

اتحاف الطالب

في

حل عقد المكاسب

الجزء الثاني

في شروط المتعاقدين

بقلم: محمد الكرمي



32101 061495618

Princeton University Library

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

--	--

اتحاف الطالب

في

حل عقد المكاسب

الجزء الثاني

في شروط المتعاقدين

بقلم: محمد الكرمي

(RECAP)

(ARAB)
FBL
K 3728
1989
J42'2

- 1 -

شرطية البلوغ
بسمه تعالى

اتحاف ج ٢

الكلام فى شروط المتعاقدين - المشهور بطلان عقد الصبى : ويراد به
من لم يبلغ .

قوله وان اجاز الولى : ومعنى ذلك ان غير البالغ فضلا عن انه لا يستطيع
التصرف شرعا بالاستقلال وكذلك لا يستطيعه مع الولى ان انشأته مسلوبة
كالنائم والهازل وقد يكون فى هذا القول بالنسبة الى المميز نوع مغامرة
حيث شبه بالنائم والهازل بل كان من الحق تشبيهه بالفضولى فى انه غير
مسلوب العبارة .

قوله ارادة التعميم : حتى : لصورة اذن الولى .
قوله فى جميع التصرفات : لامجال للأستدلال بمثل هذه الأقوال فى محل
البحث فان الكلام فى انشأته لاتصرفاته وانه مسلوب العبارة اولا وتشبيهه
المميز فى ايصال الهدية بالحيوان الأعجم مغامرة .
قوله وهو : اى الموضوع المعلق عليه اباحة الدخول رضا المالك لكن احراز
هذا الموضوع انما حصل ويحصل بكلامه فهو اذا من هذه الناحية
ليس بمسلوب العبارة ولو كان كذلك لما جاز الدخول ان لا احراز لرضا
صاحب المكان .

قوله وقال ان مقتضى رفع القلم ان لا يكون لكلامه حكم : لا ادرى كيف
استنتج رحمه الله ان لا يكون لكلامه حكم من رفع القلم عنه لان رفع القلم
انما يتعقل اما فى رفع المؤاخذة بفعل مالواتاه البالغ لأوخذ وترك مالو
كان عن البالغ لعوقب وأما فى رفع الألتزامات عنه من واجب وحرام ولا يكاد
يتعقل فى الامور الكونية فان مقتول الصبى كمقتول البالغ فى ان الطرفين
ميتان تترتب عليهما بالقهر آثار الموت وكلام المميز القاصد ككلام البالغ
القاصد فى افارة محتواه بقهر وضع الألفاظ لمعانيها واستعمالها فيها

ولا يحول امام هذه الدلالة مع التميز والقصد اى شىء خصوصاً والمقام مقام انشاء لا اخبار .

قوله ظاهر فى استقلاله فى التصرف : اى حيث يكون فى البين بلوغ وعدم الاستقلال فيه حيث لا يكون بلوغ فلا ينافى عدم الجواز فيه ثبوت الوقوف على الاجازة كما يقال بيع الفضولى غير ماض بل موقوف على الاجازة .

قوله ويشهد له : اى لكون الجواز مرادفا للمضى الاستثناء فى بعض تلك الأخبار المتعرضة للبلوغ وجواز الأمر بقوله الا ان يكون سفيها : ففى

صحيحة ابن سنان اذا بلغ الغلام اشدّه ثلاثة عشر سنة ودخل فى الاربع عشر وجب عليه ما يجب على المحتملين احتلم او لم يحتلم كتبت عليه السيئات وكتبت له الحسنات وجاز له كل شىء الا ان يكون سفيها او

ضعيفا : فقوله الا ان يكون سفيها دليل واضح على ان لاعبرة بالبلوغ بما هو بلوغ وانما العبرة بالتمييز والرشد العقلى وان السفيه لا يجوز

امره ولا يمضى لانه باطل من الاساس فلا دلالة له هذه الروايتولاغيرها مما فيه جواز الأمر وعدمه على سلب عبارته وانه اذا سام وليه على متاعه

وعين له قيمته وامر الصبى بصرف اجراء صيغة العقد مع الطرف كان مع ذلك باطلا وكذا لو اوقع ايجاب النكاح او قبوله لغيره بأذن وليه : اذن

الولى هنا لا يربط له بنفس الانشاء ومحتواه كما هو واضح :

قوله واما حديث رفع القلم : بالنسبة الى سلب عبارة الصبى وانها فاقدة

لكل اثر كعبارة النائب والهازل كما هو محل البحث :

قوله ان الظاهر منه قلم المؤاخذة : والمعاقبة لا قلم جعل الاحكام غير

المرتبطة بذلك كالصحة والفساد .

قوله على شرعية عبارات الصبى : بل هى قائمة بأدلتها الخاصة الناصة

على ذلك .



قوله بعد البلوغ : قيد لوجوب الوفاء او ان وجوب الوفاء على الولي اذا

وقع العقد بأذنه السابق او اجازته اللاحقة .

قوله كما تكون جنابته : بغير الأنزال لأنه اذا أنزل فقد بان بلوغه .

قوله فيكون الفاعل : اي غير البالغ نظير غيره من غير البالغين خارجا عن

ذلك الحكم الى وقت البلوغ وان كان في فعله مشتركا مع البالغين فـ

موضوعية الفعل .

قوله هو الأجماع المحكى : الذي محصله غير حاصل ومنقوله غير ثابت

الحجية .

قوله ولكن لم اجد فيه : اي في شرحه .

قوله الوجه عندي : ولو كان اجماعيا لقال بالأجماع ولم يقل الوجه عندي .

قوله بناء المسئلة على ان افعال الصبي واقواله شرعية ام لا : اما فـ

المعاملات فحيث تكون مسبوقه بأذن الولي او ملحوقه بأجازته فأنها تصح

بلا ريب واما اقواله فحيث تتوفر فيها اقوال الراشدين فكذلك صحيحة بلا

ريب واما المستحبات من العبارات فأنها تصح منه لاطلاق اذلة

المستحبات فأنها ليست من الألتزامات المرفوعة عن غير البالغ واما

الواجبات على البالغين من العبارات فيمكن القول بصحتها من المميز

لما رواه طلحة بن زيد عن الصادق ان اولاد المسلمين موسومون عند الله

شافع مشفع فاذا بلغوا اثنتى عشر سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا

الحكم كتبت عليهم السيئات ولا شك ان الحسنات تعم كل عمل فيه ثواب

واجبا كان ام مندوبا وليست الاثنتا عشر وحدها ميزانا للتمييز بل هى

داله على تحققه فى مستواها وانها ارقى المستويات فيه والا فالتمييز

يتحقق فيها دون ذلك من الست والسبع والثمان والتسع .

قوله بناء على ان استثناء الاحرام : الذي هو ليس بتصرف مالى حتى

يقال انه محجور فيه ومع ذلك لا يجوز الا بأذن الولي فحيث يكون منه بلا اذن من وليه فهو ليس بشيء : شاهد على ان مراده بالحجر - فيما سبق من عبارته ونعيدها لاحقا - ما يشمل سلب العبارة لانفسى الاستقلال فى التصرف : فان المصنف حكى عن التذكرة سابقا ان الصغير محجور عليه بالنص والاجماع سواء كان مميزا أو لا فى جميع التصرفات الا ما استثنى كعباراته واسلامه واحرامه وتدييره ووصيته وايصال الهدية واذنه فى الدخول : اما استثناءه التدبير والوصية من المحجورية فلا يدل على ان المراد بها غير التصرفات المالية لكن استثناء الأحرام الذى هو عبادة وليس هو تصرفا ماليا ومع ذلك لا يجوز الا بأذن الولي دليل على ان المستثنى منه المحجورية الشاملة لما وراء التصرفات المالية من سلب عبارته .

قوله وكذا اجماع الغنية : فقد تقدم عن الشيخ فى عنوان المسئلة المشهور بطلان عقد الصبى بل عن الغنية الاجماع عليه وان أجاز الولي : بناء على ان استدلاله بعد الأجماع - الذى تقدمت الاشارة اليه : بحديث رفع القلم : حيث نقل الشيخ عنه بعد صدر العنوان : واحتج على الحكم فى الغنية بقوله رفع القلم عن ثلاثة عن الصبى حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائب حتى يستيقظ : دليل على شمول معقده - اى الاجماع - للبيع بأذن الولي - وان كان قال فى عبارته السابقة - وان اجاز الولي - فأذن الاذن يقال لما يسبق المعاملة والاجازة تقال لما يتعقبها فأذن مراده من الأجازة ما يعم الأذن السابق فلا يشكل علينا بأن السيد ابن زهرة لا يصح العقد الصادر من غير المستقل ولو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولى فلا خصوصية للصبى بذلك .

وبؤيد الأجماعين : السابقين عن التذكرة والغنية : ما تقدم عن كـ

العرفان : من نسبة عدم صحة عقد الصبي الى اصحابنا الذي ظاهره ارادة التعميم حتى لصورة اذن الولي .

قوله ان ما عرفت عن المحقق : حيث قال الشيخ عنه انه تردد في اجازة المميز باذن الولي بعد ما جزم بالصحة في العارية .

قوله والعلامة : اي في القواعد حيث قال وفي صحة بيع المميز بأذن الولي نظر .

قوله وولده : حيث قال في شرحه ان الاقوى الصحة .

قوله والقاضي : حيث قال عنه في المختلف انه حكى عنه كلام يدل على صحة بيع الصبي .

قوله فالعمل على المشهور : السالبين لعبارة الصبي .

قوله ويمكن ان يستأنس له ايضا : اي لسلب عبارته فضلا عما تقدم بما ورد في الأخبار المستفيضة من ان عمد الصبي وخطأه واحد كما في صحيحة ابن مسلم وغيرها : اما صحيحة ابن مسلم فهي عن الصادق (ع) عمد الصبي وخطأه واحد واما بالنسبة الى الغير ففي خبر اسحاق بن عمار عن أمير المؤمنين عمد الصبيان خطأ تحمله العاقلة وعن قرب الأسناد عمد الصبي الذي لم يبلغ خطأ تحمله العاقلة وهذه الروايات فضلا عن ان سياقها واحد وان مورده الجنائيات هو ان نفس قوله عمد الصبي وخطأه واحد صريح في ان لخطاه حكما واثرا للقطع من الشرع بأن خطأ غير البالغين كخطأ البالغين من حكمه ثبوت الدية فخطاه ليس لغوا كالعدم اذا فعمه ليس لغوا من كل جهة مضافا الى ان تمشية عمد كخطاه في اللغووية يستلزم بطلان اسلامه وطهاراته وعباراته بالأسر ولا يقول بذلك احد لأنه خلاف المنصوص .

قوله استظهر المطلب : الذي استنتجه بقوله وحينئذ فكل حكم شرعى

تعلق بالأفعال - الخ - .

قوله فى المجنون والمعتوه : لفظان بمعنى واحد .

قوله فان ذكر رفع القلم : بقوله وقد رفع عنهما القلم بعد قوله عمد هما خطأ تحمله العاقلة - ليس له وجه ارتباط - بقوله عمد هما خطأ تحمله العاقلة - الا بأن يكون علة لأصل الحكم وهو ثبوت الدية - لا عليهما بل - على العاقلة - او بأن يكون رفع القلم معلولا لقوله عمد هما خطأ والخطأ لا مؤاخذة معه - يعنى انه لما كان قصدهما بمنزلة عدم القصد من نظر الشارع وفى الواقع ايضا رفع القلم عنهما ان لا مؤاخذة على عدم القصد .

قوله للحكم المذكور فى الرواية : الحكم المذكور فى الرواية - هو - تحمله العاقلة - لا اكثر - سواء كان رفع القلم علة له ام معلولا : وعلى هذا فلا يستطيع ان يستنتج من هذه المقدمة قوله فاذا التزم على نفسه ما لا بأقرار او معاوضة ولو بأذن الولي فلا اثر لهما فى الزامه ومؤاخذته به ولو بعد البلوغ فاذا لم يلزمه شىء بالتزاماته ولو كانت بأذن الولي فليس ذلك الا لسلب قصده وعدم العبرة بأنشائه - الخ - فان رفع قلم التكليف عنه : ومعنى ذلك ان لاحرمة تكتب عليه ولا وجوب : انما رفع عنه انه لم يرتكب بجنايته حراما حتى يترتب عليه القصاص فجنايته لا تستدعى الا ما يستدعيه القتل غير المحرم ولا المشوب به وليس ذلك الا رية الخطأ التى تحملها العاقلة وما ربط هذا بالميز من اهل اللسان الذى ينشأ عارفا بمعنى الانشاء وباللغة التى يحاور بها حتى يكون انشاؤه كهذيان المجانين خصوصا مع اشراف وليه عليه واذنه له : فالحق ان ماساقه من هذا الدليل جد عليل .

قوله ثم ان مقتضى عموم هذه الفقرة : وهى قوله وقد رفع عنهما القلم : بناء

على كونها علة للحكم : بان جنایات العمد الصادرة عن المجنون والصبي جنایات خطأ تحملها العاقلة : عدم مؤاخذتهما بالأتلاف الحاصل منهما : اى انهما ليسا بضامنين ما يتلفانه عن عمد كان او خطأ نظير الجنایة الصادرة عنهما غايته ان اثر الجنایة حمله الشارع على العاقلة استثناءً لانه خلاف الأصل لكن ما ادعاه قدس سره اشتباه محض لان ازالة الضمانات لا يتفاوت فيها العمد عن الخطأ ورفع القلم عنهما انما رفع المؤاخذة التكليفية كما رفعها فى باب الجنایات العمدية منهما ولم يرفع اثر الوضع وهو ترتب الدية بصراحة الحكم بها على العاقلة ولا يفترق فى هذه الفقرة من هذه الناحية كونها علة لترتب الدية على العاقلة او معلولة له .

قوله لكن هذا : اى الالتزام بخروج الاتلاف الحاصل منهما عن عموم رفع القلم غير وارر على الأستدلال بهذه الفقرة فى باب ماوردت فيه او فى اى باب آخر باستثناء موارد الاتلاف لان الاستدلال به ليس مبنيًا على كون رفع القلم عنهما علة لعدم مؤاخذتهما بشىء لاحتمال كونه معلولا لعدم مؤاخذتهما فى باب الجنایات المبحوث عنه فى اطار الرواية والمعلول يتبع فى الضيق والسعة علته كأنه قال وقد رفع القلم عنهما فى جنایتهما بتحمل العاقلة لها فيختص رفع قلم المؤاخذة حينئذ بالأفعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل وباعتبار ان الاتلاف لا يعتبر فى المؤاخذة به - اى وضعاً - قصد وعمد فإنه يكون خارجاً بلا حاجة الى تخصيص فى عموم رفع القلم وكل هذا يشبه التطويل بلا طائل .

قوله ثم ان القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع ذلك القلم على البالغين وليس ذلك الموضوع عليهم الا الحدود الشرعية المقررة واما التعزيرات فليست حدوداً بل هى نوع من التأديب حتى فى حق البالغين فضلاً عن

غيرهم .

قوله ان مقتضى ما تقدم من الاجماع : حيث يثبت ولم يثبت حتى باعترافه هو

كما تقدم .

قوله والأخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها الى بعض : بل هي بعد

انضمام بعضها لبعض لاتعطى الا شرطية الرشد وعدم السفه حتى فى

البالغين : وبعد هذا فأخذ النتيجة بقوله عدم الاعتبار بما يصدر عن

الصبي من الافعال المعتبر فيها القصد الى مقتضاها - وهو حاصل فى

المميز الذى لا يقدم على الشئ الا لتمييزه له - كما هو الغرض - نعم

لايستثنى من ذلك الا مانص الشرع عليه بالخصوص بأنه لاقيمة له من غير

البالغ .

قوله قال فى التذكرة وكما لاتصح تصرفاته اللفظية : هذه العبارة مجملة

لا بد من تفصيلها فان اراد ان كلامه بمنزلة كلام النائم فهو باطل بالجزم

وقد اسلفناه وان اراد انه لا يؤثر حتى مع الواسطة فهو اول الكلام وكلما

ذكره من الفتاوى حول هذا المحور ففى جملة منه مؤاخذات واضحة ولا

مجال لبسط القول فيها .

قوله وان اتهب له الولي ولا لغيره وان الموهوب له بالقبض : يعنى ولا

هيبته لغيره وان اذن وليه للموهوب له بالقبض منه والعبارة قاصرة جدا .

قوله فى حقه المعين : أى الشخصى لا ما هو فى الذمة .

قوله لتسامح السلف فيه : لم نعرف جهة التسامح فيه وانها مبعوثة عن

اللامبالاة وانها مبعوثة على اعتباره .

قوله بعدم الثبوت وعدم الحجية : اى عدم ثبوت الحكاية وعدم حجية فعل

أبى الدرداء .

قوله واما ماورد فى رواية السكونى : هذا كلام مستأنف لاربط له بمـ

تحدث عن المحدث الكاشاني الا ارتباط مناسبة ما .
 قوله قال ونهى النبي عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده
معللاً بأنه ان لم يجد سرق : فأن تخصيص الصغير بالذي لا يحسن
 صناعة بيده مشعر بان الصغير الذي يحسن صناعة بيده ليس مشمولاً
 لهذا النهى مع انه صغير وان احراز صفة الأمانة فيه تطرد هذا النهى
 ولازم ذلك كله صحة معاملته وحلية مكسبه مع صغره في حال ان الناظر
 لذلك لا يفاوتون بين من يحسن الصناعة ومن لا يحسن ومن فيه اتهام
 السرقة ومن ليس فيه على ان اتهام السرقة لا ربط له بصحة المعاملة وعدم
 صحتها وانما ربطه بنفس المال وهو متمش في الكبار فضلا عن الصغار
 والحق ان الرواية اهم اتكاء سياقها على المكسب الذي هو نتيجة الكسب
 ومحصوله لا ان معاملة الصغير ما هو حكمها في نفسها ولذلك قال
 فمحمول على عوض كسبه المتهياً له من التقاط او اجرة عن اجازة اوقعها
 الولي او الصبي بغير اذن الولي فأن اجرة مثل عمله له لاحترام عمله وعن
 عمل أمر به من دون مؤاجرة فأعطاه المستأجر والامر اجرة المثل فان هذه
 كلها مما يملكه الصبي .

قوله نظير رجحان الأجتنب عن اموال غيره : من البالغين الراشدين :
 ممن لا يبالي بالمحرمات .

قوله فالقول المذكور : اي للمحدث الكاشاني .

قوله من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين وغيرهم ولا بينهم
 وبين المجانين : لاشك ان هذا التوسع من الشيخ اندفاع لامبرر له .

قوله خصوصاً الأخير : وهو صورة عدم علم الولي .

قوله فان الذي جرت عليه السيرة هو الكول الى كل صبي ما هو فطن :
 هذا القول منه هنا يتنافى مع قوله سابقاً من استمرار سيرتهم على عدم

- الفرق بين المميزين وغيرهم ولا بينهم وبين المجانين .
- قوله فالظاهر ان هذا القول : وهو ما ذكره من التفصيل : ايضا : اى كفاقه : مخالف لما يظهر منهم - من عدم الأعتداد بافعال غير البالغين وايا كانوا -
- قوله فيكون : اى الآخذ : موجبا : كأنه وكيل عن الولي الآذن : قابلا : عن نفسه بالأصالة .
- قوله بأذن الأولياء : لكن طرف المعاملة هو المميز .
- قوله تعيين القيمة : اى انها مشخصة من طريق السوق العام كباقعة الخضرة وحزمة الحطب ونظير ذلك .
- قوله مع الشروط المذكور : فى كلام كاشف الغطاء .
- قوله بل ما ذكرنا اولى بالجواز من الهدية لوجه : منها ان مانحن فيه انما يفيد الاباحة والهدية تفيد التملك وما يفيد التملك اقوى مما يفيد الاباحة ومنها ان مانحن فيه مخصوص بالأشياء اليسيره وهذا القيد ليس بلازم فى الهدية ومنها ان مانحن فيه مشروط فيه جلوسهم مقام اولياءهم او تظاهره على رؤس الأشهاد حتى يظن ان ذلك من اذن الأولياء وهذا المعنى ليس بمشروط فى الهدية ومنها ان مانحن فيه فيه معاوضة والهدية لا عوض فيها .
- قوله بأنه انشاء اباحة لشخص غير معلوم : لان الولي لا يعلم بمن يعامل الصبى .
- قوله ايصال الهدية بيد الطفل : فان المهدي اليه مشخص وهكذا المستعير مشخص .
- قوله بمجرد وصول العوضين : كالموارد المذكورة : دون ما لا يكتفى فيه من غير الموارد المذكورة .

قوله في الامور الخطيرة اى حتى في الامور الخطيرة .

قوله تخصيص ذلك بالصبي : لا يتعداه الى البهيمة كما انه مختص بالمحقرات دون الامور الخطيرة .

مسئلة : ومن جملة شرائط المتعاقدين قصد هما لمدلول العقد الذى يتلفظان به واشترط القصد بهذا المعنى فى صحة العقد بل فى تحقق مفهومه مما لاخلاف فيه ولا اشكال : وهذا القصد المشترط ينحل الى قصور (١) قصد نفس اللفظ فلو سبق اللسان الى لفظ غير مقصود للناطق به لم يتحقق الشرط .

(٢) اعمال اللفظ فى معناه فلو نطق باللفظ لأجل تعليم اللفظ لم يتحقق الشرط .

(٣) ارادة معناه منه بالارادة الجديدة فلو استعمل اللفظ فى معناه هزلا لم يتحقق الشرط .

قوله فلا يقع من دون قصد الى اللفظ كما فى الغالط : وهو الذى اشرنا الى ان لسانه سبق الى لفظ غير مقصود له .

قوله او الى المعنى : اى من دون قصد الى المعنى : اى بمعنى عدم تعلق ارادته - اى الجديدة - به وان اوجد مدلوله بالانشاء اللفظى كما فى الأمر الصورى غير النابع عن قرارة القلب - اى انه امر لا يحكى عن واقع الانسان - كالخبر الكاذب فانه لا يحكى عن واقع المطلب : وعدم الارادة الجديدة يظهر جليا فى الهازل -

قوله او قصد معنى يغاير ما يراد بمدلول العقد شرعا بأن قصد الأخبار او قصد الاستفهام يمثل قوله بعثك لا الجعل والانشاء .

قوله او أنشأ معنى : بلفظ البيع : غير ما هو المتداول شرعا وعرفا بالبيع : اما تجوزا او غلطا بأن انشأ بلفظ البيع منفعة داره بكذا درهم وقد كان

من لازمه ان يستعمل الأجاراة فى مقام التلفظ بدل التلفظ بالبيع فلا يقع البيع لعدم القصد اليه - بل الى الأجاراة - ولا يقع المقصود وهو - الأجاراة اذا اشترط فى اراءه عبارة خاصة كاجرتك .

قوله بعدم تحقق القصد فى عقد الفضولى والمكره : عنوان الفضولية لا يقف امام قصد اللفظ واستعماله فى معناه وافناءه فيه بالأرادة الجدية نعم عنوان الاكراه يقف امام الأرادة الجدية والا لا يكون مكرها فدرج الفضولى والمكره تحت ملاك واحد كما حكاه عن المسالك انه قال قاصدان اللفظ دون مدلوله فيه اشكال واضح .

قوله انه لا دليل على اشتراط ازيد من القصد المتحقق فى صدق مفهوم العقد : وهذا ينطبق على الفضولية .

قوله واما معنى ما فى المسالك فسيأتى فى اشتراط الاختيار : وهذا راجع الى الاكراه .

قوله هل يعتبر تعيين المالكين اللذين يتحقق النقل والانتقال اليهما اولا : والمنظور من تدوين هذا البحث ان تكون المعاقدة معلومة المغزى بائعا ومشتريا ومباعا وثمانا وما الى ذلك من مقومات تحققها غير الملتبس فى الخارج فلو وقعت صورة معاقدة منطوية على اللبس فهل تصح اولا ومن جملة ما يقع الألتباس فيه مالكية المثلث والثلث فلو فرض ان هناك قميصين متماثلين من عامة الجهات وكل واحد منهما ملك لشخص بخصوصه ولما لكيهما وكيل قد وكل من كل منهما ببيع قميصه فأنشأ الوكيل بيع قميص غير متشخص بمشخص مالكة ولا مشخص فى البين سوى الاضافة الى المالك - هذا فى الأعيان الشخصية - وفى الأمور الكلية كأن يوكل زيد وعمرو كل منهما على انفراد شخصا يسمى بكرا على ان يبيع له رطلا من حنطة موصوفة بكذا وصف فباع رطلا من حنطة على الوصف من غير ان ينوى

احد موكلية بالتشخيص او يذكره باللفظ مع ذكره للبيع بالوكالة بأن قال بعث حسب وكالتى ومثل هذا يقال فى وكالته عن زيد وعمرو - مثلا - بالأنفرد فى الشراء وهكذا يقال فى الولى على المالكين فى البيع عنهما او الشراء لهما ونظير ذلك وكالته عن واحد وولايته على آخر : هـ - الذى ذكرناه عصاره ما ذكره المعبر ولكن بعبارات مبهمه هى بنفسها تحتاج الى تنسيق صحيح فضلا عن محتواها .

قوله وتحقيق المسألة انه ان توقف تعيين : اى تشخص : المالك على التعيين : اى على التشخيص والتمييز - حال العقد - بأن يقول عن موكلى فلان - لتعذر وجه وقوعه الممكن شرعا - كما بينا ان له موكلين قد وكله كل منهما على انفرد - وفى حوزة كل منهما من الاعيان الشخصية المتماثلة من جميع الجهات او الاجناس الكلية - اعتبر تعيينه فى النية : بأن ينوى زيدا بخصوصه او عمرا بخصوصه - او مع اللفظ به ايضا : وراء النية : كبيع الوكيل العاقد عن اثنين : بسمة البيع والشراء كأن يكون وكيلاً عنهما مضافا الى وكالته عن غيرهما ومضافا الى اصلته عن نفسه ووكالته عن غيره فى بيع واحد او بيوع متعددة وليس فى البين ما يشخص فأنه حينذاك يجب ان يعين من يقع له البيع او الشراء عن نفسه هو بالأصالة او عن غيره بالوكالة وهكذا القول فى الولى فان الجهات المذكورة فى الوكيل متمشية فيه ايضا : وان يميز البائع من المشتري اذا امكن الوصفان فى كل منهما بصحة الانطباق نظيران ينقل مال احد موكلية للآخر فأن ذلك يجوز ان يكون هو الثمن وان يكون هو المثلث لان العنوان صادق عليهما معا من دون تشخيص للبائع والمشتري : فاذا عين جهة خاصة تعينت تلك الجهة وان اطلق فان كانت هناك جهة ينصرف اليها الأطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه هو اى العاقد وغيره اذا لم يقصد

الابهام اولا ثم التعيين بعد العقد والا وقع لاغيا .
 قوله والدليل على اشتراط التعيين ولزوم متابعتة فى هذا القسم انه لولا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك وهذا انما يكون فى الاعيان المتشخصة فأنها بالفعل املاك قد احتضنها العيان وهى فى واقعها لها ملاك لكن الذى لاه المتكلم بلفظه لما لم يربطه الى جهة خاصة بقى مبهمـا والمبهم بهذا العنوان لامالك له وحتى فى نفس الأمر وبطبيعة الحال كل مبهم لايتأتى معه الجزم بشىء من العقود ولا بشىء من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك فأن قيل ان هذا الابهام قابل للرفع بالتعيين المتعقب قلنا لا دليل على تأثير التعيين المتعقب ولا على صحة العقد المبهم لانصراف ادلة المعاملات الى الشائع المعهود وهو ماتعين فيه البائع والمشتري والمبايع فى متن المعاملة .

قوله وعلى هذا : وهو لزوم التعيين فى صحة المعاملة : فلو اشتـرى الفضولى لغيره فى الذمة فأن عين ذلك الغير بأنه زيد مثلا تعيين بتعيينه ووقف على اجازته سواء تلفظ بذلك الغير ام نواه بقلبه وان ابهم من حينه مع قصد غير مبهم بطل ولا يوقف الى ان يوجد له مجيز .
 قوله وان لم يتوقف تعيين المالك على التعيين من الناطق حال العقد بأن يكون العوضان معسّين ولا يقع العقد فيهما على وجه صحيح الا لمالكيهما المتشخصين بتشخصهما وعلى هذه الفرضية ففى وجوب تعيين المالكين او اصدار اطلاق منصرف اليهما او عدم وجوب التعيين اصلا او التفصيل بين التصريح بخلاف الواقع فيبطل وعدم التصريح به فيصح مثلا لو صرح بان البيع ليس لمالك المبيع والشراء ليس لمالك الثمن فقد ابطل عقده اما لو لم يصرح مشى تشخص المعاملة المفروض على تشخصه الذى به صحته فيصح - وجوه - اقواها الأخير وهو ما ذكره من التفصيل -

واوسطها الوسط وهو عدم وجوب التعيين ولا يخفى ان التعبير بأقوائية الأخير ووسطية الوسط فيه تدافع واضح لان الأوسطية معناها الاعتدال والأقوائية الترجيح ومع الترجيح لا اوسطية وكان من لازم التعبير الصحيح ان يقول اقواها الأخير ومن بعده الوسط واشبه هذه الوجوه الثلاثة للأصول العلمية الأول وهو وجوب التعيين او ما هو بمنزلته وهو اصدار اطلاق فيه انصراف الى المتشخص المفروض : وفي حكم التعيين ما اذا عين المال الكلى فى ذمة زيد مثلا فانه بالأضافة الى المتشخص يتشخص: قوله وعلى الأوسط : وهو عدم وجوب التعيين : لو باع مال نفسه - هو - لا عن نفسه بل باعه عن الغير : والمفروض انه لم يعين فى اللفظ : لكن المال مال نفسه وقع البيع عن نفسه ولغى قصد كونه عن الغير لكن فيه شبهة انه لم يقصد البيع عن نفسه وان كان المال متشخصا له نعم لو عرى بيعه عن قصد الغير وعن قصد نفسه والمال متشخص له امكن القول بالصحة لنفسه للتعين الخارجى : ولو باع مال زيد المتشخص بأنه مال زيد عن عمرو لاعتدال المالك فأن كان وكيلاً عن زيد صح البيع عن زيد ولغى بيعه عن عمرو وان لم يكن وكيلاً عن زيد وقف على اجازة زيد فى صيرورة البيع له وفيه عين الأشكال السابق فان زيدا لم يكن مقصودا بالبيع عنه نعم لو عرى بيعه عن قصد الغير وعن قصد زيد والمال متشخص بزيد امكن القول بالصحة عن زيد وهذا ولكن مراعاة اوسطية الوسط - عنده - حتى بالنسبة الى ما لوصح بالخلاف تصحح المعاملتين المزبورتين .

قوله ولو اشترى لنفسه بمال فى ذمة زيد : هذه الفقرة : بمال فى ذمة زيد - تشخص الثمن - فأن لم يكن وكيلاً عن زيد وقع عنه - وعلى مبناه من اوسطية الوسط انجرار المعاملة لزيد لأن تشخص الثمن يسوقها له فأن اجاز فذاك والا وقعت باطله .

قوله فالمقتضى لكل من القصدین - او العقدین - منفردا موجود : بأنه اشترى لنفسه : بمال على زيد موكله : اى بتشخيص الثمن : والجمع بين القصدین يقتضى الغاء احدهما - للدفاع بين صحته له وصحته لزيد - ولما لم يتعين هذا الواحد احتمال بطلان المعاملة واحتمل صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء وهو انه يشتري لنفسه بمال موكله : وعلى هذا ففرض كونه وكیلا لاقیمة له هنا ان ليس هو وكیلا فيه وترجيح جانب الأصالة يدفعه ان الثمن المتشخص ليس له وهو يجب^س المعاملة لو بقى لنفسه الى زيد : واحتملت صحته عن الموكل لتعيين العوض فى ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغو - كما فى المعین - حيث يوكله على شراء شىء بماله والوكيل فى مقام الشراء يشتريه لنفسه فإنه لا يقع للوكيل بل يقع للموكل .

قوله ولو اشترى عن زيد - فضولا - بشىء فى ذمة نفسه - اى ان الثمن متشخص به - ولم يجز - زيد - فأجاز عمرو - الذى لارابطة له فى هذه المعاملة - لم يصح عن احدهما - لازيد لأنه لم يجز ولا عمرو لأنه اجنبى عن الثمن والمثمن وعلى مبناه فى اوسطية الوسط يصح عنه هو: قوله ولا فرق على الأوسط : الذى ملاكه عدم وجوب التعيين بعد تحقق التعین بين ان ينوى المخالفة والتسمية المخالفة لان التعین يجزى المعاملة اليه : ويفرق على الأخير - الذى مبناه ان التصريح بالخلاف يبطل والنية ليست بتصريح فلا تبطل وهذا هو الفارق بين النية بالخلاف والتصريح بالخلاف الذى عبر عنه بالتسمية : وتبطل جميع الصور على المبنى الأول الذى كان ملاكه وجوب التعيين .

قوله اقول مقتضى المعاوضة والمباراة : بطبيعة مفهومهما - دخول كل من العوضين فى ملك مالك الآخر والا لم يكن كل منهما عوضا وبسلا اذا

فالقصد الى المعوض المتشخص اما بنفسه وانه لزيد واما باضافته كما فى الذمم وتعيينه يعنى عن تعيين المالك لانه متعين بالفرض الا ان ملكية المعوض وترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك فأن من الأعضاض ما يكون متشخصا بنفسه فى الخارج كالأملاك العينية من الثوب المشخص والفرس المشخصة ومنها ما لايتشخص الا بأضافته الى مالك مشخص كما فى الذمم ولان ملكية الكلى لا تتحقق الا مضافة الى ذمة مشخصة واجراء احكام الملك على ما فى ذمة الواحد المررد بين شخصين واكثر غير معهود بل غير معقول لان المررد بهذا العنوان لوجود له فكيف يتشخص به ما يضاف اليه فتعين الشخص فى الكلى انما يحتاج اليه لتوقف اعتبار ملكية ما فى الذمم على تعيين صاحب الذمة فصح على المعيار الذى اوضحناه ان تعيين المالك - بهذا العنوان - غير معتبر مطلقا اى سواء كان فى العوض المعين فى نفسه ام فى الكلى المضاف الى ذمة مشخصة وان اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة المحتوية على تعدد وجه الوقوع الممكن شرعا وعدم وجود جهة ينصرف اليها الأطلاق فأنما هو لتصحيح ملكية المعوض بتعيين من يضاف الملك اليه لالتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص - بما ان لعلميته بما هى اثر -

قوله ما ذكره من الوجوه الثلاثة : التعيين لزوما وعدم لزومه والتفصيل بين التصريح بالخلاف وعدمه وقد سبق الحديث عنها .

قوله العوضان : حيث يكونان متعينين فى انفسهما او بأضافتهما الى معين .

قوله لعدم مفهوم المعاوضة معه : لان المخاطب خارج عن ميدان المفاعلة القائمة بفرس المتكلم وحمار عمرو .

قوله والظاهر وقوعه عن البائع : وفيه اشكال انه لم يقصد البيع لنفسه الا

على مبنى صاحب المقاييس فى اوسطية الوسط من الوجوه التى ذكرها .
 قوله لانه امر غير معقول : اما من ناحيتين حيث يكون الغير مبهما واما
من ناحية واحدة حيث يكون معيناً وعدم معقوليته فى هذه الصورة ان
 العوض لم يملأ مكان المعوض - ولذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع عن
 الغير اذا اجازة الغير المفروض المالك للمبايع ولا يقع عن نفسه لان الثمن
 الداخلى عليه لم يملأ مكان ملك الغير فلا معاوضة فلا بيع : ثم ليعلم ان
 ما يعقل من المعاملات الفضولية هى ان تكون بنحو المعاوضات الحقيقية
 يعنى ان يملأ المعوض مكان المعوض كأن يبيع مال غيره فضولة عن غيره
 فان الثمن يملأ مكان هذا المال وفى غير هذه الصورة لا يصدق مفهوماً
 للمعاوضة فحيث يكون نص خاص لو فرض فى تصحيح ما لا يصدق معه
 مفهوم المعاوضة فذاك حيث يقبل فبالتعبد المحض بلا تعقل وكل ما يحاك
 فى تصحيحه من استحسان واعتبار فهو خيال لاقيمة له وتتمام القول فى
 معاملة الفضولى .

قوله واما تعيين الموجب لخصوص المشتري : انه يوجب لنفسه او لغيره :
 والقابل لخصوص البائع : انه يقبل لنفسه او لغيره : فيحتمل اعتباره الا
 فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص الطرف المقابل : ويحتمل عدم
 اعتباره الا اذا علم من الخارج ارادة المخصوص لا بما هو متسم بعنوان
 الموجب او بعنوان القابل : والحق هو الثانى لان المجارى النوعية
 لاغرض لها بمن اوجب ولا بمن قبل الا فى مسارب خاصة وكل من له غرض
 خاص يلزمه هو ان يستجلى الأمر لأن النوع يمشون على الظاهرة السائدة
 وحيث لا يستجلى فقد اخل هو بغرض نفسه ولا تدليس فى البين من طرفه
 الا اذا سئل فأجاب خلاف الحقيقة وهذا مطلب قد برهنت عليه مجارى
 العقلاء بالأسر واما النكاح والوقف الخاص والهبه ونظير هذه الموضوعات

الخاصة فلا يجوز دمجها بالمجاري النوعية فى البيوع والأجارات ونظيراتها لأن الناس لهم هدف خاص على طول الخط فيمن يأخذون بعنوان انها زوجة ولمن يعطون بعنوان انه زوج وعلى من يقفون ولمن يعطون مجاناً والشيخ عليه الرحمة لم يحسن النظر فى انتخابه للوجه الأول وهو احتمال الاعتبار الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص الطرف المقابل ولدوجه النكاح واخواته فى الأمر الثانى .

قوله والاقوى هو الأول : وهو اعتباره الا فيما علم من الخارج عدم ارادة خصوص الطرف المقابل .

قوله عملاً بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية : لا : ليس فى الكلام ما يدل على ذلك فان كان الخطاب يساق فى مثل بعتك للطرف باعتباره مخاطباً لا باعتباره اصيلاً لا وكيلاً ولا ولياً ومنشؤه انه لاغرض خاصاً له معه وحيث يكون له غرض فأنه لا يدعه على السائرة العادية بل يستجلبه الأمر قبل كل شىء فاذا تحقق منه عقد معه .

قوله وعلى فرض القول الثانى : وهو عدم الاعتبار الا اذا علم من الخارج ارادة الخصوص فلو صرح بارادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا يجوز للقابل ان يقبل عن غير نفسه بعنوانه وكيلاً او ولياً .

قال فى التذكرة لو باع الفضولى او اشترى مع جهل الآخر بالفضولية فاشكال ينشأ من ان الآخر انما قصد تمليك العاقد : قصد تمليك العاقد لا يتمشى على اطلاقه للعلم بأن المجارى النوعية غير متركرة عليه وللعلم الأجمالى بأن فى العاقدين وكلاء واولياء نعم لو كان هذا الآخر فى خصوص هذا المورد له قصد خاص بالعاقد توجه الأشكال واما تعمية الفضولية فأمر آخر لاربط له بموضوع البحث وسيأتى فى بابها التعرض له .

قوله وقد يقال فى الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح ان الزوجين فى

النكاح كالعوضين فى العقود لابد من تعيينهما لاختلاف الاغراض باختلافهما : اى بخلاف الموجب والقابل فى البيع فأنهما ليسا كالعوضين : وحيث يكونان كذلك فلا بد من تعيينهما : وفارق آخر ان معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا والمشتري - بهذا العنوان - يطلق على مالك العوض ووكيل مالك العوض وولى مالك العوض ومعنى قولها زوجتك نفسى رضاها بكونه هو الزوج - والزوج بهذا العنوان لا يطلق على الوكيل : ويرد على الفارق الأول ان كون الزوجين كالعوضين انما يصلح لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم وجوبه فى البيع : وفيه نظر لان المتعارف والسائر بين الناس هو عدم الحاجة الى التعيين بل التعيين فى المجارى الدارجة يعتبر لغوا ان لاثاره : وقد سلف ان الوقف الخاص والهبة وما كان على هذا المنوال وفى طبيعتها النكاح خارجات عن هذا المحور لبنائها على الخصوصيات ولا موضوعيتها بدونها : وعليه لامعنى لقوله فلا بد من وجه مطرد فى الكل بما يشمل البيوع والأجارات والانكحة والوقوف ان لاجامعية موضوعية بين الأطراف المذكورة : ويرد على الفارق الثانى وهو ان معنى بعتك رضاه بكونه مشتريا وعنوان المشتري يطلق على المالك ووكيله فى حال ان معنى بعتك هو ملكتك بعوض ومعناه جعل المخاطب مالكا ومن المعلوم ان المالك لا يصدق على الولى والوكيل : وفيه نظر فأنه لا مانع بأن يقال تملكه عن مولاه او عن موكله ولو بالعناية وهذا المعنى موجود فى العرف على انه يلزمه هو ان لا يقول بصحة البيع على الوكيل والولى لان البيع تمليك وهؤلاء بهذه السمات لا يملكون ولا يشترط فى الولى ولا فى الوكيل ان يظهرها هذه العناوين فى مقام المعاوضة بعد ان ينويا المولى عليه والموكل .

قوله فالأولى فى الفرق ما ذكرنا من ان البيع وشبهه من مقولة الوجه الأول وهو ان الغالب فى البيع والأجارة هو قصد المخاطب لخصوصية المخاطب بل بالاعتبار الأعم من كونه اصيلا عن نفسه او عن الغير ولا ينافى هذا الاعتبار الأعم عدم سماع قول المشتري بعدا فى دعوى كونه اصيلا لان الظاهر انه اصيل فدعواه عدم الأصالة على خلاف الظاهر بخلاف النكاح وما اشبهه مما ادرجه فى الوجه الثانى وهو ان الغالب قصد المتكلم للمخاطب من حيث انه ركن للعقد وان العقد متقوم بخصوصه بل ربما يستشكل فى صحة ان يراى من القرينة - لو فرض وجوده - للمخاطب من حيث قيامه مقام الأصيل كما لو قال زوجتك مريدا به مخاطبه باعتبار كونه وكيلاً عن الزوج ولعل الوجه عدم تعارف صدق هذا العناوين على الوكيل فيها فلا يقال لو كـيـل الزوج انه الزوج بخلاف البائع فإنه يطلق على الوكيل فى البيع وكأن قائلًا يقول ان ما ذكرته هنا هو عين ما ذكره القائل فى الفرق بين البيع وشبهه وبين النكاح بأن معنى قوله بعثك رضاه بكونه مشتريا والمشتري يطلق على المالك ووكيله ومعنى قولها زوجتك نفسى رضاها بكونه زوجا والزوج لا يطلق على الوكيل : وانت لم ترتض هناك هذا الفارق ونراك الآن التجات اليه قيل ان قوله فتأمل يشير الى وجه الفارق وهو ان ذلك القائل يعتبر صدق عنوان المشتري على الاصيل والوكيل بطور حقيقة وانا اسالنه على الصدق ولكن بطور مجاز ولكن الحق انه جواب تافه فأن عنوان المشتري بالنسبة الى عامة مصاديقه على الحقيقة ولا داعى للقول بالتجاوز فى الوكيل والولى كما هو واضح .

مسأله : من شرائط المتعاقدين الاختيار : فى مقابل الاكراه والمراد بالأختيار هنا طيب النفس وبالأكراه عدمه ولا ربط فى هذا الباب للأختيار فى مقابل الجبر فإنه فى مقابل الجبر ينسجم مع الاكراه فالذى

توعد على الفعل ففعل خوفاً فان فعله كان عن تحريك منه لعضلاته وليس فعله كحركة المرتعش بالفالج : ويدل على شرطية الاختيار فى مقابل الاكراه وراء الأجماع قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض ولا رضا مع الاكراه وقوله (ص) لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه وطيب النفس النفس نقطة مقابلة تماماً للاكراه ولو اخذ هذا العنوان - طيب النفس - مكان الأختيار لكان أجلاً : وقوله (ص) فى الخبر المتفق عليه بين المسلمين رفع او وضع عن امتى تسعة اشياء او ستة ومنها ما كرهوا عليه وظاهر المرفوع وان كان رفع المؤاخذة الا ان استشهاد الامام به فى رفع بعض الأحكام الوضعية يشهد لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الألتزام عليه بشىء فى صحيحة البنزطى عن الرضا (ع) فى الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق والعتاق وصدقة ما يملك أيلزمه ذلك فقال لا قال رسول الله وضع عن امتى ما كرهوا عليه - الخ - والحلف بالطلاق والعتاق وان لم يكن صحيحاً عند الخاصة مطلقاً فى اكراه وغير اكراه الا ان مجرد استشهاد الامام (ع) فى عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما كرهوا عليه يدل على ان المراد بالنبوى ليس خصوص المؤاخذة والعقاب الأخرى بل ما هو اعم هذا مضافاً الى الأخبار الواردة فى طلاق المكره وانه لا اثر له بضميمة عدم الفرق بين الطلاق وغيره فى ذلك هذا كله مضافاً الى ان العرف العاقل لا يرى المعاملات الأكراهية معاملات نافذة مؤثرة : ثم بعد ان عرفت ان الأختيار فى هذا الباب مساوق لطيب النفس وان الأكراه عدمه فلا مجال للتحدث بان المكره قاصد للفظ غير قاصد الى المدلول فأن هذه العبارة مدمجة فان المدلول ان اريد به القصد الجدى الى محتوى العقد فمسلم فانه حيث لا طيب نفس لا يكون قصد جدى وان اريد به معنى اللفظ بلا ربط له بالقصد الجدى فغير صحيح لأن العالم بالوضع

من لازمه القهرى التوجه الى المعنى الموضوع له ولا يعتقد فى هـ ولاء
الفضلاء عزوبهم عن التفصيل الذى ذكرناه وان كانت عبارتهم مدمجة .

قوله وهو : اى المدلول والمحصل من اللفظ الموضوع : معلول الكلام
الأنشائى اذا كان موضوعا غير مهمل .

قوله بعدم وجوب التورية فى التفضى عن الاكراه : ولو كان لفظ الناطق
كلفظ البيغاء لما كان معنى للقول بعدم وجوب التورية او وجوبها لان
اللفظ الفارغ عن معناه ليس الا مجموعة حروف هجاء لاتدل على اى شىء
حتى يورى عنه او لا يورى .

قوله من ان المكره والفضولى قاصدان الى اللفظ دون مدلوله : فأن
الفضولى لاشك فى قصده للمعنى فالمكره مثله فى عبارته نعم يختلف
الفضولى عن المكره ان القصد الجدى متخلف فى المكره قطعاً والا فلا
اكراه بخلاف الفضولى فإنه فى اغلب ما يتصور من تصويراته ذو قصد جدى
لما ينشأه .

قوله فطلق ناويا : فان ناوياً يجوز ان يحتمل فيه استحضار المعنى
ويجوز ان يراد به القصد الجدى ان لا منافاة فى ان تكون مبارء الأمور
اكراهية وبعد تسليم النفس لها وتوطئتها عليها يكون العمل اختيارياً
وسياًتى الحديث عن ذلك .

قوله ان لا اكراه على القصد : اى التصميم الجدى حيث يبدو للأنسان
عقيب الاكراه ان يصمم .

قوله على تفسير القصد بما ذكرنا من متوهم كلامهم : وان المراد بالقصد
قصد المعنى من اللفظ باعتبار اللغة لا قصد المحتوى المدفوع عن الارادة
الجديّة : وهذا المعنى زيفناه نحن منسوباً اليهم وان اخذه هـ ذا
البعض على ظاهرته فرد عليهم بفساد المبنى وان مجرد استعمال اللفظ

فى معناه من دون ارادة جدية لمحتواه غير كاف فى مثل الطلاق وان
الطلاق لا يقع فى الفرض المزبور .

قوله وسيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به : وقد بيناه بان المراد من قولهم
ناويا هو القصد الجدى حين انشاء الصيغة ولا تنافى بين تجدد القصد
الجدى والمسبوقية بالأكراه .

قوله ثم ان حقيقة الأكراه : ليعلم ان الأكراه الذى له عقم الأثر فى
المعاملات المتحدث عنها هو ما كان يتهديد الجائر القادر على انجاز
المعاملة مباشرة لا مجرد صدورها عن عدم طيب نفس فالذى يضطره لوضع
لتأمين حاجة الى بيع داره مثلا يصدق عليه انه ليس بطيب النفس فى
بيعها ولا مختارا فى فصلها عنه وانه مكره فى هذه المعاملة كاره لها الا
ان ذلك لا يفسد عليه معاملته لانه ان صدق عليه عدم طيب النفس باعتبار
فأنه فى عقد المعاملة كان طيب النفس وفى مباشرة العمل كان مختارا
وببيعه المؤمن لحاجته كان راضيا بخلاف من شهر عصا التهديد على غيره
فأجرى معاملة ليس له فيها أرب سوى تهديد هذا المتنزى عليه : وعلى
هذا المبنى قال ان حقيقة الاكراه لغة وعرفا حمل الغير على ما يكرهه
ويعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقتران الفعل بتوعيد من الحامل
مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل او متعلقه نفسا او
عرضا او مالا فظهر من ذلك ان مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه
من دون بعث الجائر المتهدد عليه مباشرة لا يدخله فى المكره عليه كيف
ونوعية الأفعال الصادرة عن العقلاء ناشئة عن دفع الضرر كما انه ليس
دفع مطلق الضرر الحاصل من ايعار شخص يوجب صدق عنوان المكره
عليه فأن من اكراه على دفع مال وتوقف تأمين دفع هذا المال على بيع
بعض امواله لا يقال فى حق بيعه هذا انه بيع اكراهى فان البيع الواقع

منه لبعض امواله وان كان متسببا عن خوف الضرر المتوقع به فى صورة عدم رفع ذلك المال الا انه ليس مكرها عليه بالمباشرة لان الجائر المتهدد لا هدف له فى داره التى باعها او اى متاع آخر وانما هدفه فى مبلغ المال من اى طريق آمنه .

قوله ولذا يرتفع التحريم عنه لو فرض حرمة عليه لحلف وشبهه : يعنى انه كان حالفا ان لا يبيع داره ثم انخلق له هذا الجائر الذى تهدده على رفع مبلغ من المال ولا وسيلة عنده لتأمين هذا المبلغ الا داره التى حلف ان لا يبيعها فان تحريم بيعها يرتفع عنه لتأمين هذه الحاجة وحاصل كل ما سلف ان الفاعل قد يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل فى فعله ومخلى وطبعه بحيث هو من هذه الجهة طيب النفس بفعله وان كان من اجل علاج ضرر الا انه من غير تهديد قائم على رأسه فى عقد هذه المعاملة وقد يفعل لدفع ضرر ايعاد الغير على ترك هذا الفعل وهذا ما لا تطيب به النفس ومراجعة الوجدان هى المميزة للصورة الأولى عن الثانية .

قوله ثم انه هل يعتبر فى موضوع الأكره : وهو حمل الغير على ما يكره : او يعتبر فى ترتب حكمه وهو عدم المؤاخذة وسلب الأثر الوضعى امكان التفصى عن الضرر المتوقع به بما لا يوجب ضررا آخر نظير ان يكرهه على فعل مع انه يستطيع ان يفر منه ويكون تحت اختيار نفسه كما حكى عن جماعة او لا يعتبر الظاهر عدم اعتبار العجز عن التورية - والتورية قسما ن قسم يكون فى الأفعال كأن يكرهه على شرب الخمر مثلا وهو باستطاعته لبراعته فى التصرف ان يريق الخمر لافى فمه موهما على المكره انه عبه فى فمه وقسم يكون فى الأقوال وهو الأعم الاغلب كأن يكرهه على البراءة من دين محمد فينوى بمحمد انسانا آخر غير صاحب الرسالة المعهودة وقد اسلفنا فيما سبق ان التورية لا تجدى شيئا ما دام ظهور الكلام منصرفا الى جهة خاصة

وهذا هو السر لعدم تعرض النصوص بل واكثر الفتاوى له واما قسم التورية فى الأفعال فهو داخل فى زمرة غيره من جهات التفصى الفعلية كالفرار الذى اشرنا اليه -

قوله لأن حمل عموم رفع الأكره على صورة العجز عن التورية اما لجهله بالتورية او لدهشته الصارفة عنها بعيد جدا .

قوله بل غير صحيح فى بعضها من جهة المورد : كما سيأتى فى قضية عمار بن ياسر .

قوله مع ان القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الاكراه عرفا فان الذى يقول على ملاً الناس برئت من دين محمد وان نوى فى قلبه غير محمد بن عبدالله (ص) لا يقال فى حقه انه وجد مندوحة تخلص بسببها مادام دين محمد مصروفا بهالى محمد بن عبدالله .

قوله قال لايمين : بمعنى انها مسلوبة الحكم والأثر .

قوله ولا فى جبر ولا فى اكره : والثانى اعم من الأول لان الاكراه يكون مع القسر والألجاء ويكون مع غيرهما مما هو اخف وكأن هذا الفرق كان محجوباً عن ابن سنان ولذلك قال قلت اصلحك الله وما الفرق بين الجبر والأكراه قال الجبر من السلطان - اى الانسان المتسلط القادر على تنفيذ اذته - ويكون الاكراه من الزوجة والأم والأب وليس ذلك بشىء : اى ما يكون عن مثل الزوجة ومضافاتها لامكان التفصى من اكراههم لــــه بالمجاملات التى تخلصه ومع ذلك حكم الأمام على ان لاحكم ليمين من حلف لهؤلاء مكرها .

قوله على التفصى بغير التورية : كما فى رواية ابن سنان المتقدمة خرج عنه - اى عن الأكره - بالقدرة عليها اى على التورية .

قوله مع قصد معنى آخر : وذلك هى التورية .

قوله مع القدرة على التورية تعبدى : اى لأن الشرع لا يراها جهة يتفصى بها عن الأكره لا من جهة صدق حقيقة الأكره حتى مع التورية بل الحق ان حقيقة الأكره صادقة حتى مع استعمال التورية لما عرفت انها لا اثر لها فى جوهر الواقع .

قوله الا مع العجز عن التفصى بغير التورية : كالفرار من المكروه فى المثال الذى اسلفناه .

قوله لا بد له : اى انه ليس بعدل حتى يدخل تحت اجنحة الأكره .
قوله فلا يفسد اذا كان عقدا : مثل ان يكرهه على ان يبيع عليه داره بعد خمسة ايام فصالح عليها اخر قبل الموعد ليكون فى الموعد غير مالك للدار فأن صلحه على داره يصح عقده لانه لم يكن مكرها عليه وان كان للتفصى عن بيع الدار على المكروه .

قوله وما ذكرناه : من التفصى بغير التورية وان كان جاريا فى التورية — حيث نعتبرها جهة تفص —

قوله ولم ينبهه على التورية : لأنها لا اثر لها بالمره فان المشركين الذين يريدون منه ان يقول برء من دين محمد ويقولها على هذا الترتيب قد حصلوا منه امام الناس بغيتهم ولا اثر لنيته بمحمد انه غير ابن عبد الله الا بينه وبين ربه على ان ربه فى غنى بنفس اكرهه لتبرئه ولذلك لم يكن واجبا على النبي ان ينبهه الى ذلك : نعم التورية ربما ترفع بعض الحزاة من نفس المتكلم بالبراءة وامثالها .

قوله والأولى ان يفرق بين امكان التفصى بالتورية وبين امكان التفصى بغير التورية بأن الاكره متحقق مع الأول وليس بمتحقق مع الثانى — وقد عرفت مكررا سر ذلك — مضافا الى قوله : لان الاصحاب ذكروا ان من شرط تحقق الاكره ان يعلم او يظن المكروه — بالفتح — انه لو امتنع مما اكره

عليه وقع فيما توعد فيه ومعلوم ان المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع - بأن ينوى بقوله برء من دين محمد غير محمد بن عبد الله - ولو مع اعتقاد المكروه - بالكسر - ان طرفه لم يمتنع عما اراد منه من البراءة من دين محمد بل اطاع وقال ذلك - بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكروه بامتناع المكروه - وهو انه لا يقول برء من دين محمد - وهذا المعنى يصدق مع امكان التورية اما اذا قال برء من دين محمد ونوى به غير ابن عبد الله فإنه لم يمتنع وان تفصى بالتورية اما اذا فعل المكروه عليه مع قدرته على ان لا يفعله بأن يفر من المكروه فانه لا يصدق فى حقه انه مكروه فيما فعل وطاوع بل فعل ذلك مختاراً ودليل اختياره فيه انه متمكن ان لا يأتي به : هذا ولا يخفى ما فى عباراته من التلوى الموجب لتعمية المقصود .

قوله فالظاهر ان المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة التى اكره عليها مباشرة بظلم .

قوله فالأكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الأكراه بمعنى الجبر : للقطع بأنه لا يجوز فعل الحرام وهناك مندوحة عنه كما فى مقال القاعد فى مكان خاص للتفرغ للعبادة او المطالعة وهذا القطع الذى ذكرناه مأخوذ من ضرورة الدين .

قوله والرافع لأثر المعاملات هو الأكراه الذى ذكر فى تلك الرواية انه قد يكون من الاب والولد والمرءة بل وما هو اخص منه كجبر السلطان فان جبر السلطان اكراه ايضا والرواية ارادت ان تفيد ان ما دون الجبر ايضا رافع لحكم اليمين لأن الجبر لا يصدق عليه الأكراه بعموم معناه .

قوله وان كان هو : اى الضرورة والألجاء المتبادر من لفظ الأكراه : وفيه تأمل نعم هو ابرز مصاديقه .

قوله ولذا : اى ولأن المتبادر من لفظ الاكراه هو الضرورة والألجاء :
يحمل الاكراه الوارد فى حديث الرفع عليه لأنه لو لم يكن بهذا المعنى
لما كان مجال لرفع المؤاخذة وحيث يكون الاكراه فى الحديث بمعنى
الألجاء فلا بد من فرق يصيره شيئاً ويصير الاضطرار شيئاً آخر والفارق
للأكراه انه ما كان باعمال نفوذ المتنزين وللأضطرار انه ما كان بضغوط
الملايسات من جوع وعطش ومرض وما الى ذلك وحيث يكون الأكره فى
حديث الرفع بمعنى الضرورة والألجاء فالذى دعانا لأن نعتبر ما هو اوسع
منه فى المعاملات هو ان العبرة فيها بالقصد النابع عن طيب النفس
والرضا حيث استدلوا على ذلك بقوله تجارة عن تراض فعادم الرضا لا اثر
له وقوله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه فعادم طيب النفس غير
حلال وعموم اعتبار الأرادة - اى الجدية - فى صحة الطلاق وحيث
لا تتحقق فليس بصحيح وخصوص النص الوارد فى فساد طلاق من طلق
للمدارة مع اهله ومنشأه عدم جدية الأرادة وعلى هذا فقد تلخص ان
الاكراه الراجع لاثر الحكم التكليفي اخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي .
قوله ولو لوحظ ما هو المناط فى رفع كل من المؤاخذة وصحة المعاملة من
دون ملاحظة عنوان الاكراه وصدقه او عدم صدقه كانت النسبة بين
المناطين العموم والخصوص من وجه لان المناط فى رفع الحكم التكليفي هو
رفع الضرر والمناط فى رفع الحكم الوضعي هو عدم الأرادة الجدية وعدم
طيب النفس فقد يجتمعان بأن يكون فى البين ضرر وعدم طيب نفس وقد
يفترقان بأن يكون فى البين ضرر وأما عدم طيب النفس فلا بان يتوعده
على انجاز معاملة لولا توجه هذا الضرر اليه لما فعل لا لأنه لا تطيب
نفسه بها او تطيب بأن يكون بالنسبة اليها لا اقتضائيا يستوى لديه
الفعل وعدمه فهو طيب النفس على كلتا الحالتين الا انه لولا خوف الضرر

لبقى على رسله من استواء الفعل والعدم وقد يكون في البين عدم طيب النفس ولا ضرر كالمثال السابق فيمن كان قاعدا في مكان خاص - الخ - قوله ومن هنا : اى حيث كان المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر وفي رفع الحكم الوضعى هو عدم الأرادة وعدم طيب النفس : لم يتأمل احد في انه اذا اكره الشخص على احد الأمرين المحرمين لابعينه لا يقع كل منهما في الخارج متصفا بالتحريم لان المعيار في رفع الحرمة دفع الضرر المتوقع على فعل احدهما لابعينه : هذا من ناحية دفع التكليف : اما لو كان الأمران عقدين او ايقاعين كما لو اكره على طلاق احدى زوجتيه فقد استشكل غير واحد في ان ما يختاره من الخصوصيتين - زينب - سعاد - يكون بطيب نفسه ويرجحه على الآخر بدواعيه النفسانية الخارجة عن الأكره هل هو مكره عليه باعتبار جنسه ام لا والحق انه اذا لم تكن في البين قرينة خارجية على انه لداع انتخب زينب دون سعاد فلا اشكال في تعلق الاكراه بكل منهما وبطلان الطلاق الواقع ان لا مفر له الا ان يطلق احديهما واحداهما لاتعدوا ان تكون زينب او سعاد بل افتى في القواعد بوقوع الطلاق وعدم الاكراه - اى في خصوصية زينب او خصوصية سعاد - وان حمل بعضهم هذا القول على ما اذا قنع المكره - بالكسر - بطلاق احديهما مبهمه - لكنه لاشبهة في بشاعة هذا الحمل لان مفروض المسألة ذلك لان الاكراه اذا كان على التعيين خرج المفروض عن فرضه .

قوله ناش عن اكره واختيار : هذا محض الاشتباه فان الأختيار هنا في اطار الاكراه لانه خارج عنه .

قوله الأكره على القدر المشترك : انما يجعل بعض افراده داخلا في حوزة الاختيار اذا ثبت انه انما انتخب بعض الافراد لداع نفسانى هو

• تام الأختيار فيه .

قوله لو اكرهه على شرب الماء او شرب الخمر لم يرتفع بهذا الأكرهه تحريم الخمر لأنه قادر على التفصى من هذا الحرام بشرب الماء وان كان مكرها فى اصل الشرب .

قوله لكنه لا يترتب على الجنس اثر يرتفع ذلك الأثر بالاكراه لفرض ان الجنس بجنسيته مكره عليه .

قوله ومن هنا : هذه الكلمة لا تخلو من تعمية لان الاكراه على بيع مال او ايقاء مال يستحق وان كان لا اثر له بالنسبة الى بيع المال لان له مخلصا منه بأيقاء المال المستحق كشراب الماء فى قبيل شرب الخمر الا ان الاكراه فيه على ايقاء المال المستحق ليس بالأكرهه المتحدث عنه السالب للحكم الذى داعيه التجاوز والتنزى فأن اكرهه على ايقاء المال المستحق حق لاتجاوز فيه .

• قوله بالمالك والعاقد : اى المالك الذى هو يكون عاقدا .

• قوله كما لو اكره : بالبناء للمجهول .

قوله عدم تحقق الوكالة مع الأكرهه : اى لأنها وقعت اكرهية لا عن اختيار من الموكل .

• قوله وقد ينعكس : بأن يرد الاكراه على العاقد .

• قوله فى المالك المكره : بالكسر لو فرض انه هو العاقد .

قوله اذا رضى لاحقا : لأن مفروض المسألة ان الرضا موجود حين العقد او الأيقاع .

قوله لو اكره : بالبناء للمجهول : الوكيل على الطلاق دون الموكل : بمعنى ان هذا الوكيل ثابت الوكالة على الطلاق ومتعلق الاكراه هو الزمان الخاص او المكان الخاص بما لا يختار الوكيل ايقاع الطلاق فيهما .

قوله ومن سلب عبارة المباشر : الذى باشر الطلاق فى غير الظرف الذى يختاره .

قوله فى هذين الفرعين : الأول : ما لو قال ببيع مالى او طلق زوجتى والا قتلتك : والثانى : لو اكره الوكيل على الطلاق دون الموكل .

قوله من انه : اى الاكراه انما يرفع حكما ثابتا على المكروه : بالفتح : لولا الاكراه ولا اثر للعقد هنا بالنسبة الى المتكلم به لولا الاكراه فان فى الفرع الأول المكروه : بالكسر : هو المالك والأثر مربوط به لا بالمتكلم المكروه : بالفتح : وفى الفرع الثانى : الاثر للموكل ووكيله ليس له الا التكلّم بالصيغة .

قوله ومن المعلوم أنه : اى الرضا اللاحق انما يتعلق بحاصل العقد الذى هو امر مستمر وهو النقل والانتقال .

قوله لان ماضى : من الالفاظ المتلفظ بها لاستمراره مثل النقل والانتقال فى الأموال وذاك المتلفظ به المنقطع حين الرضا لا ينقل بسبب بسبب الرضا الوارد بعده عما وقع عليه من وصف .

قوله فى الحكم المذكور : وهو الصحة بأن القصد الى المعنى - فى العقود والايقاعات - ولو كان على وجه الاكراه شرط فى الاعتناء بعبارة العقد ولا يعرف هذا القصد الا من قبل العاقد فحيث لا يكون فى البين اكراه ويكون العاقد مختارا امكن احراز القصد بأصالة القصد فى افعال العقلاء الأختيارية - اما الافعال المكروه عليها فلا - الا ان يقال ان الفرض مع احراز القصد وعدم تكلم العاقد لاغيا او موريا ولو كان مكرها : مع انه يمكن احراز اصالة القصد فى صورة الاكراه ايضا لكن على تأمل لان سلامة الاصل قائمة فى افعال العقلاء الأختيارية لانيما فيها احتفافات على خلاف ميولهم .

قوله فان كان تدريجا : اى واحدا بعد واحد فالظاهر وقوع المبيع الأول اكراهيا لانه الواقع بعد الاكراه مع احتمال الرجوع الى البائع فى تشخيص ما باعه مختارا وما باعه مكرها عليه سواء ادعى العكس بأن قال ان الثانى اكرهى دون الأول .

قوله وبطلان الجميع : اى ويحتمل بطلانهما لوقوع احد هما اللامعين مكرها عليه ولا ترجيح .

قوله والأول : اى وقوع الأول مكرها عليه دون الثانى اقوى وقد ذكرنا وجهه .

قوله وأما مسألة النصف : حيث قال او باع نصف احدهما .

قوله بناء على شمول الاكراه : لكافة صور بيع مجموع عبد واحد ومنها بيعه دفعتين .

قوله لرجاء ان يقنع المكره : بالكسر وفاعل يقنع المكره بالفتح .

قوله لكن فى سماع دعوى البائع ذلك : اى احد الوجهين المذكورين وهما بيعه النصف بعد الاكراه بقصد ان يبيع النصف الآخر امثالا للمكره وبيعه النصف رجاء ان يقنع المكره به : حيث ينكر المشتري منه دعواه المذكورة وانه باعه بالأختيار مع عدم الأمارات على مدعى البائع - نظر - لأن ظاهر بيع النصف انه لم يكن استجابة للمكره بالكسر لان المكره يريد منه بيع عبد تام ومن ان هذه المقاصد قائمة بنفس البائع ولا طريق اليها الا من جهته . قوله قال فى التحرير لو اكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقسوع الطلاق : بينا سابقا ان معنى ناويا ان اراد به انه ناو للطلاق استتباعا للاكراه فلا شك فى صورتنا هذه ان الطلاق لا يقع وان اراد به انه نوى الطلاق بارادة منه لاستتباعا للأكراه فانه فى هذه الصورة يقع واما نية المعنى بمعنى توجهه لمدلول اللفظ فهو امر مشترك بين المكره وغيره لان

الانسان المتوجه مع علمه بمواضع الألفاظ التي ينطق بها لاشك فى
استحضاره لها الا ان ذلك ليس هو ملاك باب الاكراه وعدمه .
قوله ومجرد النية لاحكم لها : كلام معمى لا بد من تفصيله بالبيان الذى
شرحناه قريبا .

قوله ان المفروض انه لولاه لما فعله : اذا تحقق هذا الفرض كان مورد
البحث اكراهيا .

قوله انه : اى المكره بالفتح : انه لا يلزمه الا انشاء اللفظ وان المكره
بالكسر لايهمه انه ينشأ الطلاق عن جد او غير جد وان للمكره بالفتح
تجريدته عن القصد الجدى فلا شبهة فى عدم الاكراه فى هذه الصور وانما
يحتمل الاكراه مع عدم العلم بالتفصيل المذكور سواء ظن لزوم القصد مع
انشاء اللفظ وان كان المكره بالكسر فى الواقع لا يريد ام لم يظن : ثم
لا يخفى ان هذه المطالب فروض محضة لاتتأتى الى الخارج وليست هى
محل ابتلاء احد بالمرة .

قوله ذكر الفرع عن المسالك : وهو ماتقدم من قوله قال فى التحرير لو اكره
على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق ونحوه فى المسالك بزيادة
احتمال عدم الوقوع لان الأكره اسقط اثر اللفظ ومجرد النية لاحكم لها
- اى مجرد نية الطلاق لاحكم لها من دون لفظ معتبر معبر عنها -

قوله وبناءه : اى بنى احتمال عدم الوقوع على ان المكره لا قصد له اصلا
فرد به بثبوت القصد للمكره وجزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه : اى وان
لا يصح من اجل الأكره لا من جهة انه لا قصد له .

قوله وفيه : اى فى فهمه من لا قصد له انه لم يقصد معنى اللفظ ما عرفت
سابقا الخ .

قوله فبناءً هذا الحكم : وهو احتمال عدم الوقوع فى الفرع المذكور على

ما ذكره هذا البعض من المعاصرين من ان الشهيد انما احتمل عدم الوقوع لعدم قصد المعنى من اللفظ ضعيف جدا .

قوله وكذا : اى هو ضعيف ايضا : ما تقدم عن بعض الأجلة من انه ان علم المكروه بكفاية انشاء اللفظ المجرد عن النية فنوى اختيارا صح .

قوله لان مرجح ذلك : هذا هو دليل الضعف : الى وجوب التورية على العارف بها المتفطن : فأن قيل ان ما ذكره هذا البعض ليس من باب التورية بل من باب ان الأكره انما هو على اللفظ فقط واما المحتوى فأمر آخر يجوز له ان يريد به وان لا يريد به فيكون امرا اختياريا فأجاب ان لافرق بين التخلص بالتورية وبين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم باللفظ لاغيا وجهة عدم الفرق ان جانب التورية خلاف الظاهر وكذا لك قصد تجريد اللفظ عن معناه خلاف الظاهر لان الظاهر فى الطرفين ان لاتورية ولا تجريد فى البين .

قوله وتوضيح الاقسام المتصورة فى الفرع المذكور عن التحرير ان الأكره الملحوق بوقوع الطلاق .

قوله قصدا اليه راضيا به : هذه العبارة بعد قوله ان الاكره الملحوق بوقوع الطلاق وقبل قوله اما ان لا يكون له دخل فى الفعل اصلا - حشو زائدة لأن المقسم هو الاكره الملحوق بالطلاق بلا قيد والقيود وجودا وعمدا تأتى فى الاقسام لا فى المقسم .

قوله اما أن لا يكون له : اى للأكره .

قوله والحكم فى الصورتين : اللتين قال فيهما فأما ان يكون الفعل لا من جهة التخلص عن الضرر الخ او كان الداعى شفقة دينية على المكروه بالكسر الخ .

قوله لأجل اعتقاد المكروه : بالفتح ان الحذر من الضرر لا يتحقق الا

بايقاع الطلاق حقيقة .

قوله او كونه رأى مذهب بعض العامة الزاعم ان الطلاق يقع مع الاكراه
فحسب ان الأمامية مثلهم فى ذلك .

قوله والحكم فى هاتين الصورتين : اللتين قال فيهما لاجل اعتقاد المكره
ان الحذر لا يتحقق الا بايقاع الطلاق حقيقة او من جهة جهله بالحكم
الشرعى الخ .

قوله ثم ان المشهور بين المتأخرين انه لو رضى المكره بما فعله صح العقد
لأنه فى نفسه عقد حقيقى فيؤثر اثره مع اجتماع باقى الشرائط التى من
جملتها فيما نحن فيه طيب النفس ودعوى اعتبار مقارنة طيب النفس للعقد
خالية عن الشاهد ومدفوعة بالأطلاقات الشاملة لما كان طيب النفس مقارنا
للعقد او حاصلًا بعده واضعف من هذه الدعوى دعوى اعتبار مقارنة طيب
النفس فى نفس مفهوم العقد فحيث لا تكون هى لا يكون هو ولازم ذلك عدم
كون عقد الفضولى عقدا حقيقة لان طيب النفس المعتبر ما كان عن المالك
لا الفضولى واضعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقد - بما هو
عاقد مالكا كان او من هو بمنزلته او فضوليا - فى تأثير عقده اللازم منه
عدم صحة حتى بيع المكره بحق لانه فاقد لطيب النفس وانا كان الأمر
كذلك فلا قيمة لعقده وان اكراهه على العقد مع عدم اثاره امر تعبدى لا
لأنه مؤثر : ويؤيد ان الرضا اللاحق من المكره مصحح للعقد فحوى صحة
عقد الفضولى بالأجازة حيث ان المالك بسبب الأجازة طيب النفس بوقوع
اثر العقد وهو النقل والانتقال وانه غير منشىء للنقل بكلامه الدال على
الأجازة وامضاء انشاء الفضولى ليس الا طيب النفس بضمون هذا الانشاء
وليس الكلام القائم بالأجازة انشاء مستأنفا مع انه لو فرض كذلك فهو
موجود ضمن الرضا فى معاملة الاكراه فلم يصدر من المالك فى الفضولى الا

طيب النفس متأخرا عن انشاء العقد وهذا موجود فى باب الرضا اللاحق للأكراه مع مقوِّ زائد وهو انشاؤه بنفسه للنقل المدلول عليه بلفظ العقد والمالك فى باب الفضولى ليس هو المنشأ للعقد القائم بالنقل المدلول عليه به لما عرفت من ان عقد المكره بما هو عقد انشاء حقيقى وتوهم ان عقد الفضولى واجد لما هو مفقود فى باب الاكراه طيب نفس العاقد بما ينشئه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس فى العاقد الفضولى لا اثر له الا فى صدق العقدية ان يكفى فى هذا الصدق مجرد قصد الانشاء المدلول عليه باللفظ المستعمل فيه لا فى النقل والانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه - نعم - لو صح ما ذكر سابقا من توهم ان المكره لا قصد له الى مدلول اللفظ اصلا وانه قاصد نفس اللفظ الذى هو بمعنى الصوت المتموج فى الحنجرة صح حينذاك انه لا يجدى تعقب الرضا ان لا عقد فى هذا الفرض لكنك عرفت انه خلاف الواقع وقد تقدم البحث فيه مفصلا فظهر مما ذكرنا ضعف وجه التأمل فى الصحة - عند تعقب الرضا للأكراه - كما عن الكفاية ومجمع الفائدة تبعا للمحقق الكركى وان انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض الدال على اعتبار كون العقد صادرا عن التراضى مضافا الى النبوى المشهور الدال على رفع حكم الأكراه مؤيدا بالنقض بالعاقد الهازل مع انهم لم يقولوا بصحة عقده بعد لحوق الرضا بما صدر عنه وجميع هذه الأدلة مخدوشة لان دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضى اما بمفهوم الحصر - المدعى - من قوله الا ان تكون تجارة عن تراض عقيب قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل واما بمفهوم الوصف فى - عن تراض قوله ولا حصر : فى الآية حيث يدعى ذلك لان الاستثناء بقوله الا ان تكون تجارة عن تراض بعد قوله لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل استثناء منقطع

لانه مخرج من اكل المال بالباطل والتجارة عن تراض ليست من ذلك وغير مفرغ لذكر المستثنى منه ويظهر من هذا التعبير انه قدس سره يعتبر فى افادة الأستثناء الحصر - فى الاستثناء المنقطع - كونه مفرغا نظير ان يقال ما قام الا حمار والآية ليست من هذه المقولة والحق خـلاف ما استظهره سواء فى الاتصال ام الانقطاع بل التفريغ وعدمه نظائر فى افادة الحصر فسواء ان نقول ما قام احد الا زيد او ما قام الا زيد وان نقول ما قام القوم الا حمارا او ما قام الا حمار .

قوله كما فى ربايبكم اللاتى فى حجورك : هذا مثال للوارد مورد الغالب فان الربائب فى الأعم الأغلب فى اللواتى امهاتهن فى علقه خلائف آباءهن لا اللاتى تكون بعد الفراغ من هذه العلقه كما ان التجارة فى الأعم الاغلب تكون عن تراض وقلما تتحقق فى الاكراه والأجبار . قوله ودعوى وقوعه : اى هذا الوصف فى هذه الآيه فى مقام الأحتراز عن الاكراه ممنوعة لأنها دعوى مجردة .

قوله واما حديث الرفع ففيه - اولا - ان المرفوع فيه هى المؤاخذه والاحكام المتضمنة لمؤاخذه المكره - بالفتح - والزامه بشىء واما الحكم بوقوف عقده على رضاه فإنه راجع الى ان له ان يرضى بذلك وهذا حق له - وبنفعه - لاعليه فلا يرفع - نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره بهذه المعاملة او يفسخ لكنه الزام لغيره لا له وحديث الرفع لا يرفع المؤاخذه والألزام عن غير المكره كما تقدم واما الزام المكره بعد طول المدة باختيار ما وقع من البيع او فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالأكراه وانه غير مأخوذ بالعقد الاكراهى بل هو على اختياره فان شاء امضاه وان شاء فسخه لا من احكام الفعل المتحقق على وجه الاكراه حتى يرفع وهذا الذى ذكرناه واضح على القول بكون الرضا

اللاحق ناقلا من حينه وكذلك هو واضح على القول بكون الرضا اللاحق كاشفا عن صحته من حين وقوعه بعد التأمل فى ان الرضا قبل حصوله لا يغير ما عليه العقد من التزلزل وعدم التأثير والوقوف حتى يحصل الرضا - واما ثانيا - فان حديث الرفع يدل على ان الحكم الثابت للفعل المكروه عليه لولا الأكره يرتفع عنه اذا وقع مكرها عليه كما هو معنى رفع الخطأ والنسيان - بأن الحكم الثابت للفعل لولا الخطأ والنسيان يرتفع عنه اذا حصل الخطأ والنسيان - وهذا المعنى موجود فيما نحن فيه لان اثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الاكره سبب مستقل لنقل المال ومن المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الاكره واما هذا الاثر الناقص المترتب عليه مع الاكره حيث انه جزء العلة التامة للملكية - والجزء الآخر هو الرضا - فإنه لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الاكره ليرتفع بالأكره ان المفروض انه انما صار جزء علة لاتمامها من اجل وصف الاكره فكيف يعقل ارتفاعه بالأكره وبعبارة اخرى اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار الاكره هو المنفى بهذا الحديث والمدعى ثبوته للعقد بوصف الاكره هو وقوفه على رضا المالك وهذا لا يرتفع بالأكره لانه ملحوظ بوصف الاكره : لكن : يرد على هذا البيان ان مقتضى حكومة الحديث على الاطلاقات نظير احل الله البيع هو تقييد هذه الاطلاقات بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد اليها لصحة بيع المكروه ووقوفه على الرضا اللاحق لغرض انها مقيدة بسبق طيب النفس والطيب اللاحق ليس هو السابق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكروه المتعقب بالرضا لتخلف الاطلاقات عنه فيرجع بيع المكروه الى اصالة الفساد وبعبارة اخرى ادلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة فاذا قيدت هذه الأدلة بغير المكروه لم يبق لها نظر الى المكروه الذى قيدت بغيره

— اللهم — الا ان يقال ان الاطلاقات المفيدة للسببية المستقلة مقيدة بالبيع المرضى به سبقه الرضا او لحقه ومع هذا الفرض فلا تكون لحديث الرفع حكومة عليها ان البيع المرضى به سابقا لامعنى لفرض عروض الاكراه له بعدما تم وتنجز واما المرضى به بالرضا اللاحق فأنما يعرضه الاكراه من حيث ذات الموصوف وهو اصل البيع — قبل الرضا — ولا نقول بتأثير هذا الاصل بل مقتضى الادلة الاربعة المقتضية لحرمة اكل المال بالباطل وحرمة مع عدم طيب النفس مدخلية الرضا فى تأثيره ووجوب الوفاء به فالأطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد الاكراهى والرضا به لاحقا ولازمه بحكم العقل كون هذا العقد بعض المؤثر التام وهذا لا يرتفع بالاكراه لان الاكراه مأخوذ فيه — الا ان يقال — ان ادلة الأكراه كما ترفع السببية المستقلة التى افادتها الاطلاقات قبل التقييد ترفع مطلق الاثر عن العقد الاكراهى وتصيره كالعدم لان التأثير الناقص كالتام استفيد من الأطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق والسابق لانه استفيد من العقد الأكراهى وهذا المعنى لا يفرق فيه ايضا بين جعل الرضا ناقلا من حينه او كاشفا من حين وقوع العقد ان على النقل يكون تمام المؤثر نفس الرضا وعلى الكشف يكون تمام المؤثر الأمر المنتزع من الرضا السعاض للعقد وهو : اى الأمر المنتزع : تعقبه — اى العقد — بالرضا — وكيف كان فذات العقد المكروه عليه مع قطع النظر عن الرضا لا يترتب عليه الا كونه جزء المؤثر التام وهو امر عقلى قهرى الحصول له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام ليس هو العقد وحده ولا الرضا وحده بل المجموع منه ومن الرضا وعليه فلا طريق لحديث الرفع اليه لكن قد يقال انه وان كان امرا عقليا الا انه منتزع من امر مجعول للشرع فيتبع اصله فى الوضع والرفع وهذا ما اشير اليه بقوله فتأمل .

قوله بقى الكلام فى ان الرضا المتأخر ناقل او كاشف مقتضى الأصل وعدم حدوث حل مال الغير الا عن طيب نفسه هو النقل لأن حصول الرضا هو الذى يجعل العقد مؤثرا وبدونه كان عقيما وربما يدعى ان مقتضى الأصل هو الكشف لان مقتضى الرضا بالعقد هو الرضا بما افاده من نقل الملك حين صدوره فأمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى الذى هو النقل من حين العقد وترتب الآثار عليه لا يكون الا بالحكم بحصول الملك للمنقول اليه فى زمان النقل الذى هو زمان انشاء العقد وفيه من الخدشة الواضحة ان مفاد العقد السابق فى وجوده ليس هو النقل من حين صدوره بل مفاده النقل بما هو الا ان انشاء العقد لما كان فى زمان التكلم فأن كان ذلك الأنشاء مؤثرا من نظر الشرع فى نفس زمان التكلم حدث الاثر وحصل فيه وان كان مؤثرا بعد حصول امر - كالرضا فيما نحن فيه - حدث الاثر بعد حصول هذا الأمر المتأخر حدوثا عن زمن العقد فحصول النقل فى نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من اجتماع ما يعتبر فى الحكم ولم يجتمع ما يعتبر فى الحكم الا بحصول الرضا المتأخر ولذلك كان الحكم بتحقيق الملك بعد القبول تارة او بعد القبض فى الصرف والسلف والهبة تارة اخرى او بعد انقضاء زمن الخيار على مذهب الشيخ تارة ثالثة غير مناف لمقتضى الايجاب السابق على القبول والقبض وانتهاء زمن الخيار ولم يكن تبعيضا فى مقتضى العقد بالنسبة الى الازمنة يعنى انه تارة يؤثر من حينه واخرى بعد فاصلة لما عرفت ان تأثيره تابع لحكم الشرع فى تنفيذها : فأن قلت حكم الشارع بثبوت الملك وان كان بعد حصول الرضا الا ان حكمه بذلك لما كان من جهة امضاءه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبل الرضا احياء للعقد من حينه قلت المراد هو الملك شرعا ولا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك وزمان الحكم

الشرعى بالملك انما كان بعد الرضا وان شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ ما يقتضيه فسخ العقد فأن الفسخ وان كان حلا للعقد الذى سبق زمان حصوله الا انه لا ترتفع به الملكية السابقة على حدوثه لتحققها فى ظرفها فالعبرة بزمان حدوث الفسخ لازمان متعلقه الذى هو العقد : ثم على القول بكون الرضا اللاحق كاشفا عن صحة العقد السابق فهل للطرف الغير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره ام لا يأتى بيانه فى الفضولى بعون الله .

مسئلة ومن شروط المتعاقدين اذن السيد ، اذا كان العاقد عبدا فلا يجوز للمملوك ان يوقع عقدا الا بأذن سيده سواء كان لنفسه فى ذمته ام بما فى يده ام لغيره لعموم ادلة عدم استقلاله فى اموره قال تعالى — عبدا مملوكا لا يقدر على شىء — وعن الصادق وابيه قال المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا بأذن سيده قلت فأن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شىء وشىء الطلاق . ولا بد لنا ان ننظر بنظرة اجمالية موقعية المملوك من المالك فان عموم لا يقدر على شىء غير معقول لان تحريك لسانه وأجفانه شىء ولا يعقل فى هذين بما هما ان يوقفا على اذن المولى او ان تكون للمولى حاكمية بالنسبة اليهما بل وكل فعل لا يمس بمولوية المولى ومزاحمة حقوقه فأن المالكية لها فى عرف العقلاء اطار خاص وعلى هذا الأطار مشيت السيرت من لدن صاحب الشريعة وكل ما برزته النصوص الشرعية لنا هو المنع من تصرفاته القائمة بالمعاملات وعدم انعقاد يمينه ونذره من دون اذن سيده مضافا الى أن عدم الأنعقاد فى هذه المذكورات ليس منحصرأ به بل هناك من الأحرار من هو مقرون به ومعطوف عليه ووراء ما هو مخل بخدمة سيده ففعله للمباحات والمستحبات لا محذور فيه ما لم ينهه عن ذلك عموما او عن

خصوص اشياء وعليه فشرطية الحرية فى العاقد بما هو لامدرك عليها بل هو والفضولى فيما يشتركان من ملاكه شىء واحد واقل ما يدل على ذلك قول الأمام (ع) فأن اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول نعم قد توجد فى النصوص موارد خاصة تفاوت ما بين تصرفاته فتتبع قضية للتعبد .

قوله خصوصا بقريضة الرواية هو الاستقلال : فأن فى الرواية التى ذكرها - لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا بأذن سيده : فأن معنى لا يجوز كما تقدم لا يمضى ولا يتدرج الا بأذن سيده فالأذن هو الذى ينفذه ويمشيئه اذا فهو فى نفسه شىء غايته متكأ على غيره .

قوله فهو شرعا بمنزلة العدم : اى انه موقوف لا يترتب عليه الأثر المقصود منه لمفرده .

قوله مع الاذن السابق فلا اشكال : فى مضيتها ونفوذها .

قوله الانشاء الصادر : لا يعلم ما عيب هذا الانشاء الصادر بما هو انشاء فأن كان المنظور به عقمه عن الأثر فذاك امر لا ربط له بالانشاء بما هو وان كان المنظور به انه كالألفاظ الصادرة عن البيغاء فهو تكذيب للواقع او كان المنظور ان نفس التلفظ منهى عنه قلنا فليكن كذلك لكن اى ربط له باعطائه محتواه وحيث اعطى المحتوى فى ظرفه واجيز من المولى من بعده كان من اللازم ان يؤثر كما قيل بذلك فى غير العبد كالمكره اذا فقوله وما صدر على وجه لا يتغير عنه بعده بالنسبة الى ما نحن فيه يلوح عليه اثر الأهمال فان عقد المكر صدر على وجه الاكراه والرضا الذى يكون به بعده لا يغيره عن كونه عقدا اكرهيا ومع ذلك هو وغيره يقولان بتأثيره بعقد الرضا : وبتقرير آخر ان الاجازة انما تتعلق بمضمون العقد ومحصوله اعنى انتقال المال بعوض وهذا فيما نحن فيه حيث يعقد لنفسه بما فى ذمته ام لغيره بالوكالة ليس منوطا برضا المولى قطعا لأن المولى بالنسبة الى

ما فرضناه اجنبى عن المعوضين وانما للمولى حق فى كون انشاء هـذا المضمون قائما بعبده - يعنى ان الفاظ العقد صدرت من حنجره - عبده - فهو له حق فى هذه الألفاظ - فاذا وقع هذا الانشاء على وجه يستقل به العبد - اى بدون استئذان من مولاه - فأن لحقوق الأجازة لا يخرج من الاستقلال الذى وقع عليه - فاذا لم يخرج من الاستقلال وبقي مستقلا لم يؤثر - لكن يرد عليه اما اولا بأن الالفاظ التى يصدرها من حنجرته بما لاتزاحم مال المولى ولا حقوقه ولا ربط لها به من كـل الشؤن سوى انها هواء متموج جرى من حنجره عبده الى الخارج هل هى من حقوق المولى او من املاكه او انها يعقل فيها التملك فحيث يكون وكىلا عن الغير فى انشاء العقد او يشتري لنفسه فى الذمة ونقول انه يملك كما هو الحق غايته انه محجور عليه فى التصرف - ونصح هذه المعاملة من حيث هى لان ما فى الذمة لا بد له من أمد محدود يستطيع العبد عنده ان يقوم بأدائه بلا محذور وهذا حين المعاملة غير ميسر له ولا معلوم لديه - فحيث يكون الأمر كذلك فمن اى منفذ تتسرب مولوية المولى الى هذا العقد والى تلك المعاملة واىة حاجة الى الاستئذان فيها قبل ايقاعها او الاستجازة بعد وقوعها - واما ثانياً - صحنا له هـذا التملك واشبتنا له هذا الحق فلم لاتؤثر اجازته فيه والحق كما فرض حقه وقد صحح الشرع والمتشرعون فى نظير هذا الفرض بملاكه بل فيه نفسه كما اشرنا اليه فى مسألة نكاحه واذن المولى بعد ذلك وكما فى بيع المكره وكما فى اسقاط المغتاب حقه عن اغتابه وما اكثر هذه الموارد فأنها كلها وقعت على صفة وما يأتى بعد وقوعها لا يقبلها عما وقعت عليه - كما يقول ويروم - فليكن حق المولى فى تلفظ العبد كنظائره مما يحل العقم او يذهب اثر السوء ولهذا التجأ رحمه الله الى ان يقول الا ان الأقوى

قابلية اجازة المولى للحق بالعقد الصادر عن العبد لعموم ادلة الوفاء بالعقود والمخصص - فى العبد - انما دل على عدم ترتب الأثر على عقده من دون مدخلية المولى اصلا لاسابقا عليه ولا لاحقا له لامدخلية اذ نه السابق فقط ولو شك ايضا - بأن المدخلية للسابق فقط او لما هو اعم - وجب الأخذ بعموم ادلة الوفاء بالعقود فى مورد الشك : ويؤيد ارادة الأعم - من السابق واللاحق - من الاجازة نفس الصحيحة السابقة للذكر التى فيها - المملوك لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا بأذن سيده - - فأنا لو بقينا نحن وهذه الجملة لاستفدنا ان نكاحه وطلاقه موقوفان على اذن السيد وهذا بأطلاقه يشمل السابق واللاحق لانه ليس مقيدا بالسبق غايته فيه نوع انصراف الى السابق لكنه ليس بهمهم : واما قوله فأن جواز النكاح يكفيه لحق الأجازة فإنه مستفاد من دليل خارج - كما اسلفنا من قوله فأن اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول فالأستنتاج للأعمية فى الأذن ليس من الصحيحة وحدها بطور النصوية وانما يستنتج ذلك بمعونة ما دل على جواز النكاح بالأذن اللاحق وهذا امر خارج كما ان ما دل على ان الطلاق لا ينفذ فيه الاذن اللاحق دليل خارج عن اطلاق الصحيحة مخالف له والدليل السابق فى النكاح يصير الاطلاق المذكور نفا فى الأعمية ولا يجوز الاستناد فى الأعمية والأخصية بنحو مطلق الى واحد من هذين الدليلين الخارجيين لان اختلاف السننهما مع المقارنة بينهما يصيرهما دليلين فى موارد هما ولا يبقى فى ميدان الاطلاق الا الصحيحة السابقة الذكر الجامعة بين النكاح والطلاق فتقيد فى جانب الطلاق واما من جانب النكاح فهى على رسلها ولعله لهذا قال رحمه الله الا انه خرج الطلاق بالدليل الخاص فأن قيل اذا كان الطلاق لا يمضيه الاذن اللاحق فكيف اطلق قوله فى الصحيحة لا يجوز نكاحه ولا طلاقه الا

بأذن سيده ولا يجوز تأخير البيان فأجاب بأن الصحيحة مسوقة لبيان ان العبد محتاج الى مولاه فى نكاحه وطلاقه وليس بمستغن وبيان هذا المعنى لاربط له بما للنكاح والطلاق من خصوصيات وراء عدم الاستقلال عن المولى .

قوله بل ومع كراهة المولى كما يرشد التعبير عن السؤال بقوله بيد من — الطلاق : ليس فى الصحيحة السابقة الذكر ما يدل بظهور على ان المولى كاره لأرادة العبد الطلاق بل السياق مشعر بذلك لان فيه نوعا من الأشعار بأن العبد اذا كان مريدا للطلاق والمولى غير مريد له لانه اذا كان مريدا له كعبده فإنه مجيز له بلا مرية اما اذا كان رأيه فى الطلاق غير رأى عبده فإن الأمر للمولى دون العبد .

قوله ويؤيد المختار : وهو ان لحوق الأجازة كاف فى الصحة : سارواه زرارة عن الباقر (ع) قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما قلت اصلحك الله ان الحكم بن عتيبة وابراهيم النخعى واصحابهما يقولون ان اصل النكاح فاسد ولا تحلله اجازة السيد فقال انه لم يعص الله وانما عصى سيده — أذا اجازه فهو جائز له : وعن زرارة عن الباقر ايضا قال سألته عن رجل تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال (ع) ذلك الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء أجاز نكاحهما وللمرأة ما صدقها الا ان يكون اعتدى فأصدقها صداقا كثيرا فإن اجاز نكاحه فهما على نكاحهما — الأول فقلت لأبى جعفر فإنه فى اصل النكاح كان عاصيا فقال انما اتى شيئا حلالا وليس بعاص لله وانما عصى سيده ولم يعص الله ان ذلك ليس كأتياه ما حرم الله عليه من نكاح فى عدتواشابهه .

قوله بتقريب ان الرواية تشمل ما : لو عقد الحر له او كان العبد هو —

العاقدة لنفسه وحملها على ما اذا عقد الغير له مناف لتترك الاستفصال من
الأمم (ع) فإنه لو كان في البين فرق لقال لزرارة من عقد له مـع ان
تعليق الامام (ع) للصحة بأنه لم يعص الله اى ان ما اتاه لم يحرمه الله
عليه وبما انه عبد للغير ولم يستجزه فقد عصى سيده فحيث يعصى الله
بعقد كالعقد على ما حرم الله من نكاح فى عدة واشباهه كان العقد باطلا
لعدم تصور رضا الله بما سبق من معصيته اما اذا لم يعص الله وعصى
سيده امكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقا فاذا رضى به واجاز
صح لان المانع كان من ناحيته لا من ناحية الله وعليه فيكون معيار الصحة
فى معاملة العبد بعد كون المعاملة فى نفسها غير منهى عنها شرعا هو
رضا سيده بوقوعها سابقا او لاحقا وانه اذا عصى سيده فى معاملة ثم رضى
السيد بها صحت وان ما قاله المخالف كالحكم بن عتيبة وابراهيم النخعى
من ان معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده غير صحيح .

قوله ومن ذلك : الذى بيناه فى مساق قوله (ع) انه لم يعص الله وانما
عصى سيده فاذا اجازه فهو جائز له : يعرف ان استشهاده بعض بهذه
الروايات على صحة عقد العبد وان لم يسبقه اذن ولم تلحقه اجازة بل ومع
سبق النهى ايضا لان غاية الأمر هو عصيان العبد واثمه فى ايقاع العقد
والتصرف فى لسانه الذى هو ملك للمولى لكن النهى مطلقا - اى على
اطلاقه وبما هو نهى - لا يوجب الفساد خصوصا النهى الناشئ عن
معصية السيد كما تومىء اليه هذه الأخبار الدالة على ان معصية السيد
لا تقدر بصحة العقد - فى غير محله - خبر لقوله ان استشهاده وادنى
شئ يرد به عليه من صريح هذه الروايات انها بالأسر ترى ان هذا
النكاح موقوف لا انه ماضى وجائز وانما هناك معصية تكليفية بمخالفة السيد
وهذه الموقوفة وعدم المضى حاصلان حتى لو لم يتصرف العبد بلسانه

الذى هو ملك للمولى بل عقد له غيره وهذه الموقوفية وعدم المضى لهما ارتباط بعملية الزواج وهو امر للمولى فيه اختيار واضح ومولوية واضحة وان كان الزواج بما هو منظورا به البشرية عمل محلل من ناحية الله والى الأبد الا انه غير ماض للمملوك من دون تنفيذ سيده فمن دون رضا المولى يكون عملا غير نافذ ولا جائز بل هو موقوف حتى يطلقه السيد من وثاقه .

قوله بل الروايات ناطقة بأن الصحة : التى هى فى المعاملات بمعنى ترتب الاثر عليها شرعا : من جهة ارتفاع كراهة المولى وتبدله بالرضا بما فعله العبد وليس ككراهة الله لأمر بحيث يستحيل رضاه عن امر بعد ماكرهه فكأن الامام (ع) قال لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للأجازة من الله والرضا منه تعالى وانما عصى سيده فاذا اجاز جاز فقد علق الجواز صريحا على الاجازة .

قوله ودعوى ان تعليق الصحة على الاجازة : انما هو : من جهة مضمون العقد وهو التزويج المحتاج الى اجازة السيد اجماعا لا ان المعلق على الاجازة نفس انشاء العقد حتى لو فرضناه للغير لا لنفسه لكان تصحيحنا له محتاجا الى اجازة مولى العاقد وبعبارة اخرى لو تجرد العقد عن محتواه فى حق العبد العاقد ولم يكن من العبد الا انشاء صيغة يعرود مفارها الى غيره المستقل بنفسه لما كان هناك راع فى صحة عقده وانشاءه الى استجازة مولاه الا ان يحكم العرف العاقل ان مثل هذه المطالب فى حاجة الى مراجعة السيد فيها وانها ليست من شأنه المستقلة ككلامه العارى مع الناس اوقات فراغه من خدمة سيده وعدم حاجة سيده اليه فى مثلها وحكم العرف بذلك مشكل لما اسلفناه ان عبودية العبد لها اطار خاص وليست فى كل شىء وما اجاب به الشيخ عن هذه الدعوى لا يخلو من تهافت بين صدره وذيله حيث قال - مدفوعة - بأن المنساق من الرواية

اعطاء قاعدة كلية بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفي فى كل ما يتوقف على مراجعة السيد فيه عرفا وكان فعله من دون مراجعة له او مع النهى عنه يعدّ معصية له فرضا - اذا كان كذلك فالأمر حق : لكن حكمه ان نفس العقد وانشاء اللفظ من هذا القبيل تطرف لا يتابع عليه مع انه قد ناقضه تقريبا بقوله ثم ان ما ذكره ذلك البعض الذى استشهد بالروايات السابقة الذكر على صحة عقد العبد وان لم يسبقه اذن ولم تلحقه اجازة من عصيان العبد بتصرفه فى لسانه وانه لا يقتضى الفساد بزعم ان المستند فى بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بالفاظ العقد من دون رضا المولى فيه اولا منع حرمة هذه التصرفات الجزئية للسيرة المستمرة على مكاملة العبيد ونحو ذلك من المشاغل الجزئية : وقد اعربنا ان مالك الطاعة والمعصية فيه بالنسبة الى مولاه ما يعده الناس حسن تعبد وسوء تعبد ولا ربط لمثل المطلب المتحدث عنه بالملاك المزبور قطعاً -

- وثانيا - ان مثل هذه الحرمة لا توجب الفساد فلا يظن استدلال العلماء فى الفساد الى نفس الحرمة بل استنادهم الى ما ثبت انه سوء تعبد من العبد لمولاه - وثالثا - ان الاستشهاد بالرواية السابقة الذكر لعدم كون معصيته للسيد بالتكلم بالفاظ العقد والتصرف فى لسانه المملوك بتبعه لمولاه قارحة فى صحة العقد لان مقتضى هذا الزعم ان التكلم اذا كان معصية لله يكون مفسدا مع انه لا يقول به احد فكونه معصية للمولى اجدر بأن لا يكون مفسدا فان حرمة العقد من حيث انه تحريك اللسان لا يوجب فساد العقد اجماعا فالمستند فى الفساد هو الاية -

- التى فيها لا يقدر على شىء - والروايات الواردة فى جواز ومضى امر العبد حيث يكون مستقلا عن سيده فى الامور التى يرى العرف انها ليست من موارد استقلاله ومورد البحث ليس منها قطعا كنظائره التى اعترف بها

هو رحمه الله .

قوله كما فى الصلاة والقراءة المضيقه ونحوهما : هذا تمثيل لما اخذ فيه تحريك اللسان بالتلفظ وجورا وعندما .

قوله فباعه مولاة : بأن قال المولى لعبده المتوكل عن غيره فى شراء نفسه من مولاة له بعتك لمن وكلك .

قوله عن اذنه الصريح : متعلق بقوله كناية رضا المولى .

قوله موجبا للأذن الضمنى : اى محصلا له : ولا يقدرح — على هذا الفرض وهو ان نفس الايجاب يحصل الأذن الضمنى : عدم قابلية المشتري للقبول فى زمن نفس الايجاب الذى بعد حصوله يحصل الأذن الضمنى . قوله بنى المشتري على انشاء فضولا : لولا ما حصل له من الأذن بعد الايجاب .

قوله باتحار عبارته : اى العبد : مع عبارة السيد : ان لاموضوعية للعبد مع السيد فيكون قبول العبد كأنه قبول السيد فيتحد الموجب والقابل . قوله لو اذن له السيد قبل ان يعقد معه : ان يتوكل عن الغير فى شرائه نفسه منه لغيره الذى وكله .

قوله منع الاتحار : لأنهما شخصان مستقلان بعد ما تحصل الأذن للعبد . قوله ومنع قدحه : اى اتحار الموجب والقابل اذا فرقهما الأعتبار الصحيح كبيع الولى ماله من مولاة .

قوله لعدم الأذن من المولى : للعبد كما هو مفروض الشراء من وكيل المولى لا منه نفسه .

قوله ايضا : اى كما فى صورة شرائه نفسه من مولاة .

قوله على ما سبق منه : اى من هذا القائل الذى نقلنا عنه صحة عقد العبد وان لم يسبقه اذن ولم تلحقه اجازة لان النهى لا يوجب الفساد الخ .

مسألة : فى الفضولى : ومن شروط المتعاقدين ان يكونا مالكيين او
 مأذونين من المالك او من الشارع بولاية القيمة او الحكومة فعقد الفضولى
 لا يصح لانه ليس مندرجا فى العناوين المشار اليها : ثم فسر عدم الصحة
 فى عقده بقوله : اى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره : من الاثـر
 المقصود بالمعاملة ذات العقد : واما قوله من اللزوم فهوهم انه يترتب
 عليه الأثر غايته بنحو التزلزل ولا شك ان عقد الفضولى لا يترتب عليه اى اثر
 بالفعل فضلا عن كونه متزلزلا .

قوله وهذا : اى ما قلناه من ان عقد الفضولى لا يصح بمعنى لا يترتب عليه
 ما يترتب على عقد غيره من اللزوم مراد من جعل الملك وما فى حكم الملك
 شرطا فى الصحة ثم فرع عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الاجازة كما صنع
 العلامة فى القواعد فاعترض عليه جامع المقاصد بأن هذا التفريع فى غير
 محله والذى فى محله ان يقول فى مقام التفريع بأن بيع الفضولى لا يصح
 لأنه فاقد للشرط لانه موقوف على الاجازة وبعد أن عرفت ان المراد بعدم
 الصحة هو عدم ترتب الاثر الفعلى تعلم ان اعتراضه فى غير محله لأنه
 بالفعل غير مؤثر ولا يبرأ من عدم صحة المعاملة غير ذلك .

قوله بل مطلق عقده : اى بيعا كان ام غيره .

قوله بعد اتفاقهم على بطلان ايقاعه كما فى غاية المرام : هذا الاتفاق غير
 محقق وفى رواية الحلبي عن الصادق قال قلت له الغلام له عشر سنين
 فيزوجه ابوه فى صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين - قال - فقال اما
 التزويج فصحيح واما طلاقه فينبغى ان تحبس عليه امرته حتى يدرك، فيعلم
 انه كان قد طلق فأن أقرّب ذلك وامضاه فهى واحدة بائنة وهو خاطب من
 الخطاب وان انكر ذلك وأبى ان يمضيه فهى امرته : ما يدل على خلاف
 ما يدعى من الاتفاق .

قوله على اقوال : بالمنع مطلقا وبالجواز مطلقا وبالتفصيل بين البيع فيصح والشراء فلا يصح وبين سبق النهى من المالك فيبطل وبين عدمه فلا يبطل وبالتفصيل بين بيع الفضولى لنفسه فيبطل وبين بيعه للمالك فيصح .

قوله وقد يوصف به العقد : فيقال عقد فضولى : لكن باعتبار العاقد ففى المصباح قيل فضولى لمن يشتغل بما لا يعنيه .

قوله فيشمل : اى تعريف الفضولى بأنه الكامل غير المالك للتصرف - العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون اذن الولى - بناء على ثبوت ولايته عليها - كما يشمل العقد الصادر من المالك اذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كبيع الراهن والسفيه - للحجر عليه - وبيع العبد بدون اذن السيد اما مال نفسه حيث يقال بأنه يملك لكنه لا يملك التصرف واما مال غيره - سوى السيد - بأذن ذلك الغير بناء على ان السيد له حق المولوية عليه حتى فى انشاء الصيغة وقد تقدم ما فيه .

قوله فالظاهر شموله : اى تعريف الفضولى الذى قيل فيه هو الكامل غير المالك للتصرف لما اذا تحقق رضا المالك بالتصرف باطنا وطيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحا او فحوى وانما يشمله تعريف الفضولى لان العاقد لا يصير مالكا للتصرف ومسلطا عليه بمجرد علمه برضا المالك ويؤيد هذا الشمول اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا او مأذونا او وليا وفرعوا عليه بيع الفضولى فما لم يكن ملك او مأذونيه او ولاية فذاك من مجالات الفضولية وما نحن فيه كذلك لان الرضا الباطنى ليس بأذن .

قوله مع ان الظاهر علمه : اى من طريق الفحوى برضا النبى (ص) بما يفعله .

قوله حصوله : اى الرضا حينه : أى حين العقد .

- قوله فيجب على المالك : هذا تفريع على قوله او لم ينكشف اصلا .
- قوله لعموم وجوب الوفاء بالعقود : على من تضاف اليهم العقود فاذا كان الرضا الباطنى يصير العقد لهذا الرضى به فأنه يكون مأمورا بالوفاء بعقده والا فلا .
- قوله اقرار منه : لنكاحه وتثبيت له .
- قوله الا رضا المالك : اى فحيث يحصل فقد تمت الشرائط .
- قوله اعم من الرضا : ومعنى ذلك ان المعيار هو الرضا .
- قوله مطلقا : اى كل فضولى .
- قوله فيمن باع ملك غيره ثم ملكه : اى ملك ذلك الملك الذى باعه فضولا .
- قوله يمكن الأكتفاء فى الأجازة بالرضا : اى الباطنى حيث يحرز : ان وقوع العقد برضاه لا ينفك عن امضائه مع الألتفات الى انه مربوط به .
- قوله وعلى الأول : اى بيعه للمالك .
- قوله وهذا هو المتيقن من عقد الفضولى : لان القائلين بتصحيح عقد الفضولى لا يتشككون فى صحة هذا القسم بخلاف غيره .
- قوله عندنا : اى نحن جماعة العلماء .
- قوله لعموم ادلة البيع : هذا تعليل للصحة وحيث يخلو المقام عن الأدلة الخاصة الناصة على الصحة فأن ما يدعى من دلالة افوا بالعقود وتجارة عن تراض واحل الله البيع على ذلك لا يفى بالمقصود فأن المراد بالعقود عقود المخاطبين بوجوب الوفاء وهكذا المراد بالتجارة واما الآية الثالثة فلا ربط لها بالمقام فأنها فى مقام بيان ان البيع شىء والربا شىء آخر والفضولى اجنبى عن العقد المراد وجوب الوفاء به واجنبى عن التجارة المتصدى لها ونحن لو بقينا مع هذه الألسنة من الأدلة المزبورة لما كان بوسعنا ان نلبسها الفضولى كما نلبسها المتأصل بها : نعم حيث توجد

ادلة خاصة ناصة على تصحيح ما يكون عن الفضولى فأن الأدلة المذكورة لا تأبى عن التأييد ولو من طريق اعمال النفوذ فيها .

قوله لا يوجب سلب اسم العقد : بل يقال صدر عقد وحصلت صورة بيع .

قوله وحيث لا دليل عليه : اى على سبق الأذن .

قوله خرج منه العارى عن الأذن السابق والأجازة اللاحقة ولم يعلم خروج

ما فقد الأذن السابق لكنه وجد الاجازة اللاحقة .

قوله صدر عن اهله : اى عارف بما قال مميز له قاصد لمدلول الفاظه : فى

محله : اى ماجرى عليه لا يجد اية حزاة سوى احراز رضا من لرضاه الاثر

فى هذا المحتوى .

قوله من انه : اى ان قولهم صدر من اهله فى محله اول الكلام فكيف يكون

دليلا على الصحة .

قوله وهو : اى اعتبار المقارنة لأذن المالك مدفوع بالأصل بعد الاعتراف

بلزوم الاذن او ما كان بمعناه .

قوله ان الكلام فى اهلية العاقد : بمجرد كونه مميزا عارفا باللسان قاصدا

لمدلول اللفظ ومثل هذا يكفى فيه انه عقد فيشملة عموم اوقوا بالعقود ممن

حيث العقدية اذا تركزت ومفروضا هو ذلك .

قوله فان بيعه : لأحدى الشاتين : وقع فضولا : وان وجهنا شرائه مكان

الشاة شاتين على وجه يخرج عن الفضولية والتوجيه هو احرازه لرضاء

النبي (ص) بالقطع فإنه استغل ثمن الشاة الواحدة لشراء شاتين .

قوله فيدور الأمر : بعد تخلف الاحتمالين السابقين - بين احتمال ثالث

وهو جعل هذا الفرد من البيع وهو المقرون برضا المالك خارجا عن

الفضولى كما قلناه سابقا وبين احتمال رابع وهو علم عروة برضا النبي بأقباض

ماله للمشتري حتى يستأنه وعلم المشتري منه بكون البيع فضوليا حتى يكون

رفعه للثمن بيد عروة على وجه الأمانة والا فالفضولى ليس مالكا ولا وكىلا
فلا يستحق قبض المال فلو كان المشتري عالما بالفضولية كان له ان يستأمنه
على الثمن حتى ينكشف الحال من ناحية المالك الأصلى بخلاف مالو كان
المشتري جاهلا بالفضولية فإنه عندما يدفع الثمن يدفعه فيما هو فى
ذهنيته الى المالك فى مقابل المتاع الذى اشتراه منه ولكن الظاهر هو
اول الوجهين الأخيرين - يعنى الثالث والرابع - والمراد هو الثالث
الذى قال فيه انه خارج عن الفضولى لانه بيع مقرون برضا المالك .

قوله ان الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة : لا يدرى من اين
احرز هذا الظهور نعم هناك شائبة ذهنية تأتى الى النفس وهو ان عروة
حيث لم يكن وكىلا فى معاملاته التى اوجدها وانما كان وكىلا فى معاملة لم
تحصل وهى الشاة بالدينار فهو لا ينشأ صيغة بيع ولا شراء لأنه لا يرى نفسه
مالكا ولا وكىلا فى هذه المعاملات التى صدقت له وقد تقدم فى باب
المعاطاة ان المناط فيها مجرد المراضاة ووصول كل من العوضين الى
صاحب الآخر وحصوله عنده بأقباض المالك او غيره ولو كان صبيا او حيوانا
فاذا حصل التقابض بين الفضوليين او فضولى وغيره مقرونا برضا المالكين ثم
وصل كل من العوضين الى صاحب الآخر وعلم برضا صاحبه كفى فى صحة
التصرف وليس هذا من معاملة الفضولى لان الفضولى صار آلة فى الأيصال
والعبرة برضا المالك والمفروض حصوله .

قوله واستدل له : اى للفضولى غير ما سبق تبعا للشهيد فى الدروس
بصححة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر قال قضى امير المؤمنين فى
وليدة باعها ابن سيدها وابوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت
منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير
اذنى فقال (ع) الحكم ان يأخذ وليدته وابنها فناشده الذى اشتراها

فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك فلما رآه ابوه قال له ارسل ابنى قال لا والله لا ارسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه - الحديث - قال الشهيد فى الدروس وفى هذه الرواية دلالة على صحة الفضولى - اى بقوله فيها - اجاز بيع ابنه - وان الأجارة كاشفة - اى ليكون ابن الوليدة عن نكاح مشروع ويتحرر بسبب ذلك لكن الظاهر ان ابن الوليدة كان عن شبهة فانعقاده حرام لا يتوقف على الكشف فى الأجارة بل حتى عن الاجازة نفسها .

قوله وجميع ما ذكر فيها من الموهنات موهون : قيل ان من جملة موهنات الرواية الحكم باخذ الوليدة قبل ان يسمع من المشتري دعواه والحكم بأخذها مع ابنها من دون ان يسأل السيد انك هل تنوى اجازة هذه المعاملة اولا والحكم بأخذ ابنها مع انه ولد حرا على الظاهر لكونه عن شبهة والحكم بأخذ ابن السيد وليس فيه الا انه غاصب وليس من حكم الغاصب ان يؤخذ بنفسه ويعلمه الحيلة فى استحصال مراده مع ان ذلك ليس من وظيفة الحاكم الشرعى وان الأجارة كانت بعد الرد والصحة مع هذا الفرض خلاف الأجماع واما ان الذى ذكر من هذه الموهنات موهون فلأنه بعد تسليمه لاربط له بالموضوع المتحدث عنه الا الأخير وهو كون الاجازة بعد الرد وهو ما اشار اليه بقوله الا ظهور الرواية فى تأثير الاجازة - صحة المعاملة مع انها مسبوقة بالرد ويستتنبط هذا الرد من مخاصمة السيد الأول لها مع السيد الأخير فان المخاصمة دليل على رد المعاملة لكن ادعاء هذا الظهور مجازفة فان المخاصمة قد تكون لعوامل وراء عدم الرغبة فى البيع منها ان ابن السيد اكل الثمن على ابيه او انه يخاف اكله الثمن كله او بعضه عليه او انه مغبون فى هذه المعاملة او انه يرى نفسه مجفوا فيها كما يستتنبط من اطلاق حكم الامام بأخذ الجارية

وابنها الظاهر فى انه راد للبيع والا لقال له خذ الوليدة وابنها ان اخترت رد المعاملة ويستنبط ايضا من مناقشة المشتري للأمام والحاحه عليه فى استحصال طريق حل لهذه المشكلة ولو لم تكن المعاملة مردودة لما كان للمناقشة مجال كما يستنبط ايضا من قول المشتري حتى ترسل ابني فإنه ظاهر فى رد المعاملة ان لو لم تكن كذلك لكان له أمل فى ارسال ابنه من دون ان يمسك على ابن السيد الأول .

قوله فى انه حبس الولد : اى ولد المشتري : لا لأنه رق له بل على ان يأخذ قيمته يوم سقط حيا فحبسه حتى يفكه ابوه وهو المشتري .

قوله وحمل امسكه : هو مبتدء خبره قوله ينافيه الخ وضمير امسكه يعود الى السيد الأول يعنى ان الرواية حيث كان فيها ان يأخذ وليدته فأن معناه حبسها على المشتري حتى يستحصل ثمنها كأن ولده الذى باعها لم يؤد ثمنها الى والده كحبس ولد المشتري عليه ايضا لأجل ان يفتكّه ابوه بقيمته يوم سقط حيا لكن هذا المعنى ينافيه قوله فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه فأن هذه الجملة ظاهرة فى ان امسكه لها باعتبارها أمته .

قوله ان ظهور الرواية فى رد البيع اولا مما لاينكره المنصف : لكن هذا الظهور ليس بمحقق .

قوله فى ان الاجازة مجدية فى الفضولى : وان كان المورد الذى وردت فيه الرواية معييا من غير جهة الفضولية وذلك برود المعاملة قبل اجازتها وان الرد بالأجماع قاطع لتأثير الاجازة المتعقبة فلا بد لنا من وجه حيلة تخلصنا من تنفيذ معاملة الرواية مع سبق اجازتها بالرد .

قوله والحاصل ان مناط الاستدلال — بالرواية المذكورة على صحة الفضولى — لو كان نفس هذه القضية الشخصية من جهة اشتغالها على

تصحیح بیع الفضولى بالأجازة بناءً على قاعدة الاشتراك لجميع القضايا — المتحدة نوعاً فى الحكم الشرعى — كان — جواب لو كان نفس القضية الشخصية الخ — ظهورها فى كون الأجازة الشخصية فى تلك القضية مسبوقة بالرد — خبر لكون الأجازة — مانعاً — خبر لقوله كان ظهورها — عن الاستدلال بها للأجماع على ان الأجازة بعد الرد لاتجدى : نعم نحن نتقبل نفس الرواية مقتصرين على موردها لوجه علمه الأمام (ع) مثل كون مالك الوليدة كاذباً فى دعوى عدم اذنه لولده فى بيعها فاحتال (ع) حيلة يصل بسببها الحق الى صاحبه وهو ما علمه الطرف الأخر من امسك ابنه البائع حتى ينفذ له البيع : واما لو كان مناط الاستدلال بها ظهور سياق كلام الأمير (ع) فى قوله خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع فإنه يستفاد منه ان انفاذ البيع بعد وقوعه له اثر فى صحته وقول الباقر (ع) فى مقام الحكاية للقضية التى حكاها عن جده على فلما رأى ذلك سيد الوليد تاجاز بيع ابنه — فى ان للمالك — متعلق بقوله ظهور سياق — ان يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه — لم يقدح — جواب قوله لو كان مناط الاستدلال الخ — فى ذلك اى فى الاستدلال بظهور الأجازة الشخصية فى وقوعها بعد الرد لان المناط فى التصحيح كان فى الاتكاء على قوله خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع باعتبار ان التنفيذ له اثره وهذا القول بمنزلة ملاك عام لا يرتبط بخصوصية المورد — واما نفس المورد فيمكن تصحيحه وتطبيقه على الموازين بتأويل ما يظهر منه الرد انه لم يجزم بالأجازة كما لم يجزم بالرد قبل اخذ ابنه وانما حصل الجزم بالتنفيذ بعد امسك طرفه ابنه او ان اخذه للوليدة لم يكن بعنوان ابطال منه للمعاملة الواقعة بل لأجل استحصال ثمنها الذى وقع بيد ابنه وابنه لم يعطه اياه حتى تلك

قوله فأنها لا تزيد على الأشعار : بل هى جلية الاشارة على ان التنفيذ له اثره فى التصحيح .

قوله لكن الفقيه فى غنى عنه : لا ليس الفقيه فى غنى عن هذه الاردة الخاصة لما اسلفناه من ان العمومات المتقدمة فيها هنات اشرفنا الى بعضها .

قوله فأن تملك بضع الغير ان الزم بالأجازة : هذا بيان للفحوى المستفادة من صحة عقد النكاح من الفضولى فى الحر والعبد الثابتة هذه الصحة بالنص والاجماع المحكية .

قوله أولى بذلك : باعتبار ان حرمة البضع اقوى فى نظر الشرع من حرمة المال قوله من جهة الاجماع المحكية على المنع : هذا تعليل اشكل الحكم - اى بصحة الفضولى - لولا هذه الفحوى .

قوله ربما توهن : اى هذه الفحوى .

قوله لان المال منه عوض : يمكن ان يراد من كون المال له عوض ان المعاملة صحت ام فسدت فالمالان فيها محفوظان فعلى تقدير الصحة فان لكل مثنى ثمننا يقابله وعلى تقدير الفساد فان كل مال يرجع الى صاحبه اما مسئلة الفرج فى مقام اشتباه الحقيقة فلا بد من فصل الزوج غير المعلوم صحة نكاحه لان ادامة نكاحه تستلزم شأبة الزنا وتولد الولد الحرام وهذه اضرار جسام لا تقابل بعوض فلا بد من فك هذه العلقة بينهما وعقدتها بعد ذلك بعقد صحيح قطعى لهذا الإنسان او لغيره : واما رد الامام عليهم فمعناه ان امرار العقد الأول خير من الحكم ببطلانه والعقد عليهم لآخر - من دون طلاق من الأول - لان العقد الاول قد يكون صحيحا فاذا حكم ببطلانه من دون طلاق وتزوجت المرأة بآخر يكون الضرر من ذلك اكثر لأنها قد تكون فى الواقع ذات بعل فيكون زوجها الثانى فاعلا بذات

بعل بخلاف الزوج الأول فان عقده على فرض بطلانه لم يصادف نكاحه
ذات بعل بل امرأة خلية وذلك اخف ضررا .

قوله دائر بين محذورين : فان الاستمرار بالعقد الفضولى فيه محذور
الزنا وفصلها من غير طلاق وتزويجها بآخر فيه محذور تزويج ذات البعل
من غير طلاق .

قوله هو الأشد احتياطا : بمعنى انه اقل اشكالا واخف ضررا .

قوله التعدى الى الحكم بصحة بيع الفضولى : ان لارابطة فى البين فان
الرواية تدل على ان الضرر المترتب على ابقاء علقه الفضولى اقل من الضرر
المترتب على ابطال علقته من دون طلاق وعقدها لآخر .

قوله كما هو : اى عدم الأبطال : نص الرواية .

قوله من دون العكس : وهو ان امضاء النكاح لا يلزم منه القول بامضاء
البيع لما عرفت ان الجهة فى امضاء النكاح هو كونه اقل ضررا من تصوير
ابطاله .

قوله فى رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربــــة
فاشتري غير الذى امره قال هو ضامن - اى باعتبار تصرفه فى مال الغير
على خلاف اذنه - والربح بينهما على ما شرطه - وهو تعبد محض لان
الفضولى لا يستحق على عمله شيئا ولو انا احتكنا لكان له مقدار اجرة عمله
قوله فأنها ان ابقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الأجازة :
ليس فى هذه الرواية اشعار بالأجازة بل ولا فى غيرها المشار اليه بقوله
ونحوها غيرها الوارد فى هذا الباب .

قوله كان فيها استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار ان المالك
سابقا على العقد فى نقل مال المالك الى غيره : بل الروايات المزبورة لم
تتعرض الى رضا المالك بالمرة فأى استثناس فيها لباب الفضولى .

قوله وان حملناها : اى هذه الأخبار : على صورة رضا المالك بالمعاملة ولو بعد ظهور الريح كما هو الغالب حيث يتحقق من الفائدة فبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار المحمولة على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الريح وبين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله اندرجت المعاملة فى عنوان الفضولى وان دل على صحتها نص خاص وارد فيها لادرجها فى عموم عنوان الفضولى فهى وان كانت منصوطة بنص خاص قام بصحتها الا انها لا تخلو عن تأييد لباب الفضولى .

قوله ومن هذا القبيل : الذى مر عليك من اخبار المضاربة : الأخبار الواردة فى اتجار غير الولى فى مال اليتيم وان الريح لليتم : كما فى صحيحة ربهى عن الصادق فى رجل عنده مال اليتيم فقال (ع) ان كان محتاجا ليس له مال فلا يمس ماله وان هو اتجر به فالريح لليتم وهو ضامن وغيرها مثلها : فان هذه الأخبار ان حملت على صورة اجازة الولى : بعد الأتجار كما هو صريح جماعة تبعا للشهيد كان من افراد مسألة الفضولى وان عمل بأطلاقها فانها ليس حتى فى واحد منها ما يشير الى تعقب اجازة الولى كما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولى ودخلت فى التعبد المحض لكن يستأنس بها لمسئلة الفضولى من حيث عدم اعتبار ان المالك سابقا على العقد فى نقل مال المالك الى غيره : وقد تقدم ان اخبار المضاربة لاتشير الى الأذن سابقا ولا الى الاجازة لاحقا ومع ذلك تحكم بالريح بينهما واخبار مال اليتيم كذلك لاتشير الى الأذن السابق ولا الى الاجازة اللاحقة بل تحكم بان الريح لليتم .

قوله وربما احتتمل دخولها فى المسئلة : اى مسألة الفضولى من حيث ان الحكم بمضى المعاملات التى تجرى على مال اليتيم هو فى نفسه اجازة الالهية لاحقة للمعاملة فتأمل : وجهة التأمل واضحة اما اولا فان اجازة

الله تعالى مقارنة للعمل لانها لاحقة واما ثانيا فان فى ذلك خروجاً عن الموضوع فأن الكلام فى اذن المالك واجازته وهذا لا يربط له بعالم الربوبية قوله وربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم : عن ابى جعفر فى عبـد مآذون فى التجارة دفع اليه رجل الف درهم فقال اشتر بها نسمة واعتقها عنى وحج عنى بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى اباه واعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي ليحج عن الميت فحج عنه وبلغ ذلك موالى ابيه ومواليه وورثة الميت جميعا فاخصموا جميعا فى الألف فقسم موالى العبد المعتق انما اشترى اباك بمالنا وقال الورثة انما اشترى اباك بمالنا وقال موالى العبد انما اشترى اباك بمالنا فقال ابو جعفر اما الحج فتفقد مضت بما فيها لاترد واما المعتق فهو رد فى الرق لموالى ابيه وائى الفريقين بعد اقاموا البينة على انه اشترى اباه من اموالهم كان لهم رقا : والرواية يظهر من مجراها ان هذا العبد المآذون كان بيده اموال لجميع المذكورين من مواليه هو وموالى ابيه وورثة دافع الألف وان شراؤه اباه من مواليه بمالهم باطل بوضوح واما مواليه هو فهو مآذون منهم على طول الخط فليس فى معاملته عنوان الفضولية فلا يبقى فى البيان الا ورثة صاحب الألف فأنه لم يشتر له الا بعد موته وحيث يموت قبل ان يشترى له فان الألف يعود ارثا للورثة ولما اشترى لم يستأنهم فتكون الفضولية هنا لكن الظاهر انهم لم يكونوا فى صدر استرجاع الألف من العبد المآذون وانهم من اصل المطلب ممضون لما اراده ابوهم فرضاهم بالموضوع كان من اوله وعلى ذلك فليس من باب الفضولى فى شىء وحتى تأييدا .

قوله بناء على انه لولا كفاية الأستراء - للعبد - بعين المال - المدعى لكل من الثلاثة لكن بعد المطالبة بالعبد المشتري الدالة هذه المطالبة على اجازة البيع الواقع على العبد حتى يملك العبد لصاحب المال الذى

اشترى العبد به من طريق انه يريد تملكه بتجوز معاملة لم يكن مجرد ادعاء الشراء بماله ولا اقامة البينة على الشراء بهذا المال الذى يدعيه لنفسه كل منهم كافيا فى تملك المبيع فأن المبيع لا يملك الا بنسبته الى من يدعيه بأن يصح معاملة لا أن مجرد كون المال الذى شرى به ماله مما يصح نسبة العبد المشتري له فان ادعاء المال غير ارادة العبد المشتري به وانه يصح المعاملة عليه ومعنى ذلك ان المأذون اذا ثبت انه اشترى اباه بألف فريق مشخص من هؤلاء المدعين لكنه شراه لغيره فحيث يطالب صاحب الألف بالعبد الذى شرى بماله وان كان شرى بنية غيره ويقيم البينة على ذلك فان الشراء بسبب البينة والمطالبة يعود اليه وان شرى هذا العبد لغيره فضولة .

قوله ومما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي عن الرجل يشتري ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا حتى يكون له الخيار فكره الثوب فرده على صاحبه فأبى ان يقبله صاحبه الا بوضيعة فى الثمن قال لا يصلح له ان يأخذ بوضيعة - لان الأقالة معناها حل المعاملة بدون زيادة او نقصية - فأن جهل فاخذه بمواضعة - فأن معنى ذلك بطلان الأقالة وبقاء الثوب على ملكية المشتري الأصلى - فباعه المقييل - الذى لم تسلم له اقالته شرعا - باكثر من ثمنه الذى تقوم عليه بعد الوضیعة - يرد على صاحبه الأول - اى المشتري الأول - مازاد فأن الحكم برد مازاد لا ينطبق بظاهره الا على كون الثوب بعد على ملكية المشتري وان الذى باعه باعه فضولة وان باعه عن نفسه بحساب انه له لكنه هو لغيره وان رضا المالك الأصلى وهو المشتري الذى بطلت استقالته بهذه المعاملة ونظيرها التى تؤمن له خسارته بمنزلة الأجازة لما فعله البائع المقييل بوضيعة لكن الحق ان هذا الرضا المحرز بالقطع كان حاصلًا من حين المعاملة لانه حارث

بعدها حتى يلحق بباب الفضولى هذا اذا حملنا لا يصلح على بطـلان الأقالمة بوضيعة واما اذا حملناها على الكراهة وان رد الزائد على الاستحباب فان الثوب بعد الأقالمة يعود ملكا للبائع ولا فضولية فى البين . قوله ويمكن التأييد له بما عن الصادق عن السمسار يشتري بالأجر فيدفع إليه من يريد ان يشتري له متاعا الورق ويشترط عليه انك تأتى بما تشتري فما شئت اخذته وما شئت تركته فيذهب ويشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال لا بأس : بناء على ان شراء السمسار من السوق يحتمل ان يكون لنفس السمسار والورق المدفوع اليه يكون قرضا عليه فيبيع على صاحب الورق ما يرضاه من الامتعة ويوفيه دينه من طريق البيع عليه ولا ينافى هذا الاحتمال الذى ذكرناه فرض السمسار فى الرواية ممن يشتري بالأجر - اى انه يشتري للناس لا لنفسه ويعطيه الناس اجرا مـكـان زحماته - لان توصيفه بذلك اى بالسمسارية باعتبار اصل حرفته وشغله لا بملاحظة هذه القضية الشخصية ويحتمل ان يكون شراء السمسار لا لنفسه بل لصاحب الورق بأذنه مع جعل خيار له على بائع الامتعة فى اى بالامتعة لصاحب الورق فكلما يريد يبيعه وكل ما لا يريد يفسخه ويحتمل ان يشتري لا لنفسه ولم يسبق من صاحب الورق الا هذا المعنى وهو اننى ابتاع منك ما اشتريه فالسمسار عندما يشتري يشتري لصاحب الورق فيكون فى هذه الصورة فضوليا وليس فى مورد الرواية التى ذكرناها ظهور فى ان صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضوليا فانا احتمل مورد السؤال هذه الوجوه المتعددة وحكم الامام من دون استفصال عن الاحتمالات بعدم البأس افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات المزبورة ومن بينها احتمال الفضولية .

قوله وربما يؤيد المطلب : قد تقدم ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع

اولى بالصحة من البيع فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق اولى خلافا للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح والأخبار الدالة على عدم فسار نكاح العبد ليست من تلك المقولة بل من مقولة انه لم يعص الله وانما عصى سيده فيجعل هذا المعنى ملاكا تناط به صحة العقد من عدمه بأن المانع من صحة العقد اذا كان لا يرمى زواله فهو موجب لوقوع العقد باطلا وهو عصيان الله واما المانع الذى يرمى زواله كعصيان السيد فزواله يصح العقد ورضا المالك من هذا القبيل فانه قيد لا يرمى اولا ويرضى اخيرا بخلاف سخط الله من فعل فانه يستحيل رضاه نعم يبقى فى البين ان هذا التأييد لا ينفع مقام الفضولى على الاطلاق بل ينفع من يكون العقد له بالحقيقة كالعبد العاقد لنفسه والراهن ولا يشمل من لا يكون العقد له كذلك .

قوله واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة اما الكتاب فقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض دل بمفهوم الحصر - النفى بلا تأكلوا والايجاب بالا ان تكون - او سياق التحديد - بالوصف تجارة عن تراض - على ان غير التجارة عن تراض - هذا راجع للحصر - او التجارة لا عن تراض - هذا راجع للوصف غير مبيح لأكل مال الغير - الى هنا حق - لكن قوله وان لحقها الرضا - مورد مؤاخذة لان لحوق الرضا يصير التجارة عن تراض فان تجارة الفضولى لا يقال لها تجارة لوقوفها وانما تنسجم برضا المالك فتكون التجارة تجارته والعقد عقده وعلى هذا فمعاملة الفضولى المتعقبة برضا المالك المضيفة للمعاملة اليه داخله فى المستثنى لانها غير داخله فيه هذا هو الجواب الحق الذى ما عليه غبار وأما قوله وفيه ان دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكى عن جماعة من المفسرين ضرورة عدم كـون

التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه - فيه ان الاستثناء المنقطع ليس معناه انه لارابطة له بالمستثنى منه ولو كان الأمر كذلك لكانت صياغة الكلام باطلة لكن الفارق بين الاتصال والانقطاع ان الاتصال ارتباطه جلى ظاهر - قام القوم الازيدا - وان الانقطاع رابطته توسعة فى المفهوم فمعنى قام القوم الا حمارا انك تأخذ فى القوم معنى بما يشمل حمارهم وكل استثناء منقطع تلزمه هذه الرابطة والا لكان غلطا محضا وعليه فالحصر كما هو مستفاد فى الاتصال بجلاء موجود فى الانقطاع بمناسبة كما ذكرنا فكأنه قيل لا تأكلوا اموالكم بينكم الا حيث تكون تجارة عن تراض وانما تعرض لها لأنها الأكثر وقوعا وتسببا وما سواها مما لاتجارة فيه مع حليته قليل جدا .

قوله واما سياق التحديد : بالوصف - عن تراض - الموجب لثبوت مفهوم القيد - وهو ان المفيد من التجارة ما كان عن تراض بها - فهو مع تسليمه - بل هو مسلم - مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى - وتلك الأخرى - هو كونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه فان نوعية التجارات قائمة على التراضى وكما فى قوله تعالى وربائبكم اللاتى فـسـى حجوركم فان الأعم الاغلب هو ذلك وان كان عنوان الربيبة يشمل ما لو تولدت بعد انفصال امها من هذا الزوج - هذا كله على اعتبار الوصفية فى قوله تجارة عن تراض - مع انه يحتمل ان يكون عن تراض خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة حتى تكون هى الخبر الأول واما على قراءة تجارة بالرفع لتكون اسما لكان فان - عن تراض - تنحصر فى الخبرية لكان - وعلى اعتبار عن تراض خبرا بعد خبر لا يكون قيدا للتجارة وان كان الغالب فى النكرة - مثل تجارة - ان ما يساق بعدها يكون وصفا لها تتخصص به لأنها فى حاجة الى التخصيص اكثر من حاجتها الى

الخبر وحيث يكون وصفاً يكون مقيداً فيكون المعنى - على كونه خبراً بعد خبر - الا ان يكون سبب الاكل تجارة ويكون عن تراض - فيكون عن تراض لنفسه لا يربط له بالتجارة - ومن المعلوم ان السبب الموجب لحل الأكل فى الفضولى انما نشأ عن التراضى مع ان الخطاب - بلا تأكلوا اموالكم - لملاك الاموال والتجارة فى الفضولى انما تصير تجارة المالك بعد اجازته للمعاملة فتجارة الفضولى المجاز المرضى بمعاملته تجارة وعن تراض ايضاً ونحن لانقول فى الفضولى الا بذلك .

قوله ان معنى التراضى بالتجارة امضاء البيع بالتصرف - من كل من مالك العوض والمعوض - او التخيير بعد العقد - امضاء او حلا - ويترادف من هذا ان معناه كون التجارة المولودة بالعقد شيئاً وكون الرضاء بها امضاءها اما بالتصرف واما باسقاط الخيار واختيار البيع وعليه يكون عن تراض خبراً بعد خبر ولذلك قال ولعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبراً بعد خبر .

قوله لعدم تملكه : هو تعليل لقوله عدم تسلطه على تسليمه وانما ذكر هذه العلة ليخرج عن مسألة شرطية القدرة على التسليم فان تلك الشرطية قائمة على حصول الملك كطيره الطائر فى الهواء وسمكته السابحة فى الماء مع عدم العادة فى رجوعهما الى مكنهما المصنوع لهما من ناحية المالك .
قوله لا يبيع الا فيما يملك : يقرء بالبناء للمعلوم اخراجاً للمبنى المجهول المقيد لكونه غير صالح لتملك المسلم كالخمر والخنزير وهكذا قريناه - لا طلاق الا فيما يملك - ولا عتق الا فيما يملك -

قوله فى توقيع العسكرى : فى رجل له قطاع ارضين فيحضره الخروج الى مكتوالقرية على مراحل من منزله ولم يكن له من المقام ما يأتى بحدود ارضه وعرف الحدود الأربعة وقال للشهود اشهدوا انى قد بعت فلانا يعنى

المشترى جميع القرية التى حد منها كذا والثانى والثالث والرابع وانما له فى هذه القرية قطاع ارضين فهل يصلح للمشترى ذلك وانما له بعض هذه القرية وقد اقر له بكلها فوقع (ع) لا يجوز بيع ماليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك .

قوله فى جواب بعض مسائله : والسؤال هو ان بعض اصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان وليس لها قيمة لخرابها وهى بائرة منذ عشرين سنة وهو يتحرج من شرائها لأنه يقال ان هذه الحصنة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديما للسلطان فأن جاز شرائها من السلطان كان صوابا وصالحا وان لم يجز عمل بما تأمره به فأجاب (ع) ان الضيعة لا يجوز ابتياعها الا من مالكتها او بأمره ورضا منه - اى ولا يجوز ابتياعها من السلطان لانه غير مالك ولا رابطة له بالمالك بتوكيل ونظيره .

قوله بقم النيل : هو فى العراق وليس بنيل مصر .

قوله واهل الأستان : بضم الهمزة اربع كور ببغداد .

قوله برضا اهلها : اى من هى بأيديهم بالفعل او من يكون صاحب مدرك بملكيتها .

قوله امرأة من آل فلان : يعنى من بنى العباس .

قوله باعت مالم تملكه : اما لأنها من ارض الموات ومرجعها للأمام وامام لأنها ارض خراجية لاتباع .

قوله عن النبوى : وهو قوله (ص) لاتبع ماليس عندك .

قوله على جواز بيع الكلى - والكلى بعنوانه هذا ليس بموجود فى الخارج

قوله ومن البيع : اى والظاهر من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين .

قوله واما ان يراى : اى من الحديث المذكور .

قوله وهذا المعنى : الذى ذكره فى التذكرة يرجع الى المراد من روايتى خالد ويحيى وقد جاء فى الأولى منهما قلت لأبى عبد الله الرجل يجيئنى ويقول اشترلى هذا الثوب واربحك كذا وكذا قال (ع) أليس ان شاء اخذ وان شاء ترك قلت بلى قال لا بأس انما يحلل الكلام ويحرم الكلام : وجاء فى الثانية منهما : سألت ابا عبد الله عن الرجل يقول اشترلى هذا الثوب او هذه الدابة بعينها اربحك كذا وكذا قال (ع) لا بأس بذلك اشترها ولا تواجبها قبل ان تستوجبها او تشتريها .

قوله بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله اليه بالشراء : بل يحتاج بعد انتقاله اليه بالشراء الى عقد مع من واعدته .

قوله فى وقوعه له : اى للمالك فان مفروض بحثنا فى هذه المسألة هو ان يبيع للمالك .

قوله وهذا المعنى : المفاد بما عن التذكرة ومن روايتى خالد ويحيى : اظهر واجلا فى جهة المنع من الأول الذى قلنا فيه ان يراى بالبيع مجرد الأنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له - لانه لا يملكه - ولا للمالك بعد اجازته : لأنه لم يبعه له .

قوله ونحن نقول به كما سيحىء : فى باب بيع الفضولى لنفسه .
قوله وبما ذكرناه فى الجوابين : بقولنا اولا وثانيا .

قوله مع ان العموم : اى لنفسه وللمالك .

قوله واما الروايتان : وهما روايتا خالد ويحيى اللتان اشار اليهما ونحن ذكرناهما بنصهما .

قوله السابقين : وهو قوله لحكيم بن حزام لا تبع ماليس عندك والنبوى الآخر لا يبيع الا فيما يملك .

قوله وليس فيهما : اى فى روايتى خالد ويحيى - ما يدل ولو بالعموم على

عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له - اى للمالك - اذا اجاز - اى المالك .

قوله واما الحصر فى صحيحة ابن مسلم : التى فيها لاتشترها الا برضا اهلها : والتوقيع الذى فيه ان الضيعة لايجوز ابتياعها الا عن مالكةا او بأمره او رضا منه .

قوله على ما يقتضيه السؤال : ففى صحيحة ابن مسلم فى ارض بقم النيـل اشتراها رجل واهل الارض يقولون هى ارضنا واهل الأستان يقولون هى من ارضنا : واما التوقيع فليس فيه عدم رضا الأهل ولا فى المكاتبه .

قوله ان النهى فى مثل المقام : الذى فيه عدم رضا اهل الأرض والضيعة . قوله ظهور الروايتين : وهما صحيحة ابن مسلم والتوقيع .

قوله واما رواية القاسم بن الفضل : التى فيها رجل اشترى من امرأة من آل فلان الخ .

قوله واما توقيع الصفار : الذى فيه لايجوز بيع ماليس يملك .

قوله على جهة الوجوب واللزوم : اى لا التزلزل .

قوله ويؤيده : اى يؤيد النفى على جهة اللزوم لا التزلزل .

قوله بوجوب البيع فيما يملك : فان فى الرواية وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك .

قوله الثالث : اى من الأدلة الاربعة .

قوله معتذرا عن ذلك : اى عن ادعاء الأجماع مع الاعتراف بأن الصحة مذاهب قوم من اصحابنا .

قوله الرابع : اى من الأدلة الاربعة .

قوله ولا ريب ان بيع مال الغير : ولو بصرف العقد عليه : تصرف فيه عرفا :

ولا عرف يحكم بأن مجرد العقد تصرف فى مال الغير الا العوام المتمحضون

فى العامية ومثل هؤلاء لاقيمة لنظرهم .

قوله كون العقد : بنفسه وبمجرد انشاءه : علة تامة فى العرف لحصول الآثار : وهذا الفرض افتراض مجرد فان العرف لا يحكمون على كل عقد

بمجرد انه علة تامة لحصول الآثار من النقل والانتقال .

قوله كان حكم العقد جوازا : فى بيع المالك : ومنعا : فى بيع الغاصب .
قوله فمما استقل العقل : اى فهو مما استقل العقل بجوازه هذه العبارة قلقة والحق ان يقول ثم لو فرض كون العقد تصرفا فى مال الغير عرفا فإنه لا يقول العقل بقبحه ان ليس فيه ظلم للغير عنده وقول العرف بأنه تصرف تطرف عنده لا ان العقل مستقل بجوازه والتمثيل بالاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره تمثيل ليس فى محله ان لامشاكلة بين ما ذكر وبين العقد على مال الغير كما هو واضح .

قوله بناء على ان ذلك : اى العلم بالرضا من مقال او حال .

قوله مع ان تحريمه : اى التكليفى : لا يدل على الفساد : اى الأثر الوضعى .

قوله بمعنى عدم ترتب الأثر عليه : اى ما دام الأمر على الفضولية اما مع الأجازة فلا ولا ينكر هذا من يقول بصحة الفضولى اذا تعقبته الأجازة وكانت ناقلة من حينها لا كاشفة عن ترتب الأثر من حين اجراء العقد تطفلا قوله من دون مراجعة المشتري : الحق ان يقول من دون مراجعة المالك فكلمة المشتري غلط وهدفه من قوله ومما ذكرنا هو ما ذكره قبل قليل بقوله مع انه لو دل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الاثر عليه ما دام الأمر على الفضولية وهذا ما لا ينكره القائل بالصحة .

قوله بناء على ان العقد المقرون بهذا القصد : هو المورود للنهى لا ان المورود للنهى هو القصد المذكور والعقد يكون خارجا عن النهى فإنه

- على هذا الأخير لا يكون مورد حزااة لانتكليفية ولا وضعية .
- قوله ويضعف الأول : وهو القدرة على التسليم .
- قوله على رضا المالك : اى ارضائه .
- قوله بل يكفى تحققه : اى كونه قادرا على التسليم .
- قوله ويضعف الثانى : وهو ان الفضولى غير قاصد حقيقة الى مدلول اللفظ كالمكره : بمعنى انه لا ارادة جديدة بالنسبة الى المحتوى فكما ان الاكراه يزم بالارادة الجديدة والا فليس بمكره كذلك الفضولية تزم بالارادة الجديدة والحق ان الجديدة متصورة فى الفضولى .
- قوله هو هذا القدر : وهو مدلول اللفظ والارادة الجديدة فى التنفيذ امر غير قصد مدلول اللفظ فان قصد مدلول اللفظ متحقق من كل من هو عارف باللسان وناطق لا عن فهول .
- قوله المكره بحق : كلمة بحق قيد للمكره .
- قوله فان دعوى عدم اعتبار القصد : فى نكاح الفضولى ولا فى المكره بحق للأجماع كما ترى فى الفساد فان شرطية اعتبار القصد لاتبعيض فيها اذا فالقصد المتكلم عليه القابل للحصول من المكره مطلقا ومن الفضولى مطلقا هو قصد مدلول اللفظ الذى هو لازم فى صحة نفس العقد لاتثبيــــــــــــــــت المحتوى وهو اثر المعاملة .
- قوله المسألة الثانية : من المسائل الثلاث حيث سبق منه أن قال فهنا مسائل ثلاث : ان يسبق الفضولى منع المالك والمشهور ايضا اى كصورة عدم سبق المنع من المالك صحته وعن فخر الدين ان بعض المجوزيين لفرضولى اعتبر فى صحته عدم سبق نهى المالك ويشير الى ذلك ماــــــــــــــــمن العلامة فى التذكرة فى باب النكاح من حمل النبوى – الذى هذا متنه – ايما عبد تزوج بغير ان مولاه فهو عاهر – بعد تضعيف السند – على

انه ان نكح بعد منع مولاه وكراهته فإنه يقع باطلا - والظاهر انه لا يفرق بين النكاح وغير النكاح - فى مفروض المسئلة - ويظهر - اى اعتبار - عدم سبق نهى المالك - من المحقق الكركى حيث حمل فساد بيــــــــع الغاصب على وجود القرينة الداعيه الى فساد هـى الغصب الذى عبارته الأخرى عدم الرضا - وكيف كان فهذا القول وهو اعتبار عدم سبق نهى المالك لوجه له ظاهرا عدا تخيل ان المستند فى عقد الفضولى هو رواية عروة البارقى المختصة بغير هذا المقام ان ليس فيها ما يدل على الصحة مع سبق المنع بل الموجود فيها ما هو خلاف ذلك كما تقدم القول فيه وان العقد اذا وقع منهيا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو آنا ما كاف فى الرد ولا تنفع الاجازة اللاحقة بعد الرد بناء على انه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه اذا حلــــــــف الموكل على نفى الأذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف على نفى الأذن امارة عدم الرضا ولكن الأقوى عدم الفرق بين ما سبقه المنع وما لم يسبقه لعدم انحصار المستند فى صحة الفضولى برواية عروة البارقى وكفاية العمومات السابقة الذكر مضافا الى ترك الاستفصال فى صحيحة محمد بن قيس - فى مسألة الوليدة وابنها - فى انه هل كان من الأب منع للأبىن عن البيع او لم يكن وجريان فحوى ادلة نكاح العبد بدون اذن مولاه - بأنه لم يعص الله وانما عصى مولاه - مع ظهور المنع فى هذه الأدلة ولو بشاهد الحال ان الموالى يمنعون ما يفعل بدون اذنه ويمتعضون منه ويرونه تمردا من العبيد مع ان رواية اجازة نكاح العبد صريحة فى عدم قدح معصية السيد وان القارح هو معصية الله لوقوعه فاسدا من اوله مع جريان المؤيدات المتقدمة - فى المسئلة الأولى وهى الفضولية مع عدم سبق المنع - من بيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفة العامل فى المضاربة

لما اشترط عليه رب المال الصريح فى منعه عن ماعدا ما ذكر له من المتاع الذى يريده واما ما ذكر - فى الاستدلال على البطلان فى هذه المسألة - من المنع الباقى بعد العقد ولو آنا ما فلم يدل دليل على كونه فسحا لاتنفع معه الاجازة بعده وما ذكر فى حلف الموكل فغير مسلم انه يفسخ العقد ولو سلم ذلك فمن جهة ظهوره فى رد البيع .

قوله المسئلة الثالثة : اى من المسائل الثلاث التى تقدم منها اثنتان : ان يبيع الفضولى لنفسه لا للمالك وهذا غالبا يكون فى بيع الغاصب فإنه يبيع لنفسه لا للمغصوب منه وقد يتفق من غير الغاصب كما فى مورد صحيحة الحلبي المتقدمة فى الأقالة بوضيعة فأن بائع الثوب الذى وضع من الثمن واسترد ثوبه ممن اشتراه منه ثم باعه بعد الاسترداد انما باعه لنفسه لا لمن استرده منه : والأقوى فى هذا القسم : وهو البيع لنفسه : الصحة ايضا وفقا للمشهور بسند العمومات المتقدمة فمتى اجاز المالك ولو لم يبيع العقاد له نعم باع الذى هو ملكه فقد صار العقد له وصارت التجارة المتراضى بها له وفحوى الصحة فى النكاح فان الذى يتزوج لنفسه بدون استئذان مولاه كالذى يبيع لنفسه واكثر ما تقدم من المؤيدات السابقة التى بأطلاقها تنطبق على من عامل لنفسه مع ظهور صحيحة ابن قيس فى ان ابن المالك باع الوليدة لنفسه لا لأبيه ولا وجه للفرق بين من يبيع لنفسه وما تقدم من بيع الفضولى للمالك الا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضهم مختص ببيع الغاصب وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة منها اطلاق ما تقدم من النبويين لاتبع ما ليس عندك ولا بيع الا فى ملك بناء على اختصاص مورد جميع هذه الأحاديث ببيع الفضولى لنفسه والجواب عنها يعرف مما تقدم من ان مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك للبائع الغير المالك بلا تعرض فى هذه الأحاديث لا للوقوع ولا لعدم الوقوع بالنسبة

الى المالك اذا اجاز المعاملة ونحن كلامنا فى هذه المسئلة يرجع الى هذا الأخير ومنها بناء المسئلة من حيث عدم الصحة على ماسبق بيانه من اعتبار عدم سبق منع المالك عن المعاملة على ملكه وسبق منع المالك مفقود غالبا فى المغصوب فأن المغصوب منه ماله ليس فى صدر المنع او التجويز للمعاملة على ماله بل هذا المعنى مفقود فى نفسه بالنسبة الى ماله الذى غضب منه نعم هو غير راض بالتجاوز على ماله ويستمر معه عدم الرضا حتى تتركز الحالة على لون يرضى به وقد تقدم عن المحقق الكركى ان نفسى عنوان الغصبية قرينة عدم الرضا - وفيه - اولا : ان كلامنا فى هذه المسئلة فى الأعم من بيع الغاصب وهو بيع الفضولى لنفسه - وثانيا - ان الغصب امارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا لمطلق البيع فقد يرضى المالك ببيع الغاصب اذا كان يبيعه للمالك او اذا كان مآل البيع للمالك وتملك الثمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء - وثالثا - قد عرفت فيما تقدم ان سبق منع المالك غير مؤثر اذا تعقب البيع رضا منه - ومنها - ان الفضولى اذا قصد فى بيع مال الغير نفسه فإنه لم يقصد حقيقة المعارضة ان لا يعقل دخول احد العوضين فى ملك انسان لم يخرج من ملكه المعوض الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة - فى مفروض المسئلة - لان حقيقة هذا الفرض ترجع الى اعطاء المبيع الذى هو ملك الغير واخذ الثمن فى مقابله لكن لنفسه لا لمالك المبيع وهذا ليس بيعا لاصطلاحا ولا عرفا : والجواب عن ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب لأنه الذى يبيع ملك الغير ويأخذ الثمن فى مقابله لنفسه لا لمالك المبيع ولا عمومية فيه لكل من باع لنفسه ان قصد المعاوضة الحقيقية فى الغاصب وكل من كان على منواله من اولئك الذين يرون ان اعمال النفوذ مملك او أن الأبن يرى ان مال ابيه هو ماله

وبدون قيام هذه المعانى فى النفس لا يمكن جعل الغاصب نفسه مالكا لكن
المعاوضة المبتنية على هذه الركيزة الغير الواقعية يمكن اعتبارها حقيقة
نظير اوعاء ان الاستعارة حقيقة لا مجاز وان قوله :

لا تعجبوا من بلى غلالته قد زر اززاره على القمر

انما صح لتزويله معشوقه منزلة القمر الواقعى وانه احد افراده : نعم لو
باع لنفسه : اى لأرخال الثمن فى حيز نفسه من دون بناء منه لتمليك
المثمن للمشتري ولا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة - ان لامفاعلة فى
البيان - فلا تقع له ولا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة ولذا ذكروا
انه لو اشترى بمال نفسه لغيره شيئا بطل ولم يقع له لأنه لم يشتر لنفسه ولا
لغيره لان الغير لم يخرج منه المعوض والمراد ما لو قصد تملك الغير
للمبيع بازاء مال خرج من كيس القاصد وقد تخيل بعض المحققين ان
البطلان هنا - وهو ما لو اشترى بماله لغيره شيئا - يستلزم البطلان
للمقام المتحدث عنه وهو بيع الفضولى لنفسه وهو ما لو باع مال غيره لنفسه
لأنه عكسه وقد عرفت ان عكسه هو ما اذا قصد تملك الثمن لنفسه من دون بناء
ولا اعتقاد لتملك المشتري للمثمن وانما كان هذا هو العكس لا ما تخيله
لان مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك اذا اجاز فاذا انتفى فى هذه
المعاملة اعتقاد تمليك المثمن للمشتري فقد انتفى معنى المعاوضة رأسا
بخلاف من يبيع لنفسه بقصد تمليك المثمن فان معنى المعاوضة لم ينتف
حيث يجيز المالك - ومنها - ان الفضولى اذا قصد البيع لنفسه - كما
هو الفرض - فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البائع - وهو
البيع لنفسه - كان منافيا لصحة العقد لأن معنى صحته هو صيرورة الثمن
بأجازته - والمفروض ان البائع باع لنفسه لا لغيره وليس هو مالك المثمن
وان تعلقت الأجازة بغير المقصود - وهو انتقال الثمن لمالك المثمن وهو

غير مقصود فى هذه المعاملة لان المفروض ان المقصود هو البائع الذى هو ليس بمالك للمثمن كانت كأنها عقد مستأنف لا انها امضاء لنقل الفضولى فيكون النقل من المنشىء وهو الفضولى غير مجاز والذى أجزى - وهو كون المعاملة لمالك المثمن - غير منشأ بالعقد لان العقد تضمن الفضولى وهو ليس بمالك واما المالك فلم يتضمنه العقد : وقد اجاب المحقق القمى عن هذا الأشكال بأن الأجازة فى هذه الصورة المفترضة مصححة للبيع وليست هى بمعنى لحوق الأجازة لنفس العقد الصادر كما فى الفضولى المعهود الذى يبيع مال الغير لصاحبه غايته انه ليس بوكيل عنه ولا قائم مقامه بل الأجازة فى هذا الفرض بمعنى تبديل رضا الغاصب البائع وبيعه لنفسه - تبديله - برضا المالك ووقوع البيع عنه وقال نظير ذلك مالو باع شيئاً ثم ملك ذلك الشىء فقد بدل الرضا السابق حينما كان فضولياً بالرضا - اللاحق حينما صار مالكا وقد صرح نفس هذا المحقق فى موضع آخر بأن حاصل الأجازة يرجع الى ان العقد الذى قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدلته على كونه على هذا الملك بعينه - قد بدلته - لنفسى فيكون عقداً جديداً كما هو احد الأقوال فى الأجازة وانها عقد جديد - وفى هذا التوجيه من المؤاخذة - ان الأجازة على هذا البيان تصير كما اعترف معاوضة جديدة بين المجيز - الذى هو المالك - والمشتري الذى اشترى حينما اشترى من الفضولى الا ان المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور الذى اوجده المالك لان قصد البائع الذى اجرى الصيغة ولو تطفلا البيع لنفسه اذا فرض فى تأثيره مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز وانهما شيئاً - فالمشتري انما رضى بذلك الايجاب الصادر من الفضولى المغاير لمؤدى الأجازة فاذا التزم بكون الأجازة مآلها الى تبديل عقد بعقد وبعدم

الحاجة الى قبول آخر من المشتري فقد قامت الأجازة وحدها مقام ايجاب المالك وقبول المشتري بهذا الايجاب وهذا - وهو قيام الأجازة بمفردها مقام ايجاب جديد من المالك وقبول به من المشتري خلاف الأجماع والعقل لان غاية ما تستطيع اجازة المالك ان تصنع ان تكون بمنزلة ايجاب من المالك لانها بمنزلة ايجاب منه وبمنزلة قبول من المشتري الذى انما اشترى من الفضولى - واما القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من احد من العلماء ولا من غيرهم وانما حكى كاشف الرموز عن شيخه ان الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع - اى بعث - قائم مقام ايجاب البائع - اى الفضولى - وينضم الى هذا الأيجاب الحاصل بالأجازة ما تقدم من قبول المشتري وهذا الذى ذكره كاشف الرموز عن شيخه انما يجرى فى الفضولى البائع عن المالك ولا يجرى فيما نحن فيه - وهو البيع من الفضولى عن نفسه - لانه اذا قصد البائع - وهو الفضولى - البيع لنفسه فقد قصد المشتري تمليك الثمن للبائع - الذى هو الفضولى - وتملك المبيع منه فأذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع - من الفضولى - فلا بد له من قبول آخر فالأكتفاء عن هذا القبول الآخر بمجرد اجازة المالك الراجعة الى تبديل البيع للغايب بالبيع لنفسه - اى نفس المالك المجيز - التزام - هو خبر لقول الله - فالأكتفاء عنه الخ - بكفاية رضا المالك وانشاءه بالأجازة عن رضا المشتري وانشائه جديدا بعد الأجازة وهذا ما ذكرنا انه خلاف الأجماع والعقل .

والأولى فى الجواب عن اصل الأشكال منع مغايرة ما وقع - من الفضولى - لما أجزى - من المالك - وتوضيحه ان البائع الفضولى انما قصد تمليك الثمن للمشتري فى مقابل الثمن المبذول واما كون الثمن يكون مالا له او

لغيره فأن ايجاب البيع عند مايقول للمشتري بعثك هذا الثوب بمأة درهم مثلا ساكت عن مرجع المأة درهم وانه من هو فيرجع فى الثمن الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول المعوض فى ملك مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة والمبادلة وحيث ان البائع الفضولى يملك المثلثان بانيا على تملكه له وتسلطه عليه عدوانا او اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك المثلثان والتسلط عليه وهذا هو معنى قصد بيعه لنفسه وحيث ان المثلثان ملوك لمالكة الواقعى فاذا اجاز - المالك الواقعى - المعاوضة انتقل عوض المثلثان اليه فعلم من ذلك ان قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الأيجاب بل الايجاب معناه نقل المثلثان المشخص بثلثان مشخص فلا يتردد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين - من ان الذى أنشا غير مجاز - والذى أجزى غير منشأ - بل مفهوم الايجاب كما ذكرنا هو تملك المثلثان بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع اليه العوض الا باقتضاء نفس مفهوم المعاوضة لذلك - وهو رجوع الثمن للمكان الذى خرج منه المثلثان . قوله ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل تملكت منك او ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فأن مفهوم هذا الأنشاء - تملك منك كذا بكذا - هو تملك الفضولى للثوب فلا مورد لأجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب اليه من اجل ان الدراهم له وانما لا مورد لأن المشتري الفضولى نسب تملك الثوب الى نفسه فكيف ينتقل هذا التملك منه الى صاحب الدراهم حيث يجيز فلا بد فى مثل هذه الصورة من التزام كون الأجازة نقلا مستأنفا غير ما انشأه الفضولى الغاصب وبالجملة فنسبة المتكلم الفضولى تملك المثلثان الى نفسه بقوله ملكت او تملك كأيقاع المتكلم الأصلى التملك على المخاطب الفضولى بقوله ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره او جهله بذلك - وفيه

انه لاتسوية بين العلم والجهل لان العلم يمنع ارادة الأعم واما مع الجهل فلا مانع وارادة الأعم معها تصحيح بخلاف ما لا يمكن فيه ارادة الأعم —
لتشخص الطرف بالفضولية عند من عامله .

قوله وبهذا : اى بالأشكال الذى ذكرناه استشكل العلامة فى التذكرة
حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر — اى بفضوليته — فأشكال من
ان الآخر — الجاهل بالفضولية — انما قصد تمليك العاقد — اى من
اجرى العقد — ومن اجراه هو الفضولى : قال ولا ينقض علينا بما لو
جهل الآخر وكالة العاقد عن غيره او ولايته عليه — هذا التعبير ليس
صحيحا وليس نقضا على ما ذكره اولا بقوله مع جهل الآخر فأشكال فان
الجهل فى الصورة الأولى والثانية واحد لان معنى الجهل بالطرف انه
لا تدرى اصلته او وكالته او نيابته او تطفله وانما يخاطب طرفا متصدرا
للمعاملة لأنه حينئذ انما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه اصليا
او نائبا : نعم يصح النقص فى مورد تعلم فيه صلاحية الطرف وتجهل
خصوصيته انه اصل او فرع الأصل وعلى هذا تجوز مخاطبته واسناد الملك
اليه مع علمه بكونه نائبا وليس ذلك الا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا
فاذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا او اصليا
اما الفضولى فهو اجنبى عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار الأعم من النيابة
والأصالة : ولا يخفى ان الجهل بخصوصية المتصدر بعد احراز كونه ذا
صلاحية لا يكون مورد نقض على الجهل بحال الطرف انه ذو صلاحية او
لاصلاحية له بالمرّة كما لا ربط بالتسوية فى كلام المكاسب بين علمه بكون
الدراهم للغير او جهله بذلك كما اسلفناه فهاته العبارات من المكاسب
ومن العلامة فى التذكرة لاتخلو من هنات كما اوقفناك على ذلك .

قوله وقد تفتن بعض المعاصرين لهذا الأشكال — اى الذى ذكره بقوله

ولكن يشكل فيما اذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه - فى بعض كلماته
فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه - اى للاشكال المزبور - مع انه
لا تخفى مخالفته للفتاوى واكثر النصوص المتقدمة - لم يكن فيما تقدم نص
صريح فى شراء الغاصب لنفسه نعم تقدم ما قد ينطبق على ذلك - فى
المسئلة كما اعترف به اخيرا والتزم تارة اخرى بأن الأجازة انما تتعلق بنفس
مبادلة العوضين وان كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن -
متعلق بقوله ملك المشتري لا بقوله الغاصب - مأخوذة فيها - حيث يقول
الفضولى تملك او ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم .

قوله وفيه : اى فى ما ذكره بعض المعاصرين ان حقيقة العقد فى العبارة
التي ذكرناها فى الاشكال اعنى قول المشتري الغاصب تملك او ملكت هذا
منك بهذه الدراهم ليست الا انشاء تملكه للمبيع فأجازة هذا الانشاء
لا يحصل بها تملك المالك الاصلى له بل يتوقف على نقل مستأنف .
قوله فالأنسب فى التفصلى : عن هذا الاشكال ان يقال ان نسبة الملكالى
الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك او قول غيره له ملكتك ليس من
حيث هو فضولى او أى شىء آخر بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثمن الذى
بذله اعتقارا او عدوانا ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على ملكيته للمثمن
التزمنا ببلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة والمعاوضة بتملك شخص
المال لكن بازاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية من الانسان العاقد لنفسه
لا تكون الا اذا كان مالكا حقيقيا او ادعائيا فلو لم يكن واحدا من هذين
وعقد لنفسه لم تتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة فاذا قال الفضولى الغاصب
المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم
لا من حيث هو متكلم بل من حيث عد نفسه مالكا وحيث ان الثابت للشىء
من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند اليه التملك حقيقة هو

المالك للثمن الا ان الفضولى لما بنى على انه هو المالك المسلط على الثمن اسند ملك المثلثن الذى هو بديل الثمن الى نفسه فالاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بأنشأ الفضولى وهو التملك المسند الى مالك الثمن وهو حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال المثلثن اليه .

قوله مع انه ربما تلتزم صحة ان تكون الأجازة لعقد الفضولى موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى : ولا يخفى ان هذا البحث خارج عن بحث الفضولى المعهور ذكر لأرنى مناسبة ذكره كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد وتبعه غير واحد من اجلاء تلامذته : وهذا مجرد فتوى لكن ذكر بعضهم فى ذلك وجهين لتصويره - احدهما - ان قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا - بدلالة الأقتضاء التى سلف القول عنها حتى انه على فرض صحة ذلك البيع او الشراء يلزم تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله الى الغير عن ملك هذا الفضولى نظير ماتقدم القول فيه اذا قال اعتق عبدك عنى او قال بع مالى عنك او اشتر بمالى لنفسك كذا فهو تملك ضمنى حاصل بنفس بيعه او شرائه ونقول فى مقامنا هذا - ايضا - اذا أجاز مالك المثلثن او الثمن صح البيع او الشراء وصحته تتضمن انتقاله اليه حين البيع او الشراء فكما ان الاجازة المذكورة تصح البيع او الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمنه البيع الصحيح فالأجازة اللاحقة - فى عنوان معاملات الفضولى - قائمة مقام الأذن السابق على وقوع المعاملة وقاضية بتملك الفضولى المبيع ليقع البيع فى ملكه - يقول هذا البعض ولا مانع من هذا التصوير - علما - الوجه الثانى انه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله اليه بل يكفى ان يكون مأذونا فى بيعه لنفسه او الشراء به نفسه فلو قال بع هذا لنفسك او اشتر لنفسك بهذا ملك الثمن فى الصورة

الأولى بانتقال المبيع عن مالكه الى المشتري والتمن الذى يبذله المشتري يكون لهذا الوسط الذى قال له بع هذا لنفسك وكذا ملك المثلن فى الصورة الثانية التى قال فيها اشتر لنفسك بهذا ويتفرع عليه انه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكه الأسمى دون العاقد بفرض انه قال له بع هذا لنفسك فاذا انفسخ هذا البيع رجع الملك للأمر ببيعه ان لم تمض المعاملة على رسلها .

قوله اقول وفى كلا الوجهين : السابقى الذكر نظرا ما الوجه الأول فالأذن صحة الأذن فى بيع مال المالك لنفسه مقابله او الشراء بمال المالك لمقابله ممنوعة كما تقدم القول عنها فى بعض فروع المعاوضة مع ان قياس الأجازة اللاحقة للمعاملة على الأذن السابق عليها قياس مع الفارق لان الأذن السابق فى البيع يحتمل فيه ان يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الأجازة فأنها لا تتعلق الا بما وقع قبلها والمفروض انه لم يقع فى الخارج الا مبادلة مال الغير بمال آخر نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا او اعتقادا بالمعاوضة رجع البديل اليه فالأجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة افادت دخول البديل فى ملك المميز وان رجعت الى المبادلة منضمة الى بناء العاقد على تملك المال فهى وان افادت دخول البديل فى ملك العاقد لأجل البناء المزبور الا ان مرجع هذا الى اجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وامضاء هذا البناء له ان بعد امضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البديل الا ان من المعلوم عدم الدليل على تأثير الأجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل العلمى قائم على عدمه لان هذا مما لا يؤثر فيه الأذن السابق فأن الأذن فى التملك لا يثمر التملك فكيف اجازته اللاحقة تثمر ذلك - واما الوجه الثانى - فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة

ودخول العوض فى المكان الذى خرج منه المعوض ولذا صرح العلامة
بعبارات شتى بأنه لا يتصور او لا يعقل ان يشتري الانسان لنفسه بمال غيره
شيئا بل ادعى بعضهم الاجماع على بطلان قول مالك الثمن اشتر لنفسك به
طعاما .

قوله فى مسألة تتبع العقود : بمعنى ارتباط العقود المتواردة على ما يبيع
فضوليا .

قوله مع علم المشتري بالغصب : وانما خصه لانه مع علمه بغصب البائع يكون
قد سلطه على ماله وصرفه فيه فالبائع اذا اشترى بمثل هذا الثمن شيئا
كان هذا الشيء ملكا له وخرج عن محور اجازة مجيز المبيع اعنى المالك
الأصلى .

قوله ان الغاصب مسلط : بصيغة اسم المفعول : على الثمن : لان المشتري
منه مفروض علمه بغصبه فهو اباحه له وان لم يملكه فاذا اشترى بهذا المال
المباح له شيئا ملكه وظاهر هذا امكان ان لا يملك الثمن مع انه يملك الثمن
الذى اشتراه بذاك المال المباح له فيحمل ذلك منهم على التزام تملك
الغاصب الذى هو البائع للثمن مطلقا بمجرد بذل المشتري ماله له مع علمه
بغصبه او ملكه له آنا ما قبل ان يشتري به شيئا تصحيحا لشراؤه فالأولى
فى النقصى عن الاشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا من ان اجازة
التمن تستتبع دخول الثمن فى حوزة مالك الثمن تحقيقا لمعنى المبادلة
والمعاوضة وقد تقدم ذلك .

قوله ثم مما ذكرنا : فى فقه المسئلة حيث يكون المشتري عالما بالغصب من
ان نسبة ملك العوض حقيقة انما هى الى مالك المعوض لكنه بحسب بناء
الطرفين - الغاصب باعتقاره مالكية المغصوب والمشتري منه مع علمه بذلك
باعتبار انه يرى الشخص المتصرف والذى بيده الحل والربط فعلا هو

الغاصب — على مالكية الغاصب للعبوس المبذول بازاء مافى يده من متاع منسوب اليه — خبر لكنه — يظهر اندفاع اشكال آخر فى صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري وهو ان المشتري الأصيل — اى مالك الثمن حقيقة — اذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن مالك المتاع المغصوب لو رد هذه المعاملة فليس للمشتري الأصيل الرجوع على البائع بالثمن لأنه بمنزلة المتلف له وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية والا لكان رد المعاملة موجبا لرجوع كل عبوس الى مالكه وحينئذ فاذا اجاز المالك هذه المعاملة لم يملك الثمن لان اجازته متأخرة والمشتري العالم قد سبق فى اعطائه الثمن للبائع مع علمه بأنه ليس بمالك حقيقى للمتاع فيكون البيع المجاز بلا ثمن يعود للمجيز — والحقيقة انه لاوجه لتسمية معاملة الغاصب المعلوم الغصبية بيعا الا عند عوام الناس الذين يرون البائع هو الغاصب وان المغصوب منه لا اثر له — ولعل هذا — وهو انه يكون بيعا بلا ثمن — هو الوجه فى اشكال العلامة فى التذكرة حيث قال بعد الأشكال فى صحة بيع الفضولى مع جهل المشتري ان الحكم فى الغاصب مع علم المشتري يكون اشكل — اقول — هذا الأشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من انه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك للمعاملة لأنه بذله للبائع الغاصب وسلطه عليه وبعد تسليم ان الوجه فى حكمهم ذلك هو مطلق التسلط على تقديرى الرد والأجازة لان التسلط المراعى بعدم اجازة البيع انما يتوجه على القول بكون الأجازة حيث تحصل فانها ناقلة من حينها حيث ان تسليط المشتري للبائع على الثمن كان قبل انتقاله الى مالك المبيع بالأجازة فلا يبقى مورد للأجازة واما على القول بان الاجازة حيث تحصل تكون كاشفة من حين المعاقدة فلا يتوجه اشكال اصلا لان الرد كاشف عن كون تسليط المشتري

تسليطا له على مال نفسه والأجازة كاشفة عن كونه تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالأقباض ولذا لو لم يقبضه الثمن حتى اجاز المالك او رد لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري او من يد المالك للمغصوب .

قوله ثم اعلم ان الكلام فى صحة بيع الفضولى لنفسه غاصبا كان ام غير غاصب انما هو فى وقوع المعاملة للمالك اذا اجاز وهو الذى لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولى البائع للمالك رأسا لا لنفسه واما الكلام فى صحة الفضولى ووقوعه له اذا صار مالكا للمبيع سواء باع لنفسه او باع للمالك وصار بعد ذلك مالكا فلا دخل له بما نحن متحدثون عنه لان الكلام فيما نحن فيه فى وقوع البيع للمالك وفيمن يملك بعد ذلك فى وقوعه للعاقد حيث يفرض تملكه للشيء بعد عقده عليه ومن هذا الفرق الذى ذكرناه يعلم ان ما ذكره فى الرياض من ان بيع الفضولى لنفسه باطل ونسب الى التذكرة نفي الخلاف فى بطلانه فى غير محله لما عرفت ان المشهور لم يفرق بين بيعه لنفسه وبين بيعه للمالك لا لنفسه وصاحب التذكرة ليس شاذا عن المشهور الا ان يريد بالبطلان ما ذكرناه فيمن باع لنفسه تطفلا ثم ملسك ما باعه واجازه لكنه خلاف كلامه المسوق فى الفضولى المتداول وهو ليس الذى يبيع فضولة ثم يملك ما تطفل فى المعاملة عليه .

قوله بقى هنا امران الأول منهما انه لافرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا شخصية او كليا فى ذمة الغير ومن باب الكلى جعل العوض ثمنا او مثمنا فى ذمة الغير ثم ان تشخيص ما فى الذمة الذى يعقد عليه الفضولى اما باضافة الذمة الى الغير بأن يقول بعثت كرامن الطعام من وصف كذا وكذا فى ذمة زيد بكذا او بعثت هذا الشخص من الأعيان بكذا درهم فى ذمة فلان وحكمه انه لو اجاز فلان يقع العقد لفلان

المفروض وان رد فلان المفروض بطل العقد رأسا واما بقصده فى ضميره
العقد لفلان المفروض فإنه اذا قصده فى العقد تعين كونه هو صاحب
الذمة لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين فى ملك غير من خرج
منه العوض الآخر الا على احتمال ضعيف تقدم القول عنه وان بعضهم ذكر
فى ذلك وجهين فكما ان تعيين المعوض فى الخارج يغنى عن قصد من
وقع له العقد هكذا قصد من وقع له العقد يغنى عن تعيين الثمن الكلى
باضافته الى ذمة شخص خاص باللفظ فان اجاز من قصد مالكيته وقع العقد
وان رد هذا المقصود مالكيته فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا لان
مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه ان المال فى باب الفضولى
مردد بين مالكة الأصلى ومن وقع له العقد فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة
وتردده بين الفضولى وبين من وقع له العقد ان لو صح وقوعه للفضولى لم
يحتج الى اجازة ووقع للفضولى الا ان الطرف الآخر للفضولى لو لم يصدق
الفضولى على ادعاء الفضولية وانه قصد ببيعه غير نفسه وحلف هذا الطرف
الآخر انه لا يعلمه فضوليا قاصدا لغيره حكم للطرف الآخر على الفضولى
لوقوع العقد للفضولى بحسب الظاهر وقد يظهر من اطلاق بعض الكلمات
وقوع العقد للفضولى واقعا وقد نسب ذلك الى جماعة فى بعض فروع
المضاربة فى مضاربة القواعد وليس للعامل ان يشتري من ينعقد على
المالك الا بأذنه فأن فعل صح وعتق وبطلت المضاربة فى ثمنه وان لم يأذن
فالأقرب البطلان ان كان الشراء بعين المال او فى الذمة وذكر المالك
والا وقع للعامل مع علمه وفى جاهل النسب - اى نسب من اشتراه وانه ابو
صاحب المال او جاهل الحكم بأن الأب ينعقد على ابنه قهرا اشكال ومحل
الشاهد انه ذكر المالك باللفظ واما اذا نواه فقط وقع للعامل واما اذا قلنا
ان المراد بالذكر ما هو اعم من اللفظ والأحضر فى النفس فلا شاهد فى

مثل هذه العبارة لصحة الفضولى القاصد لغيره الرار هذا الغير لمعاملته بعد الوقوف عليها والحق هو البطلان مع رد من قصد الفضولى مالكيته لان مقتضى رد العقد من صاحب مال المضاربة بقاء ماله على مالكيته وبقاء العبد على مالكية سيده ان المال - كما قال الشيخ - مردد فى باب الفضولى بين مالكة الأصلى وهو صاحب مال المضاربة فى مثالنا ومن وقع له العقد وهو مالك العبد الذى اشتراه منه بوسيلة العامل المردود فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردوه بين الفضولى الذى لم يجعل نفسه طرفاً للمعاملة ومن وقع له العقد وهو مالك العبد .

قوله وحيث عرفت ان قصد البيع للغير : بالنية : او اضافة البيع اليه باللفظ: يوجب صرف الكلى الى ذمة ذلك الغير المنوى كما ان اضافة الكلى اليه بالتصريح به توجب صرف البيع او الشراء اليه بموجب ذكره لفظا فان ذكر زيد لفظا صارف لما ذكر مضافا اليه .

قوله وان لم يقصده او لم يصفه اليه : منظوره من هذا الكلام ان مدايل الألفاظ متبعة وان كان ناطقها قد يدعى انه لم يقصد مفارها .

قوله ظهر من ذلك : هو جواب لقوله وحيث عرفت : بين اضافة البيع الى غيره واضافة الكلى الى نفسه او قصد هذه الأضافة وان لم يذكرها باللفظ وكذا التنافى بين اضافة البيع الى نفسه واضافة الكلى الى غيره فلو جمع بين المتنافيين بأن قال اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى او اشتريت هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان - ففى الأول - اشتريت هذا لفلان بدرهم فى ذمتى يحتمل البطلان لأنه فى حكم شراء شىء للغير بعين ماله لان ما فى الذمة المشخصة بمنزلة المنقود الشخصى وبتلانه ما عرفت ان العوض لا بد ان يملأ مكان المعوض والمفروض ليس كذلك فان الشىء للغير ولم يملأ مكان الدرهم النافذ من سوى ذلك الغير ويحتمل الغاء

احد القيدىن بأن يقول اشترى هذا بدرهم فى ذمتى او اشترى هذا لفلان بدرهم : وفى المثال الثانى وهو قوله اشترى هذا لنفسى بدرهم فى ذمة فلان يحتمل كونه من قبيل شراؤه لنفسه بعين مال الغير - لان الذمة المشخصة بمنزلة العين الخارجية - فيقع للغير بعد اجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة - باعتبار انه اشتراه لنفسه - بالبناء على التملك لما فى ذمة الغير اعتقادا منه وتحتمل الصحة بالغاء قيد ذمة الغير لان تقييد الشراء عندما قال اشترى هذا لنفسى بكونه لنفسه يوجب الغاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير .

قوله ثم انه قال فى التذكرة لو اشترى فضوليا فأن كان بعين مال الغير فالخلاف فى بطلان المعاملة او توقفها على الاجازة متمش فى الفرض الا ان اباحنيفة قال يقع للمشتري بكل حال اجاز صاحب المال ام لم يجز وان كان اشترى فى الذمة ناويا ذمة غيره واطلق اللفظ فلم يسم فيه احدا قال علماءنا يقف على الاجازة فان اجاز صح ولزم المجيز اداء الثمن وان رد نفذ عن المشتري المباشر للمعاملة وبه قال الشافعى فى القديم واحمد وانما يصح الشراء لانه تصرف فى ذمته : اى ذمة نفسه وهو خلاف الفرض : لا فى مال غيره وانما وقف على الاجازة لانه عقد الشراء فى نيته للغير فأن اجازته لزمه وان رده لزم من اشتراه - هذه الفتوى لامدرك عليها - ولا فسر بين ان ينقد من مال الغير او لا - وهذه العبارة حشو فى فقه المسئلة - وقال ابو حنيفة يقع عن المباشر : اى المشتري الفضولى - اه - وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا كما يشعر به تعليقه بقوله لانه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير - لكنك عرفت ان هذا يتنافى مع كونه اشتراه بنية الغير وفى ذمة الغير - لكن اشرنا سابقا على نحو - الاجمال الى ان تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه ان جعل المال فى

ذمته بالأصالة فيكون مافى ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره والا وفق بالقواعد فى مثل هذا اما البطلان لو عمل بالنية بناء على انه لا يعقل فى المعاوضة دخول عوض مال الغير فى ملك غيره قهرا واما صحته ووقوعه لنفسه لو الغيت النية بناء على انصراف المعاملة الى مالك العين قهرا وأن نوى خلافه وأن جعل المال فى ذمته لا من حيث انه اصيل بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا فمع الاشكال فى صحة هذا لو لم يرجع الى الشراء فى ذمة الغير ان اللازم من هذا ان الغير ان ارد هذه المعاملة وهذه النياية تقع فاسدة من اصلها لانها تقع للمباشر نعم اذا عجز المباشر عن اثبات ما نواه على البائع وتعلق به البائع بأنه لا يعرف سواه لنزم الفضولى ذلك فى ظاهر الشريعة وعليه فوقع المعاملة فى الواقع مردودة بين المباشر والمنوى دون التزامه خرط القتاد ويمكن تنزيل عبارة التذكرة الأنفة الذكر على الوقوع للمباشر بحسب الظاهر لا مطلقا الا انه بعيد .

قوله الثانى : اى من الأمرين اللذين قال عنهما بقى هنا امران : الظاهر انه لافرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى والمعاطاة بناء على افادتها للملك ان لا فارق بين المعاطاة وبين العقد فأن التقابض بين الفضوليين او فضولى واصيل اذا وقع بنية التمليك والتملك فأجازة المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه بناء على الكشف او من حين الأجازة بناء على النقل فعموم مثل قوله تعالى احل الله البيع شامل له لأنها بيع على ما تقدم وتؤيده رواية عروة البارقى حيث ان الظاهر منها وقوع المعاملة فيها بالمعاطاة - وهو استظهار بالأدعاء الصـرف ان لا مدرك له عليه وتوهم الاشكال فى فضولى المعاطاة من حيث ان الأقباض الذى يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه اثر فى غير محله ان قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولى

لغيره فى الذمة من طرف اصيل فلم يحصل من الفضولى تصرف - وفيه ان هذا الدليل اخص من المدعى - مع انه قد يقع الأقباض مقرونا برضا المالك بناء على ظاهر كلامهم من ان العلم بالرضا بشاهد حال او فحوى مقال لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى بل لا بد من ان سابق - وهذا ايضا اخص من المدعى - مع ان النهى لا يدل على فسار المعاملة : لكن حيث تكون المعاملة قوامها التعاطى والتصرف بمال الغير هو المحقق للتعاطى فأن النهى عن قوامها وارد على صميمها فتفسد : كما فى كل معاملة ورد النهى على ماهيتها : مع انه لو دل على الفساد لدل على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال الأقباض فى السببية فلا ينافى كونه جزء سبب والجزء الآخر هو قصد البيعية به : وفيه ان جزء السبب اذا عمق عمق الجزء الآخر عن التأثير المقصود : وربما يستدل على المنع بان المعاطاة منوطة بالتراضى وقصد الأباحة او التمليك وهما من خواص المالك ولا مجال لصدورهما عن غيره ولذا ذكر الشهيد الثانى ان المكره والفضولى قاصدان لللفظ دون المدلول وذكر ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك وهدفه من قصد المدلول قصد المحتوى بالجديفة من اهله وكذلك المعاطاة مشروطة بالقبض والاقباض من الطرفين او من احدهما مقارنة للتراضى وقصد التمليك ولا اثر له الا اذا صدر عن المالك او بأذنه السابق : هذا وفى التعبير بأن القبض والأقباض شرط فى المعاطاة تصور واضح بل المعاطاة طبقا لاسمها قوامها بالقبض والاقباض لانهما شرط فيها .

قوله وفيه ان اعتبار القبض والأقباض فى المعاطاة عند من اعتبره فيها : لا مجال لهذا التعبير فان المعاطاة تنتفى رأسا حيث يفقدان فيها نعم عنوان التعاطى فى مصطلح الناس قد يختلف فيطلقونه حتى على من يأخذ

باقة الخضرة من طبق الخضار ويضع الفلّس على طبقه على ما هو المتداول بينهم فى ذلك .

قوله انما هو لحصول انشاء التملك او الأباحة : بل قوام الانشاء هو ذلك لان المعاطاة تفقد كل شىء ما سوى التصرف العملى .

قوله واعتبار مقارنة الرضا من المالك للأنشاء الفعلى دون القولى لا يخلو عن تحكم : بل التحكم فى نفس قوله لا يخلو عن تحكم جلى وواضح فأن الانشاء القولى لا تصرف معه مادام فى مرحلة القول وأما الانشاء الفعلى فعين التصرف هو وكل تصرف فى مال الغير لا يعد مشروعا الا اذا كان مقرونا بالرضا الشامل له .

قوله لم يعقل وقوعها من الفضولى : لان المفروض ان المعيار تراضى المالكين وهو اجنبى عنهما .

قوله ولم يكن : اى الرضا : اجازة لمعاطاة سابقة بل به - كما هو المفروض - تتحقق المعاطاة .

قوله لأن افادة المعاملة المقصود بها الملك للأباحة : هذا تعبير عن يرى ان المعاطاة لا تثمر غير الأباحة وان قصد المتعاطيان التملك والتملك فيها وان هذا على خلاف القاعدة .

قوله والآثار الأخرى هذه العبارة معماة وسياقها لا يؤدى ما يريد بها من معنى والحاصل ان حصول الأباحة لطرف الفضولى قبل ان تحصل الاجازة من المالك غير ممكن وكل ما هو مجوز للمعاطى فى ظرف الأباحة كبيعه ما عوطى به لاجال له قبل الاجازة ان البيع ونظائره مما هو مجوز للمعاطى مجوز مع الأباحة ولا اباحه من طريق الفضولى فكافة تصرفاته قبل الاجازة المفيدة للأباحة حرام وفاسدة .

قوله مع الاباحة الواقعية : التى تستكشف بعدا بالاجازة - بناء على

الكشف : لكن التصرف قبل الأجازة غير جائز قطعاً بحسب موازين الشرع لعدم الطيب حينذاك ولعله لهذا اشار بقوله فافهم .
 القول فى الاجازة والرر : فالأكثر على الأول : وهو الكشف واستدل له بأن العقد سبب تام - لكن حيث تستكمل شروطه ومن جملتها رضا صاحب المال المعقود على ماله - ووافوا بالعقود انما يصح حيث تنتسب فيكون لها اهل - وتامة سببية العقد فى الفضولى انما تكون بالأجازة فاذا اجاز اثر العقد من حين تمام السبب وهو حصول الأجازة فقولهم فاذا اجاز تبين كونه تاماً تعبير مقتضب ليس له ما ينتجه وصرف الفاظ العقد ليست سبباً تاماً وليست محطة للأمر بالوفاء بها مالم تكن منتسبة لمكلف يخاطب بقولنا ف بعقدك .

قوله وبأن الأجازة متعلقة بالعقد السابق عليها زماناً فحيث تحصل فهى رضا بمحتواه وليس محتواه الا نقل العوضين من حين التعاقد وهذا معنى الكشف وهذا شبه سفسطة صحيح ان العقد اللفظى متقدم زماناً الا انه يفقد كل اثر لفقده اهم شروط نفوذه وحيث يلتحق الجزء الأخير وتتم الأسباب للنقل والانتقال فمن هذا الحين يتحقق ما يريد بالعقد .
 قوله لزم تأثير المعدوم فى الموجود : ان اراد ان لفظ العقد لا وجود له حين الأجازة فهو معدوم فهو على كل حال بعد التلفظ معدوم والأجازة وكيفما كانت حين تولد لا تجد شيئاً حتى تنفذ فيه وان اراد المحتوى من اللفظ فإنه على كل حال بمقدار ما يستطيع تأثيره موجود والأجازة ترفع نقصه بآتمامه فمن حين آتمامه ينفذ محتواه وهو معنى النقل لا الكشف .
 قوله ويرد على الوجه الأول : وهو ما قالوه بان العقد سبب تام فى الملك وتامه فى الفضولى يعلم بالأجازة الخ .

قوله كونها قائمة مقام الرضا المقارن : بمعنى ان صحة العقد تارة تكون من

اجل الرضا المقارن واخرى بما يقوم مقامه وهو حصول الرضا فى ظرفه — فالمقارن يؤثر من حينه واللاحق يؤثر من حين اللحق بطبيعة حال كل من المقارن واللاحق .

قوله فأنه اذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط للعقد : والمشروط عدم عند عدم شرطه فكيف يكون وجود الشرط فى ظرف وجوده كاشفا عن تحقق المشروط قبله اذا فالمشروط على هذا ليس مشروطا به .

قوله كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة : فأن الصوم شرعا متقدم على الغسل فى حال ان الغسل شرط له فقد تقدم المشروط على الشرط . قوله وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضى : فأن الصوم ينتهى قبل العشاء والغسل يقع بعد ذلك والغسل شرط والصوم مشروط به .

قوله لمخالفته الأدلة : فان الأدلة تنص على ان مقارنة الرضا واحرازه شرط فى المشروعية وان التصرف فى مال الغير بغير رضا عدوان فمن حين تحقق الرضا تأتى الشرعية لا بفرضه وتقديره والرضا فى الفضولى قائم بالأجازه فلا رضا قبلها فلا شرعية ولا تأثير .

قوله الا ان يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه : فحين يثبت ان هذا الشخص وارث المتوفى وتنزاح العلل عنه فأن السبب المتقدم من حينه يؤثر بالنسبة الى هذا الشخص المفروض الا ان هذا الاربط له بالشرطية المتحدث عنها فى باب العلل ومع هذا فهو غير صادق على الرضا لان المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله عنه وانه لا يحل لغيره بدون طيب نفسه وانه لا ينفع لحوق الرضا فى حل تصرف الغير السابق كما لا ينفع لحوق الرضا فى قطع سلطان المالك قبل لحوقه .

قوله وفيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة : فأن الأدلة قاصية بأحراز الرضا

فى مقام التصرف وهو مفقود بالفرض وتوقع حصول الرضا لا يرفع الحزاة قبل الحصول بطور قاطع .

قوله ويرد على الوجه الثانى : الذى قيل فيه بأن الأجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بضمونه وليس مضمونه الا نقل العوضين من حين العقد —
— اولا — ان الأجازة وان كانت رضا بضمون العقد الا ان مضمون العقد ليس هو النقل من الزمان الخارجى للعقد حتى تتعلق الأجازة والرضا بذلك النقل المقيد بتاريخ خاص بل مضمون العقد هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان خاص وانما الزمان من ضروريات انشاءه لانه امر زمانى كالمكان الخاص الذى يقع فيه الانشاء فأق قول العاقد بعت ليس معناه من ذاته اننى نقلت من هذا الحين وان كان النقل المنشأ به واقعا فى ذلك الحين فالزمان ظرف طبيعى للنقل لا انه قيد له وجزء محتواه فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد يقع فى ظرف خاص من الزمان بلا اخذ له فى ماهية العقد كذلك اجازة ذلك النقل تقع فى زمان خاص بلا اخذ له فى ماهية الأجازة بل بالانطباق فى الطرفين — العقد — بالنسبة الى نفسه — والاجازة — بالنسبة الى نفسها وكل منهما —
— باستجماعه لشرائطه يعطى آثاره بتولده وكيونته وكما ان الشارع اذا امضى نفس العقد وقع النقل من زمان امضاءه حيث يقتربان والا فمن زمان الامضاء فكذلك اذا امضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الأجازة .

قوله ولأجل ما ذكرنا : ان اى شىء يفرض انما يكون تأثيره من زمان تولده الواجد لشرائطه الفاقد لموانعه لم يكن مقتضى القبول — الذى هو رضا بالايجاب — وقوع الملك من زمان الايجاب مع ان القبول ليس الا رضا بضمون الايجاب الذى فيه نقل الشىء للطرف : بل لا يقع الملك الا بعد القبول وسره انه لا عقد قبل القبول فان العقد لا يتصور الا بين امرين

الايجاب احدهما مضافا الى ان الايجاب قبل القبول لاطرف له ولا تتحقق الطرفية فى احد الا بعد قبوله - فلو كان مضمون الايجاب النقل من حين الايجاب وكان القبول اللاحق رضا بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر على المعاملة من حين ايجابها لا بعد حصول القبول لان الشخص الموجب ينقل من حين ما يوجب والقابل يتقبل ذلك ويرضى به ودعوى ان العقد سبب للملك فلا يتقدم الملك على العقد الذى هو - والايجاب والقبول معا لأحدهما مدفوعة بأن سببته للملك ليست الا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه فان افرض مقتضاه مركبا من نقل فى زمان ورضا بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب وهذه النتيجة مقتضية بالنسبة الى مقدمتها وكان عليه ان يقول كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب والقبول لان القبول هو الرضا بذلك النقل وبدونه لا يتم مقتضى - ولأجل ما ذكرنا - من ان تأثير اى شىء يفرض انما يكون بعد تولده واستجماعه لما يكون به تأثيره لا يكون فسخ العقد الا انحلاله من زمان الفسخ لا من زمان العقد فان الفسخ كغيره من المؤثرات لا يعقل فيها التأثير قبل تولدها فالفسخ من حين الفسخ والأجازة من حين الأجازة والرد امره واضح فأنه قبل بروزه لا يكون اثر للعقد بمجرد وبعد بروزه ينحل ذلك الموقوف فلسان الرد يؤثر من حين بروزه وما قبله الى زمان صدور العقد لا اثر له ان لا صاحب له لا انه لا اثر له لأن الرد تعقبه .

قوله او مقام نفس انشائه : اى انشاء المالك نفسه للعقد .

قوله ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط : اى لزوم تقدمه : ولا جزء سبب :

حتى يلزم تقدمه ايضا .

قوله وانما هى : اى الأجازة من المالك محدثة للتأثير فى العقد السابق وجاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع - حين وقع - مؤثرا - بمعنى ان

الأجازة تؤثر بعد تولدها بما هو مربوط بما قبل تولدها - وهذا مطلب كما ذكرنا مرارا ليس بصحيح لان الشئ لا ينقلب عما وقع عليه وكان حين وقع غير مرضى به اى غير واجد لعنوان الرضا ممن له ذلك والاجازة حيث تلحقه لاتستطيع ان تقلب الماضى عن عنوانه الذى وقع عليه : وعلى فرض تصحيح هذه الفرضية الخاطئة وهى ان الأجازة ليست شرطا ولا جزء سبب وانما هى مجرد رضا من المالك بنتيجة العقد اعنى محض الملكية من غير التفات الى وقوع عقد سابق ومجرد رضا المالك لايقال له اجازة لان معنى اجازته عداه وامره فمعنى اجاز العقد جعله جائزا ماشيا نافذا ماضيا ولم يدل دليل على امضاء الشارع لأجازة المالك على هذا الوجه الذى هو - بمعنى مجرد الرضا من المالك فأن هذا الرضا بمجرد له عقد حتى يجب الوفاء به لان وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه الى العاقدين وليس المالك بمجرد الرضا بما هو رضا لنفسه يكون من العاقدين وانما يكون منهم بنسبة العقد الواقع اليه ومن المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا ولا بمنزلة العاقد الا بعد الأجازة فلا يجب الوفاء الا بعد ان يصير بمنزلة العاقد اى بعد الاجازة .

قوله هو الألتزام بالنقل من حين العقد : بل من حين يكون العقد منتسبا له ويكون هو مخاطبا بالوفاء به وذلك لا يكون الا بعد الاجازة .
قوله وثالثا سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لأجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى والعرفى ومفهومها هو جعل العقد السابق جائزا ماضيا بعد ان كان راكدا واقفا بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه ومؤداه العرفى فانما صار العقد بالأجازة مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه - هنا نوع تدليس فى اخذ النتيجة من المقدمة فان تنفيذ الاجازة للعقد وتجويزه بعد ركوده ووقوفه

انما هو من حين الاجازة وحين الأجازة متأخر عن حين العقد ففاصلة ركور العقد ووقوفه مصطبغة بهذه الصبغة لاتقلبها الأجازة الى صبغة اخرى الا بعد مجيئها فما بعد - وعلى هذا فيسقط قوله فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه : ويريد بالوجه من حين العقد -

قوله لكن نقول : هذا كر بعد فر : بعد الأغماض عن ان مجرد كـون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا : هذا المقدار لا يحتاج الى غماض لان معنى الاجازة هو ذلك انما الكلام فى جعله كذلك من تاريخ وقوعه او من تاريخ حصولها - ان ذلك لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفى ترتب الأثر من حين العقد كما ان كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الايجاب وامضاء له لا يوجب ذلك اى ترتب الأثر من حين الايجاب . قوله فتأمل : جهة التأمل الواقعى هو ما سلفناه ان العقد لا يصدق بالايجاب وحده بل به وبالقبول فحيث يتأتى القبول يحصل العقد من حين تمام القبول ولا تترتب الآثار عليه الا متى يصير عقدا وذلك بعد تحقق القبول فقياس مقام الفضولى والاجازة التى تلحقه بالقبول والايجاب قياس مع الفارق وقد يقال فى جهة التأمل وجود الفاصلة بين العقد والاجازة ولا فاصلة بين الايجاب والقبول لاشتراط الموالاة بينهما .

قوله ان هذا المعنى : وهو ان الاجازة المتأخرة حيث تجىء فأنها تقلب العقد السابق عن عنوانه الذى هو الركور والوقوف من حين تلبسه بعنوان الركور والوقوف اى من زمن تولده هو - على حقيقته غير معقول لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشئ : اى انقلابه - عما وقع عليه فاذا دل الدليل الشرعى على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء الى ارادة معاملة العقد بعد الأجازة معاملة العقد الواقع

مؤثرا من حين ترتب الآثار الممكنة فاذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع الحاصل بعد العقد وقبل الاجازة الى المشتري وان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك وحصل النمء فى زمن مالكيته والحاصل انه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة الى ما يمكن من الآثار لامطلقا وهذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات .

قوله وقد تحصل مما ذكرنا : من دون ان نمهد له مقدمة منتجة كما قرأت فان الادلة العلمية قاضية بالنقل بعيدة عن القول بالكشف بجميع شعبه وتصويراته .

قوله فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس : المارة الذكر ان كان الهدف منها الاستشهاد بالوليد فأنه حر وان لم يجز مولى الوليدة بيع ولده لانه انخلق على شبهة فالأجازة لا تؤثر فيه من هذه الناحية واما صحيحة ابي عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فأن كل ما فيها تعبد محض فان فرض موت احد الطرفين قبل تحقق علقة الزوجية مما يهدم الموضوع كالتعبد فى عزل نصيب الحمل وجعله سهم ولد ين ذكرين .

قوله بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته الثلاث : الكشف الحقيقى والتزام كون الاجازة فيه شرطا متأخرا واما المشروط وهو الملك بما يستتبعه فمن حين العقد والكشف الحقيقى والتزام كون الشرط تعقب العقد بالأجازة لانفس الاجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط وهو فى نتيجته كالأول الا فيما يشار اليه والكشف الحكمى وهو اجراء احكام الكشف بقدر الأمكان مع عدم تحقق الملك الا بعد الاجازة اما ما كان مرتبا على نفس صفة الملكية فلا يترتب كما لو نذر مثلا انه لو ملك كذا لفعل كذا فان النذر انما ينصرف الى الملك الحقيقى لا التنزلى وكالمعصية فأنها لا تنقلب بالأجازة .

قوله والنقل : وامره واضح فأن الأجازة انما تستطيع التأثير منذ تولدها فجميع ما كان قبلها لا يربط له بما بعدها .

قوله اما الثمرة على الكشف الحقيقي بين شقيه : اى بين كونه من الشرط المتأخر او كون الشرط تعقب الأجازة فقد تظهر فى جواز التصرف وعدمه قبل حصول الأجازة فى الخارج مع العلم بأنها ستحصل فيما بعد فعلى كون التعقب هو الشرط يجوز التصرف وعلى كون الاجازة بنحو الشرط المتأخر لا يجوز .

قوله واما الثمرة بين الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة شرطا والكشف الحكمى فتظهر فى مثل ما اذا وطأ المشتري الجارية قبل اجازة مالكها ثم بعد ذلك اجاز فأن الوطأ على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لأصالة عدم الاجازة قبل لحوقها حلال واقعا لكشف الأجازة عن وقوعه فى ملك المشتري واما على الحكمى فقد عرفت ان الاجازة لا تقلب المعصية عن كونها معصية واما على الكشف بنحو التعقب فحيث يعلم ان الأجازة ستحصل فالجواز متحقق ظاهرا وواقعا .

قوله ولو اولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقي لانها ملكه واقعا وهكذا على الكشف الحكمى لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطىء فى الملك بل بعبارة اصرح انه اذا حكم عليه بعد الأجازة انه فى حكم المالك من حين صدور العقد كان لازم ذلك تحقق الاستيلاء بمعنى ترتيب آثاره من بعد الأجازة قهقرا ثانيا الى حين العقد فقوله ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمى لعدم حدوث الولد فى الملك وان حكم بملكية المشتري بعد ذلك لا مجال له بعد امعان النظر فيما ذكرناه .

قوله ولو نقل المالك ام الولد : أى التى استولدها المشتري من الفضولى:

عن ملكه قبل ان يجيز معاملة الفضولى ثم اجاز بعد النقل بطل نقله السابق على اجازته بناء على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوع نقله فى ملك غيره مع احتمال كون النقل قبل الاجازة بمنزلة رد معاملة الفضولى وهو الحق فلا محل لأجازته بعد نقله وعلى كون النقل السابق على الاجازة بمنزلة الرد لمعاملة الفضولى لانه ابطال لمحل الأجازة فلا مجال لقوله : وبقي : اى النقل صحيحا بناء على الكشف الحكمى وعلى المجيز قيمته يدفعها الى من باعها عليه ثم بعد البيع عليه اجاز معاملة الفضولى - لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل : وعلى فرض صحة هذا التصوير فمن لازمه ان يقول به على الكشف الحقيقى ايضا للقطع بصحة النقل الواقع منه قبل حكم الشارع بهذا الجعل .

قوله كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم : حيث نجيز هذا النوع من التصرف زمن الخيار ومعنى ذلك ان من يفسخ بحق الخيار ولا يجد متعلقه الا منقولا بناقل لازم يأخذ من طرفه قيمته .

قوله وضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الأجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد فأن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كاتلاف النماء ونقله ولم يناف الأجازة جمع بين مافعله المالك وبين مقتضى الأجازة بالرجوع الى بدل مافعله المالك وان نافي مافعله المالك اجازته كاتلاف المعين عقلا اى حقيقة او اتلافها شرعا كالعقوبات محلها مع احتمال الرجوع الى البدل : ولا يخفى ان فى كثير من هذه الاجتهادات تهافتا بل وتناقضا قد اشعرناك بجملة من مواقعها .

قوله ثم انهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع منها النماء فانه على الكشف حقيقيا وحكميا لمن انتقلت اليه العين ذات النماء وعلى النقل لمن

انتقلت عنه لان اجازته حصلت بعدما تحقق النماء فلا يكون النماء مشمولاً لها وللشهيد الثانى فى الروضة عبارة هى قوله فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد والاجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز فقد وجه معنى للمالك المجيز ان الطرفين فضوليان وهناك تكلف هو ان نماء المبيع للبائع على النقل وهو واضح واما نماء الثمن فباعتبار ان المشتري اصيل من قبل نفسه فقد بذل الثمن من حين قبوله لصاحب المتاع وان لم تحصل منه الاجازة بعد فنماء الثمن حتى على النقل لصاحب المبيع فقد اجتمع لصاحب المبيع نماء الثمن ونماء المثلث .

قوله ومنها : اى من الثمرات بين الكشف والنقل ان فسخ الاصيل لانشاءه قبل اجازة الآخر مبطل له - اى لانشاءه - على القول بالنقل دون الكشف - وهو تحكم محض فان الاصيل قبل حصول الاجازة اذا جاز له ان يفسخ انشاءه فإى فرق بين النقل والكشف اذا لم يكن للأجازة وجود بعد وحيث لا يجوز له ان يفسخ انشاءه كذلك لافرق عليه من حيث اصل الاجازة فحيث يكون العقد تاماً من طرف الاصيل وهو ملزم به من ناحية نفسه فلا فرق على هذا البناء بين كون الاجازة ناقلة او كاشفوق حيث لا يكون العقد تاماً لان تمامه ليس بالايجاب وحده بل به وبالقبول فهو من طرف ايجابه غير ملزم اذا احب الانصراف عنه وعلى هذا البناء ايضا لافرق بين ان تكون الاجازة ناقلة ام كاشفة اذا لم يكن لها وجود بعد .

قوله ولا يخلو عن اشكال : فان العقد انما يكون عقداً بتمامه اى بما يحصل له به انعقاد ولا يحصل الانعقاد من طرف واحد والاجازة هى المتممة له وقبل حصولها لا عقد فلا تشملها كلية او فوا بالعقود .

قوله ومنها - اى من الثمرات بين الكشف والنقل : جواز تصرف الاصيل

فيما انتقل عنه : هذه العبارة فيها توسع فأن ما هو مربوط بالأصيل قبل تحقق الاجازة لم ينتقل عنه بل هو اراد نقله وعلى هذا فالنقل والكشف لا اثر لهما قبل حصول الاجازة فلو باع جارية من فضولى جاز له وطئها وان استولدها صارت ام ولد له لأنها ملكه بعد وكذا لو زوجت الأصلحة نفسها من فضولى جاز لها تزويج نفسها من غيره لأنها قبل الاجازة تملك امرها فلو حصلت الاجازة فى المثالين لم تؤثر لقوات محلها .

قوله على هذا القول ايضا : اى على النقل فضلا عن الكشف ان لاموضوعية للتحدث عنهما والاجازة ليس لها وجود .

قوله حيث قال لا يجوز للبائع : اى الأصيل : ولا للغاصب التصرف فى العين المنتقلة من البائع بشراء من الغاصب الذى اشترى بعين المال المغصوب لامكان الاجازة من المالك المغصوب منه فانه حيث يجيز هذه المعاملة تكون العين المشتراة بماله له سيما على القول بالكشف الذى معناه انها له من حين العقد .

قوله ان الاجازة على القول بالنقل : ولا خصوصية للنقل — لها مدخل فى العقد شرطا او شرطا فأنها هى الايجاب او القبول واقعا هذا على الشرطية واما الشرطية فان ايجاب او قبول الفضولى لا تأثير لهما بدونها فما لم يتحقق الشرط او الشرط لم يجب الوفاء على احد من المتعاقدين لان المأمور بالوفاء به هو العقد المقيد الذى لا يوجد الا بعد وجود القيد وتحققه .

قوله وهذا كله على النقل : بل لافرق قبل تحقق الاجازة فى الوجود بين النقل والكشف فان حديث النقل والكشف فرع عن تحققها فهى قبل ان تتحقق عدم صرف فلا كشف ولا نقل ولا اى شىء آخر ينبع عنها .

قوله واما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه : هو تحكم محض فأنه

لا عقد قبل الأجازة والتزام الأصيل على نفسه قبل ان ينعقد بطرفه —
التزام تجوز معاكسته فأن من يلتزم بأن مالى ليس لى لا يكون لالتزامه هذا
اى اثر بل لا بد من حصول مخرج شرعى وما تقرؤه تاليا فيه تناقضات صريحة
لما سلف منه اولاً .

قوله لا يقدر فى السلطنة الثابتة له : اى بالفعل .

قوله بجوز التصرف مطلقا : ناقله كانت الاجازة ام كاشفة حيث لم تحصل
الاجازة بعد .

قوله كشف عن بطلان كل تصرف مناف : بل كل تصرف قبل الأجازة اذا كان
مفوتا لمحلها فهو ملغى لها وما لم يكن كذلك اذا كان بناء الأصيل على
وجوده له فلم يسلم له بتصرف المالك قبل ان يجيز فهو غاية ما يعطيه الخيار
قوله نعم لو علم بأجازة المالك لم يجز له التصرف : هذه الفتوى بلا مدرك
فان صرف انتظار الأجازة قبل تحقق العقد التام لا يذهب بسلطانه الفعلى
على ماله .

قوله بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك : وقيل
اسطر صدر منه قوله ان الاجازة لها مدخل فى العقد شرطا او شطرا فما
لم يتحقق الشرط والجزء لم يجب الوفاء على احد من المتعاقدين لان
المأمور بالوفاء به هو العقد المقيد الذى لا يوجد الا بعد القيد وهذا
المطلب فى نفسه لا يرتبط بكون الاجازة ناقله او كاشفة بل هو مرتب —
بالأجازة بما هى وهذا هو الحق فلا مجال لقوله ومن هنا يظهر انه لافائدة
فى اصالة عدم الأجازة بل اصل عدم الأجازة فى مجاله وهذا من مجاله
متمش لا تقف امامه اصالة الأصيل فأن الأجازة من غيره وامرها مشكوك
والالتزام المجرد من نفسه ليس بعقد يجوز له ان يبدله بلا ان يقال فى
حقه انه نكث فأنه لاموضوعية للنكث حيث لا تتحقق المعاقدة وهنا لم تتحقق .

قوله صحيح على مذهبه في الكشف : بل هو صحيح على كل مذهب قبل تولد الأجازة - وكما قال - لعدم احراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين .

قوله فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد : اى يحصلون الأجازة وهو عين التحكم و اذا كان مجرد العقد بين الأصيل والفضولى كافيا فى ترتيب الأثار فما معنى الأجازة فى حال انها هى كل جوهـــــ المعاملة كاشفة فرضت ام ناقله ولا يتحدث عن الكشف والنقل الا بعد حصولها وحيث لم تحصل فلا شىء فى البين ويبقى كل مال على ملك صاحبه وكل حر نفسه وكل ما ذكره فى هذا المجال فهو لاقيمة له بالمرّة ومناقض لما سبق منه اتم المناقضة فى المبني والتفريع عليه .

قوله فمقتضى العموم على القول بالكشف : اى بعد تحقق الاجازة ان لا معنى للقول بالكشف او بغيره حيث لا اجازة وحيث لا اجازة فلا عقد يجب الوفاء به على احد وكون الاجازة بنحو الشرط المتأخر لا ينفى ضميتها .

قوله واما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه : ان لا معنى للالتزامه دخول مال الغير فى ملكه نعم يجوز ان يجعله لنفسه باعتبار مقابلته لمتاعه الذى التزم على نفسه نقله للغير لكن لم يحصل من الغير قبول لذلك وحيث لم يحصل من الغير قبول فهو بالنسبة الى نفسه طلاق ايضا فان الحبل الذى لم تجمع بين رأسيه عقدة تشدهما فأن كلا منهما طلق وهو من الواضح بمكان .

قوله ومقتضى الوفاء بالعقد : حيث يكون له طرفان واقعيان وهو مفقود فى عالم الفضولية قبل تحقق الأجازة .

قوله فى مسألة النذر المشهورة بالأشكال : بل لا اشكال اذا لم يتحقق من حصول المنذور من اجله .

قوله ان الألتزام : اى من جانب الأصيل - هنا - اى فى مقام الفضولية - غير معلق على الأجازة : واذ كان الأمر كذلك فهذا الاصيل لايهمه الا تحصيل البديل بازاء ماله بحلال كان ام بحرام : واما اذا كان التزمه بالمبادلة لتوقع حصول الأجازة ممن له ذلك فحيث لم تحصل فهو حر نفسه وهذا الألتزام انما يكون له احترام حيث يكون له طرف ذو صلاحية تتعقد به وبطرفه عقدة البيع او غير هوليس فى البين قبل الأجازة محقق للملاك المذكور .

قوله ثبت فى حق المباشر : اى الأصيل الذى باشر ما يخص نفسه من قبول او ايجاب : تحريم المصاهرة ان لم يدر بالفضولية ثبوتا ظاهريا ومع علمه بذلك فلا يثبت فى حقه ما يستدعيه العقد المؤثر لما سلف مكررا من ان عقد رأسى الجعل ممن له صلاحية ذلك هو الذى تبنى عليه الآثار وحيث لا يتحقق ذلك كالفوضى قبل الأجازة فأن الطرفين مطلقان وصرف الألتزام من دون شرعية تقوم به لاقيمة له فالمباشر لعقد الرابعة قبل الأجازة لا تحرم عليه الخامسة ولا اخت من التزم بمفرده بزواجيتها ولا امها ولا بنتها فأن هذه كلها فروع لأصل لم يثبت .

قوله الا اذا فسخت : اى ردت عقد الفوضى وحلته ولا اشكال فى امها ايضا حتى على نظر من لا يشترط فى تحريم الأم الدخول بالزوجة بل يكفى مجرد العقد عليها - ان لا عقد يحقق الزوجية فى البين - كما هو واضح قوله وفى الطلاق : اى من المباشر عن نفسه حيث يكون هو الزوج فهل يمكن ان يطلق مثل هذا قبل تحقق الأجازة حتى يستبيح ما حرّمته المصاهرة من الخامسة واخت المعقودة وبنيتها الى غير ذلك - نظر لترتب الطلاق شرعا على عقد لازم وهنا لا عقد لازما لأنه غير مجاز من احد الطرفين وحيث لا يترتب الطلاق ان لاموضوعية له فان اثر التزم المباشر من تحريمات

المصاهرة باق على عاتقه - اذا فصحيح العبارة - هكذا - فلا يبيح
المصاهرة - اى ان الطلاق بالصورة المارة الذكر لا يؤثر فى تحريمات
المصاهرة بل هى على رسلها .

قوله وان كانت : اى المباشرة زوجة لم يحل لها نكاح غيره وان لم تتحقق
الاجازة الا اذا رد طرفها العقد الصادر بينها وبين الفضولى عنه .
قوله والطلاق معتبر : يعنى ان الرجل الذى عقد عنه الفضولى لو طلق
فهل له مجال يقول نعم بمعنى ان طلاقه اعتراف بالزواج فهو اعتراف
ضمنى يعرب عنه الاقدام على الطلاق .

قوله نفى الأشكال : بمعنى ان المباشر عن نفسه محكوم بجميع ما يحكم به من
قامت بينه وبين طرفه زوجية قاطعة من الجانبين .

قوله واما مثل النظر : من الذى قبل عن نفسه بالأصالة : الى المزوجة
فضولا والى امها : بل وكل ما ينجر اليها بالمصاهرة المفيدة للحرمة
المؤبدة : فهو باق تحت الأصول لان ذلك من لوازم علاقة الزوجية غير
الثابتة بل المنفية بالأصل : ومع اعترافه بأن الزوجية غير ثابتة بل منفية
التزام الشخص بالقبول قيده شرعا فى حال انه لا قيد مع عدم
الزوجية مع انه لا يلتزم قطعا لو التزم شخص من نفسه حرمة النظر الى ام
نفسه بأن هذا الشخص ملزم بما التزم به وما ذلك الا لأنه لاقيمة للترامه
فى مقابل الشرع وفيما نحن فيه ايضا لاقيمة فى مقابل الشرع الذى لا يرى
الزوجية الا بين طرفين ذوى صلاحيتين وهو منفى فى البين - واما قوله
مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو حشو لاقيمة له ان
لا ربط له بصلب الموضوع وجوهه .

قوله ثم ان بعض متأخرى المتأخرين ذكر ثمرات آخر : غير ما تقدم - منها -
مألو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر او

بعروض كفر بارتداد فطرى - فأنة بمنزلة الموت فى انتقال امواله عنه الى ورثته - او غير فطرى مع كون المبيع عبدا مسلما او مصحفا فانهما لا يباعان على كافر فيصح حينئذ على الكشف لان الجميع حين العقد لم يكونوا كما فرضوا بعده دون النقل لأنهم حين الأجازة لم يكونوا واجدين للمالك المصحح وكذا لو انسلخت قابلية المنقول بأن كان موجودا حين العقد وتلف بعد ذلك وظاهرا حين العقد وعرضت له نجاسة مع ميعانه بعد ذلك فعلى الكشف يصح لانه حين العقد كان واجدا للمالك وعلى النقل لا يصح لفقدان المالك فيه عند الاجازة وفى مقابل ما ذكرناه ما لو تجددت القابلية بعد العقد وقبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الاجازة ولم تكن كذلك حال العقد فانها تصح على النقل دون الكشف لان الكشف معناه عدم وجود الثمرة حال العقد وهو يستلزم البطلان بخلاف النقل فأنها عند الاجازة مفروضة الوجود وفيما لو قارن العقد فقد الشرط ثم حصل الشرط قبل الاجازة فعلى الكشف لا يصح وعلى النقل يصح ولو قارن العقد وجود ثم فقد قبل الاجازة فعلى الكشف يصح وعلى النقل لا يصح .

قوله وربما يعترض على الأول : وهو انسلخ قابلية الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر : بأمكان دعوى ظهور أدلة الباب فى اعتبار استمرار القابلية من حين العقد الى حين الأجازة - على الكشف - حتى تكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الأجازة - وفيه - انه لاوجه لاعتبار استمرار القابلية ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالأجازة الى حين الاجازة كما لو وقعت بيوع متعددة على مال فأنهم صرحوا بأن اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول - على الكشف - مستمرة الى حين الأجازة لان الاجازة تكشف عن خروج

ملكه عنه من حين وقوع العقود كلا في وقته عليه وكما يشعر بعض الاخبار المتقدمة في الباب فأن في بعضها ظهورا وفي البعض الآخر صراحة بعدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة مضافا الى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح لما ذكر في الثمرة الثانية اعنى خروج المنقول عن قابلية تعلق انشاء او اجازة به لتلف وشبهه فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين في فوات احد ركني العقد مضافا الى اطلاق رواية عسروة البارقي الذي باع احد الرأسين ثم اجازه النبي ولم يستفسر عن حال ذاك الرأس المباع انه موجود بالفعل او ذبح واتلف فعدم الاستفصال يشمل بأطلاقه عموم الحالات التي منها ان الرأس المباع غير موجود حين الاجازة نعم ما ذكره اخيرا من تجدد القابلية حال الاجازة بعد عدمها حاله العقد لا يصلح ثمرة للمسئلة لبطلان العقد ظاهرا على الكشف والنقل فعلى الكشف لم تكن الثمرة موجودة فالمعاملة عليها باطلة وعلى النقل فأن العقد جرى على معدوم فهو باطل والاجازة لاتصححه وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط فان العقد باطل على الكشف وهو واضح وعلى النقل فان الاجازة لاتصحح ما وقع باطلا .

قوله وربما يقال بظهور الثمرة : بين الكشف والنقل في تعلق الخيارات فعلى النقل من حين الاجازة وعلى الكشف من حين العقد وحق الشفعة كذلك واحتساب مبدء الخيارات كذلك وهكذا معرفة مجلس الصرف الذي لا يصح الا بالقبض في المجلس ومجلس السلم الذي يعتبر فيه قبض الثمن في المجلس ايضا حتى يخرج عن عنوان بيع الكالى بالكالى وهو مجلس العقد على الكشف ومجلس الاجازة على النقل وكذا الايمان والنذور المتعلقة بمال البائع او المشتري فان المال ماله من حين العقد على الكشف ومن حين الاجازة على النقل فمورد اليمين والنذر يختلف تنجزا

وعدم تنجز باعتبار زمان العقد وزمان الأجازة وهو مبتن على الكشف والنقل وتظهر الثمرة بين الكشف والنقل فى العقود المترتبة على الثمن والمثمن وسيأتى البحث عنها مفصلا ان شاء الله .

وينبغى التنبيه على امور الأمر الأول منها : ان الخلاف فى كون الأجازة كاشفة او ناقلة ليس فى مفهومها اللغوى - وقوله - ومعنى الاجازة وضعا - هو عطف تفسير على سابقه - وانصرافا - فى العرف فأن المعنى اللغوى فيها هو ما يفيد الاشتقاق من اجازة يجيزه بمعنى أمره فى المجاز وعداه فيه ولا يعدو الانصراف العرفى هذا المعنى - بل - الخلاف فى كونها كاشفة او ناقلة بملاحظة حكمها الشرعى المتصيد من ملاحظة اعتبار رضا المالك ومن ملاحظة ادلة وجوب الوفاء بالعقود ومن ملاحظة ما يستشف من مفادات الأخبار الواردة فى الباب وهى المعنى - بقوله وغيرهما من الادلة الخارجية فلو قصد المجيز الأمضاء من حين الاجازة - على القول بالكشف - او الامضاء من حين العقد - على القول بالنقل - ففى صحة اجازته على قصده وجهان من ان الاجازة بيد من يملك الأجازة ومن ان مضامين الأخبار مثلا تعطى الكشف وهو يقصد النقل والمكلف ليس بمختار فى مقام للشرع فيه تحديد وتوقيف .

الأمر الثانى : انه يشترط فى الاجازة ان تكون باللفظ الدال عليها بالصراحة العرفية كقوله امضيت واجزت وانفذت ورضيت وما الى ذلك وظاهر رواية عروة البارقى حيث قال فيه النبى (ص) بارك الله فى صفقة يمينك الاكتفاء بالكناية الصريحة فى مفادها كالكلمة المذكورة والظاهر ان الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف فى الثمن من الفضولى ومن الفعل الكاشف اجازة البيع الوارد على ماله كما سيجىء فى تتابع العقود وكممكن الزوجة من الدخول بها اذا زوجت فضولا - وربما يحكى عن بعض

اعتبار اللفظ - لاغير - واستدل عليه بعضهم بأنها - اى الاجازة - كالبيع فى استقرار الملك - وهو يشبه المصادرة بأنه ادعاء مجرد وبأن شرطية اللفظ فى البيع انما هى لأجل لزومه والا فالمعاطاة بيع - ويمكن ان يوجه بان الاستقرار والتتبع فى النواقل الأختيارية - فى قبال القسرية كالارث ونظائره - اللازمة كالبيع وشبهه يقتضى اعتبار اللفظ ومن المعلوم ان النقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الاجازة اذا فلا بد من ان تكون باللفظ - وفيه نظر - وان الاجازة امضاء ولذلك لولا شبهة - الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة تعين القول بكفاية نفس الرضا اذا علم من اى طريق يحصل كما يستظهر ذلك من كثير من الفتاوى والنصوص .

قوله بكونه - اى السكوت .

قوله لان الحلف يدل على كراهتها : وحيث تكون الكراهة فاسخة فـان الرضا يكون شارداً للعقد .

قوله ولم يعبروا بالاجازة : بل عبروا بالرضا .

قوله زوجت نفسها فى حال السكر : هذا المورد لا بد من تصويره بمـا ينسجم مع الفضولى بأن تكون موكلة ولو فى حال السكر واجرى الغير العقد والا فاجراؤها هى العقد فى حالة السكر مما يطيح حتى بلفظية العقد .

قوله فدعوى الأجماع : على ان تكون الاجازة باللفظ .

قوله لايتلزمون بذلك : بل يشترطون الاذن اللفظى .

قوله الا ان يلتزم : بالنفكيك وان مجرد الكراهة لا تكون فسخا اما مجرد

الرضا يكون اجازة الأمر الثالث : من شروط تأثير الاجازة ان لايسبقها

الرد للعقد الصادر فان الرد فسخ وحيث يتحقق الفسخ بقول فسخت مثلا

لايبقى مجال لأن يقول بعد ذلك امضيت لذلك العقد المفسوخ .

قوله والا : اى ان لم تصيره الاجازة احد طرفى العقد لم يكن مكلفا بالوفاء

• بالعقد

قوله فى قطع علاقة الطرف الآخر : الذى هو الأصيل : عن ملكه : اى ملك

الراد .

قوله فتأمل : قد يكون مشيرا به الى ان علاقة الطرف الآخر انما تنقطع عن

ملك من نقل ماله فضوليا مالم تتحقق الاجازة والمفروض انها تحققت لكـن

بعد الرد .

قوله نعم الصحيحة الواردة فى بيع الوليدة ظاهرة فى صحة الاجازة بعد

الرد : قد تقدم ان ما يدعى من ظهورها فى الرد لا اساس له .

• قوله كأخذ المبيع : وضمه الى سائر امواله .

الرابع من الامور : قوله لم تورث : نفس الاجازة لوراثه وانما يورث المال

الذى جرى عليه العقد فضولة فحيث يجيز الوارث فبالأصالة عن نفسه

لا بالوراثة للأجازة من ابيه .

قوله والفرق بين ارث : نفس الاجازة : وارث المال : الذى جرى عليه

عقد الفضولى يظهر بالتأمل : فأن الوارث حيث نصح له ارث الاجازة

يكون بالنسبة اليها فرعا وبالنسبة الى صيرورة المال له بالأرث ويجيز ما صار

اليه يكون بالنسبة اليها اصلا .

الخامس من الأمور : اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن ولا لأقبـاض

المبيع : لانهما امران ممتازان لا ربط لأحدهما بما هو بالآخر .

• قوله فى قبض الثمن المعين : اى العين الشخصية .

• قوله وتشخصه به : اى تشخص الكلى بالمقبوض فى الخارج .

قوله فلو كانت اجازة العقد : وحده - اى من دون القبض - تستلزم

لغوية العقد كما فى الصرف والسلم بعد قبض الفضولى فى المجلد

والتفرق بعده كانت اجازة العقد الذى لم يستثن فيها القبض اجازة

للقبض صونا عن اللغووية فى اجازة المجيز اما لو قال بالصراحة اجزت العقد دون القبض ففى بطلان العقد أى بطلان المعاملة رأسا او بطلان استثناء القبض وجهان منشؤهما ان تصحيح العقد من لازمه فى الصرف والسلم تبعية القبض ومن ان ابطال القبض عبارة اخرى عن ابطال العقد فهو قد يريد ابطاله بالوقوف امام شرطه المصحح له .

السادس من الأمور : ان الاجازة تصحح المعاملة حتى لو لم تكن على الفور للعمومات التى لم تشترط الفورية ولمحتوى صحيحة محمد بن قيس السابقة فأن بين الاجازة واصل المعاملة فاصلة الحمل والوضع وما بعد ذلك واكثر المؤيدات المذكورة بعد ذكر الصحيحة لتصحيح الفضولى .
قوله على احد الأمرين : من الاجازة والرد .

السابع من الأمور : هل يعتبر فى صحة الاجازة انطباقها على تمام ابعاد العقد فى عموم محتواه وخصوصه .

قوله فلو اوقع : اى الفضولى : العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعض الصفقة فالأقوى جواز التبويض فى التجويز نظير ما لو كانت الصفقة لمالكين مستقلين فان تجويز احدهما لبعض الصفقة وهو ما يخصه منها صحيح ولا يحتاج فى صحته الى ضم تجويز الآخر نعم ضرر تبعض الصفقة على المشتري يجبر بالخيار ولو اوقع الفضولى العقد على شرط فأجاز المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط لانه امر معنوى بخلاف الجزء الخارجى فأنه قابل للتبويض كما فى تبعض الصفقة .

قوله واجاز المالك مشروطا : اى بضميمة شرط ضمه هو من نفسه لم يكن فى عقد الفضولى .

قوله او بدون الشرط : اى صحة الاجازة بدون الشرط .

قوله : الا اذا تقدم : اى القبول على الايجاب واجزائه ليرد الايجاب
على الشرط كما ورد القبول عليه .
 قوله او بطلانها : اى الأجازة .
 قوله اقواها الأخير : وهو بطلان الاجازة .

واما القول فى المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور - الأول - يشترط فى
 المجيز ان يكون حين الأجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد ولو
 اجاز المريض مرض الموت بنى نفوذ اجازته على نفوذ منجزات المريض ولا
 فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل وان احتمل بعضهم نفوذها على
 الكشف اذا كان حين العقد بريئا سالما .

الأمر الثانى : هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين العقد
 فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة ولا تنفعه اجازته اذا بلغ او اجازتولىه
 اذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لا يشترط وجود مجيز حين العقد قولان
 بالاشتراط وعدمه اولهما - وهو الاشتراط - للعلامة فى ظاهر القواعد
 واستدل - بالبناء للمجهول - له بأن صحة العقد والحال انه لا مجيز
 له ممنعة فاذا امتنع فى زمان امتنع دائما - هذه الكبرى مقتضية
 مرتجلة - وكذ لك استدل بلزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه فى
 العين المشتراة لأمكان ان لا تحصل اجازة ولعدم تحقق المقتضى لجواز
 التصرف وهى الاجازة المحققة للعقد وامتناع تصرفه فى الثمن ايضا لامكان
 تحقق الأجازة - وهم يرون ان الاصيل مسؤل ولو قبل الاجازة بعهدده
 فيكون الثمن كأنه قد خرج عن ملكه - ويضعف - الدليل الأول الذى قيل
 فيه فاذا امتنع فى زمان امتنع دائما مضافا الى ما قيل بانتقاضه حيث يكون
 المجيز موجودا لكنه بعيد التناول بحيث يمتنع الوصول اليه عادة - بمنع
 ما ذكره من ان امتناع صحة العقد فى زمان تقتضى امتناعه دائما بل العقد

يبقى موقوفا على الاجازة فحيث تحصل يصح واما تضرر الأصل فيتدارك
بالوسيلة التي يتدارك فيها وجود المجيز الممتنع الوصول اليه عادة مضافا
الى صورة تزويج الصغار فضلا الشاملة لتصوير وجود ولى النكاح واهماله
الأجازة الى بلوغهم وعدم وجوده بناء على عدم ولاية الحاكم الشرعى على
الصغير فى النكاح وانحصار الولى فى الاب والجد للأب ووصيهما حيث
لا يكونان على خلاف فى الوصى : وكيف كان فالأقوى عدم اشتراط وجود
مجيز حين العقد وفاقا للأكثرين بل لم يرجحه غير العلامة .

ثم اعلم ان العلامة فى القواعد مثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم -
فاعترض عليه البيضاوى بأن هذا القول لا يتم على مذهب الأمامية القائلين
بوجود الامام فى كل عصر وهو ولى فأجيب بأن الأمام على وجوده غير متمكن
منه ورد من انتصر للبيضاوى هذا الجواب بان نائب الامام وهو المجتهد -
الجامع للشرائط موجود وعلى فرض عدم وجوده فالعدل موجود بل للفساق
الولاية على الطفل فى مصالحه عند عدم العدول لكن ما ذكره هذا المنتصر
فى غير محله فكما يمكن فرض عدم التمكن من نفس الأمام يمكن عدم اطلاع
نائبه من المجتهد والعدول ايضا : فأن اريد من وجود المجيز نفس
وجوده فالاعتراض على البيضاوى بعدم التمكن من الامام غير مفيد بهذا
الجواب لان البيضاوى لم يقل بأن الأمام متمكن منه بل قال انه على مبنى
الأمامية موجود فى كل عصر والمفروض انه موجود وان اريد وجوده مع تمكنه
من الاجازة لاصرف وجوده فيمكن فرض عدم التمكن فى المجتهد والعدول
ان ا لم يطلعوا على العقد فالأولى ما فعله فخر الدين ابن العلامة والمحقق
الثانى شارح القواعد من تقييد بيع مال اليتيم بما اذا كان على خـلاف
المصلحة لا كما عبر العلامة : لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم -
وبالمآل يرجع هذا الكلام من الفخر والمحقق الثانى الى اشتراط امكان

فعلية الاجازة من المجيز لوجود ذات من شأنها الاجازة فأنه فرض غير واقع فى الاموال فحد الاقل من وجود عدل من المسلمين يقوم به—ذا الأستصلاح وانما خص الأموال بالذكر لما سبق من البناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح .

الأمر الثالث : لايشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد سواء كان عدم التصرف من اجل عدم المقتضى او لوجود المانع وعدم المقتضى يكون لأجل عدم كونه مالكا ولا مأذونا حال العقد وأما قوله وقد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه او جنون فهو ركيب جدا فان هذا الفرض يلزم درجه فى وجود المانع لا فى عدم المقتضى .

قوله والمانع : اشارة الى قوله لأجل عدم المقتضى او للمانع .

قوله الأولى من المسائل : ان يكون المالك حال العقد هو بنفسه المالك حال الاجازة لكن هذا المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر . قوله فيجيز المالك الجديد : فى مقابل المالك حال العقد سواء كان هو الذى باع فضولا ثم ملك او كان البائع غير هذا المالك الجديد .

قوله هو الأول : اى البائع فضولة هو المالك الجديد .

قوله اما ان يبيع لنفسه : او يبيع للمالك .

قوله ثم البائع : اى فضولة : الذى يشتري الملك اما ان يجيز العقد الأول اى الذى باشره هو بنفسه واما ان لايجيزه فهل ترى انه يقع لمن اشتراه منه وهو فضولى بمجرد ان يشتريه هذا البائع فيصير اصيلا .

قوله اما المسئلة الأولى : وهى مالو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك واجاز

فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق الحلى لزوم اجازته بعد ما يشتريه .

قوله بتعلق الزكوة بالعين : نظير تعلق الدين بالرهن اى انه تعلق

تقديرى وذلك حيث يمتنع الراهن من اداء الدين .

قوله هو الأول : اى الصحة بلا حاجة الى اجازة مستأنفة .

قوله للأصل : اى عدم الحاجة الى الاجازة بعد ان صار هذا البائع هو

المالك ولوجوب الوفاء عليه بعد ان صار العقد عقده .

قوله وقد مر الأشكال فيه : وكان من جملة ما قيل فى الاشكال - لا تبـع

ماليس عندك ولا بيع الا فى ملك .

قوله وربما لا يجرى فيه : اى فى مقامنا هذا وهو من باع مال الغير لنفسه ثم

ملكه بعض ما ذكر هناك وقد كان من الاشكالات الجارية هناك مخالفة

الأجازة لما قصده المتعاقدان فان الذى قصده البائع الفضولى هناك هو

البيع لنفسه والأجازة تحول المعاملة للمالك المجيز اما هنا فالأجازة حيث

تحصل فأنها طبق لما قصده المتعاقدان فان البائع الفضولى الذى باع

لنفسه هو الذى صار مالكا فحيث يجيز فقد اجاز ما قصده وهو فضولى .

قوله ان الأقوى صحته : اى صحة بيع الفضولى لنفسه وقد تقدم القول فيه .

قوله الثانى : من الامور الملققة : انا حيث جوزنا بيع غير المملوك لبائعه

مع انتفاء الملك عنه ومع انتفاء رضا المالك ومع انتفاء القدرة على التسليم من

البائع اكتفينا بحصول الملك والرضا والقدرة على التسليم للمالك المجيز

لأنه البائع حقيقه والفرض فى هذا المقام - وهو من باع مال الغير ثم ملكه

هل تجب عليه اجازة ما فعله اذا اراد صحته او هو فى غنى عن الاجازة

- عدم اجازته - كما يراه صاحب المكاسب - وعدم وقوع البيع عنه - اى

عن المالك - وفيه - اى فى هذا الأيراد - ان الثابت اعتباره هو اعتبار

رضا من هو المالك حال الرضا لان الداعى على اعتباره سلطنة الناس على

اموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم وهذا المعنى لا يقتضى

اكثر مما ذكرنا فان الفضولى صار هو الأصيل والرضا المعتبر بالفعل هو

رضاه وهو حاصل لان الفعل فعله .

قوله واما القدرة على التسليم فلا نتضيق من اعتبارها فى المالك حين العقد والمالك حين العقد اى انسان كان فان المفروض فيه القدرة على التسليم كفرض ان رضاه لا بد من تحصيله فهذه الشرائط حين العقد متوفرة فيمن هو مالك للمبيع - بالفرض - غايته عنوان المالك - لباس - تارة يلبسه زيد واخرى عمرو وايهما كان فى دوره هو صاحب عنوان المالك - وبعبارة اخرى زيد السابق عند ما ينزع عنوان المالكية ويلبسه لعمرو - والهدف هو عنوان المالكية - فكأنه جرد من نفسه شخصا آخر ألبسه كل ما كان لا يسا له فالفضولى فى موردنا عندما باع كان مكاتفا لمعاملته مالك جامع للملاكات المرادة وعندما صار هو مالكا جمع كافة الملاكات المرادة فما يلوح من الشيخ بقوله ولا يكفى حصولها فيمن هو مالك حين الاجازة مشعر بأن المعاملة حين العقد لم يكن الى جنبها مالك قادر على التسليم بلى كان وهو مالك المتاع حين العقد وبه يتم الملاك المراد كما ان برضاه التقديرى يتم الملاك المراد فان العقد حين صدوره كان واجدا له - هذه الملاكات وهى التى حفظته من الانهيار حتى يأتى دور الاجازة الواجد لمعاييره هذا الدور الذى يحكم تارة بلزومها واخرى بعدم لزومها كمن باع مال الغير ثم ملكه .

الثالث من الإيرادات : اننا حيث صححنا كون الاجازة كاشفة لاناقله فى جميع الموارد لان الدليل القائم على الكشف قائم على العموم وعلى المبنى فى مسئلتنا التى بأيدينا - من باع مال الغير ثم ملكه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه لفرض انه لم يملكه الا بعد البيع واما مالكية المبيع حين العقد فكانت لغيره فهذه الفاصلة بين العقد وبين حصول الملك للمجيز تبقى شاغرة لاتستطيع ان تنالها اجازة المجيز ومن لازم الكشف ان تنالها لان القائلين يقولون به من حين العقد والمالك حين العقد لم

تحصل منه اجازة والاجازة انما حصلت من المشتري من المالك حين العقد فأجازة مثل هذا الشخص على القول بكونها كاشفة تكون غير مشمولة لعنوان الكشف المقول به فى عامة المقامات فى حال ان الأدلة القائمة لاتفاوت بين مقام ومقام والجواب اننا حيث نقول بالكشف نلتزم بان الأدلة القائمة عليه لاتفاوت بين مقام ومقام غايته بعض الأجازات بعمرها الطبيعى قابلـة للأمتداد الى حين العقد وبعضها بعمرها الطبيعى غير قابل للأمتداد كما فى المورد فدائرتها صغيرة من نفسها ولم يصغرها احد .
قوله ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر عن عقد المعاملة صادرا ممن هو مالك حال العقد .

الرابع من الايرادات : لو باع زيد - يوم الخميس - فضولا - متاع بكر - على عمرو : فأجاز بكر يوم السبت العقد الصادر من زيد : والاجازة على الكشف كما هو المفروض : ومعنى ذلك ان عمرا المشتري يملك من حين العقد - يوم الخميس - المتاع - والمتاع ملك لبكر على الاستمرار حتى تحصل الاجازة منه ولم تحصل الاجازة الا يوم السبت فيوم الخميس كان المتاع ملكا له والاجازة بلسان حالها تقول ان المتاع ملك لعمرو من يوم الخميس فيوم الخميس صار ظرفا لمالكية عمرو - المشتري - ومالكية بكر صاحب المتاع - لأنه لم يجز الا يوم السبت : فما قبله المتاع ملك لـه - وهذا تدافع كما هو واضح - لكن جوابه واضح ايضا فان عمرا بالنسبة الى يوم الخميس ومالكه فيه - قبل حصول الاجازة - مطلب تقديرى والفعلية لمالكية يوم الخميس قبل الاجازة - لبكر - وحيث تأتى الأجازة - فذاك التقديرى فى مالكيته يوم الخميس لعمرو يصير فعليا من حيث ما يمكن ترتيبه من آثار الملك لانفس عين المتاع يصير فعليا فى تاريخ تقديريته وكل من يلتزم فى الكشف اكثر مما ذكرناه فقد التزم المستحيل :

وتقديرية مالكية المشتري لامانع منها فى عرض فعلية مالكية صاحب المتاع .
 ففى مثالنا الآنف - باع زيد يوم الخميس فضولا متاع بكر على عمرو - لو
 اشترى زيد المذكور المتاع من بكر يوم السبت فأجاز - فأن اجازته على
 مدى عمرها الطبيعى تؤثر كما تقدم ذلك فى (الثالث من الايرادات) .
 قوله ان العقد الأول : اى الصادر فضولة : انما يصح ويترتب عليه اثره
 - فيما نحن فيه وهو من باع مال الغير ثم ملكه - بأجازة الفضولى : اى
 بأجازة من كان فضوليا فى العقد الأول ثم صار اصيلا بعدما اشترى المتاع
 المباع فضولة : واجازة هذا الفضولى متوقفة على صحة العقد الثانى الذى
 به يصير الفضولى اصيلا : وصحة العقد الثانى متوقفة على بقاء الملك
 لمالكه الأصلى الذى يبيع عليه فضولة وهو الآن ينقله الى الفضولى فتكون
 صحة العقد الأول مستلزمة لكون المتاع المفروض ملكا للمالك وملكا للمشتري
 معا فى زمان واحد وهو يوم الخميس الذى فرضناه فى مثالنا السابق بناء
 على الكشف وهو محال لتضادهما ان لا يعقل فى الملك الواحد فى الزمان
 الواحد ان يكون لمالكين مستقلين فوجود العقد الثانى - الذى هو بين
 المالك الأصلى والفضولى - يقتضى عدم الأول لان المشتري فى الأول
 انسان اشترى من الفضولى والمشتري فى الثانى هو الفضولى تلقى المتاع
 عن المالك الأصلى والأول اذا صار المتاع فيه لمن اشتراه من الفضولى موجب
 لعدم الثانى وهو ما يكون المشتري فيه الفضولى لا من اشتراه منه فيلزم فى
 كل منهما وجوده وعدمه فى آن واحد وهو محال فأن قلت هذا الاشكال لازم
 لكل عقد فضولى على مبنى الكشف لان صحته موقوفة على الاجازة المتأخرة
 المتوقفة هذه الاجازة على بقاء ملك المالك ومستلزمة على الكشف لملك
 المشتري مع بقاء ملك المالك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك وملك
 المشتري معا فى آن واحد فيلزم اما بطلان عقد الفضولى مطلقا : على

النقل والكشف : والحق انه لا ملزم بهذا الأطلاق : او بطلان القول بالكشف لان الاشكال جاء من ناحيته اذا فلا اختصاص لهذا الأيراد بمن باع مال الغير ثم ملكه : قلنا فى الجواب يكفى فى الأجازة ملك المالك ظاهرا - وهذا نوع من التعمية : لأن الاجازة لا تكون الا من المالك المحكوم بمالكه شرعا ولا معنى لقيد الظاهرية فيه الا لما يقتض من هنا بقوله وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لانها - اى الأجازة فى الحقيقة رفع لليد واسقاط للحق : اى فالملكية الصورية تكفى فيها واما العقد الثانى الصادر من مالك المتاع للفضولى فلا تكفى فيه الملكية الصورية بل لا بد من الملكية الحقيقية كما فى كل البيوع المتأصلة : ولا يخفى ان هذا اللف والدوران انما صنع للتعمية وللفرار عن الاشكال ولكنه غير نافع : بالبيان الآتى : وهو ان ملكية المشتري - بناء على الكشف - بشرائه من الفضولى - يوم الخميس - انما تكون تقديرية والفعلية لمالك المتاع الأسمى فحيث يجيز تصير ملكية المشتري فعلية ويخرج المالك لأسمى عن كافة عناوين الملكية وفعاليتها ايضا منسوبة ليوم الخميس - بعد الاجازة يوم السبت من المالك انما هى بمعنى ترتيب ما يمكن ترتيبه على المتاع المباع فضولة يوم الخميس لا ان يوم الخميس بالنسبة الى المشتري بعد تحقق الاجازة يوم السبت يعود يحمل وصفين التقديرية والفعلية فى عرض واحد فأن ذلك مستحيل ايضا لان فرض احدهما ينفى الآخر بل انما يحمل وصفا واحدا - اما التقديرية - وذلك قبل تحقق الاجازة - واما الفعلية بمعنى ترتيب ما يمكن ترتيبه على المتاع المباع - وذلك بعد تحقق الاجازة - وقد اشرنا الى ذلك فيما سبق .

قوله اقول قد عرفت ان القائل بالصحة فيما نحن بصدده وهو من باع مال الغير ثم ملكه ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد اجازة العاقد

له - حيث يصير اهلا للأجازة - هو تملك المشتري من الفضولى من حين ملك الفضولى لا من حين العقد الذى صدر حين صدر فضوليا وحينئذ فتوقف اجازة العقد الأول على صحة العقد الثانى مسلم لان العقد الثانى يصير الفضولى اصيلا فيمكنه ان يجيز العقد الأول وتوقف صحة العقد الثانى على بقاء المتاع المباع فضولة على ملك مالكة الأصل الى زمان العقد الثانى مسلم ايضا حتى تنتقل المالكية منه للفضولى فقول صاحب الأيـرار صحة الأول تستلزم كون المال ملكا للمالك والمشتري معا فى زمان واحد ممنوع بل صحة الأول وتأثيره يستلزم خروج المعين عن ملكية المالك الأصلى نعم انما يلزم ما ذكره من المحال اذا ادعى وجوب كون الاجازة كاشفة من حين العقد وقد بينا ان الاجازة فيما نحن فيه عمرها الطبيعى اضيق مما يراد ادعاؤه فأن قابلية المجيز هنا من زمان ما ملك لا ما قبله وهذا امر تقدم بيانه فى الوجه الثالث نعم يبقى فى المقام الأشكال الوارد فى مطلق الفضولى بناء على الكشف وهو كون الملك حال الاجازة للمجيز والمشتري معا : ونحن قد اجبنا عن هذا الاشكال بصراحة وواقفناك على حقيقة الأمر قبل هذه الحاشية .

قوله وهذا اشكال آخر : غير ما اورده لما نحن فيه وهو من باع مال الغير ثم ملكه وان كان من سنخه تعرض نفس المورد لدفعه فى آخر كلامه - وهو - اى الاشكال الآخر - بناء على الكشف لزوم كون الملك فى عرض واحد للمالك الأصلى وللمشتري - نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام الى ما يلزم فى المسألة بأيدينا على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد - قبل العقد الثانى - بل الحق ان يقول حين العقد الثانى لوجوب التزام مالكية المالك الاصلى مستمرة حتى يصح العقد الثانى وملكية المشتري لهذا المتاع من الفضولى لأن الاجازة

على الكشف تكشف عن ذلك والذي يجيزه هو الفضولى عندما يشتريه من المالك الاصلى وملكية العاقد للعقد الأول لان ملك المشتري لا بد ان يكون عن ملكه والا لم تنفع اجازته فى تملكه لان اجازة غير المالك لا تخرج ملك الغير الى غيره .

قوله ثم ان ما اجاب به - المورد - عن الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى لا يسمن ولا يغنى لان الاجازة اذا وقعت فأن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها لان الاجازة لا تكون الا من المالك الواقعى والمالك الظاهرى انما يجدى اذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة ولذا لو تبين فى مقام آخر - غير ما نحن فيه - كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته لان المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية ثم ان ما ذكره فى مقام الفرق بين الاجازة وانه يكفى فيها ملك المالك ظاهرا وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها فى الحقيقة رفع لليد واسقاط للحق - والعقد الثانى - وانه لا يكفى فيه الملك الصورى تحكم صرف خصوصا مع تعليقه بأن الاجازة رفع لليد واسقاط للحق فليت شعرى هل ان اسقاط الحق يجدى مع عدم الحق واقعا .

الخامس من الايرادات ان الاجازة المتأخرة الصادرة من البائع الفضولى - يوم الخميس عندما صار مالكا للمبيع الذى باعه من طريق المالك الاصلى - يوم السبت لما كشفت هذه الاجازة المتأخرة - الصادرة يوم السبت - عن صحة العقد الأول - الصادر يوم الخميس - وكان من لازم ذلك - كون المال المباع - يوم الخميس - ملك المشتري الأول فقد وقع العقد الثانى بين الفضولى والمالك الاصلى - يوم السبت - على مال المشتري - لان الكشف الحقيقى الذى معناه على نظر هؤلاء ان يوم الخميس المجاز بيوم السبت يصير ظرفا واقعيًا لمالكية المشتري من الفضولى

وانا صار المتاع من يوم الخميس ملكا للمشتري والمفروض ان العقد الصادر بين المالك الاصلى والفضولى انما حصل يوم السبت ويوم السبت تأخر عن يوم الخميس فعقد يوم السبت لا يصح الا باجازته من مالك يوم الخميس الذى هو المشتري كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الاول فلا بد من اجازة المشتري فى البيع الاول للبيع الثانى حتى يصح ويلزم فعلى هذا الذى صورناه من ان معاملة يوم الخميس انما تتحقق بمعاملة يوم السبت وحيث تتحقق معاملة يوم الخميس - على الكشف - فان معاملة يوم السبت تكون بحاجة الى ان يصححها ما سبق عليها - وهو يوم الخميس - فيصير كل من يوم الخميس ويوم السبت بحاجة فى صحته الى الآخر وتتوقف اجازة كل الشخصين على اجازة الآخر كما تتوقف صحة كل من العقد الثانى واجازة صاحبه على اجازة المشتري الغير الفضولى وهو صاحب معاملة يوم الخميس وهو من الاعاجيب بل من المستحيل لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الاصلى شيئا من الثمن لأن الفضولى يوم الخميس باعه لنفسه لا للمالك ولا المثلن لأنه صار للمشتري يوم الخميس كما يلزم تملك المشتري الأول - يوم الخميس - المبيع بلا عوض لان العوض الذى دفعه للفضولى باق على ملكه مالم تحصل منه اجازة للمعاملة التى اجراها الفضولى مع المالك الاصلى - يوم السبت - ان اتحد الثمان - فى البيع الفضولى والبيع الواقع بين المالك الاصلى والفضولى - بأن كان ثمن يوم الخميس - خمسين - وثمان يوم السبت - خمسين ايضا - وبدون تمام الثمن ان زاد العقد الأول - يوم الخميس - على العقد الثانى - يوم السبت بأن كان الثمن يوم الخميس خمسين وكان يوم السبت اربعين ومعاملة يوم السبت حيث تجاز من مشتري - يوم الخميس - فان ثمنها وهو الاربعون يعود له وهو قد كان اشترى بخمسين: وبزيادة على الثمن

— حيث يكون يوم الخميس باربعين — ويوم السبت بخمسين فان هـذا الثمن الزائد عما دفعه فى معاملته يعود اليه بأجازته لانكشاف وقوعه فى ملكه — بناء على الكشف فالثمن مساويا او زائدا او ناقصا له وقد كسان المبيع له ايضا بشراء يوم الخميس بما بذله فى وقته من الثمن وهو ظاهر .

لكن هذا كله سفسطة تضيع الوقت على طالب العلم واصولا يجمل العلم عنها ولكن شاءت السلائق غير المعتدلة ان يكثر هذا النوع من اللف والدوران فى اكثر العلوم ونحن قد عرفناك سابقا : انه من المستحيل — ان يجمع يوم الخميس وصفى المالكية التقديرية والفعلية قبل الاجازة وبعدها فى عرض واحد فأن التقديرية تنفى الفعلية ان لامعنى لفرض الفعلية مع فرض التقدير وبالعكس لامعنى لفرض التقديرية مع حصول الفعلية فغايسة ما يستطيعه الكشف الحقيقى ان يحكم بترتيب ما يمكن ترتيبه من حين العقد — يوم الخميس — — كما ان فيما نحن فيه — انما يصح العقد الأول بشرط تحقق الثانى فتحقق الثانى شرط فى تحقق الأول فكيف يتوقف الثانى على الأول — وهو بمنزلة مقدمة الوجوب فلا يقال فيها انها تكتسب — الوجوب من ذى المقدمة الذى وجوبه منها — كما عرفت فى مورد المثال — من باع مال الغير ثم ملكه وأجاز — ان اجازته انما تستطيع ان تؤثر بمقدار تولدها وعمرها الطبيعيين وهو من باب ضيق فم الركبة لاتضييقه — وقد سلف القول عن هذا كله فحيث تلاحظ هذه الحقائق يسقط جميع ما لفقوه بتمامه ومن هذا الذى بيناه تعرف قصور ما اجاب به المصنف فى ذيل الأمر الخامس الذى بأيدينا .

قوله الوجوه الثلاثة الأخيرة : وهى الثالث والرابع والخامس .

السادس من الايرادات : انه يكفى فى اجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازم الاجازة كالتصرف فى ثمن المبيع وما هو من لوازم الفسخ كتزويج

المعقودة فضولا نفسها من رجل آخر وعليه فلما باع المالك الأصلى ماله من الفضولى بالعقد الثانى فقد نقل المال عن نفسه للفضولى وتملك الثمن وهذا العمل لا يجمع صحة العقد الأول المنشأ فضولتقأ صححة العقد الاول تقتضى ملك المالك الأصلى للثمن الأول لا للثمن الثانى وحيث وقع العقد الثانى بين المالك الأصلى وبين من باع فضولة فى العقد الأول كان فسخا له - وان لم يعلم المالك الأصلى بوقوع العقد الأول لخلو ذهنه منه - وحيث يقع الأول مفسوخا بالثانى فلا تجدى الأجازة المتأخرة الصادرة من المشتري فى العقد الثانى وبالجملة حكم عقد الفضولى قبل ان تبرمه الأجازة كسائر العقود الجائزة اى الفاقدة للزوم بل عقد الفضولى اولى منها بالجواز لان العقود الجائزة سالمة فى انفسها تامة من جوانبها بخلاف عقد الفضولى فإنه ليس بتام وعليه فكما ان التصرف المنافى يبطل لها كالانسان يوكل آخر فى بيع عبده ثم هو يتولى بيعه فان ذلك منه ابطال لو كالتة كذلك عقد الفضولى يبطله التصرف المنافى له كما فى موردنا فان بيعه لمتاعه من آخر ابطال لما جرى على متاعه من عقد فضولى - والجواب عن هذا - الايراد - ان فسخ عقد الفضولى هو انشاء رده بالقول وهو فاسخ وفيه تفصيلات تأتى واما الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقودة فضولا نفسها من انسان آخر وهكذا بيع المالك للمتاع الذى سبق البيع عليه فضولا من مشتر آخر فليس فسخا له - هكذا يقول الشيخ - خصوصا مع عدم التفات مالك الأمر الى وقوع عقد فضولى عليه او على متاعه غاية ما فى الباب ان الفعل المنافى لمضى عقد الفضولى مفوت لمحل الاجازة فاذا فرض وقوع العقد من صاحب الأمر صحيحا فمحل الاجازة ويخرج العقد السابق الفضولى عن قابلية أن يجاز اما بالمرّة كما فى مثال الترويج او بالنسبة الى من فات محل الاجازة بالنسبة اليه كما فى مثال البيع فان محل الاجازة انما فات بالنسبة

الى المالك الاصلى الذى باشر بيع متاعه على آخر واما المالك الثانى الذى تلقى الملك من المالك الاصلى وكان هو العاقد فضولة - للعقد الأول - فله ان يجيز ما باعه فى يوم الخميس فضولة عندما ملكه يوم السبت - نعم لو فسخ المالك الأول وهو الاصلى نفس العقد الأول بأن تعرض له بالفسخ بطل العقد الأول من حينه ولم يكن قابلا للأحياء باجازه من اشتد - رى بالعقد الثانى - يقول الشيخ - للأجماع على البطلان بالفسخ ولعموم تسلط الناس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها فالحاصل انه ان اريد من كون البيع الثانى فسخا للأول انه ابطال لاثرا الأول فى الجملة فهو مسلم ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة الى المالك الثانى فتكون له الأجازة وان اريد ان البيع الثانى ابطال للعقد رأسا فهو ممنوع ان لا دليل على كونه باطلا رأسا بل عقيم الاثر فى الجملة وتسمية مثل البيع الثانى ردا فى بعض الأحيان من حيث انه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث تكون الاجازة منه بعد مباشرة البيع الثانى لغوا نعم لو فرضنا قصد المالك من البيع الثانى فسخ العقد الأول بحيث يعد فسخا فعليا - فى مقابل الفسخ القولى - لم يبعد كونه كالأنشاء بالقول مبطلا للعقد الأول رأسا - الى هنا كلمات الشيخ على مجراها الطبيعى تؤيد الأيـرار ولا تدفعه - نعم هو يتشرد من ذلك بقوله : لكن الألتزام لا يقدر فى المطلب وكأن قائل يقول وكيف لا يقدر فى المطلب وهو تأييد لما قاله المـورد : فأجاب بقوله : ان المقصود ان مجرد بيع المالك - على لفافته ومما فى اللغافة انه لم يكن متوجها الى ان هناك عقدا جرى على متاعه - لا يوجب البطلان ولذا لو فرضنا انكشف فساد البيع الثانى بقى العقد الأول على حاله - هذا اول الكلام حيث يكون فعل مالك الأمر بمنزلة انشاءه للـرد واما ان فعله لم يصادف واقع الشرع فذلك لا يغير من مقصوده وهو ابطال

العقد الأول وصرف نظره عنه بفعل ينافيه : وأما الألتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمن الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلأن صحة التصرف المنافى تتوقف على فسخ العقد والا وقع التصرف فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه فان تصرف المالك الأصلى فى متاعه الذى يبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقف تصرفه فيه على فسخ العقد الأول الذى وقع على ماله فضولا غاية الأمر انه اذا تصرف فيه فقد فوت بتصرفه محل الأجازة فليس له ان يجيز بعد ما باع على غير المشتري الأول - وكأن الشيخ طوى فى باطنه قوله التقديرى - بهذا اللون : لكن من يملك بعده له ان يجيز - فى حال انه محل كلام -

قوله ومن ذلك يظهر : اى من قوله سابقا واما الألتزام فى مثل الهبة والبيع فى زمن الخيار بانفساخ العقد من ذى الخيار بمجرد الفعل المنافى فلأن صحة التصرف المنافى تتوقف على فسخ العقد والا وقع فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه فان تصرف المالك فى ماله المبيع فضولا صحيح فى نفسه لوقوعه فى ملكه فلا يتوقف على فسخه .

قوله العقد المتزلزل من حيث الحدوث : يريد به العقد الفضولى والمتزلزل من حيث البقاء يريد به العقد الجائز .

السابع من الايرادات : الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى (ص) عن بيع ما ليس عندك فان النهى فى هذه الأخبار اما لفساد البيع المذكور مطلقا - اى - بالنسبة الى المخاطب والى المالك وانما يمكن تناول الحديث للمالك اذا عممنا ما ليس عندك للمالك المجازى حين الخطاب اى وان ملكته فيما بعد واذا اردنا بالمالك من هو بالفعل كذلك فلا تعميم الا اذا قلنا ان ما ليس عندك يشمل ما لاتناله اليد ولو كان ملكا بالفعل وهذا مطلب لا يرتبط بالفضولى وانما يرتبط بالقدرة على التسليم شرطا على صحة

البيع : وعلى كل حال فالنهي المفروض يكون دليلا على فساد العقد
الفضولى وان الاجازة من المالك لاثار لها بعد العقد اذا كان المباشر
له غير مالك ولا مأذون واما لبيان فساده بالنسبة الى المخاطب خاصة وهو
الحق لان لسان النهى فى قوله لا تتبع ما ليس عندك انما يتناولوه ولا ربط له
بأن الاجازة من المالك لها اثر او لا اثر لها فيكون دالا على عدم وقوع بيع
مال الغير لبائعه مطلقا - اى - ولو ملكه فأجازه بل الظاهر - ولو
استشاما - ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع والا فعدم وقوعه له
قبل ان يملكه مما لا يحتاج الى بيان .

قوله وخصوص رواية يحيى بن الحجاج : هو عطف على قوله الأخبــــــــار
المستفيضة وهى التى مفادها عام وبمنزلة اعطاء ملاك كلى واما هذه الرواية
ونظائرها فان موارد خاصة لكنها يستفاد منها ملاك عام .

قوله المصححة اليه - يعنى انها صحيحة فى رجالها حتى تصل اليه فقط .
قوله ولا تواجهه قبل ان تستوجبها : اى لاتعقد معه بيعا والمبيع بعد
على ملك غيرك اما اذا استوجبت وصار المال لك فحينذاك واجبه .
قوله أليس ان شاء اخذ وان شاء ترك : وهذا معناه انه ليس بينك وبينه
عقد بيع وانما هو حديث مقولة عادية .

قوله عقد البيع فيحلل نفيا : اى اذا لم تحصل مواجهة قبل الاشتراء فالبيع
بعده يكون حلالا وان حصلت مواجهة قبل الاشتراء فان العقد على المتاع
قبل شرائه يكون حراما وبعبارة اخرى وجود العقد بين الدلال ومن يقاوله
قبل ان يشتري الدلال مورد المقولة يحرم وعدم العقد والاتكال على مجرد
المكالمة العادية يحلل .

- قوله انما يشتريه : المقاول من الدلال بعدما يملكه الدلال .
- قوله انما البيع : على المقاول بعدما يشتريه الدلال ويملكه .

قوله حتى نجتمع على شىء : اى نبين اغراضنا واهدافنا .
قوله قال لا بأس : ان لا عقد فى البين يلزم الطرفين وانما هو حديـث
 هامشى .

قوله من حيث المورد فى بعضها : نظير قوله (ع) اشترها ولا تواجه قبل
 ان تستوجبها .

قوله ومن حيث التعليل فى بعضها الآخر : نظير قوله (ع) انما يحلل
 الكلام ويحرم الكلام .

قوله والجواب : نحن اذا بقينا وألسنة الأخبار المسوقة فى هذا الباب
 وجدناها صريحة فى امرين - الأول - ان اجراء العقد على ما ليس عنده
 حرام بقوله ولا تواجه قبل ان تستوجبها - الثانى - انه لا اثر له - اذا
 العقد لو اجرى : وعمومات اوفوا بالعقود وتجارة عن تراض انما تشمل
 العقود الممضاة من الشرع والتجارات المسوغة من ناحيته وليس كل ما تعاهد
 عليه الطرفان وتاجرا فيه عن رضا منهما مما يجب الوفاء به ويحل اكله فأن
 العقد على الربا والتجارة فيه عن رضا لا يجب الوفاء به بل يحرم وهكذا
 التجارة فى ذلك يحرم القيام بها ولولا ما ثبت شرعا من تصحيح المعاملات
 الفضولية بالأجازة لسدنا باب هذه المعاملات بالمرّة نعم يجب النظر
 فيما ثبت شرعا تصحيحه وان الملاك المتصيد من الادلة ما هو فلننظر فى
 ما اجاب به الشيخ عن ادلة هؤلاء .

قال والجواب عن العمومات - لاتبع ما ليس عندك - انها انما تدل على
 عدم ترتب الاثر المقصود من البيع شرعا وهو النقل والانتقال بالنسبة الى
 بيع ما ليس عنده - ان لاشىء عند البائع حتى يأخذ فى قبالة ثنا وحتى
 يطالب المشتري بتسليمه : بل وتدل ايضا على تحريم انشاء صيغة لبيع -
 فلو أنشأ الصيغة والحال هذه فقد فعل حراما : ومن هذا البيان -

يظهر الجواب عن الأخبار الخاصة المتقدمة الذكر فأنها لاتدل خصوصا بملاحظة قوله (ع) ولا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها الا على ان المنوع منه هو الزام الطرف والزام النفس بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء وبعده - من دون حاجة الى الاجازة - بل الحق ان يقول - من دون حاجة الى عقد جديد لان فى تلك الأخبار ولا تواجهه قبل ان تستوجبها وفيها انما يشتريه منه بعدما يملكه وفيها انما البيع بعدما يشتريه - وهى - المسئلة الآتية اعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع قبل ان يكون المتاع له وعنده ثم يكون له وان نفس كينونة المتاع عنده بعدا مصححة للشراء السابق من دون حاجة الى الاجازة وسيأتى ان الأقوى فى هذه الصورة البطلان : وما قيل فى نفس هذه المسئلة من ان تسليم البائع للمبيع بعدما يشتريه الى المشتري منه قبل ان يملكه مفروض فى مورد الروايات والتسليم اجازة فعلية ولا حاجة معها الى اخرى مدفوع بأن التسليم اذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكون التسليم من مقتضيات لزوم العقد وانه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه اذا امتنع لا يعد وهو بهذه الصورة اجازة ولا تترتب عليه احكام الأجازة لان المعتبر فى الاجازة قولاً وفعلاً ما يكون عن سلطنة واستقلال لان ما يدل على اعتبار طيب النفس فى صيرورة مال الغير حالاً لغيره يدل على عدم كفاية التسليم المزبور المبعوث عن عقيدة فاسدة لو التفت اليها لتردد فى التسليم او لما فعل نعم يمكن ان يقال ان مقتضى تعليل نفي البأس فى رواية خالد المتقدمة التى جاء فيها ان المشتري ان شاء اخذ وان شاء ترك ثبوت البأس اذا قلنا ليس - - لأصيل - وهو الذى اشترى من الدلال - فسخ المعاملة قبل اجازة المالك اورده - يعنى اذا الزمنا الأصيل وهو المقاول للدلال بل - لزوم المعاملة من طرفه ففيه بأس .

قوله ارادة اللزوم من الطرفين : اذا كان المعنى ان اللزوم من الطرفين قبل ان يستوجب الدلال المتاع من صاحبه منهى عنه فحق ان لا ملزم حينذاك لكل منهما واذا كان المعنى اثبات اللزوم من الطرفين قبل ان يستوجب الدلال بمجرد المقابلة السابقة او صدور عقد بينهما فهو باطل لما عرفت انه لا ملزم حينذاك لكل منهما فان المقابلة ليست ملزمة والعقد السابق على الاستيجاب لا أثر له ولا الزام فيه لانه منهى عنه .

قوله والحاصل ان دلالة الروايات العامة والخاصة السابقة الذكر على النهى عن البيع قبل الملك صريحة واضحة ودلالة النهى على الفساد ايضا مما لم يناقش فيها فى هذه المسئلة الا انا نقول ان المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه فى العرف من الآثار فى مقابل الصحة التى هى امضاء الشارع لما يقصد منه عرفا من انشاء البيع - مثلا - لو فرض حكم الشرع بصحة بيع الشىء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده اهل المعاملة بأن يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال وجواز تصرف البائع بالثمن وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكه وتسليمه وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد البيع فى مثل الصورة المشروحة بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه ومع هذا كله فلا منافاة فيه لقابلية العقد للحقوق الأجازة ممن كان يملك المتاع حين العقد او ممن يملكه بعد العقد - ولكن فيه ان الآثار السابقة الذكر تنص على لزوم المواجهة من جديد - اى من بعد ما يستوجب الدلال المتاع من مالكه يوجبه للمقاول بعقد جديد فلا فضولية فى البين ولو كان فى مثل هذه الصورة مجال للأجازة لذكر فى حال انها لا اثر منها بل التصريح قائم بالمواجهة والشراء من الدلال بعدما يشتريه الدلال من اهله - وتفيد النصوص المزبورة بوقوع العقد الأول - لو وقع بين الدلال قبل ان يشتري وبين مقاوله - لاغيا غير مؤثر

وان المؤثر هي المواجبة الجديدة والشراء الجديد وقد يكون قوله فافهم - عقيب قوله - لانه لغو من جميع الجهات - اشارة الى ذلك - كما لامجال مع صراحة الآثار السابقة الى قوله اللهم الا ان يقال ان عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد انشاءه مع وقوع مدلول ذلك - العقد في نظر الشرع مقيدا بانضمام بعض الامور اللاحقة كالقبض في الهبة ونحوها والاجازة في الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق - فانها بالنسبة الى هذه المسئلة لاتعترف بأية صحة لما سبق على شراء الدلال من عقد او مقاوله بل المعاملة هي ما تكون بعد شراء الدلال بمواجبة جديدة .

قوله فقصدهم : مبتدء خبره لا يوجب الحكم عليه بالفساد .

قوله مطلقا : اى حتى مع الاجازة التى نقول بها نحن ولا وجود لها فى تلك الروايات بالمرة .

قوله واما صحته - اى العقد الصادر فضولة بنية المالك - لا عن نفس البائع الفضولى - اذا اجاز المالك فلأنه لا يربط له بالمسئلة التى بأيدينا من باع مال الغير لنفسه ثم ملكه فيرجع فيه الى مسئلة الفضولى : التـ صحناها .

قوله قد يחדش فيها : اى فى تلك الأخبار السالفة ان ظاهر كثير منها وروده فى بيع الكلى كصحيحة ابن مسلم : عن رجل اتاه رجل فقال ابتع لى متاعا - الخ - وصحيحة ابن حازم فى رجل امر رجلا ليشتري له متاعا وصحيحة ابن عمار يجيئنى الرجل فيطلب منع بيع الحرير - وانه لا يجـوز البيع الكلى فى الذمة ثم اشتراء بعض افراده وتسليمه الى المشتري الأول والحال ان المذهب جواز ذلك وان نسب الخلاف فيه الى بعض العبارات فيقوى فى النفس ان هذا القسم المتعرض لبيع الكلى فى الذمة وما ورد

فى سياقه فى بيع الاعيان الشخصية كروايتى - يحيى - التى فيها عن الرجل يقول اشترى هذا الثوب او هذه الدابة - وخالد - التى فيها الرجل يجيئنى ويقول اشترى هذا الثوب - اريد بها الكراهة او هو وارء فى مقام التقية لان المنع عن بيع الكلى حالا مع عدم وجوده عند المشتري حال البيع مذهب جماعة من العامة مستندين فى ذلك الى النهى عن بيع ما ليس عندك لكن الاعتماد على هذا التوهين فى رفع اليد عن روايتى يحيى وخالد الواردتين فى بيع الأعيان الشخصية وعموم مفهوم التعليل فى الأخبار الواردة فى بيع الكلى خلاف الأنصاف بل خلاف الحق فى الاعيان الشخصية ان غاية الأمر حمل الحكم فى مورد تلك الأخبار وهو بيع الكلى قبل التملك على التقية وهذا لا يوجب طرح التعليل بالمرّة .

قوله فالأقوى العمل بالروايات السابقة الذكر الصريحة فى مفادها والفتوى بالمنع عن البيع المذكور ومما يؤيد المنع مضافا الى ما سيأتى عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق على المنع ما جاء فى رواية الحسن بن زياد الطائى الواردة فى نكاح العبد بغير اذن مولاه قال قلت للصادق انى كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير اذن مولاي ثم اعتقنى بعد فأجدر النكاح فقال علموا انك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى شيئا قال ذلك اقرار منهم انت على نكاحك مورد الاستشهاد فى هذه الرواية ان الأمام سئله عن علمهم بزواجه حين كان مملوكا لهم وان سكوتهم بعد علمهم بذلك اقرار منهم فيكون المورد من قسم الفضولى المعمول لا من مورد مسئلتنا التى بأيدىنا من باع مال الغير ثم ملكه ان لو كان منها لم احتاجت المسئلة بعد عتقه وتملكه لنفسه الى أن يسئله الأمام عن موقف مولاه معه بعد الزواج ولم يحتج الأمام الى الأستفصال عن ان المولى سكت ام لا للزوم العقد بعد عتقه وتملكه لنفسه على كل تقدير سكتوا ام لم يسكتوا اذا

لم يفسخوا قبل انعاقه .

قوله ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات وهو مالو باع البائع وهو الدلال لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لأجازة مالك المتاع ولا لأجازة من باع عليه اذا صار مالكا بعد البيع وهذا هو الذى ذكره العلامة نافيا للخلاف فى فساده لقول النبى لا تباع ماليس عندك ولا شتمالها على الغرر فان صاحبها قد لا يبيعها والبائع غير مالك لها ولا قادر على تسليمها اما لو اشترى موصوفا فى الذمة اى امرا كليا ولو كان غير موجوـوب بالفعل عند البائع فأنه جائز اجماعا .

قوله فحينئذ : اى حين ان يقع الشراء من الدلال غير مترقب لأجازة مجيز لو تبايعا على خلاف هذا اللون المجمع على فساده بأن تبايعا على العقد موقوفا على الأجازة من مالك المتاع فاتفقت الاجازة او موقوفا على تملك البائع واجازته بعد تملكه لم تدخل الصورة الأولى فى مورد الأخبار السالفة لان ظاهرها البيع لنفسه لا عن المالك واما الصورة الثانية فأشكال لانه باع عن نفسه ماليس عنده ومورد الأخبار المانعة هو هذا غايته ان ظاهرها ليس فيه ترقب لأجازة بل اتكال على نفس العقد الجارى ومثل هذا لا يدخلها فى باب الفضولى المعهود .

قوله ولو تبايعا على ان يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع من دون حاجة الى اجازته فظاهر عبارة الدروس انه من البيع المنهى عنه فى الاخبار المذكورة لانه بيع ماليس عنده والعبارة التى هى محل الشاهد قوله ولو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ماليس عنده وقد نهى عنه .

قوله لكن الانصاف ظهورها : اى ظهور الاخبار السابقة كما اسلفناه فى الصورة الأولى وهى مالو تبايع الدلال والمشتري منه قاصدين لتنجز النقل والانتقال بلا توقف على شىء لا اجازة ولا غيرها وان الدلال قاصد للبيع

عن نفسه والمشتري قاصد للشراء منه منجزا وما ذكره العلامة في التذكرة حيث قال لا يجوز ان يبيع عينا لا يملكها ويمضى ليشتريها ويسلمها كالصريح فيما قلناه .

قوله لخروجه عن مورد الأخبار : لأن موردها انه باع عن نفسه بلا توقف على اجازة منه او من غيره .

قوله قد يشكل فيه : اى فى كلام العلامة فى المختلف حيث قال ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البائع فأجازه فالظاهر ايضا الصحة : جهة الاشكال ان الاجازة لامتعلق لها لان العقد السابق كان انشاء للبيع عن المالك - بالفرض - ولا معنى لأجازة هذا بعد خروجه عن ملكه : قال ويمكن رفعه بما اندفع به الاشكال سابقا فى عكس هذه المسألة وهى مالو باعه الفضولى لنفسه فأجازه المالك لنفسه : ووجه الدفع فى هذه المسئلة ان عنوان البيع لنفسه ليس راخلا فى الايجاب بل هو على مقتضى مفهوم المعاوضة والمبادلة ويندفع الاشكال هنا - اى فيما ذكره العلامة فى - فى المختلف من الفرع الذى ذكرناه - بأن كون البيع عن المالك الاصلى ليس راخلا فى مفهوم الايجاب كالسابق وانما هو على مقتضى مفهوم المعاوضة واما قوله فتأمل فهو للإشارة الى الفرق بين المقامين فإنه فى البيع لنفسه لما لم يكن مالكا محتاج فى تصحيح البيع الى تنزيل نفسه منزلة المالك وانه هو واما فى البيع للمالك فانه لا يحتاج الى التنزيل .

قوله ولو باع لثالث : اى غير نفسه وغير المالك الواقعى - معتقدا لتملك الثالث حقيقة او بانيا على تملكه عدوانا بالتنزيل كما تقدم فى تصوير بيع الغاصب لنفسه فان اجاز المالك حين الاجازة - لنفسه - فلا كلام فى الصحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع حين ايقاعه عن المالك حين الايقاع وان ملكه الثالث بعد البيع له واجازه او ملكه نفس البائع

فأجازه فالظاهر انه داخل فى المسألة السابقة المحكية عن المختلف بقوله ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله الى البائع فأجازه فالظاهر ايضا الصحة لخروجه عن مورد الاخبار المانعة التى متيقن موارد ها ان يبيع لنفسه منجزا من غير ارتقاب اجازة ثم يذهب فيشتري المتاع المباع .

قوله وهى لو لم يجز المالك : الذى باع فضولة : بعدما صار مالكا - ومراده انه تقصد عدم الأجازة لانه يرى نفسه مستغنيا عنها لانه الذى باشر البيع عن نفسه فأية حاجة الى اجازته هو - فان الظاهر من عدم اجازته تقصدا بطلان البيع الذى صدر منه فضولة لدخوله تحت الأخبار المانعة يقينا لانه باع ما ليس عنده ولم يحصل عقد جديد بعد التملك مضافا الى قاعدة تسلط الناس على اموالهم وعدم صيرورتها حلالا من دون طيب نفس فان مفروضنا ان البائع بعدما صار مالكا تجدد له نظر فلم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الذى باع عليه فضولة واما التزامه بالنقل حين اوقع البيع وهو غير مالك ليس التزاما الا بكون مال غيره للمشتري - هذا حيث يكون متوجها الى فقه المسألة - واما حيث يكون بوضعه المتعارف بين الدالين ومقاوليهم فالأمر ليس كذلك بل لا يعور يحدث نفسه بخلاف ما صنع اولا لأنه وان باع ما ليس عنده الا انه بان على تهئية ما عقد عليه - اللهم الا ان يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال اليه وان كان قبل ذلك اجنبيا لاحكم لوفائه ولا لنقضه ولعله لأجل هذا الاستدراك يرجح فخر الدين فى الايضاح بناء على صحة الفصولى صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الأجازة وربما يلوح هذا من الشهيد الثانى وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية عن المعبر حيث قال المحقق فيه اذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكوة او رهنه صح البيع

والرهن فيما عدا الزكوة فان اغترم حصة الفقراء قال الشيخ صح البيع والرهن - الخ - لكن يضعف ما مال اليه فخر الدين فى الايضاح ان البائع غير مأور بالوفاء قبل الملك فيستصحب ذلك بعد الملك - وفيه ان هذا تعمية اما قبل الملك فهو ليس صاحب عقد يجب الوفاء به فلا موضوع لأوفوا بالعقود وبعد ما يصير مالكا تتحقق الموضوعية ولذا لو اجاز اكتفى بذلك العقد لانه انتسب اليه ومن شرط الاستصحاب الاتحاف فى الموضوع ولعله اشار بالتأمل الى هذه النكتة .

قوله استصحاب حكم الخاص اى حكم ما كان قبل التملك .

قوله الى حكم العام - وهو اوفوا بالعقود .

قوله مضافا الى معارضة العموم المذكور - اوفوا بالعقود - بعموم سلطنة الناس على اموالهم : وفيه انه بمجرد ان يصير مالكا يصير صاحب العقد فيلزمه الأمر بوجود الوفاء ولا مجال لسلطنته على ماله .

قوله وفحوى الحكم المذكور فى رواية الحسن بن زياد المتقدمة فى نكاح العبد بدون ان مولاه وان عتقه وتملكه لنفسه لا يجدى فى لزوم نكاحه وانما الذى اجده اقرار المولى له الذى هو بمنزلة الاجازة .

قوله اشكل : كل من يرى ان العقد فى الفضولى اذا كان فى نفسه تاما ثم انتسب لأحد فأجازه ذلك الأحد يكون صحيحا واجب الوفاء به فلا اشكال عنده .

قوله ولو باع وكالة عن البائع : اى المالك وعبارة البائع غلط وان وجدت فى كثير من النسخ والصحيح ولو باع وكالة عن المالك .

قوله نعم يقع للوارث مع اجازته : للعقد الصادر من الوكيل الذى بان انعزاله بموت موكله وحيث يجيز يكون البيع له .

المسألة الثالثة : مما تقدم فى قوله فالكلام يقع فى مسائل : مالو باع

معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا واما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا وعلى كل منهما فأما ان يبيع عن المالك واما ان يبيع لنفسه فالصور اربع (١) عدم الولاية فانكشف كونه وليا والبيع عن المالك (٢) الصورة بنفسها والبيع عن نفسه (٣) عدم الملك فانكشف كونه مالكا والبيع عن المالك (٤) الصورة بنفسها والبيع عن نفسه .

الصورة الأولى ان يبيع عن المالك فينكشف كونه وليا على البيع فلا ينبغى الاشكال فى اصل الصحة لمصادقة فعله الواقع وان لم يعلم به لكن قد قيل مع ذلك هو بحاجة الى الاجازة بعد الانكشاف وان كان الولي لا يد له من مراعاة المصلحة فى تصرفاته فى مال المولى عليه ويفرض انه راعاها لكن هناك خصوصيات وراء تأمين المصلحة لو كان ملتفتا حين المعاملة الى كونه وليا والى تلك الخصوصيات لا نتخب غير الذى انتخب فالذى انتخب مع الانكشاف بعده يحتاج الى تثبيت بالاجازة : وهذا له وجه .

قوله لكن الظاهر : اى الذى يظهر من المحكى عن القاضى انه اذا ان السيد لعبيده فى التجارة فباع العبد واشترى بدافع نفسه ولا يعلم بأن سيده ولا علم به احد لم يكن فى ظاهر الأمر مأذونا فى التجارة ولا يمضى شىء من فعله فأن علم العبد بعد ما باع واشترى وبعد العلم باع واشترى ايضا مضى ما فعله بعد الأذن المعلوم له ولم يمض ما فعله قبل ذلك فأن امر السيد قوما ان يبايعوا العبد والعبد لا يعلم بأذنه له كان يبيعه وشراؤه منهم ماضيا وجرى ذلك مجرى الأذن الواضح البين فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز : وكأن القاضى يفرق بين صورتى - الرضا الباطنى من السيد بتصرفات عبده غير المكشوف اصلا وان هذا الرضا لا اثر له فى فعل العبد - والرضا الباطنى المكشوف لغير العبد كاطلاع

الناس على انه لعبده وان كان العبد فى الصورتين لا يعلم بذلك ولازمه تجريه فى فعله فى كلتا الصورتين : يبقى ان احراز رضا المولى بمعاملات عبده كاف فى الصحة والمضى ام هى بحاجة الى الأمضاء لان العبد حين عامل يرى نفسه غير مجاز وفعل ثم انكشف له انه مجاز .

الصورة الثانية : ان يبيع لنفسه فيكشف كونه وليا فالظاهر ايضا صحة العقد لما عرفت من ان قصد بيع مال الغير لا يقدح وان اجازة المالك تصححه للمالك فحيث يجيز المولى عليه بعد تأهله للاجازة يمضى بمعنى ان محصول المعاملة يكون له ولا معنى لقول الشيخ وفى توقفه على اجازته وجه بـل لا بد من ذلك لان قصد الولى كون البيع لنفسه والمال مال غيره وان كان مولى عليه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فأن الوجه المأذون هو ايقاع المعاملات على اموال المولى عليه للمولى عليه نعم هو يجوز له ان يشتري لنفسه كما يبيع على الناس لانه يبيع لنفسه : ولاحظ الحاشية التالية قوله فتأمل : قيل فى وجهه ان قصده لنفسه لغو سواء اجازة المولى عليه بعد تأهله للأجازة ومعنى ذلك ان محصول المعاملة يكون له ام لم تحصل اجازة وكانت المعاملة ذات مصلحة للمولى عليه فأن محصول المعاملة يكون للمولى عليه لان المال الذى عومل عليه ماله والذى عامل ولى شرعى له التصرف بما يصلح وهو حسب الفرض قد عمل بالمصلحة غاية احل نفسه محل المولى عليه وحيث لم يخرج من كيسه شىء فكلما ينتج من المعاملة فهو لصاحب المال وهو المولى عليه وصحة المعاملة قائمة بالولاية الشرعية وهى حاصلة .

الصورة الثالثة : ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كون العاقد هو المالك حين العقد وقد مثل لذلك بما لو باع مال ابيه بظن حياته فبان ان الأب ميت حين العقد والمشهور الصحة وقيل فى الاشكال عليها انه نقل المال عن

الأب اى بنيته - لا عن نفسه والاب فى واقع المطلب لم يكن حيا والمال ليس له وانما هو للعاقد ولم يعقد عن نفسه فهو بمنزله من باع مال نفسه لغيره ولأن العقد المزبور وان كان منجزا غير معلق فى الصورة الا انه معلق والتقدير ان مات مورثى فقد بعثك ولانه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاره ان المبيع لغيره .

قوله اقول اما قصد نقل الملك عن الأب مع انه لم يكن مالكا حين نية ذلك له بموته فلا يقدر فى وقوعه لانه انما قصد نقل الملك عن الأب لانه باعتقاره انه حين العقد مالك فهو انما قصد النقل عن المالك لكن اخطأ فى اعتقاره ان المالك ابوه وقد تقدم توضيح هذا المطلب فى عكس هذه المسألة وهو مالو باع العاقد ملك غيره فى الواقع باعتقار ان المبيع ملك العاقد كما لو فرض انه اعتقد ان اباه مات وان المال انتقل اليه ثم بان انه لم يمت نعم من ابطال عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنة طيب النفس من المالك للعقد حين يعقد قوى البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه - وهذا على اطلاقه غير صحيح بل لا بد ان يقول لو فرض ذلك - ولذا نقول نحن باسئراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد - وهذا التعبير مثل سابقه بل اعتبر الاجازة من اعتبار لاحتمال ان لا يكون كذلك حين العقد او لأن الاجازة كاشفة عن حاله : واما ما ذكره من انه فى معنى التعليق ففیه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول الذى قال فيه لانه انما نقل المال عن الأب لا عن نفسه فان الناقل للمال عن الأب وهو يظن حياته لم يعلق نقله على شىء : منع كونه فى معنى التعليق لانه اذا فرض انه يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو انما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة والمنظور انه غير معلق كبيع

الغاصب فى كونه غير معلق مضافا الى ان التعليق لايتأتى الى ذهنه لانه حين العقد ظان لحياته ومفروض هذه الصورة انه يبيع عن المالك لا عن نفسه فالبيع عن المالك وظن حياة الأب ينافيان التعليق كما لامجال - مع هذا الفرض - لقوله اللهم الا ان يراد ان القصد الحقيقى الى النقل - فى كل نقل - معلق على تملك الناقل كما فى المعاملات العادية - وحيث لايتوفر هذا المعنى فالقصد الى النقل صورى والقصد الصورى كاف فيمن يصحح عقد الفضولى وحيث يكتفى بالقصد الصورى يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا بأنه يعلم ان المبيع ليس له : ونوع الفضوليين كذلك : بلا خصوصية للصورة التى بأيدينا فى ذلك : وبعد هذا فلا اشكال فى صحة العقد الا ان ظاهر المحكى عن غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة الى اجازته لان المالك - فى الواقع - هو المباشر للعقد فلا وجه لأجازة فعل نفسه - وفيه ان المكروه ايضا هو المباشر للعقد ومع ذلك فمضى العقد موقوف على رضاه - ولانه وان قصد النقل الى مال معين لايدرى انه مال نفسه الا انه فى الواقع مال نفسه وان لم يشعر به حين العقد فهو اولى بالصحة واللزوم من مورد ان له فى المعاملة عليه قبل المعاملة فضلا عن اجازتها بعد وقوعها بدون ان سابق ولولا هذه الركيزة الواقعية توجه عدم وقوع العقد له لأنه لم يبعه عن نفسه والذى باع عنه كان ميتا فلا صاحب للعقد - لكن الأقوى - وفاقا للمحقق والشهيد الثانيتين وقوفه على الأجازة لا لما ذكره فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن - يعنى حين - العقد - لانه باع عن غيره كما هو المفروض فى هذه الصورة - بل مع اجازة المالك الذى باع عنه - لاندفاع هذا الذى ذكره بقول نفسه معقبا عليه - الا ان يقال ان قصد العاقد الى اصل البيع بما هو كاف فى

التصحيح غايته مع متمماته وتوضيحه ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد او بعد اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد فأن الصيغة وحدها ليست كل السبب الشرعى فى النقل والانتقال حتى يعتبر قصده او يقدر قصد خلافه وانما الانتقال شرعا من الاحكام الشرعية المعارضة للعقود بحسب اختلافها فى جواز التوقف على الامور المتأخرة عن العقد وعدم جوازه مع ان عدم القصد المذكور - وهو انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن بل مع اجازة المالك - لا يقدر بناء على الكشف لان الكشف يتناول حين العقد بل قصد النقل بعد الاجازة - بناء على انها للكشف ربما يحتمل قدحه - لما تقدم انه مع كون الاجازة للكشف قصد النقل فى اجازته فهل يكون قصده معتبرا او فى اجازته اشكال لانه خالف بقصده مفارها الذى هو الكشف - وبالعكس حيث يقصد باجازته الكشف مع ان مفارها فرضا هو النقل - فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة فى اللزوم هو عموم تسلط الناس على اموالهم وعدم حلها لغيرهم الا بطيب انفسهم وحرمة اكل المال الا بالتجارة عن تراض وبالجملة فأكثر ادلة اشتراط الاجازة فى الفضولى جارية هنا - وانما قال اكثر لانه باع ما هو ملكه فى الواقع وهو اخف وطأة من التصويرات الأخرى : واما ما ذكره سابقا بقولنا ولأن قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا - اى فى بيعه عن المالك - وحصوله متسبب بمجرد القصد الى نقل المال المعين المباع الذى هو فى الواقع ملك له وان لم يشعر به ففيه انه يكفى فى تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد الى نقل المال المعين وقصد كونه له او انه مال غيره مع خطأه فى قصده لا يقدر ولا ينفع بل تعين المال فى نفسه هو الذى يعين مصير نفسه ولذا بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره واما ادلة اعتبار التراضى وطيب النفس فهى دالة على اعتبار رضا

المالك بنقل خصوص ماله لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع ولا يدرى هو انه ملك له فان حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك فلو اذن فى التصرف فى مال يعتقد انه لغيره والمأذون يعلم انه له لم يجز التصرف من طريق ذلك الاذن ولو صححنا تصوير انه اعتق عبدا عن غيره فبان انه له لم ينعقد وكذا لو طلق امرءة وكالة عن غيره كأن كانت مزوجة له فى الصغر وهو لا يعلم بذلك وتزوجت بغيره والغير لا يعلم انها مزوجة بغيره فبان زوجته لان القصد المقارن الى طلاق زوجته وعق مملوكه معتبر فى الطلاق والعتق فلا تنفع فيهما الأجازة اللاحقة كما تقدم عنه - بقوله بحسب اختلافها فى التوقف على الأمور المتأخرة وعدمه : ولو غره الغاصب فقال هذا عبدى اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له فالأقوى ايضا عدم النفوذ للعلة السابقة نفسها وفاقا للعلامة والشهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع فى مفروض الصورة التى بأيدينا من الصور الاربع ووقوفه على الأجازة والفرق بين العتق وانه لا ينفذ والبيع الذى ينفذ مع الأجازة ان العتق لا يقبل الوقوف فاذا لم يحصل القصد الى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت الصيغة باطلة بخلاف البيع فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق وصحة البيع مع الاجازة كما يتوهم نعم ينبغى ايراد التناقض على من حكم فى مسألة العتق والطلاق بعدم النفوذ وحكم فى البيع بالزوم وعدم الحاجة الى الأجازة فان القصد الى انشاء يتعلق بمعين هو مال المنشئ فى الواقع من غير ان يعلم به ان كان يكفى فى طيب النفس والرضا المعتبر فى جميع انشاءات الناس المتعلقة بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق وان اعتبر فى طيب النفس المتعلقة باخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له ولم يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع هنا الا بالأجازة فالحق ان القصد الى الانشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد

بمعنى انه قابل للتأثير لكن لا بمجرد الانشاء بل يحتاج الى الاجازة ان كان مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا ولا يحتاج تصحيح العقد الى العلم بكونه مالا له : ثم ان كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الاجازة كما فى العقود والا وقع الانشاء باطلا كما فى الايقاعات .

قوله ثم انه ظهر مما ذكرنا : من ان الاجازة هى التى تصحح العقد وتخرجه عن التزلزل : ان هذا الحق وهو تصحيح العقد وسلب التزلزل عنه ثابت للمالك من باب انه يجوز له ان يصحح العقد وان لا يصححه بالأجازة وعدمها لا من باب خيار الفسخ فان الخيار انما يقال للعقد المنعقد التام فعقد مانحن فيه متزلزل من حيث اصل الحدوث بخلاف خيار الفسخ فان عقده فى نفسه غير متزلزل وانما التزلزل من حيث الاستمرار والبقاء : كما قواه : اى انه من باب الخيار بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه معللا بقاعدة نفي الضرر بثبوت الخيار ان فيه ان الخيار فرع الانتقال يعنى بعد الانتقال الشرعى يأتى حق الخيار - وفيه نظر فان خيار المجلس ثابت للصرف قبل التقابض وعند الشيخ ان كل خيار يجعل نفس العقد متزلزلا ولا انتقال معه الا بعد انتخاب البقاء وانتفاء الخيار : وقد تقدم توقف الانتقال على طيب النفس الذى لا يحصل الا بالأجازة وما ذكره المعاصر من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع الى العوض والمعوض وانما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه ان لافرق فى الجهل بانتقال ماله بين ان يجهل اصل الانتقال كما يتفق فى الفضولى الذى يبيع ولا يعلم من امر المالك لما باع اقل شىء والمالك نفسه لا يعلم من امر ملكه اقل شىء وبين ان يجعل تعلق الانتقال بماله ومن المعلوم ان هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولى على الاجازة ان لا يلزم من لزوم العقد بدون الاجازة غير هذا الضرر : ثم ان

الحكم بالصحة فى هذه الصورة الثالثة غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولى السائر الذى ينوى به الغير والملك ظاهرا وواقعا ملك الغير بل يجرى القول بصحة مانحن فيه حتى على القول ببطلان الفضولى السائر لأن الملك له فى الواقع الا ان يستند العقد الفضولى فى بطلانه بما تقدم من انه تصرف فى مال الغير قبيح فيتجه حينئذ عنده البطلان لأن المال وان كان ماله فى الواقع الا انه حسب علمه انه متصرف فى مال الغير بغير ان نه الصورة الرابعة : من الصور الاربع ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فيكشف انه له والاقوى هنا الصحة ولو على القول ببطلان الفضولى والوقوف على الاجازة بمثل ما مر فى الصورة الثالثة وفى عدم الوقوف هنا - اى حيث يبيع لنفسه - وجه لا يجرى فى السابقة لأنه فى هذه الصورة باع لنفسه - لا لغيره - ولهذا الفرق بين الصورتين - الثالثة والرابعة قوى للزوم هنا بعض من قال بالخيار فى الصورة السابقة .

قوله واما القول فى المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان امور - الأمر الأول - يشترط فيه : فى المجاز اى ما تنفذه الاجازة وتطلق سراحه - كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة فى التأثير ولم يتخلف عنه عدا رضا المالك فشرائط نفس العقد وشرائط المتعاقدين وشرائط العوضين يجب توفرها الا فيما يمتاز به النقل عن الكشف كما سيشار الى ذلك وبعبارة جامعة المجاز يجب ان يكون فيه كل شىء مهيناً للنفوذ والتأثير التام ما سوى الاجازة ممن له ذلك فلا يكفى اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء وحدها ولا احراز سائر الشروط بالنسبة الى الاصيل بل يجب احرازها حتى بالنسبة الى الفضولى - نعم يمتاز الاصيل بأنه هو ذوالاجازة وهذا لا يربط له بالشرائط بما هو طرف معاملة - بناء على الكشف - لان المعاملة على هذا المبنى يجب ان تكون تامة الجوانب من جميع جهاتها - وانما يجب الاحراز المزبور

— على المبنى المذكور — للزوم العقد على الأصيل بل هو لازم عليه لتوقف تأثير العقد الثابت هذا التوقف ولو على القول بالنقل على الشروط المومأ إليها وجهة التوقف المذكور ان العقد اما تمام السبب والاجازة كاشف—ة محضة عن تماميته واما جزء السبب والجزء الآخر هي الأجازة وعلى كل من المبنيين يعتبر اجتماع الشروط عنده — اى عند العقد — ولهذا لا يجوز الأيجاب فى حال جهل القابل بالعوضين بل لا بد من علمه قبل اتم حصول الأيجاب من بعده — فلو فرضنا فى هذا الجواز فرضا — فأنة لا يصح مثل هذا الفرض فى المجاز لان الاجازة على القول بالنقل اشبه بالشرط لنفس العقد فلا يكون العقد جامعا لشرائطه قبل الاجازة لا ايجابا ولا قبـولا — وفرضنا الذى فرضنا جوازه — انما هو بعد الايجاب التام وهنا لاتمام للأيجاب الا بعد الأجازة — ولو سلم ان الاجازة جزء لاشـرط — والفرق بينهما ان المشروط بالمرة لا وجود له من دون شرطه بخلاف الأجزاء فان لكل ما وجد منها تحقق وتأصل وان كان التأثير التام موقوفا على الانضمام — فهى جزء للمؤثر من هذه المعاملة لاجزء للعقد نفسه فيكون جميع ما دل من النص والاجماع على اعتبار الشروط فى البيع ظاهرا فى اعتبارها فى انشاء النقل والانتقال بالعقد نعم لو دل دليل على اعتبار شرط فى ترتب الاثر الشرعى على العقد من غير ظهور فى اعتباره فى اصل الانشاء امكن القول بكفاية وجوده حين الأجازة — على النقل المتحدث عنه ولعل من هذا القبيل القدرة على التسليم واسلام مشتري المصحف والعبد المسلم — أن تكون القدرة حاصلة عند الاجازة ويسلم مشتري المصحف عند الأجازة وهذا مشتري العبد المسلم .

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة الوجود حين العقد الى زمن الأجازة ام لا لا ينبغى الاشكال فى عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على ذلك امـا

بالنسبة الى الكشف فالقضية منتهية واما على القول بالنقل فكذلك بالنسبة الى نفس المتعاقدين لان العقد محصل لشروطه ما سوى الأجازة نعم على القول بكون الاجازة بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط واما شروط العوضين فالظاهر اعتبارها بناء على النقل لأن المعاملة انما تتم بالأجازة واما بناء على الكشف فوجهان مبناهما ما يقوله البعض من ظهور الأدلة فى اعتبار الاستمرار ومن ان الكشف الحقيقى معناه ان الاجازة كاشف محض عن تمامية السبب وحيث يتم السبب فى وقته فما بعده لا اثر له .

قوله واعتبارها : اى شروط العوضين : عليه : اى على الكشف : ايضا : اى كالنقل غير بعيد : بلا بيان لجهة ذلك .

الأمر الثانى : من الامور المربوطة بالمجاز : انه هل يشترط فيه كونه معلوما للمجيز بالتفصيل من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعا او صلحا فضلا عن تعيين جنسه من كونه نكاحا لجاريته او بيعا لها ام يكفى العلم الأجمالى بوقوع عقد قابل للأجازة وجهان منشأهما كون الاجازة كالأذن السابق فيجوز تعلقه بغير المعين الا اذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل نظير ان يقول له انت وكيلى على شىء وان الاجازة بحسب الحقيقة احد ركنى العقد لان المعاهدة الحقيقية انما تحصل بين المالكين للعوضين بعد الأجازة فيشبهه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند موافقة هذا المنشأ يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد ولا يكفى مجرد احتمال وقوعه فيجيزه على تقدير وقوعه اذا انكشف وقوعه لان الاجازة المتعلقة وان لم تكن من العقود حتى تشملها معاهد اجماعهم على عدم جواز التعليق فى العقد الا ان الاجازة فى معناه ولذا يخاطب المجيز بعد الاجازة بالوفاء بالعقد السابق الذى اجازه مع ان الوفاء بالعقد السابق لا يكون الا فى حق العاقد وفيه نظر واضح فإنه لا يخاطب بالوفاء الا من له العقد سواء

انشاء بنفسه ام لا والعاقده قد يكون اجنبيا عنه بالمرّة فكيف يخاطب بالوفاء به ولذلك قد يكون اشار بالتأمّل .

الأمر الثالث : من الامور المربوطة بالمجاز : وقبل كل شىء يجب التوجه للمثال التالى بما فيه من ارقام .

(١) باع عبد المالك بفرس .

(٢) من دخل عليه العبد باع العبد بكتاب .

(٣) من دخل عليه العبد بالكتاب باع العبد بدينار .

(٤) من دخل عليه الفرس باع الفرس بدرهم .

(٥) من دخل عليه دينار من بيع العبد باع الدينار بجارية .

(٦) من دخل عليه الدرهم من الفرس باع درهمه برغيف .

(٧) من دخل عليه الدرهم بالرغيف باع الدرهم بحمار .

(٨) ومن دخل عليه الرغيف باع رغيفه بعسل .

المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير — كعقد العبد بالفرس (١)

واما العقد الواقع على عوضه — كعقد الفرس بدرهم (٤) .

وعلى كل منهما اما ان يكون المجاز اول عقد وقع على المال — وهو فسى

المثال — عقد العبد بالفرس (١) او اول عقد وقع على عوضه — وهو عقد

الفرس بدرهم (٤) او آخر عقد وقع على المال — وهو عقد العبد

بدينار (٣) او وقع على عوضه وهو الفرس — ولا وجود لعنوان الآخرفيه

لان الفرس فى المثال جرى عليه بيع واحد وهو الدرهم : او عقدا بين

سابق ولاحق واقعين على مورده وهذا العقد المتوسط هو بيع العبد

بكتاب (٢) لانه واقع بين بيع العبد بالفرس (١) وبين بيعه بدينار

(٣) او واقعين على بدله والبدل يشمل ما لو كان عوضا او عوض عوض او

عوض عوض عوض والأمثلة التى فيها الأعواض كلها صالحة للتمثيل : او

عقداً بين سابق ولاحق واقعين بالأختلاف احدهما على مورده فبيع العبد بالدينار سبق عليه عقد العبد بالكتاب وهو على المورد ولحقه بيع الفرس بالدرهم وهو واقع على العوض .

اما اجازة العقد الواقع على مال المالك وهو العبد في مثال العبد بالكتاب (٢) فهي ملزمة له ولما بعده مما وقع على مورده اعنى العبد بالدينار (٣) بناءً على الكشف فمن حين اجازة معاملة العبد بالكتاب ينكشف ان المجاز صح من تاريخ وقوعه السابق على معاملته بالدينار فيصحان معا اعنى مثال - ٢ و ٣ - واما بناءً على النقل من تاريخ الاجازة فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وليعلم ان اجازة المالك الأصلى للعبد تتبع رغبته فقد يرغب بيع العبد بالفرس (١) وقد يرغب بيع العبد بالدينار (٢) فانه في جميع هذه المراحل يجيز ما هو ملكه فلو اجاز بيع العبد بالكتاب فان اجازته ملزمة لهذا العقد وملزمة لعقد العبد بالدينار ايضاً فأنه حين العقد على العبد بالدينار كان مالكا للعبد لان زمن اجازته متأخر عن صدور هذه العقود وفي العقود الواردة على العبد اذا اجازها مالك العبد من اولها صحت بأسرها او من وسطها صحت وما بعدها لأن المتأخر مترتب على المتقدم فحيث يصح المنشأ يصح مانشأ عنه واجازة العبد بالكتاب (٢) فسح بالنسبة الى ما قبله مما ورد على مورده اعنى بيع العبد بالفرس (١) بالنسبة الى المجيز الذى هو مالك العبد واما بالنسبة الى من ملكه بالاجازة وهو الذى اشترى العبد بالكتاب واجيزت معاملته فقابليته لأجازة العبد بالفرس مبتنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد والذى اشترى العبد بالكتاب لم يكن يملك العبد حين المعاملة عليه بالفرس فمن لم يشترط يصح تلك المعاملة بأجازته ومن يشترط لاتصح

المعاملة الأولى وحيث لاتصح الأولى فمن خرج منه الكتاب يكون العبد له وترجع الفرس على صاحبها لعدم اجازة معاملتها بالعبد هذا حال العقود السابقة على المجاز واللاحقة الواقعة على مورده وهو العبد فى المثال الذى هو مال المجيز .

واما العقود الواقعة على عوض مال المجيز فالسابقة على هذا العقد الذى هو بيع الفرس بالدرهم يتوقف لزومها على اجازة المالك الأصلى للعوض الذى هو الفرس والمفروض فى مال المجيز هو العبد وعوضه المفروض ايضا هو الفرس والمالك الأصلى للفرس الذى هو عوض مال المجيز اذا اجاز معاملته فقد صحت الفرس لمالك العبد الذى بعد استعواضه الفرس عن عبده باع الفرس المذكورة بدرهم فكما صح بيع العبد بالفرس صح بيع الفرس بالدرهم واللاحقة لـ (٤) الفرس بدرهم - هى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد وذلك لان الفرس كان عوضا للعبد وحيث صحت هذه المعاملة - العبد بالفرس - فصار مالك العبد مستعوضا للفرس فالذى دخل عليه العبد من هذه المعاملة وباعه بدينار فقد ملك الدينار فكان بيع الدينار من ناحيته صحيحا غايته يلزم ان يقيد بائع العبد بدينار انه الذى دخل عليه العبد فى مقابل الفرس لا ان البيع صدر عن فضولى وهكذا انما يلزم عقد الدينار بالجارية من طرفيه حيث لاتكـون الجارية من باب الفضولية .

واما اجازة العقد الواقع على المعوض اى بيع الدرهم برغيف (٦) فهى ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت على نفس مال المالك - اعنى بيع العبد بالفرس - لان صاحب الفرس لما باعه بدرهم صح الدرهم والفرس كلاهما او وقعت على عوض الفرس الذى هو عوض العبد وهو بيع الفرس بالدرهم (٤) فان صحيح الدرهم بالرغيف يستلزم صحيح الفرس بالدرهم

وملزمة للعقود اللاحقة له اذا وقعت على المعوض وهو بيع الدرهم بحمار (٧) لوجود الدرهم المصحح فيها اما الواقعة من اللواحق على هذا البدل واعنى به بيع الرغيف بالعسل (٨) فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض وهو الدرهم حيث بيع بالرغيف (٦) فان الرغيف بدله فحيث يصح هو يصح بديله .

وملخص ما ذكرنا انه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز كالعبد فى المثال فأن وقعت العقود المتعددة من اشخاص متعددين كانت اجازة وسط منها فسخا لما قبله واجازة لما بعده على الكشف فبيع العبد بفرس - من شخص - وبيع العبد بكتاب من شخص وبيعه بدينار من ثالث واجيز بيع العبد بالكتاب كان معناه صحة بيعه بالكتاب وما بعده وفسخ ما قبله فان المالك حيث اختار بيع العبد بالكتاب واجازه صح هذا العقد وصح الذى ورائه وهو بيعه بالدينار لان هذا البيع ترتب على سابقه وحيث تكون الاجازة كاشفة فترتب الآثار لكل عقد يحصل من تاريخ عقده وان وقعت العقود المتعددة من شخص واحد واجيز من المالك واحد منها انعكس الأمر بمعنى ان اجازة الوسط تصححه وما قبله دون ما بعده ولا يخفى ان هذه العبارة على اجمالها ليست بصحيحة بل لا بد ان يقال ان وقعت العقود على مال المجيز ببدله وعوضه لخصوص شخصه بأن بيع العبد بفرس والفرس بكتاب والكتاب بدينار فأجيز بيع الفرس بكتاب فانه يستلزم صحة بيع العبد بفرس ولا ربط له ببيع الكتاب بالدينار وانما استلزم اجازة مالك العبد لعقد الفرس بالكتاب لان معناه انه تقبل الفرس فى مقابل عبده لانه لو لم يتقبل ذلك لم يكن اهلا لأجازة معاملة الفرس بالكتاب ولعل هذا الذى ذكرناه هو المراد من المحكى عن الايضاح والدروس فى حكم ترتب العقود من أنه اذا اجاز عقدا على المبيع كالعبد فى المثال صح

وما بعده لان تصحيح بيع العبد بالكتاب تصحيح لبيع العبد بالدينار :
 وفي الثمن وهو الفرس يقع ثمننا للعبد اذا اجيزت المعاملة عليه بالكتاب
 ينعكس يعنى يصح وما قبله ان لا يربط له بما بعده فان العقود المترتبة
 على المبيع نوعا لا تكون الا من اشخاص متعددين واما العقود المترتبة على
 الثمن فليس مراد الايضاح والدروس ان يعقد على الثمن الشخصى المعين
 كالفرس مثلا فى مقابل العبد مرارا لان حكم ذلك حكم العقود المترتبة على
 المبيع العبد بفرس العبد بكتاب العبد بدينار وحكمها تصح وما بعدها
 ولا يصح ما قبلها على ما سمعت سابقا من قولنا اما العقود الواقعة على
 هذا البديل المجاز اعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة
 على المعوض ابتداءً فحيث يصح يصح وما بعده المترتب عليه فاذا اجيز
 الدرهم بالرغيف صح جعل الرغيف مبيعا فى معاملة اخرى كاستعواضه
 بالعسل بل مرادهما تزامى الاثمان فى العقود المتعددة بأن يكون مكان
 الفرس درهم ومكان الدرهم رغيف وهكذا كما صرح بذلك المحقق والشهيد
 الثانيان وقد علم مما سلف شرحه ان مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من العقد
 المجاز على عوض مال الغير كالفرس فى عوضيته للعبد ليس هو العوض
 الشخصى وهو الفرس بهذا العنوان الخاص الذى وقع ثمننا للعبد مباشرة
 بل العوض ولو بواسطة ومعنى ذلك تزامى الفرس وتبدله فى الاعواض
 المتعددة فى عقود متعددة .

ثم ان هنا اشكالا فى شمول الحكم : الذى شرحنا جملة من لوازمه فى
 ترتب العقود لصورة علم المشتري بالغصب اثار اليه العلامة فى القواعد
 ووضحه قطب الدين والشهيد : فقال قطب الدين : فيما حكى عنه فى
 وجه الأشكال ان المشتري مع العلم بغصبية المتاع يكون بالنسبة الى الثمن
 الذى يبذله بأزاء المتاع المذكور مسلطا للغاصب عليه ولذا لو تلف هذا

الثلث لم يكن للمشتري الرجوع عليه ولو بقي الثلث ففيه وجهان انه هل يجوز له ان يرجع فيه بعد التسليم ام لا يجوز فلا تنفذ فيه اجازة مالك المتاع للعقد - الصادر بين الغاصب ومشتريه العالم بذلك - بعد تلف الثلث بفعل الغاصب الذي هو البائع الفضولى فى هذه المعاملة : وان المشتري عندما دفع الثلث عوضا عن العين المملوكة لصاحبها ولم يمنع عن نفوذ الملك فى الثلث المزبور الا عدم صدور العقد من المالك فاذا اجاز جرى العقد مجرى الصادر عنه والحاصل ان الأشكال فى مسألة المشتري العالم بالغصبية له ناحيتان احدهما تبطله والاخرى تصححه اما المبطله فان المشتري العالم بالغصبية قد سلط الغاصب على ما دفعه اليه من المال ولذا لو تلف هذا المال لم يكن له الرجوع عليه فالاجازة اذا تعقبت هذا البيع الصادر من الغاصب لتنتقل الثلث الى المميز وهو المالك الاصلى لا تجد محلا لأن ياذل الثلث قد سلط الغاصب عليه فكأنه اعطاه له فأى دخل للمالك الاصلى فيه واما الجهة المصححة للمعاملة فلأن الثلث عندما دفعه المشتري انما دفعه فى قبالة المعوض ولا يتم المعوض له حينذاك لانه لم تحصل الاجازة فاذا اجاز صار العقد بين المشتري وصاحب المتاع لابينه وبين الغاصب .

وقال الشهيد فى محكى الحواشى ان المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطا للبائع الذى هو الغاصب على الثلث فلا يدخل فى ملك رب العين المباعة فحينئذ اذا اشترى البائع الغاصب بهذا الثلث الذى سلطه عليه المشتري متاعا فقد اشتراه لنفسه واتلف هذا الثلث عند الدفع الى من باع عليه فتحقق ملكية الغاصب للمبيع الذى اشتراه هو بالثلث المبذول له فلا يتصور نفوذ الاجازة فى ملكية المبيع الثانى الذى اشتراه الغاصب وان امكن اجازة المبيع الأول - الذى هو ملكه - مع احتمال عدم نفوذ الاجازة حتى

فى المبيع الأول لان ما دفعه مشتري هذا المبيع للغاصب بمنزلة اذن للغاصب فى اتلافه فلا يكون ثمنا - للمبيع الأول - فلا تؤثر الاجازة فى جعله ثمنا فصار الاشكال فى صحة البيع الأول وفيما ترتب عليه من المعاملة الثانية - ثم قال الشهيد - انه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان اجازة البيع فى المبيع الأول لاستحالة كون المبيع بلا ثمن لفرض ان الثمن الذى دفعه المشتري العالم بمنزلة انه اعطاه للغاصب لا انه ثمن عن متاع والغاصب لما وجد ان المال له ذهب واشترى به متاعا - لاستحالة كون المبيع بلا ثمن فاذا قيل ان الاشكال فى صحة العقد الأول حتى مـع الاجازة كان صحيحا هذا القيل ايضا كالقيل ببطلان التتبع - انتهى - واقتصر المحقق الكركى فى جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد اخيرا فى سراية الاشكال حتى الى العقد الأول مع علم المشتري بالغصبية لانه دفع الثمن للغاصب مسلطا له عليه فكأن المعاملة على متاع المالك الأصلسى حصلت بلا ثمن فأجازته لاتعود تؤثر شيئا كما تقدم شرح ذلك : والمحكى عن فخر الدين فى الايضاح ابتناء وجه بطلان تتبع العقود على كـون الاجازة ناقلة اى مؤثرة من حينها فيكون منشأ الاشكال فى جواز التتبع وعدم جوازه هو ان الاجازة كاشفة او ناقلة فعلى الكشف ومعناه احياء العقد الأول من حين صدوره فحيث يكون الأمر كذلك فان المال المدفوع من المشتري للغاصب يكون لمالك المتاع لان الغاصب لم يتصرف به بعد وهو ثمن لمتاع مالك المتاع وحيث تصحح المعاملة الأولى تصحح المعاملة الثانية بالتبع لان الغاصب عندما تصرف بالثمن واشترى به لنفسه فقد تصرف بمال مالك المتاع فى العقد الأول : اما على النقل : فالاشكالات التى تقدمت يكون لها مجال لان النقل معناه من حين الاجازة بخلاف الكشف الذى معناه من حين صدور العقد الأول .

قال فخر الدين فى محكى الأيضاح اذا كان المشتري جاهلا بالغصب فان معنى هذا انه لم يبذل المال الا فى قبال المتاع الذى يظن كالمعمول انه ملك بائعه فللمالك ان يجيز ما شاء من العقدين اللذين تقدم الحديث عنهما ورعاية مصلحته والربح فى سلسلتى الثمن من العقدين والمثمن فى العقدين ايضا واما اذا كان المشتري عالما بالغصب فعلى قول الأصحاب من ان المشتري اذا رجع عليه بالمتاع لا يرجع هو على الغاصب بالثمن حتى مع وجود عين الثمن لأنه بسبب علمه بالغصب كأنه وهبه واعطاه للغاصب فيكون قد ملك الغاصب مجانا لانه بالتسليم الى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الاصحاب والمالك قبل الأجازة لم يملك الثمن الذى بذل بازاء متاعه لان الأجازة اما شرط لصحة العقد الواقع او سبب مستقل فلو لم يكن الثمن للغاصب والمفروض ان المالك قبل الاجازة لم يملك الثمن كان هذا الملك بلا مالك وهو محال - وفيه انه وان بذله للغاصب فان عينه مادامت موجودة لا تخرج عن ملكيته الا بمخرج صحيح ولم يحصل ذلك - فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له وهو الأجازة حيث تحصل بناء على النقل فاذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه بأن اشترى به متاعا لم يكن للمالك الأصلى ابطاله ويكون ما يشتره الغاصب بالثمن له وهكذا ربحه وليس للمالك اخذ هذا الثمن ولا ربحه لانه ملك للغاصب وعلى القول بأن اجازة المالك كاشفة فاذا اجاز كان العقد له - وقد تقدم قولنا فيه - ويحتمل - بناء على النقل - لمالك المتاع حق تعلق بالثمن وله اجازة البيع واخذ الثمن - حيث يكون موجودا - وحقه مقدم على حق الغاصب لان الغاصب يؤخذ بأخس الاحوال والمالك مأخوذ بأحسن الاحوال - ثم قال - والأصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم اخذه ومع التلف ليس له الرجوع به - اه -

وظاهر كلام فخر الدين انه لا وقع للأشكال المتقدم تحريره على تقدير الكشف وهذا هو المتجه ان بناءً عليه يندفع ما استشكله القطب والشهيد لان تسليط المشتري للغاصب على الثمن - على تقدير الكشف - تسليط على ملك المالك الأصلي بالعقد السابق في وجوده على الاقباض الحاصل بعده فاذا انكشف ذلك بالأجازة الكاشفة عمل بمقتضاه وانا تحقق الرّد من المالك الأصلي للعقد الذى عقده الغاصب انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري للغاصب على ماله فليس له ان يسترده بناءً على ما نقل عن الأصحاب نعم على القول بالنقل يقع الاشكال في جواز اجازة العقد الواقع على الثمن لان اجازة المالك المبيع لنفسه موقوفة على تملكه للثمن لانه قبل الأجازة اجنبي عنه والمفروض ان تملكه الثمن موقوف على اجازته - على القول بالنقل - ومعنى ذلك انه دور باطل ولكن الاشكال ليس هو هذا بل يجب عليه ان يتم كلامه الأول بقوله والثمن قد تملكه الغاصب بتسليط المشتري له وهو بدوره ذهب واشترى به متاعاً او اننا اذا قلنا ان نفس تسليط المشتري العالم بالغصبية تملك للغاصب كذلك يأتى الاشكال بأن اجازة المالك المبيع لنفسه موقوفة على تملكه للثمن والثمن قد صار قبلاً الاجازة ملكاً للغاصب حسب الفرض فلا مورد للأجازة وبهذا البيان يتجلى لك معنى قوله وكذا الاشكال في اجازة العقد الواقع على المبيع - فى البيع الأول - بعد قبض الغاصب الثمن او بعد اتلافه اياه على الخلاف فى اختصاص عدم رجوع المشتري بالثمن فى صورة التلف او مطلقاً لان تسليط المشتري للغاصب على الثمن حاصل قبل انتقاله الى مالك المبيع بالأجازة فلا يبقى مورد للأجازة وما ذكره فى الايضاح من احتمال تقديم حق المميز - وهو المالك الأصلي - لانه اسبق وانه اولى من الغاصب المأخوذ بأشق الاحوال لانعلم لاجها بناءً على النقل لان العقد جزء

سبب للتملك بالنسبة الى المالك الأصلى والتسليط من المشتري للغاصب المتأخر عن العقد هو فى نفسه علة تامة لتملك الغاصب فكيف يكون حق المجيز - على النقل - اسبق : نعم يمكن ان يقال ان حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله كان من اجل ان التسليط من المشتري وقع مراعى بعدم اجازة المالك لا ان التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على كل تقدير - اجاز المالك ام رد - وحيث ان حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال للغاصب بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد وجب الاقتصار فيه على المتيقن وهو التسليط على تقدير عدم الاجازة - فافهم - لعله اشارت الى ان المشتري مع علمه بالغصب لا يتوقع الاجازة وليس هو فى صدرها وانما اقدم على شراء متاع لا يبذل له مجانا فدفعت له من يده ما يرضيه وان كان يعلم ان هذه المعاملة لامشروعية فيها .

مسئلة فى احكام الرد : لا يتحقق الرد قولاً الا بقوله فسخت وردت وشبه ذلك مما هو صريح فى الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل - وهو طرف الفضولى فى المعاملة المعقودة ونحن قد اسلفنا ان العقد مالم يتم بشرائطه الموجبة للتأثير شرعاً لا الزام فيه على احد لان التزام الأنسان على نفسه من دون ملزم شرعى ليس بملزم فالعقد الفضولى لا لزوم فيه من طرف الأصيل حتى تحصل الاجازة فيتحقق الانعقاد نعم العقد الجارى اذا لم يرد بصراحة فيه قابلية لأن يجيزه من له الاجازة وكذا يحصل الرد بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل او الاتلاف وشبههما كالعق والبيع والهبة وتزويج المرأة التى زوجها الغير فضولا من انسان لأنسان آخر وامثال ذلك والوجه فى حصول الرد بمثل هذه المطالب ان تصرف من له الاجازة - قبلها - فى ماله بعد فرض صحته - ولا شك فيها - مفوت لمحل الاجازة لفرض خروجه عن ملكه بالعق او البيع على الغير او الهبة له

او تزويجها هى مباشرة نفسها : واما التصرف غير المخرج عن الملك كاستيلاز الجارية واجارة الدابة وتزويجه امته المملوكة له من زوج فهو وان لم يخرج الملك عن ملكية مالكة الا انه فى استيلاز الجارية يحدث مانعا عن الأجازة لأن تصرفه لما كان صحيحا بالقطع تعقبه الاستيلاز المانع من النقل ولا يستطيع القول بالكشف الا ان يرتب ما يمكن ترتيبه لامطلقا .

قوله لان صحة الأجازة على هذا النحو توجب وقوعها : اى التصرفات المذكورة باطله وحيث فرض وقوعها صحيحة فأن ذلك يمنع عن وقوع الاجازة فى مثل الاستيلاز لا فى مثل اجارة الدابة والحاصل على هذا التفصيل الذى ذكرناه بين مثل الاستيلاز وبين مثل اجارة الدابة ان وقوع هـذه الامور صحيحة مناقض لوقوع الأجازة لأصل العقد فاذا وقع احد المتنافيين صحيحا فلا بد من امتناع وقوع الأخير او ابطاله صاحبه المتقدم عليه او حكمه عليه بأنه وقع على غير وجهه من الصحة المفروضة وحيث لا سبيل الى الأخيرين ابطال صاحبه المتقدم عليه او حكمه عليه بأنه وقع على غير وجهه من الصحة المفروضة تعين الأول وهو امتناع وقوع الأخير وهو الأجازة - فى موارد المنافاة المانعة من الجمع - وبالجملة كل ما يكون باطلا على تقدير اللقوق المؤثر للأجازة من حين العقد فأن وقوعه صحيحا مانع من لحوق الأجازة حيث يمتنع الجمع ولا منافاة فى مثل اجارة الدابة للأجازة فان وقوع الاجارة صحيحة لا ينافى نقل الملك مسلوب المنفعة غايته للمشتري الخيار : ولا وقع لقوله نعم لو انتفع المالك بها قبل الأجازة بالسكنى واللبس كان عليه اجرة المثل اذا أجاز بل لاشىء عليه لأنه عندما استعمل كان مالكا طلقا من جميع الجهات والكشف لا يستطيع ان يؤثر بالأجازة اللاحقة الا ما يمكن ان يترتب بلا حازاة كما تقدم منا ذلك مكررا وقد يكون قوله فتأمل اشارة الى ما ذكرناه على ان بعض العلماء يرى زيادة هذه الجملة - نعم

لو انتفع المالك بها - الى قوله فتأمل -

قوله ومنه : اى من المالك الذى ذكرناه - وهو التنافى - يعلم انه لافرق بين وقوع هذه التصرفات مع الاطلاع على وقوع العقد على ملكه فضولت ووقوعها بدون الأطلاع لان التنافى بينهما واقع : ودعوى انه لادليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى الاجازة ولذا صحح جماعة كما تقدم - اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئا ثم ملكه فان اجازته انما تؤثر بمقدار تولدها الطبيعى والمصنف بنفسه معترف بذلك كما تقدم مبسوط قوله هناك - مدفوعة - بأجماع اهل الكشف على كون اجازة المالك الذى كان مالكا حين العقد مؤثرة من حينه : ولكنهم مجازفون ان ارادوا التأثير من حين العقد على اطلاقه اى حتى ما لا يمكن ترتبه مع المشى على الأصول العلمية نعم لو قلنا بان الأجازة كاشفة بالكشف الحقيقى الراجع معناه الى كون المؤثر التام هو العقد بوصف كونه ملحوقا بالأجازة كانت التصرفات السابقة على الأجازة مبتنية فى صحتها على الظاهر وبالأجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل التصرفات وتصح الأجازة ولو كانت متأخرة عنها : وكل هذا كما اسلفنا شطط فى القول فأن المالك له سلطان على ماله واقعا وظاهرا فما لم يخرج الملك عن سلطانه لا يترتب عليه مما ذكره ولا نزيد على ما قدمناه فى هذا المعنى .

قوله بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد - حيث يجاز كعرض المبيع الذى وقع عليه العقد فضولة للبيع وكأيقاع البيع الفاسد عليه من ناحية نفس المالك .

قوله وهذا : اى التصرف غير المنافى لملك المشتري - ايضا - اى كالتصرف المنافى - على قسمين لأنه اما ان يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله الذى تصرف فيه التصرفات المذكورة واما ان

يقع فى حال عدم الالتفات - اما الاول - وهو وقوعه حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى فهو رد فعلى للعقد والدليل على الحاقه بالرد القولى مضافا الى صدق الرد عليه لانه لو لم يكن رادا لما اقدم على فعل ما يضر العقد فيعمه .

قوله ما دل على ان للمالك الخ - هو خبر لقوله والدليل على الحاقه .
 قوله ما وقع فى نكاح العبد والأمة بغير اذن مولاه : فعن زرارة عن
 الباقر (ع) سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده
 ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما وفى خبره الآخر عنه سئلته عن رجل
 تزوج عبده بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه فقال (ع) ذلك
 الى مولاه ان شاء فرق بينهما وان شاء اجاز نكاحهما وللمرءة ما صدقها .
 قوله وما ورد فيمن زوجته امه وهو غائب : فعن محمد بن مسلم عن الباقر
 انه سئل عن رجل زوجته امه وهو غائب قال (ع) النكاح جائز ان شاء
 المزوج قبل وان شاء ترك فأن ترك المزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه : ولا
 يخفى ان ما استدل به من هذه الروايات على ان الرد الفعلى كالرد
 القولى لوجود له فيها اصلا وانما هى تقول ان للمولى الخيار فى امضاء
 تزويج العبد او التفريق بينهما وان الغائب على خياره فى امضاء ما فعلته
 امه او تركه - وكما قال - ان اطلاق هذه الروايات مسوق لبيان ان له
 الترك فلا تعرض فيه لكيفية الترك انه بالقول او بالفعل : وان المانع من
 صحة الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى - وهو - اى
 المانع - خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد مضافا
 الى فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ نى الخيار بنفس الفعل
 كالوطىء لما باعه بخيار او بيعه او عتقه فان الوجه فى حصول الفسخ هى
 دلالة هذه الأفعال على قصد فسخ البيع بها والا فصرف توقف الوطىء

والبيع والعتق على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها من دون قصد بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقف حصوله على الفسخ قبلها حتى تصادف ملك البائع لها والمصنف يريد ان يبين بهذا التنظير ان عرض المبيع للبيع ممن هو ملتفت الى وقوع العقد الفضولى على ماله معناه قصد للرد وذلك قال وكيف كان فاذا صلح الفسخ الفعلى بالوطىء او البيع او العتق لرفع اثر العقد الثابت فى نفسه المتزلزل فى بقاءه بسبب الخيار المؤثر فعلا - على مبنى غير الشيخ الطوسى فى العقود ذات الخيار - صلح الفسخ الفعلى الذى هو فى الفضولى رد لرفع اثر العقد المتزلزل من حين حدوثه لفرض انه فضولى القابل للتأثير بطريق اولى من العقد الذى هو فى حدوثه ثابت وتزلزله من حيث استمراره .

قوله واما الثانى وهو : ما : اى التصرف الذى يقع من المالك فى حال عدم الألتفات الى وقوع العقد من الفضولى على ماله فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالة على انشاء الرد لعدم التفاته الى العقد والمفروض عدم منافاة هذا التصرف لملك المشتري من حين العقد كصورة التفاته الى العقد فلا مانع من الاجازة اللاحقة ولا يكفى مجرد رفع اليد عن العقد بأنشاء ضده كعرضه للبيع مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والألتفات الى وقوع المردود وهو عقد الفضولى على ماله نظير انكار الزوج الطلاق عندما تدعيه عليه الزوجة حيث جعلوه رجوعا بالزوجة ولو مع عدم الألتفات الى وقوع الطلاق بها على ما يقتضيه كلامهم يعنى ان انكار الطلاق ولو مع عدم الألتفات الى وقوع الطلاق جعلوه هادما للطلاق كما ان الرجعة تهدمه فهو فى مقام التنظير مثل عرض المتاع المباع فضولا للبيع فى هدمه للعقد لكن الفارق فى مقام الطلاق وانكاره هو نص الاصحاب عليه واما ما نحن فيه من عرض المتاع المباع فضولا للبيع مع عدم الألتفات الى وقوع

العقد فلم يقولوا فيه ذلك : نعم لو ثبت كفاية فعل ضد العقد - فى العقود الجائزة كفى فيما نحن فيه بطريق اولى كما عرفت سابقا - حيث قال فاذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولى :

لكن لم يثبت كفاية فعل الضد فى العقود الجائزة فالمسئلة محل اشكال بل الاشكال فى كفاية سابقه وهو مالو كان فعل الضد مع الالتفات الى العقد ايضا فأن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الرد كما يعتبر اللفظ فى الأجازة .

قوله على الأشكال : اى فى بطلان الوكالة .

قوله والحاصل ان المتيقن من الرد هو الفسخ القولى وفى حكمه تفويت محل الاجازة بحيث لا يصح وقوعها مؤثرة من حين العقد واما الرد الفعلى وهو الفعل المنشأ لمفهوم الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به واما مجرد ايقاع ما ينافيه من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات الى وقوع العقد فالأكتفاء به فى فسخ العقد مخالف للأصل .

قوله ولكن الأكتفاء فيهما : اى فى الوكالة والوصاية بالرد الفعلى فى هدمهما اوضح مما نحن فيه .

قوله او الخيار : اى بسبب الخيار .

قوله بطلانها : اى بطلان هذه التصرفات من الوطىء والعق .

قوله عكس ما نحن فيه : فان مقتضاه انفساخ العقد لا بطلانها هى لأنها واقعة فى ملك واقعى له لفرض فضولية العقد .

قوله بعده : اى بعد الرد .

قوله ان الرجوع فى الهبة لا يتحقق به : اى بانتراع الموهوب الا اذا انضمت القرائن معه على الرجوع من الواهب .

مسئلة لو لم يجز مالك المتاع فأن كان المبيع فى يده والفضولى خالى اليد منه فهو وان لم يكن المتاع فى يد المالك فأن له انتزاعه ممن يجده فى يده مع بقاء المتاع عينيا والرجوع بمنافعه المستوفاة وغير المستوفاة على الخلاف المتقدم فى البيع الفاسد ومع تلف المتاع يرجع على من تلف عنده بقيمة يوم التلف او بأعلا القيم من زمان وقوع يده عليه ولو كان قبل التلف فى ضمان انسان آخر وفرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق فى الرجوع بالزيادة عليه هذا كله حكم المالك مع المشتري واما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فى موضعين تارة فى الثمن واخرى فيما يغرمه للمالك زائدا على الثمن .

فهنا مسلتان : الأولى : منهما : انه يرجع عليه بالثمن اذا كان جاهلا بكونه فضوليا سواء كان الثمن باقيا ام تالفا ولا يقدر فى رجوعه عليه اعترافه بكون البائع عليه مالكا لان اعترافه مبنى على ظاهر يده نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده الى اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة لم يرجع بشيء لانه يرى ان تغريمه بغير حق ولو لم يعلم ان استناده الاعتراف كان الى اليد او الى غير اليد ففى الأخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد او بظاهر لفظ الاقرار انه له وجهان من انه بمنزلة البينة فلا رجوع ومن انه بمنزلة اليد فله الرجوع وان كان المشتري عالما بالفضولية فأن كان الثمن باقيا استرده لانه ماله ولم يخرج مخرج شرعى عنه ومجرد تسليط المشتري للفضولى عليه لو كان موجبا لانتقاله لــــزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله ولأن الحكم بصحة البيع لو اجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان كان البائع الفضولى قد تملكه قبله لزوم فوات محل الاجازة لان الثمن انما ملكه غير مالك المتاع فيمتنع تحقق الاجازة : لكنه تصوير على

القول بالنقل واما على القول بالكشف فان المالك المجيز يملكه من حين العقد السابق على اقباضه للفضولى ولعله لهذا اشار بقوله فتأمل .

قوله وهل يجوز للبائع الفضولى التصرف فيه : اى فى الثمن : وجهان :
احد الوجهين انه مبذول له من صاحبه والثانى علمه انه لم يبذل له مجانا بل بأزاء العين المباعة .

قوله ووجهه : مبتدأ خبره قوله انه سلطه على ماله بلا عوض .

قوله والأول : وهو عموم اليد .

قوله فلا يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه : لعلمه بأن المتاع الذى باعه عليه ليس له وهو قد بذل ثمنه بأزاء هذا المتاع .

قوله على وجه يضمنه بماله : واذا كان بانيا ولو عدوانا على كونه ملكا له فهو ماله .

قوله فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين - الواقعيين .

قوله والحاصل انه لاتضمن حقيقة فى تسليط المشتري البائع - الغاصب - على الثمن - لكن لا بصورة انه باذل له المال على كل حال بل هو انما بذله بازاء المتاع الذى بيده وفى مقابله فهو مضمن له فى مقال المال المذكور نظير سائر الباعة والشراة وفرقة عنهم انه لا يهيمه الوجه المشروع خصوصا فى الغاصب القاهر الذى لا يعتبر المالك الاصيل بازائه شيئا .

قوله واما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لملكية البائع للثمن عند انكشاف الخطأ - الظرف قيد لرجوع المشتري - مع انه انما ضمنه بمال الغير - لفرض انه انكشف انه ليس له - فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان - وهذه العلة بنفسها موجود تفى المشتري العالم بالغصبية غايته وجودها مع الجهل بنحو أكد - وان كان ماضمه به - الجاهل - غير ملك له - اى للبائع - ولا يتحقق به التضمين

— لانه مال الغير — لانه انما طابت نفسه بتصرف البائع لاعتقار كـون المثلن له وصيرورة هذا المثلن مباحا له بتسليطه — اى البائع — عليه .
قوله وهذا مفقود فيما نحن فيه لان طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل : هذا ليس بصحيح فان العالم بالغصبية لم يبذل ماله الا فى مقابل المتاع ولم يسلط البائع على اتلاف ماله والتصرف فيـه — لا بازااء مقابل بالبديةة .

قوله ومما ذكرنا : فى الفرق بين العالم والجاهل — يظهر ايضا فساد النقض علينا بالبيع مع علم المشتري بفساد المعاملة حيث انه ضمن البائع بما يعلم انه لا يضمن الثمن به — لعلمه بفساد المعاملة واقدامه مع ذلك عليها — وكذا البائع مع علمه بفساد المعاملة ضمن المشتري بما يعلم ان المشتري لا يضمن به — لانه اقدم على تضييع متاعه فكأنه لم يضمنه بشيء :
لكن ليس الأمر كذلك فى الجميع فان العالمين والجاهلين لم يقدموا على المعاملة الا بازااء مقابلة مال بمال وهذا ماتحكم به الضرورة من حالهم ولو كان المنظور هو التسليط على اموالهم لا بازااء شىء لما عاملوا ولبدلوه من دون مقابلة او معاملة .

قوله وجه الفساد : اى فساد النقض — ان التضمين الحقيقى حاصل هنا — اى فى صورة ماسى نقضا لان المضمون به مال الضامن — وليس فساد المعاملة فى هذه الصورة من هذه الناحية بل من نواح آخر بخلاف صورة العلم بالغصبية وان المال مال الغير — وما دفع به الفساد ليس بشيء فان التضمين فى الطرفين حاصل كما اسلفناه وكون المال مال الضامن شرعا او ليس له شرعا لا يؤثر فى التضمين بالنسبة اليهما — غاية الأمر ان فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان والتضمين فى نظر الشارع — على فرض ذلك — لأن المفروض فساد ه فاذا لم يمتض الشارع الضمان الخاص

صار اصل اقدم الشخص على الضمان الحقيقي او قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني او استيمان عن مالكة موجبا لزمانه على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه : وشيء منهما - اي من اقدم الشخص على الضمان الحقيقي او قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني او استيمان عن مالكة - غير موجود فيما نحن فيه : بل هو موجود تماما فان العالم بالغصبية اقدم على ضمان البائع له ما اشتراه منه لانه اقدم على معاملة ولم يقدم على بذل ماله ولا على تسليطه على ماله مجانا بالوجدان : وقوله كما اوضحناه بما لامزيد عليه - ليس بواضح .

قوله وحاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث : ليس الأمر كذلك بالبداهة فان المشتري العالم بالغصبية انما سمي مشتريا لانه قاصد معاوضة لامتلف مال لا بازاء شيء بل ولم يسלט حتى البائع عليه على المال الا بازاء المتاع ففرض الانسان الثالث لامجال له .

قوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول المعوض للملك شرعا - لاعرفا - كالخمر والخنزير قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال - وهذا ليس بصحيح ايضا فان غير المقيد بالشرع يتعامل على ذلك وله سوق قائمة بين الناس نعم الحر فيما بين الناس لا يتعارفون ببعه ولا شرائه فالباذل العالم بذلك قد يكون مستهينا بماله ومتلغا له لعلمه ان احدا لا يساعده على هذا المقصد فتسليطه لأنسان على ماله في طريق هذه المعاملة معناه اتلاف ماله عالما قاصدا .

قوله ولكن اطلاق قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه وشبهه : من كل معاملة فيها تقابل مال بمال على وجه المعاوضة عرفا بحيث لم يدفع احد الطرفين ماله مجانا للآخر نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى ضمان كل منهما بالآخر ففساده كذلك

يقتضى الضمان وسره ما سلفناه انه لم يدخل احدهما فى هذه المعاملة لا لياخذ فى مقابل ما يعطى .

قوله ان يفسر : القول المزبور - كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده - بما ابطلناه سابقا من ان كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده ولا ريب ان العقد فيما نحن فيه وفى مثل المبيع بلائمن والاجارة بلا اجرة اذا فرض انه لا مانع منه شرعا لا يكون فى هاتين الصورتين ضمان وانما كان كذلك لان صاحب المبيع بانل وليس بمعامل وهكذا صاحب الدار بانل لمنفعتها وليس بمعامل وحيث يكون كذلك فلا موضوعية فى الضمان صحة وفسادا وهذا لا يربط له بما نحن فيه من شراء العالم بالغصبية من الغاصب فانه معاملة لم يبذل احدهما ما بيده لصاحبه الا فى مقابل بخلاف المبيع بلائمن والاجارة بلا اجرة .

قوله فأن معناه : اى معنى ما ذكرناه فى توضيح هذه القضية - وهى ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده - ان كل عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه فيختص مورد هذه القضية بما اذا كان للعقد فردان فعليان صحيح وفاسد لا الفرد الواحد يفرض تارة صحيحا واخرى فاسدا مثلا بيع الربويات بلا تفاضل صحيح ومعه فاسد فحيث يكون صحيحه مقتضيا للضمان ففساده مثله يقتضى الضمان ايضا بخلاف بيع الغاصب فانه فاسد لا صحيح له حتى يؤخذ مقياس ضمانه وعدمه من الصحيح : نعم يمكن تطبيق ما اخترناه فى معنى القاعدة على ما نحن فيه وامثاله بان لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية - كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده - خصوص النوع المتعارف من انواع العقود كأن يكون من قبيل البيع او من قبيل الصلح بل يراد مطلق المعاملة المالية التى لا يوجد لها فردان بالفعل صحيح وفاسد حتى يعرف حكم فاسدها

من حكم صحيحها فيقال - على هذا المبني - مطلق المعاملة المالية - ان مانحن فيه من شراء العالم بالغصبية من الغاصب والبيع بلا ثمن - والاجارة بلا اجرة تملك بلا عوض من مال الآخر - ولا نعلم ان مثل هذا يوجب الضمان او لا يوجبه - لكن عندنا فرد صحيح من هذه المعاملة - تملك بلا عوض - وهو الهبة غير المعوضة فأنها تملك بلا عوض - لاضمان فيه ففاسدها لاضمان فيه : وفي ما قاله اولاً ان مانحن فيه ليس تملك بلا عوض بل هو معاملة مال بمال بحيث لولا هذه المبادلة لما رفع المشتري الى الغاصب فلساً واحداً وهو واضح وثانياً لامعنى لاعطاء السعة فى قولهم كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده الى هذا اللون الذى ذكره فأى ربط للبيع ولأجارة - حيث يفرض فى البين بيع واجارة - بالهبة غير المعوضة : مضافاً الى كل هذا انه لاسند لهذه الكليّة - ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده - بل السند قائم مع كل من ورد خطّة المعاملة على ان يأخذ فى مقابل ما يعطى فان الضمان متحقق على كسل حال وهذا لاربط له بالبيع بلا ثمن والاجارة بلا اجرة والمعاملة على الحر مع العلم بأنه لا يعامل عليه فأنها ان اطلق عليها اسم المعاملة فليست منها بالمرّة بل هو اهدار مال وقد يكون قوله فتأمل اشارة الى كل ذلك او بعضه .

قوله وبالجملة فمستند المشهور فى مسألتنا : التى بأيدينا وهى ان المشتري من الغاصب مع العلم بالغصبية لأىضمن ماله - لا يخلو عن غموض - والسر ما ذكرناه .

قوله ولذا لم يصرح احد بعدم الضمان فى بعثك بلا ثمن مع اتفاهم عليه : وكان اللازم ان يقول بل اتفقوا عليه : ونقول لوجه لهذا الاتفاق - لوجه للقول بالضمان والدليل على انه لاتفاق فى البين حكم الشهيـد

وغيره بعدم الضمان فى الأجرة بلا اجرة واى فرق بين البيع بلا ثمن
والأجرة بلا اجرة .

قوله بضمان المرتشى : حيث لا يقوم بما اراده الراشى فان الراشى انما
بذل فى مقابل عمل واما حيث يقوم فان الراشى طيب النفس بما بذل فأى
ضمان عليه .

قوله ويؤيد ما ذكرنا : من الغموض فى مسألتنا التى حكموا فيها بعدم
الضمان - ما دل من الأخبار على ان ثمن الكلب او الخنزير سحت ومقتضى
السحتية عدم جواز التصرف فيه ولازمه الضمان فيكون كمال المشتري العالم
بالغصبية يحرم تصرف البائع فيه ويلزمه الضمان .

قوله وان امكن الذب عنه : يعنى ان ما ذكرته من المؤيد لاربط له بالمسألة
فان المعاملة مع الغاصب ليست كالمعاملة على كلب الهراش او الخمر الا
فى ان المعاملة مع الغاصب حرام مع العلم بالغصبية والمعاملة على كلب
الهراش حرام وكذلك الخمر واما مسألة الضمان وعدمه فمطلب آخر له ملاك
الخاص واشتراك المقيس والمقاس عليه فى التحريم لا ينافى القول بعدم
الضمان مع التلف كأصل السحت مع كلب الهراش والخمر فلا يضمنهما المتلف
لهما ويمكن ان يقال ان الثمن الذى هو فرعهما مع كونه حرام التصرف
لا يكون مضمونا مع فرض التلف كأصله من كلب الهراش والخمر : ونحن فيما
سبق قد اوضحنا لك موجب الضمان فلا نعيد .

قوله ثم ان مقتضى ما ذكرنا فى وجه عدم الرجوع بالثمن - فيما نحن فيه -
ثبوت حق الرجوع للمشتري اذا باع الفضولى المزبور للمالك - لا لنفسه -
ودفع المشتري الثمن اليه لكونه واسطة فى ايصاله الى المالك فتلف فى يد
الفضولى اذا لم يسلطه المشتري عليه ولا اذن له فى التصرف فيه فضلا عن
اتلافه ولعل اتقاقهم - لو كان - مختص بالغاصب البائع لنفسه وكذا

يقوى الرجوع لو اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري بل اخذه بناءً على العقد الواقع بينهما فانه لم يحصل هنا من المشتري تسليط الابالعقد والتسليط العقدى مع فساد العقد غير مؤثر فى رفع الضمان ويكشف عن ثبوت الضمان فى هذا الفرض اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد فى الأباحة مع تصريح غير واحد منهم بأباحة تصرف البائع فى الثمن بالتسليط العقدى مع صحته : وكذا يقوى الضمان لو اشترط المشتري على البائع الرجوع بالثمن لو اخذ العين المبيعة صاحبها : ولو كان الثمن فى مسألتنا كليا اى فى الذمة لاعينا شخصية فدفعت اليه المشتري بعض افراده فالظاهر عدم الرجوع لانه كالثمن المعين فى تسليطه عليه مجانا : والحق انه لم يسقطه فى كافة صور المسئلة بالمجان وانما بالمعاوضة والمبادلة كما تقدم .

المسئلة الثانية : فيما لو اغترم للمالك غير الثمن : فأما ان يكون فى مقابل العين كزيادة قيمتها - حيث تتلف - على الثمن اذا رجع المالك بها على المشتري كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين وكان الثمن عشرة واما ان يكون فى مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار ووظي الجارية واللبن والصوف والثمره واما ان يكون غرامة لم يحصل له فى مقابلها نفع كالنفقة على الدابة ولم يركبها او يستفد منها وما صرفه فى العمارة واعطائه قيمة الولد المنعقد حرا وما نقص من صفات العين واجزائها .

قوله ثم المشتري ان كان عالما : بالفضولية فلا رجوع فى هذه المساور المذكورة : الا ان يشترط على الفضولى الخروج من عهد الغرامات حيث لا يجيز المالك .

قوله وان كان جاهلا : بالفضولية مغرورا بظاهرة البائع : فان السفرور من القواعد المسلمة كما فى النبوى المغرور يرجع على من غره ولما ورد فى ضمان شاهد الزور اذا رجع وفى رواية اسماعيل بن جابر قال سئلت ابا عبد الله

عن رجل نظر الى امرءة فأعجبته فسئل عنها فقيل هي ابنة فلان فأتى
اباها فقال زوجنى ابنتك فزوجه غيرها فولدت منه فعلم بعد ذلك انها غير
ابنته وانها امة فقال ترد الوليدة على مواليتها والولد للرجل وعلى الذى
زوجه قيمة الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخدعه : الى غير ذلك
من الأخبار وهى كثيرة .

قوله فأما الثالث : وهو ما كان غرامة لم يحصل له فى مقابلتها نفسح :
فالمعروف من مذهب الأصحاب رجوع المشتري الجاهل بالفضولية على
البائع الذى غره بل فى كلام بعض دعوى الأجماع على الرجوع ما لم يحصل
فى مقابلة نفع والظاهر عدم الخلاف فى المسئلة للغرور فأن البائع غار
للمشتري فهو كشاهد الزور الذى يرجع عليه اذا رجع عن شهادته ولقاعدة
نفي الضرر عن المشتري الجاهل بالفضولية مضافا الى ظاهر رواية جميل او
فحواها عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجىء مستحق
الجارية قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد
- ويرجع - اى المبتاع - على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التى
اخذت منه : فأن حرية ولد المشتري اما ان يعد نفعاً عائدا اليه او لا يعد
وعلى التقديرين يثبت المطلوب فحيث يعد نفعاً ومع ذلك يرجع فبطريق
اولى حيث لا يعد نفعاً ان يرجع وهذا معنى الفحوى واما على القول بأنه
لا يعد نفعاً فالرواية ظاهرة فى الرجوع .

قوله مع ان فى توصيف قيمة - من قوله فى الرواية وقيمة الولد التى اخذت
منه - بأنها اخذت منه نوع اشعار بأن كل ما يؤخذ منه مما لا معنى لأخذه
منه لانه صاحب معاملة بظاهرها مشروعة وانما اقدم عليها ليستثمرها مثل
السائرين يجب ارجاعه عليه ممن غره .

قوله واما السكوت عن رجوع المشتري على البائع فى بعض الأخبار فهو لا

لأنه لاحق له فى الرجوع بل لعدم كون الخبر مسوقا لذلك بل لغرض آخر نظير رواية زرارة فى رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها الى ارضه - اى وطن نفسه - فولدت منه اولادا ثم اتاها من يزعم انها لله واقام على ذلك البينة قال يقبض ولده - اى الى نفسه - ويدفع اليه الجارية ويعوضه من قيمة ما اصاب من لبنها وخدمتها : ولم يذكر فى هذه الرواية ان هذا الغارم يرجع على اى شخص فى غرامته : ورواية زريق قال كنت عند الصادق يوما ان دخل عليه رجلان فقال احدهما انه كان على مال لرجل من بنى عمار وله بذلك - ذكر حق - هو عبارة اخرى عن سند الدين - وشهور فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق - اى السند الذى اخذه على - ولا كتبت عليه كتابا ولا اخذت منه براءة بذلك وذلك لأنى وثقت به وقلت له مزق الذكر بالحق الذى عندك فمات وتهاون بذلك ولم يمزقه وعقيب هذا طالبنى بالمال وراثه وحاكمونى واخرجوا بذلك - الذكر بالحق - واقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال وكان المال كثيرا فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى الكوفة معيشة لى - اى ارضا اعيش على غلتها - وقبض القوم المال وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ثم ان ورثة الميت اقروا ان اباهم قد قبض المال وقد سئلوه ان يرد على معيشتى ويعطوه الثمن فى انج - معلومة فقال انى احب ان تسأل ابا عبد الله عن هذا فقال الرجل يعنى المشتري كيف اصنع جعلت فداك قال تصنع ان ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها وتخرج يدك عنها قال فاذا انا فعلت ذلك له ان يطالبنى بغير هذا قال نعم له ان يأخذ منك ما اخذت منه الغلة من ثمن الثمار وكل ما كان مرسوما فى المعيشة يوم اشتريتها يجب ان ترد ذلك الا ما كان من زرع زرعته انت فان للزارع اما قيمة الزرع واما ان يصبر عليك الى

وقت حصار الزرع فأن لم يفعل - اى لم يصبر - كان ذلك له ورد عليك القيمة وكان الزرع له قلت جعلت فداك فأن كان هذا قد احدث فيها بناء او غرسا قال له قيمة ذلك او يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه قلت رأيت ان كان فيها غرس او بناء فقلع الغرس وهدم البناء فقال يرد ذلك الى ماكان او يغرم القيمة لصاحب الارض فاذا رد جميع ماخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ماكان او رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض ان يرد عليه كلما خرج عنه فى اصلاح المعيشة من قيمة غرس او بناء او نفقة فى مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها كل ذلك مردود اليه .

قوله وفيه : اى فيما استدل به مورد هذه الرواية على ان المشتري لا يرجع على البائع بما اغترمه للمالك الاصلى بدليل ان هذه الرواية المفصلة لم تذكر الا ما يرجع به المالك على المشتري وما يرجع به المشتري على المالك وليس للبائع ذكر الا بالرجوع عليه بالثمن - حيث قال (ع) ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة الى صاحبها : فلو كان للمشتري حق على البائع غير استرداد الثمن لذكره الأمام فى حال انه ليس من ذلك اثر .

قوله ان السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل : القائم على رجوعه على من غره مع ان ما استشهر به من رواية زرارة السابقة لا شاهد له فيها لان ظاهرها عدم التمكن من الرجوع الى البائع لان البائع بقى فى وطنه والمشتري اخرج الجارية معه الى ارض نفسه وقد يكون بينهما من الفجوة الشىء الكثير مع ان البائع فى قضية زريق صاحب الرواية المفصلة السابقة الذكر هو القاضى فأن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه اليه غرم لان الحاكم من قبل الشارع لا يكون غارما من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها وان كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر من كونه منصوبا من ولاية الجور

فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف - لانه جاء في الرواية وهذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى - اى هو اما مى يعلم بأن القاضى الذى اشترى منه من قضاة الجور فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له انما الرجوع للجاهل .

قوله واما الثانى وهو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل اليه من المنافع والنماء ففى الرجوع بها على الغار له خلاف اقواه الرجوع لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا فى من قدم مال الغير الى غيره الجاهل فأكله وتؤيده قاعدة نفي الضرر فأن تغريم من اقدم على اتلاف شىء من دون عوض حال كونه مغرورا من آخر بحساب ان له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه على من غره من الأضرار العظيمة فتتفى عن المشتري الجاهل ومجرد رجوع عوضه اليه بما استفاده من منفعة او نماء لا يدفع الضرر لان تلك المنافع بحسابه وحساب كل احد منافع ماله الشخصى لامناح مال الناس فصدق الضرر واضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا فى بعض الموارد التى يكون نفعها العائد قليلا فى مقابل غرامتها فما عن الرياض من انه لا دليل على قاعدة الغرور اذا لم تنطبق عليها قاعدة نفي الضرر المفقودة فى المقام لفرض ان المشتري استفاد من المبيع لا يخلو عن مؤاخذة مضافا الى ما قيل عليه من منع مدخلة الضرر فى الغرور فان الغرور عنوان خاص ودليله خاص به بل قيل ان قاعدة الغرور مبنية على قوة السبب بالنسبة الى المباشر لكن ما قيل على صاحب الرياض لا يخلو من نظر لأن صاحب الرياض يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة التى تقدم بعض منها والأجماع القائم عليه - فى صورة الضرر - وحيث لا ضرر فالغرور المدعى لا وزن له واما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور الا اذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا اليه كما فى المكره - بالكسر - وكما فى

الريح العاصف الموجبة للأحراق والشمس الموجبة لأذابة الدهن واراقتة والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع على المباشر كما نسب الى ظاهر والأصحاب في المكروه لكون المباشر حينئذ بمنزلة الآلة واما في غير هذه الصورة فأصل الضمان او قراره ومآله قد يحتاج الى دليل مفقود في غير ما اشرنا اليه من الصورة فلا بد من الرجوع اما الى قاعدة الضرر او الأجماع المدعى على تقديم السبب اذا كان اقوى او بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة او كون الغار سببا في تغريم المغرور نظير شاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بسبب شهادته ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه التي صورناها فيما نحن فيه اما الأخير - وهو كون الغار سببا - فواضح واما الأول وهو قاعدة الضرر فقد عرفته - وهو ان هناك ضررا على المغرور - واما الاجماع والأخبار فهما وان لم يردا في خصوص المسئلة الا ان تحققهما في نظائرها كاف فان رجوع آكل طعام الغير على من غره بدعوى انه ملكه وابعاه له مورد اجماع ظاهرا ورجوع المحكوم عليه الى شاهد الزور مورد الأخبار - ومن بعضها ما عن جميل عن احدهما (ع) في الشهود اذا شهدوا على رجل ثم رجعوا عن شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموه - ولا يوجد فرق بين ما ذكرنا من المورد وبين ما نحن فيه .

وقد ظهر مما ذكرنا من اول بحثنا في هذه المسئلة فساد منع الغرور فيها كما في كلام بعض حيث عدل في رد مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى الى منع الصغرى - يعنى ان صاحب الرياض لم يتيقن ان تغريم الغير اضرار به في مقام رجوع المالك على المشتري الجاهل بما حصل له نفع في مقابله فهو رحمه الله لا يرى التغريم مؤثرا من دون الأضرار فكأنه قال كل اغرار لا يتضمن اضرارا فليس بشيء وكلما كان كذلك فلا ضمان معه

وصاحب الجواهر عليه الرحمة عدل عن منع عدم الضمان الذي هو الكبرى بل قال بالضمان لان السبب اقوى من المباشر الى منع الصغرى وهى ربط الأغرار بالأضرار فقال ان الأغرار بنفسه ليس دليلا مستقلا بما هو كذلك بل من باب تقديم السبب الأقوى على المباشر الأضعف .

قوله من دلالة رواية جميل المتقدمة : التى فيها ويرجع - اى المشتري - على من باعه بـ بـ بـ بـ الجارية وقيمة الولد التى اخذت منه .
قوله وفيه تأمل : قد يكون اشارة الى حساب ان حرية الولد منفعة راجعة الى المشتري .

قوله ثم ان ما ذكرنا فى حكم هذا القسم : وهو ما حصل له فى مقابلته نفع : يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين من زيادة القيمة الحاصلة وقت العقد على الثمن المتعامل عليه بينه وبين البائع الفضولى كما لو باع ما يسوى وقت العقد عشرين باعه بعشرة فتلف المتاع عند المشتري فأخذ منه المال - عشرين فأن المشتري لا يرجع على البائع بعشرة الثمن والا - اى لو جوزنا رجوعه عليه حتى بعشرة الثمن مع تلف المتاع عنده - لنرم تلف المتاع من كيس البائع من دون ان يغره فى نفس العشرة التى كانت ثمنا لأنه لو فرض صدق البائع فى دعوى ملكيته للمتاع لم تزل غرامة المشتري للثمن المدفوع بازاء المبيع التالف عند المشتري فعشرة الثمن لم تنشأ عن كذب البائع واما العشرة الزائدة على العشرة المسماة عند العقد فأنما جاءت غرامتها من كذب البائع عليه انه هو المالك وانه يعطيه المتاع بعشرة وان كانت فى الواقع قيمته عشرين او اكثر لأنه مالك مختار فى قيمة ما يبيع به ملكه فحصل الغرور فوجب الرجوع : ولا يخفى ان عبارة الشيخ فيما سقناه عنه موهمّة بأن المشتري لا يرجع على البائع بعشرة الثمن وليس الأمر كذلك فان من الواضح رجوع المشتري على البائع الفضولى بـ بـ بـ بـ المتاع وقد تقدم انما

الكلام فى رجوعه عليه غير عشرة الثمن بعشرة الغرامة للغرور الموجب للرجوع
واما عشرة الثمن فأنما يرجع عليه بها لان المباع ليس له فهو لا يستحق
بازائه شيئاً ففى مسألة الرجوع بالثمن وما زاد عليه نوعان من الغرور والأول
هو ادعاؤه انه المالك ولم يكن كذلك والثانى انه انما ورد المعاملة على
العشرة لا العشرين فما زاد على العشرة مغرور به : وعبارة الشىء
السالفة فضلاً عن ايهاهما فأنها تطويل بلا طائل وكان عليه ان يكتفى فى
الرجوع بالزائد بقاعدة المغرور او اى دليل آخر واما اصل الثمن فقد تقدم
القول فيه وهو من الواضحات .

قوله وما ذكرنا : ما حاصله انه حصل الغرور فوجب الرجوع : يظهر اندفاع
ما ذكر فى وجه عدم الرجوع من ان المشتري انما اقدم على ضمان العيـن
وكون تلفها منه ومع الأقدام لاغرور ولذا لم يقل به فى العشرة المقابلة
لثمن لانه اقدم على ذلك توضيح الاندفاع ان الأقدام انما كان على ضمانه
المتعاقد عليه الا ان الشارع جعل القبض على هذا النحو من الأقدام فى
ظرف فساد العقد وعدم امضاء الشارع له سببا لضمان المبيع لما لكه الواقعى
بقيته الواقعية لا بالمتعاقد عليها فالمانع من تحقق الغرور وهو الاقدام
لم يكن الا فى مقابل الثمن والضمان المسبب عن هذا الاقدام لما كان
لأجل فساد العقد المسبب عن تحرير البائع الفضولى كان المترتب عليه من
ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار فغرامة العشرة الزائدة وان كانت
مسببة عن الأقدام على المعاملة الا ان هذه الزيادة ليست مقدما عليها
والذى كان مقدما عليه هو الثمن لاكثر مع ان التحقيق ان سبب الضمان فى
العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الأثمان وان نفس الأقدام
على الضمان ليس علة للضمان وقد ذكرنا فى محله ما حصله ان من جعل
الاقدام دليلا على الضمان يحتمل ان يكون مراده من ذلك هو دليل اليد :

وكيف كان فجريان قاعدة الغرور فى الزائد على الثمن اولى منه فيما حصل فى مقابله نفع لان هذه الزيادة على الثمن لم يحصل فى مقابلها نفع كما هو واضح : هذا الذى تحدثنا عنه اذا كانت الزيادة فى قيمة المتاع موجودة وقت العقد اما لو تجددت بعد العقد فالحكم بالرجوع فى الزائد اولى لان المشتري لم يقدم على هذه الزيادة التى لم تكن حتى فى الواقع . قوله واما ما يغرمه بازاء اجزائه : اى اجزاء المباع فضولة - التالف والظاهر ان حكمه حكم ما قلناه فى المتاع نفسه وان الزائد على المتعاقد عليه يرجع به المشتري على البائع الغار له لا فى ما يقابل الجزء كله على ما اخترناه . ويجىء على القول الآخر الذى سبق من ان المشتري ضامن للعين فلا يرجع على البائع بشىء سوى الثمن الاصلى عدم الرجوع : واما ما يغرمه باأزاء اوصافه التى تخلفت عن المبيع عنده فان كان الوصف مما لا يقسط عليه الثمن كما فى سوى وصف الصحة من الأوصاف التى تتفاوت بها القيمة نظير ان يكون العبد كاتباً فينسى الكتابة عند المشتري فيرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع الغار لانه لم يقدم على ضمان ذلك . قوله وصف الصحة : اى انه يقسط عليه الثمن كما يقسط على الأجزاء فمثل هذا الوصف حكمه حكم الجزء وقد تقدم بيانه . قوله اذا كان البيع صحيحاً : من عامة جوانبه سوى الفضولية اما لو كان فاسداً من جهة اخرى غير جهة الفضولية بأن كان صرفاً ولم يحصل التقابض فى المجلس وانما حصل بعده . قوله والمالك على تقدير كذبه : اى كذب البائع . قوله فحكمه حكم نفس الثمن فى التزام المشتري به على تقديرى صدق البائع فيكون للبائع وكذب البائع فيكون للمالك . قوله ان كل ما يرجع المشتري به على البائع : الفضولى لو فرض ان المالك رجع على البائع فيه فان البائع لا يرجع به على المشتري لان المفروض قرار

الضمان على البائع : واما ما لا يرجع المشتري به على البائع كما سوى الثمن وهو العشرة - حيث يكون الثمن المعقود عليه عشرة - من القيمة الواقعية - التي قلنا انها عشرون - وان باعه الفضولى بعشرة فحيث يسترد المالك - العشرين من البائع الفضولى لأنها قيمة المتاع الذى تلف عند المشتري وكانت يد الفضولى عليه فأن كان الفضولى قد اخذ الثمن - وهو العشرة المتعاقد عليها بينه وبين المشتري - وبقي عنده فلا سبيل له على المشتري فى كلتا العشريتين لفرض ان عشرة الثمن عنده والعشرة الأخرى مما يرجع بها المشتري عليه لأنه غار له نعم لو استرد المشتري عشرة الثمن وبعد ذلك اخذ المالك من الفضولى العشرين فان مساوى الثمن يرجع به البائع على المشتري لحصول التلف فى يد المشتري بخلاف ما لو حصل التلف عند البائع فإنه لا يرجع على المشتري بشىء ولو ان المشتري كان قد استعاد الثمن .

قوله فأن قلت ان كلا من البائع الفضولى والمشتري العالم بالفضولىة متساويان فى حصول العين المباعة فضولة فى يديهما العاديتين اللتين هما سبب للضمان وحيث ان الأمر كذلك فلا وجه لحصول التلف عند المشتري ولا دليل على كون التلف عنده سببا لرجوع البائع عليه اذا غرمه المالك نعم لو اتلف المشتري المتاع المباع بفعله رجع البائع عليه حيث يغرم لكسبون الاتلاف سببا لتنجز الضمان على السابق للاتلاف منهما والسابق هنا هو المشتري - قلت توضيح ذلك يحتاج الى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من البيدين ببدل التالف وصورته فى عهدة كل منهما مع ان الشئ الواحد لا يعقل استقراره الا فى ذمة واحدة - التعبير بلا يعقل فيه حازة بدليل ما أتى فى هذا الجواب - وان اسم الموصول فى قوله على اليد ما اخذت شىء واحد فكيف يكون على كل واحدة من الأياد المتعددة

— فنقول — معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها ودركها بعد التلف عليها فاذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة — فى عهدرة كل من الأيدي لكن ثبوت الشئ الواحد فى العهدرات المتعددة معناه لزوم خروج منها عن العهدرة عند تلفه وحيث ان الواجب هو تدارك التالف الذى يحصل ببدل واحد ولا معنى لأزيد من البديل الواحد كان معنى ثبوت الشئ فى العهدرات المتعددة تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن العهدرة عند تلفه فهو يملك ما فى ذمة كل منهم على البديل فالمسؤولية مستوية على الجميع كالواجب الكفائى بمعنى انه اذا استوفى من احدهم سقط الباقى لخروج الباقى بعد الاستيفاء للبديل عن كونه تداركا لان المتدارك لامجال لتداركه مرة أخرى والوجه فى سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقيين ان مطالبته حق ما دام لم يصل اليه المبدل ولا بدله فأيهما حصل فى يده لم يبق له استحقاق فلو بقى له شئ فى ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية عن ماله والمفروض عدم ثبوت البديل بعنوان آخر غير التلف او الاتلاف : ويتحقق مما ذكرنا بما صورناه ان المالك انما يملك البديل على سبيل البدلية بالنسبة الى الذم المتعددة ان يستحيل اتصاف شئ منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا واصلا الى المالك مائلا لما تلف منه : ويمكن ان يكون نظير ما ذكرناه ضمان المال على طريقة ابناء الجماعة حيث يرون ان الضمان ضم ذمة الى ذمة اخرى — ذمة الضامن وذمة المضمون عنه — وضمان عهدت المعوضين لكل من البائع والمشتري — فأن الضامن يضمن للبائع متاعه او قيمته وهكذا للمشتري ثمنه او قيمته على البديل — وضمان الأعيان المضمونة — اى القابلة للأمانات قبل التعدي والتفريط لاتضمن لانه ضمان مالم يجب وحيث يتحقق فيها الضمان فأن معنى ضمانها هى او بدلها : وضمان ضامين لانسان واحد

فأن معناه على البدل بالنسبة اليهما .
 قوله واما حال بعضهم بالنسبة الى البعض الآخر فلا ريب فى ان اللاحق اذا رجع المالك عليه لا يرجع على السابق ما لم يكن السابق غارا له كما لا ريب فى ان السابق اذا رجع المالك عليه وكان غارا لللاحق لم يرجع عليه ان لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق لضمنه السابق له لغروره اياه فالمقصود بالكلام ما اذا لم يكن غارا له وعليه فالوجه فى رجوع السابق على اللاحق هو ان السابق اشتغلت ذمته للمالك بالبدل قبل اللاحق فاذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل : ونقول حيث تكون العين المبيعة موجودة قابلة للاستنقاذ فلا حق للمالك الا فيها عند اى احد كانت ومع وجودها فلا مجال لعنوان البدل وشغل ذمة السابق مع وجود العين قابلة للاستنقاذ شغل شأنى لا فعلى فقوله فاذا حصل المال فى يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل لا معنى له وهكذا لا معنى لقوله فهذا الضمان يرجع الى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل فان البدل ليس فى عرض المبدل بل فى طوله حيث يفنى وهكذا لا معنى لقوله ان لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل بل المعقول هو ضمان المبدل معينا لانه مع وجوده وتيسره فبدلية البدل عنه تكون شأنية لا اكثر وحيث تكون العين موجودة فخرج البدل عن كونه بدلا فعليا هو الحق فالثانى الذى حصل المال بيده وهو موجود عنده يجب عليه دفعه للمالك وتنتهى مسألة الضمان عن كل احد وحيث يحصل المال فى يد الثانى ويتلفه فالضمان يستقر عنده حيث لاغرور كما هو المفروض واما حيث يتلف خارجا عن تسببيه ومباشرته فهنا يصح ان يقال فقد ضمن شيئا له بدل شأنى - فى وقته - لكنه بسبب التلف يصير فعليا هو وما تعلق بذمة الثانى ويصير كل منهما فى عرض واحد ضامين يجوز للمالك ان يرجع على اى واحد

منهما شاء لترتب يديهما العاديتين على ماله وحيث لاغرور فلا رجوع لأحدهما على الآخر ان ادعى للرجوع فما يدفعه الثاني عند مطالبة المالك له فانما هو تدارك لما استقر في ذمته هو بعد تلف العين وليس هو فرعا عن الأول لأن مال المالك حصل عنده كما حصل عند الأول فبعين السبب الذي يضمن به الأول يضمن به الثاني ولا يميز لأحدهما على الآخر - فقوله فانما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول - لا محصل له فضلا عن كونه اكلا من القفا : وهكذا لا مجال لقوله بخلاف ما يدفعه الأول فانه تدارك نفس العين معينا لان الثاني مثله فانما تدارك نفس العين التي كانت عنده وتلفت وقد اسلفنا ان ضمان الأول مع وجود العين شأنى لا فعلى وهذه الشأنية تتساوى فيها كافة الأيدي ما دامت العين موجودة وحيث تتلف فأنها جميعا تتساوى فى الفعلية لبدل واحد يتبع اختيار المالك : فأن ادعى الثاني البديل الى المالك سقط تدارك الأول له ان لا مجال لتدارك اكثر من بدل واحد : ولا معنى لقوله ولا يجوز دفعه : اى البديل من الثاني : الى الأول : ان لا مجال للأول ولا مناسبة فى ان يأخذ البديل ويدفعه للمالك : كما لا معنى لقوله قبل دفع الأول الى المالك فان الأول اذا دفع للمالك البديل بعد التلف عند الثاني اما من تلقاء نفسه واما بمطالبة المالك فقد قام بواجبه ولا يستحق على الثاني شيئا بالمرّة ان لافرق بينه وبين الثاني فى السبب الملزم وهو اليد العارية : وكون البديل من باب الغرامة والتدارك فانما هو بالنسبة الى المالك لا غير المالك : وهكذا قوله فلا اشتغال للذمة : اى لذمة الثاني بالنسبة الى الأول قبل حصول التدارك من الأول للمالك فان الثاني غير مشغول بالذمة لأحد سوى المالك نعم اذا ادعى الأول قبل الثاني فقد فرغ الثاني من المالك لان المالك لا يستحق الا بديل ماله وقد حصل بيده لكن ليس للأول

على الثانى طريق بعد ان كان سبب الضمان عدوان اليد، وكلاهما عار بيان والتلف عند الثانى - لو فرض - لا اثر له - لانه ليس بأتلاف ودعوى استقرار الضمان على من حصل عنده التلف زائفة لأن سبب الضمان الوحيد هنا هو العدوان وهو موجود فى الطرفين بلا ميز لأحدهما على الآخر: وهكذا لامعنى لقوله: وليس - اى ما رفعه الثانى للمالك - من قبيل العوض لما فى ذمة الأول - لان الثانى بعدوانه مسؤل مستقيما للمالك وليس هو فرعا عن احد: ومن الاشتباه الواضح قوله: فحال الأول مع الثانى كحال الضامن مع المضمون عنه فى ان الضامن لا يستحق على المضمون عنه الدفع اليه الا بعد الأراء - عن المضمون عنه - بل الأول والثانى كلاهما عار بيان وكل منهما ضامن لمال المالك مستقيما لعدوانه وليس احدهما فرع الآخر ولا يؤدي احدهما عن الآخر وانما يؤدي عن نفسه سواء كان ادائه من تلقاء نفسه ام بمطالبة المالك: وهكذا لا يصح قوله ان من تلف المال فى يده ضامن لأحد الشخصين على سبيل البديل من المالك ومن سبقه فى اليد: فأنه ليس بضامن الا للمالك على التعيين واما من سبقه فى اليد فعاد مثله فى كل شىء: وعليه فلا تشتغل ذمته الا بتدارك العين واما تدارك بدلها الشأنى الذى كان فى عهدة الأول فقد كان شأنا بوجود العين وصار هو وما على الثانى فعليا فى عرض واحد فهنا اشتغال شخصين لشىء واحد لشخص واحد هو المالك - نعم هو اشتغال عرضى فى الشأنية وفعله يكون من واحد منهما باختيار المالك - وعينا مانحن فيه من تعاقب الأيدى - فلا مجال لقوله كما كان فى الأيدى المتعاقبة اشتغال اشخاص على البديل لشىء واحد لشخص واحد - وربما يقال فى وجه رجوع غير من تلف المال فى يده على من تلف فى يده لو رجع المالك عليه دون من تلف عنده ان ذمة من تلف المال فى يده مشغولة

للمالك بالبدل - للتالف - وان جاز للمالك الزام غيره من اولى الايدي العارضية بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من ادى - وهو غي - التالف بيده - مال للمالك فى ذمة التالف عنده بالمعاوضة الشرعية - القهرية - وهذا كلام لم يصدر عن توجه بعد الاعتراف بأن كلا من اولى الايدي ضامن مسؤل بالمباشرة لصاحب المال ولو كان التالف يعين الضمان على من تلف عنده لما كان مجال لمسؤولية غيره الا بالشأن لا بالفعل فى حال ان الطرفين من ناحية المسؤولية فى عرض واحد يجوز للمالك ان يرجع باختيار وانتخاب منه على من شاء من اولى الايدي المتعاقبة على ملكه وقد اسلفنا ان التالف فى هذا الباب حيث يكون من نفسه فأنه لأثر له وانما الأثر للعدوان وهم فيه مشتركون ولذلك لو لم يكن فى البين عدوان ولا مبادلة مال بمال بل كان فى البين استيمان محض شرعى او مالكى لا يكون للتالف بما هو مع عدم التعدى او التفريط اثر ضمان فحيث لا اتلاف والمجال كله للبد فأن الجميع سواسية فى ذلك وتصرف التالف بمجرد عند واحد من اولى الأيدي لا يثير الا خيال استقرار الضمان عليه - مالم يكن فى البين تعبد محض - قال وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده وبين غيره الذى خطابه بالأداء - للمالك - شرعى - لا ذمى - اى ان ذمته ليست مشغولة للمالك لان التالف لم يحصل عنده - وعليه فاذا كانت ذمته غير مشغولة للمالك فما معنى خطابه الشرعى بالأداء وحيث يكون الاداء لشغل الذمة فما معنى انه شرعى لا ذمى ومن الغريب قوله ان لا دليل على شغل ذم متعدرة بمال واحد - مع اعترافه هو وغيره بدليل اليد فأن كل واحد من اولى الايدي مشمول له بمنطوق اللفظ ومحتواه : وبالطبع حيث تكون المقدمة خاطئة فان النتيجة تتبعها فى ذلك حيث قال فحينئذ يرجع عليه - اى على من تلف عنده ولا يرجع هو على احد .

قوله معقبا على الكلام السابق وانت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأن خطاب من تلف عنده ذمى وخطاب غيره شرعى مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة اليهما على السواء والمفروض انه لا خطاب بالضمان بالنسبة اليهما غير دليل اليد مع انه لا يكار يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأراء والخطاب الذمى فأن الخطاب الذمى معنى الأراء الى المالك مع انه لا يكار يعرف خلاف من احد فى كون كل من ذوى الأيدي مشغول الذمة بالمال - بعد التلف - فعلا - وقبل التلف شأننا - ما لم يسقط بأراء احدهم او ابراء المالك نظير الاشتغال بغير هذا المورد ونظائره من الديون فى اجبار المديون على الدفع او الدفع عنه من ماله وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء ومصالححة صاحب الدين عنه مع آخر الى غير ذلك من احكام ما فى الذمة مع ان تملك غير من تلف المال عنده لما فى ذمة من تلف المال عنده بمجرد انه دفع البديل الى المالك لا يعلم له سبب اختيارى ولا قهرى بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف فى يده بمجرد اراء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع ان اللازم مما ذكره ان لا يرجع من ادى الى المالك على من لحقه من اولى الايدي السعادية الاعلى من تلف المال عنده مع ان الظاهر خلافه فأنه يجوز له ان يرجع على كل واحد ممن بعده سواء تلف المال فى يده ام لا نعم لو كان المؤدى غير من تلف عنده فأنه يرجع على احد لو احقه الى ان يستقر الضمان النهائى على من تلف عنده - هذا على مبنى صاحب المكاسب واما على مبنا فى غير مقام غرور فلا رجوع من احد من اولى الايدي على احد فان اليد سبب تام للضمان وقد تقدم مبسوط حديثنا عنه فلا نعيد .

قوله يرجع المالك بها : اى بالعين على من هى فى يده كائنا من كان او

من جرت يده عليها عدوانا فان لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غـمـم
المطالب من اولى الايدي المعادية بدل الحيلولة وللمالك استرداد اصل
ماله الموجود فحيث يسترده يرد بدل الحيلولة ولا ترتفع سلطنة المالك عن
مطالب المعادى الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثانى وانما
يستطيع ان يطالبه برد عين ماله لوجوده ولو فى يد اخرى وليس له ان
يطالبه مع المكنة على استرداد نفس العين ان لا مجال للمطالبة بالبدل
مع تيسر المبدل لان عهدته وان لم تكن على الأول وحده من اولى الايدي
المعادية الا ان له ان يطالبه بارجاع عين ماله فيجب على الأول تحصيلها
وان بذل ما بذل فى سبيله نعم ليس للمالك اخذ مؤنة الاسترداد منه
ليباشر ذلك بنفسه ولو لم يقدر على استردادها الا المالك وطلب من الأول
عوضا عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض او ينزل بالنسبة اليه
منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة او يفرق بين الاجرة المتعارفة للاسترداد
فيجب وبين الزائد عليها مما يعد اجحافا على الغاصب الأول فلا يجب
وجوه .

مسئلة : لو باع الفضولى مال غيره : وبالنسبة الى مال الغير صار فضوليا
— مع مال نفسه فعلى القول ببطلان الفضولى فالظاهر ان حكم هذا المبيع
حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصحة لدعوى الاجماع عليها
مضافا الى صحيحة الصغار من قوله لا يجوز بيع ما لا يملك ووجب الشراء فيما
يملك ولما ذكرنا من الدليل على هذا التصوير قال بالصحة فيه من قال
ببطلان الفضولى نعم لولا النص المزبور والاجماع المذكور امكنت الخدشة
فيه بما سيجىء فى بيع ما يملك وما لا يملك : وخلاصة ما سيجىء ان الصحة
فى البعض على خلاف ما تراضيا وتعاقدا عليه من المجموع وقد يقال ان
عنوان الجملة قد لا يكون منظورا والمنظور الأبعاض توفر كلها او بعضها :

واما على القول بصحة الفضولى فلا ريب فى الصحة مع الاجازة بل وكذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك نعم يثبت الخيار للمشتري مع جهله بالحال بل عن الشيخ تقوية ثبوت الخيار للبائع ان لم يسلم لــــه ما اراده من بيع الجميع وعدم علمه بالحكم الشرعى وانه انما يصح فى ملكه فقط . قوله وتؤيده صحيحة الصفار : الناطقة بانه لا يجوز ولا يمضى بيع ما لا يملك : وربما حمل كلام الشيخ على ما اذا ادعى البائع الجهل بالحكم او الأذن من مالك البعض الآخر وحمل كلام الغنية على العالم بأنه غير مأذون وبالحكم الشرعى فى غير المأذون .

قوله مانع شرعى كلزوم ربا : نظيران يبيع مد تمر (هو له) ودرهما (هو لغيره) بأربعة امداد من تمر فاذا بطل بيع الدرهم وقوبل فى العرف بمدين لزم الربا فى بيع المد الذى هو له لانه يلزم منه بيع مد بمدين قوله وبيع آبق من دون ضميمة : بأن باع عبد الغير الحاضر وعنده الآبق بمال فاذا لم يصح بيع عبد الغير لم يصح بيع عبده ايضا ان لاضميمة معه تشفعه .

قوله ثم ان البيع المذكور صحيح بالنسبة الى ما يملكه البائع بحصته من الثمن وموقوف فى غيره بحصته من الثمن ايضا وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن فى غير المثلى — لان المثلى باعتبار تساوى اجزائه لاختلاف فى قيمته وسيأتى فى آخر الكلام التعرض له — ان يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه اليه — اى الى الثمن — كنسبة قيمة الواحد منهما الى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر ما اذا كان ثمنهما معا ثلاثة دنانير وقيل ان قيمة ما يملكه البائع دينار وقيمة غيره ديناران ومجموع التقويمين ثلاثة نسبة ما قيمته دينار اليها هى الثلث فيرجع المشتري بثلثى الثمن حيث كان دفعه وما ذكرناه من الطريق هو المصرح به فى الأرشاد

حيث قال ويقسط المسمى فى العقد على القيمتين ولعل هذا الطريق ايضا مرجع مافى الشرائع والقواعد واللمعة حيث جاء فى هذه الثلاثة انهما يقومان جميعا ثم يقوم احدهما فأن هذه العبارة يمكن تنزيلها على ماقلنا ان يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه اليه — كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين وان كان خلاف ظاهرها اذا اخذ بسياقها ولهذا — تعليل لأرجاع ما جاء فى هذه الثلاثة الى مافى الارشاد — فسر بهذه العبارة التى نقلناها عن الثلاثة عبارة الأرشاد المحقق الثانى حيث قال طريق تقسيط المسمى على القيمتين انهما يقومان جميعا ثم يقوم احدهما لكن الانصاف ان العبارة الموجودة فى الكتب الثلاثة لاتنطبق بظاهرها على عبارة الارشاد التى اخترناها فى طريق التقسيط — واستظهرناه من سرائر ابن ادريس ان لو كان المراد من تقويمهما معا تقويم كل منهما منفردا لاتقويم المجموع منهما لم يكن معنى لقولهم ثم يقوم احدهما ثم تنسب قيمته ان ليس هنا الا امران تقويم كل منهما ثم نسبة قيمته الى مجموع القيمتين فالظاهر انهم ارادوا قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احدهما منفردا ثم ملاحظة نسبة قيمة احدهما الى المجموع ومن هنا انكر عليهم جماعة اطلاق القول بذلك — اى بما يشمل كافة الموارد — جهة الانكار ان ذلك لا يستقيم فيما اذا كان لاجتماع المالىين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى باب وزوج خف فأننا اذا قومنا مصراعى البسباب مجتمعين بعشرتوقومنا احدهما منفردا بدرهمين وكان الثمن المسمى فى العقد خمسة ونسبة الدرهمين الى العشرة الخمس كان من اللازم ان يخص كل مصراع بانفراده بخمس الخمسة فتبقى ثلاثة اخماس بلا تكليف — فاذا رجع المشتري بجزء من الثمن الذى دفعه نسبة ذلك الجزء الى الثمن — كنسبة الاثنى الى العشرة وهى الخمس فأن معناه انه يستحق على

البائع واحدا من الخمسة فيبقى عند البائع اربعة من الخمسة فليس له الا مصراع قيمته خمس الخمسة كالمصراع الآخر مع انه لا يستحق من الثمن الا مقدارا مساويا لما يقابل المصراع الآخر وهو درهم بوصف الانفراد ودرهمان ونصف بوصف الأتباع والحاصل ان البيع انما يبطل فى ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الأجازة - وهو المصراع بوصف الاجتماع يعنى نصف العشرة فى التقويم ونصف المسمى المتعاقد عليه وهو الخمسة - ويصح فى نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع الاجازة - وهو ما قدمناه من نصف العشرة فى التقويم ونصف الخمسة فى المتعاقد عليه : اذا فمن الحق ان يقال خروجنا من هذا الاشكال ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظة صفة الانضمام ثم يؤخذ لكل منهما جزء من الثمن كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين : وعليه فاذا فرض تقويم المجموع بعشرة فأن احدهما بوصف الانضمام لا يقوم بدرهمين بل يقوم بخمسة وبذلك يرتفع الاشكال .

قوله ولكن الظاهر ان كلام الجماعة الثلاثة السابق الذكر اما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة او نقصانها بالأتباع فى نوع الأمور التى لو اجتمعت او انفردت لما اثر ذلك فى قيمتها شيئا او مرادهم - على احتمال بعيد جدا - من تقويمهما تقويم كل منهما منفردا ويراد من تقويم احدهما ثانيا ملاحظة قيمته بالنسبة الى مجموع القيمتين - يعنى عين الطريق الذى ذكره عن السرائر سابقا - وان لم نحمله على واحد من هذين المحملين ففساد الضابط المذكور فى كلامهم لا يحتاج الى النقض بصورة ما يكون للمهياة الاجتماعية دخل فى الزيادة التى قلنا فيها ان من لازمها ان يأخذ المشتري النسبة بين قيمة احدهما المنفرد وبين قيمة المجموع يعنى يأخذ الخمس من الثمن الذى هو خمسة وقد عرفت بطلانه لا ضعفه بل ينتقض ايضا بصورة مدخلية الاجتماع فى نقصان القيمة بحيث

تكون قيمة احدهما منفردا مثل قيمة المجموع او ازيد من المجموع فان هذا فرض ممكن كما صور ذلك فى عبدين اذا اجتمعا فى ملك شخص جاء عنهما من الفساد ما لا يحصى بحيث تعود هياتهما الاجتماعية منزلة لقيمتهم ما بوصف الاجتماع الى افق نازل جدا فان الألتزام فى مثل هذا التصويـر على الطريقة المذكورة قد يوجب الجمع بين الثمن والمثمن كما لو باع جارية مع امها بثمانية وقيمتها مجتمعتين عشرة وقيمة كل واحدة منفردة عشرة فان نسبة قيمة احديهما منفردة الى مجموع القيمتين - بل الحق ان يقول الى قيمتهما مجتمعتين - نسبة الشئ الى مماثله - عشرة - عشرة - فيرجع فى مقابل مال الغير بكل الثمانية مع بقاء الأخرى عنده وهذا هو تصويـر جمع الثمن والمثمن وكان من اورد عليهم بصورة مدخلية الاجتماع فى صعود القيمة غفل عن هذا التصوير وهو النقصان فى صورة الاجتماع او كان تصوير النقصان فى صورة الاجتماع غير ممكن وقد صورنا لك امكانه فالتحقيق فى جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا ونسبة قيمة احدهما الى مجموع القيمتين وبضميمة ملاحظة صفة الاجتماع فى البين يرتفع كل اشكال سواء فى ذلك صعود القيمة كما فى مصراعى باب او نزولها كما فى العبدین حيث يجتمعان يجىء منهما الشئ الكثير من الفساد .

قوله فأن قلت ان المشتري انما بذل الثمن - بالنسبة الى مصراعى الباب مثلا - فى مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك احدهما لبيع ملكه فالبائع انما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن المسمى جزء نسبته اليه كنسبة الدرهمين الى العشرة - فى المثال السابق - وهو درهم واحد من خمسة فالزيادة يأخذها بالنسبة الى الخمس ظلم على المشتري وهدفه بهذه الزيادة - بقرينة - العبارة اللاحقة - درهم ونصف اضافة على درهما بما يكون

المجموع درهمين ونصفا - اى نصف الخمسة التى هى الثمن المسمى - باعتبار انه يملك نصف المصراعين - وان كان ما اوهمته عبارة الشرائع ونظيراتها هو اخذ البائع اربعة من الخمسة واخذ المشتري واحدا منها اشد ظلما لان الزيادة فى الصورة الأولى على واحد هـ هى درهم ونصف وفى هذه الصورة بعد اخذه الاربعة وما حقه الا واحد تكون زيادته ثلاثه - فاللازم حفظا للحق ان يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين ملحوظا فيه وصف الاجتماع فإذا اخذت هذه الطريقة كان قيمة كل واحد مع الوصف المزبور نصف الخمسة - وهو الثمن المسمى - ولا يخفى ان عبارة الشيخ عن هذا المعنى ملتوية طويلة من غير طائل سوى افادتها التعمية على السطاب حيث قال فاللازم ان يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا وعلى هيأته الاجتماعية ويعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا - وهكذا قيمة هيأته الاجتماعية - ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا وقيمة هيأته الاجتماعية - قلت - فوات وصف الانضمام كسائر - الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضمونا فى باب المعاوضات وان كان مضمونا فى باب العدوان غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة - صفة الانضمام - ولا فرق فيما ذكرنا - من الملاكات الصحيحة - بين كون ملك البائع وملك غيره متعددا فى الوجود الخارجى كعبد وجارية او متحددا فى الوجود كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثا لان الثلث قد لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكون الثلث اقل رغبة من الثلثين بل تلاحظ قيمة الثلث لنفسه وقيمة الثلثين لنفسهما وتتخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة هذا كله فى القيمى واما المبيع المثلى فأن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع فلثله ثلث الثمن وهكذا فيقابل كل من حصتى البائع والأجنبى بما يخصه وان كانت

حصّة كل منهما معينة بمعنى انها مستقلة فى الوجود لامتزجة مشاعة كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظة قيمة كل منهما على انفراد ونسبة قيمته — احدىهما للأخرى وتقسيط الثمن على هذه النسبة .

مسئلة : ما سبق الكلام فيه كان من باب الفضولية المحققة وهنا يأتى الكلام فى مشكوك الفضولية (لو باع من له نصف الدار) ملكا مشاعا (نصف ملك الدار) كلمة ملك هنا قلقة لامجال لها بعد قوله من له نصف الدار (فان علم انه اراد نصفه) اى نصف نفسه (او نصف الغير عمل به) اى بما علم منه (والا) اى لم يعلم ذلك (فان علم انه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ) الذى نطق به (ففيه احتمالان حمله على نصفه المملوك له وحمله على النصف المشاع بينه وبين الاجنبى) اى شريكه فى ملك الدار (ومنشأ الاحتمالين اما تعارض) كلمة اما هنا زائدة وفى غير محلها بل كان من واجبه ان يقول تعارض ظاهر النصف اما مع ظهور انصرافه او مع ظهور انشاء البيع (ظاهر النصف) الذى لم ينسبه لنفسه او لشريكه (اعنى الحصّة المشاعة فى مجموع النصفين) والحقين (مع ظهور انصرافه) اى هذا المطلق (فى مثل المقام) الذى هو (من مقامات التصرف) لان البيع تصرف فحيث يقول بعثك نصف الدار ينصرف هذا النصف لانه تصرف قام به من ظاهره العقل وعدم التطفل (الى نصفه المختص) به اذ النصف الآخر مال غيره وهو بالفرض ليس وكيل عنه ولا وليا عليه (وان لم يكن له) اى للفظ نصف الدار (هذا الظهور فى غير المقام) كمقام الأقرار حيث يقر لآخر بأن له نصف الدار فان الأقرار ليس تصرفا يدعو الى كونه نصفا خاصا بخلاف البيع فأنه تصرف واعمال نفوذ مالكية (ولذا يحمل الأقرار) بنصف الدار (على الأشاعة — كما سيجىء او) تعارضه (مع ظهور انشاء البيع) الذى قام به (فى البيع لنفسه لان

بيع مال الغير لابد فيه اما من نية الغير) وعنه (او اعتقاد) البائع
(كون المال لنفسه او بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب)
لنفسه (والكل) من نية الغير او اعتقاد كون مال الغير لنفسه هو او بناءه
على تملكه للمال عدوانا كما فى الغاصب (خلاف المفروض هنا) كما تقدم
فى صدر المسألة (ومما ذكرنا) من ان المورد مورد بيع ملك غير مفروز
(يظهر الفرق بين مانحن فيه وبين قول البائع بعث غانما مع كون هذا
الاسم) غانم فى الصورة اللفظية (مشتركا بين عبده وعبده غيره) حيث
يقول البائع بعثك غانما فلا يدري ايه باع عبده نفسه او باع عبده غيره (حيث
ادعى فخر الدين) ابن العلامة (الأجماع على انصرافه الى عبده) اى
عبده نفسه (ففاس عليه مانحن فيه) من بيع نصف الدار فى حال ان الفرق
واضح جدا فان الغانمين ممتازان وجودا خارجيا ونصفا الدار باقيان على
الاشاعة وغير منفريين فلو فرض انهما منفريان لم يأت فيهما ما نتكلم عليه
بالفعل بل انصرف البيع الى نصفه المختص به (ان ليس للفظ المبيع
هنا) اى فى غانم (ظهور فى عبده الغير) ان لا ادعى لهذا الظهور
بخلاف ظهور النصف فى الاشاعة (فيبقى ظهور البيع) فى غانم (فى
وقوعه لنفس البائع) بالنسبة الى العبد الذى باعه باسم غانم العلمى (و
كذلك يبقى) انصراف لفظ المبيع) غانم (فى مقام التصرف الى مسما
المتصرف سليمان عن المعارض) ان لاشى يعارضهما فى المثال (فيفسر
بهما) اى بظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع وانصراف لفظ المبيع الى
مال المتصرف (اجمال لفظ المبيع) غانم : (ثم انه لو كان البائع وكيل
عن المالك) فى بيع النصف او وليا عن مالكة فهل هو كالاجنبى (المحض
اعنى الفضولى) وجهان مبنيان على ان المعارض لظهور النصف فى
المشاع) هل (هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع فى مقام التصرف)

والمفروض ان البائع هو الوكيل والمال وان كان ليس له الا انه بمنزلة موكله والمال مال موكله (او ظهور التمليك) من طريق البيع (فى الأصاله) والوكيل ليس بأصيل (والاقوى هو الأول) وهو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع (لأن ظهور التمليك فى الأصاله من باب الأطلاق) اى ظاهرة الحال بان الباعه والشراة معمولاهم الأصيلون فى المعامله (وظهر) كلمة (النصف) بمفردها (فى المشاع وان كان كذلك) اى بالأطلاق (الا ان ظهور القيد) حيث يقول بعتك نصف الدار (وارد على ظهور المطلق) فى النصفية الاشاعية - نصفاً من الدار - وفى كون المتصدر للبيع اصيلاً لان ظهور قيد الأضافة - نصف الدار - يعطى انه باع ملك نفسه وهذا المعنى لا يفترق فيه انه باع بنفسه او بوكيله لان الوكيل كلسان متكلم عن الأصيل .

وما ذكره الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى الى مدلول اللفظ - كما سبق نقل ذلك عنه - وان كان مرجعه الى ظهور فى الاشاعة المحضه ان ليس عن الاشاعة فى الفضولى صارف وارد هذا الظهور على ظهور القيد - نصف الدار - حيث يكون البائع هو المالك الا ان هذا الظهور كما هو واضح مختص بالفضولى وهو الانسان الأجنبى عن الاصيل والوكيل لان القصد الحقيقى الى مدلول اللفظ موجود فى الوكيل كالموكل وفى الولى كالمولى عليه حيث يكون تام النصاب : هذا كله لو كان الوكيل والولى لا يملكان غير هذين العنوانين واما لو فرضنا الوكيل غن الغير والولى عليه يملكان لأنفسهما نصفاً وبالنسبة الى النصف الثانى مأذونين احدهما بالوكالة عن مالك النصف واثانيهما بالولاية الشرعية على المالك وباعاً نصف الدار ولم يحرز منهما الا قصدهما لمفهوم هذا اللفظ فهل النصف المباع منصرف الى ما يملكان او انه مشترك بربع من ملكه وربع من ملك مأذونه

— يقول الشيخ — فالأقوى فيهما الاشتراك في البيع — ربع من ملكه وربع من مأذونه — تحكيما لظاهر النصف الشائع في الحصتين الا ان يمنع ظهوره الا في النصف المشاع في المجموع لا الشائع في الحصتين فحيث يكون الظهور للنصف في النصف المشاع في المجموع فالمبيع ينصرف الى حصة نفسه واما ملاحظة حقي المالكين هو باعتبار نفسه وهو ايضا باعتبار موكله او مولاه واردة الاشاعة فيهما في الكل من حيث ان الكل مجموعهما فغير معلومة بل معلومة العدم بالفرض وهو القصد الى مفهوم نصف الدار بلا احراز لتشخيص انه قصد جهة خاصة بل المفروض انه قصد مفهوم هذا اللفظ نصف الدار بما هو وهذا الفرض عار عن ملاحظة الحقين او حق نفسه فقط او حق مأذونه فقط ومن المعلوم ان النصف المشاع بالمعنى المذكور — وهو النصف المشاع في المجموع يصدق على نصفه المختص فقد ملك كلياً — النصف بما هو — يملك مصداقه فهو كما لو باع كلياً سلفاً مع كونه مأذوناً في بيع ذلك — اى كلياً — عن غيره ايضا لكنه لم يقصد الا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه او عن غيره فأن الظاهر وقوعه لنفسه لانه عقد على ما يملكه فصرفه الى الغير من دون صارف — كما هو المفروض — لوجه له لان ملك نفسه اجلا للجذب من ملك هو مأذون فيه — حيث لا صارف في البين من قصد او غيره — ولعله لما ذكرنا — من جذب نصفه المختص المعاملة لنفسه — ذكر جماعة انه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصف العين المزبورة مشاعا قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لانصف النصف الباقي وقيمة نصف الموهوب تمشية للأشاعة وان ذكروا هذا المعنى احتمالا وليس ما ذكروه من استحقاق الزوج النصف الباقي الا من جهة صدق النصف على الباقي الذي كان هو والموهوب ملكا لها فالنصف الباقي على حسابها فيه جذب لانطباق نصف المفروض بالعقد عليه وان كان يمكن

توجيه هذا الحكم منهم - بطريق آخر - بأنه - على الاشاعة التامة - لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا من جميع الجهات للربيع التالف من الزوج بسبب هبتها النصف المشاع من العين المفروضة صداقا ومساويا له من جميع الجهات بل لا تغاير بينهما الا بالاعتبار فلا وجه لاعتبار القيمة فى الربع التالف بل يحصل التهاثر بين الزوجين بأن الباقي فى مقابل الموهوب نظير مالو وقع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمة اى ان ما فى ذمة المقترض قيمتها الا انها هى وقيمتها سواء من جميع الجهات ولا تغاير بينهما الا بالاعتبار فيحصل بدفعها التهاثر لكن الظاهر ان الجماعة لم يريدوا بما قالوه هذا الوجه الذى ذكرناه مما مثاله التهاثر وانما عللوا استحقاق الزوج للباقي ببقاء مقدار حقه فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام الذى نحن فيه والذى كان مفاده ان نصف الدار يتصرف الى نصفه المختص ولا جهة شبه حينئذ بين ما بأيدينا وبين ما ذكره فى مسألة الصداق فيمكن جهة تصوير له بما ينسجم وهو ان نقول ان العين المصدقة تملكها المرأة قبل الدخول ملكا متزلزلا فى النصف ثابتا فى النصف الآخر على نحو الاشاعة فالنصف الذى تهبه قبل الدخول ينصرف الى حقهما الثابت على تقدير الطلاق قبل الدخول نظير بائع نصف الدار والذى يبقى يكون للزوج ومع هذا التقريب ينافره قولهم - مقدار حقه - بل الباقي هو نفس حقه لا مقداره الا ان يراد بذلك ان الباقي وهو النصف مقدار حقه فى كلية المطلب وهو ان للزوج مما اصدق اذا طلق قبل الدخول نصف الصداق والموجود بالفعل بهذا المقدار .

قوله ونظيره : اى نظير مطلب الصداق الذى تقدم القول عنه : فى ظهور المنافاة لما هنا - اى مسألة بيع نصف الدار : ما ذكره فى باب الصلح من انه اذا اقر من بيده المال لواحد من مدعيين للمال الذى بيده وكان

ادعاهما للمال بسبب يوجب اشتراك المال بينهما كالأرث بالسوية من
 انسان كان يملك هذا المال ومات عنه مخلفا له لهذين الوارثين المتناصفين
 فيه ومن بيده المال انما اقر لواحد مشخص منهما بأن له نصفاً مما بيده
 وبعد هذا الأقرار صالح المقر من اقر له على ذلك النصف المقر به
 — قالوا — كان النصف — مورد المصالحة — مشاعاً في نصيبهما لأن
 احدهما لا ينكر الآخر لاتحادهما في الأراء ان كل المال لهما بالاشاعة
 فالنصف الذي رضخ المقر له على المصالحة عليه مع المقر شائع في نصيبهما
 معا ومعنى اشاعته ان ربعاً للمقر له وربعاً للآخر الذي لم يقر له فان اجاز
 شريك المقر له هذه المصالحة نفذت في مجموع النصف وان لم يجز نفذ في
 الربع — جهة المنافاة في هذا القضاء لما هنا وهو مسألة بيع نصف
 الدار — انهم قالوا بأن المقر له بالنصف لما صالح عليه المقر لم ينفذ
 صلحه في جميع النصف الا باجازة شريك المقر له وانما ينسجم مطلب الصلح
 المذكور مع مطلب بيع نصف الدار حيث يحكمون بمضى هذا الصلح على
 النصف من دون توقف على اجازة الشريك لأن المقر له ان اوقع الصلح على
 خصوص نصفه الذي اقر له به فهو كما لو صالح على نصفه قبل الأقرار صالح
 غير المقر او المقر نفسه فان صلحه يمضى على نصفه من دون توقف على اجازة
 شريكه وان اوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف ايضا الى حصته — كما
 قلناه في مسألة بيع نصف الدار — فلا وجه لاشتراك النصف الذي صالح
 عليه بينه وبين شريكه ولهذا الوجه الذي ذكرناه اختار السيد اختصاص
 النصف بالمقر له : وفي هذه المسئلة نفسها فصل في المسالك بين مالو
 وقع الصلح على نصفه — هو — او مطلق النصف وبين ما اذا وقع الصلح
 على النصف الذي اقر به ذو اليد فاختر مذهب المشهور في الثالث
 — وهو ما اذا وقع الصلح على النصف الذي اقر به ذو اليد — لان الأقرار

منزل على الاشاعة المطلقة - وحكم بالاختصاص فى الأولين وهما حيث يوقع الصلح على نصفه هو او مطلق النصف - الذى بالانصراف يعود اليه - لاختصاص النصف به وضعا فى الأول وهو مالو اوقع الصلح بقصد نصفه المختص - وانصرافا فى الثانى وهو ايقاعه للصلح على مطلق النصف - وهذا الأطلاق يعود عليه بالانصراف - واعترض فى مجمع الفائدة على المسالك بأن هذا الذى ذكره ليس تفصيلا بل مورد كالم المشهور هو الثالث - وهو مالو اوقع الصلح على النصف الذى اقرب به ذو اليد - لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به .

قوله وعلى كل حال : اى سواء قلنا فى بيع نصف الدار انه مصروف به الى حصته ام لن نقل بل قلنا بأنه مشاع فى الحصتين : فأن ذلك لايسرى الى مقام الأقرار حيث يقول ان لفلان ثلثا فى هذه الدار ومعنى انه لايسرى انه ليس بمصروف به الى خاصة حصته وليس الاقرار مثل البيع والصلح والهبة وسائر النواقل بل هو اخبار بأن لفلان كذا حق فى هذه الدار : لكن فيه ان الأقرار انما يصح له هذا العنوان حيث يكون له بالمقر رابطة فهو نظير البيع والصلح والهبة وحيث لا يكون له بالمقر رابطة فهو ادعاء محض لقيمة له فان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ونافذ لا على الأغيار فحيث يخرج عن عنوان الأقرار فلا بحث لنا فيه وحيث يدخل فى بعض من محتواه فان له اثرا فيما دخل من المحتوى لا فيما خرج عنه وما بأيدينا من مسألة من هذا القبيل .

قال فلا اشكال فى ان النصف المقر به اذا وقع فى كلام المالك للنصف مجردا عن قرينة حال او مقال تقتضى صرفه الى نصف نفسه يحمل على المشاع من نصيبه ونصيب شريكه اى انه يحمل على النصف بما هو من الدار بما هى ولهذا الحمل افوتوا ظاهرا على انه لو اقر احد الشريكين الثابتة

يد كل منهما على نصف العين بان ثلث العين المزبورة لفلان حمل على الثلث المشاع فى النصيبين فلو كذب هذا المقر شريكه الذى يده على نصف العين وبقي فى الميدان المقر وحده دفع هذا المقر الى الذى أقر له بالثلث من العين نصف مافى يده الذى هو نصف العين لان المنكر بزعم هذا المقر ظالم لسدس العين بتصرفه فى النصف كله وانما له منه ماسوى السدس - اى له سدسا العين اللذان يتشكل منهما ثلثها - لانه باعتقاره انما يستحق الثلث فالسدس الزائد على ثلثه الذى فى يده نسبتته الى المقر والمقر له على حد سواء لان لكل منهما ثلثا والموجود خارج تصرف المنكر نصف لا ثلثان ونقيصة النصف حتى يصير ثلثين هى السدس الذى بيد المنكر فهو تالف عليهما معا والباقى بعد هذا التالف يكون نصف العين فيكون هذا النصف بينهما : ودعوى ان مقتضى الأشاعة فى الاثلاث الثلاث تنزيل المقر به - وهو الثلث - على مافى يد كل منهما فيكون فى يد المقر سدس من الثلث وفى يد المنكر سدس نظير ما لو صرح المقر بذلك بأن قال ان له - اى للشخص الثالث - فى يد كل منهما سدسا لكن اقراره بالنسبة الى مافى يد المنكر غير مسموع - لانه اقرار فى حق الغير - فلا يجب على المقر الا ان يدفع الى المقر له ثلث مافى يده وهو السدس للعين وقد تلف السدس الآخر بتكذيب المنكر للمقر فى اقراره بثلث العين لشخص ثالث - مدفوعة - بأن مافى يد الغير ليس عين مال الغير حتى يكون مثاله كما لو اقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره بل الذى بيد الغير هو مقدار حصته المشاعة كحصه المقر وحصه المقر له بزعم المقر فلما لم يجبر هذا المنكر المكذب للاقرار على دفع شىء مما فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده الا على احتمال ضعيف وهو تعلق الغصب بالثلث المشاع وصحة

تقسيم الغاصب وهو الشريك الذى لم يعترف لشريكه بما اقر به للثالث مع شريكه فان المنكر للشخص الثالث يقسم المشترك بينه وبين المقر بالمناصفة لانه لا يعترف للثالث بشىء فيتمحض ما يأخذه الغاصب زائداً على الثلث وهو السدس للمغصوب منه وهو الشخص الثالث وما يأخذه الشريك المقر لنفسه وهو لما كان معترفاً للشخص الثالث بالثلث لا يستطيع ان يجوز لنفسه الا الثلث ويعطى ما زاد عليه للثالث وهو السدس فيكون تلف السدس محسوباً على المقر له وحده لكنه احتمال مضعف فى محله وان قال به او مال اليه بعض للخرج بذلك على المقر بالزامه ان يعطى المقر له نصفاً مما تحت يده فيكون له بدل الثلث ربع بلا تعد او انحراف صدر عنه او السيرة على ان المنكر لما أقر به غيره انما يقسم معه حيث يكون شريكاً بالمناصفة والشريك المقر بعدما يأخذ النصف بالقسمة يعطى المقر له ما يزيد عن ثلث نفسه الذى هو حقه القطعى والزائد عن ثلثه هو السدس لاكثر وليس هو بمسؤول عن المنكر .

قوله وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك : هذا اشارة الى ما عن صاحب انوار الفقاهة حيث قال ولو اراد غاصب غصب حصة الشريك فقط فلا يبعد جواز مقاسمة الشريك الآخر مع الغاصب ولا رجوع للمغصوب منه على ما بيد شريكه : وقد يكون قوله للخرج اشارة الى ان الغاصب اذا طلب القسمة مع الشريك الذى يعترف به على أن له النصف ولشريكه النصف الآخر ان لا يرى شريكاً آخر فى البين كما هو الفرض وامتنع عليه الشريك لعلمه انه انما يقسم معه على النصف لا على المثلثة فهل تكون قسمة مع امتناعه وهل له اجباره قيل نعم للخرج بهذا المنع وقيام السيرة بأن المنكر لما اقر به شريكه هو على رسله ولا يؤثر اقرار شريكه عليه .

قوله نعم يمكن ان يقال بأن التلف فى هذا المقام بأن الشارع للمنكر

للشخص الثالث الذى يعتبره المقر غاصبا لحق المقر له والشارع انما اذن له فى اخذ ما يأخذه وهو النصف تماما الزائد سدسا على الثلث لأنه لم يعترف بالشخص الثالث وانما يعترف بشريك واحد مناصف له فى الاستحقاق فهذا السدس الزائد على الثلث من مال المقر له من نظر المقر وحده فالشارع انما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له فلا يحسب شىء منه على المقر وليس هذا كأخذ الغاصب جزء من المال عدوانا بدون اذن الشارع حتى يكون مأخذه على كلا الشريكين فى المال المغصوب منه والحاصل ان اخذ الجزء - وهو السدس - كان بأذن الشارع للمنكر وانما اذن له على ان يكون من مال المقر له لانه ينكر شركته وانما يعترف بشركته الشريك الآخر ولعله لهذا السبب ذكر الأكثر بل نسيه فى الايضاح الى الأصحاب فى مسألة الأقرار بالنسب ان احد الأخوين اذا اقر بالثلث رفع اليه الزائد عما يستحقه باعتقاده والذى يستحقه مع اخوين هو الثلث ولا يدفع اليه نصف ما فى يده نظرا - هو تعليل لاعطائه النصف - الى انه اقر بتساويهما فى مال المورث - والاخ الثانى لما انكر هذا الأخ الثالث اخذ النصف وسلم اخاه النصف الآخر وعليه فالاخ المعترف بهذا الثالث بلسان اقراره لا بد ان يلتزم بأنه هو والثالث سواء فى مال المورث ولا موجود سوى النصف فهو ينتصف بينهما اذا فكل ما حصل وهو النصف كان لهما وكل ما توى وهو السدس كان كذلك عليهما بالسوية .

قوله هذا ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال وهو ان يدفع اليه الزائد عما يستحقه ومنشأ الضعف ان الشارع النزم بمقتضى الأقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذى اقر به ومن المعلوم ان مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر هو كون ما بيده على حسب اقراره بالمناصفة بينه وبين من اقر به وما المنكر لمحتوى الأقرار المفروض فأن كان عالما بذلك فيكون ما فى

يده مالا مشتركا لا يحل له منه الا ما قابل حقه فى مقابل شريكين مع يساوى استحقاق كل منهم حق الآخر والزائد الذى بيده حق لهما عليه : واما قول الماتن - الا ما قابل حقه مما فى يدهما - فعبارة قلقة لاتعطى ما اريد بها فان الذى بيدهما بالفعل هو النصف وحقه هو مع العلم الثلث والعبارة التى ذكرها الماتن لاتؤدى هذا المنظور وعلى كل حال فالأمر سهل بعد معلومية المقصد .

قوله واما مسئلة الأقرار بالنسب فالمشهور وان صاروا الى ما ذكره فى الايضاح من ان احد الأخوين اذا اقر بثالث فأنما يدفع اليه الزائد عما يستحقه وهو الثلث ولا يدفع اليه نصف ما فى يده : وهو يخالف ما صاروا - فى المسئلة السابقة - اليه وهو ان المقر يدفع الى المقر له نصف ما فى يده - الا ان جمعا من العلماء صرحوا بمخالفة ما ذهب اليه المشهور فى مسئلة الاقرار بالنسب للقاعدة وان القاعدة تقتضى الاشاعة فيما يتسلمه المقر بينه وبين الأخ الثالث الذى اقر به كالمسئلة السابقة بلا فرق : والظاهر ان مستند المشهور فى هذه المخالفة بعض الروايات الضعيفة المنجبرة بعمل اصحاب الحديث كالفضل بن شاذان والكلينى بل وغيرهما فروى الصدوق مرسلا والشيخ مسندا عن الصادق عن ابيه قال قضى على (ع) فى رجل مات وترك ورثة فأقر احد الورثة بدين على ابيه انه يلزم ذلك فى حقه بقدر ما ورث فاذا كان ورث ربعا كان عليه من الدين ربع وهكذا ولا يلزم بالدين كله : وان اقر اثنان من الورثة وكانا عدلين اجيز ذلك : اى اقرارهما وكان شهادة مقبولة وبينه مسموعة - على الورثة عموما : وان لم يكونا عدلين الزمنا فى حقهما - اى بمقدار ما يأخذ ان منسوبيا للجميع : وكذلك ان اقر احد الورثة بأخ او اخت يلزمه ذلك فى حصته : هذه القطعة هى مورد شاهد البحث ولا صراحة فيها على ما فتى به المشهور ان لم تشخص

الرواية اى مقدار يلزمه فى حصته : وبالا سناد قال قال على (ع) من اقر لأخيه فهو شريك فى المال ولا يثبت نسبه اى بالاقرار شخص واحد فان اقر اثنان فكذلك الا ان يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب فى الميراث معهم وهذه مثل تلك فى اجمال الاستحقاق .

مسئلة : لو باع ما يقبل التملك فى الدين وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة واحدة بثمن واحد صح البيع فيما يقبل التملك ويدل عليه وراء ادعاء الأجماع اطلاق مكاتبة الصغار المتقدمة التى فيها لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء فيما يملك ودعوى انصراف هذه المكاتبة الى بيع ما لا يملكه البائع لأنه مال الغير لا لأنه لا يملكه المسلم ممنوعة بل المكاتبة المزبورة تشمل بأطرافها الصورتين بل لا مانع من التمسك بالعمومات كقاعدة الصحة بل اللزوم فى العقود عدا ما يقال من ان التراضى والتعاقد انما وقعا على المجموع الذى - بوصف المجموع - لم يمضه الشارع قطعاً فالحكم بالامضاء فى البعض مع عدم كونه مقصوداً الا فى ضمن المركب يحتاج الى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض ولذا حكموا بفساد العقد من اجل فساد شرطه وقد نبه عليه المحقق الكركى فى باب فساد الشرط وذكر ان فى الفرق بين فساد الشرط وفساد الجزء عسراً - يعنى ما المفرق لأن تفسد المعاملة بفساد شرطها ولا تفسد بفساد بعضها كما فيما نحن فيه - هذا ويكفى فى الفرق بينهما فيما نحن فيه وجود النص وقيام الاجماع عليه .

نعم ربما يقيد الحكم بالصحة فيما يملك بصورة جهل المشتري بالنسبة الى احتواء المعاملة على ما لا يملك لما ذكره فى المسالك من ان المشتري لهذين الشئيين ان كان جاهلاً بما لا يملك توجه ما ذكر بقصده الى شرائهما فانا لم يتم له الأمران وزع الثمن واما اذا كان عالماً بفساد البيع فيما لا يملك

اشكل صحة البيع مع جهله بما يوجبه التقسيط لافضائه الى الجهل بثمان المبيع حال البيع لأنه فى قوة بعتك العبد بما يخصه من الألف اذا وزعت عليه وعلى شىء آخر وهو باطل وقد نبه على ذلك العلامة فى التذكرة وقال ان البطلان ليس يبيعد عن الصواب .

قوله اذا علم المشتري حرية الآخر : يعنى فى مثال بيع فيه عبد وحر فى صفقة .

قوله ويمكن رفعه - اى رفع ماشكل به صاحب المسالك بان اللازم هو العلم بثمان المجموع الذى قصد الى نقله عرفا وان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له فان العلم بعدم امضاء الشارع وغير مناف لقصد النقل حقيقة فبيع الغرر المتعلق لنهى الشارع وحكمه عليه بالفساد هو ماكان غررا فى نفسه ومقامنا ليس غررا من حيث نفسه غايتها ان الشارع لم يميز بيع الحر مع انه لو تم ما ذكره صاحب المسالك لاقتضى صرف الثمن كله الى المملوك من المبيعين لا البطلان لان المشتري - بالفرض عالم - فهو قادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة بعض المبيع له اذا فهو قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن المبذول وقد صرح الشهيد بذلك حيث قال ان هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع او حكمه - يعنى ان المشتري يجهل عين المبيع انه ما هو حر او عبد وعلى فرض معرفته بعين المبيع انه حر يجهل حكم بيع الحر - والا - اى حيث يكون المشتري عالما بعين المبيع وحكمه لكان جميع بذله بازاء المملوك ضرورة ان القصد الى الممتنع كلاقصد : لكن ما ذكره قدس سره مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيط مطلقا وان كان هذا الذى ذكره وايده مناسبا لما ذكره المشهور فى بيع مال الغير على العالم من عدم رجوعه بالثمن على البائع لانه سلطه عليه مجانا فان مقتضى هذا عدم رجوع

المشترى العالم بقسط غير المملوك اما لوقوع مجموع الثمن فى مقابل المملوك
 — كما عرفت عن الشهيد — واما لبقاء ذلك القسط للبائع مجانا الا انك
 قد عرفت فى مسألة بيع الغاصب على المشتري العالم بالغصبية ان الحكم
 لا يكار ينطبق على القواعد فى الثمن اذا كان موجودا لانا اتلفه الغاصب
 وقد تقدم مبسوط القول فى تلك المسئلة .

قوله ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك وغير المملوك يعرف مما قدمناه
 من ان العبرة بتقويم كل منهما منفردا ونسبة قيمة المملوك الى مجموع
 القيمتين : وقد اشعرناك سابقا — ان تقويم كل منهما منفردا يلزم ان
 يلاحظ بوصف الانضمام حتى اذا كان للانضمام اثر يبرز فى هذا التقويم :
 لكن الكلام هنا فى طريق معرفة القيمة لغير المملوك وقد ذكرنا ان الحر
 يفرض عبدا بصفاته ويقوم واما الخمر والخنزير فانهما يقومان بقيمتهم عند
 من يراهما ما لا وتعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك اما
 لكونهما مسبوقين بالكفر او مجاورين للكفار ويشكل تقويم الخمر بقيمة الخمر
 اذا باعها بعنوان انها خل وهكذا تقويم الخنزير بقيمة الخنزير اذا باعه
 بعنوان انه شاة فبان الخلاف وذلك لان قيمة الخمر عند مستحلية غير قيمة
 الخل عند اهله وقيمة الخنزير عند مستحليه كذلك غير قيمة الشاة فكيف
 توضع قيمة الخنزير على الشاة وقيمة الخمر على الخل وهذا بخلاف فرض
 الحر عبدا بما له من صفات فان وضعها على الحر لا مانع منه لان الحر اما
 لاقيمة له عند الناس واما له قيمة الانسان المباع والانسان المباع هو العبد
 اما الخنزير فليس مثل الحر لانه يباع بمقياس من الثمن غير مقياس الشاة
 والخمر يباع ومقياسه من القيمة غير قيمة الخل ولذا جزم بعض هنا بوجوب
 تقويمهما قيمة الخل والشاة كالحر .

مسألة : يجوز للأب والجد : للأب ان يتصرفا فى مال الطفل بالبيع والشراء

نحن اذا بقينا والاصول العقلية البشرية لما وجدنا لأحد حقا فى الحاكمية على احد الا للنظام الكافل بتمشية امور الأنسان على النهج الصحيح الذى يكمن فيه الأمن والعدالة الفردية والاجتماعية والمتدينون لا يبرون ذلك الا فى الله ونظمه واما غير المتدينين فلسنا الآن بصدور محاسبتهم كما لاشك من نفس الدين ان البلوغ مع الرشد يعطيان الاستقلال للبالغ الرشيد فى تصرفه بنفسه وامواله - فى اطار الشريعة - الا فى موارد خاصة اوقفها الشرع على استئذان البنت البكر لوليها والزوجة لزوجها والولد لأبيه والمملوك لمولاه - فى مجال العبودية والمولوية - واما غير البالغ الرشيد فباعترار عجزه عن ادارة نفسه اما من حيث الطفولة واما من حيث عدم الرشد او من جهتهما معا فقد جعل الشرع له من يقوم بتقويم امره حتى يرتفع عجزه ونقصه فمن جملة اولئك المجعول لهم ذلك الأب والجد للأب بالأجماع واما الأخبار الموردة فى هذا الباب فليس منها شىء يدل بالمطابقة والصراحة على ذلك اللهم الا بالفحوى كما ستقف على شتاته .

قوله وفحوى سلطنتهما : اى الأب والجد على بضع البنت فى باب النكاح : ومعنى ذلك ان البضع اهم من المال .

قوله والمشهور عدم اعتبار العدالة للأصل : بل الأصل اعتبار ما به يتحقق القدر المتيقن من تجويز التصرف فى مال الغير وهو الأمانة ومراعاة الأصلح فى حق هؤلاء العاجزين .

قوله والأطلاقات : لكنها مقيدة بضوابط فى بعضها تشعرنا بلزوم مراعاة القيد كما سيشار الى ذلك .

قوله على ولاية الفاسق فى التزويج : ومعنى الفحوى هنا - كما تقدم نظيره - ان البضع اهم من المال .

قوله فاعتبراها : اى العدالة فى الاب والجد مستدلا فى الايضاح بأنها

ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يصرف عن ماله ويستحيل فى حكمة الصانع ان يجعل الفاسق امينا تقبل اقراراته واخباراته عن غيره : وهو متين جدا الا انه لا يستدعى اكثر من التوثق والصدق والأمانة مما يقولونه فى العدالة قوله ولعله اراد بنص القرآن آية الركون الى الظالم : اى فاذا كان تعالى ينهى عن الركون اليه فهو سبحانه اجل من ان يجعل له ولاية على العجزة الذين لا يقدرّون على شىء : وهذا المعنى لانظر فيه كما يدعيه الشيخ .

قوله واضعف منها ما ذكره من الاستحالة ان المحذور يندفع بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله ومنعه من التصرف وان لم يعلم الحاكم بنفسه استعلم حاله بالأجتهاار وتتبع سلوكه وشواهد أحواله : لكن ما ذكره اشبه بالخيال فان الحاكم الشرعى ان تهياً وجوده فهو اقل من كل قليل وما اكثر العاجزين فى الناس الى حدود لا يحيط بها الأحصاء فكيف يستطيع الحاكم ان يعلم حال الجميع بل ولا بعضهم كما هو ليس بحاصل ولولا دواعى العواطف السالمة فى الكثيرين بالنسبة الى اولادهم لكان الأمر من الصعوبة بمكان : ان فرضيات العلم دائما لا تتخطى الحبر والورق وليس لها فى دنيا الخارج مصداق .

قوله وهل يشترط فى تصرفه المصلحة : للطفل نقول نعم فان مالمصلحة فيه نوع من العبث حتى لو لم يستلزم المفسدة .

قوله يشهد للأخير : اى جواز التصرف بدون قيد : اطلاق ما دل على ان مال الولد للوالد : لكن هذا الاطلاق الذى لم يسق الا للزوم احترام الأبناء لآبائهم وان لا يعاملوهم معاملة الاغيار مقيد بمثل ما رواه الحسين بن ابى العلاء قال قلت للصادق ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف اذا اضطر اليه قال فقلت له فقول رسول الله للرجل الذى اتاه فقدم اباه - اى مستعديا عليه - فقال له انت ومالك لأبيك فقال انما جاء

بأبيه الى النبى فقال يارسول الله هذا ابى وقد ظلمنى ميراثى من امى فأخبره الأب انه قد انفق عليه وعلى نفسه فقال النبى انت ومالك لا بيك ولم يكن عند الرجل شىء افكان رسول الله يحبس الأب للأبن : وفى صحيحة ابى حمزة الثمالى عن الباقر (ع) قال قال رسول الله لرجل انت ومالك لأبيك ثم قال ابو جعفر ما احب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج اليه مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد - ومعنى ذلك - انه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة لمال الطفل او للطفل نفسه - مضافا - الى عموم قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن فأن اطلاقه يشمل الجد - انما ذكر الجد لان اليتيم فاقد الأب ولو كان جده موجودا - بمعنى ان الجد لا يجوز له ان يقرب مال اليتيم الا بالتى هى احسن - وبعدم القول بالفصل بين الجد والأب كذلك يقال ان الأب لا يجوز له التصرف فى مال القاصر الا بالتى هى احسن : قوله عمموا الحكم باعتبار المصلحة : الجار والمجور متعلق بالحكم اى لم يفاوتوا بين الاب والجد وغيرهما .

قوله بدون ثمن المثل : حيث يكون هناك من يبذله : فانه مفسدة لا تجوز كما ان اتلاف ماله غير جائز بل كل اتلاف مال لا يجوز وتشبيه الاقتراض بالاتلاف فى غير محله الا اذا كان الاقتراض مأیوسا من ادائه لعسره وحينذاك يكون مشمولا لقوله (ع) قوته بغير سرف اذا اضطر اليه .
قوله كفاية عدم المفسدة : اسلفنا ان التصرف اذا كان خاليا عن المصلحة كان عبثا .

قوله المطلقات المتقدمة الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد وماله : بينا فيما سبق ان مساقها للتشريف والتكريم بمعنى الزام الابن باحترام ابيه ولا لسان لها فى الولاية المتحدث عنها .

قوله واما الآية الشريفة : يريد بها قوله ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن : ولا يخفى ان لسانها آب عن كل تخصيص واما ما ذكره مما دل على ولاية الجد فى النكاح معللا بان البنت واباها للجد فهو من قماش انت ومالك لأبيك وقد عرفت حاله ولا شك ان البنت البالغة الرشيدة لها ان ترد اى نكاح يريده ابوها او جدها بواضح الضرورة انما الكلام فى ان رضا البكر الرشيدة من دون مشورة الولى يكفى فى حلها لزوجها او لا بد من احراز رضاه .

قوله خصوصا مع استشهاد الأمام (ع) به فى مضى نكاح الجد بدون اذن الآب الخ - روى عبيد بن زرارة عن الصادق انه قال انى لذات يوم عند زياد بن عبدالله ان جاء رجل يستعدى على ابيه فقال اصلح الله الأمير ان ابنى زوج ابنتى بغير اذنى فقال لجلسائه ما تقولون فيما يقول هذا الرجل فقالوا نكاحه باطل قال (ع) ثم اقبل على فقال ما تقول يا ابا عبد الله فلما سألتنى اقبلت على الذين أجاوه فقلت لهم اليس فيما تروون انتم عن رسول الله ان رجلا جاء يستعديه على ابيه فى مثل هذا فقال له رسول الله انت ومالك لا بيك قالوا بلى فقلت لهم كيف يكون هو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه .

قوله يدل على ذلك : لا دلالة فيما استدل به على كفاية عدم المفسدة فان استشهاد الأمام من حيث ان الجد له ولاية وهذا لا ينافى اشتراط ولايته بالمصلحة فيما يتولاه ولا تخصيص فيه لقوله تعالى الا بالتى هى أحسن . قوله وجب الأقتصار عليه فى حكم الجد دون الأب : اى لأن الآية تتناول ذكر اليتيم ولا معنى لوجود الأب مع ذكر اليتيم لكن الحق ان وحده الملاك تشمله ولا خصوصية للأب على الجد .

قوله فى الاقتراض مع عدم اليسر : وانه يجوز للأب دون الجد وهذا ايضا

لا يربط له بالملاك الداعى لحفظ مصالح المولى عليه .
 قوله ثم لا خلاف ظاهرا فى ان الجد - وان كان بالانصراف البسودى
 لا يتناول الا الجد الأدنى الا انه لا قيمة له - فهو يشارك الأب وان علا
 فى الحكم ويتناوله ما دل على ان الشخص وماله الذى من ماله مال ابيه
 لأبيه وما دل على ان الولد ووالده لجدته ولو فقد الأب وبقي الجد وللجد
 اب او جد فهل يقومان مقامه فى المشاركة او يختص الجد القريب بالولاية
 دون ابيه وجاهه قولان من ظاهر ان الولد ووالده لجدته ومن ان مقتضى آية
 اولى الارحام كون القريب اولى بقريبة من البعيد فتتفى ولاية البعيد خرج
 من هذه الكلية الجد الأدنى مع الأب وبقي الباقي ولا يشكل فيقال ان لفظ
 الأولى مفاده التفضيل مع الاشتراك فى المبدء لان المراد بالصيغة هنا
 ما يراد من قولهم فلان احق بالأجر من فلان بمعنى انه هو صاحب الحق
 لا غيره .

مسئلة : من جملة اولياء التصرف فى مال من لا يستقل بالتصرف فى ماله
 الحاكم والمراد منه فى اصطلاح الفقه هو الفقيه الجامع لشرائط الفتوى وقد
 رأيناها ان نذكر مناصب الفقيه فنقول للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة
 - احدها - الأفتاء فيما يحتاج اليه العامى فى عمله ومورد الأفتاء
 المسائل الشرعية الفرعية كأحكام الطهارة والصلاة وغيرها مما يعود الى
 اعمال المكلفين فى اطار الشريعة مما هو مبوب له فى الفقه او غير مبوب
 كالمسائل المستحدثة على ضوء الأدلة المعترف بها وكل افتاء يكون خارج
 ذلك فهو بدعتوكذ لك من موارد الأفتاء الموضوعات الاستنباطية والموضوع
 الاستنباطى هو الموضوع الذى يفحص عنه الفقيه ويحصل له استنباط من
 تحريه انه هو فى نفسه كذا شىء فحكمه كذا : ولا خلاف فى ثبوت هذا
 المنصب للفقيه الا من لا يرى جواز التقليد للعامى وهم الأخباريون الذين

يزعمون انهم يتناولون الحكم الشرعى عن الأمام (ع) مستقيما من طريق الرواية عنه بلا وساطة مجتهد بل بواسطة راوى الحكم من الأمام المعصوم الى مأوميه - ثانى المناصب - الحكومة وفصل الخصومة فله الحكم بما يراه - فى اطار الشريعة ومداركها الشرعية - حقا فى حل المرافعات وغيرها فى الجملة كالأهله وامثالها - ثالثها - ولاية التصرف فى الأموال والأنفس بالتفاصيل التى تقرؤها : وهذا هو المقصود بالتفصيل هنا - فنقول - الولاية تتصور على وجهين - الأول - استقلال الولى بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا بأذنه او غير منوط به ومرجع هذا الوجه الى كون نظر الفقيه سببا فى جواز تصرفه هو فحيث نحكم بان سهم الامام (ع) او مجهول المالك مربوط بالولى الشرعى فان نظره سبب فى جواز التصرف لو اراد ان يتصرف - الوجه الثانى - عدم استقلال غيره بالتصرف وكون تصرف الغير منوطا بأذنه كالتقاص فانه لا يجوز مع التمكن من استئذان الحاكم وان لم يكن الحاكم فى نفسه مستقلا بالتصرف كالتقاص الذى ذكرناه فإنه بالاستقلال لا يقاص لأحد من دون صاحب الحق ومرجع هذا الوجه الى كون نظره شرطا فى جواز تصرف غيره وبين الوجهين المذكورين عموم من وجه فيشتركان فى مثل مجهول المالك فأن الولى مستقل بالتصرف فيه وغيره لا مستقل بالتصرف فيه الا مع اذنه ويمتاز الوجه الأول عن الثانى فى الزكوة فان الحاكم مستقل بالتصرف فيها مع ان صاحب الزكوة مستقل بالتصرف فيها من غير اذن الحاكم ويمتاز الوجه الثانى عن الأول فى التقاص فان الولى لا مستقل فيه وغيره وهو صاحب الحق منوط بأذنه .

قوله مقتضى الأصل : طبق العقل البشرى السالم حيث نتساءل معه بعيدين عن كل عارض هو عدم ثبوت الولاية لأحد على أحد فى شىء من

الوجوه المذكورة وبناء على هذا الأصل فأن زحمت الفرد الأنسانى المبدولة عن تعقل ملك له لا تجوز مغالته عليها وانه حرفى تفكيره حيث يكون فى مقام التفهم وحرفى تصرفه بنفسه مالم يكن فى مجال سفه وفساد ونتائج كد العقول حيث الزمت اهلها بالعقيدة بالصانع البرىء من الهنات الجامع للكلمات هى بنفسها الزمت خفارة البشرية بنظام مسعد مسعف ونظارة ازكياء مصونين لهم الامرية بالمعروف والناهوية عن المنكر وهذه النتف والطرف حق لامرية فيه فلننظر هل انا خرجنا عن هذا الأصل فى خصوص النبى والأئمة - كما قال - بالأدلة الأربعة - قال اللّٰه تعالى - النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم - والنبى هو حامل النبأ الوسيط بين اللّٰه وعباده ومن نفس هذا العنوان يفهم ان اوليته بالمؤمنين من انفسهم انما هو فى الأرشاد بالوحى الربانى والتسيير على محجة الشريعة الموحاة اذنا فليس له من الأمر شىء سوى ذلك اى رابطة العبد بالمعبود من حيث نظام الشريعة وما وراء ذلك فالنبى فيه مشير لأمير : وهكذا قوله تعالى وما كان لمؤمن ولا مؤمنة اذنا قضى اللّٰه - ولا شك ان المراد بقضائه هنا هو التشريع لانه لاخيرة مع التكوين - والتشريع هو نظام الشريعة - ورسوله - لسان متكلم عنه - لاينطق عن الهوى ان هو الا وحى يوحى - وهكذا - يخالفون عن امره - بما هو رسول اللّٰه الى عباده : الى غير ذلك مما ساقه وما لم يسقه فى هذا الكتاب : واطاعة اللّٰه فى نظمه مشخص - فى عالم التكليف - لموقف البارء مع عباده وبنفس الملأ اطاعة من طلع بالرسالة اوقام بالأمر عن شرعية كالرسالة : واوصياء الانبياء فروعهم فى عنوانهم - انبياء - والنبوة من اللّٰه لا من مكاسب العبد وهى لسان عن اللّٰه كما تقدم فليس للأنبياء وفروعهم الا مالهنه العناوين من استتبعات وهذه العناوين وعنوان الشريعة واحد فسوى

المعنون وان تعددت العبارات فما وراء ما احتضنته الشريعة من احكام ونظم لاملزم به بل لامجال لارعاة الا بالتحكم المنبوز وحيث تعرفت على مجال النبوة والامامة فان مجال الفقيه المنصوب من الامام تتعرف عليه بالتبع وانه حامل رسالة وليس له من الامر شىء والرسالة كمها وكيفها مشخص ومصدر الاجماع على الفرعية عند الخاصة معلوم السند فليس هو بنفسه شيئا وراء ما تقدم واما العقل فهو ما تكلمنا عنه لا ما يقوله الشيخ بأن المستقل منه الخ فان ذلك غير مرتبط بموضوع البحث جوهرًا وانما هو من بعض حواشيه وقد يكون امره بالتأمل لذلك او لأن كل الرصيد فى الانبياء والأئمة المفترضة طاعتهم علمهم الذى لا يخطأ وعصمتهم عن الزلل وهذان الاصلان غير متحققين فى الفقيه الجامع للشرائط الا بمقدار ما يتشخص منهما علما وعملا والا فهو قياس مع فوارق جذرية .

قوله مختص بالأوامر الشرعية : نعم هو كذلك حتى فى عنوان الرسالة .

قوله بالمعنى الأول : وهو استقلال الولي بالتصرف .

قوله وان كان مخالفا للأصل : العقلى القاضى باستقلال كل احد .

قوله غير المأخوذة على شخص معين : لما فيها من قوله فاقطعوا ايديهما

فاجلدوا كل واحد منهما .

قوله على وجوب الرجوع فى الوقائع الحارثة : بالنسبة الى حكمها .

قوله يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم : هذا الرجوع عرفى محض لأجل لم

الشمل والتحويل الى التغلب على الحوادث .

قوله ان العلماء ورثة الانبياء : فى علومهم وهدىهم .

قوله الأمناء على حاله وحرامه : وهو صريح فى الامور الشرعية .

قوله كانبياء بنى اسرائيل : فى التجليل والتبجيل : وكل ما ساقه الشيخ

فى هذا الباب اما للتشريف واما للحجية فى الامور الشرعية كما تنادى السنة

ما ساقه فى ذلك وكما اسلفنا يكفى فى قصور التنزيل بالنسبة اليهم ان علمهم فيه الخطأ احيانا ولذلك قالوا بالتخطئة وانهم غير معصومين — بالأجماع وهذا ان العاملين لهما قيمة كلية بل هما الاساس فى رسالة الرسل وامامة الأئمة وحيث يتخلفان تنزل الدرجة الى ما شاء الله .

قوله يتعين تقليده ابتداء : لأحراز اعلميته او بعد الأختبار .

قوله والا : اى لو حملناه على العموم فى كل شىء .

قوله دونه خرط القطار : هذا وقد برهن العيان — بعد تخلُّف

العصمة واصابة العلم للواقع — فى الآحاد غير الانبياء والأئمة — وحيث

استغلت كلمة ولاية الفقيه — على انهيار الوضع فى بعض فواصل الزمان بما

سار فيه — تحت الشعار المذكور — سفك الدماء وغارة الأموال وهتك

الحيثيات والهرج والمرج الى حدود الاسراف نعوذ بالله من مضلات الفتن

قوله موارد التوقف على اذن الأمام غير مضبوطة : وذلك باعتبار عموميتو لايته

وان لم يعمل ولايته فى كل شىء .

قوله ان علم : ومنشأ العلم فيما ذكر نفس الموارد فان النوعية قاضية بأنه

لاحدب على الطفل كحدب ابيه وجده عليه واما الافتاء والقضاء فلا يتأتى الا

ممن له صلاحيتهما واما الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فانما يمكن

انعكاسهما ممن يعرف المعروف والمنكر ويعرف شرائط الأمر بالأول والنهى

عن الثانى .

قوله واحتمل كونه مشروطا فى وجوده او وجوبه بنظر الفقيه : الجامع

للشرايط اى لا يجوز وجوده ولا يتحقق وجوبه فلا يجوز ايجاده الا اذا اجاز

الفقيه ايجاده كما لا يجب الا اذا اوجبه وهذه الموارد يبرزها الوقت

بحسب ملاسباته ككيفية الدفاع والامتناع عن معاملة الاجانب لصالح المملكة

ونظير ذلك وحيث قلنا الفقيه الجامع للشرايط فأننا نريد به من يعرف

الظروف والملابسات ويزنهما بوزنهما الملائق بها فضلا عن علمه وورعه فان العلم والورع وحدهما فى هذه المجالات غير كافيين .

قوله والا : ان لم يعلم من الادلة جواز توليه نظير اولئك الذين لا ييرون للفقيه ولاية مطلقة : عطله فأن كونه معروفا لا ينافى اناطته بالنظر الخاص للأمام والحرمان منه عند فقدهم كسائر البركات التى حرمانا منها بسبب فقد ه او غيبته : ومرجع هذا الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده او وجوده من موجد خاص مثلا يشك فى مثل صلاة الجمعة وصلاة العيد وما حشد لهما الشرعان هذا الحشد يتأتى من كل من يجوز ان يؤتم به او من امام خاص .

قوله كسائر الحكام المنصوبين فى زمان النبى : من المؤسف جدا ان لانا لاحتظ الأدوار بمستدعياتها ثم نقيس شيئا على شىء فان زمن النبى واطار حاكميته كانا من البساطة بمكان لا يرتبط بهذه القرون المتأخرة تاريخا الا فى قليل غير منظور فما كانت تلك العهود بحاجة الا الى وال موثوق بدينه بحيث يؤتمن فيما ينقله من حكم شرعى ويقوم بهم الصلاة ويجمع منهم الزكوة ويجندهم فى مواقع الحاجة وامين ذلك من مثل هذا الزمان الذى قسم الرياضة البدنية فيه تحتاج الى دوائر عظيمة ومصارف ضخمة ونظارة مهمة فضلا عن سائر الشؤون التى تقام لها وزارات خاصة وكل وزارة لها انشعاباتها ودوائرها واعمالها فكيف يكون ما كان عليه الحاكم المنصوب من النبى مأخذا للحاكم فى العصر الحاضر .

قوله والصحابة : هنا اشتباه كبير فان الذى يدرس تاريخ تلك الأدوار من وجهاتها السياسية يقف على فساد مستشر لا يحد بحد ويكفينا فى حكام تلك الأدوار ان يكون اشخصها قائما بالمغيرة ابن شعبة وسمرة بن جندب والوليد بن عقبة ومروان بن الحكم وزياد بن ابيه اولئك الذين لعنهم

التاريخ لعنا ما استطاعت العصبية البغيضة ان تصفى شيئاً من اجوائهم: والعلم والدين يجلان الطالب البدائي ان يلتحق بركب هؤلاء الفسدة اعداء الله والبشرية فأن ما بأيدينا من موضوع هو تحقيق حكومة الله فى عباده لاحكومة يزيد التى ينافح عنها الغزالي ولم يفدها شيئاً فان تحكيم الوجدان والايمان شىء وتحكيم القروود واليهود والمغنين والجوارى شىء آخر اما حكومة الايمان والوجدان فلم تحصل الا من النبى وحده فيما قدر على ادارته واشرافه بنفسه واراد ان يحققها على فلم ينجح الا فى قليل وفى ايام قلائل وما سوى ذلك فاستبداد واعنات وجهل من ناحيـــــة واستهتار وميوعة من جهة ثانية وصفق ورقص وفجور وخمور وانحطاط من وجهة ثالثة وكل ذلك قد ابرزه التاريخ بأحرفه الكبيرة ولم يستطع المرتزقة من محدث وشاعر وصاحب اخبار ان يغطى بما جريته على القليل منها فضلاً عن الكثير ومن صدر الاسلام تخبط مدعوا الديانة مع جهلهم بحقيقتها فأراد كل فريق ان يبنى حكومة الاسلام على وهمياته فلم يتأت منه الا اثاره الفتن وسفك الدماء وغارة الأموال واشاعة الفوضى كالخوارج فى ادوارهم والقرامطة فى ازمانهم واتباع ابن تيمية الحرانى ومن حلقاتهم الوهابيون واسماعيلية الموت وهكذا ولم يحصل من هؤلاء فى مقابل استهتار يزيد والوليد بن يزيد والأمين ابن الزبيدة واحزاب هؤلاء المتعنفين الا التخريب والتدمير واخافة الطرق وقتل الابرياء وباعتبار ان الدين الحنيف له واقعيته فى مفاهيمه واحكامه ونظمه وان عدم التطبيق الخارجى نرى الجموع المحرومة المظلومة فى عامة الأدوار تتلهف عليه واذا رأته راية باسمه خفت ورائها — لكن يالأسف — لاتواجه الا ما هو انكى واخزى مما ثارت عليه وكل هذا الذى ذكرنا طرفاً منه ظاهر مكشوف لا يخلو منه كتاب تاريخ : ثم نفس ائمة اهل البيت ما عاشوا الا بأنزواء كامل واتقاء

اثر حتى فى الرواية عنهم بكثرة فاذا كانت ايديهم قصيرة يعيشون تحت اجنحة الخوف والتستر ويخافون من ابداء الحقيقة لا على انفسهم فقط بل على شيعتهم ومواليهم اكثر واكثر فكيف وهم على هذه الحالة وشيعتهم مثلهم نسمعهم يقولون قد جعلته عليكم حاكما - جعلته عليكم قاضيا - هم حجتى عليكم - ونظير ذلك ونحاول ان نفهم من هذه الكلمات وجوب الرجوع اليهم فى الامور العامة كرجوع الرعية الى سلطانها المسيطر مع اننا نعترف بالاجماع ان قائل هذه المقالة الشريفة - واما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتى عليكم وانا حجة الله - التى نفسرها بقولنا ان المراد بالحوادث مطلق الامور التى لا بد من الرجوع فيها عرفا او عقلا او شرعا الى الرئيس الخ - انما غاب واحتجب مع انه لم يثر بجيش ولا دعا الى تأسيس دولة من مزاحمة المناوئين وما اكثرهم واكل الشيعة فى مقابلهم واذ كان عليه السلام هو بنفسه لا يستطيع الأصحاب بالمسئلة الشرعية فكيف يوجب على الشيعة الرجوع الى رواة حديثهم باللون المذكور رجوع الرعية للرئيس لا فى الحكم الشرعى وحده بل فى كافة الشؤون التى يزاولها السلطان ان هذه المطالب حق فى فرضياتها لكن لامصداقية لها منذ توفى رسول الله وقتل على بن ابي طالب على الأخص فى طول تلك الادوار المختنفة التى قيل فيها التقية دينى ودين آبائى : نعم نحن لانزاحم الفرضيات لانها لاتزاحم احدا اذا قيلت فى مجمع متستر سواء افترضها فقيه ام غيره : هذا وان كان ما يذكره الشيخ من امثلة ليس هو فى السعة بما ادعاه - وان استبعده - من عموم الولاية مثل النظر فى اموال القاصرين اما لأنه غائب او لأنه ميت او صغير سن او سفیه عقل فان هذه الامور نادرة الوجود اولا وقد يحيلها نفس الشيعة الى فقهاءهم برضا منهم وان كانت السلطات حيث تتوجه لذلك لاتدعهم وشأنهم بل هى

تمد الى ذلك يدها بقضاتها ومأموريها - ثانيا -

قوله ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع : واما الحوادث الواقعة الخ :
وبين العمومات الظاهرة فى اذن الشارع فى كل معروف لكل احد - بلا
ارجاع الى الفقيه - مثل قوله كل معروف صدقة وقوله عون الضعيف من
افضل الصدقة فإنه ينطبق على النظر فى اموال القاصرين الذين تقدم
ذكرهم لان ذلك عون لهم ولذويهم فى تمشية امورهم : وامثال ذلك وان
كانت عموما من وجه : فإن عمومية التوقيع من ناحية انه لم يخص حجية
قول الفقيه فيما هو معروف فقط بل ظاهره العموم فى كل شىء من الحوادث
الطارئة معروفا كانت ام غير معروف وخصوصه من ناحية انه خصه بالحوادث
الطارئة ولم يعمم كل شىء والعمومات ظاهرة العموم فى كل شىء - بلا
خصوصية للطوارئ وخاصة بالمعروف فى قبال كل شىء .

قوله وان كان الحكم به : اى بمفاد حكومة التوقيع على العمومات .

قوله كان على الناس : بمفردهم القيام بها كفاية .

قوله على ماخرج بالدليل : مثل كون مايقوله الامام وما يفعله وما يقرر به
حجة فان مثله لا يثبت للفقيه حتى مع فرض الولاية العامة له .

قوله وجوب ايكال : اى ايكال الناس : المعروف المأذون فيه : الى الفقيه
لتقع خصوصيات هذا المعروف عن نظره ورأيه .

قوله تصرف خاص : لا كل تصرف فى نفس او مال او عرض المكلف .

قوله هو الأول : اى ايكال المعروف المأذون فيه الى الفقيه الخ - دون

الثانى - وهو التصرف الخاص فى نفس او مال او عرض المكلف .

قوله ويظهر من المحقق الثانى : فاعل يظهر قوله الشك فى عموم النيابة .

قوله ليس مطلق من لاولى له : فانه حيث يكون ممن لا يولى عليه لا يدخل

فى اطار من لاولى له : بل المراد من قوله لاولى له - عدم الملكة -

يعنى انه ولى من من شأنه ان يكون له ولى كالصغير الذى مات ابـوه
والمجنون بعد البلوغ والغائب والممتنع والمريض والمغمى عليه والميت الذى
لاولى له - الخ - وقوله بحسب شخصه او صنفه او نوعه او جنسه تفسره
الامثلة المذكورة باعتبار محدودية دائرتها وعدم المحدودية بما يناسب
الصنف الذى هو اضييق دائرة من النوع الذى هو اضييق دائرة من الجنس .
قوله فتثبت به : اى بهذا الخبر : مشروعية فعل كل مصلحة : مما لم تثبت
مشروعيته بالتوقيع المتقدم - واما الحوارث الواقعة الخ -
قوله وان كان ظاهر الولى يوهم ذلك : لانه قد تقدم عنه انه يكفى فى صحة
تصرف الولى عدم المفسدة لاجود المصلحة .
قوله يكون تصرفه ماضيا عليه : على كل حال لان معنى ولاية الاجبار هو
ذلك .

قوله هو الولى للشخص : اى يعمل لصالحه : لاعليه : اى كيفما كان .
قوله فيكون المراد بالولى المثبت - ولى - ذلك . اى الولاية بالنفع لا
بالاجبار .
قوله جعل الولى : هو المفعول الأول لجعل : ومفعوله الثانى قولـه
السلطان .

مسئلة فى ولاية عدول المؤمنين : تقدم منه ان قال كل معروف علم من
الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر
الأب فى مال ولده الصغير او علم كونه وظيفة صنف خاص كالأفتاء والقضاء
او علم كونه وظيفة من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا اشكال فى
شىء من ذلك وان لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطا فى وجوده او وجوبه
بنظر الفقيه وجب الرجوع اليه - وهذا بالجملة وكما تقدم القول فيه صحيح
- لكن ما المصحح لقوله - ما كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع حيث يكون

الفقيه متعذر الوصول اليه فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين : لأن معنى هذا ان نظارة الفقيه انما تعطى كمال التصرف ووقوعه على احسن الوجوه اذا فشرطية الفقيه فيه شرط كمال لاشترط صحة وانه احد الآحاد غايته انه ابعدهم عن الخطأ واقربهم الى الصواب ومثل هذا المطلب لانجد له مصداقية الا فى اعمال البر كحفظك مال القاصرين عن تعدى المنتهزين واما انه يتصرف فى اموالهم لنفسه وبمفرده ولو يزعم انه فى صالحهم فهذا امر لا يحققه قول ان الله فى عون العبد ما كان العبد فى عون اخيه وكل معروف صدقة وتعاونوا على البر والتقوى لانصرافه القطعى الى ما سوى ذلك من التصرفات فان فتح هذا الباب يوجب الهرج والمرج والتلاعب فى حقوق الناس على الأخص العاجزين عن حماية انفسهم واموالهم وما ذكره الشيخ عن الشهيد قدس سره فليس هو باكثر من ابداء نظر وهو فى نفسه يحتاج الى دليل فضلا عن ان يكون دليلا وقد عرفت انه قدس سره لم يستدل الا بما ذكرناه من - تعاونوا على البر والتقوى - وما هو دونه وقد تبين لك ان ما ساقه لامصداقية له فى التصرف فى اموال الناس الا بحفظها لهم عن تعدى الاغيار عليهم لا بمد اليد فيها والمعاملة عليها وتقليبها بمقتضى رغبة المتصرف فى حال انه اجنبى عنها بالمرّة ومثلها حق المستحقين كالزكوات والأخماس بأن يأخذها بالقهر ممن وجبت عليه ويصرفها طبق نظره وهو انسان عامى : ولنعم ما قال فيما سبق عنه بالنسبة الى الفقيه : والا عطله فان كونه معروفا لا ينافى اناطته بنظر الأمام والحرمان منه عند فقدهم كسائر البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه - ولا شك ان التعطيل خير مما يثير الهرج والمرج وعدم المسؤولية بادعاء المسؤولية من كل احد كما هو مفروض الباب - جواز تولى آحاد المؤمنين - ونظير ذلك ما شاهدته بعض ادوار الدين من استغلال

قوله (ص) كلكم راع وكلكم مسؤل عن رعيته من تدرع المسؤولية كحاكم منصوب من المعبود فى التصرف بعباده فى كل شىء ما وما لا وحيثية من كل منتهز لا يعرف من الدين حتى ضروريات احكامه واما ما ذكره من صحيحة محمد بن اسماعيل من قوله (ع) اذا كان القيم مثلك او مثل عبد الحميد فلا بأس فلا دليل فيه لما ذكره من عمومية آحاد المؤمنين فلعل فى المخاطب وفى عبد الحميد خصائص كانت هى الركيزة فى نفي البأس مضافا الى ان القضية كانت تحت اشراف قاض منصوب ومهما كان ذلك القاضى فأن الانضباط حاصل فى البين بضرورة قيام حاكمة اسلامية بحسب الظاهر وهذا بخلاف التدخل مستقيما من آحاد الناس : وكذلك صحيحة على بن رئاب فأن فيها ان كان لهم ولى يقوم بأمرهم : وباع عليهم القيم بأمرهم الناظر لهم فيما يصلحهم فأن الولى وان كان عرفيا وله فيهم خصوصية يعرفها الناس وانه لا يفعل الا بصلحهم غير مسألة آحاد الناس وهكذا ما فى صحيحة اسماعيل بن سعد فأن فيها اذا كان الاكابر من ولده معفى البيع فلا بأس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك فأن المبيع حيث يكون واحدا وبأشراف من اكابر الورثة الذين هم سهماً فى المبيع وبوساطة عدل فانه يكون مأون التجاوز والتعدى واللابالية وعدم المسؤولية وايين هذا من عنوان آحاد الناس وعلى كل حال فأن القدر المتيقن من موضوع البحث هو ما كان محفوظا بالانضباط والمسؤولية والأمانة وعدم التدخل جزافا لامطلقا والمسئلة لا تخلو من اشكال قوى .

قوله لان المفروض كونه : اى الأمر مطلوباً للشارع غير مضاف الى شخص خاص : وهذا العنوان لا ينطبق الا على مثل تجهيز الميت حيث لاولى له وامثال هذه القضايا مما لا تصرف فيه بأموال الناس وحقوقهم من غير اختيار منهم ولا ينطبق على ما ذكره من وظائف الفقيه الذى هو نائب الامام

بالانتصاب وكيف يكون اعتبار نظارة الفقيه ساقطاً بفرض التعذر اذا كان قوام الموضوع وقيامه منوطاً به فنظارة الفقيه فى اموال القاصرين ونظير ذلك مما سبق تعداد جملة منه نظارة جذرية ينهدم بانهدامها الموضوع لا كما ذكر انها ليست شرطاً على الاطلاق بل هى شرط مع القدرة والتمكن ولا شرطية لها مع التعذر .

قوله لاتعم ما اذا بلغ حد الجرح : وما كان فى افقه من الضرب المبرح .
قوله ولهذا لا يلزم عقد الفضولى بمجرد كونه معروفاً ومصالحة : مع ان مقتضى الباب هو ذلك وان لا يسمى الفرء القائم بذلك فضولياً لانه قام بماله ان يقوم به نعم لا بد ان يكون من صلب الموضوع المتحدث عنه : واما المعروف فهو امر معروف تدركه العقول ويحكم به اهل العرف واما قول كل معروف صدقة فهو ارشاد اليه وتثبيت له لانه دليل عليه ولعله لأجل هذا أمر بقوله - فافهم -

قوله وهو : اى اشتراط العدالة : مقتضى الأصل العقلى فى مقام التصرف فى حقوق الأغيار .

قوله اما المماثلة فى التشيع : وهذا الاحتمال لاقيمة له فى واقع التصرفات فى حقوق الناس والتشيع نزعة فى العقيدة لاربط لها بهاته الموضوعات .
قوله او فى الوثاقه وملاحظة مصلحة اليتيم وان لم يكن المتصدى شيعياً :
والوثاقه فى نفسها امر له قيمة واحتمال معقول .

قوله او : مثلك فى الفقاهة بأن تكون : انت وهو من نواب الامام عموماً فى القضاء بين المسلمين .

قوله او : مثلك : فى العدالة : التى هى أكد دلالة على الامانة والورع من عنوان الوثاقه : فهنا احتمالات اربعة (١) التشيع (٢) الوثاقه (٣) الفقاهة بما يكون معها من نواب الامام العموميين (٤) العدالة .

قوله واحتمال الثالث : وهو ان يريد الامام بقوله مثلك انه مثلك فى الفقاهة المنطبق عليها عنوان النيابة عن الامام يوجب التخصيص للمفروض فى المقام - وهو كونه تصرفا مطلوبا للشارع - فحيث يقيد بكونه توسط الفقيه الجامع للشرائط تصغر دائرته قلنا واى فرق بين هذا الاحتمال والاحتمالات الأخرى فى التخصيص فان شرطية التشيع او الوثاقة او العدالة كذلك توجب صغرا فى الفرض المزبور على ان الاحتمال الثالث هو المطابق للأصل ولمجارى الشرع فى نوع الموارد وما المانع من ثبوت البأس مع عدم الفقيه ولو من اجل تعذره كما لامانع من ثبوت البأس مع الفسق - الذى يمقته كافة الناس ومثله الخائن واما مسألة المخالفة فى العقيدة فأمر آخر وحازتها قائمة بالعناد للحق الذى فيها حيث تكون مخالفة المخالف عن تدبر لا عن تقليد لالاسرة او المحيط .

قوله بالأخص منها : اى من الاحتمالات الأخرى الثلاثة : التشيع :
الوثاقة : العدالة .

قوله للاحتمال الثانى : وهو الوثاقة وملاحظة مصلحة اليتيم وان لم يكن المتصدى لذلك شيعيا .

قوله اذا باع عليهم القيم بأمرهم الناظر لهم فيما يصلحهم : وهكذا قوله باع عليهم ونظر لهم وكان مأجورا فيهم : وهكذا قوله فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم : كل هذه الفقرات تعطى وثاقة المتصدى .

قوله ان قام رجل ثقة : صريح فى اشتراط الوثاقة والاكتفاء بها .

قوله وقام عدل فى ذلك : وهذا اخص من سوابقه وهو الأرفق بالأصل والأحوط فى الدين .

قوله فقد يشمل الفاسق : كما قيل فى ولاية الأب بل والجد للأب .

قوله وقد يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل غيره : وحق التعبير

- ان يكون هكذا ما يتعلق بفعل الغير منسوبا الى فعله كحكم الشراء منه .
- قوله اما الأول : وهو ما قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة الى نفسه وانه هل هو مأذون من الشرع فى المباشرة ام لا .
- قوله عون الضعيف من افضل الصدقة : فالمعين له حتى لو كان فاسقا جاز منه هذا الفعل .
- قوله بالتى هى احسن : فالمصلحة اذا تحققت فى مال اليتيم فان فاعلها لا يشترط فيه وراء الاصلاح شىء آخر .
- قوله بل وموثقة زرعة : ومفاد الجميع القيام بما يصلح : هذا ولكن اصل التصرف فى مال الغير حتى لو كان بالأصلاح يحتاج الى مجوز والا استلزم ذلك تدخل كل احد فى اموال كل احد وهذا ممنوع فى الطبيعة قبل الشريعة وكلما ادعاه من المجوز لاحاد المؤمنين لادالة فيها لا بالخصوصيات التي اشرنا اليها .
- قوله ففى قبوله اشكال : لفرض فسقه .
- قوله واما الثانى : وهو ما يتعلق بفعل الغير لترتبه على فعله .
- قوله بل يجب اخذ المال : اى مال الغير من يده لأن يد الفاسق ليست بمؤتمنة .
- قوله بعد صحيحة اسماعيل بن سعد المتقدمة : التي جاء فيها فلا باس اذا رضى الورثة بالبيع وقام عدل فى ذلك - بل وموثقة زرعة - التي جاء فيها ان قام رجل ثقة بناء على ارادة العدالة من الوثاقة حتى ينتبذ عنوان الفسق بالمرة .
- قوله ان عموم ادلة الخ - فاعل يدل .
- قوله ان عموم ادلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق : يفسر هذه العبارة قوله بعدها : فأن وجوب اصلاح مال اليتيم

ومراعاة غيبته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق فى ماله كسائر
 الواجبات الكفائية حيث تسقط عن الغير اذا قام احد المكلفين بذلك .
 قوله واما الحكم فيما نحن فيه : من وجوب اصلاح مال اليتيم فلا يحمل فى
 الشرع على التصرف المحكوم بالصحة ولو بأصالة الصحة وانما حمل على
 موضوع هو اصلاح المال ومراعاة الحال ولم يعلم تحقق ذلك من الفاسق فهو
 كما لو اخبر فاسق باصل الصلاة على الميت مع الشك فى اصل وقوعها منه
 وان شئت قلت ان شراء مال اليتيم لا بد ان يكون مصلحة اليتيم ولا يحرز
 بأصالة الصحة فى المعاملة كما لو شك المشتري فى بلوغ البائع فان الشك
 فى البلوغ مع شرطيته فى صحة المعاملة لا تعمل معه اصالة الصحة .
 قوله فتأمل : قد يكون اشارة الى الفرق بين مثال شك المشتري فى بلوغ
 البائع وبين ما نحن فيه اما المثال فيكفى فيه استصحاب عدم البلوغ فكيف
 يصح باصالة الصحة وهو فاقد لشرطها واما اصل الصحة فيما نحن فيه
 فأنه حيث يحتمل اخلال الفاعل بالشرط فلا مانع من اجرائه لان المورد من
 مجاربه .

قوله نعم لو وجد فى يد الفاسق : اصل المسئلة التى يريد التحدث عنها
 انه لو اشترى فاسق من فاسق مال الصغير فهل يلزم عدول المؤمنين فسخ
 هذه المعاملة واخذ المثل من المشتري او الثمن من البائع الفاسق - لا -
 لعدم العلم بفساد البيع - وانه كان على خلاف المصلحة - حتى يكون
 مال الصغير هو المثل الذى بيد المشتري فيجب اخذه - وهكذا لاعلم
 بصحته - وانه كان على وفق المصلحة - حتى يكون مال الصغير هو
 الثمن فيلزم اخذه من البائع الفاسق : وانما قيدنا المشتري بكونه فاسقا
 لانه اذا كان عادلا كان من اولى الولاية على الطفل فلا يلزم اخذ المثل

قوله ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فى مال القاصرين فالظاهر انه على وجه التكليف المستقيم الوجوبى او الندبى لا على وجه النيابة عن حاكم الشرع ولا على كونه على وجه النصب من الامام فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا يوجب منع الآخر بالبيع ونحوه حيث يرى الآخر ان ما يتوخاه هو اصلح مما توخاه واضع اليد ولو نقله الأول بعقد جائز - لا لازم - فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ اذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع كخيار المجلس والحيوان او بجعل المتبايعين الخيار وانا طتته باليتيم او مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد واما لو اراد الأول بيعه من شخص وعرضه لذلك جاز لغيره من المؤمنين بيعه من آخر مع المصلحة وان كان المتاع فى يد الأول وبالجملة فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يتفاوت عن حكم الأب والجد من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر .

قوله واما حكام الشرع فهل هم كما قلناه فى عدول المؤمنين فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لاولى له او من يلى امواله او وضع اليد على مال اليتيم فهل تجوز للآخر مزاحمته - الذى ينبغى ان يقال - اننا ان استندنا فى ولاية الفقيه الى مثل التوقيع المتقدم جازت المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لان المخاطب بأرجاع الامور الى الحكام هم العوام فالنهي عن المزاحمة يختص بهم - يعنى ان العامى هو الذى لا يجوز ان يزاحم الفقيه فيما مديده اليه واما الحكام انفسهم فكل منهم حجة من الأمام فلا يجب على واحد منهم ارجاع الأمر الحادث الى الآخر فيجوز لهذا الآخر مباشرة وان كان الأول دخل فيه فحال كل منهم حال كل من الأب والجد فى ان النافذ تصرف السابق الى التصرف كما يجوز لاحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر فيها وان حضر المترافعان عند الأول وأحضر الشهود وبنى على ان يحكم لكنه لم يحكم بعد : اما لو استندنا فى ذلك

الى عمومات النيابة وان فعل الفقيه كفعل الأمام ونظيره كنظيره الذى لا يجوز التعدى عنه لا من حيث ثبوت الولاية له على النفس والأموال حتى يقال انه لم يثبت ذلك بل من حيث وجوب ارجاع الامور الحارثة اليه فالظاهر على هذا المبنى — عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى أمر ووضع يده عليه لان دخوله فيه كدخول الأمام فدخول الثانى فيه مزاحمة فهو كمزاحمة الأمام فأدلة النيابة عن الامام لاتشمل ما فيه مزاحمة الامام وعليه فقد ظهر الفرق بين الحكام وبين الأب والجد لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة فى نفسه وبين كون كل واحد منهم نائبا عن الأمام الذى لاتجوز مزاحمته .

قوله وربما يتوهم كونهم حينئذ يكونون نوابا كالوكلاء المتعديين فى ان بناء واحد منهم على امر مأذون فيه لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول ويندفع هذا التوهم بأن الوكلاء اذا فرضوا وكلاء فى نفس التصرف فما لم يتحقق التصرف من احدهم كان الآخر مأذونا فى تصرف مغاير وان بنى عليه الأول ودخل فيه اما اذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد بحيث يكون الزامهم كالزامه ودخولهم فى الأمر كدخوله وفرضنا ايضا عدم دلالة دليل وكالتهم على الأذن فى مخالفة نفس الموكل كان حكمهم حكم مانحن فيه من نيابة الفقيه عن الامام والوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة المتعلقة بنفس التصرف : وامره بالتأمل قد يكون اشارة الى ان نيابة الحكام كالتوكيلات المتعارفة انما هى فى نفس التصرف لا ان الحاكم بمنزلة الامام فى عدم جواز مزاحمته : لكنها ستدرك على هذا فقال مضافا الى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة بالحكام اذا اجزنا مزاحمة الثانى للأول فيما دخل فيه ولا شك انه يلزم الهرج والمرج من ذلك كما اشرنا اليه فى ولاية عدول المؤمنين وكيف كان فقد تبين عدم جواز مزاحمة فقيهه

لمثله فى كل الزام قولى او فعلى يجب الرجوع فيه الى الحاكم .
 قوله فلان وجوب الحكم : على الحاكم منوط بسؤال من له الحكم فحيث لم
 يسأل من له الحكم كانت القضية على رسلها .
 قوله ان القرب فى الآيه - ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن -
 يحتمل معانى اربعة (الأول) مطلق القلب والتحريك حتى من مكان الى
 مكان آخر : بمعنى لاتمدوا ايديكم اليه : وبطبيعة الحال لايشمل هذا
 المعنى مثل ابقاءه على حاله عند احد بأن كان عند هذا الاجد من قبل :
 فأن ابقاءه على حاله ليس مد يد اليه بل اصولا لسنا مكلفين بالنسبة الى
 هذه الحالة بشيء (الثانى) وضع اليد عليه بعد ان كان بعيدا عنه
 ومجتنبا فالمعنى تجنبوا عنه ولا تقربوه الا اذا كان القرب احسن : فلو ان
 احدا وضع يده عليه لان وضع اليد كان احسن فأن حكم ما بعد وضع اليد
 غير معلوم من الآيه (الثالث) ما يعد تصرفا عرفا كأن يقترض مال اليتيم
 او يبيعه او يؤجره وما اشبه ذلك من التصرفات فلا تدل الآيه على تحريم
 ابقائه على حاله تحت يده اذا كان التصرف احسن من ابقائه راكدا الا
 بتنقيح وهو ان الهدف اصلاح حال اليتيم وترك ماله على رساله مناف لذلك
 (الرابع) مطلق الأمر الأختياري المتعلق بمال اليتيم الأعم من الفعل
 والترك والمعنى لاتختاروا فى مال اليتيم فعلا او تركا الا ما كان احسن ممن
 غيره فيدل على حرمة الأبقاء فى الفرض المذكور فى المعنى الثالث لان
 ابقاءه على حاله قرب له بما ليس احسن : لكن فى اطلاق القرب على الترك
 نفرة قوية لان القرب انما يتناول المعانى الوجودية : واما لفظ الأحسن فى
 الآيه فيحتمل ان يوارد به ظاهره من التفضيل بأن يكون هناك حسن واحسن
 فلا يجوز الا الأحسن ويحتمل ان يوارد به احسن نظير وهو - اهون عليه -
 بمعنى انه هين عليه - وعلى الأول وهو التفضيل - فيحتمل ارادة التصرف

الاحسن من تركه كما يظهر من بعض ويحتمل ان يراد به ظاهره وهو — الاحسن مطلقا من تركه ومن غيره من التصرفات الأخر — وعلى الثانى — وهو الأحسن بمعنى الحسن — يحتمل ان يراد مافيه مصلحة — ويحتمل ان يراد مالا مفسدة فيه على ما قيل من ان احد معانى الحسن مالا حرج فى فعله ولا مانع : لكن لامجال لهذا الاحتمال من الصحة لان عارى المفسدة اذا لم يكن واجدا للمزية لا يقال فى حقه انه حسن .

ثم الظاهر من بين هذه الاحتمالات هو الثالث — للقرب — والاحتمال الثانى من معنئى — الأحسن بمعنى التفضيل — والاحتمال الثانى كان هو الأحسن مطلقا من تركه ومن غيره من التصرفات وعلى ذلك فالمعنى يكون بهذا اللون ولا تتصرفوا فى مال اليتيم اقتراضا وبيعا واجارة وما الى ذلك الا حيث تكون مادة التصرف خيرا من تركها ومن التصرفات الأخر بأن كان البيع مثلا خيرا من تركه كما هو خير من الأجارة والاقتراض : ولكن الأعراف عند العرف فى مفاد الآية حرمة التصرف بالتصرفات المذكورة وغيرها الا مع فرص المصلحة للطفل فأن الاية لا تحاول فى مال الطفل بعد مصونيته الا مصلحة حاله وماله بالتنمية .

قوله وحين ان : استظهرنا من بين الاحتمالات الأربعة للقرب المعنى الثالث وهو ما يعد تصرفا عرفا كالاقتراض والبيع والأجارة وما اشبه ذلك واستظهرنا ايضا الاحتمال الثانى من الأحسن بمعنى التفضيل وهو — التفضيل المطلق فاذا فرضنا ان المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا انه لا يتفاوت فى حال اليتيم ابقاء الدراهم على حالها — دراهم — او جعلها دينارا ذهبيا فأراد المتولى للمعاملة المزبورة جعلها دينارا فإنه لا يجوز له ذلك لان تبديل الدراهم بالدينار ليس اصلح من تركه وان كان يجوز له من براء الأمر ان يبيع المال بالدينار

لفرض عدم التفاوت بينه وبين الدراهم فى حال اليتيم بعد تعلق المصلحة بجعل متاع اليتيم مالا منقودا بالدراهم او الدينار — اما لو جعلنا الحسن بمعنى مالا مفسدة فيه فان ذلك يجوز وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع الذى هو مطلق الأمر الأختيارى المتعلق بمال اليتيم الأعم من الفعل والترك لأنا اذا فرضنا ان القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله كما هو مضمون المعنى الرابع للقرب فيجوز التصرف المذكور بتبديل الدراهم بالدينار — ان بعد كون الأحسن جعل مال اليتيم نقدا فكما انه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم او دينار لان القدر المشترك بينهما وهو جعله مالا منقودا احسن من غيره واحد الفردين لامتية له على الآخر فيتخير فكذلك بعد جعله دراهم اذا كان كل من ابقاء الدراهم على حالها وجعلها دينارا قريبا والقدر المشترك احسن من غيره فأحد الفردين لامتية له على الآخر فهو مخير بينهما والحاصل انه كل ما يفرض التخيير بين تصرفين فى الأبتداء لكون القدر المشترك بينهما حسنا ولا مزيه لاحد الفردين على الآخر فان التخيير محقق لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول عن احدهما بعد فعله الى الآخر اذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة الى مال اليتيم — لكنه عبث محض بالنسبة الى اليتيم — وان لم يكن كذلك فى اصل البيع فالتخيير فى اصل المطلب امر عقلاى بعد ان كان البيع اعود للطفل اما بعد البيع فتحويل الدراهم الى دينار ثم تحويل الدينار الى دراهم وهكذا فكما قلنا عبث محض لا يفعله العقلاء ولا يصحونه واما ان هذه التبديلات فيها نفع يعود الى المتصرف فأمر خارج عن الموضوع الذى بأيدينا وهو القرب من مال اليتيم التى هى احسن لكن الانصاف ان المعنى الرابع للقرب مرجوح فى نظر العرف بالنسبة الى المعنى الثالث وان كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا

الكلام - لاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن - ان لا يختاروا فى امر مال اليتيم الا ما كان احسن من غيره : وهذا هو ما تقدم فى المعنى الرابع .

قوله قال ان كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس : ولا شك ان المنفعة لاتقال على عدم الضرر نعم المنفعة كما تكون مادية تكون معنوية او شبه معنوية كما يأتى التعرض لذلك فى رواية ابن المغيرة .

قوله وان كان فيه ضرر فلا : بأن لا يصل اليهم شىء منكم او ان الذى يصل لا يوازى ما تصرفتموه من مالهم فهاتان شرطيتان قد بين حكمهما (١) مافيه منفعة (٢) مافيه مضرة : وهناك شرطية ثالثة ان لا يكون فى دخولكم نفع ولا ضرر لم يبين حكمها والشيخ يحاول ان يدخلها فى الأولى لان ما لاضرر فيه لا يندرج فيما فيه الضرر وهى الشرطية الثانية فلا بد ان يكون الأمام اراد من المنفعة ما يعم الزائد والمساوى اما الزائد كما هو الغالب فظاهر واما المساوى فبانضمامه اليه فى الأطلاق ولو توسعا .

قوله فيعطى فلسا بازائه : اى والفلس فيه اضافة مادية على شربة الماء حيث تقدر بمال .

قوله لا ظهور للرواية : اى فى الزائد على المساوى حتى يحصل التنافى بين الصدر والذيل .

قوله واعطاء العوض بعد ذلك أصلح : وان كان اقل : ان الظاهر من الطعام المهردى اليها هو المطبوخ وشبهه من الفواكه : التى اذا مر عليها زمن ولو قصير فسدت .

قوله لانه منصوب لها : اى للمصلحة .

قوله ولأصالة بقاء الملك على حاله : حيث لامصلحة فى الفعل .

قوله والعدميات : والمراد بها عدم المفسدة .

قوله وعلى هذا : اى لزوم مراعاة المصلحة .

قوله نعم : اى يتحرى الأصلح : لمثل ماقلناه من انه منصوب للمصلحة والأصلحية فى نفسها مصلحة فقوله نعم بيان لأحد الوجهين وقوله - لا - فى مقابل نعم اى لاتجب مراعاة الأصلح لان الأصلح لايتناهى ان مامن اصلح الا ويتصور ما هو اصلح منه .

قوله ويترتب على ذلك : من قولنا مراعاة المصلحة او يكفى نفي المفسد توهم يتحرى الأصلح - اى يترتب على هذه الوجوه الثلاثة .

قوله وكان الاتجار به اصلح منه : اى من ترك التصرف رأسا .
قوله احسن من الترك : اى وحده .

قوله عدم جواز العدول عنه : اى عن الأصلح .

قوله بقوله ولو ظهر فى الحال : الأصلح والمصلحة لم يجز العدول عن الأصلح : نعم قد لا يعد العدول من الأصلح الى غيره من السفاهة كما لو كان بيعه فى البلد مصلحة وكان بيعه فى بلد آخر اصلح مع اعطاء الأجرة منه - اى من المال الذى ينقله - فأن لم ينقله مع العلم بعدم الخسارة فإنه لا يعد ذلك - اى عدم نقله - سفاهة لان النقل والانتقال ليس مهويا لكل الناس حتى لو كانت هناك فائدة مادية : لكن ظاهر الآية وجوبه لأنه من الأحسن .

مسئلة : يشترط فيمن ينتقل اليه العبد المسلم سواء كان العبد بعنوان ثمن او كان بعنوان ثمن ان يكون مسلما فلا يصح نقله الى الكافر عند الأكثر او اجماعا .

قوله وستأتى عبارة الاسكافى فى المصحف : حيث ذكر انه لا يجوز ان يرهن المملوك الصغير عند الكافر .

قوله واستدل للمشهور تارة بأن الكافر يمنع من استدامت ملكه للمسلم لانه لو

ملكه قهرا بارث حيث نقول بأن الميت المسلم اذا انحصر وارثه بالكافر كان هو الوارث وكان مقدما على الامام وفرض ان الميت المسلم ترك عبدا مسلما او ان العبد اسلم فى ملك الكافر بيع عليه فيمنع من ابتدائه كالنكاح فأن المنع من الاستدامة فيه كالرضاع يستدل بها على منع الابتداء به وتارة اخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن فينتفى لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا (الآية ١٤١ من سورة النساء) وتامها :

الذين يتربصون بكم فأن كان لكم فتح من الله قالوا ألم تكن معكم وان كان للكافرين نصيب قالوا ألم نستحوذ عليكم ومنعكم من المؤمنين فالله يحكم بينكم يوم القيامة ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا : وبالنبوى الاسلام يعلو ولا يعلى عليه لكننا لو اغمضنا النظر عن دعوى الاجماع المعتضدة بالشهرة المحققة واشتهار التمسك بالآية لما كان ما ذكره من الأدلة خاليا عن الأشكال فى الدلالة اما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة فغاية توجيهه ان المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا وبقاء بلا مدخلية لخصوص البقاء كما لو امر المولى بأخراج احد من الدار او بازالة النجاسة من المسجد فأنه يفهم من ذلك عدم جواز الأرخال لكن يرد على هذا اللون من الاستدلال ان عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم ابقائه ولزوم اخراجه عن ملكه وليس معناه عدم امضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر لعدم امضائه من الشرع الذى معناه البطلان واذا كان البقاء هذا لونه فكيف يستدل منه على ان الأرخال ممنوع وباطل فلا يدل على عدم امضائه لأن يدخل فى ملكه ليثبت بعدم الامضاء فسار ما لو باعه عليه . قوله والمفروض انتفاء الدلالة فى المتبوع : وهو البقاء فان عدم الرضا غير عدم الامضاء وبالأخرة يريد المصنف ان يقول انه لا تمنع من صحة المعاملة

عليه وحرمة ابقائه .

قوله لاختصاص مورد الصحة : فى المعاملة : بالمسلم وان المعاملة به على الكافر باطلة بل لأن الغرض من الأمر لا يحصل الا بالبيع على المسلم : نعم يبقى فى البين انه لا اثر لجواز البيع عليه مع التكليف فوراً باخراجه من ملكه فإنه من نظر العقلاء سفه واضح .

قوله واما آية : لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً فباب الخدشة فى الاستدلال بها على المورد واسع تارة من جهة دلالتها فى نفسها ولو بقرينة سياقها الآبى لسانه عن التخصيص لأحكام لسانه فيما عنى به فاذا كان مفاد لسانه يستفاد منه ان الله لن يجعل للكافر على المسلم سبيلاً على عموم التصويرات كان من لازمه ان المسلم اذا استدان من الكافر المصون او اتلف منه ما لا ونظير ذلك لم يكن للكافر سبيل على المسلم فى اقتضاء حقوقه منه وهذا لم يصح فى الشرع فلا بد من حمله على معنى لا يتحقق فيه تخصيص او يحمل نفي الجعل فى الآخرة لان قبله فالله يحكم بينكم يوم القيامة ولن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلاً فى ذلك اليوم ومعنى عدم جعله ذلك انه لا منطلق للكافر ولو كان صاحب منطلق وحجة لما كفر لان المنطق والحجة على الكفر لا له وليس معناه ان الله يحكم الكافر للمسلم على كل حال شأن المتعصبين لاتباعهم ولا ان الكافر لا يتغلب على المسلم من طريق القوة فان العيان يكذب ذلك فى نوع سلاسل الزمان من غلبة الكفار على المؤمنين واضطهادهم لهم .

قوله واخرى من حيث تفسيرها فى بعض الأخبار بنفى الحجة للكفار على المؤمنين : اى انهم لا منطلق لهم يغلبون به المؤمنين وهو ما روى فى العيون عن ابى الحسن (ع) انه قيل له ان فى سواد الكوفة قوما يزعمون ان الحسين بن على لم يقتل وانه القى شبهه على حنظلة ابن اسعد وانه

رفع الى السماء كما رفع عيسى ويحتجون بهذه الآية ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فقال كذبوا عليهم غضب الله ولعنته وكفروا بتكذبهم النبي في اخباره بأن الحسين سيقتل والله لقد قتل الحسين بن علي وقتل من كان خيرا من الحسين - الى ان يقول - فأما قوله عزوجل ولن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا وانه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة ولقد اخبر تعالى عن كفار قتلوا النبيين بغير حق ومعه قتلهم اياهم لن يجعل الله لهم على انبيائه سبيلا من طريق الحجة : وهذا المعنى فضلا عن روايته امر معقول .

قوله وتعميم الحجة : اى جعلها عامة لا للمنطق وحده بل لمعنى يشمل فى اطاره الملكية ايضا وهكذا تعميم الجعل - فى قوله - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا فضلا عن شموله للاحتجاج انه يشمل الاستيلاء فمعنى لن يجعل الله انه لن يشرع الاستيلاء للكافر على المسلم . قوله لا يخلو عن تكلف : ان لاربط للملكية بالحجة بمعنى اقامة الدليل وتأثيره النفوذ المنطقى كما لاربط للاحتجاج بالاستيلاء مضافا الى الفرق بين عدم الجعل للحجة وعدم الجعل للاستيلاء والسلطنة اما عدم الجعل للأستيلاء معناه انه لم يشرع ذلك واما عدم الجعل فى الحجة فذلك مربوط به تعالى بالواسطة وذلك ان الذى يزن الحجة بالوهن او القوة هو العقل والعقل مخلوقه قوله وحكومة الآية عليها : اى على العمومات غير معلومة بل واضحة فأنها تفسر موضوعية ما هو قابل للبيع والتجارة والوفاء بعقده والتسلط على المال وانه مالم يكن فيه سلطان من الكافر على المسلم وفرضية انه يصح تملكه بالأختيار لكن يجبر على بيعه فرضية لا يتلاقى طرفاها فان الذى يشتري الشئ يريد سلطانه عليه والتصرف فيه كيفما يشاء وهذا ينافيه نفى السلطان عنه بل سلب مالكيته بعد استقرارها ولو لحظة .

قوله وابعاء سياق الآية عن التخصيص : هذا عليه لا له لان الذي يجوز استيلاء الكافر على المسلم من طريق الشرع ولو آنا ما فقد خصص نفسه السبيل بلا فرق بين الأبتداء والأستدامة بالأختيار كان ذلك او بالقهر كالأرث تعقبه عتق كبيعه على من ينعثق عليه او لم يتعقبه نعم الا ان نقول ان الملكية ليست سبيلا اذا عريت عن السلطنة وعلى ارادة السلطنة من السبيل فيحكم بتحقق الملك وعدم تحقق السلطنة بأن يكون محجورا عليه مجبورا على بيعه والحجر عليه وجبره على البيع وان اقتضى التقييد فى اطلاق ما دل على استقلال الناس فى اموالهم وعدم حجرهم بالنسبة اليها وهو كتخصيص الآية لكنه مع ملاحظة وقوع مثله كثيرا فى موارد الحجر على المالك يكون اهون من ارتكاب التخصيص فى الآية المسوقة لبيان ان جعل شىء لم يكن ولن يكون وان نفى الجعل ناشىء عن احترام المؤمن الذى لا يقيد بحال دون حال مضافا الى ان استصحاب الصحة فى بعض المقامات كما اذا كان الكافر مسبوqa بالاسلام بأن كان مسلما ثم كفر وفى حال اسلامه يصح فى حقه ان يملك العبد المسلم فبعد كفره يشك فتستصحب الصحة السابقة او العبد كان كافرا فيجوز تملكه للكافر فاذا اسلم العبد يشك انه يصح اولا فانه يستصحب ولكن الحق ان ما ذكره ليس من باب الاستصحاب لتبدل العنوان الذى هو مناط الحكم كان مسلما فجاز تملكه من اجل اسلامه للعبد المسلم والآن هو كافر وكان العبد كافرا فجاز تملكه للكافر والآن هو مسلم .

قوله فتثبت : اى الصحة : فى غير ما ذكر بعدم الفصل بينه وبين غيره .

قوله ولا تعارضه اصالة الفساد فى غير هذه الموارد التى جرى فيها استصحاب الصحة بأن يقال ان البيع الواقع على العبد المسلم مشكوك فى اصل جوازه والأصل فيه الفساد لان استصحاب الصحة مقدم عليها .

قوله فتأمل : قد يكون اشارة الى عدة اشكالات احتوت عليها عباراته منها ان ما بأيدينا مما ذكر امثله ليس من مجرى الاستصحاب لعدم اتحاف الموضوع ومنها ان ما ثبت بالاستصحاب لمورد لا مجال لتعديه الى غيره مما يفقد خصوصية الاستصحاب وهو قد عداه بقوله فيثبت في غيره ومنها ان المقابلة انما تكون بين اصل الصحة واصل الفساد لا بين اصل الفساد واستصحاب الصحة وهو قد قابل بين اصل الفساد واستصحاب الصحة لا الصحة نفسها .

قوله ثم ان الظاهر انه لافرق بين البيع وانواع التمليكات كالهبة والوصية : فان المحذور وهو استيلاء الكافر على العبد المسلم موجود في شتات ذلك قوله واما تمليك المنافع : فكل ما فيه استيلاء على الشخص وسلطنة فأن عين ما قيل في البيع موجود فيه بلا ادنى تفاوت .

قوله ففي الجواز مطلقا : الأطلاق في مقابل التفصيلات الآتية .

قوله او مع وقوع الأجارة على الذمة : بأن يؤجر نفسه لتحصيل كذا عمل بلا شرطية لنفسه في ذلك والداعى الى القول بذلك هو عدم التسليط على النفس وفيه انه تسليط عليها بالمال فأن للمستأجر ان يبرز سلطانه عليه متى تخلف ومآل الذمة الى ذات الشخص .

قوله او مع كون المسلم الأجير حرا : اى بأن اليد لا تثبت على الحر وهذا كسابقه فانه قد سيطر على نفسه من لم يجعل الله له عليه سيلا .

قوله او المنع مطلقا : اى فى كافة الصور وهو الأقرب لمعطيات الآية .

قوله اظهرها الثانى : وهو وقوع الاجارة على الذمة فانه كالدين وليس ذلك سبيلا بل هو كما اسلفنا سبيل ايضا غايته ان الدين فى اصله له سبب مشروع بلا سلطان الا انه قد يقود الى التسليط مع التمرد والله لم يجعل ولن يجعل ما فيه سبيل للكافر على المؤمن .

قوله يد عليه ولا على منفعته : اما حيث يتمرر فله ذلك حتى يوفيه حقه .
قوله الانتفاع لا المنفعة : ولا فرق بين عنوان الانتفاع وعنوان المنفعة الا من
 حيث معنى اللفظ والا فالانتفاع سلطان على المنتفع منه ولهذا قد يكون
 اشارة بالتأمل .

قوله واما الأرتهان : فحيث ان المرتهن لا يجوز له ان يتصرف بالعين
 المرهونة فلا تسليط فيه لكن اشتراط وضعه عند مسلم يرفع ما يتخطر من
 الأشكال وهذا هو الذى اشار اليه المصنف بقوله اقواها الثالث .

قوله واما اعارته من كافر فلا يبعد المنع : لانه تسليط عليه .

قوله على اهل ملته : اى ملة الكافر فانه تسليط للكفرة واضح .

قوله ثم ان الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته : هذا التعبير ليس
 بصحيح فان اهل الكتاب لاشك فى كفرهم بالنسبة الى دين الاسلام والكثير
 لا يرونهم انجاسا من حيث الذات بل الكافر من نظر الاسلام من شذ عن
 قواعده الأصلية .

قوله عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآية لانها فرق حدثت بعد
 الاسلام .

قوله بحصول البينونة : بين الزوج والزوجة بارتداد الزوج عن الاسلام بعد
 ان كان مسلما لان الارتداد كفر ولا سبيل له مع الكفر على الزوجة المسلمة .
قوله اطفال الكفار : انما ذكرهم لان كفرهم تبعى ولأنهم يفقدون التسلط
 والملكية وحدها ليست سبيلا .

قوله لم يرد به الا المقر بالشهادتين : لان الايمان بالمعنى الأخص
 حادث بعد الاسلام .

قوله لعدم اعتقادهم : فى قلوبهم بما اقروا به فى السننهم .

قوله كانا بمعنى واحد : ليس فيه اعم واخص .

قوله فأَن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة : وهو الأقوى لان سيطرة المنحرف في العقيدة يؤثر على هاته الضعيفات .

قوله لكنها غير منفية : لانها في المقام ليست سبيلا حتى يلزم نفيها .
قوله واما الثاني : وهو من اقر بحرية مسلم ثم اشتراه .

قوله على تقديري الصدق : بأن كان حرا : والكذب : بأن كان عبدا .

قوله صورة صحيحة لشراء من اقر بانعتاقه : قيل بل هناك صحة لان اقرار المشتري قبل شرائه بحرية من يد غيره عليه اقرار في حق الغير لا اثر له وبعد ما يتم الشراء ويصير له لا يستطيع ان يضع يده عليه لانه حينذاك اقرار في حق نفسه .

قوله مثل هذا العلم الأجمالي : المراد بين خطابين كالعلم بأن احد الانائين اما خمر او غضب كما قال المصنف فيما نحن فيه لثبوت الخلل اما في المبيع لكونه حرا او في المشتري لكونه كافرا : وفيه اشارة الى ما عليه بعضهم من اعتبار تعلق العلم بالخطاب التفصيلي وان الأجمال في المورد فقط مثل العلم بنجاسة احد الانائين فان الخطاب بالأجتنا ب عن النجس علمه تفصيلي وانما الاجمال في المورد ان هذا حامل النجاسة او ذاك : ولعله لهذا اشار بالتأمل .

قوله واما الثالث : وهو ما تقدم من قوله بأن يقول الكافر للمسلم اعتق عبدك عنى .

قوله لما ذكر في الأول : حيث قال خلافا للمحكي عن المبسوط والقاضى فمنعاه لان الكافر لا يملك حتى ينعق لان التملك بمجرد سبيل والسيادة علو .

قوله وفيه نظر فان ملكيته قبل الأعتاق سبيل وعلو : وهذا مخالف لما سبق منه في تفسير السبيل وما رد على القائلين بالمنع من شراء الكافر للعبد

المسلم ومصير الى ما قال به المبسوط والقاضى كما قرأت عنهما .
 قوله مجرد الملك ويترتب على هذا الاحتمال عدم استثناء شىء مما تقدم
عدا صورة الأقرار بالحرية لأنها لا ملك فيها بالمرة حيث نصح هـ هذه
 الصورة وقد تقدم القول فيها .

قوله والملك المستقر : ولو بالصلاحية : كمشروط العتق فى متن البيع
 ويترتب على هذا الاحتمال استثناء ما لا استقرار فيه كبيعه على من ينعقد
 عليه قهرا .

قوله والمستقر فعلا ويترتب على هذا الاحتمال استثناء جميع الصور
المتقدمة لأنها لا استقرار فيها للملكية .
 قوله وخير الأمور اوسطها : وهو احتمال الملك المستقر ولو بالقابلية وانه
هو السبيل المنفى .

قوله اما التملك القهرى كالارث فإنه يكون ابتداء كما لو ورث الكافر العبد
المسلم من كافر أجبر الموروث فى حينه على بيعه فمات قبل البيع فان هذا
 العبد المسلم لا ينعقد على الكافر الوارث ولا على الكافر الميت لأصالة بقاء
 رقيته بعد تعارض نفي السبيل الذى ينفى مالكية الكافر الوارث له وعموم
 ادلة الأثر التى لا تفاوت فى الأملاك والعبد المسلم منها لكن لا يثبت
 بأصالة بقاء الرقية اصل تملك الكافر له فيحتمل ان ينتقل العبد المسلم الى
 الأمام بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة ضرورة انه اذا نفى ارث الكافر بأية
 نفي السبيل كان الميت بالنسبة الى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الأمام
 وبهذا التقرير يندفع ما يقال ان ارث الأمام مع وجود وارث للميت مناصف
 لعموم ادلة ترتيب طبقات الارث التى آخرها طبقة الامام توضيح الاندفاع
 انه اذا كان مقتضى نفي السبيل عدم ارث الكافر للعبد المسلم فانه يتحقق
 نفي الوارث الذى هو مورد ارث الأمام فأن الوارث الممنوع من الارث بمنزلة

العدم وحيث يكون كذلك فالوارث هو الأمام واصولا العمدة في ارث الكافر من الكافر وانه حاجب للأمام فيما سوى مورد مسألتنا ظهور الاتفاق من العلماء عليه المدعى صريحا من المحقق الكركي بل الذي يلوح منه هو الاتفاق حتى في مورد المسئلة المتحدث عنها فانه قال في جامع المقاصد فلو ازار به مطلق ما يترتب على الملك لامتنع ارث الكافر للعبد المسلم من كافر آخر والتالى باطل اتفاقا .

قوله ثم هل يلحق بالأرث كل ملك قهري او لا يلحق او يفرق في القهري بين ما كان سببه اختياريا وما كان سببه غير اختياري وجوه خيرها عدم اللحق وان كان ولا بد فأخيرها وهو ما كان بسبب غير اختياري دون ما كان بأختيار والسبب الاختياري المنتج للملك القهري نظير نصب الصيار لآلة صيده بأختيار منه فان ما تحزره الآلة يكون ملكا له قهريا لقصد تملك ما تحزره الآلة وغير الأختياري كما لو باع الكافر عبده من مسلم مع الخيار للمشتري فأسلم العبد ففسخ المشتري فأن فسخ المشتري ليس باختيار البائع وهكذا مالكيته للعبد المسلم بعد الفسخ .

قوله ثم انه لا اشكال ولا خلاف في انه لا يقر المسلم على مالكية الكافر له بل يجب بيعه عليه لقول المعصوم في عبد كافر اسلم ان هبوا فبيعه — من المسلمين وادفعوا اليه ثمنه ولا تقروا عنه — ومنه — اي من عدم اقراره عنه يعلم ان المالك له لو لم يبيعه باعه الحاكم الشرعي ويحتمل ان تكون ولاية البيع للحاكم مطلقا — اي سواء حضر المالك الكافر لبيعه ام لم يحضر لكون المالك غير قابل للسلطنة على العبد المسلم غايته ان النص والفتوى لا على تملكه له والتملك غير السلطنة ولذا في مقام التعبير يقولون انه يباع عليه بل صرح في الايضاح بزوال ملك السيد عنه وينافيه قوله (ع) في الرواية السابقة وادفعوا اليه ثمنه فأن الثمن لا يقال الا بازاء الملك .

قوله وكيف كان فاذا تولى البيع نفس المالك فالظاهر انه لا خيار له بأن يكون هو الفاسخ به ولا عليه بأن يكون هو المفسوخ عليه في خيار المجلس والشرط لأن اعمال حق الخيار فيه احدث ملك فينتفى لعموم نفي السبيل المقدم على ادلة الخيار بالحكومة عليها لانه مفسر لموضوعيتها بأنها تستلزم الاعادة الى ملكه كما ان نفس ادلة الخيار مقدمة على ادلة البيع لأنها واردة عليه هذا فيما له واضح واما فيما هو عليه فان المشتري المسلم حيث يفسخ فكأنه قد نقل العبد المسلم الى الكافر ويمكن ان تبتنى هذه المسئلة على ان الملك الزائل بالبيع العائد بالفسخ هو الملك الأول وانه يكون ملكا جديدا فأن قلنا بالأول ثبت الخيار لأنه لا يولد شيئا جديدا ولان فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تنزل والسابقة قد امضاها الشارع بالفرض وامر بأزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فان الشارع لم يعضها لكن هذا المبنى فيما نحن فيه ليس بشيء لوجوب الاقتصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن وهو التملك القهري الابتدائي فيكون غيره مشمولاً للآية وعود الملك فيما نحن فيه ليس قهرياً كدخوله بالأرث واما بالنسبة الى خيار العيب فيحكم بالأرث حيث يكون العبد معيباً او ثمنه معيباً ويشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر كالغبن من جهة قوة ادلة نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمشتري المسلم حيث يكون هو المتضرر بخلاف ما لو تضرر الكافر فان هذا الضرر انما حصل من كفره الموجب لعدم قابليته لتملك المسلم الا فيما خرج بالنص وهو التملك القهري مع انه قادر على ازالة هذا الضرر عنه بتثبيت قابليته لتملك المسلم برفع يده عن الكفر بالاسلام ويظهر مما ذكرنا حكم الرجوع في العقد الجائر كالهبة وانه يجوز او لا يجوز لان الرجوع اعادة للملك وخالف المحقق الكركي فيما ذكرناه كله فحكم بثبوت الخيار وجواز الرد

بالسعيب تبعا للشهيد وقال فى توجيه مخالفته بأن العقد الشرعى لا يخرج عن مقتضاه حيث يكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضى للخروج المزبور لان نفي السبيل لو اقتضى تخلف العقد الشرعى عن مقتضاه لاقتضى خروج العبد عن ملك الكافر بدون اى نقل وانتقال وعلى مبنى المحقق الكركى لو كان البيع معاطاة فأن المعاطاة تبقى على احكامها السابقة الذكر ولا تتغير تلك الاحكام حيث يكون المبيع عبدا مسلما لكافر وهكذا لو اخرج العبد المسلم بناقل الهبة جرت فيه احكام الهبة بلا تخلف من اجل ان الموهوب عبد مسلم لكافر نعم لا يبعد أن يقال ان للحاكم الشرعى الزامه بأسقاط نحو خيار المجلس او مطالبته بسبب ناقل لازم بحيث لا يلزم منه تخسير للمال .

قوله وفيما ذكرنا : اى الشهيد والكركى : نظر لان نفي السبيل لا يستثنى منه الا الملك الأبتدائى القهرى واستثنائه لا يستلزم استثناء عمود الملك اليه بالفسخ اذا هو غير مستثنى فاذا كان الفسخ لا اثر له كان الخيار الذى سببه لامعنى له واما اقتضاء عقد البيع للخيار فليس اقتضاء عقليا لا ينفك بل الخيار تابع لدليله الذى هو اضعف من دليل صحة العقد الذى خص بآية نفي السبيل فما دل على الخيار اولى بأن يخصص بالآية مع انه على تقدير مقاومة الكافر بعد البيع بتشبيته بحق الخيار يرجع الى اصالة ملك المشتري فأن المشتري يكون هو المالك للعبد المسلم بعد تمام العقد - وان كان للبائع الكافر خيار - وعدم زواله بالفسخ من صاحب الخيار والرجوع من صاحب الهبة الجائزة : ولا شك ان فى كثير مما ذكر نظرا واضحا ولذلك اشار بالتأمل .

قوله واما ما ذكرناه اخيرا : حيث قال الكركى نعم لا يبعد ان يقال ان للحاكم الزامه باسقاط نحو خيار المجلس او مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع ولم

يلزم منه تخسير للمال : ففيه ان الزام الكافر البائع باسقاط الخيار ليس بأولى من الحكم رأسا بعدم جواز الرجوع فى هذه المعاملة فيكون خروج العبد المسلم من ملك الكافر الى ملك المشتري المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ والرجوع : ومن هذا المحتوى الذى ذكرناه يظهر ان مذكره العلامة فى القواعد من قوله ولو باع المالك الكافر العبد المسلم من مسلم بثوب ثم وجد فى الثمن المذكور عيبا جاز رد الثمن على المشتري وهل يسترد نفس العبد او قيمته نظر من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالأثر .

قوله محل تأمل : هو خبر لقوله ان مذكره : وجهة التأمل مذكره سابقا ان له الأرش ولا خيار له فى الرد الا ان يقال ان مقتضى الجمع بين ادلة الخيار وآية نفي السبيل ثبوت الخيار للبائع الكافر والحكم باسترداد قيمة العبد لا العبد نفسه فيكون نفي السبيل مانعا شرعيا عن استرداد نفس المثلث كنفق المبيع فى زمن الخيار حيث يظهر الثمن معيبا او كتلف المبيع فى زمن الخيار الذى هو مانع عقلى عن الرجوع وهذا نظر حسن ان لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للعبد المسلم المنكشف باستحقاق بدله .

قوله ولذا : اى لأن البدل قائم مقام المبدل فكأنه هو - حكموا بسقوط الخيار فيمن ينعقد على المشتري : لأنه بالخيار يستحق البدل القائم مقام المبدل الذى لا يستحق وضع اليد عليه ولكن ذلك سفسطة فى المقامين فأن الكافر انما منع من السيطرة على العبد المسلم لا على بدله والا فالثمن الذى يأخذه بدل صريح لان البيع مبادلة مال بمال : والانسان لا يملك ذات ابيه لاشيئا آخر ليس بذات ابيه .

قوله مسئلة : المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر واستدلوا عليه بوجود احترامه والكافر بحكم عقيدته لا يحترمه بل ربما تحمله الجهالة على

اهانته وبفحوى المنع من بيع العبد المسلم عليه وما ذكره حسن وان كان وجهه لا يخلو عن تأمل فان العبد المسلم باعتبار كونه يحس ويشعر ويتأثر يكون مظنة لا يقاع الأذى به بخلاف القرآن والحق جماعة اقوال النبى —
المعلوم صدورها عنه بالمصحف ولا يبعد ان تكون الأحاديث المنسوبة اليه (ص) من طريق الآحاد حكمها حكم ما علم صدوره عنه وحكم احاديث الأئمة (ع) حكم احاديث النبى .

وينتهى الجزء الثانى من اتحاف الطالب بحل عقد

المكاسب على يد مؤلفه محمد بن محمد طه

الحويزى الكرمى فى عاشر ذى القعدة

سنة الف واربعمأة وثمانى قلمهجرة

ويتلوه الجزء الثالث واوله

القول فى شرائط

العوضين

فهرست الجزء الثانى من اتحاف الطالب

<u>العنوان</u>	<u>الصفحة</u>
شرطية البلوغ	١
شرطية القصد	١١
شرطية الأختيار	٢١
اذن السيد	٤٢
فى الفضولى	٥١
الاجازة والرد	٩٤
فى الولاية	٢٠٧
ملك الكافر للمسلم	٢٣٤
ملك الكافر للمصحف	٢٤٦





32101 061495618

KBL
.K3728
1989
juz'2

RECAP

هوية الكتاب

الكتاب : اتحاف الطالب

المؤلف : محمد الكرمي

الناشر : المؤلف

المطبعة : العلمية - قم

الطبعة : الاولى

العدد : ٥٠٠

التاريخ : ١٣٦٨/١/٢٠

القيمة ٢٠٠٠ ريال