

منهاج الفقاهة الجزء: ٤

السيد محمد صادق الروحاني

الكتاب: منهاج الفقاهة
المؤلف: السيد محمد صادق الروحاني
الجزء: ٤
الوفاة: معاصر
المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن
تحقيق:
الطبعة: الرابعة
سنة الطبع: ١٤١٨ - ١٣٧٦ ش
المطبعة:
الناشر:
ردمك:
المصدر:
ملاحظات:

الفهرست

الصفحة	العنوان
(ش) ٢٨٥	تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد
(ش) ٥	بيع الفضولي
(ش) ١٠	بيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع
(ش) ٣٠	أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها
(ش) ٤٠	بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع
(ش) ٤٣	بيع الفضولي لنفسه
(ش) ٥٨	لو كان مال الغير في ذمته لا عينا
(ش) ٦٣	الفضولي في المعاطاة
(ش) ٦٨	القول في الإجازة
(ش) ٨٤	الثمرة على القول بالكشف أو النقل
(ش) ٩٧	ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين
(ش) ١٠١	ثمرات ذكرها بعض
١٠٣	التنبه الأول من تنبيهات الإجازة
(ش) ١٠٦	كفاية الرضا الباطني في الإجازة
(ش) ١٠٩	حول اعتبار عدم سبق الرد
(ش) ١١٢	الإجازة لا تورث
(ش) ١١٣	إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن
(ش) ١١٨	الإجازة ليست على الفور
(ش) ١١٩	اعتبار مطابقة الإجازة للعقد
(ش) ١٢٢	اعتبار كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة
(ش) ١٢٣	عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال
(ش) ١٢٧	عدم اشتراط كون المجيز جائر التصرف حال العقد
(ش) ١٢٩	لو كان المالك حين العقد غير جائر التصرف
(ش) ١٣٢	من باع شيئاً ثم ملكه
(ش) ١٥٣	صور بيع من باع شيئاً ثم ملكه
١٥٧	حكم ما إذا لم يجز البايع بعد تملكه
(ش) ١٦٠	لو باع معتقداً لكونه غير جائر التصرف
(ش) ١٦٢	لو باع لنفسه وانكشف كونه ولياً
(ش) ١٦٣	لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا
١٧٢	لو باع لنفسه فانكشف انه له
(ش) ١٧٣	القول في المجاز
(ش) ١٧٦	يعتبر كون المجاز معلوماً تفصيلاً
(ش) ١٧٨	حكم العقود المترتبة

١٨٥(ش)	حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب
١٩٢	احكام الرد
١٩٦(ش)	حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
٢٠٠(ش)	حكم رجوع المالك إلى المشتري لو لم يجز
٢٠١(ش)	حول رجوع المشتري إلى الغاصب
٢١٢	حول الغرامة التي غرمها المشتري
٢٢٧(ش)	تعاقب الأيدي
٢٣٦(ش)	بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره
٢٤٣(ش)	بيع نصف الدار
٢٥٢(ش)	بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
٢٥٥(ش)	ولاية الأب والجد
٢٥٧(ش)	حول اعتبار العدالة
٢٦٠(ش)	حول اعتبار المصلحة في التصرف
٢٦٤(ش)	مشاركة الجد للأب
٢٦٦(ش)	ولاية النبي صلى الله عليه وآله و الإمام عليه السلام
٢٦٨(ش)	ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام
٢٧٠(ش)	ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة عليه السلام
٢٧٥(ش)	ولاية التصرف في الأموال والأنفس
٢٧٨(ش)	وجوب إطاعة المعصوم عليه السلام
٢٨٠(ش)	اشتراط تصرف الغير بإذنتهم
٢٨٣(ش)	ولاية الحاكم الشرعي
٢٩٣(ش)	العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين
٢٩٥(ش)	مزاخمة أحد المجتهدين لآخر
٢٩٦(ش)	عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس
٢٩٨(ش)	ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه
٣٠٥(ش)	ولاية عدول المؤمنين
٣٠٨(ش)	اشتراط العدالة في المؤمن
٣١٨(ش)	مزاخمة الولي
٣٢١(ش)	توضيح الآية الشريفة
٣٢٩(ش)	حول اعتبار المصلحة
٣٣٣(ش)	بيان حقيقة المال والملك
٣٣٦(ش)	الدليل على اعتبار المالية والملكية في العوضين
٣٤٠	أقسام الأرضين واحكامها
٣٤٠	الأرض الموات بالأصالة و احيائها
٣٤٦	الأرض العامرة
٣٤٩(ش)	حول الأرض العامرة بعد الموت
٣٥١(ش)	الموات بعد العمارة

٣٥٤(ش)	الأرض المفتوحة عنوة وبيعها
٣٦٤(ش)	ما انفصل من المفتوحة عنوة
٣٦٦(ش)	اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا
٣٦٩(ش)	حول بيع الوقف
٣٧٧(ش)	الوقف قد يكون تملিকা وقد يكون فكا
٣٨٨(ش)	بيع الوقف مع عدم كونه ملكا
٣٩٥(ش)	صور بيع الوقف - الصورة الأولى
٤٠١(ش)	حكم الثمن على تقدير البيع
٤٠٤(ش)	حكم بدل العين الموقوفة
٤٠٧(ش)	من له ولاية البيع
٤١١	الصورة الثانية
٤١٦	الصورة الثالثة
٤١٧	الصورة الرابعة
٤٢٢	الصورة الخامسة
٤٢٣	الصورة السادسة
٤٢٩	الصورة السابعة
٤٣٤(ش)	الصورة الثامنة
٤٣٦(ش)	الصورة التاسعة
٤٣٧(ش)	الصورة العاشرة
٤٤٢(ش)	الوقف المنقطع
٤٤٩(ش)	بيع العين المرهونة
٤٥٧(ش)	فائدة إجازة المرتهن
٤٦٠(ش)	حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

(١)

التعليق على مكاسب الشيخ الأعظم
لآية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الجزء الرابع

الكتاب: منهاج الفقاهة: الجزء ٤
المؤلف: آية الله العظمى السيد محمد صادق الروحاني
الطبعة: الرابعة
تاريخ النشر: الرابعة
تاريخ النشر: ١٤١٨ هـ ق. ١٣٧٦ هـ ش
المطبعة: العلمية

(٢)

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله على ما أولانا من التفقه في الدين والهداية إلى الحق، وأفضل
صلواته وأكمل تسليماته على رسوله صاحب الشريعة الخالدة، وعلى آله العلماء
بالله الأمناء على حلاله وحرامه، سيما بقية الله في الأرضين أرواح من سواه فداه.
وبعد.

فهذا هو الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة وقد وفقنا إلى طبعه،
والمرجو من الله تعالى التوفيق لنشر بقية المجلدات فإنه ولي التوفيق.

(٤)

مسألة ومن شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
{ ١ } فعقد الفضول لا يصح أي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.
وهذا مراد من جعل الملك وما في حكمه شرطاً، ثم فرع عليه بأن بيع الفضولي
موقوف على الإجازة، كما في القواعد، فاعترض جامع المقاصد عليه بأن التفريع في
غير محله، لعله في غير محله، وكيف كان، فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي
هي من أهم المسائل، فنقول: اختلف الأصحاب وغيرهم في بيع الفضولي بل مطلق
عقده بعد اتفاهم على بطلان ايقاعه { ٢ } كما في غاية المراد على أقوال

(٥)

والمراد بالفضولي { ١ } كما ذكره الشهيد هو الكامل الغير المالك للتصرف ولو كان غاصبا. وفي كلام بعض العامة أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه، وقد يوصف به نفس العقد ولعله تسامح وكيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون إذن الولي، ومن المالك إذ لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال، كما يؤمى إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح الباكرة بغير إذن وليها، وحينئذ فيشمل بيع الراهن والسفيه ونحوهما، وبيع العبد بدون إذن السيد، وكيف كان فالظاهر

المرتتهن إياه وغير ذلك من الموارد، ولذا قال في الجواهر: بل عرفت مما قدمناه جريانه في العقود وغيرها من الأفعال كالقبض ونحوه والأقوال التي رتب المشارع عليها الأحكام إلا ما خرج بالدليل كما أومى إليه في شرح الأستاذ. وثانيا: إنه لو ثبت فليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم فلا يستند إليه { ١ } الثالثة: إن الفضول جمع الفضل، وهو فعل ما لا يعني بالشخص ولا يهمله، والفضول من الجموع التي جاءت بمعنى المفرد إذا استندت إلى الشخص، فهو يطلق على من

يعمل عملا لا يهمله وغير مربوط به. وليس له في الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، إما لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كبيع مال الغير، أو لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، أو لمنع الشارع عنها إلا بإذن شخص خاص كنكاح بنت الأخ، حيث إنه يعتبر في صحته إذن عمته لو كانت زوجته. ويترتب على ما ذكرناه أمران:

أحدهما: إن الأولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الإضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

ثانيهما: إن مراد المصنف قدس سره بقوله أن يكونا مالكين إن كانت مالكيتهما للتصرف أغنى عن ذكر قسيمه، وإن كانت مالكيتهما للعين فيرد عليه: إن مجرد ذلك لا يكفي مع عدم مالكيتهما للتصرف لتعلق حق الغير مثلا بما هو مورد المعاملة.

شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا وطيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى { ١ } لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف، ومسلطا عليه بمجرد علمه برضاء المالك. ويؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا وفرعوا عليه بيع الفضولي.
ويؤيده أيضا استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع أن الظاهر علمه برضاء النبي صلى الله عليه وآله بما يفعله، وإن كان الذي يقوى في النفس لولا خروجه
عن ظاهر الأصحاب عدم توقفه على الإجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد،

{ ١ } هذه هي الجهة الرابعة: وهي أنه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه صريحا أو فحوى كما هو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب. أم لا يشمل بل يكفي مجرد رضاه في صحة العقد وترتب أثره كما اختاره المصنف قدس سره،

أم يفصل بين ما إذا كانت الإجازة لتحقق استناد العقد إلى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفي، وبين ما إذا كانت لجهة أخرى كالعين المرهونة إذا باعها مالكا،

فإن إجازة المرتهن ليست لأجل تحقق استناد العقد إليه بل لأن العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه. وجوه،

وقد استدلل للثاني بوجوه:

الأول: عموم وجوب الوفاء بالعقود (١)

وأورد عليه جمع منهم المحقق النائيني قدس سره: بأن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي التوزيع،

أي كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه،

لأن كونه عقدا له يتوقف على مباشرته أو نيابة الغير عنه بالإذن أو الإجازة بعد صدور العقد من الفضولي.

وفيه: أولا: إن هذا لو تم لاقتضى البناء على القول الثالث لا الأول.

وثانيا: أنه لا يتم، فإن المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه أنه أوجد

العقد، لأنه لا يصدق مع الإجازة، بل مع الإذن الذي حقيقته الترخيص، واطهار الرضا

(١) المائدة، ٢.

سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف أصلاً، فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى امضاء ما رضي به، وبترتيب الآثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود وقوله تعالى: إلا أن تكون تجارة عن تراض { ١ } ولا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه { ٢ } وما دل أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته، اقرار منه، ورواية عروة البارقي الآتية حيث أقبض المبيع وقبض الدينار لعلمه برضاء النبي صلى الله عليه وآله ولو كان فضولياً موقوفاً على الإجازة لم يحز التصرف في المعوض والعوض، بالقبض والاقباض وتقرير النبي صلى الله عليه وآله له على ما فعل، دليل على جوازه، هذا مع أن كلمات الأصحاب في بعض

به لتوقف صدقه على كون الفعل صادراً عنه بالمباشرة أو التسبب وشئ منهما ليس في مورد الإذن، فضلاً عن الإجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى أنه عقده وبيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة، فإن ظاهر قوله تعالى: أوفوا بالعقود عقودكم لا ما عقدتم، وعليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالإجازة - التي حقيقتها إظهار الرضا بما وقع

يتحقق بالرضا به.

وبالجملة: المعنى المصدري لا يستند إلى المجيز ولا إلى الراضي، بل ولا إلى الإذن، والمعنى الاسم المصدري ينسب إليه بمجرد الرضا.

ودعوى أن الإجازة التزام بالعقد ولذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا ولذا يصح رضا الأجنبي بالعقد.

مردودة، لأن الالتزام بالعقد لا أتصور له معنى سوى الرضا به.

وبما ذكرناه ظهر صحة الاستدلال ب (أحل الله البيع) (١)، ولا يرد عليه ما أورده جمع من أن البيع - لا سيما المعنى المصدري منه - لا ينتسب إلى المالك بمجرد الرضا.

{ ١ } الثاني: مما استدلل به المصنف قدس سره قوله تعالى (تجارة عن تراض) (٢)

وأورد عليه بما أورده على سابقه، والجواب الجواب.

{ ٢ } الثالث: ما دل على أنه لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه (٣).

(١) البقرة، ٢٧٥.

(٢) النساء، ٢٩.

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

المقامات يظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولي، وعدم وقوفه على الإجازة، مثل قولهم في الاستدلال على الصحة أن الشرائط كلها حاصلة إلا رضا المالك، وقولهم إن الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنه أعم من الرضا ونحو ذلك، ثم لو سلم كونه فضوليا ليكن ليس كل فضولي يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، مع أنه يمكن

وفيه: ما تقدم من أنه في مقام بيان شرط الحلية التكليفية، ولا كلام في أنه يشمل الرضا النفساني، مع أنه إنما يدل على اعتبار الرضا لا على كفايته، والفرق واضح. الرابع: ما دل على أن علم المولى بنكاح العبد وسكوته اقرار منه (١). وأورد عليه جمع من الأساطين: بأن السكوت عن مثل النكاح له خصوصية وهي كاشفيته النوعية عن الرضا.

وفيه: إن هذه الخصوصية لا تنكر، إلا أنها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية والرضا المستكشف من قرينة خاصة. وبالجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا. وبذلك يظهر صحة الاستدلال بما دل على كفاية سكوت الباكرة. الخامس: رواية عروة البارقي (٢)، وسيأتي الكلام فيها مفصلا، ويمكن الاستدلال له مضافا إلى ذلك كله بصحيح الحميري الآتي: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه (٣).

فتحصل: إن الأظهر هو ما ذهب إليه المصنف قدس سره. وبما ذكرناه ظهر مدرك القول الأول والجواب عنه. ودعوى أن الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب

-
- (١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.
(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه.
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٨.

الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور أنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات { ١ } ثم إنه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً، مع العلم برضا السيد، ولو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

ثم اعلم أن الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، وقد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلاث:
الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك وهذا هو المتيقن من عقد الفضولي والمشهور الصحة. بل في التذكرة نسبة إلى علمائنا تارة صريحاً وأخرى ظاهراً بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك إن لنا فيه قولاً بالبطلان.
وفي غاية المراد: حكى الصحة عن العماني والمفيد والمرتضى والشيخ في النهاية وسالار والحلي والقاضي وابن حمزة، وحكى عن الإسكافي واستقر عليه رأي من تأخر عدا فخر الدين، وبعض متأخري المتأخرين كالأردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين

العقود والايقاعات.

مندفعة بأن ذلك إنما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أن الرضا الباطني شرط كما عرفت. كما أنه ظهر مدرك القول الأخير، فإنه استدل لعدم الاكتفاء به في

معاملة غير المالك بما تقدم، ولكفايته في معاملة المالك بأن اعتبار إجازة ذي الحق ليس لأجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه، وقد عرفت الجواب عنه.
{ ١ } وفيه أن اكتفينا في الإجازة بالرضا اكتفينا به في الإذن بطريق أولى يبيع الفضولي للمالك مع عدم سبق المنع
إذا عرفت هذا فاعلم: إن الفضولي قد يبيع للمالك، وقد يبيع لنفسه، وعلى الأول فقد لا يسبقه منع من المالك وقد يسبقه المنع فهنا مسائل ثلاث:
الأولى: أن يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، وهذا هو المتيقن من عقد

لعموم أدلة البيع والعقود { ١ } لأن خلوه عن إذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد والبيع عنه، واشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه أيضا لا مجال لانكاره، فلم يبق الكلام إلا في اشتراط سبق الإذن، وحيث لا دليل عليه، فمقتضى الاطلاقات عدمه، ومرجع ذلك كله إلى عموم حل البيع ووجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العاري عن الإذن والإجازة معا، ولم يعلم خروج ما فقد الإذن ولحقه الإجازة،

الفضولي، والمشهور الصحة، بل عن التذكرة: نسبتة إلى علمائنا تارة صريحا وأخرى ظاهرا بقوله عندنا، إلا أنه ذكر عقيب ذلك: إن لنا فيه قولاً بالبطلان.

وفي المكاسب: واستقر عليه رأي من تأخر عدا فخر الدين وبعض متأخري المتأخرين كأوردبيلي والسيد الداماد وبعض متأخري المحدثين ومراد صاحب الحدائق وحيث إن القائلين بالصحة منهم من استند إلى القاعدة ومنهم من استند إلى النص فالأقوال في المسألة ثلاثة:

الأول: الصحة على القاعدة.

الثاني: الصحة بواسطة النص.

الثالث: البطلان.

ذهب إلى كل جمع.

{ ١ } وقد استدل المصنف قدس سره للأول: بأن مقتضى العمومات مثل (أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) وغيرهما ترتب الأثر على كل عقد، وقد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتب الأثر بالرضا وتوقفه عليه، والمتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق واللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشك في ترتب الأثر عليه فيرجع إلى العمومات المقتضية لذلك. وفيه: أولا: إنه بناء على ما أسسه في الأصول - من أنه إذا فرض خروج بعض الأفراد في بعض الأزمنة عن العموم ولم يكن لدليل ذلك العموم عموم أزماني بعد ذلك

وإلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر عن أهله في محله، فما ذكره في غاية المراد: من أنه من باب المصادر لم أتحقق وجهه، لأن كون العاقد أهلاً للعقد من حيث أنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محل الكلام إلا خلو العقد عن مقارنة إذن المالك وهو مدفوع بالأصل، ولعل مراد الشهيد أن الكلام في أهلية العاقد،

الزمان المخرج بالنسبة إلى ذلك الفرد، لا يصح التمسك بالعموم، بل لا بد من الرجوع إلى الاستصحاب - لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، إذ خرج عنها العقد قبل لحوق الإجازة، لأنه لم يقل أحد بوجوب الوفاء عليه بأن يجيزه، فبعد الإجازة يشك في أنه يجب الوفاء به ويترتب عليه الأثر أم لا، فحيث إنه ليس لها عموم أزمني فلا مورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع إلى الاستصحاب المقتضي لعدم ترتب الأثر. وثانياً: إن الاستفادة من الأدلة - بحسب المتفاهم العرفي كما تقدم - لزوم انتساب العقد والمعاملة إلى المالك وليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد.

وبالجملة: إن الاستفادة منها وجوب وفاء كل شخص بعقد نفسه، فليس الموضوع كل عقد كي يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، وقد اعترف قده بذلك في مبحث الإجازة، قال: إن وجوب الوفاء بالعقد تكليف إلى العاقدين، ومن المعلوم أن المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلته إلا بعد الإجازة، فلا بد من تنقيح ذلك وأنه هل ينسب العقد والمعاملة إلى المالك بمجرد الإجازة أم لا، وقد تقدم تقريب إضافته إليه بالإجازة في الحاشية السابقة، وحاصله: إن المعتبر إنما هو استناد المسببات لا الأسباب وهي تستند إليه بالإجازة.

وعلى هذا البيان لا يرد ما أوردناه أولاً على المصنف، فإن العقد قبل الإجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لا أنه مشمول لها وخارج عنها للمخرج. وأورد السيد الفقيه قدس سره على هذا الوجه: بأن الإجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى أنه لو أمر بضرب أحد فضرب يصدق أنه ضربه، ولكن لو ضربه أحد واطلع هو عليه بعد ذلك فرضي به لا يصدق أنه ضربه.

ويكفي في اثباتها العموم المتقدم، وقد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي {١} حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه وآله ديناراً، وقال له: اشتر لنا به شاة للأضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع أحدهما في الطريق بدينار فأتى النبي صلى الله عليه وآله بالشاة والدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله بارك الله لك في صفقة يمينك، فإن بيعه وقع فضولاً وإن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولي، {٢}، هذا، ولكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولي

وفيه: إن ما ذكره قدس سره يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب والأسباب في باب العقود والايقاعات، ولذا ذكرنا أنها لا تستند إليه بالإجازة، ولا يتم في الموجودات الاعتبارية وهي المسببات في المقام فإنها تستند إليه بالإجازة فتشملها العمومات. فتحصل: إن مقتضى العمومات صحة الفضولي. ويمكن أن يستدل لها بالسيرورة العقلائية بضميمة عدم ردع الشارع الأقدس عنها. وأما ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره في وجه الصحة بأن الإجازة بنفسها انشاء من قبل

المجيز فمع انشاء الأصيل هو عقد تشمله العمومات. فيرد عليه: إنه على هذا عقد فاقد للتوالي بين الايجاب والقبول ومقدم قبوله على ايجابه فيما إذا كان الأصيل مشترياً، فالحق ما ذكرناه. ثم إنه قد استدل لصحة الفضولي بالأدلة الخاصة: {١} أحدها: ما تضمن قضية عروة البارقي، المذكور في المتن (١). فإن شراءه وبيعه وقعا فضوليين.

{٢} وقد أفاد المصنف قدس سره أنه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية. ولم يذكر التوجيه، وأفيد فيه أمور: منها: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إنه مسبوق بالإذن الفحوى، حيث إن إذنه بشراء شاة بدينار يقتضي إذنه ورضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق أولى.

(١) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

توضيح ذلك أن: الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل. { ١ } وقد أقبض المبيع وقبض الثمن ولا ريب أن الاقباض والقبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفا في مال الغير، فلا بد أما من التزام إن عروة فعل الحرام في القبض والاقباض وهو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله. وأما من القول بأن البيع الذي يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة، بناء على كون الإجازة كاشفة وسيجئ ضعفه، فيدور الأمر بين ثالث وهو جعل

وفيه: إنه إن كان النبي صلى الله عليه وآله أعد دينارا لصرفه في شراء الشاة كان هذا متينا، ولكنه صلى الله عليه وآله وإنما أراد شاة واحدة للأضحية، ومعه لا سبيل إلى دعوى الإذن الفحوى كما لا يخفى. ومنها: ما أفاده السيد الفقيه، وهو: إن المراد جنس الشاة الصادق على الواحد والمتعدد. وفيه: مضافا إلى أنه خلاف الظاهر في نفسه، يأباه بيع عروة إحدى الشاتين. ومنها: غير ذلك مما هو واضح الدفع. ولكن يرد على الاستدلال به أمران: الأول: إنه ضعيف السند، لأنه مروى من طرق العامة، وعروة لم يوثق، مضافا إلى نقل الشيخ قدس سره والعلامة إياه من عرفة، والقدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لا سبيل إلى دعوى عملهم به كي ينحبر به ضعف السند. الثاني: أنه يحتمل أن عروة من حيث كونه معدا لخدمة النبي صلى الله عليه وآله كان وكيلا مفوضا في أمر البيع والشراء، فلم يكن بيعه ولا شراؤه فضوليا، وحيث إنه قضية في واقعة ولا اطلاق له، فالاحتمال يسقطه عن الاستدلال. وقد أورد على الاستدلال به المصنف قدس سره بايرادين. أحدهما: { ١ } إنه حيث كان عروة قبض الثمن وأقبض الشاة، ولا سبيل إلى دعوى أنه فعل حراما لمنافاته لتقرير النبي صلى الله عليه وآله، ولا إلى جواز التصرف في المبيع ببيع الفضولي قبل الإجازة بناء على كونها كاشفة لا ناقلة لما سيجئ من ضعفه، ولا إلى دعوى علم عروة برضا النبي

هذا الفرد من البيع، وهو المقرون برضا المالك، خارجا عن الفضولي كما قلناه،
ورابع: وهو علم عروة برضاء النبي صلى الله عليه وآله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن
وعلم

المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة،
وإلا فالفضولي ليس مالكا ولا وكيلا فلا يستحق قبض المال. فلو كان المشتري عالما، فله
أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلا. ولكن
الظاهر هو أول الوجهين [الأخيرين وهو القول الثالث] كما لا يخفى خصوصا
بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة. { ١ }
وقد تقدم أن المناط فيه مجرد المراضاة، ووصول كل من العوضين إلى صاحب
الآخر وحصوله عنده باقباض المالك أو غيره ولو كان صبيا أو حيوانا، فإذا حصل
التقابض بين الفضوليين أو فضولي وغيره مقرونا برضاء المالكين، ثم وصل كل من
العوضين إلى صاحب الآخر وعلم برضاء صاحبه كفي في صحة التصرف، وليس
هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آلة في الايصال والعبارة برضاء المالك
المقرون به،

صلى الله عليه وآله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، وعلم المشتري بكون البيع
فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة. فيتعين البناء على خروج
المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي.
وفيه: أولا: لا وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، إذ لا سبيل له سوى دعوى
كون المشتري جاهلا وهو غير ثابت، مع أنه لو كان جاهلا يمكن أن يكون دفع الثمن
على

وجه الاستئمان بأن يدفعه على وجه الرضا المطلق، أي على جميع التقادير على أنه إن كان
مالكا فبما أنه مالك، وإلا فبما أنه أمين نعم الشيخ قدس سره لا يحتاج إلى اثبات فساده،
بل مجرد

الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال.

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

{ ١ } ثانيهما: إن الظاهر وقوع المعاملة في مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول
الله صلى الله عليه وآله ومشتري الشاة، ويكون عروة آلة محضة في إيصال العوضين،

واستدل له أيضا تبعا للشهيد في الدروس { ١ } بصحيفة محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب،

فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فما رآه أبوه قال له أرسل ابني قال: لا والله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه، الحديث

قال في الدروس وفيها دلالة على صحة الفضولي { ٢ } وأن الإجازة كاشفة ولا يرد عليها شيء مما يوهن الاستدلال بها، فضلا عن أن يسقطه، وجميع ما ذكر فيها

ويكفي في صحة المعاطاة وصول العوضين إلى المالكين مع رضاهما، وإن كان الموصل غير ذي شعور.

وفيه: أولا: إن ظاهر قوله صلى الله عليه وآله بارك الله في صفقة يمينك التبريك في المعاملة الصادرة

منه لا على كونه آلة في إيصال الثمن والمثمن

وثانيا: إن الكافي على فرض القول به القصد إلى انشاء البيع بإيصال العوض بأي وجه اتفق، وما هو موجود في المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فالصحيح ما ذكرناه.

{ ١ } ثانيها صحيح محمد بن قيس المذكور في المتن (١)

{ ٢ } وعن الدروس: إن فيه دلالة على صحة الفضولي.

الكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في فقه الحديث.

الثانية: في دلالاته على صحة الفضولي.

أما الأولى: فقد يقال إنه مشتمل على أحكام لا يمكن الالتزام بها، ولأجل ذلك يرد علمه إلى أهله.

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

من الموهنات موهونة إلا ظهور الرواية في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد { ١ } من جهة ظهور المخاصمة في ذلك واطلاق حكم الإمام عليه السلام بتعين أخذ الجارية. وأنها من

المالك بناء على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد { ٢ } ومناشدة المشتري للإمام عليه السلام والحاحه إليه في علاج فكك ولده وقوله حتى ترسل ابني { ٣ } الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة وحمل إمسائه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة ينافيه قوله عليه السلام، فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع الولد.

{ ١ } منها: أنه يدل على نفوذ الإجازة بعد الرد، والاجماع قام على عدم نفوذها، وسيأتي الجواب عن ذلك.

{ ٢ } ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة وابنها من دون تقييد بعدم الإجازة. وفيه: إنه بيان للحكم في فرض عدم الإجازة.

منها: حكمه عليه السلام بأخذ الوليدة وابنها قبل أن يسمع من المشتري دعواه، ولعله كان يدعي إذن السيد أو رضاه، فكان يتعين تكليفه بإقامة البينة، ومع عدمها أن يكلف السيد بالحلف أو رد الحلف كما هو الشأن في سائر موارد المخاصمات.

وفيه: إنه حيث كان نقل أبي جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان أن البيع قابل للإجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام بيان جميع الخصوصيات، فلعله لم يكن المشتري مدعياً للإذن أو الوكالة

أو الرضا، أو أنه إنما حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه بإقامة البينة.

ومنها: حكمه عليه السلام بأخذ الولد مع أنه حر، إذ الظاهر أن الوطاء كان بالشبهة.

وفيه: أن يمكن أن يكون الأخذ لأجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء أمته، وإن

أبيت عن استحقاق القيمة إلا على تقدير عدم الإجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الإجازة.

{ ٣ } ومنها حكمه بأخذ ابن السيد، مع أن غاية الأمر كونه غاصبا.

والحاصل أن ظهور الرواية في رد البيع أولاً مما لا ينكره المصنف { ١ } إلا أن الأنصاف أن ظهور الرواية في أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للانكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة وهي الاجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد. والحاصل أن مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية، من جهة اشتمالها على تصحيح بيع الفضولي بالإجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعاً في الحكم الشرعي، كان ظهورها في كون الإجازة الشخصية في تلك القضية مسبقة بالرد مانعاً عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها، لوجه علمه الإمام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذبا في دعوى عدم الإذن للولد، فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق

وفيه: إنه لأجل صيرورته سبباً لتلك الخسارة وغاصبا للثمن لا مانع من ذلك للتوصل به إلى حقه.

ومنها: تعليمه عليه السلام إياه الحيلة، مع أن وظيفة الحاكم ليست ذلك. وفيه: أولاً: إنه لم يثبت كون ذلك قضاوة، بل لعله كان جواباً عن المسألة وبياناً للحكم الشرعي.

وثانياً: لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة.

وأما الثانية: فقد أورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي. { ١ } بأنه ظاهر في تأثير الإجازة المسبوقه بالرد، وهو خلاف الاجماع والكلام في ذلك يقع في موردين: الأول: في ظهوره في ذلك.

الثاني: في أنه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولي أم لا؟

أما الأول: فقد استند المصنف قدس سره في دعواه تلك إلى أمور: أحدها: اطلاق حكمه عليه السلام بتعيين أخذ الجارية وابنها من المالك، إذ لو لم يكن راداً للبيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد.

إلى صاحبه. أما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الأمير عليه السلام في قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع، وقول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية، فلما رأى ذلك سيد الوليدة

أجاز بيع ابنه، في أن للمالك أن يجيز العقد الواقع على ملكه وينفذه { ١ } لم يقدر في ذلك ظهور الإجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك، وكأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم

وفيه: إنه مع عدم الإجازة يكون الحكم ذلك أيضا، فلعله كان مرددا في الرد والإجازة فحكم عليه السلام بأخذهما ما لم يجز. ثانيها: ظهور المخاصمة في ذلك.

وفيه: إنها ظاهرة في كراهة البيع لا في الرد الذي هو حل للعقد ورفع له، ومجرد إظهار الكراهة الباطنية ليس ردا، بل يمكن منع ظهورها في ذلك أيضا، إذ لعلها كانت لأجل استحصال ثمن الجارية الذي أخذه أبوه.

ثالثها: مناشدة المشتري للإمام عليه السلام، والحاحه إليه في علاج فكاك ولده. وفيه: إنه حيث لم يجز البيع واسترد ماله ونمائه إلى أن ينفك بأداء قيمته طلب منه عليه السلام علاجاً ليحيز البيع.

رابعها: قوله حتى ترسل ابني الظاهر في أنه حبس الولد ولو على قيمة يوم الولادة. وفيه: إنه ظاهر في عدم الإجازة لا في الرد، إذ للمالك التصرف في ماله قبل الإجازة حتى على الكشف.

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

وأما الثاني: فقد ذهب السيد الفقيه قدس سره إلى أن الرواية تكون دليلا على صحة الإجازة حتى بعد الرد، ولا مانع من العمل بها. وفيه: إنه خلاف الاجماع لا يمكن المصير إليه.

{ ١ } وأفاد المصنف قدس سره في وجه صحة الاستدلال به في المقام: بأن هذا الخبر المتضمن

لقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع وقوله أجاز بيع ابنه ظاهر في أن حكم الفضولي ذلك، وعليه

يستدل بها في مسألة الفضولي أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنها لا تزيد على الاشعار، ولذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في، غنى منه بعد العمومات المتقدمة، وربما يستدل أيضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر والعبد الثابتة بالنص { ١ } والاجتماعات المحكية، فإن تمليك بضع الغير إذا لزم بالإجازة كان تمليك ماله أولى بذلك، مضافا إلى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح لأنه يكون منه الولد، كما في بعض الأخبار. وقد أشار إلى هذه الفحوى في غاية المراد واستدل بها في الرياض، بل قال: إنه لولاها أشكل الحكم من جهة

فيتصرف في ظهور صدره في الإجازة بعد الرد ويؤول بإرادة عدم الجزم بالإجازة والرد أو غير ذلك.

وفيه: إن الظاهر من قول الأمير عليه السلام البيع إرادة البيع الخاص الذي أوقعه الابن، وصريح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهر في القضية الشخصية، وحيث إنه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره، فلا بد من تأويله، ومعه يصير مجملا فلا يمكن الاستدلال به.

ودعوى أنه بالدلالة المطابقة يدل على صحة الفضولي في المورد، وبالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالإجازة، والاجتماع المشار إليه يوجب سقوط الأولى لا الثانية.

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

{ ١ } ثالثها النصوص (١) الواردة في النكاح الدالة على نفوذ بالإجازة.

وتقريب الاستدلال بها من وجوه:

الأول: بعموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد بإجازة المولى - حيث علله عليه السلام بأن نكاحه مشروع ذاتا وليس معصية لله تعالى، بل إنما يكون عدم

(١) الوسائل باب ٢٤ و ٢٥ و ٢٦ و ٢٧ و ٧٠ من أبواب نكاح العبيد والإماء وباب ٦ و ٧ و ١٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

دون غيرها، واستشكل السيد الفقيه في التعدي عن تلك الموارد المخصوصة، والمشهور

بين

الأصحاب التعدي، بل نقل الاجماع عليه غير واحد.

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

وأما التعدي عن تلك الموارد إلى مطلق النكاح فالظاهر ذلك، لأن غاية ما ذكر في وجه عدم التعدي: إن موارد النصوص الواردة في المقام ما بين ما يكون العاقد عاقدا لنفسه إلا أنه منوط برضا الغير، وما بين ما يكون العاقد وليا شرعيا أو عرفيا، فالتعدي عنهما إلى ما إذا كان العاقد عاقدا لغيره ولم يكن وليا يحتاج إلى دليل.

ولكنه فاسد، وذلك لوجهين:

أحدهما: إن من جملة تلك النصوص ما ورد في (٢) نكاح الأخ والعم، وهما ليسا عاقلين لأنفسهما، ولا ولاية لهما عرفا أيضا.

ثانيهما أن من جملة ما ورد في عبد مملوك بين رجلين زوجه أحدهما والآخر لا يعلم وعلم به بعد ذلك، قال عليه السلام للذي لم يعلم ولم يأذن: أن يفرق بينهما، وإن شاء تركه على

نكاحه (٣). ونحوه ما ورد في جارية مملوكة بين رجلين (٤) فإنهما يدلان على توقف نكاح

أحد الشريكين على إجازة الآخر من حيث إنه تصرف ورد على ماله، ومعلوم أنه ليس عاقدا لنفسه ولا ولاية له عرفا ولا شرعا فإذا ثبت ذلك في مطلق نكاح الفضولي مما لا ينبغي التوقف فيه.

وأما الجهة الثانية: فالحق عدم صحة التعدي إلى سائر العقود

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

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

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

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

الاجتماعات المحكية على المنع وهو حسن إلا أنها ربما توهن بالنص الوارد { ١ } في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه بالصحة في الثاني لأن المال له عوض والبطلان في الأول لأن البضع ليس له عوض، حيث قال الإمام عليه السلام في مقام ردهم واشتباههم في وجه الفرق سبحانه الله ما أجور هذا الحكم وأفسده، فإن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج ومنه يكون الولد، الخبر.

لعدم تمامية الوجهين المتقدمين،

أما الأول: فلأن في النكاح لا يملك البضع، بل هناك تسلط محض، مع أنه لا يجري في الهبة والصلح في موردها، مضافاً إلى أن هذه الأولوية ظنية لخفاء المصالح المقتضية لجعل الأحكام.

وأما الثاني: فلأن الشارع الأقدس وإن اهتم بالنكاح - وهو أخرى بالاحتياط - إلا أن ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سبباً له، وفي موارد الشبهات الحكومية والموضوعية، ولا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع في أسباب النكاح لا تستلزم توسعته في أسباب البيع، بل الشارع الأقدس اعتبر في سائر العقود ما لم يعتبر في هذا العقد - كالتقابض في الصرف والسلم - ووسع في أسباب النكاح بتشريع عقد التمتع وملك اليمين وجواز تقديم القبول على الإيجاب وجواز الاقتصار على السكوت في مقام الإذن والرضا.

وبالجملة: أهمية النكاح ربما تستدعي التوسعة في أسبابه لئلا يقع الناس في الزنا فتحصل: إن الأظهر عدم التعدي إلى سائر العقود.

وأما الجهة الثالثة: فقد أفاد المصنف قدس سره:

{ ١ } إنها ربما توهن بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول والنص المشار إليه هو صحيح العلاء بن سيابة عن مولانا الصادق عليه السلام وفيه: ما أجور

هذا الحكم وأفسده أن النكاح أخرى وأخرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد (١)

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب كتاب الوكالة حديث ٢ وباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

وحاصله أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى { ١ } خلافا للعامة حيث عكسوا وحكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الإمام عليه السلام أن صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم

صحة النكاح الواقع بطريق أولى، وحينئذ فلا يجوز التعدي من صحة النكاح في مسألة الفضولي إلى صحة البيع، لأن الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل، في باب الأولوية وإلا لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى، فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة، من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

{ ١ } وذكر المصنف قدس سره ما حاصله أن مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة

من البيع من حيث الاحتياط، فدل على أن صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافا للعامة، وعليه فلا يجوز التعدي عما دل على صحة نكاح الفضولي إلى صحة البيع. أقول: بعد التنبيه على أمرين:

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

الثاني: إن العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح والبيع بالاحتياط، بل إنما عللوه بوجه استحساني، حيث إنه عليه السلام لما سأل الراوي عما يقول العامة قال: ويقولون المال

منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

إن الإمام عليه السلام لما لم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه، ولا من بيان بطلان ما ركنوا إليه، راعى جانب الاحتياط وأجاب بأن النكاح بما أنه مهم في نظر الشارع وأحرى بأن يحتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد إلى حجة شرعية، ولا يعتمد إلى القياس والاستحسان وما شابهما من الوجوه العلية، وقد عقبه عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام

الذي يكون متبعا عندهم لقوله صلى الله عليه وآله: أقضاكم علي عليه السلام، وعليه فهو لا يدل على ما ذكر المصنف قدس سره.

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

وكيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة أنه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولي لم يوجب ذلك التعدي إلى الحكم بصحة بيع الفضولي، نعم لو ورد الحكم بصحة البيع أمكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح أولى بعدم الابطال كما هو نص الرواية، ثم إن الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي { ٢ } إلا أن المستفاد منها قاعدة كلية هي أن امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس الذي هو مبنى الاستدلال في مسألة الفضولي هذا.

وبما ذكرناه: ظهر عدم تمامية ما أفاده السيد الفقيه قدس سره في المقام في الرد على المصنف قدس سره، وحاصله: إنه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمة الحكم الاحتياط،

وأنه ليس كذلك وإلا كان النكاح أولى بأن يحتاط فيه، وأن الاحتياط لو كان مقتضياً للصحة في البيع ففي النكاح بالأولوية.

فإنه يرد عليه: ما عرفت من أن العامة لم يجعلوا حكمة الحكم الاحتياط.

{ ١ } قوله بقي الكلام في وجه جعل الإمام عليه السلام الاحتياط في النكاح هو ابقائه. وفيه أن الإمام عليه السلام لم يحكم بابقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط، وإنما اعترض على العامة حيث حكموا بصحة بيع المعزول الجاهل بالعزل وبطلان النكاح. { ٢ } قوله ثم إن الرواية وإن لم يكن لها دخل بمسألة الفضولي وذلك من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة ولو باعتقاد العاقد.

ثم إنه ربما يؤيد صحة الفضولي بل يستدل عليها، بروايات كثيرة وردت في مقامات خاصة، مثل موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا ليشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فاشترى غير الذي أمره، قال: هو ضامن والربح بينهما على ما شرطه ونحوها غيرها الواردة في هذا الباب فإنها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعد هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص، كما في المسالك وغيره، كان فيها استئناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره { ١ } وإن حملناه على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح، كما هو الغالب، وبمقتضى الجمع بين هذه الأخبار وبين ما دل على اعتبار رضاء المالك في نقل ماله، والنهي عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة في الفضولي وصحتها في خصوص المورد، وإن احتمل كونها للنص الخاص، إلا

{ ١ } وحاصل ما أفاده المصنف في هذه الأخبار: (١) إنه إن قلنا بعدم لزوم الإجازة في صحة المعاملة المزبورة كانت هي مما يستأنس به للحكم في المقام لاشتراكهما في عدم لزوم

الإذن السابق، وإن قلنا بلزومها في صحتها كانت دليلاً على جريان الفضولي في العقد السابق وصحته في المورد الخاص. وإن احتمل كونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

وفي كلا شقي كلامه نظر:

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

وأما الثاني: فلأنه إن بنينا على صحة ما صدر بالإجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك، إذ تقسيم الربح إنما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، والبائع إما أن

(١) الوسائل باب ١ من أبواب كتاب المضاربة حديث ٩.

أنها لا تخلو عن تأييد للمطلب ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم وأن الربح لليتم { ١ } فإنها إن حملت على صورة إجازة الولي، كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من أفراد المسألة { ٢ } وإن عمل باطلاقها، كما عن جماعة ممن تقدمهم، خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم، وربما احتتمل دخولها في المسألة من حيث إن الحكم بالمضي إجازة إلهية لا حقة للمعاملة { ٣ } فتأمل.

يستحق أجرة لأن عمل المسلم محترم، أو لا يستحق لأنه عمل من دون أمر. والحق أن يقال: إن نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، أي اشتراط المالك على العامل أن لا يشتري إلا الجنس الفلاني. وعليه فإذا تخلف الشرط واشترى غير الذي أمر به فإن خسره فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك، ولأنه لا محالة يرد العقد. وإن ربح فيه فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينهما. وبهذا يظهر أن النصوص موافقة للقاعدة وأجنبية عن المقام. وإن أبيت عن كون ذلك مما تقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة في المقام.

{ ١ } قوله ومن هذا القبيل الأخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم. وما أفاده المصنف قدس سره في وجه ادخال المسألة في الفضولي أمران.

{ ٢ } الأول: إنها تحمل على صورة إجازة الولي.

{ ٣ } الثاني: إن الحكم بالمضي إجازة إلهية لاحقة للمعاملة.

ويرد على الأول: إنه ليس في النصوص ما يستفاد منه إرادة معاملة غير الولي، بل ظاهر بعضها وصريح آخر معاملة الولي، مع أنه ليس فيها ما يشهد بإجازة الولي. ويرد على الثاني: إن التاجر إن كان مأذوناً من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضولية، والحق اختصاصها بصورة معاملة الولي، وتكون أجنبية عن مسألة الفضولي

وربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن أشيم { ١ } الواردة في العبد المأذون، الذي دفع إليه مال ليشتري به نسمة ويعتقه، أو يحججه عن أبيه، فاشترى أباه وأعتقه، ثم تنازع مولى المأذون ومولى الأب وورثة الدافع، وادعى كل منهم أنه اشتراه بماله، فقال أبو جعفر عليه السلام يرد المملوك رقا لمولاه، وأي الفريقين أقاموا البينة بعد ذلك على أنه اشتراه بماله كان رقا له، الخبر. بناء على أنه لولا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك

المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء، بالمال ولا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع.

ومما يؤيد المطلب أيضا صحيحة الحلبي { ٢ } عن الرجل يشتري ثوبا ولم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة، قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه ويمكن التأيد له

{ ١ } قوله وربما يؤيد المطلب أيضا برواية ابن أشيم الواردة في العبد (١). ما يتوهم أن يكون مؤيدا للمطلب حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميت إذا أقاموا البينة، وأما بالنسبة إلى مولى العبد فالظاهر أنه كان مأذونا من قبله، وأما بالنسبة إلى مولى الأب فالمعاملة باطلة بلا كلام، والظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة وآذنين إياه فيها، وعليه فتخرج عن محل الكلام.

{ ٢ } قوله ومما يؤيد المطلب أيضا صحيحة الحلبي (٢) عن رجل يشتري ثوبا. فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي. وفيه: أنه لا ينطبق عليها إذ الحكم بفساد الإقالة في الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضولية لازمه الاستحالة من المشتري الأول لا الحكم برد ما زاد وعدم الفرق بين البيع بالأزيد وبالمساوي وبالأنقص، ولا يبعد دعوى أن الرواية ظاهرة في كراهة الإقالة بالوضيعة كما ذهب إليها ابن الجنيد واستحباب رد ما زاد، فتكون أجنبية عن المقام

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١.
(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب أحكام العقود من كتاب التجارة حديث ١.

أيضا بموثقة عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر، فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتي بما تشتري، فما شئت أخذته وما شئت تركته، فيذهب ليشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال لا بأس { ١ }

بناء على الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة ويوفيه دينه، ولا ينافي هذا الاحتمال، فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالأجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار أصل حرفته وشغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية، ويحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره، ويحتمل أن يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد ويرد ما يكره وليس في مورد الرواية ظهور في إذن صاحب الورق السمسار، على وجه ينافي كونه فضوليا، كما لا يخفى، فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، وحكم الإمام عليه السلام بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات، أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

وربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه { ٢ } معللا بأنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده، وحاصله أن المانع من صحة العقد، إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا، وهو عصيان الله تعالى. وأما المانع الذي يرجى زواله كعصيان السيد، فبزواله يصح العقد، ورضا المالك من هذا القبيل،

{ ١ } قوله بموثقة (١) عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام عن السمسار بناء على أن الاشتراء

من السمسار يكون فضوليا عن صاحب الورق، فيتخير ما يريد ويرد ما يكره. ولكن الظاهر من الخبر كون الاشتراء لصاحب الورق مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضي ويفسخه فيما كره. { ٢ } وأما الأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد فقد مر الكلام فيها مفصلا فلا نعيد

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢ والراوي عبد الرحمن بن أبي عبد الله لا عبد الله.

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

هذا غاية ما يمكن أن يحتج ويستشهد به للقول بالصحة، وبعضها وإن كان مما يمكن الخدشة فيه، إلا أن في بعضها الآخر غني وكفاية.

واحتج للبطلان بالأدلة الأربعة: { ١ }

أما الكتاب فقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد، على أن غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير مبيح، لأكل مال الغير، وإن لحقها الرضا. ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى، وفيه أن دلالة على الحصر ممنوعة { ٢ } لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ وصريح المحكي عن جماعة من المفسرين، ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه. وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو

أدلة بطلان بيع الفضولي والجواب عنها.

{ ١ } وقد استدل للبطلان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) (١) بدعوى أنه دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة والتجارة لا عن تراض غير مبيحة لأكل مال الغير وإن لحقها الرضا، ومن المعلوم أن الفضولي غير داخل في المستثنى. وقد أجابوا عن الاستدلال به بأجوبة.

الأول: إنه لا مفهوم له، وقد أشبعنا الكلام في ذلك في أول مبحث الاكراه والمعاطاة. { ٢ } وعرفت أنه لا يدل على الحصر لأن الاستثناء منقطع غير مفرع وهو لا يفيد الحصر. الثاني: إن التجارة التي هي اسم للمسبب لا السبب إنما تكون تجارة للمالك

(١) النساء: ٢٩

مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيّد فائدة أخرى { ١ } لكونه وارداً مورد الغالب كما فيما نحن فيه وفي قوله تعالى: (وربائبكم اللاتي في حجوركم) مع احتمال أن يكون عن تراض خيراً بعد خبر ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيّداً لها { ٢ } وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة ويكون عن تراض.

ومن المعلوم أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي، مع أن الخطاب لملاك الأموال والتجارة في الفضولي، إنما يصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراض.

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

بعد الإجازة، فتكون عن تراض وقد مر في أول مبحث الفضولي تمامية ذلك أيضاً. { ١ } قوله مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيّد فائدة أخرى.

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

{ ٢ } الثالث: أنه يحتمل أن يكون (عن تراض) خيراً بعد خبر، ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيّداً لها.

وحاصله: أنه يحتمل أن يكون اسم كان مقدراً وهو سبب الأكل، ويكون له خبران: الأول: تجارة، الثاني:

عن تراض. ولكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك، كما في قولنا: الرمان حلو حامض فيكون مفاده سببية التجارة والتراضي، وهي متحققة في بيع الفضولي.

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

وأما السنة فهي أخبار منها: النبوي المستفيض { ١ } وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن

حزام لا تبع ما ليس عندك، فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقاً للنبوي الآخر لا يبيع إلا فيما يملك، بعد قوله صلى الله عليه وآله

لا طلاق إلا فيما يملك ولا عتق إلا فيما يملك، ولما ورد في توقيع العسكري إلى الصفار لا يجوز بيع ما ليس يملك.

وما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه، كتب في جواب بعض مسائله أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكةا أو بأمره أو رضا منه، وما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد في أرض بقم النيل اشتراها رجل، وأهل الأرض يقولون هي أرضنا وأهل الأصناف يقولون هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلا برضاء أهلها.

{ ١ } وأما السنة فهي أخبار،

منها: النبوي المستفيض، وهو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك. (١)

لا يخفى أن أقضية النبوي صلى الله عليه وآله المذكورة في كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها

مروية عن طرقنا برواية عقبه متفرقة على حسب تفرق الأبواب، وعليه فهذا النبوي مروى عن طرقنا وعن طرق العامة، فلا سبيل إلى الخدشة في سنده هذا بحسب السند. مع أن هذا المضمون موجود في جملة من الأخبار: كخبر سليمان بن صالح عن مولانا الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله (٢) وخبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آبائه في مناهي النبي صلى الله عليه وآله. (٣)

وأما من حيث الدلالة: فما قيل أو يمكن أن يقال في الجواب عن الاستدلال به - وما يساوقه من النبوي الآخر: لا يبيع إلا فيما يملك (٤)، والتوقيع: لا يجوز بيع ما ليس يملك - (٥)

للبطالان أمور.

(١) راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك.

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

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

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

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

وما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم فكتب إليها كتابا قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها، قال: قل يمنعها أشد المنع، فإنها باعت ما لم تملكه، والجواب عن النبوي أولا أن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للاجماع والنص على جواز بيع الكلي، ومن البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، وحينئذ فيما أن يراد بالبيع مجرد الانشاء، فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه فلا يقع له ولا للمالك بعد إجازته. وأما أن يراد ما عن التذكرة: من أن يبيع عن نفسه، ثم يمضي ليشتريه من مالكة، قال: لأنه صلى الله عليه وآله ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي

ويشتريه ويسلمه فإن هذا البيع غير جائز، ولا نعلم فيه خلافا للنهي المذكور وللغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

الأول: إنها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده، لاحظ صحيحي عبد الرحمان بن الحجاج عن مولانا الصادق عليه السلام، ففي الأول منهما: عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال عليه السلام: ليس به بأس، قلت: إنهم يفسدون عندنا، قال عليه السلام: وأي شيء يقولون في السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً،

يقولون: هذا إلى أجل فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال عليه السلام: فإذا

لم يكن إلى أجل كان أجود، ثم قال: لا بأس بأن يشتري الطعام وليس هو عند صاحبه حالا وإلى أجل. الحديث (١)، وقريب منه الآخر (٢) تحمل هذه على التقية لتكذيبه عليه السلام فيهما للامة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

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

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود حديث ١.

(٢) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود حديث ٣.

وهذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد ويحيى: الآيتين في بيع الفضولي لنفسه، ويكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع، بمجرد انتقاله إليه بالشراء، فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك. وبعبارة أخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدل على إلغاءه بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه بإجازة المالك، في وقوعه له، وهذا المعنى أظهر من الأول، ونحن نقول به كما سيحى، وثانيا سلمنا دلالة النبوي على المنع لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز { ١ }

ولعل الثاني أظهر، وتكذيبه عليه السلام للعامية يمكن أن يكون في تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلي في ذمة نفسه لا في أصل الحديث. { ١ } الثاني: ما أفاده المصنف قدس سره بقوله: وثانيا سلمنا دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا أجاز. وفيه: إنه بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من أن المراد من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، تكون النسبة عموما من وجه لا خصية النبوي من هذه الجهة، فلا وجه لتقدم تلك.

الثالث: أن الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء أكان مملوكا له أم لا، قدر على تسليمه أم لا، كليا أم شخصا، وحيث إنه لا يمكن الالتزام به

تعين حمله إما على النهي عن بيع ما ليس مملوكا له، أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب لا كلام في عدم أقربية الأول. وأما النبوي الآخر والتوقيع، فيحتمل أن يكون يملك فيهما مبنيا للمفعول، فلا ربط لهما بما نحن فيه.

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

وبما ذكرناه من الجوابين، يظهر الجواب عن دلالة قوله لا بيع إلا في ملك، فإن الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه، وأن النفي راجع إلى نفي الصحة في حقه، لا في حق المالك، مع أن العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. وأما الروايتان: { ١ } فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح، وليس فيهما ما يدل، ولو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز وأما الحصر في صحيحة ابن مسلم والتوقيع، فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض { ٢ } والضيعة رأساً على ما يقتضيه السؤال فيهما، وتوضيحه أن النهي في مثل المقام وإن كان يقتضي الفساد، إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

الخامس: إن النهي في هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع، إذ البيع اسم للمنشأ والمسبب لا الانشاء كما تقدم، مع أنه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطعاً، بل المتعلق هو حقيقة البيع، وهي بالإجازة تنتسب إلى المالك، فيكون بيع ما عنده. وبعبارة أخرى: إن الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولي تدل على عدم وقوع البيع للفضولي، ولا نظر لها إلى وقوعه للمالك إذا أجاز، إذ المنفي فيها وقوع

البيع لنفسه، فينتفي هذا، وهو لا يلازم عدم وقوع البيع ولو للمالك، إذ سلب الأخص لا يستلزم سلب الأعم، فإذا كان وقوع البيع للمالك مع إجازته مسكوتاً عنه في هذه الأخبار فيرجع فيه إلى الأدلة المتقدمة الدالة على الوقوع. { ١ } ومنها روايتا يحيى وخالد الآتين (١)، ويظهر الجواب عنهما مما ذكرناه في النبوي.

ومنها صحيح محمد بن مسلم (٢) والتوقيع الشريف (٣) المذكوران في المتن. وأجاب عنهما المصنف قدس سره بقوله.

{ ٢ } وأما الحصر في صحيحة محمد بن مسلم والتوقيع فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض.

محصل ما أفاده الماتن في الجواب عنهما، توضيحه أنه لا يستفاد من الخبرين

(١) الوسائل باب ٨ من أبواب أحكام العقود.

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

(٣) نفس المصدر حديث ٨.

ومن المعلوم أن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، ولذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيرا.
ولذا عد في الشرائع من شروط المتعاقدين، أعني شروط الصحة كون العاقد مالكا أو قائما مقامه، وإن أبيت إلا عن ظهور الروايتين في لغوية عقد الفضولي رأسا وجب تخصيصها بما تقدم من أدلة الصحة.
وأما رواية القاسم بن فضل فلا دلالة فيها، إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك، وهذا حق لا ينافي صحة الفضولي.

إلا النهي عن الشراء الفاقد للرضا رأسا، وهذا لا يدل على فساد عقد الفضولي غير الفاقد له بلحاظ الإجازة، ولا يدل على صحته أيضا، فالنهي فيهما لا يدل إلا على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود ونحن نقول به. وأما في البيع الملحق بالرضا

فيرجع إلى العمومات الدالة على الصحة.
وبهذا البيان يظهر أن ما أفاده في التوضيح ليس جوابا آخر كما أفاده السيد الفقيه.
والمحقق النائيني قدس سره قال: إن دلالة خبر الحميري على صحة الفضولي أظهر، فإن مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة، في كفاية الإجازة اللاحقة، فإن الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بأمره هو الرضا اللاحق لا المقارن، فإنه متحقق حين الأمر.
وفيه: أن يمكن أن يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، وهي الصفة النفسانية غير المبرزة التي عرفت كفايتها في الخروج عن الفضولية فراجع.
فالحق أن يقال: إن مقتضى اطلاق الخبرين النهي عن الاشتراء إلا بالرضا، تقدم أو تأخر، فيدلان على صحة الفضولي لكونه داخلا في المستثنى، مع أن المراد بالاشتراء حقيقته، وهو إنما يكون اشتراء للمالك بعد الإجازة، فيشمله الخبر إن كان المراد بالرضا فيهما المقارن.

وأما توقيع الصفار { ١ } فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب واللزوم. ويؤيد تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز. وبالجملة فالانصاف أنه لا دلالة في تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز، ولا تعرض فيها إلا لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث: الاجماع على البطلان { ٢ } ادعاه الشيخ في الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا، معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، وادعاه ابن زهرة أيضا في الغنية، وادعى الحلي في باب المضاربة: عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

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

{ ١ } قوله وأما توقيع الصفار (١) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك. وفيه أن الجواز عبارة عن الصحة - وعدمه عبارة عن الفساد. فالحق في الجواب مضافا إلى ما تقدم.

إن عدم الجواز لم يضيف إلى العقد من حيث هو بل إليه من حيث إنه ممن لا يملك فإذا أضيف إلى من يملك بالإجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد.

{ ٢ } الثالث: الاجماع، وقد ادعاه غير واحد من الأساطين. والجواب عنه - مضافا إلى معارضته بما ادعى من الاجماع على الصحة - : إنه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

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

الرابع: ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه { ١ } فإن الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف. ففي التوقيع المروي في الإحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف في مال غيره إلا بإذنه. ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

والجواب { ٢ } إن العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

{ ١ } الرابع: ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه (١).

وقد أجاب المصنف قدس سره عن هذا الوجه بوجوه:

{ ٢ } الأول: إن العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه.

وأورد عليه بايرادين:

أحدهما: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره، وهو: إنه وإن فرض كون العقد علة تامة لحصول

الآثار عرفا، لم يكن مجرد العقد تصرفا في العين وقبيحا، فلا وجه للتقييد في كلامه، ومرجعه إلى عدم كون التصرف الاعتباري غير المماس بالعين تصرفا عرفا في العين بل هو تصرف في لسان العاقد.

وفيه: إنه لو فرضنا كون الانشاء منخرجا للمال عن ملك صاحبه قهرا عليه كان ذلك تصرفا فيه وقبيحا لكونه ظلما، بل من أقبح أفراده، نعم مجرد العقد غير المؤثر في حصول النقل والانتقال عرفا وشرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا ولا اعتبارا.

ثانيهما: ما أفاده السيد الفقيه في تعليقه، وهو: إن الفضولي إنما يقصد النقل والانتقال جدا مطلقا لا هزلا معلقا على الإجازة، ويصدق التصرف عليه عرفا.

وفيه: إن العقد غير المؤثر عرفا وشرعا وإن قصد به الجدل لا يعد تصرفا لا خارجا ولا اعتبارا، أما الأول فواضح، وأما الثاني فلغرض عدم التأثير، ومجرد تأثيره في اعتباره لا يكفي في صدق التصرف عرفا أو شرعا. فما أفاده المصنف قدس سره تام.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب مكان المصلي.

نعم لو فرض كون العقد علة تامة ولو عرفا لحصول الآثار، كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل، كان حكم العقد جوازا ومنعا حكم معلوله المترتب عليه، ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره { ١ } مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الأذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي { ٢ } مع أن تحريمه لا يدل على الفساد { ٣ } مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك { ٤ } ولا ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقلة، ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناء على أن العقد المقرون في هذا القصد قبيح محرم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد، وقد يستدل للمنع بوجوه آخر ضعيفة أقواها أن

{ ١ } الثاني: إنه لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره.

وفيه: إن الجواز في المثاليين إنما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما أو السيرة على الجواز، وإلا فمع صدق التصرف لا سبيل إلى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف. { ٢ } الثالث: إنه قد يفرض الكلام فيما لو علم الإذن في هذا من المقال أو الحال. وفيه: أولا: ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية، وثانيا إن المستدل يمكن أن يكون ملتزما بالصحة في خصوص هذا المورد، والفساد في سائر الموارد. { ٣ } الرابع: إن تحريمه لا يدل على الفساد. وهذا الجواب أيضا متين، وقد مر في أول الجزء الأول من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك.

{ ٤ } الخامس: إنه لو دل على الفساد لدل على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، والقائل بالصحة لا ينكر ذلك. وفيه: إن البناء على الفساد سواء كان من جهة كون السبب تصرفا ومبغوضا

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

المسألة الثانية:

أن يسبقه منع المالك { ١ } والمشهور أيضا صحته، وحكى عن فخر الدين إن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك، ويلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوي: أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر. بعد تضعيف السند على أنه إن نكح بعد منع مولاه وكراهته، فإنه يقع باطلا. والظاهر أنه لا يفرق بين النكاح وغيره، ويظهر من المحقق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا: وهي الغصب، وكيف كان، فهذا القول

للشارع فلا سببية له، أم كان من جهة كان المسبب منهيًا عنه ومبغوضًا، ينافي مع هذا الجواب، إذ لو ألغى الشارع سببية عقد الفضولي وكان كالعدم كيف يحكم بالصحة مع إجازة المالك، كما أنه إذا ألغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شيء حتى يجيزه المالك.

فتحصل: إن الحق في الجواب هو الأول والثالث.

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

{ ١ } قوله المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك.

والمشهور أيضا صحته، وعن فخر الدين: إن بعض المجوزين للفضولي اعتبر

لا وجه له ظاهراً عدا تخيل أن المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، وإن العقد إذا وقع منهيًا عنه، فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما كاف في الرد فلا ينفع الإجازة اللاحقة { ١ } بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا، هذا،

عدم سبق نهي المالك، وهو الظاهر من المحقق الثاني.
وملخص القول في المقام: إن صحة بيع الفضولي، إما أن تكون على القاعدة، أو تكون للأخبار الخاصة.
أما على الأول: فلا تتوقف الصحة إلا على العقد واستناده إلى المالك الموجودين في المقام، ولا يضر النهي السابق، وذلك لأن ما قيل في وجه مضرته أمور.
{ ١ } أحدها: إن العقد إذا كان منهيًا عنه فالمنع الموجود بعد العقد ولو أنا ما كاف في الرد، فلا ينفع الإجازة اللاحقة.
وفيه: إن الكراهة النفسانية وإن أبرزت ليست رداً، فإنه عبارة عن حل العقد وفسخه، كما أن النهي - الذي هو تسبب إلى اعدام الشيء بعدم ايجاده - غير الرد. ثانيها: إن الكراهة المتخللة بين أركان العقد كالإيجاب والقبول مانعة عن تحقق المعاهدة والمعاقدة، وحيث إن منها الإجازة فالكراهة المتخللة بينها وبين العقد مانعة عن تحققها، والمفروض في المقام وجودها.
وفيه: إن الكراهة المتخللة لا تمنع عن ذلك، ولذا بنينا على صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا.
ثالثها: إن المالك إذا نهى عن ايقاع المعاملة على ماله نهياً عاماً شاملاً لزمان العقد كان ذلك في قوة أن يقول: لا أَرْضِي أن توقع العقد على مالي ولو أوقعته كان مردوداً أو باطلاً،
فيكون ذلك انشاء للرد، غاية الأمر الانشاء متقدماً على العقد، والمنشأ متأخر عنه، فلا تنفع الإجازة بعد ذلك.

ولكن الأقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند، حينئذ في رواية العروة، وكفاية العمومات مضافا إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس { ١ } وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي والعبيد مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قرح معصية السيد { ٢ } حينئذ جريان المؤيدات المتقدمة له،

وفيه: أولا: إن النهي ليس إلا التسبب إلى عدم ايجاد العقد، وأما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطا بالنهي.

وثانيا: إن ذلك من قبيل ايجاب ما لم يجب، وسيأتي عدم العبرة به.
وثالثا: إن وجه عدم نافية الإجازة بعد الرد هو الاجماع والمتيقن منه ما إذا كان انشاؤه بعد العقد.

فحصل: إن الأظهر هي الصحة على القول بصحة الفضولي على القاعدة.
وأما على الثاني: فالنصوص التي سلمنا دلالتها على صحة الفضولي إنما هي صحيحة محمد بن قيس (١)، ونصوص نكاح العبد المتضمنة للتعلل للصحة بأنه لم يعص الله وإنما عصي سيده (٢).

{ ١ } أما صحيح قيس فقد أفاد المصنف قدس سره في وجه شموله للمقام: إنه بترك الاستفصال يشمل.

وفيه: إن ظهور قوله في مقام المخاصمة وليدتي باعها ابني بغير إذني في صورة عدم النهي لا ينكر، وإلا كأن يقول باعها مع نهبي فهو لا يشمل المقام.
وأما نصوص النكاح: ففي المكاسب.

{ ٢ } رواية إجازته صريحة في عدم قرح معصية السيد.
وفيه: إن عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهي عنه، بل بما أن العبد لا بد وأن تكون أعماله من إذن مولاه فإذا فعل بلا إذن منه كان خارجا عن رسم العبودية ويعد

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

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

من بيع مال اليتيم والمغصوب { ١ } ومخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح في منعه عما عداه. وأما ما ذكره من المنع الباقي بعد العقد ولو آنا ما، فلم يدل دليل على كونه فسحا لا ينفع بعده الإجازة، وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلم فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف { ٢ } على ما أنكره في رد البيع وعدم تسليمه له، ومما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، وأن كراهة المالك حال العقد وبعد العقد لا يقدر في صحته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة:

أن يبيع الفضولي لنفسه { ٣ } وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع كما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة

عاصيا بذلك، فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا إذن منه كما هو صريح الرواية. ودعوى أن اطلاقها يشمل المقام.

مندفعة بأنها إنما وردت لبيان أن عصيان السيد من حيث هو لا يمنع عن صحة العقد بالإجازة، وأما أن نهيه هل يمنع عن تلك أم لا فالنصوص ساكتة عنه. فالأظهر أنه على القول بالصحة في المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصة لا سبيل إلى البناء عليها في المقام.

{ ١ } قوله من بيع مال اليتيم والمغصوب

أما في بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقا لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولي - وأما المغصوب فلم ينقل سابقا دليلا يدل على صحة بيعه.

{ ٢ } قوله فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف.

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

بيع الفضولي لنفسه

{ ٣ } المسألة الثالثة: أن يبيع لنفسه، وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب.

والأقوى فيه الصحة وفاقا للمشهور { ١ } للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم،
وفحوى الصحة في النكاح وأكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس
المتقدمة، ولا وجه للفرق بينه وبين ما تقدم من بيع الفضولي للمالك، إلا وجوه تظهر
من كلمات جماعة بعضها مختص على بيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور
المسألة.

منها إطلاق ما تقدم من النبيين: لا تبع ما ليس عندك. ولا بيع إلا في ملك { ٢ }
بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه، والجواب عنها يعرف مما تقدم
من أن

وكثيرا ما يتفق في غيره كما في البيوع المبنية على الأمارات والأصول الظاهرية من اليد
وأصالة الصحة ونحوهما.

وكيف كان: ففي المسألة أقوال:

{ ١ } أحدها: الصحة وهو المشهور واختاره المصنف.

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

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

إن بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الأخبار الخاصة فلا وجه للبناء على
الصحة في المقام، فإن عمدة المستند على هذا صحيح ابن قيس ونصوص نكاح العبد،
وشئ منهما لا يشمل المقام.

أما الأول: فلأنه لو كان الابن بائعا للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه أولى لأنه أدخل
في الإنكار.

وأما الثانية: فلأن موردها وإن كان النكاح لنفسه لكن الإجازة فيها لنفسه لا لمولاه،
وأما إن بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهي تقتضي الصحة في المقام أيضا بلا فرق،
وقد ذكروا في وجه الفرق وأنه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام أمورا:

{ ٢ } الأول: نصوص بيع ما ليس عنده (١) بناء على أن موردها بيع الفضولي لنفسه،
وقد مر الجواب عنها.

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

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

ومنها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالبا مفقود في المغصوب. { ١ } وقد تقدم عن المحقق الكركي أن الغصب قرينة عدم الرضا. وفيه أولا: إن الكلام في الأعم من بيع الغاصب.

وثانيا: إن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا، فقد يرضي المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن. فليس في الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.

وثالثا: قد عرفت أن سبق منع المالك غير مؤثر. ومنها أن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، فلم يقصد حقيقة المعاوضة { ٢ } إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر. فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع إلى اعطاء المبيع وأخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعا.

والجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا { ٣ } وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على

{ ١ } الثاني: إنه غالبا يكون منع المالك من البيع موجودا في المغصوب.

ويعتبر عدم سبق المنع.

وفيه - مضافا إلى ما عرفت من عدم اعتباره - أن المنع غير موجود في غير المغصوب، بل وفيه أيضا إذ الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا. هي عبارة عن دخول العوض في كيس من خرج المعوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولي ليس بيعا. { ٣ } وأجاب عنه المصنف قدس سره بأن البائع في هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا، وهذا

هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقية، نظير المجاز الادعائي في الأصول، نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلثن ولا اعتقاد له، كان المعاملة باطلة غير واقعة له ولا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة ولذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئاً بطل ولم يقع له ولا لغيره، والمراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه وقد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام وهو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه وقد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك المثلثن من دون بناء ولا اعتقاد لتملك المثلثن لأن المفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز

الجعل وإن كان لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الادعائي حقيقية نظير المجاز الادعائي في الأصول.

وأورد عليه بايرادين:

الأول: ما أفاده السيد في التعليقة، وهو: إنه لو كان الملاك ذلك لزم البناء على الصحة فيما إذا أحرز هذا البناء، إذ مع عدمه لا وجه له، ولم ينقل التفصيل عن أحد. وفيه: إن المصنف لا يدعي أن المصحح هو التنزيل حال العقد، بل يدعي أن الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا، وإنما يبني بالسرقة والغصب على أن الإضافة الملكية منسوبة إليه باعها أم لم يبعها، فإذا باع فهو يبيع ما يراه ملكا له بعد سرقة الإضافة، وأما غير الغاصب فبنائه على مالكية نفسه واضح.

الثاني: ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره: من أنه إن ادعى أن الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعي ثم يدعي أنه هو هو لأجل تملك العوض فيكون له قصدان: قصد كبروي وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي، وقصد صغروي وهو قصد أنه المالك الواقعي. فيرد عليه: إن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان، وإنما له قصد واحد للمعاملة في حق نفسه كالمالك، وإن ادعى أنه يقصد وقوع المعاوضة لنفسه وكان مصححه دعواه الملكية، فيرد عليه: إن ادعائه كونه مالكا لا يصحح القصد إلى المعاوضة الحقيقية، فإن المعاوضة المبنية على الادعاء لا تكون حقيقية، وكيف يكون حقيقيا ما أساسه الادعاء

ومنها أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه { ١ } فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثين بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا امضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشئ.

الظاهر أن مراده الثاني، ويمكن أن يدفع هذا الايراد بأن المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكية المشتري للمعوض بإزاء ملكيته للثمن، فطرفاها أمران اعتباريان، وعليه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة على الادعاء وبناء البائع على كونه مالكا.

وقد أجاب عن الاشكال السيد الفقيه قدس سره: بأن حقيقة البيع ليست إلا مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، وقصد كونه

لنفسه خارج عن حقيقته ولا ينافيه أيضا.

وفيه: - مضافا إلى تصريحه قدس سره في أول كتاب البيع بأن البيع ليس مبادلة بل تملك وتملك بعوض - : إن حقيقة المبادلة لا تتم إلا بلحاظ شيء آخر، وهو في المقام الملكية، وقصد المبادلة في الملكية التي هي صفة إضافية قائمة بالمال وصاحبه يستدعي قصد انتقال المال عن ملك مالكه ودخول عوضه في ملك صاحب هذا المال، وهذا ينافي مع قصد وقوع البيع لنفسه.

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

{ ١ } الرابع إن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع كان منافيا لصحة العقد، لأن معناها صيرورة الثمن لمالك المثلثين بإجازته، وإن تعلقت بغير المقصود كانت عقدا مستأنفا فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشئ.

وقد أجب عن هذا المحقق القمي رحمهم الله في بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد، كما في الفضولي المعهود، بل بمعنى تبديل رضى الغاصب وبيعه لنفسه برضى المالك ووقوع البيع عنه { ١ } وقال نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه، وقد صرح في موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذي قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال في الإجازة. { ٢ } وفيه أن الإجازة على هذا تصوير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأن المفروض عدم رضاء المشتري ثانياً بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره في مغايرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشتري إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة. فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد وبدء الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري وهذا خلاف الاجماع والعقل. { ٣ }

وأجابوا عنه بأجوبة:

منها: ما عن المحقق القمي قدس سره وما نقل عنه أمران.

{ ١ } أحدهما: إن مرجع الإجازة في المقام إلى تبديل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الإيجاب برضا المالك بالبيع لنفسه، وظاهره التصرف في الإيجاب فقط. وأورد عليه بعدم تطابقه حينئذ لقبول المشتري، لأن قبوله إنما تعلق بإيجاب البائع لا بمضمون الإجازة.

ولكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق في هذه الموارد مجالاً واسعاً.

{ ٢ } ثانيهما: إن مرجع الإجازة في المقام إلى التصرف في طرفي العقد معاً، ومفادها: إن العقد الذي قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب والمشتري العالم

قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً.

{ ٣ } وأورد عليه المصنف قدس سره بأن هذا مخالف للاجماع والعقل. ولم يذكر وجه مخالفته للعقل

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

وذكروا في وجهه أمورا:

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

وفيه: إن المراد أن العقد الواقع المضاف إلى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه، بمعنى أنها لا تؤثر، وبالإجازة يضاف إلى المالك ويكون بذلك مؤثرا، فلا يلزم الانقلاب. الثاني: إن المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبذل قبوله.

وفيه: إن عدم سلطنة المالك على المشتري شرعي لا عقلي، مع أن تبديل قبوله ليس من شؤون سلطنته عليه بل على ماله، فإن المشتري إنما ملك ماله للبائع لا مجانا، بل بإزاء مال المالك فللمالك من حيث سلطنته على ماله أن يجيز بدلية ما له لمال المشتري بأن

يسقط خصوصية البائع في طرفيته لمال المشتري بإزاء ماله. فتدبر.

الثالث: أن لازم ما ذكر اتحاد الإيجاب والقبول، مع أنه لا يعقل ذلك.

وفيه: إن المحقق لا يدعي كون الإجازة عقدا وإنما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد، أي تكون تصرفا في الإيجاب والقبول باسقاط الخصوصية غير القابلتين للإجازة. فالانصاف أن ما أفاده المحقق القمي قدس سره غير مناف للعقل.

فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجز. وتوضيحه أن البائع الفضولي إنما قصد تمليك المثلث للمشتري بإزاء الثمن. { ١ } وأما كون الثمن مالا له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة والمبادلة وحيث أن البائع يملك المثلث بانيا على تملكه له وتسلمه عليه، عدوانا أو اعتقادا، لزم من ذلك بنائه على تملك الثمن والتسلط عليه، وهذا معنى قصد بيعه لنفسه، وحيث إن المثلث ملك لمالكه واقعا. فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه، فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الإيجاب حتى تردد الأمر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك، ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير { ٢ } فقال للبائع الأصيل تملك منك أو ملكت [بالتخفيف] هذا الثوب بهذه الدراهم. فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأ الفضولي الغاصب.

{ ١ } ومنها ما أفاده المصنف قدس سره وهو أن إيجاب البائع الغاصب يتضمن أمرين: أحدهما تمليك المشتري المال بعوض. الثاني: دخول العوض في ملكه.

والثاني خارج عن مضمون الإيجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك مالك المبيع، وحيث إن المبيع ملك للمجيز واقعا فيدخل العوض في ملكه كذلك في فرض الإجازة، وحيث إنه مالك ادعاء واعتقادا فيكون بانيا على تملكه العوض، وعليه فلا مانع من تعلق الإجازة بما هو مضمون الإيجاب.

{ ٢ } ثم أورد على نفسه بأنه لا يتم فيما لو كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير وقال للبائع تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم إذ مفهومه شيء واحد

وبالجملة فنسبة المتكلم الفضولي بتملك المثلثن إلى نفسه بقوله ملكت أو تملك كإيقاع المتكلم الأصلي التملك على المخاطب الفضولي بقوله ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك، وبهذا استشكل العلامة رحمهم الله في التذكرة حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر، فاشكال من أن

الآخر إنما قصد تملك العاقد، ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته، لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا أو نائبا. ولذا يجوز مخاطبته واسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا وليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا، فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم عن كونه نائبا أو أصليا.

أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار، وقد تظن بعض المعاصرين لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة بطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به أخيرا، وأخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلثن مأخوذة فيها، وفيه أن حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الإشكال أعني قول المشتري الغاصب تملك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع بإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقف على نقل مستأنف فالأنسب في التفصي أن يقال أن نسبة الملك إلى الفضولي العاقد لنفسه في قوله، تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثلثن اعتقادا أو عدوانا. { ١ }

وهو تملك الفضولي للثوب، ولا يكون ذلك منحلا إلى شيئين كي تتعلق الإجازة بأحدهما دون الآخر.

[١] ثم تفصي عن الإشكال بأن نسبة الملك إلى الفضولي ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثية المالكية مأخوذة فيه، ومن المعلوم أن كل محمول مترتب على المتحيث بحيثية

في الحقيقة مترتب على تلك الحيثية، فيكون المنسوب إليه الملك هو المالك

ولذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغوئته،
ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره، فالمبادلة
الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن
أحدهما وعقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة والمبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب
المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا، فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من
حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا وحيث إن الثابت للشئ
من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك
للثمن، إلا أن الفضولي لما بني على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثلث الذي
هو بدل الثمن إلى نفسه، فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بانشاء الفضولي وهو
التملك المسند إلى مالك الثمن وهو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه
هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي، موجبة لصيرورة
العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد وتبعه غير واحد
من أجلاء تلامذته، وذكر بعضهم في ذلك وجهين:

والإجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الأمر أن الفضولي لما بني على أنه المالك أسند ملك
العوض إلى نفسه.

وفيه أولا: كون هذه الحيثية تقييدية غير ثابت، بل الظاهر كونها حيثية
تعليلية، إذ المالك إنما يبيع أو يشتري لنفسه لا للمالك.
وثانيا: إن الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكا ادعاء لا حقيقة، وإيقاع العقد
للمالك الادعائي غير قابل للتأثير بالإجازة، ووقوعه للمالك الحقيقي بالإجازة موجب
لكون المجاز غير منشأ، والمنشأ غير مجاز.
والحق في المقام يقتضي أن يقال: إن بيع الفضولي لنفسه على أقسام:
الأول: أن يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن وإلا يوقعه لمالكه، وفي هذا القسم
لا كلام في أنه لو أجاز المالك صح ووقع له، ويكون المنشأ مجازا.
الثاني: أن يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع ويقصد خروج المعوض

أحدهما: إن قضية بيع مال الغير عن نفسه والشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع والشراء تملكه قبل انتقاله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال أعتق عبدك عني، أو قال بع مالي عنك أو اشتري لك بمالي كذا، فهو تمليك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء، ونقول في المقام أيضا، إذا أجاز المالك صح البيع والشراء وصحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضي بحصول الانتقال الذي يتضمنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الأذن السابق قضية بتمليكه المبيع ليقع البيع في ملكه ولا مانع منه.

الثاني: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد في انتقال بدله إليه بل يكفي أن يكون مأذونا في بيعه لنفسه، أو الشراء، به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتري لك بهذا، ملك الثمن في الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشتري، وكذا ملك المثلث في الصورة الثانية، ويتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه دون العاقد. وفي كلا الوجهين نظر:

أما الأول: فلأن صحة الإذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة، كما تقدم في بعض فروع المعاوضة مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق، لأن الأذن

عن ملك مالكه ودخول عوضه في ملكه، وهذا القسم على مسلك المصنف قدس سره وموافقه من أن البيع هو المعاوضة يكون باطلا وغير قابل للتأثير بالإجازة، ولكن على المسلك الحق

من كون البيع هو الاعطاء لا مجانا قابل للصحة بالإجازة، فإن أجازته على ما وقع وقع للبائع، وإن أجازته لنفسه صح ويكون قصد وقوعه لنفسه ملغا ولغوا.

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

في البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الإجازة، فإنها لا يتعلق إلا بما وقع سابقا والمفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر، نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البديل في ملك المجيز، وإن رجعت إلى المبادلة منضمة إلى بناء العاقد على تملك المال، فهي وإن أفادت دخول البديل في ملك العاقد إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك وامضائه له إذ بعد امضائه يقع البيع في ملك العاقد فيملك البديل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة في تأثير ذلك البناء في تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه { ١ } لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن لأن الإذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته.

يدل على تملكه للعرض، وبالذالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور، أي دخول العرض في كيس من خرج عن كيسة المعوض، فيصح للمالك إجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب.

الرابع: أن يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع، بمعنى أنه بانشاء البيع ينشأ أمرين مترتبين: أحدهما: التملك، ثانيهما: انشاء البيع لنفسه. وبعبارة أخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتبا عليه، وفي هذا القسم لو أجاز المالك التملك يقع البيع لا للمالك كما لو أذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو، ولعل هذا هو مراد كاشف الغطاء قدس سره مما نقله عنه المصنف قدس سره.

وعليه فلا يرد عليه ما أفاده المصنف قدس سره.

{ ١ } بأن الإجازة لا دليل على تأثيرها في بناء الغاصب على الملكية في تحقق متعلقه شرعا، بل الدليل على عدمه، لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن، إذ الإذن في التملك لا يؤثر التملك فكيف إجازته، لأن إرادته مبنية على أن يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية

من دون انشاء للتمليك، وقد عرفت أنه يمكن أن يكون مراده التملك بنفس البيع ولحوق الإجازة له لا بأس به.

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

بل ادعى بعضهم في مسألة قبض المبيع عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن اشتر لنفسك به طعاماً، وقد صرح به الشيخ والمحقق وغيرهما.
نعم سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين والشهيد وغيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن، وأن لم يملكه فإذا اشترى به شيئاً ملكه وظاهر هذا امكان أن لا يملك الثمن ويملك المثلث المشتري [بصيغة المجهول] إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقاً، كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء. وكيف كان فالأولى في التفصي عن الاشكال المذكور في البيع لنفسه ما ذكرنا، ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع اشكال آخر { ١ } في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري، وهو أن المشتري الأصل إذا كان عالماً بكون البائع لنفسه غاصباً،

{ ١ } قوله يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه في صحة بيع الفضولي لنفسه اشكال آخر، وهو إنما يكون من جهتين: الأولى: إن المشتري العالم بكون البائع غاصباً كيف يملكه الثمن بإزاء تملكه مال الغير

الثانية: إنه لو سلط المشتري العالم الفضولي على الثمن ليس له الرجوع على البائع بالثمن لورد المالك البيع على ما حكم به الأصحاب، وهذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلاً للإجازة لكونه بيعاً بلا ثمن، إذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم

أن يرد إلى المشتري برد البيع.

أما الاشكال من الجهة الأولى: فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال: بأن

فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم، بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. وهذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، وإلا كان ردها موجبا لرجوع كل عوض إلى مالكة، وحينئذ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا ثمن، ولعل هذا هو الوجه في اشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد الاشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري. أن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الإشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك وبقائه، وبعد تسليم أن الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الرد والإجازة، لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع { ١ } : إنما يتوجه على القول بالنقل، حيث إن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. وأما على القول بالكشف فلا يتوجه { ٢ } اشكال أصلا

الغاصب كيف يقصد المعاوضة، الذي مر. وبه يظهر أن ما ذكره المصنف قدس سره من أنه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين. ولا يرد عليه ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره بقوله: لم أعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا

الاشكال، كي يحصل به الجواب عنه. وأما الاشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه: بأن هذا الحكم لم يفت الأصحاب جميعا به. بل في المسألة قولان آخران: أحدهما: الضمان مطلقا كما أفتوا به جميعا

في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين. وأجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين آخرين.

{ ١ } أحدهما: إن التسليط المذكور إنما يكون تسليطا مجانيا في صورة الرد خاصة لا مطلقا. وفيه: إن هذا يكون تمليكا معلقا، وهو غير نافذ.

{ ٢ } ثانيهما: إن هذا الاشكال لو تم فإنما هو على القول بالنقل، ولا يتم على القول بالكشف، فإنه على هذا المسلك تكشف الإجازة عن كونه تسليطا على مال الغير. وفيه: إن الكشف الذي يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمي لا الحقيقي، فقبل الإجازة لا يكون المال منتقلا عنه.

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

ثم اعلم أن الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصباً كان أو غيره، إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز وهو الذي لم يفرق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك لا لنفسه

وأما الكلام في صحة بيع الفضولي ووقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع وأجاز سواء باع لنفسه أو المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، وهناك في وقوعه للعائد إذا ملك. ومن هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض، من أن بيع الفضولي لنفسه باطل { ١ } ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه في غير محله، إلا أن يريد ما ذكرناه وهو خلاف ظاهر كلامه، بقي هنا أمران

{ ١ } قوله ومن هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل مراده من ضم فتوى المشهور في بيع الفضولي لنفسه بالصحة بعد الإجازة إلى نسبة نفي الخلاف في البطلان إلى العلامة يستنتج تمامية ما اخترناه من وقوعه للعائد الفضولي إذا ملك وأجاز - لكنه خلاف ظاهر كلماتهم وكيف كان فهناك مسألتان،

إحدهما إن العائد الفضولي لنفسه إذا صار مالكا وأجاز وهي هذه المسألة. ثانيتهما إذا باع الفضولي مال الغير لنفسه فأجاز المالك والثانية محل الكلام،

الأول: إنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير { ١ } عينا أو دينا في ذمة الغير، ومنه جعل العوض ثمنا أو مثمنا في ذمة الغير، ثم إن تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي. { ٢ } إما بإضافة الذمة إلى الغير، بأن يقول بعث كرا من طعام في ذمة فلان بكذا، أو بعث هذا بكذا في ذمة فلان، وحكمه أنه لو أجاز فلان يقع العقد له وإن رد بطل رأسا.

وأما بقصده العقد له فإنه إذا قصده في العقد تعين كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، إلا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض، فكما أن تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي بإضافته إلى ذمة شخص خاص، وحينئذ فإن أجاز من قصد

لو كان مال الغير في ذمته لا عينا

قوله لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو دينا بعد ما لا كلام في عدم الفرق في الفضولي بين كون مال الغير عينا أو في ذمة الغير في الجملة وقع الكلام في جهات:

الأولى: فيما به يتشخص ما في الذمة.

{ ٢ } المصنف قدس سره أفاد أن تشخيصه إنما يكون بإضافة الذمة إلى الغير، ومقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائيني قدس سره عدم الفرق بين الإضافة إليه لفظا أو قصدا، أو بقصد العقد

له لفظا أو قصدا، وذكر في وجه كفاية الثاني: إن تعيين من يقع له العقد بعد استحالة دخول

أحد العوضين في كيس من خرج عنه الآخر يكون تعيينا لمن في ذمته الثمن.

ولكن يرد عليه أنه بما أن الكلي ما لم يضاف إلى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من في ذمته الثمن لا يكفي ولا يغني

عن إضافة الكلي إليه، فلا بد من الإضافة المزبورة، فالتشخيص إنما يكون بالإضافة خاصة.

مالكيته وقع العقد، وإن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا، لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الأصلي، ومن وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة وتردده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة ووقع له إلا أن الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد، وحلف على نفي العلم { ١ } حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهرا، كما عن المحقق وفخر الاسلام والمحقق الكركي والسيوري والشهيد الثاني.

وقد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالقواعد، والمبسوط وقوع العقد له واقعا، وقد نسب ذلك إلى جماعة في بعض فروع المضاربة، وحيث عرفت أن قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلي إلى ذمة ذلك الغير، كما أن إضافة الكلي إليه

{ ١ } الجهة الثانية: إنه لم يصدق الطرف الآخر قصد الفضولي البيع أو الشراء لغيره، ففي المسألة أقوال:

الأول: ما عن جمع من الأساطين، وهو الحكم بوقوع العقد للفضولي ظاهرا.

الثاني: الحكم بوقوعه له واقعا.

الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

ومجمل القول في المقام: إنه تارة يكذب كل منهما الآخر - كما لو ادعى البائع أن المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمته وهو أيضا قصد ذلك، وادعى المشتري أنه قصد الشراء لغيره والبائع أيضا قصد ذلك - وأخرى يدعي مدعي الفضولية أنه قصد غير ما قصده طرفه وتخيل أنه أيضا قاصد لذلك والأصيل ينكر ذلك ويدعي أنه قصد عين ما قصده وهو الشراء مثلا لنفسه.

أما الصورة الأولى: فهي من قبيل التداعي فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب وأما الصورة الثانية: فحيث إن المدعي هو من يدعي الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد وأصالة الصحة، إذ على ما يدعيه يكون العقد باطلا، وعلى قول طرفه يكون صحيحا

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

ففي الأول: يحتمل البطلان: {٢} لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله، ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة لنفسه أو للغير. وفي الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً، ويحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير، لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير، والمسألة تحتاج إلى تأمل. ثم إنه قال في التذكرة: لو اشترى فضولياً،

فمقتضى القاعدة هو إقامة البيئة وإذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فإن حلف برأ و حكم ببطلان العقد، وإن لم يحلف ورد الحلف فإن تمكن المدعي من الحلف على العلم بالقصد وحلف فيحكم له، وإن لم يتمكن من الحلف على العلم حكم له أيضاً. وتمام الكلام في كتاب القضاء.

{١} الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان وأجاز من أضيف إليه. {٢} ففي الأول احتمل المصنف قدس سره البطلان، لأنه في حكم شراء للغير بعين ماله، واحتمل إلغاء أحد القيدتين.

وجزم المحقق النائيني قدس سره بالصحة والغاء قيد لفلان، لأن وقوع العقد للغير إنما يكون لو أضاف إليه ولم يلحقه بما ينافيه. وإلا فيقع لنفسه كما هو مقتضى اطلاق العقد، وجزم السيد قدس سره بالبطلان على مسلك المصنف قدس سره من كون البيع هو المعاوضة.

وحق القول فيه بنحو يظهر الحق وما في سائر الأقوال: إنه بناء على. المختار من

فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري لكل حال، وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الإجازة فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن، وإن رد نقد عن المباشر {١}، وبه قال الشافعي في القديم وأحمد، وإنما يصح الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه وإن رده لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا، وقال أبو حنيفة: يقع عن المباشر وهو جديد للشافعي، انتهى.

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به تعليقه بقوله لأنه تصرف في ذمته لا في مال الغير، لكن أشرنا سابقا اجمالا إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل

كون البيع هو الاعطاء لا مجانا، يصح البيع المذكور ويقع للغير وتشتغل ذمة نفسه بالدرهم، نعم تعتبر إجازة ذلك الغير، إذ دخول شئ في ملكه بلا رضاه مناف لتسلط الناس على أنفسهم.

وأما بناء على كونه هو المعاوضة - كما اختاره المصنف - رحمه الله وغيره - فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على مالكيته له فإذا أجاز المالك يقع له، فإنه يقال في المقام أنه يشتري لغيره بدرهم في ذمة نفسه، بعد البناء على الملكية لما في ذمته وتسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته وهو نفسه فيصح البيع ويلغى قيد وقوع البيع للغير، وبذلك يظهر ما في كلمات الأساطين، هذا كله في الأول،

وبه يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه إذا أجاز ذلك الغير البيع على ما وقع، وإن أجاز له لنفسه صح له ويلغى قيد وقوعه لنفسه، وعلى مسلك المصنف قدس سره يقع

للمجيز بالتقريب المتقدم، ولا وجه لما احتمله من الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير، فإنه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين ورد العقد من أضيف إليه بطل العقد، وعن العلامة قدس سره في التذكرة

{١} وإن كان في الذمة لغيره، وأطلق إلى آخر ما نقله المصنف قدس سره

لأنه إن جعل المال في ذمته بالأصالة فيكون ما في مثل هذا. أما البطلان لو عمل بالنية بناء على أنه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض مال الغير قهراً. أما صحته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية، بناء على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهراً، وإن نوى خلافه. وإن جعل المال في ذمته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، ففيه مع الاشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة، وهذه النيابة يقع فاسدة من أصلها إلا أنها تقع للمباشر، نعم إذا عجز المباشر من اثبات ذلك على البائع لزمه ذلك في ظاهر الشريعة: كما مرددة بين المباشر والمنوي دون التزامه خراط القتاد ويمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهراً لكنه بعيد.

وهذا الكلام حيث إنه بظاهره لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصحيحه.

وقد ذكر المحقق النائيني قدس سره له توجيهين أحدهما: أن يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال في ذمته، ويكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، وحينئذ فإن أجاز الغير التولية يكون العقد له و تكون إجازته من قبيل القبول، وإن رد يقع للعاقد. وفيه: إن ظاهر كلامه أنه لو أجاز ينتقل المال من مالكه إلى المجيز لا منه إلى العاقد ومنه إلى المجيز.

ثانيهما: أن يكون مراده وقوع البيع للغير في ذمته، ويكون جعل المال في ذمته نظير الضمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن فيكون كل منها ضامناً بنحو الطولية، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال وهو الملزم به أولاً، ولكن إذا أجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه، وإذا رد يبقى في ذمته.

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي، بين البيع العقدي والمعاطاة { ١ } بناء على إفادتها للملك، إذ لا فارق بينها وبين العقد، فإن التقابض بين الفضوليين أو فضولي وأصيل إذا وقع بنية التمليك فأجازة المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة، فعموم مثل قوله تعالى: أحل الله البيع شامل له، ويؤيده رواية عروة البارقي، حيث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة،
وفيه: أولاً: إن الغير إذا لم يجز لا معنى لكون الضامن ملزماً ولا لوقوع البيع له.

وثانياً: يلزم أنه لو لم يؤد الغير المال بعد إجازة البيع أن يجب على العاقد أن يؤديه، وهو كما ترى.

فالصحيح في توجيه كلام العلامة قدس سره أن يقال: إن مراده أن يشتري شيئاً بمن من الحنطة مثلاً ويلتزم هو بأدائه، إما من مال زيد فيكون الشراء له، أو من ماله فيكون الشراء لنفسه، وينحل هذا الشراء إلى شرائين طوليين، فإن أجاز الغير يقع له، وإن رد يقع للعاقد. ومثل هذا التعليق لا يوجب البطلان، لأن المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذي ينشأ شراءً.

الفضولي في المعاطاة

{ ١ } الثاني: قال المصنف قدس سره الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام البيع الفضولي بين البيع العقدي والمعاطاة.

في المسألة وجوه: وبعضها أقوال

ثالثها التفصيل بين القول بالإباحة، فلا يجري الفضولي في المعاطاة والقول بالملك فيجري

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

خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلا يجري وبين كونها على طبقها ما يجري.

وتوهم الاشكال فيه من حيث إن الاقباض الذي يحصل به التملك محرم لكونه تصرفا في مال الغير، فلا يترتب عليه أثر { ١ } في غير محله إذ قد لا يحتاج إلى اقباض مال الغير: كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة مع أنه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك [٢] بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي

وحق القول في المقام يقتضي البحث في مقامين:

الأول: بناء على القول بإفادة المعاطاة الملك.

الثاني: بناء على القول بإفادتها الإباحة.

أما الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: بناء على كون الفضولي على طبق القاعدة.

الثاني: بناء على استفادته من النصوص الخاصة.

أما المورد الأول: فإن قلنا بأن إفادة المعاطاة الملك إنما تكون على خلاف لقاعدة يتعين البناء على عدم جريان الفضولي فيها، إذا المتيقن منه تعاطي المالكين، وإن قلنا بأن إفادتها الملك إنما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان.

وقد استدل لعدم الجريان بوجوه:

{ ١ } الأول: إن الاقباض الذي يحصل به التملك محرم لكونه تصرفا في مال الغير فلا يترتب عليه أثر.

وفيه: أولا إن النهي النفسي عن المعاملة لا يدل على فسادها كما حققناه في أول الجزء الأول من هذا الشرح.

وثانيا: إنه قد لا يحتاج إلى اقباض مال الغير لما تقدم في مبحث المعاطاة من كفاية العطاء من جانب واحد والأخذ من الآخر.

وأجاب عنه المصنف بجوابين آخرين:

{ ٢ } أحدهما: إنه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك. وفيه: ما تقدم منا - تبعاً له - قد - من خروج المعاملة بذلك عن الفضولية، اللهم

مع أن النهي لا يدل على الفساد مع أنه لو دل لدل على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال الاقباض في السببية فلا ينافي كونه جزء سبب { ١ } وربما يستدل على ذلك بأن المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك وهما من وظائف المالك ولا يتصور صدورهما من غيره، ولذا ذكر الشهيد الثاني أن المكره والفضولي قاصدان للفظ دون المدلول وذكران قصد المدلول لا بتحقيق من غير المالك ومشروطة أيضا بالقبض والاقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنة للأمرين، ولا أثر له إلا إذ صدر من المالك أو بإذنه. وفيه أن اعتبار الاقباض والقبض في المعاطاة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول انشاء التملك أو الإباحة، فهو عندهم من الأسباب الفعلية، كما صرح الشهيد في قواعده والمعاطاة عندهم عقد فعلي، ولذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها أن البيع ينعقد بالايجاب والقبول وبالتعاطي، وحينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولي باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك

إلا أن يقال إن جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض والاقباض، والرضا المخرج للمعاملة عن الفضولية هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه وأحدهما غير الآخر { ١ } ثانيهما: إنه لو دل النهي على الفساد لدل على عدم ترتب الأثر المقصود وهو استقلال

الاقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء السبب. وفيه: إنه لو دل النهي على الفساد لزم منه إلغاء المنهي عنه في نظر الشارع الأقدس، وكأنه لم يتحقق، فلا محالة لا يصلح لكونه جزء السبب. وإن شئت قلت: إن تأثير إعطاء مال الغير واقباضه إنما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العلية التامة، فلو دل النهي على الفساد لاقتضى إلغاء هذا الأثر لا ما ليس له في نفسه، فالصحيح هو الوجهان الأولان. الثاني: ما أفاده صاحب المقاييس، وهو: إن المعاطاة منوطة بالتراضي مع قصد التملك أو الإباحة، وهما من وظائف المالك. وفيه: أولا: إن هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولي في غيرها أيضا، والكلام في المقام بعد جريانه فيه.

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

لكنك قد عرفت أن العقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة. نعم لو قلنا أن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض، ولو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضي المالكين بملكية كل منها لمال صاحبه مطلقا، أو مع وصولهما، أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولي.

نعم الواقع منه ايصال المال والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا، ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة لكن الانصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإنما قصدتهم إلى العقد الفعلي، هذا كله على القول بالملك. وأما على القول بالإباحة، فيمكن القول

وثانيا: إن التمليك الانشائي ليس من وظائف المالك خاصة، والأثر وإن كان مترتبا على رضا المالك إلا أن المفروض في المقام تحققه بالإجازة. الثالث: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وحاصله: إن الإجازة لا بد وأن تتعلق بأمر مستمر باق كي ينتسب بها إلى المالك، وهذا في العقد القولي موجود، إذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولي ويستمر بعده فيستند بالإجازة إلى المالك، وأما في العقد الفعلي - أي الاعطاء - فليس حاصل مصدره أمرا مستمرا باقيا، بل هو العطاء، وهو لا ينفك عن الاعطاء، وبإجازة المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه. وفيه: ما تقدم في مبحث المعاطاة من أن الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما، وعليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما في الانشاء القولي

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

وتتعلق الإجازة به. فالأظهر جريان الفضولي فيها. وأما المورد الثاني: فإن كان مدرك صحة الفضولي عموم التعليل في نصوص النكاح فهو يقتضي جريانه في المعاطاة لعموم العلة، وإن كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له، وترك الاستفصال في صحيح (١) محمد بن قيس لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، وقوله عليه السلام بارك الله في صفقة يمينك في رواية البارقي (٢) لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاة، فإن صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية أن يكون الانشاء بصفقة اليمين.

وأما المقام الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالإباحة بوجهين: أحدهما { ١ } : إن إفادة المعاطاة المقصود بها الملك للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين. الثاني { ٢ } : إن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن. والحق: إنه لو قلنا بالإباحة، من باب أن المعاطاة مفيدة للملك: غاية الأمر يشترط فيه التصرف، أو التلف وقبله يحكم بالإباحة الشرعية لدليل خاص، فالفضولي يجري في المعاطاة لما تقدم، نعم لا يحكم بالإباحة ما لم يجز. وأما لو قلنا بأنها مفيدة للإباحة، وتكون الإباحة شرعية، فدليله الأول متين

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ١.
(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

القول في الإجازة والرد أما الكلام في الإجازة، فيقع تارة في حكمها وشروطها و أخرى في المجيز وثالثة في المجاز.

أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاهم على توقفها على الإجازة { ١ } في كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة، بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كان العقد وقع حال الإجازة على قولين: فالأكثر على الأول واستدل عليه كما عن جامع المقاصد والروضة

ولا يتم الثاني، إذ نسبة الإباحة إلى ما قبل الإجازة وما بعدها على حد سواء بعد فرض أن المالك قاصد للملك، فحصولها قبلها لا مانع منه.

وأما إذا قلنا بالإباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بأدلة نفوذ المعاطة من قبيل (أوفوا بالعقود) لجريان الفضولي فيها لاستناد العقد إلى المالك بعد الإجازة القول في الإجازة

أما الكلام في الإجازة فكما في المتن يقع تارة في حكمها وشروطها، وأخرى في المجيز وثالثة في المجاز.

أما حكمها: فالمنسوب إلى المشهور هو: القول بالكشف، بل قيل: إنه لم ينقل القول بالنقل عن أحد إلى زمان المحقق آقا جمال قده،

وأما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، وعن جماعة: التوقف في المسألة. ثم إن الكشف يتصور له معان:

أحدها: الكشف الحقيقي الصرف، وهو الظاهر من جامع المقاصد والجواهر.

ثانيها: الكشف عن أمر مقارن للعقد، وهو إما الرضا التقديري كما عن المحقق الرشتي قدس سره، أو تعقب العقد بالرضا فإنه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الأعلام، و

أما أمر مجهول عندنا بأن يكون الشرط لتأثير العقد أمرا واقعيًا مقارنا له لا نعرفه إلا أنه يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الاستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الأثر لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، وهو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، ونسب ذلك إلى المشهور.

بأن العقد سبب تام في الملك { ١ } لعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) وتمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة، فإذا أجاز تبين كونه تاما فوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة. بل به مع شيء آخر وبأن الإجازة متعلقة بالعقد فهي رضا بمضمونه وليس إلا نقل العوضين من حينه.

رابعها: الكشف الانقلابي بأن تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير في العقد وجاعلة إياه سببا تاما وهو الذي احتمله المصنف قدس سره في آخر كلامه. خامسها: الكشف الحكمي بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لا حصول نفس الملكية، وهو المنسوب إلى المحقق شريف العلماء أستاذ الشيخ قدس سره. سادسها: الكشف بأن تكون الإجازة بوجودها الدهري المجتمع مع شروطها في وعاء الدهر، إذ الطوليات الزمانية عرضيات في عالم الدهر شرطا. وفي المقام قول آخر اختاره المحقق الأيرواني قدس سره والأستاذ الأعظم ونسب إلى المحقق الخراساني، وهو النقل في المكية والكشف في المملوك، بأن يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، والمعتبر قبلها، وستعرف توضيحه. هذه هي الأقوال في المسألة. وأما الأدلة: فقد استدلووا للكشف بوجوه، وكل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف:

{ ١ } الوجه الأول: ما عن جامع المقاصد وهو: العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعا لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: (أوفوا بالعقود) ولا يكون شيء آخر دخيلا فيه وإلا لأخذ في الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذي أجازته المالك يكون باقيا تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شيء آخر. نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرك المعنى الأول من الكشف.

وعن فخر الدين في الإيضاح الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود { ١ } لأن العقد حالها عدم انتهى ويرد على الوجه الأول أنه إن أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب ولا يتبين كونه تاما إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فيكون لها مدخل في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها، ومنه يظهر فساد تقرير الدليل

وفيه: أولا: ما تقدم من أن خطاب (أوفوا بالعقود) متوجه إلى المالكين، ومفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، والعقد الصادر من الفضولي إنما يكون عقدا للمالك بالإجازة، فالموضوع يتحقق من حين الإجازة.

وثانيا: إنه قد دل الدليل من الإجماع والنص على اعتبار رضا المالك ودخله في ترتب الأثر، وهو يقيد العموم فتأمل.

{ ١ } الثاني: ما عن فخر الدين في الإيضاح، وهو: إنه إذا لم تكن الإجازة كاشفة لزم تأثير المعدوم في الموجود، إذ العقد حالها عدم، وحيث إن هذا الوجه بظاهره بين الفساد من جهة أن القائل بالنقل يرى أن العقد جزء العلة لا تمامها، ومعلوم أن بعض أجزاء العلة كثيرا ما يتقدم على المعلول زمانا كما في التدريجيات - أي الأجزاء المتدرجة في الوجود - فقد تصدى المحقق النائيني قدس سره لتوجيه ووجهه: بأن مراده أن المنشأ لا يتخلف عن

الانشاء، واسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

ولكن يرد عليه: إن المنشأ هو الملكية في اعتبار المتبايعين، والذي يكون محل الكلام هو الملكية في اعتبار الشارع الأقدس.

الثالث: ما عن المحقق الرشتي قدس سره، وهو أن الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديري من المالك، والإجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال. هذا هو مدرك الوجه الأول من المعنى الثاني له.

وفيه: أولا: إن الرضا التقديري لا يكفي في تأثير العقد لعدم انتسابه إليه بذلك.

بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط وكلها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله، فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله ودعوى (صاحب الجواهر) أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس، و إعطاء الفطرة قبل وقته، فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، وكغسل العشائين لصوم اليوم الماضي على القول به مدفوعة، بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعي وغيره، وتكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي، فهي كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما لأن النقيض الشرعي غير العقلي فجميع ما ورد مما يوهم ذلك أنه لا بد فيه من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطا، بل السبب والشرط الأمر المتنزح من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه، بأن يقال إن الشرط تعقب الإجازة ولحوقها بالعقد. وهذا أمر مقارن على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلة.

اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط، ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، وهذا مع أنه لا يستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا، لأن المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، وأنه لا ينفع لحوقه في حل تصرف الغير وانقطاع سلطنة المالك، ومما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام (صاحب الفصول) بل التزم به غير واحد من المعاصرين، من أن معنى شرطية الإجازة { ١ } مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزح منها وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة العقد الملحوق بالإجازة وهذه صفة مقارنة للعقد،

وثانيا: إن الإجازة لا تكشف عن ذلك، كيف والحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا والكراهة مختلفة، فيمكن أن لا يكون حين العقد راضيا، ويصير كذلك بعده { ١ } الرابع: ما عن صاحب الفصول وأخيه المحقق، وهو أنه حيث لا يمكن أن

وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه، وقد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيحيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة، ويرد على الوجه الثاني أولاً إن الإجازة وإن كانت رضا بمضمون العقد

تكون الإجازة المتأخرة شرطاً لامتناع تأخر الشرط الذي هو من أجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الالتزام بأن الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني. وفيه: أولاً: أن لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي، بل تحقق المعلول بعد الإجازة كما هو ظاهر الأدلة. وثانياً: إنه لا يكون العقد بذاته منشئاً لانتزاعه، وإن أبيت عن ذلك وقلت بأن عنوان التعقب كعنواني السابق والملحوق ينتزع من نفس العقد - كما أنهما ينتزعا منه - لكن لا كلام في أن هذا العنوان مع عنوان لاحقية الإجازة متضائفان، والمتضائفان متكافئان في القوة والفعلية، فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشأه لا يصير الأول فعلياً. وأما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم أر ما استدل به عليه، ويرده: إنه خلاف ظاهر الأدلة ورجم بالغيب، مع أن ذلك الأمر حيث إنه ليس من الأمور المتأصلة: إذ الصادر من الفضولي ليس إلا العقد، فلا مناص عن الالتزام بكونه أمراً انتزاعياً، وعليه فإن كان منشأه نفس العقد لزم ترتيب آثاره ولو لم تتحقق الإجازة، وإن كان المنشأ هو الإجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه. الخامس: ما استدل به على الكشف الانقلابي وهو: كون الإجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد وجاعلة إياه سبباً تاماً. وحاصله، أنه فرق بين الإجازة وغيرها من الشروط كالقبض، فإن الإجازة إنما تكون انفاذاً للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي

إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيد يكونه في ذلك الحال، بل هو نفس النقل { ١ } مجردا عن ملاحظة وقوعه في زمان، وإنما الزمان من ضروريات انشائه، فإن قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين وإن كان النقل المنشئ به واقعا في ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما أن انشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد في زمان

ومعه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت إليه في ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الأمور الواقعية.

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

الثالث: أنه يلزم التعارض بين الآثار، مثلا إذا كان للعين منافع واستوفائها الغير مقتضى الاعتبار الأول كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامنا له، ومقتضى الاعتبار الثاني كونه لمن انتقلت إليه وكونه ضامنا، وهكذا.

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

وأما المورد الثاني: فمحصل الدليل المشار إليه: إن العاقد الفضولي كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد وينشأ ذلك، والإجازة من المالك تتعلق بتمام ما أنشأه الفضولي لا بعضه، ودليل صحة بيع الفضولي إنما يدل على صحة عقد الفضولي الذي أجازته المالك ووقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

وأورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

{ ١ } الأول: إن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل أصل النقل، وإنما يحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما إذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الانشاء الذي هو العلة في ذلك

الحين، والمعلول لا يتخلف عن علته.

وبعبارة أخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، وإنما الزمان ظرف

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

له لا قيد، واستشهد لذلك بأمرين أحدهما: { ١ } إن القبول حاله حال الإجازة في كونه رضا بمضمون الايجاب، مع أنه لم يقل أحد بالكشف فيه.

ثانيهما: { ٢ } إن الفسخ للعقد إنما يكون نظير الإجازة متعلقا بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذا في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع أنه لم يقل به أحد.

ولكن يرد عليه قده: إن العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخر لا محالة يكون قاصدا إلى النقل من حين العقد، وإنما لا يذكره في الانشاء اعتمادا على ما يقتضيه اطلاق العقد، كيف ولو كان قاصدا لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم

يكن وجه لوقوعه من حين العقد، ومجرد وقوع الانشاء في زمان لا يكفي في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فإن الانشاء سبب لوقوع مضمونه، والمفروض أنه النقل على

لكان رده وحله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد والسر في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا، فجميع ما يتعلق بالعقد من الارضاء والرد والفسخ إنما يتعلق بنفس المضمون دون المقيد بذلك الزمان.

والحاصل أنه لا اشكال في حصول الإجازة بقول المالك { ١ } رضيت بكون مالي لزيد بإزاء، ماله أو رضيت بانتقال مالي إلى زيد وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفضولي فضلا عن زمانه، كيف وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها ونحو ذلك.

ومن المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي وبتقرير آخر إن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه، وإذنه المقرون بانشاء الفضولي أو مقام نفس انشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة، فهي إما شرط أو جزء سبب للملك، بعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضي به والمقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد ولا يكفي في التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد،

سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه، مع أنه يفرض الكلام فيما إذا أنشأ النقل من حين العقد.

وأما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: إنه إن قلنا بأن القبول النشاء للتملك فالفرق بينه وبين الإجازة واضح، وإن قلنا إنه رضا بمضمون الايجاب فلا محذور في الايجاب، إلا أنه بناء على اعتبار الموالاة بين الايجاب والقبول قليل الفائدة، أي لا فرق بين وقوعه من حين الايجاب أو من حين القبول غالبا. وأما الشاهد الثاني فيرد عليه: إن الفسخ هو حل العقد بقاء لا من حين تحقق العقد. { ١ } قوله والحاصل أنه لا اشكال في حصول الإجازة بقول المالك رضيت هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، ومحصله:

وثانياً إننا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط ولا جزء سبب، وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق وجاعلة له سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعني محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزاً نافذاً ماضياً لكن نقول لم يدل دليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه { ١ } لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف بتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد والنذر. ومن المعلوم أن المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها.

ومن المعلوم أن الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي فما لم يجب الوفاء فلا ملك ومما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد والعمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد وقس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم أحل الله البيع فإن الملك ملزوم لحلية التصرف فقبل الإجازة لا يحل التصرف خصوصاً إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو ترده في الفسخ والامضاء.

أنه لو سلم كون انشاء الفضولي متعلقاً بالنقل من حينه، إلا أن الإجازة ليست متعرضة لإنشاء الفضولي وإنما هي عبارة عن الرضا بالنقل والمبادلة، فتكون مؤثرة في النقل من حينها.

وفيه: إن الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما أنشأه الفضولي لا يكون كافياً، وإنما يبنى على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالي لزيد بإزاء ماله، من جهة كونه رضا بما أنشأه الفضول بالالتزام، وإلا لم يكن كافياً.

{ ١ } الإيراد الثاني: إنه لو سلم كون العقد انشاءً للنقل من حينه، والإجازة متعلقة بهذا، إلا أنه لا دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فإن خطابات الامضاء من قبيل (أوفوا بالعقود) (١) (وأحل الله البيع) (٢) إنما تتوجه إلى العاقدين، والمالك إنما يصير

(١) المائة، آية ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

وثالثاً: سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه ومؤداه العرفي فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً كان مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب الآثار من حينه فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الاغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزاً نافذاً لا يوجب كون مقتضى العقد ومؤداه العرفي ترتب الأثر من حين العقد كما أن كون مفهوم القبول رضاء بمفهوم الايجاب وامضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب فتأمل.

إذ هذا المعنى على حقيقة غير معقول لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير { ١ } يستحيل لحوق صفة التأثير له

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

وفيه: إن هذا الوجه يصلح رداً للكشف عن الأثر، ولا يصلح جواباً عما يلتزم بكون اعتبار الملكية إنما يكون من حين الإجازة، إلا أن المعتبر هو أمر من حين العقد، إلا على مسلكه قده من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية. وأما بناءً على كونها مجعولات بالاستقلال - كما حققناه في محله - فلا يتم هذا الجواب، فإن الحكم التكليفي وإن كان من حين الإجازة، إلا أنه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدم من حين العقد. فتدبر.

اليراد الثالث: إنه لو سلم جميع الأمور المشار إليها - من كون العقد انشئاً للنقل من حينه - ومن أن الإجازة إنفاذاً لذلك - والأدلة تدل على صحة هذا لعقد المجاز إلا أنه لعدم معقولية ذلك فإنه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التأثير إلى التأثير وهو محال - فلا بد من صرف الدليل عن ظاهره وحمله على الكشف الحكمي

لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دل الدليل الشرعي على امضاء الإجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا أجاز المالك حكمننا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصل الملك قبل الإجازة للمالك ووقع النماء في ملكه.

والحاصل أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه وبين الكشف الحقيقي ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته وإلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال في زمان العقد، ولذا عنون العلامة رحمهم الله: في القواعد مسألة الكشف والنقل بقوله وفي زمان الانتقال اشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعا في زمان الانتقال، وقد تحصل مما ذكرنا أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة، قال بكل منها قائل:

أحدها: وهو المشهور الكشف الحقيقي والتزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا.

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

وفيه: إن انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر إلى صيرورته مؤثرا أمر لا بد منه حتى على القول بالنقل، فإن ذلك من لوازم دخول الإجازة في تأثيره، وإنما الخلاف في أن أثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة - كما يقول به القائل بالنقل - أو من حين

العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا، والمعتبر سابقا. فتحصل مما ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

وبما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، وأنه إنما يدل على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقق الخراساني وتبعه جمع من الأساطين، وخلاصة الكلام: إن أدلة الامضاء إنما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، وهو ما ذكرناه. هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

والثاني: الكشف الحقيقي والتزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط والتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمي وهو اجراء أحكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة، وقد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي. وأما الكشف الحقيقي مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد في غاية الاشكال، ولذا استشكل فيه العلامة في القواعد، ولم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعا للمحكي عن كاشف الرموز وقواه في مجمع البرهان وتبعهم كاشف اللثام في النكاح، هذا بحسب القواعد والعمومات. وأما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف { ١ } كما صرح به في الدروس. وكذا الأخبار التي بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور { ٢ }

{ ١ } قوله أما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف.
لاحظ صحيح محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال قضى في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاشتره رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه - يعني الذي باع
الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما أخذ البيع الابن قال أبوه أرسل ابني فقال لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه (١)
ودلالة هذا الخبر على الكشف واضحة من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الإجازة مع أنه على النقل كان اللازم الحكم بالضمان إلا أن المصنف.
{ ٢ } قال لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور.
ولكن يمكن أن يقال إنه بضميمة قاعدة من أتلّف ظاهر في الكشف الحقيقي، فإنه لو كانت الوليدة إلى حين الإجازة باقية على ملك مالكها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذي ذكره لاستفادة الكشف من خير أبي عبيدة يستفاد

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

فيحتمل الكشف الحكمي. نعم صحيحة أبي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك وتحلف ظاهر في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، { ١ } فإطلاق الحكم بالعزل منضمنا إلى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال، قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.

الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، وحيث عرفت أن المعقول من الكشف هو الكشف في المعتبر، والصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه. ويشهد له أيضا خبر أبي عبيدة (١) الوارد في تزويج الصغيرين فضولا، الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الإدراك، فقد أفاد المصنف قدس سره في وجه دلالة على الكشف. مخالف القاعدة تسلط الناس على أموالهم (٢)، فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

وأورد عليه السيد وتبعه المحقق الأيرواني قدس سره: بأنه لا محيص عن مخالفة إحدى القاعدتين، إما قاعدة السلطنة إن قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب إن قلنا بالكشف، فترجيح إحدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح. وفيه: إن مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل وأنها تترث بعد الإجازة كان العزل منافيا لأصالة عدم الإجازة. ويمكن أن يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، وهو: إنه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الورثة وأن الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة

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

(٢) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل { ١ } فنقول:

قاعدة الإرث المقتضية لتلقي النصيب من الميت، وإن بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه (١) وهذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح. فتحصل: إن القول بالكشف في المعبر هو الذي تقتضيه القواعد والأدلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمره على القول بالكشف أو النقل

{ ١ } بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته والنقل

وتنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:

الأول: في تصرف كل منهما في ما انتقل إليه.

الثاني: في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء وغيره.

أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موارد.

{ ١ } : في الحكم التكليفي

{ ٢ } : في الحكم الوضعي

{ ٣ } : في الآثار الأخر المترتبة على الملك.

وليعلم أن الكلام في المقام يقع في تصرف الأصيل، وأما تصرف المالك الذي وقع

العقد على ماله فضولا فسيأتي الكلام فيه أن شاء الله تعالى.

أما المورد الأول: فعلى القول بالكشف الحقيقي باحتمالاته - من شرطية التعقب،

أو شرطية اللحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، أو الكشف المحض -

يجوز التصرف إن أجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

أما الثمرة على الكشف الحقيقي. بين كون نفس الإجازة شرطا وكون الشرط تعقب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد. { ١ }

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطا يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالكتها فأجاز، فإن الوطي على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه، { ٢ } ولو

{ ١ } وما أفاده المصنف قدس سره من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الإجازة شرطا

وكون الشرط تعقب العقد بها والحكم بجواز التصرف على الثاني دون الأول، إن أراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف، إلا أنه لا يلائم مع ما أفاده بعد سطرين.

{ ٢ } من جواز الوطاء واقعا على الكشف الحقيقي مطلقا كما لا يخفى. وإن أراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، والمفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك أيضا، وعلى القول بالنقل، والكشف الانقلابي، والكشف الذي اخترناه، والكشف الحكمي لا يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، وتحقق الملك بعد الإجازة ولو من حين العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول لا يوجب انقلاب التصرف الذي وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا في الحكم الواقعي،

وأما في الظاهر فإن علم بالإجازة جاز التصرف ظاهرا - على فرض جوازه واقعا - وإن لم يعلم به لم يجز لا صالة عدم تحقق الإجازة، بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب في الأمور الاستقبالية.

وأما المورد الثاني: فعلى القول بالكشف بالنحو الذي اخترناه، فبيعه يكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك، وكذلك ما شابهه، وأما الطلاق فلا ينبغي الإشكال في فساده لعدم علاقة الزوجية حينه، وكذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي، لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتب حكم وقوع الوطي في الملك، ويحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي لعدم تحقق حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكيته للمشتري بعد ذلك ولو نقل المالك أم الولد

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

وأما المورد الثالث: فلو أولد المشتري الجارية قبل إجازة مالكها، فعلى القول بالكشف الحقيقي بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، صارت أم ولد لوقوع الوطء في ملكه، وعلى القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

وأما على الكشف الانقلابي، والكشف الذي اخترناه فالأظهر عدم تحقق الاستيلاء، إذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة في الزمان الذي لم يكن الملك موجوداً، وهذا لا يوجب انقلاب الوطء - وعليه فلا يتحقق الاستيلاء.

وأما على الكشف الحكمي فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فإن الوطء وإن وقع في ملك الغير، إلا أنه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك ومن جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطء في الملك من عدم جواز بيع الأم وحرمة الولد، فيجب ترتيبها، وعلى هذا فلا وجه لأحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكمي كما في المتن.

وأوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقي بوجوهه لما عرفت.

وأما المقام الثاني: وهو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه،

فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في تصرف المجيز.

الثاني: في تصرف الأصيل.

ومحل الكلام التصرف المخرج عن الملك.

عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي { ١ } لانكشاف وقوعه في ملك الغير { ٢ } مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد. وبقي صحيحا على الكشف الحكمي وعلى المجيز قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه. ومقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم وضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء، ونقله ولم يناف الإجازة جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل وإن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالعقوبات محلها مع احتمال الرجوع إلى البدل وسيجيء،

أما المورد الأول: فمن حيث الحكم التكليفي لا كلام في الجواز على جميع الأقوال - وستعرف وجهه - وأما من حيث الحكم الوضعي - فالأقوال فيه أربعة: الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السيد والمحقق النائيني قدس سره. الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقا، ذهب إليه جمع منهم المحقق الأيرواني الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية عقد الفضولي لأن يجاز فيجمع بينهما بأن على المجيز القيمة. { ١ } الرابع: ما في المكاسب، وهو بطلان النقل على الكشف الحقيقي، وصحته على الكشف الحكمي مع البناء على عدم قابليته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلا أو شرعا كالعقوبات، وبقاء قابلية والحكم بصحة الإجازة إن كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء ونقله.

وقد أفاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي { ٢ } إنه بالإجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير، وفي وجه صحته على الكشف الحكمي ونفوذ الإجازة مع رجوع المشتري إلى المجيز بالقيمة إن لم يكن التصرف بالاتلاف بأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم ماضيا من حين وقوعه، وصحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، وفي وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكمي إن كان التصرف بالاتلاف بأنه بفوت محل الإجازة

ثم إنهم ذكر والثمرة بين الكشف والنقل مواضع.
منها النماء فإنه على الكشف بقول مطلق لمن أنتقل إليه العين، وعلى النقل
لمن انتقلت عنه { ١ } وللشاهد الثاني في الروضة عبارة { ٢ } توجيه المراد منها، كما
فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

وأما المقام الثالث: فمحل الكلام أمران:
الأول: النماء.

الثاني: فسخ الأصيل
{ ١ } أما الأول: ففي المكاسب: فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه
العين، وعلى النقل لمن انتقلت عنه.
ولكن: ما أفاده يتم على النقل، لأن النماء تجدد في ملك من انتقلت عنه، وكذا يتم
على الكشف غير الكشف الانقلابي والكشف الذي بنينا عليه لتجدده في ملك من انتقلت
إليه، ولا يتم على هذين المسلكين لأن العين باقية على ملك من انتقلت عنه إلى حين
الإجازة، فالنماء تجدد في ملكه، والإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب
الملكية أو اعتبار الملكية السابقة وهذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملكية
وارد على وقوع النماء لا أن النماء وارد عليه.
{ ٢ } قوله وللشاهد الثاني قدس سره في الروضة عبارة
هي هذه: وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل
بين العقد والإجازة الحاصل من البيع للمشتري ونماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها
ناقلة فهما للمالك المجيز.
وقد وجه مراده بعض: بأن مفروض كلامه الفضولي من الطرفين، ومراده من
المالك المجيز هو الجنس.
ووجه آخر حكمه بكون النمائين للمالك المجيز: بأن نماء ماله له لتجدده في
ملكه، ونماء المال الذي انتقل إليه إنما يكون له لأن صاحبه سلطه عليه. والمصنف
استحسن التوجيه الأول.

ومنها إن فسخ الأصيل لاننشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف { ١ } بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لاننشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإن العقد تام من طرف الأصيل { ٢ } غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه، وهذا مبني على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لاننشائه قبل انشاء صاحبه، بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة والوقف والصدقة، فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الإبطال على القول بالنقل { ٣ } معللا بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه، وفيه أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط

{ ١ } وأما الفسخ: فقد يقال: إن فسخ الأصيل قبل الإجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

{ ٢ } واستدل له: بأن الفسخ على الأول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لاننشائه، وعلى الثاني يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته. وأورد عليه بايرادين:

أحدهما: ما نقله المصنف قدس سره عن بعض وتبعه جمع من المحشين، وهو { ٣ } إنه لا دليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال أجزاء ما هو مؤثر في حصول النقل، وإنما الدليل وهو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بين أجزاء العقد التي هي الإيجاب والقبول.

وفيه: أنه يمكن أن يستدل له بدليل السلطنة (١) بعد فرض كونه باقيا على ملكه. ودعوى أنه تصرف في العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة. مندفعة بأن نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما أنها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك. وبالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه ما دام لم يخرج عن ملكه.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع القديم.

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

ومنها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل { ٣ } وإن قلنا بأن
فسخه غير مبطل لانشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطأها وأن
استولدها صارت أم ولد لأنها ملكه

وهذا البيان يجري على القول بالكشف الانقلابي والكشف المختار كما هو
واضح، ولا يجري على سائر وجوه الكشف.
ثانيهما: إن مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود (١) عدم جواز رفع اليد عنه
{ ١ } قال المصنف قدس سره ولا يخلو عن اشكال.
والظاهر أن منشأ اشكاله ما سيذكره بعد أسطر من عدم تمامية موضوع وجوب
الوفاء على القول بالنقل قبل الإجازة.
فالحق أنه على القول بشمول أدلة لزوم العقد لانشاء الأصيل ليس له فسخه، و
على القول بعدم الشمول - كما اخترناه - فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي والكشف
المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، وعلى سائر وجوه الكشف لا يكون
كذلك لعدم الموضوع لدليل السلطنة وعدم الدليل على جواز الفسخ ومقتضى
الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.
وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:
الأولى: في أن العقد من قبله هل يكون لازماً أم لا؟
الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.
أما الجهة الأولى: ففيها أقوال:
الأول: اللزوم مطلقاً.
الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.
{ ٢ } الثالث: ما في المكاسب - وهو اللزوم على القول بالكشف، وعدمه على القول

(١) المائدة، ٢.

وكذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الإجازة في المثاليين لغت لعدم بقاء المحل قابلاً. والحاصل أن الفسخ القولي وإن قلنا أنه غير مبطل لانشاء الأصيل إلا أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك وربما احتتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً. لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر وهو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لامكان الإجازة سيما على القول بالكشف، انتهى.

وفيه أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين لأن المأمور بالوفاء هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلا بعد القيد وهذا كله على النقل. وأما على القول بالكشف: فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة والسيد العميدي والمحقق الثاني وظاهر غيرهم، وربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدر في السلطنة الثابتة له،

بالنقل. وليعلم أن كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الانقلابي. وملخص ما أفاده في مقام الفرق بينهما: إنه على القول بالنقل: الإجازة دخيلة شرطاً أو شرطاً في تأثير العقد، ويكون الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد المقيّد بالإجازة، فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققاً لعدم تحقق شرطه وقيدته. وأما على القول بالكشف: فالإجازة وإن كانت مؤثرة في الملكية وتكون سبباً لصيرورة العقد سبباً تاماً للملك بنفسه، إلا أن موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر إليه. وبعبارة أخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخيلة في حصول الملك، إلا أنه حيث تكون هي بعنوان الامضاء والانفاذ فلا تكون دخيلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، وعلى هذا بني التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك ووجوب الوفاء بالعقد

ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصل الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه وبدله مع تلفه، قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى. { ١ }

أقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الأصيل ولزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه ووجوب الوفاء عليه ليس مراعي بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك

بمعنى لزومه عليه وبهذا البيان يظهر اندفاع ما أورده السيد قده وتبعه غيره. ولكن يرد عليه قده: إن الإجازة حتى على الانقلاب إنما توجب انتساب العقد إلى المالك، وقبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي، وعلى ذلك فيما أن حقيقة العقد ربط أحد الالتزامين بالآخر، ومن المعلوم أن الأصيل إنما يربط التزامه بالتزام المالك لا الفضولي، فقبل الإجازة لا يكون هناك عقد كي يجب الوفاء به على الأصيل، وعبارة أخرى: إن الفضولي إن اشترى للمالك، فالبائع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك، فمع عدم الإجازة وعدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، وإن اشترى لنفسه فالبائع وإن ربط التزامه بالتزامه إلا أنه يربط بما أنه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك لا يكون العقد متحققا، ومعه لا معنى لوجوب الوفاء به. مع أنه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا صدق العقد على التزام كل منهما وإن لم يكن مرتبطا بالآخر، إلا أن التزام الأصيل بكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص وهو التزام طرفه بكون ماله له، فالالتزام فعلي إلا أن الملتزم به معلق، وعليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها وأجرى استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه. { ١ }

فما نقله المصنف قدس سره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالإجازة وغيرها هو الصحيح على هذا المسلك، ولا يرد عليه ما أفاده المصنف قدس سره،

ومن هنا يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالإجازة لعدم احراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين وأما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. وقد تحقق، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه إلى أن ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الأصيل كما أن إجازته امضاء له من طرف الفضولي. والحاصل أنه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف الميني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطا أو شطرا حرمة نقضه على الأصيل مطلقا، فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز

مع أنه لو أغمض عن ذلك كله وسلم ما أفاده لما كان وجه للفرق بين النقل والكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى. وبما ذكرناه ظهر أن ما أفاده المحقق النائيني قدس سره من وجوب الوفاء مطلقا - من جهة

أن وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك، والمفروض في باب الفضولي أن العقد تام و لو لم يكن مؤثرا، ولا ينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فإن التزام أحدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه غير تام للايرادين الأولين اللذين أوردناهما على الشيخ قدس سره. فتحصل: إن الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل،: فله فسخ العقد قبل الإجازة. ثم إن المنسوب إلى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ قدس سره الايراد عليه: بأن تمسكه بعموم (أوفوا بالعقود) (١) في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) المائدة آية ٢.

ومن هنا تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأن مقتضى العقد مبادلة المالين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه يناهين مقتضى العقد أعني المبادلة توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدل إلا على حرمة التصرف في ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل. وأما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه. وأما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه، وإن كان داخلا في مفهوم المبادلة فعلا وتركا إلى ما يقتضيه الأصل، وهي أصالة عدم الانتقال، ودعوى أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البدل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه

ويمكن توجيهه بأنه لو سلم عموم العقد للالتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة إلى الأبد اجماعا فهو خارج عن العموم فلو شك في الإجازة و عدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام في الشبهة المصدقية. فلا يرد عليه ما أفاده المحقق الأصفهاني كما يظهر لمن راجعه. وأما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنه مقتضى لزوم العقد عليه، وأما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار. أما بناء على المختار من عدم اللزوم عليه. فعلى القول بالنقل والكشف الانقلابي. والكشف الذي اخترناه تكون تصرفاته بأجمعها جائزة تكليفا ووضعها لكونها واقعة في ملكه، والمفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، والإجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها في غير ملكه لورود الاعتبار عليها.

فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثا، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعد نقضا، لما التزمه إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالاشكال أن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، وإنما التزم بالمبادلة متوقعا للإجازة فيجب عليه الوفاء به ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة أو ينقض التزامه برد المالك، ولأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها، قال في القواعد في باب النكاح، ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجها حرمت عليه الخامسة والأخت والأم والبنت إلا إذا فسخت على اشكال في الأم. وفي الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة وإن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ والطلاق هنا معتبر، انتهى. وعن كشف اللثام نفي الاشكال.

وقد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل، وفرعوا عليه تحريم المصاهرة. وأما مثل النظر إلى المزوجة فضولا وإلى أمها مثلا وغيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الأصول، لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالأصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد. أعني علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

وهذا لا اشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة في التصرفات المخرجة عن الملك. وأما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعا وعدمه يدوران مدار الإجازة وعدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها في ملك الغير فلا يكون جائزا تكليفا ووضعا، وعلى فرض عدمها يجوز هذا في الحكم الواقعي، وأما الظاهري فالجواز وعدمه يدوران مدار العلم بالإجازة - وعدمه إذ على الأول لا يجوز، وعلى الثاني يجوز لأصالة عدمها.

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها،
وبما يمكن أن يقال عليها، منها: { ١ } ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد
المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره، مع كون
المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل،

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين
وقد ذكر بعض متأخري المتأخرين ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبيه بها وبما
يمكن أن يقال عليها:
{ ١ } منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتعاملين بموته قبل إجازة الآخر و
ما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، وكذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف
مثلا، وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة -
شرائط المعاملة على أقسام:
الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياة والإسلام في بعض الموارد.
الثاني: شرائط معروضها العوضان، كالملكية.
الثالث: شرائط العقد.
فالكلام يقع في مواضع:
الأول: فيما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتبايعين أو تجددت بعد العقد قبل
الإجازة.
الثاني: فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف ونحوه أو تجددت.
الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.
أما الموضع الأول: فالكلام فيه يقع في موردين.
الأول: في الانسلاخ، فقد يقال إنه على الكشف يصح العقد لعدم المانع والعمومات
تشملة، وعلى النقل لا يصح لامتناع ترتب الأثر.

وكذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك { ١ } وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة وبدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة، وفيما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت وبالعكس، وربما يعترض على الأول بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا إلى حين الإجازة. وفيه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية { ٢ } ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا، وكما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة

{ ١ } الموضوع الثاني: في ما لو انسلخت قابلية المنقول أو تجددت فالكلام فيه أيضا يقع في موردين:
الأول: في الانسلاخ، فقد يقال: إنه على الكشف يصح، وعلى النقل لا يصح، إذ على الكشف يكون الانتقال في زمان قابل له، وعلى النقل في زمان لا يكون قابلا لذلك. وأورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بأنه على الكشف أيضا يعتبر رضا المالك، و الفرض انتفاء مالكيته بانتفاء قابلية العين لها. وأجاب عنه لمصنف قدس سره بأجوبة:
{ ٢ } الأول إنه لا وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا.
وفيه: إن صاحب الجواهر يمكن له أن يدعي بالفرق بين المقام والمثال، إذ في المثال عدم بقاء التملك للبدل إنما يكون للتصرف، وهو يؤكد القابلية، وهذا بخلاف المقام

مضافا إلى فحوى خبر { ١ } تزويج الصغيرين الذي يصلح ردا لما ذكر في الثمرة الثانية أعني خروج المنقول عن قابلية تعلق انشاء عقد أو إجازة به، لتلف وشبهه، فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافا إلى اطلاق رواية عروة { ٢ } حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه وآله عن موت الشاة أو ذبحه

واتلافه. نعم ما ذكره أخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهرا على القولين، وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. و بالجملة فباب المناقشة وإن كان واسعا إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه

ولا يخفى أن جواب المصنف قدس سره إنما يكون بالنظر إلى إرادته من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر إلى عدم استمرار ملكيته لماله لولا الإجازة، فايراد السيد قدس سره عليه بأنه في المثال يكون المال باقيا على ملكه لولا الإجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام المصنف قدس سره كما هو واضح. فتدبر فإنه دقيق.

{ ١ } الثاني: فحوى خبر تزويج الصغيرين (١)

فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد. وفيه: أن المفروض موت الزوج، فليس هناك وطاء ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الإرث، فلا أولوية

{ ٢ } الثالث: اطلاق رواية عروة (٢)

حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها واتلافها. وفيه: أولا: ما تقدم من عدم تماميته سنداً.

وثانيا: إن عدم الاستفصال يمكن أن يكون لعلمه صلى الله عليه وآله ببقاء الشاة.

بل الحق في الجواب عن الجواهر دفع احتمال اعتبار الاستمرار بالعمومات.

وعن المحقق النائيني قدس سره الايراد على هذه الثمرة: بأنه على الكشف أيضا بما أنه يكون من تلف المبيع قبل القبض وهو من مال بائعه، يكون العقد منفسخا

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

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع.

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات { ١ } ومعرفة مجلس الصرف والسلم والأيمان والندور المتعلقة بمال البائع أو المشتري وتظهر الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، وسيأتي أن شاء الله تعالى.

وفيه: أولا: إن هذه القاعدة إنما تخصيص بالبيع، وفيه أيضا يختص بالمبيع، ففي الفضولي في غير البيع، وفي البيع إذا كان التالف هو الثمن، لا يجري هذا الكلام. وثانيا: أنه يمكن فرض القبض بأن يكون المشتري عالما برضا المالك بقبض ماله فأقبضه الفضولي فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض. وأما الكلام في تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسيأتي عند تعرض المصنف له. الموضوع الثالث: في شرائط العقد: وحيث إن المدار على ثوبتها حال الانشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف. ثمرات ذكرها بعض

{ ١ } قوله وربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات.

وتنقيح القول بالبحث في مواضع:

الأول: في تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحا حين العقد وصار معيبا حين الإجازة أو انعكس، وكذا إذا اختلفت القيمة بحسب الزمانين، وكذا بالنسبة إلى خيار المجلس.

ومخلص القول فيه: إن الخيارات على قسمين أحدهما: ما يكون ثابتا بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتا على القاعدة ومن باب الشرط الضمني.

أما الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فإن كان المأخوذ فيه تحقق النقل والانتقال كان على الكشف ثابتا من حين العقد، وعلى النقل من حين الإجازة، وإن كان موضوعه البيع والعقد فحيث إنه يتم العقد بالإجازة فلا يكون ثابتا من حين العقد على القولين

وينبغي التنبيه على أمور:
الأول: إن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ليس في مفهومها اللغوي { ١ } و
معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار
رضا المالك وأدلة، وجوب الوفاء بالعقود وغيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد
المجيز الامضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد
على القول بالنقل. ففي صحتها وجهان:

وعلى كل حال تلك الحال هي المناط، قلنا بالنقل أو الكشف، إذ لا ربط للنقل و
الانتقال فيه كي يختلف على المسلكين. وتام الكلام في محله.
الخامس: في اليمين والنذر، كما لو نذر التصدق بدراهم إن كان مالكا يوم الجمعة
لكذا، وثبتت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج إلى بيان،
ثم إنه تظهر الثمرة في باب الخمس والزكاة، كما لو اشترى شيئاً عن غير مالكة قبل
انتهاء السنة فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون الربح من السنة الثانية، وعلى الكشف
يكون من الأولى.

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب فأجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة
المجيز، وعلى الكشف تجب على المشتري.

التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة
وينبغي التنبيه على أمور:

{ ١ } قوله الأول: إن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي
كان النزاع في مفهومها اللغوي بأن ادعى جمع أن الإجازة بمعنى الأنفاذ و
مقتضاه نفوذ العقد من حينه، وادعى آخرون أنها بمعنى الرضا بمضمون العقد ومقتضاه
حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد

الثاني: أنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية، كقوله أمضيت وأجزت وأنفذت ورضيت وشبه ذلك. وظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية وليس ببعيد، إذا اتكل عليه عرفا. والظاهر أن الفعل الكاشف عرفا عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن، ومنه إجازة البيع الواقع عليه، كما سيحى وكتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا كما صرح به العلامة رحمه الله

وربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب إلى صريح جماعة. وظاهر آخري وفي النسبة نظر واستدل عليه بعضهم من أنه كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة ويمكن أن يوجه بأن الاستقراء في النوازل الاختيارية اللازمة كالبيع وشبهه يقتضي اعتبار اللفظ.

ومن المعلوم أن النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة، و فيه نظر بل لولا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أي طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص. فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعم من الرضا، فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا، وحكى عن آخري أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها، وذكر بعض أنه يكفي في إجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها.

ومن المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا وإن لم يفد القطع دفعا للخرج عليها وعليها، ثم إن الظاهر أن كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا، كأكل الثمن وتمكين الزوجة اكتفي به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. وقد صرح غير واحد بأنه لو رضي المكره بما فعله صح ولم يعبروا بالإجازة. وقد ورد فيمن روجت نفسها في حال السكر أنها إذا أقامت معه بعدما أفقت فذلك رضاء منها وعرفت أيضا استدلالهم على كون الإجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل، عمل السبب التام عمله. وبالجملة فدعوى الاجماع في المسألة دونها خرط القتاد، وحينئذ فالعمومات المتمسك بها

لصحة الفضولي السالمة عن ورود مخصص عليها { ١ } عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في حل ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه أقوى حجة في المقام،

وأما في الثاني: فقد يتوهم الصحة من جهة أن المجاز مضمون العقد لا حكمه، والمفروض إجازته، ويكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعا لغوا لا أثر له، ويكون نظير ما لو تزوج وقصد عدم الأنفاق عليها، فإنه تتحقق الزوجية و يترتب عليها وجوب الأنفاق، لكنه فاسد، فإن حكم العقد إن كان غير ما هو مضمونه كما في المثال تم ما ذكر، فإن مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوا، وإن كان من أنحاء تعيين مضمون العقد كما في المقام لا محالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم

تحقيقه، فالأظهر هو البطلان، فإن ما يمكن تحقيقه لم يقصد ولم ينشأ، وما أنشأ وقصد لا يمكن أن يتحقق.

كفاية الرضا الباطني في الإجازة

الثاني: في أنه هل يكفي الرضا الباطني في الإجازة، أم يعتبر الانشاء، أم يعتبر كون الانشاء باللفظ الصريح؟ وجوه وأقوال.

وتنقيح القول في المقام يقتضي البحث في جهات:

الأولى: في أنه هل يكفي في الإجازة مجرد الرضا الباطني أم لا.

الثانية: في أنه على فرض عدم الكفاية هل يكفي الانشاء القلبي كما عن المحقق الخراساني قدس سره، أم لا؟

الثالثة: في أنه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفي الفعل أم يعتبر القول.

الرابعة: في أنه على فرض اعتبار القول هل يكفي الكناية أم يعتبر أن يكون على وجه الصراحة؟

أما الأولى: فقد استدل المصنف قدس سره لكفاية الرضا الباطني بوجوه:

{ ١ } الأول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصحة عقد الفضولي السالمة عن ورود

مضافا إلى ما ورد في عدة أخبار، من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه له عليه، { ١ } وما دل على أن قول المولى لعبده، المتزوج بغير إذنه طلق، يدل على الرضا بالنكاح، فيصير إجازة، { ٢ } وعلى أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى { ٣ } التي يرتفع بالرضا

مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في ماله وانتقاله إلى الغير ورفع سلطنته عنه (١)

وأورد عليه جمع من المحققين: بأن العمومات إنما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده، وعقد الفضولي لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج إلى انشاء الإجازة.

ولكن قد عرفت في أول مبحث الفضولي أن الاستناد المعتبر إنما هو الاستناد بمعنى أنه عقده وبيعه، وهذا المعنى كما يتحقق بالامضاء والانفاذ واطهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

{ ١ } الثاني: ما ورد في عدة من الأخبار من أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه (٢)

والجواب عن ذلك: بأن السكوت في أمثال المقام امضاء عرفي قد تقدم ما فيه، نعم، الايراد عليه بأن في نكاح العبد خصوصية - حيث إن العقد لنفسه وإنما المفقود إذن المولى ورضاه فيكفي مجرد الرضا بخلاف سائر أقسام عقد الفضولي تام. وبذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث

{ ٢ } وهو ما دل على قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح (٣) فيصير إجازة. وما دل على أن المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد (٤) التي ترتفع بالرضا.

-
- (١) سورة النساء آية ٢٩ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١.
 - (٢) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث ١.
 - (٣) الوسائل - باب ٢٧ - من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث ١.
 - (٤) الوسائل - باب ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث ١.

وما دل على أن التصرف من ذي الخيار رضا منه { ١ } وغير ذلك. بقي في المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الإجازة باللفظ وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنة للعقد أو سابقا، فإذا فرضنا أنه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفي في اللزوم، لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى.

والظاهر أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولي، ويؤيد ذلك أنه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده ولو آنا ما، يكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلا، إلا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، وإن كان مجرد الرضا إجازة.

{ ١ } الرابع: ما دل على التصرف من ذي الخيار رضا منه (١). وفيه: إن ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على أن هذا الفعل كاشف عن الرضا و إسقاط الحق. وعلى كل حال يكون أجنيا عن المقام، فالعمدة هي العمومات. وأما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطني، الأظهر ما عن المحقق الخراساني قدس سره من كفاية الانشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد والانتساب، وما دل على أن الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب العقود والايقاعات إنما هو في المؤثر وهو العقد دون الشروط، ولا ريب في أن الرضا الباطني شرط كما عرفت.

وأما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل في الانشاء، إذ لو سلم أنه يتوقف الاستناد على الانشاء وابرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه. ودعوى أن الاستقراء في النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضي اعتبار اللفظ، والإجازة منها، مندفة بأنه في تلك النواقل أيضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة.

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الخيار.

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

وأما الجهة الرابعة: فلوا غمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، ولا يعتبر أن يكون باللفظ الصريح.

ودعوى أن انشاء اللازم وايجاده في الانشاء القولي ليس ايجادا للملزم عرفا، وكون الملزم مقصودا وداعيا من ايجاد اللازم لا أثر له، لأن الدواعي لا أثر لها في باب المعاملات - التي استند إليها المحقق النائيني قدس سره في عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت

ما فيها في مبحث خصوصيات ألفاظ العقد - فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

{ ١ } قوله الثالث: من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد.

وقد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

{ ٢ } الأول: الاجماع.

وفيه: إن الاجماع المنقول - سيما مع معلومية مدرك المجمعين - ليس بحجة.

وثانيا: إنه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء ببطان عقد الفضولي رأسا.

{ ٣ } الثاني: إن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وبها يصير مكلفا

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

يكون ردا متخللا بين أجزاء العقد، وقد تقرر في محله أنه يعتبر أن لا يحصل بين طرفي

العقد ما يسقطهما عن صدق العقد. وفيه: أولا: إن ما هو المسلم في تلك المسألة إنما هو

مضرية رد من صدر منه

هذا مع أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم { ١ } تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، فتأمل.

الالتزام والتعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لورد الموجب بعد الايجاب قبل قبول القابل. وأما لو رد صاحبه ذلك، كما لو رد القابل قبل أن يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلما بينهم، والمقام من قبيل الثاني لا الأول، فإن المجيز إنما يرد قبل أن يصدر الالتزام منه، وملتزم إنما هو غيره كما هو واضح.

وثانيا: إنه فرق بين الرد المتخلل بين الايجاب والقبول، والرد المتخلل بين العقد والإجازة، وبعبارة أخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الايجاب، ولذا ترى أن الفصل الطويل بين الايجاب والقبول يضر، والفصل بينهما وبين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

{ ١ } الثالث: إن مقتضى ما دل على سلطنة الناس على أموالهم (١) تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الإجازة

وفيه أن العلاقة المتصورة بالإضافة إلى المال لا تخلو من الملكية والحقية وشئ منهما لا يكون في المقام، أما الأولى: فواضح، وأما الثانية: فلأن العقد قبل الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذي حق، ولذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولي.

وبالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولي أدنى مرتبة من الملك والحق، وعليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة.

وما أفاده المحقق النائيني قدس سره من أنه وإن لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا، فالرد يبطل هذه العلقة.

فيه: إن العلقة التي عرفت أنها إما الملكية أو الحقية لا تحصل ولو عرفا.

وأجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين:

أحدهما: إن قاعدة السلطنة متعارضة، لأن مقتضاها جواز أن يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

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

وفيه: إنه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للإجازة كي تؤثر فيه. ثانيهما: إنه قد مر من المصنف قدس سره أن قاعدة السلطنة إنما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع والهبة ونحوهما لا جميع ما أراده المالك، إذ ليست مشرعة، فلا تصلح لإثبات مؤثرية الرد في حل العقد.

وفيه: إنه لو سلم حصول العلقة للأصيل بالإضافة إلى المال لا اشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فإن ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير، ولا يحتاج إلى دليل آخر. فتدبر - فالصحيح ما ذكرناه - فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.

{ ١ } قوله نعم الصحيحة الواردة (١) في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة وقد تقدم في أول هذا البحث عند ذكر أدلة صحة عقد الفضولي التي منها هذه الصحيحة أنه لا ظهور لها في ذلك بل هي تلائم مع عدم الرد فراجع فإنه ليس فيها سوى أخذ المبيع، وهو يمكن أن يكون استحصالاً للثمن لا لغرض رد البيع - والظاهر أنه إلى ذلك نظر المصنف قدس سره حيث قال { ٢ } اللهم إلا أن يقال إن الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كاف

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

الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله { ١ } فموضوعها المالك، فقولنا له أن يجيز مثل قولنا له أن يبيع، والكل راجع إلى أن له أن يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة وإنما يورث المال الذي عقد عليها الفضولي، فله الإجازة بناء على ما سيحى من جواز مغايرة المجيز والمالك حال العقد، فيمن باع مال أبيه فبان ميتا والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

الإجازة لا تورث

{ ١ } قوله الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله

يقع الكلام في موردين:

(١) في أصل المطلب.

(٢) في الفرق بين إرث الإجازة وإرث المال.

أما الأول: فما أفاده الذي حاصله: إن ثبوت الإجازة للمالك وتأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل والاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام، لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، وهو من الأحكام الشرعية، و يترتب على ذلك أنه لا تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت. نعم لمن أنتقل إليه المال إجازة بيع الفضولي بناء على جواز المغايرة بين المالك حال العقد والمالك حال الإجازة إلا أن ما ذكره من أنها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فإنها من آثار الملك.

وأما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات فهي متقومة بجواز التصرفات لا أنه من آثارها.

وأما الثاني: فالفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على أشهر القولين، فإنه على القول بإرث الإجازة ترثها الزوجة، وعلى القول بعدم لا ترث، وليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لاقباض المبيع { ١ } ولو أجازهما صريحا أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضت الإجازة، لأن مرجع إجازة القبض

ومنها: إنه على القول بأنها مما ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة من أنه هل يرث كل من الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كل منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقي - بمعنى نفوذ إجازة كل واحد منهم - أو يرث المجموع الإجازة - بمعنى أنها شيء واحد يرثه الجميع

فلا بد في الصحة من امضاء الجميع.

ومنها: ما لو أوصى بمال معين للفقراء مثلا بنحو يكون ملكا لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولي على هذا المال ومات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بإرث الإجازة ينتقل هذا الحق، فلهم الإجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن

{ ١ } قوله الخامس: إجازة البيع ليست إجازة القبض الثمن ولا لاقباض المبيع.

الكلام في هذا التنبيه يقع في جهات:

الأولى: في قابلية القبض والاقباض للإجازة وعدمها.

وفيها وجوه وأقوال.

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

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيد قدس سره.

وقد استدل لعدم الجريان مطلقا بوجهين.

الأول: إن حقيقة الإجازة إنفاذ الشيء ولا مورد للنفوذ إلا التصرفات المعاملية،

فالأفعال والأقوال الأخر لا تكون موردا لها ومنها القبض والاقباض.

وفيها: إن حقيقة الإجازة إظهار الرضا بما وقع، وهي توجب انتسابه إلى المجيز، و

هذا لا فرق فيه بين المعاملات وغيرها.

إلى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ومرجع إجازة الاقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع، لكن ما ذكرنا أنما يصح في قبض الثمن المعين. وأما قبض الكلي و تشخيصه به فوقعه من الفضولي على وجه تصححه الإجازة يحتاج إلى دليل معمم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والاقباض، واطمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة. { ١ }

الثاني: ما نسب إلى المحقق الخراساني، وأوضحه المحقق الأصفهاني قدس سره، وهو: إن الإجازة لا بد وأن تتعلق بماله بقاء واستمرار كالأموال الاعتبارية الانتزاعية من أسباب خاصة، وأما الأفعال الخارجية فليس لها بقاء كي تنسب بالإجازة إلى المالك، وهي لا تصلح لأن توجب انتسابها في زمانها إلى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم ما به الانتساب، وصيرورتها منتسبة من حين الإجازة بعد ما لم تكن كذلك يستلزم انقلاب الشيء عما وقع عليه.

وفيه: إن الإجازة كما عرفت عبارة عن إظهار الرضا بما صدر، والرضا كما يتعلق بالأمر الاعتباري، كذلك يتعلق بالفعل الخارجي. وكما يتعلق بالأمر المقارن والمتأخر كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، وهي توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الإجازة، وهذا غير انقلاب الشيء عما وقع عليه، مع أن المراد بالقبض ليس هو إلا كون الشيء تحت الاستيلاء والسلطنة وهذا أمر له بقاء واستمرار. فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثاني.

{ ١ } واستدل المصنف لما اختاره وأوضحه: بأن قبض الثمن الشخصي قابل للإجازة من جهة أن مرجع إجازته إلى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ففي الحقيقة لا يكون القبض عنده قابلا للإجازة، وإنما تكون الإجازة والرضا به رضا بآثره، و هو اسقاط الضمان. وكذلك الاقباض، فإن مرجع إجازته إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع، وأما قبض الثمن الكلي وتشخيصه به فهو لا يكون قابلا للإجازة، فإنه حيث لم يتعين الكلي في المقبوض بيد الفضولي فليس هناك ضمان المعاوضة على

المشتري، بل الثمن باق على كليته، والمفروض أن القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا وجه لجريان الفضولية فيه وتصحيحه بالإجازة.

وفيه: - مضافا إلى ما عرفت من ضعف المبنى - يرد على ما أفاد في قبض الثمن الشخصي: إن ضمان المشتري للثمن قبل القبض إنما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، وهو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا ماليا كي يكون قابلا للاستقاط.

وما أفاده المحقق النائيني قدس سره من أن ذلك إنما يكون من جهة الشرط الضمني إذ كل من البائع والمشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثلن وليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم وإن لزم منه كون ذلك من الحقوق، إلا أنه لا يتم، فإن لازم

ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر (١) واستدل السيد لما ذهب إليه: بأن الفضولية إنما تجري في التصرفات المعاملية لا في الأفعال الخارجية، والقبض في المعين من الأفعال الخارجية وفي الكلي من التصرفات المعاملية، فإن ذلك يكون من باب الوفاء، وهو في اللب مبادلة بين الكلي و الفرد المتشخص - وقد عرفت ما فيه - فالأظهر قابليتهما للإجازة. الجهة الثانية: إنه هل يأتي في القبض نزاع الكشف والنقل أم لا؟ وجهان: أظهرهما الثاني، لأن ذلك النزاع في العقد إنما يكون من جهة أن وراء العقد شيء وهو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، وهذا بخلاف القبض، إذ ليس وراءه شيء، فالقبض كالعقد نفسه فكما أنه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فآثار قبض المالك تترتب عليه من حين الإجازة،

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الخيار.

وعن المختلف أنه حكى عن الشيخ: أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثم ضعفه بعدم استلزم إجازة العقد لإجازة القبض، وعلى أي حال فلو كان إجازة العقد دون القبض لغوا، كما في الصرف والسلم بعد قبض الفضولي والتفرق، كان إجازة العقد لإجازة للقبض صوتاً للإجازة عن اللغوية. { ١ }

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

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

{ ١ } كانت أجازت العقد إجازة للقبض صوتاً للإجازة عن اللغوية.

وأورد عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشيين منهم السيد قدس سره، وهو: إن ذلك - أي الذي ذكره

راجع إلى مقام الأثبات، وثبوت الدلالة على إجازة القبض، وهذا إنما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، وقابلية القبض للفضولية وأن يصح بالإجازة، والمصنف قدس سره يرى عدم

قابليته لها في الكلبي.

وفيه: أولاً: إن المصنف يلتزم بعدم قابليته لها، وإنما لم يقدّم عليه دليل على صحة

القبض بنفسه بالإجازة، وعليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفي في صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطة به.

وثانياً: إن عدم قابلية القبض للإجازة إما أن يكون من جهة أنه لا يكون من

التصرفات المعاملية كما أفاده السيد قدس سره، أو يكون من جهة عدم قابلية للانتساب إلى المجيز كما عن المحقق الخراساني قدس سره، وشئ منهما لا مورد له في هذا القبض،

أما الأول: فلأنه دخيل في صحة العقد وفي ترتب الآثار الوضعية والأمر الاعتباري، فهو من التصرفات المعاملية.

ولو قال أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان { ١ }

وأما الثاني: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، إذ الشرط إنما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحت المعاملة بالإجازة كفي قبض الفضولي في الصحة، ولا يخفى أن مرجع هذا إلى عدم الاحتياج إلى إجازة القبض، وأن الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته ونفوذه.

الايراد الثاني: إن إجازة القبض إنما توجب انتساب القبض إلى المجيز من حين الإجازة بعد التفرق، وهو لا يكفي في صحة المعاملة، فإن الشرط هو القبض قبل التفرق، والجواب عنه هو الجواب الثاني عن الايراد الأول.

الايراد الثالث: ما أفاده جمع منهم السيد والمحقق النائيني قدس سره، وهو: إنه إنما يتم إذا كان المجيز عالماً بأن البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض. وفيه: إنه إذا كان بصدد إجازة العقد بجميع ما تتوقف صحة العقد عليه كفي في كونه إجازة له، مضافاً إلى ما عرفت من كفاية إجازة العقد في صحة القبض فراجع. فتحصل: إن الأظهر الاكتفاء بإجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي المكاسب { ١ } ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان:

الحق أن يقال: بناء على أن العبرة بقبض المتبايعين، وأنه لا يلزم انتسابه إلى المالكين، يتعين البناء على الصحة لفرض إجازة العقد وعدم كون قبضه موضوع الأثر كي يلزم إجازته ويضر رده،

وأما بناء على لزوم إجازة القبض فالظاهر أن إجازة العقد إجازة للقبض للغوية إجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، إذ لا ينفك الشرط عن المشروط

السادس: الإجازة ليست على الفور للعمومات، ولصحيحة محمد بن قيس { ١ } وأكثر المؤيدات المذكورة بعدها ولو لم يجز المالك، ولم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه وإليه على القول بالكشف، فالأقوى { ٢ } تداركه بالخيار أو اجبار المالك على أحد الآخرين

وعليه فإذا تقدمت الإجازة لغى الرد لكونه ردا بعد الإجازة، وإذا تقدم الرد لم يفد الإجازة بناء على اعتبار أن لا تكون مسبقة بالرد، وإلا صحت.

الإجازة ليست على الفور

{ ١ } السادس: هل الإجازة على الفور فمع التأخير تسقط أم لا؟ فيه وجهان أقواهما الثاني: لاطلاق الأدلة، وصحيح محمد بن قيس المتقدم. (١)

وعليه، فلو لم يجز المالك ولا رد،

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

أم يتعين ثبوت الخيار - كما ذهب إليه جمع -

{ ٢ } أم يثبت الأمران بنحو التخيير - كما اختاره المصنف قدس سره - وجوه؟

وليعلم أن محل الكلام إنما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و

فيما انتقل إليه، وأما إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه إما لعدم لزوم العقد عليه أو لجوازه،

حتى بناء على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم

الإجازة والرد.

وأیضا الظاهر أن محل الكلام ما لو لم يكن الأصيل عالما بكون طرفه فضوليا،

أو كان مطمئنا بأنه يجيز المالك أو يرد، وأما إذا كان عالما به ولم يكن مطمئنا بشيء

منهما،

فمن حيث إنه مقدم على الضرر لا يجري شيء من الوجوه.

وكيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثاني، إذ الاجبار إنما يكون لأحد

أمرين: إما الامتناع عن الحق من جهة أن السلطان ولي الممتنع، أو للامتناع عن امثال

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

السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا وجهان: { ١ } الأقوى التفصيل، فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما وضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار

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

ومن الواضح أن عقد الفضولي لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك - كما تقدم - ولا وجوب الإجازة أو الرد عليه، فالاجبار لا مورد له، وقاعدة (٢) نفي الضرر لا تصلح لاثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهي توجب نفي لزوم العقد على الأصيل. فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

{ ١ } السابع: هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً أم لا، أم بفصل بين المطابقة من حيث الجزء، والمطابقة من حيث الشرط؟ أقوال. وتنقيح القول بالبحث في مقامين:
الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بأن يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.
الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، وأما في صورة الاختلاف من حيث المباينة كما لو وقع العقد على فرس فأجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.
أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
الأول: فيما إذا كان محذوفاً،

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب الأمر والنهي وما يناسبهما وغيره من الأبواب.
(٢) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار - حديث ٣ - ٤ - ٥.

ولو أوقع العقد على شرط فأجازته المالك مجرداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط { ١ } وإن كان قابلاً للتبويض من حيث الجزء. { ٢ } ولذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط، ولو انعكس الأمر بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً

وما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، والظاهر هو الانحلال في جميع الموارد إلا إذا كانت من قبيل إجازة الحصة الخاصة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد، فإنه حينئذ ما تعلق الإجازة به لا يكون معقوداً عليه كما لا يخفى. وأما المقام الثاني: فالكلام فيه تارة: في الشرط المحذوف، وأخرى: في المضاف. أما الجهة الأولى: فلا ينبغي الإشكال في الصحة بناء على ما هو الثابت في محله من أن الشرط إنما هو التزام في التزام، لا أن الالتزام العقدي معلق عليه بحيث لا التزام بدونه، فإن الإجازة حينئذ تكون متعلقة بالالتزام العقدي، فما أفاده المصنف قدس سره في وجه عدم الصحة { ١ } من عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط.

ضعيف لما عرفت من أن الشرط التزام مستقل في ضمن الالتزام العقدي. { ٢ } وأضعف منه تفصيله قدس سره بين الشرط والجزء بالالتزام بالتبويض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من أن قبول العقد للتبويض من حيث الشرط أولى من قبوله التبويض من حيث الجزء، مضافاً إلى أن كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه. وهل يثبت الخيار للأصيل أم لا؟ وجهان، والحق أن يقال: إن الشرط إن كان للمالك على الأصيل - كما لو أوقع الفضولي العقد مع اشتراط أن يخيط الأصيل ثوب المالك فأجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأن مرجع ذلك إلى إسقاط المالك حقه، ولا اشكال في ذلك، وكذلك أن كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد

الإجازة، وأما إن كان للأصيل على المالك ولم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، وهو واضح.

ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول { ١ } إذا رضي به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلا إذا تقدم على الإيجاب [ليرد الإيجاب] عليه أيضا أو بطلانها لأنه إذا لغى الشرط لغى المشروط لكون المجموع التزاما واحدا وجوه أقواها الأخير. { ٢ }
وأما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور. { ٣ }
الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف { ٤ } بالبلوغ والعقل

{ ١ } وأما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، وكون الإجازة بمنزلة الإيجاب أو القبول لا يوجب اسراء أحكامهما إليها، مضافا إلى أن الشرط المذكور في ضمن أحدهما وحده لا يفيد، وأما المشروط فإن كانت الإجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضمنا إلى الالتزام الشرطي صح، لكون العقد مجازا و ضم اللغو إليها لا يمنع عن تأثيرها في صحة العقد، وإن كانت التزاما واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح،
والظاهر هو الأول، لأن الواقع إنما هو العقد المجرد، والمجيز يريد ضم الشرط إليه، فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد إنما يكون للإجازة بالشرط، وحيث إن الشرط - كما تقدم - إنما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام، وفي المقام يكون

هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغوئته لا تلازم لغوية الإجازة. فما في المكاسب.
{ ٢ } من تقوية البطلان في غير محله.
اعتبار كون المجيز جائز التصرف حال الإجازة
{ ٣ } وأما القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان أمور:
{ ٤ } الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ و العقل والرشد بلا اشكال، فإن الإجازة تصرف معاملي في المال، فإذا كان المجيز غير جائز التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف

والرشد، ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض { ١ } ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز، حين { ٢ } العقد فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة

إنما يكون الأثر من قبل، وإلا فالإجازة هي التي تؤثر في ذلك. ودعوى أنه على القول بأن المؤثر في النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المنتزع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقيب، يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا حينئذ، مندفعة بأنه على هذا المسلك أيضا لا يكون التعقيب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقيب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولي الملحق بالإجازة

{ ١ } قوله: ولو أجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض.. وربما يورد عليه: بأن منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف في حال الصحة، وكان القبض في حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، والإجازة شرط لتأثير عقد الفضولي، فلا يضر وقوعها في حال المرض ولا يوجب دخولها في المنجزات.

ولكن يدفعه أن للإجازة حيثيتين: إحداهما: حيثية الرضا. الثانية: حيثية الانتساب إلى المالك. وهي من حيثية الثانية بنفسها تصرف معاملي وموجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق أن الإجازة في حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مجيز في الحال { ٢ } الثاني: اختلفوا في أنه هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد أم لا؟

وما يحتمل أن يكون محل الكلام بين الأعلام في بادئ النظر أمور:

ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط قولان: أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. واستدل له بأن العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائما { ١ }

أحدها: إنه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد أم لا يعتبر ذلك وإلى هذا نظر البيضاوي في إيراده على العلامة قدس سره: بأنه لا يتم على مذهب الخاصة من وجود الإمام عليه السلام في ولكن يمكن دفع إيراده: أولا: بالنقض بأنه لا يتم على مذهبهم أيضا من وجود خليفة المسلمين في كل عصر. وثانيا: إنه في نكاح الصغار يكون الولي منحصرًا بالأب والجد والوصي على خلاف فيه. هكذا قيل. ثانيها: إنه هل يعتبر أن يكون مجيز فعلي حين العقد بأن يكون متمكنا من الإجازة أم لا يعتبر؟

ثالثها: إنه هل يعتبر أن يكون المجيز جائز التصرف حين العقد شرعا أم لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا أن بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولي أن يجيزه من جهة أنه وإن لم يكن التصرف جائزا له حين البيع لعدم المصلحة إلا أنه يجوز له حين الإجازة، أم لا؟ والظاهر أن محل النزاع هو الأخير دون الأولين، أما الثاني منهما فلو ضوح عدم اعتبار مجيز فعلي، ولذا لو كان المالك نائما أو غائبا لم يتوهم أحد من القائلين بصحة الفضولي فساده وعدم جواز الإجازة بعد الحضور واليقظة.

وأما الأول: فلعدم ملائمته مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث. وكيف كان: فقد استدل لاعتباره بوجهين: { ١ } الأول: إن صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنعت في زمان امتنعت دائما،

وبلزوم الضرر على المشتري { ١ } لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضي ولا في الثمن لامكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه ويضعف الأول مضافاً إلى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً سواء قلنا بالنقل أم بالكشف.

وأما الضرر، فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة، هذا كله مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، الشاملة لصورة وجود ولي النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم وصورة عدم وجود الولي بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح وانحصار الولي في الأب والجد والوصي على خلاف فيه، وكيف كان فالأقوى عدم الاشتراط وفاقاً للمحكي عن ابن المتوج البحراني والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة رحمهم الله

وإن شئت قلت: إن عقد الفضولي الذي تمتنع إجازته حين العقد ويمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحاً بالصحة التأهيلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، وليس معنى الصحة التأهيلية إلا ذلك.

{ ١ } الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لامكان عدم الإجازة، هذا على الكشف ولعدم تحقق المقتضي هذا على النقل، ولا في الثمن لإمكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه.

وفيه: - مضافاً إلى النقص بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدم - تقريره في التنبيه السادس من تنبيهات الإجازة.

والجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، وهو: تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل.

فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

ثم اعلم أن العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم. وحكى عن بعض العامة وهو البيضاوي على ما قيل الايراد عليه بأنه لا يتم على مذهب الإمامية من وجود الإمامية من وجود الإمام (ع) في كل عصر وعن المصنف قدس سره أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه وانتصر للمورد بأن نائب الإمام وهو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار في غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدل أيضا، فإن أريد وجود ذات المجيز فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكّن من الإمام عليه السلام وإن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدل إذا لم يطلعوا على العقد. فالأولى ما فعله فخر الدين والمحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد { ١ } سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضي أو للمانع وعدم المقتضي قد يكون لأجل عدم كونه مالكا ولا مأذونا حال العقد. وقد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما والمانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن، ثم فك الرهن فالكلام يقع في مسائل:

عدم اشتراط كون المجيز جائز التصرف حين العقد
{ ١ } الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد، أم لا يعتبر ذلك، أم هناك تفصيل؟ وجوه:
وقبل الشروع في المطالب ينبغي تقديم أمور:
الأول: إنه بناء على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق بينه وبين هذا واضح، وأما بناء على كون البحث فيه في أنه هل يعتبر وجود مجيز جائز

الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر { ١ } والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة.

وأخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما في الثالثة.
الرابع: إن المصنف قدس سره جعل المسألة الأولى أعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن،

أو لعدم المقتضي بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما أنه جعل المسألة الثانية - وهي عدم الملك حال العقد - مسألتين لتعدد الجهة من حيث الإجازة وعدمها. إذا عرفت هذه الأمور تعرف أن ما سلكه المصنف قدس سره في عنوان هذا البحث وتشقيقه الشقوق هو الصحيح.

وكيف كان: فالكلام يقع في مسائل:
لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف
{ ١ } المسألة الأولى: أن يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل يصح البيع بالإجازة أم لا؟
والكلام في هذا المسألة يقع في جهات:
الأولى: في صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.
الثانية: في عتقه.

الثالثة: في احتياج صحة البيع إلى الإجازة بعد ارتفاع الحجر وعدمه.
الرابعة: في جريان نزاع الكشف والنقل في رافع الحجر وعدمه.
الخامسة: في بيع الصبي والمجنون والسفيه.

الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره { ١ } لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو: ما لو باع شيئاً، ثم ملكه، وهذه تتصور على صور، لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك، و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث ثم البائع الذي يشتري الملك، إما أن يجيز العقد الأول وإما أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له، والمهم هنا التعرض، لبيان ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك وأجاز وما لو باع واشترى ولم يجز ويعلم حكم غيرهما منهما. أما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها { ٢ } فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر: فيما إذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكاة أو رهنه، أنه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ صح البيع والرهن. و فيه اشكال لأن العين مملوكة وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفا فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإن الراهن إذا باع ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم، ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة. وبهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في تعليق الإرشاد، وهو البطلان

من باع شيئاً ثم ملك { ١ } قوله الثانية: يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره. لكن المعنون في كلمات الأصحاب المسألة الأولى وهي ما لو باع شيئاً ثم ملكه، وهذه تتصور على صور إلا أن المهم منها اثنتان.

{ ٢ } إحداهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه وأجاز، والأقوال فيها ثلاثة: الأول: البطلان اختاره صاحب المقاييس قدس سره. الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق والشيخ قدس سره وجمع آخرون.

ومال إليه بعض المعاصرين تبعاً لبعض معاصريه، والأقوى هو الأول للأصل { ١ }
والعمومات السليمة عما يرد عليه ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما
يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح وجامع المقاصد.
الأول: إنه قد باع مال الغير لنفسه وقد مر الاشكال فيه، { ٢ } وربما لا يجري
فيه بعض ما ذكر هناك.

وفيه أنه قد سبق أن الأقوى صحته { ٣ } وربما يسلم هنا عن بعض
الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان. { ٤ }

الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نسب ذلك إلى المصنف قدس سره، وفي
النسبة ما لا يخفى، فإن منشأها افتاؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة أيضاً إن اغترم حصة
الفقراء، مع أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة ذهابه قده إلى أن تعلق الزكاة بالعين من قبيل
حق الرهانة أو الجناية، ويمكن أن يكون للنص الخاص. (١)

{ ١ } وكيف كان: فقد استدل المصنف للصحة - مضافاً إلى العمومات - بالأصل:
وفيه أنه إن أراد بالأصل هو أصالة البراءة، فيرد عليه: إن الأصل في المعاملات هو الفساد.
وإن أراد به أصالة البراءة، فيرد عليه: إنه قدس سره بنى على عدم الرجوع إليها عند الشك
في جزئية شئ أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدم منه في مقدمة الكتاب
- فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، ولكن على المختار لا بأس
بالاستدلال به أيضاً

فمقتضى العمومات والأصل هي الصحة.

وقد استدل للبطلان بأمور:

{ ٢ } الأولى: إنه قد باع مال الغير لنفسه، وربما لا يجري فيه

بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

{ ٣ } وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأن الأقوى صحته

{ ٤ } قال وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب ما تحب فيه الزكاة.

الثاني: إنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضى المالك و القدرة على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز { ١ } لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه، وفيه أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا لأن الداعي على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم، وقبح التصرف فيها بغير رضاهم. وهذا المعنى لا يقتضي أزيد مما ذكرنا. وأما القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكتفي بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة، وهذا كلام آخر لا يقدر التزمه في صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها

فتحصل: إن ما أفاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك، ولكن ما ذكرناه هناك في وجه التصحيح ودفع هذا الاشكال - من أنه لو باع لنفسه مع عدم

البناء على الملكية فأجازته المالك صح ووقع للغاصب، ولو باع لنفسه مع البناء عليها، فحيث إن انشاءه بالمطابقة يدل على تملك المعوض، وبالالتزام يدل على المبادلة المذكورة، فيصح للمالك إجازة هذا المدلول الالتزامي فيقع له، كما له إجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب - يجري في المقام كما لا يخفى. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه. { ١ } الثاني: إن بيع الفضولي لا بد وأن يكون واجد الجميع ما يعتبر في صحة البيع سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صح فعلا، وحيث إن من جملة شرائط صحة البيع التي باجتماعها يصير البيع صحيحا بالصحة التأهيلية - ولا ينتظر في ترتب الأثر عليه سوى الإجازة - كون من يراد وقوع البيع له قادرا على التسليم وامكان الرضا منه - كما في عقد الفضولي في سائر المقامات والمقام ليس كذلك - فإن من يراد وقوع البيع له هو الفضولي، وهو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة في النقل - أي قدرة من بيده أمر المال وكذلك رضاه - فهذا البيع الفضولي غير صحيح بالصحة التأهيلية، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. هذا غاية ما يمكن أن يقال في توجيهه. هذا الأمر.

الثالث: إن الإجازة حيث صحت كاشفة { ١ } على الأصح مطلقا لعموم الدليل الدال عليه، ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، وفيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقا عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد، { ٢ } حتى فيما لو كان المجيز غير المالك حين العقد، فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد في المحل القابل للعقد عليه، ولا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكة، فكما أن مالكة الأول إذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني

والجواب عنه: إن المراد من اعتبار الرضا في المالك إن كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة ويصير مخاطبا بخطاب (أوفوا) ففي المقام موجود، فإن حال الإجازة هو حال إنفاذ المعاملة.

وإن كان المراد منه اعتبار رضا المالك في حال العقد، فيرد عليه: إنه غير معتبر قطعا لأنه في أغلب موارد بيع الفضولي لا يكون ذلك موجودا إما للكراهة أو للغفلة أو لغيرهما، ولم يتوهم أحد فساد المعاملة من هذه الناحية. وعلى أي تقدير لا دليل عليه. وإن كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو أول الدعوى، ولا دليل عليه.

وأما القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف قدس سره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، وهو أيضا لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة وغيرها إنما يقتضي اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، وتنتسب هي إليه. وحيث إن حال الإجازة حال الالتزام بها و إنفاذها، والمفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع، ولو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيرده ما أفاده الشيخ قدس سره من: إن الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط.

{ ١ } الثالث: إن الإجازة كاشفة في موارد صحتها، والالتزام به في المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول في ملكه.

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف قدس سره بما حاصله: إنا نلتزم في المقام بخروج المال عن

إذا رضي يقع البيع له ولا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، وحينئذ فإذا ثبت بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز في أول أزمته قابليته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلي ولا شرعي حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلا أو شرعا أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضي الصحة، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلا ولا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، ولا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ

ملك المجيز من أول أزمته قابليته، لأنه لا مانع عقلا ولا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، وعليه فإذا صدر العقد ورضي المالك الفعلي به وأجازته يقع البيع له، ولازمه خروج المال عن ملكه من أول أزمته قابليته للتأثير. الذي يلوح من صدر كلامه ويصرح به في آخره: إنه قدس سره ظن أن صاحب المقاييس لا كلام له في وجود المقتضي للصحة، وإنما كلامه في وجود المانع، فأجاب عنه: بأن المانع إنما يمنع عن التأثير في الملكية من حين العقد، ولا يمنع عن التأثير في الملكية من بعد حصول الملك للبائع.

ولكن الظاهر من كلامه قدس سره أنه لا مقتضي للصحة، وحاصل ما أفاده: إن دليل صحة بيع الفضولي والقول بالكشف دليل واحد، وهو أن العقد إنما هو نقل من حينه، والإجازة تتعلق بهذا، والامضاء الشرعي متعلق بذلك أيضا، وحينئذ ففي المقام لا يمكن شمول العمومات وأدلة الامضاء للعقد، فلا مقتضي للصحة، وذلك لأنه إن التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكا للمشتري من حين العقد لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، وإن التزمنا بشمولها له والانتقال إليه من بعد صيرورته مالكا لزم الالتزام بالتبعيض في مضمون العقد، مع أنه أمر واحد والتزام فارد متعلق بنقل المال من حينه إلى الأبد و لا يتعدد.

التخصيص إنما يقدح مع القابلية، كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق في دليل الكشف من أن معنى الإجازة امضاء العقد من حين الوقوع، أو امضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها، إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

الرابع: إن العقد الأول، إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء ملك مالكة الأصلي، فيكون صحة الأول مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك والمشتري معا في زمان واحد، و

هو محال لتضادهما { ١ } فوجود الثاني يقتضي عدم الأول وهو موجب بتعدد الزمان كي يقال بتعلق الامضاء ببعضه دون بعض، بل هو أمر واحد إما يمضيه الشارع من الأول أو لا يمضيه، فلا يقع إلى الأبد. وفي باب الصرف والسلم دل الدليل الخاص على حصول النقل والانتقال من بعد القبض، وهو في المقام مفقود فعلى هذا المسلك في الكشف لا مناص عن البناء على البطلان في المقام. نعم بناء على ما سلكه المصنف قدس سره من أن العقد لا يكون مفاده سوى التملك، و الإجازة متعلقة بذلك، والامضاء متعلق به أيضا، ولم يؤخذ الزمان فيه أبدا وإنما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة في المقام للعمومات كما أنه بناء على ما اخترناه في الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابي بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد إلى شراء البائع وانتقاله إليه ملك لمالكة الأول، ومن ذلك الوقت إلى زمان الإجازة ملك للمجيز، وبعد الإجازة يصير ملكية المشتري الأول من حين العقد فالخروج إنما يكون من حين الإجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، وأما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات وخطاب (أوفوا بالعقود).

{ ١ } الرابع إن صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثاني كي يصير المال ملكا للمجيز فيجيز، وصحة الثاني تستلزم ملكية المالك الأصلي إلى حين العقد الثاني، فعلى

لعدم الثاني أيضا فيلزم وجوده وعدمه في آن واحد وهو محال، فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك والمستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معا في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا، أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه. قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها في الحقيقة رفع اليد واسقاط للحق، ولا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

أقول: قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد. وحينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم، وتوقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلم أيضا. فقوله صحة الأول يستلزم كون المال ملكا للمالك والمشتري في زمان ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي، نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال، إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد، ولكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث. وقد تقدم منعه، فلا وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى، نعم يبقى في المقام { ١ } الأشكال الوارد في مطلق الفضولي

الكشف يلزم اجتماع المالين - أي المشتري الأول والمالك الأصلي - قبل العقد الثاني و بعد الأول على مال واحد في زمان واحد، وهو من اجتماع الضدين، ويلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود أحد الضدين عدم الآخر. والجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح.

{ ١ } إنما الكلام في المقام في الإشكال العام الذي أوردوه على القول بالكشف (ويذكر ذلك في المقام لمناسبة غير خفية) وهو: إن صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز، مالكا، لأن إجازة غير المالك كالعدم، والمفروض أنها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد وقبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، والمصنف قدس سره يسلم الإشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

على القول بالكشف وهو كون الملك حال الإجازة للمجيز والمشتري معا، وهذا اشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا، غير الاشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري. نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني. لوجوب التزام ملكية المالك الأصلي حتى يصح العقد الثاني، ومالكية المشتري له، لأن الإجازة تكشف عن ذلك وملكية العاقد له لأن ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه، وإلا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد لأن إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره. ثم إن ما أجاب به عن الاشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يضمن ولا يغني، لأن الإجازة إذا وقعت فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها، لأن الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي والمالك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة { ١ } ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

الحق أن يقال في الجواب عن ذلك: إنه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هي إجازة، بما هي إجازة، بل اللازم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كي يكون النقل عن ملكه بإجازته وامضائه، وعليه ففي المقام بما أن زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان وهو متحقق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور. وأما على الكشف المختار فالإشكال غير وارد أصلا لفرض اتصال ملكيته بالإجازة كما لا يخفى، مع أنه يمكن أن يقال بكفاية كونه ملكا له إن لم يجز، وإن لزم من الإجازة كونه ملكا لغيره، ونظيرها في ذلك الاقرار على ما في اليد بأنه للغير، فإنه لولا الاقرار على أن ما في يده للغير يكون له وإن كان بالاقرار يكون لغيره، فايراد المصنف على صاحب المقاييس بقوله.

{ ١ } لمالك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني من كفاية الملك الظاهري في الأول دون الثاني تحكم صرف، خصوصا مع تعليقه بأن الإجازة رفع لليد و اسقاط للحق، فليت شعري أن اسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعا، مع أن الإجازة رفع لليد من الملك أيضا بالبدئية، والتحقيق أن الاشكال إنما نشأ من الاشكال الذي ذكرناه سابقا في كاشفية الإجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: إن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول { ١ } وعن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من إجازته، كما لو بيع المبيع من شخص آخر فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني، حتى يصح ويلزم، فعلى هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر وتوقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري الغير الفضولي، وهو من الأعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن والمثمن وتملك

غير وارد إذ الظاهر أن ما ذكرناه مراد صاحب المقاييس من قوله يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا فلا يرد عليه ما أفاده المصنف قدس سره:

{ ١ } الخامس: إن الإجازة لما كشفت عن صحة العقد الأول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكا للمشتري الأول، فصحة الثاني، تتوقف على إجازته، وهي تتوقف على صحة الأول المتوقفة على إجازة المشتري الأول فيلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، وأيضا يلزم توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي، وهو محال، فإن لزمه عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، أما عدم تملكه المثمن فلفرض انتقاله عنه بالبيع، وأما عدم تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه إلى المالك الثاني و الثمن في العقد الثاني ينتقل إلى المشتري الأول لوقوعه

المشتري الأول المبيع بلا عوض إن اتحد الثمن ودون تمامه إن زاد الأول ومع زيادة إن نقص لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن وهو ظاهر.

والجواب عن ذلك ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد وهو ممنوع. { ١ }
والحاصل أن منشأ الوجوه الأخيرة شيء واحد والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة، قد نبه عليه في الإيضاح وجامع المقاصد.

في ملكه، فيلزم انتقال المثلث والثمن في العقد الثاني إلى المشتري الأول. أما كون اللازم الأول محالا فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، ومقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، وتملك المثلث على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شيء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين.

وأما كون الثاني محالا فلأن مقتضى المعاوضة أن يملك المشتري بعوض بعينه، ولا يعقل تحققها وتخلف مقتضاها عنها.

وأجاب المصنف قدس سره عن هذا الإيراد: بأنه يرد على القول بالكشف من حين العقد ولو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور أصلا.

وأجاب السيد المحشي قدس سره عن لزوم توقف كل من الإجازتين على الأخرى و صحة العقد الثاني على إجازة المشتري الأول: بأن بيع مال الغير إنما يكون موقوفا على إجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، وفي المقام إنما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع والإجازة، ومثل هذا لا يعقل أن يكون موقوفا على الإجازة فصحة العقد الثاني، وإجازة المشتري الثاني لا تتوقفان على إجازة المشتري الأول. وفيه: إن جميع ما ذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على إجازته يدل على توقفها عليها في المقام.

فالحق أن يقال: إن هذا المحذور إنما يلزم على القول بالكشف المشهور، وأما على الكشف المختار فإن بنينا على الكشف من حين العقد الثاني كما مر فالأمر واضح

السادس: إن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمها، ولو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني، فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن وهو لا يجمع صحة العقد الأول { ١ } فإنها تقتضي تملك المالك للثمن الأول وحيث وقع الثاني يكون فسخا له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخرة.

وبالحملة حكم عقد الفضولي قبل الإجازة، كسائر العقود الجائزة بل أولى منها فكما أن التصرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي.

والجواب إن فسخ عقد الفضولي هو انشاء رده.

وأما الفعل المنافي لمضيه كتزويج المعقودة { ٢ } فضولا نفسها من آخر، و بيع المالك ماله المبيع فضولا من آخر، فليس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي

وأما إن قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث إن العقد الثاني واقع في ملك المالك الأصلي فيصح بلا توقف على شيء وينتقل ثمنه إليه، فإذا أجاز المشتري العقد الأول الذي أوقعه فضولا لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل في الملكية والكشف في المملوك، وهذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني في ملك المالك بالفعل، فإن هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فإنه دقيق.

{ ١ } السادس: إن العقد الأول إنما يصح بالإجازة، ومن شرائطها عدم مسبقيتها بالرد، والعقد الثاني يستلزم الرد، فإنه لا يجمع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لتمام المالك للثمن الأول، فلا محالة يكون الثاني فسخا للأول وإن لم يعلم بوقوعه، فلا تجدي الإجازة المتأخرة.

{ ٢ } وأجاب عنه المصنف قدس سره بأن الرد والفسخ تارة: يكون بانشائه قولاً لو فعلاً، وأخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة.

والثاني على قسمين: أحدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأساً. ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة إلى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة إلى غيره.

غاية ما في الباب أن الفعل المنافي لمضي العقد مفوت لمحل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحا فات محل الإجازة، ويخرج العقد عن قابلية الإجازة، إما مطلقا، كما في مثال التزويج أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول، فللمالك الثاني أن يجيز، نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعا، ولعموم تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. فالحاصل أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخا أنه ابطال لأثر العقد في الجملة فهو مسلم، ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة إلى المالك الثاني فيكون له الإجازة، وإن أريد أنه ابطال العقد رأسا فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسمية مثل ذلك الفعل ردا في بعض الأحيان من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله بحيث يكون الإجازة منه بعده لغوا، نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا، لم يعد كونه كالانشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر في المطلب

وفي المقام بما أنه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، والبيع ليس كالعقد موجبا لعدم بقاء المحل رأسا كي ينحل العقد رأسا، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة إلى المالك لخروج المال عن ملكه وأما الفضولي الذي اشتراه فمحل الإجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع من شمول أدلة النفوذ له، ولا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة أنه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فإنه هناك لو لم ينحل لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، وهذا بخلاف المقام كما هو واضح.

وما أفاده المحقق النائيني قدس سره من: أنه إذا كان فعل مفوتا لمحل الإجازة، بالإضافة إلى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالإضافة إلى غيره أيضا، إذ البيع عبارة عن تبادل طرفي الإضافة مع اعتبار تعلق الإضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الإجازة بالإضافة إليه ليس له الإجازة والفضولي الذي اشترى المال لم يكن أحد طرفي الإجازة فليس له ذلك أيضا كما ليس له الرد.

إذ المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من قابلية لحوق الإجازة. وأما الالتزام في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي فلأن صحة التصرف المنافي تتوقف على فسخ العقد، وإلا وقع في ملك الغير { ١ } بخلاف ما نحن فيه، فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولا صحيح في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة.

ومن ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله أخيرا. وبالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدود على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الأولوية وسيجئ مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد

يرد عليه: إن مآل هذا إلى أنه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد وما تعلق به الإجازة، وهذا هو الإشكال الثاني، والجواب عنه قد تقدم، والكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو. وما أورده المحقق الأيرواني قدس سره عليه بأن: البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الأجمال وإن لم يلتفت إلى العقد ولم يعلم به، فكل فعل للمنافي فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد وفعل ما ينافيه. يمكن دفعه: بأن انشاء الرد إنما هو كسائر الانشاءات متقوم بالقصد وبدونه لا يتحقق، فما أفاده الشيخ قدس سره متين.

{ ١ } نعم ما ذكره أخيرا في وجه كون الفعل المنافي موجبا لانفساخ العقد في البيع الخياري يمكن أن يورد عليه: بأنه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لانشاء الرد لم يرد إلا بذلك، لأنه، لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، وأصالة الصحة في الفعل لا تصلح لإثبات تحقق قصد الرد. فتدبر، مضافا إلى أنه قد تقدم عدم قدح الرد في تأثير الإجازة.

(السابع): الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك { ١ } فإن النهي فيها أما لفساد البيع مطلقا بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولي، وأما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان

السابع: النصوص الخاصة، وهي طائفتان:

{ ١ } الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، و

قد تقدم (١) في أوائل بيع الفضولي أنها بحسب السند لا كلام فيها. وتقريب دلالتها: أنها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المالك و المخاطب، أو بالنسبة إلى خصوص المخاطب. وباطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع ولو صار مالكا وأجاز. بل الظاهر منها إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان.

وأجاب عنها المصنف قدس سره: بعد نقل الروايات الخاصة بأنها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، وهذا لا ينافي ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة. وفيه: إن مقتضى اطلاقها عدم ترتب الأثر عليه وإن أجاز وأجابوا عنها بأجوبة آخر أحسنها جوابان - وقد تقدما -

أحدهما: إن الظاهر البدوي من النبوي النهي عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له أم لا، قدر على تسليمه أم لا، كليا أم شخصا وحيث إنه لا يمكن الالتزام به

تعيين حمله إما على النهي عن بيع ما ليس مملوكا له. أو على النهي عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، وإن لم يكن الثاني أقرب لا كلام في عدم أقربية الأول.

(١) راجع ص ٣٣.

إلى البيان، وخصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي: اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها أربحك كذا وكذا، قال: لا بأس بذلك اشترها ولا تواجهه قبل أن تستوجبها أو تشتريها. ورواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم، الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفياً ويحرم اثباتاً، كما فهمه في الوافي، أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء ويحرم إذا وقع قبله أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم. ويحلل إذا كان على وجه المساومة والمرضاة. وصحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعاً لعلني أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه. وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه، قال لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما يشتريه. وصحيحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب مني بيع الحرير وليس عندي شيء، فيقاولني وأقاوله في الربح والأجل، حتى يجتمع على شيء، ثم أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: رأيت إن وجد مبيعاً هو أحب إليه مما عندك أتستطيع أن تصرف إليه عنه وتدعه، قلت نعم قال: لا بأس وغيرها من الروايات

الطائفة الثانية النصوص الخاصة، كصحيح يحيى بن الحجاج (١) خبر خالد بن الحجاج (٢) صحيح محمد بن مسلم (٣) وصحيح منصور (٤) وصحيح معاوية (٥) المذكورة جميعاً في الكتاب

-
- (١) الوسائل باب ٨ من أبواب العقود حديث ٨.
(٢) نفس المصدر ح ٦.
(٣) المصدر ح ٧.
(٤) نفس المصدر حديث ١٣.
(٥) نفس المصدر حديث ٤.

ولا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها ومن حيث التعليل في بعضها الآخر، في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وأنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له واستقلاله، فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلزام والتزام سابق لذلك المال

والجواب عن العمومات أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع وهو النقل والانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن ولا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع، ومنه يظهر الجواب عن الأخبار { ١ } فإنها لا تدل خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة وهي المسألة الآتية أعني لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة وسيأتي أن الأقوى فيها البطلان، وما قيل من أن تسليم البائع للمبيع، بعد اشتراؤه من المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إذا وقع باعتقاد البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وأنه مما لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد إجازة ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأن المعتبر في الإجازة قولاً وفعلاً ما يكون عن سلطنة واستقلال، لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيرورة

{ ١ } والمصنف قدس سره أجاب عنها أولاً بما حاصلة: أنها تدل على المنع عن الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى الإجازة، وهذا لا ينافي الصحة مع الإجازة. ثم رجع عن ذلك والتزم بدلالاتها على الفساد من جهة أن عدم ترتب الأثر المقصود على عقد إلا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض و الإجازة لا يقتضي النهي عنه بقول مطلق، بل لا بد من النهي عنه مقيداً بتجرده عن ذلك القيد. فإطلاق النهي يقتضي الفساد حتى مع الإجازة.

والحق في المقام أن يقال: إن الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في إرادة بيع الكلي، وتدل على أنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى

مال الغير حلالا لغيره يدل على عدم كفاية ذلك، نعم يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المتقدمة، بأن المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل. وهذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم، من أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي المعاملة قبل إجازة المالك أو رده لكن الطاهر بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم إرادة الزوم من الطرفين.

والحاصل أن دلالة الروايات عموما وخصوصا على النهي عن البيع قبل الملك مما لا مساع لانكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضا مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلا أنا نقول أن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار في مقابل الصحة التي هي امضاء الشارع، لما يقصد عرفا من انشاء البيع مثلا لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه، على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله على تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه وهو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد

المشتري الأول، وقد اتفق النص والفتوى خلافا للعامة على جواز ذلك، فيتعين حملها على التقية - كما يظهر من بعض النصوص المجوزة - أو الكراهة. وما ذكره بعض الأساطين وأمضاه المصنف في آخر هذا الفرع من الحكم في موردها وإن كان يحمل على التقية إلا أن ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل وهو يقتضي البطالان في بيع الشخصي. يرد عليه: إن عموم التعليل لا يقبل التبعض بأن يحمل على التقية أو الكراهة في بعض موارد وهو الكلي، والأخذ بظاهره في مورده الآخر، لا سيما وأن مورد وروده الكلي، إذ بقاءه في غير مورد الأخبار والقائه في موردها بعيد جدا. فهذه النصوص ساقطة. وأما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الكلام فيه في مبحث المعاطاة وعرفت أنه قاصر سندا ودلالة.

أما الأول: فلدوران الراوي بين ابن بختج وابن الحجاج والأول مجهول

أو ممن يملكه بعد العقد ولا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد، وقوع المنهي عنه لغوا غير مؤثر أصلا، كما يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب وبيان أن مقصوده من الفعل . المنهي عنه وهو الملك والسلطنة من الطرفين لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتابعين لا أنه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللهم إلا أن يقال: أن ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد انشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع، مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة، كالقبض في الهبة ونحوها، والإجازة في الفضولي لا يقتضي النهي عنها بقول مطلق، إذ معنى صحة المعاملة شرعا أن يترتب عليها المدلول المقصود من انشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط، لا يوجب النهي عنه إلا مقيدا بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدتهم ترتب

الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. فالانصاف أن ظاهر النهي في تلك وأما الثاني: فلأن الظاهر منه ثبوت البأس في صورة إلزام المواعيد بقبول السلعة، ووجهه عدم تحقق البيع في مفروض السؤال ويكون قوله عليه السلام إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام بيانا لذلك، لأن المراد بالكلام الالتزام البيعي، والمراد بالمحللية والمحرمية المنسوبة إليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري والثمن على البائع، ومحرمية المبيع على البائع والثمن على المشتري. وتمام الكلام في محله.

وأما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاشتراء. توضيح ذلك أن ايجاب البيع عبارة عن اقراره واثباته على الوجه الذي لا يبقى مجال لحله وفسخه من الطرفين بنحو يكون الاشتراء مقدمة للوفاء لا لتتميم المعاملة - قبل استيجابها أي جعل البيع لازما على نفسه - أو الاشتراء - أي التملك المجامع مع الخيار - والنهي عنه ارشاد إلى عدم تحققه، فيدل على عدم لزوم البيع قبل أن يملك. وهذا مما لا كلام فيه. فتحصل: إن شيئا مما استدل به على الفساد لا يدل عليه.

الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، وعدم ترتب أثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقا حتى مع الإجازة. وأما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأن النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. نعم قد { ١ } يخدش فيها أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلي، وأنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة، ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول، والمذهب جواز ذلك وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، فيقوي في النفس أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضا كروايتي يحيى وخالد المتقدمتين أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقية، لأن المنع عن بيع الكلي حالا مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة، كما صرح به في بعض الأخبار مستندين في ذلك إلى النهي عن بيع ما ليس عندك. لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي خلاف الانصاف إذ غاية الأمر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار وهو بيع الكلي قبل التملك على التقية، وهو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا فتدبر.

{ ١ } قوله نعم قد يخدش فيها أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلي هذا استدراك عما ذكره بقوله فالانصاف أن ظاهر النهي في تلك الروايات. والفرض أنه ربما يخدش في تلك الروايات وحاصلها أن دلالتها على المنع متوقف على أمور - شمولها لبيع الشخصي ودلالتها على التحريم والارشاد إلى الفساد و ظهورها في كونها في مقام بيان الحكم الواقعي. وحيث إن أكثر الروايات واردة في بيع الكلي وأنه لا يجوز بيع الكلي في ذمته ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري فهي لا تشمل ما هو موضوع البحث. وخبرا يحيى وخالد وإن كانا في بيع الشخصي لما فيهما من اشتر لي هذا الثوب، من جهة وحدة سياقهما مع الروايات الخاصة الأخر يحملان على التقية أو الكراهة، وتقدم ما هو الحق عندنا فلا نعيد.

فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور، ومما يؤيد المنع مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد { ١ } الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

إني كنت رجلاً مملوكاً فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم اعتقني بعد فأجدد النكاح؟ فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً، قال: ذلك أقرار منهم أنت على نكاحك، الخبر.

فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حراً مالكا لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا، للزوم العقد على كل تقدير.

{ ١ } قوله ومما يؤيد المنع مضافاً إلى... رواية الحسن ١ بن زياد الطائي الوارد في نكاح العبد

هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فإنه وإن كان الحسن مجهول الحال، إلا أن الراوي عنه أبان الذي هو من أصحاب الإجماع وأما من حيث الدلالة فقد أفيد في وجهها أنها صريحة في أن علة البقاء هو إقرار المولى المستفاد من سكوته فلو كان الانعتاق وحده أو مع الإجازة بعده مسوغاً للبقاء لم يكن هناك حاجة إلى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كل تقدير وفيه أولاً إن في أعمال العبد خصوصية ليست في غيره، وهي عدم استقلاله في التصرف واندكاك سلطانه في سلطان مولاه - ولذا لو باع مال غيره توقف صحته على إجازة مولاه أو إذنه، فعدم الصحة في المقام بمجرد الانعتاق أو مع الإجازة لا يلازم عدم الصحة في البيع

وثانياً أنه يمكن أن يكون نظره عليه السلام وغرضه تصحيح الزواج من الأول لأعمية نفعه وأتمية فائدته - أو يقال إن المعلول يستند إلى أسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة.

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٣.

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الرويات، { ١ } وهو ما لو باع البائع لنفسه واشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا لإجازة البائع إذا صار مالكا، وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمهم الله في التذكرة، نافيا للخلاف في فساده، قال: لا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ويمضي ليشتريها ويسلمها. وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافا لقول النبي عليه السلام لا تبع ما ليس عندك ولاشتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها وهو غير مالك لها، ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفا في الذمة سواء كان حالا أو مؤجلا فإنه جائز اجماعا، انتهى.

وحكى عن المختلف أيضا الاجماع على المنع أيضا، واستدل له بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح في وقوع الاثراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه، فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل في مورد الأخبار ولا في معقد الاتفاق ولو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهي عنه في الأخبار المذكورة حيث قال: وكذا لو باع ملك غيره، ثم انتقل إليه فأجاز ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، وقد نهى عنه، انتهى.

لكن الانصاف ظهورها في الصورة الأولى وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل

صور بيع من باع شيئا ثم ملك

{ ١ } قال المصنف إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الرويات وتنقيح القول في المقام: إن البائع ربما يبيع لنفسه، وربما لمالكة، وثالثة يبيع للأجنبي. أما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزا بحيث يرى نفسه ملزما في ذلك فيشتري المبيع من مالكة مقدمة للوفاء بعقده. وأخرى: يبيع على أن يكون العقد موقوفا على

والانتقال وعدم الوقوف على شيء { ١ } وما ذكره في التذكرة كالصريح في ذلك حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم، وأصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسية ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه. فالظاهر أيضا الصحة لخروجه عن مورد الأخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد السابق كان انشاءا للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه، و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال في عكس المسألة، وهي ما لو باعه الفضولي لنفسه فأجازه المالك لنفسه فتأمل

الإجازة، وثالثة يبيع على أن يكون اللزوم موقوفا على التملك. { ١ } والمصنف ادعى: إن المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، وأن الأخيرين باقيا تحت العمومات المقتضية للصحة. واستظهر من تعليل العلامة قدس سره للفساد بالغرر و

عدم القدرة على التسليم: إن ما هو مفتي به عند الأصحاب هو هذا الفرض.

وأورد عليه المحقق النائيني قدس سره، بما حاصله يرجع إلى أمرين أحدهما: إن الأخبار مطلقة، والمراد من التعليق إن كان هو التعليق البنائي فقد تقدم أن البناء القلبي لا يؤثر في الصحة والفساد في باب المعاملات، وإن كان هو التعليق في المنشأ فقد أجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: إنه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار، وهو إنما يكون مقابلا للالتزام العقدي من المالك، وليس العقد منسوبا إلى البائع في المقام. والأسم المصدرية غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه. ولكن ظاهر المصنف قدس سره اختيار الشق الأول وادعائه أن مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول، وهو البيع المنجز، و الملزم عرفا ورد النهي عنه بالخصوص، وحيث إنه ارشاد إلى الفساد فيدل على فساده. ووجه استظهاره: إن متعلق النهي في بعضها مواجبة البيع وقراره المساوق لكونه منجزا، وقوله عليه السلام: إنما البيع بعد ما يملكه في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك فإن البيع

ولو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عليه عدوانا، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازه أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة.

أن حقيقة البيع هي المعاوضة - لا يتصور بيع الغاصب لنفسه إلا بايقاع البيع للمالك بما أنه مالك وادعاء أنه المالك فلذا التزموا بذلك وأما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك وذاته وعنوان المالك وكل منهما يجتمع مع قصد المبادلة فوقوع البيع للمالك بعد الشراء وإجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك، وحيث لا سبيل إليه فلا وجه للحكم بالصحة.

وأما بناء على ما ذكرناه من أن البيع ليس معاوضة بل حقيقته الاعطاء لا مجانا، فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول بإجازة المالك الثاني، وتصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

{ ١ } وأما الصورة الثالثة: ففيها فرضان الأول: أن يكون ذلك الغير موكلا إياه في هذا البيع أو تحت ولايته. الثاني: أن يكون أجنبيا عنه.

أما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم والمدرك، إذ البيع للنفس ثم الاشتراء أعم من البيع بالمباشرة أو التسبيب - هكذا قيل ولكن الأنصاف أن دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى وعدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد

وهو أنه لو باع بانيا على مالكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه - على تقدير عدمه - فإن أجاز المالك صح للمالك على الأول، ولذلك الغير على الثاني. وإن ملكه الثالث فأجاز صح له، وإن ملكه البائع فأجازه صح له على التقدير الأول، و للبائع على الثاني.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى وهي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإن الظاهر بطلان البيع الأول { ١ } لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا، { ٢ } مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حالا من دون طيب النفس { ٣ } فإن المفروض أن البائع بعدما صار مالكا لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما إلا بكون مال غيره له.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال المصنف { ١ } الظاهر بطلان البيع الأول. { ٢ } وقد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا { ٣ } إذ المفروض أن المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الأول، والتزامه القبلي لم يكن إلا التزاما يكون مال غيره له. ولكن يرد عليه: إن ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير أن يفصل بين كون البيع منجزا أم معلقا على تملك البائع أو إجازته، ينافي ما ذكره قبل أسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم إلا أن يقال: إن مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزا. الصحيح أن يستدل له: بأنه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند إلى المالك، وفي المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد إلى المالك ليس قيام الانشاء به، بل المراد إضافة البيع إلى المالك بما هو مالك، وهذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا إليه لعدم التملك، وبعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

(١) النساء آية ٣ - الوسائل - باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

اللهم إلا أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو لزوم على البائع بمجرد انتقال إليه { ١ } وإن كان قبل ذلك أجنبيا لا حكم لوفائه ونقضه، ولعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الإيضاح: بناء على صحة الفضولي صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة قيل: ويلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك. وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعتبر، لكن يضعفه أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب { ٢ } والمقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل. مضافا إلى معارضة العموم المذكور.

وبعبارة أخرى: الإضافة إلى المالك أمر قصدي لا قهري، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

{ ١ } وقد استدل لعدم الحاجة إلى الإجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود (١). بتقريب: إن العقد صادر من هذا الشخص، والمانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، وبعد زوال المانع و صيرورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه.

وأجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

{ ٢ } أحدهما: إن دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام. وفيه: إن عدم شمول العام له بالتقريب الذي ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد في بعض الأزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام في نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير.

فالبائع قبل التملك غير داخل في موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولا لدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالما، ثم صار كذلك،

(١) المائدة آية ٢.

بعموم سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس { ١ } و
فحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون
إذن مولاه، وأن عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو
بمنزلة الإجازة، ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة، فإنما هو فيما إذ باع
الفضولي لنفسه. أما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو

فهل يتوهم فيه كونه موردا لاستصحاب عدم وجوب الاكرام،
مع أنه لو سلم كونه مشموولا لدليل العام في نفسه وخروجه بدليل مخصص بما أنه
يكون خارجا عنه من الأول لا من الوسط لا يكون موردا لاستصحاب حكم الخاص،
مضافا إلى ذلك كله ما حققناه في محله من كون المرجع عموم العام في جميع
الموارد لا استصحاب حكم الخاص. وتام الكلام في محله.
{ ١ } الثاني: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على (١) سلطنة الناس على أموالهم، و
(٢) عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس.
وقد يورد عليه: بأن هذا يتم لو قلنا بدخوله في ملكه وخروجه عن ملكه من دون
رضاه،

وأما إذا قلنا بدخوله في ملك المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع - من جهة أن
البيع الأول مقتض لدخول المال في ملك المشتري وكونه ملكا للغير مانعا، فإذا زال
المانع أثر المقتضي أثره - فلا يدخل في ملكه بخروجه عن ملك مالك الأصلي.
فالصحيح أن يجاب عنه: بأن العقد قبل التملك غير مستند إلى المالك الفعلي، و
بعده لا إجازة منه كي يستند إليه، ومع عدم الاستناد لا يكون مشموولا للعمومات.
فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

(١) البحار ج ١ - ص ١٥٤ الطبع القديم - و ج ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من باب أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل، { ١ } ولو باع وكالة عن المالك، فبان انزاله بموت الموكل فلا اشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته. المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف، وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه أما عدم الولاية، فانكشف كونه وليا. وأما أن يبيع لنفسه فالصور أربع: الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع، فلا ينبغي الاشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي، { ٢ }

{ ١ } قوله فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل. وجه الأشكالية عدم الإضافة إليه من جهة عدم قصد البيع لنفسه. وفيه أنه لا يتم مسلكه قده من كون البائع لغير المالك إنما يبيع لعنوان المالك فإنه إذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك. لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف المسألة الثالثة: ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه إما لعدم الولاية أو لعدم الملك، وعلى كل منهما إما أن يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور أربع: الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا، { ٢ } واختار المصنف قدس سره في هذه الصورة صحة البيع وعدم توقفها على الإجازة و تبعه غيره. والوجه في ذلك أن المفروض كونه وليا فلا يكون فضوليا، وسائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، فالعقد صادر من أهله واقع في محله فتشمله أدلة النفوذ وإن لم يكن البائع عالما به. ودعوى أن العلم بالولاية جزء الموضوع، مندفة بكون ذلك خلاف ظاهر الأدلة.

لكن الظاهر من المحكي عن القاضي: إنه إذا أذن السيد لعبده { ١ } في التجارة، فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده، ولا علم به أحد لم يكن مأذونا في التجارة و لا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جازما فعله بعد الإذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزا، وجرى ذلك مجرى الإذن. الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، انتهى.

وعن المختلف الايراد عليه بأنه لو أذن المولى ولا يعلم العبد، ثم باع العبد، صح لأنه صادف الإذن ولا يؤثر فيه اعلام المولى بعض المعاملين، انتهى وهو حسن.

من جهة أن الأحكام تدور مدار موضوعاتها واقعا، وإناطتها بالعلم تحتاج إلى دليل مفقود. { ١ } قوله لكن الظاهر من المحكي عن القاضي أنه إذا أذن السيد العبد يحتمل أن يكون، نظر القاضي قدس سره إلى أن حقيقة الإذن الذي هو الاعلام واطهار الرضا والرخصة إنما تكون إذا كان بحضرتة من يظهر له، وإلا فلا يعقل الاظهار والإراءة فمع عدم اطلاع الغير لا يكون إذن، وعليه فما ذكر من خصوص المعاملين في كلامه من باب المثال ويشهد له قوله في ذيل كلامه فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز وعلى هذا فلا مورد لايراد المختلف عليه كما لا يخفى

نعم يرد عليه ما ذكرناه في أوائل عقد الفضولي من كفاية الرضا وطيب النفس الواقعي في الخروج عن الفضولية.

وأورد السيد قده على ما اختاره المصنف: بأن العقد وإن صدر عن من كان نافذ التصرف إلا أن المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بأنه ولي ما كان راضيا بهذا

البيع الخاص، ومجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن أن يكون هناك فرد آخر من البيع مثله في الصلاح، فيكون الاختيار في التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة وبين ما لو بأن كونه مالكا.

الثانية: أن يبيع لنفسه وانكشف كونه وليا. { ١ }
فالظاهر أيضا صحة العقد لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفذ ولا يقدر. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون { ٢ } فتأمل.

وبالحملة يعتبر القصد إلى النقل والرضا بعنوان أنه مال المولى عليه، والمفروض عدمه في الفرض.

وفيه: إن الدليل (١) إنما دل على نفوذ تصرفات الولي في مال المولى عليه بما فيه صلاحه، ولم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، والقطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت إلى الولاية لا يضر إذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتمال - فإنه من قبيل تخلف الداعي.
فالأظهر هي الصحة وعدم التوقف على الإجازة.

لو باع لنفسه وانكشف كونه وليا
{ ١ } الصورة الثانية: أن يبيع لنفسه وينكشف كونه وليا
وملخص القول فيها: إنه بناء على ما أفاده المصنف قدس سره في بيع الغاصب لنفسه من أنه إنما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، أما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، وأما عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة إلى الإجازة.
{ ٢ } وما ذكره قدس سره في وجه الاحتجاج إليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه،

يرد عليه: إن غرضه إن كان عدم كونه مأذونا فيه تكليفا فيرده: ما تقدم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراما. وإن كان غرضه عدم كونه مأذونا فيه ووصفا، فيرده: إن المفروض كونه وليا، ولعله إلى هذا أشار بقوله فتأمل
وأما بناء على ما ذكرناه من الالتزام بها في الموضوعات الشخصية

(١) الوسائل - باب ١٥ - من أبواب عقد البيع وشروطه - وباب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا.

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا { ١ } وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته، فبان ميتا. والمشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة الاجماع، ولم نعثر على مخالف صريح إلا أن الشهيد رحمهم الله ذكر في قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهاية والايضاح، لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه { ٢ } ولأنه وإن كان منجزا في الصورة إلا أنه معلق والتقدير إن مات مورثي فقد بعته فلأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاد أن المبيع لغيره، انتهى.

لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، وتوصيفه بأنه المالك حيثية تعليلية، والحيثية لا أثر لها لاتحاد المنشأ والمجاز.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا
{ ١ } الصورة الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.
والكلام فيها يقع في جهتين:
الأولى: في أنه هل يصح أم لا؟
الثانية: في أنه على فرض الصحة هل يتوقف على الإجازة أم لا؟
أما الجهة الأولى: فعن العلامة وولده والشهيد وغيرهم: القول بالبطلان فيما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا واستدل له بأمرين:

{ ٢ } الأولى: ما توضيحه: إن البيع للأب بظن حياته بحسب الطبع إنما يكون بيعا للأب، وحيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له ولو بإجازته. وبهذا البيان يظهران ما أورده المصنف قدس سره عليه: بقوله

أقول: أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح في وقوعه لأنه، إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك { ١ } لكن أخطأ في اعتقاده أن المالك أبوه

{ ١ } ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك.

وبعبارة أخرى أن بيعه عن الأب إنما يكون عنه من حيث إنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد البيع عن المالك كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاد أنه ملكه، غير وارد.

ثم إن المحقق النائيني قدس سره أورد على المصنف قدس سره: بأن الحثية لا يمكن الالتزام بها

في الموضوعات الشخصية، لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي بيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، وتوصيفه بأنه المالك حثية تعليلية، والحثية التعليلية لا أثر لها لاتحاد المنشأ والمجاز.

وفيه: إن الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين: الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

الثاني: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع والائتمام.

والقسم الأول يتم فيه ما ذكره من جهة أن تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين، مثلاً الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو أما أن يقع وأما لا، ولا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير ولا يتم في القسم الثاني لأن الأفعال التي تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية. ففي المقام يتصور وقوع البيع عن الأب على وجهين.

الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحثية تقييدية.

الثاني: وقوعه عنه بنحو تكون الحثية تعليلية.

فما أفاده المصنف قدس سره لا يرد عليه ذلك، فالصحيح أن يورد عليه بما ذكرناه. نعم هذا الإيراد وارد عليه على مسلكه قدس سره، حيث إنه في كتاب الصلاة في مبحث الجماعة في

وقد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة أي ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنه ملكه، نعم من أبطل عقد الفضولي لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوي البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، ولذا نقول نحن كما سيجيء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد، وأما ما ذكر من أنه في معنى التعليق ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى { ١ } منع كونه في معنى التعليق، لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى السلطنة والاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالإرث عن مورثه، لأن ذلك لا يجامع مع ظن الحياة اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل وبدونه، فالقصد صوري على ما تقدم من المسالك من أن الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله، لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصوري كاف، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيراً من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللاً بعلمه بكون المبيع لغيره.

مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب إلى هذا المبني، ونحن أوردنا عليه بعين هذا الايراد - راجع الجزء السادس من فقه الصادق الثاني: إنه لو تنزلنا عن ذلك وسلمنا أن البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث إنه يعتقد انطباقه على أبيه فقصد الاطلاق في حكم التعليق، أي عن والدي أو عني إن مات هو، وحيث إنه يعتقد كونه حياً فقصد الاطلاق في عقده يعد عبثاً و منافياً للقصد الجدي في المعاملة.

{ ١ } وبهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره المصنف قدس سره وتبعه المحقق النائيني قدس سره و

غيره، من: أن هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول من جهة أن أساس الأول وقوع البيع عن الأب، وأساس هذا وقوعه عن نفسه.

والحق في الجواب عن هذا الوجه: إن هذا النحو من التعليق - أي المعنوي منه - لا يضر بصحة العقد، كما أن عدم القصد الجدي بهذه الكيفية غير مضر - كما تقدم

وكيف كان فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، ولأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه وإن لم يشعر به فهو أولى من الإذن في ذلك فضلا عن إجازته، وإلا توجه عدم وقوع العقد له، لكن الأقوى وفاقا للمحقق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة، لا لما ذكره في جامع المقاصد: من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك { ١ } الآن بل مع إجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله إلا أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كاف في أول مسألة بيع الفضولي - فالصحيح هو الوجه الأول. فالمتحصل: إنه إن كان البيع عن المالك - أي عن الأب بما أنه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه - صح البيع، وإن كان عن الأب كما هو كذلك بحسب

الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه. وأما الجهة الثانية: فالمحكي عن غير واحد: لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة وعن المحقق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة. وقد استدلل للتوقف على الإجازة بوجهين: { ١ } الأول ما عن جامع المقاصد من: أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك.

وتوضيحه: إن العاقل الملتفت إلى كون المال للغير وأنه لا ينتقل عن ملكه قهرا لا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالإجازة، وحيث إن العقود تابعة للقصد فلا بد وأن تقع الإجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود. وفيه: أولا: إن محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لا عن شخص الغير وإلا بطل البيع كما تقدم، وعليه، وإن سلم كون النقل موقوفا على الإجازة، إلا أنه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة إلى إجازته.

وتوضيحه إن انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد، حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه، مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف { ١ } بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه،
فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم وهو عموم تسلط الناس على أموالهم وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض.

وبعبارة أخرى: بما أنه يبيع عن المالك عن قصد إليه، والمفروض أنه هو المالك، فلا حاجة إلى الإجازة.

ولعله إليه يرجع ما ذكره المحقق الثاني بقوله: إلا أن يقال إن قصده إلى أصل البيع كاف. وثانيا: إن حقيقة البيع وهي النقل في نظر الناقل لا النقل في نظر الشارع، فالالتفات إلى أنه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذي به قوام البيع.

وبالجملة: الانتقال شرعا من آثار البيع، ولا يلزم قصده حتى يقال إنه يكون موقوفا على الإجازة.

وإلى هذا نظر الشيخ قدس سره فيما ذكره في مقام الجواب.
وأما ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

{ ١ } مع أن عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف، الذي حاصله: إن عدم إمكان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل، فإن الانتقال إنما يكون من حين الإجازة، بخلاف القول بالكشف فإن الانتقال فعلي، فيمكن قصده حال النقل،

فيرد عليه: إن المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا تأخره عنها، وهذا لا فرق فيه بين القول بالنقل والكشف، فإنه على الكشف أيضا يكون النقل موقوفا على الإجازة.

وبالجملة فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا. { ١ } وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة وإلا فسد العقد، ففيه أنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين وقصد كونه ماله [مال نفسه] أو مال غيره مع خطئه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدر ولا ينفذ. ولذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره. وأما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله { ٢ } لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له في الواقع، فإن حكم طيب النفس والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقد أنه لغيره والمأذون يعلم أنه له لم يجز له التصرف بذلك الإذن ولو فرضنا أنه أعتق عبدا عن غيره فبان أنه له لم ينعقد. وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره، فبان زوجته، لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة ولو غره الغاصب. فقال: هذا عبدي أعتقه عنك فأعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكي عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا، ووقوفه على الإجازة، لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلة بخلاف البيع. فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق وصحة البيع مع الإجازة كما يتوهم.

{ ١ } الوجه الثاني: ما أفاده المصنف قدس سره وهو: إن أكثر أدلة اشتراط الإجازة في بيع الفضولي جارية هنا، ومراده بها أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس (١) كما يصرح به بعد ذلك بقوله.

{ ٢ } وأما أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس فهي دالة على اعتبار رضا المالك وتقريب ما أفاده: أنها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله لا ذات ما هو ماله، ولذا لو قدم إلى غيره طعاما بتخييل أنه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بأنه له، وفي المقام بما أن البائع إنما رضي بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له في الواقع، ولم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج إلى الإجازة لذلك

(١) النساء آية ٣٠ - الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣.

نعم ينبغي ايراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإن القصد إلى انشاء يتعلق بمعين، هو مال المنشئ في الواقع، من غير علمه به إن كان يكفي في طيب النفس والرضا المعتبر في جميع إنشاءات الناس المتعلق بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق وإن اعتبر في طيب النفس المتعلق باخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له، ولم يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع، فالحق أن القصد إلى الانشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له لكن لا يكفي ذلك في تحقق الخروج عن ماله بمجرد الانشاء، ثم إن كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة، كما في العقود وإلا وقع الانشاء باطلا كما في الايقاعات.

وفيه: إنه إن كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع وعدم امكان تصحيحه ولو بالإجازة، وإن كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان أنه ماله موجود، فإما يكون باطلا أو يكون لازما غير متوقف على الإجازة وبعبارة أخرى: إنه لا ريب في كونه راضيا ببيع مال نفسه، فإن كان البيع بيعا عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة وإن كان بيعا عن المالك الواقعي وإن كان منطبقا على نفسه، ومعه لا حاجة إلى الإجازة لصدور العقد عنه مباشرة وعن الرضا، وهو أولى من إذنه وإجازته. ولعله إلى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج إلى الإجازة بما نقله المصنف في ما قبل أسطر بقوله: ولأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد... فلا يرد عليه ما ذكره المصنف.

ثم إنه ظهر مما ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة إن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا وتبعه بعض من عاصرناه: معللا بقاعدة نفي الضرر {١}

إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال. وقد تقدم توقفه على طيب النفس، وما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع إلى العوض والمعوض، وإنما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه، {٢} إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال، كما يتفق في الفضولي أو يعلمه ويجهل تعلقه بماله.

ومن المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر {٣}

{١} وقد يقال: إن هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده متزلزل من حيث البقاء لا من باب الإجازة، فيكون متزلزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفي الضرر (١). وأجاب عن ذلك المصنف قدس سره بما حاصله يرجع إلى أمرين.

{٢} أحدهما: إنه لا يصح الرجوع إلى قاعدة نفي الضرر التي هي من الأدلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا وطيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

وبعبارة أخرى: إن مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقق الانتقال، ومع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذي هو فرع الانتقال.

{٣} الثاني: إن الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما في موارد خيارى العيب والغبن، وأخرى يكون ضررا سلطانيا، أي يكون موجبا للنقص في سلطانه على ماله، وفي الأول يتدارك الضرر بالخيار، وأما في الثاني فالتحفظ عليه إنما يكون بالتحفظ على سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا اللزوم.

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.

ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي { ١ } بل يجيء على القول بالبطلان، إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ البطلان.

وبهذا البيان يظهر أن ما أورده المحقق النائيني قدس سره على المصنف بأن الصحة ليست أمراً مجعولاً حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، وإلا فلا يمكن إثبات قيد بقاعدة الضرر ونحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، ولا يمكن إثبات حكم بها لولا جعله لزم منه الضرر، في غير محله، فإن دليل نفي الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر ولا محذور في ذلك.

{ ١ } قوله ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة الفضولي. محصل ما ذكره: إن الأدلة الأربعة التي أقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب (١) والسنة والاجماع والعقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده أمر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، يتجه البطلان في المقام.

وأورد عليه المحقق النائيني: بأن حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعي، وحكمه بقبح التصرف فيما علم أنه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعي المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعي، والحكم الشرعي المستفاد من الثاني طريقي فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون إلا تجريباً. وفيه: إن مورد استثناء المصنف قدس سره هو حكم العقل بقبح التصرف، وقال: إنه لو - كان

المدرک هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا فإن موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد أنه مال الغير، وكون الحكم المستفاد من هذا الحكم في بعض الموارد واقعياً وفي آخر طريقياً أجنبي عن ما هو محل استثناءه

(١) النساء: ٢٩ - الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له { ١ } والأقوى هنا أيضا الصحة ولو على القول ببطلان الفضولي والوقوف على الإجازة بمثل ما مر في الثالثة وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة { ٢ } ولذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

لو باع لنفسه فانكشف أنه له { ١ } الصورة الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فانكشف أنه له فتارة: يبيى على أنه ماله كان في اعتبار العقلاء أيضا كذلك كما في ثمن الخمر، أم لم يكن كما في المال المكسوب من القمار، وأخرى: لا يبيى على ذلك بل يبيع بأن يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير ويدخل ثمنه في ملكه. أما في الصورة الأولى: فالأظهر الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، فإنه باعه عن الرضا بعنوان أنه ماله، فالعقد تام من حيث الأركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان أنه ماله. فما أفاده المصنف قدس سره بقوله. { ١ } وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة متين بل هو وجه وجيه. وأما في الصورة الثانية: فدعوى اعتبار الإجازة بناء على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان أنه ماله في البيع، في محلها، لأنه إنما رضي بانتقال ما يعتقد أنه مال الغير ولم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان.

وأما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور:
الأول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا
المالك، فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء وإلا احراز سائر الشروط
بالنسبة

القول في المجاز
وأما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه ببيان أمور:
{ ١ } قوله الأول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا
المالك.

الشروط المعتبرة في انشاء العقد لا كلام فيها
وأما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين والعوضين، فهي على أقسام:
الأول: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممن يصح منه المعاقدة والمعاهدة، إما
عقلا ككونه حيا، أو شرعا ككونه عاقلا.
الثاني: ما يعتبر فيمن زمام أمر العقد بيده كان هو المالك أو ولي التصرف كالقدرة
على التسليم، فإن دليل اعتبارها إنما يدل على ذلك، ولذا لو كان مجري الصيغة غير قادر
على التسليم وكان البيع للصبى غير القادر ولكن كان وليه قادرا صح البيع.
الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلما.
أما القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين الإجازة ولا يخفى وجهه
وأما القسم الثاني فلا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الإجازة حتى على الكشف، فإنه
إنما يكون في الملكية لا في انتساب العقد إلى المجيز - وهو يعتبر وجوده حين يعتبر
صيرورة العقد عقد من بيده زمام العقد وهو إنما يكون من حين الإجازة
وأما القسم الثالث فعلى القول بالكشف وجوده حين من العقد لأنه أول زمان
حصول الملكية وعلى القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

إلى الأصيل فقط على الكشف للزومه عليه { ١ } بل مطلقا لتوقف تأثيره الثابت { ٢ } ولو على القول بالنقل عليها، وذلك لأن العقد إما تمام السبب أو جزئه { ٣ } وعلى أي حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الايجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط، ولو سلم كونها جزءا فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دل من النص والاجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في انشاء النقل والانتقال بالعقد،

{ ١ } قوله للزومه عليه: علة للمنفي

{ ٢ } قوله لتوقف تأثيره: كذلك

{ ٣ } واستدل المصنف قده لاعتبار الشروط فيه

بما محصله: إن العقد الانشائي إما تمام السبب أو جزءه، وعلى كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه

لنفس دليل الاعتبار بل ما دل دليله على اعتباره في العقد التام دون جزئه يعتبر فيه أيضا، لأن الإجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره، وتمام العقد إنما هو ما وقع بين الفضولي والأصيل، ولو سلم كونها جزء فإنما هي جزء السبب المملك لا جزء البيع الانشائي، وظاهر الأدلة اعتبار ذلك في البيع الانشائي لا السبب المملك. ولكن يرد عليه - مضافا إلى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا - : إن غاية ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد،

إما أنه هل يعتبر كون المجري للصيغة كذلك أم يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع في ذلك إلى وجه آخر،

والظاهر هو الأول، فإن المجيز إنما ينفذ العقد الواقع الصحيح وينسبه إلى نفسه، فلا بد وأن يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، ومن جملة ما يعتبر في الصحة العلم بالعوضين.

وبهذا يظهر الفرق بين الأذن والإجازة، فإن العقد في الأول من حين تحققه يستند إلى الأذن، فيكفي كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الانشاء { ١ } أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة. ولعل من هذا القبيل القدرة على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم، ثم هل يشترط بقاء الشروط المعتمدة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا؟ { ٢ } لا ينبغي الأشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها حتى على القول بالنقل، نعم على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوي الاشتراط. وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما بناء الكشف فوجهان واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

{ ١ } قوله نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي مراده بذلك ما دل اعتبار شرط في المالك - وعليه - فيرد عليه ما تقدم من أنه لا بد من التفصيل بين القول بالنقل أو الكشف فراجع.

{ ٢ } قوله هل يشترط بقاء الشروط المعتمدة حين العقد إلى زمان الإجازة أم لا يقع الكلام في موردين:

الأول: في أنه هل يعتبر وجود الشروط حين الإجازة أم لا؟
والحق أن شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الإجازة إلا على القول بأنها بيع مستأنف - أي إيجاب متأخر - أو قبول
وأما غيرها من الشروط فما كان منها معتبراً فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الإجازة يستند العقد إلى المجيز ويصير العقد عقده،
وما كان منها معتبراً في حال العقد لا يعتبر وجوده حين الإجازة.
وما كان منها معتبراً في المالك يفصل بين القول بالكشف والنقل. وعلى الأول لا يعتبر وعلى الثاني يعتبر كما تقدم.
المورد الثاني في أنه هل يعتبر استمرار وجود الشروط من حين العقد إلى حين الإجازة، أم لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، ويظهر وجهه مما قدمناه.

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل { ١ } من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه ييعا أو صلحا فضلا عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو ييعا لها أم يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة كالأذن السابق، فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالين بعد الإجازة، فيشبهه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل. { ٢ }

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

{ ١ } قوله الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل

تنقيح القول بالبحث في مقامين:

الأول: في أنه هل يعتبر العلم التفصيلي بالمجاز من حيث العوضين ونوع العقد من البيع والهبة وغيرهما أم لا يعتبر ذلك؟

الثاني: في أنه هل يعتبر العلم بوقوع العقد أم يكفي احتمال وقوعه؟

أما المقام الأول: فقد استدلل لاعتبار العلم بوجوه:

{ ٢ } الأول ما في المتن، وهو: إن الإجازة أحد ركني العقد، إذ المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالين بعد الإجازة، فتشبهه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل. وفيه: إن دليل اعتبار العلم بالعوضين ونوع العقد لو دل على اعتباره في البيع والعقد وقلنا إن ظاهره اعتبار ذلك في البيع والعقد الانشائي - الذي هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلا وجه لاعتباره

في الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا يوجب اللاحاق في الحكم، وإلا فالأذن السابق أيضا كذلك، مع أنه لا يعتبر فيه ذلك.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن الإجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لوقوع عقد الفضولي على شئ خاص، وهو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة. بالأمر المبهم

التي لا اعتبار بها عند العقلاء.
وفيه: أولاً: أنه يمكن الاطلاق في الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع أياما كان، وليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذي لا واقع له.
وثانياً: إنه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الأمر كونها من قبيل إجازة المجهول، وهي كالأذن في المجهول لا اشكال فيها.
وبالجملة: إن الأذن في المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا يصح، وكذلك إجازته،
وأما الإذن في المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، وكذلك الإجازة المتعلقة به.
الثالث: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره أيضاً، وهو: إن الإجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج في عموم نهي النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر.
وفيه: أولاً: إن الغرر المنفي مختص بالبيع. (١)
وثانياً: إنه على فرض العموم لا اشكال في عدم كون التوكيل والإذن مشمولين للمنفي، إذ لا ريب في عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات والتعيين من جميع الجهات فيهما، وكذلك الإجازة.
الرابع: إن البيع إنما ينتسب إلى المجيز من حين الإجازة، ففي الحقيقة هي تكون معاملة وبيعا، فيعتبر أن لا تكون غررية.
وفيه: إن المنفي هو البيع الغرري، وهو ظاهر في الانشائي منه كما تقدم، فالأظهر أنه لا يعتبر العلم بالمجاز.

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣
- والمستدرک باب ٣١ من أبواب آداب التجارة حديث ١ -
وسنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨ - وسنن الترمذي ج ٣ - ص ٥٣٢ - وأخرجه مسلم - وأبو داود - في كتاب البيوع.

ومن هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد ولا يكفي مجرد احتمالته فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد اجماعهم على عدم جواز التعليق فيها إلا أنها في معناها { ١ } و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد فتأمل.

الثالث: المجاز أما العقد الواقع على نفس مال الغير وأما العقد الواقع على عوضه، وعلى كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابق ولا حق واقعين على مورده أو بدله، أو بالاختلاف

وأما المقام الثاني: فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين: { ١ } الأول: ما في المكاسب وهو: إن الإجازة، وإن لم تكن من العقود واحد ركني العقد،

إلا أنها في معناها فالتعليق مبطل لها.

وفيه: إن مدرك مبطلية التعليق هو الاجماع، والمتيقن منه التعليق في البيع

الانشائي، ولا يشمل البيع الحقيقي وما في معنى البيع:

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن بها يتحقق الاستناد، وهي من الايقاعات، والايقاع لا يقبل التعليق.

وفيه: إن الايقاع كالعقد قابل للتعليق بأن يكون المعلق هو المنشأ لا الانشاء، ولا دليل على بطلانه به، مع أنه لو سلم ذلك فإنما هو في التعليق على غير القيود التي يتوقف عليها، وإلا فلا دليل على البطلان، والمقام من هذا القبيل لتوقف الإجازة على صدور العقد. فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفي مجرد احتمالته، فيجيزه على تقدير وقوعه.

حكم العقود المترتبة

{ ١ } قوله الثالث: المجاز أما العقد الواقع على نفس مال الغير، وأما العقد الواقع على عوضه

الأصحاب حكموا بأن إجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته وصحة ما بعده من العقود، وإجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته وصحة ما قبله.

ويجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم يبيع الدرهم بحمار، ويبيع الرغيف بعسل

ومحل كلامهم إنما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالي لا الزماني، فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية وخارجة عما هو محل الكلام، وتعاقبها إما أن يكون بوقوعها من أشخاص متعددة وأما بتعاقبها على أثمان عديدة.

والمراد من العوض في كلماتهم - على ما صرح به المصنف قدس سره - هو الثمن الكلي.

و
بعبارة أخرى: إن محل البحث هي صورة ترامي الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

والعقود المتعددة إما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بأن يكون العوض في كل عقد معوضا في الآخر، وعلى كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري في كل طبقة أو غيره، ولا كلام في أن للمالك إجازة أي منها شاء، إنما الكلام في أنه إذا أجاز عقدا هل يوجب ذلك صحة غيره أم لا؟ وتنقيح القول فيه: إن المجاز إما أول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه، أو وسط واقع بين سابق ولاحق واقعين على مورد عقد الوسط والمراد من المورد أعم من الثمن والمثمن في العقد الوسط، وأيضا المراد من الوقوع على المورد أعم من كون المورد في ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق واردا على مورده واللاحق واردا على بدل مورده، أو بالعكس. فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض

وأما الواقعة على العوض فهي أيضا كذلك، لأن المجاز إما أن يكون أول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق ولاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد واللاحق على بدله، أو بالعكس. فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، وست للفرض الثاني.

وقد جميع المصنف الجميع في المثال. وجامعة هذا المثال لجميع الصور تظهر من التصوير التالي، تأمل تعرف.

(صور العقود الواقعة على المعوض)

بيع العبد بفرس بيع الفرس بدرهم
بيع العبد بكتاب

بيع العبد بدينار بيع الدينار بجارية

١ - أول عقد واقع على المعوض: بيع
العبد بفرس

٢ - آخر عقد واقع عليه: بيع العبد بدينار

٣ - الوسط الواقع عليه - الواقع بين

الواقعين على مورده - : بيع العبد بكتاب
الواقع بين بيعه بفرس وبيعه بدينار.

٤ - الوسط الواقع بين واقعين على

بدل مورده، بيع العبد بكتاب، الواقع بين

بيع الفرس الذي هو بدل للعبد في العقد

الأول بدرهم، وبين بيع الدينار الذي هو

البدل للعبد في العقد الآخر بجارية.

٥ - ٦ - وبذلك ظهر الواقع بين

المختلفين.

(صور العقود الواقعة على العوض)

بيع الفرس بدرهم بيع العبد بفرس

بيع الدرهم برغيف بيع الدرهم بحمار

بيع الرغيف بعسل

١ - أول عقد واقع على

العوض: بيع الفرس بدرهم.

٢ - آخر عقد واقع عليه: بيع

الرغيف بعسل.

٣ - الوسط الواقع بين واقعين على

مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع

الفرس بدرهم، وبيع الدرهم بحمار.

٤ - الوسط الواقع بين سابق واقع

على بدل مورده، ولا حق واقع على

مورده بيع الدرهم برغيف الواقع بين بيع

العبد بفرس، وبيع الدرهم بحمار.

٥ - الوسط الواقع بين واقعين على

بدل مورده، بيع الدرهم بحمار الواقع بين

بيع العبد بفرس، ويبيع الرغيف بعسل.
٦ - الوسط الواقع بين سابق واقع
على مورده وهو بيع الدرهم برغيف،
ولاحق واقع على بدل مورده وهو بيع
الرغيف بعسل، وهو أيضا بيع الدرهم
بحمار.

(١٨٠)

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعني العبد بالكتاب فهي ملزمة له ولما بعده مما وقع على مورده { ١ } أعني العبد بالدينار بناء على الكشف. وأما بناء على النقل فيبني على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه وهي فسخ بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده أعني بيع العبد بالفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة وهو المشتري بالكتاب، فقابلته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد، هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مورده أعني مال المجيز

بحمار، ثم بيع الرغيف بعسل. وفي هذه المواضع تارة: يجيز المالك أول العقود، وأخرى: آخرها، وثالثة: الوسط منها. فإذا بينا حكم إجازة الوسط وتبين حكمه وما سبقه ولحقه يظهر حكم إجازة العقد الأول والآخر.

فأقول مستعينا بالله تعالى: إنه في الموضع الأول قال المصنف { ١ } فهي ملزمة له ولما بعده مما وقع على مورده توضيحه أنه لو أجاز العقد الوسط منها وهو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسخا بالنسبة إلى ما قبله سواء أكان واقعا على نفس مال المالك وهو بيع العبد بفرس، أو واقعا على عوضه في ذلك العقد وهو بيع الفرس بدرهم، بمعنى أنه يفوت بذلك محل الإجازة بالنسبة إلى المالك للخروج عن تحت سلطنته وعدم توقف صحة المجاز عليهما. نعم لمن أنتقل إليه العبد بإجازة بيع العبد بفرس، بناء عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل، ومطلقا بناء على القول بالكشف، وله إجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس إليه، ولو أجاز أو لا يبيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه عليه، ولو لم يجز من أنتقل إليه المال بيعه ولا يبيع عوضه، فلمالك الفرس حينئذ إجازة يبيعه بدرهم.

وأما بالقياس إلى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال - وهو بيع العبد بدينار - أو عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدينار بجارية - فعلى القول بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الإجازة لوقوعها في ملك مالكها، وأما بناء على القول

وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز { ١ } فالسابقة على هذا العقد وهو بيع الفرس بالدرهم، يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس و اللاحقة له أعني بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. وأما إجازة العقد الواقع على العوض أعني بيع الدرهم برغيف، فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك أعني بيع العبد بالفرس، أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض وهو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البديل المجاز أعني بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

بالنقل فيتني على المسألة المتقدمة - وهي عدم اشتراط الملكية حين العقد - وأما الواقع على عوض هذا المجاز - وهو بيع الكتاب بحنطة - فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب في ملكه، فله إجازة العقد الواقع على كتابه. فالقول بأن العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقه غير تام. { ١ } وأما الموضوع الثاني: فالحكم فيه هو الحكم في الموضوع الأول، إلا في مورد واحد. توضيح ذلك: إنه إذا تعلق الإجازة بالعقد الوسط - وهو بيع الفرس بحمار - فبالنسبة إلى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بدرهم - وعلى بدله - وهو بيع الدرهم بالعسل - يكون فسحا بالتقريب المتقدم. وأما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن - وهو بيع الفرس بالدار - وعلى عوضه في العقد اللاحق - وهو بيع الدار بكتاب - فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل. وأما ما وقع على عوضه في المجاز - وهو بيع الحمار بجارية - فلا يصح بإجازة ذلك لما تقدم. هذا فيما يشترك فيه الموضوعان، وأما ما يختص به هذا الموضوع، وهو أن الإجازة في هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك أولا وهو بيع العبد بفرس، وإلا لم يصر الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه

وملخص ما ذكرناه أنه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخا لما قبله، وإجازة لما بعده، على الكشف،

وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، ولعل هذا هو المراد من المحكي عن الإيضاح والدروس في حكم ترتب العقود: من أنه إذا أجاز عقدا على المبيع صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس، فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة.

فظهر أنه لا وجه للقول بأنها توجب فسخ العقود اللاحقة.

وأما الموضوع الثالث: فلو أجاز العقد الوسط - وهو بيع الدرهم برغيف فبالنسبة إلى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، وما وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه - وهو بيع الرغيف بعسل - لا يصح بهذه الإجازة، لأنها أوجبت دخول المعوض في ملكه، فله إجازة العقد الواقع عليه أيضا، وأما الواقع على ما انتقل عنه - وهو بيع الدرهم بحمار - فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل.

وأما بالنسبة إلى ما قبله من العقود فهي توجب صحة جميعها، أعم من الواقع على المعوض، أو الثمن الكلي، أو الشخصي على القول بالكشف، أو عدم اشتراط الملكية على النقل.

أما الأول: فلأنه إذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح. وأما الثاني: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له، إذ لو لم يصر الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف، وصحة بيع الفرس بدرهم أيضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس.

وأما الثالث: فلأنه إذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان في ملكه.

وأما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا، لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقا من قولنا. أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانيان. وقد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الأول له، بل العوض ولو بواسطة

ومن جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرات، ثم العقد على الثمن الكلي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

كما أنه ظهر ما في اطلاق كلام الشهيد قده من: أن العقود الواقعة على المبيع لو أجاز المالك الوسط منها صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس الأمر.

كما أنه ظهر ما في اطلاق كلام المصنف قدس سره من: أنه لو وقعت العقود من أشخاص متعددة كانت إجازة الوسط فسخا لما قبله، وإجازة لما بعده، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر. إذ يرد عليه: إنه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون إجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت، وكذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلي من أشخاص متعددة تكون إجازة لما قبله. فالأولى في بيان الضابط ما ذكرناه فافهم واغتنم. حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

ثم إن هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، { ١ } أشار إليه العلامة رحمهم الله في القواعد، وأوضحه قطب الدين والشهيد في

الحواشي المنسوبة إليه، فقال الأول: فيما حكى عنه: إن وجه الاشكال أن المشتري مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع ولو بقي، ففيه الوجهان: فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه ومن أن الثمن عوض عن العين المملوكة، ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا جاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى.

وقال في محكي الحواشي: إن المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعا

{ ١ } قوله ثم إن هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري. أصل الاشكال أشار إليه العلامة في القواعد وبعده الشهيد في حواشيه، وعن الإيضاح وجه آخر سقف عليه.

وحيث إن منشأ الإشكال هو فتوى الأصحاب بأنه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه ومطالبته بالمثل أو القيمة. فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

أما المقام الأول: ففيه مسائل:

الأولى: في أن التسليم إليه مملك له إياه أو مبيح للتصرفات، أم لا؟

فقد استدلل للأول بوجهين:

الأول، إن الأصحاب حكموا بأنه إذا رجع المالك إلى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع إلى البائع باسترداد الثمن، ولولا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس على أموالهم،

فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكا للبائع وإن أمكن إجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا، لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في اتلافه، فلا يكون ثمنا، فلا يؤثر الإجازة في جعله ثمنا، فصار الاشكال في صحة البيع وفي التتبع، ثم قال إنه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: إن الاشكال في صحة العقد كان صحيحا أيضا، انتهى. واقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيرا في وجه سراية هذا الاشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب،

وفيه: مضافا إلى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخران: أحدهما: الضمان مطلقا، ثانيها: الضمان مع بقاء العين - إن الأسباب المملكة مضبوطة وليس التسليط بعنوان العوضية منها، وأما إباحة التصرفات فلا بد وأن تكون إما بفعل المالك أو بحكم الشارع، وشئ منهما ليس في المقام. الثاني: أنهم حكموا بعدم الضمان في صورة الاتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن اتلاف مال الغير موجب للضمان. وفيه - مضافا إلى ما تقدم - أن عدم الضمان لازم أعم للملك ولما أذن مالكه في الاتلاف.

الثانية: في أنه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقائه أم لا؟ الأظهر هو الأول، أما بناء على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، وأما بناء على القول الآخر فكذلك بناء على كون التسليط مبيحا للتصرفات، وأما على القول بكونه مملكا فلأنه لو سلم ذلك كان هبة ويجوز الرجوع في الموهوب مع بقائه. المسألة الثالثة: في أنه هل يجوز الرجوع إلى البدل إذا أتلفه الغاصب، أم لا؟ قد استدلل للثاني بوجوه: الأول: الاجماع.

والمحكي عن الإيضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الاشكال في الجواز والعدم: الاشكال في الكشف والنقل، قال في محكي الإيضاح إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته والربح في سلسلتي الثمن والمثمن وأما إذا كان عالماً بالغصب، فعلى قول الأصحاب من أن المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب، بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك وهو محال.

فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أي الإجازة، فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له وليس للمالك أخذه، لأنه ملك الغاصب، وعلى القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن، فإن له إجازة البيع وأخذ الثمن وحقه مقدم على حق الغاصب، لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشقها عليه والمالك مأخوذ بأجود الأحوال. ثم قال: والأصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم أخذه ومع التلف ليس له الرجوع به، انتهى كلامه رحمه الله.

وظاهر كلامه أنه لا وقع للأشكال على تقدير الكشف وهذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع بما استشكله القطب والشهيد بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه وإذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده بناءً على ما نقل من الأصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الاشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنه قبلها أجبني عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل، وكذا الاشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض. البائع الثمن أو بعد اتلافه إياه

على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة، وما ذكره في الإيضاح من احتمال تقديم حق المجيز، لأنه أسبق، وأنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل، لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز والتسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق.

نعم، يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديري الرد والإجازة، وحيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتقين وهو التسليط على تقدير عدم الإجازة فافهم.

وحاصله على ما ذكره المصنف قدس سره في ذيل شرح عبارة الإيضاح: إن إجازة المالك البيع الثاني الواقع على عوض ماله وتأثيرها في صحة ذلك العقد من الفضولي تتوقف على أن يكون المبيع ملكا له، وإلا فإجازته إياه إجازة الأجنبي، وكون ذلك المبيع ملكا له يتوقف على إجازته المستلزمة لإجازة العقد الأول الموجبة لدخول المبيع في ملكه وهذا دور واضح.

وفيه: أولا: إن هذا ليس اشكالا مختصا بصورة علم المشتري بالغصب. وثانيا: إنه لا يختص بتابع العقود بما إذا جاز الجميع بإجازة واحدة، فله أن يجيز مترتبا. وثانيا: أنه يختص بتابع العقود بما إذا أجاز الجميع بإجازة واحدة، فله أن يجيز مترتبا. وثالثا: إنه لو أجاز العقد الثاني تنحل إجازته إلى إجازتين: إحداهما: متعلقة بالعقد الثاني مطابقة، والأخرى: متعلقة بالأول التزاما، وهما متحققتان فعلا ومؤثرتان بالترتيب. فإجازة العقد الثاني توجب أولا دخول الثمن في ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه ودخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، ولا محذور في ذلك.

مسألة في أحكام الرد: { ١ }

لا يتحقق لرد قولاً إلا بقوله فسخت ورددت وشبه ذلك مما هو صريح في الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل { ٢ } وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالاتلاف وشبههما، كالعتق والبيع والهبة والتزويج ونحو ذلك والوجه في ذلك أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه

أحكام الرد

{ ١ } قوله مسألة: في أحكام الرد

والكلام فيها يقع في موضعين:

الأول: في الرد الموجب لحل العقد.

الثاني، في تصرفات المالك قبل الإجازة.

أما الموضع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، وأن الرد لا يوجب حل العقد وليس مفاده إلا عدم الامضاء، لا مورد للبحث عن تحققه بأي شئ وأما على المسلك الآخر فلا ينبغي التوقف في عدم تحققه بالبناء القلبي من غير أن يظهر لكونه من الانشائيات، كما لا توقف في تحققه بالقول في الجملة وبالفعل الذي يكون مصداقاً للرد، إنما الكلام في أنه هل يتحقق باللفظ غير الصريح أم لا { ٢ } وقد اختار المصنف قدس سره عدم التحقق لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل وقابليته من طرف المجيز.

مدرك عدم تأثير الإجازة بعد الرد، إن كان هو الاجماع - وحيث إنه دليل لبي لا اطلاق له - فيتعين الاقتصار على المتيقن وهو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح، وأما لو كان المدرك قاعدة السلطنة - فبناء على كونها ناظرة إلى الأسباب - كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان أم لم يكن كذلك.

وأما التصرف الغير المخرج عن الملك، كاستيلاء الجارية، وإجارة الدابة و تزويج الأمة { ١ } فهو وإن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد، لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة.

والحاصل أن وقوع هذه الأمور صحيحة مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحا، فلا بد من امتناع وقوع الآخر، أو ابطال صاحبه أو ايقاعه على غير وجهه، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. { ٢ } وبالجملة كلما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد، فوقوعه صحيحا مانع من لحوق الإجازة، لامتناع اجتماع المتنافيين، نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس كان عليه أجره المثل إذا أجاز، فتأمل.

وأما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد. و بعبارة أخرى: التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد.
الثاني: في التصرف غير المخرج.

{ ١ } أما الأول: فقد مثل له المصنف قدس سره: باستيلاء الجارية، وإجازة الدابة، وتزويج الأمة. وزاد بعضهم: جعل حق للغير في المال كالرهن.

أما استيلاء الجارية: فالحق أنه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، أما على الأول: فواضح، فإن الانتقال إنما يكون في حال كونها أم ولد،

و

أما على الثاني: فلأنه وإن كان زمان الملكية من حين العقد وقبل الاستيلاء إلا أن البيع إنما يصير بيعه من حين الإجازة، وإن كان أثره من قبل فيشملة ما دل على عدم جواز بيع الأمة المستولدة.

وأما إجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة: { ٢ } الأول: ما في المكاسب وهو: صحة الإجازة وبطلان البيع

ومنه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد ووقوعها بدونه لأن التنافي بينهما واقعي ودعوى أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة، ولذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً، ثم ملكه مدفوعة باجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي وتصح الإجازة.

الثاني: صحتهما معا والرجوع إلى البدل، بالإضافة إلى المنفعة المستوفاة بالإجازة الثالث: وقوعهما صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري. والحق في المقام أن يقال: إنه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، أما صحة الإجازة فلوقوعها من المالك الفعلي وأما صحة البيع فلأن مورده العين وهي لم تخرج عن ملك المجيز فإجازته إجازة صادرة من أهلها واقعة في محلها. وأما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الإجازة وجهل المشتري، فلأنه لم يرد اتلاف على ملكه، وإنما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، ولازم ذلك ثبوت الخيار. وأما بناء على الكشف الانقلابي، فلا بد من اختيار الثاني، أما صحة البيع و الإجازة فلما تقدم، وأما الرجوع إلى البدل فلأنه إذا انقلب العين وصارت ملكا للمشتري بالإجازة انقلبت المنافع أيضا، وحيث إن المالك أتلّفها من حين الإجازة بعقد صحيح لزم الرجوع إلى البدل. وأما على الكشف الحقيقي، فالمتعين صحة البيع وبطلان الإجازة، أما صحة البيع فلأن الإجازة صادرة من أهلها وأما بطلان الإجازة فلكشف الإجازة عن وقوع الإجازة على مال الغير. فتحصل: إن القول الأول لا دليل عليه.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري { ١ } من حين العقد،
كتعريض المبيع والبيع الفاسد، وهذا أيضا على قسمين، لأنه أما أن يقع حال
التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، وأما أن يقع في حال عدم
الالتفات.

أما الأول: فهو رد فعلي للعقد، { ٢ } والدليل على الحاقه بالرد القولي مضافا

وأما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل إلا إذا أجاز مالکها، لأنه تزويج
لأمة الغير المستكشف ذلك من الإجازة، وأما على النقل فالإجازة تكون كبيعها بعد
التزويج. وبه يظهر حكمها على الكشف الانقلابي.

وأما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحا وليس للمالك إجازة
البيع كما هو ظاهر وكذلك على القول بالكشف الانقلابي، وأما على الكشف الحقيقي
فيمكن البناء على تأثير الإجازة وانكشاف بطلان الرهن لكونه رهنا لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

{ ١ } قوله بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري

وأما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:

الأولى: في أنه هل يكون فعل مصداقا للرد كي يصح انشاء الرد به أم لا؟

وقد ذهب المحقق النائيني قدس سره إلى الثاني.

وفيه: إن تحريك الرأس بعد سؤال السائل أنه هل ترد البيع فعل يكون ردا بالحمل

الشائع، وكذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.

الثانية: في أن الأفعال غير المنافية لملك المشتري هل يتحقق بها الرد أم لا؟ وتلك

الأفعال على قسمين:

الأول: ما يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله.

الثاني: ما يقع في حال عدم الالتفات { ٢ } أما القسم الأول: فقد ذهب المصنف قدس سره

إلى تحقيق الرد به.

إلى الصديق الرد عليه { ١ } فيعمه ما دل أن للمالك الرد مثل ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه { ٢ } وما ورد في من زوجته أمه وهو غائب { ٣ } من قوله عليه السلام إن شاء قبل وإن شاء ترك إلا أن يقال إن الاطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته أن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي { ٤ } وهو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد، مضافاً إلى فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطني والبيع والعتق { ٥ } فإن الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلا فتوقفهما على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقع على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك، وكيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

{ ١ } واستدل به بصديق الرد عليه، فيشملة ما دل على أن للمالك الرد، مثل ما ورد { ٢ } في نكاح العبد والأمة بغير إذن مولاه
 كموثق زرارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن مملوك تزويج بغير إذن سيده فقال: ذاك إلى سيده إن شاء أجازته وإن شاء فرق بينهما (١) ونحوه غيره.
 { ٣ } وما ورد فيمن زوجته أمه وهو غائب
 كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر عليه السلام عن رجل زوجته أمه هو غائب قال عليه السلام: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه. (٢)
 { ٤ } وبأن المانع عن صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. { ٥ } وبفحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، فإن الوجه في تحقق الفسخ هو دلالة على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد

(١) الوسائل - باب ٢٤ - من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث ١.
 (٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٣.

وأما الثاني: وهو ما يقع في حال عدم الالتفات، فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالة على انشاء الرد والمفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة، ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بانشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير انكار الطلاق الذي جعلوه رجوعا ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق على ما يقتضيه اطلاق كلامهم، نعم لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفي هناك بطريق أولى كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك / فالمسألة محل اشكال

الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة إنما هو عدم صحة العقد مع الترك و التفريق، ولا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذي هو محل الكلام.

مع أنه لو سلم دلالتها على أن له الرد يرد عليه ما ذكره قدس سره بقوله: إلا أن يقال إن الاطلاق مسوق... الخ. وحاصله: إنه لا اطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد، ولعله يختص بالقول.

وأما الثاني فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه أحد الطرفين بنحو لا تؤثر إجازته في انتساب العقد إليه وصورته طرفا للعقد.

وأما الثالث: فلأنه يمكن أن يكون نظر المجمعين أو بعضهم في هذا الحكم إلى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، وهذا وإن كان خلاف التحقيق كما نبه قدس سره عليه إلا أن مجرد احتمال كون نظرهم إلى ذلك يمنع عن التمسك به في الأصل، فضلا عن الفرع.

مع: أن الأولوية ممنوعة، إذ الدفع وإن كان أهون من الرفع إلا أن الرد في المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما أن فسخ ذي الخيار ارجاع للسلطنة والرد في المقام اعدام لها لا مورد للتشبه بالأولوية. هذا كله مضافا إلى أن تلك الأفعال المفروضة في حال الالتفات لا تلازم انشاء الرد بها بل تلازم مع عدم الرد، مثلا التعريض للبيع يمكن أن يكون للتحري عن مشتر

بل الاشكال في كفاية سابقه أيضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بايقاع الفاسد على متعلقها جاهلا بفساده وقرره في الإيضاح وجامع المقاصد على الاشكال.

والحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي وفي حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. وأما الرد الفعلي و هو الفعل المنشأ به مفهوم الرد فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. وأما مجرد ايقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلى وقوع العقد فالإكتفاء به مخالف للأصل

يدفع أكثر مما دفعه المشتري الأول، فإن حصل دفع إليه وإلا أجاز بيع الفضولي، و عليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد.

فالحق أن يقال: إن منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد إن كان هو الاجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي، بل ادعى الاجماع على اعتبار اللفظ في الرد، فالإجازة بعده تؤثر و إن كان مدركه دليل السلطنة (١) وقلنا إن له اطلاقا من حيث الأسباب وأحرزنا من الخارج

انشاء الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققا بالأفعال المفروضة، وإلا فلا.

فالظاهر أنه لا يتحقق به الرد، لأنه من الانشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات.

وما أفتوا به من أن انكار الطلاق رجوع وإنما هو للنص الخاص. (٢) مع أنه يمكن تطبيقه على القاعدة بأن يقال إن الزوجية بعد الطلاق إلى انقضاء العدة ثابتة، والتشبهت بها رجوع، وانكار الطلاق تشبهت بها. وعلى كل تقدير لا يكون مربوطا بالمقام.

(١) البحار ج ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق.

وفي حكم ما ذكرنا الوكالة والوصاية ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي أوضح. { ١ } وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلي.

وأما فعل ما لا يجمع صحة العقد كالوطني والعنق والبيع فالظاهر أن الفسخ بها من باب تحقق القصد قبلها { ٢ } لا لمنافاتها لبقاء العقد لأن مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه وتمام الكلام في محله، ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده. وأما انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي فلا يتوقف على الرد بل يكفي فيه عدم الإجازة، والظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على إرادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم، ولذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

{ ١ } قوله ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي أوضح والوجه في أوضحيته أن مناط صحة تصرف الوكيل إذن المالك ورضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف وإن لم ينشأ، وأما الوصية - فهي جزء السبب وجزئه الآخر موت الموصي فلو ارتفع الرضا في الأثناء لم يؤثر لحوق الجزء الآخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لا من تحقق الرد. { ٢ } قوله وأما فعل ما لا يجمع صحة العقد كالوطاء والعنق والبيع فالظاهر أن الفسخ بها لما أفاد أن الفسخ في العقود الجائزة بالذات غير الوكالة والوصاية منحصر باللفظ أو الرد الفعلي ولا يحصل بالتصرف غير المجمع لصحتها أراد رفع توهم أنه كيف يحصل الفسخ بالوطاء والعنق والبيع، في مثل الفضولي. وحاصل الدفع أن الفسخ فيه إنما يكون من جهة تحقق الرد الفعلي به وكونه من مصاديقه حكم رجوع المالك إلى المشتري لو لم يجز

مسألة: لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه { ١ } ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد { ٢ } ومع التلف يرجع إلى من تلف عنده { ٣ } بقيمة يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر ولو فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة، هذا كله حكم المالك مع المشتري. وأما حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام فيه تارة في الثمن وأخرى فيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن.
فههنا مسألتان:

{ ١ } مسألة لو لم يجز المالك، فإن كان المال في يده فهو، وإلا فتارة: تكون العين باقية، وأخرى: تكون تالفة فإن كانت باقية: ينتزعها ممن وجدها في يده وله الرجوع إلى غيره ممن دخلت تحت يده
{ ٢ } وأما حكم منافعتها فقد تقدم في البيع الفاسد.
{ ٣ } وإن كانت تالفة: فله الرجوع إلى كل من دخل المال تحت يده، وقرار الضمان إنما يكون على من تلفت تحت يده، فإن رجع إلى الفضولي يأتي فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الدفع، أو أعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف.
وإن رجع إلى المشتري لا يبقى مورد لأحتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب أو أعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب أزيد من سائر الأيام لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامناً لتلك القيمة.
وبما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.
حكم رجوع المشتري إلى الغاصب

الأولى: أنه يرجع عليه بالثمن أن كان جاهلا بكونه فضوليا { ١ } سواء كان باقيا أو تالفا ولا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا، لأن اعترافه مبني على ظاهر يده.

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئة، لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره ففي الأخذ بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الاقرار من دلالة على الواقع

هذا كله حكم المالك مع المشتري، وأما حكم المشتري مع الفضولي سواء كان باقيا أو تالفا، فالكلام فيه تارة: في الثمن، وأخرى: فيما يغرمه زائدا على الثمن. فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن والكلام فيها في موردين:

الأول: فيما إذا كان جاهلا بكونه فضوليا.

الثاني: فيما إذا كان عالما به.

أما في المورد الأول: ففي المتن

{ ١ } يرجع عليه بالثمن أن كان جاهلا بكونه فضوليا

والحق أنه تارة ينكشف عند المشتري كذب البائع وأنه فضولي، وأخرى: ينكشف كذب الآخر ويعلم أنه مالك، وثالثة: لا ينكشف شيء منهما.

لا اشكال في جواز الرجوع في الصورة الأولى، وعدم جوازه في الصورة الثانية، و أما في الصورة الثالثة فإن أقام المالك البيئة لكونه ملكا له يجوز الرجوع إليه لأنه يصير البيع باطلا بحكم الشارع.

وبعبارة أخرى: تكون البيئة حجة في مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير و عدم كون البائع مالكا وكونه فضوليا، ويترتب عليه جواز الرجوع. وكذلك لو أقر البائع بذلك.

وأما إن كان أخذ المالك المبيع مستندا إلى الحلف المردود من البائع فغاية ما يثبت به أخذ المبيع ولا يثبت به كون البيع واقعا على مال الغير. وبعبارة أخرى: لا يكون الحلف طريقا شرعيا إلى كون المال ملكا للمدعي، وعليه فلا وجه لرجوعه إلى البائع.

وجهان، وإن كان عالما بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استرده { ١ } وفاقا للعلامة وولده والشهيدين والمحقق الثاني رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا، ومجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد { ٢ } لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، ولأن الحكم بصحة البيع الفاسد المالك هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل. { ٣ } وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان: بل قولان أقواهما العدم. لأنه أكل مال بالباطل. هذا كله إذا كان باقيا.

{ ١ } وأما المورد الثاني: فإن كان الثمن باقيا استرده - لما تقدم من عدم صيرورة ما دفع إلى الفضولي والغاصب بعنوان العوضية ملكا له - وعلى فرض الملكية فغايبته كونه هبة ويجوز الرجوع في الموهوب.

وقد ذكر المصنف قدس سره وجهين آخرين لجواز الاسترداد

{ ٢ } أحدهما: إنه لو كان التسليط مملكا لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، ولا يقولون به.

وفيه: أنه يمكن الفرق بين البابين، فإن الدفع في البيع الفاسد إنما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مملكا، وفي المقام ليس كذلك فإنه ليس بعنوان الوفاء، فإن الوفاء بالمعاملة يقتضي الدفع إلى المالك لا إلى الفضولي.

{ ٣ } ثانيهما: إنه لو كان التسليط مملكا لزم عدم صحة الإجازة من مالك المبيع حتى على النقل كما تقدم، مع أنه لم يشك أحد في الصحة.

وفيه: أنه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قده من، أنه يمكن أن يكون الدفع تمليكا على تقدير عدم الإجازة،

وإن كان الثمن تالفا فالمعروف أنه لا يجوز الرجوع، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

وقد استدل لجواز الرجوع وللضمان بوجوه:

وأما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري. بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، ووجهه كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة وغيرهما ويظهر من آخر أيضا أنه سلطه على ماله بلا عوض. {١}

توضيح ذلك: أن الضمان أما لعموم على اليد ما أخذت، وأما لقاعدة الإقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه، والأول

{١} أحدها: ما استند إليه المصنف قدس سره وهو: إن اطلاق قولهم إن كل عقد يضمن بصحيحه

يضمن بفاسده يقتضي الضمان، نظرا إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففاسده كذلك. وفيه: أولا: إن هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات الضمان، بل مدرکها عموم على اليد (١) فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة والمصنف قدس سره حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتأمله، و ميله إلى الضمان بل افتائه به مستندا إليها.

وثانيا: إن هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان،

وأما أن الضامن هو الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه إن لم تدل على أن الضامن هو المالك لا المجري للصيغة

والعلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا إلى عدم كون العقد عقد المالك في المقام

لا يوجب صرف الضمان إلى البائع الغاصب.

وثالثا: إن الفساد لا يصدق على عقد الفضولي

بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه

{٢} ثانيها: قاعدة الإقدام، وقد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد أنها و

غيرها من القواعد التي عدوها من مقتضيات الضمان لا تكون كذلك، وانحصار موجب الضمان باليد والاتلاف، وهما في المقام يقتضيان الضمان.

(١) المبسوط كتاب الغصب - المستدرک باب - ١ - من أبواب كتاب الوديعة حديث ١٢ سنن بيهقي ج ٦ ص ٩٠ - كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

والأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه، كما في الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة { ١ } فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه واتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى، ودعوى أنه إنما سلطة في مقابل العوض لا مجاناً { ٢ } حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدم على الضمان فيها، مندفعة بأنه إنما سلطة في مقابل ملك غيره { ٣ } فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة لفساده والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجره التي قد حكم الشهيد وغير واحد بعدم الضمان فيها، ومن ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان، وهو الاقدام على الضمان هنا، لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن إلا بما علم المشتري أنه ليس ملكاً له، فإن قلت تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه ولولا عدوانا على كونه ملكاً له ولولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة { ٤ } كما تقدم في تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمنه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للثمن وتعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق

{ ١ } وقد أورد المصنف على الاستدلال باليد في المقام: بأنها وإن كانت تقتضي الضمان إلا أن فحوى ما دل (١) على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه - كما في الوديعة - أو الانتفاع به - كما في العارية - أو استيفاء المنفعة منه - كما في العين

المستأجرة عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه واتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى.

{ ٢ } ثم أورد على نفسه: بأن التسليط إنما يكون في مقابل العوض { ٣ } وأجاب عنه: بأنه سلطه بإزاء مال غيره، فلم يضمنه في الحقيقة شيئاً من كيسه { ٤ } ثم أورد على نفسه بما حاصله: إنه إنما سلطه بإزاء مال الغير بعد البناء ولو عدوانا على كونه ملكاً له، وعليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسلمه على وجه يضمنه بماله، إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على

(١) الوسائل - باب ٤ - من أبواب أحكام الوديعة - وباب ١ - من أبواب أحكام العارية وغيرهما من الأبواب.

والظلمة، بل بنى المشتري على كون المثلثن ملكا للبائع، فالتسليط ليس مجانا وتضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقي، إلا أن كون المثلثن مالا له ادعائي، فهو كما لو ظهر الثمن المعين ملكا للغير، فإن المشتري يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا. مع أنه إنما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشيء الذي هو مال الغير، فكما أن التضمين هنا حقيقي، وكون المثلثن مالا له اعتقادي، لا يقدر في التضمين. فكذاك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلثن عدوانا، لا يقدر في التضمين. بماله، قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا، فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك، وما ذكر من بناء المتعاقدين في هذا العقد: على كون المثلثن ملكا للبائع الغاصب، مع كونه مال الغير فهو إنما يصح وقوع عقد التمليك والتملك منهما ادعاء، مع عدم كون البائع أهلا لذلك في الواقع وإلا فأصل المعاوضة الحقيقي بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقي بالنسبة إليهما. ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. { ١ }

كون المثلثن ملكا للبائع، فالتسليط إنما يكون في مقابل ماله حقيقة، إلا أن كون المثلثن مالا له ادعائي

{ ١ } وأجاب عنه: بما توضيحه أن المعاملة والتضمين ليست ابتداء بين الشخصين، فتكون حقيقة المعاملة تضمين كل منهما للآخر بماله الواقعي، ويكون تعلقها بالمالين اعتبارا ثانويا، بل تكون المعاملة ابتداء بين المالين، فيجعل أحد المالين بإزاء الآخر وضمانه به، ولازم ذلك ضمان المالك الواقعي، والغاصب إنما طبق عنوان الملك الواقعي على نفسه ادعاء، ولذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، وحيث إنه ليس بمالك فلا يكون ضامنا.

يرد عليه قده أمور:

الأول: أن لازم ما ذكره قدس سره - من كون التسليط مجانيا - هو جواز تصرفه تكليفا،

و

قد صرح قده قبل ذلك بأسطر بعدم جوازه حيث قال: وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان بل قولان: أقواهما عدم، لأنه أكل للمال بالباطل.

والحاصل أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، وأما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ مع أنه إنما ضمنه بمال الغير، فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمنه به غير ملك له، ولا يتحقق به التضمين، لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكا له، وصيرورته مباحا له بتسليطه عليه وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

الثاني: إن ما ذكره لو تم فإنما هو في التلف، ولا يتم في صورة الاتلاف، إذ الحكم الثابت في الأصل إنما هو في صورة التلف لا الاتلاف.

الثالث: إن ما أفاده يتم في التضمين المعاملي، وأما في الضمان الثابت باليد المختص بما إذا كان وضع اليد على المال لا بإذن من المالك في التصرف فيه مجانا وبلا عوض، فلا يتم، فإن من تحت يده المال هو الغاصب، والتسليط الخارجي لا يكون مجانيا بل إنما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع إلى الغاصب إنما يدفع إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الاستئمان،

فالفرق بين المقامين واضح.

والايراد: بأن التسليط الخارجي بما أنه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصا باعتقاد أنه عدوله فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط و إن كان بعنوان أنه مال المدفوع إليه إلا أنه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع.

يجاب عنه: بأن المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك، بل بما أنه مبرز للأذن في التصرف فيه واتلافه الذي هو من المعاني الايقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، وتلك المعاني قابلة للتقييد.

ومما ذكرنا يظهر أيضا فساد ما ذكرناه بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث إنه صمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد صمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء وجه الفساد أن التضمين الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان، والتضمين في نظر الشارع لأن المفروض فساده فإذا لم يمتض الشارع الضمان الخاص، صار أصل اقدم الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة موجبا لضمانه، على الخلاف في مدرك الضمان من فاسد ما يضمن بصحيحه وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه

فإن قيل إنه لا يمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضي مع المالك، إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد. أجبت عنه: بأنه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين. فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه: إنه لا مخصص لقاعدة اليد والاتلاف، فالأظهر هو الضمان - كما اختاره بعض الأساطين ومال إليه جمع من المحققين - وحرمة التصرف فيه، وإن حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد. هذا كله في صورة الرد،

وأما في صورة إجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن. وأما في صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، وقد يكون شخصياً. وعلى التقديرين تارة: يكون المقبوض باقياً، وأخرى: يكون تالفاً. فإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض باقياً، فإن لم يجز الاقباض أو أجزاه وبنينا على عدم قابليته للإجازة ليس للمالك - أي مالك المبيع - إلا الرجوع إلى المشتري، لأن المقبوض لا مساس له به، وإن أجاز الاقباض وبنينا على تأثير الإجازة فيه فله الرجوع إلى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري برئت من الضمان، وماله دخل تحت يد البائع فيراجعه، ولا فرق في هذه الصورة بين القول بالنقل أو الكشف.

وحاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع، وتسليطه على اتلافه في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث. نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك { ١ } كالخمر والخنزير والحر، قوي اطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

هذا ولكن اطلاق قولهم إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضي الضمان فيما نحن فيه وشبهه، نظرا إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان، ففساده كذلك، إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقا من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده، ولا ريب أن العقد فيما نحن فيه وفي مثل المبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجره إذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا في توضيح هذه القضية

وإن كان الثمن كلياً وكان المقبوض تالفاً، فإن لم يجز الاقباض أو أجزاه وبنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع إلى المشتري خاصة كما تقدم، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، وإن أجاز الاقباض وبنينا على تأثيرها فيه فعلى القول بأن إجازة الاقباض كاشفة عن كون الاقباض من الأول كان اقباضاً للمالك، كما أن إجازة العقد كاشفة، للمالك

الرجوع إلى البائع في صورة الاتلاف دون التلف، إذ ليس على الأمين شيء إلا مع فرض الاتلاف.

وعلى القول بأن إجازته ناقلة - إما للبناء على النقل مطلقاً أو في خصوص، إجازة الاقباض وشبهها - لا أثر لهذه الإجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح إجازته، فلا بد وأن يرجع إلى المشتري خاصة.

{ ١ } قوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك وفيه أن عدم تمويل العوض في نظر، الشارع، بل العقلاء، لا يوجب كون التسليط مجانياً بل هو إنما يكون بإزاء ما بنى المتعاقدان على، أنه مال فالتسليط يكون بعوض لا مجاناً.

فإن معناه أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد لمفروض تارة صحيحا وأخرى فاسدا. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه وشبهه بأن: لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصلح، بل يراد مطلق المعاملة المالية التي يوجد لها فردان صحيح وفاسد. فيقال إن ما نحن فيه، والبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر، تمليك بلا عوض من مال الآخر. والفرد الصحيح من هذه المعاملة وهي الهبة الغير المعوضة لا ضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمل.

وبالحملة فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، ولذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في: بعتك بلا ثمن. مع اتفاقهم عليه هنا وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه {١}. نعم ذكر الشهيد رحمهم الله وغيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجر.

{١} قوله وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة
أورد عليه المحقق النائيني قدس سره بأن الرشوة ليست من قبيل الثمن وليس مقصود الراشي شراء الدين ولا مقصود المرتشي بيعه فلا يلازم عدم الضمان في ومسألة البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة بل الأقوى أن جهة الضمان فيه هي جهة الضمان في باب الربا، فالشارع كما لم يبح للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة في المتجانسين لم يبح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشي فحيث إن يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمة

وفيه: إن الشارع لم يبح الرشوة بهذا المعنى وأما الدفع الخارجي ولو في ذلك المقام لو كان تسليط مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب أثره، وبعبارة أخرى حكم الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع وحرمة التصرف في المقبوض بذلك فكما أن ذلك لا ينافي حكمه بعدم الضمان في المورد الثاني لأجل التسليط المجاني كذلك لا ينافي حكمه في الرشوة، فالحق أن حكم المأخوذ رشوة إذا كان بإزاء الحكم لا ما إذا كان

الداعي للاعطاء هو الحكم، حكم المقبوض في المقام، وفي باب البيع الفاسد.

ويؤيد ما ذكرنا ما دل من الاخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا وان أمكن الذب عنه، بأن المراد التشبيه في التحريم فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه واسطة في إيصاله إلى المالك، فتلف في يده. إذ لم يسلطه عليه ولا إذن له في التصرف فيه فضلا عن اتلافه، ولعل كلماتهم ومعاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه. وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية، وكذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناء على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد، والتسليط العقدي مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان

وإن كان الثمن شخصا وباقيا وأجاز الاقباض وبنينا على تأثيرها، له الرجوع إلى البائع خاصة - من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف - وإن لم يجز الاقباض أو أجازته

و

بنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع إلى كل منهما - أي البائع والمشتري على المسلكين - أما رجوعه إلى البائع فلكون ماله تحت يده، وأما رجوعه إلى المشتري فللزوم التسليم عليه. وإن كان الثمن شخصا وتالفا، فبناء على النقل مطلقا أو في خصوص إجازة الاقباض لا يبقى مورد لإجازة الاقباض فينفسخ العقد، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

وأما بناء على القول بالكشف حتى في الإجازة وأجاز الاقباض، فليس للمال الرجوع إلى البائع ولا إلى المشتري. أما عدم الرجوع إلى الأول فلأنه أمين، وأما عدم رجوعه إلى الثاني فلتسلمه الثمن. نعم في فرض الاتلاف يرجع إلى البائع. فتحصل: إنه في بعض الفروض يرجع إلى أي منهما شاء وفي بعضها لا يرجع إليهما وفي بعضها يرجع إلى المشتري فقط، وفي بعضها إلى البائع، وفي بعضها يبطل العقد.

ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع الغاصب فيه، مع اتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة، وكذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها ولو كان الثمن كلياً فدفعت إليه المشتري بعض أفرادها، فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

المسألة الثانية: إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن { ١ } فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين وثلثين عشرة، وأما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، ووطئ الجارية، واللبن، والصوف، والثمرة، وأما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة، وما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر أو اعطائه قيمة للولد المنعقد حراً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والأجزاء ثم المشتري إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه، وإن كان جاهلاً.

الغرامة التي غرمها المشتري
{ ١ } قوله المسألة الثانية أن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن وهو إما في مقابل العين أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في إصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه. وعليه فهو على أقسام:
الأول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذي اشترى به إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة وأخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

الثاني: قيمة المنافع المستوفاة.

الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

الرابع: ما يغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قيمة ولد ونحو ذلك.

ومحل الكلام في المقام ليس إلا رجوع المشتري إلى البائع بعد رجوع المالك إليه، وأما رجوع المالك إلى المشتري فهو مفروغ عنه في هذا البحث، كما أن محل الكلام

صورة الرد دون الإجازة.

والكلام تارة يقع في صورة العلم بالفضولية، وأخرى: في صورة الجهل بها.
أما في الأولى: فالظاهر أنه: لا خلاف بينهم في عدم رجوع المشتري إلى البائع لعدم
الدليل عليه

وقد يقال: إنه يستثنى من ذلك موردان:

الأول: ما إذا ادعى البائع الأذن من المالك.

الثاني: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم يجز المالك.

أما في المورد الأول: فمجرد دعوى الإذن لا يوجب الاستناد إليه كي تصح دعوى
الغرور.

وأما في المورد الثاني: فإن كان الالتزام على الوجه الشرعي فهو الموجب للرجوع،
وإلا فلا موجب له.

وأما في الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لا بد من بيان القواعد التي استندوا
إليها في الحكم في المقام:

منها قاعدة نفي الضرر (١): حيث إن الحكم بعدم رجوع المشتري إلى البائع ضرر
عليه، فتنفيه القاعدة.

وفيه: أولاً: ما حقق في محله من أن قاعدة نفي الضرر نافية للأحكام ولا تصلح
لإثبات الحكم فلا يمكن إثبات الضمان بها.

وثانياً: إن الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران،
فالأظهر أنه لا مورد لها في المقام.

ومنها قاعدة التسبب: أي قوة السبب على المباشر
واستدلوا لها: بالاجماع

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار حديث ٤ و ٥.

المحكي عن الإيضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان أقوى،
وبقاعدة الاتلاف (١).

وفيه: إن المتيقن من معقد الاجماع وما يستفاد من القاعدة إنما هو فيما إذا لم
يتوسط بين فعل الفاعل والأثر المترتب عليه فعل فاعل مختار.

توضيح ذلك: إن السبب على أقسام ثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا إلى السبب دون المباشر، ويكون المباشر غير
مختار، ولم يصدر عنه الفعل باختياره.

وفي هذا القسم يتم ما ذكر، والدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائيني قدس سره من هذا القسم

حكم الحاكم بشهادة شهود الزور

وفعل المكره باكره الجائر،

نظرا إلى أن الفعل لا يستند إلى المباشر شرعا لكونه واجبا عليه.

وفيه: إن الوجوب الشرعي لا يوجب رفع الضمان، ألا ترى أنه لو اضطر إلى أكل مال
الغير ووجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففي

مسألة المكره للمالك الرجوع إلى المكره بالفتح.

نعم في مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة. الدالة على أنه

لا ضمان على الحاكم

كمرسل جميل عن أحدهما عليها السلام قال (ع) في الشهود إذا رجعوا عن

شهادتهم وقد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به وغرموا الخبر (٢) ونحوه غيره.

الثاني: ما إذا كان السبب محدثا للداعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى

السبب، والوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا إلى المباشر، والضمان المترتب عليه مستندا

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الأخبار.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ١.

إلى سبب، كمن قدم إلى غيره طعاما ليأكله مجاناً فتبين عدم كون الطعام له. وفي هذا القسم وإن كان المتجه الضمان، ولكن لا لما تقدم من الاجماع وقاعدة الاتلاف، فإنه بعد فرض استناد الفعل إلى المباشر لا يكون السبب متلفاً ولا يكون الاجماع عليه تعدياً، بل لقواعد أخر. فاتضح أن قاعدة التسبب من حيث هي لا موضوعية لها. ومنها قاعدة الغرور: واستندوا فيها إلى أمور: أحدها: الاجماع. ثانيها: قاعدة نفي الضرر (١) نسب ذلك إلى الرياض. ثالثها: قاعدة الاتلاف من باب قوة السبب على المباشر. رابعها: قاعدة الاتلاف، بالإضافة إلى الخسارة الواردة على المغرور. وشئ من هذه الوجوه لا يتم أما الثلاثة الأولى: فلما تقدم وأما الأخير: فلأن خسارة المالك مستندة إلى حكم الشارع بالضمان من جهة الاتلاف الاختياري للمشتري غير المستند إلى البائع كما تقدم. فالصحيح أن يستدل لها بوجهين آخرين: أحدهما: النبوي المعروف: المغرور يرجع على من غره (٢) المعمول به بين الفريقين. ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة في الموارد الجزئية، مع اشتغال بعضها على التعليل: كخبر رفاة قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء، أن لها

(١) الوسائل باب ١٧ من أبواب الخيار.
(٢) رواه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد.

المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار المهر عليه لأنه دلسها (١)

وفي خبر إسماعيل بن جابر في الرجل أعجبت امرأة فأتي أباهما فزوجه غيرها فولدت منه ثم علم أنها غير ابنته وأنها أمة، قال عليه السلام: ترد الوليدة على مواليتها، والولد

للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل وخذعه (ونحوهما غيرهما).

وهي وإن وردت في النكاح، إلا أنه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح إلى غيره،، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناء على ذلك بما إذا كان الغار عالما،

وأما إذا كان جاهلا فلا تكون هذه القاعدة ثابتة، وذلك لأن الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، والمفعول بل هو بمعنى الخدعة والتدليس، ولا اشكال في أن البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلا لا يكون مدلسا ولا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوي ولا النصوص الخاصة.

وبما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما أفاده السيد الفقيه بقوله: ولا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلا

وما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص الواردة في شاهد الزور الدالة على أنه يرجع إليه إذا رجع من شهادته،

كصحيح جميل عن الإمام الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال عليه السلام إن كان الشئ قائما

بعينه رد على صاحبه وإن لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما أتلف ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل (٣)

ولكنه فاسد، وذلك لوجهين:

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث.

(٢) (٢) الوسائل - باب ٧ - من أبواب العيوب والتدليس من كتاب النكاح حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ٢.

فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض وعن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد دعوى الاجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع. وفي التحرير أنه يرجع قولاً واحداً.

وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفي الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

وبالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضمان ومتلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته، ولقاعدة نفي الضرر { ١ } مضافاً إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها { ٢ } عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه، فإن حرية ولد المشتري إما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا؟ وعلى التقديرين يثبت المطلوب

الأول: أنها تدل على الرجوع ابتداءً إلى شاهد الزور، لا أنه يرجع إلى الحاكم وهو إلى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: إن في ذلك الباب خصوصية، وهي أن المباشر - وهو الحاكم - يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، ومع احتمال دخلها لا سبيل إلى دعوى التعدي والغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: إن المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري إلى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه، { ١ } واستدل له: بالاجماع، وبقاعدة نفي الضرر. وقد مر ما فيهما.

{ ٢ } فالصحيح أن يستدل له: بقاعدة الغرور،

وبصحيح جميل عن الإمام الصادق المذكور في المتن. (١)

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والإماء حديث ٥.

مع أن توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم، فيطرد
في سائر ما أخذت منه.

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم
كونه مسوقاً لذلك كراوية زرارة في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية، فخرج
بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة،
قال يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية ويعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها.
ورواية زريق قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوماً، إذ دخل عليه رجلان،
فقال، أحدهما أنه كان علي مال لرجل من بني عمار، وله بذلك ذكر حق، وشهود.
فأخذ المال ولم استرجع عنها الذكر بالحق ولا كتبت عليه كتاباً ولا أخذت منه
براءة بذلك، وذلك لأني وثقت به، وقلت له: مزق الذكر الحق الذي عندك فمات و
تهاون بذلك ولم يمزقه، وعقيب هذا طالبني بالمال وراثته وحاكموني وأخرجوا
بذلك ذكر الحق وأقاموا العدول، فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال، وكان المال
كثيراً، فتواريت عن الحاكم فباع علي قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال،
وهذا رجل من إخواننا ابتلي بشراء معيشتي من القاضي، ثم إن ورثة الميت أقروا
أن أباهم قد قبض المال وقد سألوه أن يرد علي معيشتي ويعطونه الثمن في أنجم
معلومة، فقال إنني أحب أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل: يعني
المشتري كيف أصنع جعلت فداك؟ قال تصنع: أن ترجع بمالك على الورثة وترد
المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير
هذا، قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار وكل ما كان
مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعته
أنت، فإن للزراع أما قيمة الزرع، وأما يصبر عليك إلى وقت حصاد، الزرع فإن لم
يفعل ذلك كان ذلك له ورد عليك القيمة وكان الزرع له قلت: جعلت فداك فإن كان
هذا قد أحدث فيها بناء أو غرساً؟ قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه
[نفسه] يقلعه ويأخذه، قلت: رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم
البناء، فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما
أخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان

أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض [أن يرد عليه] كلما خرج منه إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب كل ذلك مردود إليه، انتهى.

وفيه مع أنا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك أن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع، مع أن البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم، لأن الحاكم من قبل الشارع ليس غارا من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها، وإن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر

إذ حرية الولد إما أن تعد نفعا عائدا إلى الأب أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، أما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار في صورة عود النفع إلى المغرور فبالأولى في صورة عدمه، وأما على الثاني فواضح.

وعن صاحب الحدائق: عدم الرجوع إليه.

واستدل له، بخبري زرارة (١) وزريق (٢) المذكورين في المتن الساكتين عن حكم رجوع المشتري إلى البائع، مع كونهما في مقام البيان، فإن ذلك آية عدم الرجوع. وفيه: أولا: إن خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا،

وذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غرمها في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ودفع النوائب عنها إلى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.

وثانيا: إن السكوت في مقام البيان يكون دليلا لا مطلقه،

وفي المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري إلى البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب نكاح العبيد والأماء حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٣ من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف { ١ } وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.
وأما الثاني: وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء،
{ ٢ } ففي الرجوع بها خلاف أقواها الرجوع، وفاقا للمحكي عن المبسوط و المحقق والعلامة - في التجارة - والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم.
وعن التنقيح أن عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل، فأكله، ويؤيده قاعدة نفي الضرر { ٣ } فإن تغريم من أقدم على اتلاف شيء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه إلى من غره في ذلك ضرر عظيم، ومجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر، وكيف كان فصدق الضرر واضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا في بعض الموارد، فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شيء، مضافا إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعي اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة والاجماع بصورة الضرر.

وثالثا: إن السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، وهو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.
ورابعا: إنه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجوه لا تخفى.
{ ١ } قوله فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وفيه أن مجرد علم المشتري بكون القاضي من المخالفين، لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه، فلا دليل على كون المشتري عالما بالفساد.
{ ٢ } وأما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان قد استدلل المصنف قدس سره وغيره للرجوع بوجوه:
{ ٣ } منها: قاعدة لا ضرر.

وأما قوة السبب على المباشر ليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور { ١ } إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه، وكما في الريح العاصف الموجب للاحراق، والشمس الموجبة لإذابة الدهن وإراقتها، والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكروه لكون المباشر بمنزلة الآلة. وأما في غير ذلك، فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر أو الاجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغار سبباً في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته ولا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أما الأخير فواضح. { ٢ }

وأما الأول: فقد عرفته. وأما الاجماع والأخبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة، إلا أن تحققها في نظائر المسألة كاف، فإن رجوع أكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه وإباحته له مورد الاجماع ظاهراً، ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار

وفيه: - مضافاً إلى ما تقدم - أن الغرامة المقابلة للنفع الواصل إليه لا تكون ضرراً. وبعبارة أخرى: إن الضرر هو النقص المالي أو البدني أو العرضي، والنقص المالي الذي يقوم مقامه ما يسد مسده ليس بنقص مالي عند العرف. ففي المقام بما أن الغرامة إنما تكون في مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعد ضرراً.

{ ١ } ومنها: قاعدة التسبب، وقد مر عدم كونها قاعدة مستقلة إلا إذا كان السبب بحيث يستند التلف إليه عرفاً، والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً.

{ ٢ } ومنها: النصوص الواردة في شاهد الزور، وقد مر أنها أجنبية عن المقام.

فالأولى: أن يستدل له: بقاعدة الغرور، فإن الميزان فيها هو التغرير سواء استوفى المغرور نفعاً كأكلة الطعام أو لم يستوف أصلاً وبصحيح جميل المتقدم بناءً على أن مورد الغرامة التي تكون بإزاء المنفعة كما تقدم، إما لأن الحرية نفع عائد إلى الأب

ولا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا، وقد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما في كلام بعض حيث عدل في رد مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى.

فإن الانصاف أن مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الاتلاف وإن كان غير منقح. إلا أن المتقين منه ما كان اتلاف المغرور لمال الغير واثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى اتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الاتلاف فيكون غير قاصد لاتلاف، مال الغير فيشبهه المكروه في عدم القصد، هذا كله مضافا إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة، بناء على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو الذي ذكره المحقق احتمالا في الشرايع في باب الغصب بناء على تفسير المسالك، وفيه تأمل.

أو لأن الولد نفسه منفعة له وإن لم تكن منفعة مالية وقاعدة الغرور وإن اختصت بصورة علم البائع، إلا أن مقتضى اطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم والجهل. وبما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة. وأما الغرامة التي يغرمها في مقابل العين، فبالنسبة إلى المقدار الذي جعل ثمننا إذا لم يكن دفع الثمن إلى الفضولي لا يرجع إلى البائع لأن هذه الغرامة لم تنشأ من تغيير البائع، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه لكانت هذه الغرامة ثابتة. وما ذكره السيد الفقيه قده في وجه الرجوع فقوله: إنه لم يقدم على هذه الغرامة وإنما أقدم على دفع الثمن، والمفروض عدم امضاء الشارع له. يرد عليه: الرد إلى المالك أو البائع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف.

ثم إن مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف، فأخذ منه المالك عشرين { ١ } فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع { ٢ } ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في دعوى الملكية لم

يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. وأما العشرة الزائدة، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في وجه عدم الرجوع من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه ومع الإقدام لا غرور { ٣ } وإذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع أن الإقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام، مع فساد العقد وعدم امضاء الشارع له سببا لضمان المبيع بقيمته { ٤ } الواقعية

{ ١ } وأما في المقدار الزائد - كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة فتلف فأخذ منه المالك عشرين - فقد ذهب المصنف قدس سره - تبعا لغيره من الأساطين { ٢ } إلى أن يرجع إلى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور. { ٣ } وأورد عليه: بأن الإقدام والغرور لا يجتمعان، ولذا لا يرجع على البائع بالمسمى، وعليه فإذا بنينا على أن مقتضى اقدم المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك - كما هو المدرك للضمان في كل عقد فاسد يضمن بصحيحه - لا وجه للرجوع إلى البائع حيث لا تغير، وإن قيل إنه لا يكون مقدا على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك. وبعبارة أخرى: إن كان مقدا على الضمان بالقيمة الواقعية لا مورد لقاعدة الغرور، وإلا فلا وجه لأصل الضمان.

وأجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

{ ٤ } الأول: إن الإقدام إنما يكون على المسمى ولا اقدم على غيره، فبالنسبة إلى ما لا اقدم عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، ولكن الإقدام على المسمى

فالمانع من تحقق الغرور، وهو الاقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن { ١ } و الضمان، المسبب عن هذا الاقدام، لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغيير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الاقدام إلا أنها ليست مقدما، عليها هذا كله مع أن التحقيق على ما تقدم سابقا أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان وأن ليس الاقدام على الضمان علة له مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان، وإن استدل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله، توجيه ذلك بما يرجع إلى الاستدلال باليد فراجع.

وكيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع { ٢ } هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى { ٣ }

سبب شرعا لضمنان تمام القيمة، فضمنان التمام ليس مقدما عليه لينا في الغرور، بل أثر الإقدام على المسمى ضمنان تمام القيمة. وتبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين. وفيه: إنه إذا كان مدرك الضمان هو الاقدام - كما هو مبني الإشكال - لا وجه للقول بالضمنان بالنسبة إلى تمام القيمة مع كون الإقدام على المسمى إلا إذا ورد دليل على أن الإقدام على شيء سبب لضمنان شيء آخر، والمفروض عدمه، فعلى هذا المبني لا مدفع لهذا الايراد.

{ ١ } الثاني: وهو أحق، وهو منع المبني، لأن مدرك الضمان في المقام وغيره المقبوض بالعقد الفاسد إنما هي اليد، وهي تقتضي الضمان بتمام القيمة. والغرور يوجب رجوع المغرور إلى الغار في المقدار الذي غرر فيه، فبالنسبة إلى المقدار الزائد وإن كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك إلا أن مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها إلى البائع { ٢ } قوله فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه.

هذا إذا كان المدرك قاعدة نفي الضرر، وإلا فموضوع الغرور حاصل فيهما { ٣ } قوله ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولى

وجه الأولوية أن هناك كان يحتمل أن الاقدام على الضمان بالمسمى اقدام

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة. أما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أن حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه، ويجيء على القول الآخر عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. وأما ما يغرمه بإزاء أوصافه { ١ } فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن، كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت. فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك

على الضمان بالقيمة الواقعية، وهذا المعين غير محتمل في المقام لأن ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدماً على ضمانه
ومما ذكرناه ظهر أنه إنما يرجع إليه في صورة علم البائع،
وأما في صورة جهله فلا يرجع إليه لعدم صدق الغرور.
{ ١ } قوله وأما ما يغرمه بإزاء أوصافه فإن كان مما لا يسقط عليه الثمن
فقد فصل المصنف قدس سره بين وصف الصحة وغيره من الأوصاف، والتزم بعدم الرجوع في وصف الصحة - نظراً إلى مقابله بجزء من الثمن - والرجوع في غيره من الأوصاف، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.
وتمام الكلام بالبحث في مقامين:
الأول: في الفرق بين وصف الصحة وغيره من الأوصاف.
الثاني: في أنه هل يرجع إلى البائع فيما يغرمه بإزاء الأوصاف، أم لا؟
أما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينهما، وأن شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن، وإن كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف. ولا فرق في ذلك بين وصف الصحة وغيره. والشاهد عليه ثبوت الخيار في تخلف الوصف، وثبوت الأرش في خيار العيب، لا يدل على مقابله بالثمن، وإلا لزم أن يرد البائع جزء من الثمن.

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك. أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع { ١ } لأن الغرامة لم تجيء من تغيير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق والمالك على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع وكذبه.

وأما المقام الثاني: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه قدس سره وغيره - عدم الرجوع لعدم تغيير البائع إياه وقد أقدم المشتري على أن الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، وهذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التي توجد فيما بعد وتتلّف - حيث إنه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

{ ١ } قوله وأما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع وقد استدل المحقق النائيني قدس سره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذي يكون قابلاً للصحة بإجازة المالك، بأن العقد الفاسد من جهة أخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستنداً إلى التغيير، فإن الفساد من جهة أخرى هو أسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، ولا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، والفساد من جهة أخرى بمنزلة فقد المقتضي، فلا محالة يستند الفساد إلى عدم المقتضي لا إلى وجود المانع.

وفيه: إن سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هي اليد، سواء أكان عدم الصحة لاختلال شرط من شروط العقد، أو كان لاختلال سائر الشروط. والتغيير سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغيير وسبب الضمان مقتضاهما متحداً حتى يشتركا في التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالأولى: أن يستدل له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية أخرى:

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا. إن كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأن المفروض قرار الضمان على البائع. { ١ } وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك والوجه في ذلك حصول التلف في يده. فإن قلت: إن كلا من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية، التي هي سبب للضمان وحصول التلف في يد المشتري، ولا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه،

بأن التغيرير المساوق للتدليس والتخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلك وأنه يكون ضامنا على كل حال كان البائع مالكا أم لا، لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

{ ١ } قوله لأن المفروض قرار الضمان على البائع

إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري بشخص ثالث وتلف المال في يد المشتري الثاني، لا خلاف في أنه للمالك مع رد البيع الأول الرجوع إلى كل من الغاصب والمشتريين، مع أن الشيء الواحد ليس له إلا بدل واحد فكيف يحكم بضمان كل من الثلاثة.

وتنقيح القول في المسألة إنما هو بالبحث في مقامين.

الأول: حكم المالك بالإضافة إلى كل واحد منهم.

الثاني: حكم كل واحد منهم بالإضافة إلى الآخر.

أما المقام الأول: فقد أورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده.

بما حاصله: إنه إن اعتبر شيء واحد في الذمم يلزم استقرار الواحد في محال متعددة، وإن التزم بتعدد ما في الذمم يلزم أن يكون لشيء واحد أبدال متعددة، مع أن الشيء الواحد ليس له إلا بدل واحد.

نعم لو أتلّف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق. { ١ } قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف. وصيرورته في عهدة كل منهما، مع أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة واحدة. وأن الموصول في قوله على اليد ما أخذت شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيدي المتعددة.

والحق في الجواب: عن هذه الشبهة أن يقال: إن الكلام.

تارة في الحكم الوضعي.

وأخرى في الحكم التكليفي.

أما من حيث الحكم الوضعي:

فإن قلنا بأن معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - لا محذور في تعدد الضامن، فإن الشيء الواحد في المحال المتعددة اعتباراً ككونه في الأذهان المتعددة بتعدد صورته لا محذور فيه، والعهدة ليست إلا محلاً اعتبارياً، وحيث إنه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذمم بأداء واحد منهم.

وإن قلنا: بأن ضمان العين إنما هو ثبوت بدلها في الذمة، فإن قلنا بأن في ذمة كل

واحد حصة من الطبيعي غير ما في ذمة الآخر لزم ثبوت أبدال عديدة لشيء واحد.

وأما إن قلنا بأن الطبيعي بنفسه في ذمة كل واحد من دون أن يصير حصة.

أو قلنا بأن حصة منه في ذمة كل واحد من جهة أنه وجود اعتباري لا محذور في

الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور أيضاً.

وأما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي لأنه

أحد مصاديق ذلك، وقد حققنا في الأصول إمكانه، فلا محذور أصلاً.

{ ١ } قوله نعم لو أتلّف بفعله رجع لكونه سبباً لتنجز الضمان على السابق.

وفيه أن الضمان في صورة التلف أيضاً كذلك - فإن من تلفت العين تحت يده كان

يمكن من ردها إلى صاحبها فبإمساكه المبيع استقر الضمان على السابق.

مع أن سببية شخص لضمآن آخر لا يوجب ضمانه إذا لسببية بهذا المعنى ليست أحد

موجبات الضمان.

فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا فرض أيدي متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي { ١ } لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة، معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، وحيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البديل، بمعنى إنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركا. لأن المتدارك لا يتدارك والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي أن مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البديلية والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. ويتحقق مما ذكرنا أن المالك إنما يملك البديل على سبيل البديلية ويستحيل اتصاف شيء منها بالبديلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف واصلا إلى المالك،

{ ١ } وأما ما أفاده المصنف قدس سره في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: إن الذمم المتعددة تشتغل بواحد على البديل نظير الواجب الكفائي في العبادات. فيرد عليه: إنه في الواجب الكفائي لا يكون الواجب متوجها إلى أحد الأفراد على البديل، فإن ذلك غير معقول.

بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف إلى الجميع، لكن مشروطا بعدم اتیان الآخرين. وهذا لا يمكن الالتزام به في المقام، فإنه إما أن يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمة بعدم اشتغال الأخرى، أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، أو يلتزم بتقييده بعدم أداء الآخر.

ولازم الأول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الآخر مقارنا له، وثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، وهما كما ترى.

ولازم الثاني ثبوت الاشتغالين وبدلين عند عدم مطالبتهما.

ولازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعددة لو أدى الجميع ما في ذمهم كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الامتثال في الواجب الكفائي، مع أن المالك لا يستحق في شيء من الحالات إلا بدلا واحدا.

ويمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى وضمن عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا كما في الإيضاح { ١ } وضمن الأعيان المضمونة على { ٢ } ما استقر به في التذكرة وقواه في الإيضاح وضمن الاثنين لواحد { ٣ } كما اختاره ابن حمزة. وقد حكى فخر الدين والشهيد عن العلامة في دروسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: ونظيره في العبادات الواجب الكفائي وفي الأموال الغاصب من الغاصب، هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي.

{ ١ } قوله وضمن عهدة العوضين لكل من البائع والمشتري عندنا. يعني ضمان شخص ثالث عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقا للغير - أو ضمانه عن المشتري للبائع عهدة المبيع إذا خرج الثمن مستحقا للغير. وأورد عليه المحقق النائيني قدس سره وتبعه غيره بأن هذا ليس نظيرا للمقام - إذ مع بقاء المضمون وعدم الامتناع ليس المكلف بالرد والضامن إلا المضمون عنه، ومع التلف أو الامتناع لا تشتغل إلا ذمة الضامن. وفيه أنه في صورة البقاء للمشتري الرجوع إلى الضامن، كما له الرجوع إلى المضمون عنه ليتحصل ماله ويعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان وتحققه - كما أنه - في صورة التلف له الرجوع إلى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده. وبعبارة أخرى بمقتضى (١) على اليد - وفي خصوص باب الدين نلتزم بأنه لا يرجع إلى المضمون عنه للأدلة الخاصة الآتية في محلها غير الشاملة للمقام.

{ ٢ } قوله وضمن الأعيان المضمونة الكلام في ضمان الأعيان المضمونة كما لو ضمن عن المستعير في العارية المضمونة أو ضمن في مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد - هو الكلام في ضمان عهدة العوضين اشكالا وجوابا.

{ ٣ } قوله وضمن الاثنين لواحد أورد عليه المحقق النائيني قدس سره بأنه لا يصح ضمان الاثنين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته ولكن حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا - فلا محذور في الالتزام به بعد شمول أدلة صحة الضمان له.

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغصب حدیث ٤ نقلا عن عوالي اللئالي وتفسیر الرازي.

وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض { ١ } فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع إليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا ليقاعه في خطر الضمان. كما لا ريب في أن السابق إذا رجع عليه وكان غارا لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له، فنقول إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل { ٢ } فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني، فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له، ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء.

{ ١ } قوله وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض. المقام الثاني: في حكم كل واحد منهم بالإضافة إلى الآخر. ومحصل الإشكال في المقام: إن الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي: إنه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، ولو رجع المالك إلى السابق يرجع هو إلى اللاحق، ولا يرجع اللاحق إلى السابق إلا إذا كان هناك غرور، فإن المغرور يرجع إلى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان ووحدة نسبة على اليد إليهما. وأجابوا عن ذلك بأجوبة:

{ ٢ } الأول: ما أفاده المصنف قدس سره. وحاصله: إن السابق بمجرد وضع يده يصير ضامنا، بحيث يكون بدل العين على تقدير التلف على ذي اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة

والحاصل إن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك ومن سبقه في اليد ويشتغل ذمته أما بتدارك العين وأما بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البديل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على البديل بشيء واحد لشخص واحد، وربما يقال { ١ } في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه

ومتحيثة بهذه الحثية، فيد اللاحق واردة على عين لها بدل، فضمامها ضمان عين لها بدل، ومرجع ذلك إلى ضمان العين وبدلها على سبيل البديل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البديل عن كونه بدلا.

وبهذا التقريب تندفع جملة من الاشكالات التي أوردها بعض المحشين. منها: إنه ما الوجه في ضمان البديل ولم يدل دليل عليه، إذ قد عرفت أن ضمانه مقتضي البدلية.

ومنها: أن لازمه جواز رجوع السابق إلى اللاحق قبل دفع البديل، إذ البديل طولي لا عرضي.

ولكن ترد عليه أمور:

الأول: إن الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتى بعد التلف - كما تقدم تحقيقه، فلا يكون لها بدل.

الثاني: إن الانتقال إلى البديل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، وفي ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبديل في عرض واحد بلا سبق ولحق.

الثالث: أن لازم ما ذكره أنه لو دفع العين من اللاحق إلى السابق بعد أخذه منه وتلفت عنده له الرجوع إلى اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بما له بدل، وبعد عود المال إلى السابق لا يصير ضامنا لشيء لضمامه قبله.

{ ١ } قوله ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده.

القائل هو صاحب الجواهر، وعبارته منقولة في المتن.

إن ذمة من تلف في يده لو رجع عليه أن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل { ١ } وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده وبين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو، انتهى. وأنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأن خطابه ذمي، وخطاب غيره شرعي، مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء،

{ ١ } الثاني: ما عن صاحب الجواهر قدس سره وهو: إن من تلف العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية. وفيه: إن هذا يبتني على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد، وقد عرفت ضعف المبنى.

الثالث: ما عن السيد الفقيه قدس سره، وهو أن العين التالفة تكون باقية على ملك مالكها، ولذا يصح الصلح عليها واحتسابها خمسا أو زكاة، وما يدفعه السابق إلى المالك يكون عوضا عنها، ومقتضى العوضية خروج العين التالفة عن ملك مالكها وصيرورتها ملكا للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع إلى اللاحقين. ثم أورد على نفسه: بأن لازم ذلك جواز الرجوع اللاحق إلى السابق أيضا، لأن المفروض إن قام مقام المالك. وأجاب عنه: بأن الوجه في عدم جواز رجوعه إليه أنه السبب في ضمان السابق، بمعنى استقرار العوض في ذمته.

وفيه: ما تقدم من أن السببية بهذا المعنى ليست أحد موجبات الضمان، وعليه فلا فرق بين السابق واللاحق، مع أن ما يدفعه الدافع إلى المالك إنما يكون غرامة وبدلا عن ماله، من جهة أن مالية العين تلفت، فمقتضى التبريم أن يحفظ ماليتها بدفع مال،

والمفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء { ١ } والخطاب الذمي، مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو أبرأ المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون في اجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء ومصالحة المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك

ولا يكون بدل ملك عن ملك.

وبعبارة أخرى: لا يكون بدلا عن العين في الملكية كي يتوقف على تبديل إضافة الملكية من الطرفين.

الرابع: ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني قدس سره على اختلاف بينهم في التعبير، وحاصله: أنه في باب التغريعات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعا، ومن المعلوم لمن راجع العرف والعقلاء أنهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداء ودخولها في العهدة بعد ما كانت داخلية في عهدة أخرى، ويرون أنه على الأول أداء بدل العين، وعلى الثاني أداء بدل العين للمالك، وبدل ما يؤديه السابق له على البدل. فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، ومقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، وعن عهدة عهدتها.

الظاهر هذا أحسن ما يمكن أن يقال في وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجانية وغير معاوضة، وإلا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلا لو غصب زيد من عمرو شيئا فوهبه لبكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك إلى الغاصب ليس له الرجوع إلى بكر، وهو واضح.

{ ١ } قوله مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بينما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي. هذا الايراد مبنى على مسلك المصنف قدس سره من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية وأما على المسلك الآخر فالفرق بينهما واضح.

اللهم إلا أن يقال إن نظره الشريف إلى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ليصح رجوع من وجه إليه الخطاب التكليفي إلى من وجه إليه الخطاب الوضعي

من أحكام ما في الذمة، مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البذل لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف في يده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك، مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم بمن لحقه في اليد العادية إلا إلى من تلف في يده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده.

نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلف في يده، هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري. وقد عرفت الحكم أيضا في صورة بقاء العين، وأنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة { ١ } وللمالك استردادها، فيرد بدل الحيلولة ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني { ٢ } لأن عهدتها على الأول فيجب عليه تحصيلها، وإن بذل ما بذل، نعم ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد ليباشر بنفسه { ٣ }.

ولا يصح رجوع صاحبه إليه ومقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما إلى الآخر. { ١ } قوله غرم للمالك بدل الحيلولة وللمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة. قد تقدم الكلام في بدل الحيلولة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد فراجع ما حققناه.

{ ٢ } قوله ولا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد. والوجه فيه أن كل واحد ممن وضع يده على المال يكون ضامنا ويجب عليه أدائه إلى صاحبه وتمكن المالك من الاسترداد من الثاني لا يسقط وجوب الرد عن الأول. { ٣ } قوله نعم ليس للمالك أخذ مؤنة الاسترداد ليباشر بنفسه. الحق هو التفصيل بين ما إذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف في المال - وبين ما إذا لم يلزم منها ذلك - فللمالك أخذ مؤنة الاسترداد ليباشر بنفسه في الأول

ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك وطلب من الأول عوضاً عن الاسترداد { ١ } فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بذل الحيلولة، أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد وبين الزائد عليها مما يعد إجحافاً على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين. وأما إذا تغيرت، فيجئ صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها وإن كان كثير مما ذكرنا أيضاً مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب، إلا أن الاهتمام بها دعائي إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناماً للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل أنه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول ببطلان الفضولي. فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله والحكم فيه الصحة لظهور الاجماع، بل دعواه

دون الثاني - فإنه في الأول للمالك أن يمنع من التصرف في ماله - ولا سبيل إلى أن يقال إن

وجوب رد مال الغير أهم من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها - فإن ذلك فيما إذا كان ذلك مقدمة منحصرة، لا في مثل المقام الذي يمكن الرد بغير التصرف.

وفي الثاني لا وجه لالتزامه الغاصب بالرد بطريق مخصوص، بل هو مختار في ذلك. { ١ } قوله ولو لم يقدر على استردادها إلا المالك... وجوه.

الحق أن الأوجه، هو الأخير فإنه إذا كانت الأجرة هي المتعارفة للاسترداد، نفس دليل وجوب الرد يكفي في الدلالة على وجوب بذل الأجرة لكونه مقدمة للرد الواجب.

وأما إذا كانت زائدة عن ما تعارف أخذه للاسترداد، فلا يجب البذل لعموم لا ضرر وتتمام الكلام في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد.

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

بل دعواه عن غير واحد مضافا إلى صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي، كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. نعم لولا النص والاجماع أمكن الخدشة فيه بما سيحى في بيع ما يملك وما لا يملك. وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة { ١ } بل وكذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا، كما عن التذكرة. وسيحى في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه ويؤيده صحيحة الصفار.

{ ١ } قوله وما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة. ما أفاده المصنف من أنه لا ريب في الصحة على القول بالصحة في بيع الفضولي والحكم بظهور الصحة على القول ببطلانه. قابل للمناقشة: فإن جميع ما ذكر وجهها للبطلان تجري على القول بصحة بيع الفضولي، نعم - على القول بصحته وكون الإجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر، وتحققها لا يجري شئ من تلك الوجوه كما ستعرف. وكيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير - مضافا إلى الاجماع - : صحيح الصفار عن أبي محمد العسكري عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب

الشراء من البائع على ما يملك. (١)
بل العمومات الدالة على صحة العقود كالأية الشريفة (٢) تدل على الصحة فيه. وقد ذكروا في وجه عدم الشمول أموراً:
منها: إن البيع أمر واحد بسيط، فإما أن يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات فلازمه الصحة في جميع أجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولاً لها فلازمه البطلان في الجميع. وعلى التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة وفسادا، وحيث إنه لا يمكن

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب عقد البيع وشروطه.
(٢) المائدة آية ٢.

وربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن وكلام الغنية على العالم، ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي كلزوم ربا وبيع آبق من دون ضميمة. وسيجيء الكلام في محلها، ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، وموقوف في غيره بحصته،

الالتزام بالأول وإلا لزم خروج المال عن ملك مالكه بلا رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

وفيه: إن البيع - أي الانشاء - وإن كان واحدا، إلا أن ما تضمنه من التملك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فإذا تعددت الملكية يتعدد التملك لا محالة، لأن الأيجاد والوجود متحدان حقيقة، وأحد التملكين يكون مشمولا للعمومات، وهو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصح هو دون صاحبه.

وإن شئت قلت: إن الانشاء واحد صورة ومنحل إلى انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

ومما يشهد للانحلال: - مضافا إلى ظهوره على ما عرفت: إنه لو انضم إلى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه وباعهما بانشاء واحد لم يتوهم أحد صحة هذا البيع مستندا إلى أن دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالاً، فإن المتعلق المجموع من حيث المجموع، مع أن لازم هذا الوجه ذلك.

ومنها: إن البائع لم يرض بانتقال ماله منفردا، فإنه رضي بانتقاله منضمما إلى مال غيره، وقد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع. وفيه: إن البائع قد رضي بانتقال ماله وانتقال مال غيره، فكل منهما متعلق للرضا، فانتقال ماله يكون عن رضا، وغاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ما له بلا رضاه، مع أنه أحص من المدعى، إذ ربما يكون راضيا بانتقاله منفردا أيضا. ومنها: أنه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع،

وطريق معرفة حصة كل منهما { ١ } من الثمن في غير المثلي أن يقوم كل منهما منفردا، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين { ٢ } مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلاث دنانير وقيل أن قيمة المملوك قيراط وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن. وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الإرشاد حيث قال: ويقسط المسمى على القيمتين. ولعله أيضا مرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة من أنهما يقومان جميعا، ثم يقوم أحدهما. ولذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الإرشاد حيث قال: طريق تقسيط المسمى على القيمتين الخ. لكن الانصاف أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمهما، معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم ثم يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كل منهما أو نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

وما وقع غيره.

قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه، فإن البائع قاصد لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

ومنها: إن الثمن الواقع بإزاء الجزء المملوك مجهول، فلا تصح المعاملة الواقعة عليه. وفيه: إن المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضا أو معوضا في الانشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعا.

{ ١ } وأما طريق معرفة حصة كل منهما، فلا اشكال فيما لو عين حصة كل منهما. كما لولا حظ البائع والمشتري وقوع حصة معينة من الثمن بإزاء كل جزء من المثلث. إنما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك وأوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصة والتقسيم. ولهم في ذلك مسالك.

{ ٢ } الأول ما اختاره المصنف قدس سره وفاقا لغيره، وهو: أنه يقوم كل واحد منهما منفردا

فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين،

فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع. {١} ومن هنا أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة {٢} كما في مصراعي باب وزوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنین إلى العشرة استحق من البائع واحداً من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين ونصفاً.

فإذا كان الثمن عشرة وكانت قيمة مال نفسه أربعة وقيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلث الثمن. إذ نسبة قيمة مال غيره إلى مجموع القيمتين هي ذلك. وسيمر عليك ما يرد عليه.

{١} الثاني: ما عن المشهور، وهو: أنه يقوم مجموع المالين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته إلى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبة، فإذا كانت قيمة مصراعي الباب عشرة وكانت قيمة أحدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن. ولكن يرد عليه ما أفاده المصنف بقوله.

{٢} إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعي الباب وزوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين

وكان الثمن خمسة، فإن لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع أربعة في مقابل مصراع واحد، مع أنه لم يجعل في المعاملة في مقابله إلا نصف الثمن. ويرد على الأول: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فإنه في مثال الجارية وابنتها إذا باعها بعشرة وكانت قيمة الجارية في حال الانفراد ستة وفي حال الانضمام أربعة وقيمة ابنتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ قدس سره رجوع

المشتري إلى البائع بخمسين من الثمن، مع أنه إنما جعل من الثمن بإزائها ثلاثة أخماس. فالمتعين هو القول الثالث.

والحاصل أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة، ويصح في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع إجازة المالك الجزء الآخر هذا ولكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب، من عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما كل منهما منفردا، ويراد من تقويم أحدهما ثانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها، وإن كان ضعيفا بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد وبين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة

وهو الذي اختاره جمع من الأساطين، وهو. أنه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. وذلك يظهر ببيان أمور:

الأول: إن الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لازدياد القيمة ولا لنقصانها، وربما تكون موجبة لأحدهما. وعلى الثاني تارة: تكون موجبة للازداد من الطرفين بالسوية كما في مصراعي الباب، وأخرى: تكون موجبة له بالاختلاف كما لو كان قيمة أحدهما مع الانضمام خمسة ولا معه أربعة، وكان قيمة الآخر معه ستة ولا معه ثلاثة. وثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. ورابعة: تكون موجبة له بالاختلاف. وخامسة: تكون موجبة للزيادة في أحدهما والنقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابنتها الصغيرة وفرضنا أن قيمة الأم تنقص في صورة ضم ابنتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، وقيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثاني: إن كل جزء إنما قوبل بجزء من الثمن في حال الانضمام لا مطلقا. الثالث: إن الأوصاف لا تقابل بالمال، وتختلفها يوجب الخيار لا رد جزء من الثمن. وبهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث،

بحيث يكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإن هذا فرض ممكن، كما صرح به في رهن جامع المقاصد وغيره، فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارياً مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة وقيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية، فإن نسبة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين { ١ } نسبة الشيء إلى مماثله فرجع بكل الثمانية، وكان من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن، فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا ونسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت إن المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة وهو درهم واحد. فالزيادة ظلم على المشتري وإن كان ما أو همه عبارة الشرائع وشبهها من أخذ البائع أربعة والمشتري واحدا أشد ظلما، كما نبه عليه في بعض حواشي الروضة فاللزام أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا وعلى هيئته الاجتماعية ويعطي البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا وقيمة هيأته الاجتماعية.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة، ليس مضمونا في باب المعاوضات، وإن كان مضمونا في باب العدوان، غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة، ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعددين في الوجود، كعبد وجارية أو متحدا كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثا لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه أقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث وقيمة الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة، هذا كله في القيمي.

أما المبيع المثلي فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن { ١ } على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البائع والأجنبي بما يخصه وإن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي { ٢ } من ملاحظة قيمتي الحصتين وتقسيط الثمن على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار، فإن علم أنه أراد نصفه، أو نصف الغير عمل به، وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله بعثك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، وحملة على النصف المشارع بينه وبين الأجنبي { ٣ }

{ ١ } قوله أما البيع المثلي فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس البيع ما أفاده المصنف قدس سره يتم على ما اخترناه في طريق تقسيط الثمن ولا يتم على مسلكه فإنه قد يتفاوت الحصتان، كما لو كانت حصة أحدهما تسعة أمان وحصة الآخر منا واحدا -، ويكون الاختلاف في القيمة في صورتى الانضمام والانفراد في الحصة الأولى قليلا وفي الثانية أزيد كما لا يخفى.

{ ٢ } قوله وإن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي أورد عليه المحقق النائيني قدس سره بأنه يمكن أن يكون المثلي مفروزا ويكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة وصبرة خاصة فيجب أن يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلي المشاع لا كالقيمي.

وفيه أنه كما يتصور ذلك يتصور الاختلاف فلا بد من بيان ما يفيد في جميع الصور وهو ما أفاده المصنف قدس سره.

بيع نصف الدار

بقي الكلام هنا في مسألتين:

{ ٣ } إحداهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار

وقبل الشروع في البحث فيها لا بد من تقديم مقدمتين:

الأولى: في بيان الكسر المشاع وأن الشركة الحاصلة في المبيع على أي كيفية، والعمدة فيه مسلكان:

ومنشأ الاحتمالين. إما تعارض ظاهر النصف أعني الحصة المشاعة في مجموع النصفين { ١ } مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص { ٢ } وإن لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، ولذا يحمل الاقرار على الإشاعة، كما سيحى، أو مع ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه { ٣ } لأن مال الغير لا بد فيه إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه، وأما من بنائه على تملكه للمال عدوانا، كما في بيع الغاصب، والكل خلاف المفروض هنا، ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده وعبد غيره، حيث ادعى فخر الدين الاجماع على انصرافه إلى عبده، فقاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير، فبقي ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمان عن المعارض،

فيرد عليه أن المراد من أنه لم يقصد إلا مفهوم هذا اللفظ ليس خلو الكلام عن المراد الجدي، بل المراد أنه إنما قصد مفهوم هذا اللفظ وتعلقت إرادته الجدية به هكذا، أي بما يقتضيه ظهور هذا الكلام ولو بلحاظ المقام مع خلوه عن الإرادة التفصيلية.

وعلى هذا فيقع الكلام في موردين:

الأول: فيما إذا لم يقصد إلا مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما إذا قصد معينا غير معلوم لنا. وحيث إن المدرك وكذلك المختار في الموردين واحد فلا حاجة إلى البحث في كل من الموردين مستقلا.

{ ١ } وكيف كان: فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه وبين الأجنبي: إن النصف ظاهر في الحصة المشاعة في مجموع الحصتين.

وأورد عليه المصنف قدس سره بأن هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

{ ٢ } أحدها: ظهور مقام التصرف في إرادة حصته المختصة لإنشاء البيع.

{ ٣ } ثانيهما: ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير يتوقف على نية الغير أو كونه له أو البناء عليه عدوانا، والكل خلاف المفروض، وهو قد من جهة هذا التعارض توقف في المسألة.

يفسر بهما اجمال لفظ المبيع، ثم إنه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكة في هل هو كالا جنبي؟ وجهان مبنيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الأصالة الأقوى هو الأول لأن ظهور التمليك في الأصالة من باب الاطلاق وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضا إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق وما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ وإن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيد، إلا أنه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل والولي، فالأقوى فيهما الاشتراك في المبيع تحكيما لظاهر النصف، إلا أن يمنع ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع. { ١ }

وأما ملاحظة حقي المالين وإرادة الإشاعة في الكل من حيث إنه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

ومن المعلوم أن النصف المشاع بالمعنى المذكور، يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه، فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا في بيع ذلك من غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه، لأنه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له،

وفيه: إنه لم سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين ولم نلتزم بما أفاده المصنف قدس سره في أثناء كلامه من أنه ظاهر في نفس المشاع لا في المشاع بين الحصتين، قال.

{ ١ } إلا أن يمنع ظهور النصف إلا في النصف المشاع في المجموع لا. ريب في أنه ظهور اطلاقي ناشئ عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في إرادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

اللهم إلا أن يقال كل منهما يصلح للمنع عن انعقاد الآخر فلولا الوجه الأول كان المتعين التوقف.

ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين والشهيديين وغيرهم، لو أنه أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق { ١ } استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي وقيمة نصف الموهوب. وإن ذكروا ذلك احتمالا، وليس إلا من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فنصف ما فرضتم. وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه: لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا للربع التالف من الزوج ومساويا له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة، مع كونها قيمة. لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، وأنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام،

{ ١ } قوله ذكر جماعة أنه لو أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها استحق الزوج النصف الباقي.

إن بنينا على أن المرأة تملك بالعقد نصف المهر وبالذخول تملك نصفه الآخر تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا لأن محل البحث في المقام لا يكون خصوص البيع فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه. وأما إن قلنا بأنها تملك تمام المهر وبالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه إلى الزوج، فهي - أجنبية عن المقام.

فإن المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال والطلاق ليس انشاء لرد النصف كي يجري فيه هذا النزاع فتدبر. اللهم إلا أن يقال إن ما ذكره المصنف قدس سره الذي أشار إليه هنا هو عدم التنافي بين ظهور

النصف في الإشاعة وحمله على نصفه المختص من باب أنه من ملك كلياً ملك مصداقه. فما ذكروه في صداق المرأة نظير للمقام من هذه الجهة فإن حكم الشارع الأقدس برد نصف المهر في قوة تملك الزوجة نصفه للزوج. فيكون من باب أنه من ملك كلياً ملك مصداقه إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيراً للمقام.

ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح { ١ } من أنه: إذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مشاعا في نصيبهما فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع، فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذي أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الاقرار مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له، وفصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور في الثالث، لأن الاقرار منزل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص في الأولين لاختصاص النصف وضعاً في الأول وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختص، واعترضه في مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلاً بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به. وتام الكلام في محله وعلى كل حال، فلا اشكال في أن لفظ النصف المقر به إذا وقع في كلام المالك للنصف المشاع مجرداً عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع في نصيبه ونصيب شريكه، ولهذا أفتوا ظاهراً على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأن ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده، لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبتته إلى المقر والمقر له على حد سواء، فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع الاستحقاق ودعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما

{ ١ } قوله ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه في باب الصلح. وقد أورد عليه بأن الأصحاب في مسألة، هبة المرأة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقي، وفي باب الصلح ذكروا أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث فصالحه المقر له ذلك النصف مشاعاً في نصيبهما. فما ذكره المصنف قدس سره إن كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ما ذكروه في

فيكون في يد المقر سدس وفي يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك وقال إن له في يد كل منهما سدسا وقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده وهو السدس المقر به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة، بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره ودار غيره وهو مقدار حصته المشاعة كحصة المقر وحصة المقر وحصة المقر له بزعم المقر، إلا أنه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده، فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر والمقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغضوب منه وما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف في محله وإن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى، للخرج أو السيرة. نعم يمكن أن يقال بأن التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر، والشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له، فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شيء، وليس هذا كأخذ الغاصب جزءا معيناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين.

في المسألة الأولى منافيا له، وإن كان حمله على النصف المشاع لم يكن ما ذكره في المسألة الثانية منافيا له.

وما ذكره المصنف قدس سره في المقام أمران - أحدهما - ظهور النصف في نفسه في المشاع - ثانيهما - ظهور التصرف وانشاء البيع في إرادة النصف المختص، وفي باب هبة المرأة نصف صداقها على فرض كونها مالكة لجميع المهر لا معارض لظهور النصف في المشاع فحكمهم بالحمل على النصف المختص ينافي هذا الظهور، وفي باب الصلح حيث إن المقر له يوقع الصلح وينشأه على النصف فحمله على النصف المشاع ينافي الظهور الثاني إذ الصلح إنما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى، وبالجملة ما ذكره قدس سره في

المقام أمران، وما ذكره في أحد الفرعين ينافي أحدهما، وما ذكره في الآخر ينافي الثاني، هذا ما يرجع إلى شرح العبارة - وأما تنقيح القول في المسألتين وبيان وجه عدم التنافي بين ما ذكره هنا وما ذكره فيهما فموكول إلى محل آخر.

والحاصل أن أخذ الجزء كان بأذن الشارع، وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر له، ولعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه في الإيضاح إلى الأصحاب في مسألة الاقرار بالنسب، أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده وهو الثلث، ولا يدفع إليه نصف ما في يده نظرا إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما وكلما توى كان كذلك هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة أن الشارع ألزم بمقتضى الاقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به.

ومن المعلوم أن مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر: هو كان ما في يده على حسب اقراره بالمنصفة. وأما المنكر عالما فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما قابل حصته عما في يدهما والزائد حق لهما عليه. وأما مسألة الاقرار بالنسب فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكره، وحكاة الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة، حتى قوى في المسالك الحمل على الإشاعة وتبعه سبطه وسيد الرياض في شرحي النافع. والظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل والكليني بل وغيرهما، فروى الصدوق مرسلا والشيخ مسندا عن أبي البختری ووهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في

رجل مات وترك ورثة، فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورث ولا يكون ذلك في ماله كله. وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما قدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته. وبالإسناد قال: قال علي عليه السلام من أقر لأخيه فهو شريك في المال ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فذلك، إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم، وعن قرب الأسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد وتمام الكلام في محله من كتاب الاقرار والميراث إن شاء الله.

مسألة: لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر والخنزير صفقة بثمن واحد { ١ } صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد واجماعا كما في الغنية، ويدل عليه اطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة، ودعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من أن التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصودا إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض، ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، وقد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط وذكر أن الفرق بين فساد الشرط، والجزء عسرا، وتام الكلام في باب الشروط ويكفي هنا الفرق بالنص والاجماع، نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في المسالك، وفاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال في التذكرة بعد ذلك، وليس عندي بعيدا من الصواب الحكم بالبطلان، فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه، انتهى

بيع ما يقبل التملك وما لا يقبله
{ ١ } الثانية لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف في صحة البيع في المملوك، وعن غير واحد: دعوى الاجماع عليها. ويشهد - مضافا إلى ذلك. وإلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك وغير الملك تقريبا دلالتها على الصحة في أمثال المقام. وأن ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضي وأخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه. اطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة المتضمنة أنه لا يجوز بيع ما ليس يملك وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك (١). فإنها باطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفا عاما غير مملوك لأحد

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

ويمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بثمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً، وإن علم الناقل بعدم امضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل (البيع) حقيقة فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد هو ما كان غرراً في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع، مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان { ١ } لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه حيث قال: إن هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع وإلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلاً قصد انتهى.

لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور،، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان مناسباً لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه مجاناً، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك، أما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. أما لبقاء ذلك القسط له مجاناً { ٢ } كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك، إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد، ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير، من أن العبرة بتقويم كل منهما منفرداً ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين،

{ ١ } قوله مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك.

وفيه أن وقوع مجموع الثمن بإزاء الشيء لا واقع له سوى جعل المعاملي والمفروض أنه جعل فيه بإزاء المملوك بعض الثمن.

{ ٢ } قوله وأما لبقاء ذلك القسط له مجاناً.

وفيه أولاً ما تقدم في محله من عدم تمامية ذلك في بيع مال الغير من العالم. وثانياً أنه لو تم فيه لا يتم في المقام فإن المجانية هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجاني غير المفروض في المقام.

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك { ١ } وقد ذكروا أن الحر يفرض عبدا بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتها عند من يراها مالا، ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسوقين بالكفر أو مجاورين للكفار، ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاة، والخمر بعنوان أنها خل، فبان الخلاف، بل حزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل والشاة.

{ ١ } قوله لكن الكلام هنا في طريق معرفة غير المملوك. طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من أنه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين. لكن الإشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض أنه لا قيمة له. لا إشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر إلى الخل فباعهما بصفقة واحدة، فإنه يعرف قيمة الخمر بالرجوع إلى من يراها ملكا ومالا، إنما الإشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة وخنزيرا بعنوان أنهما شاتان. والأظهر أنه يقوم قيمة المملوك - أي الشاة - لأن بذل المال إنما يكون بإزاء الصورة النوعية وإلا فالأجسام من حيث هي لا مالية لها ولا يبذل بإزائها المال. والمراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بإزاء الشاة دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالا عرفا، وأما إن لم يكن ما لا فقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة من جهة أنه لا يمكن تعيين ما بإزاء غير المملوك لأنه لا قيمة له، ولا يمكن البناء على الصحة بالنسبة إلى المملوك في تمام الثمن لأنه جعل بإزاء غير المملوك في المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان.

وفيه: أنه يتم في صورة الجهل فإنه يجعل بإزاء ما لا يملك جزء من الثمن، ولا يتم في صورة العلم من جهة أنه في تلك الصورة لا يجعل بإزائه شئ من الثمن ويكون ذلك نظير ضميمة الأوساخ، فلا محالة يصح البيع في تمام الثمن.

مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء { ١ } ويدل عليه قبل الاجماع الأخبار المستفيضة { ٢ } المصرحة في موارد كثيرة، وفحوى سلطتهما على بضع بنت في باب النكاح { ٣ }.

ولاية الأب والجد

{ ١ } مسألة: يجوز للأب والجد أن يتصرفا في مال الطفل بالبيع والشراء بلا خلاف. وفي الجواهر: دعوى الاجماع بقسميه عليه، وفي غير واحد من الكتب: دعوى ذلك.

{ ٢ } واستدل له المصنف قده: بالأخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة. { ٣ } وبفحوى سلطتها على بضع بنت في باب النكاح (١).

وفيه: إن النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف: الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد (٢).

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء. (٣)
الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصي بمال الطفل إذا كان قد أوصى أبوه بذلك. (٤)

ولا يصح الاستدلال بشئ منها.

أما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالاً لا تصرفه لابنه، مع أنها واردة في الولد مطلقاً صغيراً كان أم كبيراً، بل مورد أكثرها البالغ، وفي بعضها التقييد بصورة

الحاجة والاضطرار، وفي بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه بأحسن النفقة، مع أنها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩ - من أبواب ما يكتسب به.

(٤) الوسائل - باب ٩٢ - من أبواب أحكام الوصايا.

وأما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة أن الشارع الأقدس قد وسع في أسباب حلية الوطاء بما لم يوسع في سائر المعاملات كما تقدم في مبحث الفضولي.

مع أن فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد أهداها إليها أبوها حين زوجها.

مع أنها من جملة أدلة جواز تصرفاته الرجعة إلى نفسه وسبيلها سبيل تلك الأدلة. وأما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

وأما الفحوى فقد تقدم في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة إلى سائر المعاملات. فراجع.

ولكن مع ذلك أصل الحكم مما لا ينبغي التوقف فيه.

لبناء العقلاء عليه وعدم ردع الشارع عنه.

واجماع الأمة عليه.

وجملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد في باب الزكاة (١) والمؤيد غيره كالنصوص المتقدمة.

بقي الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار (أنت ومالك لأبيك) (٢) لا اشكال في عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبة الولد لأحد.

وما له المفروض كونه ملكا له لا يعقل كونه ملكا لأبيه.

وكذا لا ينبغي التوقف في عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه وما له تحت ولايته لأنها وردت في الكبير أيضا، ولا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير.

بل الأمر يدور بين أمرين:

الأول: أن تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به وبما له، فسبيلها حينئذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به.

والمشهور عدم اعتبار العدالة { ١ } للأصل { ٢ } والاطلاقات، وفحوى
الاجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج، خلافا للمحكي عن
الوسيلة والايضاح فاعتبراها فيهما

الثاني: أن تكون لإفادة كون الولد موهوبا تكوينا للأب وانتسابه إليه بكونه ولده.
ويؤيد الثاني المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: وعلة
تحليل مال الولد لوالده بغير إذنه وليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد في قوله عز و
جل... الخ (١) وعليه فهي حكمة التشريع.
وبعبارة أخرى: إنها علة التحليل في مقام الثبوت لا الأثبات، وتدل على أن منشأ
جعل تلك الآثار ذلك.

ولا تكون هي متكفلة لحكم جعلي فلا يتمسك باطلاقها.
إنما الكلام يقع في جهات:
اعتبار العدالة

الأولى: في أنه هل يعتبر في ولاية الأب والجد العدالة - كما عن الوسيلة
والايضاح.

{ ١ } أم لا يعتبر - كما هو المشهور بين الأصحاب؟ - وجهان
قد استدلل لعدم الاعتبار بوجوده:

{ ٢ } الأول: الأصل، تمسك به المصنف قده في مقابل الاطلاق، وعليه فليس
المراد به القاعدة المستفادة منه.
بل المراد به الأصل العملي.

ولذا أورد عليه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائيني قدس سره: بأن الأصل بالعكس،
لأن نفوذ تصرف شخص في مال غيره يتوقف على الدليل، ومع عدمه الأصل يقتضي عدم
نفوذه.

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٩.

مستدلا في الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، ولا يصرف عن ماله { ١ } ويستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره، مع نص القرآن على خلافه، انتهى.
ولعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التي أشار إليها في جامع المقاصد. { ٢ } وفي دلالة الآية نظر، وأضعف منها ما ذكره في الإيضاح من الاستحالة إذ المحذور يندفع،

ولكن الظاهر أن مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء وعدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس، وعليه فلا إيراد عليه.
الثاني: الاطلاقات، تمسك بها الشيخ قدس سره وتبعه غيره ولا بأس به إن كان هناك اطلاق، وقد تقدم الكلام فيه.
الثالث: الاجماع المحكي عن التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج. وهو كما ترى.

وقد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

{ ١ } الأول: إنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرب عن حاله ويستحيل من حكمة الصانع جعل الفاسق أمينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره.
وفيه: أولا: إن المنافي للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة وليا، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التي لا مفسدة فيها - لا سيما إذا كان مأمونا من هذه الجهة خصوصا بملاحظة شفقة الأبوة ورأفته - لم يكن فسقه مانعا عن جعله وليا.
وثانيا: ما ذكره المصنف قدس سره فيما بعد بقوله:
بأن الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أبو الطفل أي رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله في ثروته منعه من التصرف في ماله...
{ ٢ } الثاني: نص القرآن.

وقد استظهر المصنف قدس سره أن المراد به آية الركون إلى الظالم (١)

كما في جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلاف حال أبو الطفل عزله ومنعه من التصرف في ماله وإثبات اليد عليه وإن لم يظهر خلافه، فولايته ثابتة وإن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد وتتبع سلوكه وشواهد أحواله، انتهى.

، واستظهر بعض مشايخنا أن المراد به آية النبأ (١).
تقريب الاستدلال بالأولى أحد وجهين.

أحدهما: إن جعله تعالى الفاسق أميناً وولياً ركون منه إلى الظالم، مع أنه نهى عنه.
ثانيهما: إن المعاملة مع الأب بعنوان أنه ولي الطفل ركون إليه، وهو منهي عنه.

وفي كليهما نظر:

أما الأول: فمضافاً إلى أنه استدلال بفحوى الآية لا بنصها من جهة أن الناهي عن شيء كيف يفعله.

إنه غير تام، إذ مجرد جعله أميناً وولياً كجعل شخص وكيلاً ليس ركوناً إليه.

مع أن الملاك غير معلوم، ولعله لركون العبد مفسدة ليست في ركون المولى.
وأما الثاني: فلأن المعاملة مع الأب بعنوان أن الله تعالى جعله أميناً وولياً ليست ركوناً من العبد إليه، فإنها كالمعاملة معه بما أنه مالك أو وكيل.

هذا كله مضافاً إلى أن الظالم أخص من الفاسق.

أضف إلى ذلك ما قيل من ورودها في سلاطين الجور وأن المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

وأما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها: إن قبول أخبار الفاسق وإقراره حينئذ

إنما يكون من جهة كونه ولياً حيث إنه من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ولا ينافي مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، والآية متضمنة للثاني.

مع أن عدم قبول أخباره وإقراره لا ينافي ثبوت الولاية.

مضافاً إلى أن قبول أخباره وإقراره بعد ثبوت الولاية بما أنه بلسان أنه وماله لأبيه

غير قبول أخباره عن غيره، بل هو في حكم قبول إقراره على نفسه.

فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

(١) الحجرات، ٧.

وهل يشترط في تصرفه المصلحة؟ أو يكفي عدم المفسدة، أم لا يعتبر
 شئ { ١ } وجوه، يشهد للأخير اطلاق ما دل على أن مال الولد للوالد { ٢ } كما في
 رواية سعد بن يسار وأنه وماله لأبيه، كما في النبوي المشهور وصحيحة ابن مسلم
 أن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء، وما في العلل عن محمد بن سنان عن
 الرضا عليه السلام من أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد في قوله
 تعالى: يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ويؤيده أخبار جواز تقويم جارية
 الابن على نفسه، لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب { ٣ } كما يشهد له
 قوله عليه السلام في رواية الحسين ابن أبي العلاء، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما
 يحل للرجل
 من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، قال: فقلت له قول رسول الله صلى الله
 عليه وآله
 للرجل الذي أتاه فقدم أباه

اعتبار المصلحة في التصرف
 { ١ } الجهة الثانية: هل يشترط في تصرفهما المصلحة أو يكفي عدم المفسدة أم لا
 يعتبر شئ وجوه.
 والكلام فيها في موردين:
 الأول: في اعتبار عدم المفسدة.
 الثاني: في اعتبار المصلحة.
 أما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الاجماع على اعتباره.
 { ٢ } واستدل لعدم الاعتبار باطلاق النبوي وغيره من النصوص.
 { ٣ } وأورد عليه المصنف قدس سره بأنه لا بد من تقييده بما يقيد من الأخبار جواز
 تصرف الأب في مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن أبي العلاء (١).
 أو بأن لا يكون فيه سرف كصحيح ابن مسلم (٢).
 أو كونه مما لا بد منه معللا بأن الله لا يحب الفساد كصحيح الثمالي (٣).

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٨.

(٢) نفس المصدر، ح ١.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به حديث ٢.

فقال له أنت ومالك لأبيك. فقال: إنما جاء بأبيه إلى النبي صلى الله عليه وآله فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله هذا أبي ظلمي ميراثي من أمي فأخبره الأب أنه قد أنفقه عليه وعلى نفسه، فقال النبي صلى الله عليه وآله أنت ومالك لأبيك ولم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله صلى الله عليه وآله يحبس الأب لابن؟! ونحوها صحيحة أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله أنت ومالك لأبيك، ثم قال: لا نحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما

يحتاج إليه، مما لا بد منه إن الله لا يحب الفساد، فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة، وأنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل. هذا كله مضافا إلى عموم قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن { ١ } فإن إطلاقه يشمل الجد ويتم في الأب بعدم الفصل، ومضافا إلى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل في مفتاح الكرامة استظهر الاجماع تبعا لشيخه في شرح القواعد على إناطة جواز تصرف الولي بالمصلحة، وليس ببعيد فقد صرح به في محكي المبسوط حيث قال: ومن يلي أمر الصغير والمجنون خمسة: الأب، والجد للأب، ووصي الأب والجد للأب، ووصي الأب، والحاكم ومن يأمره، ثم قال: وكل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط والحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لاحظ فيه كان باطلا، لأنه خلاف ما نصب له، انتهى.

وقال الحلبي في السرائر لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال، ويعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه، وهذا الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى.

{ ١ } وبالآية: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١) بتقريب أنها تشمل الجد ويتم في الأب بعدم الفصل. وبالاجماع. أما الأخبار فهي تدل على جواز أخذ الأب لنفسه مع الحاجة، وهذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذي هو محل الكلام في المقام.

(١) الأنعام، ١٥٢.

وقد صرح بذلك أيضا المحقق والعلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم، بل في شرح الروضة للفاضل الهندي أن المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء، واستظهر في مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة في باب الحجر نفي الخلاف في ذلك بين المسلمين، وقد حكى عن الشهيد في حواشي القواعد أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله أنه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا

ينزل منزلة الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله، وهو يستلزم جواز اتلافه، قال: وتوقف زاعما، أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب.

وأما الآية الشريفة: ففي شمولها للجد تأمل، لأن من له الجد لا يصدق عليه اليتيم، فتأمل، مع أن عدم الفصل غير ثابت.

وأما الاجماع: فليس تعبديا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام. وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المحقق النائيني قدس سره، فإنه بعد الايراد على الشيخ قدس سره قال:

في جعلها الشفقة والمحبة، وعليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر في ماله يجوز تصرفه في مال المولى عليه، ثم قال: إلا أن ينعقد اجماع على خلافه أو يتمسك بالآية الشريفة. فالحق في الجواب عن هذا الوجه منع الاطلاق كما تقدم.

ومحصله: إن جملة أنت ومالك لأبيك ليست في مقام جعل الحكم والولاية وإنما هي في مقام بيان حكمة التشريع.

وأما ما رتب عليه فجواز الانتفاع بماله أجنبي عن المقام ومقيد بصورة الحاجة وبغير سرف، وبما إذا لم ينفق عليه بأحسن نفقة.

وجواز الاقتراض. مضافا إلى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

وجواز بيعه من نفسه مقيد بقيمة عادلة، وجواز نكاح الأب والجد للبنات مثلا قد عرفت ما فيه. مضافا إلى أنه قيد في بعض النصوص بعدم كونه مضارا فلا اطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع أصالة عدم الولاية، وهي تقتضي اعتبار عدم المفسدة.

هذا ولكن الأقوى كفاية عدم المفسدة { ١ } وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصروهم لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهي عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد وماله. وأما الآية الشريفة، فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بما دل على ولاية الجد وسلطنته الظاهرة في أن له أن يتصرف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإن ما دل على ولاية الجد في النكاح معللا بأن البنت وأباها للجد وأباها

وأما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة. { ١ } واختار المصنف وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصروهم عدم اعتباره وتبعهم جمع من المحققين. وقد استدل لاعتباره بوجوه:

أحدها: الآية الشريفة: (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١) بدعوى أن الأحسن ما فيه المصلحة، وهي تشمل الجد، ويتم في الأب بعدم القول بالفصل. وفيه: أولا: إن صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له وله جد غير مسلم. وثانيا: إن المراد بأحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - والفعل الذي لا مفسدة فيه حسن.

ورابعا: إن عدم الفصل غير محرز. ثانيها: الأصل، فإنه بعد ما ليس في أدلة الولاية ماله اطلاق لا بد من الاقتصار فيها على المتيقن وهو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، والرجوع في غير ذلك إلى أصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف. وفيه أن هذا الوجه حسن إن لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذي لا مفسدة فيه.

والظاهر وجوده، وحيث إنه لم يردع عنه الشارع أو لم يثبت الردع ومقتضى الاستصحاب عدمه، فيبني على عدم اعتباره، ولا مورد للأصل حينئذ.

(١) الأنعام: ١٥٢.

وقوله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك، خصوصا مع استشهاد الإمام عليه السلام به في مضمي

نكاح الجد بدون إذن الأب، ردا على من أنكر ذلك وحكم ببطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الأمراء وغير ذلك، يدل على ذلك، مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه في حكم الجد دون الأب، ودعوى عدم القول بالفصل ممنوعة.

فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر، ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد وإن علا يشارك الأب في الحكم { ١ } ويدل عليه ما دل على أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه { ٢ } وما دل على أن الولد ووالده لجدته.

ثالثها: الاجماع.

وفيه: إنه ليس اجماعا تعديدا فلا يعتمد عليه.

وقد استدل لعدم الاعتبار بالمطلقات - وقد عرفت ما فيها.

وبما ورد (١) في نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بأن البنت وأباها للجد - وقد تقدم ما فيه أيضا - فالصحيح ما ذكرناه. مشاركة الجد للأب

{ ١ } الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد وإن علا يشارك الأب.

وقد استدل له بوجهين:

{ ٢ } الأول: ما في المكاسب وهو ما دل على أن الشخص وماله الذي منه مال ابنه لأبيه.

وفيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إن رواية النكاح شاملة للجد العالي.

وفيه: إن روايات النكاح كلها مختصة بالأب إلا ما ورد في مزاحمة الأب للجد،

وأكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى. نعم بعضها (٢) بعنوان الأب والجد،

وهو أيضا يمكن دعوى انصرافه إلى الأدنى أو عدم الاطلاق للأعلى بملاحظة

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من أبواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

ولو فقد الأب وبقي الجد فهل أبوه وجده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية { ١ } قولان من ظاهر أن الولد ووالده لجدّه، وهو المحكي عن ظاهر جماعة. ومن أن مقتضى قوله تعالى: { ٢ } وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض كون القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفي ولاية البعيد، وخرج منه الجد مع الأب، وبقي الباقي وليس المراد من لفظ الأولى التفصيل مع الاشتراك في المبدأ، بل هو نظير قولك هو أحق بالأمر من فلان ونحوه، وهذا محكي عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية، وللمسألة مواضع أخر تأتي انشاء الله.

الأخبار الأولى، وحيث إن بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: ولو فقد الأب وبقي الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: إن ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب أم لا؟ المنسوب إلى المشهور بين القدماء هو الأول، وإلى المشهور بين المتأخرين هو الثاني. واستدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق عليه السلام: إن الجد إذا زوج ابنة ابنه وكان أبوها حيا وكان الجد مرضيا جاز (١). حيث إن مفهومه عدم

الجواز مع عدم حياة أبيها.

وفيه: إنه من قبيل مفهوم الوصف، ولا نقول به، ولعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب.

وما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

{ ١ } الثاني: إنه مع فقد الأب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى أم تكون ثابتة لأبيه أيضا؟ قولان.

{ ٢ } استدل للأول في المكاسب: بآية (أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض) (٢) بتقريب: أنها تدل على أن القريب أولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد وخرج منها الجد مع الأب وبقي الباقي.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد حديث ٤.

(٢) الأنفال آية ٧٥.

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله:
الحاكم والمراد منه، الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه
امثالاً لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول: مستعينا بالله للفقيه الجامع
لشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الافتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله، ومورده المسائل الفرعية
والموضوعات الاستنباطية، من حيث ترتب حكم فرعي عليها، ولا اشكال ولا
خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه، إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.
وتفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد والتقليد.
الثاني: الحكومة فله الحكم بما يراه حقا في المرافعات وغيرها في الجملة،
وهذا المنصب أيضا ثابت له بلا خلاف فتوى ونصا. وتفصيل الكلام فيه من حيث
شرائط الحاكم، والمحكوم به، والمحكوم عليه، موكول إلى كتاب القضاء.
الثالث: ولاية التصرف في الأموال والأنفس، وهو المقصود بالتفصيل هنا
فنقول الولاية تتصور على وجهين:

وفيه: أولا: إن هذه الآية مختصة بباب الإرث.
وثانيا: أنها تدل على أولوية بعض الأرحام من بعض ولا تدل على تعيين البعض
الأولى، ولعله البعض البعيد، بل احتمال كونه أولى أرجح من جهة التعليقات في النصوص.
واستدل للثاني: باطلاق الأدلة، وبالاستصحاب.
ويرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.
وعلى الثاني: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.
ولاية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام
{ ١ } مسألة: من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله
الحاكم.

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطاً بإذنه أو غير منوط به، ومرجع هذا إلى كون نظره سبياً في جواز تصرفه.
الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، وكون تصرف الغير منوطاً بإذنه وإن لم يكن هو مستقلاً بالتصرف، ومرجع هذا إلى كون نظره شرطاً في جواز تصرف غيره، وبين موارد الوجهين عموم من وجه، ثم إذنه المعتبر في تصرف الغير، أما أن يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، وأما أن يكون على وجه التفويض والتولية، كمتولي الأوقاف من قبل الحاكم، وأما أن يكون على وجه الرضا، كما إذا كان الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له. { ١ }

إذا عرفت هذا فنقول مقتضى الأصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشئ من الأمور المذكورة، خرجنا عن هذا الأصل في خصوص النبي والأئمة صلوات الله عليهم أجمعين بالأدلة الأربعة: قال الله تعالى: النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم و ما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم* فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن يصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب أليم* وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم* وإنما وليكم الله ورسوله الآية إلى غير ذلك. وقال النبي صلى الله عليه وآله كما في رواية أيوب بن عطية: أنا أولى بكل مؤمن من نفسه، وقال في يوم غدیر خم: ألتست أولى بكم من أنفسكم قالوا: بلى قال: من كنت مولاه فهذا علي مولاه.

هذه المسألة إنما سيقَّت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، وإنما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام، من جهة أن بعضهم ذهب إلى أن مقتضى عموم أدلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام، فلا بد أولاً من تعيين مقدار تلك الولاية.

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام
للولاية معان:

- ١ - الولاية التكوينية.
 - ٢ - وجوب الإطاعة وقبول قول الولي في الأحكام الشرعية.
 - ٣ - الحكومة والرئاسة الدنيوية بإدارة شؤون الأمة.
 - ٤ - الولاية الشرعية، أي ولاية التصرف في الأموال والأنفس.
 - ٥ - وجوب الإطاعة في الأوامر الشخصية العرفية.
- والظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي والأئمة صلوات الله عليهم أجمعين.
فتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في الولاية التكوينية - أي ولاء التصرف التكويني - والمراد بها: كون زمام أمر العالم بأيديهم، ولهم السلطنة التامة على جميع الأمور بالتصرف فيها كيف ما شاءوا اعداما وايجادا، وكون عالم الطبيعة منقادا لهم لا بنحو الاستقلال بل في طول قدرة الله تعالى وسلطنته واختياره.

بمعنى أن الله تعالى أقدرهم وملكهم كما أقدرنا على الأفعال الاختيارية، وكل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت قدرتهم وسلطنتهم.
ومن هذا الباب معجزات الأنبياء والأولياء، وقد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص.

قال الله تعالى: وقال الذي عنده علم من الكتاب أنا آتيك به قبل أن يرتد إليك طرفك (١).
وقال عز من قائل: فسخرنا له الريح تجري بأمره رخاء حيث أصاب والشياطين كل بناء وغواص وآخرين مقرنين في الأصفاد (٢)

(١) النمل، ٤٠.

(٢) ص، ٣٨.

وقال سبحانه: (إني أخلق لكم من الطين كهيئة الطير فأنفخ فيه فيكون طيرا بإذن الله وأبرء الأكمه والأبرص وأحيي الموتى بإذن الله وأنبئكم بما تأكلون وما تدخرون في بيوتكم) (١).

إلى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص. وإذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم وخليفته الذي عنده علم الكتاب بنص (٢) القرآن لا يحتاج إلى بيان.

وعليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات والكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام.

كالتصرف الولائي في النقش وصيرورته أسدا مفترسا وما شاكل - إنما نلتزم بها ونعتقد من غير التزام بالتأويل.

كيف ونرى أنهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذي عجز

الأطباء عن ابرائه، وحل معضلات الأمور وما شاكل، وليس ذلك إلا لما ذكرناه.

ويمكن أن تكون الآية الكريمة: (النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم) (٣) ناظرة

إلى ثبوت هذا المعنى من الولاية أيضا للنبي صلى الله عليه وآله.

وبالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي صلى الله عليه وآله والأئمة المعصومين عليهم السلام الذين

يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه وآله وللروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغي التوقف فيه.

وأما شبهة استلزام ذلك للشرك.

فهى تندفع بأنا لا ندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل إن الله تبارك وتعالى ملكهم وأقدرهم كما ملكنا وأقدرنا على الأفعال

(١) آل عمران، ٤٩.

(٢) الرعد، ٤٣.

(٣) الأعراف، ١٨٧.

الاختيارية.

وبه يظهر أنه لا ينافيه قوله تعالى: (قل لا أملك لنفسي نفعا ولا ضرا) (١) فإن المراد عدم الملكية بالاستقلال. ولتفصيل الكلام في المقام محل آخر.

الثاني: في وجوب إطاعتهم وقبول قولهم في الأحكام الشرعية والوظائف المجعولة الإلهية، وأن قولهم وكذا فعلهم حجة.

لا شبهة في ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله تعالى: (ما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا) (٢).

وقال سبحانه: (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر وذكروا الله كثيرا) (٣).

وقال عز وجل: (قل إن كنتم تحبون الله فاتبعوني يحببكم الله ويغفر لكم ذنوبكم) (٤) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على أن قول رسول الله صلى الله عليه وآله وكذا عمله حجة.

وقد دل الحديث الشريف الذي هو متواتر بين الفريقين ولا شك في صدوره عنه صلى الله عليه وآله:

إني تارك فيكم الثقلين: كتاب الله وعترتي أهل بيتي، وأنهما لن يفترقا حتى يردا علي الحوض، فلا تقدموهما فتهلكوا، ولا تقصروا عنهما فتهلكوا، ولا تعلموهم فإنهم أعلم منكم.

على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام، أضف إلى ذلك ما دل على ثبوت ما

للنبي صلى الله عليه وآله من المناصب للأئمة الهداة عليهم السلام.

ثبوت منصب الحكومة والرئاسة للحجة عليه السلام

الثالث: في ثبوت منصب الحكومة والرئاسة الدنيوية بإدارة شؤون الأمة للنبي صلى الله عليه وآله

والأئمة صلوات الله عليهم.

(١) الأعراف، ١٨١.

(٢) الحشر، ٧.

(٣) الأحزاب، ٢١.

(٤) آل عمران، ٣١.

لا ينبغي الشك والكلام في ثبوت هذا المنصب لهم، وأنه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب إلهي لا من قبل الناس، والشاهد لثبوته لهم أمور: أحدها: الآيات الكريمة.

قال الله تعالى: (إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يقيمون الصلاة ويؤتون الزكاة وهم راكعون (١)) فإن الآية الكريمة تدل على ثبوت منصب الزعامة والرئاسة بعد رسول الله صلى الله عليه وآله لطائفة خاصة من المؤمنين، فإذا انضم إلى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شأن أمير المؤمنين عليه السلام، وما دل على ثبوت منصب كل إمام بعده -

كخبر المعلى الآتي - يثبت هذا المنصب للأئمة الهداة عليهم السلام. وقال سبحانه: (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) (٢) فإن الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم وأمر صادر من الله تعالى ورسوله وأولي الأمر، ومقتضى اطلاقها ذلك حتى في ما يرجع إلى شؤون الأمة وإدارة المملكة الإسلامية، وليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى إلا ذلك. بل في بعض النصوص صرح الإمام عليه السلام بأن الإطاعة المأمور بها في الآية أريد بها الإطاعة في الأوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع إلى إدارة شؤون الأمة لاحظ.

خبر عيسى بن السري قلت لأبي عبد الله عليه السلام حدثني عما بنيت عليه دعائم الاسلام إذا أنا أخذت بها زكى عملي ولم يضرني جهل ما جهلت بعده، فقال عليه السلام: شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمدا رسول الله صلى الله عليه وآله، والاقرار بما جاء به من عند الله وحق في الأموال من الزكاة،

والولاية التي أمر الله بها ولاية آل محمد - إلى أن قال - قال الله عز وجل: أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فكان علي ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده علي بن الحسين ثم من بعده محمد بن علي، ثم هكذا يكون الأمر، إن الأرض لا تصلح إلا بإمام (٣)

(١) المائة، ٥٥.

(٢) النساء، ٥٩.

(٣) أصول الكافي، ج ٢، ص ٢١، حديث ٩، باب دعائم الاسلام.

وصحيح بريد العجلي عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عز وجل: (فقد آتينا آل إبراهيم الكتاب والحكمة وآتيناهم ملكا عظيما) جعل منهم الرسل والأنبياء والأئمة، فكيف يقرون في آل إبراهيم وينكرونه في آل محمد صلى الله عليه وآله، قال: قلت: (وآتيناهم ملكا عظيما) قال: الملك العظيم أن جعل فيهم أئمة من أطاعهم أطاع الله ومن عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم (١).

الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر بإطاعتهم وجعلها قرين إطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة أخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح. وأما أولو الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم أن المراد بهم الأئمة الاثني عشر عليهم السلام.

ثانيها: الروايات

منها الأخبار الدالة على أن الأئمة عليهم السلام ولاية أمر الله وأولو الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: نحن ولاية أمر الله (٢) وخبر الحسين بن أبي العلاء الآتي (٣) وغيرهما. والظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة. ومنها: ما عن (٤) سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمري ما الإمام إلا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله. ومنها: خبر (٥) المعلي بن خنيس عن الإمام الصادق عليه السلام في قول الله - عز وجل

(١) أصول الكافي ج ١ - ص ٢٠٦ حديث ٥.

(٢) أصول الكافي، ج ١، ص ١٩٢.

(٣) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧.

(٤) إرشاد المفيد طبع النجف، ص ٢٠٤.

(٥) الوسائل - باب ١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

(إن الله يأمركم) الخ: عدل الإمام أن يدفع ما عنده إلى الإمام الذي بعده، وأمرت الأئمة أن يحكموا بالعدل وأمر الناس أن يتبعوهم.

وخبر (١) سلميان بن خالد عنه عليه السلام: اتقوا الحكومة، فإن الحكومة إنما هي للإمام العالم بالقضاء العادل في المسلمين كنبى أو وصي نبي. وقريب منهما غيرهما.

ومنها: النصوص المتقدمة في ذيل الآية الثانية.

ومنها: بعض الأخبار الواردة في صفات الأئمة:

كخبر (٢) عبد العزيز بن مسلم عن الإمام الرضا عليه السلام - في حديث طويل -:

إن الإمامة زمام الدين ونظام المسلمين وصلاح الدنيا وعز المؤمنين، إن الإمامة أس الإسلام النامي وفرعه السامي، بالإمام تمام الصلاة والزكاة والصيام والحج والجهاد وتوفير الفئى والصدقات وامضاء الحدود والأحكام ومنع الثغور والأطراف، ونحوه غيره.

وظهور ذلك في أن الحكومة للأمام عليه السلام واضح، بل هو كالصريح في ذلك.

ونظير ذلك ما عن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام في علة حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

ومنها أنا لا نجد فرقة من الفرق وملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به إلى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

(١) الوسائل باب ٣ من أبواب صفات القاضي حديث ٣.

(٢) أصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم في كل أمر راجع إلى المعاد والمعاش على رجوع الجاهل إلى العالم من جهة كونه أهل الخبرة والاطلاع، ولم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، وحيث إن الإمام عليه السلام أعلم الناس وأفضلهم وأبصر بالأمور - سواء أكان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد - فيتعين جعله المرجع والحاكم، ومتابعته حتى في الأمور الراجعة إلى إدارة شؤون الأمة.

رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا. ومن الممتنع في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به.

وعليه فإما يعين الأبصر بالأمور السياسية وتنظيم البلاد أو غيره، والثاني باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، وهو قبيح ومن الحكيم محال، فيتعين الأول. وبهذا البيان يظهر قطعياً أن الله تعالى عين الإمام عليه السلام لذلك. خامسها: إن جملة من الأحكام الشرعية جزائية، وقضائية، وسياسية، واجتماعية. كالقصاص، والحدود، والقضاء، وقبول الجزية، والجهاد... ولا يمكن اجراء تلك الأحكام إلا بيد الحاكم على الأمة.

وقد صرح في جملة من الأخبار أنها لإمام المسلمين (١). ولذلك نرى أن النبي صلى الله عليه وآله حينما ساعدته الظروف أسس حكومة اسلامية عادلة.

وكذلك الإمام علي بن أبي طالب عليه السلام أسس الحكومة وحارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من أبواب صلاة الجمعة وآدابها.

ولاية التصرف في الأموال والأنفس
الرابع: في ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف
منهم في أموال الناس وأنفسهم.
وبعبارة أخرى: في الولاية الظاهرية التي هي من المجعولات الشرعية المترتب
عليها جواز التصرف.
فقد استدل لثبوتها لهم بوجوه:
منها: الآية الشريفة: (النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم) (١) وما كان مساقه
مساقها.
وأورد على الاستدلال بها.
تارة: بأنها مختصة بصورة التزام الانصراف ولأن الولاية لا تقبل الشدة
والضعف، فلا بد وأن يكون التفضيل مجازياً، والمراد ثبوت الولاية عند التزام النبي صلى
الله عليه وآله و
وانتفائها عن غيره.
وأخرى: بأنه إنما تكون الآية في مقام بيان عدم اختصاص رئاسته صلى الله عليه وآله
بالرئاسة
الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية والحكومة، فلا تدل أولويته بكل شخص من نفسه.
ولكن يرد الأول: إن الانصراف ممنوع، والولاية قابلة للشدة والضعف كما هو
ظاهرها.
ويرد الثاني: - مضافاً إلى كونه خلاف الظاهر - أنه ينافيه النبوي: أنا أولى بكل مؤمن
من نفسه. (٢)

(١) سورة الأحزاب آية ٦.
(٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٦، حديث ٦.

ولكن نحن ندعي أن ولاء جميع الخلائق لنا، يعني ولاء الدين، وهؤلاء الجهال يظنونهم ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، ونحن ندعي ذلك لقول النبي صلى الله عليه وآله يوم غدِير

خم: من كنت مولاه... الخ (١) فإنه يدل على ما ذكرناه.

قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة:

لكن الظاهر أن سيرة النبي صلى الله عليه وآله والأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا

يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، وهو الظاهر من ملاحظة التواريخ والأخبار، فلاحظ كلام أمير المؤمنين في نهج البلاغة في جواب أخيه عقيل ومراجعته إلى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

ومنها: النصوص الدالة على أن الدنيا وما فيها لهم عليهم السلام، وأن لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ.

مكاتبة ابن الريان إلى الإمام العسكري عليه السلام قال: كتبت إليه: روي لنا: أن ليس لرسول الله صلى الله عليه وآله من الدنيا إلا الخمس.

فجاء الجواب: إن الدنيا وما عليها لرسول الله صلى الله عليه وآله. (٢)

ومرسل أحمد بن محمد بن عبد الله: الدنيا وما فيها لله تبارك وتعالى ولرسوله ولنا، فمن غلب على شيء منها فليتركه. الحديث (٣).

وخبر أبي بصير عن مولانا الصادق عليه السلام قلت له: أما على الإمام زكاة؟ فقال: أحلت يا أبا محمد، أما علمت أن الدنيا والآخرة للأمام عليه السلام يضعها حيث يشاء ويدفعها إلى من

يشاء (٤) ونحوها غيرها.

(١) كتاب النجوم للسيد بن طاوس.

(٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٠٩ حديث ٦ باب أن الأرض كلها للإمام.

(٣) أصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٨ حديث ٢.

(٤) أصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٩، حديث ٤.

فإن الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس وأموالهم
من غير جعل جاعل للرسول صلى الله عليه وآله والإمام عليه السلام بالجعل غير المنافي مع
ملكية الناس، وهذه
عبارة أخرى عن الأولوية بالتصرف فيها منهم.
ومنها: الإجماع.
والظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم.
ومنها: غير ذلك.
ولظهور عدم دلالة ما ذكره أغمضنا عن التعرض له، وفيما ذكرناه كفاية.
وجوب إطاعة المعصوم عليه السلام
الخامس: في وجوب الإطاعة.
يمكن أن يستدل للزوم إطاعتهم في أوامرهم الشخصية العرفية الراجعة لمصلحتها
إليهم.
بوجهين:
أحدهما: الآيات والنصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، وأن معصيتهم
كمعصية الله تعالى.
كقوله سبحانه: (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) (١).
وقوله تعالى (فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب
أليم) (٢).

(١) النساء آية ٥٩.

(٢) النور آية ٦٤.

والأخبار في افتراض طاعتهم { ١ } وكون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك. منها مقبولة عمر بن حنظلة ومشهورة أبي خديجة، والتوقيع الآتي حيث علل فيها حكومة الفقيه وتسلمه على الناس بأني قد جعلته كذلك وأنه حجتي عليكم. وأما الاجماع فغير خفي.

وقوله عز وجل: (من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظاً) (١).

وصحيح زرارة عن أبي جعفر عليه السلام: ذروة الأمر وسنامه ومفتاحه وباب الأشياء ورضا الرحمن تبارك وتعالى والطاعة للإمامة بعد معرفته عليه السلام ثم قال إن الله تبارك وتعالى

يقول من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظاً (٢).
وخبر الحسين بن أبي العلاء قال: ذكرت لأبي عبد الله عليه السلام قولنا في الأوصياء أن طاعتهم مفترضة، فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: (أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم) وهم الذين قال الله عز وجل: (إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا) (٣).
وخبر معمر بن خلاد قال سأل رحل فارسي أبا الحسن عليه السلام فقال طاعتك مفترضة فقال عليه السلام نعم قال مثل طاعة علي بن أبي طالب عليه السلام فقال نعم (٤).
إلى غير ذلك من الأخبار المتواترة.

{ ١ } منها ما أشار إليه في المتن وسيأتي الكلام في تلك الأخبار.
إذ اختصاص هذه بأجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة أن الإطاعة فيها إطاعة بالذات لأمره تعالى، وإطاعة بالعرض للوسائط، والإطاعة التي تكون بالذات إطاعة لهم هي إطاعتهم في الأوامر الشخصية، ومعلوم أن ظاهر الآيات والروايات إرادة الثانية.

(١) النساء آية ٨٣.

(٢) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

(٣) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٥ حديث ٧.

(٤) أصول الكافي، ج ١، ص ١٨٧، حديث ٨.

وأما العقل القطعي فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفة أنهم أولياء النعم { ١ } وغير المستقل حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن في الجملة { ٢ } كانت الإمامة مقتضية لوجوب طاعة الإمام على الرعية بطريق أولى، لأن الحق هنا أعظم بمراتب، فتأمل.

والمقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعية، وأنه لا دليل على وجوب طاعته في أوامره العرفية، أو سلطنته على الأموال والأنفس.

وبالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة، بعد التتبع والتأمل، إن للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، وأن تصرفهم نافذ على الرعية، ماض مطلقاً، هذا كله في ولايتهم بالمعنى الأول.

{ ١ } الوجه الثاني: إنهم صلوات الله عليهم مجاري الفيوضات، وأولياء النعم بأجمعها من المال والولد والأعضاء وغيرها، فهم المنعمون بالواسطة، وقد استقل العقل بوجوب شكر المنعم، ومعلوم أن صرف النعمة في سبيل إطاعة المنعم شكر، وتركه كفران،

فيحسن الأول عقلاً ويقبح الثاني كذلك، وبالملازمة يستكشف الوجوب.

{ ٢ } قوله وغير المستقل حكمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب على الابن... بطريق أولى.

تقريب الأولوية أن الأب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب الإطاعة عليه - فالنبي صلى الله عليه وآله الذي هو واسطة التكوين ومجرى الفيض أولى بذلك.

ولكن يمكن أن يقال إنه لم يثبت كون مناط وجوب الإطاعة وعلته ذلك، وعليه فلا وجه لدعوى الأولوية.

ولعله إلى هذا أشار بقوله فتأمل.

اشتراط تصرف الغير بإذنتهم

وأما بالمعنى الثاني: أعني اشتراط تصرف الغير بأذنتهم { ١ } فهو وإن كان مخالفا للأصل، إلا أنه قد ورد أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم وعدم جواز الاستقلال لغيرهم، بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحدود والتعزيرات والتصرف في أموال القاصرين والزام الناس بالخروج عن الحقوق ونحو ذلك، ويكفي في ذلك ما دل على أنهم أولو الأمر وولاته، فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه في الأمور العامة التي لم تحمل في الشرع على شخص خاص، وكذا ما دل على وجوب الرجوع في الوقائع الحادثة إلى رواية الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله. فإنه دل على أن الإمام هو المرجع الأصلي.

وما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبي الحسن الرضا عليه السلام في علة حجة الناس إلى الإمام عليه السلام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: ومنها أنا لا نجد فرقة من الفرق، ولا ملة من الملل، بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس، لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما (مما) يعلم أنه لا بد لهم منه، ولا قوام له إلا به، هذا مضافا إلى ما ورد في خصوص الحدود والتعزيرات والحكومات، وأنها إمام المسلمين.

{ ١ } وهل يستقل غيرهم عليهم السلام في التصرف، أم يكون تصرف الغير منوطا بإذنتهم؟
وجهان:

وتفصيل القول في المقام: أن لا كلام ولا خلاف في ثبوت الولاية بهذا المعنى، أي اشتراط تصرف الغير بإذنتهم في جملة من الموارد الخاصة التي دل الدليل على ذلك، كالحدود، والتعزيرات، والحكومات، والجهاد، وغيرها.
كما لا كلام في ثبوتها لهم في الأمور التي ثبت أنها وظيفة الرئيس.
لما دل من النصوص على أن لهم الرئاسة كخبر الفضل (١) المذكور في المتن وغيره، وأنهم ولاية الأمر وأولي الأمر.
كما لا ينبغي التوقف في عدم ثبوتها لهم بالإضافة إلى الوظائف الشخصية لكل فرد من أفراد الرعية من العبادات والمعاملات.

(١) أصول الكافي، ج ١، ص ٢٠٠.

وفي الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد وغير ذلك مما يعثر عليه المتتبع، وكيف كان فلا اشكال في عدم جواز التصرف في كثير من الأمور العامة بدون إذنهم ورضاهم، لكن لا عموم يقتضي أصالة توقف كل تصرف على الإذن. نعم الأمور التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم أولي الأمر وولاته، والمرجع الأصلي في الحوادث الواقعة والمرجع في غير ذلك من موارد الشك إلى اطلاقات أدلة تلك التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع، وإلا فالى الأصول العملية { ١ } لكن حيث كان الكلام في اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه، لم يجز إجراء الأصول، لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة، وإنما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض. وبالجملة فلا يهمننا التعرض لذلك إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين:

{ ١ } إنما الكلام فيما إذا جهل الأمر ولم يحرز أن التصرف من أي الأقسام، فإن احتمل كونه من وظيفة الإمام خاصة فتارة: لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير، وأخرى: يحرز ذلك. فعلى الأول: تجري أصالة البراءة عنه بالإضافة إلى الرعية. وعلى الثاني: حيث إن توجه التكليف إلى المكلفين بنحو الواجب الكفائي بالتفصيل الذي سيمر عليك معلوم، فلا مورد للأصل. وإن أحرز أن التكليف ليس مختصاً بالمعصوم عليه السلام وأنه متوجه إلى المكلفين بنحو الواجب الكفائي أو العيني ولكن احتمل دخل إذنه عليه السلام فيه كان المرجع اطلاق دليل المنع، أو دليل الجواز لو كان وإلا فمع التمكن من الرجوع إليه عليه السلام لا بد من ذلك، ولا مجال للرجوع إلى الأصل لأنه لا يرجع إليه مع التمكن من الفحص. وإن لم يتمكن من ذلك فإن احتمل كون إذنه من قبيل شرط الوجوب تجري أصالة البراءة مع عدم تحقق الإذن، وإن احتمل كونه من قبيل شرط الواجب دخل في مسألة الأقل والأكثر الارتباطيين.

فنقول: أما الولاية على الوجه الأول أعني { ١ } استقلاله في التصرف، فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة في شأن العلماء، مثل: إن العلماء ورثة الأنبياء، وأن الأنبياء لم يورثوا دينارا ولا درهما، ولكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشيء منه أخذ بحظ وافر، وأن العلماء أمناء الرسل، وقوله عليه السلام: مجاري الأمور بيد العلماء بالله، الأمناء على حاله وحرامه، وقوله صلى الله عليه وآله علماء أمتي

كأنبياء بني إسرائيل، وفي المرسلة المروية في الفقه الرضوي أن منزلة الفقيه في هذا الوقت كمنزلة الأنبياء في بني إسرائيل، وقوله عليه السلام في نهج البلاغة أولى الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاؤوا به: إن أولى الناس بإبراهيم للذين اتبعوه الآية. وقوله صلى الله عليه وآله ثلاثا: اللهم ارحم خلفائي قيل: ومن خلفائك يا رسول الله؟ قال: الذين يأتون بعدي ويروون حديثي وسنتي، وقوله عليه السلام: في مقبولة ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكما، وفي مشهورة ابن خديجة جعلته عليكم قاضيا، وقوله عجل الله فرجه: هم حجتي عليكم وأنا حجة الله إلى غير ذلك مما يظفر به المتتبع. لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضي الجزم بأنها في مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية لا كونهم كالنبي والأئمة صلوات الله عليهم في كونهم أولى الناس في أموالهم،

ولاية الحاكم الشرعي

{ ١ } قوله أما الولاية على الوجه الأول أعني استقلاله في التصرف.

إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

وملخص القول في المقام: إنه لا شبهة ولا ريب في أن منصب القضاة - من فصل الخصومة والأمور التي يرجع فيها في العرف إلى القاضي كأخذ الحق من المماطل، وحبسه، وبيع ماله، والتصرف في مال القصر، ونصب القيم وما شاكل - ثابت للفقيه الجامع

للشرائط، وتشهد به مشهورة أبي خديجة المروية في الكافي والتهديب والفقيه وغيرها بأسانيد مختلفة ومتون متفاوتة في غير الجملة التي هي مورد للاستشهاد قال:

بعثني أبو عبد الله عليه السلام إلى أصحابنا فقال: قل لهم: إياكم إذا وقعت بينكم خصومة - إلى أن قال

- اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا وحرامنا، فإني قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث. (١)

وظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاة المنصوبين من قبل أئمة الجور، ومن المعلوم أن من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع إليه سائر ما أشرنا إليه، بل في زماننا أيضا القضاة يتصدون لما ذكر فيثبت هذا المقام للفقيه.

وبه يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، ولا يستفاد منها مزيد من ذلك. مع أنه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم... الخ كافيا ولم يكن حاجة إلى ضم هذه الجملة. فالظاهر أن هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

وأورد عليها بضعف السند لوجهين:

أحدهما: إن في طريقها المعلي بن محمد.

الثاني: ما أفاده المحقق النائيني، وهو: إن لأبي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، وهي زمان متابعتة للخطابية، وحالتي استقامة، وما قبل الاعوجاج وبعده، ولم يعلم أنه رواها في أي الحالات.

ولكن يمكن دفع الأول: بأن الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما في الفقيه عن أحمد ابن عائد عن أبي خديجة، وطريقه إليه هو: أبوه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد ابن عيسى عن الحسن بن علي الوشاء، وهؤلاء كلهم ثقات، كما أن أحد طريقي الشيخ في التهذيب إليه قوي.

مع أن المعلى من مشايخ الإجازة على ما أفاده المحقق المجلسي قدس سره، وهو يكفي في قبول رواياته.

ويدفع الثاني: ما حقق في محله من أن سالم بن مكرم أبا خديجة ثقة.

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣، حديث ٥٣ و ج ٦ ص ٢١٩، حديث ٨ - والكافي ج ٢، ص ٣٥٨، والفقيه ج ٣ - ص ٢

والوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٦.

وإن شئت قلت: إنه لا ريب في أن وظيفة المجتهد في هذا العصر اجراء أحكام الاسلام، وحفظ أمن البلاد الاسلامية، والتحرز من مكائد الاستعمار، وحفظ استقلال البلاد الاسلامية، والدفاع عن حريم الاسلام والقرآن، وقطع يد من تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين، وحفظ المسلمين من يد الأجنبي ومن عبثهم في عقول المسلمين، وعقد الذمة والعهود، واجراء الحدود، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. وهل يمكن شئ من ذلك إلا من قبل الدولة والحكومة القوية العادلة.

قال الله تعالى: وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة (١) هل يمكن ذلك إلا من قبل الحاكم.

وقد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام المتضمن: إنا لا نجد فرقة من الفرق ولا ملة من الملل بقوا وعاشوا إلا بقيم ورئيس لما لا بد لهم منه في أمر الدين والدنيا، فلم يجز في حكمة الحكيم أن يترك الخلق بما يعلم أنه لا بد لهم منه ولا قوام لهم إلا به. فإن هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة أيضا.

وتشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة (٢) عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام: ينظر أن من كان منكم ممن قد

روى حديثنا ونظر في حالنا وحرامنا وعرف أحكامنا فليرضوا به حكما، فإنني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فإنما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله وهو على حد الشرك بالله.

حيث إنه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صلى الله عليه وآله والصحابة، ومن المعلوم أن الحاكم المنصوب في تلك الأزمنة كان يرجع إليه في

جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

(١) الأنفال، ٦٣.

(٢) الكافي ج ١ - ص ٦٧ حديث ١٠ - التهذيب ج ٦، ص ٣٠١، حديث ٥٢ - الفقيه ج ٣، ص ٥ - الإحتجاج، ص ١٩٤ -

الفروع ج ٧، ص ٤١٢ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١.

بهذا المعنى. وبعبارة أخرى الحاكم هو المنفذ الحكم. وأورد عليها.

تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق. وأخرى: بأن الظاهر من الحاكم هو القاضي لأن مورد السؤال والتحاكم هو الترافع إلى القاضي، وقوله: فإذا حكم بحكمنا أي قضى، فهي تدل على جعل منصب القضاة له. ولكن يرد الأول: إن الأظهر وثاقة الرجل لتوثيق الشهيد الثاني إياه، قال: إنا حققنا توثيقه من محل آخر، ولورود روايتين دالتين (١) عليها، ولغير ذلك من الشواهد، مع أن الأصحاب تلقوها بالقبول ولذلك سميت بالمقبولة. ويرد الثاني: إن المسلم عند الأصحاب: إن خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد.

مع أنه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفي قوله: ينظر أن من كان... الخ ولم يكن حاجة إلى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذي يكون صالحاً لكون الجملة بياناً لكبري كلية من مصاديقها المورد. ومنها: ما رواه الصدوق بأربعة طرق عن الإمام علي عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اللهم

ارحم خلفائي - ثلاثاً - قيل: يا رسول الله ومن خلفائك؟ قال: الذين يأتون بعدي يروون حديثي وسنتي - وزاد في بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدي - (٢) وحيث إنه عند دوران الأمر بين الزيادة والنقيصة الأصل البناء على وجود ما نقص.

-
- (١) رواهما العلامة المامقاني في رجاله إحداهما عن التهذيب - والأخرى عن الكافي.
(٢) عيون الأخبار ج ٢، ص ٣٧، حديث ٩٤ - معاني الأخبار، ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤، ص ٣٠٣، حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ - من أبواب صفات القاضي حديث ٥٣ - وباب ١١ - منها حديث ٧.

فالظاهر أن متن الحديث مع هذه الزيادة، وظهوره حينئذ في إرادة الفقهاء من الرواة في غاية الوضوح.

وبعبارة أخرى: المراد من راوي الحديث والسنة هو من يعلم الناس أحكام الإسلام لا مجرد لقلقة اللسان، وهذا يلزم مع الفقاهاة.

فيدل الخبر على أن الفقيه خليفة رسول الله صلى الله عليه وآله، والخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه في كل ما هو له.

وإن شئت قلت: إن كون الرئاسة والحكومة حق خليفة رسول الله صلى الله عليه وآله ومنصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع.

ولذلك كان كل من ملوك بني أمية وسلاطين بني العباس، بل ومن قبلهم من رؤساء الحكومة الإسلامية، مدعيا لخلافة رسول الله صلى الله عليه وآله لتصدي ذلك المقام. وعلى ذلك فتعيين رسول الله صلى الله عليه وآله العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما نافذي الحكم ورؤساء للحكومة الإسلامية.

ومما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة في جعله نافذ الحكم ورئيسا: الآية الكريمة:

(يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق) (١) فإن كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه في الآية، وإنما أمر فيها بالحكم وعدم اتباع الهوى.

ومنها: التوقيع الشريف المروي في كتاب اكمال الدين واتمام النعمة للصدوق، وكتاب الغيبة للشيخ، والاحتجاج للطبرسي في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا، فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله. (٢)

(١) سورة ص آية ٢٦.

(٢) اكمال الدين واتمام النعمة طبع الكمباني، ص ٢٦٦، ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة، ص ١٩٨ - الإحتجاج طبع النجف، ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ٩.

ولكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، واستسلمتم أمور الله في أيديهم.... الخ (١).
وتقريب الاستدلال به:

إن المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة بقريظة سائر الجملات المتضمنة لتفرقهم عن الحق واختلافهم في السنة.

وإن المخاطب فيه هو العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف وغير العاملين بالوظيفة، وغير ذلك من القرائن.

ويدل الحديث على أن مجاري الأمور على أيديهم، ولا معنى لمجاري الأمور في مقابل مجاري الأحكام سوى الأمور المربوطة بالحكومة الإسلامية.

ويؤكد ذلك ما في ذيله من قوله واستسلمتم أمور الله في أيديهم فإن ما استسلموه هو الحكومة وما يرتبط بها.

وأيضاً تضمن الخبر أن العلماء غصب حقهم، ومن المعلوم أن المغصوب ليس غير الحكومة.

وعلى الجملة: من تدبر في الخبر صدر أو ذيلاً يظهر له أن مراد الإمام الشهيد

صلوات الله عليه: إن العلماء هم الحكام، وأن تشكيل الحكومة من وظائفهم، وقد غصب

الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف والنهي عن

المنكر وعدم المصانعة عند الظلمة، وما شاكل والله العالم.

ومنها: خبر علي بن أبي حمزة عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: إذا مات المؤمن

بكت عليه الملائكة، وبقاع الأرض التي كان يعبد الله عليها، وأبواب السماء التي كان

يصعد فيها بأعماله، وثلم في الإسلام ثلثة لا يسدها شيء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون

الإسلام كحصن سور المدينة لها. (٢)

(١) تحف العقول، ص ٢٣٧.

(٢) أصول الكافي، ج ١ - ص ٣٨ باب فقد العلماء حديث ٣.

وتقريب الاستدلال به:

أنه يدل على أن حصن الاسلام وحافظه هو الفقيه، وحيث إن أحكام الاسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها أحكام اجتماعية وسياسية وقضائية وجزائية، ولا يمكن حفظ تلك الأحكام، وكون الفقيه حصنا يدافع عنها إلا من قبل حكومة قوية صالحة. ولذلك ترى أن الاستعمار الأوروبي علم من أول وهلة أن استعمارها لا يتم ما دام القرآن هو الكتاب السماوي الذي يتبعه المسلمون ويجرون أحكامه وقوانينه ويتبعون ارشاداته وتعاليمه.

وبهذا صرح (كلادستون) رئيس وزراء بريطانيا في ذلك الوقت، ومن ذلك الوقت اتجه وجهة أخرى، فأخذ يسعى بشتى الطرق والوسائل لتضعيف الاسلام. وكان من جملة مصائده وحبائله نغمة التفكيك بين الدين والسياسة، وصارت تلك من أخطر الوسائل في أيديهم، وسببا لما نرى الآن من حال الاسلام والمسلمين والبلاد الاسلامية.

وبالجملة أحكام الاسلام من الجهاد والمهادنة وعقد الذمة، والعهود واجراء الحدود والقصاص وقبول الجزية، وما شاكل، لا يمكن حفظها إلا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه.

لذلك، فجعل الفقيه حصنا للاسلام لا يكون إلا بجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم. ومنها: خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء أمناء الرسل ما

لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان،

فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم. (١)

وتقريب الاستدلال به:

إن الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، وقد فوض إلى الفقهاء الأحكام الشرعية.

(١) أصول الكافي، ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه حديث ٥.

وقد مر في الخبر السابق أن حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن إلا من قبل حكومة اسلامية قوية، وقوله: ما لم يدخلوا... الخ يمكن أن يكون إشارة إلى أن الإهمال في تشكيل الحكومة وصيرورة المتبوع تابعا والمخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه أميناً.

ومنها: ما رواه في الكافي، وأما في الصدوق، وفي أول المعالم بأسانيد عديدة متصلة عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من سلك طريقاً يطلب فيه علماً سلك الله به

طريقاً إلى الجنة، وأن الملائكة لتضع أجنحتها لطالب العلم رضا به، وأنه يستغفر لطالب العلم من في السماء - إلى أن قال -.

وأن العلماء ورثة الأنبياء، إن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهما ولكن ورثوا العلم، فمن أخذ منه أخذ بحظ وافر. (١)

وتقريب الاستدلال به: أنه يدل على أن العالم وارث الأنبياء في العلم، والمراد به الأحكام والحقائق والقوانين التي جاءوا بها، فكما أنهم موظفون بنشرها وإجرائها كي ينتفع بها الناس.

فكذلك العالم موظف بذلك، وقد مر أن اجراء الأحكام الشرعية بأجمعها لا يمكن إلا بيد الحاكم المطلق.

ودعوى أن المراد بالعلماء هم الأئمة.

غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم.

مع أنه بهذا المضمون روايات صريحة في إرادة غير الأئمة الهداة صلوات الله عليهم. مثل ما في البحار: وقال أمير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في الدين، فإن الفقهاء ورثة الأنبياء. (٢)

(١) أصول الكافي، ج ١، ص ٣٤ باب ثواب العالم والمتعلم.

(٢) ج ١ - ص ٢١٦ الطبع الحديث.

وفي المقام روايات أخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدة منها.

العالم المختلف أبواب الحكام آفة الدين
وقد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون أبواب الحكام ولا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ.

خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الفقهاء أمناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله وما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه وآله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم. (١)

والنبوي: العلماء أمناء الرسل على عباد الله عز وجل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم واعتزلوهم. (٢)

والنبوي: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، وخيار الأمراء الذين يأتون العلماء. (٣)

والخبر قال عليه السلام: العلماء أحباء الله ما أمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر ولم يميلوا في الدنيا ولم يختلفوا أبواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا إلى الدنيا واختلفوا أبواب السلاطين فلا تحملوا عنهم العلم، ولا تصلوا خلفهم، ولا تعودوا مرضاهم، ولا تشيعوا جنائزهم، فإنهم آفة الدين، وفساد الاسلام، يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل. (٤)

- (١) أصول الكافي ج ١ - ص ٤٦ باب المستأكل بعلمه.
(٢) المحجة البيضاء ج ١ - ص ١٤٤.
(٣) المحجة البيضاء، ج ١، ص ١٤٤ - وأخرجه ابن عبد البر في العلم بلفظ آخر على نقل وبلغه نقله الشهيد في المنية.
(٤) خراجية الفاضل القطيفي.

مزاحمة أحد المجتهدين لآخر
بقي الكلام في أنه هل يجوز لآحاد المجتهدين مزاحمة الآخرين أم لا؟
وتنقيح القول في ذلك:

إنه تارة: يتصدى أحدهم للرئاسة والحكومة.
وأخرى: لم يستقر له الأمر ويريد التصدي لها.
أما في الصورة الأولى: فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة إن كان المتصدي أهلاً
لذلك، إذ مضافاً إلى أن المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الإسلامية - وهو بديهي
الحرمة -.

يشهد لعدم جوازها قوله عليه السلام في مقبولة ابن حنظلة المتقدمة: فإذا حكم بحكمنا
فلم يقبل منه وإنما استخف بحكم الله وعلينا رد، والراد علينا الراد على الله، وهو على حد
الشرك بالله (١).

فإن تصدي المجتهد حينئذ كتصدي الإمام عليه السلام فمزاحمة الثاني إياه كمزاحمته
للإمام وهي مستلزمة للرد عليه وهو رد على الإمام فلا يجوز.
أضف إلى ذلك أنه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، وهو غير جائز قطعاً.
مع أن الأدلة إنما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم التصدي له، ففي
فرض التصدي لا دليل على ثبوته لأحد.

وإلى هذا نظر المحقق النائيني قدس سره، حيث قال: إن الفقيه ولي من لا ولي له، فإذا
تحقق الولي فلا ولاية لآخر كما هو مفاد المشهورة السلطان ولي من لا ولي له.
كما أن الظاهر إلى هذا نظر من قال إن دليل الولاية.
إن لم يكن لفظياً فالمتيقن منه إنما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدي أحد،
وإلا فيرجع إلى الأصل وهو يقتضي عدم الولاية

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي حديث ١١.

وإن كان لفظياً، فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لا بد من الرجوع إلى الأصل المتقدم.

وأما في الصورة الثانية: فإن قلنا باعتبار الأعلمية - كما يشهد به. ما رواه في البحار عن كتاب الإختصاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من تعلم علماً

ليماري به السفهاء أو ليباهي به العلماء أو يصرف به الناس إلى نفسه يقول أنا رئيسكم فليتبوء مقعده من النار، إن الرئاسة لا تصلح إلا لأهلها، فمن دعى الناس إلى نفسه وفيهم من هو أعلم منه لم ينظر الله إليه يوم القيامة. (١) فلا اشكال في عدم جواز المزاحمة.

وإلا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، والتوسل بكل أمر جائز في نفسه للوصول إلى ذلك المقام السامي، بل لو كان يرى نفسه أحق وأبصر بالأمور وأنه لو تصدى لذلك كان يخدم الاسلام والمسلمين أحسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه ذلك، والله العالم.

عدم أولوية الفقيه بالتصرف في الأموال والأنفس فالمتحصل مما أسلفناه: ثبوت منصب الفتوى والقضاة وما يتبع هذا المنصب، والحكومة المطلقة للفقيه، وعليه فكل أمر يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم يرجع المسلمون فيه إلى الفقيه، كما أنه المرجع في كل أمر يكون بيد القضاة كما مر. وأما غير تلك من ما ثبت للإمام عليه السلام من أولويته بالتصرف في الأموال والأنفس، و لزوم إطاعته في أوامره الشخصية العرفية، وولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

(١) البحار ج ٢ - ص ١١ من الطبع الحديث.

فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف، فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعا { ١ } نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما بدفعه إلى الفقيه مطلقا، أو بعد المطالبة وأفتى بذلك الفقيه وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار، فيخرج عن محل الكلام. هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته صلى الله عليه وآله من حيث كونه رسولا مبلغا، وإلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس وأنفسهم، إلا في موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. وبالجملة إقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه، كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

شئ منها للفقيه بما هو فقيه لاختصاص أدلتها بالإمام عليه السلام { ١ } قوله فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه

وقد التزم هو قده في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه إن طالب. واستدل له: بأن منعه رد عليه والراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبولة ابن حنظلة (١).

وبقوله عليه السلام في التوقيع الشريف: أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم وأنا حجة الله. (٢)

ولكن قد مر أن الخبرين إنما يدلان على أن الحكومة والقضاة للفقيه ولا يدلان على ثبوت شئ آخر كوجوب الإطاعة، وحيث إن ذلك ليس شأننا من شؤون أحد المنصبين.

وبعبارة أخرى: ليس مما يرجع فيه العرف إلى الرئيس أو القاضي، فلا وجه لوجوب الرد إليه، وما في المقبولة إنما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الإمام لا أن مطلق الرد رد عليه.

(١) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي - حديث ١.
(٢) الوسائل - باب ١١ - من أبواب صفات القاضي - حديث ٩.

بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعني: توقف تصرف الغير على إذنه { ١ } فيما كان متوقفا على إذن الإمام عليه السلام وحيث إن موارد التوقف على إذن الإمام غير مضبوط، فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده في الخارج إن علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنف خاص، كالافتاء والقضاء، أو كل من يقدر على القيام به، كالأمر بالمعروف، فلا اشكال في شيء من ذلك. وإن لم يعلم ذلك واحتمل كونه مشروطا في وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه.

ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليه، لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة، إن كان ممن يرى الاستنابة فيه، وإلا عطله، فإن كونه معروفا لا ينافي أناطته بنظر الإمام عليه السلام والحرمان عنه، عند فقد كسائر البركات التي حرمانها بفقده عجل الله فرجه. ومرجع هذا إلى الشك في كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده، من موجد خاص.

أما وجوب الرجوع إلى الفقيه في الأمور المذكورة فيدل عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما كما، في مقبولة ابن حنظلة. الظاهرة في كونه كسائر الحكام المنصوبة في زمان النبي صلى الله عليه وآله.

نعم إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما وسلطانا فطلب الزكاة أو الخمس لصرفها في المصالح العامة والفقراء وجب الدفع إليه لأن ذلك من حيثيات الحكومة وشئونها ولذا كان دأب النبي صلى الله عليه وآله والوصي عليه السلام في زمان حكومتها مطالبة الزكاة والأخذ من المانعين جبرا، وبما حققناه يظهر الضابط فيما للفقيه تصديه وما ليس له ذلك فتدبر حتى لا يشتبه عليك الأمر.

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على إذن الفقيه قوله بقي الكلام في ولايته على الوجه الثاني أعني توقف تصرف الغير على إذنه

والصحابية، في إلزام الناس بارجاع الأمور المذكورة إليه والانتهاه فيها إلى نظره، بل المتبادر عرفاً من نصب السلطان حاكماً، وجوب الرجوع في الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه، وإلى ما تقدم من قوله عليه السلام: محاري الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله وحرامه التوقيع المروي في اكمال الدين، وكتاب الغنية. واحتجاج الطبرسي، الوارد في جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التي ذكر أني سألت العمري رضي الله عنه أن يوصل إلى صاحب (عجل الله فرجه) كتاباً فيه تلك المسائل

التي قد أشكلت علي، فورد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة والسلام في أجوبتها. وفيها: وأما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم، وأنا حجة الله. فإن المراد بالحوادث ظاهراً مطلقاً الأمور التي لا بد من الرجوع فيها عرفاً أو عقلاً أو شرعاً إلى الرئيس مثل النظر في أموال القاصرين لغيبه، أو موت، أو صغر، أو سفه. وأما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه:

منها: إن الظاهر وكول نفس الحادثة إليه، ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة، لا الرجوع في حكمها إليه.

وملخص القول في المقام: إن ما ثبت كونه معروفاً إذا علم كونه وظيفة شخص خاص، كنظر الأب في مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

وإن احتمال أن يكون في وجوده أو وجوبه منوطاً بنظر شخص خاص، فإن كان للدليل ذلك المعروف عموم أو إطلاق من هذه الجهة تنفي الإناطة به حتى وإن ثبت كونه منوطاً بنظر شخص، الإمام عليه السلام في زمان حضوره، إذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر

الإمام في زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستئذان منه يكون الإطلاق هو المحكم، ولا وجه للتمسك بعموم أدلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للإمام عليه السلام بما هو إمام

ومنها التعليل بكونهم حجتي عليكم وأنا حجة الله، فإنه إنما يناسب الأمور التي يكون المرجع فيها هو الرأي والنظر، فكان هذا منصب ولاية الإمام من قبل نفسه، لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام، وإلا كان المناسب أن يقول إنهم حجج الله عليكم، كما وصفهم في مقام آخر: بأنهم أمناء الله على الحلال والحرام.

ومنها أن وجوب الرجوع في المسائل الشرعية إلى العلماء الذي هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف، مما لم يكن يخفى على مثل إسحاق بن يعقوب، حتى يكتبه في عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع في المصالح العامة إلى رأي ونظره. فإنه يحتمل أن يكون الإمام عليه السلام قد وكله في غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته في ذلك الزمان. والحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه ولا بالمنازعات

نعم ما ثبت له بعنوان أنه قاض أو حاكم ورئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه.

وعليه فكل أمر مطلوب يرجع فيه كل قوم إلى رئيسهم يرجع فيه إلى الفقيه، ولعله يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار، وقد مر الكلام فيه في كتاب الجهاد. وإن لم يكن لدليل معرفيته اطلاق أو عموم، فإن لم يحرز أصل المطلوبة في زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الإمام عليه السلام فيها، فإن ثبت كون دخل نظره بما أنه

رئيس وحاكم يحكم بأنه مطلوب مع إذن الفقيه، وأنه لا بد فيه من الرجوع إليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، وإن احتمل دخل نظر شخص الإمام عليه السلام فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل المعاملات أو العبادات للأصل. وإن أحرز إرادة وجوده في الخارج وعلم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بأن يكون اعتبار إذنه ساقطا عند التعذر، لا كلام في أن للفقيه التصدي له، لأنه إما يعتبر إذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، وأما غير الفقيه فإن كان التصرف تصرفا معامليا فالأصل عدم نفوذه إلا بإذن الفقيه.

ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في إذن الشارع في كل معروف لكل أحد مثل قوله عليه السلام: كل معروف صدقة. وقوله عليه السلام: عون الضعيف من أفضل الصدقة، وأمثال ذلك. وإن كانت عموماً من وجه { ١ } إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها { ٢ }

وإن كان غير معاملي فإن استلزم ذلك التصرف في مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير أو نفسه (١).
وإلا كما في الصلاة على الميت جاز التصدي له بدون إذنه بناء على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل والأكثر كما لا يخفى.
{ ١ } قوله ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في إذن الشارع... وإن كانت عموماً من جهة.
مادة الافتراق من جانب التوقيع الأمور المختصة بالفقيه كالافتاء والقضاء و الحكومة، ومن جانب دليل كل معروف صدقة الأفعال المطلوبة غير المعترف فيها إذن أحد، ومادة الاجتماع التصرف في مال القصر وما شاكل
{ ٢ } تقريب الحكومة أن التوقيع يدل على أن الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقف على إذن الفقيه
ويرد عليه أن التوقيع أخص من تلك النصوص إذ لا حادثة مهمة يرجع فيها إلى الفقيه إلا وهو معروف ولا عكس
مع أن التوقيع يكون وارداً عليها فإنه يدل على دخالة إذن الفقيه في معرفية الحوادث الواقعة.
أضف إلى ذلك ما مر من عدم العموم لتلك النصوص كي تدل على عدم اعتبار إذن الفقيه فراجع.
وبذلك يظهر عدم تمامية ما أفاده المصنف قدس سره من اطلاق عدم المشروعية كما ظهر ما في اطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات.
فإن قيل بناء على ما ذكر من أنه لو كان عموم أو اطلاق لدليل ذلك المعروف

(١) الوسائل باب ٣ - من أبواب مكان المصلي حديث ١ - ٣ وباب ١ - من أبواب القصاص في النفس حديث ٣.

وكونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامة التي يفهم عرفاً دخولها تحت الحوادث الواقعة وتحت عنوان الأمر في قوله تعالى: أولي الأمر وعلى تسليم التنزل عن ذلك. فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأي ولي الأمر هذا. لكن المسألة لا تخلو عن اشكال وإن كان الحكم به مشهورياً وعلى أي تقدير فقد ظهر مما ذكرنا أن ما دل عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقهاء في الأمور التي يكون مشروعيتها ايجادها في الخارج مفروغاً عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. وأما ما يشك في مشروعيتها، كالحودود لغير الإمام، وتزويج الصغيرة لغير الأب والجد، وولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، وفسخ العقد الخياري عنه، وغير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقهاء، بل لا بد للفقهاء من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم الولاية على هذه وغيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به، مثل آية أولى الناس من أنفسهم، وقد تقدم أن اثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

لم يكن إذن الفقيه معتبراً لا بد من البناء على عدم اعتبار إذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دل على أن كل معروف صدقة (١) من النصوص توجه عليه أن تلك النصوص من جهة أخذ مشروعية الفعل في موضوعها - لأن المعروف هو ما عرفه الشارع ورغب إليه وحث عليه - لا سبيل إلى التمسك بها، لأنه مع احتمال اعتبار إذنه لم يحرز كونه معروفاً بدون إذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار إذن الفقيه في التصرفات المعاملية وما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

(١) الوسائل - باب ٤١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.

وبالجملة فيها هنا مقامان:

أحدهما: وجوب ايكال المعروف المأذون فيه إليه ليقع خصوصياته عن نظره ورأيه كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب أن يقع خصوصياته من تعيين الغاسل، والمغسل، وتعيين شئ من تركته للكفن، وتعيين المدفن عن رأي الفقيه.

الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض، والثابت بالتوقيع وشبهه هو الأول دون الثاني وإن كان الافتاء في المقام الثاني بالمشروعية وعدمها أيضا من وظيفته، إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية، نعم لو ثبت أدلة النيابة عموما تم ما ذكر، ثم إنه قد اشتهر في الألسن، وتداول في بعض الكتب رواية أن السلطان ولي من لا ولي له. { ١ } وهذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا يحتاج إلى أدلة عموم النيابة، وقد عرفت ما يصلح أن يكون دليلا عليه، وأنه لا يخلو عن وهن في دلالاته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام، ويظهر من المحقق الثاني أيضا في رسالته الموسومة (بقاطع اللجاج في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضي الأنفال من المخالفين)، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر عليه السلام للشك في عموم النيابة وهو في محله.

{ ١ } قوله اشتهر في الألسن وتداول في بعض الكتب رواية (١): إن السلطان ولي من لا ولي له.

اختلفت كلمات القوم في المراد من السلطان. فعن جماعة: إن المراد به الإمام عليه السلام، وهو الظاهر من صدر عبارة المصنف في المقام.

وعن آخرين كالعلامة في التذكرة وغيره: إن المراد به ما يعم الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء والحكم، وهو الظاهر من عبارة المصنف قدس سره الأخيرة. والأظهر هو الثاني، فإن السلطان من له السلطنة على غيره، والإمام عليه السلام

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢ - رواه أبو داود في محكي سننه ج ١ ص ٤٨١ - وابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩ - وأحمد في مسنده ج ٦ ص ٤٧ - وفي عوائد النراقي عائدة ٥٤ أنه مروى في كتب الخاصة والعامه.

ثم إن قوله من لا ولي له في المرسلة المذكورة ليس مطلق من لا ولي له، بل المراد عدم الملكة. يعني أنه ولي من من شأنه، بحسب شخصه، أو صنفه، أو نوعه، أو جنسه فيشمل الصغير الذي مات أبوه والمجنون بعد البلوغ، والغائب، والممتنع، والمريض، والمغمى عليه، والميت الذي لا ولي له، وقاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة. والموقوف عليهم في الأوقاف العامة، ونحو ذلك. لكن يستفاد من ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور: وهو الأذن في فعل كل مصلحة لهم، فيثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف، المذكورين { ١ } نعم ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، وإن كان ظاهر الولي يوهم ذلك، إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولي له من شأنه أن يكون له ولي، يراد به كونه ممن ينبغي أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى أنه ينبغي أن يكون عليه ولي، له عليه ولاية الاجبار بحيث يكون تصرفه ما ضيا عليه.

والحاصل أن الولي المنفي: هو الولي للشخص لا عليه، فيكون المراد بالولي الميثب ذلك أيضا، فمحصله: إن الله جعل الولي الذي يحتاج إليه الشخص، و ينبغي أن يكون له هو السلطان، فافهم.

وإن كان مصداقه الكامل إلا أن للفقهاء أيضا السلطنة على غيره، وهو الحاكم المنفذ الحكم كما مر، فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له أيضا.

{ ١ } وتقريب الاستدلال بالخبر: أنه يدل على ثبوت الولاية على من لا ولي له، و من شأنه أن يكون له ولي لمن له السلطنة، ولازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بماله كان جائزا له لو كان مالكا لأمره فيجوز للحاكم الشرعي أن يزوج المجنون الذي

لا ولي له، وأن يزوج المجنونة.

فإن قيل: إنه ضعيف السند للارسال.

أجبنا عنه بأن صاحب الجواهر قدس سره في كتاب النكاح قال: إن هذه القاعدة استغنت عن الجابر في خصوص الموارد نحو غيرها من القواعد. والظاهر أنه كذلك، فإن الفقهاء في

باب النكاح يصرحون بأن أحد الأولياء السلطان، والظاهر أن هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال في الخبر سندا ودلالة.

مسألة في ولاية عدول المؤمنين { ١ } أعلم: أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه هو ما كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع، إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين، لأن المفروض كونه مطلوباً للشارع، غير مضاف إلى شخص، واعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، و كونه شرطاً مطلقاً له، لا شرطاً اختيارياً، مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذي أمر بإقامته في الشريعة. نعم لو احتتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام عليه السلام، صح الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهي عن المنكر، حيث إن اطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح.

ولاية عدول المؤمنين

{ ١ } مسألة: في ولاية عدول المؤمنين.

وملخص القول في المقام: إن المعروف الذي ثبت كونه من وظائف الفقيه وقد مر ضابطه - لا محالة يكون التكليف به ساقطاً عند عدم التمكن منه، إلا إذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدي غيره. وأما ما لم يثبت فيه ذلك، فإن كان لدليله عموم أو إطلاق يقتضي جواز تصدي كل أحد فلا كلام.

وإلا فإن كان احتمال دخل نظر الفقيه وإذنه من قبيل شرط الوجوب يكون التكليف به ساقطاً مع تعذر الاستئذان منه لأصالة البراءة. وإن كان من قبيل شرط الواجب، فإن كان ذلك تصرفاً معاملياً أو كان مستلزماً للتصرف في مال الغير أو نفسه، لم يجز لما تقدم.

وإلا جاز ولم يسقط التكليف به لجريان الأصل عند الشك في الأقل والأكثر.

وثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستئذان إنما يكون بأحد طرق:

أحدها: استفادة ذلك من النصوص ولو مع ملاحظة المناطات ومناسبة الحكم و الموضوع، كما في دفن الميت.

ثانيها: أن يكون لدليل ذلك المعروف إطلاق، ولا يكون الدليل المقيد له بنظر

قال الشهيد رحمه الله في قواعده: يجوز للأحد مع تعذر الحكام تولية التصرفات الحكومية [يعني ذات مصلحة] على الأصح، كدفع ضرورة اليتيم لعموم: وتعاونوا على البر والتقوى. وقوله عليه السلام: والله تعالى في عون العبد ما كان في عون أخيه. وقوله: كل معروف صدقة. { ١ } وهل يجوز أخذ الزكوات والأحماس من الممتمتع وتفريقها في أربابها؟ وكذا بقية وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوي فيه وجهان:

وجه الجواز: ما ذكرنا، ولأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال وهي مطلوبة لله تعالى، وقال بعض متأخري العامة أن القيام بهذه المصالح أهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها، ويصرفونها إلى غير مستحقها، فإن توقع إمام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الأموال إلى حين تمكنه من صرفها إليه، وإن يئس من ذلك، كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه لما في إبقائه من التغرير وحرمان مستحقه من تعجيل أخذه مع مسيس حاجتهم إليه، ولو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، ومع اليأس يتصدق بها عنهم، وعند العامة تصرف في المصارف العامة، انتهى.

الفقيه مطلقاً، فإنه حينئذ يقتصر في تقييده على المقدار المتيقن وهو التمكن من الاستيدان.

ثالثها: استقلال العقل بذلك كما في حفظ مال اليتيم من التلف. رابعها: أن يدل دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتي في بيع مال اليتيم. خامسها: جريان السيرة العقلائية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما إذا مرض اليتيم وتوقفت نجاته من الهلاكة على التصرف في ماله. وقد ذكر له طرق أخرى.

{ ١ } منها: ما نسب إلى الشهيد قدس سره وهو التمسك بدليل كل معروف صدقة (١) وشبهة، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع - وهو كون الفعل معروفاً من كل أحد - لا موقع للتمسك

(١) الوسائل باب ٤١ من أبواب الصدقة من كتاب الزكاة.

والظاهر أن قوله: فإن توقع إلى آخره من كلام الشهيد رحمه الله ولقد أجاد فيما أفاد إلا أنه لم يبين وجه عدم الجواز، لعل وجهه أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه. كما في قطع الدعاوي، وإقامة الحدود، و كما في التجارة بمال الصغير الذي له أب وجد. فإن كونها من المعروف لا ينافي كونه إلى شخص خاص.

نعم لو فرض المعروف على وجه يستقل العقل بحسنه مطلقاً، كحفظ اليتيم من الهلاك الذي يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في مال الغير بغير إذنه، صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة { ١ } أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل أحد إلا أنه خرج ما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الأدلة على وجوب ارجاع الأمور إليه، وهذا كتجهيز الميت { ٢ } وإلا فمجرد كون التصرف معروفاً لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية أحد على مال أحد أو نفسه. ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفاً ومصالحاً، ولا يفهم من أدلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه، لأن المعروف هو التصرف في المال، أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك، أو العقل، أو الشارع، من غير جهة نفس أدلة المعروف.

وبالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج إلى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي فافهم

{ ١ } ومنها: ما أفاده المصنف قدس سره وهو: ما إذا كان الفعل مقدمة لما هو حسن عقلاً، كما لو

توقفت نجات اليتيم من الهلاكة على التصرف في ماله، بدعوى أنه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكة على التصرف في مال الغير بغير إذنه.

وفيه: إن الكبرى الكلية تامة، إلا أنه في المثال من جهة امكان الصرف من مال نفسه أو من بيت المال لا يتم ما أفيد فيه،

والكبرى داخلة تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه.

{ ٢ } كما أن ما أفاده في تجهيز الميت متين وهو داخل في الطريق الأول من الطرق التي ذكرناها لمعروفية مطلوبة الفعل،

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر أكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين، وهو مقتضى الأصل { ١ }

ثم إن المصنف في ذيل المسألة الآتية ذكر أن من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل قوله عليه السلام: عون الضعيف من أفضل الصدقة المتقدم تعالى: وقوله (ولا تقربوا مال

اليتيم إلا بالتي هي أحسن) (١)

وفيه: أما الأول: فقد عرفت أنه لا اطلاق له من هذه الجهة. وحاصله: إنه من الواضح أن كل ما يكون عوناً لا يكون صدقة، حتى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر. وأما الآية الشريفة: فإن كان الخطاب فيها متوجهاً إلى الأولياء كما أن قوله تعالى: (فإن آنستم منهم رشداً) خطاب إليهم فهي أجنبية عن المقام، وإن كان متوجهاً إلى عامة المكلفين فالاستدلال بها في نفسها لا مانع منه، فإنها حينئذ بمفهوم الاستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقاً، إلا أن من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه وأنها تدل على اعتبار إذن الفقيه في أمثال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فإنه بعد تقيدها باطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

{ ١ } قال المصنف بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن... وهو مقتضى الأصل لا يخفى أنه قد عرفت في ولاية الأب والجد التزم بأن مقتضى الأصل عدم اعتبار العدالة، وهنا التزم بأن الأصل يقتضي اعتبارها، ويمكن أن يؤيد ما ذكرناه هناك من إرادته من الأصل بذلك، وإلا فالبابان من واد واحد كما هو واضح.

(١) الأنعام: ١٥٢.

ويمكن أن يستدل عليه ببعض الأخبار أيضا، ففي صحيحة محمد بن إسماعيل رجل مات من أصحابنا بغير وصية، فرفع أمره إلى قاضي الكوفة فصير عبد الحميد، القيم بماله، وكان الرجل خلف ورثة صغارا ومتاعا وجواري، فباع عبد الحميد المتاع، فلما أراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية، وكان قيامه بهذا بأمر القاضي، لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام وقلت له: يموت الرجل من أصحابنا ولا يوصي إلى أحد ويخلف الجواري فيقيم القاضي رجلا منا لبيعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى في ذلك. قال: إذا كان القيم به مثلك ومثل عبد الحميد فلا بأس {١}

وكيف كان: فمحصل القول في المقام: إن الكلام في اعتبار العدالة ربما يقع في جواز مباشرة الفاسق وتكليفه بالنسبة إلى نفسه، وربما يقع بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بأن يكون فعله منضمًا إلى فعل غيره، كالايجاب المنضم إلى القبول من الغير موضوعًا للأثر.

أما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:
الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة في بيع مال اليتيم.

أما المورد الأول: فإن كان ثبوت معروفة ذلك الفعل باطلاق دليل أو عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما أنه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله

بعدم الفرق بين العادل والفاسق،

وأما إن كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات ونحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، ولغيرهم مشكوك فيه، والأصل عدمه، مع أن مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفًا معامليًا، وعدم الجواز إذا كان تصرفًا في مال الغير أو نفسه، بالإضافة إلى غير العدول.

{١} أما المورد الثاني: فمن النصوص صحيح ابن (١) بزيع: المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ١٦ من أبواب عقد البيع حديث ٢.

بناءً على أن المراد من المماثلة. إما المماثلة في التشيع، أو في الوثاقة، و ملاحظة مصلحة اليتيم، وإن لم يكن شيعياً، أو في الفقهية بأن يكون من نواب الإمام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة.

والاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس، مع عدم الفقيه ولو مع تعذره. { ١ } وهذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن، أو المخالف.

وإن تعذر غيرهم فتعين أحدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخص منها وهو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الأمانة و ملاحظة مصلحة اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني، في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحة.

{ ١ } وقد أفاد المصنف قدس سره - وتبعه المحقق النائيني قدس سره - أن الاحتمال

الرابع الذي

ذكرناه الثالث في المتن مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، ولو مع تعذره.

وفيه: إنه لم يفرض في الخبر لا بديلة البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع أن هذا بعينه يرد على إرادة المماثلة في العدالة، فإنه باطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافاً إلى أن مورده منطوقاً ومفهوماً صورة التمكن من أمثال محمد بن إسماعيل وعبد الحميد.

فالحق أن يقال: إن احتمال إرادة المماثلة في الفقهية يدفعه: أن الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكليني وإن روى الرواية وأطلق عبد الحميد، ولكن الشيخ في محكي التهذيب رواها وقيده بابن سالم، واحتمال اشتباه الشيخ أو أنه إنما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

وما أفاده المحقق البهبهاني قدس سره من أن ابن سالم لم يكن في عصر الجواد عليه السلام والخبر

مروي عنه،

يرد عليه: أن ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسأل حكم المسألة كلية، ولا يلزم ذلك كون عبد الحميد في زمانه عليه السلام وحيث إنه ليس صاحب أصل أو

كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

ففي صحيحة علي بن رثاب رجل مات وبينه قرابة وترك أولادا صغاراً أو مماليك غلماناً وجواري، ولم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ وما ترى في بيعهم؟ قال: فقال إن كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم وكان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية ويتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم، الناظر فيما يصلحهم وليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم { ١ }

ويدفع احتمال إرادة المماثلة في العدالة، فرض تصرف عبد الحميد في المبيع بمجرد نصب القاضي له كما يظهر من توقفه في بيع الجواري لأنهن فروج، مع أن الرجاليين وثقوه، والثاثة أعم من العدالة.

ويدفع احتمال إرادة المماثلة في التشيع أنه لو كان المراد تلك كان المناسب أن يقال: إذا كان من أصحابنا، أو من أصحابك، أو من يعرف أمرنا فلا بأس، فالمتعين إرادة المماثلة في الوثاثة والأمانة، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين وإن لم يكن عادلاً وأما الجهة الثالثة: فبناء على ما أفاده المصنف قدس سره يكون الخبر مجملاً، وأن البناء على اعتبار العدالة إنما يكون من جهة الأخذ بالمتيقن، وعليه فلا وجه للأخذ به في مقابل إطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبيناً لأجمال هذا كما هو الشأن في كل مورد كان أحد الدليلين مجملاً والآخر مبيناً.

{ ١ } ومنها: صحيح (١) علي بن رثاب عن الإمام الكاظم عليه السلام المذكور في المتن ولكن: هذا الصحيح أجنبى عن المقام، لأن الظاهر من القيم، الشرعي، إما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصية بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر. وإن شئت قلت: إن الخبر وارد في مقام بيان جواز الاشتراء من القيم في مقابل الاشتراء من الصغار، وليس في مقام بيان من به تقوم القيمومة.

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وموثقة زرعة عن سماعة في رجل مات وله بنون وبنات صغار وكبار من غير وصية وله خدام ومماليك وعقر كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك، قال: إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس { ١ } بناء على أن المراد من يوثق به ويطمئن بفعله عرفا، وإن لم يكن فيه ملكة العدالة.

لكن في صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة { ٢ } قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصية وله ولد صغار وكبار

أيحل شراء شيء من خدمه ومتاعه من غير أن يتولى القاضي بيع ذلك؟ فإن تولاه قاض قد تراضوا به ولم يستخلفه الخليفة. أيطيب الشراء منه أم لا؟ قال عليه السلام: إذ كان الأكبر من ولده معه في البيع فلا بأس إذا رضي الورثة بالبيع وقام عدل في ذلك هذا والذي ينبغي أن يقال إنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا في مقام يكون عموم عقلي أو نقلي يدل على رجحان التصدي لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا، فقد يشمل الفاسق وقد لا يشمل.

{ ١ } ومنها موثق زرعة عن سماعة (١) المذكور في المتن وهذا وإن كان يدل على الاكتفاء بالوثيقة، إلا أنه مختص بالقسمة. ومنها صحيح إسماعيل بن سعد (٢) عن الإمام الرضا عليه السلام الذي ذكر في المتن { ٢ } وقد استظهر منه المصنف قدس سره اعتبار العدالة. وأورد عليه: بأن الظاهر من القاضي الذي تراضوا به هو القاضي الشرعي الذي له الولاية على مال الصغير مطلقا، وإن لم ينضم إليه العدل اجماعا. وبأن غاية مفاده ثبوت الولاية للعادل، وهذا لا ينافي ثبوتها لمطلق الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع، وبأنه إنما يدل على اعتبار العدالة بالنسبة إلى المشتري، والكلام إنما هو في وظيفة المتصدي للبيع نفسه.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من أبواب أحكام الوصايا حديث ٢.
(٢) الوسائل - باب ١٦ - من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١.

وأما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة إلى نفسه، وأنه هل يكون مأذونا من الشرع في المباشرة أم لا؟ وقد يكون بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلاً.

أما الأول: فالظاهر جوازه، وأن العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف، ولو مثل قوله عليه السلام: عون الضعيف من أفضل الصدقة وعموم قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن ونحو ذلك. وصحيحة محمد بن إسماعيل السابقة، قد عرفت أنها محمولة على صحيحة علي بن رثاب المتقدمة، بل وموثقة زرعة وغير ذلك مما سيأتي، ولو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولي له. فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه وشك في صحته،

وفي الجميع نظر:

أما الأول: فلأن السؤال إنما هو عن البيع من دون تصدي القاضي، ومع تصديه فالجواب يكون عاماً للموردين.

وأما الثاني: فلأن الظاهر كون قوله: عدل... الخ عطفاً على قوله رضا الورثة، وعليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل، ويوجب تقييد اطلاق صحيح ابن بزيع.

وأما الثالث: فلأنه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما أنها طريق إلى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطاً للشراء مستلزماً لجعلها شرطاً للبيع، وإلا فجعل جواز البيع للفاسق من غير أن يجوز لأحد الشراء منه لغو، فالأظهر أن الجمع بين النصوص يقتضي البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين

والظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الأمارية على كون التصرف تصرفاً بالأحسن كما ذهب إليه المصنف قدس سره - بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من أخذ كل

عنوان في الموضوع دخله في الحكم بنفسه لا من باب الأمارية إلى شيء آخر

ولو شك في حدوث الفعل منه وأخبر به ففي قبوله اشكال { ١ }
وأما الثاني: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه وإن ادعى
كون البيع مصلحة. بل يجب أخذ المال من يده، ويدل عليه بعد صحيحة إسماعيل
ابن سعد المتقدمة، بل وموثقة زرعة بناء على إرادة العدالة من الوثيقة أن عموم
أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، فإن وجوب
اصلاح مال اليتيم ومراعاة غبطته، لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق، ولا
يجدي هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما في مثال الصلاة المتقدم، لأن
الواجب هناك هي صلاة صحيحة. وقد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق، وإذا
شك في صحتها أحرزت بأصالة الصحة.

وبما ذكرناه ظهر الحال في المقام الثاني فلا نعيد.
ومقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه،
فما أفاده المحقق الأردبيلي قدس سره من كون ولاية العدول على مال اليتيم في عرض
ولاية الفقيه، متين
اللهم إلا أن يقال: إن مقتضى اطلاق هذه النصوص وإن كان ذلك، إلا أنه من جهة
كونها من مناصب القضاة، وقد جعل الشارع الفقيه قاضيا وحاكما، فمع وجوده لا بد من
تصديه لذلك. فتدبر فإن المسألة تحتاج إلى تأمل زائد.
فروع

بقي في المقام فروع:
{ ١ } الأول: إنه بناء على جواز تصرف الفاسق لو أخبر بالفعل الحسن المطلوب،
هل يقبل اخباره أم لا؟ وجهان.
والحق أن يقال: إنه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره
لقاعدة من ملك شيئا ملك الاقرار به
ودعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق،
مندفعة بأنه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافي بين عدم قبول اخباره من حيث إنه خبر
الفاسق وقبوله من حيث إنه مالك للتصرف، ولذا ترى أنه يقبل اخبار ذي اليد،

وأما الحكم فيما فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع هو اصلاح المال ومراعاة الحال، والشك في أصل تحقق ذلك { ١ } فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. وإن شئت قلت: إن شراء مال اليتيم لا بد أن يكون مصلحة له، ولا يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع { ٢ } كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل.

وإن قلنا إنه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه، فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: إنه بناء على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع وأوجب وشك من يريد القبول في أنه هل يكون الايجاب تصرفاً على وجه أحسن أم لا، فهل تجري أصالة الصحة في الايجاب ويحرز بها صحة الايجاب والقبول، أم لا؟ وجهان. قد استدل المصنف قدس سره للثاني بوجهين:

{ ١ } أحدهما: إن الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، وإنما حمل على موضوع وهو اصلاح المال ومراعاة الحال، وهذا عنوان لموضوع الأثر، وحيث إنه قد ثبت في محله أنه يعتبر في جريان أصالة الصحة في موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع وعنوانه، وكون الشك متمحضاً في الوصف، وإلا فمع الشك في الموصوف لا تجري أصالة الصحة، ففي المقام لا تجري أصالة الصحة في الايجاب.

{ ٢ } الثاني: إن أصالة الصحة في الايجاب لا تثبت إلا صحة الايجاب التأهيلية، ولا يحرز بها تحقق المصلحة، وحيث إن القابل أيضاً متصرف في مال الصغير، ولا بد وأن يكون تصرفه على وجه أحسن، ولا يحرز ذلك بأصالة الصحة في الايجاب، فأصالة الصحة الجارية في الايجاب لا تفيد في الحكم بترتب النقل.

ولكنه يرد على الوجه الأول: إن هذا الشرط كسائر الشرائط إنما يكون شرط صحة التصرف، وعنوان التصرف الذي هو موضوع الأثر عنوان المعاملة من البيع وغيره، ومن شرائط صحته وامضاء الشارع له كونه صلاحاً لليتيم. وبعبارة أخرى: إن الموصوف بالصححة والفساد نفس التصرف المعاملي، غاية

نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير، لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن من الفاسق { ١ } لأن مال اليتيم الذي يجب اصلاحه وحفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثلث. وأصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر،

الأمر أن هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد، وهو كونه صلاحا لليتم، وما كان واجدا لهذا الشرط يصح، وما كان فاسدا لا يصح، ومجرد جعله عنوانا وكيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف ويكون من قبيل الأعمال الخارجية التي قصد بها البيع أو شيء آخر، وعليه فمع احراز أصل التصرف والشك في صحته وفساده تجري أصالة الصحة، ويحرز بها الصحة. ويرد على الوجه الثاني: ان الذي لا بد وأن يكون صلاحا لليتم هو الايجاب و البيع، فإنه متضمن لاعطاء ماله بعوض، وأما القبول فهو أخذ للمال الذي هو عوض عن ماله، وهذه حيثية راجعة إلى المشتري لا إلى اليتيم، فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتم، ولعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من أن أهل العرف يفهمون من جعل شخص وليا في البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا أم لا. مع أنه يمكن أن يقال: إن الدليل إنما دل على اعتبار كون التصرف على وجه أحسن، وهو إنما يكون بالبيع، وأما الشراء فهو مطاوعة وقبول للبيع لا أنه بنفسه تصرف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط.

فالأظهر جريان أصالة الصحة في الايجاب وترتب الأثر عليه مع ضم القبول إليه. { ١ } الثالث: ما ذكره بقوله: نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري وأخذ الثمن... ما أفاده قدس سره وإن كان متينا - أي تجري أصالة الصحة في فعل البائع والمشتري و يترتب عليها الأثر - إلا أن الوجه الأول الذي ذكره في الفرع المتقدم يجري في هذا الفرع

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف
الوجوبي أو الندبي { ١ } لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلا عن كونه على
وجه النصب من الإمام فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر
ومزاحمته بالبيع ونحوه ولو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة في استرداده
جاز الفسخ، إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق
وليه من غير تخصيص بالعاقدة لو أراد بيعه من شخص وعرضه، لذلك جاز لغيره
بيعه من آخر مع المصلحة وإن كان في يد الأول.
وبالجملة فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب والجد،
من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

ولازمه عدم جريانها، ولازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثلث على ملك الصغير،
ويحرز به كون مال اليتيم الذي يجب اصلاحه وحفظه من التلف هو المثلث لا الثمن.

مزاحمة الولي

{ ١ } قوله حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر أنه على وجه التكليف
الوجوبي أو الندبي

والمقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدي للمتصدي،
وقد حكم المصنف قدس سره بجوازها، واستند في ذلك إلى أن ما ثبت له إنما يكون على
وجه التكليف لا على وجه النصب من الإمام عليه السلام
ولكنه يرد عليه أمران:

الأول: إن الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام: إن كان ولي يقوم بأمرهم
باع

عليهم ونظر لهم... الخ (١) مع أن ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم
كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليا ومالكا للتصرف، وإلا لما كانت جائزة، ولا معنى
لمجرد جعل التكليف في هذا المقام.

(١) الوسائل باب ١٥ من أبواب عقد البيع.

وأماحكام الشرع، فهل هم كذلك { ١ } فلو عين فقيه من يصلي على الميت الذي لا ولي له، أو من يلي أمواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا؟ الذي ينبغي أن يقال: إنه إن استندنا في ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم. لأن المخاطب بوجوب ارجاع الأمور إلى الحكام هو العوام. فالنهي عن المزاحمة يختص بهم. وأما الحكام فكل منهم حجة من الإمام عليه السلام فلا يجب على واحد منهم ارجاع الأمر الحادث إلى آخر، فيجوز له مباشرته، وإن كان الآخر دخل فيه ووضع يده عليه، فحال كل منهم حال كل من الأب والجد، في أن النافذ تصرف السابق ولا عبرة بدخول الآخر في مقدمات ذلك وبنائه على ما يغير تصرف الآخر.

كما يجوز لأحد الحاكمين تصدي المرافعة قبل حكم الآخر، وإن حضر المترافعان عنده وأحضر الشهود وبنى على الحكم. وأما لو استندنا في ذلك على عمومات النيابة وأن فعل الفقيه كفعل الإمام ونظره كنظره الذي لا يجوز التعدي عنه، لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس والأموال حتى يقال أنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة في ذلك. بل من حيث وجوب ارجاع الأمور الحادثة إليه المستفاد من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه، بكونه حجة منه عليه السلام على الناس، فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذي دخل في أمر ووضع يده عليه، وبنى فيه بحسب نظره على تصرف وإن لم يفعل نفس ذلك التصرف لأن دخوله فيه، كدخول الإمام. فدخول الثاني فيه وبنائه على تصرف آخر، مزاحمة له فهو كمزاحمة الإمام عليه السلام فأدلة النيابة عن الإمام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الإمام عليه السلام

الثاني: إنه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الإمام كما هو كذلك تجوز مزاحمته إذا كان النصب بعنوان يعم كليهما ولا يختص بخصوص المتصدي، فإن التصدي لا يوجب تعيين المتصدي وانحصار المنسوب به إلا إذا دل دليل آخر على ذلك، وهو مفقود { ١ } وبه يظهر ما فيما أفاده في أحكام الشرع فلا نعيد.

فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام وبين الأب والجد. لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة، وبين كون كل واحد منهم نائباً، وربما يتوهم كونهم حينئذ كالوكلاء المتعديين في أن بناء واحد منهم على أمر مأذون فيه. لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول، ويندفع بأن الوكلاء إذا فرضوا وكلاء في نفس التصرف لا في مقدماته فما لم يتحقق التصرف من أحدهم كان الآخر مأذوناً في تصرف مغاير وإن بنى عليه الأول ودخل فيه. أما إذا فرضوا وكلاء عن الشخص الواحد، بحيث يكون إلزامهم كالإلزامه ودخولهم في الأمر كدخوله، و فرضنا أيضاً عدم دلالة دليل وكالتهم على الإذن في مخالفة نفس الموكل والتعدي عما بنى هو عليه مباشرة، أو استنابة، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة، والوهم إنما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للوكلاء المتعديين المتعلقة بنفس ذي المقدمة، فتأمل.

هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام، سيما في مثل هذا الزمان الذي شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعي الحكومة، و كيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله في كل إلزام قولي أو فعلي يجب الرجوع فيه إلى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص، أو عين شخصاً لقبضه، أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره، لأن نظره كنظر الإمام. وأما جواز تصدي مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم، فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلائ وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم ثم إنه هل يشترط في ولاية غير الأب والجد ملاحظة الغبطة لليتيم أم لا، ذكر الشهيد في قواعده أن فيه وجهين: ولكن ظاهر كثير من كلماتهم أنه لا يصح إلا مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة: إنه اجماعي وأن الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقاً بين المسلمين.

وعن شيخه في شرح القواعد: إنه ظاهر الأصحاب، وقد عرفت تصريح الشيخ والحلي بذلك حتى في الأب والجد، ويدل عليه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولاية لأحد على أحد عموم قوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن.

وحيث إن توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم أجده في كلام أحد من المتعرضين لبيان آيات الأحكام فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام. { ١ }

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب: إن تصرف غير الأب والجد في مال الصغير مشروط بوجود المصلحة، وعن مفتاح الكرامة: إنه اجماعي، والظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين.

واستدل له بقوله تعالى: ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن (١) { ١ } وحيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك. والكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: إن حرمة القرب إلى مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن محدودة في الآية الشريفة بقوله تعالى حتى يبلغ أشده كما في سورتي الأنعام والاسراء، فحينئذ قد يقال: إن الغاية إن كانت قيذا للموضوع أو المتعلق - وإن كان لا يترتب محذور من جهة أنه لا مفهوم للآية الشريفة - إلا أنه خلاف الظاهر، فإن الظاهر كونها قيذا و

غاية للحكم، وعليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على أن القرب المحرم إنما هو إلى زمان البلوغ، وبعده لا يكون محرما، مع أنه محرم قطعاً. وأجيب عنه بجوابين:

الأول: إنها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: إن جواز التصرف على وجه أحسن محدود بالبلوغ، وبه ينقطع الجواز ويدور أمر التصرف مدار إذن صاحب المال. الثاني: إنها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، إلا أن المستثنى منه حرمة التصرف مطلقاً ولو مع رضا اليتيم، وهذا الحكم محدود بالبلوغ، فإنه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه

(١) الأنعام آية ١٥٢ - الاسراء آية ٣٥.

فنقول إن القرب في الآية يحتمل معاني أربعة { ١ }
الأول: مطلق التقليل والتحريك حتى من مكان إلى آخر، فلا يشمل مثل
ابقائه على حال أو عند أحد. { ٢ }
الثاني: وضع اليد عليه بعد أن كان بعيدا عنه ومجتنبا. فالمعنى تجتنبوا عنه و
لا تقربوه إلا إذا كان القرب أحسن، فلا يشمل حكم ما بعد الوضع { ٣ }
الثالث: ما يعد تصرفا عرفيا، كالاقتراض، والبيع، والإجارة، وما أشبه ذلك،
فلا يدل على تحريم ابقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلا
بتنقيح المناط { ٤ }

وكلاهما خلاف الظاهر.

أما الأول: فلأن الظاهر كونه غاية للحكم الذي تضمنه الآية الشريفة.
وأما الثاني: فلأن المذكور إنما هو الحكم المطلق لا اطلاق الحكم.
فالحق أن يقال: إنه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقا لبيان تحقق الموضوع،
فإن الموضوع هو اليتيم، وهو يتبدل بالبلوغ.
الجهة الثانية: في بيان المراد من القرب المنهي عنه.
الظاهر من القرب في نفسه هو ما يقابل البعد، ولكن الظاهر منه في الآية الشريفة
التصرف في مال اليتيم، وحيث إن التصرف في مال اليتيم ربما يكون خارجيا مثل أكله و
شربه ونحوهما، وربما يكون اعتباريا كبيعه وشرائه ونحوهما.
فقد وقع الخلاف في المراد من الآية
{ ١ } ومحتملاته التي ذكرها المصنف قدس سره أربعة:
{ ٢ } الأول: أن يراد مطلق التقليل والتحريك
{ ٣ } الثاني إرادة أقرب ما يكون إلى مصداق القرب، أي أول تصرف فيه كمنه و
وضع اليد عليه.
{ ٤ } الثالث أن يراد به التصرف الاعتباري كالبيع والإجارة وما شاكل

الرابع: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل والترك { ١ }

والمعنى: لا تختاروا في مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره، فيدل على حرمة الإبقاء في الفرض المذكور لأن إبقائه قرب له بما ليس أحسن. { ١ } الرابع: أن يراد به ما يعم ذلك والترك. وبعبارة أخرى: مطلق الأمر الاختياري المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل والترك، وهناك احتمال خامس أظهر من الجميع، وهو: إرادة ما يعم التصرفات الخارجية والاعتبارية، إذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، والتعميم الذي لا يساعده عرف ولا لغة. ومجرد كون المتعلق هو مال اليتيم وقرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتباري المتعلق به، لا يصلح معينا للاحتمال الرابع الذي اختاره المصنف قدس سره. وأما ما أفاده المحقق الأيرواني قدس سره من: إن الظاهر أن القرب كناية عن أكل مال اليتيم والاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف لأجل اليتيم، فتكون الآية أجنبية عن المقام. فبعيد جدا لا يلائم مع استثناء إلا بالتي هي أحسن. الجهة الثالثة: في بيان المراد من النهي المتعلق بالقرب. فإن كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباري المتعلق بمال اليتيم كان النهي ظاهرا في الإرشاد إلى الفساد، وإن كان المراد هو التصرف الخارجي المتعلق به من وضع اليد عليه وامساكه وأكله وشربه كان ظاهرا في الحرمة المولوية. وحيث عرفت أن المراد هو الجامع بينهما، فإن حملناه على المولوية لما دلت الآية على فساد المعاملة، لأن النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد، مع أن بناء الأصحاب رضي الله عنهم على التمسك.

وأما لفظ الأحسن في الآية { ١ } فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل، ويحتمل أن يراد به الحسن وعلى الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه، كما يظهر من بعض، ويحتمل أن يراد به ظاهره وهو الأحسن مطلقاً من تركه ومن غيره من التصرفات. وعلى الثاني فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة ويحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من أن أحد معاني الحسن ما لا حرج في فعله. ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث ومن احتمالات: إلا حسن هو الاحتمال الثاني أعني التفضيل المطلق { ٢ } وحينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم.

{ ١ } وقد ذكر المصنف أن محتملاته أربعة، فإن المراد به إما: التفضيل، أو الحسن. وعلى الأول: فإما أن يراد التصرف الأحسن من الترك، أو الأحسن مطلقاً من الترك ومن التصرفات الأخر.

وعلى الثاني: فإما أن يراد به ما فيه المصلحة، أو ما لا مفسدة فيه وهناك احتمال خامس وهو: إرادة التفضيل منه، وأن يراد به من التصرفات الأخر. ولازم الأول جواز البيع إذا كان أحسن من تركه وإن كان الأيجار أحسن منه، ولازم الثاني عدم جوازه ما لم يكن أحسن من تركه ومن التصرفات الأخر، ولازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة وإن كان تركه أصلح أو سائر التصرفات كذلك،

ولازم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة وإن كان في غيره من التصرفات مصلحة أكيدة،

ولازم الخامس جواز البيع إذا كان أصلح من الأيجار وإن كان تركه أصلح.

{ ٢ } وقد استظهر المصنف قدس سره الاحتمال الثاني، والوجه فيه: إن الظاهر من الأحسن إرادة التفضيل، وإن حذف المتعلق وترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم. وأورد عليه بايرادات:

الأول: إن استعماله في غير التفضيل كثير، ويؤيد عدم إرادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة من وعدم إضافته.

ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا فأراد الولي جعلها دينارا، فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه وإن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم والدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا. أما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز، وكذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا أن القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله، كما هو الاحتمال الرابع، فيجوز التصرف المذكور، إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقدا، فكما أنه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو دينارا، لأن القدر المشترك أحسن من غيره، واحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير، فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من ابقاء الدراهم على حاله وجعلها دينارا قريبا والقدر المشترك أحسن من غيره، فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

وفيه: إن استعماله في غير التفضيل كثيرا مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه إذا ذكر بلا قرينة، وعدم ذكر كلمة من أو الإضافة إنما يوجب ظهوره في العموم، ولا ينافي ذلك. الثاني: ما أفاده المحقق الأيرواني قدس سره، وهو: إنه إن أريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الإقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها أو مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فإن كل واحد من تلك الأفراد المساوية ليس أحسن من جميع ما عداه، وإن أريد منه الأحسن في الجملة ولو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون هو أحسن من ما دونه وإن كان هناك تصرف آخر أحسن منه.

وفيه: إن المراد به هو الأحسن مطلقا، إلا أنه في الفرض نقول بأن الجامع بين الأفراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون أحسن من غيره، فيجوز، ولازمه التخيير بين الأفراد.

الثالث: إنه لو فرضنا أن الترك وسائر التصرفات لا حسن فيها أصلا، وهذا الفعل كالبيع فيه مصلحة أكيدة، لزم عدم جوازه، فإنه لا يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره

والحاصل أنه كل ما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء، لكون القدر المشترك بينهما أحسن وعدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول من أحدهما بعد فعله إلى الآخر، إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة إلى حال اليتيم، وإن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف، لكن الانصاف أن المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث. وإن كان الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع ومقصوده من مثل هذا الكلام أن لا يختاروا في أمر مال اليتيم، إلا ما كان أحسن من غيره { ١ }

لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع أنه جائز قطعاً. وفيه، أولاً: إنه لا محذور في الالتزام بعدم شمول المستثنى له، وإنما يلتزم بالجواز بالأولوية، إذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون أولى. وثانياً: أنه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، أي ما يترجح على غيره في نظر العقلاء سواء كان لأجل أن مصلحته أكد من مصلحة غيره، أو من جهة أن فيه المصلحة وفي غيره المفسدة. وقد ظهر مما ذكرناه أمران:

{ ١ } الأول: تمامية ما أفاده المصنف قدس سره من إرادة الأحسن مطلقاً. الثاني: عدم تمامية ما أفاده من أنه لو فرضنا بيع المال اليتيم بعشرة دراهم وفرضنا أنه لا يتفاوت الحال في ابقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فإن هذا التصرف ليس أصلح من تركه. وجه عدم تماميته: إن الجامع بينه وبين الإبقاء يكون أصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل. هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت أنه يستفاد منها اعتبار المصلحة، وأما بحسب الروايات، فقد ذكر المصنف قدس سره روايتين وادعى دلالتها على كفاية عدم المفسدة وعدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

نعم ربما يظهر من بعض الروايات، أن مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع.

ففي حسنة الكاهلي قال لأبي عبد الله عليه السلام: إنا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام ومعهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم ونشرب من مائهم ويخدمنا خادمهم، وربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا، وفيه من طعامهم، فما ترى في ذلك، قال: إن كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، وإن كان فيه ضرر فلا، بناء على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك { ١ } فلا تنافي على ذلك بين الصدر والذيل على ما زعمه بعض المعاصرين من أن الصدر دال على إناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع ولا مضر. وهذا منه مبني على أن المراد بالمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه، بمعنى أن يكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطي فلسا بإزائه، وهكذا وأنت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي.

إحدهما حسنة (١) الكاهلي عن الإمام الصادق عليه السلام المذكورة في المتن { ١ } تقريب الاستدلال بها: إن المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة أن ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في بيت الأيتام والقعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة إلى ذلك فتصدق عليها المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين صدر الخبر والذيل، ويكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة، وإن لم تكن مصلحة.

وفيه: إن المراد بالنفع إن كان مطلق الزيادة - بالإضافة إلى ما ذكر وإن كانت

(١) الوسائل - باب ٧١ - من أبواب ما يكتسب به حديث ١.

وفي رواية ابن المغيرة قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن لي ابنة أخ يتيمة، فر بما أهدي لها الشيء فأكل منه، أطعمها بعد ذلك الشيء من مالي، فأقول: يا رب هذا بهذا، قال: لا بأس فإن ترك الاستفصال من مساواة العوض وزيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة { ١ } إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف في الطعام المهدي إليها واعطاء العوض بعد ذلك أصلح إذ الظاهر أن الطعام المهدي إليها هو المطبوخ وشبهه.

أقل مما يوازيه - لزم جواز الدخول مع اعطاء أقل مما يوازيه، وهذا لا يجوز قطعاً، وإن كان المراد بالإضافة إلى مالية أموالهم خرجت صورة مساواة النفع والضرر عن منطوق الخبر، وتعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف قدس سره. والحق أن يقال: إن في مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع و الضرر، فإنه بالتصرف في الدار والبساط والخدام والطعام المخلوط بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مالية على الأيتام، فكل ما أعطى بإزاء ذلك إن كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم، وإن أعطى أقل من ذلك كان ضرراً - فتدبر - ولو أغمض عن ذلك وسلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقت والرجوع إلى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز إذا لم يكن في التصرف مصلحة ونفع عائد إلى الأيتام.

ثانيتها: رواية (١) علي بن المغيرة: المذكورة في المتن { ١ } تقريب الاستدلال بها: إن المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من اعتبار الزيادة، ولا ريب في أن منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الايراد: بأن مقتضى ترك الاستفصال جواز اعطاء الأنقص. ولكن ترد عليه أمور: الأول: إن من يأكل من طعام الغير ويريد اعطاء عوضه وبنائه على عدم اعطاء الأقل لا محالة يعطي مقدارا أزيد، وفرض التساوي نادر جدا ملحق بالمعدوم. الثاني: إن الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره وأمرها بيده، وحينئذ يكون عدم

(١) الوسائل باب ٧١ من أبواب ما يكتب به حديث ٢.

وهل يجب مراعاة الأصلح أم لا؟ وجهان: قال الشهيد قدس سره في القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال للمولى عليه أو يكفي نفي المفسدة يحتمل الأول، لأنه منصوب لها { ١ } ولأصالة بقاء الملك على حاله { ٢ } ولأن النقل والانتقال لا بد لهما من غاية، والعدميات لا تكاد تقع غاية { ٣ }

التصرف في طعامها ابقاء لما لها وتصرفا وجوديا، فالجامع بينه وبين التصرف بإزاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزا، ويتخير بين الفردين.
الثالث: إن الظاهر كون الطعام مطبوخا، فلا محالة أكل مقدار منه واعطاء عوضه المساوي معه في القيمة يكون أصلح بحال اليتيمة.
فتحصل: إن الأظهر اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية والمعاملية.
والشاهد قده استدلال اعتبار المصلحة بوجوده آخر:

{ ١ } الأول: إنه منصوب لها.

وفيه: إن هذا أول الكلام، ولعله منصوب وليا لحفظ ما له، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، وابقائه على حاله.

{ ٢ } الثاني: أصالة بقاء الملك على حاله.

وفيه: إنه لا يرجع إليها مع عموم دليل الولاية.

{ ٣ } الثالث: إن العدميات لا تكاد تقع غاية.

وفيه: إن العدميات وإن لم تقع غاية، بل الغاية لا بد وأن تكون أمرا وجوديا، إلا أن اعتبار كونها أمرا وجوديا راجعا إلى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل، مع الاغماض عما ذكرناه، فلو فرضنا أنه لا مفسدة في بيع مال اليتيم، وكانت هناك مصلحة راجعة إلى نفس المتصدي للبيع جاز بمقتضى عموم أدلة الولاية، لولا الآية الشريفة.

وبالجملة: الكلام في المقام إنما هو في أن البيع الذي لا مفسدة فيه إذا كان بداع عقلائي هل يكون نافذا أم لا؟

وعلى هذا هل يتحرى الأصلح أم يكتفي بمطلق المصلحة فيه وجهان { ١ } نعم لمثل ما قلنا لا لأن ذلك لا يتناهى، وعلى كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يحز العدول عن الأصلح، ويترتب على ذلك أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة ولا مفسدة، وتزويج المجنون حيث لا مفسدة وغير ذلك، انتهى.

الظاهر أن فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأسا غير لازم، لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده وكان الاتجار به أصلح منه لم [لا] يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية بأن يراد لا تختاروا في مال اليتيم أمرا من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره. وقد عرفت الاشكال في استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهي عن جميعها لا ما كان أحسن من غيره ومن التروك فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من التروك، نعم ثبت بدليل خارج حرمة التروك إذا كان فيه مفسدة. وأما إذا كان في التروك مفسدة.

{ ١ } وهل يتحرى الأصلح أم يكتفي بمطلق المصلحة فيه وجهان. ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحري الأصلح، غاية الأمر بالنسبة إلى التصرفات المتعارفة، وأما لو خرج الأصلح عن ذلك وأوجب تحريه الأصلح الحرج، أو كان خلاف المتعارف، فلا يجب. وبهذا يندفع ما ذكره الشهيد قدس سره في وجه عدم لزوم تحري الأصلح من أن ذلك لا يتناهى.

بقي في المقام شئ لم أر من تعرض له، وهو: إن نظر الولي في الحسن هل له موضوعية أم هو طريق إلى الحسن الواقعي وثمره ذلك أنه لو باع الولي وكان في ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الأول يصح البيع وعلى الثاني لا يصح. والأظهر هو الأول، وذلك لوجوه:
الأول: السيرة القطعية.

ودار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه بل ربما يعد العدول في بعض المقامات افسادا كما إذا اشترى في موضع بعشرة. وفي موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه في الأول إفسادا للمال ولو ارتكبه عاقل عد سفيها ليس فيه ملكة إصلاح المال، وهذا هو الذي أراده الشهيد بقوله: ولو ظهر في الحال انتهى.

نعم قد لا يعد العدول من السفاهة كما لو كان بيعه مصلحة وكان بيعه في بلد آخر أصلح مع اعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه والعلم بعدم الخسارة، فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية وجوبه.

الثاني: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة في الفرض، مثلا لو باع مال اليتيم وبعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، ومن الواضح أن الحكم بالفساد في هذا المورد وشبهه يستلزم الحرج واختلال النظام.

الثالث: إن دلالة الآية الشريفة - التي هي المقيدة لإطلاق أدلة الولاية على أن التصرف غير الأحسن إذا كان معامليا باطل - إنما تكون من جهة دلالة النهي على الحرمة، وأن ارتكابه حينئذ موجب للفسق ومخرج له عن الولاية، ومن الواضح أنه إذا كان البيع بنظر الولي صلاحا لا يكون هو موجبا للفسق، وإن لم يكن في الواقع كذلك.

نقل العبد المسلم إلى الكافر

قوله مسألة يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما بما أن هذا البحث لا موضوع له في هذا الزمان فالصفح عن التعرض له أولى.

نقل المصحف إلى الكافر

قوله المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في الجزء الثاني من هذا الشرح في الخاتمة فلا وجه للإعادة.

القول في شرائط العوضين: { ١ }
يشترط في كل منهما كونه متمولا، { ٢ } لأن البيع لغة مبادلة مال بمال، وقد
احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة في الشرع لأن
الأول: ليس بمال عرفا كالخنافس والديدان، فإنه يصح عرفا سلب
المصرف لها ونفي الفائدة عنها.
والثاني: ليس بمال شرعا كالخمر والخنزير، ثم قسموا عدم الانتفاع إلى ما
يستند إلى حسة الشيء، كالحشرات، وإلى ما يستند إلى قلته كحبة حنطة، وذكروا
أنه ليس مالا وإن كان يصدق عليه الملك. ولذا يحرم غصبه اجماعا. وعن
التذكرة: إنه لو تلف لم يضمن أصلا، واعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب
رد المثل.

بيان حقيقة المال والملك
{ ١ } المقصد الرابع: في شرائط العوضين.
وقد ذكرنا بعضها في الباب الأول، وكيف كان فيشترط في كل منهما أمور أخرى.
{ ٢ } الأول والثاني: كونه مالا، وملكاً.
وتنقيح القول في المقام بالبحث في مقامين:
الأول: في بيان حقيقة المال، والملك.
الثاني: في وجه اعتبارهما.
أما الأول: فالمال يكون على نحوين:
أحدهما: ما كانت ماليتة ذاتية، وهو كل ما فيه منفعة عائدة إلى الانسان، ويحتاج
إليه بحسب فطرته من المأكل والمشروب والملبوس وما شاكل الموجبة لحدوث رغبة
الناس فيه وادخاره للانتفاع به وقت الحاجة، ويبدلون بإزائه شيئا مما يرغبون فيه من
النقود وغيرها من جهة توقف الوصول إليه إلى اعمال عمل، ففي الحقيقة يعتبر في صدق
المال على شئ أمران:

والأولى أن يقال إن ما تحقق أنه ليس بمال عرفا، فلا اشكال ولا خلاف في عدم جواز وقوعه أحد العوضين إذ لا بيع إلا في ملك { ١ } وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا { ٢ } فالظاهر فساد المقابلة وما لم يتحقق فيه ذلك، فإن ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو

وليست بمال، والمباحات الأصلية قبل حيازتها أموال وليست بملك لأحد، وقد يجتمعان وهو كثير.

بيان الدليل على اعتبار المالية والملكية في العوضين وأما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار المالية.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

{ ١ } أما المورد الأول: فقد أفاد المصنف قدس سره أن ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد

لعدم جواز وقوعه أحد العوضين ما دل على أنه لا بيع إلا في ملك (١). وما لم يتحقق فيه ذلك فإن كان أكل المال في مقابله أكلا للمال بالباطل فلا يجوز، وما لم يتحقق فيه ذلك فإن دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو وإلا فمقتضى العمومات جواز جعله أحد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية بما دل على أنه لا بيع إلا في ملك، إذ عرفت أن النسبة بين المال والملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كي يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.

{ ٢ } الثاني: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المالية ولا عدمها بما دل على عدم جواز أكل المال بالباطل فإن صدق أكل المال الباطل إن كان لأجل عدم المالية فهو طريق إليه لا شيء في مقابله، مع أن المفروض الشك في صدق المالية، فلا محالة يشك في صدق أكل المال بالباطل.

راجع سنن الترمذي ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

وإلا فلا يخفى وجوب الرجوع إلى عمومات صحة البيع والتجارة { ١ } و خصوص قوله عليه السلام في المروي عن تحف العقول: وكل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال بيعه إلى آخر الرواية. وقد تقدمت في أول الكتاب.

وإن كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعهده من شؤون ما لم يعلم أنه مال. { ١ } الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق أنه ليس بمال، وعدم احراز صدق أكل المال بالباطل، وعدم دليل خاص على عدم جواز البيع، على الصحة فإنه إذا توقف صدق البيع الذي هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الأموال، فمع الشك في ذلك يشك في صدق الموضوع، ومعه لا يبقى مورد للتمسك بالعموم فالحق أن يقال: إن اعتبار المالية في العوضين إنما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث إن البيع مثلا عبارة عن الاعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا وهكذا عنوان التجارة والعقد، وهذا هو الميزان.

ثم إن ها هنا فروعا:

منها: إنه إذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه أم لا؟
ومنها: إنه إذا كان للشيء منفعة محللة نادرة ومنفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه أم لا؟

وقد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الأول من الشرح وأما المورد الثاني: فقد استدلل لاعتبار الملكية بوجوه:
الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده (١) وقد مر في مبحث بيع الفضولي إن تلك النصوص معارضة بما تضمن الجواز (٢)

(١) الوسائل باب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) نفس المصدر.

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء،
والكلاء، والسموك، والوحوش، قبل اصطيادها، بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل { ١ }

وبلحاظ التعارض تحمل على إرادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه،
مضافا إلى إمكان حملها على إرادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.
الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.
وفيه: إنه إن أريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، وإن أريد بها غيرها
فعليه التوضيح والبيان.

الثالث: إن بذل المال بإزاء ما لا يكون مملوكا سفهيا، وأكل للمال بالباطل.
وفيه: إنه إذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا - كالكلي في
الذمة - لا يكون البيع سفهيا ولا أكلا للمال بالباطل.
الرابع: الإجماع.

وفيه: إنه لعدم كونه تعبديا لا يعتمد عليه.
وقد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظرا إلى أنه يجوز بيع الكلي في الذمة، مع أنه ليس
مملوكا للبائع.

وفيه: ما مر من أنه مملوك بالملكية الذاتية.
والحق أن يقال: إنه لا يجوز بيع المباحات ولا مال الغير لعدم سلطانه على المبيع
وعدم كون البائع مالكا لأمرهما.

أما في الثاني: فواضح
{ ١ } وأما في المباحات: فلأن المباحات الأصلية متساوية النسبة إلى البائع
والمشتري، وليست هي كالكلي ليتعهد به في ذمته، ولا كالعين الشخصية المضافة إليه
بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيها إنما هو لأجل عدم تسلطه
على المبيع وعدم كونه مالكا لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.

واحترزوا به أيضا عن الأرض المفتوحة عنوة، ووجه الاحتراز أنها غير مملوكة لملاكها { ١ } على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض وإن قل. ولذا لا يورث بل ولا من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا، ولا كالوقف على غير معينين كالعلماء والمؤمنين، ولا من قبيل تملك الفقراء للزكاة، والسادة للخمس، بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأن مصرفه منحصر في مصالح المسلمين. فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك، ثم إن كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الاجماع ودل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة وغيرها وحيث جرى في الكلام ذكر بعض أقسام الأرضين فلا بأس بالإشارة اجمالا إلى جميع أقسام الأرضين وأحكامها.

{ ١ } الكلام في الأرض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين، أم ليست كذلك سيأتي عند تعرض المصنف له ولكن بناء على كونها ملكا لهم لا يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لا بد من إضافة خصوصية إلى الملكية كي يصح الاحتراز بواسطة تلك الخصوصية. ثم على القول بأنها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على سائر أنحاء الملكية لا اشكال في أنها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين، وإلا لزم الانتقال بالإرث، مع أن القوم غير ملتزمين بذلك، ولزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على أموالهم (١)، مع أن أمرها بيد ولي الأمر ولا لنوع المسلمين، فإنه وإن لم يرد عليه المحذوران المتقدمان - إذ لا تعين للميت حتى يرثه وارثه ولا تعين للمالك فلا محالة تكون الولاية لولي الأمر القابض على هذه الأرض. إلا أنه يرد عليه: أن لازمه جواز اعطاء ولي الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، ولا وقفا لهم، وإلا لزم عدم جواز بيعها إلا في موارد مخصوصة منصوصة لا لما يراه ولي الأمر من المصلحة، بل هي ملك لنوع المسلمين، وجعل أمرها عينا ومنفعة إلى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع.

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

فنقول ومن الله الاستعانة:

الأرض أما موات، وأما عامرة، وكل منهما إما أن تكون كذلك أصلية، أو عرض لها ذلك، فالأقسام أربعة لا خامس لها.

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة بأن لم تكن مسبقة بعمارة، ولا إشكال ولا خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام، { ١ } والاجماع عليه محكي عن الخلاف، والغنية، و

جامع المقاصد، المسالك، وظاهر جماعة أخرى، والنصوص بذلك مستفيضة، بل قيل إنها متواترة. { ٢ }

أقسام الأرضين وأحكامها

{ ١ } قوله ولا اشكال ولا خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام

تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات

الأولى: في أنها للإمام عليه السلام أم لا

الثانية: في أنها تملك بالاحياء أم لا

الثالثة: في اعتبار إذنه عليه السلام في التملك بالاحياء

الرابعة: في أن التملك بالاحياء هل يختص بالشيعة أو يشمل كل مسلم أم يعم الكافر

الخامسة: في أن الأرض هل يملكها المحيي مجاناً أو يجب أداء خراجها إلى

الإمام

وقيل بيان هذه الجهات لا بد وأن يعلم أن الموات هي الأرض المعطلة التي لا ينتفع

بها لذلك إما لانقطاع الماء عنها أو لغير ذلك.

أما الجهة الأولى فلا اشكال نصا وفتوى في أنها للإمام عليه السلام

{ ٢ } ولكن ما ذكره المصنف قدس سره من أن النصوص بذلك مستفيضة بل قيل إنها

متواترة

- غير تام - فإن بعض تلك النصوص يتضمن كون الأرض الخربة للإمام عليه السلام أو من

الأنفال الثابت

كونها له عليه السلام كمصحح (١) حفص وموثق (٢) سماعة وغيرهما

وبعضها يتضمن أن الأرض الخربة التي باد أهلها له أو منها كخبر أبي بصير (٣)

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال من كتاب الخمس حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٨

(٣) نفس المصدر حديث ٢٨.

هي من الأنفال. نعم أبيع التصرف فيها بالاحياء بلا عوض { ١ } وعليه يحمل ما في النبوي موتان الأرض لله ورسوله صلى الله عليه وآله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون، ونحوه الآخر عادي الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم مني وربما يكون في بعض الأخبار وجوب أداء خراجه إلى الإمام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي قال وجدنا في كتاب علي (إن الأرض لله يورثها من يشاء والعاقبة للمتقين) قال: إنا و أهل بيتي الذين أورثنا الله الأرض ونحن المتقون والأرض كلها لنا، فمن أحيى من الأرض من المسلمين فليعمرها وليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي، وله ما أكل منها الخبر.

وبعضها يتضمن أن الأرض التي لا رب لها أو الأرض الميتة التي لا رب لها له كمرسل (١) حماد وغيره
وبعضها يدل على أن الأرض كلها له كصحيح (٢) الكابلي المذكور في المتين
وبعضها يتضمن أن موتان الأرض للرسول صلى الله عليه وآله كالنبويين (٣) المذكورين في المتين
أما نصوص الأرض التي لا رب لها فمطلقها ومقيدها مسوقة لبيان أن ما لا مالك له له عليه السلام لا لخصوصية في الموات من الأرض -
وأما ما دل على أن الأرض كلها للإمام عليه السلام فلا بد من حمله على إرادة الملكية غير الاعتبارية كما لا يخفى
وأما النبويان فغير مرويين من طريقنا.
{ ١ } وأما الجهة الثانية فلا خلاف في أنها تملك بالاحياء وعن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه
ويشهد له جملة من النصوص

(١) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال من كتاب الخمس حديث ٤.

(٢) نفس المصدر ح ٢.

(٣) المبسوط كتاب احياء الموات - التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠.

ومصححة عمر بن يزيد أنه سأل رجل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها أهلها فعمرها وأجرى أنهارها وبنى فيها بيوتا وغرس فيها نخلا وشجرا، فقال أبو عبد الله عليه السلام كان أمير المؤمنين عليه السلام يقول: من أحى أرضا من المؤمنين فهي له، وعليه طسقتها يؤديه به إلى الإمام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على أن يؤخذ منه الخبر. ويمكن حملها على بيان الاستحقاق ووجوب إيصال الطسق إذا طلبه الإمام عليه السلام

كقول الإمام الصادق في الحسن كالصحيح قال رسول الله صلى الله عليه وآله من أحى أرضا مواتا فهي له (١) وقوله عليه السلام في خبر السكوني قال رسول الله صلى الله عليه وآله من غرس شجرا أو حفر واديا - إلى أن قال أو أحى أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله (٢) وقول سيدنا أبي جعفر عليه السلام في الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه وآله من حى أرضا مواتا فهي له (٣) ونحوها غيرها. وأما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشيخ في الخلاف والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما في غيرهما دعوى الاجماع على اعتبار الإذن، وهناك وجهان آخران بل قولان أحدهما عدم اعتباره الثاني التفصيل بين زمني الحضور والغيبة فيعتبر الإذن في الأول دون الثاني. مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه - اعتباره. وقد استدلل لعدم الاعتبار بأنه يكفي في الجواز إذن مالك الملوک في ذلك وإن لم يأذن مالكها كما في التملك بالالتقاط وحق المارة وفيه أن استكشاف إذن مالك الملوک إن كان من النصوص المتضمنة لسببية الاحياء للملك، فيرد عليه، أن تلك النصوص كأدلة سائر الأسباب، فكما أنها لا تعارض ما دل على إنانيتها بإذن المالك كذلك هذه وإن كان من غيرها فعليه البيان.

-
- (١) الوسائل باب ١ من احياء الموات حديث ٥.
(٢) الوسائل باب ٢ من أبواب احياء حديث ١.
(٣) الوسائل باب ١ من أبواب الأنفال حديث ٦.

لكن الأئمة عليهم السلام بعد أمير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم وأسقطوا ذلك عنهم {١} كما يدل عليه قوله عليه السلام في رواية مسمع بن عبد الملك: كلما كان في أيدي شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك إلى أن يقوم قائمنا فيحجبتهم طسق ما كان في أيديهم، ويترك الأرض في أيديهم. وأما ما كان في أيدي سواهم. فإن كسبهم في الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، ويأخذ الأرض من أيديهم ويخرجهم عنها صغرة. الخبر

واستدل للقول الثالث بامتناع الاستيذان منه عليه السلام في زمان الغيبة ولم يدل دليل على نيابة الفقيه عنه في هذه الأمور مع مشروعية الاحياء مطلقا وفيه أنه يتوقف على عدم ثبوت صدور الإذن منهم عليهم السلام وسيأتي الكلام فيه، فالأظهر اعتبار إذنه.

والقائلون باعتبار الإذن - يدعون صدوره منه عليه السلام واستندوا في ذلك إلى وجوه الأول النبويان المذكوران في المتن والمتقدم إليهما الإشارة، حيث إن في أحدهما - ثم هي لكم مني، وفي الآخر ثم هي لكم مني أيها المسلمون، ومقتضاهما وإن كان هو التملك ولو مع عدم الاحياء إلا أنه جمعا بينهما وبين ما دل على سببية الاحياء نلتزم بملكية المحيي خاصة

وفيه ما تقدم من أنهما غير مرويين عن طرقنا الثاني نفس قولهم عليهم السلام، من أحى أرضا مواتا فهي له: فإنه وإن تضمن الإذن التشريعي في الاحياء إلا أن صدور ذلك من المالك يقتضي كونه إذنا مالكيًا نظير من قال من دخل داري فله كذا فإنه متضمن للإذن المالكى كتضمنه لسببية الدخول للجزاء و كذلك في المقام

وفيه أن الإذن المالكى لا بد وأن يصدر من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة إلى أزمنة الأئمة الذين قبل إمام زماننا عليه السلام وحيث إن هذه الجملة لم

تصدر منه عليه السلام وهو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى {١} الثالث أخبار (١) التحليل سميا مثل خبر (٢) مسمع بن عبد الملك المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال.

(٢) نفس المصدر ١٢.

نعم ذكر في التذكرة أنه لو تصرف في الموات أحد بغير إذن الإمام عليه طسقتها، و
يحتمل حمل هذه الأخبار المذكورة على حال الحضور، وإلا فالظاهر عدم
الخلاف في عدم وجوب مال الإمام في الأراضي في حال الغيبة، بل الأخبار
متفقة على أنها لمن أحيها، وسيأتي حكاية اجماع المسلمين على صيروتها ملكا
بالاحياء.

فإنه يستفاد منها حلية التصرف - فبضمها إلى ما يضمن سببية الاحياء للملك - يستنتج
إذنه عليهم السلام في التملك بالاحياء
وهذا أوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح والمساكن و
المتاجر وشمولها للأراضي - وقد أثبتنا ذلك في الجزء السابع من فقه الصادق
الرابع ما أفاده المحقق كاشف الغطاء وهو دلالة شاهد الحال على رضا هم
بالاحياء وطيب نفسهم بعمارة الأرض - ولا بأس به أيضا
فتحصل أن الأظهر ثبوت رضا هم عليهم السلام بالاحياء.
وأما الجهة الرابعة - فعن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام في الملك بالاحياء
ونحوه ما عن جامع المقاصد - وعن صريح المبسوط والخلاف والسرائر والجامع و
ظاهر المذهب والنافع واللمعة وتبعهم جمع من أساطين متأخري المتأخرين عدم الفرق
في ذلك بين المسلم والكافر وأن الكافر أيضا يملك بالاحياء
يشهد للثاني - مضافا إلى اطلاق جملة من نصوص الباب
صحيح محمد بن مسلم سألته عن الشراء من أرض اليهود والنصارى فقال ليس به
بأس إلى أن قال أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عملوه فهم أحق بها وهي لهم (١)
ونحوه

صحيح (٢) الفضلاء وخبر (٣) زرارة
واستدل للاختصاص بالمسلم بالنبويين المتقدمين المتضمنين للتمليك
بالمسلمين
وبصحيح الكابلي المتقدم من أحيى أرضا من المسلمين فليعمرها.

(١) الوسائل باب من أبواب الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من أبواب احياء الموات حديث ٥.

(٣) الوسائل باب من أبواب احياء الموات حديث ٦.

ولكن النبويين ضعيفان - والصحيح لا مفهوم له كي يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة فالأظهر عدم الاختصاص بالمسلم

ولكن بعد ما عرفت من اعتبار الإذن، وأن ثبوت إذنتهم عليهم السلام إنما يكون - بأخبار التحليل المختصة بالشيعة، ودلالة شاهد الحال، ففي زمان الغيبة الالتزام بملكية الأرض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك وإلا فلا يكون الاحياء مملكا وفي صحيح (١) عمر بن يزيد عن مسمع بن عبد الملك المتقدم ما كان في أيدي سواهم فإن كسبهم من الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الأرض - وهذا صريح في عدم الإذن لغير الشيعة فالأظهر هو الاختصاص بهم.

وأما الجهة الخامسة - فظاهر فتاوى القوم أن الملك بلا عوض وعن فوائد الشرايع احتمال العوض وظاهر قولهم عليهم السلام من أحبب أرضا مواتا فهي له - هو حصول الملك مجانا - ومقتضى صحيح الكابلي، وعمر بن يزيد المتقدمين هو ايجاب الخراج المنافي لكونها ملكا - ومقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج والجمع بين هذه الطوائف، بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور، كما في المتن احتماله، يأباه صريح نصوص التحليل، كما أن حمل نصوص الخراج على بيان الاستحقاق، كما اختاره المصنف، ينافيه ظهورها في الفعلية فالحق أن يقال إن نصوص الخراج، لا بد من تأويلها أو علمها إلى أهلها، لمعارضتها مع نصوص التملك بالاحياء وعدم عمل الأصحاب بها، مضافا إلى ما ذكرناه في الأراضي الخراجية في الجزء الثاني من هذا الشرح من عدم كون هذه الأرض منها، وبالجملة لا اشكال في سقوط الخراج إما لعدم تشريعه أو للتحليل، فنصوص الاحياء لا معارض لها.

الأرض العامرة

(١) الوسائل باب ٤ من أبواب الأنفال حديث ١٢.

الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة أي لا من معمر، { ١ } والظاهر أنه أيضا للإمام عليه السلام { ٢ } وعن التذكرة الاجماع عليه، وفي غيرها نفي الخلاف عنه، لموثقة أبان بن عثمان

{ ١ } قوله الثاني ما كانت عامرة بالأصالة أي لا من معمر والمراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هي عليه في الحال كما إذا كانت بحيث يكثُر عليها وقوع الأمطار أو نحو ذلك - والكلام فيها يقع في مقامين الأول إنه هل تكون هذه الأرض للإمام عليه السلام ومن الأنفال أم تكون من المباحات الأصلية

الثاني على فرض كونها للإمام هل تملك بالحيازة أم لا. { ٢ } أما المقام الأول فقد استظهر المصنف قدس سره من قول الأصحاب وكل أرض لم يجر عليها ملك مسلم فهي للإمام - الذي حكى عن مفتاح الكرامة أنه طفحت به عباراتهم وعن التذكرة الاجماع عليه - وفي الجواهر لا خلاف أجده بفيه - أنها للإمام ولكن صاحب الجواهر قدس سره في كتاب الخمس استظهر من الأصحاب عدمه وأنها من المباحات الأصلية وكذلك المصنف قدس سره في ذلك الكتاب. وكيف كان فقد استدلل لكونها من الأنفال وللإمام بوجوه. الأول ما ذكره المحقق النائيني قدس سره - قال - ولما روى على ما في المتن أن كل أرض

لم يجر عليها ملك مسلم فهو للإمام عليه السلام وفيه أولا أن المصنف لا يدعي أنه رواية بل يدعي كونه تعبير الفقهاء وقد صرح صاحب الجواهر قدس سره بعدم كونه نصا وثانيا أنه لا يمكن الالتزام بعمومه فإن مقتضاه كون جميع أراضي الكفار للإمام مع أنه خلاف النص والاجماع وثالثا إنه لو سلم كونه رواية وعاما - يتعين تخصيصه بما سيأتي. الثاني - ما أفاده المحقق الإيرواني قدس سره قال وهو صريح عد الآجام الذي هو

عن إسحاق بن عمار المحكي عن تفسير علي بن إبراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عد من الأنفال كل أرض لا رب لها { ١ } ونحوها المحكي عن تفسير العياشي، عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام { ٢ } ولا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الأخبار حيث جعل فيها من الأنفال كل أرض ميتة لا رب لها، بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لأن الغالب في الأرض التي لا مالك لها كونها مواتا، { ٣ } وهل يملك هذه بالحيازة وجهان من كونه مال الإمام عليه السلام ومن عدم منافاته لتملك بالحيازة كما يملك الأموات بالاحياء، مع كونه مال الإمام عليه السلام.

قسم من المحياة بالأصالة من الأنفال

وفيه أولا إن الآجام من الموات فإن الاستيجم مانع عن الانتفاع بالأرض وقد صرح بذلك الفقهاء

وثانيا إن كون خصوص هذا القسم للإمام للدليل خاص أعم من كون سائر الأقسام له عليهم السلام.

الثالث ما تضمن (١) أن الأرض كلها للإمام - وقد تقدم أنه لا بد من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات أو لغيرهم عليهم السلام

{ ١ } الرابع مصحح (٢) إسحاق بن عمار المذكور في المتن حيث عد فيه من الأنفال التي للإمام كل أرض لا رب لها الشاملة للعامة

{ ٢ } ونحوه (٣) خبر أبي بصير المروي عن تفسير العياشي

وفيه أن اطلاق هذين الخبرين، يقيد بما في مرسل حماد حيث عد من جملة الأنفال الأرض الميتة التي لا رب لها، إذ تقييد الأرض بالميتة في مقام الحصر والتحديد، يدل بالمفهوم على أن الأرض غير الميتة ليست للإمام

{ ٣ } وأورد عليه المصنف قدس سره بأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب في الأرض التي لا مالك لها، كونها مواتا

وفيه أولا إن الميتة لم تؤخذ قيد اللارب لها وإنما أخذت قيда للأرض فلا يكون القيد غالبا،

وثانيا إنه لا وجه لحمل القيد على الغالب

وثالثا إنه لو تم ما أفاده المصنف قدس سره يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره

(١) أصول الكافي ج ١ ص ٤٠٧ المطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب من أبواب الأنفال حديث ٢.

(٣) نفس المصدر ٢٨ - ٤ نفس المصدر ح ٤.

فدخل في عموم النبوي: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به. { ١ }

إذ كما يقال إن ذكر القيد يكون للغلبة كذلك يقال إن اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامرة،

فالأظهر أنها من المباحات الأصلية

وأما المقام الثاني - فعلى المختار من كونها من المباحات، لا كلام في أنها تملك بالحيازة كما لا يخفى

وأما على القول بأنها للإمام عليه السلام، فقد استدل المصنف قدس سره على تملكها بالحيازة

{ ١ } بعموم النبوي من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحق به (١)

وفيه أولاً أنه مختص بما إذا لم يكن ذلك الشيء ملكاً لأحد ومتعلقاً لحق الغير

بالسبق أو غيره، ولذا لا شبهة في عدم دلالة على جواز السبق إلى أملاك الناس - فلا

شمل المقام بعد فرض كون الأرض للإمام عليه السلام

وبالجملة ملك الإمام كملك غيره من الناس فكما أنه لا يجوز السبق في أملاك

سائر الناس فذلك في ملكه عليه السلام

وثانياً إن الأحقية أعم من الملكية

ودعوى أنه روي من غير طريقنا ما ظاهره الملكية وهو من سبق إلى ما لم يسبق

إليه مسلم فهو له (٢)

مندفعة بعدم ثبوت صحة سنده

وأما ما أورده المحقق الخراساني والمحقق النائيني عليه، بأنه مسوق لبيان أحقية السابق، لا

لبيان جواز السبق إلى ما لم يسبقه إليه أحد

فيرده أنه بصدد بيان سببية السبق للأحقية ومقتضى اطلاقه جواز السبق إلى كل ما

لم يسبقه إليه أحد.

فالأولى الاستدلال له بنصوص التحليل الظاهرة في الملكية كما حققناه في الجزء

السابع من فقه الصادق لكنها مختصة بالشيعة كما مر.

(١) المبسوط أول كتاب احياء الموات - المستدرک باب ١ من أبواب احياء الموات حديث ٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيي، { ١ } فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الاحياء باجماع الأمة كما عن المهذب، وبإجماع المسلمين كما عن التنقيح، وعليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة،

ويمكن القول بتملكها بالاحياء

لخبر السكوني عن الإمام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله من غرس شجرا أو حفر

واديًا بديا لم يسبقه إليه أحد أو أحيا أرضا ميتة فهي له قضاء من الله ورسوله (١) فإن ظاهره بقرينة جعل الغرس والحفر قبال الاحياء أنهما يوجبان الملكية بأنفسهما وبضميمة إلغاء الخصوصية يثبت الحكم في سائر أفراد الاحياء ولمضمر محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من أرض اليهود وأنصاري قال عليه السلام لهم - (٢)

وفي خبر آخر له عن الإمام الباقر عليه السلام أيما قوم أحيوا شيئا من الأرض أو عمروها فهم أحق بها (٣)

والمضمر قرينة على أن المراد من الأحقية في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي. الأرض العامرة بعد الموت

{ ١ } قوله الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت وهو ملك للمحيي

إن كانت العمارة بسبب سماوي - كانت الأرض ملكا للإمام عليه السلام للاستصحاب بل للأدلة فإنها دالة على عدم خروج الملك عن ملك مالكة بلا سبب - وإن كان بالاحياء - فإن كان ذلك بغير إذنه عليه السلام فحكمه ما تقدم

(١) الوسائل - باب ٢ - من أبواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل - ١ - من أبواب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ١ - من أبواب احياء الموات حديث ٣.

لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة { ١ } فلا بد من الملاحظة

وإن كان بإذنه فالمشهور بين الأصحاب أنها ملك للمحبي بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه وعن التنقيح اجماع المسلمين عليه { ١ } وفي المتن وبيالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة هذه عبارة المبسوط إذا تحجر أرضا وباعها لم يصح بيعها وفي الناس متن قال يصح وهو شاذ وأما عندنا فلا يصح بيعه لأنه لا يملك رقبة الأرض بالاحياء وإنما يملك بالتصرف بشرط أن يؤدي إلى الإمام عليه السلام ما يلزمه عليها ومرارة من الاحياء التحجير، والشاهد عليه أمور أحدها تصريحه بأنه يملك بالتصرف، ثانيها قوله فأما عندنا فلا يصح بيعه مع أن المشهور بين الأصحاب جواز بيعه و دلت النصوص (١) عليه،

ثالثها تصريحه بالاحياء في غير موضع من كتبه وإنما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال في المبسوط بعد الحكم بأن التحجير يوجب الأحقية دون الملك - والتحجير أن يؤثر فيها أثر ألم يبلغ به حد الاحياء مثل أن ينصب فيها المزور أو يحوط عليها حائطا وما أشبه ذلك من آثار الاحياء، فإنه يكون أحق بها من غيره انتهى.

وكيف كان فيشهد للملك نصوص (٢) الاحياء - والنصوص (٣) المتضمنة لجواز الشراء من المحبي معللة له بأنها بالاحياء صارت له - وظاهر صحيحي (٤) الكابلي وعمر بن (٥) يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه و دفعه إلى الإمام عدم الملك لكن تقدم أنه يتعين طرحهما أو التصرف فيهما بنحو لا ينافي الملك - فراجع، فالأظهر أنها ملك للمحبي.

-
- (١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب احياء الموات وباب ٢١ - من أبواب عقد البيع.
(٢) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب احياء الموات.
(٣) كتاب ٢١ - من أبواب عقد البيع.
(٤) الوسائل - باب ٣ من أبواب احياء الموات حديث ٢.
(٥) الوسائل - باب ٤ - من أبواب الأنفال حديث ١٢.

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة، فإن كانت العمارة أصلية فهي مال الإمام عليه السلام { ١ } وإن كانت العمارة من معمر { ٢ } ففي بقائها على ملك معمرها أو

خروجها عنه وصيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف { ٣ } معروف في كتاب احياء الموات، منشأه اختلاف الأخبار

الموات بعد العمارة

{ ١ } قوله الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة

إن كانت العمارة سماوية كانت العمارة أصلية أو عرضية فهي للإمام عليه السلام أما إذا كانت عرضية فلأن الأرض المفروضة كانت مواتا في الأصل وملكها له عليه السلام و هي باقية على ما هي عليه وأما إن كانت العمارة أصلية فلما دل على أن الأرض الميئة للإمام الشاملة للميئة بالأصالة وبالعرض

وما دل من النصوص الصحيحة - على أن الأرض الخربة أو الخربة التي لا رب لها له عليه السلام فإن الخربة ظاهرة في الخربة العرضية.

{ ٢ } وإن كانت العمارة من معمر - فالكلام فيه يقع في مقامين

الأول في أنه هل تخرج الأرض بالموت عن ملك المحيي كما عن العلامة في

التذكرة والشهيد الثاني في المسالك - أم لا تخرج كما هو المشهور بين الأصحاب

{ ١ } الثاني في أنه على فرض عدم الخروج هل يملكها لو أحيها آخر كما عن

العلامة في التذكرة والشهيد الثاني في الروضة بل عن جامع المقاصد أنه المشهور، بين

الأصحاب - أم لا يملكها كما عن جماعة من القدماء والمتأخرين - أم يفصل بين ما إذا

كان الخراب مستندا إلى إهمال المالك وترك المزاوله لها - وبين ما إذا لم يكن مستندا إلى

ذلك فيملكها على الأول دون الثاني كما اخترناه في الجزء الثالث عشر من فقه الصادق.

أما المقام الأول فقد استدل لخروجها عن ملكه بوجوه

الأول: إن الأرض أصلها مباح فإذا تركها الأول حتى عادت إلى ما كانت عليه

صارت مباحة

الثاني إن السبب في صيرورتها ملكا هو احياء فإذا زال السبب زال المسبب

ثم القسم الثالث إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفار فإن كان من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطرو الخراب على أحد القولين، وإن كان من الكفار فكذلك، إن كان في دار الاسلام وقلنا بعدم اعتبار الاسلام وإن اعتبرنا الاسلام كان باقيا على ملك الإمام عليه السلام، وإن كان في دار الكفر يزول بما يزول به ملك المسلم وبالاغتنام كسائر أموالهم.

الثالث اطلاق ما دل على أن الأرض الميتة - أو الخربة - للإمام عليه السلام

وفي الجميع نظر

أما الأول فلأن كون أصلها مباحا لا يوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيي وخروجها عن ملكه مع الدلالة الدليل على أن خروج المال عن ملك مالكة لا بد وأن يكون بسبب

وأما الثاني فلأن المستفاد من الأدلة كون ذات الأرض مملوكة بسبب الاحياء وأنه كسائر الأسباب المملوكة يكون سببا لحدوث الملكية - لا أن الأرض المعنوية بعنوان المحياة مملوكة - ولا أنه سبب للملكية حدوثا وبقاءا

وأما الثالث فلأنه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الأخر من التقييد بالأرض التي لا رب لها.

ويشهد لبقائها على ملك مالكة - مضافا إلى أن المستفاد من الأدلة أن زوال الملك لا بد وأن يكون بناقل - الاستصحاب

وأورد عليه تارة - بالشك في بقاء الموضوع فإن موضوع الملكية إن كان هو ذات الأرض فهو باق قطعا - وإن كان هو عنوان المحياة فهو مرتفع قطعا، وأخرى - بأن الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضي للشك في أن الاحياء، هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت، أم لا

ويمكن دفع الأول بما تقدم من ظهور الأدلة في، أن الموضوع هو ذات الأرض، وأن الاحياء بمنزلة الشرط في القضية

ودفع الثاني: بأن المختار حجية الاستصحاب مطلقا، حتى في موارد الشك في المقتضي، مع أن هذا ليس من الشك في المقتضي الذي بنى المصنف قدس سره على عدم حجية

الاستصحاب فيه فإن مورده ما لو شك في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان، و
تمام الكلام في محله،

فالأظهر بقائها على ملك المحيي الأول.

وأما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في موردين

الأول فيما تقتضيه العمومات

الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة

أما المورد الأول فقد استدلل لتملك المحيي الثاني - بعموم من أحيى أرضاً ميتة

فهي له (١)

وفيه أنه قد تقدم أن هذا ليس متضمناً لإذن مالك الملوكة كي لا يحتاج إلى إذن

مالكه وإنما التزمنا بذلك في ملك الإمام من جهة أخبار التحليل أو شاهد الحال أو غير

ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجاري شئ منها في المقام

وعليه فمقتضى ما دل من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير

إذنه ورضاه عدم جواز الأحياء في المقام والقياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص فيه

مع الفارق.

وأما النصوص الخاصة فهي على طوائف

الأولى ما ظاهره البقاء على ملك المحيي الأول

كصحيح سليمان بن خالد عن الإمام الصادق عليه السلام عن الرجل يأتي الأرض الخربة

فيستخرجها ويجري أنهارها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه قال عليه السلام الصدقة قلت فإن

كان

يعرف صاحبها قال عليه السلام فليؤد إليه حقه (٢) إذا المراد بالحق إما الأرض أو أجرتها

وعلى

التقديرين يدل على ذلك ونحوه صحيح (٣) الحلبي

الثانية ما ظاهره - صيرورتها ملكاً للمحیی الثاني من دون شئ عليه كصحيح

معاوية بن وهب عن مولانا الصادق عليه السلام أيما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها

(١) الوسائل - باب ١ - من أبواب كتاب أحياء الموات.

(٢) الوسائل - باب ٣ من أبواب أحياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من أبواب أحياء الموات حديث ٣.

ثم ما ملكه الكافر من الأرض أما أن يسلم عليه طوعا فيبقى على ملكه كسائر أملاكه، وأما أن لا يسلم عليه طوعا، فإن { ١ } بقي يده عليه كافرا فهي أيضا كسائر أملاكه تحت يده

وكرى أنهارها وعمرها فإن عليه فيها الصدقة فإن كانت أرضا لرجل قبله فغاب عنها وتركها فأخرجها ثم جاء بعد يطلبها فإن الأرض لله ولمن عمرها (١) فإن ظاهره أن الأرض لمن يقوم بعمارته لا لمن تركها فأخرجها -
الثالثة ما تضمنه أحقية الثاني بها ووجوب الخراج عليه كصحيح الكابلي المتقدم فإن تركها وأخرجها فأخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها وأحيها فهو أحق بها من الذي تركها فليؤد خراجها إلى الإمام من أهل بيتي الحديث (٢)

والطائفة الأخيرة تقدم تعين طرحها، وأما الأوليتان، فحيث إن الثانية مختصه بصورة الإهمال، فتخصص الأولى بها - فتكون النتيجة التفصيل الذي اخترناه. ويؤيد ذلك ما ورد في الأرض التي أسلم أهلها طوعا فإن الأرض وإن كانت ملكا لهم إلا أنهم إذا أهملوها حتى خربت لولي المسلمين أن يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارته و يأخذ وجه الإجارة ويدفع بمقدار حق الأرض إلى مالكيها ويصرف الباقي في الأمور العامة (٣)

ثم إن ذكر سائر ما قيل في وجه الجمع بين النصوص والجواب عنها موكولان إلى محل آخر.

الأرض المفتوحة عنوة

{ ١ } قوله وأما أن لا يسلم أهلها طوعا

لا يخفى أنه قد عده بعد ما بين أقسام الأرضين وأحكامها أراد أن يبين حكم الأرض المفتوحة عنوة والكلام فيها يقع في جهات.

-
- (١) الوسائل - باب ٣ من أبواب احياء الموات حديث ١.
(٢) الوسائل - باب ٣ من أبواب احياء الموات حديث ٢.
(٣) الوسائل - باب ٧٢ - من أبواب جهاد العدو وما يناسبه.

وإن ارتفعت يده عنها: فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها وتخليتها للمسلمين، أو بموت أهلها وعدم الوارث فيصير ملكا للإمام عليه السلام ويكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل ولا ركاب. وإن رفعت يده عنها قهرا وعنوة فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة، كالنخل والأشجار والبنيان للمسلمين كافة اجماعا { ١ } على ما حكاه غير واحد كالخلاف - والتذكرة وغيرهما

الأولى في أن هذه الأرض، وإن كانت مبينة من حيث المفهوم، إذ هي عبارة عن الأرض التي فتحت بالخيل والركاب قهرا ورفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين، إلا أنها مجهولة مصداقا وقد تقدم في الجزء الثاني من هذا الشرح في مسألة الأراضي الخراجية بيان ما يثبت ذلك.

الثانية في اعتبار إذن الإمام عليه السلام في القتال في ترتب حكم الأرض المفتوحة عنوة وقد تقدم في ذلك المبحث أن الأظهر عدم اعتباره.

الثالثة في اعتبار كونها محياة حال الفتح - وقد تقدم في تلك المسألة اعتبار ذلك و عليه فإرض الغري ليست منها.

الرابعة في أن التصرف في الأرض الخراجية في زمان الغيبة يحتاج إلى إذن من له الإذن أم لا - وقد تقدم في تلك المسألة تنقيح القول في ذلك مفصلا فراجع.

الخامسة في أن خراج هذه الأرض هل حلل للشيعة في زمان الغيبة أم لا - وقد عرفت عدم تحليله

السادسة في بيان أن الخمس هل هو ثابت فيها أم لا وقد تقدم ثبوته { ١ } السابعة في بيان كيفية استحقاق المسلمين وأنه هل بعنوان ملك الرقبة أو بنحو آخر -

والمشهور بين الأصحاب هو الأول -

وعن جماعة منهم الشهيد الثاني قدس سره في جملة من كتبه والمحقق الأردبيلي أن الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين وهم مصرف لحاصلها والأول أظهر - لأنه ظاهر النصوص الآتية - لمكان اللام وإضافة الأرض إلى المسلمين

والنصوص به مستفيضة. ففي رواية أبي بردة المسؤول فيها عن بيع أرض الخراج قال عليه السلام من يبيعها؟ هي أرض المسلمين، قلت: يبيعها الذي في يده، قال: يصنع بخراج المسلمين ماذا؟ ثم قال لا بأس أن يشتري حقه منها ويحول حق المسلمين عليه، ولعله يكون أقوى عليها وأملى بخراجهم منه { ١ }

واستدل للقول الثاني بوجوه

الأول قوله عليه السلام في مرسل (١) حماد الطويل فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها الخ - بتقريب أنه يدل على أن الأرض محبوسة متروكة وهذا يلزم فك الملك

وفيه أن المحبوسية والمتروكية لا تنافي مع الملك بل تجامعه فلا ينافي المرسل سائر النصوص الظاهرة من جهة اللام والإضافة في الاختصاص المطلق المساق للملك الثاني أنه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من أحدهم إذ إجارة الأرض ممن يملك جزء منها غير جائزة

وفيه أنه قد تقدم في أول الدخول في بيان أقسام الأراضي وأحكامها - بيان كيفية ملكيتها لهم - وأنها تكون ملكا للنوع لا للأفراد، وعليه فالفرد لما هو غير مالك كي لا يجوز الإجارة منه

وبه يظهر الاشكال في الوجه الثالث، وهو أنه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز أن ينقل بعضهم حصته إلى بعض مع أنه لا يجوز فإن المالك هو النوع لا الشخص.

الثامنة في جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة وعدمه - وقد اختلفت كلمات القوم في المقام وقد نقل المصنف قدس سره في المتن تلك الأقوال والوجوه - وحيث إن منشأ الاختلاف هي النصوص فالأولى صرف عنان الكلام إلى بيان ما يستفاد منها - { ١ } منها خبر (٢) أبي بردة بن رجا المذكور في المتن وأبو بردة وإن لم يوثق إلا أن الراوي عنه هو صفوان بن يحيى الذي هو من أصحاب الاجماع فلا وجه للمناقشة فيه من حيث السند.

(١) الوسائل - باب ٤١ - من أبواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٧١ من أبواب جهاد العدو حديث ١.

وفي مرسله حماد الطويلة ليس لمن قاتل شئ من الأرضين وما غلبوا [و
لا ما غلبوا كذا في الوسائل] عليه إلا ما حوى العسكر، إلى أن قال والأرض التي
أخذت بخيل وركاب فهي موقوفة متروكة في يد من يعمرها ويحييها ويقوم
عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف، أو الثلث، و
الثلثين، على قدر ما يكون له صالحا ولا يضر بهم. فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ
فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقي سيحا، ونصف العشر مما
سقي بالدوالي والنواضح، إلى أن قال: فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي و
بين شركائه الذين هم عمال الأرض وأكرتها، فيدفع عليهم انصباثهم على قدر ما
صالحهم عليه،

وأما فقه الحديث فملخصه أن الظاهر من قوله ومن يبيع ذلك الاستفهام التوبيخي،
وقوله هي أرض المسلمين بمنزلة العلة للمنع ولكن الراوي فهم منه الاستفهام الحقيقي
فقال بيعها الذي هي في يده، وقوله عليه السلام ويصنع بخراج المسلمين ماذا يوهم أن
المانع من
البيع كون الأرض خراجية، وعلى أي تقدير فقد استدرك الإمام عليه السلام عما أفاده من
عدم
جواز البيع، فقال لا بأس أن يشتري حقه منها وظاهره أيضا عدم بيع الأرض بل بيع حقه
منها

وبيع الحق، يحتمل بيع حق الأولوية والاختصاص، ويحتمل إرادة بيع الآثار
التي أحدثها الباع، وعلى أي تقدير لا دلالة فيه على جواز بيع الأرض ولو تبعا للآثار
ولكن الأظهر هو الثاني: لما سيأتي من عدم دليل على ثبوت حق الأولوية: ولعدم
صحة نسبة الاثراء إليها بناء على اعتبار كون المبيع من الأعيان: ولقوله حقه منها: إذ لو
كان المراد حق الأولوية كان الصحيح أن يقول حقه فيها فتدبر
وقوله عليه السلام لعله يكون أقوى الخ يعني أقوى على الأرض وعمارتها وتوفير
حاصلها وأملي وأقدر على دفع خراج المسلمين
فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الأرض المفتوحة عنوة ولو بتبع بيع الآثار.

ويأخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق. أعوانه على دين الله وفي مصلحة ما ينويه من تقوية الاسلام وتقوية الدين في وجوه الجهاد، وغير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل ولا كثير الخبر. { ١ }

وفي صحيحة الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته، قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم ولمن دخل في الاسلام بعد اليوم، ولمن لم يخلق بعد، فقلنا: أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين، فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها، قلت: فإن أخذها منه، قال: يرد عليه رأس ماله وله ما أكل من غلتها بما عمل، { ٢ }

{ ١ } ومنها مرسل حماد الطويل المنجبر بتلقي الأصحاب إياه بالقبول المذكور في المتن والأرضون التي أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها ويحييها (١) وهذا أيضا يدل على المنع إذ المراد من الموقوفة المتروكة، إما أن يكون المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك - أو المملوكة المحبوسة عليهم وعلى التقديرين يدل على المنع لأنه مقتضى محبوسية الأرض.

{ ٢ } ومنها صحيح الحلبي (٢) المذكور في المتن قوله لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع، وأما الاستثناء فيتعين حمله على إرادة الاشتراء الصوري من جهة قوله قبله هي لجميع المسلمين، وقوله أن يصيرها للمسلمين أي تعود الأرض إلى المسلمين ويصرف حاصلها في مصالحهم،

وقوله فإذا شاء ولي الأمر الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكا له وأن لولي الأمر ابقاء الأرض تحت يده وله أخذها منه، وأما قوله فيرد عليه رأس ماله - فهو إما أن يكون تفضلا من ولي الأمر من جهة استنقاذه الأرض من يد الدهاقين، أو يكون من جهة كونه بإزاء ما كان للدهاقين من الآثار

(١) الوسائل باب ٤١ من أبواب جهاد العدو حديث ٢.
(٢) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ٤.

ورواية ابن شريح سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه، قال: إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل عليه خراجها. فقال: لا بأس إلا أن يستحيي من عيب ذلك { ١ }

ورواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها وسألته عن رجل اشترى أرضا من أرض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمة نزلوها هل له أن يأخذ منهم أجرة البيوت إذا أدوا جزية رؤوسهم؟ قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال وفي خبر أبي الربيع لا تشتتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له دفة فإنما هي فيئ للمسلمين { ٢ } إلى غير ذلك. وظهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشتري على وجه كان للبائع أعني مجرد الأولوية وعدم جواز مزاحمته، إذا كان التصرف واحداث تلك الآثار - بإذن الإمام أو إجازته ولو لعموم الشيعة

المملوكة - أو بإزاء حق الاختصاص، وقوله عليه السلام وله ما أكل من غلتها - ظاهر في أن

المنافع كالعين تكون للمسلمين، ولكن حيث إنه عمل فيها فله ما أكل منها. { ١ } ومنها خبر (١) محمد بن شريح عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن وهذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة أن من رجال سنده علي بن الحارث وهو مجهول

وأما من حيث الدلالة فصدره ظاهر في المنع لقوله فكرهه معللا بأن أرض الخراج للمسلمين - وذيله ظاهر في الجواز مع الالتزام بخراجها - فلا بد من التصرف إما في الصدر بحمل قوله عليه السلام أرض الخراج للمسلمين على إرادة أن خراجها لهم ورقبتها لمن

عمرها - أو بالتصرف في الذيل بحمل شرائها على إرادة شراء آثارها من العمارة المفروضة - ولو لم يكن الثاني أظهر - من جهة قوله إلا أن يستحيي من عيب ذلك فإن عدم كون الأرض ملكا ربما يكون عيبا - فلا أقل من تساوي الاحتمالين فيحكم بالاجمال.

{ ٢ } ومنها خبر (٢) إسماعيل بن الفضل الهاشمي المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع حديث ٩.

(٢) نفس المصدر حديث ١٠.

كما إذا كان التصرف بتقبييل السلطان الجائر أو بإذن الحاكم الشرعي بناء على عموم ولايته لأموار المسلمين ونيابته عن الإمام. لكن ظاهر عبارة المبسوط اطلاق المنع عن التصرف فيها ببيع ولا شراء ولا هبة ولا معاوضة، ولا يصح أن يبني دورا ومنازل ومساجد وسقايات وغير ذلك من أنواع التصرف الذي يتبع الملك، ومتى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا وهو على حكم الأصل، و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الإذن من الإمام عليه السلام حال حضوره، ويحتمل إرادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة والتملك وقال في الدروس لا يجوز التصرف فيها المفتوحة عنوة إلا بإذن الإمام سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك وأطلق في المبسوط أن التصرف فيها لا ينفذ، وقال ابن إدريس إنما يبيع وتوقف تحجيرنا وبنائنا وتصرفنا لا نفس الأرض انتهى.

وقد استدل به كل من القائلين بالمنع - والجواز

أما القائل بالجواز فقد استدل، بجملتين منه

الأولى صدره الظاهر في تقريره عليه السلام شراء أرض الخراج الثانية حكمه عليه السلام بأن أجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الأرض لهم لم تكن الأجرة لهم

فإن قيل إنه على فرض ملكية الأرض ماذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم توجه عليه أن وجه السؤال احتمال كون منفعة الأرض كخراجها للمسلمين فجوابه عليه السلام ينطبق عليه وأنه ليست المنافع كالخراج بل هي تابعة لملكية الرقبة ولكن يرد على الثانية أن السؤال ليس عن كون الأجرة له أو للمسلمين بل إنما هو عن أخذ الأجرة - والظاهر أن منشأ هذا السؤال أن الذمي إذا أدى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على أهل الأرض الخراجية أم لا فأجاب عليه السلام بأن له أخذ أجرة النزول بعد

الشرط والقرار

وأما الأولى فحيث إنها ليست في مقام البيان من جهة جواز الاشتراء فقابلية للحمل على إرادة الشراء على الوجه السائغ وهو شراء الآثار والعمارة - فهذا الخبر لا يدل على الجواز بل يدل على المنع من جهة فرض كون الأرض خراجية بعد الشراء فإنه يسئل عن استحقاق أهل الذمة للنزول على أهل الخراج.

وقد ينسب إلى الدروس التفصيل بين زمني الغيبة والحضور فيجوز التصرف في الأول ولو بالبيع والوقف لا في الثاني إلا بإذن الإمام عليه السلام. وكذا إلى جامع المقاصد، وفي النسبة نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه في زمان الغيبة باحداث الآثار وجواز نقل الأرض تبعاً للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعاً للآثار، والمعنى أنها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال في شرح قول المحقق ولا يجوز بيعها ولا هبتها ولا وقفها، انتهى.

إن المراد لا يصح ذلك في رقبة الأرض مستقلة، أما فعل ذلك بها تبعاً لآثار التصرف من بناء وغرس وزرع ونحوها فحائز على الأقوى قال: فإذا باعها بائع مع شيء من هذه الآثار دخل في المبيع على سبيل التبع وكذا الوقف وغيره ويستمر كذلك ما دام شيء من الآثار باقياً، فإذا ذهبت أجمع أنقطع حق المشتري والموقوف عليه وغيرهما عنها، هكذا ذكره جمع وعليه العمل، انتهى.

لو سلم دلالاته على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والآتي آخر عموم مطلق - فإنه أعم من المفتوحة عنوة وغيرها من أرض الخراج فيقيد إطلاقه بها والإيراد على الخبر بضعف السند - من جهة أن الكليني والشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة وهو يروي عن غير واحد - وهم مجهولون في غير محله فإن الحسن هذا ذكروا في حقه أنه نقي الفقه حسن الاعتقاد والظاهر من ذلك أنه لا يروي إلا عن المقبولين لا سيما إذا روى عن غير واحد فالحديث معتبر سنداً.

له ومنها خبر أبي الربيع الشامي عن أبي عبد الله عليه السلام لا تشتت من أرض السواد شيئاً إلا من كانت له ذمة فإنما هو فيء للمسلمين (١)
وأبو الربيع، والراوي عنه خالد بن جرير - وإن لم يوثق، إلا أن الراوي عن خالد هو الحسن بن محبوب الذي هو من أصحاب الإجماع فالخبر صحيح سنداً، ويدل على المنع عن بيع الأرض المفتوحة عنوة

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع وشروطه.

نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ في التهذيب جواز البيع والشراء في نفس الرقبة حيث قال: إن قال قائل إن ما ذكر تموه إنما دل على إباحة التصرف في هذه الأرضين، ولا يدل على صحة تملكها بالشراء والبيع ومع عدم صحتها لا يصح ما يتفرع عليها، قلنا إنا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة أقسام أرض أسلم أهلها عليها فهي ملك لهم يتصرفون فيها، وأرض يؤخذ عنوة أو يصلح أهلها عليها فقد أبحننا شراءها وبيعها، والبيع لأن لنا في ذلك قسما لأنها أراضي المسلمين. وهذا القسم أيضا يصح الشراء والبيع فيه على هذا الوجه. وأما الأنفال وما يجري مجراها فلا يصح تملكها بالشراء وإنما أبيع لنا التصرف فيها حسب. ثم استدل على أراضي الخراج برواية أبي بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض ودليله قرينة على توجيه كلامه، وكيف كان، فما ذكره من حصول الملك تبعا للآثار، مما لا دليل عليه إن أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شيء من الآثار موجودا { ١ } فالذي ينبغي أن يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذي يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص.

والاستثناء إنما يكون من جهة أن الأرض المفتوحة عنوة إن أبقيت في يد من كانت له ذمة تكون ملكا لأربابها فيجوز بيعها، وهذا يدل على أن بعض قطعات أرض السواد هكذا. وربما يستدل على جواز البيع بحملة من النصوص (١) وأكثرها واردة في أرض الجزية وأرض من له ذمة وهي ملك لأربابها - ولو فرض كون موردها أو بعضها الأرض المفتوحة عنوة فللنصوص المتقدمة تحمل على إرادة البيع بالنحو المتقدم وهو بيع الآثار والعمارة أو تطرح

فالأظهر عدم جواز بيعها لا مستقلا ولا تبعا للآثار.

التاسعة - في أن من عمر الأرض هل له حق الاختصاص والأولوية بها أم لا -

{ ١ } صرح المصنف قدس سره بالأول

والحق أن يقال إن المراد به إن كان عدم جواز مزاحمة

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع.

فنقول آمال في زمان الحضور والتمكن من الاستئذان، فلا ينبغي الاشكال في توقف التصرف على إذن الإمام، لأنه ولي المسلمين، فله نقلها عينا ومنفعة، ومن الظاهر أن كلام الشيخ المطلق في المنع عن التصرف محمول على صورة عدم إذن الإمام عليه السلام مع حضوره. وأما في زمان الغيبة ففي عدم جواز التصرف إلا فيما أعطاه السلطان الذي حل قبول الخراج والمقاسمة منه، أو جوازه مطلقا، نظرا إلى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التي هي مال الإمام عليه السلام، وربما يؤيده جواز قبول الخراج الذي هو كأجرة الأرض، فيجوز التصرف في عينها مجانا أو عدم جوازه إلا بإذن الحاكم الذي هو نائب الإمام، أو التفصيل بين من يستحق أجرة هذه الأرض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله عليه السلام

الغير لمن بيده الأرض، فهو ثابت - فإنه إذا أذن من له الإذن في تقبلها تكون هي كساير الأعيان المستأجرة فكما أنه لا يجوز لا حد مزاحمة المستأجر - كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبل، وإن كان المراد به ثبوت حق اعتباري في العين قابل للنقل والانتقال فهو مما لا دليل على ثبوته إذ تقبل الأرض كاستيجارها يوجب وجوب تسليم العين مقدمة للانتفاع بها ولا يدل على ثبوت حق وأمر اعتباري فيها.

العاشرة المنصوص عليه (١) كون أرض العراق التي يعبر عنها بأرض السواد - (من جهة أن الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الأرض والتفاف شجرها سموها السواد لذلك) مفتوحة عنوة وأنها فيئ للمسلمين، ولكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الأملاك الشخصية

ويمكن دفع هذه الشبهة بأنه قد ثبت كون كثير من تلك الأراضي لأربابها لا للمسلمين

منها الموات حال الفتح فإنها ملك الإمام عليه السلام ويملكها من أحيائها والظاهر أن المشاهد المشرفة وجملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل - وعلى هذا فلا حاجة إلى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة

(١) الوسائل باب ٢١ من أبواب عقد البيع.

للمخاطب في بعض أخبار حل الخراج وأن لك نصيبا في بيت المال. وبين غيره الذي يجب عليه حق الأرض. ولذا أفتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج وسرقته [عن] على السلطان الجائر والامتناع عنه، واستثنى بعضهم ما إذا دفع إلى نائب الإمام عليه السلام أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيية حال الفتح وبنين الباقية على عمارتها من حين الفتح، فيجوز احياء الأول لعموم أدلة الأحياء، وخصوص رواية سليمان بن خالد ونحوها وجوه أو فقها بالقواعد، الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس، ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة { ١ } كأوراق الأشجار وأثمارها وأخشاب الأبنية والسقوف الواقعة والطين المأخوذ من سطح الأرض، والجص، والحجارة ونحو ذلك، فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين.

بتوهم أن بها يقيد اطلاق نصوص المنع ومنها الخمس من تلك الأراضي فإنه يملكها المستحق للخمس فينتقل إلى غيره بالمعاملة أو الإرث ومنها الأراضي التي أبقيت في يد أهل الذمة فإنها ملك لأربابها وعليهم الجزية و قد تقدم في خبر أبي الربيع وجود هذه الأرض في أرض العراق وعلى هذا فإن ثبت كون أرض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيية حال الفتح لم يجز بيعها وما لم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالي لعدم كون جميع أطرافه محل الابتلاء لا سيما وأن الأراضي الخراجية التي يضرب عليها الخراج من أراضي المزارع كثيرة إلى الآن وأمرها بيد السلطان. ما ينفصل من المفتوحة عنوة { ١ } قوله ومما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة محصل الكلام - أن ما ينفصل من المفتوحة عنوة - إن صار موجودا بعد الفتح كالشجر والزراعة المتحققين بعد الفتح وكان ذلك بعد التقبل والإجارة، لا كلام في أنه ملك للمستأجر

ولذا صرح جماعة كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة، بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم: الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل وحينئذ فمقتضى القاعدة عدم صحة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع امكان أن يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لا أجزائها، إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز، ويحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به. { ١ } و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الأجر والكوز والأواني وما عمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

والمتقبل وما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الأرض، وإن كان موجودا حال الفتح - أو وجد بعد و كان تابعا للأرض، فهو على أقسام أحدها ما يكون مقوما للأرض كأجزاء الدار ثانيها ما يعد من منافعها وإن كان من الأعيان كالشجر النابت فيها ثالثها ما يكون منفصلا عن الأرض حين الفتح رابعها ما يكون مدفونا فيها أما القسم الأول - فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الأرض وبعد الانفصال. لا دليل على خروجه عن ملكهم غاية الأمر حيث لا ينتفع به مع إجارته يباع ويصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الأرض { ١ } - واحتمال - كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما في المتن لا أرى وجهها له بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكا لأحد وأما القسم الثاني - فهو أيضا لكونه منافع الأرض تابع لها وملك للمسلمين و حكمه ما تقدم وأما القسم الثالث - فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين وأما القسم الرابع - فلا تأمل في عدم كونه تابعا للأرض وملك للمسلمين - لكونه

واعلم أنه ذكر الفاضلان وجمع ممن تأخر في شروط العوضين بعد الملكية كونه تلقا { ١ } وفعروا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثني ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته، ولا أم الولد إلا في المواضع المستثناة، والمراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك { ٢ } بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء ويكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، ويكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن

من المنقول الموجود حال الفتح وفي شمول ما دل على أن المنقول لخصوص المقاتلين. له وجهان - وإن لم يكن شاملا له فهو من المباحات - وقيام السيرة على تملك جميع الأقسام بالحيازة - غير ثابت والله تعالى أعلم.

١

اعتبار كون ملك كل من العوضين تلقا { ١ } وقد ذكر العلامة قدس سره والمحقق وجمع ممن تأخر عنها في شروط العوضين بعد الملكية: كونه تلقا، وأبدله في محكي القواعد بكونه تاما. وفعروا على ذلك عدم جواز بيع الوقف إلا فيما استثني، ولا الرهن إلا بإذن المرتهن أو إجازته. وتنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة ثم في مسألة بيع الوقف وبيع الرهن. { ٢ } أما الأول فالمراد من الطلقة أن لا يكون في المبيع مانع عن التصرف، لأنها من الاطلاق

توضيح ذلك أن عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، إما لعدم المقتضي كما إذا لم يكن ملكا له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجورا

عن التصرف لفلس ونحوه، وربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه وذلك أيضا قد يكون لعدم المقتضي كما إذا لم يكن مالا، وقد يكون للمانع كما إذا كان وقفا أو رهنا. وعدم ملك التصرف من الناحية الأولى لرجوعه إلى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، وعدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه إلى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين

ذي الحق لمرجعه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا { ١ } وهذا لا محصل له، فالظاهر أن هذا العنوان ليس في نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف والمرهون وأم الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة وغيرها، مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر والخيار ونحوهما، وهذا العنوان منتزع { ٢ } من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه الأحاد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه. فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر في الفرعية والأصالة بالعكس، ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنونوا حق الجاني واختلفوا في حكم بيعه، وظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، وقد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين، فذكر بعد الأربعة المذكورة في عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع، والخيار المتعلق به، والارتداد، والحلف على عدم بيعه، وتعيين الهدى

فملكية الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية أو الرهنية أو غيرها من الموانع، وربما تكون مطلقة، وقد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة وغير محفوفة بشئ من الموانع ومن الواضح أن هذا المعنى غير كون البائع مستقلا بنقله ونقله ماضيا فيه. فلا يرد عليهم ما أورده المصنف قدس سره عليهم: بأن مرجع هذا الشرط { ١ } إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا. وهل يكون هذا شرطا خاصا واحدا معتبرا في البيع ويترتب عليه، عدم جواز بيع الوقف والرهن ونحوهما، أم هو عنوان انتزاعي مما هو مانع لا أنه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان. { ٢ } مختار المصنف قدس سره هو الثاني، وعن المحقق الخراساني قدس سره: اختيار الأول واستدل له: بأن المبرهن في محله أن الواحد لا يصدر إلا عن الواحد، فإذا كان

للذبح، واشتراط عتق العبد في عقد لازم، والكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه حيث، إن المولى ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الأداء، والتدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك، فإذا مات المولى ولم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه، وتعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصي وقبل قبوله، بناء على منع الوارث من التصرف قبله. وتعلق حق الشفعة بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة ابطالها، وتغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها وكونه مملوكا ولد من حر شريك في أمه حال الوطي، فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا بتقويمه وأخذ قيمته وتعارض السبب المملك والمزيل للملك، كما لو قهر حربي أباه والغنيمة قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك وغير ذلك مما سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف، ثم أم الولد، ثم الرهن، ثم الجناية انشاء الله تعالى

الأثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فإن كان المؤثر بحسب الصورة متعددا لا بد من

البناء على أن المؤثر هو الجامع بينها، ففي المقام لا بد من البناء على أن المؤثر هو الجامع بين الأعدام الخاصة وأن المانع هو الجامع بين تلك الموانع. وفيه: إن هذا البرهان لو تم وكان جاريا في الأحكام الشرعية - من جهة أنه وإن لم يكن فيها تأثير وتأثر، وأن مقتضى الجعل إرادة الجاعل، إلا أنه بلحاظ المصالح والملاكات يجري فيها هذا البرهان، فإن المولى الحكيم إذا لم يكن شئ دخيلا في الملاك لما كان آخذا إياه في الموضوع فإنما هو في خصوص المقتضي الذي يترشح منه المقتضي، ولا يتم في الشرائط الدخيلة في فعلية الأثر من المؤثر والموانع، ولذا لم يتوهم أحد رجوع شرائط الصلاة إلى شرط واحد،

فلا بد من تعيين أحد الوجهين من الرجوع إلى الأدلة اللفظية، وهي تتضمن مانعية كل عنوان خاص واشتراط عدمه، وليس في الأدلة ما يتضمن اعتبار كون الملك طلقا، وعليه فالأظهر هو الثاني.

مسألة لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً { ١ }

بيع الوقف

{ ١ } مسألة: لا يجوز بيع الوقف اجماعاً محققاً في الجملة ومحكياً.

حق القول في المقام يقتضي البحث في موردين:

الأول: في اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثاني: في الأدلة الخاصة.

أما المورد الأول: فالوقف لغة: هو إيقاف الشيء وحبسه المساوق للسكون في
قبال الجريان في التقلبات وليس له في الاصطلاح معنى آخر، بل ذكروا في حقيقته أنه
تحبيس الأصل وتسهيل المنفعة.

وفي النبوي: إنه حبس الأصل وسبل الثمرة (١)

والمراد من التحبيس: أما الممنوعة عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و

صاحب الجواهر،

أو قصر الملك على شخص أو جهة مثلاً بحيث لا يتعداهما، وعلى التقديرين

يثبت المطلوب،

أما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعة من التصرف، ومقتضاه

بطلان الوقف بنفس جواز التصرف

وبه يظهر وجه ما أفاده صاحب الجواهر قدس سره من: إن الوقف ما دام وقفاً لا يجوز

بيعه،

بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفاً من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

وأما على الثاني: فلأن حقيقة الملك لا تختلف في الوقف وغيره، فحيثية عدم

التعدي عن موضوعه راجعة إلى عدم نفوذ التصرف فيه شرعاً بالانتقال من موضوعه.

وأما المورد الثاني: فقد استدلل لعدم جواز بيع الوقف بوجوه:

(١) المستدرک باب من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

لعموم قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها. { ١ }
ورواية أبي علي بن راشد، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام قلت جعلت فداك: إني
اشتريت أرضاً إلى جنب ضيعتي، فلما عمرتها خبرت أنها وقف فقال لا يجوز
شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها إلى ما أوقفت عليه، قلت: لا أعرف
لها ربا قال تصدق بغلتها { ٢ }

{ ١ } الأول: عموم قوله عليه السلام الوقوف يكون على حسب ما يوقفها أهلها.
ففي مكتبة الصفار إلى أبي محمد الحسن بن علي عليهم السلام في الوقف وما روي فيه
عن آباءه عليهما السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن
شاء الله تعالى (٢).

وفي أخرى: الوقوف على حسب ما يقفها أهلها إن شاء الله. وقد استدل به
المصنف قدس سره.

وفيه: إن الظاهر منه إرادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التي قررها الواقف من
القيود والشروط في الموقوف عليه والعين الموقوفة وصرف المنافع، وليس المراد به أن
الوقف يجب ابقائها، وعليه

فإن كان عدم البيع مأخوذاً في حقيقة الوقف فلا وجه للاقتصار على هذا الخبر
بل كان الأولى أن يتمسك أولاً بالعمومات الأولية من قبيل أوفوا بالعقود و
غيره

وإن لم يكن مأخوذاً فيها كما هو مسلك المصنف قدس سره على ما يصرح به في الصورة
الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتيبه على الوقف.

{ ٢ } الثاني: خبر أبي علي بن راشد المذكور في المتن.
وهذا الخبر مروى في الكافي والفقيه، وهو في الأول مجهول، وفي الثاني صحيح،
فلا خدشة فيه سنداً. وأما من حيث الدلالة

فقد يقال: إنه يدل - بقرينة ذيله - على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، و
هذا مما لا كلام فيه، إنما الكلام في الشراء من الموقوف عليه.

ولكن يرد عليه: إن الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وقفاً لا صدور البيع من
غير أهله، مع أن ترك الاستفصال في الصدر في مقام الجواب كاف في إطلاق المنع

(١) الوسائل باب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

وما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام وغيره من الأئمة (صلوات الله عليهم أجمعين) مثل ما عن ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن أبي طالب عليه السلام وهو حي سوى تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لا تباع ولا توهب، حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والأرض وأسكن فلانا هذه الصدقة ما عاش وعاش عقبه، فإذا انقضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين الخبر { ١ } فإن الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

إذ السؤال لم يكن مقيدا في الصدر وإنما قيده بعد جوابه عليه السلام، فجوا به مطلق فهذا الخبر من

أدلة عدم جواز بيع الوقف.

{ ١ } الثالث: ما روي (١) في صدقات أمير المؤمنين عليه السلام المذكور في المتن. بدعوى أن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

الذي يظهر من كلمات المصنف قدس سره وغيره ابتناء الاستدلال به على ذلك، وأن الأمر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة أو لشخصها.

وحق القول في المقام أن يقال: إنها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التملك المتقرب به إلى الله تعالى، ولها نوعان:

أحدهما: ما هو قسيم للوقف وهو يمتاز عن الوقف بفصل عدمي وهو عدم كونه بحيث لا يباع ولا يوهب.

ثانيهما: الوقف، وهو ما يكون متفصلا بكونه بحيث لا يباع ولا يوهب وعليه فالصدقة بمنزلة الجنس وبأحد الفصيلين تصير وقفا وبالأخر صدقة

خاصة فقوله عليه السلام لا تباع ولا توهب ليس وصفا لنوع الصدقة قطعا. اللهم إلا أن يقال: إن

مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفا للنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا اليراد. ثم إن مرادهم من كونه وصفا للنوع أعم من كونه فصلا مقوما للنوع وكونه

(١) الوسائل باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

ويبعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص { ١ }، مع أن سياق
الاشتراط يقتضي تأخره عن ركن العقد أعني الموقوف عليهم، خصوصا مع كونه
اشتراطا عليهم

لازما للوقف.

فلا يرد على المصنف قدس سره التهافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفة
لنوع الصدقة، ويصرح فيما بعد بعد كون المنع من الانتقال مأخوذا في حقيقة الوقف كما
لا يخفى.

{ ١ } والمراد من كونه وصفا للشخص كونه وصفا له بنحو الاشتراط، إذ لو لم يكن
ذلك فصلا أو لازما للنوع يمتنع كونه مقوما للشخص بما أنه فرد لهذا النوع، وليست هذه
الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصا بنحو الاشتراط والالتزام، فالأمر
يدور بين كونه وصفا للنوع وكونه وصفا للشخص بنحو الاشتراط.

والأظهر هو الأول، وذلك لوجوه:

الأول: إن الظاهر من قوله عليه السلام لا تباع كونه بنفسه وصفا للصدقة لا التزاما وجعلا.
الثاني: إنه لو كان شرطا والتزاما في ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره إلا بعد
تحقق الالتزام الأول بما له من الأركان التي منها الموقوف عليه، سيما وأن الالتزام يكون
على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: إن الظاهر من صورة الوقف أنه في مقام انشاء الوقف كتبيا مطابقا للانشاء
اللفظي الذي أنشأه في الخارج، وإذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف وكان شرطا
خارجيا لما صحح الانشاء لما عرفت من أن الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: إنه لو كان شرطا كان يصدر الوصف بكلمة على أو نحو ذلك فيكون وصفا
للنوع ولكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين
أحدهما: المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفا للنوع لا
يدل على المطلوب، اللهم إلا أن يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، ولا بأس به.

مع أنه لو جاز البيع في بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا، بل مفسدا { ١ } لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه إلى البيع لا لعذر { ٢ } مع أن هذا التقييد مما لا بد منه { ٣ } على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا، مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة { ٤ } وحينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع، فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

{ ١ } وذكر المصنف من مرجحات كونه وصفا للنوع ما حاصله: إنه لو كان شرطا كان اطلاقه مخالفا للمشروع للجواز في بعض الأحيان فكان فاسدا بل مفسدا، والظاهر أن الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء، والجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به - حيث إنه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية واستشكل فيه من الناحية الأولى - إن الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فإنه يكون عن عدم ما يقتضي للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثاني فتأمل.

وكيف كان فدفعه بوجهين

{ ٢ } أحدهما انصراف البيع بوجهين

{ ٣ } ثانيهما لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف للنوع أو شرطا خارجيا -

ويرد عليه: إن الشرط إن كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير، وإن كان عدم الفعل لم يكن مخالفا له، فإن شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفا للكتاب والسنة.

{ ٤ } وربما يذكر من مرجحات كونه شرطا خارجيا ما محصله: إنه لو كان شرطا. يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه عليه السلام بعدم طرو المسوغات المنافية للاشتراط.

فظهر أن التمسك باطلاق المنع على البيع على كون الوصف داخلا في أصل الوقف، كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، وإن كان الانصاف مما ذكرنا من ظهور سياق الأوصاف في كونها أوصافا للنوع، ومما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: { ١ } حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها، وحق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق و التعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب، ويكون لله تعالى عمله وعليه عوضه، وقد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي وقد يرتفع كلها وسيجيء التفصيل.

ولو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه عليه السلام بأن شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص. { ١ } ذكر المصنف قدس سره تبعا لبعض الأساطين: إن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة: حق الواقف، حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق، والتعبد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول:

أما كونه متعلقا لحق الواقف، فتقريبه: إن الواقف بجعل العين وقفا يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعا أخرويا بانتفاع الموقوف عليهم، والبيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

وفيه: إن مجرد انتفاع الواقف أخرويا بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعا عن البيع، فإن هذا لا يوجب حدوث حق اعتباري في العين مانع عن بيعها، وتفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعا عن البيع،

مع أن متعلق البيع نفس العين، والمثوبات إنما تكون بإزاء الانتفاعات، فلا مانع من بيع العين وبقاء حق الموقوف عليهم في استيفاء المنافع الموجب لانقطاع الواقف متعلقا بها. فتأمل.

لا يقال: إن المراد أن هذا غرض معاملي للواقف حيث إنه أنشأ الوقف ببقاء العين و تسبيل المنفعة وقد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: الوقوف على حسب ما يقفها أهلها.

ثم إن جواز البيع لا ينافي بقاء الوقف إلى أن يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها إلى بدل أو لا إليه، فإن مدلول صيغة الوقف وإن أخذ فيه الدوام والمنع عن المعاوضة عليه، إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء، كما أن مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتهدب المقتضي لتسلطه المنافي لجواز انتزاعه من يده ومع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

إلا أنه ذكر بعض في هذا المقام. أن الذي يقوى في النظر بعد امعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة لبيعه، وقد سبقه إلى ذلك بعض الأساطين في شرحه على القواعد.

فإنه يرد بأن المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لا حق الواقف.

وأما كون العين موردا لحق الله سبحانه،

فتقريبه: إن الوقف صدقة في سبيله تعالى وهي له، وبهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

وفيه: إن غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل، واعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية، وهما متحققان في جميع العبادات، ولا يوجبان صيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

وأما كون العين موردا لحق البطون اللاحقة

فتقريبه: إن الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، وهو يمنع عن البيع.

وفيه: أن ما يثبت للبطون اللاحقة لا محالة يكون بانشاء الواقف، ومن الواضح أنه إنما أنشأ الملكية خاصة، فليس هناك أمر آخر اعتباري يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع وأما الملكية فحيث إنها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين موردا للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه الجهة.

حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص والاجماع، بل الضرورة: بأن البيع وأضرابه ينافي حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه، وأن نفي المعاوضات مأخوذة فيه ابتداءً. { ١ }

وفيه أنه إن أريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره وهو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها وعن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذي يبيع، فهذا لا محصل له فضلاً عن أن يحتاج إلى نظر، فضلاً عن امعانه، وإن أريد به انتفاء أصل الوقف كما هو ظاهر من كلامه، حيث يجعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف. ففيه مع كونه خلاف الاجماع إذ لم يقل أحد ممن أجاز بيع الوقف في بعض الموارد { ٢ } ببطلان الوقف

نعم يمكن أن يذكر وجه آخر للمنع، وهو: إن البطن الموجود إنما يملك العين بالملكية المحدودة لا المرسلة، فإن تلك كانت للواقف، وقد قسمها على البطون، فكل بطن يملك العين في مدة محدودة، والبيع هو التملك مرسلًا مطلقًا، فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

{ ١ } وقد وقع النزاع بين صاحب الجواهر قدس سره وشيخه، وبين المصنف قدس سره { ١ } فقد ذهب الأولان إلى أن الوقف يبطل بنفس جواز البيع، { ٢ } وخالفهما المصنف قدس سره وذهب إلى بقاءه ما لم يتحقق البيع، وبه يبطل. وقد يقال: إنه لا ثمرة لهذا النزاع، فإنه قبل طروء المسوغ لا يجوز البيع وبعده يصح،

ولكن إذا طرأ المسوغ ولم يبيع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع صفة الوقفية لا مورد لتوهم ارتفاع الجواز، فإن الوقف لا يعود بارتفاعه وأما على القول ببقائها يمكن القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ اللهم إلا أن يقال: إن دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم أزمان له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا اطلاق دليل المنع، فلا تكون هذه ثمرة فتأمل.

وخروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه إلى ملك الواقف أن المنع عن البيع ليس مأخوذاً في مفهومه، بل هو في غير المساجد وشبهها قسم من التمليك. ولذا يطلق عليه الصدقة ويجوز إيجابه بلفظ تصدقت، إلا أن المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الإبدال كان البائع ولياً على جميع الملاك في إبدال ما لهم بمال آخر، وإذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل. ولذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله. ولذا صرح في جامع المقاصد، بعد جواز رهن الوقف وإن بلغ حداً يجوز بيعه معللاً باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند إرادة بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً: { ١ }

فإن هذا لا يتم على ما سلكناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام. وكيف كان: فقد عرفت أن ما اختاره صاحب الجواهر أقوى.

الوقف قد يكون تمليكا وقد يكون فكا

{ ١ } إذا عرفت أن مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع

فاعلم: أن لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة أقوالاً.

ولا يخفى أن استفادة الاتفاق من الأصحاب ولو في مورد خاص مشكل

لاختلاف كلماتهم في أصل الخروج عن المنع وفي موارد، وكلماتهم لا تخلو من

الإشكال والتشويش، وقد بذل جمع - منهم المصنف قدس سره - جهدهم في

استقصائها، شكر

الله مساعيهم وإنما اكتفى بنقل كلمات المصنف من دون إظهار النظر في شيء منها و

إليك نص ما أفاده.

أحدها: عدم الخروج عنه أصلا وهو الظاهر من كلام الحلبي حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره والذي يقتضيه مذهبنا أنه بعد وقفه وتقييده لا يجوز الرجوع فيه ولا تغييره عن وجوهه وسبله ولا بيعه سواء كان بيعه أدر [أعود] عليهم أم لا، وسواء خرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان وغيره أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا أم لا، قال الشهيد رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزين وابن إدريس سد الباب وهو نادر مع قوته، وقد ادعى في السرائر عدم الخلاف في المؤبد قال: إن الخلاف الذي حكيناه بين أصحابنا إنما هو إذا كان الوقف على قوم، ومن بعد هم على غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غيره إلى أن يرث الله الأرض، لم يحز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

وفيه نظر يظهر مما سيأتي من ظهور أقوال كثير من المجوزين في المؤبد. و حكى المنع مطلقا عن الإسكافي وفخر الإسلام أيضا، إلا في آلات الموقوف و أجزاء التي انحصر طريق الانتفاع بها في البيع، قال الإسكافي على ما حكى عنه في المختلف أن الموقوف رقيقا أو غيره لو بلغ حاله إلى زوال ما سبله من منفعته، فلا بأس ببيعه وابدال مكانه بثمنه إن أمكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته، أورد ثمنه على منافع ما بقي من أصل ما حبس معه إذا كان في ذلك صلاح، انتهى. وقال فخر الدين في الإيضاح في شرح قول والده قدس سره ولو خلق حصير المسجد وخرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به في غير الاحراق، فالأقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع بعموم النص في المنع: و الأصح عندي جواز بيعه و صرف ثمنه في المماثل إن أمكن وإلا ففي غيره، انتهى. ونسبة المنع إليهما على الإطلاق لا بد أن يبيني على خروج مثل هذا عن محل الخلاف وسيظهر هذا من عبارة الحلبي والكافي أيضا فلاحظ

الثاني: الخروج عن عموم المنع في المنقطع في الجملة خاصة دون المؤبد، و هو المحكي عن القاضي حيث قال في المحكي المهدب: إذا كان الشيء وقفا على قوم ومن بعدهم إلى غيرهم، وكان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فإن كان وقفا على قوم مخصصين وليس فيه شرط يقتضي رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، وحصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد، فإنه حينئذ يجوز بيعه وصرف ثمنه في مصالحهم على حسب استحقاقهم، فإن لم يحصل شيء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، ولا يجوز هبة الوقف ولا الصدقة به أيضا، وحكى عن المختلف وجماعة نسبة التفصيل إلى الحلبي. لكن العبارة المحكية عن كافي لا تساعد بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع.

وحكى التفصيل المذكور عن الصدوق والمحكي عن الفقيه أنه قال: بعد رواية علي بن مهزيار الآتية أن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم ولو كان عليهم وعلى أولادهم ما تناسلوا ومن بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، لم يجز بيعه أبدا. ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة في المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق والقاضي كما لا يخفى. ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه فللقول، بجواز بيعه وجه، أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه وصرف الموقوف عليهم ثمنه في مصالحهم. وقد حكى القول بهذين عن القاضي إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقاءه على ملك الواقف حتى يكون حسبا بل هو وقف حقيقي وتمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم، وحينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق سائر حق البطون في الوقف المؤبد. لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبي المحكي عنه القول المتقدم حيث إنه يقول ببقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة وأما المنقطع فلم ينصوا عليه وإن ظهر من بعضهم التعميم ومن بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف كالشيخ وسالار قدس سره، ومن حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبي المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد وكيف كان فالمناسب أولاً نقل عبارة هؤلاء. فنقول قال المفيد في المقنعة: الوقوف في الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف أدر [أعود] عليهم وأنفع لهم من تركه على حاله وإذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه، لم يجوز له الرجوع في شيء منه ولا تغيير شرائطه ولا نقله عن وجوهه وسبله متى اشترط الواقف في الوقف أنه متى احتاج إليه في حياته لفقر كان له بيعه وصرف ثمنه في مصالحه جاز له فعل ذلك وليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه إلا أن يخرب الوقف ولا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدي نفعا فلهم حينئذ بيعه والانتفاع بثمنه. كذلك أن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه، كان لهم حله ولا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الأسباب والضرورات انتهى كلامه رحمه الله.

وقد استفاد من هذا الكلام في غاية المراد تجويز بيع الوقف في خمسة مواضع وضم صورة جواز الرجوع وجواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة، بعد وصول الموقوف إلى الموقوف عليهم ووفات الواقف فلاحظ وتأمل. ثم إن العلامة ذكر في التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع في الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول، ولعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد، وقال في الانتصار على ما حكى عنه، و مما انفردت الإمامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدي نفعا، جاز لمن هو وقف عليه بيعه والانتفاع بثمنه، وأن أرباب الوقف متى دعته ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه ولا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة

ثم احتج باتفاق الإمامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد ورده بكونه مسبقا و ملحقا بالاجماع، وأنه إنما عول في ذلك على ظنون له وحسبان أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها انتهى.

ثم قال: وأما إذا صار الوقف بحيث لا يجدي أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه، ولم يبق منفعة فيه إلا من الوجه الذي ذكرناه، انتهى.

وقال في المبسوط وإنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، وهو أنه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة ولا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى. ثم احتج على ذلك بالأخبار، وقال سائر فيما حكى عنه: ولا يخلو الحال في الوقف والموقوف عليهم من أن يبقى ويبقوا على الحال التي وقف فيها، أو يتغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، ولا هبته ولا تغيير شيء من أحواله، وإن تغير الحال في الوقف حتى لا ينتفع به على أي وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه وصرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

وقال في الغنية على ما حكى عنه: ويجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدي نفعاً وخيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه بدليل اجماع الطائفة ولأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم يبق له منفعة إلا على الوجه الذي ذكرناه جاز، انتهى.

وقال في الوسيلة ولا يجوز بيعه يعني الوقف إلا بأحد شرطين: الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه، شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى. وقال الراوندي في فقه القرآن على ما حكى عنه: وإنما يملك بيعه على وجه عندنا وهو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة. وقال في الجامع على ما حكى عنه: فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه، انتهى.

وعن النزهة: لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة، ويكون بيع الوقف أصلح لهم، انتهى.

وقال في الشرائع ولا يصح بيع الوقف ما لم يؤدي بقاءه إلى خرابه، لخلف بين أربابه ويكون البيع أعود.

وقال في كتاب الوقف: ولو وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، ولو لم يقع خلف ولا خشي خرابه، بل كان البيع أنفع لهم قيل: يجوز بيعه والوجه المنع، انتهى.

ومثل عبارة الشرائع في كتابي البيع والوقف عبارة القواعد في الكتابين. و قال في التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال ولو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، ولم يجز بيعها ولو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا، ثم ذكر كلام ابن إدريس وفتواه على المنع مطلقا، و تنزيهه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، ونفيه الخلاف على المنع في المؤبد، ثم قال: ولو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية، كدار انهدمت و عادت مواتا ولم يتمكن من عمارتها ويشترى بثمنه ما يكون وقفا كان وجهها، انتهى.

وقال في بيع التحرير، ولا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا، ولو أدى بقاءه إلى خرابه جاز، وكذا يباع لو خشي وقوع فتنة بين أربابه مع بقاءه على الوقف انتهى.

وعن بيع الإرشاد، لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدي إلى الخلف بين أربابه على رأي، وعنه في باب الوقف: لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليه خلف ويخشى به الخراب، وقال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: والوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه وعدم التمكّن من عمارته أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد، انتهى.

وقال في كتاب البيع، لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأيد، نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه وخشي تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

وقال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة، وقال في الدروس لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدي إلى فساد. وقال في اللمعة: لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز، انتهى.

وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: أن لا صحابنا في بيع الوقف أقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف وفتنة وخشي خرابه ولا يمكن سد الفتنة بدون بيعه وهو قول الشيخين.

واختاره نجم الدين والعلامة، انتهى.

وقال في التنقيح على ما حكى عنه إذا آل إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلا جاز بيعه.

وعن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه الأنفس، وعن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال. ونهب الأموال ولم يندفع إلا بالبيع، قال: فلو أمكن زواله ولو بحاكم الجور، لم يجز. ولا اعتبار بخشية الخراب وعدمه، انتهى.

ومثله الكلام المحكي عن تعليقه على الشرائع.

وقال في جامع المقاصد بعد نسبة ما في عبارة القواعد إلى موافقة الأكثر: إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع:

أحدها: إذا خرب واضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال ومستنده صحيحة علي بن مهزيار ويشترى بثمنه في الموضعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الامكان، ويتولى ذلك الناظر الخاص إن كان وإلا فالحاكم.

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة ولم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها، لرواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه رفع مقامه. وقال في الروضة: والأقوى في المسألة ما دل عليه صحيحة علي بن مهزيار عن أبي جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد، علله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. وظاهره أن خوف أدائه إليهما و إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك، قال ولا يجوز بيعه في غير ما ذكرناه وإن احتاج إليه أرباب الوقف ولم يكفهم غلته أو كان بيعه أعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه، انتهى.

ونحوه ما عن الكفاية، هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية، والظاهر أن المراد بتأدية بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان التأدية في بعض تلك العبارات متحدا مع عنوان خوفها وخشيتها في بعضها الآخر، ولذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذلك، كما اتفق للفاضلين والشهيد ونسب بعضهم عنوان الخوف إلى الأكثر، كالعلامة في التذكرة وإلى الأشهر كما عن إيضاح النافع، وآخر عنوان التأدية إلى الأكثر، كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة، فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأدية بقاءه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن، المتيقن عن فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف أربابه، اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنص كون الاختلاف من باب المقدمة وأن الغاية المجوزة هي مظنة الخراب

وإن شئت الاطلاع على نظرات الفقهاء العظام فانظر إلى ما جمعه المصنف قدس سره فإنه رحمه الله قد استقصى الكلام في ذلك بنحو لم يبق مورد له دخل في كيفية الاستنباط إلا وقد أشار إليه.

إذا عرفت ما ذكرنا فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد وأخرى في المنقطع.
أما الأول فالذي ينبغي أن يقال فيه أن الوقف على قسمين:
أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعته فلهم استئجاره و
أخذ أجرته ممن أنتفع به بغير حق.

والثاني: ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير، { ١ } كما
في المساجد والمدارس والربط بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين،
كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو
سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجره المثل.

والكلام يقع تارة: في الوقف المؤبد، وأخرى: في المنقطع.
{ ١ } أما الأول: ففي المكاسب: إن الوقف على قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا
للموقوف عليهم، والثاني: ما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير...
تنقيح القول في المقام: إن الكلام يقع أولا: في أنه هل يخرج الملك عن ملك
الواقف أم لا؟
ثم في أنه على فرض الخروج هل يدخل في ملك الموقوف عليه خاصا أو عاما
أولا،

أم يفصل بين العام والخاص؟
أما الموضع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذي ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله صلى الله
عليه وآله: حبس الأصل وسبل الثمرة (١). وبقول الفقهاء: إنه تحبب الأصل وتسبيل
الثمرة. بتقريب: إن الظاهر من الحبس ابقائه على حاله وملك مالكه.
وفيه أن الظاهر من الحبس بقريضة تسبيل المنفعة، الحبس على الموقوف عليه كما
أن التسبيل له لا التحبب على الواقف.
وقد استدل للخروج عن ملكه بوجوه بينة الفساد
والصحيح أن يستدل له: بأن الملكية من الاعتبارات، والاعتبار لا بد وأن يكون
بلحاظ الآثار، فالاعتبار الذي لا يترتب عليه أثر لغو لا يصدر من العقلاء والشارع

(١) المستدرک باب ٢ من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

وحيث إن اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعا من التصرفات ورجوع منافعه إلى الموقوف عليه لغو وبلا أثر، فلا يصدر من العقلاء والشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

ويمكن أن يستدل له بما اشتمل من النصوص (١) على كيفية الوقوف وصدقات المعصومين عليهما السلام من قولهم بتا بتلا أي منقطعا عن الواقف ومبانا عنه، لأن البت والبتل بمعنى القطع.

وأما الموضوع الثاني:

فعن الأكثر - بل المشهور - : انتقاله إلى الموقوف عليه، ونقل الحلبي عن بعضهم: اختيار انتقاله إلى الله تعالى، وعن المبسوط: نسبه إلى قوم، وعن الشهيد الثاني في المسالك، والعلامة في القواعد: التفصيل بين العام والخاص.

وقد استدل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجوه:

الأول: إن المتلف للعين الموقوفة يكون ضامنا للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكا له لما كان وجه للضمان.

وفيه: أنه يكفي في الحكم بالضمان إضافتها إليه ولو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البديل كالمبدل موردا ومصرفا لانتفاعه به.

الثاني: إن فائدة الملك - وهي استحقاق النماءات والمنافع - تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.

وفيه أن ملكية المنافع والنماءات إن لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملكية العين، وأما إذا تعلق الانشاء بها مستقلا - كما في باب الإجارة - فلا تكشف عن ملكية العين،

والمقام من هذا القبيل، فإن الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال.

الثالث: إن الوقف من أركانه الموقوف عليه، إما خاصا أو عاما، ولو كان مجرد

(١) الوسائل باب ٦ و ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات.

والظاهر أن محل الكلام في بيع الوقف إنما هو القسم الأول.
وأما الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك. { ١ }
وبالحملة فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا،
وحينئذ فلو خرب المسجد، وخربت القرية، وانقطعت المارة عن الطريق الذي فيه
المسجد، لم يجز بيعه

إلا جعله مسجدا، وقد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون أن يجعله الواقف
وقفا على المصلين.

ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة ولا الانتفاع، كما في المعلقة الموقوفة على
الروضات والمشاهد المقدسة.

أما في الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فإنه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم
ملكية العين، إذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة أيضا ملكا.

وأما في الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك في
النصوص بالصدقة التي هي الاعطاء مجانا بقصد القرية، سيما وفي بعضها مثل ما تضمن
(١)

صدقة الإمام الكاظم عليه السلام نسبتها إلى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فإنه لا ينبغي
التوقف

في استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

إذا عرفت أن للوقف قسمين: أحدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، وثانيهما: ما

لا يكون ملكا لهم بل هو فك وتحرير، فاعلم: أنه يقع الكلام في مقامين:

الأول: في بيع ما لا يكون ملكا في الموارد التي لو كانت ملكا كان يجوز بيعها.

الثاني: في ما يكون ملكا لهم.

{ ١ } أما المقام الأول: فقد قال المصنف قدس سره وأما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في
عدم جواز بيعه لعدم الملك.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٥.

وصرف ثمنه في احداث مسجد آخر أو تعميره.
والظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.
نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم
تمامية الملك، بل لعدم أصل الملك برجوعها إلى الله ودخولها في مشاعره أنه مع
اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة يؤجر للزراعة ونحوها، مع المحافظة
على الآداب اللازمة لها إن كان مسجدا مثلا، وأحكام السجلات لئلا يغلب اليد،
فيقضى بالملك وتصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب
والأحوج والأفضل احتياطا، ومع التعارض فالمدار على الراجح، وإن تعذر
صرف إلى غير المماثل، كذلك فإن تعذر صرف في مصالح المسلمين. وأما غير
الأرض من الآلات والفرش والحيوانات وثياب الضرائح ونحوها، فإن بقيت على
حالتها وأمكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي أعدت له كانت على حالها،
وإلا جعلت في المماثل، وإلا ففي غيره، وإلا ففي المصالح على نحو ما مر.

الكلام في هذا المقام يقع في موارد:

أحدها: في حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالخانات والمدارس ونحوها.

ثانيها: في حكم المسجد.

ثالثها: في أجزاء المسجد.

رابعها: في ثوب الكعبة.

أما المورد الأول: فإن قلنا بأنه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين
قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، ولا إجارتها لعدم ملك المنفعة على الفرض.
فما

عن بعضهم من جواز الإجارة حتى في مثل المسجد إذا خرب لا ينطبق على هذا المبنى،
وأما على المختار من عدم اعتبار ذلك وأنه يكفي كونه مالكا للبيع ومسلطا على التمليك
- كما في بيع الكلي في الذمة وإجارة الحر نفسه - فلا اشكال في جواز البيع، إذ كما
يقال

في الوقف الخاص: إن العين بشخصها محبوسة ما دام إلى ذلك سبيل وإلا فهي محبوسة

وإن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، أو ما قام مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة والعود ملكا للمسلمين ليصرف في مصالحهم والعود إلى المالك، ومع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك. ويحتمل بقاءه على الوقف وبيع احترازا عن التلف والضرر ولزوم الحرج وتصرف مرتبا على النحو السابق، وهذا هو الأقوى، كما صرح به بعضهم، انتهى.

وفيه أن إجارة الأرض وبيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونه ملكا للمسلمين { ١ } ولو على نحو الأرض المفتوح عنوة، لكنه غير ثابت والمتيقن خروج عن ملك مالكة. وأما دخوله في ملك المسلمين فمفني بالأصل، نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة، ولا يتعلق عليهم أجره،

بماليته دون شخصها فتبديل بعين أخرى تجعل مكانها كذلك يقال في الوقف العام أن العين محبوسة بشخصها ما دام يمكن الانتفاع بها، وإلا فهي محبوسة بماليته ومطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما أصلا.

وبما ذكرناه يظهر حال الإجارة، وأنها تصح، بل هي أولى بذلك من البيع، فإن فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية.

{ ١ } كما أنه ظهر حكم حصير المسجد، فإنه كسائر الأوقاف العامة، ولا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما أفاده المصنف قدس سره.

كما أنه ظهر حكم الأوقاف العامة التي ليست لأجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالترزين، فإنها وإن لم تكن مملوكة لأحد لعدم الدليل إلا أنه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

ثم إنه ربما ينافي ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته { ١ } مثل رواية مروان بن عبد الملك، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام:

عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته وبقي بعضه في يده هل يصلح أن يبيع ما أراد؟ قال: يبيع ما أراد ويهب ما لم يرد وينتفع به ويطلب بركته، قلت: أيكفن به الميت؟ قال: لا، قيل: وفي رواية أخرى يجوز استعماله وبيع نفسه، وكذلك ما ذكره في بيع حصر المسجد إذا خلقت وجدوعه إذا خرجت عن الانتفاع.

اللهم إلا أن يقال إن ثوب الكعبة وحصير المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت والمسجد فيكون كسائر أموالهما. ومعلوم أن وقفية أموال المساجد والكعبة من قبيل القسم الأول، وليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة ولو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل وبين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد، كالحصير الذي يشتريه الرجل ويضعه في المسجد، والثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه، إلا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

وأما المورد الثاني: فملخص القول فيه: إن للمسجد - مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة ويجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة وغيرها - حيثية أخرى، وهي حيثية المسجدية وأحكام خاصة من حرمة تنجيسه ووجوب إزالة النجاسة عنه ونحوهما، وهذه الحيثية - أي حيثية كون الأرض بيت الله - قائمة بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، وهذه الحيثية تمنع عن بيعه.

وأما إجارتها فيما أنه لا تنافي هذه الحيثية، ومن حيث إنه وقف عام أيضا لا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها. وبذلك ظهر تمامية ما أفاده كاشف الغطاء قدس سره. { ١ } قوله ما ورد في بيع ثوب الكعبة (١) سيأتي البحث فيه في المورد الرابع

(١) الوسائل باب ٢٦ من أبواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

ثم الفرق بين ثوب الكعبة وحصير المسجد، أن الحصير يتصور فيه كونه وقفاً على المسلمين، ولكن يضعه في المسجد، لأنه أحد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع في المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به ولو في مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به في غيره ولو مع حاجته لكن يبقى الكلام في مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيراً في المسجد أو وضع حب ماء فيه. وإن كان الظاهر في الأول الاختصاص وأوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه.

وفي الثاني: العموم فيجوز التوضي منه وإن لم يرد الصلاة في المسجد، والحاصل أن الحصر وشبهها الموضوعه في المساجد وشبهها يتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، وليست من قبيل نفس المسجد وأضرابه فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافي ما ذكرنا. نعم ما ذكرنا لا يجري في الجذع المنكسر من جذوع المسجد التي هي من أجزاء البنيان مع أن المحكي عن العلامة وولده والشهيدين والمحقق الثاني جواز بيعه، وإن اختلفوا في تقييد الحكم وإطلاقه، كما سيحىء إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد. فإن وقفها وجعلها مسجداً فكملك، بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب والأحجار فإنها تصير ملكاً للمسلمين، فتأمل.

وكيف كان فالحكم في أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأساً هو أبقاؤها مع التصرف في منافعها، كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه. وأما أجزاءه كجزوع سقفه وآجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة في صرف عينه

وأما المورد الثالث: فالظاهر أن حالها حال المسجد، فإنها من أجزائه، وتجمعها والعرصة صيغة واحدة، وبناء الأصحاب على ترتب أحكام المسجد عليها من حرمة التنجيس ووجوب إزالة النجاسة وغيرهما ما لم يصرح بعدم دخولها في المسجد، وعليه فلا يجوز بيعها بوجه. فإن أمكن الانتفاع بها في ذلك المسجد، وإلا ينتفع بها في مسجد آخر، وإن لم يمكن صرفت في سائر مصالح المسلمين.

يجب صرف عينه فيه، لأن مقتضى وجوب ابقاء الوقوف واجرائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب ابقائه جزءاً للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمؤنته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال، وإن لم يكن مصلحة في رده جزءاً للمسجد، فبناء على ما تقدم من أن الوقف في المسجد وأضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك، وحينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك، كاحراقه لأجر المسجد ونحو ذلك، كما عن الروضة وإلا صرف في مسجد آخر، كما في الدروس، وإلا صرف في سائر مصالح المسلمين، قيل: بل لكل أحد حيازته وتملكه. وفيه نظر، وقد الحق بالمساجد المشاهد والمقابر والخانات والمدارس والقناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، والكتب الموقوفة على المشتغلين والعبد المحبوس في خدمة الكعبة ونحوها، والأشجار الموقوفة لانتفاع المارة والبيواري الموضوعة لصلاة المصلين وغير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين ونحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالإجارة

وما عن كاشف الغطاء من أن لكل أحد حيازتها وتملكها - من جهة أن للموقوف عليهم الانتفاع بها ومنها التملك بالحيازة.

ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك.

كما أن ما عن جماعة من الفرق بين عرصة المسجد وبنائه، في غير محله.

وأما المورد الرابع: فقد دلت النصوص (١) على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنة، ولا يهمننا البحث في تطبيقها على القواعد.

وما أفاده المحقق الأيرواني قدس سره من: أن عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة، فالعين باقية على ملك مالكها وقد أذن في التصرف كذلك.

غير تام، فإن لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن إذنه أو مات وانتقل إلى وراثته ولم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

(١) الوسائل باب ٢٦ - من أبواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

ونحوها وصرفها في مصارفها، كما في الحمامات والدكاكين ونحوها، لأن جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم ابقاؤها على الإباحة، كالطرق العامة والأسواق.

وهذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك لا تمليكا. ولو أتلّف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف، ففي الضمان وجهان { ١ } من عموم على اليد، فيجب صرف قيمته في بدله، ومن أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه { ٢ } والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا، وأن الظاهر عن التأدية في حديث اليد الايصال إلى المالك، فيختص بأمالك الناس { ٣ } والأول أحوط وقواه بعض إذا عرفت جميع ما ذكرنا.

وما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره من: أنه ليس حسبا مؤبدا مع وضوح أن المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بل لا قصد لمعطيه إلا تزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت وسدنته أو لعامة المسلمين، أقرب إلى الصواب.

{ ١ } قوله ولو أتلّف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزاءها متلف ففي الضمان وجهان. قد استدل لعدم شمول على اليد (١) له بوجوه.

{ ٢ } الأول: ما في المتن وهو: أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، والمفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاهها ظالم.

وفيه: إن هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فإن المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونة، مع أن العين التالفة تحت اليد مضمونة.

{ ٣ } الثاني: ما في المتن أيضا وهو: إن الظاهر من التأدية الايصال إلى المالك، فيختص بأمالك الناس.

وفيه: إن الظاهر منها التأدية إلى أهله كان هو مالكا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: إن الضمان إنما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل، فلا بد وأن يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة، ومع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة.

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغضب حدیث ٤.

فاعلم أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
الأولى: أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه { ١ }
كالحيوان المذبوح والجذع البالي والحصير الخلق، والأقوى جواز بيعه وفاقا لمن
عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم،

وفيه: أولا: معنى الضمان كون العين في العهدة وأثرها وجوب رد العين، ومع تلفها
رد بدلها، والقائم مقامها ملكا أو موردا للانتفاع.
وثانيا: أنه لا مانع من اعتبار كون الكلبي في ذمة الذي هو مورد لملك الانتفاع،
والتقوم بمن له الذمة يكفي فيه هذا المقدار. فالأظهر هو الضمان بالاتلاف أو التلف.
صور بيع الوقف - الصورة الأولى
وقد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.
وتنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.
{ ١ } الأولى: أن يخرب الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.
وقد استدلل المصنف قدس سره لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:
الأول: إن المقتضي موجود والمانع مفقود.
الثاني: الاستدلال وإقامة الدليل على الجواز.
أما الأول: فبتقريب: إن المقتضي للجواز وهو الملك موجود، فيعمه المقتضي في
مقام الأثبات وهو أدلة نفوذ البيع والمانع مفقود - بالتفصيل الذي سيمر عليك - فلا بد من
البناء على الجواز.
وأورد عليه: بأن الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع إلا ببطلان
الوقفية، وهو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع الوقف وتبديله وسراية الوقفية إلى
بدله.

لعدم جريان أدلة المنع. أما الاجماع فواضح { ١ } وأما قوله لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. { ٢ } وأما قوله عليه السلام الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها، فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف { ٣ } وليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف، وأن ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه وتركه. وقد تقدم ذلك وتضعيف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه، ولو سلم أن المأخوذ في الوقف ابقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين والمفروض تعذره هنا { ٤ }.

ولكن يدفعه: إن المصنف قدس سره لا يسلم المبنى، مع أنه على هذا المبنى أيضا يمكن أن يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك.

وقد ذكر في وجه عدم جريان أدلة المنع: إن أدلة المنع ثلاثة: الاجماع، وقوله عليه السلام: لا يجوز شراء الوقف (١). وقوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. (٢)

وشئ منها لا يجري في المقام.

{ ١ } أما الاجماع فواضح.

{ ٢ } وأما الثاني: فلانصرافه إلى غير هذه الحالة.

{ ٣ } وأما الثالث: فلأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء

الوقف وليس عدم البيع منها.

{ ٤ } مع أنه لو سلم أخذ ابقاء العين في الوقف فحيث إن الوقف تحييس العين

وتسبيل الثمرة، فهو يختص بصورة امكان الانتفاع، فكما أنه في أول الأمر مع عدم وجود

الثمره لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامة ذلك، فبنفاد الثمره يبطل الوقف.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

والحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، وهو الحاكم أو المتولي.

والحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الكل { ١ } والأول تضييع مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليه،

وبهذا البيان يظهر الوجه في دعوى انصراف لا يجوز شراء الوقف عن مثل الفرض، فالأظهر جواز البيع في هذه الصورة.

وأما الطريق الثاني: فقد استدل للجواز.

{ ١ } بأن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، وبين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، وبين تبديله بما يبقى وينتفع به الجميع.

والأول تضييع مناف لحق الله وحق الواقف وحق الموقوف عليهم. والثاني مناف لحق سائر البطون، مع أنه يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين اتلافه ونقله. والثالث هو المطلوب.

ولكن يرد على ما أفاده في الشق الأول وهو أن تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى والواقف والموقوف عليه أمران:

الأول: ما تقدم من أنه لا أصل لهذه الحقوق وهي غير ثابتة، وليس هناك إلا التعبد بعدم البيع أو أخذه في مفهومه.

الثاني: إنه لو سلم هذه الحقوق فهي متعلقة بالعين الموقوفة وتتوقف على ثبوت المنفعة فيها، وإلا فلا حق للموقوف عليه باعتبار الانتفاع دنيويا، ولا للواقف أخرويا مترتبا على الدنيوي، ولا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حق كي يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق. اللهم إلا أن تكون الحقوق قائمة بالأعم من العين والمالية لكن ذلك أول البحث.

وأما مسألة كون الإبقاء تضييعا فيرده: إن كون مثل هذا التضييع حراما غير مسلم،

وبه يندفع استصحاب المنع مضافا إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وهو انتفاع جميع البطون بعينه، وقد ارتفع قطعاً، فلا يبقى ما كان في ضمنه. { ١ } وأما الثاني فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين اتلافه ونقله والثالث هو المطلوب.

مع أنه لو سلم فلا اشكال في أن حرمة التضييع مقيدة بما إذا لم يكن ذلك بتجويز من الشارع فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير اتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة.

ويرد على ما أفاده في الشق الثاني - مضافاً إلى ما مر.

إن جواز الاتلاف لا يستلزم جواز البيع، فإن جواز الاتلاف يكفي فيه الملكية الفعلية، وجواز البيع لا يكفي فيه تلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسلة غير محدودة، وسيأتي أن ملكية البطن الموجود ليست كذلك. وأما استصحاب المنع فردة المصنف قدس سره.

{ ١ } بأن المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف وقد ارتفع يقينا فلا يبقى ما كان في ضمنه.

وفيه: إنه إن أراد بذلك أنه من قبيل القسم الثالث من أقسام الاستصحاب الكلي. فيرد عليه: إن انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها والمنع عن نقلها من قبيل اللازم والملزوم، أو المتلازمين لا من قبيل الكلي والفرد. وارتفاع الملزوم أو الملازم لا يقتضي ارتفاع اللازم أو الملازم الآخر لا مكان قيامه بملزوم آخر.

وإن أراد به ارتفاع الموضوع.

فيرد عليه: إن العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التي لا ينتفع بها، والانتفاع من الحثيات التعليلية لا التقييدية،

نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم { ١ } بتبديله بما يبقى لهم فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمنة بقاءه، فتأمل.

وكيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا وجه لترخيص البطن الموجود في اتلافه، ومما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود { ٢ } وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالإسكافي والعلامة وولده والشهيدين والمحقق الثاني، وحكى عن التنقيح والمقتصر ومجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك، فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل، وللمعدومين بالقوة، كان الثمن كذلك { ٣ } فإن الملكية اعتبار عرفي أو شرعي يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتملك الواقف. فكذلك المعدوم مالك له شأننا بمقتضى تملك الواقف وعدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو في الملك الفعلي لا الثاني، ودعوى أن الملك الثاني ليس شيئا محققا موجودا

فالصحيح في وجه المنع من الاستصحاب الوجه الأول بضميمة ما ذكرناه في محله من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

{ ١ } قوله نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى... فلا وجه لمراعاتهم. وفيه ما تقدم من أن تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس ويوجب كون الحبس متعلقا بالعين بما لها من الخصوصية الشخصية ما دام إلى الانتفاع بها كذلك سبيل - وبها بعنوان أنها مال إذا لم يمكن ذلك فراجع.

حكم الثمن على تقدير البيع
وتمام الكلام ببيان أمور.

الأول في حكم الثمن على تقدير البيع قال.

{ ٢ } ومما ذكرناه يظهر أن الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود.

وقد استدل المصنف قدس سره لعدم الاختصاص بوجهين:

{ ٣ } أحدهما: إن البدلية تقتضي ذلك، لأن المبيع ملك للموجودين بالفعل، وملك للمعدومين بالقوة، وشأننا بمقتضى تملك الواقف، فكذلك الثمن.

يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز أن تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود { ١ } وإليه أشار الشهيد قدس سره في الفرع الآتي حيث قال: إنه يعني الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حده خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة.

ودعوى أنه لا تحقق للملك الشأني.

يكذبها انشاء الواقف له كانشائه لملك الموجود، وعليه فحيث إن المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد وأن يدخل العوض في ملك الجميع. وفيه: إن الملكية أمر اعتباري، وهي إما متحققة أو لا. وليست الملكية الشأنية سنخا من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لأن يصير ملكا، وانشاء الواقف إنما يكون سببا لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على أمر متأخر. فكون الانشاء موجودا لا يلازم كون المنشأ كذلك. وبالجملة: المتحقق بالنسبة إلى البطن اللاحق ليس إلا القابلية لا الملكية الاعتبارية، وعليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضي الاشتراك، ومجرد القابلية لا يكون من الحقوق التي تكون متعلقة بالمبيع ليسري إلى بدله بالمبيع.

{ ١ } الثاني: إن ملكية كل بطن للعيين الموقوفة ليست ملكية مرسله غير محدودة بزمان أو زماني، بل هي بحسب انشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن وحياته. وبعبارة أخرى: الواقف إنما أنشأ ملكية كل طبقة بانسباط ما له من الملكية المرسله على جميع الطبقات، فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها، وعليه فإذا أعطى البطن الموجود ما له من الملكية لم يكن ذلك بيعا.

مع أن لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا، وإن أعطى الملكية المرسله المنبسطة فبالنسبة إلى مقدار ملكية البطون اللاحقة إما بالولاية أو بإذن المتولي أو إذن الحاكم الشرعي فلا محالة يدخل الثمن

واختاره المحقق في الشرائع في دية العبد الموقوف المقتول. ولعل وجهه أن الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلق حق البطون اللاحقة، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلا ولا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن ولا دليل عليه، ومجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظيا يقتضي البدلية والتنزيل، بل هو بدل له في الملكية وما يتبعها من حيث هو ملك. وفيه أن ما ينقل إلى المشتري إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق، فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا وإن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذي لا يزول إلا بالناقل، فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو المثلث. ومما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون في الثمن أولى من اشتراكهم في دية العبد المقتول، حيث إنه بدل شرعي يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف { ١ } فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن، فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية

في ملك الجميع على النحو الذي كان المثلث ملكا لهم. مع أنه: إن كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من أنه ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره المصنف أخيرا وهي رعاية الحقوق، فلا اشكال في عدم الاختصاص كما لا يخفى.

{ ١ } قوله حيث إنه بدل شرعي يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف. دية العبد المقتول إن جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها وبين المقام فإن جاعل البديل كان هو الله تعالى أو العبد لا يصلح فارقا. وإن كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا. وبه يظهر أن مجرد كون البدلية شرعية لا يوجب الأولوية كما أن تأخر صيرورته بدلا لا يصلح لذلك.

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض، ومن هنا اتضح أيضا أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذي حكموا بكونه رهنا، لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكة الأول { ١ } فجاز أن يرتفع إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بانشائه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه في الوجود. وقد تبين مما ذكرنا أن الثمن حكمه حكم الوقف، في كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم، فإن كان مما يمكن أن يبقى وينتفع منه البطون على نحو المبدل. وكانت مصلحة البطون في بقاءه أبقى، وإلا أبدل مكانه ما هو أصلح. ومن هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف في البدل { ٢ } بل نفس البدلية تقضي كونه كالمبدل، ولذا علله الشهيد رحمه الله في غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل أن يملك لا على حده. ثم إن هذا العين حيث صارت ملكا للبطون فلهم، أو لوليهم أن ينظر فيه ويتصرف فيه بحسب مصلحة جميع البطون ولو بالاببدال بعين أخرى أصلح لهم،

{ ١ } قوله لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنه ملك لمالكة الأول. محصله - أن حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن ومتفرع عليه فلا محالة يزول بزوال الملك وحدوثه بحدوث ملك البدل يحتاج إلى دليل - وهذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فإنه لا يكون متفرعا على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع في عرض واحد في مقام الانشاء فإذا أزلت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع. حكم بدل العين الموقوفة { ٢ } الثاني: إنه قد ظهر مما ذكرناه: أنه لا حاجة إلى صيغة الوقف في البدل. وقد يقال: إن الوقف إذا كان عين تملك الطبقات على التدرج وكان عدم جواز البيع من آثار هذا التملك الخاص فتتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج إلى إجراء صيغة

بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق وليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر { ١ } لأن ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائي وبدل الوقف إنما هو بدل له في كونه ملكا للبطون فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائي ومما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف. { ٢ } كما هو ظاهر التذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمقتصر ومجمع الفائدة، بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصح، لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين والمعدومين، فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة وولده والشهيد وجماعة فأوجبوا المماثلة مع الامكان، لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. [٣] وفيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة وقد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معيناً من دون تعلق غرض بالعين وقد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته، فيبيع فدار الأمر بين أن يشتري بثمنه بستانا في موضع لا يصل

الوقف، وأما إن كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تملك الطبقات تدريجا من دون حصول عنوان الحبس، فلا بد من انشائه بالصيغة. ولكن هذا لو تم فإنما هو بناء على كون دليل الجواز هو وجود المقتضي وعدم المانع. وأما بناء على ما اخترناه في وجه الجواز من كونه ابقاء للوقف وحفظا للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتياج إلى اجراء الصيغة واضح. { ١ } الثالث: الظاهران البديل ليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه، والوجه في ذلك ما تقدم من أن الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع وحدوث الخراب، فما بقي على الوقفية هو المالية. وخصوصية الثمن لا تكون وقفا كما كانت كذلك في المثل حسب انشاء الواقف، فيجوز تبديله وبيعه ما لم يضر بالمالية.

{ ٢ } الرابع: إنه قد ظهر أيضا مما ذكرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، ولكن قد استدل لوجوب شرائه بوجوه. { ٣ } الأول: إن المثل أقرب إلى مقصود الواقف.

إليهم إلا قيمة الثمرة، وبين أن يشتري ملكا آخر يصل إليهم أجره منفعتة. فإن الأول: وإن كان مماثلا إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده، إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه في انشاء الوقف ليجري الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

فالحاصل أن الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف، وإذا بيع وانتقل الثمن إلى الموقوف عليهم { ١ } لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم، هذا قال العلامة في محكي التذكرة: كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع ويصرف الثمن إلى جهة الوقف، فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به، كان أولى، وإلا جاز شراء كل ما يصح وقفه،

وفيه: أولا: إن غرض الواقف لا ضابط له.

وثانيا: إنه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضا عقديا ومصبا للعقد.

الثاني: إنه لا اطلاق للأدلة المجوزة، والمتيقن منها هو البيع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

وفيه: إن مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كي يجري فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: وهو الصحيح، ومحصله: إن الواقف حينما وقف العين التي لها مالية، وخصوصيات نوعية، وخصوصيات شخصية، قد حبس الجميع ما دام إلى الانتفاع بها سبيل، وإلا فالجهتان الأوليتان محبوستان، وعليه فلا بد من رعاية الخصوصيات النوعية. اللهم إلا أن يقال: إن المعلوم من حال الواقف لحاظ مالية العين والخصوصيات الشخصية، أما لحاظ الخصوصيات النوعية وتعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم، والأصل عدمه، والأحوط الأول.

{ ١ } وعلى أي تقدير: يجوز بيعه بالنقود وشراء المماثل أو غيره بها، وقد فرضه المصنف قدس سره في المقام، والوجه فيه تعارف البيع بالنقود وتعسر بيعه بالمماثل.

وإلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء، لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام وبين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأييد فإذا لم يمكن التأييد بحسب الشخص وأمكن بحسب النوع وجب، لأنه موافق لغرض الواقف وداخل تحت الأول الذي وقع العقد عليه ومراعاة الخصوصية الكلية يفضي إلى فوات الغرض بأجمعه، ولأن قصر الثمن على البائعين يقتضي خروج باقي البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع أنهم يستحقون من الوقف، كما يستحق البطن الأول وتعذر وجودهم حال الوقف لا يخرجهم عن الاستحقاق.

قال بعض علمائنا والشافعية: إن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأي انتهى.
ولا يخفى عليك مواقع الرد والقبول في كلامه رحمه الله { ١ } ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون { ٢ } ويحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان { ٣ } لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف، إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف في نفس العين. والظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف ويحتمل بقائه، لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببذلها،

{ ١ } قوله ولا يخفى عليك موارد الرد والقبول في كلامه.
موقع القبول حكمه بالبيع وشراء عين أخرى مكانه.
موقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل - كما تقدم.
وحكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين أخرى - فإنه يجب التأمين والصبر إلى أن يتيسر الشراء كما سيحجى.
من له ولاية البيع

{ ٢ } الخامس: ما أفاده بقوله ثم إن المتولي للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم.

وفي المقام قولان آخران:

{ ٣ } أحدهما: أن يكون ذلك إلى الناظر إن كان.

ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله ولم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين { ١ } فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذ فتوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به ولو مع الخيار إلى مدة ولو طلب ذلك البطن الموجود، فلا يبعد وجوب إجابته ولا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

ثانيهما: عدم الاحتياج إلى الضميمة.

واستدل للأخير: بأن الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم إلى ضم شخص آخر.

وفيه: إن ملكيتهم محدودة، واعطاء الملكية المرسلة اعطاء لما ليس لهم. واستدل للقول الأول: بأن الحاكم ولي المعدومين، إما من باب كون الحاكم ولي القاصر، أو لكونه ولي الممتنع، الشامل للممتنع عن اختيار أو اضطرار. وبأن ذلك أحد الأمور الحسبية.

وفيها نظر:

أما الأول: فلأن المعدوم في المقام لا يكون من القاصر ولا الممتنع، لأن السالبة هنا بانتفاء الموضوع.

وأما الثاني: فلتوقفه على لزوم البيع وعدم ثبوت هذا الحق للناظر. والأول غير ثابت، والثاني فاسد كما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثاني، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما أفاده المصنف قدس سره، وحاصله: إن الناظر له التصرف في نفس العين، ولا دليل على نظارته على

البدل. ولكن يدفعه: إن بيع الوقف يكون حفظاً للوقف بعنوان أنه مال، فيكون ذلك من أهم الأمور الملحوظة للواقف. فالأظهر كون ذلك على الناظر لو كان. نعم مع عدمه تصل النوبة إلى الحاكم الشرعي.

{ ١ } السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالنقدين ولم يمكن شراء ما ينتفع به، فهل يدفع الثمن إلى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصة فإنه لا يجوز قطعاً

نعم لو رضي الموجود بالاتجار به وكانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة إلى أن يوجد البديل والربح تابع للأصل { ١ } ولا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع وليس كالنماء الحقيقي،

بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، أم يوضع عند أمين، أم عند الناظر لو كان؟ وجوه.

قد استدل لعدم جواز الدفع إلى الموجود: بأنه مال مشترك بينه وبين سائر البطون فلا يجوز جعله تحت سلطنته، وإنما كان يدفع العين إليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلا بلا مزاحم، وكذلك بدلها الذي ينتفع به. وأما البديل الذي لا ينتفع به فلا سلطنة له على الانتفاع

به كي تكون له السلطنة على البديل فيدفع إليه لذلك.

وفيه: إن الثمن وإن كان لا ينتفع به إلا أنه ملك للبطن الموجود وليس كالمملك المشترك عرضاً، بل الاشتراك طولي، فهو في هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة، ولازم ذلك سلطنته على إمساكه.

ولو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه إلى الناظر لأنه المنصوب لذلك، وإلا فيوضع عند أمين.

وإذا لم يمكن شراء شيء ينتفع به بدون الخيار، وأمكن شراء ما ينتفع به مع الخيار، هل يجوز ذلك أم لا؟

ربما يقال بالثاني نظراً إلى أن البديل وقف والوقف عبارة عن تحبيس العين، وهذا ينافي مع الخيار، إذ الحبس إلى أن يفسخ حبس موقت لا دائم.

ولكن يدفعه: أن وقف البديل - كما تقدم - غير وقف الأصل، فإن وقف البديل إنما هو حبسه بما أنه مال ولا دخل لخصوصياته الشخصية في الوقف، ولذا بنينا على جواز التبديل اختياراً، والخيار لا ينافي حبسه بما هو مال، إذ غايته الفسخ والتبديل بعين أخرى، وعليه فيجوز ذلك، ولو طلب البطن الموجود ذلك وجب حفظاً لحق الانتفاع به. { ١ } ولو رضي البطن الموجود في الاتجار، وكان ذلك صلاحاً لجميع البطون، جاز الاتجار به ويكون الربح مشتركاً بين البطون، لأن مجموع ما اشترى بالثمن ويبيع بالثمن

ثم لا فرق في جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه { ١ } فيباع البعض المخروب، ويجعل بدله ما يكون وقفًا ولو كان صرف ثمنه في باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكًا للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة، ومنه يعلم جواز صرفه في وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب في تعمير وقف آخر عليهم ولو خرب بعض الوقف، وخرج عن الانتفاع وبقي بعضه محتاجًا إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة، فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقي، وإن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التي يستحقها البطن الموجود، إذا لم يشترط الواقف اخراج مؤنة الوقف عن منفعته قبل قسمته في الموقوف عليهم وهنا فروع آخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وقع بإزاء ما هو بدل الوقف، فلا محالة يشترك فيه الجميع، وليس الربح من المنافع كي يختص به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة ووقعت بإزاء المالية التي كانت وقفًا، فإلى أي مرتبة وصلت المالية تكون باقية على الوقفية.

{ ١ } السابع الظاهر عدم الفرق في جواز البيع بين خراب الجميع أو البعض، كما لا ينبغي الإشكال في جواز صرف الثمن في الباقي، أو وقف آخر عليهم.

إنما الكلام فيما إذا كان انتفاع البطون اللاحقة بالباقي محتاجًا إلى ذلك، ولم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف أم لا؟

وقد يقال بالجواز نظرًا إلى تعارض الضررين.

ولكن الحق عدم الجواز، لأن الضرر في نفسه متوجه إلى البطون اللاحقة، ولا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم.

فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه { ١ } كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئاً معتداً به، فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطي به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصه فلا ينبغي فلا ينبغي الاشكال في عدم الجواز وإن كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته أكثر من منفعة العرصه، بل يساوي منفعة الدار، ففي جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضي للمنع وهو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه حيث لا يجدي نفعاً. وقد تقدم التصريح من العلامة في التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف ولم يجز بيعها.

اللهم إلا أن يحمل النفع المنفي في كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين. فإن الحمام الذي يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصه، تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئي، كمجمع الزبائل ونحوه، يصدق عليه أنه لا يجدي نفعاً، وكذا القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور أنهارها وهلاك أهلها، ولا تكون تسلب منافع أراضيها رأساً، ويشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتاً لا ينتفع بها بالكلية، مع أنها كثيراً ما تستأجر للأغراض الجزئية.

الصورة الثانية

{ ١ } الصورة الثانية: أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفاً أنه لا منفعة فيه كدار انهدمت وصارت عرصه تؤجر بأجرة غير معتد بها. والكلام فيها يقع في موارد:
الأول: ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفاً وكان ماله من المنفعة قليلة جداً بحيث تلحق بالمعدوم.
الثاني: ما إذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتد بها ولو تكن المنفعة بالغة هذه المرتبة من القلة.

فالظاهر دخول الصورة المذكورة في اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدي نفعا، ويشمله الاجماع المدعي في الانتصار والغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذي هو حبس العين وعموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف مشكل. ويؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة، بناء على جواز الانتفاع بها في وجوه أخر كالتسقيف، وجعلها جسرا ونحو ذلك. بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ والحلي رحمه الله لفظيا، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به في منفعة أخرى، الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع ولو قليلا، كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا في الغاية، بحيث يلحق بالمعدوم، أمكن الحكم بالجواز لانصراف قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة. وكذا حبس العين وتسييل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتد بها موجودة، وإلا فمجرد حبس العين وامساكه ولو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع في الصورة الأولى.

الثالث: في وقف العنوان.

أما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ما ذكر في الصورة الأولى من انصراف أدلة المنع وغيره من الوجوه في هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من أن البيع ابقاء الوقف وحفظ الموقوف بما هو مال.

وأما المورد الثاني: فقد يستظهر من القائلين بالجواز في الصورة الأولى الجواز في هذا المورد بحمل قولهم لا يجدي نفعا على إرادة عدم النفع المعتد به.

كما أنه قد يستظهر المنع بحمله على إرادة عدم النفع بالمرّة.

وكيف كان: فالمتبع هو الدليل.

وغاية ما قيل في وجه الجواز ما أفاده المحقق الأصفهاني قدس سره، وحاصله: إن غرض الواقف من الوقف أمران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، وحفظ خصوصية الانتفاع، وحيث إن الغاية المقصودة الانتفاع الخاص، وحبس العين بما هي مقصود بالتبع ولا يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالأصالة فلا محالة يقدم الأول فيجوز البيع

ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف، وعرفت وجه النظر فيه. ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعي في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها { ١ } وفيه ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له في الوقف المؤبد، مع أنه لا دليل عليه، مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشرط في العقود الناقلة يكفي وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالية ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم. ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية. فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه وإن لم تبطل منفعتها أصلا لا مكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان الوقف واحتمال بقاء العرصه على الوقف، باعتبار أنها جزء من الوقف وهي باقية وخراب غيرها وإن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصه كانت جزءا من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا.

واشترى ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة.
وفيه: إن غرض الواقف العقدي إنما هو تسبيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع، فمع بقاء المنفعة وامكان الانتفاع لا وجه لجواز التبديل كما لا يخفى.
فالأظهر عدم الجواز في هذا المورد.
{ ١ } وأما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر قدس سره صحته وبطلان الوقف بانعدام العنوان، وخالفه المصنف قدس سره.
لا اشكال في أن وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له، ولا أظن ذهاب أحد إلى جوازه، والظاهر أن نظر صاحب الجواهر قدس سره إلى أنه يمكن وقف

فهي حينئذ جزء عنوان الوقف الذي فرض خرابه، ولو فرض إرادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف. وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية { ١ } من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصي، بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم لو لم يكن الدارية والبستانية ونحو ذلك مثلا عنوانا للوقف، وإن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير أحواله، ثم ذكر أن في عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه، بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين: أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الاجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع وإن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى

العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية مثلا. والكلام في ذلك تارة: في مقام الثبوت، وأخرى: في مقام الأثبات. أما في مقام الثبوت: فلا أرى فيه محذورا، فإن الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزماني، بأن تعتبر ملكية الشيء ما دام معنونا بالبستانية. ويمكن تأييده بملكية الخل ما دام خلا وإذا انقلب خمرا خرجت عن الملكية، وبملكية الأرض المحيية على القول بدوران الملكية مدار الحياة، وكذلك الأمر في الحبس ملكا، ومقتضى عمومات الوقف والمعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الآخر. ودعوى أنه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التأيد في الوقف. مندفة بأنه لا دليل عليه سوى الاجماع، وهو مختص بالتأيد من حيث الزمان. وتمام الكلام في محله. وأما في مقام الأثبات: فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان في كونه للإشارة إلى المعنون، وأن تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لا بد من ذكره والتصريح به. { ١ } قوله وربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية. لا يخفى أنه في باب الوصية فرق الأصحاب فيما لو أوصى بدار فانهدمت - بين ما

أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لأنه إن أريد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله: وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته. فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضي دوران الملك مدار العنوان. فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي وإن لم يكن في ضمن عنوان البستان، وليس التملك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات، وإن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم { ١ } ولا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا في الموضوع زيادة على عنوانه. وأما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب أن يقايس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها وخروج البستان عن ملك الموصي بموته، وقبول الموصي له، فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات أخرى. { ٢ } ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا.

ما لو كان الانهدام قبل موت الموصي - وبين ما إذا كان بعد موته - وبنوا على بطلان الوصية في الأول دون الثاني.

وقد أيد صاحب الجواهر قدس سره ما ذكره في المقام بما ذكره في الانهدام قبل الموت وجه التأييد واضح حيث إن الوصية إذا لم تكن متعلقة بالعنوان ودائرة مداره لما كان وجه للبطلان.

والمصنف قدس سره أورد عليه بالنقض بما ذكره في المسألة الثانية وتام الكلام في محله.

{ ١ } قوله وإن أريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف والعلم. وفيه أن صاحب الجواهر يدعي أن المراد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله وقفت هذا البستان وظاهر ذلك دخالة العنوان في موضوعيته للوقف.

ولا يقاس ذلك به بيعت هذا البستان إذ البيع لا يحدد من حيث الزمان أو الزماني وهذا بخلاف الوقف وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفا فلا نعيد.

{ ٢ } قوله يقع الكلام في بقائها وبطلانها من جهات أخرى.

لم يذكروا وجهها للبطلان فيما إذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان.

الصورة الثالثة: أن تخرب بحيث يقل منفعته لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم { ١ } والأقوى هنا المنع وهو الظاهر من الأكثر في مسألة النخلة المنقلعة، حيث جوز الشيخ في محكي الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها، إلا على هذا الوجه، لأن الوجه الذي شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده ومنعه الحلي قائلًا ولا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا إلى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع وزوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها، لا مكان التسقيف بها ونحوه وحكى موافقته عن الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وأكثر المتأخرين، وحكى في الإيضاح عن والده قدس سره أن النزاع بين الشيخ والحلي لفظي واستحسنه لأن في تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها والحلي فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها وقيل: يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل. وكيف كان فالأقوى هنا المنع وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب { ٢ } فلا يجوز بذلك البيع، إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود وسيجيء تفصيله.

الصورة الثالثة

{ ١ } الصورة الثالثة: أن يخرب بحيث تقل وهي تنحل إلى صورتين: إحداهما: أن تقل المنفعة التي لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها. كان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاص منها. ثانيتهما: أن تزول المنفعة التي لاحظها الواقف بالمرّة مع وجود غيرها. أما في الصورة الأولى: فلا ينبغي التوقف في عدم الجواز لأدلة المنع عن بيع الوقف. والمصنف ذكر هذه الصورة في ذيل كلامه قال. { ٢ } وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب. وأما في الصورة الثانية: فالأظهر أنه بناء على خروج العين عن الحسية بانتفاء منفعته بالمرّة، تخرج عنها في هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تكون منتفية بالمرّة،

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. { ١ } وظاهر المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدة وجود الموقوف عليه، وقد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد. وقد تقدم عبارته فراجع، وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود. وقد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون، إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه، والأقوى المنع مطلقا. وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك وعلى تقديره، فقد تقدم عن التحرير أن كلام المفيد متأول، وكيف كان فلا اشكال في المنع لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف،

وحيث إن المنفعة الأخرى ليست متعلقة للوقف وغرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق ويكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر. وعلى ذلك فيمكن بناء نزاع المصنف قدس سره والحلي قدس سره في مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، ويكون نظر المصنف قدس سره في افتائه بالجواز إلى الصورة الثانية، ونظر الحلي قدس سره إلى الصورة الأولى، ويكون النزاع بينهما لفظيا.

الصورة الرابعة

{ ١ } الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع وأعود للموقوف عليه. لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن أحد سوى المفيد، ولم يرض العلامة قدس سره باسناده إليه، وعليه فلا قائل به. وكيف كان: فالعمدة في المقام خبران: أحدهما: خبر (١) جعفر بن حنان عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن ثانيهما التوقيع الشريف (٢) المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٩.

وقوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف وغير ذلك وعدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب، عن علي بن رئاب عن جعفر بن حنان. قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه، وقرابته من أمه وأوصى لرجل ولعقبه من تلك الغلة ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة ويقسم الباقي على قرابته وقرابته من أمه، فقال جاز للذي أوصى له بذلك قلت: رأيت إن لم تخرج من غلة تلك الأرض التي أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال: أليس في وصيته أن يعطي الذي أوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم، ويقسم الباقي على قرابته من أبيه وأمه. قلت: نعم قال: ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم. ثم لهم ما يبقى ذلك، قلت: رأيت إن مات الذي أوصى له، قال: إن مات كانت له ثلاثمائة درهم لو رثته يتوارثونها ما بقي أحد منهم، فإن انقطع ورثته ولم يبق منهم أحد كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة. قلت: فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إذا احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة. قال: نعم إذا رضوا كلهم وكان البيع خيراً لهم باعوا والخبر المروي عن الإحتجاج أن الحميري كتب إلى صاحب الزمان جعلني الله فداه. أنه روي عن الصادق عليه السلام خبر مأثور أن الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم وأعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه وكان ذلك أصح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشتري عن بعضهم وإن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز؟ إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك وعن الوقف الذي لا يجوز بيعه فأجاب عليه السلام إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه وإذا كان على قوم من المسلمين فليبيع كل قوم ما يقدر على بيعه مجتمعين ومتفرقين. إن شاء الله. دلت على جواز البيع، أما في خصوص ما ذكره الراوي وهو كون البيع أصح. وأما مطلقاً بناء على عموم الجواب، لكنه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كل واحد بقريئة رواية الإحتجاج، ويؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام عليه السلام من الوقف.

والجواب: أما عن رواية جعفر، فبأنها إنما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم { ١ } لا لمجرد كون البيع أنفع. فالجواز مشروط بالأمرين كما تقدم عن ظاهر النزهة وسيجئ الكلام في هذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع { ٢ } الذي يلاحظه الفاعل، ليكون منشئا لإرادته، فليس مراد الإمام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبدا، بل المراد بيان الواقع الذي فرضه السائل، يعني إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز،

أما خبر جعفر فأورد عليه بايرادات.
الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

وفيه: إن من رجال السند الحسن بن محبوب الذي هو من أصحاب الاجماع.
الثاني: إنه جمع فيه بين الوقف والوصية، فإن الوقف إن كان مقدما بطلت الوصية، وإن كانت الوصية مقدمة كان الوقف فسخا لها، وإن كانا متقارنين بانشاء واحد، فمضافا إلى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصية لتوقف نفوذها على الموت دون الوقف، فيتم سبب الوقف فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية.

وفيه: أنه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم في ضمن عقد الوقف على أن يعطوا المقدار المعين للموصى له، فإذا مات الموصى له عادت جميع المنافع إلى الموقوف عليهم كما هو المفروض في الخبر.

{ ١ } الثالث: ما في المتن، وهو: أنه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع أنفع، فالجواز مشروط بالأمرين.

وفيه: إن هذا الجواب يكفي إلزاما للخصم، وإلا فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة، أي الحاجة إلى نفع زائد ليفي بمؤنته، وهذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها.

{ ٢ } الرابع: ما ذكره المصنف قدس سره أيضا، وهو: إن المراد بالخير يحتمل أن يكون هو

الخير الذي بلحاظه يكون الفعل اختياريا، وهو طلب خير الفعل لما فيه من الداعي الموافق لغرضه، والجواز في هذا الفرض مما لم يقل به أحد.

كما يقال: إذا أردت البيع ورأيتَه أصلح من تركه فبع. وهذا مما لا يقول به أحد، ويحتمل أيضا أن يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التي فرضها السائل. { ١ } وعن المختلف وجماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره في المؤبد لاقتصاره على ذكر الأعقاب { ٢ } وفيه نظر، لأن الاقتصار في مقام الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح أن يقال في الوقف المؤبد أنه وقف على الأولاد مثلا، وحينئذ فعلى الإمام عليه السلام أن يستفصل إذا كان بين المؤبد وغيره فرق في الحكم فافهم. وكيف كان ففي الاستدلال بالرواية مع ما فيها من الإشكال على جواز البيع بمجرد الأنفعية اشكال مع عدم الظفر بالقائل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميري { ٣ } ثم لو قلنا في هذه الصورة بالجواز

وفيه: إن السائل سأل عن البيع الاختياري الموافق لغرضه، وليس هذا أمرا مبهما كي يحتاج إلى تكراره في الجواب. { ١ } الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره أيضا، وهو: أنه يحتمل إرادة الخيرية بلحاظ ما

فرضه السائل من رفع الحاجة. وقد تقدم الكلام في ذلك. { ٢ } السادس: ما عن المختلف وجماعة، وهو ظهور في الوقف المنقطع، ومحل الكلام الوقف المؤبد لاقتصاره على ذكر الأعقاب. وفيه: إن مقتضى اطلاقه على هذا هو جواز البيع في الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، ومن الواضح عدم الفرق بينه وبين المؤبد حينئذ، إذ الفرق إنما يصلح في الطبقة الأخيرة أو بعد انقراضهم كما لا يخفى. فالحق في الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب وعدم افتائهم بمضمونه. { ٣ } وأما الخبر الثاني: فالكلام فيه تارة: في ما أرسله عن الإمام الصادق عليه السلام، وأخرى: فيما أجاب عليه السلام به أخيرا. أما الأول: فهو يدل على جواز البيع إذا كان أصلح، وهو المدعى.

كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء ومنه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد { ١ } فإن مقتضى كون العين مشتركة بين الباطون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع في هذه الصورة والتصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في اسقاط حق اللاحقين أنا ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب، لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا. وأورد عليه بجملة من الإيرادات الواردة على الخبر الأول، وقد تقدم ما فيها.

وقد يقال: إنه يقيد اطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون أخص من المدعى. وفيه - مضافا إلى ما تقدم - أنه لا مفهوم لكلام الإمام عليه السلام كي يقيد به اطلاق هذا الخبر، إذ الشرط إنما ذكر في السؤال لا الجواب. فالحق في الجواب عنه: إنه معرض عنه عند الأصحاب. وأما الثاني: فيرد عليه - مضافا إلى ذلك - أنه في مقام البيان من حيث الاجتماع والتفرق لا في مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كي يتمسك باطلاقه. { ١ } ما ذكره من مخالفة الروايتين للقواعد اشكال آخر غير ما تقدم. وحاصله: إن ظاهره بيع الوقف وصرف ثمنه كيف شاء، وهذا أيضا مما لا يمكن الالتزام به، إذ كون المبدل مشتركا والبديل مختصا غير معقول. وفيه: إن الظاهر منه - كما تقدم - بيع الوقف إذا كان الثمن أزيد نفعاً. فراجع. وعن المحقق النائيني الجواب عنه بوجه آخر، وهو: أنه يدل على جواز بيع الوقف مطلقا، فالنسبة بينه وبين أدلة المنع هي التباين، وإذا خصصت أدلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما إلى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها. وفيه: إنا لا نقول بانقلاب النسبة في شيء من الموارد، فإذا كانت النسبة هي التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

الصورة الخامسة: أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة { ١ } وقد تقدم عن جماعة تجوز البيع في هذه الصورة بل عن الإنتصار والغنية: الاجماع عليه، ويدل عليه رواية جعفر المتقدمة { ٢ } ويرده أن ظاهر الرواية أنه يكفي في البيع عدم كفاية غلة الأرض لمؤنة سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى. وهذا أقل مراتب الفقر الشرعي والمأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة والحاجة الشديدة وبينها وبين مطلق الفقر عموم من وجه { ٣ } إذ قد يكون فقيرا ولا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، وقد يتفق الحاجة والضرورة الشديدة في بعض الأوقات لمن يقدر على مؤونة

الصورة الخامسة

{ ١ } الصورة الخامسة: أن تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة. فقد ذهب جماعة إلى جواز البيع في هذه الصورة، وعن الإنتصار والغنية دعوى الاجماع عليه. واستدل له: بالاجماع. وبأن الضرورات تبيح المحظورات. { ٢ } وبخبر جعفر (١) المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة، بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية ما دونها من المرتبة. وفي الجميع نظر: أما الأول: فلأن مصطلحهم في الاجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن إليه. وأما الثاني: فلأنه يوجب الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي. وأما الثالث: فلما مر من أن الظاهر منه الحاجة إلى البيع للتبديل بما هو أنفع من حيث وفاء النفع بمؤونته لا الحاجة إلى البيع لصرف الثمن في رفع الحاجة التي هي محل الكلام. { ٣ } وأجاب المصنف قدس سره عنه بجواب آخر.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٨.

سنته. فالرواية بظاهاها غير معمول بها، مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواز جواز البيع بمجرد رضا الكل وكون البيع أنفع، ولو لم يكن حاجة. وكيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة إلا الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة وفي الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع، وعن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود، مع وهنه بمصير جمهور المتأخرين، وجماعة من القدماء إلى الخلاف، بل معارضته بالاجماع المدعى في السرائر، اشكال.

الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة { ١ } أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود، أو جميع البطون أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلامة ومن تأخر عنه في ذلك، فقال في الإرشاد: ولو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج والمؤن من قبل الظالم وشراء غيره بثمنه، فالوجه الجواز انتهى.

وحاصله أن: ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمؤونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع، وهذا أقل مراتب الفقر الشرعي، والنسبة بينه وبين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه، إذ قد يكون فقيرا لا مؤونة له ولا حاجة شديدة إلى البيع لتتميم مؤونته من مال الفقراء، وقد تكون له حاجة شديدة وله مؤونة سنة، وقد يتفقان. ويمكن دفعه: بأن الحاجة إلى تتميم المؤونة بالبيع إن كانت مسوغة للبيع كانت الحاجة الشديدة أولى بذلك. فتأمل.

وكيف كان: فالأظهر المنع لعموم الأدلة.

الصورة السادسة

{ ١ } الصورة السادسة: أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة.

وفي القواعد ولو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج وشبهه وشراء غيره بثمانه أو عند خرابه وعطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلة نفعه. ففي صحة الشرط اشكال ومع البطلان ففي ابطال الوقف نظر، انتهى.

وذكر في الإيضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى وفي وجه المنع أن الوقف للتأييد والبيع ينافيه، قال والأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

وقال الشهيد في الدروس ولو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

ويظهر منه أن للشرط تأثيرا وأنه يحتمل المنع من دون الشرط والتجوز معه، وعن المحقق الكركي أنه قال: التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف بجواز اشتراط البيع في الوقف، إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد، وليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف، لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع، وإلا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حبسا. لأن اشتراط شراء شيء بثمانه يكون وقفا مناف لذلك لاقتضائه الخروج من المالك فلا يكون وقفا ولا حبسا، انتهى. أقول يمكن أن يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها - والمؤمنون عند شروطهم { ١ }

في المسألة أقوال:

نفوذ الشرط وجواز البيع: ذهب إليه العلامة في محكي الإرشاد وتوقف فيه في محكي القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع افساده للوقف وعدمه: ذهب إليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوغ له فيجوز وبين غيره فلا: ذهب إليه في محكي جامع المقاصد.

{ ١ } مقتضى عموم دليل الوقف، ونفوذ الشرط - صحة الوقف والشرط.

ولكن تنقيح القول في المقام بالبحث.

في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف. { ١ } فلعله مناف لاطلاقه، ولذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته، فإن التحقيق كما عرفت سابقا أن جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه - فإذا بيع خرج عن كونه وقفا. أما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: إنه مخالف لمقتضى العقد أما من جهة أن الوقف بمعنى الحبس والممنوعة من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة أن الوقف للتأييد والوقف إلى مدة باطل والتأييد مناف لجواز البيع.

والمصنف قدس سره تصدى للجواب عن ذلك حيث قال.

{ ١ } بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف الثاني: أنه مخالف للسنة لما دل من النصوص (١) على عدم جواز بيع الوقف. والحق أنه إن كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات فلا اشكال فيه أصلا، إذ الجواز حاصل والشرط مؤكد له. وإن كان بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات، فإما أن يكون الشرط مطلقا، وإما أن يكون معلقا على تقدير خاص، وعلى التقديرين إما أن يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا، وإما أن يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا.

فإن كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد - بناء على ما عرفت من أخذ عدم البيع في مفهومه - ومخالفا للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة. وإن كان مطلقا مع كون العوض وقفا فالأظهر صحته لأول ذلك إلى وقف الشيء بما أنه مال، أي يكون الوقف الجامع بين المال وبدله، فيكون الشرط منافيا لمقتضى اطلاق الوقف لا أصله.

وإن كان معلقا فإن كان الشرط بيعه وجعل ثمنه وقفا صح، فإنه يؤول إلى وقف العين بما أنها مال مع خصوصية إلى زمان حصول ذلك التقدير، وبعده تكون وقفا بما أنها مال، فهذا أيضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا أصله،

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود وأكل ثمنه. وأما تبديله بوقف آخر فلا تنافي بينه وبين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حيسا كونه محبوسا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق. وأما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه وتجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالأشراط في متن العقد فتأمل.

ثم إنه روى صحيحا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين ينبع { ١ } وفيه فإن أراد يعني الحسن عليه السلام أن يبيع نصيبا من المال ليقضي به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه، وإن شاء جعله شروى الملك وإن ولد علي ومواليهم وأمواهم إلى الحسن بن علي، وإن كانت دار الحسن بن علي غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبيعها إن شاء، ولا حرج عليه فيه، فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله ويجعل ثلثا في بني هاشم وبني المطلب وثلثا في آل أبي طالب وأنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

وأدلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كي يكون الشرط منافيا للسنة. وإن كان معلقا وكان الشرط بيعه وصرف ثمنه أي عدم كونه وقفا.

فإن قلنا بأن عدم البيع مأخوذ في حقيقة الوقف صح ذلك، فإنه يرجع إلى أنه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذي علق عليه جواز البيع، وإذا تحقق فلا وقف، ومقتضى إطلاق أدلة الوقف ونفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف.

ودعوى: أنه مناف للتأييد المعبر في الوقف.

مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، وأنه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع وعدمه.

وإن قلنا بأنه من أحكامه لا من مقوماته. فالأظهر عدم الصحة إلا مع انشاء الوقف إلى زمان حصول ذلك التقدير، فإن عدم جواز بيع الوقف ولزومه ليس من الحقوق بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة.

وبما ذكرناه يظهر ما في كلمات المصنف قدس سره.

{ ١ } وأما الثاني أي ما يقتضيه النص الخاص وهو الصحيح الحاكي لوقف

ثم قال: وإن حدث في الحسن أو في الحسين حدث فإن الآخر منهما ينظر في بني علي إلى أن قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بني هاشم. وأنه يشترط على الذي يجعله إليه أن يترك هذا المال على أصوله، وينفق الثمرة حيث أمره من سبيل الله ووجهه وذوي الرحم من بني هاشم وبني المطلب، والقريب والبعيد، لا يباع شيء منه، ولا يوهب ولا يورث. الرواية وظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون وصرف ثمنه فيما ينتفعون به { ١ } والسند صحيح

أمير المؤمنين عليه السلام ما له ينبع: المذكور في المتن (١).
{ ١ } وهذا أيضا يدل على الجواز، ومورد الاستدلال به قوله عليه السلام: فإن أراد أن يبيع نصيبا من المال... الخ.
وأورد عليه بايرادات:
الأول: أنه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام. وفيه: إنه ظاهر في كونه في مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه في ضمن الوقف على البيع، وهذا هو الاشتراط.
الثاني: إنه محمول على الوصية نظرا إلى ما في صدره من قوله عليه السلام: هذا ما أوصى به

وقضى في ماله عبد الله علي، وقوله في آخره: ولا يحل - إلى قوله - أن يغير شيئا مما أوصيت به.

وفيه: أنه ينافيه قوله عليه السلام: الذي كتبت من أموالي هذه صدقة واجبة بتلة حيا أنا أو ميتا. ولا تكون الوصية بتلة واجبة في حياته، بل الوقف كذلك، واطلاق الوصية على جميع ما يدبره الانسان من شؤون ماله بنحو الايضاء به لمن يقوم بعده بالأمر شائع، واختصاص الوصية بالمعهودة إنما هو في لسان الفقهاء خاصة.
الثالث: إنه قابل للحمل على إرادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٤.

والتأويل مشكل والعمل به أشكل { ١ } ...

وفيه: إنه مناف لقوله أن يبيع، ولقوله جعله شروى الملك أي ملكا نفيسا لنفسه.
الرابع: إن مورده الوقف العام، ولا اشكال في عدم جواز البيع فيه. وقد تقدم
الجواب عنه، وأنه لا فرق بين الوقف العام والخاص.
{ ١ } قوله والتأويل مشكل والعمل به أشكل
ولكن الانصاف أن الخبر لا اشكال فيه دلالة، كما لا اشكال فيه سنداً، فيدل على
جواز البيع مع الشرط، إذ قد عرفت أنه مقتضى القاعدة.
وربما يستدل للجواز بجملة أخرى من الرواية، وهي قوله عليه السلام فبدا له أن يبيعها
فليبيعها إن شاء لا حرج عليه.
ولكن يمكن الايراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفاً.
وذلك لوجهين:

الأول: قوله وإن كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة أي غير الصدقات العامة،
وهذا كما يمكن حمله على ما إذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله
على دارا لصدقة التي فوض أمرها إليه وجعل له سكنها ما دامت الحاجة وبعده بعنوان
الوصية يفعل ما أمره به.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد بهذه الجملة أنه إن كان دار الحسن التي هي مسكنه غير
دار الصدقة ولم يكن له حاجة إلى دار الصدقة ورأي المصلحة في بيعها فليبيعها إن شاء
ويصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

الثاني: إن تلك الدار لم تكن داخلة فيما وقفه في أول هذا الخبر، فإن الموقوف هو
ماله يبيع وما حولها وبوادي القرى وبديمة وبأذينة، وكل تلكم ليست إلا المزارع وليست
الدار داخلة فيها ولكن في الجملة الأولى كفاية.
الصورة السابعة

الصورة السابعة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا وهو { ١ } المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبائر المتقدمة والأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه وقد يكون لا له، والخراب المعلوم والمخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به، وقد يكون على وجه نقص المنفعة. وأما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كارتفاعه السابق أو أزيد فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه، وقد عرفت ضعفه، وقد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع في صورة التأدية إلى الخراب، ولو لغير الاختلاف، ومن أخرى تقييدهم به.

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال والنفس، وإن لم يعلم أو يظن بذلك، فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب. الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد يستباح منه الأنفس، والأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، والمنع في غيره من جميع الصور أما الجواز في الأول. فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع،

{ ١ } الصورة السابعة: أن يؤدي بقاءه إلى خرابه علما أو ظنا. وقد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقا، والمفيد والديلمي والفاضلان في أكثر كتبهما، والشهيدان في غير الدروس، والمحقق الكركي وغيرهم: إلى المنع، وعن الشيخ في النهاية، وابن سعيد في كتابيه، والطوسي والعلوي والعلامة في بيع التحرير، والشهيد في الدروس وغيرهم: اختيار الجواز، واختاره المصنف قدس سره.

فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه ونوعه وبين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلاً. وأما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الاجماع، وانصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. وأما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم وقيام الناظر العام والخاص مقام غير الموجود. { ١ } نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقي،

وقد استدلل للجواز بوجوه.

{ ١ } ما أفاده المصنف قدس سره ومقصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع وحاصله: إن المانع عن التمسك بها في الوقف أمور: أحدها: حق الواقف.

ثانيها: حق الموقوف عليه.

ثالثها: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

وربما لا يصلح للمنع في المقام.

أما الأول: فلأن غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لأواله إلى الخراب، وغرضه المتعلق بالانتفاع به بما أنه مال يتوقف على البيع، فالبيع ليس منافياً لغرضه.

وأما الثاني: فلأن المفروض أن انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل،

والانتفاع بشخص العين غير ممكن، وأما حقهم في تصدي البيع فالمفروض أنه يباع بإذن البطن الموجود وأولياء البطن اللاحقة.

وأما الثالث: فلانصراف الأدلة عن صورة أول العين إلى الخراب المخرج إياها عن حد الانتفاع.

وفيه: إن هذا يتم في صورة الخراب، وأما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، وحق الموقوف عليهم في الانتفاع به كذلك، والأدلة غير منصرفة، فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

ومما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه، ومع فوته ففي تقديم البيع إشكال، ولو دار الأمر بين بيعه والأبدال به، وبين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة أو حق الواقف وسائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الواقف وجهان، لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعته مقدما على الموقوف عليه. وقد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح، من أن بقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعة واتلاف للمال، وهو منهي عنه، شرعا فيكون البيع جائزا. { ١ } ولعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع، وفيه أن المحرم هو إضاعة المال المسلط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه وإلا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. والحاصل أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، ويتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير، ويتلوه في الضعف ما عن المختلف والتذكرة والمهذب وغاية المرام، من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه. وقد تعذرت، فيجوز اخراجه عن حده، تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض { ٢ } كما أنه لو تعطلت الهدى ذبح في الحال وإن اختص بموضع، فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المتعذر

{ ١ } الثاني ما عن التنقيح وهو: إن ابقاء الوقف على حاله، والحال هذه إضاعة واتلاف للمال وهو منهي عنه شرعا، فيكون البيع جائزا. وفيه: ما تقدم من أن التضييع المحرم هو ما لم يكن بأمر من الشارع، وحيث إن ابقاء الوقف يكون بأمر منه فلا يشمل دليل حرمة التضييع. { ٢ } الثالث ما عن: المختلف والتذكرة والمهذب وغيرها، وهو: إن الغرض من الوقف استيفاء منافعه، وقد تعذرت فيجوز اخراجه عن حده تحصيلًا للغرض منه، والجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض. وفيه: إن هذا لو تم فإنما هو في آخر أزمنة بقائه الذي خرجت العين فيه عن

وفيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لأنه الذي دل عليه صيغة الوقف، والمفروض تعذره، فيسقط وقيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص، لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض، فالأولى منع جريان أدلة المنع من خوف الخراب المسقط للمنفعة رأساً، وجعل ذلك مؤيداً. وأما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة وفيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلمعوم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف ولا تدخل الغلة في ملكك، فإن ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة وعدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة، يدل على أن الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه، وكذا قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله،

وما دل على أنه يترك حتى يرثها وارث السماوات والأرض، هذا كله مضافاً إلى الاستصحاب في جميع هذه الصور، وعدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتب المشهورة { ١ } التي انحصر تمسك كل من جوزه في هذه الصور فيها

حيز الانتفاع، وأما قبله فالغرض. من الوقف الاستيفاء من شخص العين وهو ممكن فلا يجوز.

الرابع: ما أفاده المحقق النائيني قدس سره، وهو: إنه إذا احتمل احتمالاً عقلياً تأديته إلى الخراب على نحو لو كان فعلاً خراباً لجاز بيعه، جاز بيعه لأن حكم الاحتمال حكم الخراب، ولكن من حيث كونه طريقاً، لأنه بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خراباً فعلاً.

وفيه: إن هذا لو تم فإنما هو في احتمال الخراب الفعلي لا في احتمال تأديته إلى الخراب، لأن هذا الاحتمال ليس طريقاً إلى الخراب بالفعل كما هو واضح. { ١ }
الخامس: ما كتبه عليه السلام في جواب ابن مهزيار (١) المذكور في المتن.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٦.

وهي مكاتبة ابن مهزيار. قال كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: إن فلانا ابتاع ضيعة فأوقفها، وجعل لك في الوقف الخمس ويسألك عن رأيك في بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة، فكتب إلي أعلم فلانا أنني أمره ببيع حصتي من الضيعة، وإيصال ثمن ذلك إلى أن ذلك رأيي انشاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له، قال: فكتب [فكتبت] إليه أن الرجل ذكر أن بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا، وأنه ليس يأمن أن يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف ويدفع إلى كل انسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته فكتب بخطه وأعلمه أن رأي أن كان قد علم الاختلاف بين أرباب الوقف أن يبيع الوقف أمثل فليبيع فإنه ربما جاء في الاختلاف تلف الأموال والنفوس { ١ } الخبر.

حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها في القسم الثاني من الصورة السابعة، بناء على أن قوله فإنه إلى آخره تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد بالمال هو الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا أن المناط في الحكم هو اجتماع الأمرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل أنه كل ما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

{ ١ } بتقريب: إن قوله عيه السلام: فإنه... الخ تعليل لجواز البيع في صورة الاختلاف، وأن المراد من المال الوقف، فإن ضم النفوس إنما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: إنه كلما كان الوقف في معرض الخراب جاز بيعه.

وفيه: إن كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينة ضم النفوس إلى الأموال يصير ظاهرا في المال الآخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال في الغلبة على الخصم وأدائه إلى المقاتلة الموجبة لاتلاف النفوس، وهذا بخلاف تلف الوقف الذي هو أجنبى عن تلف النفس.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف إن خيف أواله إلى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع في آخر أزمته بقاءه، إذ لا منفعة حينئذ

وفيه أن المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه إلى الخراب علما أو ضنا، لا مجرد كونه ربما يؤدي إليه المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ربما، كما لا يخفى على المتتبع لموارد استعمالاته، ولا أظن أحدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال أداء بقاءه إلى الخراب، لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاءه إلى خرابه، وبين قولهم يخشى أو يخاف خرابه، والخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد اطلاقاتهم مثل قولهم يجب الافطار والتيمم مع خوف الضرر، ويحرم السفر مع خوف الهلاك، لا يتحقق إلا بعد قيام أمانة الخوف، هذا، مع أن مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأسا. وهو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف، مع أنه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال. فكلمات القوم في هذه الصورة متشعبة، فلا يصغى إلى نقل شهرة في الباب. فالمهم صرف عنان الكلام إلى الحجج والأدلة. وقد استدلل للمنع في المكاسب: بعموم أدلة المنع عن بيع الوقف (١) وبالاستصحاب. صرح في بيان الحكم في الصورة السابعة أن عموم الأدلة، والاستصحاب دليلان للمنع في الصور اللاحقة. ما ذكره قدس سره من عموم الأدلة متين في نفسه. وأما الاستصحاب فغاية ما يمكن أن يقال في تقريره: إن عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، وهو وإن اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور ولم يكن له عموم شامل له، إلا أنه من جهة كون دليل نفوذ البيع والوفاء بالعقد مما لا عموم أزماني له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من أفراد البيع والعقد، ومع الشك في أن الخارج هو في زمان أو دائما يجري الاستصحاب، ولا يكون مورد التمسك بالعموم.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

وأما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة وهي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما أوجب تلف الأموال والنفوس، فهو أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، إلا أن قوله فإنه ربما الخ مقيد بالاختلاف الخاص، وهو الذي لا يؤمن معه من التلف لأن العلة يقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض، وفيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال والنفوس وإن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم، فيجوز بيع الوقف لا صلاح كل فتنه، وإن لم يكن لها دخل في الوقف { ١ } اللهم إلا أن يدعي سوق العلة مساق التقريب لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى إلى جميع موارد، لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع وهو الذي فهمه الشهيد رحمه الله في الروضة، كما تقدم كلامه، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية، بحيث يرفع اليد بها عن العمومات والقواعد،

وفيه: - مضافا إلى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الأصول - أنه لا يكون منطبقا على المقام من جهة أنه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم دليل نفوذ البيع في زمان ويشك بعده في خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود، والبيع بعد العروض فرد مقدر آخر. وعليه فمع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع إلى عموم دليل النفوذ للشك في التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لأجراء الاستصحاب.

واستدل للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة في الصورة السابقة: { ١ } وأورد عليه المصنف قدس سره بما حاصله أن فقوله عليه السلام: فإنه ربما جاء في الاختلاف

... الخ إما أن يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف، أو يكون حكمة له. وعلى الأول: يتعين البناء على جواز بيع الوقف إذا لزم تلف المال والنفوس، ولولا لدخل فيه، لأن العلة كما تخصص تعميم. وعلى الثاني: يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا، وشئ منهما لا يمكن الالتزام به لعدم افتاء المشهور به. وفيه: أنه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، ولكن العلة هي لزوم تلف المال

مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيحجى إليه الإشارة. ومما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة ورده. { ١ }

والنفس من ترك البيع وابقاء الوقف على حاله، فإن الظاهر منها أن عليّة ما ذكر من جهة أن الوقف صدقة جارية يتقرب بها إلى الله تعالى، وهذا لا يلائم مع تلف المال والنفس، ولا مانع من الالتزام بالتعميم على هذا، أي الالتزام بجواز البيع في كل مورد لزم من بقائه تلف المال والنفس.

ودعوى أنها معرض عنها ولم يعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فيها، فالمكاتبة تدل على الجواز في هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الاشكالات المشتركة بين جميع الصور التي سيتعرض لها المصنف قدس سره، وستعرف عدم ورود شيء منها. فالأظهر هو جواز البيع فيها.

وربما يستدل له بحديث (١) لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعية. وفيه: إن الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال والنفس، وفي مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي. وبه يظهر ما في الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة
الصورة التاسعة: أن يؤدي الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم.
{ ١ } وقد استدل للمنع عن البيع في هذه الصورة بعموم الأدلة. والاستصحاب.

وقد تقدم أن الاستدلال بالعموم متين. ولكن الاستدلال بالاستصحاب في غير محله. وقد استدل للجواز بوجهين:
الأول: لا ضرر. وقد تقدم ما فيه.

الثاني: مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى أنه يستفاد منها أن ذكر تلف النفس والمال إنما يكون من باب المثال لمطلق الضرر العظيم، والاحتياط سبيل النجاة

(١) الوسائل - باب ١٧ - من أبواب الخيار.

وأما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة، فهو أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال، مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالباً، يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس { ١ } ولا يكفي بلوغها إلى ما دون ذلك، بحيث يخاف منه تلف المال فقط. وفيه أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة { ٢ } مع أن ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس. والمقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة: هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

والحاصل أن جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف، الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً إلى مطلق الفساد أو فساد خاص، الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس. وقد استدلل للمنع بما تقدم، وللجواز بما ذكرناه آنفاً.

{ ١ } وتقريب الاستدلال بالمكاتبة: إن ذكر تلف الأموال وضمه إلى تلف النفوس إنما هو من جهة التلازم الغالبي، إذ خوف تلف الأنفس يتبعه وف تلف الأموال لا لخصوصية فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة.

{ ٢ } وأورد عليه المصنف قدس سره بما تقدم من: إن مقتضى عموم جواز البيع لدفع كل فتنة مؤدية إلى ذلك، وقد عرفت الجواب عنه.

فالحق في الإيراد عليه - مضافاً إلى منع التلازم الغالبي.

إن حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر، فإن الظاهر كون كل قيد مأخوذ في لسان الدليل للاحتراز.

مع أن لازم التمسك بالمكاتبة البناء على كفاية خوف الأداء إلى استباحة الأنفس لا اعتبار الاستباحة الواقعية.

أو فساد خاص، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص، مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتب المذكورة والأظهر في مدلولها هو إناطة الجواز بالاختلاف الذي ربما جاء فيه تلف الأموال والنفوس، لا مطلق الاختلاف، لأن الذيل مقيد، ولا خصوص المودي علماً أو ظناً، لأن موارد استعمال لفظة ربما أعم من ذلك، ولا مطلق ما يؤدي إلى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل في التعليل، بحيث يتعدى عن مورد النص، وإن كان فيه إشارة إلى التعليل وعلى ما ذكرنا فالمكاتب غير مفتى بها عند المشهور { ١ } لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال والأنفس، فيكون النسبة بين فتوى المشهور ومضمون الرواية عموماً من وجه.

لكن الانصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، وقصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذي أنيط به الجواز، من قوله عليه السلام: إن كان قد علم

الاختلاف المنضم إلى قوله: فإنه ربما جاء في الاختلاف. وأما دلالة المكاتب على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهي على تقدير قصورها منجبرة بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها في المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق { ٢ } وظهورها في عدم إقباض الموقوف عليهم

وربما أورد على الاستدلال بالمكاتب في هذه الصور بإيرادات:

{ ١ } الأول اعراض الأصحاب عنها

وقد عرفت أن الأصحاب عملوا بها، وإنما الخلاف بينهم في موضوع الجواز من جهة اختلافهم في فهم المراد منها.

{ ٢ } الثاني: إن الظاهر من عدم ذكر الأعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذي هو محل البحث.

وفيه: إن عدم ذكر الأعقاب إنما هو من جهة عدم الاحتياج إليه، فلو لم ندع أن اطلاق الوقف ظاهر في المؤبد، لا كلام في أن مقتضى ترك الاستفصال البناء على عدم

وعدم تمام الوقف، كما عن الإيضاح { ١ } وأوضحه الفاضل المحدث المجلسي، وجزم به المحدث البحراني، ومال إليه في الرياض. قال الأول في بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار أنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم ولم يدفعها إليهم. وحاصل السؤال إن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف، ويشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم في تلك الضيعة أو في أمر آخر، فهل يدعها موقوفة ويدفعها إليهم؟ أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد ويدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل. انتهى موضع الحاجة والأنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب، كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع، إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

والحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه، أو غير ذلك، مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى،

الفرق في ذلك بين المؤبد والمنقطع.

{ ١ } الثالث: ما عن الإيضاح، وهو ظهورها في عدم قباض الموقوف عليهم وعدم تمام الوقف، وعن المحدث المجلسي والبحراني: الجزم به، واحتمله سيد العروة، فهي تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، ومحل الكلام هو بيع الوقف. وفيه: أولا: إن الظاهر من الوقف والموقوف عليهم وغيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح. وثانيا: إنه لو تنزلنا عن ظهورها في ذلك يكفي في الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف والقبض وعدمه.

وهي أن مقتضى القاعدة، كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون، وظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين { ١ } فلا بد أما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلف سقوط حق سائر البطون عن الوقف أنا ما قبل البيع، لتقع المعاوضة في مالهم. وأما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعني الحبس الذي لا اشكال في بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف وإن تحقق التوطين عليه وتسميته وقفا بهذا الاعتبار.

ويؤيده تصدي الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا، أو يقال إنه أجنبي استأذن الإمام عليه السلام في بيعه عليهم حسبة، بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها، مع أن المركز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف وبدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه.

ويؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو أيضا، إلا أن يصلح هذا الخلل وأمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام، ويقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف، وموجبا لتكلف الالتزام لسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع، أو نمنع تقرير الإمام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

{ ١ } الرابع: إن الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع أنه مناف لحق البطون ولقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع وشراء عوض الوقف بثمنه. وفيه: أولا: إن عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية.

وثانيا: إن الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الاختلاف إلا بتقسيم الثمن من جهة أنه جاء من جهة الاشتراك في الوقف، لا أرى فيه محذورا. وثالثا: إن المحكي عن الأكثر العمل بها.

ويبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع، وقد عرفت الأظهر منها لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين المحتملات وهو الاختلاف المؤدي علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف ونفوس الموقوف عليهم كان أولى. والفرق بين هذا والقسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا والمناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال وإن لم يتلف الوقف، فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف وليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإن تلفها غالبا بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها. ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة، بل المحكي عن الأكثر: إن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. إلا أن ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد: هو أنه يشتري بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الامكان. وهذا منه قدس سره مبني على وجه ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البذل كالمبدل لكن، الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر، فتعين الأول وهو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

الخامس: إنه لو جاز بيع الوقف فإنما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبي، والمكاتبه تدل على جوازه للأجنبي كما لا يخفى. وفيه: أنه يمكن أن يكون ذلك من جهة كونه ناظرا، أو أنه استأذن من الإمام عليه السلام في ذلك لكونه من الأمور الحسبية.

وأما الوقف المنقطع، وهو ما إذا وقف على من ينقرض { ١ } بناء على صحته،
كما هو المعروف { ٢ }،

الوقف المنقطع

{ ١ } هذا كله في الدائم، وأما الوقف المنقطع، وهو ما إذا وقف على من ينقرض.
فالكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: في صحة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

الأول: ما يجعل وقفا موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين وهذا لا خلاف بينهم
في بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد والمسالك، بل عن الغنية والمختلف والسرائر
والجواهر: دعوى الاجماع عليه، وكفى به مدركا.

{ ٢ } الثاني: ما يجعل على من ينقرض غالبا، والأظهر صحته وقفا كما هو المشهور
بين الأصحاب، لأن الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها.

ودعوى: أخذ التأييد في مفهوم الوقف.

كما ترى، لأن حقيقة الوقف حسب العين وتسييل الثمرة - كان ذلك دائما أم
موقتا.

والاجماع على اعتبار التأييد في الوقف وإن كان لا ينكر إلا أن مراد المجمعين
عدم توقيته مدة لا كونه دائما. وبعبارة أخرى: المراد به عدم الاقتران بمدة، وأما ارتفاع
الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافي الدوام.
ويشهد لصحته صحيح الصفار: كتبت إلى أبي محمد عليه السلام أسأله من الوقف الذي
يصح كيف هو؟ فقد روي أن الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، وإذا
كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: إن الموقت هو الذي يذكر فيه أنه وقف على فلان
وعقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها وقال
آخرون.

فأما أن نقول ببقائه على ملك الواقف. وأما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم، وعلى الثاني فأما أن يملكوه ملكا مستقرا، بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم. وأما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف. وأما أن يقال بصيرورته في سبيل الله { ١ }

هذا موقت إذا ذكر أنه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها، والذي هو غير موقت أن يقول هذا وقف ولم يذكر أحدا، فما الذي يصح من ذلك وما الذي يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله (١).

فإنه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيرييه. { ١ } الجهة الثانية: في أنه بعد الانقراض يرجع الوقف إلى الواقف وورثته أو إلى ورثة الموقوف عليه أو يصرف في وجوه البر، وجوه. أقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به إنما يكون خروجا ما داميا، أي ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع إلى مالكه بموته، فإنه لم يخرج عن ملكه إلا إلى أجل.

ودعوى أن مقتضى اطلاق أدلة الإرث انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه. مندفة بأنها إنما تدل على الإرث فيما هو للميت لا ما ليس له بعد موته، ومقيد ملكيته بحياته، فإنه ليس مما تركه الميت. وتام الكلام في محله. هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، وإلا فهو ملك له من الأول وبموته ينتقل إلى ورثته.

ولعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه في وجه خروجه عن ملك الواقف في المؤبد - من أن اعتبار الملكية له لغو، ومن اطلاق الصدقة عليه لا سيما بما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة.

لا يجري في المقام. أما الأول: فواضح، وأما الثاني: فلعدم اطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.

(١) الوسائل - باب ٧ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ٢.

فعلى الأول: لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك، وفي جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به { ١ } ولذا منع الأصحاب كما في الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكي عن جماعة كالمحقق والشهيد في المسالك والدروس وغيرهم: صحة البيع في السكنى الموقته بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكي التنقيح: الاجماع عليه،

الجهة الثالثة: في جواز بيعه وعدمه.

الظاهر أنه إن قلنا بانتقال الوقف إلى الموقوف عليه لا ينبغي التوقف في عدم جواز بيعه لعموم ما دل على عدم جواز بيع الوقف (١) الشامل للمؤبد والمنقطع. ومن الغريب عدم ذكر المصنف قدس سره هذه الجهة مع هذا البسط والاطناب. نعم لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن البيع له، أما دليل الوقوف فلظهوره في أن المنع عن البيع الذي أنشأه الواقف إنما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم - أي يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم - فلو لم يقع أصل الملك كيف تقع خصوصياته، وأما غيره فللانصراف إلى ما لو كان

البيع منافيا للوقف.

وعلى القول بعدم شمول الأدلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد. فالحق أن بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:

أحدها: أن يبيع العين الموقوفة من الأجنبي مع عدم انتقال منافعه إليه، وحيث إن المقتضي للصحة وهو الملك موجود، فلا بد من البحث في المانع، وهو ليس الجهل بمقدار

المنفعة التي يستحقها الموقوف عليه للجهل بأمد انقضائها - فإن الجهل بنفسه وإن كان من

الموانع لصحة البيع إلا أنه الجهل بالمبيع والمنافع ليست داخلية فيه وإن أوجبت زيادة المالية - بل المانع هو الغرر، وقد وجهه المصنف قدس سره.

{ ١ } بقوله بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.

وأورد عليه المحقق الأصفهاني قدس سره: بأنه إذا كان المبيع معلوما ذاتا ووصفا وتسليما.

(١) الوسائل - باب ٦ - من أبواب الوقوف والصدقات حديث ١ - ٤ - و - باب ١٧ - من أبواب عقد البيع.

ولعله أما لمنع الغرر وأما للنص وهو ما رواه المشايخ الثلاثة في الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى

لرجل في زمان حياته ولعقبه من بعده، قال: هي له ولعقبه من بعده كما شرط، قلت: فإن احتاج إلى بيعها [بييعها]، قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت أبي يقول: قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجارة ولا السكنى ولكن يبيعه على أن الذي يشتريه لا يملك ما اشتراه حتى ينقضي السكنى على ما شرط الخبر. { ١ }

ومع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة وولده والمحقق الثاني، ولو باعه من الموقوف عليه المختص بالمنفعة الوقف فالظاهر جوازه، لعدم الغرر، ويحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع وحق المشتري لا يوجب معرفة المبيع. وكذلك لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف، ثم باع صح جزماً.

وكان المجهول وقت التسليم لا يكون ذلك غررياً، وعلى فرض التنزل وتسليم صدقه عليه لا دليل على مبطليته لأن العمدة في مانعيته الاجماع، وهو غير ثابت في المقام.

وفيه: إن الجهل بوقت التسليم والجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر. أما الثاني: فلأن الثمن إنما يدفع بإزاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر.

وأما الأول: فالأنه كما يصدق الغرر مع الجهل بأصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.

ودعوى أن عمدة دليل مانعية الغرر الاجماع غير الشامل للمقام. مندفعة بأن عمدة دليله النبوي (١) المنجبر بالعمل الشامل للمقام. فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

{ ١ } وأما مصحح الحسن بن نعيم المذكور في المتن الدال على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنها لرجل ولعقبه من بعده (٢)، فهو يخصص دليل الغرر، وعليه فإن

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من أبواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من أبواب أحكام السكنى والحبس حديث ٢.

وأما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبي { ١ } لأن المنفعة مال لهم، فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف ونقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزعا عليهما، ولا بد أن يكون ذلك على وجه الصلح، لأن غيره لا يتضمن نقل العين والمنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة، ومما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف والموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء أراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدل عليه كلامه المحكي عنه في مسألة السكنى، حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع ولو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة، كما في السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل.

وتمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى والحبس انشاء الله تعالى وعلى الثاني فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك ولا للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقائه في يدهم إلى انقراضهم. وعلى الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه وإن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضا للواقف الغير المالك فعلا وإن أجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال

أمكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده إلى الوقف المنقطع ويحكم بجواز بيعه وإلا فلا. { ١ } بقي الكلام في إجازة الموقوف عليه، وأن رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته أم لا؟

والمقصود من ذلك أن تكون عينه وجميع منافعه منتقلة إلى المشتري، فلا يلزم الغرر. والأظهر عدم كفايته، فإن المنفعة لا تنتقل إلى المشتري لا بلا عوض ولا معه إلا بالصلح.

أما عدم انتقالها بلا عوض فلأن الناقل إما هو الهبة أو الإسقاط أو الإبراء، ولا مورد لشيء منها في المقام، إما الهبة: فلا اعتبار تعلقها بالعين، وأما الإسقاط: فلأنه يتعلق بالحق والمنفعة ملك، وأما الإبراء: فلأنه يتعلق بالملك الذمي كالدين والمنفعة ملك خارجي

بناءً على أن الموقوف عليه الذي هو المالك فعلاً ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقضى الموقوف عليه وملكه الواقف لزم البيع. ثم إنه قد أورد على القاضي قدس سره حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، ويمكن دفع التنافي بكونه قائلاً بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة، وهو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده إلى الواقف، إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالك الموقوف في الوقف المنقطع، ويتضح ذلك في مراجعة مسألة في كتاب الوقف. وعلى الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الواقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني ما حكى عنه،

وأما عدم انتقالها بالعوض.

فلأن ناقلها إما الإجارة أو البيع على قول، ويعتبر في كل منهما عدم الغرر، وفي المقام كل من المعاملتين - أي المعاملة التي يوقعها الواقف - أصالة، والتي يوقعها عن الموقوف عليه غررية، وإن كان لا غرر بعد تمامية العقدين فيتعين أن يكون ذلك بعنوان الصلح، ولا بأس به.

إلا أنه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة إلى إجازة الموقوف عليه.

ثانيها: أن يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، وقد أفاد المحقق الأصفهاني قدس سره: أنه لا ينبغي النزاع في صحتها بيعة حيث لا غرر ولا جهالة.

وفيه: إن المشتري بعد البيع وإن كان يعلم بما له من العين والمنافع إلا أن الميزان في الصحة والفساد كون البيع بنفسه غرورياً وعدمه، وهذا البيع بنفسه غرري، والعلم بعد تحققه بما له لا يوجب عدم صدق الغرر.

ألا ترى أنه لو صالح أحد الشريكين الذي له مقدار من العين غير المعين شخصاً فباعه بعد ذلك الشريك الآخر حصته لا اشكال في صدق الغرر وبطلان البيع، مع أن المشتري بعد البيع يعلم بما أنتقل إليه وأن العين بتمامها له.

لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. { ١ } ثم إن ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع، فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف. وأما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم. فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. وأما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا وفي الجواز في الصورة التي جوزنا بالاشتراك دليل المنع والجواز ويتشاركان أيضا في حكم الثمن بعد البيع.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العين الموقوفة إلى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه، فإن حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة إلى الواقف فباع العين، لا اشكال في الصحة لوجود المقتضي وعدم المانع.

هذا كله بناء على بقاءه على ملك الواقف، وأما لو قلنا بانتقاله إلى الموقوف عليه، فلا يجوز البيع لا للواقف ولا للموقوف عليه وذلك لوجهين:
الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الثاني: إن الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، والموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة أن ملكيته محدودة ليست مرسلة، فإن باع ونقل الملكية المرسلة نقل ما ليس له، وإن نقل الملكية المحدودة بطل من جهة أن البيع هو نقل الملكية المرسلة. ولا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك إلى الواقف أو انتقاله إلى ورثة الموقوف عليه أو صيرورته في سبيل الله تعالى.

{ ١ } قوله قده: لأنه حقيقة وقف مؤبد... الخ

وفيه: إن صيرورة الوقف في سبيل الله إن كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين وصرف منافعها في سبيل الله تعالى، وإن كانت من جهة انقضاء أمد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها في سبيل الله تعالى.

مسألة: ومن أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا { ١ } فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون، وحكى عن الخلاف اجماع الفرقة وأخبارهم على ذلك. وقد حكى الاجماع عن غيره أيضا، وعن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونة أنه أرسل عن النبي صلى الله عليه وآله: إن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف. { ٢ }

بيع العين المرهونة

{ ١ } قوله من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا.

في بيع العين المرهونة أقوال:

الصحة وعدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين. الصحة مع الوقوف على الإجازة، أو سقوط حقه، باسقاطه، أو بالفك، ذهب إليه الشيخ، وابن حمزة، وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم. البطلان، وهو الظاهر من عبائر جماعة من القدماء وغيرهم، وصرح به صاحب المقاييس قدس سره.

والكلام يقع في مقامين:

الأول: في أنه هل يصح بيع الراهن مستقلا أم لا.

الثاني: في أنه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأسا أم يمكن تصحيحه بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالاسقاط أو الفك.

أما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة:

بالاجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

{ ٢ } وبالمرسل عن النبي صلى الله عليه وآله الراهن والمرتهن ممنوعان عن

التصرف في الرهن (١) المنجبر ضعفه بالعمل.

وبقاعدة السلطنة (٢). إذا لبيع ينافي سلطنة المرتهن على حقه.

(١) المستدرک - باب ١٧ - من أبواب کتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث - و ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

وإنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله؟ أو يقع موقوفا على الإجازة؟ أو سقوط حقه باسقاطه أو بالفك، فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأول، إلا أن صريح الشيخ في النهاية، وابن حمزة في الوسيلة، وجمهور المتأخرين عدا شاذ منهم: هو كونه موقوفا، وهو الأقوى للعمومات السليمة عن المخصص { ١ } لأن معقد الاجماع والأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله

وفي الجميع نظر.

أما الأول: فلأن هذا الاجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأي المعصوم عليه السلام، بل منشأه منافية البيع لحق المرتهن.

وبعبارة أخرى: معقد الاجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحق المرتهن، ومن صرح بالبيع فإنما هو من جهة أنه رأى منافاته لحق المرتهن، وعليه فحيث إن البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن ولحق المرتهن. إذ لا يعتبر في العين المرهونة أن تكون ملكا للراهن، وقد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن، فإذا جاز ذلك ابتداء جاز بالأولى بيع العين المرهونة، فتنقل العين المرهونة إلى المشتري، ويكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار.

وأما الثاني: فلأن التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتباري كالبيع كما حقق في مبحث الفضولي.

مع أنه على فرض الشمول أن النهي عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتباري والخارجي، ولا يكون ظاهرا في الارشاد، بل هو ظاهر في المبغوضية والحرمة النفسية. وقد مر في أول الجزء الأول عدم دلالة النهي عن المعاملة على الفساد. وأما الثالث: فلما عرفت أنفا من أن البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه، فالأظهر هي الصحة والنفوذ وعدم الوقوف على الإجازة، أو سقوط حق المرتهن. وأما المقام الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره للصحة مع الإجازة بوجوه: { ١ } الأول العمومات السليمة عن المخصص، فإن معقد الاجماع والأخبار

من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا، وعلى تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا، فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافا على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة، معللا بأنه لم يعص الله. وإنما عصى سيده {١} إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع، وحصول الرضا، وليس ذلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضى الله تعالى.

الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال. وأورد عليه المحقق الأيرواني: بأن بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع، والمتيقن وإن كان خروج ما قبل الإجازة من المرتهن إلا أنه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم أزماني فيها، بل عمومها أفرادي فقط بإزاء كل عقد إيجاب واحد للوفاء لا إيجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد في زمان صح التمسك بها في زمان آخر. وفيه: إن خروج فرد في زمان إن كان لأجل مانع وكان ذلك المانع مقرونا بالعقد ومن حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع، والكبرى التي أشار إليها لو تمت إنما هي فيما إذا كان خروج الفرد في الأثناء كما حقق في محله.

فالأنصاف أنه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع بإذن من له الحق كما هو الحق، ولذا يجوز بيع الرهن بإذن المرتهن إذا أجاز المرتهن وارتفع المانع عن تأثير العقد وصحته.

صح بمقتضى العمومات.

{١} الثاني: إن المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالإجازة بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيده (١). إن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع ويحصل التأثير بارتفاع المنع وحصول الرضا. وأورد عليه: بأن الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع بإذن من له الحق، وبعضها

(١) الوسائل - باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

هذا كله مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي { ١ } لكن الظاهر من التذكرة، أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا. وفيه نظر لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله صلى الله عليه وآله: لا بيع إلا في ملك. لا يلزمه البطلان هنا، بل الأظهر ما

سيجئ عن إيضاح النافع من أن الظاهر وقوف هذا العقد. وإن قلنا ببطلان الفضولي، وقد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكا بظاهر الاجماع والأخبار { ٢ } المحكية على المنع والنهي،

لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء والوقف ونحوهما.

وكون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، ومع عدم احرازه لا سبيل إلى الاستدلال بعموم العلة.

وفيه: إن المستفاد من ما دل على كفاية إذن المرتهن وأن به يجوز البيع كونه من قبيل الأول.

{ ١ } الثالث: فحوى أدلة (١) صحة الفضولي.

أورد عليه المحقق الأيرواني قدس سره: بأن من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق أم الولد موجبا لفساد البيع، فلا أولوية، بل ولا المساواة.

وفيه: أنه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق أم الولد وكونه من الحقوق القابلة للارتفاع، وعليه فالأولوية واضحة، فإن في بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة واللزوم: إحداهما: فقدان رضا المالك. وثانيتها: عدم استناد البيع إلى المالك. وفي المقام ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون أولى.

وقد استدل صاحب المقاييس قدس سره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله إلى وجوه:

{ ٢ } منها: إن المستفاد من ظاهر الاجماع والأخبار المحكية تعلق النهي

بالمعاملة لأمر داخل راجع إلى أحد العوضين لاستحقاق المرتهن إياه لا لأمر خارج كما في البيع وقت النداء، والنهي في المعاملات إذا كان كذلك يقتضي الفساد.

(١) راجع مبحث الفضولي من هذا الكتاب.

قال: وهو موجب للبطلان وإن كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد، لا لأمر خارج منه وهو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاه في بيع الوقف وأم الولد وغيرهما مع استوائهما في كون سبب النهي حق الغير، ثم أورد على نفسه بقوله: فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي { ١ } وعقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن والمرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم.

قلنا إن التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم ولا يحل له الإجازة المتعقبة وإن كان عقدا أو ايقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك. فالظاهر أنه كذلك، كما سبق في الفضولي، وإلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما، وقد لا يكون كذلك. وكذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن وغصب حقه، أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيما عنه، وإن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد اجراء الصيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلق به نهي أصلا. { ٢ }

{ ١ } ثم أورد على نفسه: بأنه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي { ٢ } وأجاب عنه: بأن الفضولي إن باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، وإن باع على وجه النيابة عن المالك - حيث إنه لا يعد تصرفا عرفا - فلا يكون منهيما عنه، فلا يكون باطلا، ولا يعقل في المقام النيابة والبيع الاستقلالي تصرف عرفا. وفيه: أولا: ما تقدم من عدم دلالة الأدلة المشار إليها على حرمة البيع. وثانيا: إن النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد. وثالثا: إن ما ذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن، فإنه يمكن أن يبيع رجاء لإجازة المرتهن ولا ينوي الاستقلال. ورابعا: أنه قد عرفت صحة بيع الفضولي وإن كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الإجازة.

وأما المالك فلما حجر على ماله برهنه، وكان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه وانحصار المالكية فيه، ولا معنى لقصده النيابة فهو منهي عنه، لكونه تصرفا مطلقا ومنافيا للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر، ومجرد الملك لا يقضي بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل أن الملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع ملك التصرف فيه، ولذا لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك وكان ناقصا للمنع عن التصرف، ثم قال وبالجملة فالذي يظهر بالتتابع في الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالك، فيمكن وقوعها على إجازته.

وأما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت منه وكان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع العقد على اللزوم. { ١ } وأما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: لم يعص الله وإنما عصى سيده الخ. فهو جار فيمن لم يكن مالكا، كما أن العبد لا يملك أمر نفسه. وأما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه { ٢ } ولا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا. وإنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، وما ذكرناه جار في كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس وغيره، فيحكم بفساد الجميع

{ ١ } ومنها: إن البيع إن صدر عن غير المالك، وقوعه موقوفا على الإجازة، فإن له بقاء، وبالإجازة يستند إلى المالك فتشمله العمومات. وإن صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على إجازة شخص آخر، فإما أن يصح، أو يبطل ولا ثالث. وحيث إنه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان. وفيه: إنه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك ولم يؤثر لاقترانه بالمانع، فإن ارتفع المانع يؤثر أثره.

{ ٢ } ومنها: إن التعليل الوارد في نكاح العبد بغير إذن سيده من قوله عليه السلام: إنه لم يعص الله وإنما عصى سيده. (١) يدل على الفساد في المقام، فإنه يدل على أن عصيان الله عالي موجب للفساد، وعصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما في نكاح

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

وربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة { ١ }
فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى، انتهى كلامه رفع
مقامه.

ويرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال،
وبيعه على وجه النيابة، ومنع اقتضاء مطلق النهي لا لأمر خارج للفساد:
أولاً: أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاء لإجازة
المرتهن،

العبد وبيع غير المالك، وفي المقام من جهة كونه محجوراً عليه يكون عاصياً لله تعالى
بتصرفه، ولا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا وإنما منع الله من تفويت حقه
بالتصرف، فيكون بيعه فاسداً.

وفيه: إن المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفي، وإلا عصيان السيد
عصيان لله تعالى لأنه أمر بإطاعته ونهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعي،
فيكون مفاد التعليل أنه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للاسقاط يمكن
تصحيح المعاملة باسقاطه.

وفي المقام حيث إن عدم الصحة إنما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه
بإجازته أو سقوط حقه، فالأظهر هي الصحة في هذا المقام أيضاً.
{ ١ } قوله ربما يتجه الصحة فيما كالشفعة.

لا يخفى أن صاحب المقاييس قدس سره، لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور.
توجه إلى اشكال، وهو أن لازم ذلك بطلان بيع السفه مع أنهم حكموا بصحته لو
أجازه الولي.

وأجاب عن ذلك بأنه يتجه الصحة فيه من جهة أن المنع عن بيعه ليس رعاية لحق
الغير بل رعاية لمصلحة نفسه.

وبهذا يظهران عبارة الكتاب غلط، والصحيح هكذا - وربما يتجه الصحة فيما إذا
كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالفقه.

وأما قول فalcول بالبطلان هنا، فهو راجع إلى ما قبل ربما.

وفيه: إنه لو كان منشأ البطلان الوجه الثاني الذي نقلناه عنه، وهو أن بيع المالك
لا يتصور فيه الوقوف على الإجازة، بل إما أن يقع باطلاً أو صحيحاً، اتجه البناء على
البطلان في المقام

ولا ينوي الاستقلال. وقد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا، ولا حرمة في شيء من ذلك.

وثانيا: إن المتيقن من الاجماع والأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع والأخبار، أعني قولهم الراهن والمرتهن ممنوعان.

ومعلوم أن المنع في المرتهن إنما هو على وجه لا ينافي وقوعه موقوفا. وحاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن والوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال وعدم مراجعة صاحبه في ذلك، وإثبات المنع أزيد من ذلك يحتاج إلى دليل، ومع عدمه يرجع إلى العمومات. وأما ما ذكره من منع جريان التعليل في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتأكد الفرق بينهما بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي ونكاح العبد، وبيع الراهن. وأما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن وبيع الوقف وأم الولد. ففيه أن الحكم فيهما تعبد ولذا لا يؤثر الإذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله.

وبالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب، بل الأخبار: إن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفي إذنه السابق لا يقتضي الابطال رأسا، بل إنما يقتضي الفساد بمعنى عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذي الحق، ويندرج في ذلك الفضولي وعقد الراهن والمفلس والمريض وعقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها وللأمة على الحرية وغير ذلك. فإن النهي في جميع ذلك إنما يقتضي الفساد، بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا، وهو صيرورته سببا مستقلا لآثاره، من دون مدخلية رضاء غير المتعاقدين.

وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع { ١ } هنا بناء على ما سيحى من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة، حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن وهو المشتري رهنا للبائع.

وها هنا اشكالان آخران على القول بالصحة موقوفا على الإجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر أقسام الفضولي:

أحدهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله.

{ ١ } وقد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا

وبعبارة أخرى الرهن والبيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد أعني ما قبل الإجازة. وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً، ثم ملكه { ١ } من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع، ويدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن في الواقع، وإلا لجرى ذلك في عقد الفضولي أيضاً، لأن فرض كون المجيز ملكاً للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الإجازة. وأما ما يلزم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، فلا يلزم في مسألة إجازة المرتهن. نعم يلزم في مسألة افتكاك الرهن وسيجيئ التنبيه عليه انشاء الله تعالى.

وحاصله: إنه بناء على الكشف يلزم أن يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه، إذ الإجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد إما من البناء على بطلان البيع أو بطلان الرهانة.

وفيه: إن القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع ولا يلزم محذور، مع أن هذا الايراد مشترك الوجود، فإنه في المقام إن لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شئ واحد في سائر أقسام الفضولي. ثانيهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

{ ١ } وهذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه. وحاصله: إن المقام يدخل في مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، غاية الفرق أنه في تلك المسألة يصير البائع الفضولي مالكا للمبيع، وفي المقام يصير مالكا للبيع. وفيه: إنه على الكشف نلتزم بكشف الإجازة عن حصول الملكية من حين العقد. بيان فائدة إجازة المرتهن

وتمام الكلام في المقام يقتضي البحث في جهات: الأولى: قد يقال: إن إجازة المرتهن لا شأن لها في المقام إلا من جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن، إذ الإجازة في عقد الفضولي إنما تؤثر في استناد العقد إلى المالك،

ثم إن الكلام في كون الإجازة من المرتهن كاشفة وناقلة، هو الكلام في مسألة الفضولي {١}.

ومحصله أن مقتضى القاعدة النقل، إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف والقول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى {٢} لأن إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي وهي هنا من قبيل رفع المانع

وبها يصير مخاطبا ب (أوفوا بالعقود) والمرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب إليه فلا أثر لإجازته.

ولكنه يمكن دفعه: بأن المرتهن وإن لم يكن مالكا للعين إلا أن له حقا متعلقا بها، فله سلطة عليها من جهة كونها موضوعه حقه، وعليه فله اعمال هذه السلطة في موضوع حقه بأن يجيز العقد ويمضيه وأن يرد العقد ويحلله، وعدم توجه خطاب أوفوا إليه لا يصلح مانعا عن كون إجازته مؤثرة في العقد وموجبة لتامية أركانه ومشمو لا لأدلة الصحة والنفوذ.

هذا بناء على القول بالصحة موقوفا على الإجازة، وأما على المختار من الصحة بدونها فإجازته لا شأن لها.

{١} الجهة الثانية: في أن إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة

فعلى المختار من صحة عقد الراهن وعدم منافاة البيع لحق الرهانة لا يبقى مجال لهذا النزاع، ولا يترتب على إجازته شيء سوى أنها بالملازمة تكشف عن إسقاط حقه، ولا معنى لكشف الإجازة عن الإسقاط من حين العقد.

وأما بناء على توقف الصحة على الإجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به في المقام بعين ذلك المناط لا بالأولوية إذ كما يقال في إجازة المالك أنها امضاء للعقد من حين حصوله وتكون رضا بمضمونه وهو النقل من حينه.

كذلك يقال في إجازة المرتهن، فإنه من جهة تعلق حقه بالعين وثبوت هذه السلطة له له الرضا بالعقد وامضائه من حين حدوثه.

وأما إن التزمنا في الفضولي بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف في المقام، إذ لا وجه للتعدي.

{٢} سوى ما ذكره المصنف قدس سره من الأولوية،

ومن أجل ذلك جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن { ١ } مع أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة والاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثاني في كتاب الرهن في مسألة عفو الراهن عن جناية الجاني على العبد المرهون، منافع لتمسكهم في العتق بعمومات العتق، مع أن العلامة قدس سره في تلك

المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن، هذا إذا رضي المرتهن بالبيع وأجازه. أما إذا أسقط حق الرهن، ففي كون الاسقاط كاشفاً أو ناقلاً كلام يأتي في افتكاك الرهن أو ابراء الدين. ثم إنه لا اشكال في أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة وهو واضح، وهل ينفع الإجازة بعد الرد { ٢ } وجهان، من أن الرد في معنى عدم رفع اليد عن حقه فله اسقاطه بعد ذلك وليس ذلك كرد بيع الفضولي لأن المجيز هناك في معنى أحد المتعاقدين.

بتقريب: إن إجازة المالك أشبه بجزء المقتضي، وهي هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت إجازة المالك كاشفة كانت إجازة المرتهن أولى بذلك.

وهو غير تام لما ذكرناه مرارا من أن باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية والتأثير والتأثر، وأنه لا يصح تطبيق أجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع على أجزاء العقد وتسميتها بأسمائها، فكما أن إجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك إجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه.

مع أنه لو سلم كون إجازة المالك جزء المقتضي وإجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لأسراء الحكم الثابت للمقتضي لعدم المانع، لأن مناطات الأحكام غير معلومة، فلعل المناط مختص به.

{ ١ } وأما ما ذكره المصنف قدس سره مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع

تعقب إجازة المرتهن مع أن الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة. فيرد عليه: إن عدم وقوع الايقاعات مراعاة إنما قلنا به للاجماع، وحيث إنه ليس في ايقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييدا لما ذكره. { ٢ } الجهة الثالثة: في أنه هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا؟ الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة - حيث إنه لا معنى لرده سوى

وقد تقرر أن رد أحد العاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا، فإن المرتهن أجنبي له حق في العين ومن أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالك والمرتهن فرضا كل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فكما أن رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم. كذلك رد المرتهن وهذا هو الأظهر من قواعدهم ثم إن الظاهر أن فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة { ١ } لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به في التذكرة.

وحكى عن فخر الاسلام والشهيد في الحواشي وهو الظاهر من المحقق والشهيد الثانيين ويحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد بل مطلق السقوط الحاصل بالاسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن وسقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه والفرق بين الإجازة والفك أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقه، وإن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع.

عدم اسقاط حقه - فله الإجازة بعد ذلك واسقاط حقه. وأما بناء على توقفها على الإجازة فإن قلنا بأن الرد يكون حلا للعقد لم تنفع الإجازة وإلا كفت في المقام، وإن لم تكف في الفضولي، فإن مدرك عدم كفايتها حينئذ الاجماع، وحيث إنه ليس في المقام اجماع، فالأظهر كفايتها.

وأما ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من: إن الرد إنما يؤثر في المقام في مورد فعلية حق

المرتهن، وهو ما إذا حل أجل الدين، وأما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك. فيرد عليه: إن حق الرهانة إنما يكون ثابتا من الأول ولا ربط له بحلول الدين، وهو موجب لتأثير رده.

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

{ ١ } الجهة الرابعة: إذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن إما بالاسقاط، أو بإبراء الدين، أو بأدائه. فعلى القول بأن حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد ولا ينافي مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، ولكن بما أنه قد عرفت أنه لو كان المشتري

وبالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعني حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالك بخلاف الإسقاط أو السقوط بالأبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضيء العقد حال وقوعه فهو أشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما، ثم تملكهما { ١ } وقد تقدم الاشكال فيه عن جماعة مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم: أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص وليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمني حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام، ويؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة ولو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح. هذا ولكن الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة أن عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضي. وإنما هو من جهة المانع فإذا زال أثر المقتضي { ٢ } ومرجع ما ذكرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو: أوفوا بالعقود والناس مسلطون على أموالهم ونحو ذلك عامة

جاهلا يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره.
يقع الكلام في أنه هل يسقط خياره أم لا - وسيأتي الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار وأما على القول بالمنافاة وأنه لا يصح العقد بدون إجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه أم لا؟ وجهان.
قد استدلل للبطلان وعدم الصحة بوجوه:
{ ١ } الأول: إن المرتهن كان شريكا في سلطان الراهن ولم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلا، فإذا سقط حقه وصار الراهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فعلى القول بالبطلان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام.
{ ٢ } وأجاب عن ذلك المصنف قدس سره وتبعه المحقق النائيني قدس سره بما حاصله: إنه في

وخروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذي هو أسبق فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب ولا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب وارتفاعه { ١ } فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

وأما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضي النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبداً وكونه زوجاً

مسألة من باع شيئاً ثم ملكه يكون البيع صادراً من غير المالك، فلا مقتضي للصحة، وبعد صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. وأما في المقام فليس عدم الأثر لقصور في المقتضي وإنما هو من جهة المانع، فإذا زال أثر المقتضي. وفيه: ما تقدم من أن تطبيق أجزاء العلة من المقتضي والشرط وعدم المانع على أجزاء العقد وما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات والآثار، فلا يصح أن يقال الملكية مقتضية، وحق الرهانة مانع، بل كل ما أخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف وقد صرح هو قده فيما سبق بأن الملكية شرط. فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئاً ثم ملكه.

الثاني: إن العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة وال لزوم، وبعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجري الاستصحاب، ولا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زماني له.

{ ١ } وأجاب عنه المصنف قدس سره: بأنه من جهة العلم بمناط المستصحب وأن الخارج إنما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لأجراء الاستصحاب، ويكون المقام من باب وجوب العمل بالعام.

وفيه: إنه قده صرح في الأصول بأن العام المخصص في زمان إذا لم يكن له عموم أزمني لا يتمسك به بعد مضي الزمان المتيقن وإن لم يجر الاستصحاب.

ولأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انعتق العبد لم ينفع في تصحيح ذلك التصرف هذا، ولكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا ومؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه { ١ } خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من أن مقتضى مفهوم الإجازة امضاء العقد من حينه. فإن هذا غير متحقق في افتكاك الرهن فهو نظير بيع الفضولي، ثم تملكه للمبيع حيث إنه لا يسع القائل بصحته إلا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقد وإلا لزم في المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما يلزم في تلك المسألة كون المبيع للمالكين في زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا، ولكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. وقد تقدم عن القواعد في مسألة عفو الراهن عن الجاني على المرهون أن الفك يكشف

فالحق في الجواب أن يقال: إن المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع في غير مورد التخصيص إلى عموم العام وإن لم يكن له عموم زمني. الثالث: إن ظاهر بعض النصوص (١) أن نكاح العبد لا يصح بدون إذن سيده وإن أعتق، ويكون المقام نظير ذلك.

وفيه: إن عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفا في مملوك المولى خاصة بل المتصرف أيضا مملوك، ولذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على إجازته أيضا.

فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

{ ١ } الجهة الخامسة: في أن سقوط حق الرهانة هل يجري فيه نزاع الكشف والنقل أم لا.

الظاهر أنه لا بد من البناء على النقل في المقام، وإن قلنا بالكشف في الإجازة فإن الإجازة امضاء وانفاذ للعقد الذي هو النقل من حينه. وأما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حين السقوط يكون مشمولاً لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

(١) الوسائل - باب ٢٦ - من أبواب نكاح العبيد والإماء.

عن صحته ويدل على الكشف أيضا ما استدلوا به على الكشف في الفضولي من أن العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره في الروضة وجامع المقاصد. ثم إن لازم الكشف كما عرفت في مسألة الفضولي لزوم العقد قبل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشتري الأصيل فلا يجوز له فسخه بل ولا إبطاله بالإذن للمرتهن في البيع. نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثاني إلا بذلك { ١ } فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع ويمكن أن يقال إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه. وأما رفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب ولذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه أن يشتريه من مالكه ويدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك { ٢ } وكيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، وإن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين حقي المشتري والمرتهن اللازمين على الراهن البائع وجهان ومع انحصار المال في المبيع فلا اشكال في تقديم حق المرتهن

وما أفاده المحقق النائيني قدس سره في وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف في الإجازة من أن السقوط يكشف عن كون العقد سببا تاما فيؤثر من الأول. غير سديد، فإن هذا المعنى من الكشف لا دليل عليه، وإنما التزمنا بالكشف في الإجازة لما أشرنا إليه غير الشامل للمقام.

{ ١ } الجهة السادسة: بناء على توقف صحة عقد الراهن على الإجازة أو سقوط حق الرهانة لو أوجد العقد الراهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر - إذ لا يتم لوفاء بالعقد الثاني إلا بذلك.

أم لا يجب، فإنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه وأما رفع حقوق الغير وسلطنته فلا يجب؟ وجهان.

{ ٢ } اختار المصنف قدس سره الثاني: وقاس المقام بمن باع شيئا ليس له، فإنه لم يلزم أحد

بوجوب شرائه من مالكه ودفعه إلى المشتري.