



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للعلوم



عمر
عليه السلام

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

مَهَلِكُ الْقُلُوبِ

وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ

أَلَيْسَ

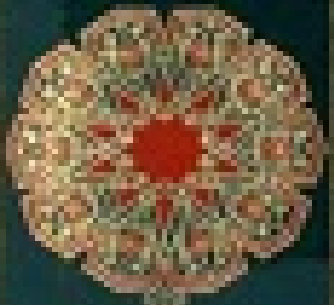
فِيهَا الْعَجَبُ

لِلْحَقِّ وَالْقَدِيمِ وَالْمُعْجَبِ

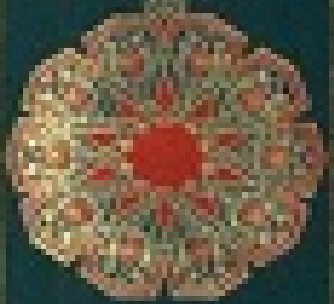
الْقَدِيمِ وَالْحَقِّ وَالْمُعْجَبِ

أَلَيْسَ

فِيهَا الْعَجَبُ



مَهَلِكُ الْقُلُوبِ
وَاللَّيْلُ كَالنَّجْمِ
وَالنَّجْمُ كَاللَّيْلِ
أَلَيْسَ فِيهَا الْعَجَبُ
لِلْحَقِّ وَالْقَدِيمِ
وَالْمُعْجَبِ



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

منهاج الفقاهه: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم

كاتب:

محمد صادق روحانى

نشرت فى الطباعة:

انوار الهدى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٩	منهاج الفقاهة: التعليق على مكاسب الشيخ الاعظم المجلد ٤
٩	اشارة
٩	الجزء الرابع
٩	[مقدمة المؤلف]
١٠	[تتمة كتاب البيع]
١٠	[تتمة الكلام في شروط المتعاقدين]
١٠	مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
١٠	اشارة
١٠	بيع الفضولى
١٠	اشارة
١٣	[صور بيع الفضولى]
١٣	اشارة
١٣	فهنا مسائل ثلاث:
١٣	الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك
٣٢	المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك (١)
٣٤	المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولى لنفسه (٣)
٤٩	القول فى الإجازة و الرد
٤٩	أما الكلام فى الإجازة،
٤٩	اشارة
٤٩	اما حكمها
٧٠	و ينبغى التنبيه على امور:
٨٢	و أما القول فى المجيز

- ١١٣ و أما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون بيان امور: -
- ١١٤ الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل (١)
- ١١٦ الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و أما العقد الواقع على عوضه، (٢)
- ١٢٤ مسألة في أحكام الرد: (١)
- ١٢٤ اشارة
- ١٢٦ حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري
- ١٢٩ [مسائل متفرقة]
- ١٢٩ مسألة: لو لم يجز المالك، فان كان المبيع في يده فهو، و إلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه (١)
- ١٢٩ اشارة
- ١٢٩ فههنا مسألتان:
- ١٥١ مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه،
- ١٥٥ مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار،
- ١٦٠ مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمان واحد (١)
- ١٦٢ مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء (١)
- ١٦٢ اشارة
- ١٦٤ اعتبار العدالة
- ١٦٦ اعتبار المصلحة في التصرف
- ١٦٨ مشاركة الجد للأب
- ١٧٠ [من جملة أولياء التصرف الحاكم]
- ١٧٠ اشارة
- ١٧٠ للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة:
- ١٩٤ مسألة في ولاية عدول المؤمنين (١)
- ١٩٤ اشارة
- ١٩٦ اشتراط العدالة

- ٢٠٢ مزاحمة الولي
- ٢٠٤ توضيح الآية الشريفة
- ٢١١ نقل العبد المسلم الى الكافر
- ٢١١ نقل المصحف الى الكافر
- ٢١١ القول في شرائط العوضين: (١)
- ٢١١ [مسألة من شروط العوضين المالية]
- ٢١١ اشارة
- ٢١١ بيان حقيقة المال و الملك
- ٢١٣ بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين
- ٢١٥ اقسام الارضين و احكامها.
- ٢١٥ اشارة
- ٢١٦ فالأقسام اربعة لا خامس لها.
- ٢١٦ الأول: ما يكون مواتا بالأصالة
- ٢١٩ الثاني: ما كانت عامرة بالأصالة
- ٢٢١ الثالث: ما عرض له الحياة بعد الموت
- ٢٢٢ الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة،
- ٢٢٤ الارض المفتوحة عنوة
- ٢٢٥ اشارة
- ٢٣٠ ما ينفصل من المفتوحة عنوة
- ٢٣١ [مسألة من شروط العوضين كونه طلقاً]
- ٢٣١ اشارة
- ٢٣٣ مسألة لا يجوز بيع الوقف
- ٢٣٣ اشارة
- ٢٣٨ الوقف قد يكون تمليكا و قد يكون فكا

- ٢٤٢ فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و اخرى في المنقطع.
- ٢٤٢ [الوقف المؤبد]
- ٢٤٢ اشارة
- ٢٤٥ بيع الوقف مع عدم كونه ملكا
- ٢٤٩ فاعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:
- ٢٧٧ الوقف المنقطع
- ٢٨٢ مسألة: و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا (١)
- ٢٨٢ اشارة
- ٢٨٢ بيع العين المرهونة
- ٢٨٧ بيان فائدة اجازة المرتهن
- ٢٨٩ حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن
- ٢٩٢ تعريف مركز القائمة باصفهان للتمريرات الكمبيوترية

[تتمة كتاب البيع]

[تتمة الكلام في شروط المتعاقدين]

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

إشارة

(١) فعقد الفضول لا يصح اي لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم. وهذا مراد من جعل الملك و ما في حكمه شرطا، ثم فرع عليه بأن بيع الفضولي موقوف على الاجازة، كما في القواعد، فاعترض جامع المقاصد عليه بأن التفريع في غير محله، لعله في غير محله، و كيف كان، فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولي التي هي من اهم المسائل، فنقول: اختلف الاصحاب و غيرهم في بيع الفضولي بل مطلق عقده بعد اتفاهم على بطلان ايقاعه (٢) كما في غاية المراد على اقوال

بيع الفضولي

إشارة

(١) قوله و من شروط المعتقدين ان يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع. و تنقيح القول بالبحث في مواضع و قبل الشروع فيها لا بد من التنبيه على جهات:
الاولى: ان الكلام في المقام ليس في ترتب اللزوم على عقد الفضولي و عدمه، بل في صحته الفعلية و عدمها، و انه هل يترتب عليه الاثر ام لا؟ فما في المكاسب من تفسير عدم صحته بعدم ترتب اللزوم على عقده كانه سهو من قلمه الشريف.
(٢) الجهة الثانية: ان المصنف قدس سره ارسل عدم جريان الفضولي في الايقاعات ارسال المسلمات، و نقل دعوى الاجماع عليه من غاية المراد.
و الحق ان يقال: انه ان بنينا على بطلان الفضولي على القاعدة في العقود و خرجنا عنها لدليل خاص فلا يصح ايقاع الفضولي لعدم الدليل.

و أما بناء على صحته مع الاجازة على القاعدة فلا وجه لما افاده، و ذلك لانه لم يذكر دليلا على بطلان ايقاعه عموما سوى الاجماع. و يرد عليه: اولاً: انه غير ثابت، بل المتتبع يقف على شواهد يطمئن بعدمه، فان ظاهر جمع منهم و صريح آخرين البناء على صحته مع الاجازة في جملة من الموارد كالوصية بما زاد على الثلث بناء على انها ايقاع، و عتق الرهن العبد المرهون، و عتق منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦

و المراد بالفضولي (١) كما ذكره الشهيد هو الكامل الغير المالك للتصرف و لو كان غاصبا. و في كلام بعض العامة انه العاقد بلا اذن من يحتاج الى اذنه، و قد يوصف به نفس العقد و لعله تسامح و كيف كان فيشمل العقد الصادر من الباكرة الرشيدة بدون اذن الولي، و من المالك إذ لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال، كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولي بما دل على المنع من نكاح الباكرة بغير اذن وليها، و حينئذ فيشمل بيع الرهن و السفية و نحوهما، و بيع العبد بدون اذن السيد، و كيف كان فالظاهر

المرتتهن اياه و غير ذلك من الموارد، و لذا قال في الجواهر: بل عرفت مما قدمناه جريانه في العقود و غيرها من الافعال كالتقبض و نحوه و الاقوال التي رتب المشارع عليها الاحكام الا ما خرج بالدليل كما اومئ إليه في شرح الاستاد.

و ثانيا: انه لو ثبت فليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم فلا يستند إليه
(١) الثالثة: ان الفضول جمع الفضل، و هو فعل ما لا يعنى بالشخص و لا يهّمه،

و الفضول من الجموع التي جاءت بمعنى المفرد إذا استندت الى الشخص، فهو يطلق على من يعمل عملا لا يهّمه و غير مربوط به. و ليس له في الاصطلاح معنى خاص، بل هو عبارة عن يعامل معاملة لا يكون مالكا لها، اما لعدم مالكيته للعين التي هي مورد المعاملة كبيع مال الغير، أو لتعلق حق الغير بالعين كالمرهون، أو لمنع الشارع عنها الا باذن شخص خاص كنكاح بنت الاخ، حيث انه يعتبر في صحته اذن عمته لو كانت زوجته.

و يترتب على ما ذكرناه امران:

احدهما: ان الاولى التعبير ببيع الفضولي بنحو الاضافة لا البيع الفضولي بنحو التوصيف.

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧

شموله لما إذا تحقق رضاء المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول اذن منه صريحا أو فحوى (١) لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف، و مسلطا عليه بمجرد علمه برضاء المالك. و يؤيده اشتراطهم في لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا و فرعوا عليه بيع الفضولي.

و يؤيده ايضا استدلالهم على صحة الفضولي بحديث عروة البارقي مع ان الظاهر علمه برضاء النبي صلى الله عليه و آله بما يفعله، و ان كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه عن ظاهر الاصحاب عدم توفقه على الاجازة اللاحقة، بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد،

(١) هذه هي الجهة الرابعة: و هي انه هل يشمل عقد الفضولي العقد المقرون برضا المالك من دون اذن منه صريحا أو فحوى كما هو المنسوب الى ظاهر الاصحاب.

ام لا يشمله بل يكفي مجرد رضاه فى صحة العقد و ترتب اثره كما اختاره المصنف قدس سره،

ام يفصل بين ما إذا كانت الاجازة لتحقق استناد العقد الى من يملك التصرف حتى يكون العقد عقده فلا يكفي، و بين ما إذا كانت لجهة اخرى كالعين المرهونة إذا باعها مالكاها،

فان اجازة المرتتهن ليست لاجل تحقق استناد العقد إليه بل لان العين وثيقته كما اختاره السيد الفقيه. و جوه، و قد استدلل للثاني بوجوه:

الأول: عموم وجوب الوفاء بالعقود «١».

و اورد عليه جمع منهم المحقق النائيني قدس سره: بان مقابلة الجمع بالجمع تقتضى التوزيع،

اي كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقده، و عقد الفضولي لا يكون عقد المالك بمجرد رضاه،

لان كونه عقدا له يتوقف على مباشرة او نيابة الغير عنه بالاذن أو الاجازة بعد صدور العقد من الفضولي.

و فيه: اولاً: ان هذا لو تم لاقتضى البناء على القول الثالث لا الأول.

و ثانيا: انه لا- يتم، فان المراد من الاستناد ليس هو بنحو يصدق عليه انه اوجد العقد، لانه لا يصدق مع الاجازة، بل مع الاذن الذى حقيقته الترخيص، و اظهار الرضا

(١) المائدة، ٢.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٨

سواء علم به العاقد أو انكشف بعد العقد حصوله حينه أو لم ينكشف اصلا، فيجب على المالك فيما بينه و بين الله تعالى امضاء ما رضى به، و بترتيب الآثار عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقود و قوله تعالى: الا ان تكون تجارة عن تراض (١) و لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه (٢) و ما دل ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته، اقرار منه، و رواية عروة البارقي الآتية حيث اقبض المبيع و قبض الدينار لعلمه برضاء النبي صلى الله عليه و آله و لو كان فضوليا موقوفا على الاجازة لم يجز التصرف فى المعوض و العوض، بالقبض و الاقباض و تقرير النبي صلى الله عليه و آله له على ما فعل، دليل على جوازه، هذا مع ان كلمات الاصحاب فى بعض

به لتوقف صدقه على كون الفعل صادرا عنه بالمباشرة أو التسبيب و شىء منهما ليس فى مورد الاذن، فضلا عن الاجازة، بل المراد منه هو الاستناد، بمعنى انه عقده و يبيعه كما هو الظاهر من الآية الشريفة، فان ظاهر قوله تعالى: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ عقودكم لاما عقدتم، و عليه فهذا المعنى من الاستناد كما يتحقق بالاجازة- التى حقيقته اظهار الرضا بما وقع- يتحقق بالرضا به. و بالجملة: المعنى المصدرى لا يستند الى المجيز و لا الى الرضى، بل و لا الى الاذن، و المعنى الاسم المصدرى ينسب إليه بمجرد الرضا.

و دعوى ان الاجازة التزام بالعقد و لذا لا يصح من غير المالك بخلاف الرضا و لذا يصح رضا الأجنبي بالعقد. مردودة، لان الالتزام بالعقد لا أتصور له معنى سوى الرضا به.

و بما ذكرناه ظهر صحة الاستدلال ب) احل الله البيع، «١» و لا يرد عليه ما اورده جمع من ان البيع- لا سيما المعنى المصدرى منه- لا ينتسب الى المالك بمجرد الرضا.

(١) الثانى: مما استدل به المصنف قدس سره قوله تعالى) تجارة عن تراض «٢»

و اورد عليه بما اورده على سابقه، و الجواب الجواب.

(٢) الثالث: ما دل على انه لا يحل مال امرئ مسلم الا بطيب نفسه «٣».

(١) البقرة، ٢٧٥.

(٢) النساء، ٢٩.

(٣) راجع الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى و المستدرک ج ١ ص ٢١٢ و فروع الكافي ج ١ ص ٢٦

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٩

المقامات يظهر منه خروج هذا الفرض عن الفضولى، و عدم وقوفه على الاجازة،

مثل قولهم فى الاستدلال على الصحة ان الشرائط كلها حاصلة الا رضا المالك،

و قولهم ان الاجازة لا- يكفى فيها السكوت، لأنه اعم من الرضا و نحو ذلك، ثم لو سلم كونه فضوليا ليكن ليس كل فضولى يتوقف لزومه على الاجازة لأنه لا دليل على توقفه مطلقا على الاجازة اللاحقة، كما هو احد الاحتمالات فيمن باع ملك غيره ثم ملكه، مع انه

يمكن

و فيه: ما تقدم من انه في مقام بيان شرط الحلية التكليفية، و لا كلام في انه يشمل الرضا النفساني، مع انه انما يدل على اعتبار الرضا لا على كفايته، و الفرق واضح.

الرابع: ما دل على ان علم المولى بنكاح العبد و سكوته اقرار منه «١».

و اورد عليه جمع من الاساطين: بان السكوت عن مثل النكاح له خصوصية و هي كاشفيتها النوعية عن الرضا.

و فيه: ان هذه الخصوصية لا تنكر، الا انها لا توجب الفرق بين هذا الرضا المستكشف بالقرينة النوعية و الرضا المستكشف من قرينة خاصة.

و بالجملة: غاية ما هناك كاشفية السكوت عن الرضا، فلو لم يكن الرضا كافيا لم يكن ذلك مجديا. و بذلك يظهر صحة الاستدلال بما دل على كفاية سكوت الباكرة.

الخامس: رواية عروة البارقي، «٢» و سيأتي الكلام فيها مفصلا، و يمكن الاستدلال له مضافا الى ذلك كله بصحيح الحميري الآتي: الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكةا أو بامر أو رضا منه «٣».

فتحصل: ان الأظهر هو ما ذهب إليه المصنف قدس سره.

و بما ذكرناه ظهر مدرك القول الأول و الجواب عنه.

و دعوى ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار في باب

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠

الاكتفاء في الاجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات (١) ثم انه لو اشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد نكاحا أو بيعا، مع العلم برضا السيد، و لو لم يأذن له لعدم تحقق المعصية التي هي مناط المنع في الاخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف.

[صور بيع الفضولي]

إشارة

ثم اعلم ان الفضولي قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك، و قد يسبقه المنع

فهنا مسائل ثلاث:

الاولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك

إشارة

و هذا هو المتيقن من عقد الفضولي

و المشهور الصحة. [و أدلتهم]

بل فى التذكرة نسبة إلى علمائنا تارة صريحا و اخرى ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذكر عقيب ذلك إن لنا فيه قولاً بالبطلان. و فى غاية المراد: حكى الصحة عن العماني و المفيد و المرتضى و الشيخ فى النهاية و سلار و الحلبي و القاضي و ابن حمزة، و حكى عن الاسكافي و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين، و بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين

العقود و الايقاعات.

مندفعة بان ذلك انما هو فى المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت. كما انه ظهر مدرک القول الاخير، فانه استدل لعدم الاكتفاء به فى معاملة غير المالك بما تقدم، و لكفايته فى معاملة المالك بان اعتبار اجازة ذى الحق ليس لاجل تحقق الاستناد بل لاعتبار رضاه، و قد عرفت الجواب عنه.

(١) و فيه ان اكتفينا فى الاجازة بالرضا اكتفينا به فى الاذن بطريق اولي

بيع الفضولى للمالك مع عدم سبق المنع

إذا عرفت هذا فاعلم: ان الفضولى قد يبيع للمالك، و قد يبيع لنفسه، و على الأول فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع فها هنا مسائل ثلاث:

الأولى: ان يبيع للمالك مع عدم سبق منع من المالك، و هذا هو المتيقن من عقد

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١١

لعموم ادلة البيع و العقود (١) لأن خلوه عن اذن المالك لا يوجب سلب اسم العقد و البيع عنه، و اشتراط ترتب الاثر بالرضا و توقفه عليه ايضا لا مجال لإنكاره، فلم يبق الكلام الا فى اشتراط سبق الاذن، و حيث لا دليل عليه، فمقتضى الاطلاقات عدمه، و مرجع ذلك كله الى عموم حل البيع و وجوب الوفاء بالعقد، خرج منه العارى عن الاذن و الاجازة معا، و لم يعلم خروج ما فقد الاذن و لحقه الاجازة،

الفضولى، و المشهور الصحة، بل عن التذكرة: نسبته الى علمائنا تارة صريحا و اخرى ظاهرا بقوله عندنا، الا انه ذكر عقيب ذلك: ان لنا فيه قولاً بالبطلان.

و فى المكاسب: و استقر عليه رأى من تأخر عدا فخر الدين و بعض متأخري المتأخرين كالاردبيلي و السيد الداماد و بعض متأخري المحدثين و مراد صاحب الحدائق و حيث ان القائمين بالصحة منهم من استند الى القاعدة و منهم من استند الى النص فالأقوال فى المسألة ثلاثة:

الأول: الصحة على القاعدة.

الثانى: الصحة بواسطة النص.

الثالث: البطلان.

ذهب الى كل جمع.

(١) و قد استدل المصنف قدس سره للاول: بان مقتضى العمومات (مثل) أوفوا بالعقود (و) احل الله البيع (و غيرهما ترتب الاثر على كل عقد، و قد قيد ذلك بما دل على اشتراط ترتب الاثر بالرضا و توقفه عليه، و المتيقن من ذلك الجامع بين الرضا السابق و اللاحق، فالعقد الملحق بالرضا يشك فى ترتب الاثر عليه فيرجع الى العمومات المقتضية لذلك.

وفيه: اولاً: انه بناء على ما اسسه في الاصول- من انه إذا فرض خروج بعض الافراد في بعض الأزمنة عن العموم و لم يكن لدليل ذلك العموم عموم ازمانى بعد ذلك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٢

و إلى ما ذكرنا يرجع استدلالهم بأنه عقد صدر عن اهله في محله، فما ذكره في غاية المراد: من انه من باب المصادرات لم اتحقق وجهه، لأن كون العاقد اهلاً للعقد من حيث أنه بالغ عاقل لا كلام فيه، وكذا كون المبيع قابلاً للبيع فليس محل الكلام إلا خلو العقد عن مقارنة اذن المالك و هو مدفوع بالاصل، و لعل مراد الشهيد ان الكلام في اهلية العاقد،

الزمان المخرج بالنسبة الى ذلك الفرد، لا يصح التمسك بالعموم، بل لا بد من الرجوع الى الاستصحاب- لا وجه لتمسكه بالعمومات في المقام، إذ خرج عنها العقد قبل لحوق الاجازة، لانه لم يقل احد بوجوب الوفاء عليه بان يجيزه، فبعد الاجازة يشك في انه يجب الوفاء به و يترتب عليه الاثر ام لا، فحيث انه ليس لها عموم ازمانى فلا مورد للتمسك بها بل يتعين الرجوع الى الاستصحاب المقتضى لعدم ترتب الاثر.

و ثانياً: ان الاستفادة من الادلة- بحسب المتفاهم العرفى كما تقدم- لزوم انتساب العقد و المعاملة الى المالك و ليس مفادها لزوم الوفاء بكل عقد.

و بالجملة: ان الاستفادة منها و جوب و فاء كل شخص بعقد نفسه، فليس الموضوع كل عقد كى يصح التمسك بالعموم مع عدم الانتساب، و قد اعترف قده بذلك في مبحث الاجازة، قال: ان وجوب الوفاء بالعقد تكليف الى العاقدين، و من المعلوم ان المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة الا بعد الاجازة، فلا بد من تنقيح ذلك و انه هل ينسب العقد و المعاملة الى المالك بمجرد الاجازة ام لا، و قد تقدم تقريب اضافته إليه بالاجازة في الحاشية السابقة، و حاصله: ان المعتبر انما هو استناد المسببات لا الأسباب و هى تستند إليه بالاجازة.

و على هذا البيان لا يرد ما اورده اولاً على المصنف، فان العقد قبل الاجازة لا يكون مشمولاً للعمومات، لا انه مشمول لها و خارج عنها للمخرج.

و اورد السيد الفقيه قدس سره على هذا الوجه: بان الاجازة لا تغير ما وقع عليه بحيث تنقلب النسبة، ألا ترى انه لو امر بضرب احد فضرب يصدق انه ضربه، و لكن لو ضربه احد و اطلع هو عليه بعد ذلك فرضى به لا يصدق انه ضربه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣

و يكفى في اثباتها العموم المتقدم، و قد اشتهر الاستدلال عليه بقضية عروة البارقي (١) حيث دفع إليه النبي صلى الله عليه و آله ديناراً، و قال له: اشتر لنا به شاءً للضحية، فاشترى به شاتين، ثم باع احدهما في الطريق بدينار فأثنى النبي صلى الله عليه و آله بالشاء و الدينار، فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله بارك الله لك في صفقة يمينك، فإن يبعه وقع فضولاً و ان وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولى، (٢) هذا، و لكن لا يخفى ان الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة المقرونة برضا المالك في بيع الفضولى

وفيه: ان ما ذكره قدس سره يتم في الموجودات التكوينية الخارجية كالضرب و الاسباب في باب العقود و الايقاعات، و لذا ذكرنا انها لا تستند إليه بالاجازة، و لا يتم في الموجودات الاعتبارية و هى المسببات في المقام فانها تستند إليه بالاجازة فتشملها العمومات. فتحصل: ان مقتضى العمومات صحة الفضولى.

و يمكن ان يستدل لها بالسيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع الاقدس عنها.

و أما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره في وجه الصحة بان الاجازة بنفسها انشاء من قبل المجيز فمع انشاء الاصيل هو عقد تشمله

العمومات.

فيرد عليه: انه على هذا عقد فاقد للتوالى بين الايجاب و القبول و مقدم قبوله على ايجابه فيما إذا كان الأصيل مشتريا، فالحق ما ذكرناه. ثم انه قد استدلل لصحة الفضولى بالادلة الخاصة:

(١) احدها: ما تضمن قضية عروة البارقي، المذكور فى المتن «١». فان شراءه و بيعه وقعا فضولين.

(٢) و قد افاد المصنف قدس سره انه يمكن توجيه شراءه بنحو يخرج عن الفضولية. و لم يذكر التوجيه، و افيد فيه امور: منها: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه مسبوق بالاذن الفحوى، حيث ان اذنه بشراء شاءً بدينار يقتضى اذنه و رضاه بشراء شاتين بهذا المبلغ بطريق اولى.

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٤

توضيح ذلك ان: الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه و آله بما يفعل. (١) و قد اقبض المبيع و قبض الثمن و لا- ريب ان الاقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام، لكونه تصرفا فى مال الغير، فلا بد أما من التزام إن عروة فعل الحرام فى القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه و آله. و أما من القول بأن البيع الذى يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الاجازة، بناء على كون الاجازة كاشفة و سيحىء ضعفه، فيدور الامر بين ثالث و هو جعل

و فيه: انه ان كان النبي صلى الله عليه و آله اعد دينارا لصرفه فى شراء الشاء كان هذا متينا، ولكنه صلى الله عليه و آله انما اراد شاءً واحدةً للوضعية، و معه لا سبيل الى دعوى الاذن الفحوى كما لا يخفى.

و منها: ما افاده السيد الفقيه، و هو: ان المراد جنس الشاء الصادق على الواحد و المتعدد.

و فيه: مضافا الى انه خلاف الظاهر فى نفسه، يأباه بيع عروة احدى الشاتين.

و منها: غير ذلك مما هو واضح الدفع.

و لكن يرد على الاستدلال به امران:

الأول: انه ضعيف السند، لأنه مروى من طرق العامة، و عروة لم يوثق، مضافا الى نقل الشيخ قدس سره و العلامة اياه من عرفه، و القدماء من الأصحاب لو لم يكونوا معرضين عنه لا سبيل الى دعوى عملهم به كى ينجر به ضعف السند.

الثانى: انه يحتمل ان عروة من حيث كونه معدا لخدمة النبي صلى الله عليه و آله كان و كيانا مفوضا فى امر البيع و الشراء، فلم يكن بيعه و لا شراؤه فضوليا، و حيث انه قضية فى واقعة و لا إطلاق له، فلاحتمال يسقطه عن الاستدلال.

و قد اورد على الاستدلال به المصنف قدس سره بايرادين.

احدهما:

(١) انه حيث كان عروة قبض الثمن و اقبض الشاء، و لا سبيل الى دعوى انه فعل حراما لمنافاته لتقرير النبي صلى الله عليه و آله، و لا إلى جواز التصرف فى المبيع ببيع الفضولى قبل الاجازة بناء على كونها كاشفة لا ناقلة لما سيحىء من ضعفه، و لا إلى دعوى علم عروة برضا النبي

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٥

هذا الفرد من البيع، و هو المقرون برضا المالك، خارجا عن الفضولى كما قلناه،

و رابع: و هو علم عروة برضاء النبي صلى الله عليه و آله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى

يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الامانة،

والا فالفضولي ليس مالكا ولا وكيلًا فلا يستحق قبض المال. فلو كان المشتري عالما،
فله ان يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلا. ولكن الظاهر هو اول الوجهين «الآخرين و هو القول الثالث»
كما لا يخفى خصوصا بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة. (١)
وقد تقدم ان المناط فيه مجرد المراضاة، و وصول كل من العوضين الى صاحب الآخر و حصوله عنده باقباض المالك أو غيره و لو
كان صيبا أو حيوانا، فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولي و غيره مقرونا برضاء المالكين، ثم وصل كل من العوضين الى
صاحب الآخر و علم برضاء صاحبه كفى في صحة التصرف، و ليس هذا من معاملة الفضولي لأن الفضولي صار آله في الايصال و
العبرة برضاء المالك المقرون به،

صلى الله عليه و آله باقباض ماله للمشتري حتى يستأذن، و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه
الامانة. فيتعين البناء على خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن معاملة الفضولي.
وفيه: اولًا: لا- وجه لاستظهار فساد الاحتمال الثالث، إذ لا سبيل له سوى دعوى كون المشتري جاهلا و هو غير ثابت، مع انه لو كان
جاهلا يمكن ان يكون دفع الثمن على وجه الاستئمان بان يدفعه على وجه الرضا المطلق، اى على جميع التقادير على انه ان كان مالكا
فبما انه مالك، و الا فبما انه امين نعم الشيخ قدس سره لا يحتاج الى اثبات فساده، بل مجرد
الاحتمال الرابع يسقطه عن الاستدلال.

و ثانيا: ان المعاملة المقرونة برضا المالك الفعلى خارجة عن الفضولية لا المقرونة بالرضا التقديرى، و المقام من قبيل الثانى.

(١) ثانيهما: ان الظاهر وقوع المعاملة فى مورد الرواية بنحو المعاطاة بين رسول الله صلى الله عليه و آله و مشتري الشاة، و يكون عروة
آله محضه فى ايصال العوضين،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦

و استدل له ايضا تبعا للشهيد فى الدروس (١) بصحيفة محمد بن قيس عن ابي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه
السلام فى وليدة باعها ابن سيدها و ابوه غائب،

فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه، فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر، فقال:

وليدتى باعها ابني بغير اذنى، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذى باعك
الوليدة حتى ينفذ البيع لك، فما رآه ابوه قال له أرسل ابني قال: لا و الله لا أرسل ابنيك حتى ترسل ابني فلما رأى ذلك سيد الوليدة
اجاز بيع ابنه، الحديث قال فى الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولى (٢) و ان الاجازة كاشفة و لا- يرد عليها شىء مما يوهن
الاستدلال بها، فضلا عن ان يسقطه، و جميع ما ذكر فيها

و يكفى فى صحة المعاطاة و وصول العوضين الى المالكين مع رضاهما، و ان كان الموصل غير ذى شعور.

وفيه: اولًا: ان ظاهر قوله صلى الله عليه و آله بارك الله فى صفقة يمينك التبريك فى المعاملة الصادرة منه لا على كونه آله فى
ايصال الثمن و المثمن و ثانيا: ان الكافى على فرض القول به القصد الى انشاء البيع بايصال العوض باى وجه اتفق، و ما هو موجود فى
المقام هو الرضا بالبيع الصادر من الغير فالصحيح ما ذكرناه.

(١) ثانيها صحيح محمد بن قيس المذكور فى المتن «١»

(٢) و عن الدروس: ان فيه دلالة على صحة الفضولى.

الكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في فقه الحديث.

الثانية: في دلالة على صحة الفضولي.

اما الاولى: فقد يقال انه مشتمل على احكام لا يمكن الالتزام بها، و لأجل ذلك يرد علمه الى اهله.

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العيب و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧

من الموهنات موهنة الا ظهور الرواية في تأثير الاجازة المسبوقه بالرد (١) من جهة ظهور المخاصمة في ذلك و اطلاق حكم الامام عليه السلام بتعين اخذ الجارية. و انها من المالك بناء على انه لو لم يرد البيع و جب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد (٢) و مناقشة المشتري للإمام عليه السلام و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولده و قوله حتى ترسل ابني (٣) الظاهر في انه حبس الولد و لو على قيمة يوم الولادة و حمل امساكه الوليدة على حبسها لأجل ثمنها كحبس ولدها على القيمة يتناهي قوله عليه السلام، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع الولد.

(١) منها: انه يدل على نفوذ الاجازة بعد الرد، و الاجماع قام على عدم نفوذها،

و سيأتي الجواب عن ذلك.

(٢) و منها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة و ابنها من دون تقييد بعدم الاجازة.

و فيه: انه بيان للحكم في فرض عدم الاجازة.

منها: حكمه عليه السلام باخذ الوليدة و ابنها قبل ان يسمع من المشتري دعواه، و لعله كان يدعى اذن السيد أو رضاه، فكان يتعين تكليفه باقامة البينة، و مع عدمها ان يكلف السيد بالحلف اورد الحلف كما هو الشأن في سائر موارد المخاصمات.

و فيه: انه حيث كان نقل ابى جعفر عليه السلام هذه القضية لبيان ان البيع قابل للاجازة، لم تكن وظيفته عليه السلام ببيان جميع الخصوصيات، فلعله لم يكن المشتري مدعيا للاذن أو الوكالة أو الرضا، أو انه انما حكم عليه السلام بذلك بعد تكليفه باقامة البينة.

و منها: حكمه عليه السلام باخذ الولد مع انه حر، إذ الظاهر ان الوطاء كان بالشبهة.

و فيه: ان يمكن ان يكون الاخذ لاجل تعلق حقه به من جهة كونه نماء امته، و ان ابيت عن استحقاق القيمة الا على تقدير عدم الاجازة فقد حكم عليه السلام بذلك قبل الاجازة.

(٣) و منها حكمه باخذ ابن السيد، مع ان غاية الامر كونه غاصبا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨

و الحاصل ان ظهور الرواية في رد البيع اولا مما لا ينكره المصنف (١)

الا- ان الانصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي مع قطع النظر عن الإجازة الشخصية في مورد الرواية غير قابل للانكار، فلا بد من تأويل ذلك الظاهر لقيام القرينة و هي الإجماع على اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد.

و الحاصل ان مناط الاستدلال لو كان نفس القضية الشخصية، من جهة اشتغالها على تصحيح بيع الفضولي بالاجازة بناء على قاعدة اشتراك جميع القضايا المتحدة نوعا في الحكم الشرعي، كان ظهورها في كون الاجازة الشخصية في تلك القضية مسبوقه بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار على موردها، لوجه علمه الامام عليه السلام مثل كون مالك الوليدة كاذبا في دعوى عدم الاذن للولد،

فاحتال عليه السلام حيلة يصل بها الحق

و فيه: انه لاجل صيرورته سببا لتلك الخسارة و غاصبا للثمن لا مانع من ذلك للتوصل به الى حقه.
و منها: تعليمه عليه السلام اياه الحيلة، مع ان وظيفة الحاكم ليست ذلك.

و فيه: اولاً: انه لم يثبت كون ذلك قضاؤه، بل لعله كان جواباً عن المسألة و بياناً للحكم الشرعي.
و ثانياً: لم يدل دليل على عدم جواز تعليم الحيلة.

و أما الثانية: فقد اورد على الاستدلال به على صحة بيع الفضولي.

(١) بانه ظاهر في تأثير الاجازة المسبوقة بالرد، و هو خلاف الاجماع و الكلام في ذلك يقع في موردين:
الأول: في ظهوره في ذلك.

الثاني: في انه على فرض الظهور هل يمنع من الاستدلال به على صحة الفضولي ام لا؟ اما الأول: فقد استند المصنف قدس سره في دعواه تلك الى امور:

احدها: اطلاق حكمه عليه السلام بتعين اخذ الجارية و ابنها من المالك، إذ لو لم يكن رادا للبيع و جب تقييد الاخذ بصورة اختيار الرد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩

الى صاحبه. اما لو كان مناط الاستدلال ظهور سياق كلام الامير عليه السلام في قوله: خذ ابنه حتى ينفذ لك البيع، و قول الباقر عليه السلام في مقام الحكاية، فلما رأى ذلك سيد الوليدة اجاز بيع ابنه، في ان للمالك ان يجيز العقد الواقع على ملكه و ينفذه (١) لم يقدح في ذلك ظهور الاجازة الشخصية في وقوعها بعد الرد، فيؤول ما يظهر منه الرد بارادة عدم الجزم بالإجازة و الرد، أو كون حبس الوليدة على الثمن أو نحو ذلك، و كأنه قد اشتبه مناط الاستدلال على من لم

و فيه: انه مع عدم الاجازة يكون الحكم ذلك ايضاً، فلعله كان مردداً في الرد و الاجازة فحكم عليه السلام باخذهما ما لم يجز.
ثانيها: ظهور المخاصمة في ذلك.

و فيه: انها ظاهرة في كراهة البيع لا- في الرد الذي هو حل للعقد و رفع له، و مجرد اظهار الكراهة الباطنية ليس رداً، بل يمكن منع ظهورها في ذلك ايضاً، إذ لعلها كانت لاجل استحصال ثمن الجارية الذي اخذه ابوه.

ثالثها: مناشدة المشتري للامام عليه السلام، و إلحاحه إليه في علاج فكاك ولده.

و فيه: انه حيث لم يجز البيع و استرد ماله و نماءه الى ان ينفك بآداء قيمته طلب منه عليه السلام علاجاً ليحيز البيع.

رابعها: قوله حتى ترسل ابني الظاهر في انه حبس الولد و لو على قيمة يوم الولادة.

و فيه: انه ظاهر في عدم الاجازة لا في الرد، إذ للمالك التصرف في ماله قبل الاجازة حتى على الكشف.

فتحصل: انه لا ظهور للرواية في كون الاجازة بعد الرد، فالاستدلال به على صحة الفضولي لا إشكال فيه.

و أما الثاني: فقد ذهب السيد الفقيه قدس سره الى ان الرواية تكون دليلاً على صحة الاجازة حتى بعد الرد، و لا مانع من العمل بها.

و فيه: انه خلاف الاجماع لا يمكن المصير إليه.

(١) و افاد المصنف قدس سره في وجه صحة الاستدلال به في المقام: بان هذا الخبر المتضمن لقوله عليه السلام حتى ينفذ لك البيع و قوله اجاز بيع ابنه ظاهر في ان حكم الفضولي ذلك، و عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠

يستدل بها في مسألة الفضولي أو يكون الوجه في الاغماض عنها ضعف الدلالة المذكورة، فإنها لا تزيد على الاشعار، و لذا لم يذكرها في الدروس في مسألة الفضولي، بل ذكرها في موضع آخر لكن الفقيه في، غنى منه بعد العمومات المتقدمة، وربما يستدل ايضا بفحوى صحة عقد النكاح من الفضولي في الحر و العبد الثابتة بالنص (١) و الاجماع المحكية، فإن تملك بضع الغير إذا لزم بالاجازة كان تملك ماله اولى بذلك، مضافا الى ما علم من شدة الاهتمام في عقد النكاح لانه يكون منه الولد، كما في بعض الاخبار. و قد اشار الى هذه الفحوى في غاية المراد و استدل بها في الرياض، بل قال: انه لولاها اشكل الحكم من جهة

فيتصرف في ظهور صدره في الاجازة بعد الرد ويؤول بارادة عدم الجزم بالاجازة و الرد أو غير ذلك.

و فيه: ان الظاهر من قول الأمير عليه السلام البيع ارادة البيع الخاص الذي اوقعه الابن، و صريح قول الإمام الباقر عليه السلام ذلك، فهو ظاهر في القضية الشخصية، و حيث انه على هذا لا يعمل بالخبر فيما تضمنه بحسب ظاهره، فلا بد من تأويله، و معه يصير مجملا فلا يمكن الاستدلال به.

و دعوى انه بالدلالة المطابقية يدل على صحة الفضولي في المورد، و بالدلالة الالتزامية يدل على قابلية كل فضولي للنفوذ بالاجازة، و الاجماع المشار إليه يوجب سقوط الاولى لا الثانية.

مندفعة بتبعية الدلالة الالتزامية للمطابقية وجودا و حجية. فتدبر فالحق ما ذكرناه.

(١) ثالثها النصوص «١» الواردة في النكاح الدالة على نفوذ بالاجازة.

و تقريب الاستدلال بها من وجوه:

الأول: بعموم التعليل الوارد في صحة نكاح العبد باجازة المولى - حيث علله عليه السلام بان نكاحه مشروع ذاتا و ليس معصية لله تعالى، بل انما يكون عدم

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

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١

...

نفوذه من باب كونه عصيانا للسيد فإذا اجاز جاز - فانه يدل على ان كل معاملة لا تكون غير مشروعة بذاتها كبيع الخمر و الخنزير، بل انما لا تكون نافذة لرعاية حق الغير تصح باجازة من اعتبر رضاه، فان كونها معصية لذلك الغير قابلة للزوال بسبب تبديل كراهته بالرضا. الثاني: ما افاده صاحب الجواهر قدس سره، و هو: ان ما ورد في نكاح الفضولي الدال على صحته بالاجازة باطلاقه يشمل ما إذا تضمن الصداق بيعة، كما إذا باع شخص مال زيد من عمرو فضولا بمائة دينار و تزوج له هندا بتلك الدنانير، فاطلاق تلك الاخبار يقتضى صحة هذا النكاح، و لازمه صحة البيع ايضا، و يتم في غير هذه الصورة بالاجماع المركب.

و فيه: اولاً: ان الاخبار مسوقة لبيان حكم النكاح من هذه الجهة خاصة، و لا نظر لها الى الجهات الاخرى، فلا وجه للتمسك باطلاقها.

و ثانياً: ان النكاح لعدم توقفه على المهر لان بطلان المهر لا يستلزم بطلان النكاح - لا يلزم امضاؤه في الفرض امضاء البيع و انفاذه.

الثالث: ان جملة من النصوص تدل على ان النكاح يصح بالاجازة، فإذا صح تملك البضع بالاجازة صح تملك ماله بها بالاولوية، اما لأن الأول لا عوض له بخلاف الثاني، أو لأن النكاح مبني على الاحتياط و اخرى بشدة الاهتمام، لانه يكون منه الولد. و الكلام فيه يقع في جهات:

الاولى: في ثبوت هذا الحكم في مطلق النكاح.

الثانية: فى التعدى عنه الى سائر العقود بحسب القواعد.

الثالثة: فى ان الرواية التى اشار إليها المصنف هل تمنع عن هذه الاولوية ام لا؟ اما الاولى: فعن الشيخ فى المبسوط و الخلاف: انكاره فيه من الأصل، و عن فخر المحققين ايضا ذلك، و عن أبى حمزة: اختصاصه بتسعة مواضع لوجود النص فيها منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٢

...

دون غيرها، و استشكل السيد الفقيه فى التعدى عن تلك الموارد المخصوصة، و المشهور بين الأصحاب التعدى، بل نقل الاجماع عليه غير واحد.

و الحق ان: صحة نكاح الفضولى فى الجملة مما لا ينبغى التوقف فيه لورود جملة من الأخبار «١» فى نكاح الأب لابنه، و الاخ لاخته، و العم لابن اخته، و الام لابنها، و نكاح الوصى، و غير ذلك من الموارد، و فيها الصحاح و الموثقات. و أما التعدى عن تلك الموارد الى مطلق النكاح فالظاهر ذلك، لأن غاية ما ذكر فى وجه عدم التعدى: ان موارد النصوص الواردة فى المقام ما بين ما يكون العاقد عاقدا لنفسه الا انه منوط برضا الغير، و ما بين ما يكون العاقد وليا شرعيا أو عرفيا، فالتعدى عنهما الى ما إذا كان العاقد عاقدا لغيره و لم يكن وليا يحتاج الى دليل. و لكنه فاسد، و ذلك لوجهين:

احدهما: ان من جملة تلك النصوص ما ورد فى «٢» نكاح الاخ و العم، و هما ليسا عاقدين لأنفسهما، و لا ولاية لهما عرفا ايضا. ثانيهما ان من جملتها ما ورد فى عبد مملوك بين رجلين زوجه احدهما و الآخر لا يعلم و علم به بعد ذلك، قال عليه السلام للذى لم يعلم و لم يأذن: ان يفرق بينهما، و ان شاء تركه على نكاحه «٣». و نحوه ما ورد فى جارية مملوكة بين رجلين «٤» فانهما يدلان على توقف نكاح احد الشريكين على اجازة الآخر من حيث انه تصرف ورد على ماله، و معلوم انه ليس عاقدا لنفسه و لا ولاية له عرفا و لا شرعا فإذا ثبت ذلك فى مطلق نكاح الفضولى مما لا ينبغى التوقف فيه. و أما الجهة الثانية: فالحق عدم صحة التعدى الى سائر العقود

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

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

(٣) الوسائل باب ٢٥ من ابواب نكاح العيب و الاماء.

(٤) الوسائل باب ٧٠ من ابواب نكاح العيب و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٣

الاجتماعات المحكية على المنع و هو حسن الا- انها ربما توهن بالنص الوارد (١) فى الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل و بين بيعه بالصحة فى الثانى لأن المال له عوض و البطلان فى الأول لان البضع ليس له عوض، حيث قال الامام عليه السلام فى مقام ردهم و اشتباههم فى وجه الفرق سبحانه الله ما اجور هذا الحكم و افسده، فإن النكاح اولى و اجدر ان يحتاط فيه، لانه الفرج و منه يكون الولد، الخبر.

لعدم تمامية الوجهين المتقدمين،

اما الاول: فلان فى النكاح لا يملك البضع، بل هناك تسلط محض، مع انه لا يجرى فى الهبة و الصلح فى موردها، مضافا الى ان هذه

الأولوية ظنية لخفاء المصالح المقتضية لجعل الأحكام.

و أما الثاني: فلأن الشارع الأقدس و ان اهتم بالنكاح- و هو احرى بالاحتياط- الا ان ذلك في مقام عمل المكلفين برعاية ما جعل الشارع سببا له، و في موارد الشبهات الحكمية و الموضوعية، و لا ربط لذلك بجعل الشارع، فتوسعة الشارع في اسباب النكاح لا تستلزم توسعته في اسباب البيع، بل الشارع الأقدس اعتبر في سائر العقود ما لم يعتبر في هذا العقد- كالتقاضي في الصرف و السلم- و وسع في اسباب النكاح بتشريع عقد التمتع و ملك اليمين و جواز تقديم القبول على الايجاب و جواز الاقتصار على السكوت في مقام الاذن و الرضا.

و بالجملة: اهمية النكاح ربما تستدعي التوسعة في اسبابه لئلا يقع الناس في الزنا فتحصل: ان الأظهر عدم التعدى الى سائر العقود. و أما الجهة الثالثة: فقد افاد المصنف قدس سره:

(١) انها ربما توهم بالنص الوارد في الرد على العامة الفارقين بين تزويج الوكيل المعزول و النص المشار إليه هو صحيح العلاء بن سيبان عن مولانا الصادق عليه السلام و فيه: ما اجور هذا الحكم و افسده ان النكاح احرى و احرى ان يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد «١»

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب كتاب الوكالة حديث ٢ و باب ١٥٧ من ابواب مقدمات النكاح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤

و حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط المتأكد في النكاح دون غيره، فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى (١) خلافا للعامة حيث عكسوا و حكموا بصحة البيع دون النكاح، فمقتضى حكم الامام عليه السلام ان صحة المعاملة المالية الواقعة في كل مقام تستلزم صحة النكاح الواقع بطريق أولى، و حينئذ فلا يجوز التعدى من صحة النكاح في مسألة الفضولي الى صحة البيع، لأن الحكم في الفرع لا يستلزم الحكم في الأصل، في باب الأولوية و إلا لم يتحقق الأولوية كما لا يخفى، فالاستدلال بصحة النكاح على صحة البيع مطابق لحكم العامة، من كون النكاح أولى بالبطلان، من جهة أن البضع غير قابل للتدارك بالعوض.

(١) و ذكر المصنف قدس سره ما حاصله ان مقتضى الاحتياط كون النكاح الواقع أولى بالصحة من البيع من حيث الاحتياط، فدل على ان صحة البيع تستلزم صحة النكاح بطريق أولى خلافا للعامة، و عليه فلا يجوز التعدى عما دل على صحة نكاح الفضولي الى صحة البيع.

اقول: بعد التنبيه على امرين:

الأول: ان الحكم الواقعي عدم الفرق بين النكاح و غيره في مسألة العزل مع عدم بلوغ الخبر الى الوكيل.

الثاني: ان العامة لم يكونوا معللين الفرق بين النكاح و البيع بالاحتياط، بل انما عللوه بوجه استحسانى، حيث انه عليه السلام لما سأل الراوى عما يقول العامة قال: و يقولون المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

ان الامام عليه السلام لما لم يتمكن من بيان الحكم من دون وجه، و لا من بيان بطلان ما ركنوا إليه، راعى جانب الاحتياط و اجاب بان النكاح بما انه مهم في نظر الشارع و احرى بان يحتاط فيه من غيره من العقود فيتعين فيه الاستناد الى حجة شرعية، و لا يعتمد الى القياس و الاستحسان و ما شابهما من الوجوه العلية، و قد عقبه عليه السلام بقضاء أمير المؤمنين عليه السلام الذى يكون متبعا عندهم لقوله صلى الله عليه و آله: اقضاكم على عليه السلام، و عليه فهو لا يدل على ما ذكر المصنف قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥

بقى الكلام فى وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو ابقاؤه (١) دون ابطاله، مستدلا بأنه يكون منه الولد مع ان الامر فى الفروج كالاموال دائر بين محدورين و لا احتياط فى البين، و يمكن ان يكون الوجه فى ذلك ان ابطال النكاح فى مقام الاشكال و الاشتباه يستلزم التفريق بين الزوجين على تقدير الصحة واقعا، فيتزوج المرأة و يحصل الزنا بذات البعل بخلاف ابقائه، فإنه على تقدير بطلان النكاح لا يلزم منه الا و طى المرأة الخالية عن المانع، و هذا أهون من و طى ذات البعل.

فالمراد بالأحوط هو الأشد احتياطاً.

و كيف كان، فمقتضى هذه الصحيحة انه إذا حكم بصحة النكاح الواقع من الفضولى لم يوجب ذلك التعدى الى الحكم بصحة بيع الفضولى، نعم لو ورد الحكم بصحة البيع امكن الحكم بصحة النكاح، لأن النكاح اولى بعدم الابطال كما هو نص الرواية، ثم ان الرواية و ان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى (٢) الا ان المستفاد منها قاعدة كلية هي ان امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس الذى هو مبنى الاستدلال فى مسألة الفضولى هذا.

و بما ذكرناه: ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه قدس سره فى المقام فى الرد على المصنف قدس سره، و حاصله: انه عليه السلام بصدد الرد على العامة الجاعلين حكمه الحكم الاحتياط،

و انه ليس كذلك و الا كان النكاح اولى بان يحتاط فيه، و ان الاحتياط لو كان مقتضيا للصحة فى البيع ففى النكاح بالاولوية.

فانه يرد عليه: ما عرفت من ان العامة لم يجعلوا حكمه الحكم الاحتياط.

(١) قوله ببقى الكلام فى وجه جعل الامام عليه السلام الاحتياط فى النكاح هو ابقائه.

و فيه ان الامام عليه السلام لم يحكم بابقاء النكاح لكونه على طبق الاحتياط، و انما اعترض على العامة حيث حكموا بصحة بيع المعزول الجاهل بالعزل و بطلان النكاح.

(٢) قوله ثم ان الرواية و ان لم يكن لها دخل بمسألة الفضولى و ذلك من جهة اختصاص موردها بما وقع بعنوان الوكالة و لو باعتقاد العاقد.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٦

ثم انه ربما يؤيد صحة الفضولى بل يستدل عليها، بروايات كثيرة وردت فى مقامات خاصة، مثل موثقه جميل عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل دفع الى رجل مالا ليشتري به ضربا من المتاع مضاربة فاشترى غير الذى امره، قال: هو ضامن و الربح بينهما على ما شرطه و نحوها غيرها الواردة فى هذا الباب فإنها ان اقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الاجازة، كما نسب الى ظاهر الاصحاب و عد هذا خارجا عن بيع الفضولى بالنص، كما فى المسالك و غيره، كان فيها استثناس لحكم المسألة من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا فى نقل مال المالك إلى غيره (١)

و إن حملناه على صورة رضاء المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح، كما هو الغالب،

و بمقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دل على اعتبار رضاء المالك فى نقل ماله،

و النهى عن أكل المال بالباطل اندرجت المعاملة فى الفضولى و صحتها فى خصوص المورد، و ان احتمال كونها للنص الخاص، الا

(١) و حاصل ما افاده المصنف فى هذه الاخبار: «١» انه ان قلنا بعدم لزوم الاجازة فى صحة المعاملة المزبورة كانت هى مما يستأنس به للحكم فى المقام لاشتراكهما فى عدم لزوم الاذن السابق، و ان قلنا بلزومها فى صحتها كانت دليلا على جريان الفضولى فى العقد السابق و صحتها فى المورد الخاص. و ان احتمال كونها للنص الخاص الا انها لا تخلو عن تأييد للمطلب.

و في كلا شقى كلامه نظر:

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

و أما الثانى: فلأنه ان بنينا على صحة ما صدر بالاجازة كان اللازم كون تمام الربح للمالك، إذ تقسيم الربح انما يكون من آثار المضاربة المفروض بطلانها، و البائع اما ان

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧

انها لا تخلو عن تأييد للمطلب و من هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم و ان الربح لليتم (١) فإنها ان حملت على صورة اجازة الولي، كما هو صريح جماعة تبعاً للشهيد كان من افراد المسألة (٢) و ان عمل باطلاقها، كما عن جماعة ممن تقدمهم، خرجت عن مسألة الفضولي لكن يستأنس لها بالتقريب المتقدم، و ربما احتتمل دخولها في المسألة من حيث ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة (٣) فتأمل.

يستحق اجرة لان عمل المسلم محترم، أو لا يستحق لانه عمل من دون امر.

و الحق ان يقال: ان نصوص الباب محمولة على صورة الاشتراط لا التقييد، اى اشتراط المالك على العامل ان لا يشتري الا الجنس الفلانى.

و عليه فإذا تخلف الشرط و اشترى غير الذى امر به فان خسر فيه كان عليه الضمان لمخالفته للمالك، و لانه لا محالة يرد العقد.

و ان ربح فيه فلا محالة لا يفسخ المالك المضاربة فيكون الربح بينهما. و بهذا يظهر ان النصوص موافقة للقاعدة و اجنبية عن المقام.

و ان ابيت عن كون ذلك مما تقتضيه القاعدة فلا مانع من الالتزام به للنصوص الخاصة الواردة في المقام.

(١) قوله و من هذا القبيل الاخبار الواردة في اتجار غير الولي في مال اليتيم.

و ما افاده المصنف قدس سره في وجه ادخال المسألة في الفضولي امران.

(٢) الاول: انها تحمل على صورة اجازة الولي.

(٣) الثانى: ان الحكم بالمضى اجازة الهية لاحقة للمعاملة.

و يرد على الاول: انه ليس في النصوص ما يستفاد منه ارادة معاملة غير الولي، بل ظاهر بعضها و صريح آخر معاملة الولي، مع انه ليس فيها ما يشهد باجازة الولي.

و يرد على الثانى: ان التاجر ان كان مأذوناً من قبل الله تعالى لا تكون معاملته فضولية، و الحق اختصاصها بصورة معاملة الولي، و تكون اجنبية عن مسألة الفضولي

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨

و ربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم (١) الواردة في العبد المأذون، الذى دفع إليه مال ليشتري به نسمة و يعتقه، أو يحجه عن ابيه، فاشترى اياه و اعتقه، ثم تنازع مولى المأذون و مولى الأب و ورثته الدافع، و ادعى كل منهم انه اشتراه بماله،

فقال أبو جعفر عليه السلام يرد المملوك رقا لمولاه، و أى الفريقين اقاموا البينة بعد ذلك على انه اشتراه بماله كان رقا له، الخبر. بناء على انه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع لم يكن مجرد دعوى الشراء، بالمال و لا إقامة البينة عليها كفاية في تملك المبيع.

و مما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي (٢) عن الرجل يشتري ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا، فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى ان يقبله الا بوضيعة،

قال: لا يصلح له أن يأخذ بوضيعة، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهرة إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه و يمكن التأيد له

(١) قوله و ربما يؤيد المطلب ايضا برواية ابن اشيم الواردة في العبد «١».

ما يتوهم ان يكون مؤيدا للمطلب حكمه عليه السلام بكون العبد لورثة الميت إذا اقاموا البيعة، و أما بالنسبة الى مولى العبد فالظاهر انه كان ماذونا من قبله، و أما بالنسبة الى مولى الاب فالمعاملة باطلة بلا كلام، و الظاهر من الرواية كون الورثة راضين بالمعاملة و آذنين اياه فيها، و عليه فتخرج عن محل الكلام.

(٢) قوله و مما يؤيد المطلب ايضا صحيحة الحلبي «٢» عن رجل يشتري ثوبا.

فان الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهرة الا على صحة بيع الفضولي.

وفيه: أنه لا ينطبق عليها إذ الحكم بفساد الاقالة في الفرض المستلزم لكون المعاملة الثانية فضوليّة لازمه الاستحالة من المشتري الأول لا الحكم برد ما زاد و عدم الفرق بين البيع بالازيد و بالمساوي و بالانقص، و لا يبعد دعوى ان الرواية ظاهرة في كراهة الاقالة بالوضيعة كما ذهب إليها ابن الجنيد و استحباب رد ما زاد، فتكون اجنبية عن المقام

(١) الوسائل باب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان من كتاب التجارة حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١٧ من أبواب احكام العقود من كتاب التجارة حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩

ايضا بموثقة عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالاجر، فيدفع إليه الورق فيشترط عليه انك تأتي بما تشتري، فما شئت اخذته و ما شئت تركته، فيذهب ليشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول خذ ما رضيت ودع ما كرهت، قال لا بأس (١) الخبر.

بناء على الاشارة من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه، و لا ينافي هذا الاحتمال، فرض السمسار في الرواية ممن يشتري بالاجر، لأن توصيفه بذلك باعتبار اصل حرفته و شغله، لا بملاحظة هذه القضية الشخصية، و يحتمل ان يكون لصاحب الورق باذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة، فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره، و يحتمل ان يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس في مورد الرواية ظهور في اذن صاحب الورق السمسار، على وجه ينافي كونه فضوليا، كما لا يخفى، فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه، و حكم الامام عليه السلام بعدم البأس من دون استتفصال عن المحتملات، افاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

و ربما يؤيد المطلب بالاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون اذن مولاه (٢) معللا بأنه لم يعص الله، و انما عصى سيده، و حاصله ان المانع من صحة العقد، إذا كان لا يرجي زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا، و هو عصيان الله تعالى. و أما المانع الذي يرجي زواله كعصيان السيد، فبزواله يصح العقد، و رضا المالك من هذا القبيل،

(١) قوله بموثقة «١» عبد الله عن ابي عبد الله عليه السلام عن السمسار بناء على ان الاشارة من السمسار يكون فضوليا عن صاحب الورق، فيتخير ما يرد و يرد ما يكره.

و لكن الظاهر من الخبر كون الاشارة لصاحب الورق مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره.
(٢) و أما الاخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد فقد مر الكلام فيها مفصلا فلا نعيد

(١) الوسائل باب ٢٠ من أبواب احكام العقود حديث ٢ و الراوى عبد الرحمن بن أبى عبد الله لا عبد الله.
منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠

فانه لا يرضى اولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فانه يستحيل رضاه.
هذا غاية ما يمكن ان يحتج و يستشهد به للقول بالصحة، و بعضها و ان كان مما يمكن الخدشة فيه، الا ان فى بعضها الآخر غنى و كفاية.

و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة: (١)
اما الكتاب فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد، على ان غير التجارة عن تراض أو التجارة لاعن تراض غير مبيح، لأكل مال الغير، و إن لحقها الرضا. و من المعلوم ان الفضولى غير داخل فى المستثنى، و فيه ان دلالة على الحصر ممنوعه (٢) لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين، ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو

ادلة بطلان بيع الفضولى و الجواب عنها.

اشارة

(١) و قد استدلل للبطلان بالأدلة الأربعة.

اما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾

﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ «١» بدعوى انه دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على ان غير التجارة و التجارة لاعن تراض غير مبيح لأكل مال الغير و ان لحقها الرضا، و من المعلوم ان الفضولى غير داخل فى المستثنى.
و قد اجابوا عن الاستدلال به باجوبة.

الأول: انه لا مفهوم له، و قد اشبعنا الكلام فى ذلك فى اول مبحث الاكراه و المعاطاة.

(٢) و عرفت انه لا يدل على الحصر لان الاستثناء منقطع غير مفرع و هو لا يفيد الحصر.

الثانى: ان التجارة التى هى اسم للمسبب لا السبب انما تكون تجارة للمالك

(١) النساء: ٢٩

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣١

مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيده فائدة اخرى (١) لكونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه و فى قوله تعالى: (و ربائبكم اللاتى فى حجوركم مع احتمال ان يكون عن تراض خبرا بعد خبر ليكون على قراءة نصب التجارة لا-قيدها (٢) و ان كان غلبه توصيف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الاكل تجارة و يكون عن تراض.

و من المعلوم ان السبب الموجب لحل الأكل فى الفضولى انما نشأ عن التراضى،

مع ان الخطاب لملاك الاموال و التجارة فى الفضولى، انما يصير تجارة المالك بعد الاجازة، فتجارته عن تراض. و قد حكى عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم، أن معنى التراضى بالتجارة امضاء البيع بالتصرف أو التنازل بعد العقد، و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبرا بعد خبر.

بعد الاجازة، فتكون عن تراض و قد مر فى اول مبحث الفضولى تمامية ذلك ايضا.

(١) قوله مع تسليمه مخصوص بما اذا لم يكن للقيد فائدة اخرى.

و يرد عليه انه لو سلم سياق التحديد لم يكن مناص من تسليم الدلالة على المفهوم و لم يكن مورد لحمل القيد على الغالب.

(٢) الثالث: انه يحتمل ان يكون) عن تراض (خبرا بعد خبر، ليكون على قراءة نصب التجارة لا قيادا لها.

و حاصله: انه يحتمل ان يكون اسم كان مقدرًا و هو سبب الاكل، و يكون له خبران:

الأول: تجارة، الثانى:

عن تراض. و لكن لا بنحو الاستقلال بل بنحو الاشتراك، كما فى قولنا: الرمان حلو حامض فيكون مفاده سببية التجارة و التراضى، و هى متحققة فى بيع الفضولى.

وفيه: انه لا- يحتمل ذلك مع التعبير بحرف المجاوزة، إذ السبب لو كان هو المجموع لما كان منبعثًا عن التراضى و ان كان خصوص

التجارة لزم قيديّة التجارة بصدورها عن التراضى، و ان كان غيرهما لزم عدم كون السبب هو التجارة و التراضى و هو خلف، مع انه

على فرض قراءة التجارة بالرفع يتعين التقييد، إذ احتمال كونه خبرا و الاسم هو التجارة،

يدفعه ان لازمه تعريف التجارة فالصحيح هو الأولان.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٢

و أما السنة فهى اخبار

منها: النبوى المستفيض (١) و هو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام لاتبع ما ليس عندك، فان عدم حضوره عنده كناية عن

عدم تسلطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوقا للنبوى الآخر لا بيع الا فيما يملك، بعد قوله صلى الله عليه و آله لا طلاق الا فيما

يملك و لا عتق الا فيما يملك، و لما ورد فى توقيع العسكرى الى الصفار لا يجوز بيع ما ليس يملك.

و ما عن الحميرى أن مولانا عجل الله فرجه، كتب فى جواب بعض مسائله أن الضيعة لا يجوز ابتياعها الا عن مالكةا أو بامرہ أو رضا

منه، و ما فى الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد فى ارض بقم النيل اشتراها رجل، و اهل الأرض يقولون هى ارضنا و اهل الاسناف

يقولون هى من ارضنا، فقال: لا تشتريها الا برضاء اهلها.

(١) و أما السنة فهى اخبار،

منها: النبوى المستفيض، و هو قوله صلى الله عليه و آله لحكيم بن حزام: لاتبع ما ليس عندك «١».

لا يخفى ان اقصية النبوى صلى الله عليه و آله المذكورة فى كتب العامة مجتمعة عن عبادة بعينها مروية عن طريقنا برواية عقبه متفرقة

على حسب تفرق الابواب، و عليه فهذا النبوى مروى عن طريقنا و عن طرق العامة، فلا سبيل الى الخدشة فى سنده هذا بحسب السند.

مع ان هذا المضمون موجود فى جملة من الاخبار: كخبر سليمان بن صالح عن مولانا الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه و

آله «٢» و خبر الحسين بن زيد عنه عليه السلام عن آباءه فى مناهى النبى صلى الله عليه و آله «٣».

و أما من حيث الدلالة: فما قيل أو يمكن ان يقال فى الجواب عن الاستدلال به- و ما يساوقه من النبوى الآخر: لا بيع الا فيما يملك،

«٤» و التوقيع: لا يجوز بيع ما ليس يملك «٥» - للبطلان امور.

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

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

(٣) نفس المصدر حديث ٥.

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

(٥) الوسائل باب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣

و ما فى الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضل فى رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم فكتب إليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيهما المال ام يمنعها، قال: قل يمنعها اشد المنع، فانها باعت ما لم تملكه، و الجواب عن النبوى اولاً ان الظاهر من الموصول هو العين الشخصية للاجماع و النص على جواز بيع الكلى، و من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين، و حينئذ فاما ان يراد بالبيع مجرد الانشاء،

فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولى لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد اجازته.

و أما ان يراد ما عن التذكرة: من أن يبيع عن نفسه، ثم يمضى ليشتريه من مالكه،

قال: لأنه صلى الله عليه و آله ذكره جواباً لحكيم بن حزام حيث سأله عن ان يبيع الشىء فيمضى و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز، و لا نعلم فيه خلافاً للنهى المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها، انتهى.

الأول: انها لمعارضتها مع النصوص الكثيرة الدالة على جواز بيع ما ليس عنده، لاحظ صحيحى عبد الرحمن بن الحجاج عن مولانا الصادق عليه السلام، فى الأول منهما: عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده فيشتري منه حالا قال عليه السلام: ليس به باس، قلت: انهم يفسدون عندنا، قال عليه السلام: و أى شىء يقولون فى السلم؟ قلت: لا يرون به بأساً،

يقولون: هذا الى اجل فإذا كان الى غير اجل و ليس عند صاحبه فلا يصلح، فقال عليه السلام: فإذا لم يكن الى اجل كان اجود، ثم قال: لا- بأس بان يشتري الطعام و ليس هو عند صاحبه حالا و إلى اجل. الحديث، «١» و قريب منه الآخر «٢» تحمل هذه على التقيّة لتكذيبه عليه السلام فيهما للعامّة القائلين ببطلان بيع ما ليس عنده.

و فيه: ان الجمع بينهما يقتضى تخصيص هذه النصوص ببيع العين الشخصية من جهة اختصاص تلك النصوص ببيع الكلى، أو حملها على بيع كل ما خرج عن السلطنة و ان كان المبيع كان المبيع كليا كما لو باع الكلى فى ذمّة الغير.

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

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤

و هذا المعنى يرجع الى المراد من روايتى خالد و يحيى: الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه، و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع، بمجرد انتقاله إليه بالشراء،

فلا ينافى اهليته لتعقب الاجازة من المالك. و بعبارة اخرى: نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً فى حقه، فلا يدل على الغائه بالنسبة الى المالك حتى لا تنفعه باجازة المالك، فى وقوعه له، و هذا المعنى اظهر من الاول، و نحن نقول به كما سيجىء،

و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا اجاز (١)

و لعل الثانى اظهر، و تكذيبه عليه السلام للعامه يمكن ان يكون فى تطبيق بيع ما ليس عنده على بيع الكلى فى ذمه نفسه لا فى اصل الحديث.

(١) الثانى: ما افاده المصنف قدس سره بقوله: و ثانيا سلمنا دلالة النبوى على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم من الادلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكة إذا اجاز.

و فيه: انه بناء على ما استظهره المصنف قدس سره من ان المراد من البيع البيع لنفسه لاعن مالك العين، تكون النسبة عموما من وجه لأخصية النبوى من هذه الجهة، فلا وجه لتقدم تلك.

الثالث: أن الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء أ كان مملوكا له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كليا ام شخصيا، و حيث انه لا- يمكن الالتزام به تعيين حمله اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له، أو على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقربيه الأول.

و أما النبوى الآخر و التوقيع، فيحتمل ان يكون يملك فيهما مبنيا للمفعول، فلا ربط لهما بما نحن فيه.

الرابع: ان المنفى البيع لغير المالك، فتخص هذه النصوص بالمسألة الآتية، و هى ما لو باع الغاصب لنفسه، و لا ربط لها بهذه المسألة و هى البيع للمالك.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥

و بما ذكرناه من الجوابين، يظهر الجواب عن دلالة قوله لا- بيع إلا- فى ملك، فإن الظاهر منه كون المنفى هو البيع لنفسه، و ان المنفى راجع الى نفى الصحة فى حقه، لا فى حق المالك، مع ان العموم لو سلم و جب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا اجاز. و أما الروايتان: (١) فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين اوضح، و ليس فيهما ما يدل، و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا اجاز و أما الحصر فى صحيحة ابن مسلم و التوقيع، فإنما هو فى مقابلة عدم رضا اهل الأرض (٢) و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما، و توضيحه ان النهى فى مثل المقام و ان كان يقتضى الفساد، الا انه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه.

الخامس: ان النهى فى هذه النصوص لم يتعلق بانشاء البيع، إذ البيع اسم للمنشأ و المسبب لا الإنشاء كما تقدم، مع انه لا يعتبر صدور الانشاء من المالك قطعا، بل المتعلق هو حقيقة البيع، و هى بالاجازة تنتسب الى المالك، فيكون بيع ما عنده.

و بعبارة اخرى: ان الروايات على فرض دلالتها على عدم صحة بيع الفضولى تدل على عدم وقوع البيع للفضولى، و لا نظر لها الى وقوعه للمالك إذا اجاز، إذ المنفى فيها وقوع البيع لنفسه، فينتفى هذا، و هو لا يلازم عدم وقوع البيع و لو للمالك، إذ سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم، فإذا كان وقوع البيع للمالك مع اجازته مسكوتا عنه فى هذه الاخبار فيرجع فيه الى الادلة المتقدمة الدالة على الوقوع.

(١) و منها روايتا يحيى و خالد الآتيتان، «١» و يظهر الجواب عنهما مما ذكرناه فى النبوى.

و منها صحيح محمد بن مسلم «٢» و التوقيع الشريف «٣» المذكوران فى المتن.

و اجاب عنهما المصنف قدس سره بقوله.

(٢) و أما الحصر فى صحيحة محمد بن مسلم و التوقيع فانما هو فى مقابلة عدم رضا.

اهل الارض.

محصل ما افاده الماتن فى الجواب عنهما، توضيحه انه لا يستفاد من الخبرين

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب احكام العقود.

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

(٣) نفس المصدر حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦

و من المعلوم ان عقد الفضولى لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه، و لذا يطلق عليه الباطل فى عباراتهم كثيرا.
و لذا عد فى الشرائع من شروط المتعاقدين، اعنى شروط الصحة كون العاقد مالكا أو قائما مقامه، و ان ابيت الا عن ظهور الروايتين فى لغوية عقد الفضولى رأسا و جب تخصيصها بما تقدم من ادلة الصحة.
و أما رواية القاسم بن فضل فلا دلالة فيها، إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولى، لأنه باع ما لا يملك، و هذا حق لا ينافى صحة الفضولى.

الا النهى عن الشراء الفاقد للرضا رأسا، و هذا لا يدل على فساد عقد الفضولى غير الفاقد له بلحاظ الاجازة، و لا يدل على صحته ايضا، فالنهى فيهما لا- يدل الا- على بطلان العقد الفاقد للرضا، بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود و نحن نقول به. و أما فى البيع الملحق بالرضا فيرجع الى العمومات الدالة على الصحة.

و بهذا البيان يظهر ان ما افاده فى التوضيح ليس جوابا آخر كما افاده السيد الفقيه.

و المحقق النائنى قدس سره قال: ان دلالة خبر الحميرى على صحة الفضولى اظهر، فان مقابلة الرضا بالأمر ظاهرة، فى كفاية الاجازة اللاحقة، فان الرضا المقابل للشراء عن المالك أو بامر هو الرضا اللاحق لا المقارن، فانه متحقق حين الأمر.
و فيه: ان يمكن ان يكون المراد من الرضا ما هو ظاهره، و هى الصفة النفسانية غير المبرزة التى عرفت كفايتها فى الخروج عن الفضولية فراجع.

فالحق ان يقال: ان مقتضى اطلاق الخبرين النهى عن الاشراء الا بالرضا، تقدم أو تأخر، فيدلان على صحة الفضولى لكونه داخلا فى المستثنى، مع ان المراد بالاشراء حقيقته، و هو انما يكون اشراء للمالك بعد الاجازة، فيشمله الخبر ان كان المراد بالرضا فيهما المقارن.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧

و أما توقيع الصفار (١) فالظاهر منه نفي جواز البيع فيما لا يملك، بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم. و يؤيد تصريحه عليه السلام بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك، فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكة إذا اجاز. و بالجملة فالانصاف انه لا دلالة فى تلك الاخبار باسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا اجاز، و لا تعرض فيها الا لنفي وقوعه للعاقد.

الثالث: الاجماع على البطلان (2)

ادعاه الشيخ فى الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من اصحابنا، معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم، و ادعاه ابن زهرة ايضا فى الغنية، و ادعى الحلّى فى باب المضاربة: عدم الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

و الجواب عدم الظن بالاجماع بل الظن بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء كالتقليد، و المفيد، و المرتضى، و الشيخ بنفسه فى النهاية،

التي هي آخر مصنفاة على ما قيل، و اتباعهم على الصحة. و اتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين، و بعض متأخرى المتأخرين.

(١) قوله و أما توقيع الصفار «١» فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك.

و فيه ان الجواز عبارة عن الصحة- و عدمه عبارة عن الفساد.

فالحق فى الجواب مضافا الى ما تقدم.

ان عدم الجواز لم يصف الى العقد من حيث هو بل إليه من حيث انه ممن لا- يملك فإذا اضيف الى من يملك بالاجازة لم يكن مصداقا لما حكم عليه بالفساد.

(٢) الثالث: الاجماع، و قد ادعاه غير واحد من الاساطين.

و الجواب عنه- مضافا الى معارضته بما ادعى من الاجماع على الصحة:- انه لمعلومية مدرك المجمعين لا يعتمد عليه.

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨

الرابع: ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير إلا بإذنه (1)

فإن الرضا اللاحق لا ينفع فى رفع القبح الثابت حال التصرف. ففى التوقيع المروى فى الاحتجاج: لا يجوز لأحد ان يتصرف فى مال غيره الا بإذنه. و لا ريب ان بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

و الجواب (٢) ان العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفا فيه

(١) الرابع: ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير الا بإذنه «١».

و قد اجاب المصنف قدس سره عن هذا الوجه بوجوه:

(٢) الاول: ان العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفا فيه.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: انه و ان فرض كون العقد علة تامه لحصول الآثار عرفا، لم يكن مجرد العقد تصرفا فى العين و قبيحا، فلا وجه للتقييد فى كلامه،

و مرجعه الى عدم كون التصرف الاعتبارى غير المماس بالعين تصرفا عرفا فى العين بل هو تصرف فى لسان العاقد.

وفيه: انه لو فرضنا كون الانشاء مخرجا للمال عن ملك صاحبه قهرا عليه كان ذلك تصرفا فيه و قبيحا لكونه ظلما، بل من اقبح افراده،

نعم مجرد العقد غير المؤثر فى حصول النقل و الانتقال عرفا و شرعا لا يعد تصرفا فيه لا خارجا و لا اعتبارا.

ثانيهما: ما افاده السيد الفقيه فى تعليقه، و هو: ان الفضولى انما يقصد النقل و الانتقال جدا مطلقا لا هزلا معلقا على الاجازة، و يصدق التصرف عليه عرفا.

وفيه: ان العقد غير المؤثر عرفا و شرعا و ان قصد به الجد لا يعد تصرفا لا خارجا و لا اعتبارا، اما الأول فواضح، و أما الثانى فلغرض

عدم التأثير، و مجرد تأثيره فى اعتباره لا يكفى فى صدق التصرف عرفا أو شرعا. فما افاده المصنف قدس سره تام.

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب مكان المصلى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩

نعم لو فرض كون العقد علة تامه و لو عرفا لحصول الآثار، كما في بيع المالك أو الغاصب المستقل، كان حكم العقد جوازا و منعا حكم معلوله المترتب عليه، ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره (١) مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الأذن في هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرج عن الفضولي (٢) مع أن تحريمه لا يدل على الفساد (٣) مع أنه لو دل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك (٤) و لا- ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقله، و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري بناء على أن العقد المقرون في هذا القصد قبيح محرم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد، و قد يستدل بالمنع بوجوه اخر ضعيفة

أقواها أن

(١) الثاني: انه لو فرض كونه تصرفا فما استقل العقل بجوازه مثل الاستضاءه و الاصطلاء بنور الغير و ناره. و فيه: ان الجواز في المثاليين انما يكون من جهة عدم صدق التصرف عليهما أو السيرة على الجواز، و الاعم صدق التصرف لا سبيل الى دعوى استقلال العقل بجواز التصرف.
(٢) الثالث: انه قد يفرض الكلام فيما لو علم الاذن في هذا من المقال أو الحال. و فيه: اولاً: ما تقدم من خروجه بذلك عن الفضولية، و ثانيا ان المستدل يمكن ان يكون ملتزما بالصحة في خصوص هذا المورد، و الفساد في سائر الموارد.
(٣) الرابع: ان تحريمه لا يدل على الفساد. و هذا الجواب ايضا متين، و قد مر في اول الجزء الاول من هذا الشرح تحقيق القول في ذلك.
(٤) الخامس: انه لو دل على الفساد لدل على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الاثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و القائل بالصحة لا ينكر ذلك.

و فيه: ان البناء على الفساد سواء كان من جهة كون السبب تصرفا و مبغوضا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠

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

المسألة الثانية: أن يسبقه منع المالك (١)

و المشهور أيضا صحته، و حكى عن فخر الدين إن بعض المجوزين للفضولي اعتبر عدم سبق نهى المالك، و يلوح إليه ما عن التذكرة في باب النكاح من حمل النبوى: ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر. بعد تضعيف السند على انه ان نكح بعد منع مولاه و كراهته، فإنه يقع باطلا.

و الظاهر انه لا- يفرق بين النكاح وغيره، و يظهر من المحقق الثاني حيث حمل فساد بيع الغاصب نظرا الى القرينة الدالة على عدم الرضا: و هي الغصب، و كيف كان، فهذا القول

للشارع فلا سببية له، ام كان من جهة كان المسبب منها عنه و مبغوضا، ينافى مع هذا الجواب، إذ لو الغى الشارع سببية عقد الفضولي و كان كالعقد كيف يحكم بالصحة مع اجازة المالك، كما انه إذا الغى الشارع المسبب من جهة مبغوضيته فلا شيء حتى يجيزه المالك.

فتحصل: ان الحق في الجواب هو الأول و الثالث.

بيع الفضولي للمالك مع سبق المنع

(١) قوله المسألة الثانية: ان يسبقه منع المالك.

و المشهور ايضا صحته، و عن فخر الدين: ان بعض المجوزين للفضولي اعتبر

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١

لا وجه له ظاهرا عدا تخيل ان المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام، و إن العقد إذا وقع منها عنه، فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف في الرد فلا ينفع الاجازة اللاحقة (١) بناء على أنه لا- يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفى الاذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه اماره عدم الرضا، هذا،

عدم سبق نهى المالك، و هو الظاهر من المحقق الثاني.

و ملخص القول في المقام: ان صحة بيع الفضولي، اما ان تكون على القاعدة، أو تكون للاخبار الخاصة.

اما على الأول: فلا تتوقف الصحة الا على العقد و استناده الى المالك الموجودين في المقام، و لا يضر النهى السابق، و ذلك لان ما قيل في وجه مضرته امور.

(١) احدها: ان العقد إذا كان منها عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما كاف في الرد، فلا ينفع الاجازة اللاحقة.

و فيه: ان الكراهة النفسانية و ان ابرزت ليست ردا، فانه عبارة عن حل العقد و فسخه، كما ان النهى- الذي هو تسبب الى اعدام الشيء بعدم ايجاده- غير الرد.

ثانيها: ان الكراهة المتخللة بين اركان العقد كالايجاب و القبول مانعة عن تحقق المعاهدة و المعاقدة، و حيث ان منها الاجازة فالكراهة المتخللة بينها و بين العقد مانعة عن تحققها، و المفروض في المقام وجودها.

و فيه: ان الكراهة المتخللة لا تمنع عن ذلك، و لذا بنينا على صحة عقد المكره إذا لحقه الرضا.

ثالثها: ان المالك إذا نهى عن ايقاع المعاملة على ماله نهيا عاما شاملا لزمان العقد كان ذلك في قوة ان يقول: لا أرضى ان توقع العقد على مالي و لو اوقعته كان مردود أو باطلا،

فيكون ذلك انشاء للرد، غاية الأمر الانشاء متقدم على العقد، و المنشأ متأخر عنه، فلا تنفع الاجازة بعد ذلك.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢

و لكن الاقوى عدم الفرق لعدم انحصار المستند، حينئذ في رواية العروة، و كفاية العمومات مضافا الى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس (١) و جريان فحوى ادلة نكاح العبد بدون اذن مولاه مع ظهور المنع فيها و لو بشاهد الحال بين المولى و العبيد مع ان رواية اجازته صريحة في عدم قرح معصية السيد (٢) حينئذ جريان المؤيدات المتقدمة له،

و فيه: اولاً: ان النهى ليس الا التسبب الى عدم ايجاد العقد، و أما انشاء الرد بعد وجوده فليس ذلك مربوطاً بالنهى.
و ثانياً: ان ذلك من قبيل ايجاب ما لم يجب، و سيأتى عدم العبرة به.
و ثالثاً: ان وجه عدم نافية الاجازة بعد الرد هو الاجماع و المتيقن منه ما إذا كان انشاؤه بعد العقد.
فتحصل: ان الأظهر هى الصحة على القول بصحة الفضولى على القاعدة.
و أما على الثانى: فالنصوص التى سلمنا دلالتها على صحة الفضولى انما هى صحيحة محمد بن قيس، «١» و نصوص نكاح العبد المتضمنة للتعلل للصحة بانه لم يعص الله و انما عصى سيده (٢).
(١) اما صحيح قيس فقد افاد المصنف قدس سره فى وجه شموله للمقام: انه بترك الاستفصال يشمله.
و فيه: ان ظهور قوله فى مقام المخاصمة و ليدتى باعها ابنى بغير اذنى فى صورة عدم النهى لا ينكر، و الا كان يقول باعها مع نهى فهو لا يشمل المقام.
و أما نصوص النكاح: ففي المكاسب.
(٢) رواية اجازته صريحة فى عدم قدح معصية السيد.
و فيه: ان عصيان العبد لا يتوقف على العمل مع النهى عنه، بل بما ان العبد لا بد و ان تكون اعماله من اذن مولاه فإذا فعل بلا اذن منه كان خارجاً عن رسم العبودية و يعد

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

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٣

من بيع مال اليتيم و المغصوب (١) و مخالفة العامل لما اشترط عليه رب المال الصريح فى منعه عما عداه. و أما ما ذكره من المنع الباقى بعد العقد و لو آناً، فلم يدل دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الاجازة، و ما ذكره فى حلف الموكل غير مسلم، و لو سلم فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف (٢) على ما انكره فى رد البيع و عدم تسليمه له، و مما ذكرنا يظهر وجه صحة عقد المكره بعد الرضا، و ان كراهة المالك حال العقد و بعد العقد لا يقدر فى صحته إذا لحقه الاجازة.

المسألة الثالثة: ان يبيع الفضولى لنفسه (٣)

إشارة

و هذا غالباً يكون فى بيع الغاصب، و قد يتفق من غيره بزعم ملكية، المبيع كما فى مورد صحيحة الحلبي المتقدمة فى الإقالة بوضيعة

عاصياً بذلك، فالمراد من معصية السيد ايجاد العقد بلا اذن منه كما هو صريح الرواية.

و دعوى ان اطلاقها يشمل المقام.

مندفعة بانها انما وردت لبيان ان عصيان السيد من حيث هو لا يمنع عن صحة العقد بالاجازة، و أما ان نهيه هل يمنع عن تلك ام لا فالنصوص ساكتة عنه.

فالأظهر انه على القول بالصحة فى المسألة السابقة بواسطة الأخبار الخاصة لا سبيل الى البناء عليها فى المقام.

(١) قوله من بيع مال اليتيم و المغصوب اما فى بيع مال اليتيم فالمنع غير موجود سابقاً لو سلم شمول نصوصه لبيع غير الولي - و أما المغصوب فلم ينقل سابقاً دليلاً يدل على صحة بيعه.

(٢) قوله فمن جهة ظهور الاقدام على الحلف.

هذا اجتهاد في مقابل نص الفقهاء فانه نقل عنهم البناء على الانفساخ من جهة كون الحلف اماره عدم الرضا.

بيع الفضولي لنفسه

(٣) المسألة الثالثة: ان يبيع لنفسه، وهذا غالبا يكون في بيع الغاصب.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤

و الاقوى فيه الصحة وفاقا للمشهور (١) للعمومات المتقدمة بالتقريب المتقدم،

و فحوى الصحة في النكاح و اكثر ما تقدم من المؤيدات مع ظهور صحيحه ابن قيس المتقدمة، و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من

بيع الفضولي للمالك، الا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص على بيع الغاصب، و بعضها مشترك بين جميع صور المسألة.

منها إطلاق ما تقدم من النبيين: لا تبع ما ليس عندك. و لا يبيع إلا في ملك (٢)

بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه، و الجواب عنها يعرف مما تقدم من أن

و كثيرا ما يتفق في غيره كما في البيوع المبنية على الامارات و الاصول الظاهريه من اليد و اصالة الصحة و نحوهما.

و كيف كان: ففي المسألة اقوال:

(١) احدها: الصحة و هو المشهور و اختاره المصنف.

ثانيها: التفصيل بين الغاصب و غيره، كما عن ابن ادریس.

ثالثها: التفصيل في الغاصب بين علم المشتري و جهله كما عن العلامة و غيره.

ان بنينا على صحة بيع الفضولي بواسطة الاخبار الخاصة فلا وجه للبناء على الصحة في المقام، فان عمدة المستند على هذا صحيح ابن

قيس و نصوص نكاح العبد،

و شيء منهما لا يشمل المقام.

اما الأول: فلأنه لو كان الابن بائعا للوليدة لنفسه كان التنبيه عليه اولى لأنه ادخل في الانكار.

و أما الثانية: فلأن موردها و ان كان النكاح لنفسه لكن الاجازة فيها لنفسه لا لمولاه،

و أما ان بنينا على الصحة بواسطة العمومات فهي تقتضى الصحة في المقام ايضا بلا فرق،

و قد ذكروا في وجه الفرق و انه لا يمكن الحكم بالصحة في المقام امورا:

(٢) الاول: نصوص يبيع ما ليس عنده «١» بناء على ان موردها يبيع الفضولي لنفسه،

و قد مر الجواب عنها.

(١) راجع الوسائل باب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه و باب ٧ من أبواب احكام العقود.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥

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

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، و هذا غالبا مفقود في المغصوب. (١) و قد تقدم عن المحقق

الكركي ان الغصب قرينة عدم الرضا.

و فيه اولاً: ان الكلام في الاعم من بيع الغاصب.

و ثانياً: ان الغصب اماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الاجازة و تملك الثمن. فليس في

الغضب دلالة على عدم الرضا باصل البيع، بل الغاصب وغيره من هذه الجهة سواء.

و ثالثا: قد عرفت ان سبق منع المالك غير مؤثر.

و منها ان الفضولى إذا قصد الى بيع مال الغير لنفسه، فلم يقصد حقيقة المعاوضة (٢) إذ لا يعقل دخول احد العوضين فى ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر.

فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة، فحقيقته يرجع الى اعطاء المبيع واخذ الثمن لنفسه، وهذا ليس بيعا.

و الجواب من ذلك مع اختصاصه ببيع الغاصب ان قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا (٣) و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على

(١) الثانى: انه غالبا يكون منع المالك من البيع موجودا فى المغصوب.

و يعتبر عدم سبق المنع.

و فيه- مضافا الى ما عرفت من عدم اعتباره- ان المنع غير موجود فى غير المغصوب، بل و فيه ايضا إذ الغضب اماره عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا.

(٢) الثالث: أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فهو غير قاصد لحقيقة المعاوضة التى هى عبارة عن دخول العوض فى كيس من خرج المعوض عن كيسه، فقصد هذا المعنى لا يلائم مع قصد وقوع البيع لنفسه، فما يقصده هذا الفضولى ليس بيعا.

(٣) و اجاب عنه المصنف قدس سره بان البائع فى هذا المورد يجعل نفسه مالكا حقيقيا، و هذا

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٤٦

هذا الأمر الغير الحقيقى حقيقى، نظير المجاز الادعائى فى الأصول، نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثلن و لا اعتقاد له، كان المعاملة باطله غير واقعه له و لا للمالك، لعدم تحقق معنى المعاوضة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل و لم يقع له و لا لغيره، و المراد ما لو قصد تملك الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملك المثلن لأن المفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز

الجعل و ان كان لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر الادعائى حقيقى نظير المجاز الادعائى فى الاصول.

و اورد عليه بايرادين:

الاول: ما افاده السيد فى التعليقه، و هو: انه لو كان الملاك ذلك لزم البناء على الصحة فيما إذا احرز هذا البناء، إذ مع عدمه لا وجه له، و لم ينقل التفصيل عن احد.

و فيه: ان المصنف لا يدعى ان المصحح هو التنزيل حال العقد، بل يدعى ان الغاصب يجعل نفسه مالكا عدوانا، و انما يبنى بالسرقة و الغصب على ان الاضافة الملكية منسوبة إليه باعها ام لم يبيعها، فإذا باع فهو يبيع ما يراه ملكا له بعد سرقة الاضافة، و أما غير الغاصب فبناؤه على ملكية نفسه واضح.

الثانى: ما افاده المحقق الايروانى قدس سره: من انه ان ادعى ان الغاصب يقصد المعاملة للمالك الواقعى ثم يدعى انه هو هو لاجل تملك العوض فيكون له قصدان: قصد كبرى و هو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعى، و قصد صغرى و هو قصد انه المالك الواقعى.

فیرد علیه: ان الوجدان یکذب ان یکون للغاصب قصد ان، و انما له قصد واحد للمعاملة فی حق نفسه کالمالك، و ان ادعى انه یقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصححة دعواه الملكية، فیرد علیه: ان ادعائه کونه مالکا لا یصح القصد الی المعاوضة الحقيقية، فان المعاوضة المبنیة علی الادعاء لا تكون حقيقية، و کیف یکون حقیقیا ما اساسه الادعاء منهاج الفقاهة (للروحانی)، ج ٤، ص: ٤٧

و منها أن الفضولی إذا قصد البیع لنفسه (١) فإن تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافیا لصحة العقد لان معناها هو صيرورة الثمن لمالك المثلثن باجازته، و ان تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولی، فیکون النقل من المنشئ غیر مجاز، و المجاز غیر منشئ.

الظاهر ان مراده الثانى، و یمکن ان یدفع هذا الایراد بان المراد بالمعاوضة الحقيقية هو اعتبار البائع نفسه ملكیة المشترى للمعوض بازاء ملكيته للثمن، فطرفاها امران اعتباریان، و علیه فلا مانع من ابتناء هذه المعاوضة علی الادعاء و بناء البائع علی كونه مالکا. و قد اجاب عن الاشكال السيد الفقيه قدس سره: بان حقيقة البیع لیست الا مبادلة مال بمال من غیر نظر الی كونه لنفسه أو لغيره، و هذا المعنى موجود فى بیع الغاصب، و قصد كونه لنفسه خارج عن حقیقته و لا ینافیہ ایضا. و فیه: - مضافا الی تصریحه قدس سره فى اول كتاب البیع بان البیع لیس مبادلة بل تملیک و تملك بعوض: - ان حقيقة المبادلة لا تتم الا بلحاظ شىء آخر، و هو فى المقام الملكية،

و قصد المبادلة فى الملكية التى هی صفة اضافیة قائمة بالمال و صاحبه یتدعى قصد انتقال المال عن ملك مالکة و دخول عوضه فى ملك صاحب هذا المال، و هذا ینافی مع قصد وقوع البیع لنفسه.

و الحق ما تقدم فى اول هذا الجزء من ان البیع لیس من المعاوضة بالمعنى المتقدم كى یرد الاشكال المزبور، بل حقیقته اعطاء شىء لا مجاناً- فراجع ما حققناه- و علیه فلا یرد هذا المحذور.

(١) الرابع ان الفضولی إذا قصد البیع لنفسه فان تعلقت اجازة المالك بهذا الذى قصده البائع كان منافیا لصحة العقد، لان معناها صيرورة الثمن لمالك المثلثن باجازته، و ان تعلقت بغير المقصود كانت عقدا مستأنفا فیکون النقل من المنشئ غیر مجاز و المجاز غیر منشئ.

منهاج الفقاهة (للروحانی)، ج ٤، ص: ٤٨

و قد اجاب عن هذا المحقق القمى رحمهم الله فى بعض اجوبه مسائله بأن الاجازة فى هذه الصورة مصححة للبیع لا بمعنى لحوق الاجازة لنفس العقد، كما فى الفضولی المعهود، بل بمعنى تبديل رضى الغاصب و بیعه لنفسه برضى المالك و وقوع البیع عنه (١) و قال نظیر ذلك فيما لو باع شیئا ثم ملكه، و قد صرح فى موضع آخر بأن حاصل الاجازة یرجع الی ان العقد الذى قصد الی كونه واقعا علی المال المعین لنفس البائع الغاصب و المشترى العالم قد بدلت بكونه علی هذا الملك بعینه لنفسى فیکون عقدا جدیدا كما هو احد الاقوال فى الاجازة. (٢) و فیه أن الإجازة علی هذا تصیر كما اعترف معاوضة جدیدة من طرف المجیز و المشترى، لأن المفروض عدم رضا المشترى ثانيا بالتبديل المذكور، لأن قصد البائع البیع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغایرة العقد الواقع للعقد المجاز، فالمشترى انما رضى بذلك الايجاب المغایر لمؤدى الإجازة. فإذا التزم یرجع الإجازة الی تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشترى ثانيا فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشترى و هذا خلاف الإجماع و العقل (٣).

و اجابوا عنه باجوبة:

منها: ما عن المحقق القمى قدس سره و ما نقل عنه امران.

(١) احدهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى تبادل رضا الغاصب بالبيع لنفسه برضا المالك بالبيع لنفسه، و ظاهره التصرف في الايجاب برضا المالك بالبيع لنفسه، و ظاهره التصرف في الايجاب فقط.

و اورد عليه بعدم تطابقه حينئذ لقبول المشتري، لان قبوله انما تعلق بايجاب البائع لا بمضمون الاجازة. و لكن للتأمل في ذلك من جهة عدم الدليل على اعتبار التطابق في هذه الموارد مجالا واسعا.

(٢) ثانيهما: ان مرجع الاجازة في المقام الى التصرف في طرفي العقد معا، و مفادها:

ان العقد الذي قصد الى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم قد بدلته بكونه على هذا الملك بعينه لنفسه، فيكون عقدا جديدا.

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بان هذا مخالف للاجماع و العقل. و لم يذكر وجه مخالفته للعقل

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٩

و أما القول بكون الاجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه و هو المحقق أن الاجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع و هو قائم مقام ايجاب البائع و ينضم إليه القبول المقدم من المشتري، و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه، فقد قصد المشتري تملك الثمن للبائع و تملك مبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالافتاء عنه بمجرد اجازة البائع الرجعة الى تبادل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع و انشائه عن رضا المشتري و انشائه، و هذا ما ذكرنا انه خلاف الاجماع و العقل

و ذكروا في وجهه امورا:

الأول: ان تبادل قصد وقوعه لنفسه و رضاه به بقصد وقوعه لغيره مستلزم لانقلاب ما وقع عليه عما وقع، و هو محال.

و فيه: ان المراد ان العقد الواقع المضاف الى الغاصب ملغاة هذه الخصوصية منه،

بمعنى انها لا تؤثر، و بالاجازة يضاف الى المالك و يكون بذلك مؤثرا، فلا يلزم الانقلاب.

الثاني: ان المالك لا سلطنة له على المشتري، فكيف يبدل قبوله.

و فيه: ان عدم سلطنة المالك على المشتري شرعى لا عقلى، مع ان تبادل قبوله ليس من شئون سلطنته عليه بل على ماله، فان المشتري

انما ملك ماله للبائع لا مجانا، بل بازاء مال المالك للمالك من حيث سلطنته على ماله ان يجيز بديله ماله لمال المشتري بان يسقط

خصوصية البائع في طرفيته لمال المشتري بازاء ماله. فتدبر.

الثالث: ان لازم ما ذكر اتحاد الايجاب و القبول، مع انه لا يعقل ذلك.

و فيه: ان المحقق لا يدعى كون الاجازة عقدا و انما ادعى كونها بمنزلة العقد الجديد،

اي تكون تصرفا في الايجاب و القبول باسقاط الخصوصية غير القابلتين للاجازة.

فالانصاف ان ما افاده المحقق القمى قدس سره غير مناف للعقل.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٠

فالاولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما اجيز.

و توضيحه ان البائع الفضولى انما قصد تملك الثمن للمشتري بازاء الثمن. (١)

و أما كون الثمن مالا- له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه الى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض في ملك

مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث أن البائع يملك الثمن بانيا على تملكه له و تسلطه عليه، عدوانا أو اعتقادا،

لزم من ذلك بنائه على تملك الثمن و التسلط عليه، و هذا معنى قصد بيعه لنفسه، و حيث ان الثمن ملك لمالكة واقعا. فإذا اجاز

المعاوضة انتقل عوضه إليه،

فعلم من ذلك ان قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتى تردد الامر في هذا المقام بين المحذورين المذكورين، بل مفهوم الايجاب هو تمليك المثلث بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه العوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك، و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير (٢) فقال للبائع الأصيل تملك منك أو ملكت «بالتخفيف» هذا الثوب بهذه الدراهم. فإن مفهوم هذا الانشاء هو تملك الفضولي للثوب، فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه، فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأه الفضولي الغاصب.

(١) و منها ما افاده المصنف قدس سره و هو ان ايجاب البائع الغاصب يتضمن امرين:

احدهما تمليك المشتري المال بعوض.

الثاني: دخول العوض في ملكه.

و الثاني خارج عن مضمون الايجاب، نعم مقتضى طبع المعاوضة دخوله في ملك مالك المبيع، و حيث ان المبيع ملك للمبوع واقعا فيدخل العوض في ملكه كذلك في فرض الاجازة، و حيث انه مالك ادعاء و اعتقادا فيكون بانها على تملكه العوض، و عليه فلا مانع من تعلق الاجازة بما هو مضمون الايجاب.

(٢) ثم اورد على نفسه بانه لا يتم فيما لو كان الفضولي مشتريا لنفسه بمال الغير و قال للبائع تملك منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم إذ مفهومه شيء واحد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥١

و بالجملة فنسب المتكلم الفضولي بتملك المثلث الى نفسه بقوله ملكت أو تملك كايقاع المتكلم الاصلى التمليك على المخاطب الفضولي بقوله ملكتك هذا الثوب بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك، و بهذا استشكل العلامة رحمهم الله في التذكرة حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر، فاشكال من ان الآخر انما قصد تمليك العاقد، و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته،

لانه حينئذ انما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه اصليا أو نائبا. و لذا يجوز مخاطبته و اسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا و ليس الا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا، فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم عن كونه نائبا أو اصليا.

اما الفضولي فهو اجنبى عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار، و قد تظن بعض المعاصرين لهذا الاشكال في بعض كلماته، فالترم تارة ببطان شراء الغاصب لنفسه مع انه لا يخفى مخالفته للفتاوى و اكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به اخيرا، و اخرى بأن الاجازة انما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و ان كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثلث مأخوذة فيها، و فيه ان حقيقة العقد في العبارة التي ذكرناها في الأشكال أعني قول المشتري الغاصب تملكك أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للمبوع فإجازة هذا الانشاء لا يحصل بها تملك المالك الاصلى له، بل يتوقف على نقل مستأنف فالأنسب في التفصي أن يقال أن نسبة الملك الى الفضولي العاقد لنفسه في قوله، تملكك منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للمثلث اعتقادا أو عدوانا (١).

و هو تملك الفضولي للثوب، و لا يكون ذلك منحلا الى شيئين كى تتعلق الاجازة باحدهما دون الآخر.

(١) ثم تفصي عن الاشكال بان نسبة الملك الى الفضولي ليست بما هو هو، بل بما هو مالك، فحيثية المالكية مأخوذة فيه، و من المعلوم ان كل محمول مترتب على المتحيت بحيثية في الحقيقة مترتب على تلك الحيثية، فيكون المنسوب إليه الملك هو المالك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٢

و لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغوبته،

ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بازاء مال غيره، فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون الا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا، فلو لم يكن احدهما و عقد لنفسه لم يتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة، فإذا قال الفضولي الغاصب المشتري لنفسه تملك منك كذا بكذا، فالمنسوب إليه التملك انما هو المتكلم لا من حيث هو، بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث ان الثابت للشئ من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية، فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن، الا ان الفضولي لما بنى على انه المالك المسلط على الثمن اسند ملك المثلث الذي هو بدل الثمن الى نفسه، فالاجازة الحاصلة من المالك متعلقة بانشاء الفضولي و هو التملك المسند إلى مالك الثمن و هو حقيقة نفس المجيز، فيلزم من ذلك انتقال الثمن إليه هذا مع انه ربما يلتزم صحة ان يكون الاجازة لعقد الفضولي، موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من اجلاء تلامذته، و ذكر بعضهم في ذلك وجهين:

و الاجازة تتعلق بهذا المضمون، غاية الأمر ان الفضولي لما بنى على انه المالك اسند ملك العوض الى نفسه.

و فيه اولاً: كون هذه الحيثية حيثية تقييدية غير ثابت، بل الظاهر كونها حيثية تعليلية، إذ المالك انما يبيع أو يشتري لنفسه لا للمالك. و ثانياً: ان الحيثية التقييدية المفروضة هي كونه مالكا ادعاء لا حقيقة، و ايقاع العقد للمالك الادعائي غير قابل للتأثير بالاجازة، و وقوعه للمالك الحقيقي بالاجازة موجب لكون المجاز غير منشأ، و المنشأ غير مجاز.

و الحق في المقام يقتضى ان يقال: ان بيع الفضولي لنفسه على اقسام:

الأول: ان يكون داعيه من البيع التصرف في الثمن و الا يوقعه لمالكة، و في هذا القسم لا كلام في انه لو اجاز المالك صح و وقع له، و يكون المنشأ مجازا.

الثاني: ان يبيع لنفسه من غير بناء على مالكيته للمبيع و يقصد خروج المعوض

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٣

احدهما: ان قضية بيع مال الغير عن نفسه و الشراء بمال الغير لنفسه، جعل ذلك المال له ضمنا حتى انه على فرض صحه ذلك البيع و

الشراء تملكه قبل انتقاله الى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال اعتق عبدك عنى، أو قال بع مالى

عنك أو اشتر لك بمالى كذا، فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء، و نقول في المقام ايضا، إذا اجاز المالك صح البيع و الشراء

و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء، فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال

الذى يتضمنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الأذن السابق قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع في ملكه و لا مانع منه.

الثاني: أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد في انتقال بدله إليه بل يكفي ان يكون مأذونا في بيعه لنفسه، أو الشراء،

به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا، ملكك الثمن في الصورة الاولى بانتقال المبيع عن مالكة الى المشتري، و كذا ملك

المثلث في الصورة الثانية، و يتفرع عليه انه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك الى مالكة دون العاقد.

و في كلا الوجهين نظر:

اما الاول: فلأن صحة الاذن في بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعه، كما تقدم في بعض فروع المعاطاة مع ان قياس الاجازة على

الاذن قياس مع الفارق،

لأن الأذن

عن ملك مالكة و دخول عوضه في ملكه، و هذا القسم على مسلك المصنف قدس سره و موافقيه من ان البيع هو المعاوضة يكون باطلا- و غير قابل للتأثير بالاجازة، و لكن على المسلك الحق من كون البيع هو الاعطاء لا مجانا قابل للصحة بالاجازة، فان اجازته على ما وقع وقع للبائع، و ان اجازته لنفسه صح و يكون قصد وقوعه لنفسه ملغى ولغوا.

الثالث: ان يكون البيع لنفسه بعد البناء على مالكية نفسه، و هذا القسم هو الذى يكون موردا لكلام المصنف و قد عرفت ما فى تصحيحه و وقوعه للمالك مع الاجازة،

و لكن يمكن تصحيح ذلك بوجه آخر و هو: ان انشاء الغاصب على هذا النحو بالمطابقة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٤

فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الاجازة، فإنها لا يتعلق الا بما وقع سابقا و المفروض انه لم يقع الا مبادلة مال الغير بمال آخر، نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البديل إليه فالاجازة من المالك ان رجعت الى نفس المبادلة افادت دخول البديل فى ملك المجيز، و ان رجعت الى المبادلة منضمه الى بناء العاقد على تملك المال،

فهى و ان افادت دخول البديل فى ملك العاقد الا ان مرجع هذا الى اجازة ما بنى عليه العاقد من التملك و امضائه له إذ بعد امضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البديل الا ان من المعلوم عدم الدليل على تأثير الاجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقه شرعا بل الدليل على عدمه (١) لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن لان الاذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته.

يدل على تملكه للعوض، و بالدلالة الالتزامية يدل على المبادلة بالمعنى المذكور، اى دخول العوض فى كيس من خرج عن كيسه المعوض، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول الالتزامى فيقع له، كما له اجازة المدلول المطابقى فيقع للغاصب. الرابع: ان يكون البيع لنفسه مع قصده انشاء التملك بنفس انشاء البيع، بمعنى انه بانشاء البيع ينشأ امرين مترتين: احدهما: التملك، ثانيهما: انشاء البيع لنفسه. و بعبارة اخرى: ينشأ البيع لنفسه مترتا عليه، و فى هذا القسم لو اجاز المالك التملك يقع البيع لا للمالك كما لو اذن المالك للبيع لنفسه بهذا النحو، و لعل هذا هو مراد كاشف الغطاء قدس سره مما نقله عنه المصنف قدس سره. و عليه فلا يرد عليه ما افاده المصنف قدس سره.

(١) بان الاجازة لا دليل على تأثيرها فى بناء الغاصب على الملكية فى تحقق متعلقه شرعا، بل الدليل على عدمه، لان هذا مما لا يؤثر فيه الاذن، إذ الاذن فى التملك لا يؤثر التملك فكيف اجازته، لان ايراده مبتن على ان يكون التملك بالبناء المجرد على الملكية من دون انشاء للتملك، و قد عرفت انه يمكن ان يكون مراده التملك بنفس البيع و لحوق الاجازة له لا بأس به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٥

و أما الثانى: فلما عرفت من منافاته لحقيقه البيع التى هى المبادلة، و لذا صرح العلامة رحمهم الله فى غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور، و أخرى بأنه لا يعقل ان يشتري الانسان لنفسه بمال غيره شيئا.

بل ادعى بعضهم فى مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن

اشتر لنفسك به طعاما، و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما.

نعم سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري بالغصب ان ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن، و أن لم يملكه فإذا اشترى به شيئا ملكه و ظاهر هذا امكان ان لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري «بصيغة المجهول» الا ان يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثلث مطلقا، كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب، أو آنا ما قبل أن يشتري به شيئا تصحيحا للشراء. و كيف كان فالأولى فى التفصلى عن الاشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا، ثم

ان مما ذكرنا من ان نسبة ملك العوض حقيقة انما هو الى مالك المعوض، لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع اشكال آخر (١) في صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشتري، و هو ان المشتري الأصيل إذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا،

(١) قوله يظهر اندفاع اشكال آخر في صحة البيع لنفسه في صحة بيع الفضولي لنفسه اشكال آخر، و هو انما يكون من جهتين: الاولى: ان المشتري العالم بكون البائع غاصبا كيف يملكه الثمن بازاء تملكه مال الغير الثانية: انه لو سلط المشتري العالم الفضولي على الثمن ليس له الرجوع على البائع بالثمن لورد المالك البيع على ما حكم به الاصحاب، و هذا يكشف عن اختصاص الغاصب بالثمن فلا يكون البيع المزبور قابلا للاجازة لكونه بيعا بلا ثمن، إذ لو كان هذا ثمنه كان اللازم ان يرد الى المشتري برد البيع. اما الاشكال من الجهة الاولى: فالجواب عنه هو الجواب عن الاشكال: بان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٦

فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم، بأن المالك لو رد فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن. و هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية، و الا كان ردها موجبا لرجوع كل عوض الى مالكه، و حينئذ فإذا اجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا ثمن، و لعل هذا هو الوجه في اشكال العلامة في التذكرة حيث قال بعد الاشكال في صحة بيع الفضولي مع جهل المشتري.

أن الحكم في الغاصب مع علم المشتري أشكل، انتهى.

أقول: هذا الأشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع رد المالك و بقاءه، و بعد تسليم ان الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقديري الرد و الاجازة، لا التسليط المراعى بعدم اجازة البيع: (١) انما يتوجه على القول بالنقل، حيث ان تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة فلا يبقى مورد للاجازة. و أما على القول بالكشف فلا يتوجه (٢) اشكال اصلا

الغاصب كيف يقصد المعاوضة، الذي مر.

و به يظهر ان ما ذكره المصنف قدس سره من انه بما ذكرناه اندفع هذا الاشكال متين.

و لا يرد عليه ما افاده المحقق الايرواني قدس سره بقوله: لم اعرف وجه ارتباط لما ذكره بهذا الاشكال، كي يحصل به الجواب عنه. و أما الاشكال من الجهة الثانية: فيمكن الجواب عنه: بان هذا الحكم لم يفت الاصحاب جميعا به. بل في المسألة قولان آخران: احدهما: الضمان مطلقا كما افتوا به جميعا في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد، ثانيهما: الضمان مع بقاء العين.

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين آخرين.

(١) احدهما: ان التسليط المذكور انما يكون تسليطا مجانيا في صورة الرد خاصة لا مطلقا.

وفيه: ان هذا يكون تملিকা معلقا، و هو غير نافذ.

(٢) ثانيهما: ان هذا الاشكال لو تم فانما هو على القول بالنقل، و لا يتم على القول بالكشف،

فانه على هذا المسلك تكشف الاجازة عن كونه تسليطا على مال الغير.

وفيه: ان الكشف الذي يمكن الالتزام به هو الكشف الحكمي لا الحقيقي، فقبل الاجازة لا يكون المال منتقلا عنه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٧

لان الرد كاشف عن كون تسليط المشتري تسليطا له على مال نفسه، و الاجازة كاشفة عن كونه تسليطا له على ما يملكه غيره بالعقد

السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، و لذا لو لم يقبضه الثمن حتى اجاز المالك أو رده لم يكن للغاصب انتزاعه من يد المشتري أو المالك، و سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك تتمه لذلك فانتظر.

ثم اعلم ان الكلام في صحة بيع الفضولي لنفسه غاصبا كان أو غيره، انما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز و هو الذي لم يفرق المشهور بينه و بين الفضولي البائع للمالك لا- لنفسه و أما الكلام في صحة بيع الفضولي و وقوعه لنفسه إذا صار مالكا للمبيع و اجاز سواء باع لنفسه أو المالك فلا دخل له بما نحن فيه، لأن الكلام هنا في وقوع البيع للمالك، و هناك في وقوعه للعاقد إذا ملك. و من هنا يعلم ان ما ذكره في الرياض،

من ان بيع الفضولي لنفسه باطل (١) و نسب الى التذكرة نفى الخلاف فيه في غير محله،
الا ان يريد ما ذكرناه و هو خلاف ظاهر كلامه،

بقي هنا امران

اشارة

(١) قوله و من هنا يعلم ان ما ذكره في الرياض من ان بيع الفضولي لنفسه باطل مراده من ضم فتوى المشهور في بيع الفضولي لنفسه بالصحة بعد الاجازة الى نسبة نفى الخلاف في البطلان الى العلامة يستنتج تامية ما اخترناه من وقوعه للعاقد الفضولي إذا ملك و اجاز- لكنه خلاف ظاهر كلماتهم و كيف كان فهناك مسألتان،

احدهما ان العاقد الفضولي لنفسه إذا صار مالكا و اجاز و هي هذه المسألة.

ثانيتهما إذا باع الفضولي مال الغير لنفسه فاجازه المالك و الثانية محل الكلام،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٥٨

الأول: انه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير (1) عينا أو دينا في ذمة الغير،

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا في ذمة الغير، ثم ان تشخيص ما في الذمة الذي يعقد عليه الفضولي. (٢) اما باضافة الذمة الى الغير، بأن يقول بعث كرا من طعام في ذمة فلان بكذا، أو بعث هذا بكذا في ذمة فلان، و حكمه انه لو اجاز فلان يقع العقد له و ان رد بطل رأسا.

و أما بقصده العقد له فإنه إذا قصده في العقد تعين كونه صاحب الذمة، لما عرفت من استحالة دخول احد العوضين في ملك غير من خرج عنه الآخر، الا على احتمال ضعيف تقدم عن بعض، فكما ان تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الثمن الكلي باضافته الى ذمة شخص خاص، و حينئذ فإن اجاز من قصد

لو كان مال الغير في ذمته لا عينا

(١) قوله لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو دينارا

بعد ما لا كلام في عدم الفرق في الفضولي بين كون مال الغير عينا أو في ذمة الغير في الجملة وقع الكلام في جهات:

الاولى: فيما به يتشخص ما في الذمة.

(٢) المصنف قدس سره افاد ان تشخيصه انما يكون باضافة الذمة الى الغير، و مقتضى اطلاق كلامه كصريح المحقق النائيني قدس

سره عدم الفرق بين الاضافة إليه لفظا أو قصدا، أو بقصد العقد له لفظا أو قصدا، و ذكر في وجه كفاية الثاني: ان تعيين من يقع له

العقد بعد استحالة دخول احد العوضين في كيس من خرج عنه الآخر يكون تعيينا لمن في ذمته الثمن.

و لكن يرد عليه انه بما ان الكلي ما لم يضاف الى ذمة شخص لا يقبل اعتبار الملكية له عند العقلاء فمجرد قصد من يقع له العقد مع عدم قصد من في ذمته الثمن لا يكفي ولا يغني عن اضافة الكلي إليه، فلا بد من الاضافة المزبورة، فالتشخيص انما يكون بالاضافة خاصة.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٥٩

مالكيته وقع العقد، و إن رد فمقتضى القاعدة بطلان العقد واقعا، لأن مقتضى رد العقد بقاء كل عوض على ملك صاحبه، إذ المال مردد في باب الفضولي بين مالكة الاصل،

و من وقع له العقد، فلا معنى لخروجه عن ملك مالكة و تردده بين الفضولي و من وقع له العقد، إذ لو صح وقوعه للفضولي لم يحتاج الى اجازة و وقع له الا ان الطرف الآخر لو لم يصدقه على هذا القصد، و حلف على نفى العلم (١) حكم له على الفضولي لوقوع العقد له ظاهرا، كما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الكركي و السيوري و الشهيد الثاني.

و قد يظهر من اطلاق بعض الكلمات كالقواعد، و المبسوط و قواعده واقعا، و قد نسب ذلك الى جماعة في بعض فروع المضاربة، و حيث عرفت ان قصد البيع للغير أو اضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلي الى ذمة ذلك الغير، كما ان اضافة الكلي إليه

(١) الجهة الثانية: انه لم يصدق الطرف الآخر قصد الفضولي البيع أو الشراء لغيره، ففي المسألة اقوال:

الأول: ما عن جمع من الاساطين، و هو الحكم بوقوع العقد للفضولي ظاهرا.

الثاني: الحكم بوقوعه له واقعا.

الثالث: الحكم بعدم الوقوع.

و مجمل القول في المقام: انه تارة يكذب كل منهما الآخر - كما لو ادعى البائع ان المشتري قصد الشراء لنفسه في ذمته و هو ايضا قصد ذلك، و ادعى المشتري انه قصد الشراء لغيره و البائع ايضا قصد ذلك - و اخرى يدعى مدعى الفضولية انه قصد غير ما قصده طرفه و تخيل انه ايضا قاصد لذلك و الاصيل ينكر ذلك و يدعى انه قصد عين ما قصده و هو الشراء مثلا لنفسه.

اما الصورة الاولى: فهي من قبيل التداعي فلا بد من اعمال قواعد ذلك الباب و أما الصورة الثانية: فحيث ان المدعى هو من يدعى الفضولية لمخالفة قوله لظاهر العقد و اصالة الصحة، إذ على ما يدعيه يكون العقد باطلا، و على قول طرفه يكون صحيحا

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٦٠

يوجب صرف البيع أو الشراء إليه، و ان لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي بين اضافة البيع الى غيره و اضافة الكلي الى نفسه أو قصده من غير اضافة،

و كذا بين اضافة البيع الى نفسه و اضافة الكلي الى غيره، فلو جمع بين المتنافيين (١) بأن قال: اشتريت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشتريت هذا لنفسي بدرهم في ذمة فلان.

ففي الأول: يحتمل البطلان: (٢) لأنه في حكم شراء شيء للغير بعين ماله،

و يحتمل الغاء احد القيدتين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

و في الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد اجازته، لكن بعد تصحيح المعاوضة بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقادا،

و يحتمل الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، لأن تقييد الشراء أولا بكونه لنفسه يوجب الغاء ما ينافيه من اضافة الذمة الى الغير، و المسألة

تحتاج الى تأمل. ثم انه قال في التذكرة: لو اشترى فضوليا،

فمقتضى القاعدة هو اقامة البينة و إذا لم يتمكن منها يحلف المنكر فان حلف برأ و حكم ببطلان العقد، و ان لم يحلف ورد الحلف فان تمكن المدعى من الحلف على العلم بالقصد و حلف فيحكم له، و ان لم يتمكن من الحلف على العلم حكم له ايضا. و تمام الكلام في كتاب القضاء.

(١) الجهة الثالثة: لو جمع بين المتنافيين، بان قال: اشترت هذا لفلان بدرهم في ذمتي أو اشترت هذا لنفسى بدرهم في ذمة فلان و اجاز من اضيف إليه.

(٢) ففي الاول احتمال المصنف قدس سره البطلان، لانه في حكم شراء للغير بعين ماله، و احتمال الغاء احد القيدتين.

و جزم المحقق النائيني قدس سره بالصحة و الغاء قيد لفلان، لان وقوع العقد للغير انما يكون لو اضاف إليه و لم يلحقه بما ينافيه. و الا فيقع لنفسه كما هو مقتضى اطلاق العقد،

و جزم السيد قدس سره بالبطلان على مسلك المصنف قدس سره من كون البيع هو المعاوضة.

و حق القول فيه بنحو يظهر الحق و ما في سائر الاقوال: انه بناء على المختار من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦١

فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في البطلان و الوقف على الاجازة، الا ان ابا حنيفة قال: يقع للمشتري لكل حال، و ان كان في الذمة لغيره و اطلق اللفظ قال علماؤنا يقف على الاجازة فإن اجاز صحح و لزمه اداء الثمن، و ان رد نقد عن المباشر (١) و به قال الشافعي في القديم و احمد، و انما يصح الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، و انما وقف على الاجازة لأنه عقد الشراء له، فإن اجاز له لزمه و ان رده لزم من اشتراه، و لا فرق بين ان ينقد من مال الغير او لا، و قال أبو حنيفة: يقع عن المباشر و هو جديد للشافعي، انتهى.

و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشتري واقعا، كما يشعر به تعليقه بقوله لانه تصرف في ذمته لا في مال الغير، لكن اشرنا سابقا اجمالا الى ان تطبيق هذا على القواعد مشكل

كون البيع هو الاعطاء لا مجانا، يصح البيع المذكور و يقع للغير و تشتغل ذمة نفسه بالدراهم، نعم تعتبر اجازة ذلك الغير، إذ دخول شيء في ملكه بلا رضاه مناف لتسلط الناس على انفسهم.

و أما بناء على كونه هو المعاوضة- كما اختاره المصنف- رحمه الله و غيره- فيمكن تصحيحه بالنحو الذي صحح البيع لنفسه بمال الغير بدعوى البناء على مالكيته له فإذا اجاز المالك يقع له، فانه يقال في المقام انه يشتري لغيره بدرهم في ذمة نفسه، بعد البناء على مالكيته لما في ذمته و تسلطه عليه، ففي الحقيقة يشتري لمن هو مسلط على ما في ذمته و هو نفسه فيصح البيع و يلغى قيد وقوع البيع للغير، و بذلك يظهر ما في كلمات الاساطين، هذا كله في الأول،

و به يظهر الحال في الثاني، إذ على المختار يقع لنفسه إذا اجاز ذلك الغير البيع على ما وقع، و ان اجازه لنفسه صح له و يلغى قيد وقوعه لنفسه، و على مسلك المصنف قدس سره يقع للمجيز بالتقريب المتقدم، و لا وجه لما احتمله من الصحة بالغاء قيد ذمة الغير، فانه يلزم منه وقوع ما لم يقصد كما هو واضح.

الجهة الرابعة: لو جمع بين المتنافيين ورد العقد من اضيف إليه بطل العقد، و عن العلامة قدس سره في التذكرة

(١) و ان كان في الذمة لغيره، و اطلق الى آخر ما نقله المصنف قدس سره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٢

لانه ان جعل المال في ذمته بالاصالة فيكون ما في مثل هذا. اما البطلان لو عمل بالنية بناء على انه لا يعقل في المعاوضة دخول عوض

مال الغير قهرا. اما صحته و وقوعه لنفسه لو الغى النية، بناء على انصراف المعاملة الى مالك العين قهرا، و ان نوى خلافه. و ان جعل المال فى ذمته لا- من حيث الاصله بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا، ففيه مع الاشكال فى صحه هذا لو لم يرجع الى الشراء فى ذمه الغير ان اللازم من هذا ان الغير إذا رد هذه المعاملة، و هذه النياية يقع فاسده من اصلها الا انها تقع للمباشر، نعم إذا عجز المباشر من اثبات ذلك على البائع لزمه ذلك فى ظاهر الشريعة: كما مردده بين المباشر و المنوى دون التزامه خرط القتاد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهرا لكنه بعيد.

و هذا الكلام حيث انه بظاهرة لا ينطبق على القواعد تصدى القوم لتصححه.

و قد ذكر المحقق النائنى قدس سره له توجيهين احدهما: ان يكون مراده شراء العاقد لنفسه مع كون المال فى ذمته، و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، و حينئذ فان اجاز الغير التولية يكون العقد له و تكون اجازته من قبيل القبول، و ان رد يقع للعاقد. و فيه: ان ظاهر كلامه انه لو اجاز ينتقل المال من مالكة الى المجيز لا منه الى العاقد و منه الى المجيز.

ثانيهما: ان يكون مراده وقوع البيع للغير فى ذمته، و يكون جعل المال فى ذمته نظير الضمان عن الغير بناء على مذهب الجمهور من عدم انتقال الضمان من ذمه المضمون عنه الى ذمه الضامن فيكون كل منها ضامنا بنحو الطولية، ففي المقام يكون المباشر هو المتعهد للمال و هو الملزم به اولا، و لكن إذا اجاز من قصد العقد له ينصرف عن المباشر إليه، و إذا رد يبقى فى ذمته.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٣

الثانى: الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام بيع الفضولى، بين البيع العقدى و المعاطاة (1)

بناء على افادتها للملك، إذ لا فارق بينها و بين العقد، فإن التقابض بين الفضوليين أو فضولى و اصيل إذا وقع بنية التمليك فجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الاجازة، فعموم مثل قوله تعالى: احل الله البيع شامل له، و يؤيده رواية عروة البارقى، حيث ان الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة،

و فيه: اولا: ان الغير إذا لم يجز لا معنى لكون الضامن ملزما و لا لوقوع البيع له.

و ثانيا: يلزم انه لو لم يؤد الغير المال بعد اجازة البيع ان يجب على العاقد ان يؤديه، و هو كما ترى.

فالصحيح فى توجيه كلام العلامة قدس سره ان يقال: ان مراده ان يشتري شيئا بمن من الحنطة مثلا و يلتزم هو بادائه، اما من مال زيد فيكون الشراء له، أو من ماله فيكون الشراء لنفسه، و ينحل هذا الشراء الى شرائين طوليين، فان اجاز الغير يقع له، و ان رد يقع للعاقد. و مثل هذا التعليق لا يوجب البطلان، لان المتيقن من معقد الاجماع غير هذا المورد الذى ينشأ شراء ان. الفضولى فى المعاطاة

(١) الثانى: قال المصنف قدس سره الظاهر انه لا فرق فيما ذكرنا من اقسام البيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاة.

فى المسألة وجوه: و بعضها اقوال ثالثها التفصيل بين القول بالاباحة، فلا يجرى الفضولى فى المعاطاة و القول بالملك فيجرى رابعها التفصيل بين كون الفضولى على خلاف القاعدة فلا يجرى مطلقا، و كونه على طبقها فيجرى خامسها: التفصيل بين كون المعاطاة على خلاف القاعدة فلا يجرى و بين كونها على طبقها ما يجرى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٤

و توهم الاشكال فيه من حيث ان الاقباض الذى يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير، فلا يترتب عليه اثر (١) فى غير

محلّه إذ قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير: كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمه مع انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك (٢) بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعامله عن معامله الفضولى

و حق القول فى المقام يقتضى البحث فى مقامين:

الأول: بناء على القول بافاده المعاطاه الملك.

الثانى: بناء على القول بافادتها الاباحه.

اما الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: بناء على كون الفضولى على طبق القاعدة.

الثانى: بناء على استفادته من النصوص الخاصه.

اما المورد الاول: فان قلنا بان افاده المعاطاه الملك انما تكون على خلاف لقاعده يتعين البناء على عدم جريان الفضولى فيها، إذا المتيقن منه تعاطى المالكين، و ان قلنا بان افادتها الملك انما تكون على القاعدة فمقتضى العمومات هو البناء على الجريان. وقد استدلل لعدم الجريان بوجوه:

(١) الاول: ان الاقباض الذى يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه اثر.

وفيه: أولا ان النهى النفسى عن المعامله لا يدل على فسادها كما حققناه فى اول الجزء الاول من هذا الشرح.

و ثانيا: انه قد لا يحتاج الى اقباض مال الغير لما تقدم فى مبحث المعاطاه من كفايه العطاء من جانب واحد و الاخذ من الآخر.

و اجاب عنه المصنف بجوابين آخرين:

(٢) احدهما: انه قد يقع الاقباض مقرونا برضا المالك. وفيه: ما تقدم منا- تبعا له قده- من خروج المعامله بذلك عن الفضوليه، اللهم

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٥

مع ان النهى لا- يدل على الفساد مع انه لو دل لدل على عدم ترتب الاثر المقصود و هو استقلال الاقباض فى السببيه فلا ينافى كونه جزء سبب (١) و ربما يستدل على ذلك بأن المعاطاه منوطه بالتراضى و قصد الاباحه أو التمليك و هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره، و لذا ذكر الشهيد الثانى ان المكروه و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول و ذكران قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك و مشروطه أيضا بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنا للأمرين، و لا أثر له الا إذ صدر من المالك أو باذنه. و فيه ان اعتبار الاقباض

و القبض فى المعاطاه عند من اعتبره فيها انما هو لحصول انشاء التمليك أو الاباحه، فهو عندهم من الاسباب الفعلية، كما صرح الشهيد فى قواعد و المعاطاه عندهم عقد فعلى، و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها ان البيع يتعقد بالايجاب و القبول و بالتعاطى، و حينئذ فلا مانع من ان يقصد الفضولى باقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك

الا- ان يقال ان جواز التصرف منوط برضا المالك بالتصرف بالقبض و الاقباض، و الرضا المخرج للمعامله عن الفضوليه هو الرضا بانتقال ماله عن ملكه واحدهما غير الآخر

(١) ثانيهما: انه لو دل النهى على الفساد لدل على عدم ترتب الاثر المقصود و هو استقلال الاقباض فى السببيه، فلا ينافى كونه جزء السبب.

وفيه: انه لو دل النهى على الفساد لزم منه الغاء المنهى عنه فى نظر الشارع الاقدس، و كأنه لم يتحقق، فلا محاله لا يصلح لكونه جزء السبب.

و ان شئت قلت: ان تأثير اعطاء مال الغير و اقباضه انما يكون على سبيل جزء المؤثر لا العلية التامة، فلو دل النهى على الفساد لاقتضى الغاء هذا الاثر لاما ليس له فى نفسه، فالصحيح هو الوجهان الاولان.

الثانى: ما افاده صاحب المقاييس، و هو: ان المعاطاة منوطه بالتراضى مع قصد التمليك أو الاباحة، و هما من وظائف المالك. و فيه: اولاً: ان هذا الوجه لو تم لاقتضى عدم جريان الفضولى فى غيرها ايضا، و الكلام فى المقام بعد جريانه فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٦

و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للانشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد ادلة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكم، و ما ذكره الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه لانا لا نعتبر فى فعل الفضولى ازيد من القصد الموجود فى قوله لعدم الدليل، و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى ايضا الا ان يقال ان مقتضى الدليل ذلك خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت ان العقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة.

نعم لو قلنا أن المعاطاة لا يعتبر فيها قبض، و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكية كل منها لمال صاحبه مطلقا، أو مع وصولهما، أو وصول احدهما، لم يعقل وقوعها من الفضولى. نعم الواقع منه ايصال المال و المفروض انه لا مدخل له فى المعاملة، فإذا رضى المالك بملكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا، و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقة لكن الانصاف ان هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة، و انما قصدهم الى العقد الفعلى، هذا كله على القول بالملك. و أما على القول بالاباحة، فيمكن القول

و ثانيا: ان التمليك الانشائى ليس من وظائف المالك خاصة، و الاثر و ان كان مترتبا على رضا المالك الا ان المفروض فى المقام تحققه بالاجارة.

الثالث: ما افاده المحقق النائنى قدس سره، و حاصله: ان الاجازة لا بد و ان تتعلق بامر مستمر باق كى ينتسب بها الى المالك، و هذا فى العقد القولى موجود، إذ حاصل المصدر ينفك عن الانشاء القولى و يستمر بعده فيستند بالاجازة الى المالك، و أما فى العقد الفعلى - اى الاعطاء - فليس حاصل مصدره امرا مستمرا باقيا، بل هو العطاء، و هو لا ينفك عن الاعطاء، و باجازة المالك لا ينقلب الفعل عما وقع عليه.

و فيه: ما تقدم فى مبحث المعاطاة من ان الفعل كالقول مصداق للبيع حقيقة بلا فرق بينهما، و عليه فينفك حاصل المصدر فيه عن المصدر كما فى الانشاء القولى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٦٧

ببطلان الفضولى لان افادة المعاملة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة (١)

فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين مع ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن (٢) و الآثار الاخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الاباحة الفعلية لم تؤثر اثرا، فإذا اجاز حدث الاباحة من حين الاجازة، اللهم الا ان يقال بكفاية وقوعها مع الاباحة الواقعية إذا كشف عنها الاجازة، فافهم.

و تتعلق الاجازة به. فالأظهر جريان الفضولى فيها.

و أما المورد الثانى: فان كان مدرك صحة الفضولى عموم التعليل فى نصوص النكاح فهو يقتضى جريانه فى المعاطاة لعموم العلة، و

ان كان غيره فهو مختص بغير المعاطاة لعدم الاطلاق له، و ترك الاستفصال في صحيح «١» محمد بن قيس لا يفيد بعد عدم كونه في مقام البيان من هذه الجهة، و قوله عليه السلام بارك الله في صفقة يمينك في رواية البارقي «٢» لا ظهور له في وقوع المعاملة معاطاة، فان صفقة اليمين كناية عن البيع من دون رعاية ان يكون الانشاء بصفقة اليمين.

و أما المقام الثاني: فقد استدل المصنف قدس سره لعدم جريان الفضولي فيها على القول بالاباحة بوجهين: احدهما:

(١) ان افادة المعاطاة المقصود بها الملك للاباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين. الثاني:

(٢) ان حصول الاباحة قبل الاجازة غير ممكن.

و الحق: انه لو قلنا بالاباحة، من باب ان المعاطاة مفيدة للملك: غاية الأمر يشترط فيه التصرف، أو التلف و قبله يحكم بالاباحة الشرعية لدليل خاص، فالفضولي يجري في المعاطاة لما تقدم، نعم لا يحكم بالاباحة ما لم يجز. و أما لو قلنا بانها مفيدة للاباحة، و تكون الاباحة شرعية، فدليله الأول متين

(١) الوسائل باب ٨٨ من أبواب نكاح العيب و الاماء حديث ١.

(٢) المستدرک باب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٨

القول في الإجازة و الرد

أما الكلام في الإجازة،

إشارة

فيقع تارة في حكمها و شروطها و أخرى في المجيز و ثالثه في المجاز.

أما حكمها

إشارة

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد اتفاهم على توقفها على الاجازة (١) في كونها كاشفة بمعنى انه يحكم بعد الاجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الاجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة، بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كان العقد وقع حال الاجازة على قولين: فالأكثر على الأول و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة

و لا يتم الثاني، إذ نسبة الاباحة الى ما قبل الاجازة و ما بعدها على حد سواء بعد فرض ان المالك قاصد للملك، فحصولها قبلها لا مانع منه.

و أما إذا قلنا بالاباحة المالكية المنشأة بالفعل فيمكن الاستدلال بادلته نفوذ المعاطاة من قبيل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) لجريان الفضولي فيها لاستناد العقد الى المالك بعد الاجازة القول في الإجازة

أما الكلام في الاجازة فكما في المتن يقع تارة في حكمها و شروطها، و أخرى في المجيز و ثالثه في المجاز.

(١) اما حكمها: فالمنسوب الى المشهور هو: القول بالكشف، بل قيل: انه لم ينقل القول بالنقل عن احد الى زمان المحقق آقا جمال قدس،

و أما المتأخرون عنه فالمشهور بينهم هو النقل، و عن جماعة: التوقف في المسألة.

ثم ان الكشف يتصور له معان:

احدها: الكشف الحقيقي الصرف، و هو الظاهر من جامع المقاصد و الجواهر.

ثانيها: الكشف عن امر مقارن للعقد، و هو اما الرضا التقديرى كما عن المحقق الرشتى قدس سره، أو تعقب العقد بالرضا فانه وصف مقارن للعقد كما عن جماعة من الأعلام، و اما امر مجهول عندنا بان يكون الشرط لتأثير العقد امرا واقعا مقارنا له لا نعرفه الا انه يكون ذلك الأمر ملازما للإجازة الاستقبالية.

ثالثها: الكشف عن الاثر لكون الإجازة من قبيل الشرط المتأخر، و هو الظاهر من كل من يقول بالشرط المتأخر، و نسب ذلك الى المشهور.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٦٩

بأن العقد سبب تام فى الملك (١) لعموم قوله تعالى: *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* (و تمامه فى الفضولى انما يعلم بالإجازة، فإذا اجاز تبين كونه تاما فوجب ترتب الملك عليه و إلا- لزم أن لا- يكون الوفاء بالعقد خاصة. بل به مع شىء آخر و بأن الإجازة متعلقة بالعقد فهى رضا بمضمونه و ليس إلا نقل العوضين من حينه.

رابعها: الكشف الانقلابى بان تكون الإجازة المتأخرة موجبة لحدوث التأثير فى العقد و جاعلة اياه سببا تاما و هو الذى احتمله المصنف قدس سره فى آخر كلامه.

خامسها: الكشف الحكيمى بمعنى ترتيب آثار الملكية من قبل لا حصول نفس الملكية، و هو المنسوب الى المحقق شريف العلماء استاذ الشيخ قدس سره.

سادسها: الكشف بان تكون الإجازة بوجودها الدهرى المجتمع مع شروطها فى وعاء الدهر، إذ الطوليات الزمانية عرضيات فى عالم الدهر شرطا.

و فى المقام قول آخر اختاره المحقق الايروانى قدس سره و الاستاذ الأعظم و نسب الى المحقق الخراسانى، و هو النقل فى المكية و الكشف فى المملوك، بان يكون اعتبار الملكية بعد الإجازة، و المعتبر قبلها، و ستعرف توضيحه. هذه هى الأقوال فى المسألة.

و أما الأدلة: فقد استدلوا للكشف بوجوه، و كل واحد منها استدل به للقول بنحو من الكشف:

(١) الوجه الاول: ما عن جامع المقاصد و هو: العقد سبب تام، إذ المأخوذ موضوعا لوجوب الوفاء هو العقد، قال الله تعالى: *أَوْفُوا بِالْعُقُودِ* (و لا يكون شىء آخر دخيلا فيه و الا لأخذ فى الموضوع، غاية الأمر خرج عن هذا العموم العقد الصادر من غير المالك إذا لم يجزه المالك، فالعقد الذى اجازه المالك يكون باقيا تحت العموم فلا مناص عن الالتزام بتأثيره خاصة من دون توقف على شىء آخر.

نعم الكاشف عن ثبوت الموضوع هو الإجازة، إذ ما لم يجز حيث يمكن عدم الإجازة فيحتمل عدم تحقق الموضوع. هذا هو مدرک المعنى الأول من الكشف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٠

و عن فخر الدين فى الايضاح الاحتجاج لهم بانها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الموجود (١) لان العقد حالها عدم انتهى و يرد على الوجه الأول أنه ان أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل إذا صدر عن رضاء المالك فهو مسلم الا ان بالإجازة لا

يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الاجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر ان لازم صحة عقد الفضولى كونها قائمة مقام الرضاء المقارن، فيكون لها مدخل فى تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها، و منه يظهر فساد تقرير الدليل

و فيه: اولاً: ما تقدم من ان خطاب) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ (متوجه الى المالكين، و مفاده وجوب وفاء كل مالك بعقده، و العقد الصادر من الفضولى انما يكون عقدا للمالك بالاجازة، فالموضوع يتحقق من حين الاجازة.

و ثانياً: انه قد دل الدليل من الإجماع و النص على اعتبار رضا المالك و دخله فى ترتب الأثر، و هو يقيد العموم فتأمل.

(١) الثانى: ما عن فخر الدين فى الايضاح، و هو: انه إذا لم تكن الاجازة كاشفة لزم تأثير المعدوم فى الوجود، إذ العقد حالها عدم، و حيث ان هذا الوجه بظاهره بين الفساد من جهة ان القائل بالنقل يرى ان العقد جزء العلة لا تمامها، و معلوم ان بعض اجزاء العلة كثيرا ما يتقدم على المعلول زمانا كما فى التدريجات- اى الأجزاء المتدرجة فى الوجود- فقد تصدى المحقق النائينى قدس سره لتوجيه و وجهه: بان مراده ان المنشأ لا يتخلف عن الانشاء، و اسم المصدر لا يعقل انفكاكه عن المصدر.

و لكن يرد عليه: ان المنشأ هو الملكية فى اعتبار المتبايعين، و الذى يكون محل الكلام هو الملكية فى اعتبار الشارع الأقدس.

الثالث: ما عن المحقق الرشتى قدس سره، و هو ان الشرط لتأثير العقد هو الرضا التقديرى من المالك، و الاجازة تكشف عنه ككاشفية شاهد الحال. هذا هو مدرك الوجه الأول من المعنى الثانى له.

و فيه: اولاً: ان الرضا التقديرى لا يكفى فى تأثير العقد لعدم انتسابه إليه بذلك.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٧١

بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصله الا رضا المالك، فإذا حصل بالاجازة عمل السبب عمله، فإنه إذا اعترف ان رضا المالك من جملة الشروط،

فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله و دعوى) صاحب الجواهر (ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس، و اعطاء الفطرة قبل وقته، فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة، و كغسل العشاءين لصوم اليوم الماضى على القول به مدفوعه، بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعى و غيره، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى، فهى كدعوى ان التناقض الشرعى بين الشئيين لا يمنع عن اجتماعهما لان النقيض الشرعى غير العقلى فجميع ما ورد مما يوهم ذلك انه لا بد فيه من التزام ان المتأخر ليس سببا أو شرطا، بل السبب و الشرط الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه، بأن يقال ان الشرط تعقب الاجازة و لحوقها بالعقد. و هذا امر مقارن على تقدير الاجازة لمخالفته الأدلة.

اللهم الا ان يكون مراده بالشرط، ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه، و هذا مع انه لا يستحق اطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا،

لأن المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله، لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس، و انه لا ينفع لحوقه فى حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك، و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام) صاحب الفصول (بل التزم به غير

واحد من المعاصرين، من أن معنى شرطية الاجازة (١)

مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقة للعقد فى المستقبل،

فالعلة التامة العقد الملحوق بالاجازة و هذه صفة مقارنة للعقد،

و ثانياً: ان الاجازة لا تكشف عن ذلك، كيف و الحالات الموجبة لاختلاف المالك من حيث الرضا و الكراهة مختلفة، فيمكن ان لا

يكون حين العقد راضيا، و يصير كذلك بعده

(١) الرابع: ما عن صاحب الفضول و اخيه المحقق، و هو انه حيث لا يمكن ان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٢

و ان كان نفس الاجازة متأخرة عنه، و قد التزم بعضهم مما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشتري أن المالك للمبيع سيجوز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد، و فيه ما لا يخفى من المخالفة للدلة، و يرد على الوجه الثاني اولا ان الاجازة و ان كانت رضا بمضمون العقد

تكون الاجازة المتأخرة شرطا لامتناع تأخر الشرط الذي هو من اجزاء العلة التامة التي يمتنع تأخرها عن المعلول، فلا مناص عن الالتزام بان الشرط الوصف الانتزاعي منه كالتعقب. هذا هو مدرك الوجه الثاني من المعنى الثاني.

و فيه: اولا- ان لازم الوجه المذكور لو تم ليس هو البناء على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي، بل تحقق المعلول بعد الاجازة كما هو ظاهر الأدلة.

و ثانيا: انه لا- يكون العقد بذاته منشئا لانتزاعه، و ان ابيت عن ذلك و قلت بان عنوان التعقب كعنواني السابق و الملحق ينتزع من نفس العقد- كما انهما ينتزعا منه- لكن لا كلام في ان هذا العنوان مع عنوان لاحقية الاجازة متضائفان، و المتضائفان متكافئان في القوة و الفعلية، فمع عدم فعلية الثاني لعدم تحقق منشئه لا يصير الأول فعليا.

و أما الوجه الثالث من المعنى الثاني: فلم ار ما استدل به عليه،

و يرد: انه خلاف ظاهر الأدلة و رجم بالغيب، مع ان ذلك الأمر حيث انه ليس من الأمور المتأصلة: إذ الصادر من الفضولي ليس الا العقد، فلا مناص عن الالتزام بكونه امرا انتزاعيا، و عليه فان كان منشؤه نفس العقد لزم ترتيب آثاره و لو لم تتحقق الاجازة، و ان كان المنشأ هو الاجازة عاد المحذور المتقدم في سابقه.

الخامس: ما استدل به على الكشف الانقلابي و هو: كون الاجازة من المالك محدثة للتأثير في العقد و جاعلة اياه سببا تاما.

و حاصله، انه فرق بين الاجازة و غيرها من الشروط كالقبض، فان الاجازة انما تكون انفاذا للعقد السابق، فهي ليست دخيلة في حصول الملكية، بل متممة للعقد الذي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٣

...

هو السبب للملكية نظير انفاذ الحاكم حكم مجتهد آخر، فالعقد الى حين الاجازة لم يكن سببا و بها انقلب و صار سببا تاما، و لازمه تأثيره في الملك بعد ما لم يكن بنحو الانقلاب.

و فيه: اولا: انه لا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه.

و ثانيا: ان الاجازة بهذا المعنى لم يدل دليل على نفوذها شرعا، إذ اعتبار الاجازة في سببية العقد، اما ان يكون لأجل اعتبار استناد العقد الى المالك، أو يكون لأجل اعتبار رضا المالك في نقل ماله عن ملكه، و على الأول: لا يستند العقد الى المالك الى حين الاجازة لا انها توجب استناد ما وقع من اول وقوعه إليه، بل من حين الاجازة كما تقدم،

فمن حين الاجازة يتم السبب للملكية فكيف يحكم بحصول الملك قبل تمامية السبب، و كذلك الامر على الثاني: إذ الرضا انما يوجد حين الاجازة لا قبلها، فلا حلية للتصرف قبلها و لا ملك.

السادس: ما استدل به على الكشف الحكمي، و هو وجهان:

احدهما: ما استدل به على الانقلاب بضميمة انه حيث لا- يعقل الانقلاب بدلالة الاقتضاء بينى على ارادة معاملة العقد الملحوق بالإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه.
و يرد عليه ما تقدم.

ثانيهما: ان الكشف الحكمى سار فى اغلب ابواب الفقه كباب الخمس و الزكاة و نحوهما.
و حاصله: ان كل ما يكون موضوعا لحكم بواسطة الأمر المتأخر- بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة، و ذلك الأمر بمنزلة الصورة- فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من اول تحققه، لانه ينكشف تحقق الموضوع من الاول الأمر، مثلا عنوان منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٤

...

فاضل المثونة موضوع لوجوب الخمس، و ذاته يتحقق اول زمان ظهور الربح، و لكن اتصافه بهذا العنوان انما يكون بعد انقضاء السنة، فبعد انقضاء السنة ينكشف تعلق الخمس من اول السنة. و فى المقام العقد انما يكون موضوعا لوجوب الوفاء بواسطة الإجازة المتأخرة، فلا بد من البناء على ترتيب الآثار مهما امكن.

و فيه: انه إذا كان الأمر المتأخر بمنزلة الصورة فلا بد من الالتزام بالنقل، إذ حقيقة الشيء انما تكون بصورته.
و أما كون الإجازة شرطا بوجودها الدهرى، فهو مندفع بان شرط الزمانى لا بد و ان يكون زمانيا، فلم يبق من معانى الكشف الا المعنى الثالث، و هو الكشف عن الأثر.

فقد استدل له: بان الإجازة متعلقة بالعقد، و هى رضا بمضمونه، و ليس الا النقل من حينه،
و هذا الوجه قد استدل به للقول الأخير الذى هو برزخ بين النقل و الكشف و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى موارد:
الأول: فى امكان كل من القولين أى المعنى الثالث و القول الاخير.
الثانى: فى تمامية هذا الوجه.

الثالث: فى انه على فرض التمامية، هل يثبت به الأول، أو الثانى؟ اما الأول: فغاية ما قيل فى وجه امتناع الأول: انه يستلزم القول بالشرط المتأخر،

و الشرط لا يتأخر، و الا لزم تأثير المعدوم فى الموجود أو عدم التأثير، و الأول محال، و الثانى خلف و الجواب عن ذلك فى الاصول، و قد اشبعنا الكلام فيه فى زبدة الاصول.

و اجماله: ان الشرط بنفسه ليس دخيلا- فى المصلحة و الحكم، بل التقييد به دخيل فيهما، و هو بوجوده الخارجى طرف لما يكون دخيلا فى الموضوع و هو التقييد به، و التقييد عبارة عن اضافة خاصة حاصله للشيء إذا لوحظ مع غيره، و تلك الاضافة تحصل
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٥

...

إذا لوحظ مع المتأخر، كما تحصل إذا لوحظ مع المقارن، و على التقديرين هو مقارن له،
مثلا فى العرفيات الحمامى انما يرضى بالتصرف فى الحمام و صرف الماء لمن يعطى الفلوس فيما بعد خروجه، فمن علم من حاله انه يعطيه بعد الخروج- بما انه بالفعل مقيد بهذا و يتصف به- يجوز له التصرف فيه.
و بالجملة: حصول امر اعتبارى اضافى من جهة تحقق المتأخر فى ظرفه واضح، و دخل العناوين الاعتبارية الاضافية فى المصالح و

الأحكام فى غاية الوضوح، فلا محذور فى الشرط المتأخر اصلا.

و أما القول الثانى: و هو كون اعتبار الملكية بعد الإجازة و المعتبر سابقا. توضيحه:

ان اعتبار الملكية و حصول الملكية كما يمكن اجتماعهما بحسب الزمان، كذلك يمكن افتراقهما بان يكون الاعتبار فعلا و المعتبر فى زمان لاحق، أو فى زمان سابق. إذ الاعتبار خفيف المثون و يكون نظير التصور و اللحاظ، و يصح تعلقه بامر متأخر أو متقدم إذا كان هناك مصحح له و لم يترتب عليه محذور، و لذا بنينا على صحة اعتبار ملك المعدوم و الملك للمعدوم، و لا يتوقف الاعتبار الا على اثر مصحح له، ففى المقام تعتبر الملكية بعد تحقق الإجازة لمن انتقل عنه و بعد الإجازة لمن انتقلت إليه.

فقد قيل فى وجه عدم امكانه امور:

الأول انه يلزم كون المال ملكا لملكين فى زمان واحد، و هذا غير معقول.

و فيه: انه حيث يكون زمان الاعتبار متعددا فلا محذور فى اجتماع ملكيتين فى زمان واحد.

و ان شئت قلت: ان الاعتبار خفيف المثون، فيمكن اعتبار شىء واحد لشخصين مع تعدد زمان الاعتبار.

الثانى انه بناء على مسلك العدلية من تبعية الأحكام للمصالح و المفسد، اعتبار كون العين لمن انتقلت عنه الى حين الإجازة لا محالة يكون لمصلحة داعية الى ذلك

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٦

ال- ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الاجازة و الرضا بذلك النقل المقيد يكونه فى ذلك الحال، بل هو نفس النقل (١) مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان، و انما الزمان من ضروريات انشائه، فإن قول العاقد بعث ليس نقلت من هذا الحين و ان كان النقل المنشئ به واقعا فى ذلك الحين، فالزمان ظرف للنقل لا قيد له، فكما ان انشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان

و معه كيف يمكن اعتبار ملكيتها لمن انتقلت إليه فى ذلك الزمان بعد كون المصلحة من الأمور الواقعية.

و فيه: ان الأحكام الوضعية تابعة لمصالح فى الاعتبارات لا فى المعتبر، فلا يلزم الاجتماع.

الثالث: انه يلزم التعارض بين الآثار، مثلا- إذا كان للعين منافع و استوفاهما الغير مقتضى الاعتبار الأول كون عوضها لمن انتقلت عنه فيكون ضامنا له، و مقتضى الاعتبار الثانى كونه لمن انتقلت إليه و كونه ضامنا، و هكذا.

و فيه: ان الآثار غير الباقية لا- كلام فيها، و الباقية مترتبة على الاعتبار الثانى و هو الميزان: و فى المثال يحكم بكونه ضامنا للثانى فتحصل: ان الأظهر معقوليتهما معا.

و أما المورد الثانى: فمحصل الدليل المشار إليه: ان العاقد الفضولى كغيره من العاقدين يقصد النقل من زمان العقد و ينشأ ذلك، و الإجازة من المالك تتعلق بتمام ما انشأه الفضولى لا بعضه، و دليل صحة بيع الفضولى انما يدل على صحة عقد الفضولى الذى اجازه المالك و وقوعه، فتكون النتيجة هو الكشف.

و اورد عليه المصنف قدس سره بايرادات:

(١) الأول: ان مضمون العقد ليس هو النقل من حينه بل اصل النقل، و انما يحكم بوقوعه من ذلك الحين فيما إذا كان العاقد هو المالك من جهة وقوع الانشاء الذى هو العلة فى ذلك الحين، و المعلول لا يتخلف عن علته.

و بعبارة اخرى: مضمون العقد هو النقل غير المقيد بالزمان، و انما الزمان ظرف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٧

يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان (١) فكذلك، اجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المحيز فى زمان الإجازة، و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى اجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة و لأجل ما

ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الايجاب، مع انه ليس الا رضا بمضمون الايجاب، فلو كان مضمون الايجاب النقل من حينه، و كان القبول رضا بذلك كان معنى امضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الاثر من حين الايجاب لان الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به.

و دعوى ان العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعه بأن سببته للملك ليست الا بمعنى امضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل في زمان و رضا، بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الايجاب، و لأجل ما ذكرنا ايضا لا يكون فسخ العقد الا انحلاله من زمانه (٢) من زمان العقد، فإن الفسخ نظير الاجازة و الرد لا يتعلق الا بمضمون العقد، و هو النقل من حينه، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا في العقد على وجه القيدية

له لا قيد، و استشهد لذلك بامرین احدهما:

(١) ان القبول حاله حال الاجازة في كونه رضا بمضمون الايجاب، مع انه لم يقل احد بالكشف فيه.
ثانيهما:

(٢) ان الفسخ للعقد انما يكون نظير الاجازة متعلقا بمضمون العقد، فلو كان زمان وقوع العقد مأخوذا في العقد على وجه القيدية لكان فسخه موجبا للحكم بعدم ترتب الآثار من حين العقد، مع انه لم يقل به احد.

و لكن يرد عليه قده: ان العاقد الملتفت بحسب الطبع إذا لم ينشأ النقل في زمان متأخر لا محالة يكون قاصدا الى النقل من حين العقد، و انما لا يذكره في الانشاء اعتمادا على ما يقتضيه اطلاق العقد، كيف و لو كان قاصدا لمجرد النقل المهمل من حيث الزمان لم يكن وجه لوقوعه من حين العقد، و مجرد وقوع الانشاء في زمان لا- يكفى في وقوع المنشأ من ذلك الحين، فان الانشاء سبب لوقوع مضمونه، و المفروض انه النقل على

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٨

لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر في جميع ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل الا ظرفا، فجميع ما يتعلق بالعقد من الارضاء و الرد و الفسخ انما يتعلق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزمان.

و الحاصل انه لا إشكال في حصول الاجازة بقول المالك (١) رضيت بكون مالي لزيد بازاء، ماله أو رضيت بانتقال مالي الى زيد و غير ذلك من الالفاظ التي لا تعرض فيها لإنشاء الفصولي فضلا عن زمانه، كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها اجازة منها و نحو ذلك.

و من المعلوم ان الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفصولي و بتقرير آخر ان الاجازة من المالك قائمة مقام رضاه، و اذنه المقرون بانشاء الفصولي أو مقام نفس انشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد الا بعد الاجازة، فهي اما شرط أو جزء سبب للملك، بعبارة اخرى المؤثر هو العقد المرضي به و المقيّد من حيث انه مقيّد لا يوجد الا بعد القيد و لا يكفى في التأثير وجود ذات المقيّد المجردة عن القيد،

سبيل الإهمال لا من حينه، فيتوقف وقوعه من حينه على مرجح يقتضيه، مع انه يفرض الكلام فيما إذا انشأ النقل من حين العقد.
و أما ما ذكره من الشاهدين فيرد على الأول منهما: انه ان قلنا بان القبول انشاء للملك فالفرق بينه و بين الاجازة واضح، و ان قلنا انه رضا بمضمون الايجاب فلا- محذور في الايجاب، الا انه بناء على اعتبار الموالاته بين الايجاب و القبول قليل الفائدة، اي لا فرق بين وقوعه من حين الايجاب أو من حين القبول غالبا.

و أما الشاهد الثاني فيرد عليه: ان الفسخ هو حل العقد بقاء لا من حين تحقق العقد.

(١) قوله و الحاصل انه لا إشكال في حصول الاجازة بقول المالك رضيت هذا ليس حاصلًا لما تقدم بل هو جواب آخر، هلصحو:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٧٩

و ثانيا انا لو سلمنا عدم كون الاجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب، و إنما هي من المالك محدثة للتأثير في العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه ان مجرد رضا المالك بنتيجة العقد اعنى محض الملكية من غير التفات الى وقوع عقد سابق ليس باجازة لان معنى اجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه (١) لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف بتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر.

و من المعلوم ان المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلة الا بعد الاجازة فلا يجب الوفاء الا بعدها.

و من المعلوم ان الملك الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقد بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم احل الله البيع فإن الملك ملزوم لحلية التصرف فقبل الاجازة لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو ترده في الفسخ و الإمضاء.

انه لو سلم كون انشاء الفضولى متعلقا بالنقل من حينه، الا ان الاجازة ليست متعرضة لإنشاء الفضولى و انما هي عبارة عن الرضا بالنقل و المبادلة، فتكون مؤثرة في النقل من حينها.

و فيه: ان الرضا بالمبادلة ما لم يكن رضا بما انشأ الفضولى لا- يكون كافيا، و انما يبني على كفاية الكاشف عن الرضا، من قبيل: رضيت بكون مالى لزيد بازاء ماله، من جهة كونه رضا بما انشأ الفضول بالالتزام، و الا لم يكن كافيا.

(١) الايراد الثانى: انه لو سلم كون العقد انشاء للنقل من حينه، و الاجازة متعلقة بهذا، الا انه لا دليل على صحة هذا العقد المجاز بهذا النحو، فان خطابات الامضاء من قبيل (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» و أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ «٢») انما تتوجه الى العاقدين، و المالك انما يصير

(١) المائدة، آية ٢.

(٢) البقرة، ٢٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٠

و ثالثا: سلمنا دلالة الدليل على امضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى اعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب ان يقال ان معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالاجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه، لكن نقول بعد الاغماض عن ان مجرد كون الاجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الاثر من حين العقد كما ان كون مفهوم القبول رضاء بمفهوم الايجاب و امضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الايجاب فتأمل.

إذ هذا المعنى على حقيقة غير معقول لان العقد الموجود على صفة عدم التأثير (١) يستحيل لحوق صفة التأثير له

عاقدا من حين الاجازة، فتلك الخطابات تتوجه إليه من حين الاجازة، فالأحكام التكميلية انما تكون ثابتة من حينها، و قبلها لا يجب الوفاء بالعقد و لا يحل التصرف له، و الملكية انما تكون منتزعة منها فكيف يمكن الحكم بتحققها من قبل الاجازة، و الأمر الانتزاعى لا يتقدم على منشأ انتزاعه.

و فيه: ان هذا الوجه يصلح ردا للكشف عن الأثر، و لا يصلح جوابا عما عمن يلتزم بكون اعتبار الملكية انما يكون من حين الاجازة، الا ان

المعتبر هو امر من حين العقد، الا على مسلكه قده من انتزاعية الأحكام الوضعية عن الأحكام التكليفية. و أما بناء على كونها مجعولات بالاستقلال- كما حققناه في محله- فلا- يتم هذا الجواب، فان الحكم التكليفي و ان كان من حين الإجازة، الا انه لا مانع من الالتزام بثبوت الحكم الوضعي بالنحو المتقدم من حين العقد. فتدبر.

(١) الايراد الثالث: انه لو سلم جميع الامور المشار إليها- من كون العقد انشاء للنقل من حينه- و من ان الإجازة انفاذ لذلك- و الادلة تدل على صحة هذا لعقد المجاز الا انه لعدم معقولية ذلك فانه يستلزم انقلاب العقد عما وقع عليه من عدم التأثير الى التأثير و هو محال- فلا بد من صرف الدليل عن ظاهره و حمله على الكشف الحكمي منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨١

لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه، فإذا دل الدليل الشرعي على امضاء الاجازة على هذا الوجه الغير المعقول، فلا بد من صرفه بدلالة الاقضاء الى ارادة معاملة العقد بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة، فإذا اجاز المالك حكما بانتقال نماء المبيع بعد العقد الى المشتري و ان كان اصل الملك قبل الاجازة للمالك و وقع النماء في ملكه. و الحاصل انه يعامل بعد الاجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة الى ما امكن من الآثار، و هذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات، و سيأتي الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقي و لم اعرف من قال بهذا الوجه من الكشف الا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و الا فظاهر كلام القائلين بالكشف ان الانتقال في زمان العقد، و لذا عنون العلامة رحمهم الله: في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و في زمان الانتقال اشكال فجعل النزاع في هذه المسألة نزاعا في زمان الانتقال، و قد تحصل مما ذكرنا ان كاشفية الاجازة على وجوه ثلاثة، قال بكل منها قائل:

احدها: و هو المشهور الكشف الحقيقي و التزام كون الاجازة فيها شرطا متأخرا.

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

و فيه: ان انقلاب العقد عن كونه غير مؤثر الى صيرورته مؤثرا امر لا بد منه حتى على القول بالنقل، فان ذلك من لوازم دخل الإجازة في تأثيره، و انما الخلاف في ان اثر هذا العقد المجاز هل هو النقل من حين الإجازة- كما يقول به القائل بالنقل- أو من حين العقد على نحو كون الاعتبار لاحقا، و المعتبر سابقا.

فتحصل مما ذكرناه: تمامية هذا الوجه.

و بما ذكرناه ظهر الكلام في المورد الثالث، و انه انما يدل على الكشف بالمعنى الذي اختاره المحقق الخراساني و تبعه جمع من الأساطين، و خلاصة الكلام: ان ادلة الامضاء انما تدل على إمضاء العقد المجاز بما له من المدلول، و هو ما ذكرناه.

هذا كله فيما تقتضيه القواعد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٢

و الثاني: الكشف الحقيقي و التزام كون الشرط تعقب العقد بالاجازة لا نفس الاجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكمي و هو اجراء احكام الكشف بقدر الامكان مع عدم تحقق الملك في الواقع الا بعد الاجازة، و قد تبين من تضاعيف كلماتنا ان الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل، ثم بعده الكشف الحكمي. و أما الكشف الحقيقي مع كون نفس الاجازة من الشروط فتمامه بالقواعد في غاية الاشكال، و لذا استشكل فيه العلامة في القواعد، و لم يرجحه المحقق الثاني في حاشية الإرشاد بل عن الايضاح اختيار خلافه تبعا للمحكي عن كاشف الرموز و قواه في مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام في النكاح، هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الاخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف (١) كما صرح به في الدروس. و كذا الاخبار التي

بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور (٢)

(١) قوله اما الاخبار فالظاهر من صحيحه محمد بن قيس الكشف.

لاحظ صحيح محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى في وليده باعها ابن سيدها و ابوه غائب فاشتره رجل فولدت منه غلاما ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال عليه السلام: خذ وليدتك و ابنها فناشده المشتري فقال خذ ابنه- يعنى الذى باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك فلما اخذ البيع الابن قال ابوه ارسل ابني فقال لا ارسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه «١»

و دلالة هذا الخبر على الكشف واضحة من جهة الحكم بعدم ضمان قيمة الولد في صورة الاجازة مع انه على النقل كان اللازم الحكم بالضمان الا ان المصنف.

(٢) قال لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور.

و لكن يمكن ان يقال انه بضميمة قاعدة من اتلف ظاهر في الكشف الحقيقي، فانه لو كانت الوليدة الى حين الاجازة باقية على ملك مالكها كان الحكم بالضمان منافيا لتلك القاعدة، فبعين البرهان الذى ذكره لاستفادة الكشف من خير ابي عبيدة يستفاد

(١) الوسائل باب ٨٨ من ابواب نكاح العيب و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٣

فيحتمل الكشف الحكمي. نعم صحيحه ابي عبيدة الواردة في تزويج الصغيرين فضولا المرأة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى اجاز فمات للزوجة الغير المدركة حتى تدرك و تحلف ظاهر في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل اجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على اموالهم، (١) فإطلاق الحكم بالعزل منضمنا الى عموم الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع فكأنه احتياط في الأموال، قد غلبه الشارع على اصالة عدم الاجازة كعزل نصيب الحمل و جعله اكثر ما يحتمل.

الكشف الحقيقي من هذا الصحيح، و حيث عرفت ان المعقول من الكشف هو الكشف فى المعتبر، و الصحيح قابل للحمل عليه، فيحمل عليه.

و يشهد له ايضا خبر ابي عبيدة «١» الوارد في تزويج الصغيرين فضولا، الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى اجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تحلف بعد الادراك، فقد افاد المصنف قدس سره في وجه دلالة على الكشف.

(١) ان مال الميت لو كان قبل الاجازة باقيا على ملك سائر الورثة كان العزل مخالف القاعدة تسلط الناس على اموالهم، «٢» فهو بضميمة قاعدة السلطنة يدل على الكشف.

و اورد عليه السيد و تبعه المحقق الايروانى قدس سره: بانه لا محيص عن مخالفة احدى القاعدتين، اما قاعدة السلطنة ان قلنا بالنقل، أو عموم دليل الاستصحاب ان قلنا بالكشف، فترجيح احدى القاعدتين على الأخرى بلا مرجح.

و فيه: ان مخالفة عموم دليل الاستصحاب لا- محيص عنها على القولين، إذ لو قلنا بالنقل و انها ترث بعد الاجازة كان العزل منافيا لأصالة عدم الاجازة.

و يمكن ان يذكر وجه آخر لدلالته على الكشف، و هو: انه لو قلنا بالنقل فإن بنينا على انتقال المال كلا الورثة و ان الزوجة تتلقى نصيبها من سائر الورثة لزم مخالفة

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

(٢) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٤

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل (١) فنقول:

قاعدة الارث المقتضية لتلقى النصيب من الميت، و ان بنينا على بقاء مقدار نصيبها على ملك الميت لزم مخالفة قاعدة ما تركه الميت فلوارثه «١» و هذا بخلاف ما لو بنينا على الكشف كما هو واضح.

فتحصل: ان القول بالكشف في المعبر هو الذي تقتضيه القواعد و الأدلة، الخاصة، فعليه الفتوى.

الثمره على القول بالكشف أو النقل

(١) بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامات:

الأول: في تصرف كل منهما في ما انتقل إليه.

الثاني: في تصرف كل منهما فيما انتقل عنه.

الثالث: في سائر الآثار من النماء و غيره.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موارد.

(١) في الحكم التكليفي: (٢) في الحكم الوضعي: (٣) في الآثار الاخر المترتبة على الملك.

و ليعلم ان الكلام في المقام يقع في تصرف الأصيل، و أما تصرف المالك الذي وقع العقد على ماله فضولا فسيأتي الكلام فيه ان شاء الله تعالى.

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

أو شرطية اللحاظ، أو شرطية الإجازة نفسها بنحو الشرط المتأخر، أو الكشف المحض- يجوز التصرف ان اجاز المالك لفرض وقوعه في ملكه.

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٥

اما الثمرة على الكشف الحقيقي. بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له، فقد يظهر في جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم اجازة المالك فيما بعد. (١)

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الاجازة شرطا يظهر في مثل ما إذا وطى المشتري الجارية قبل اجازة مالكة فأجاز، فإن الوطى على الكشف الحقيقي حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه،

(٢) و لو

(١) و ما افاده المصنف قدس سره من الفرق في جواز التصرف بين كون نفس الاجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و الحكم

بجواز التصرف على الثانى دون الاول، ان اراد شرطيتها على سبيل الانقلاب فهو حق كما ستعرف، الا انه لا يلائم مع ما افاده بعد سطرين.

(٢) من جواز الوطاء واقعا على الكشف الحقيقى مطلقا كما لا يخفى.

و ان اراد شرطيتها على نحو الشرط المتأخر فهو غير صحيح، إذ جواز التصرف من آثار الملك، و المفروض حصوله من حين العقد على هذا المسلك ايضا،

و على القول بالنقل، و الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه، و الكشف الحكى لا- يجوز لفرض عدم حصول الملك قبل الإجازة، و تحقق الملك بعد الإجازة و لو من حين العقد بنحو الانقلاب أو النحو المعقول لا يوجب انقلاب التصرف الذى وقع غير جائز عن ما وقع عليه هذا فى الحكم الواقعى،

و أما فى الظاهر فان علم بالإجازة جاز التصرف ظاهرا- على فرض جوازه واقعا- و ان لم يعلم به لم يجز لأصالة عدم تحقق الإجازة، بناء على ما هو الحق من جريان الاستصحاب فى الامور الاستقبالية.

و أما المورد الثانى: فعلى القول بالكشف بالنحو الذى اخترناه، فيعه يكون من قبيل من باع شيئا ثم ملك، و كذلك ما شابهه، و أما الطلاق فلا ينبغى الأشكال فى فساده لعدم علقه الزوجية حينه، و كذلك الكلام على الكشف بمعنى الانقلاب.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٨٦

اولدها صارت ام ولد على الكشف الحقيقى و الحكى، لان مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطى فى الملك، و يحتمل عدم تحقق الاستيلاء على الحكى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك، و ان حكم بملكته للمشتري بعد ذلك و لو نقل المالك أم الولد

و أما على الكشف الحكى فلا بد من البناء على نفوذ تصرفاته بعد الإجازة و ان وقعت غير نافذة حين وقوعها، و أما على سائر وجوه الكشف فلا ريب فى نفوذها، كما لا ريب فى عدم النفوذ على القول بالنقل.

و أما المورد الثالث: فلو اولد المشتري الجارية قبل اجازة مالكةا، فعلى القول بالكشف الحقيقى بنحو الكشف المحض، أو الكشف عن مقارنة الشرط، أو الكشف عن الأثر، صارت ام ولد لوقوع الوطاء فى ملكه، و على القول بالنقل لا يتحقق الاستيلاء بلا كلام.

و أما على الكشف الانقلابى، و الكشف الذى اخترناه فالأظهر عدم تحقق

الاستيلاء، إذ الإجازة على القولين توجب الملكية حقيقة فى الزمان الذى لم يكن الملك موجودا، و هذا لا يوجب انقلاب الوطاء- و عليه فلا يتحقق الاستيلاء.

و أما على الكشف الحكى فالظاهر هو البناء على تحقق الاستيلاء، فان الوطاء و ان وقع فى ملك الغير، الا انه حيث دل الدليل على ترتيب جميع آثار الملك و من جملتها الآثار المترتبة على وقوع الوطاء فى الملك من عدم جواز بيع الام و حرمة الولد، فيجب ترتيبها، و على هذا فلا وجه لأحتمال عدم تحقق الاستيلاء على الكشف الحكى كما فى المتن.

و اوضح اشكالا من ذلك البناء على تحقق الاستيلاء على الكشف الحقيقى بوجوهه لما عرفت.

و أما المقام الثانى: و هو تصرف كل منهما فيما انتقل عنه،

فالكلام فيه يقع فى موردين:

الاول: فى تصرف المجيز.

الثانى: فى تصرف الأصيل.

و محل الكلام التصرف المخرج عن الملك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٧

عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقي (١) لانكشاف وقوعه في ملك الغير (٢) مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد. و بقي صحيحا على الكشف الحكمي و على المجيز قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه. و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم و ضابط الكشف الحكمي الحكم بعد الاجازة بترتيب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل اجازته كإتلاف النماء، و نقله و لم يناف الاجازة جمع بينه و بين مقتضى الاجازة بالرجوع الى البدل و ان نافي الاجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعققات محلها مع احتمال الرجوع الى البدل و سيجيء،

اما المورد الاول: فمن حيث الحكم التكليفي لا- كلام في الجواز على جميع الأقوال- و ستعرف وجهه- و أما من حيث الحكم الوضعي- فالأقوال فيه اربعة:

الأول: النفوذ مطلقا، اختاره جمع منهم السيد و المحقق النائيني قدس سره.

الثاني: عدم النفوذ على الكشف مطلقا، ذهب إليه جمع منهم المحقق الايرواني الثالث: النفوذ مع بقاء قابلية عقد الفضولي لأن يجاز فيجمع بينهما بان على المجيز القيمة.

(١) الرابع: ما في المكاسب، و هو بطلان النقل على الكشف الحقيقي، و صحته على الكشف الحكمي مع البناء على عدم قابليته للإجازة إذا كان التصرف من قبيل إتلاف العين عقلا أو شرعا كالتعققات، و بقاء لقابلية و الحكم بصحة الإجازة ان كان بنحو لا ينافيها كإتلاف النماء و نقله.

و قد افاد في وجه بطلان النقل على الكشف الحقيقي

(٢) انه بالاجازة ينكشف وقوع النقل في ملك الغير، و في وجه صحته على الكشف الحكمي و نفوذ الإجازة مع رجوع المشتري الى المجيز بالقيمة ان لم يكن التصرف بالإتلاف بانه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، و في وجه عدم ماضيا من حين وقوعه، و صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، و في وجه عدم صحة الإجازة على الكشف الحكمي ان كان التصرف بالإتلاف بانه بفوت محل الاجازة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٨٨

...

و في كلامه قده مواقع للنظر:

اما ما افاده اولاً: فلأن العقد الصادر من الفضولي لا يكون مؤثراً وحده في لزوم التزام المالك بمفاده، فهو بعد في سعة من ذلك، فلو نقله بعقد لازم شمله ادلة ذلك العقد و يجب الوفاء به، و بعده لا يبقى مورد للإجازة لخروجه عن ملكه، و تلك الإجازة الواقعة في غير ملكه لا تصلح ان تؤثر في نقل المال قبل ذلك النقل عن ملكه كي يصير نقلاً لمال الغير.

و بالجملة: الإجازة المؤثرة هي ما تكون صادرة ممن بيده زمام المال، فإذا فرض خروجه عن ملكه بعقد لازم قبلها فلا يبقى لها محل، و معه لما اثر شيئاً.

و أما ما افاده ثانياً: فلأنه إذا فرضنا صحة الإجازة كان اللازم ترتيب جميع آثار ملك الاصيل من حين العقد و من جملتها فساد العقد الواقع عليه من المجيز قبل الإجازة،

فالفرق حينئذ بين الكشف الحقيقي و الحكمى فى غير محله.

و أما ما افاده ثالثا: فلأنه لم يظهر لنا الفرق بين العتق الذى هو اتلاف للمال شرعا، و بين النقل و اخراجه عن ملكه، حيث حكم فى الأول بفوات محل الإجازة دون الثانى.

و بالجملة: فوات محل الإجازة انما يدور مدار الخروج عن الملك المشترك بين الموردين، و خروجه عن المالىة غير دخيل فى ذلك. فتحصل: ان الاظهر هو نفوذ النقل مع فوات محل الإجازة، ثم عدم النفوذ على القول بالكشف الحقيقى و الحكمى.

ولا يخفى انه بحسب ما رتبنا المطالب و عناوينها المناسب هو البحث فى المورد الثانى و لكن لما قدم المصنف المباحث المربوطة بالمقام الثالث و لذلك تسهلا للطالب نقدم البحث فيه، و بعده نرجع الى المبحث فى المورد الثانى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٨٩

ثم انهم ذكر و الثمرة بين الكشف و النقل مواضع.

منها النماء فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه (١) و للشهيد الثانى فى الروضة عبارة (٢) توجيه المراد منها، كما فعله بعض اولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و أما المقام الثالث: فمحل الكلام امران:

الأول: النماء.

الثانى: فسخ الأصيل

(١) اما الاول: ففى المكاسب: فانه على الكشف بقول مطلق لمن انتقلت إليه العين، و على النقل لمن انتقلت عنه.

و لكن: ما افاده يتم على النقل، لأن النماء تجدد فى ملك من انتقلت عنه، و كذا يتم

على الكشف غير الكشف الانقلابى و الكشف الذى بينا عليه لتجده فى ملك من انتقلت إليه، و لا يتم على هذين المسلكين لأن العين باقية على ملك من انتقلت عنه الى حين الإجازة، فالنماء تجدد فى ملكه، و الإجازة توجب انقلاب العقد الموجب لانقلاب الملكية أو اعتبار الملكية السابقة و هذا لا يوجب انقلاب وقوع النماء، لأن اعتبار الملكية و ارد على وقوع النماء لا ان النماء و ارد عليه.

(٢) قوله و للشهيد الثانى قدس سره فى الروضة عبارة هى هذه: و تظهر الفائدة فى النماء، فان جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من البيع للمشتري و نماء الثمن المعين للبائع، و لو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز.

و قد وجه مراده بعض: بان مفروض كلامه الفضولى من الطرفين، و مراده من المالك المجيز هو الجنس.

و وجه آخر حكمه بكون النماءين للمالك المجيز: بان نماء ماله له لتجده فى ملكه، و نماء المال الذى انتقل إليه انما يكون له لأن صاحبه سلطه عليه. و المصنف استحسنت توجيه الأول.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٩٠

و منها ان فسخ الاصيل لإنشائه قبل اجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف (١) بمعنى انه لو جعلناها ناقلة. كان فسخ الاصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإن العقد تام من طرف الاصيل

(٢) غاية الامر تسلط الآخر على فسخته، و هذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه،

بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالتبض فى الهبة و الوقف و الصدقة، فلا- يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الابطال على القول بالنقل (٣) معللا بأن ترتب الاثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من احكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه، و فيه ان

عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط

(١) و أما الفسخ: فقد يقال: ان فسخ الاصيل قبل الاجازة مبطل له على القول بالنقل دون الكشف.

(٢) و استدل له: بان الفسخ على الاول يكون كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغيا لإنشائه، و على الثاني يكون فسخا بعد تمامية العقد من ناحيته.

و اورد عليه بايرادين:

احدهما: ما نقله المصنف قدس سره عن بعض و تبعه جمع من المحشين، و هو

(٣) انه لا- دليل على جواز الرجوع عن الانشاء قبل استكمال اجزاء ما هو مؤثر في حصول النقل، و انما الدليل و هو الإجماع مختص بالرجوع المتخلل بين اجزاء العقد التي هي الايجاب و القبول.

و فيه: انه يمكن ان يستدل له بدليل السلطنة «١» بعد فرض كونه باقيا على ملكه.

و دعوى انه تصرف في العقد لا المال فلا يشمل دليل السلطنة.

مندفعة بان نتيجة عدم ثبوت هذا الحق له بما انها خروج المال عن ملكه مع عدم رضاه فهو ينافي السلطنة المطلقة الثابتة للمالك.

و بالجملة: مقتضى عموم دليل السلطنة كما يكون جواز نقله عن ملكه، كذلك يكون جواز رفع اليد عن التزامه ما دام لم يخرج عن ملكه.

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩١

فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب،

فالاولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ باطلاقات صحة العقود و لزومها، و لا يخلو عن اشكال. (١)

و منها جواز تصرف الاصيل فيما انتقل عنه بناء على النقل (٢) و ان قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جاريه من فضولى جاز له وطأها و أن استولدها صارت ام ولد لانها ملكه

و هذا البيان يجرى على القول بالكشف الانقلابي و الكشف المختار كما هو واضح، و لا يجرى على سائر وجوه الكشف.

ثانيهما: ان مقتضى عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود «١» عدم جواز رفع اليد عنه

(١) قال المصنف قدس سره و لا يخلو عن اشكال.

و الظاهر ان منشأ اشكاله ما سيذكره بعد اسطر من عدم تمامية موضوع وجوب الوفاء على القول بالنقل قبل الاجازة.

فالحق انه على القول بشمول ادلة لزوم العقد لإنشاء الأصيل ليس له فسخه، و على القول بعدم الشمول- كما اخترناه- فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي و الكشف المختار يكون فسخه نافذا لعموم دليل السلطنة، و على سائر وجوه الكشف لا يكون كذلك

لعدم الموضوع لدليل السلطنة و عدم الدليل على جواز الفسخ و مقتضى الاستصحاب بقاء ما التزم به بعد الفسخ.

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع من جهتين:

الأولى: في ان العقد من قبله هل يكون لازما ام لا؟ الثانية: في حكم تصرفاته على كل من القولين.

اما الجهة الاولى: ففيها اقوال:

الأول: اللزوم مطلقا.

الثاني: عدمه كذلك، ذهب إليه جمع من الأساطين.

(٢) الثالث: ما في المكاسب- و هو اللزوم على القول بالكشف، و عدمه على القول

(١) المائة، ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٢

و كذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصل الاجازة في المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. والحاصل أن الفسخ القولي و إن قلنا أنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا- أن له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الاجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا. لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حق الاصيل و ان لم يجب في الطرف الآخر و هو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف في العين لامكان الاجازة سيما على القول بالكشف، انتهى. و فيه ان الاجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد المتعاقدين لأن الأمور بالوفاء هو العقد المقيد الذي لا يوجد الا بعد القيد و هذا كله على النقل. و أما على القول بالكشف: فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثاني و ظاهر غيرهم، و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف، لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدر في السلطنة الثابتة له،

بالنقل. و ليعلم ان كلامه في هذه المسألة مبني على الكشف الانقلابي.

و ملخص ما افاده في مقام الفرق بينهما: انه على القول بالنقل: الإجازة دخیلة شرطا أو شطرا في تأثير العقد، و يكون الموضوع لوجوب الوفاء العقد المقيد بالإجازة،

فقبل الإجازة لا يكون موضوع وجوب الوفاء متحققا لعدم تحقق شرطه و قيده.

و أما على القول بالكشف: فالاجازة و ان كانت مؤثرة في الملكية و تكون سببا لصيرورة العقد سببا تاما للملك بنفسه، الا ان موضوع وجوب الوفاء هو العقد بلا ضم شيء آخر إليه. و بعبارة اخرى: تكون الإجازة على هذا المسلك دخیلة في حصول الملك، الا انه حيث تكون هي بعنوان الامضاء و الإنفاذ فلا تكون دخیلة في موضوعيته لوجوب الوفاء، و على هذا بنى التفكيك بين الآثار المترتبة على الملك و وجوب الوفاء بالعقد

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٣

و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصل الاجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانقال المال الى المجيز، فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه، قال: نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف، انتهى. (١) اقول مقتضى عموم وجوب الوفاء و جوبه على الاصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى باجازة المالك، بل مقتضى العموم و جوبه حتى مع العلم بعدم اجازة المالك

بمعنى لزومه عليه و بهذا البيان يظهر اندفاع ما اورده السيد قده و تبعه غيره.

و لكن يرد عليه قده: ان الإجازة حتى على الانقلاب انما توجب انتساب العقد الى المالك، و قبلها لا يكون هناك التزام من المالك بل من الفضولي، و على ذلك فيما ان حقيقة العقد ربط احد الالتزامين بالآخر، و من المعلوم ان الأصيل انما يربط التزامه بالتزام المالك لا- الفضولي، فقبل الإجازة لا- يكون هناك عقد كى يجب الوفاء به على الأصيل، و بعبارة اخرى: ان الفضولي ان اشترى للمالك، فالبائع الأصيل يربط التزامه بالتزام المالك،

فمع عدم الإجازة و عدم تحقق الالتزام منه لا يكون العقد متحققا، و ان اشترى لنفسه فالبائع و ان ربط التزامه بالتزامه الا انه يربط بما انه مالك، ففي الحقيقة يربط التزامه بالتزام المالك، فما لم يلتزم المالك لا يكون العقد متحققا، و معه لا معنى لوجوب الوفاء به. مع انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا صدق العقد على التزام كل منهما و ان لم يكن مرتبنا بالآخر، الا ان التزام الأصيل يكون ماله لغيره ليس مطلقا بل يكون على تقدير خاص و هو التزام طرفه يكون ماله له، فالالتزام فعلى الا ان الملتزم به معلق، و عليه فإذا علم بعدم الإجازة أو شك فيها و اجري استصحاب العدم لا يجب عليه الوفاء بالتزامه.

(١) فما نقله المصنف قدس سره من بعض معاصريه من التفصيل بين صورة العلم بالاجازة و

غيرها هو الصحيح على هذا المسلك، و لا يرد عليه ما افاده المصنف قدس سره،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٤

و من هنا يظهر انه لا- فائدة في اصالة عدم الاجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالاجازة لعدم احراز الشرط مع الشك، فلا- يجب الوفاء به على احد من المتعاقدين و أما على المشهور في معنى الكشف من كون نفس الاجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد. و قد تحقق، فيجب على الاصيل الالتزام به و عدم نقضه الى ان ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الاصيل كما ان اجازته امضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل انه إذا تحقق العقد، فمقتضى العموم على القول بالكشف المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضمنية شيء شرطاً أو شرطاً حرمه نقضه على الاصيل مطلقا، فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز

مع انه لو اغمض عن ذلك كله و سلم ما افاده لما كان وجه للفرق بين النقل و الكشف، إذ الإجازة على النقل حينئذ دخيلة في حصول الملك لا في وجوب الوفاء كما لا يخفى.

و بما ذكرناه ظهر أن ما افاده المحقق النائيني قدس سره من وجوب الوفاء مطلقا- من جهة ان وجوب الوفاء متفرع على العقد لا الملك، و المفروض في باب الفضولي ان العقد تام و لو لم يكن مؤثرا، و لا- ينافي وجوب الالتزام على شخص عدم وجوبه على الآخر، فان التزام احدهما غير منوط بالتزام الآخر، لأن مقتضى مقابلة الجمع بالجمع في الآية الشريفة التوزيع، فكل واحد ملتزم بالوفاء بالعقد من طرفه غير تام للإيرادين الأولين اللذين اوردناهما على الشيخ قدس سره.

فتحصل: ان الأظهر عدم لزوم العقد على الأصيل،: فله فسخ العقد قبل الإجازة.

ثم ان المنسوب الى بعض الأعلام من تلامذة الشيخ قدس سره الايراد عليه:

بان تمسكه بعموم) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ «١» في المقام تمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٥

و من هنا تبين فساد توهم ان العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الاصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لان مقتضى العقد مبادلة المالكين فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد اعني المبادلة توضيح الفساد ان الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطي عنه، و هذا لا يدل الا على حرمة التصرف في ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل. و أما دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما

جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه. و أما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه، و إن كان داخلا في مفهوم المبادلة فعلا و تركا الى ما يقتضيه الاصل، و هى اصاله عدم الانتقال، و دعوى ان الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل فى ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه

و يمكن توجيهه بانه لو سلم عموم العقد لالتزام الأصيل، لكن لا يجب الوفاء به لو فرضنا عدم الإجازة الى الابد اجماعا فهو خارج عن العموم فلو شك فى الاجازة و عدمها يكون التمسك به تمسكا بالعام فى الشبهة المصدقية. فلا يرد عليه ما افاده المحقق الأصفهاني كما يظهر لمن راجعه.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول باللزوم لا تكون تصرفاته المخرجة للمال عن ملكه نافذة، لأنه مقتضى لزوم العقد عليه، و أما التصرفات غير المخرجة فحكمها حكم التصرفات المخرجة على المختار. اما بناء على المختار من عدم اللزوم عليه. فعلى القول بالنقل و الكشف الانقلابي. و الكشف الذى اخترناه تكون تصرفاته باجمعها جائزة تكليفا و وضعا لكونها واقعة فى ملكه، و المفروض عدم المنع عنها من قبل لزوم العقد، و الاجازة المتأخرة حتى على الكشف الصحيح لا توجب وقوعها فى غير ملكه لورود الاعتبار عليها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٦

فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حثا، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الاجازة لا يعد نقضا، لما التزمه إذ لم يلتزمه فى الحقيقة الا معلقا مدفوعا بعد تسليم جواز التصرف فى مسألة النذر المشهورة بالاشكال أن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير معلق على الإجازة، و إنما التزم بالمبادلة متوقعا للاجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه الى ان يحصل ما يتوقعه من الاجازة أو ينقض التزامه برد المالك، و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها، قال فى القواعد فى باب النكاح، و لو تولى الفضولى احد طرفي العقد ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسة و الاخت و الام و البنت الا إذا فسخت على اشكال فى الأم. و فى الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة و إن كانت زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ و الطلاق هنا معتبر، انتهى. و عن كشف اللثام نفى الاشكال.

و قد صرح ايضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الاصيل، و فرعوا عليه تحريم المصاهرة. و أما مثل النظر الى المزوجة فضولا و إلى امها مثلا- و غيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الاصول، لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفية بالاصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقف على ثبوت نتيجة العقد. اعنى علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين.

و هذا لا إشكال فيه، فلا يبقى محل للإجازة فى التصرفات المخرجة عن الملك.

و أما على سائر وجوه الكشف، فجواز التصرف واقعا و عدمه يدوران مدار الإجازة و عدمها، إذ على فرض الإجازة يكشف ذلك عن وقوعها فى ملك الغير فلا يكون جائزا تكليفا و وضعا، و على فرض عدمها يجوز هذا فى الحكم الواقعي، و أما الظاهري فالجواز و عدمه يدوران مدار العلم بالإجازة- و عدمه إذ على الأول لا يجوز، و على الثانى يجوز لأصاله عدمها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٩٧

ثم ان بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها،

و بما يمكن ان يقال عليها، منها: (١) ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين بموته قبل اجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطرى أو غيره، مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل،

ثمرات ذكرها بعض متأخري المتأخرين

وقد ذكر بعض متأخري المتأخرين ثمرات اخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن ان يقال عليها:

(١) منها ما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتعاملين بموته قبل اجازة الآخر و ما شاكل، فيصح حينئذ على الكشف دون النقل، و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف مثلا، و فى مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة- شرائط المعاملة على اقسام:

الأول: شرائط معروضها المتعاملان كالحياء و الإسلام فى بعض الموارد.

الثانى: شرائط معروضها العوضان، كالملكىة.

الثالث: شرائط العقد.

فالكلام يقع فى مواضع:

الاول: فيما لو انسلخت قابلية الملك عن احد المتبايعين أو تجددت بعد العقد قبل الإجازة.

الثانى: فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف و نحوه أو تجددت.

الثالث: فيما لو ارتفعت شرائط العقد قبل الإجازة أو تجددت.

اما الموضوع الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين.

الأول: فى الانسلاخ، فقد يقال انه على الكشف يصح العقد لعدم المانع و العمومات تشملها، و على النقل لا يصح لامتناع ترتب الاثر.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٩٨

...

و اعترض عليه بايرادين.

الأول: ما افاده صاحب الجواهر من انه على الكشف ايضا يمكن ان يقال بالبطلان نظرا الى اعتبار استمرار القابلية، و لم يذكر هو فى وجه هذا الاعتبار شيئا و لذا رده الشيخ بعدم الدليل عليه.

وقد ذكر السيد فى وجهه: ان ادلة صحة عقد الفضولى قاصرة عن الشمول لهذه الصورة.

و لكن ما افاده يتم على القول بكون صحة الفضولى على خلاف القاعدة، و لا يتم على القول بكونها على القاعدة كما هو المختار، إذ الدليل حينئذ هو العمومات.

الثانى: ما افاده المحقق الثانى قدس سره، و هو: انه على النقل ايضا يصح، إذ المال ينتقل الى الوارث على نحو كان للمورث، فسواء مات الاصيل أو من له الإجازة يبقى العقد على حاله.

وفيه: انه بناء على النقل يكون المال لورثه الاصيل، و انتقاله منهم الى المالك المجيز يحتاج الى الدليل، و بقاء التزام المورث الذى هو سبب النقل مما لم يدل عليه دليل. اما على الكشف فالاجازة تكشف عن النقل فى حال حياته و لا محذور فيه.

هذا فى الموت، و أما فى الكفر فثبوت الثمرة اوضح، فانه إذا فرضنا المبيع مصحفا و المشتري كان مسلما فكفر على النقل، بما انه يلزم انتقال المصحف الى الكافر لا يصح، و على الكشف يصير مالكا له حين ما كان مسلما و لا محذور فيه.

المورد الثانى: فى تجدد القابلية بعد العقد، و هذا ينحصر مورده بالكفر كما لو كان المشتري للمصحف حين العقد كافرا فاسلم و اجاز

مالك المصحف بيعه، فعلى الكشف لا يصح لعدم قابليته للملكية له في ذلك الزمان، و على النقل من جهة الاثر- اى الملكية- لا مانع من صحة العقد، و سيأتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف قدس سره للمسألة بنحو الكلية و هى انه هل يعتبر واجدية العقد لجميع شروط الصحة ام لا؟.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٩٩

و كذا لو انسلخت قابلية المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه الى غير ذلك (١) و فى مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الاجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الاجازة، و فيما قارن العقد فقد الشروط، ثم حصلت و بالعكس، و ربما يعترض على الأول بامكان دعوى ظهور الادلة فى اعتبار استمرار القابلية الى حين الاجازة على الكشف، فيكشف الاجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا الى حين الاجازة.

و فيه انه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية (٢) و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها، كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فإنهم صرحوا بأن اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا، و كما يشعر بعض اخبار المسألة المتقدمة حيث ان ظاهر بعضها و صريح الاخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الاجازة

(١) الموضوع الثانى: فى ما لو انسلخت قابلية المنقول أو تجددت فالكلام فيه ايضا يقع فى موردين:

الأول: فى الانسلاخ، فقد يقال: انه على الكشف يصح، و على النقل لا يصح، إذ على الكشف يكون الانتقال فى زمان قابل له، و على النقل فى زمان لا يكون قابلا لذلك.

و اورد عليه صاحب الجواهر قدس سره: بانه على الكشف ايضا يعتبر رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها. و اجاب عنه لمصنف قدس سره باجوبة:

(٢) الاول انه لا- وجه لاستمرار التملك المكشوف عنه بالاجازة الى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على ماله، فانهم صرحوا بان اجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء ملكية الأول مستمرا.

و فيه: ان صاحب الجواهر يمكن له ان يدعى بالفرق بين المقام و المثال، إذ فى المثال عدم لبقاء التملك للبدل انما يكون للتصرف، و هو يؤكد القابلية، و هذا بخلاف المقام

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٠

مضافا الى فحوى خبر (١) تزويج الصغيرين الذى يصلح ردا لما ذكر فى الثمرة الثانية اعنى خروج المنقول عن قابلية تعلق انشاء عقد أو اجازة به، لتلف و شبهه،

فإن موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد، مضافا الى اطلاق رواية عروة (٢) حيث لم يستفصل النبى صلى الله عليه و آله عن موت الشاة أو ذبحه و اتلافه. نعم ما ذكره اخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الاجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطلان العقد ظاهرا على القولين، و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط. و بالجملة فباب المناقشة و ان كان واسعا الا ان الارجح فى النظر ما ذكرناه

و لا يخفى ان جواب المصنف قدس سره انما يكون بالنظر الى ايراده من حيث عدم استمرار تملكه للبدل لا بالنظر الى عدم استمرار ملكيته لماله لو لا الاجازة،

فايراد السيد قدس سره عليه بانه فى المثال يكون المال باقيا على ملكه لو لا الاجازة فالقياس مع الفارق، غير مربوط بكلام المصنف قدس سره كما هو واضح. فتدبر فانه دقيق.

(١) الثاني: فحوى خبر تزويج الصغيرين «١»

فان موت احد الزوجين كتلف احد العوضين فى فوات احد ركنى العقد.

وفيه: أن المفروض موت الزوج، فليس هناك وطء ولا ولد، بل غاية ما هناك انتقال المال بعنوان الارث، فلا اولوية

(٢) الثالث: اطلاق رواية عروة «٢»

حيث لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها و اتلافها.

وفيه: اولاً: ما تقدم من عدم تماميته سنداً.

و ثانياً: ان عدم الاستفصال يمكن ان يكون لعلمه صلى الله عليه وآله ببقاء الشاة.

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

و عن المحقق النائيني قدس سره الايراد على هذه الثمرة: بانه على الكشف ايضاً بما انه يكون من تلف المبيع قبل القبض و هو من مال بائعه، يكون العقد منفسخاً

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

(٢) المستدرک باب ١٨ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠١

و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات (١) و معرفة مجلس الصرف و السلم و الايمان و الندور المتعلقة بمال البائع أو المشتري و تظهر الثمرة أيضاً فى العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، و سيأتى أن شاء الله تعالى.

وفيه: اولاً: ان هذه القاعدة انما تخصيص بالبيع، و فيه ايضاً يختص بالمبيع، ففى الفضولى فى غير البيع، و فى البيع إذا كان التالف هو الثمن، لا يجرى هذا الكلام.

و ثانياً: انه يمكن فرض القبض بان يكون المشتري عالماً برضا المالك بقبض ماله فاقبضه الفضولى فعلى الكشف يكون القبض قبض المالك فلا يكون التلف قبل القبض.

و أما الكلام فى تجدد القابلية كما لو صار الخمر خلا فسيأتى عند تعرض المصنف له.

الموضع الثالث: فى شرائط العقد: و حيث ان المدار على ثبوتها حال الانشاء خاصة - بل لا معنى لبقائها بعده - فلا فرق بين القول بالنقل أو الكشف.

ثمرات ذكرها بعض

(١) قوله و ربما يقال بظهور الثمرة فى تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات.

و تنقيح القول بالبحث فى مواضع:

الأول: فى تعلق الخيارات، كما إذا كان المبيع صحيحاً حين العقد و صار معيباً حين الإجازة أو انعكس، و كذا إذا اختلف القيمة بحسب الزمانين، و كذا بالنسبة الى خيار المجلس.

و مخلص القول فيه: ان الخيارات على قسمين احدهما: ما يكون ثابتاً بدليل خاص.

ثانيهما: ما يكون ثابتاً على القاعدة و من باب الشرط الضمنى.

اما الأول: فلا بد من ملاحظة الدليل، فان كان المأخوذ فيه تحقق النقل و الانتقال كان على الكشف ثابتاً من حين العقد، و على النقل

من حين الإجازة، و ان كان موضوعه

البيع و العقد فحيث انه يتم العقد بالإجازة فلا يكون ثابتا من حين العقد على القولين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٢

...

و ان كان موضوعه انشاء البيع كان ثابتا من حين العقد على المسلكين.

و أما الثاني: فالظاهر ثبوت الثمرة، و انه على الكشف يكون الميزان هو لحاظ العقد، و على النقل يكون المدار على زمان الإجازة، و ذلك كما في خيار الغبن، إذ ثبوته انما يكون من باب الشرط الضمني، اي التساوى بين البديلين من حيث القيمة، و لا ريب في ان ما عليه بناء العقلاء انما هو التساوى في زمان حصول النقل و الانتقال لا قبله و لا بعده كما لا يخفى. و تمام الكلام في ذلك في مبحث الخيارات.

الثاني: في حق الشفعة، كما إذا باع الفضولي حصه احد الشريكين، ثم باع الشريك الآخر حصته بنفسه، ثم بعد ذلك اجاز الشريك بيع الفضولي.

و الحق في المقام ثبوت الثمرة، إذ موضوع هذا الحق انما هو الشريك، فعلى القول بالكشف يكون هذا الحق ثابتا للأصيل الذي باع حصته، لانه حين البيع كان هو المالك، و على النقل يكون ثابتا للمشتري من الاصيل، لانه حين النقل مالك و شريك.

الثالث: في احتساب مبدأ الخيار الذي يكون موضوعه النقل و الانتقال كخيار الحيوان، فانه على النقل يكون مبدأ الاحتساب من حين الإجازة، و على الكشف يكون المبدأ العقد. و لكن فيه كلاما سيأتى في الخيارات.

الرابع: في معرفة مجلس الصرف و السلم الذي يعتبر ان يكون القبض فيه، فقد يقال انه على الكشف يكون مجلس البيع حال صدور العقد، و على النقل يكون حال الإجازة لتامية البيع حالها دون الأول.

و لكن يمكن ان يقال: ان الميزان هو العقد مطلقا، إذ متعلق هذا الحكم القبض قبل التفرق- اي قبل زوال الاجتماع على المعاملة- و معلوم ان الاجتماع على المعاملة انما هو حال العقد كان العاقد ان اصيلين أو فضولين، أو احدهما فضوليا و الآخر اصيلا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٣

و ينبغي التنبيه على امور:

الأول: ان الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ليس في مفهومها اللغوي (١)

و معنى الاجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و ادله، و جوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الامضاء من حين الاجازة على القول بالكشف أو الامضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صحتها وجهان:

و على كل حال تلك الحال هي المناط، قلنا بالنقل أو الكشف، إذ لا ربط للنقل و الانتقال فيه كي يختلف على المسلكين. و تمام الكلام في محله.

الخامس: في اليمين و النذر، كما لو نذر التصديق بدراهم ان كان مالكا يوم الجمعة لكذا، و ثبوت الثمرة حينئذ واضح لا يحتاج الى بيان،

ثم انه تظهر الثمرة في باب الخمس و الزكاة، كما لو اشترى شيئاً عن غير مالكة قبل انتهاء السنة فاجاز مالكة بعده، إذ على النقل يكون

الربح من السنة الثانية، و على الكشف يكون من الاولى.

أو اشترى زرعاً قبل انعقاد الحب فجاز مالكة بعده، إذ على النقل تجب الزكاة على مالكة المجيز، و على الكشف تجب على المشتري. التنبيه الأول من تنبيهات الإجازة و ينبغي التنبيه على امور:

(١) قوله الاول: ان الخلاف في كون الاجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي كان النزاع في مفهومها اللغوي بان ادعى جمع ان الإجازة بمعنى الإنفاذ و مقتضاه نفوذ العقد من حينه، و ادعى آخرون انها بمعنى الرضا بمضمون العقد و مقتضاه حصول النقل من حينها، كان لازم الإجازة على خلاف مقتضاها بطلان العقد منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٤

...

و عدم صحته، لانه حينئذ لم يقصد معنى الإجازة و قصد شيئاً آخر.

و ان كان في معنى الإجازة اطلاقاً أو انصرافاً، بان ادعى جمع ان اطلاقها أو انصرافها يقتضى احد الامرين، كان اللازم صحة العقد على نحو ما قصد، إذ اقتضاء اطلاق الإجازة أو انصرافه شيئاً كاقضاء اطلاق العقد شيئاً لا ينافي تقييدها بما ينافي مقتضى ارسالها أو انصرافها.

و ان كان النزاع في حكمها الشرعي، بحسب ملاحظة الأدلة، فان قصد الالتزام بمضمون العقد من حين الإجازة على القول بالكشف، أو قصد الالتزام به من حين العقد على القول بالنقل، فهل تصح ام لا؟ لا إشكال في عدم صحتها على نحو ما قصد، إذ اقتضاءها لأحد الأمرين حسب الفرض انما يكون بحسب الجعل الشرعي، و عليه فلا وجه للقول بالصحة على نحو ما قصد لأن قصد المكلف لا يغير الحكم الشرعي.

انما الكلام في صحتها و عدم افتقار العقد الى اجازة اخرى على طبق ما اعتقده المجيز من احد القولين، و ملخص القول فيها انه تارة: يجيز العقد على ما هو عليه و لكن يعتقد ان الحكم الشرعي هو الكشف، بحيث يكون الداعي و المحرك له هو هذا الاعتقاد و لو لاه لما كان يجيز، و كان في الواقع هو النقل أو بالعكس، لا إشكال في الصحة في هذا الفرض لأنه من باب تخلف الداعي.

و اخرى: يجيز بهذا النحو، و هو على قسمين:

الأول: ان يجيز العقد و يشترط النقل من حين الإجازة على القول بالكشف، و من حين العقد على القول بالنقل.

الثاني: ان يجيز العقد هكذا لا انه يجيزه على ما هو عليه و يشترط ذلك.

اما في الأول: فالصحة و الفساد مبنيان على ان الشرط الفاسد هل يكون مفسداً ام لا؟ فعلى الأول تبطل، و على الثاني تصح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٠٥

الثاني: انه يشترط في الاجازة ان يكون باللفظ الدال عليه على وجه الصراحة العرفية،

كقوله امضيت و اجزت و انفذت و رضيت و شبه ذلك. و ظاهر رواية البارقي وقوعها بالكناية و ليس ببعيد، إذا اتكل عليه عرفاً. و الظاهر ان الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كاف كالتصرف في الثمن، و منه اجازة البيع الواقع عليه، كما سيجيء و كتمكين الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولاً كما صرح به العلامة رحمه الله و ربما يحكى عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب الى صريح جماعة. و ظاهر آخرين و في النسبة نظر و استدلال عليه بعضهم من انه كالبيع في استقرار الملك و هو يشبه المصادرة و يمكن ان يوجه

بان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع و شبهه يقتضى اعتبار اللفظ.

و من المعلوم ان النقل الحقيقى العرفى من المالك يحصل بتأثير الاجازة، و فيه نظر بل لو لا شبهة الاجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم حصوله من أى طريق، كما يستظهر من كثير من الفتاوى و النصوص. فقد علل جماعة عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعم من الرضا، فلا يدل عليه فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ الى عدم الدلالة كالصريح فيما ذكرنا، و حكى عن آخرين انه إذا انكر الموكل الاذن فيما اوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأن الحلف يدل على كراهتها، و ذكر بعض انه يكفى فى اجازة البكر للعقد الواقع عليها فضولا سكوتها.

و من المعلوم أن ليس المراد من ذلك أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل المراد كفاية السكوت الظاهر فى الرضا و ان لم يفد القطع دفعا للخرج عليها و علينا، ثم ان الظاهر ان كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا، كأكل الثمن و تمكين الزوجة اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من جهة سببية الفعل تعبدا. و قد صرح غير واحد بأنه لو رضى المكره بما فعله صح و لم يعبروا بالاجازة. و قد ورد فيمن زوجت نفسها فى حال السكر أنها إذا اقامت معه بعد ما أفادت فذلك رضاء منها و عرفت أيضا استدلالهم على كون الاجازة كاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالك، فإذا حصل، عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوى الاجماع فى المسألة دونها خرط القتاد، و حينئذ فالعمومات المتمسك بها

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٦

لصححة الفضولى السالمة عن ورود مخصص عليها (١) عدا ما دل على اعتبار رضا المالك فى حل ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه اقوى حجة فى المقام،

و أما فى الثانى: فقد يتوهم الصححة من جهة ان المجاز مضمون العقد لا حكمه،

و المفروض اجازته، و يكون قصد ترتب حكم آخر على العقد غير ما رتب عليه شرعا لغوا لا أثر له، و يكون نظير ما لو تزوج و قصد عدم الانفاق عليها، فانه تتحقق الزوجية و يترتب عليها وجوب الانفاق، لكنه فاسد، فان حكم العقد ان كان غير ما هو مضمونه كما فى المثال تم ما ذكر، فان مضمون العقد لا يختلف من ناحية حكمه، فقصد ترتب حكم آخر يكون لغوا، و ان كان من انحاء تعيين مضمون العقد كما فى المقام لا- محالة يكون قصد الخلاف موجبا لعدم تحققه، فالأظهر هو البطلان، فان ما يمكن تحققه لم يقصد و لم ينشأ، و ما انشأ و قصد لا يمكن ان يتحقق.

كفاية الرضا الباطنى فى الإجازة

الثانى: فى انه هل يكفى الرضا الباطنى فى الإجازة، ام يعتبر الانشاء، ام يعتبر كون الانشاء باللفظ الصريح؟ وجوه و اقوال.

و تنقيح القول فى المقام يقتضى البحث فى جهات:

الأولى: فى انه هل يكفى فى الإجازة مجرد الرضا الباطنى ام لا.

الثانية: فى انه على فرض عدم الكفاية هل يكفى الانشاء القلبى كما عن المحقق الخراسانى قدس سره، ام لا؟ الثالثة: فى انه على فرض عدم كفاية ذلك هل يكفى الفعل ام يعتبر القول.

الرابعة: فى انه على فرض اعتبار القول هل يكفى الكناية ام يعتبر ان يكون على وجه الصراحة؟ اما الأولى: فقد استدلل المصنف قدس سره لكفاية الرضا الباطنى بوجوه:

(١) الاول: العمومات المتقدمة المتمسك بها لصححة عقد الفضولى السالمة عن ورود

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٧

مضافا الى ما ورد في عدة اخبار، من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه له عليه، (١) و ما دل على ان قول المولى لعبده، المتزوج بغير اذنه طلق،

يدل على الرضا بالنكاح، فيصير اجازة، (٢) و على ان المانع من لزوم نكاح العبد بدون اذن مولاه معصية المولى (٣) التي يرتفع بالرضا

مخصص عليها عدا ما دل على اعتبار رضا المالك في ماله و انتقاله الى الغير و رفع سلطنته عنه «١»

و اورد عليه جمع من المحققين: بان العمومات انما تدل على وجوب وفاء كل مكلف بعقده، و عقد الفضولي لا يكون عقدا للمالك بمجرد رضاه، بل يحتاج الى انشاء الاجازة.

و لكن قد عرفت في اول مبحث الفضولي ان الاستناد المعتبر انما هو الاستناد بمعنى انه عقده و بيعه، و هذا المعنى كما يتحقق بالإمضاء و الإنفاذ و اظهار الرضا يتحقق بالرضا به فراجع ما ذكرناه.

(١) الثانى: ما ورد في عدة من الاخبار من ان سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده اقرار منه عليه «٢»

و الجواب عن ذلك: بان السكوت في امثال المقام امضاء عرفى قد تقدم ما فيه،

نعم، الايراد عليه بان في نكاح العبد خصوصيـ حيث ان العقد لنفسه و انما المفقود اذن المولى و رضاه فيكفى مجرد الرضا بخلاف ساير اقسام عقد الفضولي تام.

و بذلك يظهر الجواب عن الوجه الثالث

(٢) و هو ما دل على قول المولى لعبده طلق يدل على الرضا بالنكاح «٣» فيصير اجازة.

و ما دل على ان المانع من لزوم نكاح العبد معصية السيد «٤» التي ترتفع بالرضا.

(١) سورة النساء آية ٢٩- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢٦- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٣) الوسائل - باب ٢٧- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٤) الوسائل - باب ٢٤- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٨

و ما دل على ان التصرف من ذى الخيار رضا منه (١) و غير ذلك. بقى في المقام انه إذا قلنا بعدم اعتبار انشاء الاجازة باللفظ و كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدال عليه، فينبغى أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارنة للعقد أو سابقا، فإذا

فرضنا انه علم رضا المالك بقول أو فعل يدل على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم،

لأن ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق اولى.

و الظاهر ان الاصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك ان لا يصح الاجازة الا بما لو وقع قبل العقد كان اذنا مخرجا للبيع عن بيع الفضولى، و يؤيد ذلك انه لو كان مجرد الرضا ملزما كان مجرد الكراهة فسخا، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولى مع نهى المالك، لأن

الكراهة الحاصلة حينه و بعده و لو آنا ما، يكفى في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلا، إلا- أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخا، و إن كان مجرد الرضا اجازة.

(١) الرابع: ما دل على التصرف من ذى الخيار رضا منه «١».

و فيه: ان ذلك قابل للحمل على التعبد، أو على ان هذا الفعل كاشف عن الرضا و اسقاط الحق. و على كل حال يكون اجنبيا عن

المقام، فالعمدة هي العمومات.

و أما الجهة الثانية: فعلى القول بعدم كفاية الرضا الباطنى، الأظهر ما عن المحقق الخراسانى قدس سره من كفاية الانشاء القلبي، إذ به يحصل الاستناد و الانتساب، و ما دل على ان الحالات النفسانية غير البارزة ساقطة عن درجة الاعتبار فى باب العقود و الإيقاعات انما هو فى المؤثر و هو العقد دون الشروط، و لا ريب فى ان الرضا الباطنى شرط كما عرفت.

و أما الجهة الثالثة: فالأظهر كفاية الفعل فى الانشاء، إذ لو سلم انه يتوقف الاستناد على الانشاء و ابرازه، لا دليل على اعتبار اللفظ فيه. و دعوى ان الاستقراء فى النواقل الاختيارية اللازمة كالبيع يقتضى اعتبار اللفظ، و الإجازة منها،

مندفعة بانه فى تلك النواقل ايضا بنينا على كفاية الفعل راجع مبحث المعاطاة.

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٠٩

الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد (١)

إذ مع الرد، يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، و الدليل عليه بعد ظهور الاجماع بل (٢) التصريح به فى كلام بعض مشايخنا أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طرفى العقد (٣) و إلا- لم يكن مكلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فى حق العاقدين أو من قام مقامهما. و قد تقرر ان من شروط الصيغة ان لا يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد الذى هو فى معنى المعاهدة،

و أما الجهة الرابعة: فلوا غمضنا عن جميع ذلك، فالأظهر كفاية الكناية، و لا يعتبر ان يكون باللفظ الصريح.

و دعوى ان انشاء اللازم و ايجاده فى الانشاء القولى ليس ايجادا للملزم عرفا،

و كون الملزم مقصودا و داعيا من ايجاد اللازم لا أثر له، لأن الدواعى لا أثر لها فى باب المعاملات- التى استند إليها المحقق النائينى قدس سره فى عدم وقوع العقد بالكنايات قد عرفت ما فيها فى مبحث خصوصيات الفاظ العقد- فراجع ما ذكرناه هناك.

اعتبار عدم سبق الرد

(١) قوله الثالث: من شروط الاجازة ان لا يسبقها الرد.

و قد استدل لاعتبار هذا الشرط بوجوه:

(٢) الاول: الاجماع.

و فيه: ان الإجماع المنقول- سيما مع معلومية مدرك المجمعين- ليس بحجة.

و ثانيا: انه لا وجه لدعواه بعد افتاء جمع من الفقهاء ببطلان عقد الفضولى رأسا.

(٣) الثانى: ان الاجازة انما تجعل المجيز احد طرفى العقد، و بها يصير مكلفا بوجوب الوفاء بالعقد، فالرد المتخلل بينها و بين العقد الصادر من الأصيل و الفضولى يكون ردا متخللا- بين اجزاء العقد، و قد تقرر فى محله انه يعتبر ان لا- يحصل بين طرفى العقد ما يسقطهما عن صدق العقد. و فيه: اولاً: ان ما هو المسلم فى تلك المسألة انما هو مضرية رد من صدر منه

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٠

هذا مع ان مقتضى سلطنة الناس على اموالهم (١) تأثير الرد فى قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما يلحقه الاجازة، فتأمل.

الالتزام و التعهد قبل تحقق الالتزام من صاحبه، كما لورد الموجب بعد الايجاب قبل قبول القابل. و أما لورد صاحبه ذلك، كما لورد القابل قبل ان يقبل ثم قبل فليس الحكم مسلما بينهم، و المقام من قبيل الثاني لا الأول، فان المجيز انما يرد قبل ان يصدر الالتزام منه، و الملتزم انما هو غيره كما هو واضح.

و ثانيا: انه فرق بين الرد المتخلل بين الايجاب و القبول، و الرد المتخلل بين العقد و الإجازة، و بعبارة اخرى: ليست الإجازة في جميع الأحكام كالقبول أو الايجاب، و لذا ترى ان الفصل الطويل بين الايجاب و القبول يضر، و الفصل بينهما و بين الإجازة لا يضر كما هو واضح.

(١) الثالث: ان مقتضى ما دل على سلطنة الناس على اموالهم «١» تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلحقه الاجازة و فيه ان العلاقة المتصورة بالاضافة الى المال لا تخلو من الملكية و الحقية و شىء منهما لا يكون في المقام، اما الأولى: فواضح، و أما الثانية: فلأن العقد قبل الإجازة لا يوجب كون الأصيل ذى حق، و لذا بنينا على عدم حرمة بيع الفضولى. و بالجملة: لا يحدث بواسطة عقد الفضولى ادنى مرتبة من الملك و الحق، و عليه فلا وجه للتمسك بقاعدة السلطنة. و ما افاده المحقق النائيني قدس سره من انه و ان لم تحصل العلاقة شرعا لكنها تحصل له عرفا، فالرد يبطل هذه العلقه. فيه: ان العلقه التي عرفت انها اما الملكية أو الحقية لا تحصل و لو عرفا.

و اجاب السيد الفقيه قده عن هذا الوجه بجوابين آخرين:

احدهما: ان قاعدة السلطنة متعارضة، لان مقتضاها جواز ان يجيز بعد الرد، لأنه مقتضى سلطنته على ماله

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١١

نعم الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد (١)

اللهم إلا- أن يقال: ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلا غير كاف (٢) بل لا بد من انشاء الفسخ و دعوى ان الفسخ هنا ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة. و قد صرحوا بحصوله بالفعل، يدفعها ان الفعل الذى يحصل به الفسخ، هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطى و العتق و نحوهما، لا مثل اخذ المبيع.

و بالجملة فالظاهر هنا و في جميع الالتزامات عدم الاعتبار بالاجازة الواقعة عقب الفسخ، فإن سلم ظهور الرواية في خلافه، فليطرح أو يأول.

و فيه: انه بعد تسليم تأثير الرد في حل العقد لا يبقى موضوع للإجازة كى تؤثر فيه.

ثانيهما: انه قد مر من المصنف قدس سره ان قاعدة السلطنة انما تثبت نفوذ التصرفات الثابتة بالشرع كالبيع و الهبة و نحوهما لا جميع ما اراده المالك، إذ ليست مشرعه، فلا تصلح لاثبات مؤثرية الرد في حل العقد.

و فيه: انه لو سلم حصول العلقه للأصيل بالإضافة الى المال لا إشكال في صلاحية قاعدة السلطنة للدلالة على جواز رفعها، فان ذلك من مصاديق تسلط الانسان على رفع مزاحمة الغير، و لا يحتاج الى دليل آخر. فتدبر- فالصحيح ما ذكرناه- فالأظهر صحة الإجازة بعد الرد.

(١) قوله نعم الصحيحة الواردة «١» في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الاجازة و قد تقدم في اول هذا البحث عند ذكر ادلة صحة عقد الفضولى التي منها هذه الصحيحة انه لا- ظهور لها في ذلك بل هي تلائم مع عدم الرد فراجع فانه ليس فيها سوى اخذ المبيع، و هو

يمكن ان يكون استحصالاً للثمن لا لغرض رد البيع- و الظاهر انه الى ذلك نظر المصنف قدس سره حيث قال (٢) اللهم الا ان يقال ان الرد الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كاف

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٢

الرابع: الإجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله (١)

إشارة

فموضوعها المالك،

فقولنا له ان يجيز مثل قولنا له ان يبيع، و الكل راجع الى ان له ان يتصرف، فلو مات المالك لم يورث الاجازة و انما يورث المال الذي عقد عليها الفضولي، فله الاجازة بناء على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد، فيمن باع مال ابيه فبان ميتا و الفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر بالتأمل.

الإجازة لا تورث

(١) قوله الرابع الاجازة اثر من آثار سلطنة المالك على ماله يقع الكلام في موردين:
(١-) في اصل المطلب.

(٢-) في الفرق بين ارث الاجازة وارث المال.

اما الأول: فما افاده الذي حاصله: ان ثبوت الإجازة للمالك و تأثيرها منه ليس من قبيل الحقوق القابلة للنقل و الاسقاط كحق الخيار، بل هو من قبيل الحكم الشرعي تام،

لأن الإجازة من التصرفات التي ثبت جوازها للمالك، و هو من الأحكام الشرعية، و يترتب على ذلك انه لا تورث الإجازة لعدم كونها مما تركه الميت. نعم لمن انتقل إليه المال اجازة بيع الفضولي بناء على جواز المغايرة بين المالك حال العقد و المالك حال الإجازة إلا ان ما ذكره من انها من آثار سلطنة المالك لا يخلو عن مسامحة، فانها من آثار الملك.

و أما السلطنة التي هي عبارة عن القدرة على التصرفات فهي متقومة بجواز التصرفات لا انه من آثارها.

و أما الثاني: فالفرق بين ارث الاجازة وارث المال يظهر في موارد:

منها: ما إذا كان المبيع مما يحرم منه الزوجة كالعقار على اشهر القولين، فانه على القول بارث الاجازة ترثها الزوجة، و على القول بالعدم لا ترث، و ليس لها الإجازة، و المفروض عدم كونها مالكة للمبيع، فلا حق لها فيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٣

الخامس: اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن و لا لاقباض المبيع (١)

و لو اجزاهما صريحا أو فهم اجازتهما من اجازة البيع مضت الاجازة، لأن مرجع اجازة القبض

و منها: انه على القول بانها مما ترثه الورثة، يأتي فيها النزاع الموجود في حق الخيار الموروث مع تعداد الورثة من انه هل يرث كل من

الورثة الإجازة في مقدار ماله من العين، أو يرث كل منهم الإجازة في تمام العين بنحو العام الاستغراقى - بمعنى نفوذ اجازة كل واحد منهم - أو يرث المجموع الإجازة - بمعنى انها شىء واحد يرثه الجميع - فلا بد فى الصحة من امضاء الجميع.

و منها: ما لو أوصى بمال معين للفقراء مثلا بنحو يكون ملكا لهم بالموت، ثم وقع عقد الفضولى على هذا المال و مات المالك قبل الإجازة، فعلى القول بارث الإجازة ينتقل هذا الحق، فلهم الإجازة بخلافه على القول بالعدم. فتأمل.

اجازة البيع ليست اجازة لقبض الثمن

(١) قوله الخامس: اجازة البيع ليست اجازة القبض الثمن و لا لإقباض المبيع.

الكلام فى هذا التنبيه يقع فى جهات:

الاولى: فى قابلية القبض و الإقباض للإجازة و عدمها.

و فيها وجوه و اقوال.

ثالثها: ما فى المكاسب، و هو جريان الفضولية فى قبض الثمن المعين دون الكلى.

رابعها: عكس ذلك، اختاره السيد قدس سره.

و قد استدل لعدم الجريان مطلقا بوجهين.

الأول: ان حقيقة الإجازة انفاذ الشىء و لا مورد للنفوذ الا التصرفات المعاملية،

فالأفعال و الأقوال الاخر لا تكون موردا لها و منها القبض و الإقباض.

و فيها: ان حقيقة الإجازة اظهار الرضا بما وقع، و هى توجب انتسابه الى المجيز، و هذا لا فرق فيه بين المعاملات و غيرها.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٤

الى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و مرجع إجازة الاقباض إلى حصول المبيع فى يد المشتري برضا البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع، لكن ما ذكرنا انما يصح فى قبض الثمن المعين. و أما قبض الكلى و تشخصه به فوقعه من الفضولى على وجه تصححه الاجازة يحتاج الى دليل معمم لحكم عقد الفضولى لمثل القبض و الاقباض، و اتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة (١).

الثانى: ما نسب الى المحقق الخراسانى، و اوضحه المحقق الأصفهاني قدس سره، و هو: ان الإجازة لا بد و ان تتعلق بما له بقاء و استمرار كالأموال الاعتبارية الانتزاعية من اسباب خاصة، و أما الأفعال الخارجية فليس لها بقاء كى تنسب بالإجازة الى المالك، و هى لا- تصلح لأن توجب انتسابها فى زمانها الى المجيز لعدم معقولية الانتساب مع عدم ما به الانتساب، و صيرورتها منتسبة من حين الإجازة بعد ما لم تكن كذلك يستلزم انقلاب الشىء عما وقع عليه.

و فيه: ان الإجازة كما عرفت عبارة عن اظهار الرضا بما صدر، و الرضا كما يتعلق بالأمر الاعتبارى، كذلك يتعلق بالفعل الخارجى. و كما يتعلق بالأمر المقارن و المتأخر كذلك يتعلق بالأمر المتقدم، و هى توجب صيرورة الفعل المتقدم مرضيا به من حين الإجازة، و هذا غير انقلاب الشىء عما وقع عليه، مع ان المراد بالقبض ليس هو الا كون الشىء تحت الاستيلاء و السلطنة و هذا امر له بقاء و استمرار.

فظهر بما ذكرناه مدرك القول الثانى.

(١) و استدل المصنف لما اختاره و اوضحه: بان قبض الثمن الشخصى قابل للإجازة من جهة ان مرجع اجازته الى اسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ففى الحقيقة لا- يكون القبض عنده قابلا- للإجازة، و انما تكون الإجازة و الرضا به رضا باثره، و هو اسقاط الضمان. و كذلك الاقباض، فان مرجع اجازته الى حصول المبيع فى يد المشتري برضا البائع، و أما قبض الثمن الكلى و تشخصه به

فهو لا يكون قابلاً للإجازة،

فانه حيث لم يتعين الكلى فى المقبوض بيد الفضولى فليس هناك ضمان المعاوضة على

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٥

...

المشترى، بل الثمن باق على كليته، و المفروض ان القبض من حيث هو غير قابل لتعلق الإجازة به، فلا- وجه لجريان الفضولية فيه و تصحيحه بالإجازة.

و فيه: - مضافا الى ما عرفت من ضعف المبنى- يرد على ما افاد فى قبض الثمن الشخصى: ان ضمان المشتري للثمن قبل القبض انما يكون حكما شرعيا ثابتا على خلاف القاعدة، و هو الحكم بانفساخ المعاملة بالتلف لاحقا ماليا كى يكون قابلاً للإسقاط.

و ما افاده المحقق النائينى قدس سره من ان ذلك انما يكون من جهة الشرط الضمنى إذ كل من البائع و المشتري يشترط على صاحبه بالارتكاز قبض الثمن أو المثلن و ليس مقصودهم مجرد التبديل، لو تم و ان لزم منه كون ذلك من الحقوق، الا انه لا يتم، فان لازم ذلك ثبوت الخيار لا انفساخ العقد كما هو ظاهر الخبر «١»

و استدلل السيد لما ذهب إليه: بان الفضولية انما تجرى فى التصرفات المعاملية لا فى الأفعال الخارجية، و القبض فى المعين من الأفعال الخارجية و فى الكلى من التصرفات المعاملية، فان ذلك يكون من باب الوفاء، و هو فى اللب مبادلة بين الكلى و الفرد المتشخص- و قد عرفت ما فيه- فالأظهر قابليتهما للإجازة.

الجهة الثانية: انه هل يأتى فى القبض نزاع الكشف و النقل ام لا؟ وجهان: اظهرهما الثانى، لأن ذلك النزاع فى العقد انما يكون من جهة ان وراء العقد شىء و هو الملكية، و يمكن البناء على تحققها من الأول، و هذا بخلاف القبض، إذ ليس وراءه شىء، فالقبض كالعقد نفسه فكما انه يصير عقد المالك من حين الإجازة على المسلكين كذلك القبض، فأثار قبض المالك تترتب عليه من حين الإجازة،

(١) الوسائل- باب ١٠- من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٦

و عن المختلف انه حكى عن الشيخ: انه لو اجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن. ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض، و على أى حال فلو كان اجازة العقد دون القبض لغوا، كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق، كان اجازة العقد اجازة للقبض صونا للاجازة عن اللغوية (١).

فلو تلف بعدها لا- يكون من تلف المبيع قبل القبض، فلا- يكون البائع ضامنا بخلاف ما لو كان تالفا قبلها، فانه حينئذ لا موضوع للإجازة، إذ بالتلف ينفسخ العقد فلا يكون شىء باقيا كى تلحقه الإجازة الجهة الثالثة: لو كانت اجازة العقد دون القبض لغوا كما فى الصرف و السلم بعد قبض الفضولى و التفرق، ففى المكاسب.

(١) كانت اجازت العقد اجازة للقبض صونا للاجازة عن اللغوية.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ما عن جمع من المحشين منهم السيد قدس سره، و هو: ان ذلك- اى الذى ذكره- راجع الى مقام الأثبات، و ثبوت الدلالة على اجازة القبض، و هذا انما يكون بعد الفراغ عن مقام الثبوت، و قابلية القبض للفضولية و ان يصح بالإجازة، و المصنف قدس سره يرى

عدم قابليته لها في الكلي.

وفيه: اولاً: ان المصنف يلتزم بعدم قابليته لها، وانما لم يقدّم دليل على صحة القبض بنفسه بالإجازة، و عليه فالدليل الدال على صحة عقد بيع الصرف المشروط بالقبض يكفي في صحة مثل هذا القبض بالإجازة، بخلاف القبض الذي لا تكون صحة العقد منوطاً به.

و ثانياً: ان عدم قابلية القبض للإجازة اما ان يكون من جهة انه لا يكون من التصرفات المعاملية كما افاده السيد قده، أو يكون من جهة عدم قابلية للانتساب الى المجيز كما عن المحقق الخراساني قدس سره، و شيء منهما لا مورد له في هذا القبض، اما الأول: فلأنه دخيل في صحة العقد و في ترتب الآثار الوضعية و الأمر الاعتباري، فهو من التصرفات المعاملية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٧

و لو قال اجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان (١)

و أما الثاني: فلعدم اعتبار الانتساب فيه، إذ الشرط انما هو قبض المتعاملين بالمعاملة الصحيحة، فإذا صحت المعاملة بالإجازة كفي قبض الفضولي في الصحة، و لا- يخفى ان مرجع هذا الى عدم الاحتياج الى اجازة القبض، و ان الإجازة محققة لموضوع القبض لا موجبة لصحته و نفوذه.

الايراد الثاني: ان اجازة القبض انما توجب انتساب القبض الى المجيز من حين الإجازة بعد التفرق، و هو لا يكفي في صحة المعاملة، فان الشرط هو القبض قبل التفرق،

و الجواب عنه هو الجواب الثاني عن الايراد الأول.

الايراد الثالث: ما افاده جمع منهم السيد و المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه انما يتم إذا كان المجيز عالماً بان البيع بدون القبض باطل، و الا فلا يحمل على كونه اجازة للقبض.

وفيه: انه إذا كان بصدد اجازة العقد بجميع ما تتوقف صحة العقد عليه كفي في كونه اجازة له، مضافاً الى ما عرفت من كفاية اجازة العقد في صحة القبض فراجع.

فتحصل: ان الأظهر الاكتفاء باجازة العقد في مثل هذه العقود المتوقفة صحتها على القبض.

الجهة الرابعة: لو قال: اجزت العقد دون القبض، ففي المكاسب

(١) ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان:

الحق ان يقال: بناء على ان العبرة بقبض المتبايعين، و انه لا يلزم انتسابه الى المالكين، يتعين البناء على الصحة لفرض اجازة العقد و عدم كون قبضه موضوع الاثر كي يلزم اجازته و يضر رده،

و أما بناء على لزوم اجازة القبض فالظاهر ان اجازة العقد اجازة للقبض للغوية اجازته دونه، ورد القبض رد للعقد، إذ لا ينفك الشرط عن المشروط

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١١٨

السادس: الاجازة ليست على الفور

للعوميات، و لصحيفة محمد بن قيس (١) و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها و لو لم يجز المالك، و لم يرد حتى لزم تضرر الأصل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف، فالاقوى (٢)

تداركه بالخيار أو اجبار المالك على احد الآخرين

و عليه فإذا تقدمت الاجازة لغى الرد لكونه ردا بعد الإجازة، و إذا تقدم الرد لم يفد الإجازة بناء على اعتبار ان لا تكون مسبوقه بالرد، و الا صحت.

الإجازة ليست على الفور

(١) السادس: هل الاجازة على الفور فمع التأخير تسقط ام لا؟ فيه وجهان اقواما الثانى: لإطلاق الأدلة، و صحيح محمد بن قيس المتقدم «١».

و عليه، فلو لم يجز المالك و لا رد،

فهل يتعين اجبار المالك باحد الأمرين - كما اختاره السيد قده- ام يتعين ثبوت الخيار- كما ذهب إليه جمع -

(٢) ام يثبت الامران بنحو التخيير- كما اختاره المصنف قدس سره- وجوه؟ و ليعلم ان محل الكلام انما هو فيما إذا لم يجز للأصيل التصرف فيما انتقل عنه و فيما انتقل إليه، و أما إذا جاز له التصرف فيما انتقل عنه اما لعدم لزوم العقد عليه أو لجوازه، حتى بناء على لزوم العقد، لا مورد لشيء من هذه الوجوه، إذ لا يلزم ضرر عليه من عدم الإجازة و الرد.

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

أو كان مطمئنا بانه يجيز المالك أو يرد، و أما إذا كان عالما به و لم يكن مطمئنا بشيء منهما،

فمن حيث انه مقدم على الضرر لا يجرى شيء من الوجوه.

و كيف كان: فالأظهر من تلك الوجوه هو الثانى، إذا الإجبار انما يكون لأحد امرين: اما الامتناع عن الحق من جهة ان السلطان ولى الممتنع، أو للامتناع عن امتثال

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الإماماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١١٩

السابع: هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا وجهان:

(١) الاقوى التفصيل، فلو اوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالاقوى الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز احدهما و ضرر التبعض على المشتري يجبر بالخيار

التكليف للزومى من جهة لزوم الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر «١»

و لا دليل عليه فى غير الموردین.

و من الواضح ان عقد الفضولى لا يوجب حدوث حق للأصيل على المالك- كما تقدم- و لا وجوب الإجازة أو الرد عليه، فالاجبار لا مورد له، و قاعدة «٢» نفى الضرر لا- تصلح لإثبات جوازه لكونها نافية للحكم لا مثبتة، فهى توجب نفى لزوم العقد على الأصيل. فالمتعين هو ثبوت الخيار للأصيل.

اعتبار مطابقة الإجازة للعقد

(١) السابع: هل يعتبر فى صحة الاجازة مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا ام لا، ام بفصل بين المطابقة من حيث الجزء، و المطابقة من حيث الشرط؟ اقوال.

و تنقيح القول بالبحث فى مقامین:

الأول: في عدم المطابقة من حيث الجزء، بان يكون الشيء المحذوف أو المضاف جزء.

الثاني: في عدم المطابقة من حيث الشرط، و أما في صورة الاختلاف من حيث المباينة كما لو وقع العقد على فرس فاجاز في الحمار فلا اشكال في عدم الصحة.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: فيما إذا كان محذوفاً،

(١) الوسائل - باب ١- من ابواب الأمر و النهى و ما يناسبهما و غيره من الأبواب.

(٢) الوسائل - باب ١٧- من ابواب الخيار - حديث ٥- ٤- ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٠

...

و ملخص القول فيه: ان المعقود عليه ان كان مركبا من اجزاء يكون كل جزء منه موضوعا مستقلا بنظر اهل العرف في البيع و الشراء - بنحو لا يرون المعاملة على المجموع الا معاملة على كل واحد مستقلا، كما لو عقد على عشرة جينة فاجاز بيع بعضها - لا ينبغي التأمل في الصحة، لأن المجاز مما عقد عليه، و لا - سييل الى اجراء خيار تبعض الصفقة هنا، لأن مورده ما إذا كان بيع كل جزء مشروطا بانضمام الجزء الآخر ضمنا و ارتكازا كي يوجب التبعض تخلف الشرط، فيثبت خياره لعدم الدليل عليه بالخصوص.

و ان لم يكن كل جزء موضوعا مستقلا، كما إذا وقع العقد على حيوان خاص فاجاز نصفه،

فعن المحقق النائيني: صحة المجاز، مستدلا بان حكم الإجازة حكم البيع ابتداء،

فكما يجوز للمالك بيع بعض ماله ابتداء، فكذلك يجوز له اجازة بعضه.

و فيه: ان الفرق بين الإجازة و البيع واضح، فان الإجازة انما تحتاج الى عقد واقع و الترام معاملى قبلها بخلاف البيع، و عليه فان كان الالتزام العقدي منحلا الى التزامات عديدة حسب تعدد اجزاء المبيع صح البيع فيما اجيز لكون المجاز معقودا عليه، و الا فلا. فالميزان هو ذلك.

و به يظهر ان قياس المقام بمسألة التبعض في باب الخيارات كما عن السيد في غير محله، و لكن الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد، غاية الأمر الى التزامات ضمنية لا استقلالية، و عليه فيصح البيع فيما اجيز. نعم يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة.

المورد الثاني: ما إذا كان الجزء مضافا و الضابطة فيه انه ان انحلت الإجازة الى اجازات متعددة و التزامات عديدة فيكون احد الالتزامين متعلقا بالعقد و الآخر بالزائد،

صح العقد المجاز لكونه عقدا اجيز، و الا فلا، فان المجاز حينئذ غير معقود عليه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢١

و لو اوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجردا عن الشرط فالاقوى عدم الجواز بناء على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط (١) و ان كان قابلا - للتبعض من حيث الجزء. (٢) و لذا لا - يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط، و لو انعكس الامر بأن عقد

الفضولى مجردا عن الشرط و اجاز المالك مشروطا

و ما عقد عليه لم تتعلق به الإجازة، و الظاهر هو الانحلال في جميع الموارد الا إذا كانت من قبيل اجازة الحصاة الخاصة، كأن يجيز العقد الواقع على المجموع خاصة بهذا القيد، فانه حينئذ ما تعلقت الإجازة به لا يكون معقودا عليه كما لا يخفى.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه تارة: في الشرط المحذوف، و اخرى: في المضاف.

اما الجهة الأولى: فلا ينبغي الأشكال في الصحة بناء على ما هو الثابت في محله من ان الشرط انما هو التزام في التزام، لا ان الالتزام العقدي معلق عليه بحيث لا التزام بدونه، فان الإجازة حينئذ تكون متعلقة بالالتزام العقدي، فما افاده المصنف قدس سره في وجه عدم الصحة (١) من عدم قابلية العقد للتبويض من حيث الشرط.

ضعيف لما عرفت من ان الشرط التزام مستقل في ضمن الالتزام العقدي.

(٢) و اضعف منه تفصيله قدس سره بين الشرط و الجزء بالالتزام بالتبويض من حيث الجزء دون الشرط، لما عرفت من ان قبول العقد للتبويض من حيث الشرط اولى من قبوله التبويض من حيث الجزء، مضافا الى ان كل جزء شرط لاعتبار وصف الاجتماع فيه. و هل يثبت الخيار للأصيل ام لا؟ وجهان، و الحق ان يقال: ان الشرط ان كان للمالك على الأصيل - كما لو وقع الفضولي العقد مع اشتراط ان يخط الأصيل ثوب المالك فاجاز المالك العقد بدون الشرط - فلا خيار له، لأن مرجع ذلك الى اسقاط المالك حقه، و لا إشكال في ذلك، و كذلك ان كان للأصيل على المالك مع رضا الأصيل بذلك بعد الإجازة، و أما ان كان للأصيل على المالك و لم يرض الأصيل بذلك، فالظاهر ثبوت خيار تخلف الشرط له، و هو واضح.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٢

ففي صحة الاجازة مع الشرط إذا رضى به الاصيل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول (١) إذا رضى به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا- إذا وقع في حيز العقد فلا- يجدي وقوعه في حيز القبول إلا- إذا تقدم على الايجاب «ليرد الايجاب» عليه أيضا أو بطلانها لأنه إذا لغى الشرط لغى المشروط لكون المجموع التزاما واحدا وجوه أقواها الأخير. (٢)

و أما القول في المجيز

إشارة

فاستقصاؤه يتم ببيان امور. (٣)

الأول: يشترط في المجيز ان يكون حين الاجازة جائز التصرف (٤) بالبلوغ و العقل

(١) و أما الجهة الثانية: فالشرط المضاف لا يجب الوفاء به لكونه من قبيل الشرط الابتدائي، و كون الإجازة بمنزلة الايجاب أو القبول لا يوجب اسراء احكامهما إليها، مضافا الى ان الشرط المذكور في ضمن احدهما وحده لا يفيد، و أما المشروط فان كانت الإجازة مع الشرط التزاما بالعقد منضمنا الى الالتزام الشرطي صح، لكون العقد مجازا و ضم اللغو إليها لا- يمنع عن تأثيرها في صحة العقد، و ان كانت التزاما واحدا متعلقا بالمشروط لم يصح،

و الظاهر هو الأول، لأن الواقع انما هو العقد المجرد، و المجيز يريد ضم الشرط إليه،

فلا محالة يجيز المالك ذلك الواقع بضم الشرط إليه، فالتقييد انما يكون للإجازة بالشرط،

و حيث ان الشرط - كما تقدم - انما يكون هو الالتزام في ضمن الالتزام، و في المقام يكون هو الالتزام المقرون بالإجازة، فلغويته لا تلازم لغوية الإجازة. فما في المكاسب.

(٢) من تقوية البطلان في غير محله.

اعتبار كون المجيز جائر التصرف حال الإجازة

(٣) و أما القول في المجيز فاستقصاؤه يتم ببيان امور:

(٤) الاول: يشترط في المجيز ان يكون حين الاجازة جائر التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد بلا اشكال، فان الإجازة تصرف معاملى في

المال، فإذا كان المجيز غير جائر التصرف لم يجز له ذلك، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، إذ على الكشف

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٣

و الرشد، و لو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض (١) و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل

الثانى: هل يشترط في صحة عقد الفضولى وجود مجيز، حين (٢) العقد

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحة

انما يكون الأثر من قبل، و الا فالاجازة هى التى تؤثر فى ذلك.

و دعوى انه على القول بان المؤثر فى النقل ليس هو وجود الإجازة، بل العنوان المتترع من وجودها المقارن مع العقد كعنوان التعقيب،

يشكل اعتبار ما عدا ما يوجب سلب العبارة فيها لعدم كونها تصرفا ماليا حينئذ،

مندفعة بانه على هذا المسلك ايضا لا يكون التعقيب بمطلق الإجازة شرطا، بل الشرط هو التعقيب بالإجازة المستجمعة لسائر شرائط

تأثير العقد، لأنه المتيقن من نفوذ عقد الفضولى الملحق بالإجازة

(١) قوله: و لو اجاز المريض بنى نفوذها على نفوذ منجزات المريض..

و ربما يورد عليه: بان منجزات المريض مختصة بالتصرفات المعاملية دون شرائط تأثيرها، فلو كان عقد الصرف فى حال الصحة، و

كان القبض فى حال المرض، لا تكون هذه المعاملة من المنجزات، و الإجازة شرط لتأثير عقد الفضولى، فلا يضر وقوعها فى حال

المرض و لا يوجب دخولها فى المنجزات.

و لكن يدفعه ان للإجازة حيثيتين: احدهما: حيثية الرضا. الثانية: حيثية الانتساب الى المالك. و هى من حيثية الثانية بنفسها تصرف

معاملى و موجبة لصيرورة التصرف تصرف المالك، فالحق ان الإجازة فى حال المرض من المنجزات لا من قبيل شرائط تأثير العقد.

عدم اشتراط كون العقد له مجيز فى الحال

(٢) الثانى: اختلفوا فى انه هل يشترط فى صحة عقد الفضولى وجود مجيز حين

العقد ام لا؟ و ما يحتمل ان يكون محل الكلام بين الأعلام فى بادئ النظر امور:

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٤

و لا ينفعه اجازته إذا بلغ أو اجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع ام لا يشترط قولان: اولهما للعلامة فى ظاهر القواعد. و استدل له

بأن العقد و الحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع فى زمان امتنع دائما (١)

احدها: انه هل يعتبر وجود ذات المجيز حين العقد ام لا يعتبر ذلك و إلى هذا نظر البيضاوى فى ايراده على العلامة قدس سره: بانه لا

يتم على مذهب الخاصة من وجود الامام عليه السلام فى و لكن يمكن دفع ايراده: اولاً: بالنقض بانه لا يتم على مذهبهم ايضا من

وجود خليفة المسلمين فى كل عصر.

و ثانيا: انه فى نكاح الصغار يكون الولى منحصرا بالأب و الجد و الوصى على خلاف فيه. هكذا قيل.

ثانيها: انه هل يعتبر ان يكون مجيز فعلى حين العقد بان يكون متمكنا من الإجازة ام لا يعتبر؟ ثالثها: انه هل يعتبر ان يكون المجيز جائر

التصرف حين العقد شرعا ام لا يعتبر ذلك؟ فلو فرضنا ان بيع مال الصغير لم تكن فيه مصلحة حين البيع ثم حدثت المصلحة فيه بعد هل للولى ان يجيزه من جهة انه و ان لم يكن التصرف جائزا له حين البيع لعدم المصلحة الا انه يجوز له حين الإجازة، ام لا؟ و الظاهر ان محل النزاع هو الأخير دون الأولين،

اما الثانى منهما فلوضوح عدم اعتبار مجيز فعلى، و لذا لو كان المالك نائما أو غائبا لم يتوهم احد من القائلين بصحة الفضولى فساده و عدم جواز الإجازة بعد الحضور و اليقظة.

و أما الأول: فلعدم ملائمة مع ما مثلوا له ببيع مال اليتيم، فمورد النزاع هو الثالث.

و كيف كان: فقد استدلل لاخباره بوجهين:

(١) الاول: ان صحة العقد و الحال هذه ممتعة، فإذا امتنعت فى زمان امتنعت دائما،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٥

...

و قد ذكروا فى توضيح هذا الوجه امرين:

احدهما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره، و هو: ان بناء هذا على امرين: احدهما:

القول بالكشف فى الإجازة، الثانى: ان العام إذا خصص بخروج فرد منه فى زمان لم يرجع إليه فى ذلك الفرد فيما عدا ذلك الزمان، فيقال حينئذ ان العقد إذا لم يكن له من يصح باجازه حال العقد امتنع دخوله تحت خطاب) او فوا (فإذا امتنع شمول) او فوا (له فى هذه الحال لم يؤثر من مبدأ وقوعه، فإذا لم يؤثر من مبدأ وقوعه لم يؤثر أبدا، لأن الفرد إذا خرج عن العام فى زمان خرج عنه رأسا، و لم يرجع إليه ثانيا بعد خروجه عنه اولاً.

و فيه: ان الكبرى الكلية المشار إليها انما هو فيما إذا خرج فرد عن تحت العام فى الأثناء لا فيما إذا خرج عنه من الأول كما فى المقام. و تمام الكلام فى محله.

الثانى: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و حاصله: ان عقد الفضولى انما يفترق عن العقود الفاسدة بكونه قابلا للتأثير بالإجازة، فلا بد و ان يكون جامعا لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، بحيث لا يستند عدم فعليه التأثير الا الى عدم الإجازة، فإذا لم يمكن الإجازة حال العقد يكون العقد غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادى، لان منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة، فإذا امتنعت الإجازة فعلا امتنعت الصحة التأهيلية فعلا، و إذا امتنعت الصحة التأهيلية فى زمان امتنعت دائما، لأن ما به يتفاوت حاله بتفاوت الزمان هى الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية لا الصحة التأهيلية.

و فيه: ان المراد من الامتناع ان كان هو الامتناع الذاتى فالصغرى ممنوعة، و ان كان المراد الامتناع العرضى أى الامتناع لعدم وجود اجزاء المؤثر فالكبرى ممنوعة فان الامتناع حينئذ يدور مدار فقد بعض ما يعتبر فيه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٢٦

و بلزوم الضرر على المشتري (١) لامتناع تصرفه فى العين لامكان عدم الاجازة،

و لعدم تحقق المقتضى و لا فى الثمن لامكان تحقق الاجازة، فيكون قد خرج عن ملكه و يضعف الأول مضافا الى ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه عادة منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد فى زمان يقتضى امتناعه دائما سواء قلنا بالنقل ام بالكشف.

و أما الضرر، فيتدارك بما يتدارك به صورة النقص المذكورة، هذا كله مضافا الى الاخبار الواردة فى تزويج الصغار فضولا، الشاملة لصورة وجود ولى النكاح و اهماله الاجازة الى بلوغهم و صورة عدم وجود الولى بناء على عدم ولاية الحاكم على الصغير فى النكاح

و انحصار الولي في الأب و الجد و الوصي على خلاف فيه، و كيف كان فالاقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكي عن ابن المتوج البحراني و الشهيد و المحقق الثاني و غيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة رحمهم الله

و ان شئت قلت: ان عقد الفضولي الذي تمتنع اجازته حين العقد و يمكن تلك فيما بعد، يكون صحيحا بالصحة التأهيلية، لأنه يمكن تأثيره فيما بعد بلحوق الإجازة، و ليس معنى الصحة التأهيلية الا ذلك.

(١) الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري لامتناع تصرفه في العين لإمكان عدم الإجازة، هذا على الكشف و لعدم تحقق المقتضى هذا على النقل، و لا في الثمن لإمكان تحقق الإجازة فيكون قد خرج عن ملكه. و فيه: - مضافا الى النقض بجميع موارد عقد الفضولي كما تقدم- تقريبه في التنبيه السادس من تنبيهات الإجازة. و الجواب عنه هو ما ذكرناه في ذلك التنبيه، و هو: تدارك الضرر بعدم لزوم الوفاء على الأصيل. فالحق عدم اعتبار هذا الشرط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٧

ثم اعلم ان العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز بيع مال اليتيم.

و حكي عن بعض العامة و هو البيضاوي على ما قيل الايراد عليه بانه لا يتم على مذهب الامامية من وجود الامامية من وجود الامام (ع في كل عصر و عن المصنف قدس سره انه اجاب بأن الامام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الامام و هو المجتهد الجامع للشرائط موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار في غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكّن من الامام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول ايضا، فان اريد وجود ذات المجيز فالاولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكّن من الامام عليه السلام و ان اريد وجوده مع تمكنه من الاجازة فيمكن فرض عدمه في المجتهد و العدول اذا لم يطلعوا على العقد.

فالاولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام ايضا الى اشتراط امكان فعلية الاجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الاجازة فإنه فرض غير واقع في الأموال.

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جازر التصرف حال العقد (١)

اشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أو للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد. و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدن اذن المرتهن، ثم فكك الرهن

فالكلام يقع في مسائل:

اشارة

عدم اشتراط كون المجيز جازر التصرف حين العقد

(١) الثالث: هل يشترط في المجيز كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حين العقد،

ام لا يعتبر ذلك، ام هناك تفصيل؟ وجوه:

و قبل الشروع في المطلوب ينبغي تقديم امور:

الأول: انه بناء على كون البحث في الأمر السابق في اعتبار وجود المجيز، الفرق بينه وبين هذا واضح، و أما بناء على كون البحث فيه في انه هل يعتبر وجود مجيز جائز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٨

...

جائز التصرف شرعا حين العقد أم لا، فالفرق بين الأمرين ان البحث هناك كان في اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حين العقد و عدمه، و في المقام في انه هل يعتبر كون المجيز الفعلي نافذ التصرف حال العقد ام لا.

و بعبارة اخرى: انه لو فرضنا اعتبار وجود مجيز جائز التصرف حال العقد، و كان موجودا حينه و لم يجز و كان المجيز الفعلي غيره، كما لو بيع مال الصغير مع وجود المصلحة و اهمل الولي و لم يجز حتى بلغ فاجاز نفسه، فان المجيز الفعلي لا يكون نافذ التصرف حين العقد و ان كان مجيز نافذ التصرف موجودا حينه، هل يكفي ذلك ام لا؟ الثاني: انه ربما يورد على المصنف قدس سره حيث جعل الصغر و السفه و الجنون من باب عدم المقتضى، مع انها اما موانع، أو أن البلوغ و الرش و العقل شرائط التأثير، فان المقتضى للسلطنة على التصرف في المال اضافته الى المتصرف، أو اذن من له الاضافة فهذه الأمور اجنبية عن المقتضى.

و لكن يمكن دفعه: بان نظره الشريف الى ان عدم نفوذ التصرف تارة: يكون لقصور من ناحية المتصرف، و اخرى: يكون من جهة سلطنة الغير ايضا على المال، و عبر عن الأول بعدم المقتضى، و عن الثاني بوجود المانع، و عليه فيصح ان يقال: ان عدم المقتضى اما لعدم الملك أو لجنون المالك أو سفاهته أو صغره، و به يظهر الفرق بين هذه الأمور و بين حق الرهن المتعلق بالمال.

الثالث: ان السيد قدس سره و غيره اوردوا على المصنف قدس سره في جعله المسألة الثالثة و هي ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه كذلك من مسائل هذا العنوان، مع انها اجنبية عنه.

و يمكن دفعه: بان المراد من عدم الجواز في العنوان عدم الجواز الفعلي لا عدم الجواز الواقعي، فالمجيز ربما لا يكون جائز التصرف واقعا كما في الأولى و الثانية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٢٩

الأولى: ان يكون المالك حال العقد هو المالك حال الاجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر (١) و الاقوى صحة الاجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة الى الاجازة كما صرح به في التذكرة.

و اخرى لا يكون جائز التصرف فعلا كما في الثالثة.

الرابع: ان المصنف قدس سره جعل المسألة الأولى اعم مما كان عدم الجواز لمانع كالرهن،

أو لعدم المقتضى بالتفسير الثاني من جهة وحدة ملاك البحث، كما انه جعل المسألة الثانية- و هي عدم الملك حال العقد- مسألتين لتعدد الجهة من حيث الاجازة و عدمها.

إذا عرفت هذه الأمور تعرف ان ما سلكه المصنف قدس سره في عنوان هذا البحث و تشقيقه الشقوق هو الصحيح.

و كيف كان: فالكلام يقع في مسائل:

لو كان المالك حين العقد غير جائز التصرف

(١) المسألة الاولى: ان يكون المالك حال العقد، هو المالك حال الاجازة، لكن

المميز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فهل يصح البيع بالإجازة ام لا؟ و الكلام فى هذا المسألة يقع فى جهات:
الأولى: فى صحة بيع ما هو متعلق حق الغير.
الثانية: فى عتقه.

الثالثة: فى احتياج صحة البيع الى الإجازة بعد ارتفاع الحجر و عدمه.
الرابعة: فى جريان نزاع الكشف و النقل فى رافع الحجر و عدمه.
الخامسة: فى بيع الصبى و المجنون و السفية.
منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٠
...

اما الجهة الأولى: فقد استدل على فساد البيع: بان البيع تصرف فى ما هو متعلق حق الغير فلا يجوز، و النهى عن المعاملة يدل على الفساد.

وفيه: ان البيع ليس تصرفا فى العين، مع انه لو كان حراما لم يكن وجه لفساده، إذ النهى عن المعاملة لا يدل على الفساد، و قد تقدم تقريب كلا الجوابين.

و أما الجهة الثانية: فقد ذهب المحقق النائنى قدس سره الى انه ملزم على العتق، فلا بد اما من لزوم اداء الدين و فكك الرهانة على الراهن، و أما من استسعاء العبد فى فكاك رقبته بفكك الرهانة.

و استدل له: بان الإجازة انما تؤثر فيما يؤثر الرد فيه، و رد الحر الى الرق غير ممكن،

و بان تأثير العتق من الراهن - حيث انه مالك للعين - لا اشكال فيه، خصوصا مع كون العتق مبنيا على التغليب.

و يرد على الأول: ان الرد المقابل للإجازة رد العقد لارد نتيجته، فعدم امكان رد الحر الى الرق غير عدم امكان رد العتق نفسه.

و بعبارة اخرى: إذا كان العتق مراعى بالإجازة، فلو اجازته يتحقق و تترتب عليه الحرية، و لو رده لا يصير حرا كى يلزم منه رجوعه الى الرق.

و يرد على الوجه الثانى: ان كون العتق مبنيا على التغليب معناه انه لو انعتق مقدار من العبد يتعين عتق الباقي، لا-انه لو تعلق العتق المراعى به يكون ملزما عليه. فتدبر.

فالأظهر عدم الفرق بين العتق و البيع فى ذلك.

اما الجهة الثالثة: فالأظهر عدم الاحتياج الى الإجازة، إذ الاحتياج إليها انما هو لتحقيق الاستناد المتحقق فى المقام بدونها.

و أما الجهة الرابعة: فقد يقال: انه لا يجرى نزاع الكشف و النقل فى مثل فك

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣١
...

الرهانة و اسقاط المرتهن و نحوهما من جهة ان حق المرتهن إذا كان مانعا عن تأثير العقد فحكم الفك و الاسقاط حكم القبض فى باب الصرف و السلم، لأن عدم المانع من اجزاء العلّة، فملكيّة المشتري كما تتوقف على القبض فى البابين، كذلك تتوقف ملكية مشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها مخرجا للدين، فلا تتحقق الملكية قبل ذلك.

وفيه: ان الكشف بالمعنى الذى ذكرنا فى الإجازة انه غير معقول لا يكون فى الفك و الاسقاط لما ذكرناه،

مضافا الى ان لازمه خروج العين عن كونها وثيقة، و أما بالمعنى المعقول فى الإجازة، فيمكن البناء عليه فى المقام ايضا، و الدليل عليه

حينئذ هو العمومات بال تقريب المتقدم هناك.

و يؤيد ذلك بل يدل عليه، انه لو باع العين المرهونة غير المالك ثم بعد فك الرهن اجاز المالك ذلك العقد، لا شبهة في انه يلتزم بالكشف فيها من يلتزم بالكشف في الإجازة مطلقا.

و أما الجهة الخامسة: فلو باع المالك فاجازه الولي لا كلام، و لو صار بنفسه جائز التصرف فاجاز يكون من صغريات ما تقدم في الأمر الأول.

و الكلام في المقام انما هو فيما لو باع بنفسه، فان بنينا على انه مسلوب العبارة لا كلام في البطلان و الا فلو صار كذلك فاجاز صح البيع لكونه عقدا اجازة المالك،

و لا يتوهم في المقام عدم الاحتياج الى الإجازة- كما ذكرناه في بيع المرهون فانه يدفعه ان العقد في حال الانشاء و ان كان مستندا الى المالك تكويننا الا ان الشارع الأقدس الغى هذا الاستناد، فيحتاج الى الإجازة تحقيقا للاستناد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٢

الثانية: ان يتجدد الملك بعد العقد فيجوز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره (١)

إشارة

لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، و هو: ما لو باع شيئا،

ثم ملكه، و هذه تصور على صور، لأن غير المالك اما ان يبيع لنفسه أو للمالك، و الملك اما ان ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالارث ثم البائع الذي يشتري الملك، اما ان يجيز العقد الأول و أما ان لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له، و المهم هنا التعرض، لبيان ما لو باع لنفسه،

ثم اشتراه من المالك و اجاز و ما لو باع و اشترى و لم يجز و يعلم حكم غير هما منهما.

اما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها (٢) فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر: فيما إذا باع المالك النصاب قبل اخراج الزكاة أو رهنه، انه صح البيع و الرهن فيما عدا الزكاة، فإن اغترم حصه الفقراء، قال الشيخ صح البيع و الرهن. و فيه اشكال لأن العين مملوكة و إذا ادى العوض ملكها ملكا مستأنفا فافتقر بيعها الى اجازة مستأنفة، كما لو باع مال غيره، ثم اشتراه انتهى.

بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة الى الاجازة الا ان يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإن الراهن إذا باع فك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم، و لم يحتج الى اجازة مستأنفة. و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في تعليق الارشاد، و هو البطلان

من باع شيئا ثم ملك

(١) قوله الثانية: يتجدد الملك بعد العقد فيجوز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.

لكن المعنون في كلمات الأصحاب المسألة الاولى و هي ما لو باع شيئا ثم ملكه،

و هذه تصور على صور الا ان المهم منها اثنتان.

(٢) احدهما: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه و اجاز، و الاقوال فيها ثلاثة:

الأول: البطلان اختاره صاحب المقاييس قدس سره.

الثاني: الصحة مع الإجازة، اختاره المحقق و الشيخ قدس سره و جمع آخرون.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٣

و مال إليه بعض المعاصرين تبعا لبعض معاصريه، و الاقوى هو الاول للأصل (١)

و العمومات السليمة عما يرد عليه ما عدا امور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الايضاح و جامع المقاصد.

الأول: انه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الاشكال فيه، (٢) و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك.

و فيه انه قد سبق ان الاقوى صحته (٣) و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الاجازة لما قصده المتعاقدان (٤).

الثالث: الصحة بدون التوقف على الإجازة، نسب ذلك الى المصنف قدس سره، و في النسبة ما لا يخفى، فان منشأها افتاؤه بصحة بيع النصاب في الزكاة ايضا ان اغترم حصه الفقراء، مع انه يمكن ان يكون ذلك من جهة ذهابه قده الى ان تعلق الزكاة بالعين من قبيل حق الرهانة أو الجنائية، و يمكن ان يكون للنص الخاص «١».

(١) و كيف كان: فقد استدل المصنف للصحة - مضافا الى العمومات - بالأصل:

و فيه انه ان اراد بالأصل هو اصالة البراءة، فيرد عليه: ان الأصل في المعاملات هو الفساد.

و ان اراد به اصالة البراءة، فيرد عليه: انه قدس سره بنى على عدم الرجوع إليها عند الشك في جزئية شيء أو شرطيته للأسباب في باب المعاملات - كما تقدم منه في مقدمه الكتاب - فلا محالة يكون مراده به القاعدة المستفادة من العمومات، و لكن على المختار لا بأس بالاستدلال به ايضا فمقتضى العمومات و الأصل هي الصحة.

و قد استدل للبطلان بامور:

(٢) الاولى: انه قد باع مال الغير لنفسه، و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك من الأجوبة عن ذلك الاشكال.

(٣) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بان الاقوى صحته

(٤) قال و ربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك

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

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٣٤

...

مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاوضان.

توضيح المقام: ان عمدة الأشكال في تلك المسألة انما هي امران.

احدهما: انه بناء على اعتبار دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض، و بالعكس الفضولي البائع مال الغير لنفسه غير قاصد لحقيقة المعاوضة و البيع.

الثاني: مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

اما الاشكال الأول: فلو تم ما ذكره جوابا عنه في تلك المسألة من ان الفضولي انما يبيع للمالك و يبني على انه هو المالك، جرى ذلك في المقام.

و ما افاده المحقق النائيني قدس سره فى المقام من ان مبنى هذا الجواب على ان الغاصب سارق الاضافة و يرى نفسه المالك و هذا لا يجرى فى المقام لأنه لم يسرق الاضافة و لم يغصب المال، و عليه فليس له قصد المعاوضة، ثم قال الا ان يقال ان قصد البيع لنفسه حيث يقع ممن يطمئن بتملك المبيع، فكأنه يرى نفسه صاحب المال بالمشاركة فيبيع ما يملكه فعلا بلحاظ ملكه فيما بعد. يرد عليه: اولاً: ان الجواب المذكور لا يختص ببيع الغاصب، بل هو جار فى كل من يبيع مال الغير لنفسه، و لا فرق عليه بين ان يملكه فيما بعد و عدمه.

و ثانياً: انه لو لم يكن قاصداً لذلك لم يفد ما افاده اخيراً، فان من يطمئن بانه سيملك لا يرى نفسه مالكا بالفعل، فلا يقدر على قصد المعاوضة الا بالبناء على المالكية فيرجع الى ما تقدم.

و أما الاشكال الثانى: فأجابوا عنه هناك: بانه بعد فرض كون البائع قاصداً للبيع للمالك، و بانىا على انه هو المالك، الإجازة من المالك تتعلق بالأول دون الثانى، فلا يلزم مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان، و هذا الجواب لا يجرى فى المقام، فان البائع انما يبيعه للمالك و حين الإجازة يجيز وقوع العقد لنفسه غير المالك حين العقد، فمن وقع له العقد غير من يجيز المجيز وقوع العقد له.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٥

الثانى: انا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضى المالك و القدرة على التسليم، اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز (١) لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم اجازته و عدم وقوع البيع عنه، و فيه ان الثابت هو اعتبار رضاء من هو المالك حال الرضاء سواء ملك حال العقد ام لا لأن الداعى على اعتبار الرضاء سلطنة الناس على اموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب انفسهم، و قبح التصرف فيها بغير رضاهم. و هذا المعنى لا يقتضى ازيد مما ذكرنا. و أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد، و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الاجازة، و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها

فتحصل: ان ما افاده المحقق صاحب المقاييس هو الصحيح على هذا المسلك،

و لكن ما ذكرناه هناك فى وجه التصحيح و دفع هذا الاشكال- من انه لو باع لنفسه مع عدم البناء على المالكية فاجازه المالك صح و وقع للغاصب، و لو باع لنفسه مع البناء عليها،

فحيث ان انشاءه بالمطابقة يدل على تملك المعوض، و بالالتزام يدل على المبادلة المذكورة، فيصح للمالك اجازة هذا المدلول اللتزامى فيقع له، كماله اجازة المدلول المطابقي فيقع للغاصب- يجرى فى المقام كما لا يخفى. فالأظهر عدم تمامية هذا الوجه.

(١) الثانى: ان بيع الفضولى لا بد و ان يكون واجد الجميع ما يعتبر فى صحة البيع سوى الإجازة، بحيث لو لحقته الإجازة صح فعلاً، و حيث ان من جملة شرائط صحة البيع التى باجتماعها يصير البيع صحيحاً بالصحة التأهيلية- و لا ينتظر فى ترتب الأثر عليه سوى الإجازة- كون من يراد وقوع البيع له قادراً على التسليم و امكان الرضاء منه- كما فى عقد الفضولى فى سائر المقامات و المقام ليس كذلك- فان من يراد وقوع البيع له هو الفضولى، و هو حين العقد غير واجد للقدرة المؤثرة فى النقل- اى قدرة من بيده امر المال و كذلك رضاه- فهذا البيع الفضولى غير صحيح بالصحة التأهيلية، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. هذا غاية ما يمكن ان يقال فى توجيهه. هذا الأمر.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٦

الثالث: ان الاجازة حيث صحت كاشفة (١) على الاصح مطلقاً لعموم الدليل الدال عليه، و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه، و فيه منع كون الاجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد، (٢)

حتى فيما لو كان المجيز غير المالك حين العقد، فإن مقدار كشف الاجازة تابع لصحة البيع، فإذا ثبت بمقتضى العمومات ان العقد الذى اوقعه البائع لنفسه عقد صدر من اهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه، و لا مانع من وقوعه الا عدم رضاء مالكة، فكما ان

مالكه الأول إذا رضى يقع البيع له، فكذلك مالكه الثاني

و الجواب عنه: ان المراد من اعتبار الرضا فى المالك ان كان هو اعتبار رضا من يلتزم بالمعاملة و يصير مخاطبا بخطاب) أو فوا (ففى المقام موجود، فان حال الإجازة هو حال انفاذ المعاملة.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا المالك فى حال العقد، فيرد عليه: انه غير معتبر قطعاً لأنه فى اغلب موارد بيع الفضولى لا يكون ذلك موجوداً اما للكراهة أو للغفلة أو لغيرهما، و لم يتوهم احد فساد المعاملة من هذه الناحية. و على اى تقدير لا دليل عليه.

و ان كان المراد منه اعتبار رضا من هو مالك حال العقد، فهو اول الدعوى، و لا دليل عليه.

و أما القدرة على التسليم فظاهر كلام المصنف قدس سره تسليم اعتبار قدرة المالك حال العقد، و هو ايضا لا دليل عليه، بل الدليل من القاعدة و غيرها انما يقتضى اعتبار قدرة من هو ملتزم بالمعاملة، و تنتسب هى إليه. و حيث ان حال الإجازة حال الالتزام بها و انفاذها، و المفروض وجودها حينها، فلا حالة منتظرة لصحة البيع، و لو سلم اعتبار قدرة المالك حال العقد، فيرده ما افاده الشيخ قدس سره من: ان الكلام بعد فرض استجماع العقد لجميع الشرائط.

(١) الثالث: ان الاجازة كاشفة فى موارد صحتها، و الالتزام به فى المقام مستلزم لخروج المال عن ملك بائعه قبل الدخول فى ملكه.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره بما حاصله: انا نلتزم فى المقام بخروج المال عن

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٧

إذا رضى يقع البيع له و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد، و حينئذ فإذا ثبت بالدليل فلا محيص عن القول بأن الاجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المجيز فى اول ازمته قابليته، إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر، فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة. فإن كان لا بد من الكلام فينبغى فى المقتضى للصحة أو فى القول بأن الواجب فى الكشف عقلاً أو شرعاً ان يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. و قد عرفت ان لا كلام فى مقتضى الصحة، و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان، و انه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، و لا يتوهم ان هذا نظير ما لو خصص المالك الاجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ

ملك المجيز من اول ازمته قابليته، لأنه لا مانع عقلاً و لا شرعاً من كون الاجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها، و عليه فإذا صدر العقد و رضى المالك الفعلى به و اجازة يقع البيع له، و لازمه خروج المال عن ملكه من اول ازمته قابليته للتأثير.

الذى يلوح من صدر كلامه و يصرح به فى آخره: انه قدس سره ظن ان صاحب المقاييس لا كلام له فى وجود المقتضى للصحة، و انما كلامه فى وجود المانع، فأجاب عنه: بان المانع انما يمنع عن التأثير فى الملكية من حين العقد، و لا يمنع عن التأثير فى لملكية من بعد حصول الملك للبائع.

و لكن الظاهر من كلامه قدس سره انه لا مقتضى للصحة، و حاصل ما افاده: ان دليل صحة بيع الفضولى و القول بالكشف دليل واحد، و هو ان العقد انما هو نقل من حينه، و الاجازة تتعلق بهذا، و الإمضاء الشرعى متعلق بذلك ايضا، و حينئذ ففى المقام لا يمكن شمول العمومات و ادلة الامضاء للعقد، فلا مقتضى للصحة، و ذلك لأنه ان التزمنا بشمولها له و صيرورته ملكاً للمشتري من حين العقد لزم خروج الملك عن ملكه قبل دخوله فيه، و ان التزمنا بشمولها له و الانتقال إليه من بعد صيرورته مالكا لزم بالالتزام بالتبعض فى مضمون العقد، مع انه امر واحد و التزام فارد متعلق بنقل المال من حينه الى الابد و لا يتعدد.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٨

التخصيص انما يقدر مع القابلية، كما ان تعميم الاجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق فى دليل الكشف من ان معنى الاجازة

امضاء العقد من حين الوقوع،

أو امضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها، إلا من زمان ملك المجيز للمبيع. الرابع: ان العقد الأول، انما صحح و ترتب عليه اثره باجازه الفصولي، و هي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء ملك مالكة الاصلى، فيكون صحة الأول مستلزما لكون المال المعين ملكا للمالك و المشتري معا فى زمان واحد، و هو محال لتضادهما (١) فوجود الثانى يقتضى عدم الاول و هو موجب

بتعدد الزمان كى يقال بتعلق الامضاء ببعضه دون بعض، بل هو امر واحد اما يمضيه الشارع من الأول أو لا يمضيه، فلا يقع الى الأبد. و فى باب الصرف و السلم دل الدليل الخاص على حصول النقل و الانتقال من بعد القبض، و هو فى المقام مفقود فعلى هذا المسلك فى الكشف لا مناص عن البناء على البطلان فى المقام.

نعم بناء على ما سلكه المصنف قدس سره من ان العقد لا يكون مفاده سوى التمليك، و الإجازة متعلقة بذلك، و الإمضاء متعلق به ايضا، و لم يؤخذ الزمان فيه ابدا و انما يبنى على الكشف للنصوص الخاصة، صح البناء على الصحة فى المقام للعمومات كما انه بناء على ما اخترناه فى الكشف من الالتزام بالكشف الانقلابى بالنحو المعقول كما تقدم لا يلزم ذلك، إذ المال من حين العقد الى شراء البائع و انتقاله إليه ملك لمالكه الأول، و من ذاك الوقت الى زمان الإجازة ملك للمجيز، و بعد الإجازة يصير ملكية المشتري الاول من حين العقد فالخروج انما يكون من حين الاجازة فلا يلزم الخروج قبل الدخول، و أما الخارج فهو القطعة ما بعد الدخول، لأنه مقتضى شمول العمومات و خطاب) أَوْفُوا بِالْعُقُودِ .

(١) الرابع ان صحة العقد الأول تتوقف على صحة الثانى كى يصير المال ملكا للمجيز فيجيز،

و صحة الثانى تستلزم ملكية المالك الاصلى الى حين العقد الثانى، فعلى

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٣٩

لعدم الثانى أيضا فيلزم وجوده و عدمه فى آن واحد و هو محال، فإن قلت:

مثل هذا لانزم فى كل عقد فضولى لأن صحته موقوفه على الاجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك و المستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا فى آن واحد، فيلزم اما بطلان عقد الفضولى مطلقا، أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا اليراد بما نحن فيه.

قلنا: يكفى فى الاجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها فى الحقيقة رفع اليد و اسقاط للحق، و لا يكفى الملك الصورى فى العقد الثانى.

اقول: قد عرفت ان القائل بالصحة ملتزم بكون الاثر المترتب على العقد الأول بعد اجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد لا من حين العقد. و حينئذ فتوقف اجازة العقد الأول على صحة العقد الثانى مسلم، و توقف صحة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكة الاصلى الى زمان العقد مسلم ايضا.

فقوله صحة الأول يستلزم كون المال ملكا للمالك و المشتري فى زمان ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الاصلى، نعم انما يلزم ما ذكره من المحال، إذا ادعى وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك حين العقد،

و لكن هذا امر تقدم دعواه فى الوجه الثالث. و قد تقدم منعه، فلا- وجه لإعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى، نعم يبقى فى المقام (١) الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى

الكشف يلزم اجتماع المالكين- اى المشتري الأول و المالك الاصلى- قبل العقد الثانى و بعد الأول على مال واحد فى زمان واحد، و

هو من اجتماع الضدين، و يلزمه اجتماع النقيضين، إذ لازم وجود احد الضدين عدم الآخر. و الجواب عن ذلك بعد الالتزام بالكشف من حين العقد الثاني واضح.

(١) انما الكلام فى المقام فى الإشكال العام الذى اوردوه على القول بالكشف) و يذكر ذلك فى المقام لمناسبة غير خفية (و هو: ان صحة الإجازة تتوقف على كون المجيز،

مالكا، لأن اجازة غير المالك كالعدم، و المفروض انها توجب ملكية المشتري قبلها، فيلزم بعد العقد و قبل الإجازة اجتماع مالكين على مال واحد، و المصنف قدس سره يسلم الأشكال على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٠

على القول بالكشف و هو كون الملك حال الاجازة للمجيز و المشتري معا،

و هذا اشكال آخر تعرض لاندفاعه اخيرا، غير الاشكال الذى استنتجه من المقدمات المذكورة، و هو لزوم كون الملك للمالك الاصلى و للمشتري. نعم يلزم من ضم هذا الاشكال العام الى ما يلزم فى المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى. لوجوب التزام ملكية المالك الاصلى حتى يصح العقد الثانى، و ملكية المشتري له، لأن الاجازة تكشف عن ذلك و ملكية العاقد له لأن ملك المشتري لا بد ان يكون عن ملكه، و الا لم ينفع اجازته فى ملكه من حين العقد لأن إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير الى غيره. ثم ان ما اجاب به عن الاشكال الوارد فى مطلق الفضولى لا يسمن و لا يغنى، لان الاجازة إذا وقعت فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يبطلها، لأن الاجازة لا تكون الا من المالك الواقعى و المالك الظاهرى انما يجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الاجازة (١) و لذا لو تبين فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع اجازته، لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

الحق ان يقال فى الجواب عن ذلك: انه لم يدل دليل على لزوم اتصال ملك المجيز بزمان الإجازة بما هى اجازة، بما هى اجازة، بل اللانتم اتصال الملك بزمان التصرف الناقل مع كون زمام ذلك بيد المجيز كى يكون النقل عن ملكه باجازته و امضائه، و عليه ففى المقام بما ان زمان التصرف الناقل هو زمان العقد على الكشف، فالمعتبر اعتبار اتصال ملكيته بذلك الزمان و هو متحقق على الفرض. هذا على الكشف بالمعنى المشهور.

و أما على الكشف المختار فالأشكال غير وارد اصلا لفرض اتصال ملكيته بالإجازة كما لا يخفى، مع انه يمكن ان يقال بكفاية كونه ملكا له ان لم يجرى، و ان لزم من الإجازة كونه ملكا لغيره، و نظيرها فى ذلك الإقرار على ما فى اليد بانه للغير، فانه لو لا الإقرار على ان ما فى يده للغير يكون له و ان كان بالإقرار يكون لغيره، فايراد المصنف على صاحب المقاييس بقوله.

(١) لملك الظاهرى انما يجدى اجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤١

ثم ان ما ذكره فى الفرق بين الاجازة و العقد الثانى من كفاية الملك الظاهرى فى الأول دون الثانى تحكم صرف، خصوصا مع تعليقه بأن الاجازة رفع لليد و اسقاط للحق، فليت شعرى ان اسقاط الحق كيف يجدى و ينفع مع عدم الحق واقعا، مع ان الاجازة رفع لليد من الملك ايضا بالبديهية، و التحقيق ان الاشكال انما نشأ من الاشكال الذى ذكرناه سابقا فى كاشفية الإجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطا متأخرا يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.

الخامس: ان الاجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الاول (١) و عن كون المال ملك المشتري الأول، فقد وقع العقد الثانى على ماله، فلا بد من اجازته،

كما لو بيع المبيع من شخص آخر فاجاز المالك البيع الأول، فلا بد من اجازة المشتري البيع الثانى، حتى يصح و يلزم، فعلى هذا يلزم

توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر و توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري الغير الفضولي، و هو من الاعاجيب، بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلن و تملك

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

(١) الخامس: ان الإجازة لما كشف عن صحة العقد الأول لزم منه كون المال حين العقد الثاني ملكا للمشتري الأول، فصحة الثاني، تتوقف على اجازته، و هي تتوقف على صحة الأول المتوقفة على اجازة المشتري الأول فيلزم توقف اجازة كل من الشخصين على اجازة الآخر، و ايضا يلزم توقف صحة كل من العقدين على اجازة المشتري غير الفضولي، و هو محال، فان لازمه عدم تملك المالك الأصيل شيئا من الثمن و المثلن، و تملك المشتري الأول المبيع بلا عوض، اما عدم تملكه المثلن فلفرض انتقاله عنه بالبيع، و أما عدم تملكه الثمن فلأن العقد الأول ينتقل ثمنه الى المالك الثاني و الثمن في العقد الثاني ينتقل الى المشتري الاول لوقوعه منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٢

المشتري الأول المبيع بلا عوض ان اتحد الثمان و دون تمامه ان زاد الأول و مع زيادة ان نقص لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، و قد كان المبيع له ايضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر.

و الجواب عن ذلك ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الاجازة كاشفة عن الملك من حين العقد و هو ممنوع. (١) و الحاصل ان منشأ الوجوه الاخيرة شىء واحد و المحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة، قد نبه عليه في الايضاح و جامع المقاصد.

في ملكه، فيلزم انتقال المثلن و الثمن في العقد الثاني الى المشتري الأول.

اما كون اللازم الأول محالا فلأن حقيقة البيع هي المعاوضة، و مقتضاها تملك الثمن على تقدير البيع، و تملك المثلن على تقدير عدم البيع، فعدم تملك شىء منهما مستلزم لارتفاع النقيضين. و أما كون الثاني محالا فلأن مقتضى المعاوضة ان يملك المشتري بعوض بعينه، و لا يعقل تحققها و تخلف مقتضاها عنها.

(١) و اجاب المصنف قدس سره عن هذا الإيراد: بانه يرد على القول بالكشف من حين العقد

و لو التزمنا بالكشف من حين العقد الثاني فلا يلزم محذور اصلا.

و اجاب السيد المحشى قدس سره عن لزوم توقف كل من الاجازتين على الأخرى و صحة العقد الثاني على اجازة المشتري الأول: بان بيع مال الغير انما يكون موقوفا على اجازته إذا كان ذلك المال ماله، مع قطع النظر عن هذا البيع، و في المقام انما تحدث الملكية من الأول بشرط هذا البيع و الإجازة، و مثل هذا لا يعقل ان يكون موقوفا على الإجازة فصحة العقد الثاني، و اجازة المشتري الثاني لا تتوقفان على اجازة المشتري الأول.

و فيه: ان جميع ما ذكر دليلا على توقف صحة البيع الواقع على مال الغير على اجازته يدل على توقفها عليها في المقام.

فالحق ان يقال: ان هذا المحذور انما يلزم على القول بالكشف المشهور، و أما على الكشف المختار فان بنينا على الكشف من حين العقد الثاني كما مر فالامر واضح

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٣

السادس: ان من المعلوم انه يكفي في اجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمها، و لو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني،

فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن و هو لا يجامع صحة العقد الاول (١) فإنها تقتضى تملك المالك للثمن الأول و حيث وقع الثاني يكون فسخا له و ان لم يعلم بوقوعه، فلا يجدى الاجازة المتأخرة.

و بالجملة حكم عقد الفضولى قبل الاجازة، كسائر العقود الجائزة بل اولى منها فكما أن التصرف المنافى مبطل لها كذلك عقد الفضولى.

و الجواب ان فسخ عقد الفضولى هو انشاء رده.

و أما الفعل المنافى لمضيه كتزويج المعقودة (٢) فضولا- نفسها من آخر، و بيع المالك ماله المبيع فضولا من آخر، فليس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته الى وقوع عقد الفضولى

و أما ان قلنا بكشفها عن الملكية من حين العقد الأول، فحيث ان العقد الثاني واقع فى ملك المالك الأصلي فيصح بلا توقف على شىء و ينتقل ثمنه إليه، فإذا اجاز المشتري العقد الأول الذى اوقعه فضولا لزم منه اعتبار الملكية من حين العقد الأول بنحو النقل فى الملكية و الكشف فى المملوك، و هذا لا يلزم الكشف عن وقوع العقد الثاني فى ملك المالك بالفعل، فان هذا الاعتبار وارد على العقد. فتدبر فانه دقيق.

(١) السادس: ان العقد الأول انما يصح بالإجازة، و من شرائطها عدم مسبوقتها بالرد،

و العقد الثاني يستلزم الرد، فانه لا يجامع العقد الثاني صحة الأول المقتضية لتمام العقد الأول، فلا محالة يكون الثاني فسخا للأول و ان لم يعلم بوقوعه، فلا تجدى الإجازة المتأخرة.

(٢) و اجاب عنه المصنف قدس سره بان الرد و الفسخ تارة: يكون بانثائه قولاً لو فعلا،

و اخرى: يكون بفعل ما يفوت محل الإجازة.

و الثانى على قسمين: احدهما: ما يفوت محلها فيترتب عليه انحلال العقد رأسا.

ثانيهما: ما يفوت محلها بالنسبة الى الفاعل فلا مانع من بقاء العقد بالإضافة الى غيره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٤

غاية ما فى الباب ان الفعل المنافى لمضى العقد مفوت لمحل الاجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحا فمحل الاجازة، و يخرج العقد عن قابلية الاجازة، اما مطلقا،

كما فى مثال التزويج أو بالنسبة الى من فات محل الاجازة بالنسبة إليه كما فى مثال البيع، فإن محل الاجازة انما فات بالنسبة الى الأول، فللمالك الثانى ان يجيز، نعم لو فسخ المالك الأول نفس العقد بانشاء الفسخ بطل العقد من حينه اجماعا، و لعموم تسلط الناس على اموالهم بقطع علاقة الغير عنها.

فالحاصل انه ان اريد من كون البيع الثانى فسخا انه ابطال لأثر العقد فى الجملة فهو مسلم، و لا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة الى المالك الثانى فيكون له الاجازة، و ان اريد انه ابطال العقد رأسا فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، و تسمية مثل ذلك الفعل ردا فى بعض الأحيان من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة الى فاعله بحيث يكون الاجازة منه بعده لغوا، نعم لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا، لم يبعد كونه

كالانشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر فى المطلب

و فى المقام بما انه لم ينشأ الرد كما هو المفروض، و البيع ليس كالعقد موجبا لعدم بقاء المحل رأسا كى ينحل العقد رأسا، بل هو موجب لفوت محلها بالإضافة الى المالك لخروج المال عن ملكه و أما الفضولى الذى اشتراه فمحل الاجازة بالإضافة إليه باق فلا مانع

من شمول ادلة النفوذ له، ولا يقاس ذلك بتصرف ذي الخيار من جهة انه ينحل هناك العقد بمجرد فعل ما ينافيه، فانه هناك لو لم ينحل لم يجز التصرف لعدم كونه ملكه، وهذا بخلاف المقام كما هو واضح.

وما افاده المحقق النائيني قدس سره من: انه إذا كان فعل مفوتا لمحل الإجازة، بالإضافة الى المتصرف كان مفوتا لمحلها بالإضافة الى غيره ايضا، إذ البيع عبارة عن تبديل طرفي الاضافة مع اعتبار تعلق الاضافة بشخص خاص، فمن كان مالكا حين العقد من جهة فوت محل الإجازة بالإضافة إليه ليس له الاجازة و الفضولي الذي اشترى المال لم يكن احد طرفي الاجازة فليس له ذلك ايضا كما ليس له الرد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٥

إذ المقصود ان مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشف فساد هذا البيع بقى العقد على حاله من قابلية لحوق الاجازة.

و أما الالتزام في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بانفساخ العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي فلأن صحة التصرف المنافي تتوقف على فسخ العقد،

و إلا- وقع في ملك الغير (١) بخلاف ما نحن فيه، فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولا صحيح في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الامر انه إذا تصرف فات محل الاجازة.

و من ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله اخيرا.

و بالجملة حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل اولى فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الاولوية و سيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد

يرد عليه: ان مآل هذا الى انه لا تطابق بين ما وقع عليه العقد و ما تعلق به الإجازة، و هذا هو الأشكال الثاني، و الجواب عنه قد تقدم، و الكلام في المقام في هذا المحذور المذكور من حيث هو.

و ما اورده المحقق الايرواني قدس سره عليه بان: البيع لشيء انشاء لرد كل عقد وقع عليه على سبيل الإجمال و ان لم يلتفت الى العقد و لم يعلم به، فكل فعل للمنافي فهو انشاء للرد فلا وجه للتفصيل بين انشاء الرد و فعل ما ينافيه.

يمكن دفعه: بان انشاء الرد انما هو كسائر الأنشاءات متقوم بالقصد و بدونه لا يتحقق، فما افاده الشيخ قدس سره متين.

(١) نعم ما ذكره اخيرا في وجه كون الفعل المنافي موجبا لانفساخ العقد في البيع الخيارى

يمكن ان يورد عليه: بانه إذا لم يكن الفعل في نفسه مستلزما لإنشاء الرد لم يرد إلا- بذلك، لأنه، لا محذور في الالتزام بوقوعه في ملك الغير، و اصالة الصحة في الفعل لا تصلح لاثبات تحقق قصد الرد. فتدبر،

مضافا الى انه قد تقدم عدم قدح الرد في تأثير الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٦

(السابع): الاخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه و آله عن بيع ما ليس عندك (١) فإن النهي فيها اما لفساد البيع مطلقا بالنسبة الى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على

فساد العقد الفضولي، و أما لبيان فساده بالنسبة الى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز، بل الظاهر ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، و الا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج الى

البيان

السابع: النصوص الخاصة، و هي طائفتان:

(١) الأولى: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلى الله عليه وآله عن بيع ما ليس عندك، و قد تقدم «١» في أوائل بيع الفضولى انها بحسب السند لا كلام فيها.

و تقريب دلالتها: انها تدل على فساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة الى المالك و المخاطب، أو بالنسبة الى خصوص المخاطب. و باطلاقها تدل على عدم وقوع البيع للبائع و لو صار مالكا و اجاز.

بل الظاهر منها ارادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و الاعدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج الى البيان.

و اجاب عنها المصنف قدس سره: بعد نقل الروايات الخاصة بانها تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع على هذا البيع، و هذا لا ينافى ترتب الأثر عليه إذا لحقه الإجازة.

و فيه: ان مقتضى اطلاقها عدم ترتب الأثر عليه و ان اجاز و اجابوا عنها باجوبة اخر احسنها جوابان- و قد تقدما- احدهما: ان الظاهر البدوى من النبوى النهى عن بيع ما ليس حاضرا عنده، سواء كان مملوكا له ام لا، قدر على تسليمه ام لا، كليا ام شخصا و حيث انه لا يمكن الالتزام به تعين حمله اما على النهى عن بيع ما ليس مملوكا له. أو على النهى عن بيع ما لا يقدر على تسليمه، و ان لم يكن الثانى اقرب لا كلام فى عدم اقرية الأول.

(١) راجع ص ٣٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٤٧

الى البيان، و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لى: اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها اربحك كذا و كذا، قال: لا بأس بذلك اشترها و لا تواجهه قبل ان تستوجبها أو تشتريها.

و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام الرجل يجيئنى و يقول:

اشتر هذا الثوب و اربحك كذا و كذا قال: أليس ان شاء اخذ و ان شاء ترك؟ قلت:

بلى، قال: لا- بأس به، انما يحلل الكلام و يحرم، الكلام بناء على ان المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيا و يحرم اثباتا، كما فهمه فى الوافى، أو يحلل إذا وقع بعد الاثراء و يحرم إذا وقع قبله أو ان الكلام الواقع قبل الاثراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملمزم. و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة.

و صحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لى متاعا لعلنى اشتره منك بنقد أو نسيء، فابتاعه الرجل من اجله قال ليس به بأس انما يشتره منه بعد ما يملكه.

و صحيحة منصور بن حازم عن ابى عبد الله عليه السلام فى رجل امر رجلا ليشتري له متاعا فيشتره منه، قال لا بأس بذلك، انما البيع بعد ما يشتره.

و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام يجيئونى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى شىء، فيقولنى و أقاوله فى الربح و الاجل،

حتى يجتمع على شىء، ثم اذهب لايشترى الحرير فادعوه إليه، فقال: أ رأيت ان وجد مبيعا هو أحب إليه مما عندك أ تستطيع أن تصرف إليه عنه و تدعه، قلت نعم قال: لا بأس و غيرها من الروايات

الطائفة الثانية النصوص الخاصة، كصحيح يحيى بن الحجاج «١» خبر خالد بن الحجاج «٢» صحيح محمد بن مسلم «٣» و صحيح

منصور «٤» و صحيح معاوية «٥» المذكورة جميعا فى الكتاب

(١) الوسائل باب ٨ من ابواب العقود حديث ٨.

(٢) نفس المصدر ح ٦.

(٣) المصدر ح ٧.

(٤) نفس المصدر حديث ١٣.

(٥) نفس المصدر حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٨

و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد في بعضها و من حيث التعليل في بعضها الآخر، في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، و انه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له و استقلاله، فيه، و لا- يكون قد سبق منه و من المشتري الزام و التزام سابق لذلك المال و الجواب عن العمومات انها انما تدل على عدم ترتب الاثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف في الثمن و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع، و منه يظهر الجواب عن الاخبار (١) فإنها لا تدل خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام و لا تواجهه البيع قبل ان تستوجبها الا على ان الممنوع منه هو الالتزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى اجازة و هي المسألة الآتية اعني لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة الى الاجازة و سيأتي ان الاقوى فيها البطلان،

و ما قيل من ان تسليم البائع للمبيع، بعد اشتراؤه من المشتري الأول مفروض في مورد الروايات و هي اجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إذا وقع باعتقاد البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و انه مما لا اختيار للبائع فيه، بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد اجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأن المعترف في الإجازة قولاً و فعلاً ما يكون عن سلطنة و استقلال، لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس في صيرورة

(١) و المصنف قدس سره اجاب عنها اولاً بما حاصلة: انها تدل على المنع عن الإلزام

و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة الى الإجازة،

و هذا لا ينافي الصحة مع الإجازة. ثم رجع عن ذلك و التزم بدلالته على الفساد من جهة ان عدم ترتب الأثر المقصود على عقد الا مع انضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض و الإجازة لا يقتضى النهي عنه بقول مطلق، بل لا بد من النهي عنه مقيداً بتجرده عن ذلك القيد. فاطلاق النهي يقتضى الفساد حتى مع الإجازة.

و الحق في المقام ان يقال: ان الصحاح الثلاثة الأخيرة ظاهرة في ارادة بيع الكلي،

و تدل على انه لا يجوز بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٤٩

مال الغير حالاً- لغيره يدل على عدم كفاية ذلك، نعم يمكن ان يقال: ان مقتضى تعليل نفى البأس في رواية خالد المتقدمة، بأن المشتري إن شاء أخذ و ان شاء ترك ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الاصيل. و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم، من انه ليس للأصيل في عقد الفضولي المعاملة قبل اجازة المالك اورده لكن الطاهر بقريته النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفين.

و الحاصل ان دلالة الروايات عموماً و خصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره، و دلالة النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة، إلا أنا نقول أن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفاً من الآثار في مقابل الصحة

التي هي امضاء الشارع، لما يقصد عرفا من انشاء البيع مثلا لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه، على الوجه الذي يقصده اهل المعاملة، كأن يترتب عليه بعد البيع النقل والانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع من مالكة و تسليمه، و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله على تسليمه، ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه و هو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد

المشتري الأول، و قد اتفق النص و الفتوى خلافا للعامه على جواز ذلك، فيتعين حملها على التقيء- كما يظهر من بعض النصوص المجوزة- أو الكراهة.

و ما ذكره بعض الاساطين و امضاه المصنف في آخر هذا الفرع من الحكم في موردها و ان كان يحمل على التقيء الا ان ذلك لا ينافي الأخذ بمقتضى عموم مفهوم التعليل و هو يقتضى البطلان في بيع الشخصى.

يرد عليه: ان عموم التعليل لا يقبل التبعض بان يحمل على التقيء أو الكراهة في بعض موارد و هو الكلى، و الأخذ بظاهره في مورده الآخر، لا سيما و ان مورد ورود الكلى، إذ بقاءه في غير مورد الأخبار و القائه في موردها بعيد جدا. فهذه النصوص ساقطة. و أما خبر خالد بن الحجاج: فقد مر الكلام فيه في مبحث المعاطاة و عرفت انه قاصر سندا و دلالة.

اما الأول: فلدوران الراوى بين ابن بختج و ابن الحجاج و الأول مجهول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٠

أو ممن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة النهى على الفساد،

وقوع المنهى عنه لغوا غير مؤثر اصلا، كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان ان مقصوده من الفعل. المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا- يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين لا أنه لغو من جميع الجهات، فافهم.

اللهم الا- أن يقال: أن ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه، مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع، مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة، كالقبض في الهبة و نحوها، و الاجازة في الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق، إذ معنى صحة المعاملة شرعا ان يترتب عليها المدلول المقصود من انشائه و لو مع شرط لاحق، و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط،

لا يوجب النهى عنه الا مقيد بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدتهم ترتب

الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. فالانصاف ان ظاهر النهى في تلك

و أما الثانى: فلأن الظاهر منه ثبوت البأس في صورة الزام المواعيد بقبول السلعة، و وجهه عدم تحقق البيع في مفروض السؤال و يكون قوله عليه السلام انما يحلل الكلام و يحرم الكلام بيانا لذلك، لأن المراد بالكلام الالتزام البيعى، و المراد بالمحللية و المحرمية المنسوبة إليه محللية الايجاب للمبيع على المشتري و الثمن على البائع، و محرمية المبيع على البائع و الثمن على المشتري. و تمام الكلام في محله.

و أما صحيح يحيى: فالظاهر منه عدم لزوم البيع قبل الاثراء. توضيح ذلك ان ايجاب البيع عبارة عن اقرار و اثباته على الوجه الذى لا يبقى مجال لحله و فسخه من الطرفين بنحو يكون الاثراء مقدمة للوفاء لا- لتتميم المعاملة- قبل استيجابها اى جعل البيع لازما على نفسه- أو الاثراء- اى التملك المجامع مع الخيار- و النهى عنه ارشاد الى عدم تحققه، فيدل على عدم لزوم البيع قبل ان يملك. و هذا مما لا كلام فيه.

فتحصل: ان شيئاً مما استدل به على الفساد لا يدل عليه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥١

الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، و عدم ترتب اثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الاجازة. و أما صحته بالنسبة الى المالك إذا اجاز، فلأن النهى راجع الى وقوع البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا اجاز، فيرجع فيه الى مسألة الفضولي. نعم قد (١) يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلى، و انه لا يجوز بيع الكلى في الذمة، ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري الأول، و المذهب جواز ذلك و ان نسب الخلاف فيه الى بعض العبائر، فيقوى في النفس انها و ما ورد في سياقها في بيع الشخصى أيضاً كروايتى يحيى و خالد المتقدمتين أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقيّة، لأن المنع عن بيع الكلى حالاً مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة، كما صرح به في بعض الاخبار مستنديين في ذلك الى النهى عن بيع ما ليس عندك. لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل في الاخبار الواردة في بيع الكلى خلاف الانصاف إذ غاية الامر حمل الحكم في مورد تلك الاخبار و هو بيع الكلى قبل التملك على التقيّة، و هو لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً فتدبر.

(١) قوله نعم قد يخدش فيها ان ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلى هذا استدراك عما ذكره بقوله فالانصاف ان ظاهر النهى في تلك الروايات.

و الفرض انه ربما يخدش في تلك الروايات و حاصلها ان دلالتها على المنع متوقف على امور - شمولها لبيع الشخصى و دلالتها على التحريم و الارشاد الى الفساد و ظهورها في كونها في مقام بيان الحكم الواقعى. و حيث ان اكثر الروايات واردة في بيع الكلى و انه لا يجوز بيع الكلى في ذمته ثم اشتراء بعض افراده و تسليمه الى المشتري فهى لا تشمل ما هو موضوع البحث. و خبرا يحيى و خالد و ان كانا في بيع الشخصى لما فيهما من اشترى لى هذا الثوب، من جهة وحدة سياقهما مع الروايات الخاصة الآخر يحملان على التقيّة أو الكراهة، و تقدم ما هو الحق عندنا فلا نعيد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٢

فالاقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور، و مما يؤيد المنع مضافاً الى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد (١) الطائى الواردة في نكاح العبد بغير اذن مولاه، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: انى كنت رجلاً - مملوكاً فتزوجت بغير اذن مولائى، ثم اعتقنى بعد فأجدد النكاح؟ فقال: علموا انك تزوجت؟ قلت: نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئاً، قال: ذلك اقرار منهم انت على نكاحك، الخبر.

فإنها ظاهرة بل صريحة فى أن علّة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير اذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حراً مالكا لنفسه مسوغاً للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج الى الاستفصال عن ان المولى سكت ام لا، للزوم العقد على كل تقدير.

(١) قوله و مما يؤيد المنع مضافاً الى ... رواية الحسن «١» بن زياد الطائى الوارد في نكاح العبد هذا الخبر من حيث السند لا كلام لنا فيه فانه و ان كان الحسن مجهول الحال،

الا ان الراوى عنه ابان الذى هو من اصحاب الاجماع و أما من حيث الدلالة فقد افيد فى وجهها انها صريحة فى ان علة البقاء هو اقرار المولى المستفاد من سكوته فلو كان الاعتاق وحده أو مع الاجازة بعده مسوغا للبقاء لم يكن هناك حاجة الى الاستفصال المذكور للزوم العقد على كل تقدير وفيه اولا ان فى اعمال العبد خصوصية ليست فى غيره، و هى عدم استقلاله فى التصرف و اندكاك سلطانه فى سلطان مولاه- و لذا لو باع مال غيره توقف صحته على اجازة مولاه أو اذنه، فعدم الصحة فى المقام بمجرد الاعتاق أو مع الاجازة لا يلازم عدم الصحة فى البيع و ثانيا انه يمكن ان يكون نظره عليه السلام و غرضه تصحيح الزواج من الاول لأعمية نفعه و اتمية فائدته- أو يقال ان المعلول يستند الى اسبق العلل فاستفصل عن وجود علة سابقة.

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٥٣

ثم ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، (١) و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشتري غير مترقب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا، و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمهم الله فى التذكرة، نافيا للخلاف فى فساد، قال: لا يجوز ان يبيع عينا لا يملكها و يمضى ليشترىها و يسلمها. و به قال الشافعى و أحمد، و لا نعلم فيه خلافا لقول النبى عليه السلام لا تبع ما ليس عندك و لا شتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها، و لا قادر على تسليمها، اما لو اشترى موصوفا فى الذمة سواء كان حالا أو مؤجلا فإنه جائز اجماعا، انتهى.

و حكى عن المختلف ايضا الاجماع على المنع ايضا، و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح فى وقوع الاشترى غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه، فحينئذ لو تبايعا على ان يكون العقد موقوفا على الاجازة، فاتفقت الاجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل فى مورد الاخبار و لا فى معقد الاتفاق و لو تبايعا على ان يكون الزوم موقوفا على تملك البائع دون اجازته، فظاهر عبارة الدروس انه من البيع المنهى عنه فى الاخبار المذكورة حيث قال: و كذا لو باع ملك غيره، ثم انتقل إليه فجاز و لو اراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده، و قد نهى عنه، انتهى.

لكن الانصاف ظهورها فى الصورة الاولى و هى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل

صور بيع من باع شيئا ثم ملكه

(١) قال المصنف ان الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات

و تنقيح القول فى المقام: ان البائع ربما يبيع لنفسه، و ربما لمالكة، و ثالثه يبيع للاجنبى.

اما الصورة الأولى: فتارة: يبيع منجزا بحيث يرى نفسه ملزما فى ذلك فيشترى المبيع من مالكة مقدمة للوفاء بعقده. و اخرى: يبيع على ان يكون العقد موقوفا على

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٥٤

و الانتقال و عدم الوقوف على شىء (١) و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك حيث علل المنع بالغرر و عدم القدرة على التسليم، و اصرح منه كلامه المحكى عن المختلف فى فصل النقد و النسبة و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فجاز. فالظاهر ايضا الصحة لخروجه عن مورد الاخبار.

نعم قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه، و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال فى عكس المسألة، و هى ما لو باعه الفضولى لنفسه فأجازة المالك لنفسه

فتأمل

الإجازة، و ثالثه بيع على ان يكون اللزوم موقوفا على التملك.

(١) و المصنف ادعى: ان المتيقن من النصوص هو الفرض الأول، و ان الأخيرين باقيا تحت العمومات المقتضية للصحة. و استظهر من تعليق العلامة قدس سره للفساد بالغرر و عدم القدرة على التسليم: ان ما هو مفتى به عند الأصحاب هو هذا الفرض. و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره، بما حاصله يرجع الى امرين احدهما: ان الأخبار مطلقة، و المراد من التعليق ان كان هو التعليق البنائي فقد تقدم ان البناء القلبي لا- يؤثر في الصحة و الفساد في باب المعاملات، و ان كان هو التعليق في المنشأ فقد اجمعوا على بطلانه.

ثانيهما: انه ليس لتعليق اللزوم على التملك معنى محصل في المقام، لأنه عبارة عن جعل الخيار، و هو انما يكون مقابلا- للالتزام العقدي من المالك، و ليس العقد منسوبا الى البائع في المقام. و الاسم المصدري غير الحاصل لا معنى لجعل الخيار فيه. و لكن ظاهر المصنف قدس سره اختيار الشق الأول و ادعائه ان مقتضى العمومات هي الصحة مع الإجازة في جميع الفروض، غاية الأمر في الفرض الأول، و هو البيع المنجز، و الملزم عرفا ورد النهي عنه بالخصوص، و حيث انه ارشاد الى الفساد فيدل على فساده. و وجه استظهاره: ان متعلق النهي في بعضها مواجهة البيع و اقراره المساوق لكونه منجزا، و قوله عليه السلام: انما البيع بعد ما يملكه في بعضها الآخر، ظاهر في ذلك فان البيع

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٥

...

ظاهر في التمليك بالحمل الشائع المساوق للمنجز، إذ مع الملكية لا- تمليك بالفعل لاتحاد الوجود و الإيجاد و بهذا يندفع كلا الايرادين: اما الأول: فواضح، و أما الثاني: فلأن المراد باللزوم المعلق على التمليك ليس هو لزوم العقد شرعا، بل لزومه عرفا. و له قده اختيار الشق الثاني. و دعوى الإجماع على مبطلية التعليق، مندفعه بانها تم في غير القيود التي تكون صحة العقد متوقفة عليها. فراجع ما ذكرناه.

و اورد المحقق الايرواني قدس سره على ما استظهره من تعليق العلامة قدس سره: بان الشراء مترقبا أو غير مترقب لا أثر له في رفع الغرر و حصوله و لا- في القدرة و عدمها، فان توطين النفس على رفع اليد عن البيع عند عدم الاجازة كتوطين النفس على الالتزام بالمبيع المجهول على أى وجه كان في عدم رفعه للغرر.

و فيه: ان البيع مترقبا للاجازة لوجب القطع بعدم الانتقال عن ملكه ما لم يدخل بدله في ملكه، بخلاف ما إذا كان البيع منجزا فلا غرر في الأول، كما ان البائع بعد تملكه يكون شرعا قادرا على تسليمه.

فتحصل: ان ما ذكره المصنف قدس سره تام، و ان كان ما افاده من الفساد في الفرض الأول حتى مع الإجازة بعد التملك غير تام كما تقدم.

و أما الصورة الثانية: قد ذهب المصنف قدس سره الى انها غير مشمولة لنصوص المنع، و هو كذلك ثم اورد على الحكم بالصحة فيها من جهة ان الإجازة لا متعلق لها لأن العقد كان انشاء للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. فأجاب عنه: بانه يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الأشكال في عكس المسألة: بان يكون البيع للمالك بما انه مالك بنحو تكون الحيثية تقييدية لا تعليلية.

و لكنه يمكن ان يورد عليه: بانه في عكس المسألة على مبنى المصنف قدس سره- من

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٦

و لو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عليه عدوانا، فإن اجاز المالك فلا كلام في الصحة بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك، و ان ملكه الثالث و اجازه أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر انه داخل في المسألة السابقة.

ان حقيقة البيع هي المعاوضة- لا- يتصور بيع الغاصب لنفسه الا- بايقاع البيع للمالك بما انه مالك و ادعاء انه المالك فلذا التزموا بذلك و أما في المسألة فيمكن قصد كل من شخص المالك و ذاته و عنوان المالك و كل منهما يجتمع مع قصد المبادلة فووقع البيع للمالك بعد الشراء و اجازته يتوقف على اثبات كون البيع لعنوان المالك، و حيث لا سبيل إليه فلا وجه للحكم بالصحة.

و أما بناء على ما ذكرناه من ان البيع ليس معاوضة بل حقيقة الاعطاء لا مجانا،

فيمكن تصحيح هذه المعاملة للمالك الأول باجازه المالك الثاني، و تصحيحها للثاني بالتقريب الذي ذكرناه في عكسها. فراجع.

(١) و أما الصورة الثالثة: ففيها فرضان الاول: ان يكون ذلك الغير موكلا اياه في هذا البيع أو تحت ولايته.

الثاني: ان يكون اجنيا عنه.

اما الفرض الأول: فالظاهر اتحاده مع الصورة الأولى من حيث الحكم و المدرك، إذ البيع للنفس ثم الاشتراء اعم من البيع بالمباشرة أو التسبيب- هكذا قيل و لكن الانصاف ان دعوى اختصاص نصوص المنع بالأولى و عدم شمولها لهذا المورد قريبة جدا، فحكم الفرضين واحد و هو انه لو باع بانيا على ملكيته على تقدير كون البيع معاوضة حقيقة أو بدونه- على تقدير عدمه- فان اجاز المالك صح للمالك على الأول، و لذلك الغير على الثاني.

و ان ملكه الثالث فاجاز صح له، و ان ملكه البائع فاجازه صح له على التقدير الأول، و للبائع على الثاني.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٧

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الاخرى و هي ما لو لم يجز البائع بعد تملكه، فإن الظاهر بطلان البيع الأول (١) لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا، (٢) مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، و عدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس (٣) فإن المفروض ان البائع بعد ما صار مالكا لم يطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول، و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما الا بكون مال غيره له.

حكم ما إذا لم يجز البائع بعد تملكه

الثانية: ما لو لم يجز المالك على تقدير تملكه قال المصنف

(١) الظاهر بطلان البيع الاول.

(٢) و قد استدل له: بالأخبار المتقدمة بدعوى شمولها لهذه المسألة يقينا «١»

(٣) إذ المفروض ان المالك بعد ما صار مالكا لم يرض بكون ماله للمشتري الاول،

و التزامه القبلي لم يكن الا التزاما يكون مال غيره له.

و لكن يرد عليه: ان ما ذكره من شمول الأخبار لهذه المسألة يقينا، من غير ان يفصل بين كون البيع منجزا ام معلقا على تملك البائع أو اجازته، ينافي ما ذكره قبل اسطر من دعوى اختصاصها بالفرض الأول، اللهم الا ان يقال: ان مفروض كلامه في المقام هو البيع منجزا.

الصحيح ان يستدل له: بانه مع عدم الإجازة لا دليل على صحته، لأن العمومات مختصة بالبيع المستند الى المالك، و في المقام لا يكون مستندا إليه، إذ المراد من الاستناد الى المالك ليس قيام الانشاء به،

بل المراد إضافة البيع الى المالك بما هو مالك، و هذا العقد قبل التملك لم يكن مضافا إليه لعدم التملك، و بعده لا يستند إليه لعدم الإجازة.

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل - باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٨

اللهم الا أن يقال ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شرط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال إليه (١) و ان كان قبل ذلك اجنبيا لا حكم لوفائه و نقضه، و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين في الايضاح: بناء على صحة الفضولى صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الاجازة قيل: و يلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبة المسالك. و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية فى المعتبر، لكن يضعفه ان البائع غير مأمر بالوفاء قبل الملك، فيستصحب (٢) و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل. مضافا إلى معارضة العموم المذكور.

و بعبارة اخرى: الاضافة الى المالك امر قصدى لا قهرى، فكيف يلتزم بها بمجرد التملك.

(١) و قد استدلل لعدم الحاجة الى الاجازة: بما دل على وجوب الوفاء بالعقود «١».

بتقريب: ان العقد صادر من هذا الشخص، و المانع عن لزوم الوفاء به قبل التملك هو كون المبيع مال الغير، إذ لا معنى للوفاء بالالتزام بمال الغير، و بعد زوال المانع و صيرورته ملكا له لا مانع من توجه الأمر بالوفاء إليه.

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(٢) احدهما: ان دليل الوفاء قبل الملك لم يكن شاملا له، فيستصحب بعده، و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا مقام الرجوع الى حكم العام.

وفيه: ان عدم شمول العام له بالتقريب الذى ذكرناه لم يكن من جهة خروج بعض الأفراد فى بعض الأزمان، بل كان من جهة عدم تمامية موضوع العام فى نفسه، إذ لا وفاء للالتزام بمال الغير.

فالبائع قبل التملك غير داخل فى موضوع العام، فيكون نظير من لم يكن مشمولاً لدليل وجوب اكرام العالم لعدم كونه عالماً، ثم صار كذلك،

(١) المائدة آية ٢.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١٥٩

بعموم سلطنة الناس على اموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس (١) و فحوى الحكم المذكور فى رواية الحسن بن زياد المتقدمة فى نكاح العبد بدون اذن مولاه، و ان عتقه لا يجدى فى لزوم النكاح لو لا سكوت المولى الذى هو بمنزلة الاجازة، ثم لو سلم عدم التوقف على الاجازة، فانما هو فيما إذ باع الفضولى لنفسه. اما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو

فهل يتوهم فيه كونه موردا لاستصحاب عدم وجوب الاكرام،

مع انه لو سلم كونه مشمولاً لدليل العام فى نفسه و خروجه بدليل مخصص بما انه يكون خارجاً عنه من الأول لا من الوسط لا يكون موردا لاستصحاب حكم الخاص،

مضافا الى ذلك كله ما حققناه فى محله من كون المرجع عموم العام فى جميع الموارد لا استصحاب حكم الخاص. و تمام الكلام فى

محله.

(١) الثانى: معارضة العموم المذكور بعموم ما دل على «١» سلطنة الناس على اموالهم،

و «٢» عدم حلها لغيرهم الا عن طيب النفس.

وقد يورد عليه: بان هذا يتم لو قلنا بدخوله فى ملكه و خروجه عن ملكه من دون رضاه،

و أما إذا قلنا بدخوله فى ملك المشتري الأول بمجرد اشتراء البائع - من جهة ان البيع الأول مقتضى لدخول المال فى ملك المشتري و

كونه ملكا للغير مانعا، فإذا زال المانع اثر المقتضى اثره - فلا يدخل فى ملكه بخروجه عن ملك مالك الاصلى.

فالصحيح ان يجاب عنه: بان العقد قبل التملك غير مستند الى المالك الفعلى، و بعده لا إجازة منه كى يستند إليه، و مع عدم الاستناد

لا يكون مشموولا للعمومات.

فالأظهر عدم الصحة ما لم يجز.

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

(٢) الوسائل - باب ٣- من باب ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٠

فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة الى البائع اشكل، (١) و لو باع وكالهُ عن المالك، فبان انزاله بموت الموكل فلا اشكال

فى عدم وقوع البيع له بدون الاجازة و لا معها، نعم يقع للوارث مع اجازته.

المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف،

إشارة

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه اما عدم الولاية، فانكشف كونه وليا. و أما ان يبيع لنفسه فالصور أربع:

الاولى: ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع، فلا ينبغى الاشكال فى اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى، (٢)

(١) قوله فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشرط بالنسبة الى البائع اشكل.

وجه الاشكالية عدم الاضافة إليه من جهة عدم قصد البيع لنفسه.

و فيه انه لا- يتم مسلكه قده من كون البائع لغير المالك انما يبيع لعنوان المالك فانه إذا باع لهذا العنوان ثم انطبق عليه ذلك العنوان

كان بعينه من باع لنفسه ثم ملك.

لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف

المسألة الثالثة: ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف، و عدم

جواز التصرف المنكشف خلافه اما لعدم الولاية أو لعدم الملك، و على كل منهما اما ان يبيع عن المالك أو عن نفسه، فالصور اربع:

الأولى:

ان يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا،

(٢) و اختار المصنف قدس سره فى هذه الصورة صحة البيع و عدم توقفها على الاجازة و تبعه غيره.

و الوجه في ذلك ان المفروض كونه وليا فلا يكون فضوليا، و سائر الشرائط من قبيل المصلحة موجودة، فالعقد صادر من اهله واقع في محله فتشمله ادلة النفوذ و ان لم يكن البائع عالما به.

و دعوى ان العلم بالولاية جزء الموضوع،

مندفعة بكون ذلك خلاف ظاهر الادلة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦١

لكن الظاهر من المحكى عن القاضى: انه إذا اذن السيد لعبده (١) في التجارة، فباع و اشترى و هو لا يعلم باذن سيده، و لا علم به احد لم يكن مأذونا في التجارة و لا يجوز شىء مما فعله، فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جازما فعله بعد الاذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما ان يبايعوا العبد و العبد لا يعلم باذنه له كان يبيعه و شراؤه منهم جائزا، و جرى ذلك مجرى الاذن. الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز، انتهى.

و عن المختلف الايراد عليه بانه لو اذن المولى و لا يعلم العبد، ثم باع العبد،

صح لأنه صادف الاذن و لا يؤثر فيه اعلام المولى بعض المعاملين، انتهى و هو حسن.

من جهة ان الأحكام تدور مدار موضوعتها واقعا، و اناطتها بالعلم تحتاج الى دليل مفقود.

(١) قوله لكن الظاهر من المحكى عن القاضى انه إذا اذن السيد العبد يحتمل ان يكون، نظر القاضى قدس سره الى ان حقيقة الاذن الذى هو الاعلام و اظهار الرضا و الرخصة انما تكون إذا كان بحضرتة من يظهر له، و الا فلا يعقل الاظهار و الاراءة فمع عدم اطلاع الغير لا يكون اذن، و عليه فما ذكر من خصوص المعاملين فى كلامه من باب المثال و يشهد له قوله فى ذيل كلامه فان اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز و على هذا فلا- مورد لإيراد المختلف عليه كما لا- يخفى نعم يرد عليه ما ذكرناه فى اوائل عقد الفضولى من كفاية الرضا و طيب النفس الواقعى فى الخروج عن الفضولية.

و اورد السيد قده على ما اختاره المصنف: بان العقد و ان صدر عن من كان نافذ التصرف الا ان المفروض عدم علمه بذلك، فلعله لو كان عالما بانه ولي ما كان راضيا بهذا البيع الخاص، و مجرد موافقته للمصلحة لا يوجب لزومه على الولي، إذ يمكن ان يكون هناك فرد آخر من البيع مثله فى الصلاح، فيكون الاختيار فى التعيين إليه، فلا فرق بين هذه الصورة و بين ما لو بان كونه مالكا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٢

الثانية: ان يبيع لنفسه و انكشف كونه وليا. (١)

فالظاهر ايضا صحة العقد لما عرفت من ان قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدر. و فى توقفه على اجازته للمولى عليه وجه، لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون (٢) فتأمل.

و بالجملة يعتبر القصد الى النقل و الرضا بعنوان انه مال المولى عليه، و المفروض عدمه فى الفرض.

وفيه: ان الدليل «١» انما دل على نفوذ تصرفات الولي فى مال المولى عليه بما فيه صلاحه، و لم يدل دليل على لزوم قصد عنوان المولى عليه بهذا العنوان، و القطع بعدم رضاه بالمعاملة لو التفت الى الولاية لا يضر إذا كان راضيا بالفعل - فضلا عن احتمالها - فإنه من قبيل تخلف الداعى.

فالأظهر هى الصحة و عدم التوقف على الإجازة.

لو باع لنفسه و انكشف كونه وليا

(١) الصورة الثانية: ان يبيع لنفسه و ينكشف كونه وليا و ملخص القول فيها: انه بناء على ما افاده المصنف قدس سره في بيع الغاصب لنفسه من انه انما يبيع للمالك بما هو مالك تحقيقا للمعاوضة لا بد من البناء على الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اما الصحة فلأن البيع واقع للمالك، و أما عدم الوقوف على الإجازة فلصدوره عن رضا من له الولاية على مثل هذا البيع فلا حاجة الى الإجازة.

(٢) و ما ذكره قدس سره في وجه الاحتجاج إليها من عدم الوقوع على الوجه المأذون فيه،

يرد عليه: ان غرضه ان كان عدم كونه مأذونا فيه تكليفا فيرده: ما تقدم من عدم كون بيع الفضولي لنفسه أو لغيره حراما. و ان كان غرضه عدم كونه مأذونا فيه وصفا،

فيرده: ان المفروض كونه وليا، و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل و أما بناء على ما ذكرناه من الالتزام بها في الموضوعات الشخصية

(١) الوسائل - باب ١٥ - من ابواب عقد البيع و شروطه - و باب ٨٨ - من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٣

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا (١) و قد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته، فبان ميتا. و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد و الإرشاد في باب الهبة الاجماع، و لم نعثر على مخالف صريح الا ان الشهيد رحمهم الله ذكر في قواعده انه لو قيل بالبطلان أمكن و قد سبقه في احتمال ذلك العلامة و ولده في النهاية و الايضاح، لأنه انما قصد نقل المال عن الاب لا عنه (٢) و لانه و ان كان منجزا في الصورة الا أنه معلق و التقدير ان مات مورثي فقد بعتهك فلانه كالعابث عند مباشرة العقد لا اعتقاد ان المبيع لغيره، انتهى.

لأن الفرد الخارجي غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذي يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية، و حيثية لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المعجاز.

لو باع عن المالك فانكشف كونه مالكا

(١) الصورة الثالثة: ان يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا.

و الكلام فيها يقع في جهتين:

الأولى: في انه هل يصح ام لا؟ الثانية: في انه على فرض الصحة هل يتوقف على الإجازة ام لا؟ اما الجهة الأولى: فعن العلامة و ولده و الشهيد و غيرهم: القول بالبطلان فيما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا و استدلل له بامرین:

(٢) الاول: ما توضيحه: ان البيع للاب بظن حياته بحسب الطبع انما يكون بيعا للأب، و حيثية الملكية تكون تعليلية لا تقييدية، فمن قصد البيع له لم يكن مالكا ليقع له و لو باجازه. و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المصنف قدس سره عليه: بقوله

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٤

اقول: أما قصد نقل الملك عن الاب فلا- يقدر في وقوعه لأنه، انما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك (١)

لكن أخطأ في اعتقاده ان المالك ابوه

(١) ففي الحقيقة انما قصد النقل عن المالك.

و بعبارة اخرى ان يبيع عن الاب انما يكون عنه من حيث انه مالك باعتقاده،

ففى الحقيقة انما قصد البيع عن المالك كما ذكره فيما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه، غير وارد.

ثم ان المحقق النائيني قدس سره اورد على المصنف قدس سره: بان الحيثية لا يمكن الالتزام بها فى الموضوعات الشخصية، لأن الفرد الخارجى غير قابل للتعدد، فتقييده ممتنع، فالأب إذا كان هو الذى يبيع عنه فهو ملحوظ بخصوصيته، و توصيفه بانه المالك حيثية تعليلية،

و الحيثية التعليلية لا أثر لها لاتحاد المنشأ و المجاز.

و فيه: ان الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الشخصية على قسمين:

الأول: الأفعال الحقيقية غير المتقومة بالقصد كالأكل.

الثانى: الأفعال الاعتبارية المتقومة به كالبيع و الائتمام.

و القسم الأول يتم فيه ما ذكره من جهة ان تلك الأفعال لا تتعلق بالعناوين، مثلا الضرب لا يتعلق بالعنوان فهو اما ان يقع و أما لا، و لا يعقل وقوعه على تقدير دون تقدير و لا يتم فى القسم الثانى لأن الأفعال التى تكون من هذا القبيل تتعلق بالعناوين الكلية.

ففى المقام يتصور وقوع البيع عن الأب على وجهين.

الأول: وقوعه عن المالك، بحيث تكون الحيثية تقييدية.

الثانى: وقوعه عنه بنحو تكون الحيثية تعليلية.

فما افاده المصنف قدس سره لا يرد عليه ذلك، فالصحيح ان يورد عليه بما ذكرناه.

نعم هذا الايراد وارد عليه على مسلكه قدس سره، حيث انه فى كتاب الصلاة فى مبحث الجماعة فى

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٥

و قد تقدم توضيح ذلك فى عكس المسألة اى ما لو باع ملك غيره باعتقاد انه ملكه، نعم من ابطال عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطالان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، و لذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الاجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد، و أما ما ذكر من انه فى معنى التعليق فيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى (١) منع كونه فى معنى التعليق، لأنه إذا فرض انه يبيع مال ابيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو انما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال على المال، لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالارث عن مورثه، لأن ذلك لا يجمع مع ظن الحياة اللهم الا ان يراد ان القصد الحقيقى الى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه، فالقصد صورى على ما تقدم من المسالك من ان الفضولى و المكروه قاصدان الى اللفظ دون مدلوله، لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصورى كاف، و لذا قلنا بصحة عقد الفضولى و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره اخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا بعلمه بكون المبيع لغيره.

مسألة من اقتدى بشخص فبان غيره ذهب الى هذا المبنى، و نحن اوردنا عليه بعين هذا الايراد- راجع الجزء السادس من فقه الصادق الثانى: انه لو تنزلنا عن ذلك و سلمنا ان البيع يكون عن المالك بما هو مالك بحيث يعم نفسه، فحيث انه يعتقد انطباقه على ابيه فقصد الاطلاق فى حكم التعليق، اى عن والدى أو عنى ان مات هو، و حيث انه يعتقد كونه حيا فقصد الاطلاق فى عقده يعد عبثا و منافيا للقصد الجدى فى المعاملة.

(١) و بهذا البيان ظهر اندفاع ما ذكره المصنف قدس سره و تبعه المحقق النائيني قدس سره و غيره، من: ان هذا الدليل لا يجتمع مع الدليل الأول من جهة ان اساس الأول وقوع البيع عن الأب، و اساس هذا وقوعه عن نفسه.

و الحق فى الجواب عن هذا الوجه: ان هذا النحو من التعليق- اى المعنوى منه- لا يضر بصحة العقد، كما ان عدم القصد الجدى بهذه الكيفية غير مضر- كما تقدم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٦

و كيف كان فلا ينبغى الاشكال فى صحة العقد الا أن ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن المالك هو المباشر للعقد فلا- وجه لإجازة فعل نفسه، و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد الى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و ان لم يشعر به فهو اولى من الاذن فى ذلك فضلا عن اجازته، و الا توجه عدم وقوع العقد له، لكن الاقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانىين وقوفه على الإجازة، لا- لما ذكره فى جامع المقاصد: من انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك (١) الآن بل مع اجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله الا ان يقال: ان قصده الى اصل البيع كاف

فى اول مسألة بيع الفضولى- فالصحيح هو الوجه الأول.

فالمتحصل: انه ان كان البيع عن المالك- اى عن الأب بما انه مالك بحيث يكون المقصود هو المالك بحيث يعم نفسه- صح البيع، و ان كان عن الأب كما هو كذلك بحسب الطبع، فالبيع باطل لا يمكن تصحيحه. و أما الجهة الثانية: فالمحكى عن غير واحد: لزوم العقد و عدم الحاجة الى اجازة مستأنفة و عن المحقق و الشهيد الثانىين وقوفه على الإجازة.

و قد استدلل للتوقف على الإجازة بوجهين:

(١) الاول ما عن جامع المقاصد من: انه لم يقصد الى البيع الناقل للملك الآن بل مع اجازة المالك.

و توضيحه: ان العاقل الملتفت الى كون المال للغير و انه لا ينتقل عن ملكه قهرا لا محالة يكون قصده للنقل مقيدا بالإجازة، و حيث ان العقود تابعة للقصد فلا بد و ان تقع الإجازة حتى يقع النقل على الوجه المقصود.

وفيه: اولاً- ان محل الكلام هو قصد البيع عن المالك لا-عن شخص الغير و الا بطل البيع كما تقدم، و عليه، و ان سلم كون النقل موقوفا على الإجازة، الا انه من جهة انطباق عنوان المالك على نفسه واقعا يقع النقل عنه بقصده فلا حاجة الى اجازته.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٦٧

و توضيحه ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد اجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد، حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، و انما هو من الاحكام الشرعية العارضة للعقد بحسب اختلافها فى التوقف على الامور المتأخرة و عدمه، مع ان عدم القصد المذكور لا يقدر بناء على الكشف (١) بل قصد النقل بعد الاجازة ربما يحتمل قدحه،

فالدليل على اشتراط تعقب الاجازة فى اللزوم و هو عموم تسلط الناس على اموالهم و عدم حلها لغيرهم الا بطيب انفسهم، و حرمة اكل المال الا بالتجارة عن تراض.

و بعبارة اخرى: بما انه يبيع عن المالك عن قصد إليه، و المفروض انه هو المالك، فلا حاجة الى الإجازة.

و لعله إليه يرجع ما ذكره المحقق الثانى بقوله: الا ان يقال ان قصده الى اصل البيع كاف.

و ثانيا: ان حقيقة البيع و هى النقل فى نظر الناقل لا النقل فى نظر الشارع،

فاللتفات الى انه لا ينتقل عن ملك الغير ماله قهرا غير مناف لقصد النقل الذى به قوام البيع.

و بالجملة: الانتقال شرعا من آثار البيع، و لا يلزم قصده حتى يقال انه يكون موقوفا على الاجازة.

و إلى هذا نظر الشيخ قدس سره فيما ذكره في مقام الجواب.

و أما ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) مع ان عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف،

الذى حاصله: ان عدم امکان قصد النقل فعلا يناسب القول بالنقل، فان الانتقال انما يكون من حين الإجازة، بخلاف القول بالكشف فان الانتقال فعلى، فيمكن قصده حال النقل،

فيرد عليه: ان المدعى هو وقوف النقل على الإجازة لا- تأخره عنها، وهذا لا فرق فيه بين القول بالنقل و الكشف، فانه على الكشف ايضا يكون النقل موقوفا على الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٨

و بالجملة فاكتر أدلة اشتراط الاجازة في الفضولى جارية هنا. (١) و أما ما ذكرناه من ان قصد نقل ملك نفسه ان حصل اغنى عن الاجازة و الافسد العقد،

فيه انه يكفى في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد الى نقل المال المعين و قصد كونه ماله «مال نفسه» أو مال غيره مع خطئه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدح و لا ينفع. و لذا بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه، مع كونه مالا لغيره.

و أما أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس، فهي دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان انه ماله (٢) لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له في الواقع، فإن حكم طيب النفس و الرضا لا- يترتب على ذلك، فلو اذن في التصرف في مال معتقد انه لغيره و المأذون يعلم انه له لم يجز له التصرف بذلك الاذن و لو فرضنا انه اعتق عبدا عن غيره فبان انه له لم ينعقد. و كذا لو طلق امرأة و كالة عن غيره، فبان زوجته، لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الاجازة و لو غره الغاصب. فقال: هذا عبدى اعتقه عنك فاعتقه عن نفسه فبان كونه له، فالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكي عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا، و وقوفه على الاجازة،

لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد الى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطله بخلاف البيع. فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق و صحة البيع مع الاجازة كما يتوهم.

(١) الوجه الثانى: ما افاده المصنف قدس سره و هو: ان اكثر ادلة اشتراط الاجازة في بيع الفضولى جارية هنا، و مراده بها ادلة اعتبار التراضى و طيب النفس «١» كما يصرح به بعد ذلك بقوله.

(٢) و أما ادلة اعتبار التراضى و طيب النفس فهي دالة على اعتبار رضا المالك و تقريب ما افاده: انها تدل على اعتبار رضا المالك في التصرف في ماله بما هو ماله

لا- ذات ما هو ماله، و لذا لو قدم الى غيره طعاما بتخيل انه لغيره لم يجز له التصرف فيه لو علم بانه له، و فى المقام بما ان البائع انما رضى بنقل مال معين اتفق كونه ملكا له فى الواقع، و لم يرض بنقله بما هو ماله، فيحتاج الى الاجازة لذلك

(١) النساء آية ٣٠- الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٦٩

نعم ينبغي ايراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة الى الاجازة، فإن القصد الى انشاء يتعلق بمعين، هو مال المنشئ فى الواقع، من غير علمه به ان كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلق بأموالهم و جب الحكم بوقوع العتق و ان اعتبر فى طيب النفس المتعلق باخراج الاموال عن الملك العلم بكونه مالا- له، و لم

يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع،

فالحق ان القصد الى الانشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير، و لا يحتاج الى العلم بكونه مالا له لكن لا يكفي ذلك فى تحقق الخروج عن ماله بمجرد الانشاء، ثم ان كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الاجازة، كما فى العقود و الاوقع الانشاء باطلا كما فى الايقاعات.

وفيه: انه ان كان البيع عن شخص من يتخيل كونه مالكا لزم بطلان البيع و عدم امكان تصحيحه و لو بالاجازة، و ان كان عن المالك بنحو يعم نفسه فالرضا بنقل ماله بعنوان انه ماله موجود، فاما يكون باطلا- أو يكون لازما غير متوقف على الاجازة و بعبارة اخرى: انه لا ريب فى كونه راضيا ببيع مال نفسه، فان كان البيع يباع عن الأب بشخصه بطل البيع لعدم المورد للإجازة و ان كان يباع عن المالك الواقعى و ان كان منطبقا على نفسه، و معه لا حاجة الى الاجازة لصدور العقد عنه مباشرة و عن الرضا، و هو اولى من اذنه و اجازته. و لعله الى هذا يرجع ما استدل به لعدم الاحتياج الى الاجازة بما نقله المصنف فى ما قبل اسطر بقوله: و لأن قصده الى نقل مال نفسه ان حصل هنا بمجرد القصد... فلا يرد عليه ما ذكره المصنف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٠

ثم انه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الاجازة ان هذا الحق للمالك من باب الاجازة لا من باب خيار الفسخ، فعقده مترزلا من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرناه: معللا بقاعدة نفى الضرر (١) إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال. و قد تقدم توقفه على طيب النفس، و ما ذكرناه من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع الى العوض و المعوض،

و انما هو لانتقال الملك عن مالكة من دون علمه و رضاه، (٢) إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين ان يجهل اصل الانتقال، كما يتفق فى الفضولى أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله. و من المعلوم ان هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولى على الاجازة، إذ لا يلزم من لزومه بدونها سوى هذا الضرر (٣)

(١) و قد يقال: ان هذا الحق للمالك من باب خيار الفسخ، فعقده مترزلا من حيث البقاء لا من باب الاجازة، فيكون مترزلا من حيث الحدوث معللا بقاعدة نفى الضرر «١».

و اجاب عن ذلك المصنف قدس سره بما حاصله يرجع الى امرين.

(٢) احدهما: انه لا يصح الرجوع الى قاعدة نفى الضرر التى هى من الادلة الثانوية بعد كون اعتبار الرضا و طيب النفس مما تقتضيه الأدلة الأولية.

و بعبارة اخرى: ان مقتضى الأدلة الأولية توقف الانتقال على الرضا، فمع فقدة لا يتحقق الانتقال، و مع عدمه كيف يحكم بثبوت الخيار الذى هو فرع الانتقال.

(٣) الثانى: ان الضرر المترتب على المعاملة تارة يكون ضررا ماليا كما فى موارد خيارى العيب و الغبن،

و اخرى يكون ضررا سلطانيا، اى يكون موجبا للنقص فى سلطانه على ماله،

و فى الأول يتدارك الضرر بالخيار، و أما فى الثانى فالتحفظ عليه انما يكون بالتحفظ على سلطانه، فهذا الضرر يوجب رفع الصحة لا

اللزوم.

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧١

ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي (١) بل يجيء على القول بالبطلان، الا ان يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ البطلان.

و بهذا البيان يظهر ان ما اورده المحقق النائيني قدس سره على المصنف بان الصحة ليست امرا مجعولا حتى ترتفع بها بل هي منتزعة من تحقق الشرائط، فلو دل دليل على اعتبار قيد في ناحية الأسباب أو المسببات فنفس هذا الدليل كاف لإثبات هذا القيد، و الا فلا يمكن اثبات قيد بقاعدة الضرر و نحوها لأنها حاكمة على الأحكام الثابتة، و لا يمكن اثبات حكم بها لو لا جعله لزم منه الضرر، في غير محله، فان دليل نفى الضرر يرفع امضاء الشارع للعقد الذي يلزم منه هذا الضرر و لا محذور في ذلك.

(١) قوله ثم ان الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة الفضولي.

محصل ما ذكره: ان الأدلة الأربعة التي اقاموها على بطلان بيع الفضولي من الكتاب «١» و السنة و الإجماع و العقل، غير الأخير منها لا تشمل هذا العقد لأنه صدر ممن بيده امر المال. نعم لو قلنا بفساد عقد الفضولي من باب حكم العقل بقبح التصرف في مال الغير، يتجه البطلان في المقام.

و اورد عليه المحقق النائيني: بان حكم العقل بقبح التصرف فيما هو مال الغير واقعا بمناط واقعي، و حكمه بقبح التصرف فيما علم انه مال الغير طريقي، فالحكم الشرعي المستكشف من الأول من باب الملازمة حكم واقعي، و الحكم الشرعي المستفاد من الثاني طريقي فإذا انكشف مخالفة الاعتقاد للواقع لا يكون الا تجريا.

وفيه: ان مورد استثناء المصنف قدس سره هو حكم العقل بقبح التصرف، و قال: انه لو- كان المدرك هو هذا الحكم من العقل اتجه الحكم بالفساد هنا فان موضوع حكم العقل بالقبح ليس هو الواقع، بل ما اعتقد انه مال الغير، و كون الحكم المستفاد من هذا الحكم في بعض الموارد واقعي و في آخر طريقيا اجنبي عن ما هو محل استثنائه

(١) النساء: ٢٩- الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٢

الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له (١) و الاقوى هنا ايضا الصحة و لو على القول ببطلان الفضولي و الوقوف على الاجازة بمثل ما مر في الثالثة و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة (٢) و لذا قوى اللزوم هنا بعض من قال بالخيار في الثالثة.

لو باع لنفسه فانكشف انه له

(١) الصورة الرابعة: ان يبيع لنفسه باعتقاد انه لغيره فانكشف انه له فتارة:

يبني على انه ماله كان في اعتبار العقلاء ايضا كذلك كما في ثمن الخمر، ام لم يكن كما في المال المكسوب من القمار، و اخرى: لا يبني على ذلك بل يبيع بان يخرج المثلث عن ملك ذلك الغير و يدخل ثمنه في ملكه.

اما في الصورة الأولى:

فالأظهر الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، فانه باعه عن الرضا بعنوان انه ماله،
فالعقد تام من حيث الأركان حتى الرضا بالانتقال بعنوان انه ماله.
فما افاده المصنف قدس سره بقوله.

(٢) و في عدم الوقوف هنا وجه لا يجرى في الثالثة متين بل هو وجه وجيه.
و أما في الصورة الثانية:

فدعوى اعتبار الاجازة بناء على اعتبار رضا البائع بانتقال ماله بعنوان انه ماله في البيع،
في محلها، لأنه انما رضى بانتقال ما يعتقد انه مال الغير و لم يرض بانتقال ماله بهذا العنوان.
منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٣

و أما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان امور:

الأول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك، (١)

فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء و لا احراز سائر الشروط بالنسبة

القول في المجاز

و أما القول في المجاز: فتمام الكلام فيه بيان امور:

(١) قوله الاول: يشترط فيه كونه جامعا لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك.

الشروط المعتبرة في انشاء العقد لا كلام فيها و أما غيرها من الشروط من شرائط المتعاقدين و العوضين، فهي على اقسام:
الأول: ما يعتبر حال العقد، ككون العاقد ممن يصح منه المعاهدة و المعاهدة، اما عقلا ككونه حيا، أو شرعا ككونه عاقلا.

الثاني: ما يعتبر فيمن زمام امر العقد بيده كان هو المالك أو ولي التصرف كالقدرة على التسليم، فان دليل اعتبارها انما يدل على
ذلك، و لذا لو كان مجرى الصيغة غير قادر على التسليم و كان البيع للصبى غير القادر و لكن كان وليه قادرا صح البيع.
الثالث: ما يعتبر في المالك، ككون المالك للمصحف مسلما.

اما القسم الأول: فهو يعتبر وجوده حين الإجازة و لا يخفى وجهه و أما القسم الثاني ملا يعتبر بل يعتبر وجوده حين الاجازة حتى على
الكشف، فانه انما يكون في الملكية لا في انتساب العقد الى المجيز- و هو يعتبر وجوده حين يعتبر صيرورة العقد عقد من بيده زمام
العقد و هو انما يكون من حين الاجازة و أما القسم الثالث فعلى القول بالكشف وجوده حين من العقد لانه اول زمان حصول الملكية
و على القول بالنقل لا يعتبر ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٤

الى الاصيل فقط على الكشف للزومه عليه (١) بل مطلقا لتوقف تأثيره الثابت (٢)

و لو على القول بالنقل عليها، و ذلك لأن العقد اما تمام السبب أو جزئه (٣) و على أى حال فيعتبر اجتماع الشروط عنده، و لهذا لا
يجوز الايجاب في حال جهل القابل بالعوضين بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لأن الاجازة على القول بالنقل اشبه
بالشرط، و لو سلم كونها جزءا فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دل من النص و الاجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرة
في اعتبارها في انشاء النقل و الانتقال بالعقد،

(١) قوله للزومه عليه: علة للمنفي

(٢) قوله لتوقف تأثيره: كذلك

(٣) واستدل المصنف قده لاعتبار الشروط فيه بما محصله: ان العقد الانشائي اما تمام السبب أو جزءه، و على كل تقدير ما ثبت اعتباره في العقد يعتبر فيه لنفس دليل الاعتبار بل ما دل عليه على اعتباره في العقد التام دون جزئه يعتبر فيه ايضا، لأن الإجازة ليست جزء العقد بل هي شرط تأثيره، و تمام العقد انما هو ما وقع بين الفضولي و الأصيل، و لو سلم كونها جزء فانما هي جزء السبب المملوك لا جزء البيع الانشائي، و ظاهر الأدلة اعتبار ذلك في البيع الانشائي لا السبب المملوك. و لكن يرد عليه- مضافا الى ما تقدم عند بيان ما هو الحق عندنا-: ان غايه ما يثبت بذلك، اعتبار العلم بالعوضين حين العقد، اما انه هل يعتبر كون المجري للصيغه كذلك ام يعتبر كون المجيز كذلك فلا يثبت بذلك، فلا بد من الرجوع في ذلك الى وجه آخر،

و الظاهر هو الأول، فان المجيز انما ينفذ العقد الواقع الصحيح و ينسبه الى نفسه، فلا بد و ان يكون العقد مع قطع النظر عن ذلك صحيحا، و من جمله ما يعتبر في الصحة العلم بالعوضين. و بهذا يظهر الفرق بين الأذن و الإجازة، فان العقد في الأول من حين تحققه يستند الى الأذن، فيكفي كونه عالما بالعوضين، بخلاف صورة الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٥

نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الاثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في اصل الانشاء (١) امكن القول بكفاية وجوده حين الاجازة.

و لعل من هذا القبيل القدرة على التسليم، و اسلام مشتري المصحف و العبد المسلم، ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا؟ (٢) لا ينبغي الاشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها حتى على القول بالنقل، نعم على القول بكونها بيعا مستأنفا يقوى الاشتراط. و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، و أما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، و أما بناء الكشف فوجهان و اعتبارها عليه ايضا غير بعيد.

(١) قوله نعم لو دل دليل على اعتبار شرط في ترتب الاثر الشرعي مراده بذلك ما دل اعتبار شرط في المالك- و عليه- فيرد عليه ما تقدم من انه لا بد من التفصيل بين القول بالنقل أو الكشف فراجع.

(٢) قوله هل يشترط بقاء الشرائط المعبرة حين العقد الى زمان الاجازة ام لا يقع الكلام في موردين:

الأول: في انه هل يعتبر وجود الشرائط حين الإجازة ام لا؟ و الحق ان شروط العقد لا معنى لاعتبارها حين الإجازة الا على القول بانها بيع مستأنف- اى ايجاب متأخر- أو قبول و أما غيرها من الشروط فما كان منها معتبرا فيمن بيده زمام العقد يعتبر وجوده حينها، لأنه حين الإجازة يستند العقد الى المجيز و يصير العقد عقده، و ما كان منها معتبرا في حال العقد لا يعتبر وجوده حين الإجازة.

و ما كان منها معتبرا في المالك يفصل بين القول بالكشف و النقل. و على الأول لا يعتبر و على الثاني يعتبر كما تقدم.

المورد الثاني في انه هل يعتبر استمرار وجود الشرائط من حين العقد الى حين الإجازة، ام لا؟ الأظهر عدم الاعتبار، و يظهر وجهه مما قدمناه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٧٦

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل (١)

من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعا أو صلحا فضلا عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو بيعا لها أم يكفى العلم الإجمالى بوقوع عقد قابل للإجازة كالأذن السابق، فيجوز تعلقه بغير المعين إلا إذا بلغ حدا لا يجوز معه التوكيل و من أن الاجازة بحسب الحقيقة أحد ركنى العقد، لأن المعاهدة الحقيقية إنما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فيشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل (٢).

يعتبر كون المجاز معلوما تفصيلا

(١) قوله الثانى: هل يشترط فى المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل تنقيح القول بالبحث فى مقامين:

الاول: فى انه هل يعتبر العلم التفصيلى بالمجاز من حيث العوضين و نوع العقد من البيع و الهبة و غيرهما ام لا يعتبر ذلك؟ الثانى: فى انه هل يعتبر العلم بوقوع العقد ام يكفى احتمال وقوعه؟ اما المقام الأول: فقد استدل لاعتبار العلم بوجوه:
(٢) الاول ما فى المتن، و هو: ان الاجازة احد ركنى العقد، إذ المعاهدة الحقيقية انما تحصل من المالكين بعد الإجازة، فتشبه القبول مع عدم تعيين الايجاب عند القابل.

وفيه: ان دليل اعتبار العلم بالعوضين و نوع العقد لو دل على اعتباره فى البيع و العقد و قلنا ان ظاهره اعتبار ذلك فى البيع و العقد الانشائى - الذى هو السبب للمعاهدة الحقيقية - فلا وجه لاعتباره فى الإجازة، لأن مجرد الشباهة بالقبول لا يوجب اللاحاق فى الحكم، و الا فالأذن السابق ايضا كذلك، مع انه لا يعتبر فيه ذلك.

الثانى: ما افاده المحقق النائينى قدس سره، و هو: ان الاجازة لا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الاطلاق لوقوع عقد الفضولى على شىء خاص، و هو لو كان مجهولا عند المجيز فلا تشملها الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة. بالامر المبهم منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٧

...

التي لا اعتبار بها عند العقلاء.

وفيه: اولاً: انه يمكن الاطلاق فى الإجازة، بمعنى تعلقها بما وقع اياما كان، و ليس ذلك من قبيل الأمر المبهم الذى لا واقع له. و ثانياً: انه لو سلم عدم كون تعلقها بالعقد على نحو الاطلاق غاية الأمر كونها من قبيل اجازة المجهول، و هى كالأذن فى المجهول لا إشكال فيها.

و بالجملة: ان الأذن فى المبهم لعدم كون المبهم مما له واقع لا يصح، و كذلك اجازته، و أما الاذن فى المجهول فالأظهر عدم المحذور فيه، و كذلك الإجازة المتعلقة به.

الثالث: ما افاده المحقق النائينى قدس سره ايضا، و هو: ان الاجازة مع عدم العلم بالمجاز تندرج فى عموم نهى النبى صلى الله عليه و آله عن الغرر.

وفيه: اولاً: ان الغرر المنفى مختص بالبيع «١».

و ثانياً: انه على فرض العموم لا- إشكال فى عدم كون التوكيل و الاذن مشمولين للمنفى، إذ لا- ريب فى عدم وجوب ذكر جميع الخصوصيات و التعيين من جميع الجهات فيهما، و كذلك الاجازة.

الرابع: ان البيع انما ينتسب الى المجيز من حين الإجازة، ففى الحقيقة هى تكون معاملة و بيعا، فيعتبر ان لا تكون غررية. و فيه: ان المنفى هو البيع الغررى، و هو ظاهر فى الانشائى منه كما تقدم،

فالأظهر انه لا يعتبر العلم بالمجاز.

(١) الوسائل- باب ٤- من ابواب آداب التجارة حديث ٣- و المستدرک باب ٣١ من ابواب آداب التجارة حديث- ١ و سنن بيهقي ج ٥ ص ٣٣٨- و سنن الترمذی ج ٣- ص ٥٣٢- و اخرجه مسلم- و ابو داود- فى كتاب البيوع.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٨

و من هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد و لا يكفى مجرد احتمال فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لأن الاجازة و ان لم تكن من العقود حتى يشملها معاهد اجماعهم على عدم جواز التعليق فيها الا انها فى معناها (١) و لذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق لا يكون الا فى حق العاقد فتأمل.

الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير و أما العقد الواقع على عوضه، (٢)

إشارة

و على كل منهما اما ان يكون المجاز اول عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله، أو بالاختلاف

و أما المقام الثانى: فقد استدل لاعتبار العلم بوجهين:

(١) الاول: ما فى المكاسب و هو: ان الاجازة، و ان لم تكن من العقود واحد ركنى العقد، الا انها فى معناها فالتعليق مبطل لها.

و فيه: ان مدرك مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقن منه التعليق فى البيع الانشائى، و لا يشمل البيع الحقيقى و ما فى معنى البيع الثانى: ما افاده المحقق الثانى قدس سره، و هو: ان بها يتحقق الاستناد، و هى من الايقاعات، و الايقاع لا يقبل التعليق. و فيه: ان الايقاع كالعقد قابل للتعليق بان يكون المعلق هو المنشأ لا الإنشاء، و لا دليل على بطلانه به، مع انه لو سلم ذلك فانما هو فى التعليق على غير القيود التى يتوقف عليها، و الا- فلا- دليل على البطلان، و المقام من هذا القبيل لتوقف الاجازة على صدور العقد. فالأظهر عدم اعتبار العلم به، فيكفى مجرد احتمال، فيجيزه على تقدير وقوعه.

حكم العقود المترتبة

(٢) قوله الثالث: المجاز اما العقد الواقع على نفس مال الغير، و أما العقد الواقع على عوضه الأصحاب حكموا بان اجازة العقد الواقع على مال الغير توجب صحته و صحة ما بعده من العقود، و اجازة العقد الواقع على بدله توجب صحته و صحة ما قبله.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٧٩

و يجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم، و باع الثالث الدينار بجارية، و باع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، و بيع الرغيف بعسل

و محل كلامهم انما هو العقود الطولية من حيث الترتب الانتقالى لا الزمانى، فلو باع العين شخص واحد من متعدد فضولا كانت العقود عرضية من حيث الصحة لا طولية و خارجة عما هو محل الكلام، و تعاقبها اما ان يكون بوقوعها من اشخاص متعددة و أما بتعاقبها على اثمان عديدة.

و المراد من العوض فى كلماتهم- على ما صرح به المصنف قدس سره- هو الثمن الكلى. و بعبارة اخرى: ان محل البحث هى صورة

ترامى الأثمان لا ورود العقود على العوض الشخصي.

و العقود المتعددة اما واقعة على مال الغير أو على عوضه، بان يكون العوض فى كل عقد معوضا فى الآخر، و على كل تقدير ربما يكون العاقد هو المشتري فى كل طبقة أو غيره، و لا كلام فى ان للمالك اجازة اى منها شاء،
انما الكلام فى انه إذا اجاز عقدا هل يوجب ذلك صحة غيره ام لا.؟ و تنقيح القول فيه: ان المجاز اما اول عقد واقع على مال المالك، أو آخر عقد واقع عليه،

أو وسط واقع بين سابق و لاحق واقعين على مورد عقد الوسط و المراد من المورد اعم من الثمن و المثلن فى العقد الوسط، و ايضا المراد من الوقوع على المورد اعم من كون المورد فى ذلك العقد ثمنا أو مثمنا أو واردين على بدل مورده، أو كون السابق واردا على مورده و اللاحق واردا على بدل مورده، أو بالعكس. فهذه ست صور للعقود الواردة على المعوض و أما الواقعة على العوض فهى ايضا كذلك، لأن المجاز اما ان يكون اول عقد واقع عليه، أو آخر عقد، أو وسط بين سابق و لاحق واردين على مورده، أو بدل مورده، أو يكون السابق على المورد و اللاحق على بدله، أو بالعكس فمجموع الصور اثنتا عشرة، ست للفرض الأول، و ست للفرض الثانى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٠

و قد جميع المصنف الجميع فى المثال. و جامعياً هذا المثال لجميع الصور تظهر من التصوير التالى، تأمل تعرف.

(صور العقود الواقعة على المعوض (١) صور العقود الواقعة على العوض (بيع العبد بفرس ببيع الفرس بدرهم ببيع الفرس ببيع العبد بفرس ببيع العبد بكتاب ببيع الدرهم برغيف ببيع الدرهم بحمار ببيع العبد بدينار ببيع الدينار بجارية ببيع الرغيف بعسل ١- اول عقد واقع على المعوض: ببيع ١- اول عقد واقع على العبد بفرس ببيع الفرس بدرهم.
٢- آخر عقد واقع عليه: ببيع العبد بدينار ٢- آخر عقد واقع عليه: ببيع الرغيف بعسل.
٣- الوسط الواقع عليه- الواقع بين ٣- الوسط الواقع بين واقعين على الواقعين على مورده:- ببيع العبد بكتاب مورده ببيع الدرهم برغيف الواقع بين ببيع الواقع بين بيعه بفرس و بيعه بدينار. الفرس بدرهم، و ببيع الدرهم بحمار.
٤- الوسط الواقع بين واقعين على ٤- الوسط الواقع بين سابق واقع بدل مورده، ببيع العبد بكتاب، الواقع بين على بدل مورده، و لاحق واقع على ببيع الفرس الذى هو بدل للعبد فى العقد مورده ببيع الدرهم برغيف الواقع بين ببيع الأول بدرهم، و بين ببيع الدينار الذى هو العبد بفرس، و ببيع الدرهم بحمار.
البدل للعبد فى العقد الآخر بجارية.

٥- ٦- و بذلك ظهر الواقع بين ٥- الوسط الواقع بين واقعين على المختلفين. بدل مورده، ببيع الدرهم بحمار الواقع بين ببيع العبد بفرس، و ببيع الرغيف بعسل.

٦- الوسط الواقع بين سابق واقع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨١

...

على مورده و هو ببيع الدرهم برغيف،

و لاحق واقع على بدل مورده و هو ببيع الرغيف بعسل، و هو ايضا ببيع الدرهم بحمار.

هذا كله فى تطبيق المثال الذى ذكره المصنف على جميع الصور.

ثم يقع الكلام فى بيان حكم العقود المترتبة، فالضابط: ان الإجازة كما توجب صحة المجاز، توجب صحة ما قبله مما يتوقف عليه و ما

بعده مما يكون من احكامه. و بعبارة اخرى: توجب صحة ما يكون فى سلسلة علله و معلوله.

توضيح ذلك بنحو يظهر حكم جميع الصور، يقتضى البحث فى مواضع:

الأول: فى العقود الواقعة على شخص مال المالك و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على العوض، و بيان انه لو اجاز المالك العقد الواقع على ماله اى عقد يصح بهذه الاجازة، و مثال الجامع لذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع العبد بكتاب، ثم بيع الكتاب بالحنطة، ثم بيع العبد بدينار، ثم بيع الدينار بجارية.

الثانى: فى العقود الواقعة على الثمن الشخصى، و هو الثمن الواقع عوضا فى البيع الأول، و هو الفرس و ما سبقه و لحقه من العقود الواقعة على عوضه، و مثال ذلك: بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم بعسل، ثم بيع الفرس بحمار، ثم بيع الحمار بجارية، ثم بيع الفرس بالدار، ثم بيع الدار بالكتاب.

الثالث: فى العقود الواقعة على الثمن الكلى و ما سبقه و لحقه من العقود، و مثال ذلك: بيع العبد بفرس، ثم بيع صاحب الفرس العبد بكتاب، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع صاحب الدرهم الفرس بدينار، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع صاحب الرغيف الدرهم منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٢

اما اجازة العقد الواقع على مال المالك اعنى العبد بالكتاب فهى ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده (١) اعنى العبد بالدينار بناء على الكشف. و أما بناء على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و هى فسخ بالنسبة الى ما قبله مما ورد على مورده أعنى بيع العبد بالفرس بالنسبة الى المجيز.

اما بالنسبة الى من ملك بالاجازة و هو المشتري بالكتاب، فقابلته للاجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد، هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعنى مال المجيز

بحمار، ثم بيع الرغيف بعسل.

و فى هذه المواضع تارة: يجيز المالك اول العقود، و اخرى: آخرها، و ثالثة: الوسط منها. فإذا بينا حكم اجازة الوسط و تبين حكمه و ما سبقه و لحقه يظهر حكم اجازة العقد الأول و الآخر.

فاقول مستعينا بالله تعالى: انه فى الموضع الأول قال المصنف

(١) فهى ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده توضيحه انه لو اجاز العقد الوسط منها و هو بيع العبد بكتاب، يكون ذلك فسحا بالنسبة الى ما قبله سواء أ كان واقعا على نفس مال المالك و هو بيع العبد بفرس، أو واقعا على عوضه فى ذلك العقد و هو بيع الفرس بدرهم، بمعنى انه يفوت بذلك محل الاجازة بالنسبة الى المالك للخروج عن تحت سلطنته و عدم توقف صحة المجاز عليهما.

نعم لمن انتقل إليه العبد اجازة بيع العبد بفرس، بناء عدم اعتبار كون المجيز حال العقد مالكا على القول بالنقل، و مطلقا بناء على القول بالكشف، و له اجازة بيع الفرس بدرهم بعد ذلك لانتقال الفرس إليه، و لو اجاز أو لا يبيع الفرس يلزم بيع العبد بلزومه لتوقفه عليه، و لو لم يجز من انتقل إليه المال بيعه و لا يبيع عوضه، فلمالك الفرس حينئذ اجازة بيعه بدرهم.

و أما بالقياس الى ما بعده من العقود سواء كان واقعا على نفس هذا المال - و هو بيع العبد بدينار - أو عوضه فى العقد اللاحق - و هو بيع الدينار بجارية - فعلى القول

بالكشف تلزم تلك العقود بهذه الاجازة لوقوعها فى ملك مالكها، و أما بناء على القول

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٣

و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز (١) فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم، يتوقف لزومها على اجازة المالك الاصلى للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما اجازة العقد الواقع على العوض أعنى

بيع الدرهم برغيف، فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك اعنى بيع العبد بالفرس، أو على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم، و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض و هو بيع الدرهم بالحمار. اما الواقعة على هذا البديل المجاز اعنى بيع الرغيف بالعسل، فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء.

بالنقل فينتى على المسألة المتقدمة- و هى عدم اشتراط الملكية حين العقد- و أما الواقع على عوض هذا المجاز- و هو بيع الكتاب بحنطة- فلا يلزم بلزوم هذا العقد، لأن لزوم هذا يصير سببا لدخول الكتاب فى ملكه، فله اجازة العقد الواقع على كتابه. فالقول بان العقود اللاحقة تلزم بلزوم هذا العقد باطلاقه غير تام.

(١) و أما الموضوع الثانى: فالحكم فيه هو الحكم فى الموضوع الاول، الا فى مورد واحد.

توضيح ذلك: انه إذا تعلق الإجازة بالعقد الوسط- و هو بيع الفرس بحمار- فبالنسبة الى العقود السابقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بدرهم- و على بدله- و هو بيع الدرهم بالعسل- يكون فسخا بالتقريب المتقدم. و أما العقود اللاحقة الواقعة على نفس الثمن- و هو بيع الفرس بالدار- و على عوضه فى العقد اللاحق- و هو بيع الدار بكتاب- فتصح بصحة هذا العقد على القول بالكشف، أو على القول بعدم اشتراط الملكية بناء على النقل. و أما ما وقع على عوضه فى المجاز- و هو بيع الحمار بجارية- فلا يصح باجازة ذلك لما تقدم. هذا فيما يشترك فيه الموضوعان،

و أما ما يختص به هذا الموضوع، و هو ان الإجازة فى هذا توجب صحة ما تقدمه الواقع على نفس مال المالك اولا و هو بيع العبد بفرس، و الا لم يصير الفرس ملكا له حتى يجيز العقد الواقع عليه منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٤

و ملخص ما ذكرناه انه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من اشخاص متعددة كان اجازة وسط منها فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، على الكشف،

و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر، و لعل هذا هو المراد من المحكى عن الايضاح و الدروس فى حكم ترتب العقود: من انه إذا اجاز عقدا على المبيع صح و ما بعده، و فى الثمن ينعكس، فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من اشخاص متعددة.

فظهر انه لا وجه للقول بانها توجب فسخ العقود اللاحقة.

و أما الموضوع الثالث: فلو اجاز العقد الوسط- و هو بيع الدرهم برغيف فبالنسبة الى ما بعده من العقود يفصل بين ما وقع على ما انتقل عنه، و ما وقع على ما انتقل إليه، فالبيع الواقع على ما انتقل إليه- و هو بيع الرغيف بعسل- لا يصح بهذه الإجازة، لأنها اوجبت دخول المعوض فى ملكه، فله اجازة العقد الواقع عليه ايضا، و أما الواقع على ما انتقل عنه- و هو بيع الدرهم بحمار- فيلزم بلزوم هذا العقد على القول بالكشف، أو عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد على القول بالنقل.

و أما بالنسبة الى ما قبله من العقود فهي توجب صحة جميعها، اعم من الواقع على المعوض، أو الثمن الكلى، أو الشخصى على القول بالكشف، أو عدم اشتراط الملكية على النقل.

اما الأول: فلأنه إذا صح بيع العبد بفرس فصاحب الفرس باع ماله بكتاب فيصح.

و أما الثانى: فلأن صحة العقد المجاز تتوقف على صيرورة المبيع ملكا له، إذ لو لم يصير الدرهم ملكا له كيف يجيز بيعه برغيف، و صحة بيع الفرس بدرهم ايضا تتوقف على صحة بيع العبد بفرس.

و أما الثالث: فلأنه إذا صح بيع الفرس بدرهم كما عرفت، فصاحب الدرهم صار مالكا للفرس فبيعه الفرس بدينار كان فى ملكه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٥

و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا، لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقا من قولنا. أما الواقعة على هذا البديل المجاز الى آخره بل مرادهما ترامي الاثمان في العقود المتعددة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان.

و قد علم من ذلك ان مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصي الاول له، بل العوض و لو بواسطة

و من جميع ما ذكرناه ظهر حكم جميع الفروض حتى المختلفة، مثل ما لو فرض وقوع العقد على الثمن الشخصي مرات، ثم العقد على الثمن الكلي أو العكس، أو غير ذلك من الفروض.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام الشهيد قده من:

ان العقود الواقعة على المبيع لو اجاز المالك الوسط منها صح و ما بعده، و في الثمن ينعكس الأمر.

كما انه ظهر ما في اطلاق كلام المصنف قدس سره من:

انه لو وقعت العقود من اشخاص متعددة كانت اجازة الوسط فسخا لما قبله، و اجازة لما بعده، و ان وقعت من شخص واحد انعكس الأمر.

إذ يرد عليه: انه لو فرضنا العقود المترتبة على المبيع من شخص واحد، مع ذلك تكون اجازة الوسط فسخا لما قبله كما عرفت، و كذلك لو فرضنا ترتب العقود في الثمن الكلي من اشخاص متعددة تكون اجازة لما قبله.

فالاولى في بيان الضابط ما ذكرناه فافهم و اغتتم.

حكم تتابع العقود في صورة علم المشتري بالغصب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٦

ثم ان هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، (١) اشار إليه العلامة رحمهم الله في القواعد، و اوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، فقال الأول: فيما حكى عنه: ان وجه الاشكال ان المشتري مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقي، ففيه الوجهان: فلا ينفذ فيه اجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا جاز جرى مجرى الصادر عنه، انتهى.

و قال في محكي الحواشي: ان المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعا

(١) قوله ثم ان هنا اشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري.

اصل الاشكال اشار إليه العلامة في القواعد و بعده الشهيد في حواشيه، و عن الايضاح وجه آخر سقف عليه.

و حيث ان منشأ الأشكال هو فتوى الأصحاب بانه إذا تلف الثمن عند البائع الغاصب لا يجوز للمشتري مع علمه بالغصب الرجوع إليه و مطالبته بالمثل أو القيمة.

فينبغي البحث في مقامين:

الأول: في المنشأ.

الثاني: فيما نشأ عنه.

اما المقام الأول: ففيه مسائل:

الأولى: في ان التسليم إليه مملك له اياه أو مبيع للتصرفات، ام لا؟ فقد استدل للأول بوجهين:

الأول، ان الأصحاب حكموا بانه إذا رجع المالك الى المشتري بالمبيع ليس له الرجوع الى البائع باسترداد الثمن، ولو لا كونه ملكا له كان ذلك منافيا لتسلط الناس على أموالهم،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٧

فقد اشتراه لنفسه و اتلفه عند الدفع الى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الاجازة هنا لصيرورته ملكا للبائع و ان امكن اجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها ايضا، لأن ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له في اتلافه، فلا يكون ثمننا، فلا يؤثر الاجازة في جعله ثمننا، فصار الاشكال في صحة البيع و في التتبع، ثم قال انه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان اجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن، فإذا قيل: ان الاشكال في صحة العقد كان صحيحا ايضا، انتهى.

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد اخيرا في وجه سراية هذا الاشكال الى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب،

و فيه: مضافا الى عدم تسالم الأصحاب على ذلك، بل هناك قولان آخر ان: احدهما:

الضمان مطلقا، ثانيها: الضمان مع بقاء العين - ان الاسباب المملكة مضبوطة و ليس التسليط بعنوان العوضيه منها، و أما اباحة التصرفات فلا بد و ان تكون اما بفعل المالك أو بحكم الشارع، و شيء منهما ليس في المقام.

الثاني: انهم حكموا بعدم الضمان في صورة الإتلاف، فلو لم يكن ملكا له كان ضامنا، لأن اتلاف مال الغير موجب للضمان.

و فيه - مضافا الى ما تقدم - ان عدم الضمان لازم اعم للملك و لما اذن مالكة في الإتلاف.

الثانية: في انه هل يجوز الرجوع في ما دفع مع بقاءه ام لا؟ الأظهر هو الأول، اما بناء على ما عرفت في المسألة الأولى فواضح، و أما بناء على القول الآخر فكذلك بناء على كون التسليط مبيحا للتصرفات، و أما على القول بكونه مملكا فلائنه لو سلم ذلك كان هبة و يجوز الرجوع في الموهوب مع بقاءه.

المسألة الثالثة: في انه هل يجوز الرجوع الى البدل إذا اتلفه الغاصب، ام لا؟ قد استدل للثاني بوجوه:

الأول: الإجماع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٨٨

...

و فيه - مضافا الى عدم ثبوته كما تقدم - انه لم يثبت كونه اجماعا تعديدا.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان الضمان اما معاوضي أو يدي، و شيء منهما لا مورد له في المقام، اما الأول: فلعلمه بانه ليس المثلن له، و أما الثاني: فلعلم المشتري بكونه غاصبا و لازمه التسليط المجاني فيكون من صغريات قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

و فيه: انه انما يدفعه عوضا عن المبيع لا مجانا، فيكون من صغريات ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده.

الثالث: ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره و هو: ان اقباضا الثمن اياه ليس اقباضا و فائيا، إذ لازم نفوذ المعاملة باجازة المالك

اقباضه للمالك، فهذا الاقباض الخارجى تسليط منه للغاصب على ماله برضاه و اختياره، فوضع يده عليه باذن المالك، و كذا تصرفاته فلا يكون ضامنا باتلافه الثمن.

و فيه ان الاقباض ان كان بعنوان انه مالك أو ليوصله الى مالكة لا يكون اذنا له فى التصرف و الإلتلاف مطلقا، فالأظهر جواز الرجوع إليه فى صورة الإلتلاف.

و بما ذكرناه ظهر الحكم فيما نشأ من هذا المنشأ.

و أما المقام الثانى: فالكلام فيه انما هو على فرض التنزل و تسليم المنشأ، و ملخص القول فيه بعد التنبيه على امر و هو: ان مورد الأشكال انما هو الثمن الشخصى لا الكلى، إذ غاية ما يلزم على الثانى صيرورة ما يأخذه ملكا للغاصب، و لكن الثمن يكون باقيا. انه وقع الأشكال من جهات:

الأولى: من جهة البيع الأول الواقع على مال المالك.

و تقريب الأشكال من هذه الجهة و جهان:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٨٩

...

الأول ان المشتري العالم بغاصبية البائع يكون مرجع اشتراؤه منه الى هبة و تملك للمبيع مجانا، أو الى هبة و استنقاذ للمبيع لعدم امكان قصد المعاوضة الحقيقية، و لازم ذلك عدم صحة البيع الأول.

و الجواب عنه: ما ذكرناه مفصلا فى بيع الغاصب لنفسه.

الثانى: ان المشتري مع العلم بالغصبيه إذا قبض الثمن اياه يكون ذلك مملكا و تسليطا مجانيا، فيبقى المبيع بلا ثمن.

و فيه: - مضافا الى ما عرفت من فساد المبنى - انه لو تم فانما يتم على القول بالنقل و لا- يتم على القول بالكشف، إذ عليه يكون التسليط تسليطا على مال الغير و هو لا- يكون ممكنا، مع انه لا- يتم لأنه لو سلم كونه تسليطا مجانيا فحيث انه على خلاف القاعدة فيقتصر على المتيقن و هو كونه مملكا فى فرض عدم الإجازة.

الثانية: من جهة تتابع العقود.

و حاصله: ان ما دفعه الى الغاصب كالمأذون له فى اتلافه، فإذا اجاز ذلك فباع الثمن الغاصب أو اشترى به شيئا فقد خرج عن ملك مالكة و دخل بدله فى ملك الغاصب على ما يقضيه الأذن فى التصرفات حتى الناقله، اما بدخوله فى ملكه قبل التصرف الناقل و خروج عن ملكه، أو بخروج الثمن عن ملك المشتري و دخول بدله فى ملك الغاصب على اختلاف المسكين فى حقيقة البيع فالبيع الثانى و كذا ما بعده. من البيوع ليس للمالك اجازته، لأنه لا معنى لإجازة العقد الوارد على ما ملكه عاقده،

و لازم ذلك عدم جواز اجازة العقد الأول فى صورة التتابع، لأنه يكون البيع بقاء بلا ثمن و بعبارة اخرى يكون من قبيل تلف الثمن قبل الاجازة و تروه الاشكالات الثلاثة التى اوردناها على الأشكال من الجهة الأولى.

الثالثة: من جهة اجازة غير العقد الأول.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٠

و المحكى عن الايضاح ابتداء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الاشكال فى الجواز و العدم:

الاشكال فى الكشف و النقل، قال فى محكى الايضاح إذا كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و الربح فى سلسلتى الثمن و المثمن و أما إذا كان عالما بالغصب، فعلى قول الاصحاب من ان المشتري إذا رجع عليه بالسلعة لا- يرجع على

الغاصب، بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب مجاناً، لأنه بالتسليم الى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الاصحاب و المالك قبل الاجازة لم يملك الثمن لأن الحق ان الاجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال.

فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له اى الاجازة،

فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك ابطاله و يكون ما يشتري الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه، لأنه ملك الغاصب، و على القول بأن اجازة المالك كاشفة، فإذا اجاز العقد كان له، و يحتمل ان يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن، فإن له اجازة البيع و اخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب، لان الغاصب يؤخذ بأخس احواله و اشقها عليه و المالك مأخوذ باجود الاحوال.

ثم قال: و الاصح عندي مع وجود عين الثمن للمشتري العالم اخذه و مع التلف ليس له الرجوع به، انتهى كلامه رحمهم الله.

و ظاهر كلامه أنه لا وقع للأشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع بما استشكله القطب و الشهيد بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له ان يسترده بناء على ما نقل من الاصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الاشكال فى جواز اجازة العقد الواقع على الثمن، لأن اجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنه قبلها اجنبى عنه،

و المفروض ان تملكه الثمن موقوف على الاجازة على القول بالنقل، و كذا الاشكال فى اجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض. البائع الثمن أو بعد اتلافه اياه

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٩١

على الخلاف فى اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه، لأن تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله الى مالك المبيع بالاجازة، فلا يبقى مورد للاجازة، و ما ذكره فى الايضاح من احتمال تقديم حق المجيز، لأنه اسبق، و انه اولى من الغاصب المأخوذ بأشق الاحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل، لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز اسبق.

نعم، يمكن ان يقال: ان حكم الاصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لأجل التسليط المراعى بعدم اجازة مالك المبيع، لا- لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد و الاجازة، و حيث ان حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد، و جب الاقتصار فيه على المتقين و هو التسليط على تقدير عدم الاجازة فافهم.

و حاصله على ما ذكره المصنف قدس سره فى ذيل شرح عبارة الايضاح: ان اجازة المالك البيع الثانى الواقع على عوض ماله و تأثيرها فى صحة ذلك العقد من الفضولى تتوقف على ان يكون المبيع ملكاً له، و الا فاجازته اياه اجازة الأجنبى، و كون ذلك المبيع ملكاً له يتوقف على اجازته المستلزمة لإجازة العقد الاول الموجبة لدخول المبيع فى ملكه و هذا دور واضح.

وفيه: اولاً: ان هذا ليس اشكالا مختصاً بصورة علم المشتري بالغصب.

و ثانياً: انه لا يختص بتابع العقود بما إذا جاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجيز مترتباً.

و ثانياً: انه يختص بتابع العقود بما إذا اجاز الجميع باجازة واحدة، فله ان يجز مترتباً.

و ثالثاً: انه لو اجاز العقد الثانى تنحل اجازته الى اجازتين: احدهما: متعلقة بالعقد الثانى مطابقة، و الاخرى: متعلقة بالأول التزاماً، و هما

متحققتان فعلا- ومؤثرتان بالترتيب. فاجازة العقد الثاني توجب اولا دخول الثمن في ملك المجيز ثم خروجه عن ملكه و دخوله في ملك المشتري في العقد الثاني، و لا محذور في ذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٢

مسألة في أحكام الرد: (١)

إشارة

لا يتحقق لرد قولاً إلا بقوله فسخت و رددت و شبه ذلك مما هو صريح في الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الاصيل (٢) و قابليته من طرف المجيز، و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما، كالعق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك و الوجه في ذلك ان تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الاجازة لفرض خروجه عن ملكه

احكام الرد

(١) قوله مسألة: في احكام الرد و الكلام فيها يقع في موضعين:

الأول: في الرد الموجب لحل العقد.

الثاني، في تصرفات المالك قبل الإجازة.

اما الموضوع الأول: فبعد ما عرفت من تأثير الإجازة بعد الرد، و ان الرد لا يوجب حل العقد و ليس مفاده الا عدم الامضاء، لا مورد للبحث عن تحققه باى شىء و أما على المسلك الآخر فلا- ينبغى التوقف في عدم تحققه بالبناء القلبي من غير ان يظهر لكونه من الانشائيات، كما لا توقف في تحققه بالقول في الجملة و بالفعل الذى يكون مصداقا للرد، انما الكلام في انه هل يتحقق باللفظ غير الصريح ام لا

(٢) و قد اختار المصنف قدس سره عدم التحقق لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز.

مدرک عدم تأثير الإجازة بعد الرد، ان كان هو الإجماع- و حيث انه دليل لبي لا إطلاق له- فيتعين الاقتصار على المتيقن و هو عدم تأثير الإجازة بعد الرد بالقول الصريح،

و أما لو كان المدرک قاعدة السلطنة- فبناء على كونها ناظرة الى الأسباب- كان المتعين البناء على تحققه بكل لفظ دال عليه صريحا كان ام لم يكن كذلك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٣

...

و أما الموضوع الثاني: فالكلام فيه يقع في مقامين:

الأول: في التصرفات المخرجة عن الملك.

الثاني: في غير المخرجة.

اما الأول: فعلى النقل لا كلام في انها توجب فوت محل الإجازة بالنسبة الى المالك، فان المال باق على ملكه، و تصرف المالك فيما له نافذ شرعا، فيسقط العقد عن قابلية التأثير بالنسبة الى المتصرف، و كذلك على الكشف الانقلابي و الحكمي.

و أما على الكشف الحقيقي بنحو الشرط المتأخر،

فقد يتوهم ان الإجازة تكشف عن ملكية الغير من حين العقد، فيكون التصرف المخرج واقعا على ملك الغير،

و اوضحه المحقق الأصفهاني قدس سره: بان صحة العقدین معا مستحيلة فلا بد من رفع اليد عن احد البيعين، و حيث انه تؤثر الإجازة في الملكية من حين العقد فلا يعقل اعتبار اتصال الملكية بزمان الإجازة، فلا محالة تكون الملكية الى حال العقد كافية في تأثير الإجازة، و عليه فالإجازة في المقام سالحة للتأثير و يترتب عليه عدم نفوذ العقد الثاني لوقوعه في ملك الغير، و هذا بخلاف العقد الثاني فانه غير صالح للتأثير، فان تأثيره دورى لتوقفه على بقاء المال على ملك مالكة حال البيع و هو متوقف على عدم صحة العقد المجاز و هو متوقف على عدم كون المال ملكا له، مع انه لا مخرج له عن ملكه الا العقد الثاني فيدور. و لكن يرد عليه: انه يعتبر في تأثير الإجازة- حتى على الكشف- كون زمام امر البيع بيد المبيع، و انه إذا لم يجز يكون المال ملكا له. و هذا مع وقوع العقد الثاني مفقود، فانه بعد وقوعه و خروج المال عن ملكه ليس زمام امر المال بيده حتى يجيز، فالتصرفات المخرجة عن الملك اعم من الناقلة، و المتلفه توجب تفويت محل الإجازة بالإضافة الى المتصرف مطلقا. منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٤

و أما التصرف الغير المخرج عن الملك، كاستيلاء الجارية، و اجارة الدابة و تزويج الأمة (١) فهو و ان لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الاجازة عليه، الا انه مخرج له عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد، لأن صحة الاجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطله، و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الاجازة.

و الحاصل ان وقوع هذه الامور صحيحة مناقض لوقوع الاجازة لأصل العقد، فإذا وقع احد المتنافيين صحيحا، فلا بد من امتناع وقوع الآخر، أو ابطال صاحبه أو ايقاعه على غير وجهه، و حيث لا سبيل الى الأخيرين تعين الأول. (٢)

و بالجملة كلما يكون باطلا على تقدير لحوق الاجازة المؤثرة من حين العقد، فوقعه صحيحا مانع من لحوق الاجازة، لامتناع اجتماع المتنافيين، نعم لو انتفع المالك بها قبل الاجازة بالسكنى و اللبس كان عليه اجره المثل إذا اجاز، فتأمل.

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه يقع في موردين:

الأول: في التصرف المخرج للملك عن قابلية وقوع الاجازة من زمان العقد. و بعبارة اخرى: التصرف المنافي لملك المشتري من حين العقد.

الثاني: في التصرف غير المخرج.

(١) اما الأول: فقد مثل له المصنف قدس سره: باستيلاء الجارية، و اجارة الدابة، و تزويج الأمة. و زاد بعضهم: جعل حق للغير في المال كالرهن.

اما استيلاء الجارية: فالحق انه مانع عن تأثير الإجازة، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، اما على الأول: فواضح، فان الانتقال انما يكون في حال كونها ام ولد، و اما على الثاني: فلأنه و ان كان زمان الملكية من حين العقد و قبل الاستيلاء الا ان البيع انما يصير بيعه من حين الإجازة، و ان كان اثره من قبل فيشمله ما دل على عدم جواز بيع الأمة المستولدة.

و أما اجارة الدابة: فالأقوال فيها ثلاثة:

(٢) الأول: ما في المكاسب و هو: صحة الإجازة و بطلان البيع

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٥

و منه يعلم انه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونه لأن التنافي بينهما واقعي و دعوى انه لا دليل على

اشترط قابلية التأثير من حين العقد في الاجازة، و لذا صحح جماعة كما تقدم اجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً، ثم ملكه مدفوعاً باجماع اهل الكشف على كون اجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه نعم لو قلنا بان الاجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع الى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالاجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، و بالاجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هي و تصح الاجازة.

الثاني: صحتهما معا و الرجوع الى البدل، بالإضافة الى المنفعة المستوفاة بالاجارة الثالث: وقوعهما صحيحا مع ثبوت الخيار للمشتري. و الحق في المقام ان يقال: انه بناء على القول بالنقل يتعين اختيار الثالث، اما صحة الاجارة فلو وقعها من المالك الفعلي و أما صحة البيع فلان مورده العين و هي لم تخرج عن ملك المجيز فاجازته اجازة صادرة من اهلها واقعة في محلها. و أما ثبوت الخيار مع بقاء مدة الاجارة و جهل المشتري، فلأنه لم يرد اتلاف على ملكه، و انما انتقل إليه الملك مسلوب المنفعة، و لازم ذلك ثبوت الخيار.

و أما بناء على الكشف الانقلابي، فلا بد من اختيار الثاني، اما صحة البيع و الاجارة فلما تقدم، و أما الرجوع الى البدل فلأنه إذا انقلب العين و صارت ملكا للمشتري بالاجارة انقلبت المنافع ايضا، و حيث ان المالك اتلفها من حين الاجارة بعقد صحيح لزم الرجوع الى البدل.

و أما على الكشف الحقيقي، فالمتعين صحة البيع و بطلان الاجارة، اما صحة البيع فلأن الاجارة صادرة من اهلها و أما بطلان الاجارة فلكشف الاجارة عن وقوع الاجارة على مال الغير. فتحصل: ان القول الأول لا دليل عليه.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٦

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري (١) من حين العقد، كتعريض المبيع و البيع الفاسد، و هذا أيضا على قسمين، لأنه اما ان يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولي على ماله، و أما ان يقع في حال عدم الالتفات. اما الاول: فهو رد فعلي للعقد، (٢) و الدليل على الحاقه بالرد القولي مضافا

و أما تزويج الأمة: فعلى الكشف الحقيقي باطل الا إذا اجاز مالكها، لأنه تزويج لأمة الغير المستكشف ذلك من الاجارة، و أما على النقل فالاجارة تكون كبيعها بعد التزويج. و به يظهر حكمها على الكشف الانقلابي. و أما مسألة الرهن: فعلى القول بالنقل يكون الرهن صحيحا و ليس للمالك اجازة البيع كما هو ظاهر و كذلك على القول بالكشف الانقلابي، و أما على الكشف الحقيقي فيمكن البناء على تأثير الاجارة و انكشاف بطلان الرهن لكونه رهنا لمال الغير. فتأمل.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

(١) قوله بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري

و أما المورد الثاني: فالكلام فيه يقع في جهتين:

الاولى: في انه هل يكون فعل مصداقا للرد كى يصح انشاء الرد به ام لا؟ و قد ذهب المحقق النائيني قدس سره الى الثاني.

و فيه: ان تحريك الرأس بعد سؤال السائل انه هل ترد البيع فعل يكون ردا بالحمل الشائع، و كذلك الكتابة، فهما مصداقان للرد الفعلي.

الثانية: في ان الأفعال غير المنافية لمملك المشتري هل يتحقق بها الرد ام لا؟ و تلك الأفعال على قسمين:
الأول: ما يقع حال التفات المالك الى وقوع العقد من الفضولى على ماله.

الثانى: ما يقع فى حال عدم الالتفات

(٢) اما القسم الأول: فقد ذهب المصنف قدس سره الى تحقيق الرد به.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٧

الى الصديق الرد عليه (١) فيعمه ما دل ان للمالك الرد مثل ما وقع فى نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه (٢) و ما ورد فى من زوجته أمه و هو غائب (٣)

من قوله عليه السلام إن شاء قبل و إن شاء ترك إلا أن يقال ان الاطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته ان المانع من صحة الاجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى (٤) و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد، مضافا الى فحوى الاجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطى و البيع و العتق (٥) فان الوجه فى حصول الفسخ هى دلالتها على قصد فسخ البيع،

و الا- فتوقفهما على الملك لا- يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك، و كيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المترزل من حيث الحدوث القابل للتاثير بطريق اولى.

(١) و استدل به بصديق الرد عليه، فيشمه ما دل على ان للمالك الرد، مثل ما ورد

(٢) فى نكاح العبد و الأمة بغير اذن مولاه كموثق زارة عن الإمام الباقر عليه السلام عن مملوك تزويج بغير اذن سيده فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازة و ان شاء فرق بينهما «١» و نحوه غيره.

(٣) و ما ورد فيمن زوجته امه و هو غائب كخبر محمد بن مسلم عن مولانا الباقر عليه السلام عن رجل زوجته امه هو غائب قال عليه السلام: النكاح جائز ان شاء المتزوج قبل و ان شاء ترك، فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه «٢».

(٤) و بان المانع عن صحة الإجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى، و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة احد طرفى العقد.

(٥) و بفحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل، فان الوجه فى تحقق الفسخ هو دلالة على قصد فسخ البيع، فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع اثر العقد

(١) الوسائل- باب ٢٤- من ابواب نكاح العبيد و الإمام حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ٧- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٣.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ١٩٨

و أما الثانى: و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات، فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالة على انشاء الرد و المفروض عدم منافاته ايضا للاجازة اللاحقة، و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد و الالتفات الى وقوع المردود، نظير انكار الطلاق الذى جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات الى وقوع الطلاق على ما يقتضيه اطلاق كلامهم، نعم لو ثبت كفاية ذلك فى العقود الجائزة كفى هناك بطريق اولى كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك/ فالمسألة محل اشكال

الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع اثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق اولي.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن غاية ما تدل عليه هذه الأدلة انما هو عدم صحة العقد مع الترك و التفريق، و لا تدل على حصول الرد الموجب لحل العقد المانع عن تأثير الإجازة بعده الذي هو محل الكلام.

مع انه لو سلم دلالتها على ان له الرد يرد عليه ما ذكره قدس سره بقوله: الا ان يقال ان الاطلاق مسوق ... الخ. و حاصله: انه لا إطلاق لها من جهة ما يتحقق به الرد، و لعله يختص بالقول.

و أما الثاني فلعدم تسليم خروج المجيز بمجرد الرد عن كونه احد الطرفين بنحو لا تؤثر اجازته في انتساب العقد إليه و صيرورته طرفا للعقد.

و أما الثالث: فلأنه يمكن ان يكون نظر المجمعين أو بعضهم في هذا الحكم الى توقف التصرفات المفروضة على الملك لا دلالتها على الفسخ، و هذا و ان كان خلاف التحقيق كما نبه قدس سره عليه الا ان مجرد احتمال كون نظرهم الى ذلك يمنع عن التمسك به في الأصل، فضلا عن الفرع.

مع: ان الأولوية ممنوعة، إذ الدفع و ان كان اهون من الرفع الا ان الرد في المقام دفع من حيث عدم الالتزام بالعقد لا من حيث قطع سلطنة المالك، فمن تلك الجهة بما ان فسخ ذى الخيار ارجاع للسلطنة و الرد في المقام اعدام لها لا مورد للتشبه بالاولوية.

هذا كله مضافا الى ان تلك الأفعال المفروضة في حال الالتفات لا تلازم انشاء الرد بها بل تلازم مع عدم الرد، مثلا التعريض للبيع يمكن ان يكون للتحري عن مشتر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ١٩٩

بل الاشكال في كفاية سابقه ايضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالاجازة، و لذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بايقاع الفاسد على متعلقها جاهلا بفاسده و قرره في الايضاح و جامع المقاصد على الاشكال.

و الحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي و في حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا- يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الرد الفعلي و هو الفعل المنشأ به مفهوم الرد فقد عرفت نفى البعد عن حصول الفسخ به. و أما مجرد ايقاع ما ينافي مفهومه

قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات الى وقوع العقد فالاعتناء به مخالف للاصل

يدفع اكثر مما دفعه المشتري الأول، فان حصل دفع إليه و الا اجاز بيع الفضولي، و عليه فلا تكون كاشفة عن انشاء الرد.

فالحق ان يقال: ان منشأ عدم تأثير الإجازة بعد الرد ان كان هو الإجماع فالمتيقن منه غير الرد الفعلي، بل ادعى الإجماع على اعتبار اللفظ في الرد، فالاجازة بعده تؤثر و ان كان مدرکه دليل السلطنة «١» و قلنا ان له اطلاقا من حيث الأسباب و احرزنا من الخارج انشاء

الرد بهذه الأفعال، كان الرد المانع عن تأثير الإجازة متحققا بالأفعال المفروضة، و الا فلا.

فالظاهر انه لا يتحقق به الرد، لأنه من الانشائيات المتقومة بالقصد المفقود مع عدم الالتفات.

و ما افتوا به من ان انكار الطلاق رجوع فانما هو للنص الخاص. «٢» مع انه يمكن تطبيقه على القاعدة بان يقال ان الزوجية بعد الطلاق الى انقضاء العدة ثابتة، و التشبه بها رجوع، و انكار الطلاق تشبه بها.

و على كل تقدير لا يكون مربوطا بالمقام.

(١) البحار ج ٢- ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب ١٤ من ابواب اقسام الطلاق.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٠

و في حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى أوضح. (١) و أما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلى.

و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطى و العتق و البيع فالظاهر أن الفسخ بها من باب تحقق القصد قبلها (٢) لا لمنافاتها لبقاء العقد لأن مقتضى المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام في محله، ثم ان الرد انما يثمر في عدم صحة الاجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتري لو اقبضه الفضولى فلا يتوقف على الرد بل يكفى فيه عدم الاجازة،

و الظاهر ان الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة على ارادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم، و لذا ذكروا ان الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

(١) قوله و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلى اوضح و الوجه في اوضحيته ان مناط صحة تصرف الوكيل اذن المالك و رضاه فلو انكشف عدم رضاه بالتصرف لم يجز التصرف و ان لم ينشأ،

و أما الوصية- فهي جزء السبب و جزئه الآخر موت الموصى فلو ارتفع الرضا في الاثناء لم يؤثر لحوق الجزء الآخر من جهة عدم تحقق شرط انعقاد العقد لا من تحقق الرد.

(٢) قوله و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطى و العتق و البيع فالظاهر ان الفسخ بها لما افاد ان الفسخ في العقود الجائزة بالذات غير الوكالة و الوصاية منحصر باللفظ أو الرد الفعلى و لا يحصل بالتصرف غير المجامع لصحتها اراد رفع توهم انه كيف يحصل الفسخ بالوطى و العتق و البيع، في مثل الفضولى.

و حاصل الدفع ان الفسخ فيه انما يكون من جهة تحقق الرد الفعلى به و كونه من مصاديقه

حكم رجوع المالك الى المشتري لو لم يجز

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠١

[مسائل متفرقة]

مسألة: لو لم يجز المالك، فان كان المبيع في يده فهو، و إلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه (١)

إشارة

و يرجع بمنافعه المستوفاه و غيرها على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد (٢) و مع التلف يرجع إلى من تلف عنده (٣) بقيمة يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده، و لو كان قبل ذلك في ضمان آخر و لو فرض زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة، هذا كله حكم المالك مع المشتري. و أما حكم المشتري مع الفضولى فيقع الكلام فيه تارة في الثمن و أخرى فيما يغرمة للمالك زائدا على الثمن.

فهنا مسائلتان:

إشارة

(١) مسألة لو لم يجز المالك، فان كان المال في يده فهو، و الا فتارة: تكون العين باقية، و اخرى: تكون تالفة فان كانت باقية: ينتزعا

ممن وجدها في يده و له الرجوع الى غيره ممن دخلت تحت يده

(٢) و أما حكم منافعها فقد تقدم في البيع الفاسد.

(٣) و ان كانت تالفه: فله الرجوع الى كل من دخل المال تحت يده، و قرار الضمان انما يكون على من تلفت تحت يده، فان رجع الى الفضولي يأتي فيه المباني الخمسة المتقدمة: قيمة يوم الغصب، أو يوم التلف، أو يوم الدفع، أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم الدفع، أو اعلى القيم من يوم الغصب الى يوم التلف.

و ان رجع الى المشتري لا يبقى مورد لأحتمال الرجوع إليه بقيمة يوم الغصب أو اعلى القيم منه لو كانت القيمة يوم الغصب ازيد من سائر الأيام لأن العين يوم زيادة قيمتها لم تكن تحت يد المشتري كي يكون ضامنا لتلك القيمة.

و بما ذكرناه يظهر حكم الزيادة العينية.

حكم رجوع المشتري الى الغاصب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٢

الاولى: انه يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا (١)

سواء كان باقيا أو تالفا و لا يقدح في ذلك اعترافه بكون البائع مالكا، لأن اعترافه مبني على ظاهر يده.

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد، كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البيئه، لم يرجع بشيء. و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو الى غيره ففي الاخذ بظاهر الحال من استناده الى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع

هذا كله حكم المالك مع المشتري، و أما حكم المشتري مع الفضولي سواء كان باقيا أو تالفا، فالكلام فيه تارة: في الثمن، و اخرى: فيما يغرمه زائدا على الثمن.

فالكلام في مسألتين:

الأولى: في حكم المشتري مع الفضولي في الثمن و الكلام فيها في موردين:

الأول: فيما إذا كان جاهلا بكونه فضوليا.

الثاني: فيما إذا كان عالما به.

اما في المورد الأول: ففي المتن

(١) يرجع عليه بالثمن ان كان جاهلا بكونه فضوليا و الحق انه تارة ينكشف عند المشتري كذب البائع و انه فضولي، و اخرى: ينكشف

كذب الآخر و يعلم انه مالك، و ثالثة: لا ينكشف شيء منهما.

لا إشكال في جواز الرجوع في الصورة الاولى، و عدم جوازه في الصورة الثانية، و اما في الصورة الثالثة فان اقام المالك البيئه لكونه ملكا له يجوز الرجوع إليه لأنه يصير البيع باطلا بحكم الشارع.

و بعبارة اخرى: تكون البيئه حجة في مثبتاتها فيثبت بها كون البيع بيعا لمال الغير و عدم كون البائع مالكا و كونه فضوليا، و يترتب عليه جواز الرجوع. و كذلك لو أقر البائع بذلك.

و أما ان كان اخذ المالك المبيع مستندا الى الحلف المردود من البائع فغاية ما يثبت به اخذ المبيع و لا يثبت به كون البيع واقعا على مال الغير. و بعبارة اخرى: لا يكون الحلف طريقا شرعيا الى كون المال ملكا للمدعي، و عليه فلا وجه لرجوعه الى البائع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٣

وجهان، و إن كان عالما بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استرده (١) وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثاني رحمهم الله إذ لم

يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا، و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد (٢) لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، و لان الحكم بصحة البيع الفاسد المالك هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة، فتأمل. (٣)

و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان: بل قولان اقواهما عدم. لأنه اكل مال بالباطل. هذا كله إذا كان باقيا.

(١) و أما المورد الثاني: فان كان الثمن باقيا استرده- لما تقدم من عدم صيرورة ما دفع الى الفضولي و الغاصب بعنوان العوضيه ملكا له- و على فرض الملكية فغايتها كونه هبة و يجوز الرجوع في الموهوب.

و قد ذكر المصنف قدس سره وجهين آخرين لجواز الاسترداد

(٢) احدهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم البناء عليه في التسليط الواقع عقيب البيع الفاسد، و لا يقولون به.

و فيه: انه يمكن الفرق بين البابين، فان الدفع في البيع الفاسد انما يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة فلا يكون مملكا، و في المقام ليس كذلك فانه ليس بعنوان الوفاء، فان الوفاء بالمعاملة يقتضى الدفع الى المالك لا إلى الفضولي.

(٣) ثانيهما: انه لو كان التسليط مملكا لزم عدم صحة الاجازة من مالك المبيع حتى على النقل كما تقدم، مع انه لم يشك احد في الصحة.

و فيه: انه يمكن الجواب عنه بما ذكره هو قده من، انه يمكن ان يكون الدفع تمليكا على تقدير عدم الاجازة،

و ان كان الثمن تالفا فالمعروف انه لا يجوز الرجوع، و عن غير واحد: دعوى الاجماع عليه.

و قد استدلت لجواز الرجوع و للضمان بوجوه:

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٤

و أما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشتري. بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم الاتفاق عليه، و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى و العلامة و غيرهما و يظهر من آخر أيضا انه سلطه على ماله بلا عوض. (١)

توضيح ذلك: أن الضمان أما لعموم على اليد ما اخذت، و أما لقاعدة الأقدام على الضمان الذي استدلت به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه، و الاول

(١) احدها: ما استند إليه المصنف قدس سره و هو: ان اطلاق فولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففاسده كذلك.

و فيه: اولاً: ان هذه ليست قاعدة مستقلة تعبدية في قبال سائر مقتضيات الضمان،

بل مدرکها عموم على اليد «١» فلا بد من ملاحظة تلك القاعدة و المصنف قدس سره حيث منع من دلالة اليد على الضمان في المقام فلا مورد لتامله، و ميله الى الضمان بل افتائه به مستندا إليها.

و ثانياً: ان هذه القاعدة غاية ما تدل عليه هو الضمان،

و أما ان الضامن هو الغاصب البائع أو المالك فلا تدل عليه ان لم تدل على ان الضامن هو المالك لا المجرى للصيغة و العلم بعدم ضمانه في المقام من جهة التخصص أو التخصيص نظرا الى عدم كون العقد عقد المالك في المقام لا يوجب صرف الضمان الى البائع الغاصب.

و ثالثاً: ان الفساد لا يصدق على عقد الفضولي بل هو صحيح فاقد لشرط قابل للحوقه

(٢) ثانيها: قاعدة الأقدام، و قد تقدم في مسألة المقبوض بالعقد الفاسد انها و غيرها من القواعد التي عدوها من مقتضيات الضمان لا

تكون كذلك، و انحصار موجب الضمان باليد و الاتلاف، و هما فى المقام يقتضيان الضمان.

(١) المبسوط كتاب الغصب- المستدرک باب- ١- من ابواب كتاب الودیعة حديث ١٢ سنن بیهقی ج ٦ ص ٩٠- كنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٥

و الاول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه، كما فى الودیعة، أو الانتفاع به كما فى العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة (١) فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا- يوجب ذلك بطريق اولى، و دعوى انه انما سلطة فى مقابل العوض لا مجاناً (٢) حتى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدم على الضمان فيها، مندفعاً بأنه انما سلطة فى مقابل ملك غيره (٣) فلم يضمه فى الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو يشبه الهبة لفساده و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة التى قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها، و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان، و هو الاقدام على الضمان هنا، لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن الا بما علم المشتري انه ليس ملكاً له، فإن قلت تسلطه على الثمن يازاء مال الغير لبنائه و لو لا عدوانا على كونه ملكاً له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة (٤) كما تقدم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للثمن و تعاقداً معرضين عن ذلك كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على اموال الناس بين السراق

(١) و قد اورد المصنف على الاستدلال باليد فى المقام: بانها و ان كانت تقتضى الضمان الا ان فحوى ما دل «١» على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه- كما فى الودیعة- أو الانتفاع به- كما فى العارية- أو استيفاء المنفعة منه- كما فى العين المستأجرة عدمه إذ الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و اتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق اولى.

(٢) ثم اورد على نفسه: بان التسليط انما يكون فى مقابل العوض

(٣) و اجاب عنه: بانه سلطه بازاء مال غيره، فلم يضمه فى الحقيقة شيئاً من كيسه

(٤) ثم اورد على نفسه بما حاصله: انه انما سلطه بازاء مال الغير بعد البناء و لو عدوانا على كونه ملكاً له، و عليه بنينا تحقق مفهوم المعاوضة، فهو يسقطه على وجه يضمه بماله، الا ان كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع، بل بنى المشتري على

(١) الوسائل- باب ٤- من ابواب احكام الودیعة- و باب ١- من ابواب احكام العارية و غيرهما من الابواب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٦

و الظلمة، بل بنى المشتري على كون المثلث ملكاً للبائع، فالتسليط ليس مجاناً و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى، الا ان كون المثلث مالا- له ادعائى، فهو كما لو ظهر الثمن المعين ملكاً للغير، فإن المشتري يرجع الى البائع بالثمن مع التلف اتفاقاً. مع انه انما ضمنه الثمن بازاء هذا الشئ الذى هو مال الغير،

فكما ان التضمين هنا حقيقى، و كون المثلث مالا له اعتقادى، لا يقدح فى التضمين. فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه على ملك المثلث عدواناً، لا يقدح فى التضمين. بماله، قلت: الضمان كون الشئ فى عهدة الضامن و خسارته عليه،

و إذا كان المضمون به ملكاً للغير الضامن واقعا، فلا يتحقق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك، و ما ذكر من بناء المتعاقدين فى هذا العقد: على كون المثلث ملكاً للبائع الغاصب، مع كونه مال الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء، مع عدم كون البائع اهلاً لذلك فى الواقع و الا فاصل المعاوضة حقيقى بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقى بالنسبة اليهما. و لذا ينتقل

التمن الى مالك المبيع و يدخل في ضمانه بمجرد الاجازة (١).

كون المضمن ملكا للبائع، فالتسليط انما يكون في مقابل ماله حقيقة، الا ان كون المضمن مالا له ادعائي (١) و اجاب عنه: بما توضيحه ان المعاملة و التضمن ليست ابتداء بين الشخصين،

فتكون حقيقة المعاملة تضمنين كل منهما للآخر بماله الواقعي، و يكون تعلقها بالمالين اعتبارا ثانويا، بل تكون المعاملة ابتداء بين المالين، فيجعل احد المالين بازاء الآخر و ضمانه به، و لازم ذلك ضمان المالك الواقعي، و الغاصب انما طبق عنوان الملك الواقعي على نفسه ادعاء، و لذلك رأى نفسه هو الضامن في المعاملة، و حيث انه ليس بمالك فلا يكون ضامنا. يرد عليه قده امور:

الأول: ان لازم ما ذكره قدس سره- من كون التسليط مجانيا- هو جواز تصرفه تكليفا، و قد صرح قده قبل ذلك باسطر بعدم جوازه حيث قال: و هل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان بل قولان: اقواهما العدم، لأنه اكل للمال بالباطل. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٧

و الحاصل انه لا تضمنين حقيقة في تسليط المشتري البائع على التمن، و أما رجوع المشتري مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمضمن عند انكشاف الخطأ مع انه انما ضمنه بمال الغير، فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، و ان كان ما ضمنه به غير ملك له، و لا يتحقق به التضمنين، لأنه انما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المضمن ملكا له، و صيرورته مباحا له بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف و الاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل.

الثاني: ان ما ذكره لو تم فانما هو في التلف، و لا- يتم في صورة الإلتلاف، إذ الحكم الثابت في الأصل انما هو في صورة التلف لا الإلتلاف.

الثالث: ان ما افاده يتم في التضمنين المعاملي، و أما في الضمان الثابت باليد المختص بما إذا كان وضع اليد على المال لا ياذن من المالك في التصرف فيه مجانا و بلا عوض، فلا يتم، فان من تحت يده المال هو الغاصب، و التسليط الخارجي لا يكون مجانيا بل انما يكون جريا على المعاوضة الواقعة بينهما، فما يدفع الى الغاصب انما يدفع إليه بعنوان كونه مال المدفوع إليه لا بعنوان كونه مال الدافع كما هو كذلك في موارد الاستئمان، فالفرق بين المقامين واضح.

و الايراد: بان التسليط الخارجي بما انه من الأفعال الخارجية المتعلقة بالموضوعات الخاصة ليس قابلا للتقييد بالعنوان المذكور، فمن ضرب شخصا باعتقاد انه عدوله فانكشف كونه صديقه وقع الضرب على الصديق لا العدو، ففي المقام التسليط و ان كان بعنوان انه مال المدفوع إليه الا انه حيث يكون في الواقع للدافع فهو تسليط لمال الدافع. يجاب عنه: بان المؤثر في رفع الضمان ليس هو التسليط الخارجي بما هو كذلك،

بل بما انه مبرز للأذن في التصرف فيه و اتلافه الذي هو من المعاني الايقاعية المتعلقة بالصور الذهنية، و تلك المعاني قابلة للتقييد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٠٨

و مما ذكرنا يظهر ايضا فساد ما ذكرناه بالبيع مع علم المشتري بالفساد حيث انه ضمن البائع بما يعلم انه لا يضمن التمن به، و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم ان المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشيء وجه الفساد ان التضمنين الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر ان فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان، و التضمنين في نظر الشارع لأن

المفروض فسادة فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص، صار اصل اقدام الشخص على الضمان الحقيقي، أو قاعدة اثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استئمان عن مالكة موجبا لضمانه، على الخلاف في مدرك الضمان من فاسد ما يضمن بصحيحه و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه، كما اوضحناه بما لا مزيد عليه

فان قيل انه لا يمكن الالتزام بضمان الغاصب بعد فرض كون الضمان المعاوضى مع المالك، إذ لازمه جعل ضمانين لمال واحد. اجبنا عنه: بانه لا محذور فيه بعد فرض كونهما طوليين.

فالمتحصل من مجموع ما ذكرناه: إنه لا مخصص لقاعدة اليد و الإتلاف،

فالأظهر هو الضمان- كما اختاره بعض الأساطين و مال إليه جمع من المحققين- و حرمة التصرف فيه، و ان حكم ذلك حكم المقبوض بالبيع الفاسد.

هذا كله فى صورة الرد،

و أما فى صورة اجازة العقد فلا كلام مع عدم قبض الثمن.

و أما فى صورة القبض: فقد يكون الثمن كلياً، و قد يكون شخصياً. و على التقديرين تارة: يكون المقبوض باقياً، و اخرى: يكون تالفاً. فان كان الثمن كلياً و كان المقبوض باقياً، فان لم يجز الاقباض أو اجازته و بنينا على عدم قابليته للإجازة ليس للمالك- اى مالك المبيع- الا- الرجوع الى المشتري، لأن المقبوض لا- مساس له به، و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثير الإجازة فيه فله الرجوع الى البائع دون المشتري، لأن ذمة المشتري برئت من الضمان، و ماله دخل تحت يد البائع فيراجعه، و لا فرق فى هذه الصورة بين القول بالنقل أو الكشف.

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٠٩

و حاصله ان دفع المال الى الغاصب ليس الا كدفعه الى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع، و تسليطه على اتلافه فى ان رد المالك لا يوجب الرجوع الى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك (١) كالخمر و الخنزير و الحر،

قوى اطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال،

كما صرح به شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد.

هذا و لكن اطلاق قولهم ان كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه، نظرا الى ان البيع الصحيح يقتضى الضمان، ففساده كذلك، الا ان يفسر بما ابطناه سابقا من ان كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده، و لا ريب ان العقد فيما نحن فيه و فى مثل المبيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة إذا فرض صحيحا لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد، لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا فى توضيح هذه القضية

و ان كان الثمن كلياً و كان المقبوض تالفاً، فان لم يجز الاقباض أو اجازته و بنينا على عدم تأثيرها فيه فله الرجوع الى المشتري خاصة كما تقدم، من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف، و ان اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها فيه فعلى القول بان اجازة الاقباض كاشفة عن كون الاقباض من الأول كان اقباضاً للمالك، كما ان اجازة العقد كاشفة، للمالك الرجوع الى البائع فى صورة الإتلاف دون التلف، إذ ليس على الأمين شيء الا مع فرض الإتلاف.

و على القول بان اجازته ناقلة- اما للبناء على النقل مطلقاً أو فى خصوص، اجازة الاقباض و شبهها- لا اثر لهذه الإجازة لعدم بقاء المقبوض حتى تصح اجازته، فلا بد و ان يرجع الى المشتري خاصة.

(١) قوله نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك وفيه ان عدم تمويل العوض في نظر، الشارع، بل العقلاء، لا يوجب كون التسليط مجانيا بل هو انما يكون بازاء ما بنى المتعاقدان على، انه مال فالتسليط يكون بعوض لا مجاناً.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٠

فإن معناه ان كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختص موردها بما إذا كان للعقد فرد ان فعليان لا الفرد الواحد لمفروض تارة صحيحا و اخرى فاسدا. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بان: لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح، بل يراد مطلق المعاملة المالية التي يوجد لها فردان صحيح و فاسد. فيقال ان ما نحن فيه، و البيع بلا ثمن و الاجارة بلا اجرة، تمليك بلا عوض من مال الآخر. و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هي الهبة الغير المعوضة لا ضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمل.

و بالجملة فمستند المشهور في مسألتنا لا يخلو من غموض، و لذا لم يصرح احد بعدم الضمان في: بعثك بلا ثمن. مع اتفاقهم عليه هنا و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه. (١) نعم ذكر الشهيد رحمهم الله و غيره عدم الضمان في الاجارة بلا اجرة.

(١) قوله و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة اورد عليه المحقق النائيني قدس سره بان الرشوة ليست من قبيل الثمن و ليس مقصود الراشى شراء الدين و لا مقصود المرتشى بيعه فلا يلزم عدم الضمان في و مسألة البيع بلا ثمن عدمه في باب الرشوة بل الاقوى ان جهة الضمان فيه هي جهة الضمان في باب الربا،

فالشارع كما لم يبح للمالك هذا النحو من السلطنة باعطاء الزيادة في المتجانسين لم يبح له الرشوة على الحكم فعلى هذا لو تلفت عند المرتشى فحيث ان يده يد عدوان يجب عليه المثل أو القيمة و فيه: ان الشارع لم يبح الرشوة بهذا المعنى و أما الدفع الخارجى و لو في ذلك المقام لو كان تسليط مجانيا فلم يدل دليل على عدم ترتب اثره، و بعبارة اخرى حكم الشارع بحرمة الرشوة كحكمه بفساد البيع و حرمة التصرف في المقبوض بذلك فكما ان ذلك لا ينافى حكمه بعدم الضمان في المورد الثانى لاجل التسليط المجانى كذلك لا ينافى حكمه في الرشوة، فالحق ان حكم المأخوذ رشوة إذا كان بازاء الحكم لا- ما إذا كان الداعى للاعطاء هو الحكم، حكم المقبوض في المقام، و في باب البيع الفاسد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١١

و يؤيد ما ذكرنا ما دل من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا و ان امكن الذب عنه، بأن المراد التشبيه في التحريم فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت.

ثم ان مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك و دفع المشتري الثمن إليه،

لكونه واسطة في ايصاله الى المالك، فتلف في يده. إذ لم يسلطه عليه و لا إذن له في التصرف فيه فضلا عن اتلافه، و لعل كلماتهم و معاقد اتفاقهم تختص بالغايب البائع لنفسه. و ان كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولى مع علم المشتري بالفضولية، و كذا يقوى الرجوع لو اخذ البائع الثمن من دون اذن المشتري، بل اخذه بناء على العقد الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط الا بالعقد، و التسليط العقدى مع فساده غير مؤثر في دفع الضمان

و ان كان الثمن شخصيا و باقيا و اجاز الاقباض و بنينا على تأثيرها، له الرجوع الى البائع خاصة- من غير فرق بين القول بالنقل أو الكشف- و ان لم يجز الاقباض أو اجازته و بنينا على عدم تأثيرها، فله الرجوع الى كل منهما- اى البائع و المشتري على المسلكين- اما

رجوعه الى البائع فلكون ماله تحت يده، و أما رجوعه الى المشتري فللزوم التسليم عليه. وان كان الثمن شخصيا و تالفا، فبناء على النقل مطلقا أو في خصوص اجازة الاقباض لا يبقى مورد لإجازة الاقباض فيفسخ العقد، لأن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال صاحبه. فتأمل.

و أما بناء على القول بالكشف حتى في الإجازة و اجاز الاقباض، فليس للمال الرجوع الى البائع و لا إلى المشتري. اما عدم الرجوع الى الأول فلأنه أمين، و أما عدم رجوعه الى الثاني فلتسلمه الثمن. نعم في فرض الإلتلاف يرجع الى البائع.

فتحصل: انه في بعض الفروض يرجع الى أى منهما شاء و في بعضها لا يرجع اليهما و في بعضها يرجع الى المشتري فقط، و في بعضها الى البائع، و في بعضها يبطل العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٢

و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم باباحة تصرف البائع الغاصب فيه، مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الاباحة، و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو اخذ العين صاحبها و لو كان الثمن كليا فدفع إليه المشتري بعض افراده، فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا.

المسألة الثانية: ان المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن (١)

إشارة

فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كان القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة، و أما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، و وطئ الجارية، و اللبن، و الصوف، و الثمرة، و أما ان يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة و ما صرفه في العمارة، و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو اعطائه قيمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلك، أو نقص من الصفات و الاجزاء ثم المشتري ان كان عالما فلا رجوع في شىء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه، و ان كان جاهلا.

الغرامة التي غرمها المشتري

(١) قوله المسألة الثانية ان المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن و هو اما في مقابل العين أو في مقابل ما استوفاه المشتري كسكنى الدار، أو ما يصرف في اصلاح ملكه، أو لدفع النوائب عنه. و عليه فهو على اقسام:

الأول: ما يكون في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن الذى اشترى به إذا رجع بها المالك على المشتري، كما لو اشترى المبيع بعشرة و اخذ منه المالك عشرين بعد تلف العين في يده.

الثاني: قيمة المنافع المستوفاة.

الثالث: ما يغرمه في مقابل المنافع غير المستوفاة.

الرابع: ما يغرمه من جهة حفر أو نفقة أو قيمة ولد و نحو ذلك.

و محل الكلام فى المقام ليس الا رجوع المشتري الى البائع بعد رجوع المالك إليه، و أما رجوع المالك الى المشتري فهو مفروغ عنه فى هذا البحث، كما ان محل الكلام

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٣

...

صورة الرد دون الإجازة.

و الكلام تارة يقع فى صورة العلم بالفضولية، و اخرى: فى صورة الجهل بها.

اما فى الأولى: فالظاهر انه: لا خلاف بينهم فى عدم رجوع المشتري إلى البائع لعدم الدليل عليه و قد يقال: انه يستثنى من ذلك مورد ان:

الأول: ما إذا ادعى البائع الأذن من المالك.

الثانى: ما إذا التزم بالخروج عن عهدة الغرامات إذا لم يجز المالك.

اما فى المورد الأول: فمجرد دعوى الاذن لا يوجب الاستناد إليه كى تصح دعوى الغرور.

و أما فى المورد الثانى: فان كان الالتزام على الوجه الشرعى فهو الموجب للرجوع،

و الا فلا موجب له.

و أما فى الصورة الثانية: فقبل بيان حكم الأقسام لا بد من بيان القواعد التى استندوا إليها فى الحكم فى المقام:

منها قاعدة نفى الضرر: «١» حيث ان الحكم بعدم رجوع المشتري الى البائع ضرر عليه، فتنفيه القاعدة.

وفيه: اولاً: ما حقق فى محله من ان قاعدة نفى الضرر نافية للأحكام و لا تصلح لإثبات الحكم فلا يمكن اثبات الضمان بها.

و ثانياً: ان الحكم بضمان البائع ضرر عليه، فيتعارض الضرران،

فالأظهر انه لا مورد لها فى المقام.

و منها قاعدة التسبب: اى قوة السبب على المباشر و استدلوها: بالإجماع

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار حديث ٤ و ٥.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢١٤

...

المحكى عن الايضاح على تقديم السبب على المباشر إذا كان اقوى،

و بقاعدة الإلتلاف «١».

وفيه: ان المتيقن من معقد الإجماع و ما يستفاد من القاعدة انما هو فيما إذا لم يتوسط بين فعل الفاعل و الأثر المترتب عليه فعل فاعل

مختار.

توضيح ذلك: ان السبب على اقسام ثلاثة:

الأول: ما إذا كان الفعل مستندا الى السبب دون المباشر، و يكون المباشر غير مختار، و لم يصدر عنه الفعل باختياره.

و فى هذا القسم يتم ما ذكر، و الدليلان يدلان على الضمان على السبب.

وعد المحقق النائيني قدس سره من هذا القسم حكم الحاكم بشهادة شهود الزور و فعل المكروه باكره الجائر،

نظرا الى ان الفعل لا يستند الى المباشر شرعا لكونه واجبا عليه.

وفيه: ان الوجوب الشرعى لا يوجب رفع الضمان، أ لا ترى انه لو اضطر الى اكل مال الغير و وجب عليه ذلك حفظا للنفس لا يحكم

عليه بعدم الضمان، بل هو ضامن، ففى مسألة المكروه للمالك الرجوع الى المكروه بالفتح.

نعم فى مسألة حكم الحاكم ليس له الرجوع إليه للنصوص الخاصة. الدالة على انه لا ضمان على الحاكم كمرسل جميل عن احدهما

عليها السلام (قال) ع (فى الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم و قد قضى على الرجل ضمنوا ما شهدوا به و غرموا الخبر «٢») و نحوه غيره.

الثاني: ما إذا كان السبب محدثا للداعي للمباشر من دون ان يستند الفعل الى السبب، و الوجهان لا يدلان عليه.

الثالث: ما إذا كان الفعل مستندا الى المباشر، و الضمان المترتب عليه مستندا

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار.

(٢) الوسائل باب ١١ من كتاب الشهادات حديث ١.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٥

...

الى سبب، كمن قدم الى غيره طعاما ليأكله مجانا فتبين عدم كون الطعام له. و في هذا القسم و ان كان المتجه الضمان، و لكن لا لما تقدم من الاجماع و قاعدة الإلتلاف، فانه بعد فرض استناد الفعل الى المباشر لا يكون السبب متلفا و لا يكون الإجماع عليه تعديا، بل لقواعد اخر.

فاتضح ان قاعدة التسبب من حيث هي لا موضوعية لها.

و منها قاعدة الغرور: و استندوا فيها الى امور:

احدها: الإجماع.

ثانيها: قاعدة نفي الضرر «١» نسب ذلك الى الرياض.

ثالثها: قاعدة الإلتلاف من باب قوة السبب على المباشر.

رابعها: قاعدة الإلتلاف، بالإضافة الى الخسارة الواردة على المغرور.

و شىء من هذه الوجوه لا يتم اما الثلاثة الأولى: فلما تقدم و أما الأخير: فلأن خسارة المالك مستندة الى حكم الشارع بالضمان من جهة الإلتلاف الاختياري للمشتري غير المستند الى البائع كما تقدم.

فالصحيح ان يستدل لها بوجهين آخرين:

احدهما: النبوى المعروف: المغرور يرجع على من غره «٢» المعمول به بين الفريقين.

ثانيهما: استنباطها من النصوص الخاصة الواردة فى الموارد الجزئية، مع اشتمال بعضها على التعليل:

كخبر رفاعه قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى امرأة زوجها وليها و هى برصاء، ان لها

(١) الوسائل باب ١٧ من ابواب الخيار.

(٢) رواه المحقق الثانى فى حاشية الارشاد.

منهاج الفقه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٦

...

ان لها المهر بما استحل من فرجها، و ان المهر على الذى زوجها، و انما صار المهر عليه لأنه دلسها «١»

و فى خبر اسماعيل بن جابر فى الرجل أعجبهته امرأة فأتى اباهها فزوجه غيرها فولدت منه ثم علم انها غير ابنته و انها امه، قال عليه السلام: ترد الوليدة على موالها، و الولد للرجل، و على الذى زوجه قيمةً ثمن الولد يعطيه موالى الوليدة كما غر الرجل و خدعه) و نحوهما غيرهما.

وهي وان وردت في النكاح، الا انه لما فيها من عموم العلة تتعدى عن النكاح الى غيره، فالحق ثبوت هذه القاعدة.

نعم تختص بناء على ذلك بما إذا كان الغار عالما،

و أما إذا كان جاهلا- فلا- تكون هذه القاعدة ثابتة، وذلك لأن الغرور ليس بمعنى الجهل، لأنه بهذا المعنى لازم لا يكون له اسم الفاعل، و المفعول بل هو بمعنى الخدعة و التدليس، و لا- إشكال في ان البائع أو غيره الموجب للخسارة إذا كان جاهلا لا يكون مدلسا و لا يكون فعله خدعة، فلا يشمل النبوى و لا النصوص الخاصة.

و بما ذكرناه ظهر عدم تمامية ما افاده السيد الفقيه بقوله: و لا فرق على الظاهر بين كون الغار عالما أو جاهلا و ما يحتمل أو يقال من عدم صدق الغرور مع الجهل كما ترى.

ربما يستدل لهذه القاعدة: بالنصوص الواردة في شاهد الزور الدالة على انه يرجع إليه إذا رجع من شهادته،

كصحيح جميل عن الامام الصادق عليه السلام في شاهد الزور قال عليه السلام ان كان الشيء قائما بعينه رد على صاحبه و ان لم يكن قائما بعينه ضمن بقدر ما اتلف ضمن بقدر ما اتلف من مال الرجل «٢» و لكنه فاسد، و ذلك لوجهين:

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث.

(٢) الوسائل- باب ٧- من ابواب العيوب و التدليس من كتاب النكاح حديث ١

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٧

فاما الثالث فالمعروف من مذهب الاصحاب كما في الرياض و عن الكفاية رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعاً للمحكي عن فخر الاسلام في شرح الارشاد دعوى الاجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع. و في التحرير انه يرجع قولاً واحداً.

و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفى الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك.

و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف في المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتري و موقع إياه في خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه، فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع من شهادته، و لقاعدة نفى الضرر (١) مضافاً الى ظاهر رواية جميل أو فحواها (٢) عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها،

ثم يجيء مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع على من باعه بضمن الجارية و قيمة الولد التي أخذت منه، فإن حرية ولد المشتري اما أن يعد نفعاً عائداً إليه أو لا؟ و على التقديرين يثبت المطلوب

الأول: انها تدل على الرجوع ابتداءً الى شاهد الزور، لا انه يرجع الى الحاكم و هو الى الشاهد، فلا ربط لها بهذه القاعدة.

الثاني: ان في ذلك الباب خصوصية، و هي ان المباشر- و هو الحاكم- يجب عليه الحكم على طبق الشهادة، و مع احتمال دخلها لا سبيل الى دعوى التعدى و الغاء الخصوصية.

إذا عرفت هذا فاعلم: ان المعروف بين الأصحاب رجوع المشتري الى البائع في الغرامة التي لم يحصل له في مقابلها نفع، و عن غير واحد دعوى الإجماع عليه،

(١) و استدلل له: بالاجماع، و بقاعدة نفى الضرر. و قد مر ما فيهما.

(٢) فالصحيح ان يستدل له: بقاعدة الغرور،

و بصحيح جميل عن الامام الصادق المذكور في المتن «١».

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٨

مع ان توصيف قيمة الولد بأنها اخذت منه نوع اشعار لعلية الحكم، فيطرد في سائر ما اخذت منه.

و أما السكوت عن رجوع المشتري الى البائع في بعض الاخبار، فهو لعدم كونه مسوقا لذلك كرواية زرارة في رجل اشترى من سوق المسلمين جاريه، فخرج بها الى ارضه فولدت منه اولادا، ثم اتاها من يزعم انها له و اقام على ذلك البيئه،

قال يقبض ولده، و يدفع إليه الجارية و يعوضه من قيمة ما اصاب من لبنها و خدمتها.

و رواية زريق قال: كنت عند ابي عبد الله عليه السلام يوما، إذ دخل عليه رجلان،

فقال، احدهما انه كان على مال لرجل من بني عمار، و له بذلك ذكر حق، و شهود.

فأخذ المال و لم استرجع عنها الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتابا و لا أخذت منه براءة بذلك، و ذلك لأنى وثقت به، و قلت له: مزق

الذكر الحق الذى عندك فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه، و عقيب هذا طالبنى بالمال وراثه و حاكمونى و اخرجوا

بذلك ذكر الحق و اقاموا العدول، فشهدوا عند الحاكم فاخذت بالمال، و كان المال كثيرا، فتواريت عن الحاكم فباع على قاضى

الكوفه معيشة لى و قبض القوم المال،

و هذا رجل من اخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى، ثم ان ورثة الميت اقروا ان اباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرد على

معيشتى و يعطونه الثمن فى أنجم معلومة، فقال انى أحب ان أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل: يعنى المشتري كيف

أصنع جعلت فداك؟ قال تصنع: ان ترجع بمالك على الورثة و ترد المعيشة إلى صاحبها و تخرج يدك عنها، قال: فإذا فعلت ذلك له

أن يطالبنى بغير هذا، قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فى المعيشة يوم اشتريتها

يجب ان ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للزارع اما قيمة الزرع، و أما يصبر عليك إلى وقت حصاد، الزرع فإن لم يفعل

ذلك كان ذلك له ورد عليك القيمة و كان الزرع له قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا؟ قال له قيمة

ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه «نفسه» يقلعه و يأخذه، قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال:

يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء و الغرس و كل

محدث الى ما كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢١٩

أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض «أن يرد عليه» كلما خرج منه إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى

مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه، انتهى.

و فيه مع انا نمع ورودها الا- فى مقام حكم المشتري مع المالك ان السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل، مع ان رواية زرارة

ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع الى البائع، مع ان البائع فى قضية زريق هو القاضى، فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم، لأن

الحاكم من قبل الشارع ليس غارا من جهة حكمه على طبق البيئه المأمور بالعمل بها، و ان كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر

إذ حرية الولد اما ان تعد نفعا عائدا الى الأب او لا، و على التقديرين يثبت المطلوب، اما على الأول: فبالفحوى، إذ لو ضمن الغار فى

صورة عود النفع الى المغرور فبالأولى فى صورة عدمه، و أما على الثانى فواضح.

و عن صاحب الحدائق: عدم الرجوع إليه.

و استدل له، بخبرى زرارة «١» و زريق «٢» المذكورين فى المتن الساكتين عن حكم

رجوع المشتري الى البائع، مع كونهما فى مقام البيان، فان ذلك آية عدم الرجوع.

وفيه: اولاً: ان خبر زرارة ساكت عن الرجوع في ما غرمه في مقابل المنافع المستوفاة، فلا مساس له بمسألتنا، و ذيل خبر زريق متضمن لرجوع المشتري في الغرامة التي غرمها في اصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها الى المالك، فهو يدل على خلاف المقصود.

و ثانياً: ان السكوت في مقام البيان يكون دليلاً لا مطلقه، و في المقام الخبران في مقام بيان حكم المشتري مع المالك لا في مقام البيان من جميع الجهات حتى من جهة رجوع المشتري الى البائع.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب نكاح العبيد و الإماء حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب ما يكتسب به حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٠

فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف (١) و تصرفه في امور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

و أما الثاني: و هو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء،

(٢) ففي الرجوع بها خلاف اقواها الرجوع، وفاقاً للمحكي عن المبسوط و المحقق و العلامة - في التجارة - و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم.

و عن التنقيح ان عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهراً في من قدم

مال الغير الى غيره الجاهل، فاكله، و يؤيده قاعدة نفي الضرر (٣) فإن تغريم من اقدم على اتلاف شيء من دون عوض مغروراً من آخر بأن له ذلك مجاناً من دون الحكم برجوعه الى من غره في ذلك ضرر عظيم، و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر، و كيف كان فصدق الضرر و اضرار الغار به مما لا يخفى خصوصاً في بعض الموارد، فما في الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام لوصول العوض إلى المشتري لا يخلو عن شيء، مضافاً إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر.

و ثالثاً: ان السكوت في مقام البيان غايته الظهور في عدم الرجوع، و هو لا يصلح لأن يقاوم صحيح جميل الصريح في الرجوع.

و رابعاً: انه لو سلم التعارض يتعين تقديم الصحيح لوجه لا تخفى.

(١) قوله فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف و فيه ان مجرد علم

المشتري بكون القاضى من المخالفين، لا يوجب العلم بالفساد بعد احتمال كون المعيشة له نفسه، فلا دليل على كون المشتري عالماً بالفساد.

(٢) و أما الغرامة التي غرمها في مقابل المنافع الواصلة إليه، ففيها قولان قد استدلل المصنف قدس سره و غيره للرجوع بوجه:

(٣) منها: قاعدة لا ضرر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢١

و أما قوة السبب على المباشر ليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور (١)

إلا- إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفاً إليه، كما في المكروه، و كما في الريح العاصف الموجب للاحراق، و الشمس الموجبة

لإذابة الدهن و اراققتها، و المتجه في مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا، كما نسب الى ظاهر الاصحاب في المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة. و أما في غير ذلك، فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج الى دليل مفقود، فلا بد من الرجوع بالآخرة الى قاعدة الضرر أو الاجماع المدعى في الايضاح على تقديم السبب إذا كان اقوى، أو بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغار سببا في تغريم المغرور، فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه، أما الأخير فواضح. (٢)

و أما الأول: فقد عرفته. و أما الإجماع و الأخبار فهما و ان لم يردا في خصوص المسألة، إلا ان تحققها في نظائر المسألة كاف، فإن رجوع اكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا، و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الاخبار

و فيه: - مضافا الى ما تقدم- ان الغرامة المقابلة للنفع الواصل إليه لا تكون ضررا.

و بعبارة اخرى: ان الضرر هو النقص المالى أو البدنى أو العرضى، و النقص المالى الذى يقوم مقامه ما يسد مسده ليس بنقص مالى عند العرف. ففى المقام بما ان الغرامة انما تكون فى مقابل ما وصل إليه من النفع لا تعد ضررا.

(١) و منها: قاعدة التسيب، و قد مر عدم كونها قاعدة مستقلة الا إذا كان السبب بحيث يستند التلف إليه عرفا، و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع الى المباشر اصلا.

(٢) و منها: النصوص الواردة فى شاهد الزور، و قد مر انها اجنبية عن المقام.

فالاولى: ان يستدل له: بقاعدة الغرور، فان الميزان فيها هو التغير سواء استوفى المغرور نفعا كأكله الطعام أو لم يستوف اصلا و بصحيح جميل المتقدم بناء على ان مورده الغرامة التى تكون بازاء المنفعة كما تقدم، اما لأن الحرية نفع عائد الى الاب منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٢٢

و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا، و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض حيث عدل فى رد مستند المشهور عما فى الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى.

فإن الانصاف ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع فى باب الاتلاف و ان كان غير منقح. الا ان المتقين منه ما كان اتلاف المغرور لمال الغير و اثبات يده عليه لا بعنوان انه مال الغير، بل قصده الى اتلافه مال نفسه أو مال من اباح له الاتلاف فيكون غير قاصد لاتلاف، مال الغير فيشبه المكره فى عدم القصد،

هذا كله مضافا الى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة، بناء على ان حرية الولد منفعة راجعة الى المشتري، و هو الذى ذكره المحقق احتمالا فى الشرائع فى باب الغصب بناء على تفسير المسالك، و فيه تأمل.

أولان الولد نفسه منفعة له و ان لم تكن منفعة مالية و قاعدة الغرور و ان اختصت بصورة علم البائع، الا ان مقتضى اطلاق الصحيح عدم الفرق بين صورة العلم و الجهل.

و بما ذكرناه ظهر حكم ما يغرمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة.

و أما الغرامة التى يغرمها فى مقابل العين، فبالنسبة الى المقدار الذى جعل ثمنا إذا لم يكن دفع الثمن الى الفضولى لا يرجع الى البائع لان هذه الغرامة لم تنشأ من تغريم البائع، لأنه لو فرض صدق البائع فى دعواه لكنت هذه الغرامة ثابتة.

و ما ذكره السيد الفقيه قده فى وجه الرجوع فقوله: انه لم يقدم على هذه الغرامة و انما اقدم على دفع الثمن، و المفروض عدم امضاء الشارع له.

يرد عليه: الرد الى المالك أو البائع لا يوجب الفرق في عدم صدق الغرور بعد التزامه بكون هذا المقدار من المال يكون عوضا عن المال التالف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٣

ثم ان مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف،

فاخذ منه المالك عشرين (١) فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، و الا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع (٢) و مما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بازاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. و أما العشرة الزائدة، فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في وجه عدم الرجوع من ان المشتري انما اقدم على ضمان العين و كون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه و مع الاقدام لا غرور (٣) و إذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن.

توضيح الاندفاع ان الاقدام انما كان على ضمانه بالثمن، الا ان الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام، مع فساد العقد و عدم امضاء الشارع له سببا لضمان المبيع بقيمته (٤) الواقعية

(١) و أما في المقدار الزائد- كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف فاخذ منه المالك عشرين- فقد ذهب المصنف قدس سره- تبعاً لغيره من الأساطين

(٢) الى ان يرجع الى البائع في المقدار الزائد، لقاعدة الغرور.

(٣) و اورد عليه: بان الأقدام و الغرور لا يجتمعان، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمى، و عليه فإذا بنينا على ان مقتضى اقدام المشتري ضمانه بتمام القيمة الواقعية للمالك- كما هو المدرك للضمان في كل عقد فاسد يضمن بصحيحه- لا وجه للرجوع الى البائع حيث لا تغير، و ان قيل انه لا يكون مقدما على الضمان بتمام القيمة لما كان وجه لضمانها للمالك.

و بعبارة اخرى: ان كان مقدما على الضمان بالقيمة الواقعية لا مورد لقاعدة الغرور، و الا فلا وجه لأصل الضمان.

و اجاب عنه المصنف قدس سره بجوابين:

(٤) الأول: ان الإقدام انما يكون على المسمى و لا إقدام على غيره، فبالنسبة الى ما لا إقدام عليه تكون قاعدة الغرور جارية بلا مانع، و لكن الأقدام على المسمى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٤

فالمانع من تحقق الغرور، و هو الاقدام لم يكن الا في مقابل الثمن (١) و الضمان، المسبب عن هذا الاقدام، لما كان لاجل فساد العقد المسبب عن تغير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار، فغرامة العشرة الزائدة و ان كانت مسببة عن الاقدام الا انها ليست مقدما، عليها هذا كله مع ان التحقيق على ما تقدم سابقا ان سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان و ان ليس الاقدام على الضمان علة له مع عدم امضاء الشارع لذلك الضمان، و ان استدل به الشيخ و اكثر من تأخر عنه، و قد ذكرنا في محله، توجيه ذلك بما يرجع الى الاستدلال باليد فراجع.

و كيف كان فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه فيما حصل في مقابلته نفع (٢) هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى (٣)

سبب شرعا لضمان تمام القيمة، ف ضمان التمام ليس مقدما عليه لينا في الغرور، بل اثر الأقدام على المسمى ضمان تمام القيمة. و تبعه في هذا الجواب غيره من الأساطين.

و فيه: انه إذا كان مدرك الضمان هو الأقدام- كما هو مبنى الأشكال- لا وجه للقول بالضمان بالنسبة الى تمام القيمة مع كون الأقدام على المسمى الا إذا ورد دليل على ان الأقدام على شىء سبب لضمان شىء آخر، و المفروض عدمه، فعلى هذا المبنى لا مدفع لهذا الايراد.

(١) الثانى: و هو احق، و هو منع المبنى، لأن مدرك الضمان فى المقام و غيره المقبوض بالعقد الفاسد انما هى اليد، و هى تقتضى الضمان بتمام القيمة. و الغرور يوجب رجوع المغرور الى الغار فى المقدار الذى غرر فيه، فبالنسبة الى المقدار الزائد و ان كان مقتضى اليد هو الضمان للمالك الا ان مقتضى قاعدة الغرور هو الرجوع فيها الى البائع (٢) قوله فجران قاعدة الغرور فيما نحن فيه اولى منه.

هذا إذا كان المدرك قاعدة نفى الضرر، و الا فموضوع الغرور حاصل فيهما

(٣) قوله و لو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه اولى وجه الاولوية ان هناك كان يحتمل ان الاقدام على الضمان بالمسمى اقدام منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٢٥

هذا كله فيما يغرمه المشتري بازاء نفس العين التالفة. اما ما يغرمه بازاء اجزائه التالفة، فالظاهر ان حكمه حكم المجموع فى أنه يرجع فى الزائد على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله على ما اخترناه، و يجيء على القول الآخر عدم الرجوع فى تمام ما يغرمه. و أما ما يغرمه بازاء اوصافه (١) فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن، كما عدا وصف الصحة من الاوصاف التى يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت. فالظاهر رجوع المشتري على البائع لأنه لم يقدم على ضمان ذلك

على الضمان بالقيمة الواقعية، و هذا المعين غير محتمل فى المقام لان ما يتجدد له من القيمة لا يحتمل كونه مقدما على ضمانه و مما ذكرناه ظهر انه انما يرجع إليه فى صورة علم البائع، و أما فى صورة جهله فلا يرجع إليه لعدم صدق الغرور.

(١) قوله و أما ما يغرمه بازاء اوصافه فان كان مما لا يسقط عليه الثمن فقد فصل المصنف قدس سره بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف، و التزم بعدم الرجوع فى وصف الصحة- نظرا الى مقابله بجزء من الثمن- و الرجوع فى غيره من الأوصاف، كما لو كان عبد كاتباً فنسى الكتابة عند المشتري فرجع المالك عليه بالتفاوت لأنه لم يقدم على ضمان ذلك.

و تمام الكلام بالبحث فى مقامين:

الأول: فى الفرق بين وصف الصحة و غيره من الأوصاف.

الثانى: فى انه هل يرجع الى البائع فيما يغرمه بازاء الأوصاف، ام لا؟ اما المقام الأول: فالأظهر عدم الفرق بينهما، و ان شيئاً منها لا يقسط عليه الثمن، و ان كان يصير موجبا لزيادة قيمة الموصوف. و لا فرق فى ذلك بين وصف الصحة و غيره.

و الشاهد عليه ثبوت الخيار فى تخلف الوصف،

و ثبوت الأرش فى خيار العيب، لا يدل على مقابله بالثمن، و الا لزم ان يرد البائع جزء من الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٢٦

ثم ان ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه انما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك. اما لو كان فاسداً من جهة اخرى فلا رجوع على البائع (١) لأن الغرامة لم تجئ من تغير البائع فى دعوى الملكية، و انما جاءت من جهة فساد البيع فلو فرضنا البائع صادقاً فى دعواه لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغرور له هو البائع على تقدير الصدق و المالك

على تقدير كذبه، فحكمه حكم نفس الثمن في الترام المشتري به على تقديرى صدق البائع و كذبه.

و أما المقام الثانى: فالأظهر - خلافاً للسيد الفقيه قدس سره و غيره - عدم الرجوع لعدم تغير البائع اياه و قد اقدم المشتري على ان الخسارة المتوجهة إليه من ناحية الوصف تكون عليه، و هذا يمنع عن صدق الغرور. نعم الأوصاف التى توجد فيما بعد و تلتف - حيث انه لم يقدم على ضمانها - له الرجوع فيها إليه.

(١) قوله و أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع و قد استدل المحقق النائنى قدس سره لاختصاص قاعدة الغرور بالعقد الذى يكون قابلاً للصحة باجازة المالك، بان العقد الفاسد من جهة أخرى الضمان الحاصل فيه لا يكون مستندا الى التغير، فان الفساد من جهة أخرى هو اسبق العلل، فلا يكون البائع غير المالك هو منشأ الفساد، و لا المجموع بالتشريك، لأن العقد الفاسد من جهة كون البائع غير مالك بمنزلة وجود المانع، و الفساد من جهة أخرى بمنزلة فقد المقتضى، فلا محالة يستند الفساد الى عدم المقتضى لا إلى وجود المانع.

و فيه: ان سبب الضمان - بعد عدم العقد الصحيح - هى اليد، سواء أ كان عدم الصحة لاختلال شرط من شروط العقد، أو كان لاختلال سائر الشروط. و التغير سبب للرجوع لا للضمان، فلا يكون التغير و سبب الضمان مقتضى هما متحداً حتى يشتركا فى التأثير أو يكون التأثير للأسبق منهما.

فالاولى: ان يستدل له فيما إذا كان المشتري عالماً بالفساد من ناحية أخرى:

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٢٧

ثم انه قد ظهر مما ذكرنا. ان كل ما يرجع المشتري به على البائع إذا رجع إليه فلا - يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأن المفروض قرار الضمان على البائع. (١) و أما ما لا يرجع المشتري به على البائع كمساوى الثمن من القيمة، فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك و الوجه فى ذلك حصول التلف فى يده. فان قلت: ان كلا من البائع و المشتري يتساويان فى حصول العين فى يدهما العادية، التى هى سبب للضمان و حصول التلف فى يد المشتري، و لا دليل على كونه سبباً للرجوع البائع عليه،

بان التغير المساوق للتدليس و التخديع متقوم صدقه بجهل المغرور بالضمان، فمع علمه بذلك و انه يكون ضامناً على كل حال كان البائع مالكا ام لا، لا يصدق هذا العنوان، فلا وجه للرجوع.

تعاقب الأيدي

(١) قوله لان المفروض قرار الضمان على البائع

إذا باع الغاصب ما غصبه، ثم باعه المشتري بشخص ثالث و تلف المال فى يد المشتري الثانى، لا خلاف فى انه للمالك مع رد البيع الأول الرجوع الى كل من الغاصب و المشتريين، مع ان الشئ الواحد ليس له الا بدل واحد فكيف يحكم بضمان كل من الثلاثة.

و تنقيح القول فى المسألة انما هو بالبحث فى مقامين.

الأول: حكم المالك بالإضافة الى كل واحد منهم.

الثانى: حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

اما المقام الأول: فقد اورد على ضمان كل من دخل المال تحت يده.

بما حاصله: انه ان اعتبر شئ واحد فى الذمم يلزم استقرار الواحد فى محال متعددة، و ان التزم بتعدد ما فى الذمم يلزم ان يكون لشئ

واحد ابدال متعددة، مع ان الشيء الواحد ليس له الا بدل واحد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٨

نعم لو ائلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق. (١) قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف.

و صيرورته في عهدة كل منهما، مع ان الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار الا في ذمة واحدة. و ان الموصول في قوله على اليد ما اخذت شيء واحد، كيف يكون على كل واحدة من الايدي المتعددة.

و الحق في الجواب: عن هذه الشبهة ان يقال: ان الكلام.

تارة في الحكم الوضعي.

و اخرى في الحكم التكليفي.

اما من حيث الحكم الوضعي:

فان قلنا بان معنى ضمان العين كونها في عهدة الضامن - كما قويناه - لا محذور في تعدد الضامن، فان الشيء الواحد في المحال المتعددة اعتبارا ككونه في الأذهان المتعددة بتعدد صوره لا محذور فيه، و العهدة ليست الا محلا اعتباريا، و حيث انه واحد فلا محالة يسقط عن جميع الذمم باداء واحد منهم.

و ان قلنا: بان ضمان العين انما هو ثبوت بدلها في الذمة، فان قلنا بان في ذمة كل واحد حصه من الطبيعي غير ما في ذمة الآخر لزم ثبوت ابدال عديده لشيء واحد.

و أما ان قلنا بان الطبيعي بنفسه في ذمة كل واحد من دون ان يصير حصه.

أو قلنا بان حصه منه في ذمة كل واحد من جهة انه وجود اعتباري لا محذور في الالتزام بشيء من ذلك، فلا يلزم هذا المحذور ايضا. و أما من حيث الحكم التكليفي: فالكلام فيه هو الكلام في الوجوب الكفائي لأنه احد مصاديق ذلك، و قد حققنا في الاصول امكانه، فلا محذور اصلا.

(١) قوله نعم لو ائلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق.

و فيه ان الضمان في صورة التلف ايضا كذلك - فان من تلفت العين تحت يده كان يتمكن من ردها الى صاحبها فبامساكه المبيع استقر الضمان على السابق.

مع ان سبب شخص لضمان آخر لا يوجب ضمانه إذ السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٢٩

فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدها و دركها بعد التلف عليه، فإذا فرض ايدي متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي (١)

لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة، معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، و حيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلط المالك على مطالبه كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه،

فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البديل، بمعنى إنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركا. لأن المتدارك لا يتدارك و الوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي ان مطالبته ما دام لم يصل إليه المبدل و لا بدله فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق مما ذكرنا ان المالك انما يملك البديل على سبيل البدلية و يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة احدها بدلا عن

التالف واصلا الى المالك،

(١) و أما ما افاده المصنف قدس سره في الجواب عن هذه الشبهة بما حاصله: ان الذمم المتعددة تشتغل بواحد على البدل نظير الواجب الكفائي في العبادات.

فيرد عليه: انه في الواجب الكفائي لا يكون الوجوب متوجها الى احد الأفراد على البدل، فان ذلك غير معقول.

بل الوجه المعقول هناك توجه التكليف الى الجميع، لكن مشروطا بعدم اتيان الآخرين.

وهذا لا- يمكن الالتزام به في المقام، فانه اما ان يلتزم بتقييد اشتغال كل ذمة بعدم اشتغال الاخرى، أو يلتزم بتقييد اشتغالها بعدم المطالبة من الآخر، أو يلتزم بتقييده بعدم اداء الآخر.

و لازم الأول انتفاء الاشتغال رأسا لو كان الشرط عدم الآخر مقارنا له، و ثبوت الاشتغالين معا لو كان الشرط عدم الآخر بالعدم السابق، و هما كما ترى.

و لازم الثاني ثبوت الاشتغالين و بدلين عند عدم مطالبتهما.

و لازم الثالث استحقاق المالك لأبدال متعددة لو ادى الجميع ما في ذمهم كما يحصل الامتثال بفعل الجميع لو اتفق الجميع على الامتثال في الواجب الكفائي، مع ان المالك لا يستحق في شيء من الحالات الا بدلا واحدا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٠

و يمكن ان يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث انه ضم ذمة الى ذمة اخرى و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا كما في الايضاح (١) و ضمان الاعيان المضمونة على (٢) ما استقر به في التذكرة و قواه في الايضاح و ضمان الاثنتين لواحد (٣) كما اختاره ابن حمزة.

و قد حكي فخر الدين و الشهيد عن العلامة في دروسه انه نفى المنع من ضمان الاثنتين على وجه الاستقلال، قال: و نظيره في العبادات الواجب الكفائي و في الاموال الغاصب من الغاصب، هذا حال المالك بالنسبة الى ذوى الايدي.

(١) قوله و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري عندنا.

يعنى ضمان شخص ثالث عن البائع للمشتري عهدة الثمن إذا خرج المبيع مستحقا للغير- أو ضمانه عن المشتري للبائع عهدة المبيع إذا خرج الثمن مستحقا للغير.

و اورد عليه المحقق النائيني قدس سره و تبعه غيره بان هذا ليس نظيرا للمقام- إذ مع بقاء المضمون و عدم الامتناع ليس المكلف بالرد و الضامن الا المضمون عنه، و مع التلف أو الامتناع لا تشتغل الا ذمة الضامن.

و فيه انه في صورة البقاء للمشتري الرجوع الى الضامن، كما له الرجوع الى المضمون عنه ليتحصل ماله و يعطيه بمقتضى دليل ثبوت الضمان و تحققه- كما انه- في صورة التلف له الرجوع الى المضمون عنه لحصول التلف تحت يده.

و بعبارة اخرى بمقتضى «١» على اليد- و في خصوص باب الدين نلتزم بانه لا يرجع الى المضمون عنه للدلالة الخاصة الآتية في محلها غير الشاملة للمقام.

(٢) قوله و ضمان الاعيان المضمونة الكلام في ضمان الاعيان المضمونة كما لو ضمن عن المستعير في العارية المضمونة أو ضمن في مورد الغصب أو المقبوض بالعقد الفاسد- هو الكلام في ضمان عهدة العوضين اشكالا و جوابا.

(٣) قوله و ضمان الاثنتين لواحد اورد عليه المحقق النائيني قدس سره بانه لا يصح ضمان الاثنتين عن الواحد بنحو الاستقلال لعدم معقوليته و لكن حيث عرفت امكان ذلك ثبوتا- فلا محذور في الالتزام به بعد شمول ادلة صحة الضمان له.

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغصب حدیث ٤ نقلا عن عوالی اللآلی و تفسیر الرازی.

منهاج الفقاهة (للروحانی)، ج ٤، ص: ٢٣١

و أما حال بعضهم بالنسبة الى بعض (١) فلا-ريب في ان اللاحق إذا رجع إليه لا يرجع الى السابق ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان.

كما لا-ريب في ان السابق إذا رجع عليه و كان غارا لللاحق لم يرجع إليه، إذ لا-معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له، فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له، فنقول ان الوجه في رجوعه هو ان السابق اشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل (٢) فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل، و إلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني، فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد، فإن اداه الى المالك سقط تدارك الأول له، و لا يجوز دفعه الى الاول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة و التدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول، فحال الاول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في انه لا يستحق الدفع إليه الا بعد الاداء.

(١) قوله و أما حال بعضهم بالنسبة الى بعض.

المقام الثاني: في حكم كل واحد منهم بالإضافة الى الآخر.

و محصل الأشكال في المقام: ان الأصحاب حكموا في صورة توارد الأيدي: انه لو تلفت العين يكون قرار الضمان على من تلفت العين في يده، و لو رجع المالك الى السابق يرجع هو الى اللاحق، و لا يرجع اللاحق الى السابق الا إذا كان هناك غرور، فان المغرور يرجع الى من غره، مع اشتراكهما في سبب الضمان و وحدة نسبة على اليد اليهما. و اجابوا عن ذلك باجوبة:

(٢) الاول: ما افاده المصنف قدس سره.

و حاصله: ان السابق بمجرد وضع يده يصير ضامنا، بحيث يكون بدل العين على

تقدير التلف على ذى اليد، فتصير العين بذلك مضمونة بالقوة

منهاج الفقاهة (للروحانی)، ج ٤، ص: ٢٣٢

و الحاصل ان من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك و من سبقه في اليد و يشتغل ذمته اما بتدارك العين و أما بتدارك ما تداركها،

و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل، كما كان في الايدي المتعاقبة اشتغال ذمة اشخاص على البدل بشيء واحد لشخص واحد، و ربما يقال (١) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه

و متحيثه بهذه الحيثية، فيد اللاحق وارده على عين لها بدل، فضمامها ضمان عين لها بدل،

و مرجع ذلك الى ضمان العين و بدلها على سبيل البدل، إذ لو كان الضمان لخصوص العين خرج البدل عن كونه بدلا.

و بهذا التقريب تندفع جملة من الاشكالات التي اوردها بعض المحشين.

منها: انه ما الوجه في ضمان البدل و لم يدل دليل عليه، إذ قد عرفت ان ضمانه مقتضى البديلة.

و منها: ان لازمه جواز رجوع السابق الى اللاحق قبل دفع البدل، إذ البدل طولى لا عرضى.

و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان الضمان عبارة عن كون العين في العهدة حتى بعد التلف - كما تقدم تحقيقه، فلا يكون لها بدل.

الثاني: ان الانتقال الى البدل على القول به ليس قبل التلف، بل من حينه، و في ذلك الحين تشتغل جميع الذمم بالبدل في عرض واحد بلا سبق و لحوق.

الثالث: ان لازم ما ذكره انه لو دفع العين من اللاحق الى السابق بعد اخذه منه و تلفت عنده له الرجوع الى اللاحق، إذ اللاحق اشتغلت ذمته بما له بدل، و بعد عود المال الى السابق لا يصير ضامنا لشيء لضمانه قبله.

(١) قوله ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده.

القائل هو صاحب الجواهر، و عبارته منقولة في المتن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٣

ان ذمة من تلف في يده لو رجع عليه ان ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل (١) و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغل ذمته به، فيملك حينئذ من ادى بادائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: و بذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده و بين غيره الذي خطابه بالاداء شرعى لا ذمى،

إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو، انتهى.

و انت خير بانه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمى، و خطاب غيره شرعى، مع كون دلالة على اليد ما اخذت بالنسيئة اليهما على السواء،

(١) الثاني: ما عن صاحب الجواهر قدس سره و هو: ان من تلف العين تحت يده ذمته مشغولة للمالك بالبدل و ان جاز له الزام غيره باعتبار الغصب باداء ما اشتغلت ذمته به،

فيملك حينئذ من ادى بادائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة القهرية الشرعية.

و فيه: ان هذا يبتنى على ما اختاره من عدم معقولية اشتغال ذمتين بمال واحد،

و قد عرفت ضعف المبنى.

الثالث: ما عن السيد الفقيه قدس سره، و هو ان العين التالفة تكون باقية على ملك مالكها،

و لذا يصح الصلح عليها و احتسابها خمسا أو زكاة، و ما يدفعه السابق الى المالك يكون عوضا عنها، و مقتضى العوضيه خروج العين

التالفة عن ملك مالكها و سيوررتها ملكا للدافع، فيكون هو مثل المالك في جواز الرجوع الى اللاحقين.

ثم اورد على نفسه: بان لازم ذلك جواز رجوع اللاحق الى السابق ايضا، لأن المفروض ان قام مقام المالك.

و اجاب عنه: بان الوجه في عدم جواز رجوعه إليه انه السبب في ضمان السابق،

بمعنى استقرار العوض في ذمته.

و فيه: ما تقدم من ان السببية بهذا المعنى ليست احد موجبات الضمان، و عليه فلا فرق بين السابق و اللاحق، مع ان ما يدفعه الدافع الى

المالك انما يكون غرامة و بدلا عن ماله، من جهة ان ماله العين تلفت، فمقتضى التبريم ان يحفظ ماليتها بدفع مال،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٤

و المفروض انه لا خطاب بالنسيئة اليهما غيره، مع انه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالاداء (١) و الخطاب الذمى، مع انه

لا يكاد يعرف خلاف من احد في كون كل من ذوى الايدي مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط باداء احدهم أو ابرأ المالك نظير

الاشتغال بغيره من الديون في اجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله، و تقديمه على الوصايا و الضرب فيه مع الغرماء و مصالحة

المالك عنه مع آخر الى غير ذلك

و لا يكون بدل ملك عن ملك.

و بعبارة اخرى: لا يكون بدلا عن العين في الملكية كى يتوقف على تبديل اضافة الملكية من الطرفين.

الرابع: ما استند إليه جماعة منهم المحقق الخراساني قدس سره على اختلاف بينهم في التعبير، و حاصله: انه في باب التغريعات المتبع هو الطريقة العرفية الممضاة شرعا، و من المعلوم لمن راجع العرف و العقلاء انهم يفرقون بين دخول العين في العهدة ابتداء و دخولها في العهدة بعد ما كانت داخله في عهدة اخرى، و يرون انه على الأول اداء بدل العين، و على الثاني اداء بدل العين للمالك، و بدل ما يؤديه السابق له على البديل.

فمقتضى الأول الخروج عن عهدة العين، و مقتضى الثاني الخروج عن عهدة العين، و عن عهدة عهدتها.

الظاهر هذا أحسن ما يمكن ان يقال في وجه جواز الرجوع. نعم لا بد من تقييده بما إذا لم تكن يد اللاحق مجانية و غير معاوضية، و الا فليس بناء من العقلاء على الرجوع، مثلا لو غصب زيد من عمرو شيئا فوهبه ل بكر ثم تلف تحت يده، لو رجع المالك الى الغاصب ليس له الرجوع الى بكر، و هو واضح.

(١) قوله مع انه لا يكاد يفهم الفرق بينما ذكره من الخطاب بالاداء و الخطاب الذمي.

هذا الايراد مبنى على مسلك المصنف قدس سره من انتزاعية الاحكام الوضعية عن الاحكام التكليفية و أما على المسلك الآخر فالفرق بينهما واضح.

اللهم الا ان يقال ان نظره الشريف الى عدم الفرق بينهما من هذه الجهة ليصح رجوع من وجه إليه الخطاب التكليفي الى من وجه إليه الخطاب الوضعي

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٥

من احكام ما في الذمة، مع ان تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البديل لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عن تلف في يده بمجرد اداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك، مع ان اللازم مما ذكره ان لا يرجع الغارم بمن لحقه في اليد العادية الا الى من تلف في يده، مع ان الظاهر خلافه، فإنه يجوز له ان يرجع الى كل واحد ممن بعده.

نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع الى احد لواحقه الى ان يستقر على من تلف في يده، هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري. و قد عرفت الحكم أيضا في صورة بقاء العين، و أنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة (١) و للمالك استردادها، فيرد بدل الحيلولة و لا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني (٢) لان عهدتها على الاول فيجب عليه تحصيلها، و ان بدل ما بدل، نعم ليس للمالك اخذ مؤونة الاسترداد لياشر بنفسه. (٣)

و لا يصح رجوع صاحبه إليه و مقتضى القاعدة عدم جواز رجوع كل منهما الى الآخر.

(١) قوله غرم للمالك بدل الحيلولة و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة.

قد تقدم الكلام في بدل الحيلولة في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد فراجع ما حققناه.

(٢) قوله و لا يرتفع سلطنة المالك على مطالبة الاول بمجرد تمكنه من الاسترداد.

و الوجه فيه ان كل واحد ممن وضع يده على المال يكون ضامنا و يجب عليه ادائه الى صاحبه و تمكن المالك من الاسترداد من الثاني لا يسقط وجوب الرد عن الاول.

(٣) قوله نعم ليس للمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه.

الحق هو التفصيل بين ما إذا لزم من مباشرة غير المالك التصرف في المال- و بين ما إذا لم يلزم منها ذلك- فللمالك اخذ مئونة الاسترداد لياشر بنفسه في الاول

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٦

و لو لم يقدر على استردادها الا المالك و طلب من الأول عوضا عن الاسترداد (١) فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة، أو يفرق بين الاجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائد عليها مما يعد اجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين. و أما إذا تغيرت،

فيجىء صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها و ان كان كثير مما ذكرنا ايضا مما لا يناسب ذكره الا في باب الغصب، الا ان الاهتمام بها دعاني الى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم و العمل انه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه،

فعلى القول ببطلان الفضولي.

فالظاهر ان حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله و الحكم فيه الصحة لظهور الاجماع، بل دعواه

دون الثاني- فانه في الاول للمالك ان يمنع من التصرف في ماله- و لا- سبيل الى ان يقال ان وجوب رد مال الغير أهم من حرمة التصرف فيه فيقدم عليها- فان ذلك فيما إذا كان ذلك مقدمة منحصرة، لا في مثل المقام الذي يمكن الرد بغير التصرف. و في الثاني لا وجه لإلزامه الغاصب بالرد بطريق مخصوص، بل هو مختار في ذلك.

(١) قوله و لو لم يقدر على استردادها الا المالك ... وجوه.

الحق ان الأوجه، هو الاخير فانه إذا كانت الاجرة هي المتعارفة للاسترداد، نفس دليل وجوب الرد يكفى في الدلالة على وجوب بذل الاجرة لكونه مقدمة للرد الواجب.

و أما إذا كانت زائدة عن ما تعارف اخذه للاسترداد، فلا يجب البذل لعموم لا ضرر و تمام الكلام في مبحث المقبوض بالعقد الفاسد. بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٧

بل دعواه عن غير واحد مضافا الى صحيحة الصفار المتقدمة في ادلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام: لا يجوز بيع ما لا يملك، و قد وجب الشراء فيما يملك و لما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي، كالشيخ و ابن زهرة و الحلبي و غيرهم. نعم لو لا النص و الاجماع امكن الخدشة فيه بما سيجىء في بيع ما يملك و ما لا يملك.

و أما على القول بصحة الفضولي، فلا- ينبغى الريب في الصحة مع الاجازة (١) بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا، كما عن التذكرة.

و سيجىء في اقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صحيحة الصفار.

(١) قوله و ما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغى الريب في الصحة مع الاجازة.

ما افاده المصنف من انه لا ريب في الصحة على القول بالصحة في بيع الفضولي و الحكم بظهور الصحة على القول ببطلانه. قابل للمناقشة: فان جميع ما ذكر وجها للبطلان تجرى على القول بصحة بيع الفضولي، نعم- على القول بصحته و كون الاجازة كاشفة بنحو الشرط المتأخر، و تحققها لا يجرى شيء من تلك الوجوه كما ستعرف.

و كيف كان: فيشهد للصحة في المملوك على جميع التقادير- مضافا الى الإجماع:- صحيح الصفار عن ابي محمد العسكري عليه السلام: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١».

بل العمومات الدالة على صحة العقود كآلية الشريعة «٢» تدل على الصحة فيه.

و قد ذكروا في وجه عدم الشمول امورا:

منها: ان البيع امر واحد بسيط، فاما ان يكون هذا الواحد مشمولاً للعمومات فلازمه الصحة في جميع اجزاء المبيع، أو لا يكون مشمولاً لها فلازمه البطلان في الجميع. و على التقديرين لا وجه للتفكيك بين الأجزاء صحة و فسادا، و حيث انه لا يمكن

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب عقد البيع و شروطه.

(٢) المائدة آية ٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٨

و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الاذن و كلام الغنية على العالم، ثم ان صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الاجازة مانع شرعي كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضميمه. و سيجيء الكلام في محلها، ثم ان البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، و موقوف في غيره بحصته،

الالتزام بالأول و الا لزم خروج المال عن ملك مالكة بلا رضاه، فيتعين البناء على البطلان في الجميع.

و فيه: ان البيع- اى الإنشاء- و ان كان واحدا، الا ان ما تضمنه من التمليك يكون متعددا حقيقة لتعدد الملكية بتعدد المملوك، فإذا تعددت الملكية يتعدد التمليك لا محالة،

لأن الایجاد و الوجود متحدان حقيقة، و أحد التمليكين يكون مشمولاً للعمومات، و هو ما تعلق بماله دون الآخر، فيصح هو دون صاحبه.

و ان شئت قلت: ان الانشاء واحد صورة و منحل الى انشاءات متعددة حسب ما للمنشأ من الأفراد.

و مما يشهد للانحلال:- مضافا الى ظهوره على ما عرفت: انه لو انضم الى ما يصح بيعه بعض ما نهى الشارع عن بيعه و باعهما بانشاء واحد لم يتوهم احد صحة هذا البيع مستندا الى ان دليل النهي لا يشمل مثل هذا البيع لعدم كونه متعلقا به استقلالاً، فان المتعلق المجموع من حيث المجموع، مع ان لازم هذا الوجه ذلك.

و منها: ان البائع لم يرض بانتقال ماله منفردا، فانه رضى بانتقاله منضمما الى مال غيره، و قد خصصت العمومات بما دل على اعتبار الرضا في صحة البيع.

و فيه: ان البائع قد رضى بانتقال ماله و انتقال مال غيره، فكل منهما متعلق للرضا،

فانتقال ماله يكون عن رضا، و غاية ما هناك عدم انتقال مال غيره برضاه لا انتقال ماله بلا رضاه، مع انه اخص من المدعى، إذ ربما يكون راضيا بانتقاله منفردا ايضا.

و منها: انه يلزم من الصحة عدم تبعية العقد للقصد، إذ ما قصد هو المجموع،

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٣٩

و طريق معرفة حصة كل منهما (١) من الثمن في غير المثلى ان يقوم كل منهما منفردا، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين (٢) مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلث دنانير و قيل أن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلى الثمن. و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الارشاد حيث قال: و يقسط المسمى على القيمتين. و لعله ايضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللعة من انهما يقومان جميعا، ثم يقوم احدهما. و لذا فسر بهذه العبارة المحقق الثانى عبارة الارشاد حيث قال:

طريق تقسيط المسمى على القيمتين الخ. لكن الانصاف ان هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاها على عبارة الارشاد التى اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمهما، معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج الى قولهم ثم يقوم احدهما، ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا الا امران تقويم كل منهما أو نسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

و ما وقع غيره.

قد ظهر جوابه مما ذكرناه في سابقه، فان البائع قاصد لانتقال ماله في ضمن قصده انتقال المجموع.

و منها: ان الثمن الواقع بازاء الجزء المملوك مجهول، فلا تصح المعاملة الواقعة عليه.

و فيه: ان المتيقن من دليل اعتبار العلم بالعوضين اعتبار العلم بما يجعل عوضا أو معوضا فى الانشاء لا اعتبار العلم بما ينفذ فيه البيع شرعا.

(١) و أما طريق معرفة حصة كل منهما، فلا اشكال فيما لو عين حصة كل منهما.

كما لو لاحظ البائع و المشتري وقوع حصة معينة من الثمن بازاء كل جزء من المثلث.

انما الكلام فيما لو لم يلاحظ ذلك و اوقعا العقد على المجموع، من ناحية معرفة الحصة و التقسيط. و لهم فى ذلك مسالك.

(٢) الاول ما اختاره المصنف قدس سره و فاقا لغيره، و هو: انه يقوم كل واحد منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٠

فالظاهر ارادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم احدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة احدهما الى قيمة المجموع. (١) و من هنا انكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد اطلاق القول بذلك، إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة (٢) كما فى مصراعى باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبتة إليه كنسبة الاثنى الى العشرة استحق من البائع واحداً من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة فى مقابل المصراع الواحد، مع انه لم يستحق من الثمن الا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر اعنى درهمين و نصفاً.

فإذا كان الثمن عشرة و كانت قيمة مال نفسه اربعة و قيمة مال غيره اثنتين، يرجع المشتري بثلث الثمن. إذ نسبة قيمة مال غيره الى مجموع القيمتين هى ذلك. و سيمر عليك ما يرد عليه.

(١) الثانى: ما عن المشهور، و هو: انه يقوم مجموع المالىين ثم يقوم مال غيره ثم تنسب قيمته الى قيمة المجموع فيؤخذ بتلك النسبة، فإذا كانت قيمة مصراعى الباب عشرة و كانت قيمة أحدهما اثنتين يرجع المشتري بخمس الثمن.

و لكن يرد عليه ما افاده المصنف بقوله.

(٢) إذ لا- يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل فى زيادة القيمة كما فى مصراعى الباب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم احدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة، فان لازم هذا القول رجوع المشتري بخمس الثمن فيبقى للبائع اربعة

في مقابل مصراع واحد، مع انه لم يجعل في المعاملة في مقابله الا نصف الثمن.

و يرد على الاول: هذا المحذور بعينه في صور الاختلاف، فانه في مثال الجارية و ابتها إذا باعها بعشرة و كانت قيمة الجارية في حال الانفراد ستة و في حال الانضمام اربعة و قيمة ابتها بالعكس، فإذا كانت البنت لغير البائع لازم ما اختاره الشيخ قدس سره رجوع المشتري الى البائع بخمسين من الثمن، مع انه انما جعل من الثمن بازائها ثلاثة اخماس. فالمتعين هو القول الثالث.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤١

و الحاصل ان البيع انما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الاجازة، و يصح في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع اجازة المالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر ان كلام الجماعة اما محمول على الغالب، من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من تقويمهما كل منهما منفردا، و يراد من تقويم احدهما تانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، و الا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج الى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها، و ان كان ضعيفا بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة احدهما المنفرد و بين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة

و هو الذي اختاره جمع من الأساطين، و هو.

انه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام، فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبتبه إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

و ذلك يظهر ببيان امور:

الأول: ان الهيئة الاجتماعية ربما لا تكون موجبة لزيادة القيمة و لا لنقصانها،

و ربما تكون موجبة لأحدهما. و على الثاني تارة: تكون موجبة للزيادة من الطرفين بالسوية كما في مصراعي الباب، و اخرى: تكون موجبة له باختلاف كما لو كان قيمة احدهما مع الانضمام خمسة و لا معه اربعة، و كان قيمة الآخر معه ستة و لا معه ثلاثة.

و ثالثة: تكون موجبة للنقصان من الطرفين بالسوية. و رابعة: تكون موجبة له باختلاف.

و خامسة: تكون موجبة للزيادة في احدهما و النقيصة في الآخر، كما لو باع جارية مع ابتها الصغيرة و فرضنا ان قيمة الام تنقص في صورة ضم ابتها إليها من جهة قيامها بتربيتها، و قيمة الصغيرة تزيد بذلك.

الثاني: ان كل جزء انما قوبل بجزء من الثمن في حال الانضمام لا مطلقا.

الثالث: ان الأوصاف لا تقابل بالمال، و تخلفها يوجب الخيار لارد جزء من الثمن.

و بهذه الأمور يظهر أن الأظهر هو الثالث،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٢

بحيث يكون قيمة احدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو ازيد، فإن هذا فرض ممكن، كما صرح به في رهن جامع المقاصد و غيره، فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثل، كما لو باع جارية مع امها قيمتهما مجتمعتين عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية، فإن نسبة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين (١) نسبة الشيء إلى مماثله فرجع بكل الثمانية، و كان من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن، فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت ان المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر، و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع انما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن جزء نسبتبه إليه كنسبة الدرهمين الى العشرة و هو درهم واحد.

فالزيادة ظلم على المشتري و ان كان ما أو همه عبارة الشرائع و شبهها من اخذ البائع اربعة و المشتري واحدا اشد ظلما، كما نبه عليه في بعض حواشى الروضة فاللازم ان يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا و على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا و قيمة هيئاته الاجتماعية.

قلت: فوات وصف الانضمام كسائر الاوصاف الموجبة لزيادة القيمة، ليس مضمونا في باب المعاوضات، و ان كان مضمونا في باب العدوان، غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة، و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين في الوجود، كعبد و جارية أو متحدا كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع اثلاثا لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه اقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة، هذا كله في القيمي.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٣

اما المبيع المثلى فإن كانت الحصّة مشاعة قسط الثمن (١) على نفس المبيع فيقابل كل من حصتى البائع و الا-جنى بما يخصه و ان كانت حصّة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي (٢) من ملاحظة قيمتى الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار،

فإن علم انه اراد نصفه، أو نصف الغير عمل به، و الا- فإن علم انه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا- مفهوم هذا اللفظ، ففيه احتمالان: حملة على نصفه المملوك له، و حملة على النصف المشارع بينه و بين الأجنبي (٣)

(١) قوله اما البيع المثلى فان كانت الحصّة مشاعة قسط الثمن على نفس البيع ما افاده المصنف قدس سره يتم على ما اخترناه في طريق تقسيط الثمن و لا يتم على مسلكه فانه قد يتفاوت الحصتان، كما لو كانت حصّة احدهما تسعة امان و حصّة الآخر منا واحدا-، و يكون الاختلاف في القيمة في صورتى الانضمام و الانفراد في الحصّة الاولى قليلا و في الثانية ازيد كما لا يخفى.

(٢) قوله و ان كانت حصّة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي اورد عليه المحقق

النائني قدس سره بانه يمكن ان يكون المثلى مفروزا و يكون مع ذلك كل من النصيبين من كومة واحدة و صبرة خاصة فيجب ان يقابل كل من الحصتين بما يخصه من الثمن فيكون كالمثلى المشاع لا كالقيمي.

و فيه انه كما يتصور ذلك يتصور الاختلاف فلا بد من بيان ما يفيد في جميع الصور و هو ما افاده المصنف قدس سره.

بيع نصف الدار

بقى الكلام هنا في مسالتين:

(٣) احدهما: ما لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار و قبل الشروع في البحث فيها لا بد من تقديم مقدمتين:

الأولى: في بيان الكسر المشاع و ان الشركة الحاصلة في المبيع على اى كيفية،

و العمدة فيه مسلكان:

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٤

...

احدهما: ما هو المنسوب الى المشهور، و هو: ان معنى الشركة على الاشاعة ان كل جزء يفرض في الجسم فكل واحد من الشريكين المساويين مالک لنصف هذا الجزء.

ثانيهما: ان كل واحد منهما مالك لتمام المملوك، و انما الملكية تكون ضعيفة و ناقصة، فالأخوان الوارثان لأبيهما هما معا بالإضافة الى المال كأبيهما، و طرف اضافة الملكية هما مجتمعا، و كل منهما مالك لجميع المال، و لكن بالملكية الناقصة لا التامة. و قد استدل للأول: بان المشهور بين المتكلمين و بعض الحكماء قبل الإسلام و ان كان ان مادة الجسم المطلق هي الأجزاء التي لا تقبل القسمة لا خارجا و لا ذهنا و يسمى كل جزء من هذه الأجزاء بالجواهر الفرد و الجزء الذي لا يتجزأ. و لكن بطلان هذه المقالة - كبطلان مقالة النظام، حيث ذهب الى ان الجسم مؤلف من اجزاء غير متناهية - في عصرنا من اوضح البديهيات، لأن كل ما يشار إليه بالإشارة الحسية لا بد ان يكون ما يحاذي منه جهة الفوق غير ما يحاذي منه جهة التحت، و كذا باقى الجهات، فلا محيص من ان يكون منقسما و ان لم يكن لنا آلة لتقسيمه. مضافا الى ما برهنوا عليه من لزوم تفكك الرحي و نفى الدائرة. و عليه فكل جزء يفرض فى الجسم كل واحد من الشريكين مالك لنصف ذلك الجزء.

و فيه: ان هذا البرهان لو تم لاقتضى امكان ذلك لا كون ما فى الخارج كذلك، و الأرجح فى النظر هو الثانى، و ذلك لأنه مضافا الى انه المناسب للفهم و الوجدان و يلائم مع الطبع يشهد له وجهان: احدهما: انه لا- إشكال فى ان الشئ الخارجى الذى يكون ملكا و مالا لو قسم ربما يصل الى حد يسقط عن المالية و الملكية لو نصف، فعلى هذا لو خلف الميت شيئا له المالية و كان ورثته متعددين لو قسم ذلك بحسب تعددهم لا يكون كل جزء منه ملكا يلزم البناء على عدم كونه ملكا لأحد، و هو كما ترى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤٥

...

الثانى: ان المملوك المشترك ربما يكون من الأعراض و الأفعال و الأعمال غير القابلة للقسمة لبطاقتها كالصلاة و رفع الحجر من الأرض و نحو ذلك، و لا معنى للالتزام بالملكية بالمعنى الأول فى هذه الموارد، فلا مناص عن البناء على ما اخترناه، و هذه آية قطعية عليه.

و اصف الى ذلك كله عدم معقولية المعنى الأول، فان كل ما فى الخارج يكون معينا، و لا معنى لوجود شئ فى الخارج غير معين فى الواقع، و حيث ان الكسر المشاع بذلك المعنى غير معين فلا يمكن الالتزام به.

فتحصل مما ذكرناه: ان معنى الملكية المشاعة هو ملكية الشركاء، كل منهم لجميع المال بالملكية الضعيفة، و نظيره فى التكوينيات رفع جماعة حجرا واحدا، حيث ان الرفع يستند الى مجموعهم. فعلى هذا معنى بيع نصف الدار بيعه بتمامه باعطاء الملكية الناقصة و هذه مسامحة فى التعبير، و شاع ذلك.

الثانية: فى تعيين محل النزاع و البحث.

لا خلاف و لا إشكال فيما لو علم بانه اراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص به، أو نصف غيره، أو المشاع فى الحصتين. و انما الكلام فى موردين:

الأول: ما لو علم انه قصد شيئا معينا و كان ذلك مشتبهها و غير معلوم عندنا.

الثانى: ما لو علم بانه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ.

و ظاهر الشيخ اختصاص النزاع بالمورد الثانى.

و صريح السيد قدس سره اختصاصه بالمورد الأول.

و ذهب المحقق النائنى قدس سره الى التعميم.

لا- ينبغي التوقف في كون الأول مورد النزاع، و لم يذكر وجه لعدم النزاع فيه، و أما ما ذكر في وجه عدم جريان النزاع في المورد الثاني.

و حاصله: ان الظهورات انما تكون لتشخيص المرادات و المفروض انه لم يقصد المتكلم خصوصية ملكه أو ملك غيره، و انما قصد مفهوم النصف الذي مقتضاه ليس الا الاشاعة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٦

و منشأ الاحتمالين. اما تعارض ظاهر النصف اعني الحصه المشاعه في مجموع النصفين (١) مع ظهور انصرافه في مثل المقام من مقامات التصرف الى نصفه المختص (٢) و ان لم يكن له هذا الظهور في غير المقام، و لذا يحمل الاقرار على الاشاعة، كما سيجيء، أو مع ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه (٣) لأن مال الغير لا- بد فيه اما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه، و أما من بناءه على تملكه للمال عدوانا، كما في بيع الغاصب، و الكل خلاف المفروض هنا، و 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 المبيع هنا ظهور في عبد الغير، فبقى ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع في مقام التصرف الى مال المتصرف سليمان عن المعارض،

فبرد عليه ان المراد من انه لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ ليس خلو الكلام عن المراد الجدوى، بل المراد انه انما قصد مفهوم هذا اللفظ و تعلقت ارادته الجدوية به هكذا، اي بما يقتضيه ظهور هذا الكلام و لو بلحاظ المقام مع خلوه عن الإرادة التفصيلية.

و على هذا فيقع الكلام في موردين:

الأول: فيما إذا لم يقصد الا مفهوم هذا اللفظ.

الثاني: فيما إذا قصد معنا غير معلوم لنا. و حيث ان المدرك و كذلك المختار في الموردين واحد فلا حاجة الى البحث في كل من الموردين مستقلا.

(١) و كيف كان: فقد ذكر في وجه ظهور الكلام في النصف المشاع بينه و بين الأجنبي: ان النصف ظاهر في الحصه المشاعه في مجموع الحصتين.

و اورد عليه المصنف قدس سره بان هذا الظهور يعارض مع ظهورين آخرين:

(٢) احدها: ظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة لانشاء البيع.

(٣) ثانيهما: ظهور انشاء البيع في البيع لنفسه لأن بيع مال الغير يتوقف على نية الغير أو كونه له أو البناء عليه عدوانا، و الكل خلاف المفروض، و هو قده من جهة هذا التعارض توقف في المسألة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٧

يفسر بهما اجمال لفظ المبيع، ثم انه لو كان البائع و كيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكة في هل هو كأجنبي؟ وجهان مبنيان على ان المعارض لظهور النصف في المشاع هو انصراف لفظ المبيع الى مال البائع في مقام التصرف أو ظهور التمليك في الاصله الاقوى هو الأول لأن ظهور التمليك في الاصله من باب الاطلاق و ظهور النصف في المشاع و ان كان كذلك ايضا الا ان ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق و ما ذكره الشهيد الثاني من عدم قصد الفضولي الى مدلول اللفظ و ان كان مرجعه الى ظهور وارد على ظهور المقيد، الا- انه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود في الوكيل و الولي، فالأقوى فيهما الاشتراك في المبيع تحكيما لظاهر النصف، الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع. (١)

و أما ملاحظة حقي المالين و ارادة الاشاعة في الكل من حيث انه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض.

ومن المعلوم ان النصف المشاع بالمعنى المذكور، يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه، فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا في بيع ذلك من غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه، لأنه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له،

وفيه: انه لم سلم ظهور النصف في المشاع بين الحصتين و لم نلتزم بما افاده المصنف قدس سره في اثناء كلامه من انه ظاهر في نفس المشاع لا في المشاع بين الحصتين، قال.

(١) الا ان يمنع ظهور النصف الا في النصف المشاع في المجموع لا.

ريب في انه ظهور اطلاقى ناش عن انتفاء ما يوجب التعيين، فظهور مقام التصرف في ارادة حصته المختصة يمنع عن انعقاده. فالأظهر الحمل على نصفه المختص.

اللهم الا ان يقال كل منهما يصلح للمنع عن انعقاد الآخر فلولا الوجه الاول كان المتعين التوقف.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٨

ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم، لو انه اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق (١) استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي لا نصف الباقي و قيمة نصف الموهوب. و ان ذكروا ذلك احتمالا، و ليس الا من جهة صدق النصف على الباقي، فيدخل في قوله تعالى: فنصف ما فرضتم.

و ان كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه: لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلا للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات، بل لا تغاير بينهما الا بالاعتبار، فلا وجه لاعتبار القيمة، نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة، مع كونها قيمة. لكن الظاهر انهم لم يريدوا هذا الوجه، و أنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام،

(١) قوله ذكر جماعة انه لو اصدق المرأة عينا فوهبت نصفها استحق الزوج النصف الباقي.

ان بنينا على ان المرأة تملك بالعقد نصف المهر و بالدخول تملك نصفه الآخر تكون هذه المسألة بعينها مسألتنا لان محل البحث في المقام لا يكون خصوص البيع فالوجه في حكمهم استحقاق الزوج بالطلاق النصف الباقي هو ما ذكرناه.

و أما ان قلنا بانها تملك تمام المهر و بالطلاق قبل الدخول يرجع نصفه الى الزوج، فهي - اجنبية عن المقام.

فان المرأة حين ما وهبت النصف كانت مالكة لجميع المال و الطلاق ليس انشاء لرد النصف كي يجرى فيه هذا النزاع فتدبر.

اللهم الا ان يقال ان ما ذكره المصنف قدس سره الذى اشار إليه هنا هو عدم التنافى بين ظهور النصف فى الاشاعة و حمله على نصفه المختص من باب انه من ملك كليا يملك مصداقه.

فما ذكروه فى صداق المرأة نظيرا للمقام من هذه الجهة فان حكم الشارع الاقدس برد نصف المهر فى قوة تمليك الزوجة نصفه للزوج.

فيكون من باب انه من ملك كليا يملك مصداقه إذ المرأة مالكة لمصداق النصف فيكون نظيرا للمقام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٤٩

و نظيره فى ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه فى باب الصلح (١) من انه: إذا اقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة كالارث، فصالحه المقر له على ذلك النصف، كان النصف مشاعا فى نصبيهما فإن اجاز شريكه نفذ فى المجموع و الا نفذ فى الربع، فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن وقع الصلح على نصفه الذى اقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الاقرار مع غير المقر أو معه، و ان اوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف ايضا الى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه و

بين شريكه، و لذا اختار سيد مشايخنا قدس الله اسرارهم اختصاصه بالمقر له، و فصل في المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذى اقر به ذو اليد، فاختار مذهب المشهور فى الثالث، لأن الإقرار منزل على الاشاعة، و حكم بالاختصاص فى الأولين لاختصاص النصف وضعا فى الأول و انصرافا فى الثانى الى النصف المختص، و اعترضه فى مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به. و تمام الكلام فى محله و على كل حال، فلا- اشكال فى ان لفظ النصف المقر به إذا وقع فى كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه الى نصفه يحمل على المشاع فى نصيبه و نصيب شريكه، و لهذا افتوا ظاهرا على انه لو اقر احد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين، بأن ثلث العين لفلان،

حمل على الثلث المشاع فى النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر الى المقر له نصف ما فى يده، لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه فى النصف، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبتته الى المقر و المقر له على حد سواء، فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع الاستحقاق و دعوى ان مقتضى الاشاعة تنزيل المقر به على ما فى يد كل منهما

(١) قوله و نظيره فى ظهور المنافاة لما هنا ما ذكره فى باب الصلح.

و قد اورد عليه بان الاصحاب فى مسألة، هبة المرأة نصف صداقها حملوا النصف على النصف الباقي، و فى باب الصلح ذكروا انه إذا اقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالارث فصالحه المقر له ذلك النصف مشاعا فى نصيبهما.

فما ذكره المصنف قدس سره ان كان حمل النصف على النصف المختص لم يكن ما ذكره فى

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٥٠

فيكون فى يد المقر سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال ان له فى يد كل منهما سدسا و اقراره بالنسبة الى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب الا ان يدفع إليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقر به، و قد تالف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعه، بأن ما فى يد الغير ليس عين ماله،

فيكون كما لو اقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره و هو مقدار حصته المشاعة كحصه المقر و حصه المقر و حصه المقر له بزعم المقر، الا- انه لما لم يجبر المكذب على دفع شىء مما فى يده، فقد تالف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده، الا على احتمال ضعيف، و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغضوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه، لكنه احتمال مضعف فى محله و ان قال به أو مال إليه بعض على ما حكى، للخرج أو السيرة. نعم يمكن ان يقال بأن التالف فى هذا المقام حاصل باذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر، و الشارع انما اذن له فى اخذ ما يأخذه على انه من مال المقر له، فالشارع انما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر شىء، و ليس هذا كأخذ الغاصب جزءا معيناً من المال عدواناً بدون اذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين.

فى المسألة الاولى منافيا له، و ان كان حمله على النصف المشاع لم يكن ما ذكره فى المسألة الثانية منافيا له.

و ما ذكره المصنف قدس سره فى المقام امران- احدهما- ظهور النصف فى نفسه فى المشاع- ثانيهما- ظهور التصرف و انشاء البيع فى ارادة النصف المختص، و فى باب هبة المرأة نصف صداقها على فرض كونها مالكة لجميع المهر لا معارض لظهور النصف فى المشاع فحكمهم بالحمل على النصف المختص ينافى هذا الظهور، و فى باب الصلح حيث ان المقر له يوقع الصلح و ينشئه على النصف فحملة على النصف المشاع ينافى الظهور الثانى إذ الصلح انما يكون كالبيع من هذه الجهة كما لا يخفى، و بالجملة ما ذكره قدس سره فى المقام امران، و ما ذكره فى احد الفرعين ينافى احدهما، و ما ذكره فى الآخر فى الثانى،

هذا ما يرجع الى شرح العبارة- و أما تنقيح القول في المسألتين و بيان وجه عدم التنافي بين ما ذكره هنا و ما ذكره فيهما فموكول الى محل آخر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥١

و الحاصل ان اخذ الجزء كان بأذن الشارع، و انما اذن له على ان يكون من مال المقر له، و لعله لذا ذكر الاكثر بل نسبه في الايضاح الى الاصحاب في مسألة الاقرار بالنسب، ان احد الاخوين إذا اقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثلث، و لا يدفع إليه نصف ما في يده نظرا الى انه اقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان لهما و كلما توى كان كذلك هذا، و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة ان الشارع الزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي اقر به. و من المعلوم ان مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر: هو كان ما في يده على حسب اقراره بالمنصفه. و أما المنكر عالما فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه الا ما قابل حصته عما في يدهما و الزائد حق لهما عليه.

و أما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور و ان صاروا إلى ما ذكره، و حكاة الكليني عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته الا انه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة، حتى قوى في المسالك الحمل على الاشاعة و تبعه سبطه و سيد الرياض في شرحي النافع. و الظاهر ان مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل اصحاب الحديث، كالفضل و الكليني بل و غيرهما، فروى الصدوق مرسلا و الشيخ مسندا عن ابي البختری و وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل مات و ترك ورثة، فافر احد الورثة بدين على ابيه انه يلزم ذلك في حصته بقدر ما ورت و لا يكون ذلك في ماله كله. و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجز ذلك على الورثة، و إن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما قدر ما ورتا،

و كذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته. و بالإسناد قال: قال على عليه السلام من أقر لآخيه فهو شريك في المال و لا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان فكذلك، إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب في الميراث معهم، و عن قرب الأسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد و تمام الكلام في محله من كتاب الإقرار و الميراث إنشاء الله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٢

مسألة: لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر و الخنزير صفقة بثمن واحد (١)

صح في المملوك عندنا، كما في جامع المقاصد و اجماعا كما في الغنية، و يدل عليه اطلاق مكاتبه الصغار المتقدمة، و دعوى انصرافه الى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعه، بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود عدا ما يقال من ان التراضي و التعاقد انما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصودا الا- في ضمن المركب يحتاج الى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض، و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه، و قد نبه عليه في جامع المقاصد في باب فساد الشرط و ذكر ان الفرق بين فساد الشرط، و الجزء عسرا، و تمام الكلام في باب الشروط و يكفي هنا الفرق بالنص و الاجماع، نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري لما ذكره في المسالك، وفاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال في التذكرة بعد ذلك، و ليس عندي بعيدا من الصواب الحكم بالبطلان، فيما إذا علم المشتري حرمة الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه، انتهى

بيع ما يقبل التملك و ما لا يقبله

(١) الثانية لو باع ما يقبل التملك و ما لا يقبله كالخمر صفقة بثمن واحد: فلا خلاف

في صحة البيع في المملوك، و عن غير واحد: دعوى الإجماع عليها.

و يشهد- مضافا الى ذلك.

و إلى العمومات التي عرفت في مسألة بيع الملك و غير الملك تقريبا دلالتها على الصحة في أمثال المقام.

و ان ما ذكر في وجه عدم شمولها لها تارة لعدم المقتضى و اخرى لعدم المانع غير تام، فراجع ما حققناه.

اطلاق مكاتبه الصفار المتقدمة المتضمنة انه لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك «١».

فانها باطلاقها تشمل ما إذا كان بعض القرية وقفا عاما غير مملوك لأحد

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٣

و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع الذي قصد الى نقله عرفا،

و ان علم الناقل بعدم امضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل «البيع»

حقيقته فيبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه عن الشارع، مع انه

لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك لا البطلان (١) لأن المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه

بعدم سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن، كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه حيث قال: ان

هذا الحكم مقيد بجهل المشتري بعين المبيع و الا لكان البذل بازاء المملوك ضرورة ان القصد الى الممتنع كلا قصد انتهى.

لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط و ان كان مناسبا لما ذكره في بيع مال الغير من العالم من

عدم رجوعه بالثمن الى البائع،

لأنه سلطه عليه مجانا، فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك،

اما لوقوع المجموع في مقابل المملوك كما عرفت من الحواشي. اما لبقاء ذلك القسط له مجانا (٢) كما قد يلوح من جامع المقاصد

و المسالك، الا انك قد عرفت ان الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد، ثم ان طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره يعرف

مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير، من ان العبرة بتقويم كل منهما منفردا و نسبة قيمة المملوك الى مجموع القيمتين،

(١) قوله مع انه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن الى المملوك.

و فيه ان وقوع مجموع الثمن بازاء الشيء لا واقع له سوى جعل المعامل و المفروض انه جعل فيه بازاء المملوك بعض الثمن.

(٢) قوله و أما لبقاء ذلك القسط له مجانا.

و فيه اولا ما تقدم في محله من عدم تمامية ذلك في بيع مال الغير من العالم.

و ثانيا انه لو تم فيه لا يتم في المقام فان المجانية هناك لم تكن من ناحية المعاملة بل كانت من ناحية التسليط المجاني غير المفروض

في المقام.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٤

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك (١) و قد ذكروا ان الحر يفرض عبدا بصفاته و يقوم، و الخمر و الخنزير يقومان

بقيمتها عند من يراهما مالا، و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار، و

يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتها إذا باع الخنزير بعنوان انها شاء،

و الخمر بعنوان انها خل، فبان الخلاف، بل حزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل و الشاء.

(١) قوله لكن الكلام هنا في طريق معرفة غير المملوك.

طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في مسألة ما لو باع ماله مع مال الغير من انه يقوم كل واحد منفردا، لكن بملاحظة حال الانضمام فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته الى مجموع القيمتين.

لكن الأشكال هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك لفرض انه لا قيمة له.

لا اشكال فيما إذا باع غير المملوك بعنوانه كما لو ضم الخمر الى الخل فباعهما بصفقة واحدة، فانه يعرف قيمة الخمر بالرجوع الى من يراها ملكا و مالا، انما الأشكال فيما إذا باعه بعنوان ما يملك، كما لو باع شاة و خنزيرا بعنوان انهما شاتان.

و الأظهر انه يقوم قيمة المملوك - اى الشاة - لأن بذل المال انما يكون بازاء الصورة النوعية و الا فالأجسام من حيث هي لا ماليتها لها و لا- يبذل بازائها المال. و المراد بها الصورة النوعية العرفية، ففي المقام بذل جزء من الثمن بازاء الشاة دون الخنزير فلا بد من لحاظ ذلك في مقام التقويم.

هذا إذا كان غير المملوك مالا عرفا، و أما ان لم يكن مالا فقد اختار السيد الفقيه بطلان البيع في هذه الصورة من جهة انه لا يمكن تعيين ما بازاء غير المملوك لأنه لا- قيمة له، و لا يمكن البناء على الصحة بالنسبة الى المملوك في تمام الثمن لأنه جعل بازاء غير المملوك في المعاملة بعضه فيتعين البناء على البطلان.

و فيه: انه يتم في صورة الجهل فانه يجعل بازاء ما لا يملك جزء من الثمن، و لا يتم في صورة العلم من جهة انه في تلك الصورة لا يجعل بازائه شىء من الثمن و يكون ذلك نظير ضميمه الأوساخ، فلا محالة يصح البيع في تمام الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٥

مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء (١)

إشارة

و يدل عليه قبل الاجماع الاخبار المستفيضة (٢) المصرحة في موارد كثيرة، و فحوى سلطنتهما على بضع البنت في باب النكاح. (٣)

ولاية الأب و الجد

(١) مسألة: يجوز للأب و الجد ان يتصرفا في مال الطفل بالبيع و الشراء بلا خلاف.

و في الجواهر: دعوى الإجماع بقسميه عليه، و في غير واحد من الكتب: دعوى ذلك.

(٢) و استدلل له المصنف قده: بالاخبار المستفيضة المصرحة في موارد كثيرة.

(٣) و فحوى سلطنتها على بضع البنت في باب النكاح «١».

و فيه: ان النصوص المستفيضة المشار إليها طوائف:

الأولى: ما تضمنت الأخذ من مال الولد «٢».

الثانية: ما وردت في تقويم الأب جارية ولده الصغار ثم يصنع بها ما شاء «٣».

الثالثة: ما وردت في جواز اتجار الوصى بمال الطفل إذا كان قد اوصى ابوه بذلك «٤».

و لا يصح الاستدلال بشىء منها.

اما الأولى: فلأنها واردة في تصرف الأب لنفسه استقلالا لا تصرفه لابنه، مع انها واردة في الولد مطلقا صغيرا كان ام كبيرا، بل مورد

اكثرها البالغ، و في بعضها التقييد بصورة الحاجة و الاضطرار، و في بعضها المنع عن الأخذ إذا كان الولد ينفق عليه باحسن النفقة،

مع انها مختصة بالأب غير متعرضة للجد.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

(٢) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩- من ابواب ما يكتسب به.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ و ٧٩- من ابواب ما يكتسب به.

(٤) الوسائل - باب ٩٢- من ابواب احكام الوصايا.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٦

...

و أما الثانية: فلأنه من الممكن اختصاص ذلك بالجارية من جهة ان الشارع الأقدس قد وسع في اسباب حلية الوطاء بما لم يوسع في سائر المعاملات كما تقدم في مبحث الفضولي.

مع ان فيها ما ورد في الكبير كصحيح ابن محبوب الوارد في تقويم جارية البنت التي قد اهداها إليها ابوها حين زواجها.

مع انها من جملة ادلة جواز تصرفاته الراجعة الى نفسه و سييلها سبيل تلك الأدلة.

و أما الثالثة: فعدم دلالتها على الولاية في حال الحياة واضح.

و أما الفحوى فقد تقدم في مبحث الفضولي المناقشة في فحوى نفوذ النكاح بالإضافة الى سائر المعاملات. فراجع.

و لكن مع ذلك اصل الحكم مما لا ينبغي التوقف فيه.

لبناء العقلاء عليه و عدم ردع الشارع عنه.

و اجماع الامه عليه.

و جملة كثيرة من النصوص الدال بعضها كنصوص الاتجار بماله الوارد في باب الزكاة «١» و المؤيد غيره كالنصوص المتقدمة.

بقي الكلام في الجملة المذكورة في جملة من الأخبار) انت و مالك لأبيك «٢» لا اشكال في عدم كون اللام للملك لعدم مملوكية رقبه الولد لأحد.

و ما له المفروض كونه ملكا له لا يعقل كونه ملكا لأبيه.

و كذا لا ينبغي التوقف في عدم كونها للاختصاص بعنوان كونه و ما له تحت ولايته لأنها وردت في الكبير ايضا، و لا كلام في عدم ولايته على ولده الكبير.

بل الأمر يدور بين امرين:

الأول: ان تكون اللام للاختصاص بنحو السلطنة على الانتفاع به و بما له، فسييلها حينئذ سبيل النصوص المتقدمة الدالة على ذلك.

(١) الوسائل - باب ٢- من ابواب من تجب عليه الزكاة.

(٢) الوسائل - باب ٧٨- من ابواب ما يكتسب به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٥٧

و المشهور عدم اعتبار العدالة (١) للأصل (٢) و الاطلاقات، و فحوى الاجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق في التزويج،

خلافًا للمحكى عن الوسيلة و الايضاح فاعتبراها فيهما

الثانى: ان تكون لإفادة كون الولد موهوبا تكوينا للأب و انتسابه إليه بكونه ولده.
و يؤيد الثانى المكاتبة الواردة عن الإمام الرضا (عليه السلام) حيث قال: و علة تحليل مال الولد لوالده بغير اذنه و ليس ذلك للولد لأن الولد موهوب للوالد فى قوله عز و جل ... الخ «١» و عليه فهى حكمه التشريع.
و بعبارة اخرى: انها علة التحليل فى مقام الثبوت لا الإثبات، و تدل على ان منشأ جعل تلك الآثار ذلك.
و لا تكون هى متكفلة لحكم جعلى فلا يتمسك باطلاقها.
انما الكلام يقع فى جهات:

اعتبار العدالة

الأولى: فى انه هل يعتبر فى ولاية الأب و الجد العدالة- كما عن الوسيلة و الايضاح.
(١) ام لا يعتبر- كما هو المشهور بين الاصحاب؟- وجهان قد استدل لعدم الاعتبار بوجوده:
(٢) الاول: الاصل، تمسك به المصنف قده فى مقابل الاطلاق، و عليه فليس المراد به القاعدة المستفادة منه.
بل المراد به الأصل العملى.
و لذا اورد عليه جمع ممن تأخر عنه منهم المحقق النائينى قدس سره: بان الأصل بالعكس،
لأن نفوذ تصرف شخص فى مال غيره يتوقف على الدليل، و مع عدمه الأصل يقتضى عدم نفوذه.

(١) الوسائل - باب ٧٨- من ابواب ما يكتسب به حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٥٨

مستدلا فى الاخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه، و لا يصرف عن ماله (١)
و يستحيل من حكمه الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته و اخباراته عن غيره، مع نص القرآن على خلافه، انتهى.
و لعله اراد بنص القرآن آية الركون الى الظالم التى اشار إليها فى جامع المقاصد. (٢) و فى دلالة الآية نظر، و أضعف منها ما ذكره
فى الايضاح من الاستحالة إذ المحذور يندفع

و لكن الظاهر ان مراده بالأصل هو استصحاب عدم الردع بعد ثبوت عدم اعتبارها عند العقلاء و عدم ثبوت ردع من الشارع الأقدس،
و عليه فلا ايراد عليه.

الثانى: الاطلاقات، تمسك بها الشيخ قدس سره و تبعه غيره و لا بأس به ان كان هناك اطلاق، و قد تقدم الكلام فيه.

الثالث: الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق على التزويج.

و هو كما ترى.

و قد استدل لاعتبار العدالة بوجهين:

(١) الاول: انها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يعرب عن حاله و يستحيل من حكمه الصانع جعل الفاسق امينا يقبل اقراراته و
اخباراته عن غيره.

وفيه: اولاً: ان المنافى للحكمة جعل من لا يبالي بالخيانة ولياً، فإذا فرضنا تحديد الولاية بالتصرفات التى لا مفسدة فيها- لا سيما إذا
كان مامونا من هذه الجهة خصوصاً بملاحظة شفقة الابوة و رأفته- لم يكن فسقه مانعاً عن جعله ولياً.

و ثانياً: ما ذكره المصنف قدس سره فيما بعد بقوله:

بان الحاكم متى ظهر عنده اختلاف حال أبو الطفل اى رؤية آثار ضيق المعاش عليه أو اختلاف حاله فى ثروته منعه من التصرف فى ماله ...

(٢) الثانى: نص القرآن.

وقد استظهر المصنف قدس سره ان المراد به آية الركون الى الظالم «١»

(١) هود، ١١٤.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٥٩

كما فى جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلاف حال أبو الطفل عزله و منعه من التصرف فى ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه، فولايته ثابتة و ان لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد احواله، انتهى.

، و استظهر بعض مشايخنا ان المراد به آية النبأ «١».

تقريب الاستدلال بالاولى احد وجهين.

احدهما: ان جعله تعالى الفاسق امينا و وليا ركون منه الى الظالم، مع انه نهى عنه.

ثانيهما: ان المعاملة مع الأب بعنوان انه ولى الطفل ركون إليه، و هو منهى عنه.

و فى كليهما نظر:

اما الأول: فمضافا الى انه استدلال بفحوى الآية لا بنصها من جهة ان الناهى عن شىء كيف يفعله.

انه غير تام، إذ مجرد جعله امينا و وليا كجعل شخص و كيلا ليس ركونا إليه.

مع ان الملاك غير معلوم، و لعله لركون العبد مفسدة ليست فى ركون المولى.

و أما الثانى: فلأن المعاملة مع الأب بعنوان ان الله تعالى جعله امينا و وليا ليست ركونا من العبد إليه، فانها كالمعاملة معه بما انه مالك أو وكيل.

هذا كله مضافا الى ان الظالم اخص من الفاسق.

اضف الى ذلك ما قيل من ورودها فى سلاطين الجور و ان المراد بالركون الدعاء لهم بالبقاء.

و أما الآية الثانية: فيرد على الاستدلال بها: ان قبول اخبار الفاسق و اقراره حينئذ انما يكون من جهة كونه وليا حيث انه من ملك شيئا

ملك الإقرار به، و لا ينافى مع عدم قبوله منه عن غيره من حيث هو، و الآية متضمنة للثانى.

مع ان عدم قبول اخباره و اقراره لا ينافى ثبوت الولاية.

مضافا الى ان قبول اخباره و اقراره بعد ثبوت الولاية بما انه بلسان انه و ماله لأبيه غير قبول اخباره عن غيره، بل هو فى حكم قبول

اقراره على نفسه.

فالأظهر عدم اعتبار العدالة.

(١) الحجرات، ٧.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٦٠

و هل يشترط فى تصرفه المصلحة؟ أو يكفى عدم المفسدة، ام لا يعتبر شىء (١) وجوه، يشهد للاخير اطلاق ما دل على ان مال الولد

لوالد (٢) كما فى رواية سعد بن يسار و انه و ماله لأبيه، كما فى النبوى المشهور و صحیحة ابن مسلم ان الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء، و ما فى العلل عن محمد بن سنان عن الرضا عليه السلام من ان علة تحليل مال الولد لوالده ان الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى: يهب لمن يشاء اناثا و يهب لمن يشاء الذكور و يؤيده اخبار جواز تقويم الابن على نفسه، لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الاب (٣) كما يشهد له قوله عليه السلام فى رواية الحسين ابن ابى العلاء، قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام ما يحل للرجل من مال ولده؟ قال: قوته بغير سرف إذا اضطر إليه، قال: فقلت له قول رسول الله صلى الله عليه و آله للرجل الذى اتاه فقدم اباه

اعتبار المصلحة فى التصرف

(١) الجهة الثانية: هل يشترط فى تصرفهما المصلحة أو يكفى عدم المفسدة ام لا يعتبر شىء وجوه.

و الكلام فيها فى موردين:

الأول: فى اعتبار عدم المفسدة.

الثانى: فى اعتبار المصلحة.

اما المورد الأول: فعن غير واحد: دعوى الإجماع على اعتباره.

(٢) و استدل لعدم الاعتبار باطلاق النبوى و غيره من النصوص.

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بانه لا بد من تقييده بما يقيد من الاخبار جواز تصرف الأب فى مال الابن بصورة الحاجة كخبر الحسين بن ابى العلاء «١».

أو بان لا يكون فيه سرف كصحیح ابن مسلم «٢».

أو كونه مما لا بد منه معللا بان الله لا يحب الفساد كصحیح الثمالى «٣».

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٨.

(٢) نفس المصدر، ح ١.

(٣) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به حديث ٢.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٤١

فقال له انت و مالك لأبيك. فقال: انما جاء بأبيه الى النبى صلى الله عليه و آله فقال يا رسول الله صلى الله عليه و آله هذا ابى ظلمنى ميراثى من أمى فاخبره الاب انه قد انفق عليه و على نفسه،

فقال النبى صلى الله عليه و آله انت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شىء أو كان رسول الله صلى الله عليه و آله يجبس الاب للابن؟! و نحوها صحیحة ابى حمزة الثمالى عن ابى جعفر عليه السلام قال:

قال رسول الله صلى الله عليه و آله انت و مالك لأبيك، ثم قال: لا نحب ان يأخذ من مال ابنه الا ما يحتاج إليه، مما لا بد منه ان الله لا يحب الفساد، فإن الاستشهاد بالآية يدل على ارادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة، و انه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل. هذا كله مضافا الى عموم قوله تعالى: و لا- تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن (١) فإن اطلاقه يشمل الجد و يتم فى الاب بعدم الفصل، و مضافا الى ظهور الاجماع على اعتبار عدم المفسدة، بل فى مفتاح الكرامة استظهر الاجماع تبعاً لشيخه فى شرح القواعد على اناطة جواز تصرف الولى بالمصلحة، و ليس ببعيد فقد صرح به فى محكى المبسوط حيث قال: و من يلى امر الصغير و

المجنون خمسة: الأب، و الجد للاب، و وصى الاب و الجد للاب، و وصى الاب، و الحاكم و من يأمره، ثم قال: و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم الا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لانهم انما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لاحظ فيه كان باطلا، لأنه خلاف ما نصب له، انتهى.

و قال الحلبي في السرائر لا يجوز للولي التصرف في مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال، و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه، و هذا الذي يقتضيه أصول المذهب انتهى.

(١) و بالآية: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هي احسن «١» بتقريب انها تشمل الجد و يتم فى الأب بعدم الفصل. و بالإجماع.

اما الأخبار فهى تدل على جواز اخذ الأب لنفسه مع الحاجة، و هذا غير مربوط بتصرفه فيه بعنوان الولاية الذى هو محل الكلام فى المقام.

(١) الانعام، ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٢

و قد صرح بذلك ايضا المحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم، بل فى شرح الروضة للفاضل الهندي ان المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء، و استظهر فى مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين، و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد ان قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله انه لو باع الولي بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الاتلاف بالاقتراض؟ لأننا قائلون بجواز اقتراض ماله، و هو يستلزم جواز اتلافه، قال: و توقف زاعما، انه لا يقدر على مخالفة الاصحاب.

و أما الآية الشريفة: ففى شمولها للجد تأمل، لأن من له الجد لا يصدق عليه اليتيم، فتأمل، مع ان عدم الفصل غير ثابت.

و أما الإجماع: فليس تعبديا يكشف عن رأى المعصوم عليه السلام.

و بما ذكرناه يظهر ما فى كلمات المحقق النائيني قدس سره، فانه بعد الايراد على الشيخ قدس سره قال:

فى جعلها الشفقة و المحبة، و عليه فكما يجوز تصرفه مع الضرر فى ماله يجوز تصرفه فى مال المولى عليه، ثم قال: الا ان ينعقد اجماع على خلافه أو يتمسك بالآية الشريفة.

فالحق فى الجواب عن هذا الوجه منع الاطلاق كما تقدم.

هلصحمو: ان جملة انت و مالك لأبيك ليست فى مقام جعل الحكم و الولاية و انما هى فى مقام بيان حكمه التشريع.

و أما ما رتب عليه فجواز الانتفاع بماله اجنبى عن المقام و مقيد بصورة الحاجة و بغير سرف، و بما إذا لم ينفق عليه باحسن نفقة.

و جواز الاقتراض. مضافا الى كونه غير مربوط بالمقام لا مفسدة فيه.

و جواز بيعه من نفسه مقيد بقيمة عادلة، و جواز نكاح الأب و الجد للبت مثلا قد عرفت ما فيه. مضافا الى انه قيد فى بعض النصوص بعدم كونه مضارا فلا اطلاق للنصوص من هذه الجهة، فالمرجع اصالة عدم الولاية، و هى تقتضى اعتبار عدم المفسدة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٣

هذا و لكن الاقوى كفاية عدم المفسدة (١) وفاقا لغير واحد من الاساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على اكثر من النهى

عن الفساد، فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة في سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة، فلو سلم دلالتها فهي مخصصة بما دل على ولاية الجد و سلطنته الظاهرة في ان له ان يتصرف في مال طفله بما ليس فيه مفسدة له، فإن ما دل على ولاية الجد في النكاح معللا بأن البنت و ابها للجد و ابها

و أما المورد الثاني: فالمشهور بين الأصحاب اعتبار وجود المصلحة.

(١) و اختار المصنف وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصروهم عدم اعتباره و تبعهم جمع من المحققين.

و قد استدل لاعتباره بوجوه:

احدها: الآية الشريفة: (و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن «١») بدعوى ان الأحسن ما فيه المصلحة، و هي تشمل الجد، و يتم في الأب بعدم القول بالفصل.

و فيه: اولاً: ان صدق اليتيم على الطفل الذي لا أب له و له جد غير مسلم.

و ثانياً: ان المراد باحسن الحسن دون التفضيل - كما سيأتي - و الفعل الذي لا مفسدة فيه حسن.

و رابعاً: ان عدم الفصل غير محرز.

ثانيها: الأصل، فانه بعد ما ليس في ادلة الولاية ماله اطلاق لا بد من الاقتصار فيها على المتيقن و هو الولاية على التصرف الذي فيه المصلحة، و الرجوع في غير ذلك الى اصالة عدم ثبوت الولاية أو عدم نفوذ التصرف.

و فيه ان هذا الوجه حسن ان لم يكن بناء العقلاء على ثبوت الولاية على التصرف الذي لا مفسدة فيه.

و الظاهر وجوده، و حيث انه لم يردع عنه الشارع أو لم يثبت الردع و مقتضى الاستصحاب عدمه، فينبى على عدم اعتباره، و لا مورد للأصل حينئذ.

(١) الانعام: ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٤

و قوله صلى الله عليه و آله: انت و مالك لا بيك، خصوصاً مع استشهاد الامام عليه السلام به في مضي نكاح الجد بدون اذن الاب، ردا على من انكر ذلك و حكم بطلان ذلك من العامة في مجلس بعض الامراء و غير ذلك، يدل على ذلك، مع انه لو سلمنا عدم التخصيص و جب الاقتصار عليه في حكم الجد دون الأب، و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة.

فقد حكى عن بعض متأخري المتأخرين القول بالفصل بينهما في الاقتراض مع عدم اليسر، ثم لا خلاف ظاهراً كما ادعى في ان الجد و ان علا يشارك الاب في الحكم (١) و يدل عليه ما دل على ان الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه (٢) و ما دل على ان الولد و والده لجده.

ثالثها: الإجماع.

و فيه: انه ليس اجماعاً تعدياً فلا يعتمد عليه.

و قد استدل لعدم الاعتبار بالمطلقات - و قد عرفت ما فيها.

و بما ورد «١» في نكاح الجد الظاهر في سلطنته على ذلك مع عدم المصلحة، وجه ظهوره فيه التعليل بان البنت و ابها للجد - و قد تقدم ما فيه ايضاً - فالصحيح ما ذكرناه.

(١) الجهة الثالثة: لا خلاف ظاهرا كما ادعى في ان الجد و ان علا يشارك الاب.

و قد استدل له بوجهين:

(٢) الاول: ما في المكاسب و هو ما دل على ان الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لايه.

و فيه: ما تقدم من عدم دلالة هذه الجملة على الولاية.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: ان رواية النكاح شاملة للجد العالی.

و فيه: ان روايات النكاح كلها مختصة بالأب الا ما ورد في مزاحمة الأب للجد،

و اكثر تلك النصوص صريحة أو ظاهرة في الجد الأدنى. نعم بعضها «٢» بعنوان الأب و الجد،

و هو ايضا يمكن دعوى انصرافه الى الأدنى أو عدم الاطلاق للأعلى بملاحظة

(١) الوسائل - باب ٧٨ - من ابواب ما يكتسب به.

(٢) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٥

و لو فقد الاب و بقي الجد فهل ابوه و جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية (١) قولان من ظاهر ان الولد و والده لجده،

و هو المحكى عن ظاهر جماعة. و من ان مقتضى قوله تعالى: (٢) و اولو الارحام بعضهم اولى ببعض كون القريب اولى بقريبه من

البعيد، فنفي ولاية البعيد، و خرج منه الجد مع الاب، و بقي الباقي و ليس المراد من لفظ الاولى التفصيل مع الاشتراك في المبدأ، بل

هو نظير قولك هو احق بالأمر من فلان و نحوه، و هذا محكى عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية، و للمسألة مواضع اخر تأتي

انشاء الله.

الاخبار الاولى، و حيث ان بناء العقلاء غير محرز على ولايته فولاية غير الجد الأدنى لا تخلو عن تأمل.

الجهة الرابعة: و لو فقد الأب و بقي الجد، ففيه موردان للبحث:

الأول: ان ولاية الجد هل تكون مشروطة بحياة الأب ام لا؟ المنسوب الى المشهور بين القدماء هو الأول، و إلى المشهور بين

المتأخرين هو الثاني.

و استدل للأول: بخبر الفضل بن عبد الملك عن مولانا الصادق عليه السلام:

ان الجد إذا زوج ابنة ابنه و كان ابوها حيا و كان الجد مرضيا جاز. «١» حيث ان مفهومه عدم الجواز مع عدم حياة ابيها.

و فيه: انه من قبيل مفهوم الوصف، و لا نقول به، و لعل فائدة ذكر الوصف الرد على العامة القائلين باشتراط ولاية الجد بموت الأب.

و ما في الجواهر من كونها من مفهوم الشرط، ضعيف، إذ الشرط فيه مسوق لبيان تحقق الموضوع كما لا يخفى.

(١) الثاني: انه مع فقد الاب هل الولاية مختصة بالجد الأدنى ام تكون ثابتة لايه ايضا؟ قولان.

(٢) استدل للاول في المكاسب: بآية) اولوا الارحام بعضهم اولى ببعض «٢»

بتقريب: انها تدل على ان القريب اولى بقريبه من البعيد، فنفت ولاية البعيد و خرج منها الجد مع الأب و بقي الباقي.

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب عقد النكاح و اولياء العقد حديث ٤.

(٢) الأنفال آية ٧٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٦

[من جملة أولياء التصرف الحاكم]

إشارة

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله:
الحاكم (١) والمراد منه، الفقيه الجامع لشرائط الفتوى. وقد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالا لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة
فنقول: مستعينا بالله

للفقيه الجامع لشرائط مناصب ثلاثة:

أحدها: الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في عمله،

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية، من حيث ترتب حكم فرعى عليها، و لا- إشكال و لا- خلاف في ثبوت هذا
المنصب للفقيه، الا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي.
و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثاني: الحكومة

فله الحكم بما يراه حقا في المرافعات و غيرها في الجملة،
و هذا المنصب ايضا ثابت له بلا خلاف فتوى و نصا. و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم، و المحكوم به، و المحكوم عليه،
موكول الى كتاب القضاء.

الثالث: ولاية التصرف في الاموال و الأنفس،

إشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا فنقول الولاية تتصور على وجهين:

و فيه: اولاً: ان هذه الآية مختصة بباب الإرث.
و ثانياً: انها تدل على اولوية بعض الأرحام من بعض و لا تدل على تعيين البعض الاولى، و لعله البعض البعيد، بل احتمال كونه اولي
ارجح من جهة التعليقات في النصوص.
و استدلل للثاني: باطلاق الأدلة، و بالاستصحاب.
و يرد على الأول: ما تقدم من عدم الدليل على ولاية الجد الأعلى.
و على الثاني: ما تكرر منا من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكلية.
ولاية النبي صلى الله عليه و آله و الإمام عليه السلام
(١) مسألة: من جملة اولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٧

الأول: استقلال الولي بالتصرف مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا باذنه أو غير منوط به، و مرجع هذا الى كون نظره سببا في جواز تصرفه.

الثاني: عدم استقلال غيره بالتصرف، و كون تصرف الغير منوطا باذنه و ان لم يكن هو مستقلا بالتصرف، و مرجع هذا الى كون نظره شرطا في جواز تصرف غيره، و بين موارد الوجهين عموم من وجه، ثم اذنه المعتبر في تصرف الغير، اما ان يكون على وجه الاستنابة كوكيل الحاكم، و أما ان يكون على وجه التفويض و التولية، كمتولى الاوقاف من قبل الحاكم، و أما ان يكون على وجه الرضا، كإذن الحاكم لغيره في الصلاة على ميت لا ولي له. (١)

إذا عرفت هذا فنقول مقتضى الاصل عدم ثبوت الولاية لأحد بشيء من الأمور المذكورة، خرجنا عن هذا الاصل في خصوص النبي و الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين بالأدلة الأربعة: قال الله تعالى: النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ. وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا لِمُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَىٰ اللَّهُ وَرَسُولُهُ أَمْرًا أَنْ يَكُونَ لَهُمُ الْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ * فليُحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ * وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ * وَإِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ الْآيَةُ إِلَىٰ غَيْرِ ذَلِكَ.

و قال النبي صلى الله عليه و آله كما في رواية ايوب بن عطية: انا اولي بكل مؤمن من نفسه، و قال في يوم غدیر خم: الست اولي بكم من انفسكم قالوا: بلى قال: من كنت مولاه فهذا على مولاه.

هذه المسألة انما سيقت لبيان مقدار ولاية الفقيه الجامع للشرائط، و انما يذكر قبله مقدار ولاية النبي صلى الله عليه و آله و الإمام عليه السلام، من جهة ان بعضهم ذهب الى ان مقتضى عموم ادلة نيابة الفقيه ثبوت الولاية له بالمقدار الثابت للمعصوم عليه السلام، فلا بد أولا من تعيين مقدار تلك الولاية.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٦٨

...

ثبوت الولاية التكوينية للمعصومين عليهم السلام

للولاية معان:

- ١- الولاية التكوينية.
 - ٢- وجوب الإطاعة و قبول قول الولي في الأحكام الشرعية.
 - ٣- الحكومة و الرئاسة الدنيوية بادارة شئون الأمة.
 - ٤- الولاية الشرعية، اي ولاية التصرف في الأموال و الأنفس.
 - ٥- وجوب الإطاعة في الأوامر الشخصية العرفية.
- و الظاهر ثبوت الولاية بجميع معانيها للنبي و الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين.

فتنقيح القول بالبحث في موارد:

الأول: في الولاية التكوينية- اي ولاء التصرف التكويني- و المراد بها: كون زمام امر العالم بايديهم، و لهم السلطنة التامة على جميع الأمور بالتصرف فيها كيف ما شاءوا اعداما و ايجادا، و كون عالم الطبيعة متقادا لهم لا بنحو الاستقلال بل في طول قدرة الله تعالى و سلطنته و اختياره.

بمعنى ان الله تعالى اقدرهم و ملكهم كما اقدرنا على الأفعال الاختيارية، و كل زمان سلب عنهم القدرة بل لم يفضها عليهم انعدمت

قدرتهم و سلطنتهم.

و من هذا الباب معجزات الأنبياء و الأولياء، و قد دل الكتاب الكريم على ثبوت ذلك لأشخاص.

قال الله تعالى: و قال الذى عنده علم من الكتاب انا آتيك به قبل ان يرتد اليك طرفك «١».

و قال عز من قائل: فسخرنا له الريح تجرى بامرہ رخاء حيث اصاب و الشياطين كل بناء و غواص و آخرين مقرنين فى الأصفاد «٢»

(١) النمل، ٤٠.

(٢) ص، ٣٨.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٦٩

...

و قال سبحانه: (أَنِّي أَخْلُقُ لَكُمْ مِنَ الطِّينِ كَهَيْئَةِ الطَّيْرِ فَأَنْفُخُ فِيهِ فَيَكُونُ طَيْرًا بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أُبْرِئُ الْأَكْمَهَ وَ الْأَبْرَصَ وَ أَخِي الْمُؤْتَبِرُ بِإِذْنِ اللَّهِ وَ أُتْبِئُكُمْ بِمَا تَأْكُلُونَ وَ مَا تَدَّخِرُونَ فِي بُيُوتِكُمْ) «١».

الى غير ذلك من الآيات المتضمنة لثبوت ولاء التصرف لأشخاص.

و إذا ثبت ذلك لهؤلاء فثبوتهم للرسول الأعظم و خليفته الذى عنده علم الكتاب بنص «٢» القرآن لا يحتاج الى بيان.

و عليه فالروايات المتواترة المتضمنة للمعجزات و الكرامات الصادرة عن المعصومين عليهم السلام.

كالتصرف الولائى فى النقش و صيرورته اسدا مفترسا و ما شاكل - انما نلتزم بها و نعتقد من غير التزام بالتأويل.

كيف و نرى انهم عليهم السلام بعد موتهم تصدر عنهم كرامات من ابراء المريض الذى عجز الأطباء عن ابرائه، و حل معضلات الأمور و ما شاكل، و ليس ذلك الا لما ذكرناه.

و يمكن ان تكون الآية الكريمة: (النبى اولى بالمؤمنين من انفسهم «٣») ناطرة الى ثبوت هذا المعنى من الولاية ايضا للنبي صلى الله عليه و آله.

و بالجملة: ثبوت الولاية بهذا المعنى للنبي صلى الله عليه و آله و الائمة المعصومين عليهم السلام الذين يثبت لهم جميع ما يثبت للنبي صلى الله عليه و آله و آله للروايات الكثيرة المتواترة - مما لا ينبغى التوقف فيه.

و أما شبهة استلزام ذلك للشرك.

فهى تندفع باننا لا ندعى ثبوت ذلك لهم بالاستقلال، بل ان الله تبارك و تعالى ملكهم و اقدرهم كما ملكنا و اقدرنا على الأفعال

(١) آل عمران، ٤٩.

(٢) الرعد، ٤٣.

(٣) الاعراف، ١٨٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٠

...

الاختيارية.

و به يظهر انه لا ينافية قوله تعالى: (قُلْ لَا أَمْلِكُ لِنَفْسِي نَفْعًا وَ لَا ضَرًّا «١») فان المراد عدم الملكية بالاستقلال. و لتفصيل الكلام فى

المقام محل آخر.

الثاني: في وجوب اطاعتهم و قبول قولهم في الأحكام الشرعية و الوظائف المجعولة الإلهية، و ان قولهم و كذا فعلهم حجة.

لا شبهة في ثبوت الولاية بهذا المعنى لهم، قال الله تعالى: ﴿مَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ «٢».

وقال سبحانه: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ لِّمَن كَانَ يَرْجُوا اللَّهَ وَالْيَوْمَ الْآخِرَ وَذَكَرَ اللَّهَ كَثِيرًا﴾ «٣».

وقال عز وجل: ﴿قُلْ إِن كُنتُمْ تُحِبُّونَ اللَّهَ فَاتَّبِعُونِي يُحْبِبْكُمُ اللَّهُ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ﴾ «٤» الى غير ذلك من الآيات الدالة على ان قول رسول الله صلى الله عليه و آله و كذا عمله حجة.

وقد دل الحديث الشريف الذي هو متواتر بين الفريقين و لا شك في صدوره عنه صلى الله عليه و آله:

انى تارك فيكم الثقلين: كتاب الله و عترتى اهل بيتى، و انهما لن يفترقا حتى يردا على الحوض، فلا تقدموهما فتهلكوا، و لا تقصروا عنهما فتهلكوا، و لا تعلموهم فانهم اعلم منكم.

على ثبوت هذا المقام للأئمة المعصومين عليهم السلام، اضع الى ذلك ما دل على ثبوت ما للنبي صلى الله عليه و آله من المناصب للأئمة الهداء عليهم السلام.

ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة للحجة عليه السلام

الثالث: في ثبوت منصب الحكومة و الرئاسة الدنيوية بادارة شئون الامة للنبي صلى الله عليه و آله و الأئمة صلوات الله عليهم.

(١) الاعراف، ١٨١.

(٢) الحشر، ٧.

(٣) الاحزاب، ٢١.

(٤) آل عمران، ٣١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧١

...

لا ينبغى الشك و الكلام في ثبوت هذا المنصب لهم، و انه فوض إليهم من قبل الله تعالى، فهو منصب الهى لا من قبل الناس، و الشاهد لثبوته لهم امور:

احدها: الآيات الكريمة.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّمَا وَلِيُّكُمُ اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا الَّذِينَ يُقِيمُونَ الصَّلَاةَ وَيُؤْتُونَ الزَّكَاةَ وَهُمْ رَاكِعُونَ﴾ «١» فان الآية الكريمة تدل

على ثبوت منصب الزعامة و الرئاسة بعد رسول الله صلى الله عليه و آله لطائفة خاصة من المؤمنين، فإذا انضم الى ذلك ما اتفق عليه المفسرون من نزول الآية في شان أمير المؤمنين عليه السلام، و ما دل على ثبوت منصب كل امام لأمام بعده- كخبر المعلى الآتى-

يثبت هذا المنصب للأئمة الهداء عليهم السلام.

وقال سبحانه: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ «٢» فان الآية الشريفة تدل على لزوم العمل بكل حكم و امر صادر من

الله تعالى و رسوله و اولى الأمر،

و مقتضى اطلاقها ذلك حتى فى ما يرجع الى شئون الامة و ادارة المملكة الاسلامية،

و ليس معنى الحكومة من قبل الله تعالى الا ذلك.

بل فى بعض النصوص صرح الامام عليه السلام بان الإطاعة المأمور بها فى الآية اريد بها الإطاعة فى الأوامر الصادرة عن المعصومين عليهم السلام فيما يرجع الى ادارة شئون الأمة لاحظ.

خبر عيسى بن السرى قلت لأبى عبد الله عليه السلام حدثنى عما بنيت عليه دعائم الإسلام إذا انا اخذت بها زكى عملى و لم يضرنى جهل ما جهلت بعده، فقال عليه السلام: شهادة ان لا إله الله و ان محمدا رسول الله صلى الله عليه و آله، و الإقرار بما جاء به من عند الله و حق فى الأموال من الزكاة،

و الولاية التى امر الله بها ولاية آل محمد- الى ان قال- قال الله عز و جل: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) فكان على ثم صار من بعده حسن ثم من بعده حسين ثم من بعده على بن الحسين ثم من بعده محمد بن على، ثم هكذا يكون الأمر، ان الأرض لا تصلح الا بامام «٣»

(١) المائدة، ٥٥.

(٢) النساء، ٥٩.

(٣) اصول الكافى، ج ٢، ص ٢١، حديث ٩، باب دعائم الاسلام.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٢

...

و صحيح بريد العجلى عن ابى جعفر عليه السلام فى قول الله عز و جل: (فَقَدْ آتَيْنَا آلَ إِبْرَاهِيمَ الْكِتَابَ وَ الْحِكْمَةَ وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا) (جعل منهم الرسل و الأنبياء و الأئمة،

فكيف يقرون فى آل ابراهيم و ينكرونه فى آل محمد صلى الله عليه و آله، قال: قلت: (وَ آتَيْنَاهُمْ مُلْكًا عَظِيمًا) (قال: الملك العظيم ان جعل فيهم ائمة من اطاعهم اطاع الله و من عصاهم عصى الله فهو الملك العظيم «١».

الملك بالضم هو المملكة، فجعل الأئمة من جهة الأمر باطاعتهم و جعلها قرين اطاعة الله تعالى صاحب الملك العظيم عبارة اخرى عن الحكومة المطلقة كما هو واضح.

و أما اولوا الأمر فقد اتفقت النصوص منها ما تقدم ان المراد بهم الأئمة الاثنى عشر عليهم السلام.

ثانيها: الروايات منها الاخبار الدالة على ان الأئمة عليهم السلام ولاة امر الله و اولو الأمر، لاحظ خبر عبد الرحمن: سمعت ابا عبد الله عليه السلام يقول: نحن ولاة امر الله «٢»

و خبر الحسين بن ابى العلاء الآتى «٣» و غيرهما.

و الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه فى الامور العامة.

و منها: ما عن «٤» سيد الشهداء صلوات الله عليه: فلعمرى ما الإمام الا الحاكم بالكتاب القائم بالقسط الدائن بدين الحق الحابس نفسه على ذات الله.

و منها: خبر «٥» المعلى بن خنيس عن الإمام الصادق عليه السلام فى قول الله- عز و جل

(١) اصول الكافى ج ١- ص ٢٠٦ حديث ٥.

(٢) اصول الكافى، ج ١، ص ١٩٢.

(٣) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٧.

(٤) ارشاد المفيد طبع النجف، ص ٢٠٤.

(٥) الوسائل - باب ١ - من ابواب صفات القاضى حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٣

...

(إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ) (الخ: عدل الإمام ان يدفع ما عنده الى الإمام الذى بعده، و امرت الأئمة ان يحكموا بالعدل و امر الناس ان يتبعوهم. و خبر «١» سليمان بن خالد عنه عليه السلام: اتقوا الحكومة، فان الحكومة انما هى للامام العالم بالقضاء العادل فى المسلمين كنبى أو وصى نبى. و قريب منهما غيرهما.

و منها: النصوص المتقدمة فى ذيل الآية الثانية.

و منها: بعض الأخبار الواردة فى صفات الأئمة:

كخبر «٢» عبد العزيز بن مسلم عن الإمام الرضا عليه السلام - فى حديث طويل :-

ان الإمامة زمام الدين و نظام المسلمين و صلاح الدنيا و عز المؤمنين، ان الإمامة اس الإسلام النامى و فرعه السامى، بالإمام تمام الصلاة و الزكاة و الصيام و الحج و الجهاد و توفير الفىء و الصدقات و امضاء الحدود و الأحكام و منع الثغور و الأطراف، و نحوه غيره.

و ظهور ذلك فى ان الحكومة للإمام عليه السلام واضح، بل هو كالصريح فى ذلك.

و نظير ذلك ما عن العلل بسنده عن الفضل بن شاذان عن الرضا عليه السلام فى علة حاجة الناس الى الامام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل:

و منها انا لا نجد فرقة من الفرق و ملّة من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم فى امر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا- بد لهم منه و لا قوام لهم الا به الى غير ذلك من النصوص المتواترة الدالة على ذلك بالسنة مختلفة.

(١) الوسائل باب ٣ من ابواب صفات القاضى حديث ٣.

(٢) اصول الكافى، ج ١، ص ٢٠٠.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٤

...

ثالثها: الارتكاز الثابت ببناء العقلاء، حيث جرى بناؤهم فى كل امر راجع الى المعاد و المعاش على رجوع الجاهل الى العالم من جهة كونه اهل الخبرة و الاطلاع، و لم يردع الشارع الأقدس عن ذلك، و حيث ان الامام عليه السلام اعلم الناس و افضلهم و ابصر بالأمور - سواء أ كان الأمر مربوطا بالمعاش أو المعاد - فيتعين جعله المرجع و الحاكم، و متابعتة حتى فى الامور الراجعة الى ادارة شؤون الامّة.

رابعها: حكم العقل، إذ لم نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه فى امر الدين و الدنيا. و من الممتنع فى حكمة الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به.

و عليه فاما يعين الأبصر بالأمور السياسية و تنظيم البلاد أو غيره، و الثانى باطل قطعاً لاستلزامه ترجيح المرجوح، و هو قبيح و من

الحكيم محال، فيتعين الأول.
و بهذا البيان يظهر قطعياً ان الله تعالى عين الامام عليه السلام لذلك.
خامساً: ان جملة من الأحكام الشرعية جزائية، وقضائية، وسياسية، واجتماعية.
كالتقصاص، والحدود، والقضاء، وقبول الجزية، والجهاد و... ولا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.
وقد صرح في جملة من الأخبار انها لأمام المسلمين «١».
ولذلك نرى ان النبي صلى الله عليه وآله حينما ساعدته الظروف اسس حكومة اسلامية عادلة.
وكذلك الامام على بن ابي طالب عليه السلام اسس الحكومة و حارب مع من خالفه في ذلك.

(١) المستدرک باب ٥ من ابواب صلاة الجمعة و آدابها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٥

...

ولاية التصرف فى الأموال و الأنفس

الرابع: فى ولايتهم صلوات الله عليهم بالولاية التشريعية، بمعنى نفوذ كل تصرف منهم فى اموال الناس و انفسهم.
وبعبارة اخرى: فى الولاية الظاهرية التى هى من المجعولات الشرعية المترتب عليها جواز التصرف.
فقد استدلت لثبوتها لهم بوجوه:
منها: الآية الشريفة: (النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ) «١» و ما كان مساقه مساقها.
و اورد على الاستدلال بها.

تارة: بانها مختصة بصورة التراحم للانصراف و لأن الولاية لا تقبل الشدة و الضعف، فلا بد و ان يكون التفضيل مجازياً، و المراد ثبوت الولاية عند التراحم للنبي صلى الله عليه وآله و و انتفائها عن غيره.
و اخرى: بانه انما تكون الآية فى مقام بيان عدم اختصاص رئاسته صلى الله عليه وآله بالرئاسة الروحانية، بل تعم الرئاسة الدنيوية و الحكومة، فلا تدل اولويته بكل شخص من نفسه.

و لكن يرد الأول: ان الانصراف ممنوع، و الولاية قابلة للشدة و الضعف كما هو ظاهرها.
و يرد الثانى: - مضافا الى كونه خلاف الظاهر- انه ينافيه النبوى: انا اولى بكل مؤمن من نفسه «٢».

(١) سورة الأحزاب آية ٦.

(٢) اصول الكافى، ج ١- ص ٤٠٦، حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٦

...

فالحق ان يقال: إنها تدل على ثبوت ولاية و سلطنة على الناس اقوى و اشد من ولاية الشخص على نفسه، و من الضرورى ان ولاية الشخص على نفسه انما هى فى التصرف السببى من الطرق و الأسباب الشرعية، كبيع ماله، و تزويج المرأة و تطليق زوجته.

و أما التصرف بلا سبب أو بسبب غير شرعى فليس له الولاية عليه حتى تثبت تلك بنحو اشد للنبي صلى الله عليه وآله. مثلا ليس له ان يعطى الانتفاع بزوجة لغيره فلا يكون ذلك ثابتا له صلى الله عليه وآله، وكذلك الأحكام المحضة كالإرث. وبالجملة: الآيه الشريفه ليست فى مقام التشريع للأحكام بل هى فى مقام بيان تشريع الولاية، و تدل على انها ثابتة له فيما للشخص على نفسه من الولاية لا فى ازيد من ذلك.

و يؤيد ما ذكرناه من عدم ثبوت الولاية لهم ازيد مما للشخص على نفسه، بل يشهد له: ما فى ذيل حديث طويل مروى عن كتاب نزهة الكرام و بستان العوام تأليف محمد بن الحسين بن الحسن الرازى، فقال له (أى للكاظم عليه السلام): (قد بقى مسألة تخبرنى بها و لا تضجر، فقال له: سل، فقال: خبرونى انكم تقولون ان جميع المسلمين عبيدنا و جوارينا، و انكم تقولون من يكون لنا عليه حق و لا يوصله الينا فليس بمسلم، فقال له موسى عليه السلام: كذب الذين زعموا اننا نقول ذلك، و إذا كان الأمر كذلك فكيف يصح البيع و الشراء عليهم، و نحن نشترى عبيد أو جوارى و نعتقهم و نقعد معهم و نأكل معهم، و نشترى المملوك و نقول له يا بنى، و للجارية يا بنتى، و نقعدهم يأكلون معنا تقربا الى الله سبحانه، فلو انهم عبيدنا و جوارينا ما صح البيع و الشراء. و قد قال النبي صلى الله عليه وآله لما حضرته الوفاة: الله الله فى الصلاة و ما ملكت ايمانكم، يعنى صلوا و اكرموا ممالئكمم و جوارئكمم، و نحن نعتقهم، و هذا الذى سمعته غلط من قائله و دعوى باطلة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٧٧

...

و لكن نحن ندعى ان ولاء جميع الخلائق لنا، يعنى ولاء الدين، و هؤلاء الجهال يظنون ولاء الملك، حملوا دعواهم على ذلك، و نحن ندعى ذلك لقول النبي صلى الله عليه وآله يوم غدير خم: من كنت مولاه ... الخ «١» فانه يدل على ما ذكرناه. قال بعض الأكابر بعد استظهار ذلك من الأدلة:

لكن الظاهر ان سيرة النبي صلى الله عليه وآله و الأئمة صلوات الله عليهم لم تكن كذلك، بل كانوا يعاملون مع الناس معاملة بعض الناس مع بعض، و هو الظاهر من ملاحظة التواريخ و الأخبار، فلاحظ كلام امير المؤمنين فى نهج البلاغة فى جواب اخيه عقيل و مراجعته الى الأمير صلوات الله عليه. انتهى.

و منها: النصوص الدالة على ان الدنيا و ما فيها لهم عليهم السلام، و ان لهم التصرف فيها كيف شاءوا، لاحظ. مكاتبة ابن الريان الى الامام العسكرى عليه السلام قال: كتبت إليه: روى لنا: ان ليس لرسول الله صلى الله عليه وآله من الدنيا الا الخمس.

فجاء الجواب: ان الدنيا و ما عليها لرسول الله صلى الله عليه وآله «٢».

و مرسل احمد بن محمد بن عبد الله: الدنيا و ما فيها لله تبارك و تعالى و لرسوله و لنا،

فمن غلب على شىء منها فليقت الله. الحديث «٣».

و خبر ابى بصير عن مولانا الصادق عليه السلام قلت له: اما على الامام زكاة؟ فقال: احلت يا ابا محمد، اما علمت ان الدنيا و الآخرة للإمام عليه السلام يضعها حيث يشاء و يدفعها الى من يشاء «٤» و نحوها غيرها.

(١) كتاب النجوم للسيد بن طاوس.

(٢) اصول الكافى، ج ١- ص ٤٠٩ حديث ٦ باب ان الأرض كلها للإمام.

(٣) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٨ حديث ٢.

(٤) اصول الكافي، ج ١، ص ٤٠٩، حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٨

...

فان الظاهر من هذه الأخبار ثبوت السلطنة الثابتة لله تعالى على الناس و اموالهم من غير جعل جاعل للرسول صلى الله عليه و آله و الإمام عليه السلام بالجعل غير المنافي مع ملكية الناس، و هذه عبارة اخرى عن الاولوية بالتصرف فيها منهم. و منها: الإجماع.

و الظاهر ثبوته، لكن مستند المجمعين معلوم.

و منها: غير ذلك.

و لظهور عدم دلالة ما ذكروه اغمضنا عن التعرض له، و فيما ذكرناه كفاية.

وجوب اطاعة المعصوم عليه السلام

الخامس: في وجوب الإطاعة.

يمكن ان يستدل للزوم اطاعتهم في اوامرهم الشخصية العرفية الراجعة مصلحتها إليهم.

بوجهين:

احدهما: الآيات و النصوص المتواترة الدالة على افتراض طاعتهم، و ان معصيتهم كمعصية الله تعالى.

كقوله سبحانه: اطيعوا الله و اطيعوا الرسول و اولى الأمر منكم «١».

و قوله تعالى) فليحذر الذين يخالفون عن امره ان تصيبهم فتنة أو يصيبهم عذاب اليم «٢».

(١) النساء آية ٥٩.

(٢) النور آية ٦٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٧٩

و الاخبار في افتراض طاعتهم (١) و كون معصيتهم كمعصية الله كثيرة، يكفي في ذلك. منها مقبوله عمر بن حنظلة و مشهورة ابي خديجة، و التوقيع الآتي حيث علل فيها حكومته الفقيه و تسلطه على الناس بأني قد جعلته كذلك و انه حجتى عليكم. و أما الاجماع فغير خفى.

و قوله عز و جل: (مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ وَمَنْ تَوَلَّىٰ فَمَا أَرْسَلْنَاكَ عَلَيْهِمْ حَفِيظًا) «١».

و صحيح زرارة عن ابي جعفر عليه السلام: ذروة الأمر و سنامه و مفتاحه و باب الأشياء و رضا الرحمن تبارك و تعالى الطاعة للإمامة بعد معرفته عليه السلام ثم قال ان الله تبارك و تعالى يقول من يطع الرسول فقد اطاع الله و من تولى فما ارسلناك عليهم حفيظا «٢».

و خبر الحسين بن ابي العلاء قال: ذكرت لأبي عبد الله عليه السلام قولنا في الأوصياء ان طاعتهم مفترضة، فقال: نعم هم الذين قال الله تعالى: (أَطِيعُوا اللَّهَ وَ أَطِيعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ) و هم الذين قال الله عز و جل: (إِنَّمَا وَدَّعَى اللَّهُ وَرَسُولُهُ وَالَّذِينَ آمَنُوا) «٣».

و خبر معمر بن خلاد قال سأل رحل فارسي ابا الحسن عليه السلام فقال طاعتك مفترضة فقال عليه السلام نعم قال مثل طاعة علي بن

ابى طالب عليه السلام فقال نعم «٤». الى غير ذلك من الأخبار المتواترة. (١) منها ما اشار إليه فى المتن و سيأتى الكلام فى تلك الاخبار. إذ اختصاص هذه باجمعها بالأوامر الشرعية خلاف ظواهرها من جهة ان الإطاعة فيها اطاعة بالذات لأمره تعالى، و اطاعة بالعرض للوسائط، و الإطاعة التى تكون بالذات اطاعة لهم هى اطاعتهم فى الأوامر الشخصية، و معلوم ان ظاهر الآيات و الروايات ارادة الثانية.

(١) النساء آية ٨٣.

(٢) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٥ باب فرض طاعة الأئمة حديث ١.

(٣) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٥ حديث ٧.

(٤) اصول الكافى، ج ١، ص ١٨٧، حديث ٨.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٠

و أما العقل القطعى فالمستقل منه حكمه بوجوب شكر المنعم بعد معرفه انهم اولياء النعم (١) و غير المستقل حكمه بأن الابوة إذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن فى الجملة (٢) كانت الامامة مقتضية لوجوب طاعة الامام على الرعية بطريق اولى، لأن الحق هنا اعظم بمراتب، فتأمل.

و المقصود من جميع ذلك دفع ما يتوهم من ان وجوب طاعة الامام مختص بالأوامر الشرعية، و انه لا دليل على وجوب طاعته فى اوامره العرفية، أو سلطته على الاموال و الأنفس.

و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة، بعد التتبع و التأمل، ان للإمام سلطنة مطلقة على الرعية من قبل الله تعالى، و ان تصرفهم نافذ على الرعية، ماض مطلقا، هذا كله فى ولايتهم بالمعنى الأول.

(١) الوجه الثانى: انهم صلوات الله عليهم مجارى الفيوضات، و اولياء النعم باجمعها من المال و الولد و الأعضاء و غيرها، فهم المنعمون بالواسطة، و قد استقل العقل بوجوب شكر المنعم، و معلوم ان صرف النعمة فى سبيل اطاعة المنعم شكر، و تركه كفران، فيحسن الأول عقلا و يقبح الثانى كذلك، و بالملازمة يستكشف الوجوب.

(٢) قوله و غير المستقل حكمه بان الابوة إذا اقتضت وجوب طاعة الاب على الابن ... بطريق اولى.

تقريب الاولوية ان الاب من جهة كونه مقدمة اعدادية لتكوين الابن واجب الاطاعة عليه - فالنبي صلى الله عليه و آله الذى هو واسطة التكوين و مجرى الفيض اولى بذلك.

و لكن يمكن ان يقال انه لم يثبت كون مناط وجوب الاطاعة و علته ذلك، و عليه فلا وجه لدعوى الاولوية.

و لعله الى هذا اشار بقوله فتأمل.

اشتراط تصرف الغير باذنهم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨١

و أما بالمعنى الثانى: اعنى اشتراط تصرف الغير باذنهم (١) فهو و ان كان مخالفا للأصل، الا انه قد ورد اخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم، بالنسبة الى المصالح المطلوبة للشارع، الغير المأخوذة على شخص معين من الرعية، كالحودود و

التعزيرات و التصرف فى اموال القاصرين و الزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلك، و يكفى فى ذلك ما دل على انهم اولوا الأمر و ولاته، فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه فى الأمور العامة التى لم تحمل فى الشرع على شخص خاص، و كذا ما دل على وجوب الرجوع فى الوقائع الحادثة الى رواة الحديث معللا بأنهم حجتي عليكم و انا حجة الله. فإنه دل على ان الامام هو المرجع الأصلى.

و ما عن العلل بسنده إلى الفضل بن شاذان عن مولانا أبى الحسن الرضا عليه السلام فى علة حجة الناس الى الامام عليه السلام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل: و منها انا لا نجد فرقة من الفرق، و لا ملّة من الملل، بقوا و عاشوا إلا بقیم و رئیس، لما لا بد لهم منه فى أمر الدين و الدنيا، فلم يجز فى حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما «مما» يعلم أنه لا- بد لهم منه، و لا- قوام له إلا- به، هذا مضافا إلى ما ورد فى خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات، و انها إمام المسلمین.

(١) و هل يستقل غيرهم عليهم السلام فى التصرف، ام يكون تصرف الغير منوطا باذنهم؟ وجهان: و تفصيل القول فى المقام: ان لا كلام و لا خلاف فى ثبوت الولاية بهذا المعنى، اى اشتراط تصرف الغير باذنهم فى جملة من الموارد الخاصة التى دل الدليل على ذلك، كالحدود، و التعزيرات، و الحكومات، و الجهاد، و غيرها. كما لا كلام فى ثبوتها لهم فى الأمور التى ثبت انها وظيفة الرئيس. لما دل من النصوص على ان لهم الرئاسة كخبر الفضل «١» المذكور فى المتن و غيره، و انهم ولاة الأمر و اولى الأمر. كما لا ينبغى التوقف فى عدم ثبوتها لهم بالإضافة الى الوظائف الشخصية لكل فرد من افراد الرعية من العبادات و المعاملات.

(١) اصول الكافى، ج ١، ص ٢٠٠.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٢

و فى الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلك مما يعثر عليه المتتبع، و كيف كان فلا اشكال فى عدم جواز التصرف فى كثير من الامور العامة بدون اذنهم و رضاهم، لكن لا عموم يقتضى اصالة توقف كل تصرف على الاذن. نعم الامور التى يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضى كونهم اولى الأمر و ولاته، و المرجع الاصلى فى الحوادث الواقعة و المرجع فى غير ذلك من موارد الشك الى اطلاقات ادلة تلك التصرفات ان وجدت على الجواز أو المنع، و الا فالى اصول العملية (١) لكن حيث كان الكلام فى اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه، لم يجز إجراء الأصول، لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع الى الحجة، و انما تنفع مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض. و بالجملة فلا يهمنى التعرض لذلك انما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه بأحد الوجهين المتقدمين:

(١) انما الكلام فيما إذا جهل الامر و لم يحرز ان التصرف من اى الاقسام، فان احتمل كونه من وظيفة الامام خاصة فتارة: لا يحرز كون الفعل مطلوباً للشارع على كل تقدير، و اخرى: يحرز ذلك. فعلى الأول: تجرى اصالة البراءة عنه بالإضافة الى الرعية. و على الثانى: حيث ان توجه التكليف الى المكلفين بنحو الواجب الكفائى بالتفصيل الذى سيمر عليك معلوم، فلا مورد للأصل.

وان احرز ان التكليف ليس مختصا بالمعصوم عليه السلام و انه متوجه الى المكلفين بنحو الواجب الكفائي أو العيني و لكن احتمال دخل اذنه عليه السلام فيه كان المرجح اطلاق دليل المنع،

أو دليل الجواز لو كان و الافح التمكن من الرجوع إليه عليه السلام لا بد من ذلك، و لا مجال للرجوع الى الأصل لأنه لا يرجع إليه مع التمكن من الفحص.

و ان لم يتمكن من ذلك فان احتمال كون اذنه من قبيل شرط الوجوب تجرى اصالة البراءة مع عدم تحقق الاذن، و ان احتمال كونه من قبيل شرط الواجب دخل في مسألة الأقل و الأكثر الارتباطيين.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٣

فنقول: اما الولاية على الوجه الأول اعني (١) استقلاله في التصرف، فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من اخبار واردة في شأن العلماء، مثل: ان العلماء ورثة الانبياء، و ان الانبياء لم يورثوا ديناراً و لا درهما، و لكن اورثوا احاديث من احاديثهم فمن اخذ بشيء منه اخذ بحظ وافر، و ان العلماء امناء الرسل، و قوله عليه السلام:

مجارى الامور بيد العلماء بالله، الأمناء على حاله و حرامه، و قوله صلى الله عليه و آله علماء امتى كأنبياء بنى اسرائيل، و فى المرسله المروية فى الفقه الرضوى ان منزلة الفقيه فى هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فى بنى اسرائيل، و قوله عليه السلام فى نهج البلاغة اولى الناس بالانبياء اعلمهم بما جاءوا به: ان اولى الناس بابراهيم للذين اتبعوه الآية.

و قوله صلى الله عليه و آله ثلاثا: اللهم ارحم خلفائى قيل: و من خلفائك يا رسول الله؟ قال:

الذين يأتون بعدى و يروون حديثى و سنتى، و قوله عليه السلام: فى مقبوله ابن حنظلة قد جعلته عليكم حاكما، و فى مشهورة ابن خديجة جعلته عليكم قاضيا، و قوله عجل الله فرجه: هم حجتى عليكم و انا حجة الله الى غير ذلك مما يظفر به المتتبع.

لكن الانصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضى الجزم بأنها فى مقام بيان وظيفتهم من حيث الاحكام الشرعية لا كونهم كالنبي و الأئمة صلوات الله عليهم فى كونهم أولى الناس فى اموالهم،

ولاية الحاكم الشرعى

(١) قوله اما الولاية على الوجه الاول اعني استقلاله فى التصرف.

إذا عرفت ما ذكرناه فلا بد من التعرض لمقدار ولاية الفقيه.

و ملخص القول فى المقام: انه لا شبهة و لا ريب فى ان منصب القضاة - من فصل الخصومة و الامور التى يرجع فيها فى العرف الى القاضى كأخذ الحق من المماطل،

و حبسه، و بيع ماله، و التصرف فى مال القصر، و نصب القيم و ما شاكل - ثابت للفقيه الجامع للشرائط، و تشهد به مشهورة ابى خديجة المروية فى الكافى و التهذيب و الفقيه و غيرها باسانيد مختلفه و متون متفاوتة فى غير الجملة التى هى مورد للاستشهاد قال:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٤

...

بعثنى أبو عبد الله عليه السلام الى اصحابنا فقال: قل لهم: اياكم إذا وقعت بينكم خصومة - الى ان قال - اجعلوا بينكم رجلا قد عرف حلالنا و حرامنا، فانى قد جعلته عليكم قاضيا. الحديث «١».

و ظاهر الخبر جعل الفقيه قاضيا كالقضاء المنصوبين من قبل ائمة الجور، و من المعلوم ان من كان يجعل له منصب القضاة لم تكن

وظيفته مختصة بفصل الخصومة بل كان يرجع إليه سائر ما اشرنا إليه، بل في زماننا ايضا القضاء يتصدون لما ذكر فيثبت هذا المقام للفقهاء.

و به يظهر اندفاع ما قيل من اختصاصها بفصل الخصومة، و لا يستفاد منها ازيد من ذلك.

مع انه لو كان الخبر مسوقا لبيان ذلك لكان قوله: اجعلوا بينكم ... الخ كافيا و لم يكن حاجة الى ضم هذه الجملة. فالظاهر ان هذه الجملة من قبيل الكبرى الكلية التي من مصاديقها المورد.

و اورد عليها بضعف السند لوجهين:

احدهما: ان في طريقها المعلى بن محمد.

الثاني: ما افاده المحقق النائيني، و هو: ان لأبي خديجة حالة اعوجاج عن طريق الحق، و هي زمان متابعتة للخطابية، و حالتى استقامة، و ما قبل الاعوجاج و بعده، و لم يعلم انه رواها في اى الحالات.

و لكن يمكن دفع الأول: بان الخبر مروى بطرق مختلفة، منها ما فى الفقيه عن احمد ابن عائد عن ابي خديجة، و طريقه إليه هو: ابوه عن سعد بن عبد الله عن احمد بن محمد بن عيسى عن الحسن بن على الوشاء، و هؤلاء كلهم ثقات، كما ان احد طريقى الشيخ فى التهذيب إليه قوى.

مع ان المعلى من مشايخ الإجازة على ما افاده المحقق المجلسى قدس سره، و هو يكفى فى قبول رواياته.

و يدفع الثانى: ما حقق فى محله من ان سالم بن مكرم ابا خديجة ثقة.

(١) التهذيب ج ٦ ص ٣٠٣، حديث ٥٣ و ج ٦ ص ٢١٩، حديث ٨- و الكافى ج ٢، ص ٣٥٨، و الفقيه ج ٣- ص ٢

و الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٥

...

و لا كلام ايضا فى ثبوت منصب الفتوى له، و ان للعوام ان يقلدوه و تدل عليه الآيات و الروايات و بناء العقلاء على رجوع الجاهل الى العالم، على ما فصلنا القول فى ذلك فى كتاب الاجتهاد و التقليد.

تشكيل الحكومة من وظائف المجتهد

انما الكلام فى انه هل يكون المجتهد هو الحاكم المطلق و منفذ الحكم و وظيفته

تشكيل الحكومة اما بنفسه أو بنصب شخص من قبله، ام لا؟ المعروف بين الأصحاب هو الأول، بل فى عوائد النراقى: دعوى الإجماع عليه،

قال: حيث نص به كثير من الأصحاب بحيث يظهر منهم كونه من المسلمات.

و هو الحق الذى لا- ريب فيه، لأن من جملة احكام الإسلام، بل و المهم منها احكاما جزائية، و قضائية، و سياسية، و اجتماعية كالتقصاص، و الديات، و الحدود، و الجهاد،

و الصلح، و القضاء، و قبول الجزية و ... و لا يمكن اجراء تلك الأحكام الا بيد الحاكم على الأمة.

و بعبارة اخرى: ان الأحكام التى اتى بها نبي الإسلام صلى الله عليه و آله انما هى قوانين كلية،

و بديهي ان القانون ان لم يكن له مجر لا يفيد و يكون لغوا، فيعلم من ذلك ان النبي صلى الله عليه و آله الذى جاء بتلك القوانين و

حينما ساعدته الظروف شكل الحكومة بنفسه، وكذلك وصية أمير المؤمنين عليه السلام عين شخصا لإجراء تلك الأحكام. وليس في هذا الزمان غير المجتهد الذي قال صلى الله عليه وآله في حقه: انه خليفتي و وارثي. وقال الامام عليه السلام: هو الحجّة عليكم الى غير ذلك من التعابير التي ستمر عليك. مع انه لا يكون ثمّة احد اعرف بمباني الإسلام منه، فهو المتعين لأن يكون قائما بالحكومة و على رأسها. منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٦

...

و ان شئت قلت: انه لا ريب في ان وظيفة المجتهد في هذا العصر اجراء احكام الإسلام، و حفظ امن البلاد الاسلاميه، و التحرز من مكاييد الاستعمار، و حفظ استقلال البلاد الاسلاميه، و الدفاع عن حريم الإسلام و القرآن، و قطع يد من تسول له نفسه العبث في بلاد المسلمين، و حفظ المسلمين من يد الأجانب و من عبثهم في عقول المسلمين، و عقد الذمة و العهود، و اجراء الحدود، و الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. و هل يمكن شيء من ذلك الا من قبل الدولة و الحكومة القوية العادلة.

قال الله تعالى: واعدوا لهم ما استطعتم من قوة «١» هل يمكن ذلك الا من قبل الحاكم.

و قد تقدم خبر الفضل عن الإمام الرضا عليه السلام المتضمن: انا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملّة من الملل بقوا و عاشوا الا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه في امر الدين و الدنيا، فلم يجز في حكمه الحكيم ان يترك الخلق بما يعلم انه لا بد لهم منه و لا قوام لهم الا به. فان هذا البرهان العقلي جار في زمان الغيبة ايضا.

و تشهد بثبوت هذا المقام للمجتهد جملة من الأخبار:

منها: مقبولة «٢» عمر بن حنظلة عن ابي عبد الله عليه السلام: ينظر ان من كان منكم ممن قد روى حديثنا و نظر في حلالنا و حرامنا و عرف احكامنا فليرضوا به حكما، فاني قد جعلته عليكم حاكما، فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله و هو على حد الشرك بالله.

حيث انه يستفاد منها جعل المجتهد حاكما كسائر الحكام المنصوبين في زمان النبي صلى الله عليه وآله و الصحابة، و من المعلوم ان الحاكم المنصوب في تلك الأزمنة كان يرجع إليه في جميع الأمور العامة التي يرجع فيها كل قوم الى رئيسهم، فالمجتهد قد جعل حاكما مطلقا

(١) الأنفال، ٦٣.

(٢) الكافي ج ١- ص ٦٧ حديث ١٠- التهذيب ج ٦، ص ٣٠١، حديث ٥٢- الفقيه ج ٣، ص ٥- الاحتجاج، ص ١٩٤- الفروع ج ٧، ص ٤١٢- الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضي حديث (١).

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٧

...

بهذا المعنى. و عبارة اخرى الحاكم هو المنفذ الحكم.

و اورد عليها.

تارة بضعف السند لأنه لم ينص على ابن حنظلة بتوثيق.

و اخرى: بان الظاهر من الحاكم هو القاضى لأن مورد السؤال و التحاكم هو الترافع الى القاضى، و قوله: فإذا حكم بحكمنا اى قضى، فهى تدل على جعل منصب القضاة له.

و لكن يرد الأول: ان الأظهر وثاقه الرجل لتوثيق الشهيد الثانى اياه، قال: انا حققنا توثيقه من محل آخر، و لورود روايتين داليتين «١» عليها، و لغير ذلك من الشواهد، مع ان الأصحاب تلقوها بالقبول و لذلك سميت بالمقبولة.

و يرد الثانى: ان المسلم عند الأصحاب: ان خصوص المورد لا يخصص عموم الوارد.

مع انه لو كان المراد ما ذكر لكان يكفى قوله: ينظر ان من كان ... الخ و لم يكن حاجة الى هذه الجملة، سيما مع تصدرها بحرف التعليل الذى يكون صالحا لكون الجملة بيانا لكبرى كليه من مصاديقها المورد.

و منها: ما رواه الصدوق باربعة طرق عن الامام على عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: اللهم ارحم خلفائى - ثلاثا - قيل: يا رسول الله و من خلفائك؟ قال: الذين يأتون بعدى يروون حديثى و سنتى - و زاد فى بعض الروايات: فيعلمونها الناس من بعدى - «٢».

و حيث انه عند دوران الأمر بين الزيادة و النقيصة الأصل البناء على وجود ما نقص.

(١) رواهما العلامة المامقانى فى رجاله احدهما عن التهذيب - و الاخرى عن الكافى.

(٢) عيون الأخبار ج ٢، ص ٣٧، حديث ٩٤ - معانى الأخبار، ص ٣٧٤. الفقيه ج ٤، ص ٣٠٣، حديث ٥٣ - الوسائل - باب ٨ - من ابواب صفات القاضى حديث ٥٣ - و باب ١١ - منها حديث ٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٨٨

...

فالظاهر ان متن الحديث مع هذه الزيادة، و ظهوره حينئذ فى ارادة الفقهاء من الرواة فى غاية الوضوح.

و بعبارة اخرى: المراد من راوى الحديث و السنة هو من يعلم الناس احكام الإسلام لا مجرد لقلقة اللسان، و هذا يلازم مع الفقاهة.

فيدل الخبر على ان الفقيه خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله، و الخليفة بقول مطلق من يقوم مقام من استخلفه فى كل ما هو له.

و ان شئت قلت: ان كون الرئاسة و الحكومة حق خليفة رسول الله صلى الله عليه و آله و منصبه المفوض إليه كان من الأمور الواضحة المسلمة عند الجميع.

و لذلك كان كل من ملوك بنى امية و سلاطين بنى العباس، بل و من قبلهم من رؤساء الحكومة الاسلامية، مدعيا لخلافه رسول الله صلى الله عليه و آله لتصدى ذلك المقام. و على ذلك فتعيين رسول الله صلى الله عليه و آله العلماء خلفائه يكون دالا بالملازمة البينة على جعلهم حكاما نافذى الحكم و رؤساء للحكومة الاسلامية.

و مما يؤيد ما ذكرناه من ظهور جعل شخص خليفة فى جعله نافذ الحكم و رئيسا:

الآية الكريمة:

(يَا دَاوُدُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ «١») فان كون الحكومة مترتبة على جعله خليفة مفروغ عنه فى الآية،

و انما امر فيها بالحكم و عدم اتباع الهوى.

و منها: التوقيع الشريف المروى فى كتاب اكمال الدين و اتمام النعمة للصدوق،

و كتاب الغيبة للشيخ، و الاحتجاج للطبرسى فى جواب مسائل اسحاق بن يعقوب: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا،

فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله «٢».

(١) سورة ص آية ٢٦.

(٢) اكمال الدين و اتمام النعمة طبع الكمباني، ص ٢٦٦، ح ٤ باب التوقيع - كتاب الغيبة، ص ١٩٨ - الاحتجاج طبع النجف، ص ١٦٣ - الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضي حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٨٩

...

بتقريب: ان المراد بالحوادث - من جهة كونها جمعا محلي باللام - كل حادثة يرجع فيها الرعية الى رئيسهم، من غير فرق بين كونها من السياسيات أو الشرعيات، و من غير فرق بين ان تكون مرتبطة بشخص خاص أو بالمجتمع، فتشمل ما كان من قبيل اخراج الأجانب النفط و سائر المعادن، و عقد الذمة مع الدول الاخر، و ما لو توجه الخطر من جانب الأجانب الى الدولة الاسلامية، و ما شاكل، فيدل على ان راوى الحديث، المجمعول حجة على الأمة، و هو الفقيه الجامع للشرائط، مرجع في جميع تلك، و ليس معنى الحكومة و كون الشخص حاكما و نافذ الحكم الا ذلك.

و احتمال ارادة حوادث خاصة - نظرا الى ان اللام للعهد، و اشارة الى الحوادث المسئول عنها التي ليست بايدينا -

يندفع بان توصيف الحوادث بالواقعة يدفع ذلك.

و قد يقال: انه تضمن الرجوع في الحوادث الى الفقيه، و لا يدل على و كول نفس الحادثة إليه لياشره بنفسه أو بمن ينصبه كما ادعاه الشيخ قدس سره، و الظاهر من ذلك الرجوع في حكمها إليه لا إيكالها إليه.

و لكن يندفع ذلك: بان الرجوع في كل حادثة الى الفقيه، و كسب الوظيفة منه،

و لزوم العمل بكل ما يعينه و لو كان هو الدفاع عن المملكة الاسلامية و حفظ حدودها و ما شاكل، عبارة اخرى عن كونه حاكما مطلقا، و يناسب هذا المعنى التعليل بانه حجة من قبل من هو حجة من قبل الله المسلط على العالم و ما فيه.

و منها: ما روى عن الامام الحسين بن علي عليهما السلام: مجارى الأمور و الأحكام على ايدي العلماء بالله، و الأمانة على حاله، فانتم المسلوبون تلك المنزلة، و ما سلبتم ذلك الا بتفرقكم عن الحق و اختلافكم في السنة بعد البينة الواضحة، و لو صبرتم على الأذى و تحملتم المثونة في ذات الله كانت امور الله عليكم ترد، و عنكم تصدر، و إليكم ترجع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٠

...

و لكنكم مكنتم الظلمة من منزلتكم، و استسلمتم امور الله في ايديهم ... الخ «١».

و تقريب الاستدلال به:

ان المراد بالعلماء في الخبر غير الأئمة بقريته سائر الجملات المتضمنة لتفرقهم عن الحق و اختلافهم في السنة.

و ان المخاطب فيه هو العلماء الساكتون غير الأمرين بالمعروف و غير العاملين بالوظيفة، و غير ذلك من القرائن.

و يدل الحديث على ان مجارى الامور على ايديهم، و لا - معنى لمجارى الامور في مقابل مجارى الأحكام سوى الامور المربوطة بالحكومة الاسلامية.

و يؤكد ذلك ما في ذيله من قوله و استسلمتم امور الله في ايديهم فان ما استسلموه هو الحكومة و ما يرتبط بها.

و ايضا تضمن الخبر ان العلماء غضب حقهم، و من المعلوم ان المغضوب ليس غير الحكومة.

و على الجملة: من تدبر فى الخبر صدر أو ذبلا يظهر له ان مراد الإمام الشهيد صلوات الله عليه: ان العلماء هم الحكام، و ان تشكيل الحكومة من وظائفهم، و قد غصب الظلمة هذه المنزلة من جهة ترك العلماء العمل بوظائفهم من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و عدم المصانعة عند الظلمة، و ما شاكل و الله العالم.

و منها: خبر على بن ابى حمزة عن ابى الحسن موسى بن جعفر عليه السلام: إذا مات المؤمن بكت عليه الملائكة، و بقاع الأرض التى كان يعبد الله عليها، و ابواب السماء التى كان يصعد فيها باعماله، و ثلم فى الإسلام ثلمة لا يسدها شىء، لأن المؤمنين الفقهاء حصون الإسلام كحصن سور المدينة لها. (٢)

(١) تحف العقول، ص ٢٣٧.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩١

...

و تقريب الاستدلال به:

انه يدل على ان حصن الإسلام و حافظه هو الفقيه، و حيث ان احكام الإسلام لا تنحصر بالعبادات، بل منها احكام اجتماعية و سياسية و قضائية و جزائية، و لا يمكن حفظ تلك الأحكام، و كون الفقيه حصنا يدافع عنها الا من قبل حكومة قوية صالحة. و لذلك ترى ان الاستعمار الأروبي علم من اول وهلة ان استعمار له لا يتم ما دام القرآن هو الكتاب السماوى الذى يتبعه المسلمون و يجرون احكامه و قوانينه و يتبعون ارشاداته و تعاليمه.

و بهذا صرح) كلايستون (رئيس وزراء بريطانيا فى ذلك الوقت، و من ذلك الوقت اتجه وجهة اخرى، فاخذ يسعى بشتى الطرق و الوسائل لتضعيف الإسلام.

و كان من جملة مصائده و حباله نعمة التفكيك بين الدين و السياسة، و صارت تلك من اخطر الوسائل فى ايديهم، و سببا لما نرى الآن من حال الإسلام و المسلمين و البلاد الاسلامية.

و بالجملة احكام الإسلام من الجهاد و المهادنة و عقد الذمة، و العهود و اجراء الحدود و القصاص و قبول الجزية، و ما شاكل، لا يمكن حفظها الا مع كون الحكومة بيد الفقيه أو من ينصبه الفقيه.

لذلك، فجعل الفقيه حصنا للإسلام لا يكون الا بجعله حاكما مطلقا منفذ الحكم.

و منها: خبر السكونى عن ابى عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا فى الدنيا، قيل:

يا رسول الله و ما دخولهم فى الدنيا؟ قال صلى الله عليه و آله: اتباع السلطان،

فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١».

و تقريب الاستدلال به:

ان الأمين من فوض عليه حفظ ما فوض إليه، و قد فوض الى الفقهاء الأحكام الشرعية.

(١) اصول الكافى، ج ١- ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه حديث ٥.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٢

...

وقد مر في الخبر السابق ان حفظ الأحكام الشرعية لا يمكن الا من قبل حكومة اسلامية قوية، وقوله: ما لم يدخلوا... الخ يمكن ان يكون اشارة الى ان الإهمال في تشكيل الحكومة و صيرورة المتبوع تابعا و المخدوم خادما خيانة يخرج بذلك عن كونه امينا. و منها: ما رواه في الكافي، و امالي الصدوق، و في اول المعالم باسانيد عديدة متصلة عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من سلك طريقا يطلب فيه علما سلك الله به طريقا الى الجنة، و ان الملائكة لتضع اجنحتها لطالب العلم رضا به، و انه يستغفر لطالب العلم من في السماء- الى ان قال-.

و ان العلماء ورثة الأنبياء، ان الانبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن ورثوا العلم، فمن اخذ منه اخذ بحظ وافر «١». و تقريب الاستدلال به: انه يدل على ان العالم وارث الأنبياء في العلم، و المراد به الأحكام و الحقائق و القوانين التي جاءوا بها، فكما انهم موظفون بنشرها و اجرائها كى ينتفع بها الناس.

فكذلك العالم موظف بذلك، و قد مر أن اجراء الأحكام الشرعية باجمعها لا يمكن الا بيد الحاكم المطلق. و دعوى ان المراد بالعلماء هم الأئمة.

غريبة، يدفعها صدر الخبر الوارد في ثواب طلب العلم.

مع انه بهذا المضمون روايات صريحة في ارادة غير الأئمة الهداء صلوات الله عليهم.

مثل ما في البحار: و قال امير المؤمنين صلوات الله عليه لولده محمد: تفقه في الدين، فان الفقهاء ورثة الأنبياء «٢».

(١) اصول الكافي، ج ١، ص ٣٤ باب ثواب العالم و المتعلم.

(٢) ج ١- ص ٢١٦ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٣

...

و في المقام روايات اخر قريبة المضمون مع ما تقدم، تظهر كيفية الاستدلال بها مما تقدم، فلا وجه لتطويل الكلام بذكر كل واحدة منها.

العالم المختلف ابواب الحكام آفة الدين

و قد تضمنت الأخبار ذم العلماء الذين يختلفون ابواب الحكام و لا يحترزون عن مخالطتهم، لاحظ.

خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الفقهاء امناء الرسل ما لم يدخلوا في الدنيا، قيل: يا رسول الله و ما دخولهم في الدنيا؟ قال صلى الله عليه و آله: اتباع السلطان، فإذا فعلوا ذلك فاحذروهم على دينكم «١».

و النبوي: العلماء امناء الرسل على عباد الله عز و جل ما لم يخالطوا السلطان، فإذا فعلوا ذلك فقد خانوا الرسل فاحذروهم و اعتزلوهم «٢».

و النبوي: شرار العلماء الذين يأتون الأمراء، و خيار الأمراء الذين يأتون العلماء «٣».

و الخبر قال عليه السلام: العلماء احباء الله ما امروا بالمعرف و نهوا عن المنكر و لم يميلوا في الدنيا و لم يختلفوا ابواب السلاطين، فإذا رأيتهم مالوا الى الدنيا و اختلفوا ابواب السلاطين فلا- تحملوا عنهم العلم، و لا- تصلوا خلفهم، و لا- تعودوا مرضاهم، و لا- تشيعوا جنائزهم،

فانهم آفة الدين، و فساد الإسلام، يفسدون الدين كما يفسد الخل العسل «٤».

(١) اصول الكافي ج ١- ص ٤٦ باب المستاكل بعلمه.

(٢) المحجبة البيضاء ج ١- ص ١٤٤.

(٣) المحجبة البيضاء، ج ١، ص ١٤٤- و اخرجه ابن عبد البر فى العلم بلفظ آخر على نقل و بلفظه نقله الشهيد فى المنية.

(٤) خراجية الفاضل القطيفى.

منهاج الفقيه (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٤

...

و الظاهر ان منشأ هذه التشديدات العظيمة و السر فيها وجهان:

احدهما: ان العالم جعل متبوعا و حاكما و مخدوما، فإذا صار تابعا و خادما و محكوما كان ذلك انعكاسا على ام الرأس، و مثله هو الذى يقوم فى العرض الأكبر مع المجرمين ناكسى رءوسهم عند ربهم.

الثانى: ان السلطان و الملك قد غضب حق المجتهد و تصدى للحكومة، فاختلف بابه تقرير لظلمه و تعديه فلا يجوز.

و بذلك يظهر الوجه لما فى روايات كثيرة من ذم السلاطين و النهى عن اختلاف ابوابهم و الأمر بالهرب منهم.

و فى المقام مطالب هامة يعجبني التعرض لها و للأخبار الواردة عن ائمة الدين فيها،

و لكن الظروف لا تساعد، و إلى الله المشتكى.

فالمتحصل مما ذكرناه: انه لا ينبغى التوقف فى ان تشكيل الحكومة و وظيفة المجتهد الجامع للشرائط.

منهاج الفقيه (لروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٥

...

مزاحمة احد المجتهدين لآخر

بقى الكلام فى انه هل يجوز لآحاد المجتهدين مزاحمة الآخرين ام لا؟ و تنقيح القول فى ذلك:

انه تارة: يتصدى اقدمهم للرئاسة و الحكومة.

و اخرى: لم يستقر له الأمر و يريد التصدى لها.

اما فى الصورة الأولى: فلا اشكال فى عدم جواز المزاحمة ان كان المتصدى اهلا لذلك، إذ مضافا الى ان المزاحمة موجبة لتضعيف الحكومة الاسلامية- و هو بديهي الحرمة-.

يشهد لعدم جوازها قوله عليه السلام فى مقبوله ابن حنظلة المتقدمة: فإذا حكم بحكمنا فلم يقبل منه فانما استخف بحكم الله و علينا رد، و الراد علينا الراد على الله، و هو على حد الشرك بالله «١».

فان تصدى المجتهد حينئذ كتصدى الامام عليه السلام فمزاحمة الثانى اياه كمزاحمته للإمام و هى مستلزمة للرد عليه و هو رد على الامام فلا يجوز.

اضف الى ذلك انه يلزم اختلال نظام مصالح المسلمين العامة، و هو غير جائز قطعا.

مع ان الأدلة انما تدل على جعل هذا المنصب للمجتهد مع عدم المتصدى له، ففى فرض التصدى لا دليل على ثبوته لأحد.

و إلى هذا نظر المحقق النائيني قدس سره، حيث قال: ان الفقيه ولى من لا- ولى له، فإذا تحقق الولي فلا- ولاية لآخر كما هو مفاد

المشهوره السلطان ولى من لا ولى له.

كما ان الظاهر الى هذا نظر من قال ان دليل الولاية.

ان لم يكن لفظيا فالمتيقن منه انما هو ثبوت الولاية مع عدم تصدى احد،

و الا فيرجع الى الأصل و هو يقتضى عدم الولاية

(١) الوسائل - باب ١١ - من ابواب صفات القاضى حديث ١١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٦

...

و ان كان لفظيا، فاطلاقه غير مسوق للبيان من هذه الجهة، فعند الشك لا بد من الرجوع الى الأصل المتقدم.

و أما فى الصورة الثانية: فان قلنا باعتبار الأعلمية - كما يشهد به.

ما رواه فى البحار عن كتاب الاختصاص قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من تعلم علما ليمارى به السفهاء أو لياهى به العلماء

أو يصرف به الناس الى نفسه يقول انا رئيسكم فليتبوأ مقعده من النار، ان الرئاسة لا تصلح الا لأهلها، فمن دعى الناس الى نفسه و فيهم

من هو اعلم منه لم ينظر الله إليه يوم القيامة «١».

فلا اشكال فى عدم جواز المزاحمة.

و الا فالأظهر جواز المزاحمة، بمعنى ترتيب المقدمات، و التوسل بكل امر جائز فى نفسه للوصول الى ذلك المقام السامى، بل لو كان

يرى نفسه احق و ابصر بالأمر و انه لو تصدى لذلك كان يخدم الإسلام و المسلمين احسن مما لو تصدى الآخر يجب عليه ذلك، و

الله العالم.

عدم اولوية الفقيه بالتصرف فى الأموال و الأنفس

فالمتحصل مما اسلفناه: ثبوت منصب الفتوى و القضاة و ما يتبع هذا المنصب، و الحكومة المطلقة للفقيه، و عليه فكل امر يرجع فيه

كل قوم الى رئيسهم يرجع المسلمون فيه الى الفقيه، كما انه المرجع فى كل امر يكون بيد القضاة كما مر.

و أما غير تلك من ما ثبت للإمام عليه السلام من اولويته بالتصرف فى الأموال و الأنفس، و لزوم اطاعته فى اوامره الشخصية العرفية، و

ولايته التكوينية، فالظاهر عدم ثبوت

(١) البحار ج ٢ - ص ١١ من الطبع الحديث.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٢٩٧

فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف، فلا- دليل على وجوب الدفع إليه شرعا (١) نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما

بدفعه الى الفقيه مطلقا، أو بعد المطالبة و افتى بذلك الفقيه وجب اتباعه ان كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار، فيخرج عن

محل الكلام. هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الاخبار وجب حملها على ارادة الجهة المعهودة المتعارفة من وظيفته صلى الله

عليه و آله من حيث كونه رسولا مبلغا، و الا لزم تخصيص اكثر افراد العام لعدم سلطنة الفقيه على اموال الناس و انفسهم، الا فى موارد

قليلة بالنسبة الى موارد عدم سلطنته.

و بالجملة فإقامة الدليل على وجوب طاعة الفقيه، كالامام الا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

شيء منها للفقهاء بما هو فقيه لا اختصاص ادلتها بالإمام عليه السلام

(١) قوله فلو طلب الفقيه الزكاة والخمس من المكلف فلا- دليل على وجوب الدفع إليه وقد التزم هو قده في كتاب الزكاة بوجوب الدفع إليه ان طالب.

و استدلاله: بان منعه رد عليه و الراد عليه راد على الله تعالى كما في مقبوله ابن حنظلة (١).

و بقوله عليه السلام في التوقيع الشريف: اما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فانهم حجتي عليكم و انا حجة الله (٢).

و لكن قد مر ان الخبرين انما يدلان على ان الحكومة و القضاة و للفقهاء و لا يدلان على ثبوت شيء آخر كوجوب الإطاعة، و حيث إن ذلك ليس شأنًا من شؤون احد المنصبين.

و بعبارة اخرى: ليس مما يرجع فيه العرف الى الرئيس أو القاضى، فلا وجه لوجوب الرد إليه، و ما في المقبولة انما هو كون عدم قبول ما حكم به بحكمهم ردا على الامام لا ان مطلق الرد رد عليه.

(١) الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى- حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١١- من ابواب صفات القاضى- حديث ٩.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٨

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى: توقف تصرف الغير على اذنه (١) فيما كان متوقفا على اذن الامام عليه السلام و حيث ان موارد التوقف على اذن الامام غير مضبوط، فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها.

فنقول كل معروف علم من الشارع ارادة وجوده فى الخارج ان علم كونه وظيفه شخص خاص، كنظر الاب فى مال ولده الصغير، أو صنف خاص، كالافتاء و القضاء، أو كل من يقدر على القيام به، كالامر بالمعروف، فلا اشكال فى شيء من ذلك. و ان لم يعلم ذلك و احتمال كونه مشروطا فى وجوده أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه.

ثم ان علم الفقيه من الأدلة جواز توليه، لعدم اناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة، ان كان ممن يرى الاستنابة فيه، و إلا- عطله، فإن كونه معروفا لا- ينافى اناطته بنظر الامام عليه السلام و الحرمان عنه، عند فقده كسائر البركات التى حرمانها بفقده عجل الله فرجه. و مرجع هذا الى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده، من موجد خاص.

اما وجوب الرجوع الى الفقيه فى الامور المذكورة فيدل عليه مضافا الى ما استفاد من جعله حاكما كما، فى مقبوله ابن حنظلة. الظاهرة فى كونه كسائر الحكام المنصوبة فى زمان النبى صلى الله عليه و آله.

نعم إذا فرضنا صيرورة المجتهد حاكما و سلطانا فطلب الزكاة أو الخمس لصرفها فى المصالح العامة و الفقراء و وجب الدفع إليه لان ذلك من حيثيات الحكومة و شؤونها و لذا كان داب النبى صلى الله عليه و آله و الوصى عليه السلام فى زمان حكومتها مطالبة الزكاة و الاخذ من المانعين جبرا، و بما حققناه يظهر الضابط فيما للفقهاء تصديده و ما ليس له ذلك فتدبر حتى لا يشتهب عليك الامر.

ضابط التصرفات المتوقف جوازها على اذن الفقيه

(١) قوله بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى اعنى توقف تصرف الغير على اذنه

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٢٩٩

و الصحابة، فى الزام الناس بارجاع الامور المذكورة إليه و الانتهاء فيها الى نظره، بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما، و وجوب

الرجوع في الامور العامة المطلوبة للسلطان إليه، و إلى ما تقدم من قوله عليه السلام: مجارى الامور بيد العلماء بالله الامناء على حلاله و حرامه التوقيع المروى في اكمال الدين، و كتاب الغنية.

و احتجاج الطبرسى، الوارد في جواب مسائل اسحاق بن يعقوب التي ذكر انى سألت العمرى رضى الله عنه ان يوصل الى الصاحب عجل الله فرجه (كتابا فيه تلك المسائل التي قد اشكلت على، فورد التوقيع بخطه عليه آلاف الصلاة و السلام فى اجوبتها.

و فيها: و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها الى رواة حديثنا فإنهم حجتي عليكم، و انا حجة الله. فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التي لا بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا أو شرعا الى الرئيس مثل النظر فى اموال القاصرين لغيبه، أو موت، أو صغر، أو سفه. و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه:

منها: ان الظاهر و كقول نفس الحادثة إليه، لياشر امرها مباشرة أو استنابة، لا الرجوع فى حكمها إليه.

و ملخص القول فى المقام: ان ما ثبت كونه معروفا إذا علم كونه وظيفه شخص خاص، كنظر الأب فى مال ولده الصغير، أو صنف خاص كالقضاوة، أو علم عدم اشتراطه بنظر شخص آخر كالأمر بالمعروف، فلا كلام.

و ان احتمال ان يكون فى وجوده أو وجوبه منوطا بنظر شخص خاص، فان كان لدليل ذلك المعروف عموم أو اطلاق من هذه الجهة تنفى الاناطة به حتى و ان ثبت كونه منوطا بنظر شخص، الامام عليه السلام فى زمان حضوره، إذ المتيقن من دليل القيد هو دخل نظر الامام فى زمان الحضور، فمع عدم التمكن من الاستئذان منه يكون الاطلاق هو المحكم،

و لا وجه للتمسك بعموم ادلة النيابة لعدم الدليل على نيابة الفقيه فيما ثبت للامام عليه السلام بما هو امام

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٠

و منها التعليل بكونهم حجتي عليكم و انا حجة الله، فإنه انما يناسب الامور التي يكون المرجع فيها هو رأى و النظر، فكان هذا منصب ولاية الامام من قبل نفسه، لا- انه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الامام، و الا كان المناسب ان يقول انهم حجج الله عليكم، كما وصفهم فى مقام آخر: بأنهم امناء الله على الحلال و الحرام.

و منها ان وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية الى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف الى الخلف، مما لم يكن يخفى على مثل اسحاق بن يعقوب، حتى يكتبه فى عداد مسائل اشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة الى رأى و نظره. فإنه يحتمل ان يكون الامام عليه السلام قد وكله فى غيبته الى شخص أو أشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان.

و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات

نعم ما ثبت له بعنوان انه قاض أو حاكم و رئيس يثبت للفقيه لما مر من ثبوت هذين المنصبين للفقيه.

و عليه فكل امر مطلوب يرجع فيه كل قوم الى رئيسهم يرجع فيه الى الفقيه، و لعله يكون من هذا الباب الجهاد مع الكفار، و قد مر الكلام فيه فى كتاب الجهاد.

و ان لم يكن لدليل معروفته اطلاق أو عموم، فان لم يحرز اصل المطلوبية فى زمان الغيبة من جهة احتمال دخل نظر الامام عليه السلام فيها، فان ثبت كون دخل نظره بما انه رئيس و حاكم يحكم بانه مطلوب مع اذن الفقيه، و انه لا بد فيه من الرجوع إليه لما مر من عموم دليل ولايته بهذا المعنى، و ان احتمال دخل نظر شخص الامام عليه السلام فيه سقطت مطلوبيته، كان ذلك من قبيل المعاملات أو العبادات للأصل.

و ان احرز ارادة وجوده فى الخارج و علم وجوبه كفاية مع تعذر الاستئذان بان يكون اعتبار اذنه ساقطا عند التعذر، لا كلام فى ان للفقيه التصدى له، لأنه اما يعتبر اذنه أو هو كغيره ممن يجب عليه كفاية، و أما غير الفقيه فان كان التصرف تصرفا معامليا فالأصل عدم

نفوذه الا باذن الفقيه.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠١

ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في اذن الشارع في كل معروف لكل احد مثل قوله عليه السلام: كل معروف صدقة. وقوله عليه السلام: عون الضعيف من افضل الصدقة، و امثال ذلك. و ان كانت عموما من وجه (١) الا ان الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها (٢)

و ان كان غير معاملى فان استلزم ذلك التصرف في مال الغير أو نفسه لم يجز لعموم ما دل على حرمة التصرف في مال الغير أو نفسه «١».

و الا كما في الصلاة على الميت جاز التصدي له بدون اذنه بناء على جريان البراءة عند الدوران بين الأقل و الأكثر كما لا يخفى.

(١) قوله ثم ان النسبة بين مثل هذا التوقيع وبين العمومات الظاهرة في اذن الشارع ... و ان كانت عموما من وجه.

مادة الافتراق من جانب التوقيع الامور المختصة بالفقيه كالافتاء و القضاء و الحكومة، و من جانب دليل كل معروف صدقة الافعال المطلوبة غير المعبر فيها اذن احد،

و مادة الاجتماع التصرف في مال القصر و ما شاكل

(٢) تقريب الحكومة ان التوقيع يدل على ان الحوادث الواقعة معروفيتها تتوقف على اذن الفقيه و يرد عليه ان التوقيع اخص من تلك النصوص إذ لا حادثه مهمة يرجع فيها الى الفقيه الا و هو معروف و لا عكس مع ان التوقيع يكون واردا عليها فانه يدل على دخالة اذن الفقيه في معرفة الحوادث الواقعة.

اضف الى ذلك ما مر من عدم العموم لتلك النصوص كى تدل على عدم اعتبار اذن الفقيه فراجع.

و بذلك يظهر عدم تمامية ما افاده المصنف قدس سره من اطلاق عدم المشروعية كما ظهر ما في اطلاق المحقق الخراساني من الجواز في غير المعاملات.

فان قيل بناء على ما ذكر من انه لو كان عموم أو اطلاق لدليل ذلك المعروف

(١) الوسائل باب ٣- من ابواب مكان المصلى حديث ٣- ١ و باب ١- من ابواب القصاص في النفس حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٢

و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع الى الامام عليه السلام أو نائبه في الأمور العامة التي يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر في قوله تعالى: أولى الأمر و على تسليم التنزل عن ذلك.

فالمرجع بعد تعارض العمومين الى اصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا.

لكن المسألة لا تخلو عن اشكال و ان كان الحكم به مشهوريا و على اى تقدير فقد ظهر مما ذكرنا ان ما دل عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه في الأمور التي يكون مشروعية ايجادها في الخارج مفروغا عنها، بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية. و أما ما يشك في مشروعيته، كالحدود لغير الامام، و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد، و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه، و فسخ العقد الخيارى عنه، و غير ذلك، فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيته للفقيه، بل لا بد للفقيه من استنباط مشروعيته من دليل آخر.

نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام عليه السلام بالأدلة المتقدمة المختصة به،

مثل آية أولى الناس من انفسهم، و قد تقدم ان اثبات عموم نيابة الفقيه عنه عليه السلام في هذا النحو من الولاية على الناس ليقصر

في الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

لم يكن اذن الفقيه معتبرا لا بد من البناء على عدم اعتبار اذن الفقيه في شيء من الموارد لعموم ما دل على ان كل معروف صدقة (١) من النصوص توجه عليه ان تلك النصوص من جهة اخذ مشروعية الفعل في موضوعها- لأن المعروف هو ما عرفه الشارع و رغب إليه و حث عليه- لا سبيل الى التمسك بها، لأنه مع احتمال اعتبار اذنه لم يحرز كونه معروفا بدون اذن الفقيه، فلا يتمسك به. فالأظهر هو اعتبار اذن الفقيه في التصرفات المعاملية و ما استلزم التصرف في مال الغير أو نفسه.

(١) الوسائل- باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٣

و بالجمله فيها هنا مقامان:

احدهما: وجوب ايكال المعروف المأذون فيه إليه ليقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذي لا ولي له، فإنه يجب ان يقع خصوصياته من تعيين الغاسل، و المغسل، و تعيين شيء من تركته للكفن، و تعيين المدفن عن رأى الفقيه. الثاني: مشروعية تصرف خاص في نفس أو مال أو عرض، و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثاني و ان كان الافتاء في المقام الثاني بالمشروعية و عدمها ايضا من وظيفته، الا ان المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية، نعم لو ثبت ادلة النيابة عموما تم ما ذكر، ثم انه قد اشتهر في الألسن، و تداول في بعض الكتب رواية أن السلطان ولي من لا ولي له. (١) و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا يحتاج الى أدلة عموم النيابة، و قد عرفت ما يصلح ان يكون دليلا عليه، و انه لا يخلو عن وهن في دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين في باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الاصحاب كون الفقهاء نواب الامام، و يظهر من المحقق الثاني ايضا في رسالته الموسومة بقاطع اللجاج في مسألة جواز أخذ الفقيه أجره أراضى الأنفال من المخالفين (، كما يكون ذلك للإمام عليه السلام إذا ظهر عليه السلام للشك في عموم النيابة و هو في محله.

(١) قوله اشتهر في الألسن و تداول في بعض الكتب رواية (١): ان السلطان ولي من لا ولي له.

اختلفت كلمات القوم في المراد من السلطان.

فمن جماعة: ان المراد به الامام عليه السلام، و هو الظاهر من صدر عبارة المصنف في المقام.

و عن آخرين كالعلامة في التذكرة و غيره: ان المراد به ما يعم الفقيه المأمون القائم بشرائط الاقتداء و الحكم، و هو الظاهر من عبارة المصنف قدس سره الأخيرة.

و الأظهر هو الثاني، فان السلطان من له السلطنة على غيره، و الإمام عليه السلام

(١) التذكرة ج ٢ ص ٥٩٢- رواه أبو داود في محكي سننه ج ١ ص ٤٨١- و ابن ماجه تحت رقم ١٨٧٩- و احمد في مسنده ج ٦ ص

٤٧- و في عوائد النراقى عائده ٥٤ انه مروى في كتب الخاصة و العامة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٤

ثم ان قوله من لا ولي له في المرسله المذكورة ليس مطلق من لا ولي له، بل المراد عدم الملكة. يعنى انه ولي من من شأنه، بحسب شخصه، أو صنفه، أو نوعه،

أو جنسه فيشمل الصغير الذي مات ابوه و المجنون بعد البلوغ، و الغائب، و الممتنع،

و المريض، و المغمى عليه، و الميت الذى لا- ولى له، و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة. و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامة، و نحو ذلك. لكن يستفاد من ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور: و هو الأذن فى فعل كل مصلحة لهم، فيثبت به مشروعية ما لم يثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم، فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف، المذكورين (١) نعم ليس له فعل شيء لا يعود مصلحته إليهم، و ان كان ظاهر الولى يوهم ذلك، إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولى له من شأنه ان يكون له ولى، يراد به كونه ممن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصالحه، لا بمعنى أنه ينبغى أن يكون عليه ولى، له عليه ولاية الإيجاب بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه.

و الحاصل ان الولى المنفى: هو الولى للشخص لا- عليه، فيكون المراد بالولى الميث ذلك ايضا، فمحصلة: ان الله جعل الولى الذى يحتاج إليه الشخص، و ينبغى ان يكون له هو السلطان، فافهم.

و ان كان مصداقه الكامل الا ان للفقهاء ايضا السلطنة على غيره، و هو الحاكم المنفذ للحكم كما مر، فمقتضى اطلاق الخبر هو جعل الولاية له ايضا.

(١) و تقريب الاستدلال بالخبر: انه يدل على ثبوت الولاية على من لا- ولى له، و من شأنه ان يكون له ولى لمن له السلطنة، و لازم جعل الولاية هو جواز كل تصرف متعلق به أو بماله كان جائزا له لو كان مالكا لأمره فيجوز للحاكم الشرعى ان يزوج المجنون الذى لا ولى له، و ان يزوج المجنونة. فان قيل: انه ضعيف السند للإرسال.

اجبنا عنه بان صاحب الجواهر قدس سره فى كتاب النكاح قال: ان هذه القاعدة استغنت عن الجابر فى خصوص المورد نحو غيرها من القواعد. و الظاهر انه كذلك، فان الفقهاء فى باب النكاح يصرحون بان احد الأولياء السلطان، و الظاهر ان هذا التعبير منهم من باب تبعية هذا النص، فلا اشكال فى الخبر سندا و دلالة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٠٥

مسألة فى ولاية عدول المؤمنين (١)

إشارة

اعلم: ان ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه هو ما كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع، إذا كان الفقيه متعذر الوصول، فالظاهر جواز توليه لآحاد المؤمنين، لأن المفروض كونه مطلوبا للشارع، غير مضاف الى شخص، و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط بفرض التعذر، و كونه شرطا مطلقا له، لا شرطا اختياريا، مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذى امر باقامته فى الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الامام عليه السلام، صح الرجوع الى اصالة عدم المشروعية، كبعض مراتب النهى عن المنكر، حيث ان اطلاقه لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح.

ولاية عدول المؤمنين

(١) مسألة: فى ولاية عدول المؤمنين.

و ملخص القول فى المقام: ان المعروف الذى ثبت كونه من وظائف الفقيه و قد مر ضابطه- لا محالة يكون التكليف به ساقطا عند عدم التمكن منه، الا إذا علمنا من الخارج بقاء التكليف به، فيجوز حينئذ تصدى غيره.

و أما ما لم يثبت فيه ذلك، فان كان لدليله عموم أو اطلاق يقتضى جواز تصدى كل احد فلا كلام.

والا فان كان احتمال دخل نظر الفقيه و اذنه من قبيل شرط الوجوب يكون التكليف به ساقطا مع تعذر الاستئذان منه لأصالة البراءة. و ان كان من قبيل شرط الواجب، فان كان ذلك تصرفا معامليا أو كان مستلزما للتصرف في مال الغير أو نفسه، لم يجز لما تقدم. و الا جاز و لم يسقط التكليف به لجريان الأصل عند الشك في الأقل و الأكثر. و ثبوت مطلوبية الفعل بعد تعذر الاستئذان انما يكون باحد طرق:

احدها: استفادة ذلك من النصوص و لو مع ملاحظة المناطات و مناسبة الحكم و الموضوع، كما في دفن الميت. ثانيها: ان يكون للدليل ذلك المعروف اطلاق، و لا يكون الدليل المقيد له بنظر منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٦

قال الشهيد رحمه الله في قواعده: يجوز للأحد مع تعذر الحكام تولية التصرفات الحكمية «يعنى ذات مصلحة» على الاصح، كدفع ضرورة اليتيم لعموم: و تعاونوا على البر و التقوى. و قوله عليه السلام: و الله تعالى في عون العبد ما كان في عون اخيه. و قوله: كل معروف صدقة. (١) و هل يجوز اخذ الزكوات و الاخماس من الممتنع و تفريقها في اربابها؟ و كذا بقيه وظائف الحكام غير ما يتعلق بالدعاوى فيه وجهان:

وجه الجواز: ما ذكرنا، و لأنه لو منع من ذلك لفاتت مصالح صرف تلك الأموال و هى مطلوبة لله تعالى، و قال بعض متأخري العامة ان القيام بهذه المصالح اهم من ترك تلك الأموال بأيدي الظلمة يأكلونها بغير حقها، و يصرفونها الى غير مستحقها، فان توقع امام يصرف ذلك في وجهه حفظ المتمكن تلك الاموال الى حين تمكنه من صرفها إليه، و ان يئس من ذلك، كما في هذا الزمان تعين صرفه على الفور في مصارفه لما في ابقائه من التغرير و حرمان مستحقه من تعجيل اخذه مع مسيس حاجتهم إليه، و لو ظفر باموال مغصوبة حفظها لأربابها حتى يصل إليهم، و مع اليأس يتصدق بها عنهم، و عند العامة تصرف في المصارف العامة، انتهى.

الفقيه مطلقا، فانه حينئذ يقتصر في تقييده على المقدار المتيقن و هو التمکن من الاستئذان.

ثالثها: استقلال العقل بذلك كما في حفظ مال اليتيم من التلف.

رابعها: ان يدل دليل بالخصوص على ذلك، كما سيأتى في بيع مال اليتيم.

خامسها: جريان السيرة العقلانية بضميمة عدم ردع الشارع عنها، كما إذا مرض اليتيم و توقفت نجاته من الهلاكه على التصرف في ماله.

و قد ذكر له طرق اخر.

(١) منها: ما نسب الى الشهيد قدس سره و هو التمسك بدليل كل معروف صدقة «١» و شبهه، و قد مر أنه لعدم احراز الموضوع - و هو كون الفعل معروفا من كل احد - لا موقع للتمسك

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب الصدقة من كتاب الزكاة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٧

و الظاهر ان قوله: فإن توقع الى آخره من كلام الشهيد رحمه الله و لقد اجاد فيما أفاد إلا أنه لم يبين وجه عدم الجواز، لعل وجهه أن مجرد كون هذه الأمور من المعروف لا ينافي اشتراطها بوجود الامام أو نائبه. كما في قطع الدعاوى، و اقامة الحدود، و كما في التجارة بمال الصغير الذى له أب وجد. فإن كونها من المعروف لا ينافي وكوله إلى شخص خاص.

نعم لو فرض المعروف على وجه مستقل العقل بحسنه مطلقا، كحفظ اليتيم من الهلاك الذى يعلم رجحانه على مفسدة التصرف في

مال الغير بغير اذنه، صح المباشرة بمقدار يندفع به الضرورة (١) أو فرض على وجه يفهم من دليله جواز تصديه لكل احد الا انه خرج ما لو تمكن من الحاكم حيث دلت الأدلة على وجوب ارجاع الامور إليه، وهذا كتجهيز الميت (٢) و الا فمجرد كون التصرف معروفا لا ينهض في تقييد ما دل على عدم ولاية احد على مال احد أو نفسه. ولهذا لا يلزم عقد الفضولي على المعقود له بمجرد كونه معروفا ومصالحه، ولا يفهم من ادلة المعروف ولاية للفضولي على المعقود عليه، لأن المعروف هو التصرف في المال، أو النفس على الوجه المأذون فيه من المالك، أو العقل، أو الشارع، من غير جهة نفس أدلة المعروف. وبالجملة تصرف غير الحاكم يحتاج الى نص عقلي أو عموم شرعي أو خصوص في مورد جزئي فافهم

(١) ومنها: ما افاده المصنف قدس سره و هو: ما إذا كان الفعل مقدمة لما هو حسن عقلا، كما لو توقفت نجاه اليتيم من الهلاكه على التصرف في ماله، بدعوى انه يعلم رجحان حفظ اليتيم من الهلاكه على التصرف في مال الغير بغير اذنه. وفيه: ان الكبرى الكلية تامه، الا انه في المثال من جهة امكان الصرف من مال نفسه أو من بيت المال لا يتم ما افيد فيه، والكبرى داخله تحت الطريق الثالث الذي ذكرناه.

(٢) كما ان ما افاده في تجهيز الميت متين و هو داخل في الطريق الاول من الطرق التي ذكرناها لمعروفية مطلوبية الفعل، منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٨

بقي الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن الذي يتولى المصلحة عند فقد الحاكم، كما هو ظاهر اكثر الفتاوى حيث يعبرون بعدول المؤمنين، و هو مقتضى الاصل (١)

ثم ان المصنف في ذيل المسألة الآتية ذكر ان من جملة الأدلة المطلقة لمعروفية الفعل قوله عليه السلام: عون الضعيف من افضل الصدقة المتقدم تعالى: وقوله (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ) «١» وفيه: اما الأول: فقد عرفت انه لا إطلاق له من هذه الجهة. و حاصله: انه من الواضح ان كل ما يكون عوناً لا يكون صدقة، حتى ما كان عوناً بفعل محرم، فالمراد هو العون بما يكون جائزاً شرعاً، فلا بد من احراز جوازه عند فقد الفقيه بدليل آخر. و أما الآية الشريفة: فان كان الخطاب فيها متوجها الى الاولياء كما ان قوله تعالى:

(فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) خطاب إليهم فهي اجنبية عن المقام، و ان كان متوجها الى عامة المكلفين فالاستدلال بها في نفسها لا مانع منه، فانها حينئذ بمفهوم الاستثناء تدل على جواز التصرف المقرون بمصلحة الصغير مطلقاً، الا ان من التزم بدلالة التوقيع وغيره على عموم ولاية الفقيه و انها تدل على اعتبار اذن الفقيه في امثال ذلك ليس له التمسك بعمومها، فانه بعد تقييد اطلاقها باطلاق تلك الأدلة لا يبقى محل للتمسك بها عند تعذر الاستئذان من الفقيه كما لا يخفى.

اشتراط العدالة

(١) قال المصنف بقى الكلام في اشتراط العدالة في المؤمن ... و هو مقتضى الاصل لا يخفى انه قد عرفت في ولاية الأب و الجد التزم بان مقتضى الاصل عدم اعتبار العدالة، و هنا التزم بان الاصل يقتضى اعتبارها، و يمكن ان يؤيد ما ذكرناه هناك من ارادته من الاصل بذلك، و الا فالبابان من واد واحد كما هو واضح.

(١) الانعام: ١٥٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٠٩

و يمكن ان يستدل عليه ببعض الاخبار ايضا، ففي صحيحة محمد بن اسماعيل رجل مات من اصحابنا بغير وصية، فرجع امره الى قاضى الكوفة فصير عبد الحميد،

القيم بماله، و كان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جوارى، فباع عبد الحميد المتاع، فلما اراد بيع الجوارى ضعف قلبه عن بيعهن، إذ لم يكن الميت صير إليه وصية، و كان قيامه بهذا بأمر القاضى، لأنهن فروج، قال: فذكرت ذلك لابي جعفر عليه السلام و قلت له: يموت الرجل من اصحابنا و لا- يوصى الى احد و يخلف الجوارى فيقيم القاضى رجلا- منا ليعهن أو قال: يقوم بذلك رجل منا فيضعف قلبه لأنهن فروج، فما ترى فى ذلك. قال: إذا كان القيم به مثلك و مثل عبد الحميد فلا بأس (١)

و كيف كان: فمحصل القول فى المقام: ان الكلام فى اعتبار العدالة ربما يقع فى جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و ربما يقع بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل الغير بان يكون فعله منضمما الى فعل غيره، كالايجاب المنضم الى القبول من الغير موضوعا للأثر.

اما المقام الأول: فالكلام فيه يقع فى موردين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثانى فيما تقتضيه النصوص الخاصة الواردة فى بيع مال اليتيم.

اما المورد الأول: فان كان ثبوت معروفية ذلك الفعل باطلاق دليل أو عموم فمقتضى ذلك عدم اعتبار العدالة، كما انه كذلك إذا كان باستقلال العقل بحسنه مع استقلاله بعدم الفرق بين العادل و الفاسق، و أما ان كان ذلك باستقلال العقل بحسنه مع عدم استقلاله بعدم اعتبار العدالة، أو كان باستكشافه من المناطات و نحوها مع احتمال الاختصاص بالعدول لزم البناء على اعتبارها، لأن ثبوت مطلوبيته للعدول معلوم، و غيرهم مشكوك فيه، و الأصل عدمه، مع ان مقتضى الأصل عدم النفوذ إذا كان التصرف تصرفا معامليا، و عدم الجواز إذا كان تصرفا فى مال الغير أو نفسه، بالإضافة الى غير العدول.

(١) اما المورد الثانى: فمن النصوص صحيح ابن «١» بزيع: المذكور فى المتن

(١) الوسائل باب ١٦ من ابواب عقد البيع حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣١٠

...

و الكلام فى هذا الخبر يقع فى جهات:

الأولى: فى انه هل يدل على ثبوت الولاية على الصغار الذين لا ولى لهم ام لا؟ الثانية: فى انه هل يدل على اعتبار العدالة ام لا؟ الثالثة: فى انه هل يوجب تقييد اطلاق غيره من الأدلة لو كان ام لا؟ اما الجهة الأولى: فقد يقال كما عن المحقق الايرانى قدس سره احتمال انه متضمن اللاذن الشخصى من الامام عليه السلام لا- لإعطاء الحكم، و حيث ان مفاده ليس اعطاء المنصب بل التوكيل فلا ينفع بالنسبة الى اعصار سائر الأئمة عليهم السلام.

و فيه: ان هذا مخالف للظاهر من وجوه:

منها: ان ظاهر السؤال هو السؤال عن الحكم الشرعى، فالجواب يكون ظاهرا فى بيان ذلك.

و منها: ان ظاهره نفي البأس عن الأعمال التى اتى بها عبد الحميد قبل الرجوع الى الامام عليه السلام.

و منها: التعبير بمثلك و مثل عبد الحميد، إذ لو كان فى مقام بيان الأذن الشخصى لم يكن يعبر هكذا.

و بالجمله ظهور الخبر سؤالاً و جواباً في بيان اعطاء الحكم لا ينبغي انكاره.

و أما الجهة الثانية:

فالوجه المحتمل للمماثلة اربعة:

الأول: المماثلة في التشيع.

الثاني: المماثلة في الوثاقه، و ملاحظه مصلحه اليتيم.

الثالث: المماثلة في العدالة.

الرابع: المماثلة في الفقاهه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١١

بناء على ان المراد من المماثلة. اما المماثلة في التشيع، أو في الوثاقه، و ملاحظه مصلحه اليتيم، و ان لم يكن شيعياً، أو في الفقاهه بأن يكون من نواب الامام عموماً في القضاء بين المسلمين، أو في العدالة.

و الاحتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس، مع عدم الفقيه و لو مع تعذره. (١) و هذا بخلاف الاحتمالات الأخرى، فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن، أو المخالف.

و ان تعذر غير هم فتعين احدها الدائر بينها، فيجب الأخذ في مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل، لكن الظاهر من بعض الروايات كفاية الامانه و ملاحظه مصلحه اليتيم، فيكون مفسراً للاحتمال الثاني، في وجه المماثلة المذكورة في الصحيحه.

(١) و قد افاد المصنف قدس سره - و تبعه المحقق النائيني قدس سره - ان الاحتمال الرابع الذي ذكرناه الثالث في المتن مناف لإطلاق المفهوم الدال على ثبوت البأس مع عدم الفقيه، و لو مع تعذره.

و فيه: انه لم يفرض في الخبر لابدية البيع، فلا مانع من الالتزام بعدم الجواز مع تعذر الفقيه، مع ان هذا بعينه يرد على ارادة المماثلة في العدالة، فانه باطلاقه حينئذ يدل على ثبوت البأس مع تعذر العادل. مضافاً الى ان مورده منطوقاً و مفهوماً صورة التمكن من امثال محمد بن اسماعيل و عبد الحميد.

فالحق ان يقال: ان احتمال ارادة المماثلة في الفقاهه يدفعه: ان الظاهر كون المراد بعبد الحميد هو ابن سالم العطار، لأن الكليني و ان روى الرواية و اطلق عبد الحميد، و لكن الشيخ في محكي التهذيب رواها و قيده بابن سالم، و احتمال اشتباه الشيخ أو انه انما يكون التقييد من جهة اجتهاده بعيد غايته.

و ما افاده المحقق البهبهاني قدس سره من ان ابن سالم لم يكن في عصر الجواد عليه السلام و الخبر مروى عنه، يرد عليه: ان ابن بزيع ينقل القضية الواقعة لعبد الحميد ثم يسأل حكم المسألة كليه، و لا يلازم ذلك كون عبد الحميد في زمانه عليه السلام و حيث انه ليس صاحب اصل أو كتاب، فلا يستفاد فقاهته، بل هو غير فقيه.

منهاج الفقاهه (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٢

ففي صحيحه على بن رثاب رجل مات و بيني و بينه قرابه و ترك اولادا صغاراً أو مماليك غلماناً و جوارى، و لم يوص، فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية يتخذها أم ولد؟ و ما ترى في بيعهم؟ قال: فقال ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم و نظر لهم و كان مأجوراً فيهم قلت: فما ترى فيمن يشتري منهم الجارية و يتخذها أم ولد؟ فقال: لا بأس بذلك إذا باع عليهم القيم بأمرهم، الناظر فيما يصلحهم و ليس لهم أن يرجعوا فيما فعله القيم بأمرهم الناظر فيما يصلحهم (١)

و يدفع احتمال ارادة المماثلة في العدالة، فرض تصرف عبد الحميد في المبيع بمجرد نصب القاضى له كما يظهر من توقفه في بيع

الجوارى لأنهن فروج، مع ان الرجاليين وثقوه، و الوثاقه اعم من العدالة.

و يدفع احتمال ارادة المائله فى التشيع انه لو كان المراد تلك كان المناسب ان يقال: إذا كان من اصحابنا، أو من اصحابك، أو من يعرف امرنا فلا-باس، فالمتعين ارادة الممائله فى الوثاقه و الأمانه، فيستفاد من ذلك ثبوت الولاية للأمين و ان لم يكن عادلا و أما الجهه الثالثه: فبناء على ما افاده المصنف قدس سره يكون الخبر مجملا، و ان البناء على اعتبار العدالة انما يكون من جهه الأخذ بالمتيقن، و عليه فلا-وجه للأخذ به فى مقابل اطلاق دليل أو عموم، بل هو يكون مبينا لإجمال هذا كما هو الشأن فى كل مورد كان احد الدليلين مجملا و الآخر مبينا.

(١) و منها: صحيح «١» على بن رثاب عن الامام الكاظم عليه السلام المذكور فى المتن و لكن: هذا الصحيح اجنبى عن المقام، لأن الظاهر من القيم، الشرعى، اما بنصب الميت فيكون المراد من لم يوص عدم الوصيه بالثلث، أو بنصب من بيده الأمر. و ان شئت قلت: ان الخبر وارد فى مقام بيان جواز الاشتراء من القيم فى مقابل الاشتراء من الصغار، و ليس فى مقام بيان من به تقوم القيمه.

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهه (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣١٣

و موثقه زرعه عن سماعه فى رجل مات و له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصيه و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثه بقسمه ذلك، قال: ان قام رجل ثقه قاسمهم ذلك كله فلا بأس (١) بناء على ان المراد من يوثق به و يطمئن بفعله عرفا، و ان لم يكن فيه ملكه العدالة.

لكن فى صحيحه اسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة (٢) قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل يموت بغير وصيه و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شىء من خدمه و متاعه من غير ان يتولى القاضى بيع ذلك؟ فان تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفه. أ يطيب الشراء منه ام لا؟ قال عليه السلام: إذ كان الاكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثه بالبيع و قام عدل فى ذلك هذا و الذى ينبغى ان يقال انك قد عرفت ان ولاية غير الحاكم لا تثبت الا فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف، أو يكون هناك دليل خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا، فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل.

(١) و منها موثق زرعه عن سماعه «١» المذكور فى المتن و هذا و ان كان يدل على الاكتفاء بالوثاقه، الا انه مختص بالقسمه.

و منها صحيح اسماعيل بن سعد «٢» عن الامام الرضا عليه السلام الذى ذكر فى المتن

(٢) و قد استظهر منه المصنف قدس سره اعتبار العدالة.

و اورد عليه: بان الظاهر من القاضى الذى تراضوا به هو القاضى الشرعى الذى له الولاية على مال الصغير مطلقا، و ان لم ينضم إليه العدل اجماعا.

و بان غايه مفاده ثبوت الولاية للعدل، و هذا لا ينافى ثبوتها لمطلق الأمين، فلا مقيد لإطلاق صحيح ابن بزيع، و بانه انما يدل على اعتبار العدالة بالنسبه الى المشتري، و الكلام انما هو فى وظيفه المتصدى للبيع نفسه.

(١) الوسائل - باب ٨٨ - من ابواب احكام الوصايا حديث ٢.

(٢) الوسائل - باب ١٦ - من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٤

و أما ما ورد فيه العموم، فالكلام فيه قد يقع في جواز مباشرة الفاسق و تكليفه بالنسبة الى نفسه، و انه هل يكون مأذونا من الشرع في المباشرة ام لا؟ و قد يكون بالنسبة الى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة، كالشراء منه مثلا. اما الأول: فالظاهر جوازه، و ان العدالة ليست معتبرة في منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف، و لو مثل قوله عليه السلام: عون الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى: و لا- تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى احسن و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن اسماعيل السابقة، قد عرفت انها محمولة على صحيحة على بن رثاب المتقدمة، بل و موثقة زرعاً و غير ذلك مما سيأتى، و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه، كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له. فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك في صحته،

و فى الجميع نظر:

اما الأول: فلأن السؤال انما هو عن البيع من دون تصدى القاضى، و مع تصديه فالجواب يكون عاما للموردين. و أما الثانى: فلأن الظاهر كون قوله: عدل... الخ عطفا على قوله رضا الورثة، و عليه فهو بمفهوم الشرط يدل على عدم الولاية لغير العادل، و يوجب تقييد اطلاق صحيح ابن بزيع.

و أما الثالث: فلأنه بناء على ما ستعرف من كون العدالة معتبرة بنفسها لا بما انها طريق الى ملاحظة صلاح اليتيم، يكون جعلها شرطا للشراء مستلزما لجعلها شرطا للبيع،

و الا فجعل جواز البيع للفاسق من غير ان يجوز لأحد الشراء منه لغو،

فالأظهر ان الجمع بين النصوص يقتضى البناء على ثبوت ولاية التصرف على مال اليتيم لعدول المؤمنين و الظاهر منها اعتبار العدالة لا من باب الأمارية على كون التصرف تصرفا بالأحسن كما ذهب إليه المصنف قدس سره- بل من باب دخلها بنفسها، إذ الظاهر من اخذ كل عنوان فى الموضوع دخله فى الحكم بنفسه لا من باب الأمارية الى شىء آخر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٥

و لو شك فى حدوث الفعل منه و اخبر به ففى قبوله اشكال (١)

و أما الثانى: فالظاهر اشتراط العدالة فيه، فلا يجوز الشراء منه و ان ادعى كون البيع مصلحة. بل يجب اخذ المال من يده، و يدل عليه بعد صحيحة اسماعيل ابن سعد المتقدمة، بل و موثقة زرعاً بناء على ارادة العدالة من الوثيقة ان عموم ادلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنها بمجرد تصرف الفاسق، فإن وجوب اصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته، لا ترتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق، و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح، كما فى مثال الصلاة المتقدم، لان الواجب هناك هى صلاة صحيحة. و قد علم صدور اصل الصلاة من الفاسق، و إذا شك فى صحتها احزرت باصالة الصحة.

و بما ذكرناه ظهر الحال فى المقام الثانى فلا نعيد.

و مقتضى اطلاق النصوص ثبوت الولاية للعدول مع التمكن من الفقيه،

فما افاده المحقق الأردبيلي قدس سره من كون ولاية العدول على مال اليتيم فى عرض ولاية الفقيه، متين اللهم الا ان يقال: ان مقتضى اطلاق هذه النصوص و ان كان ذلك، الا انه من جهة كونها من مناصب القضاء، و قد جعل الشارع الفقيه قاضيا و حاكما، فمع وجوده لا بد من تصديه لذلك. فتدبر فان المسألة تحتاج الى تأمل زائد.

فروع بقى فى المقام فروع:

(١) الاول: انه بناء على جواز تصرف الفاسق لو اخبر بالفعل الحسن المطلوب،

هل يقبل اخباره ام لا؟ وجهان.

و الحق ان يقال: انه بناء على كون جواز تصرفه من باب الولاية يقبل اخباره لقاعدة من ملك شيئا ملك الإقرار به و دعوى معارضته مع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق،

مندفعة بانه لا تعارض بينهما، إذ لا تنافي بين عدم قبول اخباره من حيث انه خبر الفاسق و قوله من حيث انه مالك للتصرف، و لذا ترى انه يقبل اخبار ذى اليد،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٦

و أما الحكم فيما فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على موضوع هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و الشك في اصل تحقق ذلك (١)

فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها.

و ان شئت قلت: ان شراء مال اليتيم لا بد ان يكون مصلحة له، و لا يجوز ذلك باصالة صحة البيع من البائع (٢) كما لو شك المشتري في بلوغ البائع، فتأمل.

و ان قلنا انه من باب التكليف الصرف لا يقبل لعدم جريان القاعدة فيه،

فالمرجع عموم ما دل على عدم حجية خبر الفاسق.

الثاني: انه بناء على جواز البيع للفاسق، إذا تصدى الفاسق للبيع و اوجب و شك من يريد القبول في انه هل يكون الايجاب تصرفا على وجه احسن ام لا، فهل تجرى اصالة الصحة في الايجاب و يحرز بها صحة الايجاب و القبول، ام لا؟ وجهان.

قد استدل المصنف قدس سره للثاني بوجهين:

(١) احدهما: ان الحكم لم يحمل على التصرف الصحيح، و انما حمل على

موضوع و هو اصلاح المال و مراعاة الحال، و هذا عنوان لموضوع الأثر، و حيث انه قد ثبت في محله انه يعتبر في جريان اصالة الصحة في موضوع الأثر احراز تحقق الموضوع و عنوانه، و كون الشك متمحضا في الوصف، و الاعمع الشك في الموصوف لا تجرى اصالة الصحة، ففي المقام لا تجرى اصالة الصحة في الايجاب.

(٢) الثاني: ان اصالة الصحة في الايجاب لا تثبت الا صحة الايجاب التأهيلية، و لا يحرز بها تحقق المصلحة، و حيث ان القابل ايضا متصرف في مال الصغير، و لا بد و ان يكون تصرفه على وجه احسن، و لا يحرز ذلك باصالة الصحة في الايجاب، فاصالة الصحة الجارية في الايجاب لا تفيد في الحكم بترتب النقل.

و لكنه يرد على الوجه الاول: ان هذا الشرط كسائر الشرائط انما يكون شرط صحة التصرف، و عنوان التصرف الذى هو موضوع الاثر عنوان المعاملة من البيع و غيره، و من شرائط صحته و امضاء الشارع له كونه صلاحا لليتيم.

و بعبارة اخرى: ان الموصوف بالصحة و الفساد نفس التصرف المعاملية، غاية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٧

نعم لو وجد في يد الفاسق ثمن من مال الصغير، لم يلزم الفسخ مع المشتري و اخذ الثمن من الفاسق (١) لأن مال اليتيم الذى يجب اصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم انه الثمن أو المثل. و اصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر،

الأمر ان هذا التصرف يمتاز عن سائر التصرفات بكونه مشروطا بشرط زائد، و هو كونه صلاحا لليتيم، و ما كان واجدا لهذا الشرط

يصح، و ما كان فاسدا لا يصح، و مجرد جعله عنوانا و كيفية للتصرف لا يجعله من العناوين التي باختلافها يختلف الموضوع بنظر العرف و يكون من قبيل الأعمال الخارجية التي قصد بها البيع أو شيء آخر، و عليه فمع احراز اصل التصرف و الشك في صحته و فساده تجرى اصالة الصحة، و يحرز بها الصحة.

و يرد على الوجه الثاني: إن الذى لا بد و ان يكون صلاحا لليتيم هو الايجاب و البيع، فانه متضمن لإعطاء ماله بعوض، و أما القبول فهو اخذ للمال الذى هو عوض عن ماله، و هذه حيثية راجعة الى المشتري لا إلى اليتيم، فلا يعتبر فيه احراز كون المعاملة صلاحا لليتيم، و لعل هذا هو السر فيما ادعاه بعض من ان اهل العرف يفهمون من جعل شخص وليا فى البيع جواز الشراء منه مع عدم الفحص عن كونه صلاحا ام لا.

مع انه يمكن ان يقال: ان الدليل انما دل على اعتبار كون التصرف على وجه احسن، و هو انما يكون بالبيع، و أما الشراء فهو مطاوعة و قبول للبيع لا انه بنفسه تصرف، فلا يعتبر فيه هذا الشرط.

فالأظهر جريان اصالة الصحة فى الايجاب و ترتب الأثر عليه مع ضم القبول إليه.

(١) الثالث: ما ذكره بقوله: نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشتري واخذ الثمن...

ما افاده قدس سره و ان كان متينا- اى تجرى اصالة الصحة فى فعل البائع و المشتري و يترتب عليها الأثر- الا ان الوجه الأول الذى ذكره فى الفرع المتقدم يجرى فى هذا الفرع

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣١٨

ثم انه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى (١) لا على وجه النيابة من حاكم الشرع، فضلا عن كونه على وجه النصب من الامام فمجرد وضع العدل يده على مال يتيم لا يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز، فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ، إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله للصغير أو مطلق و ليه من غير تخصيص بالعاقد لو اراد يبعه من شخص و عرضه، لذلك جاز لغيره يبعه من آخر مع المصلحة و ان كان فى يد الأول.

و بالجملة فالظاهر ان حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الاب و الجد،

من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر.

و لازمه عدم جريانها، و لازم ذلك جريان استصحاب بقاء المثلث على ملك الصغير،

و يحرز به كون مال اليتيم الذى يجب اصلاحه و حفظه من التلف هو المثلث لا الثمن.

مزاحمة الولي

(١) قوله حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين، فالظاهر انه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى و المقصود من سوق هذا الكلام بيان حكم مزاحمة غير المتصدى للمتصدى،

وقد حكم المصنف قدس سره بجوازها، و استند فى ذلك الى ان ما ثبت له انما يكون على وجه التكليف لا على وجه النصب من الامام عليه السلام و لكنه يرد عليه امران:

الأول: ان الظاهر كونه من قبيل النصب حيث قال عليه السلام: ان كان ولي يقوم بامرهم باع عليهم و نظر لهم ... الخ «١» مع ان ثبوت نفوذ التصرفات المعاملية لغير المالك، مع عدم كونها بعنوان الوكالة يستلزم كونه وليا و مالكا للتصرف، و الا لما كانت جائزة، و لا معنى لمجرد جعل التكليف فى هذا المقام.

(١) الوسائل باب ١٥ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣١٩

و أما حكام الشرع، فهل هم كذلك (١) فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولى له، أو من يلى امواله، أو وضع اليد على مال يتيم، فهل يجوز للآخر مزاحمته ام لا؟ الذى ينبغى ان يقال: انه ان استندنا فى ولاية الفقيه إلى مثل التوقيع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم. لأن المخاطب بوجوب ارجاع الامور الى الحكام هو العوام. فالنهي عن المزاحمة يختص بهم. و أما الحكام فكل منهم حجة من الامام عليه السلام فلا يجب على واحد منهم ارجاع الامر الحادث الى آخر، فيجوز له مباشرته، و ان كان الآخر دخل فيه و وضع يده عليه، فحال كل منهم حال كل من الاب و الجد، فى ان النافذ تصرف السابق و لا عبرة بدخول الآخر فى مقدمات ذلك و بنائه على ما يغير تصرف الآخر.

كما يجوز لأحد الحاكمين تصدى المرافعة قبل حكم الآخر، و ان حضر المترافعان عنده و احضر الشهود و بنى على الحكم. و أما لو استندنا فى ذلك على عمومات النيابة و ان فعل الفقيه كفعل الامام و نظره كنظره الذى لا يجوز التعدى عنه، لا من حيث ثبوت الولاية له على الأنفس و الأموال حتى يقال أنه قد تقدم عدم ثبوت عموم يدل على النيابة فى ذلك. بل من حيث وجوب ارجاع الامور الحادثة إليه الاستفادة من تعليل الرجوع فيها إلى الفقيه، بكونه حجة منه عليه السلام على الناس، فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقيه الذى دخل فى امر و وضع يده عليه، و بنى فيه بحسب نظره على تصرف و ان لم يفعل نفس ذلك التصرف لأن دخوله فيه، كدخول الامام. فدخول الثانى فيه و بنائه على تصرف آخر، مزاحمة له فهو كمزاحمة الامام عليه السلام فأدلة النيابة عن الامام عليه السلام لا تشمل ما كان فيه مزاحمة الامام عليه السلام

الثانى: انه على فرض كون ذلك من قبيل النصب من الامام كما هو كذلك تجوز مزاحمته إذا كان النصب بعنوان يعم كليهما و لا يختص بخصوص المتصدى، فان التصدى لا- يوجب تعيين المتصدى و انحصار المنسوب به الا إذا دل دليل آخر على ذلك، و هو مفقود

(١) و به يظهر ما فيما افاده فى حكام الشرع فلا نعيد.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٠

فقد ظهر مما ذكرنا الفرق بين الحكام و بين الاب و الجد. لأجل الفرق بين كون كل واحد منهم حجة، و بين كون كل واحد منهم نائباً، و ربما يتوهم كونهم حينئذ كالكلاء المتعددين فى ان بناء واحد منهم على امر مأذون فيه. لا يمنع الآخر عن تصرف مغاير لما بنى عليه الأول، و يندفع بأن الكلاء إذا فرضوا و كلاء فى نفس التصرف لا فى مقدماته فما لم يتحقق التصرف من احدهم كان الآخر مأذوناً فى تصرف مغاير و ان بنى عليه الأول و دخل فيه. اما إذا فرضوا و كلاء عن الشخص الواحد، بحيث يكون إزامهم كإزامه و دخولهم فى الامر كدخوله، و فرضنا ايضا عدم دلالة دليل و كالتهم على الاذن فى مخالفة نفس الموكل و التعدى عما بنى هو عليه مباشرة، أو استنباه، كان حكمه حكم ما نحن فيه من غير زيادة و لا نقيصة، والوهم انما نشأ من ملاحظة التوكيلات المتعارفة للكلاء المتعددين المتعلقة بنفس ذى المقدمة، فتأمل.

هذا كله مضافاً إلى لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلى الحكام، سيما فى مثل هذا الزمان الذى شاع فيه القيام بوظائف الحكام ممن يدعى الحكومة، و كيف كان، فقد تبين مما ذكرنا عدم جواز مزاحمة فقيه لمثله فى كل الزام قولى أو فعلى يجب الرجوع فيه الى الحاكم، فإذا قبض مال اليتيم من شخص، او عين شخصاً لقبضه، أو جعله ناظراً عليه، فليس لغيره من الحكام مخالفة نظره، لأن نظره كنظر الامام. و أما جواز تصدى مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحكم،

فيها إذا لم يعرض عنها بل بنى على الحكم فيها فلان وجوب الحكم فرع سؤال من له الحكم ثم انه هل يشترط في ولاية غير الاب و الجد ملاحظة الغبطة لليتيم ام لا، ذكر الشهيد في قواعده ان فيه وجهين: و لكن ظاهر كثير من كلماتهم انه لا يصح الا مع المصلحة، بل في مفتاح الكرامة: انه اجماعى و ان الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين. و عن شيخه في شرح القواعد: انه ظاهر الأصحاب، و قد عرفت تصريح الشيخ و الحلى بذلك حتى في الأب و الجد، و يدل عليه بعد ما عرفت من اصالة عدم الولاية لأحد على احد عموم قوله تعالى: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن. منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢١ و حيث ان توضيح معنى الآية على ما ينبغي لم اجده في كلام احد من المتعرضين لبيان آيات الاحكام فلا بأس بتوضيح ذلك في هذا المقام (١).

توضيح الآية الشريفة

المشهور بين الأصحاب: ان تصرف غير الأب و الجد في مال الصغير مشروط بوجود المصلحة، و عن مفتاح الكرامة: انه اجماعى، و الظاهر من التذكرة في باب الحجر كونه اتفاقيا بين المسلمين. و استدل له بقوله تعالى: و لا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن «١» (١) و حيث يترتب على توضيح الآية الشريفة فوائد مهمة فلا بد من ذلك. و الكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: ان حرمة القرب الى مال اليتيم الا- بالتي هي احسن محدودة في الآية الشريفة بقوله تعالى حتى يبلغ اشده كما في سورتي الأنعام و الاسراء، فحينئذ قد يقال: ان الغاية ان كانت قيما للموضوع أو المتعلق- و ان كان لا يترتب محذور من جهة انه لا مفهوم للآية الشريفة- الا انه خلاف الظاهر، فان الظاهر كونها قيما و غاية للحكم، و عليه فتدل الآية بمفهوم الغاية على ان القرب المحرم انما هو إلى زمان البلوغ، و بعده لا يكون محرما، مع انه محرم قطعا. و اجيب عنه بجوابين:

الأول: انها غاية للمستثنى فقط، فمعناها: ان جواز التصرف على وجه احسن محدود بالبلوغ، و به ينقطع الجواز و يدور امر التصرف مدار اذن صاحب المال.

الثاني: انها غاية للمستثنى منه، أو هو مع المستثنى، الا ان المستثنى منه حرمة التصرف مطلقا و لو مع رضا اليتيم، و هذا الحكم محدود بالبلوغ، فانه بعد البلوغ يجوز التصرف مع رضاه

(١) الانعام آية ١٥٢- الاسراء آية ٣٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٢

فنقول ان القرب في الآية يحتمل معاني اربعة (١)

الأول: مطلق التقليل و التحريك حتى من مكان الى آخر، فلا يشمل مثل ابقائه على حال أو عند احد. (٢)

الثاني: وضع اليد عليه بعد ان كان بعيدا عنه و مجتنباً. فالمعنى تجتنبوا عنه و لا تقربوه الا إذا كان القرب احسن، فلا يشمل حكم ما بعد

الوضع (٣)

الثالث: ما يعد تصرفاً عرفياً، كالاقتراض، و البيع، و الاجارة، و ما اشبه ذلك، فلا يدل على تحريم ابقائه بحاله تحت يده إذا كان التصرف فيه احسن منه الا بتفويض المناط (٤).

و كلاهما خلاف الظاهر.

اما الأول: فلأن الظاهر كونه غاية للحكم الذى تضمنه الآية الشريفة.

و أما الثانى: فلأن المذكور انما هو الحكم المطلق لا إطلاق الحكم.

فالحق ان يقال: انه لا مفهوم لها من جهة كون القيد مسوقاً لبيان تحقق الموضوع،

فان الموضوع هو اليتيم، و هو يتبدل بالبلوغ.

الجهة الثانية: فى بيان المراد من القرب المنهى عنه.

الظاهر من القرب فى نفسه هو ما يقابل البعد، و لكن الظاهر منه فى الآية الشريفة التصرف فى مال اليتيم، و حيث ان التصرف فى مال

اليتيم ربما يكون خارجياً مثل اكله و شربه و نحوه، و ربما يكون اعتبارياً كبيعته و شرائه و نحوه.

فقد وقع الخلاف فى المراد من الآية

(١) و محتملاته التى ذكرها المصنف قدس سره اربعة:

(٢) الاول: ان يراد مطلق التقليل و التحرك

(٣) الثانى ارادة اقرب ما يكون الى مصداق القرب، اى اول تصرف فيه كمنه و وضع اليد عليه.

(٤) الثالث ان يراد به التصرف الاعتبارى كالباع و الاجارة و ما شاكل

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٢٣

الرابع: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك (١)

و المعنى: لا- تختاروا فى مال اليتيم فعلاً أو تركاً الا ما كان احسن من غيره، فيدل على حرمة الابقاء فى الفرض المذكور لأن ابقائه

قرب له بما ليس احسن.

(١) الرابع: ان يراد به ما يعم ذلك و الترك.

و بعبارة اخرى: مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم اعم من الفعل و الترك،

و هناك احتمال خامس اظهر من الجميع،

و هو: ارادة ما يعم التصرفات الخارجية و الاعتبارية، إذ سائر الاحتمالات ما بين ما يستلزم التخصيص بلا وجه، و التعميم الذى لا

يساعده عرف ولا لغة.

و مجرد كون المتعلق هو مال اليتيم و قرب المال بما هو مال عبارة عن التصرف الاعتبارى المتعلق به، لا يصلح معينا للاحتمال الرابع

الذى اختاره المصنف قدس سره.

و أما ما افاده المحقق الايروانى قدس سره من: ان الظاهر ان القرب كناية عن اكل مال اليتيم و الاستقلال بالتصرف فيه لا التصرف

لأجل اليتيم، فتكون الآية اجنبية عن المقام.

فبعيد جدا لا يلائم مع استثناء الا بالتى هى احسن.

الجهة الثالثة: فى بيان المراد من النهى المتعلق بالقرب.

فان كان المراد بالقرب هو التصرف الاعتباري المتعلق بمال اليتيم كان النهي ظاهرا في الإرشاد الى الفساد، وان كان المراد هو التصرف الخارجي المتعلق به من وضع اليد عليه و امساكه و اكله و شربه كان ظاهرا في الحرمة المولوية. و حيث عرفت ان المراد هو الجامع بينهما، فان حملناه على المولوية لما دلت الآية على فساد المعاملة، لأن النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد، مع ان بناء الأصحاب رضى الله عنهم على التمسك.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٤

...

بالآية الشريفة على فساد المعاملة على مال اليتيم ما لم يكن على وجه احسن، و ان حملناه على الإرشاد لزم تخصيص المتعلق بخصوص التصرفات الاعتبارية، و هو مما لا وجه له.

وحل هذه العويصة انما يكون باحد نحويين:

الأول: حمل النهي على ما يعم المولوى و الإرشادى، و لا مانع من ذلك، فان الاختلاف بينهما انما يكون فى الدواعى و الأغراض، و لا اختلاف بينهما ذاتا نظير الوجوب و الاستحباب، و لذا بنينا على جواز الأمر الواحد بشيئين مع كون احدهما واجبا و الآخر مستحبا. و بالجملة: قد حقق فى محله انه لا مانع من حمل النهي عن العام على ارادة المولوية فى بعض افراده و الإرشادية فى بعضها الآخر. الثانى: حمل النهي على خصوص المولوى، و النهي عن المعاملة نفسيا و ان لم يدل على الفساد الا انه يوجب فسق من اتى بمتعلقه، و بصيرورته فاسقا يخرج عن الولاية لما تقدم من اعتبار العدالة فى المتصدى لأمر اليتيم، و مع خروجه عنها لا يكون تصرفه نافذا كما هو واضح.

الجهة الرابعة: فى بيان وجه تأنيث الموصول مع انه لو قدر ما هو من جنس المستثنى لزم تكبيرها، فان القرب مذكر، و الذى ينبغى ان يقال انه من جهة جعل المستثنى مجرورا بحرف جر لا بد من جعل المستثنى منه مقدرا و مجرورا بحرف جر، مثل: بحيثية أو كيفية، و عليه فيلائم تأنيث الموصول.

الجهة الخامسة: فى بيان محتملات الأحسن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٥

و أما لفظ الاحسن فى الآية (١) فيحتمل ان يراد به ظاهره من التفضيل، و يحتمل ان يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه، كما يظهر من بعض، و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات. و على الثانى فيحتمل ان يراد ما فيه مصلحة و يحتمل ان يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من ان احد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله. ثم ان الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات: الأحسن هو الاحتمال الثانى اعنى التفضيل المطلق (٢) و حينئذ فإذا فرضنا ان المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم.

(١) و قد ذكر المصنف ان محتملاته اربعة، فان المراد به اما: التفضيل، أو الحسن.

و على الأول: فاما ان يراد التصرف الأحسن من الترك، أو الأحسن مطلقا من الترك و من التصرفات الاخر.

و على الثانى: فاما ان يراد به ما فيه المصلحة، أو مالا مفسدة فيه و هناك احتمال خامس و هو: ارادة التفضيل منه، و ان يراد به من التصرفات الاخر.

و لازم الأول جواز البيع إذا كان احسن من تركه و ان كان الايجار احسن منه،

و لازم الثانى عدم جوازه ما لم يكن احسن من تركه و من التصرفات الاخر،

و لازم الثالث جواز كل تصرف فيه مصلحة و ان كان تركه اصلح أو سائر التصرفات كذلك،
و لازم الرابع جواز التصرف إذا لم يكن فيه مفسدة و ان كان في غيره من التصرفات مصلحة أكيدة،
و لازم الخامس جواز البيع إذا كان اصلح من الايجار و ان كان تركه اصلح.

(٢) و قد استظهر المصنف قدس سره الاحتمال الثاني، و الوجه فيه: ان الظاهر من الاحسن ارادة التفضيل، و ان حذف المتعلق و ترك ذكر المفضل عليه يفيد العموم.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: ان استعماله في غير التفضيل كثير، و يؤيد عدم ارادة التفضيل منه في الآية عدم ذكر كلمة من و عدم اضافته.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٦

ثم فرضنا انه لا يتفاوت لليتيم ابقاء الدراهم أو جعلها دينارا فاراد الولي جعلها دينارا، فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس اصلح من تركه و ان كان يجوز لنا من اول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا. اما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز، و كذا لو جعلنا القرب بالمعنى الرابع، لأننا إذا فرضنا ان القرب يعم ابقاء مال اليتيم على حاله، كما هو الاحتمال الرابع، فيجوز التصرف المذكور، إذ بعد كون الاحسن هو جعل مال اليتيم نقدا، فكما انه مخير في الابتداء بين جعله دراهم أو دينارا، لأن القدر المشترك احسن من غيره، واحد الفردين فيه لا مزية لاحدهما على الآخر فيخير، فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من ابقاء الدراهم على حاله و جعلها دينارا قريبا و القدر المشترك احسن من غيره، فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما.

و فيه: ان استعماله في غير التفضيل كثيرا مع القرينة لا ينافي ظهوره فيه إذا ذكر بلا قرينته، و عدم ذكر كلمة من أو الاضافة انما يوجب ظهوره في العموم، و لا ينافي ذلك.

الثاني: ما افاده المحقق الايرواني قدس سره، و هو: انه ان اريد منه الأحسن من جميع ما عداه لزم عدم الأقدام على شيء من التصرفات عند مساواتها أو مساواة عدة منها في مقدار المصلحة، فان كل واحد من تلك الأفراد المتساوية ليس احسن من جميع ما عداه، و ان اريد منه الأحسن في الجملة و لو من بعض ما عداه لزم جواز تصرف يكون هو احسن من ما دونه و ان كان هناك تصرف آخر احسن منه.

و فيه: ان المراد به هو الأحسن مطلقا، الا انه في الفرض نقول بان الجامع بين الأفراد المتساوية في مقدار من المصلحة يكون احسن من غيره، فيجوز، و لازمه التخيير بين الأفراد.

الثالث: انه لو فرضنا ان الترك و سائر التصرفات لا حسن فيها اصلا، و هذا الفعل كالبيع فيه مصلحة أكيدة، لزم عدم جوازه، فانه لا يصدق الأحسن لعدم المبدأ في غيره

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٧

و الحاصل أنه كل ما يفرض التخيير بين تصرفين في الابتداء، لكون القدر المشترك بينهما أحسن و عدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول من احدهما بعد فعله الى الآخر، إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة الى حال اليتيم، و ان كان فيه نفع يعود الى المتصرف، لكن الانصاف ان المعنى الرابع للقرب مرجوح في نظر العرف بالنسبة الى المعنى الثالث. و ان كان الذي يقتضيه التدبر في غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام ان لا

يختاروا في امر مال اليتيم، الا ما كان احسن من غيره (١)

لتكون الزيادة صادقة في البيع، مع انه جائز قطعاً.

و فيه، اولاً: انه لا محذور في الالتزام بعدم شمول المستثنى له، و انما يلتزم بالجواز بالاولوية، إذ لو جاز البيع مع وجود المصلحة في غيره فجوازه مع عدمها يكون اولي.

و ثانياً: انه يحمل الأحسن على التفضيل المجازي، اي ما يترجح على غيره في نظر العقلاء سواء كان لأجل ان مصلحته أكد من مصلحة غيره، أو من جهة ان فيه المصلحة و في غيره المفسدة.

و قد ظهر مما ذكرناه امران:

(١) الاول: تمامية ما افاده المصنف قدس سره من ارادة الاحسن مطلقاً.

الثاني: عدم تمامية ما افاده من انه لو فرضنا بيع المال اليتيم بعشرة دراهم و فرضنا انه لا يتفاوت الحال في ابقاء الدراهم أو جعلها ديناراً لا يجوز ذلك، فان هذا التصرف ليس اصلح من تركه.

وجه عدم تماميته: ان الجامع بينه و بين الابقاء يكون اصلح من غيره، فيجوز و يتخير بين الفردين. فالأظهر جواز التبديل.

هذا بحسب ما يستفاد من الآية، فقد عرفت انه يستفاد منها اعتبار المصلحة،

و أما بحسب الروايات، فقد ذكر المصنف قدس سره روايتين و ادعى دلالتهما على كفاية عدم المفسدة و عدم اعتبار المصلحة في التصرف في مال اليتيم:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٨

نعم ربما يظهر من بعض الروايات، ان مناط حرمة التصرف هو الضرر لا ان مناط الجواز هو النفع.

ففي حسنة الكاهلي قال لأبي عبد الله عليه السلام: انا لندخل على أخ لنا في بيت أيتام و معهم خادم لهم، فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم و يخدمنا خادمهم،

و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا، و فيه من طعامهم، فما ترى في ذلك،

قال: ان كان في دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس، و ان كان فيه ضرر فلا، بناء على ان المراد من منفعة الدخول ما يوازي عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم، فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك (١)

فلا تنافي على ذلك بين الصدر و الدليل على ما زعمه بعض المعاصرين من ان الصدر دال على اناطة الحرمة بالضرر، فيتعارضان في مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر. و هذا منه مبني على ان المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بازاء مال اليتيم

إليه، بمعنى ان يكون المنفعة في معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله، كأن يشرب ماء فيعطى فلان بازائه، و هكذا و انت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافي.

احدهما حسنة «١» الكاهلي عن الامام الصادق عليه السلام المذكورة في المتن

(١) تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من مال اليتيم عند دخولهم من جهة ان ما لوحظت المنفعة بالإضافة إليه هو الدخول في بيت الأيتام و القعود على بساطهم، فما يتعقبه من العوض زيادة بالإضافة الى ذلك فتصدق عليها

المنفعة، فيكون المراد بالضرر في الدليل ان لا يصل الى الأيتام ما يوازي ذلك فلا تنافي بين صدر الخبر و الدليل، و يكون المستفاد منه الجواز مع عدم المفسدة، و ان لم تكن مصلحة.

و فيه: ان المراد بالنفع ان كان مطلق الزيادة- بالإضافة الى ما ذكر و ان كانت

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٢٩

و في رواية ابن المغيرة قلت لأبي عبد الله عليه السلام ان لى ابنة اخ يتيمة، فربما اهدى لها الشىء فاكل منه، اطعمها بعد ذلك الشىء من مالى، فأقول: يا رب هذا بهذا، قال: لا بأس فإن ترك الاستفصال من مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة (١) الا ان يحتمل على الغالب من كون التصرف فى الطعام المهدي إليها و اعطاء العوض بعد ذلك اصلح إذ الظاهر ان الطعام المهدي إليها هو المطبوخ و شبهه.

اقل مما يوازيه- لزم جواز الدخول مع اعطاء اقل مما يوازيه، و هذا لا يجوز قطعاً، و ان كان المراد بالاضافة الى مائة اموالهم خرجت صورة مساواة النفع و الضرر عن منطوق الخبر، و تعارضت فيها الشرطيتان كما عن بعض معاصري المصنف قدس سره.

و الحق ان يقال: ان فى مورد الخبر خصوصية ليس فيها حد الوسط بين النفع و الضرر، فانه بالتصرف فى الدار و البساط و الخادم و الطعام المخلوط بطعام صاحبه لا يلزم خسارة مائة على الأيتام، فكل ما اعطى بازاء ذلك ان كان يوازي ذلك يعد نفعاً لهم، و ان اعطى اقل من ذلك كان ضرراً- فتدبر- و لو اغمض عن ذلك و سلم التعارض بين مفهوم الشرطيتين يحكم بالتساقط و الرجوع الى الآية الشريفة الدالة على عدم الجواز إذا لم يكن فى التصرف مصلحة و نفع عائد الى الأيتام.

ثانيتها: رواية «١» على بن المغيرة: المذكورة فى المتن

(١) تقريب الاستدلال بها: ان المراد بالمنفعة ما يوازي عوض ما يتصرفون فيه من اعتبار الزيادة، و لا ريب فى ان منصرف الرواية صورة عدم النقص فلا يرد عليه الايراد: بان مقتضى ترك الاستفصال جواز اعطاء الأنقص. و لكن ترد عليه امور:

الأول: ان من يأكل من طعام الغير و يريد اعطاء عوضه و بنائه على عدم اعطاء الأقل لا محالة يعطى مقداراً ازيد، و فرض التساوى نادر جدا ملحق بالمعدوم.

الثانى: ان الظاهر كون اليتيمة تحت اختياره و امرها بيده، و حينئذ يكون عدم

(١) الوسائل باب ٧١ من ابواب ما يكتب به حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٠

و هل يجب مراعاة الاصلح ام لا؟ و جهان: قال الشهيد قدس سره فى القواعد: هل يجب على الولي مراعاة المصلحة فى مال للمولى عليه أو يكفى نفى المفسدة يحتمل الأول، لانه منصوب لها (١) و لأصالة بقاء الملك على حاله (٢) و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية، و العدميات لا تكاد تقع غاية (٣)

التصرف فى طعامها ابقاء لما لها و تصرفاً وجودياً، فالجامع بينه و بين التصرف بازاء ما يبذل ما يساويه ذو مصلحة، فيكون جائزاً، و يتخير بين الفردين.

الثالث: ان الظاهر كون الطعام مطبوخاً، فلا محالة اكل مقدار منه و اعطاء عوضه المساوى معه فى القيمة يكون اصلح بحال اليتيمة.

فتحصل: ان الأظهر اعتبار المصلحة فى التصرف فى مال اليتيم، من غير فرق بين التصرفات الخارجية و المعاملية.

و الشهيد قدس سره استدلالاً لاعتبار المصلحة بوجوه اخرى:

(١) الاول: انه منصوب لها.

و فيه: ان هذا اول الكلام، و لعله منصوب و ليا لحفظ ماله، فيتخير بين تبديل ماله بما يماثله، و ابقائه على حاله.

(٢) الثانى: اصالة بقاء الملك على حاله.

و فيه: انه لا يرجع إليها مع عموم دليل الولاية.

(٣) الثالث: ان العدميات لا تكاد تقع غاية.

و فيه: ان العدميات و ان لم تقع غاية، بل الغاية لا بد و ان تكون امرا وجوديا، الا ان اعتبار كونها امرا وجوديا راجعا الى المولى عليه مما لم يدل عليه دليل، مع الاغماض عما ذكرناه، فلو فرضنا انه لا مفسدة فى بيع مال اليتيم، و كانت هناك مصلحة راجعة الى نفس المتصدى للبيع جاز بمقتضى عموم ادلة الولاية، لو لا الآية الشريفة.

و بالجملة: الكلام فى المقام انما هو فى ان البيع الذى لا مفسدة فيه إذا كان بداع عقلاى هل يكون نافذا ام لا؟

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣١

و على هذا هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان (١) نعم لمثل ما قلنا لا لأن ذلك لا يتناهى، و على كل تقدير لو ظهر فى الحال الاصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الاصلح، و يترتب على ذلك اخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة، و تزويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك، انتهى.

الظاهر ان فعل الاصلح فى مقابل ترك التصرف رأسا غير لازم، لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده و كان الاتجار به اصلح منه لم «لا» يجب الا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معانى القرب فى الآية بأن يراد لا تختاروا فى مال اليتيم امرا من الأفعال أو التروك الا ان يكون احسن من غيره.

و قد عرفت الاشكال فى استفادة هذا المعنى، بل الظاهر التصرفات الوجودية فهى المنهى عن جميعها لا ما كان احسن من غيره و من الترك فلا يشمل ما إذا كان فعل احسن من الترك، نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة. و أما إذا كان فى الترك مفسدة.

(١) و هل يتحرى الاصلح ام يكتفى بمطلق المصلحة فيه وجهان.

ظاهر الآية الشريفة اعتبار تحرى الاصلح، غاية الأمر بالنسبة الى التصرفات المتعارفة، و أما لو خرج الاصلح عن ذلك و اوجب تحريه الاصلح الحرج، أو كان خلاف المتعارف، فلا يجب.

و بهذا يندفع ما ذكره الشهيد قدس سره فى وجه عدم لزوم تحرى الاصلح من ان ذلك لا يتناهى.

بقى فى المقام شىء لم ار من تعرض له، و هو: ان نظر الولي فى الحسن هل له موضوعية ام هو طريق الى الحسن الواقعى و ثمرة ذلك انه لو باع الولي و كان فى ذلك مصلحة بنظره ثم تبين عدم المصلحة فعلى الأول يصح البيع و على الثانى لا يصح.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: السيرة القطعية.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٢

و دار الامر بين افعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه بل ربما يعد العدول فى بعض المقامات افسادا كما إذا اشترى فى موضع بعشرة. و فى موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه فى الأول افسادا للمال و لو ارتكبه عاقل عد سفيها ليس فيه ملكة إصلاح المال، و هذا هو الذى أراده الشهيد بقوله: و لو ظهر فى الحال انتهى.

نعم قد لا يعد العدول من السفاهة كما لو كان بيعه مصلحة و كان بيعه فى بلد آخر اصلح مع اعطاء الأجرة منه ان ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة، فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية و جوبه.

الثانى: لزوم اختلال النظام من عدم الصحة فى الفرض، مثلا لو باع مال اليتيم و بعد ثلاث سنين ظهر عدم المصلحة، و من الواضح ان الحكم بالفساد فى هذا المورد و شبهه يستلزم الحرج و اختلال النظام.

الثالث: ان دلالة الآية الشريفة- التى هى المقيدة لإطلاق ادلة الولاية على ان التصرف غير الأحسن إذا كان معامليا باطل- انما تكون من جهة دلالة النهى على الحرمة،

و ان ارتكابه حيثئذ موجب للفسق و مخرج له عن الولاية، و من الواضح انه إذا كان البيع بنظر الولي صلاحا لا يكون هو موجبا للفسق، و ان لم يكن فى الواقع كذلك.

نقل العبد المسلم الى الكافر

قوله مسألة يشترط فيمن ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا ان يكون مسلما بما ان هذا البحث لا موضوع له فى هذا الزمان فالصفح عن التعرض له اولى.

نقل المصحف الى الكافر

قوله المشهور عدم جواز نقل المصحف الى الكافر و قد تقدم الكلام فى هذه المسألة فى الجزء الثانى من هذا الشرح فى الخاتمة فلا وجه للاعادة.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٣٣

القول فى شرائط العوضين: (١)

[مسألة من شروط العوضين المالية]

إشارة

يشترط فى كل منهما كونه متمولا، (٢) لأن البيع لغة مبادلة مال بمال، و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ينتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فى الشرع لأن الأول: ليس بمال عرفا كالخنافس و الديدان، فإنه يصح عرفا سلب المصرف لها و نفي الفائدة عنها.

و الثانى: ليس بمال شرعا كالخمر و الخنزير، ثم قسموا عدم الانتفاع الى ما يستند الى خسة الشىء، كالحشرات، و الى ما يستند الى قلته كحبة حنطة، و ذكروا انه ليس مالا و ان كان يصدق عليه الملك. و لذا يحرم غصبه اجماعا. و عن التذكرة: انه لو تلف لم يضمن اصلا، و اعترضه غير واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل.

بيان حقيقة المال و الملك

(١) المقصد الرابع: فى شرائط العوضين.

و قد ذكرنا بعضها فى الباب الأول، و كيف كان فيشترط فى كل منهما امور اخر.

(٢) الاول والثاني: كونه مالا، و ملكا.

و تنقيح القول في المقام بالبحث في مقامين:

الأول: في بيان حقيقة المال، و الملك.

الثاني: في وجه اعتبارهما.

اما الأول: فالمال يكون على نحوين:

احدهما: ما كانت ماليتها ذاتية، و هو كل ما فيه منفعة عائدة الى الانسان، و يحتاج إليه بحسب فطرته من المأكل و المشروب و الملابس و ما شاكل الموجبة لحدوث رغبة الناس فيه و ادخاره للانتفاع به وقت الحاجة، و يبذلون بازائه شيئا مما يرغبون فيه من النقود و غيرها من جهة توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، ففي الحقيقة يعتبر في صدق المال على شيء امران:

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٤

...

احدهما: كونه موضوعا لغرض، سواء كان ذلك دفع الضرورات الأولية كالأقوات،

أو العرضية كالأدوية، أو لتحصيل اللذة كالفواكه و بعض الأشربة.

ثانيهما: توقف الوصول إليه الى اعمال عمل، و لأجل ذلك تختلف مالية الأموال من جهة اختلاف مقدار الحاجة و العمل الذي يحتاج إليه في الوصول الى ذلك الشيء.

مثلا الغرض المترتب على الماء ازيد بمراتب من ما يترتب على بعض الأدوية النادرة الوجود، و لكن المال على الشاطئ لا مالية له، و ذلك الدواء له مالية معتد بها. و السر في ذلك: فقد الأمر الثاني في الأول، و لذا كلما ازداد بعدا عن الشط ازدادت ماليتها.

ثانيهما: ما كانت ماليتها اعتبارية و جعلية كالنقود، و هو على قسمين:

الأول: ما كان الاعتبار فيه عاما يشترك فيه جميع افراد البشر بدافع من الشعور بالحاجة الاجتماعية، و هي توقف حفظ نظام النوع على التبادل بين الأموال و عدم امكان التبادل بين الأموال التي ماليتها ذاتية كالأحجار الكريمة من الذهب و الفضة و غيرها.

و بالجملة: القسم الأول ما بنى العقلاء على اعتبار المالية له.

الثاني: ما كان الاعتبار فيه خاصا، و هو ايضا على قسمين،

إذ قد يكون شيء خاص تعتبر له المالية من جانب دولة ما بالنظر الى ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر خاص عليه كطوابع البريد، فان كل طابع له مالية في مملكته خاصة دون الممالك الاخر، و ماليتها انما تكون بلحاظ ما بنت عليه تلك الدولة من ترتيب اثر

خاص عليه و هو ايصال المكتوب الى اى محل شاء المرسل مقابل الصاق الطابع المعين به،

و قد يكون الاعتبار فيه ليقوم مقام القسم الأول كالدينار العراقي و الأسكناس، و هذا القسم الأخير لا يعتبرونه العقلاء مالا بمجرد اعتبار المعبر أيا من كان، بل لا بد و ان يكون له غطاء، و يعبر عنه بغطاء العملة، و التغطية على وجوه،

ثم ان حرمة المنافع كعدمها مستقطة للمال عن المالية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٥

...

و أما الملكية فلها اربع مراتب:

الأولى: الملكية الحقيقية، و هي عبارة عن السلطنة بنحو يكون زمام امر المملوك بيد المالك حدوثا و بقاء، و هي مخصوصة بالله

تعالى.

الثانية: الملكية الذاتية، و المراد بالذاتي ما لا يحتاج تحققه الى امر خارجي، لا الذاتي في باب البرهان و لا الذاتي في باب الكليات الخمس،

و هي عبارة عن الاضافة الحاصلة بين الشخص و نفسه و عمله و ذمته، إذ الانسان مالک لعمله و لنفسه و لذمته بالملكية الذاتية، و الشاهد به الضرورة و الوجدان و السيرة العقلية، و هذه المرتبة دون مرتبة الواجديّة الحقيقية المختصة بالله تعالى.

الثالثة: الملكية المقولية، و هي عبارة عن الهيئة الحاصلة من احاطة جسم بجسم آخر، كالهيئة الحاصلة من التعمم و التقمص و ما شاكل.

الرابعة: الملكية الاعتبارية، و هي التي يعتبرها العقلاء أو الشارع لشخص خاص من جهة المصلحة الداعية الى ذلك. و هذه المرتبة من الملكية قد تكون اولية، و قد تكون اضافة ثانوية.

و الأولية قد تكون اصلية كالإضافة الحاصلة بالعمل أو بالحيازة أو بهما معا، و قد تكون تبعية و هي ما تكون بين المالك و نتاج امواله،

و الإضافة الثانوية و المراد بها ما قابل الأولية، و ان طرأت على الأموال مرارا عديدة، و هي قد تكون قهرية كالإضافة الحاصلة بسبب الأثر، و قد تكون اختيارية كالإضافة الحاصلة من المعاملات.

و لتفصيل الكلام محل آخر.

و محل الكلام في المقام هو اعتبار الملكية الذاتية، أو الاعتبارية.

و أما النسبة بين المال و الملك فهي العموم من وجه، إذ الحبة من الحنطة ملك

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٦

و الأولى ان يقال ان ما تحقق انه ليس بمال عرفا، فلا اشكال و لا خلاف في عدم جواز وقوعه احد العوضين إذ لا بيع الا في ملك (١) و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله أكلا بالباطل عرفا (٢) فالظاهر فساد المقابلة و ما لم يتحقق فيه ذلك، فان ثبت دليل من نص أو إجماع على عدم جواز بيعه فهو

و ليست بمال، و المباحات الأصلية قبل حيازتها اموال و ليست بملك لأحد، و قد يجتمعان و هو كثير.

بيان الدليل على اعتبار المالية و الملكية في العوضين

و أما المقام الثاني: فالكلام فيه في موردين:

الأول: في الدليل على اعتبار المالية.

الثاني: في الدليل على اعتبار الملكية.

(١) اما المورد الأول: فقد افاد المصنف قدس سره ان ما تحقق فيه عدم المالية عرفا يشهد لعدم جواز وقوعه احد العوضين ما دل على انه لا- بيع الا في ملك «١». و ما لم يتحقق فيه ذلك فان كان اكل المال في مقابله اكلا للمال بالباطل فلا يجوز، و ما لم يتحقق فيه ذلك فان دل دليل خاص على عدم جواز بيعه فهو و الا فمقتضى العمومات جواز جعله احد العوضين.

في كلامه قده مواقع للنظر:

الأول: في استدلاله على فساد البيع فيما تحقق فيه عدم المالية بما دل على انه لا- بيع الا في ملك، إذ عرفت ان النسبة بين المال و

الملك عموم من وجه، فعدم المالية ليس مستلزما لعدم الملكية كي يستدل بما تضمن اعتبار الملك على اعتبار المال.
(٢) الثاني: استدلاله للفساد فيما إذا لم يتحقق المالية و لا- عدمها بما دل على عدم جواز اكل المال بالباطل فان صدق اكل المال الباطل ان كان لاجل عدم المالية فهو طريق إليه لا شيء في مقابله، مع ان المفروض الشك في صدق المالية، فلا محالة يشك في صدق اكل المال بالباطل.

(١) راجع سنن الترمذى ج ٣ ص ٥٣٤ الوسائل باب ٧ من أبواب احكام العقود.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٧

و إلا- فلا يخفى وجوب الرجوع الى عمومات صحة البيع و التجارة (١) و خصوص قوله عليه السلام في المروى عن تحف العقول: و كل شيء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات، فكل ذلك حلال يبيعه الى آخر الرواية. و قد تقدمت في اول الكتاب.

و ان كان لا لأجل ذلك فلا وجه لعهده من شئون ما لم يعلم انه مال.

(١) الثالث: في استدلاله بالعمومات، بعد فرض عدم تحقق انه ليس بمال، و عدم احراز صدق اكل المال بالباطل، و عدم دليل خاص على عدم جواز البيع، على الصحة فانه إذا توقف صدق البيع الذي هو عنده مبادلة مال بمال على احراز كون العوضين من الاموال، فمع الشك في ذلك يشك في صدق الموضوع، و معه لا يبقى مورد للتمسك بالعموم فالحق ان يقال: ان اعتبار المالية في العوضين انما يكون من جهة عدم صدق عناوين المعاملات بدونها، حيث ان البيع مثلا عبارة عن الاعطاء لا مجانا، فإذا كان العوض مما لا مالية له فاعطاء المعوض اعطاء مجانا و هكذا عنوان التجارة و العقد، و هذا هو الميزان.

ثم انها هنا فروعا:

منها: انه إذا كان للشيء منفعة نادرة هل يجوز بيعه ام لا؟ و منها: انه إذا كان للشيء منفعة محللة نادرة و منفعته الظاهرة محرمة هل يجوز بيعه ام لا؟ و قد تقدم الكلام في هذه الفروع في الجزء الاول من الشرح و أما المورد الثاني: فقد استدلت لاعتبار الملكية بوجوه:
الأول: النصوص الدالة على عدم جواز بيع ما ليس عنده «١» و قد مر في مبحث بيع الفضولي ان تلك النصوص معارضة بما تضمن الجواز «٢»

(١) الوسائل باب ٧ من ابواب احكام العقود.

(٢) نفس المصدر.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٨

ثم انهم احترازوا باعتبار الملكية في العوضين من بيع ما يشترك فيه الناس كالماء، و الكلاء، و السموك، و الوحوش، قبل اصطيادها، بكون هذه كلها غير مملوكة بالفعل (١)

و بلحاظ التعارض تحمل على ارادة بيع ما لا يكون له السلطنة عليه،

مضافا الى امكان حملها على ارادة بيع ما لا يقدر على تسليمه. فراجع.

الثاني: النصوص الواضحة الدلالة ذكر هذا الوجه في الجواهر.

و فيه: انه ان اريد بها نصوص بيع ما ليس عنده فيرد عليه ما تقدم، و ان اريد بها غيرها فعليه التوضيح و البيان.

الثالث: ان بذل المال بازاء ما لا يكون مملوكا سفهي، و اكل للمال بالباطل.

وفيه: انه إذا فرضنا تسلطه على التصرف فيه مع عدم كونه مملوكا- كالكلية في الذمة- لا يكون البيع سفهيا ولا أكلا للمال بالباطل.
الرابع: الإجماع.

وفيه: انه لعدم كونه تعبديا لا يعتمد عليه.

وقد يقال: بعدم اعتبار الملكية نظرا الى انه يجوز بيع الكلية في الذمة، مع انه ليس مملوكا للبائع.

وفيه: ما مر من انه مملوك بالملكية الذاتية.

والحق ان يقال: انه لا يجوز بيع المباحات ولا مال الغير لعدم سلطانه على المبيع وعدم كون البائع مالكا لأمرهما.

اما في الثاني: فواضح

(١) وأما في المباحات: فلأن المباحات الأصلية متساوية النسبة الى البائع والمشتري، وليست هي كالكلية ليتعهد به في ذمته، ولا كالعين الشخصية المضافة إليه بالإضافة الملكية لتكون له السلطنة عليه، فعدم جواز البيع فيها انما هو لأجل عدم تسلطه على المبيع وعدم كونه مالكا لأمره، لا لعدم ملكية الرقبة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٣٩

واحترازوا به ايضا عن الأرض المفتوحة عنوة، ووجه الاحتراز انها غير مملوكة لملاكها (١) على نحو سائر الأملاك، بحيث يكون لكل منهم جزء معين من عين الأرض وإن قل. ولذا لا- يورث بل ولا- من قبيل الوقف الخاص على معينين لعدم تملكهم للمنفعة مشاعا، ولا- كالوقف على غير معينين كالعلماء والمؤمنين، ولا- من قبيل تملك الفقراء للزكاة، والسادة للخمس، بمعنى كونهم مصارف له لعدم تملكهم لمنافعها بالقبض، لأن مصرفه منحصر في مصالح المسلمين. فلا يجوز تقسيمه عليهم من دون ملاحظة مصالحهم، فهذه الملكية نحو مستقل من الملكية قد دل عليه الدليل، ومعناها صرف حاصل الملك في مصالح الملاك، ثم ان كون هذه الأرض للمسلمين مما ادعى عليه الاجماع ودل عليه النص كمرسلة حماد الطويلة وغيرها وحيث جرى في الكلام ذكر بعض اقسام الأرضين فلا بأس بالاشارة اجمالا الى جميع

اقسام الارضين واحكامها.

اشارة

(١) الكلام في الأرض المفتوحة عنوة هل هي ملك للمسلمين، ام ليست كذلك سيأتى عند تعرض المصنف له ولكن بناء على كونها ملكا لهم لا يكفي مجرد التقييد بالملك في خروجها، بل لا بد من اضافة خصوصية الى الملكية كي يصح الاحتراز بواسطة تلك الخصوصية.

ثم على القول بانها ملك يقع الكلام في تطبيق ملكيتها على سائر انحاء الملكية لا إشكال في انها ليست ملكا طلقا لجميع المسلمين، و الا لزم الانتقال بالإرث،

مع ان القوم غير ملتزمين بذلك، ولزم عدم تسلط غير الملاك على التصرف فيها كما هو مقتضى الناس مسلطون على اموالهم، «١» مع ان امرها بيد ولي الأمر ولا لنوع المسلمين، فانه وان لم يرد عليه المحذوران المتقدمان- إذ لا تعين للميت حتى يرثه وارثه ولا تعين للمالك فلا- محالة تكون الولاية لولي الأمر القابض على هذه الأرض. الا- انه يرد عليه: ان لازمه جواز اعطاء ولي الأمر عين هذه الأرض لأحد من المسلمين من دون مصلحة، ولا وقفا لهم، و الا لزم عدم جواز بيعها الا في موارد مخصوصة منصوصة لا لما يراه ولي الأمر من المصلحة،

بل هي ملك لنوع المسلمين، و جعل امرها عينا و منفعة الى ولي الأمر مع رعاية مصلحة النوع.

(١) البحار ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم - ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٠

فقول و من الله الاستعانة:

الأرض اما موات، و أما عامرة، و كل منهما اما ان تكون كذلك اصلية، أو عرض لها ذلك،

فالأقسام اربعة لا خامس لها.

الأول: ما يكون مواتا بالأصالة

بأن لم تكن مسبقة بعمارة، و لا إشكال و لا خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام، (١) و الاجماع عليه محكى عن الخلاف، و الغنية، و جامع المقاصد، المسالك، و ظاهر جماعة اخرى، و النصوص بذلك مستفيضة، بل قيل انها متواترة (٢).

اقسام الارضين و احكامها

(١) قوله و لا- إشكال و لا- خلاف منا في كونها للإمام عليه السلام تنقيح القول في المقام بالبحث في جهات الاولى: في انها للإمام عليه السلام ام لا- الثانية: في انها تملك بالاحياء ام لا الثالثة: في اعتبار اذنه عليه السلام في التملك بالاحياء الرابعة: في ان التملك بالاحياء هل يختص بالشيعة أو يشمل كل مسلم ام يعم الكافر الخامسة: في ان الارض هل يملكها المحيي مجانا أو يجب اداء خراجها الى الامام و قيل بيان هذه الجهات لا بد و ان يعلم ان الموات هي الارض المعطلة التي لا ينتفع بها لذلك اما لانقطاع الماء عنها أو لغير ذلك.

اما الجهة الاولى فلا اشكال نضا و فتوى في انها للإمام عليه السلام

(٢) و لكن ما ذكره المصنف قدس سره من ان النصوص بذلك مستفيضة بل قيل انها متواترة- غير تام- فان بعض تلك النصوص يتضمن كون الارض الخربة للإمام عليه السلام او من الانفال الثابت كونها له عليه السلام كمصحح «١» حفص و موثق «٢» سماعه و غيرهما و بعضها يتضمن ان الارض الخربة التي باد اهلها له أو منها كخبر ابي بصير «٣»

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس حديث ١.

(٢) نفس المصدر ح ٨

(٣) نفس المصدر حديث ٢٨.

منهاج الفقهاء (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤١

و هي من الانفال. نعم ابيح التصرف فيها بالاحياء بلا عوض (١) و عليه يحمل ما في النبوي موتان الأرض لله و رسوله صلى الله عليه و آله، ثم هي لكم مني أيها المسلمون، و نحوه الآخر عادي الأرض لله و لرسوله ثم هي لكم مني و ربما يكون في بعض الأخبار وجوب اداء خراجها إلى الامام عليه السلام كما في صحيحة الكابلي قال وجدنا في كتاب علي) ان الأرض لله يورثها من يشاء و العاقبة للمتقين (قال: انا و اهل بيتي الذين اورثنا الله الارض و نحن المتقون و الأرض كلها لنا، فمن احب من الأرض من المسلمين فليعمرها و ليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي، و له ما اكل منها الخبر.

و بعضها يتضمن ان الارض التي لا رب لها أو الارض الميتة التي لا رب لها له كمرسل «١» حماد وغيره و بعضها يدل على ان الارض كلها له كصحيح «٢» الكابلي المذكور في المتين و بعضها يتضمن ان موتان الارض للرسول صلى الله عليه و آله كالنبيين «٣» المذكورين في المتين اما نصوص الارض التي لا رب لها فمطلقها و مقيدتها مسوقة لبيان ان مالا مالك له له عليه السلام لا لخصوصية في الموات من الارض- و أما ما دل على ان الارض كلها للامام عليه السلام فلا بد من حمله على ارادة الملكية غير الاعتبارية كما لا يخفى و أما النويان فغير مرويين من طريقنا.

(١) و أما الجهة الثانية فلا خلاف في انها تملك بالاحياء و عن غير واحد دعوى الاجماع عليه بل حكى اجماع المسلمين عليه و يشهد له جملة من النصوص

(١) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال من كتاب الخمس حديث ٤.

(٢) نفس المصدر ح ٢.

(٣) المبسوط كتاب احياء الموات- التذكرة ج ٢ ص ٤٠٠

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٢

و مصححة عمر بن يزيد انه سال رجل ابا عبد الله عليه السلام عن رجل أخذ أرضا مواتا تركها اهلها فعمرها و اجرى انهارها و بنى فيها بيوتا و غرس فيها نخلا و شجرا،

فقال أبو عبد الله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول: من احيى ارضا من المؤمنين فهي له، و عليه طسقتها يؤديه به إلى الامام عليه السلام في حال الهدنة، فإذا ظهر القائم فليوطن نفسه على ان يؤخذ منه الخبر. و يمكن حملها على بيان الاستحقاق و وجوب ايصال الطسق إذا طلبه الامام عليه السلام

كقول الامام الصادق في الحسن كالصحيح قال رسول الله صلى الله عليه و آله من احيى ارضا مواتا فهي له «١»

و قوله عليه السلام في خبر السكوني قال رسول الله صلى الله عليه و آله من غرس شجرا أو حفر واديا- الى ان قال أو احيى ارضا ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله «٢»

و قول سيدنا ابي جعفر عليه السلام في الصحيح قال رسول الله صلى الله عليه و آله من احيى ارضا مواتا فهي له «٣» و نحوها غيرها.

و أما الجهة الثالثة فعن جماعة منهم الشيخ في الخلاف و المحقق الثاني في جامع المقاصد و غيرهما في غير دعوى الاجماع على اعتبار الاذن،

و هناك وجهان آخران بل قولان احدهما عدم اعتباره الثاني التفصيل بين زمانى الحضور و الغيبة فيعتبر الاذن في الاول دون الثاني. مقتضى قاعدة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه- اعتباره.

و قد استدلل لعدم الاعتبار بانه يكفي في الجواز اذن مالك الملوک في ذلك و ان لم يأذن مالکها كما في التملك بالالتقاط و حق المارة و فيه ان استكشاف اذن مالك الملوک ان كان من النصوص المتضمنة لسبب احياء للملك، فيرد عليه، ان تلك النصوص كأدلة ساير الاسباب، فكما انها لا تعارض ما دل على اناطتها باذن المالك كذلك هذه و ان كان من غيرها فعليه البيان.

(١) الوسائل باب ١ من احياء الموات حديث ٥.

(٢) الوسائل باب ٢ من ابواب احياء حديث ١.

(٣) الوسائل باب ١ من ابواب الانفال حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٣

لكن الأئمة عليهم السلام بعد امير المؤمنين عليه السلام حللوا شيعتهم و اسقطوا ذلك عنهم (١) كما يدل عليه قوله عليه السلام فى رواية مسمع بن عبد الملك: كلما كان فى ايدى شيعتنا من الأرض فهم فيه محللون يحل لهم ذلك الى ان يقوم قائمنا فيجيبهم طسق ما كان فى ايديهم، و يترك الأرض فى ايديهم. و أما ما كان فى ايدى سواهم. فان كسبهم فى الأرض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا، و يأخذ الأرض من ايديهم و يخرجهم عنها صغرة. الخبر

و استدلل للقول الثالث بامتناع الاستيذان منه عليه السلام فى زمان الغيبة و لم يدل دليل على نيابة الفقيه عنه فى هذه الامور مع مشروعية الاحياء مطلقا و فيه انه يتوقف على عدم ثبوت صدور الاذن منهم عليهم السلام و سيأتى الكلام فيه، فالأظهر اعتبار اذنه.

و القائلون باعتبار الاذن- يدعون صدوره منه عليه السلام و استندوا فى ذلك الى وجوه الاول النبويان المذكور ان فى المتن و المتقدم اليهما الاشارة، حيث ان فى احدهما- ثم هى لكم منى، و فى الآخر ثم هى لكم منى ايها المسلمون، و مقتضاها و ان كان هو التمليك و لو مع عدم الاحياء الا انه جمعا بينهما و بين ما دل على سبب الاحياء نلتزم بملكية المحيى خاصة و فيه ما تقدم من انهما غير مرويين عن طرقنا الثانى نفس قولهم عليهم السلام، من احبب ارضا مواتا فهى له: فانه و ان تضمن الاذن التشريعى فى الاحياء الا ان صدور ذلك من المالك يقتضى كونه اذنا مالكي نظير من قال من دخل دارى فله كذا فانه متضمن للاذن المالكى كتضمنه لسبب الدخول للجزاء و كذلك فى المقام و فيه ان الاذن المالكى لا بد و ان يصدر من المالك فهذه النصوص المتضمنة لهذه الجملة تفيد بالنسبة الى ائمة الاثمة الذين قبل امام زماننا عليه السلام و حيث ان هذه الجملة لم تصدر منه عليه السلام و هو المالك فلا يفيد ذلك كما لا يخفى

(١) الثالث اخبار «١» التحليل سميا مثل خبر «٢» مسمع بن عبد الملك المذكور فى المتن

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال.

(٢) نفس المصدر ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٤

نعم ذكر فى التذكرة انه لو تصرف فى الموات احد بغير اذن الامام عليه طسقتها، و يحتمل حمل هذه الاخبار المذكورة على حال الحضور، و إلا فالظاهر عدم الخلاف فى عدم وجوب مال الامام فى الأراضى فى حال الغيبة، بل الاخبار متفقة على انها لمن احياها، و سيأتى حكاية اجماع المسلمين على صيرورتها ملكا بالاحياء.

فانه يستفاد منها حلية التصرف- فبضمها الى ما يضمن سبب الاحياء للملك- يستنتج اذنههم عليهم السلام فى التملك بالاحياء و هذا اوجه متوقف على عدم اختصاص التحليل بخصوص المناكح و المساكن و المتاجر و شمولها للاراضى- و قد اثبتنا ذلك فى الجزء السابع من فقه الصادق الرابع ما افاده المحقق كاشف الغطاء و هو دلالة شاهد الحال على رضا هم بالاحياء و طيب نفسهم بعمارة الارض- و لا بأس به ايضا فتحصل ان الاظهر ثبوت رضا هم عليهم السلام بالاحياء.

و أما الجهة الرابعة- فعن التذكرة الاجماع على اعتبار الاسلام فى الملك بالاحياء و نحوه ما عن جامع المقاصد- و عن صريح المبسوط و الخلاف و السرائر و الجامع و ظاهر المهذب و النافع و اللعة و تبعهم جمع من اساطين متأخرى المتأخرين عدم الفرق فى ذلك بين المسلم و الكافر و ان الكافر ايضا يملك بالاحياء يشهد للثانى- مضافا الى اطلاق جملة من نصوص الباب صحيح محمد بن

مسلم سألته عن الشراء من ارض اليهود و النصرارى فقال ليس به بأس الى أن قال ايما قوم احيوا شيئا من الارض أو عملوه فهم احق بها و هى لهم «١» و نحوه صحيح «٢» الفضلاء و خبر «٣» زرارة و استدلل للاختصاص بالمسلم بالنبيين المتقدمين المتضمنين للتمليك بالمسلمين و بصحيح الكابلى المتقدم من احيى ارضا من المسلمين فليعمرها.

(١) الوسائل باب من ابواب الموات حديث ١.

(٢) الوسائل باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٥.

(٣) الوسائل باب من ابواب احياء الموات حديث ٦.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٥

...

و لكن النبوين ضعيفان- و الصحيح لا مفهوم له كى يدل على عدم تملك غير المسلمين بالاحياء فيعارض مع النصوص المتقدمة فالأظهر عدم الاختصاص بالمسلم و لكن بعد ما عرفت من اعتبار الأذن، و ان ثبوت اذنتهم عليهم السلام انما يكون- باخبار التحليل المختصة بالشيعة، و دلالة شاهد الحال، ففى زمان الغيبة الالتزام بملكية الارض لغير الشيعة بالاحياء يتوقف على احراز رضاه عليه السلام بذلك و الا فلا يكون الاحياء مملكا و فى صحيح «١» عمر بن يزيد عن مسمع بن عبد الملك المتقدم ما كان فى ايدى سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض- و هذا صريح فى عدم الأذن لغير الشيعة فالأظهر هو الاختصاص بهم.

و أما الجهة الخامسة- فظاهر فتاوى القوم ان الملك بلا عوض و عن فوائد الشرائع احتمال العوض و ظاهر قولهم عليهم السلام من احيى ارضا مواتا فهى له- هو حصول الملك مجانا- و مقتضى صحيحى الكابلى، و عمر بن يزيد المتقدمين هو ايجاب الخراج المنافى لكونها ملكا- و مقتضى نصوص التحليل سقوط الخراج و الجمع بين هذه الطوائف، بحمل نصوص الخراج على زمان الحضور، كما فى المتن احتماله، يأباه صريح نصوص التحليل، كما ان حمل نصوص الخراج على بيان الاستحقاق، كما اختاره المصنف، ينافيه ظهورها فى الفعلية فالحق ان يقال ان نصوص الخراج، لا بد من تأويلها اورد علمها الى اهلها، لمعارضتها مع نصوص التملك بالاحياء و عدم عمل الاصحاب بها، مضافا الى ما ذكرناه فى الاراضى الخراجية فى الجزء الثانى من هذا الشرح من عدم كون هذه الارض منها، و بالجملة لا إشكال فى سقوط الخراج اما لعدم تشريعه أو للتحليل، فنصوص الاحياء لا معارض لها.

الارض العامرة

(١) الوسائل باب ٤ من ابواب الانفال حديث ١٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٦

الثانى: ما كانت عامرة بالاصالة

اي لا من معمر، (١) و الظاهر انه ايضا للإمام عليه السلام (٢) و عن التذكرة الاجماع عليه، و فى غيرها نفى الخلاف عنه، لموثقة ابان بن عثمان

(١) قوله الثاني ما كانت عامرة بالاصالة أى لا من معمر و المراد بالعامرة ما ينتفع بها على ما هى عليه فى الحال كما إذا كانت بحيث يكثر عليها وقوع الامطار أو نحو ذلك- و الكلام فيها يقع فى مقامين الاول انه هل تكون هذه الارض للامام عليه السلام و من الانفال ام تكون من المباحات الاصلية الثانية على فرض كونها للامام هل تملك بالحيازة ام لا.

(٢) اما المقام الاول فقد استظهر المصنف قدس سره من قول الاصحاب و كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهى للامام- الذى حكى عن مفتاح الكرامة انه طفحت به عباراتهم و عن التذكرة الاجماع عليه- و فى الجواهر لا خلاف اجده فيه- انها للامام و لكن صاحب الجواهر قدس سره فى كتاب الخمس استظهر من الاصحاب عدمه و انها من المباحات الاصلية و كذلك المصنف قدس سره فى ذلك الكتاب.

و كيف كان فقد استدل لكونها من الانفال و للامام بوجوه.

الاول ما ذكره المحقق الثانى قدس سره- قال- و لما روى على ما فى المتن ان كل ارض لم يجر عليها ملك مسلم فهو للامام عليه السلام و فيه اولاً ان المصنف لا يدعى انه رواية بل يدعى كونه تعبير الفقهاء و قد صرح صاحب الجواهر قدس سره بعدم كونه نصاً و ثانياً انه لا يمكن الالتزام بعمومه فان مقتضاه كون جميع اراضى الكفار للامام مع انه خلاف النص و الاجماع و ثالثاً انه لو سلم كونه رواية و عاماً- يتعين تخصيصه بما سيأتى.

الثانى- ما افاده المحقق الايروانى قدس سره قال و هو صريح عد الآجام الذى هو

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٤٧

عن اسحاق بن عمار المحكى عن تفسير على بن ابراهيم عن الصادق عليه السلام حيث عد من الانفال كل ارض لا رب لها (١) و نحوها المحكى عن تفسير العياشى، عن ابى بصير عن ابى جعفر عليه السلام (٢) و لا يخصص عموم ذلك بخصوص بعض الاخبار حيث جعل فيها من الانفال كل ارض مية لا رب لها، بناء على ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز، لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب، لأن الغالب فى الأرض التى لا مالك لها كونها مواتاً، (٣) و هل يملك هذه بالحيازة و جهان من كونه مال الامام عليه السلام و من عدم منافاته للملك بالحيازة كما يملك الاموات بالاحياء، مع كونه مال الامام عليه السلام.

قسم من المحياة بالاصالة من الانفال و فيه اولاً- ان الآجام من الموات فان الاستيغام مانع عن الإنتفاع بالارض و قد صرح بذلك الفقهاء و ثانياً ان كون خصوص هذا القسم للامام لدليل خاص اعم من كون ساير الاقسام له عليهم السلام.

الثالث ما تضمن «١» ان الارض كلها للامام- و قد تقدم انه لا بد من توجيه هذه النصوص بحملها على الملكية الحقيقية غير المنافية لكونها من المباحات أو لغيرهم عليهم السلام

(١) الرابع مصحح «٢» اسحاق بن عمار المذكور فى المتن حيث عد فيه من الانفال التى للامام كل ارض لا رب لها الشاملة للعامرة

(٢) و نحوه «٣» خبر ابى بصير المروى عن تفسير العياشى و فيه ان اطلاق هذين الخبرين، يقيد بما فى مرسل حماد حيث عد من جملة الانفال الارض المية التى لا رب لها، إذ تقييد الارض بالمية فى مقام الحصر و التحديد،

يدل بالمفهوم على ان الارض غير المية ليست للامام

(٣) و اورد عليه المصنف قدس سره بان الظاهر ورود الوصف مورد الغالب فى الارض التى لا مالك لها، كونها مواتاً و فيه اولاً ان المية لم تؤخذ قيماً للرب لها و انما اخذت قيماً للارض فلا يكون القيد غالبياً،

و ثانياً انه لا- وجه لحمل القيد على الغالب و ثالثاً انه لو تم ما افاده المصنف قدس سره يمكن حمل الاطلاقات على الغالب بعين ما ذكره

(١) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٧ المطبع الحديث.

(٢) الوسائل باب من ابواب الانفال حديث ٢.

(٣) نفس المصدر ٤- ٢٨ نفس المصدر ح ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٨

فدخل في عموم النبوي: من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به (١).

إذ كما يقال ان ذكر القيد يكون للغلبة كذلك يقال ان اهماله مع اعتباره لمكان الغلبة فلا اطلاق يعم العامرة،

فلا يظهر انها من المباحات الاصلية و أما المقام الثاني- فعلى المختار من كونها من المباحات، لا كلام في انها تملك بالحيازة كما لا

يخفى و أما على القول بانها للامام عليه السلام، فقد استدل المصنف قدس سره على تملكها بالحيازة

(١) بعموم النبوي من سبق الى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو احق به «١»

وفيه اولاً انه مختص بما إذا لم يكن ذلك الشيء ملكاً لأحد و متعلقاً لحق الغير بالسبق أو غيره، و لذا لا شبهة في عدم دلالة على

جواز السبق الى املاك الناس- فلا شمل المقام بعد فرض كون الارض للامام عليه السلام و بالجمله ملك الامام كملك غيره من

الناس فكما انه لا يجوز السبق في املاك ساير الناس فذلك في ملكه عليه السلام و ثانياً ان الاحقية اعم من الملكية و دعوى انه روى

من غير طريقنا ما ظاهره الملكية و هو من سبق الى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له «٢»

مندفعه بعدم ثبوت صحة سنده و أما ما اورده المحقق الخراساني و المحقق النائيني عليه، بانه مسوق لبيان احقية السابق، لا لبيان جواز

السبق الى ما لم يسبقه إليه احد فيره انه بصدد بيان سببية السبق للاحقية و مقتضى اطلاقه جواز السبق الى كل ما لم يسبقه إليه احد.

فالاولى الاستدلال له بنصوص التحليل الظاهرة في الملكية كما حققناه في الجزء السابع من فقه الصادق لكنها مختصة بالشيعة كما مر.

(١) المبسوط اول كتاب احياء الموات- المستدرک باب ١ من ابواب احياء الموات حديث ٤.

(٢) سنن البيهقي ج ٦ ص ١٤٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٤٩

الثالث: ما عرض له الحياء بعد الموت

و هو ملك للمحيي، (١) فيصير ملكاً له بالشروط المذكورة في باب الاحياء باجماع الأمة كما عن المهذب، و باجماع المسلمين

كما عن التنقيح، و عليه عامة فقهاء الامصار كما عن التذكرة،

و يمكن القول بتملكها بالاحياء لخبر السكوني عن الامام الصادق عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه و آله من غرس شجراً أو

حفر واديا بدياً لم يسبقه إليه احد أو احيى ارضاً ميتة فهي له قضاء من الله و رسوله «١»

فان ظاهره بقرينة جعل الغرس و الحفر قبلاً للاحياء انهما يوجبان الملكية بانفسهما و بضميمة الغاء الخصوصية يثبت الحكم في ساير

افراد الاحياء و لمضمر محمد بن مسلم قال سألته عن الشراء من ارض اليهود و انصارى قال عليه السلام لهم- «٢»

و في خبر آخر له عن الامام الباقر عليه السلام ايما قوم احيوا شيئاً من الارض أو عمروها فهم احق بها «٣»

و المضمرة قرينة على ان المراد من الاحقية في الخبر الثاني هو الاستحقاق الملكي.

الارض العامرة بعد الموت

(١) قوله الثالث ما عرض له الحياة بعد الموت و هو ملك للمحيى ان كانت العمارة بسبب سماوى- كانت الارض ملكا للامام عليه السلام للاستصحاب بل للدلالة فانها دالة على عدم خروج الملك عن ملكه بلا سبب- و ان كان بالاحياء- فان كان ذلك بغير اذنه عليه السلام فحكمه ما تقدم

(١) الوسائل- باب ٢- من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٣) الوسائل- باب ١- من ابواب احياء الموات حديث ٣.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٠

لكن ببالي من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة (١) فلا بد من الملاحظة

و ان كان باذنه فالمشهور بين الاصحاب انها ملك للمحيى بل عن غير واحد دعوى الاجماع عليه و عن التنقيح اجماع المسلمين عليه (١) و فى المتن و يبالي من المبسوط كلام يشعر بانه يملك التصرف لا نفس الرقبة هذه عبارة المبسوط إذا تحجر ارضا و باعها لم يصح بيعها و فى الناس متن قال يصح و هو شاذ و أما عندنا فلا يصح بيعه لانه لا يملك رقبة الارض بالاحياء و انما يملك بالتصرف بشرط ان يؤدى الى الامام عليه السلام ما يلزمه عليها و مرارة من الاحياء التحجير، و الشاهد عليه امور احدها تصريحه بانه يملك بالتصرف،

ثانيها قوله فاما عندنا فلا يصح بيعه مع ان المشهور بين الاصحاب جواز بيعه و دلت النصوص «١» عليه،

ثالثها تصريحه بالاحياء فى غير موضع من كتبه و انما حكم بعدم الملك بالتحجير من جهة التحجير عنده ليس من مصاديق الاحياء قال فى المبسوط بعد الحكم بان التحجير يوجب الاحقية دون الملك- و التحجير ان يؤثر فيها اثر لم يبلغ به حد الاحياء مثل ان ينصب فيها المزور أو يحوط عليها حائطا و ما اشبه ذلك من آثار الاحياء، فانه يكون احق بها من غيره انتهى.

و كيف كان فيشهد للملك نصوص «٢» الاحياء- و النصوص «٣» المتضمنة لجواز الشراء من المحيى معللة له بانها بالاحياء صارت له- و ظاهر صحيحى «٤» الكابلى و عمر بن «٥» يزيد المتضمنين لوجوب الخراج عليه و دفعه الى الامام عدم الملك لكن تقدم انه يتعين طرحهما أو التصرف فيهما بنحو لا ينافى الملك- فراجع، فالأظهر انها ملك للمحيى.

(١) الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب احياء الموات و باب ٢١- من ابواب عقد البيع.

(٢) الوسائل- باب ١- من ابواب كتاب احياء الموات.

(٣) كتاب ٢١- من ابواب عقد البيع.

(٤) الوسائل- باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٥) الوسائل- باب ٤- من ابواب الانفال حديث ١٢.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥١

الرابع: ما عرض له الموت بعد العمارة،

فان كانت العمارة اصلية فهى مال الامام عليه السلام (١) و ان كانت العمارة من معمر (٢) ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف (٣) معروف في كتاب احياء الموات، منشؤه اختلاف الاخبار

الموات بعد العمارة

(١) قوله الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة ان كانت العمارة سماوية كانت العمارة اصلية أو عرضية فهي للامام عليه السلام اما إذا كانت عرضية فلان الارض المفروضة كانت مواتا في الاصل و ملكا له عليه السلام و هي باقية على ما هي عليه و أما ان كانت العمارة اصلية فلما دل على ان الارض الميئة للامام الشاملة للميئة بالاصالة و بالعرض و ما دل من النصوص الصحيحة- على ان الارض الخربة أو الخربة التي لا رب لها له عليه السلام فان الخربة ظاهرة في الخربة العرضية.

(٢) و ان كانت العمارة من معمر- فالكلام فيه يقع في مقامين الاول في انه هل تخرج الارض بالموت عن ملك المحيي كما عن العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في المسالك- ام لا تخرج كما هو المشهور بين الاصحاب

(٣) الثاني في انه على فرض عدم الخروج هل يملكها لو احيها آخر كما عن العلامة في التذكرة و الشهيد الثاني في الروضة بل عن جامع المقاصد انه المشهور، بين الاصحاب- ام لا يملكها كما عن جماعة من القدماء و المتأخرين- ام يفصل بين ما إذا كان الخراب مستندا الى اهمال المالك و ترك المزاوله لها- و بين ما إذا لم يكن مستندا الى ذلك فيملكها على الاول دون الثاني كما اخترناه في الجزء الثالث عشر من فقه الصادق.

اما المقام الاول فقد استدلل لخروجها عن ملكه بوجوه الاول: ان الارض اصلها مباح فإذا تركها الاول حتى عادت الى ما كانت عليه صارت مباحة الثاني ان السبب في صيرورتها ملكا هو الاحياء فإذا زال السبب زال المسبب

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٢

ثم القسم الثالث اما ان تكون العمارة فيه من المسلمين، أو من الكفار فإن كان من المسلمين فملكهم لا- يزول الا- بناقل أو بطرو الخراب على احد القولين، و ان كان من الكفار فكذلك، ان كان في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الاسلام و ان اعتبرنا الإسلام كان باقيا على ملك الامام عليه السلام، و ان كان في دار الكفر يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر اموالهم.

الثالث اطلاق ما دل على ان الارض الميئة- أو الخربة- للامام عليه السلام و في الجميع نظر اما الاول فلان كون اصلها مباحا لا يوجب صيرورتها مباحة بعد ما دخلت في ملك المحيي و خروجها عن ملكه مع الدلالة الدليل على ان خروج المال عن ملك مالكة لا بد و ان يكون بسبب و أما الثاني فلان المستفاد من الادلة كون ذات الارض مملوكة بسبب الاحياء و انه كسائر الاسباب المملوكة يكون سببا لحدوث الملكية- لا ان الارض المعنوية بعنوان المحياة مملوكة- و لا انه سبب للملكية حدوثا و بقاء و أما الثالث فلانه يتعين تقييد اطلاق تلك النصوص بما في النصوص الاخر من التقييد بالارض التي لا رب لها.

و يشهد لبقائها على ملك مالكة- مضافا الى ان المستفاد من الادلة ان زوال الملك لا بد و ان يكون بناقل- الاستصحاب و اورد عليه تارة- بالشك في بقاء الموضوع فان موضوع الملكية ان كان هو ذات الارض فهو باق قطعاً- و ان كان هو عنوان المحياة فهو مرتفع قطعاً، و اخرى- بان الشك في المقام من قبيل الشك في المقتضى للشك في ان الاحياء، هل هو سبب للملكية حتى بعد عروض الموت، ام لا و يمكن دفع الاول بما تقدم من ظهور الادلة في، ان الموضوع هو ذات الارض،

و ان الاحياء بمنزلة الشرط في القضية و دفع الثاني: بان المختار حجياً الاستصحاب مطلقاً، حتى في موارد الشك في المقتضى، مع ان هذا ليس من الشك في المقتضى الذي بنى المصنف قدس سره على عدم حجية

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٣

الاستصحاب فيه فان مورده ما لو شك في اقتضاء المستصحب للبقاء في عمود الزمان، و تمام الكلام في محله،
فالظاهر بقائها على ملك المحيي الاول.

و أما المقام الثاني فالكلام فيه يقع في موردين الاول فيما تقتضيه العمومات الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة اما المورد الاول فقد استدل لتملك المحيي الثاني - بعموم من احبى ارضا ميتة فهي له «١»
و فيه انه قد تقدم ان هذا ليس متضمنا لإذن مالك الملوك كى لا يحتاج الى اذن مالكة و انما التزمنا بذلك فى ملك الامام من جهة اخبار التحليل أو شاهد الحال أو غير ذلك من الوجوه المتقدمة غير الجارى شىء منها فى المقام و عليه فمقتضى ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه و رضاه عدم جواز الاحياء فى المقام و القياس بالالتقاط بعد ورود النص الخاص فيه مع الفارق.

و أما النصوص الخاصة فهي على طوائف الاولى ما ظاهره البقاء على ملك المحيي الاول كصحيح سليمان بن خالد عن الامام الصادق عليه السلام عن الرجل يأتى الارض الخربة فيستخرجها و يجرى انهارها و يعمرها و يزرعها ما ذا عليه قال عليه السلام الصدقة قلت فان كان يعرف صاحبها قال عليه السلام فليؤد إليه حقه «٢» إذا المراد بالحق اما الارض أو اجرتها و على التقديرين يدل على ذلك و نحوه صحيح «٣» الحلبي الثانية ما ظاهره - صيرورتها ملكا للمحيي الثاني من دون شىء عليه كصحيح معاوية بن وهب عن مولانا الصادق عليه السلام ايما رجل اتى خربة باثرة فاستخرجها

(١) الوسائل - باب ١ - من ابواب كتاب احياء الموات.

(٢) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

(٣) الوسائل - باب ٣ - من ابواب احياء الموات حديث ٣.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٤

ثم ما ملكه الكافر من الأرض أما أن يسلم عليه طوعا فيبقى على ملكه كسائر أملاكه، و أما أن لا يسلم عليه طوعا، فان (١) بقى يده عليه كافرا فهي أيضا كسائر املاكه تحت يده

و كرى انهارها و عمرها فان عليه فيها الصدقة فان كانت ارضا لرجل قبله فغاب عنها و تركها فاخرجها ثم جاء بعد يطلبها فان الارض لله و لمن عمرها «١» فان ظاهره ان الارض لمن يقوم بعمارته لا - لمن تركها فاخرجها - الثالثة ما تضمن احقيه الثاني بها و وجوب الخراج عليه كصحيح الكابلي المتقدم فان تركها و اخربها فاخذها رجل من المسلمين من بعده فعمرها و احيها فهو احق بها من الذى تركها فليؤد خراجها الى الامام من اهل بيتي الحديث «٢»
و الطائفة الاخرية تقدم تعيين طرحها، و أما الاوليتان، فحيث ان الثانية مختصة بصورة الاهمال، فتخصص الاولى بها - فتكون النتيجة التفصيل الذى اخترناه.

و يؤيد ذلك ما ورد فى الارض التى اسلم اهلها طوعا فان الارض و ان كانت ملكا لهم الا - انهم إذا اهلوها حتى خربت لولى المسلمين ان يقبلها من غيرهم ليقوم بعمارته و يأخذ وجه الاجارة و يدفع بمقدار حق الارض الى مالكة و يصرف الباقي فى الامور العامة «٣»

ثم ان ذكر ساير ما قيل فى وجه الجمع بين النصوص و الجواب عنها موكولان الى محل آخر.

إشارة

(١) قوله و أما ان لا يسلم اهلها طوعا لا يخفى انه قده بعد ما بين اقسام الارضين و احكامها اراد ان يبين حكم الارض المفتوحة عنوة و الكلام فيها يقع فى جهات.

(١) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٣ من ابواب احياء الموات حديث ٢.

(٣) الوسائل - باب ٧٢ - من ابواب جهاد العدو و ما يناسبه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٥

و ان ارتفعت يده عنها: فيما ان يكون بانجلاء المالك عنها و تخليتها للمسلمين، أو بموت اهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام عليه السلام و يكون من الانفال التى لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب. و ان رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهى كسائر ما لا ينقل من الغنيمه، كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة اجماعا (١) على ما حكاه غير واحد كالخلاف- و التذكرة و غيرهما

الاولى فى ان هذه الارض، و ان كانت مبينة من حيث المفهوم، إذ هى عبارة عن الارض التى فتحت بالخيل و الركاب قهرا و رفعت يد الكفار عنها بغلبة المسلمين، الا انها مجهولة مصداقا و قد تقدم فى الجزء الثانى من هذا الشرح فى مسألة الاراضى الخراجية بيان ما يثبت ذلك.

الثانية فى اعتبار اذن الامام عليه السلام فى القتال فى ترتب حكم الارض المفتوحة عنوة و قد تقدم فى ذلك المبحث ان الاظهر عدم اعتباره.

الثالثة فى اعتبار كونها محياة حال الفتح- و قد تقدم فى تلك المسألة اعتبار ذلك و عليه فارض الغرى ليست منها.

الرابعة فى ان التصرف فى الارض الخراجية فى زمان الغيبة يحتاج الى اذن من له الاذن ام لا- و قد تقدم فى تلك المسألة تنقيح القول فى ذلك مفصلا فراجع.

الخامسة فى ان خراج هذه الارض هل حلل للشيعه فى زمان الغيبة ام لا- و قد عرفت عدم تحليله السادسة فى بيان ان الخمس هل هو ثابت فيها ام لا و قد تقدم ثبوته

(١) السابعة فى بيان كيفية استحقاق المسلمين و انه هل بعنوان ملك الرقبة أو بنحو آخر- و المشهور بين الاصحاب هو الاول- و عن جماعة منهم الشهيد الثانى قدس سره فى جملة من كتبه و المحقق الاردبيلى ان الرقبة غير مملوكة بل معدة لمصالح المسلمين و هم مصرف لحاصلها و الاول اظهر- لانه ظاهر النصوص الآتية- لمكان اللام و اضافة الارض الى المسلمين

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٦

و النصوص به مستفيضة. ففى رواية ابى بردة المسئول فيها عن بيع ارض الخراج قال عليه السلام من يبيعها؟ هى ارض المسلمين، قلت: يبيعها الذى فى يده، قال:

يصنع بخراج المسلمين ما ذا؟ ثم قال لا- بأس أن يشتري حقه منها و يحول حق المسلمين عليه، و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه (١)

و استدلل للقول الثانى بوجوه الاول قوله عليه السلام فى مرسل «١» حماد الطويل فهى موقوفة متروكة فى يدي من يعمرها و يحييها الخ- بتقريب انه يدل على ان الارض محبوسة متروكة و هذا يلازم فك الملك و فيه ان المحبوسية و المتروكية لا تنافى مع الملك بل تجامعه فلا- ينافى المرسل ساير النصوص الظاهرة من جهة اللام و الاضافة فى الاختصاص المطلق المساوق للملك الثانى انه لو كانت الرقبة ملكا للمسلمين لما جاز تقبيلها من احدهم إذ اجارة الارض ممن يملك جزء منها غير جائزة و فيه انه قد تقدم فى اول الدخول فى بيان اقسام الاراضى و احكامها- بيان كيفية ملكيتها لهم- و انها تكون ملكا للنوع لا للأفراد، و عليه فالفرد لما هو غير مالك كى لا يجوز الاجارة منه و به يظهر الاشكال فى الوجه الثالث، و هو انه لو كانت الرقبة ملكا لهم لجاز ان ينقل بعضهم حصته الى بعض مع انه لا يجوز فان المالك هو النوع لا الشخص.

الثامنة فى جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و عدمه- و قد اختلفت كلمات القوم فى المقام و قد نقل المصنف قدس سره فى المتن تلك الاقوال و الوجوه- و حيث ان منشأ الاختلاف هى النصوص فالأولى صرف عنان الكلام الى بيان ما يستفاد منها-
(١) منها خبر «٢» ابى بردة بن رجا المذكور فى المتن و ابو بردة و ان لم يوثق الا- ان الراوى عنه هو صفوان بن يحيى الذى هو من اصحاب الاجماع فلا وجه للمناقشة فيه من حيث السند.

(١) الوسائل- باب ٤١- من ابواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٧١ من ابواب جهاد العدو حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٧

و فى مرسله حماد الطويلة ليس لمن قاتل شىء من الأرضين و ما غلبوا «و لا ما غلبوا كذا فى الوسائل» عليه إلا ما حوى العسكر، إلى أن قال و الأرض التى أخذت بخيل و ركاب فهى موقوفة متروكة فى يد من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى على قدر طاقتهم من الخراج النصف، أو الثلث، و الثلثين، على قدر ما يكون له صالحا و لا يضر بهم. فإذا أخرج منها ما أخرج بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقى سيحها، و نصف العشر مما سقى بالدوالى و النواضح، إلى أن قال: فيؤخذ ما بقى بعد العشر فيقسم بين الوالى و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و اكرتها، فيدفع عليهم انصباثهم على قدر ما صالحهم عليه،

و أما فقه الحديث فملخصه ان الظاهر من قوله و من يبيع ذلك الاستفهام التوبيخى،

و قوله هى ارض المسلمين بمنزلة العلة للمنع و لكن الراوى فهم منه الاستفهام الحقيقى فقال بيعها الذى هى فى يده، و قوله عليه السلام و يصنع بخراج المسلمين ما ذا يوهم ان المانع من البيع كون الارض خراجية، و على أى تقدير فقد استدرك الامام عليه السلام عما افاده من عدم جواز البيع، فقال لا بأس ان يشتري حقه منها و ظاهره ايضا عدم بيع الارض بل بيع حقه منها و بيع الحق، يحتمل بيع حق الاولوية و الاختصاص، و يحتمل ارادة بيع الآثار التى احدثها البائع، و على أى تقدير لا دلالة فيه على جواز بيع الارض و لو تبعها للآثار و لكن الاظهر هو الثانى: لما سيأتى من عدم دليل على ثبوت حق الاولوية؛ و لعدم صحة نسبة الاثراء إليها بناء على اعتبار كون المبيع من الاعيان: و لقوله حقه منها: إذ لو كان المراد حق الاولوية كان الصحيح ان يقول حقه فيها فتدبر و قوله عليه السلام لعله يكون اقوى الخ يعنى اقوى على الارض و عمارتها و توفير حاصلها و املى و اقدر على دفع خراج المسلمين فهذه الرواية تدل على عدم جواز بيع الارض المفتوحة عنوة و لو بتبع بيع الآثار.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٥٨

و يأخذ الباقي، فيكون ذلك أرزاق. أعوانه على دين الله و فى مصلحة ما ينويه من تقوية الإسلام و تقوية الدين فى وجوه الجهاد، و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. (١)

و في صحيحة الحلبي قال سئل أبو عبد الله عليه السلام عن السواد ما منزلته، قال: هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن دخل في الإسلام بعد اليوم، و لمن لم يخلق بعد، فقلنا: أنشتره من الدهاقين؟ قال: لا يصلح، الا ان تشتريها منهم على ان تصيرها للمسلمين، فان شاء ولي الامر أن يأخذها أخذها، قلت: فان اخذها منه، قال: يرد عليه رأس ماله و له ما اكل من غلتها بما عمل، (٢)

(١) و منها مرسل حماد الطويل المنجبر بتلقى الاصحاب اياه بالقبول المذكور في المتن و الارضون التي اخذت عنوة بخيل أو ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها و يحييها (١) و هذا ايضا يدل على المنع إذ المراد من الموقوفة المتروكة، اما ان يكون المحررة المحبوسة على المسلمين من باب فك الملك- أو المملوكة المحبوسة عليهم و على التقديرين يدل على المنع لانه مقتضى محبوسية الارض.

(٢) و منها صحيح الحلبي (٢) المذكور في المتن قوله لا يصلح ظاهر في المنع عن البيع، و أما الاستثناء فيتعين حمله على ارادة الاشراف الصوري من جهة قوله قبله هي لجميع المسلمين، و قوله ان يصيرها للمسلمين أى تعود الارض الى المسلمين و يصرف حاصلها في مصالحهم، و قوله فإذا شاء ولي الامر الخ ظاهر في عدم صيرورتها ملكا له و ان لولي الامر ابقاء الارض تحت يده و له اخذها منه، و أما قوله فيرد عليه رأس ماله- فهو اما ان يكون تفضلا من ولي الامر من جهة استنقاذه الارض من يد الدهاقين، أو يكون من جهة كونه بازاء ما كان للدهاقين من الآثار

(١) الوسائل باب ٤١ من ابواب جهاد العدو حديث ٢.

(٢) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٥٩

و رواية ابن شريح سألت ابا عبد الله عليه السلام عن شراء الأرض من ارض الخراج فكرهه، قال: انما ارض الخراج للمسلمين فقالوا له: فإنه يشتريها الرجل عليه خراجها. فقال: لا بأس الا ان يستحيا من عيب ذلك (١)

و رواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها و سألته عن رجل اشترى ارضا من ارض الخراج فبنى بها أو لم يبن غير ان اناسا من اهل الذمة نزلوها هل له ان يأخذ منهم اجرة البيوت إذا ادوا جزية رءوسهم؟ قال يشارطهم فما اخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر ابي الربيع لا تشتري من ارض السواد شيئا الا من كانت له دفة فانما هي فيء للمسلمين (٢) الى غير ذلك. و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في ملك المشتري على وجه كان للبائع اعنى مجرد الاولوية و عدم جواز مزاحمته، إذا كان التصرف و احداث تلك الآثار- باذن الامام أو اجازته و لو لعموم الشيعة

المملوكة- أو بازاء حق الاختصاص، و قوله عليه السلام و له ما اكل من غلتها- ظاهر في ان المنافع كالعين تكون للمسلمين، و لكن حيث انه عمل فيها فله ما اكل منها.

(١) و منها خبر (١) محمد بن شريح عن الامام الصادق عليه السلام المذكور في المتن و هذا الخبر لا يعتمد عليه من جهة ان من رجال سنده على بن الحارث و هو مجهول و أما من حيث الدلالة فصدره ظاهر في المنع لقوله فكرهه معللا بان ارض الخراج للمسلمين- و ذيله ظاهر في الجواز مع الالتزام بخراجها- فلا بد من التصرف اما في الصدر بحمل قوله عليه السلام ارض الخراج للمسلمين على ارادة ان خراجها لهم و رقبته لمن عمرها- أو بالتصرف في الذيل بحمل شرائها على ارادة شراء آثارها من العمارة المفروضة- و لو لم يكن

الثاني اظهر- من جهة قوله الا ان يستحيا من عيب ذلك فان عدم كون الارض ملكا ربما يكون عيبا- فلا اقل من تساوى الاحتمالين فيحكم بالاجمال.

(٢) و منها خبر «٢» اسماعيل بن الفضل الهاشمي المذكور في المتن

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع حديث ٩.

(٢) نفس المصدر حديث ١٠.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٠

كما إذا كان التصرف بتقريب السلطان الجائر أو باذن الحاكم الشرعي بناء على عموم ولايته لأموال المسلمين و نيابته عن الامام. لكن ظاهر عبارة المبسوط اطلاق المنع عن التصرف فيها بيع و لا شراء و لا هبة و لا معاوضة، و لا يصح ان يبنى دورا و منازل و مساجد و سقايات و غير ذلك من انواع التصرف الذي يتبع الملك، و متى فعل شيئا من ذلك كان التصرف باطلا و هو على حكم الاصل، و يمكن حمل كلامه على صورة عدم الاذن من الامام عليه السلام حال حضوره، و يحتمل ارادة التصرف بالبناء على وجه الحيازة و التملك و قال في الدروس لا يجوز التصرف فيها المفتوحة عنوة الا باذن الامام سواء كان بالبيع أو الوقف أو غيرهما، نعم في حال الغيبة ينفذ ذلك و اطلق في المبسوط ان التصرف فيها لا ينفذ، و قال ابن إدريس انما نبيع و توقف تحجيرنا و بنائنا و تصرفنا لا نفس الارض انتهى.

و قد استدل به كل من القائلين بالمنع- و الجواز اما القائل بالجواز فقد استدل، بجملتين منه الاولى صدره الظاهر في تقريره عليه السلام شراء ارض الخراج الثانية حكمه عليه السلام بان اجرة البيوت لهم بعد الشرط فلو لم يكن الارض لهم لم تكن الاجرة لهم فان قيل انه على فرض ملكية الارض ما ذا وجه السؤال عن كون المنفعة لهم توجه عليه ان وجه السؤال احتمال كون منفعة الارض كخراجها للمسلمين فجوابه عليه السلام ينطبق عليه و انه ليست المنافع كالخراج بل هي تابعة لملكية الرقبة و لكن يرد على الثانية ان السؤال ليس عن كون الاجرة له أو للمسلمين بل انما هو عن اخذ الاجرة- و الظاهر ان منشأ هذا السؤال ان الذمي إذا ادى الجزية هل هو كالمسلم يستحق النزول على اهل الاراضي الخراجية ام لا فأجاب عليه السلام بان له اخذ اجرة النزول بعد الشرط و القرار و أما الاولى فحيث انها ليست في مقام البيان من جهة جواز الاشتراء فقابلته للحمل على ارادة الشراء على الوجه السانغ و هو شراء الآثار و العمارة- فهذا الخبر لا يدل على الجواز بل يدل على المنع من جهة فرض كون الارض خراجية بعد الشراء فانه يسأل عن استحقاق اهل الذمة للنزول على اهل الخراج.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦١

و قد ينسب الى الدروس التفصيل بين زمانى الغيبة و الحضور فيجوز التصرف في الأول و لو بالبيع و الوقف لا في الثاني الا باذن الامام عليه السلام. و كذا الى جامع المقاصد، و فى النسبة نظر بل الظاهر موافقتها لفتوى جماعة من جواز التصرف فيه فى زمان الغيبة باحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فيفعل ذلك بالأرض تبعا للآثار، و المعنى انها مملوكة ما دام الآثار موجودة. قال فى شرح قول المحقق و لا يجوز بيعها و لا هبتها و لا وقفها، انتهى.

ان المراد لا- يصح ذلك فى رقبه الارض مستقلة، اما فعل ذلك بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجاز على الأقوى قال: فإذا باعها بائع مع شىء من هذه الآثار دخل فى المبيع على سبيل التبعية و كذا الوقف و غيره و يستمر كذلك ما دام شىء من الآثار باقيا، فإذا ذهبت اجمع انقطع حق المشتري و الموقوف عليه و غيرهما عنها، هكذا ذكره جمع و عليه العمل، انتهى.

لو سلم دلالتة على الجواز فالنسبة بينه وبين نصوص المنع المتقدم بعضها والآتى آخر عموم مطلق - فانه اعم من المفتوحة عنوة و غيرها من ارض الخراج فيقيد اطلاقه بها و الايراد على الخبر بضعف السند - من جهة ان الكليني و الشيخ يرويان الحديث عن الحسن بن محمد بن سماعة و هو يروى عن غير واحد - و هم مجهولون فى غير محله فان الحسن هذا ذكروا فى حقه انه نقى الفقه حسن الاعتقاد و الظاهر من ذلك انه لا يروى الا عن المقبولين لا سيما إذا روى عن غير واحد فالحديث معتبر سندا.

له و منها خبر ابى الربيع الشامى عن ابى عبد الله عليه السلام لا تشتت من ارض السواد شيئا الا من كانت له ذمة فانما هو فىء للمسلمين (١)

و ابو الربيع، و الراوى عنه خالد بن جرير - و ان لم يوثق، الا ان الراوى عن خالد هو الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الاجماع فالخبر صحيح سندا، و يدل على المنع عن بيع الارض المفتوحة عنوة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع و شروطه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦٢

نعم ربما يظهر من عبارة الشيخ فى التهذيب جواز البيع و الشراء فى نفس الرقبة حيث قال: ان قال قائل ان ما ذكرتموه انما دل على اباحة التصرف فى هذه الأرضين، و لا يدل على صحة تملكها بالشراء و البيع و مع عدم صحتها لا يصح ما يتفرع عليها، قلنا انا قد قسمنا الأرضين على ثلاثة اقسام ارض اسلم اهلها عليها فهى ملك لهم يتصرفون فيها، و ارض يؤخذ عنوة أو يصالح اهلها عليها فقد ابحتنا شراءها و بيعها، و البيع لأن لنا فى ذلك قسما لأنها اراضى المسلمين. و هذا القسم ايضا يصح الشراء و البيع فيه على هذا الوجه. و أما الانفال و ما يجرى مجراها فلا يصح تملكها بالشراء و انما ابيح لنا التصرف فيها حسب. ثم استدل على اراضى الخراج برواية ابى بردة السابقة الدالة على جواز بيع آثار التصرف دون رقبة الأرض و دليله قرينة على توجيه كلامه، و كيف كان، فما ذكروه من حصول الملك تبعا للآثار، مما لا دليل عليه ان أرادوا الانتقال.

نعم المتيقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شىء من الآثار موجودا (١) فالذى ينبغى ان يصرف الكلام إليه هو بيان الوجه الذى يجوز التصرف معه حتى يثبت حق الاختصاص.

و الاستثناء انما يكون من جهة ان الارض المفتوحة عنوة ان ابقيت فى يد من كانت له ذمة تكون ملكا لأربابها فيجوز بيعها، و هذا يدل على ان بعض قطعات ارض السواد هكذا.

و ربما يستدل على جواز البيع بجملة من النصوص «١» و اكثرها واردة فى ارض الجزية و ارض من له ذمة و هى ملك لأربابها - و لو فرض كون موردها أو بعضها الارض المفتوحة عنوة فللنصوص المتقدمة تحمل على ارادة البيع بالنحو المتقدم و هو بيع الآثار و العمارة أو تطرح فالظاهر عدم جواز بيعها لا مستقلا و لا تبعا للآثار.

التاسعة - فى ان من عمر الارض هل له حق الاختصاص و الاولوية بها ام لا -

(١) صرح المصنف قدس سره بالاول و الحق ان يقال ان المراد به ان كان عدم جواز مزاحمة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦٣

فنقول اما فى زمان الحضور و التمكّن من الاستئذان، فلا ينبغى الاشكال فى توقف التصرف على اذن الامام، لأنه ولى المسلمين، فله نقلها عينا و منفعة، و من الظاهر ان كلام الشيخ المطلق فى المنع عن التصرف محمول على صورة عدم اذن الامام عليه السلام مع

حضوره. و أما في زمان الغيبة ففى عدم جواز التصرف الا فيما اعطاه السلطان الذى حل قبول الخراج و المقاسمة منه، أو جوازه مطلقاً، نظرا الى عموم ما دل على تحليل مطلق الأرض للشيعة، لا خصوص الموات التى هى مال الامام عليه السلام، و ربما يؤيده جواز قبول الخراج الذى هو كأجرة الارض، فيجوز التصرف فى عينها مجاناً أو عدم جوازه الا باذن الحاكم الذى هو نائب الإمام، أو التفصيل بين من يستحق اجرة هذه الارض فيجوز له التصرف فيها لما يظهر من قوله عليه السلام

الغير لمن بيده الارض، فهو ثابت- فانه إذا اذن من له الاذن فى تقبلها تكون هى كسائر الاعيان المستأجرة فكما انه لا يجوز لأحد مزاحمة المستاجر- كذلك لا يجوز هنا مزاحمة المتقبل، و ان كان المراد به ثبوت حق اعتبارى فى العين قابل للنقل و الانتقال فهو مما لا دليل على ثبوته إذ تقبل الارض كاستيجارها يوجب وجوب تسليم العين مقدمة للانتفاع بها و لا يدل على ثبوت حق و امر اعتبارى فيها.

العاشرة المنصوص عليه «١» كون ارض العراق التى يعبر عنها بارض السواد- من جهة ان الجيش لما خرجوا من البادية رأوا هذه الارض و التفاف شجرها سموها السواد لذلك (مفتوحة عنوة و انها فىء للمسلمين، و لكن جرت السيرة العملية القطعية على المعاملة معها معاملة الاملاك الشخصية و يمكن دفع هذه الشبهة بانه قد ثبت كون كثير من تلك الاراضى لأربابها لا للمسلمين منها الموات حال الفتح فانها ملك الامام عليه السلام و يملكها من احيائها و الظاهر ان المشاهد المشرفة و جملة من البلاد المستحدثة من هذا القبيل- و على هذا فلا حاجة الى الاستدلال على جواز بيع ما يعمل من التربة الحسينية بالسيرة

(١) الوسائل باب ٢١ من ابواب عقد البيع

منهاج الفقاهة (لروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦٤

للمخاطب فى بعض اخبار حل الخراج و ان لك نصيباً فى بيت المال. و بين غيره الذى يجب عليه حق الأرض. و لذا افتى غير واحد على ما حكى بأنه لا يجوز حبس الخراج و سرقته «عن» على السلطان الجائر و الامتناع عنه، و استثنى بعضهم ما إذا دفع الى نائب الامام عليه السلام أو بين ما عرض له الموت من الأرض المحيأة حال الفتح و بنين الباقية على عمارتها من حين الفتح، فيجوز احياء الأول لعموم ادلة الأحياء، و خصوص رواية سليمان بن خالد و نحوها وجوه أو فقها بالقواعد، الاحتمال الثالث، ثم الرابع، ثم الخامس، و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة (١) كاوراق الاشجار و اثمارها و اخشاب الابنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض، و الجص، و الحجارة و نحو ذلك، فان مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح من الأمور المنقولة ملكاً للمسلمين.

بتوهم ان بها يقيد اطلاق نصوص المنع و منها الخمس من تلك الاراضى فانه يملكها المستحق للخمس فينتقل الى غيره بالمعاملة أو الارث و منها الاراضى التى اقيت فى يد اهل الذمة فانها ملك لأربابها و عليهم الجزية و قد تقدم فى خبر ابى الربيع وجود هذه الارض فى ارض العراق و على هذا فان ثبت كون ارض بالخصوص من المفتوحة عنوة المحيأة حال الفتح لم يجز بيعها و ما لم يثبت فيه ذلك جاز لانحلال العلم الاجمالى لعدم كون جميع اطرافه محل الابتلاء لا سيما و ان الاراضى الخراجية التى يضرب عليها الخراج من اراضى المزارع كثيرة الى الآن و امرها بيد السلطان.

ما ينفصل من المفتوحة عنوة

(١) قوله و مما ذكرنا يعلم حال ما ينفصل من المفتوح عنوة محصل الكلام- ان ما

ينفصل من المفتوحة عنوة- ان صار موجود ابعده الفتح كالشجر و الزراعة المتحققين بعد الفتح و كان ذلك بعد التقبل و الاجارة، لا

كلام في انه ملك للمستأجر

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٥

ولذا صرح جماعة كالعلامة والشهيد والمحقق الثاني وغيرهم على ما حكى عنهم بتقيد جواز رهن ابنىة الأرض المفتوحة عنوة، بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم: الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين، لأنه مما ينقل وحيث فمقتضى القاعدة عدم صحته اخذها الا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع امكان ان يقال: لا مدخل لسلطان الجور، لأن القدر المأذون في تناوله منه منفعة الأرض لا أجزاءها، الا ان يكون الاخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز، و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به. (١) و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الامور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأواني و ما عمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض.

و المتقبل و ما كان قبله فهو ملك للمسلمين بتبع الارض، و ان كان موجودا حال الفتح - أو وجد بعد و كان تابعا للارض، فهو على اقسام احدها ما يكون مقوما للارض كأجزاء الدار ثانيا ما يعد من منافعها و ان كان من الاعيان كالشجر النابت فيها ثالثا ما يكون منفصلا عن الارض حين الفتح رابعها ما يكون مدفونا فيها اما القسم الاول - فهو ملك للمسلمين بنفس ملكية الارض و بعد الانفصال. لا دليل على خروجه عن ملكهم غاية الامر حيث لا ينتفع به مع اجارته يباع و يصرف ثمنه فيما يصرف فيه عوض الارض - (١) و احتمال - كونه من المباحات لعموم من سبق المتقدم كما في المتن لا أرى وجهها له بعد اختصاص الحديث بما لا يكون مملوكا لأحد و أما القسم الثاني - فهو ايضا لكونه منافع الارض تابع لها و ملك للمسلمين و حكمه ما تقدم و أما القسم الثالث - فهو من المنقول الموجود حال الفتح فيكون لخصوص المقاتلين و أما القسم الرابع - فلا تأمل في عدم كونه تابعا للارض و ملكا للمسلمين - لكونه

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٦

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

إشارة

و اعلم انه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر في شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا (١) و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته، و لا أم الولد الا في المواضع المستثناة، و المراد بالطلاق تمام السلطنة على الملك (٢) بحيث يكون للمالك ان يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان في ذلك. لكن هذا المعنى في الحقيقة راجع الى كون الملك مما يستقل المالك بنقله، و يكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون اذن

من المنقول الموجود حال الفتح و في شمول ما دل على ان المنقول لخصوص المقاتلين.

له وجهان - و ان لم يكن شاملا له فهو من المباحات - و قيام السيرة على تملك جميع الاقسام بالحيازة - غير ثابت و الله تعالى اعلم.

اعتبار كون ملك كل من العوضين طلقا

(١) و قد ذكر العلامة قدس سره و المحقق و جمع ممن تأخر عنها في شروط العوضين بعد الملكية: كونه طلقا، و ابدله في محكي القواعد بكونه تاما. و فرعوا على ذلك عدم جواز بيع الوقف الا فيما استثنى، و لا الرهن الا باذن المرتهن أو اجازته.

و تنقيح القول بالبحث في المراد من الطلقة ثم في مسألة بيع الوقف و بيع الرهن.

(٢) اما الاول فالمراد من الطلقة ان لا- يكون في المبيع مانع عن التصرف، لانها من الاطلاق توضيح ذلك ان عدم السلطنة على التصرف في الشيء ربما يكون لخلل في المتصرف، اما لعدم المقتضى كما إذا لم يكن ملكا له، أو لمانع كما إذا كان المالك محجورا عن التصرف لفسل و نحوه، و ربما يكون لخلل في ما يتصرف فيه و ذلك ايضا قد يكون لعدم المقتضى كما إذا لم يكن مالا، و قد يكون للمانع كما إذا كان وقفا أو رهنا. و عدم ملك التصرف من الناحية الأولى لرجوعه الى المتصرف ذكر في شروط المتعاقدين، و عدم الملك من الناحية الثانية لرجوعه الى المتصرف فيه ذكر في شروط العوضين

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٧

ذى الحق لمرجعه الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا (١) و هذا لا- محصل له، فالظاهر ان هذا العنوان ليس في نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد، بل الشرط في الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرها، مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما، و هذا العنوان منتزع (٢) من انتفاء تلك الحقوق فمعنى الطلق ان يكون المالك مطلق العنان في نقله غير محبوس عليه الاحد الحقوق التي ثبت منعها للمالك عن التصرف في ملكه. فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر في الفرعية و الاصله بالعكس، ثم ان أكثر من تعرض لهذا الشرط لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة، ثم عنونا حق الجاني و اختلفوا في حكم بيعه، و ظاهر ان الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة، و قد انهاها بعض من عاصرناه الى ازيد من عشرين، فذكر بعد الاربعة المذكورة في عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع، و الخيار المتعلق به، و الارتداد، و الحلف على عدم بيعه، و تعيين الهدى

فملكية الشيء ربما تكون محفوفة بالوقفية أو الرهنية أو غيرهما من الموانع، و ربما تكون مطلقة، و قد انعقد هذا البحث لاعتبار كونها مطلقة و غير محفوفة بشيء من الموانع و من الواضح ان هذا المعنى غير كون البائع مستقلا بنقله و نقله ماضيا فيه.

فلا يرد عليهم ما اورده المصنف قدس سره عليهم: بان مرجع هذا الشرط

(١) الى ان من شرط البيع ان يكون متعلقه مما يصح للمالك بيعه مستقلا.

و هل يكون هذا شرطا خاصا واحدا معتبرا في البيع و يترتب عليه، عدم جواز بيع الوقف و الرهن و نحوهما،

ام هو عنوان انتزاعي مما هو مانع لا انه بنفسه مانع فيتفرع هذا العنوان على مانعية تلك الخصوصيات تفرع الأمر الانتزاعي على منشأ انتزاعه؟ وجهان.

(٢) مختار المصنف قدس سره هو الثاني،

و عن المحقق الخراساني قدس سره: اختيار الأول و استدلاله: بان المبرهن في محله ان الواحد لا يصدر الا عن الواحد، فإذا كان

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٦٨

للدبوح، و اشتراط عتق العبد في عقد لازم، و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة الى ما لم يتحرر منه حيث، ان المولى ممنوع عن التصرف باخراجه عن ملكه قبل الاداء، و التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك، فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه،

و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله، بناء على منع الوارث من التصرف قبله. و تعلق حق الشفعة بالمال، فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك، فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة ابطالها، و تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى امه حبلى فوطئها فأنت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك في امه حال الوطى، فإنه مملوك له

لكن ليس له التصرف فيه الا- بتقويمه واخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك، كما لو قهر حربى اباه و الغنيمه قبل القسمه بناء على حصول المملك بمجرد الاستيلاء دون القسمه لاستحالة بقاء المملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتتبع، لكننا نقتصر على ما اقتصر عليه الاصحاب من ذكر الوقف، ثم ام الولد، ثم الرهن، ثم الجنايه انشاء الله تعالى

الاثر واحدا كشف ذلك عن وحدة المؤثر، فان كان المؤثر بحسب الصورة متعددا لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بينها، ففي المقام لا بد من البناء على ان المؤثر هو الجامع بين الأعدام الخاصة و ان المانع هو الجامع بين تلك الموانع. وفيه: ان هذا البرهان لو تم و كان جاريا في الأحكام الشرعية- من جهة انه و ان لم يكن فيها تأثير و تأثر، و ان مقتضى الجعل ارادة الجاعل، الا انه بلحاظ المصالح و الملاكات يجرى فيها هذا البرهان، فان المولى الحكيم إذا لم يكن شىء دخيلا في الملاك لما كان آخذا اياه في الموضوع فانما هو في خصوص المقتضى الذى يترشح منه المقتضى، و لا يتم فى الشرائط الدخيلة فى فعليه الأثر من المؤثر و الموانع، و لذا لم يتوهم احد رجوع شرائط الصلاة الى شرط واحد، فلا بد من تعيين احد الوجهين من الرجوع الى الأدلة اللفظية، و هى تتضمن مانعية كل عنوان خاص و اشتراط عدمه، و ليس فى الأدلة ما يتضمن اعتبار كون المملك طلقا، و عليه فالأظهر هو الثانى. منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٦٩

مسألة لا يجوز بيع الوقف

إشارة

اجماعا محققا فى الجملة و محكيا (١)

بيع الوقف

(١) مسألة: لا يجوز بيع الوقف اجماعا محققا فى الجملة و محكيا.

حق القول فى المقام يقتضى البحث فى موردين:

الاول: فى اقتضاء حقيقة الوقف بذاتها أو بلازمها لعدم جواز البيع.

الثانى: فى الأدلة الخاصة.

اما المورد الأول: فالوقف لغة: هو ايقاف الشىء و حبسه المساوق للسكون فى قبال الجريان فى التقلبات و ليس له فى الاصطلاح معنى آخر، بل ذكروا فى حقيقته انه تحييس الأصل و تسبيل المنفعة.

و فى النبوى: انه حبس الأصل و سبل الثمرة «١»

و المراد من التحييس: اما الممنوعية عن التصرفات كما عن كاشف الغطاء و صاحب الجواهر،

أو قصر المملك على شخص أو جهة مثلا بحيث لا يتعداهما، و على التقديرين يثبت المطلوب،

اما على الأول: فلتضاد جواز المعاوضات مع الممنوعية من التصرف، و مقتضاه بطلان الوقف بنفس جواز التصرف و به يظهر وجه ما

افاده صاحب الجواهر قدس سره من: ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه،

بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من المتضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه جواز بيعه. انتهى.

و أما على الثانى: فلأن حقيقة الملك لا تختلف فى الوقف وغيره، فحيشية عدم التعدى عن موضوعه راجعة الى عدم نفوذ التصرف فيه شرعا بالانتقال من موضوعه.

و أما المورد الثانى: فقد استدل لعدم جواز بيع الوقف بوجوده:

(١) المستدرک باب من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٠

لعموم قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها. (١)

و رواية ابى على بن راشد، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام قلت جعلت فداك: انى اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى، فلما عمرتها خبرت انها وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك ادفعها الى ما اوقفت عليه، قلت: لا اعرف لها ربا قال تصدق بغلتها (٢)

(١) الاول: عموم قوله عليه السلام الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها.

ففى مكاتبه الصفار الى ابى محمد الحسن بن على عليهم السلام فى الوقف و ما روى فيه عن آباءه عليهما السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله تعالى «١».

و فى اخرى: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله. و قد استدل به المصنف قدس سره.

وفيه: ان الظاهر منه ارادة لزوم العمل بالوقف على الكيفية التى قررها الواقف من القيود و الشروط فى الموقوف عليه و العين الموقوفة و صرف المنافع، و ليس المراد به ان الوقوف يجب ابقائها، و عليه فان كان عدم البيع مأخوذا فى حقيقة الوقف فلا وجه للاقتصار على هذا الخبر بل كان الاولى ان يتمسك اولا بالعمومات الأولية من قبيل أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و غيره و ان لم يكن مأخوذا فيها كما هو مسلك المصنف قدس سره على ما يصرح به فى الصورة الأولى من صور جواز بيع الوقف. فهذا الخبر لا يدل على ترتيبه على الوقف.

(٢) الثانى: خبر ابى على بن راشد المذكور فى المتن.

و هذا الخبر مروي فى الكافى و الفقيه، و هو فى الأول مجهول، و فى الثانى صحيح،

فلا خدشة فيه سنداً. و أما من حيث الدلالة فقد يقال: انه يدل - بقرينة ذيله - على عدم جواز الشراء من غير الموقوف عليه، و هذا مما لا كلام فيه، انما الكلام فى الشراء من الموقوف عليه.

و لكن يرد عليه: ان الظاهر من الصدر كون وجه المنع كونه وفقاً لا صدور البيع من غير اهلها، مع ان ترك الاستفصال فى الصدر فى مقام الجواب كاف فى اطلاق المنع

(١) الوسائل باب ٦ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧١

و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين عليه السلام و غيره من الأئمة صلوات الله عليهم اجمعين (مثل ما عن ربيع بن عبد الله عن ابى عبد الله عليه السلام فى صورة وقف أمير المؤمنين عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن ابى طالب عليه السلام و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب، حتى يرثها الله الذى يرث السماوات. و الأرض و اسكن فلانا هذه الصدقة ما عاش و عاش عقبه، فإذا انقرضوا فهى لذوى الحاجة من المسلمين الخبر (١) فان الظاهر من الوصف كونها صفة لنوع الصدقة لا لشخصها،

إذ السؤال لم يكن مقيدا في الصدر و إنما قيده بعد جوابه عليه السلام، فجوابه مطلق فهذا الخبر من ادلة عدم جواز بيع الوقف.

(١) الثالث: ما روى «١» في صدقات أمير المؤمنين عليه السلام المذكور في المتن.

بدعوى ان الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها.

الذى يظهر من كلمات المصنف قدس سره و غيره ابتذر الاستدلال به على ذلك، و ان الأمر يدور بين كون الوصف صفة لنوع الصدقة أو لشخصها.

و حق القول في المقام ان يقال: انها ليست صفة لنوع الصدقة، لأنها عبارة عن التملك المتقرب به الى الله تعالى، و لها نوعان:

احدهما: ما هو قسيم للوقف و هو يمتاز عن الوقف بفصل عدمى و هو عدم كونه بحيث لا يباع و لا يوهب.

ثانيهما: الوقف، و هو ما يكون متفصلا بكونه بحيث لا يباع و لا يوهب و عليه فالصدقة بمنزلة الجنس و بالفصلين تصير وقفا و بالآخر صدقة خاصة فقوله عليه السلام لا تباع و لا توهب ليس وصفا لنوع الصدقة قطعا. اللهم الا ان يقال: ان مرادهم من صفة نوع الصدقة كونه وصفا للنوع من الصدقة، فلا يرد عليهم هذا اليراد.

ثم ان مرادهم من كونه وصفا للنوع اعم من كونه فصلا مقوما للنوع و كونه

(١) الوسائل باب ٢ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٢

و يبعد كونها شرطا خارجا عن النوع مأخوذا في الشخص (١) مع ان سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم، خصوصا مع كونه اشتراطا عليهم

لازما للوقف.

فلا يرد على المصنف قدس سره التهافت في كلماته، حيث استظهر في المقام كونه صفة لنوع الصدقة، و يصرح فيما بعد بعد كون المنع من الانتقال مأخوذا في حقيقة الوقف كما لا يخفى.

(١) و المراد من كونه وصفا للشخص كونه وصفا له بنحو الاشتراط، إذ لو لم يكن ذلك فصلا أو لازما للنوع يمتنع كونه مقوما للشخص بما انه فرد لهذا النوع، و ليست هذه الحيثية من مشخصات الفرد فيتعين جعله مشخصا بنحو الاشتراط و الالتزام، فالأمر يدور بين كونه وصفا للنوع و كونه وصفا للشخص بنحو الاشتراط.

و الأظهر هو الأول، و ذلك لوجوه:

الأول: ان الظاهر من قوله عليه السلام لا تباع كونه بنفسه وصفا للصدقة لا التزاما و جعلاً.

الثاني: انه لو كان شرطا و التزاما في ضمن التزام كان المتعين عدم ذكره الا بعد تحقق الالتزام الأول بما له من الأركان التي منها الموقوف عليه، سيما و ان الالتزام يكون على الموقوف عليه، فلا معنى لذكره قبل ذكره.

الثالث: ان الظاهر من صورة الوقف انه في مقام انشاء الوقف كتبيا مطابقا للانشاء اللفظي الذى انشأه في الخارج، و إذا لم يكن عدم جواز البيع من لوازم الوقف و كان شرطا خارجيا لما صح الانشاء لما عرفت من ان الصدقة بمنزلة الجنس للوقف.

الرابع: انه لو كان شرطا كان يصدر الوصف بكلمة على أو نحو ذلك فيكون وصفا للنوع و لكن لا يدل على انحصار حقيقة الوقف في هذا النوع الخاص، فلعل له نوعين احدهما: المتقوم بهذه الحيثية، ثانيهما: غير المتقوم بها. فمع فرض كونه وصفا للنوع لا يدل على المطلوب، اللهم الا ان يضم عدم الفصل بين أقسام الوقف، و لا بأس به.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٣

مع انه لو جاز البيع في بعض الاحيان كان اشتراط عدمه على الاطلاق فاسدا، بل مفسدا (١) لمخالفته للمشروع من جواز بيعه في بعض الموارد، كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه، أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به اصلا الا ان يقال ان هذا الاطلاق نظير الاطلاق المتقدم في رواية ابن راشد في انصرافه الى البيع لا لعذر (٢) مع ان هذا التقييد مما لا بد منه (٣) على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا، مع احتمال علم الامام بعدم طرو هذه الامور المبيحة (٤) وحينئذ يصح ان يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا في النوع، فان العلم بعدم طرو مسوغات البيع في الشخص لا يغني عن تقييد اطلاق الوصف في النوع، كما لا يخفى.

(١) و ذكر المصنف من مرجحات كونه وصفا للنوع ما حاصله: انه لو كان شرطا كان اطلاقه مخالفا للمشروع للجواز في بعض الاحيان فكان فاسدا بل مفسدا، و الظاهر ان الفرق بين الجواز الثابت في موارد الاستثناء، و الجواز الذي يكون في مطلق الوقف على القول به- حيث انه لم يستشكل في الشرط من الناحية الثانية و استشكل فيه من الناحية الأولى- ان الجواز في موارد الاستثناء يكون عن اقتضاء للجواز بخلاف الجواز في مطلق الوقف، فانه يكون عن عدم ما يقتضى للمنع، فشرط خلاف الأول مخالف للمشروع دون شرط خلاف الثاني فتأمل.

و كيف كان فدفعه بوجهين

(٢) احدهما انصراف البيع بوجهين

(٣) ثانيهما لزوم هذا التقييد سواء كان الوصف للنوع أو شرطا خارجيا- و يرد عليه: ان الشرط ان كان عدم جواز البيع كان مخالفا للمشروع على جميع التقادير، و ان كان عدم الفعل لم يكن مخالفا له، فان شرط عدم فعل ما هو جائز ليس مخالفا للكتاب و السنة.

(٤) و ربما يذكر من مرجحات كونه شرطا خارجيا ما محصله: انه لو كان شرطا.

يمكن حفظ اطلاقه من جهة علمه عليه السلام بعدم طرو المسوغات المنافية للاشتراط.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٤

فظهر ان التمسك باطلاق المنع على البيع على كون الوصف داخلا- في اصل الوقف، كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر، و ان كان الانصاف مما ذكرنا من ظهور سياق الاوصاف في كونها اوصافا للنوع، و مما ذكرنا ظهر ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة: (١) حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها، و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق و التباعد الشرعي المكشوف عنه بالروايات، فان الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب، و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه، و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقي و قد يرتفع كلها و سيجيء التفصيل.

و لو كان صفة للنوع لم تجد هذه الجهة، إذ علمه عليه السلام بان شخص هذه الصدقة لا يطرأ عليه المسوغ لا يجوز توصيف الطبيعي بوصف يختص بهذا الشخص.

(١) ذكر المصنف قدس سره تبعا لبعض الاساطين: ان المانع عن بيع الوقف امور ثلاثة:

حق الواقف، حق البطون المتأخرة عن بطن البائع السابق، و التباعد الشرعي المكشوف عنه بالروايات.

فلا بد لنا من تحقيق حال الموانع الثلاثة فنقول:

اما كونه متعلقا لحق الواقف، فتقريبه: ان الواقف يجعل العين وقفا يجعلها صدقة جارية ينتفع انتفاعا اخرويا بانتفاع الموقوف عليهم، و البيع يوجب انقطاع تلك المثوبات لانقطاع الانتفاعات.

وفيه: ان مجرد انتفاع الواقف اخرويا بعد خروج الملك عن ملكه لا يصلح مانعا عن البيع، فان هذا لا يوجب حدوث حق اعتبارى فى العين مانع عن بيعها، وتفويت الغرض ليس كتفويت الحق مانعا عن البيع، مع ان متعلق البيع نفس العين، و المثوبات انما تكون بازاء الانتفاعات، فلا- مانع من بيع العين و بقاء حق الموقوف عليهم فى استيفاء المنافع الموجب لانتفاع الواقف متعلقا بها. فتأمل.

لا- يقال: ان المراد ان هذا غرض معاملى للواقف حيث انه انشأ الوقف ببقاء العين و تسهيل المنفعة و قد أمضى الشارع هذا المعنى بقوله: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٥

ثم ان جواز البيع لا- ينافى بقاء الوقف الى ان يباع. فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز ابطال وقفها الى بدل أو لا إليه،

فإن مدلول صيغة الوقف و ان اخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه، الا- انه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الانشاء، كما ان مقتضى العقد الجائر كالهبة تملك المتهدب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه، فتأمل.

الا- انه ذكر بعض فى هذا المقام. ان الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه ان الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه، بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد، نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه، ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغه لبيعه، و قد سبقه الى ذلك بعض الاساطين فى شرحه على القواعد.

فانه يرد بان المانع عن البيع على هذا هو حقيقة الوقف لمنافاتها مع جواز البيع لا حق الواقف.

و أما كون العين موردا لحق الله سبحانه،

فتقريبه: ان الوقف صدقة فى سبيله تعالى و هى له، و بهذا الاعتبار متعلقة لحقه بالخصوص كالخمس.

وفيه: ان غاية ما هناك تقرب الواقف بالعمل، و اعطائه تعالى الثواب جزاء للصدقة الجارية، و هما متحققان فى جميع العبادات، و لا يوجبان سيرورة العين متعلقة لحق مقابل للحكم.

و أما كون العين موردا لحق البطون اللاحقة فتقريبه: ان الواقف جعل الوقف ملكا لهم بعد وجودهم، فلهم قبل ذلك حق متعلق بالعين، و هو يمنع عن البيع.

وفيه: ان ما يثبت للبطون اللاحقة لا- محالة يكون بإنشاء الواقف، و من الواضح انه انما انشأ الملكية خاصة، فليس هناك امر آخر اعتبارى يعبر عنه بالحق يمنع عن البيع و أما الملكية فحيث انها تثبت لهم بعد وجودهم، فقبله لا تكون العين موردا للملكية لهم، فلا مانع من البيع من هذه لا جهة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٦

حيث استدلل على المنع عن بيع الوقف بعد النص و الاجماع، بل الضرورة: بأن البيع و اضرابه ينافى حقيقة الوقف لأخذ الدوام فيه، و ان نفى المعاوضات مأخوذة فيه ابتداء. (١)

وفيه انه ان اريد من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البيع المسبب عن سقوط حق الموقوف عليهم عن شخص العين أو عنها و عن بدلها حيث قلنا بكون الثمن للبطن الذى يبيع، فهذا لا محصل له فضلا عن ان يحتاج الى نظر، فضلا عن امعانه، و ان اريد به انتفاء اصل الوقف كما هو ظاهر من كلامه، حيث يجعل المنع من البيع من مقومات مفهوم الوقف. ففيه مع كونه خلاف الاجماع إذ لم يقل

احد ممن اجاز بيع الوقف فى بعض الموارد (٢) ببطلان الوقف

نعم يمكن ان يذكر وجه آخر للمنع، و هو: ان البطن الموجود انما يملك العين بالملكية المحدودة لا- المرسله، فان تلك كانت للواقف، و قد قسمها على البطون، فكل بطن يملك العين في مدة محدودة، و البيع هو التملك مرسلا مطلقا، فالمالك بالملكية المحدودة ليس له البيع.

(١) و قد وقع النزاع بين صاحب الجواهر قدس سره و شيخه، و بين المصنف قدس سره

(١) فقد ذهب الاولان الى ان الوقف يبطل بنفس جواز البيع،

(٢) و خالفهما المصنف قدس سره و ذهب الى بقاءه ما لم يتحقق البيع، و به يبطل.

و قد يقال: انه لا ثمرة لهذا النزاع، فانه قبل طروء المسوغ لا يجوز البيع و بعده يصح،

و لكن إذا طرأ المسوغ و لم يبع ثم ارتفع السبب المجوز على القول بارتفاع الجواز لدورانه مدار السبب المسوغ اللهم الا ان يقال: ان دليل عدم جواز بيع الوقف حيث لا عموم ازمانى له فبعد خروج قطعة من الزمان عنه يكون المحكم بعد تلك استصحاب الجواز لا إطلاق دليل المنع، فلا تكون هذه ثمرة فتأمل.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٧

و خروج الموقوف عن ملك الموقوف عليه الى ملك الواقف ان المنع عن البيع ليس مأخوذا في مفهومه، بل هو في غير المساجد و شبهها قسم من التملك.

و لذا يطلق عليه الصدقة و يجوز ايجابه بلفظ تصدقت، الا ان المالك له بطون متلاحقة، فإذا جاز بيعه مع الابدال كان البائع وليا على جميع الملاك في ابدال ما لهم بمال آخر، و إذا جاز لا معه كما إذا بيع لضرورة البطن الموجود على القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق ابطال الوقف ببيعه لأنفسهم، فإذا لم يبيعوا لم يبطل. و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحكم بجواز البيع، أو لم يتفق البيع كان الوقف على حاله. و لذا صرح في جامع المقاصد، بعد جواز رهن الوقف و ان بلغ حدا يجوز بيعه معللا- باحتمال طرو اليسار للموقوف عليهم عند ارادة بيعه في دين المرتهن.

إذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا: (١)

فان هذا لا يتم على ما سلكناه من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام.

و كيف كان: فقد عرفت ان ما اختاره صاحب الجواهر اقوى.

الوقف قد يكون تملكيا و قد يكون فكا

(١) إذا عرفت ان مقتضى العمومات في الوقف عدم جواز البيع فاعلم: ان لأصحابنا في الخروج عن عموم المنع في الجملة اقوالا. و لا يخفى ان استفادة الاتفاق من الأصحاب و لو في مورد خاص مشكل لاختلاف كلماتهم في اصل الخروج عن المنع و في موارد، و كلماتهم لا تخلو من الأشكال و التشويش، و قد بذل جمع- منهم المصنف قدس سره- جهدهم في استقصائها، شكر الله مساعيهم و انما اكتفى بنقل كلمات المصنف من دون اظهار النظر في شيء منها و اليك نص ما افاده.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٧٨

احدها: عدم الخروج عنه اصلا و هو الظاهر من كلام الحلبي حيث قال في السرائر بعد نقل كلام المفيد قدس سره و الذي يقتضيه مذهبا انه بعد وقفه و تقيضه لا- يجوز الرجوع فيه و لا- تغييره عن وجوهه و سبله و لا- بيعه سواء كان بيعه ادر «أعود» عليهم ام لا، و

سواء خرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان و غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً ام لا، قال الشهيد رحمه الله بعد نقل اقوال المجوزين و ابن ادريس سد الباب و هو نادر مع قوته، و قد ادعى فى السرائر عدم الخلاف فى المؤبد قال: ان الخلاف الذى حكيناه بين اصحابنا انما هو إذا كان الوقف على قوم، و من بعد هم على غيرهم، و كان الواقف قد اشترط رجوعه الى غيره الى ان يرث الله الأرض، لم يجز بيعه على وجه بغير خلاف بين أصحابنا، انتهى.

و فيه نظر يظهر مما سيأتى من ظهور اقوال كثير من المجوزين فى المؤبد. و حكى المنع مطلقاً عن الاسكافى و فخر الإسلام ايضا، الا فى آلات لموقوف و اجزاء التى انحصرت طريق الانتفاع بها فى البيع، قال الاسكافى على ما حكى عنه فى المختلف ان الموقوف رقيقاً أو غيره لو بلغ حاله الى زوال ما سبله من منفعته،

فلا بأس ببيعه و ابدال مكانه بئمنه ان امكن أو صرفه فيما كان يصرف إليه منفعته،

اورد ثمنه على منافع ما بقى من اصل ما حبس معه إذا كان فى ذلك صلاح، انتهى.

و قال فخر الدين فى الايضاح فى شرح قول والده قدس سره و لو خلق حصير المسجد و خرج عن الانتفاع به، أو انكسر الجذع بحيث لا ينتفع به فى غير الاحراق، فالاقرب جواز بيعه، قال بعد احتمال المنع بعموم النص فى المنع: و الاصح عندى جواز بيعه و صرف ثمنه فى المماثل ان امكن و الا فى غيره، انتهى.

و نسبة المنع اليهما على الاطلاق لا بد ان يبنى على خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سيظهر هذا من عبارة الحلبى و الكافى ايضا فلاحظ

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٧٩

الثانى: الخروج عن عموم المنع فى المنقطع فى الجملة خاصة دون المؤبد، و هو المحكى عن القاضى حيث قال فى المحكى المذهب: إذا كان الشئ وقفاً على قوم و من بعدهم إلى غيرهم، و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فان كان وقفاً على قوم مخصومين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه، و حصل الخوف من هلاكه أو فساد، أو كان باربابه حاجةً ضروريةً يكون بيعه اصلح لهم من بقاءه عليهم، أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدي إلى فساد،

فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم على حسب استحقاقهم، فان لم يحصل شئ من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه، و لا يجوز هبة الوقف و لا الصدقة به ايضا، و حكى عن المختلف و جماعة نسبة التفصيل إلى الحلبى. لكن العبارة المحكية عن كافي لا تساعده بل ربما استظهر منه المنع على الاطلاق فراجع.

و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق و المحكى عن الفقيه انه قال: بعد رواية على بن مهزيار الآتية ان هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على اولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين الى ان يرث الله تعالى الأرض و من عليها، لم يجز بيعه ابداً. ثم ان جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى كما لا يخفى.

ثم ان هؤلاء ان كانوا ممن يقول برجوع الوقف المنقطع الى ورثه الموقوف عليه فللقول، بجواز بيعه وجه، اما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه الى الواقف أو ورثته، فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم. و قد حكى القول بهذين عن القاضى إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حسبا بل هو وقف حقيقى و تملك للموقوف عليهم مدة وجودهم، و حينئذ فيبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق سائر حق البطون فى الوقف المؤبد. لكن هذا الوجه لا يدفع الاشكال عن الحلبى المحكى عنه القول المتقدم حيث انه يقول ببقاء الوقف مطلقاً على ملك الواقف

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٠

الثالث: الخروج عن عموم المنع والحكم بالجواز في المؤبد في الجملة وأما المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر من بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله يرجوع المنقطع الى ورثة الواقف كالشيخ و سلار قدس سره، و من حكم يرجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد ابى المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان فالمناسب اولاً نقل عبائر هؤلاء. فنقول قال المفيد في المقنعة: الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها الا ان يحدث الموقوف ادر «اعود» عليهم و انفع لهم من تركه على حاله و إذا اخرج الواقف الوقف عن يده الى من وقف عليه، لم يجوز له الرجوع فى شىء منه و لا- تغيير شرائطه و لا- نقله عن وجوهه و سبله متى اشترط الواقف فى الوقف انه متى احتاج إليه فى حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف ان يتصرفوا فيه ببيع أو هبة أو يغيروا شيئاً من شروطه الا ان يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره، أو يحصل بحيث لا يجدى نفعاً لهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه. كذلك ان حصلت لهم ضرورة الى ثمنه، كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرنا من الاسباب و الضرورات انتهى كلامه رحمه الله.

و قد استفاد من هذا الكلام فى غاية المراد تجوز بيع الوقف فى خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغير الشرط الى المواضع الثلاثة المذكورة، بعد وصول الموقوف الى الموقوف عليهم و وفات الواقف فلاحظ و تأمل.

ثم ان العلامة ذكر فى التحرير ان قول المفيد بأنه لا- يجوز الرجوع فى الوقف الا- ان يحدث الى قوله انفع لهم من تركه على حاله متأول، و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد، و قال فى الانتصار على ما حكى عنه، و مما انفردت الامامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا- يجدى نفعاً، جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه، و ان ارباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة الى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨١

ثم احتج باتفاق الامامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبقاً و ملحوقاً بالاجماع، و انه انما عول فى ذلك على ظنون له و حسابان اخبار شاذة لا يلتفت الى مثلها انتهى.

ثم قال: و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى او دعت اربابه الضرورة الى ثمنه لشدة فقرهم فالاحوط ما ذكرناه من جواز بيعه، لأنه انما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه، و لم يبق منفعة فيه الا من الوجه الذى ذكرناه، انتهى.

و قال فى المبسوط و انما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا، و هو انه إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان باربابه حاجة شديدة و لا يقدر على القيام به، فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى.

ثم احتج على ذلك بالاخبار، و قال سلار فيما حكى عنه: و لا- يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها، أو يتغير الحال فان لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف، و لا هبته و لا تغيير شىء من احواله، و ان تغير الحال فى الوقف حتى لا- ينتفع به على اى وجه كان، أو لحق الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو انفع لهم انتهى.

و قال فى الغنية على ما حكى عنه: و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا- يجدى نفعاً و خيف خرابه أو كانت باربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة الى بيعه بدليل اجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم يبق له منفعة الا على الوجه الذى ذكرنا جاز، انتهى.

و قال فى الوسيلة و لا- يجوز بيعه يعنى الوقف الا بأحد شرطين: الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه، شديدة لا يمكنه معها القيام به، انتهى.

و قال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه: و انما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كان باربابه حاجة شديدة.

وقال في الجامع على ما حكى عنه: فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٢

و عن النزهاء: لا- يجوز بيع الوقف الا ان يخاف هلاكه، أو يؤدي المنازعة فيه بين اربابه الى ضرر عظيم، أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة، و يكون بيع الوقف اصلح لهم، انتهى.

وقال في الشرائع و لا يصح بيع الوقف ما لم يؤدي بقاءه إلى خرابه، لخلف بين اربابه و يكون البيع أعود.

وقال في كتاب الوقف: و لو وقع بين الموقوف عليه خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه، و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه، بل كان البيع انفع لهم قيل:

يجوز بيعه و الوجه المنع، انتهى.

و مثل عبارة الشرائع في كتابي البيع و الوقف عبارة القواعد في الكتابين. و قال في التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف، و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين ارباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا، ثم ذكر كلام ابن ادریس و فتواه على المنع مطلقا، و تنزيه قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع، و نفيه الخلاف على المنع في المؤبد، ثم قال: و لو قيل بجواز البيع إذا ذهب منافعه بالكلية، كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها و يشتري بئمه ما يكون وقفا كان وجهها، انتهى.

وقال في بيع التحرير، و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا، و لو ادى بقاءه إلى خرابه جاز، و كذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين اربابه مع بقاءه على الوقف انتهى.

و عن بيع الارشاد، لا- يصح بيع الوقف الا- ان يخرب أو يؤدي الى الخلف بين اربابه على رأى، و عنه في باب الوقف: لا- يصح بيع الوقف الا- ان يقع بين الموقوف عليه خلف و يخشى به الخراب، و قال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه: و الوجه ان يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنة بين اربابه يحصل باعتبارها فسادا، انتهى.

وقال في كتاب البيع، لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأييد، نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين اربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه، انتهى.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٣

وقال في غاية المراد: يجوز بيعه في موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة، و قال في الدروس لا يجوز بيع الوقف الا إذا خيف من خرابه أو خلف اربابه المؤدى إلى فساد. و قال في اللمعة: لو أدى بقاءه إلى خرابه لخلف اربابه فالمشهور الجواز، انتهى.

وقال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه: ان لأصحابنا في بيع الوقف اقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين اربابه خلف و فتنة و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين.

و اختاره نجم الدين و العلامة، انتهى.

وقال في التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به اصلا جاز بيعه.

و عن تعليق الارشاد يجوز بيعه إذا كان فساد يستباح فيه النفس، و عن ايضاح النافع انه جوز بيعه إذا اختلف اربابه اختلافا يخاف معه القتال. و نهب الاموال و لم يندفع الا بالبيع، قال: فلو امكن زواله و لو بحاكم الجور، لم يجز. و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه، انتهى. و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.

و قال فى جامع المقاصد بعد نسبة ما فى عبارة القواعد الى موافقة الأكثر:

ان المعتمد جواز بيعه فى ثلاثة مواضع:

احدها: إذا خرب و اضمحل بحيث لا ينتفع به كحصر المسجد إذا اندرست و جذوعه إذا انكسرت.

ثانيها: إذا حصل خلف بين اربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صحيحة على بن مهزيار و يشتري بثمنه فى الموضوعين ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلًا لمطلوب الواقف بحسب الامكان، و يتولى ذلك الناظر الخاص ان كان و إلا فالحاكم.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٤

ثالثها: إذا لحق بالموقوف عليه حاجة شديدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها، لرواية جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام انتهى كلامه رفع مقامه.

و قال فى الروضة: و الاقوى فى المسألة ما دل عليه صحيحة على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد عليه السلام من جواز بيعه إذا وقع بين اربابه خلف شديد،

علله عليه السلام بأنه ربما جاء فيه تلف الاموال و النفوس. و ظاهره ان خوف ادائه اليهما و الى احدهما ليس بشرط بل هو مظنة لذلك، قال و لا- يجوز بيعه فى غير ما ذكرناه و ان احتاج إليه ارباب الوقف و لم يكفيهم غلته أو كان يبيعه اعود أو غير ذلك مما قيل لعدم دليل صالح عليه، انتهى.

و نحوه ما عن الكفاية، هذه جملة من كلماتهم المرئية أو المحكية، و الظاهر ان المراد بتأدية بقاء الوقف الى خرابه حصول الظن بذلك الموجب لصدق الخوف لا- التأدية على وجه القطع، فيكون عنوان التأدية فى بعض تلك العبارات متحدا مع عنوان خوفها و خشيتها فى بعضها الآخر، و لذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و اخرى بذلك، كما اتفق للفاضلين و الشهيد و نسب بعضهم عنوان الخوف الى الأكثر،

كالعلامة فى التذكرة و إلى الأشهر كما عن ايضاح النافع، و آخر عنوان التأدية الى الأكثر، كجامع المقاصد، أو إلى المشهور كاللمعة، فظهر من ذلك ان جواز البيع بظن تأدية بقائه إلى خرابه مما تحققت فيه الشهرة بين المجوزين لكن، المتيقن عن فتوى المشهور ما كان من أجل اختلاف اربابه، اللهم الا ان يستظهر من كلماتهم كالتص كونه الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية المجوزة هى مظنة الخراب

و ان شئت الاطلاع على نظرات الفقهاء العظام فانظر الى ما جمعه المصنف قدس سره فانه رحمه الله قد استقصى الكلام فى ذلك بنحو لم يبق مورد له دخل فى كيفية الاستنباط الا و قد اشار إليه.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٨٥

إذا عرفت ما ذكرنا

فيقع الكلام تارة فى الوقف المؤبد و اخرى فى المنقطع.

[الوقف المؤبد]

إشارة

اما الأول فالذى ينبغى ان يقال فيه ان الوقف على قسمين:

احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم فيملكون منفعتهم فلهم استجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثاني: ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير، (١) كما في المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها في ملك المسلمين، كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة، فلو سكنه احد بغير حق فالظاهر انه ليس عليه اجرة المثل.

و الكلام يقع تارة: في الوقف المؤبد، و اخرى: في المنقطع.

(١) اما الاول: ففي المكاسب: ان الوقف على قسمين: احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و الثاني: ما لا يكون ملكا لأحد، بل يكون فك ملك نظير التحرير...

تنقيح القول في المقام: ان الكلام يقع اولاً: في انه هل يخرج الملك عن ملك الواقف ام لا؟ ثم في انه على فرض الخروج هل يدخل في ملك الموقوف عليه خاصاً أو عاماً اولاً، ام يفصل بين العام و الخاص؟ اما الموضوع الأول: فقد استدل لعدم الخروج الذي ذهب إليه أبو الصلاح: بقوله صلى الله عليه و آله: حبس الأصل و سبل الثمرة «١». و بقول الفقهاء: انه تحبب الأصل و تسبيل الثمرة. بتقريب: ان الظاهر من الحبس ابقائه على حاله و ملك مالكة.

و فيه ان الظاهر من الحبس بقربنة تسبيل المنفعة، الحبس على الموقوف عليه كما ان التسبيل له لا التحبس على الواقف. و قد استدل للخروج عن ملكه بوجه بينة الفساد و الصحيح ان يستدل له: بان الملكية من الاعتبارات، و الاعتبار لا بد و ان يكون بلحاظ الآثار، فالاعتبار الذي لا يترتب عليه اثر لغو لا يصدر من العقلاء و الشارع

(١) المستدرک باب ٢ من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٦

...

و حيث ان اعتبار كون المال ملكا للواقف مع كونه ممنوعاً من التصرفات و رجوع منافعه الى الموقوف عليه لغو و بلا اثر، فلا يصدر من العقلاء و الشارع، فلا محالة بالوقف يخرج عن ملكه.

و يمكن ان يستدل له بما اشتمل من النصوص «١» على كيفية الوقوف و صدقات المعصومين عليهما السلام من قولهم بتا بتلا اي منقطعاً عن الواقف و مبنا عنه، لأن البت و البتل بمعنى القطع.

و أما الموضوع الثاني:

فعن الأكثر - بل المشهور - انتقاله الى الموقوف عليه، و نقل الحلبي عن بعضهم:

اختيار انتقاله الى الله تعالى، و عن المبسوط: نسبه الى قوم، و عن الشهيد الثاني في المسالك، و العلامة في القواعد: التفصيل بين العام و الخاص.

و قد استدل لصيرورته ملكا للموقوف عليه بوجه:

الأول: ان المتلف للعين الموقوفة يكون ضامناً للموقوف عليه، فلو لم يكن ملكاً له لما كان وجه للضمان.

و فيه: انه يكفي في الحكم بالضمان اضافتها إليه و لو بكونها محبوسة عليه لينتفع بها، فيكون البديل كالمبديل مورداً و مصرفاً لانتفاعه به.

الثاني: ان فائدة الملك- وهي استحقاق النماءات و المنافع- تكون له، فيكشف ذلك عن ملك العين.
 وفيه ان ملكية المنافع و النماءات ان لم يتعلق بها انشاء مستقل كانت تابعة لملك العين، و أما إذا تعلق الانشاء بها مستقلا- كما في باب الإجارة- فلا تكشف عن ملكية العين،
 و المقام من هذا القبيل، فان الوقف تسبيل المنافع بالاستقلال.
 الثالث: ان الوقف من اركانه الموقوف عليه، اما خاصا أو عاما، و لو كان مجرد

(١) الوسائل باب ٦ و ١٠- من ابواب الوقوف و الصدقات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٧

...

فك الملك لما احتاج إليه.

وفيه: ان الاحتياج إليه انما هو من جهة كونه مالكا للمنافع أو الانتفاع لا من حيث كونه فكا للملك.
 الرابع: ان الوقف لو كان فكا لا تملكها لما احتاج الى القبول كالتق، مع انه يتوقف عليه.
 وفيه: ان الاحتياج الى القبول انما هو من جهة كون الموقوف موردا و مصرفا للنماءات و الانتفاعات.
 و استدلل للقول بانتقاله الى الله تعالى: بان الوقف ازاله الملك عن المالك على وجه القربة، فيكون منتقلا الى الله تعالى، و هو كما ترى.

و استدلل للقول الثالث: في الخاص بما تقدم، و في العام و الجهات بتساوي نسبة كل واحد من المستحقين، و استحالة ملك كل واحد أو واحد معين أو غير معين للاجماع،
 و استحالة الترجيح و لا المجموع من حيث هو مجموع لاختصاص الحاضر به، فيتعين ان يكون لله.
 وفيه: اولاً: انه لا مانع من الالتزام بانه مال لا مالك له.
 و ثانياً: انه يمكن الالتزام بكون المالك هو الكلي كما في الخمس و الزكاة.
 و الحق ان يقال: ان الوقف على اقسام:

احدها: ما يملك الموقوف عليه منفعة العين الموقوفة، فيجوز له نقلها باجارتها و نحوها كالأوقاف الخاصة أو ما يشبهها من الأوقاف العامة كالبيستان الموقوف على الطلاب.

ثانيها: ما يملك الموقوف عليه الانتفاع بها و لا يملك المنفعة، كان ملك الانتفاع بانشاء الواقف كالمدارس و الخانات، أو بحكم من الشارع كالمسجد، فانه لم يقصد به

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٨

و الظاهر ان محل الكلام في بيع الوقف انما هو القسم الأول.

و أما الثاني: فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك. (١)

و بالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا،

و حينئذ فلو خرب المسجد، و خربت القرية، و انقطعت المارة عن الطريق الذي فيه المسجد، لم يجز بيعه

الا جعله مسجدا، و قد حكم الشارع بجواز الصلاة فيه من دون ان يجعله الواقف وقفا على المصلين.

ثالثها: ما لا يترتب عليه ملك المنفعة و لا الانتفاع، كما في المعلقة الموقوفة على الروضات و المشاهد المقدسة. اما في الأخيرين: فالأظهر عدم الملك، فانه من عدم ملكية المنفعة يستكشف عدم ملكية العين، إذ لو كانت العين ملكا كانت المنفعة ايضا ملكا.

و أما في الأول: فيمكن القول بكون العين للموقوف عليه، للتعبير عن ذلك في النصوص بالصدقة التي هي الاعطاء مجانا بقصد القرية، سيما و في بعضها مثل ما تضمن «١»

صدقة الإمام الكاظم عليه السلام نسبتها الى جميع حقه من الأرض الموقوفة، فانه لا ينبغي التوقف في استفادة الملك من ذلك كما لا يخفى.

بيع الوقف مع عدم كونه ملكا

إذا عرفت ان للوقف قسمين: احدهما: ما يكون ملكا للموقوف عليهم، و ثانيهما: ما لا يكون ملكا لهم بل هو فك و تحرير، فاعلم: انه يقع الكلام في مقامين:

الأول: في بيع ما لا يكون ملكا في الموارد التي لو كانت ملكا كان يجوز بيعها.

الثاني: في ما يكون ملكا لهم.

(١) اما المقام الاول: فقد قال المصنف قدس سره و أما الثاني فالظاهر عدم الخلاف في عدم جواز بيعه لعدم الملك.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٥.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٨٩

و صرف ثمنه في احداث مسجد آخر أو تعميره.

و الظاهر عدم الخلاف في ذلك كما اعترف به غير واحد.

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر انه لا يصح بيع الوقف العام لا لعدم تمامية الملك، بل لعدم اصل الملك برجوعها الى الله و دخولها في مشاعره انه مع اليأس عن الانتفاع به في الجهة المقصودة يؤجر للزراعة و نحوها، مع المحافظة على الآداب اللازمة لها ان كان مسجدا مثلا، و احكام السجلات لتلا يغلب اليد،

فيقضى بالملك و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأوج و الافضل احتياطا، و مع التعارض فالمدار على الراجح، و ان تعذر صرف الى غير المماثل، كذلك فإن تعذر صرف في مصالح المسلمين. و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها، فإن بقيت على حالها و امكن الانتفاع بها في خصوص المحل الذي اعدت له كانت على حالها، و الا جعلت في المماثل، و الافقى غيره، و الافقى المصالح على نحو ما مر.

الكلام في هذا المقام يقع في موارد:

احدها: في حكم الأوقاف العامة غير المسجد كالحانات و المدارس و نحوها.

ثانيها: في حكم المسجد.

ثالثها: في اجزاء المسجد.

رابعها: في ثوب الكعبة.

اما المورد الأول: فان قلنا بانه يعتبر في البيع كون العوضين مملوكين للمتعاقدين قبل البيع، لم يصح بيعها بوجه لعدم الملك، و لا

إجارتها لعدم ملك المنفعة على الفرض. فما عن بعضهم من جواز الإجارة حتى في مثل المسجد إذا خرب لا ينطبق على هذا المبني، و أما على المختار من عدم اعتبار ذلك و انه يكفي كونه مالكا للبيع و مسلطا على التمليك - كما في بيع الكلي في الذمة و اجارة الحر نفسه - فلا اشكال في جواز البيع، إذ كما يقال في الوقف الخاص: ان العين بشخصها محبوسة ما دام الى ذلك سبيل و الالفى محبوسة

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٠

و ان تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها، أو ما قام مقامه اشبهت الملك بعد اعراض المالك، فيقوم فيها احتمال الرجوع الى حكم الاباحة و العود ملكا للمسلمين ليصرف في مصالحهم و العود الى المالك، و مع اليأس عن معرفته يدخل في مجهول المالك. و يحتمل بقاؤه على الوقف و يباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و تصرف مرتبا على النحو السابق، و هذا هو الاقوى، كما صرح به بعضهم، انتهى.

و فيه ان اجارة الأرض و بيع الآلات حسن لو ثبت دليل على كونه ملكا للمسلمين (١) و لو على نحو الأرض المفتوح عنوة، لكنه غير ثابت و المتيقن خروجه عن ملك مالكة. و أما دخوله في ملك المسلمين فمفني بالأصل، نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الاباحة، و لا يتعلق عليهم اجرة،

بمالياتها دون شخصها فتبدل بعين اخرى تجعل مكانها كذلك يقال في الوقف العام ان العين محبوسة بشخصها ما دام يمكن الانتفاع بها، و الالفى محبوسة بمالياتها و مطلقة من جهة شخصيتها بلا تفاوت بينهما اصلا.

و بما ذكرناه يظهر حال الإجارة، و انها تصح، بل هي اولى بذلك من البيع، فان فيها الحفظ على محبوسية العين بما لها من الشخصية. (١) كما انه ظهر حكم حصر المسجد، فانه كسائر الاوقاف العامة، و لا يتوقف جواز بيعه على كونه ملكا للمسلمين كما افاده المصنف قدس سره.

كما انه ظهر حكم الأوقاف العامة التي ليست لأجل انتفاع المسلمين بل لغرض آخر كالترتين، فانها و ان لم تكن مملوكة لأحد لعدم الدليل الا انه يجوز بيعها في موارد جواز البيع لو كانت مملوكة.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩١

ثم انه ربما ينافى ما ذكرناه من عدم جواز بيع القسم الثاني من الوقف ما ورد في بيع ثوب الكعبة وهبته (١) مثل رواية مروان بن عبدا لملك، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام:

عن رجل اشترى من كسوة الكعبة ما قضى ببعضه حاجته و بقي بعضه في يده هل يصلح ان يبيع ما اراد؟ قال: يبيع ما اراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركته،

قلت: أ يكفن به الميت؟ قال: لا، قيل: و في رواية اخرى يجوز استعماله و بيع نفسه،

و كذلك ما ذكرناه في بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع.

اللهم الا ان يقال ان ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد، بل هما مبذولان للبيت و المسجد فيكون كسائر اموالهما. و معلوم ان وقفية اموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول، و ليس من قبيل نفس المسجد، فهي ملك للمسلمين، فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا لطلقا كالحصير المشتري من مال المسجد، فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع، بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد، كالحصير الذي يشتريه الرجل و يضعه في المسجد، و الثوب الذي يلبس البيت، فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه،

الا في مواضع يسوغ فيها بيع الوقف.

و أما المورد الثاني: فملخص القول فيه: ان للمسجد- مع قطع النظر عن كونه من الأوقاف العامة و يجوز انتفاع المسلمين به في الصلاة و غيرها- حيثية اخرى، و هي حيثية المسجدية و احكام خاصة من حرمة تنجيسه و وجوب ازالة النجاسة عنه و نحوهما، و هذه الحيثية- اى حيثية كون الأرض بيت الله- قائمه بشخص هذه الأرض لا بما لها من المالية، و هذه الحيثية تمنع عن بيعه. و أما اجارته فيما انه لا تنافي هذه الحيثية، و من حيث انه وقف عام ايضا لا مانع لفرض كون المورد من موارد الجواز، فلا محذور فيها.

و بذلك ظهر تمامية ما افاده كاشف الغطاء قدس سره.

(١) قوله ما ورد في بيع ثوب الكعبة «١» سيأتى البحث فيه فى المورد الرابع

(١) الوسائل باب ٢٦ من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٩٢

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصر المسجد، ان الحصر يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين، و لكن يضعه فى المسجد، لأنه احد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع فى المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو فى مسجد آخر، بل يمكن الانتفاع به فى غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام فى مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا فى المسجد أو وضع حب ماء فيه. و ان كان الظاهر فى الأول الاختصاص و اوضح من ذلك الترب الموضوعه فيه.

و فى الثانى: العموم فيجوز التوضى منه و ان لم يرد الصلاة فى المسجد،

و الحاصل ان الحصر و شبهها الموضوعه فى المساجد و شبهها يتصور فيها اقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين، و ليست من قبيل نفس المسجد و اضرايه فتعرض الاصحاب لبيعها لا ينافى ما ذكرنا. نعم ما ذكرنا لا يجرى فى الجذع المنكسر من جذوع المسجد التى هى من أجزاء البنيان مع ان المحكى عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى جواز بيعه، و ان اختلفوا فى تقييد الحكم و اطلاقه، كما سيجىء الا ان نلتزم بالفرق بين ارض المسجد. فإن وقفها و جعلها مسجدا فك ملك، بخلاف ما عداها من اجزاء البنيان كالأخشاب و الاحجار فإنها تصير ملكا للمسلمين، فتأمل.

و كيف كان فالحكم فى ارض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو ابقاؤها مع التصرف فى منافعها، كما تقدم عن بعض الاساطين أو بدونه. و أما اجزائه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينه

و أما المورد الثالث: فالظاهر ان حالها حال المسجد، فانها من اجزائه، و تجمعها و العرصة صيغته واحدة، و بناء الأصحاب على ترتب احكام المسجد عليها من حرمة التنجيس و وجوب ازالة النجاسة و غيرها ما لم يصرح بعدم دخولها فى المسجد، و عليه فلا يجوز بيعها بوجه. فان امكن الانتفاع بها فى ذلك المسجد، و الا ينتفع بها فى مسجد آخر، و ان لم يمكن صرفت فى سائر مصالح المسلمين.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٩٣

يجب صرف عينه فيه، لان مقتضى وجوب ابقاء الوقوف و اجرائها على حسب ما يوقفها اهلها و وجوب ابقائه جزءا للمسجد، لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمثولته، بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال، و ان لم يكن مصلحة فى رده جزءا للمسجد، فبناء على ما تقدم من ان الوقف فى المسجد و اضرايه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك، و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه فى مصالح ذلك، كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك،

كما عن الروضة و الا صرف في مسجد آخر، كما في الدروس، و الا صرف في سائر مصالح المسلمين، قيل: بل لكل احد حيازته و تملكه. و فيه نظر، و قد الحق بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة، و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها، و الاشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعه لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو للمسلمين و نحوهم من غير المحصورين، لا لتحصيل المنافع بالاجارة

و ما عن كاشف الغطاء من ان لكل احد حيازتها و تملكها- من جهة ان للموقوف عليهم الانتفاع بها و منها التملك بالحيازة. ضعيف لما عرفت من عدم قابلية المسجد لذلك.

كما ان ما عن جماعة من الفرق بين عرصه المسجد و بنيانه، في غير محله.

و أما المورد الرابع: فقد دلت النصوص «١» على جواز بيع ثوب الكعبة على النحو المرسوم من البيع بعد سنه، و لا- يهمننا البحث في تطبيقها على القواعد.

و ما افاده المحقق الايرواني قدس سره من: ان عنوانه ليس عنوان الوقف بل هو مبذول كسوة للكعبة على النهج المتعارف الذي يباع بعد مدة معينة ثم يصرف ثمنه في الخدمة،

فالعين باقية على ملك مالكةها و قد اذن في التصرف كذلك.

غير تام، فان لازمه عدم جواز البيع لو رجع صاحبه عن اذنه أو مات و انتقل الى ورائه و لم يرضوا به أو كان فيهم صغير.

(١) الوسائل باب ٢٦- من ابواب مقدمات الطواف كتاب الحج.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٤

و نحوها و صرفها في مصارفها، كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها، لأن جميع ذلك صار بالوقف كالمباحات بالاصل اللازم ابقاؤها على الاباحة، كالطرق العامة و الأسواق.

و هذا كله حسن على تقدير كون الوقف فيها فك ملك لا تملكها. و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات أو اجزائها متلف، ففي الضمان

وجهان (١) من عموم على اليد، فيجب صرف قيمته في بدله، و من ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه (٢)

و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفها ظالم، كما لو جعل المدرسة بيت المسكن أو محرزا، و ان الظاهر عن التأديه في

حديث اليد الايصال الى المالك، فيختص باملاك الناس (٣) و الأول احوط و قواه بعض إذا عرفت جميع ما ذكرنا.

و ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره من: أنه ليس حبسا مؤبدا مع وضوح ان المرسوم في ثوب الكعبة تجديده في كل عام، بل لا قصد لمعطيه الا تزيين الكعبة مدة ثم يكون لقيم البيت و سدنته أو لعامة المسلمين، اقرب الى الصواب.

(١) قوله و لو اتلف شيئا من هذه الموقوفات أو اجزائها متلف ففي الضمان وجهان.

قد استدلل لعدم شمول على اليد «١» له بوجه.

(٢) الاول: ما في المتن و هو: ان ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه، و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفها ظالم.

و فيه: ان هذه الملازمة لم يدل عليها دليل، بل لا ملازمة، فان المنافع الفائتة تحت اليد على قول مشهور غير مضمونه، مع ان العين التالفة تحت اليد مضمونه.

(٣) الثاني: ما في المتن ايضا و هو: ان الظاهر من التأديه الايصال الى المالك،

فيختص باملاك الناس.

و فيه: ان الظاهر منها التأدية الى اهله كان هو مالكا أو موردا للانتفاع به.

الثالث: ان الضمان انما هو بمعنى اشتغال الذمة بالبدل، فلا بد و ان يفرض شخص مالكا ليكون هو من له الذمة، و مع عدمه لا معنى لاشتغال الذمة.

(١) المستدرک باب ١ من کتاب الغصب حديث ٤.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٥

فاعلم ان الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور:

[الصورة الأولى: ان يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه (١)]

إشارة

كالحيوان المذبوح و الجذع البالي و الحصير الخلق، و الاقوى جواز بيعه وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم،

و فيه: اولاً: معنى الضمان كون العين في العهدة و اثرها وجوب رد العين، و مع تلفها رد بدلها، و القائم مقامها ملكاً أو مورداً للانتفاع.

و ثانياً: انه لا مانع من اعتبار كون الكلي في ذمة الذي هو مورد لملك الانتفاع،

و تقوم بمن له الذمة يكفي فيه هذا المقدار. فالأظهر هو الضمان بالإتلاف أو التلف.

صور بيع الوقف - الصورة الأولى

و قد اتفقت كلماتهم على جواز بيع الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.

و تنقيح القول فيه بالبحث في صور المسألة.

(١) الاولى: ان يخرب الوقف في موارد، فلا بد من البحث فيها.

و قد استدلل المصنف قدس سره لجواز البيع في هذه الصورة بطريقتين:

الأول: ان المقتضى موجود و المانع مفقود.

الثاني: الاستدلال و اقامة الدليل على الجواز.

اما الأول: فبتقريب: ان المقتضى للجواز و هو الملك موجود، فيعمه المقتضى في مقام الأثبات و هو ادلة نفوذ البيع و المانع مفقود-

بالتفصيل الذي سيمر عليك - فلا بد من البناء على الجواز.

و اورد عليه: بان الوقف بذاته مناف لجواز البيع فلا يعقل ارتفاع المانع الا ببطلان الوقفية، و هو خلاف الفرض، إذ المفروض جواز بيع

الوقف و تبديله و سراية الوقفية الى بدله.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٣٩٦

لعدم جريان ادلة المنع. اما الاجماع فواضح (١) و أما قوله لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه الى غير هذه الحالة. (٢) و أما قوله عليه

السلام الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها، فلا يدل على المنع هنا، لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في انشاء الوقف

(٣) و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف،

و ان ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه و تركه. و قد تقدم ذلك و تضعيف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم

بجواز بيعه، و لو سلم ان المأخوذ في الوقف ابقاء العين، فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و

المفروض تعذره هنا. (٤)

و لكن يدفعه: ان المصنف قدس سره لا يسلم المبنى، مع انه على هذا المبنى ايضا يمكن ان يقال بعدم المنافاة كما سيمر عليك.
وقد ذكر في وجه عدم جريان ادلة المنع: ان ادلة المنع ثلاثة: الإجماع، وقوله عليه السلام:
لا يجوز شراء الوقف «١». وقوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله «٢».

وشىء منها لا يجرى فى المقام.

(١) اما الاجماع فواضح.

(٢) و أما الثانى: فلانصرافه الى غير هذه الحالة.

(٣) و أما الثالث: فلانه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة فى انشاء الوقف و ليس عدم البيع منها.

(٤) مع انه لو سلم اخذ ابقاء العين فى الوقف فحيث ان الوقف تحييس العين و تسبيل الثمرة، فهو يختص بصورة امكان الانتفاع، فكما انه فى اول الأمر مع عدم وجود الثمرة لا يتحقق الوقف، كذلك يتوقف بقائه على استدامه ذلك، فبنفاد الثمرة يبطل الوقف.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ١.

(٢) الوسائل - باب ٢- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٩٧

...

و لكن: يرد على ما ذكره من الانصراف: ان الانصراف الناشئ عن قلته وجود الفرد لا يصلح لتقييد الاطلاق، مع ان كل عين موقوفة مآلها الى الخراب بحسب العادة، فليست حالة الخراب قليلة بالإضافة الى حالة العمارة.

و أما الايراد عليه: بان مورده الأرض الخربة لقوله: فلما عمرتها ... الخ فكيف يدعى الانصراف؟ فيمكن الجواب عنه: بان المدار على عدم امكان الانتفاع لا على صدق الخراب،

و ارض الزراعة انما لا يمكن الانتفاع بها بانقطاع الماء عنها و نحوه لا بعدم كونها مشغولة بالزراعة.

و يرد على الوجه الأول الذى ذكره فى قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ... الخ: ان هذا ينافى استدلاله قده بهذا الخبر على عدم جواز البيع.

مضافا الى فساد ذلك لما عرفت من ان عدم جواز البيع ليس حكما شرعيا محضا مترتبا على الوقوف، بل عدم البيع ماخوذ فى حقيقته.

و يرد على الوجه الثانى: ان الوقف عبارة عن تحييس العين دائما، و تسبيل مالها من المنفعة كائنه ما كانت لا تسبيلها دائما.

وقد يقال فى وجه عدم مانعية الوقف عن البيع كما عن المحقق النائينى قدس سره: بان قوام الوقف بامرین: بقاء العين الموقوفة، و كونها ذات منفعة، لأنه عبارة عن حبس العين و تسبيل الثمرة، و إذا خرب الوقف بنحو لا ينتفع به لا محالة تتبدل الصورة النوعية للعين الموقوفة الى صورة نوعية اخرى عرفا. مثلا: النخلة الموقوفة إذا قلعت تعد عرفا مباينة للنخلة، و بالتبدل- اى تبدل الصورة النوعية التى تعلق الوقف بها- يبطل الوقف و يبقى ذات الجسم فيباع.

و بعبارة اخرى: الوقف متعلق بعناوين خاصة كعنوان الشجر و الحمام و البستان و امثال ذلك، و مع الخراب لا تبقى هذه العناوين و لا تصدق اساميتها، و الوقف يدور

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٩٨

مدار صدق الاسم.

وفيه: ان الوقف كسائر المعاملات من البيع والهبة، فكما انه يتعلق بالعاوين الخاصة، كذلك المعاملات تتعلق بها، فكما ان تبدل الصورة النوعية لا يوجب زوال الملكية كذلك لا يوجب تبدل الوقف الذى هو تملك خاص.

وبالجملة تبدل الصورة النوعية لا يؤثر فى الملكية، فلا وجه لبطلان الوقف من هذه الجهة.

وان شئت قلت: ان الوقف يتعلق بالموجود الخارجى بما له من الحالات، ولذا لو تبدلت صورته النوعية الى صورة نوعية اخرى ينتفع بها لا إشكال فى عدم جواز بيع الوقف مع ان لازم هذا الوجه والوجه الثانى الذى افاده الشيخ قدس سره هو بطلان الوقف وعود العين الموقوفة الى الواقف أو ورثته، أو بقائها ملكا طلقا للموقوف عليه الموجود، أو كونها من المباحات الأصلية التى تملك بالحيازة لا جواز بيع الوقف و سريته الوقفية الى بدلها و عوضها.

فالصحيح فى وجه عدم المنع ان يقال: ان حقيقة الوقف لما كانت تحبب العين و تسهيل المنفعة، كان الواقف بحسب ارتكازه حينما يوقف ما لا ينتفع به بشخصه الى الأبد قاصدا لأن تكون العين الموقوفة محبوسة بشخصها ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و بما لها من المالية إذا لم يمكن الانتفاع بها مع بقائها بشخصها.

وعليه فإذا سقطت العين الموقوفة عن قابلية الانتفاع كان لازم الوقف على حسب ما يوقفها تبديلها بما يماثلها فى المالية، لأن ذلك فى نظر العقلاء من انحاء حفظ المال بما هو مال.

وبالجملة: تسليط الموقوف عليهم على الانتفاع الى الأبد يوجب التوسعة فى الموقوف، و حبسه انما يكون بما ذكرناه، فالتبديل ليس ازالة للحبس بل هو حفظ للمال بما هو مال عند العقلاء الذى هو غرض الواقف المعاملى. فتدبر فيما ذكرناه فانه دقيق.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٣٩٩

والحاصل ان جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف فى وقفه، فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع اذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون، و هو الحاكم أو المتولى.

والحاصل ان الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل (١) و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه،

و بهذا البيان يظهر الوجه فى دعوى انصراف لا يجوز شراء الوقف عن مثل الفرض،

فالأظهر جواز البيع فى هذه الصورة.

و أما الطريق الثانى: فقد استدلل للجواز.

(١) بان الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه، و بين انتفاع البطن الموجود به بالاتلاف، و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الجميع.

و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليهم. و الثانى مناف لحق سائر البطون، مع انه يستلزم جواز بيع البطن الأول، إذ لا فرق بين اتلافه و نقله.

و الثالث هو المطلوب.

و لكن يرد على ما افاده فى الشق الأول و هو ان تعطيله حتى يتلف مناف لحقوق الله تعالى و الواقف و الموقوف عليه امران:

الأول: ما تقدم من انه لا أصل لهذه الحقوق و هى غير ثابتة، و ليس هناك الا التعبد بعدم البيع أو اخذه فى مفهومه.

الثانى: انه لو سلم هذه الحقوق فهى متعلقة بالعين الموقوفة و تتوقف على ثبوت المنفعة فيها، و الا فلا حق للموقوف عليه باعتبار

الانتفاع ذنوبيا، ولا للواقف اخرويا مترتبا على الدنيوى، ولا لله تعالى لعدم المصرف للملك، فلا حق كى يجب تبديل العين رعاية لذلك الحق. اللهم الا ان تكون الحقوق قائمة بالأعم من العين والمالية لكن ذلك اول البحث.

و أما مسألة كون الابقاء تضييعا فيرده: ان كون مثل هذا التضييع حراما غير مسلم،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٠

و به يندفع استصحاب المنع مضافا الى كون المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه، و قد ارتفع قطعا، فلا يبقى ما كان فى ضمنه. (١) و أما الثانى فمع منافاته لحق ساير البطون يستلزم جواز بيع البطن الاول إذ لا فرق بين اتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب.

مع انه لو سلم فلا- اشكال فى ان حرمة التضييع مقيدة بما إذا لم يكن ذلك بتجويز من الشارع فمع فرض عموم دليل المنع عن بيع الوقف يكون هذا التضييع بحكم الشارع نظير اتلاف آلات اللهو، فلا وجه لحرمة.

و يرد على ما افاده فى الشق الثانى - مضافا الى ما مر.

ان جواز الإتلاف لا يستلزم جواز البيع، فان جواز الإتلاف يكفى فيه الملكية الفعلية، و جواز البيع لا يكفى فيه تلك، بل يتوقف على كونها ملكية مرسله غير محدودة،

و سيأتى ان ملكية البطن الموجود ليست كذلك.

و أما استصحاب المنع فرده المصنف قدس سره.

(١) بان المنع السابق فى ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و قد ارتفع يقينا فلا يبقى ما كان فى ضمنه.

و فيه: انه ان اراد بذلك انه من قبيل القسم الثالث من اقسام الاستصحاب الكلى.

فيرد عليه: ان انتفاع البطون بالعين مع لزوم ابقائها و المنع عن نقلها من قبيل اللازم و الملزوم، أو المتلازمين لا من قبيل الكلى و الفرد.

و ارتفاع الملزوم أو الملازم لا يقتضى ارتفاع اللازم أو الملازم الآخر لامكان قيامه بملزوم آخر.

و ان اراد به ارتفاع الموضوع.

فيرد عليه: ان العين المنتفع بها متحدة بنظر العرف مع العين التى لا ينتفع بها،

و الانتفاع من الحيثيات التعليلية لا التقييدية،

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠١

نعم يمكن ان يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادى الى آخر البطون، فلا وجه لمراعاتهم (١) بتبديله بما يبقى لهم

فينتهى ملكه إلى من أدرك آخر أزمته بقائه، فتأمل.

و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة، فلا- وجه لترخيص البطن الموجود فى اتلافه، و مما ذكرنا يظهر ان الثمن على

تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود (٢) وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالاسكافى و العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق

الثانى، و حكى عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك، فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل، و

للمعدومين بالقوة، كان الثمن كذلك (٣) فإن الملكية اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعبر عند تحقق أسبابها، فكما أن الموجود

مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف. فكذلك المعدوم مالك له شأنه بمقتضى تمليك الواقف و عدم تعقل الملك للمعدوم

انما هو فى الملك الفعلى لا الثانى، و دعوى ان الملك الثانى ليس شيئا محققا موجودا

(١) قوله نعم يمكن ان يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى ... فلا وجه لمراعاتهم.

و فيه ما تقدم من ان تسبيل المنفعة موسع لدائرة الحبس و يوجب كون الحبس متعلقا بالعين بما لها من الخصوصية الشخصية ما دام الى الانتفاع بها كذلك سبيل - و بها بعنوان انها مال إذا لم يمكن ذلك فراجع.

حكم الثمن على تقدير البيع

و تمام الكلام ببيان امور.

الاول في حكم الثمن على تقدير البيع قال.

(٢) و مما ذكرناه يظهر ان الثمن على تقدير البيع لا يخص به البطن الموجود.

و قد استدل المصنف قدس سره لعدم الاختصاص بوجهين:

(٣) احدهما: ان البدلية تقتضى ذلك، لان المبيع ملك للموجودين بالفعل، و ملك للمعدومين بالقوة، و شأننا بمقتضى تمليك الواقف، فكذلك الثمن.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٢

يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود فلو جاز ان تخرج العين الموقوفة الى ملك الغير بعوض لا يدخل في ملك المعدوم على نهج دخول المعوض، جاز ان تخرج بعوض لا يدخل في ملك الموجود (١) و إليه اشار الشهيد قدس سره في الفرع الآتي حيث قال: انه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ يستحيل ان يملك لا على حده خلافا لظاهر بعض العباير المتقدمة.

و دعوى انه لا تحقق للملك الشأني.

يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه لملك الموجود، و عليه فحيث ان المعوض يخرج عن ملك جميع الطبقات فلا بد و ان يدخل العوض في ملك الجميع.

و فيه: ان الملكية امر اعتباري، و هي اما متحققة أو لا. و ليست الملكية الشأني سنخا من الملكية الاعتبارية، بل ليس معنى ذلك سوى القابلية لأن يصير ملكا، و إنشاء الواقف انما يكون سببا لحصول الملكية للطبقة اللاحقة حين وجودها بلا حالة منتظرة كما في الوجوب المعلق على امر متأخر. فكون الانشاء موجودا لا يلزم كون المنشأ كذلك.

و بالجملة: المتحقق بالنسبة الى البطن اللاحق ليس الا القابلية لا الملكية الاعتبارية، و عليه فحقيقة المعاوضة لا تقتضى الاشتراك، و مجرد القابلية لا يكون من الحقوق التي تكون متعلقة بالمبيع ليسرى الى بدله بالبيع.

(١) الثاني: ان ملكية كل بطن للعين الموقوفة ليست ملكية مرسله غير محدودة بزمان أو زمانى، بل هي بحسب إنشاء الواقف محدودة ببقاء ذلك البطن و حياته.

و بعبارة اخرى: الواقف انما انشأ ملكية كل طبقة بانسباط ماله من الملكية المرسله على جميع الطبقات، فلكل طبقة ملكية محدودة بحياتها، و عليه فإذا اعطى البطن الموجود ماله من الملكية لم يكن ذلك بيعا.

مع ان لازمه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق فلا يملكه المشتري ملكا مستمرا، و ان اعطى الملكية المرسله المنبسطة بالنسبة الى مقدار ملكية البطون اللاحقة اما بالولاية أو باذن المتولى أو اذن الحاكم الشرعى فلا محالة يدخل الثمن

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٣

و اختاره المحقق في الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول. و لعل وجهه ان الوقف ملك للبطن الموجود، غاية الأمر تعلق حق البطون اللاحقة، فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن الى من هو مالك له فعلا و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن و لا دليل عليه، و

مجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم، إذ لا عموم لفظيا يقتضى البدلية و التنزيل، بل هو بدل له فى الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك. و فيه ان ما ينقل الى المشتري ان كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق الى البطن اللاحق،

فلا- يملكه المشتري ملكا مستمرا و ان كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا- يزول الا- بالناقل، فهو لا يكون الا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطن له فالثمن لهم على نحو المثمن. و مما ذكرنا تعرف ان اشتراك البطن فى الثمن اولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول، حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف (١) فجاز عقلا منع سرايه حق البطن اللاحقة إليه بخلاف الثمن،

فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقية

فى ملك الجميع على النحو الذى كان المثمن ملكا لهم.

مع انه: ان كان جواز البيع من جهة ما ذكرناه من انه ابقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال، أو من جهة ما ذكره المصنف اخيرا و هى رعاية الحقوق، فلا اشكال فى عدم الاختصاص كما لا يخفى.

(١) قوله حيث انه بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقف.

دية العبد المقتول ان جعل بعنوان البدلية لم يعقل الفرق بينها و بين المقام فان جعل البدل كان هو الله تعالى أو العبد لا يصلح فارقا.

و ان كان لا بعنوان البدلية بل بالتعبد المحض كان الفرق واضحا.

و به يظهر ان مجرد كون البدلية شرعية لا يوجب الاولوية كما ان تأخر صيرورته بدلا لا يصلح لذلك.

منهاج الفقهاء (لروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٤

فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض، و من هنا اتضح ايضا ان هذا اولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا، لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكة الأول (١) فجاز ان يرتفع الى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول، بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم، فإنه ليس قائما بالعين من حيث انه ملك البطن الموجود، بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بانشاءه مقارن له بحسب الجعل متأخر عنه فى الوجود.

و قد تبين مما ذكرنا ان الثمن حكمه حكم الوقف، فى كونه ملكا لجميع البطن على ترتيبهم، فإن كان مما يمكن ان يبقى و ينتفع منه البطن على نحو المبدل. و كانت مصلحة البطن فى بقائه ابقى، و إلا ابدل مكانه ما هو اصلح. و من هنا ظهر عدم الحاجة الى صيغة الوقف فى البدل (٢) بل نفس البدلية تقضى كونه كالمبدل، و لذا علله الشهيد رحمه الله فى غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول، إذ استحيل ان يملك لا على حده.

ثم ان هذا العين حيث صارت ملكا للبطن فلهم، أو لوليهم ان ينظر فيه

و يتصرف فيه بحسب مصلحة جميع البطن و لو بالابدال بعين اخرى اصلح لهم،

(١) قوله لان حق الرهنية متعلق بالعين من حيث انه ملك لمالكة الاول.

محصله- ان حق الرهنية متعلق بما هو ملك للراهن و متفرع عليه فلا محالة يزول بزوال الملك و حدوثه بحدوث ملك البدل يحتاج الى دليل- و هذا بخلاف ملك الطبقات اللاحقة فانه لا يكون متفرعا على ملك الطبقة الموجودة ليزول بزواله بل يكون ملك الجميع فى عرض واحد فى مقام الانشاء فإذا زالت جميعها بالبيع كان بدلها للجميع.

(٢) الثانى: انه قد ظهر مما ذكرناه: انه لا حاجة الى صيغة الوقف فى البدل.

وقد يقال: ان الوقف إذا كان عين تمليك الطبقات على التدرج و كان عدم جواز البيع من آثار هذا التمليك الخاص فتتحقق الوقفية بمجرد المبادلة بلا احتياج الى اجراء صيغة منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٥

بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر (١) لأن ذلك كان حكما من احكام الوقف الابتدائى و بدل الوقف انما هو بدل له فى كونه ملكا للبطن فلا يترتب عليه جميع احكام الوقف الابتدائى و مما ذكرنا ايضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف. (٢) كما هو ظاهر التذكرة و الارشاد و جامع المقاصد و المقتصر و مجمع الفائدة، بل قد لا يجوز إذا كان غيره اصلح، لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين، فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة و ولده و الشهيد و جماعة فوجبوا المماثلة مع الامكان، لكون المثل اقرب الى مقصود الواقف. (٣) و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة و قد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معينا من دون تعلق غرض بالعين و قد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته، كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته، فيبيع فدار الأمر بين ان يشتري بثمانه بستانا فى موضع لا يصل

الوقف، و أما ان كان الوقف هو حبس العين فما يحصل بالبيع هو تمليك الطبقات تدريجا من دون حصول عنوان الحبس، فلا بد من انشائه بالصيغة. و لكن هذا لو تم فانما هو بناء على كون دليل الجواز هو وجود المقتضى و عدم المانع.

و أما بناء على ما اخترناه فى وجه الجواز من كونه ابقاء للوقف و حفظا للموقوف بما هو مال، فعدم الاحتياج الى اجراء الصيغة واضح. (١) الثالث: الظاهر ان البدل ليس مثل الاصل ممنوعا عن بيعه، و الوجه فى ذلك ما تقدم من ان الخصوصية الشخصية للعين الموقوفة سقطت عن الوقفية بواسطة تعذر الانتفاع و حدوث الخراب، فما بقى على الوقفية هو المالية. و خصوصية الثمن لا تكون وقفا كما كانت كذلك فى المثل حسب انشاء الواقف، فيجوز تبديله و بيعه ما لم يضر بالمالية.

(٢) الرابع: انه قد ظهر ايضا مما ذكرناه: عدم وجوب شراء المماثل للوقف، و لكن قد استدل لوجوب شرائه بوجوه.

(٣) الاول: ان المثل اقرب الى مقصود الواقف.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٦

إليهم إلا-قيمة الثمرة، و بين ان يشتري ملكا آخر يصل إليهم اجرة منفعتهم. فإن الأول: و ان كان مماثلا الا انه ليس اقرب الى غرض الواقف انه لا دليل على وجوب ملاحظة الاقرب الى مقصوده، انما اللازم ملاحظة مدلول كلامه فى انشاء الوقف ليجرى الوقف على حسب ما يوقفها اهلها.

فالحاصل ان الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه الا مدلول كلام الواقف، و إذا بيع و انتقل الثمن الى الموقوف عليهم (١) لم يلاحظ فيه الا مصلحتهم،

هذا قال العلامة فى محكى التذكرة: كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع و يصرف الثمن الى جهة الوقف، فان امكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به، كان اولى، و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه،

و فيه: اولاً: ان غرض الواقف لا ضابط له.

و ثانياً: انه لا دليل على لزوم مراعاة غرض الواقف ما لم يكن ذلك غرضاً عقدياً و مصباً للعقد.

الثانى: انه لا إطلاق للأدلة المجوزة، و المتيقن منها هو البيع بالمماثل أو الشراء بالمماثل.

وفيه: ان مدرك الجواز لم يكن دليل خاص كي يجرى فيه ذلك، بل كان عدم شمول دليل المنع، فلا وجه لهذه الدعوى.

الثالث: و هو الصحيح، هلصحمو: ان الواقف حينما وقف العين التي لها مائة،

و خصوصيات نوعية، و خصوصيات شخصية، قد حبس الجميع ما دام الى الانتفاع بها سبيل، و الا فالجهتان الأوليتان محبوستان، و عليه فلا بد من رعاية الخصوصيات النوعية.

اللهم الا ان يقال: ان المعلوم من حال الواقف لحاظ مائة العين و الخصوصيات الشخصية،

اما لحاظ الخصوصيات النوعية و تعلق انشاء الوقف بها فغير معلوم، و الأصل عدمه، و الأحوط الأول.

(١) و على اى تقدير: يجوز بيعه بالنقود و شراء المماثل أو غيره بها، و قد فرضه المصنف قدس سره فى المقام، و الوجه فيه تعارف البيع بالنقود و تعسر بيعه بالمماثل.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٧

و الا صرف الثمن الى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء، لأن فيه جمعا بين التوصل الى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأيد فإذا لم يمكن التأيد بحسب الشخص و امكن بحسب النوع و جب، لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الاول الذى وقع العقد عليه و مراعاة الخصوصية الكلية يفضى الى فوات الغرض بأجمعه، و لأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه، مع انهم يستحقون من الوقف، كما يستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف لا يخرجهم عن الاستحقاق.

قال بعض علمائنا و الشافعية: ان الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم ملكا على رأى انتهى.

ولا- يخفى عليك مواقع الرد و القبول فى كلامه رحمه الله (١) ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون (٢) و يحتمل ان يكون هذا الى الناظر ان كان (٣) لانه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة الى الوقف، الا ان يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين.

و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقاءه، لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببديها،

(١) قوله و لا يخفى عليك موارد الرد و القبول فى كلامه.

موقع القبول حكمه بالبيع و شراء عين اخرى مكانه.

موقع الرد حكمه بوجوب شراء المماثل - كما تقدم.

و حكمه بصرف الموقوف عليهم للثمن مع تعذر شراء عين اخرى - فانه يجب التأمين و الصبر الى ان يتيسر الشراء كما سيجىء.

من له ولاية البيع

(٢) الخامس: ما افاده بقوله ثم ان المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم

القيم.

و فى المقام قولان آخران:

(٣) احدهما: ان يكون ذلك الى الناظر ان كان.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٠٨

ثم انه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين (١)

فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود، لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركاً بين جميع البطون، وحينئذ فتوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار الى مدة و لو طلب ذلك البطن الموجود، فلا- يبعد وجوب اجابته و لا- يعطل الثمن حتى يوجد ما يشتري به من غير خيار.

ثانيهما: عدم الاحتياج الى الضميمة.
و استدلل للأخير: بان الموقوف عليهم الموجودين هم المالكون، فلا يحتاج بيعهم الى ضم شخص آخر.
وفيه: ان ملكيتهم محدودة، و اعطاء الملكية المرسله اعطاء لما ليس لهم.
و استدلل للقول الأول: بان الحاكم ولى المعدومين، اما من باب كون الحاكم ولى القاصر، أو لكونه ولى الممتنع، الشامل للممتنع عن اختيار أو اضطرار.
و بان ذلك احد الأمور الحسيه.
و فيهما نظر:

اما الأول: فلأن المعدوم في المقام لا يكون من القاصر و لا الممتنع، لأن السالبة هنا بانتفاء الموضوع.
و أما الثاني: فلتوقفه على لزوم البيع و عدم ثبوت هذا الحق للناظر.
و الأول غير ثابت، و الثاني فاسد كما ستعرف.

فالأظهر هو القول الثاني، إذ لا وجه لتوهم عدم ثبوت هذا الحق له سوى ما افاده المصنف قدس سره، و حاصله: ان الناظر له التصرف في نفس العين، و لا- دليل على نظارته على البديل. و لكن يدفعه: ان بيع الوقف يكون حفظاً للوقف بعنوان انه مال، فيكون ذلك من اهم الأمور الملحوظة للواقف. فالأظهر كون ذلك على الناظر لو كان. نعم مع عدمه تصل النوبة الى الحاكم الشرعي.
(١) السادس: إذا بيعت العين الموقوفة بما لا ينتفع به كالتقدين و لم يمكن شراء ما ينتفع به، فهل يدفع الثمن الى البطن الموجود لا بأن يكون له خاصة فانه لا يجوز قطعاً

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٠٩

نعم لو رضى الموجود بالتجاره به و كانت المصلحة في التجارة، جاز مع المصلحة الى ان يوجد البديل و الربح تابع للأصل (١) و لا يملكه الموجودون لانه جزء من المبيع و ليس كالنماء الحقيقي،

بعد اشتراك جميع الطبقات فيه، بل ليكون تحت يده حتى يوجد ما ينتفع به، ام يوضع عند أمين، ام عند الناظر لو كان؟ وجوه.
قد استدلل لعدم جواز الدفع الى الموجود: بانه مال مشترك بينه و بين سائر البطون فلا يجوز جعله تحت سلطنته، و انما كان يدفع العين إليه لسلطنته على الانتفاع بها فعلاً بلا مزاحم، و كذلك بدلها الذي ينتفع به. و أما البديل الذي لا ينتفع به فلا سلطنته له على الانتفاع به كى تكون له السلطنة على البديل فيدفع إليه لذلك.

وفيه: ان الثمن و ان كان لا ينتفع به الا انه ملك للبطن الموجود و ليس كالمملك المشترك عرضاً، بل الاشتراك طولياً، فهو في هذه الحال ملك للبطن الموجود خاصة،
و لازم ذلك سلطنته على امساكه.

و لو تنزلنا عن ذلك فالمتعين دفعه الى الناظر لأنه المنصوب لذلك، و الا فيوضع عند أمين.

و إذا لم يمكن شراء شيء ينتفع به بدون الخيار، و امكن شراء ما ينتفع به مع الخيار،

هل يجوز ذلك ام لا؟ ربما يقال بالثاني نظراً الى ان البديل وقف و الوقف عبارة عن تحييس العين، و هذا يناهى مع الخيار، إذ الحبس

الى ان يفسخ حبس موقت لا دائمى.

و لكن يدفعه: ان وقف البدل- كما تقدم- غير وقف الأصل، فان وقف البدل انما هو حبسه بما انه مال و لا- دخل لخصوصياته الشخصية فى الوقف، و لذا بنينا على جواز التبديل اختيارا، و الخيار لا ينافى حبسه بما هو مال، إذ غايته الفسخ و التبديل بعين اخرى، و عليه فيجوز ذلك، و لو طلب البطن الموجود ذلك و جب حفظا لحق الانتفاع به.

(١) و لو رضى البطن الموجود فى الاتجار، و كان ذلك صلاحا لجميع البطون، جاز الاتجار به و يكون الربح مشتركا بين البطون، لأن مجموع ما اشترى بالثمن و بيع بالثمن

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٠

ثم لا- فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكليه أو بعضه (١) فيباع البعض المخروب، و يجعل بدله ما يكون وقفا و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زيادة منفعته جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطون، فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة، و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف، فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم و لو خرب بعض الوقف، و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا الى عماره لا- يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقه، فهل يصرف ثمن المخروب الى عماره الباقى، و ان لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج اصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقه الى صرف منفعته الحاضرة التى يستحقها البطن الموجود، إذا لم يشترط الواقف اخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم و هنا فروع اخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

وقع بازاء ما هو بدل الوقف، فلا- محالة يشترك فيه الجميع، و ليس الربح من المنافع كى يختص به البطن الموجود، بل هو زيادة حصلت بالتجارة و وقعت بازاء المالىة التى كانت وقفا، فالى اى مرتبه وصلت المالىة تكون باقية على الوقفية.

(١) السابغ الظاهر عدم الفرق فى جواز البيع بين خراب الجميع أو البعض، كما لا ينبغى الأشكال فى جواز صرف الثمن فى الباقى، أو وقف آخر عليهم.

انما الكلام فيما إذا كان انتفاع البطون اللاحقه بالباقي محتاجا الى ذلك، و لم يرض البطن الموجود به، هل يجوز الصرف ام لا؟ و قد يقال بالجواز نظرا الى تعارض الضررين.

و لكن الحق عدم الجواز، لأن الضرر فى نفسه متوجه الى البطون اللاحقه، و لا يجب على البطن الموجود تحمل الضرر لدفعه عنهم. فالأظهر عدم الجواز. نعم لو قامت القرينة على شرط الواقف ذلك تعين.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١١

الصورة الثانية: أن يخرّب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه (١) كدار انهدمت فصارت عرصه تؤجر للانتفاع بها باجرة لا تبلغ شيئا معتدا به، فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كان منفعته كمنفعة العرصه فلا ينبغى الا اشكال فى عدم الجواز و ان كان يعطى بثمنه ما يكون منفعته اكثر من منفعة العرصه، بل يساوى منفعة الدار، ففى جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه حيث لا يجدى نفعا.

و قد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصه من الوقف و لم يجز بيعها.

اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين. فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صارت عرصه، تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئى، كمجمع الزبائل و نحوه، يصدق عليه انه لا يجدى نفعا، و كذا

القرية الموقوفة، فإن خرابها بغور انهارها و هلاك اهلها، و لا تكون تسلب منافع اراضيها رأسا، و يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصه الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية، مع انها كثيرا ما تستأجر للأغراض الجزئية.

الصورة الثانية

(١) الصورة الثانية: ان يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به بحيث يصدق عرفا انه لا منفعة فيه كدار انهدمت و صارت عرصه تؤجر باجرة غير معتد بها.

و الكلام فيها يقع فى موارد:

الأول: ما إذا خرب الوقف بحيث سقط عن الانتفاع عرفا و كان ماله من المنفعة قليلة جدا بحيث تلحق بالمعدوم.

الثاني: ما إذا خرب بحيث سقط عن المنفعة المعتد بها و لو تكن المنفعة بالغه هذه المرتبة من القلة.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٢

فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى اطلاق كلام كل من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعاً، و يشمله الاجماع المدعى فى الانتصار و الغنية، لكن الخروج بذلك عن عموم ادله و جوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف مشكل.

و يؤيد المنع حكم اكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة،

بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه اخر كالتسقيف، و جعلها جسرا و نحو ذلك.

بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمه الله لفظيا، حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم امكان الانتفاع به فى منفعة أخرى، الاتفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلا، كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا فى الغاية، بحيث يلحق بالمعدوم، امكن الحكم بالجواز لانصراف قوله عليه السلام لا- يجوز شراء الوقف الى غير هذه الحالة. و كذا حبس العين و تسبيل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دام المنفعة المعتد بها موجودة، و إلا فمجرد حبس العين و امساكه و لو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الاولى.

الثالث: فى وقف العنوان.

اما المورد الأول: فالظاهر جواز البيع لجريان جميع ما ذكر فى الصورة الأولى من انصراف ادلة المنع و غيره من الوجوه فى هذا المورد، لا سيما ما ذكرناه من ان البيع ابقاء الوقف و حفظ الموقوف بما هو مال.

و أما المورد الثانى: فقد يستظهر من القائلين بالجواز فى الصورة الأولى الجواز فى هذا المورد بحمل قولهم لا يجدى نفعاً على ارادة عدم النفع المعتد به.

كما انه قد يستظهر المنع بحمله على ارادة عدم النفع بالمره.

و كيف كان: فالمتبع هو الدليل.

و غاية ما قيل فى وجه الجواز ما افاده المحقق الأصفهاني قدس سره، و حاصله: ان غرض الواقف من الوقف امران: حفظ خصوصية العين الموقوفة، و حفظ خصوصية الانتفاع،

و حيث ان الغاية المقصودة الانتفاع الخاص، و حبس العين بما هى مقصود بالتبع و لا- يكاد يزاحم المقصود بالتبع ما هو المقصود بالأصالة فلا محالة يقدم الأول فيجوز البيع

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٣

ثم ان الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب، لجريان ما ذكرنا فيه. ثم انك قد عرفت فيما سبق انه ذكر بعض ان جواز بيع الوقف لا- يكون إلا مع بطلان الوقف، وعرفت وجه النظر فيه. ثم وجه بطلان الوقف في الصورة الاولى بفوات شرط الوقف المراعى في الابتداء والاستدامة، وهو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها (١) وفيه ما عرفت سابقا من ان بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا- وجه له في الوقف المؤبد، مع انه لا- دليل عليه، مضافا الى انه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور في الاستدامة، فإن الشرط في العقود الناقلة يكفى وجودها حين النقل، فإنه قد يخرج المبيع عن المالىة ولا يخرج بذلك عن ملك المشتري، مع ان جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان، بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم الى الجواز كما تقدم. ثم ذكر انه قد يقال بالبطلان ايضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا في عنوان وقفه البستانية. فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك، فإنه و ان لم تبطل منفعتها اصلا لامكان الانتفاع بها دارا مثلا، لكن ليس من عنوان الوقف و احتمال بقاء العرصه على الوقف، باعتبار انها جزء من الوقف و هى باقية و خراب غيرها و ان اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه ان العرصه كانت جزءا من الموقوف من حيث كونه بستانا لا مطلقا.

واشترى ما ينتفع به بمثل تلك المنفعة الخاصة.

وفيه: ان غرض الواقف العقدي انما هو تسهيل المنفعة لا مرتبة خاصة من الانتفاع،

فمع بقاء المنفعة و امكان الانتفاع لا وجه لجواز التبدل كما لا يخفى.

فالأظهر عدم الجواز في هذا المورد.

(١) و أما المورد الثالث: فقد اختار صاحب الجواهر قدس سره صحته و بطلان الوقف بانعدام العنوان، و خالفه المصنف قدس سره.

لا إشكال في ان وقف العنوان من حيث هو لا يصح لعدم وجود الثمرة المسبلة له،

ولا اظن ذهاب احد الى جوازه، و الظاهر ان نظر صاحب الجواهر قدس سره الى انه يمكن وقف

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٤

فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى فرض خرابه، و لو فرض إرادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال في بقائها، لعدم ذهاب عنوان الوقف.

و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية (١) من انه لو اوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى، بطلت الوصية لانتفاء موضوعها.

نعم لو لم يكن الدارية و البستانية و نحو ذلك مثلا- عنوانا للوقف، و ان قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به في كل وقت على حسب ما يقبله، لم يبطل الوقف بتغير احواله، ثم ذكر ان في عود الوقف الى ملك الواقف أو وارثه، بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين: اقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الاجماع على ان انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف، بل ولا جواز البيع و ان اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه، لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى

العين الخاصة ما دامت معنونة بعنوان البستانية مثلا.

و الكلام في ذلك تارة: في مقام الثبوت، و اخرى: في مقام الأثبات.

اما في مقام الثبوت: فلا ارى فيه محذورا، فان الملكية قابلة للتحديد من حيث الزمان أو الزمانى، بان تعتبر ملكية الشىء ما دام معنونا بالبستانية.

و يمكن تأييده بملكية الخل ما دام خلا و إذا انقلب خمرا خرجت عن الملكية،

و بملكية الأرض المحيية على القول بدوران الملكية مدار الحياة، و كذلك الأمر في الحبس ملكا، و مقتضى عمومات الوقف و المعاملات صحة مثل هذا الوقف فيكون كالوقف المنقطع الآخر.
و دعوى انه يدل على بطلانه ما دل على اعتبار التأيد في الوقف.
مندفعة بانه لا دليل عليه سوى الإجماع، و هو مختص بالتأيد من حيث الزمان.
و تمام الكلام في محله.

و أما في مقام الأثبات: فلا يبعد ظهور جعل الوقف متعلقا بالعنوان في كونه للإشارة الى المعنون، و ان تمام الموضوع هو المعنون، فلو قصد وقف العنوان بالنحو المعقول لا بد من ذكره و التصريح به.
(١) قوله و ربما يؤيد ذلك في الجملة ما ذكره في باب الوصية.
لا يخفى انه في باب الوصية فرق الاصحاب فيما لو اوصى بدار فانهدمت- بين ما
منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٥

انه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان، لانه ان اريد بالعنوان ما جعل مفعولا في قوله:
وقفت هذا البستان فلا شك انه ليس الا كقوله بعث هذا البستان أو وهبته. فإن التملك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان. فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجي و ان لم يكن في ضمن عنوان البستان، و ليس التملك من قبيل الاحكام الجعليه المتعلقة بالعنوانات، و ان اريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم (١) و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا في الموضوع زيادة على عنوانه. و أما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب ان يقاس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته، و قبول الموصى له، فهل يرضى احد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصه. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات اخر. (٢) ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد اطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه ابدأ.

ما لو كان الانهدام قبل موت الموصى- و بين ما إذا كان بعد موته- و بنوا على بطلان الوصية في الاول دون الثاني.
و قد أيد صاحب الجواهر قدس سره ما ذكره في المقام بما ذكره في الانهدام قبل الموت وجه التأيد واضح حيث ان الوصية إذا لم تكن متعلقة بالعنوان و دائرة مداره لما كان وجه للبطلان.

و المصنف قدس سره اورد عليه بالنقض بما ذكره في المسألة الثانية و تمام الكلام في محله.
(١) قوله و ان اريد بالعنوان شيء آخر فهو خارج عن مصطلح اهل العرف و العلم.
و فيه ان صاحب الجواهر يدعى ان المراد بالعنوان ما جعل مفعولا- في قوله وقفت هذا البستان و ظاهر ذلك دخالة العنوان في موضوعيته للوقف.

و لا يقاس ذلك به بيعت هذا البستان إذ البيع لا يحدد من حيث الزمان أو الزمانى و هذا بخلاف الوقف و قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى فلا نعيد.

(٢) قوله يقع الكلام في بقائها و بطلانها من جهات اخر.

لم يذكروا وجهها للبطلان فيما إذا كان الانهدام بغير اختيار سوى انعدام العنوان.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٦

الصورة الثالثة: أن تخرب بحيث يقل منفعه لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم (١)

والاقوى هنا المنع وهو الظاهر من الاكثر فى مسألة النخلة المنقلعة،

حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها، الا على هذا الوجه، لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل ولا يرجى عوده ومنعه الحلى قائلا- ولا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا الى وجوب ابقاء الوقف على حاله مع امكان الانتفاع وزوال بعض المنافع لا- يستلزم زوال جميعها، لامكان التسقيف بها ونحوه وحكى موافقته عن الفاضلين والشهيدىين و المحقق الثانى واكثر المتأخرين، وحكى فى الايضاح عن والده قدس سره ان النزاع بين الشيخ والحلى لفظى واستحسنه لأن فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها والحلى فرض وجود منفعة ومنع لذلك بيعها وقيل: يمكن بناء نزاعهما على رعايته المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ، ولا يخلو عن تأمل.

وكيف كان فالاقوى هنا المنع وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب (٢) فلا يجوز بذلك البيع، الا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان اعود وسيجىء تفصيله.

الصورة الثالثة

(١) الصورة الثالثة: ان يخرب بحيث تقل وهى تنحل الى صورتين:

احدهما: ان تقل المنفعة التى لاحظها الواقف مع بقاء مقدار معتد به منها. كان الملحوظ جميع المنافع أو نوع خاص منها.

ثانيتها: ان تزول المنفعة التى لاحظها الواقف بالمره مع وجود غيرها.

اما فى الصورة الأولى: فلا ينبغى التوقف فى عدم الجواز لأدلة المنع عن بيع الوقف.

والمصنف ذكر هذه الصورة فى ذيل كلامه قال.

(٢) وأولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب.

وأما فى الصورة الثانية: فالأظهر انه بناء على خروج العين عن الحبسية بانتفاء منفعته بالمره، تخرج عنها فى هذه الصورة، إذ المنفعة المقصودة تكون منتفیه بالمره،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤١٧

الصورة الرابعة: أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف عليه. (١)

وظاهر المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدء وجود الموقوف عليه، وقد نسب جواز البيع هنا الى المفيد. وقد تقدم عبارته فراجع،

وزيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة الى البطن الموجود. وقد تلاحظ بالنسبة الى جميع البطون، إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه، و الاقوى المنع مطلقا. وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك وعلى تقديره، فقد تقدم عن التحرير ان كلام المفيد متأول، وكيف كان فلا اشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع وهو وجوب العمل على طبق انشاء الواقف،

و حيث ان المنفعة الاخرى ليست متعلقة للوقف و غرض الواقف فتخرج العين عن الوقفية بقول مطلق و يكون حكم هذا الوقف حينئذ حكم الوقف المنقطع الآخر.

وعلى ذلك فيمكن بناء نزاع المصنف قدس سره والحلى قده فى مسألة النخلة المنقلعة على ذلك، و يكون نظر المصنف قدس سره فى افتائه بالجواز الى الصورة الثانية، ونظر الحلى قدس سره الى الصورة الأولى، و يكون النزاع بينهما لفظيا.

الصورة الرابعة

(١) الصورة الرابعة: ان يكون بيع الوقف انفع و اعود للموقوف عليه.

لم ينقل القول بجواز البيع في هذه الصورة عن احد سوى المفيد، و لم يرض العلامة قدس سره باسناده إليه، و عليه فلا قائل به. و كيف كان: فالعمدة في المقام خبران:

احدهما: خبر «١» جعفر بن حنان عن الإمام الصادق عليه السلام المذكور في المتن ثانيهما التوقيع الشريف «٢» المذكور في المتن

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٨.

(٢) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٩.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٨

و قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب، عن علي بن رثاب عن جعفر بن حنان. قال: سألت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل وقف غلّة له على قرابته من ابيه، و قرابته من امه و اوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلّة ليس بينه و بينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة و يقسم الباقي على قرابته و قرابته من امه، فقال جائز للذي اوصى له بذلك قلت: أ رأيت ان لم تخرج من غلّة تلك الأرض التي اوقفها الا خمسمائة درهم فقال: أ ليس في وصيته أن يعطى الذي اوصى له من الغلّة ثلاثمائة درهم، و يقسم الباقي على قرابته من ابيه و أمه. قلت: نعم قال: ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلّة شيئاً حتى يوفى الموصى له ثلاثمائة درهم. ثم لهم ما يبقى ذلك، قلت: أ رأيت ان مات الذي اوصى له، قال: ان مات كانت له ثلاثمائة درهم لو رثته يتوارثونها ما بقي احد منهم، فإن انقطع ورثته و لم يبق منهم احد كانت ثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد الى ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلّة. قلت: فللورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الأرض إذا احتاجوا و لم يكفهم ما يخرج من الغلّة. قال: نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيراً لهم باعوا و الخبر المروى عن الاحتجاج ان الحميري كتب إلى صاحب الزمان جعلني الله فداه. أنه روى عن الصادق عليه السلام خير ما ثور ان الوقف إذا كان على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعه فهل يجوز ان يشتري عن بعضهم و ان لم يجتمعوا كلهم على البيع ام لا يجوز؟ إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذي لا يجوز بيعه فأجاب عليه السلام إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و متفرقين. إن شاء الله.

دلت على جواز البيع، أما في خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح.

و أما مطلقاً بناء على عموم الجواب، لكنه مقيد بالأصلح، لمفهوم رواية جعفر كما انه يمكن حمل اعتبار رضا الكل في رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما في بيع كل واحد بقريته رواية الاحتجاج، و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصّة ضيعة الامام عليه السلام من الوقف.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤١٩

و الجواب: اما عن رواية جعفر، فبأنها انما تدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم (١) لا لمجرد كون البيع انفع. فالجواز مشروط بالامرین كما تقدم عن ظاهر النزاهة و سيجىء الكلام في هذا القول بل يمكن ان يقال ان المراد بكون البيع خيراً لهم مطلق النفع (٢) الذى يلاحظه الفاعل، ليكون منشئاً لإرادته، فليس مراد الامام عليه السلام بيان اعتبار ذلك تعبداً، بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل،

يعنى إذا كان الامر على ما ذكرت من المصلحة في بيعه جاز،

اما خبر جعفر فاورد عليه بايرادات.

الأول: ضعف السند لجهالة جعفر.

و فيه: ان من رجال السند الحسن بن محبوب الذى هو من اصحاب الإجماع.
 الثانى: انه جمع فيه بين الوقف و الوصية، فان الوقف ان كان مقدما بطلت الوصية،
 و ان كانت الوصية مقدمة كان الوقف فسخا لها، و ان كانا متقارنين بانشاء واحد، فمضافا الى عدم معقوليته، لزم بطلان الوصية لتوقف
 نفوذها على الموت دون الوقف، فيتم سبب الوقف فلا يبقى موقع لنفوذ الوصية.
 و فيه: انه يمكن فرض صدور الوصية بعنوان الشرط على الموقوف عليهم فى ضمن عقد الوقف على ان يعطوا المقدار المعين للموصى
 له، فإذا مات الموصى له عادت جميع المنافع الى الموقوف عليهم كما هو المفروض فى الخبر.
 (١) الثالث: ما فى المتن، و هو: انه يدل على الجواز مع حاجة الموقوف عليهم لا لمجرد كون البيع انفع، فالجواز مشروط بالأمريين.
 و فيه: ان هذا الجواب يكفى الزاما للخصم، و الا فيمكن الالتزام باعتبار الحاجة،
 اى الحاجة الى نفع زائد ليفى بمثونته، و هذه غير الحاجة الشديدة المعدودة من المسوغات بنفسها.
 (٢) الرابع: ما ذكره المصنف قدس سره ايضا، و هو: ان المراد بالخير يحتمل ان يكون هو الخير الذى بلحاظه يكون الفعل اختياريا، و
 هو طلب خير الفعل لما فيه من الداعى الموافق لغرضه، و الجواز فى هذا الفرض مما لم يقل به احد.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٢٠

كما يقال: إذا اردت البيع و رأيتة اصلح من تركه فبع. و هذا مما لا يقول به احد،
 و يحتمل ايضا ان يراد من الخير هو خصوص رفع الحاجة التى فرضها السائل. (١)
 و عن المختلف و جماعة: الجواب عنه بعدم ظهوره فى المؤيد لاقتصاره على ذكر الاعقاب (٢) و فيه نظر، لأن الاقتصار فى مقام
 الحكاية لا يدل على الاختصاص، إذ يصح ان يقال فى الوقف المؤيد انه وقف على الأولاد مثلا،
 و حينئذ فعلى الامام عليه السلام ان يستفصل إذا كان بين المؤيد و غيره فرق فى الحكم فافهم. و كيف كان ففى الاستدلال بالرواية مع
 ما فيها من الأشكال على جواز البيع بمجرد الانفعالية اشكال مع عدم الظفر بالقاتل به عدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيد المتقدمة.
 و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى (٣) ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز

و فيه: ان السائل سأل عن البيع الاختيارى الموافق لغرضه، و ليس هذا امرا مبهما كى يحتاج الى تكراره فى الجواب.

(١) الخامس: ما ذكره المصنف قدس سره ايضا، و هو: انه يحتمل ارادة الخيرية بلحاظ ما فرضه السائل من رفع الحاجة. و قد تقدم
 الكلام فى ذلك.

(٢) السادس: ما عن المختلف و جماعة، و هو ظهور فى الوقف المنقطع، و محل الكلام الوقف المؤيد لاقتصاره على ذكر الاعقاب.
 و فيه: ان مقتضى اطلاقه على هذا هو جواز البيع فى الطبقات المتوسطة قبل الانقراض، و من الواضح عدم الفرق بينه و بين المؤيد
 حينئذ، إذ الفرق انما يصلح فى الطبقة الأخيرة أو بعد انقراضهم كما لا يخفى.
 فالحق فى الجواب عنه هو: اعراض الأصحاب و عدم افتائهم بمضمونه.
 (٣) و أما الخبر الثانى: فالكلام فيه تارة: فى ما ارسله عن الامام الصادق عليه السلام،
 و اخرى: فيما اجاب عليه السلام به اخيرا.

اما الأول: فهو يدل على جواز البيع إذا كان اصلح، و هو المدعى.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٢١

كان الثمن للبطن الأول البائع يتصرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد (١) فإن مقتضى كون العين

مشتركة بين البتون كون بدله كذلك، كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع في هذه الصورة و التصرف في الثمن رخصة من الشارع للبائع في إسقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع نظير الرجوع في الهبة المتحقق ببيع الواهب، لثلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

و اورد عليه بجملة من الايرادات الواردة على الخبر الأول، و قد تقدم ما فيها.

و قد يقال: انه يقيد اطلاقه بمفهوم الخبر الأول من حيث التقييد بالحاجة، فيكون اخص من المدعى.

وفيه - مضافا الى ما تقدم - انه لا - مفهوم لكلام الامام عليه السلام كى يقيد به اطلاق هذا الخبر، إذ الشرط انما ذكر في السؤال لا الجواب.

فالحق في الجواب عنه: انه معرض عنه عند الأصحاب.

و أما الثانى: فيرد عليه - مضافا الى ذلك - انه فى مقام البيان من حيث الاجتماع و التفرق لا فى مقام بيان جواز بيع الوقف من حيث هو كى يتمسك باطلاقه.

(١) ما ذكره من مخالفة الروايتين للقواعد اشكال آخر غير ما تقدم.

و حاصله: ان ظاهره بيع الوقف و صرف ثمنه كيف شاء، و هذا ايضا مما لا يمكن الالتزام به، إذ كون المبدل مشتركا و البديل مختصا غير معقول.

وفيه: ان الظاهر منه - كما تقدم - بيع الوقف إذا كان الثمن ازيد نفعا. فراجع.

و عن المحقق النائينى الجواب عنه بوجه آخر، و هو: انه يدل على جواز بيع الوقف مطلقا، فالنسبة بينه و بين ادلة المنع هى التباين، و إذا خصصت ادلة المنع بصورة الخراب انقلبت النسبة بينهما الى عموم مطلق فيخصص اطلاقه بها.

وفيه: انا لا نقول بانقلاب النسبة فى شىء من الموارد، فإذا كانت النسبة هى التباين تعين طرحه لوجوه لا تخفى.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٢٢

الصورة الخامسة: ان يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة (١)

و قد تقدم عن جماعة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية: الاجماع عليه،

و يدل عليه رواية جعفر المتقدم (٢) و يرد ان ظاهر الرواية انه يكفى فى البيع عدم كفاية غلة الأرض لمثونه سنة الموقوف عليهم كما لا يخفى. و هذا أقل مراتب الفقر الشرعى و المأخوذ من عبائر من تقدم من المجوزين اعتبار الضرورة و الحاجة الشديدة و بينها و

بين مطلق الفقر عموم من وجه (٣) إذ قد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه، و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مثونه

الصورة الخامسة

(١) الصورة الخامسة: ان تلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة.

فقد ذهب جماعة الى جواز البيع فى هذه الصورة، و عن الانتصار و الغنية دعوى الاجماع عليه.

و استدلل له: بالاجماع.

و بان الضرورات تبيح المحظورات.

(٢) و بخبر جعفر «١» المتقدم الدال على جواز البيع مع الحاجة، بعد تقييد الحاجة بالشديدة للاجماع على عدم كفاية ما دونها من

المرتبة.

و في الجميع نظر:

اما الأول: فلأن مصطلحهم في الإجماع غير مصطلح المتأخرين فلا يركن إليه.

و أما الثاني: فلانه يوجب الضرورة رفع الحرمة لا الحكم الوضعي.

و أما الثالث: فلما مر من ان الظاهر منه الحاجة الى البيع للتبديل بما هو انفع من حيث وفاء النفع بمثونته لا الحاجة الى البيع لصرف

الثلث في رفع الحاجة التي هي محل الكلام.

(٣) و اجاب المصنف قدس سره عنه بجواب آخر.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٨.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٣

سنته. فالرواية بظاها غير معمول بها، مع انه قد يقال ان ظاهر الجواز بوجوب بيع بمجرّد رضا الكل و كون البيع انفع، و لو لم يكن

حاجة. و كيف كان، فلا يبقى للجواز عند الضرورة الشديدة الا الاجماعان المعتضدان بفتوى جماعة و في الخروج بهما عن قاعدة

عدم جواز البيع، و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود، مع وانه بمصير جمهور المتأخرين،

و جماعة من القدماء الى الخلاف، بل معارضته بالاجماع المدعى في السرائر،

اشكال.

الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة (١)

أو إذا كان فيه مصلحة البطن الموجود، أو جميع البطون أو عند مصلحة خاصة على حسب ما يشترط فقد اختلف كلمات العلامة و من

تأخر عنه في ذلك، فقال في الارشاد: و لو شرط بيع الوقف عند حصول ضرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شراء غيره بثمانه،

فالوجه الجواز انتهى.

و حاصله ان: ظاهر الخبر كفاية عدم كفاية غلة الأرض لمثونة سنة الموقوف عليهم في جواز البيع، و هذا اقل مراتب الفقر الشرعي، و

النسبة بينه و بين الحاجة الشديدة هي العموم من وجه، إذ قد يكون فقيرا لا مثونة له و لا حاجة شديدة الى البيع لتتميم مثونته من مال

الفقراء، و قد تكون له حاجة شديدة و له مثونة سنة، و قد يتفقان.

و يمكن دفعه: بان الحاجة الى تتميم المثونة بالبيع ان كانت مسوغه للبيع كانت الحاجة الشديدة اولى بذلك. فتأمل.

و كيف كان: فالأظهر المنع لعموم الأدلة.

الصورة السادسة

(١) الصورة السادسة: ان يشترط الواقف بيعه عند الحاجة.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٤

و في القواعد و لو شرط بيعه عند الضرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمانه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع

أو قلة نفعه. ففي صحة الشرط اشكال و مع البطلان ففي ابطال الوقف نظر، انتهى.

و ذكر في الايضاح في وجه الجواز رواية جعفر بن حنان المتقدمة قال: فإذا جاز بغير شرط فمع الشرط أولى و في وجه المنع ان

الوقف للتأييد و البيع ينافيه،

قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحال، انتهى.

و قال الشهيد في الدروس و لو شرط الواقف بيعه عند حاجتهم أو وقوع الفتنة بينهم فأولى بالجواز، انتهى.

و يظهر منه ان للشرط تأثيرا و انه يحتمل المنع من دون الشرط و التجويز معه، و عن المحقق الكركي انه قال: التحقيق ان كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف بجواز اشتراط البيع في الوقف، إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد، و ليس بمناف للتأييد المعتبر في الوقف، لانه مقيد واقعا بعدم حصول احد اسباب البيع، و الا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حسبا. لأن اشتراط شراء شيء بثمنه يكون وقفا مناف لذلك لاقتضائه الخروج من المالك فلا- يكون وقفا و لا حسبا، انتهى. اقول يمكن ان يقال بعد التمسك في الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها- و المؤمنون عند شروطهم (١)

في المسألة اقوال:

نفوذ الشرط و جواز البيع: ذهب إليه العلامة في محكي الإرشاد و توقف فيه في محكي القواعد.

عدم نفوذ الشرط مع افساده للوقف و عدمه: ذهب إليه جماعة.

التفصيل بين شرط البيع عند عروض المسوخ له فيجوز و بين غيره فلا: ذهب إليه في محكي جامع المقاصد.

(١) مقتضى عموم دليل الوقف، و نفوذ الشرط- صحة الوقف و الشرط.

و لكن تنقيح القول في المقام بالبحث.

في موضعين:

الأول: فيما تقتضيه القواعد.

الثاني: فيما يقتضيه النص الخاص.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٥

بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف. (١) فلعله مناف لإطلاقه، و لذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته، فإن التحقيق كما عرفت سابقا ان جواز البيع لا يبطل الوقف، بل هو وقف يجوز بيعه- فإذا بيع خرج عن كونه وقفا. اما الأول: فقد يقال بفساد الشرط لوجهين:

الأول: انه مخالف لمقتضى العقد اما من جهة ان الوقف بمعنى الحبس و الممنوعية من التصرفات فينافيه شرط البيع، أو من جهة ان الوقف للتأييد و الوقف الى مدة باطل و التأيد مناف لجواز البيع.

و المصنف قدس سره تصدى للجواب عن ذلك حيث قال.

(١) بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف الثاني: انه مخالف للسنة لما دل من النصوص «١» على عدم جواز بيع الوقف.

و الحق انه ان كان الشرط بيعه عند تحقق شيء من المسوغات فلا اشكال فيه اصلا، إذ الجواز حاصل و الشرط مؤكد له. و ان كان بيعه لا عند تحقق شيء من المسوغات، فاما ان يكون الشرط مطلقا، و أما ان يكون معلقا على تقدير خاص، و على التقديرين اما ان يكون الشرط البيع مع كون الثمن وقفا، و أما ان يكون البيع مع عدم كون الثمن وقفا.

فان كان الشرط مطلقا مع عدم كون الثمن وقفا لا ينبغي التوقف في فساد الشرط لكونه منافيا لمقتضى العقد- بناء على ما عرفت من اخذ عدم البيع في مفهومه- و مخالفا للسنة لما دل على عدم جواز بيع الوقف من السنة.

و ان كان مطلقا مع كون العوض وقفا فالأظهر صحته لأول ذلك الى وقف الشيء بما انه مال، اي يكون الوقف الجامع بين المال و بدله، فيكون الشرط منافيا لمقتضى اطلاق الوقف لا أصله.

و ان كان معلقا فان كان الشرط بيعه و جعل ثمنه وقفا صح، فانه يؤول الى وقف العين بما انها مال مع خصوصية الى زمان حصول ذلك التقدير، و بعده تكون وقفا بما انها مال، فهذا ايضا مناف لمقتضى اطلاق العقد لا أصله،

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤- ١ و- باب ١٧- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٦

ثم انه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و اكل ثمنه. و أما تبديله بوقف آخر فلا- تنافى بينه و بين مفهوم الوقف، فمعنى كونه حبسا كونه محبوسا من ان يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق. و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الابدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالاشرط في متن العقد فتأمل.

ثم انه روى صحيحا في الكافي ما ذكره أمير المؤمنين عليه السلام في كيفية وقف ماله في عين ينبع (١) و فيه فان اراد يعنى الحسن عليه السلام ان يبيع نصيبا من المال ليقضى به الدين فليفعل ان شاء لا حرج عليه فيه، و ان شاء جعله شروى الملك و ان ولد على و موالهم و اموالهم الى الحسن بن على، و ان كانت دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له ان يبيعها فليبيعها ان شاء، و لا حرج عليه فيه، فإن باع فانه يقسم ثمنها ثلاثة اثلاث فيجعل ثلثا في سبيل الله و يجعل ثلثا في بنى هاشم و بنى المطلب و ثلثا في آل أبى طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله.

و ادلة المنع عن بيع الوقف لا تشمل البيع بعد الشرط كى يكون الشرط منافيا للسنة.

و ان كان معلقا و كان الشرط بيعه و صرف ثمنه اى عدم كونه وقفا.

فان قلنا بان عدم البيع ماخوذ في حقيقة الوقف صح ذلك، فانه يرجع الى انه وقف ما لم يتحقق التقدير الخاص الذى علق عليه جواز البيع، و إذا تحقق فلا وقف، و مقتضى اطلاق ادلة الوقف و نفوذ المعاملات صحة مثل هذا الوقف. و دعوى: انه مناف للتأييد المعترف في الوقف.

مندفعة بعدم الدليل على اعتباره، و انه يصح الوقف مع عدمه، لا سيما إذا كان مرددا بين الانقطاع و عدمه.

و ان قلنا بانه من احكامه لا من مقوماته. فالأظهر عدم الصحة الا مع انشاء الوقف الى زمان حصول ذلك التقدير، فان عدم جواز بيع الوقف و لزومه ليس من الحقوق بل من الأحكام، فالشرط مناف للسنة. و بما ذكرناه يظهر ما في كلمات المصنف قدس سره.

(١) و أما الثانى اى ما يقتضيه النص الخاص و هو الصحيح الحاكي لوقف

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٧

ثم قال: و إن حدث في الحسن أو في الحسين حدث فإن الآخر منهما ينظر في بنى على الى ان قال: فإنه يجعله في رجل يرضاه من بنى هاشم. و انه يشترط على الذى يجعله إليه ان يترك هذا المال على اصوله، و ينفق الثمرة حيث امره من سبيل الله و وجهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى المطلب، و القريب و البعيد، لا يباع شىء منه، و لا يوهب و لا يورث. الرواية و ظاهرها جواز اشتراط البيع في الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به (١) و السند صحيح

أمير المؤمنين عليه السلام ما له ينبع: المذكور في المتن «١».

(١) و هذا ايضا يدل على الجواز، و مورد الاستدلال به قوله عليه السلام: فان اراد ان يبيع نصيبا من المال ... الخ.

و اورد عليه بايرادات:

الأول: انه يدل على جواز بيع الوقف عند الحاجة، فيخرج عن محل الكلام.

و فيه: انه ظاهر في كونه في مقام اعطاء السلطنة للموقوف عليه في ضمن الوقف على البيع، وهذا هو الاشتراط.

الثاني: انه محمول على الوصية نظرا الى ما في صدره من قوله عليه السلام: هذا ما اوصى به وقضى في ماله عبد الله علي، وقوله في آخره: ولا يحل - الى قوله - ان يغير شيئا مما اوصيت به.

و فيه: انه ينافيه قوله عليه السلام: الذي كتبت من اموالي هذه صدقة واجبة بتلأ حيا انا أو ميتا. ولا تكون الوصية بتلأ واجبة في حياته، بل الوقف كذلك، و اطلاق الوصية على جميع ما يدبره الانسان من شئون ماله بنحو الايضاء به لمن يقوم بعده بالأمر شائع، و اختصاص الوصية بالمعهودة انما هو في لسان الفقهاء خاصة.

الثالث: انه قابل للحمل على ارادة قضاء الدين من حاصل الوقف.

(١) الوسائل - باب ١٠ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٨

و التأويل مشكل و العمل به اشكل (١)

و فيه: انه مناف لقوله ان يبيع، و لقوله جعله شروى الملك اى ملكا نفيسا لنفسه.

الرابع: ان مورده الوقف العام، و لا إشكال في عدم جواز البيع فيه. و قد تقدم الجواب عنه، و انه لا فرق بين الوقف العام و الخاص.

(١) قوله و التأويل مشكل و العمل به اشكل و لكن الانصاف ان الخبر لا إشكال فيه دلالة، كما لا إشكال فيه سنداً، فيدل على جواز البيع مع الشرط، إذ قد عرفت انه مقتضى القاعدة.

و ربما يستدل للجواز بجملة اخرى من الرواية، و هي قوله عليه السلام فبدا له ان يبيعه فليبيعه ان شاء لا حرج عليه.

و لكن يمكن الايراد عليه: بعدم ثبوت كون مورده وقفا.

و ذلك لوجهين:

الأول: قوله و ان كان دار الحسن بن علي غير دار الصدقة اى غير الصدقات العامة،

و هذا كما يمكن حمله على ما اذا كانت من الأوقاف الخاصة على الذرية، يمكن حمله على دارا لصدقة التي فوض امرها إليه و جعل له سكناها ما دامت الحاجة و بعده بعنوان الوصية يفعل ما امره به.

اللهم الا ان يقال: ان المراد بهذه الجملة انه ان كان دار الحسن التي هي مسكنه غير دار الصدقة و لم يكن له حاجة الى دار الصدقة و رأى المصلحة في بيعها فليبيعه ان شاء و يصرف ثمنها في المصارف المذكورة.

الثاني: ان تلك الدار لم تكن داخلية فيما وقفه في اول هذا الخبر، فان الموقوف هو ماله بينبع و ما حولها و بوادى القرى و بديمة و باذينة، و كل تلكم ليست الا المزارع و ليست الدار داخلية فيها و لكن في الجملة الأولى كفاية.

الصورة السابعة

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٢٩

الصورة السابعة: ان يؤدي بقاءه الى خرابه علما أو ظنا و هو (١)

المعبر عنه بخوف الخراب في كثير من العبارات المتقدمة و الاداء الى الخراب قد يكون للخلف بين اربابه و قد يكون لا له، و الخراب المعلوم و المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعاً معتداً به، و قد يكون على وجه نقص المنفعة. و أما إذا فرض جواز

الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر، كارتفاعه السابق أو ازيد فلا يجوز بيعه الا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من ان تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه، وقد عرفت ضعفه، وقد عرفت من عبائر جماعة تجوز البيع في صورة التأديء إلى الخراب، و لو لغير الاختلاف، و من أخرى تقيدهم به.

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا- يؤمن معه تلف المال و النفس، و ان لم يعلم أو يظن بذلك، فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف. الصورة العاشرة: ان يلزم فساد يستباح منه الأنفس، و الأقوى الجواز مع تأديء البقاء الى الخراب على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا، سواء كان لأجل الاختلاف أو غيره، و المنع في غيره من جميع الصور اما الجواز في الأول. فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع،

(١) الصورة السابعة: ان يؤدي بقاؤه الى خرابه علما أو ظنا.

و قد ذهب جماعة منهم المانعون عن بيع الوقف مطلقا، و المفيد و الديلمي و الفاضلان في اكثر كتبهما، و الشهيدان في غير الدروس، و المحقق الكركي و غيرهم: الى المنع، و عن الشيخ في النهاية، و ابن سعيد في كتابيه، و الطوسي و العلوي و العلامة في بيع التحرير، و الشهيد في الدروس و غيرهم: اختيار الجواز، و اختاره المصنف قدس سره.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٠

فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه، فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثاني أولى، فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلا.

و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الاجماع، و انصراف النصوص الى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض اذن الموجود منهم و قيام الناظر العام و الخاص مقام غير الموجود. (١) نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع الى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة الى الباقي،

و قد استدلل للجواز بوجه.

(١) ما افاده المصنف قدس سره و قصوده دفع الموانع عن التمسك بعمومات نفوذ البيع و حاصله: ان المانع عن التمسك بها في الوقف امور:

احدها: حق الواقف.

ثانيها: حق الموقوف عليه.

ثالثها: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

و شيء منها لا يصلح للمنع في المقام.

اما الأول: فلأن غرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين فائت لا محالة لأوله الى الخراب، و غرضه المتعلق بالانتفاع به بما انه مال يتوقف على البيع، فالبيع ليس منافيا لغرضه.

و أما الثاني: فلأن المفروض ان انتفاع الموقوف عليهم لا يفوت لانتفاعهم بالبدل،

و الانتفاع بشخص العين غير ممكن، و أما حقهم في تصدى البيع فالمفروض انه يباع باذن البطن الموجود و اولياء البطن اللاحقة.

و أما الثالث: فلانصراف الأدلة عن صورة اول العين الى الخراب المخرج اياها عن حد الانتفاع.

وفيه: ان هذا يتم في صورة الخراب، و أما قبله فغرض الواقف المتعلق بالانتفاع بشخص العين ممكن، و حق الموقوف عليهم في الانتفاع به كذلك، و الأدلة غير منصرفه،

فالأظهر عدم ارتفاع الموانع عن التمسك بالعمومات.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣١

و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمته إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه، و مع فوته ففي تقديم البيع إشكال، و لو دار الأمر بين بيعه و الأبدال به، و بين صرف منفعة الحاصلة مدة من الزمان لتعميره، ففي ترجيح حق البطن الذي يفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الواقف وجهان، لا يخلو اولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف اصلاح الوقف من منفعة مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح، من ان بقاء الوقف على حاله، و الحال هذه اضعافه و اتلاف للمال، و هو منهي عنه،

شرعا فيكون البيع جائزا. (١) و لعله اراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه انه يدل على وجوب البيع، و فيه ان المحرم هو اضعاف المال المسلط عليه، لا ترك المال الذي لا سلطان عليه الى ان يخرب بنفسه و الا لزم وجوب تعمير الاوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما امكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع.

و الحاصل ان ضعف هذا الدليل بظاهره واضح، و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير، و يتلوه في الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المذهب و غاية المرام، من ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه. و قد تعذرت،

فيجوز اخراجه عن حده، تحصيليا للغرض منه، و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض (٢) كما انه لو تعطلت الهدى ذبح في الحال و ان اختص بموضع،

فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المتعذر

(١) الثاني ما عن التنقيح و هو: ان ابقاء الوقف على حاله، و الحال هذه اضعافه و اتلاف للمال و هو منهي عنه شرعا، فيكون البيع جائزا. و فيه: ما تقدم من ان التضييع المحرم هو ما لم يكن بامر من الشارع، و حيث ان ابقاء الوقف يكون بامر منه فلا يشمل دليل حرمة التضييع.

(٢) الثالث ما عن: المختلف و التذكرة و المذهب و غيرها، و هو: ان الغرض من الوقف استيفاء منافعه، و قد تعذرت فيجوز اخراجه عن حده تحصيليا للغرض منه،

و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

وفيه: ان هذا لو تم فانما هو في آخر ازمته بقائه الذي خرجت العين فيه عن

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٢

و فيه ان الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف، لانه الذي دل عليه صيغة الوقف، و المفروض تعذره، فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص، لكونه اقرب الى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الاقرب الى غرض الواقف بعد تعذر اصل الغرض، فالاولى منع جريان ادلة المنع من خوف الخراب المسقط للمنفعة رأسا، و جعل ذلك مؤيدا.

و أما المنع في غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها، فلعموم قوله عليه السلام لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة في ملكك، فإن ترك الاستفصال فيه عن علم المشتري بعدم وقوع بيع الوقف على بعض الوجوه المجوزة و عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة، يدل على ان الوقف ما دام له غلة لا يجوز بيعه، و كذا قوله عليه السلام: الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله،

و ما دل على انه يترك حتى يرثها وارث السموات و الأرض، هذا كله مضافا الى الاستصحاب فى جميع هذه الصور، و عدم الدليل الوارد عليه، عدا المكاتب المشهورة (١) التى انحصرت تمسك كل من جوزه فى هذه الصور فيها

حيز الانتفاع، و أما قبله فالغرض. من الوقف الاستيفاء من شخص العين و هو ممكن فلا يجوز.

الرابع: ما افاده المحقق النائيني قدس سره، و هو: انه إذا احتمل احتمالا عقلا تاديتة الى الخراب على نحو لو كان فعلا خرابا لجاز بيعه، جاز بيعه لأن حكم الاحتمال حكم الخراب، و لكن من حيث كونه طريقا، لأنه بعد اعتبار هذا الاحتمال عند العقلاء فكأنه صار خرابا فعلا.

و فيه: ان هذا لو تم فانما هو فى احتمال الخراب الفعلى لا فى احتمال تاديتة الى الخراب، لأن هذا الاحتمال ليس طريقا الى الخراب بالفعل كما هو واضح.

(١) الخامس: ما كتبه عليه السلام فى جواب ابن مهزيار «١» المذكور فى المتن.

(١) الوسائل - باب ٦ - من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٦.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٣

و هى مكاتبه ابن مهزيار. قال كتبت الى ابي جعفر الثانى عليه السلام: ان فلانا ابتاع ضيعة فوقفها، و جعل لك فى الوقف الخمس و يسألك عن رأيك فى بيع حصتك من الأرض، أو تقويمها على نفسه بما اشتراها، أو يدعها موقوفة، فكتب إلى اعلم فلانا انى امره ببيع حصتى من الضيعة، و ايصال ثمن ذلك الى ان ذلك رأى انشاء الله تعالى، أو يقومها على نفسه ان كان ذلك اوفق له، قال: فكتب «فكتبت» إليه ان الرجل ذكر ان بين من وقف عليهم بقية هذه الضيعة اختلافا شديدا، و انه ليس يأمن ان يتفاقم ذلك بينهم بعده، فإن كان ترى أن يبيع هذا الوقف و يدفع الى كل إنسان منهم ما وقف له من ذلك أمرته فكتب بخطه و أعلمه أن رأى أن كان قد علم الاختلاف بين ارباب الوقف ان يبيع الوقف امثل فليبيع فانه ربما جاء فى الاختلاف تلف الأموال و النفوس (١) الخبر. حيث إنه يمكن الاستدلال للجواز بها فى القسم الثانى من الصورة السابعة،

بناء على ان قوله فانه الى آخره تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف، و ان المراد بالمال هو الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، لا ان المناط فى الحكم هو اجتماع الامرين كما لا يخفى، فيكون حاصل التعليل انه كل ما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه.

(١) بتقريب: ان قوله عليه السلام: فانه ... الخ تعليل لجواز البيع فى صورة الاختلاف، و ان المراد من المال الوقف، فان ضم النفوس انما هو لبيان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف، إذ على ذلك يصير المتحصل من الرواية: انه كلما كان الوقف فى معرض الخراب جاز بيعه.

و فيه: ان كون المراد من المال العين الموقوفة مما لم يشهد به شاهد، بل بقرينة ضم النفوس الى الأموال يصير ظاهرا فى المال الآخر، إذ الاختلاف يوجب صرف المال فى الغلبة على الخصم و ادائه الى المقاتلة الموجبة لإتلاف النفوس، و هذا بخلاف تلف الوقف الذى هو اجنبى عن تلف النفس.

فالأظهر عدم جواز بيع الوقف ان خيف اوله الى الخراب، لا سيما إذا كان الخراب المترقب بعد مدة طويلة. نعم يجوز البيع فى آخر ازمته بقاءه، إذ لا منفعة حينئذ

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٤

وفيه ان المقصود جواز بيعه إذا أدى بقاءه الى الخراب علماً أو ظناً، لا- مجرد كونه ربما يؤدي إليه المجامع للاحتمال المساوي أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظ ربما، كما لا- يخفى على المتتبع لموارد استعماله، ولا- أظن احدا يلتزم بجواز البيع بمجرد احتمال اداء بقاءه الى الخراب، لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بين قولهم أدى بقاءه إلى خرابه، وبين قولهم يخشى أو يخاف خرابه،

و الخوف عند المشهور، كما يعلم من سائر موارد اطلاقاتهم مثل قولهم يجب الافطار و التيمم مع خوف الضرر، و يحرم السفر مع خوف الهلاك، لا- يتحقق الا- بعد قيام اماره الخوف، هذا، مع ان مناط الجواز على ما ذكر تلف الوقف رأساً. و هو القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، فلا يشمل الخراب الذي لا يصدق معه التلف، مع انه لا وجه بناء على عموم التعليل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف، بل كلما خيف تلف مال جاز بيع الوقف.

الصورة الثامنة

الصورة الثامنة: ان يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال.

فكلمات القوم في هذه الصورة متشبهة، فلا يصغى الى نقل شهرة في الباب.

فالمهم صرف عنان الكلام الى الحجج و الأدلة.

وقد استدل للمنع في المكاسب: بعموم ادلة المنع عن بيع الوقف «١» و بالاستصحاب.

صرح في بيان الحكم في الصورة السابعة ان عموم الادلة، و الاستصحاب دليلان للمنع في الصور اللاحقة.

ما ذكره قدس سره من عموم الأدلة متين في نفسه.

و أما الاستصحاب فغاية ما يمكن ان يقال في تقريبه: ان عموم دليل نفوذ البيع خصص بما دل على عدم جواز بيع الوقف، و هو و ان اختص بما قبل وقوع الاختلاف المزبور و لم يكن له عموم شامل له، الا انه من جهة كون دليل نفوذ البيع و الوفاء بالعقد مما لا عموم ازمانى له، بل هو متضمن لبيان حكم واحد مستمر لكل فرد من افراد البيع و العقد، و مع الشك في ان الخارج هو في زمان أو دائماً يجرى الاستصحاب، و لا يكون مورد التمسك بالعموم.

(١) الوسائل- باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤- ١ و- باب ١٧- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٥

و أما تقريب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البيع في الصورة الثامنة و هي صورة وقوع الاختلاف الذي ربما اوجب تلف الأموال و النفوس، فهو ان الحكم بالجواز معلق على الاختلاف، الا ان قوله فإنه ربما الخ مقيد بالاختلاف الخاص،

و هو الذي لا يؤمن معه من التلف لأن العلة يقيد المعلول كما في قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض، و فيه أن اللازم على هذا تعميم الجواز في كل مورد لا يؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم يكن من جهة اختلاف الموقوف عليهم،

فيجوز بيع الوقف لاصلاح كل فتنه، و ان لم يكن لها دخل في الوقف (١) اللهم الا- ان يدعى سوق العلة مساق التقريب لا التعليل الحقيقي حتى يتعدى الى جميع موارد، لكن تقييد الاختلاف حينئذ بكونه مما لا يؤمن، ممنوع و هو الذي فهمه

الشهيد رحمه الله في الروضة، كما تقدم كلامه، لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا يبقى حينئذ وثوق بالرواية، بحيث يرفع اليد بها عن العمومات و القواعد،

وفيه: - مضافا الى عدم تمامية المبنى كما حققناه في الأصول- انه لا يكون منطبقا على المقام من جهة انه ليس هناك فرد واحد يكون خارجا عن تحت عموم دليل نفوذ البيع في زمان ويشك بعده في خروجه، بل البيع قبل عروض العارض المشكوك الحال فرد مقدر الوجود، و البيع بعد العروض فرد مقدر آخر. و عليه فمع عدم شمول دليل المخصص يتعين الرجوع الى عموم دليل النفوذ للشك في التخصيص الزائد، بل لو لم يكن هناك عموم لما كان مورد لإجراء الاستصحاب.

و استدل للجواز: بمكاتبة ابن مهزيار المتقدمة في الصورة السابقة:

(١) و اورد عليه المصنف قدس سره بما حاصله ان فقوله عليه السلام: فانه ربما جاء في الاختلاف ... الخ اما ان يكون تعليلا لجواز البيع عند الاختلاف، أو يكون حكمة له. و على الأول:

يتعين البناء على جواز بيع الوقف إذا لزم تلف المال و النفس، و لو لا لدخل فيه، لأن العلة كما تخصص تعميم. و على الثاني: يتعين البناء على جواز البيع مع الاختلاف مطلقا، و شيء منهما لا يمكن الالتزام به لعدم افتاء المشهور به.

وفيه: انه يحمل على التعليل كما هو ظاهره، و لكن العلة هي لزوم تلف المال

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٦

مع ما فيها من ضعف الدلالة كما سيحىء إليه الاشارة. و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و رده. (١)

و النفس من ترك البيع و ابقاء الوقف على حاله، فان الظاهر منها ان عليه ما ذكر من جهة ان الوقف صدقة جارية يتقرب بها الى الله تعالى، و هذا لا يلائم مع تلف المال و النفس، و لا مانع من الالتزام بالتعميم على هذا، اى الالتزام بجواز البيع فى كل مورد لزم من بقائه تلف المال و النفس.

و دعوى انها معرض عنها و لم يعمل بها الأصحاب، قد تقدم ما فيها، فالمكاتبة تدل على الجواز فى هذه الصورة هذا مع قطع النظر عن الاشكالات المشتركة بين جميع الصور التى سيتعرض لها المصنف قدس سره، و ستعرف عدم ورود شيء منها. فالأظهر هو جواز البيع فيها.

و ربما يستدل له بحديث «١» لا ضرر الحاكم على الأدلة الواقعية.

وفيه: ان الموقوف عليهم باختيارهم يتلفون المال و النفس، و فى مثل ذلك لا يوجب الحديث رفع التكليف الواقعي.

و به يظهر ما فى الاستدلال له بدليل وجوب حفظ النفس فيما إذا لزم من ترك البيع تلف النفس.

الصورة التاسعة

الصورة التاسعة: ان يؤدي الاختلاف بينهم الى ضرر عظيم.

(١) و قد استدل للمنع عن البيع فى هذه الصورة بعموم الأدلة.

و الاستصحاب.

و قد تقدم ان الاستدلال بالعموم متين.

و لكن الاستدلال بالاستصحاب فى غير محله.

و قد استدل للجواز بوجهين:

الأول: لا ضرر. و قد تقدم ما فيه.

الثانى: مكاتبة ابن مهزيار المتقدمة، بدعوى انه يستفاد منها ان ذكر تلف النفس و المال انما يكون من باب المثال لمطلق الضرر

العظيم، و الاحتياط سبيل النجاة

(١) الوسائل - باب ١٧ - من ابواب الخيار.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٧

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة، فهو ان ضم تلف النفس إلى تلف الأموال، مع ان خوف تلف النفس يتبعه خوف تلف المال غالباً، يدل على اعتبار بلوغ الفتنة في الشدة الى حيث يخاف منه تلف النفس (١) و لا- يكفي بلوغها الى ما دون ذلك، بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه ان اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم، بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة (٢) مع ان ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الاموال و النفوس. و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة: هو اعتبار الفتنة التي يستباح بها الأنفس.

و الحاصل ان جميع الفتاوى المتقدمة في جواز بيع الوقف، الراجعة الى اعتبار اداء بقاء الوقف علماً أو ظناً أو احتمالاً الى مطلق الفساد أو فساد خاص،

الصورة العاشرة

الصورة العاشرة: ان يلزم فساد تستباح منه الأنفس.

و قد استدلل للمنع بما تقدم، و للجواز بما ذكرناه آنفاً.

(١) و تقريب الاستدلال بالمكاتبة: ان ذكر تلف الأموال و ضمه الى تلف النفوس انما هو من جهة التلازم الغالبى، إذ خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف الأموال لا لخصوصية فيه، بل المدار على خوف تلف النفوس خاصة.

(٢) و اورد عليه المصنف قدس سره بما تقدم من: ان مقتضى عموم جواز البيع لدفع كل فتنة مؤديه الى ذلك، و قد عرفت الجواب عنه.

فالحق في الايراد عليه- مضافاً الى منع التلازم الغالبى.

ان حمل القيد على ذلك خلاف الظاهر، فان الظاهر كون كل قيد ماخوذ في لسان الدليل للاحتراز.

مع ان لازم التمسك بالمكاتبة البناء على كفاية خوف الأداء الى استباحة الأنفس لا اعتبار الاستباحة الواقعية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٣٨

أو فساد خاص، أو اعتبار الاختلاف مطلقاً، أو اختلاف خاص، مستندة الى ما فهم اربابها من المكاتبه المذكورة و الاظهر في مدلولها هو اناطة الجواز بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس، لا مطلق الاختلاف، لأن الذيل مقيد،

و لا- خصوص المؤدى علماً أو ظناً، لأن موارد استعمال لفظه ربما اعم من ذلك، و لا مطلق ما يؤدى الى المحذور المذكور لعدم

ظهور الذيل في التعليل، بحيث يتعدى عن مورد النص، و ان كان فيه اشارة الى التعليل و على ما ذكرنا فالمكاتبة غير مفتى بها عند

المشهور (١) لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه الى الخراب الغير الملازم للفتنة الموجبة لاستباحة الاموال و النفس، فيكون

النسبة بين فتوى المشهور و مضمون الرواية عموماً من وجه.

لكن الانصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية، و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة، لأن اختلاف فتاوى المشهور

إنما هو من حيث الاختلاف في فهم المناط الذى أنيط به الجواز، من قوله عليه السلام: ان كان قد علم الاختلاف المنضم الى قوله:

فإنه ربما جاء في الاختلاف. و أما دلالة المكاتبه على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام، فهى على تقدير قصورها منجبرة

بالشهرة، فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها فى المؤبد، لعدم ذكر البطن اللاحق (٢) و ظهورها فى

عدم إقباض الموقوف عليهم

و ربما اورد على الاستدلال بالمكاتبة فى هذه الصور بايرادات:

(١) الاول اعراض الاصحاب عنها و قد عرفت ان الأصحاب عملوا بها، و انما الخلاف بينهم فى موضوع الجواز من جهة اختلافهم فى فهم المراد منها.

(٢) الثانى: ان الظاهر من عدم ذكر الاعقاب فيه كون الوقف منقطعاً لا مؤبداً الذى هو محل البحث.

وفيه: ان عدم ذكر الأعقاب انما هو من جهة عدم الاحتياج إليه، فلو لم ندع ان اطلاق الوقف ظاهر فى المؤبد، لا كلام فى ان مقتضى ترك الاستفصال البناء على عدم

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٣٩

و عدم تمام الوقف، كما عن الايضاح (١) و أوضحه الفاضل المحدث المجلسى،

و جزم به المحدث البحرانى، و مال إليه فى الرياض. قال الأول فى بعض حواشيه على بعض كتب الاخبار أنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوفة عليهم و لم يدفعها إليهم. و حاصل السؤال ان الواقف يعلم انه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف، و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم فى تلك الضيعة أو فى أمر آخر، فهل يدفعها موقوفة أو يدفعها إليهم؟ أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم ثمنها، أيهما أفضل. انتهى موضع الحاجة و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس فى السؤال ما يوجب ظهوره فى ذلك، فلا يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال فى الجواب، كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال فى الوقف المنقطع، إذ كثيراً ما يقتصر فى مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد.

و الحاصل ان المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد، لا تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه،

أو غير ذلك، مما تقدم من الاحتمالات فى الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة اخرى،

الفرق فى ذلك بين المؤبد و المنقطع.

(١) الثالث: ما عن الايضاح، و هو ظهورها فى عدم اقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف، و عن المحدث المجلسى و البحرانى: الجزم به، و احتمله سيد العروة، فهى تدل على جواز البيع ما لم يتحقق الوقف، و محل الكلام هو بيع الوقف.

وفيه: اولاً: ان الظاهر من الوقف و الموقوف عليهم و غيرهما من التعبيرات فيها تحقق الوقف الصحيح.

و ثانياً: انه لو تنزلنا عن ظهورها فى ذلك يكفى فى الحكم عدم الاستفصال بين تحقق الوقف و القبض و عدمه.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٠

وهى أن مقتضى القاعدة، كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كمنه مشتركاً بين جميع البطون، و ظاهر الرواية تقريره للسائل فى تقسيم ثمن الوقف على الموجودين (١) فلا بد أما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكليف سقوط حق سائر البطون عن الوقف

أنا ما قبل البيع، لتقع المعاوضة فى مالهم. و أما من حمل السؤال على الوقف المنقطع اعنى الحبس الذى لا إشكال فى بقاءه على ملك الواقف، أو على الوقف الغير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف و ان تحقق التوطن عليه و تسميته وفقاً بهذا الاعتبار.

و يؤيده تصدى الواقف بنفسه للبيع الا ان يحمل على كونه ناظراً، أو يقال انه اجنبى استأذن الامام عليه السلام فى بيعه عليهم حسبة، بل يمكن ان يكون قد فهم الامام عليه السلام من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها، مع ان التركيز فى الاذهان

اشترك جميع البطون في الوقف و بدله ان مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده ان ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام عليه السلام هو هذا النحو ايضا، الا ان يصلح هذا الخلل و امثاله بفهم الاصحاب الوقف المؤبد التام، و يقال انه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف، و موجبا لتكليف الالتزام لسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند ارادة البيع، أو مننع تقرير الامام عليه السلام للسائل في قسمة الثمن الى الموجودين.

(١) الرابع: ان الظاهر من الخبر كون الثمن للموجودين، مع انه مناف لحق البطون و لقول المجوزين لأنهم يقولون بجواز البيع و شراء عوض الوقف بثمنه.

و فيه: اولاً: ان عدم عمل الأصحاب بهذه الجملة لا يوجب سقوط سائر الجملات عن الحجية. و ثانياً: ان الالتزام بذلك في خصوص مورد الوقف الذي لا يرتفع الاختلاف الا بتقسيم الثمن من جهة انه جاء من جهة الاشتراك في الوقف، لا أرى فيه محذورا.

و ثالثاً: ان المحكى عن الأكثر العمل بها.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤١

و يبقى الكلام في تعيين الاحتمالات في مناط جواز البيع، و قد عرفت الاظهر منها لكن في النفس شىء من الجزم بظهوره، فلو اقتصر على المتيقن من بين الاحتمالات و هو الاختلاف المؤدى علماً أو ظناً الى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان اولى. و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع، ان المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأساً و المناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال و ان لم يتلف الوقف،

فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأساً حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم، إذ لا يناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإن تلفها غالباً بسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها. ثم ان الظاهر من بعض العبارات المتقدمة، بل المحكى عن الأكثر:

ان الثمن في هذا البيع للبطن الموجود. الا ان ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد: هو انه يشتري بثمنه ما يكون وقفاً على وجه يندفع به الخلف تحصيلاً لمطلوب الواقف بحسب الامكان. و هذا منه قدس سره مبنى على وجه ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين، أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البديل كالمبدل لكن، الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكاً برواية جعفر، فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل في الرواية.

الخامس: انه لو جاز بيع الوقف فانما يجوز للموقوف عليهم لا للأجنبي، و المكاتبه تدل على جوازه للأجنبي كما لا يخفى. و فيه: انه يمكن ان يكون ذلك من جهة كونه ناظراً، أو انه استأذن من الامام عليه السلام في ذلك لكونه من الأمور الحسينية.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٢

و أما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض (١) بناء على صحته،

كما هو المعروف (٢)

(١) هذا كله في الدائم، و أما الوقف المنقطع، و هو ما إذا وقف على من ينقرض.

فالكلام فيه يقع في جهات:

الأولى: في صحة الوقف المنقطع.

الوقف المنقطع على قسمين:

الأول: ما يجعل وقفا موقتا كما لو قال وقفت هذا عشر سنين و هذا لا-خلاف بينهم في بطلانه كما عن ظاهر جامع المقاصد و المسالك، بل عن الغنية و المختلف و السرائر و الجواهر: دعوى الإجماع عليه، و كفى به مدركا.

(٢) الثانى: ما يجعل على من ينقرض غالبا، و الاظهر صحته وقفا كما هو المشهور بين الأصحاب، لأن الوقف على حسب ما يوقفها اهلها.

و دعوى: اخذ التأييد في مفهوم الوقف.

كما ترى، لأن حقيقة الوقف حبس العين و تسبيل الثمرة- كان ذلك دائما ام موقتا.

و الإجماع على اعتبار التأييد في الوقف و ان كان لا ينكر الا ان مراد المجمعين عدم توقيته مدة لا كونه دائما. و بعبارة اخرى: المراد به عدم الاقتران بمدة، و أما ارتفاع الوقف بانتفاء الموقوف عليه كارتفاعه بانتفاء العين الموقوفة فلا ينافى الدوام.

و يشهد لصحته صحيح الصفار: كتبت الى ابي محمد عليه السلام اسأله من الوقف الذى يصح كيف هو؟ فقد روى ان الوقف إذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثة، و إذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكر فيه انه وقف على فلان و عقبه، فإذا انقرضوا فهو للفقراء و المساكين الى ان يرث الله الارض و من عليها و قال آخرون.

منهاج الفقهاء (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٤٣

فأما ان نقول ببقائه على ملك الواقف. و أما ان نقول بانتقاله الى الموقوف عليهم،

و على الثانى فإما ان يملكه ملكا مستقرا، بحيث ينتقل منهم الى ورثتهم عند انقراضهم. و أما ان يقال بعوده الى ملك الواقف. و أما ان يقال بصيرورته فى سبيل الله (١)

هذا موقت إذا ذكر انه لفلان و عقبه ما بقوا و لم يذكر فى آخره للفقراء و المساكين الى ان يرث الله تعالى الارض و من عليها، و الذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف و لم يذكر احدا، فما الذى يصح من ذلك و ما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقف بحسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله «١».

فانه يدل على صحة الوقف الموقت بكلا تفسيريه.

(١) الجهة الثانية: فى انه بعد الانقراض يرجع الوقف الى الواقف و ورثته أو الى ورثة الموقوف عليه أو يصرف فى وجوه البر، ووجه اقواها الأول، لأن خروج الوقف عن ملكه لو قلنا به انما يكون خروجا ما داميا، اى ما دامت حياة الموقوف عليه، فلا محالة يرجع الى مالكة بموته، فانه لم يخرج عن ملكه الا الى اجل.

و دعوى ان مقتضى اطلاق ادلة الأثر انتقاله الى ورثة الموقوف عليه.

مندفعة بانها انما تدل على الأثر فيما هو للميت لاما ليس له بعد موته، و مقيد ملكيته بحياته، فانه ليس مما تركه الميت. و تمام الكلام فى محله.

هذا على القول بخروجه عن ملك الواقف، و الا فهو ملك له من الأول و بموته ينتقل الى ورثته.

و لعل الأظهر ذلك، لأن ما ذكرناه فى وجه خروجه عن ملك الواقف فى المؤبد- من ان اعتبار الملكية له لغو، و من اطلاق الصدقة

عليه لا سيما بما في بعض النصوص من التقييد بالبتلة.

لا يجرى في المقام. اما الأول: فواضح، و أما الثاني: فلعدم اطلاقها مع هذا القيد على الوقف المنقطع.

(١) الوسائل - باب ٧- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٢.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٤

فعلى الأول: لا- يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك، و في جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم اشكال من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به (١) و لذا منع الاصحاب كما في الايضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالاقراء لجهالة مدة العدة، مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين في المسالك و الدروس و غيرهم: صحة البيع في السكنى الموقته بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح: الاجماع عليه،

الجهة الثالثة: في جواز بيعه و عدمه.

الظاهر انه ان قلنا بانتقال الوقف الى الموقوف عليه لا- ينبغي التوقف في عدم جواز بيعه لعموم ما دل على عدم جواز بيع الوقف «١» الشامل للمؤبد و المنقطع.

و من الغريب عدم ذكر المصنف قدس سره هذه الجهة مع هذا البسط و الاطناب.

نعم لو قلنا ببقائه على ملك الواقف لا يبعد دعوى عدم شمول الأدلة المانعة عن البيع له، اما دليل الوقف فلظهوره في ان المنع عن البيع الذى انشأه الواقف انما هو من خصوصيات انشائه ملكية الموقوف عليهم- اى يملكهم بالملكية الراكدة غير المتعدية عنهم- فلو لم يقع اصل الملك كيف تقع خصوصياته، و أما غيره فللانصراف الى ما لو كان البيع منافيا للوقف.

و على القول بعدم شمول الأدلة المانعة له يقع الكلام فيما تقتضيه القواعد.

فالحق ان بيع الواقف حينئذ يتصور على وجوه:

احدها: ان يبيع العين الموقوفة من الأجنبي مع عدم انتقال منافعه إليه، و حيث ان المقتضى للصحة و هو الملك موجود، فلا بد من البحث في المانع، و هو ليس الجهل بمقدار المنفعة التى يستحقها الموقوف عليه للجهل بامد انقضائها- فان الجهل بنفسه و ان كان من الموانع لصحة البيع الا انه الجهل بالمبيع و المنافع ليست داخله فيه و ان اوجبت زيادة المالىة- بل المانع هو الغرر، و قد وجهه المصنف قدس سره.

(١) بقوله بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به.

و اورد عليه المحقق الأصفهاني قدس سره: بانه إذا كان المبيع معلوما ذاتا و وصفا و تسليميا.

(١) الوسائل - باب ٦- من ابواب الوقوف و الصدقات حديث ٤- ١ و- باب ١٧- من ابواب عقد البيع.

منهاج الفقاهة (لروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٥

و لعله اما لمنع الغرر و أما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم، قال: سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل جعل داره سكنى لرجل فى زمان حياته و لعقبه من بعده، قال: هى له و لعقبه من بعده كما شرط، قلت:

فإن احتاج الى بيعها «بيعها» قال: نعم، قلت: فينقض البيع السكنى، قال: لا ينقض البيع السكنى، كذلك سمعت ابي يقول: قال أبو جعفر لا- ينقض البيع الاجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على ان الذى يشتره لا يملك ما اشتره حتى ينقضى السكنى على ما شرط

الخبر. (١)

ومع ذلك فقد توقف في المسألة العلامة و ولده و المحقق الثاني، و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه، لعدم الغرر، و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشتري لا يوجب معرفة المبيع. و كذلك لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل الى الواقف، ثم باع صح جزماً.

و كان المجهول وقت التسليم لا- يكون ذلك غررياً، و على فرض التنزل و تسليم صدقه عليه لا- دليل على مبطليته لأن العمدة في مانعته الإجماع، و هو غير ثابت في المقام.

و فيه: ان الجهل بوقت التسليم و الجهل بمقدار المنفعة موجبان لصدق الغرر.

اما الثاني: فلأن الثمن انما يدفع بازاء العين بلحاظ المنافع، فالجهل بمقدارها موجب للغرر.

و أما الأول: فلأنه كما يصدق الغرر مع الجهل باصل التسليم، كذلك يصدق مع الجهل بوقته.

و دعوى ان عمدة دليل مانعية الغرر الإجماع غير الشامل للمقام.

مندفعة بان عمدة دليله النبوي «١» المنجبر بالعمل الشامل للمقام.

فالأظهر بحسب القاعدة البطلان.

(١) و أما مصحح الحسن بن نعيم المذكور في المتن الدال على جواز بيع المالك داره التي جعل سكنها لرجل و لعقبه من بعده، «٢» فهو يخصص دليل الغرر، و عليه فان

(١) الوسائل - باب ٤٠ - من ابواب آداب التجارة حديث ٣.

(٢) الوسائل - باب ٢ - من ابواب احكام السكنى و الحبس حديث ٢.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٦

و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبي (١) لأن المنفعة مال لهم، فلا ينتقل إلى المشتري بلا عوض، اللهم إلا ان يكون على وجه الأسقاط لو صححناه منهم أو يكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم، فيكون العوض موزعاً عليهما، و لا- بد ان يكون ذلك على وجه الصلح، لأن غيره لا- يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصاً مع جهالة المنفعة، و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من انه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع في المنقطع جاز، سواء اراد بيع الواقف أو بيع الموقوف عليه، كما يدل عليه كلامه المحكى عنه في مسألة السكنى، حيث اجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة، كما في السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل.

و تمام الكلام في هذه المسائل في باب السكنى و الحبس انشاء الله تعالى و على الثاني فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه، لاعتبار الواقف بقائه في يدهم إلى انقراضهم. و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن اجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف في الوقف بقاء العين، كما لا يجوز أيضاً للواقف الغير المالك فعلاً و ان اجاز الموقوف عليه، إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له في الحال

امكن القاء الخصوصية يتعدى من مورده الى الوقف المنقطع و يحكم بجواز بيعه و الا فلا.

(١) بقى الكلام في اجازة الموقوف عليه، و ان رضاه ببيع الواقف هل يوجب صحته ام لا؟ و المقصود من ذلك ان تكون عينه و جميع

منافعه منتقلة الى المشتري، فلا يلزم الغرر. والأظهر عدم كفايته، فان المنفعة لا تنتقل الى المشتري لا بلا عوض ولا معه الا بالصلح. اما عدم انتقالها بلا عوض فلأن الناقل اما هو الهبة أو الأسقاط أو الإبراء، ولا مورد لشيء منها في المقام، اما الهبة: فلا اعتبار تعلقها بالعين، و أما الأسقاط: فلأنه يتعلق بالحق والمنفعة ملك، و أما الإبراء: فلأنه يتعلق بالملك الذمي كالدين والمنفعة ملك خارجي منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٧

بناء على ان الموقوف عليه الذي هو المالك فعلا ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقرض الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع.

ثم أنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز للموقوف عليه بيع الوقف المنقطع، مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف، و يمكن دفع التنافي بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة، و هو ملك الموقوف عليهم، ثم عوده إلى الواقف، إلا أن الكلام في ثبوت هذا القول بين من اختلف في مالكة الموقوف في الوقف المنقطع، و يتضح ذلك في مراجعة مسألة في كتاب الوقف. و على الرابع فالظاهر ان حكمه حكم الواقف المؤبد كما صرح به المحقق الثاني ما حكى عنه،

و أما عدم انتقالها بالعوض.

فلأن ناقلها اما الإجازة أو البيع على قول، و يعتبر في كل منهما عدم الغرر، و في المقام كل من المعاملتين - اى المعاملة التي يوقعها الواقف - اصالة، و التي يوقعها عن الموقوف عليه غررية، و ان كان لا غرر بعد تمامية العقدين فيتعين ان يكون ذلك بعنوان الصلح، و لا بأس به.

الا انه يصح صلح الواقف ماله من العين المجردة عن مقدار من المنفعة من دون حاجة الى اجازة الموقوف عليه.

ثانيها: ان يبيع العين الموقوفة من الموقوف عليهم، و قد افاد المحقق الأصفهاني قدس سره:

انه لا ينبغي النزاع في صحتها بيعا حيث لا غرر و لا جهالة.

وفيه: ان المشتري بعد البيع و ان كان يعلم بماله من العين و المنافع الا ان الميزان في الصحة و الفساد كون البيع بنفسه غرريا و عدمه، و هذا البيع بنفسه غرري، و العلم بعد تحققه بماله لا يوجب عدم صدق الغرر.

ألا ترى انه لو صالح احد الشريكين الذي له مقدار من العين غير المعين شخصا فباعه بعد ذلك الشريك الآخر حصته لا إشكال في صدق الغرر و بطلان البيع، مع ان المشتري بعد البيع يعلم بما انتقل إليه و ان العين بتمامها له.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٨

لانه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه في سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص. (١) ثم ان ما ذكرنا في حكم الوقف المنقطع، فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذي لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف. و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم. فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم. و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون في الوقف المؤبد فيشترك معه في المنع في الصور التي منعنا و في الجواز في الصورة التي جوزنا بالاشتراك دليل المنع و الجواز و يتشاركان أيضا في حكم الثمن بعد البيع.

ثالثها: ما إذا انتقلت منفعة العين الموقوفة الى غير الموقوف عليهم ثم بيع العين منه،

فان حكم هذه الصورة حكم الصورة المتقدمة.

رابعها: ما إذا انتقلت المنفعة الى الواقف فباع العين، لا إشكال في الصحة لوجود المقتضى و عدم المانع.

هذا كله بناء على بقاءه على ملك الواقف، و أما لو قلنا بانتقاله الى الموقوف عليه،

فلا يجوز البيع لا للواقف و لا للموقوف عليه و ذلك لوجهين:

الأول: الأدلة المانعة عن بيع الوقف.

الثاني: ان الواقف لا يجوز له البيع لعدم الملك، و الموقوف عليه لا يجوز له ذلك من جهة ان ملكيته محدودة ليست مرسله، فان باع و نقل الملكية المرسله نقل ما ليس له،

و ان نقل الملكية المحدودة بطل من جهة ان البيع هو نقل الملكية المرسله.

و لا فرق فيما ذكرناه بين عود الملك الى الواقف أو انتقاله الى ورثه الموقوف عليه أو صيرورته في سبيل الله تعالى.

(١) قوله قد: لانه حقيقة وقف مؤبد ... الخ و فيه: ان صيرورة الوقف في سبيل الله ان كانت بانشاء الواقف كان مقتضاه حبس العين و صرف منافعها في سبيل الله تعالى، و ان كانت من جهة انقضاء امد ملك الموقوف عليه لا مانع من صرفها بنفسها في سبيل الله تعالى.

منهاج الفقهاء (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٤٩

مسألة: و من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا (١)

إشارة

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون،

و حكى عن الخلاف اجماع الفرقة و اخبارهم على ذلك.

و قد حكى الإجماع عن غيره أيضا، و عن المختلف في باب تزويج الأمة المرهونة انه ارسل عن النبي صلى الله عليه و آله: ان الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف (٢).

بيع العين المرهونة

(١) قوله من اسباب خروج الملك عن كونه طلقا كونه مرهونا.

في بيع العين المرهونة اقوال:

الصحة و عدم الوقوف على الإجازة، اختاره بعض المحققين من المتأخرين.

الصحة مع الوقوف على الإجازة، أو سقوط حقه، باسقاطه، أو بالفك، ذهب إليه الشيخ، و ابن حمزة، و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم.

البطلان، و هو الظاهر من عبار جماعه من القدماء و غيرهم، و صرح به صاحب المقاييس قدس سره.

و الكلام يقع في مقامين:

الأول: في انه هل يصح بيع الراهن مستقلام لا.

الثاني: في انه على فرض عدم الصحة كذلك هل يبطل رأسا ام يمكن تصحيحه بالإجازة أو سقوط حق المرتهن بالإسقاط أو الفك.

اما المقام الأول: فقد استدل لعدم الصحة:

بالإجماع على عدم استقلال المالك في بيع ملكه المرهون.

(٢) و بالمرسل عن النبي صلى الله عليه و آله الراهن و المرتهن ممنوعان عن التصرف في الرهن «١» المنجبر ضعفه بالعمل.

و بقاعدة السلطنة «٢». إذا لبيع ينافى سلطنة المرتهن على حقه.

(١) المستدرک - باب ١٧ - من ابواب کتاب الرهن حديث ٦.

(٢) البحار ٢ - ص ٢٧٢ الطبع الحديث - ج ١ ص ١٥٤ الطبع القديم.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٠

و انما الكلام في ان بيع الراهن هل يقع باطلا من اصله؟ أو يقع موقوفا على الاجازة؟ أو سقوط حقه باسقاطه أو بالفك، فظاهر عبائر جماعة من القدماء وغيرهم الأول، الا ان صريح الشيخ في النهاية، و ابن حمزة في الوسيلة، و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم: هو كونه موقوفا، و هو الاقوى للعمومات السليمة عن المخصص (١) لادن معقد الاجماع و الاخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله

و في الجميع نظر.

اما الأول: فلأن هذا الإجماع ليس اجماعا تعبديا كاشفا عن رأى المعصوم عليه السلام، بل منشؤه منافاة البيع لحق المرتهن.

و بعبارة اخرى: معقد الإجماع هو عدم استقلال المالك في التصرفات المنافية لحق المرتهن، و من صرح بالبيع فانما هو من جهة انه رأى منافاته لحق المرتهن، و عليه فحيث ان البيع ليس منافيا لحقيقة الرهن و لحق المرتهن. إذ لا- يعتبر في العين المرهونة ان تكون ملكا للراهن، و قد اتفقوا على جواز استعارة عين للرهن، فإذا جاز ذلك ابتداء جاز بالاولى بيع العين المرهونة، فتنقل العين المرهونة الى المشتري، و يكون حق الرهانة باقيا متعلقا بها. نعم مع جهل المشتري بالحال يثبت له الخيار. و أما الثانى: فلأن التصرف فيه لا يعم التصرف الاعتبارى كالبيع كما حقق في مبحث الفصولى.

مع انه على فرض الشمول ان النهى عنه متعلق بعنوان جامع بين التصرف الاعتبارى و الخارجى، و لا يكون ظاهرا في الإرشاد، بل هو ظاهر في المبعوضة و الحرمة النفسية. و قد مر في اول الجزء الاول عدم دلالة النهى عن المعاملة على الفساد.

و أما الثالث: فلما عرفت آنفا من ان البيع ليس منافيا لسلطنة المرتهن على حقه،

فالأظهر هى الصحة و النفوذ و عدم الوقوف على الاجازة، أو سقوط حق المرتهن.

و أما المقام الثانى: فقد استدل المصنف قدس سره للصحة مع الاجازة بوجوه:

(١) الاول العمومات السليمة عن المخصص، فان معقد الاجماع و الاخبار

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥١

من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا، و على تسليم الظهور فى بطلان التصرف رأسا، فهى موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه. هذا كله مضافا على ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالاجازة، معللا بأنه لم يعص الله. و إنما عصى سيده (١) إذ المستفاد منه ان كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع، و حصول الرضا، و ليس ذلك كمعصية الله اصالة فى ايقاع العقد التى لا يمكن ان يلحقها رضى الله تعالى.

الظاهرة فى المنع عن التصرف هو الاستقلال.

و اورد عليه المحقق الايروانى: بان بيع الراهن خارج عن العمومات بالقطع،

و المتيقن و ان كان خروج ما قبل الاجازة من المرتهن الا انه لا مجال للتمسك بها بعدها لعدم عموم ازماني فيها، بل عمومها افرادى فقط بازاء كل عقد ايجاب واحد للوفاء لا إيجابات متعددة، حتى إذا خرج الفرد فى زمان صح التمسك بها فى زمان آخر.

و فيه: ان خروج فرد فى زمان ان كان لأجل مانع و كان ذلك المانع مقرونا بالعقد و من حين تحققه فارتفع ذلك المانع لا مانع من

شمول الدليل له بعد ارتفاع المانع،

و الكبرى التي اشار إليها لو تمت انما هي فيما إذا كان خروج الفرد في الأثناء كما حقق في محله.

فالانصاف انه بناء على كون حق الرهانة من الحقوق القابلة للارتفاع باذن من له الحق كما هو الحق، و لذا يجوز بيع الرهن باذن المرتهن إذا اجاز المرتهن و ارتفع المانع عن تأثير العقد و صحته. صح بمقتضى العمومات.

(١) الثانى: ان المستفاد من تعليل صحة نكاح العبد بالاجازة بانه لم يعص الله و انما عصى سيده «١». ان كل عقد كان النهى عنه لحق الآدمى يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و اورد عليه: بان الحقوق مختلفة، فبعضها قابل للارتفاع باذن من له الحق، و بعضها

(١) الوسائل - باب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٢

هذا كله مضافا الى فحوى ادلة صحة الفضولى (١) لكن الظاهر من التذكرة، ان كل من ابطال عقد الفضولى ابطال العقد هنا. و فيه نظر لأن من استند فى البطلان فى الفضولى الى مثل قوله صلى الله عليه و آله: لا- بيع الا- فى ملكك. لا- يلزمه البطلان هنا، بل الاظهر ما سيجىء عن ايضاح النافع من ان الظاهر و قوف هذا العقد. و ان قلنا ببطلان الفضولى، و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه من القول بالبطلان، متمسكا بظاهر الاجماع و الاخبار (٢) المحكية على المنع و النهى،

لا يقبل ذلك كحق الاستيلاء و الوقف و نحوهما.

و كون الرهن من قبيل الأول غير ثابت، و مع عدم احرازه لا سبيل الى الاستدلال بعموم العلة. و فيه: ان المستفاد من ما دل على كفاية اذن المرتهن و ان به يجوز البيع كونه من قبيل الأول. (١) الثالث: فحوى ادلة «١» صحة الفضولى.

اورد عليه المحقق الايروانى قدس سره: بان من المحتمل كون هذا الحق من قبيل حق ام الولد موجبا لفساد البيع، فلا اولوية، بل و لا المساواة.

و فيه: انه قد عرفت عدم كونه من قبيل حق ام الولد و كونه من الحقوق القابلة للارتفاع، و عليه فالاولوية واضحة، فان فى بيع مال الغير جهتين مانعتين عن الصحة و اللزوم: احدهما: فقدان رضا المالك. و ثانيتهما: عدم استناد البيع الى المالك. و فى المقام ينحصر المنع بالجهة الأولى فلا محالة يكون أولى.

و قد استدل صاحب المقاييس قدس سره لما ذهب إليه من البطلان بما يرجع محصله الى وجوه:

(٢) منها: ان المستفاد من ظاهر الاجماع و الاخبار المحكية تعلق النهى بالمعاملة لأمر داخل راجع الى احد العوضين لاستحقاق المرتهن اياه لا لأمر خارج كما فى البيع وقت النداء، و النهى فى المعاملات إذا كان كذلك يقتضى الفساد.

(١) راجع مبحث الفضولى من هذا الكتاب.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٣

قال: و هو موجب للبطلان و ان كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهى بالعقد، لا لأمر خارج منه و هو كاف فى اقتضاء الفساد كما اقتضاه

في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما في كون سبب النهي حق الغير، ثم اورد على نفسه بقوله: فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان عقد الفضولي (١) و عقد المرتهن مع ان كثيرا من الاصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكّم.

قلنا ان التصرف المنهى عنه ان كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الاجازة المتعقبه و ان كان عقدا أو ايقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا- على وجه النيابة عن المالك. فالظاهر انه كذلك، كما سبق في الفضولي، و الا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما، و قد لا يكون كذلك.

و كذا الصادر عن المرتهن ان وقع بطريق الاستقلال المستند الى البناء على ظلم الراهن و غضب حقه، أو الى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيا عنه، و ان كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد اجراء الصيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي، فلا يتعلق به نهى اصلا (٢)

(١) ثم اورد على نفسه: بانه على هذا يلزم البناء على بطلان بيع الفضولي

(٢) و اجاب عنه: بان الفضولي ان باع على وجه الاستقلال بطل لذلك، و ان باع على وجه النيابة عن المالك- حيث انه لا يعد تصرفا عرفا- فلا يكون منهيا عنه، فلا يكون باطلا، و لا يعقل في المقام النيابة و البيع الاستقلالي تصرف عرفا.

و فيه: اولاً: ما تقدم من عدم دلالة الأدلة المشار إليها على حرمة البيع.

و ثانياً: ان النهي عن المعاملة لا يدل على الفساد.

و ثالثاً: ان ما ذكره من القسمين يتصور في بيع الراهن، فانه يمكن ان يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوى الاستقلال.

و رابعاً: انه قد عرفت صحة بيع الفضولي و ان كان على وجه الاستقلال لو تعقبه الإجازة.

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٤

و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه، و كان عقده لا يقع الا مستندا الى ملكه و انحصار المالكية فيه، و لا معنى لقصد النيابة فهو منهى عنه، لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه، فيخصص العمومات بما ذكر، و مجرد الملك لا يقضى بالصحة، إذ الظاهر بمقتضى التأمل ان الملك المسوغ للبيع هو ملك الاصل مع ملك التصرف فيه، و لذا لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنع عن التصرف، ثم قال و بالجملة فالذى يظهر بالتتابع في الأدلة ان العقود ما لم تنته الى المالك، فيمكن وقوعها على اجازته.

و أما إذا انتهت الى اذن المالك أو اجازته أو صدرت منه و كان تصرفه على وجه الاصاله فلا تقع على وجهين، بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع العقد على اللزوم. (١) و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح من قوله: لم يعص الله و انما عصى سيده الخ. فهو جار فيمن لم يكن مالكا، كما ان العبد لا يملك امر نفسه. و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بتصرفه (٢) و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا. و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، و ما ذكرناه جار في كل مالك متمول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالفلس و غيره، فيحكم بفساد الجميع

(١) و منها: ان البيع ان صدر عن غير المالك، و وقوعه موقوفا على الاجازة،

فان له بقاء، و بالإجازة يستند الى المالك فتشمه العمومات. و ان صدر عن المالك فلا مورد لتوقفه على اجازة شخص آخر، فاما ان يصح، أو يبطل و لا ثالث. و حيث انه لا يمكن الالتزام بالصحة لكونه منافيا لحق الرهانة، فلا بد من البناء على البطلان.

و فيه: انه حيث يكون للعقد بقاء، فإذا صدر عن المالك و لم يؤثر لاقترانته بالمانع،

فان ارتفع المانع يؤثر اثره.

(٢) و منها: ان التعليل الوارد فى نكاح العبد بغير اذن سيده من قوله عليه السلام: انه لم يعص الله و انما عصى سيده. «١» يدل على الفساد فى المقام، فانه يدل على ان عصيان الله عالى موجب للفساد، و عصيان غيره لا يوجب البطلان لإمكان ارتفاعه كما فى نكاح

(١) الوسائل - باب ٨٨- من ابواب نكاح العبيد و الاماء حديث ١.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٥

و ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة (١) فالقول بالبطلان هنا كما اختاره اساطين الفقهاء هو الاقوى، انتهى كلامه رفع مقامه.

و يرد عليه بعد منع الفرق فى الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال، و بيعه على وجه النيابة، و منع اقتضاء مطلق النهى لا لأمر خارج للفساد: اولاً: أن نظير ذلك يتصور فى بيع الراهن، فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن،

العبد و بيع غير المالك، و فى المقام من جهة كونه محجوراً عليه يكون عاصياً لله تعالى بتصرفه، و لا يقال انه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و انما منع الله من تفويت حقه بالتصرف، فيكون بيعه فاسداً. و فيه: ان المراد من العصيان فيه ليس هو العصيان التكليفى، و الا عصيان السيد عصيان لله تعالى لأنه امر باطاعته و نهى عن مخالفته، بل المراد به العصيان الوضعى،

فيكون مفاد التعليل انه كلما كان عدم الصحة لرعاية حق الغير القابل للإسقاط يمكن تصحيح المعاملة باسقاطه. و فى المقام حيث ان عدم الصحة انما يكون لرعاية حق المرتهن فيمكن تصحيحه باجازته أو سقوط حقه، فالأظهر هى الصحة فى هذا المقام ايضا.

(١) قوله ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة.

لا يخفى ان صاحب المقاييس قدس سره، لما حكم ببطلان بيع المالك المحجور.

توجه الى اشكال، و هو ان لازم ذلك بطلان بيع السفه مع انهم حكموا بصحته لو اجازته الولى.

و اجاب عن ذلك بانه يتجه الصحة فيه من جهة ان المنع عن بيعه ليس رعاية لحق الغير بل رعاية لمصلحة نفسه.

و بهذا يظهران عبارة الكتاب غلط، و الصحيح هكذا- و ربما يتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة نفسه كالسفه.

و أما قول فالقول بالبطلان هنا، فهو راجع الى ما قبل ربما.

و فيه: انه لو كان منشأ البطلان الوجه الثانى الذى نقلناه عنه، و هو ان بيع المالك لا يتصور فيه الوقوف على الاجازة، بل اما ان يقع

باطلا أو صحيحا، اتجه البناء على البطلان فى المقام

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٦

و لا ينوى الاستقلال. و قد يبيع جاهلاً بالرهن أو بحكمه أو ناسياً، و لا حرمة فى شىء من ذلك.

و ثانياً: ان المتيقن من الاجماع و الاخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن، على ما يقتضيه عبارة معقد الاجماع و الاخبار، اعنى قولهم الراهن و المرتهن ممنوعان.

و معلوم ان المنع فى المرتهن انما هو على وجه لا ينافى وقوعه موقوفاً.

و حاصله يرجع الى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه فى ذلك، و اثبات المنع ازيد

من ذلك يحتاج الى دليل، و مع عدمه يرجع الى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليق في روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق بينهما، فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهي في كل منهما لحق الغير، فإن منع الله جل ذكره من تفويت حق الغير ثابت في كل ما كان النهي عنه لحق الغير، من غير فرق بين بيع الفضولي و نكاح العبد، و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد. ففيه ان الحكم فيهما تعبد و لذا لا يؤثر الاذن السابق في صحة البيع، فقياس الرهن عليه في غير محله.

و بالجملة فالمستفاد من طريقة الاصحاب، بل الاخبار: ان المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذي يكفى اذنه السابق لا يقتضى الابطال رأسا، بل انما يقتضى الفساد بمعنى عدم ترتب الاثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذي الحق، و يندرج في ذلك الفضولي و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت اخت زوجته أو أخيها و للأمة على الحره و غير ذلك. فإن النهي في جميع ذلك انما يقتضى الفساد، بمعنى عدم ترتب الاثر المقصود من العقد عرفا، و هو صيرورته سببا مستقلا لآثاره، من دون مدخلية رضاء غير المتعاقدين.

و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع (١) هنا بناء على ما سيجيء من ان ظاهرهم كون الاجازة هنا كاشفة، حيث انه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتري رهنا للبائع.

و هاهنا اشكالان آخران على القول بالصحة موقوفا على الإجازة توهم اختصاصهما بالمقام دون سائر اقسام الفضولي:

احدهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله.

(١) و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٥٧

و بعبارة اخرى الرهن و البيع متنافيان، فلا يحكم بتحققهما في زمان واحد اعنى ما قبل الاجازة. و هذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا، ثم ملكه (١) من انه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملك لشخصين في الواقع، و يدفعه ان القائل يلتزم بكشف الاجازة عن عدم الرهن في الواقع، و الا- لجرى ذلك في عقد الفضولي ايضا، لأن فرض كون المجيز ملكا للمبيع نافذ الاجازة يوجب تملك مالكين لملك واحد قبل الاجازة. و أما ما يلزم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه، فلا يلزم في مسألة اجازة المرتهن. نعم يلزم في مسألة افتكاك الرهن و سيجيء التنبيه عليه انشاء الله تعالى.

و حاصله: انه بناء على الكشف يلزم ان يكون مال غير الراهن وثيقة للدين من غير رضا صاحبه، إذ الاجازة تكشف عن ملك المشتري للعين المرهونة من حين البيع فلا بد اما من البناء على بطلان البيع أو بطلان الرهانة.

و فيه: ان القائل بالكشف يلتزم ببطلان الرهانة من حين صدور البيع و لا- يلزم محذور، مع ان هذا الايراد مشترك الورود، فانه في المقام ان لزم اجتماع ملك الغير مع الرهن لزم اجتماع مالكين على شيء واحد في سائر اقسام الفضولي.

ثانيهما: ما ذكره المصنف قدس سره بقوله:

(١) و هذا نظير ما تقدم في مسألة من باع شيئا ثم ملكه.

و حاصله: ان المقام يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه، غاية الفرق انه في تلك المسألة يصير البائع الفضولي مالكا للمبيع، و في المقام يصير مالكا للبيع.

و فيه: انه على الكشف نلتزم بكشف الاجازة عن حصول الملكية من حين العقد.

و تمام الكلام فى المقام يقتضى البحث فى جهات:

الأولى: قد يقال: ان اجازة المرتهن لا شأن لها فى المقام الامن جهة دلالتها على سقوط حق المرتهن، إذ الاجازة فى عقد الفضولى انما تؤثر فى استناد العقد الى المالك،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٨

ثم ان الكلام فى كون الاجازة من المرتهن كاشفة و ناقلة، هو الكلام فى مسألة الفضولى (١).

ولصحو ان مقتضى القاعدة النقل، الا ان الظاهر من بعض الاخبار هو الكشف و القول بالكشف هناك يستلزمه هنا بالفحوى (٢) لأن اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى و هى هنا من قبيل رفع المانع

و بها يصير مخاطبا ب (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) و المرتهن لا يمكن توجه هذا الخطاب إليه فلا اثر لاجازته.

و لكنه يمكن دفعه: بان المرتهن و ان لم يكن مالكا للعين الا ان له حقا متعلقا بها،

فله سلطنة عليها من جهة كونها موضوعه حقه، و عليه فله اعمال هذه السلطنة فى موضوع حقه بان يجيز العقد و يمضيه و ان يرد العقد و يحله، و عدم توجه خطاب أَوْفُوا إِلَيْهِ لا يصلح مانعا عن كون اجازته مؤثرة فى العقد و موجبة لتمامية اركانه و مشمولاً لأدلة الصحة و النفوذ.

هذا بناء على القول بالصحة موقوفا على الاجازة، و أما على المختار من الصحة بدونها فاجازته لا شأن لها.

(١) الجهة الثانية: فى ان اجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة فعلى المختار من صحة عقد الرهن و عدم منافاة البيع لحق الرهانة لا يبقى مجال لهذا النزاع، و لا يترتب على اجازته شىء سوى انها بالملازمة تكشف عن اسقاط حقه، و لا معنى لكشف الاجازة عن الأسقاط من حين العقد.

و أما بناء على توقف الصحة على الاجازة، فعلى القول بالكشف على القاعدة نلتزم به فى المقام بعين ذلك المناط لا بالأولوية إذ كما يقال فى اجازة المالك انها امضاء للعقد من حين حصوله و تكون رضا بمضمونه و هو النقل من حينه.

كذلك يقال فى اجازة المرتهن، فانه من جهة تعلق حقه بالعين و ثبوت هذه السلطنة له له الرضا بالعقد و امضائه من حين حدوثه.

و أما ان التزمنا فى الفضولى بالكشف على خلاف القاعدة فلا يمكن البناء على الكشف فى المقام، إذ لا وجه للتعدى.

(٢) سوى ما ذكره المصنف قدس سره من الاولوية،

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٥٩

و من اجل ذلك جوزوا عتق الرهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن (١) مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلك ببناء العتق على التغليب، كما فعله المحقق الثانى فى كتاب الرهن فى مسألة عفو الرهن عن جناية الجانى على العبد المرهون، مناف لتمسكهم فى العتق بعمومات العتق، مع ان العلامة قدس سره فى تلك المسألة قد جوز العفو مراعى بفك الرهن، هذا إذا رضى المرتهن بالبيع و اجازته. اما إذا اسقط حق الرهن، ففى كون الاسقاط كاشفا أو ناقلا كلام يأتى فى افتكاك الرهن أو ابراء الدين. ثم انه لا إشكال فى انه لا ينفع الرد بعد الاجازة و هو واضح،

و هل ينفع الاجازة بعد الرد (٢) وجهان، من ان الرد فى معنى عدم رفع اليد عن حقه فله اسقاطه بعد ذلك و ليس ذلك كرد بيع الفضولى لأن المجيز هناك فى معنى احد المتعاقدين.

بتقريب: ان اجازة المالك اشبه بجزء المقتضى، و هى هنا من قبيل رفع المانع، فإذا كانت اجازة المالك كاشفة كانت اجازة المرتهن

اولى بذلك.

وهو غير تام لما ذكرناه مرارا من ان باب العقود غير باب الأسباب الحقيقية و التأثير و التأثر، و انه لا يصح تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و تسميتها باسمائها، فكما ان اجازة المالك دخيلة في الصحة من جهة كونه مالكا للمبيع، كذلك اجازة المرتهن دخيلة فيها من جهة كونه متعلقا لحقه.

مع انه لو سلم كون اجازة المالك جزء المقتضى و اجازة المرتهن من قبيل رفع المانع، لا وجه لأسراء الحكم الثابت للمقتضى لعدم المانع، لأن مناطات الأحكام غير معلومة، فلعل المناط مختص به.

(١) و أما ما ذكره المصنف قدس سره مؤيدا لما ذكره من تجويز الفقهاء عتق الراهن هنا مع تعقب اجازة المرتهن مع ان الايقاعات عندهم لا تقع مراعاة.

فيرد عليه: ان عدم وقوع الايقاعات مراعاة انما قلنا به للإجماع، و حيث انه ليس في ايقاع المالك فلا وجه للبناء على عدم الوقوع، فهذا ليس تأييدا لما ذكره.

(٢) الجهة الثالثة: في انه هل تنفع الإجازة بعد الرد ام لا؟ الظاهر بناء على عدم توقف الصحة على الإجازة- حيث انه لا معنى لرده سوى

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٠

و قد تقرر ان رد احد العاقدين مبطل لانشاء العاقد الآخر بخلافه هنا، فإن المرتهن اجنبي له حق في العين و من ان الايجاب المؤثر انما يتحقق برضا المالك و المرتهن فضاء كل منهما جزء مقوم للايجاب المؤثر فكما ان رد المالك في الفضولي مبطل للعقد بالتقريب المتقدم. كذلك رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم ثم ان الظاهر ان فك الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة (١) لسقوط حق المرتهن بذلك كما صرح به في التذكرة.

و حكى عن فخر الإسلام و الشهيد في الحواشي و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفك كما احتمله في القواعد بل مطلق السقوط بالحاصل بالاسقاط أو البراء أو بغيرهما نظرا الى ان الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلك لا يؤثر في تصحيحه و الفرق بين الاجازة و الفك ان مقتضى ثبوت الحق له هو صحة امضائه للبيع الواقع في زمان حقه، و ان لزم من الاجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع.

عدم اسقاط حقه- فله الإجازة بعد ذلك و اسقاط حقه. و أما بناء على توقفها على الإجازة فان قلنا بان الرد يكون حلا للعقد لم تنفع الإجازة و الا- كفت في المقام، و ان لم تكف في الفضولي، فان مدرك عدم كفايتها حينئذ الإجماع، و حيث انه ليس في المقام اجماع، فالأظهر كفايتها.

و أما ما ذكره المحقق النائيني قدس سره من: ان الرد انما يؤثر في المقام في مورد فعليه حق المرتهن، و هو ما إذا حل اجل الدين، و أما لو لم يحل فلا يؤثر، فله الإجازة بعد ذلك.

فيرد عليه: ان حق الرهانة انما يكون ثابتا من الأول و لا ربط له بحلول الدين، و هو موجب لتأثير رده.

حكم عقد الراهن لو سقط حق المرتهن

(١) الجهة الرابعة: إذا عقد الراهن على المرهون ثم سقط حق المرتهن اما بالاسقاط، أو ببراء الدين، أو بادائه. فعلى القول بان حق المرتهن متعلق بالعين لا بالعقد و لا ينافى مع البيع، فمن حيث الصحة لا كلام، و لكن بما انه قد عرفت انه لو كان المشتري

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦١

و بالجمله فالاجازة تصرف من المرتهن في الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير اجازة المالك بخلاف الأسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضي العقد حال وقوعه فهو اشبه شيء ببيع الفضولي أو الغاصب لنفسهما، ثم تملكهما (١) و قد تقدم الاشكال فيه عن جماعة مضافا الى استصحاب عدم اللزوم الحاكم على عموم: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء على ان هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حكم الخاص و ليس ذلك محل التمسك بالعام، إذ ليس في اللفظ عموم زمانى حتى يقال ان المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا في العام، و يؤيد ما ذكرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نكاح العبد بدون اذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الاجازة و لو بالرضا المستكشف من سكوت السيد مع علمه بالنكاح. هذا و لكن الانصاف ضعف الاحتمال المذكور من جهة ان عدم تأثير بيع المالك في زمان الرهن ليس الا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالك بتسليط المالك فعدم الأثر ليس لقصور في المقتضى. و انما هو من جهة المانع فإذا زال اثر المقتضى (٢) و مرجع ما ذكرنا الى ان ادلة سببية البيع المستفاد من نحو: أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و الناس مسلطون على اموالهم و نحو ذلك عامة

جاهلا يثبت له الخيار لو سقط حق الرهانة قبل اعمال خياره.

يقع الكلام في انه هل يسقط خياره ام لا- و سيأتى الكلام في ذلك في خيار العيب في مسألة ما لو زال العيب قبل اعمال الخيار و أما على القول بالمنافاة و انه لا يصح العقد بدون اجازة المرتهن، فهل يصح البيع لسقوط حقه ام لا؟ وجهان.
قد استدلل للبطالان و عدم الصحة بوجوه:

(١) الأول: ان المرتهن كان شريكا في سلطان الراهن و لم يكن الراهن مالكا للبيع مستقلا، فإذا سقط حقه و صار الراهن مالكا للبيع يدخل في مسألة من باع شيئا ثم ملكه فعلى القول بالبطالان في تلك المسألة يتعين البناء على البطلان في المقام.
(٢) و اجاب عن ذلك المصنف قدس سره و تبعه المحقق النائيني قدس سره بما حاصله: انه في

منهاج الفقاهة (للروحاني)، ج ٤، ص: ٤٦٢

و خروج زمان الرهن يعلم انه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى هو اسبق فإذا زال المزاحم و جب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه (١) فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حكم الخاص، فافهم.

و أما قياس ما نحن فيه على نكاح العبد بدون اذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نكاح العبد بدون اذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال في التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النكاح إذ لا منافاة بين كونه عبدا و كونه زوجا

مسألة من باع شيئا ثم ملكه يكون البيع صادرا من غير المالك، فلا مقتضى للصحة، و بعد صيرورته مالكا لم يصدر عنه عقد فيحكم بالفساد. و أما في المقام فليس عدم الأثر لقصور في المقتضى و انما هو من جهة المانع، فإذا زال اثر المقتضى.

و فيه: ما تقدم من ان تطبيق اجزاء العلة من المقتضى و الشرط و عدم المانع على اجزاء العقد و ما يعتبر فيه لا مورد له لعدم كون باب العقود باب المؤثرات و الآثار، فلا يصح ان يقال الملكية مقتضية، و حق الرهانة مانع، بل كل ما اخذ في العقد يكون اعتباره على حد سواء، كيف و قد صرح هو قدس سره فيما سبق بان الملكية شرط.

فالحق تمامية هذا الوجه، فيكون المقام على هذا المسلك نظير من باع شيئا ثم ملكه.

الثانى: ان العقد قبل سقوط حق المرتهن لم يكن مشمولاً لأدلة الصحة و اللزوم،

و بعده يشك في بقاء حكم الخاص فيجری الاستصحاب، و لا مورد للتمسك بعموم العام لعدم عموم زمانى له. (١) و اجاب عنه المصنف قدس سره: بانه من جهة العلم بمناط المستصحب و ان الخارج انما يكون من جهة حق الرهانة، فبعد سقوطه لا وجه لإجراء الاستصحاب، و يكون المقام من باب وجوب العمل بالعام. و فيه: انه قد صرح في الأصول بان العام المخصص فى زمان إذا لم يكن له عموم ازمانى لا يتمسك به بعد مضى الزمان المتيقن و ان لم يجر الاستصحاب.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٦٣

و لأجل ما ذكرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره، ثم انعتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلك التصرف هذا، و لكن مقتضى ما ذكرنا كون سقوط حق الرهانة بالفك أو الأسقاط أو الإبراء أو غير ذلك ناقلا و مؤثرا من حينه لا كاشفا عن تأثير العقد من حين وقوعه (١) خصوصا بناء على الاستدلال على الكشف بما ذكره جماعة ممن قارب عصرنا من ان مقتضى مفهوم الاجازة امضاء العقد من حينه. فإن هذا غير متحقق فى افتكاك الرهن فهو نظير بيع الفضولى، ثم تملكه للمبيع حيث انه لا يسع القائل بصحته الا التزام تأثير العقد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا- من حين العقد و الا لزم فى المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكة كما يلزم فى تلك المسألة كون المبيع للمالكين فى زمان واحد لو قلنا بكشف الاجازة للتأثير من حين العقد هذا، و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو القول بالكشف. و قد تقدم عن القواعد فى مسألة عفو الراهن عن الجانى على المرهون ان الفك يكشف

فالحق فى الجواب ان يقال: ان المقام حيث يكون التخصيص من الأول، تعين الرجوع فى غير مورد التخصيص الى عموم العام و ان لم يكن له عموم زمانى.

الثالث: ان ظاهر بعض النصوص «١» ان نكاح العبد لا يصح بدون اذن سيده و ان اعتق، و يكون المقام نظير ذلك. و فيه: ان عدم نفوذ تصرف العبد ليس لأجل كونه تصرفا فى مملوك المولى خاصة بل المتصرف ايضا مملوك، و لذا لو كان موضوع التصرف غير مال المولى توقف على اجازته ايضا. فالصحيح الاستدلال له بالوجه الأول.

(١) الجهة الخامسة: فى ان سقوط حق الرهانة هل يجرى فيه نزاع الكشف و النقل ام لا. الظاهر انه لا بد من البناء على النقل فى المقام، و ان قلنا بالكشف فى الاجازة فان الاجازة امضاء و انفاذ للعقد الذى هو النقل من حينه. و أما سقوط الحق فهو رفع للمانع، فالعقد من حين السقوط يكون مشمولا لدليل الصحة، فلا وجه للقول بحصول الملكية من الأول.

(١) الوسائل - باب ٢٦- من ابواب نكاح العبيد و الاماء.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٦٤

عن صحته و يدل على الكشف ايضا ما استدلوا به على الكشف فى الفضولى من ان العقد سبب تام إلى آخر ما ذكره فى الروضة و جامع المقاصد. ثم ان لازم الكشف كما عرفت فى مسألة الفضولى لزوم العقد قبل اجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشترى الاصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالاذن للمرتهن فى البيع.

نعم يمكن ان يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقد الثانى الا بذلك (١) فالوفاء بمقتضى الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن ان يقال انه انما يلزم الوفاء بالبيع بمعنى عدم جواز نقضه. و أما رفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب و لذا لا يجب على من باع مال الغير لنفسه ان يشتريه من مالكة و يدفعه إليه بناء على لزوم العقد بذلك (٢) و كيف كان فلو امتنع فهل يباع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك، و ان لزم من ذلك ابطال بيع الراهن لتقدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن على فكه من مال آخر جمعا بين

حقى المشتري و المرتهن اللازمين على الراهن البائع وجهان و مع انحصار المال فى المبيع فلا اشكال فى تقديم حق المرتهن

و ما افاده المحقق النائينى قدس سره فى وجه امكان البناء على الكشف على القول بالكشف فى الإجازة من ان السقوط يكشف عن كون العقد سببا تاما فيؤثر من الأول.

غير سديد، فان هذا المعنى من الكشف لا دليل عليه، و انما التزمنا بالكشف فى الإجازة لما اشرنا إليه غير الشامل للمقام.

(١) الجهة السادسة: بناء على توقف صحة عقد الراهن على الإجازة أو سقوط حق الرهانة لو اوجد العقد الراهن هل يجب عليه فك الرهن من مال آخر- إذ لا يتم لوفاء بالعقد الثانى الا بذلك.

ام لا يجب، فانه انما يلزم الوفاء بالمعنى عدم جواز نقضه و أما رفع حقوق الغير و سلطنته فلا يجب؟ وجهان.

(٢) اختار المصنف قدس سره الثانى: و قاس المقام بمن باع شيئا ليس له، فانه لم يلزم احد بوجوب شرائه من مالكة و دفعه الى المشتري.

منهاج الفقاهة (للروحانى)، ج ٤، ص: ٤٦٥

...

و لكن الأظهر لزوم الفك، و ذلك لأنه يجب عليه اداء الدين، و هو انما يكون بيع العين المرهونة و اداء الدين منها أو اداؤه من مال آخر و فك الرهن بذلك، فحيث انه باعها و يجب عليه الوفاء به فليس له بيعها بشخص آخر، فيتعين الأداء من مال آخر وفاء بالعقد. و بهذا يظهر الفرق بين المقام و بيع الفضولى، نعم لو باع الراهن قبل حلول اجل الدين لا يجب عليه الفك قبله لما ذكره ره. فالأظهر هو التفصيل، فتدبر حتى لا تبادر بالأشكال.

تم الجزء الرابع من كتابنا منهاج الفقاهة و يتلوه فى الطبع الجزء الخامس انشاء الله تعالى و الحمد لله اولا و آخرا.

تعريف مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

جاهدوا بأموالكم و أنفُسكم فى سبيل الله ذلكم خير لكم إن كنتم تعلمون (التوبة/٤١).

قال الإمام على بن موسى الرضا - عليه السلام: رَحِمَ اللهُ عَبْدًا أَحْيَا أَمْرَنَا... يَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَيُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ كَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بِنَادِرُ الْبِحَار - فى تلخيص بحار الأنوار، للعلامة فيض الاسلام، ص ١٥٩؛ عُيُونُ أَخْبَارِ الرِّضَا(ع)، الشيخ الصدوق، الباب ٢٨، ج ١/ ص ٣٠٧).

مؤسس مجتمع "القائمية" الثَّقَافِي بِأَصْبَهَانَ - إيران: الشهيد آية الله "الشمس آبادي" - "رَحِمَهُ اللهُ" - كان أحدًا من جُهَابِذَةِ هَذِهِ الْمَدِينَةِ، الَّذِي قَدِ اشْتَهَرَ بِشَعْفِهِ بِأَهْلِ بَيْتِ النَّبِيِّ (صَلَوَاتُ اللهِ عَلَيْهِمْ) و لاسيما بحضرة الإمام على بن موسى الرضا (عليه السلام) و بساحة صاحب الزمان (عَجَّلَ اللهُ تَعَالَى فَرَجَهُ الشَّرِيفَ)؛ و لهذا أسس مع نظره و درايته، فى سَنَةِ ١٣٤٠ الهجرية الشمسية (= ١٣٨٠ الهجرية القمرية)، مؤسسه و طريقه لم ينطفئ مصباحها، بل تتبّع بأقوى و أحسن موقف كل يوم.

مركز "القائمية" للتحرى الحاسوبى - بأصبهان، إيران - قد ابتدأ أنشيطته من سَنَةِ ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (= ١٤٢٧ الهجرية القمرية) تحت عناية سماحة آية الله الحاج السيد حسن الإمامي - دام عِزُّهُ - و مع مساعده جمع من خريجي الحوزات العلميه و طلاب الجوامع، بالليل و النهار، فى مجالات شتى: دينيه، ثقافيه و علميه...

الأهداف: الدفاع عن ساحة الشيعة و تبسيط ثقافته الثقلين (كتاب الله و اهل البيت عليهم السلام) و معارفهما، تعزيز دوافع الشباب و عموم الناس إلى التحرى الأذق للمسائل الدينيه، تخليف المطالب النافعة - مكان البلايتي المتبدله أو الرديئه - فى المحاميل

(=الهواتف المنقولة) و الحواسيب (=الأجهزة الكمبيوترية)، تمهيد أرضية واسعة جامعة ثقافية على أساس معارف القرآن و أهل البيت عليهم السلام - بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققين و الطلاب، توسعه ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغه هواة برامج العلوم الإسلامية، إنالة منابع اللازمة لتسهيل رفع الإبهام و الشبهات المنتشرة في الجامعة، و...
- منها العدالة الاجتماعية: التي يمكن نشرها و بثها بالأجهزة الحديثة متصاعدة، على أنه يمكن تسريع إبراز المرافق و التسهيلات - في آكناف البلد - و نشر الثقافة الإسلامية و الإيرانية - في أنحاء العالم - من جهة أخرى.
- من الأنشطة الواسعة للمركز:

(الف) طبع و نشر عشرات عنوان كتب، كتيبه، نشره شهريه، مع إقامة مسابقات القراءة

(ب) إنتاج مئات أجهزة تحقيقية و مكتبية، قابلة للتشغيل في الحاسوب و المحمول

(ج) إنتاج المعارض ثلاثية الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرسوم المتحركة و... الأماكن الدينيه، السياحية و...

(د) إبداع الموقع الانترنتي "القائمية" www.Ghaemiyeh.com و عدة مواقع أخرى

(ه) إنتاج المنتجات العرضية، الخطابات و... للعرض في القنوات القمرية

(و) الإطلاق و الدعم العلمي لنظام إجابة الأسئلة الشرعية، الاخلاقية و الاعتقادية (الهاتف: ٠٠٩٨٣١١٢٣٥٠٥٢٤)

(ز) ترسيم النظام التلقائي و اليدوي للبلوتوث، ويب كشك، و الرسائل القصيرة SMS

(ح) التعاون الفخري مع عشرات مراكز طبيعية و اعتبارية، منها بيوت الآيات العظام، الحوزات العلمية، الجوامع، الأماكن الدينيه كمسجد جمكران و...

(ط) إقامة المؤتمرات، و تنفيذ مشروع "ما قبل المدرسة" الخاص بالأطفال و الأحداث المشاركين في الجلسة

(ي) إقامة دورات تعليمية عمومية و دورات تربية المربي (حضوراً و افتراضاً) طيلة السنة

المكتب الرئيسي: إيران/أصفهان/ شارع "مسجد سيد" / ما بين شارع "بنج رمضان" و "مفتق" و فاني/ "بنايه" القائمية

تاريخ التأسيس: ١٣٨٥ الهجرية الشمسية (=١٤٢٧ الهجرية القمرية)

رقم التسجيل: ٢٣٧٣

الهوية الوطنية: ١٠٨٦٠١٥٢٠٢٦

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البريد الالكتروني: Info@ghaemiyeh.com

المتجر الانترنتي: www.eslamshop.com

الهاتف: ٢٥-٢٣٥٧٠٢٣-٢٣٥٧٠٢٣ (٠٠٩٨٣١١)

الفاكس: ٢٣٥٧٠٢٢ (٠٣١١)

مكتب طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ (٠٢١)

التجارية و المبيعات ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩

امور المستخدمين ٢٣٣٣٠٤٥ (٠٣١١)

ملاحظة هامة:

الميزانية الحالية لهذا المركز، شعبيته، تبرعته، غير حكومية، و غير ربحية، اقتنيت باهتمام جمع من الخيرين؛ لكنها لا توافي الحجم المتزايد و المتسع للامور الدينية و العلمية الحالية و مشاريع توسعه الثقافية؛ لهذا فقد ترجى هذا المركز صاحب هذا البيت (المسمى بالقائمة) و مع ذلك، يرجو من جانب سماحة بقيه الله الأعظم (عجل الله تعالى فرجه الشريف) أن يوفق الكل توفيقاً متزائلاً لإعانتهم

- في حدّ التّمكّن لكلّ احدٍ منهم - إيانا في هذا الأمر العظيم؛ إن شاء الله تعالى؛ والله وليّ التوفيق.

مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
الغمامة اصحمان

WWW



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

