو باعه احد من شخص فضولة حين كونه زهرة ثم صار ثمرة لا يكون ذلك البيع صحيحا اما لاعتبار المالية او للنص فانه حينما وقع عليه - العقد لم يكن مالا وقابلاً لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه وحين كونه قابلاً وغير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح وهكذا الكلام في جميع الموارد التي يكون الشرط من هذا القبيل ولا يفرق في ذلك كله بين القول بالنقل والكشف بل الامر ك لو وقع العقد عليه من الاصيلين والفضولى لا يزيد على الاصيل .

واما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ المالية في صورتى الفقدان والوجدان وكونه الشرط راجعا الى جهة الاوصاف الكمالية دون ما يقوم بها المالية وهذا كالمثال المتقدم من المايح المتنجس فاذا وقع على المايح الطاهر عقد فضولا وبين العقد والاجازة عرضت له النجاسة فانه بناء على مانعية النجاسة عن البيع بمقتضى رواية تحف العقول او شئ من وجوه النجس واشتراط الطهارة في المبيع لا يكون هذا المايح الذى وقع عليه العقد واجداً لشرائط البيع واذا طهر قبل الاجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل اذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا وغير ذلك المال مما وقع عليه

الاجازة غاية الامركان حين العقد فاقدًا للشرط وحين الاجازة واجد له ولكن المائيّة مالية وحدانية محفوظة في ذلك المال من البدو الى زمان الاجازة ولم يردّه الشارع ولا العرف ما وقع عليه العقد مغائرا لما وقع عليه الاجازة وهذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغائر لما يرد عليه الامضاء في نظر الشارع بل في نظر العرف في بعض الموارد وما وقع عليه العقد ليس بمال في نظر الشارع وما يرد عليه الاذن مال في نظره فكيف يتحدان ويحكم بالصحة وهكذا العين الموقوفة لاشخاص خاصة فانه لا يجوز بيعها الا في الموارد المخصوصة فاذا باعها شخص فضولة ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين اربابها فانه لا مانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه وانّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الامضاء غاية الامركان حين وقوع العقد عليه فاقدًا لشرط من شرائط البيع وحين الامضاء واجد لذلك وهكذا الكلام في بيع امّ الولد ثم مات ولده .
والوجه في صحة العقد في امثال ذلك انّ العقد قد تحقق واستند الى من له العقد بالاجازة فيشملة دليل صحة البيع عموما واطلاقا .

لا يقال انه حين وقوع العقد على امثال ذلك كان البيع فاقدًا لذلك الشرط فيكون باطلا وما يكون موجودا عند الاجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم في الشروط الراجعة الى العاقد ونفس العقد وما يكون به المائيّة كما لا يخفى .

فانه يقال كلامنا على طريقة النقل اخ لا يصدق البيع على ذلك العقد الا حين الاجازة فانه زمان النقل والانتقال وفي ذلك الوقت

فالعقد واجد لجميع الشرائط .

واوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما اذا باع العبد المسلم او المصحف من الكافر فضولة ثم اسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزهاد قبل ان يتحقق الاجازة فانه لا وجه حينئذ للحكم ببطلان العقد .

والسرفيه ما كررناه مرارا من ان حقيقة البيع هو التبديل بين المالكين وخصوصية المالك ملغاة في ذلك بل اللازم وجود طبيعي المالك وهو ايضا لا من جهة الموضوعية بل يكون مقدمة للتبديل بين المالكين وقنطرة لذلك فان التبديل في جهة الاضافة اى الاضافة الملكية لا يكون الا في ملك مالك بل الامرك حتى على القول بالكشف فانه سيأتي من المصنف ان معنى الكشف ليس كشف حصول الملكية ونحوها من زمان العقد بالاجازة المتاخرة بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الاجازة ولو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة في تلك الموارد على القول بالكشف ايضا فان بالاجازة نكشف عن تحقق الملكية في بيع الوقف والمبيع المتنجس وبيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين ارباب الوقف وعروض الطهارة للمبيع واسلام المشتري الكافر فتشمل العمومات والاطلاقات على ذلك وان لم تشمل عليها الادلة الخاصة لعدم اطلاقها في صورتى تجدد الشروط بعد العقد ووجودها بعد العقد .

وبالجملة لا مانع من التمسك بالعمومات في تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا في صورة تجدد الشرط بعد العقد وقبل

الاجازة بلا وجه نعم الادلة الخاصة للفضولى لاتجرى فى المقام فانه ليس فيها تعرض لصورة تجدد الشروط بعد العقد وقبل الاجازة ولا ان فى مورد احد هذه الادلة ذلك المعنى موجود اذن فلا اطلاق لها نتمسك به هذا .

وقوله وربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات .
اقول : اما ظهور الثمرة بين القول بالكشف او النقل فى خيار الحيوان فالظاهر انه لا اشكال فيه فانه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشتري من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فانه يصدق من حين العقد على الكشف ان المشتري صاحب الحيوان فيشمله قوله (ع) (صاحب الحيوان المشتري او المشتري بالخيار الى ثلاثة ايام) .

واما خيار العيب فالظاهر ايضا انه على الكشف يثبت من الاول وعلى النقل من حين الاجازة فان دليل ثبوته سواء كان هو الشرط فى ضمن العقد او غير ذلك شامل عليه من الاول على الكشف تامة المعاملة على الفرض وان وقف على الاجازة بخلافه على النقل فان الفرض انه لم يحصل النقل والانتقال حتى يشترط فى ضمنه الخيار ويكون للمشتري او للبائع خيار الحيوان ونتيجة ثبوت الخيار له من الاول انه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الامر الثابت وقطعه بخلاف الرد فانه دفع ومانع عن تحققه من الاول واما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الاستاد عدم ثبوته على النقل والكشف ولا نعرف له وجهها صحيحا والذى ينبغى ان يقال انه انما يثبت على النقل والكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا او احدهما اصيلا والآخر فضوليا لفرض تامة المعاملة من جميع الجهات الامن ناحية الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع واما على النقل فمن حين الاجازة فان الفضوليين ليسا الا مجرد العقد فلا يصدق عليها البيع لیتوهم ثبوت الخيار لهما واما المالكين فالفرض ان الملكية انما تحصل لهما بعد الاجازة وقبلها لم يحصل النقل والانتقال فلا بد وان يثبت من حين الاجازة لان زمانها زمان الانتساب العقد اليهما وصدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الاجازة ولو كان بعيدا غايته فينجزان العقد بالتلفون مثلا فان لفظ المجلس لم يرد فى رواية ليؤخذ بمفهومه واما حق الشفعة فهو ثابت لاحد الشركين من جهة دفع الضرر ما اذا باع احد حصة احد الشركين للاجنبى فضولة ثم باع الشريك الاخر حصته من شخص آخر اصاله فعلى القول بالكشف فحيث ان المشتري الاول ملك العين قبل المشتري الثانى فيثبت حق الشفعة له ويأخذ الحصة الاخر من المشتري الثانى بالشفعة واما القول بالنقل فحق الشفعة للمشتري الثانى اذا اجازة بعد البيع الثانى والفرض ان زمان تحقق البيع والمعاملة واستنادهما الى المالك وعند حصول النقل والانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعة فهو مسبق بحق الشفعة للمشتري الثانى وربما يقال بظهور الثمرة فى صورة تعاقب الايدي وسياتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن ايضا .

واما ظهور الثمرة فى تعلق الذور والاحماس والزكوات عليه

فالظاهر ان يفصل بينها لانها ان كانت متعلقة بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجية كالنذر والحلف والخمس ونحو ذلك فلا اشكال في ثبوتها من الاول وتعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل وان كان مما يتعلق بالملك مع لحاظ جهة اخرى كالزكوات حيث انها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف في المال والا فلا يتعلق عليه اذن لاتجب الزكوة على القول بالكشف لاعلى البايع ولاعلى المشتري اما البايع فلانه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلق الزكوة عليه فما ليس ملكه لايجب فيه الزكوة و اما المشتري فلانه وان كان المال ملكا له ولكنه لايجوز له التصرف قبل الاجازة وشرط تعلق الزكوات جواز التصرف في المال .
واما على القول بالنقل يتعلق الزكوة على المالك ليس الا كما هو واضح .

قوله (ره) وينبغي التنبيه على امور .

اقول : الاول ان النزاع في باب الفضولى في ان الاجازة كاشفة او ناقلة ليس من جهة اخذ ذلك في مفهوم الاجازة لغة او عرفا او انصرافا بل من جهة الحكم الشرعى حيث ان القائل بالكشف انما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطة الاجازة فان ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف .

والقائل بالنقل يقول ان العقد مستند الى المالك حين الاجازة فلا بد من القول بانتقال الملك اليه ايضا في ذلك الوقت و هذان مختلفان في مقام الثبوت .

واما فى مقام الاثبات فلا بدّ من اثبات انّ اوفوا بالعقود هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الاول وان كان الاستناد فى زمان الاجازة او بوجوب الوفاء من زمان الاجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على انّ ذلك المعنى من ناحية الشرع .

ثمّ انّ المالك المجيز لو اجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى ومجتهذه بان بنى المقلّد على الكشف فامضى المالك من زمان النقل او من الوسط او كان المفتى بانيا على النقل فهو اجاز العقد من زمان العقد وعلى طريقة الكشف فهل يصح العقد حينئذ او يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الاجازة على النقل ومن حين العقد على الكشف او يقع من زمان تعلّق اجازته به والظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف وبين القول بالنقل فعلى الاول فيحكم بالبطلان وعلى الثانى فلا وبيان ذلك اما وجه البطلان على الاول فالذى استندنا اليه فى اثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى اوقعه الفضولى الى المالك المجيز بالاجازة و- سيورته عقداً له من حين صدوره وتحققه ولا تصور فى اثبات ذلك فى العمومات كما تقدم فانه قلنا انّ الاهمال فى الواقع غير معقول فلا بدّ من الاطلاق او التقييد ولا شبهة انّ المنشأ بالعقد الفضولى هو الاطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه مضى من زمان الاجازة بل لابدّ وان يمضى على النحو الذى انشأه المتعاقدان .

وبالجملة حيث انّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولى مطلقاً لعدم التقييد وعدم الاهمال فى الواقعيّات فبالاجازة يستند

ذلك العقد الى نفس المالك المجيز بمقتضى العمومات و الاطلاقات
فيكون عقدا له .

وعلى هذا المنهج فلو اجازته المجيز من الوسط او من زمان
الاجازة فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لانّ المنشأ عبارة عن-
الملكيّة المطلقة ولم تقع عليه الاجازة وما وقعت عليه الاجازة لم
تنشأ فيكون باطلا .

وبعبارة اخرى : انّ المنشأ بالعقد الفضولي واجد لجميع
للشروط التي تعتبر فيه الا الرضا فلا بدّ من القول بصحته من انضمام
ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذي قد انشأت والا
فيحكم ببطلانه .

واساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول
فانّ الاجازة وان لم تكن قبولا حقيقة لتامية العقد بالفضولية ايجابا
وقبولا والا لكان باطلا للفصل الطويل بين الايجاب و القبول .
الا انّ ملاك لزوم المطابقة بين الايجاب و القبول موجود هنا
فانه كما لو تخلف الايجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق
الايجاب مثلا بالزوجية الدائمة وقبل الزوج الزوجية المنقطعة او تعلق
الايجاب ببيع الدار و القبول بملكيّة البستان او تعلق الايجاب ببيع
الدار و القبول باستيجارها فانّ في جميع ذلك يحكم ببطلان العقد
لتخلف الايجاب عن القبول وانّ ما انشأه المنشئ غير ما قبله القابل
فبمقتضى القاعدة يكون العقد باطلا وكك الحال في قضية الاجازة ،
فانّ روح العقد وقوام صحته بذلك و العقد انما هو توجد بالايجاب
و القبول على النحو الذي قد انشأ بهما فلا بد في صحة ذلك من

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحة شئ منهما اما المنشأ بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض واما ما تعلق به الرضا فلفقدان الانشاء لعدم كونه منشأً على الفرض و بالجملة ملاك لزوم التطابق بين الايجاب والقبول بعينه موجود هنا فلا بد من صحة العقد الفضولى على القول بالكشف من مطابقة الاجازة مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى واما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفة الاجازة عن ما بنى عليه المفتى بان اجاز من حين العقد او من الوسط نظير القول بالكشف وذلك نظير بيع شئ قبل سنة بحيث يكون نمائه من تلك السنة للمشتري فانّ مثل ذلك لا يضر بالمطابقة فانّ التخلف بين الايجاب والقبول ولو بمقدار لا يكون فصلا طويلا مما لا بد منه مع انّ الايجاب هو انشاء المنشأ من حين الايجاب والقبول بعد دقيقة او دقيقتين فلم يحصل المطابقة بينهما و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعاً للسيرة القطعية على عدم اضارته بالعقد .

نعم فيكون اجازته هذا مع قصد شرعية هذا العقد تشريعاً محرماً ولغوا ومع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنة ايضاً لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفية وعلى خلاف المتعارف فلا تشمل الادلة فلا يكون حراماً فكيف كان فلا يضر بصحة العقد وشمول ادلة الصحة على ذلك .

قوله الثانى : انه يشترط فى الاجازة ان يكون باللفظ الدال

عليه على وجه الصراحة .

اقول : المحتملات هنا اربعة .

الاول : اعتبار اللفظ الصريح فى الاجازة فلا يكتفى بالكناية
فضلا عن غير اللفظ .

الثانى : الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا ولو بالكناية .

الثالث : عدم الحاجة الى اللفظ ايضا وكفاية الانشاء الفعلى
نظير بيع المعاطاتى .

الرابع : الغاء الانشاء قولا وفعلا والاكتفاء بمجرد الرضا الباطنى
فى طرف الاجازة وبالكراهة الباطنية فى طرف الرد وربما يقال باعتبار
اللفظ الصريح فى الامضاء لان الاستقراء والتفحص يدلنا على اعتبار
اللفظ فى الايجاب والقبول فمقتضى ذلك عدم كفاية غير اللفظ الصريح
فى الاجازة ايضا .

وفيه على تقدير قبول تامية الاستقراء فانما هو فى الايجاب و
القبول فقط فلا يسرى بالاجازة حيث ان العقد قد تم وكون الاجازة
مثل القبول فى التطابق لا يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و
قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بان الامضاء مثل البيع
فى استقرار الملك وقد نسبه المصنف الى النصادرة وهو كك .

بل ظاهر رواية العروة البارقى كفاية الكناية فى الاجازة ولو
كان اللفظ الصريح لازما فى البيع فان قوله (ص) بارك الله فى صفقة
يمينك من لوازم امضاء العقد لانه بنفسه مصداق للاجازة اذن فيكفى
فى الامضاء مثل احسنت ونحوه .

اذن فلا دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الاجازة والرد بل
لادليل على اعتبار اللفظ اصلا ويكفى فيه مطلق ما يوجب انشاء الاجازة

ويكون ممبرزا للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفا بدليل الوفاء بالعقد ولو كان فعلا كتمكين الزوجة نفسها من الزوج و اعطاء المالك العين المبيعة للمشتري وهكذا وهكذا بل هذا هو المتعين فانه لاشبهه في صدق الانشاء والابراز، والاظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل او القول ولو كان بتحريك الرأس و اذا صدق عليه انشاء الرضا الباطنى عرفا وصدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الاطلاقات فيحكم بصحته ولزومه ومع هذا اى شئ يمنع عن نفوذ ذلك العقد وصحته كما هو واضح . وبالجملة لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى اذا انضم الى المالك المجيز عرفا باى نحو كان الانضمام فان المناط فى صحة العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه ولا يعتبر شئ آخر ورائه كما لا يخفى .

ثم ان العلامة الانصارى (ره) قرب الاحتمال الرابع وكفاية مطلق الرضا الباطنى فى الاجازة فلو علم ذلك ولو بغير مظهر ومبرز فيكفى فى صحة العقد الفضولى واستدل عليه بوجوه وقد تعرضنا لذلك فى اول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى اخراج العقد من الفضوليّة الى غير الفضولية فحيث اكتفى المصنف بكفاية رضا المقارن فى ذلك فاكتفى بكفاية رضى الباطنى المتأخر فى الامضاء ايضا .

الاول مما استدل به على مقصده لصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع فى امرئة زوجت نفسها من رجل فى سكرها ثم افاقت وعرض لها النكاح فاقامت معها مقام الزوجة فقال (ع) اذا اقامت معه بعدما

افاقت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورة توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضولية والا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشرة للعقد كما فى حاشية السيّد .

وفيه : انّ نفس الاقدام بذلك اجازة فعلية للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفاية الرضا الباطنى من دون كاشف ومبرز والا فلا مبرز له ومن اين علم ذلك .

ومنها ما فى بعض اخبار الخيارات ما احدث فيه المشتري حدثا قبل ثلاثة ايام فذلك رضا منه ولا شرط له وقيل له و ما احدث قال ان لامس او قبل الخ .

فاستدل بها بانّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفاية الرضا فى الاجازة والامضاء وكون المناط فى ذلك هو الرضا فقط .

وفيه : انّ ذلك اشارة الى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفاية الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلولا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك .

ومنها الاخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث انّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه والاخبار الاخرى الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بانّ سكوت سيده اقرار له بالعقد وغير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيده الظاهرة فى صحتها مع رضا المولى وان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفاية الرضا الباطنى فى الامضاء حيث انّ صحة عقد العبد ايضا متوقف على اجازة المولى .

وفيه : مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات دالة على كفاية مجرد الرضا الباطنى انه تقدم ان تلك الاخبار خارجة عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الاجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه ويستند اليه ويكون العقد عقده وهذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيّده فانّ طرف العقد ومن يستند اليه العقد هو نفس العبد والمولى خارج عن ذلك غاية الامرانّ اجازته دخيلة فى صحة العقد كاجازة العمّة والخالة فى صحة عقد بنت الاخ و بنت الاخت فلو دلت هذه الروايات على كفاية الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه .

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الدالة على صحة عقد العبد بدون اذن سيّده لاجل انه عصى سيّده ولن يعرض الله لاباس من دلالتها على كفاية الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا .

واما التمسك فى ذلك بالايات من اوفوا بالعقود ونحوه فيدبى البطلان لانّ العمومات غير شاملة لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت والانتساب لا يكون الا بانشاء الاجازة و اظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى او قولى كما مر .

واما كلمات الفقهاء فايضا بوجوه .

الاول : انه ذكر بعضهم انه يكفى فى اجازة البكر السكوت

فهذا يدل على كفاية مجرد الرضا الباطنى لا ان الرضا ليس بشرط فيه .

وفيه : قد عرفت من السكوت من جملة الافعال فيكون مبرزاً فعلياً للرضا والا فمن اين علم ان البكر راض بذلك العقد .
الثانى انه علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الاجازة بكونه اعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصریح فى كفاية الرضا الباطنى والا كان حقه ان يقال السكوت لا يكفى فى الاجازة لعدم اللفظ .

وفيه : انه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف والعجب منه كيف غفل عن ذلك فان قولهم ان السكوت اعم من الرضا صريح فى ان السكوت تارة يدل على الرضا واخرى لا يدل فان الانسان تارة يسكت برضاية واخرى يسكت بدون الرضاية وردهم كفاية السكوت من جهة عدم دلالة اعم على الاخص كما هو قضية منطقية بديهية وهذا صريح فى ان السكوت غير الرضا وانما يدل عليه فى بعض الاحيان كما هو واضح لا يخفى .

الثالث انه ذكر بعضهم انه اذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها وفيه : ان العقد تارة يكون خياريا واخرى غير خيارى فعلى الاول فقيامه على مقام الحلف وانكار الوكالة يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى وعلى الثانى فبانكار الاذن والوكالة يكون فضولياً فيكون ايضا قيامه مقام الحلف رداً فانه ايضا من الافعال له و على اى حال يكون خارجاً عن ما ذكره الشيخ ره وعلى تقدير دلالة

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصريحهم على ذلك فايضا لا يدل هذا على كفاية مجرد الرضا الباطنى فى الامضاء فانه لا دليل على حجية قولهم لنا وانما هم افتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروايات او صدق العمومات بمجرد الرضا وقد عرفت جوابها ثم ان بين ما ذكرنا وما ذكره المصنف ثمرين حيث انه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك ممضى بخلافه على ما ذكرنا فانه ما لم يبرز الرضا الباطنى بميز لا يفيد لنا عن الاجازة .

قوله الثالث من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد .

اقول : وقد استدل المصنف على اشتراط الاجازة بعدم سبق

الرد عليها بوجوه .

الاول : قام الاجماع على ذلك .

وفيه : انه مضافا الى منع حجية الاجماع المنقول ان تحققه

منوع لانه لا اشعار به فى كلمات القدماء والمتأخرين الا فى كلام

الشهيد فى القواعد ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع عليه .

على ان الاجماع انما يكون حجة اذا لم يكن له مدرك معلوم

بل يكون مدركه قول المعصوم فيكون حجة من باب التعبد المحض

ومدركه هنا الوجهان الآخران وسنذكرهما فلا اقل من احتمال ذلك

فان حجيته مشروطة بالعلم بعدم ابتناؤه على مدرك معلوم ويكفى

منع ذلك احتمال الابتناء بمدرك آخر .

الوجه الثانى : ان الرد مما يوجب انحلال العقد و انعدامه

اذ الرد الفاصل بين العقد والاجازة بمنزلة ما يتخلل بين الايجاب

والقبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

انّ قوام العقد وتحققه في وعائه أنّما هو بالتعاهد والتعاقد بين الموجب والقابل وارتباط التزام كلّ منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد .
وبعبارة اخرى : انّ من الامور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب والقابل والايقاع عبارة عن فعل شخص واحد وقائم به فلولم يكن بين الايجاب والقبول ربط وعقدة لانقلب الى الايقاع .
وعلى هذا فكما لو انفصل بين الايجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط احدهما بالآخر واتصالهما بحيث يكون الايجاب ايجاباً لهذا العقد والقبول قبولاً لهذا وكك الردّ فان الاجازة في البيع الفضولى بمنزلة القبول .

وفيه : ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الايجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن ايجابه وفسخه ما انشائه من الايجاب فهو متين فانّ الايجاب أنّما يؤثّر في الملكيّة اذا بقى على حاله ولم يعتريه ما يوجب زواله واذن فلورجع على ايجابه فلا يفيد بوجه وان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك وردّه على الموجب وعدم قبوله ايجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الايجاب فان ردّ القابل على الموجب لا يخرج ايجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الايجابيّة بواسطة الامور الاخر الموجبة لبطلانه ولا دليل على انه دامه برّد القابل .

اذن فالمطلب ليس بتمام في المقيس عليه .
واما المقيس فلو سلمنا كون ردّ القابل كردّ الموجب موجباً لبطلان الايجاب وعدم تأثيره في الملكيّة فلا نسلم ذلك في الاجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبة الى الايجاب وبين الاجازة بالنسبة

الى الايجاب والقبول فانّ العقد كما عرفت تماميته انما هو بالايجاب والقبول ولو خلا عن احدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاقد والتعاقد فحيث انّ الرد من ناحية الموجب او من ناحية القابل اوجب ردّ الايجاب فما نعزل عن الايجابية فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا .

وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ العقد قد تمّ بالايجاب بتمامه ولم يبق في البين الا رضاية المالك ليكون ذلك تجارة عن تراض ومنتسبا الى المالك وحينئذ ان ردّ الاصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه اصيلا ثم اجاز فقد تقدم الكلام في تأثيره وعدمه .

وان ردّ الفضولى ثم طرئه الرضا واجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به اولا .

الظاهر هو الثانى لانّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد ولا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك وعن قابلية انتسابه الى المالك بالاجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته فى المقيس عليه مع كون الايجاب من احد اطراف العقد وكيف فى المقام حيث تم العقد و لم يبق الا انتسابه الى المالك فردّ الفضولى لا يخرج عن قابلية الانتساب ولا دليل على تأثير ردّه فى انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات والمطلقات بعد الاجازة لصدق عنوان العقد على هذا وصدق انّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه .

وبعبارة اخرى : انّ دليل الوفاء بالعقد سيق بعنوان القضية الحقيقية فانما تحقق العقد وصدق عليه عنوان العقد عرفا فيشملة ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء وفى المقام حيث يصدق على

العقد الفضولى مع تخلل الرد من الفضولى بين العقد والاجازة انه عقد عرفا فيشمله اوفوا بالعقود فيحكم عليه بوجوب الوفاء .

الثالث : ان دليل السلطنة وهو يقتضى سلطنة المالك على ماله ومقتضى ذلك تاثير الرد فى العقد وكونه موجبا لقطع علاقة الطرف الآخر مما انتقل اليه .

فانه قد حصل بواسطة البيع الفضولى شأنية كونه للطرف الاخر فى ذلك المال فلوم يكن له ازالة تلك الشانبة للزم الخلف فى دليل السلطنة وعدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة .

وفيه اولا : ان دليل السلطنة نبويته مرسله فلا تكون حجة لعدم انجباره بشئ .

وثانيا : انه قد تقدم سابقا ان دليل السلطنة ليس مشرعا فى مفاده وناظرا الى الاحكام الشرعية بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسك بدليل السلطنة كما اذا شككنا ان لبس السنجاب جائز فى الصلوة او غير جائز فنمسك بدليل السلطنة او ان اكل شئ فلانى جائز او لا فنمسك بذلك او ان بيع الميتة و نحوها جائز او لا فنمسك بدليل السلطنة وهكذا بل انما نتمسك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز وعدمه والشك فى ان للغير حق المنع عن ذلك كما فى المهجور والمجنون والصبي و السفيه اولا وبمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه وانه ليس للغير ذلك .

وبالجملة ان مقتضى تسلط الناس على اموالهم عدم جواز مزاحمة الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه وكان مفروغا

عنه قبل شمول دليل السلطنة وانما دليل السلطنة ناظرة فقط الى منع الغير وحجبه عن ذلك التصرف الجائز .

وبعبارة اخرى : ان موضوعه ثبوت الجواز قبله وبعد ثبوته وهو متكفل لمنع الموانع الخارجية دائما وليس له فى اثبات اصل الجواز مانع بوجه اصلا والا يلزم ان يكون الناس مسلطا على احكامهم بدليل السلطنة ويكون ذلك الدليل مشرعا .

وثالثا : لو سلمنا كون دليل السلطنة مشرعا وناظرا الى الاحكام ايضا ولكن لا يشمل المقام نقضا وحلا .

اما النقص فلانه لو كان دليل السلطنة متكفلا لاثبات كون الرد مزيلا لقابلية كون المال للغير باجازة المالك ومانعا عن بقاء علاقة الطرف الآخرفيه لكان مانعا من الحدوث وعن اصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقة الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنة المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فاولى ان يكون مانعا عن الحدوث والحال انه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك انه غير مانع عن البقاء ايضا فلا يوءثر رده فى سقوط المبيع عن قابلية انتقاله الى الغير بالاجازة لو كانت تلك القابلية ثابتة بالبيع .

واما الحل فبان تلك القابلية فى الاموال ثابت من الاول و قبل البيع الفضولى حيث ان لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته وطيب نفسه ويجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخرفها حق وعلاقة غاية الامر فى صورة بيع ذلك المالك فضولة تحقق احد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع وكونه برضاية المالك واجازته بفعل الفضولى اعنى العقد وبقي الجزء الآخرف اعنى

الاجازة وذلك من الاحكام الشرعية للمالك فى اموالهم وليس مربوطا
بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل وبدليل السلطنة هنا يمنع
عن منع الغير من ايجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية
والاجازة الذى من الاحكام الشرعية .

وبعبارة اخرى : جواز البيع واجازته من الاحكام الشرعية
الثابتة للمالك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل
السلطنة ام لم يكن نعم فى اجراء ذلك الحكم فى البيع الفضولى
لانحتاج الى العقد لتحققه بل الى الاجازة فقط لتحقق الموضوع
لانتقال المال الى الغير .

واوضح من ذلك ان الفضولى لم يرد شيئا فى ذلك المال
الذى باعه لتنافى سلطنة المالك ويكون ذلك علاقه لطرف الاخر
كما توهم وبنى عليه اساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة
ويقال ان يدفع ذلك فلولم يوءثر للزم ان لا يكون الانسان مسلطا
على ماله وانما الفضولى قد اوجد موضوع الاجازة الذى عبارة عن
العقد بحيث كان قبل ذلك اختيارا ايجاده وعدمه تحت يد المالك
بان يوجد الموضوع المركب من العقد والاجازة وكان ذلك ثابتا من
الاول .

ولكن اذا اوجد الفضولى احد جزئى ذلك الموضوع المركب كان
الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجد له ان لا يوجد .
ولو كان دليل السلطنة متكفلا لاثبات جواز الرد للمالك الفضولى
بحيث ان يبقى الرد موضعا للاجازة للزم ان يكون نفسه معدوما
لنفسه فانه عرفت ان الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك -

حتى يدفع بدليل السلطنة بل اوجد موضوعا للاجازة فليس هنالك
المجيز الا الاجازة وعدمه فالاجازة تثبت وعدمها تحليل والا فالرد
ليس له اثر وان كان مشوبا بسوء الخلق وضيق النفس .
وبعبارة اخرى : احد جزئى موضوع المعاملة وعلى هذا لو
ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم اعدام
نفوذ الاجازة بدليل السلطنة وهذا ما قلنا من اللازم .
وببيان آخر ان المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكة فى
عمود الزمان لو اراد احد التصرف فيه بغير اذن اهله يتوقف على اذنه
ولو منع عن تصرفات مالكة بانحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة
واما لو لم يمنع عن تصرفات المالك بوجه ولائه تصرف فيه بغير اذنه
بل فعل فعلا فيه من دون تصرف يكون فعله هذا موضوعا لفعل
البايع فى ايجاد غرض من الاغراض بحيث لو كان بنفسه مباشرة ايجاد
ذلك الغرض كان عليه ايجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه
فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعاً لذلك بل فعله هذا مويداً
لذلك الدليل .

ولو اريد اثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا
منع تاثير الاجازة وسد بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من
شموله اعدام نفسه بنفسه وهذا من الواضح بمكان .
ثم ان من العجائب قياس الاستاد الرد بالاجازة بانه كماليس
للمالك فسخ العقد بعد اجازته وكك ليس له امضائه بعد رده .
وجه العجب ان الاجازة تثبت العقد وتقريره فى مقره بخلاف
الرد فان كونه موجبا للفسخ اول الكلام كما عرفت فالصحيحة الظاهرة

في صحة الاجازة بعد الرد فعلى مقتضى القاعدة وتكون مؤيدة لما ذكرنا مع قطع النظر عما تقدم من عدم تحقق الرد بذلك الاخذ .
 نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم ارادة ذلك التوجيه الذى ذكرناه وكك لوجه لقياس الرد بالفسخ من انه كما لا يجوز الامضاء بعد الفسخ وكك لا يجوز الاجازة بعد الرد وذلك ان تاثير الفسخ فى العقود الخيارية انما ثبت بدليل شرعى وهذا بخلاف الرد فانك قد عرفت عدم تاثيره فى العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا الا الاجازة وعدم الاجازة كما عرفت .
 ثم بقى هنا امران .

الاول : انه قيل ان اثبات جواز الرد بدليل السلطنة يوجب تعارضه فى مفهومه فانه يوجب اثبات جواز الاجازة ايضا فيقع التعارض فى مفهومه من حيث اثبات الرد واثبات الاجازة لان اثبات كل منهما موجب لاسقاط الاخر .

وفيه : انه مع الاغماض عما ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنة على الرد ان هذا توهم فاسد اذ ليس شمول دليل السلطنة على الرد فى عرض شموله على الاجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فى طول الاخر وبأيهما شمل اولا يوجب اعدام الآخر ولا يكون تعارض بوجه لان الشمول على نحو البدلية لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم .

الثانى : انه ذكر شيخنا الانصارى بعد دعوى ظهور الصحيحة فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلى كاخذ المبيع مثلا غير كاف بل لا بد من انشاء الفسخ ودعوى ان الفسخ هنا ليس باولى

من الفسخ فى العقود اللازمة وقد صرحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان
الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى
والعتق ونحوهما لامل اخذ المبيع .

وفيه : انه لاشبهة فى كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا
ان جعله الاخذ غير كاف فى الفسخ لوجه له بل هو كسائر الافعال
فى تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز اخذ مال الغير
بدون اذنه فانه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز اخذ
مال الغير بل هذا من اقوى ما به يتحقق الفسخ ولكن لا يمكن الالتزام
بتحقق الرد بالاخذ فى باب الفضولى وما توهم من الاولوية من انه
يكفى الفسخ به فى باب العقود وفى الفضولى لابد وان يكون كافيا
بالاولوية فبلا وجه بل المطلب على عكسه وذلك من جهة ان الفسخ
وان كان رفعا والرد دفعا الا ان مجرد ذلك لا يوجب كون مئونة
الدفع اقل من الرد حتى يثبت بالاولوية على الدفع كلما يكون ثابتا
على الرد ولكن العقد بعد صدوره من الاصيل يكون موثرا فى حصول
الملكية للطرف الآخر ولو كان عقدا خياريا ويكون المبيع ملكا للمشتري
فلا يجوز لاحد ان يتصرف فيه او ياخذه ومع ذلك لو اخذه البايع
مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسحا منه للعقد كما انه لو لم يكن ذى
خيار لكان اخذه هذا حراما لكونه تصرفا فى مال الغير والسرف فى
ذلك ان المال بما انه مال للغير فيكون الاخذ ظاهرا فى الفسخ مع
كون الآخذ ذو خيار .

وهذا بخلاف اخذ المالك المجيز فانه ما لم يجز العقد كان له
ان يتصرف فى ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون الملكية على

شئ اذن فاخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ بل فسخ ام لم يفسخ كان له ذلك وانما قلنا بتحقق الفسخ به في الاول من جهة عدم جواز اخذه لغير المالك ولغير الفاسخ ولذا قلنا ان ظهور الاخذ في الفسخ واما في المقام فله ذلك فسخ ام لا فلا وجه للالتزام بتحقق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولي .

ومن جهة هذه النكته قلنا في صحيحة محمد بن قيس ان اخذه الوليدة لا يدل على الرد لتكون الرواية شاهدة على جواز الاجازة بعد الرد بل الاخذ على طبق القاعدة ومن جهة اخذ المالك مال نفسه وكون ذلك من شئون مالكيته فافهم .

قوله في الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله .

اقول : حاصل كلامه هنا ان ثبوت حق الاجازة للمالك المجيز وتأثيرها في العقد الفضولي من الاحكام الشرعية الثابتة للمالك وهو موضوع لها كجواز البيع والهبة والصلح ونحو ذلك للمالك فكما ان للمالك بيع ماله ابتداء مباشرة او توكيلا فكذلك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا .

وبعبارة اخرى : ان من جملة الاحكام الشرعية المترتبة على المالك هو جواز بيع ماله واجازة بيعه لو بيع فضولا وليس ذلك - الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات ونحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير وهذا يتضح في ضمن وجهين .

الاول انهم ذكروا في باب الارث ان الزوجة لم ترث من العقار وانما يرث من غيرها من كل ما تركه الميت من حق او مال ومن كل ما يجوز انتقاله الى الوارث .

وعلى هذا فلو باع الفضولى دارا احد فضولة ومات المالك قبل اجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الاجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغائرة المالك حال العقد وحال الاجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا وحين الاجازة شخصا آخر وهذا ليس من جهة ارث الاجازة فان الفرض انه من الاحكام او اذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها الى الورثة اعنى المال فان تلك الاجازة كانت قائمة بالمالك فى ذلك المثل او الثمن فاذا تبدل المالك لذلك المال فينتقل الحكم ايضا لكونه قائما بذلك الموضوع فانه ذكرنا ان لكل مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا واذن فليس للزوجة حق الاجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال والفرض ان العقار لا تنتقل الى الزوجة .

واذا قلنا بكون الاجازة من الحقوق وقلنا بجواز انتقاله الى الورثة بموت ونحوه فيدخل ذلك تحت قوله (ع) ما تركه الميت فلوارثه الا العقار ولا شبهة ان نفس حق الاجازة للعقد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجة كان او غيرها .

الوجه الثانى : انه ذكر الفقهاء رضوان الله عليهم فى باب الخيارات انه ينتقل الخيار بموت ذى الخيار الى الورثة فيكون الورثة ذى خيار .

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم اذا تعددوا فبنى شيخنا الانصارى انه ثابت لطبيعى الورثة فاي منهم امضوا البيع فيكون

لازما و اى منهم فسخوا فيفسخ سواء اعمل الاخرون خيارهم ام لا وقال بعض آخر انه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث ان امضاءهم او فسخهم لا تؤثر الا اذا اجتمعوا فى الفسخ او فى الامضاء وهو الذى بينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث وهو ان يقال بالتقسيم و انه اى منهم اجاز او فسخ يفسخ ويلزم بالنسبة اليه فقط لان لكل من الورثة حق و حصة فى ذلك الخيار المنتقل من الورثة اليهم فيثبت له حقه ولكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمدة هنا الوجهان الاولان .

ولكن ذلك لا يثبت فى الاجازة حتى مع القول بانتقالها الى الورثة بنفسها كحق الخيار .

وذلك لان الاجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا ولم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الاجازة ايضا وان كانوا متعددين فلا بد وان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبة الى المجيز فقط ليس الا وهذا نظير ما اذا جمع الفضولى اموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فانه هل يتوهم احد ان اجازة احدهم يوجب لزوم المعاملة بالنسبة الى الآخرين ايضا وهكذا المقام غاية الامران فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال انما كان التعدد من الاول و هذا المقدار لا يكون فارقا .

و بالجمله انه فرق بين انتقال الاجازة الى الورثة و كون امر الاجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار اليهم كما عرفت .
قوله الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لاقباض

المبيع .

اقول : لا ريب في عدم الملازمة بين اجازة البيع وبين اجازة قبض الثمن أو المثمن ولا لاقباضهما وذلك لانّ كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الاقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الامور الاعتبارية او الخارجية الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الاشارة أو الأقتضاء او غيرهما ، وعلى ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح . ثم أنّه هل يكون نفس القبض قابلاً لان يتغلق به الاجازة أم لا ، وربما يقال انّ القبض أمر تكويني لا يمكن ان يتغلق به الاجازة فانّ ما وقع من الافعال الخارجية لا ينقلب عمّا هو عليه وسيأتى ما فيه من الرهن وقد فصل المصنف بينما يكون الثمن أو المثمن شخصياً فحكم بصحة اجازة القبض والاقباض و جريان الفضولى فيهما وبينما يكون كلياً في الذمة واثماً تعينه وتشخصه ليس الا بقبض الفضولى فقط وذلك لانّ مرجع اجازة القبض الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري و مرجع اجازة الاقباض الى حصول المبيع في يد المشتري برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع ويتم ذلك بالاجازة الصريحة او الاقتضائية في الثمن أو المثمن الشخصيين .

وأما الكلّي منهما فليس لنا دليل على جريان الفضولية فيهما لعدم تعيّن الكلّي باخذ الفضولى حتى يتغلق به اجازة المالك المجيز ويرجع الى اسقاط الثمن عن عهدة المشتري والى حصول المبيع في يد المشتري .

ولكن الظاهر أنّه لافرق بين كون الثمن أو المثمن شخصياً أو

كلياً في الذمة وان صحّ تعلّق الاجازة بالقبض أو الاقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحّ في كليهما والا فلا، والظاهر هو الاول لامن جهة ما ذكره المصنف من ان مرجع اجازة القبض الى اسقاط الضمان عن عهدة المشتري فانه انما يتم اذا قلنا بان ضمان المشتري الثمن بحسب القاعدة وانه بمقتضى الشرط الضمني اذن فاجازة البايع قبض الفضولى الثمن اسقاط لذلك الشرط الضمنى .

واما اذا قلنا بانه من باب التعبد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه وانما اجرؤا ذلك فى الثمن لأجل حل المبيع على المثال فانّ من البعيد ان يختلف حكم المثلن مع الثمن فى بيع واحد وح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فانّ معنى كون تلف المبيع من مال البايع انه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهده بل معناه فساد البيع وكون تلف المبيع من مالكة وعدم حصول النقل والانتقال به ولذا نقول ان الحكم يسرى الى الثمن ايضا ولهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلّق الاجازة بالقبض من جهة التوكيل وذلك لانّ الاجازة مثل الوكالة فكما يصحّ التوكيل فى القبض وكذلك يصح اجازته .

وأوضح من ذلك ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلّق النيابة والوكالة بها وقسم لا يصحّ فالاول كالعقود والايقاعات وامثالهما فانه يصحّ التوكيل والنيابة فيهما والثانى كالأكل والنوم والقيام و الجلوس وامثالهما من سائر الافعال التكوينية فأنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيابة والوكالة .

والقبض من قبيل الاول فانه مما يقبل النيابة والوكالة فيقبل
الاجازة ايضا لان الاجازة عين الوكالة غاية الامران الوكالة من الاول
والاجازة ليس من الاول وانما تقع على الفعل الواقع .
بل على ذلك السيرة العقلائية فانه لم يشك احد في انه لو
استقرض شخص من الآخر ديناً فاستوفى اخ الدائن ذلك الدين من
المديون لصح ذلك لو اجازته الدائن .
اذن فلا وجه لتوهم ان القبض من الامور التكوينية فلا تنقلب
بالاجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى في الاثار الماضية
دون الاثار الباقية كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثلن كلياً
أو شخصياً .

ثم ان ما ذكرنا من عدم الملازمة بين اجازة البيع و اجازة القبض
فيما لم يكن القبض مأخوذاً في صحة البيع كبيع الصرف و السلم و
الهبة والا فاجازتها ملازم لاجازة القبض صوتاً لكلامه عن اللغوية و
كذلك فيما اذا صح بأجازة القبض عند اجازة البيع وهذا كباب الصرف
و السلم و الوقف و الهبة فان اجازة القبض فيها اجازة للعقد ايضا
فان من الواضح انه لا يشترط المباشرة في القبض فيما يكون القبض
شرطاً لصحة المعاملة بل المناط استناد القبض الى المالك ولو كان
بقبض وكيله ولو عامل شخص كبير ببيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق
القبض بالنسبة اليه وهذا كله اذا كان المجيز عالماً بالملازمة و امامع
الجهل فلا ملازمة ايضا لعدم تامة دلالة الاقتضاء ح ثم ان التقابض
في المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين في مجلس واحد عرفي
بل معناه ان يكون التقابض في مكان العقد ولو كان بينهما بعد كما

تقدم ذلك فى ثبوت خيار المجلس .

بقى الكلام فى أنه هل يجرى نزاع الكشف والنقل فى القبض والاقباض أولاً ، الظاهر أنه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع وسائر العقود يمكن تعلق الاجازة بوجودها المتقدم فان الاجازة من الامور التعليقية والاصناف الحقيقية ذات الاضافة يصح ان تتعلق بالامور الماضية كما يصح ان تتعلق بالامور الحالية والمستقبله .
وهى مع احتوائها بالحقيقية الكذائية مأخوذة فى العقود جزءاً او شرطاً .

اذن فيصح ان تتعلق بالعقود الفضولية من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره فى النقل من ذلك الزمان ومن هنا ذكرنا انه لا بعد فى بيع مال فى الحال قبل يوم أو شهراً أو سنة غاية الامر انه خلاف بناء العقلاء ومنصرف عن مفاد العمومات فى الاصيلين ولكن لا مانع من شمولها على العقود الفضولية وجعلها صحيحة ومستندة الى المالك بالاجازة حين الاجازة من الاول كما عرفت وهذا بخلاف القبض فانه أمر تكوينى غير تعلقى فلا يمكن ان يستند الى المالك بالاجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الاجازة لان ما تحقق بتمام حقيقية فى الخارج وصار فعلى الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عما هو عليه ولا يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يوءخذ شئ فى حقيقته من الامور التعليقية حتى يمكن تعلقه بالامر المتقدم ويوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالاجازة ، اذن فلا معنى للقول بالكشف فى اجازة القبض والاقباض وانما يكونان مستنديين الى المجيز من حين الاجازة وعنده يكون قبضاً للمجيز فقهرأً يثبت

النقل ولا يمكن المناس عنه نعم لودل الدليل على صحة تعلق
الاجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس في
مقام الثبوت بل من جهة عدم وجود المقتضى والدليل عليه في مقام
الاثبات .

قوله § السادس الاجازة ليست على الفور للعمومات § .

اقول : ان الاجازة في العقد الفضولي ليست على الفور
للمعومات وصحيحة محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الاجازة
بعد الكراهة وهذا مما لاشبهة فيه .
وانما الكلام في انه اذا لم يجز العقد وتضرّ الاصيل بتأخيره
الاجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه وفيما انتقل عنه
على القول بالكشف .

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولي أو اجبار المالك المجيز بالاجازة
أو الردّ أو لا شيء عليه بل لا بد وان يتحمل بالضرر لاقدامه عليه بنفسه
وقد قوى المصنف الاول ولكن الظاهر انه على القول بالكشف و
شمول العمومات عليه لا يتم في جميع الموارد فانّ النكاح ممّا لم يثبت
فيه الخيار ليتجبر الضرر بالخيار الا في الموارد المنصوصة وكذلك لا يمكن
الاجبار في جميع الموارد كما اذا كان مالك العقد ممن لا يمكن اجباره
امّا لعلّو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه وقد نقل ان امرئة زوجت
نفسها للحجة المنتظر عليه وعلى ابائه الاف التحية والثناء و بقيت
على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولي من طرف
الاصيل .

والظاهر انه لا دليل على اجبار الطرف على الاجازة أو الردّ و

لا ثبوت الخيار للطرف الاصيل . أما الاول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلط الناس على اموالهم عقلا وشرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فان الاجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله وعدمه وليس لاحد أن يجبره على ذلك وهكذا الاجازة وتضرر الاخر من عدم اجازة المالك أو ردّه لا يجوز الاجبار بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر .

واما ثبوت الخيار فهو ايضا لادليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد وليس فى البين الا تضرر مالك الاصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفي الضرر وفيه ان الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار اما يكون فى مورد يكون حادثا لاموجودا من الاول فان اقدام الاصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الاول غاية الامر يختلف ذلك قلة وكثرة بحسب طول الزمان وقصره وهذا لا يوجب الفرق بينهما والحق انه لامناس من القول باللزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف ولعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الاجازة غاية الامر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فان أوفوا بالعقود قد اسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالاجازة والعجب من شيخنا الاستاذ كيف رضى القول باللزوم للاصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه .

قوله لا السابع هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا .

اقول : تارة تكون الاجازة مطابقة للعقد الواقع فضولاً بحيث يكون المجازعين ما صدر من الفضوليين وقد تقدم الكلام فى ذلك مفصلاً مع الاختلاف فيه بالكشف والنقل .
 واخرى لا يكون العقد المجاز مطابقاً للعقد الفضولى بل يباينه كما اذا وقع العقد الفضولى مثلاً على الدار وتعلقت اجازة المالك الاجازة على البستان فهذا باطل بلا اشكال لان ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الاجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الاجازة وما اجيز لم يقع عليه العقد .

وثالثة يكون المجاز مغائراً للعقد الفضولى لامغائرة مبانة بل بالاطلاق والتقييد أو بالكلية والجزئية كما اذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فاجاز أحدهما دون الآخر أو اجاز البيع فى احد المالكين دون الآخر فان المجاز مغائر لما وقع عليه العقد بالكلية والجزئية وكما اذا وقع العقد على الدار مثلاً مقارناً مع الشرط فاجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغائراً كما وقع عليه العقد الفضولى بالاطلاق والتقييد .

وهل يصحّ العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز وما وقع عليه العقد أم لا يصح وقد فصل المصنف وقال فلو وقع العقد على صفقة فاجاز المالك بيع بعضها فالاقوى الجواز كما لو كانت الصفقة بين مالكين فاجاز أحدهما وضرر البعض يجيز بالخيار ولو وقع العقد على شرط باجازة المالك مجرداً عن الشرط فالاقوى عدم الجواز وما افاده هو المتعيّن أما صحته عند الاختلاف بالجزئية والكلية كما عليه الاستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء انما ينحل الى

بيوع عديدة فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداءً فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لآنك قد عرفت ان الاجازة المتأخرة من المالك ليست الا كالبيع الابتدائى فكما له بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداءً مباشرة او توكيلاً فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غاية الامران فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن وفى الاجازة المتأخرة حصل موضوع الاجازة اعنى العقد قبلها واما تكميل حقيقة البيع وتامية ماهيته عند تحقق الاجازة لكونها من مقوماتها واجزائها .

وأما تضرر المالك بتبعض الصفقة فينجبر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأن المشتري يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضاً والا فليس المشتري ملزماً بقيامه على التزامه وبالجملة لانعرف وجهها لبطلان البيع فى هذه الصورة بل جرى على هذا المنهج - كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك وما لا يملك أو ما يملك وما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له ويبطل فى الآخر كما يصح فى ما يملك ويبطل فى الآخر كما اذا وقع العقد على الشاة مع الخنزير بل الامر كذلك فى بيع شئ واحد كما اذا باع داراً فضولة فاجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الآخر لكونه لشخص آخر والسرفى ذلك هو ما اشرنا اليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعددة كالعموم - الاستغراقى لا كالعموم المجموعى وكون الاجازة مثل البيع .

وأما اذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الاطلاق والتقيد والعموم والخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تارة يقع فى ضمن العقد واخرى فى ضمن الاجازة وعلى الاول فتارة يكون للمالك

على الاصيل واخرى للاصيل على المالك . فلو كان للمالك على الاصيل واجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهة فى صحة الاجازة و صحة استناد البيع اليه وتحقق حقيقته فى وعائه فانّ المالك مسلّط على ماله وكلّما يرجع اليه أمره فله اسقاط ما يريد اذا كان موجودا فى ذمّة أشخاص اخرين مثلا اذا باع الفضولى ثوب أحد و اشترط فى ضمن العقد ان يخيط الاصيل ثوبا للمالك فاجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله اسقاطه .

وبعبارة اخرى : انّ اجازة المالك التزام الفضولى بأصل المعاوضة وعدم اجازته التزامه بالشرط على نفس الاصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الاصيل على نفسه فلا وجه لتوهم البطلان الامن جهة التعليق فهو ايضا منفى كما سيأتى واما لو كان من الاصيل على المالك الفضولى فاجازه بلا شرط فقد حكم العلامة الانصارى (ره) بالبطلان وشيخنا الاستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للاصيل وافاد فى وجه ذلك بانّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الايجاب والقبول الذى يكون ضميمة لاحد العوضين فكما انّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فذلك المقام فأنّه وان لم يتعذر خارجا الا انّ امتناع المجيز وعدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر ولاوجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد والاناطة والحق عدمه ولذا نقول بانّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد الا اذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه ، فنقول لاشبهة انّ الشرط والمشروط اذا كانا من قبيل المعلق والمعلق عليه كالشرط والمشروط التكوينيّين فلا شبهة فى بطلان المشروط عند انتقاء الشرط اما نفسه أو لعدم حصول المعلق عليه كما

أنه إذا كانا من قبيل الأمرين الوجوديين المنضمين من غير أن يكون بينهما ربط فلا شبهة في صحة المشروط عند انتفاء الشرط كما إذا التزم عند بيع الدار بخياطة ثوب المشتري من غير أن يرتبط بالالتزام البيعى فإنه ح لامعنى لبطان المشروط مع عدم وفاء المشروط عليه بشرطه لعدم الارتباط بينهما ، بل لانتفاء حقيقة الشرط هنا فإنه لا يصدق الشرط والمشروط ما لم يكن بينهما ربط والتزام كما فى القاموس وجعل من ذلك الشريط لربطه أحد الشئيين بالآخر ، و على هذا فما معنى الكلام المشهور من أن الالتزام الشرطى فى ضمن الالتزام العقدى وأنه لا يلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط مع أنك عرفت أنه على تقدير يلزم من انتفاء الشرط بطلان العقد وعلى تقدير آخر فلا .

والذى ينبغى ان يقال ان معنى جعل الشرط فى العقود عبارة أخرى عن جعل الخيار فيها و صيرورة العقد خيارياً نظير جعل الخيار فيها ابتداءً وذلك فإن البائع مثلاً اذا اشترط فى ضمن البيع على المشتري شيئاً او اشترط المشتري عليه شيئاً وليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان ولا أنهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالآخر ليخرج عن معنى الشرطية بل معناه ان البائع إنما باع متاعه والتزم به مطلقاً من غير ايقافه على شئ آخر فأصل الالتزام البيعى غير معلق على شئ وغير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه ولكن اشترط على المشتري مثلاً كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفاً على الشرط الفلانى على المشتري بحيث لو وفى المشتري

بذلك الشرط فللبايع ايضا ان يقف على التزامه البيعى والا فلا فكما ان جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى ومن هنا نقول ان تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد وانما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا وليس للمشروط له اجباره على ذلك فان التزامه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما ان الوفاء به ليس واجبا تكليفا بل هو امر اخلاقى فكذلك الالتزام الشرطى فانه لا يجب الوفاء به وعلى هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المقام نظير تعذر الشرط فكما انه لا يوجب بطلان العقد وهكذا عدم الوفاء بالشرط وكذلك فى المقام اذا اجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى وليس نقص فى ذلك المبنى ولكن البنا ليس بصحيح .

وتوضيح ذلك ان العقد تارة يطلق ويراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام والاعتبار النفسانى واخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى اى المعنى المصدرى .

اما الاول : فهو مطلق وغير مقيد بشئ ولا متوقف عليه فانه بعد تحقق ما يؤثر فيه لامعنى لوقوفه على شئ بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل والا فلا ، فلا يعقل توقفه على شئ بعد حصوله والا يلزم من وجوده عدمه .

واما الثانى : فهو تارة يوجد من المتعاقدين غير مقيد بشئ كما اذا كان العقد غير خيارى بشرط وغير مقيد بشئ و اخرى يكون مشروطا بشرط كما اذا كان فى العقد شرط واشتراط فى هنا وان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى والثبوت

عليه متوقفاً على الشرط وتحققه اصل الالتزام مقيد بالشرط في مقام الانشاء فإنّ الاهمال فيه لا يعقل بل هو اما مطلق أو مقيد فحيث أنّه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيداً وعلى هذا فلو اجاز المالك ذلك بدون الشرط ومطلقاً فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الاجازة وما وقعت عليه الاجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الاجازة عليه .

إذاً فما ذكره المصنف صحيح وان كان ما ذكره شيخنا الاستاذ من حيث المبنى ايضاً صحيحاً الا انّ ما بنى عليه غير صحيح لانّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت .

وبعبارة اخرى : انّ الاجازة من حيث نسبة العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الايجاب والقبول بالاطلاق والتقييد يبطل العقد كما اذا قال البايع بعث الدار بئمن كذا على ان تخطيط لي ثوبا وقال المشتري قبلت بدون ذلك الشرط وهكذا في الاجازة فإنّ الاجازة وان كانت بعد تمامية العقد ايجاباً وقبولاً وليست مثل القبول من جميع الجهات والا لكان العقد الفضولي باطلاً بالفصل بين العقد والاجازة ولكن الاجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الى نفسه والامر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولي .

وبالجملة العقد الواقع فضولة على وجه خاص لا بدّ وان تقع عليه الاجازة على ذلك الوجه والا لحصل التخلف بين المجاز والعقد فيحكم بالبطلان .

لايتوهم انّ تقييد العقد على النحو الذى قلم عين التعليق فيكون باطلاً اّما لعدم حصول المعلّق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه .

فانه توهم فاسد ان معنى التعليق انّ اصل الالتزام العقدى متوقف على الشرط وهو على تقدير حصول الشرط والا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فانّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود المشروط و من عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام والوقوف عليه مقيّد بالشرط وهذا معنى ثبوت الخيار .

لا يقال انه اى فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الاجازة الموجب للبطلان .

قلت : فرق واضح بين الامرين حيث العقد قد تحقق على الاول ولكن لم يحصل شرط لزومه والدوام والثبات عليه وهذا بخلاف الثانى فانّ المجيز لم يقبل العقد فيكون باطلا نظير عدم قبول القابل بما انشأه الموجب كما تقدم فافهم وتأمل .

وتوضيح المقام انه هل يعتبر مطابقة الاجازة للعقد أم لا وعلى تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الاصيل وبين العكس وبين الصور الأخرى ام لا ، وتفصيل ذلك ان الاجازة تارة تكون مطابقة للعقد وهذا لاشبهة فى صحته كما تقدّم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل .

واخرى تباينه مبائة تامة كما اذا باع الفضولى الدار فاجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و اجاز المالك دار

الكبير وهذا الاشبهة فى بطلانه لانّ الاجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجزوما اجيز لم يقع فيحكم بالبطلان .
 وثالثة تكون الاجازة مخالفة للعقد الواقع من جهة وموافقة له من جهة اخرى كالاختلاف بالكل والجزء والعام والخاص والمطلق والمقيد ، اما الاول كما اذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع والكله بان باع الفضولى دارين او فرسين لزيد او احدهما لزيد و الآخر لعمره فأجاز المجيز أحدهما دون الآخر ، واما الثانى كما اذا باع الفضولى دار أحد بشرط وأجاز المالك المجيز بلا شرط سواء كان من المالك الاصيل أو العكس .

أما الاول : فلا شبهة فى صحته غاية الامر انه يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقة وذلك لان البيع ح انما يكون منحلا الى بيوع متعددة غاية الامر يكون كل فيها مشروطا بالآخر فالمجيز باجازه يقبل الالتزام على النحو الذى وقع ويرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل ولكن بدون الشرط والخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشتري الخيار وهذا واضح .

واما الثانى : فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمة فهى انه لم نعقل الى الآن معنى للشرط الاجعل الخيار وتوضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان .

الاول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما اذا باع العبد على ان يكون كاتباً فان الكتابة متعلق الالتزام الشرطى ويكون ملتزماً به واخرى يطلق على نفس الالتزام .
 اما الاول فلا شبهة فى عدم كون العقد معلقاً عليه ومقيداً به بان يقول بعثك العبد على ان يكون كاتباً والا فلا ابيع بحيث

يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به ومع عدمه فلا بيع أصلا فهذا الاشبهة في بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه في العقود واما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الاول بل معناه ان الالتزام الذي ورد على ذلك الملتزم به معلق عليه بحيث لم يكن كاتبا لايجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه وليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيط العمرو له ثوبا فقبل العمرو ذلك ولكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار وهكذا في جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات .

واما الثاني فلا شبهة في كونه قيدا للعقد فانه لو باع احد داره بشرط كذا او على ان يكون له الخيار فان بيعه هذا وان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم ولكنه مقيد بالالتزام الشرطي فالبايع من الاول باع بيعا مقيدا واورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الاول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى وح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطي فلم يقبل ما انشأه البايع ولم يرد التزامه على التزام البايع فيكون باطلا وبالجملة ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة اليها مطلق وانما هي قيد للالتزام والثبات على العقد ، واما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقيد اذا لولم يقبل المشتري ما اوجده البايع من العقد المقيد بالتزام خاص باى نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الاول لان ما اوجده

البائع لم يقع عليه القبول وما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا .
 اذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تارة يكون من المالك الاصيل بان باع الفضولى دارزيد فضولة من عمرو فاشترط عليه ان يخييط ثوب عمرو فاجاز العمرو بدون ذلك الشرط وهذا لا اشكال فى صحته لانّ المالك قد تجاوز عن حقه واسقطه من الاصيل و العفو والتجاوز عن الحق لا يوجب البطلان .

وبعبارة اخرى : انّ الالتزام البيعى وان كان مطلقا وقد قبله المالك باجازته على هذا النحو وورد الالتزام من المالك المجيز باجازته على التزام الفضولى ولكن اسقطه بعد قبوله غاية الامر أن ذلك انى وتقديرى لا أنّ الاسقاط قبل القبول او انّ المالك لم يجز التزامه بل شيئا اخر والا يلزم المحذور .

واما اذا كان من الاصيل على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الاجازة باطلة وذلك لعدم ورود التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الاصيل فانّ التزامهما مقيد والتزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الاجازة وما وقعت به الاجازة لم يقع فتكون الاجازة لغوا فلا يكون العقد مشمولا للعمومات الا اذا انضم اليه اجازة اخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد .

كيف فلولم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع احدهما متاعا مع شرط وخيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدّالين وقبل الاخر بدون ذلك الشرط فانه لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فانّ ما انشأه البائع غير ما قبله المشتري فالمنشأ لم يقبل وما قبل لم ينشأ

فاذا لم يتم ذلك فى الاصيلين فكيف فى الفضولى ولاشبهه انّ -
الاجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المجيز
كما انّ القبول يوجب استناد الايجاب الى القابل .
ومن هنا ظهر انّ ما جعله شيخنا الاستاذ المقام من صغريات
تعذر الشرط ليس بتمام حيث انّ فى صورة تعذر الشرط سواء كان
التعذر خارجيا او عقليا قد توارد الالتزامين من البايع والمشتري على
مورد واحد ولكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد
مثلا لو باع احد داره واشترط على المشتري ان يحج عنه فقد تعذر
ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لا يقدر على المشى او هرما او مات وهكذا
فانّ هذا ونظائره لا يوجب بطلان البيع فانّ المشتري قد التزم على
ما التزم به البايع ولكن قد اوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط
فيكون البايع مخيرا فى الفسخ او الرضايه حتى يتمكن المشتري من
ذلك واما التعذر الشرعى كالشروط المخالفة للكتاب والسنة فكما اذا
باع متاعا واشترط فى ضمنه ان يعطيه المشتري مقدار من الخمر
فقبله المشتري وهذا ايضا ليس نظير ما نحن فيه اذا المشتري ايضا
قبل التزام البايع على النحو الذى التزم وتوارد الالتزامين على مورد
واحد ولكن المنع الشرعى اوجب التعذر والمنع فلا اشكال فيه ايضا
من هذه الجهة واما من جهة كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد
او انه مثل التعذر العقلى يوجب الخيارا أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر
وسياتى فى محله .

لا يقال ما الفرق بين عدم مطابقة الاجازة مع العقد فى بيع
المجموع المركب وبين عدم المطابقة فى صورة الاشتراط فاما لا بد من

القول بطلان الاجازة فيهما او عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى .

أقول الفرق بينهما بديهي وقد ظهر ممّا ذكرنا وملخصه انّ في صورة اختلاف الاجازة مع العقد بالجزئية والكلية انّ المجيز قد اجاز البيع على النحو الذي وقع وهذا بخلاف صورة الاختلاف بالاطلاق والتقيد بيان ذلك انه اذا باع فرسين من عمرو فضولة لمالك واحد أو لمالكين ففي الحقيقة انّ هنا بيعان كليهما خيارى فانّ كلاً من - الفرسين بيع منضمّا الى الآخر وبهذا الشرط فاذا اجاز المجيز احدهما دون الاخر فليس معناه انّ المجيز اجاز البيع الغير الخيارى بل اجاز البيع الخيارى ولذا لو سئل لاجاب هكذا فح يثبت للبايع الخيار و لا يلزم ورود الاجازة بما لم يقع وكون ما وقع خاليا عن الاجازة وهذا معنى خيار تبعض الصفة وهذا بخلاف صورة عدم المطابقة في الشرط فان الاجازة لم تقع على العقد كما عرفت .

وبعبارة اخرى : انّ صورة عدم المطابقة بالجزئية والكلية نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشتري أحدهما دون الاخر فهل يتوهم احد انّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الايجاب و القبول بمورد واحد وكذلك مانحن فيه وهذا أمر واضح في الاصيلين وغيرهما وبذلك يبتنى خيار تبعض الصفة .

فتحصل عدم بطلان الاجازة في صورة عدم المطابقة بالجزئية والكلية دون عدم المطابقة بالاطلاق والتقيد مع كون الشرط من الاصيل على المالك ومن هنا ظهر انّه لا وجه لادراج صورة عدم - المطابقة بالجزئية والكلية تحت العقد في تعدّد الشرط وجعل

الاختلاف بالجزئية والكلية والاطلاق والتقييد وتعذر الشرط كلها من واد واحد .

ثم لو كان الشرط عند الاجازة وخارجا عن العقد وهذا ايضا تارة يكون من المالك على الاصيل واخرى من الاصيل على المالك واما لو كان من المالك على الاصيل بان باع الفضولى داره من الاصيل خمسين دينارا واجازه المالك مع اشتراط سكنى سنة فى تلك الدار فذكر المصنف وجوها فى ذلك الاول القول بالصحة والثانى الصحة لو اجازه الاصيل والثالث البطلان بمعنى ان العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الاجازة لان ما وقع عليه العقد لم يجر وما أجز غير الواقع فتكون تلك الاجازة باطلة ولا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى انه وان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائية اما من جهة الاجمال كما ذكره بعضهم واما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ وشئ اخر فما لم يرتبط أحدهما بالاخر لا يطلق عليه الشرط ومن هنا قال فى القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه احد الشئتين بالاخر وهذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد ومن قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا ايضا ولكن لا دليل عليه وانما هو خلاف الاخلاق ولكن ما نحن فيه ليس كذلك فانه يكون ذلك الشرط بالاجازة شرطا فى ضمن العقد والتزاما فى التزام .

بيان ذلك ان الاجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا ومطلقا من دون اشتراط

من الطرفين على الاخر ولكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان
الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط وحصوله والا فلا يلتزم -
بالايجاب .

وبعبارة اخرى : يلتزم بقبول الايجاب ونسبته الى نفسه على
ان يكون له على الموجب ذلك الشرط والا فلا يلتزم وح لولم يرض
الموجب بهذا المشروط يبطل الايجاب والقبول لعدم ورودهما على
مورد واحد وعدم ارتباط احدهما بالاخر فيكونان باطلين واما اذا رضى
الموجب على ذلك فيصح بلا شبهة لعدم القصور من شمول المؤمنون
عند شروطهم عليه وانما الخارج منه بالاجماع او باقتضاء لفظ الشرط
هو الشروط الابتدائية واما غيرها فلا .

غاية الامر لم يكن ذلك الشرط مذكورا عند الايجاب و موجودا
وقته وتأخر الموجب في ذلك عن القابل ولا دليل لنا على وجوب
ذكر الشروط في الايجاب بل المناط في لزومها وعدم شمول دليل
وجوب الوفاء عليه وعدمه وهذا في غاية الوضوح فأمر الاجازة أمر
القبول كما تقدم وأما لو كان من الاصيل على المالك بأن اجاز المالك
مع شرط للاصيل على نفسه وهذا لا شبهة في صحته بالدلالة الالتزامية
الفحوائية فانّ المالك قد اجاز البيع الذي كان الاصيل ملتزما به مع
اضافة شرط عليه على نفسه وقد كان الاصيل ملتزما بالبيع مطلقا و
بدون الشرط فبالاولوية نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذي
مرجعه الى جعل الخيار وقد تقدم نظير ذلك في رواية البارقي و
قلنا انّ رسول الله ص وان كان قد وگله بشراء الشاة بدينارين الا
انّه بالاولوية قد وگله في شرائها بدينار ايضا فيكون شرائه الشاة بدينار

من جهة التوكيل فتكون الرواية خارجة عن الفضولية فان من وكل الغير شراء دار بخمسين دينارا فبالاولوية راض بشرائه بعشرين هذا واغتم .

قوله : واما القول فى المجيز فاستقصائه يتم ببيان امور .

اقول : الاول ذكرانه يشترط فى المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف فلا تجوز الاجازة ممن لا يجوز التصرف فى حقه وهذه قضية قياسها معها فانك عرفت مرارا ان الاجازة من الاحكام الشرعية الثابتة للملاك بالنسبة الى اموالهم نظير جواز البيع غاية الامر ان جواز البيع حكم ابتدائى والاجازة امر متأخر وقد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولى فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا تجوز له الاجازة لكونها بيعا حقيقة فانّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك ولم يكن بيعه وحين الاجازة ثار بيعا له كما انه باع من الاول مباشرة ولا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو النقل فانّ هذا انما بعد الفراغ من صحة الاجازة والفرض ان الاجازة غير صحيحة وهكذا الامر فى كل مورد لاتصح الاجازة .

وبعبارة اخرى : ان حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فيشترط فيها ما يشترط فى البيع وعلى هذا فلو باع الفضولى ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فاجازة المفلس أو الراهن بنفسها لا تؤثر فيه بوجه والامر الثانى : انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد والافيبطل العقد الفضولى فصحته مشروطة بذلك الشرط وقد ذكروا فى وجه ذلك وجهين ، الاول ، ما عن قواعد العلامة من ان صحة العقد بدونه يمتنع فاذا امتنع فى زمان فيمتنع فى جميع الازمنة لعدم الفرق فى

الامتناع بين قلة الزمان وكثرته .

الثانى بلزوم الضرر على الاصيل فانه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا وشمله الاطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الاصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه ان يجيز العقد لانه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه ولا فيما انتقل اليه فادلة نفى الضررين فى لزوم ذلك العقد وهذا يتصور على وجوه .

الاول : ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه ان يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا او شرعا او لم يكن والا فيبطل وعلى هذا فلا موقع لذا الشرط فى الاموال حتى عند العامة ايضا ان ما من مال الاوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولى أما عندنا فلو وجود ولى الامر صاحب العصر عجل الله فرجه فانه الولى المطلق فائ مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه وتصرفه فوليه هو الامام (ع) ونعم ما ذكر البيضاوى ان هذا الشرط لا موقع له عند العامة لقولهم بوجود الامام (ع) فى كل زمان واما عند العامة فكذلك ايضا لانهم ايضا قالوا بوجود ولى الامر فى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصح فى النكاح بناءً على عدم ولاية احد حتى الامام عليه السلام.

الثانى : ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا .

الثالث : ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا .

وبعبارة اخرى من الاول : ان الكلام هنا أى فى شرائط المجيز

يقع فى ضمن مسائل .

الاولى : انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف حال الاجازة فلا يجوز لمن لا يجوز له ذلك وقد تقدم هذا .
 المسئلة الثانية : ان يكون موجودا حال العقد و قد ذكر العلامة (ره) انّ الممتنع فى زمان ممتنع دائما و اضاف اليه الشيخ بكونه ضررا على الاصيل فانه لا يجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الاجازة و لافيا انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالاجازة فلو بقى العقد الفضولى على النحو الذى وجد لكان ضررا على الاصيل .

ثم انّ هذا الشرط يتصور على وجوه .

الاول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ذات المجيز و من يكون من شأنه اجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما ، و هذا الشرط انما يتم على غير مذهب الامامية و اما على مذهبهم القائلين بوجود الامام فى كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى اذ لم يوجد عقد فى العالم الا وله مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (ع) عندنا ولى الامر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الامامية يمكن ذلك و كذلك - عندهم اذ لم نقل بكونه وليا فى جميع الامور حتى النكاح مثلا - الثانى - ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الاجازة عقلا بان لا يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك مما يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فانه ح يحكم بفساد العقد و هذا الوجه ايضا لاحق بالاول فلا فائدة فى البحث عنهما فانه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالاولوية مضافا الى ورود

الروايات فى صحة نكاح الصغيرين مع عدم التمكن من الاجازة الفعلية عند العقد وكذلك صحيحة محمد بن قيس ورواية البارقي فهذا ان الوجهان ليسابهمّ والعمدة هو الوجه الثالث .

الثالث : ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى بان لا يكون مانع شرعى من الاجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطة ومصلة فيه مع حضور الولى ثم صار ذلك البيع ذا مصلحة كما اذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائة ولكن صار وقت الاجازة ذا مصلحة لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فانّ ذات المجيز وان كان موجودا حال العقد وله تمكّن عقلى ايضا من الاجازة عنده الا انّ اجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطلة ولولم يكن يجيز حال العقد فانه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن وهذه الاجازة تصرف وبيع بلا وجه حسن فتكون باطلة ويكون العقد باطلا ولكن الظاهر عدم اعتبار ذلك ويظهر منه بطلان الوجهين الاولين ويظهر حكمه من عكس المسئلة كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحة فيه فاذا اراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحة فى حق اليتيم ووصل اليه الخبر بترقى المال على اضعاف مقابل ما باعه الفضولى فلا شبهة فى عدم صحة اجازته ونفوذه وكون البيع باطلا فانّ البيع وان كان ذا مصلحة حال العقد ولكن ليس فيه مصلحة حال الاجازة والمناط وجودها عندها لانّ زمان الاجازة كان زمان البيع حقيقة ونقطة شمول اوفوا بالعقود عليه فحيث انه فى هذا الزمان غير مصلحة فى حق اليتيم فيكون باطلا والسرفى ذلك هو ما تقدم انّ حكم الاجازة حكم البيع

الابتدائى فكما لا يصح بيع مال اليتيم بلا مصلحة ابتداءً فكذلك لا يصح اجازة بيعه لكون العقد بالاجازة مستندا الى الولى .

وبعبارة أخرى : قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن واجازة الولى بيع مال اليتيم فضولة عند عدم الصلاح فيه حال الاجازة ولو كان فيه مصلحة حال العقد تقرب بغير وجه احسن فلا تكون نافذة اذ المناط فى كون البيع ذا مصلحة حال الاجازة .

ومن هنا يظهر حكم ما نحن فيه اذا البيع ولو كان خاليا عن المصلحة عند العقد ولكن حالها عند الاجازة فكما يصح البيع الابتدائى عند وجود المصلحة فيه فكذلك تصح الاجازة للبيع الفضولى فان زمان الاجازة هو زمان تحقق البيع حقيقة و زمان شمول العمومات اذا - فاشترط كون المجيز متمكنا من الاجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط التمكّن حال الاجازة ومن هنا لو كان فاقد للتمكّن الشرعى حال العقد وصار واجداً له حال الاجازة فتصح اجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الاولين بالاولوية وكذلك اتضح انه لا يفرق هنا بين القول بالكشف والنقل كما تقدم واما ما ذكره العلامة (ره) من ان الممتنع فى زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتى فالكبرى امر مسلم كالاجتماع الضدين والنقيضين والدور و التسلسل التى مرجع كلّها الى اجتماع النقيضين ومن هنا يسمّى مبدء المبادئ فانّ امثال ذلك انّ الشئ اذا امتنع فى زمان فيكون ممتنعا دائما لانه لا يحتمل انّ اجتماع النقيضين يكون محالا فى زمان و غير مستحيل فى زمان اخر بل هو محال بذاته ولكن الصغرى ليس بمسلم اذ الامتناع فى امثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحة

عقد الفضولى ممتنعا ليس بذاته بل هو بالغير ومن جهة عدم العلة والمصلحة وان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيرى فهو مسلم صغرى اذ عدم صحة عقد الفضولى حال العقد انما هو لاجل عدم المصلحة فيه عنده ولكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير فى زمان لا يكون ممتنعا دائما فيجوز ان يكون ممتنعا فى زمان لاجل عدم علة وممكنا فى زمان اخر بل واجبا لوجود علة ومن هنا قال الشيخ الرئيس انّ الممكن من ناحية علة ليس ومن عدم علة ليس و- بالجملة الامتناع الغيرى تابع لعدم علة فكما كانت معدومة فينعدم واذا وجدت العلة يخرج المعلول من الامتناع فضلا عن ان يكون ممتنعا دائما وهذا واضح جدا فلا ندرى ماذا اراد العلامة من كلامه هذا وهو بعيد بمقاله واما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضررا على الاصيل لكونه ممنوعا من التصرف فى ما انتقل عنه لاحتمال الاجازة وكونه مال الغير فيكون التصرف حراما ولا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الاجازة وكونه ايضا تصرفا فى مال الغير فيكون حراما . وفيه اولا انّ الضرر انما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد اثبتنا عدم لزومه من الاول وانما يكون لازما بالاجازة فاذا لم يتحمل الاصيل بالضرر فله الفسخ ويجوز له التصرف بدون الفسخ مستندا الى اصالة عدم الاجازة فلم يشمل عليه من حين العقد او فوا بالعقود حتى يمنع من التصرفات .

وثانيا تقدم من المصنف انّه لا يجوز للاصيل ان يتصرّف فيما انتقل اليه ولا فيما انتقل عنه الى زمان الاجازة لعدم العلم بالاجازة وعدمها فاذا نقض ما ذكره هنا بما تقدم بانه لو تضرر الاصيل الى

زمان الاجازة فى غيرالمقام فباى وجه اجبتم هناك فمثله يجيب هنا
ايضا من القول بجواز الفسخ او انه اقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ
اوغير ذلك وبالجملة ليس للمقام خصوصية ليجب انكار صحة الفضولى
عند عدم وجود مجيز حال العقد ولاينكر صحة اصل الفضولى و قد
تقدم عدم تمامية الاستدلال بادللة نفي الضرر هنا فراجع .

قوله الثالث لايشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد .

اقول : وهذه المسئلة الثالثة تتصور على ثلثة انحاء الاول

ان يكون عدم جواز التصرف من ناحية عدم المقتضى كما اذا باع
الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا
عند عمرو وانما ملكه بين العقد والاجازة باع شيئا لنفسه وكان لغيره
ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرف المجيز حال العقد
من جهة فقدان شرطه كما اذا باع الفضولى مال اليتيم او السفية او
المحجور لفسل ثم صاروا واجدين للشرائط فان عدم كون المجيز ممن
يجوز له التصرف حال العقد من جهة عدم تحقق شرط التصرف و
الا فالمقتضى لذلك موجود وهو كونه مالكا حال العقد .

الثالث ان يكون ذلك من جهة وجود المانع بان كان المقتضى

والشرط كلاهما موجودين ولكن يقترنان بمانع يوجب عزل المقتضى و
الشرط عن التأثير وهذا كما اذا باع الفضولى مال الراهن فضولا فان
الراهن مالك حقيقة وشرائط التصرف موجود فيه ولكن افترن ذلك
بمانع اوجب منعه عن التأثير وعن جواز التصرف .

فهل يحكم فى هذه الصورة ببطلان البيع الفضولى او بالصحة

فللمجتزان يجيز العقد بعد تجدد المقتض واحتوائه الشرائط وارتفاع

الموانع او يفصل بينها فيحكم بالصحة في بعضها و بالبطلان في بعضها الاخر وجوه .

اما الصورة الاولى فالبحث فيها من جهات ثلث الاولى ان لا يكون المجيز جائز التصرف حال العقد واقعا الثاني ان لا يكون المجيز جائز التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهري في حقه وحكم بعدم جواز التصرف فيه .

الثالث ان يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيلا وتوهما من غير ان يكون كك واقعا او يتم في حقه الحكم الظاهري في مرحلة الشك فالجامع في الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلى مع العلم به فهذه الصورة بعينها هي مسألة من باع شيئا ثم ملك فهي مسألة معروفة وسياتي الكلام فيها واما الصورة الثانية فالظاهر انه لاشبهة في صحة العقد وعدم اشتراطها بكون المجيز جائز التصرف حال العقد بل يكفي في صحته كونه جائز التصرف حال الاجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه وقيوده و تحقق حاويا لها من القصد وغيره في صحيفة الوجود خلا استناده الى من له العقد ولا بد وان يستند اليه و اذا كان المجيز حين اجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه والحكم بصحته فذلك حين انعقاده وان كان غير واجد لمجيز يجوز تصرفه الا غير شرط في صحته بل يكفينا الشك في ذلك فنندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحة تاهلية فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذي يوضح ذلك انه لو عقد صبي او سفیه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فاجازة الولى او اجازا بعد ارتفاع اليتيم و السفه -

وصيرورة الصبي بالغاً والسفيه رشيداً فهل يتوهم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل .

نعم فى المجنون اذا عقد بسفه ثم افاق واجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة وبالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفيه و الصبي بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة ام كان المتصدى لذلك شخص فضولة ثم اجازها فلا شبهة فى صحة ذلك البيع ولا يضر عدم كون المميز حين الاجازة جائز التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الاجازة وذلك لانّ العقد تمام من جميع الجهات الامن جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الاجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه .

اما الصورة الثالثة فهى اقتران بالمانع كما اذا باع الراهن او المرتهن او الفضولى مال الرهانة ثم اجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث انّ الراهن لم يكن جائز التصرف حال العقد واما صار كك حين الاجازة فهل يصح هذا العقد ام لا او يفصل الظاهر انه لا مانع من الحكم بصحة العقد هنا ايضا لما تقدم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد باجازته اذا كانت حين كون الراهن جائز التصرف خصوصا اذا كان البايع هو المرتهن فانّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كون حقه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية وبالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الاجازة حكم البيع الابتدائى فكما انّ المناط فى تماميته صحة البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

زمان العقد فك في البيع الفضولى هو زمان الاجازة فى الشروط
 التى ترجع الى المالك دون العاقد وقد فصل بين بيع المرتهن
 الرهن فحكم بصحته وبين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده وحاصل
 الفارق ان بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولى فهو تمام من
 جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات باجازة الراهن وهذا
 بخلاف الراهن فانه وان كان مالكا ولكن الشارع قد منع عن جواز
 بيعه العين المرهونة لتعلق حق الغير بها والغى بذلك استناد
 المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه وان كان تمام من سائر
 الجهات فالمبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعا ومعلقا من
 دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفية و
 البيع الفضولى فان البيع فى لجميع يستند الى المالك بالاجازة بعد
 البلوغ والرشد فى الاولين والاجازة فى الثالث او الى من له العقد
 اعنى الولى فيتم العقد من جميع الجهات ولم يبلغ الشارع الاستناد
 بالكلية فى امثال تلك المذكورات وهذا بخلاف الراهن فانه الغى
 استناده اليه وهو نظير تزويج الرجل بنت الاخ او الاخت على العممة
 والخالة حيث ان الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من
 دون اذن العممة والخالة فيكون فاسدا وبالجملة كان اساس المنع
 ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لالغاء الشارع استناده
 اليه مع تعلق الغير بالعين والفرض انه لم يقع هنا عقد اخر بعد
 انفكك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا ولا توجب انفكك الرهن
 صحته ولا ان اجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضولة
 فلا يكون ذلك العقد مشمولا للعمومات وفيه الظاهر انه لافرق فى الحكم

بالصحة والاستناد بين بيع الراهن والمرتهن وغير البيوع الفضولية و
كلها قابلة الاستناد الى المجيز ولها صحة تأهلية .
وذلك فان اجازة المرتهن والعمه والخالة وان كانت دخيلة
فى صحة العقد ولكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهلية و
عن قابلية الاستناد الى من له العقد بعد تمامية سائر الشرائط و
اجازة من لاجازته دخل فى صحة العقد فانه لانرمانعا عن شمول
ادلة صحة العقود على ذلك بوجه غاية الامر لابد من ملاحظة ما
يدل على دخالة اجازة الغير فى صحة العقد فبذلك المقدار نرفع
اليد عن اللزوم وانما نحكم به بعد اجازة الغير واما المقدار الزائد
فلا وليس فى الادلة الدالة على دخالة اجازة الغير ما يدل على
بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن او العمه و الخالة كما
لا يخفى .

فيكون ذلك تخصيصا لادلة اللزوم من الاول نظير تخصيصها
بالادلة الدالة على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد وليس ذلك
تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم امكان التمسك بالعمومات فى
مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن .
ويؤيد ذلك الاخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث ان -

الصغيرين ليسا ممن يستند اليهما العقد عنده .

وكك يدل على ذلك الادلة الواردة فى صحة نكاح العبد
بدون اذن المولى حيث علل بانه لم يعص الله وانما عصى سيده
ففى المقام ايضا ان الراهن فى بيعه هذا لم يعص الله وانما عصى
المرتهن فيكون عقده وبيعه صحيحا ويتم من جميع الجهات باجازة

المرتهن فهذا الاشبهه فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى .
و يؤيد ذلك بيع الصرف والسلم حيث انّ العقد حين وقوعه لم ينتسب
الى من له البيع الى زمان القبض لاشتراطه به وانما ينتسب بعد
تحقق شرطه وهو القبض ويكون مشمولاً لافوا بالعقود ومقامنا كك فانّ
العقد الصادر من الراهن لم يكن مستندا الى الراهن حين الصدور
من جهة المانع وكان باطلا بمعنى عدم ترتب الاثر عليه ولكن بعد
ارتفاع المانع يكون منتسبا الى المالك ومشمولاً للعمومات كما هو واضح
وبعبارة اخرى : انّ المقام من صغريات دوران الامر بين
التخصيص والتقييد وقد تحقق في محلّه انّ التقييد مقدّم على
التخصيص لكونه قدراً متيقناً مثلاً اذا ورد اكرم العلماء وعلماً بخروج زيد
العالم عنه في اليوم الاول يقينا ولكن نشك في خروجه الى الابد
او في اليوم الاول فحينذ يدور الامر بين تقييد العام باليوم الاول و
الالتزام به من جهة طرؤ حالة موجبة للتقييد وبين تخصيصه واخراج
الخاص من تحته الى الابد فيؤخذ القدر المتيقن لانه المتيقن الخروج و
تمسك بالعام في الازمنة الاخرى ومقامنا كذلك حيث ورد التقييد قطعاً
للعومات ببيع الراهن حين تعلّق حق الرهانة بالعين الموهونة و
خرج بيعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس ولكن نشك
انّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حالة تعلق حق -
المرتهن عليها ليكون الاخراج تقييداً او ابدى ليكون الخروج تخصيصاً
فحيث انّ القدر المتيقن هو الاول فالمقدار الزائد منه مشكوك فملتزم
بالتقييد فنتمسك بالعمومات في المقدار الزائد وهذا واضح جداً .
وقد بقى هنا امران الاول انه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

وعدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه وشمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه وانفكّك الرهن فهل لاجازة المرتهن دخالة فى صحة ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد وكان البيع واقعا فضولة او اصاله من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفكّ وحين صدور العقد ام لا الظاهر عدم دخالة رضاه فى صحة ذلك العقد فانّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات باجمعها الا من جهة الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهة الاستناد ايضا فيشملة العمومات و بعد ذلك تعليق صحته الى شئ اخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و اذا شككنا فى دخالته فى صحة العقد فنُدفعه بالعمومات .

الامر الثانى وهو المهم انه هل هذا كسائر البيوع الفضولية فى جريان نزاع الكشف والنقل فيه او انّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازه عنها لانّ الظاهر انه لاملازمة بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فانه (ره) مع اسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فاذا باع الراهن العين المرهونة فلا تكون الملكية حاصلة من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك انّ اساس قولنا بالكشف فى هناك هو انّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط الا جهة الانتساب فاذا انتسب اليه بالاجازة فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الاجازة و تثبت صحة العقد و

ترتب الاثرعليه من الاول لجواز تعلّق الاجازة بالامر المتقدم كجواز
تعلقها بالامر الحالى و الامر المتأخر لكونها من الامور التعلقية كما عرفت
وهذا بخلاف ما نحن فيه فانّ عدم تمامية العقد على العين المرهونة
حين العقد لم يكن مستندا الى جهة عدم الانتساب الى المالك بل
كان مستندا الى المالك لو كان الراهن هو البايع وعلى تقدير كونه
الفضولى فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و
الثانية جهة تعلق حق الغير به وعدم كون المجيز جائز التصرف
حين العقد بل كان فاقدا لشرط اخر وهو خلّوه عن رضاية من رضايته
شرط فى صحة العقد وهو حق المرتهن ولذا لو كان البايع هو
الراهن او غير الراهن فضولة و اجاز الراهن قبل اداء الدين و فك
الرهن لا يكون العقد ايضا مشمولا للعمومات لاقترانه بالمانع وهو حق
المرتهن وعلى هذا فلو باع الفضولى العين المرهونة او الراهن فى
يوم السبت وانفك الرهن يوم الاحد و اجاز الراهن يوم الاثنين فلا
يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما
اذا كان البايع هو الفضولى وعدم وجدانه تمام الشرائط لو كان هو
الراهن وفقدان رضاية المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فانّ
ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فاذا رضى المالك
بالعقد فيكون نافذا من زمان الفكّ و انحصار المانع بعدم رضاية
المالك .

وبعبارة اخرى : انّ رضاية المجيز المالك تصلح العقد من
جهة الموانع التى ترجع اليه ومن ناحيته دون الموانع التى من
ناحية الغير فانّ الناس مسلطون على اموالهم و شئونهم و حقوقهم

فليس لاحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنة الغير ويكون ذلك موجبا لازالة حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى وهو فى الحقيقة متوسط بين الكشف والنقل المتقدمين وهذا نظير بيع الصرف فانه لو باع احد مقدارا من الذهب فضولة ثم حصل القبض بعد ساعتين واجاز المالك ذلك البيع بعد اربعة ساعات فهل يكشف ذلك الاجازة من حصول النقل من زمان العقد مع ان شرطه وهو القبض غير حاصل بل اجازته هذه تكشف عن حصول النقل والانتقال من زمان القبض فانّ المانع عن النقل والانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضى المالك فقط بل كان بعد القبض ايضا موجبا لعدم حصول النقل والانتقال ومن هنا كان الامر ك لو كان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم .

وبالجملة لانعقل وجها للقول بالكشف من حين العقد فى بيع الفضولى العين المرهونة كما لا يمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف ايضا .

هذا كله فيما اذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط او وجود المانع واما المسئلة الاخرى فهى ما كان ذلك مستندا الى عدم المقتضى فقد عرفت انّ هذه المسئلة منحلة الى ثلث- مسائل .

الاولى ان يبيع شخص ما لالنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع ونحوه او بالنواقل القهرية كالارث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد ام لا وقد نسب

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسألة بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب وقبل اخراج الزكوة حيث التزم الشيخ الطوسى بصحة البيع ويلزم للمالك اداء الزكوة من ماله مع ان هذه المسئلة من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شئ ليس للبائع مالكيّة لها ثم ملكه فان حق الفقراء قد تعلق بالمال وكانوا شركاء معهم باى نحو كانت الشركة سواء كان بعنوان الشركة الحقيقيه او من باب الكلّى فى المعين .

وفيه : ان الظاهر ان الشيخ لم يفت فى هذه المسئلة بالجواز من جهة القواعد بل لورود النص الصحيح عليه وقد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكات وهى صحيحة عبدالرحمن البصرى قلت للصادق (ع) رجل لم يترك ابه وشاته عامين فباعها على من اشترىها ان يتركها لما مضى قال نعم توخذ زكوتها ويتبع البائع او يوءدى زكوتها البائع والعجب من المحقق كيف رضى القول بالاشكال على الشيخ مع ورد النص عليه وغفل عن النص كما ان العجب من المصنف حيث احتمل انه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحة البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان او حق المرتهن ولم يحتمل كون الشيخ مستندا الى الرواية واذن لوجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوطة بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد .

والحاصل ان الكلام فى عدم كون المجيز جائز التصرف حال العقد من جهة المقتضى يقع فى ضمن مسائل .
الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع ام لا

كما اذا باع الابن مال ابيه ثم ملكه بالقهر كالارث او بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى انه محتاج الى الاجازة ام لا وقد ذكرنا انه لاملازمة بين هذه المسئلة وبين مسئلة بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فانّ اصل مسئلة بيع العين الزكوى وان كانت من صغريات هذه المسئلة بناء على تعلّق الزكوة بالعين وكون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركة على نحو الاشاعة او على نحو الكلى فى المعينّ ولكن المسئلة منصوصة فجواز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فانّه ورد النص على ما فى حاشية السيّد انه لو باع المالك العين الزكوى فيكون البيع صحيحا فتكون الزكوة على البايع بان يوءديها من ماله او تتبع المال فيوءديها المشتري فهذا امر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكلية فارجاع الشيخ المسئلة الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة فقد عرفت جوابه فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد وقبل تحقيق المقام لابد وان يعلم انّ مقتضى العمومات والاطلاقات صحة تلك المعاملة فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص ليجب تقييدها وتخصيصها اذا عرفت ذلك .

اعلم انّ المسئلة ذات قولين قول بالصحة كما عليه المصنف و جمع كثير غيره وقول بعدم الصحة وعليه جماعة اخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد الله التستري وقد استدل على البطلان بوجوه قد اشار اليها المصنف والى جوابها .

الاول الاشكال المتقدم فى بيع الغاصب وهو منحل الى وجوه ثلاثة وقد ذكر المصنف انه لا يجرى بعضها فى المقام .

الاول عدم تمشى القصد من الغاصب الى حقيقة المعاوضة فيكون باطلة وقد اجاب عنه شيخنا الاستاذ بوجه لا يكون ذلك جوابا عما نحن فيه ولكن على ما اجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا ايضا واما ما ذكره شيخنا الاستاذ فى تصحيح بيع الغاصب الذى لا يجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الاستاذ انّ من باع شيئا بما أنّه مالك تارة يكون مالكا حقيقياً كما اذا كان مالكا للمبيع .

واخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقة الادعائية فى المجاز على ما سلك به السكاكى طريق المجاز كما اذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فانه ليس بمالك حقيقة ولكن لاجل سرقة الاضافة المالية و نسبتها الى نفسه قد رأى نفسه مالكا للعين و باع بادعاء أنّه مالك و تخيل وجود اضافة مالكيّة بين المال و بين نفسه كما يتخيل كون المنية سبعا و يثبت له لوازم السبعية من الاظفار و هذا الوجه لا يجرى فى المقام فانّ البايع لا يدعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكية ادعائية بل هو بعد على اقراره بانّ المال للغير و انما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار فى المقام و من هنا ذكر شيخنا الاستاذ انّ البايع لم يسرق الاضافة ولم يغصب المال فكيف يقصد المبادلة بين الثمن الذى يقصد تملكه و الثمن الذى هو ملك لغيره مع انها تقتضى دخول الثمن فى ملك من خرج عنه الثمن ولكن قد تقدم انّ الوجه فى صحة بيع الغاصب غير ما ذكره شيخنا الاستاذ .

وحاصله انّ حقيقة البيع كما مرّ مرارا ليست الا عبارة فى المبادلة بين المالىين بحيث يدخل العوض المكان الذى خرج عنه المعوّض و كك

العكس وخصوصية قصد المالك ليست دخيلة فى صحة البيع بوجه
وانما هو امر زائد عن حقيقة البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك
الخصوصية فهو امر موافق للواقع و امر زائد عن حقيقة البيع لا يضر ولا
ينفع و اذا باع مال غيره لنفسه فحقيقة البيع التى عبارة عن المبادلة
بين المالىن قد تحققت لعدم تقدم حقيقة المبادلة والمعاملة بخصوصية
المالك وانما حقيقتها متقومة بتبديل المالىن كما عرفت وهى انما تحصل
بالمبادلة فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الاضافة وهذا
المعنى قد تحقق هنا غاية الامر ان خصوصية كون البيع لنفس البايع
مع عدم كونه مالكا امر زائد عن حقيقة البيع فقصد الامر الزائد عن
حقيقة البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع ولا يضر بصحته
ووجه صحة بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا ايضا لكونه
بيعا حقيقة وشمولا للعمومات فان ما اعتبر الرضاية فى البيع ليس
الا آية التجارة وقوله (ع) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا
شبهة ان الشخص اذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه انه تجارة
عن تراض وطيب نفس ولعل مراد المصنف من قوله ربما لا يجرى بعض
الوجوه هنا هو هذا الوجه .

واما ما ذكره شيخنا الاستاذ فشى لا يمكن تصديقه اذا الغاصب
لا يسرق الاضافة وانما يغصب المال واما الاضافة فامر اعتبارى يعتبره
لنفسه فمجرد ادعائه المالكية لا يوجب انقلاب الواقع عما هو عليه بناء
على دخالة تعيين المالك وقصده فى حقيقة البيع .

الثانى ان الغاصب انما قصد كون البيع لنفسه و عامل على
ذلك القصد فلا شبهة ان البيع انما يقع للمالك اذا اجاز دون الغاصب

فيلزم ح كون ما تعلق به الاجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا اذا-
الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع .

وهذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا ايضا
اذ البايع لمال الغير لنفسه انما باعه لنفسه و بقصد كونه له واجازة
المالك انما هي بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع
غير مجاز و المجاز غير واقع وليس ما اجازة المالك منشاء حتى يكون
موردا للاجازة .

الوجه الثالث : ان الاخبار تدل على ان بيع ما لا يملك حين
العقد غير جائز وقد تقدمت الاشارة اليها والى توجيهها وسياتي
الكلام فيها تفصيلا .

والحاصل ان من جملة الاشكالات التى اشكل به التستري
على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من
عدم تحقق قصد البايع الى حقيقة المعاوضة والمبايعة فان حقيقتها
مبادلة مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوض
منه لتحقق المبادلة بين المالين فى جهة الاضافة .

اقول : وقبل الدخول بتوضيح ذلك لا بد وان يعلم ان مقتضى
العمومات والاطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع
عليه فى العرف حقيقة فيكون مشمولا للعمومات والاطلاقات فان
ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تخصيصها او تقيدها
فناخذ به ونقيد بذلك او نخصص الاطلاق و العمومات والافتحكم بصحة
المعاملة وهكذا الامر فى جميع الموارد اذا عرفت ذلك فنقول انه و
ان اجبنا عن ذلك الاشكال امس بما لا يضر ببيع الغاصب و لا ببيع

البائع مال الغير لنفسه ولكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه ولكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه .
 الاول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري منه بعد ذلك او يملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعاً انه يملك .
 وبعبارة اخرى يكون الانشاء فعلياً والمنشأ استقبالياً بحيث ينشأ فعلاً ملكية مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه ولكن ملكية متاخرة نظير بيع مال نفسه بعد خمسة ايام وهذا لا شبهة فى صدق حقيقة المبايعه عليه وتحقق القصد من البائع الى ذلك وكونه مشمولاً للعمومات والاطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهة التى نحن بصددھا بل لا يتوقف على الاجازة اصلاً لكونه خارجاً عن البيع الفضولى وانما باع مال نفسه .

نعم نتوقف فيه من جهة التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فانّ الانشاء هنا وان كان حالياً ولكن المنشأ عبارة عن ملكية مال زيد للمشتري بعد خمسة ايام نظير باب الوصية و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له او لغيره او قال بعتك هذا ان قبلته فانّ امثال هذه التعليقات التى هى راجعة الى التعليق فى اركان العقد المنكونة فى العقد حقيقة سواء صرح به ام لا لا يضر بالصحة لكونها مما لا بد منه و خارجاً فى معقد الاجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام .

اللهم الا ان يقال ان بطلان التعليق انما هو بالاجماع كما سمعت وهو دليل لى فلا بد من اخذ المتيقن من ذلك فهو فيما اذا كان البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شئ فحكم ببطلانه -

للتعليق للاجماع على بطلانه واما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخل فى معقد الاجماع .

الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون الانشاء والمنشأ كليهما فعليين من دون ان يكون فى البين تعليق بان يكون المنشأ الملكية بعد خمسة ايام بل ينشأ ملكية مال زيد لعمره فى مقابل خمسة دنانير ليدخل الثمن فى كيسه ويخرج المثل من كيس زيد من غير ان يكون غرضه انشاء الملكية المتأخرة ليمتلك بعد ذلك ويعطيه للمشتري وان كان غرضه التستري (ره) هذا الوجه الظاهر انه لا مدفع له لانتفاع حقيقة المبيعة فان حقيقة المبادلة بين المالىين وذلك لا يتحقق الا بكون العوض داخل على كيس من خرج المعوض من ذلك ومن هنا قلنا سابقا ان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالىين فى جهة الاضافة وبان يعقد العوض مكان المعوض والمعوض مكان العوض والا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى وعلى هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد الى حقيقة المبيعة والمبادلة وما قلنا امس من عدم دخالة خصوصية المالك فى حقيقة البيع لكونها امرا زائدا عنها وان كان صحيحا ولكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصية بل راجعا الى هدم حقيقة البيع فانه انما لا يضر عدم التوجه الى الخصوصيات المالكية اذا كانت حقيقة البيع متحققه وانما كان الاشتباه فى خصوصية المالك انه هو او غيره كما اذا باع مال غيره اشتباها او بتخييل انه له فان القصد فى امثال ذلك انما تعلق بالمبادلة بين المالىين بحيث يكون العوض داخل مكان المعوض وبالعكس غاية الامر

انّ الخطاء وقع فى تطبيق المالك على غير المالك .
نعم هذا يجرى فى بيع الغاصب حيث انه نزل نفسه ادعاء منزلة المالك وجعل نفسه من مصاديق ذلك فانّ المبادلة انما وقع بين المالين بحيث يكون العوض داخلا فى ملك طبيعى المالك و بالعكس والخصوصيات الشخصية المالكية خارجة عن حقيقة المبادلة و اذا باع شخص مال غيره كما فى الغاصب بدعوى انه هو المالك نظير دعوى الحقيقة الادعائية فى المجاز على ما سلكه السكاكى فقد حصلت المبادلة بين المالين حقيقة واما اذا لم يكن كذلك ولا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه ولا الى التخيل بل مع العلم بانّ المال مال الغير يبيع ذلك ليكون المعوض خارجا من كيس مالكة و يدخل العوض داخلا بكيس نفسه البايع دون المالك فقد عرفت فى تعريف البيع انه خارج عن حقيقة المبيعة و المبادلة و بالجملة ان الخصوصيات المالكية لا تضرّ بحقيقة المعاملة اذا لم توجب التزلزل فى حقيقة المبادلة و الا فلا بدّ من اعتبارها على النحو الذى عرفت .
لا يقال انّ من باع مال غيره لنفسه وان لم يدعى كونه نفسه مالكا تنزيليّا و من مصاديق طبيعى المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مدة اما بالقهرا و بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد ايضا بالمجاز المشارفة .
فانه يقال انّ المجاز المشارفة لا يوجب تحقق البيع حقيقة و انما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صدر منه بيعا مجازا و لا يقاس ذلك -
بالادعائى فانه يوجب تحقق البيع حقيقة .
الاشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه انه لا بدّ و

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط وحاويا لها غير جهة
رضاية المالك فاذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات ويستند البيع
اليه ويكون مشمولا للعمومات ومقامنا هذا ليس كك اذ البايح مال
الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضاية المالك ليس قادرا على
تسليم المبيع حين العقد مع انه لا بد من اعتباره حين العقد بمقتضى
الادلة وقد اجاب عنه المصنف بما حاصله ان كلامنا فى المقام فى
البيع الفضولى وان رضاية المتأخرة هل توجب صحة ذلك البيع ام
لا فقد عرفت كفايتها فيها فان ما يدل على اعتبار رضاية المالك ليس
الا آية التجارة والتوقيع الشريف الدال على حرمة التصرف فى مال
الغير الا بطيب النفس ولاشبهة ان البيع الفضولى بعد رضاية المالك
تجارة عن تراض واكل مال الغير بطيب نفسه وليس مثل بيع مال
الغير عدوانا وغصبا او نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجارة عن تراض.
واما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان
مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بامر البيع الفضولى .

وفى مقامنا هذا ان هذا البيع باطل من جهة عدم قدرة البايح
على التسليم لانا لانضائق من اعتباره حال العقد لاجل الدليل
الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو
بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد وان كان قادرا حين
الاجازة وما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببايع فتفسد
المعاملة .

اقول اما التزامه بكفاية رضاية المالك عند الاجازة وكون البيع
الفضولى بالاجازة تجارة عن تراض واكل مال الغير بطيب النفس

فمما لاشبهة فيه لعدم الدليل فى صدق التجارة عن تراض ازيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالاجازة .
 واما اعتباره القدرة على التسليم حال العقد فتارة نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى واخرى بالقدرة عليه اما الاول فلا دليل على اعتباره فى صحة العقد قطعاً غاية الامر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشتري او البايح مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط - الضمنى للالتزام كل من البايح والمشتري ضمناً على التسليم كما لا يخفى واما اعتبار القدرة على التسليم فليس عليه دليل الا احد الوجهين على سبيل منع الخلوّ فشىّ منهما لا يدل على مقصد المصنف احدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطرياً وغررياً وقد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلاً لذلك .

وفيه انّ الخطر والخديعة الذى هو معنى الغرر انما يتوجه عند الاجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البايح حقيقة فانّ وقت الاجازة وقت تحقق البيع وحصول حقيقته وترتب اثاره واما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقداً فلم يتحقق البيع حقيقة ليترتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب احكام البيع واثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهة ولا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد ايضا ام لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال ابيه فمات و انتقل اليه او مال غيره فاشتراه بعد ذلك كالعاقد وان كان فعله منشأً للاثر من جهات اخرى كما تقدم .

اذن فلا يكون ذلك دليلاً على اعتبار القدرة على التسليم حال

العقد بل على اعتباره حال الاجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهة عدم القدرة على التسليم ايضا فلا يكون ذلك مانعا من شمول العمومات والاطلاقات على ذلك وبعبارة اخرى : انّ الدليل انّما دلّ على اعتبار القدرة على التسليم للبايع بان يكون هو قادرا على تسليم ما باعه وعنوان البايعة انّما تحقق عند الاجازة فيكون المالك باجازه بايعا لانّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببايع حقيقة فيكون اعتبار القدرة على التسليم من حين الاجازة للمالك لا قبله فيكون المناط قدرة المالك حال الاجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد ايضا ام لا .

الثانى قيام الاجماع على القدرة على التسليم فى البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا فى المقام انّ البايع ليس بقادر عليه حال العقد .

وفيه على تقدير قبول الاجماع فهو دليل لى فالمتيقن منه صورة كون البايع بايعا لمال نفسه فانه ح نعتبر القدرة على التسليم حال العقد .

واما فى بيع مال الغير لنفسه فنشك فى دخول ذلك فى معقد الاجماع فيكون خارجا عنه لعدم الاطلاق للدلالة البينة ليشمل الموارد المشكوكة ايضا .

واما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحة البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه ومن هنا لو باع ماله من شخص ولم يسلم ذلك قهرا عليه فلا يوجب ذلك بطلان المعاملة كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لاعداء الدين نعم يثبت للمشتري خيار الفسخ

من جهة المخالفة بالشرط الضمنى حيث انّ البايع يستلزم ويشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع الى المشتري والا فله ان يفسخ المعاملة لاجل مخالفة هذا الشرط .

الاشكال الثالث من اشكالات التستري انه على القول بالكشف وكون الاجازة كاشفة عن الملكية السابقة كما هو الحق واغضنا النظر عن الاشكالين الاولين من منع تحقق حقيقة البيع او بطلانه من جهة عدم القدرة على التسليم انه يلزم خروج المال عن ملك البايع قبل دخوله فيه فانّ الفرض انه باع مال غيره لنفسه ولم يملك بعد وقد ملك المشتري عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور .

وقد اجاب شيخنا الانصارى عن هذا الاشكال .

بما حاصله انّ دليل الكشف انما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لافى مورد غير قابل لذلك فاذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه او باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فاجاز البيع فيكون حصول الملكية على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابلية تحقق الكشف ويكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البايع او من له البيع الفضولى الى زمان الاجازة فيما احتاج اليها واما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكية حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها .

وبعبارة اخرى : انّ كشف الاجازة عن الملكية انما يترتب على وجود الملكية بحيث انّ الملكية بمنزلة الموضوع للكشف والكشف عنها بمنزلة الحكم المترتب على الملكية واذا لم يكن من له البيع

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالاجازة بل من نقطة من الزمان الذي يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطة ليس المورد قابلا لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل الى المشتري ويتصور الكشف وعلى هذا فيكون المال خارجا من ملك البايع بعد دخوله في ملكه لا قبل دخوله فيه .
وعلى هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا وليس عن شمولها مانع عقلي او شرعي ليكون موجبا لرفع اليد عنها .

وبالجملة من حين وجود القابلية ان يخرج المال من ملك البايع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك .
ثم قال لا يقاس المقام بما تقدم في الكشف والنقل انه لو خص المالك على الكشف الاجازة بزمان متأخر عن العقد حيث قلنا بعدم صحة ذلك ووجه عدم القياس ان القابلية للكشف هنا كموجود من الاول فتكون العمومات شاملة عليه من حين العقد بخلافه هنا فان العمومات كما عرفت شاملة عليه من زمان تكون القابلية لا قبله فيكون الاجازة في الاول بعد العقد مع كون القابلية من حين العقد قاذحة في صحة العقد وغير موافقة للواقع .

وقد اشكل عليه شيخنا الاستاذ بانه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولى واسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة به وبناء على كون الرد متحققا بالفعل والقول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذي باعه الفضولى ردا عمليا كالفسخ العملى فى باب الخيار وكالرجوع العملى فى باب الطلاق اذن فلا يبق

مجال لاجازة من له العقد ذلك العقد الفضولى لسقوطه عن قابلية
لحوق الاجازة عليه .

وفيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولى بمعنى
اسقاطه عن قابلية لحوق الاجازة بها وانّ ذلك امر ثابت للمالك اما
بالاجماع او بدليل السلطنة لكون ذلك ايضا حقا ثابتا له فى ماله و
من شئون سلطنته ويرد عليه أولا انّ مقتضى الناس مسلطون على
اموالهم كونهم مسطرين على اموال نفسهم لاعلى اموال غيرهم اذا
بيع المالك ماله اوجب سقوط قابلية العقد عن لحوق الاجازة به فى
ملك نفسه لافى ملك غيره فانه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز
العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك وانتقاله الى الورثة
فكما للورثة ذلك فكذلك للمالك الثانى ذلك والسرفى جميع ذلك هو
انّ خصوصية المالك غير دخيلة فى صحة البيع بل هو مبادلة مال
مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر .

وثانيا انّ الدليل اخصّ من المدعى فانّ هذا انما يتم فيما
اذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل القهرية كالارث ونحوه
كالبيع والهبة ونحوهما واما لو كان بالنواقل القهرية كالارث ونحوه
فلا عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الاول كما هو واضح ومن عجائب
شيخنا الاستاذ حيث التزم انّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام
المورث فيكون الكشف هنا من الاول ومن زمان العقد فانه باى وجه
يمكن الالتزام بانّ الوارث قائم مقام المورث فيكون اجازته كاشفه عن
الملكية من اول الامر وزمان العقد ليكون تبدل المالكين ايضا من
هذا القبيل .

واما ما افاده شيخنا الانصارى من انّ الكشف من زمان القبول وهو اول حدوث الملكية لمن له العقد وفيه انه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز والمجاز غير واقع حيث انّ المنشأ هو الملكية من زمان العقد والذى وقع هو هذا والاجازة تعلقت على الملكية من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد اذا فلا مقتضى لصحة العقد لانه ليس هنا عقد لتشمله العمومات وبعبارة اخرى : انّ العقد الفضولى بمنزلة الايجاب والاجازة بمنزلة القبول فيما هو واقع هنا فايجاب ليس له قبول وما تعلق به الاجازة فقبول ليس له ايجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولا للعمومات .

الاشكال الرابع : انّ العقد الاول الذى اوقعه البايع الفضولى وباع مال غيره لنفسه انما يتوقف على صحة البيع .

الثانى اعنى اشتراء البايع الاول المبيع الذى باعه من المشتري فضولة من مالكة الاصلى لانه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لا يصح بيعه الاول ايضا فانّ البايع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل انما باع مال غيره فبيعه انما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشتري الاول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الاول ايضا وصحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الاول والا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه وعلى هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فانّ مقتضى صحة البيع الاول كون الملك للمشتري من زمان العقد الذى يكشف باجازة من له العقد او بدون الاجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البايع بايعا لنفسه وصحة البيع الثانى كونه

للاصيل الى زمان البيع .

فاجتماع المالمين فى ملك واحد محال للتضاد على ان صحة البيع الاول متوقفة على تملك البايح المبيع فهو متوقف على ملك البايح الثانى ليبيعه منه مع انه لو صح الاول يلزم منه عدم الثانى فانه مع صحة الاول يكون المبيع مالا للمشتري من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثانى و ملكية الاصيل و اذا لم يبق مجال للثنائى فيعدم صحة البيع الاول و ملكية المشتري الاول ايضا لان الفرض انه كان متوقفا على الثانى فيلزم من وجود البيع الثانى عدم الاول فيلزم من وجود الاول عدمه و كك الثانى فيلزم من وجوده عدمه فى آن فهو محال .

وقد دفعه المصنف بمثل ما اجاب به فى الاشكال الثالث من ان الكشف من زمان القابلية لا من زمان العقد ولكن بناء على صحة جواب المصنف فهو انما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لا يد دفعه فى جميع موارد الفضولى على الكشف و فى المقام من زمان القابلية كما اشار اليه التستىرى (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود فى جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل فى المقام فان صحة البيع الفضولى على الكشف يقتضى حصول الملكية للمشتري من زمان العقد او من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفة على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الاجانب فيلزم اجتماع المالكين فى ملك واحد و من وجود ملك المشتري الاصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فان ملكية المشتري يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

اجازة المالك تقتضى عدم ملكية المشتري فملكية المشتري تقتضى عدمه
وكك صحة الاجازة تقتضى وجود ملكية المشتري الاول فهو يقتضى
عدم صحة الاجازة فصحة الاجازة تقتضى عدم صحتها فلا بدّ اما من
القول ببطلان البيع الفضولى بالكلية او بطلان القول بالكشف .
وقد اجاب عن ذلك الاشكال التستري بالالتزام بالملك الصورى
بدعوى انه يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهرا وهو الحاصل من
استصحاب ملكه السابق لانها الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق ولا
يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعا وهو يقتضى الملكية
الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب .

واجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحة .
الاول ان الاستصحاب انما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى
فتنفذ اجازته ما لم ينكشف الحال وبعد انكشاف الواقع وعلم انه ليس
بمالك فلا تكون اجازته نافذة بل لا بدّ فى صحتها من كونها صادرة
من المالك الواقعى كالبيع فانهما من اثار المالك الواقعى دون المالك
الظاهرى ومن هنا لوتبين فى مقام اخر كون المجيز غير المالك لم
تنفع اجازته لان الملكية من الشرائط الواقعية دون العلمية .
الثانى انه لا وجه للفرق بين صورتى الاجازة والعقد بان يلتزم
بكفاية الملك الصورى فى الاول وبعدم كفايته فى الثانى بل هما من
واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى والمالك الواقعى كما
عرفت ولا ينقضى تعجيبى منه فى وجه الفرق فانه كيف حكم بان
الاجازة اسقاط للحق ورفع اليد عنه مع انه لا يعقل رفع اليد عنه
الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم .

قال شيخنا الانصارى والتحقيق انّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفية على مسلك المشهور من القول بكون الاجازة شرطا متأخراً يوءثر فى سببية العقد المتقدم واما على القول بالكشف الحكى فينزل بالاجازة غير المالك منزلة المالك فى زمان العقد وهذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكة الاول حقيقة .

وهكذا الكلام فى الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فانه عليه ينكشف بالاجازة كون المشتري مالكا حقيقة من حين العقد ولكن من زمان الاجازة بحيث يحكم بترتب اثار الملك عليه حين الاجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكى والظاهر من كلامه هذا انه التزم بالاشكال على الكشف الحقيقى وكك الظاهر من شيخنا الاستاذ انه ايضا التزم بالاشكال ولذا سلك مسلكا آخر وقال انّ اجتماع المالكين فى ملك واحد انما يستحيل فى المكية العرضية لافى الملكية الطولية فقد ورد نظيره فى الشريعة كمالكية العبد فانها فى طول مالكية المولى فانّ المولى مالك له ولما فى يده وفى طول ذلك فهو مالك لما فى تحت يده وفى المقام انّ مالكية المشتري فى طول مالكية المالك فاذا اجاز المالك البيع فيكون مالكية المشتري فى طول ذلك فلا محذور فيه .

وفيه : انّ الطولية فى الملكية انما تكون متصورة اذا كان الثانى من شئون الاول ومن فروعه والا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا ونظير ذلك ما ورد فى الشرع من المثال المتقدم من ملكية العبد فانّ ملكيته من شئون ملكية المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك فى طول مالكية المولى له ولما فى يده و من

شئون ذلك كونه مالكا لما فى يده وكك نظيره فى الملكية التكوينية نظير مالكية الخالق جميع الموجودات ومن شئون ذلك مالكية العباد اموالهم بالملكية الاعتبارية ومن هذا القبيل مالكية القائم مقام و سلطنته للبلد ومالكية المتصرف لها ولغيرها فانّ الاول فى طول الثانى وهكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فانه سلطان جميعهم وفى جميع ذلك الملكية الواقعة فى طول الملكية الاولى ليس الا من شئون الاولى لانّها ملكيتان مستقلتان ومالكيتهما مالكية مستقلة .

وهذا بخلاف المقام فانّ مالكية المشتري وان كانت فى طول مالكية المميز الا انّ ذلك طولية العلية والمعلول وان ملكية المشتري معلولة لملكية المميز والا لم تحدث الاجازة ملكية للمشتري مثلا بل تكون كاجازة سائر الاجانب اجنبية عن العقد و ليس ملكية المشتري من شئون ملكية المميز بنحو بل كل منهما ملكية مستقلة فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها واذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث ولكلّ منهما التصرف فى ذلك المال كيف يشاء و هكذا وهكذا فيعود الاشكال الى حاله على النحو الذى عرفت ومن العجائب ما ذهب اليه شيخنا الاستاذ من قيام الورثة مكان المورث ووجه العجب انه وان كان فرض ذلك ممكنا وغير محتاج الى مؤونة بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثة اجازة للبيع من حين العقد ولكنه لا دليل عليه وانما الدليل على انّ ما تركه الميت فلو ارثه و الذى ينبغى ان يقال انّ المميز مالك فى حال الاجازة لولا اجازته بمعنى انّ اجازة كل احد لا تكون مؤثرة فى العقد الفضولى حتى

الاجانب بل انما تكون الموثرفيه اجازة المالك اى الذى لولم يجز
كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الاجازة لانه مالك حقيقة ليلزم
المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند اجازته مالكا حقيقة بل على
تقدير عدم الاجازة فالى زمان الاجازة هو مالك حقيقة فبالاجازة -
نكشف عن حصول الملكية من زمان العقد حقيقة .

وبعبارة اخرى : تارة نتكلم فى مقام الاثبات ووجود المقتضى
والدليل على ذلك فقد تقدم انه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور
واخرى نتكلم فى امكان ذلك وفى مقام الثبوت فتصويره على النحو
الذى ذكرنا بمكان من الامكان كما هو واضح فلوورد الدليل على
ذلك لوجه لحمله على الاستحالة والرد من هذه الجهة بل ناخذ
ونبنى عليه لتماميته ثبوتا واثباتا .

الاشكال الخامس : انه اذا كانت الاجازة المتاخرة كاشفة عن
صحة العقد الاول فيكون المال ملكا للمشتري الاول فح اذا وقع عليه
العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشتري فيكون فضوليا فيتوقف
على اجازته كما لوورد على المبيع بيوع متعددة فاجاز المالك البيع
الاول فان صحة البيوع المتاخرة تتوقف على اجازة المشتري الاول
وعلى هذا فيلزم توقف صحة اجازة المجيز على اجازة المشتري للبيع
الثانى فانه ما لم يجز المشتري البيع الثانى لا يتحقق موضوع لاجازة
المجيز فان الفرض ان المبيع ملك للمشتري وصحة اجازة المشتري
متوقفة على اجازة المجيز لاصل البيع فانه بدون ذلك لا تحصل
الملكية للمشتري اصلا اذن فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على
الاخرى .

وايضا يلزم ان تتوقف صحة العقد الثانى واجازة العقد الاول على اجازة المشتري الاصيل كما هو واضح وهذا من الاعاجيب فان ذلك يستلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن و تملك المشتري الاول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان ودون تمامه ان زاد الاول ومع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه فالثمن له وقد كان المبيع له ايضا بما تدله من الثمن مثلا وتوضيح ذلك اما العقد الاول فتوقفه على اجازة المشتري بالواسطة فانه يتوقف على اجازة البايح المتوقفة على البيع الثانى المتوقف على اجازة المشتري وهكذا يلزم عدم تملك المالك الاصيل شيئا من الثمن والمثمن اما الثمن فلان المبيع ملك للمشتري فالبايح الفضولى يشتري منه حقيقة فلا بد من ان يسلمه الى المشتري واما المثمن فلانه بالبيع الاول تملكه المشتري وهكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولى بعشرة ثم اشتراه بهذا المقدار من الاصيل فيجب عليه رده الى المشتري ويلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الاول كما لو اشتراه بعشرة واشتراه البايح من الاصيل بخمسة ويلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الاول كما لو اشتراه بخمسة واشتري البايح من الاصيل بعشرة ثم ان تلك الوجوه مذكورة فى الايضاح وجامع المقاصد .

الاشكال السادس : ان بيع الاصيل ما له من البايح الفضولى

رد عملى لبطلان البيع الاول فيكون باطلا غير قابل للاجازه .

وفيه قد تقدم انه على تقدير كون الرد موجبا لاسقاط العقد

فى القابلية فهو اما بدليل السلطنة وفيه انه يقتضى اسقاط العقد

الاول عن القابلية فيكون موجبا لاسقاطه عن القابلية فى ما له مادام ماله فاذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه
واما بالاجماع فالمتيقن منه ان المالك له حق الرد من ماله
لامن مال شخص اخر فالمبيع وان تعلق به ذلك العقد ورد ماله
ولكن بعد ما خرج فى ملكه فلا نعلم تاثيررده عن البيع حتى اذا
كان مال شخص اخر ايضا فلا ندرى كون ذلك داخلا فى معقد الاجماع
على تقدير تحققه .

الاشكال السابع : على بطلان بيع مال الغير لنفسه الاخبار
الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك .
فهى على ثلاثة طوائف الاولى ما دل على ذلك مطلقا فى
الاعيان الشخصية والبيع الكلى فتكون ظاهرة فى بطلان بيع ما ليس
عنده مطلقا كقوله (ع) لا تبع ما ليس عندك وامثال ذلك .
الثانية ما يكون ظاهراً فى حرمة بيع الاعيان الشخصية التى
ليست عنده كروايتى ابنى الحجاج فى بيع الدابة فانها ظاهرة بل
صريحة فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده وهذا يظهر من
روايتين آخرتين التين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس
عنده فان الظاهر من قول السائل اشترى متاعا ليس معناه المتاع
الكلى الشامل لكل شئ لانه لا يكون محط نظربل المتاع الشخصى
فيكون قوله (ع) بعدم الجواز اذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى
ظاهرا فى بطلان المعاملة على العين الخارجية التى ليست عنده .
الثالثة ما يكون ظاهرا فى البيع الكلى مثل ما دل على عدم
جواز بيع الحرير قبل الشرى فان الظاهر من الحرير هو الكلى .

اما الطائفة الثالثة فلا بدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهة او على التقيّة اذ لاشبهة في جواز البيع الكلى فى الذمّة عندنا على ما نطقت به الروايات ومن هنا نقض الامام (ع) على - العامة القائلين بعدم جواز بيع الكلى للاخبار الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه ايضا بيعا كليّا فلا بدّ من حمل ذلك على التقيّة لقولهم بذلك او على الكراهة واما المطلقات فلا بدّ ايضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقة او بتخصيصها ان قلنا بكونها عامة بما يدلّ على جواز البيع الكلى فى الذمّة و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصّص تلك المطلقات او العمومات بالاعيان الشخصية اذن فيقع الكلام فى بيع الاعيان الشخصية التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها ارشادة الى بطلانها فهل تلك المطلقات او العمومات بعد التقييد او التخصيص مع تلك الاخبار الخاصة اى الطائفة الثانية تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الاعيان الشخصية ام لا ليكون مانحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياته .

ومن هنا يعلم انّ حمل تلك الاخبار باجمعها على التقيّة او الكراهة لاوجه له وقد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لاتنفى الصحة الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الاثار عليه قبل الاخذ والاعطا واذن فلا يكون فاسدا وغير قابل للاجازة المستقبلية .

وفيه انّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد وتأويلها بارادة نفي الاثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحة خالد بن

الحجاج حيث دلّت على عدم الباس اذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود الباس اذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى .

و بعبارة اخرى : أنّها تدل على وجود الباس فى ذلك البيع عند استناده الى البايع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل أنّ الالتزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من المتعاملين بمعنى أنّه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعاملة الفضولين ايضا غير لازم قبل الاجازة لانّ العمومات تشمل عليها من زمان الاجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحة البيع لنفسه رواية الحسن بن زياد الطائر الدالة على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهة عدم جعلها دليلا ما ذكرناه سابقا من خروج امثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال أنّه على هذا فتلك الاخبار شاملة لبيع الفضولى ايضا لكونه ايضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك .

فانه يقال لا يقاس المقام ببيع الفضولى اذ عرفت انّ زمان البيع من زمان الاجازة فيها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الاجازة لم يكن الا صورة البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون بيعا بالاجازة و كانت له صحة تاهلية لاصحة فعلية بحيث قبل زمان الاجازة لم يكن هنا بيع حقيقة و بالاجازة صار بيعا حقيقة و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فانّ بايع مال الغير لنفسه من الاول باع لنفسه و اسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الاول و ليس كبيع الفضولى

ليكون بيعاً من زمان الاجازة اذا فقياس المقام بالبيع الفضولى فاسد من اصله .

وقد تحصل من مطاوى ما ذكرنا ان الاخبار المشار اليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه ايجابا واستيجابا من غير المالك .
ثم ان صور المسئلة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجرّاً الثانى بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا اما بالاختيار او بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشتري الخيار اذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هى الصورة الاولى بعد ما كان كلامنا فى البيع الشخصى دون الكلى كما انه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا وعدم قدرة البايع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين .

ومن هنا يحكم العلامة الانصارى (ره) بصحة الصورتين الاخيرتين فى موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبايع وليس لها تعرض الى جهة اجازة المالك .

وفيه ان المتيقن من موردها وان كان ذلك وكك هو مورد تعليل العلامة الا ان اطلاقها يشمل الصورتين الاخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فان مقتضى التعليل فى قوله ع فى رواية ابن المسلم وليس به باس انما يشتريه منه بعد ما يملكه وكك مقتضى الاطلاق فى قوله ع اليس ان شاء ترك وان شاء اخذ فى رواية خالد وكك قوله لا توجبها قبل ان تستوجبها وغيرها من الروايات ظاهرة فى بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجزا او معلقا تعليقا من جهة البيع او من جهة اللزوم وكون فرد متيقن الإرادة من

الدليل لا يوجب الانصراف ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه وبين ما نحن فيه .

المسئلة الثانية ان يبيع للمالك ويشترى ذلك من المالك قبل اجازته فهل يجوز له اجازة ذلك البيع لنفسه ام لا وقد حكم العلامة الأنصارى بصحة ذلك ايضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولاً للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسئلة بيع الغاصب لنفسه ثم يجيزه المالك فكما انه صحيح وكك هذا .

وفيه اولاً انه وان لم يكن من بيع البايع لنفسه باقسامه المتقدمة قانّ الفرض انه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا انه كما لا بد وان يكون البيع فى ملك فلا بدّ فى صحة الاشتري ايضا ان يشتري من المالك ليكون صحيحاً فان مقتضى التعليل انما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشتراء فلا بدّ فى صحة اشتراء المشتري من ان يكون البايع مالكا او اشتري قبل بيعه بحيث يكون اشتراء المشتري اشتراء من المالك والا فيبطل الشرى فانه لم يقع من المالك حين العقد وحين الاجازة لم يكن شراء ليكون من المالك وبعبارة اخرى : انّ بعض الاخبار وان لم يكن شاملاً لما نحن فيه كالروايات والعمومات الدالة على بطلان بيع البايع ما ليس عنده فانّ المفروض انّ هذا الشخص لم يبيع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولاً لها ولكن فى بعضها الآخر غنى وكفاية فانّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال الى البايع شراء من غير المالك وبعد ما انتقل الى البايع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك ويكون صحيحاً باجازه البايع وبعبارة اخرى

انّ المتحصل ولو من بعض الروايات هو لزوم كون البايع الذى يستند اليه البيع وتشمله العمومات ويحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد والا فلا يمكن استناد البيع اليه بالاجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه وما هو مربوطا بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته وثانياً انه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلا بحسب القواعد فانّ البيع وان كان عبارة عن مبادلة مال بمال وليست الخصوصيات المالكية دخيلة فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين او ذاك الشخص المعين الا انه فيما اذا كان النظر الى كلى المالك وكون المبادلة بين مالى كلى المالك فانه ح لا يلزم معرفة شخصى المالك بل يكفى حصول التبديل بين المالىين فى ملك المالك الكلى وطبيعى المالك واما اذا كان شخص المالك موردا للنظر بحيث يكون التبديل فى مال الشخص المعين فح لا بدّ وان يكون اضافة باقية الى حين الاجازة والا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز والمجاز غير مقصود وعبارة اخرى لا بدّ وان تكون الاضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الاضافة حين العقد محفوظة حال الاجازة وفى المقام ليس كك فانّ التبادل بين المالىين حين العقد حصل على الاضافة التى بين المالك والمشتري وخرج العوض من ملكية المشتري ودخل تحت اضافة المالك و المعوض خرج من المالك ودخل تحت اضافة المشتري و تلك الحالة غير باقية حال الاجازة فانّ اضافة العين الى المالك قد انقطع واما تعلق بها الاضافة المالكية من البايع فهى غير الاضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز وما اجيز غير الواقع و بعبارة

اخرى لا بدّ وان يكون المجيز مالكا حال العقد والا يلزم ان المقصود غير مجاز والمجاز غير مقصود لان تبادل مال بمال تحقق فى الاضافة المالكية الواقعة بين المال ومالكه الاولى وبين الثمن وتلك الاضافة التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الاجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فانّنا بالنسبة الى التبديل كالموضوع بالنسبة الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لاجال للحكم وعلى هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع ولا يقاس ذلك ببيع الغاصب ومن هنا ظهر عدم تصحيح البيع فى المسئلة الثالثة ايضا فهى ما يكون الشراء لاجنبى باعتقاد انه مالك وتحقق القصد لاجل هذا - الاعتقاد بحقيقة البيع فانّه ايضا ليس بصحيح أوّلا لشمول بعض تلك الاخبار عليه ولولم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه وثانيا من جهة عدم بقاء الاضافة التى كانت موضوعا للتبديل ومحلا له وارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت ولا يقاس هذه المسئلة ولا المسئلة السابقة ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثال بين المسئلين وان كانا متعاكسين فانّ الصحة فى بيع الغاصب على حسب القواعد اذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادلة بين المالىين فى جهة الاضافة المالكية وتحقق حقيقة المعاوضة التى عبارة عن المبادلة بين المالىين مع دخالة وجود طبيعى المالك فيها لتحقيق حقيقة التبادل فى جهة الاضافة غاية الامر انه يجعل نفسه بحسب الادعاء والعناية مالكا كالمجاز على مسلك السكاكى فحقيقة البيع محقق حقيقة ولا كذب فيها وانما الكذب فى جعل نفسه مصداقا للمالكية فهو امر لا واقع له وعلى هذا

فاجازة المالك بيع الغاصب توجب صحته وكونه له دون اجازة البايع
البيع الذى اوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فانّ فى الاول
كان الواقع مجازا والمجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فانّ
الواقع غير المجاز والمجاز غير الواقع فانّ الاضافة التى كان تبديل
المالين فيها قد ارتفع فلم يبق الامر الواقع حين الاجازة و الاضافة
التى حدثت حين الاجازة لم يقع تبديل المالين فيها ليكون مورد
اللاجازة وعلى تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فانك
عرفت أنّه ارتفع بارتفاع موضعه اعنى الاضافة المالكية بين المالك
الاول والمال ولعل الى هذا اشار المصنف بالامر بالتأمّل ولا يفرق
فى ما ذكرنا من عدم صحة البيع اذا كان المالك المجيز غير المالك
حال العقد بين ان يكون مالكيّة المجيز و تجدد ملكه بالقهرا و
بالاختيار فانّ فى جميع هذه الصور لوجه لصحة مثل هذا البيع و
ما عن شيخنا الاستاذ من تصحيح ذلك فى صورة الارث لقيام الوارث
مقام المورث فلا وجه له فانه بحسب الفرض ممكن ولكن لا يكفى مجرد
الفرض فى صحته بل لا بدّ من قيام الدليل على ذلك وليس لنا ما
يدل على انّ الوارث يقوم مقام المورث بحيث اذا اجاز العقد فيصح
من حين العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت الى الورثة
واما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيليا للمورث فلا دليل عليه و من جميع
ما ذكرنا حكم الصورة الرابعة ايضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل
منه الى آخر بنواقل قهريه او اختيارية .

قوله ثم انه قد ظهر مما ذكرنا فى المسئلة المذكوره حال المسئلة

الاخرى وهى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه اقول لوقلنا بالبطلان

فى المسئلة المتقدمة فى هذه المسئلة نقول بالبطلان بطريق اولى فانه اذا لم يكن وجه لصحة بيع مال الغير لنفسه مع اجازته ذلك البيع فيكون فيما لايجيز باطلا بالاولوية وانما الكلام فيما لوقلنا بالصحة فى المسائل المتقدمة فهل يمكن الحكم بالصحة هنا بان نقول بصحة البيع بدون الاجازة فانه كان بايعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الاول اولا بل لا بد من ان نقول بالبطلان هنا ولوقلنا بالصحة فى المسئلة السابقة وقد اختار المصنف البطلان وان البيع الاول باطل للاخبار المتقدمة ولدليل السلطنة فان الحكم - يكون هذا المال لغيره بدون بيع واجازة خلاف السلطنة و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه وهو الصحيح عندنا ايضا فان البايع الذى باع مال غيره لنفسه والتزم به فى الحين الذى انشأ العقد لم يكن مالكا ليم التزاه وفى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحة البيع وكون المال للمشتري بدون اجازة منه على خلاف السلطنة فيحكم بالبطلان وليس لنا طريق الى الحكم بصحة ذلك الا ما ربما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الانشاء فالعاقد ممن شمل عليه ذلك الدليل وانما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقية تحت الدليل واجيب عن ذلك بان المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فان البايع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام والتحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام او الخاص فان محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

خصّصت في زمان فنشك في زمان آخر في دخوله تحت العام او يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأة بما يدلّ على التحريم في حال الحيض ونشك في جوازه بعد الطهر وقبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من انه نعمل بالعام ونجرى حكمه عليه لانّ المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقي تحته او نستصحب حكم الخاص واما فيما لا تشمل عليه العمومات من الاول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد اكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصّصا ثم شككنا في انّ ذلك الفرد الخارج بالتخصّص هل يكون - داخلا تحته حين الشك او نستصحب فيه حكم المخصّص ومقامنا من قبيل الثانى فانّ البايع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامة البيعى ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بايعا حقيقة وحينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع فى الزمان الذى مالك ليس له التزام وفى الزمان الذى له التزام فليس بمالك فى اى نقطة شمل اوفوا بالعقود نشك فى بقاء حكمه او حكم الخاص فى نقطة اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من انّ المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك او استصحاب حكم المخصّص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الاكراه لكان لاجراء النزاع المعروف هنا وجهها ولعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل .

وثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه وانما الخارج عنه زمان عدم التملك فنتمسك به فى الباقي نظير شموله بالبيع المكره وانما الخارج عنه زمان الاكراه فيكون الباقي داخلا تحت العام ولكن يكون آية التجارة مقيدة لها حيث انّ الله تعالى

قد حصر فيها جواز اكل مال الغير بالتجارة عن تراض وأن غيرها - باطل ومن اكل المال بالباطل وما نحن فيه ليس تجارة عن تراض حيث انّ البائع وان كان بايعا لنفسه لكن كان بايعا مال الغير لنفسه وانّما هو ملك بعد ذلك فليس ببائع فيكون اخذ ماله هذا بالبيع السابق اكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الاول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه ايضا .

وثالثا لو سلمنا عدم كون آية التجارة مقيدة لدليل الوفاء ولكن تكفينا الروايات الواردة في المقام من عدم جواز بيع مال الغير وما ليس عنده فالبايع وان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه ولكن كان بيعه الاول باطلا لكونه بيعا بما ليس عنده وايجابا واستيجابا قبل التملك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بان انشاء البيع في الحال وكان المنشأ في المستقبل نظير الوصية و اغمضا النظر عن بطلان التعليق بالاجماع و اغمضا النظر عن الروايات الواردة في المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الاشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل ومن عجائب شيخنا الاستاذ انّه التزم بصحة هذه المسئلة وقال لا وجه للتفصيل في ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فاجاز البيع وبين ما ملكه ولم يجز ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد وافاد في وجه الصحة هنا بانّ الاجازة انّما نحتاج اليها لامرين الاول من جهة اعتبار الرضا في البيع بمقتضى آية التجارة والثانى من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا الامرين متحقق هنا فان الفرض انّه باع لنفسه والفرض انّه راض بذلك ايضا فيكون صحيحا وفيه انّ هذا يعد من عجائب شيخنا الاستاذ فانّ -

بايع مال الغير لنفسه انما هورضى واسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به واسند ذلك البيع الى نفسه واما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى يناع فيه بانّه اسند الى نفسه ام لا فما اسنده الى نفسه ورضى به لم يتعلق بماله وما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه وقد تحصل الى هنا حكم المسئلتين .

قوله المسئلة الثالثة : لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف اقول لو باع مال الغير باعتقاد انه غير جائز التصرف اما بتخييل او باستصحاب او نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان انه جائز التصرف فهذه على اربعة صور كما اشار اليها فى المتن فان البايع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليا للمالك واما لعدم الملك وكونه مالكا فانكشف انه مالك وعلى كل تقدير فاما ان يبيع عن المالك واما ان يبيع لنفسه فالصور اربع .

الصورة الاولى : ما اذا باع للمالك باعتقاد انه غير جائز التصرف فبان انه جائز التصرف لكونه وليا للمالك او ممن كان امره فى يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع ام لا .

الظاهر كونه صحيحا فانّ الفرض انّ البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممن لا بدّ وان يصدر منه غاية الامراته كان ناسيا للاذن - السابق وكونه وكيلاعن المالك او عن كونه وليا او غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الاجازة اللاحقه .

وكذلك كونه وليا فى الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم احد فى انه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم -

واصل اليه الكتاب وكان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لا يحتمل ذلك ومقامنا نظير ذلك فانّ اعتقاد عدم كونه جائز التصرف لاموضوعية له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا منّ لا بدّ وان يصدر منه ووقع في محله فلا وجه لتوهم البطلان بوجه .

بل لو قلنا ببطلان المعاملة الفضولية لانقول بالبطلان هنا فانه كما اشار اليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غاية الامر انّ العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه اخصر من البيع الفضولى نعم لا بدّ وان الاذن موجودا في الخارج بان يكون مبرزا فانه لا يكفي في صحة البيع الرضا الباطنى للمالك ما لم يظهر بمظهر في الخارج وقد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولى بل لانحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال انه لو اذن السيد لعبده في التجارة فهو باع واشترى وهو لا يعلم باذن سيده ولا علم به احد لم يكن ماذون في التجارة ولا يجوز شئ مما فعله فان علم بعد ذلك واشترى وباع جازما فعله بعد الاذن ولم يجزما فعله قبل ذلك فان امر السيد قوما ان يعاملوا العبد والعبد لا يعلم باذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزاً وجرى ذلك مجرى الاذن .

وقد ظهر بطلانه مما ذكرنا فانّ وصول الاذن اليه وعدمه لا موضوعية فيه وانّما المناط اصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا انه يكفي في نفوذ معاملة العبد بالتجارة للغير نفس رضى الباطنى للمولى وان لم يبرزه في الخارج فانّنا وان قلنا في اول الدخول

بالبیع الفضولی أنّه لا یکفی فیہ الرضا الباطنی ولكنه غیر مربوط -
بمعاملة العبد كما تقدم سابقا فانّ معاملته صحيح من جميع الجهات
حتى من جهة الاستناد وانّما المانع من نفوذها عصيان السيّد فقط
وهو يرتفع برضا الباطنی وان لم يكن مبرزا في الخارج .

قوله الثانية : ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليّا .

اقول المسئلة الثانية اذا يبيع مال الغير لنفسه باعتقاده غير
جائز التصرف فانكشف كونه وليّا فالظاهر هنا ايضا صحة البيع وفاقا
للمصنف وذلك لما عرفت ان حقيقة البيع عبارة عن مبادلة مال بمال
فقد تحققت مع جميع ما فيها من الشرائط غاية الامرائه قد انضم اليه
قيد كون البيع لنفسه فيكون لغوا والوجه في ذلك انّ البايع ماذون
في البيع والشرى وغيرهما من التصرفات في مال المولى عليه فانّ
الفرض انّ الولى كك فلا يقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق وعن
الاذن الاخرالذى لا يلتفت اليه الا في جهة القصد وان يكون البيع
واقعا لنفسه وقد مرّ مرارا انّ القصد لا يوجب تغييرا في حقيقة البيع
بل هو بالنسبة اليها كالحجر في جنب الانسان فبعد تحقق حقيقة
البيع اعنى مبادلة المال بالمال وتحقق شرائط الآخر من الاذن من
المالك او من قبل مالك الملموم فلا يضرّ بها ذلك القصد لوقوعه لغوا .
وربّما يقال باحتياجه اى ذلك البيع على اجازة الولى البايع
لنفسه غفلة كونه للمولى عليه بعد انكشف الحال كما يميل اليه المصنف
فانه لم يقع بعنوان أنّه للمولى عليه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه
لغوا بل لا بدّ وان يكون البيع مستندا اليه بالاجازة والا فلا يستند
اليه فيكون باطلا ان البايع ولو كان مجازا واقعا في البيع الا ان-

البيع الذي هو مجاز فيه لم يقصده البايع فما اوجده وقصده انما هو غير ما كان ماذنونا فيه فيتوقف صحة كونه عن المولى عليه على اجازة جديدة .

وفيه انه لا وجه لاحتياجه الى الاجازة بوجه لان قيد كونه لنفسه ان كان قيذا للبيع فبانكشف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقة البيع وان لم يكن قيذا فيكون لغوا فلا يضر بصحة البيع لكونه كالحجر في جنب الانسان بالنسبة الى حقيقة البيع وعلى كل تقدير لا تتصور وجهها لاحتياج البيع الى الاجازة ولعل الى ذلك اشار المصنف بالامر بالتامل .

قوله (ره) الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا .
 اقول المسئلة الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا وقد مثلوا لذلك بما لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ميتا فانه ح يكون المال مال نفسه ويكون البيع عن نفسه فهل يصح هذا البيع اولا يصح وعلى تقدير الصحة فهل يكون محتاجا الى الاجازة او يكون له الخيار في ذلك بحيث له ان يفسخ اولا يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه والفرق بين كونه محتاجا الى الاجازة وبين كون المالك مخيرا بين الفسخ والامضاء هو انه لولم يجز المالك على تقدير الاحتياج الى الاجازة فيكون البيع باطلا واما على تقدير كونه مخيرا بين الفسخ والامضاء فالعقد صحيح ولكن للمالك حق الفسخ فقط .

واما اصل البيع فالمشهور صحته بل ربما يدعى الاجماع في ذلك وفي المتن لم نعثر على مخالف صريح الا عن الشهيد في قواعده حيث احتمل امكان البطلان وسبقاه العلامة وابنه لوجوه

لا يمكن المساعدة على شيء منها كما ذكر المصنف في المتن .
 واما الوجه في صحة البيع فلما تقدم في البيع لنفسه ان حقيقة
 البيع قد تحققت بجميع شرائطه وحقيقته التي عبارة عن مبادلة مال
 بمال في طرف من الاضافة المالكية لمالك طبيعي وقصد كونه لنفسه
 كما في المسئلة المتقدمة او كونه لمالك كما في هذه المسئلة امر زائد
 عن حقيقة البيع وغير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا يضر بصحة البيع
 بوجه واما الوجوه التي اشار اليها العلامة فالاول ان الابن قصد
 نقل المال عن الاب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن في
 الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقة البيع كما مرّ نظير
 ذلك الاشكال في بيع الغاصب .

وفيه انه قد تقدم مراراً ان القصد غير قادح لحقيقة البيع اذالم
 يضرّ بها ففي المقام وان قصد البايع كونه عن المالك وهو الاب الا
 ان قصده ذلك من جهة كون الاب مالكا في اعتقاده لالخصوصية في
 شخص الاب غاية الامرانّه اخطأ في قصده وطبق المالك الى شخص
 آخر فلا يكون مضراً .

الوجه الثاني ان هذا العقد باطلا من جهة التعليق فانه و
 ان كان في الصورة منجزا ولكنه في التقدير معلق فانّ التقدير ان
 مات مورثي فقد بعته فيكون باطلا من جهة التعليق .

وفيه الظاهر انه امر وقع من سهو القلم من العلامة (ره) فانّ
 التعليق انما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الاب بحيث
 يكون ذلك متوقفا على موته وان التعليق في صحة العقد و تكون
 متوقفة على موت الاب وان كان المنشأ كالانشاء امرا فعلياً لا امرا

استقباليًا ليكون التعليق فى المنشأ .

وبعبارة اخرى : هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الاول فى طرفى النقيض فان مقتضى الوجه الاول ان البيع عن الاب وليس عن نفسه ومقتضى الوجه الثانى ان البيع عن نفسه فليس عن الاب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول احدهما متناقضا مع مدلول الآخر .

اللهم الا ان يقال ان القصد الحقيقى الى النقل معلق على تلك الناقل وبدونه فالقصد صورى وقد تقدم نظير ذلك من المسالك فى ان الفضولى والمكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ وقد تقدم عدم تمامية ذلك وان الفضولى والمكره قاصدان للمدلول ايضا ولو بهذا القصد الصورى فهو يكتفى فى صحة البيع الفضولى .

الوجه الثالث : ان البايع كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده ان المبيع لغيره .

وفيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولى قاصدا للمدلول ايضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه وبالجملة فاصل صحة البيع مما لا اشكال فيه ولا يعنى بمثل تلك الوجوه فى الحكم بالبطلان كما لا يخفى .

واما احتياجه الى الاجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه اولًا بقوله الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف وذلك لان حصول النقل حين العقد او بعد

اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده او يضرّ قصد خلافه وانما هو من الاحكام الشرعية المعارضة للعقود فلا يكون مأخوذا في صحة العقد .

وثانيا ان هذا الدليل اخص من المدعى فانه قد يتحقق القصد الى ذلك لو كان البايع لذلك اى بايع مال نفسه للغير باعتقاده انه للغير وكيفا من قبله فباع ثم انكشف انه مال نفسه فانّ القصد هنا متحقق الى اصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الاجازة المتأخرة .

وثالثا ان هذا ينافى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البايع لا يقصد نقل المال حين العقد بل الوجه في الاحتياج الى الاجازة هو الذى اشار اليه المصنف من عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حلّها لغيرهم الا بطيب انفسهم وحرمة اكل المال الا بالتجارة فانّ الالتزام بصحة العقد بدون الاجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على اموالهم وكونه حلالا لهم بغير طيب انفسهم وتوضيح ذلك فانّ مقتضى آية التجارة وقوله لا يحلّ مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه وان كان كفاية رضا المالك وطيب نفسه ولو مع اعتقاده بانّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبرا ولكن بمناسبة الحكم والموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا والطيب بما هو ليس موضوعا للحكم فانّ احترام ماله وتوقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلا في جواز التصرف ومعلوم ان الطيب باصل التبديل ليس طيبا بالتبديل المالكى نعم ما نزل شيخنا - الاستاذ ذلك بما ان العمد باصل التكلم او العمد بالاكل ليس

عمدا بالتكلم فى الصلوة والاكل فى نهار شهر رمضان والامرك فان
الانسان يتعمد الى اصل الفعل ولكن يغفل عن كونه فى الصلوة
او الصوم ثم انه يوءيد ذلك انه لو اعتق عبدا للغير بما انه له فبان
انه لنفسه او طلق امرأة للغير فبان انها لنفسه له ينعقد العبد و
لا يطلق الزوجة وانما جعلناهما موءيدة من جهة انها ازالة الملك
والزوجية وكونهما عن المالك والزوجة من الجهات المقومة فعدم
وقوعها من الغير من تلك الجهة فلا يقاس بالبيع وهذا المعنى هو
منصرف عن اوفوا بالعقود واحلّ الله البيع فان الظاهر انهما منصرفان
الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى اوقعه على ما له بحيث
يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص اخر فمعنى اوفوا بالعقود انه
يجب ان يفي كل شخص بعقد نفسه ومعنى احلّ الله البيع انه
حلّ بيع انفسكم وفى المقام ان البايع وان كان مالكا واقعا لا انه
باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون البيع بيعه ولم يبيع بعنوان
ماله ليكون البيع بيع نفسه وعقدا له فلا يشمل اوفوا بالعقود والعمومات
الاخرا الا بالاجازة ليكون مستندا الى نفسه ويكون قابلا لشمول العمومات
له ومن هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد
فلا وجه لاعتبار الاجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه فى ماله فانه و
ان كان تصرف فى ماله ولكنه بعنوان انه مال الغير فلا يكون البيع
مستندا اليه الا بالاجازة وقد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض
آخر صرحه هذا البيع وكونه خياريا وان للمالك فسخ ذلك وامضائه
واستدل عليه بدليل نفي الضرر بدعوى ان لزوم مثل هذا العقد
ضررى فيرتفع بكونه خياريا وقد استدل بتلك الادلة على ثبوت بيع

الخيارات كخيار الغبن .

واشکل علیه شیخنا الانصاری بتوضیح و اضافه اجمالیة منّا و حاصله انّ الضرر عبارة عن النقص فی المال او العرض او النفس و شیء منها غیر موجود فی المقام بل انما هو فی انتقال المال الی المشتري بدون رضایة المالك و اذنه فمقتضى شمول ادلة الضرر علی ذلك هو نفی الانتقال و بطلان العقد لاثبوت الخيار مع صحته .

و بعبارة اخرى : انه لو فرضنا من صحة العقد و كان النزاع فی لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحية اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الامر ليس كك و انما الضرر فی اصل صحة العقد و انتقال المال الی الغير لا من ناحية اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدلیل نفی الضرر لا بكونه خياريا .

بل لا مجال اصلا هنا للتمسك بادلّة نفی الضرر و لا موضوع لها هنا فانه انما تكون شاملة لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته انما بواسطة شمول العمومات علیه فهی لا تشمل المورد ما لم تلحق علیه الاجازة اللاحقة من المالك فانه عرفت انه مضافا الی كون صحة العقد بدون الاجازة منه اكلا لمال الغير بدون اذنه و كونه تصرفا فی مال الغير بغير طیب نفسه و كونه خلاف السلطنة انّ اوفوا بالعقد و احلّ الله البيع انما ينصرف الی بيع شخص المالك و انّ كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا اذن فلا موضوع يكون ضرريا حتى يشمل ادلة نفی الضرر و بالجملة لا وجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدلیل نفی الضرر .

ثم لو انعقد الاجماع على عدم جريان الفضولية فى الايقاعات واختصاصها بالعقود فيحكم ببطلان عتق مال الغير ثم اجازته او عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد انه مال الغير ثم اجازته وان لم يتم الاجماع وناقشنا فيه فيصح فى الايقاعات ايضا كما هو واضح ثم انه لا ملازمة بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد انه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولى بحيث لو قلنا ببطلان البيع الفضولى لقلنا ببطلان ذلك ايضا .

وذلك لان عمدة ما قيل فى بطلان البيع الفضولى كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل بالروايات المستفيضة النافية عن بيع ما ليس عنده وقد اجبنا عنه فيما تقدم ان ذلك فيما يكون بايضا لنفسه دون الغير وعلى تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فانّ الباع لم يبيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالاجازة فلا يكون مشمولا لتلك الروايات اللهم الا ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولى هو التصرف فى مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله فى بيع الفضولى فلا يجرى هنا لانّ فى البيع الفضولى كان تصرف فى مال الغير بخلافه هنا فانه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجرى فهو قبيح فى نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعية حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعية فساد المعاملة فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولى كما هو واضح .

قوله الرابعة ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له .
اقول اذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

شخصى او عقلاى ثم انكشف انه مال نفسه كما اذا باع مالا اخذه من الغير بالقمار او بغيره من الاسباب الباطلة شرعا ثم باع لنفسه مع - اعتقاده بحسب تدينه بدين الاسلام انه مال الغير ثم انكشف ان هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير اخذ منه امس فالظاهر انه لاشبهة فى صحة هذا البيع لعدم قصور فى الانشاء ولا فى المنشأ بل انما تحققت حقيقة البيع على النحو الذى لا بد وان تتحقق فان حقيقته المبادلة بين المالىين فى علة المالكية وقد حصل ذلك فى نظر العرف والعقلاء فانهم يرون التمسك بالقمار ونحوه من الاسباب الباطلة من الملكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشايع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشمله العمومات فيحكم بصحته شرعا ايضا غاية الامرانه لم يعلم بكونه مالكا واقعا وفى نظر الشارع فهو لا يضر بصحة البيع .

وبعبارة اخرى حكم الشارع بالمالكية من الاحكام الشرعية فصحة البيع لا يتوقف على العلم به والا فلا بد من عدم تحقق البيع وصدقه على بيع من لاعقيدة له لشريعة من الكفار والفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف والعقلاء وبالجملة ان صحة مثل ذلك مع صدوره عن مالكة الواقعى وتحقق شرائطه مما لاشبهة فيه و هل يحتاج ذلك الى الاجازة ام لا فالظاهر انه غير محتاج الى الاجازة لكونه صادرا من مالك المبيع واقعا لنفسه ومستندا اليه فالاحتياج الى الاجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج اليها .

وبعبارة اخرى ان العقد بعد تمامية اركانه ووقوعه عن مالكة بعد نفسه مالكا للمال باى نحو كان وكونه مالكا ايضا واقعا غير انه

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا الى الاجازة ثانياً فان مجرد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح وذلك كما ان باع مال نفسه لنفسه غفلة عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا .

قوله واما القول فى المجاز .

اقول تحقيق الكلام فيه يقع فى امور الاول ان العقد الفضولى لا بد وان يكون جامعا لشروط البيع باجمعها والا فلا يكون مما يترتب عليه الاثر وهذا بحسب الكبرى مما لا ريب فيه فان العقد الفضولى يعينه العقود الاخر غير انه فاقد للاجازة فيحتاج الى الاجازة المتاخرة وهذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق او من المالك فانه كما اذا كان شئ منهما فاقتدا لشروط من الشروط مع كونه صادرا ممن له العقد او باذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحققه فكذلك العقد الفضولى لا بد وان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكى فانه يلحق بالاجازة المتاخرة فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا فى غير العقد الفضولى اذن فمقتضى ادلة صحة البيع مع ادلة الشروط المعتبرة فيه قاضية فى البيع الفضولى ايضا .

واما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحل الى اقسام اما شرائط العقد فلا شبهة فى اعتباره فى العقد الفضولى لكونه عقدا كسائر العقود فلا بد من اعتبار شروطها فيه ايضا وجهة الفضولية لا توجب الغاء تلك الشروط وذلك كالماضوية والعربية وتقديم الايجاب على القبول وغير ذلك مما يرجع الى نفس العقد فانها كما تعتبر فى عقد

الاصيل وهكذا تعتبر في العقد الفضولى واما شرائط المتعاقدين فكذلك ولا بد من اعتبارها هنا كما اذا اعتبرنا صدور من البايح العاقل فانه يعتبر هنا ايضا فلا يصح عقد الصبي والمجنون لو كانا فضوليين ايضا فانه بعد عدم كفايته فيما اذا كان طرف المعاملة هو الاصيل وكان مجرى العقد هو الصبي او المجنون فلا يكفي هنا ايضا لانك عرفت ان العقد الفضولى لا يزيد على عقد الاصيل ومعاملته وبالجملة لا يكفي في صحة عقد الفضولى صدور من الصبي والمجنون لو قلنا بعدم صحة عقدهما كما تقدم .

واما شرائط العوضين فهو ايضا مما لا ريب في اعتبارها هنا فلا يصح بيع ام الولد ولا الخمر ونحوهما مما لا يصح بيعه من الاصيل ايضا فان ما لا يجوز من الاصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الاصيل وبالجملة .

ان تلك الشروط الثلاثة لاشبهه في اعتبارها في العقد الفضولى حين العقد فان الاجازة ليست عقدا مستثنى حتى تعتبرها من زمان الاجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى وانما هي دخيلة في تاثير ذلك العقد فلا بد من اعتبارها فيه حين الصدور .

واما الشروط التي تكون معتبرة فيه مع كونها خارجة عن العقد وقد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبرة في تاثير العقد او الشروط الراجعة الى المالك فلا يعتبر فيه اما الاول فكالقدرة على التسليم فان اعتبارها في العقد ليس من جهة كونها شرطا للعقد او للعوضين او للمتعاقدين بل امر خارج عن العقد فانما يكون معتبرا من جهة تمكين المشتري من المبيع او البايح من الثمن وتسليطهما عليهما وهذا

أما يلزم اعتباره حين التسليم فقط وان كان الباع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه اصيلا فى الفضولى ايضا لا يعتبر القدرة على التسليم لاحين العقد ولاحين الاجازة بل انما يلزم اعتباره - حين التسليم والتسلم فلو باع الفضولى عن المالك سلما فلا بد وان يكون المالك متمكنا عن التسليم عند التسليم وفى الاجل المعين الذى يجب تسليمه فيه ولو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكنا من التسليم عند الاجازة لانّ زمان الاجازة زمان التسليم والتسليم وبالجملة فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد ولا بالعوضين ولا بالمتعاقدين بل هو امر خارج عن العقد ولا يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمنى ولا يفرق فى ذلك بين القول بالكشف والنقل فانه على القول بالكشف ايضا وان حصلت الملكية ولكن لم يحصل زمان التسليم والتسلم ولذا لا يجوز التصرف قبل الاجازة حتى على الكشف فزمان التسليم زمان الاجازة فانه ليس معنى الكشف انّ الملكية قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل اليه معاملة ملكه بل انما ذلك بعد الاجازة غاية الامر انها تكشف انّ الملكية من الاول .

واما الثانى كاعتبار كون المشتري للمصحف او العبد المسلم مسلما ولا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم والمصحف فهذا ايضا لا يعتبر فى العقد الفضولى كون المشتري للمصحف او - العبد المسلم مسلما حين العقد بل لا بد من كونه مسلما حين الاجازة فلو باع الفضولى المصحف او العبد من الكافر فاسلم الى زمان الاجازة فيكون البيع صحيحا والسرفى ذلك انّ عمدة دليل اعتبار كون المشتري

مسلمًا بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً فانّ بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر استيلاءً وسبيل على المسلمين بل من اعلى مراتب الاستيلاء وهذا المعنى لا يتحقق بمجرد العقد حتى على القول بالكشف فانّ الاستيلاء انما يتم بتامة العلقه الملكيه وهى لاتتم الا بتاميه السبب و تاميه السبب انما بالاجازة حتى على القول بالكشف فانّه على القول بالكشف ايضاً تكون الاجازة مؤثرة فى الملكيه السابق فكشف بها حصولها من زمان العقد وبها يكون المشتري مسلطاً على المبيع واما قبل زمان الاجازة فليس له تسلط على المبيع غاية الامر انه قد ملك للمبيع من زمان العقد لو اجاز المالك والا فلا فانما يحصل السبيل والتسلط فى زمان الاجازة وفى زمان تاميه السلطنة على المبيع لكون الاجازة مما تكون متممة للعلقه المالكية وقبله لاسلطنة للمشتري على المبيع بوجه ولذا لا يجوز له التصرف فيه .

نعم بناءً على الكشف بمعنى كون الاجازة معرفة محضه مع العلم بانّ المالك يجيز العقد قطعاً نلتزم بعدم جواز البيع الفضولى ايضاً لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقيق العلقه بتامها عنده ولكن قد عرفت عن تاميه ذلك المذهب واما توهم حصول السبيل بمجرد العقد توهم فاسد فانّ مجرد تحقق ما يكون له تاهلية الصحة وكونه قابلاً لان يترتب عليه تاميه العلقه المالكيه للمشتري لا يوجب اثبات السبيل للكافر على المسلم .

وبالجملة انّ فقدان الشرائط الخارجيه وشرائط المالك عند العقد فى العقد الفضولى لا يضر بالصحة التاهلية التى كانت فى

العقد الفضولى بل هى تحصل بذلك مع وجدانه الشروط الاخر الداخلة فى العقد من شرائط العقد وشرائط العوضين و شرائط المتعاقدين بل الصحة التاهلية باقية الى زمان الاجازة و زمان وصول محل الشرط فانّ حصل فيحكم بالصحة الجزمية والا فيحكم بالبطلان .

ثم هل يعتبر استمرار تلك الشروط التى لا بدّ من اعتبارها الى زمان العقد ام لا يعتبر اما الشروط الراجعة الى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابلية البقاء كالعربية و الماضوية و تقديم الايجاب على القبول ونحوها فانّها كقيّات غير قابلة للبقاء .

واما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها فى صحة العقد كما اذا جنّ العاقد الفضولى او مات فانّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتبرة فى العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا فى صحته بحسب البقاء ايضا و انّما الظاهر من ادلة اعتبارها فى العقود دخالتها فى صحتها بحسب الحدوث فقط .

واما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل ونفى البعد عنه على القول بالكشف وان تقدم منه عند بيان الثمرة عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الادلّة فى اعتبار استمرار القابلية الى زمان الاجازة على الكشف .

وتفصيل الكلام هنا انّ الشروط تارة تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى انه يشترط فى انتقال المال الى الغير و

تملكه بعض الشروط كالخمر فإن التملك والتملك وانتقال المال من شخص الى آخر باى عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خصرا فمثل ذلك شرط التملك وغيره مربوط بالبيع اصلا ولذا لا يكون بغير البيع ايضا ولذا امر رسول الله (ص) باراقة الرواية من الخمر الذى اهدى اليه وهكذا كلما يكون شرطا للتملك .

واخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع ام ولدا و من الاعيان النجسة او المتنجسة بناء على عدم جواز بيعهما وهكذا فان مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك ام الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من اتلفها وقد تقدم فى بيع الكلاب القول بالضمان على من اتلف كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لومات مالك تلك الامور تنتقل الى وارثه وهكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهة فى عدم اعتبار استمرارها اى تلك الشروط الى زمان الاجازة حتى على القول بالنقل فانها كانت محققة فى زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لان الاجازة ليست عقدا مستئنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولى امة الغير او متاعه ثم صار ذلك ام ولدا و متنجسة او نجسة فعلى القول بالكشف لاشبهة فى صحة البيع لواجازة المالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فان بالاجازة تنكشف انتقالها الى المشتري من زمان العقد و كون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشتري فان ما لا يجوز انما هو بيع ام الولد او النجس و الفرض هنا انهما حصلتا فى ملك المشتري لا انهما حصلتا قبل البيع ليمنع عنه و البيع انما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الاجازة الا اجازة ذلك العقد

لا أنّها عقد جديد وكك على القول بالنقل ايضا لايبعد ذلك فانّ الملكية وان لم تحصل الا فى زمان الاجازة ولكن الاجازة هنا ايضا ليس عقدا جديداً بل هى اجازة للعقد السابق المتحقق فضولة فيكون البيع حاصلًا قبل ان تصير الامة ام ولد او يكون المبيع نجسا وانما صار كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهة فى جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث وبالجملة انّ الاجازة ليست عقدا جديداً وانما هى امضاء للعقد السابق الذى بيع او نكاح فقد تحقق عنوانه وانما الاستناد يكون بالاجازة ليكون بيعا للمالك او نكاحا له وهكذا والا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقاءه الى زمان الاجازة .

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرًا ثم انقلب الى الخليّة فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع ام لا اما على الكشف فلا شبهة فى صحة البيع لكون القلب والانقلاب فى ملك الغير واما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الاجازة فان ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله وما هو موجود فانما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل الصورة النوعية فانّ الخمر والخل فى نظر الشارع من الصور النوعية المتخلفة كما اذا فرضنا انه باع الفضولى عبداً ثم صار ذلك كلبا حقيقة لا انسانا فى صورة الكلب ثم تبدل الى الانسانية فانّ الانسان الثانى غير الانسان الاول فلا يصح ذلك البيع بالاجازة لما ذكرناه اذا فلا بدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه وواجداً على شرائط الانتقال من حين العقد الى

حين الاجازة والا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففي الحقيقة مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال اولا وبالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا وبالعرض فانه اذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع ايضا كما هو واضح .

الامر الثانى فى معرفة المجيز العقد المجاز والعلم بكونه واقعا مع تعيينه ويقع الكلام هنا فى جهتين الاولى فى انه هل تصح - الاجازة على تقدير الوقوع ام لا كما اذا يقول لوبيع مالى فضولة او اوجرت دارى فقد اجزته والثانية هل يمكن تعلق الاجازة بالامر المبهم ام لا اما الجهة الاولى فقد حكم شيخنا الانصارى ببطلان الاجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فان الاجازة و ان لم تكن عقدا الا انه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد ايضا باطلاً و اضاف اليه شيخنا الاستاذ ان الاجازة من الايقاعات فالتعليق فى الايقاعات لا يعقل .

اما ما افاده شيخنا الانصارى فيه اولا لادليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فان عمدة الدليل على بطلانه هو الاجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه وثانياً انه تقدم فى السابق ان التعليق فى العقد موجب للبطلان اذا كان بامر خارج عن العقد واما لو كان على امر يكون مقوماً له و داخلاً فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها وهذا نظير ما اذا قال ان كنت زوجتى فانت طالق او ان كان هذا مالى فبعته فكك الاجازة .

وأما ما افاده شيخنا الاستاذ فلم نعقل له معنى محصلاً حيث انّ التعليق في الايقاع قد وقع في الشريعة المقدسه فكيف له الحكم بكونه غير معقول في الايقاعات كالتدبير فانه من الايقاعات مع كونه معلقاً على الموت وكالوصية بناءً على كونها من الايقاعات كما هو الحق فانها متوقفة على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه انما هو الاجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الايقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق .

واما الجهة الثانية اعني امكان تعلق الاجازة بالامر المبهم فهي متفرعة على الجهة الاولى ولذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الاجازة منزلة الوكالة فما لم يبلغ الامر في ذلك الى مرتبة لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الاجازة . والظاهر جواز تعلّقها بالامر المبهم اذا لم نقل بكون التعليق فيها مضراً كما اذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره او اجارته او بيع الفرس او غير ذلك فيقول اجزت ذلك الامر الواقع ان كان اجارة - فاجزت الاجارة وان كان بيعاً فاجزت البيع وهكذا ولا يلزم معرفة المجاز ولا يضرّ عدم المعرفة بصحة الاجازة وهذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلاً فعلم ذلك ولكن لا يدرى انه اى شئ فيقول اجزته فهل يتوهم احد عدم صحة ذلك بل هذا اوضح من الوكالة فانّ في الوكالة وان كان يصح تعلقها بالامر المبهم و لكن يشترط في صحة ذلك وجود جامع بين تلك الافراد التي كان المأذون فيه مبهما بينها والا فلا يصحّ التوكيل بالفرد المردد وهذا بخلافه هنا فانّ الاجازة تتعلق بالواقع المرددين الافراد الكثيرة وان لم يكن

بينها جامع فإن التردد لا يمنع عن ورود الاجازة الى مورده و محله فى الواقع وهذا نظير اتيان اربعة ركعات من الصلوة الرباعية بقصد اتيان الواقع اذا علم بكون ذمته مشغولة باربعة ركعات من الصلوة مع الجهل بخصوصياتها .

ومن هنا يظهر بطلان ما فى كلام شيخنا الاستاذ حيث قال انه لا يجرى فى المقام ما يجرى فى الوكالة فانها تصح على نحو الاطلاق وان لم تصح على نحو الابهام واما الاجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لان عقد الفضولى وقع على شئ خاص وهو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الادلة الدالة على نفوذ الاجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالامر المبهم التى لا اعتبار بها عند العقد ووجه البطلان ان ما تقع عليه الاجازة وان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق لا كلياً قابلاً للاطلاق الا ان اشتراط كون متعلقها امراً قابلاً للاطلاق بلا دليل بل انما تكون الاجازة واقعة على موردها وان كانت الاحتمالات كثيرة وبالغة الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكالة فانه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديدة فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فاجزته و ان كان ذلك فاجزته وهكذا وبالجملة ان الاجازة بعد صدورها من اهلها ترد على محلها وان كان المحل من الابهام بمكان فان توجيهها الى العقد الواقع على ماله وان كان امرا شخصيا غير قابل للاطلاق فيقول المجيز اجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا .

الامر الثالث ان العقد المجاز اما اول عقد وقع على مال نفسه

او اخر عقد وقع على ماله او اول عقد وقع على عوض ماله او اخر عقد وقع على عوض ماله فهذه اربعة صور ثم انه اما العقد الوسط بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى او وسط بين العقدين الواقعين على بدله او على الاختلاف وعلى كل من هذه الاربعة فاما ان ذلك العقد الوسط واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازة الوسط ثمانية صور فيرتقى المجموع الى اثني عشر صور وتوضيح ذلك انما يكون فى ضمن مثال فلو باع الفضولى عبد المالك بفرس و باع مشترى ذلك الفرس بدرهم و باع الاخر العبد بكتاب ثم باع الاخر العبد بدينار و باع الاخر الدينار بجارية .

فهذه البيوع الخمسة حاوية لبيع واقع على مورد ابتداء وهو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلك البيع الاول وسطا وهو بيع العبد بكتاب و بيع واقع على ذلك المورد لاحق وهو بيع العبد بدينار و حاو ايضاً على بيع وارد على بدل العبد وهو بيع الفرس الذى بدل العبد بدرهم وعلى بيع وارد على بدل العبد ايضاً ولكن لاحق وهو بيع الدينار بجارية فهل تكون اجازة العقد الوسط الذى بيع العبد بكتاب الذى وقع قبله عقد على مورده و عقد على بدله و كذلك بعده اجازة السابق واللاحق او ليس اجازة لشيء منها او نقول بالتفصيل فيتضح بذلك المثال حكم المقام فتارة نتكلم على الكشف و آخر على النقل اما على الكشف فلو اجاز مالك العبد بيع العبد بكتاب فيكشف ذلك ان العبد من حين العقد صار ملكا لمالك الكتاب و الكتاب صار ملكا لمالك العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيكون باطلا لكونه واقعا فى مال الغير ولم تتعلق به

الاجازة من المالك فيقع باطلا .
 واما بيع الفرس بدرهم فهو امر اخرجني عن بيع العبد فيكون
 فضولياً وموقوفا على اجازة مالكة .
 واما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فانه بعد كون العبد ملكا
 لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع
 هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له ايضا من حين العقد فاذا باعه
 تجارية فيصح بيع التجارية ايضا .
 واما على النقل فحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب
 حكمها على طريقة الكشف في كل من العقد الوارد على مورد العقد
 المتوسط والعقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد
 بفرس وبصحة بيع الفرس بدرهم مع الاجازة واما العقود اللاحقة -
 فحيث ان الاجازة ناقلة من حينها فيكون العقد الواقع على العبد
 مع الكتاب موجبا للنقل والانتقال من حين الاجازة فيكون العبد
 ملكا لمالك الكتاب من زمان الاجازة واذن فيكون بيع مالك الكتاب
 العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادلة الواقعة بين العبد و
 الكتاب بيعا لما لا يملك وما ليس عنده فيتوقف صحته وعدمه مطلقا او
 مع الاجازة وعدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه
 فراجع .

قوله الثالث المجاز اما العقد .

اقول وحكم المسئلة في غاية السهولة ولكن تصويرها في غاية
 الصعوبة وقد ذكره المصنف ووضحه بامثلة ونحن ايضا نوضح المسئلة
 بالمثال الذي ذكره المصنف ولكن نحلله الى مثالين لاجل التوضيح

وحاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الاجازة بالمجاز قبل تصويره
بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير
او العقد الواقع على عوض مال الغير وعلى كلا التقديرين فاما ان يكون
المجاز اول عقد وقع على مال الغير او عوضه او آخره او عقدا بين سابق
ولاحق واقعين على مورده او بدله او باختلاف ومحصله ان العقد
المجاز تارة يكون اول عقد وقع على عين مال الغير واخر يكون اخر
عقد وقع على عين مال الغير وثالثة يكون اول عقد وقع على بدل
مال الغير ورابعة آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه اربعة
صور وايضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تارة يكون وسطا بين
عقدين واقعا على مورده واخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على
بدل مورد هذا العقد الوسطى وثالثة يكون العقد السابق منه واقعا
على مورده واللاحق به واردا على بدل مورده ورابعا يكون عكس
ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون مورداً للاجازة تارة يكون واقعا
على عين مال الغير واخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية اقسام
ومع اضافة الاقسام الاربعة اليها ترتقى الى اثني عشر قسما فنوضح
ذلك بتقسيط ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين ويجمع جميع
ذلك مثالان بتقسيط الفرض اليهما مما مثله المصنف الاول نفرضه فيما
يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و
تصويره انه لو باع شخص فضولة عبد المالك بفرس ثم باع البايع -
الفرس بدرهم و باع المشتري العبد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبد
بدينار و باع الدينار بجارية وقد وقع هنا عقود خمسة والوسط منها
مسبوق بعقدين وقع احدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

الآخر على غير موده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحق ايضا بعقدين احدهما واقع على موده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير موده و هو بيع الدينار بجزارية و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الذى يكون ثمننا او ثمننا متحدا مع العقد الاخر فى هذه الجهة اى كما انه ثمن او ثمن فى هذا العقد و كك هو ايضا ثمن او ثمن فى ذلك العقد .

فلو اجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشتري اعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجزارية فان جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط و كونه موجبا لحصول الملكية من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا فانه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابلية لحق الاجارة به باجازة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فان مالك العبد قد اجاز بيعه بكتاب فاجازة بيعه بكتاب لا يستلزم صحة بيعه بفرس اعنى العقد السابق .

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمة ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقلة وقع على مال الغير فضولة فان اجاز المالك صح و الا فلا .
و اما على النقل فبالنسبة الى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبة الى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحة بيع

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الاجازة المتاخرة او بدون الاجازة فيكونان ايضا صحيحين والا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط وبينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم .

ومن هنا ظهر انه لو اجاز العقد الاول فانه يستلزم صحة العقود المتاخرة باجمعها ولو اجاز العقد الاخير فانه لا يستلزم صحة العقود المتقدمة بل ما يكون واردا على مورده فيبطل وما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الاجازة .

بقى هنا امران لابد من التعرض لهما الاول ان اجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقة اذا اجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت واما اذا اجاز للبايع فيصح بذلك العقود السابقة ايضا وذلك لان صحة بيع العبد بكتاب وكونه للبايع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فان صحة بيع العبد بكتاب متفرع على صحة بيع العبد بفرس فانه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا الى المشتري ولا يصح بيع المشتري ذلك العبد بكتاب صحيحا فان موردهما واحد اي البيعان وردا على العبد وان كان البايع في احدهما هو الفضولى وفي الاخر هو المشتري واذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحة بيع الفرس بدرهم ايضا من غير توقف على الاجازة فان لازم صحة بيع العقد بفرس وكون العبد للمشتري ان يكون الفرس للبايع والا فلا يصح بيع العبد بفرس واذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحة بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته باجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبايع فاذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

غير توقف على الاجازة لكونه بيعا لما له وواقعا فى ملكه .
ثم انّ هذا الذى ذكرناه انما هو على الكشف واما على النقل
فيتوقف ايضا على المسئلة السابقة من توقف البيع على الملك و الا
فيبطلان كما هو واضح .

الامر الثانى انّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود -
صحة العقود اللاحقة العقود الطولية الرتيبة التفرعية اى يكون العقد
اللاحق او السابق منفردا على العقد المجاز ولازما له او ملزوما عليه
بحيث يكون مشتريه او بايعه بايعا او مشتريا للاخر الذى يتفرع صحته
على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متاخرة عن رتبة العقد المجاز
وان لم يكن لاحقا له بحسب الزمان كما تقدم ان اجازة عقد الوسط
يستلزم صحة العقود السابقة اذا كان ذلك للبايع .

وامّا اذا لم يكن بينها ملازمة وان كان بينها طول بحسب
الزمان فلا يستلزم اجازته صحة العقود اللاحقه كما اذا فرضنا انّه
باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع
ثالث ذلك العبد ببقرو باع رابع الفرس بدرهم وهكذا فاجاز المالك
بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحة العقود السابقة او
اللاحقة لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها اجنبية عن العقد المجاز
كما هو واضح .

ومن هنا صح .

دعوى الكبرى الكلية فى المقام على استلزام اجازة العقد صحة
الاخر وهى انّه كلما كان بين عقدين ملازمة اما بكون الاول لازما و
الاخر ملزوما او العكس فاجازة احدهما مستلزم لاجازة الاخر والا فلا

فهذه كبرى كلیّة مختصرة لضابطة ذلك و بعبارة اخرى اجاز عقد يوجب صحة كلّ عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا .

المثال الثانى ان يكون المجاز هو العقد الوسط ايضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك ايضا بما ذكره الشيخ كما اذا فرضنا انّ الفضولى باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف او اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير وهو الدرهم فانه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان احدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فانّ الدرهم ايضا مورد العقد الوسط والثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان - احدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار والثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو اجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف او اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحة العقود السابقة ايضا فانّ صحة بيع الدرهم برغيف يستلزم صحة بيع الفرس بدرهم فانه لولم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحة بيع الفرس بدرهم يستلزم صحة بيع العبد بفرس والا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليحيز بيع الدرهم برغيف او - اشتراء الرغيف بدرهم .

واما على النقل فتكون البيوع السابقة واقعة فى غير ملك المالك لعدم كون البايع مالكا فان قلنا بصحتها مع الاجازة او بدونها فيها و الا فتبطل . و اما العقود اللاحقة فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحة الوسط بالاجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

او يبيعه بحمار في ملك مالكة . واما بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضولياً موقوفاً على اجازة المالك لانه غير ملازم لاجازة بيع الدرهم برغيف . وبالجملة الحكم في هذا المثال على عكس المثال الاول كما عرفت . ومن هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسحا لما قبله واجازة لما بعده على الكشف وان وقعت من شخص واحد انعكس الامر ووجه البطلان اشار ان تعدد الاشخاص وانفراده ليس ميزانا في المقام بل المناط هي الملازمة بين المجاز والعقود الآخرة والافيمكن ان يصدر العقد من الاشخاص العديدة ومع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا وان كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعددة الفضولية على شئ واحد فاجاز المالك الوسط وهكذا من شخص واحد وكذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد وغيره في الايضاح والدروس من ان العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صح وما بعده وفي الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل .

قوله ثم ان هنا اشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود - لصورة علم المشتري بالغصب .

اقول وقد اشار العلامة الى ذلك الاشكال ووضحه قطب الدين والشهيد على ما في المتن فحاصله ان المشتري مع العلم بكون البايع غاصبا يكون مسلطا للبايع الغاصب على الثمن ولذا لوتلف لم يكن له الرجوع وهكذا لو علم البايع بكون الثمن غصبا وان كان المفروض في كلامهم هو الاول ولكنه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اي المغصوب منه بعد تلفه أي الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثناعن مبيع

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الاول .

نعم لايجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجاني .
وبالجملة انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمنا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجانا فبعد ما نقله الغاصب الى الغير يجعله ثمنا او ثمنا قبل ان يجيزه المصوب منه فلا يبقى موضوع للاجازة لبقاء المصوب بلاعوض .
وهذا الاشكال مبنى على أن مال المسلط مع العلم بكونه البايح غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد اتلافه الغاصب ببيع و نحوه لانه قد اذهب احترام ماله بتسليط الغير اياه فيكون عند التلف تالفا من كيسه .

نعم مع بقاء العين تصح اجازة المالك البيع الاول .

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الاول باجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على انه مسلط الغير على ماله مجانا فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا في ملك الغاصب من الاول فيكون مال المصوب منه بلاعوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحة تاهلية لتكون فعلية باجازة المالك المجيز وعلى هذا لا وجه للقول بان اجازة العقد الوسط الواقع على الثمن اجازة لما قبله او اذا وقع العقود المترتبة من اشخاص متعددة صح اجازة العقد الوسط وما بعده وان وقعت من شخص صح الوسط المجاز وما قبله او ما ذكرناه من الميزان الكلى في ذلك من ان اجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم اجازة جميع ما يتعلق بها والوجه في ذلك كله يظهر بالتأمل - ولكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجوه،
قد اشار اليه الفخر رحمة الله عليه .

الاول بفساد المبنى بانه لادليل على كون مال المسلط ملكاً للغاصب مع علمه بكونه غاصبا وذلك فانه قد سلّطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكماً مع بطلان البيع فيكون المال باقياً على ملك المسلط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعدة اليد وقد تقدم في ما لا يضمن ان الملكية العقلانية القائمة باعتبارهم او الملكية عند المتبايعين غير مربوطة بالملكية الشرعية فاقدام المسلط على المعاملة مع علمه بكون البايع غاصبا لا يقدم على تلك المعاملة مجانا بل يسلّطه على ماله بعنوان المعاوضة وان لم تكن حاصلة عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فاذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحاً .

وبالجملة بعد ملاحظة اقدام المشتري على المعاملة المعاوضة وعدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضة ولو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجاً عن قاعدة اليد تخصيصاً وكون ماله ملكاً للغاصب مجاناً .

الثانى ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل وذلك فان منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلّط الغاصب على ماله تسليطاً مجانياً فلا تصل النوبة الى اجازة المجيز لعدم بقاء الصحة التأهيلية للعقد حتى تنضم اليه الاجازة لانه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولى الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله تسليط بعد تحقق البيع ولو بعدية رتبية كما فى المعاطات فيكون ذلك وفاء للثمن الذى لزم عليه بالمعاوضة لا انه تملك مستقل

ليوجب انعدام العقد الاول وسقوطه عن الصحة التاهلية و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الاغماض عن الجواب الاول فانه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازة المميز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلّطه عليه بتسليط المالك لا يبقى - موضوع للاجازة فانّها متفرعة على كون ما اخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضاً عنه فيبقى المغصوب في ملك مالكة فيكون الثمن ايضا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغماض عن الجواب الاول .

الثالث انه لا يتم على النقل ايضا وذلك لانّ الاجازة وان كانت بعد التسليط وانّ الملكية والاستناد انما يحصلان عند الاجازة لا قبلها كما هو المفروض على النقل ولكن التسليط من المشتري انما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالاجازة المتأخرة فيكون التسليط مقيدا بذلك لا انه وقع مطلقا وعلى كل تقدير ليكون التسليط مجانيا فاذا كان تسليط المشتري الغاصب على ماله بعنوان المعاوضة بحيث يكون مراعا على اجازة المالك تتم المعاوضة من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انما وقع مجانا وبالجملة أن مقتضى تسلّط الناس على اموالهم هو تبعية تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته وغير خفى أن قصد المشتري ان يكون المغصوب مالا له في مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضة و حيث ان - الغاصب ليس مالكا على المثلث فيكون العقد من طرفه فضولياً فقهرها يكون التسليط مراعا على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضة فان اجاز المالك المميز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحاً و

الا فيكون مالا للغاصب اما مطلقا او مع التلف مع الاغراض عن الجواب الاول والسرفى ذلك ان الاجازة ليست بيعاً ليكون التسليط الواقع من المالك اعنى المشتري تسليطاً مجانياً لوقوعه على غير عنوان البيع وخارجاً عنه بل انما هى من الاحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع وجواز الاكل وجواز الشرب وغير ذلك اذن فيكون البيع حاصلًا من زمان العقد على النقل ايضا وان كانت الملكية والاستناد الى المالك وشمول العمومات من زمان الاجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع وموقوفاً على الاجارة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب .

وبعبارة اوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشتري بكونه غير مالك وان ما يقع عليه العقد مال مغضوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض وبهذا العلم تسليطاً مجانياً فلا يبقى موضوع للاجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب اما مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما اخذه من المشتري ابتداءً او بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع اوهبة او نحوهما واذا منعنا ذلك المنشأ وقلنا ان التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التاهلية ولو بكون التسليط على هذا الفرض مراعا على الاجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى وهنا اشكال رابع قد اشار اليه فى الايضاح وحاصله ان المشتري وان سلط الغاصب على ماله الا انه متعلق حق الغير من جهة ان للمالك المغضوب منه ان يجيز العقد الصادر من الغاصب فضولة فيكون مال المشتري فلما له فى مقابل ماله باجازته لكونه اسبق من الغاصب واولى منه فان الغاصب يوءخذ باشق الاحوال

وأخس الاطوار .

وفيه انه لامنشا لاخذ الغاصب باشق الاحوال وأخسها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا وعدوانا وأما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل واما توهم أن مال المشتري متعلق حق المالك المجيز فهي الاجازة ففيه انك قد عرفت مرارا أن الاجازة من الاحكام الشرعية مثل جواز البيع وجواز الأكل والشرب فكما أن للمالك أن يبيع وأن يأكل وأن يشرب وهكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله وليس ذلك من الحقوق من هنا قلنا أن الاجازة لا تنقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز وعلى هذا فيمكن ان يكون مال المشتري ملكا للغاصب بالتسليط قبل الاجازة فلا يبقى موضوع اصلا لاجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى احكام الرد .

قوله رحمه الله مسئلة فى احكام الرد .

اقول تحقيق المسئلة فى ضمن جهات الاولى أن هذا البحث انما له ثمر اذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما رده المالك لا تبقى له صحة تاهلية لانضمام الاجازة اليها والا فلا اثر له من هذه الجهة وقد تقدم انه ليس للمالك الغاء العقد عن ذلك و اسقاطه عن قابليته لحوق الاجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهة فان العقد الفضولى بعد رده المالك فقابل لأن تتعلق به الاجازة و يكون صحيحا ايضا بعد الرد .

الجهة الثانية فى انه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لا بد من تحققه من القول مثل فسخت ونحوه فقال العلامة الانصارى رحمة الله يتحقق ذلك بالقول الصريح وبالفعل مثل الهبة

والعتق والبيع ونحو ذلك من التصرفات الناقلة والمعدمة لعلامة الملكية ولكن شيخنا الاستاذ تقبل الكبرى وامكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالقول في ذلك الا انه منع الصغرى وعدم امكان تحققه بمثل العتق والهبة والبيع ونحوها والوجه في ذلك أن هذه الامور لادلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الاولى وصحته التاهلية بانضمام الاجازة اليه و لا يقاس ذلك بالفسخ بالخيار فانه ازالة علاقة الملكية فتتحقق بكل ما يكون منافياً لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرد اسقاط العقد عن قابليته لحوق الاجازة به فلا يتحقق الا بما يكون صريحا في ذلك و فيه ان ما ذكره هو والمصنف من الافعال كالعتق والهبة و البيع ونحوها لا يتحقق بها الرد الا ان الافعال غير مضرّة بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالاشارة والكتابة بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك او يكتبه .

وبالجملة ان ردّ العقد كامضائه بل كانشائه من الامور المتوقفة على الانشاء والابراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك .

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقلة فاذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضولة أو وهب أو كان عبدا فعنته ثم اجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الاجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقلة باطلة او يجب عليه أداء بدلّه أ تكون الاجازة باطلة والتصرفات صحيحة أو يفصل بين القول بالمشف فنقول ببطلان التصرفات وبين القول بالنقل فنقول ببطلان الاجازة وجوه و قد

فصل المصنف بين القول بالكشف الحقيقي وبين القول بالنقل .
وقال ان صحة الاجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت
التصرفات صحيحة لمنعت عن صحة الاجازة فاذن تكون صحة الاجازة
مع صحة تلك التصرفات متناقضة فانه لا يمكن الالتزام بصحة كليهما
والا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمنين بل لا بدّ اما من
القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الاجازة أو القول بكون ما
فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا الى اذن المشتري لكونها
واقعة على غير وجهها فاشار المصنف الى الاول بقوله أو البطلان و
الى الثانى بقوله من امتناع الاخير والى الثالث بقوله أو ايقاعه على
غير وجهه فحيث أن الملكية حاصلة من حين العقد لتأثيره فيها على
الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطلة وتكون الاجازة
صحيحة وكاشفة عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير وأما على النقل
او الكشف الحكيمى او الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الاجازة بل تصح
التصرفات الصادرة من المالك المجيز وذلك فانها وقعت فى ملكه و
لم تبق موضعا للاجازة فانها انما تصح من المالك لولا الاجازة لا من
كلّ احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على
هذه الصفة .

ولكن الظاهر أن الاجازة تكون باطلة مطلقا وانما التصرفات
تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقى باخذ الاجازة معرفة
محضة فانك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الاجازة
المطلقة وان صدر من الاجانب بل انما المؤثر منها هو الصادر من
المالك لولا الاجازة فاذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الاجازة

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكية و صار بالنسبة الى ذلك المال كأحد الأجنب فتكون اجازته ملغاة و تصح تصرفاته فأنها لا تبقى مجالا لكون الاجازة صادرة من المالك لمولا الاجازة فأنه وان قلنا بالكشف ولكن ذلك أنما هو بالاجازة المتأخرة و الاجازة المتأخرة أنما تصح مع بقاءه اى المالك على صفة المالكية على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفة فتكون اجازته لغوا فاذا لغت الاجازة فلا تكشف عن الملكية من حين العقد بل يرتفع ما يكون مؤثرا فيها ويسقط عن الصحة التأهلية وهذا هو السر فى عدم صحة العقد الفضولى باجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافية و بعبارة اخرى انا نقول بالكشف من جهة أن أوفوا بالعقود يوجب اسناد البيع الواقع فضولة الى المالك من حين العقد و يكون البيع بيعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الأجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لا يبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء وغيره و ان قلنا ان الاجازة أنما هى يتعلق بالعقد كما هو كذلك ولكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل و فيما يكون العقد واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحالة الى زمان الاجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا يكون قابلا لاسناد البيع الفضولى الى نفسه بحيث يكون اسناده ذلك لنفسه بالاطلاقات موجبا للاسناد السابق عليه بتلك الاطلاقات .

وتوهم ان الاجازة توجب عدم صحة تلك التصرفات المتخلله بين العقد و الاجازة و بقاءها اى العين المبيعة فى ملكه فاسد

لكون ذلك دوراً واضحاً حيث الاجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكية على الأجازة ومحققة بالاجازة فيلزم الدور .
والحاصل ان التصرفات الواقعة بين الاجازة والعقد على اقسام الاول أن تكون منافية للبيع السابق الواقع على العين فضولة كما اذا باعها أو وهبها للغير أو عتق اذا كان عبداً أو أمة وهكذا فإنها منافية لصحة البيع الفضولى بالاجازة وهذا القسم لاشبهة فى كونها موجبة لبطلان اجازته المتأخرة وذلك مضافاً الى ما تقدم أنك عرفت فى بعض المباحث المتقدمة ان العمومات والاطلاقات إنما هى خطاب للملاك وأن الوفاء بالعقد يكون متوجهاً الى عقدهم لا الى عقد غيرهم وان المراد من حلية البيع وتجارة عن تراض حلية بيعهم وتجارتهم المرضاتية وعلى هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقداً لمالكة وبيعا له لفرض صدوره من الغير فضولة وحينما يكون العقد الصادر من الغير فضولة متعلقاً على ماله ليس عقداً له وبيعا مستنداً اليه وحينما يكون بيعاً له ومستنداً اليه بالاجازة ليس عقداً للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون اجازته ذلك العقد كاجازة الاجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه .

وبالجملة لانعقل وجهها لشمول العمومات على ذلك بعد اجازته اذن لانعقل وجهها لصحة ذلك العقد ولا يفرق فى ذلك بين الكشف باقسامه حتى على معرفية الاجازة والنقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح وعلى الكشف الحكى واضح وسلمنا شمول العمومات على ذلك بالاجازة ولكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فان مقتضى بعض الروايات المتقدمة هو عدم جواز بيع مالا يكون مالكاً عند البيع

كقوله عليه السلام لا توجب قبل الاستيجاب ولا تتبع قبل الشراء وغير ذلك من الروايات فإن الظاهر منها أنّ من شرائط صحة البيع ان يكون البايع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداءً او بالاجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلا يكون بيعه المستند اليه بالاجازة صحيحة فتكون تلك الروايات مخصّصة لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح ومن قبيل تلك التصرفات الناقلة تزويج الأمة للغير من المالك فإن هذا لا يبقى مجالاً لاجازة تزويجها الواقع فضولة لانّ المزوجة لا تكون زوجة واما التصرفات الغير المنافية للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاء والاجارة و تزويج الأمة فقال المصنف أنّها وان لم تخرج الملك عن قابلية وقوع الاجازة عليه الا انه مخرج له عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد لانّ صحة الاجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة واذ فرض وقوعها صحيحة منعت عن الاجازة فهذان لا يجتمعان .

اقول أما الاستيلاء فالظاهر أنه لاحق بالقسم الاول حتى على الكشف فإنّ زمان الاجازة هو زمان كون البيع بيعاً للمجيز واذ كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الادلة فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالاجازة صحيحاً وان كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فإنّ البيع يقع فى حال الاستيلاء نعم لو كان عدم الاستيلاء قيدياً فى المتعلق كعدم كونه خمرًا مثلاً فيكون البيع صحيحاً فإنّ المجيزانّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه ولا ريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد وانّما حصل الاستيلاء بعده وان كان المتعلق أم ولد

في زمان الاجازة فانه ليس بمناط .

وأما الاجازة فهي تارة تكون منافياً لما فعله الفضولى فلا يعد ذلك اجازة وأخرى لا تكون منافية فانه تارة تكون الفضولى قد أجر داره من الغير من مبدء سنة الى منتهى السنة ثم أجرها المالك فى تلك السنة كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولى فانه لا يصح لمنافات العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولى لان الثانى لا يبقى موضوعا لاجازة الاول لعدم بقاء المورد على تمليك المنفعة بالاجازة بعد تمليكه لها ابتداء بعقد الاجازة فتكون اجازته العقد الاول كاجازة الاجانب فلا تشمله العمومات فانه عند العقد لم يستند اليه ولم يكن العقد عقده وحين الاجازة لم يكن مالكا للمنفعة لتفويتها بالاجازة .

وبالجملة ان المالك وان كان قد تصرف فى العين بالمنفعة الغير المخرجة عن الملكية ولكن مع ذلك التصرف فى المنفعة لم يبق موضوعا للعقد الاول فتكون اجازة ذلك باطلة لعدم كون المجيز مالكا لواجازة وان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولى فلا تكون الاجازة باطلة كما اذا باع الفضولى دار المالك وقبل ان يجيزها المالك يوعجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولى ففى هنا لا يتم كلام المصنف لعدم منافات العقد الصادر من الفضولى مع العقد الصادر من المالك فانه لو كان هو بنفسه يوعجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطلة لعدم منافات البيع مع الاجازة لكونه واقعا فى محله وصادراً من اهله وهكذا اذا تحقق البيع بالاجازة ايضا فانها صادرة من اهله وواقعة فى محلها اعنى البيع فيكون صحيحا لصحة الاجازة من -

أهلها غاية الامرانّ المشتري قد كان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة وقد صارت مسلوبة المنفعة في مدة فظهر العيب في العين المبيعة فيثبت له الخيار وأما البطلان فلا وهذا نظير سكن المالك في تلك الدار بين العقد والاجازة فأنه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشتري وقد استوفاه المالك وفوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك وصورورها بالنسبة اليها كالاجانب فلا بدّ ان يخرج من عهدة تلك المنافع ومع ذلك يثبت للمشتري الخيار فتحصل انّ عقد الاجارة الواقعة من المالك فليس مطلقا على نحو لا تبقى مجالا للعقد الاول الفضولى وتكون منافية لصحة التاهلية وتكون موجبة لخروجها عن قابلية الاجازة به وكونه صحيحا بالاجازة كما لا يخفى ومن هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولى امة المالك ثمّ زوجها المالك من الغير فانّ ذلك لا يوجب بطلان اجازة العقد الاول غاية الامر يكون المشتري مختارا في الرضا بعقد البيع وفسخه وذلك من جهة ان التزويج لا ينافى البيع حتى اذا صدر كلا الامرين من شخصه لا مكان كونها ملكا لاحد وزوجة شخص آخر وانما المنافات فيما يكون العقد الاول تزويجا مثل العقد الثانى فأنه حينئذ لا يبقى العقد الثانى موضوعا للاول لانّ المزوجة لا يتزوج .

بقى الكلام فى الرهن فهل يمنع ذلك عن الاجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة فضولة أولا يمنع وقد اختار شيخنا الاستاذ الاول وقال ان رهن غير المديون انما يصح اذا رهنه نفس المالك بالمباشرة أو بالاذن منه وأما اذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانة وأما الاجازة والمفروض صحة الرهن فلا محل للاجازة .

ولكن كلامه هذا مبنى على النبوى المعروف الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف فانه بناء على هذا لاتصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونة لكونها تصرفاً فيكون الراهن ممنوعاً من ذلك كما هو المشهور ومن هنا قالوا أنّ من جملة شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين وأما اذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوى وعدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغير المنافية للرهانة الغير الموجبة لزوالها جائزة وأما التصرفات الموجبه لزوالها فلا تجوز وحيث انّ بيع الراهن العين المرهونة لا ينافى الرهانة لبقاء الوثيقة على حالها فلا مانع من اجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فانّ غاية الامر أنها تكون مالا للغير فلا مانع من رهن مال الغير باجازه لجواز ذلك بلا شبهة اذن فلا مانع من اجازة الراهن البيع السابق الفضولى وصحته بها لكونها اى الاجازة صادرة من اهلها اعنى المالك لولا الاجازة ويكون البيع بها واقعا فى محله .

وبالجملة معنى الرهانة هو كون العين المرهونة وثيقة عند المرتهن وهذا المعنى حاصل فيما يكون الراهن من اموال غير الراهن ايضا فان المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلك ويستوفى دينه وعلى هذا فلا مانع بعد الرهن اجازة العقد ايضا غاية الامر يكون للمشتري الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فى معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعاً من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الراهن على اداء دينه ويبيعه المرتهن فيستوفى دينه .
والحاصل ان الفسخ انما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

على كون الرد موجبا لسقوط العقد الفضولى عن قابلية لحوق الاجازة به وعن صحة التاهلية ثم ان الافعال على اقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت مالكة لكون تلك الافعال تصرفات ناقلة وذلك كالعق و الهبة و البيع و تزويج الأمة بعد تزويجها فضولة ويلحق بذلك الاستيلاء كما عرفت وقد عرفت السرفى ذلك بان الاجازة انما توءثر فى العقد اذا كانت صادرة ممن يكون مالكا لولا الاجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الاجازة لولا الاجازة ولكن لا بد وان يعلم ان معنى تحقق الرد بها ليس اسقاط العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الاجازة فانه ليس بمالك ان يجيز والاجازة لا بد وان تصدر من المالك لولا الاجازة كما عرفت فانها لا تدل على رد نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التاهلية كما يدل الرد المتحقق باللفظ على ذلك .

ويترتب على ذلك انه اذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الاجازة مالكا حال العقد فى العقد الفضولى كما تقدم اختياره من المصنف وان لم نقله فللمنتقل اليه اى من انتقل اليه المال من المالك اصاله ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشتري كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم فى مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الاجازة لا يمكن بقاء العقد على قابلية التاهلية فانه - بالعتق يزول موضوع البيع الفضولى و متعلقه فلا تصح اجازة البيع

العبد المعتق لامن المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه اصلا لان الحر لا يصبر عبدا ولا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله اليه بالعتق مثل البيع ونحوه فان العتق فك ملك لانقله الى غيره وكونه مالا له ليتمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقهرأ يسقط العقد السابق ايضا عن قابلية لحوق الاجازة بها .

لا يقال ان العتق كغيره من التصرفات المنافية لا يوجب خروج العقد عن قابلية لحوق الاجازة به وانما يوجب كون المعتق غير قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابلية التاهلية اذن فيمكن تعلق الاجازة به حينما صار الحر عبداً فيما اذا امكن كما اذا ارتد ثم صار اسيراً للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث .

فانه يقال وان كان في الوارث ايضا ملك جديد وليس اشكال من هذه الجهة ولكن العقد فيه لم يخرج في زمان عن القابلية التاهلية للصحة وانما استمرت تلك القابلية في عمود الزمان لاستمرار الملكية وهذا بخلافه هنا فانه لم تستمر الملكية هنا في زمان الحرية وخرج العقد في هذه الزمان عن القابلية وبطلت لذلك و بعد صيرورة الحر عبداً يحتاج عود تلك القابلية على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالاجازة وتوهم شمول العمومات عليه ومن هنا ظهر انه لافرق في تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو في غير حال الالتفات فان المناط في تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابلية الاجازة وكون القصور في ذلك من قبله ولا يفرق في ذلك بين الحالتين ولا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات في سقوط المالك عن قابلية

الاجازة لانّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم والقصد ليمنع عن الجهل .

واما الاجازة والرهن فقد عرفت انهما لا يمنعان عن بقاء قابلية العقد عن لحوق الاجازة المالكية بها كما لا يمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيز عن أجازتهما لان الرهن والاجازة في بعض اقسامهما كما عرفت لا ينافيان العقد السابق الفضولى ليجب تحققها انعدام قابلية لحوق الاجازة به وكونه ساقطا عن الصحة التاهلية .

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد .

اقول وأما التصرفات الغير المنافية لاجازة البيع فقد فصل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فيكون تصرفه بمثل ذلك ردّاً للعقد السابق وبينما لا يكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات ردّاً للعقد السابق .

وأما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كلاجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا يتحقق بفعله ذلك ايضا لعدم كونه هذا انشاء للردّ فلا يكون منافياً للاجازة اللاحقة وبعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الردّ تحقق عنوانه وكون الفعل بالحمل الشايح ردّاً لا ان مجرد صدور الفعل يكون ردّاً كما هو واضح وليس ذلك مثل الطلاق ليكون انكاره رجوعاً وان لم يكن المنكر ملتفتاً بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء ومن اطلاق كلامهم فانّ لازم معنى الانكار هو ادعاء انها زوجته فيكون ذلك رجوعاً واما فى صورة الالتفات فافاد انّ مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

للبيع او المعاملة عليه بالبيع الفاسد او غير ذلك مما يصد منه مع العلم
 بتحقيق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون ردًا واستدل
 عليه اولا بالاخبار المتقدمة من قوله ان شاء ترك وان شاء فعل و
 غيرها مما ورد فى نكاح العبد والامة بدون اذن السيد الى غير ذلك
 ما يدل على ان للمالك الرد للعقد الفضولى فلا شبهة فى صدق
 الرد على مثل تلك التصرفات وأجاب عنه بما هو متين جدا وحاصله
 أن غاية ما يستفاد منها هو ان من له العقد او مالك العبد والامة
 له اجازة العقد وله رده واما ان الرد باى شئ يتحقق فليست
 فيها تعرض الى ذلك ودعوى صدق الرد على تلك التصرفات مصادرة
 وكذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير اجنبيا
 عن احد طرفى العقد فلا يؤثر اجازته فى العقد السابق فان هذا
 ايضا مصادرة ودعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر
 منه الرد القولى ايضا اول الكلام ومصادرة واضحة والعمدة ما يستدل
 به ثالثا من فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل
 كالوطى والبيع والعتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها
 على قصد فسخ البيع وبعبارة اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخيارية
 رفع ورد العقد الفضولى دفع ولا ريب أن مئونة الرفع اكثر من مئونة
 الدفع فاذا كان امثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى
 وفيه أنه قد تقدمت الاشارة الى جوابه فى صحيحة محمد بن
 قيس وتوضيح ذلك ان فى العقود الخيارية قد صار المبيع ملكا للمشتري
 وصار من جملة امواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غاية الامر ان
 البايع بما ان له الخيار فيجوز له فسخ العقد ويتصرف فى ذلك بعد

فسخه هذا فاذا تصرف في ذلك المبيع تصرفاً لا يجوز لغير المالك أو يكون في نظر العرف ممّا يكون من آثار الملك فبالملزمة يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا في محله وصادراً من أهله وهذا بخلاف المقام فإنّ المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله وطبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا وتصرفه واقعا في ماله وكيف يقاس ذلك بالفسخ في العقود الخيارية فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الردّ بها بل تقدم أن التصرفات المنافية للعقد السابق الفضولي لا تدلّ على الردّ بل على سقوط المالك عن القابلية لاجازة العقد وكيف بالتصرفات الغير المنافية لذلك العقد .

وبالجملة فمجرد كون الفسخ رفعا والردّ دفعا لا يدل على تحقق الردّ بمثل تلك التصرفات في باب رد العقود الفضولية بل بالتصرفات التي اقوى منها كما تقدم وأما الوطى فهو لا يدلّ حتى على الفسخ في العقود الخيارية ايضا لا مكان كونه زناً منه فلا يدل على ذلك وحمل فعل المسلم على الصحة لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقيق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافياً لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فانه مناف للبيع فانه لا بدّ وان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه وبعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم والحكم بالصحة راجع الى حكم الوطى وكذلك لا يدل على الردّ هنا نعم يكون رجوعاً في المطلقة رجعية حتى مع قصد الزنا لكونها زوجة حقيقة .

بقى الكلام في انّ مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزة أم لا كما اذا أوصى شيئا من أمواله لاحد ثم عرضه الى البيع أو وكّل

احدا فى بيع داره ثم أوقع عليه بيعاً فاسداً او عرضها على البيع فهل يوجب ذلك بطلان الوصية وفسخ عقد الوكالة أم لا فقد ظهر ما ذكرنا عدم دلالة شئ من ذلك على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شئ يقتضى ذلك الا ان يبقى موضوعا للوكالة والوصية كما اذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصا فى بيعه فانه لا يبقى حينئذ موضوع للوكالة والوصية كما هو واضح .

قوله :

رحمه الله .

مسئلة لولم يجز المالك فان كان المبيع فى يده اقول اذا عرض العقد الفضولى للمالك فان أجاز فيأتى فيه ما تقدم من التفصيل وان رد فان كان العين عند مالكها فلا كلام لنا فيه وان كانت عند البايع او المشتري وكانت باقية فيرجع اليهما وهكذا الامر فى الايدى المتعاقبة فله الرجوع باى منها شاء والا فعلى البايع قيمتها كما هو مقتضى اليد والسيرة المستمرة وقد تقدم فى المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك يرجع على القابض وكذلك المغصوب على الغاصب بقيمة يوم الدفع بحسب القواعد ولكن مقتضى صحيحة أبى ولاد أن يرجع الى قيمة يوم الغصب وكذلك فى المقام سواء كان البايع الفضولى غاصبا او غير غاصب ثم اذا قلنا بالضمان باعلى القسم فيكون مبدء اخذ ذلك بالنسبة الى كل ضامن زمان دخول العين تحت زمانه فيكون البايع الاول ضامنا من اول وضع يده عليها الى زمان دفع القيمة حتى اعلى القيم عند دخولها تحت الايدى المتاخرة وهكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد الى زمان دفع القيمة و

الوجه فى ذلك ان بمجرد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يوءديها الى مالكتها وهذا المعنى مسمر الى زمان الدفع و منحل الى ضمانات عديدة فيؤخذ الاعلى القيم من جميع تلك الضمانات واما الاشخاص المتأخرة لا يضمنون على الاعلى القيم قبل الاخذ فلو كانت العين فى يد البايع الاول يحاذى بخمسة و باعها من المشتري وصارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها الى اربعة و باعها من الآخر كذلك وترقى قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت الى عشرة فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الاخير لا يضمن الاعلى العشرة لانه لم يأخذ زائداً عن ذلك ولم يدخل غيره تحت يده ليكون ضماناً عليه بمقتضى اليد او بالسيرة واما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فانها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهدة ولو كان عند الاول بخمسين وعند الثانى بعشرين وعند الثالث بعشرة وعند الرابع بخمسة فلا يضمن بالخمسين الا الاول و الاخير بالخمسة والثانى بالعشرين والثالث بعشرة لعين ما عرفت و اذا رجع المالك على الاول فيها وان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقية القيمة من البايع الاول وعلى ما ذكرناه قد اشار المصنف بقوله ولو كان قبل ذلك فى زمان آخر وفرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الاخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه وكذلك يضمن البايع والمشتري الى ان ينتهى الى الاخر بالمنافع ايضا كما هو مقتضى اليد والسيرة اما المستوفات فبلا شبهة واما المنافع الغير المستوفات على اشكال فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا وبالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين .
وأما الصفات التى تزول بعد وجودها كما اذا كانت العين وقت وجودها عند البايع فاقدة لصفة وحدثت بعد انتقالها الى الثانى او الثالث بان كانت مهزولة ثم صارت سميئة أو كانت عبدا غير كاتب ثم صار عبداً كاتباً وتعلم الكتابة فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامنا بها ايضا كضمانه باعلى القيم ولو فى يد اللاحق وبالمنافع المستوفات وغيرها الجامع مطلق المنافع الفائتة أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختر شيخنا الاستاذ الاول وان كل سابق يضمن بالعين وجميع شئونها من المنافع والصفات ولو كانت حاصلة فى يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفة الكمال كانت فى عهدة الضامن الاول فيضمنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصلة و فائتة فى يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق ولكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصلة فى اليد التالية وانما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها وذلك فان مقتضى اليد او السيرة ليس الاضمان البايع الاول سواء كان غاصبا او بالعين مع الحثيات القائمة فيها فهذه الحثية بالنسبة الى المنافع موجودا فى العين فانها متصفة بالفعل بحثية الانتفاع بها وقابلية استيفاء المنافع منها بالفعل وهذا بخلاف الاوصاف فان العين وان كانت لها قابلية السمن وقابلية تعلم الاوصاف الكمالية ولكن حثياتها الفعلية بحيث لو اراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لا يمكن غير موجودة فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

دون السابق عليه ودون اللاحق به كما هو واضح .
وعلى هذا فلو سمنت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابة ثم زالت
عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت
عنده ولو انتقلت العين الى غير من حدثت الاوصاف عنده و تلفت
لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الاوصاف تحت يده
ومن تلفت عنده معا ايضا .

وبالجملة نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فباى مقدار
اقتضى نتبعه والا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشتري
وأما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة فى الثمن و
اخرى فيما يغرمه للمالك فهناك مسئلتان كما فى المتن اما الاولى ان
المشتري تارة يكون جاهلا بكون البايع الفضولى فضوليا أو غاصبا و-
اخرى يكون عالما به أما الاول فتارة يعترف المشتري بكونه مالكا
بالعين وأخرى لا يعترف وعلى الثانى فيرجع على الفضولى لثمن
سواء كان تالفا أو باقيا لغروره اياه وعلى الاول تارة يكون اعترافه عن علم
واعترافه بان المبيع مال البايع وعليه فلا شبهة فى عدم رجوعه الى
البايع فانه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينة التى اقامتها المالك على
كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فيأخذ المالك المال بعد اقامة
تلك البينة فلا يرجع المشتري الى المالك على حسب اعترافه وأخرى
يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب اخذ المعترف
به لزواله بزوال مدركه بأقامة المالك البينة على ان المال ماله لكونها
مكذبة لليد وكاشفة فى الظاهر عن كونها اى اليد يدعدوان وغصب و
انما استملك مال الغير عن غير حق وان كان فى الواقع محققاً ولو

تردد اعترافه بين كونه مستندا الى الاول او الى الثانى فهل حكمه حكم الاول فيلحق به او الثانى ذكر المصنف ذلك ولم يرحح أحد الطرفين ولكن الظاهر ان يلحق ذلك باليد فان الغالب بل الظاهر من المشتريين يشترون ويستندون الى اليد ولذا لو سئلوا عن ذلك فيجبوا بذلك وانه كان مال فلان لكونه فى يده .

والدليل على ذلك ان الحجج الشرعية لا موجب لرفع اليد عنها الا بحجة اخرى فالبينة القائمة على أن المبيع للمدعى دون البايع من الحجج الشرعية وانما نرفع اليد عنها هنا بواسطة اقرار المشتري على ان المال للبائع مستندا فى اقراره هذا الى العلم فانه يؤخذ باقرار كما عرفت فلا يثبت له الرجوع الى البايع بمقتضى البينة القائمة على أن المال للمالك دون البايع لكون اقراره هذا حجة وأما فيما لم يثبت ذلك الاقرار ولا علم لنا فى كونه مستندا الى العلم الوجدانى ليكون اقراره قابلا لأخذ مقره به بل يمكن مستندا الى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينة والا يلزم رفع اليد عن الحجة بغيرها ويكفي الشك فى ذلك ايضا لانه لا يمكن رفع اليد عن الحجة بما يحتمل كونه حجة قائمة على خلافها .

قوله وان كان عالما بالفضولية .

اقول : لا اشكال فى انه مع بقاء العين لا بدّ من ردها الى صاحبها وهو المشتري ولا يفرق فى ذلك بين كون المشتري عالما بالفضولية او لم يكن عالما بها فانه انما اعطى الثمن للبائع على ان يكون الثمن له ولو مع علمه بكونه غير مالك فاذا لم يترتب على ذلك الاعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا فى ملكه وتوضيح ذلك يظهر

بذكر ما ذكره المصنف وقد استدل على كون العين باقية في ملك المشتري على تقدير البقاء بوجوه الاول انه لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا بيان ذلك ان النقل والانتقال لا بدّ له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك وهذا متين خصوصا بضميمة ما ذكره اخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا انها ناظرة الى الاسباب وحصرا سباب التجارة بالتجارة عن تراض فان المراد من الاكل هو التملك دون الازدراد وان اسباب ذلك الملك هي التجارة عن تراض كما هو واضح وبالجملة أكل البايع الفضولى الثمن ولو مع علم المشتري بعد مالكية بلا مقتضى وسبب وأكل للمال بالباطل الوجه الثانى ما اشار اليه بقوله ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله وفيه أنّه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام وبين المقبوض بالعقد الفاسد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد وتأثيره فى النقل والانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك وحصول الضمان الخاص المعاملى فاذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحية عدم امضاء الشارع فيكون اقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البايع والمشتري ضامنا لما اخذه من صاحبه وهذا بخلاف المقام فان دفع المال الى البايع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا - كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع وتسليطه على أتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل .

الوجه الثالث ما اشار بقوله ولان الحكم بصحة البيع لو اجاز

المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البايع قبله يلزم فوات محل الاجازة لان الثمن انما ملكه الغير فيمتنع تحقق الاجازة ثم أمر بالتامل وفيه انه قد تقدم سابقا انما هو متفرع على البيع وبعد تحققه يسقط المشتري البايع على ذلك فاما على الكشف فواضح اذ الملكية انما حصلت من زمان العقد بالتسليط انما هو تسليط المالك على ملكه ومتفرع على ذلك الملكية الحاصلة بالعقد من حين العقد .

وأما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعا بحصول الملكية بالاجازة المتأخرة من المالك فان أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع وان لم يجز فيكون للبايع فيكون التسليط منجزا لان التسليط من الاول منجز وان المشتري سلب البايع على ماله منجزا كما هو واضح .

وهنا وجه رابع لشيخنا الاستاد من أن التسليط لا يزيد على المهبة المجانية فلا فرق بين صورة العلم والجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على المهبة مادامت باقية وكذلك كل من البايع والمشتري لو كان الثمن او المثلن غصبا وفيه ان هذا ايضا لا كلية له فان الواهب ليس له الرجوع على العين على الاطلاق لو كانت باقية فانها لو كانت ثوبا فقصر او شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها وكذلك لو كانت لذى رحم وان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها والحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام .

ومن هنا ظهر حكم الجهة الثانية ايضا اعنى جواز تصرف كل

من البايع والمشتري فيما اخذه في مقابل المغصوب وانه غير جائز
وتصرف في أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا يوجب الاذن
في التصرف لانه انما سلطه على ماله بعنوان المعاوضة والمعاملة
بحيث يكون مالا له فيتصرف في ماله لا انه سلطه عليه ليصرف مال
الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضة لكونه
مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف .

قوله رحمة الله اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري
بل المحكى عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم
الاتفاق عليه .

اقول قد بنى شيخنا الانصارى تبعا لهؤلاء الاعاظم على عدم
الضمان في هذه الصورة اعنى بيع الغاصب لنفسه وأخذ الثمن من
المشتري لنفسه وتلفه عنده وتبعه شيخنا الاستاذ وان ناقش في
بعض خصوصيات كلماته والوجه في ذلك كما صرح به بعضهم انه
سلطه على ماله بلا عوض .

ومحصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لاحد الامرين
كما تقدم في قاعدة ما لا يضمن اما دليل اليد وان من وضع يده
على مال غيره فلا بد له ان يخرج من عهده بجميع شئونه وخصوصياته
كما تقدم واما قاعدة الاقدام على الضمان كما استدل بها شيخ
الطائفة وغيره في ما لا يضمن واما قاعدة اليد فهى و ان كانت
مسلمة ومتسالما عليها بين الفقهاء ولكنها خصت بفحوى ما دل على
عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه اليه المال لحفظه كما في
الوديعة والاجارة والعارية فان دفع العين في هذه الموارد ليس

الا بعنوان الوديعة دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان وعلى هذا فاذا كان دفع المال وتسلط الغير عليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلا ثمن و الهبة الفاسدة و الاجارة بلا اجرة فلا يكون فيها ضمان وكذلك يكون مثلا اعطائه الى ثالث فان الجامع فى جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجانى كما لا يخفى واما قاعدة الاقدام فهى ايضا غير جارية هنا اذ لم يقدم البايع على الضمان بالثمن لعلم المشتري بكونه غير مالك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البايع المالك فيكون اعطاء الثمن حينئذ فى مقابل ماله تضمينا له بالمال الذى هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد ايضا ثم اورد على نفسه بانه اى فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذى تقدم فان تصحيحه انما كان بانّ البيع فيه حقيقة واقع عن المالك لان معرفة المالك شخصه و خصوصية غير لازم و خصوصاته غير دخيلة فى صحة البيع بل يكفى فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادلة اعنى تبديل مال بمال فى الاضافة المالكية بحيث لو كان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى ايضا فليكن الامر كذلك فى المقام ايضا فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا ولوعدا وانا على كونه ملكا له ولولا ذلك البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة اصلا فلا يصح مع الاجازة ايضا فان البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لملك شخص آخر وبالجملة : ان كان بانياً على الملكية فلا شبهة فى صحة معاملته فيكون كبيع - الغاصب فيكون يده و اقدمه مضمين وان لم يكن بانياً على الملكية فلا يصح بيعه حتى مع الاجازة فيخرج عن المفروض .

ثم : اجاب عن ذلك بأنه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشئ فى عهدة الضامن وخسارته عليه واذ لم يكن المبيع ملكا للبايع لاحقيقة ولا ادعاء مع علمها بالواقع وكون المال لغيره حقيقة فكيف يتحقق الضمان باقدام البايح على أخذ مال المشتري باختياره وتسليطه له عليه لكونه كالاعطاء الى شخص ثالث وهذا بخلاف بيع الغاصب فانه بأدعائه مالك للمبيع مالكية بنائية فالخطاب ببعثك انما هو متوجه للمالك غاية الامر توجه الى الغاصب من باب الخطأ فى التطبيق فالمبادلة انما وقعت حقيقة وفى الواقع بين مالى المالكين الحقيقيين فيكون الاقدام واليد هنا مضمينين وبعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه .

ثم اورد على نفسه بانه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم والجهل فى البيع الفاسد حيث حكتم بالضمان هناك وبين صورتيه هنا فلا تحكمون به فاجاب عنه بان التضمن الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لانّ المضمون به مال الضامن غاية الامر ان فاسد العقد من جهة عدم امضاء الشارع مانع عن مضيّ هذا الضمان فاذا لم يميز الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون اصل الضمان بالاقدام باقياً على حاله لقاعدة الاقدام اولقاعدة اليد من دون ان يكون هنا تسليم وتسلمّ مجانى وهذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى وليس الا كتسليط ثالث اعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمراً او خنزيراً او أم ولد فانه لا ضمان هناك ايضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه (رفع فى علومقامه) .

وفيه أنه وان اتعب نفسه واطال كلامه ولكن اسقط من كلامه ما هو نكته المقام اى صورة بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشتري انما سلط البايح الفضولى على ماله بانيا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسدة فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسدة اذن فلا وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فانه ليس الالهبة مجانية ولا بالاجارة بلا اجرة وبالعارية وباعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانياً وهذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانياً ولذا لو سئل عنه أنك وهبت مالك او اعرت فيجب انى عاملت مع فلانى ويدل على ذلك انه لو كان التسليط مجانياً لم يكن وجه للحكم بكونه اى البايح غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمة التصرف فى الثمن وبالجملة لانعرف وجهها للفرق بين ما نحن فيه وبين سائر العقود الفاسدة والنكته هى ما ذكرناه من ان التسليط والتسلط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسدة وقد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعدة ما يضمن ليس له أساس وأن تكلف المصنف فى شرح الفاظها وقد ذكرنا تطبيقها على القاعدة من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحة مبنياً على الضمان ففاسده ايضا كذلك بخلاف مثل الهبة ونحوها وظهر لك أن المقام غير مربوطة بالبيع بلا ثمن ليكون هبة فاسدة حتى يتوهم أن فى صحيح الهبة لاضمان و كذا فى فاسدها ايضا .

فتحصل ان قاعدة اليد لم تخصص فى المقام بما ذكره المصنف واما ما ذكره من قاعدة الاقدام بالضمان فقد ذكرنا فى مالا يضمن

ان الاقدام لاموضوعية له ولا ان له دليل فى كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره فى وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدا عليه فانه لاضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة والعارية والعين المستأجرة ونحوها والا فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح .

نعم لو كان المبيع مما لا يملك فى نفسه كالحرّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورة بيع ولفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البايع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فانّ هذا نظير بيع البايع ماله بلا ثمن فانه ليس من مفهوم البيع بشئ ليكون بيعا فاسدا و يأتى فيه ما قلناه فى البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابلية المتعلق لوقوع البيع عليه .

واما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق فى نظر العرف من الاموال بل من الاموال المهمة كالخمر والخنزير و انما الشارع - الغى ماليته واسقطه عن المالية فيكون تسليم المشتري الثمن الى البايع ايضا مبنيا على البيع الفاسد فيكون البايع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر ايضا ما فى كلام المصنف من انه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر والخنزير والحرقوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها الملك مع علم البايع بالحال فانه يتوجه فى صورة كون المعوض حرا لا فى صورة كونه خمرأ او خنزيراً .

ثم بقى هنا امور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسئلة

الامر الاول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع فيما يكون البايع غير بايع لنفسه بل انما باع للمالك وانما دفع المشتري الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطة فى الايصال و تلف فى يده اذا لم يسلطه عليه ولا أذن له فى التصرف فيه فضلا عن اتلافه .

وفيه أن هذا من عجائب المصنف فانه ليس هنا شىء من - اسباب الضمان فان البايع وان اخذ الثمن من المشتري وتلف عنده ولكن ليست يده يد أتلاف هنا كما صرح به (وقال وتلف) مع ذكره الاتلاف بعده وانما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفريط من البايع فلا موجب للضمان لكون البايع امينا فى ايصاله الى البايع فقط و كان له ان يعكس الامر ويقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتري به واخذ الثمن وتلف عنده او اتلفه بنفسه كما قلنا به ولا يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامناً فهو أمر آخر .

الامر الثانى انه لو اخذ البايع الثمن بنفسه من أن يسلطه المشتري عليه فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان ولو كان الاخذ بانيا على العقد الواقع بينهما وهذا واضح كما افاده فى المتن .

الامر الثالث انه افاد تحقق الضمان ايضا لو اشترط على البايع الرجوع بالثمن لو اخذ العين صاحبها فانه ايضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البايع ايضا ضامنا .
الامر الرابع انه لافرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن

كلياً او معيّناً فان المشتري مع كون الثمن كلياً قد طبق ذلك الكلي على الفرد و سلّط البايع عليه بانيا على العقد فيكون البايع ضامناً عليه للمشتري وحيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان في كون الثمن شخصياً فقد اختار عدمه هنا ايضاً .

قوله المسئلة الثانية ان المشتري اذا اغترم للمالك اقول هذه هي الجهة الثالثة فهي ان المشتري لو اغترم للمالك غير الثمن من زيادة قيمته السوقية او زيادة على اصل القيمة او المنافع المستوفات او الغرامات التي صرفها للعين ولم يستوفى في عوضها منفعة فهل يضمن المالك بتلك الغرامات او لا يضمن .

توضيح الكلام في ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو اخذ زيادة القيمة على اصل الثمن بان اشترى على عشرة دنانير وكانت قيمة العين عشرين ديناراً فهل للمشتري ان يرجع الى البايع في زيادة القيمة ام لا .

الثانية في انه اذا استوفى منفعة من العين كان اشترى الدار و آجرها من غيرها فاخذه المالك العين و اجارتها الثمن فهل للمشتري ان يرجع الى البايع في تلك المنافع ايضاً ام لا .

الجهة الثالثة قيمة المنافع الغير المستوفات .

الجهة الرابعة ان المشتري اذا اغترم للعين غرامة بان صرف مقداراً من المال في اصلاح العين من دون أن يأخذ في قبالة منفعة فهل يضمن البايع بها وله الرجوع اليه أم لا ومن هذا القبيل انفاق العين المشتري .

اما الجهة الرابعة فقد استدل على الضمان هنا بقاعدة نفى

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشتري الى البايع فى تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفي الضرر .

وفيه انه معارض بكون الرجوع ضررا للبايع فليس نفيه عن المشتري بدليله ارجح من نفيه عن البايع وقد حققناه فى قاعدة لا ضرر .
وقد استدل ايضا بان البايع هو السبب فى غرامات المشتري فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع امر فهو اولى بانتساب المسبب اليه .

وفيه ان التسبب تارة يكون على نحو يكون الواسطة ملغى عن الموضوعية وخارجا عن الاستقلالية واخرى لا يكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الاول فكمث تسبب فى قتل احد باعطاء السكين لمن لا يعقل من الصبى والمجنون والسفيه و ادخاله فى جوفه او حفتى بئرا فوقع فيه احد فان الفعل يستند حقيقة الى السبب والوسائط فى امثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معاملة القاتل فيؤخذ منه الدية فان الفعل حقيقة فعله وهو الفاعل فى ذلك .

اما الثانى بان لا يكون تسبب حقيقة بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل وصدوره فقط بان يقول لاحد مع كونه عاقلا وكاملا اقتل فلانا او اعطى سكيننا وقال اقتل زيدا فان البعث والتحرير على تقدير حرمة ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل ويكون الفعل فعله ويعامل معه معاملة الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البايع ليس سبباً تاماً لغرامة المشتري بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

الى فعل البايع بعنوان التسبب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح .
 وحاصل الكلام انه اذا اغترم المشتري فى العين المبيعة فهل
 يرجع الى البايع فى ذلك أم لا فهنا جهات ثلاث الاولى انه اذا
 اغترم زيادة القيمة مما اخذه المشتري بان كان المشتري اشتراه
 بعشرة وكانت قيمته عشرين او ترقى الى عشرين .

الجهة الثانية فى المنافع المستوفات كأن أجر الدار او الدابة
 او غير ذلك من المنافع المستوفات .

الجهة الثالثة فى المنافع الغير المستوفات والمخارج التى
 صرفها للعين من كيسه ولم يستوفى من العين شيئاً و من هذا
 القبيل انفاق العين اما فى صورة العلم بالحال فلا يرجع بشئ
 من ذلك اما فى صورة الجهل فهل له ان يرجع فى ذلك الى
 البايع أم لا .

اما الجهة الثالثة فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل
 فيها بالضمان بوجوه الاول قاعدة لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر
 على المشتري وفيه انه على تقدير شمول قاعدة لا ضرر على ذلك -
 فهى متعارضة فان الرجوع ايضا ضرر على البايع فلا وجه لتقديم
 المشتري عليه .

الثانى بقاعدة التسبب بدعوى ان السبب فى تضرر المشتري
 هو البايع .

وفيه انها لم ترد فى آية ولا فى رواية ولا انها معقد اجماع
 اذن فلا بد من ملاحظة ان الفعل الصادر من المسبب على نحو
 يستند الى السبب اولاً فان كان مستندا الى السبب سواء كان مع

ذلك لفاعل الفعل اختيارام لا وسواء كان التسبب امرأً شرعياً ام لا فيحكم بالضمان مثلا اذا امر صبيا ليفتح باباً فاذا فتح يطير الطير الموجودة فى الدار او امره بقتل احد وهكذا المجنون والسكران فان الفعل فى امثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الاولية ايضا تكون متوجهة عليه كما تقدم فى بحث المكاسب المحرمة و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوق ومات او نصب سكيناً فى قعر البئر فقتله السكين او غير ذلك من الموارد التى يستند الفعل الى السبب حقيقة وان كان للواسطة اختيار كالصبى و من هذا القبيل ما يكون التسبب شرعياً كما اذا شهد بالشهادة الزور فوجب ذلك غرامة المشهود عليه ثم رجع فى شهادته فانه تكون الغرامة على الشاهد لكونه سبباً فى غرامة المشهود عليه واما فى غير تلك الموارد بحيث لا يكون تسبب فى البين فلا يضمن السبب بشيء لكونه داعياً محضاً فى صدور الفعل من الفاعل واما الفاعل فعل ذلك بقدرته واختياره فيكون الضمان عليه .

الثالث بقاعدة الغرور بان المغرور يرجع الى من غرّو هذه القاعدة وان كان لم يبعد ان تكون رواية نبوية ولكنها غير منجبرة بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكلية بان الشهرة لا تكون جابرة لضعف السند وذلك لخصوصية فيها التى تمنع عن الانجبار وهى ان المشهور لم يمكن ان يستند وافي عملهم و فتواهم هنا بالضمان لاجل التسبب وقاعدة الضرر او الروايات الخاصة وعليه فلا ينجبر ضعفها بالشهرة بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها وذلك فانهم وان ذهبوا الى الضمان فى هذه المسئلة و لكن مقتضى

العمل بالقاعدة ان يعملوا بها في جميع موارد الغرور ويفتون بطبقها اينما سرت ولم يخصوا الحكم بهذا المورد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم احد بانه لو غرّ احدًا في اكل مال الغير بانه راضى بذلك او غرّه في شراء شئ على ان يربحه كذا وكذا فانكشف ان المالك لم يرض وان المبيع لم يربح له بشئ بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضر المغرور وهكذا سائر موارد - الغرور فانه لم يفت المشهور في امثال ما ذكرنا من الامثلة بالضمان بل افتوا في خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطة سندا ودلالة الا ان يكون هنا تسبب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا امر آخر غير مربوطة بقاعدة الغرور وقد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الاولى كما ان الاحكام التكليفية ايضا ثابتة له بتلك الخطابات .

الرابع الروايات الخاصة الواردة في باب النكاح التي تدلّ على ان من غرّ احدًا فزوجه امرئة برصا او عوراء او مجنونة او امة بعنوان أنها بنت مهيبة فيكون على ذلك الغار مهر الامرئة فبالغاء المورد تكون دالة على الضمان بغير المهر وفي غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات في حاشية السيد وفيه انها روايات خاصة قد وردت في باب النكاح في خصوص باب المهر وكون ضمانه على الولي فقط والتعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر في خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كلية من ان المغرور يرجع الى الغار في جميع ما اغتره ولاجل مصلحة قد حكم الشارع في موارد تلك العيوب بضمان الغار الذي

هو الولى لخصوص المهر ومن هنا لو اوجب الغرور و صرف فى ذلك مصارف كثيرة كالا طعام ونحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل فى خصوص المهر الى المدلس كما فى الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكلية منهما لمكان التعليل الوارد فيهما .

الاولى رواية اسماعيل بن جابر حيث اراد احد تزويج بنت احد فزوجوه امة فقال عليه السلام رد الوليدة على مواليتها والولد للرجل وعلى الذى زوجه قيمة الولد يعطيه موالى الوليدة كما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الذيل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعم غير مورد النكاح ايضا .

وفيه ايضا غير الولد وفيه مضافا الى ضعف سند الرواية فان فيه محمد بن سنان فهو وان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا اقل من تعارض المعدل للجراح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامة بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره اذا فاذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري ايضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج والوجه والله العالم فى ذكر الولد انه لولا الذكر لحكمتنا بضمان قيمة الولد فانه من امة الغير فالنماء فيها كالحيوانات والاشجار للمالك ومن هنا حكمو عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامة الغير فولدت فهو لمالك الامة ولكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهة فيكون الولد للوطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه .

الثانية رواية رفاة فى قضاء اميرالمؤمنين عليه السلام فى امرأة زوجها وليها وهى برضاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها وان المهر على الذى زوجها وانما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده ايضا وفيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها ايضا لاتدل على الضمان فى غير موردها وهو المهر فلا يمكن التعدى الى الغرامات الواردة فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى الى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصية يستدعى الضمان وليس فى غيره فتكون هذه الرواية كغيرها من الروايات الخاصة نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصة المتقدمة وبعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا يتم دلالتهما على المقصود وتامة قاعدة الغرور فى جميع الموارد اذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد والمهر على الغار وكون التعليل مختصا بهما وقد علل كون المهر على المزوج بانه مدلس فمقتضى العلية انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمة الولد لا يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعدة .

على انه لو تمت دلالة الروايتين فايضا لاتنافيان بالمقصود اذ الدليل اخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما ان للمشتري ان يرجع الى البايع الذى غره وخدعه ودلّسه ولاشبهة انه لا يصدق

الغرور عند جهل البايع بل قد صرح فى تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه واما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمان الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال او جاهلا بها بتلك الروايات التى اخص من ذلك واما ما عن العلامة الطباطبائى من انه لا يفرق بين علم البايع وجهله لانعرف له وجهها واما رواية الجميل التى ذكرها المصنف عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيئى مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التى - اخذت منه وقد استدل بها على تمامية قاعدة الغرور بدعوى ان حرية ولد المشتري اما ان يعد نفعا عائدا اليه اولا وعلى التقديرين يثبت المطلوب مع ان فى توصيف قيمة الولد بانها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم فيطرد فى سائر ما اخذت منه .

اقول ان الرواية وان كانت مطلقة من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشتري الى البايع مطلقا و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمة الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فانه من منافع الامة فتكون للمالك فالرواية وردت على طبق القاعدة فحينئذ اذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البايع لانه غره و خدعه و لكون الوطى محرما يكون الولد حرا وعلى هذا فلا وجه لما فى المتن من ان حرية الولد ان كانت من المنافع المستوفات التى لا بد له من اعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البايع فتدل الرواية على الرجوع الى الغار فى غيرها بطريق اولى قد عبّر عن ذلك بالفحوى وان لم تكن حرية الولد من المنافع المستوفات

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلالية المنطوقية فيما هو محل الكلام الذى نتكلم فيه وبالجملة فلا تكون الرواية دالة على قاعدة الغرور واما قوله بان توصيف قيمة الولد بالاخذ مشعر بالعلية فيتعدى الى غير موردها .

ففيه ان التعبير بالاخذ لاحد الجهتين الاولى ان المشتري انما يرجع الى البايع اذا رجع المالك الى المشتري والا فليس له الرجوع الى البايع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الايدى .

الثانية ان المشتري انما له الرجوع الى البايع فى القيمة التى أخذها المالك من المشتري ولو كانت اقل من القيمة السوقية فليس له ان يرجع الى البايع فى الزائد عنها كما اذا اخذ المالك من المشتري عشرين فقيمة السوقية خمسين فيرجع الى البايع بخمسين ايضا وبالجملة ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الرواية بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاة للبقر السائمة بثبوتها فى النص للغنم السائمة فان البقر غير مربوط بالغنم وسنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشتري الى البايع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفات وفى غيرها لا يرجع بالاولية على ما هو لازم كلامه باطلاق روايتى زرارة وزريق وبسكوتهما عن رجوع المشتري الى الغار الذى هو البايع اما الرواية الاولى اعنى رواية زرارة فانها تدل على رد الجارية التى اشتراها المشتري من شخص الى مالكها المدعى بعد البينة ورد قيمة الولد المتولد منها وسائر منافعها المستوفات فهى ساكتة عن الرجوع الى البايع بان يرجع المشتري فى غراماتها الى البايع فحيث كان

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الاطلاق عدم جواز رجوع المشتري الى البايع .

الثانية رواية زريق فانها تدل على رجوع المالك الى المشتري ويأخذ منه ماله وجميع المنافع التى استوفى من ذلك من اى اقسام المنافع من الغرس والزرع واجرة البناء الذى بنا فيها وليس للمالك قلع ما غرس فيه والا فيعطى أرشه نعم وله اخذ اجرة الارض نعم للمشتري قطع ذلك لكونه مالا له والناس مسلطون على اموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الرواية ايضا تدل على رجوع المالك الى المشتري وساکتة عن رجوع المشتري الى البايع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الاطلاق ندفع رجوع المشتري الى البايع .

وفيه ان الروایتين لاتدلان على ذلك اما رواية زرارة الى جهة رجوع المالك الى المشتري دون رجوع المشتري الى البايع و اما رواية زريق فانها ناظرة الى بيان ان المالك يرجع الى المشتري و المشتري الى المالك فليست ناظرة الى ان المشتري يرجع الى البايع على ان البايع فى الرواية الثانية انما هو القاضى فان كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان الله جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى وهو المفوت لذلك والقاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البيئات وان كان الحكم باطلا فالمشتري يعلم بفساد البيع وهو بنفسه اقدم على ذلك فلا يرجع اليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشتري اذا علم بالحال فلا يرجع الى البايع فى غراماته لاقدامه على ذلك بنفسه واما مع الجهل فربما قيل

برجوعه اليه بقاعدة الضرر وقد عرفت ان احد الضررين مما لا بدّ منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشتري دون البايع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون في جميع الموارد كما اذا استوفى المشتري بمقدار منفعة ما اغترمه للمالك واما دعوى الضمان بقاعدة التسبب بان البايع لتغريبه المشتري فيضمن كما اغترمه المشتري في المنافع المستوفات و في غيرها بطريق اولى .

وفيه انك عرفت انه ان كان التسبب على نحو استنيد الفعل اليه بقوة السبب فلا اشكال في الضمان والا فلا وجه له واما قاعدة الغرور قد عرفت انها وان روى بان المغرور يرجع الى الغارالانه غير معمول بها في جميع الموارد بل في خصوص المقام ففيهنا لانعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصة وقد عرفت انها ناظرة الى موارد خاصة فلا يمكن التعدى منها الى غير موارد كما لا يخفى وكذلك ما ورد في ضمان الشاهد على المشهود عليه في شهادة المزور واما توهم عدم الضمان لاجل اطلاق روايتي زرارة و زريق وقد عرفت الحال فيها ولكن يمكن لنا التفصيل في المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشتري داخل تحت ضمان البايع فللمشتري ان يرجع في ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخلًا تحت - ضمان البايع فلا يرجع المشتري فيما اغتر به للمالك الى البايع وتوضيح ذلك انه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير او مال الأكل الذي هو المعطى له فلا شبهة ان الغير يرجع الى الأكل وهو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداءً في ذلك واما سلب الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

لابما انه مال الغير وهكذا لو ظهر انه مال الآكل ايضا كما لا يخفى وعلى هذا فليس للمسلّط ان يرجع الى الآكل لورجع المالك اليه بدعوى انه سلّطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لا يفيد بوجه اذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخلية تحت ضمان الغاصب كأجرة الدار و الثمار للاشجار ونحوها وقسم منها لا تكون داخلية تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة الى الحلّة او الكربلاء مثلا ففى الاول اذا رجع المالك الى البايع فليس للبايع ان يرجع الى المشتري فانه بعد اقدمه على ضمان مال الغير واعطائه قيمته وقيمة منافعه صار مالكا للمغصوب بقاء فكما لا يرجع الى من سلّطه على اتلاف ماله ابتداءً فكذلك ليس له الرجوع الى من سلّطه على اتلافه بقاءً فاذا ليس له ذلك فى العين او فى المنافع المستوفات على تقدير بقاء العين فى المنافع الغير المستوفات بطريق أولى لا يرجع الى المشتري لانه بنفسه سلّطه على ذلك واما لورجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البايع كما عرفت واما المنافع التى لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الاول ومن هذا القبيل الاوصاف الزائدة فلورجع المالك اليها فليس للمشتري ان يرجع الى البايع فان التسليط فى تفويت ذلك ليس من ناحية البايع ويأتى ذلك فى تعاقب الايدى مفضلا ومن هنا يظهر انه لا وجه للتفصيل بين المنافع المستوفات وغيرها فانها ان دخلت تحت ضمان البايع فلا يرجع فى المستوفات الى المشتري لورجع اليه المالك ففى غير المستوفات بطريق أولى وان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الى المشتري فى المستوفات بطريق أولى وهذا واضح جدا .

وبالجملة حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك
الابتدائي فكما ان المالك حدوتنا لا يرجع الى من سلطه على تفويت
ماله فكذلك بقاء كما هو واضح .

وحاصل الكلام انه لا بد وان يفصل في المقام بين المنافع
التي دخلت تحت ضمان البايع والمشتري كليهما فحينئذ ليس للبايع
مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشتري بل يرجع المشتري
الى البايع مع رجوع المالك اليه وتلك كالعين بنفسها وكسكنى -
الدار وركوب الدابة التي تكون قائمة بالعين وتسلم الى المشتري
مع تسليم العين واما المنافع المتجددة التي لا تدخل تحت ضمان
البايع كالثمار والاشجار واللبن للحيوان ونحوهما مما تجدد تحت يد
المشتري فلا يكون ضامن لها الا المشتري لعدم ثبوت ضمانها
ابتداءً على البايع .

بيان ذلك ان احدا لو قدم طعاماً لاحد ليأكله بما انه مال
شخص المعطى فاخذه الآكل فاكله فانه قد اخذه ذلك بعنوان انه
مجاني ولم يقدم على الضمان من الاول وكذلك ان المعطى قد
سلطه على ذلك بما انه مال نفسه ولو كان في الواقع مال غيره و
يعلم انه مال الغير فاذا علم الآخذ بعد تلفه انه مغصوب فليس
للمعطى أن يرجع الى الآخذ ويقول أن هذا كان مال الغير فاني
اعطيته لك بعنوان مالي كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا
فلم يكن اخذه الا اخذا مجانياً بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع
الى المعطى ايضا لانه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد
انه مال الآخذ فانكشف انه مال نفسه فانه ليس له ان يرجع الى

الآخذ بدعوى انه كان فى عقيدتى انه مالك فان الاخذ ليس الا
أخذاً مجانياً فلا ضمان فيه بل هذا وتقديم ماله الواقعى مع العلم
به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير ايضا مثله فانه مع
رجوع الغير اليه فبخروجه عن عهدة الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه
الى الغير فليس فى تسليط الغير على اتلاف ماله بين ما يكون ماله
حدوثا وبين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط الغير على تسليط
ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب
الخروج عن عهدة الضمان فهذا الذى ذكرناه مما قامت به السيرة
العقلانية واما رجوع الآخذ الى المعطى لورجعه اليه المالك فواضح
لان السبب فى تفويته هو المعطى وانما عزّه بعنوان انه مال نفسه
فهو السبب اى المعطى فى التلف وان كان المتلف بالمباشرة
هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الاتلاف الى المسبب لقوته
ولاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعة والتغريب يوجب الضمان
بلا شبهة وان لم نقل بالضمان فى جميع موارد الغرور وكيف فهل
يشك أحد فى انه لو قدم أحد مالا كشخص هبة مجانية بعنوان انه
ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف
وهكذا اذا كان مال غيره فان أهل العرف يستندون التلف الى
السبب للغرور فهذا بديهي لاشبهة فيه ومما قامت به السيرة نعم
فى المنافع المتجددة حيث لم يكن فيها تقديم مجانى من قبل
المعطى فلا شبهة فى الضمان اى ضمان الآخذ بل الامر كما ذكر
لواعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى
فانه لا يشك أحد من أهل العرف فى ضمان المعطى لذلك ايضا

اذ المال ولو كان للآخذ وانه اتلف مال نفسه ولكن اتلفه بما انه مال المعطى ودخل تحت تصرفه مجانا فالاتلاف مستند الى الاخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فيكون ضامنا له للغرور بمقتضى السيرة العقلائية فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال وعلمه فانه مع الجهل والاشتباه فايضا يكون ضامنا للمالك فليس له ان يرجع الى الآخذ المجانى بوجه لما تقدم كما اذا كانت عنده وديعة فاشتبه فاعطاها للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجانى على اتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفا لمال الغير فكانت يده يد اتلاف لا يد وديعة الا فى المنافع المتجددة لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الاول وأما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجانا ابتداء وقد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوثا وبينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع والمستوفات غيرها هذا كله فيما يكون التقديم مجانيا و اذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فانه تارة يكون فى مورده غرور بحيث يصدق الغرور بانه غر البايع المشتري واخرى لا يصدق اما الاول بان يأخذ البايع مال غيره بالغصب او السرقة ولو كان مال المشتري ايضا ثم يبيع ذلك من المشتري بقيمة قليل بدعوى انه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى الله ويأخذ المشتري ذلك فيأكله أو يشترط البايع فى البيع صرفه فى أكله أو فى احسان الغير وبعد ما يتلف المال فيخبر المشتري بالحال او هو بنفسه يلتفت بذلك وان المال مال نفس المشتري او مال شخص آخر فانه لاشبهة هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

من المنافع المستوفات وغيرها الا المنافع التى لم تدخل تحت ضمان
البايع من المنافع المتجددة كالبيض واللبن والثمار ونحوها وكذلك
الثلث الذى هو بنفسه كان مقداً بذلك ولم يصدق الغرور بالنسبة
اليه فان رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري ايضا الى البايع
فان السيرة قائمة فى مثل ذلك كون السبب فى التلف هو البايع
وانه هو الذى غرّو وتسبب فى التلف وأن التلف يستند اليه فانه
للم بايع ذلك منه ولم يشترط اتلافه لم يقدم المشتري بذلك و
هكذا فى كل مورد يصدق عنوان الغرور واستناد التلف الى البايع
واما لولم يصدق الغرور فلا يرجع المشتري الى البايع كما اذا
سرق أحد مال غيره او غصبه فباعه من شخص ثان بقيمة قليلة وبثلث
بخس وراح ثم باع الثانى من ثالث بهذه القيمة انما بقصد الاحسان
بان يشترط ان يعطى الفقراء ويطعم المساكين فبعد ما صرف .
الثالث المال فى الاحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال
الغير فرجع المالك الى الثالث فاخذ منه جميع ما يترتب على ما له
من المنافع والعين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثانى بدعوى
انه مستتب فى ذلك فان السيرة قاطعة على انه لا يصدق التفويت
فى مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثانى كما هو
واضح لا يخفى وبالجملة أن هذا ليس الا كسائر البيوع الفاسدة من
دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا بد
وان يخرج من عهدة الضمان بل المشتري بنفسه أقدم على ذلك
لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد او السيرة و الاقدام
انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعة ونحوه مما لا يوجب

الضمان فالاقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقاً في بعض الاوصاف وقال واما ما يغرمه بازاء اوصافه فان كان مّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التي يتفاوت بها القيمة كما لو كان عبداً كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البايع لانه لم يقدم على ضمان ذلك واشكل عليه شيخنا الاستاد بايراد ظاهر بان الاوصاف مطلقاً لا يقسط عليها الثمن كالشروط ولا ينافى ذلك ما يقال أن للوصف او الشرط قسطاً من الثمن لان معناه ان قيمة العين تزداد بالوصف او الشرط لا أن مقداراً من الثمن في الانشاء العقدي يقابل الوصف او الشرط وهذا لا ينافى ثبوت الخيار بين الرد والارش في العيب كما سجيئى في باب العيب ان الارش ثابت بالتعبد لامن باب ان الثمن يقسط على الوصف والموصوف والاوجب ان يكون الارش من نفس الثمن ومن هنا لم يثبت في غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ والامضاء أو في موارد خيار العيب ليس على البايع اعطاء الارش بدون المطالبة بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشتري الى الابد او التفت ولم يطالب فليس على البايع شيئاً وهذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع في مقابلها بحيث لو لم يعط البايع بعضها لكان عليه الضمان وفعل فعلاً محرماً لكونه مال الغير وقد أخذ في مقابلة الثمن كما هو واضح .

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشتري على البايع بما يغرمه انما هو اذا كان البيع المذكور .

اقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور في مورد استناد

التفويت اليه وانه لورجع المالك الى المشتري فهو يرجع الى الغار وان رجع الى البايع فهو لا يرجع الى المشتري انما هو فى مورد يكون البيع صحيحا من غير جهة كون البايع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البايع و تغريه و اما لو كان فاسداً من غير هذه الجهة فيكون المقام كسائر البيوع الفسادة فلا يكون الضمان على البايع بل على المشتري بناء على ما ذكرناه من ان فاسد البيع يضمن فيه كما يضمن فى صحيحه كما هو واضح .

قوله ثم انه قد ظهر ما ذكرنا ان كل ما يرجع المشتري به على البايع .

اقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا ايضا ان الغرامات التى توجه الى المشتري يرجع بها الى البايع مع الغرور وانه لورجع المالك الى البايع حينئذ فلا يرجع هو الى المشتري ومع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البايع مع رجوع المالك اليه الى المشتري ولو تعاقبت الايدى فيرجع كل سابق الى لاحقه الى ان ينتهى الامر الى الذى تلف العين عنده أو هو أتلّفها فيعزم قيمة العين والمنافع التى فاتت تحت يدها دون المنافع الفائتة تحت الايدى السابقة فان قلت ان كلاً من البايع و المشتري يتساويان فى ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الايدى لاحقة و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العادية فكلهم مشتركون فى ذلك فلا وجه لرجوع البايع الى المشتري وهو لى لاحقه وهكذا الى ان ينتهى الامر الى من انتهى اليه الامر الا ان يستند الضمان الى الأتلاف فانه حينئذ يستقر الضمان الى

ذمة من صار سبباً للاتلاف .

فقد اجاب العلامة الانصارى بما حاصله ان الشيء الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذم المتعددة عند تعاقب الايدي بشيء واحد ولم يكن مقتضى على اليد الا شيء واحد .
فقال اشتغال الذم المتعددة و كون ضمان العين الى العهدة العديدة معناه لزوم خروج كل منهم عن العهدة عند تلفها وحيث ان المضمون ليس الا شيئاً واحداً فمعنا تسلط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن اى منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلط الرجوع الى الآخر وهذا نظير الواجب الكفائى فى الاحكام التكليفية فكما ان فى الواجب الكفائى ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعاً ولو اتى الواحد سقط عن الجميع وهكذا فى المقام ان الضامن للعين جميع من ثبتت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحداً لطولب وعوقب الجميع ولو ادى واحد لسقط عن الباقيين فللمالك ان يرجع الى اى منهم على البدل و بعد اخذه ماله ممن رجع اليه فهو يرجع الى اللاحق وهو الى لاحقه و هكذا الى ان ينتهى الى المتأخر الذى تلف المال عنده .

وهذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمة الى ذمة اخرى لامن ضمن كما عند الامامية ليكون المال منتقلاً الى ذمة الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك وان من يكون ضامناً عن شخص فيضم ذمته الى ذمة شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان وهكذا بحيث مع

تعدد الضامين يتعدد الذم للضمان ويضمن كلهم العين فى -
 عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائى .
 وانا وان انكرنا ذلك عليهم فى باب الضمان ولكنه من جهة
 عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل فى المقام الالتزام بذلك فلا
 مانع من الالتزام به ومن هذا القبيل من الضمان على البدل نظير
 الواجب الكفائى موارد كثيرة كما ذكر الفقهاء منها انه اذا لم يطمئن
 كل من البايع والمشتري على الاخر خوفا من ان يظهر المثلث او
 الثمن مستحقا للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقا
 للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين فى عرض ضمان
 البايع او المشتري بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا
 للغير ان يرجع باى منهما شاء فليس المال منتقلا الى ذمة الضامن
 ليكون عهدة المال الى الضامن فقط فان العين موجودة فى الخاج
 ومنها الضمان بالاعيان الشخصية الخارجية المضمونة فان فيها
 ايضا ان الضمان من ضم ذمة الى ذمة اخرى ولم ينقل الضمان
 من شخص الى آخر لوجود العين فى الخارج فيكون الضمانان فى
 عرض واحد بل عن أبى حمزة انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشيء
 واحد من دون ان يكون ضمان احدهما متقدماً على ضمان الآخر
 كما عرفت وهكذا عن الشهيد والعلامة فى درسه انه نفى المنع من
 ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبة كفاية ومنها
 اموال الغاصب من الغاصب وهكذا من الموارد الكثيرة هذا كله
 حال المالك بالنسبة الى ذا الايدى وقد اشكل عليه شيخنا الاستاذ
 بما حاصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائى انما يتصور فى -

الواجبات التكليفية فانه لو قلنا ان الاداء بنحو الواجب التكليفي لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الاداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآخرفيتوجه الامر بالاداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيد ولكنه ليس الامر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالاحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه في عرض الضمان الاخر بل لا بد وان يشتركا في الضمان او يكون على واحد فقط والا لو قلنا بان ضمان كل منهم مقيد بعدم ضمان الاخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولي فهو غير مسلك العامة كما اذا امر شخص بضمان لشخص عنه وهكذا فان كل منهم ضامن في طول الاخر بحيث لو لم يؤدي المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضامنه بامره وهكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا والحاصل ان كلامنا كان في تصوير الضمان في تعاقب الايدي على كل واحد من الاشخاص مع كون المال واحدا بانه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور وأن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحداً فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد .

وقد وجهه شيخنا الانصارى ذلك بتنزيله منزلة الواجب الكفائي وانه كما أن الواجب في الواجب الكفائي شئ واحد و ان كان- المكلفين كثيرين ومتعدددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقيين والافعوب الجميع وهكذا في المقام فانّ المال مال واحد وضمانه ضمان واحد ولكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقيين وان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخروان لم يوءدى لكان كلهم ضامين على ذلك واشكل عليه شيخنا الاستاد بان تنزيل المقام بباب الواجب الكفائى غير معقول اذ مرجع وجوب الكفائى الى انه يجب لكل واحد من المكلفين اتيان الواجب لو لم يات الآخرفيكون اتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم اتيان الآخر فاذا اتى فيسقط عن الباقيين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبى فى الضدين كما نقح فى الاصول وهذا المعنى غير ممكن فى المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمرّة فان معنى انّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر وذلك هنا من ان لم يوءد هذا انّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضم ذمة الى ذمة اخرى فى الضمان الاختيارى فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركة او بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى .

الا ان يقال بالضمان الطولى والترتيبى لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أن كل واحد من الضامين فى طول الضامن الاخروان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق وهكذا كما فى الضمان الاختيارى ومن هنا يرجع اللاحق على السابق فى الضمان الاختيارى لامر السابق على ذلك فيه وبالجملة أن ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه ولو صح ذلك فلا بدّ وان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم امكان تعلق مال واحد بذمة شخصين

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديدة وفيه ان ما افاده شيخنا الاستاد ليس بصحيح من حيث البناء والمبنى اما من حيث المبنى فانه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب وان كان شيئاً واحداً الا ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلا بد لكل واحد منهم اتيانه ولكن مع اتيان الواحد سقط عن الباقيين .
وتوضيح ذلك أن فى الواجب التخيىرى قد تعلق الغرض باتيان احد الامرين أو أمور عديدة بحيث يكون غرض المولى قائماً باتيان واحد منهما مع الغاء الخصوصية ويكون اتيان كل من الامرين وافيا لغرضه ومقصوده وحينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده باتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحاً بلا مرجح .

وكك الكلام فى الواجب الكفائى غايته أن التعدد فيه فى ناحية المكلف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقاً باتيان واجب وتحققه فى الخارج كصلوة الميت مثلاً فان غرض المولى انما تعلق بصدور الفعل من شخص واحد أى شخص كان بالغاء الخصوصيات وتعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر وهكذا و هكذا وعليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحاً وموافقاً لمبناه فى الاصول وان الواجب الكفائى كما عليه فى الاصول خارج عن الواجب المشروط والترتب بالكلية كما هو واضح .

ولو سلمنا مبناه فبنائه عليه ليس بصحيح وذلك فان ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمة عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انما يلزم لو كان الضمان

مقيدا بعدم الضمان الآخر وجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل يجرى فى الواجب التكليفى ايضا فانه يقال لو كان الواجب الكفائى كصلوة الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبة على الآخر والعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا ولكن الامر ليس كك فانه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحة المبنى أن الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم اتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبة على الآخر والا فالمحذور موجود فى المقامين و عن المقام اذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم اتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر فى التكليفا فلا يلزم المحذور ولا ينافى بكون الواجب على كل مكلف وجميعهم ولكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبة على زيد مقيدة بعدم اتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور ولكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفيان ايضا وان كان مقيدا بعدم اتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ وهكذا فى باب الضمان فانه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال وانما الخروج عن العهدة مقيد اى لزوم ان يخرج هذا عن عهدة الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهده والا فيسقط حق المالك باداء واحد عن الباقيين كما لا يخفى .

وبالجملة ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل احد باستحالة هذا النحو من الضمان وان كان يظهر من بعض كلمات العلامة ذلك ولكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كل منهم استقلا بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان خاص و

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديدة و الا فلا استحالة هنا بوجه و ما انكرنا على العامة فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهة الاستحالة بل من جهة عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما اذا غضب احد مال شخص فغضب منه شخص ثالث فتلف عنده فانه اى المالك يرجع الى اى منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقة العامة من كونه ضم ذمة الى ذمة اخرى فتحصل ان هنا ضمان متعددة لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيرة بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البدلية . ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى اى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائية فلما اذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائية كما اذا كان شخص عطشاناً فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء ولو كانت قيمته الف فاذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى اشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام اى خصوصية اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر .

وقد اجيب عن هذا الاشكال بوجوه منها ما فى حاشية السيد من انه كما ان فى صورة الاتلاف يكون المتلف سببا لتنجز الضمان على السابق فبقاعدة استناد الفعل الى السبب لكونه اقوى من المباشر فى صورة التلف ايضا ان من عنده تلف المال فهو سبب

لتنجّز الضمان للسابق ايضا فانه اى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يرده اليه فيكون هو السبب لتنجّز الضمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك اى لقاعدة استناد الفعل الى السبب ثم قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف .
وفيه ان هذا على تقدير تماميته فى الاتلاف بدعوى كون المتلف سببا لثبوت الضمان على سابقه فبمقتضى ان السبب اقوى من المباشر فيرجع السابق لورجع اليه المالك الى لاحقة المتلف فهذا له وجه فى صورة الاتلاف مع وضوح المناقشة فيه ايضا اذا اتلاف ليس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد ضمن المال المأخوذ السابق واللاحق كليهما حتى يودّيا المال الى مالكة فلم يتوقف ذلك بشئ اصلا وانما الاتلاف اوجب الانتقال الى الذمة فهو معنى آخر غير الضمان فلا يكون اللاحق سببا لضمان السابق بل سبب الضمان فى كلهم انما هو الاخذ باليد والاستيلاء على مال الغير كما هو واضح

ومع الغمض عن ذلك فلا وجه لتسرية الحكم الى صورة التلف ايضا فان المال اذا تلف عند اللاحق بلا تسبب واتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبة ضمانه اليهما على حد سواء اذ كل منهما وضع يده على ذلك المال ولم يفعلوا شيئا يوجب اتلافه بل تلف ذلك ببلاء من الله فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالاتلاف لعدم التسبب هنا بوجه وان كان هناك ما يوجب تصوير التسبب اجمالا فكون اللاحق

مختاراً في رد العين الى المالك فلم يردده فتلف عنده لا يكون سبباً
لثبوت الضمان اللاحق فإنّ اللاحق مع السابق سيان في ذلك المعنى
لكون السابق ايضاً مختاراً في رد العين الى مالكها كما لا يخفى .
انتهى كلامنا الى انه يرجع السابق الى اللاحق في صورة
تعاقب الايدي على المال المصوب الا في صورة الغرور ولا يرجع
اللاحق الى السابق الا في صورة الغرور مع ضمان كلّهم على المال
المأخوذ وقد اجيب عن ذلك بوجوه .

منها ما اجاب به السيّد في حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم

الفرق بين التلف والاتلاف في صدق السببية الخ .

ومنها ما اجاب به المصنف وحاصل كلامه على ما يظهر من

ظاهر عبارته أن الغاصب الاول أو من في حكم الغاصب اى بايع
مال الغير مثلاً بالبيع الفاسد بعد اخذه من الغير كذلك انما هو

ضامن للعين نفسها فالغاصب الثاني ومن في حكمه انما هو ضامن

للعين وبدلها اما العين فلمالكها واما البدل فللضامن الاول و

هذا بخلاف الضامن الاول فان في زمان كون العين تحت يده

لم تتلف ليضمن العين بماله بدل بل كان ضمانه منحصرًا بالعين

وحدها و اما الضامن الثاني حيث ان العين قد تلفت عنده

فيكون ضمانه بها بماله البدل وهذا الضمان بالبدل ضمان لما

استقر تداركه في ذمة الاول فالضامن الثاني لما ضامن لاحد

الامرین اما العين او البدل على نحو البدلية بنحو الضمان العوض

والحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لاحد الشخصين على

البدل من المالك ومن سبقه في اليد فتكون ذمته مشغولة بشئین

على سبيل البدلية اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الاول مع الثاني كحال الضمان مع المضمون عنه فإن الضامن لشخص عن دين بامرّه انما يرجع الى المضمون عنه مع اداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فاذا رجع المعصوب منه الى الاول فاخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثاني فياخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثاني على ذلك .

وبالجملة أن ظهور كلام الشيخ (ره) في الغاصب الثاني انما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما في ذمة الغاصب الاول للاول وعلى هذا فيندفع اشكال عدم صحة رجوع السابق الى اللاحق في صورة عدم الغرور اذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع اليه في ذلك وهذا بخلاف ما اذا رجع المالك الى الثاني فانه لا يرجع الى اللاحق في غير صورة الغرور لعدم اشتغال ذمته للثاني كاشتغال ذمة الثاني للاول .

فما لم يرجع المالك الى الاول ليس له ان يرجع الى الثاني لان الاول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثاني في البديل الذي حصل به التدارك وانما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الاول .

وفيه أولا وقبل كل شيء ان الغاصب الاول والثاني وهكذا لم يضمنوا الا العين بمجرد وضع اليد بها فلم يضمنوا بدلها قبل التلف فبالتلف أو الاتلاف ينتقل الضمان بالبديل لانتقال العين الى الذمة وهذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المعصوبة من دون فرق بين الاول والثاني فما ارتكبه المصنف لا

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه وبالجملة ان قبل التلف -
كلهم ضامنون بالعين وبعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان
على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك
نفس العين او بدلها على البدل بحيث يكون مخيرا بين البدل و
المبدل .

وقد اجاب السيّد في حاشيته عن ذلك بوجوه سبعة وان كان
يمكن الجواب عن بعضها والعمدة منها ثلاثة الاول مما لا جواب
عنه أن السابق ايضا يصدق عليه انه ضامن شيئاً له بدل فانه و
ان لم يكن حين حصول العين في يده لها بدل لان ضمان اللاحق
لم يتحقق في ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا
ان الملاك في استقرار الضمان بالنسبة الى الكل انما هو بعد التلف
فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث
الضمان بل حال فعليته .

وبالجملة حين التلف الذي هو زمان الانتقال الى القيمة يصدق
بالنسبة الى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال .

الثانى أن مقتضى ذلك كون ضمان الاول ايضا لمالك العين
لا لمن عليه البدل فان البدل الذى فى ذمة السابق انما هو
لمالك العين فبدله وهو ما فى ذمة اللاحق ايضا يكون للمالك و
هو من له البدل ولا وجه لكونه لمن عليه البدل وهو الضامن
السابق .

الثالث اذا فرضنا ان العين بعد ما صارت فى يد اللاحق
رجعت الى السابق فتلفت فى يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

حينئذ اذا رجع اليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلازم بيان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئاً له بدل بخلاف السابق ودعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان إنما حدث باثبات يده الاول وفى ذلك الحين لم يكن له بدل وبعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلاً اذا غصب عينا وضمن فاعطاه غيره أو اخذ منه قهراً ثم رده ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لاجل هذه اليد الثانية بل الضمان الحادث أو لباقى وقرار الضمان على الغاصب الاول اذا تلف المال فى يده بعد العود اليه ولازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثانى مع أنه لم يتلف فى يده وقد ذكر الاشكالات الآخرايضاً .

ثم ان شيخنا الاستاد لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره وإنما حمل كلامه على الضمان الطولى وقال ان الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول وحاصل ما قاله مع طول كلامه أن الايرادات السبعة المذكورة فى كلام السيد ره مبنية على ارادة المثل والقيمة من البدل ليكون بدلا لاصل المال من المنافع وعلو القيمة ونحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه واما لو كان المراد من البدل فى كلام المصنف البدل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فى ذمة الاول وعهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيرة بهذا النحو من الظرفية وهذا منشاء رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامنا للمالك وللسابق لان ذمته

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البديل اما نفس العين بما انها فى ذمة السابق واما ما يؤخذ من السابق فلا يرد أن كلا منهما ضامنان للبديل .

وانما التزمنا بالزمان الطولى لاستحالة تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمة كل منهما ظرفا لمال واحد فانه نظير ثبوت شئ واحد فى آن واحد فى امكنة المتعددة فيما يمكن هوالتعهدات الطولية على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمة المديون الى ذمة الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الاعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الاعطاء وبالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجهة و الضمان الطولى .
وفيه مع بعد ارادة ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا وفيما فهمه السيد انّ هذا الذى افاده الاستاد وان كان ممكنا فى مقام الاثبات والوقوع .

وما افاده من استحالة ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع الى محصل بل مما لامناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه اذا غضب احد مال شخص وغضب الآخر منه فتلف عنده فانّ المالك له الرجوع باى منهما شاء وانّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى .

وكيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى ولا ما ذكره السيد ره بقاعدة استناد

الفعل الى السبب لكونه أقوى ولا ما ذكر الاستاد من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره .

ومن الاجوبة ما اجاب به صاحب الجواهر من أن التكليف المتوجه الى الغاصب الاول تكليفى محض متعلق باداء ما اخذه بالمثل أو القيمة والتكليف المتوجه الى الغاصب الثانى (اى الثانى هنا كالمعقول الثانى وان تعددوا) تكليف وضعى مضافا الى التكليفى لكون المال تالفا عنده وبضمنية أن الغاصب الاول باداء عوض - التاف يكون مالكا له بالمعاوضة القهرية وان كان معدوما كملك المعدوم فى المعاملة الخيارية فان ذى الخيار بفسخه المعاملة يكون مالكا للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف وفى المقام ايضا يكون كذلك وعلى هذا فان رجع المالك الى الثانى فيسقط عن الاول ذلك الحكم التكليفى وان رجع الى الاول فباعطاء البدل من المثل او القيمة يسقط عنه الحكم التكليفى فيرجع فى المال البدل الى الثانى فانه هو الذى اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعى عليه واورد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجملة الاولى فبوجوه ثلثة .

الاول انه راجع بمقام الثبوت ومبنى على ما اسسه فى باب الاستصحاب من ان الاحكام الوضعية منتزعة من الاحكام التكليفية .
وحاصل ذلك ان الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف باداء العين او المثل او القيمة ففى ذلك المورد ايضا حكم وضعى والا فلا .
وقد قلنا فى محلّه انه لامعنى لانتزاع الاحكام الوضعية من

الاحكام التكليفية والظاهر انه مما لاخلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الانفاق على من يجب انفاقه عليه من الاب والامم والاولاد و الزوجة انه لوخالف ولم ينقهم انه لا يضمن بالاولاد والاب والامم و لكن يضمن بالزوجة مع ان الحكم التكليفى موجود فى جميعهم فإى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت والاخران يرجعان الى مقام الاثبات .

الثانى انه لادليل على عدم ضمان الاول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبة اليهما على حد سواء وكون التلف او الاتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البديل الى الذمة دون اصل الضمان كما لا يخفى .

الثالث أن لنا دليل على ضمان الاول فان السيرة قائمة على اشتغال ذمة الغاصب الاول بما اخذه من الغير باليد العادية او بالبيع الفاسد وان اعطاه الى الغير بلا غرور ومن هنا لومات لكان ما فى ذمته من جملة ديونه ويصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرد الحكم التكليفى لم يكن وجه لهذه الامور بل لو لم يدفع لاجبر بذلك مع أنه لاوجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان وبالموت فلا وجه للاخذ من ماله او اجباره على الدفع وغير ذلك من الاحكام المتعلقة على ما فى الذمة .

واما ما يرجع الى الجملة الثانية من ان الغاصب الاول يملك باعطاء البديل ذلك البديل فى ذمة الغاصب الثانى بلاوجه لوجهين الاول ان التملك لا يحصل الا بسبب اما اختيارى أو غير اختيارى كالارث ففي المقام شئ منهما غير موجود فباى سبب ملك الاول ما

فى ذمة الثانى ليكون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالك بمجرد اداء واحد لعدم بقاء الموضوع له وهذا الذى افاده راجع الى مقام الاثبات ايضا وانه لا دليل لتملك الاول لما فى الذمة الثانى وان كان معقولا فى الواقع ومقام الثبوت .

الثانى ان لازم ذلك ان لا يرجع الاول مع رجوع المالك اليه الا الى من تلف المال فى يده فان باعطائه البديل يسقط الاحكام التكليفية المتوجهة على الغاصبين لاداء البديل فلم يبق الا الاخير لكون خطابه ذميا فلا يسقط باداء الاول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذكروا انه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الاخير فتم المطلب وان رجع الى الوسط فيرجع - الوسط الى الاخير فهذه الايرادات غير الايراد الاول لابس بها لتماमितها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلكه صاحب الجواهر فبقى الاشكال على حاله من انه كيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالك اليه فى غير صورة الغرور وكذلك كيف لا يرجع الثانى الى الاول فى غير صورة الغرور مع رجوع المالك اليه و اذا رجع المالك الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا يرجع الى السابق فى غير صورة الغرور .

ولكن الذى ينبغى ان يقال ان لصاحب الجواهر اخذ الجملة الثانية وترك الجملة الاولى بان يقال أن الغاصب الاول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات والذى يوضح ذلك أمران فالاول منهما أوضح من الثانى .

الاول أن فى موارد الضمانات بالاتلاف بان غضب احدا وسرق

مال الغير فاتفه أو أتلفه سهواً ونسياناً فان النسيان لا ينافى الضمان كما قرر فى حديث الرفع لاشبهة أن للمالك أن يرجع الى المتلف اذا اراد وياخذ منه بدل ماله وما بقى من ماله من الرضاى والكسور فهو للضامن وليس للمالك ان يدعى كون الرضاى له مثلا لو اتلف أحد سيارة احد بالكسرا و ذبح فرس شخص أو اهلكه و غير ذلك ورجع اليه المالك وأخذ منه بدل ماله من المثل او القيمة فليس له أن ياخذ رضاى السيارة او جلد الفرس أو ميتته فانه ذلك كله حق للضامن والا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض ولو كان للاجنبى فهو خلاف البدهاة فيكون للضامن وهذا الذى قامت عليه السيرة العقلائية بل سيرة المتشعبة من الزمن الفعلى الى زمان المعصوم (ع) وعلى هذا فاذا او الغاصب الاول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضة القهرية الا اذا كان اعتبار الملكية هنا لغوا كما اذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فاخذ المالك منه فاعتبار ملكية التالف له لغولما قلنا من امكان مالكية المعدوم فحيث انه تلف عند اللاحق فيرجع اليه وبالجملة على هذا فرجوع السابق الى اللاحق انما هو مقتضى السيرة العقلائية القطعية كما هو واضح .

الوجه الثانى انه لاشبهة فى ان التالف فى موارد التالف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيرة العقلائية القطعية فيكون المقام مثله مثلا لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الاحجار الثمينة أو سرقه أو بغير ذلك فالفاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفا عرفيا فرجع اليه المالك فاخذ منه مثله ان كان مثليا أو

قيمه ان كان قيمياً فان قلنا ان ذلك الجواهر في قعر البحر للمالك
ايضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو
ضروري البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للاجانب او كالمباحات الاصلية
فهو خلاف الضرورة من العقلاء و الفقه فلم يبقى الا ان يكون للضامن
بعد اعطاء عوضه و في المقام ايضا كذلك و يتضح ذلك وضحاً بملاحظه
موارد التلف الحقيقي و موارد التلف العرفي اذن فلا يلزم شئ من
الاشكال فيندفع المحذور من اصله بانه كيف يرجع السابق او الوسط
الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس .

و الحاصل ان الوجه في رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق
باعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذي في ذمة
من تلف عنده بالمعاوضة القهرية فيعتبر الملكية في ذمة المتلف
لكون الاعتبار حقيق المثلثة ف يرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار
فيرجع الى اللاحق لذلك و الذي يوضح ذلك أمران الاول أن في
موارد التلف الحقيقي لو بقيت اجزاء من العين التالفة فتكون تلك
الاجزاء داخلة في ملك الغاصب باعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه
بالمعاوضة القهرية فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات الاصلية
فهو بديهي البطلان و اما كونها للمالك فيلزم الجمع بين العوض و
المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى ما قامت به السيرة -
العقلائية كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلك .

الامر الثاني ملاحظة موارد التلف العرفي كما اذا سرق السارق
مال غيره او غصبه او اخذ بغير ذلك العنوان فالقاء في البحر فطالبه
المالك و اخذ منه بدله فيكون ذلك التالف عرفاً للمتلف بالسيرة

العقلائية فاذا خرج من البحر او وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب وليس ذلك من المباحات الاصلية ولا انه للمالك الاول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيرة القطعية وليس ذلك من قبيل البدل الحيلولة فان موردها كما تقدم صورة تعذر الوصول الى المال ومن هنا لو صاد أحد طيرا فجعله في قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فاعطا بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبندقة ونحوها فيكون ضامنا للثاني فانه باعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير وهكذا وهكذا فان السيرة في امثال جميع ذلك محكمة .

وما نحن فيه من هذا القبيل حيث ان الغاصب الاول واذا اعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لذمة من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته في ذمته لعدم كونه لغوا .

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكية كما اذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكية له على التالف بحيث لم يبق منه شيء من الاجزاء والرضاض لغومحض هذا كله في وجه رجوع السابق الى اللاحق .

واما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمة كلهم مشغولة بالتالف .

وقد افاد السيد في وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه وعلى السابق ولكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى للاحقه

فى غير صورة الغرور .

وفيه أنه قد تقدم جوايه من انه مع قبول صحة استناد الضمان الى السبب فى امثال المقام لكونه اقوى ولم نستشكل فى اقوائية مثل تلك التسبيبات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثانى الى المالك بل انما هو الاخذ باليد العادية فهى صارت سببا لضمان كل من السابق واللاحق فهواى هذا السبب مشترك بين السابق واللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق والقول بأنه صار سببا للضمان كما هو واضح لا يخفى بل الوجه فى ذلك أن الاخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ الى المالك بمقتضى قوله (ع) على اليد ما اخذت حتى توءدى فما لم يردّه الى مالكة أمّا بالعين مع البقاء او بالمثل او القيمة مع التلف لا يبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيرة العقلائية كما تقدم فى ما لا يضمن .

وعلى هذا فالغاصب الاول حيث انه اعطى المال للشانى فباعطائه تحقق الاداء فهذا الاداء وان كان قبل وصول المال بعينه او بعوضه الى مالكة لا يفيد بوجه بل هو أدا غير مشروع ولكن بعد ما أداه الغاصب الثانى بعينه أو بمثله وقيمه الى مالكة فيكون مالكا للتالف ان كان لاعتبار الملكية هنا فائدة فاذا رجع هذا الثانى الى الاول وادعى منه ما ملكه بالمعاوضة القهرية فيقول فى جوابه اعنى اديته لك فردنى ما اعطيتك فاعطى لك مالك باداء المثل او القيمة فيكون ادائه هذا مفيدا فى المقام وبعبارة اخرى انك عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائى وعليه ان الواجب الكفائى وان كان واجبا على كل مكلف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأتيا فى

الخارج وتشخص بوجوده الخارجى كما ان الامر كذلك فى الواجب التخييرى وان كان الماتى مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا او ذاك فلا يخرج هذا الجامع عن جامعيته و بعبارة اخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشخص المحط للاثار لا الافراد الاخر الفرضية وعلى هذا فى المقام ان الاثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لذمة من اخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا وان كان فى اصله غير مشروع كما هو واضح .

ومن لاحق لللاحق ان يرجع الى السابق .

ثم ان المالك لو تبرع حقه للاول وأفرغ ذمته وأسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للاول تبرعا للواحق ايضا فهنا مقامان الاول فى اختصاص التبرع بالاول أو عمومه للتوابع ايضا والثانى أنه على تقدير كون الاسقاط عن الاول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى ام لا .

اما المقام الاول فالظاهر أن اسقاط المالك حقه عن الاول ابراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدراهم الواحد مثلا وان كان الضمنا كثيرا فاذا عرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شئ لتكون ذم الضمنا الآخر مشغولة بذلك اذن فيكون اسقاطه عن الاول اسقاطا عن الثانى ايضا حتى مع التصريح بانى أسقط من الاول فقط فانه تصريح بلا فائدة وتناقض فى الكلام فيكون غير معقول .

واما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص البراء بالاول فقط

فهل له ان يطالب من اللاحقين ام لا الظاهر لا فانه انما يجوز له ان يطالب اذا ملك ذمة الثانى ففى هنا لم يعط شيئا للثانى ليملك مطالبته غاية الامراسقط المالك ذمته وانما قلنا ان له الرجوع الى الثانى اذا ادّ المال للثانى .

او غصب الثانى المال منه وهنا ليس الامر كذلك ثم اذا توقف ردّ المغصوب الى المئونة فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن ايصاله الى المالك ودفع ذلك بانه ضرر على الغاصب معارض يكون عدم الصرف ضررا على المالك فلولم يكن طريق الى الوصول الى المال الا بواسطة المالك كما اذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحة الا المالك فحاله حال الاشخاص الاخرين فى مطالبة الاجرة فله أن يطالب الاجرة لاجراه من البحر .

والحاصل أن الردّ اذا احتاج الى مئونة فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يردّ العين الى مالكة وتوهم نفي لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا وجه اذ عدم الصرف كك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه ودليل نفي الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضا .
 فرع آخر اذا كان المالك مقدورا على الوصول الى ماله مع كونه محتاجا الى المئونة فهل له مطالبتها من الغاصب ام لا ففى هنا ثلاثة فروع الاول فى جواز مطالبة اصل الاجرة على فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الاشخاص الاخر فكما ان لهم مطالبة الاجرة على تحصيل ذلك المال ورده الى مالكة وكك نفس المالك له ذلك ولا دليل على الزامه على ذلك بلا اجرة كما

هو واضح .

الثانى أنه لو لم يرض المالك الا باحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر ونحوه مع امكانه لغيره ايضا فهل له ذلك ام لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه او بغيره للاداء الا مع رضاية المالك بذلك فان ذلك ايضا تصرف فى مال الغير فهو غير جائز الا باذن مالكة اذن فيباشر بنفسه فياخذ الاجرة من الغاصب .

الثالث لو طلب اجرة زائدا من اجرة المثل مع انحصار الاداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله او تكوينيا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال وادائه الى مالكة بل الاداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبة بحيث يطلب من الغاصب اجرة زائدة على اجرة المثل ارغاما لا نفه كما اذا كان اجرة الاداء لمثل هذا المال عشرة فهو يريد خمسين الذى ازيد من قيمه العين ايضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبة الاجرة الزائدة على الرد من الاجرة ولا يكون مانع عن شموله للمقام .

ثم اذا تعذر رد العين الى مالكة الا بعد مدة مديدة وحال الغاصب بذلك بين المالك وماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك ام لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تمامية أدلة بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج الى الاعادة .

قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه .

اقول اذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

ذلك البيع مطلقا او ببطلانه كذلك او يسقط الثمن بالنسبة الى مال نفسه ومال غيره فيحكم بالصحة فى مال نفسه مطلقا اومع الخيار للمشتري وبالبطلان فى مال غيره وجوه وللكلام هنا جهات .

الاولى فى اصل صحة البيع والظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الاردبيلى ره وقد خالف فى المسئلة و ذهب الى الفساد وتحقيق الكلام انه تارة نقول ببطلان الفضولى واخرى بصحته وان قلنا بالاول فالظاهر ان البيع بالنسبة الى مال نفسه صحيح و بالنسبة الى مال الغير فاسد ولم نسمع الخلاف هنا من احد الا من الاردبيلى فانه ذهب الى الفساد وعمدة الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسئلة الآتية اعنى بيع ما يملك مع ما لا يملك كالشاة مع الخنزير والعصير مع الخمر فان المناط فى صورة القول ببطلان- الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك وجهان وقد ذهب الى الفساد ايضا بعض الشافعيّة بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعض .

الاول ان ما هو مقصود للبايع ومبرز حين الانشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاة مع الخنزير وفى المقام هو بيع ما يملك وما لا يملك وما وقع اعنى بيع الشاة فقط او بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الانشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب اليه الاردبيلى وفيه ان البيع وان كان واحدا بحسب الصورة و الظاهر و فى عالم الانشاء قد انشأ بانشاء واحد الا أنه فى الواقع والحقيقة بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقي وان كان بينهما فرق من جهة غاية الامر قد ابرز وانشأ بابرار واحد و انشاء فارد غاية الامر كل منهما منضم الى الاخر ومشروط بهذا الانضمام

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشتري بالنسبة فى بيع مال نفسه فيكون صحيحا خياريا .
 الثانى انه باطل لجهالة الثمن اذ لا يعلم انه اى مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاة وفى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فيكون نظيران يبيع ماله بما فى الكيس من الداراهم فيحكم بالفساد وفيه ان الجهالة من حيث هى ليست موجبة للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهة الغرر الذى نهى النبى (ص) عنه فى البيع فاذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان وفى المقام لا يلزم منها غرر اذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاة فى المسئلة الآتية و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسئلة ولو بالاجمال الغير الموجب للغرر نظيران يشير الى صبرة معينة ويقول بعت كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبرة وان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فيكون معلوما بالاجمال الغير الموجب للغرر .

وفى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملك وان كانت النسبة غير معلومة حقيقة ولكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم وليس مثل بعتك هذا بما فى الكيس الذى لا يعلم انه اى مقدار من المال كما لا يخفى .

ومما يدل على عدم كون الجهالة بما هى موجبة للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فانه لم يفتوه احد ببطلان المعاملة هنا مع ان الثمن فى كل منهما مجهول تفصيلا بجهالة غير موجبة للغرر فلو كانت الجهالة من حيث هى موجبة

للبطلان مع قطع النظر عن كونها مستلزمة للغرر فلازمه القول بالبطلان هنا ايضا فنكشف من ذلك عدم كونها موجبة لذلك كما لا يخفى اذن فيبقى في المقام احتمال وجود الاجماع فقط على البطلان فهو مقطوع بعدم اذ بعد معروفة عدم الخلاف في الصحة الا عن الاردبيلي فكيف يمكن دعوى الاجماع على البطلان بل الاجماع على الصحة كما هو واضح وكيف كان فمقتضى القاعدة في المقام هو الصحة ومع الغض عن ذلك وعدم القول بالصحة بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصغار من انه اذ باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل في مال الغير ووجب في مال نفسه فافهم .

واما لو قلنا بصحة الفضولى فان اجاز فلا كلام لنا فيه فان الاذن اللاحق لا يقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بين الاذن السابق والاذن اللاحق مجازفة .

وان ردّ المالك فياتي فيه كلما تقدم في صورة القول بفساد العقد الفضولى من الوجهين .

قوله ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات اقول قيد بعضهم صحة البيع في مال نفسه اذا لم يفيض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا وعدم القدرة على التسليم ومثلوا للالول بانه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهما فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما اذا كان كليهما لنفسه وعلل بعضهم ذلك بان كل جنس يقع في مقابل الجنس الآخر الا انه علل بعد الوقوع فلا بأس به فاذا رد المالك البيع في الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط في مقابل الدرهم اكثر منه فيلزوم الربا

ومثلوا للثانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير، الغير الآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه ايضا باطلا لتمحّض البيع بالآبق فهو باطل للجهاالة ولزوم الغررفانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصورة الضميمة فقط فلا يصح فى غير هذه الصورة و من هنا لا يصح اجارة الابق مع الضميمة ايضا .

ولنا فى ذلك كلام حاصله أنّك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصورة والانشاء لا يضرّ يتعدده واقعا وعليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعاملة عن الربوية على تقدير الامضاء ايضا كما انّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا ضميمة لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويًا من الاول وبيع آبق من الاول نعم ثبت جوازهما فيما اذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فانه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعدة كان عدم جوازه للغرر ومن هنا لا يصح اجارة الآبق مع الضميمة كما تقدم وكذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم والدينار الذين اكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص واما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلًا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديدة وان كان بينهما فرق من جهة ياتى فى الجهة الثانية .

وبالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم والدينار او العبدين نفس البايع فيكون البيع منحلًا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع ولو مع امضاء الطرف الاخر فى مال نفسه ربويًا من

الاول وكذلك فى بيع العبد الآبق فيكون باطل من الاول للجهمالة
فراجع الى تقرير ميرزا .

الجهة الثانية فى ثبوت الخيار للمشتري وعدمه لاشبهة فى عدم
ثبوت الخيار للمشتري فى صورة العلم بالحال وبان المبيع ليس
للبايع بمجموعه وانما بعضه للغير كما انه لاشبهة فى عدم ثبوته للبايع
فى فرض العلم بذلك واما مع جهل المشتري فلاشبهة فى ثبوت
الخيار له والوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار
تبعض الصفقة مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعام الاستغراقى
هو ان المشتري قد اقدم على اشتراء هذين المالين مشروطا على
البايع فى ضمن العقد ولو بمئونة القرائن العرفية والانضمام العرفى
ان ينضم احدهما بالآخر فاذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشتري
الخيار وهذا هو المتفاهم باذهان العرف والعقلاء فيكون مدرك هذا
الخيار هو تخلف الشرط الضمنى كما هو واضح ومن هنا تظهر جهة
الفرق بين العام الاستغراقى المنحل الى افراده وبين المقام وبهذا
يمكن ايضا دعوى ثبوت الخيار للبايع ايضا اذا جهل بالحال واعتقد
أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له اذا ظهر
احدهما مستحقا للغير ولم يمض المعاملة فان مقتضى الفهم العرفى
هو أن بيع كل واحد من المالين مشروط بالآخر وانه يبيعه بهذا
العنوان كما اذا باع الثوب العتيق مع الجديد ببيع واحد ولكن يبيعه
الجديد من جهة العتيق وان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر ان
العتيق مال الغير فيكون البايع مختارا فى الفسخ والامضاء مع العلم
بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان يبيعه هذا مشروط

يكون الثوب العتيق له دون غيره .

وبهذا الملاك ظهر أنه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد أنه وكيل من الغير في بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فإن بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمني مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابة والا فلا يبيع فإذا ظهر أنه ليس بوكيل من قبله ولم يمض أيضا بيعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع والمشتري في كل مورد تحصل فيه المخالفة بالشرط الضمني بحيث يساعد العرف والعقلاء على ذلك بأن يفهم العرف ذلك الاشتراط ولا يكون من قبيل الاضمار في القلب كما هو واضح .

الجهة الثالثة في التقسيط وبسط الثمن إلى أجزاء المبيع مع ردّ المالك وربما قيل في طريق معرفته كما هو المنسوب إلى القواعد واللمعة والشرايع من أنّهما يقيومان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوم كل واحد منهما ثم تنسب قيمة كل واحد منهما إلى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبة فيسترد الثمن من المشتري كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشرة دنانير والمجموع أيضا بعشرين فنسبة قيمة كل منهما إلى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف القيمة .

فاورد عليه المصنف بما حاصله أن الأوصاف وإن لم تكن مما تقابل بالثمن ولا يقسط الثمن إليها وإلى الأجزاء ولا يقال إن ثمن الفرش الفلاني يقسط إلى أجزاءه وأوصافه بل متمحض في مقابل الأجزاء فقط وإنما الأوصاف قد توجب زيادة الثمن وإنها دخيلة في

ذلك كما مرّ مراراً عديدة اذ من البديهى أن اجراء الفرش ليس لها الاقيمة الصوف و اوصافها توجب زيادة تلك القيمة ولكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن اليها والى الاجزاء .

وعلى هذا فهذا الضابطة الذى افيد فى المقام انما يستقيم فيما اذا لم تكن الهيئة الاجتماعية دخيلة فى زيادة الثمن كما هو الغالب ولعله لاجل هذه الغلبة التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط واما لو كانت الهيئة الاجتماعية دخيلة فى الزيادة فلا يمكن التقسيط بهذا الضابط كما اذا كان المبيع مصراعى باب احدهما لنفسه والآخر لغيره او زوج خفّ احدهما لنفسه والآخر لغيره وهكذا مما تكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى ازدياد القيمة فانه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمة كلا المصراعين معاً عشرة وقيمة كل منهما درهمين وكان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسة فانه اذا رجع المشتري الى البايع بجزء من الثمن نسبة ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبة الاثنيين الى العشرة فتكون النسبة بالخمس فيسترد من البايع بملاحظة هذه النسبة النسبة خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر اربعة دراهم فيكون ما اخذه من الثمن ازيد من حقه فانّ الثمن متساوية بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البايع اربعا فى مقابل المصراع الواحد والمشتري واحدا فى مقابل مصراع الاخر الذى مال الغير .

وبعبارة اخرى ان البايع انما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الاجازة فلا شبهة ان ذلك بالنصف مع الاجازة

فليكن كذلك مع الرد ايضا فما الموجب للازدىاد فى صورة الرد .
 نعم فى اغلب الصور التى لاتكون الهيئة الاجتماعية دخيلة فى
 اذدياد القيمة فالضابط المذكور لابس به سواء كان قيمة كل منهما
 متساوية او متفاوتة كما هو واضح .

ثم وجه المصنف هذا الوجه باخذ النسبة للمشتري لثلا يرد عليه
 النقص بدخالة الهيئة الاجتماعية فى زيادة الثمن وحاصله أن يقوم
 المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى
 المجموع و يأخذ المشتري تلك النسبة و باعتبارها يأخذ الثمن من البايع
 وفى المثال المتقدم يسترد الاربعة و يبقى للبايع واحد فلا توجب
 زيادة الثمن بالهيئة الاجتماعية نقضا فى المطلب كما هو واضح .

ثم اورد عليه بان هذا وان يسلم من اشكال الزيادة بالاجتماع
 ولكن ينتقض بكون الهيئة الاجتماعية موجبة لنقصان القيمة فان هذا
 فرض ممكن وهذا كما لو باع جارية مع أمها بثمانية وكانت قيمة كل
 واحدة منها بعشرة فانه لاشبهة فى عدم ترتب النفع على صورة -
 الاجتماع الذى يترتب على غير صورة الاجتماع لعدم جواز الجمع بين
 البنت والام ومن هنا نقل قيمة صورة الاجتماع فلو اخذت النسبة
 للمشتري فيلزم حينئذ للمشتري ان يجمع بين الثمن والمثمن فانه
 يسترد من البايع على هذا تمام العشرة فيبقى الجارية الاخرى للمشتري
 بلا ثمن لكون قيمة احدهما المنفردة الى مجموع القيمتين نسبة الشئ
 الى مماثله .

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجا المصنف الى وجه آخر
 وحمل عليه كلام القواعد واللمعة والشرايع وهو ما اختاره فى الارشاد

وحاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين مثلا اذا باع مجموع المالىن بثلاث دنانير و قوم مال الغير باربع دنانير و مال البايح بدنانيرين فيرجع المشتري بثلثى الثمن اذن فيسلم ذلك من اشكالى الزيادة والنقيصة .
 و اشكل عليه السيد ره فى حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئة الاجتماعية موجبة للزيادة او النقيصة بالسوية و اما لو اوجبت ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا اذا كان احدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقة المصنف قده فيما اذا قوم احدهما منفردا باثنين و منضما باربعة و الآخر منفردا باربعة و منضما باثنين ان يكون لمالك الاول ثلث الثمن و لمالك الثانى ثلثاه مع ان قيمة مال الاول فى حال الانضمام ضعف قيمة مال الثانى فى تلك الحال فينبغى ان يكون للاول الثلثان و للثانى الثلث و هكذا فى سائر الاختلاف .

و من هنا اختار مذهباً آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة حال الانضمام لا فى حال الانفراد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه اليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع الاشكالات فى جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور فى ذلك لا فى صورة زيادة القيمة بالاجتماع و لا فى صورة نقيصته بذلك ولو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسوية فان تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من حيث المجموع الى الافراد بلا زيادة و نقيصة فلا حظ ذلك بالامثلة ثم احتمل رجوع ما

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد وهذا الذي افاده السيد ره من الجودة بمكان كما هو واضح واما المثلى فقد فصل المصنف فيه بين ما كانت الحصّة مشاعة فقسط الثمن على نفس المبيع وان كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة قيمتى الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع ثم امر بالتفهم وفيه انه لاوجه لهذه الكيفيّة فى التقسيط على وجه الاطلاق لا فى المشاع ولا فى المفروض لامكان ان يكون المثلى مشاعا ومع ذلك تتفاوت قيمة حصة كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لاحدهما تسعة امان من الحنطة وللآخر من واحد - لبداهة تفاوت الاثمان بتفاوت العروض قلة وكثرة فان المبيع كلما كثر رخص وكلما قل غلى وان كان حصّة كل منهما من صبرة واحدة وعلى نسق واحد فى الجودة والردائة كما هو المفروض على الاشاعة ولامكان ان يكون المثلى مفروض ويكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصة فيجب ان يقابل كل حصتى البايع و المشتري بما يخصّه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى .

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار .

اقول لو قال بعث نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع او النصف المختص بعد العلم بعدم ارادة حصة الشريك و احتياجه الى المئونة الزائدة .

تارة يعلم من القرائن الخارجية او بتصريحه ان البايع اراد الشقص الخاص والنصف المعين من نصف نفسه او نصف شريكه فلا

كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه او مال غيره .
 واخرى يقول انى أريد من كلامى هذا بعت نصف الدار ما
 يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لانه تارة يكون المراد
 به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه ويكون المقصود مفهومه من
 دون القرائن الخارجية فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك
 واخرى ما يكون ما تكلم به من الجملة المركبة ظاهرة فيه من بعت
 نصف الدار مع ملاحظة خصوصية النسبة والاضافة الى نفسه والتصرف
 فيه وقد خصّ السيد ره فى حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم
 الثانى اى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا توجه الى
 ما تقتضيه القرائن الخارجية واورد عليه بانّه على هذا لا يبقى مجال
 للتمسك بظهور المقام او غيره من كون التصرف واطافة البيع الى
 نفسه ظاهرا فى نصف نفسه فى مقابل ظهور النصف فى الاشاعة
 اذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات والمفروض ان
 المتكلم لم يقصد خصوصية ملكه او ملك غيره وانما قصد مفهوم النصف
 الذى مقتضاه ليس الا الاشاعة فان المفروض انه لم يقصد خصوصية
 ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه .

وفيه انّ السيّد لم يتصور ظاهرا قسماً آخر هنا ولذا جعل مورد
 كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا لحاظ القرائن الخارجية و
 هو متين لو كان مراده هذا وكان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم
 النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجية مناقضة واضحة اذ بعد
 كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضة ودعوى
 القرائن على خلافه وانما المراد معلوم بلا شك ولكن مراده ليس

هو الشق الاول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله
 ففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص او النصف
 المشاع منحصر بهذا القسم والا لو كان مراده هو الاول لم يكن مورداً
 لوجهين بل كان تمحاضاً لارادة النصف المشاع فقط بظهور لفظ
 النصف فيه ولم يكن النصف المختص محتملاً لعدم جريان القرائن
 الخارجية فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم مورداً للكلام كما فى
 حاشية السيد وعلى هذا فلا يرد عليه ما اورده السيد نعم يرد عليه
 ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى
 جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه وهو ما
 يكون مراد البايع من النصف شيئاً معيناً من نصفه المختص او المشاع
 فى الحصتين ولم يعلم التعيين مع كونه معيناً واقعاً وفى علم البايع
 الا انه اجمله فيكون ظهور كلامه حجة هنا ايضا من ارادة الفرد المعين
 فيكون داخل فى الكلام فحينئذ يقع الكلام ايضا فى ان المراد من
 ذلك اى شئ هل هو نصفه المختص او المشاع ليكون من كل منهما
 الربع او نصف الشريك وحيث لم يتصور السيد هنا قسماً آخر مع رده
 القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط ولكن عرفت ان محط
 كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى
 لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه وربما يقال
 بعدم امكان جعل القسم الثالث مورداً لمحط النزاع بل لا بد من
 تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره اذ لو كان القسم الثالث
 هو محط النزاع فلازمه ان لا يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو
 البايع ام الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع .

وفيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لا يضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع وان حقيقة البيع عبارة عن المبادلة بين المالين فمعرفة المالك ليست بدخيلة في صحة البيع الا اذا كان تعيين المبيع محتاجا الى معرفة المالك فبدونها لا تعيين للمبيع بل ولا تحقق له كما اذا كان المبيع كليا في الذمة فانه لا تعيين لذلك الا باضافة الى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطة في ذمة رجل لبطل البيع واما في غيرتك الصورة فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لا يخفى اذن فالقسم الثالث ايضا داخل في محل النزاع لعدم اضرار الجهل بمالك المبيع كما لا يخفى فافهم .

ثم ان المصنف في مقام تعيين المراد في مقام الاثبات قد احتمل الوجهين في مثل هذا الكلام وقول البايع بعث نصف الدار من ارادة نصف المختص او نصف المشاع ومنشأ الاحتمالين اما - تعارض ظاهر النصف اعني الحصة المشاعة في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص وان لم يكن له هذا الظهور في غير المقام او تعارضه مع ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لان بيع مال الغير لا بد فيه اما من نية الغير او اعتقاد كون المال لنفسه واما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب والكل خلاف المفروض هنا .

ثم ذكرانه مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين قول البايع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده وعبده غيره حيث ادعى فخر الدين الاجماع على انصرافه الى عبده فقاس عليه ما نحن فيه اذ ليس للفظ البيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور

البيع فى وقوعه لنفس البايع وانصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقربها اجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبنيًا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد .

والتحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجية بعد العلم بعدم ارادة نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و ارادته محتاجة الى القرائن التى منتفية هنا .

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البايع لتصرفه والشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجية اعنى ظهور الانشاء اما ظهور الانشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبايع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما انه ظاهر فى بيع مال نفسه وكذلك ظاهر فى بيع مال غيره ايضا الا فى بيع الكلى حيث انه لا يمكن الا باضافة البيع الى نفسه فيكون هذا قرينة على ارادة البيع لنفسه اذ لا معنى لبيع الكلى فى ذمة الغير لعدم التعيين كأن يقول بعت منّا من الحنطة فى ذمة رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليًا بل امر معين كما هو واضح على انه يكون قرينة موجبة لرفع اليد عن ظهور البيع فى الاشاعة اذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسيأتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداءً فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره .

واما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف

للبايع .

ففيه ان هذا الظهور وان كان لا ينكر وانه قرينة على ارادة

مال نفسه ورفع اليد عن ظهور النصف الا انه لا يمكن الاخذ به و
رفع اليد عن ظهور النصف فى الاشاعة .

وذلك لانه انما يكون اذا كان الكلام مجملا ولم يكن له ظهور
فى مورده والا فلا وجه لرفع اليد عنه والمصير الى ما تقتضيه القرائن
وفى المقام ان النصف له ظهور فى الاشاعة الذى مقتضاه كون
الربع من مال البايع والربع الآخر من مال الغير ليكون محتاجا الى
الاجازة وبعد ما كان مورد البيع هو ذلك فلا وجه لرفع اليد عنه اذ
هو كرفع اليد عن ظهور البيع فى مال الغير ابتداء فى سائر الموارد .
مثلا لو كان للشئ معنى حقيقى ومعنى مجازى وقال احد بعت
الشئ الفلانى وكان ذلك الشئ بمعناه الحقيقى شخص آخر موجودا
عند البايع وبمعناه المجازى كان لنفسه فهل يمكن رفع اليد عن
ظهور كون البيع للغير واردة المعنى المجازى بدعى أن ظاهر
التصرف كون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد كون مورد البيع هو
مال الغير وهكذا وهكذا .

وبالجملة أن النتيجة هوان مقتضى كون النصف ظاهرا فى
النصف المشاع وواردا على المال المعين فى الخارج هوان المبيع
هو النصف المشاع المشترك بين المالك الشريك والبايع فيكون ربع
الدار مبيعا من حق البايع وربعها مبيعا من الشريك ومحتاجا الى
الاجازة لكونه فضوليا كما لا يخفى فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره الذى
هو مورد البيع بالقرائن الخارجية وانما ذلك فى صورة عدم ورود الكلام
على مورد المعنى الحقيقية والا فلا وجه لرفع اليد عنه كما هو واضح
فلا يكون الكلام ظاهرا فى النصف المختص كما ذهب اليه المشهور

هذا كله مع ملاحظة ظهور لفظ النصف فى الاشاعة واما اذا انكرنا ذلك كما هو كك فىكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه وعبد جاره .

وتوضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغة للنصف - المشاع بل لمطلق النصف من الشئ ولا أنه منصرف الى النصف المشاع عند اطلاقه وعليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فىكون الغرض منه فى المقام هو الكلى وتوهم انّ البايع لم يقصد خصوصية ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشية السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصية الملك كلى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه او بشريكه او النصف المشترك بين البايع والشريك وحينئذ فىكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فىكون مثل بيع الغانم فىرتفع الاجمال بواسطة ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص .

وذلك فانه وان صح بيع مال الغير فضولة ولكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أوفوا بالعقود للبايع وانما يشمل المالك المجيز حين اجازته وفى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا ولا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البايع فاذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فىكون المبيع هو النصف المختص كما انّ الامر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده وعبد الغير فكما انه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا ايضا مشتركا بين نصفه المختص او المشاع او نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

برفع الاجمال فكك فى المقام بلا زيادة ونقيصة فكما ان البايع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد وهكذا هنا ايضا فافهم .
 وعلى هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع او حصة الشريك .
 ومن هنا ظهر الفرق بين المقام وبين مسألة الاقرار بان نصف الدار ازيد مع كونها مشتركة بالاشاعة بين المقر وشخص آخر حيث ان الاقرار اخبار عن الواقع فيكون اقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا فى نصفه المختص فهو مشترك بين المقر وشريكه الآخر فحيث ان الاقرار بالنسبة الى الربع فى حقة وبالنسبة الى الربع الآخر فى حق الغير فيكون اقراره بالنسبة الى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه .

وهذا بخلاف البيع فانك عرفت أن النصف كلى يصدق على نصف نفسه ونصف غيره فظهور البيع بمقتضى اوفوا بالعقود يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل ارادة النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتى وربعاً من حصة شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البايع وشريكه لا نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كادان يلحق بالاغلاط من دون قرينة عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ ومن هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأة عينا معيناً فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لان نصف الباقي وقيمة النصف الموهوب وان هذا من قبيل ما نحن فيه وأن النصف يصدق على النصف الباقي فيدخل تحت قوله تعالى فنصف ما فرضتهم فيكون

تمليك الزوجة الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الاخر كما هو واضح وان ارادة الربع من النصف الموهوب والربع الآخر من النصف الباقي من خلاف الظهور بمكان .

وبالجملة أن مقتضى الظهور وفهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقي حق للزوج فيحصر حق الزوجة بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّي بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقي و ارادة النصف المشترك بين الموهوب والباقي خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له او منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المناقات بين هذه المسئلة وما نحن فيه .

وكان كلامنا في مسئلة بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف في النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف في النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الاخر و لكن لان سلم ظهور النصف في المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع انما هو ظهور البيع في الحصة المختصة فيكون ظهور البيع في بيع مال نفسه كما هو الظاهر في جميع الموارد اذا لم تكن قرينة على الخلاف فان النصف وان كان حقيقة في النصف المشاع ايضا ولكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينة على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغنم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع في عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا ينافي ذلك مسئلة الاقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة ان الربع من مال المقر و ذلك ان ظهور البيع كما عرفت انه متعلق

على ماله وهذا بخلاف الاقرار فانه اخبار عن الواقع فمفاده ان نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصة نفسه وعن حصة الغير فيلزم له الربع لان الاقرار بمقدار ثابت عليه واما بالنسبة الى الربع الآخر فاقرار فى حق الغير فلا ينفذ الا ان تكون هناك قرينة على ارادته من النصف النصف المختص فهو اقرار آخر وبالجملة هذه المسئلة اجنبية عن المقام بتمام الجهة :

واما مسئلة الطلاق فهى عين محلّ الكلام وهى انه لو زوج احد امراة فوهبت الزوجة نصف مهرها للغير ثم طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقي المشاع فيكون مختصا به وخارجا عن الاشاعة بمقتضى قوله تعالى فلکم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقي اعنى ربع الكل وقيمة نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا وبين هذه المسئلة .

واما مسئلة الصلح فلاوجه لتوهم تنافيا لما ذكرناه ايضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو اقر من بيده المال يكون نصفه لاحد المدعيين وكان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه وبين المدعى الآخر كالاخوة مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحة الا فى الربع اعنى نصف المقر به فان نتيجة ضم احد الاقرارين بالآخر ان النصف المقر به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحة بالنسبة الى الربع الآخر الذى نصف المقر به وحق للمدعى الآخر فضولية فيحتاج الى اجازة المدعى الآخر كما لا يخفى وهذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها .

و اما مسئلة الاقرار بالشريك الآخر كما اذا كان المال بين

الشخصين بالنصف فاقر احدهما بكون الثلث للثالث وكون التقسيم بينهم اثلاثا بالنصف وأنكر الشريك الآخر فحمل الاقرار على الثلث المشاع من العين كما في المتن فيكون ثلث العين للثالث وحينئذ فان تعدد المقر لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون اقرارهم هذا شهادة فيتبع به وان لم يتعدد المقر ولم يكن عدولا في صورة التعدد فيكون اقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا في حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفاً بين المقر والمقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له وثلث الباقي لان المنكروا ان كان معذورا في عقيدته في الظاهر ولو كان الواقع على خلاف عقيدته ولكنه غاصب بزعم المقر السدس وظالم لذلك بتصرفه في النصف لانه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتة الى المقر والمقر له على حد سواء فانه قد تالف من العين المشتركة فوزع على الاستحقاق .

ودعوى ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقر سدس وفي يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال ان له في يد كل منهما سدساً واقاراه بالنسبة الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما في يده وهو السدس المقر به وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بان ما في يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره في صورة الافراز بل هو مقدار حصته المشاعة كحصّة المقر وحصّة المقر له بزعم المقر الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيئ مما في يده فقد

تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده وهذا واضح جدا كما فى المتن وهذا بخلاف صورة الاقرار فان كل من الشخصين وضع يده على مال معين فحق المقر له بالنسبة الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه فاقرار الشخص الآخر بثلاث ما فى يد نفسه وثلاث ما فى يد الغير لا يوجب الاثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر واما المنكر فمعذور على عقيدته اعتمادا اصالة عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له ولو عند الشك والمقر فقط بمقتضى اقراره ملزم على الاداء لكونه حجة عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم بكون ما له بل يكفى ولو مع دعوى الشك وعدم العلم على الواقع لكفاية يده واصالة عدم كونه ملكا للمقر له فى كون ما بيده ملكا له .

واما مسألة الاقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل من الوارث فى يده عين ما ذكرناه ايضا من كون ما فى يده مشتركا بين المقر والمقر له وليس بينهما تنافى الاعلى الاحتمال ذكره السيد فى حاشيته ولنتعرض له فتكون موافقة للقاعدة وفتوى المشهور هنا بحمل ذلك على الاشاعة وعدم كون ما فى يد المقر نصفيا بينهما بل يعطى الزائد من حقة فقط فتكون البقية على الوارث الآخر فيكون التلف باذن الشارع فى الظاهر فى تصرفهم فى ذلك ما لم يثبت خلافه .

وهذا انما هو من جهة بعض الروايات الضعيفة المنجبرة بعمل المشهور والا فكان مقتضى القاعدة هو ما ذكرناه من كون ما هو فى

يد المقر مشتركاً بين المقر والمقر له بالنصف مثلاً ولكن يرد عليه أنه مضافاً إلى عدم جبر ضعف الرواية بالشهرة أن دلالتها أيضاً غير تمام فإن الموجود فيها أنه شريك في المال ويلزم ذلك في حقه أو حصته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك في ماله كله .

فمن الواضح أن كون الآخر شريكاً في المال أو تبوت حقه في حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق في حصته مشاعاً بل يمكن أن يكون على النحو الذي ذكرناه على طبق القاعدة كما لا يخفى فافهم .

فتحصل مما ذكرناه أن مقتضى القاعدة في المقامين ثبوت حق المقر والمقر له في ما بيد المقر على النصف وكون الفأنت بالنسبة اليهما على حد سواء وفي مسألة الاقرار بالنسب وان أفتى المشهور على خلاف القاعدة وكون حق المقر له مشاعاً بالنسبة إلى المقر والطرف الآخر ولزوم الزائد عن حق المقر على المقر ولكن ذلك لاجل الاخبار الخاصة وقد عرفت ضعفها سنداً ودلالة .

ثم قد أبد القرق صاحب الجواهر بين المسئلتين والتزم بكون المقر والمقر له بالنسبة إلى ما في يد المقر والفأنت على حد سواء في المسئلة الأولى وبنحو المشاع في مسألة الاقرار بالنسب و قال في وجه ذلك على ما في حاشية السيد .

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعدة والفرق بينهما أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب اقرار المقر مستند إلى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر والمقر له فيكون محسوباً عليهما وفي

مسئلة الاقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرد انكار المنكر لخصوص حصه المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركة للميت ولا يد لاحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقرثلث التركة اذا كانوا ثلثة اخوة مثلا فلا بد ان يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الاخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك اشار فى الجواهر حيث قال بعد العبارة التى نقلناها فى بيان الفرق بين المقامين او يقال أن المأخوذ فى الاول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فانه قد اخذ بسبب يخصّ الاخ المنكر و هو اقراره باخوة من انكر و ذلك أمر يخصّ لـاخ المنكر دون الاخّ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بامر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الاقرار من احدهما بالآخر و انكار الآخر اياه و ذكر فى باب الصلح ايضا ما يفيد ذلك و كذا فى باب الاقرار بالنسب فراجع .

و محصل كلامه فى مسئلة الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانية الى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الامر كما ذكرنا ذلك المقرّ فى كلتا المسئلتين قد اقرّ الثلثة باخوته و بالجملة لم يتحصّل من كلامه هذا شئ فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه .

وقال شيخنا الاستاذ ان المقر لم يقر ازيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لانه اقربانّ ثلث اصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

الذى تحت يد الطرف الآخر المنكر للشريك الثالث ولم يقرّ أن ما فى يدي نصفه للثالث والا فهو خلاف الاشاعة .

وفيه ان هذا وان كان صحيحا وقد اشار اليه المصنف فى كلامه بقوله ودعوى أن مقتضى الاشاعة الخ وأجاب عنه ولكن نكتة الكلام هو أن أصل المال على حسب اقرار المقر مشترك بين الثلثة اثلاثا فلا موجب لكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهة أنها غير مشروعة اذ ليست برضاية الشركاء أجمع فيكون باطلة اذن فليس النصف الموجود فى يد المقر الا نصف المال المشاع بين الثلثة فحيث انّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يده وان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى اصالة عدم كون الثالث مالكا هو ذلك وان لم يدع كونه مالكا قطعاً بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجة شرعية ما لم يعمّ دليل على الخلاف واما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقربان الثلثة كلهم مشتركون فى اصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثة فبعد قطع يد الطرف الآخر باخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركا على الاشاعة بين المقر والمقر له ويكون الفاتت عليهما وليس ذلك الا نظير ما اخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقي فى يد احد الشركاء اذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقي والفاتت بين الشركاء على حدّ سواء غاية الامر أن فى المقام ان الطرف الآخر

بزعمه ليس غاصبا بل انما يملك النصف مستندا الى الحجة الشرعية من أصالة عدم كون الثالث شريكا لهم وفى مسألة الاقرار بالنسب أن أصالة عدم كون الثالث ورثة وشريكا معهم كما هو واضح فلا شبهة فيه .

وهذا النكتة قد سقط من كلام شيخنا الاستاذ والا فلم ينكر احد أن المقر لم يقرب بنصف ما فى يده بل بثلث أصل المال ليكون بالنسبة الى ما فى يده السدس .

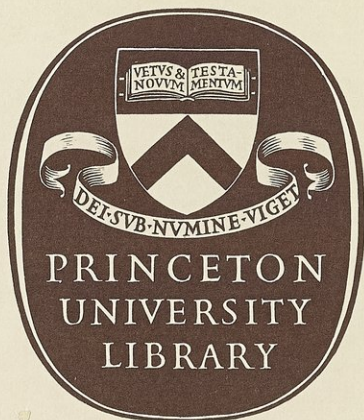
هذا كله فى النصف المشاع واما النصف المفروض فقد ظهر حكمه من اول المسئلة الى هنا فلو قال بعت نصف الدار المعين وكان حق كل من البايع وشريكه الآخر مفروضاً فيحمل على نصف نفس البايع لاعلى نصف شريكه فيكون ذلك ايضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع فى كونه لنفسه ما لم تقم قرينة على الخلاف .

ثم هذا كله فيما كان اجنبياً بالنسبة الى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبة الى النصف الآخر ايضا جائز التصرف كان يكون وكىلا من قبله او ولياً له فهل يحمل البيع هنا ايضا على نصف نفسه او النصف الغير المختص وقال شيخنا الانصارى ره انه لو كان البايع وكىلا فى بيع النصف او ولياً عن مالكة فهل هو كالاجنبى وجهان مبنيان على ان المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البايع فى مقام التصرف او ظهور التملك فى الاصالة الاقوى هو الاول .

ولكن الظاهر أنه لافرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور فى النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين اذ ظهور

البيع فى بيع نفسه او ظهور التمليك فى الاصاله انما يتقدم على ظهور النصف فى المشاع اذا لم يرد على مال غيره وقد فرضنا أن له ظهور فى وروده على مال الغير فلا يعارض شئ من الظهورين لذلك وان لم نقل بظهور النصف فى النصف المشاع وان كان حقيقة فيه ايضا ولكنه من باب كونه مصداقا لكلى النصف الشامل له و للنصف المختص وللنصف المختص لشريكه واما اختصاصه بالمشاع فلا لاوضعا ولا انصافا .

وعليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورة الولاية و الوكالة اولم يكن جائز التصرف وبالجملة المثال فى الاجنبى وغيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الاحد ٢ شهر شعبان سنة ١٣٧٤ و يتلوه أن شاء الله تعالى
المجلد الخامس .



WERT
BOOKBINDING
Grantville, Pa
JAN-FEB 1991
We're Quality Bound



منشورات کتابفروشی وجدانی - قم - گذرخان :

- ۱- المباحث الفقہیہ از (۱ - ۲۰) کتاب طہارت تا کتاب الایلاء- تألیف سید محمد جواد ذہنی طہرانی .
- ۲- فصول المنطق جلد ۱ - ۲ تألیف : سید محمد جواد ذہنی طہرانی
- ۳- توضیح المبانی (شرح مختصر المعانی) فارسی جلد اول تألیف : سید محمد جواد ذہنی طہرانی
- ۴- الوصول الى كفاية الاصول لآية ۱۰۰۱ الشيرازي ۱ - ۵ ج
- ۵- آلاء الرحمن للبلاغی - ۱ - ۲ ج
- ۶- عدّة الداعی للحلی - ۱ ج
- ۷- کامل الزیارة لابن قولویه - ۱ ج
- ۸- كفاية الأصول لآية ال۰۰ الخراسانی مع حاشية الشيخ علی قوچانی
- ۹- فرائد الاصول للشيخ مرتضى الانصاری
- ۱۰- السیوطی بضمیمة شرح ابن عقیل ۱ ج
- ۱۱- تفصیل النشأتین و تحصیل السعادتین للراغب الاصفهانی
- ۱۲- کلمات طریفه للفیض الکاشانی
- ۱۳- منتهی المطلب للعلامة الحلی