



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

www.

www.

www.

www.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مصباح الفقاهه

كاتب:

آيت الله العظمى سيد ابوالقاسم خوئي

نشرت في الطباعة:

انصاريان

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٤	مصباح الفقاهه المجلد ٤
١٤	اشاره
١٤	تتمه كتاب البيع
١٦	تتمه الكلام فى شروط المتعاقدين
١٦	اشاره
١٦	قوله مسأله:و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالكين أو
١٦	اشاره
١٧	قبل التعرض لحكم العقود الفضوليه يحسن بنا ان نتعرض لأمرين
١٧	الأول:إذا قلنا بصحه العقود الفضوليه فهل يمكن ان يحكم
١٩	الأمر الثانى:انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى
١٩	ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة
١٩	و استدل على رايه هذا بوجه:
١٩	الأول:ان هذه المعامله مشموله لأيتى وجوب الوفاء بالعقد
٢٠	الوجه الثانى:ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه
٢٠	الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك
٢٤	ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء
٢٩	يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:
٢٩	اشاره
٢٩	أما المسأله الاولى ان يبيع الفضولى للمالك
٣٢	و قد استدل على القول بصحه البيع الفضولى مع توقفه على
٣٢	الأول العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود
٣٦	الوجه الثانى روايه عروه ١
٤٠	الوجه الثالث:صحيحه محمد بن قيس

- ٤٠ و قد نوقش في الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:
- ٤١ المناقشه الاولى: ان القائلين بصحة عقد الفضولي قد التزموا بصحة
- ٤٤ المناقشه الثانيه: ان الامام(عليه السلام) قد حكم للسيد الأول بأخذ
- ٤٤ و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين - - - - -
- ٤٤ الوجه الأول، انه لا - - - - -
- ٤٤ الوجه الثاني: ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد
- ٤٥ المناقشه الثالثه: أنه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري - - - - -
- ٤٨ الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعتمد و الإجماعات
- ٥٥ الوجه الخامس الروايات الداله على صحة نكاح العقد الواقع
- ٥٥ الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك
- ٥٦ الثاني: من ناحيه عموم التعليل المذكور في الخبرين
- ٥٩ الوجه السادس: الروايات الواردة في إباحه المناكح
- ٦٢ الوجه السابع: الروايات الواردة في عامل مال المضاربه
- ٧٠ الوجه الثامن: الأخبار الواردة في الاتجار بمال اليتيم
- ٧٥ الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم ١ - - - - -
- ٨٣ الوجه العاشر: حسنه الحلبي ١ - - - - -
- ٨٧ الوجه الحادى عشر: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله
- ٨٧ و حاصل كلامه أن في الروايه احتمالات شتى:
- ٨٧ الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،
- ٨٨ الثاني: أن يكون الشراء لصاحب الورق
- ٨٨ الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون
- ٨٩ الوجه الثاني عشر: ما ورد في استرباح الودعي الجاحد للوديعة
- ٩٠ الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك
- ٩١ و قد استدل على بطلان بيع الفضولى و عدم صحته بالإجازة
- ٩١ الأول الكتاب
- ٩١ و

- الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجاره ٩١
- الوجه الثاني:سياق التحديد ٩١
- الثاني السنه فهمي أخبار كثيره ٩٨
- منها النبوى المروى مستفيضا من ٩٨
- و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل ١٠٧
- و منها روايه الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز ١٠٨
- و منها صحيحه محمد بن مسلم ١٠٩
- و منها الروايات الداله على عدم جواز شراء السرقة و الخيانه ١١٠
- و منها ما رواه الشيخ فى المجالس ١١٢
- قوله:الثالث الإجماع على البطلان. ١١٣
- قوله:الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز، ١١٤
- و بيانه يحتاج الى مقدمات: ١١٤
- الاولى ١١٤
- الثانيه:ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه ١١٤
- الثالثه:أن التصرف فى مال الغير حرام ١١٤
- و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان ١١٦
- قوله المسأله الثانيه أن يسبقه منع المالك. ١١٧
- اشاره ١١٧
- ثم انه يقع البحث هنا فى جهتين ١١٨
- اما الجهه الأولى، أى وجود المقتضى على صحه عقد الفضولى ١١٩
- اما الجهه الثانيه وجود المانع على بطلان العقد ١٢١
- اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن إلخ، ١٢٢
- قوله:المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه ١٢٤
- اشاره ١٢٤
- ثم انه يقع الكلام هنا أيضا فى جهتين ١٢٥
- الاولى:فى وجود المقتضى لصحه البيع و عدمه، ١٢٥

- ١٢٦----- اما الجبهه الثانيه، أى وجود المانع لصحه البيع و عدمه
- ١٢٦----- الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد
- ١٢٨----- الوجه الثاني: ان الفضولى لم يقصد الا البيع لنفسه
- ١٣٣----- بقى هنا أمران
- ١٣٣----- الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى
- ١٣٣----- اشاره
- ١٣٤----- و هنا مستلطان
- ١٣٤----- اما المسأله الاولى، فى وقوع البيع للعاهد مطلقا
- ١٣٨----- و اما المسأله الثانيه أعنى صحه المعامله فيما جمع بين المتنافيين
- ١٤١----- الأمر الثاني (جريان الفضولى فى المعاطاه).
- ١٤١----- اشاره
- ١٤١----- الوجه الأول فى جريان بيع الفضولى فى المعاطاه مطلقا
- ١٤٢----- الوجه الثاني الذى استدل به على عدم جريان الفضوليه فى المعاطاه
- ١٤٣----- الوجه الثالث ان العقد الفضولى آتما ثبت جوازه على
- ١٤٤----- الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره.
- ١٤٦----- (الإجازة و الرد فى المعامله الفضوليه)
- ١٤٦----- قوله(ره) اما الكلام فى الإجازة.
- ١٤٦----- اشاره
- ١٤٦----- و آتما الكلام فى طريق
- ١٤٦----- الأول: ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى ان الملكيه إنما
- ١٤٦----- الأول: ان يقال: ان المؤثر التام فى المعامله الفضوليه
- ١٤٧----- و الثاني مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جمله
- ١٤٩----- الثالث: ان يكون المؤثر فى الأمر المتقدم هو وصف التعقب
- ١٥٠----- ثم انّ هنا وجهها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتى
- ١٥٠----- الوجه الثاني من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق
- ١٥١----- و قد أورد عليه العلامه الأنصارى و تبعه جمله من الاعلام و

- الأول:إن المنشأ عبارته عن مضمون العقد من الملكيه فى ١٥١
- الإشكال الثانى:أنه سلمنا كون مضمون العقد هو النقل من ١٥٣
- و اما الكشف الحكمى ١٦٥
- (فى ثمره النقل و الكشف) ١٦٦
- و الحاصل أنّ الكلام فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل ١٦٨
- اما الجبهه الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات ١٦٨
- و اما الجبهه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى ١٧١
- (الجبهه الثالثه فى حكم التصرف) ١٧٧
- الجبهه الرابعه فى ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال ١٨٠
- فى بيان ما ذكروا للثمره بين الكشف و النقل ١٨١
- منها النماء ١٨١
- و منها أنّ فسخ الأصل لإنشائه قبل اجازته الآخر. ١٨٣
- و اما على القول بالنقل ١٨٣
- و اما على القول بالكشف، ١٨٧
- الاولى فى جواز فسخ الأصل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم ١٨٧
- الجبهه الثانيه:فى أنه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه ١٨٨
- فى عدم جواز إعدام المنذور ١٩٣
- تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى ١٩٤
- و اما الحكم الوضعى أعنى صحه التصرفات فى المنذور. ١٩٥
- ثم أنّ بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر. ١٩٧
- الأول:أنه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري ١٩٧
- الثمره الثانيه ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما ٢٠١
- الثمره الثالثه ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه ٢٠٤
- و ينبغى التنبيه على أمور. ٢١٥
- الأول أنّ النزاع فى باب الفضولى فى أنّ الإجازة ٢١٥
- الثانى:أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال ٢١٨

- الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد. ----- ٢٢٤
- الأول: قام الإجماع على ذلك. ----- ٢٢٤
- الوجه الثاني: انّ الردّ ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه ----- ٢٢٤
- الثالث: انّ دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على ----- ٢٢٧
- ثم بقي هنا أمران. ----- ٢٣١
- الأول: أنّه قيل انّ إثبات جواز الردّ بدليل السلطنة يوجب ----- ٢٣١
- الثاني: أنّه ذكر شيخنا الأنصاري بعد دعوى ظهور الصحيحه ----- ٢٣١
- الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله. ----- ٢٣٣
- الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع. ----- ٢٣٥
- السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات. ----- ٢٤٠
- السابع هل يعتبر في صحه الإجازة مطابقتها للعقد ----- ٢٤١
- قوله: و اما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور. ----- ٢٥٦
- اشاره ----- ٢٥٦
- انّ الكلام هنا أى في شرائط المجيز ----- ٢٥٧
- الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف ----- ٢٥٨
- المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد ----- ٢٥٨
- ثم انّ هذا الشرط يتصور على وجوه. ----- ٢٥٨
- الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود ----- ٢٥٨
- الثاني ----- ٢٥٨
- الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمكن الشرعى ----- ٢٥٩
- قوله الثالث لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد. ----- ٢٦٢
- الثالث ان يكون ذلك من جهه وجود المانع ----- ٢٦٢
- و اما المسألة الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا ----- ٢٧٠
- و الحاصل انّ الكلام في عدم كون المجيز جائز التصرف حال ----- ٢٧١
- الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا ----- ٢٧١
- و قد استدل على البطلان بوجوه ----- ٢٧٢

- الأول الإشكال المتقدم في بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه - - - - - ٢٧٢
- الأول عدم تمشى القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه - - - - - ٢٧٣
- الثانى أنّ الغاصب أنّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على - - - - - ٢٧٤
- الوجه الثالث: أنّ الاخبار تدل على أنّ بيع ما لا يملك حين - - - - - ٢٧٥
- و لكن نقول في اليوم أنّ بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين. - - - - - ٢٧٦
- الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشتري - - - - - ٢٧٦
- الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون - - - - - ٢٧٧
- الإشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه - - - - - ٢٧٨
- الاشكال الثالث من إشكالات التستري - - - - - ٢٨٢
- الاشكال الرابع: أنّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى - - - - - ٢٨٥
- الاشكال الخامس: أنّه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن - - - - - ٢٩٠
- الاشكال السادس: أنّ بيع الأصيل ما له من البائع الفضولى - - - - - ٢٩١
- الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار - - - - - ٢٩٢
- المسأله الثانيه ان يبيع للمالك و يشتري ذلك من المالك قبل - - - - - ٢٩٦
- قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف - - - - - ٣٠٣
- الصوره الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنّه غير جائز التصرف - - - - - ٣٠٣
- قوله الثانيه: ان يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا. - - - - - ٣٠٥
- قوله(ره) الثالثه: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا. - - - - - ٣٠٦
- قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف أنّه له. - - - - - ٣١٢
- قوله و اما القول فى المجاز. - - - - - ٣١٤
- الأول أنّ العقد الفضولى - - - - - ٣١٤
- فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى - - - - - ٣٢٠
- الأمر الثانى فى معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا - - - - - ٣٢١
- الاولى فى أنّه هل تصح - - - - - ٣٢١
- و اما الجبهه الثانيه أعنى إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم - - - - - ٣٢٢
- الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه - - - - - ٣٢٣

- ٣٣٦ قوله رحمه الله مسأله فى أحكام الرد.
- ٣٣٦ القول فى تحقق الرد بالفعل و القول
- ٣٤٣ بقى الكلام فى الرهن
- ٣٤٧ قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من
- ٣٥٠ مسأله لو لم يجز المالك فان كان المبيع فى يده
- ٣٥٣ فهناك مسئلتان
- ٣٥٣ أما الاولى ان
- ٣٥٥ و قد استدل على كون العين باقيه فى ملك
- ٣٥٥ الأول انه لم يحصل منه ما يوجب
- ٣٥٥ الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان
- ٣٥٥ الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحه البيع لو أجاز المالك
- ٣٥٦ و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على
- ٣٦١ ثم بقى هنا أمور فى كلام الشيخ قد ذكرها فى ذيل المسأله
- ٣٦٢ الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت
- ٣٦٢ الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه
- ٣٦٢ الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع
- ٣٦٢ الأمر الرابع انه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيناً
- ٣٦٣ قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك
- ٣٨٠ بحث فى تعاقب الأيدى
- ٤٠٣ قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.
- ٤٠٣ اشاره
- ٤٠٤ و للكلام هنا جهات.
- ٤٠٤ الاولى فى أصل صحه البيع
- ٤٠٨ الجبهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشتري و عدمه
- ٤٠٩ الجبهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع
- ٤١٣ قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

٤١٣ اشارة

٤٢٢ واما مسأله الطلاق

٤٢٢ واما مسأله الصلح

٤٢٢ واما مسأله الإقرار بالشريك الآخر

٤٢٤ واما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمة و ثبوت حق كل

٤٣٠ تعريف مركز

سرشناسه: خوئی، ابوالقاسم، ۱۳۷۱ - ۱۲۷۸

عنوان و نام پدیدآور: مصباح الفقاهه / من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوی الخوئی؛ لمولفه محمدعلی التوحیدی التبریزی

مشخصات نشر: قم: موسسه انصاریان، ۱۴۱۷ق. = ۱۹۹۶م = ۱۳۷۵.

مشخصات ظاهری: ۷ ج. نمونه

یادداشت: کتابنامه

موضوع: معاملات (فقه)

شناسه افزوده: توحیدی، محمدعلی، ۱۳۵۳ - ۱۳۰۳، محرر

رده بندی کنگره: BP۱۹۰/خ ۹ م ۶ ۱۳۷۵

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: م ۷۵-۷۰۸۹

ص: ۱

تمه کتاب البیع

مصباح الفقاهه

من تقرير بحث... ابوالقاسم الموسوي الخوئي

لمولفه محمدعلي التوحيدى التبريزى

ص: ٢

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قوله مسأله: و من شروط المتعاقدين ان يكونا مالکين أو

مأذونين من المالك أو الشارع

ف عقد الفضولى (1) لا يصح اى لا يترتب

١- ١) الفضولى لغه هو الاشتغال بما لا يعنى قال فى المصباح: و فضل فضلا من باب قتل زاد و خذ الفضل أى الزيادة و الجمع فضول مثل فلس و فلوس و قد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا- خير فيه و لهذا نسب اليه على لفظه فليل فضولى لمن يشتغل بما لا- يعنيه لانه جعل علما على نوع من الكلام فنزل منزله المفرد و سمي بالواحد و فى أقرب الموارد: الفضول جمع الفضل كما مر و الفضول العمل الفضولى و هو مفرد هنا يقال ان ذلك فضول منه اى اشتغال بما لا- يعنيه. أقول: لو لا تنزيل الجمع منزل المفرد لكان القياس ان يقال فى مقام النسبه فضلى لا- فضولى. اما فى الاصطلاح فعن الشهيد: هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا، و فى شرح فتح القدير الفضول: جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه و ما لا ولايه له فيه و كيف كان الفضولى صفة للعاقده و ما هو صفة للعقد انما هو الفضول فجعل الفضولى صفة للعقد مجاز و من قبيل توصيف الشئ بحال متعلقه.

عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم.

أقول

قبل التعرض لحكم العقود الفضولية يحسن بنا ان نتعرض لأمرين

الأول: إذا قلنا بصحة العقود الفضولية فهل يمكن ان يحكم

بصحة الإيقاعات الفضوليه أم لا؟

إذا قلنا بان الالتزام بصحة العقود الفضوليه انما هو على خلاف القاعده أعنى بها أصاله الفساد، و ان الإطلاقات و العمومات لا تشملها حكمنا بفساد العقود و الإيقاعات- الفضوليه إلا ما خرج بالدليل قيل: ان مقتضى القاعده و ان كان هو الحكم بصحة العقود و الإيقاعات، و لكن قام الإجماع على عدم جريان الفضوليه فى الطلاق و العتاق بل فى مطلق الإيقاعات.

و إذا قلنا بأن صحة العقود الفضوليه موافقه لمقتضى القاعده حكمنا بصحة الإيقاعات الفضوليه أيضا إلا ما خرج بالدليل لان العمومات و المطلقات كما تشمل العقود الفضوليه كذلك تشمل الإيقاعات الفضوليه أيضا و عليه فما ورد بالخصوص فى صحة العقود الفضوليه يكون مؤيد لتلك العمومات و المطلقات.

و يرد عليه: أنا لو سلمنا وجود الإجماع هنا، و لكن لا- نسلم كونه إجماعا تعبديا إذ من المحتمل ان القائلين ببطان الطلاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى ان بطان طلاق المكره يقتضى بطان طلاق الفضولى بالأولويه أو الى الروايات الداله على ان الطلاق لا ينفذ إلا إذا صدر من الزوج أو ممن هو مأذون من قبله أو من قبل الشارع، و ان القائلين ببطان العتاق الفضولى قد استندوا فى ذلك الى الروايات الداله على انه لا عتق إلا فى ملك و ان القائلين ببطان مطلق الإيقاعات الفضوليه قد استندوا فى ذلك الى

ص: ٤

عدم قابليه الإيقاع للتعليق واقعا، أو الى غير ذلك عن الوجوه الاعتباريه، و اذن فيرجع البحث الى تلك الوجوه. فلا يكون هذا إجماع تعبدى أما الوجوه المزبوره فهي أيضا ليست بتامه فلا- تدل على بطلان الإيقاعات الفضوليه اما بطلان طلاق المكره كبطلان بيعه فإنما هو في حد ذاته مع قطع النظر عن لحوق الإجازة، و يدل على عدم تحقق الإجماع المزبور انه ذهب غير واحد من الأصحاب إلى صحه عتق الراهن العبد المرهون متوقعا للفك أو الإجازة، و ذهب بعضهم إلى صحه عتق المرتهن عن الراهن مع أجازته ذلك و اما الروايات الوارده في المنع عن نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج، فالمراد منها هو ان الإنسان ليس له ان يطلق زوجته غيره مستقلا و بغير اذنه و أجازته و هذا لا- ينافى نفوذ الطلاق الصادر من غير الزوج مع الإجازة من الزوج بحيث يستند الطلاق اليه لا الى مجرى الصيغه، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال ببطلان العتاق الفضولى بالروايات المانعه عن العتق الصادر من غير المالك و يضاف الى ذلك ان أمثال هذه الروايات و ارده في البيع أيضا كقوله عليه السلام لا بيع إلا فى ملك فلو التزمنا بظاهرها فلا بد من الالتزام- ببطلان البيع الفضولى أيضا.

و اما دعوى ان التعليق فى الإيقاعات أمر مستحيل دعوى جزافيه ضروره أن المعانى الإيقاعات كالمعانى العقديه فى قبولها للتعليق و على الجملة انه لا دليل على بطلان الإيقاعات الفضوليه و إذا قلنا بكون الوصيه من الإيقاعات كانت الوصيه بما زاد على الثلث من الإيقاعات الفضوليه و لا إشكال فى صحتها مع اجازة الورثه و على

الجملة فلا نعقل وجها صحيحا لدعوى الإجماع التعبدى على بطلان الإيقاعات الفضوليه مطلقا أو فى الجملة.

الأمر الثانى: انه هل يخرج العقد من عنوان الفضولى

بمجرد رضاء المالك باطنا من دون اماره عليه أم لا؟

ذهب المصنف إلى الأول و حكم بعدم توقفه على الإجازة

اللاحقه

سواء علم العاقد بالرضاء الباطنى حين العقد أم لم يعلم به حين ذلك و سواء انكشف له بعد العقد بأن المالك كان راضيا بالعقد حين وقوعه أم لم ينكشف له ذلك أصلا.

و استدل على رايه هذا بوجوه:

الأول: ان هذه المعامله مشموله لآيتى وجوب الوفاء بالعقد

و التجاره عن تراض،

و لكن لا دلالة فى الآيتين على ذلك اما آيه وجوب الوفاء بالعقد، فلان مفادها هو ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه، و من الظاهر أن مجرد اقتران العقد برضاء المالك لا يخرج العقد الصادر من الأجنبى عن الفضوليه و لا يجعله عقدا للمالك، بل العقد انما يصير عقدا للمالك، و يستند اليه اما بمباشره نفسه أو بنيابه الغير عنه بالإذن، أو بالإجازة اللاحقه- كما فى الفضولى- و شىء من ذلك لم يتحقق فى المقام، و اذن فلا يكون العقد الصادر من الفضولى مع اقترانه برضاء المالك عقدا للمالك، و من هنا ظهر الجواب عن الاستدلال بآيه التجاره عن تراض، إذ لا تتحقق التجاره عن تراض بمجرد الرضاء الباطنى بالبيع الواقع على ماله فضولا و لا يقال للمالك انه اتجر بماله.

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

تعالى أَحْيَلُ اللَّهُ الْبَيْعَ فان مفاده أحل الله يبيعكم و عليه فالممضى انما هو البيع المنسوب الى المالك لا- مطلق البيع و ان لم ينسب اليه

الوجه الثانى: ما دل على حرمه مال امرء مسلم الا بطيبه

نفسه،

و من الواضح ان المالك فى الصورة المفروضه راض بالتصرف فى ماله، فيكون خارجا عن الفضوليه و الا لم يجز التصرف فيه.

و فيه: ان المراد من حليه البيع ان كانت هى الحليه التكليفيه كحرمه الأكل و الشرب، فالروايات المزبوره خارجه عن محل الكلام لان البحث، انما هو فى نفوذ البيع الفضولى مع الرضاء الباطنى من المالك، و ان كان المراد هو الأعم من الحليه الوضعيه و التكليفيه فهو و ان كان لا- بأس به، و لكن لا- دلاله فيها على ان المعتبر فى حليه المال انما هو خصوص رضاء المالك و طيب نفسه بل الظاهر منها هو ان الرضاء معتبر فى حليه المال، و هذا لا ينافى اعتبار شىء آخر فيها كإظهار الرضاء بمبرز خارجى من الاذن، أو الإجازة و السر فى ذلك هو ان أمثال هذه الجمل و المركبات كقوله عليه السلام لا صلاه إلا بطهور أو بفاتحه الكتاب و لا عمل إلا بنيه لا تدل على الحصر، و أن الصلاه مثلا لا تتحقق الا بالطهور أو بفاتحه الكتاب و ان العمل لا يتحقق إلا بنيه، فإنه لا- يستفاد منها الا- اعتبار كون الفعل مقرونا بالتية أو الطهور أو بفاتحه الكتاب لا ان الفعل لا يوجد إلا بالأمور المذكوره، و كذلك الأمر فيما نحن فيه بل المستفاد منها أنما هو اعتبار المستثنى فى المستثنى منه سواء اعتبر فيه شىء آخر أم لا.

الوجه الثالث ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته إقرار منه بذلك

الوجه الثالث: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد

ص: ٧

و سكوته إقرار منه بذلك فان الظاهر من هذه الطائفة[١] هو كفايه الرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه.

و ىرد عليه أولا: ان سكوت السيد عن نكاح عبده مع اطلاعه عليه كاشف عرفى عن الرضاء بالعقد، و مورد بحثنا ما إذا لم يكن هنا كاشف عرفى عن ذلك.

و ثانيا: أن مجرد رضاء المولى باطنا بنكاح عبده يكفى فى صحته، لما سيأتى من التفضيل بين كون الإجازة لتحقيق استناد العقد الى من يملك التصرف ليكون العقد عقدا له، و بين

ص: ٨

كونها بمجرد تعلق حق الغير، حيث نلتزم بكفايه الرضاء الباطنى فى الثانى دون الأول، و من الظاهر ان نكاح العبد من قبيل الثانى، حيث ان عقد النكاح مستند الى العبد جزما و انما الاحتياج إلى - اجازة المولى من جهه ان فعل العبد متعلق حقه فقط.

الوجه الرابع: روايه عروه، فإنها ظاهره فى جواز الاكتفاء فى صحه العقد بالرضاء الباطنى و ان لم يقترن بالكاشف.

و يتوجه عليه أولا: ان الروايه غير مذكور فى أصول الشيعه مسندا و انما هى مذكوره فى كتب العامه بسند ضعيف فلا يمكن الاستناد إليها فى شىء فى الأحكام الشرعيه.

و ثانيا: انه يمكن ان البارقى كان و كيلا - مفوضا عن النبى (صلى الله عليه و آله) فى أمر شراء الشاه و بيعها و اذن فتكون الروايه بعيده عن محل بحثنا.

و ثالثا: أن إقباض عروه المبيع، و قبضه للثمن مع تقرير النبى (صلى الله عليه و آله) ذلك لا - يدل الا على رضاه (صلى الله عليه و آله) بهما فقط لا على رضاه (صلى الله عليه و آله) بأصل البيع أيضا ضروره أنه لا ملازمه بين جواز القبض و الإقباض و بين صحه البيع إذ قد يكون البيع صحيحا و لا - يجوز القبض و الإقباض كبيع الوكيل الذى هو و كيل فى أصل المعامله فقط، و قد يجوز القبض و الإقباض مع فساد المعامله كما إذا كان أحد مأذونا فيهما من قبل المالك لا فى أصل المعامله و اذن فرضاء النبى (صلى الله عليه و آله) بالقبض و الإقباض لا يدل على صحه ما أنشأ عروه من البيع.

ثم ان المصنف قد استظهر خروج الفرض المتقدم عن الفضوليّه و عد توقفه على الإجازة اللاحقه من كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم

كقولهم فى مقام الاستدلال على الصحه ان الشرائط كلها حاصله الا رضاء المالك و قولهم ان الإجازة لا يكفى فيها السكوت لأنه أعم من الرضاء و الى غير ذلك من كلماتهم.

و يتوجه عليه أولا: انه لا حجيه فى كلماتهم فان رأى فقيه لا يكون حجه على فقيه آخر.

و ثانيا: انه لا ظهور فى كلماتهم فيما يرومه المستدل لان المراد من الرضاء المذكور فى كلماتهم هو الاختيار الذى هو فى مقابله الكراهه و الاضطرار حيث انهم ذكروها فى بيع المكره و قالوا ان من شرائط المتعاقدين الاختيار و ليس المراد منه طيب النفس و عليه فلا ربط لها بما نحن فيه و لا أقل من الاحتمال، فتكون كلماتهم مجمله.

ثم قال لو سلم كونه فضوليا لكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الإجازة لأنه لا- دليل على توقفه مطلقا على الإجازة اللاحقه.

و يتوجه عليه ان هذا الكلام يعد من الغرائب لأننا إذا قلنا باحتياج المعاملات الفضوليه إلى الإجازة اللاحقه كان ما نحن فيه من صغرياتهما، فتحتاج صحته إلى الإجازة اللاحقه و لا يكفى فيها مجرد وجود الرضاء الباطنى، و ان قلنا بعدم احتياجها إلى الإجازة اللاحقه، لكونها مشموله للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها فليكن المقام كذلك و اذن فلا وجه لجعله من المعاملات الفضوليه ثم الحكم بعدم احتياجه إلى الإجازة اللاحقه.

ثم قال: مع انه يمكن الاكتفاء فى الإجازة بالرضاء الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما إذ وقوعه برضاء لا ينفك عن ذلك مع الالتفات و يرد عليه انه إذا قلنا بكفايه الرضاء الباطنى المتأخر و لو آنا ما

فى صحه البىع و إخراجہ عن الفضوليه قلنا بذلك فى الرضاء المقارن أيضا بالأولويه، فلا وجه لتخصيص الحكم المزبور بالرضاء المتأخر.

ثم انا لو اکتفينا فى خروج العقد عن الفضوليه بالرضاء الباطنى للزم القول بكون الكراهه الباطنيه موجه لفساد البىع مع انها لا توجب بطلانہ و من هنا لو باع الغاصب العين المغصوبه مع كراهه المغصوب منه ذلك، ثم رضى به لحكم بصحته فيعلم من ذلك ان الكراهه- الباطنيه لا تؤثر فى فساد المعامله و كذلك الرضاء الباطنى لا يكفى فى صحتهما لان سبيلهما واحد.

ثم قال: انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد نكاحا أو بىعا مع العلم برضاء السيد له لعدم تحقق المعصيه التى هى مناط المنع فى الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلاله فى التصرف.

و يرد عليه: انه لا- وجه لتخصيص الحكم بالعبد بل يجرى ذلك فى كل عقد كان فضوليه من ناحيه كونه متعلقا لحق الغير كبيع الراهن العين المرهونه مع رضاء المرتهن بذلك باطنا و نكاح الباكره بدون اذن الولى و النكاح على بنت الأخ أو الأخت بدون إذن العمه و الخاله فإن الرضاء الباطنى يكفى صحه العقد فيها و فى أمثالها و سيأتى ذلك تفصيلا.

ثم انه ذهب شيخنا الأستاذ الى عدم خروج العقد بالرضاء

الباطنى عن الفضوليه مطلقا

سواء كانت فضوليته لتعلق حق الغير بذلك أم كانت فضوليته من ناحيه صدوره من غير المالك و إليك لفظ مقرر بحثه.

ص: ١١

و الحق عدم صحه العقد الصادر من غير من بيده زمام أمر المعقود عليه بمجرد الرضاء الباطنى من المالك و من له الحق مرتها
كان أو مولى و ذلك لانه لو كان أمر العقد موقوفا و غير ماض اما لعدم كون العاقد مالكا أو لعدم كونه مستقلا فلا يخرج عن
التوقيف الا- باستناده الى المالك أو ذى الحق و الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من
إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل فلا الكراهه الباطنيه رد و لا الرضاء الباطنى إجازة بل كل منهما يحتاج الى كاشف.

و التحقيق هو التفصيل فى المقام بين ما كانت الإجازة لتحقيق استناد العقد الى المالك بحيث يكون العقد الصادر من الفضولى
عقدا له بالحمل الشائع و بينما كانت الإجازة لأجل كون المبيع متعلقا لحق الغير، فكل مورد تعتبر الإجازة فى العقد لأجل استناده
الى من له العقد فان الرضاء الباطنى الساذج لا يصح ذلك و فى كل مورد اعتبرت الإجازة، لا لتلك الجهة بل لجهة أخرى لا
شبهه فى كفايه الرضاء الباطنى فى ذلك، و على الأول، فلا يكفى فى استناد العقد الى المالك مجرد الرضاء الباطنى و ان الاقتران
برضاء المالك لا- يخرج العقد عن الفضولى ما لم يكن اذن و توكيل من المالك و الوجه فى ذلك ان العقد الصادر من
الفضولى لا يكون مشمولا لقوله تعالى:

أَوْفُوا بِالْعُقُودِ، بديهه ان العقد لا يكون مشمولا لتلك الآية إلا باستناده الى المالك لأن مقارنه الجمع بالجمع فى الآية الكريمة
يقتضى ان كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده اى أوفوا بعقودكم لا ما عقدتهم و من الواضح ان العقد لا يكون عقدا للمالك الا
بالاستناد اليه اما بالمباشرة كما إذا

أوجده بنفسه أو بالتسبيب كما إذا أوجده وكيله أو بالإضافة إليه كما إذا رضى بالعقد الفضولي مع إظهاره ذلك بمظهر خارجي و من الظاهر ان مجرد الرضاء الباطنى بالعقد الصادر من الفضولى أجنبى عن ذلك كله و على الثانى فيكفى فى صحه العقد مطلق الرضاء و إن كان باطنيا و غير منكشف بكاشف و ذلك كالأمثله التاليه.

١-انه إذا باع الراهن العين المرهونه فإن اعتبار اجازة- المرتهن فى البيع المزبور ليس من ناحيه لزوم استناد العقد اليه بل من ناحيه أن العين وثيقه عنده،فلا يجوز للراهن ان يتصرف فيها بدون اذن المرتهن،فإذا رضى به المرتهن و لو باطنا صح البيع، و بعبارة اخرى:ان المناط فى صحه العقد هو كونه مشمولا- للإطلاقات و العمومات الداله على صحه العقود و لزومها و من الظاهر ان المناط المزبور موجود فى بيع الراهن غايه الأمر ان التصرف فى العين المرهونه موقوف برضاء المرتهن فإذا رضى بذلك لم يكن هناك مانع عن التصرف أيضا.

٢-بيع المفلس فإنه مستند اليه و مشمول للعمومات الا- ان المبيع متعلق لحق الغرماء فتعتبر إذنتهم فى ذلك من هذه الناحيه ٣- العقد على بنت الأخ و بنت الأخت فإن صحه ذلك موقوفه على إجازة العمه و الخاله لا من جهه عدم استناد العقد الى الزوجين إلا ياذنهما بل من جهه أخرى.

٤-عقد العبد لغير سيده و بدون اذنه نكاحا كان أو غير نكاح فان احتياجه إلى إجازة السيد ليس من ناحيه كون العقد عقدا للسيد و هو لا يتحقق إلا بإجازته بل من جهه انه ليس للعبد الاستقلال

٥- الوصيه بما زاد على الثلث فإنها تحتاج إلى اجازة الورثه لكن لا من جهه عدم استنادها الى الموصى بل لأجل نفوذ الوصيه ٦- عقد الباكره بدون اذن وليها بناء على اعتبار اذنه فى ذلك فان اعتباره فيه من جهه النفوذ لا من جهه الاستناد.

و على الجملة ان فى كل مورد كانت الإجازة لأجل استناد العقد الى من له العقد بحيث يكون العقد عقدا و تشمله العمومات لا يكفى فيها الرضاء الباطنى، و فى كل مورد كانت الإجازة لأجل نفوذ العقد لا للجهه المزبوره يكفى فيها الرضاء الباطنى لأنه يكفى فى النفوذ و لا دليل على إظهاره بمظهر خارجى، و هذا بخلاف الاستناد الى المالك فإنه ما لم يظهر فى الخارج لا يصدق على ما أوجده الفضولى انه عقد للمالك، و لا انه يبعه و لا انه تجارته و يتضح ذلك و ضوحا بمراجعته العرف و اللغه، و اذن فلا يتم ما ذكره المصنف على وجه الإطلاق و لا ما ذكره شيخنا الأستاذ (و أظن ان كلام المصنف لا ينافى التفصيل المذكور لأنه ذكر فى آخر كلامه (ثم انه لو أشكل فى عقود غير المالك فلا ينبغى الإشكال فى عقد العبد إلخ) خصوصا إذا حمل ما ذكره على المثال و ان كان الحمل عليه بعيدا من ناحيه التعليل فى كلامه بقوله لعدم تحقق المعصيه.

فما ذكره شيخنا الأستاذ من: (ان الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بد من إيجادهما إما باللفظ أو بالفعل)، انما يتم فى الاستناد فقط لا فى التنفيذ كما عرفته قريبا و قد ظهر لك مما ذكرناه فساد ما أفاد شيخنا الأستاذ فى

آخر كلامه من انه ثبت من الأدله الخارجيه عدم استقلال العبد و الراهن و الباكره و كل من كان من قبيل هذه الطوائف الثلاث فى عقودهم و لا يخرجون عن الاستقلال بمجرد رضاء ذى الحق فإن به لا يسند العقد اليه. ثم انه ربما يستدل على كفايه الاقتران بالرضاء الباطنى فى خروج العقد عن الفضوليه بصحيحه محمد بن مسلم [١] او روايه الحميرى [٢] فإنهما تدلان على حصر الشراء الصحيح برضاء المالك فيستفاد منهما

ان المناط فى صحه البيع انما هو مجرد الرضاء و ان لم يبرز فى الخارج و لكن يتوجه عليه انه لا يستفاد من أمثال هذه التراكيب الا- كون المستثنى شرطاً فيما يقع بعد كلمه (لا) كقوله عليه السلام لا صلاه إلا بطهور لا ان حقيقه مدخول كلمه (لا) منحصره بالمستثنى و عليه فيدل الخبران على اعتبار الرضاء لا على كفايته على وجه الإطلاق، فيكون شأنهما شأن بقيه الأدله الداله على اعتبار الرضاء فى العقود و الإيقاعات على انه يمكن ان تحمل الروايتان على الرضاء بمعنى الاختيار الذى يقابل الكراهه و قد تقدم اعتباره فى العقود و الإيقاعات قوله ثم اعلم ان الفضولى قد يبيع للمالك.

أقول

يقع البحث هنا فى مسائل ثلاث:

اشاره

الاولى: ان يبيع الفضولى للمالك.

الثانيه: ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه: ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

أما المسأله الاولى ان يبيع الفضولى للمالك

فيقع البحث فيها من جهه انه هل يعتبر فى صحه العقود صدور إنشائها من المالك بالمباشره أو ممن يقوم مقامه كالوكيل و المأذون أم لا يعتبر فى صحتها ذلك؟ بل المناط فى صحه العقود هو استنادها الى من له العقد، و من الظاهر ان هذا المعنى كما يتحقق بالمباشره و التسبيب كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه أيضاً.

و لا يخفى عليك انا إذا قلنا بصحه العقد الفضولى فى هذه المسأله، فيقع الكلام فى صحته و فساده فى المسألتين الآتيتين و إذا قلنا بفساده هنا فلا شبهه بفساده فى المسألتين الآتيتين لان

ص: ١٦

ما يبحث عنه فى المسأله الاولى هو المتيقن من العقد الفضولى فإذا حكم بفساده حكم بفساد ما يبحث عنه فى المسألتين الآتيتين بالأولويه القطعيه.

ثم انه وقع الكلام فى صحته وفساده فالمحكى عن الأكثر هو صحته-كالمقنعه و النهايه و الوسيله و الشرائع و النافع و كشف الرموز و العلامه فى جملة من كتبه و حواشى الشهيد و مسائله و الدروس و اللعه و جامع المقاصد و التنقيح و تعليق الإرشاد و إيضاح النافع و الميسيه و الروضه و المسالك و غيرها-و حكى المصنف عن غايه المراد حكايه القول بالصحه عن جمع من المذكورين و غيرهم ثم قال:و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين -كالأردبيلى و السيد الداماد و بعض متأخر المحدثين-و قال فى التذكرة:مسأله يشترط ان يكون البائع مالكا أو من له ولايه كالأب و الجد له و الحاكم و امينه و الوكيل فلو باع الفضولى صحح و وقف على اجازة المالك و به قال مالك و إسحاق و أبو حنيفة و الشافعى فى القديم و احمد فى إحدى الروايتين و قال أبو ثور و ابن المنذر و الشافعى فى الجديد و احمد فى الروايه الأخرى يبطل البيع و هو قول لنا و قال-بعد أسطر-:لو اشترى فضوليا فان كان بعين مال الغير فالخلاف فى البطلان و الوقف على الإجازة الا أن أبا حنيفة، قال:يقع للمشترى بكل حال و ان كان فى الذمه لغيره و أطلق اللفظ قال:علماؤنا يقف على الإجازة إلخ و عن الحدائق:ان القول بالصحه كاد يكون إجماعا و ذهب جمع آخر إلى فساده فعن

المبسوط من باع مالا يملك كان البيع باطلا و في الخلاف ج ١ ص ٢٢٢: إذا باع انسان ملك غيره بغير اذنه كان البيع باطلا و به قال الشافعي و قال أبو حنيفة ينعقد البيع و يقف على اجازته صاحبه و به قال قوم من أصحابنا دليلنا إجماع الفرقه و من خالف منهم لا يعتد بقوله و لانه ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع و عن الغنيه نحوه من الصراحه و حكى القول بالبطلان أيضا عن الإيضاح و اختاره في الحدائق و أطنب فيه الكلام و لكنه لم يأت بشيء تركن اليه النفس و يطمئن به القلب و ذكر جملة من النصوص محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها و ستأتى الإشارة إليها و الى عدم دلالتها على ما يرومه بل دلالة بعضها على خلاف مقصوده و في شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣٠٩: و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو قول مالك و احمد و قال الشافعي: لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولايه شرعيه لأنها بالمالك أو بإذن المالك و قد فقدوا و لا انعقاد إلا بالقدره الشرعيه و صار كبيع الآبق و الطير في الهواء في عدم القدره على التسليم و في الفقه على المذاهب الأربع ج ٢ ص ١٦٦- عن الشافعيه:- و من شرائط المعقود عليه ان يكون للعاقده عليه ولايه فلا يصح بيع الفضولي و في ص ٢٤٠- عن الحنيفة:- أمّا بيع ملك الغير بوكاله منه فإنه صحيح نافذ و يبيعه بدون وكاله فهو صحيح موقوف على اجازته المالك و هذا هو بيع الفضولي و في ص ٢٢٤: و اما الموقوف و هو بيع ما يتعلق به حق للغير فإنه من أقسام الصحيح و انه ينعقد بدون ان يتوقف على القبض و في ص ١٦٨: و من

شروط العاقد، ان يكون مالكا أو وكيلًا- عن مالك فلا يلزم بيع الفضولي و في شرح العناية بهامش شرح فتح القدير ج ٥ ص ٣١٩. و من باع ملك غيره بغير اذنه فالمالك بالخيار ان شاء أجاز البيع و ان شاء فسخ و هو مذهب مالك و احمد في روايه و قال الشافعي في الجديد و هو روايه عن احمد لم ينعقد.

و هنا قول ثالث و هو صحة البيع و بطلان الشراء و هو القول الآخر للشيخ في الخلاف قال في كتاب النكاح: لو اشترى لغيره بغير اذنه لم يقف على أجازته و كان باطلا ثم قال: و عندنا ان البيع يقف على اجازته مالكة.

و في المسألة وجهان آخران: أحدهما انه ان وثق برضاء المالك فأجاز صح و الا فلا. ثانيهما: انه ان لم يسبق منه منع و لم يظهر كراهه صح و إلا بطل.

و قد استدل على القول بصحة البيع الفضولي مع توقفه على

الإجازة بوجه:

الأول العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود

و لزومها

و بيان ذلك انه لا شبهه في ان صدق عنوان العقد أو- التجاره عن تراض أو البيع أو صدق اي اسم من اسما أيه معامله كانت لا يتوقف على مباشره المالك بنفسه للعقد، بل يكفي في ذلك النيايه بأن يكون المباشر لذلك غير المالك غايه الأمر لا بد و ان تكون هذه المباشره بإذن المالك لكن يكون ذلك سببا لانتساب العقد الصادر من المباشر الى المالك، و من المعلوم أن انتساب العقد الى المالك كما يتحقق بمباشره نفس المالك أو بمباشره غيره مع الاذن منه كذلك يتحقق بالإجازة اللاحقه من المالك و حينئذ فيصدق

ص: ١٩

على العقد الصادر من الفضولى انه عقد للمالك أو تجارته أو بيعه و اذن فيكون ذلك مشمولاً للعمومات و المطلقات المزبوره و بتعبير آخر انا ذكرنا فيما سبق ان المراد من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أَوْفُوا بِعُقُودِكُمْ لا- ما عقدتم و المراد من أحل الله البيع هو حليه بيوعكم و المراد من التجاره عن تراض ما يصدق عليه هذا العنوان و جميع هذه العناوين لا يتحقق فى الخارج الا بالاستناد الى المالك، و من الظاهر انها تستند إليه بالإجازة كاستنادها اليه بالمباشره أو بالإذن فتشملها العمومات غايه الأمر انا نشك فى اعتبار مباشره المالك شرعاً أو اقتران رضائه بالعقد أو وجود الاذن السابق على العقد فحيث ان كل ذلك تقييد للمطلقات أو تخصيص للعمومات بغير مخصص و مقيد فندفعه بأصالة الإطلاق أو العموم و هذا هو مراد المصنف (ره) من الأصل فى المقام لا أصالة البراءة و ان احتمله-بعيدا-المحقق الايروانى بناء على جريان البراءة فى الأسباب و الأوضاع.

و قد يتوهم ان التمسك بالعمومات هنا يتوقف على حصول اضافة عقد الفضولى إلى المالك بالإجازة اللاحقه لكن الإضافه لا تحصل بذلك بعد وضوح ان المراد من عقودكم العقود الصادره منكم، و لو بالتسيب لا العقود المنتسبه إليكم بايه نسبة كانت و لو نسبة كونها مجازة لكم و من المعلوم ان عقد الغير لا يصير عقدا صادرا من شخصى بإجازته له.

و لكن هذا التوهم فاسد إذ لا فارق فى انتساب العقد من الأجنبى إلى المالك بين الاذن السابق و الإجازة اللاحقه فكما ان الاذن السابق كاف فى صحه العقد و استناده اليه كذلك الإجازة

اللاحقه لأنهما متساويان فى حصول الرضاء الذى هو الأصل فى ذلك و قد اتضح لك مما بيناه فساد ما نوقش به فى التمسك بالعمومات على صحه العقد الفضولى من ان المخاطب بتلك العمومات اما العاقد الفضولى أو الملك أو غيرهما و لا سبيل الى كل منهما اما العاقد الفضول فلعدم وجوب الوفاء عليه بعقده قطعا و هذا واضح، و اما المالك فقبل أجازته كذلك و الا لوجبت عليه الإجازة و أما بعدها فهو مجيز لا عاقد، و وجه الوضوح هو ما ذكرنا قريبا من ان معنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هو أوفوا بعقودكم لا ما عقدتم و قد عرفت ان العقد الصادر من الفضولى يكون عقدا للمالك بالإجازة اللاحقه و يستند اليه استنادا تاما، فيكون مشمولا للعمومات من حين الإجازة لا من حين العقد فزمان الإجازة هو زمان شمول العمومات للعقد الفضولى.

و من هنا ظهر لك ما فى كلام المحقق الايروانى من الغرابه حيث قال: (ان التمسك بالعموم بعد الإجازة مبنى على ثبوت عموم أزماني فى العمومات و ليس له وجود و قد اعترف به المصنف به فى خيار الغبن)، و وجه الظهور هو ان المصنف لم يدع شمول- العمومات للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها الى زمان الإجازة بالمخصص لكى يكون التمسك بها بعد الإجازة محتاجا الى ثبوت العموم الأزماني للعمومات، بل غرضه هو ما ذكرناه من أن زمان الإجازة انما هو أول زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الداله على صحه العقود.

ثم انه يمكن أن يرجع الى ما ذكرناه استدلال جمع من الفقهاء - كما عن المختلف و غيره- على صحه البيع الفضولى بأنه عقل صدر

من أهله فى محله، بدهاه ان كون العاقد أهلا- للعقد من حيث كونه بالغاً عاقلاً- مع كون المبيع قابلاً- للبيع لا- يثبتان الصحة إلا بضميمه مقدمه أخرى ثابتة بالعمومات بان يقال ان العقد الفضولى عقد صدر من أهله فى محله و كل ما صدر من أهله فى محله صحيح شرعاً للعمومات و المطلقات.

و ان أبيت عن كون مرادهم ذلك لتوجه عليهم مما عن الشهيد فى غاية المراد: من كونه مصادره ضروره ان تحقق الأهليه التامه عين الدعوى و جعلها دليلاً على المدعى صرف مصادره و لا يمكن دفعها الا بما كرهناه و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا المحقق من ان اشتراط تأثير العقد بالرضاء لا ربط له بأهليه العاقد و لا بكون المبيع قابلاً لوقوع العقد عليه بل أهليه العاقد بما هو عاقد منوطه بكونه عاقلاً- عقلاً- و بكونه بالغاً شرعاً، و قبول المحل منوط بكونه مما يتمول و مما يملك، فلا قصور فى العاقد، و لا فيما وقع عليه العقد، و المفروض حصول الإجازة الكاشفه عن الرضاء و المحققه للانتساب، فلا مصادره و كون المبيع للغير لا يسقط العاقد بما هو عاقد عن أهليه العاقيه و لا المحل عن قبول وقوع العقد عليه، فما افاده المصنف فى توجيه المصادره و أجاب عنها بإثباتها بالعموم خال عن الوجه، و الوجه فى ذلك هو ان مجرد كون العاقد عاقلاً بالغاً، و كون المحل مما يتمول، و حصول الرضاء بالإجازة اللاحقه الكاشفه، لا يثبت صحة العقد لاحتمال اشتراط العقد بمقارنه الرضاء أو سبق الإذن فإنه مع هذا الاحتمال لا تتم الأهليه التامه للعاقد، فلا يمكن نفيه إلا بأصالة العموم أو الإطلاق و بذلك تثبت الأهليه التامه للعاقد.

وقد تحصل مما قدمناه ان عقد الفضولي صحيح على القاعده بمقتضى العمومات و الإطلاقات الداله على صحه العقود و لزومها و عليه، فلا- نحتاج الى الاستدلال على صحته و نفوذه بالأدله الخاصه إلا لمزيد الوضوح و من جهة التأييد و عليه فلو ناقشنا فى الأدله الخاصه اما من حيث السند أو من حيث الدلاله فلا يضر هذه المناقشه بصحه عقد الفضولى و نفوذه بوجه.

الوجه الثانى روايه عروه

و وجه الاستدلال هو ان عروه قد باع احدى الشاتين بدينار من غير إذن النبى (صلى الله عليه و آله) و أقره (صلى الله عليه و آله) و أظهر رضائه بذلك و دعا له فلو كان البيع الفضولى باطلا- لم يقره النبى (صلى الله عليه و آله) بل كان عليه (صلى الله عليه و آله) زجر عروه و الأمر برد الدينار و أخذه الشاه أو تجديد المعامله بعد تحصيل الاذن من النبى (صلى الله عليه و آله) مع انه ص لم- بفعل شيئا من ذلك، هذا ما يرجع الى الاستدلال بالروايه من ناحيه بيع عروه احدى الشاتين بدينار و اما شراؤه الشاتين بدينار مع انه كان مأذونا فى شراء شاه بدينار الظاهره فى الشاه لواحد فذكر المصنف

(ره) انه يمكن توجيه شرائه على وجه يخرج عن الفضولي، ولكن لم يبين الوجه في ذلك و لعل نظره في ذلك الى ان قول النبي (صلى الله عليه و آله) لعروه اشتر به شاه يمكن ان يراد به كون الشراء الواحد بدينار، و يمكن ان يراد به كون شراء جنس الشاه بدينار و على الثاني فلا شبهه في عدم كون الشراء فضوليا لأن المأذون به يشمل الواحد و الاثنين و على الأول فإن كان الظاهر في بادي النظر هو كون الشراء فضوليا أيضا و لكنه خارج عن ذلك جزما لان الشخص إذا كان مأذونا في شراء شاه واحده بدينار فيكون مأذونا في شراء شاتين بدينار بالأولويه القطعيه، و عليه فأذن النبي (صلى الله عليه و آله) لعروه في شراء الشاه الواحد بدينار اذن له في شراء شاتين أيضا بدينار، فيكون الشراء خارجا عن الفضولي على كل حال.

و قد ناقش المصنف في الاستدلال بالروايه المزبوره على صحه البيع الفضولي: بان ذلك متوقف على دخول المعامله المقرونه برضاء المالك في بيع الفضولي، و قد عرفت انها خارجة عنه، و بيان ذلك أن عروه كان عالما ظاهرا برضاء النبي (صلى الله عليه و آله) بما فعله من البيع و الا- لما قبض المبيع و لم يقبض الثمن لان ذلك تصرف في مال غيره بدون رضاه و هو حرام عقلا و نقلا- و عليه فلا- بد اما من الالتزام بأن عروه فعل الحرام بقبضه الثمن و إقباضه المثلث، و هو مناف لتقرير النبي (صلى الله عليه و آله) و تبريكه (صلى الله عليه و آله)، و اما من القول بجواز التصرف قبل الإجازة مع العلم بتعقبه لها.

و سيأتي ضعفه و اذن، فيدور الأمر بين القول بخروج المعامله المقرونه برضاء المالك عن الفضولي، و بين القول بعلم عروه برضاء

النبي (صلى الله عليه و آله) بإقباضه ماله للمشتري حتى يستأذن من النبي (صلى الله عليه و آله) مع علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه الثمن إلى البائع على وجه الأمانة و الا فلا يستحق الفضولى قبض المال لعدم كونه مالكا و لا وكيلا عنه و لكن الظاهر هو الوجه الأول أعنى به خروج البيع الصادر من عروه عن المعامله الفضوليه إذ من المستبعد جدا علم المشتري بكون بيع عروه فضوليا، و يتضح ذلك بملاحظه ان الظاهر هو عدم كون المعامله فضوليه فى مورد الروايه، بل وقعت بعنوان المعاطاه لأنها وقعت بين النبي (صلى الله عليه و آله) و بين مشتري الشاه و يكون عروه آله محضا فى إيصال العوضين و قد عرفت فى مبحث البيع - المعاطاتى انه يكفى فى صحه المعاطاه مجرد رضا المالكين بالنقل و الانتقال مع وصول العوضين الى كل من المتعاطيين و لو كان الوصول بإطاره ریح أو بفعل صيبي أو بواسطة حيوان و من الظاهر انه يتسامح فى المعاطاه بما لا يتسامح به فى العقود اللفظيه.

و یرد على ما ذكره المصنف أولا - ما ذكرناه أنفا من أن اقتران العقد الصادر من الأجنبي بالرضا الباطنى من المالك لا يخرجہ عن الفضوليه.

و ثانيا: ان كون الصادر من عروه فضوليا أو مندرجا تحت الكبرى المتقدمه متوقف على عدم كونه وكيلا - مطلقا و مفوضا من النبي (صلى الله عليه و آله) فى أمر شراء الشاه أو مطلقا الذى سمي فى لغه فارس بكلمه (وكيل خرج) و من المحتمل ان يكون هو كذلك و عليه، فلا - يمكن الاستدلال بالروايه على صحه بيع الفضولى إذ لا - قرنيه فى الروايه و لا - من الخارج على كون البيع الصادر من عروه فضوليا.

و على الجملة ان ما صدر من عروه قضيت شخصيه واقعه فى مورد خاص و لم يعلم جهتها فلا يمكن الاستدلال بها على صحه البيع الفضولى و ان أصرّ عليه جمع من الفقهاء و لا حملها على الكبرى المتقدمه و ثالثا: ان تحقق القبض و الإقباض بين عروه و بين المشتري لا يكون قرينه على عدم كون البيع الواقع بينهما فضولا بدعوى انه لو كان فضوليا لكان التصرف فى الثمن و المثلن بالقبض و الإقباض حراما و ذلك لما ذكرناه أنفا من عدم الملازمه بين كون البيع فضوليا و بين حرمة التصرف فى الثمن أو المثلن، ضروره ان العلم بالرضا الباطنى للمالك يفيد جواز التصرف تكليفا لا جوازه وضا.

و رابعا: انا لو سلمنا صحه المعاطاه الفضوليه لكن لا نسلم كون فعل عروه ظاهرا فى المعاطاه لعدم القرينه على ذلك.

و دعوى ان القرينه على ذلك هو ان الغالب المعتاد فى أمثال ذلك هو البناء على المعاطاه، دعوى جزافيه، لأننا لو سلمنا وجود الغلبه و لكنها لا تفيد الا الظن و هو لا يغنى من الحق شيئا و من هنا ذكر السيد فى حاشيته بقوله: لم افهم هذه الدعوى و لم أدر من اين هذا الظهور.

و خامسا: انا ذكرنا فى الجزء الثانى ان الأمثله التى ذكروها لتحقيق المعاطاه بمجرد إيصال العوضين الى كل من المالكين غير ظاهره فى ذلك بل هى من أمثله المعاطاه المتعارفه راجع ج ٢ ص ١٦٩.

و سادسا: ما ذكره المحقق الايروانى و إليك نصه ان هنا خلط بين الرضا الكافى فى المعاطاه و الرضا الحاصل فى المقام فان

الرضا الكافى فى المعاطاه عن القصد إلى إنشاء البيع بإيصال المبيع بأى وجه اتفق و بواسطه أى حامل كان و الرضا الموجود فى المقام هو الرضا بالمبيع من أى بائع تحقق بلا قصد إلى إيجاد البيع فى الخارج.

و يضاف الى جميع ما ذكرناه ان الروايه ضعيفه السند و قد عرفته قريبا.

الوجه الثالث: صحيحه محمد بن قيس

عن ابى جعفر (عليه السلام) قال قضى أمير المؤمنين [١] لأن قوله عليه السلام فيها فى معالجه فك الولد بعد المناشده: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع ظاهر فى نفوذ البيع الفضولى بالإجازة اللاحقه إذ لو كانت الإجازة فاسده و غير مؤثره فى العبد الفضولى لما أمر الإمام عليه السلام بحبس الابن حتى يجيز الأب بيعه، فيعلم من ذلك ان اجازة بيع الفضولى تؤثر فى صحتها.

و قد نوقش فى الاستدلال بها على ذلك من وجوه شتى:

و بقاءه على حاله موقوفا على اجازته المالك فان اجازته لزم و ان فسخه انفسخ و إذا انفسخ لم تؤثر فيه الإجازة إجماعا مع ان الصحيحه ظاهره فى نفوذ الإجازة بعد الرد من نواحي شتى:

١-قوله:الحكم ان تأخذ الوليده و ابنها فان هذا الحكم لا يصح الا بعد الرد.

٢-قول السائل:ثم جاء سيدها الأول فخاصم سيدها الآخر فقال:وليدتى باعها ابني بغير اذنى و من الظاهر ان المخاصمه ظاهره فى الرد، إذ لولاه لما وقعت المخاصمه بين السيد الأول و السيد الثانى بل كانت الوليده و ابنها للسيد الثانى من دون ان تكون هناك مخاصمه و مرافعه.

٣-مناشده المشتري للإمام عليه السلام و الحاجه إليه فى علاج فكاك ولده،و من الواضح انه لو لم يكن البيع مردودا من قبل السيد الأول:لم يكن وجه لهذه المناشده و الحاجه إليها.

٤-قول الامام عليه السلام-فى مقام تعليم علاج فك الولد للمشتري:-خذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع إذ لو لم يكن البيع مردودا لم يبق طريق للسيد الأول إلى أخذ الوليده و ابنها فهذه القطعه من الروايه صريحه فى أخذ السيد الأول ابن الوليده و أخذ الابن ظاهر فى رد البيع من حيث ان أخذ الابن لأجل كونه نماء للوليده التى هى مملوكه له.

فتحصل ان الروايه ظاهره فيما هو مخالف للإجماع و اذن فلا بد اما من طرحها و إرجاع علمها إلى أهلها،و اما من رفع اليد عن-

ظهور كون الإجازة بعد الرد أو يراد من الإجازة البيع الجديد أو حملها على ما ذكره المحدث الكبير العلامة المجلسي (ره) في مرآت العقول ص ٤٠٧ ج ٣ قال: (الظاهر ان هذا من حيله التي كان يتوسل بها الى ظهور ما هو الواقع) ولا بأس بتعليم هذه الحيله لكشف الواقع خصوصا مع علم الحاكم بالواقع واقتضاء المصلحة لذلك مثل ان عليا عليه السلام كان عالما- في مورد الرواية- بكون الابن وكيلا- في بيع وليده أبيه و أنكر الأب وكاله ابنه و ادعى عدم الاذن في ذلك فاحتال على عليه السلام حيله لكي يصل بها الحق الى صاحبه أو تحمل الصحيحه على غير ذلك من المحامل.

و على الجملة ان ما هو مسلم عند القائلين بصحة العقد الفضولي و هو عدم كون الإجازة مسبقا بالرد، فالرواية أجنبيه عنه و ما اشتملت عليه الرواية من تأثير الإجازة بعد الرد مخالف للإجماع و ان التزم السيد بظاهرها و قال: (فالإنصاف ان الرواية لا مانع من العمل بها و تكون دليلا على صحة الإجازة حتى بعد الرد)، و لكن الظاهر انه لا إشعار في الرواية بكون الإجازة بعد الرد فضلا عن الدلالة عليه اما قوله عليه السلام الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فلا دلالة فيه على ما يرومه الخصم، و ذلك لان الرواية خاليه عن تعرض المالك لفسخ العقد أو إمضائه بل غايه ما يظهر منها هو عدم رضاه بإقباض ابنه و لذا استرد الوليده و ابنها و من الظاهر انه يجوز للمالك قبل اجازة العقد الفضولي ان يتصرف في المبيع حتى على القول بالكشف غايه الأمر أنه إذا أجاز العقد الفضولي انكشف بطلان تصرفه لا انه لا يجوز تصرفه في ماله تكليفا قبل الإجازة و لا شبهه في ان تصرفه هذا

قبل الإجازة لا يكشف عن رد البيع بل يمكن ان يكون ذلك من جهة تردده بين الفسخ و الإمضاء و لا يشترط فى تأثير الإجازة وقوعها عقيب عرض البيع على المالك من دون أن يفصل بينهما:التردد بين الفسخ و الإمضاء أو التوقف فى ذلك،بل العبره فى تأثير الإجازة بكونها قبل الفسخ و يدل على ما ذكرناه ما ذهب إليه الأصحاب من الحكم بصحة إجازة المكره بعد زوال إكراهه،فيعلم من ذلك ان الكراهه الباطنيه لا توجب فسخ المعامله فضلا عن التردد بين الفسخ و الإمضاء اما مناقشه المشتري للإمام عليه السلام فى فكاك ولده فلا تدل أيضا على ان المالك قد رد البيع و أخذ ابن الوليده لكونه مملوكا له لان الولد لا يملك على تقديرى الإجازة و الفسخ لكونه حزا كما سيأتى بل المناشده من حيث ان المشتري طلب من الامام عليه السلام علاجاً لفك الولد و اجازة البيع فعلمه الامام(عليه السلام)طريقاً لذلك و هو قوله(عليه السلام)أخذ ابنه الذى باعك الوليده حتى ينفذ لك البيع.

و من هنا اتضح لك انه لا دلالة فى قول المشتري:حتى ترسل ابنى على تحقق الرد قبل الإجازة نعم له ظهور فى عدم الإجازة و هو أعم من الرد كما اتضح لك انه لا دلالة فى قوله(عليه السلام):

خذ ابنه إلى.أخره على تحقق الرد قبل الإجازة بل هو طريق علمه الامام(عليه السلام)للمشتري لكى يتشبت به فى فكاك ولده اجازة البيع و اما المخاصمه،فلا دلالة فيها أيضا على رد البيع غايه الأمر انها تدل على عدم رضا المالك بالبيع و عدم اذنه فيه و هذا ظاهر.

و على الجملة انه لا دلالة فى شىء من الوجوه المتقدمه على تحقق الرد قبل الإجازة بل هى أعم منه و من التردد بين الإجازة

و الرد أو التوقف فيهما.

المناقشه الثانيه:ان الامام(عليه السلام)قد حكم للسيد الأول بأخذ

الوليد و ابنها مع ان الابن حر لتولده من الشبهه،

و ذلك لان المشتري لم يعلم بكون الوليده لغير البائع إذ لو كان عالما بذلك لكان الوطى حراما و صار الولد رقا لتولده من الزنا فيعلم من ذلك ان المشتري لم يكن عالما بالحال و ان الولد انما تولد من الشبهه و قد حقق في محله ان ولد الشبهه ملحق بأبيه،فيكون حرا و معه كيف يجوز للسيد الأول ان يأخذه.

و قد أجيب عن هذه المناقشه بوجهين

الوجه الأول،انه لا

مانع عن كون المشتري عالما بالحال،

و عليه فيكون الولد من الزناء فيصير رقا للسيد الأول لولا الإجازة.

و يرد عليه انه لو كان الأمر كما ذكر لما حكم الامام عليه السلام بأخذ الابن لانفاذ البيع بل يجب على المشتري حد الزناء.

الوجه الثاني:ان الولد و ان كان حرا و لكن أخذه السيد

الأول لاستحصال قيمه يوم الولاده

لأنه و ان لم يكن مالكا للولد لكونه حرا و متولدا من الشبهه و لكن له ان يطالب قيمته يوم الولاده لكونه نماء لمملوكه و هو الوليد و قد حمل الروايه على هذا الشيخ (ره)في الاستبصار و إليك لفظه:فالوجه في هذا الخبر انما يأخذ وليده و ابنها إذا لم يرد عليه قيمه الولد فاما إذا بذل قيمه الولد فلا يجوز أخذ ولد الحر ج ٣ ص ٨٥ و تبعه المحقق التستري في مقابسه و جعل هذا وجه الجمع بين الروايات حيث قال في خلال كلامه:(و ذكر في جملة من الاخبار ان للمالك قيمه الولد و في بعضها

انه رق و الجمع بين الروايات يقتضى جواز حبس الولد للتوصل إلى أخذ قيمته و ان لم يجز تملكه) ثم استشهد على ذلك ببعض الروايات و هذه الروايات مرويه فى ج ٣ يب ص ٢١٣ و الظاهر انه لا- بأس بهذا الوجه بعد مساعده الروايات عليه فراجع المقاييس.

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

و التحقيق أن يجاب عن المناقشه بأنه لا شبهه فى ظهور الروايه فى صحه بيع الفضولى بالإجازة المتأخره و قد عرفته قريبا غايه الأمر انها اشتملت على حكم آخر لا- نعرف سرّه و لا- ربط له بجهه الاستدلال و من الظاهر ان اشتمالها على جهه مجهوله لا يسقطها عن الحجيه من سائر الجهات غير المجهوله.

المناقشه الثالثه: أنه قد حكم الامام عليه السلام للمشتري

بأخذ ابن السيد

مع ان ذلك لا يجوز لأن غايه الأمر كونه غاصبا و الغاصب ليس حكمه ذلك.

و أجب عنه بأنه يمكن ان يكون ذلك لمطالبه المشتري الثمن الذى دفعه اليه و من الظاهر انه لا- بأس بحبس المديون لاستحصال الدين.

و يتوجه عليه ان هذا الحكم و ان كان صحيحا فى نفسه لأن الغرامه المتوجهه على المشتري متوجهه على البائع لأنه الذى غرّ المشتري و تسبب لخسرانه و قد دلت النصوص و الفتاوى على ان المغرور يرجع الى الغار، و لكن هذا الوجه لا- يناسب ذيل الروايه أعنى به

ص: ٣٢

قول المشتري للسيد الأول: لا والله لا أرسل إليك ابنك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك أجاز البيع، فان الظاهر من هذه القطعه من الروايه هو ان حبس المشتري ابن السيد الأول لم يكن لأجل استحصال الثمن بل لأجل فكاك ولده.

و التحقيق ان يجاب عن هذه المناقشه أيضا مثل ما أجبنا به عن سابقتها من ان هذا حكم آخر لا نعرف ربطه بجهه الاستدلال من الروايه على ما نحن فيه.

و يؤيد ما ذكرناه ان القضايا التي صدرت من أمير المؤمنين عليه السلام لم تصل إلينا بجميع خصوصياتها الخارجيه الواقعه بين المترافعين و كذلك هذه القضيه التي بين أيدينا فإن غرض الإمام أبي جعفر عليه السلام من نقلها ليس الا بيان ان أمير المؤمنين عليه السلام قد حكم بان البيع على مال الغير قابل للإجازة و ليس غرضه بيان خصوصيات القضيه بأجمعها.

ثم انا لو تنزلنا عما ذكرناه من كون الصحيحه ظاهره في صحه بيع الفضولي بالإجازة المتأخره و قلنا بظهورها في صحته بالإجازة المسبوقه بالرد الذي هو مخالف للإجماع فهل يستفاد منها تأثير اجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا أم لا؟ ذكر المصنف ره (ان الانصاف ان ظهور الروايه في أن الإجازة مجديه في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصيه في مورد الروايه غير قابل للإنكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينه و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد).

و ملخص كلامه ان الصحيحه و ان وردت في قضيه شخصيه التي

لا- يمكن التعدي منها الى مثلها إجماعا و لكن يمكن ان يستنبط منها تأثير اجازة المالك في العقد الواقع على ملكه فضولا في غير مورد الإجماع.

و يتوجه عليه: ان هذا انما يتم فيما إذا كان للروايه عموم أو إطلاق، فان في مثل ذلك ترفع اليد عن خصوصيه المورد و يؤخذ بالعموم أو الإطلاق و ذلك لان عدم انطباق الكبرى المستفاد من روايه على موردها لا يوجب رفع اليد عن تلك الكبرى بالكليه و نظير ذلك كثير في الروايات [١] و اما إذا لم يكن للروايه إطلاق أو عموم - كما في المقام حيث ان الصحيحه تحكى قضيه شخصيه في مورد خاص لا نعرف كيفيه وقوعها من جميع الجهات- فلا يمكن التعدي من موردها الى غيره.

ص: ٣٤

الوجه الرابع: انه قد دلت النصوص المعبر و الإجماعات

المحكيه على صحه الزواج الفضولي [١]

و إذا صح الزواج الفضولي صح سائر العقود الفضوليه بالأولويه و ذلك لان الماليات يتسامح فيها بما لا يتسامح به فى الفروج ضروره ان النكاح مبني على الاحتياط و

ص: ٣٥

فى غير واحد من الروايات (١) ما يدل على شده الاهتمام بأمر النكاح و الاحتياط فيه و علل ذلك فى بعضها بأنه يكون منه الولد و من الظاهر انه إذا جاز العقد الفضولى فيما كان الاحتياط فيه أشد جاز فيما كان الاحتياط فيه أضعف بطريق اولى و قد تمسك بهذا الوجه جماعه من الفقهاء بل قال فى الرياض: (و لعمري انها من أقوى الأدله و لولاها لا شكل المصير الى هذا القول لحكاية الإجماعين الآتين -).

و يتوجه على هذا الوجه ان اهتمام الشارع بأمر النكاح و شده احتياطه فيه لا يقتضى الاهتمام بسببه و الاحتياط فيه بل يقتضى ذلك ان يكون سببه أسهل لئلا يقع الناس فى الزنا بسبب التكليف و الضيق مثلا إذا اعتبرت العربيه فى ماده الصيغه و هيئتها و لهجتها كان ذلك سببا لعدم تمكن أكثر الناس من سبب النكاح و يقعون فى الحرام كثيرا، فالاهتمام بأمر النكاح يقتضى عدم الاحتياط فى سببه دون- الاحتياط فيه لكن يعتبر فيه ما لا يعتبر فى سائر العقود من الخصوصيات بل ربما يعتبر فى سائر العقود ما لا- يعتبر فى عقد النكاح كالتقابض فى المجلس فإنه معتبر فى الصرف و السلم و لكنه غير معتبر فى عقد النكاح و كثيرا ترى التوسعه فى أسباب النكاح من تشريع المتعه و ملك اليمين و التحليل و جواز الاقتصار فى مقام الاذن بالسكوت و غير ذلك و اذن، فعدم احتياط الشارع فى النكاح بالتوسعه فى أسبابه

ص: ٣٦

١- ١) ج ٧ يب ص ٦٧ و الوسائل باب ٢ من أبواب الوكاله و روايه أخرى فى ج ١٦ وافى ص ٥٢ و روايه شعيب الحداد و فى ج ٢ يب ص ٢٤٥.

لا يدل بالفحوى على التوسعه فى أسباب سائر العقود و عليه فلا دلالة فى الروايات الواردة فى صحة عقد النكاح الفضولى مع ضميمه ما دل على شدة الاحتياط فى النكاح على صحة سائر العقود الفضوليه لا بالأولويه و لا غيرها و اذن فلا يمكن التعدى من موارد تلك الاخبار الى غيرها على ان الأولويه ظنيه و الظن لا يغنى من الحق شيئاً.

ثم انه ناقش المصنف فى الاستدلال بالفحوى على صحة البيع الفضولى، و حاصل مناقشته ان الأولويه المزبوره و ان كانت ثابتة فى بادية النظر و لكنها مردوده بالنص الوارد فى الرد على العامه فى فرقهم بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه حيث حكموا بالبطلان فى الأول لأن البضع ليس له عوض و بالصحة فى الثانى لأن المال له عوض و قد وبخهم الامام و قبجهم برمى رأيهم السقيم و زعمهم الواهى الى الجور و الفساد و استدموا و استلاموا على حكمهم هذا حيث قال الامام: ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاج فيه لانه الفرج و منه يكون الولد (1) و عليه، فمقتضى الاحتياط ان الحكم بصحة النكاح الواقع اولى من الحكم بصحة البيع الواقع و اذن فتدل الروايه على كبرى كليه و هى ان الحكم بصحة معامله المالیه الواقعه فى كل مقام يستلزم الحكم بصحة النكاح بالأولويه دون العكس كما زعمه أهل السنه و الجماعه، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح فى مسأله الفضولى إلى صحة البيع لان الحكم فى الفرع لا يستلزم الحكم فى الأصل فى باب

ص: ٣٧

(١-١) يب ج ٢ ص ٦٧ وسائل باب ٢ من أبواب الوكاله.

الأولويه و الا- لم تتحقق الأولويه و اذن فالاستدلال بصحة النكاح على صحه البيع مطابق لحكم العامه من كون النكاح اولى بالبطلان من جهه ان البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

ثم انه ما هو الوجه فى ان الامام(عليه السلام)قد جعل الاحتياط فى إبقاء النكاح لا فى إبطاله؟مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الأمر فى الاعراض كالأموال دائر بين المحذورين ضروره ان إبقاء النكاح الذى أوقعه الوكيل قبل وصول عزله إليه أحد المحذورين و إبطاله هو المحذور الآخر و عليه فلا يكون احتياط فى البين.

و لعل الوجه فى ذلك:هو ان المراد من الاحتياط ليس هو معناه المصطلح اى:درك الواقع على كل حال بل المراد منه هنا انما هو الأخذ بالجانب الأهم و بيان ذلك:ان الحكم بإبطال النكاح فى موارد الاشتباه التى منها مورد الروايه أعنى به مسأله عزل الوكيل مع عدم بلوغ الخبر اليه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير صحه النكاح واقعا فتتزوج المرأه بزواج آخر و حينئذ فتتحقق الزنا بذات البعل و هذا بخلاف ما لو حكم بصحة النكاح و إبقائه فإنه حينئذ لو كان باطلا فى الواقع فلا يلزم منه الا الزنا بغير ذات البعل و من الظاهر ان هذا أهون من الزنا بذات البعل فالإمام عليه السلام قد جعل الأخذ بأخف المحذورين احتياطاً فى الموارد المشتبّهه من الاعراض انتهى ملخص كلامه.

و التحقيق ان الروايه أجنبيه عما افاده المصنف و ان كلام القوم غير مبنى على الاحتياط لا فى البيع و لا فى النكاح لا من حيث- الفتوى و لا من حيث العمل،بل الروايه ناظره إلى جهه أخرى

غير ما يرومه المصنف و بيان ذلك: ان حكم هؤلاء بصحة البيع مع الجهل بعزل الوكيل و ان كان موافقا للواقع و لكنه حرام لأنهم لم يستندوا فيه الى الاحتياط لكي يجيب عنه الامام (عليه السلام) بان النكاح اولى و أجدر بالاحتياط، فيكون أولى بالصحة بل استندوا في ذلك الى الاستحسان الذي يقتضى الصحة فى البيع و البطلان فى النكاح و لا ريب ان الاستناد الى الاستحسان فى مقام الفتوى حرام لانه، فتوى بلا علم و لا هدى من الله و لا كتاب منير، و من الواضح ان- الفتوى بلا علم حرام بالأدلة الأربعة هذا من حيث الفتوى اما من حيث العمل، فلا شبهه فى ان حكمهم بصحة البيع لا يوافق الواقع دائما حتى موافقا للاحتياط بل البيع مردد بين وقوعه و عدم وقوعه، و حينئذ فأمره دائر بين المحذورين فلا- احتياط فى البين و هكذا الحال فى النكاح أيضا طبق النعل بالنعل، ضروره ان حكمهم ببطلانه غير مبنى على الاحتياط بل انما هو مبنى على الاستحسان و عليه فحكمهم ببطلانه حرام لكونه فتوى بلا- علم و انه فى نفسه اما واقع أو غير واقع فيكون فى مقام العمل من صغريات دوران الأمر بين المحذورين لا من موارد الاحتياط، نعم يمكن الاحتياط فى النكاح بأنحاء شتى:

١- طلاق المرأة، لأنها لو كانت مزوجه فى الواقع لبانت عن زوجها و الا أصبح الطلاق لغوا.

٢- اجزاء العقد عليها ثانيا.

٣- الإجازة مع عدم رد المرأة العقد الذى أوقعه الوكيل مع الجهل بالعزل.

ص: ٣٩

و اما معنى الخبر فغرض الامام(عليه السلام)منه-والله العالم-انما هو الرد على هؤلاء القوم الذين أفتوا بصحة البيع و بطلان النكاح الفضوليين مستندين فى ذلك الى الاستحسان و بيان ذلك ان هؤلاء قد- وضعوا أمر الدين أصولا و فروعاً فى غير محله و لم يرجعوه إلى اهله و لم يستندوا فيه الى آيه صريحه و لا- سنه معتبره و لا- عقل سليم بل استبدوا بأرائهم الواهيه و عقولهم الناقصه و انقطعوا بذلك عن العتره الطاهره و استظهروا بالمعصيه على الطاعه و بالفرقه على الاجتماع و بالشتات على الألفه و بالباطل على الحق و استبدوا العمى من الرشد و الذل من العز حتى تمزق الاجتماع و تفرق المسلمون مثل أيادى سبا و طلعت الشمس من غير محلها فضلوا و أضلوا فذلك هو الخسران المبين مع ان النزول على حكم الأدله و البراهين و التعبد بسنه سيد المرسلين قد أخذ الأعناق إلى الأخذ بمذهب الأئمه الطاهرين و الانقطاع إليهم فى فروع الدين و عقائده و أصول الفقه و قواعده و معارف السنه و الكتاب و علوم الأخلاق و السلوك و الآداب فالإمام(عليه السلام) قد رد على هؤلاء حيث لم يحتاطوا فى المالىات و أفتوا بصحة البيع الفضولى و استندوا فى رأيهم هذا الى الاستحسان و لم يرجعوا فيه الى اهله و لم يمتنعوا عن الحكم فيه و ان كان رأيهم موافقا للواقع و لم يحتاطوا فى الاعراض أيضا حيث أفتوا ببطلان النكاح الفضولى مع ان النكاح من مهمات ما يتوقف عليه نظام الدين و الدنيا و كان الاحتياط فيه أجدر و أحرى لأن تركه ربما يوجب التفريق بين الزوجين و الزنا بذات البعل و يكون ذلك وسيله إلى تولد الفراعنه و الجباره فيفسدون فى الأرض و يسفكون الدماء و قد أشار الإمام عليه السلام

الى خطائهم و بطلان استحسانهم بقوله عليه السلام ما أجور هذا الحكم و أفسد فإن النكاح اولى و أجدر أن يحتاط فيه.

و على الجملة ان الامام عليه السلام وبخهم و وجه الإزراء عليهم من جهة إقدامهم على الفتوى بلا دليل شرعى و عدم سكوتهم فيما لا بد من التوقف فيه مع ان الاحتياط كان مقتضيا للسكوت، فقد اتضح لك مما بيناه ان الروايه بعيدة عن المعنى الذى ذكره المصنف ثم انه قد يقرر تقريب الفحوى بوجه آخر- كما فى المقاييس و غيره- و حاصله انه إذا صح تملك البضع بالإجازة مع انه لا عوض له صح التملك المال المتضمن للعوض بالأولويه.

و يرد عليه ان عدم مقابله بالمال لا يدل على الأولويه المزبوره إذ من المحتمل ان يكون ذلك لاهميه البضع و يضاف الى ذلك ان البضع أيضا له عوض غايه الأمر انه لا- يلزم ذكره فى العقد بل فى الجواهر (انه لا خلاف فى ان ذكر المهر ليس شرطا فى صحه العقد بل الإجماع بقسميه عليه مضافا الى ظاهر آيه لا جناح و النصوص المستفيضة أو المتواتره).

على ان هذه الأولويه ظنيه لأن مصالح الأحكام خفيه و من الظاهر ان الأدله الظنيه لا تصلح لإثبات الأحكام الشرعيه.

الوجه الخامس الروايات الداله على صحه نكاح العقد الواقع

بدون اذن مولاه

وقد علل هذا الحكم فى بعضها بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فقد استدل بها على صحه بيع الفضولى و تقريب ذلك بوجهين:

الأول من ناحيه الفحوى و الأولويه المستفاد من مجموع تلك

الاخبار

و بيان ذلك انه إذا صح نكاح العبد الواقع بدون اذن سيده بالإجازة اللاحقه مع كونه فضوليا لتصرفه فى مملوك مولاه و كونه محجورا عليه إذ لا سلطان له فى مقابل سلطنه مولاه صح العقد

ص: ٤٢

المتمرض فى الفضوليه بالأولويه.

و فىه ما عرفته آنفا من ان الأولويه ليست بقطعيه لكى يمكن الأخذ بها فى الأحكام الشرعيه بل هى ظنيه فلا يجوز الاستناد إليها لأن مصالح الاحكام غير معلومه لنا.

الثانى: من ناحيه عموم التعليل المذكور فى الخبرين

فقد استدل بذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه: (ان ظاهر قوله عليه السلام انه لم يعص الله و انما عصى سيده ان المناط فى البطلان هو عدم تشريع الله سبحانه المنشأ بالعقد و اما إذا كان مشروعاً من قبله سبحانه و لكنه فى عقده تصرف فى سلطان الغير، فهو منوط بإجازته، فإذا أجاز فقولته (عليه السلام) فإذا أجاز بمنزله كبرى كليه و خصوصيه كون العاقد عبداً و كون ذى حق سيدياً ملغى قطعاً، لانه (عليه السلام) فى مقام بيان ان كل من تصرف فى متعلق حق الغير فأمر هذا التصرف راجع الى ذى الحق ان شاء أبطله و ان شاء اجازه و على هذا، فلو فرض ان نكاح العبد من قبيل بيع الراهن لا من قبيل بيع مال الغير فلا يضر بالاستدلال، لان المناط فى صحه الفضولى توقف العقد على اجازته الغير سواء كان جهه الوقوف كون المال مال الغير أم كونه متعلقاً لحق الغير كتعلق حق الرهانه أو حق الغرماء و الديان أو حق السادات و الفقراء و نحو ذلك).

و ملخص كلامه: ان الاستدلال بتلك الروايات على صحه بيع الفضولى لا يتوقف إلى إثبات الأولويه لكى يناقش فيها بما عرفته قريبا بل يمكن الاستدلال على ذلك بعموم العله المنصوصه فى الخبرين المستفاده من مقابله عصيان الله بعصيان السيد بدعوى

ان العبد لم يعص الله في نكاحه لكي يكون قابلا للزوال بالإجازة اللاحقة كالعقد في العده و أشباهه كما في أحد الخبرين لان حرام الله حرام الى يوم القيامة و انما عصى سيده الذى يزول عصيانه بتبديل كراهته برضائه، فيستفاد من ذلك ان النكاح المزبور مشروع في نفسه و انما المانع عن نفوذه هو كراهه السيد فإذا رضى به صح و عليه، فيصح كل عقد مشروع في نفسه بالإجازة اللاحقة إذ لا خصوصيه لنكاح العبد لنفسه و اذن فالإمام (عليه السلام) في مقام بيان الضابطه الكليه و هي ان كل عقد كان فيه عصيان لله تعالى، فهو فاسد كالعقد في العده و العقد على المحارم و بيع الخمر و الخنزير و كل عقد لم يكن فيه عصيان لله تعالى فهو صحيح غايه الأمر انه محتاج إلى إجازة سيده.

و قال المصنف ما هذا لفظه (و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الداله على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده، أن المانع من صحه العقد إذا كان لا يرجى زواله، فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى و اما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه.

و يرد عليه انه لا يمكن الاستدلال بهذه الروايات بوجه على صحه بيع الفضولى بالإجازة اللاحقه للفرق الواضح بين مفادها و بين البيع الفضولى ضروره إذ العقد فى موردها مستند الى من له العقد كما عرفته سابقا إذ المفروض ان العبد قد تزوج لنفسه الا انه فاقد لما

هو معتبر في صحته و هو رضا السيد و اذن، فلا اشعار فيها بصحة البيع الفضولي فضلا عن الدلاله عليها نعم يمكن التعدي منها الى ما يماثل موردها كعقد بنت الأخ، فإن صحته متوقفه على رضا العمه و كعقد بنت الأخت فإن صحتها متوقفه على رضا الخاله على ما في بعض الروايات (1) و عليه فإذا تزوج الرجل بينت الأخ بدون رضا العمه أو بينت الأخت بدون رضا الخاله حكم بصحة ذلك بالرضا المتأخر منهما من جهه تلك الروايات لانه لم يعص الله حتى لا يزول عصيانه بل عصى المخلوق فيزول بالرضا و عليه فتدل الروايه على كبرى كليه و هي ان كل عقد صدر من اهله و وقع في محله و لكن يتوقف نفوذه على اجازة الغير فهو نافذ بالإجازة بمقتضى التعليل المذكور في تلك الأخبار، فلا دلالة فيها على صحة ما يتوقف أصل انعقاده على اجازة الغير، نعم لو كان التعليل بان كان كل عقد كان فيه عصيان المخلوق دون الخالق، فهو محكوم بالصحة برضا الغير لكان شاملا للبيع الفضولي أيضا و لكن الواقع في الروايه ليس كذلك.

و قد اتضح لك مما ذكرناه انه لا يصح الاستدلال على صحة بيع الفضولي بالإجماع على نفوذ بيع المفلس مع اجازة الغرماء و على نفوذ بيع الراهن مع اجازة المرتهن لأن شيئا من ذلك لا يرتبط بما نحن فيه.

ثم إذا سلمنا دلالة الأخبار المذكوره على صحة عقد الفضولي لم يصح ما نسب الى ابن حمزه ره من ان نكاح العبد و كذا نكاح

ص: ٤٥

(١-١) راجع الوافي ج ١٢ ص ٣٧ و يب ج ٢ ص ٢٠٨ و الكافي ج ٥ ص ٤٢٤ و الوسائل باب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة.

الحر لغيره فضولا كنيكاح الولى الشرعى و العرفى انما يصح بالاجازه لخصوصيه خاصه فى كل مورد فلا يمكن التعدى من هذه الموارد الى مطلق نكاح الفضولى فضلا عن سائر العقود الفضوليه و ذلك لعدم الفارق بينها و بين سائر العقود الفضوليه لوحده المناط فى الجميع و لكن قد عرفت عدم دلالتها على ذلك.

الوجه السادس: الروايات الوارده فى اباحه المناكح

و

ص: ٤٦

المساكين و المتاجر للشيعة و ان كان ذلك بأجمعه للإمام عليه السلام فإنها تدل على ان الأئمة عليهم السلام قد أجازوا معاملات شيعتهم على أموالهم فتدل على تأثير الإجازة اللاحقه.

أقول لا يخفى عليك ان هذه الروايات يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولي على تقدير و لا يمكن ذلك على تقدير آخر و بيانه انك قد عرفت في طليعه البحث عن العقد الفضولي ان اقتران رضا المالك بالعقد الصادر من الأجنبي لا يخرج عن عنوان الفضولي إلا إذا أظهره بمظهر خارجي و هذا لا شبهه فيه.

و انما البحث في ان الاذن الغير الواصل هل يخرج العقد عن الفضوليه أم لا؟ كما إذا اذن المالك في بيع شيء من ماله فباعه المأذون قبل وصول الإذن إليه فإن قلنا بتأثير الاذن الغير الواصل في خروج العقد عن الفضوليه، فالإجازة المزبوره أجنبيه عن بحث الفضولي بالكليه، ضروره أن الأئمة (عليه السلام) قد أذنوا لشيعتهم في المعامله على ما فيه حق الامام (عليه السلام) غاية الأمر ان المشتري لم يطلع على ذلك الاذن و عليه، فتكون تلك المعامله مستنده الى الأئمة

(عليه السلام) لأجل ذلك الاذن الموجود حين العقد، و ان قلنا بان مجرد صدور الاذن من المالك لا يخرج المعامله الصادره من الأجنبي عن عنوان الفضولي ما لم يصل اليه، بل الاذن المزبور انما يؤثر في خروجها عن الفضولي حين وصوله الى العاقدان قلنا بذلك فالروايات المذكوره تدل على صحه العقود الفضوليه و هذا هو الحق لأن الأئمه و ان أذنوا في المعامله على أموالهم و لكنه لم يصل الى المشتري و من الظاهر ان العقد انما يخرج عن الفضولي باستناده الى المالك و لا يستند العقد اليه بمجرد صدور الاذن منه و ان لم يصل الى العاقد بل انما يستند اليه ذلك بالاذن الواصل و يكون عندئذ مشمولاً للعمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و نفوذها و اذن فتدل تلك الروايات أيضا على صحه العقود الفضوليه بالإجازة اللاحقه.

و دعوى ان ما اشتملت عليه تلك الروايات حكم شرعى لا يجب تطبيقه على القواعد، و لا يمكن التعدى من موردها الى مورد آخر، دعوى فاسده، لأن الظاهر منها هو ان الامام (عليه السلام) انما يمضى معاملات شيعتهم الواقعه على أمواله بعنوان انه مالك كسائر الملاك فينتج من ذلك قاعده كلييه و هي ان كل مالك يجوز له إمضاء المعامله الفضوليه الواقعه على ماله و على هذا فإذا اشترى أحد شيئا ثم علم ان البائع لم يؤد خمسه كان البيع بالنسبه إلى مقدار الخمس فضوليا و يحكم بصحته من ناحيه إجازة الإمام (عليه السلام) فلا يحتاج إلى إجازة الحاكم و عليه، فيتعلق الخمس بالثمن و لو كان ذلك جاريه بل يصح النقل بلا عوض أيضا و حينئذ فيتعلق الخمس بذمه

الناقل و كل ذلك لأجل تلك الروايات و قد ذكرنا في كتاب الخمس ان اخبار التحليل كلها مطلقها و مقيدها محموله على هذه الجبهه و ان التحليل انما هو للمنقول اليه فقط لا للناقل بل ذمته مشغوله بحق الامام(عليه السلام) و انما التزمنا بذلك جمعا بين الاخبار الداله على طيب المناكح و المساكين و المتاجر للشيعة و بين ما دل على وجوب إيصال حق الإمام إليه كروايه الكليني عن علي بن إبراهيم عن أبيه قال: كنت عند أبي جعفر(عليه السلام) إذ دخل عليه صالح بن محمد بن سهل إلخ، الوسائل باب ٣ من أبواب الأنفال و لو أغمضنا عما ذكرناه لما جاز شراء ما فيه حق الامام(عليه السلام) و لما جاز التصرف و لما جاز و طى الأمه التي هي للإمام(عليه السلام) مع انها جائزه و أيضا يلزم ان يكون المتولد من تلك الجاريه ولد زنا مع انه ليس كذلك و جميع ذلك ليس الا من ان الامام(عليه السلام) قد امضى هذه المعاملات تفضلا منه على شيعتهم و قد اتضح لك مما ذكرناه فساد ما يقال: من ان مقتضى ما دل على طيب المناكح هو اباحه و طى الجاريه التي جعلت ثمنا لما فيه الخمس مع ان مقتضى انتقال الخمس الى الثمن هو عدم الجواز و وجه الفساد هو ما ذكرناه من مقتضى الجمع بين الاخبار هو اختصاص التحليل بالمنقول اليه فقط فلا يعم الناقل و تفصيل الكلام في محله.

الوجه السابع: الروايات الواردة في عامل مال المضاربه

لو خالف ما شرط عليه

من تعيين سلعه مخصوصه فاشترى غيرها أو المنع عن السفر إلى أرض معلومه فسافر إليها فإنها تدل على انه

يضمن مال المضاربه مع التلّف و لكن الربح مشترك بينهما على الشرط و هذا لا يتم الا على القول بصحة المعاملات الفضوليه و تأثير الإجازة اللاحقه فيها، فإنه على هذا تكون المعامله الصادره من العامل فضوليه و تصح بالإجازة اللاحقه و الا فمقتضى القاعده ان يكون مجموع الربح للمالك.

ص: ٥٠

قال المصنف- وهذا نصه:- (فإنها إن أبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة كما نسب إلى ظاهر الأصحاب وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص كما فى المسالك وغيره كان فيها استيناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار اذن المالك سابقا فى نقل المالك الى غيره و أم حملناها على صوره رضا المالك بالمعامله بعد ظهور الربح كما هو الغالب و بمقتضى الجمع بين هذه الاخبار و بين ما دل على اعتبار رضا المالك فى نقل ماله و النهى عن أكل المال بالباطل [١]اندرجت المعامله فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد و ان احتمال كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و ملخص كلامه ان الروايات الداله على صحه المعامله الصادره من عامل القراض تدور على احتمالين أحدهما:عدم لزوم الإجازة فى المعامله المزبوره،و الثانى:دالتها على صحه تلك المعامله مع الإجازة اللاحقه ضروره ان المالك و ان لم يكن راضيا بها قبل ظهور الربح و لكنه رضى بها و على الأول،فيستأنس بها لصحه بيع الفضولى لاشتراكه مع مورد الروايات فى عدم لزوم الاذن السابق فى نقل المال،و على الثانى،فتدل على صحه بيع الفضولى.

أقول:اما الاحتمال الأول فيرد عليه ان مجرد الاستيناس لا يدل على صحه بيع الفضولى،فإنه لا يفيد الا الظن فهو لا يعنى

من الحق شيئاً بل لا استيناس هنا أيضاً بديهة ان الحكم بصحة عقد الفضولي بلا احتياجه إلى الإجازة اللاحقه في مورد خاص للنص غير مربوط بصحة المعامله الفضولي مع الإجازة و ذلك لان النص قد دل عدم اعتبار اذن المالك في الأول بخلاف الثاني فإنه تعتبر في صحته اجازة المالك- كما هو المفروض -و اشتراك مورد النصوص مع سائر العقود الفضوليه في عدم اقتران العقد باذن المالك لا يقتضى الاتحاد من جميع الجهات على انه لو صح التمسك بها في المقام للزم الحكم بصحة بيع الفضولي بلا احتياج الى رضا المالك لا- سابقا و لا- لاحقا إذ لم يفرض في مورد الروايات احتياج معاملة العامل إلى اجازة المالك، بل انما حكم الامام (عليه السلام) بصحتها على وجه الإطلاق.

فتحصل ان هذه الروايات أجنبية عن بيع الفضوليه بالكليه في مورد فلا- استيناس بها لصحة بيع الفضولي بوجه، و اما الاحتمال الثاني فيتوجه عليه انا لو فرضنا لحوق الإجازة من المالك بالمعامله التي أوقعها العامل و لكنها لا يتفق و مورد الروايات، بداهه ان المذكور فيها انما هو اشتراك الربح بين المالك و العامل و مقتضى لحوق الإجازة بها هو كون الربح بأجمعه للمالك و ان العامل لاستحق منه شيئاً.

و دعوى ان المالك انما أجاز البيع بعنوان انه من مصاديق المضاربه و من الظاهر ان مقتضى عقد المضاربه هو اشتراك الربح بينهما، دعوى فاسده، لأنها تكلف في تكلف على ان ذلك يقتضى كون التلف على المالك لا على العامل مع انه مخالف لصريح تلك الروايات على ان حملها على صورته لحوق الإجازة من المالك دعوى

فاسده إذ لا- شاهد عليه في شيء من تلك الاخبار و لا- في غيرها فيكون الحمل تبرعيا محضا. و على الجملة ان الروايات المذكوره و ان كانت تنطبق على البيع الفضولي بناء على ما ذكره المصنف من الاحتمال الثاني و لكن لازم ذلك هو عدم كون الربح مشتركا بين العامل و المالك، ضروره ان ما وقع عليه عقد المضاربه لم يوجد العامل و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربه بل انما هو عقد آخر فضولي، فان اجازة المالك اختص به لا انه يكون من مصاديق المضاربه و مشتركا بينه و بين العامل و ان لم يجزه بطل من أصله و العجب من المصنف فإنه كيف حمل تلك الروايات على الفضولي بمقتضى الجمع بينها و بين ما دل على اعتبار الرضا في نقل الأموال فتحصل ان الحكم بصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة بها من ناحيه تلك الاخبار يعد من الغرائب و انها بعيدة عن كلا الاحتمالين الذين ذكرهما المصنف.

ثم انه هل يمكن تطبيق تلك الروايات على القاعده أو انها محموله على التعبد المحض؟ فربما يقال بالأول بدعوى ان غرض الامام (عليه السلام) من تلك الروايات انما هو التنبيه على ما تقتضيه القاعده و بيان ذلك ان غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه ليس الا الاسترباح و تحصيل المنفعه بأى وجه اتفق الا انه نهى عن اشتراء سلعه خاصه أو عن المسافره إلى محل معين لأجل تخيله عدم حصول الربح من ذلك أو تلف المال عندئذ، فيكون نهيه عن المعامله الخاصه أو عن المسافره إلى مكان مخصوص من طرق تحصيل المنفعه أيضا، و الا فليس له غرض خاص من المنع المزبور و لا هناك مصلحه

خفيه لا- يعلمها العامل و لا- انه مستند الى العناد و اللجاج و اذن فالممنوع عنه ليس بخارج عن حدود المضاربه غايه الأمران المالك قد اشترط على العامل شرطا خارجا عما يقتضيه عقد المضاربه لأجل ذلك الخيال، و حينئذ فلو رأى العامل ربحا فى البيع الذى نهى عنه المالك و أقدم عليه لكان ذلك من مصاديق عقد المضاربه، و ان لم يلتفت اليه المالك بل منع عنه صريحا ضروره ان منعه عن ذلك ليس الا من قبيل الخطا فى التطبيق و تخيله عدم وجود النفع فى المنهى عنه مع وجوده فيه واقعا و على هذا، فاشتركا هما فى الربح من جهه عقد المضاربه لا للإجازة اللاحقه لكى يستدل بذلك على صحه العقود الفضوليه كما ان كون الخسران على العامل من جهه الاشتراط، فإنه يؤثر فى كون الوضيعه عليه و به تخرج المعامله عن المضاربه فى صوره الخسران و تدل على ذلك قصه عباس[١] عم النبى (صلى الله عليه و آله) حيث انه كان يقارض عماله و يشترط عليهم ان لا ينزلوا بطون الوادى و الا- فالضرر عليهم، فيعلم من هذه القضيه انه لا- بأس باشتراط كون الوضيعه على عامل المضاربه فى فرض المخالفه.

و يرد عليه أولا: انه لا يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى

جميع الموارد بل انما يمكن الالتزام به فيما علم انه ليس غرض المالك من إيقاع عقد المضاربه إلا الاسترباح بأى وجه اتفق فإنه عندئذ يمكن القول بصحة المضاربه فى صوره المخالفه عند ظهور الربح فيها.

و اما إذا لم يعلم غرضه من ذلك فلا- يمكن الالتزام بالخطأ فى التطبيق فى صوره المخالفه مثلا إذا اشترط المالك على العامل فى عقد المضاربه ان يبيع إلا الأكفان فان فى مثل ذلك لا يمكن القول بان غرض المالك من المضاربه ليس الا تحصيل الربح.

و ثانيا: انه لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر خارجى و الا يصح ذلك فى جميع الموارد فيلزم منه تأسيس فقه جديد مثلا- إذا و كل احد غيره فى بيع داره لم يجز للوكيل ان يبيع دابه الموكل أيضا بتخيل ان غرض الموكل من التوكيل فى بيع داره ليس الا الاتجار بماله بأى وجه اتفق، فذكر الدار انما هو لأجل تخيله ان غير الدار لا تباع بالقيمه المناسبه و كذلك إذا و كلت المرأه أحدا فى تزويجها بالعالم الفلانى لم يجز للوكيل ان يزوجها بعالم آخر أفضل منه بتخيل ان غرض المرأه إنما التزويج بالعالم و ان تعيين شخص خاص من جهه عدم التفاتها الى من هو أفضل منه و الى غير ذلك من الأمثله.

و ثالثا: ان تطبيق تلك الروايات على القاعده على الوجه المذكور لا يتم فى جميع الموارد لكون ذلك أخص من المدعى لانه ربما تكون المعامله مربحه فى صوره المخالفه كما هو مورد الاخبار، و لكنها لا تكون موافقه لغرض المالك كما إذا نهى عن المعامله مربحه كان ربحها فى كل عشره اثنان و رخص فى المعامله مربحه كان

ربحها فى كل عشره ثمانيه فإنه عندئذ كيف يمكن الالتزام بصحه المعامله الأدنى بقانون ان غرض المالك من المضاربه هو الاسترباح و ان النهى عن معامله خاصه لأجل الخطا فى التطبيق، و اذن فلا يمكن تطبيق الروايات على القواعد.

و اما كون الخسران على العامل فى مورد الروايات فليس ذلك من ناحيه الاشتراط و الا- لكان تخلفه موجبا للخيار لا كون الوضيعه على العامل بل هو من قبيل اشتراط كون الوضيعه على العامل فى صوره المخالفه و هذا المعنى و إن كان يتفق أحيانا كما اتفق فى معاملات عباس عمّ النبى (صلى الله عليه و آله) و لكن لا- كليه له قطعا و من الظاهر ان الأمور الاتفاقيه لا تكون ضابطه كليه لكى تؤخذ بها فى جميع الموارد و هذا ظاهر لا شك فيه.

فتحصل من جميع ما ذكرناه انه لا يمكن حمل النصوص المذكوره على الفضولى مع تقييدها بالإجازة اللاحقه و لا حملها على القواعد بل هى محموله على التعبد المحض الذى يخالف القواعد و حينئذ فلا يجوز التعدى عن موردها بل يجب الاقتصار عليه.

مع ان ورودها على طبق القاعده يقتضى ذكر ذلك فى غير باب المضاربه أيضا لأن الحركه على طبق غرض المالك لا يختص بباب المضاربه بل تجرى فى الوكاله و غيرها أيضا مع انه لم يتفوه به احد بل يقتضى ذلك الاختلاف فى مضمونها مع ان الفقهاء قد أفتوا على طبقها بلا خلاف فى ذلك من احد.

قال العلامة فى القواعد: و لو امره بالسفر إلى جهه فسافر الى غيرها أو بابتياح شىء معين، فابتاع غيره ضمن و لو ربح حينئذ فالربح على شرط و حكى التصريح بذلك كله عن النهايه و الشرائع

و النافع و التذكرة و التحرير و جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و المفاتيح و قضيه الإطلاق جمع أخر بل حكى الإجماع عن الغنيه و السرائر، على أنه يضمن فيما إذا خالف في السفر و ابتياع المعين و عن جامع المقاصد انه لا- بحث فيه بل نسبة الى الأصحاب بل في الرياض انه لا خلاف فيه و عن ظاهر جامع المقاصد و موضعين من المسالك ان الربح على الشروط فيما إذا خالف في هذين الأمرين و عن إيضاح النافع ان عليه الفتوى و عن موضع من مجمع البرهان كأنه لا خلاف فيه و في آخر ان الخلاف فيه غير معلوم.

و على الجملة انه لا شبهه و لا خلاف في حمل الروايات المتقدمه على التعبد المحض و تفصيل الكلام في محله.

ثم ان شيخنا الأستاذ بعد ما حكم بصحة المعامله التي فيها ربح و دخولها تحت المضاربه و خروجها عنها في صوره الخسران قال (ثم ان كون الوضيعه عليه مع ان في صوره البطلان لا وضيعه محمول على ما إذا لم يمكن استرداد المبيع فيتحقق الخسران).

و يرد عليه ان كون الوضيعه على العامل من جهه بطلان العقد و عدم إمكان استرداد المبيع، و ان كان ممكنا في الجملة الا ان هذا لا يجرى في جميع الروايات، لانه حكم الإمام في بعضها بكون الخسران على العامل بعد فرض صحة المعامله فيه كما يظهر ذلك لمن يلاحظها.

الوجه الثامن: الأخبار الوارده في الاتجار بمال اليتيم

قال المصنف- و هذا نصه- (و من هذا القبيل اي من قبيل اخبار المضاربه الأخبار الوارده في اتجار غير الولي في مال اليتيم و ان

الربح لليتيم فإنها إن حملت على صورته اجازته الولي كما هو صريح جماعه تبعاً للشهيد الثاني كان من أفراد المسأله وان عمل بإطلاقها كما عن جماعه ممن تقدمهم خرجت عن مسأله الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم وربما احتتمل دخولها في المسأله من حيث ان الحكم بالمضى إجازته إلهيه لاحقه للمعامله فتأمل).

وقال في البلغه(منها ما ورد مستفيضاً وفيه الصحيح و المعتبر فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير اذن وليه انه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم و التقريب فيه ما تقدم حرفاً بحرف).

و يرد عليه أولاً: جميع ما وجهناه على الوجه السابق طابق النعل بالنعل فلا استيناس بشيء منها لصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة فضلاً عن الدلاله عليها.

و ثانياً: انا لم نعثر على خبر يكون نصاً أو ظاهراً في كون المتجر بمال اليتيم هو غير الولي بل الروايات الواردة في الاتجار بماله كلها على طائفتين. الطائفة الأولى صريحه في تجاره نفس الولي بذلك [١]الثالثه [٢]مطلقه و غير مقيدده بالولي و لا بغيره و من

الظاهر انه لا- دلالة في كلتا الطائفتين على ما نحن فيه و لا استيناس بهما لذلك،اما الطائفة الاولى فلان التاجر الولي بمال اليتيم تاره يكون لنفسه بان يستقرض من اليتيم و يتجر به لنفسه بل صرح الامام (عليه السلام) بذلك في روايه الصيقل و مفضل بأنه ان كان عندك مال و ضمته فلك الربح و أنت ضامن للمال فان المراد من الضمان فيها هو الضمان القرض فمعنى ضمته اى أخذته قرضا و لكن الروايه- ضعيفه،و اخرى لليتيم و على الأول فالمعامله مختصه بالولي فلا حظّ فيها لليتيم بوجه و عليه،فيكون ربح التجاره له و خسرتها عليه و اذن فلا ربط لها بالمعامله الفضوليه بل شأنها شأن سائر تجارته بمال نفسه.

و هذا واضح لا شبهه فيه و على هذا تحميل الروايات [١]الداله على جواز أخذ مال اليتيم مع الضمان و الشاهد على هذا الحمل هو ان غير الولى و لو كان مليا لا يجوز له الاقتراض من مال اليتيم بدون اذن وليه مع ان المذكور فى هذه الروايات هو الاقتراض بدون اذنه.

على ان بعضها مقيد بخصوص الولى كما يظهر ذلك لمن - يلاحظها و على الثانى، فلا ربط للمعامله الفضولى أيضا إذ لو كانت فضولى لاحتاجت إلى اذن الولى فتخرج بذلك عن الفضولى، و اما إذا كان المتصدى لها هو شخص الولى، فلا تحتاج صحتها إلى إذن احد ضروره ان صحه تصرفات غير الولى متوقفه على اذن الولى فلو كانت صحه تصرفات الولى أيضا متوقفه على اذن غيره فاما يدور أو يتسلسل و كلاهما باطل.

نعم يعتبر فى اتجار الولى بمال اليتيم ان يكون مليا اى ذا مال فإنه حينئذ يكون الربح لليتيم و الخسران أيضا عليه.

أقول لا دليل على كون الخسران على الطفل بعد ضعف الطائفه الاولى، و اما الطائفه الثانيه، فهى ظاهره فى كون الربح لليتيم و

الوضيعة على التاجر مع عدم الفرق فيها بين الولي و غيره لمكان الإطلاق الا ان يقال ان هذه الطائفة المطلقة مقيدة بالطائفة الثانية و لكنها ضعيفه السند كما ذكرناه في الحاشيه.

و اما إذا كان فقير فيكون الربح عندئذ لليتم و الخسران على الولي المتجر به كما في روايه الصيقل و غيرها، و هذا أيضا غير مربوط بالفضولي لما عرفته قريبا من ان مقتضى صحة المعامله بالإجازة هو كون النفع لليتم و الوضيعة عليه، و مقتضى عدم إضائها هو بطلانها من أصلها و لكن الشارع حكم بكون الربح لليتم تعبدا و لعل الحكمة فيه هو مراعاة حال اليتيم كما سيأتى قريبا الإشارة اليه على ما في الروايه كما أن الأمر كذلك في اتجار غير الولي بمال اليتيم و سيأتى قريبا على ان هذه الطائفة من الروايات ضعيفه السند و اما الطائفة الثانية التي تدل على جواز الاتجار بمال اليتيم مطلقا، فهي ناظره إلى رعايه حال اليتيم و وارده في مقام التوسعه له و- الامتنان عليه لانه تعالى قد رخص في الاتجار بماله لأى أحد مع كون ربح التجاره له و وضيعتها على التاجر و لعل النكته في ذلك هو ان لا يقرب احد مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن و لا شبهه في ان هذا حكم تعبدى محض و غير مربوط بالفضولى أصلا و لا تنطبق عليه القواعد، و لا أن صحة المعامله المزبوره متوقفه على اجازة الولي لو كان التاجر غيره حتى يتوهم أنها كيف تكون صحيحه مع عدم لحوق الإجازة بها؟ إذ لو كانت هي فضولييه و موقوفه على اجازة الولي لاختصت باليتيم في صوره الإجازة و كانت الوضيعة عليه و الربح له و كانت باطله من أصلها في صوره الرد و على كل

حال فلم يكن وجه لكون الربح لليتيم و الوضيعه على التاجر فيعلم من ذلك كله ان الروايات محموله على التعبد الصريف.

و قد يقال: ان كون الاتجار بمال اليتيم فضوليا لا يستلزم التوقف على اجازة الولي بل يمكن ان يكون ذلك فضوليا و مجازا من قبل الله تعالى و قد وصلت إلينا هذه الإجازة بواسطة سفرائه الكرام.

و عليه، فتحمل الروايات المتقدمه على هذه الناحيه.

و يرد عليه أن إدخال التجاره بمال اليتيم فى الفضوليه بالإجازة الإلهيه يوجب خروجها عن ذلك جزما، ضروره ان تلك الإجازة موجوده حال العقد لا- انها تلحق به لكى توجب اندراج مورد- الروايات فى عقد الفضولى و لعله لأجل هذا أمر المصنف بالتأمل.

و هذا المطلب ظاهرا ينافى لما تقدم من ان الاذن غير الواصل لا يخرج العقد عن الفضوليه و ان كان الاذن موجود أحال العقد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه ان الروايات الوارده فى الاتجار بمال اليتيم أجنبيه عما نحن فيه بالكلية.

الوجه التاسع: روايه موسى بن أشيم ١

حيث ان الامام

ص: ٦٢

عليه السلام قد اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت وقوع الشراء بمال المدعى و من الظاهر ان اجازة المالك لو لم تكن كافية في صحة الفضولي لما اكتفى الامام بذلك لان تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص أيضا.

و لا يخفى عليك أن صريح الرواية هو أن المدعى لملكه الأب ثلاث طوائف:

١-موالى الأب المعتق فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٢-موالى العبد المأذون، فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

٣-ورثة الميت فإنهم يدعون اشتراؤه بمالهم.

و على الأول، فالمعامله باطله من أصلها لأننا ذكرنا في محله ان البيع عباره عن اعتبار التبدل بين المالين في جهه الإضافه و لا شبهه في ان هذا المعنى لا- يتحقق الا- بدخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه بان يفك البائع إضافته القائمه بالمتاع و يجعلها قائمه بالثمن و يفك المشتري إضافته القائمه بالثمن و يجعلها قائمه بالمتاع لان كلاً من المتعاملين يبدل ماله- عند المبايعه بمال شخص آخر في جهه الإضافه و عليه، فإذا باع احد متاعه من غيره صار الدينار ملكا للبائع و لو صار ملكا لشخص آخر لما

صدق عليه مفهوم البيع لأن الثمن لم يدخل في ملك من خرج المثلث عن ملكه كما أنه لو باع متاعه من نفسه لما صدق عليه عنوان البيع أيضا لعدم تحقق التبديل في جهة الإضافة مثلا إذا ملك أحد ماله لنفسه بإزاء ماله الآخر أو ملكه لزيد بإزاء تمليك زيد ماله لشخص آخر لم يصدق عليه عنوان البيع و اذن فلا- ربط للروايه على هذا الوجه بالبيع الفضولي بوجه بل نسبته إليها كوضع الحجر في جنب الإنسان.

و على الثاني فالمعامله و ان كانت صحيحه و لكنها بعيده عن بيع الفضولي إذ المفروض أن العبد مأذون في التجاره من قبل مواليه، فيكون مأذونا في شراء أبيه و عليه فالروايه أيضا أجنبيه عن عقد الفضولي الا أن يقال: أنّ موالي المأذون و ان أذنوا له في التجاره و لكن الظاهر ان المراد منها هو التجاره التي فيها ربح و شراء العبد أباه ليس منها، فيكون فضوليا، فلا تكون الروايه أجنبيه عنه فتأمل .

و على الثالث فقد يقال بدخول المعامله في العقد الفضولي لأن الظاهر من الروايه أن الشراء انما هو بعد موت المورث و انتقال المال إلى الورثه و حينئذ فتكون المعامله فضوليه لعدم كون العبد مأذونا في ذلك من قبلهم، فتكون مطالبه المبيع اجازة و اذن- فتدل الروايه على صحه بيع الفضولي، ضروره أنه لو لم تكن الإجازة المتأخره كافيه في صحته لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و اقامه اليينه عليه كافيا في تملك المبيع و لكن كون البيع فضوليا في هذه الصوره- متوقف على إنكار الورثه وصيه مورثهم بما فعله العبد المأذون

و دعواهم وكالته في ذلك من المورث فإنه عندئذ تبطل الوكالة بموت الموكل و تصح المعامله فضوليّه لما عرفته من ان الظاهر من الروايه هو كون الشراء بعد موت المورث و هذا المعنى و ان كان متينا في نفسه و لكن يحتمل أن يستند شراء العبد إلى اذن الورثه إذ المفروض هو كون المشتري مأذونا في التجاره و لو كانت لغير مولاه كما هو مقتضى الإطلاق و على هذا، فلا تكون المعامله فضوليّه حتى مع إنكار الوصيه.

و دعوى أن هذا مخالف لظاهر الروايه و إطلاقها لأن الظاهر كون العبد مأذونا في التجاره لمولاه فقط و الا لوقع التعرض له في الروايه، دعوى فاسده لما ذكرناه من ان مقتضى الإطلاق هو كون العبد مأذونا في مطلق التجاره و يضاف الى ذلك ان الروايه مسوقه لبيان حكم المخاصمه بين المدعين و ليس فيها تعرض لهذه الناحيه كما لا تعرض فيها لشرائط التجاره.

و لا- يخفى عليك انه بناء على نقل المصنف فالروايه ظاهره في كون الشراء قبل موت الدافع و عليه فلا تكون المعامله فضوليّه لانه عندئذ فالروايه ظاهره بل صريحه في كون المشتري مأذونا من قبل مولاه و مولى أبيه و من قبل أب الورثه و اذن فتبعد الروايه عن عقد الفضولي، و لكن المصنف لم ينقل الروايه بعينها و الا فلا شبهه في ظهورها في كون الشراء بعد موت المورث.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد استظهر من الروايه ثبوت الوصيه بما فعله العبد المأذون و إليك لفظ مقرر بحثه.

(ان الظاهر من الروايه أن الدافع دفع الالف بعنوان الوصيه

فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله (عليه السلام) اما الحججه فقد مضت بما فيها لا ترد فالورثه لا ينكرون الوصيه حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا و لا ينافى ذلك قوله (عليه السلام) اى الفريقين بعد أقاموا البيئه على انه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقما لإمكان حمله على لحاظ حال الانقضاء لا التلبس، و كيف كان فظهور الروايه فى مسأله الفضولى ممنوع فضلا عن الصراحه نعم قابل للحمل عليها فتدبر). و يرد عليه أولا: انه ليس فى الروايه ما يدل على صدور الوصيه من صاحب المال بل الشراء كان بمال الورثه لأن المأذون كان وكيلا من الدافع و تبطل وكالته بموت موكله كما عرفته قريبا نعم ربما يتوهم أن حكم الامام (عليه السلام) بمضى الحج يدل على ان الميت قد اوصى به لانه لا يصح الحج عن الغير الا بعد الموت و لكنه توهم فاسد لانه تصح النيابة عن الحى فى الحج المستحب كما يظهر ذلك من الروايات (١) العديده بل فى الحج الواجب أيضا إذا لم يقدر عليه المنوب عنه و تدل عليه الاخبار (٢) الكثيره و يضاف الى ذلك ان الامام (عليه السلام) حكم بسماع دعوى الورثه بعد إقامه البيئه و من الظاهر انه لو كانت هناك وصيه لم يحكم به الامام (عليه السلام).

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

ص: ٦٦

١- ١) الوسائل باب ٢١ من أبواب وجوب الحج و شرائطه و باب ٢٥ من أبواب النيابة فى الحج.

٢- ٢) الوسائل باب ٤٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

الدعوى هو ان يكون أباه رقا لا حرا و عليه فلا يكون الغرض من - دعواهم هو ثبوت ولاء العتق لهم.

و ثالثا: ان الحكم بمضى الحج في الروايه لا يتفق مع القواعد و سيأتى قريبا.

ثم انه نوقش في الروايه بأمر فعمدتها أمران.

الأول: الحكم بعود العبد الذى اشتراه المأذون رقا لمولاه و مطالبه البيئه من الفريقين الآخرين مع الأول يدعى فساد البيع كما عرفته قريبا، و الآخر ان يدعيان صحة البيع و قد ثبت في محله أن مدعى الصحة في باب المعاملات مقدم على مدعى الفساد.

و قد يتوهم أن تقديم قول مولى الأب على غيره ليس من قبيل تقديم مدعى الفساد على مدعى الصحة لكى يناقش فيه بما ذكر بل انما هو من جهه الاستصحاب لأن الأصل بقاء الأب في ملك مولاه.

و لكنه توهم فاسد إذ لا يجرى الاستصحاب في المقام لان - الظاهر من الروايه هو أن العبد المأذون في التجاره كان عنده المال من جميع الفرق و الخصماء و كان مأذونا في التجاره لمولاه و مولى أبيه و كان و كيلا أيضا من قبل صاحب المال في شراء عبد و عتقه و تجهيزه للحج حتى يحج عن الميت، و عليه، فينفذ إقرار - العبد على جميع الفرق لان من ملك الشىء ملك الإقرار به و من الواضح أن الظاهر من عمله الخارجى هو اعترافه باشتراء أبيه بمال الدافع فيكون عندئذ اعترافه أو عمله الخارجى حجه على مولى الأب و اذن، فمقتضى القاعده هو كون العبد ملكا لصاحب الدراهم فعوده

رقا لمولاه من جهه الاستصحاب مخالف للقاعده فلا يجرى الاستصحاب هنا.

و يرد عليه أولا: أن مدعى الصحه و ان كان يقدم على مدعى الفساد فى باب المعاملات الا ان ذلك لا يجرى فيما نحن فيه، لأننا ذكرنا فى محلله ان السيره قائمه على صحه العمل فيما إذا أحرز أصل وجوده الجامع بين الصحيح و الفساد و شك فى صحته و فساده من النواحي الأخر و اما إذا شك فى أصل وجود العمل لم تجر أصاله الصحه لكون الشك حينئذ فى تحقق العمل فى الخارج لا- فى صحته و فساده بعد إحراز وجوده، بل ذكرنا هناك انها لا تجرى مع عدم إحراز قصد العنوان حتى فيما لم يكن العنوان من العناوين القصدية كالطهاره الخبيثه مثلا- إذا شاهدنا أحدا يصب الماء على ثوب تنجس و لكنها لم نحرز انه قصد تطهيره أم لا- لم تجر فيه أصاله الصحه و هكذا لكلام فى قاعده الفراغ فإنها لا تجرى مع الشك فى أصل وجود العمل أو فى قصد عنوانه بل إنما تجرى مع الشك فى صحته و فساده من ناحيه الشرائط أو الموانع بعد إحراز أصل وجوده.

و لا- شبهه فى أن هذه الكبرى لا- تنطبق على ما نحن فيه لأنه بناء على دعوى مولى الأب لم يتحقق فى الخارج معامله حقيقه أصلا بل انما تحققت معامله صوريه و عليه فيكون شأنها شأن سائر المعاملات الصوريه كبيع الهازل و الساهى و الغالط و النائم و أشباهها و اذن، فعود العبد المبتاع رقا لمولاه لا يكون مخالفا لأصاله الصحه لكى بلزم منه تقديم مدعى الصحه على مدعى الفساد.

اما المنع عن جريان الاستصحاب بقاعده من ملك شيئا ملك

الإقرار به فلا يرجع الى معنى محصل لأن القاعده المذكوره لم ترد في آيه و لا في الروايه و لا انعقد عليها إجماع تعبدى لكى يؤخذ بها في جميع الموارد، بل هى قاعده خاصه فقهيه مختصه بما إذا كان المالك باقيا على حاله الإقرار بالشىء لو لا الإقرار به مثلا إذا أقر زيد بكون ما فى يده من المال لبكر فهو باق على مالكيته للمقر به لو لا الإقرار و لا شبهه أن ما نحن فيه ليس كذلك بداهه أن العبد المأذون فى التجاره ليس مالكا-وقت الإقرار-بشراء أبيه بمال الورثه لأنهم لم يأذنوا فى ذلك و عليه فلا اعتبار بإقراره رأسا و ثانيا: أن العبد الذى اشتراء المأذون و أعتقه و جهزه الحجج عن المنوب عنه اما ملك لمواليه أو لمولى المأذون أو لصاحب المال، و لا شبهه فى انه لا يصح حجه عن الغير على جميع التقادير اما على الأولين فظاهر لانه عبد، فلا يصح حجه عن الميت بدون اذن مولاه، و على الثالث فالبيع فضولى و من الظاهر ان العاقد فضولا لا يجوز له التصرف فى الثمن و لا فى المثلن بالقبض و الإقباض و عليه فكيف يمكن الحكم بصحة المأذون شراء الأب و عتقه عن- الميت و إرساله إلى الحج ليحج عن ذلك الميت؟ و لا ريب فى أن هذا كله مخالف للقواعد الفقهيه المسلمه و الظاهر انه لا جواب عن هذه المناقشه و لكن الذى يهون الخطب أن الروايه ضعيفه السند و غير منجبره بعمل الأصحاب لا صغرى لعدم فتوى الأصحاب على طبقها و لا كبرى لأننا ذكرنا فى علم الأصول أن عمل المشهور بروايه ضعيفه غير جابر لضعف سنده كما أن إعراضهم عن العمل بروايه صحيحه لا يوجب وهنها بل لا بد و ان تلاحظ الروايه فى نفسها

فان كانت صحيحه أخذ بها و الا فلا لان ضم غير الحجه إلى مثلها لا يوجب الحجيه.

الوجه العاشر: حسنه الحلبي ١

الوارده فى رجل اشترى ثوبا بلا شرط فكرهه و اقاله البائع بوضيعة جهلا بحرمته، ثم باعه بأزيد من ثمنه فإنه يجب عليه أن يرد الزائد إلى المشتري الأول فإن الحكم برد الزيادة عليه الظاهر فى الاستحقاق مبنى على صحه بيع الفضولى لنفسه مع الإجازة اللاحقه و الا، فلا شىء للمشتري من الزيادة، لبطلان البيع إذ لم يكن البائع مأذونا فى بيع الثوب لكى يصح بدون الإجازة و على هذا فالروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة للبيع الواقع بالزيادة على الثمن المطلوب له برد الثوب ليستحق تلك الزيادة فلا بأس بدالاتها على ما نحن فيه.

و يرد عليه: أن الروايه غريبه عن بيع الفضولى إذ البيع - الواقع بالزيادة ليس بفضولى لانه لو كان فضوليا لكان فضوليا من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوى الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لان معنى الإقاله انما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كل من العوضين الى صاحبه الأول، و عليه فان تحققت

الإقالة فى مورد الروايه انفسخ العقد بالمره و يرجع كل من العوضين الى صاحبه و الا فلا،و حيث ان المفروض فى مورد الروايه هو بقاء الثوب على ملك المشتري لبطلان الإقالة بالوضيعة أو الزيادة فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكا للبائع فى فرض الوضيعة و كون الزائد ملكا للمشتري فى فرض الزيادة.

و على هذا الضوء لو أخذ البائع المتاع بوضيعة و باعه من شخص آخر كان البيع فضوليا من أصله لا بالنسبه إلى الزائد على الثمن المطلوب للمشتري و عليه فان اجازة المشتري حكم بصحته و الا فيحكم بفساده.

و يضاف الى ذلك انه يمكن ان يكون للمشتري غرض خاص من الاستقالة فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض و اذن فلا تؤثر إقالته بعد مده طويله خصوصا مع ترق القيمة السوقية.

هذا كله ما يرجع الى الاستدلال بالروايه على صحه بيع - الفضولى و اما معناها فهو ان المشتري قد اشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا،فكرهه ثم رد على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة فحكم الامام(عليه السلام)بعدم جواز الإقالة بالوضيعة و أما إذا كان المتبايعان جاهلين بذلك فاقالا بالوضيعة فالإقالة،و ان كانت فاسده واقعا و لكن يستكشف منها أن المشتري قد أذن للبائع فى بيع الثوب سواء أ كان أقل من الثمن الأول أم كان مساويا له أم زائدا عليه غايه الأمر أنه إعطائه للبائع بعنوان الإقالة مع الجهل ببطلانها مع الوضيعة فباعه البائع لنفسه متخيلا انه ملكه،فتكون ذلك من قبيل الخطا فى التطبيق.

و دعوى أن البائع لم يقصد كون البيع للمشتري فيبطل من هذه الناحية، دعوى فاسده لما ذكرناه فى الجزء الثالث أن حقيقه البيع انما هى اعتبار تبديل شىء بشىء فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و لا شبهه فى تحقق هذا المعنى بدخول العوض فى ملكك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس بلا احتياج الى تعيين مالك الثمن أو تعيين مالك المثلن إذ لم يقم عليه دليل عقلى أو نقلى و عليه فتعيين العوض و القصد إليه يغنى عن تعيين المالك و القصد اليه و لا يفرق فى ذلك بين صدور العقد من نفس المالك أو من غيره.

و بتعبير آخر: ان اقتران العقد بالرضا و ان لم يخرج العقد عن الفضوليه كما عرفت آنفا و لكن وجود الاذن السابق على العقد يخرج عن الفضوليه و لا شبهه فى وجوده فى مورد الروايه للقرينه عليها منها و هى: أن الروايه قد دلت مطابقه على أن المشتري قد اذن لشخص البائع فى أخذ الثوب بالوضيعه و دلت بالدلاله الالتزاميه على جواز الأخذ لغير البائع أيضا إذ لا فارق بينهما فى ذلك جزما بل قد يكون بيعه من غير البائع أولى و ارضى لأن المشتري لما رضى ردّه على البائع بوضيعه رضى بيعه من غيره بأكثر من ثمنه الأول بالأولويه القطعيه و المفروض فى مورد الروايه أن البائع قد باع الثوب بأكثر من ثمنه، فيكون هذا البيع مرضيا للمشتري قطعا.

فتحصل أن الروايه غير مربوط بالبيع الفضولى بوجه.

ثم احتمل شيخنا الأستاذ ثانيا بأنه: (يحتمل أن يكون البائع قد اشتراه من المشتري ثانيا، فيكون ردّ الزائد استحبابيا و يشهد

لهذا قوله (عليه السلام) صاحبه الأول فإن التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع كون الثوب ملكا للمشتري فعلا).

و الظاهر أن منشأ هذا الاحتمال انما هو إرجاع الضمير فى كلمه (صاحبه) الى لفظ (الثوب)، فيكون معنى الروايه حينئذ ان البائع يرد الزائد الى صاحب الثوب، و عليه فتدل الروايه على ان من اشترى شيئا بثمن ثم باعه بأزيد منه فيستحب له أن يرد الزائد على المالك الأول.

و لكن يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من سياق الروايه هو رجوع الضمير الى لفظ صاحبه الذى ذكر فى السؤال مرتين و أريد منه البائع و المراد من لفظ صاحبه الذى فى الجواب هو المشتري و- عليه فمعنى الروايه هو ان البائع يرد الزائد على رفيقه و قرينه الذى هو المشتري.

و ثانيا: أن الثوب لو كان للبائع من ناحيه البيع الثانى لم يبق مجال لقوله (عليه السلام) (لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد)، إذا- المفروض أن الثوب ملك للبائع و قد اشتراه من المشتري الأول ثانيا بأقل من الثمن الذى باعه منه أولا و لا شبهه فى صحه هذه المعامله لأنها ليست بإقاله، لكى لا تجوز بالوضيعة مع العلم و يرد الزائد لو أخذه جهلا و باعه بأزيد من الثمن الأول.

و ثالثا: أن إرجاع الضمير الى الثوب لا يرفع اللغويه بل يستلزمها إذ بناء على هذا الاحتمال فالثوب له مالكان أحدهما المشتري الأول، و ثانيهما البائع، و حيث انه لا معنى لرد البائع ماله على

نفسه، فيكون ذلك قرينه على ان المراد من قوله (عليه السلام) و يرد على صاحبه هو المشتري و حينئذ فلا يبقى مجال لتوصيف ذلك بلفظ - الأول و الا فيكون لغوا و اما إذا أرجعنا الضمير الى لفظ صاحبه المذكور في السؤال و أريد منه البائع فإنه حينئذ لا تلزم اللغويه، لأن الثوب له صاحبان صاحب الأول، و هو الذى اشترى الثوب من البائع أولا و صاحب الثانى و هو الذى اشترى الثوب منه ثانيا، فإذا قيد لفظ صاحبه بكلمه الأول أريد منه المشتري الأول و عليه فتكون هذه الجملة قرينه على ما ذكرناه لا على ما ذكره شيخنا الأستاذ.

الوجه الحادى عشر: روايه عبد الرحمن بن أبى عبد الله

(١)

قال سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن السمسار ا يشترى بالأجر فيدفع اليه الورق و يشترط عليه انك ان تأتى بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت قال: لا بأس و قد جعلها المصنف مؤيده لصحه بيع الفضولى

و حاصل كلامه أن فى الروايه احتمالات شتى:

الأول: أن يراد من الشراء شراء السمسار لنفسه،

فيكون أخذ الورق من صاحبه حينئذ بعنوان القرض لكى يبيع منه من الأمتعته ما يرضى به و يوفيه دينه و لا ينافيه قول السائل و يشترط عليه ان تأت بما تشتري فما شئت أخذته و ما شئت تركته لان ذلك لا يزيد

ص: ٧٤

(١-١) الكافي ج ٥ من ط ٢ ص ١٩٦ التهذيب ج ٢ ص ١٣٣ و الفقيه و الوسائل باب ٢٠ من أبواب أحكام العقود حديث ٢.

على الوعد فلا دلالة فيه على كون البيع لصاحب الورق كما أنه لا ينافيه توصيف لفظ السمسار بلفظ بالأجر و فرضه في الرواية ممن يشتري به فان التوصيف المزبور انما هو بلحاظ أصل حرفته و صناعته لا بملاحظه هذه القضية الشخصية و حينئذ فيكون القيد توضيحيا لا احترازيا.

الثاني: أن يكون الشراء لصاحب الورق

بان يكون الدلال و كيلا- عنه في ذلك الشراء و لكنه يجعل لنفسه الخيار على بائع الأمتعه بتوسط السمسار بأن يلتزم بالبيع فيما يرضى به و يفسخه فيما يكرهه.

الثالث: ان يكون الشراء أيضا لصاحب الورق و لكن لا يكون

السمسار مأذونا من قبله في ذلك

بل يكون البيع فضوليا و لا ينافيه دفع الورق الى الدلال لان دفعه اليه لا يعد إذنا في الشراء و لا توكيلا فيه إذ يمكن ان يكون ذلك لمجرد تمكين الدلال من الشراء أو يكون ذلك بعنوان الأمانة أو حصول الاطمئنان للدلال بوصول ثمن ما يشتريه منه اليه و اما فائده الشرط عليه من أخذ ما يريد و ترك ما يكرهه عدم مطالبه الأجر منه على عمله أو حذرا من إباطه و امتناعه عن ذلك.

و على هذا فيكون صاحب الورق مخيرا بين الرد و الإمضاء فإذا احتتمل مورد السؤال لهذه الوجوه كلها فترك الاستفصال مع الإجمال في السؤال يقتضى بعموم الحكم لجميع المحتملات التي منها- احتمال كون الشراء فضوليا.

و يرد عليه: أن ترك الاستفصال انما يفيد العموم إذا كان

مورد السؤال ذا شقوق شتى فأجاب عنها الامام (عليه السلام) بجواب واحد بلا استتفصال بينها فذلك يكشف عن اتحاد جميع تلك الشقوق فى الحكم و الا فيلزم منه الإغراء بالجهل و اما إذا لم يكن السؤال ذا شقوق شتى بل كان الجواب محتملا لها، فلا وجه لكشف العموم عن ترك الاستفصال و هذا ظاهر لا خفاء فيه.

و يضاف الى ذلك أن الروايه ظاهره فى الاحتمال الثانى و أن الشراء انما هو باذن صاحب الورق غايه الأمر انه جعل لنفسه الخيار على صاحب المتاع و قد عرفته آنفا و اذن فلا إشعار فى الروايه بصحة بيع الفضولى فضلا عن دلالتها عليها أو تأييدها لها.

و هنا احتمال آخر ذكر المحقق صاحب البلغه و جعله أظهر الاحتمالات و هو وقوع الاثراء بالمساومه و إطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشارفه و يكون دفع الورق لطمأنينه السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار انتهى.

و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به على ان الروايه غير نقيه - السند.

الوجه الثانى عشر: ما ورد فى استرباح الودعى الجاحد للوديعه

من ردها بربحها الى المالك المودع

فعن مسمع أبى سيار قال:

قلت لأبى عبد الله (عليه السلام) انى كنت استودعت رجلا مالا، فجحدنيه و حلف لى عليه ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال هذا مالك فخذ و هذه أربعه آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك و اجعلنى فى حل فأخذت المال منه و أبيت أن آخذ الربح و أوقفت المال الذى كنت استودعته و أتيت حتى

أستطلع رأيك فما ترى؟قال:فقال:خذ الربح و أعطه النصف و أحله ان هذا رجل تائب و الله يحب التوابين و الروايه (1)ضعيفه بالحسن بن عماره.

و وجه الاستدلال هو ان أخذ الربح الظاهر فى الاستحقاق لا يصح الا على صحه بيع الفضولى مع الإجازة اللاحقه و الا فلا شىء للمالك من الربح فكان الروايه منزله على الغالب من لحوق الإجازة من المالك عند ظهور الربح ليستحق الربح.

و فيه أولا:أن الروايه ضعيفه السند كما مر فلا يمكن الاستناد إليها فى الحكم الشرعى.

و ثانيا:أن الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعامله على عين الوديعه اما بنحو المعاطاه أو بالعقد اللفظى و لكن لا قرينه فى الروايه على ذلك.

الوجه الثالث عشر: ما ورد من التصدق بمجهول المالك

و اللقطه

من أنه إذ ارضى المالك بعد ظهوره كان له و الا ضمنه المتصدق.

و فيه:أنه لا شبهه فى صحه التصدق هناك للإذن الشرعى و ان لم يرض به المالك و انما الرضاء يؤثر فى عدم الضمان تعبدا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك.

و اما ما ورد من نفوذ الوصيه بما زاد عن الثلث من نفوذها بإجازة الورثه،فأيضا غير مربوط بالبيع الفضولى و انما الإجازة هناك

ص:٧٧

(١-١) الوسائل باب ١٠ من الوديعه و الوافى ج ١٠ ص ١١٩ و التهذيب ج ٢ ص ١٦٧ و الفقيه.

شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه فهذا ظاهر.

هذه هي الوجوه التي استدلت بها على صحة بيع الفضولي وقد اتضح لك مما تلوناه عليك انه لا يتم شيء منها و انما العمده هي العمومات و المطلقات و سيتضح لك قريبا بطلان ما استدلت به على فساد بيع الفضولي و انه لا يصلح لتخصيص العمومات و تقييد المطلقات و اذن،فالحكم بصحة بيع الفضولي انما هو من ناحيه العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها على النحو الذي عرفته سابقا.

و قد استدلت على بطلان بيع الفضولي و عدم صحته بالإجازة

اللاحقه بوجوه عديده من الأدله الأربعة

الأول الكتاب

اما الكتاب فقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ

و

وجه الاستدلال بها على المقصود بوجهين.

الأول انها قد دلت على انحصار أكل مال الناس بالتجاره

عن تراض

فالمعنى أنه لا- يتصرف بعضكم في أموال بعضكم الآخر بوجه من الوجوه فإنه باطل الا بوجه التجاره عن تراض فإنه جائز و لا شبهه في انه لو لم يقصد هذا المعنى لزم الاجمال و قله- الارتباط بين المستثنى و المستثنى منه و من الظاهر ان بيع الفضولي ليس تجاره عن تراض فيكون أكل المال به الكلاله بالباطل.

و دعوى أن لحوق الإجازة به يدرجه في التجاره عن تراض، دعوى فاسده لأنه لم يكن حين العقد مصداقا لها فالتحاق الإجازة بها لا يجعله مصداقا لها.

الوجه الثاني: سياق التحديد

فان كل وصف ورد في مقام

التحديد يدل على اختصاص الحكم بمورد الوصف و ان لم نقل بمفهوم الوصف فان البحث عن ذلك انما هو فى ورود الوصف فى غير مورد التحديد و الا- فلا- شبهه فى ثبوت مفهومه و من الظاهر ان قيد- التراضى وصف ورد فى مورد التحديد فيدل على انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

اما الوجه الأول فقد ناقش فيه المصنف بأن دلالة الآية على الحصر متوقفه على كون الاستثناء متصلا مع انه منقطع إذ لا يصح استثناء التجاره الصحيحه من التجاره الفاسده، فلا- يستفاد حصر أكل المال بالتجاره عن تراض لكى يستفاد منه بطلان بيع الفضولى.

و فيه أولا: أن الاستثناء المنقطع من أوضح الاغلاط إذ لا يصح أن يقال ما رأيت عالما الا الجاهل و ما اتجرت تجاره فاسده إلا تجاره صحيحه فإنهما و أشباههما من الأغلاط الواضحه التى لا تصدر من الأخصائين فى الفصاحه و المدربين فى البلاغه بل هى لا- تصدر ممن دونهم و لا- توجد فى كلماتهم فضلا عن صدورهما من الله العظيم و وجوده فى كتابه الكريم الذى نزل بعنوان الاعجاز و التحدى حيث طلب النبى (صلى الله عليه و آله) من جميع البشر و الأمم أن يأتوا بمثله فعجزوا عن ذلك ثم تنزل عن هذه الدعوى و تحداهم الى الإتيان بعشر سور مثله مفتريات فلم يتمكنوا منه أيضا ثم تنزل عن ذلك و طالبهم أن يأتوا بسوره واحده مثله و أمرهم أن يدعوا شهدائهم و يصرخوا ليستنصروا منهم و يستعينوا بهم و لكن لم تنفعهم صارختهم و استغاثتهم و استعانتهم ثم عجزهم بقوله عزّ من قائل **قُلْ لَئِنِ اجْتَمَعَتِ الْإِنْسُ وَ الْجِنُّ عَلَىٰ أَن يَأْتُوا بِسُورَةٍ مِّثْلِهَا مِثْلَ مَا أَنزَلْنَا لَحِقُوا الْعَذَابَ الْعَظِيمَ** فدل على انحصار جواز الأكل بمورد القيد فقط.

الغلط في مثل هذا الكتاب الذي لا يَأْتِيهِ الْبَاطِلُ مِنْ بَيْنِ يَدَيْهِ ، تعالى كلامه عز و جل عن ذلك علوا كبيرا و اذن فليس الاستثناء الاقسما واحدا و هو الاستثناء المتصل و عليه فالاستثناء في الآية- الشريفه استثناء متصل و لو كان ذلك بالعنايه. و ثانيا: لو سلمنا كون الاستثناء على قسمين و لكن الموجود في آيه التجاره عن تراض استثناء متصل و ذلك لان الألفاظ المذكوره ليست إلا الأكل و الأموال و الباطل و التجاره و التراضى اما اللفظ الآخر فهو المستثنى و اما البواقي فلا يصلح شىء منها لان يكون مستثنى منه و هذا ظاهر.

و اذن فلا- مناص الا- عن تقديره في الكلام و قد ذكرنا غير مره ان دخول الباء السببيه على كلمه الباطل و مقابلتها في الآية مع التجاره عن تراض قرينتان على كون الآية ناظره إلى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله كما أن المراد من الأكل ليس معناه الحقيقي أعنى به الازدراد بل هو كناية عن تملك مال الناس من غير استحقاق، و اذن فيكون المستثنى منه محذوفا في الآية المباركه و هو أسباب التجاره، و قد حذف و أقيم لفظ بالباطل مقامه و نظير ذلك كثير في القرآن و غيره و من ذلك قوله تعالى إِنَّ تَكْفُرُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَنِيٌّ عَنْكُمْ ، حيث حذف الجزاء و أقيمت العله مقامه و حينئذ، فمفاد الآية المباركه انه لا تملكوا أموالكم بينكم بشىء من الأسباب الا أن يكون ذلك السبب تجاره عن تراض فان التملك بغير هذا السبب باطل و عليه فتدل الآية على حصر الأسباب الصحيحه للمعاملات بالتجاره عن تراض فيكون الاستثناء فيها متصلا.

و من هنا ظهر ما فى كلام المحقق الايروانى من أن الاستثناء منقطع حتى مع قطع النظر عن قيد بالباطل لان المراد من لا تأكلوا لا تأكلوا أموال الغير و بعد التجاره عن تراض ليس الأكل أكلا لمال الغير.

و ثالثا: لو سلمنا كون الاستثناء فى الآيه منقطعا و سوق الآيه بحسب ظهورها البدوى إلى بيان القاعده الكليه لكل واحد من أكل المال بالبطل و التجاره عن تراض و تظهر ثمره ذلك فيما لا يعد فى نظر العرف من التجاره عن تراض و لا من الأسباب الباطله فيكون مجملا و لكنه تعالى حيث كان بصدد بيان الأسباب المشروعه للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخلا بالمقصود فلا محاله يستفاد الحصر من القرينه المقاميه و تحصل أن الآيه- المباركه مسوقه لبيان حصر الأسباب الصحيحه بالتجاره عن تراض سواء أ كان الاستثناء متصلا أم كان منقطعا، فدلاله الآيه على مفهوم الحصر مما لا ريب فيه و هو بطلان التجاره عن غير تراض و منها البيع الفضولى اما الوجه الثانى، فقد ناقش فيه المصنف: بان سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد مع تسليمه انما يثبت فيما إذا لم يرد الوصف مورد الغالب و الا فلا مفهوم له و من الواضح ان الوصف فى الآيه الشريفه قد ورد مورد الغالب كما فى قوله تعالى وَ رَبَّائِبُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ لَا- للاحتراز لكى يكون له مفهوم و يضاف الى ذلك احتمال أن يكون عن تراض خبرا، ثانيا لتكون بناء على نصب تجاره كما هو المنقول عن قراءه الكوفيين، لا قييدا للتجاره و حينئذ فيلزم وقوع الأكل و التصرف بعد التراضى سواء تقدم على

التجاره أم تأخر عنها إذا المعنى حينئذ الا أن يكون سبب الأكل تجاره و يكون عن تراض انتهى ملخص كلامه.

و يتوجه على الوجه الأول، أنه لا شبهه في ثبوت مفهوم- الوصف و الا لكان القيد لغوا و لكن فائده القيد ليست انتفاء الحكم عند انتفائه بل فائدته انما هي الدلاله على عدم ثبوت الحكم للطبيعه الساريه مثلا إذا قال المولى لعبده أكرم العالم ليس معناه إثبات وجوب الإكرام للعالم و نفيه عن غيره، بل معناه انما هو ثبوت وجوب الإكرام للإنسان العالم لا لطبيعه الإنسان و أضف الى ذلك انا لو سلمنا عدم دلالة الوصف على المفهوم و لكن ذلك فيما لا قرينه على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و الا فلا شبهه في ثبوته كما إذا ذكر الوصف في مقام التحديد لان وقوعه في مقام التحديد قرينه مقاميه على اختصاص الحكم بمورد الوصف و لو قلنا بعدم ثبوت المفهوم له.

و الوجه في ذلك هو أن الحد لا بد و أن يكون جامعا للأفراد و مانعا عن الأغيار و من الظاهر أنه لو لم يكن مفهوم للوصف لما كان كذلك و من هذا القبيل قوله عليه السلام كر من الماء في جواب السائل عن الماء الذي لا ينجسه (1) شيء، فان الإمام(عليه السلام) ذكره في مقام تحديد الماء الذي لا ينفعل فيدل على انتفاء الحكم عند انتفاء القيد و ذكر التراضى في الآيه الكريمه من القبيل المذكور لما عرفته آنفا من انها متوجه الى فصل الأسباب الصحيحه للمعامله عن الأسباب الباطله لها و حصر أسبابها الصحيحه بالتجاره عن تراض و

ص: ٨٢

اذن فلا شبهه في قيام القرينه على كون قيد التراضى مسوقا الى تحديد الأسباب الصحيحه للتجاره و حصرها بالتجاره عن تراض.

و يتوجه على الوجه الثانى، انه لا يفرق في دلالة الآيه على اعتبار التراضى في التجاره و تقييدها به بين كون لفظ عن تراض قيذا للتجاره و بين كونه خبر ثانيا لتكون، فإنه على كل تقدير تدل الآيه الشريفة على بطلان التجاره غير الناشئه من الرضا و طيب النفس.

نعم إذا كان لفظ عن تراض خبرا بعد خبر لتكون خرج ذلك عن دائره مفهوم الوصف إذ المفروض أن التجاره حينئذ لم تتصف بالتراضى و لكن ذلك لا يمنع عن دلالة الآيه على اعتبار الرضاء في أسباب النقل و الانتقال على النحو الذى ذكرناه.

على ان احتمال كون عن تراض خبرا ثانيا لتكون بعيد في نفسه و مخالف لظاهر الآيه.

و من هنا ظهر الجواب عما ذكره المحقق صاحب المقاييس من انه يمكن ان يكون التقدير على كلتا القرائتين الا- (أن تكون تجاره كامله عن تراض أو ممضاه عن تراض فيندرج عقد الفضولى في الآيه لأن كماله و إمضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى في المجمع عن مذهب الإماميه و الشافعيه و عن غيرهم من ان معنى التراضى- بالتجاره إمضاء البيع بالفرق أو التخاير بعد العقد) فان هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآيه و التزام بالتقدير بلا ملزم.

و التحقيق في الجواب عن الاستدلال بالآيه على بطلان بيع الفضولى ما أشار إليه المحقق صاحب المقاييس و تبعه المصنف من

أن الخطاب فى الآيه الشريفه لملا-ك الأموال فيشترط وقوعها أى التجاره برضاهم و من اليبين الذى لا-ريب فيه أن التجاره الصادره من الفضولى لا يطلق عليها أنه تجاره المالك الا بعد إجازته فإذا أجازها صارت تجاره عن تراض.

و بتعبير آخر انا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع و التجاره ليست إنشاء خالصا و الا لصدق مفهوم البيع على بيع الهازل و الساهى و أشباههما، و لا أنها عباره عن الاعتبار النفسانى المحض و الا لصدق مفهوم البيع على الاعتبار النفسانى الصرف من دون إظهاره بمظهر خارجى، بل حقيقه البيع و التجاره هى الاعتبار النفسانى المظهر بمظهر خارجى و عليه فلو اعتبر أحد فى أفق نفسه تبديل ماله بمال غيره و أظهره بمظهر خارجى صدق عليه مفهوم البيع و التجاره.

و من البديهى أن هذا المعنى لا يصدر الا من المالك أو ممن هو بمنزلته كالوكيل و نحوه و اما بيع الفضولى قبل اجازته المالك، فهو ليس بيع حقيقه بل صورته بيع الفضولى فلم يصدر منه الا-الإنشاء و الصيغه و لا-شبهه فى انه لا يطلق البيع و التجاره على الإنشاء المحض كما عرفته و لا يقال أن الفضولى قد اتجر بالمال الفلانى و باعه بمجرد إجراء الصيغه، الا بالعنايه و المجاز فإذا اجازته المالك كان بيعا و تجاره حقيقه للمالك لا-للفضولى، فالبيع الفضولى بما انه بيع فضولى خارج عن الآيه و عن سائر العمومات و المطلقات الداله على صحه العقود و لزومها خروجا تخصيصا فلا دلالة فى الآيه لا على صحته و لا على فساده و بما أنه مجاز للمالك فتشمله الآيه و بقيه العمومات و لا تنافى بين خروج بيع الفضولى عنها قبل الإجازة و بين

اتصافه بالصحة التأهليه.

و يمكن الجواب عن ذلك، بأن الآيه قد دلت على كون المدار على وقوع التجاره عن رضاء المتعاقدين، فتشمل جميع أقسامها و خرج من ذلك المتعاقدان اللذان لم يأذن لهما المالك و لا أجاز عقدهما و بقى الباقي.

و كيف كان فلا دلالة فى الآيه على بطلان بيع الفضولى.

الثانى السنه فهى أخبار كثيره

و اما السنه فهى اخبار كثيره،

منها النبوى المروى مستفيضا من

الخاصه و العامه

و هو قوله (صلى الله عليه و آله) لا تبع ما ليس عندك [١] و وجه

ص: ٨٥

الاستدلال به على فساد بيع الفضولى هو ان النهى فيه إرشاد الى عدم نفوذ البيع لأننا ذكرنا مرارا أن النهى عن معامله إرشاد إلى بطلانها و المراد من عدم حضور المبيع عند البائع هو عدم تسلطه على تسليمه لعدم كونه مملوكا له، فيكون ذلك من قبيل ذكر الملزوم و اراده اللزوم و عليه فيدل النبوى المزبور على بطلان بيع مال الغير سواء أباعه البائع لنفسه أم باعه لمالكه و عليه فشان النبوى شأن قوله (عليه السلام) لا- طلاق إلا- فيما يملك و لا- عتق إلا- فيما يملك و لا- بيع إلا- فيما يملك بناء على قراءة لفظ (يملك) بصيغه الفاعل كما هو الظاهر من السياق حيث ان الطلاق قبل النكاح بنفسه غير معقول لأنه إزاله علقه- الزوجيه فقبل تحققها لا يتوجه القصد إلى إزالتها و كذلك العتق و عليه فالمراد من الروايه هو طلاق زوجه الغير و عتق مملوكه و بيع

ماله فضولا، فالمعنى أنه لا يبيع الا فيما يملكه البائع قبل العقد و هذا موافق للأخبار المستفيضه الداله على عدم وقوع الطلاق و العتاق الا بعد الملك و قد ذكرناها فى الحاشيه.

و اما بناء على قرائته بصيغه المفعول- كما توهم- فالروايه خارجه عن المقام بل هى ناظره إلى المنع عن بيع ما ليس يملك كبيع السمك فى الماء و الطير فى الهواء و كبيع الخمر و الخنزير و كلب الهراش و طلاق الأجنبيه و عتاق الحر.

و يتوجه عليه أولا: ان النبوى المزبور غير نقى السند و لا انه منجبر بشىء فلا يمكن الاستدلال به فى المقام.

و ثانيا: أن المراد من الموصول من قوله (صلى الله عليه و آله) لا- تبع ما ليس عندك، انما هو بيع العين الشخصيه عن نفسه ثم يشترىها البائع من مالها و يسلمها إلى المشتري و ذلك لقيام الإجماع و الضروره على بيع الكلى فى الذمه عن نفسه سلفا أو حالا- و الشاهد على ذلك من الروايه ما ذكره فى التذكره من ان النبى (صلى الله عليه و آله) ذكر هذا الكلام جوابا لحكيم بن حزام حين سأله عن أن يبيع الشىء ثم يمضى و يشترىه و يسلمه و عليه فيختص النبوى بالبيع الشخصى و لكن قد أخطأ العامه فى تطبيقه على بيع الكلى فى الذمه حالا.

و ثالثا: انا لو سلمنا الجمود فى ظاهر الموصول و اراده المنع عن بيع ما لم يكن فى يد البائع سواء أ كان مملوكا له أم لا و سواء أ كان كليا فى الذمه أم كان جزئيا خارجيا و سواء أ كان مقدور التسليم أم لا، و لكن لا بد من تخصيصه

بالنصوص [١] الظاهره فى جواز بيع الكلى الذى لىس عنده المعتبره عن كون المنع عنه مذهب العامه حيث ناقضهم الامام (عليه السلام) بيع السلف و أن صاحبه باع ما لىس عنده و عليه فىكون المراد من النبوى بعد تقييده ما هو المراد من الروايات [٢] المانع عن بيع العين الشخصيه قبل تملكها و من هنا

ص: ٨٨

اتضح لك أن المنع عن بيع ما ليس عند البائع مطلقا سواء أ كان المبيع كليا أم كان شخصا انما هو مذهب العامه [١] و اذن فلا وجه لما ذكره شيخنا الأستاذ من ان بيع الكلى سلفا أو حالا جائز باتفاق الفريقين فان هذا الكلام اما سهو من لسان شيخنا الأستاذ أو من قلم مقرر بحثه و انما العصمه لأهلها.

و رابعا: أن نهى المخاطب عن بيع ما ليس عنده دليل

ص: ٨٩

على عدم وقوعه مؤثرا في حقه، فلا يدل على الغايه بالنسبه إلى المالك و بقاءه على أهليته لتعقب الإجازة منه، و بعبارة اخرى:

ان مفاد النبوى هو عدم الصحة الفعلية المقتضية للقبض و الإقباض لا عدم الصحة التأهليه الاقتضائية التى هى مورد البحث فى بيع الفضولى.

ثم ان بيع العين الشخصيه على قسمين الأول أن يكون المبيع شيئا معيناً و مالا مشخصاً عند شخص معلوم، فباعه البائع لنفسه ثم يمضى ليشتريه منه و يسلمه إلى المشتري.

الثانى: أن يكون المبيع مشخصاً عند شخص معلوم كالقسم الأول- و لكن باعه البائع لمالكه فضولا.

و الظاهر أن مورد النبوى المانع عن بيع ما ليس عند البائع انما هو القسم الأول لأن إرادته القسم الثانى مبنى على أن يكون المراد من البيع المنهى عنه فى النبوى، هو الإنشاء الساذج مع انه مخالف لظاهره، فيحتاج ارادته الى العنايه و المجاز بل الظاهر من النبوى هو النهى عن إيجاد حقيقه البيع التى يتوقف حصولها على النقل و الانتقال فى الخارج و اما مجرد الإنشاء الصادر من الأجنبى فلا يكون بيعا إلا بالإجازة اللاحقه.

و بتعبير آخر: أن النبوى ظاهر فى اشتراط الملك و السلطنه لمن له البيع لا- للعاقد عنه، فلا يكون شاملا للفضولى المتوقف على اجازة المالك.

و لو تنزلنا عن ذلك و قلنا: بعدم ظهوره فى القسم الأول و لكن لا ظهور له فى القسم الثانى أيضا، فيرجع فيه الى العمومات

الداله على صحه العقود، و اما القسم الأول فيرجع فيه الى الروايات الداله على المنع عن بيع الشخصى الذى هو غير موجود عند البائع.

و مع الإغماض عن ذلك، فلا- دلالة فى النبوى على بطلان بيع الفضولى و ذلك لان الظاهر من منع البائع عن بيع ما ليس عنده انما هو استناد البيع اليه و كونه له كما عرفته آنفا و من البين أن هذا لا ينافى صحه بيع الفضولى صحه تأهليه بحيث يستند إليه بالإجازة اللاحقه.

و لو أغمضنا عن ذلك أيضا و لكن النبوى ليس نصا فى بطلان بيع الفضولى بل دلالتة عليه انما هو بالإطلاق فنقيده بالأدله الخاصه الداله على صحه بيع الفضولى و عمدتها صحيحه محمد بن قيس المتقدمه و اذن فيختص النبوى بالقسم الأول فقط.

و لو تنزلنا عن ذلك أيضا و قلنا بكون النبوى نصا فى فساد بيع الفضولى وقعت المعارضه بينه و بين ما دل على صحه بيع الفضولى فيؤخذ بالثانى لكونه موافقا للكتاب و مع عدم المرجح فى البين- فيتساقطان و يرجع الى العمومات، و قد عرفت فى أول المسأله أن بيع الفضولى مشمول لها فيحكم بصحته من هذه الناحيه.

و قد ظهر مما ذكرناه الجواب عن الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بالروايات الداله على المنع عن بيع مالا يملك بناء على قراءه يملك بصيغه الفاعل لا المفعول فيراد من قوله عليه السلام فى صحيحه الصفار المتقدمه قريبا لا يجوز بيع ما ليس تملك عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و هذا لا ينافى استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه فلا وجه لما ذكره فى الحدائق عند التعرض لصحيحه

الصفار من ان(الأصحاب قد أفتوا في هذه المسأله التي هي مضمون هذه الروايه بلزوم البيع فيما يملك و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى انه صحيح، لكونه فضوليا موقوفا في لزومه على إجازة المالك و الروايه كما ترى تنادى بأنه لا يجوز الدال على التحريم و ليس ثمة مانع موجب للتحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون اذن مالكة) إذ يمكن أن يراد من الجواز المنفى عدم النفوذ الوضعي كما فهمه الأصحاب فان اراده النفوذ من الجواز شائع و إذا احتمل هذا المعنى، فلا يبقى في الصحيحه ظهور فيما ذكره صاحب الحدائق فضلا عن أن ينادى لفظ لا- يجوز بأعلى صوته من المكان المرتفع بالتحريم التكليفي.

و قال شيخنا الأستاذ: (ثم لا يخفى أنه لو سلم دلالتها، فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الداله على صحة الفضولى لأن تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق، بتقريب أن مفاد الأدلة المانعه هو ان بيع مال الغير لا- يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز و مفاد الأدلة المجوزه صحة البيع للمالك إذا أجاز لأنه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا إجازة محلا لتوهم الصحة حتى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين فإنه لو سلم إطلاق هذه الروايات و شمولها لما إذا قصد الفضولى البيع للمالك أو لنفسه مع المنع و عدمه فلا إشكال في شمول الروايات الداله على الصحة لجميع الاقسام).

و لكن يتوجه عليه: أن تخصيص الأدلة المجوزه بصوره كون البيع للمالك مع لحوق الإجازة ان التخصيص لأجل ما ذكر انما يصح فيما

إذا لم يتعارف في الخارج بين الإنسان مال غيره عن نفسه مع انه كان متعارفا في زمان الجاهليه بل في جميع الأزمنه، و قد جرت عليه سيره الجهال و الفساد و غير المباليين في أمر الدين حيث انهم يرون الأسباب غير المشروعه مملكه كالغرر و القمار و الغصب و السرقة و الخيانه و أشباهها بل ربما يستملكون أموال الناس بلا- مملك شرعى و لا- عرفى و يعاملون معها معامله أموالهم. و قد يقال: ان النسبه بين ما دل على صحه بيع الفضولى و بين ما دل على فساده هى العموم من وجه- كما فى حاشيه المحقق الايروانى- و إليك نصه: (أن المنفى فى هذه الاخبار لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الاخبار أخص من هذه الجبهه و ان كانت أعم من حيث اجازة المالك، فتكون النسبه عموما من وجه و تقديم تلك على هذه ليس اولى من العكس بتقديم هذه و الحكم بطلان البيع لنفسه و ان أجاز المالك كما قالوه فى بيع الغاصب).

و فيه أن الاستدلال بالأخبار المانعه على بطلان بيع الفضولى انما هو مبنى على كون مفادها أعم من البيع لنفسه و البيع للمالك لأنها لو كانت مختصه بالبيع للمالك لكانت خارجه عما نحن فيه- بالكلية- و لم يبق مجال للتمسك بها على ذلك.

و قد عرفت قبل الشروع بذكر أدله القولين أن هنا ثلاث مسائل:

الاولى أن يبيع للمالك الثانيه ان يبيع له مع سبق المنع عنه.

الثالثه ان يبيع لنفسه كبيع الغاصب.

و كلامنا فعلا فى حول المسأله الاولى و اما البيع لنفسه الذى هو المسأله الثالثه فسيأتى البحث عنه قريبا، و كيف كان فلا وجه

لتخصيص الأدلة المانعه لصوره البيع لنفسه و يضاف الى ذلك انه لم يذكر في الاخبار المانعه و لا في الاخبار المجوزه كون البيع- للمالك مع لحوق الإجازة أو كونه للبائع و لم يصرح فيهما بشيء من ذلك و اذن فلا وجه لتخصيص كل من الطائفتين بناحية خاصه بل الظاهر منهما هو كون الطائفة المجوزه أخص من الطائفة المانعه لأن الأولى مختصه بصوره لحوق الإجازة من المالك و الثانيه أعم من ذلك.

على ان التعارض بالعموم من وجه يقتضى التساقت و الرجوع الى العمومات لا تقديم احد المتعارضين على الآخر.

و منها صحيحه محمد بن القاسم بن الفضيل

قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأه من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيهما المال أم يمنعهما؟ قال فليقل له ليمنعهما أشد- المنع فإنها باعت ما لم تملكه (١) حيث انها تدل على المنع عن بيع الإنسان ما لا تملكه، فتشمل الفضولى أيضا.

و فيه ان الصحيحه تدل على انه لا يجوز لبائع الفضولى ان يقبض الثمن، لا على بطلان بيعه بل يمكن ان يقال: انها مشعره بصحة بيع الفضولى حيث ان الامام (عليه السلام) قد علل المنع عن تسليم المال بأنه باع ما لم تملكه و من الظاهر انه لو كان البيع فاسدا لعله بذلك لان التعليل بالأمر الذاتى أولى من التعليل بالأمر

ص: ٩٤

١- (١) التهذيب باب المكاسب ج ٦ ص ٣٣٩ و التهذيب القديم ج ٢ ص ١٠٦ و ٨٦٧ و للوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع.

و منها روايه الاحتجاج فإنه قد ذكر فيها الضيعه لا يجوز

ابتياعها الا من مالکها أو بأمره أو رضی منه

(١)

فإنها تدل بمفهوم الحصر على بطلان البيع الفضولي لأنه لم يصدر من المالك و لا بأمره و لا برضاء منه.

و فيه أولا: ان الروايه ضعيفه السند من جهه الإرسال.

و ثانيا: انه يحتمل أن يراد من عدم الجواز عدم النفوذ كما فهمه الأصحاب فيمن باع ما يملك و ما لا يملك صفقة واحده حيث بنوا على النفوذ في الأول و توقفه على اجازته المالك في الثاني و لا ريب ان إطلاق الجواز و عدمه على النفوذ و عدمه شائع بين الفقهاء رضوان الله عليهم، و من ذلك قولهم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز أو نافذ و اذن، فالروايه تدل على عدم استناد البيع الى العاقد غير المالك و عدم نفوذه منه و هذا لا ينافي استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه بل قد عرفت آنفا ان البيع و الشراء لا- يطلقان على الإنشاء الساذج و عليه فالمراد من قوله (عليه السلام) لا يجوز ابتياعها إلخ هو النهي عن ابتياع مال الغير حقيقه لا مجرد اجراء العقد عليه لفظا، فلا دلالة فيها على فساد بيع الفضولي من أصله بل ربما يقال:

بدلالاتها على صحته، و ذلك لان الإمام عليه السلام قد تفصل بان ابتياع الأرض لا يصح الا بمباشره المالك أو بوكاله منه أو برضائه به على سبيل مانعه الخلو و من المعلوم ان المراد من الرضاء ليس هو

ص: ٩٥

الرضاء السابق على العقد لكننايه قوله (عليه السلام) و بأمر منه فى ذلك، و لا ان المراد منه هو الرضاء المقارن لعدم اعتباره فى صحه البيع و قد عرفته فيما سبق، فىكون المراد منه الرضاء المتأخر، و ان أبيت عن ظهور الروايه فى ذلك فلا أقل من الاحتمال فتكون الروايه - مجمله.

و كيف كان فلا ظهور لها فى فساد بيع الفضولى.

و منها صحيحه محمد بن مسلم

عن ابى جعفر عليه السلام فى حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن ارض اشتراها بفم النيل و أهل الأرض يقولون هى أرضهم و أهل الأستان يقولون هى من أرضنا فقال لا- تشتريها الا برضاء أهلها[١] حيث ان الامام (عليه السلام) منع عن شراء الأرض الا برضاء أهلها، فىكون الشراء من الفضولى فاسدا و قد ظهر جوابه مما تقدم فان المنع عن الشراء من غير المالك لا ينافى استناد البيع الى المالك بإجازته إذ لا دلالة فى هذه الروايه على اعتبار الرضاء المقارن فى صحه العقد و كون الإجازة اللاحقه لا يغيه، فلا- وجه لما ذكره فى الحدائق، من صراحه الروايه فى تحريم الشراء قبل تقدم الرضاء ثم قال: و دعوى قيام الإجازة- المتأخره مقام الرضاء السابق مع كونه لا دليل عليه مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم الا مع تقدم الرضاء.

و قد استدل بها و غيرها فى الحدائق على بطلان بيع الفضولى و قال فى جملة ما ساقه من الكلام و إليك لفظ بعضه و هذه جملة من الاخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور فى عدم جواز بيع - الفضولى و عدم صحته، و لو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا و انما يتوقف على الإجازة لصرح به بعض هذه الاخبار أو أشير اليه و لاجابوا بالصحة و ان كان اللزوم موقوفا على الإجازة فى بعض هذه الاخبار ان لم يكن فى كلها مع انه لا أثر فيها لذلك و لو بالإشارة فضلا عن صريح العبارة، و قال فى موضع آخر - بعد نقل خبر سماعه - و هذا نصه: (و قد نهى عن الشراء و النهى دليل التحريم و ليس ذلك الا من حيث ان المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضا و التصرف فى - المغصوب قبيح عقلا و نقلا و الأصحاب فى مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو الا رد لهذا الخبر و نحوه؟ و لكنهم معذورون من حيث عدم اطلاعهم على هذه الاخبار الا انه يشكل هذا الاعتذار بالمنع من الفتوى الا بعد تتبع الأدلة من مظانها و الاخبار المذكورة فى كتب الأخبار المتداوله فى أيديهم مسطوره) و الى غير ذلك من الكلمات غير الخاليه عن التعريض و إساءه الأدب

ص: ٩٧

ثم قال فى آخر كلامه: وبالجملة فالقول بما عليه الشيخ و اتباعه من البطلان هو المختار كما دلت عليه صحاح الاخبار على انا لا نحتاج فى الإبطال إلى دليل بل المدعى للصححة عليه الدليل كما هو القاعده المعلومه بين العلماء جيل بعد جيل و قد عرفت ان أدلتهم لا تسمن و لا تغنى من جوع كما لا يخفى.

و يتوجه على الاستدلال بها على ما نحن فيه انها ظاهره فى إرادته التملك من الابتياح المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتياح من المالك، فلا إشعار فى شىء منها ببطلان بيع الفضولى فضلا عن الدلاله عليه و من نظر إليها بعين الانصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحقائق مع تحجره فى الاخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع انه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك انه مع عدم فهمه محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولى تصرفا فى المغصوب ابتهج على ما يرومه كأنه عثر على ما لم يعثر عليه غيره، بل لم يكتف على ذلك حتى حمل على الأصحاب و رماهم الى عدم العثور على تلك الاخبار، و كونهم غير معذورين فى ذلك لوجود كتب الاخبار بين أيديهم و لنصب عيونهم، و لكنه غفل عن انهم سمعوها و دعوها الا انهم اطلعوا على ما هو المقصود منها و لم يقعوا على ما وقع عليه صاحب الحقائق من الاشتباه.

و من هنا قال فى الجواهر و هذه عبارته: (بل أظن فيه المحدث البحرانى الا أنه لم يأت بشىء بل مقتضى جمله من كلماته

التي أساء الأدب فيها مع مشايخه انه لم يفهم محل النزاع و تخيل أن القائل بالصحة يريد حصول أثرها من المالك و التمليك و جواز التصرف، و غير ذلك عدا اللزوم، فأبرق و أرعد ثم ترنم و غرد و ساق جملة من النصوص الداله على خلاف ذلك محتجا بالعثور عليها و الاهتداء الى الاستدلال بها.

فتحصل: انه لا- دلالة في شيء من تلك الاخبار على بطلان بيع الفضولي و لو سلمنا دلالتها على عدم جواز بيع مال الغير فنخصصها بما دل على صحة بيع الفضولي، و على تقدير التعارض و التسايط يرجع الى العمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و قد عرفت ذلك كله فيما تقدم.

قوله: اما الروايتان.

أقول: المراد بهما روايتا خالد و يحيى الآيتان في بيع- الفضولي لنفسه لا التوقيعان المتقدمان اي توقيع الصفار و توقيع الحميري.

و منها ما رواه الشيخ في المجالس

بإسناده عن زريق قال:

كنت عند الصادق عليه السلام إذ دخل عليه رجلان الى ان قال:

فقال أحدهما: أنه كان على مال لرجل من بني عمار و له بذلك ذكر حق و شهود، فأخذ المال و لم استرجع منه ذكر الحق و لا كتبت عليه كتابا. و وارثه حاكموني. فبياع على قاضي الكوفه معيشه لى و قبض القوم المال. فقال: المشتري كيف اصنع فقال:

تصنع ان ترجع بمالك على الورثه و ترد المعيشه إلى صاحبها الحديث الحدائق ج ٥ المتاجر ص ٧٥ قال فيها بعد نقل الحديث: ان هذا

الخبر و ان تضمن ان البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر بناء على ما ورد عنهم (عليه السلام) من الأخذ بأحكامهم فى زمان الهدنه و التقيه الا أنه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثه بقبض الدين يكون من باب بيع الفضولى و هو كما سيأتى على قسمين:

أحدهما: ما يكون المشتري عالما بالغصب و انه ليس ملكا للبائع.

و ثانيهما: ان يكون جاهلا و ادعى البائع الاذن من المالك و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثانى.

و لكن يتوجه عليه ان الروايه أجنبيه عن بطلان بيع الفضولى فإنها ليست مسوقه لبيان بطلان البيع حتى مع الإجازة اللاحقه، بل هى ناظره إلى بيان حكم الواقعه و أنه بعد كشف الخلاف، فلا بد و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حق الى صاحبه.

قوله: الثالث الإجماع على البطلان.

أقول: قد ادعاه الشيخ فى الخلاف كما عرفت فى أول المسأله و مع ذلك قد اعترف بأن الصحه مذهب جماعه من أصحابنا و لكنه اعتذر عن ذلك بعدم الاعتناء بخلافهم و هو محكى عن ابن زهره أيضا فى الغنيه و عن الحللى فى مضاربه السرائر عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

و يرد عليه أولا: ان دعوى الإجماع على البطلان فى هذه المسأله موهونه جدا لعدم وجود القائل به غير مدعى الإجماع و جمع قليل من المتأخرين خصوصا مع مخالفه الشيخ فى النهايه التى قيل انها آخر كتبه و من هذه الفتوى يمكن استكشاف ما ادعاه من

الإجماع منقولاً لا محصلاً و اذن، فلا نظن وجود الإجماع فى المقام بل نظمئن بعدمه.

و يضاف الى ذلك انه ليس هنا إجماع تعبدى إذ من المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا فى ذلك الى بعض الوجوه المتقدمه أو جميعها على ان الإجماع لا يكافؤ ما تقدم من أدله الصحه.

قوله:الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز،

التصرف فى مال الغير إلا بإذنه.

أقول:قد استدل على بطلان بيع الفضولى بالدليل العقلى

و بيانه يحتاج الى مقدمات:

الاولى

(و الظاهر انه لا احتياج الى هذه المقدمه)ان التصرف فى مال الغير قبيح عقلا و نقلا و هذا ظاهر لا شبهه فيه.

الثانيه:ان الفضولى متصرف فى مال الغير بالعقد عليه

بدون إذنه

لأنه لم يقصد بعقده الهزل و الهذيان و الا كان أنشأ لغوا محضاً و ساقطاً عن درجه الاعتبار و انما قصد النقل و الانتقال حقيقه و لا ريب فى كون ذلك تصرفاً.

الثالثه:أن التصرف فى مال الغير حرام

لروايات الداله على حرمه التصرف فيها بدون اذن مالكها فتتجه هذه المقدمات هى بطلان عقد الفضولى لأن النهى يقتضى الفساد كما حقق فى محله.

و فيه أولاً:أن مجرد إنشاء البيع لا يعد تصرفاً فى المبيع عند العرف لا تصرفاً خارجياً و لا تصرفاً اعتبارياً سواء أ كان ذلك باذن المالك كالكيل فى اجزاء الصيغه، أم كان بدون إذنه كالفضولى و ذلك

لان التصرف فى المال عبارته عن إبداع ما هو من شؤن المالك سواء أ كان ذلك تصرفا خارجيا كالأكل و الشرب و الاستغلال تحت الخيمه أم كان تصرفا اعتباريا كالبيع و الإجاره و نحوهما.

و هذا بخلاف الفضولى، فإنه و ان لم يكن هازلا فى إنشائه و لا غالطا و لا ساهيا و لا لاغيا و لا لاهيا و لا مستهزئا و لا سكرانا بل انما هو قصد البيع الا- انه يرى نفسه نائبا عن المالك و باع ما له فضولا متوقعا لإجازته بحيث لا يصدق عنوان البيع على إنشائه صدقا حقيقيا الا بعد الإجازة التى بها يتحقق التصرف الاعتبارى فى المبيع و يستند البيع الى المالك المجيز لا بالإنشاء الساذج الفضولى.

و ثانيا انا لو سلمنا كون الإنشاء الخالص تصرفا فى المبيع و لكنه لا دليل على حرمه التصرف فى مال الغير على وجه الإطلاق بقيام السيره العقلانيه على جواز الاستضلال بحائظ الغير و الاستضاء بضياته و الاصطلاء بناره و دق باب داره لاستعلام حاله و أشباهها و لم يردع الشارع المقدس عنها جزما و اما أدله حرمه التصرف فى أموال الناس فهى منصرفه عنها قطعا.

ثالثا انا لو سلمنا كون الإنشاء تصرفا فى المبيع و سلمنا حرمة أيضا، و لكن ذلك فيما لم يستكشف جوازه من القرائن الحاليه أو المقاليه و الا، فلا شبهه فى جوازه بناء على أن مثل هذا الاذن لا يخرج العقد عن الفضوليه كما هو كذلك لأن الاذن قد تعلق- بالإنشاء لا- بالمنشأ و الذى يخرج العقد عن الفضوليه انما هو الثانى دون الأول و عليه، فيكون الدليل أخص من المدعى الا ان يلتزم بصحة بيع الفضولى فى هذا المورد لعدم كونه مشمولا للدليل العقلى

و بطلانه فى سائر الموارد، و لكن الظاهر أن القائلين بالفساد انما يريدون السلب الكلى و حينئذ فيكفى فى نقضه الإيجاب الجزئى.

و رابعاً: أنا لو سلمنا جميع ما ذكر و لكن انما يحرم الإنشاء من الأجنبى مع العلم و العمد و اما مع الجهل بذلك أو مع الغفله عنه، فلا وجه لحرمة و من الظاهر أن مورد بحثنا أعم من ذلك و اذن، فيكون الدليل أيضا أخص من المدعى.

و خامساً: أنا لو سلمنا ذلك أيضا و لكن النهى عن المعاملات لا يوجب الفساد و ان أصر عليه شيخنا الأستاذ و تفصيل ذلك فى محله نعم لو كان النهى إرشادا إلى فساد المعامله سواء أ كان - تحريماً أم كان تنزيهاً فلا شبهه فى دلالة على فسادها قد تقدم ما يمس بالمقام. ص ٧٥ و سادساً: أن الفساد من قبل الفضولى و عدم استناد البيع اليه لا يستلزم الفساد من قبل المالك، و لا ينافى الصحة التأهليه و جواز استناده الى المالك بالإجازة اللاحقه.

و قد يستدل على بطلان بيع الفضولى بأنه انما حكم ببطلان

البيع الآبق من ناحيه تعذر التسليم

الذى هو شرط فى صحة البيع و من الواضح أن بيع مال الغير اولى بعدم الجواز، لفقد السبب و الشرط معا.

و فيه: أنا نعتبر الملك و قدره على التسليم بالنسبه إلى المالك المجيز لا العاقد و الا لم يصح عقد الوكيل فى إجراء الصيغه فقط لانه ليس بمالك و لا قادر على التسليم و لا فارق بينه و بين الفضولى من هذه الناحيه.

ص: ١٠٣

وقد يستدل على بطلانه بأن عقد الفضولي مشتمل على الغرر للجهل بحصول أثره وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن بيع الغرر.

و فيه أولاً: أنه إنما يلزم ذلك إذا حكمنا بلزومه ولكنه ليس يلزم و عليه، فيرتفع الغرر بجواز الفسخ و ثانياً: أن عمده الدليل على بطلان بيع الغررى إنما هو الإجماع لأن النبوى ضعيف السند و غير منجر بشيء و المتيقن منه غير ما نحن فيه.

ثم انه ذكر السيد فى حاشيته عند قول المصنف (و الجواب أن العقد) لا يخفى ان الفضولى إنما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا- هزلا و لا معلقا على الإجازة و الا لم يكن صحيحا مع الإجازة أيضا و حينئذ فلا يبعد صدقه عليه عرفا كما يصدق على بيع الغاصب إلخ.

و يرد عليه أولاً: ما ذكرناه سابقا من عدم كون ذلك تصرفا و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب الذى يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه لكن يستند البيع اليه و اين هذا من الفضولى.

و ثانياً: ان قوله و لا- معلقا عليه سهو من القلم لما عرفته فى مبحث التعليق أن التعليق على ما هو دخيل فى صحة العقد لا يوجب بطلانه لأن صحة العقد متوقفه واقعا على ذلك ثم انه ذكر هنا أمور لبطلان بيع الفضولى و لكن قد أغمضنا عنها إذ لا يهمنا- التعرض لها.

حكم بيع الفضولى مع سبق منع المالك

قوله المسألة الثانية أن يسبقه منع المالك.

اشاره

أقول: المعروف و المشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم هو صحة بيع الفضولى مطلقا و حكى عن بعض التفصيل فى ذلك بين

ص: ١٠٤

سبق المنع و عدمه و يشير اليه ما عن المحقق الثاني في بيع الغاصب حيث احتمل الفساد نظرا إلى القرينه الداله على عدم الرضا و هي الغصب و يشير إليه أيضا ما حكى عن فخر الإسلام من انه زاد بعضهم اى بعض القائلين بصحة الفضولى عدم مسبوقيه الصيغه بنهى المالك و يظهر هذا فيما حكى عن العلامة في نكاح التذكرة من حمل النبوى أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر، بعد ما رماه الى ضعف السند على انه نكح بعد منع مولاه و كراهته له فإنه يقع باطلا و هذه العبارة و ان سردها في النكاح الا أنه لم يفرق بين النكاح و غيره، فيلزم أن يقول بمثله في البيع أيضا.

و يتوجه عليه أولا- أن الظاهر من النبوى هو المنع عن مطلق الزواج الفضولى لا- عن الفضولى المسبوق بالمنع فقط و عليه فلا بدّ من تخصيصه على تقدير صحته بما دل على صحة عقد الفضولى.

و ثانيا: انا لو سلمنا تكافؤهما و لكن لا بدّ من تقديم أدله الصحة لضعف النبوى سندا و مع صحة سنده فيتساقطان فيرجع الى العمومات.

و ثالثا: أن الظاهر من النبوى انما هو المنع عن تزويجه و ترتيبه آثار الزوجيه بلا استيذان و لا استجازة من مولاه و لا شبهه في كونه زانيا و هذا لا ربط له بالفضولى المسبوق بالمنع.

ثم انه يقع البحث هنا في جهتين

الاولى: في أنه هل هنا دليل يقتضى صحة عقد الفضولى مع سبق المنع عنه من المالك؟ الثانى: في أنه هل هنا ما يدل على بطلان العقد بحيث يكون مانعا عن تأثير ما يقتضى الصحة؟

فإن كان الدليل على صحة بيع الفضولى هو العمومات فلا- يفرق فى ذلك بينما يكون مسبقا بمنع المالك و عدمه فإنه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات فى كلتا صورتين و الا فلا، و ان كان الدليل على صحته هو خبر البارقى المتقدم، فلا شبهة فى اختصاصه بصوره عدم المنع عن البيع إذ المفروض فيه ان النبى (صلى الله عليه و آله) قد امره باشتراء الشاه من دون نهى عن بيعها و لذا دعاه بالخير و البركه و قال: بارك الله فى صفقه يمينك، و ان كان الدليل على صحته صحيح محمد بن قيس فالظاهر من قول أبى البايغ (ان وليدتى باعها ابنى بغير اذنى)، هو عدم سبق المنع عن البيع و الا- لكان الاحتجاج بذلك على مقصده اولى و أقرب من الاحتجاج عليه بعدم الاذن فى البيع و على هذا، فلا يبقى مجال لاستفاده العموم من الصحيحه من ناحيه ترك الاستفصال.

و دعوى أن قوله: باعها بغير إذنى أعم من المنع و عدم الاذن، دعوى فاسده للفرق الواضح بين أن يقول الإنسان لأحد ما أذنت لك فى الفعل الفلانى و بين أن يقول له نهيتك عن ذلك و لا ريب فى أن الثانى أقوى للاحتجاج فى مقام المخالفه و ان كان الدليل على صحة بيعه الروايات الواردة فى الزواج العبد بغير اذن سيده معللاً بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده فإذا اجازة فهو جائز، فدلالته على صحة بيع الفضولى هنا بوجهين الأول من ناحيه الفحوى و بيان ذلك أن السيد و ان لم يكن راضياً بزواج العبد بل كان يكرهه كراهه شديده و لكن حيث لم يكن الزواج معصيه لله بل كان عصياناً للسيد فقط، لم يخرج بذلك عن الصحة التأهليه لرجاء

زوال العصيان بالإجازة المتأخره،و إذا صح الزواج بالإجازة اللاحقه مع كونه مسبقا بکراهه السيد صح مع كونه مسبقا بالمنع أيضا لأن ما هو مناط العصيان أعنى به مبغوضيه الزواج موجود فيهما بلا فرق بين إظهارها بمظهر خارجى و عدمه و إذا صح الزواج صح غيره بالأولويه القطعيه. و يتوجه عليه:أن الروايات المزبوره خاليه عن كون الزواج مسبقا بالنهاى إذ لم يذكر فيها الا كون الزواج عصيانا للسيد لا كونه منهيًا عنه و المراد بالعصيان ليس هو مخالفه نهى المولى لكى يستفاد المنع الصريح من ذلك بل المراد به انما هو عدم الاستيذان منه فى النكاح بمقتضى قانون العبوديه على ما هو صريح الروايه و اذن،فلا دلالة فى تلك الروايات على نفوذ بيع الفضولى المتعقب بالإجازة مع المنع السابق.

و دعوى استفاده المنع منها و لو بشاهد الحال بين الموالى و العبيد،دعوى فاسده لأن حالهما تشهد على عدم رضا المولى بفعل عبده الا بالاستجازه و الاستيذان و الا،فيكون خارجا عن زى الرقيه و العبوديه و هذا غير كونه ممنوعا عن الاستقلال فى الفعل- بمنع صريح.

و يضاف الى ذلك ما ذكره المحقق الايروانى من أنه مع وجود شهاده الحال على المنع خرج عن محل البحث إذ شهاده الحال بوجودها الاستمرارى الى ما بعد العقد تكون ردا فلا تجدى بعده الإجازة.

على انا لو سلمنا دلالة الروايات المزبوره على صحه زواج العبد

مع المنع السابق و لكنها بعیده عن الفضولی المصطلح لما ذكرناه سابقا من ان عقد النكاح فى مورد الروایات مستند الى العبد و انه بنفسه طرف للمعاقد و المعاهده غايه الأمر أن نفوذه متوقف على اجازة السيد و لا شبهه فى ان هذا غير ما هو مورد البحث فى مبحث الفضولی و اذن فلا وجه لدعوى الفحوى المتقدمه.

الوجه الثانى من ناحیه عموم التعليل المذكور فى تلك الاخبار حيث ان الامام(عليه السلام)قد علل فيها صحه نكاحه بالإجازة المولى بأن نكاحه مشروع بذاته و انه ليس معصيه لله تعالى و من الظاهر انه لا يفرق فى مشروعیه نكاح العبد و عدم كونه معصيه لله و نفوذه بإجازة المولى بين كونه مسبوqa بالنهى و عدمه، فإذا صح النكاح صح كل - معاملة مشروعته بذاته، فان كونه معصيه للسيد مما يرجى زواله و هذا بخلاف ما إذ كان ذلك معصيه لله فإنها غير قابله للزوال.

و لكن ظهر جوابه مما تقدم من ان الزواج الصادر من العبد مستند اليه و عقد له و ان كان نفوذه مشروطا برضا المولى فلا ربط له بالفضولی المصطلح، فيكون ذلك نظير بيع الراهن العين المرهونه بدون اذن المرتهن و تزويج بنت الأخ و بنت الأخت بدون إذن العمه و الخاله و اذن، فلا يمكن التمسك بعموم التعليل المذكور فى تلك الروایات الا - فيما يسانخ مورد التعليل و اما بقیه الوجوه، فقد عرفت انها لم تدل على صحه بيع الفضولی مع عدم سبق المنع، فكيف إذا كان مسبوqa به و كذلك المؤیدات المتقدمه فلا وجه لاطاله البحث عن ذلك.

اما الجبهه الثانيه وجود المانع على بطلان العقد

فذكر المصنف: (أن العقد إذا وقع منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف فى الرد فلا ينفع الإجازة

اللاحقه بناء على أنه لا يعتبر فى الرد سوى عدم الرضا الباطنى بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الأذن فى اشتراء الوكيل انفسخ العقد لان الحلف عليه اماره عدم الرضا).

و فيه أولاً: أن الباقي بعد العقد ليس إلا الكراهه المستمره من زمان المنع الى بعد العقد و لكن ذلك أجنبى عن الرد بديبه أن معنى الرد انما هو حل العقد و ابطال ما حصل به من الربط و لا شبهه فى أن هذا لا يتحقق إلا بالإنشاء الذى هو مفقود فى المقام على الفرض كما أن الفسخ لا يوجد إلا بالإنشاء لأن الكراهه الباطنيه كالرضا الباطنى لا يؤثران فى الرد و الإجازة و لا فى الفسخ و الإمضاء و ثانياً: أن الرد لم يثبت بدليل لفظى لكى يتمسك بإطلاقه و يحكم بتحقيقه بالكراهه الباطنيه الباقية الى بعد العقد بل انما ثبت ذلك بالإجماع و من الواضح أنه دليل لئبى، فلا يؤخذ به الا بالمقدار المتيقن و هو إنشاء الكراهه و عدم الرضا بمظهر خارجى من اللفظ و غيره و من هنا التزم الفقيه الطباطبائى بجواز تأثير الإجازة بعد الرد و هذا نصه: (الحق أن الرد من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك و لا يوجب الفسخ. اما ظهور الإجماع فمضافا الى المنع منه لا دليل على حجيته ما لم يصل حد القطع بل أقول: لا يصح دعوى الإجماع القطعى على بطلان العقد إذا تخلل الرد من القابل بين الإيجاب و القبول، نعم لا يبعد دعواه على بطلانه إذا رد الموجب إيجابه قبل قبول القابل ص ١٥٩).

اما الفرع الذى حكاه المصنف عن بعض من أنه إذا حلف الموكل على نفى الإذن إلخ،

فتاره نفرضه فى غير زمان الخيار و اخرى فى زمانه كما فرضه كذلك شيخنا الأستاذ و إليك لفظ مقرر بحثه:(و فسخ عقد الوكيل لو كان خياريا بحلف الموكل على نفي الاذن فى اشتراء الوكيل، لو سلم انما هو لأماريه الحلف على الفسخ لا لمجرد كراهه الموكل باطنا، بل لا يبعد أن يكون نفس إنكار الوكالة فسخا كما أن إنكار الطلاق رجوع).

و ان كان فى زمان الخيار فيفسخ العقد بإنكار الوكالة بلا احتياج الى الحلف على نفي الاذن فى اشتراء الوكيل، و ذلك لان الموكل إذا أنكر وكاله المشتري فقد أقر بكون المبتاع للغير و لا شبهه أن هذا إقرار على نفسه، فيكون نافذا و هذا نظير إنكار الطلاق فى العده الرجعيه، فإنه يكفى فى الرجوع الى المطلقه بلا- احتياج الى الحلف على عدم وقوع الطلاق ضروره أن إنكار الطلاق إقرار على الزوجيه و لوازمها من الإنفاق و غيره، فيكون إقرارا على نفسه فينفذ على أن الحلف لا يكشف الا عن الكراهه الباطنيه و عدم الرضا و من الظاهر أن مجرد عدم الرضا لا يكفى فى الرد بل لا بد فيه من الإنشاء و قد عرفته آنفا.

و من هنا ظهر انه لا يتم ما ذكره المصنف(ره) هذا لفظه (و ما ذكره فى حلف الموكل غير مسلم و لو سلم فمن جهة الإقدام على الحلف على ما أنكره فى رد البيع و عدم تسليمه له).

و أن كان ذلك فى غير العقد الخيارى، فهو بحسب طبعه على نحوين لأنه تارة ينكر التزامه بالعقد و ينكر الوكالة أيضا و يحلف على ما أنكره و اخرى ينكر الوكالة فقط و يحلف على ما أنكره من دون أن

ينكر التزامه بالعقد و على الأول، فيحكم ببطلان المعامله إذ المفروض أنه ليس هنا التزام عقدي أصلا و من هنا ظهر أن الصحيح هو ما ذكرناه من التعبير بالبطلان دون الانفساخ إذ لم يتحقق هنا عقد لكي يحكم بانفساخه و على الثاني فيحكم ببطلان الوكاله فقط دون العقد، إذ لا تحتاج صحته إلى صحه الوكاله و قد ظهر لك مما ذكرناه أن مجرد إنكار الوكاله لا يكفي في بطلان ما أنشأه الوكيل من العقد بل لا بد في الحكم ببطلانه من وجود القرينه الخارجيه على إرادته الصوره الاولى و أن المنكر انما ينكر الوكاله و التزامه بالعقد الصادر من الوكيل كليهما و الا فيحكم بصحه العقد و بطلان الوكاله فقط.

(بحث في بيع الفضولى لنفسه)

قوله: المسأله الثالثه أن يبيع الفضولى لنفسه

اشاره

و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب و قد يتفق من غيره بزعم ملكيه المبيع كما في مورد صحيحه الحلبي المتقدمه في الإقاله بوضيعة و الأقوى فيه الصحه أيضا وفاقا للمشهور.

أقول: المعروف و المشهور بين الأصحاب هو صحه بيع الفضولى لنفسه و هذا هو الغالب في بيع الغاصب و قد حكى عن كثير من الأصحاب أنه يقف على الإجازة كسائر البيوع الفضوليه و منهم العلامه في بيع المختلف و غصب التحرير و بيع التذكره و القواعد و غصبيهما و الشهيد و السيورى و الصيمرى و الكركى و حكى عن فخر الإسلام أنه اختاره بناء على صحه الفضولى و هذا مقتضى إطلاق الباقيين بل هو لازم فتوى الأصحاب في ترتب العقود على احد العوضين حيث حكموا

ص: ١١١

بأن للمالك أن يجيز منها ما شاء و من الظاهر أنه لا تتم هذه الفتوى بإطلاقه الا على القول بصحة بيع الفضولي لنفسه و عن فخر المحققين أنه على القول ببطلان بيع الفضولي فيبيع الغاصب اولى بالبطلان و على القول بوقوف بيع الفضولي على الإجازة فالأكثر على أنه كذلك في الغاصب مع جهل المشتري إلخ.

ثم انه يقع الكلام هنا أيضا في جهتين

حذو المسأله السابقه.

الاولى: في وجود المقتضى لصحة البيع و عدمه،

و الثانيه في وجود المانع عن ذلك و عدمه أما الجهه الاولى فلا شبهه في أن بيع الفضولي لنفسه مع لحوق الإجازة من المالك مشمول للعمومات و المطلقات الداله على صحة العقود و لزومها و هذا ظاهر.

و يضاف الى ذلك صحيحه محمد بن قيس المتقدمه في المسأله الأولى حيث عرفت دلالتها على صحة بيع الفضولي للمالك مع عدم كونه مسبوقا بالمنع و بضميمه ترك الاستفصال نعم هذه المسأله أيضا ضروره أنه لو كان هناك فرق بين المسألتين لفصل بينهما الامام (عليه السلام) مع أنه لم يفصل بينهما و ترك الاستفصال اماره العموم و اذن فتدل الصحيحه على صحة بيع الفضولي في كلتا المسألتين و ان ناقشنا في دلالتها على صحته في المسأله الثانيه لأجل خصوصيه فيها.

و اما الاخبار الوارده في صحة نكاح العبد لنفسه بلا اذن سيده فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولي في المسأله الاولى و كذلك في المسأله الثانيه، فعدم دلالتها على صحته هنا أولى إذ المفروض أن البيع في المسألتين المتقدمتين للمالك بخلافه هنا فإنه للبائع لأنه باع مال غيره لنفسه فالتمسك بها هنا أردء من التمسك

بها هناك.

و أما بقيه الوجوه التى استدلت بها على صحة بيع الفضولى فقد عرفت عدم دلالتها على صحة بيع الفضولى فى المسألتين المتقدمتين فضلا عن دلالتها عليها فى هذه المسأله.

اما الوجه الثانى، أى وجود المانع لصحة البيع و عدمه

فقد ذكروا وجوها لبطلان بيع الفضولى لنفسه و لكن عمدتها وجهان:

الأول أنه مع علم البائع بكون المبيع لغيره لا يتمكن من قصد

البيع لنفسه

لأنها لا تتحقق الا بدخول أحد العوضين فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و حينئذ فالصادر من الفضول ليس بيعا حقيقيا بل انما هو صورته بيع نظير بيع الهازل و الغالط و الساهى.

و على لجمله ان حقيقه المعاوضه التى هى عبارته عن دخول احد العوضين فى ملك مالك الآخر غير مقصوده للعاقده و ما هو مقصود له من وقوع البيع لنفسه ليس بمعاوضه بين المالكين و انما هو معاوضه صوريه و اذن، فلا سبيل لنا الى تصحيح بيع الفضولى لنفسه.

و يتوجه عليه.

أولاً: أن الدليل المذكور أخص من المدعى لأنه مختص بالغاصب العالم بغصبيه المبيع فلا يجرى فى الجاهل بغصبيته و لا فى الغافل عن ذلك.

و ثانياً: أن العلم بالغصبيه إنما يمنع عن قصد التبديل بين المالكين فى نظر الشارع دائماً و فى نظر العرف أحياناً كبيع السرقة و الخيانه على رؤس الاشهاد و بمراى من الناس و مسمع منهم لا فى نظر المتبايعين لأننا ذكرنا مرارا أن حقيقه البيع عبارته عن الاعتبار-

ص: ١١٣

النفساني المظهر ببرز خارجي، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، و ان لم يكن في العالم شيء من الشرع و أهل العرف و اما كونه ممضى للعقلاء و الشرع، فهو أمر خارج عن حقيقه البيع و انما هو من الأحكام اللاحقه له و على هذا فالبايع الغاصب مثلا، و ان قصد دخول الثمن في ملكه مع ان المبيع قد خرج عن ملك غيره و لكن الإخلال بذلك لا يوجب الإخلال بحقيقه البيع لان قصد حقيقته، لما كان مستلزما لقصد دخول احد العوضين في ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضه حقيقه و ان انضم الى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزله المالك، لان تعيين المالك الواقعي غير معتبر في مفهوم تحقق حقيقه البيع بل القصد الى العوض و تعيينه يغني عن القصد الى المالك و تعيينه.

نعم يعتبر في مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس و الا فلا يصدق عليه البيع و عليه، فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك سببا لبطلان البيع جزما ضروره أن الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد و قد تقدم تفصيل ذلك في الجزء الثالث.

و الذي يكشف عن صحه ما ذكرناه أنه لو باع احد متاعا بتخيل أنه سرقه أو خيانه فبأن أنه مال نفسه حكم بصحه البيع و كذلك إذا باع شخص مالا باعتقاد أنه لأبيه فبان أنه لنفسه صح البيع بلا خلاف في ذلك و أوضح من الكل أنه لو تزوج شخص امرأه بتخيل أنها خامسه أو ذات بعل أو أخت زوجته فبان انها ليست بأخت زوجته و لا انها

ذات بعل و لا- انها خامسه بل هي امرأه خليه يجوز تزويجها حكم بصحة الزواج اتفاقاً مع أن العاقد لم يقصد هناك الا الزواج الفاسد.

فتحصل من جميع ما ذكرناه أن قصد البائع الغاصب كون البيع لنفسه لا يؤثر في فساده و هذا ظاهر و قد أشار المصنف الى ما ذكرناه بقوله: ان قصد المعاوضه الحقيقيه مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و ان كان هذا الجعل لا حقيقه له لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقه نظير المجاز إلا- دعائي في الأصول نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيه المثلن و لا اعتقاد له كانت المعامله باطله غير واقع له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضه.

و اذن فلا يتوجه عليه ما ذكره المحقق الايرواني و هذا عبارته:

كيف تكون المعاوضه المبنيه على أمر غير حقيقي حقيقه و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أن هذه الدعوى من المصنف(ره) في غير محلها، لان غرض المصنف من قوله لكن المعاوضه المبنيه على هذا الأمر الغير الحقيقي حقيقه، إنما حقيقه المعاوضه مقصوده للبائع بتبع الأمر إلا دعائي و في الحقيقه ان المقصود انما هو الأمر الواقعي.

الوجه الثاني: ان الفضولي لم يقصد الا البيع لنفسه

و عليه فان تعلقت اجازته المالك بما قصده الفضولي كان ذلك منافيا لصحة العقد لان معناها هو صيروره المثلن لمالك المثلن بإجازته و ان تعلقت بغير ما قصده الفضولي كانت عقدا مستأنفا لا إمضاء لنقل الفضولي فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و بعبارة اخرى ان ما قصده الفضولي من المبيع لنفسه ليس قابلا- للإجازة لما عرفته من أن دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه مأخوذ في مفهوم البيع و

ما هو قابل للإجازة لم ينشئه الفضولي و اذن فالمجاز غير واقع و الواقع غير مجاز.

و قد ظهر جوابه مما ذكرناه فى الجواب عن الإشكال الأول من أن حقيقه البيع عباره عن اعتبار تبادل مال بمال فى جهه الإضافه و إظهاره بمظهر خارجى سواء علم به المالك أم لا و سواء أقصده العاقد أم لا، فان كل ذلك خارج عن حقيقه البيع و من الظاهر أن الفضولى قد قصد هذا المعنى غايه الأمر أنه قصد كونه لنفسه من جهه الخطاء فى التطبيق و ذلك لأنه إنما قصد المعاوضه بين ملكى المالكين مع اعتقاده أو بنائه على انه مالك فيلغى هذا البناء و يحكم بصحه العقد بالإجازة اللاحقه و اذن، فلا يتوجه ما قيل من أن المنشأ غير مجاز و المجاز غير منشأ بل المنشأ هو المجاز لأن الإجازة قد تعلقت بالتبديل بين ملكى المالكين إذ المنشئ لم ينشأ إلا أصل التبديل الذى - ينشئه نفس المالك و قصد كونه لنفسه لا يضر بذلك و هذا نظير أن يوجه البائع خطابه الى غير المشتري اشتباها و يقول بعتك هذا المتاع و يقول المشتري قبلت هكذا فإنه لا شبهه فى صحه البيع حيثند ضروره أن اقتران الإيجاب بكاف الخطاب انما هو من ناحيه الخطأ فى التطبيق فلا يضر بصحه البيع.

و من الموضحات لما ذكرناه هو أنه إذا اعطى أحد ديناراً لشخص و و كله فى شراء متاع و اشتبه الوكيل، فقصد الاشرء لنفسه ثم التفت بذلك فإنه لا - شبهه فى كون البيع للموكل، و أوضح من ذلك أنه لو ابتاع زيد متاعاً من عمرو لموكله، فتخيل عمرو أنه اشترى لنفسه فوجه الإنشاء اليه و قال بعتك هذا المتاع و قبله زيد، ثم انكشف انه قد

اشتراه لموكله فان ما قصده البائع من كون الاشرء لعمر و لا يضر بحقيقه البيع.

و على الجملة أن المقصود للبائع فى مرحله الإنشاء أمران أحدهما حقيقه البيع المبرزه بمبرز خارجى و ثانيهما إضافته إلى نفسه و هذه الإضافه ان طابقت الواقع فهو، و الا كانت لاغيه.

ثم لا يخفى عليك أن ما ذكرناه جار فى ناحيه المشتري أيضا حذو النعل بالنعل فإنه إذا قبل الإيجاب و اضافته الى نفسه فقال- مثلا- قبلت فان كان هذه الإضافه مطابقه للواقع فهو و الا كانت فاسده و لكن فسادها لا يضر بصحه البيع بل يقع الشراء لمالك الثمن و قد حكم المصنف بصحه الشراء حينئذ بوجه آخر و هذه عبارته: ان نسبه الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضروره عدم تحقق مفهوم المبادله فإذا قال الفضولى الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا فالمنسوب اليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشئ من حيثيه تقييده ثابت لنفس تلك الحيثيه فالمسند اليه التملك حقيقه هو المالك للثمن إلخ.

و يتوجه عليه أن الثابت للشئ من حيثيه تقييده و ان كان ثابتا لنفس تلك الحيثيه و لكن لا على وجه الإطلاق بل لخصوص الحصة الحاصله من تلك الحيثيه فى ضمن ذلك الشئ سواء كانت هذه الحصة حقيقه كما إذا كان المتبايعان مالكين حقيقه أم كانت ادعائيه

كما فيما نحن فيه و عليه،فاجازه المعامله الخاصه لا تقتضى إلا وقوع المعامله لمن أنشأت له المعامله لا لغيره لان وقوعها لغيره يستلزم تعدد الإنشاء و هو منفي هذا ما ذكرناه في وجه الصحه.

و قد أجاب عنه المحقق القمى على ما حكى عنه في بعض أجوبه مسائله بأن الإجازة في هذه الصوره مصححه للبيع لا بمعنى لحقوق الإجازة لنفس العقد كما في الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالك و وقوع البيع عنه الخل و عليه فيكون ذلك عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال في الإجازة.

و فيه أنه قد يراد بذلك ما حكى عن كاشف الرموز من أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام إيجاب البائع و ينضم اليه القبول المتقدم من المشتري و حينئذ،فيلغو الإيجاب الصادر من الفضولى فيكون ذلك من موارد تقدم القبول على الإيجاب المتأخر.

و يرد عليه أنا لو سلمنا جواز تقدم القبول على الإيجاب و سلمنا أيضا جواز الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول و أغمضنا عن مخالفه هذا الاحتمال لصريح كلام المحقق المزبور أنه لا- يمكن أن تكون الإجازة اللاحقه إيجابا متأخرا للقبول المتقدم لان القبول المزبور انما هو قبول لما أنشأه الفضولى،و الإجازة المتأخره على تقدير كونها إيجابا لا يمكن أن يكون إيجابا لذلك القبول لعدم المطابقه بينهما بل لا- بد و ان يكون له قبول آخر و قد ذكرنا في الجزء الثالث أن اعتبار التطابق بين الإيجاب و القبول من ناحيه البائع و المشتري من الأمور الواضحه و اذن فلا يمكن أن تجعل الإجازة اللاحقه مع القبول المتقدم عقدا

و قد يراد من كلامه أن للإجازة جهتان جهة إيجاب و جهة قبول فالمالك المجيز من جهة الإيجاب غير أصيل و من جهة القبول اما- و كيل المشتري أو وليه.

و يرد عليه أنه لا- دليل على كون المجيز و كيلاً- للمشتري و لا- وليا له أضف الى ذلك أن الإجازة اللاحقه ليست الا رضا بالعقد السابق فلا وجه لجعلها ذى جهتين جهة إيجاب و جهة قبول و هذا ظاهر و ما حكاه المصنف عن الشيخ الكبير فى شرحه على القواعد من (أنه ربّما يلتزم صحه أن يكون الإجازة لعقد الفضولى موجباً لصيروره العوض ملكاً للفضولى)، ثم قال (و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين).

الأول أن قضيه بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمناً حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله اليه عن ملكه و ذلك لاستحاله دخول احد العوضين فى ملك غير مالك الآخر نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع و الشراء و صحته يتضمن انتقال اليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكوره تصحح البيع أو الشراء كذلك يقضى بحصول الانتقال الذى يتضمن البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقه قائمه مقام الاذن السابق قاضيه بتمليكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه.

الثانى: انه لا دليل على اشتراط كون احد العوضين ملكا للعاقده فى انتقال بدله اليه، بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به، فلو قال: بيع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكة الى المشتري و كذا ملك الثمن فى الصورة الثانية، و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضه رجع الملك الى مالكة دون العاقده.

بقى هنا أمران

الأمر الأول جريان الفضولى فى بيع الكلى

اشاره

قوله (ره)الأول: أنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولى بين كون مال الغير عينا أو فى الذمه.

أقول: إنَّ البائع تاره يبيع مال شخصه فى ذمه الغير كالدين فهو خارج عن الفضولى فإنَّه نظير بيع عين ماله الشخصى.

و اخرى يبيع مال غيره فى ذمه نفسه، فالظاهر خروجه أيضا عن الفضولى فإنه لا ميز لمال الغير فى ذمه نفسه.

و ثالثه يبيع ما فى ذمه شخص لآخر أو يشتري كذلك، فهذا لا شبهه فى كونه فضوليا و يتصور ذلك فى كل من البيع و الشراء على ثلثه أنحاء.

الأول ان يصرح البائع أو المشتري (تذكره أنه قد وقع فى بعض الموارد فيما إذا تكون الإجازة باطله و غير مفيده انَّ العقد يبطل و هذا مسامحه بل المراد بطلان الإجازة و الا فلو انضم إليه إجازة أخرى نحكم بصحة العقد فانَّ الرد لا يخرج العقد عن قابليه انضمام الإجازة إليه فكيف يبطلان الإجازة و ان شئت فقل ان عقد الغير لا يترتب عليه الأثر لعدم تحقق الإجازة فيه) الفضوليين بالذمه بأن يقول بعثك كذا من الطعام مثلا فى ذمه عمرو أو اشتريته بخمسه دراهم فى ذمه بكر.

ص: ١٢٠

الثانى: ان يكون كلامه ظاهرا فى كون المبيع أو الثمن فى ذمّه الغير كان يصنف البيع إليه، فإن ظاهر الإضافة كونه للغير و حينئذ، فيكون الثمن أو المثلن أيضا فى ذمته لما مر مرارا انه لا- يعقل دخول العوض فى ملك من لم يخرج العوض الآخر عن ملكه.

الثالث: ان لا يكون كلامه صريحا و لا ظاهرا فى كون البيع للغير بل انما يقصده للغير، و على هذا، فلو أضاف الكلى إلى ذمّه الغير أو قصد هذا المعنى، ثم أضاف البيع الى نفسه و لم يظهر ما قصده بمبرز فى الخارج أو قصد هذا المعنى و أضاف البيع الى الغير و لكن أضاف الكلى إلى ذمته يقع التنافى بينهما ظاهرا مثلا لو قال اشترت هذا لفلان بدرهم فى ذمى أو اشترت هذا لنفسى بدرهم فى ذمّه فلان يقع التنافى كما أنه لو قصد الشراء لفلان و أضاف إلى ذمه نفسه أو قصد الشراء لنفسه و أضاف إلى ذمّه غيره يقع التنافى بينهما ظاهرا.

و هنا مسألتان

الاولى: فى وقوع البيع للعاقده مطلقا على تقدير ردّ الغير و عدم وقوعه له مطلقا أو يفصّل بين الشراء للغير بمال نفسه فيقال بالبطان، و بين الشراء لنفسه بمال الغير فيقال بالصحة الثانيه: فى صحة تلك المعامله مطلقا و عدم صحتها كذلك أو يفصّل كما تقدم.

اما المسأله الاولى، فى وقوع البيع للعاقده مطلقا

فالظاهر من صدر عباره العلامه أنه لو اشترى بما فى ذمّه الغير و أطلق اللفظ يقف على أجازته و إذا ردّ يقع للمباشر، بل نسب ذلك الى العلماء.

و لكن الظاهر من ذيل كلامه ان الاشتراء انما هو بما فى ذمّه

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

و بالجمله يظهر منه التفصيل بين المثالين و ان كان ظاهر الصدر من كلامه ينافى ظاهر ذيله ثم نسب ذلك الى ابي حنيفه حتى فى الأعيان الشخصيه.

و التزم شيخنا الأستاذ أيضا بذلك و كونه واقعا للعاقده مطلقا.

و لكن حكم العلامة الأنصارى(ره) بالبطلان و هو الحق و ان لم يساعد بذيله.

و الوجه فى بطلانه واقعا على تقدير الرد و عدم وقوعه للعاقده أنه قد عرفت فيما تقدم ان مفهوم البيع و حقيقته متقوم بالمبادله بين المالين بحيث يدخل كل من العوضين مكان العوض الآخر سواء علم المالك أو لم يعلم فإن معرفته غير دخيله فى حقيقه البيع و صحته هذا فى بيع الأعيان الشخصيه، و اما فى بيع الكلى أو شرائه فحيث ان الكلى بما هو كلى ليس فيه شائبه المالىه من جهه و إنما يكون متصفا بالمالىه إذا أضيف إلى ذمه معينه لأن الذمه الغير المعينه أيضا كلى، فإضافه الكلى إلى كلى آخر لا يوجب التعين و التشخص.

اذن فكون الكلى ثمنا أو مثمنا متقوم بإضافه إلى شخص معين لا من جهه لزوم تعيين المالك بل لكون تعيينه مقدمه لانصاف الكلى بالمالىه، حتى يكون قابلا للمعاوضه عليه لأن العوضين فى البيع بمنزله الزوجين فى النكاح فى لزوم التعيين.

و على هذا، فلو قصد الفضولى كون المعامله لغيره و ان لم

يظهر فلا- يعقل كونها لنفسه و ان كان ظاهره كذلك، فان تحقق المعامله و ظهورها في صفحه الوجود كان معلقا على إضافه الكلى إلى ذمه الغير و مع عدم وقوعها للغير لأجل رده، و عدم إمضائه ذلك كيف يعقل وقوعها عن العاقد؟ و الا، فيلزم كون ما يكون مقومًا للبيع و الشراء غير مقوم لهما فهل هذا الا- التناقض الواضح؟ و بعبارة أخرى اتصاف الكلى بالماليه و كونها طرفا للمبادله أنما هو بالإضافه إلى الذمه و لو في عالم القصد، فإذا أزاله صاحب الذمه عن ذمته، فتنزل عن الماليه، فهذه الإزاله لا يعقل ان يوجب اتصاف الكلى أيضا بماليه اخرى ليكون قابلا للمعاوضه عليه، لأن إزاله اضافته عن ذمه ليس إضافه أخرى لدمه شخص آخر فاذن كيف يمكن القول بأنه إذا ردّ الغير الذى كانت المعامله له تقع ذلك للعاقد؟ فهل كان رده سببا لإضافه الكلى إلى العاقد أو اتصف الكلى بالماليه بغير اضافته؟ فكلاهما غيره معقول.

و من هنا انقدح ما فى كلام العلامة الأنصارى حيث أفاد فى وجه البطلان بما حاصله أنّ المال فى باب الفضولى مردد بين مالكة الأصلى و من وقع له العقد، فلا- معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين ان يدخل فى ملك الفضولى أو ملك من وقع له العقد.

و وجه انحلال: أنه بعد انحصار البيع أو الشراء بمن وقع له العقد، فلا معنى لتردد المال بينه و بين الفضولى، بل هو دائر بين ان يبقى فى ملك مالكة الأصلى و ان يدخل فى ملك من له العقد على تقدير أجازته العقد.

هذا كله فى مقام الثبوت و اما فى مقام الإثبات فظاهر الكلام

كون العقد للمباشر الا ان يثبت بينه و نحوها كونه للغير.

ثم ان شيخنا الأستاذ قد تصدى الى تصحيح العقد فى كلا المثالين اى سواء كان الشراء للغير بمال نفسه أو العكس.

و حاصل كلامه: أنه إذا اشترى مالا لنفسه بمال الغير أو اشترى مالا للغير بمال نفسه، فإن أجاز الغير فيكون له و الا فيكون للمباشر و حمل على ذلك كلام العلامة و فسر به بصوره الشراء فى ذمه نفسه لغيره على خلاف ما فسرناه سابقا و ان كان يساعده ذيل كلامه و الوجه فى ذلك: ان الفضولى إذا اشترى مالا للغير بمال نفسه فى الذمه فقد أنشأ بيعين: الأول اشتراؤه لنفسه من الغير، و الثانى بيعه لمن له العقد بلا مرابحه و وضعه كما هو كذلك فى بيع التولية، فيكون ذلك من مصاديقه، فكون البيع للفضولى ليس خارجا عن القاعده مع رد من له العقد فان رده يوجب انحلال - البيع الثانى دون الأول.

و على ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يرد اشكال المصنف أيضا فإنه على تقدير صحته أنما هو فيما يكون هنا بيع واحدا دائرا بين كونه للفضولى أو من له العقد و اما بناء على ما ذكره الأستاذ فهنا بيعان أحدهما للمباشر، و الثانى لمن له العقد فبطلان الثانى للرد لا يوجب بطلان الأول.

و لكنه ليس بتمام، لأنه أولا لا يتم فى البيع فان بيع التولية مختص بالشراء من الغير، فلا يجرى فى البيع.

و ثانيا أنه على هذا يكون الإجازة اللاحقه قبولا للإيجاب الذى تحقق فى ضمن الشراء من الغير، فمع الغض عن إخلال الفصل

البعيد بين الإيجاب و القبول، و عن الإشكالات الأخرى، ان هذا مع الإجازة يكون عقدا مركبا من الإيجاب و القبول الحاصلين من الاصيلين فلا يكونان مربوطين بالعقد الفضولي الذى هو محط كلا منا مع أنه ليس الأمر كذلك لأنه لو مات الفضولى، ثم أجاز المالك بيعه أو شرائه فلا شبهه فى صحته، و اما لو مات الموجب قبل تحقق القبول فيكون باطلا بلا شبهه فيعلم من ذلك أنه ليس هنا عقدان و يبعان بل عقد واحد على أنه خلاف الظاهر من كلام الفضولى.

و أوضح من ذلك فى البطلان البيع للغير فإنه لا يجرى فيه ما ذكره الأستاذ من إرجاعه إلى بيعين و عقدين كما ذكرنا.

و بالجمله ما ذكره شيخنا الأستاذ لا يمكن المساعدة عليه بوجه و لا ينطبق على بيع الفضولى، و على خلاف الظاهر بمكان.

و اما تصحيح ذلك بالالتزام بالنيابة، فأیضا لا وجه له لأنه على تقدير الالتزام بذلك فليس معناها الالتزام بالضمان عن الغير بحيث على تقدير ردّ الغير يكون الضمان عليه طولاً فإنه دعوى بلا دليل بل معناها جعل نفسه نازلا منزله الغير فى إيجاب العقد فكأنه شخص تنزىلى للغير و حينئذ، فيكون العقد مع الرد فاسدا من أصله لكونه راجعا اليه فلا يكون واقعا عن العاقد النائب كما هو الظاهر فإن النائب ليس له موضوعيته بل هو قنطره إلى المنوب عنه فالمناطق فى الصحة و البطلان إمضاءه و رده.

و اما المسألة الثانية أعنى صحة المعاملة فيما جمع بين المتنافين

اما لفظا أو قصدا بان يقصد الغير و أضاف إلى نفسه،

فحكم شيخنا الأستاذ بكونه للعاقد أيضا و قد أفاد فى وجه ذلك وجوها.

الأول: ان الأمور البنائيه و الأغراض المنويّه لا اثر لها ما لم تنشأ بما هو آله لإنشائها من الفعل أو القول.

الثانى: انّ الالتزامات العقديّه يملكها كلّ من المتعاقدين على الآخر الا ان يجعل ملك كلا الالتزامين لواحد منهما اما بجعلهما كما فى غير النكاح أو بالجعل الشرعى فحينئذ يثبت له الخيار.

الثالث: عدم اعتبار تعيين المالك فى البيع و أنّه ليس دخيلا فى حقيقه البيع فينتج من تلك الأمور انّ العقد مع ردّ من له العقد يقع للعاقده، فيكون هو ملزما بذلك و مالكا على التزام الآخر كما انّ الآخر يملك التزامه.

ثم قال: و اما وقوعها له لو أجاز أو أقرّ بالوكاله فلان العقد و ان لم يؤثر فى صرف الالتزامات الى الغير الا أنّه لا ينفك عن أثره التكويني، فيجعل المعامله كالماده الهيولانيه القابله لصرفها الى الغير بإجازته أو إقراره، فيكون القصد كجعل التوليه للغير و يكون الإجازة أو الإقرار بمنزله قبول التوليه فالقول بأنّ المعامله تقع لنفس المباشر واقعا إذا ردّ من قصد له منطبق على القواعد و قياسها على ما إذا أسندها إلى الغير لفظا مع الفارق.

و فيه اما ما أفاده فى وجه كونه للغير نظير ان يجعل للغير توليه فى العقد فقد ظهر جوابه فيما تقدم و اما ما أفاده فى وقوعه للغير من المقدمات ففيه: اما عدم لزوم تعيين المالك، فإنّما هو فى الأعيان الشخصيه و اما فى بيع الكلّى، فعدم تعيينه مستلزم لانعدام الماليه التى بها قوام مفهوم البيع من حيث المبادله.

و اما المقدمه الثانيه ان ملك كل من المتعاقدين التزام الآخر

و ان كان فى محلّه الا أنّه فىما يكون العقد واقعا لهما، و اما فىما يكون الشخص خارجا عن حدود العقد كيف يمكن ملك كلّ منهما التزام الآخر؟ فالعقد الفضولى نسبته الى العقد ليس إلا كنسبه الأجانب إليه فلا وجه لملكه بالتزام الآخر.

و بعباره اخرى: ان كان المقصود من ذلك عدم كون العقد خياريا، فهو متين، و ان كان المقصود كون العقد مالكا للالتزام الآخر سواء كان أصيلا أو فضوليا فهو غير مسلّم.

و اما المقدمه الثالثه:

ان القصد بلا إظهاره بمظهر و ان كان ليس له أثر الا أنّه فىما يكون الإظهار و الإبراز من المقومات بحيث لا يتحقق العنوان الذى يترتب عليه الأثر إلا بالإظهار كعنوان البيع و الهبه و الصلح و الإجازة و غيرها من العناوين العقوديه و الإيقاعيه، و اما فىما لا يكون إظهاره دخيلا فى التأثير، فإظهاره و عدمه سيان، فذكر العوضين كذكر المالكين ليس من مقومات العقد و من هنا لو كان جميع ذلك من الخارج معلوما و اكتفى العقد بمجرد بعت و اشترت لكان كافيا على أنّه قد أظهر ذلك بقوله اشترت هذا بخمسه دراهم فى ذمه فلان.

و بالجمله لم يتحصّل لنا شىء مما افاده بل لا بد فى صورته الجمع بين المتنافيين من الحكم بالإلغاء و قيد كونه للغير و الحكم بكونه للعقد لأنّه من قبيل الخطاء و الاشتباه نظير شراء مال الغير لنفسه بثمن هو مال شخص آخر بتخيل أنّه ماله أو بتخيل رضايته بذلك كما إذا وعد شخص على آخر عشره أمان من الحنطه و تخيل

ص: ١٢٧

الموعد له ملكيته بمجرد ذلك، فباعه من شخص فإن في أمثال ذلك يقع البيع للعاقده فافهم.

الأمر الثاني (جريان الفضولي في المعاطاه).

أشاره

وقد عرفت أنّ بيع الفضولي حسب دلالة الأدله عليه لا اشكال فيه، وإنما الكلام في أنّه هل يجري في المعاطاه مطلقاً أو لا يجري فيها مطلقاً أو فرق بين القول بالإباحه فلا- يجري و القول بالملك- فيجری أو فرق بين كون الفضولي على خلاف القاعده فلا يجري مطلقاً و بين كونه على وفقها فيجری مطلقاً؟ وجوه.

الوجه الأول في جريان بيع الفضولي في المعاطاه مطلقاً

قوله (ره) الثاني: الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي بين البيع العقدي و المعاطاتي.

أقول ذكر العلامة الأنصاري أنّه على القول بصحة البيع الفضولي لا يفرّق فيه بين البيع اللفظي و البيع المعاطاتي لإطلاق الأدله و عمومها، و عن بعضهم اختصاصه بالبيع اللفظي بدعوى أنّ الإقباض الذي يحصل به التمليك محرّم لكونه تصرفاً في مال الغير بدون اذنه فلا يترتب عليه اثر.

و فيه:

أولاً: إنّ الإقباض و التصرف يمكن ان يكون مباحاً كما إذا اشتبه المقبض و تخيل أنّ المال لنفسه و اقبضه للمشتري بالبيع المعاطاتي فإنّ هذا التصرف ليس بمحرّم و هكذا في جميع موارد السهو و النسيان فالجامع بين الجميع هو الخطاء، و الوجه في ذلك انه قد حققنا في محله ان التكاليف الالتزاميه ترتفع في موارد الخطاء حتى في الواقع و نفس الأمر بمقتضى أدله الرفع و اذن عدم رضائه المالك بالتصرف لا يدل على حرمة الإقباض.

ص: ١٢٨

و ثانيا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالتصرف كما إذا أذن للفضولي قبل البيع ان يتصرف في ماله و يقبضه لشخص خاص أو يعطى الفضولي مال المالك لوكيله أو وليه أو من يقوم مقامه - بعنوان البيع، فإن الإقباض شيء من ذلك ليس بمحرم و إنما يقصد الفضولي في ضمن ذلك الإعطاء المباح للبيع المعاطاتي و هكذا الأمر لو اعطى أحد وكلائه ماله لوكيله الأخر بعنوان البيع من غير ان يكونا وكيلين في البيع و الشراء.

و ثالثا: يمكن ان يكون المالك أيضا راضيا بالبيع و لكن لم يظهر رضايته بمظهر اذن، فلا يكون البيع الا واقعا برضائه المالك و قد تقدم ان الرضا المقارن لا يخرج العقد الفضولي عن الفضولي ما لم يظهره المالك في الظاهر بمظهر قولي أو فعلى.

و رابعا: على تقدير كون الإقباض و الإعطاء تصرفا في مال الغير و حراما و لكنه حرام تكليفي يعاقب المتصرف فيه لأجله فلا يدل ذلك على الحرمة الوضعيه الذي هو محط كلامنا.

و خامسا: على تقدير التسليم ان الحرمة التكليفيه تدل على الفساد فلا نسلم أيضا بطلان ذلك العقد لما مرّ ان فساد العقد من الفضولي و عدم انتسابه اليه بحيث يكون العقد عقده لا يستلزم فساده عن المالك و عن له العقد بل ينتسب الى المالك إذا اجازة.

و بالجملة ان هذا الاشكال لو هنه لا يصلح لمنع جريان الفضولي في المعاطاه.

قوله و ربما يستدل على ذلك.

أقول

الوجه الثاني الذي استدل به على عدم جريان الفضولي في المعاطاه

ص: ١٢٩

انّ المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الإباحه أو التمليك و هما من وظائف المالك و شئونه و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثانى انّ المكره و الفضولى قاصدان اللفظ دون المعنى و ان قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك.

و فيه: انّ هذا الاشكال لو تمّ أنّما يعمّ جميع أقسام الفضولى و لا يختص بالمعاطاه و بعبارة اخرى أنّه إشكال لأصل الفضولى.

أمّا الحلّ انّ الرضايه من المالك تحصل بإجازته المتأخره فلا يكون البيع خاليا عن التراضى و هكذا قصد التمليك و الإباحه و بعبارة اخرى ان الفضولى ليس له الا- إيجاد المعامله و إنشائها و بقيه الجهات التى لا بدّ من صدورهما ممن نسب العقد اليه، أنّما تصدر من المالك، فلا ربط لها بالفضولى، و اما كلام الشهيد فقد عرفت فيما تقدم عدم صحته و تماميته.

قوله الا ان يقال انّ مقتضى الدليل.

أقول

الوجه الثالث ان العقد الفضولى أنّما ثبت جوازه على

خلاف القاعده فيختص بالعقد القولى

و قد أجاب عنه المصنف بأنّه طبق القواعد للعمومات الداله على صحته.

و هذا الجواب منه و ان كان متينا الا ان ظاهرا أنّه لو لم يكن الفضولى على طبق القواعد لما كان جاريا فى المعاطاه و لكن الأمر ليس كذلك بل مع هذا يجرى فى العقد الفعلى كجريانه فى العقد القولى بمقتضى إطلاق صحيحه محمد بن قيس و قضيه عروه البارقى و غير ذلك بناء على تماميتها فإنّها غير مختصه بالعقد القولى بل إطلاقها محكم بالنسبه إلى المعاطاه أيضا.

ص: ١٣٠

الوجه الرابع ما ذكره شيخنا الأستاذ و اختاره.

و حاصله: أنّ فعل الفضولى ليس قابلا للإيجاب فى باب المعاطاه سواء قلنا بإفادتها الإباحه أو بإفادتها الملك الجائز أو اللازم. اما على القول بكونها مفيده للإباحه، فمن جهه ان مجرد قصد اباحه التصرف بالإعطاء و ان كان بلا مئونه للفضولى الا أنّ الإباحه التى تكون مؤثره فى باب المعاطاه هى الإباحه الحاصله من تسليط غيره، فيكون تسليط غيره لغوا محضا. و أمّا اجازة المالك، فهو و ان كان تفيد الإباحه الا أنّه بنفسها تكون مؤثره فى الإباحه من غير ربط بفعل الفضولى، و اما بناء على الملك فلا ين الفعل الواقع من الفضولى لا يتصرف الا بعنوان الإعطاء و التبديل، و أمّا افاده الملكيه التى عباره عن تبديل طرفى الإضافه فلا، بل هى متوقفه اما على إيجاد ماده بالهيئه و أمّا على فعل المالك فحيثئذ يكون ذلك مصداقا للبيع. و فيه أنّ انحصار إفاده الملكيه فى البيع اما بإيجاد ماده أو بفعل المكلف و ان كان له وجه على المذاهب المعروفه فى الإنشاء و لو كان مع ذلك قابلا- للمناقشه، الا- أنّه لا- وجه له بناء على ما ذكرنا من أنّ الإنشاء ليس الا اعتبار النفسانى و إظهاره بمبرز فى الخارج، لأنّ الفضولى أيضا يعتبر ذلك المعنى لمكان كونه سهل المئونه و خفيف الاعتبار و يبرزه فى الخارج بمبرز سواء كان ذلك المبرز فعلا أو قولاً، فإنه على كل حال يكون مصداقا للبيع و قد تقدم ذلك منه فى المعاطاه مع جوابه.

نعم بناء على إفادتها الإباحه يتوجه الاشكال من جهه ان افاده المعاملات المقصود بها المالك للإباحه على خلاف القاعده و من هنا ذكر الشيخ الكبير مبعدات عديده على القول بالإباحه و ان أجاب عنها الشيخ الأنصارى بأنها ليست بمبعدات إذا اقتضاه الجمع بين الأدله، وقد عرفت ذلك مفصلا و اذن فلا بدّ من الاقتصار على صورته تعاطى المالكين فى المعاطاه.

على أنّه لا يعقل حصول الإباحه قبل الإجازة بفعل الفضوليين و الذى ينبغى ان يقال: ان الكشف الحقيقى و ان كان يمكن جريانه فى المعاطاه الفضوليه بناء على إفادتها الإباحه- لإمكان الالتزام بالإباحه قبل الإجازة و كون الإجازة كاشفه عنها الا أنّ الكشف الحقيقى فى الفضولى مع إمكانه فى مقام الثبوت لا دليل عليه فى مقام الإثبات و يكون الأمر دائرا بين النقل و الكشف الحكىمى اما الثانى فهو مستحيل لأنّ التصرف فى مال الغير قبل الإجازة بعقد فضولى حرام، فإنّه لا يجوز التصرف فى مال الغير إلا باذنه و بعد الإجازة تحصل الإباحه من حينها و لا- يمكن الحكم بإباحه التصريفات التى قبل الإجازة بالإباحه الحكيمه فإنّ الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه و عن وقوعه فالتصرّف الذى كان محرّما لا يعقل ان يحكم عليه بالإباحه و هذا واضح جدا.

و اما على النقل فجريان الفضولى فى المعاطاه بناء على- إفادتها الإباحه أيضا بمكان من الإمكان فإنّ حصول الإباحه بعد الإجازة لا نرى فيه محظورا أصلا.

و اذن يتوقف حصول الملكيه على التصريفات المتوقفه على الملك

فتحصل بها الملكيه آنا ما قبل التصرف.

هذا كله فيما إذا قصدت الملكيه و حصلت الإباحه الشرعيه بحكم الشارع كما تقدم تفصيل ذلك فى باب المعاطاه.

و اما لو قصد الفضوليان الإباحه من الأول فلا شبهه فى عدم جريان ذلك فى المعاطاه فإنه لا معنى لحصول الإباحه قبل الإجازة لتكون الإجازة كاشفه عنها بل هى تحصل بنفس الإجازة و لا- يعقل ان ما وقع قبل الإجازة من التصرفات المحرّمه أن تكون مباحه بالإجازة كما تقدم.

(الإجازة و الرد فى المعامله الفضوليه)

قوله(ره) اما الكلام فى الإجازة.

اشاره

أقول: أساس القول بالكشف فى العقد الفضولى هو فرض الإجازة المتأخره متصله بالعقد و إلغاء الفصل الواقع بين العقد و الإجازة كما أنّ أساس القول بالنقل هو فرض العقد متصلا بالإجازة بقاء و ان حصل بينهما الفصل حدوثا فكأنه وقع فى زمان الإجازة.

إذا عرفت ذلك، فالمشهور بين الفقهاء رضوان الله عليهم: أنّ الإجازة كاشفه عن تماميّه السبب و هو العقد

و أنّما الكلام فى طريق

الكشف الحقيقى و كفيته و هو على أنحاء.

الأول: ان يقال بالكشف الحقيقى بمعنى ان الملكيه إنّما

حصلت حين العقد و اثر العقد فيها

من دون ان يكون تأثير العقد مراعى الى زمان الإجازة و هذا يتصور على وجوه:

الأول: ان يقال: ان المؤثر التام فى المعامله الفضوليه

ليس الا العقد كما هو مقتضى قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

و أنما الإجازة معرفه لكون ذلك العقد تمام التأثير و كاشفه عنه من غير ان تكون لها مدخلية في حصول مقتضى العقد من الملكيه و الزوجيه و نحوهما، و الا- يلزم ان لا- يكون الوفاء بالعقد خاصه بل به مع شىء آخر و هذا الوجه هو الذى أشار إليه المحقق و الشهيد الثانيان-على ما حكى المصنف فى المتن- و هذا المعنى بحسب مقام الثبوت و الإمكان و ان كان متصورا و ممكنا لإمكان تأثير العقد من جميع الجهات فى مقتضاه من غير توقف على شىء و لو كان ذلك الشىء رضا المالك كبيع مال المحتكر فى المخصصه فإنه أيضا لا يكون راضيا مع انه صحيح، الا أنه لا دليل عليه بحسب مقام الإثبات، كيف؟ و قد اعتبر الشارع المقدس دخاله الرضا فى تأثير العقد و سمى ذلك بالتجاره عن تراض و من الواضح جدا انّ العقد الفضولى قبل الإضاء و الإجازة ليس معامله و تجاره عن تراض.

و بالجملة: مضافا الى عدم الدليل فى مقام الإثبات بصحة مثل هذا العقد، فالدليل على عدم صحته موجود آيه التجاره و بيع مال المحتكر و ان كان صحيحا من دون رضاه و طيب نفسه، و لكنه لدليل خاص و وجوب الوفاء بالعقد أتما فيما يكون صادرا عن له العقد أو باذنه و الا يلزم الوفاء بكل ما يكون فى صورته العقد.

و الثانى مقابل القول الأول، و هو ان تكون الإجازة من جملة

شرائط العقد كالأيجاب و القبول

بحيث يكون مؤثرا فى حصول مقتضاه و هذا المعنى أى تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم يتصور على نحوين فإن ما يكون دخيلا فى الأمر المتقدم و شرطا فى تحققه تاره

يكون من اجزائه و اخرى من شرائطه. اما الأول: فكالمركبات الاعتباريه كالصلاه مثلا بان يكون الجزء المتأخر دخيلا في صحه الجزء المتقدم بحيث أنّ المتقدم تحقق صحيحا و تام العيار و كان المؤثر في ذلك هو الجزء المتأخر مع انه لم يتحقق فان كل جزء من الاجزاء اللاحقه في الصلاه دخيله في صحتها و اما الثاني فككون الأمر المتأخر من شرائط الأمر المتقدم لا من اجزائه و مقوماته و هذا كدخاله أغسال المستحاضه في صحه صومها، فإنّ صحه صوم الجزء المتقدم من طلوع الفجر مشروط بغسلها بعد الفجر بناء على كونه بعد الفجر- كما هو الحق- و صحه الصوم قبل الظهر مشروط بغسلها بعد الظهر و صحه صوم اليوم مشروط بغسلها بعد المغرب عند بعض و ان كان نادرا بخلاف الأولين فان في جميع ذلك قد أثر الأمر المتأخر في صحه المشروط المتقدم الا ان الكشف بهذا المعنى غير معقول في كلا القسمين، فإنه كيف يعقل تحقق المشروط على ما هو عليه من دون تطرّق نقص عليه مع عدم تحقق شرطه الا- بعد مده و ليس هذا الا- التناقض الواضح فان معنى تحقق المشروط على ما هو عليه من التماميه و الصحه عدم دخاله شىء فيه من الأمور المتقدمه و المتأخره و معنى دخالته عدم تماميه المشروط و تحققه على وجهه بتمامه و كماله و هل هذا الا التناقض الواضح؟ و من هنا قال بعض الأكابر: إنّ الالتزام بدخاله الأمر المتأخر في الأمر المتقدم ليس الا الالتزام بعدم استحاله التناقض في الشرعيات و اما الأمثله المذكوره، فشىء منها لا يكون دليلا على صحه ما

توهم و سيأتى الوجه فى صحتها و عدم ارتباطها لهذا الوجه.

الثالث: ان يكون المؤثر فى الأمر المتقدم هو وصف التعقب

من غير ان يكون المشروط متقدما و الشرط متأخرا

و يكون الأمر المتأخر كاشفا عن تحقق الأمر المتقدم صحيحا و تماما و لا يكون له تأثير فى الأمر المتقدم بل يكون معرفا محضا نظير الأمثلة المتقدمه من الصلاه و أغسال المستحاضه فى صحه الصوم،فانّ الدخيل فى صحه الصلاه وصف تعقب كلّ جزء السابق بالجزء اللاحق و فى صحه الصوم تعقب كلّ جزء متقدم من اليوم غسل المستحاضه و يكون ما نحن فيه أيضا كذلك فتكون تعقب العقد بالإجازة دخيلا فى صحه العقد.

و هذا المعنى و ان كان له وجه وجهه فى دخاله الأجزاء- اللاحقه فى الأجزاء السابقه فى الصلاه كما حقق ذلك فى محله،و لكنه لا دليل على جريانه فى المقام،فإنه لا دليل على دخاله الرضا المتأخر فى صحه العقد المتقدم بعنوان التعقب،فانّ مقتضى عدم جواز التصرف فى مال الغير ما لم يكن مقرونا برضا المالك محكم فالعقد الواقع فضولا- ليس مقرونا بالرضا حين وقوعه فلا يمكن القول بحصول الملكيه قبل الإمضاء و الإجازة و الا لجاز التصرف فيه و اذن فيكون ذلك تصرفا فى مال الغير بدون الرضا فيكون حراما.

على أنّ مقتضى قوله تعالى إلا- أنّ تكون تجارة عن تراضٍ، عدم حصول الملكيه و التجاره إلا بالتراضى و الرضا،فلا شبهه أنّ العقد الفضولى حين وقوعه و تحققه ليس واقعا عن تراض و رضائه حتى يحصل الملكيه بذلك.

و بالجملة:ان هذه الوجوه بين ما تكون مستحيله ثبوتا و

إثباتا، و بين ما يكون ممكنا ثبوتا و غير محقق إثباتا.

ثم انّ هنا وجها رابعا نقله شيخنا الأستاذ عن المحقق الرشتي

من انّ الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى

بمعنى انها تكشف عن رضا المالك ان التفت الى العقد و الرضا المعتبر فى العقد هو الأعم من الحقيقى الفعلى و التقديرى.

و فيه: انّ هذا من عجائب الكلام، فإنّه مضافا الى ما تقدم من انّ الرضا المقارن للعقد لا- يكون مخرجا للعقد الفضولى عن الفضولى فكيف بالرضا التقديرى؟ و من هنا قلنا انه لو التفت الفضولى برضائه المالك على البيع أو الشراء، فلا يكون ذلك موجبا لعدم كون العقد فضوليا فإنّه ربّما لا يكون المالك راضيا بالعقد حين تحققه بل لو كان ملتفتا اليه لكان قاهرا على الفضولى لكونه ذا مفسده عنده فى ذلك الوقت بخلافه حين الإجازة، فيكون العقد عنده ذا مصلحه فيرضى به اذن فكيف يمكن ان تكون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى؟ على أنّه لا دليل على كون الإجازة كاشفه عن الرضا التقديرى بوجه بل هو تخيل محض و رجم بالغيب كما هو واضح على المتأمل.

فتحصل: انّ الكشف الحقيقى بحيث يكون الملكيه مثلا- موجوده قبل الإجازة و تكون الإجازة مؤثره فيه اما بنحو الشرطيه أو بنحو- التعقب أو لا تكون مؤثره فيها بل معرّفه محضه لا وجه له بوجه.

الوجه الثانى من طرق الكشف الحقيقى أيضا ما أشار إليه المحقق

و الشهيد الثانى

على ما حكى عنهما- من انّ الإجازة متعلقه بالعقل فهو رضى بمضمونه و ليس الا نقل العوضين من حينه و محصل ذلك انّ الرضا من الأوصاف التعلقيه و الصفات النفسانيه ذات الإضافه

ص: ١٣٧

و لها تحقق و تكوّن في صقع النفس و لها بحسب نفسها في ذلك العالم ماهيته و وجود و توجد بخالقيه النفس و مع ذلك لا بدّ و ان تضاف إلى شىء و يتعلق به حتى يكون ذلك الشىء متعلقه نظير العلم و نحوه من سائر الصفات النفسية ذات اضافته و الا فيلزم تحققها بدون متعلقها و هو خلف و مناقضه اذن فاصل الملكيه التي متعلق الرضا قد تحققت و وجدت بواسطه العقد و الرضا انما تعلق حين- الاجازه و الإمضاء من المالك بتلك الملكيه الموجوده في زمان العقد و الا فيلزم ان لا يكون للاجازه و الرضا متعلق مع انا فرضنا كونه من الأوصاف التعلقية.

و قد أورد عليه العلامة الأنصاري و تبعه جملة من الاعلام و

منهم شيخنا الأستاذ بوجهين:

الأول: ان المنشأ عبارته عن مضمون العقد من الملكيه في

باب البيع و الزوجيه في باب النكاح و هكذا

و هو غير مقيد بزمان لتكون الملكيه الحاصله بالعقد مقيده بزمان العقد و حاصله من حينه بل مضمونه عبارته عن طبيعي النقل، فبالاجازه تقع الملكيه في زمان النقل، نعم حيث أنّ المنشأ و الإنشاء من الأمور الزمانيه فيكون التقييد بذلك بالعرض و القهر و ما نحن فيه ليس كالأيجاب في العقود فإنه ليس إلا إيجاب أصل الإيجاد دون الإيجاد المقيّد بزمانه و الا يلزم حصول الملكيه مثلاً قبل القبول مع انه باطل لعدم كونه من الإيقاعات بل هي كسائر مضامين العقد تحصل بعد القبول و هذا يكشف عن عدم تقييد مضمون العقد بزمان الإيجاب.

و بالجملة أنّ مضمون العقد ليس مقيداً بزمان و أنّما الزمان ظرف

له لكون ذلك المضمون من الزماتيات فيكون الملكيه بعد الإجازة.

و فيه: أنه لو كان الإنشاء بمعنى إيجاد المعنى باللفظ لكان لذلك الاشكال وجه، بدعوى أنّ المنشئ أنّما ينشئ مضمون العقد و يوجد على نحو اللابشرطيه من غير تقيده بقيد من الزمان و غيره و اما بناء على ما حققناه و اخترناه في معنى الإنشاء من أنه عبارته عن الاعتبار النفسانيه و إظهاره بمبرز من المبرزات فعليًا أو قوليًا فلا وجه لذلك الاشكال بوجه.

و ذلك لما حققناه في الأصول من ان الإهمال في الواقعيات من المستحيلات الأوليه، و أنّ الأمور الواقعيه لا يعقل ان تكون عاريه عن الإطلاق أو التقييد بل لا بدّ أمّا و ان تكون في موطنها اما مطلقا أو مقيده، فالذى يوجد امرا و يعلم بما يوجد لا يعقل ان لا يعلم بكونه مطلقا أو مقيدا، اذن، فالمعتبر لمضمون العقد في عالم نفسه أمّا ان يعتبره مطلقه و غير مقيده بقيد و شرط أو مقيده بهما، فحيث لم يكن مقيدا فقهرًا يكون مطلقا من غير ان يكون مقيدا بحصوله بعد الإجازة بل من حين العقد فبالعقد تحصل الملكيه المطلقه الدائميّه كما هو واضح فتكون الإجازة متعلقه بتلك الملكيه المستمره فيكون اعتبار الملكيه من الأول.

و اما النقض بالقبول، فهو باطل من أصله، و غير مربوط بالمقام فإنّ مضمون العقد ما لم يتحقق القبول لا- يحصل بالإنشاء و الإيجاب المحض و أنّما هو بالقبول و الا فلا يتحقق عنوان العقد الذى قوامه بالإيجاب و القبول، و من هنا قلنا: أنّ الإيجاب أنّما يتحقق على تقدير القبول و التعليق مما لا بدّ منه و ان لم يصرح به و قلنا في

أحكام الصيغه أنّ مثل هذا التعليق لا يضرب بصحة العقد لكونه راجعا الى ما يتوقف صحه العقد عليه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تم بالإيجاب و القبول الفضوليين و أنّما يتوقف نفوذه و مضيّه على اجازة المالك، فلا يقاس ذلك بالإيجاب المحض.

و الذى يوضح ذلك أنّه لو آجر الفضولى دار احد للغير إلى سنة فاجازه المالك بعد شهرين فلا شبهه فى صحه ذلك مع أنّ متعلق الإجاره مقيّد و هكذا العقد المنقطع، فيعلم من ذلك أنّ المنشأ فى العقد الفضولى ليس مهماً فيكون المقام على عكس باب الوصيه، فإنّه تحصل الملكيه بعد الموت مع أنّ الإنشاء متقدم عليه فلو كان المنشأ مطلقا لكان لازمه الالتزام بحصولها قبل الموت، و على هذا فلا- محذور فى المقام للالتزام بحصول الملكيه قبل الإجاره فإن باب الوصيه مع ما نحن فيه من هذه الجبهه مشتركه.

الإشكال الثانى: أنه سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل من

حينه و لكن لا بمعنى أنّ وقوعه فى الحين جزء لمدلوله

حتى يقال ليس معنى بعت، أو جدت البيع فى الحال بل بمعنى أنّ وقوع الإنشاء فى الحال يقتضى تحقق منشأه حالا- و تحقق مضمون العقد بالفعل و لكنه مع ذلك لا يقتضى تحقق السبب التام حال العقد و حصول مضمونه حينه، و ذلك لأنّه لم يدل دليل على إمضاء الشارع العقد على هذا الوجه بحيث تكون الملكيه حاصله قبل الإجاره لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف متوجه الى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقد أو بمنزلته الا بعد الإجاره فلا يجب الوفاء الا بعدها، و من المعلوم أنّ الملك الشرعى يتبع

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

و بعبارة أخرى لو سلمنا حصول الملكيه من زمان العقد و تحقق النقل به الا انّ الملكيه الشرعيه لا تحصل إلا بالإجازة فيكون النقل المالكى الشرعى من زمان الإجازة اذن، فلا معنى للكشف لحصول الملكيه بتمام المعنى من حين الإجازة.

و فيه: انّ الإجازة تكشف عن تحقق الاعتبار حين العقد و ان الشارع يمضى بالإجازة أيضا من الأول كما هو مقتضى الإطلاقات و- العمومات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحِلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما من غير ان يكون بعنوان الكشف الحقيقى أو الحكمى فإنّ النقل انما حصل بالعقد مطلقا كما عرفت فى الجواب الأول لا مهملا كما قد يكون حاصلًا مقيدا أيضا كما فى الإجازة و النكاح المنقطع و ليس ذلك كشفا حقيقيا كما تقدم فإنّه لا يعقل تحقق النقل قبل تحقق سببه و لا كشفا حكميًا- كما التزم به المصنف- من الحكم بحصول النقل حكما و تنزيلا فإنّه و ان كان صحيحا الا أنّه فيما لم يكن طريق صحيح للحكم بحصول الملكيه و النقل الصحيح قبل الإجازة غايه الأمر يكون حصولها بالإجازة و امّا مع وجوده كما سنذكره فلا ملزم للأخذ بما ذهب اليه المصنف.

و توضيح ذلك أنّه ذكرنا فى الأصول انّ الأمور الاعتباريه لا وعاء لها الا ظرف اعتبارها سواء كان المعبر من الأمور الخارجيه أو لم يكن كذلك مثلا لو اعتبر أحد ملكيه داره لشخص، فيكون وجوده فى عالم الاعتبار فقط و هكذا لو اعتبر زيدا موجودا فيكون ذلك موجودا فى عالم الاعتبار و قائما به و لو كان ذلك المعبر من الأمور الخارجيه فإنّ الوجود

الاعتبارى سنخ وجود غير مربوط بالوجودات الخارجيه لأنّ الموجود الخارجى ليس واردا بعالم الاعتبار فإنّ الوجود الذهنى غير الوجود الخارجى كما حقق فى محله.

و بالجمله فوعاء الوجودات الاعتباريه ليس الا- عالم الاعتبار فتوجد بمجرد الاعتبار لكونها خفيف المئونه من غير احتياج إلى مبادئ الوجود الخارجيه.

إذا عرفت ذلك:

فقول: إنّ الاعتبار تاره يتعلق بالأمر الحالى فيعتبر المعبر ملكيه داره مثلا- لشخص فى الحال الحاضر كما إذا باع داره من زيد بالفعل من غير ترقب و تأخر لأنّ الاعتبار و المعبر كلاهما فعلى، و اخرى يتعلق بأمر استقبالى كاعتبار الملكيه لشخص بعد مده كما فى باب الوصيه حيث يعتبر الموصى ملكيه الموصى به للموصى له بعد موته و وفاته فالاعتبار حالى و المعبر استقبالى، و ثالثه يتعلق بالأمر الماضى بأن يعتبر ملكيه ماله لزيد من الأمس فلو لم تكن الارتكازات العرفيه على خلافه لحكمنا بجواز ذلك البيع أيضا و كان المال ملك المشتري من الأمس فإنه ليس فى ذلك محذور عقلى أو شرعى بوجه.

فإذا جاز تعلّق الاعتبار بكل من الأمور الثلثه الحالتيه و الاستقباليه و الماضيه فلا محذور للالتزام بتعلق اعتبار الملكيه فى باب الفضولى بأمر متقدم فيكون الإجازة اعتبارا للملكيه من زمان العقد التى قد اعتبرها الفضوليان فهذا من حيث الإجازة من قبل تعلّق الاعتبار بالأمر المتقدم و من جهة تحقق العقد من الفضوليين فاصل اعتبار الملكيه فعلى و لكن المعبر تحقق بعد الإجازة و لا يضر التعليق على

ص: ١٤٢

و بعبارة أخرى فحيث جاز تعلق الاعتبار بأمر متقدم فى عالم الاعتبار كبيع الدار من أمس مثلا فجاز اعتبار الملكيه لأحد قبل سنين، و لكن حيث قام الارتكاز على خلافه فى البيع و الشراء فلا نقول بذلك فيهما و اما فى الإجازة، فلا محذور فيه بوجه و فى باب الفضولى حصل الاعتبار من البائع و المشتري و تحقق البيع بالحمل الشائع فى الخارج و لكن كان نفوذه متوقفا على اجازة المالك فالمبيع أو الثمن ملك لمالكهما و بالإجازة كشفنا حصول الملكيه لكل من البائع و المشتري من حين الاعتبار و العقد بحيث كان كل منهما مالكا لصاحبهما الى هذا الزمان، و فى هذا الزمان صار ملكا للآخر بالإجازة من أول الأمر حقيقة فإن بالإجازة انضم العقد السابق الذى انوجد بالفضولين بالمالك، فصار البيع يبعه و الشراء شرائه اذن فيشمل على ذلك البيع العمومات الداله على صحة البيع من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ .

و بالجمله بعد القول بتحقيق الاعتبار قبل الإجازة فمقتضى - العمومات نحكم بالصحة و كونه يباع صحيحا للمالك لانضمامه إليه بالإجازة لا- ان الإجازة كشف عن ان الملكيه كانت حاصله من الأول بل الإجازة أوجبت حصول الملكيه فعلا اذن فيترتب عليه آثار الملكيه من الأول و على هذا فلا تكون مضطرا للميل الى ما ذهب اليه المصنف من الالتزام بالكشف الحكمى حيث أنه فيما لم يكن لنا طريق على طبق ما تقتضيه القواعد و ليس هذا مثل الواجب التعليقى فان فى الواجب التعليقى إنشاء الوجوب فعلى و الواجب متأخر بخلافه هنا فان الموجود فى

المقام ليس الا الاعتبار و اما الملكيه فتحصل بعد الاجازه فيكون نظير التعليق غايه الأمر انه باطل في العقود لا من جهة الاجازه.

و قد أشكل على ذلك شيخنا الأستاذ بأنه لا يعقل توجه الحكمين المتضادين الى متعلق واحد و ان كان زمان الحكم متعددا فإنه لا يعقل ان يكون المال الواحد في زمان واحد ملكا لشخصين و ان كان زمان الحكم بملكيه أحدهما مغاير الزمان الحكم بملكيه الآخر و ليس ذلك إلا مناقضه واضحه و قد ذكر ذلك أيضا في الخروج عن الأرض المغصوبه من أنه لا يعقل الحكم بوجود الخروج مع كونه حراما قبل الدخول لكونه متناقضه و لو كان زمان الحكم متعددا نعم يجرى ذلك في حق غير العالم بالغيب ممن يجرى في حقه البداء و اما في حقه تعالى فلا يعقل ذلك بوجه.

و فيه: انّ هذا متين في الأحكام التكليفيه لكونه لغوا محضا دون الأحكام الوضعيه فإنّ قوامها باعتبار المعبر فهو خفيف المئونه فلا مانع من اعتبار ملكيه المبيع مثلا- لمالكة الأصلي إلى زمان الاجازه و باعتبار ملكيته للمشتري من زمان العقد أيضا بالاجازه و الرضا فإنه أيضا اعتبار الملكيه من المالك للبائع أو المشتري و لا مانع من ذلك بوجه و ان كان نفس ذلك موضوعا للأحكام التكليفيه أيضا فإنه لا بأس به و انما المحذور في نفس الأحكام التكليفيه من اللغويه و المناقضه لكونها ناشئه عن المصالح و المفسد في متعلقها على المعروف أو عن المصالح في الأغراض فلا يمكن ان يكون هنا في شيء واحد مصلحه و مفسده يستدعيان الحكم المتناقضين أو غرضين كذلك كما هو واضح لا يخفى.

و بعبارة اخرى ان الامورات الوجوديه على أقسام ثلثه:

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

و الثانى: ما يكون من قبيل الأعراض التي إذا وجدت تحتاج في ذلك الى الموضوع فهذين القسمين وجودات تاصيله فجميع أحكام الوجود التأصيلي و آثارها يترتب عليهما فلا يمكن مع تحققها و تأصلها في الخارج طرو العدم عليها بالاعتبار و الا يلزم اجتماع النقيضين.

الثالث: الوجودات الاعتباريه فقوامها و تحققها في وعائها انما يكون بالاعتبار فلا يترتب عليه شىء من آثار الوجودات الخارجيه و كما وجودها بالاعتبار و هكذا عدمها و كما يمكن فرضها و اعتبارها في وقت خاص على نحو خاص و هكذا يمكن اعتبارها في زمان آخر في ذلك الوقت الخاص الذي اعتبر فيه على نحو خاص على نحو آخر من غير ان يلزم فيه شىء من اجتماع النقيضين أو الضدين و هذا بخلاف الوجودات المتأصله فإنه بعد تحققها و تكوّنهما في الخارج على طبق ما عليه ماهيتها و بخواصها لا يمكن الحكم عليها بالعدم أو باعتبارها على نحو آخر و الا يلزم اجتماع النقيضين أو الضدين أو المثليين.

و السر في ذلك أنّ الامورات التاصيله لا تختلف بالاعتبار و هذا بخلاف الاعتباريات فإنّ قوامها وجودا و عدما ليس الا بالاعتبار غاية الأمر ان يكون الاعتبار فيه مصلحه لثلا يلزم اللغويه.

إذا عرفت ذلك.

فنقول: ان الملكيه ليست من الوجودات المتأصله جوهرًا كان أو عرضًا بل هي من الأمور الاعتباريه اذن فيختلف ذلك بالاعتبار

ص: ١٤٥

فلا يلزم شيء من المحذورات غير اللغويه إذا لم يكن الاعتبار عن مصلحه و على هذا ففي باب الفضولي أنّ الفضوليين إذا عاملا معامله فاعتبرا مالكيه كلّ من العوضين الذين لغيرهما لمالكة الآخر و عقدا على ذلك فيكون اعتبار ملكيته في العرف و الشرع بالفعل مع مالكيهما الأصليه لعدم كون ذلك العقد حين تحققه برضائه مالك العين مع كونها من شرائط البيع ليكون تجاره عن تراض و يكون تأثير ذلك العقد معلقا على اجازة المالك و لا يضرها مثل هذا التعليق لعدم شمول الإجماع القائم على بطلان التعليق في باب العقود على مثل ذلك فإنه من شرائط صحة العقد فان لم يجز المالك ذلك العقد فيبقى الاعتبار الأول على حاله فيلغو العقد الذي أوقعه الفضوليّان و ان أجاز المالك ذلك فيكون حين الإجازة و الإمضاء معتبرا لملكه ماله لشخص آخر من الأول و حين العقد على النحو الذي اعتبره الفضوليّان بحيث لم يكن ذلك الغير إلى الان مالكا للعين بل كانت ملكا لمالكها و بالفعل صار ذلك ملكا المشتري ان كان أصيلا أو من له الشرى ان كان فضوليّا مالكا من الأول فلا مانع في ذلك إن كان فيه مصلحه فكانت المصلحه تقتضى الى الان صحة اعتبار الملكيه للمالك الأصلي و من الآن للمشتري مثلا من الأول فإن الاعتبار بعد ما كان خفيفه المئونه و لم يكن لغوا صحّ تعلّقه على متعلق واحد على نحوين متنافيين في زمانين و بعد ذلك الإمضاء يتوجه أدلّه صحة البيع من الأول فإنّ موضوع تلك الأدله كانت متحققه إلا من جهة انتفاع الإجازة و عدم تحققها و بعد التحقق يتم الموضوع فتكون أدله الصحة محكمه.

و من هنا يندفع ما ذكره شيخنا الأستاذ من عدم إمكان اجتماع

حكيمين متنافيين في متعلق واحد و ان كان الزمان متعددا بل- المناط في صحه الاجتماع هو تعدد المتعلق و ذكر ذلك أيضا في الخروج عن الأرض المغصوبه.

و وجه الاندفاع أنه في باب التكاليف كما ذكر لكونها ناشئه من المصالح و المفاسد عن المتعلق أو الغرض بخلافه هنا فان قوام الأحكام الوضعيه ليس الا باعتبار المعبر فلا محذور في توجه اعتبارين على متعلق واحد كما لا يخفى، و بهذا تم الكشف الذى نقول به في باب الفضولى و هذا المعنى أوضح في باب الإجازة و النكاح المنقطع فإنه إذا أجاز المالك أو الزوج ذلك العقد بعد شهر، فيكون الإجاره الواقعه على الدار مثلا- سنه أو النكاح إلى سنه صحيحا من الأول فإنه بناء على صحه الفضولى لم يستشكل أحد في صحه ذلك مع أنه لم يتحقق هنا بالإجازة عقد إجاره أو عقد نكاح.

و ربّما يشكل على ما ذكرنا بأنه أنّما يتم ذلك في القضايا الخارجيه سواء كانت صادرة من الموالى العرفيه أو من المولى الحقيقى و اّمّا في القضايا الحقيقيه التى على نسقها الأحكام الشرعيه، فإنّ جميع المجموعات الشرعيه أو جلّها على نحو القضايا الحقيقيه فلا- يتم هذا البيان و ذلك فإنّ كلامنا في حصول الملكيه و اعتبارها ليس إلا في الملكيه الشرعيه فإنه هو الذى كان محل النزاع فى المقام من أنه حاصله أم لا و الا فالملكيه فى اعتبار المتعاقدين الفضوليين قد حصلت قطعا. و اذن فإن كان المراد من اعتبار الملكيه الشرعيه اعتباره من حين العقد فقد حصل من الأول قطعا و ذلك لأنه بعد فرض كون

الاعتبارات الشرعية من قبيل القضايا الحقيقية، فهي حاصله قبل وجود المتعاقدين بل قبل خلق هذه الأمة أو الخلق فان علمه عند الله فلا- يتوقف ذلك الا- على تحقق الموضوع كما في سائر القضايا الحقيقية الشرعية و غيرها مثلا وجوب الحج مجعول من الأول لكل من يكون مستطيعا فالمكلف انما يكون موضوعا لذلك الحكم بالاستطاعة لا أنه يجعل الحكم له بالفعل و كذلك جعل الحكم بنجاسه البول بالقضيه الحقيقيه، فإذا وجد البول فيحكم بنجاسته و لا يترتب ذلك الحكم على غيره كالعرف و ان كان فيه اجزاء البول أيضا و هكذا في المقام فإذا فرضنا كون موضوع الملكيه الشرعيه هو العقد فقط من اى شخص تحقق مع رضائه المالك و ان كان ذلك متأخرا فيكون مثل الواجب المشروط فتكون الملكيه حاصله حين العقد متوقفا على الإجازة المتأخره، و ان كان المراد من حصولها أى الملكيه بعد الإجازة فإن الإجازة يتم موضوع الملكيه فتكون حاصله من حين الإجازة دون قبلها فعلى الأول يكون كشفا و على الثانى يكون نقلا فلا واسطه فى البين ليكون وجها آخر.

و فيه أولا- انه لا- دليل لنا لإثبات الملكيه الشرعيه حتى يشكل بمثل ما مرّ بل ما للشارع هو الحكم على الموضوع الخارج من التقديرية الى الفعلية فعند المعامله و تحققها فى نظر العرف فيحكم الشارع على طبق العرف و لا- شبهه أنّ العرف يرى البيع الفضولى معاملة صحيحه فبالإمضاء و الرضا من المميز المالك يتحقق الملكيه من أول الأمر نعم فى بعض الموارد يحكم الشارع على الملكيه و ان لم يفهم العرف ذلك كما فى باب الإرث فإن الوارث يرث لما تركه مورثه.

و بالجمله لا حكم للشارع فى باب المعاملات تأسيسيا بحيث- يعتبر الملكيه عند البيع للبائع أو المشتري كاعتبار المتعاملين ذلك بل الشارع أنما يحكم على طبق ما يحكم به العرف و المتعاملين على حسب اعتبارهم بحيث يكون ما يرون العرف موجبا للملكيه و محصلا لها موضوعا لحكمه بالملكيه أيضا إلا فى مقام التخطئه كبيع المنابذه و الملامسه و الحصاه و بيع الربوى، فحيث أنّ العرف لا- يرى بأسا فى إمضاء المجيز و اعتباره الملكيه من زمان العقد فيكون الشارع أيضا حاكما على طبق ذلك و يتوجه عموما صحه البيع و إطلاقاته عليه لكونها ناظره على ما يروونه العرف معامله، فلا شبهه فى كون بيع الفضولى مع تلك الإجازة معامله و تجاره عن تراض عند العرف.

و بالجمله لا محذور فى ما ذكرنا إثباتا و ثبوتا.

و ثانيا سلّمنا أنّ الشارع قد حكم بالملكيه و له حكم فى ذلك و لكنه حكم بملكيه المجيز الثمن إذا كان بائعا و المثلث إذا كان مشتريا من زمان الإجازة على النحو الذى ذكرنا فإنّه بعد البناء على صحه الفضولى و إثبات عدم تماميه الكشف الحقيقى بغير الذى ذكرنا من المعرضيه المحضه و تأثير الأمر المتأخر فى الأمر المتقدم أو عنوان التعقب اما لعدم معقوليتها أو لعدم تماميه دليل الإثبات الذى هى نتيجة القول بالكشف الحكمى فلا- بدّ لنا من الالتزام بما ذكرنا و الا نلتزم- بالكشف الحكمى على ما ذكره المصنف حتى يمكن لنا التفصلى عن العجز من توجيه ما ظهوره فى الكشف صوتنا له من اللغويه مع أنّه أيضا تمام كما سنتعرض له بخلاف ما ذكر فإنّه تمام ثبوتا و الدليل موجود عليه إثباتا.

بل أدله صحة البيع الفضولي ظاهره في الكشف كروايه قيس و غيرها و يأتي بيان ذلك في بيان ثمره القول بالكشف أو النقل في ضمن ردّ كلام شيخنا الأستاذ بناء على تماميتها خصوصا الروايات الواردة في التزويج من أنه إذا مات احد الزوجين الذي عقد عليهما فضوله سواء كانا ذلك الزوجين صغيرين أو كبيرين فمات أحدهما فيستحلف أحدهما على رضايته بالنكاح لو لم يمت الزوج الآخر ثم يرث فان ذلك صريح في صحة النكاح الفضولي على الكشف غايه الأمر أنها مطلقه بالنسبه إلى أقسام الكشف و لكن حيث عرفت أنّ المعرضيه المحضه و عدم دخاله الإجازة في صحة العقد باطل لصراحه الآيه في اشتراط صحة التجاره بالرضايه من المالك و الالتزام بتأثير الإجازة المتأخره في الملكيه المتقدمه مستحيل و الالتزام بالتعقب لا وجه له و لا دليل عليه فالكشف الحكمي في نفسه غير معقول كما سيأتي فيتعين ما ذكرنا فيكون هو المراد من الروايه مع ان أصله عدم الإجازة جاريه هنا فأى شىء أوجب الخروج من هذا الأصل فان لم يكن الكشف تماما لم يكن للنقل معنى في حال الموت كما هو واضح.

ثم بقى هنا شىء و هو انه ربّما يقال بظهور هذه الروايات الوارده في النكاح الفضولى في الكشف الحقيقى، فإنّه لو لم يكن كذلك لم يكن معنى لعزل النصيب من الأول و انتظار الإجازة الى ان يستحلف بأنّه لو لم يمت الزوج الآخر أيضا لكان راضيا بالعقد- فعزل النصيب قبل الإجازة ظاهر في الكشف الحقيقى الذى فرضتم ذلك غير معقول.

و فيه: أنّ عزل النصيب لا يدل على ذلك بل هو للاحتياط

فى باب الأموال فىكون ذلك مانعا عن جريان الأصل كما أشار إليه فى المتن و له نظير فى باب الإرث من غير ان يكون مختصا بهذا المورد كما إذا مات احد و كانت زوجته حامله، فإنه عزل هنا نصيب الذكرين احتياطا فى الأموال مع أنه ليس هذا النصيب مملوكا الا احتمالا لعدم اليقين بأنّ الزوجه تلد ذكرين.

و بالجمله الاحتياط الشديد فى باب الأموال لثلا يفوت حق احد على غير الوجه الشرعى و أهميته الشارع بذلك، أوجب عزل النصيب فيما ذكر و هذا لا يوجب إثبات الكشف الحقيقى فافهم.

و الحاصل أنك قد عرفت أنّ الكشف الحقيقى على أقسامها غير ما ذكرنا اما مستحيل أولا دليل على صحته فى مقام الإثبات.

ثم أنّ فخر المحققين حكم بالكشف الحقيقى بدعوى أنّ العقد حال الإجازة معدوم، فلو قلنا بالنقل للزم تأثير أمر المعدوم اعنى العقد فى الأمر الموجود أعنى الملكيه و قد طبق ذلك بالفلسفه كما هو دأبه فى بعض الفروع الفقهيّه.

و فيه: أولا- أنّ ما نحن فيه ليس من قبيل العله و المعلول التأمين بل من قبيل جزء السبب، فيجوز فى ذلك تأثير الأمر المعدوم فى الموجود فى التكوينيات فإنّ الأسباب و المعدات للشىء توجد تدريجا و تنعدم فيترتب عليه المسبب بعد ذلك كالقتل فإنّ أسبابه توجد و يترتب عليه الموت بعد مده و هكذا غيره فإذا كان فى التكوينيات كذلك فكيف لك إنكاره فى التشريعات؟ نعم فى العليه و المعلوليه التامتين لا يمكن الانفكاك كما التحريك بالنسبه إلى تحرك المفتاح فإنّ الفصل لا يعقل الا بتخلل الفاء فى اللفظ فقط على أنه يرد عليه

النقض بالإيجاب و القبول فإن الإيجاب قد يتحقق و ينعدم الى زمان القبول و بالوصيه فإنها تنعدم عند الموت مع أنه لم يستشكل أحد في تأثيرهما في الملكيه بل لازم ذلك إنكار شرطيه القبض لصحه بيع الصرف و السلم لانعدام العقد الى زمان القبض فيلزم المحذور.

و الحل فى الكل انّ العقد لا ينعدم بل يبقى اعتبار المتعاقدين إلى الأبد ما لم يطرئه مزيل فإنه ليس عبارته عن اللفظ المجرد- لينعدم بمجرد الحدوث بل هو الاعتبار النفسانى مع المظهر فيبقى ذلك عندهما و عند العرف.

و اما الكشف الحكمى

الذى ذكره المصنف و قلنا إذا لم يتم ما ذكرناه من الكشف الحقيقى على النحو الذى سلكناه فلا- بد من الالتزام بما ذكره المصنف من الكشف الحكمى فمعناه كما فى المتن إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع الا بعد الإجازة بحيث يحكم بإثبات آثار الكشف من أول الأمر و حين العقد و لازم ذلك إثبات آثار الملكيه من حين العقد و قد نقل المصنف هذا الوجه من أستاذه شريف العلماء.

أقول: ان تنزيل شىء مقام شىء آخر يكون على أنحاء.

الأول: ان ينزل الأمر الواقعى التكوينى مقام أمر واقعى تكوينى آخر كتنزيل الفقاع منزله الخمر و تنزيل الطواف منزله الصلاه و نحوهما إلخ فيوجب التنزيل ترتيب آثار الصلاه على الطواف و آثار الخمر على الفقاع فلا يلزم المحذور فإنه لا يلزم منه تشريع الحكم.

الثانى: ان يكون التنزيل فى بعض الآثار مع كون المنزل و المنزل عليه كليهما امرا تعبدىّا كتنزيل من يراد زوجيته فى جواز

النظر إليها، فإن كل منهما أمر تعبدى مع كون التنزيل فى بعض الآثار.

الثالث: ان يكون المنزل عليه امرا تعبدياً مع كون التنزيل فى جميع الآثار نظير المقام حيث ان أصل الملكيه بعد اجازته المالك أمر تعبدى، فقد يحكم الشارع بإجراء آثار الملكيه عليه بعد العقد و كون جميع آثار الكشف مترتبا عليه فهذا لغو محض حيث ان الحكم على هذا النحو و التنزيل كذلك ليس الا الحكم بالملكيه الحقيقيه و جعل الملكيه فلا معنى لتسميته باسم التنزيل و هذا نظير تنزيل - إمساك الاعتكاف منزله الصوم فى جميع الآثار مع عدم تسميته صوما و هكذا فافهم و تأمل.

(فى ثمره النقل و الكشف)

قوله بقى الكلام فى بيان ثمره بين الكشف إلخ.

أقول: و قد ذكر المصنف فى ضمن أسطر ما لم نفهم معناه و لا ندرى ما ذا فهمنا منه سابقا فإنه ذكر أولا - على ما هو ظاهر كلامه -:

أنه على القول بالكشف الحقيقى على نحو التعقب لو علم المشتري بإجازه مالك المبيع العقد يجوز له التصرف فى المبيع لحصول شرطه فى الواقع و فى علم الله و قد صرح بذلك قبل نصف صحيفه ناقلا فى البعض و قال: و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازه لا - نفس الإجازه فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازه لو علم تحققها فيها بعدا.

و فيه: أنه بناء على القول بالكشف الحقيقى لا معنى للفرق

بين الالتزام بالتعقب أو تأثير الإجازة المتأخره فى المتقدم أو العرفيه المحضه فإنه على جميع التقادير تحصل الملكيه من الأول كما هو معنى الكشف الحقيقى، و بعد حصولها فلا- وجه لمنع جواز التصرف بل على القول به يجوز التصرف مطلقا كما هو واضح لا- يخفى ثم ذكر و اما الثمره بين الكشف الحقيقى و الحكمى مع كون نفس الإجازة شرطا فيظهر فى مثل ما إذا وطى المشتري الجاريه قبل اجازة مالكةا فأجاز فيانّ الوطى على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك انتهى.

و هذا الذى لا ندرى ماذا أراد منه المصنف فإنه مع حكمه على ما هو ظاهر كلامه بعدم جواز التصرف قبل أسطر على القول بالكشف الحقيقى إلا فى صورته التعقب فكيف حكم بكون التصرف حلال واقعا فهل هذا الا التناقض؟ و لعل و الله العالم انّ هذا من سهو- القلم.

و التحقيق ان يقال: أنه بناء على الكشف الحقيقى على جميع أقسامها غير ما ذكرنا يجوز التصرف فى المبيع و الثمن إذا علم انّ المجيز يجيز العقد لتحقق شرطه واقعا فلا يجرى هنا أصالة عدم- الإجازة فيحكم بالجواز ظاهرا و واقعا و مع توليد الأمه فتكون أم ولد و مع عدم العلم بالإجازة فيحرم التصرف فى الظاهر و يجوز فى الواقع و يكون حلالا على تقدير ان يجيز المالك و الا فيحرم فى الظاهر و الواقع و اما على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى فلا يجوز التصرف فى

الظاهر و الواقع حتى مع العلم بالإجازة فإن الفرض أنّ الملكيه تحصل بالإجازة فلا معنى لجواز التصرف قبله في مال الغير بل يكون حراما و مع وطى الأمه فيكون زنا فيحدّ و لا تكون الأمه أم ولد و لو مع تحقق الإجازة فإنها لا يوجب انقلاب و أوقع حراما من واقعه و الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه.

و اما على الكشف الحكمى فأیضا لا يحكم بترتب آثار الملكيه إلا بعد الإجازة فإنّ ما وقع من التصرفات قبل الإجازة فإنما هي تصرفات غير مشروعه فلا ينقلب عمّا هو عليه بعد الإجازة حتى يحكم بترتب آثار الملكيه عليه قبل الإجازة أيضا.

و الحاصل أنّ الكلام فى بيان ثمره القول بالكشف أو النقل

يقع فى جهات.

الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.

الثانيه فى حكم تصرفات المالك المجيز فى العين التى بيعت فضوله.

الثالثه فى تصرفاته فى نماء تلك العين.

الرابعه فى تصرفات ما انتقلت العين اليه.

اما الجبهه الاولى فى بيان الأحكام الخارجيه الشرعيه المترتبه على تصرفات

المشتري أو الأجنبي قبل الإجازة.]

فإذا تصرف المشتري أو الأجنبي فى تلك العين فهل يترتب أحكام الملكيه على تصرف المشتري و أحكام العقد على تصرف الأجنبي أم لا- أو يفرق بين الكشف الحقيقى فيحكم بالترتب و بين الكشف الحكمى فيحكم بعدم الترتب؟ مثلا- إذا اشترى امه فضوله فاستولدها أو زنى الأجنبي بها فهل تصير الأمه على الأول

أم ولد و زنى الأجنبي زنا بذلت البعل فيترتب على ذلك أحكامهما أم لا؟ فأمّا على النقل فلا شبهه فى كون الزنا زنا بذات بعل و عدم كونها أم ولد بل كان وطى المشتري أيضا حراما تكليفا فإنّ- الإجازة الحاصلة بعد الوطى الواقع عن حرام لا توجب انقلاب الحكم عن واقعه و جعل ما وقع حراما حلالا- و الشيء لا- ينقلب عمّا هو عليه و الاستيلاء المترتب على الوطى الحرام لا يكون موجبا لصيروره الأمه المستولده أم ولد كما لا شبهه فى أنّه على الكشف الحقيقى على أنحاء غير ما ذكرنا تكون الأمه بالاستيلاء عن وطى المشتري قبل الإجازة أم ولد و ان كان الواطى جاهلا- بوقوع الإجازة عن المالك المجيز فإنّ التصرف أنّما وقع فى ملكه، فيكون نظير ما وقع الوطى على الأمه بزعم أنّها أجنبيّه فبانت مملوكه فإنّه لو ولدت ولدا بهذا الوطى فتصير ذات ولد بذلك و على هذا فيكون وطى الغير بها زنا بذات بعل فتحرم عليه مؤيده و هكذا الكلام فيما إذا عقد على امرأه فضوله فزنى بها احد قبل الإجازة، فإنّه يكون ذلك زنا بذات بعل على القول بالكشف فيترتب عليه احكامه و هذا بخلافه على النقل و اما على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى ذكرنا الذى هى نتيجة الكشف الحكى و على الكشف الحكى الذى ذكره المصنف فاختر بناء على الكشف الحكى صيروره الأمه باستيلاء المشتري قبل الإجازة أم ولد لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك و مع ذلك حكم بحرمة الوطى تكليفا و على هذا، فيكون وطى الغير لها زنا بذات بعل لا زنا بمجرد فتحرم عليه مؤيده.

ثم احتمال تحقق الاستيلاء على الحكى لعدم تحقق حدوث

الولد فى الملك و ان حكم بملكيتة للمشترى بعد ذلك و أنكر ذلك شيخنا الأستاذ عليه، فحكم بتحقيق الاستيلاء بذلك.

و الذى ينبغى ان يقال: أنه على الكشف الحقيقى بالمعنى الذى نقول عدم تحقق الاستيلاء بوطى المشترى قبل الإجازة كما أنّ الواطى كان محرّماً كما عليه المصنف أيضاً، فلا يتحقق بذلك الاستيلاء أيضاً و ان زنا الغير بها زنا بغير ذات بعل.

و توضيح ذلك أنه و كان بحسب الثبوت و الواقع ممكناً و ليس من المستحيلات العقلية و لكن لا- دليل على تحقق الاستيلاء بوطى المشترى أو كون زنا الغير بها زنا بذات بعل فى مقام الإثبات فإنّ ظاهر أدلتها ان يكون المرأه حال الوطى مملوكه للواطى لتصير بذلك أمّ ولد و حال الوطى زنا بذات بعل يترتب عليه أحكام الزنا بذات بعل و الأمر هنا ليس كذلك، بل أنّما هى مملوكه للغير حقيقه بالفعل كما هو المفروض، فيكون الزنا بغير ذات بعل و الاستيلاء عن وطى واقع على غير مملوكه و ان كانت تصير مملوكه بعد الإجازة حقيقه من زمان العقد على ما ذكرنا أو فى حكم المملوكه على الكشف الحكمى، و السرّ فى ذلك أنّ الاستيلاء لم يحدث فى الملك فإنّ الوطى كان وقوعه و حدوثه فى ملك الغير و ان كانت الأمه ملكا للمشترى بقاء و لعل هذا مراد المصنف من التعبير بعدم حدوث الولد فى الملك فهل يتوهم أحد أنه لو زنا رجل بامرئته خليه ثم صارت ذات بعل فيكون ذلك زنا بذات بعل أو يكون الولد المتولد منها ولده أو تصير المرأه أمّ ولد لو كانت مملوكه فزنا بها احد ثم اشتراها فلا يختلط الحرام بالحلال.

وقد نزل الامام عليه السلام ذلك بالثمر الذي يبيعه الإنسان عن جزم ثم اشترى الحديقه فإنَّ حكم كلَّ منهما غير مربوط بالآخر كما لا يخفى، ومقامنا نظير ما ذكرنا في كتاب الصلاه في معنى الزيادة في الفريضة و قلنا انَّ ظاهر الأدله الداله على ان الزيادة في الفريضة توجب البطالان هو ان تكون الزيادة واقعه بعنوان الزيادة حين الإتيان بها و يتصف بذلك الوصف حين وقوعها و تحققها و يكون ذلك في ذلك الوقت وصفا عنواتيا زائدا لها لا ما يكون متصفا بذلك الوصف بعد وقوعها فلا تشمل عليه أدله المبطله مثلا- إذا أراد المصلى ان يقول إياك فبداله و قال أيا فسكت ثم قال إياك فإنَّ أيا و ان وقعت زياده الا أنه لم يقع كذلك حين وقوعه بهذا العنوان بل بعنوان انه واجب ثم صار كذلك و هكذا فإنَّ أدله الزيادة في الفريضة منصرفه عن ذلك و كك فيما نحن فيه فإنَّ الوطى الواقع على الأمه قبل الإجازة أنما هو متَّصف بكونه على غير ملكه و أنما صار بعد الإجازة متصفا بكونه في ملكه أو ذات بعل فأدله صيروره الأمه مستفاده بملك المالك أو كون الزنا بها زنى بذات بعل لا تشمل ذلك لظهورها في فعليته الاتصاف و كونهما كك حال الوطى لا بعده.

و اما الوجه الثانيه فهى فى حكم تصرفات مالك المجيز فى

نفس العين

فلو باع احد مال غيره فضوله و تصرف فيه المالك قبل الإجازة و العلم بذلك أو مع العلم فهل يكون تصرفه هذا ردا فعليا أو لم يكن رداً أو يفصل بين الكشف الحقيقى فيحكم بعدم نفوذ تصرفاته و بين الكشف الحكمى فيحكم بنفوذ تصرفاته؟ و قد قرب شيخنا الأستاذ نفوذ تصرفات المالك المجيز فى العين مطلقا حتى على الكشف-

ص: ١٥٨

الحقيقى بأقسامه و لو كانت الإجازة بعنوان المعرضيه حتى مع العلم بصدور الإجازة منه و مع ذلك لا يبقى مجال لإجازة العقد الفضولى مثلا لو باع العين التى بيعت فضوله أو أعتق العبد أو غير ذلك من التصرفات أو زوّجت الامراه نفسها للغير أصاله فإنّ فى جميع ذلك لا- يبقى موضوع للإجازة فإنّها إنّما ترد على المحل القابل و بعد تزويج الزوجه نفسها من الغير أصاله أو نقل المالك العين عن ملكه لا- يبقى مجال لها فإنّ ما هو متعلق بالإجازة و موضوعها قد زالت و انعدمت فإنّ هذه الإجازة ليست إلا كإجازة الأجنبى فهل يتوهم احد أنّ إجازة الأجنبى العقد الفضولى الذى صدر من الغير يكون إمضاء من قبل المالك؟ فكك هنا فإنّ المالك بعد نقل العين عن ملكه و ازاله علقه سلطنته صار كالأجانب فلا تكون إجازته مؤثره فى ذلك و لا يقاس ذلك بالفسخ لأنه متعلق بالعقد و اما الإجازة فهى متعلقه بالعين فإذا ذهبت ترتفع موضوعها بخلاف الفسخ.

ثم نسب ذلك الى المصنف بناء على كون النسخه لو باع أمّ الولد كما اختار كونها كذلك و اما بناء على سقوط أمّ و كون النسخه لو باع الولد فلا يمكن نسبه ذلك الى الشيخ فإنّ بيع الولد لا ينافى مع إمضاء عقد الفضولى الواقع على الام.

و فيه: أنّ ما أفاده أنّما يتم فى الزوجه فإنّه بعد ما زوّجت المراه نفسها لغير الذى زوجها الفضولى إياه، فلا شبهه فى بطلان العقد الأول و كون العقد الثانى ردا عمليا للعقد الأول و السّير فى ذلك انه بعد تزويج المراه نفسها من الزوج الآخر لا يبقى موضوع لإجازة العقد الأول و لا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولى

لانتفاء ركن العقد وقوامه و انعدام ما ينسب اليه العقد و ينضم به بحيث يكون العقد عقده و يكون منسوبا اليه.

و بعبارة أخرى: قد حققنا فى الأصول فى وجه تقدم الامارات على الأصول أنّ موضوع الأصول معلق على عدم وجود الامارات فإذا تحققت الامارات و صارت منجزه لا يبقى مع ذلك موضوع للأصول و هكذا الأمر فى كل أمرين يكون الحكم فى أحدهما تنجزيا و فى الآخر تعليقا، فإنّ موضوع التعليق يرتفع بوجود التنجزى و فى المقام كذلك فإنّ موضوع صحة العقد الأول الفضولى معلق على بقاء المجيز بحيث يكون مع قطع النظر عن الإجازة مالكا للعقد و المعامله و يقدر على الإجازة فإذا ارتفع ذلك الموضوع بوجود المعلق عليه الذى يتوقف على عدمه صحة العقد الأول فلا يبقى مجال لصحته بالإجازة فحيث أنّ صحة العقد الأول متوقفه على بقاء المجيز على حالته الأولى و كونه مالكا للإجازة و قد انعدم فى المقام فيحكم ببطلان العقد الأول بلا شبهه.

و بعبارة ثالثة: أنّ العقد الفضولى إنّما يحكم بصحته مقتضى العمومات أو الأدله الخاصه إذا انتسب ذلك العقد الى المالك- ليحكم عليه بأنه يجب عليك الوفاء به و اما إذا انعدم، فلا تشمل الإطلاقات و العمومات ذلك العقد، فان معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس انه يجب لكل شخص أن يفى بكل عقد حتى لو باع احد مال غيره فيجب عليه ان يفى بذلك بل هذا و نظائره خطاب لمالك العقد و لمن يكون العقد عقده فإذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد و غيره من الأدله الخاصه أو العامه بل هذا

الذى ذكرنا هو من جمله المرتكزات الشرعية حيث ان من البديهيّات فى عالم الشريعة انه لو زوج احد امرأه فضوله و لم تكن المرأه عالمه بذلك فتزوج نفسها بزواج آخر و عرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيره الأولاد و أجاز العقد الأول، فهل يتوهم احد ان جميع هذه الأولاد و الاستمتاعات وقعت شبهه؟ و ليس كذلك قطعاً هذا ما يرجع الى الزوجيه. و اما فى غير الزوجيه فلا يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و ذلك لان تصرّف المالك فى المبيع من عتق الأمه أو العبد أو بيعهما للغير أو غير ذلك من التصرفات لا ينافى العقد الأول و لا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد لبقاء المميز على قابليته أن يبيح العقد الأول و مالكا لذلك قبل الإجازة فإن قوام العقد الفضولى و بقائه لم يكن ببقاء العين و ان كان حين الحدوث من مقومات العقد.

و السّر فى ذلك ان الإجازة و الرّد كالامضاء و الفسخ فى باب الخيارات يتعلقان بنفس العقد دون العين الخارجيه كما ذهب اليه شيخنا الأستاذ و جعله وجه الفرق بين الإجازة و الفسخ.

غايه الأمر ان الفسخ رفع و الرّد دفع و الإجازة تنجز و الإمضاء و عدم الفسخ يثبت و الا فجميع ذلك متعلق بالعقد و هو مركز لجميع ذلك فيظهر ثمره ذلك فيما بعد و على هذا فانتقال العين من ملك المالك المميز الى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازة و انتفاء قابليه المميز بل هو باق على قابليته الأوليه اذن، فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته و نفوذه فى العين و بين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازة و الإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع الى البدل.

و بعبارة اخرى: انّ ما ذكره الأستاذ يرجع الى إبداع المانع و انّ المانع من تأثير العقد الفضولي هو عدم تأثير اجازة المالك لسقوطها عن التأثير بمانعيه انتقال العين من المالك الى غيره و هذا بخلاف ما ذكرنا فإنّه يرجع الى منع المقتضى فإنّه لا مقتضى لحصول الملكيه قبل الإجازة حتى يتوهم ذلك النزاع و البحث لانحصار حصول الملكيه على القول بالكشف بالمعاني التي ذكروها و قد ذكرنا عدم صحتها لعدم وفاء الأدله على ذلك و ما يكون مقتضيا للصحة اعنى أدله الصحة منعدم في المقام.

و بعبارة أخرى نحن نقول: بصحة الفضولي على طريقه الكشف من باب عدم العلاج و الفرار عن صحة أدله الفضولي فحيث انّ المتيقن منها صورته عدم التصرف فلا تبقى أدله صحة الفضولي شامله للمقام و هذا مرادنا من منع المقتضى.

و لكن الظاهر مع ذلك عدم صحة العقد الفضولي بعد تلك التصرفات و ان لم تكن موجه لانتفاء قابليته المجيز عن مجيزيته و ذلك لانّ صحته ما ذكرنا متوقفه على القول بالكشف الحقيقي على غير ما ذكرنا و قد قلنا انّ جميعه بين ما يكون مستحيلا و بينما يكون خلاف ظواهر الأدله لأنّ أدله صحة العقد الفضولي لا تساعد على كون الملكيه مثلا حاصله من الأول فتكون الإجازة المتأخره دخيله في ذلك بعنوان التعقب أو معرّفا صرفا فإنّ أخذ الإجازة و الرضا من شرائط صحة العقد ليس الا ظاهرا في كونه شرطا مقارنة لحصول التجاره و الملكيه و الزوجيه و نحوها كما لا يخفى و مع ذلك لا يمكن صرف أدله صحة الفضولي إلى مثل هذا النحو من خلاف الظاهر

هنا ما وعدناك في بيان طرق الكشف.

و بعبارة اخرى أنّ أدله صحة العقد الفضولي و ان قلنا انها ظاهره في الكشف الا أنّها تدل على صحة العقد الذي يكون متعارفا و على وفق مذاق العرف و الشرع و الذي يفهم العرف من لسان الأدله الشرعيه هو ما يكون العقد مقارنا برضا المالك و مثل ذلك العقد يكون مؤثرا في النقل و الملكيه و الزوجيه و حيث ان العقد الفضولي حين وقوعه عادم لذلك الشرط فيكون تأثيره مراعى على حصوله فيكون مؤثرا عند الحصول بحيث يكون شرطا مقارنا و ان كان مؤثرا في الملكيه من زمان العقد.

و على هذا، فيكون ما هو محط البحث و مورد الثمره بين ما ذكرنا و ما ذكره شيخنا الأستاذ في الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بالمعنى الذي ذكرنا الذي هو نتيجة الكشف الحكمي.

بيان ذلك أنّه على الكشف الحقيقي بما ذكرنا و الكشف الحكمي فيكون الإمضاء المتأخر موجبا لحصول النقل من حين العقد حقيقه على ما ذكرنا أو حكما على الكشف الحكمي و هذا بحسب القواعد فإن القاعده تقتضى بعد تحقق الإجازة و شمول أدله الصحه عليه لكونه عقد بالحمل الشائع بعد الانتساب اليه، حصول النقل من حين العقد فإنّ دليل وجوب الوفاء يدل على وجوب الوفاء بذلك العقد بعد الإجازة و هو يصير عقدا للمجيز و منتسبا اليه و هذا بخلاف ما تقدم فإنّ فيه نحكم بالمقدار المتيقن من جهه أنّه لم يكن لادلتها إطلاقا لتشمل مثل هذه الموارد أيضا و لم يكن المقتضى تاما و لكن على ما ذكرنا فالمقتضى تمام لكون ما ذكرنا موافقا للقواعد فإنّ القاعده تقتضى

ص: ١٦٣

ان يكون العقد صحيحا بعد الإجازة بمقتضى أو فوا بالعقود كما ذكرنا و يكون منتسبا الى صاحب العقد بالإجازة كانتسابه إليه فى غير موارد الفضولى بدليل الوفاء و هذا بخلافه على ما ذكره شيخنا الأستاذ فإنه يبطل العقد حينئذ فلا تكون الإمضاء مؤثرا فى النقل بوجه كما هو واضح.

(الجهة الثالثة فى حكم التصرف)

الجهة الثالثة فى حكم تصرف المالك سواء كان مالك الثمن أو مالك المثل فى نماء المبيع، فنقول: لا إشكال فى جواز تصرفه فيه على القول بالنقل و ضعيا و تكليفا لأنه تصرف فى ملكه و لا مانع من تصرف المالك فيه و إنما ينتقل العين عنه الى غيره بالإجازة و الفرض أنه قبل الإجازة و يكون بيعه لو باعه المالك من غير و عتقه لو كان النماء عبدا لو امه نافذا و جائزا فلا يرد عنه بعد الإجازة أيضا.

و اما على القول بالكشف الحقيقى فرمما يقال ان تصرفه فى - النماء ليس الا تصرفا جائزا فلان ذلك كونه فى ملكه و لازم كون النماء فى الملك كون الأصل فى ملكه، فيدل تصرفه فى النماء بالدلالة الالتزامية على رد البيع الفضولى فيحكم ببطلانه و قد احتمل المصنف ذلك بناء على كون النسخه (و لو نقل المالك الولد) على خلاف ما قرره شيخنا الأستاذ حيث قال مع احتمال كون النقل بمنزله الرد و اما بناء على كون النسخه لو نقل المالك أم الولد فلا ميل إليه فى كلامه.

و فيه: ان رد العقد الفضولى كإجازته و ان كان يصح بالفعل و القول كليهما الا ان مجرد صدور الفعل لا يدل على الرد ما لم يكن بنفسه إنشاء الرد فان تحققه يحتاج إلى الإنشاء كما ان تحقق الإجازة

يحتاج إلى الإنشاء بحيث يكون الفعل بنفسه مصداقا للرد و هذا لا يمكن الا بالقصد اذن، فيكون الفعل بحسب نفسه أعم من الرد لكون صدوره أعم من ان يكون بقصد الرد أولا- فالأعم لا يدل على الأخص بوجه الاحتمال ان يكون من غير قصد أو بقصد عدواني مع علمه بأنه يجيز كتصرف الغاصب و السارق و نحو ذلك.

و على هذا فلا يكون تصرف من انتقل عنه المال في نمائه قبل الإجازة ردا فلا بد له من إعطاء بدله على تقدير الإلتلاف و مع البقاء و انتقاله الى الغير يكون المقام من صغريات تعاقب الأيدي، فله ان يرجع الى المالك و يرجع المالك الى ما [من] انتقل اليه أو الى ما انتقل اليه ابتداء.

و اما على الكشف الحكمي و الكشف الحقيقي بمعنى الذي ذكرنا الذي في حكم الكشف الحكمي فلا شبهه في كون تصرف المالك في نماء العين تصرفا في ملكه لان الفرض أنه يحكم بملكه العين كما انتقل اليه بعد الإجازة فيكون النماء أيضا ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع و حين تصرفه لم تصدر منه الإجازة ليكون التصرف في ملك الغير و هذا لا شبهه فيه و إنما الكلام في أنه يحكم بعد الإجازة يكون ذلك النماء ملكا لما انتقل اليه العين بالتبع حتى في صورته كون النماء تالفا بحيث يحكم للمالك ان يخرج من عهده أم لا بل يملك ما انتقل اليه العين ثمنا كان أو مثمنا بالإجازة مع النماءات الموجودة حال الإجازة متصله كانت أو منفصله.

و قد حكم شيخنا الأستاذ بالثاني من جهة ان الإجازة إنما توجب انتقال ما يكون موجودا حال العقد من العين و النماء الى

ما انتقل اليه العين، واما إذا كانت العين معدومه فقد تقدم أنه لا مجال للإجازة مع ذلك و ان كان النماء معدوما فلا شىء يكون ملكا لما انتقل اليه و التبعية إنما يتحقق فى صورته وجود النماء لا فى صورته عدمه.

و بعبارة اخرى: ان العين الى زمان الإجازة ملك لمالكها لجميع شئونها فله ان يتصرف فيها كيف يشاء و فى زمان الإجازة لو انتفت العين فلا-موضوع للإجازة أصلا و ان بقيت العين و نماءاتها، فتكون بالإجازة منتقلة إلى الطرف الآخر لكون النماء تابعا للعين و ان بقيت العين و تلف النماء و انعدم، فتكون العين وحدها منتقلة إلى الغير لعدم وجود النماء حال انتقال الأصل إلى الغير ليحكم بضمائه، فما يكون مانعا عن تحقق الملكية بالإجازة فى صورته نقل العين فيكون ذلك مانعا عن ثبوت الملكية بالنماءات أيضا فلا تؤثر الإجازة فى ثبوت الملكية بالنسبة إلى النماءات المستوفاه.

و فيه: أنّ ضعفه ظاهر لان زمان الانتقال و ان كان هو زمان الإجازة و لكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكية من ذلك الزمان تنزيلا على الكشف الحكمى و تحقيقا على ما ذكرنا من الكشف الحقيقى و اذن، فيكون المالك ضامنا بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها الى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدى كما عرفت فى الكشف الحقيقى و هذا واضح جدا.

ثم انّ شيخنا الأستاذ قزّب كون النسخه و لو نقل المالك أمّ الولد و لكن الظاهر أنّها الولد بدون لفظ الأم لأنه يصرح بعد أسطر فى ذيل الضابط للكشف الحكمى أنه يحكم بملكيته المشتري من حين

العقد فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمعا بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع الى البدل.

الجهه الرابعه فى ما يرجع الى تصرفات ما انتقل اليه المال

فضوله،

اما على النقل فلا شبهه فى عدم جواز تصرفه قبل الإجازة وضعا و تكليفا لكونه تصرفا فى مال الغير بدون اذنه فهو حرام عقلا و شرعا نعم لو باع ذلك، ثم أجاز المالك البيع فيدخل تحت الكبرى الكليه من باع شياه ثم ملك و سيأتى الكلام فيه.

و اما على الكشف الحقيقى على أنحاءه الثلاثه فلا شبهه فى جواز تصرفه فيه تكليفا و نفوذه وضعا لو كانت الإجازة متحققه واقعا غايه الأمر مع عدم العلم بتحقيق الإجازة يكون متجريا فقط فى الظاهر و الافى الواقع لا يحرم ذلك بوجه وضعا و تكليفا.

و اما على الكشف الحكمى و الكشف الحقيقى بما ذكرنا فلا بد من التفصيل بين الحكم التكليفى و الحكم الوضعى و الحكم بحرمة التصرفات قبل الإجازة واقعا و ظاهرا لكونه تصرفا فى مال الغير حقيقه فهو حرام لانه لا يجوز التصرف فى مال امرء مسلم الا بطيب نفسه عقلا و شرعا.

و اما الأحكام الوضعيه فهى نافذه بعد الإجازة فإنه بعدها يكشف كونه واقعا فى ملكه فلو باع قبل الإجازة فيكون صحيحا نافذا و لو أعتقه فيكون صحيحا الى غير ذلك من الأحكام الوضعيه على طبق القاعده فإنه بعد تحقق الملكيه بالإجازة من حين العقد، فمقتضى

ص: ١٦٧

القاعده ترتب أحكام الملكيه أيضا بأجمعها كما هو من المرتكزات العرفيه أيضا غير ما تقدم من تحقق الاستيلاء و تحقق الزنا بذات البعل فإنه تقدم أنّ الظاهر من دليلهما أنّ الاستيلاء و الزنا بذات البعل أنّما يتحققان من المملوك و الزوجه الفعلين دون ما يكون مملوكا أو زوجة بعد ذلك الوطى.

و بعبارة اخرى: أنّه يترتب على تصرف ما نقل اليه المال جميع الأحكام الوضعيه إمكانا و إثباتا غير ما يكون دليله على خلاف ذلك كما فى تحقق أمّ الولد و الزنا بذات البعل فإنّ ترتب الأحكام الوضعيه بأجمعها بحسب القاعده كيف فإنّه بعد الحكم بحصول الملكيه من حين العقد فيترتب أحكام الملكيه أيضا عليه.

و اما عدم ترتب الحكم التكليفى فمن جهة أنّ الشىء لا ينقلب عمّا هو عليه فما كان حراما لا يكون حلالا فالتصرف قبل الإجازة كانت محرمة فلا ينقلب إلى الحليّه.

فى بيان ما ذكروا للثمره بين الكشف و النقل

قوله

منها النماء

فإنّه على الكشف.

أقول: وقد تقدم أنّ النماء على الكشف الحقيقى لما انتقل اليه العين لكونه حاصلًا فى ملكه و اما على النقل فللمالك لكونه أيضا حاصلًا فى ملكه و تكراره انما هو توطئه لبيان كلام شهيد الثانى فى الروضه حيث قال: أنّ النماء على القول بالكشف تابع للعين فنماء الثمن للبائع و نماء المبيع للمشتري و اما على النقل فنماء كليهما للمالك المجيز.

و قد وجّه كلامه بعض محشى الروضه حيث قال: يمكن ان يراد من المجيز المالك كل واحد واحد من مالك الثمن و مالك المثلث

ص: ١٦٨

اي نماء الثمن للمشتري لكونه مالكا له و نماء المثلن للبائع لكونه مالكا له.

و وجهه آخر بتوجيه آخر، بدعوى اراده جنس المالك فيكون أعم من مالك الثمن و مالك المثلن و على كلا التوجيهين يرتفع الاضطراب من كلامه.

و لكن كليهما خلاف الظاهر من كلامه فإن ظاهر المقابله كون النماء على النقل للبائع فإنه قال: و على النقل فهما للمجيز، فظاهره كون كلا النماءين لشخص واحد و وجه بعض بتوجيه بارد و هو ان كون نماء العين للمالك فعلى طبق القاعده لكونه حاصلًا فى ملكه و اما كون الثمن له فلائ المشتري بنفسه قد أقدم على ذلك و سلط البائع على ماله الذى مالك العين على ماله فيكون نمائه أيضا له.

و فيه: أنه قد يكون العقد من طرف المشتري أيضا فضوليا فكيف يصح الحكم بأنه قد أقدم على تسليط البائع على ماله؟ و قد يكون غير ملتفت على كون البائع فضوليا و لو كان المشتري بنفسه مباشرة للعقد على ان ما وجه به كلامه ليس بتمام كبرى و صغرى اما الوجه فى بطلان الكبرى فلان الاقدام ليس من جمله المملكات و لم يعهد من الشرع المقدس ذلك المعنى إلا إذا كان بعنوان الهبة فإنها مملكه فى الشرع المقدس و ان كان يجوز الرجوع إليها أيضا.

و كيف كان لا يمكن الالتزام بهذا التوجيه اذن فلا بدّ اما من الالتزام بكونه سهوا من قلمه الشريف لكون العصمه لصاحبها و اما ان يكون نظره ما تقدم من التوجيهين الأولين و انما كان غرضه من إغلاق العبارة تجرّبه الأفهام و الله العالم.

و منها انّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازته الآخر.

أقول: إذا كان أحد طرفي العقد فضوليا و الآخر أصيلا فهل يجوز ان يفسخ الأصيل قبل إجازته الآخر مطلقا أو لا يجوز كك أو يفصل بين القول بالكشف فيحكم بعدم جواز فسخه و بين القول بالنقل فيحكم بجواز فسخه؟.

و قد اختار بعضهم جواز فسخ الأصيل العقد قبل إجازته الآخر.

و قد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز فسخه مطلقا حتى على القول بالنقل و اختار المصنف القول بالتفصيل و حكم بجواز فسخه على القول بالنقل و بعدمه على القول بالكشف.

أما على القول بالكشف فسيأتي الكلام فيه.

و اما على القول بالنقل

فمن جهة أنه لم يحصل النقل بمجرد العقد و إنما يكون ذلك مؤثرا في زمان النقل و قبل زمانه، فيكون العقد بالنسبة إلى الأصيل كنسبته الإيجاب إلى الموجب، فيكون فسخه كفسخ الموجب إيجابه فكما أنه لا محذور في فسخ الإيجاب قبل القبول و هكذا يجوز فسخ الأصيل العقد قبل تحقق الإجازة.

و بعبارته آخر أنما يجب إتمام العقد و لا يجوز حلّه من جهة أو فوّا بالعقود و هو أنما يتوجه بعد الإجازة و قبلها ليس هناك شيء بوجه و لا يشمل دليل وجوب الوفاء فيكون الأصيل مختارا في فسخه و عدمه.

و اما على القول بعدم الجواز مطلقا فقد اختار شيخنا الأستاذ عدم جواز الفسخ كما عرفت و حاصل كلامه ان مقتضى قوله تعالى أو فوّا بالعقود وجوب الوفاء بالعقد الذي عبارته عن المعاقده وجوبا تكليفيا و لا شبهه في تحقق العقد و عدمه بالنسبة إلى الأصيل و أنما الموقوف

على الإجازة ليس الا حصول النقل الحقيقي و اما نفس العقد و المعاقده فقد تحقق قطعا اذن فلا مانع من شمول أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عليه فيكون ذلك كبيع الصرف و السلم حيث ان حصول الملكيه فيهما متوقف على القبض و قبله لم تحصل و مع ذلك لا يجوز لكل من البائع أو المشتري فسخ العقد فإنه بعد التحقق لا يجوز إلا إذا قام الدليل على جواز الفسخ كالهبة و لا يقاس المقام بالإيجاب المجرد قبل مجيء القبول، فإنه لم يتم المعاقده بدون القبول حتى يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و هذا بخلاف المقام كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد تاره يكون ناظرا الى اسم المصدر اى ما يحصل من العقد أعنى الملكيه أو الزوجيه أو نحوها.

و اخرى يتوجه الى المعنى المصدرى أعنى نفس العقد و المعاقده فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل و حيث لم يحصل النقل قبل الإجازة، فلا يشملهُ دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازة الا أنه مما لا يمكن المساعدة عليه لكونه خلاف الظاهر من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

و على الثانى كما هو الظاهر فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملا لهذا العقد تحققه عند المعاقده.

نعم الملكيه موقوفه على الإجازة و ذلك غير مربوط بالمقام.

و بالجملة مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه و إنهائه بعد تحقق العقد و المعاقده و هذا واضح جدا فافهم.

و فيه: أما على الكشف فسيأتى الكلام فيه عن قريب، و أما على النقل فكلامه هذا مبني على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفيا

فإنه حينئذ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ و لكنه غير ممكن إذ كون الأمر بالوفاء تكليفيًا أو حرمه نقضه كك يقتضى ان يكون متعلقه امرًا مقدورًا بحيث يكون مختارًا في فسخه و إمضائه فإن التكليف لا يتعلق بغير المقدور و لا ان المراد من الفسخ لفظ فسخت ليقال أنه أمر ممكن و معنى كونه مختارًا في ذلك ليس الا كون العقد جائزًا فيكون ذلك خلف الفرض مع ان مقتضى كون العقد جائزًا و كون الوجوب تكليفيًا أنه يفسخ بالفسخ غاية الأمر أنه فعل حرامًا مع أنه لا يفسخ قطعًا بل عدمه بل الأمر هنا إرشاد إلى الحكم الوضعي نظير (إرشاد) النهي في قوله (عليه السلام) نهى النبي عن بيع الغرر إرشادًا إلى الفساد و معنى الوفاء به عبارة عن إتمامه و إنهائه كما يقال الدرهم الوافي للدرهم التمام فيكون معنى الوفاء بالعقد أنه لا يفسخ هذا العقد بالفسخ و على هذا لا يتوجه دليل الوفاء بالعقد الا بعد إمكان تحقق الحكم الوضعي بذلك الدليل و هو انما يكون بعد اجازة المالك لأنه المفروض اذن، فما ذكره العلامة الأنصاري من جواز فسخ الأصيل العقد قبل اجازة المالك هو الوجيه.

و بعبارة أخرى: وجوب الوفاء بالعقد من ناحيه الأصيل على القول بالنقل قبل الإجازة متوقف على أخذ العقد بمعنى المصدرى أى مجرّد المعاقده فإذا لم يكن ذلك لما ذكرنا من كونه متوقفًا على أخذ الوجوب تكليفيًا و هو غير جائز فلا بد من صرفه الى الوفاء بالمعنى الاسم المصدرى و هو لا يحصل إلا بالإجازة، فيكون شمول دليل الوفاء على ذلك من زمان الإجازة دون العقد و اما نقضه بالصرف و السلم فهو أيضا ليس من المسلّمات بل وجوب الوفاء بهما أيضا بقوله

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

و بعبارة اخرى: انّ الأمر بالوفاء إرشاد الى عدم انفساخ العقد بالفسخ و انّ الالتزام بذلك باق على حاله و لا يرتفع إلا- بالإقاله و معنى الوفاء به إنهائه إلى الآخر و إتمامه و حيث انّ الالتزام و المعاقده على أساس القول بالنقل لم يتم لتوقف حصوله على تحقق التزام المالك فانّ متعلقه انما هو الملكيه و حصول الملكيه موقوف على تحقق الالتزامين من المالكين فلا يشمل عليه دليل الوفاء بالعقد فيكون نظير الإيجاب قبل تماميه القبول نعم في مثل النذر لا بأس من الالتزام بالوجوب التكليفي لا من جهة تعدد معنى الوفاء بل لخصوصيه المورد فانّ متعلق الوفاء في باب النذر نفس الالتزام و هذا بخلافه في باب العقود فانّ متعلقه الملتزم به و هو لا يحصل الا بالعقد الذى قوامه بالمعاقده و ارتباط احد الالتزامين بالآخر من الالتزام لا بالتزام شخص واحد كما هو واضح اذن لا غرو من الالتزام بالوجوب التكليفي فى النذر و نحوه و بالوجوب الإرشادى فى باب العقود.

و بالجملة انّ الوفاء بالعقد منحل الى الافراد العديده حسب تعدد افراد العقود فى جميعها معناه إتمام العقد و إنهائه و لكن حيث ان متعلقه فى النذر هو الالتزام بالعمل فليس معناه الا وجوب إتمامه تكليفا لا وضعا و لذلك نقول هنا بالوجوب التكليفي.

و ثانيا على فرض كون الوجوب وجوبا تكليفيا فلا شبهه فى أنه انما يتم بعد تحقق العقد و هو على أساس القول بالنقل لا يتم الا

بعد الإجازة فموضوع وجوب الوفاء بالعقد إنما يحصل بالإجازة و قبله ليس عقد ليكون موضوعا للوجوب و ليس ذلك قبل الهبة لتحصل بطرف واحد اذن مع فرض القول بان الوجوب تكليفي فلا يتوجه الا بعد الإجازة لتحقق موضوعه في ذلك الوقت.

و بعبارة أخرى: مع الغمض عن بطلان أخذ الوجوب إرشاديا و الجواب على وفقه أنّ موضوع الوجوب التكليفي لم يتم بعد، فهل يتحقق الحكم بدون الموضوع؟ فتحصل أنّه على القول بالنقل يجوز للأصيل أن يفسخ العقد قبل الإجازة،

و اما على القول بالكشف،

فهنا جهات للكلام:

الاولى في جواز فسخ الأصيل منهما و عدمه أى تأثيره و عدم

تأثير على الكشف.

و الذى ينبغى ان يقال: أنّه لا يؤثر الفسخ فى انحلال العقد فإنّ أساس القول بالكشف هو ان العقد بحسب نفسه تمام السبب و الموضوع لوجوب الوفاء بالعقد كما عرفت عن الشهيد و المحقق الثانيين و بعد تحققة لا معنى لفسخ الأصيل ذلك فإنّ أدله وجوب الوفاء بالعقد و كونه لازما لا يفسخ بأجمعها، شامله للمقام فإنّ عمدتها على ما تقدم فى المعاطاة قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا- أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ، فلا شبهه أنّ الفسخ بعد تحقق الالتزام ليس تجاره عن تراض بل يكون أكل المال بالباطل و اما مع العلم بعدم الإجازة، فأیضا لا يحتاج الى الفسخ بتحقيقه بدونه فهو اما لا يؤثر و اما لا نحتاج اليه.

و بالجمله على ملاك الكشف من تحقق تمام الموضوع للوفاء

بالعقد لا يؤثر فيه الفسخ بوجه و يدل عليه أدله اللزوم.

الجهه الثانيه: في أنه على القول بعدم تأثير الفسخ فيه

وضعا فهل يجوز للأصيل التصرفات في ماله قبل اجازة طرف الآخر

أم لا؟

فهذه الجهه فيها جهتان. الاولى في جوازها و عدمها ظاهرا،و الثانيه في جوازها و عدمها واقعا،فقد ادعى العلامة الأنصارى عدم جوازها ظاهرا و واقعا على تقدير عدم الإجازة بدعوى أنّ المال بواسطه المعاقده خرجت عن موضوع جواز تصرف المالك في ملكه و دخل تحت أدله حرمة التصرف فيه فلا يجوز له التصرف في ذلك فان كان يجيز الآخر فيكون حراما ظاهرا و واقعا و الا فيكون حراما في الظاهر فقط،و لا- يجرى هنا أصاله عدم الإجازة لأنه أتما يجرى في فرض عدم المنع عن جريانه و الفرض أنّ دليل وجوب الوفاء قد جرى و أوجب ثبوت العقد و عدم جواز تصرف الأصيل في ماله و معه كيف تجرى أصاله عدم الإجازة.

و فيه: أنّ موضوع وجوب الوفاء انما هو الالتزام بالملكيه لا- حصول نفس الملكييه و موضوع عدم جواز التصرف في المال تكليفا نفس الملكييه و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف في مال الغير اذن فلا معنى لقياس عدم جواز فسخ الأصيل العقد بحرمة تصرفه في العين فانّ موضوع كل منها غير موضوع الآخر و العجب منه قده حيث بالغ و حكم بعدم الجواز حتى مع العلم بعدم اجازة الآخر و ردّه بل لا بدّ و ان يرد العقد ثم يجوز للأصيل التصرف في ماله نعم لو تحقق الإمضاء،فينكشف منه أنّ التصرف كان حراما في الواقع و هذا من عجائب الكلام،فإنه مع عدم الإجازة فبأى دليل نحكم بحرمة تصرفه

ص: ١٧٥

فى ماله مع كون الناس مسـلـطون عليه، و بعبارة اخرى ان قلنا انه خرج من ملكه فنسئله من سببه و ان قلنا انه لم يخرج و مع ذلك لا يجوز له ان يتصرف فيه فهذا ليس إلا مناقضه فى مفهوم الناس مسـلـطون على أموالهم فافهم.

و بالجمله ان الثمره ثمره صحيحه فإنه على النقل بجوز للأصيل أن يتصرف فى ماله و على القول بالكشف لا يجوز فسـخـه و يجوز تصـرفه ظاهرا ثم ان تحققت الإجازة بعد ذلك، فيكشف أنه كان حراما واقعا و على تقدير عدم الإجازة ينكشف أنه لم يكن حراما فى الظاهر و الواقع معا و اما على تقدير العلم بتحقق الإجازة فلا يجوز، و العجب من المصنف حيث حكم بعدم الجواز حتى فى صورته العلم بعدم الإجازة مع أنه على هذا لم يكن منه بوجه لتصرفه فى ماله قطعا و عدم احتمال تصرفه فى مال الغير.

و الحاصل ان الكلام فى جواز تصرف الأصيل فى ماله قبل اجازة الآخر و قلنا انه لا شبهه فى جوازه مع الجهل بتحقق الإجازة مطلقا حتى على القول بالكشف الحقيقى و لو بمعنى أخذ الإجازة معـرفه لحصول النقل من زمن العقد فإنه مع ذلك أيضا يشك فى انه ممـا يتم به النقل أو يكون معـرفا لذلك يتحقق أولا يتحقق فيتمسك بأصـاله عدم تحقق الإجازة فيحكم بجواز التصرفات مطلقا فإن مقتضى جريان ذلك الأصل جواز التصرف فيه تعبدا من دون ان يلزم التصرف فى مال الغير كما أنه فى صورته العلم بعدم الإجازة يجوز التصرف وجدانا للعلم، و ما عن المصنف من منع جواز التصرف حتى فى صورته العلم بعدم الإجازة، فعجيب منه مع أنه ليس هنا مانع بوجه حتى احتمال كونه تصرفا فى مال الغير فلا ندرى ما المانع من كونه أى الأصيل

مسلطا على ماله؟فانّ قوله بعث مع العلم بعدم الإجازة ليس الا كاللاغى و الساهى.

نعم على الكشف الحقيقى المعروف لو تصرف فيه معتمدا على أصاله عدم الإجازة أى القطع التعبدى أو على العلم بعدم الإجازة و القطع الوجدانى فأجاز الطرف الآخر فيكون تصرّف الأصيل فى المبيع فضوليا،فيتوقف على اجازة الطرف الذى كان العقد فضوليا من قبله فيبطل من قبل الأصيل و لا يكون العقد عقده و أنّما يكون راجعا الى المجيز فان شاء أجاز و ان شاء لم يجز.

ثم ذكرنا أيضا أنّه لا وجه فى عدم جواز تصرّفه أى الأصيل بآيه وجوب الوفاء بالعقد-كما تمسك به شيخنا الأستاذ-على تقدير كونه وجوبا تكليفيا،فإنه يرد عليه أوّلا أنّ الأمر بوجود الوفاء بالعقد إرشاد إلى تمام الالتزام و إنّهائه كما هو معنى الوفاء بالشىء لغه فليس ذلك وجوبا تكليفيا كما هو الظاهر.

و ثانيا ان معنى الوفاء بالعقد ليس الا- ترتيب آثار الملكيه و الزوجيه و غيرهما عليه و ليس معناه مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوبا تكليفيا،فهو لا- يحصل قبل الإجازة فإن معنى ترتيب الآثار هو حرمة التصرف فى ذلك المال للأصيل فلا شبهه أنّ أدله حرمة التصرف انما تعلقت بالملك دون الالتزام بالملكيه كما هو واضح.

و ثالثا مع الإغماض عن جميع ذلك و الالتزام بالحرمة التكليفية، فإنّما يجب الوفاء بالعقد بعد تحققه لا قبله.

و بعبارة اخرى:انّ الاحكام التكليفية أنّما تكون فعليه بفعليه موضوعها فما لم تصر موضوعها فعليه فلا معنى لفعليه الحكم اذن فموضوع

وجوب الوفاء أنما هو العقد ففعلية ذلك الحكم يحتاج إلى تمامية العقد فحيث أن العقد عبارته عن ارتباط التزام بالتزام و انضمامهما معا و المعاقده بينهما فهو لم يحصل بعد قبل اجازته المالك حتى على القول بالكشف بجميع اقسامه و ليس ذلك مثل الهبه يتحقق التمليك بالتزام طرف واحد فإن حقيقتها عبارته عن التمليك المجاني و ذلك يحصل بتمليك طرف واحد و التزامه بخلاف البيع فإن الالتزام بالتمليك فيه مربوط بالتزام الطرف الآخر بذلك بحيث يرتبط احد- الالتزامين بالالتزام الآخر و ينضم أحدها بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء كما لا يخفى فإن الأصيل لا يعلم ظاهرا ان الآخر يجيز أو لا يجيز و ان حصل عقد واقعا اذن فلا معنى لوجوب الوفاء به قبل تحقق الإجازة بل يجوز التصرف لكل من البائع و المشتري في بيع الصرف و المشتري في الثمن في بيع السلم قبل القبض فيهما فإنه ما لم يحصل القبض لم يحصل الملكيه و وجوب الوفاء بالعقد أنما هو باعتبار الملتزم به أعنى الملكيه نعم في صورته العلم بأن المالك يجيز العقد لا يجوز للأصيل التصرف في ماله بخروجه عن ملكه على القول بالكشف و لكن لانزم ذلك هو جواز تصرفه في الثمن مثلا فان خروج ماله عن ملكه مع دخول مقابله في ملكه متلازمان فإن قوام البيع عبارته عن المبادله بين المالين في طرف الإضافه و حقيقه الإضافه ليس الا خروج احد العوضين عن ملكه و دخول العوض الآخر مكانه و كذلك لا يجوز للأصيل مع جواز التصرف في ماله ان يتصرف في مقابله لعين تلك الملازمه و ما في المتن من ان العمل بمقتضى العقد كما توجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك توجب جواز تصرفه فيما انتقل اليه و الوجه

فى ذلك هو ثبوت الملازمه بينهما وجودا و عدما نعم فى مثل النذر و نحوه حيث ان موضوع وجوب الوفاء نفس الالتزام فيجب الوفاء به لتمام موضوعه بنفس الالتزام بخلاف البيع مثلا فانّ الوفاء لا بد و ان يكون بالملتزم به اعنى الملكيه دون الالتزام.

ثم انه لا- يفزق فيما ذكرنا بين أقسام العقود الفضوليه نكاحا كان أو غيره فإنه فى باب النكاح أيضا يجوز للأصيل ترتيب آثار عدم الزوجيه قبل إجازة المرأة التى كان العقد من قبلها فضوليه من تزويج أمها أو أختها أو تزويج الخامسة لو كانت عنده زوجات ثلثه غير الزوجه- الفضوليه الى غير ذلك من آثار عدم الزوجيه معتمدا بأصالة عدم الإجازة فإنها محكمه ما لم يكن دليل على خلافها.

نعم تقدم أنه زوج الصغير فضوله فمات فيعزل نصيب الزوجه فبعد البلوغ عرض إليها العقد فإن أجاز مع الحلف على عدم طمعها بالمال فيعطى بها الإرث و الا فلا.

فيعلم من ذلك عدم الاعتناء بأصالة عدم الإجازة فى باب النكاح بالملازمه.

و فيه أنّ مقتضى جريان أصالة عدم اجازة من كان عقد الزوجيه من قبله فضوليه الزوجيه هو عدم ترتيب آثار الزوجيه قبل الإجازة فيترتب عليه عدم التوارث فإنه مع جريان أصل السببى لا يبقى موضوع للمسبب و بعبارة اخرى انّ قضيه الإرث هنا و إن كان راجعا الى المال و الى ورثه الوارث و ليس مربوطا بالمعامله الفضوليه و لكن حيث كان ملزوم ذلك اعنى العقد فضوليا فيجرى فيه أصالة عدم الإجازة الذى هو أصل سببى بالنسبة إلى التوارث و عدمه فيترتب عليه نفى المسببات

من التوارث و غيره و بذلك الملازمه فيكون التوارث هنا الذي راجع الى المال دون العقد الفضولي مربوطا بالمعامله الفضوليه.

و لكن حيث و رد النص الخاص في عزل نصيب الزوجه هنا- فبالملازمه القطعيه يبقى جريان أصاله عدم الإجازة و ترتيب الآثار عليها فإنّ نفي اللازم يستلزم نفي الملزوم الا أنّ ورود النص في مورد خاص مبنيًا على الاحتياط في الأموال كما تقدم لا يوجب التعدي الى غير مورده و الحكم بعدم جريان أصاله عدم الإجازة في باب النكاح مطلقا فضلا عن غير باب النكاح كما لا يخفى.

و قلنا سابقا أنّه ورد نظير ذلك في المرأة الحبلية حال و فات زوجها فإنّه يعزل نصيب ذكرين مع أنّ أصاله عدم التولد أو عدم كون الولد أكثر من واحد أو عدم كونه ذكورا بناء على جريان الأصل في الاعداد الأزليه كما هو الحق جاريه فإنّ المتيقن في الصورة الأخيرة هو كون الأقل نصيبا للولد الذي لم يولد بعد فالزيادة التي تخرج على احتمال كونه ذكرا ينفي بالأصل و بالجملة تتحصل أنّه يجوز- للأصيل أن يتصرف في ماله قبل إجازة الآخر العقد مطلقا على القول بالكشف لجميع اقسامه و على القول بالنقل و على القول بالكشف الحكمي فإنّ أصاله عدم الإجازة محكمه و ما ذهب اليه المصنف من أصاله عدم الإجازة و التمسك بأوفوا بالعقود في إثبات لزوم العقد و تبعه بعض الآخر و كك ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من الحكم بلزوم العقد من الأصيل لا وجه له.

في عدم جواز إعدام المنذور

قوله كالنذر المعلق على شرط.

أقول: تفصيل الكلام هنا أنّه سواء كان النذر متعلقا بالفعل

أو بالنتيجة و سواء كان متعلقه امرا اختياريا أو غير اختياري على انما

تاره يقع الكلام فى الحكم التكليفى

و اخرى فى الحكم الوضعى اما.

الأول:فتاره يكون متعلق النذر مطلقا من غير ان يعلقه بشىء بأن كان قصده حين النذر لتنتج التكليف بالوفاء عليه لأنه على وجه الإطلاق كما إذا نذر ان يعطى درهما للفقير مطلقا و على هذا فلا إشكال فى عدم جواز إعدام المنذور و اخرى يكون معلقا و عليه تاره يكون ذلك مثل الواجب المعلق بان يكون النذر فعليًا و متعلقه امرا استقباليًا كما يكون الوجوب فعليًا و الواجب استقباليًا فى الواجب المعلق و هذا مثل الأول لفعليه الوجوب.

و اخرى يكون مثل الواجب المشروط بان يكون قصد الناذر تحقق النذر حين تحقق متعلقه و هو على قسمين لأنه تاره يعلم الناذر حصول متعلق نذره فيما بعد و اخرى لا يعلم فعلى الأول- أيضا لا يجوز التصرف فى المنذور بحيث يوجب إعدامه لما حققناه فى محلّه انّ تماميه ملاك التكليف فى محلّه و العلم بتنجزه فى ظرفه موجب لحفظ القدره لإتيانه و حفظ مقدماته و تهيئه وسائل إتيانه لو علم أو احتمال عجزه عنها فى ظرف الإتيان و يحرم إعدام المقدمات المفوته لذلك الملاك و لو فى ظرفه و من هنا نقول بحفظ الماء لحفظ نفسه فى ظرف عدم التمكن منه فى ذلك الظرف أو لحفظه للوضوء لذلك بحيث يعلم أنّه لو لم يحفظه يموت بعد ساعه عطشا أو لا يجد الماء للوضوء و تسمى مثل هذه المقدمات بالمقدمات المفوته.

و بالجملة و ان كان النذر معلقا مثل الواجب المشروط الا ان العلم بانعقاده و حصول متعلقه يوجب حفظ المنذور لقبح تفويت

ملاك التكليف فى نظر العقلاء و الشارع و لو كان التكليف استقباليا كما انّ الأمر كك فى الواجب المشروط أيضا.

و ان لم يعلم الناذر حصول متعلق نذره فان كان من قصده تعلق النذر بالإبقاء كتعلقه بأصله بحيث يكون هنا نذران بحسب الانحلال فلا شبهه أيضا فى وجوب حفظ المنذور كما إذا نذر بصدقه شاه على تقدير براء مرض ابنه و مع ذلك تعلق نذره بإبقاء ذلك الشاه أيضا.

و ان لم يكن نذره متعلقا على صدقه الشاه مطلقه و لا على صدقتها على نحو الواجب المعلق و لا على نحو الواجب المشروط- بحيث يعلم بحصول متعلقه و لا- ان يكون متعلقا بإبقائه أيضا فلا- يجب الإبقاء بل يجوز إعدام موضوع النذر بحيث لا يبقى موضوعه أصلا فضلا عن ان يجب الوفاء به بعد تحقق متعلقه.

ثم أنه لا يفرق فى جميع ذلك التصور بين ان يتعلق النذر بالفعل أو بالنتيجة و سواء كان اختياريا أو كان غير اختيارى.

و اما الحكم الوضعى أعنى صحه التصرفات فى المنذور.

فقول:

اما فيما يجوز التصرف و إعدام موضوع النذر كما فى الصورة الأخيره فلا شبهه فى صحه التصرف و نفوذه فلو باع فيحكم بصحته و اما فيما يحرم التصرف فى المنذور كأكل الشاه المنذوره مثلا فأیضا يصح التصرف فى المنذور وضعاً و ينفذ ذلك لأنه لا ملازمه بين حرمة التصرف تكليفاً و بين صحته وضعاً.

و ما يمكن ان يكون وجهها فى عدم صحه ذلك أمران.

ص: ١٨٢

الأول أنه يشترط في المبيع ان يكون طلقا فلا يصح بيع غير الطلق و ما تعلق به النذر ليس بطلق لتعلق حق الغير به.

و فيه: أنه ممنوع كبرى و صغرى، اما الصغرى فواضح لانه لا يكون المال بمجرد تعلق النذر به مما يتعلق به حق الغير و من هنا لو اجتمع المنذور إليهم و أسقطوا حقوقهم عن ذلك المال فلا يؤثر ذلك في المنذور شيئا و لا يصيره عن حاله الأوليه التي لم يتعلق به الا الحكم التكليفي و لا يرتفع به الحكم الشرعى التكليفي أعنى عدم جواز التصرف فيه مع أنّ الحق امتيازه عن الحكم ليس إلا بالإسقاط كما مرّ في أول البيع و الا فكلّ حكم يصح إطلاق الحق عليه فيعلم من ذلك أنه لم يتعلق بالمنذور الا الحكم التكليفي أعنى حرمة التصرف فيه و اما الحكم الوضعى فلا- فلم يتم الصغرى و اما الوجه في منع الكبرى فلائنه لا- دليل على اشتراط كون المبيع طلقا بهذا العنوان بل هو أمر منتزع من الموارد الخاصه ففي كل مورد لا ينفذ فيه التصرف فلا يجوز بيعه و لا يصح و في كل مورد يصح فيحكم بصحة البيع و الا فلم يدل دليل خاص يكون المبيع طلقا.

الأمر الثاني ما اعتمد به شيخنا الأستاذ من أنّ المنع الشرعى كالمنع العقلى فحيث أنّ التصرف في المنذور محرم شرعا فيكون ممنوعا من التصرف فيه كما كان غير مقدور تكويننا فحيث أنّ المنذور لا يجوز التصرف فيه تكليفا فيكون ممنوعا من ذلك وضعا أيضا و بهذا استند في أنّ النواهي تدل على الفساد في المعاملات و بنى على ذلك دلاله النهى على الفساد في باب المعاملات.

و فيه: ان كان المراد من أنّ المنع الشرعى كالمنع العقلى

المشهور بين الناس من حيث التكليف فهو مسلّم و ان كان المراد من ذلك من حيث الوضع فهو أول الكلام إذ لم يدل دليل على ان ما تعلق به النهى و حكم بحرمة التصرف فيه فهو مما لا ينفذ التصرف فيه فيحكم بطلانه كما هو واضح.

اذن فلا وجه لما زعمه شيخنا الأستاذ من الحكم بعدم نفوذ التصرف فى المنذور مستندا على هذا الوجه الغير الوجيه فإنه لا ملازمه بين حرمة التصرف تكليفا و بين حرمة وضعها و ما اعتمد عليه فى دلالة النهى على الفساد فى باب المعاملات قبلا وجه.

قوله

ثم ان بعض المتأخرين ذكر ثمرات آخر.

أقول: ذكر شيخ الكبير ثمرات آخر على القول بالكشف أو النقل فنذكرها تبعا لشيخنا الأنصارى.

الأول: أنه لو مات أحد طرفى العقد من البائع أو المشتري

سواء كان العقد من قبل كليهما فضوليا أو من قبل أحدهما فنفرض الكلام فيما لو كان فضوليا من جانب و احد فمات الأصيل قبل الإجازة الآخر فحاصل ما قاله (ره) أنه لو مات الأصيل قبل الإجازة فيبطل العقد بناء على النقل فإنه حين تحقق الملكيه غير موجود و الفرض ان العقد لم ينعقد قبل الإجازة فيبطل.

و بعبارة اخرى: انّ المالك الأصيل حين ما كان موجودا لم ينعقد العقد الموجب للملكيه و حين انعقاد العقد و تماميه الملكيه لم يكن موجودا فكيف يحكم بصحة مثل ذلك العقد و هذا بخلافه على القول بالكشف فإنه يحكم بصحته فإنّ الملكيه قد تحققت على الفرض فلم يبقى فى البين إلا إجازة المجيز فهى قد حصلت فيحكم بصحته.

ص: ١٨٤

وقد أورد عليه صاحب الجواهر بدعوى ظهور الأدله فى اعتبار استمرار القابليه إلى حين الإجازة على الكشف مع قطع النظر عن الإجازة فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الإجازة و مراده أنّ صحه العقد الفضولى متوقفه على بقاء مالكي العقد و من يستند العقد اليه و يكون العقد عقده باقيا على قابليه ذلك المعنى و بالموت يخرجان عن ذلك القابليه و لا يمكن استناد العقد اليه و هذا واضح جدًا.

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بالنقض و الحلّ اما النقص بالعقود المتعدده الواقعه على مال واحد بنحو تعاقب الأيدى فضولا حيث أنّ تلك العقود قد وقعت فضوله و قبل تحقق الإجازة انتقل الملك الى الآخر و لم يبق المالك مستمرا على مالكيته و على تلك القابليه الأوليه إلى زمان الإجازة فيكشف من ذلك أنّ بقاء المالك على قابليه المالكيه إلى زمان الإجازة غير لازمه.

و فيه: أنّ هذا عجيب من المصنف حيث أنّه فرّق بين ما نحن فيه و بينما ذكره المصنف نقضا لأنّ فى فرض تعاقب الأيدى المالكيه مستمره مع قطع النظر عن الإجازة و انما الإجازة أوجبت انقطاع مالكي الثمن عن الثمن و مالكي الثمن عن المثلن كما أنّ الرد يوجب انهدام العقد و بقاء كل منهما فى ملك صاحبه و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنه مع قطع النظر عن الإجازة و الرد ينقطع الملك بالموت كما أفاده الأستاذ اذن فلا- ينبغى لمثل الشيخ ان يورد له بمثل ذلك و ثانياً بالحل و حاصله أنّ بعض الاخبار المتقدمه من أدله صحه المعامله الفضوليه ظاهره فى صحتها حتى مع موت أحدهما الأصيل أو من

كان العقد من قبله فضوليا كالأخبار الداله على الاتجار بمال اليتيم و اخبار المضاربه حيث انها أعم من ان يكون المالك حيا أو ميتا مع جريان العاده بموته فى مدّه مديده يتجر العامل بالمال و لم يستفصل الامام(عليه السلام)فى ذلك فىكون إطلاق تلك الاخبار شاهدا على المطلب.

و بعضها صريحه فى ذلك كالروايه التى تضمن ان شخصا اوصى بالعبد المأذون فى التجاره ان يشتري عبدا فيعتقه و يحج عنه ثم ترفع كل من مولى المأذون و العبد المعتق و الورثه فى كونه من مالهم فإنها صريحه فى المطلوب حيث أنّ المالك قد مات الى زمان اجازة مالك العبد المأذون ذلك العقد فىكون صريحه فى المورد.

و فيه:قد تقدم ان شيئا من تلك الاخبار لا تدلّ على صحه البيع الفضولى بل هى خارجه عن المقصد بل الشيخ أيضا لم يستدل بها على ذلك و أنّما ذكرها تأييدا لمرامه فلا يمكن الاستناد إليهما فى هذا المقام أيضا.

و الذى ينبغى ان يقال أنّه لو كان النظر إلى الأدله الخاصه للمعامله الفضوليه كروايه عروه البارقي و صحيحه محمد بن قيس فلا شبهه لظهورها فى كون المالك المجيز أو الطرف الآخر حيا فلا أقل من أخذ المتيقن منها فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به انما سرى فلا- يكون الأدله الخاصه للفضوليه دليلا للمقام اذن فالحق مع صاحب الجواهر فان مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفايه منها بحال حياه الطرفين من المالكين الفضوليين أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيلا.

و ان كان النظر إلى الأدله العامه أعنى العمومات و الإطلاقات

الداله على صحه المعامله كقوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و غيرهما فلا شبهه فى صحه المعامله مع موت الأصيل أو المجيز مطلقا على القول بالكشف و على القول بالنقل و ذلك اما على القول بالكشف فواضح لانّ العقد قد تمّ من جميع الجهات الا من ناحيه اجازة من كان العقد من قبله فضوليا فإذا حصلت الإجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات و عدم نقصانه من جهه.

و السر فى ذلك أنه قد تقدم مرارا أنّ قوام المعامله بالمبادله بين المالين و لا خصوصيه للمالك بوجه بحيث يكون هذا الشخص أو ذلك الشخص بحيث أنّ المبادله و الملكيه قد حصلت بالعقد فلم يبق فى البين إلا الإجازة من المجيز فيها يتمّ جميع جهات المعامله غايه الأمر أنه إلى زمان موت الأصيل كان المالك للثمن أو المثلث هو و بعد موته يكون المالك وارثه و يقومون مقامه لكن فضوله و تبديل المالك لا يضرّ بصحة المعامله بوجه و كك انقلابه الفضوليه لا يضر بالمطلب و لزوم كون البائع حال البيع مالكا بالمبيع غير لازم و ان تقدم الالتزام به من التسترى الا أنه بلا مدرك لإمكانه فى المالك المتجدد بالإرث و نحوه و اما على النقل فالعقد قد وقع من المتعاقدين و يبقى الى زمان الإجازة معلقا فى الهواء حتى يجيزه المجيز فإذا أجاز يستند اليه العقد و موت الأصيل أو غيره من أحد طرفى العقد لا- يضرّ بالعقد- الواقع فإنّ الشىء لا ينقلب عما هو عليه اذن فتشمله العمومات و المطلقات و بعبارة اخرى: أنّ العقد بعد وقوعه فضولا- مستجمعا لشرائط الصحة غير جهه الإجازة ليستند الى المجيز و تشمله العمومات فلا

يخرج عن الجبهه التي وقع عليها كما هو بديهي الوضوح.

نعم لو كان الميت هو الأصيل لصار العقد من قبل وراثته أيضا فضوليا فتتوقف صحته على إجازتهم أيضا كتوقفها على اجازته المجيز الآخر.

و بالجمله لا نعرف وجهها صحيحا لدفع العمومات أو المطلقات عن شمولها لهذه المعامله.

غايه الأمر أنه على الكشف ينتقل المال بموت الأصيل إلى الورثه من حين الموت فيكون العقد فضوليا من قبله أيضا و على القول بالنقل فالعقد يكون مراعى فيكون طرف العقد هو الوارث فضوله و بإجازته ينتقل المال عنه و ينسب العقد اليه فلا يكون هذه الثمره ثمره البحث فإنه على القول بالنقل و الكشف مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه العقد و ان لم تكن الأدله الخاصه للفضولى جاريه هنا لعدم إطلاقها أو عمومها.

الثمره الثانيه ان يعرض الكفر على أحدهما أو كلاهما

سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما فضوليا و الآخر أصيل حيث ذكر الشيخ الكبير ظهور الثمره هنا بين القول بالكشف أو النقل.

و تحقيق ذلك ان الكلام هنا تاره يقع فيما يكون المبيع عينا شخصيا و اخرى يكون كليا في الذمه فعلى الأول فالكلام فيه بعينه هو الكلام في الفرع الأول فإنه على القول بالكشف ينتقل الثمن أو المثلن الى الوارث بمجرد ارتداد أحدهما ينتقل العين الشخصيه إلى الوارث فيكون ذلك الوارث طرفا للعقد فضوله فيتوقف صحه العقد على إجازته أيضا و على القول بالنقل فينتقل المال أيضا الى

الوارث مع كون العقد مراعى الى زمان الإجازة فإن أجاز يقع و الا فلا على النحو الذى تقدم. و على الثانى فلا بدّ و ان يفرض الكلام فى كون المبيع مسلماً أو مصحفاً فإنّه على فرض كونه غير المسلم و المصحف لا- يظهر ثمره بين القولين إذ المرتد الفطرى يملك على الأقوى و ان كان ينتقل أمواله الموجوده بالارتداد إلى الورثه و تبين عنه الزوجه و لا يسقط عنه القتل و لكن كل ذلك لا يوجب عدم قابليته للتملك بالنسبه إلى الأموال التى حصلها بعد الارتداد بالحيازه أو بالكسب بعمله أو بالمعامله على الذمه أو ببذل شخص آخر و غير ذلك فإنّه لا دليل لنا يدل على سقوط المرتد الفطرى عن قابليه التملك بالكلية بواسطه ارتداده و أنّما- الدليل دل على ثبوت الأمور المذكوره.

و توهم أنّ تملكه غير معقول فإنّه أمواله الموجوده تنتقل إلى الورثه و بالنسبه إلى الأموال التى تحصل بعد ذلك ينعدم الموضوع بالقتل.

و لكنه فاسد فإنّه نفرض الكلام فيما لم يكن مقتولاً اما لفراره عن الحاكم أو لعدم بسط يد الحاكم عليه أو غير ذلك كما هو واضح.

إذا عرفت ذلك فنقول إذا كان المبيع فى البيع الفضولى مسلماً أو مصحفاً ثم ارتد أحدهما أى الأصيل أو الفضولى فنظهر الثمره حينئذ بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فإنّه على الأول فيحكم بكون الكافر مالكا لهما فإنّ الفرض أنّ الملكيه قد حصلت من زمان العقد فحين الارتداد كان مالكا لهما.

و اما على الثانى فلا لانه كان مراعى الى زمان الإجازة و-

بالإجازة كانت الملكيه حاصله و الفرض انّ المشتري الأصيل مثلا- ارتد و سقط عن قابليته تملك المسلم أو القرآن فيحكم ببطلان المعامله كما هو واضح.

و توضيح الكلام بعباره اخرى ان يقال أنّه لا فرق بين موت احد المالكين أو كلاهما و بين ارتداده الا من بعض الجهات فانّ الارتداد الفطرى أيضا موت شرعى و بيان ذلك أنّه لو كان المبيع أو الثمن مالا شخصا فكما أنّه بموت الأصيل ينتقل إلى الورثه فتكون الورثه طرفا للمعامله و هكذا فى فرض الارتداد و لا- يفرق فى ذلك بين القول بالكشف أو الرد كما تقدم غايه الأمر يكون العقد بالنسبه إلى الورثه أيضا فضوليه و اما لو كان دينا فى الذمه فعلى القول بالكشف فأیضا يحكم بالصحه بالإجازة و يلزم الورثه بإعطاء الثمن أو المثمن إذ التوريث بعد إخراج الوصيه و الديون و من بعد وصيه يوصى بها أو دين و على هذا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد الفطرى و اما على القول بالنقل فلا يمكن الحكم بالصحه أيضا مطلقا فانّ العقد كان مراعى الى زمان الإجازة و زمان الإجازة هو زمان النقل و الانتقال و الفرض ان المرتد و الميت فى ذلك الزمان غير قابلين للتملك للارتداد و الموت فى الميت مطلقا و فى المرتد إذا كان المبيع مسلما أو مصحفا بناء على شمول نفي السبيل فى الآيه بتملك الكافر المسلم أو مطلقا إذا قلنا بعدم مالكيه المرتد و كونه قابلا- لذلك و هنا أيضا لا يفرق بين الموت و الارتداد فانّ عدم قابليه التملك مشترك بينهما و اما إذا قلنا بالكشف و كان الثمن العمل لجواز جعله ثمنا فى البيع كما تقدم فيظهر الثمره حينئذ بين المرتد و الموت حيث أنّه فى صورته الموت قد حكمنا بانتقال

الثلث إلى الورثه فى العين الشخصى و بلزوم أدائهم فى الدين و اما فى صورته كونه عملا- يبطل العقد فى صورته الموت لعدم إمكان دفعه منه الا على احتمال انتقاله إلى قيمه و اما هنا فلا يبطل فإنّ المرتد غير قابل للتملك لا أنّه غير قابل بإعطاء ما ملكه للآخر من العمل مع إمكانه كما لا يخفى.

الثمره الثالثه ما انسلخت قابليه المنقول بتلف و نحوه

كما إذا كان المبيع خلا ثم صار خمرا.

و هذا يتصور على نحوين الأول ان يكون ذلك قبل القبض بان باع الفضولى دار زيد فضوله و قبل إقباضها الدار قد خرجت و انهدمت و خرجت عن استمرار القابليه للتملك فيحكم حينئذ بطلان العقد على القول بالكشف و النقل فإنّ تلف احد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد و هذا معنى انّ التلف قبل القبض من مال مالكة كما سيأتى أى يفسخ العقد بذلك لا انّ المالك يجبر بدفع الغرامه كما لا يخفى اذن فلا معنى للتكلم فى الثمره فإنّه مع البطلان لا تصل التوبه الى ذلك بل الأمر كك حتى على تقدير كون طرفى العقد- اصليين فإنّ البطلان مستند إلى جهه تلف احد العوضين قبل القبض و البطلان من هذه الجهه غير مربوط بجهه أخرى.

الثانى ان يكون التلف بعد القبض كما إذا كان المبيع قبل البيع تحت يد المشتري بالإيجار و نحوه و تلف بعد البيع أو كان أمواله تحت يد الوكيل فى غير جهه البيع فباعها شخص آخر من الوكيل فضوله ثم تلف المبيع قبل الإجازة فإنّه حينئذ لا شبهه فى ظهور الثمره بين القولين فإنّه على القول بالكشف يكون التلف من الذى

انتقل اليه المال فبالإجازة يكشف تلفه منه.

و اما على القول بالنقل فيحكم بالبطلان فإنه زمان العقد لم يحصل النقل على الفرض و في زمان الإجازة قد انعدم المال فلا يكون المعدوم قابلا للانتقال الى المنقول إليه بالإجازة كما لا يصح ذلك ابتداء.

و من هنا ظهر أنّ ما أشكل به شيخنا الأستاذ و غيره من رد هذه الثمرة على إطلاقه غير تمام إذ عرفت الفرق بين كون التلف قبل القبض أو بعده و لعل نظر هؤلاء الأعاظم إلى صورته كون التلف قبل القبض و لكنّه غير مختص بالمعامله الفضوليّه كما عرفت. قوله أو عروض نجاسه له مع ميعانه.

أقول: نحتمل أنّ هذا صدر من سهو القلم فإنه بناء على مانعيه النجاسه و تسريه مانعيها الى المتنجس أيضا فهي انما تمنع عن التملك و البيع و لا يوجب سقوط المتنجس الغير القابل للتطهر كالدهن و نحوه عن الملكيه فإن كلامنا في سقوط المنقول عن قابليه الملكيه عن قابليه التملك و البيع و من هنا لا يوجب التنجس سقوط المتنجس عن الملكيه و لذا يضمه المتلف نعم يقع ذلك لو كان خلا- و صار خمرا نعم لو كان مراده من ذلك تعميم سقوط القابليه إلى الشروط بالمثل بان كان مراده أنّه تاره يكون المنقول عنه أو المنقول اليه ساقطا عن قابليه التملك كما تقدم و اخرى يكون المنقول عنه خارجا عن تلك القابليه كما إذا تلف أو كان خلا و صار خمرا.

و ثالثه تسقط عن قابليه استيفاء المنقول بالشروط فإنه بناء على مانعيه النجاسه عن التملك و البيع فيكون المبيع بعروض النجاسه

الغير القابله للتطهر خارجا عن تلك القابليه اى قابليه التمليك و التملك بالبيع و الشرى و على هذا فلا يرد عليه شىء.

ثم انّ هنا كلاما لصاحب الجواهر كما عرفت حيث أنّه اعتبر بقاء القابليه لكل من المنقول عنه و المنقول اليه و المنقول و حكم ببطلان العقد بخروج واحد منها عن القابليه و بعدم استمرارها الى زمان الإجازة لكونها على خلاف مقتضى أدله صحة الفضولى فإنّ المتيقن منها صورته بقاء قابليته تلك الأمور و استمرارها الى زمان الإجازة كما هو واضح و قد أجبنا عن ذلك بأنه ان كان نظره فى أخذ المتيقن إلى الأدله الخاصه لصحة الفضولى فهو كما (كما هو كك) افاده فإنّه ليس لها إطلاق يؤخذ به و يحكم بمقتضاه انما سرى و ان كان نظره الى العمومات و الإطلاقات الداله على صحة الفضولى فهو ممنوع إذ لا وجه لمنع تلك الإطلاقات بوجه و قد أجاب عنه شيخنا الأنصارى بوجه الأول بالنقض بالعقود المتتابعه و فيه ما تقدم من أنّ الناقل فيها الإجازة و تفصيله فى تقرير بحث شيخنا الأستاذ.

الثانى بالروايات الظاهره فى ذلك و قد قلنا ان المراد منها روايات التجاره بمال المضاربه و مال اليتيم حيث لم يستفصل فيها بين موت المالك و حياته مع العاده جرت بموت المالك فى مده طويله غاب عنه العامل.

وفيه: أنّ تلك الروايات و ان كانت ظاهره فى ذلك و ظهورها فيما افاده مما لا ينكر الا انها لم تتم دلالتها على المقصد و ليس فيها ما يستفاد منها صحة بيع الفضولى.

الثالث أشكل عليه بصراحه بعض الروايات الأخرى فى ذلك و

أنه لا فرق في صحة البيع الفضولي بين موت أحد طرفي المعاملة من المالكين و عدمه.

و فيه: لم نجد في الروايات المتقدمه ما يكون صريحا في ذلك إلا روايه على بن أشيم المتضمنه لشراء العبد المأذون في التجاره و عتقه و إرساله الحج مع موت المالك قبل اجازته مالك العبد فعل عبده الا انها غير مربوط بالمقام حيث أنّ المشتري أنّما كان هو- الوكيل من قبل المالك و لم يكن فضوليا حتى يكون دليلا على المقام و من هنا منعنا دلالتها على صحة المعامله الفضوليه.

الرابع بما يدل على صحة نكاح الصغيرين مع موت الآخر حيث يرث الحي من الميت مع الحلف كما تقدم و حيث أنّ الزوجين في النكاح بمنزله المالكين في البيع في الركنيه فإذا صح العقد فيما يكون من أهم الأمور أعنى النكاح فإنه من الاعراض و الفروج و اهميتها عند الشارع معلوم فيكون غير الأهم صحيحا بطريق اولي فيكون الاستدلال بالفحوى و فيه على تقدير صحة الاستدلال بها فيما تقدم على صحة المعامله الفضوليه بالفحوى و الأولويه بدعوى أنه إذا قلنا بصحة- الفضوليه فيما فيه وطى مع كونه من أهم الأمور و فيما ليس من الفروج نحكم بالصحة بالأولويه و أغمضنا النظر عما قلناه من منع الاستدلال بذلك.

الا- أنه لا- يمكن التمسك بها في المقام حيث أنّ الروايه تعرضت في صورته موت احد الزوجين بقضيه الإرث و ليس فيه وطى حتى يتوهم صحة غير النكاح بفحوى ذلك بل هو أيضا من قبيل الأموال اذن فلا يمكن التعدى منها الى غير موردها بالفحوى كما هو واضح بل ليس

التعدى إلا قياسا و نحن لا نقول بذلك مضافا الى منع دلالتها بصحة المعامله الفضوليه فى غير مورد النكاح بالفحوى كما تقدم.

الخامس أنه قد استدل على عدم اشتراط القابليه فى المنقول بروايه عروه البارقى حيث أنّ رسول الله (صلى الله عليه و آله) لم يستفصل بين موت الشاه و بقائها عند الإجازة بل أجاز البيع بقوله بارك الله فى صفقه يمينك.

و فيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بقاء الشاه و عدم موتها.

و ثانيا وجود الاستصحاب هنا الحاكم على بقاء الشاه و اما ذبحها فمع العلم بها لا يضر أيضا فإنّ الذبح لا يخرج الشاه عن المالىه و عن استمرار تلك القابليه غايه الأمر كانت المالىه قبل الذبح قائمه بالشاه و بالذبح كانت قائمه باللحم كما هو واضح.

و كلامنا فيما يكون المنقول خارجا عن تلك القابليه المالىه.

ثمّ أنه يقع الكلام فى عكس تلك الفروض المتقدمه بأن كان العاقد أو العوضين أو المالكين غير قابلين فى حال العقد للعاقديه و المالكيه و العوضيه فصار قابلا بعد العقد و قبل الإجازة و قد حكم الشيخ ره بالبطلان فى جميع الصور مطلقا و لكن الظاهر ان نفصل فى الشروط و توضيح ذلك أنّ الشرط تاره يكون شرطا للعاقد كما إذا اعتبرنا كونه بالغا و حكمنا ببطلان عقد الصبى و عممنا قوله (عليه السلام) عمد الصبى خطأ الى ذلك أيضا فيكون عقد الصبى باطلا و لا ينعقد من الأول فإنّه يشترط فى تحققه و صدوره حين الصدور ان يصدر من البالغ و على هذا فلو صدر العقد من الصبى ثم صار بالغا لا يمكن الحكم بصحة مثل

هذا العقد فإنه كان حين صدوره باطلا لفقدانه للشرائط ثم صار واجدا لها فوجدانها بعد تحققه باطلا لا ينقلب (يقبّل) الباطل الى الصحيح فإنّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

و اخرى يكون الشرط شرطا لنفس العقد و ذاته كعدم كون العقد غرريا حيث أنّه شرط لنفس العقد و ذاته مشروط بان لا يكون فيه غرر من الأول و الا- فيبطل من الأول و لا يتحقق صحيحا و على هذا لو تحقق العقد حين وقوعه غرريا ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة فلا يمكن الحكم بذلك أيضا بصحة العقد المتحقق حين وقوعه غرريا لما تقدّم من أنّ وجدان الشرائط بعد تحققه باطلا للفقدان لا يقلب الباطل إلى الصحة و الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه و لا يفرق في ذلك أيضا بين النقل و الكشف.

و ثالثه يكون الشرط راجعا الى المال و هذا على قسمين فإنّه تارة يكون انعدامه موجبا لانعدام المالىة و اخرى لا يكون اما الأول كاشتراط عدم كون المبيع خمرا أو اشتراط وجود الثمرة و بدو صلاحها في بيع الاثمار فإنّه يلزم من انتفائهما انتفاء المالىة مثلا لو باع خمرا من شخص فضوله و انقلب الخمر الى الخل بين زمانى العقد و الإجازة فانتفاء ذلك الشرط حين العقد يوجب بطلانه على النقل و الكشف فإنّ فى الزمان الذى وقع عليه العقد لم يكن مالا- و قابلا- للبيع اما لاعتبار المالىة و اما للنص و فى الزمان الذى كان مالا و واجدا لان يكون مبيعا لم يقع عليه العقد.

و بعبارة اخرى: إنّ العقد وقع عليه فى الزمان الذى ألغى الشارع مالىته و قابليته كونه مبيعا و بطلان العقد عليه حين صدوره بمقتضى

ثمن الخمر سحت و ما يكون حين صدور البيع و وقوع العقد عليه غير قابل لذلك بل أوجب بطلان العقد الواقع عليه ثم صار قابلا- لذلك لا يوجب صحه العقد فإنه حين زمان صدور العقد أوجب بطلانه و فى زمان لا يوجب بطلان العقد لم يقع عليه عقد.

و هكذا الكلام فى بيع الثمره قبل الظهور و الانعقاد فإنه أيضا لو باعه احد من شخص فضوله حين كونه زهره ثم صار ثمره لا يكون ذلك البيع صحيحا اما لاعتبار المالىه أو للنص فإنه حينما وقع عليه- العقد لم يكن مالا و قابلا لان يقع عليه العقد بل كان يوجب بطلانه و حين كونه قابلا- و غير موجب لبطلان العقد عليه لم يقع عليه عقد كما هو واضح و هكذا الكلام فى جميع الموارد التى يكون الشرط من هذا القبيل و لا يفرق فى ذلك كله بين القول بالنقل و الكشف بل الأمر كك لو وقع العقد عليه من الاصيلين و الفضولى لا يزيد على الأصيل.

و اما الثانى فهو ما يرجع الشرط الى المال مع الحفاظ المالىه فى صورتى الفقدان و الوجدان و كونه الشرط راجعا إلى جهه الأوصاف الكماليه دون ما يقوم بها المالىه و هذا كالمثال المتقدم من المائع المنتجس فإذا وقع على المائع الطاهر عقد فضولا و بين العقد و الإجازة عرضت له النجاسه فإنه بناء على مانعيه النجاسه عن البيع بمقتضى روايه تحف العقول أو شىء من وجوه النجس أو اشتراط الطهاره فى المبيع لا يكون هذا المائع الذى وقع عليه العقد واجدا لشرائط البيع و إذا طهر قبل الإجازة فالظاهر هو صحته على القول بالنقل إذ حين وقوع العقد على هذا المال كان مالا و غير ذلك المال مما وقع عليه

الإجازة غايه الأمر كان حين العقد فاقدا للشرط و حين الإجازة واجد له و لكن المائيه ماله وحدانيه محفوظه في ذلك المال من البدو الى زمان الإجازة و لم يرد الشرع و لا العرف ما وقع عليه العقد مغايرا لما وقع عليه الإجازة و هذا بخلاف مثل الخمر فان ما وقع عليه العقد مغاير لما يرد عليه الإمضاء في نظر الشارع بل في نظر العرف في بعض الموارد و ما وقع عليه العقد ليس بمال في نظر الشارع و ما يرد عليه الاذن مال في نظره فكيف يتحدا و يحكم بالصحة و هكذا العين الموقوفه لأشخاص خاصه فإنه لا يجوز بيعها إلا- في الموارد- المخصوصه فإذا باعها شخص فضوله ثم عرض لها ما يجوز بيعها كالخلف بين أربابها فإنه لا مانع من الحكم بصحة مثل هذا البيع لعدم ما يوجب بطلانه و أنّ ما وقع عليه العقد غير ما وقع عليه الإمضاء غايه الأمر كان حين وقوع العقد فاقدا لشرط من شرائط البيع و حين الإمضاء واجد لذلك و هكذا الكلام في بيع أمّ الولد ثم مات ولده.

و الوجه في صحة العقد في أمثال ذلك أنّ العقد قد تحقق و استند الى من له العقد بالإجازة فيشملة دليل صحة البيع عموما و إطلاقا.

لا- يقال أنه حين وقوع العقد على أمثال ذلك كان البيع فاقدا لذلك الشرط فيكون باطلا و ما يكون موجودا عند الإجازة لا يوجب انقلاب الفاسد الى الصحيح كما تقدم في الشروط الرجعة إلى العاقد و نفس العقد و ما يكون به المائيه كما لا يخفى.

فإنه يقال كلامنا على طريقه النقل أخ لا يصدق البيع على ذلك العقد الا حين الإجازة فإنه زمان النقل و الانتقال و في ذلك الوقت

فالعقد واجد لجميع الشرائط.

و أوضح من جميع ذلك ما يكون الشرط راجعا الى المالكين كما إذا باع العبد المسلم أو المصحف من الكافر فضوله ثم أسلم الكافر بل صار بعد ذلك من الزهاد قبل ان يتحقق الإجازة فإنه لا وجه حينئذ للحكم ببطان العقد.

و السرفيه ما كثرناه مرارا من أنّ حقيقه البيع هو التبديل بين المالين و خصوصيه المالك ملغاه في ذلك بل اللازم وجود طبعى المالك و هو أيضا لا من جهه الموضوعيه بل يكون مقدمه للتبديل بين المالين و قنطره لذلك فإنّ التبديل في جهه الإضافه أى الإضافه الملكيه لا يكون إلا في ملك مالك بل الأمر كك حتى على القول بالكشف فإنه سيأتى من المصنف أنّ معنى الكشف ليس كشف حصول الملكيه و نحوها من زمان العقد بالإجازة المتأخره بل معناه هو الكشف عن تحقق النقل قبل زمان الإجازة و لو كان بعد تحقق العقد و على ذلك فلا مانع من الالتزام بالصحة في تلك الموارد على القول بالكشف أيضا فإنّ بالإجازة تكشف عن تحقق الملكيه في بيع الوقف و المائع المتنجس و بيع العبد المسلم من الكافر من زمان تحقق النزاع بين أرباب الوقف و عروض الطهاره للمائع و إسلام المشتري الكافر فتشمل العمومات و الإطلاقات على ذلك و ان لم تشمل عليها الأدله الخاصه لعدم إطلاقها في صورتى تجدد الشروط بعد العقد و وجودها بعد العقد.

و بالجملة لا مانع من التمسك بالعمومات في تلك الموارد اذن فحكم المصنف بالفساد مطلقا في صورته تجدد الشرط بعد العقد و قبل

ص: ١٩٩

الإجازة بلا وجه نعم الأدلة الخاصة للفضولي لا تجرى في المقام فإنه ليس فيها تعرض لصوره تجدد الشروط بعد العقد و قبل الإجازة و لا أنّ في مورد احد هذه الأدلة ذلك المعنى موجود اذن فلا إطلاق لها نتمسك به هذا.

و قوله و ربما يقال بظهور الثمره في تعلق الخيارات.

أقول: اما ظهور الثمره بين القول بالكشف أو النقل في خيار الحيوان فالظاهر أنه لا اشكال فيه فإنه على القول بالكشف فيكون الخيار للمشتري من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنه يصدق من حين العقد على الكشف أنّ المشتري صاحب الحيوان فيشملة قوله (عليه السلام) (صاحب الحيوان المشتري أو المشتري بالخيار الى ثلثه أيام).

و اما خيار العيب فالظاهر أيضا أنه على الكشف يثبت من الأول و على النقل من حين الإجازة فإنّ دليل ثبوته سواء كان هو الشرط في ضمن العقد أو غير ذلك شامل عليه من الأول على الكشف تاماميه معامله على الفرض و ان وقف على الإجازة بخلافه على النقل فإنّ الفرض أنه لم يحصل النقل و الانتقال حتى يشترط في ضمنه الخيار و يكون للمشتري أو للبائع خيار الحيوان و نتيجة ثبوت الخيار له من الأول أنه لو فسخ بالخيار لا بالرد يكون النماءات قبل الفسخ له لان الفسخ رفع الأمر الثابت و قطعه بخلاف الرد فإنه دفع و مانع عن تحققه من الأول و اما خيار المجلس فاحتمل شيخنا الأستاذ عدم ثبوته على النقل و الكشف و لا نعرف له وجهها صحيحا و الذي ينبغي ان يقال أنه أنّما يثبت على النقل و الكشف مطلقا اما على الكشف فمن حين

العقد لصدق البيع على طرفى العقد سواء كان كلاهما فضوليا أو أحدهما أصيلا و الآخر فضوليا لفرض تمامية المعاملة من جميع الجهات الا من ناحيه الرضا فهو يحصل بعد ذلك على الفرض فعدمه عند العقد لا يمنع عن صدق عنوان البيع و اما على النقل فمن حين الإجازة فإنّ الفضولين ليسا الا مجرد العقد فلا يصدق عليها البيع ليتوهم ثبوت الخيار لهما و اما المالكين فالفرض أنّ الملكيه إنما تحصل لهما بعد الإجازة و قبلها لم يحصل النقل و الانتقال فلا بدّ و ان يثبت من حين الإجازة لأن زمانها زمان انتساب العقد إليهما و صدق البيع عليهما كما هو واضح فيكون المناط افتراقهما عن مجلس الإجازة و لو كان بعيدا غايته فينجز ان العقد بالتلفون مثلا فإنّ لفظ المجلس لم يرد فى روايه ليؤخذ بمفهومه و اما حق الشفعه فهو ثابت لأحد الشريكين من جهة دفع الضرر ما إذا باع أحد حصه أحد الشريكين للأجنبي فضوله ثم باع الشريك الآخر حصته من شخص آخر أصاله فعلى القول بالكشف فحيث ان المشتري الأول ملك العين قبل المشتري الثانى فيثبت حق الشفعه له و يأخذ الحصه الآخر من المشتري الثانى بالشفعه و اما القول بالنقل فحق الشفعه للمشتري الثانى إذ الإجازة بعد البيع الثانى و الفرض أنّ زمان تحقق البيع و المعامله و استنادهما الى المالك و عند حصول النقل و الانتقال هو زمان ثبوت حق الشفعه فهو مسبق بحق الشفعه للمشتري الثانى و ربّما يقال بظهور الثمره فى صورته تعاقب الأيدى و سيأتى تعرض المصنف بذلك تفصيلا و نتعرض به نحن أيضا.

و اما ظهور الثمره فى تعلق النذور و الأحماس و الزكوات عليه

فالظاهر ان يفصل بينها لأنها ان كانت متعلقه بالملك من حيث هو ملك مع قطع النظر عن الجهات الخارجيه كالنذر و الحلف و الخمس و نحو ذلك فلا إشكال في ثبوتها من الأول و تعلقها عليه على القول بالكشف دون النقل و ان كان ممّا يتعلق بالملك مع لحاظ جهه أخرى كالتزكوات حيث أنّها تعلقت بالملك مع لحاظ جواز التصرف في المال و الا فلا يتعلق عليه اذن لا تجب الزكاه على القول بالكشف لا على البائع و لا على المشتري اما البائع فلائنه قد خرج المال عن ملكه قبل تعلق الزكاه عليه فما ليس ملكه لا- يجب فيه الزكاه و اما المشتري فلائنه و ان كان المال ملكا له و لكنه لا- يجوز له التصرف قبل الإجازة و شرط تعلق التزكوات جواز التصرف في المال.

و اما على القول بالنقل يتعلق الزكاه على المالك ليس الا كما هو واضح. قوله(ره)

و ينبغي التنبيه على أمور.

أقول:

الأول أنّ النزاع في باب الفضولي في أنّ الإجازة

كاشفه أو ناقله ليس من جهه أخذ ذلك في مفهوم الإجازة لغه أو

عرفا أو انصرافا

بل من جهه الحكم الشرعي حيث أنّ القائل بالكشف أنّما يدعى استناد العقد الى المالك المجيز من حين العقد بواسطه الإجازة فإنّ ما يسنده الى نفسه ذلك العقد فيقتضى ذلك ان يقال بالكشف.

و القائل بالنقل يقول أنّ العقد مستند الى المالك حين الإجازة فلا- بدّ من القول بانتقال الملك إليه أيضا في ذلك الوقت و هذان مختلفان في مقام الثبوت.

ص: ٢٠٢

و اما فى مقام الإثبات فلا بدّ من إثبات أنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ هل هو متكفّل بوجوب الوفاء على العقد من الأول و ان كان الاستناد فى زمان الإجازة أو بوجوب الوفاء من زمان الإجازة فقط و قد تقدم تفصيل ذلك فالمقصود هنا التنبيه على أنّ ذلك المعنى من ناحيه الشرع.

ثمّ إنّ المالك المجيز لو أجاز العقد على خلاف ما بنى عليه المفتى و مجتهده بأن بنى المقلد على الكشف فأمضى المالك من زمان النقل أو من الوسط أو كان المفتى بانيا على النقل فهو أجاز العقد من زمان العقد و على طريقه الكشف فهل يصح العقد حينئذ أو يفسد و على تقدير صحته فهل يقع من زمان الإجازة على النقل و من حين العقد على الكشف أو يقع من زمان تعلق أجازته به و الظاهر هو التفصيل بين القول بالكشف و بين القول بالنقل فعلى الأول فيحكم بالبطالان و على الثانى فلا و بيان ذلك اما وجه البطلان على الأول فالذى استندنا إليه فى إثبات الكشف هو ان مقتضى العمومات استناد ذلك العقد الذى أوقعه الفضولى إلى المالك المجيز بالإجازة و- صيرورته عقدا له من حين صدوره و تحقيقه و لا قصور فى إثبات ذلك فى العمومات كما تقدم فإنّه قلنا أنّ الإهمال فى الواقع غير معقول فلا- بدّ من الإطلاق أو التقييد و لا شبهه أنّ المنشأ بالعقد الفضولى هو الإطلاق اذن فلا وجه للالتزام بكونه ممضى من زمان الإجازة بل لا بدّ و ان يمضى على النحو الذى إنشائه المتعاقدان.

و بالجمله حيث أنّ الظاهر من كون المنشأ بالعقد الفضولى مطلقا لعدم التقييد و عدم الإهمال فى الواقعيّات فبالإجازة يستند

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

و على هذا المنهج فلو اجازه المجيز من الوسط أو من زمان الاجازه فلا يمكن تصحيح مثل ذلك العقد لأن المنشأ عباره عن- الملكيه المطلقه و لم تقع عليه الاجازه و ما وقعت عليه الاجازه لم تنشأ فيكون باطلا.

و بعباره اخرى: انّ المنشأ بالعقد الفضولى واجد لجميع للشرائط التى تعتبر فيه الا الرضا فلا بدّ من القول بصحته من انضمام ذلك الرضا بذلك العقد المنشأ على النحو الذى قد أنشأت و الا فيحكم ببطلانه.

و أساس ذلك هو ما تقدم من لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول فإنّ الاجازه و ان لم تكن قبولا- حقيقه لتماميه العقد بالفضوليه إيجابا و قبولا و الا لكان باطلا للفصل الطويل بين الإيجاب و القبول.

الا- انّ ملاك لزوم المطابقه بين الإيجاب و القبول موجود هنا فإنّه كما لو تخلّف الإيجاب عن القبول لكان العقد باطلا بان تعلق الإيجاب مثلا- بالزوجيه الدائميّه و قبل الزوج الزوجيه المنقطعه أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول بملكيه البستان أو تعلق الإيجاب ببيع الدار و القبول باستئجارها فإنّ فى جميع ذلك يحكم ببطلان العقد لتخلّف الإيجاب عن القبول و انّ ما أنشأه المنشئ غير ما قبله القابل بمقتضى القاعده يكون العقد باطلا و كك الحال فى قضيه الاجازه، فإنّ روح العقد و قوام صحته بذلك و العقد أنّما هو توجد بالإيجاب و القبول على النحو الذى قد أنشأ بهما فلا بد فى صحه ذلك من

سريان ذلك الروح الى تمام المنشأ بحيث افضى ذلك العقد المنشأ بذلك الرضا فلو تعلق بغير المنشأ فلا يمكن الحكم بصحة شىء منهما اما المنشأ بالفضولى فلفقدان الرضا لعدم تعلقه به على الفرض و اما ما تعلق به الرضا فلفقدان الإنشاء لعدم كونه منشأ على الفرض و بالجمله ملاك لزوم التطابق بين الإيجاب و القبول بعينه موجود هنا فلا بدّ من صحة العقد الفضولى على القول بالكشف من مطابقه الإجازة مع المنشأ كما هو واضح لا يخفى و اما على القول بالنقل فالظاهر هو الصحة مع مخالفه الإجازة عن ما بنى عليه المفتى بأن أجاز من حين العقد أو من الوسط نظير القول بالكشف و ذلك نظير بيع شىء قبل سنه بحيث يكون نمائه من تلك السنه للمشتري فإنّ مثل ذلك لا يضر بالمطابقه فإنّ التخلف بين الإيجاب و القبول و لو بمقدار لا يكون فصلا طويلا مما لا بدّ منه مع أنّ الإيجاب هو إنشاء المنشأ من حين الإيجاب و القبول بعد دقيقه أو دقيقتين فلم يحصل المطابقه بينهما و لكن مثل ذلك لا يضر بالمطلب قطعاً للسيره القطعيه على عدم إضراره بالعقد.

نعم فيكون أجازته هذا مع قصد شرعيه هذا العقد تشريعا محرما و لغوا و مع عدم قصد شرعيته لغوا فقط كما يكون البيع قبل سنه أيضا لغوا لكونه على خلاف الارتكازات العرفيه و على خلاف المتعارف فلا تشمله الأدله فلا يكون حراما فكيف كان فلا يضر بصحة العقد و شمول أدله الصحة على ذلك.

قوله

الثانى: أنه يشترط فى الإجازة ان يكون باللفظ الدال

عليه على وجه الصراحه.

ص: ٢٠٥

أقول:المحتملات هنا أربعة.

الأول:اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة فلا يكفى بالكنايه فضلا عن غير اللفظ.

الثانى:الاكتفاء بكل لفظ دل على الرضا و لو بالكنايه.

الثالث:عدم الحاجه الى اللفظ أيضا و كفايه الإنشاء الفعلى نظير بيع المعاطاتى.

الرابع:إلغاء الإنشاء قولاً و فعلاً و الاكتفاء بمجرّد الرضاء الباطنى فى طرف الإجازة و بالكراهه الباطنيه فى طرف الرّد و ربّما يقال باعتبار اللفظ الصريح فى الإمضاء لأنّ الاستقراء و التفحص يدلنا على اعتبار اللفظ فى الإيجاب و القبول فمقتضى ذلك عدم كفايه غير اللفظ الصريح فى الإجازة أيضا.

وفيه على تقدير قبول تماميه الاستقراء فإنّما هو فى الإيجاب و القبول فقط فلا يسرى بالإجازة حيث أنّ العقد قد تمّ و كون الإجازة مثل القبول فى التطابق لا- يقتضى كونها مثله من جميع الجهات و قد استدل بعضهم على اعتبار اللفظ الصريح بأنّ الإمضاء مثل البيع فى استقرار الملك و قد نسبه المصنف إلى المصادره و هو كك.

بل ظاهر روايه العروه البارقى كفايه الكنايه فى الإجازة و لو كان اللفظ الصريح لازماً فى البيع فإنّ قوله(صلى الله عليه و آله)بارك الله فى صفقه يمينك من لوازم إمضاء العقد لا انه بنفسه مصداق للإجازة اذن فيكفى فى الإمضاء مثل أحسنت و نحوه.

اذن فلا- دليل على اعتبار اللفظ الصريح فى الإجازة و الرد بل لا دليل على اعتبار اللفظ أصلاً و يكفى فيه مطلق ما يوجب إنشاء الإجازة

ص:٢٠٦

و يكون مبرزاً للرضا الباطنى بحيث يحكم باستناد العقد اليه عرفاً بدليل الوفاء بالعقد و لو كان فعلاً كتمكين الزوجه نفسها من الزوج و إعطاء المالك العين المبيعه للمشتري و هكذا و هكذا بل هذا هو المتعين فإنه لا شبهه فى صدق الإنشاء و الإبراز، و الإظهار بكل ما يوجب ذلك من الفعل أو القول و لو كان بتحريك الرأس و إذا صدق عليه إنشاء الرضا الباطنى عرفاً و صدق عندهم استناد العقد الى المجيز فبمجرد ذلك تشمله العمومات و الإطلاقات فيحكم بصحته و لزومه و مع هذا أى شىء يمنع عن نفوذ ذلك العقد و صحته كما هو واضح.

و بالجملة لا مانع من صدق العمومات على ذلك العقد الفضولى إذا انضم الى المالك المجيز عرفاً بأى نحو كان الانضمام فإنّ المناطق فى صحه العقد الفضولى ليس الا استناد العقد اليه و لا يعتبر شىء آخر ورائه كما لا يخفى.

ثم أنّ العلامة الأنصارى (ره) قزب الاحتمال الرابع و كفايه مطلق الرضا الباطنى فى الإجازة فلو علم ذلك و لو بغير مظهر و مبرز فيكفى فى صحه العقد الفضولى و استدل عليه بوجوه و قد تعرضنا لذلك فى أول البيع الفضولى عند عدم اعتبار الرضا المقارن فى إخراج العقد من الفضوليه الى غير الفضوليه فحيث اكتفى المصنف بكفايه رضا المقارن فى ذلك فاكتمل بكفايه رضى الباطنى المتأخر فى الإمضاء أيضاً.

الأول مما استدل به على مقصده لصحيحه محمد بن إسماعيل بن بزيع فى امرأه زوّجت نفسها من رجل فى سكرها ثم أفقت و عرض لها النكاح فأقامت معها مقام الزوجه فقال (عليه السلام) إذا أقامت معه بعد ما

أفادت فهو رضى منها وجه الاستدلال بها هو حملها على صورته توكيل الغير فى حال سكرها فى التزويج بحمل ذلك التوكيل على الفضوليه و الا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشره للعقد كما فى حاشيه السيّد.

وفيه: أنّ نفس الاقدام بذلك اجازته فعليّه للعقد الفضولى فليست فيها دلالة بكفايه الرضا الباطنى من دون كاشف و مبرز و الا فلا مبرز له و من اين علم ذلك.

و منها ما فى بعض اخبار الخيارات ما أحدث فيه المشتري حدثا قبل ثلثه أيام فذلك رضا منه و لا شرط له و قيل له و ما الحدث قال ان لامس أو قبل إلخ.

فاستدل بها بأنّ الظاهر من قوله فذلك رضا كفايه الرضا فى الإجازة و الإمضاء و كون المناط فى ذلك هو الرضا فقط.

وفيه: أنّ ذلك إشاره إلى الحدث الذى هو من الافعال فيكون الخبر دالا على كفايه الرضاء المظهر بالمظهر لا بكفايته مجردا عن ذلك فلو لا كون ذلك الحدث مظهر للرضا فمن اين علم ذلك.

و منها الأخبار الواردة فى تزويج العبد بدون اذن سيده حيث أنّ المانع من ذلك عصيان المولى فيرتفع برضاه و الاخبار الأخرى- الواردة فى تزويج العبد بغير اذن سيده مع سكوت سيده فقد علل بأنّ سكوت سيده إقرار له بالعقد و غير ذلك من الاخبار الواردة فى خصوص تزويج العبد بغير اذن سيده الظاهره فى صحتها مع رضا المولى و ان لم يظهره بمظهر فيعلم من ذلك كفايه الرضا الباطنى فى الإمضاء حيث أنّ صحه عقد العبد أيضا متوقف على اجازة المولى.

و فيه: مضافا الى كون السكوت رضى فعليا لكونه من الافعال فيكون كاشفا عن الرضا فلا تكون تلك الروايات داله على كفايه مجرد الرضا الباطنى أنه تقدم ان تلك الاخبار خارجه عن العقد الفضولى فانّ فى العقد الفضولى انّ الإجازة من المالك الذى ينسب العقد اليه و يستند اليه و يكون العقد عقده و هذا بخلاف عقد العبد بدون اذن سيده فانّ طرف العقد و من يستند اليه العقد هو نفس العبد و المولى خارج عن ذلك غاية الأمر انّ إجازته دخيله فى صحه العقد كإجازة العمه و الخاله فى صحه عقد بنت الأخ و بنت الأخت فلو دلت هذه الروايات على كفايه الرضا الباطنى من المولى على عقد العبد فلا يكون مربوطا بما نحن فيه بوجه.

نعم مع قطع النظر عن هذا الاشكال انّ الاخبار الداله على صحه عقد العبد بدون اذن سيده لأجل أنه عصى سيده و لن يعرض الله لا بأس من دلالتها على كفايه الرضا لما ذكره الشيخ من ان عصيان السيد يرتفع بالرضا.

و اما التمسك فى ذلك بالآيات من أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و نحوه فبديهي البطلان لانّ العمومات غير شامله لعقد غير المالك الا بعد الانتساب كما عرفت و الانتساب لا يكون إلا بإنشاء الإجازة و إظهار الرضا عرفت بمظهر فعلى أو قولى كما مر.

و اما كلمات الفقهاء فأیضا بوجه.

الأول: أنه ذكر بعضهم أنه يكفى فى إجازة البكر السكوت

ص: ٢٠٩

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

و فيه: قد عرفت من السكوت من جمله الأفعال فيكون مبرزا فعليا للرضا و الا فمن اين علم ان البكر راض بذلك العقد.

الثانى انه علل جماعه عدم كفايه السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل من عدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فى كفايه الرضا الباطنى و الا كان حقه ان يقال السكوت لا يكفى فى الإجازة لعدم اللفظ.

و فيه: انه صريح فى ما ذكرنا لا فى ما ذكره المصنف و العجب منه كيف غفل عن ذلك فان قولهم ان السكوت أعم من الرضا صريح فى ان السكوت تارة يدل على الرضا و اخرى لا يدل فإن الإنسان تارة يسكت برضائه و اخرى يسكت بدون الرضايه و ردهم كفايه السكوت من جهه عدم دلالة الأعم على الأخص كما هو قضيه منطقيه بديهيه و هذا صريح فى ان السكوت غير الرضا و انما يدل عليه فى بعض الأحيان كما هو واضح لا يخفى.

الثالث انه ذكر بعضهم انه إذا أنكر الموكل الاذن فيما أوقعه الوكيل من المعامله فحلف انفسخت لان الحلف يدل على كراهتها و فيه: ان العقد تارة يكون خياريا و اخرى غير خيارى فعلى الأول فقيامه على مقام الحلف و إنكار الوكاله يكون موجبا للفسخ كما هو معنى العقد الخيارى و على الثانى فبإنكار الاذن و الوكاله يكون فضوليا فيكون أيضا قيامه مقام الحلف ردا فإنه أيضا من الأفعال له و على اى حال يكون خارجا عن ما ذكره الشيخ ره و على تقدير دلالة

كلمات بعض العلماء على ذلك بل تصرّيحهم على ذلك فأيضاً لا يدل هذا على كفايه مجرد الرضا الباطنى فى الإمضاء فإنه لا دليل على حجيه قولهم لنا و إنما هم أفتوا بذلك بحسب اجتهادهم و فهمهم ذلك من بعض الروايات أو صدق العمومات بمجرد الرضا و قد عرفت جوابها ثم انّ بين ما ذكرنا و ما ذكره المصنف ثمر يبين حيث أنه على ما ذكره المصنف يكون البيع بمجرد كشف رضا المالك مضى بخلافه على ما ذكرنا فإنه ما لم يبرز الرضا الباطنى بمرز لا يفيد لنا عن الإجازة.

قوله

الثالث من شروط الإجازة ان لا يسبقها الرد.

أقول: وقد استدل المصنف على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد عليها بوجه.

الأول: قام الإجماع على ذلك.

و فيه: أنه مضافاً الى منع حجيه الإجماع المنقول انّ تحققه ممنوع لانه لا اشعار به فى كلمات القدماء و المتأخرين إلا فى كلام الشهيد فى القواعد و مع ذلك كيف يمكن دعوى الإجماع عليه.

على انّ الإجماع انما يكون حجه إذا لم يكن له مدرک معلوم بل يكون مدرکه قول المعصوم فيكون حجه من باب التعبد المحض و مدرکه هنا الوجهان الآخرا و سند کرهما فلا أقل من احتمال ذلك فانّ حجيته مشروطه بالعلم بعدم ابتناؤه على مدرک معلوم و يكفى منع ذلك احتمال الابتناء بمدرک آخر.

الوجه الثانى: ان الرد ممّا يوجب انحلال العقد و انعدامه

إذ الرد الفاصل بين العقد و الإجازة بمنزله ما يتخلل بين الإيجاب و القبول و يوجب خروجهما عن عنوان صدق العقد عليهما بيان ذلك

ص: ٢١١

أن قوام العقد و تحققه في وعائه إنما هو بالتعاهد و التعاقد بين الموجب و القابل و ارتباط التزام كل منهما بالتزام الآخر ليحصل العقد.

و بعبارة اخرى: أن من الأمور الحاصلة بفعل الطرفين الموجب و القابل و الإيقاع عبارة عن فعل شخص واحد و قائم به فلو لم يكن بين الإيجاب و القبول ربط و عقده لانتقل الى الإيقاع.

و على هذا فكما لو انفصل بين الإيجاب ما يوجب خروجهما عن ارتباط أحدهما بالآخر و اتصالهما بحيث يكون الإيجاب إيجاباً لهذا العقد و القبول قبولاً لهذا و كك الرد فإن الإجازة في البيع الفضولى بمنزلة القبول.

و فيه: ان كان المراد من تخلل ما يوجب خروج الإيجاب و القبول عن عنوانهما اعراض الموجب عن إيجابه و فسخه ما إنشأه من الإيجاب فهو متين فإن الإيجاب إنما يؤثر في الملكيه إذا بقى على حاله و لم يعتره ما يوجب زواله و اذن فلو رجع على إيجابه فلا يفيد بوجه و ان كان المراد من ذلك اعراض القابل عن ذلك و رده على الموجب و عدم قبوله إيجابه ثم ندم فله ان يقبل ذلك الإيجاب فإن رد القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابيه بواسطه الأمور الأخر الموجبه لبطلانه و لا دليل على انه دامه برد القابل.

اذن فالمطلب ليس بتمام في المقيس عليه.

و اما المقيس فلو سلمنا كون رد القابل كرد الموجب موجبا لبطلان الإيجاب و عدم تأثيره في الملكيه فلا نسلم ذلك في الإجازة للفرق الواضح بين القبول بالنسبه إلى الإيجاب و بين الإجازة بالنسبه

إلى الإيجاب و القبول فإنّ العقد كما عرفت تماميته أنّما هو بالإيجاب و القبول و لو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاهد و التعاقد فحيث أنّ الرد من ناحيه الموجب أو من ناحيه القابل أوجب ردّ الإيجاب فما نغزل عن الإيجابيه فيبقى القبول منفردا فهو على وحدته لا يكون عقدا.

و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ العقد قد تمّ بالإيجاب بتمامه و لم يبق في البين إلا رضائه المالك ليكون ذلك تجاره عن تراض و منتسبا الى المالك و حينئذ ان ردّ الأصيل ذلك العقد مع كون احد طرفيه أصيلا ثم أجاز فقد تقدم الكلام في تأثيره و عدمه. و ان ردّ الفضولي ثم طرئه الرضا و أجاز فهل يوجب ردّه هذا خروج العقد عن قابليه لحوق الإجازة به أولا.

الظاهر هو الثاني لأنّ ردّه هذا لا يوجب انحلال العقد و لا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك و عن قابليه انتسابه الى المالك بالإجازة لعدم الدليل عليه كما قلنا بعدم تماميته في المقيس عليه مع كون الإيجاب من أحد أطراف العقد و كيف في المقام حيث تم العقد و لم يبق الا انتسابه الى المالك فردّ الفضولي لا يخرج عن قابليه الانتساب و لا دليل على تأثير ردّه في انحلال العقد و لا مانع عن التمسك بالعمومات و المطلقات بعد الإجازة لصدق عنوان العقد على هذا و صدق أنّ العقد عقده فيجب الوفاء عليه.

و بعباره اخرى: أنّ دليل الوفاء بالعقد سبق بعنوان القضية الحقيقيه فإنما تحقق العقد و صدق عليه عنوان العقد عرفا فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء و في المقام حيث يصدق على

العقد الفضولي مع تخلل الرد من الفضولي بين العقد و الإجازة أنه عقد عرفا فيشمله أَوْفُوا بِالْعُقُودِ فيحكم عليه بوجوب الوفاء.

الثالث: أن دليل السلطنة و هو يقتضى سلطنة المالك على

ماله

و مقتضى ذلك تأثير الرد في العقد و كونه موجبا لقطع علاقه الطرف الآخر عمّا انتقل إليه.

فإنه قد حصل بواسطه البيع الفضولى شأئيه كونه للطرف الآخر فى ذلك المال فلو لم يكن له ازاله تلك الشأئيه للزم الخلف فى دليل السلطنة و عدم كونه مسلطا على ماله فبمقتضى ذلك يكون مالكا على الرد ليزول ذلك السلطنة.

و فيه أولا: أن دليل السلطنة نبويّه مرسله فلا تكون حجه لعدم انجباره بشيء.

و ثانيا: أنه قد تقدم سابقا أن دليل السلطنة ليس مشرعا فى مفاده و ناظرا إلى الأحكام الشرعيه بحيث لو شككنا فى ترتب بعض الاحكام على الاملاك نتمسك بدليل السلطنة كما إذا شككنا ان لبس السنجاب جائز فى الصلاه أو غير جائز فنمسك بدليل السلطنة أو ان أكل شيء فلانى جائز أولا فنمسك بذلك أو ان بيع الميتة و نحوها جائز أم لا فنمسك بدليل السلطنة و هكذا بل انما نتمسك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعى من الجواز و عدمه و الشك فى ان للغير حق المنع عن ذلك كما فى المهجور و المجنون و الصبى و السفیه أولا و بمقتضى ذلك يحكم بعدم جوازه و أنه ليس للغير ذلك.

و بالجملة أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم عدم جواز مزاحمه الغير عن تصرفاته فيما له ذلك شرعا و ثبت جوازه و كان مفروغا

ص: ٢١٤

عنه قبل شمول دليل السلطنه و أنّما دليل السلطنه ناظره فقط الى منع الغير و حجه عن ذلك التصرف الجائر.

و بعبارة اخرى: أنّ موضوعه ثبوت الجواز قبله و بعد ثبوته و هو متكفّل لمنع الموانع الخارجيه دائما و ليس له فى إثبات أصل الجواز مانع بوجه أصلا و الا يلزم ان يكون الناس مسلّطا على أحكامهم بدليل السلطنه و يكون ذلك الدليل مشرعا.

و ثالثا: لو سلّمنا كون دليل السلطنه مشرعا و ناظرا إلى الاحكام أيضا و لكن لا يشمل المقام نقضا و حلا.

اما النقض فلائنه لو كان دليل السلطنه متكفلا- لإثبات كون الرّد مزيلا لقابليه كون المال للغير بإجازة المالك و مانعا عن بقاء علاقته الطرف الآخر فيه لكان مانعا من الحدوث و عن أصل انعقاد بيع الفضولى صحيحا حيث ان ثبوت علاقته الغير فى المبيع فضولا خلاف مقتضى سلطنه المالك فلو كان ذلك مانعا عن البقاء فأولى ان يكون مانعا عن الحدوث و الحال أنّه غير مانع من الحدوث فيعلم من ذلك أنّه غير مانع عن البقاء أيضا فلا يؤثر رده فى سقوط المبيع عن قابليته انتقاله الى الغير بالإجازة لو كانت تلك القابليته ثابتة بالبيع.

و اما الحل فبانّ تلك القابليته فى الأموال ثابت من الأول و قبل البيع الفضولى حيث أنّ لكل مالك له ان يبيع ماله من الغير برضايته و طيب نفسه و يجيز ذلك البيع من دون ان يثبت للطرف الآخر هنا حق و علاقته غايه الأمر ففى صورته بيع ذلك المالك فضوله تحقق أحد جزئى ذلك الموضوع المركب اعنى جواز البيع و كونه برضائه المالك و أجازته بفعل الفضولى أعنى العقد و بقى الجزء الآخر أعنى

الإجازة و ذلك من الأحكام الشرعيّة للمالك في أموالهم و ليس مربوطا بدليل السلطنة بل قبل ذلك الدليل و بدليل السلطنة هنا يمنع عن منع الغير من إيجاد ذلك الموضوع المركب اعنى البيع مع الرضاية و الإجازة الذى من الأحكام الشرعيّة. و بعبارة أخرى: جواز البيع و أجازته من الأحكام الشرعيّة الثابتة للملاك مع قطع النظر عن دليل السلطنة سواء كان هناك دليل السلطنة أم لم يكن نعم في إجراء ذلك الحكم في البيع الفضولى لا نحتاج الى العقد لتحقيقه بل إلى الإجازة فقط لتحقيق الموضوع لانتقال المال الى الغير.

و أوضح من ذلك أنّ الفضولى لم يرد شيئا في ذلك المال الذى باعه لتنافى سلطنة المالك و يكون ذلك علاقة لطرف الآخر كما توهم و بنى عليه أساس الاستدلال حتى يدفع ذلك بدليل السلطنة و يقال ان يدفع ذلك فلو لم يؤثر للزم ان لا يكون الإنسان مسلّطا على ماله و أنّما الفضولى قد أوجد موضوع الإجازة الذى عبّاره عن العقد بحيث كان قبل ذلك اختيار إيجاده و عدمه تحت يد المالك بان يوجد الموضوع المركب من العقد و الإجازة و كان ذلك ثابتا من الأول.

و لكن إذا أوجد الفضولى أحد جزئى ذلك الموضوع المركب كان الجزء الآخر تحت اختيار المالك له ان يوجد و له ان لا يوجد.

و لو كان دليل السلطنة متكفلا- لإثبات جواز الرد للمالك الفضولى بحيث ان يبقى الرد موضوعا للإجازة للزم ان يكون نفسه معدوما لنفسه فإنّه عرفت أنّ الفضولى لم يفعل شيئا ينافى سلطنة المالك-

حتى يدفع بدليل السلطنة بل أوجد موضوعا للإجازة فليس هنا للمالك المجيز إلا الإجازة و عدمه فالإجازة تثبت و عدمها تحليل و الافرذ ليس له اثر و ان كان مشوبا بسوء الخلق و ضيق النفس.

و بعبارة أخرى:أحد جزئي موضوع المعاملة و على هذا لو ثبت بدليل السلطنة ما يمنع عن نفوذ اجازة المالك المجيز للزم إعدام نفوذ الإجازة بدليل السلطنة و هذا ما قلنا من اللازم.

و بيان آخر ان المال حسب انحفاظه تحت سلطنة مالكة في عمود الزمان لو أراد أحد التصرف فيه بغير إذن أهله يتوقف على اذنه و لو منع عن تصرفات مالكة بأنحاء التصرفات فيدفع ذلك بدليل السلطنة و اما لو لم يمنع عن تصرفات المالك بوجه و لا أنه تصرف فيه بغير اذنه بل فعل فعلا- فيه من دون تصرف يكون فعله هذا موضوعا لفعل البائع في إيجاد غرض من الأغراض بحيث لو كان بنفسه مباشر الإيجاد ذلك الغرض كان عليه إيجاد ما فعله الغير مع ما يحتاج صدوره عليه فحينئذ لا يكون دليل السلطنة دافعا لذلك بل فعله هذا مؤيد لذلك الدليل.

و لو أريد إثبات الرد بدليل السلطنة فمعناه كما ذكرنا ليس الا منع تأثير الإجازة و سدّ بابها مع انها ثابتة بدليل السلطنة فيلزم من شموله إعدام نفسه بنفسه و هذا من الواضح بمكان.

ثم ان من العجائب قياس الأستاذ الرد بالإجازة بأنه كما ليس للمالك فسخ العقد بعد أجازته و كك ليس له إمضائه بعد رده.

و وجه العجب ان الإجازة تثبت العقد و تقريره في مقره بخلاف الرد فان كونه موجبا للفسخ أول الكلام كما عرفت فالصحيحه الظاهره

فى صحه الإجازة بعد الرد فعلى مقتضى القاعده و تكون مؤيده لما ذكرنا مع قطع النظر عما تقدم من عدم تحقق الرد بذلك الأخذ.

نعم لها اشعار الى ذلك من جهة احتمال عدم اراده ذلك التوجيه الذى ذكرناه و كك لا وجه لقياس الرد بالفسخ من أنه كما لا يجوز الإمضاء بعد الفسخ و كك لا يجوز الإجازة بعد الرد و ذلك ان تأثير الفسخ فى العقود الخياريه أنما ثبت بدليل شرعى و هذا بخلاف الرد فإنك قد عرفت عدم تأثيره فى العقد الفضولى بوجه لعدم الدليل عليه بل ليس هنا إلا الإجازة و عدم الإجازة كما عرفت.

ثم بقى هنا أمران.

الأول: أنه قيل ان إثبات جواز الرد بدليل السلطنة يوجب

تعارضه فى مفهومه

فإنه يوجب إثبات جواز الإجازة أيضا فيقع التعارض فى مفهومه من حيث إثبات الرد و إثبات الإجازة لأن إثبات كل منهما موجب لإسقاط الآخر.

وفيه: أنه مع الإغماض عما ذكرناه من عدم شمول دليل السلطنة على الرد ان هذا توهم فاسد إذ ليس شمول دليل السلطنة على الرد فى عرض شموله على الإجازة ليقع بينهما التعارض بل شموله على كل منهما فى طول الآخر و بأيهما شمل أولا يوجب إعدام الآخر و لا يكون تعارض بوجه لأن الشمول على نحو البديئه لا بعنوان المجموع من حيث المجموع كما توهم.

الثانى: أنه ذكر شيخنا الأنصارى بعد دعوى ظهور الصحيحه

فيما ذكرنا اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلى كأخذ المبيع مثلا غير

كاف بل لا بد من إنشاء الفسخ

و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى

ص: ٢١٨

من الفسخ فى العقود اللازمه و قد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها ان الفعل الذى يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبيع.

و فيه: أنّه لا شبهه فى كون الفسخ بالفعل ككونه باللفظ الا أنّ جعله الأخذ غير كاف فى الفسخ لا وجه له بل هو كسائر الافعال فى تحقق الفسخ به كيف فهل يجوز الالتزام بجواز أخذ مال الغير بدون إذنه فإنّه لو قلنا بعدم تحقق الفسخ به للزم القول بجواز أخذ مال الغير بل هذا من أقوى ما به يتحقق الفسخ و لكن لا يمكن الالتزام بتحقيق الرّد بالأخذ فى باب الفضولى و ما توهم من الأولويّه من أنّه يكفى الفسخ به فى باب العقود و فى الفضولى لا بدّ و ان يكون كافيا بالأولويّه فبلا وجه بل المطلوب على عكسه و ذلك من جهة أنّ الفسخ و ان كان رفعا و الرّد دفعا الا- أنّ مجرد ذلك لا يوجب كون مئونه الدفع أقل من الرّد حتى يثبت بالأولويه على الدفع كلّما يكون ثابتا على الرّد و لكن العقد بعد صدوره من الأصيل يكون مؤثرا فى حصول الملكيه للطرف الآخر و لو كان عقدا خياريا و يكون المبيع ملكا للمشتري فلا يجوز لأحد ان يتصرّف فيه أو يأخذه و مع ذلك لو أخذه البائع مع كونه ذا خيار فيكون ذلك فسخا منه للعقد كما أنّه لو لم يكن ذى خيار لكان أخذه هذا حراما لكونه تصرّفا فى مال الغير و السرّ فى ذلك ان المال بما أنّه مال للغير فيكون الأخذ ظاهرا فى الفسخ مع كون الآخذ ذو خيار.

و هذا بخلاف أخذ المالك المجيز فإنّه ما لم يجز العقد كان له ان يتصرف فى ماله كيف شاء لكون ذلك من شئون المالكه على

شئ أذن فأخذ المالك ما له لا يدل على الفسخ بل فسخ أم لم يفسخ كان له ذلك و إنما قلنا بتحقيق الفسخ به في الأول من جهة عدم جواز أخذه لغير المالك و لغير الفاسخ و لذا قلنا أنّ ظهور الأخذ في الفسخ و اما في المقام فله ذلك فسخ أم لا فلا وجه للالتزام بتحقيق الفسخ به هناك فضلا عن تحققه به هنا بطريق اولي.

و من جهة هذه النكته قلنا في صحيحه محمد بن قيس ان أخذه الوليده لا يدل على الرد لتكون الروايه شاهده على جواز الإجازة بعد الرد بل الأخذ على طبق القاعده و من جهة أخذ المالك مال نفسه و كون ذلك من شئون مالكيته فافهم.

قوله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنه المالك على ماله.

أقول:حاصل كلامه هنا أنّ ثبوت حق الإجازة للمالك المجيز و تأثيرها في العقد الفضولي من الأحكام الشرعيه الثابته للمالك و هو موضوع لها كجواز البيع و الهبه و الصلح و نحو ذلك للمالك فكما أنّ للمالك بيع ماله ابتداء مباشره أو توكيلا فكك له ان يجيز ما وقع عليه فضولا.

و بعبارة اخرى:انّ من جملة الأحكام الشرعيه المترتبة على المالك هو جواز بيع ماله و اجازة بيعه لو بيع فضولا و ليس ذلك- الحكم مربوطا بباب الحقوق كالخيارات و نحوها لتوارث بناء على انتقاله الى الغير و هذا يتضح في ضمن وجهين.

الأول أنّهم ذكروا في باب الإرث أنّ الزوجه لم ترث من العقار و أنّما يرث من غيرها من كل ما تركه الميّت من حق أو مال و من كلّما يجوز انتقاله الى الوارث.

ص: ٢٢٠

و على هذا فلو باع الفضولى دار احد فضوله و مات المالك قبل أجازته البيع فيكون المال منتقلا الى الوارث فبناء على كون الإجازة من الاحكام فلكل من انتقل اليه المال اجازة البيع بناء على جواز مغايره المالك حال العقد و حال الإجازة بحيث يكون المالك حين حدوث البيع شخصا و حين الإجازة شخصا آخر و هذا ليس من جهة إرث الإجازة فإن الفرض أنه من الاحكام أو إذا قلنا بعدم انتقال الحقوق الى الوارث بالموت على تقدير كونها من الحقوق بل من جهة انتقال موضوعها إلى الورثة اعنى المال فإن تلك الإجازة كانت قائمه بالمالك فى ذلك المثلن أو المثلن فإذا تبدل المالك لذلك المال فينتقل الحكم أيضا لكونه قائما بذلك الموضوع فإنه ذكرنا أن لكل مالك اجازة بيع ماله لو بيع فضولا و اذن فليس للزوجه حق الإجازة لذلك البيع بل هو حق من انتقل اليه المال و الفرض أن العقار لا تنتقل إلى الزوجه.

و إذا قلنا بكون الإجازة من الحقوق و قلنا بجواز انتقاله إلى الورثة بموت و نحوه فيدخل ذلك تحت قوله (عليه السلام) ما تركه الميت فلوارثه الا- العقار و لا- شبهه ان نفس حق الإجازة للعقد الفضولى ليس من العقار بل من غيرها التى ترثها الوارث زوجه كان أو غيرها.

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

فاختلفوا فى طريق اعمال الخيار منهم إذا تعددوا فبنى شيخنا الأنصارى أنه ثابت لطبيعى الورثة فأى منهم امضوا البيع فيكون

لازما و اى منهم فسخوا فينفسخ سواء اعمل الآخرون خيارهم أم لا و قال بعض آخر أنه ثابت للمجموع من حيث المجموع بحيث انّ إمضائهم أو فسخهم لا تؤثر إلا إذا اجتمعوا فى الفسخ أو فى الإمضاء و هو الذى بنينا عليه فى محله و هنا احتمال ثالث و هو ان يقال بالتقسيط و أنه اى منهم أجاز أو فسخ يفسخ و يلزم بالنسبه إليه فقط لأنّ لكلّ من الورثه حق و حصه فى ذلك الخيار المنتقل من الورثه إليهم فيثبت له حقه و لكن هذا احتمال ضعيف لا يعتنى به بل العمده هنا الوجهان الأولان.

و لكن ذلك لا يثبت فى الإجازة حتى مع القول بانتقالها إلى الورثه بنفسها كحق الخيار.

و ذلك لأنّ الإجازة كما عرفت حكم شرعى تابع لموضوعه اعنى المالك فان كان المالك مستقلا و لم يكن له شريك آخر فيكون مستقلا فى الإجازة أيضا و ان كانوا متعددين فلا بد و ان يجيز كل منهما ليكون لازما و الا فيكون لازما بالنسبه إلى المجيز فقط ليس الا- و هذا نظير ما إذا جمع الفضولى أموال اشخاص متعددين فى بيع واحد فإنّه هل يتوهم احد انّ اجازة أحدهم يوجب لزوم المعامله بالنسبه إلى الآخرين أيضا و هكذا المقام غايه الأمر أنّ فى ما نحن فيه قد تعددت الملاك بقاء و فى المثال أنّما كان التعدد من الأول و هذا المقدار لا يكون فارقا.

و بالجملة أنّه فرق بين انتقال الإجازة إلى الورثه و كون أمر الإجازة بيدهم و بين انتقال حق الخيار إليهم كما عرفت.

قوله

الخامس اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

ص: ٢٢٢

أقول: لا- ريب في عدم الملازمه بين اجازة البيع و بين اجازة قبض الثمن أو المثلن و لا لإقباضهما و ذلك لأن كل واحد من اجازة البيع و اجازة القبض أو الإقباض أمر مستقل غير مربوط بالآخر كسائر الأمور الاعتباريه أو الخارجيه الا أن يكون بينهما احدى الدلالات من الإشاره أو الاقتضاء أو غيرهما، و على ذلك فاجازة البيع لا يستلزم اجازة القبض الا مع التصريح. ثم أنه هل يكون نفس القبض قابلا- لأن يتعلق به الإجازة أم لا، و ربما يقال انّ القبض أمر تكويني لا يمكن ان يتعلق به الإجازة فإنّ ما وقع من الأفعال الخارجيه لا ينقلب عمّا هو عليه و سيأتي ما فيه من الرهن و قد فضل المصنف بينما يكون الثمن أو المثلن شخصا فحكم بصحة إجازة القبض و الإقباض و جريان الفضولي فيهما و بينما يكون كليًا في الذمه و أنّما تعينه و تشخصه ليس الا بقبض الفضولي فقط و ذلك لأنّ مرجع اجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهده المشتري و مرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضى فيترتب عليه ح جميع الآثار المترتبة على المبيع و يتم ذلك بالإجازة الصريحه أو الاقتضائه في الثمن أو المثلن الشخصيين.

و أما الكليّ منهما فليس لنا دليل على جريان الفضوليه فيهما لعدم تعين الكليّ بأخذ الفضولي حتى يتعلق به اجازة المالك المجيز و يرجع الى إسقاط الثمن عن عهده المشتري و الى حصول المبيع في يد المشتري.

و لكن الظاهر أنّه لا فرق بين كون الثمن أو المثلن شخصيًا أو

كليًا في الذمه و ان صحَّ تعلق الإجازة بالقبض أو الإقباض بالدلالة الصريحة أو غير الصريحة فصحَّ في كليهما و الا فلا، و الظاهر هو الأول لا من جهة ما ذكره المصنف من أنّ مرجع اجازة القبض إلى إسقاط الضمان عن عهده المشتري فإنه إنما يتم إذا قلنا بأنّ ضمان المشتري الثمن بحسب القاعده و أنه بمقتضى الشرط الضمني اذن فاجازه البائع قبض الفضولى الثمن إسقاط لذلك الشرط الضمنى.

و اما إذا قلنا بأنّه من باب التعيّد الثابت بمقتضى كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه و أنّما أجروا ذلك فى الثمن لأجل حمل المبيع على المثال فإنّ من البعيد ان يختلف حكم المثلث مع الثمن فى بيع واحد و ح فيمكن منع شمول ذلك لقبض الفضولى فإنّ معنى كون تلف المبيع من مال البائع أنّه ليس ضمانه عليه و لزوم خروجه عن عهده بل معناه فساد البيع و كون تلف المبيع من ماله و عدم حصول النقل و الانتقال به و لذا نقول أنّ الحكم يسرى الى الثمن أيضا و لهذا لا يمكن فى حق الفضولى حتى مع تصريح المالك به لكونه مختصا بالمالك بمقتضى التعبد كما هو واضح بل جواز تعلق الإجازة بالقبض من جهة التوكيل و ذلك لأنّ الإجازة مثل الوكالة فكذا يصحّ التوكيل فى القبض و كذلك يصحّ أجازته.

و أوضح من ذلك ان الافعال على قسمين قسم يصحّ تعلق النيا به و الوكالة بها و قسم لا يصحّ فالأول كالعقود و الإيقاعات و أمثالهما فإنه يصحّ التوكيل و النيا به فيهما و الثانى كالأكل و النوم و القيام و الجلوس و أمثالهما من سائر الأفعال التكوينية فإنهما مما لا يصح ان يتعلق بها النيا به و الوكالة.

و القبض من قبيل الأول فإنه ممّا يقبل النيابة و الوكّاله فيقبل الإجازة أيضا لأنّ الإجازة عين الوكّاله غايه الأمر أنّ الوكّاله من الأول و الإجازة ليس من الأول و أنّما تقع على الفعل الواقع.

بل على ذلك السيره العقلايه فإنّه لم يشك أحد في أنّه لو استقرض شخص من الآخر ديناً فاستوفى أخ الدائن ذلك الدين من المديون لصح ذلك لو أجازة الدائن.

اذن فلا وجه لتوهم أنّ القبض من الأمور التكوينيّه فلا تنقلب بالإجازة عن واقعها فان عدم الانقلاب انما يجرى في الآثار الماضيه دون الآثار الباقيه كما لا وجه للفرق بين كون الثمن أو المثلث كليا أو شخصيا.

ثم أنّ ما ذكرنا من عدم الملازمه بين اجازة البيع و اجازة القبض فيما لم يكن القبض مأخوذا في صحه البيع كبيع الصرف و السلم و الهبه و الا-فإجازتها ملازم لإجازة القبض صوتا لكلامه عن اللغويه و كذلك فيما إذا صرّح بإجازة القبض عند اجازة البيع و هذا كباب الصرف و السلم و الوقف و الهبه فإنّ اجازة القبض فيها اجازة للعقد أيضا فإنّ من الواضح أنّه لا يشترط المباشرة في القبض فيما يكون القبض شرطا لصحه المعامله بل المناط استناد القبض الى المالك و لو كان بقبض و كيله و لو عامل شخص كبير بيع الصرف و أمر بخادمه القبض لصدق القبض بالنسبه اليه و هذا كله إذا كان المجيز عالما بالملازمه و اما مع الجهل فلا ملازمه أيضا لعدم تماميه دلالة الاقتضاء ح ثم أنّ التقابض في المجلس ليس معناه ان يكون المتبايعين في مجلس واحد عرفي بل معناه ان يكون التقابض في مكان العقد و لو كان بينهما بعد كما

تقدم ذلك في ثبوت خيار المجلس.

بقى الكلام في أنه هل يجرى نزاع الكشف و النقل في القبض و الإقباض أولاً، الظاهر أنه لا يجرى لأنهما ليسا مثل البيع و سائر العقود يمكن تعلق الإجازة بوجودها المتقدم فإن الإجازة من الأمور التعليقيه و الأوصاف الحقيقيه ذات الإضافه يصح ان تعلق بالأمر الماضيه كما يصح ان تعلق بالأمر الحاليه و المستقبليه.

و هي مع احتوائها بالحقيقيه الكذائيه مأخوذه في العقود جزء أو شرطاً.

اذن فيصح ان تعلق بالعقود الفضوليه من حين صدور العقد فيحكمه بتأثيره في النقل من ذلك الزمان و من هنا ذكرنا انه لا بعد في بيع مال في الحال قبل يوم أو شهر أو سنه غايه الأمر أنه خلاف بناء العقلاء و منصرف عن مفاد العمومات في الاصيلين و لكن لا مانع من شمولها على العقود الفضوليه و جعلها صحيحه و مستنده الى المالك بالإجازة حين الإجازة من الأول كما عرفت و هذا بخلاف القبض فإنه أمر تكويني غير تعلقى فلا يمكن ان يستند الى المالك بالإجازة من حين تحققه بل يستند اليه من حين الإجازة لأن ما تحقق بتمام حقيقيه في الخارج و صار فعلى الوجود من جميع الجهات لا ينقلب عما هو عليه و لا يستند الى غير فاعله من حين صدوره لانه لم يؤخذ شيء في حقيقته من الأمور التعليقيه حتى يمكن تعلقه بالأمر المتقدم و يوجب استناده من بدو صدوره الى غير فاعله بالإجازة، اذن فلا معنى للقول بالكشف في إجازة القبض و الإقباض و إنما يكونان مستندين الى المجيز من حين الإجازة و عنده يكون قبضا للمجيز فقها يثبت

ص: ٢٢٦

النقل و لا يمكن المناص عنه نعم لو دل الدليل على صحه تعلق الإجازة بالقبض المتقدم فلا مانع من ذلك فان المانع عنه ليس فى مقام الثبوت بل من جهه عدم وجود المقتضى و الدليل عليه فى مقام الإثبات.

قوله

السادس الإجازة ليست على الفور للعمومات.

أقول: ان الإجازة فى العقد الفضولى ليست على الفور للعمومات و صحيحه محمد بن قيس بل فيها شهادة على جواز الإجازة بعد الكراهه و هذا ممّا لا شبهه فيه.

و أنّما الكلام فى انه إذا لم يجز العقد و تضرّ الأصيل بتأخيره الإجازة بناء على عدم جواز تصرفه فيما انتقل اليه و فيما انتقل عنه على القول بالكشف.

فهل للأصيل فسخ العقد الفضولى أو إجبار المالك المجيز بالإجازة أو الرّد أولاً شىء عليه بل لا بد و ان يتحمل بالضرر لإقدامه عليه بنفسه و قد قوّى المصنف الأول و لكن الظاهر أنّه على القول بالكشف و شمول العمومات عليه لا يتمّ فى جميع الموارد فإنّ النكاح ممّا لم يثبت فيه الخيار لينجبر بالضرر بالخيار إلا فى الموارد المنصوصه و كذلك لا يمكن الإجبار فى جميع الموارد كما إذا كان مالك العقد ممن لا- يمكن إجباره امّا لعلو سطوته أو لعدم وصول اليد اليه و قد نقل أنّ امرأه زوجت نفسها للحججه المنتظر عليه و على آباءه آلاف التحيه و الثناء و بقيت على ذلك العقد لتقليدها ممّن يرى لزوم العقد الفضولى من ظرف الأصيل.

و الظاهر أنّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الرّد و

ص: ٢٢٧

لا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أما الأول فلعدم الدليل عليه مضافا الى تسلط الناس على أموالهم عقلا و شرعا فلهم ان يفعل فيه ما يشاء فإن الإجازة كما تقدم ليس الا مثل البيع فكما ان المالك له تمام الاختيار فى بيع ماله و عدمه و ليس لأحد أن يجبره على ذلك و هكذا الإجازة و تضرر الآخر من عدم اجازة المالك أو ردّه لا يجوز الإيجاب بعد ما كان هو نفسه مقدما على الضرر.

و اما ثبوت الخيار فهو أيضا لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد و ليس فى البين الا تضرر مالك الأصيل لينفى لزوم العقد بدليل نفي الضرر و فيه أنّ الضرر على تقدير تسليم كونه مدركا لثبوت الخيار أنّما يكون فى مورد يكون حادثا لا موجودا من الأول فإنّ إقدام الأصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الأول غايه الأمر يختلف ذلك قله و كثره بحسب طول الزمان و قصره و هذا لا يوجب الفرق بينهما و الحق أنّه لا مناص من القول باللزوم بناء على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف و لعل عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدل على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف بل من حين الإجازة غايه الأمر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين فإنّ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ قد أسند ذلك العقد الى المالك المجيز بالإجازة و العجب من شيخنا الأستاذ كيف رضى القول باللزوم للأصيل حتى على القول بالنقل و قد تقدم ما فيه.

قوله

السابع هل يعتبر فى صحه الإجازة مطابقتها للعقد

الواقع عموما أو خصوصا أم لا.

ص: ٢٢٨

أقول: تارة تكون الإجازة مطابقة للعقد الواقع فضولا بحيث يكون المجاز عين ما صدر من الفضولين و قد تقدم الكلام فى ذلك مفصلا مع الاختلاف فيه بالكشف و النقل.

و اخرى لا- يكون العقد المجاز مطابقا للعقد الفضولى بل يباينه كما إذا وقع العقد الفضولى مثلا على الدار و تعلقت اجازة المالك الإجازة على البستان فهذا باطل بلا إشكال لأن ما وقع عليه العقد غير ما تعلقت به الإجازة فالعقد الفضولى لم تتعلق به الإجازة و ما أجزى لم يقع عليه العقد.

و ثالثه يكون المجاز مغايرا للعقد الفضولى لا مغايره مباينه بل بالإطلاق و التقييد أو بالكلية و الجزئية كما إذا وقع العقد الفضولى على مالين لشخصين أو لشخص واحد فأجاز أحدهما دون الآخر أو أجاز البيع فى أحد المالكين دون الآخر فإن المجاز مغاير لما وقع عليه العقد بالكلية و الجزئية و كما إذا وقع العقد على الدار مثلا مقارنا مع الشرط فأجاز المالك بدونه فيكون المجاز مغايرا كما وقع عليه العقد الفضولى بالإطلاق و التقييد.

و هل يصحّ العقد الفضولى مع هذا الاختلاف بين المجاز و ما وقع عليه العقد أم لا يصحّ و قد فصل المصنف و قال فلو أوقع العقد على صفقه فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقه بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر البعض يجيز بالخيار و لو أوقع العقد على شرط بإجازة المالك مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز و ما افاده هو المتعين أما صحته عند الاختلاف بالجزئية و الكلّيه كما عليه الأستاذ فلأنّ البيع الواحد الواقع على شيئين أو أشياء أنّما ينحل الى

بيوع عديده فكما يجوز بيع واحد منها على انفراده ابتداء فكذلك يجوز اجازة البيع فى واحد منها دون الآخر لأنك قد عرفت ان الإجازة المتأخره من المالك ليست الا- كالبيع الابتدائى فكما له بيع ماله على النحو الذى يريد ابتداء مباشره أو توكيلا فكذلك له اجازة بيع الفضولى المتعلق بماله على ما يريد غايه الأمر ان فى البيع الابتدائى يوجد العقد مع الاذن و فى الإجازة المتأخره حصل موضوع الإجازة أعنى العقد قبلها و اما تكميل حقيقه البيع و تماميه ماهيته عند تحقق الإجازة لكونها من مقوماتها و اجزائها.

و أما تضرر المالك بتبعض الصفقه فينجر بالخيار الثابت بشرط ضمن العقد فكأن المشتري يشترط على البائع ان لا يكون المبيع متبعضا و الا- فليس المشتري ملزما بقيامه على التزامه و بالجمله لا نعرف وجهها لبطلان البيع فى هذه الصوره بل جرى على هذا المنهج- كلمات الفقهاء فى بيع ما يملك و ما لا يملك أو ما يملك و ما لا يملك حيث ان البيع يصح فى ما له و يبطل فى الآخر كما يصح فى ما يملك و يبطل فى الآخر كما إذا وقع العقد على الشاه مع الخنزير بل الأمر كذلك فى بيع شىء واحد كما إذا باع دارا فضوله فأجاز المالك البيع فى نصفه دون النصف الآخر لكونه لشخص آخر و السير فى ذلك هو ما أشرنا إليه من انحلال العقد الواحد الى عقود متعدده كالعوموم- الاستغراقى لا كالعوموم المجموعى و كون الإجازة مثل البيع.

و أما إذا اختلف المجاز مع ما وقع من حيث الإطلاق و التقييد و العموم و الخصوص فالذى ينبغى ان يقال ان الشرط تاره يقع فى ضمن العقد و اخرى فى ضمن الإجازة و على الأول فتاره يكون للمالك

على الأصيل و اخرى للأصيل على المالك.فلو كان للمالك على الأصيل و أجاز المالك العقد بلا شرط فلا شبهه في صحه الإجازة و صحه استناد البيع اليه و تحقّق حقيقته في وعائه فإنّ المالك مسلّط على ماله و كلّما يرجع إليه أمره فله إسقاط ما يريد إذا كان موجودا في ذمّه أشخاص آخرين مثلا- إذا باع الفضولي ثوب أحد و اشترط في ضمن العقد ان يخيّط الأصيل ثوبا للمالك فأجاز المالك بدون الشرط فيصح ذلك لكون الشرط له فله إسقاطه.

و بعبارة اخرى: أنّ اجازة المالك التزام الفضولي بأصل المعاوضة و عدم أجازته التزامه بالشرط على نفس الأصيل تجاوز عن حقّه الذى التزم به الأصيل على نفسه فلا- وجه لتوهم البطلان الأمن جهه التعليق فهو أيضا منفي كما سيأتى و اما لو كان من الأصيل على المالك الفضولى فأجازة بلا شرط فقد حكم العلامة الأنصارى(ره) بالبطلان و شيخنا الأستاذ بالصحة مع ثبوت الخيار للأصيل و أفاد في وجه ذلك بأنّ المقام نظير تعذر الشرط الواقع بين الإيجاب و القبول الذى يكون ضميمه لأحد العوضين فكما أنّ تعذره لا يوجب بطلان العقد بل غايته ثبوت الخيار للمشروط له فكذلك المقام فإنّه و ان لم يتعدّ خارجا الا أنّ امتناع المجيز و عدم قبوله الشرط بمنزلة التعذر و لا وجه لبطلان العقد الا على القول بالتقييد و الإناطة و الحق عدمه و لذا نقول بأنّ الشرط الفاسد غير مفسد للعقد إلا إذا صار موجبا لاختلاف أحد أركانه، فنقول لا شبهه أنّ الشرط و المشروط إذا كانا من قبيل المعلق و المعلق عليه كالشرط و المشروط التكوينيّين فلا شبهه في بطلان المشروط عند انتفاء الشرط أمّا نفسه أو لعدم حصول المعلق عليه كما

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

و الذى ينبغى ان يقال أن معنى جعل الشرط فى العقود عبارته أخرى عن جعل الخيار فيها و صيروره العقد خياريا نظير جعل الخيار فيها ابتداء و ذلك فإنّ البائع مثلا إذا اشترط فى ضمن البيع على المشتري شيئا أو اشترط المشتري عليه شيئا و ليس معنى ذلك هو التعليق ليستلزم انتفاء الشرط البطلان و لا أنّهما من قبيل الأمرين المنضم أحدهما بالآخر ليخرج عن معنى الشرطيه بل معناه ان البائع إنما باع متاعه و التزم به مطلقا من غير إيقافه على شىء آخر فأصل الالتزام البيعى غير معلق على شىء و غير متوقف على الشرط ليلزم البطلان من جهة التعليق لاستلزام انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه و لكن اشترط على المشتري مثلا كون وقوفه على هذا الالتزام و قيامه عليه متوقفا على الشرط الفلانى على المشتري بحيث لو و فى المشتري

بذلك الشرط فللبائع أيضا ان يقف على التزامه البيعى و الا فلا فكما ان جعل الخيار فيه اى فى الالتزام البيعى صحيح فكذلك جعل الشرط بهذا المعنى و من هنا نقول ان تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد و انما يوجب الخيار لا يجب للمشروط عليه الالتزام بشرطه وجوبا تكليفيا و ليس للمشروط له إجباره على ذلك فان التزمه بالشرط لا يزيد عن الوعد فكما ان الوفاء به ليس واجبا تكليفيا بل هو أمر أخلاقي فكذلك الالتزام الشرطى فإنه لا يجب الوفاء به و على هذا فما ذكره شيخنا الأستاذ من ان المقام نظير تعذر الشرط فكما أنه لا يوجب بطلان العقد و هكذا عدم الوفاء بالشرط و كذلك فى المقام إذا أجاز المالك العقد بدون الشرط الذى وقع عليه من الفضولى و ليس نقص فى ذلك المبنى و لكن البناء ليس بصحيح.

و توضيح ذلك ان العقد تاره يطلق و يراد منه اسم المصدر أى الملتزم به الحاصل من الالتزام و الاعتبار النفسانى و اخرى يطلق على نفس الالتزام العقدى أى المعنى المصدرى.

اما الأول: فهو مطلق و غير مقيد بشىء و لا متوقف عليه فإنه بعد تحقق ما يؤثر فيه لا معنى لوقوفه على شىء بل ان حصل ما يؤثر فيه فيحصل و الا فلا، فلا يعقل توقفه على شىء بعد حصوله و الا يلزم من وجوده عدمه.

و اما الثانى: فهو تاره يوجد من المتعاقدين غير مقيد بشىء كما إذا كان العقد غير خيارى بشرط و غير مقيد بشىء و اخرى يكون مشروطا بشرط كما إذا كان فى العقد شرط و اشتراط ففى هنا و ان قلنا ان الشرط يرجع الى كون الوقوف على الالتزام البيعى و الثبوت

عليه متوقفا على الشرط و تحققه أصل الالتزام مقيّد بالشرط في مقام الإنشاء فإن الإهمال فيه لا يعقل بل هو اما مطلق أو مقيّد فحيث أنّه ليس بمطلق لوجود الشرط فيه فيثبت التقييد فالالتزام حين تحققه تحقق مقيدا و على هذا فلو أجاز المالك ذلك بدون الشرط و مطلقا فيكون ذلك غير ما وقع فما وقع لم تقع عليه الإجازة و ما وقعت عليه الإجازة غير ما وقع فيكون العقد فاسدا لعدم وقوع الإجازة عليه.

إذا فما ذكره المصنف صحيح و ان كان ما ذكره شيخنا الأستاذ من حيث المبنى أيضا صحيحا الا أنّ ما بنى عليه غير صحيح لأنّ ما نحن فيه ليس من قبيل تعذر الشرط كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ الإجازة من حيث نسبه العقد الى المجيز كالقبول فكما انه لو وقع الاختلاف بين الإيجاب و القبول بالإطلاق و التقييد يبطل العقد كما إذا قال البائع بعث الدار بثمن كذا على ان تخط لي ثوبا و قال المشتري قبلت بدون ذلك الشرط و هكذا في الإجازة فإنّ الإجازة و ان كانت بعد تمامية العقد إيجابا و قبولا و ليست مثل القبول من جميع الجهات و الا لكان العقد الفضولي باطلا- بالفصل بين العقد و الإجازة و لكن الإجازة مثل القبول من حيث استناد العقد الى نفسه كما أنّ القبول يوجب استناد الإيجاب إلى نفسه و الأمر كذلك حتى لو كان المتعاقدان هما الاصيلان فكيف بالفضولي.

و بالجمله العقد الواقع فضوله على وجه خاص لا بدّ و ان تقع عليه الإجازة على ذلك الوجه و الا لحصل التخلف بين المجاز و العقد فيحكم بالبطلان.

لا يتوهم أنّ تقييد العقد على النحو الذى قلمت عين التعليق فيكون باطلاً أما لعدم حصول المعلق عليه أو لبطلان التعليق فى نفسه.

فإنّه توهم فاسد إذ معنى التعليق أنّ أصل الالتزام العقدي متوقف على الشرط و هو على تقدير حصول الشرط و الا فلا التزام و هذا بخلاف التقييد المذكور فإنّ أصل الالتزام على ما ذكرنا غير متوقف من حيث الوجود على الشرط بحيث يلزم من وجود الشرط وجود-المشروط و من عدمه عدمه كما هو معنى التعليق بل استمرار ذلك الالتزام و الوقوف عليه مقيد بالشرط و هذا معنى ثبوت الخيار.

لا يقال أنّه ائى فرق بين عدم الوفاء بالشرط الموجب للخيار و بين عدم الإجازة الموجب للبطلان.

قلت: فرق واضح بين الأمرين حيث العقد قد تحقق على الأول و لكن لم يحصل شرط لزومه و الدوام و الثبات عليه و هذا بخلاف الثانى فإنّ المميز لم يقبل العقد فيكون باطلاً نظير عدم قبول القابل بما أنشأه الموجب كما تقدم فافهم و تأمل.

و توضيح المقام أنّه هل يعتبر مطابقه الإجازة للعقد أم لا و على تقدير الاعتبار هل يفرق بين ان يكون من المالك الأصيل و بين العكس و بين الصور الأخرى أم لا و تفصيل ذلك ان الإجازة تاره تكون مطابقه للعقد و هذا لا شبهه فى صحته كما تقدم تفصيله من الاختلاف فيه بين القول بالكشف أو النقل.

و اخرى تباينه مباينه تامه كما إذا باع الفضولى الدار فأجاز المالك بيع البستان أو باع الفضولى دار الصغير و أجاز المالك دار

الكبير و هذا لا شبهه فى بطلانه لأن الإجازة لم تقع على الواقع بل الواقع لم يجر و ما أجز لم يقع فيحكم بالبطلان.

و ثالثه تكون الإجازة مخالفه للعقد الواقع من جهه و موافقه له من جهه أخرى كالاختلاف بالكل و الجزء و العام و الخاص و المطلق و المقيد، اما الأول كما إذا وقع العقد الفضولى على المركب المجموع و الكله بأن باع الفضولى دارين أو فرسين لزيد أو أحدهما لزيد و الآخر لعمر و فأجاز المجيز أحدهما دون الآخر، و اما الثانى كما إذا باع الفضولى دار أحد بشرط و أجاز المالك المجيز بلا شرط سواء كان من المالك الأصيل أو العكس.

أما الأول: فلا شبهه فى صحته غايه الأمر انه يثبت للمشتري خيار تبعض الصفقه و ذلك لان البيع ح انما يكون منحللا الى بيوع متعدده غايه الأمر يكون كل فيها مشروطا بالآخر فالمجيز بإجازته يقبل الالتزام على النحو الذى وقع و يرد التزامه على التزام البائع طابقا النعل بالنعل و لكن بدون الشرط و الخيار اذن فيصح قبول أحد البيوع فيثبت للمشتري الخيار و هذا واضح.

و اما الثانى: فلا بد فى بيانه من تقديم مقدمه فهى أنه لم نعقل الى الآن معنى للشروط الا جعل الخيار و توضيح ذلك ان الشرط له اطلاقان.

الأول ان يطلق على الملتزم به اعنى ما تعلق به الالتزام كما هو المعروف كما إذا باع العبد على ان يكون كاتباً فان كتابه متعلق الالتزام الشرطى و يكون ملتزماً به و اخرى يطلق على نفس الالتزام.

اما الأول فلا شبهه فى عدم كون العقد معلقاً عليه و مقيداً به بان يقول بعثك العبد على ان يكون كاتباً و الا فلا أبيع بحيث

يكون أصل البيع متوقفا على وجود الملتزم به و مع عدمه فلا بيع أصلا فهذا لا شبهه في بطلانه اما مطلقا كما هو الظاهر لبطلانه في العقود و اما مع عدم تحقق الملتزم به على تقدير الغض من الأول بل معناه أنّ الالتزام الذى ورد على ذلك الملتزم به معلق عليه بحيث لم يكن كاتبا لا يجب للمشروط له الوقوف على التزامه بل له ان يفسخ و له ان يبقى عليه و ليس هذا الا كون العقد خياريا مثلا لو باع زيد داره من عمرو بشرط ان يخيظ عمرو له ثوبا فقبل عمرو ذلك و لكن لم يعمل بالشرط فلا يجب لزيد ان يقف على التزامه لانه كان مقيدا بالخياطة فلم يحصل فيكون له الخيار و هكذا في جميع الموارد فيكون البيع صحيحا للعمومات.

و اما الثانى فلا شبهه في كونه قييدا للعقد فإنه لو باع احد داره بشرط كذا أو على ان يكون له الخيار فإن بيعه هذا و ان لم يكن مقيدا بالملتزم به بحيث يلزم التعليق كما تقدم و لكنه مقيد بالالتزام الشرطى فالبايع من الأول باع بيعا مقيدا و أورد التزامه على البيع الخاص فيكون الموجود من الأول حين وجوده البيع الخيارى دون- البيع الغير الخيارى و ح فلو قبل القابل البيع بدون ذلك الالتزام الشرطى فلم يقبل ما أنشأه البائع و لم يرد التزامه على التزام البائع فيكون باطلا و بالجمله ان الشروط باعتبار الملتزم به لا تكون مقيدة للبيع مثلا بل البيع بالنسبة إليها مطلق و انما هي قيد للالتزام و الثبات على العقد، و اما باعتبار نفس الالتزام قيد للبيع فيوجب التقييد إذا لو لم يقبل المشتري ما أوجده البائع من العقد المقيد بالتزام خاص بأى نحو كان ذلك الالتزام فيكون باطلا من الأول لأن ما أوجده

البائع لم يقع عليه القبول و ما وقع عليه القبول لم ينشأ فيكون باطلا.

إذا عرفت ذلك فنقول ان الشرط تاره يكون من المالك الأصلي بأن باع الفضولي دار زيد فضوله من عمرو فاشترط عليه ان يخطط ثوب عمرو فأجاز العمر و بدون ذلك الشرط و هذا لا إشكال في صحته لأن المالك قد تجاوز عن حقه و أسقطه من الأصلي و العفو و التجاوز عن الحق لا يوجب البطلان.

و بعبارة اخرى: إن الالتزام البيعى و ان كان مطلقا و قد قبله المالك بإجازته على هذا النحو و ورد الالتزام من المالك المجيز بإجازته على التزام الفضولى و لكن أسقطه بعد قبوله غايه الأمر أن ذلك انى و تقديرى لا أن الاسقاط قبل القبول أو أن المالك لم يجز التزامه بل شيئا آخر و الا يلزم المحذور.

و اما إذا كان من الأصلي على المالك فأجاز العقد خاليا عن الشرط فتكون الإجازة باطله و ذلك لعدم التزامه على ما ورد به التزام الفضولى مع الأصلي فإنّ التزامهما مقيد و التزام المجيز مطلق فما وقع لم تتعلق به الإجازة و ما وقعت به الإجازة لم يقع فتكون الإجازة لغوا فلا- يكون العقد مشمولا للعمومات إلا إذا انضم إليه إجازة أخرى على طبق ما وقع بحيث يكون الالتزامين متواردين على مورد واحد.

كيف فلو لم يطابق الالتزامين فى الاصيلين بان باع أحدهما متاعا مع شرط و خيار كما هو المرسوم كثيرا خصوصا فى الدالين و قبل الآخر بدون ذلك الشرط فإنه ح لا ينعقد البيع بل يحكم ببطلانه فإنّ ما أنشأه البائع غير ما قبله المشتري فالمنشأ لم يقبل و ما قبل لم ينشأ

فإذا لم يتم ذلك في الاصيلين فكيف في الفضولى و لا شبهه ان- الإجازة مثل القبول من حيث كونه موجبا لاستناد العقد الى المجيز كما ان القبول يوجب استناد الإيجاب إلى القابل.

و من هنا ظهر ان ما جعله شيخنا الأستاذ المقام من صغريات تعذر الشرط ليس بتمام حيث ان في صورته تعذر الشرط سواء كان التعذر خارجيا أو عقليا قد توارد الالتزامين من البائع و المشتري على مورد واحد و لكن الشرط قد تعذر فهذا غير ورود الالتزامين بمورد واحد مثلا لو باع احد داره و اشترط على المشتري ان يحج عنه فقد تعذر ذلك الشرط عقلا لكونه مريضا لا يقدر على المشى أو هرما أو مات و هكذا فان هذا و نظائره لا يوجب بطلان البيع فإن المشتري قد التزم على ما التزم به البائع و لكن قد أوجب التعذر العقلى عدم وفائه بالشرط فيكون البائع مخيرا فى الفسخ أو الرضايه حتى يتمكن المشتري من ذلك و اما التعذر الشرعى كالشروط المخالفه للكتاب و السنه فكما إذا باع متاعا و اشترط فى ضمنه ان يعطيه المشتري مقدار من الخمر فقبله المشتري و هذا أيضا ليس نظير ما نحن فيه إذا المشتري أيضا قبل التزم البائع على النحو الذى التزم و توارد الالتزامين على مورد واحد و لكن المنع الشرعى أوجب التعذر و المنع فلا- اشكال فيه أيضا من هذه الجهة و اما من جهة كون فساد الشرط موجبا لفساد العقد أو أنه مثل التعذر العقلى يوجب الخيار أولا يوجب شيئا فهو أمر آخر و سيأتى فى محله.

لا يقال ما الفرق بين عدم مطابقه الإجازة مع العقد فى بيع المجموع المركب و بين عدم مطابقه فى صورته الاشتراط فأما لا بد من

القول ببطلان الإجازة فيهما أو عدمه كذلك فلا وجه للفرق بينهما كما لا يخفى.

أقول الفرق بينهما بديهي وقد ظهر ممّا ذكرنا وملخصه أنّ في صورته اختلاف الإجازة مع العقد بالجزئية والكليه أنّ المجيز قد أجاز البيع على النحو الذي وقع وهذا بخلاف صورته الاختلاف بالإطلاق والتقيد بيان ذلك انه إذا باع فرسين من عمرو فضوله لمالك واحد أو لمالكين ففي الحقيقة أنّ هنا بيعان كليهما خيارى فإنّ كلا من -الفرسين بيع منضمّا الى الآخر وبهذا الشرط فإذا أجاز المجيز أحدهما دون الآخر فليس معناه أنّ المجيز أجاز البيع الغير الخيارى بل أجاز البيع الخيارى ولذا لو سئل لأجاب هكذا فح يثبت للبائع الخيار ولا يلزم ورود الإجازة بما لم يقع وكون ما وقع خاليا عن الإجازة وهذا معنى خيار تبعض الصفقة وهذا بخلاف صورته عدم المطابقة في الشرط فإن الإجازة لم تقع على العقد كما عرفت.

و بعبارة اخرى: أنّ صورته عدم المطابقة بالجزئية والكليه نظير وقوع بيعين أو بيوع خيارى فقبل المشتري أحدهما دون الآخر فهل يتوهم احد أنّ ذلك موجب لبطلان البيع أو عدم ورود الإيجاب والقبول بمورد واحد وكذلك ما نحن فيه وهذا أمر واضح في الاصيلين وغيرهما وبذلك يبتنى خيار تبعض الصفقة.

فتحصل عدم بطلان الإجازة في صورته عدم المطابقة بالجزئية والكليه دون عدم المطابقة بالإطلاق والتقيد مع كون الشرط من الأصيل على المالك ومن هنا ظهر أنّه لا وجه لإدراج صورته عدم -المطابقة بالجزئية والكليه تحت العقد في تعدّد الشرط و جعل

الاختلاف بالجزئية والكليه والإطلاق والتقييد وتعذر الشرط كلها من واد واحد.

ثم لو كان الشرط عند الإجازة و خارجا عن العقد و هذا أيضا تاره يكون من المالك على الأصيل و اخرى من الأصيل على المالك و اما لو كان من المالك على الأصيل بأن باع الفضولى داره من الأصيل خمسين ديناراً و اجازة المالك مع اشتراط سكنى سنه فى تلك الدار فذكر المصنف و جوها فى ذلك الأول القول بالصحة و الثانى الصحة لو اجازة الأصيل و الثالث البطلان بمعنى أنّ العقد الفضولى لا يمكن الحكم بصحته بهذه الإجازة لأن ما وقع عليه العقد لم يجر و ما أجز غير الواقع فتكون تلك الإجازة باطله و لا توجب استناد العقد الى المالك بل لا بدّ فى ذلك من اجازة اخرى لتوجب الاستناد و لكن الحق هو الثانى أنّه و ان قلنا بعدم لزوم الوفاء بالشرط الابتدائيه اما من جهة الإجمال كما ذكره بعضهم و اما من جهة اقتضاء لفظ الشرط ذلك المعنى لكونه ربطا بين الشئ و شئ آخر فما لم يرتبط أحدهما بالآخر لا يطلق عليه الشرط و من هنا قال فى القاموس ان الشريط يطلق عليه ذلك باعتبار ربطه أحد الشئين بالآخر و هذا ظاهر نعم هو داخل بالوعد و من قال بوجوب الوفاء بالوعد فله ان يحكم به هنا أيضا و لكن لا- دليل عليه و أنّما هو خلاف الأخلاق و لكن ما نحن فيه ليس كذلك فإنّه يكون ذلك الشرط بالإجازة شرطا فى ضمن العقد و التراما فى الترام.

بيان ذلك أنّ الإجازة كما تقدم مثل القبول فى استناد العقد الى المالك فلو باع احد متاعه من زيد منجزا و مطلقا من دون اشتراط

ص: ٢٤١

من الطرفين على الآخر و لكن قبله القابل مع الشرط فتحليله ان الالتزام بالقبول على تقدير تحقق الشرط و حصوله و الا فلا يلتزم- بالإيجاب. و بعبارة أخرى: يلتزم بقبول الإيجاب و نسبته الى نفسه على ان يكون له على الموجب ذلك الشرط و الا فلا يلتزم و ح لو لم يرض الموجب بهذا المشروط يبطل الإيجاب و القبول لعدم ورودهما على مورد واحد و عدم ارتباط أحدهما بالآخر فيكونان باطلين و اما إذا رضى الموجب على ذلك فيصح بلا شبهه لعدم القصور من شمول المؤمنون عند شروطهم عليه و أنما الخارج منه بالإجماع أو باقتضاء لفظ الشرط هو الشروط الابتدائية و اما غيرها فلا.

غايه الأمر لم يكن ذلك الشرط المذكورا عند الإيجاب و موجودا وقته و تأخر الموجب في ذلك عن القابل و لا دليل لنا على وجوب ذكر الشروط في الإيجاب بل المناطق في لزومها و عدم شمول دليل وجوب الوفاء عليه و عدمه و هذا في غايه الوضوح فأمر الإجازة أمر القبول كما تقدم و أما لو كان من الأصيل على المالك بأن أجاز المالك مع شرط للأصيل على نفسه و هذا لا شبهه في صحته بالدلالة الالتزامية الفحوائيه فإنّ المالك قد أجاز البيع الذي كان الأصيل ملتزما به مع اضافته شرط عليه على نفسه و قد كان الأصيل ملتزما بالبيع مطلقا و بدون الشرط فبالأولويه نكشف التزامه بالبيع مع هذا الشرط الذي مرجعه الى جعل الخيار و قد تقدم نظير ذلك في روايه البارقي و قلنا أنّ رسول الله ص و ان كان قد وكله بشراء الشاه بدينارين الا أنّه بالأولويه قد وكله في شرائها بدينار أيضا فيكون شرائه الشاه بدينار

من جهة التوكيل فتكون الروايه خارجة عن الفضوليّه فإن من وكل الغير شراء دار بخمسين ديناراً فبالأولويه راض بشرائه بعشرين هذا و اعتم.

قوله: و اما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان أمور.

اشاره

أقول:الأول ذكر انه يشترط في المجيز ان يكون حين الإجازة جائز التصرف فلا تجوز الإجازة ممن لا يجوز التصرف في حقه و هذه قضيه قياسها معها فإنك عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعيه الثابته للملاك بالنسبه إلى أموالهم نظير جواز البيع غايه الأمر أنّ جواز البيع حكم ابتدائي و الإجازة أمر متأخر و قد تحقق جزء موضوعه بفعل الفضولي فكما لا يجوز البيع لمن لا يجوز له التصرف فكذلك لا- تجوز له الإجازة لكونها بيعا حقيقه فإنّ العقد قبلها لم يكن مستند الى المالك و لم يكن يبيعه و حين الإجازة ثار بيعا له كما أنّه باع من الأول مباشره و لا يفرق في ذلك بين القول بالكشف أو النقل فإنّ هذا إنّما بعد الفراغ من صحه الإجازة و الفرض أنّ الإجازة غير صحيحه و هكذا الأمر في كل مورد لا تصح الإجازة.

و بعباره اخرى: أنّ حكم الإجازة حكم البيع الابتدائي فيشترط فيها ما يشترط في البيع و على هذا فلو باع الفضولي ما تعلق به حق الغرماء أو المرتهن فإجازة المفلس أو الراهن بنفسها لا- تؤثر فيه بوجه و الأمر الثاني: انهم ذكروا وجود مجيز حال العقد و الا فيبطل العقد الفضولي فصحته مشروطه بذلك الشرط و قد ذكروا في وجه ذلك وجهين،الأول، ما عن قواعد العلامه من أنّ صحه العقد بدونه يمتنع فإذا امتنع في زمان فيمتنع في جميع الأزمنه لعدم الفرق في

ص: ٢٤٣

الامتناع بين قله الزمان و كثرته.

الثانى بلزوم الضرر على الأصيل فإنه لو كان مثل ذلك العقد صحيحا و شمله الإطلاقات فيلزم من ذلك ضرر عظيم على الأصيل مع عدم وجود مجيز عند العقد من شأنه أن يجيز العقد لأنه لا يجوز له التصرف لا فيما انتقل عنه و لا فيما انتقل إليه فأدله نفى الضرر ينفى لزوم ذلك العقد و هذا يتصور على وجوه.

الأول: ان يكون المراد منه وجود ذات المجيز بحيث يكون عند العقد من من شأنه أن يجيز العقد مطلقا سواء كان هنا مانع عقلا أو شرعا أو لم يكن و الا فيبطل و على هذا فلا موقع لذا الشرط فى الأموال حتى عند العامه أيضا إذ ما من مال الأوله من يجوز تصديه بالتصرف بيعا أو غير بيع اما المالك أو الولي أما عندنا فلو وجود ولي الأمر صاحب العصر عجل الله فرجه فإنه الولي المطلق فأى مال لم يكن له مالك يجوز له بيعه و تصرفه فوليه هو الامام(عليه السلام) و نعم ما ذكر البيضاوى ان هذا الشرط لا موقع له عند العامه لقولهم بوجود الامام(عليه السلام) فى كل زمان و اما عند العامه فكذلك أيضا لأنهم أيضا قالوا بوجود ولي الأمر فى كل زمان غايتهم يخطئون فى تطبيقه على واقعه فذات المجيز موجود فى كل مال حين وقوع البيع عليه فضولا نعم يصح فى النكاح بناء على عدم ولايه أحد حتى الامام عليه السلام.

الثانى: ان يكون المراد منه وجود المجيز المتمكن عقلا.

الثالث: ان يكون المراد منه وجوده المتمكن منه شرعا.

و بعبارة أخرى من الأول:

ان الكلام هنا أى فى شرائط المجيز

يقع فى ضمن مسائل.

ص: ٢٤٤

الأولى: انهم ذكروا من شرائط المجيز أن يكون جائز التصرف

حال الإجازة

فلا يجوز لمن لا يجوز له ذلك و قد تقدم هذا.

المسألة الثانية: ان يكون موجودا حال العقد

و قد ذكر العلامة (ره) أنّ الممتنع في زمان ممتنع دائما و أضاف إليه الشيخ بكونه ضررا على الأصيل فإنه لا يجوز له التصرف فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و لا فيما انتقل عنه لاحتمال كونه ملكا للغير بالإجازة فلو بقى العقد الفضولي على النحو الذى وجد لكان ضررا على الأصيل.

ثمّ انّ هذا الشرط يتصور على وجوه.

الأول ان يكون المراد من اشتراط وجود مجيز حال العقد وجود

ذات المجيز

و من يكون من شأنه إجازة العقد سواء كان متمكنا عقلا- أو شرعا أو لم يكن متمكنا منهما، و هذا الشرط أنّما يتم على غير مذهب الإمامية و اما على مذهبه القائلين بوجود الإمام في كل زمان فلا يتم كما ذكره البيضاوى إذ لم يوجد عقد في العالم الا و له مجيز و من شأنه ذلك لكون الامام (عليه السلام) عندنا وليّ الأمر من جميع الجهات فيكون هذا الاشتراط لغوا محضا نعم عند غير الإمامية يمكن ذلك و كذلك- عندهم إذ لم نقل بكونه وليا في جميع الأمور حتى النكاح مثلا

الثانى

-ان يكون المراد منه كونه متمكنا من الإجازة عقلا

بان لا- يكون مانع عقلى من ذلك حال العقد كالنوم و الغياب و نحو ذلك ممّا يوجب عدم الوصول اليه حين العقد فإنه ح يحكم بفساد العقد و هذا الوجه أيضا لاحق بالأول فلا فائده في البحث عنهما فإنه يظهر حكمهما من الشق الثالث فبعد الغائه فيكونان لغوا بالأولويه مضافا الى ورود

ص: ٢٤٥

الروايات فى صحه نكاح الصغيرين مع عدم التمکن من الإجازة الفعلية عند العقد و كذلك صحیحه محمد بن قيس و روايه البارقي فهذا ان الوجهان ليسا بمهمّ و العمده هو الوجه الثالث.

الثالث: ان يكون المراد من ذلك التمکن الشرعى

بان لا يكون مانع شرعى من الإجازة حال العقد فلو باع الفضولى مال اليتيم من غير غبطه و مصلحه فيه مع حضور الولى ثم صار ذلك البيع ذا مصلحه كما إذا باع داره بخمسين مع كون قيمتها مائه و لكن صار وقت الإجازة ذا مصلحه لكونها فى شرف الخراب فلا يصح ذلك على هذا الشرط فإنّ ذات المجيز و ان كان موجودا حال العقد و له تمكّن عقلى أيضا من الإجازة عنده الا أنّ أجازته ذلك العقد لم ينفذ بل تكون باطله و لو لم يكن يجيز حال العقد فإنه منهى عن التصرف فى ماله الا بوجه حسن و هذه الإجازة تصرف و بيع بلا وجه حسن فتكون باطله و يكون العقد باطلا و لكن الظاهر عدم اعتبار ذلك و يظهر منه بطلان الوجهين الأولين و يظهر حكمه من عكس المسأله كما إذا فرضنا أنّ الفضولى باع مال اليتيم مع مصلحه فيه فإذا أراد الولى ان يجيز ذلك صار البيع غير مصلحه فى حق اليتيم و وصل اليه الخبر بترقى المال على أضعاف مقابل ما باعه الفضولى فلا شبهه فى عدم صحه إجازته و نفوذه و كون البيع باطلاً فإنّ البيع و ان كان ذا مصلحه حال العقد و لكن ليس فيه مصلحه حال الإجازة و المناط وجودها عندها لأنّ زمان الإجازة كان زمان البيع حقيقه و نقطه شمول أوفوا بالعقود عليه فحيث أنّه فى هذا الزمان غير مصلحه فى حق اليتيم فيكون باطلا و السر فى ذلك هو ما تقدم أنّ حكم الإجازة حكم البيع

الابتدائي فكما لا يصح بيع مال اليتيم بلا مصلحه ابتداء فكذلك لا يصح اجازته بيعه لكون العقد بالإجازة مستندا إلى الولي.

و بعبارة أخرى: قد نهينا عن التقرب بمال اليتيم بغير وجه حسن و اجازته الولي بيع مال اليتيم فضوله عند عدم الصلاح فيه حال الإجازة و لو كان فيه مصلحه حال العقد تقرب بغير وجه أحسن فلا تكون نافذه إذ المناط في كون البيع ذا مصلحه حال الإجازة.

و من هنا يظهر حكم ما نحن فيه إذا البيع و لو كان خاليا عن المصلحه عند العقد و لكن حالها عند الإجازة فكما يصح البيع الابتدائي عند وجود المصلحه فيه فكذلك تصح الإجازة للبيع الفضولي فإن زمان الإجازة هو زمان تحقق البيع حقيقه و زمان شمول العمومات إذا- فاشتراط كون المجيز متمكنا من الإجازة حال العقد شرعا لا موقع له بل المناط المتمكن حال الإجازة و من هنا لو كان فاقدا للتمكن الشرعي حال العقد و صار واجدا له حال الإجازة فتصح أجازته و من هنا اتضح حكم القسمين الأولين بالأولويه و كذلك اتضح انه لا يفرق هنا بين القول بالكشف و النقل كما تقدم و اما ما ذكره العلامة (ره) من أنّ الممتنع في زمان ممتنع دائما ففيه ان كان المراد من ذلك الامتناع الذاتي فالكبرى أمر مسلم كالاتماع الضدين و النقيضين و الدور و التسلسل التي مرجع كلها الى اجتماع النقيضين و من هنا يسمّى مبدء المبادئ فإنّ أمثال ذلك أنّ الشيء إذا امتنع في زمان فيكون ممتنعا دائما لأنه لا يحتمل أنّ اجتماع النقيضين يكون محالا في زمان و غير مستحيل في زمان آخر بل هو محال بذاته و لكن الصغرى ليس بمسلم إذ الامتناع في أمثال المقام ليس امتناعا ذاتيا فان كون الصحه

عقد الفضولي ممتنعاً ليس بذاته بل هو بالغير و من جهة عدم العله و المصلحه و ان كان المراد من الامتناع هو الامتناع الغيرى فهو مسلّم صغرى إذ عدم صحه عقد الفضولى حال العقد انما هو لأجل عدم المصلحه فيه عنده و لكن الكبرى ليس بمسلم لان الممتنع بالغير فى زمان لا- يكون ممتنعاً دائماً فيجوز ان يكون ممتنعاً فى زمان لأجل عدم علتة و ممكناً فى زمان آخر بل واجبا لوجود علتة و من هنا قال الشيخ الرئيس أنّ الممكن من ناحيه علتة أ ليس و من عدم علتة ليس و- بالجملة الامتناع الغيرى تابع لعدم علتة فكما كانت معدومه فينعدم و إذا وجدت العله يخرج المعلول من الامتناع فضلاً عن ان يكون ممتنعاً دائماً و هذا واضح جداً فلا ندرى ما ذا أراد العلامة من كلامه هذا و هو بعيد بمقاله و اما ما ذكر المصنف من كون عدم الاشتراط ضرراً على الأصيل لكونه ممنوعاً من التصرف فى ما انتقل عنه لاحتمال الإجازة و كونه مال الغير فيكون التصرف حراماً و لا فيما انتقل اليه لاحتمال عدم الإجازة و كونه أيضاً تصرفاً فى مال الغير فيكون حراماً.

و فيه أولاً- أنّ الضرر إنّما ينشأ من اللزوم اى من لزوم العقد و قد أثبتنا عدم لزومه من الأول و انما يكون لازماً بالإجازة فإذا لم يتحمل الأصيل بالضرر فله الفسخ و يجوز له التصرف بدون الفسخ مستنداً إلى أصاله عدم الإجازة فلم يشمل عليه من حين العقد أو فوّا بالعقود حتى يمنع من التصرفات.

و ثانياً تقدم من المصنف أنّه لا يجوز للأصيل أن يتصرّف فيما انتقل اليه و لا فيما انتقل عنه الى زمان الإجازة لعدم العلم بالإجازة و عدمها فإذا نقض ما ذكره هنا بما تقدم بأنه لو تضرر الأصيل إلى

زمان الإجازة فى غير المقام فبأى وجه أجبتم هناك فمثله يجب هنا أيضا من القول بجواز الفسخ أو أنه أقدم بنفسه على ذلك فليس الفسخ أو غير ذلك و بالجملة ليس للمقام خصوصيه لىوجب إنكار صحه الفضولى عند عدم وجود مجيز حال العقد و لا ينكر صحه أصل الفضولى و قد تقدم عدم تماميه الاستدلال بأدله نفى الضرر هنا فراجع.

قوله الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد.

أقول: وهذه المسألة الثالثة تتصور على ثلثة أنحاء الأول ان يكون عدم جواز التصرف من ناحيه عدم المقتضى كما إذا باع الفضولى متاعا لزيد من عمرو فلم يكن ذلك المتاع حال العقد موجودا عند عمرو و انما ملكه بين العقد و الإجازة باع شيئا لنفسه و كان لغيره ثم ملك بنفسه الثانى ان يكون عدم جواز تصرف المجيز حال العقد من جهه فقدان شرطه كما إذا باع الفضولى مال اليتيم أو السفیه أو المحجور لفلس ثم صاروا واجدين للشرائط فإنّ عدم كون المجيز ممن يجوز له التصرف حال العقد من جهه عدم تحقق شرط التصرف و الا فالمقتضى لذلك موجود و هو كونه مالكا حال العقد.

الثالث ان يكون ذلك من جهه وجود المانع

بان كان المقتضى و الشرط كلاهما موجودين و لكن يقتربان بمانع يوجب عزل المقتضى و الشرط عن التأثير و هذا كما إذا باع الفضولى مال الراهن فضولا- فإنّ الراهن مالك حقيقه و شرائط التصرف موجود فيه و لكن اقترن ذلك بمانع أوجب منعه عن التأثير و عن جواز التصرف.

فهل يحكم فى هذه الصوره بطلان البيع الفضولى أو بالصحة فللمجتز ان يجيز العقد بعد تجدد المقتضى و احتوائه الشرائط و ارتفاع

الموانع أو يفصل بينها فيحكم بالصحة في بعضها وبالبطالان في بعضها الآخر وجوه.

أما الصورة الأولى فالبحث فيها من جهات ثلاث الأولى أن لا يكون المجيز جائر التصرف حال العقد واقعا الثاني أن لا يكون المجيز جائر التصرف ظاهرا بان تم موضوع الحكم الظاهري في حقه و حكم بعدم جواز التصرف فيه.

الثالث أن يعتقد عدم جواز التصرف فقط تخيلا و توهمًا من غير أن يكون كك واقعا أو يتم في حقه الحكم الظاهري في مرحله الشك فالجامع في الجميع هو عدم كون العقد صادرا عن المالك الفعلي مع العلم به فهذه الصورة بعينها هي مسأله من باع شيئا ثم ملك فهي مسأله معروفه و سيأتى الكلام فيها و أما الصورة الثانيه فالظاهر أنه لا شبهه في صحة العقد و عدم اشتراطها بكون المجيز جائر التصرف حال العقد بل يكفي في صحته كونه جائر التصرف حال الإجازة و ذلك لان العقد انما انعقد بجميع شروطه و قيوده و تحقق حاويا لها من القصد و غيره في صحيفه الوجود خلا استناده الى من له العقد و لا بدّ و ان يستند اليه و إذا كان المجيز حين أجازته قابلا لذلك و صح ان يستند اليه ذلك العقد فما المانع من شمول العمومات عليه و الحكم بصحته فذلك حين انعقاده و ان كان غير واجد لمجيز يجوز تصرفه الا- غير شرط في صحته بل يكفينا الشك في ذلك فندفعه بالعمومات فلذلك العقد صحه تأهليته فنحكم بالصحة كما هو واضح و الذى يوضح ذلك انه لو عقد صبي أو سفيه عقدا بناء على عدم كونهما مسلوب العبارة فأجازة الولي أو أجازا بعد ارتفاع اليتيم و السفه-

و صيروره الصبى بالغا و السفية رشيدا فهل يتوهم احد بطلان ذلك العقد فمقامنا هذا من هذا القبيل.

نعم فى المجنون إذا عقد بسفه ثم أفاق و أجاز العقد لا وجه من الحكم بالصحة بعدم تمشى القصد منه على العقد فيكون باطلا من هذه الجهة و بالجملة سواء كان المتصدى بالعقد هو السفية و الصبى بنفسهما بان باعا مالهما مباشرة أم كان المتصدى لذلك شخص فضوله ثم أجازا فلا شبهه فى صحه ذلك البيع و لا يضر عدم كون المجيز حين الإجازة جائر التصرف بل يكفى كونهما واجدين للشرط حين الإجازة و ذلك لأنّ العقد تمام من جميع الجهات الا من جهة الاستناد الى من له الاستناد فقد استند اليه عند الإجازة من غير ان يكون عنه مانع بوجه.

اما الصورة الثالثة فهى اقتران بالمانع كما إذا باع الراهن أو المرتهن أو الفضولى مال الرهانه ثم أجاز الراهن بعد فك الرهن و جواز تصرفه فيه حيث انّ الرّاهن لم يكن جائر التصرف حال العقد و انما صار كك حين الإجازة فهل يصح هذا العقد أم لا أو يفصل الظاهر أنّه لا مانع من الحكم بصحة العقد هنا أيضا لما تقدّم ان للعقد تمام التأثير من سائر الجهات بأجمعها الا من جهة الاستناد فيكون مستندا الى من له العقد بإجازته إذا كانت حين كون الرّاهن جائر التصرف خصوصا إذا كان البائع هو المرتهن فإنّ تصديه بالبيع كاشف عن عدم كونه مانعا عنه فيكون كسائر البيوع الفضولية و بالجملة قد عرفت مرارا ان حكم الإجازة حكم البيع الابتدائى فكما انّ المناط فى تماميته صحه البيع من جميع الجهات فى البيع الابتدائى هو

زمان العقد فكك في البيع الفضولي هو زمان الإجازة في الشروط التي ترجع الى المالك دون العاقد و قد فصل بين بيع المرتهن الرهن فحكم بصحته و بين بيع الراهن ذلك فحكم بفساده و حاصل الفارق أنّ بيع المرتهن الرهن ليس الا كبيع الفضولي فهو تمام من جميع الجهات فيحكم بصحته بمقتضى العمومات بإجازة الراهن و هذا بخلاف الراهن فإنه و ان كان مالكا و لكن الشارع قد منع عن جواز بيعه العين المرهونه لتعلق حق الغير بها و الغى بذلك استناد المبيع اليه فيكون بيعه هذا غير مستند اليه و ان كان تمام من سائر الجهات فالبيع الغير المستند الى شخص باطل لكونه مراعى و معلقا من دون ان ينضم الى شخص فهذا ليس مثل بيع الصغير و السفية و البيع الفضولي فإنّ البيع في لجميع يستند الى المالك بالإجازة بعد البلوغ و الرشد في الأولين و الإجازة في الثالث لوالى من له العقد أعنى الولى فيتم العقد من جميع الجهات و لم يبلغ الشارع الاستناد بالكلية في أمثال تلك المذكورات و هذا بخلاف الراهن فإنه الغى استناده اليه و هو نظير تزويج الرجل بنت الأخ أو الأخت على العمه و الخاله حيث أنّ الشارع الغى استناد ذلك العقد الى الزوج من دون إذن العمه و الخاله فيكون فاسدا و بالجمله كان أساس المنع ان العقد الذى وقع له ينتسب الى المالك لإلغاء الشارع استناده اليه مع تعلق الغير بالعين و الفرض انه لم يقع هنا عقد آخر بعد انفكاك الرهن ليستند الى المالك فيكون باطلا- و لا- توجب انفكاك الرهن صحته و لا- انّ أجازته توجب الصحة لو كان العقد الواقع عليه فضوله فلا يكون ذلك العقد مشمولا للعمومات و فيه الظاهر أنّه لا فرق في الحكم

بالصحة و الاستناد بين بيع الراهن و المرتهن و غير البيوع الفضوليه و كلها قابله الاستناد الى المجيز و لها صحة تأهليه.

و ذلك فانّ اجازة المرتهن و العمه و الخاله و ان كانت دخيله فى صحة العقد و لكن توجب ذلك سقوط العقد عن الصحة التأهليه و عن قابليه الاستناد الى من له العقد بعد تماميه سائر الشرائط و اجازة من لإجازته دخل فى صحة العقد فإنه لا نر مانعا عن شمول أدله صحة العقود على ذلك بوجه غايه الأمر لا بد من ملاحظه ما يدل على دخاله إجازة الغير فى صحة العقد فبذلك المقدار نرفع اليد عن اللزوم و انما نحكم به بعد اجازة الغير و اما المقدار الزائد فلا و ليس فى الأدله الداله على دخاله إجازة الغير ما يدل على بطلان العقد بالكلية بدون اجازة المرتهن أو العمه و الخاله كما لا يخفى.

فيكون ذلك تخصيصا لأدله اللزوم من الأول نظير تخصيصها بالأدله الداله على ثبوت خيار المجلس من زمان العقد و ليس ذلك تخصيصا فى الافراد حتى يتوهم عدم إمكان التمسك بالعمومات فى مقام الشك بل تخصيص باعتبار الحالات فيقتصر فيه بالمقدار المتيقن.

و يؤيد ذلك الأخبار الواردة فى نكاح الصغيرين حيث أنّ - الصغيرين ليسا ممن يستند إليهما العقد عنده.

و كك يدل على ذلك الأدله الواردة فى صحة نكاح العبد بدون اذن المولى حيث علل بأنه لم يعص الله و انما عصى سيده ففى المقام أيضا أنّ الراهن فى بيعه هذا لم يعص الله و انما عصى المرتهن فيكون عقده و بيعه صحيحا و يتم من جميع الجهات بإجازة

المرتهن فهذا لا شبهه فيه بوجه من الوجوه كما هو واضح لا يخفى.

و يؤيد ذلك بيع الصرف و السلم حيث أنّ العقد حين وقوعه لم ينتسب الى من له البيع الى زمان القبض لا اشتراطه به و انما ينتسب بعد تحقق شرطه و هو القبض و يكون مشمولاً لافوا بالعقود و مقامنا كك فانّ العقد الصادر من الراهن لم يكن مستنداً الى الراهن حين الصدور من جهة المانع و كان باطلاً-بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و لكن بعد ارتفاع المانع يكون منتسباً الى المالك و مشمولاً للعمومات كما هو واضح و بعبارة اخرى: أنّ المقام من صغريات دوران الأمر بين التخصيص و التقييد و قد تحقق في محلّه أنّ التقييد مقدّم على التخصيص لكونه قدراً متيقناً مثلاً إذا ورد أكرم العلماء و علمنا بخروج زيد العالم عنه في اليوم الأول يقينا و لكن نشك في خروجه إلى الأبد أو في اليوم الأول فحينئذ يدور الأمر بين تقييد العام باليوم الأول و الالتزام به من جهة طرؤ حاله موجه للتقييد و بين تخصيصه و إخراج الخاص من تحته إلى الأبد فيؤخذ القدر المتيقن لانه المتيقن الخروج و تمسكك بالعام في الأزمنة الأخرى و مقامنا كذلك حيث ورد التقييد قطعاً للعمومات ببيع الراهن حين تعلق حق الرهانه بالعين الموهونه و خرج ببعه هذا عن تحت العمومات نظير خيار المجلس و لكن نشك أنّ هذا الخروج باعتبار تلك الحالة فقط اعنى حاله تعلق حق - المرتهن عليها ليكون الإخراج تقييداً أو أبدى ليكون الخروج تخصيصاً فحيث أنّ القدر المتيقن هو الأول فالمقدار الزائد منه مشكوك فلتلزم بالتقييد فتمسكك بالعمومات في المقدار الزائد و هذا واضح جداً.

و قد بقى هنا أمران الأول أنّه بعد الالتزام بصحة بيع الراهن

و عدم منع تعلّق حق المرتهن بالعين عن نفوذه و شمول العمومات عليه بعد ارتفاع حقه و انفكاك الرهن فهل لإجازه المرتهن دخاله فى صحه ذلك البيع الذى كان المالك غير جائز التصرف حين العقد و كان البيع واقعا فضوله أو أصاله من الراهن بعد فكّ الرهن باعتبار دخالتها قبل الفكّ و حين صدور العقد أم لا الظاهر عدم دخاله رضاه فى صحه ذلك العقد فإنّ عقد الراهن كان تمام الجهات و واجدا للشروط من سائر الجهات بأجمعها الا من جهه الاستناد الى المالك لمنع تعلّق حق الغير بالعين عن ذلك الاستناد و بعد زواله فيكون العقد تماما من جهه الاستناد أيضا فيشملة العمومات و بعد ذلك تعليق صحته إلى شىء آخر خلف الفرض و تحصيل للحاصل و إذا- شككنا فى دخالته فى صحه العقد فندفعه بالعمومات. الأمر الثانى و هو المهم أنّه هل هذا كسائر البيوع الفضوليه فى جريان نزاع الكشف و النقل فيه أو أنّ له امتياز عنها قولان و الحق امتيازها عنها لأنّ الظاهر أنّه لا ملازمه بين القول بالكشف هناك و بين القول بالكشف هنا بل نلتزم هنا بالنقل بالمعنى الذى تعرفه مع التزامنا بالكشف هنا تبعا للمحقق الثانى و من تبعه فإنه(ره) مع إسراره على الكشف فى البيع الفضولى لم يلتزم به هنا فإذا باع الراهن العين المرهونه فلا تكون الملكيه حاصله من حين العقد و هكذا لو باع ذلك الفضولى و بيان ذلك أنّ أساس قولنا بالكشف فى هناك هو أنّ العقد كان واقعا على ما هو عليه من احتوائه جميع الشرائط إلا جهه الانتساب فإذا انتسب إليه بالإجازه فيتم من جميع الجهات فتشمل عليه العمومات حين الإجازه و تثبت صحه العقد و

ترتب الأثر عليه من الأول لجواز تعلّق الإجازة بالأمر المتقدم كجواز تعلّقها بالأمر الحالّي و الأمر المتأخر لكونها من الأمور التعلقيه كما عرفت و هذا بخلاف ما نحن فيه فإنّ عدم تماميه العقد على العين المرهونه حين العقد لم يكن مستندا إلى جهة عدم الانتساب الى المالك بل كان مستندا الى المالك لو كان الراهن هو البائع و على تقدير كونه الفضولي فيكون ناقصا من جهتين الاولى عدم انتسابه الى المالك و الثانيه جهة تعلق حق الغير به و عدم كون المجيز جائز التصرف حين العقد بل كان فاقدا لشرط آخر و هو خلّوه عن رضائه من رضايته شرط في صحه العقد و هو حق المرتهن و لذا لو كان البائع هو الراهن أو غير الراهن فضوله و أجاز الراهن قبل أداء الدين و فك الرهن لا يكون العقد أيضا مشمولا للعمومات لاقتترانه بالمانع و هو حق المرتهن و على هذا فلو باع الفضولي العين المرهونه أو الراهن في يوم السبت و انفك الرهن يوم الأحد و أجاز الراهن يوم الاثنين فلا يكون فاقدا من حين العقد لعدم انحصار المانع بعدم الاستناد فيما إذا كان البائع هو الفضولي و عدم وجدانه تمام الشرائط لو كان هو الراهن و فقدان رضائه المالك بل يكون نافذا من حين الفكّ فإنّ ذلك الزمان زمان انحصار المانع بفقدان الاستناد فإذا رضى المالك بالعقد فيكون نافذا من زمان الفكّ و انحصار المانع بعدم رضائه المالك.

و بعبارة اخرى: أنّ رضائه المجيز المالك تصلح العقد من جهة الموانع التي ترجع اليه و من ناحيته دون الموانع التي من ناحيه الغير فإنّ الناس مسلطون على أموالهم و شؤونهم و حقوقهم

فليس لأحد التصرف فيما يكون موردا لسلطنه الغير و يكون ذلك موجبا لازاله حقه فلا بدّ هنا من القول بالنقل بهذا المعنى و هو فى الحقيقه متوسط بين الكشف و النقل المتقدمين و هذا نظير بيع الصرف فإنّه لو باع احد مقدارا من الذهب فضوله ثم حصل القبض بعد ساعتين و أجاز المالك ذلك البيع بعد أربعه ساعات فهل يكشف ذلك الإجازة من حصول النقل من زمان العقد مع أنّ شرطه و هو القبض غير حاصل بل أجازته هذه تكشف عن حصول النقل و الانتقال من زمان القبض فإنّ المانع عن النقل و الانتقال الى زمان القبض لم يكن مستندا الى عدم رضائه المالك فقط بل كان بعد القبض أيضا موجبا لعدم حصول النقل و الانتقال و من هنا كان الأمر كك لو كان المتصدى بالبيع هما الاصيلان فهل يزيد بيع الفضولى على بيع الاصيلين فليس كك فافهم.

و بالجمله لا- نعقل وجها للقول بالكشف من حين العقد فى بيع الفضولى العين المرهونه كما لا يمكن ان يتفوه بذلك فى بيع الصرف أيضا.

هذا كلّ فيما إذا كان عدم جواز التصرف مستندا الى فقدان الشرط أو وجود المانع

و اما المسأله الأخرى فهى ما كان ذلك مستندا

الى عدم المقتضى

فقد عرفت أنّ هذه المسأله منحلّه إلى ثلاث - مسائل.

الاولى ان يبيع شخص ما لا لنفسه مع العلم بعدم ملكه له حال العقد واقعا ثم ملكه اما بالاختيار كالبيع و نحوه أو بالنواقل القهريه كالإرث فهل يمكن الحكم بصحة ذلك بحسب القواعد أم لا و قد نسب

ص: ٢٥٧

المصنف القول بالجواز الى الشيخ الطوسى فى مسأله بيع المالك العين الزكوى بعد تمام النصاب و قبل إخراج الزكاه حيث التزم الشيخ الطوسى بصحه البيع و يلزم للمالك أداء الزكاه من ماله مع أنّ هذه المسأله من صغريات ما نحن فيه اعنى بيع شىء ليس للبائع مالكيه لها ثم ملكه فإنّ حق الفقراء قد تعلقّ بالمال و كانوا شركاء معهم بأى نحو كانت الشركه سواء كان بعنوان الشركه الحقيقيه أو من باب الكلّى فى المعين.

و فيه: أنّ الظاهر أنّ الشيخ لم يفت فى هذه المسأله بالجواز من جهه القواعد بل لورود النص الصحيح عليه و قد ذكر الشيخ النص فى كتاب الزكاه و هى صحيحه عبد الرحمن البصرى قلت للصادق (عليه السلام) رجل لم يزك إبله و شأنه عامين فباعها على من أشتريها أن يزكها لما مضى قال نعم تؤخذ زكوتها و يتبع البائع أو يؤدى زكوتها البائع و العجب من المحقق كيف رضى القول بالإشكال على الشيخ مع ورد النص عليه و غفل عن النص كما أنّ العجب من المصنف حيث احتمل أنّه الا ان يكون مراد الشيخ من الحكم بصحه البيع جعل المقام مثل بيع العين التى تعلق بها حق الديان أو حق المرتهن و لم يحتمل كون الشيخ مستندا إلى الروايه و اذن لا وجه للاستشهاد بمثل تلك الفتاوى بالمقام لكونها منصوصه بل لا بد من التكلم فيها بحسب ما تقتضيه القواعد.

و الحاصل أنّ الكلام فى عدم كون المبيز جائز التصرف حال

العقد من جهه المقتضى يقع فى ضمن مسائل.

الاولى ان يبيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فهل يصح البيع أم لا

ص: ٢٥٨

كما إذا باع الابن مال أبيه ثم ملكه بالقهر كالإرث أو بالبيع و على تقدير الصحة نتكلم فى أنه محتاج إلى الإجازة أم لا و قد ذكرنا أنه لا- ملازمه بين هذه المسأله و بين مسأله بيع العين الزكوى كما ذكرها المصنف فى المتن فإن أصل مسأله بيع العين الزكوى و ان كانت من صغريات هذه المسأله بناء على تعلق الزكاه بالعين و كون الفقراء شركاء مع المالك سواء كانت الشركه على نحو الإشاعه أو على نحو الكلى فى المعين و لكن المسأله منصوصه فجواز بيعها لا يرتبط بجواز بيع مال الغير لنفسه فإنه و رد النص على ما فى حاشيه السيد انه لو باع المالك العين الزكوى فىكون البيع صحيحا فتكون الزكاه على البائع بأن يؤديها من ماله أو تتبع المال فىؤديها المشتري فهذا أمر آخر لا ربط له بما نحن فيه من الكبرى الكليه فإرجاع الشيخ المسأله الى مثل تعلق حق المرتهن بالعين المرهونه فقد عرفت جوابه فلا بدّ من صرف عنان الكلام الى التكلم بحسب القواعد و قبل تحقيق المقام لا بد و ان يعلم أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحه تلك المعامله فلا بدّ من الحكم بالفساد من دليل خاص لىوجب تقييدها أو تخصيصها إذا عرفت ذلك.

اعلم أنّ المسأله ذات قولين قول بالصحه كما عليه المصنف و جمع كثير غيره و قول بعدم الصحه و عليه جماعه أخرى منهم المحقق النحرير الشيخ اسد الله التستري

و قد استدل على البطلان بوجوه

قد أشار إليها المصنف و الى جوابها.

الأول الإشكال المتقدم فى بيع الغاصب و هو منحل الى وجوه

ثلثه

و قد ذكر المصنف أنه لا يجرى بعضها فى المقام.

ص: ٢٥٩

الأول عدم تمشي القصد من الغاصب إلى حقيقه المعاوضه

فيكون باطله و قد أجاب عنه شيخنا الأستاذ بوجه لا يكون ذلك جوابا عما نحن فيه و لكن على ما أجبنا عنه به فيكون جوابا عنه هنا أيضا و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ في تصحيح بيع الغاصب الذي لا يجرى هنا فتوضيح ذلك على ما تقدم من شيخنا الأستاذ أنّ من باع شيئا بما أنّه مالك تاره يكون مالكا حقيقيا كما إذا كان مالكا للمبيع.

و اخرى يكون مالكا ادعائيا نظير الحقيقه الادعائيه في المجاز على ما سلك به السكاكي طريق المجاز كما إذا غصب مال الغير فباعه لنفسه فإنه ليس بمالك حقيقه و لكن لأجل سرقة الإضافه الماليه و نسبتها الى نفسه قد رأى نفسه مالكا للعين و باع بادعاء أنّه مالك و تخيل وجود إضافه مالكيه بين المال و بين نفسه كما يتخيل كون المنيه سبعا و يثبت له لوازم السبعيه من الأظفار و هذا الوجه لا- يجرى في المقام فإنّ البائع لا يدعى كون المال له ليتحقق له ملكا هنا ملكيه ادعائيه بل هو بعد على إقراره بأنّ المال للغير و أنّما باع هو مال الغير لنفسه فيكون ذلك الوجه غير جار في المقام و من هنا ذكر شيخنا الأستاذ أنّ البائع لم يسرق الإضافه و لم يغصب المال فكيف يقصد المبادله بين الثمن الذي يقصد تملكه و المثل الذي هو ملك لغيره مع أنها تقتضى دخول الثمن في ملك من خرج عنه المثل و لكن قد تقدم أنّ الوجه في صحه بيع الغاصب غير ما ذكره شيخنا الأستاذ.

و حاصله أنّ حقيقه البيع كما مرّ مرارا ليست إلا- عباره في المبادله بين المالين بحيث يدخل العوض المكان الذي خرج عنه المعوّض و كك

العكس و خصوصيه قصد المالك ليست دخيله فى صحه البيع بوجه و أنّما هو أمر زائد عن حقيقه البيع اذن لو باع مال لنفسه فقصد تلك الخصوصيه فهو أمر موافق للواقع و أمر زائد عن حقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه البيع لا يضرّ و لا ينفع و إذا باع مال غيره لنفسه فحقيقه المبادله و المعامله بخصوصيه المالك و أنّما حقيقتها متقومه بتبديل المالكين كما عرفت و هى انما تحصل بالمبادله فى ملك المالك الواقعى ليكون التبديل فى الإضافه و هذا المعنى قد تحقق هنا غايه الأمر أنّ خصوصيه كون البيع لنفس البائع مع عدم كونه مالكا أمر زائد عن حقيقه البيع فقصد الأمر الزائد عن حقيقه البيع الذى لا يوافق الواقع لا يوجب بطلان البيع و لا يضر بصحته و وجه صحه بيع الغاصب على هذا التقريب يجرى هنا أيضا لكونه بيعا حقيقه و مشمولا للعمومات فإنّ ما اعتبر الرضايه فى البيع ليس إلا آيه التجاره و قوله (عليه السلام) لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفسه فلا شبهه أنّ الشخص إذا باع مال غيره ثم ملكه يصدق عليه أنّه تجاره عن تراض و طيب نفس و لعل مراد المصنف من قوله ربّما لا يجرى بعض الوجوه هنا هو هذا الوجه.

و اما ما ذكره شيخنا الأستاذ فشىء لا يمكن تصديقه إذ الغاصب لا يسرق الإضافه و أنّما يغصب المال و اما الإضافه فأمر اعتبارى يعتبره لنفسه فمجرد ادعائه المالكه لا يوجب انقلاب الواقع عمّا هو عليه بناء على دخاله تعين المالك و قصده فى حقيقه البيع.

الثانى أنّ الغاصب أنّما قصد كون البيع لنفسه و عامل على

ذلك القصد

فلا شبهه أنّ البيع أنّما يقع للمالك إذا أجاز دون الغاصب

ص: ٢٤١

فيلزم ح كون ما تعلق به الإجازة غير ما وقع فلا يكون صحيحا إذا- الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع.

و هذا الوجه من وجوه بطلان بيع الغاصب يجرى هنا أيضا إذ البائع لمال الغير لنفسه أنما باعه لنفسه و بقصد كونه له و اجازة المالك أنما هي بعنوان كونه له دون العاقد فيلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع و ليس ما اجازة المالك منشأ حتى يكون موردا للإجازة.

الوجه الثالث: ان الاخبار تدل على ان بيع ما لا يملك حين

العقد غير جائز

و قد تقدمت الإشارة إليها و الى توجيهها و سيأتى الكلام فيها تفصيلا.

و الحاصل ان من جملة الإشكالات التى أشكل به التستري على صحة بيع مال الغير لنفسه ما اشكلوا به فى بيع الغاصب من عدم تحقق قصد البائع إلى حقيقه المعاوضه و المبايعه فإن حقيقتها مبادله مال بمال بحيث يدخل العوض من كيس من خرج المعوض منه لتحقق المبادله بين المالين فى جهه الإضافه.

أقول: و قبل الدخول بتوضيح ذلك لا بد و ان يعلم ان مقتضى العمومات و الإطلاقات صحة بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه لصدق البيع عليه فى العرف حقيقه فيكون مشمولا للعمومات و الإطلاقات فإن ثبت من العقل و النقل دليل خاص يوجب تخصيصها أو تقيدها فنأخذ به و نقيده بذلك أو نخصه ص الإطلاق و العمومات و الا فنحكم بصحة معامله و هكذا الأمر فى جميع الموارد إذا عرفت ذلك فنقول أنه و ان أجبنا عن ذلك الإشكال أمس بما لا يضر ببيع الغاصب و لا ببيع

ص: ٢٤٢

البائع مال الغير لنفسه و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه

و لكن نقول فى اليوم ان بيع مال الغير لنفسه يتصور على قسمين.

الأول ان يكون غرض البائع من ذلك بيع مال الغير فعلا ليشترى

منه بعد ذلك

أو يتملك بغير الشرى بحيث يعلم قطعاً أنه يتملك.

و بعبارة أخرى يكون الإنشاء فعلياً و المنشأ استقبالياً بحيث ينشأ فعلاً ملكية مال الغير لزيد ليدخل الثمن فى مقابله فى كيسه و لكن ملكية متأخره نظير بيع مال نفسه بعد خمسة أيام و هذا لا شبهه فى صدق حقيقه المبايعه عليه و تحقق القصد من البائع الى ذلك و كونه مشمولاً للعمومات و الإطلاقات بحيث ليس فيه محذور من هذه الجهة التى نحن بصددنا بل لا يتوقف على الإجازة أصلاً لكونه خارجاً عن البيع الفضولى و إنما باع مال نفسه.

نعم نتوقف فيه من جهة التعليق المجمع على بطلانه فى العقود فإنّ الإنشاء هنا و ان كان حالياً و لكن المنشأ عبارة عن ملكية مال زيد للمشتري بعد خمسة أيام نظير باب الوصيه و ليس هذا التعليق مثل قول البائع ان كان هذا لى فبعت عند الشك فى كونه له أو لغيره أو قال بعتك هذا ان قبلته فإنّ أمثال هذه التعليقات التى هى راجعه إلى التعليق فى أركان العقد المكونه فى العقد حقيقه سواء صرح به أم لا لا يضرّ بالصحة لكونها ممّا لا بدّ منه و خارجاً فى معقد الإجماع القطعى الذى ادعوه فى المقام.

اللهم الا- ان يقال ان بطلان التعليق أنّما هو بالإجماع كما سمعت و هو دليل لئبى فلا بدّ من أخذ المتيقن من ذلك فهو فيما إذا كان البائع باع مال نفسه فلو علّقه على شىء فحكم ببطلانه-

ص: ٢٤٣

للتعليق للإجماع على بطلانه و اما فيما كان التعليق فى بيع مال غيره فلا يقين لنا لكونه داخلا فى معقد الإجماع.

الثانى من صورتى بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه ان يكون

الإنشاء و المنشأ كليهما فعليين

من دون ان يكون فى اليبين تعليق بان يكون المنشأ الملكيه بعد خمسه أيام بل ينشأ ملكيه مال زيد لعمر و فى مقابل خمسه دنانير ليدخل الثمن فى كيسه و يخرج المثل من كيس زيد من غير ان يكون غرضه إنشاء الملكيه المتأخره ليتملك بعد ذلك و يعطيه للمشتري و ان كان غرض التستري(ره) هذا الوجه الظاهر أنه لا- مدفع له لانتفاع حقيقه المبايعه فإن حقيقته المبادله بين المالىين و ذلك لا- يتحقق الا- بكون العوض داخلا- على كيس من خرج المعوض من ذلك و من هنا قلنا سابقا ان حقيقه البيع عبارته عن المبادله بين المالىين فى جهه الإضافه و بان يعقد العوض مكان المعوض و المعوض مكان العوض و الا فليس المراد من التبديل التبديل المكانى و على هذا فيتوجه اشكال عدم تحقق القصد إلى حقيقه المبايعه و المبادله و ما قلنا أمس من عدم دخاله خصوصيه المالك فى حقيقه البيع لكونها أمرا زائدا عنها و ان كان صحيحا و لكن المقام ليس كك لما عرفت من عدم كون ذلك مربوطا بتلك الخصوصيه بل راجعا الى هدم حقيقه البيع فإنه انما لا يضرّ عدم التوجه الى الخصوصيات المالكه إذا كانت حقيقه البيع متحققه و انما كان الاشتباه فى خصوصيه المالك أنه هو أو غيره كما إذا باع مال غيره اشتباها أو بتخيّل أنه له فإن القصد فى أمثال ذلك انما تعلق بالمبادله بين المالىين بحيث يكون العوض داخلا مكان المعوض و بالعكس غايه الأمر

انّ الخطاء وقع فى تطبيق المالك على غير المالك.

نعم هذا يجرى فى بيع الغاصب حيث أنّه نزل نفسه ادعاء منزله المالك و جعل نفسه من مصاديق ذلك فإنّ المبادله أنّما وقع بين المالكين بحيث يكون العوض داخلا- فى ملك طبيعى المالك و بالعكس و الخصوصيات الشخصيه المالكه خارجه عن حقيقه المبادله و إذا باع شخص مال غيره كما فى الغاصب بدعوى أنّه هو المالك نظير دعوى الحقيقه الادعائيه فى المجاز على ما سلكه السكاكى فقد حصلت المبادله بين المالكين حقيقه و اما إذا لم يكن كذلك و لا ان يكون البيع مستندا الى الاشتباه و لا الى التخيل بل مع العلم بأنّ المال مال الغير يبيع ذلك ليكون المعوّض خارجا من كيس مالكه و يدخل العوض داخلا بكيس نفسه البائع دون المالك فقد عرفت فى تعريف البيع أنّه خارج عن حقيقه المبيعه و المبادله و بالجملة ان الخصوصيات المالكه لا تضرّ بحقيقه المعامله إذا لم توجب التزلزل فى حقيقه المبادله و الا فلا بدّ من اعتبارها على النحو الذى عرفت.

لا يقال أنّ من باع مال غيره لنفسه و ان لم يدعى كون نفسه مالكا تنزيهيا و من مصاديق طبيعى المالك الا باعتبار كونه مالكا بعد مده اما بالقهر أو بالاختيار يكون مالكا بالفعل و حين العقد أيضا بالمجاز المشارفه.

فإنّه يقال أنّ المجاز المشارفه لا يوجب تحقق البيع حقيقه و أنّما يوجب كونه مالكا مجازا و ما صدر منه يبيعا مجازا و لا يقاس ذلك- بالادعائى فإنّه يوجب تحقق البيع حقيقه.

الإشكال الثانى على بطلان بيع مال الغير لنفسه

أنّه لا بدّ و

ص: ٢٤٥

ان يكون بيع الفضولى واجد الجميع الشرائط و حاويا لها غير جهه رضائه المالك فإذا رضى المالك فيتم من جميع الجهات و يستند البيع اليه و يكون مشمولاً للعمومات و مقامنا هذا ليس كك إذ البائع مال الغير لنفسه مع عدم وجدان بيعه رضائه المالك ليس قادرا على تسليم المبيع حين العقد مع أنه لا بدّ من اعتباره حين العقد بمقتضى الأدله و قد أجب عنه المصنف بما حاصله أنّ كلامنا فى المقام فى البيع الفضولى و أنّ رضائه المتأخره هل توجب صحه ذلك البيع أم لا فقد عرفت كفايتها فيها فإنّ ما يدل على اعتبار رضائه المالك ليس إلا آيه التجاره و التوقيع الشريف الدال على حرمه التصرف فى مال الغير الا بطيب النفس و لا- شبهه أنّ البيع الفضولى بعد رضائه المالك تجاره عن تراض و أكل مال الغير بطيب نفسه و ليس مثل بيع مال الغير عدوانا و غضبا أو نحو ذلك لئلا يصدق عليه التجاره عن تراض.

و اما كون ذلك البيع فاقد لشرط آخر بحيث يكون البطلان مستندا الى فقدان ذلك الشرط فغير مربوط بأمر البيع الفضولى.

و فى مقامنا هذا أنّ هذا البيع باطل من جهه عدم قدره البائع على التسليم لأننا لا نضائق من اعتباره حال العقد لأجل الدليل الدال على اعتباره اذن فيكون البيع هنا باطلا لذلك لان من هو بايع ليس بقادر على التسليم حال العقد و ان كان قادرا حين الإجازة و ما هو قادر على التسليم اعنى المالك ليس ببائع فتفسد المعامله.

أقول اما التزامه بكفايه رضائه المالك عند الإجازة و كون البيع الفضولى بالإجازة تجاره عن تراض و أكلا لمال الغير بطيب النفس

فمما لا شبهه فيه لعدم الدليل فى صدق التجاره عن تراض أزيد من استناد البيع الى المالك فهو حاصل بالإجازة.

و اما اعتباره القدره على التسليم حال العقد فتاره نقول باعتبار نفس التسليم الخارجى و اخرى بالقدره عليه اما الأول فلا دليل على اعتباره فى صحه العقد قطعاً غايه الأمر مع عدم التسليم الخارجى يثبت للمشتري أو البائع مع عدم تسليم الثمن خيار تخلف الشرط- الضمنى لالتزام كل من البائع و المشتري ضمناً على التسليم كما لا يخفى و اما اعتبار القدره على التسليم فليس عليه دليل إلا أحد الوجهين على سبيل منع الخلو فشىء منهما لا يدل على مقصد المصنف أحدهما كون ذلك البيع الذى لا يقدر المالك على تسليم المبيع حال العقد خطرياً و غررياً و قد نهى النبى ص عن بيع الغرر فيكون باطلاً لذلك.

و فيه انّ الخطر و الخديعه الذى هو معنى الغرر أنّما يتوجه عند الإجازة استناد البيع الى المالك الذى هو البائع حقيقه فإنّ وقت الإجازة وقت تحقق البيع و حصول حقيقته و ترتب آثاره و اما قبل ذلك فالفضولى ليس الا عاقدا فلم يتحقق البيع حقيقه ليرتب عليه آثاره فهل يتوهم احد ترتب أحكام البيع و آثاره على العاقد فالفضولى من هذه الجهه و لا يفرق فى ذلك كونه مالكا حال العقد أيضاً أم لا بل يكون مالكا بعد العقد كما باع الابن مال أبيه فمات و انتقل اليه أو مال غيره فاشترى بعد ذلك كالعاقد و ان كان فعله منشأ للأثر من جهات اخرى كما تقدم.

اذن فلا يكون ذلك دليلاً على اعتبار القدره على التسليم حال

العقد بل على اعتباره حال الإجازة فقط فهو مسلم فلا يكون بيع مال الغير لنفسه ثم يملكه باطلا من جهة عدم قدره على التسليم أيضا فلا- يكون ذلك مانعا من شمول العمومات و الإطلاقات على ذلك و بعبارة اخرى: انّ الدليل أنّا دلّ على اعتبار قدره على التسليم للبائع بأن يكون هو قادرا على تسليم ما باعه و عنوان الباعية أنّما تحقق عند الإجازة فيكون المالك بإجازته بائعا لأنّ الفضولى المنشأ للعقد ليس ببائع حقيقه فيكون اعتبار قدره على التسليم من حين الإجازة للمالك لا قبله فيكون المناط قدره المالك حال الإجازة على التسليم سواء كان مالكا حين العقد أيضا أم لا. الثاني قيام الإجماع على قدره على التسليم في البيع فلو خلا عن ذلك فيكون باطلا ففى المقام أنّ البائع ليس بقادر عليه حال العقد.

و فيه على تقدير قبول الإجماع فهو دليل لثبتي فالمتيقن منه صورته كون البائع بائعا لمال نفسه فإنّه ح نعتبر قدره على التسليم حال العقد.

و اما فى بيع مال الغير لنفسه فنشكك فى دخول ذلك فى معقد الإجماع فيكون خارجا عنه لعدم الإطلاق للأدلة البينه ليشمل الموارد المشكوكة أيضا.

و اما اعتبار التسليم الخارجى فهو غير معتبر فى صحه البيع قطعا لعدم الدليل عليه بوجه و من هنا لو باع ماله من شخص و لم يسلم ذلك قهرا عليه فلا- يوجب ذلك بطلان المعامله كما تقدم نظير ذلك فى بيع السلاح لأعداء الدين نعم يثبت للمشتري خيار الفسخ

من جهة المخالفه بالشرط الضمنى حيث انّ البائع يستلزم و يشترط فى ضمنى العقد ان يسلم المبيع إلى المشتري و الا فله ان يفسخ المعامله لأجل مخالفه هذا الشرط.

الاشكال الثالث من إشكالات التستري

أنّه على القول بالكشف و كون الإجازة كاشفه عن الملكيه السابقه كما هو الحق و أغمضنا النظر عن الإشكاليين الأولين من منع تحقق حقيقه البيع أو بطلانه من جهة عدم القدره على التسليم أنه يلزم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه فإنّ الفرض أنه باع مال غيره لنفسه و لم يملك بعد و قد ملك المشتري عليه على الفرض كما هو مقتضى القول بالكشف فح يلزم المحذور.

و قد أجاب شيخنا الأنصارى عن هذا الاشكال.

بما حاصله انّ دليل الكشف أنّما يدلّ عليه فى مورد يكون قابلا لذلك لا فى مورد غير قابل لذلك فإذا باع شخص مال غيره لنفسه ثم ملكه أو باع مال غيره لغيره فضولا ثم ملك الغير ذلك المال فأجاز البيع فيكون حصول الملكيه على الكشف من زمان التملك فان هذا الزمان زمان قابليه تحقق الكشف و يكون مبدء الكشف من زمان اشتراء البائع أو من له البيع الفضولى إلى زمان الإجازة فيما احتاج إليها و اما قبله فليس المورد قابلا لحصول الملكيه حتى يستشكل فى ذلك و فى نحو حصولها.

و بعبارة اخرى: انّ كشف الإجازة عن الملكيه إنّما يترتب على وجود الملكيه بحيث انّ الملكيه بمنزله الموضوع للكشف و الكشف عنها بمنزله الحكم المترتب على الملكيه و إذا لم يكن من له البيع

مالكا فيكون المورد غير قابل للكشف عن حصول النقل من زمان العقد بالإجازة بل من نقطه من الزمان الذي يكون قابلا للكشف و قبل تلك النقطه ليس المورد قابلا- لذلك فان من له البيع ليس له مال حتى ينتقل إلى المشتري و يتصور الكشف و على هذا فيكون المال خارجا من ملك البائع بعد دخوله في ملكه لا قبل دخوله فيه.

و على هذا لا مانع من شمول العمومات لما نحن فيه فيكون المقتضى للصحة موجودا و ليس عن شمولها مانع عقلي أو شرعي ليكون موجبا لرفع اليد عنها.

و بالجمله من حين وجود القابليه ان يخرج المال من ملك البائع فلا نتصور مانعا بوجه عن شمول العمومات على ذلك.

ثم قال لا يقاس المقام بما تقدم في الكشف و النقل أنه لو خصّ المالك على الكشف الإجازة بزمان متأخر عن العقد حيث قلنا بعدم صحه ذلك و وجه عدم القياس أنّ القابليّه للكشف هنا كموجود من الأول فتكون العمومات شامله عليه من حين العقد بخلافه هنا فإنّ العمومات كما عرفت شامله عليه من زمان تكون القابليه لا قبله فيكون الإجازة في الأول بعد العقد مع كون القابليه من حين العقد قادحه في صحه العقد و غير موافقه للواقع.

و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأنه بناء على جواز رد المالك عقد الفضولي و إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازة به و بناء على كون الرد متحققا بالفعل و القول معا كما بينا على ذلك فيما تقدم فيكون بيع المالك ذلك المال الذي باعه الفضولي ردّا عمليا كالفسخ العملي في باب الخيار و كالرجوع العملي في باب الطلاق اذن فلا يبق

مجال لإجازه من له العقد ذلك العقد الفضولي لسقوطه عن قابليه لحوق الإجازه عليه.

و فيه بناء على قبول جواز ردّ المالك العقد الفضولي بمعنى إسقاطه عن قابليه لحوق الإجازه بها و أنّ ذلك أمر ثابت للمالك اما بالإجماع أو بدليل السلطنه لكون ذلك أيضا حقا ثابتا له في ماله و من شئون سلطنته و يرد عليه أولا أنّ مقتضى الناس مسلطون على أموالهم كونهم مسلطين على أموال أنفسهم لا على أموال غيرهم إذا بيع المالك ماله أو جب سقوط قابليه العقد عن لحوق الإجازه به في ملك نفسه لا- في ملك غيره فإنّه بعد البيع صار ملكا للغير فله ان يجيز العقد المتعلق بذلك المال نظير موت المالك و انتقاله إلى الورثه فكما للورثه ذلك فكك للمالك الثانى ذلك و السر في جميع ذلك هو أنّ خصوصيه المالك غير دخيله في صحه البيع بل هو مبادله مال مالك طبيعى مع مال مالك طبيعى آخر.

و ثانيا أنّ الدليل أخصّ من المدعى فإنّ هذا أنّما يتم فيما إذا انتقل المال من المالك الى من له العقد بالنواقل الاختياريه كالبيع و الهبه و نحوهما و اما لو كان بالنواقل القهريه كالإيرث و نحوه فلا- عمل هنا ليكون ذلك ردّا للبيع الأول كما هو واضح و من عجائب شيخنا الأستاذ حيث التزم أنّ تبدل المالكين هنا كقيام الوارث مقام المورث فيكون الكشف هنا من الأول و من زمان العقد فإنّه بأى وجه يمكن الالتزام بأنّ الوارث قائم مقام المورث فيكون إجازته كاشفه عن الملكيه من أول الأمر و زمان العقد ليكون تبدل المالكين أيضا من هذا القبيل.

و اما ما افاده شيخنا الأنصارى من أنّ الكشف من زمان القبول و هو أوّل حدوث الملكيه لمن له العقد و فيه أنّه على هذا يلزم ان يكون الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع حيث أنّ المنشأ هو الملكيه من زمان العقد و الذى وقع هو هذا و الإجازة تعلقت على الملكيه من زمان متأخر عن العقد فيكون المجاز غير الواقع الذى لم يقع عليه العقد إذا فلا مقتضى لصحة العقد لأنّه ليس هنا عقد لتشمله العمومات و بعبارة اخرى: أنّ العقد الفضولى بمنزله الإيجاب و الإجازة بمنزله القبول فيما هو واقع هنا فيوجب ليس له قبول و ما تعلق به الإجازة فقبول ليس له إيجاب فلا عقد هنا ليكون مشمولاً للعمومات.

الاشكال الرابع: أنّ العقد الأول الذى أوقعه البائع الفضولى

و باع مال غيره لنفسه أنّما يتوقف على صحة البيع الثانى.

أعنى اشتراء البائع الأول المبيع الذى باعه من المشتري فضوله من مالكة الأصلية لأنّه مع عدم صحة ذلك البيع الثانى لا يصح بيعه الأول أيضا فإنّ البائع لم يبيع مال نفسه حتى يصح بيعه بل أنّما باع مال غيره فبيعه أنّما يكون صحيحا لو اشترى ذلك المال ثم يعطيه للمشتري الأول فيلزم من عدم صحة البيع الثانى عدم صحة البيع الأول أيضا و صحة العقد الثانى يتوقف على بقاء الملك على ملك مالكة الأول و الا فلا يجوز بيعه على فرض خروجه عن ملكه و على هذا فعلى القول بالكشف من حين العقد يلزم اجتماع مالكين فى ملك واحد فإنّ مقتضى صحة البيع الأول كون الملك للمشتري من زمان العقد الذى يكشف بإجازة من له العقد أو بدون الإجازة بل بالاشتراء فقط فيما كان البائع بائعا لنفسه و صحة البيع الثانى كونه

فاجتماع المالكين في ملك واحد محال للتضاد على أنّ صحة البيع الأول متوقفه على تملك البائع المبيع فهو متوقف على ملك البائع الثاني لبيعه منه مع أنّه لو صحّ الأول يلزم منه عدم الثاني فإنّه مع صحة الأول يكون المبيع مالا للمشتري من زمان العقد على الكشف فلا يبقى مجال للبيع الثاني و ملكيه الأصيل و إذا لم يبق مجال للثاني فيندم صحة البيع الأول و ملكيه المشتري الأول أيضا لأنّ الفرض أنّه كان متوقفا على الثاني فيلزم من وجود البيع الثاني عدم الأول فيلزم من وجود الأول عدمه و كك الثاني فيلزم من وجوده عدمه في آن فهو محال.

و قد دفعه المصنف بمثل ما أجاب به في الاشكال الثالث من أنّ الكشف من زمان القابليه لا من زمان العقد و لكن بناء على صحة جواب المصنف فهو أنّما يوجب دفع الاشكال من جهة اختصاصه بالمقام لكن لا يد دفعه في جميع موارد الفضولي على الكشف و في المقام من زمان القابليه كما أشار إليه التستري (بان قلت) فان هذا الاشكال مشترك الورود في جميع موارد الكشف حتى من المورد القابل في المقام فإنّ صحة البيع الفضولي على الكشف يقتضى حصول الملكيه للمشتري من زمان العقد أو من زمان قابل للكشف فهو متوقف على اجازة المالك و الا فلا يصح و صحة اجازة المالك متوقفه على كونه مالكا و الا فتكون اجازته كاجازة الأجانب فيلزم اجتماع المالكين في ملك واحد و من وجود ملك المشتري الأصيل عدمه و من وجود ملك المالك عدمه فإنّ مالكيه المشتري يقتضى صحة اجازة المالك و صحة

إجازة المالك تقتضى عدم ملكية المشتري فملكه المشتري تقتضى عدمه و كك صحة الإجازة تقتضى وجود ملكية المشتري الأول فهو يقتضى عدم صحة الإجازة فصحة الإجازة تقتضى عدم صحتها فلا بدّ أماً من القول ببطان البيع الفضولى بالكلية أو بطلان القول بالكشف.

وقد أجاب عن ذلك الإشكال التستري بالالتزام بالملك الصورى بدعوى أنه يكفى فى الإجازة ملك المالك ظاهراً و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى لكونه بيعاً و هو يقتضى الملكية الحقيقية فلا يمكن ذلك بالاستصحاب.

و أجاب المصنف عن هذا الجواب بوجوبه كلّها صحيحه.

الأول أنّ الاستصحاب أنّما يثبت الملك الظاهرى للمالك الظاهرى فتنفذ إجازته ما لم ينكشف الحال و بعد انكشاف الواقع و علم أنه ليس بملك فلا تكون إجازته نافذه بل لا بدّ فى صحتها من كونها صادرة من المالك الواقعى كالبيع فإنهما من آثار المالك الواقعى دون المالك الظاهرى و من هنا لو تبين فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأنّ المالك من الشرائط الواقعية دون العلميه.

الثانى أنه لا وجه للفرق بين صورتى الإجازة و العقد بان يلتزم بكفايه الملك الصورى فى الأول و بعدم كفايته فى الثانى بل هما من واد واحد فلا يترتبان الا على الملك الواقعى و المالك الواقعى كما عرفت و لا ينقضى تعجيبى منه فى وجه الفرق فإنه كيف حكم بأنّ الإجازة إسقاط للحق و رفع اليد عنه مع أنه لا يعقل رفع اليد عنه الا مع ثبوت الحق فيما لم يثبت الحق كيف يمكن رفع اليد عنه ثم.

قال شيخنا الأنصارى و التحقيق أنّ الاشكال ناشئ من القول بالكاشفيه على مسلك المشهور من القول بكون الإجازة شرطا متأخرا يؤثر في سببيه العقد المتقدم و اما على القول بالكشف الحكمى فينزل بالإجازة غير المالك منزله المالك في زمان العقد و هذا لا ينافى مع كون الملك باقيا تحت ملك مالكة الأول حقيقه.

و هكذا الكلام في الكشف بالمعنى الذى ذكرناه فإنه عليه ينكشف بالإجازة كون المشتري مالكا حقيقه من حين العقد و لكن من زمان الإجازة بحيث يحكم بترتب آثار الملك عليه حين الإجازة من زمان العقد فهو نتيجة الكشف الحكمى و الظاهر من كلامه هذا أنه التزم بالإشكال على الكشف الحقيقى و كك الظاهر من شيخنا الأستاذ انه أيضا التزم بالإشكال و لذا سلك مسلكا آخر و قال أنّ اجتماع المالكين في ملك واحد أنّما يستحيل في الملكيه العرضيه لا في الملكيه الطويله فقد ورد نظيره في الشريعه كمالكيه العبد فإنها في طول مالكيه المولى فإنّ المولى مالك له و لما في يده و في طول ذلك فهو مالك لما في تحت يده و في المقام أنّ مالكيه المشتري في طول مالكيه المالك فإذا أجاز المالك البيع فيكون مالكيه المشتري في طول ذلك فلا محذور فيه.

و فيه: أنّ الطويله في الملكيه أنّما تكون متصوّره إذا كان الثانى من شئون الأول و من فروعها و الا فلا نعقل لذلك معنى صحيحا و نظير ذلك ما ورد في الشرع من المثل المتقدم من ملكيه العبد فإنّ ملكيته من شئون ملكيه المولى فعلى القول بكون العبد مالكا فيكون ذلك في طول مالكيه المولى له و لما في يده و من

شئون ذلك كونه مالكا لما في يده و كك نظيره في الملكيه التكوينييه نظير مالكيه الخالق جميع الموجودات و من شئون ذلك مالكيه العباد أموالهم بالملكيه الاعتباريه و من هذا القبيل مالكيه القائم مقام و سلطنته للبلد و مالكيه المتصرف لها و غيرها فإن الأول في طول الثاني و هكذا ما فوق المتصرف الى ان يصل الى الملك فإنه سلطان جميعهم و في جميع ذلك المالكيه الواقعه في طول المالكيه الاولى ليس الا من شئون الاولى لا أنها ملكيتان مستقلتان و مالكيتهما مالكيه مستقله.

و هذا بخلاف المقام فإن مالكيه المشتري و ان كانت في طول مالكيه المميز الا ان ذلك طوليه العليه و المعلول و ان ملكيه- المشتري معلوله لملكيه المميز و الا- لم تحدث الإجازة ملكيه للمشتري مثلا بل تكون كإجازة سائر الأجانب أجنبيه عن العقد و ليس ملكيه المشتري من شئون ملكيه المميز بنحو بل كل منهما ملكيه مستقله فمقتضى ذلك كون اثر كل منهما مترتبا عليها و إذا مات كل منهما ينتقل ملكيته الى الوارث و لكل منهما التصرف في ذلك المال كيف يشاء و هكذا و هكذا فيعود الإشكال الى حاله على النحو الذي عرفت و من العجائب ما ذهب اليه شيخنا الأستاذ من قيام الورثه مكان المورث و وجه العجب أنه و ان كان فرض ذلك ممكنا و غير محتاج إلى مئونه بحيث تكون بذلك الفرض اجازة الورثه إجازة للبيع من حين العقد و لكنه لا دليل عليه و أما الدليل على أن ما تركه الميت فلو إرثه و الذي ينبغي ان يقال أن المميز مالك في حال الإجازة لو لا أجازته بمعنى أن اجازة كل احد لا تكون مؤثره في العقد الفضولي حتى

الأجانب بل أنما تكون المؤثر فيه اجازته المالك أى الذى لو لم يجز كان مالكا فهو مالك لولائى فى حال الإجازة لا أنه مالك حقيقه ليلزم المحذور فشرط المجيز ليس ان يكون عند أجازته مالكا حقيقه بل على تقدير عدم الإجازة فالى زمان الإجازة هو مالك حقيقه فبالإجازة- نكشف عن حصول الملكيه من زمان العقد حقيقه.

و بعبارة أخرى: تارة نتكلم فى مقام الإثبات و وجود المقتضى و الدليل على ذلك فقد تقدم أنه لا دليل على الكشف بمعنى المشهور و اخرى نتكلم فى إمكان ذلك و فى مقام الثبوت فتصويره على النحو الذى ذكرنا بمكان من الإمكان كما هو واضح فلو ورد الدليل على ذلك لا وجه لحمله على الاستحالة و الرد من هذه الجهة بل نأخذه و نبني عليه لتماميته ثبوتا و إثباتا.

الاشكال الخامس: أنه إذا كانت الإجازة المتأخره كاشفه عن

صححة العقد الأول فيكون المال ملكا للمشتري الأول

فح إذا وقع عليه العقد الثانى فيكون واقعا على ملك المشتري فيكون فضوليا فيتوقف على أجازته كما لو ورد على المبيع بيوع متعدده فأجاز المالك البيع الأول فإن صحه البيوع المتأخره تتوقف على إجازة المشتري الأول و على هذا فيلزم توقف صحه إجازة المجيز على إجازة المشتري للبيع الثانى فإنه ما لم يجز المشتري البيع الثانى لا يتحقق موضوع لإجازة المجيز فإن الفرض ان المبيع ملك للمشتري و صحه إجازة المشتري متوقفه على اجازة المجيز لأصل البيع فإنه بدون ذلك لا- تحصل الملكيه للمشتري أصلا اذن فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على الأخرى.

و أيضا يلزم ان تتوقف صحة العقد الثاني و اجازة العقد الأول على إجازة المشتري الأصلي كما هو واضح و هذا من الأعاجيب فإن ذلك يستلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمنان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زياده ان نقص لانكشاف وقوعه فالثلن له و قد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن مثلا و توضيح ذلك اما العقد الأول فتوقفه على إجازة المشتري بالواسطه فإنه يتوقف على إجازة البائع المتوقفه على البيع الثاني المتوقف على إجازة المشتري و هكذا يلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئا من الثمن و المثلن اما الثمن فلان المبيع ملك للمشتري فالبائع الفضولى يشتري منه حقيقه فلا بد من ان يسلمه إلى المشتري و اما المثلن فلأنه بالبيع الأول تملكه المشتري و هكذا يلزم تملك المشتري المبيع بلا ثمن لو اتحد الثمنان كما لو باعه الفضولى بعشره ثم اشتراه بهذا المقدار من الأصلي فيجب عليه رده الى المشتري و يلزم تملكه لمقدار من المبيع مجانا لو زاد ثمن الأول كما لو اشتراه بعشره و اشتراه البائع من الأصلي بخمسه و يلزم تملكه تمام المبيع مجانا مع الزيادة لو نقص ثمن الأول كما لو اشتراه بخمسه و اشتري البائع من الأصلي بعشره ثم ان تلك الوجوه المذكوره فى الإيضاح و جامع المقاصد.

الاشكال السادس: ان بيع الأصلي ما له من البائع الفضولى

رد عملى لبطلان البيع الأول

فيكون باطلا غير قابل للإجازة.

و فيه قد تقدم أنه على تقدير كون الرد موجبا لإسقاط العقد فى القابليه فهو اما بدليل السلطنه و فيه أنه يقتضى إسقاط العقد

الأول عن القابليته فيكون موجبا لإسقاطه عن القابليته في ماله ما دام ماله فإذا كان مالا لشخص آخر فهو ليس مسلطا عليه و أما بالإجماع فالمتيقن منه أنّ المالك له حق الرد من ماله لا من مال شخص آخر فالمبيع و ان تعلق به ذلك العقد و ردّه مالكة و لكن بعد ما خرج في ملكه فلا نعلم تأثير رده عن البيع حتى إذا كان مال شخص آخر أيضا فلا ندري كون ذلك داخلا في معقد الإجماع على تقدير تحققه.

الاشكال السابع: على بطلان بيع مال الغير لنفسه الأخبار

الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك.

فهى على ثلثه طوائف الأولى ما دلّ على ذلك مطلقا فى الأعيان الشخصيه و البيع الكلى فتكون ظاهره فى بطلان بيع ما ليس عنده مطلقا كقوله (عليه السلام) لا تبع ما ليس عندك و أمثال ذلك.

الثانيه ما يكون ظاهرا فى حرمه بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عنده كروايتى ابني الحجاج فى بيع الدابه فإنها ظاهره بل صريحه فى بطلان البيع الشخصى الذى ليس عنده و هذا يظهر من روايتين آخرتين اللتين تدلان على عدم جواز بيع المتاع الذى ليس عنده فإنّ الظاهر من قول السائل اشتر لى متاعا ليس معناه المتاع الكلى الشامل لكل شىء لأنه لا يكون محطّ نظر بل المتاع الشخصى فيكون قوله (عليه السلام) بعدم الجواز إذا باع ذلك المتاع عليه قبل الشرى ظاهرا فى بطلان المعامله على العين الخارجيه التى ليست عنده.

الثالثه ما يكون ظاهرا فى البيع الكلى مثل ما دلّ على عدم جواز بيع الحرير قبل الشرى فإنّ الظاهر من الحرير هو الكلى.

اما الطائفة الثالثة فلا بدّ من رفع اليد عنها اما بحملها على الكراهه أو على التقيّه إذ لا شبهه في جواز البيع الكلى فى الذمه عندنا على ما نطق به الروايات و من هنا نقض الامام(عليه السلام)على - العامه القائلين بعدم جواز بيع الكلى للأخبار الداله على عدم جواز بيع ما ليس عندك ببيع السلم لكونه أيضا يباع كليا فلا بدّ من حمل ذلك على التقيه لقولهم بذلك أو على الكراهه و اما المطلقات فلا- بدّ أيضا من تقييدها ان قيل بكونها مطلقه أو بتخصيصها ان قلنا بكونها عامه بما يدلّ على جواز البيع الكلى فى الذمه و عدم كونه من بيع ما ليس عنده فتخصيص تلك المطلقات أو العمومات بالأعيان الشخصيه اذن فيقع الكلام فى بيع الأعيان الشخصيه التى ليست عند المالك فنقول بناء على دلالة النهى فى المعاملات على الفساد و كونها إرشاده إلى بطلانها فهل تلك المطلقات أو العمومات بعد التقييد أو التخصيص مع تلك الأخبار الخاصه أى الطائفة الثانيه تدل على بطلان بيع ما ليس عنده من الأعيان الشخصيه أم لا ليكون ما نحن فيه معلوما من ذلك لكونه من صغرياتة.

و من هنا يعلم أنّ حمل تلك الأخبار بأجمعها على التقيه أو الكراهه لا وجه له و قد ناقش فيها المصنف بدعوى انها لا تنفى الصحه الفعلية للبيع ليكون فاسدا بل هى بصدد بيان عدم ترتب الآثار عليه قبل الأخذ و الإعطاء و اذن فلا يكون فاسدا و غير قابل للإجازة المستقبلة.

و فيه أنّ ظهور ما يصدر من غير المالك من البيع فهو فاسد و تأويلها بإرادته نفى الآثار خلاف الظاهر خصوصا صحيحه خالد بن

الحجاج حيث دلت على عدم البأس إذا لم يكن التزام و التزام من قبل الشرى و بمفهومها على وجود البأس إذا كان الالتزام البيعى قبل الشرى. و بعبارة اخرى: أنها تدل على وجود البأس فى ذلك البيع عند استناده إلى البائع و صحته بعد ذلك يحتاج الى دليل فتحصل ان الإلزام و الالتزام قبل الشرى من المتبايعين غير لازم من- المتعاملين بمعنى أنه فاسد لا يترتب عليه اثر و الا فمعامله الفضوليين أيضا غير لازم قبل الإجازة لأن العمومات تشمل عليها من زمان الإجازة فلا تشملها قبلها و مما يؤيد عدم صحه البيع لنفسه روايه الحسن بن زياد الطائر الداله على تجديد نكاح العبد كونه معتقا على تقدير عدم اجازة المولى ذلك العقد و جهه عدم جعلها دليلا- ما ذكرناه سابقا من خروج أمثال هذه الروايات عن البيع الفضولى و البيع لنفسه لا يقال أنه على هذا فتلك الأخبار شامله لبيع الفضولى أيضا لكونه أيضا من بيع ما لا يملك فيكون البيع الفضولى باطلا لذلك.

فإنه يقال لا- يقاس المقام ببيع الفضولى إذ عرفت ان زمان البيع من زمان الإجازة فيها يستند البيع الى المالك فيكون مشمولا للعمومات و قبل زمان الإجازة لم يكن إلا- صوره البيع و اجراء العقد من المتعاقدين القابل لا يكون بيعا بالإجازة و كانت له صحه تأهليه لا صحه فعلية بحيث قبل زمان الإجازة لم يكن هنا بيع حقيقه و بالإجازة صار بيعا حقيقه و ح فهو من بيع ما يملك لا من بيع ما لا يملك و هذا بخلاف ما نحن فيه فإن بائع مال الغير لنفسه من الأول باع لنفسه و أسند البيع الى شخصه فلو صح فهو بيع من الأول و ليس كبيع الفضولى

ليكون بيعا من زمان الإجازة إذا فقياس المقام بالبيع الفضولي فاسد من أصله.

وقد تحصل من مطاوى ما ذكرنا أنّ الاخبار المشار إليها تدل على بطلان بيع ما له الغير لنفسه لكونه إيجابا و استيجابا من غير المالك.

ثمّ أنّ صور المسألة ثلثة الاولى بيع مال الغير لنفسه منجرا الثاني بيعه معلقا بان يكون البيع على تقدير ان يكون مالكا اما بالاختيار أو بالقهر الثالث ان يكون لزومه معلقا على التملك بان يجعل للمشتري الخيار إذا لم يملكه فالمتيقن من مورد الروايات هي الصورة الأولى بعد ما كان كلامنا في البيع الشخصى دون الكلى كما أنّه مورد تعليل العلامة من كونه غرريا و عدم قدره البائع على التسليم فيكون باطلا عن هاتين الجهتين.

و من هنا يحكم العلامة الأنصارى(ره) بصحة الصورتين الأخيرتين في موردها بدعوى انصرافها الى عدم وقوع ذلك البيع للبائع و ليس لها تعرّض إلى جهة اجازة المالك.

و فيه أنّ المتيقن من موردها و ان كان ذلك و كك هو مورد تعليل العلامة الا أنّ إطلاقتها يشمل الصورتين الأخيرتين فلا وجه لدعوى الانصراف عنهما فإنّ مقتضى التعليل في قوله ع في روايه ابن المسلم و ليس به بأس إنّما يشتره منه بعد ما يملكه و كك مقتضى الإطلاق في قوله ع أ ليس ان شاء ترك و ان شاء أخذ في روايه خالد و كك قوله لا توجبها قبل ان تستوجبها و غيرها من الروايات ظاهره في بطلان البيع لنفسه بجميع اقسامه سواء كان منجرا أو معلقا تعليقا من جهة البيع أو من جهة اللزوم و كون فرد متيقن الإرادة من

الدليل لا يوجب الانصراف ولا يقاس ذلك بيع الغاصب لنفسه كما عرفت سابقا للفرق الواضح بينه وبين ما نحن فيه.

المسألة الثانية ان يبيع للمالك ويشترى ذلك من المالك قبل

أجازته

فهل يجوز له اجازته ذلك البيع لنفسه أم لا- وقد حكم العلامة الأنصارى بصحة ذلك أيضا فخروجه عن مورد الاخبار فيكون مشمولاً للعمومات فيحكم بصحته فيكون عكس مسأله بيع الغاصب لنفسه ثم يجيزه المالك فكما أنه صحيح و كك هذا.

و فيه أوّلا- أنه و ان لم يكن من بيع البائع لنفسه بأقسامه المتقدمه فإنّ الفرض أنّه باع للمالك ثم انتقل الى ملكه بناقل الا أنّه كما لا- بدّ و ان يكون البيع في ملك فلا بدّ في صحه الاشتراء أيضا ان يشتري من المالك ليكون صحيحا فإنّ مقتضى التعليل أنّما يشتريه منه بعد ما يملكه هو بطلان الشرى قبل الاشتراء فلا بدّ في صحه اشتراء المشتري من ان يكون البائع مالكا أو اشترى قبل بيعه بحيث يكون اشتراء المشتري اشتراء من المالك و الا- فيبطل الشرى فإنه لم يقع من المالك حين العقد و حين الإجازة لم يكن شراء ليكون من المالك و بعبارة اخرى: أنّ بعض الاخبار و ان لم يكن شاملا- لما نحن فيه كالروايات و العمومات الداله على بطلان بيع البائع ما ليس عنده فإنّ المفروض أنّ هذا الشخص لم يبع لنفسه ليكون بيعه هذا مشمولاً لها و لكن في بعضها الآ-خر غنى و كفايه فإنّ مفهوم التعليل بطلان الشرى من غير المالك فهذا الشرى قبل ان ينتقل المال إلى البائع شراء من غير المالك و بعد ما انتقل إلى البائع لم يتحقق هنا شراء ليكون شراء من المالك و يكون صحيحا بإجازته البائع و بعبارة اخرى

ص: ٢٨٣

انَّ المتحصل و لو من بعض الروايات هو لزوم كون البائع الذى يستند اليه البيع و تشمله العمومات و يحكم بلزومه ان يكون مالكا حال العقد و الا فلا يمكن استناد البيع إليه بالإجازة لعدم ربط الواقع الى المجيز بوجه و ما هو مربوط بالمجيز غير الواقع فكيف يحكم بصحته و ثانياً أنه على تقدير عدم شمول الروايات بالمقام فيكون باطلاً بحسب القواعد فإنَّ البيع و ان كان عبارته عن مبادله مال بمال و ليست الخصوصيات المالكية دخيله فى صحته بان يكون المالك هذا الشخص المعين أو ذاك الشخص المعين الا- أنه فيما إذا كان النظر إلى كلى المالك و كون المبادله بين مالى كلى المالك فإنه ح لا يلزم معرفه شخصى المالك بل يكفى حصول التبدل بين المالىين فى ملك المالك الكلى و طبيعى المالك و اما إذا كان شخص المالك مورداً للنظر بحيث يكون التبدل فى مال الشخص المعين فح لا بدّ و ان يكون اضافته باقيه الى حين الإجازة و الا فيكون المقصود الذى وقع على طبقه العقد غير مجاز و المجاز غير مقصود و بعبارته أخرى لا- بدّ و ان تكون الإضافة المالكية التى حصل التبادل على تلك الإضافة حين العقد محفوظة حال الإجازة و فى المقام ليس كك فانَّ التبادل بين المالىين حين العقد حصل على الإضافة التى بين المالك و المشتري و خرج العوض من ملكيه المشتري و دخل تحت اضافته المالك و المعوض خرج من المالك و دخل تحت إضافته المشتري و تلك الحالة غير باقيه حال الإجازة فإنَّ إضافته العين الى المالك قد انقطع و انما تعلق بها الإضافة المالكية من البائع فهى غير الإضافة حال العقد التى كان التبادل عليها اذن فما وقع غير مجاز و ما أجز غير الواقع و بعبارته

أخرى لا- بدّ و ان يكون المجيز مالكا حال العقد و الا- يلزم ان المقصود غير مجاز و المجاز غير مقصود لان تبديل مال بـمال تحقق فى الإضافة المالكيه الواقعه بين المال و مالكه الاولى و بين الثمن و تلك الإضافة التى كان التبديل واقعا عليها قد انقطعت الى حين الإجازة لتبديل المالك فينقطع التبديل الواقع عليها فإنها بالنسبه الى التبديل كالموضوع بالنسبه الى الحكم فمع انتفاء الموضوع لا- مجال للحكم و على هذا فكيف يمكن تصحيح مثل هذا البيع و لا يقاس ذلك ببيع الغاصب و من هنا ظهر عدم تصحيح البيع فى المسأله الثالثه أيضا فهى ما يكون الشراء لأجنبى باعتقاد أنه مالك و تحقق القصد لأجل هذا- الاعتقاد بحقيقه البيع فإنه أيضا ليس بصحيح أوّلا لشمول بعض تلك الاخبار عليه و لو لم يكن من قبيل بيع المالك لنفسه و ثانيا من جهه عدم بقاء الإضافة التى كانت موضوعا للتبديل و محلا له و ارتفاعه بتبديل المالك كما عرفت و لا يقاس هذه المسأله و لا المسأله السابقه ببيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه كما قاسه عليه المصنف بدعوى اتحاد المثل بين المسئلتين و ان كانا متعاكسين فإنّ الصحه فى بيع الغاصب على حسب القواعد إذا الغاصب يبيع المغصوب للمالك تحصل المبادله بين المالىن فى جهه الإضافة المالكيه و تحقق حقيقه المعاوضه التى عباره عن المبادله بين المالىن مع دخاله وجود طبيعى المالك فيها لتحقيق حقيقه التبادل فى جهه الإضافة غايه الأمر أنه يجعل نفسه بحسب الادعاء و العنايه مالكا كالمجاز على مسلك السكاكى فحقيقه البيع محقق حقيقه و لا كذب فيها و أنّما الكذب فى جعل نفسه مصداقا للمالكيه فهو أمر لا واقع له و على هذا

فاجازه المالك بيع الغاصب توجب صحته و كونه له دون إجازة البائع البيع الذى أوقعه للمالك ثم اشترى المال منه لنفسه فإنّ فى الأوّل كان الواقع مجازا و المجاز واقعا كما عرفت بخلاف ما نحن فيه فإنّ الواقع غير المجاز و المجاز غير الواقع فإنّ الإضافه التى كان تبديل المالكين فيها قد ارتفع فلم يبق الأمر الواقع حين الإجازة و الإضافه التى حدثت حين الإجازة لم يقع تبديل المالكين فيها ليكون موردا للإجازة و على تقدير وقوعه غير التبديل الذى كان حين العقد فإنك عرفت أنّ ارتفع بارتفاع موضوعه أعنى الإضافه المالكية بين المالك الأول و المال و لعل الى هذا أشار المصنف بالأمر بالتأمل و لا يفرق فى ما ذكرنا من عدم صحه البيع إذا كان المالك المجيز غير المالك حال العقد بين ان يكون مالكه المجيز و تجدد ملكه بالقهر أو بالاختيار فإنّ فى جميع هذه الصور لا وجه لصحه مثل هذا البيع و ما عن شيخنا الأستاذ من تصحيح ذلك فى صورته الإرث لقيام الوارث مقام المورث فلا وجه له فإنّه بحسب الفرض ممكن و لكن لا يكفى مجرد الفرض فى صحته بل لا بدّ من قيام الدليل على ذلك و ليس لنا ما يدل على أنّ الوارث يقوم مقام المورث بحيث إذا أجاز العقد فيصح من حين العقد بل الدليل دلّ على انتقال مال الميت إلى الورثه و اما قيامه مقامه بكونه وجودا تنزيهيا للمورث فلا دليل عليه و من جميع ما ذكرنا حكم الصوره الرابعه أيضا فهو ان يبيع المال لمالك و انتقل منه الى آخر بنواقل قهره أو اختياريه.

قوله ثم أنّه قد ظهر مما ذكرنا فى المسأله المذكوره حال المسأله الأخرى و هى ما لو لم تجز المالك بعد تملكه أقول لو قلنا بالبطلان

فى المسأله المتقدمه فى هذه المسأله نقول بالبطلان بطريق أولى فإنه إذا لم يكن وجه لصحه بيع مال الغير لنفسه مع أجازته ذلك البيع فيكون فيما لا يجيز باطلا بالأولويه و انما الكلام فيما لو قلنا بالصحه فى المسائل المتقدمه فهل يمكن الحكم بالصحه هنا بان نقول بصحه البيع بدون الإجازة فإنه كان بائعا لنفسه فقد حصل له الملك فيكون كما باعه لنفسه من الأول أولا بل لا بد من ان نقول بالبطلان هنا و لو قلنا بالصحه فى المسأله السابقه و قد اختار المصنف البطلان و انّ البيع الأول باطل للأخبار المتقدمه و لدليل السلطنه فإنّ الحكم - بكون هذا المال لغيره بدون بيع و اجازة خلاف السلطنه و خلاف عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بطيب نفسه و هو الصحيح عندنا أيضا فإنّ البائع الذى باع مال غيره لنفسه و التزم به فى الحين الذى أنشأ العقد لم يكن مالكا ليطم التزامه و فى الحين الذى ملك لم يلتزم بالبيع فيكون الحكم بصحه البيع و كون المال للمشتري بدون اجازة منه على خلاف السلطنه فيحكم بالبطلان و ليس لنا طريق الى الحكم بصحه ذلك الا ما ربما يتوهم من شمول عموم الوفاء بالعقد عليه حين الإنشاء فالعاقد مّمن شمل عليه ذلك الدليل و أنّما خرج عنه زمان عدم كونه مالكا فتبقى البقيه تحت الدليل و أجيب عن ذلك بأنّ المقام من موارد استصحاب حكم الخاص دون مقام التمسك بالعموم فإنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام و التحقيق انه ليس المقام مقام جريان العموم فضلا عن النزاع من الرجوع الى حكم العام أو الخاص فإنّ محط هذا النزاع فيما يكون المورد مشمولا للعمومات ثم

خصصت في زمان فنشك في زمان آخر في دخوله تحت العام أو يستصحب حكم الخاص كتخصيص عمومات جواز وطى المرأة بما يدل على التحريم في حال الحيض و نشك في جوازه بعد الطهر و قبل الاغتسال فيقع النزاع هنا من أنه نعمل بالعام و نجرى حكمه عليه لاند المتيقن من الخارج هو زمان الحيض فيبقى الباقي تحته أو نستصحب حكم الخاص و اما فيما لا تشمل عليه العمومات من الأول فلا وجه لهذا النزاع مثلا لو ورد أكرم العلماء فتكون غير العلماء خارجا عنه تخصيصا ثم شكنا في ان ذلك الفرد الخارج بالتخصص هل يكون- داخلا تحته حين الشك أو نستصحب فيه حكم المخصيص و مقامنا من قبيل الثاني فإن البائع حين ما باع مال الغير لنفسه لم يتم التزامه البيعي ليشمل عموم الوفاء بالعقد فلا يكون بائعا حقيقه و حينما ملك المبيع لم يلتزم بالبيع ففي الزمان الذي مالك ليس له التزام و في الزمان الذي له التزام فليس بمالك ففي أى نقطه شمل أو فورا بالعقود نشك في بقاء حكمه أو حكم الخاص في نقطه اخرى لنرجع الى النزاع المعروف من ان المقام من موارد اجراء حكم العام على المشكوك أو استصحاب حكم المخصيص لو كان ذلك مثل بيع المكره بان كان الخارج عنه زمان الإكراه لكان لإجراء النزاع المعروف هنا وجهها و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

و ثانيا على تقدير التمسك بدليل الوفاء بالعقد و كونه شاملا عليه و انما الخارج عنه زمان عدم التملك فتمسك به في الباقي نظير شموله بالبيع المكره و انما الخارج عنه زمان الإكراه فيكون الباقي داخلا تحت العام و لكن يكون آيه التجاره مقيده لها حيث ان الله تعالى

قد حصر فيها جواز أكل مال الغير بالتجاره عن تراض و ان غيرها- باطل و من أكل المال بالباطل و ما نحن فيه ليس تجاره عن تراض حيث انّ البائع و ان كان بائعا لنفسه لكن كان بائعا مال الغير لنفسه و أنّما هو ملك بعد ذلك فليس ببائع فيكون أخذ ماله هذا بالبيع السابق أكلا له بالباطل فيكون ذلك البيع الأول باطلا حتى مع شمول دليل الوفاء عليه أيضا.

و ثالثا لو سلمنا عدم كون آيه التجاره مقيده لدليل الوفاء و لكن تكفي الروايات الواردة في المقام من عدم جواز بيع مال الغير و ما ليس عنده فالبائع و ان باع مال غيره لنفسه ثم ملكه و لكن كان يبيعه الأول باطلا لكونه يبيعا بما ليس عنده و إيجابا و استيجابا قبل التملك فهو غير جائز نعم لو باع مال الغير لنفسه بعنوان التعليق بأن إنشاء البيع في الحال و كان المنشأ في المستقبل نظير الوصيه و أغمضنا النظر عن بطلان التعليق بالإجماع و أغمضنا النظر عن الروايات الواردة في المقام لتوجه التمسك بدليل الوفاء بالعقد هنا كما تقدمت الإشارة الى هذا القسم عند الدخول بهذه المسائل و من عجائب شيخنا الأستاذ أنّه التزم بصحة هذه المسأله و قال لا وجه للتفصيل في ذلك بين ما يبيع لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع و بين ما ملكه و لم يجر ففى كلا الصورتين نحكم بالفساد و أفاد في وجه الصحة هنا بأنّ الإجازة أنّما نحتاج إليها لأمرين الأول من جهة اعتبار الرضا في البيع بمقتضى آيه التجاره و الثانى من جهة استناد البيع الى المجيز فكلا- الأمرين متحقق هنا فان الفرض أنّه باع لنفسه و الفرض أنّه راض بذلك أيضا فيكون صحيحا و فيه أنّ هذا يعد من عجائب شيخنا الأستاذ فإنّ-

بائع مال الغير لنفسه انما هو رضى و أسند البيع لنفسه فى بيع مال الغير فهو راض به و أسند ذلك البيع الى نفسه و اما بعد تملكه ذلك المال فلم يوقع عليه البيع حتى ينازع فيه بأنه أسند إلى نفسه أم لا فما أسنده إلى نفسه و رضى به لم يتعلق بماله و ما هو ماله لم يوقع عليه البيع بوجه فما ذكره بلا وجه و قد تحصل الى هنا حكم المسئلتين.

قوله المسأله الثالثه: لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

أقول لو باع مال الغير باعتقاد أنه غير جائز التصرف اما بتخيل أو باستصحاب أو نحو ذلك فالجامع اعتقاد انه غير مالك فباع ثم بان أنه جائز التصرف فهذه على أربعة صور كما أشار إليها فى المتن فإن البائع هذا اما يعتقد عدم جواز تصرفه لعدم ولايته فانكشف كونه وليا للمالك و اما لعدم الملك و كونه مالكا فانكشف أنه مالك و على كل تقدير فاما ان يبيع عن المالك و اما ان يبيع لنفسه فالصور أربع.

الصوره الأولى: ما إذا باع للمالك باعتقاد أنه غير جائز التصرف

فبان أنه جائز التصرف

لكونه وليا للمالك أو ممن كان أمره فى يده فهل يحكم بصحة ذلك البيع أم لا.

الظاهر كونه صحيحا فإن الفرض ان البيع لا قصور فيه لكونه صادرا ممن لا بدّ و ان يصدر منه غايه الأمر أنه كان ناسيا للاذن- السابق و كونه وكيلا- عن المالك أو عن كونه وليا أو غفل عن ذلك فهذا لا يوجب البطلان فهل يكون الاذن السابق ادنى من الإجازة اللاحقه.

و كذلك كونه وليا فى الواقع لا يكون ادنى من الاذن السابق فهل يتوهم أحد فى أنه لو باع شخص مال غيره فضولا ثم-

و أصل إليه الكتاب و كان مكتوبا فيه بع المال قبل ان يبيع ما له فضولا فيكون باطلا بل لا يحتمل ذلك و مقامنا نظير ذلك فإن اعتقاد عدم كونه جائز التصرف لا موضوعيه له لبطلان العقد كما لا يخفى بل العقد صدر واقعا ممن لا بد و ان يصدر منه و وقع في محله فلا وجه لتوهم البطلان بوجه.

بل لو قلنا ببطلان المعامله الفضوليه لا نقول بالبطلان هنا فإنه كما أشار إليه المصنف صدر العقد هنا من اهله واقعا غايه الأمر أن العاقد لم يلتفت بذلك فهل يوجب عدم التفاته الى ذلك كونه أخصر من البيع الفضولي نعم لا- بد و ان الاذن موجودا في الخارج بان يكون مبرزا فإنه لا يكفي في صحه البيع الرضا الباطنى للمالك ما لم يظهر بمظهر في الخارج و قد تقدم ذلك عند الدخول ببحث الفضولى بل لا نحتمل من ان يقول احد بالبطلان الا عن القاضى حيث قال أنه لو اذن السيد لعبده في التجاره فهو باع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده و لا علم به احد لم يكن مأذون في التجاره و لا يجوز شىء مما فعله فان علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الاذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما ان يعاملوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان يبيعه و شرائه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الاذن.

و قد ظهر بطلانه مما ذكرنا فإن وصول الإذن اليه و عدمه لا موضوعيه فيه و إنما المناط أصل وجود الاذن واقعا بل تقدم سابقا أنه يكفي في نفوذ معامله العبد بالتجاره للغير نفس رضى الباطنى للمولى و ان لم يبرزه في الخارج فائنا و ان قلنا في أول الدخول

بالبیع الفضولی أنه لا- یکفی فیہ الرضا الباطنی و لكنه غیر مربوط- بمعامله العبد كما تقدم سابقا فإن معاملته صحیح من جمیع الجهات حتى من جهة الاستناد و إنما المانع من نفوذها عصیان السید فقط و هو یرتفع برضا الباطنی و ان لم یکن مبرزاً فی الخارج.

قوله الثانيه: ان یبیع لنفسه فانكشف كونه ولياً.

أقول المسأله الثانيه إذا یبیع مال الغير لنفسه باعتقاد أنه غیر جائز التصرف فانكشف كونه ولياً فالظاهر هنا أيضاً صحه البیع وفاقاً للمصنف و ذلك لما عرفت ان حقیقه البیع عبارته عن مبادله مال بمال فقد تحققت مع جمیع ما فیها من الشرائط غایه الأمر أنه قد انضم اليه قيد كون البیع لنفسه فيكون لغوا و الوجه فی ذلك انّ البائع مأذون فی البیع و الشری و غیرهما من التصرفات فی مال المولی علیه فإنّ الفرض انّ الولى كك فلا یقصر ذلك الاذن عن الاذن اللاحق و عن الإذن الآخر الذى لا یلتفت اليه الا فی جهه القصد و ان یكون البیع واقعا لنفسه و قد مرّ مرارا انّ القصد لا یوجب تغییراً فی حقیقه البیع بل هو بالنسبه إليها كالحجر فی جنب الإنسان فبعد تحقق حقیقه البیع أعنى مبادله المال بالمال و تحقق شرائط الآخر من الاذن من المالك أو من قبل مالك المعلوم فلا یضّر بها ذلك القصد لوقوعه لغوا.

و ربّما یقال باحتیاجه ای ذلك البیع على اجازته الولى البائع لنفسه غفله كونه للمولى علیه بعد انكشاف الحال كما یمیل اليه المصنف فإنّه لم یقع بعنوان أنه للمولى علیه حتى لو قلنا بكون قصد كونه لنفسه لغوا بل لا- بدّ و ان یكون السیع مستندا إليه بالإجازة و الا فلا یستند اليه فيكون باطلا إذ البائع و لو كان مجازاً واقعا فی البیع الا ان-

البيع الذى هو مجاز فيه لم يقصده البائع فما أوجده و قصده أنّما هو غير ما كان مأذونا فيه فيتوقف صحه كونه عن المولى عليه على اجازة جديده.

و فيه أنّه لا- وجه لاحتياجه إلى الإجازة بوجه لأنّ قيد كونه لنفسه ان كان قيّدا للبيع فبانكشف الخلاف يكون باطلا لانتفاء القيد المستلزم لانتفاء حقيقه البيع و ان لم يكن قيّدا فيكون لغوا فلا- يضّرّ بصحه البيع لكونه كالحجر فى جنب الإنسان بالنسبه إلى حقيقه البيع و على كل تقدير لا تتصور وجهها لاحتياج البيع إلى الإجازة و لعل الى ذلك أشار المصنف بالأمر بالتأمل.

قوله(ره)الثالثه:ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

أقول المسأله الثالثه:ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا و قد مثلوا لذلك بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا فإنّه ح يكون المال مال نفسه و يكون البيع عن نفسه فهل يصح هذا البيع أولا يصح و على تقدير الصحه فهل يكون محتاجا إلى الإجازة أو يكون له الخيار فى ذلك بحيث له ان يفسخ أولا- يفسخ فيكون بتركه الفسخ لازما وجوه و الفرق بين كونه محتاجا إلى الإجازة و بين كون المالك مختيرا بين الفسخ و الإمضاء هو أنّه لو لم يجز المالك على تقدير الاحتياج إلى الإجازة فيكون البيع باطلا و اما على تقدير كونه مختيرا بين الفسخ و الإمضاء فالعقد صحيح و لكن للمالك حق الفسخ فقط.

و اما أصل البيع فالمشهور صحته بل ربّما يدعى الإجماع فى ذلك و فى المتن لم نعر على مخالف صريح الا عن الشهيد فى قواعده حيث احتمل إمكان البطلان و سبقه علامه و ابنه لوجوه

لا يمكن مساعدته على شيء منها كما ذكر المصنف في المتن.

و أما الوجه في صحه البيع فلما تقدم في البيع لنفسه ان حقيقه البيع قد تحققت بجميع شرائطه و حقيقته التي عباره عن مبادله مال بمال في طرف من الإضافه المالكه لمالك طبيعي و قصد كونه لنفسه كما في المسأله المتقدمه أو كونه لمالك كما في هذه المسأله أمر زائد عن حقيقه البيع و غير مربوط بها بوجه فيكون لغوا فلا- يضرّ بصحه البيع بوجه و اما الوجوه التي أشار إليها العلامه فالأول أنّ الابن قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه فما وقع اعنى كون البيع للابن في الواقع لم يقصد فما قصد لم يقع فلم يقصد حقيقه البيع كما مرّ نظير ذلك الإشكال في بيع الغاصب.

و فيه انه قد تقدم مرارا أنّ القصد غير قاذح لحقيقه البيع إذا لم يضرّ بها ففي المقام و ان قصد البائع كونه عن المالك و هو الأب الا- ان قصده ذلك من جهه كون الأب مالكا في اعتقاده لا لخصوصيه في شخص الأب غايه الأمر أنّه أخطأ في قصده و طبق المالك الى شخص آخر فلا يكون مضرا.

الوجه الثاني ان هذا العقد باطلا- من جهه التعليق فإنّه و ان كان في الصورة منجزا و لكنّه في التقدير معلق فإنّ التقدير ان مات مورثي فقد بعثك فيكون باطلا من جهه التعليق.

و فيه الظاهر أنّه أمر وقع من سهو القلم من العلامه (ره) فإنّ التعليق أنّما يتم لو باع لنفسه معلقا ذلك على موت الأب بحيث يكون ذلك متوقفا على موته و ان التعليق في صحه العقد و تكون متوقفه على موت الأب و ان كان المنشأ كالإنشاء امرا فعليا لا امرا

و بعبارة أخرى: هذا الذى ذكره فى الوجه الثانى مع الوجه الأول فى طرفى النقيض فإن مقتضى الوجه الأول أنّ البيع عن الأب و ليس عن نفسه و مقتضى الوجه الثانى أنّ البيع عن نفسه فليس عن الأب فهذان لا يجتمعان لكون مدلول أحدهما متناقضا مع مدلول الآخر.

اللهم الا- ان يقال ان القصد الحقيقى إلى النقل معلّق على تلك الناقل و بدونه فالقصد صورى و قد تقدم نظير ذلك من المسالك فى أنّ الفضولى و المكره قاصدان الى اللفظ دون المعنى و مدلول اللفظ و قد تقدم عدم تماميه ذلك و أنّ الفضولى و المكره قاصدان للمدلول أيضا و لو بهذا القصد الصورى فهو يكفى فى صحه البيع الفضولى.

الوجه الثالث: أنّ البائع كالعابث عند مباشره العقد لاعتقاده أنّ المبيع لغيره.

و فيه بعد ما قلنا بكونه كالفضولى قاصدا للمدلول أيضا فيكون ما يصدر منه البيع فيكون صحيحا فلا يكون فيه بحث بوجه من الوجوه و بالجمله فاصل صحه البيع ممّا لا اشكال فيه و لا يعتنى بمثل تلك الوجوه فى الحكم بالبطلان كما لا يخفى.

و اما احتياجه إلى الإجازة فمما لا ريب فيه لا لما ذكره المحقق الثانى فى جامع المقاصد من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الان بل مع اجازة المالك لاندفاعه أوّلا بقوله الا ان يقال ان قصده إلى أصل البيع كاف و ذلك لان حصول النقل حين العقد أو بعد

اجازته المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يضرّ قصد خلافه و أنّما هو من الأحكام الشرعيّة المعارضه للعقود فلا يكون مأخوذاً في صحه العقد.

و ثانياً ان هذا الدليل أخص من المدعى فإنّه قد يتحقق القصد الى ذلك لو كان البائع لذلك أى بائع مال نفسه للغير باعتقاد أنّه للغير و كيلاً من قبله فباع ثم انكشف أنّه مال نفسه فإنّ القصد هنا متحقق إلى أصل البيع الناقل للملك من دون احتياج الى قصده مع الإجازة المتأخره.

و ثالثاً أنّ هذا يناهى مذهب الكشف فكيف يرضى القائل به ان يقول البائع لا يقصد نقل المال حين العقد بل الوجه فى الاحتياج إلى الإجازة هو الذى أشار إليه المصنف من عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلّها لغيرهم الا بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجاره فإنّ الالتزام بصحه العقد بدون الإجازة مستلزم لعدم تسلط الناس على أموالهم و كونه حلالاً لهم بغير طيب أنفسهم و توضيح ذلك فإنّ مقتضى آيه التجاره و قوله لا يحلّ مال امرؤ مسلم الا بطيب نفسه و ان كان كفايه رضا المالك و طيب نفسه و لو مع اعتقاده بأنّ المال لغيره بحيث يكون الرضا بذاته معتبراً و لكن بمناسبه الحكم و الموضوع يستفاد منها ان ذات الرضا و الطيب بما هو ليس موضوعاً للحكم فإنّ احترام ماله و توقف التصرف فيه على اذنه يناسب ان يكون اذنه بما انه مالك دخيلاً فى جواز التصرف و معلوم ان الطيب بأصل التبديل ليس طيباً بالتبديل المالكى نعم ما نزل شيخنا- الأستاذ ذلك بما ان العمد بأصل التكلم أو العمد بالأكل ليس

عمدا بالتكلم فى الصلاة و الأكل فى نهار شهر رمضان و الأمر كك فَإِنَّ الإنسان يتعمد إلى أصل الفعل و لكن يغفل عن كونه فى الصلاة أو الصوم ثم أنه يؤيد ذلك أنه لو أعتق عبدا للغير بما أنه له فبان أنه لنفسه أو طلق امرأه للغير فبان أنها لنفسه له ينعق العبد و لا يطلق الزوجه و إنما جعلناهما مؤيده من جهه أنهما إزاله الملك و الزوجيه و كونهما عن المالك و الزوجه من الجهات المقومه فعدم وقوعها من الغير من تلك الجبهه فلا يقاس بالبيع و هذا المعنى هو منصرف عن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و أحل الله البيع فأن الظاهر أنهما منصرفان الى وجوب الوفاء لكل شخص بعقده الذى أوقعه على ماله بحيث يكون البيع مستندا اليه لا الى شخص آخر فمعنى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أنه يجب ان يفى كل شخص بعقد نفسه و معنى أحل الله البيع أنه حل بيع أنفسكم و فى المقام ان البائع و ان كان مالكا واقعا الا أنه باع الملك بعنوان انه مال الغير ليكون بيعه و لم يبع بعنوان ماله ليكون البيع بيع نفسه و عقدا له فلا يشملهُ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و العمومات الأخر إلا بالإجازة ليكون مستندا الى نفسه و يكون قابلا لشمول العمومات له و من هنا ظهر فساد توهم ان المالك حيث انه المباشر للعقد فلا-وجه لاعتبار الإجازة فيما يرجع الى تصرف نفسه فى ماله فإنه و ان كان تصرف فى ماله و لكنه بعنوان أنه مال الغير فلا يكون البيع مستندا اليه الا بالإجازة و قد اختار صاحب الجواهر تبعا لبعض آخر صحه هذا البيع و كونه خياريا و ان للمالك فسخ ذلك و إمضائه و استدلال عليه بدليل نفي الضرر بدعوى ان لزوم مثل هذا العقد ضررى فيرتفع بكونه خياريا و قد استدلل بتلك الأدله على ثبوت بيعض

و أشكل عليه شيخنا الأنصارى بتوضيح و اضافة إجماليه مّا و حاصله أنّ الضرر عبارة عن النقص في المال أو العرض أو النفس و شيء منها غير موجود في المقام بل أنّما هو في انتقال المال إلى المشتري بدون رضائه المالك و اذنه فمقتضى شمول أدله الضرر على ذلك هو نفي الانتقال و بطلان العقد لا ثبوت الخيار مع صحته.

و بعبارة اخرى: أنّه لو فرضنا من صحه العقد و كان النزاع في لزومه و عدمه و كان الضرر متوجها من ناحيه اللزوم لكان لهذا التوهم وجه و لكن الأمر ليس كذلك و أنّما الضرر في أصل صحه العقد و انتقال المال الى الغير لا من ناحيه اللزوم بعد الفراغ عن صحته اذن فلا بدّ من القول ببطلان العقد لو تمسكنا بدليل نفي الضرر لا بكونه خياريا.

بل لا- مجال أصلا هنا للتمسك بأدله نفي الضرر و لا موضوع لها هنا فإنّه أنّما تكون شامله لمورد يكون فيه ضرر و الموضوع لذلك هنا لو كان انما هو العقد فصحته أنّما بواسطه شمول العمومات عليه فهي لا تشمل المورد ما لم تلحق عليه الإجازة اللاحقه من المالك فإنّه عرفت أنّه مضافا الى كون صحه العقد بدون الإجازة منه أكلا لمال الغير بدون اذنه و كونه تصرّفا في مال الغير بغير طيب نفسه و كونه خلاف السلطنة أنّ أوفوا بالعقد و أحلّ الله البيع أنّما ينصرف الى بيع شخص المالك و أنّ كل من باع ما له لنفسه يجب الوفاء به و اما لو باع لغيره فلا- اذن فلا- موضوع يكون ضرريا حتى يشمل أدله نفي الضرر و بالجملة لا- وجه لاحتمال ثبوت الخيار هنا بدليل نفي الضرر.

ثم لو انعقد الإجماع على عدم جريان الفضولية في الإيقاعات و اختصاصها بالعقود فيحكم بطلان عتق مال الغير ثم إجازته أو عتق مال نفسه عن الغير باعتقاد أنه مال الغير ثم أجازته و ان لم يتم الإجماع و ناقشنا فيه فيصح في الإيقاعات أيضا كما هو واضح ثم أنه لا- ملازمه بين بيع مال نفسه للغير باعتقاد أنه له ثم انكشف الخلاف و بين بيع الفضولي بحيث لو قلنا بطلان البيع الفضولي لقلنا بطلان ذلك أيضا.

و ذلك لان عمده ما قيل في بطلان البيع الفضولي كما تقدم هو كونه بيعا لمال الغير فهو باطل بالروايات المستفيضه النافيه عن بيع ما ليس عنده و قد أجبنا عنه فيما تقدم ان ذلك فيما يكون بائعا لنفسه دون الغير و على تقدير قبوله هناك فلا يجرى هنا فإنّ البائع لم يبيع مال غيره ليكون من صغريات بيع ما ليس عنده بل انما باع مال نفسه للغير فيكون ذلك صحيحا بالإجازة فلا يكون مشمولاً لتلك الروايات اللهم الا- ان يقال ان مدرك القول ببطلان بيع الفضولي هو التصرف في مال الغير المستلزم للحرمة المستلزم لفساد البيع و فيه على تقدير قبوله في بيع الفضولي فلا- يجرى هنا لأنّ في البيع الفضولي كان تصرّف في مال الغير بخلافه هنا فإنه ليس هنا الا قبح التصرف من باب التجري فهو قبيح في نظر العقل فلا يستلزم الحرمة الواقعيه حتى يستلزم ذلك الحرمة الواقعيه فساد المعامله فيكون ما نحن فيه مثل بيع الفضولي كما هو واضح.

قوله الرابعه ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له.

أقول إذا باع شخص مال نفسه لغيره باعتقاد انه له اما باعتبار

شخصى أو عقلائى ثم انكشف أنه مال نفسه كما إذا باع مالا أخذه من الغير بالقمار أو بغيره من الأسباب الباطله شرعا ثم باع لنفسه مع - اعتقاده بحسب تديته بدين الإسلام أنه مال الغير ثم انكشف أنّ هذا بعينه المال الذى كان ذلك الغير أخذ منه أمس فالظاهر أنه لا شبهه فى صحه هذا البيع لعدم قصور فى الإنشاء و لا فى المنشأ بل أنّما تحققت حقيقه البيع على النحو الذى لا بدّ و ان تتحقق فإنّ حقيقته المبادله بين المالين فى علقه المالكيه و قد حصل ذلك فى نظر العرف و العقلاء فإنهم يرون التمسك بالقمار و نحوه من الأسباب الباطله من المملكات فيرون بيع المقامر ما تملكه بالقمار صحيحا فيصدق على بيعه هذا بيعا بالحمل الشائع مع كونه مالكا واقعا اذن فيشملة العمومات فيحكم بصحته شرعا أيضا غايه الأمر أنه لم يعلم بكونه مالكا واقعا و فى نظر الشارع فهو لا يضرّ بصحة البيع.

و بعباره أخرى حكم الشارع بالمالكيه من الأحكام الشرعيه فصحة البيع لا يتوقف على العلم به و الا فلا بدّ من عدم تحقق البيع و صدقه على بيع من لا عقيده له لشريعه من الكفار و الفساق مع كونه بيعا صحيحا عند العرف و العقلاء و بالجمله أنّ صحه مثل ذلك مع صدوره عن مالكة الواقعى و تحقق شرائطه ممّا لا شبهه فيه و هل يحتاج ذلك الى الإجازة أم لا فالظاهر أنه غير محتاج إلى الإجازة لكونه صادرا من مالك المبيع و واقعا لنفسه و مستندا اليه فالاحتياج إلى الإجازة تحصيل الحاصل فلا نحتاج إليها.

و بعباره اخرى أنّ العقد بعد تماميه أركانه و وقوعه عن مالكة بعد نفسه مالكا للمال بأى نحو كان و كونه مالكا أيضا واقعا غير أنه

يعتقد فقط كون المال للغير من باب الجهل فلا وجه لتوهم كونه محتاجا إلى الإجازة ثانياً فإن مجرد الجهل بالحال لا يستلزم ذلك كما هو واضح و ذلك كما إذا باع مال نفسه لنفسه غفله عن كونه له فهل يتوهم احد بطلان البيع هنا.

قوله و اما القول في المجاز.

أقول تحقيق الكلام فيه يقع في أمور

الأول ان العقد الفضولي

لا بدّ و ان يكون جامعا لشروط البيع بأجمعها

و الا- فلا- يكون ممّا يترتب عليه الأثر و هذا بحسب الكبرى ممّا لا ريب فيه فإنّ العقد الفضولي يعينه العقود الأخر غير أنّه فاقد للإجازة فيحتاج إلى الإجازة المتأخّره و هذا لا يزيد عن العقد الصادر بالاذن السابق أو من المالك فإنّه كما إذا كان شيء منهما فاقدًا لشروط من الشروط مع كونه صادرا ممّن له العقد أو بإذنه بحيث يكون مستندا الى المالك من حين تحقّقه فكك العقد الفضولي لا بدّ و ان يكون جامعا لجميع الشرائط غير جهة الرضا المالكى فإنّه يلحق بالإجازة المتأخّره فهل يتوهم احد ان لا يعتبر فيه ما يكون معتبرا في غير العقد الفضولي اذن فمقتضى أدلّه صحة البيع مع أدله الشروط المعتره فيه قاضيه في البيع الفضولي أيضا.

و اما بحسب الصغرى فشرائط البيع تنحلّ إلى أقسام أما شرائط العقد فلا شبهه في اعتباره في العقد الفضولي لكونه عقدا كسائر العقود فلا بدّ من اعتبار شروطها فيه أيضا و جهة الفضوليه لا توجب إلغاء تلك الشروط و ذلك كالماضويه و العرييه و تقديم الإيجاب على القبول و غير ذلك ممّا يرجع الى نفس العقد فإنّها كما تعتبر في عقد

الأصيل و هكذا تعتبر فى العقد الفضولى و اما شرائط المتعاقدين فكك و لا بدّ من اعتبارها هنا كما إذا اعتبرنا صدوره من البائع العاقل فإنّه يعتبر هنا أيضا فلا- يصح عقد الصبى و المجنون لو كانا فضولين أيضا فإنّه بعد عدم كفايته فيما إذا كان طرف المعامله هو الأصيل و كان مجرى العقد هو الصبى أو المجنون فلا يكفى هنا أيضا لأنك عرفت أنّ العقد الفضولى لا يزيد على عقد الأصيل و معاملته و بالجمله لا يكفى فى صحه عقد الفضولى صدوره من الصبى و المجنون لو قلنا بعدم صحه عقدهما كما تقدّم.

و اما شرائط العوضين فهو أيضا ممّا لا ريب فى اعتبارها هنا فلا يصح بيع أم الولد و لا الخمر و نحوهما ممّا لا يصح بيعه من الأصيل أيضا فإنّ ما لا يجوز من الأصيل فكيف يجوز من الفضولى فهل يزيد ذلك على الأصيل و بالجمله.

انّ تلك الشروط الثلثه لا شبهه فى اعتبارها فى العقد الفضولى حين العقد فإنّ الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى تعتبرها من زمان الإجازة بل اجازة للعقد السابق الصادر عن الفضولى و أنّما هى دخيله فى تأثير ذلك العقد فلا بدّ من اعتبارها فيه حين الصدور.

و اما الشروط التى تكون معتبره فيه مع كونها خارجة عن العقد و قد عبر عنها المصنف بالشروط المعتبره فى تأثير العقد أو الشروط الراجعه إلى المالك فلا يعتبر فيه اما الأول فكالقدره على التسليم فإنّ اعتباره فى العقد ليس من جهه كونها شرطا للعقد أو للعوضين أو للمتعاقدين بل أمر خارج عن العقد فإنّما يكون معتبرا من جهه تمكين المشتري من المبيع أو البائع من الثمن و تسليطهما عليهما و هذا

أثما يلزم اعتباره حين التسليم فقط و ان كان البائع غير متمكن من زمان العقد حتى مع كونه أصيلا ففي الفضولي أيضا لا يعتبر القدره على التسليم لا حين العقد و لا حين الإجازة بل أثما يلزم اعتباره- حين التسليم و التسلم فلو باع الفضولي عن المالك سلما فلا بدّ و ان يكون المالك متمكنا عن التسليم عند التسليم و في الأجل المعين الذي يجب تسليمه فيه و لو باع حالا فيجب ان يكون المالك متمكنا من التسليم عند الإجازة لأنّ زمان الإجازة زمان التسليم و التسليم و بالجمله فمثل هذا الشرط لا يرتبط بالعقد و لا- بالعوضين و لا- بالمتعاقدين بل هو أمر خارج عن العقد و لا يلزم من انتفائه بطلان العقد بل يكون العقد خياريا لتخلف الشرط الضمني و لا يفرق في ذلك بين القول بالكشف و النقل فإنّه على القول بالكشف أيضا و ان حصلت الملكية و لكن لم يحصل زمان التسليم و التسلم و لذا لا يجوز التصرف قبل الإجازة حتى على الكشف فرمان التسليم زمان الإجازة فإنّه ليس معنى الكشف أنّ الملكية قد حصلت بحيث لكل منهما ان يعامل مع ما انتقل إليه معامله ملكه بل أثما ذلك بعد الإجازة غاية الأمر أنّها تكشف أنّ الملكية من الأول.

و اما الثاني كاعتبار كون المشتري للمصحف أو العبد المسلم مسلما و لا يكون كافرا بناء على عدم تملك الكافر العبد المسلم و المصحف فهذا أيضا لا يعتبر في العقد الفضولي كون المشتري للمصحف أو- العبد المسلم مسلما حين العقد بل لا بدّ من كونه مسلما حين الإجازة فلو باع الفضولي المصحف أو العبد من الكافر فأسلم إلى زمان الإجازة فيكون البيع صحيحا و السر في ذلك أنّ عمده دليل اعتبار كون المشتري

مسلمًا بعد التسالم بين الفقهاء هو قوله تعالى لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا فَإِنَّ بَيْعَ الْمُصْحَفِ وَالْعَبْدَ الْمُسْلِمَ مِنَ الْكَافِرِ اسْتِثْنَاءٌ وَسَبِيلٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ بَلْ مِنْ أَعْلَى مَرَاتِبِ اسْتِثْنَاءٍ وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَحَقَّقُ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ حَتَّى عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ فَإِنَّ اسْتِثْنَاءَ الْأَمْرِ يُتَمِّمُ بِتَمَامِيهِ الْعَلْقَةَ الْمَلَكِيَّةَ وَهِيَ لَا تَتِمُّ إِلَّا بِتَمَامِيهِ السَّبَبِ وَتَمَامِيهِ السَّبَبِ إِنَّمَا بِالْإِجَازَةِ حَتَّى عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ فَإِنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ أَيْضًا تَكُونُ الْإِجَازَةُ مُؤَثَّرَةً فِي الْمَلَكِيَّةِ السَّابِقَةِ فَتُكْشَفُ بِهَا حُصُولُهَا مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ وَبِهَا يَكُونُ الْمُشْتَرَى مُسَلِّطًا عَلَى الْمَبِيعِ وَآمًا قَبْلَ زَمَانِ الْإِجَازَةِ فَلَيْسَ لَهُ تَسَلُّطٌ عَلَى الْمَبِيعِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ قَدْ مَلَكَ لِلْمَبِيعِ مِنْ زَمَانِ الْعَقْدِ لَوْ أَجَازَ الْمَالِكُ وَالْأَفْلَا فَإِنَّمَا يَحْصُلُ السَّبِيلُ وَالتَّسَلُّطُ فِي زَمَانِ الْإِجَازَةِ وَفِي زَمَانِ تَمَامِيهِ السَّلْطَنَةِ عَلَى الْمَبِيعِ لَكُونِ الْإِجَازَةِ مِمَّا تَكُونُ مَتَمِّمَةً لِلْعَلْقَةِ الْمَلَكِيَّةِ وَقَبْلَهُ لَا سُلْطَنَةَ لِلْمَشْتَرَى عَلَى الْمَبِيعِ بَوَاحٍ وَلِذَا لَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ.

نعم بناءً على الكشف بمعنى كون الإجازة معرفه محضه مع العلم بأن المالك يجيز العقد قطعاً نلتزم بعدم جواز البيع الفضولي أيضاً لحصول السبيل من زمان العقد للعلم بتحقيق العلقه بتمامها عنده و لكن قد عرفت عن تماميه ذلك المذهب و اما توهم حصول السبيل بمجرد العقد توهم فاسد فإن مجرد تحقق ما يكون له تأهليه الصحه و كونه قابلاً لان يترتب عليه تماميه العلقه المالكيه للمشتري لا يوجب إثبات السبيل للكافر على المسلم.

و بالجمله ان فقدان الشرائط الخارجيه و شرائط المالك عند العقد فى العقد الفضولى لا يضرب بالصحه التأهليه التى كانت فى

العقد الفضولي بل هي تحصل بذلك مع وجدانه الشروط الآخر الداخلة في العقد من شروط العقد و شروط العوضين و شروط المتعاقدين بل الصحة التأهليه باقيه الى زمان الإجازة و زمان وصول محل الشرط فإن حصل فيحكم بالصحة الجزميه و الا فيحكم بالبطلان.

ثم هل يعتبر استمرار تلك الشروط التي لا بدّ من اعتبارها الى زمان العقد أم لا يعتبر اما الشروط الراجعه إلى العقد فلا معنى لبقائه لكونها انى الحصول و الزوال فليس لها قابليه البقاء كالعربيه و الماضويه و تقديم الإيجاب على القبول و نحوها فإنها كيفيات غير قابله للبقاء.

و اما شروط المتعاقدين فالظاهر عدم اعتبار بقائها على حالها في صحة العقد كما إذا جنّ العاقد الفضولى أو مات فإنّ العقد بعد صدوره عنه صحيحا لا ينقلب عما هو عليه بانتفاء الشروط المعتره في العاقد فلا نتصوّر وجها لكونها دخيلا في صحته بحسب البقاء أيضا و أنّما الظاهر من أدله اعتبارها في العقود دخالتها في صحتها بحسب الحدود فقط.

و اما شروط العوضين فقد بنى المصنف على استمرارها على القول بالنقل و نفى البعد عنه على القول بالكشف و ان تقدم منه عند بيان الثمره عدمه ردا على من زعم اعتبارها بتوهم ظهور الأدلّه في اعتبار استمرار القابليه إلى زمان الإجازة على الكشف.

و تفصيل الكلام هنا أنّ الشروط تاره تكون شروطا للانتقال و التمليك و التملك بمعنى أنّه يشترط في انتقال المال الى الغير و

تملكه بعض الشروط كالخمر فإن التملك و التملك و التملك و انتقال المال من شخص الى آخر بأى عنوان كان يشترط فيه ان لا يكون خمرا فمثل ذلك شرط التملك و غيره مربوط بالبيع أصلا و لذا لا يكون بغير البيع أيضا و لذا أمر رسول الله (صلى الله عليه و آله) بإرافه الروايه من الخمر الذى أهدي اليه و هكذا كلما يكون شرطا للتملك. و اخرى يكون الشرط شرطا للبيع كعدم كون المبيع أم ولدا و من الأعيان النجسه أو المتنجسه بناء على عدم جواز بيعهما و هكذا فإن مثل ذلك من شروط البيع لا من شروط التملك و الا فيصح تملك أم الولد و النجس و لذا يضمن لصاحبها من أتلها و قد تقدم فى بيع الكلاب القول بالضمنان على من أتل كلب الغير من غير ما يجوز بيعها ككلب الحارس و الدور و لذا لو مات مالك تلك الأمور تنتقل الى وارثه و هكذا كلما كان من هذا القبيل فلا شبهه فى عدم اعتبار استمرارها اى تلك الشروط الى زمان الإجازة حتى على القول بالنقل فإنها كانت محققه فى زمان تحقق العقد و البيع لكفى و لأن الإجازة ليست عقدا مستأنفا حتى يعتبر استمرارها الى زمانها و على هذا فلو باع الفضولى أمه الغير أو متاعه ثم صار ذلك أم ولد أو متنجسه أو نجسه فعلى القول بالكشف لا شبهه فى صحة البيع لو اجازة المالك لحدوث التوليد و التنجيس فى ملك الغير فإن بالإجازة تنكشف انتقالها إلى المشتري من زمان العقد و كون التوليد و التنجس واقعا فى ملك المشتري فإن ما لا يجوز أنما هو بيع أم الولد أو النجس و الفرض هنا انهما حصلا فى ملك المشتري لا انهما حصلا قبل البيع ليمنع عنه و البيع أنما تحقق فى زمان تحقق العقد و ليس الإجازة إلا إجازة ذلك العقد

لا أنّها عقد جديد و كك على القول بالنقل أيضا لا يبعد ذلك فإنّ الملكيه و ان لم تحصل إلا فى زمان الإجازة و لكن الإجازة هنا أيضا ليس عقدا جديدا بل هى اجازة للعقد السابق المتحقق فضوله فيكون البيع حاصلًا قبل ان تصير الأمه أم ولد أو يكون المبيع نجسا و أنّما صارا كذلك قبل الانتقال الى الغير فلا شبهه فى جواز ذلك فلذا يتوارث الوارث و بالجمله أنّ الإجازة ليست عقدا جديدا و أنّما هى إمضاء للعقد السابق الذى بيع أو نكاح فقد تحقق عنوانه و أنّما الاستناد يكون بالإجازة ليكون يباع للمالك أو نكاحه و هكذا و الا فاصل العقد على القولين قد تحقق عند العقد نعم ما هو شرط التمليك و الانتقال فلا بدّ من بقائه إلى زمان الإجازة.

فرع لو باع شخص خلا لآخر ثم صار ذلك خمرا ثم انقلب إلى

الخليه فهل يحكم بصحة الانتقال هنا المستلزم صحة البيع أم لا

اما على الكشف فلا شبهه فى صحة البيع لكون القلب و الانقلاب فى ملك الغير و اما على النقل فالظاهر بطلان البيع لعدم صحة النقل حين الإجازة فإن ما وقع عليه العقد لم يبق على حاله و ما هو موجود فإنّما هو ملك جديد لم يقع عليه العقد لتبدل صورته النوعيه فإنّ الخمر و الخل فى نظر الشارع من الصور النوعيه المتخلفه كما إذا فرضنا أنّه باع الفضولى عبدا ثم صار ذلك كلبا حقيقه لا- إنسانا فى صورته الكلب ثم تبدل إلى الإنسانيه فإنّ الإنسان الثانى غير الإنسان الأول فلا يصح ذلك البيع بالإجازة لما ذكرناه إذا فلا بدّ من بقاء المال على هيئته التى وقع عليها العقد الفضولى من كونه قابلا لوقوع العقد عليه و واجدا على شرائط الانتقال من حين العقد الى

حين الإجازة و الا فلا يصح انتقاله الى الغير بالعقد ففي الحقيقه مثل هذا الشرط الذى شرط التملك شرط للانتقال أولا و بالذات و يكون شرطا للبيع ثانيا و بالعرض فإنه إذا لم يصح الانتقال لم يصح البيع أيضا كما هو واضح.

الأمر الثانى فى معرفه المجيز العقد المجاز و العلم بكونه واقعا

مع تعيينه

و يقع الكلام هنا فى جهتين

الاولى فى أنه هل تصح -

الإجازة على تقدير الوقوع أم لا

كما إذا يقول لو بيع مالى فضوله أو أوجرت دارى فقد أجزته و الثانيه هل يمكن تعلق الإجازة بالأمر المبهم أم لا- اما الجبهه الأولى فقد حكم شيخنا الأنصارى ببطلان الإجازة لكونه تعليقا فيما هو بحكم العقد فإن الإجازة و ان لم تكن عقدا الا أنه فى حكم العقد فحيث ان التعليق فى العقد باطل فيكون فيما هو بحكم العقد أيضا باطلا و أضاف إليه شيخنا الأستاذ ان الإجازة من الإيقاعات فالتعليق فى الإيقاعات لا يعقل.

اما ما افاده شيخنا الأنصارى ففيه أولا- لا- دليل على بطلان التعليق فيما هو فى حكم العقد فإن عمده الدليل على بطلانه هو الإجماع كما تقدم فالمتيقن هو بطلانه فى نفس العقد لا ما فى حكمه و ثانيا أنه تقدم فى السابق ان التعليق فى العقد موجب للبطلان إذا كان بأمر خارج عن العقد و اما لو كان على أمر يكون مقوما له و داخلا فيه فلا دليل على بطلانه بل هو فى جميع العقود موجود و ان لم يصرح به فلو كان مثل ذلك موجبا للبطلان للزم الحكم ببطلان جميعها و هذا نظير ما إذا قال ان كنت زوجتى فأنت طالق أو ان كان هذا مالى فبعته فكك الإجازة.

ص: ٣٠٨

و اما ما افاده شيخنا الأستاذ فلم نعقل له معنى محصية لا حيث ان التعليق في الإيقاع قد وقع في الشريعة المقدسه فكيف له الحكم بكونه غير معقول في الإيقاعات كالتدبير فإنه من الإيقاعات مع كونه معلقا على الموت و كالوصيه بناء على كونها من الإيقاعات كما هو الحق فإنها متوقفه على الموت بل عرفت ان الدليل على بطلانه أنما هو الإجماع فالمتيقن منه ليس الا العقود فلا علم لنا لدخول الإيقاعات معقده فلا يضرّ فيها التعليق.

و اما الجبهه الثانيه أعني إمكان تعلق الإجازة بالأمر المبهم

فهى متفرعه على الجبهه الاولى و لذا قد مناها على عكس ما فعله المصنف فقد نزل المصنف هنا الإجازة منزله الوكاله فما لم يبلغ الأمر فى ذلك الى مرتبه لا يصح معه التوكيل يصح ان تتعلق به الإجازة.

و الظاهر جواز تعلقها بالأمر المبهم إذا لم نقل بكون التعليق فيها مضرًا كما إذا لم يدر المجيز ان الواقع بيع داره أو إجارته أو بيع الفرس أو غير ذلك فيقول أجزت ذلك الأمر الواقع ان كان إجاره- فأجزت الإجاره و ان كان بيعا فأجزت البيع و هكذا و هكذا و لا يلزم معرفه المجاز و لا يضرّ عدم معرفه بصحه الإجازة و هذا نظير ان يعطى احد ماله لشخص بذلا فعلم ذلك و لكن لا يدرى أنه اى شىء فيقول أجزته فهل يتوهم احد عدم صحه ذلك بل هذا أوضح من الوكاله فإنّ فى الوكاله و ان كان يصح تعلقها بالأمر المبهم و لكن يشترط فى صحه ذلك وجود جامع بين تلك الأفراد التى كان المأذون فيه مبهما بينها و الا فلا يصح التوكيل بالفرد المردد و هذا بخلافه هنا فإنّ الإجازة تتعلق بالواقع المردد بين الافراد الكثيره و ان لم يكن

بينها جامع فإنَّ التردد لا يمنع عن ورود الإجازة إلى مورده و محله في الواقع و هذا نظير إتيان أربعة ركعات من الصلاة الرباعية بقصد إتيان الواقع إذا علم بكون ذمته مشغوله بأربعة ركعات من الصلاة مع الجهل بخصوصياتها.

و من هنا يظهر بطلان ما في كلام شيخنا الأستاذ حيث قال انه لا يجرى في المقام ما يجرى في الوكالة فإنها تصح على نحو الإطلاق و ان لم تصح على نحو الإبهام و اما الإجازة فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق لأنَّ عقد الفضولي وقع على شيء خاص و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقد و وجه البطلان أنَّ ما تقع عليه الإجازة و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق لا كليا قابلا للإطلاق الا- أنَّ اشتراط كون متعلقها امرا قابلا للإطلاق بلا دليل بل أنَّما تكون الإجازة واقعه على موردها و ان كانت المحتملات كثيرة و بالغه الى حد لا تصح ان تتعلق به الوكالة فإنه بناء على جواز التعليق فيها تنحل ذلك الى قضايا عديدة فيكون التقدير ان كان هذا العقد واقعا على مالى فأجزته و ان كان ذلك فأجزته و هكذا و بالجملة أنَّ الإجازة بعد صدورها من أهلها ترد على محلها و ان كان المحل من الإبهام بمكان فإنَّ توجهها الى العقد الواقع على ماله و ان كان امرا شخصيا غير قابل للإطلاق فيقول المجيز أجزت الواقع على ما هو عليه ان كان كذا فكذا ان كان كذا فكذا.

الأمر الثالث ان العقد المجاز اما أول عقد وقع على مال نفسه

ص: ٣١٠

أو آخر عقد وقع على ماله أو أول عقد وقع على عوض ماله أو آخر عقد وقع على عوض ماله فهذه أربعة صور ثم أنه أما العقد الوسط بين عقدين واقعين على مورد العقد الوسطى أو وسط بين العقدين الواقعين على بدله أو على الاختلاف و على كل من هذه الأربعة فاما ان ذلك العقد الوسط واقعا على عين مال الغير فيتشعب من اجازته الوسط ثمانية صور فيرتقى المجموع إلى اثني عشر صور و توضيح ذلك أنما يكون في ضمن مثال فلو باع الفضولي عبد المالك بفرس و باع مشتري ذلك الفرس بدرهم و باع الآخر العبد بكتاب ثم باع الآخر العبد بدينار و باع الآخر الدينار بجاريه.

فهذه البيوع الخمسة حاويه لبيع واقع على مورد ابتداء و هو بيع العبد بفرس و بيع واقع على مورد ذلك البيع الأول وسطا و هو بيع العبد بكتاب و بيع واقع على ذلك المورد لاحق و هو بيع العبد بدينار و حاو أيضا على بيع وارد على بدل العبد و هو بيع الفرس الذى بدل العبد بدرهم و على بيع وارد على بدل العبد أيضا و لكن لاحق و هو بيع الدينار بجاريه فهل تكون اجازته العقد الوسط الذى بيع العبد بكتاب الذى وقع قبله عقد على مورد و عقد على بدله و كذلك بعده اجازته السابق و اللاحق أو ليس إجازة لشيء منها أو نقول بالتفصيل فيتضح بذلك المثال حكم المقام فتاره نتكلم على الكشف و آخر على النقل أما على الكشف فلو أجاز مالك العبد بيع العبد بكتاب فيكشف ذلك ان العبد من حين العقد صار ملكا لمالك الكتاب و الكتاب صار ملكا لمالك العبد و وقع بينهما التبادل و اما بيع العبد بفرس فيكون باطلا لكونه واقعا فى مال الغير و لم تتعلق به

الإجازة من المالك فيقع باطلا.

و اما بيع الفرس بدرهم فهو أمر آخر أجنبي عن بيع العبد فيكون فضوليا و موقوفا على اجازة مالكة.

و اما العقود اللاحقة فيصح كلاهما فإنه بعد كون العبد ملكا لمالك الكتاب من حين العقد كما هو المفروض على الكشف فقد باع هو ماله بدينار فيكون الدينار ملكا له أيضا من حين العقد فإذا باعه بجاريه فيصح بيع الجاريه أيضا.

و اما على النقل فتحكم العقود السابقة على بيع العبد بكتاب حكمها على طريقه الكشف في كل من العقد الوارد على مورد العقد المتوسط و العقد الوارد على مورد بدله فيحكم ببطلان بيع العبد بفرس و بصحة بيع الفرس بدرهم مع الإجازة و اما العقود اللاحقة - فحيث ان الإجازة ناقله من حينها فيكون العقد الواقع على العبد مع الكتاب موجبا للنقل و الانتقال من حين الإجازة فيكون العبد ملكا لمالك الكتاب من زمان الإجازة و اذن فيكون بيع مالك الكتاب العبد بدينار قبل اجازة مالك العبد المبادله الواقعه بين العبد و الكتاب بيعا لما لا يملك و ما ليس عنده فيتوقف صحته و عدمه مطلقا أو مع الإجازة و عدمها على ما تقدم من بيع مال غيره لنفسه ثم ملكه فراجع.

قوله الثالث المجاز اما العقد.

أقول و حكم المسألة في غاية السهولة و لكن تصويرها في غاية الصعوبة و قد ذكره المصنف و أوضحه بأمثله و نحن أيضا نوضح المسألة بالمثل الذي ذكره المصنف و لكن نحلله الى مثالين لأجل التوضيح

ص: ٣١٢

و حاصل ما ذكره المصنف من تصوير تعلق الإجازة بالمجاز قبل تصويره بمثال هو ان العقد المجاز اما هو العقد الواقع على نفس مال الغير أو العقد الواقع على عوض مال الغير و على كلا التقديرين فإما ان يكون المجاز أول عقد وقع على مال الغير أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و محصله ان العقد المجاز تاره يكون أول عقد وقع على عين مال الغير و آخر يكون آخر عقد وقع على عين مال الغير و ثالثه يكون أول عقد وقع على بدل مال الغير و رابعه آخر عقد وقع على بدل مال الغير فهذه أربعة صور و أيضا قد يكون المجاز العقد المتوسط فهو تاره يكون وسطا بين عقدين واقعا على مورده و الاخرى يكون وسطا بين عقدين واقعا على بدل مورد هذا العقد الوسطى و ثالثه يكون العقد السابق منه واقعا على مورده و اللاحق به واردا على بدل مورده و رابعا يكون عكس ذلك فهذا العقد الوسط الذى يكون موردا للإجازة تاره يكون واقعا على عين مال الغير و اخرى على بدله فتكون هذه على ثمانية أقسام و مع إضافه الأقسام الأربعة إليها ترتقى إلى اثني عشر قسما فنوضح ذلك بتقسيط ما ذكره المصنف من المثال الى مثالين و يجمع جميع ذلك مثالان بتقسيط الفرض إليهما ممّا مثله المصنف الأول نفرضه فيما يكون العقد المجاز واقعا على المال لا العقد الواقع على بدله و تصويره أنه لو باع شخص فضوله عبد المالك بفرس ثم باع البائع - الفرس بدرهم و باع المشتري العبد بكتاب و باع صاحب الكتاب العبد بدينار و باع الدينار بجاريه و قد وقع هنا عقود خمس و الوسط منها مسبوق بعقدين وقع أحدهما على مورده اعنى بيع العبد بفرس و

الأخر على غير مورده اعنى بيع الفرس بدرهم و ملحوق أيضا بعقدين أحدهما واقع على مورده و هو بيع العبد بدينار و الآخر واقع على غير مورده و هو بيع الدينار بجاريه و مرادنا من اشتراك المورد كون المال الذى يكون ثمننا أو مثننا متحدا مع العقد الآخر فى هذه الجهه أى كما انه ثمن أو مثن فى هذا العقد و كك هو أيضا ثمن أو مثن فى ذلك العقد.

فلو أجاز العقد الوسط فبناء على الكشف فتكشف كون العبد ملكا للمشتري أعنى صاحب الكتاب من حين العقد فيكون بيعه العبد بدينار بيعا واقعا فى ملكه و هكذا بيع الدينار بجاريه فإن جميع ذلك متفرع على اجازة العقد الوسط و كونه موجبا لحصول الملكيه من حين العقد كما هو مقتضى الكشف و اما العقدين السابقين على المجاز فالعقد الذى ورد على مورد العقد الوسط اعنى بيع العبد بفرس فيكون باطلا- فإنه لم يتعلق به الاذن اللاحق و خرج عن قابليه لحوق الإجاره به بإجازة العقد الوسط لعدم بقاء الموضوع له فإن مالك العبد قد أجاز بيعه بكتاب فإجازة بيعه بكتاب لا يستلزم صحه بيعه بفرس اعنى العقد السابق.

و اما العقد السابق الواقع على بدله اعنى بيع الفرس بدرهم فهو عقد آخر غير مربوط ببيع العبد بكتاب و ليس بينهما ملازمه ليلزم من اجازة بيع العبد بكتاب اجازة بيع الفرس بدرهم بل هو عقد مستقله وقع على مال الغير فضوله فإن أجاز المالك صح و الا فلا.

و اما على النقل فبالنسبه إلى العقدين السابقين الكلام هو الكلام و اما بالنسبه إلى العقدين اللاحقين فان قلنا بصحه بيع

مال الغير لنفسه ثم ملكه سواء قلنا بصحته مع الإجازة المتأخره أو بدون الإجازة فيكونان أيضا صحيحين و الا فيكونان باطلين لا من جهة عدم التفرع بين العقد الوسط و بينهما بل من جهة كونها من صغريات بيع ما ليس عنده كما تقدم.

و من هنا ظهر أنه لو أجاز العقد الأول فإنه يستلزم صحة العقود المتأخره بأجمعها و لو أجاز العقد الأخير فإنه لا يستلزم صحة العقود المتقدمه بل ما يكون واردا على مورده فيبطل و ما لا يكون واردا على مورده يتوقف صحته على الإجازة.

بقى هنا أمران لا بدّ من التعرّض لهما الأول أنّ إجازة العقد لا يستلزم صحة العقود السابقه إذا أجاز المالك ذلك العقد لنفسه كما عرفت و اما إذا أجاز للبائع فيصح بذلك العقود السابقه أيضا و ذلك لأنّ صحة بيع العبد بكتاب و كونه للبائع يستلزم صحة بيع العبد بفرس فإن صحه بيع العبد بكتاب متفرع على صحه بيع العبد بفرس فإنه لو لم يكن بيع العبد بفرس صحيحا لا يكون العبد منتقلا إلى المشتري و لا يصح بيع المشتري ذلك العبد بكتاب صحيحا فإنّ موردهما واحد اى البيعان وردا على العبد و ان كان البائع فى أحدهما هو الفضولى و فى الآخر هو المشتري و إذا صح بيع العبد بفرس فيستلزم ذلك صحه بيع الفرس بدرهم أيضا من غير توقف على الإجازة فإن لازم صحه بيع العقد بفرس و كون العبد للمشتري ان يكون الفرس للبائع و الا فلا يصح بيع العبد بفرس و إذا لم يصح العبد بفرس فيستلزم ذلك عدم صحه بيع العبد بكتاب مع انا فرضنا صحته بإجازة المالك فيعلم من ذلك كون الفرس للبائع فإذا كان له فيصح بيعه بدرهم من

غير توقف على الإجازة لكونه بيعا لما له و واقعا فى ملكه.

ثم أنّ هذا الذى ذكرناه انما هو على الكشف و اما على النقل فيتوقف أيضا على المسأله السابقه من توقف البيع على الملك و الا فيبطلان كما هو واضح.

الأمر الثانى أنّ مرادنا من استلزام اجازة واحد من العقود- صحه العقود اللاحقه العقود الطويله الرتيبه التفرعيه اى يكون العقد اللاحق أو السابق متفرعا على العقد المجاز و لازما له أو ملزوما عليه بحيث يكون مشتريه أو بايعه بائعا أو مشتريا للآخر الذى يتفرع صحته على العقد المجاز بحيث تكون رتبته متأخره عن رتبه العقد المجاز و ان لم يكن لا حقا له بحسب الزمان كما تقدم أنّ اجازة عقد الوسط يستلزم صحه العقود السابقه إذا كان ذلك للبائع.

و أما إذا لم يكن بينها ملازمه و ان كان بينها طول بحسب الزمان فلا يستلزم أجازته صحه العقود اللاحقه كما إذا فرضنا أنه باع الفضولى العبد بفرس و باع شخص آخر ذلك العبد بحمار و باع ثالث ذلك العبد ببقر و باع رابع الفرس بدرهم و هكذا فأجاز المالك بيع العبد بحمار فلا يستلزم ذلك شيئا من صحه العقود السابقه أو اللاحقه لعدم الارتباط بينها بوجه بل كلها أجنبيّه عن العقد المجاز كما هو واضح.

و من هنا صح.

دعوى الكبرى الكليه فى المقام على استلزام اجازة العقد صحه الآخر و هى أنه كلما كان بين عقدين ملازمه اما بكون الأول لازما و الآخر ملزوما أو العكس فاجازة أحدهما مستلزم لإجازة الآخر و الا فلا

فهذه كبرى كليته مختصره لضابطه ذلك و بعبارة أخرى أجاز عقد يوجب صحه كل عقد يرتبط به بوجه من الارتباط و يكون من شئونه و الا فلا.

المثال الثاني ان يكون المجاز هو العقد الوسط أيضا و لكن واقعا على بدل مال الغير فنوضح ذلك أيضا بما ذكره الشيخ كما إذا فرضنا أنّ الفضولي باع العبد بفرس و باع الفرس بدرهم و باع الدرهم برغيف أو اشترى به رغيفا ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل فبيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على بدل مال الغير و هو الدرهم فإنه بدل الفرس الذى بدل العبد و قبله عقدان أحدهما وارد على مورده و هو بيع الفرس بدرهم فإنّ الدرهم أيضا مورد العقد الوسط و الثانى بيع العبد بفرس غير وارد على مورده و كك بعده عقدان- أحدهما وارد على مورده و هو بيع الدرهم بحمار و الثانى غير وارد على مورده و هو بيع الرغيف بعسل فلو أجاز العقد الوسط اعنى بيع الدرهم برغيف أو اشتراء الرغيف بدرهم فهو على الكشف يستلزم صحه العقود السابقة أيضا فإنّ صحه بيع الدرهم برغيف يستلزم صحه بيع الفرس بدرهم فإنه لو لم يصح ذلك لا ينتقل اليه الدرهم حتى يجيز بيعه برغيف و صحه بيع الفرس بدرهم يستلزم صحه بيع العبد بفرس و الا فلا يكون الفرس له ليكون الدرهم له ليحيز بيع الدرهم برغيف أو- اشتراء الرغيف بدرهم.

و اما على النقل فتكون البيوع السابقة واقعه فى غير ملك المالك لعدم كون البائع مالكا فان قلنا بصحتها مع الإجازة أو بدونها فبها و الا فتبطل. و اما العقود اللاحقه فبيع الدرهم بحمار الذى وقع على مورد العقد الوسط يكون لازما لصحه الوسط بالإجازة على الكشف لكون الدرهم ملكا للمالك بعد اجازة العقد الوسط على الفرض فيكون اشتراء الحمار به

أو يبيعه بحمار في ملك مالكة. و أما بيع الرغيف بعسل فيكون عقدا فضوليا موقوفا على اجازة المالك لأنه غير ملازم لإجازة بيع الدرهم برغيف.

و بالجمله الحكم في هذا المثال على عكس المثال الأول كما عرفت.

و من هنا ظهر بطلان ما ذكره المصنف من ان العقود المترتبة على مال المجيز لو وقعت من أشخاص متعدده كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله و اجازة لما بعده على الكشف و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و وجه البطلان أشار أنّ تعدد الأشخاص و انفراده ليس ميزانا في المقام بل المناط هي الملازمة بين المجاز و العقود الآخر و الا فيمكن ان يصدر العقد من الأشخاص العديده و مع ذلك يكون المجاز فقط صحيحا و إن كان وسطا كما تقدم نظيره مثل وقوع العقود المتعدده الفضوليه على شيء واحد فأجاز المالك الوسط و هكذا من شخص واحد و كذلك ظهر بطلان ما ذكره الشهيد و غيره في الإيضاح و الدروس من أنّ العقود المترتبة لو وقعت على المبيع صحح و ما بعده و في الثمن ينعكس فان كل ذلك لا يكون ميزانا هنا كما يظهر وجهه بالتأمل.

قوله ثم ان هنا إشكالا في شمول الحكم لجواز تتبع العقود- لصوره علم المشتري بالغصب.

أقول و قد أشار العلامة الى ذلك الاشكال و أوضحه قطب الدين و الشهيد على ما في المتن فحاصله ان المشتري مع العلم بكون البائع غاصبا يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و هكذا لو علم البائع بكون الثمن غصبا و ان كان المفروض في كلامهم هو الأول و لكنّه من باب المثال و على هذا فلا ينفذ فيه اجازة المالك المجيز اى المغصوب منه بعد تلفه أى الثمن المدفوع عوضا عن المغصوب بفعل المسلط بان يدفعه مثمنا عن مبيع

اشتراه لعدم بقاء الموضوع للعقد الأول. نعم لا يجرى ذلك مع الجهل فان التسليط هنا غير مجاني.

و بالجمله انّ ما دفع الى الغاصب مع العلم بكونه غاصبا غير قابل لان يكون ثمننا من مال الغير لانه قد يسلط الغاصب عليه مجاناً فبعد ما نقله الغاصب الى الغير بجعله ثمننا أو مثننا قبل ان يجيزه المغصوب منه فلا- يبقى موضوع للإجازة لبقاء المغصوب بلا عوض.

و هذا الاشكال مبني على أن مال المسلط مع العلم بكونه -البائع غاصبا يكون تالفا من كيسه بعد إتلافه الغاصب ببيع و نحوه لأنه قد أذهب احترام ماله بتسليط الغير إياه فيكون عند التلف تالفا من كيسه.

نعم مع بقاء العين تصح إجازة المالك البيع الأول.

نعم يمكن أن يقال بعدم صحة البيع الأول بإجازة المالك حتى مع بقاء عين مال المسلط بناء على أنه مسلط الغير على ماله مجاناً فاذهب به احترام ماله فيكون بذلك داخلا- في ملك الغاصب من الأول فيكون مال المغصوب منه بلا عوض فيبطل البيع فلا تبقى هنا صحته تأهليته لتكون فعليه بإجازة المالك المجيز و على هذا لا وجه للقول بانّ إجازة العقد الوسط الواقع على الثمن إجازة لما قبله أو إذا وقع العقود المترتبة من أشخاص متعدده صح إجازة العقد الوسط و ما بعده و ان وقعت من شخص صح الوسط المجاز و ما قبله أو ما ذكرناه من الميزان الكلي في ذلك من انّ إجازة عقد من العقود المترتبة يستلزم إجازة جميع ما يتعلق بها و الوجه في ذلك كله يظهر بالتأمل -و لكن هذا الاشكال ليس بصحيح لوجه قد أشار إليه الفخر رحمه الله عليه.

الأول بفساد المبنى بأنه لا- دليل على كون مال المسلط ملكا للغاصب مع علمه بكونه غاصبا و ذلك فإنه قد سلطه على ماله بعنوان البيع لان يكون المعوض له عند اعتبارهم فيكون دليل اليد محكما مع بطلان البيع فيكون المال باقيا على ملك المسلط فلا يكون علمه بذلك موجبا لتخصيص قاعده اليد و قد تقدم في ما لا يضمن ان الملكية العقلائية القائمة باعتبارهم أو الملكية عند المتبايعين غير مربوطه بالملكيه الشرعيه فإقدام المسلط على المعامله مع علمه بكون البائع غاصبا لا يقدم على تلك المعامله مجانا بل يسلمه على ماله بعنوان المعاوضه و ان لم تكن حاصله عند الشارع فيكون ماله غير داخل على ملك الغاصب اذن فإذا أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب على ماله فيكون صحيحا.

و بالجمله بعد ملاحظه إقدام المشتري على المعامله المعاوضه و عدم تسليطه الغاصب على ماله مجانا بل بعنوان المعاوضه و لو عند العقلاء فلا وجه لتوهم كون المقام خارجا عن قاعده اليد تخصيصا و كون ماله ملكا للغاصب مجانا.

الثاني ان هذا الاشكال على تقدير صحته انما لا يجرى على الكشف بل يختص بالنقل و ذلك فإن منشأ الاشكال انما هو توهم أن المالك سلط الغاصب على ماله تسليطا مجانيا فلا تصل النوبه إلى إجازة المجيز لعدم بقاء الصحه التأهليه للعقد حتى تنضم إليه الإجازة لأنه سلط الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد الفضولي الا ان هذا المنشأ غير موجود هنا فان تسليطه الغاصب على ماله تسليط بعد تحقق البيع و لو بعديه رتبيه كما في المعاطاه فيكون ذلك وفاء للثمن الذي لزم عليه بالمعاوضه لا انه تمليك مستقل

ليوجب انعدام العقد الأول و سقوطه عن الصحة التأهليه و ليس تسليطه الغاصب على ماله مع فرض بطلان العقد بل مع فرض صحته نعم بناء على النقل يمكن جريان ذلك الاشكال مع الإغماض عن الجواب الأول فإنه بناء عليه قد وقع التسليط قبل اجازته المجيز فمع كونه الغاصب مالكا على ما سلطه عليه بتسليط المالك لا يبقى - موضوع للإجازة فإنها متفرعه على كون ما أخذه الغاصب بعنوان الثمن للمغصوب عوضا لذلك فبعد ما كان مالكا لنفسه فلا يكون عوضا عنه فيبقى المغصوب في ملك مالكة فيكون الثمن أيضا للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول.

الثالث انه لا يتم على النقل أيضا و ذلك لأن الإجازة و ان كانت بعد التسليط و انّ الملكية و الاستناد انما يحصلان عند الإجازة لا قبلها كما هو المفروض على النقل و لكن التسليط من المشتري انما وقع بعنوان أن يكون المغصوب ملكا له بالإجازة المتأخره فيكون التسليط مقيدا بذلك لا أنه وقع مطلقا و على كل تقدير ليكون التسليط مجانا فإذا كان تسليط المشتري الغاصب على ماله بعنوان المعاوضه بحيث يكون مراعى على اجازة المالك تتم المعاوضه من جميع الجهات فلا وجه لتوهم أن التسليط انما وقع مجانا و بالجمله أن مقتضى تسلط الناس على أموالهم هو تبعيه تسليط الغير على ماله على قصده و ارادته و غير خفى أن قصد المشتري ان يكون المغصوب مالا له فى مقابل ما يعطيه من الثمن بحيث تكون هنا معاوضه و حيث ان- الغاصب ليس مالكا على المثلث فيكون العقد من طرفه فضوليا فقهرًا يكون التسليط مراعى على اجازة المالك لكونه واقعا بقصد المعاوضه فإن أجاز المالك المجيز العقد الصادر من الغاصب فيكون صحيحا و

الا- فيكون مالا- للغاصب اما مطلقا أو مع التلف مع الإغماض عن الجواب الأول و السّر في ذلك ان الإجازة ليست بيعا ليكون التسليط الواقع من المالك أعنى المشتري تسليطا مجائيا لوقوعه على غير عنوان البيع و خارجا عنه بل انما هي من الأحكام الشرعية الثابتة على الملاك كجواز البيع و جواز الأكل و جواز الشرب و غير ذلك اذن فيكون البيع حاصلًا من زمان العقد على النقل أيضا و ان كانت الملكيه و الاستناد الى المالك و شمول العمومات من زمان الإجازة فح لا يكون التسليط الحاصل من زمان العقد الا بعنوان البيع و موقوفا على الإجازة فان لم تحصل فيكون مالا للغاصب.

و بعبارة أوضح ان منشأ الاشكال ان البيع الفضولى الصادر من الغاصب حيث كان باطلا لعلم المشتري بكونه غير مالك و انّ ما يقع عليه العقد مال مغصوب فيكون تسليط الغاصب على ماله فى ذلك الفرض و بهذا العلم تسليطا مجانيا فلا يبقى موضوع للإجازة لتصحيح البيع الصادر من الغاصب اما مطلقا لو قلنا لكونه مالكا لما أخذه من المشتري ابتداء أو بعد التلف بالنقل الى الغير فى بيع أو هبة أو نحوهما و إذا منعنا ذلك المنشأ و قلنا انّ التسليط ليس على فرض بطلان البيع بل مع فرض صحته التأهليه و لو بكون التسليط على هذا الفرض مراعى على الإجازة فلا وجه حينئذ لتوهم البطلان كما لا يخفى و هنا اشكال رابع قد أشار إليه فى الإيضاح و حاصله ان المشتري و ان سلط الغاصب على ماله الا أنه متعلق حق الغير من جهة انّ للمالك المغصوب منه أن يجيز العقد الصادر من الغاصب فضوله فيكون مال المشتري ملكا له فى مقابل ماله بإجازته لكونه أسبق من الغاصب و اولى منه فانّ الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال

و أخس الأطوار.

و فيه أنه لا منشأ لأخذ الغاصب بأشق الأحوال و أحسها بل هو كغيره من الضامنين لمال الغير فيكون ضامنا على ما أخذه من الغير غصبا و عدوانا و أما الزائد عن ذلك فليس عليه دليل و اما توهم أن مال المشتري متعلق حق المالك المجيز فهي الإجازة ففيه أنك قد عرفت مرارا أنّ الإجازة من الأحكام الشرعية مثل جواز البيع و جواز الأكل و الشرب فكما أنّ للمالك أن يبيع و أن يأكل و أن يشرب و هكذا له أن يجيز البيع الواقع على ماله و ليس ذلك من الحقوق و من هنا قلنا أن الإجازة لا تنتقل الى الوارث بالموت أى بموت المالك المجيز و على هذا فيمكن ان يكون مال المشتري ملكا للغاصب بالتسليط قبل الإجازة فلا يبقى موضوع أصلا لإجازة المالك ليكون ذلك ثمنا عن ماله كما هو واضح فهذا الاشكال ليس بتمام فى أحكام الرد.

قوله رحمه الله مسأله فى أحكام الرد.

القول فى تحقق الرد بالفعل و القول

أقول تحقيق المسأله فى ضمن جهات الاولى أنّ هذا البحث أنّما له ثمر إذا قلنا بأن العقد الفضولى بعد ما ردّه المالك لا تبقى له صحه تأهليليه لانضمام الإجازة إليها و الا فلا اثر له من هذه الجهه و قد تقدم أنه ليس للمالك إلغاء العقد عن ذلك و إسقاطه عن قابليته لحوق الإجازة اذن فلا اثر لهذا البحث من هذه الجهه فإنّ العقد الفضولى بعد ردّه المالك فقابل لأن تتعلق به الإجازة و يكون صحيحا أيضا بعد الرد.

الجهه الثانيه فى أنه هل يتحقق الرد بالفعل كما يتحقق بالقول أو لا بدّ من تحققه من القول مثل فسخت و نحوه فقال العلامة الأنصارى رحمه الله يتحقق ذلك بالقول الصريح و بالفعل مثل الهبه

ص: ٣٢٣

و العتق و البيع و نحو ذلك من التصرفات الناقله و المعدمه لعلامه الملكيه و لكن شيخنا الأستاذ تقبل الكبرى و إمكان تحقق الرد بالفعل لكونه كالتقول في ذلك الا أنه منع الصغرى و عدم إمكان تحققه بمثل العتق و الهبه و البيع و نحوها و الوجه في ذلك أن هذه الأمور لا- دلالة فيها على رد العقد الفضولى السابق عليها سواء التفت المالك بها حين صدور تلك التصرفات منه أو لم يلتفت بها فيبقى العقد مع ذلك على قابليته الأولويه و صحته التأهليه بانضمام الإجازة اليه و لا يقاس ذلك بالفسخ بالخيار فإنه إزاله علاقته الملكيه فتتحقق بكل ما يكون منافيا لكونه ملكا للغير بخلافه هنا فان الرد إسقاط العقد عن قابليته لحوق الإجازة به فلا- يتحقق الا- بما يكون صريحا في ذلك و فيه ان ما ذكره هو و المصنف من الافعال كالعتق و الهبه و البيع و نحوها لا يتحقق بها الرد الا ان الافعال غير مضره بها بل يمكن ان يتحقق ذلك بالإشاره و الكتابه بان يسئله احد هل رددت العقد فيشير برأسه على ذلك أو يكتبه.

و بالجمله ان ردّ العقد كامضائه بل كإنشائه من الأمور المتوقفه على الإنشاء و الإبراز فيتحقق بكل ما يكون قابلا لذلك.

ثم بعد عدم تحقق الرد بالتصرفات الناقله فإذا باع المالك ماله الذى وقع عليه العقد قبله فضوله أو وهب أو كان عبدا فعتقه ثم أجاز البيع السابق الفضولى فهل تصح ذلك الإجازة بحيث يكون تلك التصرفات الناقله باطله أو يجب عليه أداء بدلته أ تكون الإجازة باطله و التصرفات صحيحه أو يفصّل بين القول بالكشف فنقول ببطلان التصرفات و بين القول بالنقل فنقول ببطلان الإجازة وجوه و قد

فصل المصنف بين القول بالكشف الحقيقي و بين القول بالنقل.

و قال ان صحه الإجازة توجب بطلان التصرفات فلو كانت التصرفات صحيحة لمنعت عن صحه الإجازة فاذا تكون صحه الإجازة مع صحه تلك التصرفات متناقضة فإنه لا يمكن الالتزام بصحة كليهما و الا فيلزم الحكم بكون المالك المجيز مالكا لثمنين بل لا- بدّ اما من القول ببطلان التصرفات أو القول ببطلان الإجازة أو القول بكون ما فعله المالك المجيز من التصرفات محتاجا إلى اذن المشتري لكونها واقعه على غير وجهها فأشار المصنف إلى الأول بقوله أو البطلان و الى الثانى بقوله من امتناع الأخير و الى الثالث بقوله أو إيقاعه على غير وجهه فحيث أن الملكيه حاصله من حين العقد لتأثيره فيها على الفرض كما هو مبنى القول بالكشف فتكون التصرفات باطله و تكون الإجازة صحيحة و كاشفه عن وقوع تلك التصرفات فى ملك الغير و أما على النقل أو الكشف الحكمى أو الكشف الذى ذكرناه فلا تصح الإجازة بل تصح التصرفات الصادره من المالك المجيز و ذلك فإنها وقعت فى ملكه و لم تبق موضوعا للإجازة فإنها أتما تصح من المالك لو لا الإجازة لا من كل احد حتى من الجبران فلم تبق المالك الى زمان العقد على هذه الصفه.

و لكن الظاهر أن الإجازة تكون باطله مطلقا و إنما التصرفات تكون صحيحة حتى على القول بالكشف الحقيقي بأخذ الإجازة معرفه محضه فإنك عرفت أنّ المؤثر فى العقد الفضولى ليس هى الإجازة المطلقه و ان صدر من الأجانب بل إنما المؤثر منها هو الصادر من المالك لو لا الإجازة فإذا تصرف المالك المجيز بين العقد و الإجازة

على نحو أوجب ذلك خروجه عن المالكه و صار بالنسبه الى ذلك المال كأحد الأجنب فتكون إجازته ملغاه و تصح تصرفاته فإنها لا- تبقى مجالاً- لكون الإجازة صادرة من المالك لو لا- الإجازة فإنّه و ان قلنا بالكشف و لكن ذلك أنّما هو بالإجازة المتأخره و الإجازة المتأخره أنّما تصح مع بقائه أى المالك على صفه المالكه على النحو الذى كان عليه حين العقد فحيث انه لم يبق على تلك الصفه فتكون أجازته لغوا فإذا لغت الإجازة فلا تكشف عن الملكيه من حين العقد بل يرتفع ما يكون مؤثراً فيها و يسقط عن الصفه التأهليه و هذا هو السر فى عدم صحه العقد الفضولى بإجازة المالك بعد تلك التصرفات المنافيه و بعبارة اخرى أنا نقول بالكشف من جهة أن أَوْفُوا بِالْعُقُودِ يوجب اسناد البيع الواقع فضوله الى المالك من حين العقد و يكون البيع بيعه و بعد ما انتقل المال قبل تحققها الى الغير و خرج عن كونه مالكا و استند اليه بيع آخر قبل الإجازة فى هذا المال بدليل الوفاء لا- يبقى مجال لاستناد بيع آخر فى هذا المال اليه بدليل الوفاء و غيره و ان قلنا ان الإجازة أنّما هي يتعلق بالعقد كما هو كذلك و لكن يتعلق بالعقد فى مورد قابل و فيما يكون العقد واقعا على ملكه و باقيا على هذه الحاله إلى زمان الإجازة ليكون مالكا الى زمانها حدوثا و بقاء و هو بعد تلك التصرفات لا يكون قابلا لإسناد البيع الفضولى إلى نفسه بحيث يكون إسناده ذلك لنفسه بالإطلاقات موجبا للإسناد السابق عليه بتلك الإطلاقات.

و توهم ان الإجازة توجب عدم صحه تلك التصرفات المتخلله بين العقد و الإجازة و بقائها أى العين المبيعه فى ملكه فاسد

لكون ذلك دورا واضحا حيث الإجازة تتوقف على الملك فلو توقفت الملكيه على الإجازة و محققه بالإجازة فيلزم الدور.

و الحاصل ان التصرفات الواقعه بين الإجازة و العقد على أقسام الأول أن تكون منافيه للبيع السابق الواقع على العين فضوله كما إذا باعها أو وهبها للغير أو عتق إذا كان عبدا أو أمه و هكذا فإنها منافيه لصحة البيع الفضولي بالإجازة و هذا القسم لا شبهه في كونها موجب لبطالن أجازته المتأخره و ذلك مضافا الى ما تقدم أنك عرفت في بعض المباحث المتقدمه ان العمومات و الإطلاقات أنما هي خطاب للملاك و أن الوفاء بالعقد يكون متوجها الى عقدهم لا الى عقد غيرهم و أنّ المراد من حليه البيع و تجاره عن تراض حليه بيعهم و تجارتهم المرضاتيه و على هذا فحين ما وقع العقد على المال فليس العقد عقدا لمالكه و يباع له لفرض صدوره من الغير فضوله و حينما يكون العقد الصادر من الغير فضوله متعلقا على ماله ليس عقدا له و يباع مستندا اليه و حينما يكون يباع له و مستندا إليه بالإجازة ليس عقدا للمالك لفرض خروج المبيع عن ملكه فتكون أجازته ذلك العقد كإجازة الأجانب فلا تترتب عليها أثر بوجه.

و بالجمله لا نعقل وجها لشمول العمومات على ذلك بعد إجازته اذن لا نعقل وجها لصحة ذلك العقد و لا يفرق في ذلك بين الكشف بأقسامه حتى على معرفيه الإجازة و النقل كما هو واضح نعم على النقل أوضح و على الكشف الحكمي واضح و سلّمنا شمول العمومات على ذلك بالإجازة و لكن تخرج عن ذلك بدليل المخرج فإن مقتضى بعض الروايات المتقدمه هو عدم جواز بيع ما لا يكون مالكا عند البيع

كقوله عليه السلام لا- توجب قبل الاستيجاب و لا تبع قبل الشراء و غير ذلك من الروايات فإن الظاهر منها أنّ من شرائط صحه البيع ان يكون البائع مالكا عند وقوع البيع عنه سواء كان ابتداء أو بالإجازة فحيث ان المالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك فلا يكون بيعه المستند إليه بالإجازة صحيحه فتكون تلك الروايات مخصّصه لتلك العمومات على تقدير شمولها لذلك كما هو واضح و من قبيل تلك التصرفات الناقله تزويج الأمه للغير من المالك فإن هذا لا يبقى مجالا لإجازة تزويجها الواقع فضوله لأنّ المزوجه لا تكون زوجه و اما التصرفات الغير المنافيه للعقد السابق الفضولى فهى كالاستيلاذ و الإجاره و تزويج الأمه فقال المصنف أنّها و ان لم تخرج الملك عن قابليه وقوع الإجازة عليه الا أنه مخرج له عن قابليته وقوع الإجازة من زمان العقد لأنّ صحه الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله و إذ فرض وقوعها صحيحه منعت عن الإجازة فهذان لا يجتمعان.

أقول أما الاستيلاذ فالظاهر أنه لا- حق بالقسم الأوّل حتى على الكشف فإنّ زمان الإجازة هو زمان كون البيع بيعا للمجيز و إذا كان من شروط البيع أن يكون المبيع غير أم ولد كما هو كذلك على ما يظهر من الأدله فلا يكون بيعه هذه المتحقق بالإجازة صحيحا و إن كان لم يكن كذلك حين وقوع العقد عليه لم تكن أم ولد فإنّ البيع يقع فى حال الاستيلاذ نعم لو كان عدم الاستيلاذ قيدا فى المتعلق كعدم كونه خمرا مثلا- فيكون البيع صحيحا فإنّ المجيز أنّما يجيز البيع الواقع من الفضولى من زمان وقوعه و لا ريب أن متعلقه فى ذلك الزمان ليس بأم ولد و أنّما حصل الاستيلاذ بعده و ان كان المتعلق أم ولد

فى زمان الإجازة فإنه لفس بمناط.

و أما الإجازة فهى تاره تكون منافيا لما فعله الفضولى فلا يعد ذلك إجازة و أخرى لا تكون منافيه فإنه تاره تكون الفضولى قد آجر داره من الغير من مبدء سنه الى منتهى السنه ثم آجرها المالك فى تلك السنه كذلك أى من المبدء الى المنتهى ثم يجيز ذلك العقد الفضولى فإنه لا يصح لمنافاه العقد الصادر من المالك مع العقد الصادر من الفضولى لأن الثانى لا ببقى موضوعا لإجازة الأول لعدم بقاء المورد على تمليك المنفعه بالإجازة بعد تمليكه لها ابتداء بعقد الإجازة فتكون أجازته العقد الأول كأجازة الأجاب فلا تشملها العمومات فإنه عند العقد لم يستند اليه و لم يكن العقد عقده و حين الإجازة لم يكن مالكا للمنفعه لتفويتها بالإجاره.

و بالجمله انّ المالك و ان كان قد تصرف فى العين بالمنفعه الغير المخرجه عن الملكيه و لكن مع ذلك التصرف فى المنفعه لم ببق موضوعا للعقد الأول فتكون اجازة ذلك باطله لعدم كون المجيز مالكا لو اجازة و ان لم يكن على نحو ليكون منافيا للعقد الفضولى فلا- تكون الإجازة باطله كما إذا باع الفضولى دار المالك و قبل ان يجيزها المالك يؤجرها من الغير ثم يجيز البيع الفضولى ففى هنا لا- يتم كلام المصنف لعدم منافاه العقد الصادر من الفضولى مع العقد الصادر من المالك فإنه لو كان هو بنفسه يؤجرها ثم باعها من الغير لم يكن باطله لعدم منافاه البيع مع الإجازة لكونه واقعا فى محلّه و صادرا من اهله و هكذا إذا تحقّق البيع بالإجازة أيضا فإنّها صادرة من أهلها و واقعه فى محلّها اعنى البيع فىكون صحيحا لصحه الإجازة من-

ص: ٣٢٩

أهلها غاية الأمر أنّ المشتري قد كان اشترى تلك الدار بشرط المنفعة و قد صارت مسلوبه المنفعة في مده فظهر العيب في العين المبيعه فيثبت له الخيار و أما البطلان فلا و هذا نظير سكون المالك في تلك الدار بين العقد و الإجازة فإنه على الكشف كانت تلك المنفعة للمشتري و قد استوفاه المالك و فوتها عليه فلا يمكن له ان يجيز البيع حتى مع تلك المنافع لخروجها عن الملك و صيرورتها بالنسبة إليها كالأجانب فلا بدّ ان يخرج من عهده تلك المنافع و مع ذلك يثبت للمشتري الخيار فتحصل أنّ عقد الإجاره الواقعه من المالك فليس مطلقا على نحو لا- تبقى مجالا- للعقد الأول الفضولي و تكون منافيه لصحة التأهليه و تكون موجبه لخروجها عن قابليه الإجازة به و كونه صحيحا بالإجازة كما لا يخفى و من هنا ظهر حكم ما لو باع الفضولي امه المالك ثمّ زوجها المالك من الغير فإنّ ذلك لا يوجب بطلان اجازة العقد الأول غاية الأمر يكون المشتري مختارا في الرضا بعقد البيع و فسخه و ذلك من جهه ان التزويج لا- ينافى البيع حتى إذا صدر كالا- الأمرين من شخصه لإمكان كونها ملكا لأحد و زوجه شخص آخر و أنّا المنافاه فيما يكون العقد الأول تزويجا مثل العقد الثاني فإنه حينئذ لا يبقى العقد الثاني موضوعا للأول لأنّ المزوجه لا يتزوج.

بقي الكلام في الرهن

فهل يمنع ذلك عن الإجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه فضوله أولا يمنع و قد اختار شيخنا الأستاذ الأوّل و قال ان رهن غير المديون انما يصح إذا رهنه نفس المالك بالمباشره أو بالإذن منه و أما إذا رهنه غيره فاما ان يبطل الرهانه و أما الإجازة و المفروض صحة الرهن فلا محل للإجازة.

و لكن كلامه هذا مبني على النبوي المعروف الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فيانه بناء على هذا لا تصح اجازة البيع السابق المتعلق بالعين المرهونه لكونها تصرفا فيكون الراهن ممنوعا من ذلك كما هو المشهور و من هنا قالوا أنّ من جمله شرائط العوضين ان لا يكونا مرهونين و أما إذا منعنا عن ذلك كما هو الحق لضعف النبوي و عدم انجباره بعمل المشهور فلا مانع من مثل هذه التصرفات الغير المنافيه للرهانه الغير الموجه لزوالها جائزه و أما التصرفات الموجه لزوالها فلا تجوز و حيث أنّ بيع الراهن العين المرهونه لا- ينافي الرهانه لبقاء الوثيقه على حالها فلا مانع من إجازة البيع السابق الوارد عليها قبل الرهن فإنّ غايه الأمر أنها تكون مالا- للغير فلا- مانع من رهن مال الغير بإجازته لجواز ذلك بلا شبهه اذن فلا مانع من اجازة الراهن البيع السابق الفضولي و صحته بها لكونها أى الإجازة صادرة من أهلها أعني المالك لو لا الإجازة و يكون البيع بها واقعا فى محلّه.

و بالجملة معنى الرهانه هو كون العين المرهونه وثيقه عند المرتهن و هذا المعنى حاصل فيما يكون الراهن من أموال غير الراهن أيضا فإن المرتهن عند وفاء الراهن دينه يبيع ذلك و يستوفى دينه و على هذا فلا مانع بعد الرهن إجازة العقد أيضا غايه الأمر يكون للمشتري الخيار فان المبيع ليس ملكا له بل هو فى معرض التلف مضافا الى كونه ممنوعا من التصرف فيه لاحتمال ان لا يقدر الراهن على أداء دينه و يبيعه المرتهن فيستوفى دينه.

و الحاصل ان الفسخ انما يتحقق بالفعل كما يتحقق بالقول بناء

على كون الرد موجبا لسقوط العقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة به و عن صحة التأهليه ثم ان الافعال على أقسام قسم منها يوجب و خروج الملك عن تحت ماله لكون تلك الافعال تصرفات ناقله و ذلك كالتق و الهبه و البيع و تزويج الأمه بعد تزويجها فضوله و يلحق بذلك الاستيلاء كما عرفت و قد عرفت السير في ذلك بان الإجازة إنما تؤثر في العقد إذا كانت صادرة ممن يكون مالكا لو لا الإجازة فالمالك المجيز بعد تلك التصرفات غير مالك حال الإجازة لو لا الإجازة و لكن لا بد و ان يعلم ان معنى تحقق الرد بها ليس إسقاط العقد عن قابلية لحوق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهليه كما يظهر من المصنف بل معنا سقوط المالك المجيز عن قابلية الإجازة فإنه ليس بمالك ان يجيز و الإجازة لا بد و ان تصدر من المالك لو لا الإجازة كما عرفت فإنها لا تدل على رد نفس العقد و سقوط نفسه عن الصحة التأهليه كما يدل الرد المتحقق باللفظ على ذلك.

و يترتب على ذلك أنه إذا لم يسقط العقد عن تلك القابلية و قلنا بأنه لم يشترط ان يكون المالك المجيز حال الإجازة مالكا حال العقد في العقد الفضولي كما تقدم اختياره من المصنف و ان لم يقبله فللمنتقل إليه أى من انتقل اليه المال من المالك أصاله ان يجيز العقد السابق و يأخذ الثمن من المشتري كما كان للوارث اجازة العقد الواقع على مال مورثه فضولا بناء على المسلك لمتقدم نعم في مثل العتق و تزويج المولا أمته من الغير بين عقد التزويج الواقع عليها فضولا و بين الإجازة لا يمكن بقاء العقد على قابلية التأهليه فإنه - بالعتق يزول موضوع البيع الفضولي و متعلقه فلا تصح إجازة البيع

العبد المعتق لا- من المالك لعدم كونه مالكا بل لا يقدر على تملكه أصلا لأن الحر لا يصبر عبدا و لا من غير المالك المعتق لعدم انتقاله إليه بالعتق مثل البيع و نحوه فإن العتق فك ملك لا نقله الى غيره و كونه مالا له ليتمكن له اجازة العقد السابق فلاجل ذلك فقها يسقط العقد السابق أيضا عن قابليه لحق الاجازة بها.

لا يقال ان العتق كغيره من التصرفات المنافية لا يوجب خروج العقد عن قابليه لحق الاجازة به و إنما يوجب كون المعتق غير- قابل لذلك فلا مانع من بقاء العقد على قابليه التأهليه إذن فيمكن تعلق الاجازة به حينما صار الحر عبدا فيما إذا أمكن كما إذا ارتد ثم صار أسيرا للمسلم فله أن يجيز ذلك العقد كالوارث.

فإنه يقال و ان كان في الوارث أيضا ملك جديد و ليس اشكال من هذه الجهة و لكن العقد فيه لم يخرج في زمان عن قابليه التأهليه للصحة و إنما استمرت تلك القابليه في عمود الزمان لاستمرار الملكيه و هذا بخلافه هنا فإنه لم تستمر الملكيه هنا في زمان الحرّيه و خرج العقد في هذه الزمان عن القابليه و بطلت لذلك و بعد صيروره الحرّ عبدا يحتاج عود تلك القابليه على دليل فلا يمكن تصحيح ذلك البيع الواقع عليه فضولا بالاجازة و توهم شمول العمومات عليه و من هنا ظهر انه لا فرق في تحقق الرد بالمعنى المذكور بين صدور تلك التصرفات حال الالتفات أو في غير حال الالتفات فإن المناط في تحققه هو سقوط المالك المجيز عن قابليه الاجازة و كون القصور في ذلك من قبله و لا يفرق في ذلك بين الحالتين و لا يكون الجهل مانعا عن عدم تأثير تلك التصرفات في سقوط المالك عن قابليه

الإجازة لأنَّ حصول تلك المناط غير متوقف على العلم و القصد ليمنع عن الجهل.

و اما الإجازة و الرهن فقد عرفت انهما لا يمنعان عن بقاء قابلية العقد عن لحوق الإجازة المالكية بها كما لا يمنعان عن بقاء قابلية مالك المجيز عن إجازتهما لأن الرهن و الإجازة فى بعض أقسامهما كما عرفت لا ينافيان العقد السابق الفضولى لىوجب تحققها انعدام قابلية لحوق الإجازة به و كونه ساقطا عن الصحة التأهليه.

قوله بقى الكلام فى التصرفات الغير المنافيه لملك المشتري من

حين العقد.

أقول و أما التصرفات الغير المنافيه لإجازة البيع فقد فصل المصنف بينما يكون المالك حين تصرفه ملتفتا بالعقد السابق الفضولى فىكون تصرفه بمثل ذلك ردا للعقد السابق و بينما لا يكون ملتفتا بالعقد فلا يكون مثل تلك التصرفات ردا للعقد السابق.

و أما الثانى فقد أفاد فى وجهه بان الرد كالإجازة يحتاج الى القصد فبدونه لا يتحقق فحيث ان غير الملتفت ليس له قصد الى الرد فلا يتحقق بفعله ذلك أيضا لعدم كونه هذا إنشاء للرد فلا يكون منافيا للإجازة اللاحقه و بعبارة اخرى ان اللازم فى تحقق الرد تحقق عنوانه و كون الفعل بالحمل الشائع ردا لا- ان مجرد صدور الفعل يكون ردا كما هو واضح و ليس ذلك مثل الطلاق لىكون إنكاره رجوعا و ان لم يكن المنكر ملتفتا بذلك كما هو الظاهر من الفقهاء و من إطلاق كلامهم فإن لازم معنى الإنكار هو ادعاء انها زوجته فىكون ذلك رجوعا و اما فى صورته الالتفات فأفاد ان مثل تلك التصرفات كتعريض المبيع

ص: ٣٣٤

للبيع أو المعامله عليه بالبيع الفاسد أو غير ذلك ممّا يصد منه مع العلم بتحقيق بيع السابق الفضولى لى على ذلك المبيع فيكون رداً و استدلال عليه أولاً بالأخبار المتقدمه من قوله ان شاء ترك و ان شاء فعل و غيرها ممّا ورد فى نكاح العبد و الأمه بدون اذن السيد الى غير ذلك ما يدل على ان للمالك الرّد للعقد الفضولى فلا شبهه فى صدق الرد على مثل تلك التصرفات و أجاب عنه بما هو متين جدا و حاصله أن غايه ما يستفاد منها هو ان من له العقد أو مالك العبد و الأمه له اجازة العقد و له رده و اما ان الرّد بأى شىء يتحقق فليست فيها تعرض الى ذلك و دعوى صدق الرّد على تلك التصرفات مصادره و كذلك دعواه ان المجيز بعد صدور تلك التصرفات منه يصير أجنبياً عن أحد طرفى العقد فلا يؤثر إجازته فى العقد السابق فإنّ هذا أيضا مصادره و دعوى كون المجيز بعد تلك التصرفات مثل من صدر منه الرّد القولى أيضا أول الكلام و مصادره واضح و العمده ما يستدل به ثالثا من فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع و بعباره اخرى ان فسخ العقد فى العقود الخياريه رفع ورد العقد الفضولى دفع و لا ريب أن مؤونه الرفع أكثر من مؤونه الدفع فإذا كان أمثال تلك التصرفات رفعا فتكون دفعا بطريق اولى و فيه أنه قد تقدمت الإشاره إلى جوابه فى صحيحه محمد بن قيس و توضيح ذلك ان فى العقود الخياريه قد صار المبيع ملكا للمشتري و صار من جملة أمواله فلا يجوز لغيره التصرف فيه بوجه غايه الأمر أن البائع بما أنّ له الخيار فيجوز له فسخ العقد و يتصرف فى ذلك بعد

فسخه هذا فإذا تصرف في ذلك المبيع تصرفاً لا يجوز لغير المالك أو يكون في نظر العرف ممياً يكون من آثار الملك فبالملازمه يدل ذلك على فسخ العقد ليكون تصرفه هذا واقعا في محله وصادرا من اهله و هذا بخلاف المقام فإن المالك ما لم يجز العقد فالمال ماله و طبع المطلب يقتضى جواز تصرفاته لكونه مالكا و تصرفه واقعا في ماله و كيف يقاس ذلك بالفسخ في العقود الخياريه فلا يدل تصرفاته هذه على وقوع الرد بها بل تقدم أن التصرفات المنافيه للعقد السابق الفضولى لا تدل على الرد بل على سقوط المالك عن القابليه لإجازة العقد و كيف بالتصرفات الغير المنافيه لذلك العقد.

و بالجمله فمجرد كون الفسخ رفعا و الرد دفعا لا يدل على تحقق الرد بمثل تلك التصرفات في باب رد العقود الفضوليه بل بالتصرفات التى أقوى منها كما تقدم و أما الوطى فهو لا يدل حتى على الفسخ في العقود الخياريه أيضا لإمكان كونه زنا منه فلا يدل على ذلك و حمل فعل المسلم على الصحه لا يوجب كون الوطى موجبا لتحقيق الفسخ به فان مفهوم الوطى ليس منافيا لمفهوم البيع حتى لا يمكن الجمع و يحكم بالفسخ هذا بخلاف مفهوم البيع فإنه مناف للبيع فإنه لا بد و ان يكون البيع نفسه ان يكون واقعا على ملكه و بعد ما باع ماله من الغير لا يتحقق ذلك المفهوم و الحكم بالصحه راجع الى حكم الوطى و كذلك لا يدل على الرد هنا نعم يكون رجوعا فى المطلقه رجعيه حتى مع قصد الزنا لكونها زوجه حقيقه.

بقى الكلام فى ان مثل تلك التصرفات هل تنافى العقود الجائزه أم لا كما إذا أوصى شيئا من أمواله لأحد ثم عرضه الى البيع أو وكل

أحدا في بيع داره ثم أوقع عليه ييعا فاسدا أو عرضها على البيع فهل يوجب ذلك بطلان الوصيه و فسخ عقد الوكالة أم لا فقد ظهر مما ذكرنا عدم دلالة شيء من ذلك على فسخ العقد فان طبع كون شخص مالكا على شيء يقتضى ذلك الا ان يبقى موضوعا للوكالة و الوصيه كما إذا باع الموصى به أو باع ما وكل شخصا في بيعه فإنه لا يبقى حينئذ موضوع للوكالة و الوصيه كما هو واضح.

قوله:

رحمه الله.

مسألة لو لم يجز المالك فان كان المبيع في يده

أقول إذا عرض العقد الفضولي للمالك فإن أجاز فيأتي فيه ما تقدم من التفصيل و ان رد فان كان العين عند مالكها فلا كلام لنا فيه و ان كانت عند البائع أو المشتري و كانت باقيه فيرجع إليهما و هكذا الأمر في الأيدي المتعاقبه فله الرجوع بأى منها شاء و الا فعلى البائع قيمتها كما هو مقتضى اليد و السيره المستمره و قد تقدم فى المقبوض بالعقد الفاسد أن المالك يرجع على القابض و كذلك المغصوب على الغاصب بقيمه يوم الدفع بحسب القواعد و لكن مقتضى صحيحه أبى و لا بد أن يرجع الى قيمه يوم الغصب و كذلك فى المقام سواء كان البائع الفضولى غاصبا أو غير غاصب ثم إذا قلنا بالضممان بأعلى القسيم فيكون مبدء أخذ ذلك بالنسبه الى كل ضامن زمان دخول العين تحت زمانه فيكون البائع الأول ضامنا من أول وضع يده عليها الى زمان دفع قيمه حتى أعلى القيم عند دخولها تحت الأيدي المتأخره و هكذا كل شخص يضمن ذلك من زمان وضع اليد الى زمان دفع القيمه و

ص: ٣٣٧

الوجه فى ذلك انّ بمجرّد وضع اليد عليها ثبت ضمانها عليه الى ان يؤديها إلى مالکها و هذا المعنى مسمّر الى زمان الدفع و منحلّ الى ضمانات عديده فيؤخذ الأعلى القيم من جميع تلك الضمانات و أما الأشخاص المتأخره لا يضمنون على الأعلى القيم قبل الأخذ فلو كانت العين فى يد البائع الأول يحاذى بخمسه و باعها من المشتري و صارت عنده يحاذى بعشرين ثم نزلت قيمتها إلى أربعة و باعها من الآخر كذلك و ترقى قيمتها عنده الى خمسين ثم نزلت إلى عشره فباعها كذلك الى الآخر فهذا الشخص الأخير لا يضمن الا على العشره لأنه لم يأخذ زائدا عن ذلك و لم يدخل غيره تحت يده ليكون ضامنا عليه بمقتضى اليد أو بالسيره و أما السابقين عليه كلهم يضمنون بخمسين فإنها فى عهدتهم من زمان وضع اليد الى حين الخروج من العهد و لو كان عند الأول بخمسين و عند الثانى بعشرين و عند الثالث بعشره و عند الرابع بخمسه فلا يضمن بالخمسين إلا الأول و لا خير بالخمسه و الثانى بالعشرين و الثالث بعشره لعين ما عرفت و إذا رجع المالك على الأول فيها و ان رجع على واحد المتأخرين فيأخذ الناقص من سابقه الى ان يأخذ بقيه قيمه من البائع الأول و على ما ذكرناه قد أشار المصنف بقوله و لو كان قبل ذلك فى زمان آخر و فرض زياده القيمه عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزياده عليه و كذلك يضمن البائع و المشتري الى أن ينتهى إلى الآخر بالمنافع أيضا كما هو مقتضى اليد و السيره أما المستوفاه فبلا شبهه و أما المنافع الغير المستوفاه على اشكال فقد تقدم الكلام فى ذلك تفصيلا و بالجملة حكم المنافع فى الضمان حكم الضمان

بالعين على النحو الذى تقدم فى الضمان بالعين.

و أما الصفات التى تزول بعد وجودها كما إذا كانت العين وقت وجودها عند البائع فاقدته لصفه و حدثت بعد انتقالها الى الثانى أو الثالث بان كانت مهزوله ثم صارت سمينه أو كانت عبدا غير كاتب ثم صار عبدا كاتباً و تعلم الكتابه فهل يكون السابق الذى وضع يديه بها مع عراء تلك الصفات يكون ضامناً بها أيضاً كضمانه بأعلى القيم و لو فى يد اللاحق و بالمنافع المستوفاه و غيرها الجامع مطلق المنافع الفائته أم لا يضمن بالصفات الا من حدثت تحت يدها فاختر شيخنا الأستاذ الأول و ان كل سابق يضمن بالعين و بجميع شئونها من المنافع و الصفات و لو كانت حاصله فى يد اللاحق أو فاتت فيها كما هو مقتضى اليد فان العين حين اتصافها بصفه الكمال كانت فى عهده الضامن الأول فيضمنها بجميع شئونها نعم لو كانت حاصله و فائته فى يد السابق فقط لا يضمنها اللاحق و لكن الظاهر ان السابق لا يضمن الصفات الحاصله فى اليد التالىه و انما الضامن لها ليس الا من حدثت الصفات تحت يدها و ذلك فان مقتضى اليد أو السيره ليس الا ضمان البائع الأول سواء كان غاصباً أولاً بالعين مع الحيثيات القائمه فيها فهذه الحيثيه بالنسبه إلى المنافع موجودا فى العين فإنها متصفه بالفعل بحيثيه الانتفاع بها و قابليه استيفاء المنافع منها بالفعل و هذا بخلاف الأوصاف فإن العين و ان كانت لها قابليه السمن و قابليه تعلم الأوصاف الكماليه و لكن حيثياتها الفعلية بحيث لو أراد ان ينفع الضامن من العين بهذه الصفات لأمكن غير موجوده فيها بالفعل فلا يشمل دليل اليد الا لمن تكون حدوثها عنده فقط

ص: ٣٣٩

دون السابق عليه و دون اللاحق به كما هو واضح.

و على هذا فلو سممت ثم هزلت أو تعلم العبد الكتابه ثم زالت عنه ذلك فيضمنها من حدثت تلك الصفات فى تحت يده و تلفت عنده و لو انتقلت العين الى غير من حدثت الأوصاف عنده و تلفت لديه ضمن العين مع تلك الصفات من حدثت الأوصاف تحت يده و من تلفت عنده معا أيضا.

و بالجمله نحن نتبع فى الحكم بالضمان بدليله فبأى مقدار اقتضى نتبعه و الا فلا هذا كله حكم المالك مع الغاصب و المشتري و أما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تاره فى الثمن و اخرى فيما يغرمه للمالك

فهناك مستلتان

كما فى المتن

أما الاولى ان

المشتري تاره يكون جاهلا بكون البائع الفضولى فضوليا أو غاصبا و-

اخرى يكون عالما به

أما الأول فتاره يعترف المشتري بكونه مالكا بالعين و أخرى لا يعترف و على الثانى فيرجع على الفضولى لثمن سواء كان تالفا أو باقيا لغروره إياه و على الأول تاره يكون اعترافه عن علم و اعتقاد بان المبيع مال البائع و عليه فلا شبهه فى عدم رجوعه إلى البائع فإنه بمقتضى اعترافه قد يكذب البينه التى إقامتها المالك على كونه مالا له فيكون اعترافه على نفسه فأخذ المالك المال بعد اقامه تلك البينه فلا- يرجع المشتري الى المالك على حسب اعترافه و أخرى يكون اعترافه مستندا الى اليد فهذا الاعتراف لا يوجب أخذ المعترف به لزواله بزوال مدركه بإقامه المالك البينه على ان المال ماله لكونها مكذبه لليد و كاشفه فى الظاهر عن كونها اى اليد يد عدوان و غضب و أنما استملكت مال الغير عن غير حق و ان كان فى الواقع محقا و لو

ص: ٣٤٠

تردد اعترافه بين كونه مستندا إلى الأول أو إلى الثاني فهل حكمه حكم الأول فيلحق به أو الثاني ذكر المصنف ذلك و لم يرجح أحد الطرفين و لكن الظاهر ان يلحق ذلك باليد فان الغالب بل الظاهر من المشتريين يشترى و يستندون الى اليد و لذا لو سئلوا عن ذلك فيجبو بذلك و انه كان مال فلان لكونه في يده.

و الدليل على ذلك ان الحجج الشرعيه لا موجب لرفع اليد عنها إلا بحجه اخرى فالبينه القائمه على أن المبيع للمدعى دون البائع من الحجج الشرعيه و انما نرفع اليد عنها هنا بواسطه إقرار المشتري على ان المال للبائع مستندا في إقراره هذا الى العلم فإنه يؤخذ بإقرار كما عرفت فلا يثبت له الرجوع الى البائع بمقتضى البينه القائمه على أن المال للمالك دون البائع لكون إقراره هذا حجه و أما فيما لم يثبت ذلك الإقرار و لا علم لنا في كونه مستندا الى العلم الوجداني ليكون إقراره قابلا لأخذ مقره به بل يمكن مستندا الى اليد فلا موجب لرفع اليد به عن البينه و الا يلزم رفع اليد عن الحججه بغيرها و يكفينا الشك في ذلك أيضا لأنه لا يمكن رفع اليد عن الحججه بأمر يحتمل كونه حجه قائمه على خلافها.

قوله و ان كان عالما بالفضوليه.

أقول: لا- إشكال في أنه مع بقاء العين لا- بد من ردها الى صاحبها و هو المشتري و لا يفرق في ذلك بين كون المشتري عالما بالفضوليه أو لم يكن عالما بها فإنه إنمّا أعطى الثمن للبائع على ان يكون المثلن له و لو مع علمه بكونه غير مالك فإذا لم يترتب على ذلك الإعطاء ذلك الغرض فيكون الثمن باقيا في ملكه و توضيح ذلك يظهر

و قد استدل على كون العين باقيه فى ملك

المشترى على تقدير البقاء بوجه

الأول انه لم يحصل منه ما يوجب

انتقاله عنه شرعا

بيان ذلك ان النقل و الانتقال لا بد له من سبب شرعى فما لم يحصل فلا مقتضى لذلك و هذا متين خصوصا بضميمه ما ذكره أخيرا من كونه أكلا للمال بالباطل لما تقدم سابقا أنها ناظره إلى الأسباب و حصر أسباب التجاره بالتجاره عن تراض فان المراد من الأكل هو التملك دون الانزرداد و ان أسباب ذلك الملك هى التجاره عن تراض كما هو واضح و بالجمله أكل البائع الفضولى الثمن و لو مع علم المشتري بعد مالكيه بلا مقتضى و سبب و أكل للمال بالباطل

الوجه الثانى ما أشار إليه بقوله و مجرد تسليطه عليه لو كان

موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد

لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و فيه أنه يردّ عليه ما أفاده بعد أسطر من الفرق بين المقام و بين المقبوض بالعقد الفساد فان فى المقبوض بالعقد الفاسد ان الشارع قد منع عن مضى ذلك العقد و تأثيره فى النقل و الانتقال مع كون بناء المتعاقدين على ذلك و حصول الضمان الخاص المعاملى فإذا لم يحصل ذلك الضمان الخاص من ناحيه عدم إمضاء الشارع فيكون إقدامهما على الضمان الحقيقى فيكون كل من البائع و المشتري ضامنا لما أخذه من صاحبه و هذا بخلاف المقام فان دفع المال إلى البائع الفضولى سواء كان غاصبا أو غير غاصب ليس الا- كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه فى أن ردّ المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث فالقياس باطل.

الوجه الثالث ما أشار بقوله و لان الحكم بصحه البيع لو أجاز المالك

كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فان تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن أنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة ثم أمر بالتأمل وفيه انه قد تقدم سابقا أنما هو متفرع على البيع و بعد تحققه يسلط المشتري البائع على ذلك فاما على الكشف فواضح إذ الملكيه إنما حصلت من زمان العقد فالتسليط أنما هو تسليط المالك على ملكه و متفرع على ذلك الملكيه الحاصله بالعقد من حين العقد.

و أما على النقل فلا يبعد أن يكون التسليط مراعى بحصول الملكيه بالإجازة المتأخره من المالك فإن أجاز فيكون الثمن له فى مقابل المبيع و ان لم يجر فيكون للبائع فيكون التسليط منجزا لا ان التسليط من الأول منجز و ان المشتري سلط البائع على ماله منجزا كما هو واضح.

و هنا وجه رابع لشيخنا الأستاذ من أن التسليط لا يزيد على

الهبة المجانيه

فلا- فرق بين صوره العلم و الجهل فحيث أن الواهب له الرجوع على الهبه ما دامت باقيه و كذلك كل من البائع و المشتري لو كان الثمن أو المثل غصبا و فيه ان هذا أيضا لا- كليه له فان- الواهب ليس له الرجوع على العين على الإطلاق لو كانت باقيه فإنها لو كانت ثوبا فقصر أو شيئا آخر تصرف فيه الموهوب له بما يوجب تغييره ليس للواهب ان يرجعها و كذلك لو كانت لذى رحم و ان لم يقع عليه التصرف فان فى جميع ذلك ليس للواهب الرجوع الى هبته فتنزيل المقام عليها و الحكم بجواز الرجوع هنا مثلها ليس بتمام.

و من هنا ظهر حكم الجبهه الثانيه أيضا أعنى جواز تصرف كل

ص: ٣٤٣

من البائع و المشتري فيما أخذه في مقابل المغصوب و انه غير جائز و تصرف في أموال الغير بدون اذنه فان التسليط لا يوجب الاذن في التصرف لأنه إنما سلطه على ماله بعنوان المعاوضه و المعامله بحيث يكون مالا له فيتصرف في ماله لا أنه سلطه عليه ليصرف مال الغير باذنه فليس له ان يتصرف فيه بعد عدم حصول المعاوضه لكونه مال الغير فلا اذن له من ذلك التصرف. قوله رحمه الله اما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري بل المحكى عن العلامه و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه.

أقول قد بنى شيخنا الأنصارى تبعا لهؤلاء الأعظم على عدم الضمان في هذه الصوره أعنى بيع الغاصب لنفسه و أخذ الثمن من المشتري لنفسه و تلفه عنده و تبعه شيخنا الأستاذ و ان ناقش في بعض خصوصيات كلماته و الوجه في ذلك كما صرح به بعضهم انه سلطه على ماله بلا عوض.

و محصل كلام المصنف أن سبب الضمان انما هو لأحد الأمرين كما تقدم في قاعده ما لا يضمن اما دليل اليد و ان من وضع يده على مال غيره فلا بد له ان يخرج من عهده بجميع شئونه و خصوصياته كما تقدم و اما قاعده الإقدام على الضمان كما استدل بها شيخ الطائفه و غيره في ما لا يضمن و اما قاعده اليد فهى و ان كانت مسلمه و متسالما عليها بين الفقهاء و لكنها خصّصت بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه اليه المال لحفظه كما في الوديعه و الإجاره و العاريه فإن دفع العين في هذه الموارد ليس

الا بعنوان الوديعة دون الضمان فلا يكون تلفها موجبا للضمان و على هذا فإذا كان دفع المال و تسلط الغير عليه ليتصرف فيه و يتلفه فلا يوجب الضمان بطريق أولى فلا يكون ذلك الا كالبيع بلا ثمن و الهبه الفاسده و الإجاره بلا اجره فلا يكون فيها ضمان و كذلك يكون مثلا إعطائه إلى ثالث فان الجامع في جميع ذلك هو ان التسليط فيها مجاني كما لا يخفى و اما قاعده الإقدام فهي أيضا غير جاريه هنا إذ لم يقدم البائع على الضمان بالثمن لعلم المشتري بكونه غير مالك و انما الضمان به فيما يكون ذلك من البائع المالك فيكون إعطاء الثمن حينئذ في مقابل ماله تضمينا له بالمال الذي هو الثمن و لذا يكون ضامنا مع الفساد أيضا ثم أورد على نفسه بأنه أى فرق بين المقام و بين بيع الغاصب الذي تقدم فان تصحيحه انما كان بانّ البيع فيه حقيقه واقع عن المالك لأن معرفه المالك شخصه و خصوصيه غير لازم و خصوصاته غير دخيله في صحه البيع بل يكفي فيها العلم بوجود المالك الكلى لتحقيق مفهوم المبادله اعنى تبادل مال بمال في الإضافه المالكيه بحيث لو كان هذا ممكنا لم تعتبر ذلك الكلى أيضا فليكن الأمر كذلك في المقام أيضا فيكون كبيع الغاصب لكونه بانيا و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا ذلك البنا لم يتحقق مفهوم المعاوضه أصلا فلا يصح مع الإجازه أيضا فإن البيع قوامه بدخول العوض مكان المعوض لا ملك شخص آخر و بالجملة: ان كان بانيا على الملكيه فلا شبهه في صحه معاملته فيكون كبيع - الغاصب فيكون يده و اقدامه مضمين و ان لم يكن بانيا على المالكيه فلا يصح بيعه حتى مع الإجازه فيخرج عن المفروض.

ثم:أجاب عن ذلك بأنه فرق بين المقامين فان معنى الضمان كون الشيء في عهده الضامن و خسارته عليه و إذ لم يكن المبيع ملكا للبائع لا- حقيقه و لا- ادعاء مع علمها بالواقع و كون المال لغيره حقيقه فكيف يتحقق الضمان بإقدام البائع على أخذ مال المشتري باختياره و تسليطه له عليه لكونه كالأعطاء الى شخص ثالث و هذا بخلاف بيع الغاصب فإنه بادعائه مالك للمبيع مالكيه بنائيه فالخطاب بيعتك انما هو متوجه للمالك غايه الأمر توجه الى الغاصب من باب الخطاء في التطبيق فالمبادله إنما وقعت حقيقه و في الواقع بين مالى المالكين الحقيقيين فيكون الاقدام و اليد هنا مضمنين و بعد اجازة المالك فيكون الضمان عليه.

ثم أورد على نفسه بأنه على هذا ما الفرق بين صورتى العلم و الجهل فى البيع الفاسد حيث حكتم بالضمان هناك و بين صورتيه هنا فلا تحكمون به فأجاب عنه بان التضمن الحقيقى حاصل فى البيع الفاسد لأن المضمون به مال الضامن غايه الأمر ان فاسد العقد من جهه عدم إمضاء الشارع مانع عن مضيّ هذا الضمان فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص العقدى فيكون أصل الضمان بالاقدام باقيا على حاله لقاعده الاقدام أو لقاعده اليد من دون ان يكون هنا تسليم و تسلّم مجانى و هذا بخلافه هنا فان التسليط انما هو تسليط مجانى و ليس الا- كتسليط ثالث عليه و إعطائه له فلا ضمان هنا بوجه الا ان يكون فساد العقد بانتفاء شرائط العوضين ككونه خمرا أو خنزيرا أو أم ولد فإنه لا ضمان هناك أيضا فى هذه الصور هذا ملخص كلامه(رفع فى علو مقامه).

و فيه أنه و ان أتعب نفسه و أطال كلامه و لكن أسقط من كلامه ما هو نكته المقام أى صورته بيع الفضولى مال الغير لنفسه و هى ان المشتري إنما سلط البائع الفضولى على ماله بانبا على فساد العقد فيكون كسائر العقود الفاسده فلا وجه لتفريد ذلك عن غيرها من العقود الفاسده اذن فلا- وجه لقياسه بالبيع بلا ثمن فإنه ليس إلا هبه مجانيه و لا بالإجاره بلا اجره و بالعاريه و بإعطائه لثالث فان فى جميعها ان التسليط ليس الا مجانيه و هذا بخلاف المقام فان التسليط فيها ليس مجانيه و لذا لو سئل عنه أنك وهبت مالك أو أعرت فيجب انى عاملت مع فلانى و يدل على ذلك أنه لو كان التسليط مجانيه لم يكن وجه للحكم بكونه أى البائع غير جائز التصرف مع ان المصنف حكم بحرمه التصرف فى الثمن و بالجمله لا نعرف وجهها للفرق بين ما نحن فيه و بين سائر العقود الفاسده و النكته هى ما ذكرناه من ان التسليط و التسلّط مبنى على الفساد اى على فساد العقد فيكون ذلك كالعقود الفاسده و قد عرفت الضمان فيها كما عرفت ان قاعده ما يضمن ليس له أساس و أن تكلف المصنف فى شرح ألفاظها و قد ذكرنا تطبيقها على القاعده من ان المراد بذلك هو ان العقد الذى كان صحيحه مبني على الضمان ففاسده أيضا كذلك بخلاف مثل الهبه و نحوها و ظهر لك أن المقام غير مربوطه بالبيع بلا ثمن ليكون هبه فاسده حتى يتوهم أن فى صحيح الهبه لا ضمان و كذا فى فاسدها أيضا.

فتحصل ان قاعده اليد لم تخصّص فى المقام بما ذكره المصنف و اما ما ذكره من قاعده الإقدام بالضمان فقد ذكرنا فى ما لا يضمن

ان الاقدام لا موضوعيه له و لا ان له دليل في كونه مضمنا و انما الموجب للضمان هو دليل اليد بل لا يظهر ممّن ذكره في وجه الضمان انه ذكره للاستقلال بل لبيان موضوع ضمان اليد حيث ان اليد انما يوجب الضمان فيما يكون ذى اليد مقدما عليه فإنه لا ضمان لليد بدون الاقدام عليه كموارد الوديعة و العاريه و العين المستأجره و نحوها و الا- فليس الاقدام على استقلاله من المضمنات كما هو واضح.

نعم لو كان المبيع مما لا- يملك في نفسه كالحزّ بحيث لا يكون هنا بيع حتى الفاسد منه بل صورته بيع و لفظه بعد كونه مالا و مما يملك يتحقق مفهوم البيع هنا فلا يكون تسليطه البائع على الثمن الا تسليطا مجانيا و بلا عوض فلا يكون هنا ضمان فإنّ هذا نظير بيع البائع ماله بلا ثمن فإنه ليس من مفهوم البيع بشيء ليكون بيعا فاسدا و يأتي فيه ما قلناه في البيع الفاسد هذا فيما لم يكن مفهوم البيع محققا لعدم قابليه المتعلق لوقوع البيع عليه.

و اما فيما يكون مفهوم البيع محققا لكون المتعلق في نظر العرف من الأموال بل من الأموال المهمه كالخمر و الخنزير و انما الشارع- الغى مالته و أسقطه عن الماليه فيكون تسليم المشتري الثمن إلى البائع أيضا مبني على البيع الفاسد فيكون البائع ضامنا مطلقا على ما ذكرناه و من هنا ظهر أيضا ما في كلام المصنف من أنّه لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحزّ قوى اطراد ما ذكرناه فيه من عدم ضمان عوضها للملك مع علم البائع بالحال فإنه يتوجه في صورته كون المعوّض حرا لا في صورته كونه خمرا أو خنزيرا.

ثم بقي هنا أمور في كلام الشيخ قد ذكرها في ذيل المسأله

الأمر الأول ان مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت

الرجوع فيما يكون البائع غير بايع لنفسه

بل أنما باع للمالك و انما دفع المشتري الثمن اليه ليصله الى المالك فتكون واسطه فى الإيصال و تلف فى يده إذا لم يسلطه عليه و لا أذن له فى التصرف فيه فضلا عن إتلافه.

و فيه أن هذا من عجائب المصنف فإنه ليس هنا شىء من - أسباب الضمان فإن البائع و ان أخذ الثمن من المشتري و تلف عنده و لكن ليست يده يد إتلاف هنا كما صرح به (و قال و تلف) مع ذكره الإتلاف بعده و انما تلف عنده بتلف سماوى بلا تفریط من البائع فلا موجب للضمان لكون البائع أمينا فى إيصاله إلى البائع فقط و كان له ان يعكس الأمر و يقول بالضمان فيما باع مال المالك لنفسه مع علم المشتري به و أخذ الثمن و تلف عنده أو أتلفه بنفسه كما قلنا به و لا يقول بالضمان هنا نعم لو كان التلف مستندا اليه فيكون ضامنا فهو أمر آخر.

الأمر الثانى انه لو أخذ البائع الثمن بنفسه من أن يسلطه

المشتري عليه

فيكون ضامنا مع التلف لعدم التسليط الموجب لعدم الضمان و لو كان الأخذ بانيا على العقد الواقع بينهما و هذا واضح كما أفاده فى المتن.

الأمر الثالث انه أفاد تحقق الضمان أيضا لو اشترط على البائع

الرجوع بالثمن

لو أخذ العين صاحبها فإنه أيضا لم يسلطه على الثمن مجانا بل مع الضمان فمع التلف يكون البائع أيضا ضامنا.

الأمر الرابع أنه لا فرق فيما ذكرناه من الضمان بينما يكون الثمن كلياً أو معيناً

ص: ٣٤٩

فإن المشتري مع كون الثمن كلياً قد طبق ذلك الكلي على الفرد و سلط البائع عليه بانبا على العقد فيكون البائع ضامناً عليه للمشتري و حيث ان المصنف قد اختار عدم الضمان في كون الثمن شخصياً فقد اختار عدمه هنا أيضاً.

قوله المسأله الثانيه ان المشتري إذا اغترم للمالك

أقول هذه هي الجبهه الثالثه فهى ان المشتري لو اغترم للمالك غير الثمن من زياده قيمه السوقيه أو زياده على أصل قيمه أو المنافع المستوفاه أو الغرامات التى صرفها للعين و لم يستوفى فى عوضها منفعه فهل يضمن المالك بتلك الغرامات أو لا يضمن.

توضيح الكلام فى ضمن جهات ثلاث الاولى ان المالك لو أخذ زياده قيمه على أصل الثمن بان اشترى على عشره دنانير و كانت قيمه العين عشرين ديناراً فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى زياده قيمه أم لا.

الثانيه فى انه إذا استوفى منفعه من العين كان اشترى الدار و أجرها من غيرها فأخذه المالك العين و إجارتها الثمن فهل للمشتري ان يرجع الى البائع فى تلك المنافع أيضاً أم لا.

الجبهه الثالثه قيمه المنافع الغير المستوفاه.

الجبهه الرابعه ان المشتري إذا اغترم للعين غرامه بأن صرف مقداراً من المال فى إصلاح العين من دون أن يأخذ فى قباله منفعه فهل يضمن البائع بها و له الرجوع إليه أم لا و من هذا القبيل إنفاق العين المشتري.

اما الجبهه الرابعه فقد استدل على الضمان هنا بقاعده نفي

الضرر بدعوى ان عدم الرجوع المشتري الى البائع فى تلك الغرامات ضرر عليه فينفى بدليل نفي الضرر.

و فيه أنه معارض بكون الرجوع ضررا للبائع فليس نفيه عن المشتري بدليله أرجح من نفيه عن البائع وقد حققناه فى قاعده لا ضرر.

و قد استدل أيضا بأن البائع هو السبب فى غرامات المشتري فيكون ضامنا لان من تسبب فى وقوع أمر فهو اولى بانتساب المسبب اليه.

و فيه ان التسيب تاره يكون على نحو يكون الواسطه ملغى عن الموضوعيه و خارجا عن الاستقلاليه و اخرى لا يكون كذلك بل يكون السبب داعيا الى صدور الفعل فقط اما الأول فكمن تسبب فى قتل أحد بإعطاء السكين لمن لا يعقل من الصبى و المجنون و السفيه و إدخاله فى جوفه أو حفر بئرا فوقه فيه أحد فإن الفعل يستند حقيقه إلى السبب و الوسائط فى أمثال ذلك لا اعتبار لها و من هنا يعامل مع السبب معامله القاتل فيؤخذ منه الدية فإن الفعل حقيقه فعله و هو الفاعل فى ذلك.

اما الثانى بان لا- يكون تسيب حقيقه بل يكون السبب داعيا الى وقوع الفعل و صدوره فقط بان يقول لأحد مع كونه عاقلا و كاملا- اقتل فلانا أو اعطى سكيننا و قال اقتل زيدا فان البعث و التحريك على تقدير حرمة ليس سببا للفعل بحيث يوجب ان يستند الفعل على تقدير صدوره الى الفاعل و يكون الفعل فعله و يعامل معه معامله الفاعل لذلك الفعل كما هو واضح فحيث ان البائع ليس سببا تاما لغرامه المشتري بل هو داعى لذلك فلا يستند الغرامات

الى فعل البائع بعنوان التسبيب ليكون ضمانها اليه كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه إذا اغترم المشتري في العين المبيعه فهل يرجع الى البائع في ذلك أم لا- فهنا جهات ثلاث الاولى انه إذا اغترم زياده قيمه مما أخذه المشتري بأن كان المشتري اشتراه بعشره و كانت قيمته عشرين أو ترفت الى عشرين.

الجهه الثانيه في المنافع المستوفاه كأن آجر الدار أو الدابه أو غير ذلك من المنافع المستوفاه.

الجهه الثالثه في المنافع الغير المستوفاه و المخارج التي صرفها للعين من كيسه و لم يستوفى من العين شيئاً و من هذا القبيل إنفاق العين اما في صوره العلم بالحال فلا يرجع بشيء من ذلك اما في صوره الجهل فهل له ان يرجع في ذلك الى البائع أم لا.

اما الجهه الثالثه فالمشهور ذهبوا الى الضمان هنا فقد استدل فيها بالضمان بوجوه الأول قاعده لا ضرر بدعوى ان عدم الرجوع ضرر على المشتري و فيه انه على تقدير شمول قاعده لا ضرر على ذلك- فهي متعارضه فإن الرجوع أيضا ضرر على البائع فلا وجه لتقديم المشتري عليه.

الثاني بقاعده التسبيب بدعوى ان السبب في تضرر المشتري هو البائع.

و فيه انها لم ترد في آيه و لا- في روايه و لا- انها معقد إجماع اذن فلا بدّ من ملاحظه ان الفعل الصادر من المسبب على نحو يستند الى السبب أولاً فإن كان مستندا الى السبب سواء كان مع

ذلك لفاعل الفعل اختيار أم لا و سواء كان التسبب امرا شرعيًا أم لا فيحكم بالضمان مثلا إذا أمر صبيًا ليفتح بابا فإذا فتح يطير الطير الموجوده في الدار أو أمره بقتل احد و هكذا المجنون و السكران فان الفعل في أمثال ذلك يستند الى السبب بل الخطابات الأوليه أيضا تكون متوجهه عليه كما تقدم في بحث المكاسب المحرمه و من هذا القبيل حفر البئر ليقع به احد فوقع و مات أو نصب سكينًا في قعر البئر فقتله السكين أو غير ذلك من الموارد التي يستند الفعل الى السبب حقيقه و ان كان للواسطه اختيار كالصبي و من هذا القبيل ما يكون التسبب شرعيًا كما إذا شهد بالشهاده الزور فأوجب ذلك غرامه المشهود عليه ثم رجع في شهادته فإنه تكون الغرامه على الشاهد لكونه سببا في غرامه المشهود عليه و اما في غير تلك الموارد بحيث لا يكون تسبب في الين فلا- يضمن السبب بشيء لكونه داعيا محضا في صدور الفعل من الفاعل و انما الفاعل فعل ذلك بقدرته و اختياره فيكون الضمان عليه.

الثالث بقاعده الغرور بان الغرور يرجع الى من غرّ و هذه القاعده و ان كان لم يبعد ان تكون روايه نبويّه و لكنها غير منجبره بعمل المشهور حتى مع الغمض عن الكبرى الكليّه بأن الشهره لا تكون جابره لضعف السند و ذلك لخصوصيه فيها التي تمنع عن الانجبار و هي ان المشهور لم يمكن ان يستند وافي عملهم و فتواهم هنا بالضمان لأجل التسبب و قاعده الضرر أو الروايات الخاصه و عليه فلا ينجر ضعفها بالشهره بل نجزم بان المشهور لم يستندوا لها و ذلك فإنهم و ان ذهبوا الى الضمان في هذه المسأله و لكن مقتضى

العمل بالقاعده أن يعملوا بها في جميع موارد الغرور و يفتون بطبقها أينما سرت و لم يخصوا الحكم بهذا الموارد الخاص فيعلم من ذلك انهم لم يستندوا بها كيف فهل توهم أحد بأنه لو غرّ أحدًا في أكل مال الغير بأنه راضى بذلك أو غرّه في شراء شيء على ان يريحه كذا و كذا فانكشف ان المالك لم يرض و ان المبيع لم يربح له بشيء بل ضرر فيه كثيرا ان الغار يضمن بضرر المغرور و هكذا سائر موارد- الغرور فإنه لم يفت المشهور في أمثال ما ذكرنا من الأمثلة بالضمان بل أفتوا في خصوص ما نحن فيه اذن فتكون ساقطه سندا و دلالة الا ان يكون هنا تسبب بحيث يكون الفعل مستندا الى السبب و هذا أمر آخر غير مربوطه بقاعده الغرور و قد عرفت انه يوجب الضمان بنفس الخطابات الأولى كما ان الاحكام التكليفيه أيضا ثابتة له بتلك الخطابات.

الرابع الروايات الخاصه الوارده في باب النكاح التي تدلّ على ان من غرّ أحدًا فزوجه امرأه برصا أو عوراء أو مجنونه أو امه بعنوان أنها بنت مهيره فيكون على ذلك الغار مهر الأمرية فبالغاء المورد تكون داله على الضمان بغير المهر و في غير مورد النكاح نظير المقام فالروايات في حاشيه السيد و فيه انها روايات خاصه قد وردت في باب النكاح في خصوص باب المهر و كون ضمانه على الولي فقط و التعدى عنها الى غيرها قياس فلا يمكن التعدى من المهر الى غير المهر في خصوص باب النكاح فضلا الى غير النكاح فلا يستفاد منها كبرى كليه من ان المغرور يرجع الى الغار في جميع ما اغتره و لأجل مصلحه قد حكم الشارع في موارد تلك العيوب بضمان الغار الذي

هو الولي لخصوص المهر و من هنا لو أوجب الغرور و صرف في ذلك مصارف كثيره كالإطعام و نحوه فلا يرجع فيها الى الغار بل في خصوص المهر الى المدلس كما في الروايات نعم هناك روايتان يمكن استفاده الكبرى الكليه منهما لمكان التعليل الوارد فيهما.

الأولى روايه إسماعيل بن جابر حيث أراد أحد تزويج بنت احد فزوجوه امه فقال عليه السلام رد الوليده على مواليتها و الولد للرجل و على الذى زوجه قيمه الولد يعطيه موالى الوليده كما غرّ الرجل و خدعه فان ظاهر الدليل عدم اختصاص الضمان بمورد الولد بل يعمّ غير مورد النكاح أيضا.

و فيه أيضا غير الولد و فيه مضافا الى ضعف سند الروايه فإن فيه محمد بن سنان فهو و ان ذكر عن بعض توثيقه الا ان المشهور ضعفه بل انه اعترف فى آخر عمره ان كتابه مأخوذ من السوق فلا يمكن الاعتماد برواياته فلا أقل من تعارض المعدل للجراح فيتساقطان فيبقى بلا معدل ان دلالتها غير تامه بل الظاهر منها كون ضمان الولد فقط على المزوج كما غرّه و خدعه فلا يمكن التعدى من ذلك الى غيره إذا فإذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا الى الغار كما رجع نعم يعم الحكم لكل مزوج و الوجه و الله العالم فى ذكر الولد انه لو لا الذكر لحكمنا بضمن قيمه الولد فإنه من امه الغير فالنماء فيها كالحوانات و الأشجار للمالك و من هنا حكموا عليهم السلام فى انه لو زنا احد بامه الغير فولدت فهو لمالك الأمه و لكن حيث كان الوطى هنا محرما لكونه عن شبهه فيكون الولد للوطى فتكون قيمته على الغار كما غرّ الرجل و خدعه.

الثانيه روايه رفاعه فى قضاء أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأه زوجها وليها و هى برضاء ان لها المهر بما استحلت من فرجها و ان المهر على الذى زوجها و انما صار المهر عليه لانه دلّسها فمقتضى التعليل هو عموم الحكم لغير مورده أيضا و فيه مضافا الى ضعف سندها لسهل بن زياد انها أيضا لا تدل على الضمان فى غير موردها و هو المهر فلا يمكن التعدى إلى الغرامات الوارده فى باب النكاح فضلا عن غير باب النكاح فان ظاهر التعليل كونه راجعا الى ثبوت المهر على الغار فلا يمكن التعدى إلى غيره لاحتمال ان يكون فى المهر خصوصيه يستدعى الضمان و ليس فى غيره فتكون هذه الروايه كغيرها من الروايات الخاصه نعم يمكن التعدى بها الى مطلق المزوج بلا- اختصاص الحكم بالولى كما اختص به الحكم فى الروايات الخاصه المتقدمه و بعبارة اخرى انه مضافا الى ضعف الروايتين فلا- يتم دلالتهما على المقصود و تماميه قاعده الغرور فى جميع الموارد إذ الظاهر منها اختصاص الضمان فى خصوص الولد و المهر على الغار و كون التعليل مختصا بهما و قد علل كون المهر على المزوج بأنه مدلس فمقتضى العليه انما هو جواز الرجوع على المهر الى كل مزوج فلا يمكن التعدى الى غير ما يسانخ المعلول نعم لا يختص ذلك بالولى بل يجرى فى مطلق المزوج كما ان ضمان قيمه الولد لا- يختص بالمزوج بل بمطلق الغار لكون ذلك على وفق القاعده.

على انه لو تمت دلالة الروايتين فأیضا لا تنافيان بالمقصود إذ الدليل أخص من المدعى فان الذى يستفاد منهما أنّ للمشتري ان يرجع الى البائع الذى غره و خدعه و دلّسه و لا شبهه انه لا يصدق

الغرور عند جهل البائع بل قد صرح في تلك الروايات انه يضمن الغار مع علمه و اما مع الجهل فلا يضمن اذن فلا يمكن الحكم بضمن الغار مطلقا سواء كان عالما بالحال أو جاهلا بها بتلك الروايات التي أخص من ذلك و اما ما عن العلامة الطباطبائي من انه لا- يفرق بين علم البائع و جهله لا- نعرف له وجهها و اما روايه الجميل التي ذكرها المصنف عن الرجل يشتري الجاربه من السوق فيولدها ثم يجيء مستحق الجاربه قال يأخذ الجاربه المستحق و يدفع اليه المبتاع قيمه الولد و يرجع على من باعه بضمن الجاربه و قيمه الولد التي- أخذت منه و قد استدل بها على تماميه قاعده الغرور بدعوى أن حريه ولد المشتري اما ان يعد نفعاً عائداً إليه أولاً و على التقديرين يثبت المطلوب مع ان في توصيف قيمه الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعليه الحكم فيطرد في سائر ما أخذت منه. أقول ان الروايه و ان كانت مطلقه من حيث الغرور و عدم الغرور بل تدل على جواز ان يرجع المشتري الى البائع مطلقاً و لكن عرفت ان الرجوع الى قيمه الولد على حسب ما يقتضيه القواعد فإنه من منافع الأمه فتكون للمالك فالروايه وردت على طبق القاعده فحينئذ إذا رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع لأنه غرّه و خدعه و لكون الوطى محرماً يكون الولد حراً و على هذا فلا وجه لما في المتن من ان حريه الولد ان كانت من المنافع المستوفاه التي لا بدّ له من إعطاء قيمته الى المالك ثم الرجوع الى البائع فتدل الروايه على الرجوع الى الغار في غيرها بطريق اولي قد عبّر عن ذلك بالفحوى و ان لم تكن حريه الولد من المنافع المستوفاه

فتدل على الرجوع الى الغار بالدلاله المنطوقه فيما هو محل الكلام الذى نتكلم فيه و بالجمله فلا تكون الروايه داله على قاعده الغرور و اما قوله بان توصيف قيمه الولد بالأخذ مشعر بالعليه فيتعدى الى غير موردها.

ففيه ان التعبير بالأخذ لأحد الجهتين الاولى ان المشتري انما يرجع الى البائع إذا رجع المالك الى المشتري و الا فليس له الرجوع الى البائع كما سيأتى ذلك فى تعاقب الأيدى.

الثانيه أن المشتري إنما له الرجوع الى البائع فى القيمه التى أخذها المالك من المشتري و لو كانت أقل من القيمه السوقيه فليس له ان يرجع الى البائع فى الزائد عنها كما إذا أخذ المالك من المشتري عشرين فقيمته السوقيه خمسين فيرجع الى البائع بخمسين أيضا و بالجمله ان التمسك فى التعدى الى غير مورد الروايه بهذا التعليل شبه تعليل وجوب الزكاه للبقر السائمه بثبوتها فى النص للغنم السائمه فإن البقر غير مربوط بالغنم و سنذكر الوجه فى عدم جواز رجوع المشتري الى البائع قبل ان يرجع اليه المالك ثم انه قد استدل صاحب الحدائق على عدم الرجوع فى المنافع الغير المستوفاه و فى غيرها لا يرجع بالأوليه على ما هو لازم كلامه بإطلاق روايتى زراه و زريق و بسكوتهما عن رجوع المشتري الى الغار الذى هو البائع اما الروايه الأولى اعنى روايه زراه فإنها تدل على رد الجاريه التى اشتراها المشتري من شخص الى مالکها المدعى بعد بينه ورد قيمه الولد المتولد منها و سائر منافعها المستوفاه فهى ساكنه عن الرجوع الى البائع بأن يرجع المشتري فى غراماتها إلى البائع فحيث كان

الامام عليه السلام فى مقام البيان فكشف من الإطلاق عدم جواز رجوع المشتري الى البائع.

الثانية روايه زريق فإنها تدل على رجوع المالك الى المشتري و يأخذ منه ماله و جميع المنافع التى استوفى من ذلك من أى أقسام المنافع من الغرس و الزرع و اجره البناء الذى بنا فيها و ليس للمالك قلع ما غرس فيه و الا فيعطى أرشه نعم و له أخذ أجره الأرض نعم للمشتري قطع ذلك لكونه مالا له و الناس مسلطون على أموالهم و ليس للمالك ان يمنع ذلك فهذه الروايه أيضا تدل على رجوع المالك الى المشتري و ساكته عن رجوع المشتري الى البائع مع كونه عليه السلام فى مقام البيان فبمقتضى الإطلاق ندفع رجوع المشتري الى البائع.

و فيه ان الروايتين لا تدلان على ذلك اما روايه زراره إلى جهة رجوع المالك الى المشتري دون رجوع المشتري الى البائع و اما روايه زريق فإنها ناظره إلى بيان ان المالك يرجع الى المشتري و المشتري الى المالك فليست ناظره الى ان المشتري يرجع الى البائع على ان البائع فى الروايه الثانية انما هو القاضى فإن كان حكمه صحيحا فلا غرم عليه فان الله جعل ذلك سببا لكون المال للمدعى و هو المفوت لذلك و القاضى معذور فيه لحكمه بالايمان و البيئات و ان كان الحكم باطلا فالمشتري يعلم بفساد البيع و هو بنفسه أقدم على ذلك فلا يرجع إليه فى غراماته كما فى المتن و الحاصل ان المشتري إذا علم بالحال فلا يرجع الى البائع فى غراماته لإقدامه على ذلك بنفسه و اما مع الجهل فربما قيل

برجوعه إليه بقاعده الضرر و قد عرفت ان احد الضررين مما لا بد منه فلا وجه لدفع ذلك عن المشتري دون البائع فيتعارضان على ان الضرر لا يكون في جميع الموارد كما إذا استوفى المشتري بمقدار منفعه ما اغترمه للمالك و اما دعوى الضمان بقاعده التسبب بأن البائع لتغيره المشتري فيضمن كما اغترمه المشتري في المنافع المستوفاه و في غيرها بطريق اولى.

و فيه انك عرفت أنه ان كان التسبب على نحو استند الفعل إليه بقوه السبب فلا إشكال في الضمان و الا فلا وجه له و اما قاعده الغرور قد عرفت انها و ان روى بان المغرور يرجع الى الغار الا انه غير معمول بها في جميع الموارد بل في خصوص المقام فهيهنا لا نعلم استناد الفقهاء الى ذلك بل الى الروايات الخاصه و قد عرفت أنها ناظره إلى موارد خاصه فلا يمكن التعدي منها الى غير موارد كما لا يخفى و كذلك ما ورد في ضمان الشاهد على المشهود عليه في شهاده الزور و اما توهم عدم الضمان لأجل إطلاق روايتى زراه و زريق و قد عرفت الحال فيها و لكن يمكن لنا التفصيل في المقام بينما يكون ما يرجع المالك الى المشتري داخلا- تحت ضمان البائع فللمشتري ان يرجع فى ذلك الى الغار و بينما لا يكون ذلك داخلا تحت- ضمان البائع فلا يرجع المشتري فيما اغتر به للمالك إلى البائع و توضيح ذلك أنه لو اغتر احد غيره بتقديم مال الغير اليه بما انه مال نفسه فانكشف بعد التلف انه مال الغير أو مال الآكل الذى هو المعطى له فلا شبهه ان الغير يرجع الى الآكل و هو يرجع الى المقدم لكونه ضامنا ابتداء فى ذلك و انما سلط الغير عليه بعنوان انه مال نفسه

لا- بما انه مال الغير و هكذا لو ظهر انه مال الآكل أيضا كما لا يخفى و على هذا فليس للمسلط ان يرجع الى الآكل لو رجع المالك اليه بدعوى انه سلطه عليه لكونه مال الغير فان قصده لا يفيد بوجه إذا عرفت ذلك فنقول ان المنافع على قسمين فقسم منها تكون داخله تحت ضمان الغاصب كأجره الدار و الثمار للأشجار و نحوها و قسم منها لا تكون داخله تحت ضمان الغاصب كركوب الدابة إلى الحله أو الكربلاء مثلا- ففي الأول إذا رجع المالك الى البائع فليس للبائع ان يرجع الى المشتري فإنه بعد اقامه على ضمان مال الغير و إعطائه قيمته و قيمه منافعه صار مالكا للمغصوب بقاء فكما لا يرجع الى من سلطه على إتلاف ماله ابتداء فكذلك ليس له الرجوع الى من سلطه على إتلافه بقاء فإذا ليس له ذلك في العين أو في المنافع المستوفاه على تقدير بقاء العين ففي المنافع الغير المستوفاه بطريق أولى لا يرجع الى المشتري لأنه بنفسه سلطه على ذلك و اما لو رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري الى البائع كما عرفت و اما المنافع التي لا تدخل تحت ضمان الغاصب من الأول و من هذا القبيل الأوصاف الزائده فلو رجع المالك إليها فليس للمشتري ان يرجع الى البائع فإن التسليط في تفويت ذلك ليس من ناحيه البائع و يأتي ذلك في تعاقب الأيدي مفصلا و من هنا يظهر انه لا وجه للتفصيل بين المنافع المستوفاه و غيرها فإنها ان دخلت تحت ضمان البائع فلا- يرجع في المستوفاه إلى المشتري لو رجع اليه المالك ففي غير المستوفاه بطريق أولى و ان لم تدخل تحت ضمانه فرجع المالك الى المشتري ففي المستوفاه بطريق أولى و هذا واضح جدا.

و بالجمله حكم الغاصب بعد رجوع المالك اليه حكم المالك الابتدائي فكما ان المالك حدوثا لا يرجع الى من سلطه على تفويت ماله فكذلك بقاء كما هو واضح.

و حاصل الكلام انه لا بدّ و ان يفصل في المقام بين المنافع التي دخلت تحت ضمان البائع و المشتري كليهما فحينئذ ليس للبائع مع رجوع المالك اليه ان يرجع الى المشتري بل يرجع المشتري الى البائع مع رجوع المالك اليه و تلك كالعين بنفسها و كسكنى- الدار و ركوب الدابة التي تكون قائمه بالعين و تسلم إلى المشتري مع تسليم العين و اما المنافع المتجدده التي لا تدخل تحت ضمان البائع كالثمار و الأشجار و اللبن للحيوان و نحوهما ممّا تجدد تحت يد المشتري فلا يكون ضامن لها إلا المشتري لعدم ثبوت ضمانها ابتداء على البائع.

بيان ذلك ان أحدا لو قدم طعاما لأحد ليأكله بما انه مال شخص المعطى فأخذه الآكل فأكله فإنه قد أخذه ذلك بعنوان أنه مجاني و لم يقدم على الضمان من الأول و كذلك ان المعطى قد سلطه على ذلك بما انه مال نفسه و لو كان في الواقع مال غيره و يعلم انه مال الغير فإذا علم الآخذ بعد تلفه أنه مغصوب فليس للمعطى أن يرجع الى الآخذ و يقول أن هذا كان مال الغير فاني أعطيته لك بعنوان مالى كتابا فان التسليط ليس الا تسليطا مجانيا فلم يكن أخذه إلا أخذا مجانيا بل لو رجع اليه المالك فهو يرجع الى المعطى أيضا لأنه ليس هذا الا كتقديم مال نفسه لشخص باعتقاد أنه مال الآخذ فانكشف أنه مال نفسه فإنه ليس له ان يرجع الى

الآخذ بدعوى أنه كان في عقيدتي انه مالك فان الآخذ ليس إلا أخذًا مجانيًا فلا ضمان فيه بل هذا و تقديم ماله الواقعي مع العلم به ليس الا واجدا اذن فيكون تقديم مال الغير أيضا مثله فإنه مع رجوع الغير اليه فيخروجه عن عهده الضمان يكون مالكا بقاء لما قدمه الى الغير فليس في تسليط الغير على إتلاف ماله بين ما يكون ماله حدثا و بين ما يكون مالا له بقاء فكما ان تسليط العير على تسليط ماله مجانا ابتداء لا يوجب الضمان كذلك ما يكون مالا له بقاء بسبب الخروج عن عهده الضمان فهذا الذي ذكرناه مما قامت به السيره العقلانيه و اما رجوع الآخذ الى المعطى لو رجع اليه المالك فواضح لأنّ السبب في تفويته هو المعطى و أنّما عزّه بعنوان انه مال نفسه فهو السبب الى المعطى في التلف و ان كان المتلف بالمباشره هو الآخذ الا ان العرف يستندون ذلك الإتلاف إلى المسبب لقوته و لاغراء الآخذ بذلك فمثل هذا الخديعه و التغرير يوجب الضمان بلا شبهه و ان لم نقل بالضمان في جميع موارد الغرور و كيف فهل يشك أحد في انه لو قدم أحد مالا كشخص هبه مجانيه بعنوان انه ماله ثم ادعى ذلك المال منه ان له حق الرجوع اليه مع التلف و هكذا إذا كان مال غيره فإن أهل العرف يستندون التلف الى السبب للغرور فهذا بديهي لا شبهه فيه و مما قامت به السيره نعم في المنافع المتجدده حيث لم يكن فيها تقديم مجاني من قبل المعطى فلا شبهه في الضمان اى ضمان الآخذ بل الأمر كما ذكر لو اعطى المعطى مال نفس الآخذ له بعنوان مال شخص المعطى فإنه لا يشك أحد من أهل العرف في ضمان المعطى لذلك أيضا

إذ المال و لو كان للآخذ و انه أتلّف مال نفسه و لكن أتلّفه بما انه مال المعطى و دخل تحت تصرفه مجاناً فالإتلاف مستند إلى الأخذ المجانى دون مال نفسه فليس السبب فى ذلك الا هو المعطى و هو الذى غره فى ذلك فىكون ضامناً له للغرور بمقتضى السيره العقلائيّه فيرجع اليه بل لا يفرق فى ذلك بين جهل المعطى بالحال و علمه فإنه مع الجهل و الاشتباه فأيضاً يكون ضامناً للمالك فليس له ان يرجع الى الأخذ المجانى بوجه لما تقدم كما إذا كانت عنده وديعه فاشتبه فأعطاهما للغير بعنوان انها مال نفسه فان هذا التسليط تسليط مجانى على إتلاف مال الغير فلا يضمن المعطى له بل يكون الضامن هو المعطى لكونه متلفاً لمال الغير فكانت يده يد إتلاف لا يد وديعه إلا فى المنافع المتجدده لعدم دخولها تحت ضمان المعطى من الأول و أما فى غيرها فلا لان ذلك ليس الا كتقديم مال نفسه للغير مجاناً ابتداءً و قد عرفت انه لا يفرق فى ذلك بين المالك حدوداً و بينه بقاء كما لا يفرق فى ذلك بين المنافع و المستوفاه غيرها هذا كلّه فيما يكون التقديم مجانياً و إذا كان التسليط بالبيع فهو على قسمين فإنه تارة يكون فى مورد غرور بحيث يصدق الغرور بأنه غرّ البائع المشتري و اخرى لا يصدق اما الأول بأن يأخذ البائع مال غيره بالغصب أو السرقة و لو كان مال المشتري أيضاً ثم يبيع ذلك من المشتري بقيمه قليل بدعوى أنه مال نفسه يقصد بذلك التقرب الى الله و يأخذ المشتري ذلك فيأكله أو يشترط البائع فى البيع صرفه فى أكله أو فى إحسان الغير و بعد ما يتلف المال فيخبر المشتري بالحال أو هو بنفسه يلتفت بذلك و ان المال مال نفس المشتري أو مال شخص آخر فإنه لا شبهه هنا فى ضمان بالعين بجميع شئونها

من المنافع المستوفاه و غيرها الا المنافع التي لم تدخل تحت ضمان البائع من المنافع المتجدده كالبيض و اللبن و الثمار و نحوها و كذلك الثمن الذي هو بنفسه كان مقدما بذلك و لم يصدق الغرور بالنسبه إليه فإن رجع المالك الى المشتري فيرجع المشتري أيضا إلى البائع فإن السيره قائمه في مثل ذلك كون السبب في التلف هو البائع و انه هو الذي غرّ و تسبب في التلف و أن التلف يستند إليه فإنه لو لم يبيع ذلك منه و لم يشترط إتلافه لم يقدم المشتري بذلك و هكذا في كل مورد يصدق عنوان الغرور و استناد التلف إلى البائع و اما لو لم يصدق الغرور فلا يرجع المشتري الى البائع كما إذا سرق أحد مال غيره أو غصبه فباعه من شخص ثان بقيمه قليله و بثمن بخس و راح ثم باع الثاني من ثالث بهذه القيمه أيضا بقصد الإحسان بأن يشترط ان يعطى الفقراء و يطعم المساكين فبعد ما صرف.

الثالث المال في الإحسان أو أكله بنفسه ثم علم انه كان مال الغير فرجع المالك الى الثالث فأخذ منه جميع ما يترتب على ماله من المنافع و العين فليس لهذا الثالث أن يرجع الى الثاني بدعوى انه متسبب في ذلك فإن السيره قاطعه على انه لا يصدق التفويت في مثل ذلك بوجه فليس التلف مستندا الى نفس الثاني كما هو واضح لا يخفى و بالجمله أن هذا ليس إلا كسائر البيوع الفاسده من دون فرق بينها بوجه فيكون الضمان على من تلف عنده المال فلا بدّ و ان يخرج من عهده الضمان بل المشتري بنفسه أقدم على ذلك لا بمعنى أن الاقدام من المضمنات بل اليد أو السيره و الاقدام انما هو لدفع ما يمنع عن الضمان من الوديعه و نحوه ممّا لا يوجب

الضمان فالإقدام بالضمان يوجب دفع ذلك المانع ثم انه ذكر المصنف فرقا في بعض الأوصاف و قال و أما ما يغرمه بإزاء أوصافه فنان كان ممّا لا يقسط عليه الثمن كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها قيمه كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابه عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بإيراد ظاهر بأن الأوصاف مطلقاً لا يقسط عليها الثمن كالشروط و لا ينافي ذلك ما يقال أن للوصف أو الشرط قسطاً من الثمن لادن معناه ان قيمه العين تزداد بالوصف أو الشرط لا أن مقداراً من الثمن في الإنشاء العقدي يقابل الوصف أو الشرط و هذا لا ينافي ثبوت الخيار بين الرد و الأرش في العيب كما سيجيء في باب العيب ان الأرش ثابت بالتعبد لا من باب ان الثمن يقسط على الوصف و الموصوف و الا و جب ان يكون الأرش من نفس الثمن و من هنا لم يثبت في غير موارد خيار العيب الا الخيار بين الفسخ و الإمضاء أو في موارد خيار العيب ليس على البائع إعطاء الأرش بدون المطالبه بل معها بحيث لو لم يلتفت به المشتري الى الا- بد أو التفت و لم يطالب فليس على البائع شيء و هذا بخلاف أجزاء المبيع فان الثمن واقع في مقابلها بحيث لو لم يعط البائع بعضها لكان عليه الضمان و فعل فعلاً محرماً لكونه مال الغير و قد أخذ في مقابله الثمن كما هو واضح.

قوله ثم ان ما ذكرناه كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور.

أقول ان ما تقدم هنا ضمان الغار للمغرور في مورد استناد

التفويت اليه و انه لو رجع المالك الى المشتري فهو يرجع الى الغار و ان رجع الى البائع فهو لا- يرجع الى المشتري أنما هو في مورد يكون البيع صحيحا من غير جهة كون البائع غير مالك بحيث يكون الفساد مستندا الى كذب البائع و تغريبه و انما لو كان فاسدا من غير هذه الجهة فيكون المقام كسائر البيوع الفساده فلا يكون الضمان على البائع بل على المشتري بناء على ما ذكرناه من ان فاسد- البيع يضمن فيه كما يضمن في صحيحه كما هو واضح.

بحث في تعاقب الأيدي

قوله ثم انه قد ظهر مما ذكرنا ان كل ما يرجع المشتري به على البائع.

أقول ظهر من مطاوى ما ذكرنا أيضا ان الغرامات التي توجه إلى المشتري يرجع بها الى البائع مع الغرور و انه لو رجع المالك الى البائع حينئذ فلا يرجع هو الى المشتري و مع عدم الغرور نظير فساد البيع فيرجع البائع مع رجوع المالك إليه إلى المشتري و لو تعاقبت الأيدي فيرجع كل سابق الى لا حقه الى ان ينتهي الأمر إلى الذي تلف العين عنده أو هو أتلّفها فيعزم قيمه العين و المنافع التي فاتت تحت يدها دون المنافع الفائتة تحت الأيدي السابقة فإن قلت ان كلا من البائع و المشتري يتساويان في ضمان العين و حصولها تحت يدهما و هكذا الأيدي لاحقه و هو سبب للضمان عن كون يدهما يد العاديه فكلهم مشتركون في ذلك فلا وجه لرجوع البائع إلى المشتري و هو لى لا حقه و هكذا الى ان ينتهي الأمر الى من انتهى اليه الأمر الا ان يستند الضمان إلى الإلتلاف فإنه حينئذ يستقر الضمان إلى

ذمه من صار سببا للإتلاف.

فقد أجاب العلامة الأنصارى بما حاصله ان الشيء الواحد انما يكون له ضمان واحد فكيف اشتغلت الذمم المتعدده عند تعاقب الأيدى بشيء واحد و لم يكن مقتضى على اليد الا شيء واحد.

فقال اشتغال الذمم المتعدده و كون ضمان العين الى العهديات العديده معناه لزوم خروج كل منهم عن العهده عند تلفها و حيث ان المضمون ليس إلا شيئاً واحداً فمعنا تسلط المالك الى رجوع كل منهم ليس الا تسلط رجوعه الى واحد منهم على البدل فمن أى منهم استوفى البدل لسقط حقه عن الغير و تسلط الرجوع الى الآخر و هذا نظير الواجب الكفائي فى الأحكام التكليفية فكما ان فى الواجب الكفائي ان التكليف متوجه الى الكل بحيث لو تركوا لعوقبوا جميعاً و لو اتى الواحد سقط عن الجميع و هكذا فى المقام ان الضامن للعين جميع من ثبتت يديهم بها يدهم بها بحيث لو لم يعط واحداً لطولب و عوقب الجميع و لو ادى واحد لسقط عن الباقيين فللمالك ان يرجع الى أى منهم على البدل و بعد أخذه ماله ممن رجع اليه فهو يرجع الى اللاحق و هو الى لا حقه و هكذا الى ان ينتهى إلى المتأخر الذى تلف المال عنده.

و هذا الوجه ينطبق على مسلك الجمهور حيث انهم ذهبوا الى ان الضمان من ذمه إلى ذمه أخرى لا من ضمن كما عند الإماميه ليكون المال منتقلاً- إلى ذمه الضامن فان الجمهور التزموا فى باب الضمان على ذلك و ان من يكون ضامناً عن شخص فيضم ذمته إلى ذمه شخص المضمون عليه فيصير الضامن اثنان و هكذا بحيث مع

ص: ٣٤٨

تعدد الضامنين يتعدد الذمم للضمان و يضمن كلهم العين في- عرض واحد على البدل نظير الواجب الكفائي.

و انا و ان أنكرنا ذلك عليهم في باب الضمان و لكنه من جهة عدم الدليل فحيث اقتضى الدليل في المقام الالتزام بذلك فلا مانع من الالتزام به و من هذا القبيل من الضمان على البدل نظير الواجب الكفائي موارد كثيره كما ذكر الفقهاء منها انه إذا لم يطمئن كل من البائع و المشتري على الآخر خوفا من ان يظهر المثلث أو الثمن مستحقا للغير فيطلب الضامن على العوض فعند خروجه مستحقا للغير ليكون دركه عليه فقد ضمن الضامن العين في عرض ضمان البائع أو المشتري بنفسها هنا فللمضمون عند خروج العوض مستحقا للغير ان يرجع بأى منهما شاء فليس المال منتقلا إلى ذمه الضامن ليكون عهده المال الى الضامن فقط فان العين موجوده في الخارج و منها الضمان بالأعيان الشخصيه الخارجيه المضمونه فإن فيها أيضا ان الضمان من ضم ذمه إلى ذمه أخرى و لم ينقل الضمان من شخص الى آخر لوجود العين في الخارج فيكون الضمانان في عرض واحد بل عن أبي حمزه انه يمكن ان يضمن اثنان ابتداء لشيء واحد من دون ان يكون ضمان أحدهما متقدما على ضمان الآخر كما عرفت و هكذا عن الشهيد و العلامة في درسه انه نفى المنع من ضمان اثنين على وجه الاستقلال كالعبادات الواجبه كفايه و منها أموال الغاصب من الغاصب و هكذا من الموارد الكثيره هذا كله حال المالك بالنسبه إلى ذا الأيدي و قد أشكل عليه شيخنا الأستاذ بما حاصله ان الضمان على نحو الواجب الكفائي إنما يتصور في-

الواجبات التكليفية فإنه لو قلنا ان الأداء بنحو الواجب التكليفي لكان لذلك وجه فيكون ذلك مثل الترتب انه يجب الأداء بهذا الشخص ان لم يؤد الآ-خر فيتوجه الأمر بالأداء الى كل منهم بعنوان الواجب المقيّد و لكنه ليس الأمر كذلك فباب الضمان لا يقاس بالأحكام التكليفية فلا يعقل الضمان بنحو الترتب بحيث يكون كل منه في عرض الضمان الآخر بل لا بد و ان يشتركا في الضمان أو يكون على واحد فقط و الا لو قلنا بأن ضمان كل منهم مقيّد بعدم ضمان الآخر معناه ان لا يضمن جميعهم نعم يمكن القول بالترتب الطولي فهو غير مسلك العامه كما إذا أمر شخص بضمان لشخص عنه و هكذا فان كل منهم ضامن في طول الآخر بحيث لو لم يؤدي المضمون عليه دين المديون فيرجع الى ضامنه لانتقال المال الى ذمته فيرجع هو الى المضمون عليه لكون ضمانه بامره و هكذا المتأخرون راجع الى تقرير الميرزا و الحاصل ان كلامنا كان في تصوير الضمان في تعاقب الأيدي على كل واحد من الأشخاص مع كون المال واحدا بأنه فلما ذا يرجع السابق الى اللاحق مع عدم الغرور و أن المالك كيف يرجع على كل واحد منهم مع كون المال واحدا فلا يضمن المال الواحد الا شخص واحد. و قد وجه شيخنا الأنصاري ذلك بتنزيله منزله الواجب الكفائي و انه كما أن الواجب في الواجب الكفائي شيء واحد و ان كان- المكلفين كثيرين و متعددين بحيث لو اتى الواحد منهم سقط عن الباقيين و الا فعوقب الجميع و هكذا في المقام فإنّ المال مال واحد و ضمانه ضمان واحد و لكن الضامن متعدد بحيث لو أدى المال

واحد منهم سقط حق المالك عن الباقيين و ان كان لكل واحد منهم ان يرجع الى الآخر و ان لم يؤدي لكان كلهم ضامين على ذلك و أشكل عليه شيخنا الأستاذ بأن تنزيل المقام بياب الواجب الكفائي غير معقول إذ مرجع وجوب الكفائي إلى أنه يجب لكل واحد من المكلفين إتيان الواجب لو لم يأت الآخر فيكون إتيان كلّ منهم واجبا مشروطا بعدم إتيان الآخر فإذا اتى فيسقط عن الباقيين نظير الالتزام بالتكليف الترتيبي في الضدين كما نقح في الأصول و هذا المعنى غير ممكن في المقام فان معنى اشتراط وجوب الضمان على كل واحد بعدم وجوبه على الآخر ليس الا نفى الضمان عنهما بالمره فإن معنى أنّ هذا ضامن ان لم يجب على الآخر و ذلك هنا من ان لم يؤدي هذا أنّ كلّ منهما ليس بضامن فما ذهب اليه الجمهور من ان الضمان ضمّ ذمه إلى ذمه أخرى في الضمان الاختياري فاهنا غير معقول كما ذكرناه لرجوع ذلك الى انتفاء الضمان عنهم الا ان يقال بالشركه أو بضمان كلّ على المالك مستقلا ليكون المال واحد عوض كثير فهما كما ترى.

الا- ان يقال بالضمان الطولي و الترتيبي لا بالمعنى المذكور بل بمعنى أنّ كل واحد من الضامين في طول الضامن الآخر و ان اللاحق يضمن لما ضمنه السابق و هكذا كما في الضمان الاختياري و من هنا يرجع اللاحق على السابق في الضمان الاختياري لأمر السابق على ذلك فيه و بالجمله أنّ ما ذهب اليه المصنف لا يمكن المساعدة عليه و لو صح ذلك فلا بدّ و ان يلتزم القائل به بكون الضمان لهما على نحو الاشتراك لعدم إمكان تعلق مال واحد بذمه شخصين

فان لازمه ان يكون للدرهم الواحد ابدال عديده و فيه ان ما افاده شيخنا الأستاذ ليس بصحيح من حيث البناء و المبنى اما من حيث المبنى فإنه قد بنى فى تصوير الواجب الكفائى على ان الواجب و ان كان شيئاً واحداً الا- ان الخطاب متوجه الى جميع المكلفين فلا بد لكل واحد منهم إتيانه و لكن مع إتيان الواحد سقط عن الباقيين.

و توضيح ذلك أن فى الواجب التخيرى قد تعلق الغرض بإتيان أحد الأمرين أو أمور عديده بحيث يكون غرض المولى قائماً بإتيان واحد منهما مع إلغاء الخصوصية و يكون إتيان كل من الأمرين وافياً لغرضه و مقصوده و حينئذ يستحيل للمولى أن يأمر عبده بإتيان أحدهما بالخصوص لكونه ترجيحاً بلا مرجح.

و كك الكلام فى الواجب الكفائى غاية أن التعدد فيه فى ناحيه المكلف دون الواجب بان يكون غرض المولى متعلقاً بإتيان واجب و تحققه فى الخارج كصلاه الميت مثلاً- فان غرض المولى انما تعلق بصدور الفعل من شخص واحد أى شخص كان بإلغاء الخصوصية و تعيين شخص خاص مع كون الواجب واحداً فليس معنى ذلك ان وجوبه على هذا الشخص مشروط بعدم وجوبه على الآخر و هكذا و هكذا و عليه فليس مبناه هذا فى المقام صحيحاً و موافقاً لمبناه فى الأصول و ان الواجب الكفائى كما عليه فى الأصول خارج عن- الواجب المشروط و الترتب بالكلية كما هو واضح.

و لو سلمنا مبناه فبناؤه عليه ليس بصحيح و ذلك فان ما ذكره من المحذور من أنه لو كان الضمان على نحو الواجب الكفائى فلازمه عدم ضمان كل منهما فيلزم انعدام الضمان انما يلزم لو كان الضمان

مقيدا بعدم الضمان الآخر و وجوب الضمان على الآخر مقيدا بعدم الضمان على هذا فعليه لا يختص المحذور بباب الضمان بل
يجرى فى الواجب التكليفى أيضا فإنه يقال لو كان الواجب الكفائى كصلاه الميت مثلا مقيدا بعدم كونها واجبه على الآخر و
بالعكس فيلزم ان لا يكون هنا واجب أصلا و لكن الأمر ليس ككك فإنه ره التزم فى الواجب الكفائى بناء على صحه المبنى أن
الواجب على هذا الشخص مقيد بعدم إتيان الآخر مع الوجوب عليه لا بعدم كونها واجبه على الآخر و الا فالمحذور موجود فى
المقامين و عن المقام إذا قلنا ان الضمان على هذا مفيد بعدم إتيان الآخر لا بعدم الضمان الذى هو مثل عدم الوجوب على الآخر
فى التكليف فلا يلزم المحذور و لا ينافى بكون الواجب على كل مكلف و جميعهم و لكن الواجب مقيد بمعنى ان كونها واجبه
على زيد مقيده بعدم إتيان الآخر على الآخر يلزم المحذور و لكن لازمه الالتزام بمثله فى التكليفين أيضا و ان كان مقيدا بعدم
إتيان الآخر فلا يلزم فيه محذور بوجه حينئذ و هكذا فى باب الضمان فإنه مطلق و ثابت لكل من وضع يده على المال و إنما
الخروج عن العهده مقيد اى لزوم ان يخرج هذا عن عهدته الضمان مقيد بان لا يكون الآخر خارجا عن عهدته و الا فيسقط حق
المالك بأداء واحد عن الباقيين كما لا يخفى.

و بالجمله ثبوت الضمان على هذا لو كان مقيدا بعدم الضمان بل لم يقل أحد باستحاله هذا النحو من الضمان و ان كان يظهر من
بعض كلمات العلامة ذلك و لكن لعل مراده من ذلك نفي الضمان عن كل منهم استقلالاً بحيث يكون لكل واحد منهم ضمان
خاص و

يكون المال ثابتا عليه ليلزم كون مال واحد ذى عوضين و بدلين بل ذى ابدال عديده و الا فلا استحاله هنا بوجه و ما أنكرنا على العامه فى باب الضمان الاختيارى لم يكن ذلك من جهه الاستحاله بل من جهه عدم الدليل عليه فلا محذور فيه لو اقتضاه الدليل بل لا بدّ من الالتزام به فى بعض الموارد كما إذا غصب احد مال شخص فغصب منه شخص ثالث فتلف عنده فإنه أى المالك يرجع الى أى منهما شاء و هذا ليس الا القول بالضمان على طريقه العامه من كونه ضم ذمّه إلى ذمه أخرى فتحصل ان هنا ضمان متعدده لمال واحد فلا يلزم من ذلك التعدد كون قران واحد صاحب ابدال كثيره بل صاحب بدل واحد ينطبق على الكل على سبيل البديله.

ثم مع الالتزام بالواجب الكفائى أى بكون الضمان هنا كالواجب الكفائى فما الفرق بين هذا المقام و سائر الواجبات الكفائيه فلما ذا يجوز للسابق منهم ان يرجع الى اللاحق مع عدم الغرور و ليس كذلك فى موارد اخرى من الواجبات الكفائيه كما إذا كان شخص عطشانا فيموت به فيجب على كل من اطلع على حاله ان يسقيه بالماء و لو كانت قيمته ألف فإذا سقاه أحد فليس له ان يرجع الى أشخاص آخرين ممن اطلعوا على حاله فللمقام أى خصوصيه اقتضت جواز رجوع من ادى ما ضمنه الى الضامن الآخر.

و قد أجب عن هذا الاشكال بوجوه منها ما فى حاشيه السيد من انه كما ان فى صورته الإلتلاف يكون المتلف سببا لتنجز الضمان على السابق فبقاعده استناد الفعل الى السبب لكونه أقوى من المباشر ففى صورته التلّف أيضا أنّ من عنده تلف المال فهو سبب

لتنجّز الضمان للسابق أيضا فإنه أى اللاحق كان له الاختيار فى رده الى المالك فحيث أنه بسوء اختياره لم يرده اليه فيكون هو السبب لتنجّز الضمان على السابق فيرجع السابق الى اللاحق مع رجوع المالك اليه لذلك أى لقاعده استناد الفعل الى السبب ثم قال انه بعد ذلك لا احتياج الى التوضيح الذى ذكره المصنف.

و فيه ان هذا على تقدير تماميته فى الإلتلاف بدعوى كون المتلف سببا لثبوت الضمان على سابقه فبمقتضى ان السبب أقوى من المباشر فيرجع السابق لو رجع اليه المالك الى للاحقه المتلف فهذا له وجه فى صورته الإلتلاف مع وضوح المناقشه فيه أيضا إذ الإلتلاف ليس سببا للضمان هنا بل الضمان قد تحقق قبله بمقتضى اليد فضمن المال المأخوذ السابق و اللاحق كليهما حتى يودّيا المال الى مالكه فلم يتوقف ذلك بشيء أصلا و انما الإلتلاف أوجب الانتقال إلى الذمه فهو معنى آخر غير الضمان فلا يكون اللاحق سببا للضمان السابق بل سبب الضمان فى كلهم انما هو الأخذ باليد و الاستيلاء على مال الغير كما هو واضح.

و مع الغمض عن ذلك فلا- وجه لتسريه الحكم إلى صورته التلف أيضا فإن المال إذا تلف عند اللاحق بلا تسبب و إلتلاف بل بتلف سماوى فلما ذا يرجع السابق اليه مع كون نسبه ضمانه إليهما على حد سواء إذ كل منهما وضع يده على ذلك المال و لم يفعلوا شيئا يوجب إلتافه بل تلف ذلك ببلاء من الله فلما ذا يختص اللاحق بالضمان دون السابق فلا يمكن قياسه بالإلتلاف لعدم التسبب هنا بوجه و ان كان هناك ما يوجب تصوير التسبب إجمالا فكون اللاحق

مختاراً في رد العين الى المالك فلم يرد فتلّف عنده لا يكون سبباً لثبوت الضمان اللاحق فإنّ اللاحق مع السابق سيّان في ذلك المعنى لكون السابق أيضاً مختاراً في رد العين الى مالّكها كما لا يخفى.

انتهى كلامنا إلى انه يرجع السابق الى اللاحق في صورته تعاقب الأيدي على المال المغصوب إلا في صورته الغرور و لا يرجع اللاحق الى السابق إلا في صورته الغرور مع ضمان كلّهم على المال المأخوذ و قد أجيب عن ذلك بوجه.

منها ما أجاب به السيّد في حاشيته بقوله يمكن الجواب بعدم الفرق بين التلف و الإتلاف في صدق السبب إليه إلخ.

و منها ما أجاب به المصنّف و حاصل كلامه على ما يظهر من ظاهر عبارته أن الغاصب الأول أو من في حكم الغاصب أي بائع مال الغير مثلاً- بالبيع الفاسد بعد أخذه من الغير كذلك انما هو ضامن للعين نفسها فالغاصب الثاني و من في حكمه انما هو ضامن للعين و بدلها اما العين فلما لكها و اما البديل فللضامن الأول و هذا بخلاف الضامن الأول فان في زمان كون العين تحت يده لم تلتف ليضمن العين بمالها بدل بل كان ضمانه منحصر بالعين وحدها و اما الضامن الثاني حيث ان العين قد تلفت عنده فيكون ضمانه بها بما له البديل و هذا الضمان بالبديل ضمان لما استقر تداركه في ذمه الأول فالضامن الثاني لما ضامن لأحد الأمرين اما العين أو البديل على نحو البديل بنحو الضمان العوض و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البديل من المالك و من سبقه في اليد فتكون ذمته مشغولة بشيئين

على سبيل البديله اما تدارك نفس العين أو تدارك بدلها فحال الأول مع الثاني كحال الضمان مع المضمون عنه فإنّ الضامن لشخص عن دين بامرّه أنّما يرجع الى المضمون عنه مع أداء دين الدائن و الا فلا يستحق بذلك فإذا رجع المغضوب منه الى الأول فأخذ منه تدارك العين فيرجع هو الى الثاني فيأخذ منه تدارك ما استقر في ذمته لضمان الثاني على ذلك.

و بالجمله أن ظهور كلام الشيخ(ره) في الغاصب الثاني أنّما انه ضامن لتدارك العين للمالك و بدلها لتدارك ما في ذمه الغاصب الأول للأول و على هذا فيندفع اشكال عدم صحه رجوع السابق الى اللاحق في صوره عدم الغرور إذ السابق يطالب من اللاحق ما استقر في ذمته فيرجع إليه في ذلك و هذا بخلاف ما إذا رجع المالك الى الثاني فإنه لا يرجع الى اللاحق في غير صوره الغرور لعدم اشتغال ذمته للثاني كاشتغال ذمه الثاني للأول.

فما لم يرجع المالك الى الأول ليس له ان يرجع الى الثاني لأنّ الأول لم يتدارك العين للمالك حتى يرجع الى الثاني في البديل الذي حصل به التدارك و أنّما له الرجوع اليه بعد ما رجع المالك الى الأول.

و فيه أولاً و قبل كل شيء ان الغاصب الأول و الثاني و هكذا لم يضمّنوا الا العين بمجرّد وضع اليد بها فلم يضمّنوا ببديلها قبل التلف فبالتلف أو الإتلاف ينتقل الضمان بالبديل لانتقال العين إلى الذمه و هذا المعنى مشترك بين جميع من تعاقبت يده على العين المغضوبه من دون فرق بين الأول و الثاني فما ارتكبه المصنف لا

يمكن المساعدة به لعدم الدليل عليه و بالجمله ان قبل التلف- كلهم ضامنون بالعين و بعده كلهم ضامنون بالبدل فليس هنا ضمان على العين مما له البدل ليكون الضمان من اللاحق على تدارك نفس العين أو بدلها على البدل بحيث يكون مخييرا بين البدل و المبدل.

و قد أجاب السيّد في حاشيته عن ذلك بوجه سبعة و ان كان يمكن الجواب عن بعضها و العمده منها ثلثه الأول مما لا جواب عنه أن السابق أيضا يصدق عليه انه ضامن شيء له بدل فإنه و ان لم يكن حين حصول العين في يده لها بدل لان ضمان اللاحق لم يتحقق في ذلك الحين لفرض حصوله بعد وضع اليد عليها الا ان الملاك في استقرار الضمان بالنسبه إلى الكل أنّما هو بعد التلف فح يصدق ان كلا منهم ضامن لما له يدل فان المناط ليس حال حدوث الضمان بل حال فعليته.

و بالجمله حين التلف الذي هو زمان الانتقال إلى القيمه يصدق بالنسبه إلى الكل أنه ضامن لما له بدل بل أبدال.

الثاني أن مقتضى ذلك كون ضمان الأول أيضا لمالك العين لا لمن عليه البدل فان البدل الذي في ذمه السابق انما هو لمالك العين فبدله و هو ما في ذمه اللاحق أيضا يكون للمالك و هو من له البدل و لا وجه لكونه لمن عليه البدل و هو الضامن السابق.

الثالث إذا فرضنا ان العين بعد ما صارت في يد اللاحق رجعت الى السابق فتلفت في يده فالظاهر أنه لا يجوز للسابق

حينئذ إذا رجع اليه المالك أن يرجع الى اللاحق فلازم بيان المصنف ان يكون له الرجوع عليه لانه يصدق على اللاحق أنه ضمن شيئاً له بدل بخلاف السابق و دعوى أنه بعد ما رجعت العين الى السابق ينقلب السابق الى اللاحق دعوى باطل بان الضمان انما حدث بإثبات يده الأول و في ذلك الحين لم يكن له بدل و بعد العود اليه لا يحدث ضمان آخر مثلاً إذا غضب عينا و ضمن فأعطاه غيره أو أخذ منه قهراً ثم ردّه ذلك الغير اليه لا يحدث ضمان آخر لأجل هذه اليد الثانيه بل الضمان الحادث أو لا باقى و قرار الضمان على الغاصب الأول إذا تلف المال فى يده بعد العود اليه و لازم بيان المصنف قده أن يكون قرار الضمان على الغاصب الثانى مع أنه لم يتلف فى يده و قد ذكر الإشكالات الآخر أيضاً.

ثم انّ شيخنا الأستاذ لم يرض بما فهمه السيد ره من كلام الشيخ ره و انما حمل كلامه على الضمان الطولى و قال انّ الضمان العرضى بحيث يكون لمال واحد ضمانان غير معقول و حاصل ما قاله مع طول كلامه أن الإيرادات السبعه المذكوره فى كلام السيد ره مبنيه على اراده المثل و قيمه من البدل ليكون بدلاً لأصل المال من المنافع و علوّ قيمه و نحوهما خ للقول بان ثبوت مثل ذلك على السابق وجه و اما لو كان المراد من البدل فى كلام المصنف البدل الطولى بمعنى أن السابق متعهد للمال قبل اللاحق و اللاحق متعهد لما فى ذمه الأول و عهدته فالمال الواحد فى ذمم كثيره بهذا النحو من الظرفيه و هذا منشأ رجوع السابق الى اللاحق دون العكس لكون اللاحق بهذا الاعتبار ضامناً للمالك و للسابق لان ذمته

مخرج لما يؤخذ من السابق فهو يضمن على البدل اما نفس العين بما انها فى ذمه السابق و اما ما يؤخذ من السابق فلا یرد أن كلا منهما ضامنان للبدل.

و انما التزمنا بالزمان الطولى لاستحاله تعهد شخصين لمال واحد عرضا بان يكون ذمه كل منهما ظرفا لمال واحد فإنه نظير ثبوت شىء واحد فى آن واحد فى أمكنه المتعدده فيما يمكن هو التعهدات الطولى على النحو الذى ذكرنا نظير التعهد الطولى فى الضمان الاختيارى فى باب الضمان فان الضامن بضمانه دين المضمون عنه يكون المال منتقلا من ذمه المديون إلى ذمه الضامن فيكون هو المطالب بالمال دون المديون فلا يرجع الضامن الى المضمون عنه الا بعد الإعطاء فكذلك السابق هنا لا يرجع الى اللاحق الا بعد الإعطاء و بالجملة فكلام الشيخ فى بيان تلك الجبهه و الضمان الطولى.

و فيه مع بعد اراده ذلك من كلام المصنف بظهوره فيما قلنا و فيما فهمه السيد أنّ هذا الذى أفاده الأستاذ و ان كان ممكنا فى مقام الإثبات و الوقوع.

و ما افاده من استحاله ضمان شخصين لمال واحد لا يرجع الى محصل بل مما لا مناص عنه فى بعض الموارد كما تقدم من انه إذا غصب احد مال شخص و غصب الآخر منه فتلف عنده فإن المالك له الرجوع بأى منهما شاء و أنّ كل منهما ضامن للمال فالضمانان عرفيان كما لا يخفى.

و كيف كان فيقى الاشكال بلا جواب فلم يكن جواب عنه لا بما ذكره المصنف بالضمان العرضى و لا ما ذكره السيد ره بقاعده استناد

الفعل الى السبب لكونه أقوى و لا ما ذكر الأستاذ من الضمان الطولى الذى نسبه الى الشيخ ره.

و من الأ-جوبه ما أجاب به صاحب الجواهر من أن التكليف المتوجه الى الغاصب الأول تكليفى محض متعلق بأداء ما أخذه بالمثل أو قيمه و التكليف المتوجه الى الغاصب الثانى (أى الثانى هنا كالمعقول الثانى و ان تعددوا) تكليف وضعى مضافا الى التكليفى لكون المال تالفا عنده و بضميمه أن الغاصب الأول بأداء عوض- التالف يكون مالكا له بالمعاوضه القهريه و ان كان معدوما كملك المعدوم فى المعامله الخياريه فان ذى الخيار بفسخه المعامله يكون مالكا للمثمن مع التلف لو كان الخيار من الخيارات التى لا تسقط بالتلف و فى المقام أيضا يكون كذلك و على هذا فان رجع المالك الى الثانى فيسقط عن الأول ذلك الحكم التكليفى و ان رجع الى الأول فباعطاء البدل من المثل أو قيمه يسقط عنه الحكم التكليفى فيرجع فى المال البدل الى الثانى فإنه هو الذى اشتغل ذمته بالبدل لتوجه التكليف الدعى عليه و أو رد الشيخ ره على كلتا جملتيه اما الجملة الأولى فبوجوه ثلثه.

الأول انه راجع بمقام الثبوت و مبنى على ما أسسه فى باب الاستصحاب من ان الاحكام الوضعيه منتزعه من الأحكام التكليفيه.

و حاصل ذلك أنّ الحكم الوضعى هنا منتزع من الحكم التكليفى ففى أى مورد حكم تكليفى متوجه على المكلف بأداء العين أو المثل أو قيمه ففى ذلك المورد أيضا حكم وضعى و الا فلا.

و قد قلنا فى محلّه انه لا معنى لانتزاع الأحكام الوضعيه من

الأحكام التكليفية و الظاهر انه مما لا خلاف بين الفقهاء أن من يجب عليه الإنفاق على من يجب إنفاقه عليه من الأب و الأم و الأولاد و الزوجه انه لو خالف و لم ينفقهم انه لا- يضمن بالأولاد و الأب و الام و لكن يضمن بالزوجه مع ان الحكم التكليفي موجود في جميعهم فأى فرق بينهم هذا ما يرجع الى مقام الثبوت و الآخران يرجعان الى مقام الإثبات.

الثانى انه لا دليل على عدم ضمان الأول بل الثانى فقط فان سبب الضمان ليس الا اليد فهى بالنسبه إليهما على حد سواء و كون التلف أو الإتلاف تحت يد الثانى لا يوجب الا انتقال البدل إلى الذمه دون أصل الضمان كما لا يخفى.

الثالث أن لنا دليل على ضمان الأول فإن السيره قائمه على اشتغال ذمه الغاصب الأول بما أخذه من الغير باليد العاديه أو بالبيع الفاسد و ان أعطاه إلى الغير بلا غرور و من هنا لو مات لكان ما فى ذمته من جمله ديونه و يصح الصلح عليه فلو كان المتوجه اليه مجرد الحكم التكليفي لم يكن وجه لهذه الأمور بل لو لم يدفع لا جبر بذلك مع أنه لا وجه لذلك مع كون الخطاب تكليفيا محضا بل يسقط بالعصيان و بالموت فلا وجه للأخذ من ماله أو إجباره على الدفع و غير ذلك من الأحكام المتعلقة على ما فى الذمه.

و اما ما يرجع الى الجملة الثانيه من ان الغاصب الأول يملك بإعطاء البدل ذلك البدل فى ذمه الغاصب الثانى بلا وجه لوجهين الأول أنّ التملك لا يحصل الا بسبب إما اختيارى أو غير اختيارى كالإرث ففى المقام شىء منهما غير موجود فبأى سبب ملك الأول ما

فى ذمه الثانى لىكون هذا سبب الرجوع اليه بل يسقط حق المالك بمجرّد أداء واحد لعدم بقاء الموضوع له و هذا الذى أفاده راجع الى مقام الإثبات أيضا و انه لا دليل لتملك الأول لما فى الذمه الثانى و ان كان معقولا فى الواقع و مقام الثبوت.

الثانى ان لا يزم ذلك ان لا يرجع الأول مع رجوع المالك اليه الا الى من تلف المال فى يده فإنّ بإعطائه البدل يسقط الأحكام التكليفيه المتوجهه على الغاصبين لاداء البدل فلم يبق إلا الأخير لكون خطابه ذميا فلا يسقط بأداء الأول فلا بد من ان يرجع اليه فقط دون غيره مع انهم ذكروا أنّه يجوز ان يرجع الى اى منهم شاء فان رجع الى الأخير فتم المطلب و ان رجع الى الوسط فيرجع - الوسط إلى الأخير فهذه الإيرادات غير الإيراد الأول لا بأس بها لتماميتها اذن فلا وجه لهذا الجواب الذى سلكه صاحب الجواهر فبقى الاشكال على حاله من انه كيف يرجع السابق على اللاحق مع رجوع المالك إليه فى غير صوره الغرور و كذلك كيف لا- يرجع الثانى إلى الأول فى غير صوره الغرور مع رجوع المالك اليه و إذا رجع المالك الى الوسط فلما ذا يرجع الى اللاحق فلا يرجع الى السابق فى غير صوره الغرور.

و لكن الذى ينبغى ان يقال ان لصاحب الجواهر أخذ الجملة الثانى و ترك الجملة الأولى بأن يقال أن الغاصب الأول يملك التالف المعدوم كملك المعدوم فى باب الخيارات و الذى يوضح ذلك أمران فالأول منهما أوضح من الثانى.

الأول أنّ فى موارد الضمانات بالإتلاف بأن غصب أحد أو سرق

مال الغير فأتلفه أو أتلفه سهواً و نسياناً فان النسيان لا ينافى الضمان كما قرر في حديث الرفع لا شبهه أن للمالك أن يرجع الى المتلف إذا أراد و يأخذ منه بدل ماله و ما بقى من ماله من الرضاخ و الكسور فهو للضامن و ليس للمالك ان يدعى كون الرضاخ له مثلاً لو أتلف أحد سياره احد بالكسر أو ذبح فرس شخص أو أهلكه و غير ذلك و رجع اليه المالك و أخذ منه بدل ماله من المثل أو القيمة فليس له أن يأخذ رضاخ السياره أو جلد الفرس أو ميته فإنّه ذلك كله حق للضامن و الا فلو كان للمالك يلزم الجمع بين العوض و المعوض و لو كان للأجنبي فهو خلاف البدهاه فيكون للضامن و هذا الذي قامت عليه السيره العقلانيه بل سيره المشرعه من الزمن الفعلى إلى زمان المعصوم (عليه السلام) و على هذا فإذا أو الغاصب الأول بدل العين فيكون التالف بالمعاوضه القهريه إلا إذا كان اعتبار الملكيه هنا لغوا كما إذا كان الغاصب واحدا فتلف عنده المال فأخذ المالك منه فاعتبار ملكيه التالف له لغو لما قلنا من إمكان مالكيه المعدوم فحيث أنه تلف عند اللاحق فيرجع اليه و بالجمله على هذا فرجوع السابق الى اللاحق أنما هو مقتضى السيره العقلانيه القطعيه كما هو واضح. الوجه الثانى انه لا شبهه فى انّ التالف فى موارد التلف الذى ليس الا للمتلف بعد رجوع المالك اليه بمقتضى السيره العقلانيه القطعيه فيكون المقام مثله مثلاً لو غصب احد مال شخص من الجواهر و الأحجار الثمينه أو سرقه أو بغير ذلك فألقاه فى البحر بحيث يعد ذلك فى العرف تلفاً عرفياً فرجع اليه المالك فأخذ منه مثله ان كان مثلياً أو

قيمته ان كان قيميًا فان قلنا ان ذلك الجواهر فى قعر البحر للمالك أيضا بحيث لو وجد لكان له فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فهو ضرورى البطلان و ان قلنا انه يكون ملكا للأجانب أو كالمباحات الأصلية فهو خلاف الضروره من العقلاء و الفقه فلم يبقى الا- ان يكون للضامن بعد إعطاء عوضه و فى المقام أيضا كذلك و يتضح ذلك وضوحا بملاحظه موارد التلف الحقيقى و موارد التلف العرفى اذن فلا يلزم شىء من الاشكال فيندفع المحذور من أصله بأنه كيف يرجع السابق أو الوسط الى اللاحق مع رجوع المالك اليه دون العكس.

و الحاصل ان الوجه فى رجوع السابق الى اللاحق هو ان السابق بإعطاء بدل التالف الى المالك يكون مالكا للتالف الذى فى ذمه من تلف عنده بالمعاوضه القهرية فيعتبر الملكيه فى ذمه المتلف لكون الاعتبار خفيف المئونه فبرجوع المالك اليه يتحقق ذلك الاعتبار فيرجع الى اللاحق لذلك و الذى يوضح ذلك أمران الأول أن فى موارد التلف الحقيقى لو بقيت اجزاء من العين التالفه فتكون تلك الاجزاء داخله فى ملك الغاصب بإعطاء البدل لانه لو لم يكن ملكه بالمعاوضه القهرية فلا بدّ اما من القول بكونها من المباحات الأصلية فهو بديهي البطلان و اما كونها للمالك فيلزم الجمع بين العوض و المعوض فيكون ملكا للغاصب و هذا المعنى مما قامت به السيره- العقلانيه كما يظهر لمن يلاحظ موارد ذلك.

الأمر الثانى ملاحظه موارد التلف العرفى كما إذا سرق السارق مال غيره أو غضبه أو أخذ بغير ذلك العنوان فألقاه فى البحر فطالبه المالك و أخذ منه بدله فيكون ذلك التالف عرفا للمتلف بالسيره

العقلانيه فإذا خرج من البحر أو وجد من الموضوع المفقود فيكون للغاصب و ليس ذلك من المباحات الأصليه و لا انه للمالك الأول لكون كل ذلك خلاف مقتضى السيره القطعيه و ليس ذلك من قبيل البدل الحيلوله فإن موردها كما تقدم صورته تعذر الوصول الى المال و من هنا لو صاد أحد طيرا فجعله في قفس ففتح بابه ثان فطار الطير فأعطى بدل ذلك الطير ثم قتله ثالث بالبنده و نحوها فيكون ضامنا للثاني فإنه بإعطاء العوض يكون مالكا لذلك الطير و هكذا و هكذا فإن السيره في أمثال جميع ذلك محكمه.

و ما نحن فيه من هذا القبيل حيث أنّ الغاصب الأول و إذا أعطى بدل التالف للمالك مع الرجوع اليه فيكون بذلك مالكا لدمه من تلف المال عنده فيستحق بذلك الرجوع الى اللاحق لاعتبار ملكيته في ذمته لعدم كونه لغوا.

نعم فيما كان لغوا لا يعتبر الملكيه كما إذا كان الغاصب بنفسه ممن تلف المال عنده فاعتبار الملكيه له على التالف بحيث لم يبق منه شيء من الاجزاء و الرضاض لغو محض هذا كله في وجه رجوع السابق الى اللاحق.

و اما وجه عدم رجوع اللاحق الى السابق مع كون ذمه كلهم مشغوله بالتالف.

و قد أفاد السيد في وجه ذلك ان اللاحق هو السبب لضمان السابق حيث انه باختياره ترك الرد الى المالك فتلف عنده فصار سبب الضمان السابق فيكون الضمان عليه و على السابق و لكن مع رجوع المالك اليه لا يرجع الى السابق فلو كان وسطا يرجع الى لاقه

و فىه أنه قد تقدم جوابه من انه مع قبول صحه استناد الضمان الى السبب فى أمثال المقام لكونه أقوى و لم نستشكل فى اقوائيه مثل تلك التسببات أن السبب للضمان ليس عدم رد الثانى إلى المالك بل انما هو الأخذ باليد العاديه فهى صارت سببا لضمان كل من السابق و اللاحق فهو اى هذا السبب مشترك بين السابق و اللاحق فلا وجه لتخصيص ذلك السبب باللاحق و القول بأنه صار سببا للضمان كما هو واضح لا- يخفى بل الوجه فى ذلك أن الأخذ باليد انما يوجب الضمان الى ان يرد المأخوذ إلى المالك بمقتضى قوله (عليه السلام) على اليد ما أخذت حتى تؤدى فما لم يرده الى مالكة اما بالعين مع البقاء أو بالمثل أو القيمه مع التلف لا يبرء ذمته بل هذا هو مفاد السيره العقلائيه كما تقدم فى ما لا يضمن.

و على هذا فالغاصب الأول حيث انه اعطى المال للثانى فباعطائه تحقق الأداء فهذا الأداء و ان كان قبل وصول المال بعينه أو بعوضه الى مالكة لا يفيد بوجه بل هو أداء غير مشروع و لكن بعد ما أداه الغاصب الثانى بعينه أو بمثله و قيمته الى مالكة فيكون مالكا للتالف ان كان لا اعتبار الملكيه هنا فائده فإذا رجع هذا الثانى إلى الأول و ادعى منه ما ملكه بالمعاوضه القهريه فيقول فى جوابه اعنى أديته لك فردنى ما أعطيتك فاعطى لك مالك بأداء المثل أو القيمه فيكون أدائه هذا مفيدا فى المقام و بعبارة أخرى انك عرفت أن الضمان هنا نظير الواجب الكفائى و عليه أن الواجب الكفائى و ان كان واجبا على كل مكلف الا ان الآثار تترتب على ما يكون مأثيا فى

الخارج و تشخص بوجوده الخارجى كما ان الأمر كذلك فى الواجب التخييرى و ان كان المأتى مصداقا للجامع اعنى الجامع بين هذا أو ذاك فلا يخرج هذا الجامع عن جامعته و بعبارة اخرى ان التشخص انما يكون بنفس الوجود فما يكون موجودا فى الخارج فهو المتشخص المحط للآثار لا الأفراد الأخر الفرضيه و على هذا ففى المقام ان الآثار انما يترتب على كل من ادى بدل العين لمالكها فيكون مالكا لدمه من أخذ المال منه بلا غرور فهذا واضح جدا و ان كان فى أصله غير مشروع كما هو واضح.

و من لاق لاحقا للاحق ان يرجع الى السابق.

ثم ان المالك لو تبرع حقه للأول و أفرغ ذمته و أسقط الضمان عنه فهل يكون له ان يرجع الى اللاحق لاختصاص التبرع له أو يكون التبرع للأول تبرعا للواحق أيضا فهنا مقامان الأول فى اختصاص التبرع بالأول أو عمومته للتتابع أيضا و الثانى أنه على تقدير كون الإسقاط عن الأول فقط فهل له أن يرجع الى الثانى أم لا.

اما المقام الأول فالظاهر أن إسقاط المالك حقه عن الأول إبراء عن الجميع فليس له لن يرجع الى الثانى فى ذلك لانه ليس هنا الا مال واحد كالدراهم الواحد مثلا و ان كان الضمنا كثيرا فإذا أعرض المالك عن هذا المال فلا يبقى هنا شىء لتكون ذمم الضمنا الآخر مشغوله بذلك اذن فيكون إسقاطه عن الأول إسقاطا عن الثانى أيضا حتى مع التصريح بأنى أسقط من الأول فقط فإنه تصريح بلا فايده و تناقض فى الكلام فيكون غير معقول.

و اما المقام الثانى فعلى تقدير اختصاص الإبراء بالأول فقط

فهل له ان يطالب من اللّا-حقين أم لا- الظاهر لا- فإنه إنما يجوز له ان يطالب إذا ملك ذمه الثانى ففى هنا لم يعط شيئاً للثانى ليملك مطالبته غايه الأمر أسقط المالك ذمته و انما قلنا ان له الرجوع الى الثانى إذا أدّ المال للثانى.

أو غصب الثانى المال منه و هنا ليس الأمر كذلك ثم إذا توقف ردّ المغصوب إلى المئونه فلا بدّ له اى للغاصب من صرف ذلك حتى يمكن إيصاله إلى المالك و دفع ذلك بأنه ضرر على الغاصب معارض بكون عدم الصرف ضرراً على المالك فلو لم يكن طريق الى الوصول الى المال إلا بواسطة المالك كما إذا كان فى البحر فلم يكن يعرف السباحه إلا المالك فحاله حال الأشخاص الآخرين فى مطالبه الأجره فله أن يطالب الأجره لإخراجه من البحر.

و الحاصل أن الرّد إذا احتاج الى مئونه فلا بدّ للغاصب أن يصرف ذلك حتى يرّد العين الى مالكة و توهّم نفي لزوم ذلك بدليل لا ضرر بلا وجه إذ عدم الصرف كك يستلزم عدم ردّ المغصوب الى المالك فهو ضرر عليه و دليل نفي الضرر انما ورد فى مورد الامتنان فلا يشمل الموارد التى يكون فيها ضرر على الغير مع كونه متعارضاً.

فرع آخر إذا كان المالك مقدوراً على الوصول الى ماله مع كونه محتاجاً إلى المئونه فهل له مطالبتها من الغاصب أم لا ففى هنا ثلثه فروع الأول فى جواز مطالبه أصل الأجره على فعله من الغاصب الظاهر أنّ له ذلك فان حاله حال الأشخاص الآخر فكما ان لهم مطالبه الأجره على تحصيل ذلك المال و رده الى مالكة و كك نفس المالك له ذلك و لا دليل على إزمه على ذلك بلا اجره كما

هو واضح.

الثانى أنه لو لم يرض المالك إلا بإحضار ماله الا بنفسه بحيث يكون هو بنفسه متصديا للانقاذ من البحر و نحوه مع إمكانه لغيره أيضا فهل له ذلك أم لا الظاهر أنه لا يجوز للغاصب ان يباشر بنفسه أو بغيره للأداء إلا مع رضائه المالك بذلك فان ذلك أيضا تصرف فى مال الغير فهو غير جائز إلا بإذن مالكة اذن فيباشر بنفسه فيأخذ الأجره من الغاصب.

الثالث لو طلب أجره زائدا من أجره المثل مع انحصار الأداء بطريق فعل المالك فقط اما تشريعا لعدم رضايته بتصرف الغير فى ماله أو تكوينيا لعدم تمكن الغير من الوصول الى المال و أدائه إلى مالكة بل الأداء منحصر بنفى المالك فهل له ذلك المطالبه بحيث يطلب من الغاصب أجره زائده على أجره المثل إرغاما لأنفاه كما إذا كان أجره الأداء لمثل هذا المال عشره فهو يريد خمسين الذى أزيد من قيمه العين أيضا الظاهر أنه لا مانع من شمول دليل لا ضرر على ذلك لنفى استحقاق المالك مطالبه الأجره الزائده على الرّد من الأجره و لا يكون مانع عن شموله للمقام.

ثم إذا تعذر ردّ العين الى مالكة الا بعد مده مديده و حال الغاصب بذلك بين المالك و ماله فهل له ان يطالب بدل الحيلولة من الغاصب على ذلك أم لا الظاهر لا لما تقدم من عدم تاميه أدله بدل الحيلولة بوجه فلا نحتاج إلى الإعادة.

قوله لو باع الفضولى مال غيره مع مال نفسه.

اشاره

أقول إذا باع الفضولى مال نفسه مع مال غيره فهل يحكم بصحة

ص: ٣٩٠

ذلك البيع مطلقاً أو ببطلانه كذلك أو يسقط الثمن بالنسبه الى مال نفسه و مال غيره فيحكم بالصحه في مال نفسه مطلقاً أو مع الخيار للمشتري و بالبطلان في مال غيره وجوه

و للكلام هنا جهات.

الاولى في أصل صحه البيع

و الظاهر انه لم ينسب الخلاف هنا الا الى الأردبيلى ره و قد خالف فى المسأله و ذهب الى الفساد و تحقيق الكلام أنه تاره نقول ببطلان الفضولى و اخرى بصحته و ان قلنا بالأول فالظاهر ان البيع بالنسبه الى مال نفسه صحيح و بالنسبه الى مال الغير فاسد و لم نسمع الخلاف هنا من أحد الا من الأردبيلى فإنه ذهب الى الفساد و عمدته الوجه فى البطلان ما ذكر فى المسأله الآتیه أعنى بيع ما يملك مع ما لا- يملك كالشاه مع الخنزير و العصير مع الخمر فان المناط فى صورته القول ببطلان- الفضولى فى المسئلتين واحد فذلك و جهان و قد ذهب الى الفساد أيضا بعض الشافعيه بتوهم ان العقد الواحد لا يتبعص.

الأول ان ما هو مقصود للبائع و مبرز حين الإنشاء لم يقع فان المبرز بيع الشاه مع الخنزير و فى المقام هو بيع ما يملك و ما لا يملك و ما وقع اعنى بيع الشاه فقط أو بيع ما يملك فقط لم يقصد فتخلف القصد عن الإنشاء فيحكم بالبطلان فى كليهما كما ذهب إليه الأردبيلى و فيه ان البيع و ان كان واحدا بحسب الصوره و الظاهر و فى عالم الإنشاء قد أنشأ بإنشاء واحد الا أنه فى الواقع و الحقيقه بيعان فيكون هذا فى الانحلال مثل العام الاستغراقى و ان كان بينهما فرق من جهه غايه الأمر قد ابرز و أنشأ بابرز واحد و إنشاء فارد غايه الأمر كل منهما منضم إلى الآخر و مشروط بهذا الانضمام

ص: ٣٩١

فى ضمن العقد فلا يلزم من ذلك فساد العقد بل يثبت الخيار للمشتري بالنسبه فى بيع مال نفسه فىكون صحيحا خياريا.

الثانى انه باطل لجهاله الثمن إذ لا يعلم أنه ائى مقدار من الثمن قد وقع فى مقابل الشاه و فى مقابل مال نفسه فى ما نحن فيه فىكون نظير ان يبيع ماله بما فى الكيس من الدراهم فىحكم بالفساد و فيه ان الجهاله من حيث هى ليست موجه للبطلان و انما هى توجب البطلان من جهه الغرر الذى نهى النبى (صلى الله عليه و آله) عنه فى البيع فإذا لم تستلزم الغرر فلا توجب البطلان و فى المقام لا يلزم منها غرر إذ يعلم مقدار ما يقع فى مقابل الشاه فى المسأله الآتیه و ما يقع فى مقابل مال نفسه فى هذه المسأله و لو بالإجمال الغير الموجب للغرر نظير ان يشير إلى صبره معينه و يقول بعث كل صاع منها بدرهم فان ثمن الصبره و ان لم يكن معلوما بالتفصيل الا انه معلوم ان كل صاع منه بدرهم فىكون معلوما بالإجمال الغير الموجب للغرر.

و فى المقام يعلم ان مقدارا من الثمن المعلوم واقع فى مقابل ما يملك و ان كانت النسبه غير معلومه حقيقه و لكن بالتقسيط يعلم تفصيلا فاصل الثمن معلوم و ليس مثل بعثك هذا بما فى الكيس الذى لا يعلم انه ائى مقدار من المال كما لا يخفى.

و مما يدل على عدم كون الجهاله بما هى موجه للبطلان انه لو باع مال نفسه مع مال غيره مع اذن المالك فإنه لم يفتوه احد ببطلان المعامله هنا مع ان الثمن فى كل منهما مجهول تفصيلا بجهاله غير موجه للغير فلو كانت الجهاله من حيث هى موجه

للبطالان مع قطع النظر عن كونها مستلزمه للغرر فلازمه القول بالبطالان هنا أيضا فنكشف من ذلك عدم كونها موجبه لذلك كما لا يخفى اذن فيبقى في المقام احتمال وجود الإجماع فقط على البطلان فهو مقطوع العدم إذ بعد معرفيه عدم الخلاف في الصحه إلا- عن الأردبيلي فكيف يمكن دعوى الإجماع على البطلان بل الإجماع على الصحه كما هو واضح و كيف كان فمقتضى القاعده في المقام هو الصحه و مع الغض عن ذلك و عدم القول بالصحه بحسب القواعد فيدل عليها الخبر من الصفار من انه إذا باع مال نفسه مع مال غيره فيبطل في مال الغير و وجب في مال نفسه فافهم.

و اما لو قلنا بصحه الفضولى فإن أجاز فلا- كلام لنا فيه فان الإذن اللاحق لا يقصر عن الاذن السابق فاحتمال الفرق بين الاذن السابق و الاذن اللاحق مجازفه.

و ان ردّ المالك فيأتي فيه كلما تقدم في صورته القول بفساد العقد الفضولى من الوجهين.

قوله ثم ان صحه البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات أقول قيد بعضهم صحه البيع في مال نفسه إذا لم يفض الرد الى محذور آخر شرعى كلزوم الربا و عدم القدره على التسليم و مثلوا للأول بأنه لو باع درهم نفسه مع دينار غيره بخمسين درهما فان هذا البيع من حيث المجموع صحيح كما إذا كان كليهما لنفسه و علل بعضهم ذلك بأن كل جنس يقع في مقابل الجنس الآخر إلا- أنه علل بعد الوقوع فلا بأس به فإذا رد المالك البيع في الدينار فما يقع من الدراهم بعد التقسيط في مقابل الدرهم أكثر منه فيلزم الربا

و مثلوا للشانى ما لو باع عبد الآبق لنفسه مع عبد الغير،الغير الآبق فرد المالك البيع فى مملوك نفسه فيكون بيع نفسه أيضا باطلا لتمخض البيع بالآبق فهو باطل للجهااله و لزوم الغرر فانّ بيع الآبق انما هو مخصوص بصوره الضميمه فقط فلا يصح فى غير هذه الصوره و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه أيضا.

و لنا فى ذلك كلام حاصله أنّك عرفت ان اتحاد البيع بحسب الصوره و الإنشاء لا يضّرّ يتعدده واقعا و عليه ان بيع دينار غيره مع درهم نفسه لا يخرج المعامله عن الربويه على تقدير الإمضاء أيضا كما أنّ ضم عبد غيره بعبد نفسه الآبق لا يخرج بيع العبد الآبق عن كونه بيع آبق بلا- ضميمه لفرض تعدد البيع مع الانحلال اذن فيكون البيع ربويًا من الأول و بيع آبق من الأول نعم ثبت جوازه ما إذا باع عبد نفسه مع عبده الآبق فإنه ثبت جوازه شرعا بنصّ خاص و الا فمقتضى القاعده كان عدم جوازه للغرر و من هنا لا يصح اجاره الآبق مع الضميمه كما تقدم و كذلك ثبت شرعا جواز بيع مجموع الدرهم و الدينار الذين لنفسه بمجموع الدرهم و الدينار الذين أكثر من ماله فانّ جواز ذلك ثبت بدليل خاص و اما لو باع مال غيره كذلك فلا مخرج لذلك عن محذور الربا لكونه منحلًا مثل العام الاستغراقى الى الافراد العديده و ان كان بينهما فرق من جهه يأتى فى الجهه الثانيه.

و بالجملة بعد ما لم يكن مجموع الدرهم و الدينار أو العبدین لنفس البائع فيكون البيع منحلًا الى بيعين فيترتب لكل منهما حكم نفسه فيكون البيع و لو مع إمضاء الطرف الآخر فى مال نفسه ربويا من

الأول و كذلك فى بىع العبد الآبق فىكون باطل من الأول للجهاله فراجع الى تقرير ميرزا.

الجهه الثانيه فى ثبوت الخيار للمشترى و عدمه

لا- شبهه فى عدم ثبوت الخيار للمشترى فى صوره العلم بالحال و بان المبيع ليس للبائع بمجموعه و أنّما بعضه للغير كما أنّه لا شبهه فى عدم ثبوته للبائع فى فرض العلم بذلك و اما مع جهل المشترى فلا شبهه فى ثبوت الخيار له و الوجه فى ذلك على ما يأتى فى محلّه المسمى بخيار تبعض الصفقه مع انا قلنا انه منحل الى بيعين كالعالم الاستغراقى هو ان المشترى قد أقدم على اشتراء هذين المالين مشترطا على البائع فى ضمن العقد و لو بمثونه القرائن العرفيه و الانضمام العرفى ان ينضم أحدهما بالآخر فإذا خلا عن ذلك الانضمام فيثبت للمشترى الخيار و هذا هو المتفاهم باذهان العرف و العقلاء فىكون مدرك هذا الخيار هو تخلف الشرط الضمنى كما هو واضح و من هنا تظهر جهه الفرق بين العام الاستغراقى المنحل الى افراده و بين المقام و بهذا يمكن أيضا دعوى ثبوت الخيار للبائع أيضا إذا جهل بالحال و اعتقد أن المالين له فان جهله بالحال يوجب ثبوت الخيار له إذا ظهر أحدهما مستحقا للغير و لم يمض المعامله فإن مقتضى الفهم العرفى هو أن بيع كل واحد من المالين مشروط بالآخر و انه يبيعه بهذا العنوان كما إذا باع الثوب العتيق مع الجديد ببيع واحد و لكن يبيعه الجديد من جهه العتيق و ان العتيق لا يباع منفردا ثم ظهر أنّ العتيق مال الغير فىكون البائع مختارا فى الفسخ و الإمضاء مع العلم بالحال بمقتضى ذلك الشرط الضمنى فهو ان يبيعه هذا مشروط

ص: ٣٩٥

بكون الثوب العتيق له دون غيره.

و بهذا الملاك ظهر أنه يثبت الخيار للبائع إذا اعتقد انه و كيل من الغير فى بيع ماله فباع فرسه مع فرس نفسه فظهر أنه ليس بوكيل من قبله فانّ بيعه هذا كان بحسب الشرط الضمنى مشروطا ببيع الآخر فرسه للرقابه و الا فلا يبيع فاذا ظهر أنه ليس بوكيل من قبله و لم يمض أيضا بيعه هذا فيكون للبائع أيضا خيار هنا بل يثبت الخيار لكل من البائع و المشتري فى كل مورد تحصل فيه المخالفه بالشرط الضمنى بحيث يساعد العرف و العقلاء على ذلك بان يفهم العرف ذلك الا-شترط و لا- يكون من قبيل الإضمار فى القلب كما هو واضح.

الجهه الثالثه فى التقسيط و بسط الثمن الى اجزاء المبيع مع

ردّ المالك

و ربّما قيل فى طريق معرفته كما هو المنسوب الى القواعد و اللمعه و الشرائع من أنّهما يقومان جميعا من حيث المجموع ثمّ يقوم كل واحد منهما ثم تنسب قيمه كل واحد منهما الى المجموع من حيث المجموع فيؤخذ بتلك النسبه فيسترد الثمن من المشتري كما إذا باع مال نفسه مع مال الغير بعشرين دينارا فلم يمض الغير ذلك البيع فيقوم كل واحد بعشره دنانير و المجموع أيضا بعشرين فنسبه قيمه كل منهما الى المجموع بالنصف فيسترد من أصل الثمن نصف قيمه.

فأورد عليه المصنف بما حاصله أن الأوصاف و ان لم تكن مما تقابل بالثمن و لا يقسط الثمن إليها و الى الاجزاء و لا يقال ان ثمن الفرش الفلانى يقسّم إلى اجزائه و أوصافه بل متمحض فى مقابل الاجزاء فقط و أنّما الأوصاف قد توجب زياده الثمن و انها دخيله فى

ص: ٣٩٤

ذلك كما مرّ مرارا عديده إذ من البديهي أن اجراء الفرش ليس لها إلا قيمه الصوف و أوصافها توجب زياده تلك القيمه و لكن فى مقام البيع لا يقسّط الثمن إليها و الى الاجزاء.

و على هذا فهذا الضابطه الذى أفيد فى المقام انما يستقيم فيما إذا لم تكن الهيئه الاجتماعيه دخيله فى زياده الثمن كما هو الغالب و لعله لأجل هذه الغلبه التجأ كثير من الاعلام بهذا الضابط و اما لو كانت الهيئه الاجتماعيه دخيله فى الزيادة فلا يمكن التقسيط بهذا الضابط كما إذا كان المبيع مصراعى باب أحدهما لنفسه و الآخر لغيره أو زوج خفّ أحدهما لنفسه و الآخر لغيره و هكذا مما تكون الهيئه الاجتماعيه دخيله فى ازدياد القيمه فإنّه لو قسط الثمن الى كل منهما على الضابط المذكور يلزم فيه المحذور مثلا لو كانت قيمه كلا المصراعين معا عشره و قيمه كل منهما درهمين و كان الثمن الذى وقع عليه البيع خمسه فإنه إذا رجع المشتري الى البائع بجزء من الثمن نسبه ذلك الجزء الى مجموع الثمن كنسبه الاثنين إلى العشره فتكون النسبه بالخمس فيسترد من البائع بملاحظه هذه النسبه النسبه خمس الثمن فهو الدرهم الواحد فيبقى للبائع فى مقابل المصراع الآخر أربعة دراهم فيكون ما أخذه من الثمن أزيد من حقه فإنّ الثمن متساويه بين المصراعين على الفرض فما الموجب لاستحقاق البائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد و المشتري واحدا فى مقابل مصراع الآخر الذى مال الغير.

و بعباره اخرى ان البائع أنما يستحق من الثمن مع الرد بالمقدار الذى يستحقه مع الإجازة فلا شبهه ان ذلك بالنصف مع الإجازة

فليكن كذلك مع الرد أيضا فما الموجب للازدیاد فى صورہ الرد.

نعم فى أغلب الصور التى لا- تكون الهيئہ الاجتماعیہ دخیلہ فى ازدياد القیمہ فالضابط المذكور لا- بأس به سواء كان قیمه كل منهما متساويه أو متفاوتة كما هو واضح.

ثم وجه المصنف هذا الوجه بأخذ النسبه للمشتري لثلا یرد علیه النقص بدخاله الهيئہ الاجتماعیہ فى زياده الثمن و حاصله أن یقوم المجموع من حيث المجموع ثم يقوم كل واحد مستقلا و ينسب الى المجموع و يأخذ المشتري تلك النسبه و باعتبارها يأخذ الثمن من البائع و فى المثال المتقدم یرتد الأربعة و یبقى للبائع واحد فلا توجب زياده الثمن بالهيئہ الاجتماعیہ نقصا فى المطلب كما هو واضح.

ثم أورد علیه بان هذا و ان یسلم من اشكال الزیاده بالاجتماع و لكن ینتقض بكون الهيئہ الاجتماعیہ موجه لنقصان القیمه فإن هذا فرض ممكن و هذا كما لو باع جاریه مع أمها بثمانیه و كانت قیمه كل واحد منها بعشره فإنه لا شبهه فى عدم ترتب النفع على صورہ- الاجتماع الذى یرتب على غير صورہ الاجتماع لعدم جواز الجمع بين البنت و الام و من هنا نقل قیمه صورہ الاجتماع فلو أخذت النسبه للمشتري فيلزم حينئذ للمشتري ان یجمع بين الثمن و المثل فإنه یرتد من البائع على هذا تمام العشره فيبقى الجاریه الأخرى للمشتري بلا ثمن لكون قیمه أحدهما المنفرده إلى مجموع القيمتين نسبه الشئ إلى مماثله.

ثم بعد ما لم تتم هاتان الصورتان التجأ المصنف الى وجه آخر و حمل علیه كلام القواعد و اللمعه و الشرائع و هو ما اختاره فى الإرشاد

و حاصله ان يقوم كل واحد منفردا من دون ان يقوم المجموع من حيث المجموع ثانيا ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه
إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين مثلا إذا باع مجموع المالكين بثلاث دنانير و قوم مال الغير بأربع دنانير و مال البائع بدنانيرين
فيرجع المشتري بثلاثي الثمن اذن فيسلم ذلك من إشكالي الزيادة و النقيصه.

و أشكل عليه السيد ره في حاشيته بان هذا انما يتم فيما كانت الهيئه الاجتماعيه موجهه للزيادة أو النقيصه بالسويه و اما لو أوجبت
ذلك بالتفاوت فلا يتم مثلا إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالانضمام و الآخر تنقص قيمته به يلزم على طريقه المصنف قده فيما إذا
قوم أحدهما منفردا باثنين و منضمما بأربعة و الآخر منفردا بأربعة و منضمما باثنين ان يكون لمالك الأول ثلث الثمن و لمالك
الثاني ثلثاه مع ان قيمه مال الأول في حال الانضمام ضعف قيمه مال الثاني في تلك الحال فينبغي ان يكون للاول الثلثان و للثاني
الثلث و هكذا في سائر الاختلاف. و من هنا اختار مذهبا آخر و هو ان يقوم كل منهما منفردا لكن بملاحظه حال الانضمام لا في
حال الانفرداد ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبه قيمته الى مجموع القيمتين و على هذا فيسلم من جميع
الإشكالات في جميع مراتب الاختلاف من دون لزوم محذور في ذلك لا- في صورته زياده القيمه بالاجتماع و لا- في صورته
نقيصته بذلك و لو كان ذلك الاختلاف بالتفاوت لا بالسويه فإن تقويم كل واحد بقيد الانضمام يوجب تقسيط المجموع من
حيث المجموع الى الافراد بلا زياده و نقيصه فلا حظ ذلك بالأمثله ثم احتمال رجوع ما

ذكره الجماعة من تقويم كل واحد منفردا الى ذلك بان يكون مرادهم بالانفراد هو الانفراد بقيد الانضمام لا الانفراد بما هو انفراد وهذا الذى أفاده السيد ره من الجوده بمكان كما هو واضح و اما المثلى فقد فصل المصنف فيه بين ما كانت الحصه مشاعه فقسط الثمن على نفس المبيع و ان كانت حصه كل منهما معينه كان الحكم كما فى القيمى من ملاحظه قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع ثم أمر بالتفهيم و فيه أنه لا وجه لهذه الكيفيه فى التقسيط على وجه الإطلاق لا فى المشاع و لا فى المفروض لإمكان ان يكون المثلى مشاعا و مع ذلك تتفاوت قيمه كل منهما بتفاوت الحصتين فى المقدار كأن يكون لأحدهما تسعه أمان من الحنطه و للآخر من واحد- لبداهه تفاوت الأثمان بتفاوت العروض قله و كثره فإن المبيع كلما كثر رخص و كلما قل غلى و ان كان حصه كل منهما من صبره واحده و على نسق واحد فى الجوده و الرءاءه كما هو المفروض على الإشاعه و لإمكان ان يكون المثلى مفروض و يكون مع ذلك كل من النصيين من كومه واحده و صبره خاصه فيجب ان يقابل كل حصتى البائع و المشتري بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمى.

قوله لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار.

اشاره

أقول لو قال بعث نصف الدار فهل المراد منه نصف المشاع أو النصف المختص بعد العلم بعدم إرادته حصه الشريك و احتياجه إلى المئونه الزائده.

تاره يعلم من القرائن الخارجيه أو بتصريحه ان البائع أراد الشقص الخاص و النصف المعين من نصف نفسه أو نصف شريكه فلا

ص: ٤٠٠

كلام لنا فيه فحكم ذلك معلوم على تقدير قصد مال نفسه أو مال غيره.

و اخرى يقول انى أريد من كلامى هذا بعت نصف الدار ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه فهو على قسمين لأنه تاره يكون المراد به ما يكون لفظ النصف ظاهرا فيه بنفسه و يكون المقصود مفهومه من دون القرائن الخارجيه فيكون المراد الجدى للمتكلم معلوما من ذلك و اخرى ما يكون ما تكلم به من الجملة المركبه ظاهره فيه من بعت نصف الدار مع ملاحظه خصوصيّه النسبه و الإضافه إلى نفسه و التصرف فيه و قد خصّ السيد ره فى حاشيته مورد كلام المصنف هو بالقسم الثانى أى ما يكون النظر فيه الى مفهوم النصف فقط بلا توجه الى ما تقتضيه القرائن الخارجيه و أورد عليه بأنه على هذا لا يبقى مجال للتمسك بظهور المقام أو غيره من كون التصرف و اضافه البيع الى نفسه ظاهر ان فى نصف نفسه فى مقابل ظهور النصف فى الإشاعه إذ الرجوع الى الظهورات انما هو لتشخيص المرادات و المفروض ان المتكلم لم يقصد خصوصيه ملكه أو ملك غيره و انما قصد مفهوم النصف الذى مقتضاه ليس إلا الإشاعه فإن المفروض انه لم يقصد خصوصيه ملكه بل يكون لفظ النصف ظاهرا فيه.

و فيه انّ السيد لم يتصور ظاهرا قسما آخر هنا و لذا جعل مورد كلامه ما يكون المقصود مفهوم النصف بلا- لحاظ القرائن الخارجيه و هو متين لو كان مراده هذا و كان حينئذ جعله ما يقتضيه مفهوم النصف معارضا بما تقتضيه القرائن الخارجيه مناقضه و اضحه إذ بعد كون المقصود هو مفهوم النصف فقط فلا مجال لهذه المعارضه و دعوى القرائن على خلافه و انما المراد معلوم بلا شك و لكن مراده ليس

هو الشق الأول بل الوجه الثانى الذى هو الوجه الثالث و قوله فففيه احتمالان اى ما يحتمل ان يراد منه النصف المختص أو النصف المشاع منحصر بهذا القسم و الا- لو كان مراده هو الأول لم يكن موردا لوجهين بل كان تمحضا لإرادته النصف المشاع فقط بظهور لفظ النصف فيه و لم يكن النصف المختص محتملا- لعدم جريان القرائن الخارجيه فيه بوجه اذن فلا يكون هذا القسم موردا للكلام كما فى حاشيه السيد و على هذا فلا يرّد عليه ما أورده السيد نعم يرد عليه ان مورد الكلام ليس هو القسم الثالث فقط بل هنا قسم رابع الذى جعله السيد مورد لكلامه بعد رده كلام المصنف على زعمه و هو ما يكون مراد البائع من النصف شيئا معيننا من نصفه المختص أو المشاع فى الحصتين و لم يعلم التعيين مع كونه معيننا واقعا و فى علم البائع الا انه أجمله فيكون ظهور كلامه حجه هنا أيضا من اراده الفرد المعين فيكون داخلا فى الكلام فحينئذ يقع الكلام أيضا فى ان المراد من ذلك أى شىء هل هو نصفه المختص أو المشاع ليكون من كل منهما الربع أو نصف الشريك و حيث لم يتصور السيد هنا قسما آخر مع رده القسم الثانى جعل هذا مورد لكلامه فقط و لكن عرفت أنّ محط كلام المصنف هو القسم الثالث لا ما زعمه السيد من القسم الثانى الذى لا يحتمل ان يكون مراده ذلك كما هو واضح من كلامه و ربما يقال بعدم إمكان جعل القسم الثالث موردا لمحط النزاع بل لا- بّد من تخصيص محل النزاع بما ذهب اليه السيد ره إذ لو كان القسم الثالث هو محط النزاع فلازمه ان لا يعلم ان البيع فى ملك من وقع هو البائع أم الشريك الآخر فالجهل بالمالك يوجب بطلان البيع.

و فيه انك عرفت سابقا أن الجهل بالمالك لا يضر بصحة البيع بعد العلم بالمبيع و ان حقيقه البيع عباره عن المبادله بين المالكين فمعرفة المالك ليست بدخيله في صحه البيع إلا إذا كان تعيين المبيع محتاجا إلى معرفه المالك فبدونها لا تعيين للمبيع بل و لا تحقق له كما إذا كان المبيع كليا في الذمه فإنه لا تعيين لذلك إلا بإضافه إلى شخص خاص معين فلو قال بعتك منا من الحنطه في ذمه رجل لبطل البيع و اما في غير تلك الصوره فلا دليل على وجوب تعيين المالك كما لا يخفى اذن فالقسم الثالث أيضا داخل في محلّ النزاع لعدم إضرار الجهل بمالك المبيع كما لا يخفى فافهم.

ثم ان المصنف في مقام تعيين المراد في مقام الإثبات قد احتمل الوجهين في مثل هذا الكلام و قول البائع بعث نصف الدار من اراده نصف المختص أو نصف المشاع و منشأ الاحتمالين اما- تعارض ظاهر النصف اعنى الحصه المشاعه في مجموع النصفين مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص و ان لم يكن له هذا الظهور في غير المقام أو تعارضه مع ظهور إنشاء البيع في البيع لنفسه لا- بيع مال الغير لا- بدّ فيه امّا من نيه الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و اما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما في بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا.

ثم ذكر انه مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعث غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه الى عبده ففاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ البيع هنا ظهور في عبد الغير فيبقى ظهور

البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف الى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيقر بها إجمال لفظ المبيع هذا ما افاده المصنف مبتيا على حفظ الظهور للفظ النصف و لكنه فاسد.

و التحقيق هو تقديم ظهور النصف الذى هو النصف المختص على القرائن الخارجيه بعد العلم بعدم اراده نصف الشريك لكونه مفروغا عنه و إرادته محتاجه إلى القرائن التى منتفيه هنا.

بيان ذلك ان النصف بعد كونه ظاهرا فى النصف المشاع بين البائع لتصرفه و الشريك الآخر فلا يمكن رفع اليد عنه بالقرائن الخارجيه أعنى ظهور الإنشاء اما ظهور الإنشاء فبانا نمنع كونه ظاهرا فى كون البيع للبائع بعد ما صح بيع مال الغير بل كما أنه ظاهر فى بيع مال نفسه و كذلك ظاهر فى بيع مال غيره أيضا إلا- فى بيع الكلى حيث أنه لا يمكن إلا بإضافه البيع الى نفسه فيكون هذا قرينه على اراده البيع لنفسه إذ لا- معنى لبيع الكلى فى ذمه الغير لعدم التعيين كأن يقول بعت منّا من الحنطه فى ذمه رجل و المفروض ان المبيع فى المقام ليس كليا بل أمر معين كما هو واضح على أنه يكون قرينه موجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى الإشاعه إذا لم يكن للكلام ظهور فى مورده فسيأتى فى الوجه الثانى من القرائن ان مورد البيع هو النصف المشاع ابتداء فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره.

و اما ظهور التصرف فى كون المبيع مال نفسه فيحكم بكون النصف للبائع.

ففيه ان هذا الظهور و ان كان لا ينكر و أنه قرينه على اراده

مال نفسه و رفع اليد عن ظهور النصف الا انه لا يمكن الأخذ به و رفع اليد عن ظهور النصف فى الإشاعه.

و ذلك لأنه أتما يكون إذا كان الكلام مجملا و لم يكن له ظهور فى مورده و الا فلا وجه لرفع اليد عنه و المصير الى ما تقتضيه القرائن و فى المقام أنّ النصف له ظهور فى الإشاعه الذى مقتضاه كون الربع من مال البائع و الربع الآخر من مال الغير ليكون محتاجا إلى الإجازة و بعد ما كان مورد البيع هو ذلك فلا وجه لرفع اليد عنه إذ هو كرفع اليد عن ظهور البيع فى مال الغير ابتداء فى سائر الموارد.

مثلا لو كان للشيء معنى حقيقى و معنى مجازى و قال احد بعت الشيء الفلانى و كان ذلك الشيء بمعناه الحقيقى شخص آخر موجودا عند البائع و بمعناه المجازى كان لنفسه فهل يمكن رفع اليد عن ظهور كون البيع للغير و اراده المعنى المجازى بدعوى أن ظاهر التصرف كون المال لنفسه فلا وجه لذلك بعد كون مورد البيع هو مال الغير و هكذا و هكذا.

و بالجمله أن النتيجة هو ان مقتضى كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع و واردا على المال المعين فى الخارج هو ان المبيع هو النصف المشاع المشترك بين المالك الشريك و البائع فيكون ربع الدار مبيعا من حق البائع و ربعها مبيعا من الشريك و محتاجا إلى الإجازة لكونه فضوليا كما لا يخفى فلا يمكن رفع اليد عن ظهوره الذى هو مورد البيع بالقرائن الخارجيه و انما ذلك فى صورته عدم ورود الكلام على مورد المعنى الحقيقيه و الا فلا وجه لرفع اليد عنه كما هو واضح فلا يكون الكلام ظاهرا فى النصف المختص كما ذهب اليه المشهور

هذا كله مع ملاحظه ظهور لفظ النصف فى الإشاعه و اما إذا أنكرنا ذلك كما هو كك فىكون المقام مثل بعت الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد جاره.

و توضيح ذلك ان لفظ النصف لم يوضع فى اللغه للنصف- المشاع بل لمطلق النصف من الشىء و لا أنه منصرف الى النصف المشاع عند إطلاقه و عليه فلا وجه لدعوا اختصاصه بالنصف المشاع فىكون الغرض منه فى المقام هو الكلى و توهم أنّ البائع لم يقصد خصوصيه ملكه فلا يمكن الحمل عليه كما فى حاشيه السيد فاسد فان النصف مع قطع النظر عن قصد خصوصيه الملك كلى يحتمل ان يكون النصف الذى يختص بنفسه أو بشريكه أو النصف المشترك بين البائع و الشريك و حيثئذ فىكون ظهور كلامه فى كون المراد من النصف نصف نفسه فىكون مثل بيع الغانم فىرتفع الاجمال بواسطه ظهور الكلام فى بيع نصفه المختص.

و ذلك فإنه و ان صح بيع مال الغير فضوله و لكن مقتضى كونه مال الغير يمنع عن شمول أو فوا بالعقود للبائع و إنما يشمل المالك المجيز حين أجازته و فى المقام بعد منع كون النصف ظاهرا فى النصف المشاع لا وضعا و لا انصرافا لا دافع لشمول دليل الوفاء بالعقد على عقد البائع فإذا كان هو المخاطب بالوفاء بالعقد فىكون المبيع هو النصف المختص كما أنّ الأمر كك فى بيع غانم المشترك بين عبده و عبد الغير فكما أنه لا موجب لدفع ظهور بيع غانم عن غانم نفسه فكك فى المقام لكون النصف هنا أيضا مشتركا بين نصفه المختص أو المشاع أو نصف الشريك فكان ان ظهور البيع فى بيع غانم فى بيع نفسه

برفع الاجمال فكك فى المقام بلا زياده و نقيصه فكما ان البائع فى بيع غانم مخاطب بدليل الوفاء بالعقد و هكذا هنا أيضا فافهم.

و على هذا فيصح ما ذهب اليه المشهور من كون الكلام ظاهرا فى النصف المختص دون المشاع أو حصه الشريك.

و من هنا ظهر الفرق بين المقام و بين مسأله الإقرار بأن نصف الدار أزيد مع كونها مشتركه بالإشاعه بين المقر و شخص آخر حيث ان الإقرار اخبار عن الواقع فيكون إقراره بنصف الدار للغير اخبارا عن واقع نصف الدار لا فى نصفه المختص فهو مشترك بين المقر و شريكه الآخر فحيث ان الإقرار بالنسبه إلى الربع فى حقه و بالنسبه إلى الربع الآخر فى حق الغير فيكون إقراره بالنسبه إلى ربع شريكه لغوا دون ربع نفسه.

و هذا بخلاف البيع فإنك عرفت أن النصف كلى يصدق على نصف نفسه و نصف غيره فظهور البيع بمقتضى أو فوا بالعقود يوجب كونه نصفه المختص دون المشاع بل اراده النصف للمشاع بحيث يكون معنى بعت نصف الدار بعت ربعا من حصتى و ربعا من حصه شريكى ليكون المراد من النصف النصف المشترك بين البائع و شريكه لا- نصفه المختص من خلاف الظهور بمكان كاد أن يلحق بالاغلاط من دون قرينه عليه فضلا عن يكون هو الظاهر من اللفظ و من هنا ظهر حكم ما لو اصدق الزوج المرأه عينا معينا فوهبت نصفها المشاع من الزوج قبل الطلاق استحق النصف بالطلاق لا نصف الباقي و قيمه النصف الموهوب و ان هذا من قبيل ما نحن فيه و أن النصف يصدق على النصف الباقي فيدخل تحت قوله تعالى فَنُصِفُ ما فَرَضْتُمْ فيكون

تمليك الزوجه الزوج نصف الصداق منطبقا على النصف الأخر كما هو واضح و ان اراده الربع من النصف الموهوب و الربع الآخر من النصف الباقي من خلاف الظهور بمكان.

و بالجمله أن مقتضى الظهور و فهم العرف كون المراد بالنصف هو ان الباقي حق للزوج فبحصر حق الزوجه بالنصف الموهوب من باب انحصار الكلّي بالمصداق يتعين حق الزوج بالباقي و اراده النصف المشترك بين الموهوب و الباقي خلاف الظاهر فضلا عن ان يكون موضوعا له أو منصرفا اليه و اذن فلا وجه لتوهم المنافاه بين هذه المسأله و ما نحن فيه.

و كان كلامنا في مسأله بيع نصف الدار و ملك النصف فقد ادعى المصنف تعارض ظهور النصف فى النصف المشاع و ظهور البيع و التصرف فى النصف المختص و قد قلنا ان ظهور النصف يتقدم على الظهور الأخر و لكن لا- نسلم ظهور النصف فى المشاع لا بالوضع و لا بالانصراف بل المتبع أنما هو ظهور البيع فى الحصة المختصه فيكون ظهور البيع فى بيع مال نفسه كما هو الظاهر فى جميع الموارد إذا لم تكن قرينه على الخلاف فان النصف و ان كان حقيقه فى النصف المشاع أيضا و لكن ظاهرا البيع أن الشخص يبيع مال نفسه فيشمله دليل الوفاء لكون ذلك الظهور متبعا ما لم تقم قرينه على الخلاف فيكون المقام مثل بيع الغانم المشترك بين عبد نفسه و عبد غيره المعين بظهور البيع فى عبد نفسه فيرفع الاجمال به و لا- ينافى ذلك مسأله الإقرار بكون نصف الدار لزيد مثلا- المحمول على النصف المشاع بحيث يكون النتيجة أن الربع من مال المقرّ و ذلك إذ ظهور البيع كما عرفت أنه متعلق

على ماله و هذا بخلاف الإقرار فإنه اخبار عن الواقع فمفاده أنّ نصف الدار واقعا لزيد لا النصف المختص لى فظاهر ذلك هو النصف المشاع مع قطع النظر عن حصه نفسه و عن حصه الغير فيلزم له الربع لأنّ الإقرار بمقدار ثابت عليه و اما بالنسبه إلى الربع الآخر فإقرار فى حق الغير فلا- ينفذ الا ان تكون هناك قرينه على ارادته من النصف المختص فهو إقرار آخر و بالجمله هذه المسأله أجنبيه عن المقام بتمام الجبهه.

و اما مسأله الطلاق

فهى عين محلّ الكلام و هى انه لو زوج احد امراه فوهبت الزوجه نصف مهرها للغير ثم طلقها الزوج فيتعين حقه بالنصف الباقي المشاع فيكون مختصا به و خارجا عن الإشاعه بمقتضى قوله تعالى فلكم نصف ما فرضتم لهن لا ان حق الزوج هو النصف الباقي أعنى ربع الكل و قيمه نصف التالف فلا تنافى بين ما ذكرناه هنا و بين هذه المسأله.

و اما مسأله الصلح

فلا وجه لتوهم تنافيا لما ذكرناه أيضا لخروجها عن المقام فهى أنه لو أقر من بيده المال بكون نصفه لأحد المدعيين و كان هذا المدعى يدعى نصف بالسبب المشترك بينه و بين المدعى الآخر كالأخوه مثلا ثم صالح المقر له النصف المقر به للمقر فلا ينفذ هذه المصالحه إلا فى الربع اعنى نصف المقر به فإنّ نتيجة ضم أحد الإقرارين بالآخر أنّ النصف المقرّ به مشترك بين المدعيين فتكون المصالحه بالنسبه إلى الربع الآخر الذى نصف المقر به و حق للمدعى الآخر فضوليّه فيحتاج إلى إجازة المدعى الآخر كما لا يخفى و هذا كما ترى لا ارتباط لها بمسئلتنا التى كلامنا فيها.

و اما مسأله الإقرار بالشريك الآخر

كما إذا كان المال بين

الشخصين بالنصف فأقر أحدهما بكون الثلث للثالث و كون التقسيم بينهم أثلاثا بالنصف و أنكر الشريك الآخر فحمل الإقرار على الثلث المشاع من العين كما في المتن فيكون ثلث العين للثالث و حينئذ فإن تعدد المقرّ لتعدد الشركاء و كانوا عدولا فيكون إقرارهم هذا شهادة فيتبع به و ان لم يتعدد المقر و لم يكن عدولا في صورته التعدد فيكون إقرار أحدهما بالشريك الثالث مأخوذا في حقه فقط فيكون ما بيده من النصف نصفًا بين المقر و المقر له لا أنه يكون ثلث ما بيده له و ثلث الباقي لأن المنكر و ان كان معذورا في عقيدته في الظاهر و لو كان الواقع على خلاف عقيدته و لكنه غاصب بزعم المقرّ السدس و ظالم لذلك بتصرفه في النصف لأنه باعتقاده انما يستحق الثلث فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته الى المقرّ و المقرّ له على حد سواء فإنه قد تالف من العين المشتركة فوزع على الاستحقاق. و دعوى ان مقتضى الإشاعه تنزيل المقرّ به على ما في يد كل منهما فيكون في يد المقرّ سدس و في يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له في يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبه الى ما في يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع اليه ثلث ما في يده و هو السدس المقرّ به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقرّ على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه بان ما في يد الغير ليس عين ما له فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره في صورته الإفراز بل هو مقدار حصته المشاعه كحصه المقر و حصه المقرّ له بزعم المقرّ الا انه لما لم يجبر المكذب على دفع شيء مما في يده فقد

تلف سُدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا- معنى لحسابه على المقر له وحده و هذا واضح جدا كما فى المتن و هذا بخلاف صورته الإقرار فإن كل من الشخصين وضع يده على مال معين فحق المقر له بالنسبه الى ما فى يد المنكر قد تلف باذن الشارع فى الظاهر ما لم يثبت دعواه بإقرار الشخص الآخر بثلاث ما فى يد نفسه و ثلاث ما فى يد الغير لا يوجب الإثبات الا انه فى مقام الترافع يكون من الشهداء على المنكر و اما المنكر فمعدور على عقيدته اعتمادا أصاله عدم كونه ما بيده ملكا للمقر له و لو عند الشك و المقر فقط بمقتضى إقراره ملزم على الأداء لكونه حجه عليه دون المنكر و ان لم يدع العلم بكون ماله بل يكفى و لو مع دعوى الشك و عدم العلم على الواقع لكفايه يده و أصاله عدم كونه ملكا للمقر له فى كون ما بيده ملكا له.

و اما مسأله الإقرار بالنسب بعد ثبوت القسمه و ثبوت حق كل

من الوارث فى يده

عين ما ذكرناه أيضا من كون ما فى يده مشتركا بين المقر و المقر له و ليس بينهما تنافى الا على الاحتمال ذكره السيد فى حاشيته و لتعرض له فتكون موافقه للقاعده و فتوى المشهور هنا بحمل ذلك على الإشاعه و عدم كون ما فى يد المقر نصفا بينهما بل يعطى الزائد من حقه فقط فتكون البقيه على الوارث الآخر فيكون التلف باذن الشارع فى الظاهر فى تصرفهم فى ذلك ما لم يثبت خلافه.

و هذا انما هو من جهه بعض الروايات الضعيفه المنجبره بعمل المشهور و الا فكان مقتضى القاعده هو ما ذكرناه من كون ما هو فى

ص: ٤١١

يد المقر مشتركاً بين المقر والمقر له بالنصف مثلاً و لكن يرد عليه أنه مضافاً الى عدم جبر ضعف الروايه بالشهره ان دلالتها أيضاً غير تمام فان الموجود فيها أنه شريك في المال و يلزم ذلك في حقه أو حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك في ماله كله.

فمن الواضح ان كون الآخر شريكاً في المال أو ثبوت حقه في حق المقر ليس معناه أن للمقر له حق في حصته مشاعاً بل يمكن ان يكون على النحو الذي ذكرناه على طبق القاعده كما لا يخفى فافهم.

فتحصل مميّا ذكرناه أنّ مقتضى القاعده في المقامين ثبوت حق المقر والمقر له في ما بيد المقر على النصف و كون الفأنت بالنسبه إليهما على حد سواء و في مسأله الإقرار بالنسب و ان أفتى المشهور على خلاف القاعده و كون حق المقر له مشاعاً بالنسبه إلى المقر و الطرف الآخر و لزوم الزائد عن حق المقر على المقر و لكن ذلك لأجل الأخبار الخاصه و قد عرفت ضعفها سندا و دلالة.

ثم قد أبدى الفرق صاحب الجواهر بين المسئلتين و التزم بكون المقر والمقر له بالنسبه الى ما في يد المقر و الفأنت على حد سواء في المسأله الاولى و بنحو المشاع في مسأله الإقرار بالنسب و قال في وجه ذلك على ما في حاشيه السيد.

يمكن أن يقال أن فتوى المشهور في كل من المقامين على القاعده و الفرق بينهما أن في المقام التلف للمال المشترك على حسب إقرار المقر مستند الى يد المقر حيث انه اثبت اليد على النصف الذي ثلثه مشترك بين المقر والمقر له فيكون محسوبا عليهما و في

مسأله الإقرار بالنسب ليس مستندا الى اليد بل هو من جهة مجرد إنكار المنكر لخصوص حصه المقر له و الا فلا اثر لليد لان المفروض كون المال تركه للميت و لا- يد لأحد عليها غيره و حينئذ فنقول أن المقر له معترف بان للمقر ثلث التركة إذا كانوا ثلثه اخوه مثلا- فلا- بد أن يصل اليه حصته و القدر التالف انما تلف على خصوص المقر له من جهة عدم اعتراف الأخ المنكر بكونه وارثا و الى ذلك أشار في الجواهر حيث قال بعد العبارة التي نقلناها في بيان الفرق بين المقامين أو يقال أن المأخوذ في الأول قد كان بسبب شرعى يعم الشريكين و هو اليد بخلاف الثانى فإنه قد أخذ بسبب يخصّ الأخ المنكر و هو إقراره بإخوه من أنكر و ذلك أمر يخصّ لأخ المنكر دون الأخ المقر الذى قد اعترف الثلثة باخوته و لم ينقص المال بسبب شرعى يعمه بل كان ذلك بأمر يخصّ خصوص المتخاصمين و هو الإقرار من أحدهما بالآخر و إنكار الآخر إياه و ذكر في باب الصلح أيضا ما يفيد ذلك و كذا في باب الإقرار بالنسب فراجع.

و محصل كلامه في مسأله الاولى قد استند التلف الى يد المقرّ و فى الثانيه إلى خصوص المتخاصمين و لكن لا محصل لذلك و لا- يكون هذا وجه الفرق بينهما بل فى المقامين الأمر كما ذكر إذ المقرّ فى كلتا المسئلتين قد أقرّ الثلثة باخوته و بالجمله لم يتحصّل من كلامه هذا شىء فى وجه الفرق بين المقامين و الحق ما ذكرناه.

و قال شيخنا الأستاذ ان المقر لم يقرّ أزيد ما يزيد من حقه المختص به من أصل المال لأنه أقرّ بأنّ ثلث أصل المال للمقر له فيكون الزائد مما يستحق هو السدس و السدس الآخر باقيا فى النصف

الذى تحت يد الطرف الآخر المنكر للشريك الثالث و لم يقرّ أن ما فى يدى نصفه للثالث و الا فهو خلاف الإشاعه.

و فيه ان هذا و ان كان صحيحا و قد أشار إليه المصنف فى كلامه بقوله و دعوى أن مقتضى الإشاعه إلخ و أجاب عنه و لكن نكته الكلام هو أن أصل المال على حسب إقرار المقر مشترك بين الثلثه أثلاثا فلا موجب لتكون المقر مالكا لما فى يده بمقدار حصته و يكون الزائد فى ما يستحقه للشريك الثالث المقر له الا القسمة فلا شبهه أنها غير مشروعه إذ ليست برضائه الشركاء أجمع فيكون باطله اذن فليس النصف الموجود فى يد المقر الا- نصف المال المشاع بين الثلثه فحيث أنّ من بيده النصف الآخر اعنى المنكر بحسب اعتقاده يرى نفسه مالكا لما فى يده و ان كان الواقع على خلافه لان مقتضى يده بل مقتضى أصاله عدم كون الثالث مالكا هو ذلك و ان لم يدع كونه مالكا قطعاً بل يدعى اننى لا أعلم غيرى مالكا لذلك النصف فيكون دعواه فى الظاهر عن حجّه شرعيه ما لم يعمّ دليل على الخلاف و اما المقر الذى فى يده نصف الآخر فهو مقربان الثلثه كلهم مشتركون فى أصل المال فيكون ما فى يده نصف المال المشاع المشترك بين الثلثه فبعد قطع يد الطرف الآخر بأخذه النصف فيكون هذا النصف مشتركاً على الإشاعه بين المقر و المقر له و يكون الفأنت عليهما و ليس ذلك الا- نظير ما أخذ الغاصب من المال المشترك المشاع مقدارا عدوانا فبقى المقدار الباقي فى يد احد الشركاء إذ لا يوجب ذلك اختصاص ذى اليد بمقدار حقه بذلك المال بل الباقي و الفأنت بين الشركاء على حدّ سواء غايه الأمر أن فى المقام ان الطرف الآخر

بزعمه ليس غاصبا بل انما يتملك النصف مستندا إلى الحجة الشرعية من أصاله عدم كون الثالث شريكا لهم و في مسأله الإقرار بالنسب أن أصاله عدم كون الثالث ورثه و شريكا معهم كما هو واضح فلا شبهه فيه.

و هذا النكته قد سقط من كلام شيخنا الأستاذ و الا فلم ينكر احد أن المقر لم يقر بنصف ما في يده بل بثلث أصل المال ليكون بالنسبه الى ما في يده السدس.

هذا كله في النصف المشاع و اما النصف المفروض فقد ظهر حكمه من أول المسأله الى هنا فلو قال بعت نصف الدار المعين و كان حق كل من البائع و شريكه الآخر مفروضا فيحمل على نصف نفس البائع لا على نصف شريكه فيكون ذلك أيضا من قبيل بيع الغانم فان ظهور البيع في كونه لنفسه ما لم تقم قرينه على الخلاف.

ثم هذا كله فيما كان أجنبيًا بالنسبه إلى النصف الآخر و أما لو كان بالنسبه إلى النصف الآخر أيضا جائز التصرف كان يكون وكيلا- من قبله أو وليًا له فهل يحمل البيع هنا أيضا على نصف نفسه أو النصف الغير المختص و قال شيخنا الأنصارى ره انه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليًا عن مالكة فهل هو كالأجنبي وجهان مبتيان على ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ البيع الى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التملك في الأصاله الأقوى هو الأول.

و لكن الظاهر أنه لا فرق بين المقامين فان قلنا أن النصف له ظهور في النصف المشاع فيقدم على كل من الظهورين إذ ظهور

البيع فى بيع نفسه أو ظهور التمليك فى الأصله إنما يتقدم على ظهور النصف فى المشاع إذا لم يرد على مال غيره و قد فرضنا أن له ظهور فى وروده على مال الغير فلا يعارض شىء من الظهورين لذلك و ان لم نقل بظهور النصف فى النصف المشاع و ان كان حقيقه فيه أيضا و لكنه من باب كونه مصداقا لكلى النصف الشامل له و للنصف المختص و للنصف المختص لشريكه و اما اختصاصه بالمشاع فلا لا وضعا و لا انصرافا.

و عليه فلا وجه لرفع اليد عن ظهور البيع فى بيع نفسه سواء كان جائز التصرف فى النصف الآخر كما فى صورته الولايه و الوكاله أو لم يكن جائز التصرف و بالجمله المثال فى الأجنبى و غيره واحد فلا وجه للتفريق بوجه فافهم كان الفراغ من تسويد هذه الصحائف يوم الأحد ٢ شهر شعبان سنه ١٣٧٤ و يتلوه أن شاء الله تعالى المجلد الخامس.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
الغمامة
اصبحان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

