

كتاب السبع

من النجاش

الْقَبِيرُ الْمَقْبُورُ الْعَظِيمُ وَالْأَصُولُ الْفَلَا
الْبَحْرُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ وَالْأَمْرُ الْعَظِيمُ
الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ الْإِلَهِيُّ
الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ

الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ

الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ

الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ

الْأَسِيرُ الْمَحْرُومُ الْإِلَهِيُّ الْكَبِيرُ

كتاب البيع

من أبحاث

الفقيه المحقق العظمى والأصولي الفخري

الشيخ آية الله العظمى

السيد محمد باقر الحلي

الطبعة سنة ١٣٩٥ هـ

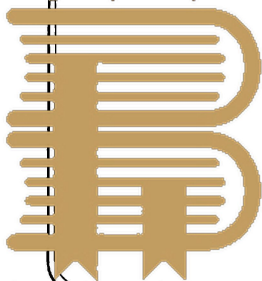
تقديم وشرح

السيد علي الحسيني الحلي

المجلد الرابع

مركز البحث في الإسلام

شبكة كتب الشيعة



shiabooks.net

رابطه بديل < mktba.net

سرشناسه: حسینی میلانی، علی، ۱۳۲۶ -

عنوان قرارداد: کتاب البیع شرح

عنوان و نام پدیدآور: کتاب البیع: من ابحاث الفقیه المحقق العظیم والاصولی الفد المرجع الدینی الکبیر و آیه الله العظمی السید محمد هادی الحسینی المیلانی / تقریر و شرح علی الحسینی المیلانی.

مشخصات نشر: قم: الحقائق، [۱۳] -

مشخصات ظاهری: ج ۴.

شابک: 978-900-5348-29-3 ج ۲؛

978-600-5348-76-7 ج ۳؛ 978-600-5348-76-7 ج ۴

وضعیت فهرست نویسی: فیا

یادداشت: عربی.

یادداشت: فهرست نویسی بر اساس جلد دوم: ۱۳۸۸.

یادداشت: ج ۲ (چاپ اول: ۱۳۸۸).

یادداشت: ج ۳ و ۴ (چاپ اول: ۱۳۹۲) (فیا).

یادداشت: کتابنامه.

موضوع: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳. کتاب

البیع. شرح

موضوع: خرید و فروش (فقه)

شناسه افزوده: میلانی، محمد هادی، ۱۲۷۴ - ۱۳۵۳.

کتاب البیع. شرح

رده بندی کنگره: ی ۱۳۰۰ ۲۰۲۱ ۸ ک ۹ م ۱ / ۱۹۰ BP

رده بندی دیویی: ۲۹۷/۳۷۲

شماره کتابشناسی ملی: ۱۹۳۴۲۵۸



✽ اسم کتاب: کتاب البیع - من أبحاث آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني / ج ۴

✽ تقریر و شرح: السید علی الحسینی المیلانی

✽ نشر: الحقائق

✽ الطبعة: الأولى - ۱۴۳۴

✽ المطبعة: ستاره - قم

✽ الكمية: ۱۰۰۰

✽ السعر: ۱۱۵۰۰۰ ریال

✽ رد مک: ۷-۷۶-۵۳۴۸-۶۰۰-۹۷۸ ۷-۷۶-۵۳۴۸-۶۰۰-۹۷۸

حقوق الطبع محفوظة للمركز

✽ عنوان مرکز النشر: قم، شارع صفاییه، مقال «صدوق فرض الحسنه دفتر تبلیغات»، هاتف: ۷۸۳۷۳۲۰-۲۵۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في طهران: شارع مجاهدین، تقاطع «أسر دار»، ساحة الأطباء «ساختمان پزشكان»، شقة رقم ۹، منشورات مركز سیر الشفافي، هاتف:

۷۷۵۲۱۸۶-۰۲۱ (۱ خطوط)

✽ عنوان مرکز التوزيع في طهران: شارع «بهدلوان»، شارع «شهيد گلشن»، زاوية شارع «ناطق بوری»، بناية زمره «ساختمان زمرد»، الطابق الثاني، رقم ۶۳، منشورات

آفاق، هاتف: ۲۲۸۱۷۰۳۵-۰۲۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في مشهد: شارع الشهداء، خلف حديقة نادری «باغ نادری»، زقاق الشهيد خوراکیان، بناية «گنجینه کتاب»، در شر نور الکتاب، هاتف:

۲۲۸۱۶۶۲-۰۵۱۱-۹۱۵۱۱۹۹۸۶

✽ عنوان مرکز التوزيع في اصفهان: شارع «جهانباغ پاتین»، مقابل ملعب «نخعي» الرياضي، مركز الحوزة العلمية التخصصي للحوزة العلمية في اصفهان، هاتف:

۲۲۲۳۱۳۳-۰۳۱۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في تبريز: شارع الامام الحسيني، قرب دؤر «ساعت»، سوق «بزرگ تربيت»، الطابق الأسفل، رقم ۲۶، منشورات «مدای نسر»، هاتف:

۲۵۲-۵۵۴-۰۱۱۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في زنجان: محطة «همت نیر»، محطة الباصات، معرض الکتاب «گلستان»، هاتف: ۲۲۲۰۹۹۰-۰۲۶۱

✽ عنوان مرکز التوزيع في كرمانشاه: شارع «باب ابريشم»، بجانب مدخل جامعة الرازي الأصلي، مكتبة «الحفظ»، هاتف: ۰۸۴-۰۲۸۸-۰۸۳۱

الموقع: www.al-haqaeq.org - البريد الإلكتروني: Info@al-haqaeq.org - الرسائل النصية: ۹۸۱۰۰۰۰۱۴۱۴



أدلة القائلين

ببطلان معاملة الفضولي

قال الشيخ:

واحتجَّ للبطلان بالأدلة الأربعة: أما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾. دلَّ بمفهوم الحصر أو سياق التحديد...

الاستدلال بآية التجارة

وتقريب الاستدلال بالآية:

إمّا بلحاظ دلالتها على الحصر، إذ تدلُّ الآية على أن الحكم بحرمة الأكل يختصُّ بما عدا التجارة عن تراض، فمعاملة الفضولي - لكونها غير ناشئة عن التراضي - غير داخلة في المستثنى، فهي باطلة.

وإمّا بلحاظ دلالتها على تقييد التجارة بكونها عن تراض، وهذا التقييد يفيد التحديد، ومفهومه أن التجارة لا عن تراض باطلة.

فالآية دالة على بطلان معاملة الفضولي بتقريبين.

الجواب

قال الشيخ:

وفيه: أن دلالة على الحصر ممنوعة، لانقطاع الإستثناء... ضرورة عدم كون

التجارة عن تراضٍ فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه.

أي: إنَّ هذا الاستثناء منقطع، لأنَّ المتَّصل ما يكون المستثنى من أفراد المستثنى منه وخارجاً عن حكمه، كما في أكرم العلماء إلَّا زیداً، فزید من أفراد العلماء إلَّا أنه خرج عن حكم وجوب الإكرام، والتجارة عن تراضٍ لم تكن من أفراد الباطل حتى يكون إخراجها استثناءً متَّصلاً، فهو منقطع بمثابة القضية المستقلة، وإذ لم يكن الاستثناء متَّصلاً، فالآية غير دالة على الحصر. أقول:

إنَّ أداة الاستثناء ظاهرة في الإخراج وهو فرع الدخول، فالمعنى حينئذٍ: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب المتداولة بينكم. وقوله «بالباطل» بيان للعلّة، كما ورد في الخبر أيضاً^(١). فالمعنى حينئذٍ: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب المتداولة بينكم لأنَّها باطلة، إلَّا التجارة عن تراضٍ.

فالاستثناء متَّصل، والاستدلال تام.

هذا بالنسبة إلى التقريب الأوّل. وأمّا الثاني، فقد أجاب عنه الشيخ بوجه:

قال الشيخ:

وأما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد، فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى، ككونه وارداً مورد الغالب... أقول:

هذه الجملة مشتملة على وجهين:

الأول: ما أشار إليه بقوله «مع تسليمه».

والثاني: حمل القيد على الغلبة.

وقد تقدّم منه الوجهان في بحث سابق حول دلالة الآية إذ قال: دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضي إمّا بمفهوم الحصر وإمّا بمفهوم الوصف، ولا حصر كما لا يخفى، لأن الاستثناء منقطع غير مفرغ، ومفهوم الوصف - على القول به - مقيد بعدم ورود الوصف مورد الغالب كما في ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ﴾^(١).

فقوله هنا: مع تسليمه، إشارة إلى الخلاف في حجية مفهوم الوصف.

فهذا هو الجواب الأول.

وأما الجواب الثاني، فتوضيحه: إنه إن كان «عن تراضٍ» قيداً ووصفاً للتجارة، إفادته الحصر والتحديد عن طريق المفهوم إنما هي فيما لو تكن له فائدة غيره، بحيث إذا لم يحمل عليه تلزم اللغوية من ذكره، لكن لهذا القيد فائدة أخرى وهي الدلالة على الغلبة، لأن الغالب في التجارة وقوعها عن التراضي كما هو في «اللاتي في حجوركم» حيث أنه قيدٌ وارد مورد الغالب، لأن الربيبة محرم سواء كانت في الحجر أو لا.

وحينئذٍ، فلا دلالة لهذا القيد على التحديد، بأن تكون التجارة ناشئة عن

التراضي وإلا فهي فاسدة.

وعلى الجملة، فدلالة هذا القيد على التحديد أول الكلام، للبحث

الكبروي في مفهوم الوصف. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا، فلا دلالة عليه من الناحية الصغرى.

أقول:

أما الوجه الأول، فعلى المبنى.

وأما الوجه الثاني، ففيه:

إن الأصل في القيود الموضوعية، فمتى ذكر موضوع وقيد كان ظاهراً في كون القيد جزءاً للموضوع ودخلاً في الملاك، ورفع اليد عن ذلك بالحمل على الغلبة يحتاج إلى قرينة من الخارج، وكذلك الحال في الآية ﴿وَرَبَائِكُمْ﴾، فإنه لو لا الدليل لكان القيد احترازياً، لكن الحمل في آية التجارة لا دليل عليه، فالقيد احترازي.

قال الشيخ:

مع احتمال أن يكون «عن تراض» خبراً بعد خبر له «تكون» على قراءة نصب «التجارة»، لا قيداً لها...

وتوضيحه: إن «التجارة» في الآية قرأت - في القراءات المشهورة - على وجهين: الرفع، على أن «تكون» تامة. والنصب على أنها ناقصة. وعلى الثاني، يحتمل أن يكون «عن تراض» خبراً ثانياً لكان الناقصة لا قيداً ووصفاً للتجارة، وحينئذ يكون المعنى: لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن يكون سبب الأكل تجارة، وتكون - أي التجارة - عن تراض مطلقاً، أي سواء كان الرضا سابقاً أو لاحقاً.

فلاستثناء متصل، والمستثنى متعدّد، لأنه واحد مقيد بالقيد.

وهذا هو الوجه الثالث، وقد ذكره بعنوان «الاحتمال» من باب إذا جاء

الاحتمال سقط الاستدلال للبطلان، بل يكون دليلاً على الصحة.
أقول:

إن هذا الاحتمال لا يناسب شأنه الرفيع، لأن لازم ما ذكر صحة حمل كل من «التجارة» و«عن تراض» على إسم «تكون»، وهو الضمير العائد على الأموال. ولكن حمل «التجارة» على «الأموال» صحيح، أما حمل «عن تراض» على «الأموال» فغير صحيح، وعدم صحة حمل «عن تراض» بانفراده على اسم كان، يكشف عن عدم كونه خبراً لكان الناقصة.

مضافاً: إلى أن ما ذكره غفلة عن كلمة «عن» الظاهرة في التجاوز، فإنها قرينة على كون التراضي وصفاً للتجارة، ومع وجود هذا الظاهر يسقط كل احتمال على الخلاف.

قال الشيخ:

مع أن الخطاب لملاك الأموال، والتجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة، فتجارته عن تراض.

وهذا هو الوجه الرابع.

وتوضيحه: إن الخطاب لأصحاب الأموال، لأن ظاهر «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً» هو: إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَتَكُمْ، فالتجارة المضافة إلى ملك الأموال هي المستثناة، وعلى هذا، فكل تجارة كانت مضافة إلى المالك وهو راضٍ بها فهي صحيحة والأكل بسببها حلال، ومعاملة الفضولي بإجازة المالك بعدها تكون مضافة إليه - أي إلى المالك - وكاشفةً عن رضاه بها. فالآية دالة على صحتها لا على بطلانها.

أقول:

وهذا الوجه متين، وهو الجواب عن الاستدلال بالآية للبطلان [١].

[١] وخلاصة الكلام: أنه إن كان الاستدلال عن طريق مفهوم الحصر، فإن الجواب بتوقفه على انقطاع الاستثناء غير مقبول، لأنه متصل وليس بمنقطع. وإن كان عن طريق مفهوم الوصف، فإن الجواب الأخير هو الصحيح، فالاستدلال بالآية على بطلان الفضولي ساقط.

أقول: إن الأصل فيما ذكره الشيخ في الجواب هو المحقق صاحب المقابس، قال: وكذلك انقطاع الاستثناء كما نص عليه جمع من المفسرين، والحمل على البيان والانصال تكلف مقتض لمخالفة الآية للواقع، لعدم انحصار حلية الأكل في جهة التجارة، فبناء الاستدلال على ذلك باطل لا وجه له. (١)

لكن الأكابر كالمرزا والإصفهاني والخوئي ذهبوا إلى اتصال الاستثناء، وأجاب المحقق الإصفهاني عما ذكر في المقابس: بأن الظاهر ليس بتحريم التصرف في مال الغير، بل بتحريم التصرفات الواقعة بين بعضهم مع بعض، فلذا قال تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ﴾، فمورده التصرفات المعاملية ولو كالقمار المبني على نوع معاملة ومعاوضة (٢).

فأشكل عليه شيخنا دام بقاءه: بأنه ينافي الأخبار الواردة بذييل الآية، بتمسك

(١) مقابس الأنوار: ١٢٨.

(٢) حاشية الاصفهاني ٩٧/٢.

الإمام عليه السّلام بها في حرمة أخذ المال باليمين الكاذبة ونحو ذلك ممّا ليس من المعاملات.

ولكنّ يمكن الجواب عنه: بأنّ ذلك تطبيق من الإمام عليه السّلام، ومن المعلوم أنّ التطبيق غير التفسير. هذا أولاً. وثانياً: الظاهر أنّ تطبيق الإمام عليه السّلام ناظر إلى صدر الآية المباركة، ولا ربط له بتمامها صدرّاً وذيلاً.

ثم قال دام بقاءه: إنّ استهجان تخصيص الأكثر في المقام لا يرتفع إلّا بالتزام أمرين: أحدهما: أنّ تكون «التجارة» أعمّ من «البيع». والآخر: أنّ تختصّ الآية بالمعاملات.

فمنع الأول: بأنّه يخالف اللغة والعرف. والثاني: بأنّه يخالف تطبيق الإمام الآية على ما ليس بمعاملة، فعن سماعة قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل ممّا يكون عنده الشئ يتبلّغ به وعليه دين، أيطعمه عياله حتى يأتي الله عزّ وجلّ بميسرة فيقضي دينه أو يستقرض على ظهره...؟ قال: يقضي دينه ولا يأكل أموال الناس إلّا وعنده ما يؤدّي إليهم حقوقهم. إنّ الله عزّ وجلّ يقول: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١)

ويمكن الجواب عن الثاني: بأنّه تطبيق من الإمام عليه السّلام لصدر الآية، ولا علاقة له بالبحث. وبه يجاب عن الأول. فتأمّل.

وتلخص: إن الإلتزام باتّصال الاستثناء لامحذور فيه.

هذا كلّ بناء على الإستدلال بمفهوم الحصر.

الاستدلال بالروايات

قال الشيخ:

منها: النبويّ المستفيض... لا تبع ما ليس عندك، فإنّ عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه، لعدم تملكه، فيكون مساوفاً للنبويّ الآخر...
الحديث المذكور من روايات العامة، وهو قوله صَلَّى الله عليه وآله
لحكيم بن حزام لَمَّا سَأَلَهُ عَنْ حَكْمِ الْبَيْعِ بِهَذِهِ الصُّورَةِ:

وأما بناءً على الاستدلال بمفهوم الوصف - على القول به - فإن ما ذكره الشيخ في الجواب غير وارد إلا الوجه الأخير.

وقد أوضحه المحقق الخوئي بقوله: إنّ الخطاب في الآية المباركة لمالّك الأموال، فيشترط وقوعها - أي التجارة - برضاهم. ومن البيّن الذي لا ريب فيه أن التجارة الصّادرة من الفضولي لا يطلق عليها أنها تجارة المالك إلا بعد إجازته، فإذا أجازها صارت تجارةً عن تراض.^(١)

فأورد عليه شيخنا دام بقاءه: بأنّ الصّادر من الفضولي لم يكن تجارةً بل هو صورة التجارة، فكيف تنقلب الصّورة إلى الحقيقة بلحوق الإجازة؟

ويجاب عنه: بأنّ الذي يصدر من الفضول تجارة لا صورة تجارة، لكن لا يطلق عليها أنها تجارة المالك إلا بإجازة منه. كما أن تجارة الوكيل لا يصدق عليها ذلك إلا بتوكيل المالك، فالمعاملة منبعثة عن المالك بإجازته وعن الموكل بتوكيله... وهكذا.

روى أحمد بن حنبل عن حكيم قال: قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل يسألني البيع ليس عندي ما أبيعه، ثم أبيعه من السوق. فقال صلى الله عليه وآله: لا تبع ما ليس عندك^(١).

وروى عنه: قلت يا رسول الله، الرجل يطلب مني المتاع وليس عندي، أفأبيعه له؟ قال: لا تبع ما ليس عندك^(٢).

وروى النسائي عنه قال: سألت النبي صلى الله عليه وآله فقلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل...

قال صلى الله عليه وآله: لا تبع ما ليس عندك^(٣).
وروى ابن ماجه نحوه^(٤).

وقد روي هذا الحديث بطرقنا كذلك، فقد روى الصّدوق عن الصّادق عن آبائه عليهم السّلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: ونهى عن بيع ما ليس عندك^(٥).

وروى الشيخ عن سليمان بن صالح عن أبي عبد الله عليه السّلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلفٍ وبيع، وعن بيعين في بيع،

(١) مسند أحمد ٤٠٢/٣.

(٢) مسند أحمد ٤٠٢/٣.

(٣) سنن النسائي ٢٨٩/٧.

(٤) سنن ابن ماجه ٣٧٧/٢.

(٥) وسائل الشيعة ٤٦١٨، الباب ٧ من أبواب العقود، رقم: ٥.

وعن بيع ما ليس عندك...^(١) [١]

[١] أقول: إن ألفاظ هذا الحديث عن حكيم بن حزام - قال ابن الأثير: هو من مسلمة الفتح، وكان من أشرف قريش ووجوهها في الجاهلية والإسلام، وكان من المؤلفة قلوبهم^(٢) - في كتب العامة مختلفة، ففي مسند أحمد في لفظ: «ليس عندي ما أبيعه. ثم أبيعه من السوق» وفي آخر: «ليس عندي، فأبيعه له»، وأخرجه أصحاب السنن بلفظ: «ليس عندي، أبيعه منه ثم أبتاعه له من السوق» كذا قال ابن حجر،^(٣) ولكن هو عند الترمذي «ليس عندي، أبتاع له من السوق ثم أبيعه».^(٤) وفي اسد الغابة بترجمة حكيم، بإسناده عن الترمذي «أبتاع له من السوق ثم أبيعه منه؟».^(٥) ولذا قال شارح الترمذي: أبتاع له من السوق. بتقدير همزة الإستفهام. وقال في لفظ «ثم أبيعه»: لم يقع هذا اللفظ في رواية أبي داود ولا في رواية النسائي ولا في رواية ابن ماجه.

فظهر أن الحديث المستدل به هو اللفظ الذي نسبه ابن حجر إلى رواية أصحاب السنن. وأما لفظ الترمذي وغيره، فلا إشكال فيه حتى يتعلق به النهي، ولذا قال السيد الجذ بأنّه سهو كما سيأتي. وقول شارحه: «ومقصود السائل أنه هل يبيع ما ليس عنده ثم يشتريه من السوق ثم يسلمه للمشتري الذي اشترى له منه»^(٦) خلاف الظاهر جداً.

(١) وسائل الشيعة ٤٦/١٨، الباب ٧ من أبواب العقود، رقم: ٢.

(٢) اسد الغابة ٥٨/٢ - ٥٩.

(٣) فتح الباري في شرح البخاري ٤ / ٢٧٨.

(٤) سنن الترمذي ٣ / ٥٣٤.

(٥) اسد الغابة ٥٨/٢ - ٥٩.

(٦) تحفة الأحوذ في شرح الترمذي ٤ / ٣٦١.

حديث: لاتبع ما ليس عندك

وتقريب الاستدلال هو:

إنَّ حكيم بن حزام كان دَلَّالاً، وبيع الدَّلال لأموال الناس على ثلاثة أنحاء:

أحدها: أن يسلِّمه المال ويأمره ببيعه. ويصدق على هذا كون المال «عنده».

والآخر: أن يكون المال في المستودع ويؤكِّله ببيعه. وهذا صادق عليه كذلك.

هذا، وقال ابن حجر: قال ابن المنذر: وبيع ما ليس عندك، يحتمل معنيين: أحدهما: أن يقول: أبيعك عبداً أو داراً معيّنة وهي غائبة. فيشبهه بيع الغرر. ثانيهما: أن يقول: هذه الدار بكذا، على أن أشتريها لك من صاحبها أو على أن يسلِّمها لك صاحبها. قال: وقصة حكيم موافقة للثاني.^(١)

وفي شرح الترمذي: وفي معنى ما ليس عنده في الفساد، بيع العبد الأبق وبيع المبيع قبل القبض، وفي معناه بيع مال غيره بغير إذنه، لأنه لا يدري هل يجيز مالكة أم لا. وبه قال الشافعي. وقال جماعة: يكون العقد موقوفاً على إجازة المالك، وهو قول مالك وأصحاب أبي حنيفة وأحمد. كذا في المراقبة.^(٢)

(١) فتح الباري ٤ / ٢٧٨.

(٢) تحفة الاحوذى ٤ / ٣٦٠.

والثالث: أن يقول له المشتري: بعني كذا، فتارةً: يبيعه المتاع - المأذون أو الموكل في بيعه - ويسلمه إياه بعينه. وأخرى: يبيعه ما في ذمة شخص وكالة عنه مثلاً، وثالثة: يبيعه مال الغير - بلا إذن أو وكالة - فضولياً.

وقوله صلى الله عليه وآله: «لا تبع ما ليس عندك» إشارة إلى النحو الثالث أو خصوص الصورة الثالثة من صورته. والنهي في المعاملة إذا كان ناظراً إلى واقع المعاملة يدل على الفساد، فبيع الفضولي باطل.

التحقيق فيه والجواب عنه

لكن أقول:

إن «ما» الموصولة أعم من العين الشخصية والكلي في الذمة.

و«ليس عندك» أي: ليس زمام أمره بيدك.

فإن كان أصيلاً أو وكيلًا، فزمام أمر الشيء بيده، وإلا فهو فضولي، سواء باع العين أو الكلي في الذمة. ويعم الحديث ما إذا باع شيئاً في ذمته، لأن الإنسان لا يملك ما في ذمته، وإن جاز تملكه لغيره حالاً أو مؤجلاً، وما إذا باع عيناً كلية من دون إضافة لها إلى ذمته أو ذمة الغير.

وحينئذ يقع البحث عن بيعه للشيء وهو ليس عنده، فهل يبيع الشيء في ذمته ثم يشتريه من السوق ويسلمه، أو يبيعه من غير أن يضيفه إلى ذمته فيظن المشتري وجود الشيء عنده في الخارج، فيشتريه من السوق ويسلمه، أو يبيعه الشيء الموجود خارجاً بعينه؟

الظاهر: عدم إرادة العين الشخصية، خلافاً للشيخ، بل المبيع عين كلية،

مع إضافتها إلى ذمته أو ذمة غيره أو بدون إضافة مطلقاً؟

إن كان بلا إضافة مطلقاً، فالمعاملة باطلة، لأن الكلي بما هو كلي لا ماليتها له حتى يباع، بل نسبته إلى البائع والمشتري على السواء، وإنما تتحقق له الماليتها إذا أضيف إلى الذمة.

وإن باعه مضافاً إلى ذمته، كان من بيع السلف، وهو جائز عند الخاصة والعامة، إلا أن العامة يقولون بجوازه إن كان إلى مدة، فلو كان حالاً فهو عندهم باطل لعموم حديث: لا تبع ما ليس عندك. وأصحابنا يقولون بجوازه مطلقاً للنصوص، كصحيفة عبدالرحمن قال:

سألت أبا عبدالله عن الرجل يشتري الطعام من الرجل ليس عنده، فيشتري منه حالاً. قال: ليس به بأس.

قلت: إنهم يفسدونه عندنا.

قال: وأي شيء يقولون في السلم؟

قلت: لا يرون به بأساً، يقولون هذا إلى أجل، فإذا كان إلى غير أجل وليس عند صاحبه فلا يصلح.

فقال: فإذا لم يكن إلى أجل كان أجود...^(١).

فالقائلون بالبطلان يقولون بدلالة الحديث على بطلان الفضولي، لأنه يبيع ما ليس زمام أمره بيده، سواء كان المبيع عيناً خارجية أو كلياً في الذمة، خرج عنه السلم فقط.

ثم هل الحديث يدل على بطلان ما إذا باع الشيء لنفسه فقط، أو يعم

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٤٦، كتاب التجارة، أبواب أحكام العقود الباب ٧ رقم ١.

البيع لمالكه أيضاً؟

الظاهر الأول - كما هو المستفاد من الأحاديث التي ذكرناها - بالحديث خارج عن البحث، لأن مورد الكلام أن يبيع الرجل ملك الغير عن مالكه فضولة، فيجيز المالك البيع لاحقاً... فلا استدلال به في غير محله.

جواب الشيخ والنظر فيه

وقال الشيخ في الجواب:

أولاً: إن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية... ومن البيع البيع لنفسه... وحينئذٍ، فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء، فيكون دليلاً على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه... وإما أن يراد... فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك...
وثانياً: سلمنا دلالة النبوي على المنع، لكنها بالعموم، فيجب تخصيصه بما تقدم...

أقول:

أما أن الموصول ظاهر في العين الشخصية. فلا نوافقه عليه كما عرفت.
وأما أن البيع بيع لنفسه، فهو الظاهر بالنظر إلى نصوص العامة كما تقدم - بخلاف نصوصنا فهي عامة - وعليه، فإن أريد من بيع الفضولي مجرد الإنشاء، أي المعنى المصدرى، كان دالاً على عدم بيع الفضولي لنفسه، لكونه منهياً عنه والنهي إرشاد إلى الفساد. وإن أريد المعنى الاسمي، أي حقيقة الملكية وواقع المبادلة، فإن إيجاده في ملك الغير يتوقف على رضا مالكه، فإذا لحقه الرضا تحقق حقيقة البيع وترتب عليه الأثر. وعليه، فلا يعم

الحديث بيع الفضولي المتعقب بالإجازة من المالك.

نعم، بناءً على عموم الحديث - لبيع ما في ذمته وما في ذمة الغير كما ذكرنا - لا مناص من تخصيصه بالأدلة الدالة على الجواز. وحاصل الكلام هو:

إنه قد استدل القائلون بالبطلان بهذا الحديث: بأنه يدل على بطلان بيع ما ليس بملك له، إلا إذا وكيلاً أو مأذوناً من المالك، لأن النهي يدل على الفساد، ومقتضى إطلاقه هو البطلان، سواء أجاز المالك أو لا.

وأجاب الشيخ: بأن المنهي عنه هو بيع مال الغير لنفسه، ومعنى النهي عدم النفوذ، ولكن ينفذ بالإجازة اللاحقة.

إلا أن «ما» الموصولة تطلق على كل شيء، ولا ظهور لها في العين الشخصية.

إلا أن يقال: إن الصلة «ليس عندك» قرينة على أن المراد ما ليس حاضراً عندك - وهو العين الشخصية التي للغير، ولا وكالة أو إذن عنه - وعلى عدم شمول الحديث لما في ذمته أو في ذمة غيره وهو قادر على تسليمه، لأن الإنسان إذا باع الكلبي في ذمته صدق عليه القول بأنه باع ما عنده، أي ما هو واجد له ومسقط عليه.

فالمنهي عنه في الحديث بيع العين الشخصية للغير، وبيع الكلبي الذي لا قدرة على تسليمه، وهذا هو المستفاد من بعض الأخبار أيضاً^(١)، وكذا بيع

(١) إشارة إلى روايات بيع البطيخ ونحوه مما ليس في أوانه حالاً، وسائل الشريعة ٢٩٤/١٨، الباب ٥ من أبواب

الكلي من دون إضافة له إلى ذمته أو ذمة غيره، لعدم المالية له كما تقدّم.
 لكنّ مورد الرواية - كما نقلنا من كتب العامة - هو بيع الشيء ثمّ ابتياعه من السوق، ومثل هذا البيع يحتمل فيه أن يبيع الشيء كلياً في ذمته، مع قدرته على شرائه وتسليمه إلى المشتري، وهذه الصورة لا إشكال فيها. إلّا أن في الرواية كلمة «ابتياعه له» والمراد إمّا هو بيع الشيء كلياً في المعين وليس عنده، ثمّ شراؤه من السوق لنفسه ليسلمه المشتري وفاءً ببيعه، أو شراء الشيء للمشتري فضولةً عنه. والظاهر هو الأول، وهو باطل قطعاً، وإذا كانت الرواية ظاهرة فيه، فهي خارجة عن بحث الفضولي، ولا أقلّ من إجمالها، فتسقط عن الاستدلال.

وأما ما في أسد الغابة،^(١) فالظاهر أنه سهو [١].

[١] وأما المحقق الإصفهاني، فقال: لا دلالة له على بطلان الفضولي حتى مع الإجازة، سواء أريد من البيع ما هو تملك إنشائي أو ما هو تملك حقيقي (قال) فإن المراد إن كان هو التملك الإنشائي، فهو قابل للصحة والفساد، والنهي عنه للإرشاد إلى فساده بما هو تملك إنشائي مضاف إلى من ليس عنده المبيع، فلا معنى لدلالته على فساده إذا كان مضافاً إلى من عنده المبيع، فإنه من بيع من كان عنده لا من ليس عنده.

وإن كان هو التملك الحقيقي، فليس له نفوذ وفساد، بل أمره دائر بين الوجود والعدم، فإنّ الصحة والفساد من أوصاف الأسباب، فالنهي إرشاد إلى عدم وقوعه ممّن

(١) أسد الغابة في معرفة الصحابة ٤ / ٢٧٨.

ليس عنده المال لامتن عنده. والملكية الحقيقية المتحدة ذاتاً مع التملك الحقيقي.

إنما توجد إذا أضيف سببها إلى المالك، فتوجد الملكية الحقيقية من المالك. فهو بيع حقيقي ممن عنده المال.^(١)

وحاصل المراد: أن النهي إن كان متوجهاً إلى البيع الإنشائي الصادر ممن ليس عنده وهو الفضول، فهو دال على فساد هذا الإنشاء، فهو غير متوجه إلى الإنشاء المنظم إليه إجازة المالك، لأنه حينئذ إنشاء من عنده، فليس دالاً على الفساد. وإن كان متوجهاً إلى البيع الحقيقي، فإن التملك الحقيقي عين الملكية - للإتحاد بين المصدر واسم المصدر - والملكية في بيع الفضولي إنما تتحقق بإجازة المالك، فلا يوجد البيع الفضولي حتى يتوجه إليه النهي.

وقد أورد عليه شيخنا بوجوه:

أحدها: إنه لا معنى لتقسيم البيع إلى الإنشائي والحقيقي، فإن البيع أمر واحد صادر من المنشئ له، فإن كان أهلاً لهذا الإنشاء بالنسبة إلى الشيء المباع، فهو مورد لإمضاء العقلاء والشارع من هذه الجهة، وإن لم يكن فلا.

والثاني: إن البيع الإنشائي الصادر من الفضول هو تلفظه بكلمة «بعث» - التي هي الوجود الحقيقي للكلمة، والوجود الجعلي للبيع، أي المبادلة بين المالكين - ومن المعلوم أن هذا الأمر الخارجي التكويني لا يعقل استناده إلى المالك بالإجازة اللاحقة منه. فقوله: «والنهي عنه للإرشاد...» فلا معنى لدلالته على فساد إذا كان مضافاً...» غير صحيح على مسلكه في حقيقة الإنشاء.

(١) حاشية المكاسب للإصفهاني ١٠٢/٢.

والثالث: قوله: البيع الإنشائي يقبل الصحة والفساد، وأمّا الحقيقي فأمره دائر بين الوجود والعدم، غير صحيح. لأنّ البيع الحقيقي هو التملك عند العقلاء، ولكنّ الشارع قد لا يعتبر ما يعتبره العقلاء، فيكون فاسداً، كما هو الحال في البيع الربوي مثلاً.

أقول: هذه إشكالات شيخنا الأستاذ على كلام المحقق الإصفهاني في المقام، فتأمل. وتعرض لجواب المحقق الإيرواني، فإنه قال: «المراد من نفي البيع في الأخبار نفي أحكامه بما هي أحكامه، وحكم البيع بما هو بيع هو التأثير في حصول النقل على وجه الاستقلال وبنحو العلية التامة المستفادة من دليل «أحلّ» و«أوْفُوا».

ونفي هذا الأثر الاستقلالي لا يستدعي نفي التأثير الناقص والتأثير على سبيل جزء العلة على أن يكون الجزء الآخر إجازة المالك، فإذا لم يقتض حكم به بمقتضى أدلة صحة الفضولي. فهذا الجواب لا ينفي وقوع البيع لنفس الفضولي أيضاً إذا أجاز المالك، وإنما ينفي استقلاله في التأثير حتى في حقّ المالك.^(١)

فأورد عليه شيخنا دام بقاءه: بأن آية الحلّ والوفاء، لا يفيدان السببية التامة لاعتبار رضا المالك أيضاً بلحاظ آية التجارة، وإذا كانا يفيدان السببية الناقصة، فإن الأخبار تكون دافعة لهذه السببية.

أقول: ولعلّ مراد هذا المحقق هو: أن البيع الموضوع في آية الحلّ، والعقد الموضوع في آية الوفاء، هو ما كان جامعاً للشرائط العقلانية ومنها رضا المالك، فالآيتان تفيدان السببية التامة. فتأمل.

(١) حاشية المكاسب للإيرواني ٢٢٨/٢.

بقي الكلام في بعض الروايات:

رواية الصفار

منها: رواية الصفار عن الإمام العسكري عليه السلام، وفيها: لا يجوز بيع ما ليس يملك^(١).

ولكنها - بالنظر إلى متنها صدرأً وذيلأً - خارجة عن مسألة الفضولي، كما لا يخفى على من راجعها.

رواية الحميري

ومنها: رواية الحميري أن صاحب الزمان عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسأله: «إن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضأً منه»^(٢).

ولكنها - بالنظر إلى متنها - دالّة على صحّة الفضولي، لأنه قال عليه السلام «أو رضأً منه» أي من المالك.

وبما ذكرنا يظهر ما في بعض كلمات الشيخ في الجواب عن الروايتين. نعم، قد أجاب في آخر البحث عن رواية الصفار بما أجبنا.

ولنا أن نجيب عن هذه الرواية: بأن المراد اشتراط استناد البيع إلى المالك، ومن المعلوم تحقّق ذلك بالإجازة اللاحقة منه.

(١) وسائل الشيعة ٣٣٩/١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ٢ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٣٣٧/ ١٧، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، الباب ١ رقم: ٨.

صحیحة محمد بن مسلم

ومنها: صحیحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألته عن شراء أرض الذمة...

فقال: لا بأس بها فتكون إذا كان ذلك بمنزلتهم تؤدي عنها كما يؤدون. قال: وسأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، وأهل الأرض يقولون: هي أرضهم وأهل الاستان يقولون: هي أرضنا. فقال عليه السلام: لا تشتريها إلا برضا أهلها.^(١)

وجواب الشيخ: بأنّ الحصر في مقابلة عدم رضا أهل الأرض رأساً على ما يقتضيه السؤال. لا ربط له بالاستدلال، لأنّ «الباء» في «برضا أهلها» سببية، والسبب لا بدّ أن يقارن المسبب وإن كان متقدماً عليه رتبة، فالرضا المتأخر غير مؤثر.

بل التحقيق أن يقال: أن الابتياح عبارة عن انتقال المال إليه ودخوله في ملكه، وبالرضا يتحقّق هذا المعنى ويكون مسبباً عنه.

صحیحة محمد بن القاسم

ومنها: صحیحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الأوّل: عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، وكتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال ولم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعها؟

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٧٠ كتاب التجارة الباب ٢١ رقم ٨، و ١٧ / ٣٣٤، الباب ١ رقم ٣.

قال قل له: ليمنعها أشد المنع، فإنها باعتها ما لم تملكه^(١).

وجواب الشيخ: بأنه لا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولي، لأنه باع ما لا يملك... في غير محله، لأن وجه الاستدلال هو أن الرواية بمعنى: «لا تبع ما ليس عندك» فهي دالة على بطلان البيع.

فالتحقيق أن يقال: إن الأثر يتبع العلة التامة، وهي تملك المالك، ولا بد فيه من الإنشاء منه، أو إظهاره بإجازة تملك الفضولي، إذ بذلك يستند التملك إلى المالك. فقول الإمام بأنها باعت ما لم تملكه، يعني: إن البيع الصادر منها غير مؤثر، ولذا لا تعطى الثمن الذي هو بدل عن المال.

وعليه، فغاية ما تدل عليه الرواية هو أن بيعها غير مؤثر بالفعل، ولا نظر فيها إلى تأثير الإجازة أو عدم تأثيرها، فلا دلالة لها على عدم تأثير الإجازة اللاحقة، كما لا دلالة على تأثيرها.

الاستدلال بالإجماع

قال الشيخ:

الثالث: الإجماع على البطلان، ادّعاء الشيخ في الخلاف... وادّعاء ابن زهرة في الغنية، وادّعى الحلّي.
أقول:

ليس مرادهم من دعوى الإجماع في الموارد المختلفة اتفاق العلماء كلهم، بل مرادهم من الإجماع على المسألة هو أنها مصداق للقاعدة المتفق

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٣٣، كتاب التجارة، أبواب عقد البيع، باب ١ رقم: ٢.

عليها، وإلا، فإن المشهور بين الفقهاء صحة معاملة الفضولي بالإجازة اللاحقة من المالك [١].

الاستدلال بحكم العقل بعدم جواز التصرف في مال الغير

قال الشيخ:

الرابع: ما دلّ من العقل والنقل على عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فإنّ الرضا اللاحق لا ينفع في رفع القبح الثابت حال التصرف... ولا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً. والجواب...

[١] ولذا ذكر الشيخ عدم الظنّ بالإجماع بل الظنّ بعدمه، بعد ذهاب معظم القدماء، كالقديمين والمفيد والمرتضى والشيخ نفسه في النهاية التي هي آخر مصنفاته - على ما قيل - وأتباعهم إلى الصحة، وإطباق المتأخرين عليه، عدا فخرالدين وبعض متأخري المتأخرين.

وما أفاده السيّد الجّد أحد الأجوبة، وهو الجواب المعتمد في الإجماعات المتعارضة خاصة، كما بيّن في محله.

وكيف كان، فإنه ليس بالإجماع الحجّة الكاشف عن رأي المعصوم عليه السلام، وإلا لوجب رفع اليد عن ظواهر ما استدّل به للجواز، ضرورة أن جميع الاستظهارات تسقط أمام رأي المعصوم.

فما جاء في تقرير بحث المحقق الخوئي من أن هذا الإجماع لا يقاوم الأدلّة^(١) سهو من قلم المقرّر.

الجواب

أقول:

أجاب الشيخ بأربعة وجوه، بعضها إنكار الصغرى، وبعضها إنكار الكبرى، وبعضها - على فرض التسليم بالصغرى والكبرى - نفي فساد المعاملة.

أما إنكار الصغرى، فإن العقد الذي يجريه الفضولي ليس تصرفاً خارجياً بأن ينتفع من ملك الغير، أو تصرفاً اعتبارياً بأن يخرج عن ملك مالكه، وإنما هو مجرد الإنشاء متوقفاً لإجازة المالك.

وأما إنكار الكبرى - لو فرض كونه تصرفاً -: فبأن هذا التصرف مما استقل العقل بجوازه، فهو مثل الاستضاءة والاصطلاء بنور الغير وناره.

وتوضيح ذلك:

تارة: يكون الفضاء الذي فيه النور - مثلاً - ملكاً للغير وهو لا يجيز الاستضاءة في ذلك الفضاء، فهنا يحرم الاستضاءة، لصدق عنوان التصرف في ملك الغير.

وأخرى: لا يكون الفضاء الذي فيه نور الغير ملكاً له، فلا استضاءة جائزة ولا أثر لعدم رضاه حتى لو نهى عنه، وذلك لعدم المالئة لهذا النور، فلا يكون تصرفاً في المال.

ومن هنا نقول: بأن الاستظلال بحائط الغير لا مانع منه، ولكن لا يجوز

الاستغلال بخيمة الغير إلا بإذنه، لأنه قد حاز الفضاء الذي تحتها فكان ملكاً له.

فالوجه لإنكار الكبرى ما ذكرناه، لأنه مما استقلَّ العقل بجوازه. وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن المفروض كون الفضولي حرّاً، والحرّ له أن يتصرّف في لسانه تصرّف الملاك في ما يملكون، فإذا أنشأ البيع لم يتصرّف في مال الغير.

وأما إنكار الفساد على فرض التسليم، فقد قال الشيخ: مع أن تحريره لا يدلّ على الفساد.
أقول:

قد اشتهر أن النهي عن السبب لا يدلّ على الفساد، أمّا النهي عن المسبب فيدلّ عليه. لكن التحقيق تبعاً لشيخنا الاستاذ قدس سرّه هو: إن الحرمة في المعاملات إمّا تكليفية وإمّا وضعيّة، لأنه إن كان النهي متعلقاً بذات المعاملة، إمّا من حيث المتعلّق، مثل: لا تبع الخمر، أو من حيث الكيفيّة مثل: لا تبع المكيل والموزون جزافاً، أو من حيث المتعاقدين مثل: لا ينكح المحرم، كانت الحرمة وضعيّة، أي: إرشاداً إلى الفساد. وإن كان النهي لا بالذات بل بالعرض، كأن يكون المنهي عنه ملازماً مع ترك واجب، كالنهي عن البيع وقت النداء، أو فعل محرّم، كما لو أجرى صيغة البيع في أثناء الصلوة، فإنه يلازم كلام الأدمي في الصلوة، كانت الحرمة تكليفية، وهي لا تدلّ على الفساد، بل قيل بالدلالة على الصحة.

وعليه، فعلى فرض التسليم بالصغرى والكبرى، فإنّ معاملة الفضولي

غير فاسدة، لأنه نهى قد تعلق بالمعاملة الملازمة للتصرف في مال الغير المحرم على الفرض، فهو عرضي لا ذاتي، وقد عرفت عدم دلالة على الفساد. [١]

[١] أقول: لا يخفى أن وجوه الاستدلال بالعقل مذكورة في المقابس^(١) بالتفصيل مع الجواب عن كل منها. ولعل الوجه الأهم منها هو هذا الذي قدمه الشيخ، وهو استدلال عقلي محض من دون حاجة للاستدلال بالتوقيع الشريف، ويبتني على أمور أربعة، لو فقد الواحد منها لسقط:

الأول: أن يكون بيع الفضولي تصرفاً في مال الغير.

والثاني: أن يحكم العقل بأن التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلم، ولا شك في أن الظلم قبيح.

والثالث: أن يكون كل ما حكم العقل بقبحه حراماً عند الشارع، فالبيع الفضولي حرام شرعاً.

الرابع: أن يكون الحرمة موجبة للفساد.

أما الأمر الأول، فقد أوضح السيد الجدّ كيفية عدم كون البيع تصرفاً في مال الغير، فلاحاجة للبحث في أن بيع الفضولي مطلقاً أو أنه بقيد التوقع لإجازة المالك - كما في عبارة الشيخ - ليس تصرفاً في مال الغير، كما لا حاجة أيضاً للتفصيل الذي ذكره شيخنا دام بقاءه في الدرس.

ثم قال:

مع أنه لو دلّ لدلّ على بطلان البيع، بمعنى عدم ترتب الأثر عليه وعدم استقلاله في ذلك، ولا ينكره القائل بالصحة، خصوصاً إذا كانت الإجازة ناقلة. أي: لو فرض وجود النهي عن البيع فضولاً، فمعناه: لا تبع مال الغير مستنداً إلى نفسك فإنه لا يترتب عليه أثر، لكنّ البيع الذي تلحقه إجازة المالك ليس مستنداً إلى الفضولي، لأنّ الإجازة تسنده إلى المالك. أمّا إذا كانت الإجازة ناقلة، فواضح.

وأما إذا كانت كاشفةً حكماً، بأن تكون الإجازة شرطاً متأخراً كاشفاً عن تأثير العقد من حينه، فكذلك.

وكذلك لو قيل بأنّ الإجازة أمانة على تأثير العقد من حينه.

فعلى جميع التقادير يصح بيع الفضولي، لكنّه على النقل واضح جداً. قال الشيخ:

وحينئذٍ، لامجال للبحث عن أنّ هذا التصرف ظلم عقلاً أو لا، كما في كلام المحقّق الإصفهاني^(١). نعم، إنما يحتاج إليه بناءً على كون البيع تصرفاً، فبناءً على كونه ظلماً تصل النوبة إلى جريان قاعدة الملازمة بناءً على القول بتماميتها. لكنّ الاستاذ دام بقاءه يرى أنّ النهي كتاباً وسنةً عن الظلم مولويٌّ لا إرشادي، فلا حاجة إلى القاعدة. ويبقى الكلام في دلالة النهي على الفساد، ولكلّ من الأكابر مبناه الخاصّ في المسألة، فراجع.

ومما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لانفس القصد المقرون بهذا العقد.

أي: لأن هذه الحرمة غيريّة، والحرمة الغيريّة لا تدلّ على الفساد، كما لا توجب العقاب.

أدلة أخرى والكلام حولها

قال الشيخ

وقد يستدلّ للمنع بوجوه أخر ضعيفة أقواها... ويضعف...

أقول:

ذكر وجهين، أحدهما: إن القدرة على التسليم معتبرة في صحّة البيع، والفضولي غير قادر عليه. والثاني: إن الفضولي غير قاصد حقيقةً إلى مدلول اللفظ كالمكره.

وأجاب عن الأول: بأنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً، بل يكفي تحقّقه في المالك.

وتوضيحه: إن القدرة على التسليم شرط لتحقيق النقل والانتقال، فيكون شرطاً فيمن يتحقّق ذلك - أي النقل والانتقال - بواسطة وهو المالك لا العاقد. ولو كانت القدرة على التسليم شرطاً في العاقد، لكانت شرطاً في الوكيل، وللزم بطلان عقد الوكيل مطلقاً، لعدم توفّر الشرط فيه. وهذا ما لا يقول به أحد.

وعلى الجملة، فإنّ الشرط إمكان وصول المال إلى مالكة - وهو

المشتري -، ولذا لو أمكن للمشتري أن يتسلم المال ولم يمكن التسليم من البائع، صحّ البيع. ومن هنا يظهر أن اعتبارهم للقدرة على التسليم هو من باب المقدّمة لحصول النقل والانتقال ووصول المال إلى مالكه.

لكنّ الصحيح - مع أنّ المستدّلين بهذا الوجه من أكابر الفقهاء - أن يقرب الوجه ببيان آخر، بأنّ يقال: يعتبر في البيع أنّ لا يكون غررياً، ولمّا كان المشتري جاهلاً بأنّ المالك سيجزأ أو لا، فالبيع بالنسبة إليه غرري، بل الفضولي البائع للمال عن مالكه لا يدري هل ستأتي الإجازة أو لا؟ وإذا كان غررياً فهو باطل.

وحينئذٍ، يكون الجواب: إنّ الموجب للغرر المبطل هو الجهل بهويّة المبيع، وأمّا الجهل بلحوق الإجازة فلا يوجب الغرر، فلا يشمل أدلّة النهي عن بيع الغرر.

وأجاب عن الثاني: بأنّ المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد المتحقّق من الفضولي والمكره، لا أزيد منه.

فإنشاء المعنى وقصده كافٍ في تحقق العقد، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولي وبيع المكره بحق.

وهنا أيضاً نقول: بأنّ مقصود المستدلّ ليس لغويّة ما يصدر عن الفضولي حتى يجاب بما ذكر، بل الظاهر أن مراده: إن العقد هو العهد، وإذا كان المبيع ملكاً للغير لم يكن للعاقدة عهد حقيقة، فلا يقع العقد، فهو باطل. ويكون الجواب حينئذٍ: بأنّ العهد يتمشى من العاقدة، وإن كان عالماً بعدم اعتبار العقلاء والشارع لعقده ومجرّد عهده.

الثاني

أن يُبيع مع سبق منع المالك

المسألة الثانية

بيع الفضولي مع سبق منع المالك

قال الشيخ:
والمشهور أيضاً صحته.
أقول:

قد تلوح من كلمات بعضهم المخالفة للمشهور، كحمل العلامة قول النبي صلى الله عليه وآله: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»^(١) على أنه نكح بعد منع مولاه وكرهته^(٢)، وإذا كان هذا هو الحكم، ففي البيع كذلك. واحتمال المحقق الثاني فساد بيع الغاصب للمالك، نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا، وهي الغصب^(٣).

(١) سنن البيهقي ١٢٧/٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ٥٨٨/٢.

(٣) جامع المقاصد ٦٩/٤.

دليل المنع

وما يمكن أن يكون دليلاً على المنع وجهان:

الأول: عدم الدليل على الصّحة، لأنّ دليل صّحة الفضولي هو حديث عروة البارقي ورواية ابن أشيم، وهما مختصّان بغير صورة سبق المنع.

والثاني: وجود الدليل على عدم الصّحة، وهو: إن العقد إذا وقع منهياً عنه، فإنّ المنع الموجود بعد العقد - ولو آنأماً - كاف في الردّ، فلا تنفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرّضا الباطني بالعقد، على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد، لأن الحلف عليه أمانة عدم الرّضا.

الجواب

قال الشيخ:

لكنّ الأقوى عدم الفرق.

أي: بين صورة عدم المنع وصورة المنع.

وأجاب رحمه الله عن الوجهين:

أما عن الأوّل، فبعدم انحصار دليل الجواز بلحوق الإجازة في رواية عروة، وكفاية العمومات، من الآيات الكريمة وغيرها، فإنها تشمل ما لو سبق المنع من المالك.

قال:

مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمّد بن قيس، إذ لم يسأل

الإمام عمّا إذا كان الأب قد منع ولده من البيع من قبل أولاً.

وقد تقدّم منّا الإشكال في هذا الاستدلال، فإنّ الرواية ظاهرة في مجرد عدم الإذن، فلا دلالة على العموم. إلّا أن يقال: بأن كلامه هذا معناه عدم تحقق شرط الصّحة وهو الإذن، وعدم تحقق شرطها أعمّ من النهي سابقاً.
قال:

وجريان فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه، مع ظهور المنع فيها - ولو بشاهد الحال - بين المولى والعبد.

والإنصاف: عدم وجود هكذا شاهد حال. إلّا أن يريد أن العقلاء على أنّه ليس للعبد الإقدام على فعلٍ ما لم يأذن مولاه، وهذا يكشف عن عدم رضا المولى بفعلٍ من العبد قبل الإذن منه، لكونه من العقلاء. وهو كما ترى.
قال:

مع أن رواية إجازته صريحة في عدم قبح معصية السيّد.
وكانه يريد أن معصية المولى أعمّ من النهي وعدم الإذن، وإلّا فإنّ المستفاد من الرواية أنّ فعل العبد ذاك مخالف لوظيفة العبوديّة.
قال:

مع جريان المؤيّدات المتقدّمة، من بيع مال اليتيم والمغصوب ومخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصريح في منعه عمّا عداه.
وتقرّبه: إنّ تصرّفات الأجنبي في مال اليتيم بدون الإذن من الولي - المنهي عنها شرعاً - تكون شرعيّة إذا لحقها الإذن، فيستكشف من هذا أنّه لو سبق النهي من المالك ثم أجاز فهي صحيحة، لوحدة الملاك.

لكن فيه: إن العقد إذا وقع منهياً عنه، فإن المنع يسدّ مسدّ الردّ، فيكون فسخاً عند القائلين بالمنع، فالتأييد المذكور لا يفيد.

وأما عن الوجه الثاني: فبأنه لم يدل دليل على كونه فسخاً لا تنفع بعده الإجازة.

أقول:

كان الأولى أن يقول: إن النهي طلب لعدم الإيجاد، والردّ رفع الموجود، فالنهي السابق لا يدل على الردّ.

وسياتي تحقيق أن الردّ لا أثر له.

قال:

وما ذكره في حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم، فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع وعدم تسليمه له.

أي: الذي نقوله هو أن عدم الرضا باطناً ليس بردّ، بل لا بدّ من الإظهار، والإقدام على الحلف إظهار للردّ، ولذا ينفسخ. [١]

[١] ولم يتعرّض قدس سرّه للجواب عن الحديث الذي استند إليه العلامة رحمه الله، ولعله لوضوحه، فإنه حديث عامي، ومرسل، ولم يعمل الأصحاب لو قلنا بالإنجبار به. على أنه في مورد عدم الإذن والكلام في سبق المنع، فهو خارج عن البحث.

الثالث

أن يبيع لنفسه

المسألة الثالثة

بيع الفضولي لنفسه

قال الشيخ:

والأقوى فيه الصحة وفقاً للمشهور.

أقول:

بيع الفضولي لنفسه يكون غالباً من الغاصب، وقد يتفق من غيره بزعم ملكية المبيع، كما لو كان الشيء أمانةً عند رجلٍ فمات، فظن الوارث أنه من جملة تركته، فباعه، وكما في مورد صحيحة الحلبي المتقدمة في الإقالة بوضيعة.

وقد ذهب المشهور إلى صحة معاملة الفضولي مع منع المالك، وأن المالك إذا أجاز أسندت المعاملة إليه وإن قصدها الفضولي لنفسه، كما في المسألتين السابقتين.

دليل الصحة

وقد استدلَّ الشَّيْخ للصَّحَّة قائلاً:

للعوموات المتقدِّمة بالتقريب المتقدِّم، وفحوى الصَّحَّة في النكاح، وأكثر ما تقدِّم من المؤيِّدات، مع ظهور صحيحة ابن قيس المتقدِّمة.

أقول:

أمَّا العمومات، فالاستدلال بها يتوقف على عدم وجود الدليل على البطلان. كما لا يخفى.

وأما الفحوى، فإنَّ إجازة المولى فيما ورد في نكاح العبد لنفسه أفادت صحَّة نكاحه، وهذا غير ما نحن فيه، فإننا نبحت عن صحَّة عقد الفضولي لنفسه بالإجازة من المالك، ووقوع العقد للمالك. وكذا ما ورد في إجازة الزَّوجين للعقد الواقع بينهما فضولياً.

فما ورد في النكاح أجنبي عمَّا نحن فيه، فكيف يتم الفحوى؟
إلَّا أن يقال: بأن مراده أنه إذا صحَّ عقد الفضولي بالإجازة لمن ليس له العقد، فصحتُها بها لمن له العقد ثابتة بطريقٍ أولى. وهو كما ترى.
وأما المؤيِّدات، فالإنصاف عدم تمامية التأييد بها هنا.

وأما رواية محمَّد بن قيس،^(١) فوجه شهادتها لما نحن فيه هو: أن البائع قد باع الثوب لنفسه وبقصد دخول الثمن في ملكه، لكن الإمام عليه السَّلام حكم بردَ الزائد على الثمن إلى المشتري الأوَّل الذي أقال معاملته ودخل الزائد في ملكه برضاه اللاحق.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، كتاب النكاح، الباب ٨٨، رقم: ١.

وجوه للقول بالبطلان والجواب عنها

قال الشيخ:

وجوه تظهر من كلمات جماعة، بعضها مختصّ ببيع الغاصب، وبعضها مشترك بين جميع صور المسألة...

أقول:

فذكر وجوهاً:

منها: إطلاق ما تقدّم من النبيين: «لا تبع ما ليس عندك» و«لا بيع إلا في ملك» وغيرهما، بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه.

والنبي الأول موجود في رواياتنا أيضاً كما تقدم. أمّا الثاني فهو عامي، ولم نعثر عليه عندنا، رواه أحمد عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله صلى الله عليه وآله قال:

«ليس على رجل طلاق في ما لا يملك، ولا عتاق في ما لا يملك، ولا بيع في ما لا يملك»^(١).

وظاهر الحديث. وقوع ذلك في ملك الغير، إلا أن يقال برفع اليد عن مقتضى السياق في خصوص البيع.

أجاب الشيخ:

بأن مضمونها عدم وقوع بيع غير المالك لبائعه الغير المالك، بلا تعرّض فيها لوقوعه وعدمه بالنسبة إلى المالك إذا أجاز.

ومنها: بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالك، وهذا غالباً مفقود في المغصوب، وقد تقدّم عن المحقق الكركي أنّ الغصب قرينة عدم الرضا.

وأجاب الشيخ بوجوه:

الأول: إنّ الكلام في الأعم من بيع الغاصب كما تقدّم.

الثاني: أن الغصب أمانة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقاً، فقد يرضى المالك ببيع الغاصب لتوقع الإجازة وتملك الثمن، كما قد يرضى ببيع غيره.

الثالث: إن سبق منع المالك وعدم رضاه الباطني غير مؤثر كما عرفت.

المهم منها وجهان: الأول

أقول:

لكنّ المهم من أدلة البطلان الوجهان الآتيان:

أحدهما:

إن الفضولي إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه، لم يقصد حقيقة المعاوضة، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة.

توضيحه: إنّ البيع عبارة عن مبادلة مالٍ بمالٍ والمعاوضة بينهما، والمعنى الحقيقي للمعاوضة أن يدخل كلٌّ من المالين الواقع عليهما المعامله في المحلّ الذي خرج منه الآخر، وإلا لم يصدق عنوان البيع، لكنّ الفضولي

إنما قصد البيع لنفسه، ومعنى ذلك: خروج المثلث عن ملك مالكة ودخول الثمن في ملك الفضولي، فلم يدخل العوض في المحل الذي خرج منه المعوض، فالمعاوضة الحقيقية غير متحققة.

جواب الشيخ والكلام حوله

قال الشيخ:

والجواب عن ذلك - مع اختصاصه بالغاصب - أن قصد المعاوضة الحقيقية مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا وإن كان هذا الجعل لا حقيقة له، لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقي حقيقة، نظير المجاز الادعائي في الأصول.

فأجاب بوجهين:

الأول: إن هذا الوجه يختص بالغاصب، لأنه يعلم بأن المبيع ليس له، فهو لا يتمشى منه قصد المعاوضة الحقيقية، لكن الكلام في الأعم من الغاصب.

والثاني: إنه يقصد المعاوضة الحقيقية على مبني ادعاء كونه مالكا حقيقيا.

وقد فهم المحقق الخراساني من كلام الشيخ أن الغاصب عندما يبيع المال إنما يقصد المعاوضة لعنوان المالك، غير أنه يدعي كون نفسه المصدق للعنوان. لكن دعواه باطلة، أما بيعه كذلك فصحيح، وهذه عبارته

في التعليق على قول الشيخ: إذ لا يعقل دخول أحد العوضين... قال: قد مر في باب المعاوضة: إن حقيقة البيع ليس إلا التملك بالعوض، ولا يعتبر دخول أحد العوضين في ملك من خرج عن ملكه الآخر. فيكون مع قصده إلى بيع مال الغير لنفسه قاصداً إلى ما هو البيع وما هو المعاوضة بهذا المعنى. وأما بناءً على ما أفاده من اعتبار ذلك في قوامه، فالتفصي عن هذا الإشكال بما ذكره - مع أنه غير سديد، إذ لا يكون بيع الغاصب مترتباً على هذا البناء - غير مفيد، إذ الدخول لو كان معتبراً كان هو الدخول حقيقة ولو عرفاً، ومجرد البناء على المالكية لا يوجب ذلك، وإنما يوجب قصده إلى دخول عوضه في ملكه ويدعوه إلى قصد تملكه بنفسه وشخصه لا بما هو المالك، فلا يكون بذلك قاصداً إلى المعاوضة. نعم، لو كان مجرد ذلك البناء مملكاً ولو بنظر العرف، كان موجباً للقصد إلى المعاوضة، وليس كذلك كما هو واضح.^(١)

فنقول:

قد أجيب عن الإشكال بوجه:

الأول: أن لا يقصد المعاوضة أصلاً. وهذا باطل كما هو واضح.

والثاني: أن يقصد المعاوضة بين المالكين، ويدخل الثمن في ملك المالك ثم يغصبه منه. وهذه المعاملة صحيحة بلا إشكال.

والثالث: أن يقصد المعاوضة بين ملك الغير والثمن، بأن يدخل الثمن في ملك نفسه لكونه مالكاً ادعائياً للمبيع. وهذا جواب الشيخ.

(١) حاشية المحقق الخراساني: ٣١.

والرابع: أن يبيع المال عمّن هو المالك الحقيقي له ويدّعي كون نفسه المصدق له. ذكره المحقق الخراساني.

والخامس: أن يبيع المال لنفسه لكن بما أنه مالك له، بنحو الحيثية التقييدية. وهذا أيضاً ذكره الشيخ في المباحث الآتية.

والسادس: أن يبيع بقصد المبادلة بين طرفي الإضافة للعوضين، بعد أن ادّعى الطرفية لنفسه بالنسبة إلى المبيع وكان بيده مدّة من الزمن، كما هو مبني الميرزا الاستاذ في حقيقة البيع.

أقول:

فأما جواب الشيخ من أن معاوضة الفضولي مبنية على ادّعاء كونه مالكا حقيقة. ففيه: أن الغاصب لا يدّعي ذلك، ولا شاهد على ما ذكره الشيخ. ولو فرض دعواه ذلك، فهل الإجازة من المالك تفيد الملكية الحقيقية له أو الادّعائية للفضولي؟

وأما ما ذكره المحقق المذكور. فالظاهر أنه خلاف الواقع، إذ ليس للفضولي الغاصب هكذا قصد وادّعاء، كما أفاد هو رحمه الله.

وأما احتمال أن يكون بيعه بنحو الحيثية التقييدية - وقد ذكره الشيخ - ففيه: إن هذه الحيثية ادّعائية، والمالك إنما يجيز لأن يكون الثمن له، فلا تطابق بين الإجازة والمعاملة الواقعة.

وأما احتمال وقوع البيع على مسلك الميرزا الاستاذ، من أن الغاصب إنما يغصب الإضافة الملكية وينسبها إلى نفسه، فيقع التبادل بين

الإضافتين. [١] ففيه: إن هذه الإضافة لا واقعية لها وإنما هي ادعاء محض، والمالك لا يجيز هذا التبادل.

[١] وهذه عبارة الميرزا: التحقيق أن يقال: كما لا يبعد أن يكون هو مراده، وإن كانت العبارة قاصرة عن تأديته: بأن المسروق من المالك هو تلك الإضافة، أي أن الغاصب يغصب الملكية فيأخذ مال المالك بجعل نفسه مالكا، أي يعتبر علاقة الملكية بينه وبين المغصوب، فكأنه سرق و غصب الخيط الذي كان بين المالك والمال الذي يعبر عنه بالملكية، فمن أول الأمر ينزل نفسه نفس المالك أي يعتبر نفسه مالكا فيكون جميع تصرفاته في ما بيده من مال الغير الذي منه بيعه إياه في ملكه بادعاء واحد وهو غصبه الملكية. وبعبارة أخرى: أصل الملكية عبارة عن إضافة اعتبارية تعتبر ممدودة بين المالك وبين المال، وهي قد تكون ممضاة من الشارع وقد لا تكون ممضاة منه، وما يعتبر منها بين المالك والمال ممضاة، وما يعتبر منها بين غير المالك سواء كان غاصبا أو جاهلا غير ممضاة من الشارع. لكن تحقق البيع العرفي من البائع الفضولي لا يتوقف على إمضاء ما يعتبره من الملكية، بل هو يتمشى منه بنفس اعتبار الملكية عدوانا أو جهلا، ولذا نرى الغاصب يقصد بيع ما بيده من مال المغصوب حقيقة ويعامل معه معاملة سائر أملاكه.

وهذا الذي ذكرناه وإن كان بعيداً عن عبارة المصنف التي يذكرها بعد في قوله «إن قصد المعارضة الحقيقة مبني على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقياً وإن كان هذا الجعل لاحقيقة له...» خصوصاً بقرينة ما ذكره بقوله «نعم لو باع لنفسه من دون بناء

وأما ما ذكره السيّد^(١) من أنّ البيع مبادلة مالٍ بمال، والإضافة إلى المالكين خارجة عن حقيقة البيع، والفضولي إنما يقصد المبادلة بين المالكين، فالبيع متحقّق. ففيه: إن المبادلة لا بدّ وأن تتحقّق في جهة جامعة مشتركة بين الشئيين، وهي - في البيع - في الملكية، وحينئذٍ يعود الإشكال بأن ملكيّة الفضولي إدعائيّة والمالك لا يجيز تلك الملكية.

التحقيق في الجواب

وإذ عرفت أنّ شيئاً من هذه الوجوه [١] لا يدفع الإشكال، فالحق في الجواب ما نذكره بعد الإشكال الآتي وهو: إنّ العقود آلات وأسباب لتحقق الملكية. ولا يعقل أنّ يكون بيع الفضولي مال الغير سبباً لتحقق الملكية

على ملكيّة المثلّمن ولا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة» حيث أن الظاهر منه احتياج تمشي قصد البيع عن الغاصب إلى تنزيله نفسه منزلة المالك حين البيع، ولذا أورد عليه بإمكان عدم تحقق هذا البناء منه حين البيع. لكن مراده قدّس سرّه هو ما ذكرناه، ولا بدّ من تنزيل العبارة عليه.^(٢)

[١] ومن الوجوه ما ذكره المحقق الإيرواني، وهذا نصّ كلامه بطوله:

إعلم أنّ الملكية علاقة اعتباريّة بين المالك والمملوك تشبه العلاقة الحسيّة

(١) حاشية المكاسب ٣٩ / ٢.

(٢) المكاسب والبيع ٤٦ / ٢ - ٤٧.

الواقعية، - سواء كانت واقعية في نفس الأمر أو في الاعتبار العقلائي - وكيف يقصد الفضولي ذلك مع علمه بعدم صلاحية بيعه للسببية؟

الحاصلة بين السلطان والمسلط عليه، وبين المستولي والمستولى عليه استيلاءً خارجياً، فكأنما هناك حبلٌ واصل بينهما، أحد طرفي هذا الحبل متصل بالمالك، والآخر متصل بالمملوك، كدابة تقودها بمقودٍ أحد جانبيه بيدك والآخر مربوط بالدابة، فكل الممالك وملأهم في عالم الوهم والإعتبار كذلك، وهذه الملكية والاعتبار الوهمي قد تتغير بتغير المالك مع حفظ إضافتها إلى جانب المملوك، كما تعطي في مثال الدابة المقود عن يدك إلى غيرك.

ويعبر عن هذا في المقام بالهبة، فيقوم مالكٌ ويجلس مالكٌ آخر مكانه، مع انحفاظ إضافة الملكية في جانب المملوك، وقد تتغير بتغير المملوك مع حفظ إضافتها إلى المالك كما في مثال الدابة، بأن تحل رسن الدابة من رأس دابتك وتربطه بدابة صاحبك، بإزاء أن يحل صاحبك رسن دابته ويربطه بدابتك، مع بقاء الممسكين في أيديكما، ويعبر عن هذا في المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كل من العوضين ملكية صاحبه ويعطيه ملكية نفسه. وهذا:

تارةً: يكون مع انحفاظ الإضافة إلى المالكين كما في ما ذكرناه من المثال، وكما في أغلب البيوع.

وأخرى: يكون مع نقل هذه الإضافة أيضاً، إمّا من المالكين جميعاً أو من أحدهما، فيكون التبادل في العينين في ملكيتهما مع انتقال الملك من مالكة الأصلي إلى غيره، فيكون هذا ثالث الأقسام، ومتضمناً لمعنى البيع والهبة جميعاً. فكان لنا هبة ساذجة، وبيع ساذج، ومركّب من الأمرين.

أمّا الهبة الساذجة: فهي تبديل مالك بآخر مع حفظ المملوك.

وأمّا البيع الساذج: فهو تبديل مملوك بآخر مع حفظ المالك الأصلي، بمعنى أنّ كلّاً من المالكين يأخذ مملوكية الآخر ويعطيه مملوكية نفسه.

وأمّا المركّب من الأمرين: فهو تبديل المالكين أو أحدهما مع تبديل المملوكين، فيأخذ الثمن مملوكية المبيع وكذا العكس.

وبهذا يحصل معنى البيع، ويكون مالك الثمن غير مالك المبيع وبالعكس، وبذلك يتم معنى الهبة، هذا إذا قصد تبديل المالكين من الجانبين.

وأمّا المقام - أعني بيع الغاصب مال المغصوب منه لنفسه - فهو من تبديل أحد المالكين مع حفظ الآخر، فكان الحاصل بإنشاء منحلّ إلى بيع وهبة من جانب واحد.

ومن هنا ظهر أنّ حقيقة البيع والمعاوضة والمبادلة، غير متقومة بقصد دخول العوض في ملك مالك المعوّض.

وإن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقلّ من أن يكون ما يصفه الغاصب أو كلّ بائع مال

ولا يتوهم جريان هذا الإشكال في بيع الفضولي للمالك، لأنه من الممكن أن يقصد تحقق الملكية على تقدير إجازة المالك، ونظيره بيع الضرف معلقاً على القبض، إذ لا مانع من تعليق المضمون على أمر يتوقف عليه - بخلاف ما إذا كان التعليق على أمر خارجي -

وهذا الإشكال أهم من الإشكال السابق وأقوى ولم يتعرض الشيخ له. والجواب عنه بعد مقدمة، هي:

إن من البيوع ما لا يعقل حصول الملكية به، كبيع العمودين لمن ينعق عليه، فلو اشترى الولد أحد عموديه وانعق عليه، كان الشراء علةً للنعق، فكيف يعقل أن يملكه آنامًا - كما عن الفقهاء - فيقع الفصل بين العلة والمعلول؟

وكبيع الدين على من هو عليه، فقد قام الإجماع على أنه يسقط الدين عن ذمة المدين بمجرد البيع، وذلك، لأن علة السقوط هو عدم الملكية، والمانع عن الشيء مانع عن حدوثه، فالملكية لما في ذمته - ولو آنامًا - مستحيلة.

غيره لنفسه، أو مشتري بماله لغيره، هبة معوضة، فيهب مال الغير بإزاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه، أو يهب ماله للغير بإزاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره، ويكون القبول من الطرف الآخر إنشاء للهبة الأخرى...^(١)

أقول: قد تعرض له شيخنا في الدرس وأورد عليه بعدة وجوه من الإشكال.

وكبيع العبد في الشدة من سهم «في الرقاب»، فإنه لا يكون ملكاً لأحد. وفي بيع الشيء لمن له خيار الفسخ في مقابل سقوط الخيار، هل يصير السقوط ملكاً للبائع؟

إن هذه بيوع حقيقة، ولكن لا ملكية فيها للثمن أو للمبيع، ولذا لا بد من فهم حقيقة الملكية، فنقول:

إن الملكية أمر اعتباري، وكل أمر اعتباري فهو ناشئ من نفس المعتبر وقائم به، ولا يعقل أن يكون مسبباً ممّا في الخارج، ولذا لا يصح أن يقال: البيع آلة أو سبب للملكية.

ثم إنه للبائع اعتبار وللعقلاء اعتبار وللشارع أيضاً اعتبار، وهذه الاعتبارات قد تتطابق وقد لا تتطابق، وحيث لا يتطابق اعتبار الشارع مع اعتبار المتبايعين والعقلاء، فهو هناك لا اعتبار له، لأنه يخطئ العقلاء في اعتبارهم - كما في كلمات بعض الأكابر -.

وعليه، ففي جميع الموارد المذكورة يوجد البيع حقيقة، لوجود الاعتبار الملكي من البائع، غير أن الشارع لم يمض اعتباره.

والغاصب أيضاً يبيع ما بيده على وجه الحقيقة، لأنه يعتبر الملكية للمشتري من قبله، غير أن العقلاء والشارع لا اعتبار لهم، ويرون بطلان بيعه. وبما ذكرنا يظهر الجواب عن كلا الإشكاليين.

وقد ظهر ممّا ذكرنا: أن البيع هو إعطاء الشيء لا مجاناً، أعم من أن يأخذ شيئاً في مقابله أو لا يأخذ بل يسقط مثلاً - لأن البيع مبادلة، والمفاعلة أعم بخلاف التفاعل - وأن الملكية أمر اعتباري، فإذا باع، فقد اعتبر الملكية من

قبله للمشتري، أعم من أن يعتبر الشارع في مورده الملكية أو لا يعتبر، ولذا يقع البيع والشراء حقيقة للولد - في بيع أحد العمودين - وتحقق الملكية في اعتبار المتبايعين، لكن الشارع لا يعتبرها، ويكون أثر عدم اعتباره حرية العبد المشتري، وكذا في بيع الدين على من هو عليه، وأثره سقوط ما في الذمة، لأن الإنسان لا يملك ما في ذمته، وفي بيع الشيء في مقابل الحق من أجل سقوطه. وهكذا.

الوجه الثاني

قال الشيخ:

ومنها: أن الفضولي إذا قصد البيع لنفسه، فإن تعلقت إجازة المالك بهذا الذي قصده البائع، كان منافياً لصحة العقد... وإن تعلقت بغير المقصود، كانت بعقد مستأنف لا إمضاء لنقل الفضولي، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز، والمجاز غير منشأ.

أقول:

إن البائع عندما يبيع الشيء - سواء كان مالكا له حقيقة أو ادعاء - يرى نفسه مالكا له، إلا أن اعتقاده أو علمه بذلك ليس مقوماً للمعاملة بل هو أمر خارجي، وكذا المشتري لما يدفع الثمن، لكن علمه أو اعتقاده بذلك ليس مقوماً للمعاملة، وكل منهما يملك المال لا بقيد كونه ملكاً له للطرف المقابل. وعلى هذا، فإن قصد الفضولي لأن يدخل الثمن في ملكه بدلاً عن المثل، غير مقوم للمعاملة، لأن هذا القصد لا دخل له بمفهوم البيع، بل هو يملك المال الذي بيده للمشتري في مقابل الثمن المعين، كما أن علمه بكون

المال لغيره لا دخل له في مفهوم البيع، فالذي وقع هو تملك المال في مقابل الثمن، وإذا أجاز المالك هذا ترتب الأثر على البيع ودخل الثمن في ملكه. وعلى الجملة، فإن الذي يجيزه المالك هو ما تحقق به مفهوم البيع - وقد عرفت أن لا دخل للاعتقاد والعلم والقصد في المفهوم - وبذلك يستند البيع إليه ويدخل الثمن في ملكه. فالإشكال على ما حققناه مندفع.

جواب الميرزا القمي

قال الشيخ:

وقد أجاب المحقق القمي^(١) رحمه الله عن هذا... بأن الإجازة في هذه الصورة مصححة للبيع... بمعنى تبديل رضا الغاصب وبيعه لنفسه برضا المالك ووقوع البيع عنه.

يريد رحمه الله أن الإجازة بمثابة عقد جديد بين المالك والمشتري، نظير ذلك فيما لو باع شيئاً ثم ملكه، كما لو باع الولد مال أبيه ثم ملكه بالإرث، ويكون هذا البيع تارة للمالك فضولياً ثم إذا ملكه هو أجازته، فإنه في الحقيقة معاملة جديدة، لأنه يجيز البيع حينئذ لنفسه. وأخرى يبيع لنفسه، فإذا أجازته بعد أن ملك الشيء وقعت المعاملة له حقيقة. والفرق بين الصورتين، تبدل العقد بكلا طرفيه في الأولى، وفي طرف الإيجاب فقط في الثانية. وعليه، فإن تنظيره صحيح وله صورتان، لا صورة واحدة كما في

تعليقة السيد رحمه الله^(١).

مناقشة الشيخ

قال الشيخ:

وفيه: أنَّ الإجازة على هذا نصير - كما اعترف - معاوضة جديدة من طرف المجيز والمشتري، لأن المفروض عدم رضا المشتري ثانياً بالتبديل المذكور... فإذا التزم بكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد وبدء الحاجة إلى قبول المشتري ثانياً، فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه وقبول المشتري، وهذا خلاف الإجماع والعقل.

أما كونه خلاف الإجماع، فواضح.

وأما كونه خلاف العقل، فلأن القبول فرعٌ للإيجاب، والفرعية تقتضي المغايرة مع المتفرع عنه، ولا يعقل الاتحاد بينهما. أقول:

مضافاً إلى أنَّ تبدل الشيء يعني أن ينقلب عما هو عليه، وانقلاب الشيء عما وقع عليه محال.

جواب الشيخ

قال الشيخ:

فالأولى في الجواب: منع مغايرة ما وقع لما أجزى...

وحاصله:

إن دعوى المغايرة هي من جهة توهم دخل القصد في البيع، لأنَّ البائع الفضولي قصد تملك الثمن، والمشتري قصد تملك الثمن للبائع، والإجازة لم تتعلق بما قصده، فلا تكون مؤثرة فيبطل البيع.

ولكنَّا قد ذكرنا: أنَّ القصد غير دخيل في مفهوم البيع وحقيقته، والذي تعلقت به الإجازة هو نفس المعاوضة الواقعة بينهما، والقصد أمر خارجي وهو لغو لا أثر له.

وبعبارة أخرى: هنا قصدان، أحدهما: قصد أصل المعاوضة والمبادلة بين المالين، بأنَّ يقوم كلُّ منهما مقام الآخر. والآخر: لازمه، وهو قصد أخذ الثمن لنفسه، وهذا خارج عن إنشاء المعاوضة والبيع، كما أن دعواه الملكية للمال خارجة عن ماهية المعاملة. فإذا أجاز المالك تعلقت إجازته بالقصد الأول وهو أصل المعاوضة، وحينئذٍ يقوم الثمن المأخوذ من المشتري مقام المال الذي دفعه الفضولي إليه، ولما كان المال قد خرج من ملك المالك، فالثمن يدخل في ملكه، ولا ربط للقصد الثاني بالإجازة. فظهر أن ما أنشأ هو المجاز وما أجز هو المنشأ.

الإشكال عليه بما لو كان الفضولي مشترياً

قال الشيخ:

ولكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولي مشترياً لنفسه بمال الغير، فقال للبائع الأصل: تملكك منك أو ملكك هذا الثوب بهذه الدراهم...

توضيحه: لو غصب الدراهم واشترى بها ثوباً من المالك الحقيقي له وقال: تملك هذا الثوب بهذه الدراهم، فأنشأ التملك ونسبه إلى نفسه، فإن أجاز مالك الدراهم ما أنشأه الغاصب كان على خلاف مقتضى المعاوضة، إذ يدخل الثوب في ملك الفضولي مع خروج الدراهم عن ملك المالك المجيز، وإن أجاز المعاملة لنفسه، كان على خلاف المنشأ، فيكون النقل من المنشئ غير مجاز والمجاز غير منشأ.

وعلى الجملة، فإن الإشكال يندفع إن كان الفضولي بائعاً، وأما إن كان مشترياً، فإن قال: قبلت، فذلك. وأما إن قال: تملك أو قال ملكت عاد الإشكال.

وبهذا استشكل العلامة حيث قال: لو باع الفضولي مع جهل الآخر فأشكال، من أن الآخر إنما قصد تملك العاقد^(١).

ولا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته. لأنه حينئذ يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصيلاً أو نائباً، ولذا يجوز مخاطبته وإسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائباً، أما الفضولي فهو أجنبي عن المالك ولا يمكن ذلك الاعتبار بالنسبة إليه.

جواب صاحب المقابس

قال الشيخ

وقد تفتن بعض المعاصرين^(٢) لهذا الإشكال في بعض كلماته، فالتزم تارة

(١) تذكرة الفقهاء ١/ ٤٦٢.

(٢) مقابس الأنوار ١٣١ - ١٣٢.

ببطلان شراء الغاصب لنفسه... واخرى: بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين... وفيه...

فأمّا الجواب الأول، ففيه: إنه مخالف للفتاوى وأكثر النصوص المتقدمة في المسألة، كما اعترف به أخيراً.
وأمّا الجواب الثاني، ففيه: أن حقيقة العقد في تملك هذا منك بهذه الدراهم، ليس إلا إنشاء تملكه للثوب، وإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي للثوب، بل يتوقف على إنشاء جديد.
أقول:

هكذا أشكل الشيخ على جواب صاحب المقابس، لكنني أظن أن مراده: إن قوله «تملكت» إنشاء لمعلول المعاوضة، أي: إنه يكشف إناءً عن العلة، فلما قال الغاصب: تملكت، فقد أبرز قبوله للمعاوضة، وإجازة المالك حينئذ إمضاء للمعاوضة.

جواب الشيخ والكلام حوله

قال الشيخ:

فالأنسب في التفصي أن يقال...

توضيحه: إن الفضولي - سواء كان بائعاً لنفسه، قال بعث أو ملك، أو كان مشترياً، قال: قبلت أو تملك أو ملك - على كل تقدير، لا يتصدى البيع أو الشراء بما هو هو، بل إنه يبيع أو يشتري من حيث أنه مالك للمبيع أو الدراهم، وهذه الحيثية تقييدية، وكل قضية كانت مشتملة على الحيثية

التقييدية فتلك الحيثية هي الموضوع للقضية. وعليه، فالبيع أو الشراء صادر من المالك، ولما جاءت الإجازة من المالك الأصيل، فالمعاملة تسند إليه، ويدخل المبيع أو الثمن في ملكه.
أقول:

لكنّ هذا الجواب غريب جداً وبعيد عن مقامه العلمي:
أما أولاً: فإن الغاصب يشتري أو يبيع لنفسه لكونه معتقداً أنه المالك للدرهم أو الثوب، فالحيثية تعليلية لا تقييدية.
وأما ثانياً: سلّمنا، لكنّ هذه الحيثية التقييدية ليست واقعية، بل يبيع أو يشتري من حيث كونه مالكاً إدعائياً جعلياً، ومثل هذه الملكية لا يقبل الإجازة والتنفيذ من المالك الحقيقي أصلاً.

توضيحه: إن الحيثية التقييدية قد تكون تمام الموضوع، مثل: أكرم زيداً لكونه عالماً، فتمام الموضوع هو العلم ولا خصوصية لزيد، وقد تكون جزء الموضوع، مثل: أكرم العالم العادل، فإن العدالة جزء الموضوع، وكذا العلم، فلا يجب إكرام كل من كان عالماً أو عادلاً، بل يجب إكرام الجامع بينهما.

فإن كانت الحيثية فيما نحن فيه تمام الموضوع، بأن يكون البيع أو الشراء للمالك، لم يكن المقصود كلّي المالك الأعم من الحقيقي والإدعائي، لأن المالك الحقيقي لا يجيز المعاملة لكلّي المالك، وليس خصوص المالك الإدعائي، لأن المجيز لا يجيز معاملته كذلك بالأولوية، وأما أن يكون المقصود هو المالك الحقيقي، فهذا خلف.

وإن كانت جزء الموضوع، بأن يكون هو البائع أو المشتري بقيد أنه

المالك، فلا شبهة في أنها ملكية ادعائية، ولا معنى لتعلق الإجازة من المالك الحقيقي بها.

والميرزا الاستاذ رحمه الله كان يرى أن لكل من البائع والمشتري إضافة ملكية لما بيده، والبيع هو التبديل بين طرفي الإضافتين، بأن يُضاف الثوب إلى المشتري وتضاف الدراهم إلى البائع، فالإضافة محفوظة والتبديل إنما يقع بين طرفيها وهما المالان.

والإضافة تارة واقعية، وأخرى اعتقادية، وثالثة ادعائية. وعلى كل تقدير فإنه بالتبادل بين طرفي الإضافة يصدق عنوان البيع، وإمضاء الشارع للواقعية وعدم إمضائه للاعتقادية والادعائية لا أثر له، لأن الإمضاء وعدمه خارجان عن حقيقة البيع.

فعنوان «البيع» صادق على معاملة الفضولي بائعاً أو مشترياً، وتحقق به المبادلة بين طرفي الإضافة، وإذا لحقته الإجازة من المالك الحقيقي أسندت المعاملة إليه وترتب الأثر عليها.

ولكن لا يمكن المساعدة مع ما ذكر بوجه، لأن الإضافة لا تخرج عن واقعها أبداً، فإن كان المالك الأصلي يجيز المبادلة بين طرف الملكية الحقيقية وطرف الملكية الادعائية، كان ما ينتقل إلى الفضولي ملكاً له، كما يملك طرفه في المعاملة ما ينتقل إليه، فلا ينتقل شيء إلى المالك الأصلي. وإن كان يجيز خصوص ما صدر من المالك الإدعائي وهو الفضولي، فلا يصل إليه - أي إلى المالك الأصلي - شيء، وهذا غير مقصود له.

التحقيق في الجواب

والتحقيق في الجواب عن الإشكال ما ذكره شيخنا الاستاذ^(١)،

وتوضيحه:

إن هيئة «التفعل» مطاوعة لـ «فعل»، فقوله: «تملكت» قبول لـ «ملك»
وحيث، لا فرق بين «قبلت» و «تملكت»، فكما يندفع الإشكال في الأول بما
ذكره الشيخ من أن خصوصية الإسناد إلى نفسه خارجة عن حقيقة المعاوضة،
ولا ربط لها بالبيع، كذلك الخصوصية في الثاني، فإنه لا يفيد إنشاءً جديداً من
ناحية الفضولي حتى يقع الإشكال.

وأما لو قال: «ملك»، فإن كان يقصد إنشاء الملكية لنفسه، فهنا إنشاء
تمليك من طرف البائع للمشتري الفضول، وإنشاء تمليك من الفضول
لنفسه، وكلاهما إيجاب ولا قبول في البين، فليس بعقد بيع، وإن كان يقصد
المطاوعة لما يفعله البائع، فلا يبقى فرق بين ملكت وتملكت. [١]

[١] والخلاصة: إن السيد الجد يوافق الشيخ قدس سرهما في الرد على كلام
المحقق القمي في حل الإشكال، وفي جوابه عنه. ثم إن الشيخ قد اعترف بعدم تمامية
الجواب فيما لو كان الغاصب مشترياً، فذكر جواب المحقق التستري عن الأشكال في
هذا الغرض و رد عليه، ثم ذكر الجواب الصحيح عنده، فوافق السيد الجد في الرد على
كلام المحقق وخالفه فيما ذكره في الجواب عن الإشكال. ثم تعرض لحله بناءً على
رأي الميرزا في حقيقة البيع وصرح بعدم موافقته على المبنى، وجعل الجواب

قال الشيخ:

مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي. ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد، وتبعه غير واحد من أجلاء تلامذته. وذكر بعضهم في ذلك وجهين...

وهذه عبارة شرح القواعد كما نقلها السيّد:

ولو أجازاه المالك على نحو ما قصده الغاصب به، احتتمل رجوعه إلى هبةٍ وبيع معاً كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا. وأمّا مع قصد الغاصب تملك

الصحيح ما ذكره المحقق الإصفهاني (رحمه الله تعالى)، وذكر أموراً علمية يبتني عليها حلّ الإشكال.

وبقي جواب المحقق العراقي الذي تعرّض له شيخنا دام بقاءه في البحث، وهو: إنّ حقيقة البيع جعل علاقة البدلية بين العوضين، فإذا أنشأ البائع البيع جعل بإنشائه علاقة البدلية بين ماله وما سيدفعه المشتري بعنوان الثمن، وأمّا الغاصب، فإنّه يتوهم صيرورة الثمن ملكاً له، ولا ربط لهذا التوهم بالإجازة، بل إن المالك الأصلي إنما يجيز البدلية المجعولة، وبذلك يدخل الثمن في كيسه.

وأورد عليه: بأنّ جعل علاقة البدلية من الامور القصدية. وأيضاً: فإن البدلية لا بدّ وأن تكون في جهةٍ. وعلى هذا، فلا بدّ وأن يقصد المتعاملان البدلية بين العوضين في جهة واحدة معينة، وثبت هذا المعنى في معاملة الفضولي لنفسه أول الكلام.

نفسه ثم البيع فلا بحث في رجوعه إلى ذلك. ولو باع المالك عن غيره فأجاز، صحَّ البيع عن المجيز.^(١)

أما الوجه الأول فملخصه: إن إجازة المالك بيع الفضولي أو شرائه تتضمن انتقال ملك المالك الأصلي إلى الفضولي حين البيع أو الشراء، فالإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق وقاضية بتمليكه المبيع أو المشتري، ليقع البيع أو الشراء في ملك الفضولي. نظير ما يدل عليه الاستدعاء في قوله: «أعتق عبدك عني» والترخيص في قوله: «بع مالي عنك» أو «اشتر لك بمالي كذا»، فإن مقتضى دلالة الاقتضاء هو التملك آنأما قبل العتق أو البيع والشراء. فكما تصحَّ المعاملة في تلك الموارد، فهي صحيحة في بيع الفضولي لنفسه، أو شرائه، فإن المعاملة تقع للفضولي بإجازة المالك الأصلي.

وأما الوجه الثاني فملخصه: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، وأما اشتراط أن يدخل العوض في المكان الذي خرج منه المعوض ويقوم مقامه، فلا دليل عليه كما ذكرنا مراراً، فتصحَّ معاملة الفضولي بإجازة المالك الأصلي ويدخل العوض في ملكه.

والفرق بين الوجهين هو: أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة بين الفضولي وطره، فعلى الوجه الأول يرجع الملك إلى الفضولي، لأنه قد ملك المال آنأما، وعلى الثاني يرجع إلى مالكه الأصلي دون الفضولي.

(١) حاشية المكاسب ١٤٧/٢. وفي شرح القواعد المطبوع ٨٥/٢: «ولو أجازه مع القصد لنفسه على نحو ما

الاشكال عليه

قال الشيخ:

وفي كلا الوجهين نظر.

وتوضيح الجواب عن الوجه الأول هو:

إنه لو قال: «أعتق عبدك عني» صح العتق، لقاعدة السلطنة، غير أن القائل - إن لم يقيد العتق بالمجانبة - يكون ضامناً لقيمة العبد - المعينة أو قيمة المثل - لقاعدة الإتلاف، فإنها تعم إعدام مالية الشيء.

وأما لو قال مشيراً لملكه: «بع هذا لنفسك» فإنه ترخيص في البيع فقط، وهو ليس من المملكات الشرعية، وقاعدة السلطنة ليست مشرعة، فدلالة القول المذكور على الملكية آنما لا دليل عليها.

هذا أولاً.

وثانياً: لو فرض دلالة الترخيص على الملكية بقاعدة السلطنة - أو غيرها - فإنما هي في الترخيص السابق، وكلامنا في بيع الغاصب لنفسه وتأثير الإجازة اللاحقة من المالك الأصلي، ولا يعقل انقلاب الشيء عما وقع عليه.

وتوضيح الجواب عن الوجه الثاني هو:

إن ما ذكر خلاف معنى المعاوضة.

نعم، لما بنى الفضولي على ملكية ذلك المال - عدواناً أو اعتقاداً - قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه، فالإجازة من المالك الأصلي إن رجعت إلى

نفس المبادلة، أفادت دخول البديل في ملك المجيز، ودخوله في ملك الفضولي مخالف لحقيقة المعاوضة. وإن رجعت إلى مبادلة الفضولي منصفة إلى بنائه على تملك البديل، فهي - وإن أفادت دخول البديل في ملكه - إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه الفضولي من التملك وإمضائه له، غير أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة بالنسبة إلى البناء، بأن يوجب الملكية على أثر الإجازة اللاحقة.

التحقيق في المقام

أقول: هنا أمور:

الأول: الملكية أمر اعتباري وليست من الأعراض وإلا لوقع التفاوت في معروضها، وكل عاقد فإنما يبرز اعتباره النفساني، ولا يعقل أن يبرز اعتبار غيره، غير أنه قد يكون اعتباراً من العقلاء والشارع على طبق اعتبار العاقد وقد لا يكون، فلو باع مال الغير تحقق منه الاعتبار، لكن العقلاء لا يعتبرون الملكية بعقده، والشارع كذلك لا يعتبر، ولو باع مال غيره بيعاً غررياً، كان للعقلاء أيضاً اعتبار، ولكن الشارع لا يعتبر الملكية بالبيع الغرري.

وقد ذكرنا هذا المطلب مراراً.

الثاني: إن كان البيع معاوضةً من الجانبين، كما عليه الشيخ، أو كما عليه الميرزا الاستاذ رحمه الله، كان قوله: «اشترى بمالي لنفسك طعاماً» باطلاً، لعدم دخول الطعام إلى المحل الذي خرج منه المال، وكذا: «بع طعامي لنفسك»،

لعدم دخول الدراهم في المكان الذي منه الطعام.

وإن كان البيع هو التملك بعوض، أعم من قيام المبيع مقام الثمن وعدم قيامه، صحّ الإنشاء في المثال الأول دون الثاني.

وإن كان البيع عبارة عن التملك بإزاء شيء، أو: التملك بالعوض، كما عليه المحقق الخراساني^(١) وشيخنا الاستاذ، إذ كان يقول: إعطاء الشيء لا مجاناً^(٢) - وإن خالفته في التعبير بالإعطاء - والسيد إذ يقول: إنه تملك عين بعوض^(٣)، ومرادنا إنها عبارة عن مجرد اعتبار كون هذا في مقابل ذاك، من دون نظر إلى من ينتقل إليه أو عنه، فلا يُعتبر دخول أحد العوضين في محل الآخر مطلقاً، وقد ذكرنا سابقاً الأمثلة وهي كثيرة.

الثالث: إن النسبة مدلول الهيئة، فهي خارجة عن مفهوم المادّة واردة عليها، وما يكون من عوارض المادّة يعرض عليها ولا يختلف باختلاف النسب والهيئات، لأنها خارجة كما تقدّم عن مفهوم المعروف أعني المادّة. إذا عرفت هذه الامور فنقول:

إن قال الفضولي لمالك الدراهم: «بعثك هذا الثوب بدراهمك» كان إسناد البيع إلى نفسه بقاء المتكلّم، وإلى طرفه بكاف الخطاب، صحيحاً، وكذا إسناد القبول إلى المشتري بقوله قبلت أو تملك. وعلى الجملة، فإنّ المفهوم اللغوي للبيع في الإنشاء المذكور متحقّق، غير أنّ ترتّب الأثر عليه

(١) الحاشية على المكاسب: ٣.

(٢) حاشية كتاب المكاسب ١١٨/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٩٨/١.

في نظر الشارع يتوقف على إجازة المالك الحقيقي للمبيع، فلو لحقته الإجازة صحَّ البيع للفضولي - على القول بأن البيع هو التملك لا مجاناً كما هو المختار - ودخل الثمن في ملكه، ويشهد به صحيحة محمد بن قيس. فإن أجاز المالك الأصلي البيع قاصداً وقوعه لنفسه لا للفضولي، أثرت الإجازة في أصل البيع، ولغى إسناد الفضولي إياه لنفسه بتاء المتكلم، لما ذكرنا من خروج النسبة عن حقيقة البيع. هذا إذا كان الفضولي بائعاً.

وأما لو كان مشترياً لنفسه بدراهم الغير، من غير فرق بين قبلت وتملكت كما تقدم، فإن أجاز المالك الأصلي الشراء للفضولي، أثرت إجازته وترتب الأثر، وإن أجازته لنفسه لغا إسناد طرف الفضولي إليه بكاف الخطاب، لما تقدم كذلك.

الإشكال بما لو علم المشتري بالحال
قال الشيخ:

ثم إن مما ذكرنا... يظهر اندفاع إشكال آخر في صحة البيع لنفسه مختصراً بصورة علم المشتري، وهو... أقول:

قد أجاب الشيخ عن الإشكال السابق: بأن الغاصب إنما يبيع من حيث كونه هو المالك، وهذه الحيثية تقييدية، وحينئذٍ، فالموضوع نفس الحيثية والأثر مترتب عليها، ولا فرق بين أن تكون واقعية أو اعتقادية أو ادعائية. فالبايع يبيع من حيث كونه مالكا في جميع هذه التقادير، ومن ذلك بيع

الغاصب.

يقول الشيخ: مما ذكرنا هناك يظهر اندفاع إشكال آخر مختص بصورة علم المشتري بكون البائع غاصباً، وحاصل الإشكال هو: إنه إذا كان عالماً بذلك لا يكون قبوله للبيع عن قصد حقيقي، ولا يدفع الثمن بعنوان المعاوضة، بل يدفعه للغاصب ليكون ملكاً له. فإذا كان الثمن ملكاً للفضولي بتمليك من المشتري الأصيل من دون قصد لوقوع المعاوضة والمبادلة بين المالكين، كان بيع الفضولي لنفسه باطلاً في هذه الصورة.

ويكشف عن عدم تحقق حقيقة البيع في هذه الصورة، حكم الفقهاء بأنه لو رد المالك الحقيقي البيع، لم يكن للمشتري الرجوع إلى البائع الغاصب بالثمن، ولا موضوع لإجازة المالك، ولو فرض صدور الإجازة لذلك لاحقاً، كانت إجازته إنفاذاً لبيع بلا ثمن، وهذا ليس بعقد. والحاصل: أنه في هذه الصورة لا تتحقق المعاوضة الحقيقية، والكاشف عن عدم تحققها حكم الأصحاب بما ذكرناه، فالبيع باطل. وقد ظهر بتقريبنا لمراد الشيخ أن ما ذكره بعض الأكابر^(١) في تعليقه، توهّم.

وجه الاندفاع هو: إن الغاصب إنما يبيع بعنوان أنه المالك، والمشتري إنما يقبل ويسلّطه على الثمن بنفس العنوان، فالحيثية تقيديّة، فيندفع الإشكال - الواقع في هذه الصورة من جهة الاختلال من ناحية القبول - بالبيان

(١) حاشية كتاب المكاسب للمحقق الخراساني: ٣٢ حجرية.

المذكور الذي اندفع به الإشكال من جهة الخلل في ناحية الإيجاب.

توجيه بناء على النقل

ثم إنَّ الشيخ تصدَّى لتوجيه حكم الفقهاء بأنَّ المالك لو ردَّ، فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن، فقال:

هذا الإشكال - بناءً على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردِّ المالك وبقائه، وبعد تسليم أنَّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط على تقدير ردِّ والإجازة لا التسليط المراعى بعدم إجازة البيع - إنما يتوجَّه على القول بالنقل... وأما على القول بالكشف فلا يتوجَّه إشكال أصلاً... فذكر وجوهاً:

الأوَّل: عدم تسليم أنَّ ما نقل عنهم هو قول جميعهم.

وهذا حق، فإنَّ جدِّي المرحوم الشيخ المامقاني رحمه الله قد ذكر الأقوال في المسألة بالتفصيل، فعن جماعة: له استرجاع الثمن مع بقاءه وآلاً بدله، وعن آخرين: ليس له الاسترجاع مطلقاً، منهم العلامة والشهيد والمحقق الثانيان، ومنهم من فصل بين بقاءه فيسترجع وآلاً فليس له المطالبة بالبدل.

والثاني: عدم التسليم بأنَّ الوجه في حكمهم ذلك هو مطلق التسليط أي: سواء ردَّ المالك الأصلي أو أجاز، فيحتمل أن يكون الوجه هو التسليط المراعى بعدم إجازة البيع، فلو أجاز المالك فقد تحقَّق العقد وكان الثمن له.

والثالث: إنه لو سلم ما تقدّم، فإنّما يتوجّه الإشكال على الفقهاء على القول بكون الإجازة ناقلة، حيث أن تسليط المشتري البائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة. وأمّا على القول بصحة عقد الفضولي بشرط تعقّبه بالإجازة من المالك فلا إشكال، لأن الثمن الذي سلّمه المشتري البائع هو في الواقع للمالك الأصلي، فإذا أجاز لزم رجوعه إليه.

التحقيق في المقام

فأقول:

قد ذكرنا سابقاً أن لا دخل لكون البيع لنفسه أو لمالكة أو عن موكله وغير ذلك، في حقيقة البيع، وهو - كما تقدّم - التملك بعوض، أي: لا مجاناً. هذا أولاً.

وثانياً: عندما يكون البائع والمشتري عالين بكون المبيع مغصوباً، فأَيّ موقع للحيثية التقيديّة؟ وأي أثر لجعل نفسه مالكا؟

ثم إنّه - في صورة علم المشتري بالغصب وتسليمه الثمن - لا يخلو الثمن عن أن يكون دراهم خارجيّة أو دراهم في الذمة فيسلّمه المصدق. فلو وقع البيع بالدراهم الخارجيّة وسلّمها المشتري، فإن ردّ المالك الأصلي البيع وكانت الدراهم باقية، كان له استرجاعها، وإن لم تكن باقية، فإن كان بالتلف السماوي، لم يكن للمشتري المطالبة، لأنه قد سلّط الفضولي العاقد باختياره، فلا تكون يده بيد ضمان، - ولعلّ هذه الصّورة هي مراد من يفتي

بعدم الرجوع إذا ردَّ المالك - وإن كان بفعلٍ من الغاصب، فهو ضامن، لقاعدة الإلتلاف.

وإن أجاز المالك الأصلي، فإن كانت الدراهم موجودة، جاز للمشتري أخذها، سواء على القول بالنقل أو الكشف، وإن كانت تالفةً عنده، فعلى الكشف يأخذ المشتري البديل، سواء كان التلف قهرياً أو بالعمد، لكونه ملكاً للمالك الأصلي. وعلى النقل، فالدراهم حين التلف لم تكن ملكاً للمالك وإنما يملك من حين الإجازة، وحينئذٍ له مطالبة المشتري بالبديل.

وأما إن كان الثمن كلياً وما دفعه المشتري مصداقاً، فإن ردَّ، فكما تقدّم في الدراهم الخارجيّة. وإن أجاز، وقد تلف المصداق، فإن المصداق لم يكن ملكاً للمالك الأصلي، فله أن يطالب المشتري بالثمن.

قال الشيخ:

إن ما ذكره في الرياض^(١) من أن بيع الفضولي لنفسه باطل، ونسب إلى التذكرة نفي الخلاف فيه. في غير محلّه. إلا أن يريد ما ذكرناه. أقول:

إن مسألة بيع الفضولي لنفسه هي أن يبيع مال الغير ويأخذ الثمن لنفسه، والذي ادعى العلامة عدم الخلاف في بطلانه هو: ما إذا باع مال الغير فضولياً ثم اشترى ما باعه وأجاز المعاملة التي أوقعها. فما في الرياض سهو من قلمه الشريف.

بقي أَمْران

١. هل بين العين والدين فرق؟

٢. هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟

١ - عدم الفرق بين العين والدّين

قال الشيخ:

الأول: إنه لا فرق على القول بصحة بيع الفضولي، بين كون مال الغير عيناً أو

ديناً في ذمة الغير.

أقول:

إن الكلي الطبيعي - بما هو - لا يقبل الوقوع في حيز المعاملة، بأن يباع بشيء أو يشتري به شيء، إلا إذا أضيف إلى الذمة، فإنه يحصل له التعيّن ويصحّ أن يكون ثمناً أو مثمناً.

والتعيّن لما في الذمة يكون بالقصد النفساني، والألفاظ مبرزة للقصد ودالة عليه.

والملكيّة لا تحصل بدون السبب الإنشائي، إذ لا أثر لمجرّد القصد. فإن كانت معاملة الفضولي بالعين الخارجيّة، كأن قال: بعثك هذا المتاع بهذه الدراهم، أمكن للمالك الأصلي الردّ والإجازة كما هو واضح. أمّا لو كان أحد العوضين كلياً، لزم أن يضيفه إلى الذمة، فإن كانت في عالم اللفظ، كأن يقول بعثك هذا المتاع بدراهم في ذمة زيد، فنعمّا هو، وإلا ففي القصد.

وإذا كان فضولياً عن الغير بشيء في الذمة، فلا فرق بين أن يسند البيع إلى طرفه، كأن يقول: بعث هذا المتاع لك بدراهم، فيكون كلّي الدراهم في ذمته، أو يسند الكلّي إليه، كأن يقول: بعث هذا المتاع بدراهم في ذمتك. لأن إسناد البيع إلى شخص وكون الكلّي في ذمة ذلك الشخص متلازمان.

ولولم يضاف في عالم اللفظ، ولم يقل بعث متاع زيد، ولم يقل بدراهم في ذمة زيد، لكنّه كان قاصداً لبيع متاع الغير فضولة أو شراء شيء له كذلك، وتعيّن الكلّي في عالم القصد النفساني، فطالبه الطرف المقابل بالمتاع أو الدراهم، فاعتذر بكونه فضولياً وأنه قد قصد الغير فلم يصدّقه، فما هو الحكم؟ لا يخفى أن ظاهر الحال كون العقد لنفسه، وقصده الغير وإن كان لا يعلم إلا من قبله، دعوى على خلاف الظاهر، فعليه الإثبات، وحيث لا موقع للبيّنة، رجع الأمر إلى يمين الطرف الآخر على عدم علمه بكونه فضولياً، فإذا حلف أخذ الدراهم، - ولكن لا يجوز للفضولي التصرف في المتاع حينئذٍ، إذ المفروض ردّ المالك الأصلي والفضولي يعلم ويعترف بعدم ملكيته له - لوقوع العقد له ظاهراً كما عن جماعة، بل عن آخرين: وقوعه له واقعاً، كالمحقق في الشرائع إذ يقول: «إذا اشترى العامل من ينعق على ربّ المال، فإن كان بإذنه صحّ... وإن كان بغير إذنه وكان الشراء بعين المال بطل، وإن كان في الذمة وقع الشراء للعامل»^(١)، لكن مقتضى القاعدة هو الوقوع له ظاهراً، لظاهر الحال، فإنه محكم، إلا أن تقوم القرينة على عدم كون المعاملة له.

قال الشيخ:

وحيث عرفت أن قصد البيع للغير أو إضافته إليه في اللفظ يوجب صرف الكلّي إلى ذمّة ذلك الغير، كما أن إضافة الكلّي إليه يوجب صرف البيع أو الشراء إليه وإن لم يقصده أو لم يصفه إليه، ظهر من ذلك التنافي...

أقول:

قد ذكرنا أن كلّ من يسند إليه البيع يكون الكلّي في ذمّته، وكلّ من يضاف إليه الكلّي تكون المعاملة له، فبينهما تلازم. وعليه: فلا يصحّ إضافة البيع إلى غيره وإضافة الكلّي إلى نفسه أو قصده من غير إضافة، كما لا يصحّ العكس، لوجود التنافي بين الإضافة إلى الغير والإضافة إلى النفس.

لو جمع بين نفسه وذمّة الغير

قال:

فلو جمع بين المتنافيين، بأن قال: «اشتريت هذا لفلان ب درهم في ذمّتي». أو: «اشتريت هذا لنفسي ب درهم في ذمّة فلان» ففي الأوّل، يحتمل البطلان... ويحتمل إلغاء أحد القيدتين وتصحيح المعاملة...

أقول:

وجه البطلان في الأوّل، هو عدم تحقّق المعاوضة، لأنّ المعاوضة الحقيقية عند الشيخ قيام كلّ من العوضين مقام الآخر في الملكية، وهذا غير حاصل. واحتمل الصّحّة بإلغاء أحد القيدتين من «لفلان» فتصحّ المعاملة

لنفسه، و«في ذمتي» فتصحّ المعاملة للغير. فأشكل السيّد: بأنّ الظاهر قصده لمعنى القيدين جدّاً، ولما كان قصد المتنافيين محالاً، فالوجه هو البطلان لذلك^(١).

وأما على المختار في حقيقة البيع من أنه التملك بعوض، كما في شراء العبد في زمن الشدّة من الزكاة ونحو ذلك ممّا ذكرنا سابقاً، فالمعاملة صحيحة وواقعة للغير، وعليه دفع الدراهم.

وقال الميرزا الاستاذ: إنّ قوله «في ذمتي» أي أنا ضامن للدراهم^(٢) فيقع للغير بعد إجازته، وهو ضامن لولم يؤدّ.

ويمكن تصحيح المعاملة - بناءً على ما ذكره الشيخ سابقاً من الحيثيّة التقيديّة - فيقال: بأنّه لما يقول «اشتريت هذا لفلان بدراهم في ذمتي» يبني على أن يكون فلان مالكاً لما في الذمّة، ولكنّه في نفس الأمر هو المالك لما في ذمته، فالمعاملة واقعة له لا لفلان.

لكنّ وجه الصّحة هو ما تقدّم على المختار في حقيقة البيع.

بقي شرح قوله:

فكما أنّ تعيين العوض في الخارج يغني عن قصد من وقع له العقد، فكذا قصد من وقع له العقد يغني عن تعيين الكلّي بإضافته إلى ذمّة شخص خاصّ. وما الوجه في الإغناء؟

إن ذلك من جهة الملازمة، وهي إمّا بين العلة والمعلول أو بين

(١) حاشية المكاسب ٢ / ١٥٩.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٣٠ - ٢٣١.

المعلولين لثالث. والظاهر إن المراد - بناءً على ما ذهب إليه الشيخ في حقيقة البيع - هو أنه إذا باع أو اشترى، فقد قصد المعاوضة، وقصدها يلزم أن ينتقل ما في الذمة إلى حيث خرج منه العوض، ومن هنا كان أحد المتلازمين يغني عن الآخر.

وأما على المختار في حقيقة البيع، فلا ملازمة في البين، ولذا لا يوجد الإغناء بل لابد من القصد. نعم، إذا لم يعين الذمة في مقام الإثبات، فظاهر الحال أنه ذمة نفسه والبيع له لا للغير.

قال:

وفي الثاني يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير، فيقع للغير بعد إجازته... ويحتمل الصحة بإلغاء قيد ذمة الغير...

أقول:

لم يحتمل البطلان هنا، بل ذكر وجهين للصحة، بأن يكون الشراء للمالك بوجه وللفضولي نفسه بآخر. أما الأول، فبجعل الكلّي بمثابة العين الخارجية للغير، فيكون شراءً فضولياً للغير، فإذا أجاز وقع له بعد البناء على تملكه في ذمة الغير اعتقاداً. وأما الثاني، فبالغاء قيد ذمة الغير، بقريته قوله: «لنفسى» الظاهر في كون الشراء لنفسه.

لكن الذي قرره الشيخ وتلامذته في محله هو: إناطة انعقاد ظهور الكلام الواحد بتماميته، فما لم يتم الكلام لم ينعقد له الظهور، وإذا تم انعقد ظهوره بلا دخل فيه لتقدم وتأخر الكلمات. فقوله أولاً: «اشتريت هذا لنفسى» لا يصلح لأن يكون قرينةً توجب إلغاء قيد ذمة الغير.

بل إنه قصد أمرين: أحدهما «لنفسى» والآخر «في ذمة فلان»، فعلى مبنى الشيخ: إن كان مدعياً لملكية ما في ذمة الغير، يكون قاصداً للمعاوضة، فيتوقف على إجازة الغير، وإن لم يكن مدعياً لذلك، فلا مناص من القول بالبطلان، لأن المتنافيين لا يجتمعان، والكلام الواحد ليس له إلا ظهور واحد، ولا يعقل دلالة الظهور على ثبوت كلا المتنافيين.

وأما على مبنى المختار، فالصحة بلا كلام، فإذا أجاز الغير وقع الشراء للفضولي لا للغير.

حول كلام العلامة

قال الشيخ:

ثم إنه قال في التذكرة...

أقول:

هذا نص عبارة العلامة في التذكرة: لو اشترى فضولياً، فإن كان بعين مال الغير، فالخلاف في البطلان والوقف على الإجازة... وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجاز صح ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر... وإنما يصحّ الشراء لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة، لأنه عقد الشراء له، فإن أجاز له لزمه وإن ردّ لم يضره من اشتراؤه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا...^(١).

ومحلّ الكلام ما لو اشترى شيئاً للغير والتمن في الذمة وأطلق اللفظ، أي لفظ الذمة، فلم يصفها إلى نفسه أو غيره، يقول العلامة: فإن أجاز الغير صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ الشراء عن الفضولي المباشر له، والحاصل أن الشراء صحيح على التقديرين. أمّا وجه الصحة، فلأن الفضولي قد تصرف في ذمة نفسه لا في مال غيره، وأمّا وجه التوقف على الإجازة، فلأن المفروض شراؤه للغير، فإن أجاز له لزمه وأُسند إليه، فكان المشتري له وعليه الثمن، وإن ردّه لزم الفضولي وعليه الثمن والمشتري له.

والمهمّ هو صحة الشراء واقعاً في صورة ردّ الغير ووقوعه للفضولي، فقد أشكل عليه بقوله:

وظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الردّ للمشتري واقعاً... لكن... تطبيق هذا على القواعد مشكل... والأوفق بالقواعد إمّا البطلان لو عمل بالنية... وإمّا صحّته ووقوعه لنفسه لو ألغى النية...

توضيحه:

هل إنّ الفضولي لما اشترى المتاع بالدرهم في ذمّته، قد جعل الدرهم في ذمّته بالأصالة أو بما أنه نائب عن الغير فضولاً؟ إن كان بالأصالة، فلا مجال للإجازة أصلاً، لأنه إن كان يقصد الشراء للغير بدرهم نفسه، فهذا باطل، لعدم حصول المعاوضة الحقيقية، وإن ألغى قيد الشراء للغير، وقع الشراء لنفسه ولا ربط للغير به حتى يحتاج إلى إجازته.

وإن كان بجعل نفسه نائباً عن الغير فضولاً، فقد أشكل بقوله:

ففيه - مع الإشكال في صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء في ذمة الغير: أن

اللازم من هذا أن الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة أن تقع فاسدة من أصلها، لا أنها تقع للمباشر.

وتوضيحه:

إن هنا إشكاليين:

أحدهما: إنه وإن كان ظاهر كلمة العلامة «لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره» جعل الدراهم في ذمة نفسه، لكنّ هذا لما كان باطلاً - لأنه ينافي حقيقة المعاوضة - فلا بدّ من إرجاعه إلى الشراء للغير في ذمة الغير.

والثاني: أن اللازم من هذا، أن الغير إذا ردّ هذه المعاملة وهذه النيابة أن تقع فاسدة من أصلها، فلا تقع للمباشر الفضولي لكونه نائباً، ولا للغير لأنه ردّ المعاملة.

ما أفاده الميرزا

أقول:

وللميرزا الاستاذ قدس سرّه هنا مطلب، وقد خفي على كثير من حضّار مجلس بحثه، نتعرّض له بعد ذكر مقدّمة، وهي:

إن من أنواع البيع: بيع المرابحة، وبيع المواضعة، وبيع التولية.

فبيع المرابحة هو: أن يخبر البائع المشتري عن سعر شراء الشيء ثم يتفقاً على ربح معين.

وبيع المواضعة هو: أن يخبر المشتري عن سعر الشراء وينقص منه مقدّاراً.

وبيع التولية هو: أن يفوض أمر الشيء إلى الغير ويقبل بالسعر الذي اشتراه لنفسه، بأن يقول له: وليتك المبيع بما اشتريته.
قال الميرزا: ^(١) إن شراء الفضولي للغير بدراهم في ذمته، يشبه بيع التولية.

وانما قال «يشبه» لأن بيع التولية في طول شراء الإنسان لنفسه، فلو أريد تحقّقه بإنشاء الشراء، لزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى، وذلك لو كان جائزاً في المعنيين في عرض واحد، ففي المعنيين المترتبين - كما نحن فيه - غير معقول، فشراء الفضولي للغير بدراهم في ذمته ليس ببيع التولية، ولا هو شراء متضمّن لبيع التولية - كما توهم - وانما يشبهه، بمعنى أنه يشتري المتاع لنفسه على أن يكون للغير على تقدير إجازته، فإن أجاز الغير المعاملة، فقد قبل بالشرط ويكون المتاع له وعليه دفع الثمن، وإن رذّها، كانت للفضولي المباشر لها.

قال الميرزا: وهذا هو مراد العلامة رحمه الله، وهو صحيح واقعاً لا ظاهراً.

ثم إن السيد حاول تطبيق كلام العلامة على القواعد فقال:

الظاهر أن مراده جعل الثمن كلياً في الذمة، من غير التفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلا أنه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، وعلى هذا، فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر. وأما احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه، فهو منافٍ لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، وكون الأداء

(١) انظر: منية الطالب ١ / ٢٣١ - ٢٣٢ وفيه «من قبيل» بدل «يشبه».

واجباً على ذلك الغير؛ لأنَّ لازم ذلك إما البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنَّ احتمال كون المراد جعله في ذمة ذلك الغير، بأن يكون قوله «ل للغير» قيداً لذمته لاخبراً بعد خبر، منافٍ لما ذكره بقوله «لأنَّه تصرف في ذمته، لا في مال غيره»، إذ مراده أنَّه تصرف في ذمة نفسه، لا في ذمة غيره كما هو واضح.

والحاصل: أنَّ الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أنَّ المراد الشراء في الذمة، بمعنى عدم كون الثمن عيناً خارجياً من غير تعيين لذمة النفس أو الغير، ومن غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير، وحينئذٍ، فيمكن تطبيقه على القاعدة أيضاً، بدعوى أنَّ مقتضى شراء شيء في الذمة كون المباشر ملزماً به، والحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفي بذلك، وإنَّ أغمض عن الانصراف أيضاً، إلا إذا عيَّن كونه في ذمة الغير، فحينئذٍ ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير، فحينئذٍ يجوز له أن يَمْضيه، ويكون الثمن في ذمته، ومع عدم إمضائه فالحكم العرفي إلزام المباشر.^(١)

وحكى الشيخ الجدَّ عن بعض معاصريه وجهاً لا بأس به، قال:

قال بعض المعاصرين: وقد يدفع بأن المراد أنَّ الشراء قد وقع بكلي قابلٍ لأنَّ يكون في ذمة المشتري أو في ذمة المعقود له، فإنَّ أجازة المعقود له كان في ذمته وإلا ففي ذمة المشتري، لأنَّ مقصود البائع هو العنوان الشامل هماماً، وأنَّ المبيع قد خرج عن ملكه بالثمن المزبور على كلِّ حال،

والمشتري قد أقدم على ذلك أيضاً، ولذا أطلق اللفظ ولم يقيد بأنه للغير، وإنما كان ذلك من قصده الذي لم يثبت كونه من الشخصات للعقد، وحينئذٍ فلولاً لإجماع عليه لم يكن بأس بالتزام صحته لاندرجاه في العمومات، وإنكار شمولها له مع تسليم شمولها للفضولي وغيره ممّا لا ينبغي الالتفات إليه.

ودعوى أنه لا معنى لخروج المبيع عن ملك مالكة وتردّده بين الفضولي ومن وقع له العقد، إذ لو صحّ وقوعه للفضولي لم يحتج إلى إجازة، ووقع له. كالاكتفاء في مقابلة النص والإجماع، مع منع بطلان التالي، إذ المحتاج إلى الإجازة إنما هو وقوعه لغيره لاله.

ثم قال: ولو باع كلياً في ذمة الغير أو مردّداً بين الذمتين على الوجه المزبور، فالظاهر أنه كالشراء به، مع جمعه لباقي الشرائط من القبض في المجلس وغيره. ولعلّه لبعد ذلك لم يتعرّض له الفاضل وغيره والأمر سهل.^(١)

أقول:

صحيح أن قصد من له العقد - أعم من النفس والغير - ليس من الشخصات، إلا أن الإشكال هو أن العقود تابعة للقصد، فإذا أنشأ الشراء أو قبله للغير وردّ الغير المعاملة، يكون ثبوت الشراء لنفسه - قهراً عليه - من صغريات ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد. والعلم عند الله.

٢ - هل تجري مسألة الفضولي في المعاطة؟

قال الشيخ:

الثاني: الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولي، بين البيع العقدي والمعاطة بناءً على إفادتها للملك...

أقول:

حقيقة المعاطة الإعطاء والأخذ، فإعطاء المالك إيجاب وأخذ المشتري قبول، ودفعه الثمن أداء لما في الذمة. وفيها أقوال: أحدها: إنها تفيد الملك، إذ التملك اعتبار نفساني، فبالإعطاء يظهر هذا الاعتبار - كما يظهر باللفظ في البيع العقدي - وتكون المعاطة مفيدة للملكية من الأول.

والثاني: إنها تفيد الملكية اقتضاءً وبالتصرف أو التلف تصير فعلية.

والثالث: إنها تفيد الإباحة.

فبناءً على القولين الأولين، تجري مسألة الفضولي، إن كان دليل صحة المعاطة وإفادتها للملك هو النص، وأما إن كان السيرة، فالقدر المتيقن كونها من المالك نفسه.

والدليل على الجريان: ما أشرنا إليه من أن الإعطاء والأخذ يقومان مقام الإنشاء اللفظي، فالإعطاء إيجاب والأخذ من المشتري قبول، فلو وقع كلاهما أو أحدهما في مال الغير فأجازه المالك، ترتب عليه الأثر.

الجواب عن الإشكال في الجريان بناءً على الملك

قال الشيخ:

وتوهم الإشكال فيه من حيث أن الإقباض الذي يحصل به التملك محرم،
لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه أثر. في غير محله...

والجواب عن ذلك وجوه:

أحدها: إنه قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي
لغيره في الذمة.

والثاني: إنه قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك، بناءً على ظاهر كلام
المشهور - وإن خالف الشيخ - من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن
كونها فضوليّة.

والثالث: إنه قد يكون المالك راضياً بالإقباض و غير راضٍ بالتمليك،
فلا يكون تصرفه في ملك الغير محرماً.

والرابع: إن النهي في المعاملة لا يدلّ على الفساد. وقد أوضحنا ذلك
سابقاً، وملخصه:

إنه قد تقع المعاملة بعنوانها في حيز النهي مثل: لا تبع غريباً، فالنهي
يدلّ على الفساد بلا كلام، وقد تكون الحرمة من حيث انطباق أمر كلي أو من
جهة الملازمة مع ترك الواجب، مثل نهى الوالد عن البيع، والنهي عن البيع في
وقت النداء. فالنهي لا يدلّ على الفساد. وما نحن فيه من قبيل انطباق كلي
عدم جواز التصرف في مال الغير إلا بإذنه، فلا يكون البيع فاسداً.

والخامس: إنه لو دلّ النهي على الفساد، لدلّ على عدم ترتب الأثر

المقصود وهو استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب. وبيان ذلك: إن الإعطاء مضافاً إلى البائع من حيث صدوره منه، ومضاف إلى المشتري من حيث أخذه للشيء، والذي تعلق به النهي هو التصرف من حيث الإسناد والإضافة إلى البائع، لا من حيث وصول الشيء إلى الغير. وبعبارة أخرى: هذه الحرمة والفساد تتعلق بالحيثية الصدورية، لا من حيث كونه مجازاً من المالك.

وأشكل الميرزا الاستاذ في جريان الفضولي في المعاطاة: بأن البيع عبارة عن تبادل طرفي الإضافتين، مع حفظ الإضافة للطرفين، فإن كان البيع عقدياً صادراً من المالكين، فلا إشكال، إذ البائع يبدل طرفي الإضافة والمشتري يقبل ذلك، وإن كان صادراً من الفضولي، فإن المالك الأصلي - لكون زمام الأمر بيده - إذا أجاز أسندت المبادلة - المنشأة فضولياً - إليه. أما إن كان معاطاة، فإن كان من المالك الأصلي، فقد أوجد التبدل عملاً ولا إشكال فيه، وأما إن كان من الفضولي، فإن التبدل الحاصل بواسطته مكاني لا ملكي، وحيث أنه ليس ملكياً فلا تؤثر فيه الإجازة. [١]

[١] هذا محصل كلامه في الدورة الاولى. (١)

وهذا نص كلامه في الدورة الثانية قال:

وتوضيحه يتوقف على بيان امور:

الأول: إنه قد تقدم مراراً: أن البيع إمّا يراد بالمعنى المصدري، أعني المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل، بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظاً، وإمّا يراد منه معنى الاسم المصدري، وهو نفس تلك المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل، بل من حيث هي هي.

الثاني: إن البيع القولي يتصور فيه المعنيان معاً دون الفعلية. أمّا في القولي، فلأنّ آلة الإنشاء، أعني كلمة (بعت) المركبة من الهيئة والمادة الواردة هيئتها على مادّتها، يصحّ أن يُراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدري، كما يصحّ أن يراد منه المعنى الاسم المصدري، وذلك لوجود لفظ صالح لكللا المعنيين. وأمّا في الفعلية، فلأنّه ليس في البين دالّ يمكن أن يُراد منه المعنى المصدري تارةً والاسم المصدري أخرى، بل ليس في البين إلّا فعل خارجي تكويني، وهو ذاك الفعل المعطائي الذي هو مصداق للبيع والتملك الصادر عن الفاعل والقائم به بالقيام الصدوري.

الثالث: الإجازة في البيع الفضولي القولي يمكن أن يتعلّق به في عالم التصوّر بالبيع بالمعنى المصدري، ويمكن أن يتعلّق بمعنى الاسم المصدري، ومعنى تعلّقه بالأول هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولي من حيث صدوره عنه بيعاً للمجيز، ولازم تعلّقه بالثاني هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلّق الإجازة بمعنى الاسم المصدري، وذلك لأنّ المعنى

وفيه:

إن البيع عبارة عن التبديل بعوض، وتبديل طرفي الإضافة من ملازمات البيع، والتبديل بعوض لا فرق فيه بين العقد والفعل.

ما يستدل به للجريان

هذا. وقد استدل الشيخ لجريان الفضولي في المعاطاة بعموم «وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ».

والوجه في ذلك: إنَّ المعاطاة - كما ذكرنا - بيع فتشمله الآية، غير أنَّ بيع الفضولي لا يترتب عليه الأثر - بالأدلة الأربعة - إلا برضا المالك، وهو يحصل بالإجازة اللاحقة.

قال:

ويؤيده رواية عروة البارقي...

أقول: الوجه في استظهار وقوع معاملته بالمعاطاة ليس إلا الغلبة وهي أوَّل الكلام، ولا يتوهم ظهور «بارك الله لك في صفقه يمينك» في ذلك، لأن هذا الدعاء من النبي صَلَّى الله عليه وآله إشارة إلى أصل المعاملة.

المصدرى فعلٌ تكويني وله إضافة إلى الفاعل المباشر تكويناً، وهذا غير قابل لأن يرتبط إلى المجيز بسبب الإجازة... فعلى هذا، فطبع الإجازة المؤثرة يقتضي تعلّقها بمعنى الاسم المصدرى.^(١)

واستدل السيد رحمه الله^(١) بترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس على جريان الفضولي في المعاطاة.

أقول: إذا تمّ هذا في الصحيحة، أمكن إجراؤه في رواية عروة أيضاً.
قال الشيخ:

وربما يستدلّ على ذلك: بأن المعاطاة منوطة بالتراضي وقصد الإباحة أو التملك، وهما من وظائف المالك، ولا يتصور صدورهما من غيره... وفيه...
أقول:

هذا الاستدلال من صاحب المقابس^(٢)، وحاصله: إن التراضي الذي هو مناط المعاطاة لا يتمشى إلا من المالك. واستشهد بكلام الشهيد الثاني بأن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك. قال: والمعاطاة مشروطة أيضاً بالقبض والإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقروناً للأمرين، ولا أثر له إلا إذا صدر من المالك أو بإذنه.

وأجاب الشيخ بما حاصله: إن المدلول قصد التملك، وهذا يتمشى من الفضولي، وأما اعتبار مقارنة الرضا من المالك للقصد المذكور، فلا دليل عليه. نعم، لو كان قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ ظاهراً في اعتبار نشوء العقد عن التراضي، لكان لما ذكر وجهه، لكننا قد ذكرنا سابقاً أن الآية لا تدلّ على أكثر من اعتبار الرضا، على أنه لو اعتبر ذلك لكان معتبراً في العقد

(١) حاشية المكاسب ٢ / ١٦١.

(٢) مقابس الأنوار: ١٣٨.

القولِي أيضاً، لكنَّ أحداً لا يقول به، ففي المعاطاة كذلك، لأن بيع الفضولي عقد عملي.

قال: إلّا أن يُقال: إن مقتضى الدليل المقارنة، خرج عنه بالدليل معاملة الفضولي إذا وقعت بالقول. لكنك قد عرفت أن عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة.

ثم قال ما حاصله: نعم، لو قلنا: بأن المعاطاة ليست معاملة ولا أثر لها، وإنما جاز التصرف في المأخوذ بالمعاطاة على أثر رضا المالك بملكيّة كلٍّ من الطرفين لمال صاحبه مطلقاً أو مع وصول المالكين أو وصول أحدهما، لم يعقل وقوع المعاطاة من الفضولي، ولم يبق موضوع لإجازة المالك. نعم، الواقع منه إيصال المال، والمفروض أنه لا مدخل له في المعاملة، فإذا رضي المالك بملكيّة من وصل إليه المال تحقّقت المعاطاة من حيث الرضا، ولم يكن إجازة لمعاطاة سابقة.

قال: لكنَّ الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء في عنوان المعاطاة، وإنما قصدتهم إلى العقد الفعلي. هذا كلّهُ على القول بإفادة المعاطاة الملك.

هل يجري بناءً على الإباحة؟

قال الشيخ:

وأما على القول بالإباحة...

أي: إنه بناءً على القول بإفادة المعاطاة الإباحة وإن قصد المالك المملكيّة - وهو المشهور - يمكن القول ببطلان الفضولي، لأن إفادة المعاملة - المقصود بها

الملك - للإباحة خلاف القاعدة، فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين، وهو القدر المتيقن مما دلّ على الإباحة، كالسيرة العقلانية.

مع أنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن، والآثار الأخر - مثل بيع المال على القول بجواز التصرف الموقوف على الملك - إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لا ترتب أبداً، فإذا أجاز المالك حدثت الإباحة من حين الإجازة.

قال: أللهم إلا أن يقال بكفاية وقوع الإجازة مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة. فافهم.
أقول:

إنه على القول بإفادة المعاطاة للإباحة وأنها إباحة مالكية - بمعنى أن إعطاء المالك ماله للطرف المقابل رضاً منه بالتصرف فيه، لأن التسليط عليه مع العلم بعدم إمضاء الشارع التملك كاشف عن ذلك - يكون جريان الفضولي في المعاطاة على القاعدة. نعم، لا يجوز للأخذ بالمعاطاة شيء من التصرفات المتوقفة على الملك، لأن المفروض عدم إباحتها. فقوله: أللهم إلا أن يقال... في غير محله، للقطع بعدم ذلك.

وعلى الجملة، فإن كلام الشيخ ينحلّ إلى ثلاثة مطالب:
أحدها: إمكان القول بالبطلان، لأن الإباحة خلاف القاعدة. وهذا غير صحيح.

والثاني: عدم ترتب الآثار المتوقفة على الملك. وهذا صحيح.

والثالث: قوله: إلا أن يقال... وهذا غير صحيح.

وإن كان المراد من الإباحة هي الإباحة الشرعية، بمعنى أن المالك وإن أعطى ماله بقصد التملك، إلا أن الشارع حكم بإفادته للإباحة، فهذا على خلاف القاعدة، فيصحّ المطلب الأول، وكذا الثاني. وأمّا الثالث، فإنه إن قلنا بأن الإباحة الشرعية هي بتبع الرضا الدالّ عليه الإعطاء بقصد التملك، تمّ ما أفاده المحقق الخراساني^(١) من أن الإجازة اللاحقة كاشفة عن أن الشارع قد حكم بالإباحة من أول الأمر، وإن قلنا بأن الإباحة الشرعية حكم شرعي في موضوع تعاطي المالكين، فلا كاشفية، لعدم الموضوع. ولعلّه إلى ما ذكرناه أشار بأمره بالفهم.

(١) الحاشية على المكاسب: ٣٣.

القول
في الإجازة

يقع الكلام في الإجازة:

في حكمها، وذلك أنها إمارة كاشفة عن حصول الملكية في زمان العقد أو أنها نافذة، مؤثرة في تحقق الملكية.

وفي شروطها، هل تعتبر فيها الفورية؟ هل هي مشروطة بعدم الرد؟ وهل يعتبر تعلّقها بتمام المبيع؟ هل يعتبر مطابقتها مع العقد في جميع الجهات أم لا؟

وفي المجيز، وأنه هل يعتبر فيه البلوغ والعقل وسائر الشرائط المعتبرة في العقد أو لا تعتبر؟ وعلى الأول، هل يعتبر وجود الشرائط حين العقد أو حين الإجازة؟

وفي المجاز، إذ يشترط أن يكون العقد واجداً لجميع شرائط الصحة إلا الرضا...

فههنا بحوث:

البحث الأول في حكم الإجازة

قال الشيخ:

أما حكمها: فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي... على قولين، فالأكثر على الأول...

هل الإجازة كاشفة أو ناقلة؟

أقول:

قد ذكرنا أن الكشف هو أن تكشف الإجازة اللاحقة لعقد الفضولي عن تحقق الملكية للمشتري شرعاً من حين صدور العقد منه. وهذا ما يعبر عنه بالكشف الحقيقي، أو تكشف عن ترتب آثار الملكية له شرعاً من حين العقد. وهذا ما يعبر عنه بالكشف الحكمي.

وقد استدلل للكشف الحقيقي في جامع المقاصد^(١) والروضة^(٢) بعموم قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) بتقريب: إن «أوفوا» كناية عن اعتبار الشارع

(١) جامع المقاصد ٧٤/٤.

(٢) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٣) سورة المائدة، الآية: ١.

الملكيّة بسبب العقد، وهو حكم لـ«العقود». فالموضوع التام هو العقد، فلو كان الرضا مؤثراً في حدوث الملكية، يلزم أن يكون الوفاء بالعقد مع شيء زائد، وهو خلاف ظاهر الآية.

الاحتمالات في الكشف

ولا يبعد أن يكون هذا أحد احتمالات صاحب الجواهر حيث يقول: إنه من قبيل الأوضاع الشرعية، بمعنى أن الشارع قد جعل نقل المال في الزمان السابق عند حصول الرضا في المستقبل^(١).

وتقريب كلامه: إن متعلق الرضا هو الملكية، وهي أمر اعتباري مقترن بعلته وشرطه في موطنه، فلا يعقل أن تكون العلية للرضا اللاحق.

والاحتمال الثاني للكشف الحقيقي: ما جاء في تقرير بحث المحقق الرشتي، قال: إن الإجازة وإن لم تكن كاشفة عن الرضا الفعلي في السابق، إلا أنها كاشفة عن الرضا التقديري ولو بعد الرد... ولعل هذا المقدار من الرضا نظير الإذن المستفاد من شاهد الحال، كاف في صحة العقد...^(٢)

والإحتمال الثالث: كما عن جماعة من أعظم القدماء والمتأخرين - هو: إن شرط تأثير العقد ليس الرضا الخارجي للمالك بل الأعم منه ومن صفة التعقب المقارن للعقد، فالإجازة المتأخرة تكشف عن تحقق التعقب في نفس الأمر الذي هو شرط التأثير.

(١) جواهر الكلام ٢٢/٢٨٦.

(٢) بغية الطالب في شرح المكاسب ١/٢٧٣.

وهو مختار شيخنا الأستاذ والميرزا الأستاذ.

والإحتمال الرابع - كما هو صريح جماعة بل نسب إلى المشهور - هو: أن الإجازة المتأخرة شرط متأخر، فالعقد الواقع قد أثر مشروطاً بحصول الإجازة المتأخرة، فإذا تحققت انكشف مؤثرته في حينه.

والإحتمال الخامس هو ما يعبر عنه بالكشف الانقلابي، قال في الجواهر: أن يكون الرضا المتأخر مؤثراً في نقل المال في السابق وإن امتنع عقلاً...

والإحتمال السادس ما عن الميرزا الشيرازي في تصوير الشرط المتأخر من أنه شرط بوجوده الدهري، فلا تأخر للشرط^(١)

وتوضيحه: إنه يعتبر في الرضا المقارنة، والرضا في المقارنات إما زمانياً وإما دهرى، لأن المتفرقات في دعاء الدهر مجتمعات، والتقدم والتأخر يكون في وعاء الزمان. فبالرضا المتأخر ينكشف اقتران العقد بالرضا حقيقة.

ويمكن التعبير عن مراده: بأن العقد الواقع في زمان متصل بزمان الإجازة مؤثر في الملكية.

والإحتمال السابع: ما عن شريف العلماء - كما حكاه الشيخ - من أن الإجازة اللاحقة تكشف عن أن الشارع قد تعبدنا بأن نرتب آثار الملكية

(١) انظر: المكاسب والبيع ٨٩/٢. وقد جاء فيه: أن الميرزا الشيرازي رحمه الله ما كان راضياً بنسبة هذا الوجه إليه.

جميعها أو ما يمكن منها من حين العقد.
والإحتمال الثامن: ما ذكره السيد، من أن الإجازة تكشف عن وجود
خصوصية في نفس الأمر مجهولة عندنا.
هذه هي الاحتمالات في الكشف.

أدلة القول بالكشف

الدليل الأول

قال الشيخ:

واستدلّ عليه كما عن جامع المقاصد والروضة: بأن...
أقول:

هذا هو الوجه الأول للقول بالكشف، وقد ذكرناه، وظاهره التناقض،
لأنه إذا كان تمام السبب، فلا يبقى شيء لأن يتبين بالإجازة، فلا بدّ من توجيه
كلامهم: بأن المراد لا يخلو عن أحد ثلاثة وجوه:

أحدها: أن يقال إنّ اللّام في «العقود» للعموم، فالآية تعمّ كلّ من صدر
عنه العقد، لكنّ عقد الفضولي غير المتعقّب بالإجازة خارج عن تحت العام
بالتخصيص، فيبقى تحته عقد المالك الأصلي وعقد الفضولي المتعقّب بها،
فلو عقد الفضولي عقداً ولا ندري هل سيتعقّب الإجازة أو لا، تكون الإجازة
اللاحقة كاشفةً عن كونه من الأفراد الباقية تحت العام.

ولكنّ هذا الوجه غير مجد، لما تقرّر في الاصول من أنه إذا ورد
المخصّص تقيّد الباقي تحت العام بنقيض الخاص، وآلا يلزم الإهمال وهو

مستحيل. وهنا: إذا خرج غير المتعقب بالإجازة فالباقى تحت العام هو العقد المقيّد بلحوق الإجازة، وعليه، فلو كان العقد الذي تقع بعده الإجازة في علم الله مؤثراً في الملكية شرعاً لكونه تمام السبب ولا دخل للإجازة اللاحقة فيها، كان المتاع بمجرد العقد وقبل الإجازة ملكاً للمشتري، وحينئذٍ، فإن كانت ملكية المالك الأصلي للمتاع باقية، يلزم اجتماع الملكيتين على المملوك الواحد وهو محال، وإن كانت زائلة، يلزم تحقق الملكية للمشتري بدون رضا المالك، وهو خلاف الضرورة، على أنه يلزم أن يكون المشتري مالكا للمتاع إذا علم بأن المالك الأصلي سيجيز البيع ولو بعد مدة.

وإن كان للإجازة اللاحقة دخل في تحقق الملكية للمشتري، لزم أن لا يكون العقد تمام السبب، وهذا خلف.

والثاني أن يقال: إنه بالإجازة اللاحقة ينكشف اقتران العقد برضا المالك.

وفيه: إنها دعوى بلا دليل، فقد لا يكون راضياً ثم يرضى فيجيز. والثالث أن يقال: لو باع الإنسان ملكاً له، لم يكن حيثية صدور العقد منه جزءاً للسبب المملك، ولكن مفاد آية الوفاء هو وجوب الوفاء بعقودكم، فالإسناد لازم.

وعليه، فلما لم يكن بيع الفضولي مصداقاً للآية، لعدم كون العقد مستنداً إلى المالك، فإنه يحتاج إلى الإجازة لتكون مصححة للإسناد، فالقول بأن العقد تمام السبب وبالإجازة يتبين تماميته، معناه: أن الإجازة تفيد إسناد العقد إلى المالك، ليصدق عنوان «عقودكم» حتى يجب الوفاء.

وفيه: إن لم يكن للإسناد إلى المالك مدخلية في تأثير العقد وإفادته الملكية، وأنه لا دخل له إلا في الحكم بوجوب الوفاء مثلاً، يلزم أن يجتمع في المتاع الملكيتان المتناقضتان أو ارتفاع ملكية المالك بلا سبب، وإن كان له المدخلية في تأثير العقد، فليس العقد سبباً تاماً للملكية، بل يحتاج إلى الإجازة المتأخرة.

وتحصل سقوط الدليل الأول من أدلة الكشف.

قال الشيخ:

ومنه يظهر فساد تقرير الدليل: بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط وكلها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله. فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط، فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟ أقول:

هذا التقرير موجود في شرح اللمعة^(١)، وهو واضح الإندفاع بما ذكره الشيخ.

هل الشروط الشرعية كالعقلية؟

قال الشيخ:

ودعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية... مدفوعة: بأنه لا فرق... هذه الدعوى من صاحب الجواهر، وخلاصة كلامه هو^(٢): إن الشروط

(١) الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ٢٢٩/٣.

(٢) جواهر الكلام ٢٨٧/٢٢.

الشرعية تختلف في الأحكام عن الشروط العقلية، فالشرط العقلي لا يعقل تأخره ولا بدّ من مقارنته مع المشروط، وليس الشرعي كذلك، فقد يتقدّم المشروط على الشرط، كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة على قول، وكغسل العشاءين لصوم اليوم الماضي على قول، بل قد يتقدّم المعلول على العلة في الشرعيّات، مثلاً: عيد الفطر سبب لوجوب زكاة الفطرة، والحال أنه يجوز إخراجها في ليلة الفطر، ويوم الجمعة سبب لاستحباب غسل الجمعة، مع جوازه في يوم الجمعة إن كان معذوراً عنه فيه.

وعلى الجملة، فالعلل والشرائط الشرعية ليست كالعلل والشرائط العقلية، لأن المعلول في العقلية يترشح من العلة، فلولا تقدّمها لما كان الترشح، وكذلك الشرط، فإنه ما يقرب المعلول إلى علته، بمعنى أنّ به تمامية عليّة العلة أو تمامية قابلية المعلول، فلا يعقل تأثير العلة في المعلول لولا الشرط، فلا يعقل تأخره عن العلة. لكنّ هذه البراهين غير جارية في العلة الشرعية أو الشرط الشرعي.

أجاب الشيخ: بعدم الفرق، ودعوى الفرق كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيئين لا يمنع اجتماعهما، لأن النقص الشرعي غير العقلي.

قال: فجميع ما ورد ممّا يوهّم ذلك - كالموارد المذكورة من تقدّم المعلول أو المشروط - لا بدّ فيه - بدلالة الاقتضاء - من التزام أن المتأخر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب والشرط هو الأمر المتزعم من ذلك.

لكن القول بذلك فيما نحن فيه - بأنّ يقال إنّ الشرط تعقّب الإجازة ولحوقها بالعقد، وهذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة - غير ممكن،

لمخالفته للأدلة الأربعة. مضافاً إلى أن لازم ذلك جواز تملك طرف المعاملة مع الفضولي المال الذي يأخذه وتصرفه فيه إن علم بلحوق الإجازة من المالك، وهذا مما لا يلتزم به.

ألهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه، وهذا - مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه - غير صادق على الرضا، لأن المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله وأنه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس منه.

أقول:

ليس مراد صاحب الجواهر من الفرق جواز أن يكون المشروط قبل الشرط، كأن تتقدّم صلاة الجمعة المشروط وجوبها بالزوال على الزوال، أو تتقدّم الملكية بالإرث المشروطة بالموت على الموت، فليس مراده من «الشرائط» الشرائط المفعولة شرعاً لتحقيق نفس المشروط التكليفي أو الوضعي.

تقريبه:

إن «السبب» عبارة عما في ذاته اقتضاء المسبب وترشحه منه. و«الشرط» عبارة عما يصحح سببية السبب أو يتمّ قابلية القابل لقبول أثر السبب، فتأثير السبب شأني وفعليته متوقّفة على وجود الشرط، ومثاله المعروف ببوسة الحطب المقصود حرقه، فإنها ذات مدخلية في قابلية الحطب للإحتراق، ومحاذاة النار للحطب شرط في فاعلية النار. و«الجزء» عبارة عما له دخل في تمامية السبب إذا كان مركّباً.

و«المانع» عبارة عما عن السبب الأقوى المانع عن تأثير السبب الآخر.
هذا في التكوينات.

وأما في التشريعات، فالوضعيات كالملكية والزوجية ونحوها أمور اعتبارية - وليس لها وجود خارجي مثل المقولات - ممن بيده الأمر، فالمتاع إذا وقعت عليه معاملة لا يتغير شيء من أوصافه، وإنما تعتبر الملكية للمشتري، وكذا الكلام في الزوجية وغيرها، وجميع هذه الأمور قائمة بنفس من بيده الاعتبار.

ثم إنه لا يعقل تأثر الأمور النفسانية من الخارج، ولا أثر للخارج فيها مطلقاً، لا بنحو السببية ولا بنحو الشرطية ولا بنحو المانع.

وأما التكليفات، فإن كان الحكم التكليفي هو إرادة المولى، فالكلام الكلام، لأن الإرادة أمر نفسي. وإن كان الحكم عبارة عن نفس الإنشاء، فإن فاعل الإنشاء هو الحاكم، فلا ربط للخارج به مطلقاً كذلك.

نعم، إن الاعتبار - سواء في التكليفات أو الوضعيات - تابع للملاك الموجود في الأمور الخارجية، فهو المنشأ للاعتبار والإرادة.

وبعبارة أخرى: إن نسبة الأحكام التكليفية والوضعية إلى الأمور الخارجية نسبة الأحكام إلى موضوعاتها، والموضوع هو الواجد للملاك. والملاك تارة على إطلاقه وأخرى مقيد بقيد، فالحج عن الاستطاعة هو الواجد للملاك فهو واجب، فالمستطيع موضوع وجوب الحج، والمسافر موضوع وجوب القصر، وهكذا... فمعنى قولنا: وجوب القصر مشروط

بالسفر، هو إن موضوع هذا الوجوب عبارة عن المسافر، كما أن المستطيع موضوع وجوب الحج.

فالإرادات تابعة للملاكات، وهي قائمة بالأفعال على إطلاقها أو مقيدة بالقيّد.

والأحكام الوضعيّة كذلك، مثلاً: الملكيّة تعتبر في الموضوع الخاص، إمّا مطلقاً أو مقيداً بقيّد، والملاك هو المصحح للاعتبار.

ولذا قرّرنا في الاصول: أن السببيّة والجزئيّة والشرطيّة والمانعيّة غير قابلة للجعل، لا بالأصالة ولا بالتبع، فإنه إن رتب الحكم على الموضوع، كان جعل السببيّة للموضوع لغواً، وإن لم يرتب لم تحصل السببيّة له أبداً. وكذلك الشرطيّة للشيء، فإنها منتزعة من كون الشيء قيداً للمأمور به، لأنه إن كان قيداً للمأمور به، كان جعل الشرطيّة له لغواً، وإن لم يكن لم يتحقّق الشرطيّة له أبداً... وحينئذ نقول: إن غسل الجمعة في هذا اليوم ذو ملاك، وهذا الملاك موجود في غسل يوم الخميس من المعذور، أو فقل: الغسل بنفسه ذو ملاك، وكونه في يوم الجمعة دخیل في ترتب الملاك، فكذلك يوم الخميس للمعذور.

وفي زكاة الفطرة، ذكرنا في محلّه إنها واجبة على من يدرك يوم العيد، فليس ظرف وجوبها يوم الفطر خاصّة، وعليه، فالإشكال مندفع من أصله، وأمّا على القول بأنّه واجب مشروط بيوم العيد، فنقول: بأن الملاك المقتضي لدفعها يوم العيد قد يتحقّق في اللیل.

وكذا الكلام في غسل المستحاضة.

وأما في بيع الفضولي، فإن بيعه ذو ملاك فاعتبرت الملكية في مورده، ولكن فعليّة الملاك موقوفة على الإجازة، فإن لحقت انكشفت فعليته، وإلا فالفعليّة غير حاصلة فيبطل.

وحاصل ما تقدّم:

إن الأحكام التكليفيّة إرادات تشريعيّة مولويّة، والإرادة أمر نفساني قائم بالنفس، وما في النفس فعلته هو النفس، ولا يعقل أن يكون الأمر الخارجي علّة للأمر النفسي، فقولنا: دلوك الشمس سبب لوجوب الصّلاة، ليس بمعنى ترشّح الوجوب من الدلوك.

والأحكام الوضعيّة أمور اعتباريّة قائمة بنفس المعبر، فقولنا: عقد البيع سبب للملك، ليس بمعنى ترشّح الملكية من العقد، إذ لا يعقل ترشّح الأمر الاعتباري من الأمر الخارجي.

نعم، يكون الأمر الخارجي موضوعاً للاعتبار الشرعي، فالصّلاة بعد الدلوك موضوع للوجوب، والمتاع الموجود في الخارج موضوع للملكيّة. ثم إن الحكم مطلقاً يتبع الملاك القائم بالموضوع، فتارةً يقوم بالموضوع بما هو، وأخرى بموضوع بما هو متّصف بوصف خاصّ، فما كان من قبيل الثاني، فإن الحكم لا يثبت إلا بتحقيق الوصف المعبر في الموضوع.

وعليه، فالمتاع الذي باعه الفضولي لا يعقل أن يكون - بما هو وبلا قيد - موضوعاً لاعتبار الملكية للمشتري، بل بقيد رضا المالك، ولكن هذا القيد أعم من المقارن واللاحق.

فظهر الفرق بين الأسباب الشرعيّة والعقليّة، فما ذكره صاحب الجواهر

متين جداً ويتم الكشف بناءً على ذلك.

إلّا أنا إذا التزمنا بكون الإجازة المتأخرة كاشفةً عن كون العقد في الزمان المتقدم المتصل بزمانها موضوعاً للاعتبار الشرعي، فلا بدّ من الالتزام بكون النماءات الحاصلة للمتاع في البين ملكاً للمشتري.

دعوى أنّ الشرط هو وصف تعقّب الإجازة

قال الشيخ:

ومما ذكرنا ظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام...

توضيح ما ذكر: إن آية التجارة اعتبرت الرضا في حين العقد، وكذا حديث لا يحلّ، هذا من جهة، ومن جهة أخرى: قام الدليل على أنّ الإجازة كاشفة عن الرضا، وأنه إذا تحققت الإجازة يرتب أثر العقد من حينه، فيقتضي دليل الاقتضاء الالتزام بأن تعقّب العقد برضا المالك هو الشرط، وهذه صفة مقارنة للعقد، وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه.

كلام السيّد

وأشكل السيّد عليهم بقوله:

أولاً: إنه خلاف ظاهر الأدلة.

وثانياً: إنّ العدول عن شرطية الإجازة إليه من جهة التفصّي عن تأخر الشرط، وهذا كَرّ على ما فرّ منه، وذلك، لأنه إذا جعلت الإجازة المتأخرة شرطاً يلزم ما ذكروا إذا جعل الشرط وصف التعقّب، ومن المعلوم أنّ هذا

الوصف ليس أمراً اعتبارياً كأنياب الأغوال، بل له منشأ انتزاع صحيح وهو الوجود المتأخر، فالألتصاف الآن بالتعقب مشروط بوجود متأخر فإنه لولاه لم يصح الاعتبار.

وإن شئت فقل: إن التعقب الذي هو شرط أمر واقعي، إذ لا بد من تحققه ولو لم يكن هناك من يعتبره، وهو موقوف على الوجود المستقبلي، فإذا لم يعقل الشرط المتأخر فلا فرق بين أن يكون المشروط العقد أو الملكية أو وصف التعقب. وهذا واضح جداً.^(١)

وأجاب الميرزا الاستاذ عنه بقوله:

وأما كاشفيتها عن وصف التعقب، فهذا لإشكال فيه. وتوهم أن التعقب ليس مقارناً للعقد لأنه منتزع عن أمر متأخر، وما لم يتحقق منشأ انتزاعه كيف يتحقق المنتزع - فاسد. فإن عنوان التعقب والسبق وما يرادفهما في المعنى كاللحوق والقبليّة والبعدية، من الأمور التي تنتزع من نسبة الزماني إلى الزمان، فإذا اجتمع شيان في زمان واحد ينتزع عن اجتماعهما التقارن، وإذا وقعا في زمانين فتنتزع القبليّة من السابق والبعدية من اللاحق. وهكذا يصح هذه العناوين في نفس أجزاء الزمان، فيقال لليوم إنه بعد أمس وقبل الغد، مع كون أمس والغد معدومين.

وبالجملة: عنوان التعقب صحيح ومقارن مع العقد. إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا يساعد على كون هذا العنوان الانتزاعي شرطاً.^(٢)

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ١٧٠.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٣٨.

توضيحه: إن الأمر الانتزاعي من الامور الإضافية، والأمر الإضافي هو ما إذا لوحظ لوحظ معه شيء آخر، فلا يمكن لحاظ الأبوة إلا مع لحاظ البنوة، ولكن منشأ انتزاع الأبوة هو الأب فقط، والبنوة هو الابن فقط. فالعقد بما هو في نفس الأمر موصوف بالتعقب وملحوق بالإجازة. نعم، توصيفه بذلك مستلزم للمحاطها.

كلام الإصفهاني

وأشكل شيخنا الاستاذ عليهم بقوله:

التحقيق كما ذكرناه في محله: إن عنوان السابقة واللاحقة والتقدم والتأخر متضائفان ولاعلية بين المتضافين، فعنوان السابق ينتزع من العقد وعنوان اللاحق ينتزع من الإجازة المتأخرة، وليس للإجازة دخل في انتزاع السابق والملحوق والتعقب، بل العنوانان متلازمان، لكن حيث إنهما عنوانان متضائفان، فلا بد من أن يلاحظ كل من معنويهما بالقياس إلى الآخر تحقيقاً للتضائف لا للعلية. والذي يرد عليه حينئذ: ليس إلا أن المتضافين متكافئان في القوة والفعلية، فلا يعقل فعلية عنوان الملحوق في العقد وعدم فعلية اللاحق في الإجازة بسبب عدم فعلية معنونه...^(١)

وهذا الإشكال وارد، لأن حقيقة الإضافة هي النسبة، فالفوقية تنتزع من السقف الذي هو بالنسبة إلى تحته فوق وبالنسبة إلى السماء تحت، والنسبة إنما تتحقق حيث يتحقق الطرفان.

وعليه، فعلى القائلين بهذا القول إِمَّا من الالتزام بكون البيع بحيث يكون من شأنه أن ينتزع منه عنوان المتعقّبية، أو بكون البيع واقعاً في زمانٍ متّصل بزمان الإجازة المتأخّرة، كما قاله صاحب الجواهر رحمه الله.

فالقول بالعقد المتعقّب بما هو متعقّب، فاسد.

كلام الخراساني

وقال المحقق الخراساني:

إِنْ ما يتخيّل أنه سبب متصرّم أو شرط غير موجود بعد أو متقدّم، لا يكون إلّا في الاعتبار التي تكون واقعيتها بمنشأ انتزاعها وتحقّق ما يصحّ به افتراءها ولا يكون لها تحقّق في الخارج إلّا بتحقيقه ووجوده، كالزوجة والملكيّة والحرية والرقية والوجوب والحرمة. إلى غير ذلك من الاعتبارات التي ليست من المقولات التي تكون محمولة بالضميمة وموجودة في الخارج ولو في الموضوع، حيث يتخيّل فيها أنّ الأمور المتقدّمة عليها أو المتأخّرة عنها صارت مؤثّرة فيها في غير واحدٍ من المقامات، كما أشرنا إليها إجمالاً.

وإلّا في الأفعال الخارجيّة...

أمّا الأول، فلأنّ العلّة حقيقة، والذي يوجب اعتباراً من تلك الاعتبارات واقعاً ليس إلّا لحاظ ما هو منشأ الانتزاع وتصور ما به يصحّ الاختراع، فلا يكون دخل ما يسمّى سبباً كالعقد أو شرطاً كالقبض في الصرف أو غيرهما - مقارناً كان للأثر أو مقدّماً أو مؤخّراً - إلّا بلحاظه واعتباره ووجوده

في الذهن، فيقارن المؤثر لأثره لابوجوده في الخارج كي لا يقارن له. و من الواضح أنه كما يصح اختراع اعتبار بلحاظ ما يقارنه، يصحّ بلحاظ أمر سابق أو لاحق، بل ربما لا يكاد يصحّ بلحاظه مع مقارنته، ضرورة أن حسن فعلٍ أو قبحه أو مطابقتها لغرضه إنما يكون بلحاظ لحوق شئ أو سبقه، بحيث لولاه لما كان يتّصف بأحدهما أو بالمطابقة للغرض كما لا يخفى...^(١) أقول:

هذا الكلام في الحقيقة دفع للإشكال على قول الجماعة، وقد ذكره في كتاب الفوائد أيضاً.

وأفاد شيخنا الاستاذ قدس سره: أنه إذا قلنا بأن الملكية من الاعتبارات لامن المقولات الواقعية حتى الانتزاعية، فلا استحالة، إذ لا وجود واقعي للملكية بل وجود اعتباري فلا وجود له إلّا في أفق الاعتبار، فلامانع من اعتبار الملكية للمالك الأصلي إلى حال الإجازة، ومن اعتبار الملكية في السابق حال الإجازة لمن عقد له الفضول، فزمان الاعتبارين متعدد ولا زمان للمعتبر إلّا بلحاظ العنوان لا الحقيقة، فالملكية في الزمان السابق قد اعتبرت حال الإجازة، فلا انقلاب في الحقائق...

وقد بنى شيخنا الاستاذ العلامة في تعليقه المباركة على الكتاب على أنّ مضمون العقد نحو مضمون إذا تحققت علته التامة لا بدّ من اعتباره من حين صدور العقد، وإن كان وعاء الاعتبار زماناً حال تمامية العلة بالإجازة، نظراً إلى أن العقد إن كان مثل الإجازة وعقد التمتع، فمضمون العقد ملكية

منفعة الدار من أول السنة - مثلاً - إلى آخرها أو زوجية المرأة في تلك المدة، فلا بد من اعتبار هذا المضمون عند تحقق الإجازة، وإلا فملكية المنفعة من حين الإجازة، أو الزوجية من حين الإجازة بعد مضي مدة منهما ليس تمام مضمون العقد... وإن كان العقد مثل البيع والنكاح الدائم، فمضمون العقد هي الملكية المرسلة غير المحدودة من حيث المبدء والمنتهى، وكذلك الزوجية اللامؤقتة من حيث البداية والنهاية...

قلت: أما الإجازة وعقد التمتع، فتحقيق القول فيهما: أن اعتبار الملكية السابقة فعلاً واعتبار الزوجية السابقة فعلاً، إن كان صحيحاً عند العرف والعقلاء بالعقد عليهما من الأصيلين، صح اعتبارهما بإجازتهما، وإلا فلا إجازة لا تكون أقوى تأثيراً من مباشرة العقد من الأصيل... وأما إذا كانت الملكية في الإجازة غير محددة بالزمان بل كانت المنفعة محددة بالزمان، فلا انقلاب في الملكية حتى عنواناً... وعلى هذا، فاعتبار الملكية بالإضافة إلى المنفعة السابقة على حال الإجازة لغو، فلا يعقل أن يتحقق حين تمامية العلة بالإجازة، بل العلة التامة إنما تؤثر في المورد القابل وهي المنفعة الباقية حين الإجازة،

وأما عقد البيع والنكاح الدائم، فتحقيق الأمر فيهما: إن الملكية في البيع المتعلقة بالعين، وكذا الزوجية المتعلقة بالعين من دون ملاحظة توقيت فيها، على أي حالٍ مرسلة مطلقة غير محدودة...^(١)

اشكال الميرزا على المحقق الخراساني

وقال الميرزا الاستاذ: ^(١) قد وقع الخلط على المحقق المذكور بين القضية الخارجية والقضية الحقيقية.

توضيحه: القضية الخارجية عبارة عما كان موضوعها الشخص الجزئي المعين. والحقيقية عبارة عما كان موضوعها الكلّي الطبيعي الموجود بصرف الوجود، وهذا يشمل الأفراد المحققة الوجود والمقدرة الوجود، أي التي ستتحقق في المستقبل.

وأفاد الميرزا الفرق بين القضيتين: بأن الموضوع في الخارجية هو الشخص المعين، والخصوصيات المأخوذة فيه كلّها دواعٍ ولحاظات، وإن كانت الدواعي قد تتخلف، كمالو وهب الشئ لشخص بداعي الرحمة فظهر عدم كونه رحماً له، كما هو الحال في سائر أفعال الإنسان، فإنها تابعة للدواعي واللحاظات وقد يتخلف الداعي. أمّا القضية الحقيقية، فإن الموضوع فيها هو الكلّي الطبيعي، والخصوصيات كلّها قيود للموضوع.

هذا، ولمّا كانت الأحكام الشرعية قضايا حقيقية، فإن جميع الخصوصيات المأخوذة فيها قيود ولا ربط لللاحظ بها، وعليه، فلمّا دلت الأدلة على اعتبار رضا المالك، فإن هذه الخصوصية دخيلة في موضوع الحكم بالملكية، ولا يعقل ترتّب الحكم قبل تمامية الموضوع بجميع خصوصياته المعبرة.

أقول:

ثم إنَّ المحقق الخراساني أورد على نفسه: بأنَّ اللَّام في «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» تنوب مناب المضاف إليه، أي عقودكم، فوجوب الوفاء حكم العقد المضاف إلى المالك، وهذه الإضافة إنما تتحقَّق بإجازته خارجاً، ولمَّا كانت الإجازة متأخرة فالملكيَّة أيضاً متأخرة، فالكشف باطل.

فأجاب:

بأنَّ الملكيَّة أمر اعتباري، وليست من الأعراض حتى تحتاج إلى موضوع في الخارج لتتعلَّق به، بل متعلِّقها في وعاء الاعتبار، ولذا يمكن اعتبار الملكيَّة للمعدوم. وعلى هذا يمكن أن يعتبر في زمان الإجازة الملكيَّة في زمان العقد.

والحاصل:

إنَّ الإشكالات على بيان المحقق الخراساني ثلاثة:

الأوَّل: لا يعقل لحاظ الملكيَّة واعتبارها، والحال أن مصلحة هذا الاعتبار قائمة بإجازة المالك خارجاً، ولمَّا كانت الإجازة كذلك متأخرة فالملكيَّة متأخرة.

والثاني: إنَّ جعل اللَّحَاط شرطاً يناسب القضايا الشخصية لا الكلية، وما نحن فيه من قبيل الثاني.

والثالث: ما أشكل به على نفسه بلزوم اجتماع المالكين في ملك واحد في زمان واحد، وأجاب عنه.

ولكن الميرزا الاستاذ أشكل على الجواب:

بأن المناط في التضاد بين الملكيتين هو بين المعتبرين لا الاعتبارين، ونظير ما أفاده قدس سره في هذا المقام ما أفاده صاحب الفصول في الخروج عن الدار المغصوبة^(١)

الدليل الثاني

قال الشيخ:

وبأن الإجازة متعلّقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس إلّا نقل العوضين من حينه.

أقول:

هذا الدليل يتركّب من أربع نقاط:

الاولى: إنّ الفضولي ينشئ التملك من حين العقد.

والثانية: إنّ المالك يجيز العقد على ما قصده الفضولي.

والثالثة: قد دلّ الدليل على صحّة العقد بالإجازة.

والرابعة: فإذا وجدت الإجازة خارجاً كشفت عن تأثير العقد من حينه.

وجوه الجواب: الأول

أجاب الشيخ عنه بثلاثة وجوه: قال:

أولاً:.... إن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى تتعلّق والرضا بذلك...

بل هو النقل مجرداً من ملاحظة وقوعه في زمان...

أقول:

يتضمّن هذا الجواب أموراً:

أحدها: إنما ينشئ الفضولي طبيعي التملك، والزمان ظرف له، وحيث أنّ التملك والملكيّة واحد، فهو ظرف للملكيّة لا قيد له.

وقد توهم^(١) من كلامه إرادة التملك المهمل، وحيث أن الإهمال غير معقول، فالمراد هو التملك المطلق.

وفيه: إنّ الإهمال الزماني في الملكيّة لا معنى له، لأنها ليست أمراً زمانياً، بل مراده أن المنشأ نفس المعنى، وهو مطلق إطلاقاً طبيعياً من حيث الأفراد والأحوال.

والثاني: إنه كما أنّ الشارع إذا أمضى العقد الصادر من المالك، وقع النقل من زمانه، كذلك إذا أمضى إجازة المالك، فإنه يقع النقل من زمان الإجازة.

والثالث: إنّ مقتضى القبول - في مطلق العقود - ليس وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه ليس إلّا رضاً بمضمونه، فلو كان مضمون الإيجاب هو النقل من حينه وكان القبول رضاً بذلك، كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر عليه من حين الإيجاب، لأن الموجب ينقل من حينه والقابل يتقبّل ذلك ويرضى به. والحال أن ترتّب الأثر - أي الملكيّة - قبل القبول غير معقول.

قال:

ودعوى: أن العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه. مدفوعة: بأنّ سببته للملك ليست إلّا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه...

(١) حاشية المكاسب للمحقق الايرواني ١/ ١٢٤.

أي: ولو قيل: فرق بين الإجازة والقبول، فنلتزم بتحقيق الملكية قبل الإجازة، لأن الإجازة إنفاذ للسبب أي العقد المركب من الإيجاب والقبول، وأما القبول فتتميم للسبب، فما لم يأت القبول فلا سبب للملكية.

فالجواب: هو أن الأثر كله للإيجاب، لأن البائع هو الذي يحقق المعاوضة ويجعل الثمن عوضاً لمتاعه، وأما القبول فهو مطاوعة له ورضاً به نظير الفعل والانفعال، وعليه، فلو كان معنى الإيجاب التملك مقيداً بهذا الزمان، فالقبول مطاوعة له، فلا بد من الالتزام بتحقيق الملكية قبل القبول.

والرابع: إن لازم القول بأن معنى الإيجاب التملك من حينه، هو أن يكون معنى فسخ العقد انحلاله من حين العقد لا من حين الفسخ، وهذا باطل بالضرورة.

وذلك، لأن العقد سبب لحدوث الملكية، وهي أمر مستمر بطبعه، والفسخ سبب لزوال الملكية، بمعنى أن به ينقطع استمرارها. وملخص كلامه:

إن الفضولي ينشئ التملك لا بقيد الزمان، بل الزمان ظرف، والإجازة إنشاء لمجرد التملك كذلك، وظرف إمضاء الشارع هو بعد الإجازة، فالنتيجة النقل لا الكشف.

ثم نقض قولهم بقضية الإيجاب والقبول، بأن الإيجاب لو كان بمعنى التملك من حينه، مع أن القبول هو الرضا بفعل الموجب، لزم تحقق الملكية قبل مجئ القبول. وهذا باطل.

وأجاب عن قول صاحب الجواهر - بأن العقد مركب من الإيجاب

والقبول، فالقبول جزء للسبب، وما لم يتحقق السبب لا يتحقق الملكية - بأن السببية هنا ليست بمعنى الترشح، بأن ترشح الملكية من العقد، بل بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فلو كان مقتضى الإيجاب التملك من حينه والقابل يتقبل هذا المعنى، لكان هو مورد إمضاء الشارع أيضاً، ولثبت التملك قبل القبول.

ونقض أيضاً بقضية الفسخ، فلو كان مقتضى الإيجاب التملك من حينه لكان مقتضى الفسخ زوال التملك من ذلك الحين، والحال أن حل العقد من حين إنشاء الفسخ.

أقول:

أولاً: إن المنشأ طبعي التملك، وله إطلاق ذاتي يشمل الآن الأول، فلو قال المستدل هذا وتمسك بالإطلاق المذكور لكفاه.

وثانياً: لازم قوله: إن الزمان ظرف لا قيد، أنه لو قال الفضولي: ملكتك هذا من هذا الحين فلحقت الإجازة به، هو التسليم بالدليل، والحال أنه باطل كذلك.

وثالثاً: إن القبول - كما تقدم - هو الرضا بفعل الموجب، وعليه، فللمستدل أن يقول: الإيجاب هو التملك من حينه والقبول رضاء به، والاعتبار الشرعي يأتي بعد القبول، لأن موضوعه الفعل والانفعال من كليهما.

قال الشيخ:

والحاصل إنه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: رضيت بكون مالي

لزيد بازاء ماله... وغير ذلك من الألفاظ التي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه، وكيف، وقد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها...

أقول:

والإنصاف عدم إمكان المساعدة على ما ذكر، لأن رضا المالك بكون ماله لزيد والزوجة بالتمكين، إن كان عن جهل بوقوع العقد، لا يعتبر بيعاً أو تزويجاً، ولو كان الرضا بنتيجة العقد كافياً لاعتبر بيعاً أو تزويجاً. فالقول بكفايته يختص بصورة العلم بوقوع العقد، فيكون قوله كذلك أو تمكينها كناية عن الإجازة.

فما ذكره سهو من قلمه الشريف.

هذا كله في الجواب الأول.

الوجه الثاني

قال الشيخ:

وثانياً، إنا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطاً اصطلاحياً... ولا جزء سبب...

لكن نقول: لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه...

وحاصله بعد التسليم بما ذكر:

إن المستفاد من «وَأَخْلَ اللَّهُ الْبَيْعَ» و«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أن عقد الفضولي الذي

لم يكن له أثر حين صدوره، قد انقلب عما كان عليه وصار مؤثراً بالإجازة اللاحقة.

توضيحه:

إن مبنى الشيخ في الأحكام الوضعيّة هو: أنها ليس لها وجود خارجي ولا تشريعي، بل هي منتزعة من الأحكام التكليفيّة، فمن: اغسل ثوبك بالماء من كذا، ينتزع نجاسة الثوب به وطهارته بالماء، ومن: يحلّ لك هذا المال، ينتزع الملكية، وهكذا.

ثم إن الأمر بالوفاء إنما يتوجّه إذا أسند العقد إلى المالك، لأن الموضوع هو «عقودكم» وذلك يتحقّق بالإجازة.

وإذا جاء الأمر بالوفاء بعد الاستناد بالإجازة انتزع منه الملكية، فلا يعقل الملكية من حين العقد.

وهذا الجواب متين جداً على مسلكه.

ولكنّ التحقيق: هو أن الملكية أمر قابل للجعل التشريعي كغيره من الأحكام الوضعيّة - ما عدا الأربعة، وهي السببيّة والجزئيّة والشرطيّة والمانيّة - لما قرّرنا في الاصول، من أن هذه الأحكام من سنخ الاعتبار النفسانيّة، إذ للنفس بقوّتها العاملة أن تعتبر.

وإذا كانت الملكية أمراً مجعولاً من الشارع، فهي وإن كانت تتحقّق للمالك بعد الإجازة منه بحسب الأدلّة، ولكنّ الأمر الاعتباري متعلّقه في وعاء الاعتبار، وهو مرآة للخارج، فيمكن أن يكون مطابقه معدوماً بالحمل الشائع، ولا يلزم أن يكون موجوداً بالفعل.

فالجواب الثاني - على التحقيق - ضعيف.

الوجه الثالث

قال الشيخ:

ثالثاً: سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوي والعرفي... لكن نقول بعد الإغماض... إنّ هذا المعنى على حقيقته غير معقول...

أي: لو سلّمنا بما قاله جماعة من أن معنى الإجازة لغة وعرفاً هو إنفاذ مضمون العقد، وهو الملكية من أوّل الأمر، وأن الشارع قد أمضى هذا المعنى، يرد عليه الإشكال من وجهين:

أحدهما: ما أشار إليه بكلمة «بعد الإغماض» وحاصله: إنّ الإنفاذ والنفوذ، والإمضاء والمضي، والإجازة والجواز... واحد في الحقيقة، فلا يعقل أن المالك يُنفذ الآن والنفوذ من حين العقد. وكذلك إمضاء الشارع. وعليه، فالكشف غير تام.

قال: إنّ إجازة العقد نظير قبول الإيجاب، فكما أنّ القبول إنفاذ مضمون الإيجاب في حين القبول، كذلك الإجازة، فإنها إنفاذ لمضمون العقد في حينها. ثم أمر بالتأمّل، للإشارة إلى الفرق بين الإجازة والقبول، لكون القبول مطاوعة وليس إنفاذاً.

والثاني: لو سلّمنا أنّ المالك قاصدٌ لنفوذ مضمون العقد من حينه، وأنّ الشارع أيضاً قد أمضى ذلك، لزم الالتزام بأمرٍ غير معقول، وهو أنّ ينقلب العقد من عدم المؤثرية في حينه إلى المؤثرية، وانقلاب الشيء عمّا وقع عليه محال.

وعليه، فلا مناص من حمل الدليل الشرعي - بعد التسليم بدلالته على ذلك - على التعبد بترتيب ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف (قال) ولم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الاستاذ شريف العلماء قدس سره.

والحاصل: عدم تمامية الكشف بمعنى تحقق الملكية وترتب الآثار من حين العقد.

هذا كله بحسب القواعد والعمومات.

الاستدلال بالروايات للقول بالكشف

قال الشيخ:

وأما الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس: الكشف... فتحتمل الكشف الحكمي.

صحيحة محمد بن قيس

وهي عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني. فقال عليه السلام: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال عليه السلام: خذ ابنه - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ

البيع الابن قال أبوه: أرسل ابني. فقال: لا أرسل ابنك حتى ترسل ابني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه^(١).
أقول:

وجه الدلالة على الكشف هو: إجازة المالك الأول بيع الابن الذي وقع فضوليّاً، فقد جاء في الصحيحة: «حتى ينفذ لك ما باعك»؛ فهي ليست ناقلةً وإلا لكان البائع هو المالك الأول بالفعل وبالإجازة ينكشف وقوع البيع السابق على وجه الصحة.

ويؤيد ذلك عدم التعرّض في الصحيحة للغرامة، لأن مقتضى القاعدة فيما إذا ولد الحرّامة عن شبهة أن يدفع الغرامة - أي قيمة الولد لو كان عبداً - لسيدّها، وليس ذلك إلّا لصحة عقد الفضولي الواقع سابقاً، إذ لو كانت الإجازة ناقلة لوجب عليه دفع الغرامة، لكونها - على هذا - ملكاً للمشتري من الحين، فكان تصرفه فيها بالاستيلاء موجباً للضمان وهو قيمة الولد.

ولا يخفى إن قضية عدم دفع الغرامة تتناسب مع الكشف الحقيقي والحكمي معاً، لكنّ ظاهر «حتى ينفذ ما باعك» و«أجاز بيع ابنه» هو الكشف الحقيقي، على ما ذكرناه بشرح كلام المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ. وعلى الجملة، فالصحيحة دالة على الكشف دون النقل، والكشف الحقيقي دون الحكمي.

قال الشيخ:

وكذا الأخبار التي بعدها.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، كتاب النكاح، الباب ٨٨، رقم: ١.

رواية عروة البارقي

أقول:

من الأخبار قضية عروة البارقي.^(١)

فإن صفقة اليمين كناية عن المعاملة، وقد دعا له النبي صلى الله عليه وآله في معاملته التي وقعت فضولياً، وهي بيع إحدى الشاتين بعد أن اشتراها للنبي، فإن كان قد أمره بشراء شاة واحدة، كان في شرائه أيضاً - حيث اشترى شاتين - فضولياً.

فلولم تكن معاملته بدعاء النبي الدال على رضاه وإجازته صحيحة من الأول، لكان أخذه الثمن - من المشتري لاحدى الشاتين - محرماً، لكونه تصرفاً في مال الغير، فدلّت القضية على الكشف.

صحيحة أبي عبيدة

قال الشيخ:

نعم، صحيحة أبي عبيدة... ظاهرة في قول الكشف...

قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجها وليّان لهما وهما غير مدركين.

قال عليه السلام: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا.

(١) مستدرک الوسائل ٢٤٥/١٣، باب نوادر ما يتعلق بأبواب عقد البيع وشروطه، الباب ١٨، رقم: ١.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر.

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي.

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟

قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج. ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك.

قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام، والمهر على الأب

للجارية.^(١)

أقول:

الوليّان اللذان زوّجاها ليسا بوليّين شرعيّين، بقرينة قوله فيما بعد:

«فإن كان أبوها...» فالتزويج كان فضولياً.

ومحل الاستدلال هو: «فإن كان الرجل الذي... قال: يعزل ميراثها منه...»

وتقريب ذلك:

إن السبب في عدم انتقال التركة كلّها إلى الورثة هو احتمال أن تدرك

الزوجة وترضى بالتزويج، فيكون رضاها كاشفاً عن صحّة العقد الواقع

فضولياً.

(١) وسائل الشريعة ٢٦/٢١٩، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، رقم: ١.

توضيحه:

لو كان للزوج أبوان ولهما نصيبهما من التركة، وللزوجة الربع مما ترك، لكنّا لا ندري هل سترضى بالتزويج أولاً، وعلى تقدير الرضا يكون الربع لها في نفس الأمر، وحيث يحتمل أن يكون الربع في الواقع للزوجة، فانهصار الوارث بالأبوين غير محرز، والأصل عدم تملكها لما زاد عن نصيبهما، فالربع يعزل حتى يتبين الأمر.

فإن قلت: نستصحب عدم تحقّق إجازة الزوجة بعد بلوغها.
قلت: هذا أصل مثبت، لأن من لوازمه العادية الانحصار بهما.
وبما ذكرنا يظهر ما في كلام الشيخ رحمه الله، من أن العزل كأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة.
وأما تنظيره ما نحن فيه بعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يحتمل.
ففيه: إن الحمل لا يستحق بما هو حمل شيئاً من الإرث، لأن الإرث مشروط بالولادة. وأما فيما نحن فيه، فإن الزوجة يحتمل كونها من الوراث في نفس الأمر بناءً على الكشف، فالتنظير في غير محله.
وتلخص: إن العزل بناءً على الكشف على القاعدة.
وأما بناءً على النقل، فلا يمكن تصحيح العزل:

أما أولاً: فلأنها إذا أدركت وأجازت التزويج، صارت زوجة - إن صحّ ذلك - وأما قبل ذلك فلا يحتمل كونها من الورثة، وحينئذٍ يقطع بالانحصار بالوالدين، فلماذا لا تدفع التركة كلّها إليهما؟ فإنه ينافي قاعدة السّلطنة وقاعدة إيصال الحق إلى ذي الحق.

وأما ثانياً: فإنها لما أجازت صارت زوجةً، والوالدان قد انتقلت إليهما التركة كلها، فلا يبقى شيء حتى يعزل للزوجة، ولا دليل على مطالبتها الربع حينئذٍ من الورثة.

ثم إن الشيخ لم يحتمل في هذه الصحيحة الكشف الحكمي - كما احتمله في الصحيحة السابقة - والسرف في ذلك هو: إنه ما لم تأت الإجازة - في الكشف الحكمي - لا يترتب أي أثر، فإذا جاءت كانت هي الموضوع للتعبّد الشرعي بترتيب الآثار، فلو اريد ترتيب الأثر توجّه ما توجّه بناءً على القول بالنقل.

وأما بناءً على ما اخترناه من الانقلاب الاعتباري - تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الأستاذ - فإن اعتبار الملكية للشيء الواحد كلّ في الزمان الواحد لزيد وبكر محال، لأن ملكيته لكلّ منهما يلزم عدم ملكية الآخر، وهكذا لو كان الاعتباران في زمانين والمعتبر واحد، كأن يوصي في وقت بأن هذا لزيد بعد وفاتي، ويوصي في وقت آخر بكونه لعمر، إذ لا يعقل اجتماع الملكيتين في الزمان الواحد.

ثم إن المحقق الخراساني قال^(١): يصح أن تعتبر ملكية الشيء في يوم معيّن من الأيام السابقة لزيد، ثم يعتبر في يوم اللاحق له ملكية الشيء نفسه لعمر في نفس ذلك اليوم، وذلك، لأن الاعتبار خفيف المؤنة.

وأشكل الميرزا الأستاذ رحمه الله^(٢): بأن اجتماع المعبرين - وهما

(١) حاشية كتاب المكاسب: ٣٥.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٤٠.

الملكيّتان - في الزمن الواحد غير معقول.

أجاب شيخنا الاستاذ رحمه الله^(١): كلّ موجود - سواء كان جوهرًا أو عرضاً أو اعتبارياً - لا يعقل انعدامه في ظرف وجوده، لأن الشيء لا ينقلب إلى نقيضه. هذا صحيح، لكنّ اعتبار الملكية لشيء لعمره اعتبارٌ لارتفاع ملكيّة زيد وثبوت ملكية عمرو، وهذا لا محذور فيه.

فعلى مبنى الانقلاب - وهو القول بأنّه ما لم تأت الإجازة فلا شيء في نفس الأمر - تكون التركة للوالدين، فإذا أدركت الزوجة وأجازت النكاح وتحقق اعتبار الشارع الزوجيّة من أوّل الأمر، وأثر ذلك ملكيتها للربع، ومقتضى الاحتياط هو العزل حتى يتبيّن الأمر.

فالصّحيحة تنطبق على الكشف الحقيقي وعلى الكشف الانقلابي على الوجه الصحيح المختار. [١]

[١] وبقي الكلام حول ما نسب إلى الميرزا الشيرازي وما ذهب إليه المحقق

الرشتي.

أمّا الأوّل، فعن الميرزا توضيحه: بأن أهل المعقول قالوا بأن المتغيّرات في وعاء الزمان ثابتات في عالم الدهر، ومرادهم من هذه العبارة أن لكلّ ماهيّة نحوين من الوجود، وجود تفصيلي يختصّ بها الذي به موجوديّة الماديّة في عالم الزمان بنحو البسط والنشر، وهو يتكثّر بتكثّر المهيّات، ووجود واحد جمعي في عين وحدته وجود كلّ الماهيّات، فتكون الكلّ موجودةً به على نحو الجمع واللفّ وهو المعبر عنه

بعالم الدهر، فالأمر المتأخر وإن كان متأخراً بالوجود التفصيلي الزماني لكنه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعي الدهري، فهو شرط بهذا الوجود، فلا تأخر للشرط. قال الميرزا: وقد نسب هذا الوجه إلى الميرزا الشيرازي، وهو لم يرض بهذا النسبة.

قال: وكيف كان، فهذا الوجه لا يصلح الشرط المتأخر، لاجتماع الزمانيات في عالم الدهر على نحو الترتب، نظير اجتماع الخطّ المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفة تحت نظر واحد، حيث أنّ الألوان المختلفة مجتمعات في النظر واللاحظ على ما هي عليه من الترتب، كما لا يخفى.^(١)

وأما الثاني، فحاصله أن المعتبر في صحّة البيع عن المالك رضاه ولو تقديرًا، بحيث لو علم به لرضي به، والإجازة المتأخّرة كاشفة عن هذا الرضا التقديري، بحيث يحرز بها أن المالك لو كان مطلعاً على بيع ماله لكان راضياً به حين البيع. وقد أوردوا عليه بوجهين:

أحدهما: إن الإجازة غير كاشفة دائماً عن الرضا حين البيع، فقد لا يكون راضياً به في حينه ثم يرضى حين الإجازة. والآخر: إنّ الرضا التقديري غير كافٍ.

الثمرة

بين الكشف والنقل

الثمرة بين وجهي الكشف الحقيقي

قال الشيخ:

أما الثمرة على الكشف الحقيقي بين كون نفس الإجازة شرطاً وكون الشرط تعقّب العقد بها ولحوقها له، فقد يظهر...

أقول:

ذكر الشيخ أن كاشفة الإجازة على ثلاثة وجوه، وقد قال بكلّ منها قائل: أحدها، وهو المشهور: الكشف الحقيقي، والتزام كون الإجازة فيها شرطاً متأخراً...

والثاني: الكشف الحقيقي، والتزام كون الشرط تعقّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط.

والثالث: الكشف الحكمي، وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان، مع عدم تحقّق الملك في الواقع إلّا بعد الإجازة.

فللكشف الحقيقي وجهان، وعقد الفضولي في كليهما صحيح، غير أن ترتيب الأثر عليه موقوف على الإجازة، فإذا علم المشتري بإجازة المالك

فيما بعد، كان له التصرف فيما اشتراه من الفضولي، على الوجهين بلا فرق،
 فالثمرة منتفية. فما السر في تعبيره: «فقد يظهر...»؟
 لعل هذا التعبير بلحاظ أن الإجازة المتأخرة إن كانت شرطاً بنحو
 توجب الانقلاب، فإن التصرف غير جائز، وإلا، فقد أشكل المحشون على
 هذه الثمرة.

الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي

قال الشيخ:

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً،
 فإنه يظهر...

ففيما لو باع الفضولي جارية الغير، فوطئها المشتري قبل إجازة مالكةا،
 فأجاز المالك البيع، فعلى الكشف الحقيقي يكون الوطء حراماً ظاهراً
 وحلالاً واقعاً. أما الحرمة، فلأنها مقتضى الاستصحاب الاستقبالي لعدم
 الإجازة، وأما الحلّة، فلكشف الإجازة عن وقوع وطئ المشتري في ملكه.
 وعلى الكشف الحكمي، فالحرمة ظاهراً وواقعاً، لأن الشارع لا يعتبر
 الحلّة ولا يرتب آثارها إلا بعد إجازة المالك، والمفروض وقوع الوطئ
 قبلها، فكان حراماً.

وأما على النقل، فالحرمة واضحة جداً.

وأما على الكشف الانقلابي، فكذلك، لأن سبب الانقلاب هو الإجازة، فما
 لم تصدر عن المالك فلا انقلاب، وعليه، فالأمة غير داخلة في ملك المشتري.

فانحصرت الحلية الواقعية بالكشف الحقيقي على الوجهين فيه.

هذا بالنسبة إلى الحكم التكليفي.

قال الشيخ:

ولو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقي والحكمي... ويحتمل...

أقول:

أما على النقل، فلا تصير أم ولد، كما لا يخفى.

وأما على الكشف الحقيقي، فهي أم ولد، لما تقدّم من كونها ملكاً له في

الواقع.

وأما على الكشف الحكمي، فيحتمل عدم تحقق الإستيلاد، لعدم تحقق

حدوث الولد في الملك، وإن حكم بملكيتها للمشتري بعد ذلك، لعدم الدليل

على أن الولد المتكوّن - من وطن المرأة المحكومة بأنها ملك - يوجب كون

المرأة أم ولد، لأن الذي قام عليه الدليل هو: الأمة التي هي ملك إذا ولدت فهي

أم ولد، وهذا لا يشمل الأمة التي هي في حكم الملك.

هذا شرح كلام الشيخ، وقد وافقه بعض الأكابر عليه.

لكن الظاهر أن القائل بالكشف الحكمي يرى ترتيب جميع آثار الملك

على الأمة بإجازة المالك، ومن جملة الآثار أنها إذا ولدت فلا يجوز بيعها وإن

لم تكن للمشتري، بناءً على هذا القول ولم يكن ولدها حادثاً في ملكه. فإذن،

لا فرق بين الكشف الحكمي والحقيقي في عدم جوازه بيع هذه الأمة.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي، فليست بأم ولد.

قال الشيخ:

ولو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة، فأجاز...

أقول:

في أكثر النسخ «أم الولد» وفي بعضها «الولد».

لو باع المالك الأصلي أم الولد عن ملكه قبل أن يجيز عقد الفضولي عليها ثم أجاز، فبناءً على الكشف الحقيقي يبطل بيع المالك الأصلي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير، على كلا الوجهين في هذا الكشف. أي: إن إجازته تكشف عن وقوع عقد الفضولي على وجه الصحة، ونتيجة ذلك بطلان بيعه لأم الولد.

هذا قول الشيخ أولاً، ثم قال:

مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد.

أي: فيكون عقد الفضولي باطلاً.

وقال السيد: بل يتعين كونه بمنزلة الرد.^(١)

لكن الرد عبارة عن أن ينشأ المالك عدم قبوله لعقد الفضولي قولاً أو فعلاً، وبيع المالك الأمة بلا التفات لبيع الفضولي لها لا يصدق عليه عنوان الرد، وقوله بفوات محل الإجازة، غير مقبول. وسيأتي التحقيق في المسألة. وقد نصّ الشيخ على البطلان جزماً في المباحث الآتية حيث قال: نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو

العقد الملحق بالإجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي وتصح الإجازة^(١).

وقال الميرزا الاستاذ قدس سره^(٢): إن بطلان هذا البيع دوري، لأن بطلانه يتوقف على صحة عقد الفضولي، إذ لا يعقل كونها ملكاً للمشتري من الفضولي والمشتري من المالك الأصلي معاً، لكن صحة بيعه موقوفة على وقوعه في محله، وهذا متوقف على بطلان بيع المالك. ومن هنا كان يفتي بصحة بيع المالك وبطلان عقد الفضولي.

أقول:

ونظير هذا الدور يتوجه على صحة بيع المالك، لأن صحته منوطة بملكيته حين البيع، وكونه مالكاً كذلك يتوقف على بطلان عقد الفضولي، ولكن بطلان عقده موقوف على صحة بيع المالك؛ فصحة بيع المالك دورية.

نعم، لا ريب في صحة بيع المالك بناءً على النقل، لأنه بيع واقع في ملكه حقيقة، والإجازة بعده لاغية.

وأما على الكشف الانقلابي، بأن تعتبر الملكية من أول الأمر بالإجازة المتأخرة، فربما يتوهم صحة البيع، لأنه واقع في ملكه حقيقة، لكنه إذا أجاز عقد الفضولي دلت إجازته على اعتبار زوال ملكية نفسه، وهذا يلزم اعتبار زوال ملكية المشتري منه، فيبطل البيع.

(١) المكاسب ٣ / ٤٧٩.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٤٢.

والتحقيق في المقام أن يقال:

إن مقتضى الأدلة الدالة على الكشف هو مؤثرية عقد الفضولي وترتب الأثر عليه بإجازة المالك لاحقاً، إن لم يكن قد صدر منه ما ينافي مقتضى إجازته، فلو صدر منه قبلها ما ينافي مقتضاها سقطت عن التأثير وبطل عقد الفضولي. وما نحن فيه من هذا القبيل، فهو بيع صادر من أهله وواقع في محله، وحينئذٍ لا دليل على مؤثرية بيع الفضولي، بل مقتضى عموم «لا بيع إلا في ملك» بطلانه.

ولو قيل: بأنه مخصص بما دلّ على صحة عقد الفضولي، وترتيب الأثر عليه بإجازة المالك.

قلنا: القدر المتيقن من تلك الأدلة هو ما إذا لم يصدر من المالك قبل الإجازة ما ينافي مقتضى إجازته، فترفع اليد عن العام بقدره ويرجع إليه في الزائد عنه.

والحاصل: صحة بيع المالك الأصلي وفاقاً للميرزا، لكن بهذا الدليل لا بما أفاده.

هذا كله بناءً على غير الكشف الحكمي.

قال الشيخ:

وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي...

أقول:

قد ذكرنا أن الكشف الحكمي هو تعبد الشارع - إذا أجاز المالك - وحكمه بترتيب آثار المعاملة من حين العقد، وعليه، فإن بيع المالك صحيح،

لأنه واقع في ملكه، لكن إجازته لبيع الفضولي بعد ذلك، المستتبعة لترتيب الآثار على بيع الفضولي، توجب عليه دفع قيمة الأمة إلى المشتري منه، لأنه مقتضى الجمع بين جعل الشارع العقد ماضياً من حين وقوعه - كما هو مقتضى القول بالكشف الحكمي - ومقتضى صحة بيعه الواقع في ملكه قبل جعل الشارع، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم.

ولكن على ما ذكرناه من صحة البيع وبطلان عقد الفضولي، لا يبقى حق للمشتري حتى يجب على المالك الأصلي الجمع بين الحقيين.

كما لا مجال للتنظير بالفسخ، فإن الفسخ حل للعقد، فإذا فسخ كان للطرف المقابل الحق في استرداد ملكه. أما فيما نحن فيه، فلا يوجب حقاً للمشتري على الفضولي ليطالب به أو يبدله.

هذا على نسخة أم الولد.

وأما على نسخة «الولد» وهي المناسبة لكلام الشيخ في ضابط الكشف الحكمي، بلحاظ كون الولد نماءً للأمة، فلو باع المالك الأصلي الولد قبل الإجازة لبيع الفضولي الأمة، فأجاز بيعها، كان البيع صحيحاً، لأن متعلق الإجازة هو الأمة، فتترتب الآثار شرعاً بالإجازة على بيعها، ومتعلق بيع المالك الأصلي هو الولد، وقد وقع بيعه في ملكه، وليس عليه دفع قيمته لتبعية الولد لأمه، لأن التبعية منوطة بتحقق حدوثه في ملك المشتري والمفروض عدم تحققه فيه.

الثمرة بين الكشف والنقل

قال الشيخ:

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف والنقل مواضع:

منها: النماء، فإنه على الكشف - بقولٍ مطلق - لمن انتقلت إليه العين، وعلى

النقل لمن انتقلت عنه، وللشهيد الثاني في الروضة عبارة...

الثمرة الاولى

أقول:

هذه الثمرة لا كلام فيها. وأمّا عبارة الروضة فهذا نصّها: «وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفةً، فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، ونماء الثمن المعين للبائع. ولو جعلناها ناقلةً فهما للمالك المجيز»^(١).

أمّا بناءً على الكشف فعبارته على القاعدة، أمّا بناءً على النقل، فهما - أي نماء المبيع والثمن - للمالك المجيز، بأي وجه؟

ذكر صاحب مفتاح الكرامة وجهاً، والسيد الجمال الخونساري في حاشية الروضة وجهاً آخر.

وتقريب ما ذكره الأول: أن يبيع الفضولي شاةً للغير بشجرة من مالها الأصيل، فإن نماءات الشاة لمالكها الأصيل، كما أن نماءات الشجرة لمالكها، أمّا بيع الفضولي، فموقوف على إجازة مالك الشاة، بخلاف مالك الشجرة

فإنه قد سلمها على أن تكون ملكاً لمالك الشاة على تقدير إجازته للبيع، وحيث أن المفروض تحقق الإجازة منه، فهو مالك لنماءات الشجرة بتسليط من مالكةا حسب شرطه الضمني في المعاملة، ولنماءات الشاة لكونه مالكةا لها إلى حين الإجازة على النقل.

فهذا وجه قول الشهيد الثاني: إن نماءات المبيع والتمن للمالك المجيز. ولا يرد عليه الاعتراض: بأن المشتري لم يملك الثمن ونمائه مجاناً. لما أشرنا إليه من أنه قد اشترط ضمناً بأن لمالك الشاة الثمن ونمائه إن أجاز، وإن رد فكل ذلك يرجع إليه.

وتقريب ما ذكره الثاني: إنه إن كان البائع فضولياً، فإن نماءات المبيع ملك وإن كان المشتري فضولياً، لأن نماءات المال المجعول ثمناً ملك لمالكة تبعاً له، وله أن يجيز أولاً، وإن كان كلاهما فضولياً، فنماءات كل من العوضين لمالكة، فالمالك في قوله: «للمالك المجيز» كلي طبيعي ينطبق على كلا المالكين. وهذا متن من الأول.

الثمرة الثانية

قال الشيخ:

ومنها: إن فسخ الأصل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف...

أقول:

لو كان البائع فضولياً والمشتري أصيلاً، ففسخ المشتري الأصل قبل

إجازة المالك الأصل، فعلى الكشف لا أثر للفسخ، لأنه لما قبل إيجاب الفضولي تم العقد ولزم البيع، فكان المتاع في نفس الأمر خارجاً عن ملك الأصل وداخلاً في ملك المشتري. وأما على النقل، فالفسخ يكون مؤثراً، لأن ملكية المشتري لا يتحقق إلا بإجازة المالك الأصل، والمفروض وقوع الفسخ قبلها، نظير فسخ الموجب قبل قبول المشتري.

وقد اعترض على تأثير الفسخ بناءً على النقل: بأن قبول المشتري يتعلق بإيجاب الفضولي، والإجازة لها دخل في حصول الملكية بالعقد الواقع بينهما، والملكية أمر وضعي لا مدخل لاختيار المشتري فيه، بل أمره بيد الشارع، فالثمرة منتفية.

وأجاب الشيخ بأنه: قد تسالموا على اشتراط عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب، وهو هنا عقد الفضولي وإجازة المالك الأصل، بل يشترط عدم وقوعه قبل تحقق الشرط لصحة العقد، كالقبض في الهبة والوقف والصّدقة، وإلا بطل العقد.

وعلى الجملة، فإن الفسخ لا يؤثر إن كان بعد تمامية الأجزاء وترتب أثره، وأما قبل ذلك، فيؤثر، فيكون مبطلاً بناءً على النقل، فالثمرة ثابتة. ثم قال: فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ، بإطلاقات صحة العقود ولزومها. ولا يخلو عن إشكال.

هذا شرح هذه الثمرة.

أقول:

أولاً: إن ما ذكره بناءً على الكشف معللاً: بأن العقد تام من طرف الأصل،

فالأثر متحقق. إنما يتم في الكشف الحقيقي، أما في الحكمي، فإن ترتبه يتوقف على الإجازة من المالك الأصيل وحكم الشارع بترتيب الآثار تعبدًا، فتخلل الفسخ مبطل بناءً على الكشف الحكمي أيضاً، فكان على الشيخ أن يقول: مبطل له على القول بالنقل والكشف الحكمي.

وثانياً: ما الدليل على عدم جواز الإبطال على القول بالكشف؟ إن العقد عبارة عن العهدين المتلازمين، فإن كان الدليل قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾^(١) فالناقل كذلك، وإن كان قوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ - وهو الذي يستدل به في البحوث - فقد تقدم أن مفاد الآية: أي عقودكم، وذلك إنما يتحقق بالإجازة، وأما قبلها، فالعقد الواجب الوفاء به غير متحقق، وعليه، ففسخ الأصيل مؤثر بناءً على الكشف أيضاً، ويتنفي الموضوع للإجازة من المالك. [١]

[١] فالفسخ مبطل على كلا القولين، فالثمرة منتفية.

وذهب الميرزا رحمه الله إلى انتفاء الثمرة من جهة أخرى وهي: أن ليس للأصيل الفسخ على كلا القولين، فإنه بعد أن ذكر أموراً قال:

إذا تبين هذه الأمور، فاعلم أن الأقوى عدم تأثير الفسخ في البطلان مطلقاً ولو على القول بالكشف، وذلك لما تقدم سابقاً من أن الإجازة تكون موجهة لاستناد العقد

وهذا هو السرّ في تسالمهم على تأثير فسخ الموجب قبل قبول القابل. وثالثاً: دعوى تسالم الأصحاب على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل تحقّق شرط صحّة العقد، عجيبة جداً من مثل الشيخ قدّس سرّه، لأنّ من المسلّمات الفقهيّة أن القبض في بيع الصّرف وبيع السّلم شرط لصحّة العقد، وأنه لا يجوز لأحدهما الفسخ قبله.

الصادر من الفضول إلى المجيز بعد الفراغ عن صدوره عنه، لأنها موجبة لتحقيق العقد، كيف؟ ولو كان كذلك، لكان اللازم بطلان الفضولي، حيث أن الإجازة لا تكون إيجاباً ولا قبولاً، فالعقد تحقق من الأصيل والفضول، لكن في جانب الأصيل يكون استناده إلى الأصيل أيضاً تاماً، لمباشرته له لنفسه، وفي طرف الفضول لا يكون مستنداً إلى المالك، ويحتاج في استناده إليه إلى ما يوجب استناده وهو الإجازة، وخطاب وجوب الوفاء الذي هو خطاب وضعي في قوّة نفوذ العقد ويتعلّق بكلّ من البائع والمشتري على نحو الانحلال، فيكون كلّ منهما متعلّقاً لذاك الخطاب مستقلاً، وإذا كان العقد تاماً بين الأصيل والفضول ولم يكن يتعلّق الخطاب بوجوب الوفاء بالأصيل معلّقاً على تعلّقه بالآخر، يكون وجوب الوفاء من ناحية الأصيل تاماً موضوعاً وحكماً، فلا ينتظر تعلّق الوجوب إليه إلى تعلّقه بالطرف الآخر، بل مادام بقاء موضوعه يجب عليه الوفاء إلى أن يرتفع الموضوع برّد الطرف الآخر، فمالم يتحقّق الرّد يكون الأصيل ملزماً بالوفاء، سواء أجاز الآخر أم لا. فظهر أن هذه الثمرة التي ذكروها للنقل والكشف لا يرجع إلى محضّل^(١).

الثمرة الثالثة

قال الشيخ

جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل... وأما على القول
بالكشف فلا يجوز...

أقول:

لو باع جاريةً له من فضولي، جاز له وطؤها بناءً على النقل، لأنها ملكه.

أقول: ولعلّ ما أفاده السيّد الجدّ قدّس سرّه ناظر إلى كلام شيخه هذا أيضاً، فهو في الوقت الذي يردّ على القول بالثمرة، يردّ على القول بعدم مؤثريّة الفسخ. أمّا على النقل، فلاّنه يرى أنّ الحكم بوجود الوفاء بالعقد في الآية الكريمة وإن كان تكليفاً مولوياً لا وضعياً، إلّا أنه يدلّ بالدلالة الالتزامية على إمضاء الشارع هذا المعنى الوضعيّ الحاصل بين الطرفين، وإلّا لم يعقل الحكم بالوفاء به^(١). وعليه، فالفسخ مؤثّر. وأما على الكشف، فلما تقرّر من أنّ اللّام في الآية تنوب مناب المضاف إليه، أي: عقودكم. فالعقد الذي يجب الوفاء به هو العقد المضاف إلى المالك المستند إليه بإجازته، والمفروض عدم تحقق ذلك، فلا يجب الوفاء به.

وكذا لو زوّجت المرأة نفسها من فضوليّ، جاز لها التزويج من الغير. فلو حصلت الإجازة في المثالين كانت لاغية، لعدم قابلية المحلّ. وربما احتتمل عدم جواز التصرف على القول بالنقل أيضاً، ولعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر، وهو الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال: لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين، لإمكان الإجازة، سيّما على القول بالكشف^(١).

فالثمرة منتفية.

ولكن الشيخ أجاب: بأن الإجازة - على القول بالنقل - لها مدخل في تحقق العقد، لكونها شرطاً للعقد أو جزءاً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يتحقّق الموضوع لقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾، فلا يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، فيجوز التصرف بناءً على النقل.

قال: وأمّا على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، فالثمرة مترتبة.

ثم نقل عن بعض المعاصرين له التصريح بجواز التصرف مطلقاً، أمّا على النقل، فواضح، وأمّا بناءً على الكشف، فلاّنه يحتمل الإجازة وعدمها، فله استصحاب عدم الإجازة في المستقبل، كما أنّ احتمال الإجازة لا يمنعه من الأخذ بقاعدة السّلطنة، لأنّ الشيء ملك له، وكانت له السّلطنة عليه، فمع الشكّ يستصحب بقائها فله التصرف فيه.

نعم، إذا حصلت الإجازة بعد التصرف عملاً بالاستصحاب، كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المميز، فيأخذ المال مع بقائه وبدله مع تلفه.

فالثمرة منتفية.

قال الشيخ: هذا صحيح على مذهب المعاصر في الكشف، من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف، فالذي يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد، وقد تحقق، فيجب على الأصل الالتزام به وعدم نقضه. والحاصل: إن عقد الفضولي مؤثر تأثيراً تاماً، لأن الملكية - عند الشيخ - من الأحكام الوضعية المنتزعة من التكليف، وإذا تحققت الملكية وجب على الأصل الالتزام بذلك، فليس له التصرف، فإن رد المالك العقد كان فسخاً من طرف الأصل، وإن أجاز كان إمضاءً له من طرف الفضولي، وكل تصرف من الأصل يعد نقضاً للعقد وهو غير جائز.

إن حكم الأصل هنا حكم بائع الحيوان، إذ يجب عليه الالتزام بمقتضى العقد ولا يجوز له نقضه بالتصرف في الحيوان، لخروجه عن ملكه، وحكم مالك المال الذي باعه الفضولي حكم مشتري الحيوان، إذ هو بالخيار إلى ثلاثة أيام، فإن رده لعقد الفضولي فسخ وإجازته إمضاء.

وأيضاً، فكما لا يجوز لبائع الحيوان التصرف في مدة الخيار في الحيوان إن علم بفسخ المشتري، كذلك، ليس للأصل التصرف في المال

الذي دفعه إلى الفضولي، إن علم بعدم إجازة المالك.

هذا شرح مراد الشيخ، والعجب من بعض الأكابر كيف لم يلتفت إلى مرامه، فأورد عليه بما لا وجه له.

ثم تعرّض الشيخ لتوهم قد يحصل من كلامه وهو: إنه إذا كان على الأصل الالتزام بمقتضى العقد، ولذا لا يجوز له التصرف فيما انتقل عنه، فإن مقتضاه دخول عوضه في ملكه وجواز تصرفه فيه تصرف المالك في أموالهم، وهذا معنى المبادلة بين المالكين بسبب العقد، فلماذا لا يجوز له التصرف فيما انتقل إليه بواسطة الفضولي؟

فقال: بأنه توهم فاسد، لأن الواجب على الأصل - بآية الوفاء - هو العمل بما التزم به على نفسه، وهو خروج ماله عن ملكه، وأما دخول البديل في ملكه، فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه.

والحاصل: إنه قد توجه بالعقد إلى الأصل الحكم بوجوب الوفاء به، ومعنى الوفاء به الالتزام الكامل بمقتضاه عملاً، وكما أن التصرف فيما بذله حرام لخروجه عن ملكه، كذلك التصرف فيما انتقل إليه، لكونه ملكاً للغير، فتصرفه مطلقاً مخالف لمقتضى الآية فهو غير جائز.

ودعوى: أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة ودخول البديل في ملكه، فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه، فتصرفه لا يعد نقضاً لما التزمه، إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقاً.

مدفوعة: بأنه إنما التزم بخروج المال عن ملكه برجاء أن يدخل بدله في ملكه بإجازة المالك، والتوقع أمر والتعليق أمر آخر، وما نحن فيه من قبيل

الواجب المعلق، حيث أن الوجوب فعلي والواجب معلق، وليس نظير المال المنذور حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه.

وهذا شرح كلمات الشيخ في مقام إثبات هذه الثمرة.

التحقيق

والتحقيق أن يقال:

إما أن يكون موضوع وجوب الوفاء عند الشيخ نفس العقد من غير تقييد - في قبال القول بأنه العقد بقيد التعقب بالإجازة - إذ قال: «وأما على المشهور من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً، لكون العقد السابق بنفسه مؤثراً تاماً، فالذي يجب الوفاء به نفس العقد من غير تقييد»^(١)، ولذا فرعوا عليه وجوب الوفاء حتى مع العلم بعدم لحوق الإجازة. نعم، أثر الإجازة ترتب الأثر على العقد وهو النقل والانتقال. أما بناءً على القول المقابل، فيجوز للأصيل التصرف في ماله، إذا علم بعدم لحوق الإجازة أو لم يعلم بعدم لحوقها، وينحصر عدم جواز تصرفه بما إذا علم باللحوق، لتحقيق الموضوع في هذه الصورة.

وإما أن يكون الموضوع عنده هو العقد المؤثر بالإجازة المتأخرة، بأن ينقلب العقد بها إلى المؤثرية، إذ قال: «وإنما هي من المالك محدثة للتأثير في

العقد السابق وجاعلة له سبباً تاماً حتى كأنه وقع مؤثراً»^(١).

ونحن نتكلم على كلا الوجهين، فنقول:

أما على الأول، فلازمه أن تدل آية الوفاء على وجوب الوفاء بـ«عقودكم» -أي: عهودكم- وإن لم يكن للطرف المقابل عهد، بل يجب على الأصيل -المتعامل مع الفضولي- الالتزام ببيعه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك، فإن ردّ كان فسخاً للعقد من طرف الأصيل.

ولكنّ التعبير عن «العهد» بـ«العقد» إنما هو حيث يكون هناك عهدان مترابطان مشدود أحدهما بالآخر، فلو كان العهد من طرف واحد فقط لم يصدق عليه عنوان «العقد»، ولا يكون موضوعاً لوجوب الوفاء.

ولو قيل: بأنّ هنا عهدين، أحدهما من الأصيل والآخر من الفضولي، فموضوع الآية متحقق.

قلنا: اللازم تحقق العهد ممّن له الأهلية لذلك، بأنّ يكون مالكاً أو وكيلاً أو ولياً، وهو مقتضى ظاهر آية الوفاء وآية التجارة، والفضولي ليس بأهل للعهد.

بل إنّ الشيخ قد نصّ في بحث الإستصحاب^(٢) على أنه ربما يقيد الحكم موضوعه، ومثّل بـ«لا تضرب أحداً» فإن «الأحد» أعم من الحيّ والميت، ولكن لما كان ظاهر إسناد الضرب هو اعتبار الحياة، يلزم تقييد «الأحد» بـ«الحي» ويكون هو المراد.

(١) المكاسب ٤٠٥/٣.

(٢) فرائد الأصول: ٣٢٦.

وما نحن فيه من هذا القبيل، فالعقد في الآية وإن كان مطلقاً يعم ما إذا كان مع الفضولي الأجنبي عن المالكين، ولكن لا يعقل تعلق وجوب الوفاء بالأجنبي، بل المراد خصوص من له الأهلية لذلك، فلا يكون الموضوع في الآية مطلقاً، بل يتقيد بالعقد المركب من عهدين ليس أحدهما فضولياً. وعلى ما ذكرنا، فلا تقتضي الآية عدم جواز تصرف الأصيل قبل إجازة المالك.

وأما على الثاني:

فأولاً: إن عقديّة العقد إنما هي حيث يكون العقد مؤثراً عند العقلاء، فإن «العقود» في الآية المباركة عنوانٌ للعقود المتداولة بين الناس، وقد أمضاها الشارع بقوله «أو فؤا»، ولكن هذا الإمضاء يختصّ بالعقود التي لها السببية العقلانية للأثار المعينة لكل منها.

وعليه، فلا ريب في أن عقد الفضولي ليست له سببية أصلاً، فلو أنشأ البيع لم يصدق على إنشائه عنوان «البيع» المجعل موضوعاً في الأدلة، لعدم كونه سبباً مؤثراً في النقل والانتقال عند العقلاء، وهكذا لو أجر أو صالح أو وهب...

وثانياً: إن «الوفاء» عبارة عن ترتيب المقتضى على المقتضى، وهذا هو المراد في جميع موارد استعمال هذه المادة، من الوفاء بالندراً أو اليمين أو العهد أو الوعد... وفي القاموس: الدراهم الوافية، أي: الكاملة العيار^(١). وعليه، فلمّا كان من الواضح المعلوم أن إنشاء الفضولي بما هو غير

(١) القاموس المحيط: «وفى».

واجب الوفاء، فلا بدّ من تقييده، فالقول بأنّ العقد من غير تقييدٍ يجب الوفاء به غير صحيح.

وثالثاً: قد صرح الشيخ في موضع بأنّ وجوب الوفاء ليس تكليفاً محضاً، بل هو دالٌّ على ترتّب أثر النقل والانتقال على العقد، وأمّا اللزوم فيستفاد من إطلاقه.

وما ذكره هنا ينافي كلامه هناك.

فعلى هذا كله:

أما على الوجه الأوّل - بأنّ يكون العقد الواقع بين الفضولي وطرفه الأصل مؤثراً، والإجازة شرط متأخر يكشف عن صحّة العقد وترتب الأثر عليه - فإنّ الأصل إنّ علم بعدم لحوق الإجازة، جازله التصرف في ماله، وإنّ شك في لحوقها، فهو شاكٌّ في وجوب الوفاء، وله أن يتمسك باستصحاب بقاء سلطنته، أو بالبراءة عن وجوب الوفاء. نعم، لو علم بلحوق الإجازة لم يجز له التصرف.

وأما على الوجه الثاني، فهو يعلم بعدم مؤثرية العقد فعلاً، غير أنّه يحتمل لحوق الإجازة، ومع الاحتمال يجوز له التصرف.

والحاصل: إنّ عبارات الشيخ في بيان الكشف على المشهور على وجهين، وعلى كليهما يجوز للأصيل التصرف، كما يجوز على النقل. فالثمرة منتفية.

ثم إنّ فيما ذكره في دفع الدعوى المذكورة وتنظير ما نحن فيه بمسألة النذر، نظراً.

وذلك لأنه: إن كان موضوع وجوب الوفاء هو العهد الإنشائي، فالحق معه، لعدم كون الإنشاء معلقاً على الإجازة كما ذكر، ولكن الموضوع هو العهد الجدّي الواقعي، ولا إشكال في كونه مقيداً بمالكية العوض، وهي منوطة بالإجازة، فالعهد الحقيقي الباطني معلق، وقد قدّمنا جواز التصرف إلا إذا علم بلحوق الإجازة.

حكم المال المنذور قبل حصول الشرط

ويبقى الكلام في جواز التصرفات في المال المنذور قبل حصول الشرط، ولا بأس بذكر صور المسألة والتعرض لحكم بعضها، فنقول:

إن النذر على قسمين: نذر النتيجة مثل: «لله عليّ إن كان كذا فمالي هذا صدقة»، ونذر الفعل، كقوله: «لله عليّ إن كان كذا أن أتصدق بمالي هذا»، وعلى كلّ منهما، تارة: يكون الشرط فعلاً اختيارياً للشخص، كأن يقول: «لله عليّ إن سافرت غداً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا»، وأخرى: أن يكون غير اختياري بقولٍ مطلق، كقوله: «لله عليّ إن ولدت هذه ولداً ذكراً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا»، وثالثة: أن يكون غير اختياري لكن يمكنه المنع عنه، مثل: «لله عليّ إن سافر زيد غداً فمالي هذا صدقة»، أو «أن أتصدق بمالي هذا».

وعلى كلّ التقادير، فقد يكون الشرط قيداً لنفس النذر، وقد يكون قيداً للمنذور.

فالأصوَر اثنا عشر.

ومن النصوص في الباب:

صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام: قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة فيقول: يوم آتيها فهي حرة، ثم يبيعها من رجلٍ ثم يشتريها بعد ذلك.

قال عليه السلام: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه^(١).

عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام: قال قلت: رجل كان عليه حجة الإسلام، فأراد أن يحج، فقيل له: تزوج ثم حج. فقال: إن تزوجت قبل أن أحج فغلامي حر، فتزوج قبل أن يحج. فقال: أعتق غلامه. فقلت: لم يرد بعثقه وجه الله. فقال: إنه نذر في طاعة الله والحج أحق من التزويج وأوجب عليه من التزويج.

قلت: فإن الحج تطوع.

قال: وإن كان متطوعاً فهي طاعة لله. قد أعتق غلامه^(٢).

فهاتان روايتان في نذر النتيجة.

ويقع البحث في المنذور والشرط، والشرط تارةً فعل اختياري لنفسه، واخرى: فعل لغيره، وثالثةً أمر خارج عن القدرة.

أما المنذور - سواء كان بنحو نذر النتيجة أو موضوعاً للفعل - فإن كان مطلقاً، كأن يقول: لله عليّ إن كان كذا فمالي هذا صدقة. أو أن أتصدق بمالي هذا، كان ملازماً للالتزام بحفظ المال وإبقائه، إما لكون الالتزام داخلياً في

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ٩٤، كتاب العتق، الباب ٥٩ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣ / ٣٠٥، كتاب النذر والمهد، الباب ٧ رقم: ١.

النذر، أو هو عهد مقارنٌ له. فالتصرّف في المال قبل حصول الشرط غير جائز على كلّ تقدير، سيّما إذا كان الشرط موشكاً على التحقق، فضلاً عما إذا كان يعلم بتحقيقه فيما بعد.

مضافاً إلى ما عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في حديث: ما جعل لله فلا رجعة فيه^(١)،

وفي آخر عن صفوان عن أبي عبدالله عليه السلام:
وما جعلته لله فف به^(٢).

والى أن تصرّفه - مع احتمال تحقق الشرط - عدم مبالاة بالمصلحة الملزمة عند المولى، فهو تجرّ عليه.

وإن كان مقيداً، كأن يقول: «الله عليّ إن فعلتُ كذا فمالي هذا صدقة إن بقي على ملكي»، جاز له التصرف، ويشهد به الخبر السابق في الأمة، حيث كان النذر مقيداً بكونها أمةً له، ولذا قال عليه السلام: لا بأس، لقد خرجت عن ملكه.

هذا في المنذور.

وأما في الشرط: فإن كان الشرط فعلاً اختيارياً لنفسه، فقد يكون النذر زجرياً، كأن يقول: «الله عليّ إن شربت التتن فمالي هذا صدقة»، وهذا على نحوين، فتارةً: ينحلّ إلى نذرين، فينذر ترك التتن، والتصدّق على تقدير الشرب، وعلى هذا، تجب عليه كفارة النذر إن شرب والتصدّق معاً، وأخرى:

(١) مستدرک الوسائل ٤٨/١٤، کتاب الوقوف والصدقات، الباب ٣، رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ٣٩٢/ ٢٢، کتاب الإيلاء، أبواب الكفارات، الباب ٢٣ رقم: ٣.

لا ينحل، كأن يقول: «الله عليّ التصدق بمالي هذا إن شربت التتن» وعلى هذا، يجوز له الشرب، فإذا شرب تصدّق وإلا فلا.

وقد يكون النذر شكريّاً، كأن يقول: «الله عليّ إن زرت الحسين عليه السّلام أن أتصدّق بمالي هذا»، والكلام فيه كالكلام في سابقه.

وإن كان الشرط فعلاً لغيره، كأن يقول: «الله عليّ إن سافر زيد غداً أن أتصدّق بمالي هذا، أو فمالي هذا صدقة، فإن أمكنه منعه من السّفر، جاز له التصرف بالمال، لانتفاء الموضوع، وإلا، فلا يجوز له التصرف.

وإن كان الشرط فعلاً غير اختياري، كأن يقول: «الله عليّ إن ولدت هذه ولداً ذكراً أن أتصدّق بمالي هذا، أو فمالي هذا صدقة» لم يجوز له التصرف في المال.

هذا موجز الكلام في النذر بمناسبة المقام.

قال الشيخ:

ولأجل ما ذكرنا... قال في القواعد^(١)...

لو زوّج الفضولي امرأة من رجل، لم يجوز للرجل التزوّج بأَمّ المعقودة وبناتها والتزوّج بالخامسة - إن كان عنده ثلاثة زوجات - حتّى تفسخ المرأة. قال: وفي الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم، وهذا ليس كذلك.

ولو زوّج الرّجل فضولياً من امرأة، لم يحل للمرأة نكاح رجلٍ آخر، إلا إذا فسخ المعقود له. قال: والطلاق هنا معتبر.

أقول:

جريان الطلاق مشكل، لأنه بيد من أخذ بالساق، وهذا ليس بزواج. أَللّهم
إِلَّا أَنْ يُقال: إجراؤه الطلاق يدلّ بالدلالة الإلزاميّة على إمضائه التزويج الواقع
قبله. والله العالم.

ثمرات ذكرها كاشف الغطاء

قال الشيخ:

ثمَّ إِنَّ بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمراتٍ آخر لا بأس بذكرها...
لو مات الأصيل قبل الإجازة، فعلى الكشف لا يُوجد موته خللاً
بالمعاملة، لأنّه قد ملك الشيء من حين العقد، فإذا أجاز المالك انتقل المال
إلى ورثة الميت. أمّا على النقل فلا، لعدم بقاء المحلّ قابلاً.
وكذا قال فيما لو ارتدّ الأصيل ارتداداً فطرياً، أو مليّاً وكان المبيع عبداً
مسليماً أو مصحفاً شريعاً.

الثمرة الاولى الفرع الأول

أقول:

هذه هي الثمرة الاولى، وفيها فرعان:
أما الفرع الأول، فتفصيل الكلام فيه هو: إنه لو مات أحد المتبايعين،
فالصّور أربع:

١- أن يموت الأصيل قبل إجازة المالك.

٢- أن يموت المالك قبل إجازة نفسه.

وكلّ منهما، فالعوض الذي يجب عليه دفعه، إمّا هو مالّ خارجي قد سلّمه، وإمّا هو دين في ذمّته.

أمّا إن مات الأصيل والمال خارجي، فالحكم واضح على الكشف، لأنّ الإجازة تكشف عن دخول المال في ملكه من حين العقد، فينتقل إلى ورثته بموته. وأمّا على النقل فوجوه ثلاثة:

أحدها: ما هو مقتضى مسلك الميرزا الاستاذ في البيع، من حفظ إضافة المتبايعين ووقوع المبادلة بين طرفي الإضافتين، وذلك، أن الأصيل قد التزم بكون ماله بدلاً عن مال المالك، فلمّا مات انتقل المال مع خصوصيّة الالتزام المذكور إلى ورثته، فإذا أجاز المالك انتقل إليه مال الأصيل كما التزم به. وعليه، فالثمرة منتفية.

ولكنّا لم نوافق على الكبرى، ولا الصغرى يمكن الموافقة على ما ذكره فيها، لأنّ الإلتزام أمر نفسياني، وليس من أعراض العين الخارجيّة، وليس حقّاً مجعولاً، لعدم كون عقد الفضولي سبباً تامّاً - على النقل - ليحدث حقّاً.

الثاني: ما هو مقتضى مسلك صاحب الجواهر - الذي سنذكره فيما بعد مفصلاً - من كفاية كون المجيز مالاً حين الإجازة، فلا أثر للإجازة أصلاً، إلّا أنه بعد أن انتقل مال الأصيل الميت إلى الورثة، يكون لهم الحق في أن يجيزوا البيع الواقع من مورّثهم، فإذا أجاز المالك وأجازوا، ترتّب الأثر وحصلت المبادلة بين المالين.

وأمّا بناءً على اعتبار كون المجيز مالاً حين العقد، فلا أثر لإجازة

الورثة، وتكون إجازة المالك بلا أثر كذلك.

وهذا هو الوجه الثالث.

وإن مات الأصيل والعوض في ذمته، فعلى الكشف، إن أجاز المالك فالمتاع للورثة وعليهم أداء الدين، وعلى النقل، فلا أثر للإجازة، والعقد باطل، لانعدام العوض بانعدام الذمة.

وإن مات المالك قبل إجازته، والذي وقع عليه العقد في ماله فضولاً عين خارجية، فلا موضوع للإجازة، لكن العين لما انتقلت إلى الورثة صاروا هم الطرف للمعاملة الفضولية، فلهم الإجازة بناءً على كفاية المالكية في حين الإجازة، فإذا أجازوا ترتب الأثر على العقد.

وإن مات المالك قبل إجازته والعوض في ذمته، بطل العقد على القولين. فهذه هي صور المسألة، وقد ظهر ترتب الثمرة على بعض وعدمه على بعض، وترتبها في بعض على قول وعدمه على آخر. هذا كله في الفرع الأول.

الفرع الثاني

وأما الفرع الثاني - حيث الموضوع هو الارتداد، عن فطرة مطلقاً، أو عن ملة مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً - فقد حكم كاشف الغطاء بالصحة على الكشف دون النقل، فالثمره مترتبة. وسيظهر من كلامنا لزوم اعتبار القيد المذكور في الفطري أيضاً.

وما ذهب إليه يبتني على أن المرتد الفطري تنتقل أمواله إلى ورثته

بارتداده، ولا يدخل شيء في ملكه وإن اكتسب. وأيضاً يبتني على اعتبار قابلية التملك للطرفين حين الإجازة على النقل.

أقول:

والتحقيق صحة معاملات المرتد الفطري وملكيته، وتفصيل الكلام بناءً عليه هو:

إن المرتد إما هو الأصل وإما المالك، والارتداد إما فطري وإما ملبّي، وعلى التقادير، فالمال إما خارجي وإما دين في الذمة. فالصور ثمان.

فإن ارتد الأصل عن فطرة قبل أن يجيز المالك، والعوض دراهم معينة، وأجاز المالك، فعلى الكشف يكون المالك المجيز مالاً للدراهم من حين العقد، والمتاع ملك للأصيل، غير أنه ينتقل بارتداده إلى الورثة، فالمعاملة صحيحة. وأما على النقل، فالمتاع ملك للأصيل من حين الإجازة، لكن الدراهم منتقلة إلى الورثة، فإن انضمت الإجازة منهم صح البيع وأبطل. ولا يخفى أن ملكية الأصيل للمتاع مبني على التحقيق، ومشروط بأن لا يكون عبداً مسلماً أو مصحفاً على المشهور، وقيل: يملك إلا أنه يجبر على البيع.

وإن كان عوض ديناً في ذمته، فالحكم على الكشف واضح، إذ المتاع للورثة وذمته مشغولة، وعلى النقل - إن لم يكن المتاع عبداً مسلماً أو مصحفاً - يملك الأصيل - على المبني - وذمته مشغولة.

فالإجازة على كلا القولين مؤثرة والمعاملة صحيحة، والثمرة منتفية.

وإن ارتد المالك عن فطرة قبل الإجازة، وكان المال ديناً في ذمته، فعلى الكشف ينكشف كون المتاع له، وهو بعد الارتداد ملك للورثة، وذمته

مشغولة. وعلى النقل، يملك على المبني، وذمته مشغولة.

فالإجازة صحيحة على كلا القولين، فلا ثمرة.

وإن كان المال عيناً خارجيّة، فأما على الكشف، فالمتاع ملك له منتقل إلى الورثة، والعين الخارجيّة ملك للطرف المقابل. وأما على النقل، فيتوقف ترتّب الأثر على الإجازة على انضمام إجازة الورثة.

هذا إن كان الارتداد عن فطرة.

وأما إن كان عن ملّة، فإن المرتد المملّي كسائر الناس في بيع وشراء ما عدا العبد المسلم والمصحف الشريف، ولذا يقع البحث فيه في خصوصهما، لأنّ المشهور - بل المدعى عليه الإجماع - أنه لا يملكهما، وقيل: يملك ويجبر على البيع. [١]

[١] وقال المحقق الإصفهاني - في التعليق على قول الشيخ: مع كون المبيع عبداً مسلماً -: سيجنى - إن شاء الله تعالى - أن مدرك الحكم قوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ والنسبي: الاسلام يعلو ولا يعلو عليه. ومفادهما مختلف بالدقّة، فإن الملكية ليست سبيلاً على المسلم للكافي، فإن مقتضى التعدي بحرف الاستعلاء فيما لا يتعدى بها بطبعه كون التعدي متضمناً للغلبة، والظفر والضرر ممّا يتعدى بها. ومن الواضح أن ملكية الكافر للمسلم ليست غلبة ولا ظفراً ولا ضرراً عليه، بل سلطنة الكافر على أنحاء التصرفات في العبد ضرر عليه، ومفاد البيع هو التملك، والملكية تجامع المحجورية عن التصرفات شرعاً، فالآية حينئذٍ تقتضي نفي السلطنة لانفي الملكية. فلا فرق حينئذٍ بين الكشف والنقل.

فإن وقع أحدهما الخارجي في حيز المعاملة فضولياً، فالإجازة صحيحة مطلقاً، لأنه - على الكشف - ينكشف مالكية المرتد، لكونه مسلماً حين العقد، فيكون بسبب ارتداده كسائر المالكين من الكفار ويجبر على البيع أو غيره ليخرج عن ملكه. وعلى النقل، تكون الإجازة جائزة بل واجبة، وبها يخرج عن ملكه. فالمعاملة صحيحة على القولين.

وأما إن كان المدرك هو النبوي، فنفس مالكية الكافر عين مولويته وسيادته على المسلم، وهو علو عليه. وحينئذٍ، فإن كان مفاد النبوي عدم جواز علو الكافر على المسلم، فهو لا ينافي الملكية، بل دليل على حصولها، غاية الأمر حيث أنه لا يجوز العلو حدوثاً وبقاءً، يجب إزالة ملكه عن المسلم. وإن كان مفاده عدم حصول العلو، فهو دليل على عدم حصول الملك بأي سبب كان، إختيارياً كان أو اضطرارياً. وحينئذٍ، يتفاوت الكشف والنقل في ذلك.^(١)

أقول:

إذا كان نفس ملكية الكافر عين مولويته وسيادته على المسلم وهو علو عليه، فإنه حينئذٍ سبيل عليه، وهو ما نفته الآية المباركة، فلا يبقى فرق بينها وبين الزواية. هذا، وسيجى ما ذكرناه في كلام السيد الجذ في الكتاب.

(١) الحاشية على المكاسب ٢/ ١٦٨ - ١٦٩.

وإن وقع أحدهما الكلّي في حيّز المعاملة فضوليّاً، فإن كان عنده مصداق ذاك الكلّي، صحّت الإجازة وأجبر على بيعه على كلا القولين، وإن لم يكن عنده المصداق، فالإجازة باطلة على كلا القولين، لتعذر تحصيله وتسليمه، وإن كان يملكه بناءً على الكشف.

فظهر عدم ترتب الثمرة إن ارتد أحدهما عن ملةٍ مطلقاً.

ولو فرض شراء الفضولي العبد أو المصحف من مالكة المسلم بدراهم في ذمة مسلم ثم ارتد المشتري له عن ملة فأجاز، أو باع الفضولي العبد أو المصحف عن مالكة المسلم من المشتري الأصيل بدراهم في ذمته، فارتد المشتري عن ملة ثم أجاز، فالإجازة على الكشف صحيحة، ويجبر المشتري على البيع، وأما على النقل فباطلة.

والضابطة الكلية في المرتد الملى هي:

إنه لو ارتد من انتقل عنه العبد المسلم أو المصحف ثمناً أو مثنياً في الخارج عن ملة، فالإجازة صحيحة على القولين، ولو ارتد من ينتقل إليه أحدهما، فعلى الكشف صحيح وعلى الناقل باطل.

أما لو كان في الذمة، سواء في ذمة من انتقل عنه أو إليه، فالإجازة باطلة على القولين.

وهذا تمام الكلام في الثمرة الاولى.

الثمرّة الثانية

قال الشيخ:

وكذا لو انسلخت قابليّة المنقول بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه...

الثمرة الثانية: لو تلف أحد العوضين أو عرضت عليه نجاسة وهو مائع فسقط عن المائيّة.

أقول:

والكلام تارة: في التلف، واخرى: في خروجه عن المائيّة.

أما في صورة التلف، فلو تلف المبيع فضولياً قبل الإجازة، فإن كان تلفه قبل التسليم، فلا موضوع للإجازة، لأن كل مبيع تلف قبل القبض فهو من مال صاحبه، بل المشهور ذلك في الثمن أيضاً. وإن كان التلف بعد القبض - كأن يكون المتاع أمانة عند شخص فباعه الفضولي إيّاه، فعلى الكشف: تصحّ الإجازة، وبها ينكشف كون المشتري مالكا له من حين العقد، فالتلف واقع في ملكه. وعلى النقل: لا تصحّ، لأن المفروض كون المتاع تالفاً، والتالف لا يباع.

فالثمرة هنا مترتبة.

وأما في صورة الخروج عن المائيّة، كما لو كان مائعا قد عرض عليه النجاسة - أو انتقل إلى النجاسة، كما في الجواهر عن كاشف الغطاء، بأن يكون خلأً فينقلب خمراً - فإن عروض النجاسة على ثلاثة أنحاء: فقد تعرض والمائيّة العقلانيّة والشرعيّة محفوظة، وقد تعرض والمائيّة العقلانيّة موجودة، دون الشرعيّة، كالدهن المتنجّس على القول بعدم جواز بيعه، وقد تعرض ويسقط المال عن المائيّة مطلقاً، وهذا محلّ البحث هنا.

فلو سقط عن المائيّة مطلقاً قبل الإجازة، فعلى الكشف تصحّ الإجازة، لوجود المائيّة حين العقد فتؤثر الإجازة أثرها، وعلى النقل، فالمائيّة في حين

الإجازة مفقودة، فلا تؤثر لعدم شرط الملكية.

ولو سقط عن المالية الشرعية فقط، فالكلام كالصورة السابقة.

ثم إن الميرزا الاستاذ^(١) أورد على كاشف الغطاء - في حكمه بترتب الثمرة في الصورتين - بما توضيحه:

إنه يعتبر في الحكم بوجوب الوفاء بالعقد إستناده إلى المالك، بأن يصدق عنوان «عقودكم»، ولولاه لم يجب الوفاء، هذا من جهة. ومن جهة أخرى: يعتبر في العقد الواجب الوفاء به أن يكون متعلقه موجوداً ذا مالية، وإلا فلا يجب الوفاء به.

وحيث أن الإجازة وفاءً بالعقد وتنفيذ له، فيعتبر أن يكون موردها واجداً للجهتين المذكورتين، فلو فقد أحدهما لم تؤثر. وعليه، فإن الإجازة - مع فرض تلف أحد العوضين أو سقوطه عن المالية - غير مؤثرة، من غير فرق بين الكشف والنقل، فالثمره منتفية.

أقول:

والأولى أن يقال:

إن الشرط إما هو الإجازة المتأخرة، أو وصف تعقب العقد بالإجازة، وهذا على وجهين، أحدهما: اشتراط أن يكون العقد متعقّباً بما يفيد الرضا، والآخر: أن يكون متعقّباً بما يفيد الإسناد والتنفيذ. فهذه ثلاثة وجوه. والإشكال المذكور إنما يرد بناءً على الوجهين الأول والثالث فقط، أما على الثاني، فلا مجال له.

قال الشيخ:

وفي مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد.
والمقصود من «في مقابله» هو الجواز بناءً على النقل، والبطلان بناءً
على الكشف.

وذلك: فيما لو باع الفضولي الثمرة قبل بدو صلاحها، - وبيع الثمرة قبل
ذلك باطل - فبدا صلاحها بعد العقد وقبل إجازة المالك، فعلى النقل يصح،
لأن العقد جزءٌ للسبب، وقد جاء الجزء الآخر له - وهو الإجازة - في ظرفٍ قد
تحقق فيه بدو الصلاح، فيؤثر أثره. أما على الكشف فلا يصح، لأن البيع قد
وقع باطلاً.

وفي مقابله أيضاً: ما لو كان العقد مقروناً بفقد الشرط ثم حصل، كما لو
باع الفضولي مصحف الغير من كافرٍ، فأسلم الكافر قبل الإجازة، فعلى النقل،
يصح، لأن الشرط - وهو إسلام مالك المصحف - متوفر في حين تأثير
الإجازة، وأما على الكشف، فهو باطل، لفقد الشرط في حين العقد.

قال الشيخ:

وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار
القابلية إلى حين الإجازة على الكشف... وفيه...

أقول:

هذا الاعتراض من صاحب الجواهر^(١) وعبارته مفصلة، وحاصلها:
اعتبار قابلية المتعاقدين للمعاملة، والعوضين لأن يتعامل عليهما، مستمرة

من حين العقد إلى حين الإجازة. ففي الموردين الأولين لا قابلية في حين العقد، وفي ما يقابله القابلية موجودة حال الإجازة دون حال العقد. فأجاب الشيخ: بأنه لا دليل على اعتبار استمرار القابلية ولا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها، ثم نقض الاعتراض بما هذا توضيحه:

إنه لو باع شخص مال غيره فضولياً لزيد، ثم باع زيد ذلك المال لعمره معتقداً ملكيته له، لأنه قد اشتراه من ذي اليد، ثم باعه عمرو من بكرٍ لأنه يرى نفسه مالكا... وهكذا، ثم بان واقع الحال وظهر أن المال لم يكن للبائع الأول، فقد اتفقت كلمة الأصحاب على أن المالك الأصلي لو أجاز البيع الأول الصادر فضولياً، فجميع البيوع المتأخرة صحيحة، مع أن أكثر القائلين بذلك يرون الإجازة المتأخرة كاشفةً عن تحقق الملكية حين صدور البيع.

فإذن، لما أجاز المالك البيع الأول خرج المتاع عن ملكه بإجازته وصار ملكاً لزيد، فليست إجازته بالنسبة إلى البيوع المتأخرة واقعةً مع استمرار قابليته، وزيدٌ بعد أن باعه لعمره، خرج عن ملكه النفس الأمري - بناءً على الكشف - فلم يكن مستمراً على قابليته، وهكذا عمرو وغيره...

وقال الميرزا الاستاذ^(١): إنه بإجازة المالك تنكشف ملكية زيد وينكشف ببيعه من عمرو خروج المال عن ملكه، وهكذا، فهي انكشافات متعاقبة متتالية بعضها ينكشف عن بعض، وكلها بسبب الإجازة. والخروج عن القابلية تارة: يكون قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة حينئذٍ، وأخرى: يكون

بإجازة المالك، وهذا لا بأس به، إذ ينكشف بها خروج المال في نفس الأمر عن ملك مالكة، لكونها شرطاً متأخراً، أو لكون العقد متصفاً بصفة التعقّب بالإجازة من المالك.

بل كان الميرزا يقول بصحة جميع تلك البيوع على القول بالنقل أيضاً، لأن إجازة المالك تؤثر في حصول الملكية لزيد وفي خروج المال عن ملكه إلى عمرو... وهكذا.

ولكن يرد عليه: بأن تأثير الإجازة في ملكية زيد للمال وخروجه عن ملكه معاً غير معقول، لأن الشيء الواحد لا يمكن أن يؤثر في الآن الواحد أثرين متناقضين، إلا أن يدعى المغايرة بين أن الملكية وأن الخروج عن الملك.

وأجاب السيد عن نقض الشيخ، فقال:

ما ذكره المصنف رحمه الله من أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية. فيه: إنه إنما يكون كذلك مع عموم الأدلة، وهو ممنوع. والقياس على مالو وقعت بيوع متعدّدة على ماله فأجاز الأول. كما ترى إذ الفرق واضح بينه وبين مانحن فيه، فإن في هذا الفرض الاستمرار متحقّق إلى حين الإجازة مع قطع النظر عنها، وإنما يستكشف عدم الملكية من جهتها، وهذا لا مانع منه، وإنما الممنوع عدم بقاء الملكية إلى حين الإجازة مع قطع النظر عنها وعن مقتضاها.^(١)

وكذا الميرزا الاستاذ، وقد أوضحنا كلامه، وأضاف صحة البيوع على

النقل، وقد تقدّم الإشكال عليه.

ولكنّ الإنصاف عدم تمامية إشكالهما على الشيخ، لأنّ بإجازة المالك ينكشف مالكية زيد المال في الزمان الأول، وأن عمراً ملكه في الزمان الثاني، وأنّ خالداً ملكه في الزمان الثالث، وهكذا، وإن ارتفع ملكية زيد للمال إنما هو ببيعه لعمرو، لأنه بالإجازة، فالقابلية منسلخة بواسطة غير الإجازة، فما ذكره مردود، ونقض الشيخ على صاحب الجواهر وارد.

لكن أقول:

إن تسالم الأصحاب على صحة البيوع المتعددة، صحيح على مسلك الكشف، لأن صحتها منوطة بإجازة المالك، إذ بها تنكشف الملكيات المتعاقبة لكل واحد من المتعاملين في وقته، وأمّا بناءً على النقل، فإنّ إجازة المالك لبيع الفضولي من زيد إنما تفيد ملكيته للمال في حين الإجازة، لكن بيعه المال من عمرو قد وقع قبل الإجازة بمدة، فيدخل في مسألة ما إذا باع الرجل مالاً ثم ملكه، وهو باطل، فكيف تصحّ تلك البيوع كلّها على النقل؟ هذا مطلب.

والمطلب الثاني، قال في الجواهر: يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله - يعني الكشف - كالنقل أيضاً، وإنه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بدّ من اتّصالها من حين العقد إلى حال الإجازة.

فأقول:

إن كان صاحب الجواهر يدّعي ظهور الأدلة في اعتبار اتّصال القابلية من حين العقد إلى حال الإجازة، كان الإشكال عليه بأن لا ظهور للأدلة في ذلك

واردًا، لكنّه يدّعي ظهورها فيما ذكره في الجملة الاولى.

وأما قوله في الجملة الثانية: «بل لا بدّ من اتّصالها...» بإشارة إلى البرهان العقلي. وتوضيحه: إنّ السبب المؤثر في الملكية المَجْعُول موضوعاً للأمر بالوفاء، مركّب من جزئين: العقد والإجازة، وهو «عقودكم» كما ذكرنا مراراً، وتأخر الإجازة لا يضرّ على مبنى صاحب الجواهر - من أنّ الشروط الشرعيّة تختلف عن العقليّة - وإذا لحقت تمّ السبب، فلا يعقل عدم قابليّة المسبب عند تحقق السبب.

وبهذا يندفع نقض الشيخ، لا بما ذكره السيّد والميرزا الاستاذ كما عرفت.

نعم، لا يتوجّه البرهان المذكور على مبنى أنّ الشرط هو وصف التعقّب، وعلى مبنى الانقلاب الاعتباري الذي اخترناه.

قال الشيخ:

وكما يشعر بعض أخبار المسألة المتقدّمة، حيث أنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة.

أقول:

لا يبعد أنّ يكون إشارة إلى موثقة جميل عن أبي عبدالله عليه السلام: في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة، فذهب فاشترى به غير الذي أمره. حيث قال عليه السّلام: «هو ضامن...»^(١).

ومقتضى ترك الاستفصال عن حياة بائع المتاع الآخر، عدم اعتبار حياة

المتعاقدين إلى زمان الإجازة.

هذا ظاهر هذه الرواية.

والى الرواية في اتّجار الأجنبي بمال اليتيم، حيث حكم الإمام عليه السّلام بأنّ الربح كلّهُ لليتيم^(١). وحملها الشيخ على إجازة الولي.

وهي تدلّ على عدم الاعتبار، لترك الإمام الاستفصال كذلك.

وفي الاستدلال بالخبرين نظر، لأنّ الاستفصال إنّما يحتاج إليه فيما لا تكون حجةً، والاستصحاب حجةً على الحياة، فلا يكون ترك الاستفصال دليلاً على عدم اعتبارها.

وأما قوله: «وصريح الآخر» إشارة إلى رواية ابن أشيم في العبد المأذون الذي دفع إليه مال ليشترى به نسمةً ويعتقها ويحجّه عن أبيه...^(٢).

ومن الواضح دلالة إقامة البيّنة على إجازة المعاملة الواقعة فضوليّةً، والحال أنّ أحد المتعاقدين ميّت، فلا يعتبر حياتهما عند الإجازة.

لكنّ الإنصاف أنّ هذه الرواية أجنبية عمّا نحن فيه، لأنّ الكلام فيما لو مات أحد المتعاقدين بعد العقد وقبل الإجازة، وفي الرواية قد وقع الموت قبل العقد.

قال الشيخ:

مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين... فإنّ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد...

(١) وسائل الشيعة ٩ / ٨٩، كتاب الزكاة، أبواب من تجب عليه الزكاة، الباب ٢ رقم: ٨

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٢٨٠، كتاب التجارة، الباب ٢٥ رقم: ١.

أقول:

هذا ردّ من الشيخ على صاحب الجواهر، إذ قال في هذه الرواية أنها قضية في واقعة، ولا دليل على التعديّ عنها إلى غيرها.
يقول الشيخ: يتعدّى عنها بمقتضى الفحوى.

وهذا عجيب جداً، لعدم ثبوت الأولوية للنكاح إلا في موردٍ خاصّ، كما هو مقتضى التعليل في قوله عليه السّلام: «إن النكاح أولى وأجدر أن يحتاط فيه، لأنه الفرج ومنه يكون الولد». فالحق مع صاحب الجواهر القائل بعدم جواز التعديّ عن موردها.

قال الشيخ:

مضافاً إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل النّبي صلى الله عليه وآله وسلم عن موت الشاة أو ذبحه وإتلافه.

أي: فلا يشترط استمرار قابليّة العوضين إلى حين الإجازة.

أقول:

إن ترك الاستفصال يدلّ على العموم حيث يكون للشيء القابليّة للجهتين عادةً، ولكنّ الشاة لا تتلف في مثل هذا الزمن القصير عادةً، وأمّا الذبح فيحتمل، ولكنّه يندفع بالاستصحاب وهو حجة، ومع وجود الحجّة لا مجال للاستفصال، فلا يتم التمسك بتركه.

قال الشيخ:

نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابليّة بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرةً للمسألة... وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

أقول:

فالشيخ يوافق هنا صاحب الجواهر حيث قال بالنسبة إلى ما ذكره كاشف الغطاء أخيراً: إنه «أوضح فساداً».

وهذا الإشكال على كليته غير وارد، بل لا بدّ من التفصيل، وذلك: لأنهم اختلفوا في أن الشروط في عقد الفضولي، هل يكفي توفرها في حين العقد وإن فقدت حين الإجازة، أو في حينها وإن كانت مفقودة حين العقد، أو يعتبر توفرها حين العقد وحين الإجازة معاً، بأن تكون هي بشخصها مستمرة إلى حين الإجازة، أو يكفي توفرها في الحينين وإن انقطعت في البين؟

وجوه أربعة.

ثم إن الشروط منها ما يتعلّق بالعقد، كالإنشاء والقصد والتنجز... ومنها ما يتعلّق بالمتعاقدين، كالبلوغ والعقل ونحوها، ومنها ما يتعلّق بالعوضين، كالمالّة العقلانيّة والشرعيّة، والقدرة على التسليم، والعلم بالوزن والكيل فيهما، وغير ذلك.

التحقيق

فالتحقيق أن يقال:

أما شروط العقد بما هو عقد، فلا بدّ من توفرها حين العقد، لأنها مقومات، ولا وجه لأنّ يعتبر استمرارها، نعم، يعتبر الإنشاء والقصد في الإجازة، لكن اعتبار ذلك فيها غير اعتبارها في العقد.

وأما شرائط المتعاقدين، فمنها ما يعتبر فيهما بما هما منشآن للعقد، كالعقل والبلوغ على المشهور، فلا بد من توفره في الفضولي، ومنها ما يعتبر فيهما بما هما عاقدان، كما لو عقد فضولياً ثم جنّ فأجاز المالك، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مال المفلس، ثم خرج المالك عن الحجر وأجاز، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مالٍ ومالٍ جاهل بالعوض فعلم به حين الإجازة، فالعقد صحيح، وكما لو عقد الفضولي على مالٍ ومالٍ مكره على البيع، فأجاز عن الاختيار، فالعقد صحيح.

بل لو عقد الفضولي على عين، فاشتراها رجلٌ وأجاز العقد، فالعقد صحيح، وسيأتي البحث عن ذلك بالتفصيل.

وأيضاً، لو باع الفضولي ملكاً لزيد وهو جاهل بذلك، وباعه من عمرو ثم اشتراه منه، وعلم ببيع الفضولي وأجازه، كان العقد صحيحاً.

وعلى الجملة، لا يعتبر استمرار شرائط المتعاقدين من حال العقد إلى حال الإجازة، سواء على الكشف والنقل.

والكلام في شرائط العوضين، بأن لا يكون أحدهما رهناً أو أم ولد أو وقفاً، وهكذا، يختلف على القولين، فالقائل بالكشف يرى اعتبارها حين العقد، والقائل بالنقل يرى اعتبارها حين الإجازة، وأما اعتبار استمرارها كما عليه الشيخ وكذا قول صاحب الجواهر، فلا يمكن المساعدة عليه، ولو استمر وجودها بحسب العادة من حين العقد إلى حين الإجازة، وقع العقد صحيحاً على القولين.

وملخص الكلام: شرائط العقد وجودها ضروري في حينه، وفي المتعاقدين - أي من يضاف إليه العقد - هي معتبرة حين الإجازة دون العقد، وفي العوضين بناءً على الكشف حين العقد، وعلى النقل حين الإجازة.

نعم، المالية وإن كانت من شرائط العوضين، إلا أنها ترجع بالمآل إلى تحقق مفهوم البيع، فلا بد من وجودها فيهما حين العقد، على كلا القولين.

ثمرات اخرى

قال الشيخ:

وربما يقال بظهور الثمرة في تعلّق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات ومعرفة مجلس الصّرف والسّلم والأيمان والنذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري.

أقول:

قوله: ربما يقال، قد يشعر بعدم موافقته على الثمرة في هذه المواضع. مثال الخيار: ما لو كان الغبن أو العيب في المتاع حين عقد الفضولي، وكان زائلاً في وقت الإجازة، فبناءً على الكشف، الخيار ثابت، وبناءً على النقل لا خيار، لعدم الموضوع. وأمّا خيار المجلس فيتبع مقتضى الدليل، فإن كان المدلول مجلس النقل والانتقال، كان حين العقد على الكشف وحين الإجازة على النقل، فالثمرّة مترتبة كذلك، وإن كان المدلول ما لم يفتقر البيعان، فإن «البيع» ظاهر في التلبس بالمبدء وهو يكون بالإضافة، وهي على كلّ تقدير حين الإجازة، لأن نسبة البيع إلى المالك إنما تتحقق بإجازته، فالثمرّة منتفية.

ومثال الشفعة: ما لو كان زيد وعمرو شريكين على الإشاعة في ملك، فباع الفضولي حصّة زيد من بكر، وباع عمرو حصّته من خالد قبل إجازة

زيد، فأجاز زيد، فأما على الكشف: يكون بكر مالكا لما اشتراه من الفضولي فيكون شريكاً لعمر و في الملك وله الأخذ بالشفعة، ويبطل شراء خالد. وأما على النقل: فخالد يأخذ بالشفعة ويبطل شراء بكر.

ومثال احتساب مبدأ الخيارات، فخير الحيوان ثلاثة أيام، ومبدؤها على الكشف حين العقد، وعلى النقل حين الإجازة.

وقد يتوهم ظهور الثمرة في خيار المجلس، بأن يكون مبدؤه على الكشف مجلس العقد وعلى النقل مجلس الإجازة.

لكن الحق: أن الملكية لا تثبت، لا في هذا المجلس ولا ذاك، لأن الخيار للبيع، وهو من أسند البيع إليه، وفي عقد الفضولي بيع ولا انتساب، وعند الإجازة انتساب ولا بيع. نعم، لو استمر مجلس عقد الفضولي حتى أجاز المالك فيه، كان المجلس مجلس البيع والانتساب معاً.

اللهم إلا أن يقال: بأن الإجازة بنفسها عقد، فيكون حينها هو المبدء بناءً على النقل. لكن هذا الاحتمال موهون جداً، لأن الإجازة مصححة لانتساب عقد الفضولي إلى المالك.

وعلى الجملة، فإن موضوع هذا الخيار هو مجلس البيع المنتسب إلى المالك، فيعتبر أن يكون العقد والإجازة في مجلس واحد.

وأما خيار الغبن والعيب والرؤية، فقد يقال^(١): إن كان المتاع في وقت العقد سالماً وواجداً للأوصاف وبقيمة عادلة، ثم حدث العيب أو حصل الغبن أو فقد الوصف، فعلى الكشف لا يثبت الخيار، وعلى النقل يثبت. فالثمرة مترتبة.

(١) حاشية المكاسب للسيد البيهقي ٢٠٢/٢.

وكذا في العكس، فلو باع الفضولي المتاع معيباً أو لا بقيمة عادلة ثم زال العيب أو الغبن عند الإجازة، فعلى الكشف يثبت الخيار وعلى النقل لا يثبت، وهكذا بالنسبة إلى خيار الرؤية.

ولكنّ ظهور الثمرة في الصورتين، إنما هو بقطع النظر عن عروض بعض الخصوصيات الموجبة لانتفاء الثمرة، ولذا، فإن الحق أن يقال في هذه الخيارات: تارة: يبحث عن هذه الخيارات في بيع الفضولي مال الغير بلحاظ كونها من آثار التملك، بأن الإنسان إذا ملك شيئاً معيباً بالشراء أو اشتراه بأكثر من قيمته أو كان فاقداً لوصفٍ من أوصافه، ثبت له الخيار، فتكون الثمرة ظاهرة على ما ذكر.

وتارة: يبحث بالنظر إلى الأدلة، فإن الموضوع فيها هو «البيع» لا «الملكية»، فإن كان الموضوع هو البيع المضاف إلى المالك بما هو مضاف، فالمدار على الإجازة على القولين، وإن كان لا بما هو مضاف، فالمدار على العقد على القولين.

ولكنّ التحقيق هو: أن الموضوع في الخيار ليس الملكية المحضة، ولا البيع بما هو بيع، بل البيع المضاف بما هو مضاف. [١]

[١] وبما ذكر يظهر الجواب عما أفاده المحقق الإصفهاني من ابتناء الثمرة على المختار في حقيقة الخيار، بأنه إن كان متعلق الخيار هو العين، فالثمره مترتبة، وإن كان متعلقة هو العقد، فهي متفية. فراجع. (١)

وفي خيار الحيوان، ظاهر الروايات: أن مبدء الثلاثة أيّام هو حين بيع من يضاف إليه الحيوان بالشراء، على المشهور من أن خيار الحيوان للمشتري فقط. وقيل: هو للبائع أيضاً إن كان الثمن حيواناً. فمن له الخيار هو من أضيف إليه البيع بما أنه هكذا، ومن المعلوم أنّ هذا العنوان لا يتحقّق إلا حين الإجازة، لأن البيع قبلها مضاف إلى الفضولي الأجنبي عن المتاع، فالمبدء هو الإجازة على القولين، فلا ثمرة.

ومن الخيارات: خيار تأخير الثمن، فإنّ المشتري إذا أخر إقباض الثمن إلى ثلاثة أيّام، كان للبائع حلّ العقد. قالوا: مبدء الثلاثة أيّام بناءً على الكشف هو العقد، وبناءً على النقل هو الإجازة.

ولكنّ، حيث أنّ ظاهر الحديث ثبوت الخيار لـ«البائع» أي لمن أضيف إليه البيع، وهذا العنوان لا يتحقّق إلا بالإجازة. فالثمرة منتفية، وهذا نصّ أحد أخبار المسألة:

عن علي بن يقطين أنه سأل أبا الحسن عليه السّلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن.

قال: فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيّام، فإن قبض بيعه وآلاً فلا بيع بينهما.^(١) ومثال معرفة مجلس الصّرف والسّلم حيث يشترط في الأوّل قبض الطرفين في مجلس المعاملة، وفي الثاني قبض الثمن فيه، فلو باع الفضولي مال الغير صرفاً أو سلماً، فعلى الكشف: يعتبر القبض في مجلس العقد، فإذا حصل صحّ العقد وإن لم يحصل في مجلس الإجازة. وعلى النقل: في

مجلس الإجازة وإن لم يحصل في مجلس العقد. هذا على ما ذكروا. ولكن مقتضى نصوص أن يكون البيع «يداً بيد»^(١)، هو التقابض والأخذ في حين البيع، وعلى هذا، فلو باع الفضولي والمالك حاضر في المجلس وحصل الأخذ والقبض يداً بيد، فالبيع صحيح ولا ثمرة. ولو باع والمالك غير حاضر وحصل القبض بين الفضولي والطرف ثم أجاز المالك، دلت إجازته على إمضاء البيع والتقابض الواقع عليه، سواء قلنا بالكشف أو النقل، غاية الأمر، تكون الملكية من حين العقد على الأول، ومن حين الإجازة على الثاني. وإن لم يحصل التقابض بينهما، فالعقد باطل وإن حصل في حين الإجازة، لأن المدار على القبض في زمان البيع لا في زمان الإنتساب والاستناد.

وتحصل عدم الثمرة هنا.

ومثال الأيمان والنذور، كما لو نذر أن يتصدق بجميع ماله في يوم الجمعة، فباع الفضولي شيئاً من أمواله في يوم الجمعة، وأجاز المالك ذلك يوم السبت، فعلى الكشف: لا يجب التصديق بذلك المتاع، لأنه قد خرج عن ملكه، وأما على النقل: فيجب، بل تحرم عليه إجازة البيع، لتعلق النذره وبغيره مما يملك - فلا يجوز بيعه.

وتلخص: عدم الثمرة في الموردين الأول والأخير من الموارد المذكورة. أما الكلام في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ٣٧، أبواب أحكام العقود، الباب ٢، رقم: ١.

تنبيهات

الإجازة

التنبية الأول

الخلاف في الإجازة في حكمها الشرعي

قال الشيخ:

إنَّ الخلاف في كون الإجازة كاشفةً أو ناقلَةً... في حكمها الشرعي...
أقول:

ليس البحث والخلاف بين العلماء في كون الإجازة كاشفةً أو ناقلَةً، في مفهومها اللغوي ومعناها وضعاً أو انصرافاً في حال الإطلاق، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة رضا المالك والعمومات الدالة على لزوم البيع ووجوب الوفاء بالعقد.

وبعبارة أخرى، ليس البحث في لفظ «الإجازة» الوارد في النصوص، كصحيحة محمد بن قيس إذ قال عليه السّلام: «أجاز بيع ابنه»، وفي رواية: «إن شاء أجاز نكاحهما» من حيث أنّ مفهومه يقتضي الكشف أو النقل، بأن يقال: إن كان معناه التنفيذ فيدلّ على الكشف، وإن كان معناه الرضا بالفعلية فيدلّ على النقل. بل البحث في أنه إذا أجاز المالك العقد ورضي بمضمونه الواقع بواسطة الفضولي، فما هو مقتضى الأدلة الشرعية؟

فهل يعتبر الشارع ثبوت البيع من حين العقد فهو الكشف اصطلاحاً، أو يعتبره من حين صدور الإجازة من المالك فهو النقل؟
 وكلام الشيخ قدس سرّه هنا لا ينافي قوله في الوجه الثالث من وجوه الإشكال على المحقق والشهيد الثانيين: «سَلَمْنَا دَلَالَةَ الدَّلِيلِ عَلَى إِمْضَاءِ الشَّارِعِ لِإِجَازَةِ الْمَالِكِ عَلَى طَبَقِ مَفْهُومِهَا اللَّغْوِيِّ وَالْعَرْفِيِّ...»^(١) كما لا يخفى.

وعليه فقول الشيخ:

فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل. ففي صَحَّتْهَا وَجْهَانِ.

عجيب جداً، والتحقيق ما قاله المحقق الخراساني معلقاً على قوله:

الأول: ان الخلاف في كون الإجازة كاشفة بل بعد الفراغ عن أنها إمضاء ما وقع من العقد بمضمونه والإتفاق على إنفاذه والرضا به، وقع الخلاف في أنَّ قَضِيَّةَ الْأَدَلَّةِ تَأْثِيرُهُ شَرْعاً مِنْ حِينِهِ أَوْ مِنْ حِينِهَا، فَلَوْ قُصِدَ الْمَجِيزُ إِمْضَاءَهُ كَذَلِكَ فَلَا إِشْكَالَ فِي صَحَّتِهَا وَلَوْ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي لَا يُوَافِقُهُ، وَلَوْ قُصِدَ لَا كَذَلِكَ فَلَا يَنْبَغِي الْإِشْكَالَ فِي فُسَادِهَا وَلَوْ عَلَى الْقَوْلِ الَّذِي يُوَافِقُهُ. فَلَيْسَ الْمَنَاطُ فِي صَحَّتِهَا وَفُسَادِهَا مَطَابَقَتُهَا لِمَا هُوَ الْمُخْتَارُ مِنَ الْقَوْلِ بِالْكَشْفِ أَوْ النُّقْلِ أَصْلًا. فَلَا وَجْهَ لِمَا فَرَعَ بِقَوْلِهِ رَحِمَهُ اللَّهُ: فَلَوْ قُصِدَ الْمَجِيزُ الْإِمْضَاءُ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ... الخ، كما لا يخفى، حيث يظهر منه احتمال إناطة الصحة على كُلِّ

قوله بموافقة الإجازة له، بل الوجه أن يفرع ما فرعناه، فتفطن^(١).

وتوضيح ذلك هو: إن الفضولي يقصد في البيع - مثلاً - المبادلة بين المالين مطلقاً، أي غير مقيد بزمانٍ دون زمان، فهو في إنشائه للعقد لا يريد الملكية من حين الإنشاء، وزمان الإنشاء ظرف له لا قيد للمنشأ، فإن كانت الإجازة رضاً بمضمون العقد جازاً أن يقال: هذا العقد مجاز، وتحقق الموضوع للحكم الشرعي بثبوت الملكية من حين العقد أو الإجازة على القولين، وإن كانت إمضاءً للعقد من حين الإجازة، لم تكن رضاً بمضمون العقد الصّادر من الفضولي، فتكون باطلة على القولين.

فظهر أنه ليس في المقام وجهان، بل وجه واحد، وهو أن تكون الإجازة رضاً بمضمون العقد حتى يصدق أنه عقد مجاز.

التنبيه الثاني في ما يُشترط في الإجازة

هو يشترط اللفظ الصريح؟

قال الشيخ:

إنه يشترط في الإجازة أن يكون باللفظ الدالّ عليه على وجه الصراحة العرفيّة...

اشترط أولاً اللفظ الصريح مثل: أمضيت ورضيت وشبه ذلك، ثم لم يستبعد الكناية، لظاهر رواية عروة البارقي، ثم استظهر كفاية الفعل الدالّ على الرضا عرفاً، كالتصرّف في الثمن.
أقول:

قد استدلّ لاعتبار اللفظ: بأنّ الإجازة كالبيع في استقرار الملك، فكما يعتبر فيه اللفظ كذلك الإجازة.

وفيه: إنه يشبه المصادرة كما قال الشيخ، وذلك:
أولاً: لا يعتبر في إفادة البيع للملك أن يكون باللفظ.
ثانياً: لو سلّمنا، فإن قياس الإجازة على البيع باطل.

وبأنَّ الإستقرار في النواقل الإختيارية اللازمة كالبيع وشبهه، يقتضي اعتبار اللَّفظ، ومن المعلوم أنَّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة.

وهذا الوجه يتشكل من كبرى وصغرى، كما هو واضح. وفيه:
أولاً: لا نسلّم الكبرى.

وثانياً: لو سلّمنا، فإنَّ المعتبر فيه اللَّفظ هو السَّبب للنقل والانتقال والمقتضي لترتب الأثر، لكنَّ الشرط دخيل في ترتب المقتضى على المقتضي، ولا دليل على اعتبار اللَّفظ فيه.

هل يكفي الفعل؟

بل الدليل قائم على حصوله بالفعل، كما في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السَّلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنه يلزمها ففزعته منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج. أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال عليه السَّلام: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاً منها.

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟

قال عليه السَّلام: نعم. ^(١)

وجه الاستدلال: إنَّ توكيلها في حال السكر ساقط عن الاعتبار، فكان

(١) وسائل الشيعة ٢٠/ ٢٩٤، كتاب النكاح، أبواب عقد النكاح، الباب ١٤ رقم: ١.

تزويجها فضوليًّا، فلمَّا أفاقت وأقامت معه، كان فعلها ذلك إجازةً منها للتزويج.

وثالثًا: مقتضى العمومات من آية الحَلِّ والوفاء والتجارة: عدم اعتبار اللَّفْظ في الرِّضَا والإجازة.

بل تكفي الدلالة الالتزامية، كما في الخبر عن أمير المؤمنين في العبد الذي تزوّج بدون إذن مولاه أنه قال: إِنْ شئتَ فَرَقَ بينهما. فقال الرجل لعبدّه: يا عدوّ الله طَلّق.

وجه الاستدلال: إن قوله لعبدّه: «طَلّق» يدلُّ بالملازمة على إقراره وقبوله للتزويج، وحينئذٍ، يكون الأمر بيد العبد، لأنَّ الطلاق بيد من أخذ بالساق. فدلت الرواية على كفاية الدلالة الإلزامية على الرِّضَا والإجازة.

بل تدلُّ صحيحة معاوية بن وهب على كفاية السَّكوت، قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السَّلام فقال: إني كنت مملوكًا لقوم، وإني تزوّجت امرأة حرةً بغير إذن موالي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين اعتقت؟

فقال عليه السَّلام له: أكانوا علموا أنك تزوّجت ... ؟

فقال: نعم وسكتوا عني ...

فقال: سكوتهم عنك مع علمهم إقرار منهم...^(١)

وتلخص: عدم اعتبار اللَّفْظ مطلقًا، بل يكفي الفعل، بل يكفي الرِّضَا المدلول عليه بالدلالة الالتزامية.

هل يكفي الرِّضَا؟

(١) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٦ رقم: ١.

قال الشيخ:

بل لولا شبهة الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرين، تعين القول بكفاية نفس الرضا إذا علم بحصوله من أيّ طريقٍ.
أقول:

قد مال الشيخ إلى القول بكفاية الرضا الباطني لولا الإجماع، ثم أجاب عن الإجماع بعدم تحققه وأن دون دعواه في المسألة خرط القتاد.
ثم وقع في الإشكال من جهة أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ، وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، وحينئذٍ، لا تبقى المصادقية لبيع الفضولي، ومن جهة: أنه لو كان مجرد الرضا ملزماً، كان مجرد الكراهة فسخاً.
والتحقيق أن يقال:

إن الرضا الباطني في التصرفات الخارجية غير المتعلقة بالمعاملات، -بأن يُعلم برضا الشخص ولو بشاهد الحال وإذن الفحوى- يكفي، وأمّا في المعاملات فلا، بل لابدّ من إظهاره وإبرازه بشكلٍ من الأشكال، ليصدق عنوان «الإجازة».

ومن العجيب قول المحقق الخراساني بكفاية الإنشاء القلبي [١] قال:

[١] وقد أجاد شيخنا دام بقاءه في الكلام على هذا الرأي بالنظر إلى مبنى المحقق الخراساني في حقيقة الإنشاء، أمّا في الكفاية - في بحث الإنشاء والإخبار - فقد نصّ

إعلم أن الحاجة إلى الإجازة إن كانت لمجرد حصول الرضا والطيب بالعقد، فمن اعتبر في نفوذ العقد رضاه كما في نكاح العبد بدون إذن سيده، أو بيع الرهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن ونحوهما، فلحقوق الرضا بالعقد كافٍ في تأثيره كما في عقد المكره، حيث يكفي في تأثيره بمجرد لحوقه. وإن كان لتصحيح إسناد العقد إلى المجيز مع ذلك، كما في العقد على ماله بدون إذنه، فالظاهر أن مجرد لحوق الرضا لا يصحح الاستناد، بل لابد في صحته من إنشاء إمضاء العقد وإجازته. نعم، في كفاية إنشائه قلباً ولزوم إنشائه ولو بفعلٍ أو بلفظ وإن لم يكن بدال ولو كناية أو لزوم إنشائه بلفظ دال ولو بالكناية، وجوه. لا يبعد أن يكون أوجهها كفاية الإنشاء القلبي.^(١)

والإجازة في المعاملات، قد تكون من باب رفع اليد عن الحق، كإجازة المرتهن لبيع الراهن العين المرهونة، أو الغرماء لبيع المفلس ماله، والمولى لبيع العبد أو نكاحه، والزوجة لتزويج زوجها ببنت أخيها أو أختها، والورثة

على أنه الاستعمال بقصد إيجاد المعنى. فكان الإنشاء متقوماً بالاستعمال، ولا يوجد الاستعمال في الإنشاء القلبي. وأما في الفوائد فقال بأن الإنشاء قولٌ يقصد به ثبوت المعنى في نفس الأمر. ولا يوجد القول في الإنشاء القلبي. والحاصل: إن ما ذكره هنا ينافي كلامه في حقيقة الإنشاء في كتابيه.

أقول: هذا، إن كان مراده من «الإنشاء القلبي» هو الإنشاء المقابل للإخبار. فتأمل.

في الوصية بما زاد عن الثلث، وأمثال ذلك، ففي هذه الموارد، تكفي الإجازة بأي نحو من الإنحاء، لأن المقصود أن تزول مزاحمة الحق مع التصرف، فإذا رضي صاحب الحق صحّت المعاملة.

أما في إجازة المالك لبيع الفضولي، فيعتبر تحقق عنوان «عقودكم» بإضافة المعاملة إلى المالك، كما ذكرنا مراراً، ومن الواضح عدم صلاحية العقد اللفظي الذي أنشأه الفضولي لتحقيق الإضافة، لأنه قد صدر وانعدم، والمعدوم لا يعرض عليه العارض فكيف بالإضافة؟ نعم، العقد المعنوي - الذي هو عبارة عن العهد مع الطرف المقابل - يمكن إضافته إلى المولى، بأن يرضى به ويمضيه فيكون متلبساً به ومضافاً إليه بالدلالة الالتزامية، أو يرضى بذات العهد منسلخاً عن كونه صادراً عن الفضولي، فينتسب إليه، ليصدق عنوان «عقودكم».

وبالجملة، يعتبر في إجازة المالك أمران: الرضا بمضمون العقد الواقع من الفضولي، وإضافته إلى المالك.

هذا، ولا دليل على اعتبار أن يكون الرضا المضاف إنشأً وإن كان المشهور ذلك، بل يكفي كونه بصيغة الإخبار.

وتلخص: عدم كفاية الرضا الباطني، بل يحتاج إلى الإظهار الدال على الرضا مع الإضافة وإن كان بصورة الإخبار.

التنبيه الثالث في حكم الإجازة بعد الردّ

قال الشيخ:

من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، إذ مع الردّ يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الإجازة، والدليل عليه بعد ظهور الإجماع... أن...

الأدلة على اعتبار عدم سبق الردّ

واستدل لذلك بوجوه:

الأول: الإجماع.

والثاني: إن الإجازة تجعل المجيز أحد طرفي العقد، وقد تقرّر أن من شروط الصيغة أن لا يحصل بين طرفي العقد ما يسقطها عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة. وإن شئت فقل: إن كان الفضولي موجباً فالإجازة بمثابة القبول، وإن كان قابلاً فالإجازة بمنزلة الإيجاب المتأخر، وكما أن الردّ لا يدع مجالاً للإيجاب أو القبول، ويجعل الردّ خارجاً عن كونه طرفاً للعقد، كذلك الإجازة بعد الردّ، فإن الردّ المتخلّل يخرج المجيز عن كونه أحد المتعاقدين.

والثالث: قاعدة السلطنة.
وقد أمر الشيخ هنا بالتأمل.

النَّظَرُ فِي تِلْكَ الْأَدَلَّةِ
أقول:

أما الإجماع، فإنه إنما يكون حجةً إذا كشف عن رأي المعصوم، وهو هنا ليس كذلك، لاحتمال استناد الفقهاء إلى الوجوه المذكورة.
وأما الوجه الثاني، فلا دليل علمي عليه، كما سيظهر.
وقد قرّره المحقق الخراساني فقال: العقد الصادر من الفضولي له القابلية لأن ينتسب إلى المالك، فلو ردّ المالك زالت القابلية، قال: ولو شك في زوالها فالأصل الفساد بعد سقوط التمسك بآية الوفاء، لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. وهذه عبارته:
الظاهر أن اعتبار ذلك إنما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه لا توجب صحة إسناد العقد عرفاً إلى المجيز، فكما أن العقد الفضولي على ماله يصير عقداً له ومسنداً إليه بإجازته، كذلك يسقط عن قابليته لذلك برده، فلا يضاف إليه بالإجازة مع سبقه عرفاً، ولا أقلّ من الشك فيه، ومعه لا دليل على نفوذ هذا العقد عليه، فإن التمسك بالعمومات يكون من باب التمسك بالعام فيما اشتبه صدقه عليه، فإن التمسك بالعمومات يكون من باب التمسك بالعام فيما اشتبه صدقه عليه، فإن المراد من العقود في الآية عقود من لهم الولاية على العقد، كما مرّت إليه الإشارة، لا لأجل التعبد به على خلاف القاعدة، فإنه

من البعيد جداً اعتبار أمر زائد في الفضولي، ومع ذلك لا يكاد يتحقق الإجماع ولو من اتفاق الكل، لاحتمال أن يكون ذهاب الجلّ بل الكل إلى ذلك لذلك. فتفطن^(١)

وفيه:

إن الإجازة ليست جزءاً للعقد بل هي شرط له، ولا يجوز جعلها بمثابة الجزء وإجراء حكمه عليها، للفرق الواضح بين «الجزء» و«الشرط»، وقد ذكرناه سابقاً، وكم من فرق بين «الإجازة» و«الإيجاب» أو «القبول»، لو سلمنا بتمامية المطلب هناك؟ والقابلية المذكورة من ذاتيات العقد، فهي لا تنفك عن العقد حتى بعد الرد. ودعوى: أن الرد رافع ومانع للقابلية. أول الكلام.

وأما الوجه الثالث، ففيه: إنه لا تحصل علاقة للطرف الآخر بمال المالك بمجرد قبوله لإيجاب الفضولي مثلاً، ولعلّه لذا قرّبه الميرزا الاستاذ بأن المتاع له القابلية الذاتية للإضافة إلى الغير، لكن الفضولي لما باعه من المشتري حصلت له قابلية الإضافة إليه خاصة، وأثر الإجازة إيصال هذه الإضافة التأهيلية إلى مرحلة الفعلية، بمقتضى قاعدة السلطنة، لكن هذه القاعدة تقتضي رفع تلك الإضافة، وإذا ارتفعت فلا يبقى ما يلحقه الإجازة. والإنصاف: عدم إمكان المساعدة على ما أفاده الميرزا، وذلك، لأن القابلية الذاتية لا يمكن لأحد رفعها، وأما هذه القابلية الخاصة، فإنها معلولة لعقد الفضولي، ولا يعقل انفكاك المعلول عن علته، فلا يمكن رفعها كذلك. وبعبارة أخرى: كل ما بالغير لا بد وأن ينتهي إلى ما بالذات، وهذه القابلية

لَمَّا كَانَتْ بِسَبَبِ الْعَقْدِ فَالْأَمْرُ يَنْتَهِي إِلَيْهِ، وَمَا دَامَ مَوْجُوداً فَهِيَ مَوْجُودَةٌ، وَالْمَالِكُ لَا يُمْكِنُهُ رَفْعُ الْعَقْدِ.

وَلَوْ تَنَزَّلْنَا عَمَّا قُلْنَاهُ، فَإِنَّ الْقَابِلِيَّةَ مَصْحَحَةٌ لِتَحَقُّقِ مَوْضُوعِ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ، أَيْ: إِنَّهَا مُعَدَّةٌ لِلْإِجَازَةِ الَّتِي هِيَ مَوْضُوعُ الْمِلْكِيَّةِ لِلْمَشْتَرِيِّ، وَلَيْسَ لِلْمَالِكِ السَّيْطَرَةُ عَلَيْهَا حَتَّى تَرْتَفِعَ بِقَاعِدَةِ السُّلْطَانَةِ.

وَأَشْكَلُ السَّيِّدِ عَلَى الْإِسْتِدْلَالِ بِالْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ قَائِلاً: إِنَّ قَاعِدَةَ السُّلْطَانَةِ مُتَعَارِضَةٌ، لِأَنَّ مُقْتَضَاهَا جَوَازُ أَنْ يُجِيزَ بَعْدَ الرَّدِّ، لِأَنَّهُ مُقْتَضَى سُلْطَانَتِهِ عَلَى مَالِهِ^(١).

وَهَذَا الْإِشْكَالُ وَإِنْ كَانَ وَارِداً عَلَى ظَاهِرِ عِبَارَةِ الشَّيْخِ، لَكِنَّهُ يَنْدَفِعُ بِمَا نَقُلْنَاهُ عَنِ الْمِيرْزَا الْإِسْتَاذِ بِقَطْعِ النَّظَرِ عَمَّا أوردنا عليه.

قال الشيخ:

نعم، الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد، إلا أن يقال...

وهذا نصّها: عن محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر قال: قضى أمير المؤمنين في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثم قدم سيدها الأول فخاصم سيدها الأخير فقال: هذه وليدتي، باعها ابني بغير إذني. فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه... فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأول أجاز بيع ابنه^(٢).
ووجه الاستدلال واضح.

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٢١٠.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٣، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماد، الباب ٨٨ رقم: ١.

قال: أللهم إلا أن يقال: إن الردّ الفعلي - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ، بل لابدّ من إنشاء الفسخ...

وعبارته بظاهرها وإن كانت توهم عدم تحقّق الردّ بالفعل مع أنه قال بتحقّق الإجازة به، لكنّ ما ذكره في جواب الدعوى يوضّح مراده، وذلك: أن من الأفعال ما هو متعيّن في إفادة الردّ أو الفسخ، كعقد العبد المبيع أو مضاجعة الأمة المبيعة أو تصرّف ذي الخيار في المال المبيع وأمثال ذلك، فإن هذه الأفعال لا تحتلّ إلا الفسخ أو الردّ، ولكنّ مجرد أخذ المبيع لا يدلّ على الردّ كدلالة تلك الأفعال. مثلاً: لو سلّم المبيع خيارياً إلى المشتري قبل أن يقبض الثمن، فأخذ منه المبيع، فإنّ هذا الأخذ قد يكون من أجل الثمن، فلا يدلّ على الفسخ. ولعلّ أخذ الوليدة المبيعة فضولياً من هذا القبيل، فلا تصلح الصّحيحة للاستدلال على جواز الإجازة بعد الردّ.

وفيه:

إنّ الأخذ في الصّحيحة ظاهر بالقرائن الحاليّة في الردّ.

وتلخص:

إنّ الإجازة بعد الردّ مؤثّرة جزماً.

التنبية الرابع في أنّ الإجازة تورث أو لا

قال الشيخ:

الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوعها المالك... فلو مات المالك لم يورث الإجازة...

وحاصله: إنّ الإجازة حكم من الأحكام الشرعية لا من الحقوق، فلا تنتقل إلى الوارث بالموت، فالإجازة لا تورث. نعم، المال ينتقل بالإرث، وللوارث حينئذ أن يجيز أو لا يجيز.

أقول:

ويقع البحث في إجازة الوارث بيع الفضولي من حيث الكشف والنقل، بأن يقال: بأن إجازته تكشف عن صحة البيع من حين العقد؟ كلاً، لا يصح هذا القول، إذ يلزم من وجود هذه الإجازة التي هي من آثار ملكية الوارث للمال، عدم الملكية له، وما يلزم من وجوده عدمه فهو محال.

قال:

والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل.

أقول:

قال السيّد رحمه الله:

فإنّه لو قلنا يارث المال فلا ترث الزوجة إذا كان المبيع مما تُحرّم منه، بخلاف ما لو قلنا يارث حق الإجازة، فإنّها ترثه على أحد الوجوه أو الأقول. وأيضاً بناءً على الأول، ليس لكلّ من الورثة إلا الإجازة في مقدار ماله من العين، بخلافه على الثاني، فإنّه يمكن أن يقال يرث كلّ واحد منهم الإجازة والردّ بالنسبة إلى تمام المبيع على حسب ما ذكره في إرث حق الخيار، فإنّ منهم من قال هناك بأنّ كلّ واحد يرث ذلك الخيار، فله الفسخ والإمضاء بالنسبة إلى تمام المبيع. نعم ذكر بعضهم هناك أنّ كلّ واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى مقدار إرثه من العين، وبعضهم أنّ الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً، لا في الكل ولا في البعض.

والحاصل: أنّه بناءً على الثاني يجري الخلاف المذكور في باب إرث الخيار، بخلافه على الأول، فإنّ الإجازة تابعة لمقدار إرثه من العين قولاً واحداً.^(١)

وما أفاده متين جداً.

التنبيه الخامس

هل إجازة البيع إجازة لقبض الثمن أو المثل؟

قال الشيخ:

إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع...

اشتمال كلام الشيخ على مطالب
أقول:

عدم كونها إجازة للقبض والإقباض هو حيث يكون لهما أحكام مستقلة عن البيع، وذلك: لأن القبض والإقباض قد يكونان هما السبب، كما في المعاطاة، وقد يكونان جزء السبب، كما في الصرف والسلم، وقد يكونان شرطاً في تحقق مضمون العقد، كما في الرهن والهبة والوقف، وقد يكونان متفرعين على البيع ولهما أحكام خاصة، كما في البيع، فإنه إذا تم العقد فعلى البائع تسليم المثلثن وعلى المشتري تسليم الثمن، فلو تلف المبيع المعين قبل الإقباض انفسخ البيع، وكذلك الثمن المعين على المشهور.

والمقصود من العبارة المذكورة هو القسم الرابع، يقول الشيخ: إجازة المالك البيع ليست إجازة لقبض الفضولي الثمن وإقباضه المبيع، لأن القبض

والإقباض أمران تكوينيان خارجان عن البيع متفرعان عليه، فإجازة البيع ليست إجازةً لهما. فهذا مطلب.

المطلب الثاني، قال:

ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع، مضت الإجازة...
والمراد من مضي الإجازة هو ترتب الأثر، فلو أجاز القبض والإقباض صريحاً أو فهم إجازتهما، ترتب على ذلك عدم ضمان الطرفين بالنسبة إلى الثمن والمثمن. فهذا معنى إجازتهما.

هذا في قبض الثمن المعين.

والمطلب الثالث، قال:

وأما قبض الكلّي وتشخصه به، فوقعه من الفضولي على وجهٍ نصّحه الإجازة يحتاج إلى دليل...

وحاصله: إن أدلة مصححية الإجازة دلت على مؤثرية إنشاء المعاملة فضولةً بالإجازة، وأما دلالتها على تأثير مطلق الإنشائيات حتى تعيين الكلّي في المصداق بالإجازة، فغير واضح.

والمطلب الرابع، قال:

فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً كما في الصّرف والسّلم...

أي: في الموارد التي يكون القبض جزء السبب، كالصّرف والسّلم، تكون إجازة العقد إجازةً للقبض، وألا تلزم لغوية الإجازة

والمطلب الخامس، قال:

ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض

وجهان.

أي: إن إجازة العقد وعدم إجازة القبض في الصّرف والسّلم متناقضان لكونه جزءاً فيهما، فلا بدّ من رفع اليد عن أحدهما، فإمّا يقال حينئذٍ ببطلان العقد أو ببطلان ردّ القبض ولغوئته وصحة العقد. هذا توضيح ما ذكره الشيخ في هذا التنبيه.

التحقيق في المقام

ويتمّ بيان الحق في المقام ضمن امور:

أحدها: إن التكوينيّات على أنحاء:

فمنها: ما هو متقومّ بالمباشرة ولا يقبل الوكالة والنيابة، كأكل الطعام وشرب الماء ونحوهما.

ومنها: ما يقبل الاستنابة، كالوديعة، فإنها استنابة في حفظ المال. والقبض من هذا القبيل، وكلّما يقبل الوكالة والنيابة فهو قابل للإجازة. نعم، الوكالة تفيد الانتساب إلى الموكل حدوثاً والإجازة تفيد بقاءً. وعليه، فلا فرق بين العين الخارجيّة والكليّ في الذمّة، لأنّه كما تجري الوكالة في كليهما كذلك الإجازة،

ومنها: ما ينتزع منه عنوان قابل للاستنابة، كقوله: قبّل عني يد فلان، فإن

التقبيل فعل تكويني خارجي ينتزع منه عنوان التعظيم القابل للنيابة.

والثاني: كلّ مبيع تلف قبل القبض فهو من مال بائعه، وهذه قاعدة

مسلمة، فإن كانت حكماً شرعياً تعبدياً، لم تقبل الإسقاط، فلا وجه لقول الشيخ: «لأن مرجع إجازة القبض إلى إسقاط...». وإن كانت إشارة إلى أمرٍ

متعارف بين الناس، لأن إقباض كل من المتعاملين ملكه للآخر شرط ضمنى لهما، وتخلّف الشرط موجب للخيار، كان ما ذكره صحيحاً، لأن لكل شرط أن يسقط شرطه.

والإنصاف عدم تمامية المعنى الثاني، لأن ظاهر «فهو من مال بانه» إنفساخ البيع وبطلانه، ولو كان المراد ثبوت الخيار بتخلّف الشرط كانت العبارة «فهو أن يفسخ»، ولذا لا خلاف بين الأصحاب في بطلان البيع بالتلف قبل القبض، وقال العلامة: إن مقتضى ذلك أن المال يرجع آنأماً إلى ملك البائع فيتلف عليه.

ثم إن هذا الحكم لا يختص بالمبيع، بل الثمن كذلك، فإنه إذا تلف قبل القبض بطل البيع.

وبما ذكرنا ظهر أن لا وجه لقول الشيخ: «لأن مرجع...»، بل قد ذكر هو في أحكام القبض: «إن الضمان حكم شرعي لا حق مالي، فلا يقبل الإسقاط»^(١).

والثالث: إن المناط قبض المالك، ولا يعقل أن يضاف قبض الفضولي إلى المالك قبل إجازته للبيع، لأن ما به الانتساب والإضافة إليه هو الإجازة، ولا يعقل تحقق النسبة قبل تحقق ما به الانتساب.

وعليه، فلو قبض الفضولي قبل الإجازة وتلف، بطل البيع. فتوهم كون التلف في ملك المالك بالإجازة اللاحقة بناءً على الكشف، في غاية البطلان. والامور المذكورة تتعلق بالقبض بما هو شرط، وقد عرفت أن إجازة البيع لا تدل على إجازة القبض إلا إذا صرح أو فهم بالقرائن.

والرابع: إن كان القبض جزءً للسبب - كما في الصرف والسلم - فإن إجازة البيع لا تنفك عن القبض، لأن الإجازة تعلقت بكل السبب ومنه القبض. نعم، هذا يختص بما إذا كان المالك عالماً ببيع الفضولي، وعالماً بالمسألة، وإلا فلا تكفي إجازة البيع.

والخامس: إن قوام بيع الصرف والسلم هو القبض في المجلس، فلو أجاز العقد دون القبض، قال الشيخ: وجهان. قال جماعة بالبطلان، لأن رد القبض يناقض إجازة البيع، وإجازته كالعدم، والتحقيق أن يقال:

إن مقتضى الخبر عن أبي جعفر عن أمير المؤمنين عليهما السلام: «لا يبتاع رجل فضةً بذهبٍ إلا يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضةٍ إلا يداً بيد»^(١) كون القبض في الصرف والسلم من وظائف المتعاملين، أي الفضولي وصاحبه، ولا ربط له بالمالك، فلو قبض المالك لم يكن مؤثراً.

وعليه، فلو أجاز البيع دون القبض، وكان قوله: دون القبض، قرينةً على عدم إرادة معنى الإجازة، كانت إجازته لاغيةً، وإن كان قاصداً لمفهوم اللفظ وملفتاً إلى دلالاته التصديقية، كان رده للقبض لاغياً، لعدم ارتباط القبض بالمالك وجوداً وعدماً كما تقدّم، لا سيما إن فصل بين الإجازة ورد القبض.

تنبيه

كان البحث في هذا التنبيه يدور حول «قبض الفضولي» للثمن إن كان بائعاً أو للمثمن إن كان مشترياً، وقد ذكرنا التحقيق في المسألة. وأمّا لو كان الواقع خارجاً هو «قبض الطرف الأصيل» بائعاً أو مشترياً لمال المالك، فأجاز

(١) وسائل الشريعة ١٨ / ١٦٨، كتاب التجارة، أبواب الصرف، الباب ٢ رقم: ٣.

المالك البيع وردَّ القبض ثم تلف المال، لم يكن من مال مالكة، لكونه تلفاً بعد القبض، لأنَّ المناط هو تحقُّق القبض خارجاً والمفروض حصوله، سواء رضي المالك بذلك أو لا.

وفي هذه المسألة صور كثيرة - قد تبلغ الاثنتي عشرة صورة - يطول المقام بشرحها، ولكنَّ مجملها هو:

إنَّ أجاز المالك البيع وردَّ القبض والإقباض، فالقبض والإقباض للمالك وإلى المالك أو من الفضولي وإلى الفضولي؟ وأيضاً: هل التلف قبل إجازة البيع أو بعدها؟ وأيضاً: الثمن والمثمن كلِّي أو عين خارجيَّة؟ وأيضاً: يقع البحث على الكشف أو النقل. [١]

[١] ملخص كلام الشيخ رحمه الله في أصل المسألة: أن إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع إلا إذا فهم إجازتهما من إجازة البيع، وذلك في قبض الثمن المعين دون الكلِّي في الذمة.

وملخص كلام السيّد الجَدِّ رحمه الله: أنَّ القبض ليس من الأفعال المتقوِّمة بالمباشرة، بل هو من الأفعال القابلة للوكالة، وحكمه حكمها، فكما تجري في العين الخارجيّة والكلِّي في الذمة، كذلك القبض. فلا يتم تفصيل الشيخ رحمه الله.

هذا، وفي المسألة خلاف بين المحشّين الأعلام، والأصل فيه هو وجود المحذور الثبوتي من تعلّق الإجازة بالقبض وعدم وجوده. وأمّا في مقام الإثبات، فإن المرجع هو الارتكاز العقلاني.

التنبيه السادس في أن الإجازة على الفور أو لا؟

قال الشيخ:

الإجازة ليست على الفور...

أقول:

هذا إذا علم بوقوع البيع على ماله، وأما مع الجهل بذلك، فلا موضوع لهذا البحث.

واستدل لعدم الفورية بعمومات البيع وخصوص صحيحة محمد بن قيس وغيرها، فهي مؤثرة وإن وقع الفصل بينها وبين البيع.

والقول بالفورية في بعض الموارد له دليله الخاص، مثلاً: في خيار الغبن إذا علم به وبحكمه، قالوا بالفورية، فلو لم يأخذ بالخيار سقط حقه. وكذا في عيوب الزوج والزوجة، التي يجوز فسخ النكاح بها، فلو علم بالموضوع والحكم ولم يفسخ فوراً يسقط حقه. وفي الشفعة كذلك.

والدليل على سقوط الحق في هذه الموارد -إن لم يأخذ به على الفور- هو ظهور الحال.

وأما فيما نحن فيه، فمقتضى ظاهر الحال أن يفكر في الأمر، ولربما استغرق ذلك وقتاً، وعليه العمومات وسائر الأدلة.

حكم ما لو لم يجز ولم يرد

قال الشيخ:

ولو لم يجز المالك ولم يرد حتى لزم تضرر الأصل...

وهذا مبني على ما تقدم من عدم جواز تصرف الأصل فيما أخذ وأعطى، بناءً على الكشف عند الشيخ ومطلقاً عند الميرزا الاستاذ، حتى تأتي الإجازة أو الرد. قال الشيخ: فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين.

أقول:

أما الإجبار، فلا وجه له أصلاً، لأنَّ الإجبار إنما يكون حيث يستنكف من عليه الحق من أدائه كحق النفقة مثلاً، أو يرتكب محرماً كالاحتكار فيجبر على البيع، ولا يثبت للأصيل الحق بواسطة معاملة الفضولي على المالك ولا على ماله، ولم يرتكب محرماً، حتى يجبره الحاكم على أحد الأمرين.

وأما ثبوت خيار الفسخ للأصيل، فوجهه - على ما ذكره الشيخ - تضرره بعدم تصرفه فيما انتقل عنه وإليه على القول بالكشف، للزوم العقد بالنسبة إليه، فكان لزومه ضررياً فيتدارك بالخيار، نظير خيار الغبن عند الشيخ وجماعة، إذ لزوم العقد يكون ضررياً فيرتفع للزوم ويصير العقد جائزاً قابلاً للفسخ.

قل:

لا تجري قاعدة لا ضرر مع الإقدام على الضرر، ولذا لا تجري في الغبن مع العلم به والإقدام عليه.

وفيه:

أولاً: كثيراً ما يقع البيع مع جهل أحد المتبايعين بكون صاحبه فضولياً، بل اعتماداً على يده واعتقاداً بملكيته، ولذا كان من مسائل الفضولي بيع الغاصب.

وثانياً: إذا علم بكون صاحبه فضولياً، فإنه لا يحتمل مماثلة المالك في الإجازة أو الرد، لأن ذلك خلاف العادة، وعدم هذا الاحتمال لا يكون إقداماً على الضرر.

وثالثاً: إنه مع علمه بكون البائع فضولياً، فإن شرطه الضمني إجازة المالك فوراً، ومع هذا الشرط لا يكون مقدماً على الضرر حتى لا تجري القاعدة، بل مع تخلفه يثبت له خيار الفسخ.

فإن قلت:

يتصور جعل الخيار في البيع ونحوه، أما في النكاح فكيف يتصور؟

قلت:

أما على مبنى الشيخ في قاعدة لا ضرر، فالمماثلة محرمة، فيجبر على تركها. وأما على مبنى صاحب الكفاية فيها، فهي إضرار، والإضرار حرام، فيجبر على تركه.

فإن قلت:

ففي البيع كذلك، لأن عدم تصرف الأصل ضرر، ومماثلة المالك إضرار، فالقاعدة جارية.

قلت:

إنما يتحقق عنوان «الضرر» و«الإضرار» إذا لم يثبت للأصيل خيار الفسخ، أما مع ثبوته، فلا مجال للتمسك بالقاعدة.

نعم، هي جارية في النكاح، لعدم الخيار فيه. [١]

[١] واختلفت أنظار المحشّين في هذا الفرع بالنظر إلى قول الشيخ: «فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك» الظاهر في عدم الأولوية بين الأمرين. فالسيد على تقدّم الإجبار على الخيار، قال: الظاهر أنه يتعيّن الإجبار أولاً، فإن لم يكن أو لم يختَر أحد الأمرين فلا لأصيل الخيار. فالحكم بالخيار من أول الأمر لا دليل عليه^(١)

والمحقق الخراساني على ابتناء الحكم على مفاد قاعدة لا ضرر وأن المتعين على مسلكه هو الخيار، قال: وجه التردد أو التخيير: أن المنفي بقاعدة نفي الضرر هو الحكم الضرري عنده. وأمّا بناءً على ماهو المختار من أن المنفي هو حكم الأمر الضرري بنفي نفسه، فالمتعين تداركه بالخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازماً، فإذا صار ضررياً انقلب جائزاً فلا مجال لاحتمال الإجبار.^(٢)

والمحقق الخوئي على أنّه لا إجبار ولا خيار، قال: والظاهر أنه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الردّ، ولا ثبوت الخيار للطرف الأصيل. أمّا الأول، فلعدم الدليل عليه... وأمّا ثبوت الخيار، فهو أيضاً لا دليل عليه بعد شمول العمومات لذلك العقد. وليس في البين إلّا تضرّر المالك الأصيل لينفي لزوم العقد بدليل نفي الضرر. وفيه: إن الضرر على تقدير تسليم كونه مدركاً لثبوت الخيار، إنما يكون في مورد يكون حادثاً لا موجوداً من الأول. فإن إقدام الأصيل على المعاملة الفضوليّة ضرر عليه من الأول.^(٣) أقول:

وقد تعرّض السيد الجدّ لقاعدة الإقدام، وأجاب عن التمسك بها في المقام.

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٢١٤.

(٢) الحاشية على المكاسب: ٤٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٤ / ٢٢٧.

التنبيه السّابع

هل تعتبر مطابقة الإجازة للعقد؟

قال الشيخ:

الأقوى التفصيل...

أقول:

قد فصل الشيخ بين الجزء والشرط.

فلو أوقع الفضولي العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها، فالجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين فأجاز أحدهما. وأما ضرر تبعض الصفقة على المشتري فيجبر بالخيار.

ولو أوقع العقد على شرط فأجازه المالك مجرداً عن الشرط، فعدم الجواز...

قال:

ولو انعكس الأمر بأن عقد الفضولي مجرداً عن الشرط وأجاز المالك مشروطاً، ففي صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل، أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء به إلا إذا وقع في حيز العقد، أو بطلان الإجازة، لأنه إذا لغا الشرط لغا المشروط. وجوه. أقواها الأخير.

هذا كلامه رحمه الله.

التحقيق في المقام

والتحقيق أن يقال:

تارةً: يكون المبيع مركباً من أجزاء، سواء المركب الحقيقي كالحيوان، أو الاعتباري كالدار، أو الانضمامي كأن يكون المبيع عدة أشياء.

واخرى: يكون المبيع مقيداً بخصوصية خارجية عن ذاته لكنها مصنفة له، كوبر الإبل، وشعر الشاة، ودهن البقر، وهكذا.

وثالثة: يكون المبيع مقيداً بصفة عارضة من الكم والكيف وغير ذلك من العوارض.

فهناك التزام، والملتزم به إما مركب من أجزاء، وإما حصة خاصة من الطبيعي، وإما موصوف بصفة خاصة.

ورابعةً: يكون المبيع مشروطاً بشرط، فهنا التزام مع التزام، فإِنَّه لَمَّا يقول: بعثك هذا بشرط أن تخط لي ثوباً، فقد التزم بتملك الشيء، ومعه التزام آخر عملي.

فإن باع الفضولي الشيء المركب من أجزاء، فأجاز المالك بعضه دون بعض، فلا إشكال في صحة الإجازة، وللطرف المقابل خيار تبعض الصفقة. وإن باع حصة من الطبيعي فأجاز المالك حصة غيرها، بطلت الإجازة، لاختلاف المبيع والمجاز والمغايرة بينهما، لكن العقد صحيح، ويمكن أن تلحقه الإجازة على طبق المبيع بعد ذلك.

وإن باع عيناً شخصية غائبة موصوفة بصفة مصنفة، ثم كان الفرد

الخارجي مغيراً للمبيع، فالعقد باطل ولا موضوع للإجازة، إذ لا وجود لما عقد عليه.

وإن باع المتاع الكلي بصفة معينة من اللون أو الوزن مثلاً، فأجاز بغير ذلك الوصف، فالإجازة بالنسبة إلى أصل المتاع مؤثرة، وللطرف المقابل أن يطالب بالصفة، وليس له خيار الفسخ.

وإن باع المتاع الشخصي بصفة معينة، فأجاز المالك بغيرها، فللمشتري خيار تخلف الوصف.

وإن باع مشروطاً بشرط، فتارة: يكون شرطاً للمالك على الأصيل، واخرى: يكون شرطاً على المالك. إن كان الأول، فأجاز المالك بلا شرط، صحّت الإجازة، لأنّ له إسقاط الشرط، خلافاً للشيخ. وإن كان الثاني، صحّت كذلك، وللمشتري خيار تخلف الشرط.

ولو انعكس الأمر، فإن قبل الأصيل الشرط، فلا إشكال، وإن لم يقبل، فإن كانت الإجازة معلقة على الشرط، سقطت الإجازة، وإلا بأن كانت إجازة للعقد والزام للشرط، فللطرف أن لا يقبل بالإلزام، وللمالك أن يرجع عن إجازته.

ولو كان الشرط الذي أضافه المالك شرطاً على نفسه، فإن كان لزوم الشرط منحصراً بأن يكون في ضمن العقد، لم يجب عليه الوفاء، وإن قلنا بوجوب الوفاء بالشرط مطلقاً، لعموم المؤمنون عند شروطهم، وجب عليه الوفاء به.

القول في المجيز

ويتمُّ بيانُ أمور:

الأمر الأول

اعتبار كون المجيز جائر التصرف

قال الشيخ:

يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائر التصرف بالبلوغ والعقل

والرشد...

أقول:

قد ذكرنا غير مرة، أن موضوع الحكم بوجوب الوفاء هو العقد المستند إلى المالك، فقوله تعالى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» أي: بعقودكم، وأنه يتحقق الاستناد بالإجازة. وعليه، فيشترط وجود شرائط المتعاقدين في حال الإجازة، ولا فرق في ذلك بين القول بالكشف والنقل، لأن عنوان الكشف أو النقل يرتبط بحصول نتيجة العقد من الملكية والزوجية وغيرهما، ولا علاقة لهما بانتساب العقد واستناده إلى المالك المتحقق بالإجازة.

وعلى الجملة، فما لم تأتِ الإجازة لم يستند البيع إلى المالك، لأن الاستناد إليه معلول لإجازته - سواء كانت الملكية حاصلةً للمشتري بناءً على الكشف أو غير حاصلة بناءً على النقل - وإذا تم الاستناد بالإجازة، كان المالك هو البائع، فيشترط أن تتوفر فيه شرائط المتعاقدين في حين الإجازة.

حكم مالو أجاز المريض

قال:

ولو أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض.

أقول:

أي: هذه المسألة من فروع مبحث منجزات المريض، وهو أنه لو باع المريض في مرض الموت هل يترتب الأثر على معاملته أو يتوقف فيما زاد على الثلث على إجازة الورثة؟ فعلى القول الأول، تؤثر إجازته كسائر الناس، وعلى الثاني: تكون مؤثرة في حدود ثلث أمواله، ويتوقف تأثيرها في الزائد عنه على إذن الورثة.

قال السيد رحمه الله:

يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضي إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته، بدعوى أنه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بما زاد على الثلث، والإجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات، فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة، كالوقف والصرف والسلم، ولا يبعد عدم الحجر بالنسبة إليه، فإذا وقف في حال الصحة، ثم أقبضه في حال المرض، أمكن أن يقال بعدم توقفه على الإجازة من الوارث، فتأمل وراجع، فإني لم أر من تعرض للمسألة، وغرضي إبداء الاحتمال.

نعم، مقتضى ما يمكن أن يستفاد منهم من أن كل تصرف يوجب نقصاً

في المال كان من المريض موقوفاً على الإجازة هو ما ذكره المصنّف، فإنَّ الإجازة كذلك ولو على الكشف، بمعنى الشرط المتأخّر، نعم على الكشف الحقيقي المحض، بحيث لا يكون للإجازة مدخل إلا كونها علامة لا ينبغي الإشكال في عدم الحجر، فتدبّر.

وفيه:

إنه ليس للفضولي تصرّف حتّى تكون الإجازة تنفيذاً له، بل هي تنفيذ للعقد الواقع من الفضولي، ومن حين التنفيذ ينتسب العقد إليه - غير أنّ هذا العقد قد أثر من قبل بناءً على الكشف وأفاد الملكية للمشتري، وهذا أمر آخر - وإذا تمّ الانتساب والاستناد، فقد تحقّق منه التصرّف المالي، فما ذكره السيّد مردود.

ثمّ قال السيّد:

وأما المفلس إذا أجاز في حال حجره ما أوقعه الفضولي في حال عدم الحجر، فهل هو محجور فيها إذا كانت مضرة بحال الغرماء ففيه إشكال، ومقتضى ما ذكره - من أنّه لو اشترى بخيار، وفلس والخيار باقٍ كان له الإجازة والفسخ؛ لأنّه ليس بابتداء تصرّف - كون المقام كذلك، فإنَّ الإجازة على الكشف ليست بابتداء تصرّف، فتدبّر.^(١)

وفيه:

إنه سهو من قلمه، لأنّ الخيار حلّ العقد ولا ربط له بالمال. وأمّا الإجازة فحقّ متعلّق بالمال وتصرّف مالي، وليس للمفلس التصرّف المالي وإن كان

قد أوقع الفضولي عقداً عليه في حال الغنى. والله العالم.

الأمر الثاني

هل يشترط وجود مجيز حين العقد؟

قال الشيخ:

هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد...؟ قولان...

فالأقوى: عدم الاشتراط.

مثاله: ما لو باع الفضولي مال اليتيم لغير مصلحة، إذ لا تؤثر إجازة اليتيم لصغره، ولا إجازة وليه، لعدم المصلحة في البيع. وعلى الجملة، فإن العقد وقع في وقت لا يوجد المجيز له، فهل يصح أو لا بل يشترط وجوده في حينه، وإن إجاز اليتيم إذا بلغ أو وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع؟

القول بعدم الاشتراط

اختار الشيخ عدم الاشتراط، ولعله المشهور. ويصح البيع بإجازة اليتيم إذا بلغ، أو حدثت المصلحة في البيع فأجاز الولي، ولذا قيد الشيخ تبعاً للشهيد والمحقق الثاني^(١) بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، خلافاً للعلامة إذ أطلق المثال فقال: بيع مال اليتيم. ورجح العلامة البطلان لاشتراط ذلك^(٢).

(١) الدروس: ١٩٣/٣، جامع المقاصد ٧٣/٤.

(٢) قواعد الأحكام ١/١٢٤.

واستدل له بوجهين:

أحدهما: إن صحة هذا البيع في هذه الحال ممتنعة، وكل بيع ممتنع فهو ممتنع إلى الأبد، فلا تؤثر الإجازة لاحقاً.

وثانياً: لزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في المال المأخوذ ولا في الثمن المدفوع، وذلك للزوم البيع على الأصل، كما تقدم في التنبيهات.

الكلام حول دليل الاشتراط

أقول:

إن ما ذكر في الوجه الأول - من امتناع صحة هذا البيع، أي: عدم إمكانها - عجيبٌ من مثل العلامة على جلالة قدره في العلم والفضيلة.^(١) ولذا لا بد من تقريبه بأن يقال: إنه يشترط في صحة عقد الفضولي القابلية للتأثير بالإجازة بناءً على الكشف، والبيع الواقع على مال اليتيم على خلاف المصلحة، ليس له القابلية لأن تنكشف صحته بالإجازة ويترتب عليه الأثر الشرعي، والإجازة اللاحقة لا توجد فيه القابلية، لأن الشيء لا ينقلب عما وقع عليه، وهذا الممتنع بالفعل ممتنع إلى الأبد.

وهذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب الوجه الأول.

(١) هذا الاستدلال من المحقق الثاني في جامع المقاصد، ولكنه لما كان استدلالاً لمختار العلامة فإنه ينسب إليه محالة.

والعلامة محيي مذهب الامامية وله الحق الكبير على هذه الطائفة. منه قدس سره.

وأما الوجه الثاني، فواضح.

لكن يرد على الأول: إن امتناع ترتب مقتضى على المقتضي يستند دائماً إما لعدم الشرط أو لوجود المانع، أو كليهما. وما نحن فيه من قبيل الثالث، لعدم تمامية العلة - لأنها مركبة من وجود المقتضي والشرط وعدم المانع - إذ المقتضي وهو العقد موجود، لكن الشرط وهو الرضا من المالك مفقود، والمانع وهو عدم المصلحة موجود، وعلى هذا، فإن الامتناع هنا وقوعي - وليس ذاتياً من قبيل اجتماع الضدين - وإذا وجد الشرط وارتفع المانع أثر المقتضي أثره وتحقق المقتضي، بناءً على أن الشرط المتأخر هو الإجازة اللاحقة أو وصف التعقب، على ما تقدم بالتفصيل في مسلك الكشف، وكذا على مسلك الانقلاب الاعتباري، وكل ما تقرّر في وجود الشرط فهو جارٍ في ارتفاع المانع أيضاً.

هذا أولاً.

وثانياً: إن مقتضى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً، هو العموم لصورة وجود ولي النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم وصورة عدم وجود الولي... كما ذكر الشيخ.

ويرد على الثاني:

إن كان الأصل عالمياً بكون البائع فضولياً، فقد أقدم على الضرر، وإن لم يكن عالمياً بذلك، تدارك الضرر بالخيار. وهذا الجواب على مبنى العلامة من لزوم البيع بالنسبة إلى الأصل تام.

وقال شيخنا الاستاذ - أخذاً من المحقق الخراساني في قوله مستشكلاً

على الشيخ في مقدمات الإنسداد: بأن أدلة نفي الضرر والعسر والحرص لا ترفع وجوب الاحتياط، لأنه حكم عقلي، وتلك الأدلة لا ترفع الأحكام العقلية^(١) - بأن الضرر هنا ينشأ من أن كلاً من العوضين يحتمل أن يكون لهذا أو ذاك، وإذا دار أمر الشيء بين أن يكون ملكاً للشخص فيجوز له التصرف فيه أو يكون لغيره فلا يجوز، فالعقل حاكم بوجوب الاحتياط، وقاعدة لا ضرر لا ترفع هذا الحكم العقلي.

وتلخص: عدم إمكان المساعدة مع العلامة رحمه الله.

الأمر الثالث

هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد؟

قال الشيخ:

لا يشترط.

إنما الكلام فيما إذا كان جائز التصرف حال الإجازة، فهل تؤثر إجازته مطلقاً أو فيه تفصيل أو لا حاجة إليها في بعض الموارد؟

وبعبارة أخرى: عدم جواز التصرف في حال العقد، إما لعدم كونه مالكاً، أو لكونه محجوراً عليه، أو لكون المال محجوراً عليه، ككونه مرهوناً. فلو كان مالكاً حين الإجازة، أو ارتفع عنه الحجر، أو عن المال، هل تكون إجازته مؤثرة؟

فالكلام يقع في مسائل:

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢/ ٢٠٤.

المسألة الأولى لو كان محجوراً عليه حال العقد وارتفع الحجر حال الاجازة

قال الشيخ:

الأقوى صحة الإجازة.

أقول:

لو كان المالك حين عقد الفضولي محجوراً عليه لصغير أو لجنون أو غيرهما، فارتفع الحجر في حين الإجازة - بأن أفاق أو كان بالغاً - فأجاز العقد، صحّت الإجازة.

وكذا لو كان المال محجوراً عليه حين البيع، فارتفع عنه الحجر حين الإجازة.

قال الشيخ: بل لا حاجة إليها، إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن ففكّ الرهن قبل مراجعة المرتهن.

والسرّ في ذلك: وجود المقتضي وهو العقد، ووجود الشرط وهو الرضا، وارتفاع المانع وهو الرهن، فيكون المقتضي مؤثراً ولا حاجة إلى أن يجيز بيع نفسه.

والظاهر أن الأمر كذلك لو باع المفلس شيئاً من أمواله بلا إذن من الغرماء، ثم حصل له المال فأدى دينه أو أبرأ الغرماء ذمته، فإنه لا يحتاج إلى إجازة بيعه، لما ذكرنا.

وكذا في خيار الشرط، إذا شرط عليه عدم التصرف، فباع، ثم أسقط الشرط، فإنه يصح بيعه، لما ذكر، ولا يحتاج إلى إجازة منه.

إشكالان من المحقق الإصفهاني

وهنا إشكالان من شيخنا الاستاذ^(١) يصعب حلّهما.

وقد كان الميرزا الاستاذ يرى صحّة بيع الرهن على ما ذكر، على كلا القولين من الكشف والنقل. أما شيخنا الاستاذ فقال: بأنه إنّما يصحّ على النقل، دون الكشف، وذلك: لأنّ فك الرهن إنّما حصل الآن، فكيف تكون الطلقة التي هي شرط الملكية من حين العقد؟

وبعبارة أخرى: سقوط حق الرهن، معلول لفك الرهن، فكيف يكون هذا الحق ساقطاً من قبل، بلحاظ حصول الفك وأداء الدين فيما بعد؟

هذا هو الإشكال الأوّل.

والثاني - وهو الأدق - هو: إنّ آية الوفاء بعمومها تشمل الرهن والبيع، ففي الوقت الذي باع الرّاهن العين المرهونة، كان مقتضى وجوب الوفاء بالبيع نفوذه، ومقتضى الوفاء بالرهن عدم نفوذ البيع، ولا يجمع بين المتناقضين. لكنّ لما كان الرهن مقدّماً فقد وجب الوفاء به، فيكون البيع

باطلاً، ولا تؤثر الإجازة فضلاً عن عدم الحاجة إليها.

وبعبارة أخرى:

إن كان المالك نفسه محجوراً عليه، ثم ارتفع الحجر عنه وأراد إجازة العقد الواقع على ملكه في حال الحجر، فأما على النقل، فلا إشكال في تأثير إجازته، لكونه واجداً للشرائط ويترتب الأثر من حينها، وأما على الكشف، فمقتضاه أن يكون المال ملكاً للمشتري من الفضولي في حال جنون المالك مثلاً، وهذا غير معقول.

ولكن مقتضى الدقة في أدلة الحجر هو أن المجنون لا يمكنه التصرف في ملكه، وهكذا السفه والصغير، أما أن يتصرف غيره في ماله، بأن يبيعه له مثلاً، فيصبح المجنون بإجازته حال العقل مالكاً للثمن، فلا دليل على عدم الجواز، وعدم الملكية.

بل مقتضى العمومات مالكيته للثمن، لأنه لما عقل وأجاز، استند البيع إليه، وبذلك يصدق عليه عنوان المتجر والمتعاقد، فتشمله آية التجارة وآية الوفاء.

وبهذا البيان تكون الإجازة مؤثرة على كلا القولين.

وأما إن كان المال محجوراً عليه، ولم يجز للمالك الواجد للشرائط التصرف في ملكه لتعلق حق الغير به، كأن يكون مرهوناً مثلاً، فلو باعه المالك فضولياً هل يقع البيع صحيحاً؟

إن آية الوفاء قد شملت بعمومها عقد الرهن الواقع على هذا المال قبل أن يقع عليه البيع، فلا تشمله الآية وآلا يلزم اجتماع المتناقضين، وإذا خرج

عن تحت الآية، فلا يوجب أداء دينه وفك الرهن شمولها له حتى يجب الوفاء به.

هذا بالنسبة إلى آية الوفاء.

وأما آية الحل، فهي مقيدة ببيع العين غير المرهونة، فلا تكون شاملة لهذه العين، وخروجها عن الرهن لا يوجب دخولها تحت الآية.

فلا مناص من القول ببطلان البيع الواقع على العين المرهونة، على كلا القولين.

هذا هو الإشكال.

مقدمات الجواب

والجواب عنه يظهر بعد ذكر أمور:

أحدها: إن خروج البيع في المسألة من تحت آية الوفاء، إنما كان على أثر لزوم الجمع بين النقيضين أو التزاحم بين البيع والرهن، فهو تخصيص لبي والمخصص هو حكم العقل.

والثاني: إن المخصصات اللبّية لا تغير الملاك ولا تضيق الموضوع - بخلاف المخصصات اللفظية، فلو قال «أكرم العلماء إلا النحويين» دلّ على عدم وجود ملاك الإكرام في النحويين، وعلى تقيّد الموضوع، فموضوع وجوب الإكرام هم العلماء غير النحويين - ولذا يجوز التمسك بالعام في الشبهات المصادقة للمخصص إذا كان لبياً، بخلاف المخصص اللفظي، إذ تقرّر عدم جواز التمسك بالعام معه، والسرّ في ذلك هو تقيّد

الموضوع كالمثال المذكور، ومع الشك في أن زيـداً العالم نحوي أولاً، لم يجز التمسك بالعام، لعدم إحراز الموضوع، وأمّا في المخصّص اللبّي، فإنّ الموضوع لا يتضيق كما ذكرنا، أي لا يتقيّد بقيدٍ سلبي، فلو قال: «أكرم كلّ جيرانك» وعلمنا بحكم العقل بخروج العدو من الجيران، فإنه مع الشك في عداوة أحدهم يتمسك بالعام ويجب إكرامه، لعدم تقيّد الموضوع بأن لا يكون عدوّاً.

والثالث: التزاحم إنما هو في مقام فعلية أثر الخطاب، مع كون الخطاب محفوظاً، ولذا لو ارتفع المزاحم أثر المزاحم أثره. مثلاً: لو اجتمع الأمر والنهي في موردٍ وقدّما النهي، سقط الأمر عن الفعلية لا بالكلية، بل يبقى محفوظاً، ولذا لو صلّى في المكان المنصوب جاهلاً بغصبيته صحّت صلاته، ولو كان التزاحم في أصل الخطاب لكانت باطلة. وكذا في التزاحم بين الواجب الموسع والمضيق، فإنه يتقدّم المضيق، ولكنّه لو أتى بالموسّع جاهلاً بالواجب المضيق، صحّ عمله، لأنّ الخطاب موجود.

والرابع: إنه لا وجه لرفع اليد في التزاحم بأزيد من مقدار المزاحمة.

الجواب

إذا عرفت هذه الامور نقول:

إنّ وجوب الوفاء يتوجّه إلى العقد من حين صدوره، ولا يزال مستمرّاً بمقتضى إطلاقه، ومادام الرهن موجوداً فالوفاء به واجب، والتزاحم بينه وبين البيع موجود كذلك، لكنّ خروج البيع عن تحت الآية بالتخصيص

اللَّبِّي لا اللَّفْظِي. وعليه، فالملاك في البيع محفوظ والخطاب بوجوب الوفاء به موجود، غير أنه لا يصل إلى الفعلية مادام الرهن، وهو يصل إليها إذا ارتفع الرهن.

ولو تنزلنا، فإنه مع حفظ الملاك في البيع، إذا ارتفع الرهن نعلم بوجوب الوفاء به عن طريق اللّم.

وعلى هذا يتم صحة بيع العين المرهونة.

وأما آية الحل، فلا شك في تقيدها بالعين غير المرهونة، ولكن بغير المرهونة حدوداً وبقاءً، ومع ارتفاع الرهن يقع الشك في التقييد، فالتمسك بالآية تام.

ولكن هذا كله مبني على القول بالنقل، وهو مراد الشيخ أيضاً، وقد قال في بيع الرهن: مقتضى ما ذكرنا: كون سقوط حق الرهانة - بالفك أو الإبراء أو الإسقاط - ناقلاً ومؤثراً من حينه، لا كاشفاً عن تأثير العقد من حين وقوعه^(١). بل التحقيق صحة البيع على الكشف أيضاً، بأن يكون سقوط حق الرهانة كاشفاً عن تحقق البيع في حينه، فنقول:

قال المحقق الثاني^(٢): كلّ ماله دخل في سببية السبب فهناك النقل لا الكشف. ومثل القبض في الصّرف والسّلم، فإنه في آن القبض تحصل الملكية، لأنه يكشف عن الملكية من حين العقد لو فرض وقوع الفصل بينه وبين القبض.

(١) المكاسب ٤ / ١٦٤.

(٢) جامع المقاصد ٤ / ٧٤.

وفيما نحن فيه، سقوط حق الرهانة دخيل في تحقق الملكية، فلو قلنا بتحققها حين البيع - كما هو مقتضى الكشف - يلزم تقدّم المعلوم على العلة، وهو محال. أما على النقل، فالبيع صحيح والملكية حاصلة بلا إشكال. وقال بعض الأكابر^(١): لو باع الزاهن وأجاز المرتهن، أمكن الصحة بناءً على الكشف، لأن إجازة المرتهن تنفيذ لبيع الراهن. وهذا سهو، لأن بيع الزاهن واقع في ملكه وتنفيذه بيد المرتهن، بل هو أجنبي عنه، إذ ليس له إلا حق الرهانة.

فالصحيح أن يقال:

إنه - وإن لم يمكن تصحيح البيع على الكشف بأية الوفاء - يمكن تصحيحه بأية الحل. بتقريب: إنه ليس المقصود من كاشفية الإجازة أماريتها وطريقيتها، بل المقصود كون الأثر حين العقد، بمعنى أننا ننقل بالملازمة من الإجازة إلى تحقق الملكية حين العقد، وعليه، فإن أية الحل مطلقة تعم بيع العين المرهونة، لكن أدلة الرهن تدل على المنع من بيعه، والقدر المتيقن من مانعيتها وجود حق الرهانة حدوثاً وبقاءً، وأما إذا كان مرتفعاً بقاءً، بأن كان البيع متعقباً لارتفاعه، فالدليل قاصر عن المانعية، فتؤثر الآية أثرها في الصحة من حين العقد، أي يكون البيع مشمولاً لها من حينه.

فإن قلت:

أدلة مانعية الرهن ليست مجملة حتى يؤخذ بالقدر المتيقن، بل هي مطلقة كذلك.

قلت:

إن تلك الأدلة ظاهرة في أنَّ المانعية بلحاظ حفظ حق المرتهن، فلا إطلاق لها لتشمل المورد الذي لا يضيع فيه حقه، فيقتضي آية الحل تحقق البيع من حين العقد، وهذا هو الكشف كما ذكرنا.
وتلخص: صحة البيع على الكشف والنقل معاً.

المسألة الثانية

لو لم يكن مالكاً حين العقد فكان مالكاً حين الإجازة

قال الشيخ:

أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد، سواء كان هو البائع أو غيره.

أقول:

المسألة الثانية: ما لو كان المالك حين العقد غيره حين الإجازة. ولها صور، كأن يبيع الفضولي مال الغير فيهبه المالك إلى آخر ثم يجيز المتَّهب البيع، أو يموت المالك ويجيزه الوارث، وهكذا.

لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه وأجاز

لكن المسألة في كتب الأصحاب هي ما لو باع الفضولي مال الغير ثم ملكه - أي الفضولي نفسه - فأجاز، قال الشيخ: وهذه تتصور على صور... والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك وأجاز.

قال الشيخ:

فقد اختلفوا فيها، والأقوى هو الأول.

أي: الصَّحَّة، كما هو ظاهر المحقق في كتاب الزكاة،^(١) إذ حكم بصحَّة بيع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة، وكذا رهنه، فيما عدا الزكاة، كما لو باع الأربعين شاةً، فإنه يصح في التسعة والثلاثين منها دون الأخيرة، لكونها حصَّة الفقراء.

ولو اغترم حصَّة الفقراء، بأن دفع إليهم ثمن الشاة، صحَّ البيع فيها، وهل يحتاج إلى الإجازة من المالك البائع؟ ظاهر الشيخ: لا. قال المحقق: وفيه إشكال، لأن العين مملوكة للفقراء، وإذا أذى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفه، كما لو باع مال غيره ثم اشتراه.

هذا، ولا يخفى كثرة الأقوال في كيفية تعلق الزكاة:
فالمشهور هو مشاركة الفقراء الأغنياء في الأعيان الزكويَّة على الكسر المشاع.

والقول الآخر: على الكلِّي في المعين.

وقيل: إنَّ الزكاة مثل حق الرَّهانة، فكما أنَّ الرَّاهن ممنوع من التصرّف في العين المرهونة إلا إذا ارتفع الحق، كذلك في العين الزكويَّة، وكما أنَّ الرَّاهن إذا فكَّ الرهن بعد البيع وقبل مراجعة المرتهن، يلزم بيعه ولم يحتج إلى إجازة جديدة، كذلك بيع الزكاة. وقد احتمل الشيخ أن قول شيخ الطائفة هنا مبني على هذا القول.

وقيل: إنها مثل حقِّ الجنائية، فالعبد إذا جنى كان لوليِّ الدم قتله أو

استرقاقه، لكنْ للمالك بيعه.

وقيل: إنها حق مالي، فحق الفقراء يتعلق بمالية العين.

وقيل: إنها في الذمة.

وقد ذكرنا الأقوال وناقشناها جميعاً في كتاب الزكاة.

وقال السيد: ^(١) مستشكلاً على المحقق واحتمال الشيخ ابتناء قول شيخ الطائفة هنا على المبنى المذكور في الزكاة: بأنه حكم جاء تعبداً بالصحيحة عن عبدالرحمن البصري عن أبي عبدالله عليه السلام: رجل لم يزك إبله وشاته عامين، فباعها، على من اشتراها أن يزكها لما مضى؟

قال عليه السلام: ولحم تؤخذ زكاتها ويتبع البائع أو يؤدّي زكاتها البائع ^(٢).

أقول:

ويبقى أن الفرع الذي عنوانه المحقق - تبعاً للشيخ - هو بيع الزكاة ورهنها، والصحيحة موضوعها البيع فقط، إلا أن يقال بأن إلحاق الرهن من باب تنقيح المناط، لما تقرر في الزكاة من التخيير بين دفع العين ودفع قيمتها، وإذا اختار القيمة، فله بيع العين أو رهنها، فلا فرق بين البيع والرهن. وكيف كان، فالقول الأول هو: صحة البيع فيما لو باع مال غيره ثم اشتراه وأجاز.

(١) حاشية المكاسب ٢ / ٢٢٤.

(٢) وسائل الشيعة ٩ / ١٢٧، كتاب الزكاة، زكاة الأنعام، الباب ١٢ رقم ١.

قال الشيخ: وبهذا القول صرح الشهيد في الدروس^(١)، وهو ظاهر المحكي عن الصيمري^(٢).

والقول الثاني هو: البطلان. حكاه الشيخ عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد، قال: ومال إليه بعض المعاصرين، يعني صاحب الجواهر^(٣)، تبعاً لبعض معاصريه وهو صاحب المقابس^(٤).

دليل القول بالصحة

قال الشيخ:

للأصل والعمومات.

أقول:

مراده من الأصل أصالة عدم التقييد، بأن يقال: أنا نعلم بسببية البيع للملكية، ونشك في تقيده بأن لا يكون ملك الغير فيباع ثم يشتري، والأصل عدم التقييد.

ويرد عليه: أنه أصل مثبت.

أو أصالة الصحة، بأن يقال: إن مقتضى الأصل في الشك في حكم هذا البيع هو الصحة.

لكن التمسك بأصالة الصحة في الشبهة الحكمية - كما نحن فيه - عبارة

(١) الدروس الشرعية ٣/ ١٩٣.

(٢) حكاه في مقابس الأنوار: ١٣٤.

(٣) جواهر الكلام ٢٢/ ٢٩٨.

(٤) مقابس الأنوار: ١٣٤.

أخرى عن التمسك بالعمومات. نعم، لو كانت موضوعية، بأن يشك في أن هذا العقد واجد للشرط أو لا، فيتمسك بقاعدة الفراغ ويحكم بالصحة. أو كما لو عقد الوكيل فشك في صحته، فيتمسك بقاعدة من ملك شيئاً ملك الإقرار به، ويحكم بالصحة.

وعلى هذا، فجعل الأصل دليلاً في مقابل العمومات، لا وجه له.

دليل البطلان

واختار المحقق التستري البطلان، بل استظهر من العلامة عدم الخلاف في البطلان من الخاصة والعامة. واستدل بوجوه: قال الشيخ: يرجع أكثرها إلى ما ذكر في الإيضاح وجامع المقاصد.

الأول:

إنه باع مال الغير لنفسه. وقد مر الإشكال فيه.

توضيحه: في مسألتنا جهتان، بيع الفضولي لنفسه، وإجازة نفسه. أما ما تقدم فهو: بيع الفضولي لنفسه، وهو غالباً بيع الغاصب، ثم إجازة المالك. فيرد على ما نحن فيه ما ورد على تلك المسألة.

قال: وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك.

توضيحه: قد ذكر هناك خمسة وجوه للبطلان، أحدها: عدم رضا المالك. والثاني: إنه إما من المالك وإلى المالك، وإما من الفضولي وإلى الفضولي، وإما من المالك إلى الفضولي، وإما من الفضولي إلى المالك. وكلها باطلة. وثالثها: الفضولي يبيع لنفسه، والأصيل يملكه الثمن، والحال أنه لا يملكه لعدم كون المبيع له.

وهذا الوجه هو المقصود بعدم جريانه هنا، لا كما توهم البعض.
هذا هو الوجه الأول.

الجواب عن الوجه الأول

قال الشيخ:

وفيه: أنه قد سبق أن الأقوى صحته. وربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات
الجارية هناك، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

الثاني:

إنه يعتبر في البيع أن يكون البائع مالكاً راضياً قادراً على التسليم، فإذا
أجاز المالك بيع الفضولي انتسب البيع إليه، وصار هو البائع حقيقةً، وهو في
هذه الحالة راضٍ بالبيع وقادر على تسليم المبيع. هذا في بيع الفضولي
للمالك. وأمّا فيما نحن فيه - حيث يبيع لنفسه - فالملكية عند البيع منتفية،
وكذا الرضا بأن يكون ماله ملكاً للغير، لأنه يبيع ملك الغير، وكذا القدرة على
التسليم، لكون المال ليس له، ولما يجيز البيع، فإجازته غير محققة للانتساب
إليه، لوجوده من حين العقد، ولا إلى المالك الحقيقي، لأنه باع لنفسه.

الجواب عن الوجه الثاني

قال الشيخ:

وفيه: إن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا... وأمّا القدرة على
التسليم، فلا نضايق من اعتبارها في المالك حين العقد....

وحاصله: إن البحث في جهتين، أما في جهة الرضا، فلا يحتاج إلى رضا المالك حين البيع ولا كونه مالكا، والمفروض وجودهما حين الإجازة، وهو كاف. أما في جهة القدرة على التسليم، فاعتبارها في المالك حين العقد لازم، وهذا مسلّم، لكنه كلام آخر، لا يقدر إلتزام به في صحة البيع المذكور، لأن الكلام بعد اجتماعه للشروط المفروغ عنها.

أقول:

وما أفاده في القدرة على التسليم عجيب جداً، لأن المالك الأصلي ليس هو البائع، ولا يترقب منه التسليم، فالقول بكفاية قدرته على ذلك حين العقد في صحة البيع، في غير محله.

إلا أن يقال: مراده اعتبار كون المالك حين الإجازة مالكا حين العقد، بأن تكون ملكيته مستمرة من ذلك الحين، لا سيما بناءً على الكشف، لأنه إن لم يكن المجيز مالكا حين العقد، يلزم أن تحصل الملكية للمشتري وينتقل إليه المال ممّن لا قدرة له على التسليم، وبما أن القدرة على ذلك شرط في الطرفين، فليس للمشتري أيضاً القدرة على تسلّم المال وتحصيله، فالمعاملة باطلة، للحديث المشهور: نهى النبي صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر^(١).

إذن، يعتبر أن يكون المالك في وقت العقد والإجازة واحداً، وقادراً على التسليم في حين العقد، حتّى لا يكون بيعه غررياً.

لكنّ يرد عليه حينئذٍ، أن القدرة على التسليم من علل التسليم، فيعتبر وجوده إذا استحق الطرف التسلم، وأما قبله، فلا دليل على اعتباره، ولذا يصحّ

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٤٤٨، كتاب التجارة، آداب التجارة، الباب ٤٠ رقم: ٣.

بيع الصّرف والسّلم -المعتبر فيه القبض - مع عدم القدرة على التسليم حين العقد، إذ اللازم القدرة عليها حين الإقباض، وكذا بيع الراهن، فإنه في حين البيع لا قدرة له على التسليم لكون العين بيد المرتهن، وهو مع ذلك صحيح بإجازة المرتهن لاحقاً أو بفك الرّهن. وأيضاً، لو أن المالك باع شيئاً معتقداً القدرة على تسليمه، فبان عجزه عن ذلك في حين العقد وتجددت له القدرة بعد ذلك، صحّ منه البيع بالاتفاق. ومن هنا يظهر أن معنى النبوي هو أن كل بيع عجز البائع عن تسليم المبيع في حين استحقاقه فهو غرري.

وعلى هذا، فالفضولي إذا باع شيئاً لا يقدر على تسليمه حين العقد - لعدم سلطنته عليه - فكان قادراً على ذلك حين الإجازة، كان بيعه صحيحاً. ويمكن أن يقال في توجيه العبارة أيضاً: إن الشرط هو القدرة على التسليم الموثوق بها، فيكفي أن يكون البائع الفضولي في حين العقد على وثوقٍ بقدرته على تسليم المبيع في حين الإجازة.

الثالث:

إن إجازة الفضولي البيع الواقع منه، تكشف - بناءً على الكشف - عن كون المبيع ملكاً للمشتري من حين العقد، فهو خارج عن ملكه قبل أن يدخل فيه بالإجازة.

الجواب عن الوجه الثالث

قال الشيخ:

وفيه: منع كون الإجازة كاشفةً مطلقاً عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد، حتّى لو كان المجيز غير مالك حين العقد...

وتوضيح ذلك:

إنّ هذا البيع الواقع من الفضولي تشمله آية الحلّ، وكذا آية الوفاء، لأنّ الإجازة اللاحقة توجب الإضافة والانتساب، إلّا أنّ مجرد ذلك لا يكفي لتحقّق الملكية للمشتري، لأنّ قابليّة المورد شرطٌ وبدونها لا تتحقّق، وهذه القابليّة إنّما تكون إذا كان الشراء من المالك، وهذا غير حاصل هنا كما لا يخفى.

وعلى الجملة، فإنّ العمومات شاملة، لكنّ انكشاف الملكية في نفس الأمر يتوقف على قابليّة المورد، وهي لا تكون إلّا حين شراء الفضولي من المالك الأصلي.

فإن قلت:

المفروض أنّ الفضولي يقصد حين البيع الملكية المطلقة للمشتري، الشاملة لمليكيّته حين العقد، وهو حين الإجازة يمضي تلك الملكية التي أنشأها بلا نقصان، فلا الملكية الحاصلة بالعقد تختصّ بملكيّة حين الإجازة، ولا الإجازة تختصّ بالملكيّة المتأخّرة عن حين العقد، فكيف يعقل كون الملكية من زمان الشراء لا العقد؟

قلت:

كلّ ذلك صحيح، لكنّ الاعتبار الشرعي أمرٌ آخر غير ما يقصده ويعتبره البائع، فقد ذكرنا مراراً أنّ للبائع اعتباراً وللشارع اعتبار، واعتباره منوطٌ - بالإضافة إلى قصد البائع - بقابليّة المورد، وهي لا توجد إلّا حين شراء الفضولي من المالك الأصلي.

فعلى هذا، لا مجال لتوهم أن ما نحن فيه نظير ما إذا خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، فكما يبطل ذاك فهذا باطل. وذلك، لأنه قياس مع الفارق، فإن تخصيص المالك الإجازة كذلك مع قابلية المورد باطل، وأما ما نحن فيه، فتخصص من الشارع من جهة عدم قابلية المورد.

مضافاً إلى أنا قد قدمنا أنه لو باع الفضولي ملك الغير ومات المالك قبل الإجازة، كان لكل من الورثة أن يجيز البيع في حصته، فهل تكشف إجازته عن الملكية من حين العقد؟ كلا، بل من حين الإرث، وآلا فلا معنى للورثة، ولا موضوع لإجازته. فكما ينكشف هناك الملكية من حين الورثة، كذلك الكشف هنا، فإنه من حين الشراء من المالك الأصلي.

وتلخص: تمامية جواب الشيخ قدس سره.

وقد أورد عليه بوجهين:

أحدهما: أن بيع المالك الأصلي المال من الفضولي رد لبيعه الواقع بينه وبين المشتري، وإذا بطل فلا موضوع للإجازة اللاحقة منه. ذكره بعض الأكابر^(١).

وفيه: إن هذه الشبهة مرجعها إلى الوجه السادس، الذي سيجيب عنه الشيخ بما ملخصه:

أولاً: ليس للمالك حل عقد الفضولي وإبطاله.
ثانياً: إن مجرد بيعه من الفضولي ليس ردّاً لبيعه.

والثاني: ليس لكاشفة الإجازة عن الملكية في حين العقد دليل خاص، وإنما يستفاد ذلك من شمول العمومات، فهي تدل على حلية العقد من زمانه وعلى وجوب الوفاء به من ذلك الحين، فالملكية حاصلة من حين تحقق العقد، لكن هذا المعنى غير صادق في هذه المسألة، لأن حصول الملكية للمشتري من الفضولي من حين العقد محال، لأن الفضولي لم يكن مالكا في ذلك الوقت، والمالك الأصلي لم يجز ذلك البيع، فكيف تحصل من دون المملك؟ وإذا استحالت ملكيته فهي غير مشمولة للعمومات، وما خرج من العام لا يندرج تحته. فالقول بحصول القابلية لشمولها عند تحقق الشراء من المالك الأصلي غير تام.

وهذا تقريبا ما ذكره السيد^(١).

وفيه:

أولاً: ليس عدم الشمول من أول الأمر خروجاً، ولذا يكون الشمول في الزمان المتأخر ضرورياً، كما في البيع مع خيار المجلس، فإن العمومات لا تشمل ما دام المجلس، فإذا افرقا كان الشمول حتمياً. وقد أفاد المحقق الخراساني هذا المعنى في الكفاية.

وما نحن فيه من هذا القبيل.

ثانياً: قد تقرر في الأصول أنه لو دار الأمر بين تخصيص الحكم وتخصيص العام، قدم تخصيص الحكم. مثلاً: لو قال: أكرم العلماء إلا زيدا المسافر، فشك في وجوب إكرام زيد إذا رجع من السفر، وجب الإكرام

لشمول العام له، وإنما خرج من ذلك حال السفر.
وما نحن فيه من هذا القبيل.

الرابع:

إنه يلزم - بناءً على الكشف - اجتماع المالكين على الشيء الواحد في الزمان الواحد، لأن المشتري قد ملك المبيع من حين العقد، لكن المالك الأصلي أيضاً يملكه من ذلك الحين، ولولا ملكيته له لما راجعه الفضولي لأن يشتره منه. واجتماع المالكين على الملك الواحد محال.

الجواب عن الوجه الرابع

قال الشيخ:

قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد.
وحاصله:

أن الكاشفة منوطة بقابلية المحل لشمول العمومات، وما لم يشتر الفضولي المال من المالك فالقابلية غير حاصلة، وعليه، فالملكية منحصرة في هذا الزمان بالمالك، فلا إشكال مندفع.

ثم إن الشيخ أضاف إلى الإشكال: أن هنا مالكاً ثالثاً وهو الفضولي، لأن ملك المشتري لا بد وأن يكون عن ملكه، وإلا لم تنفع إجازته في ملكه من حين العقد.

وما ذكره صاحب المقابس في الجواب عما لو قيل بلزوم هذا الإشكال

في مطلق بيع الفضولي، من أن مالكيّة المالك في سائر البيوع استصحابيّة، بخلاف ما فيه فإنها حقيقة. قال الشيخ: إنه لا يسمن ولا يغني...
وحاصله:

إن الإجازة والبيع كليهما يتوقّفان على الملكيّة الواقعيّة، وهي الشرط في التأثير فيهما شرطية واقعية لا علميّة، ولذا لو أجاز بالاستناد إلى استصحاب الملكية ثم تبين عدمها، سقطت الإجازة عن الاعتبار. وعليه، فإجازة المالك في مطلق بيع الفضولي تكشف عن ملكيّة المشتري، لكن ملكيّة المشتري تستلزم عدم مالكيّة المالك، فيلزم من صحّة الإجازة عدم صحتها.

ثم قال الشيخ:
والتحقيق أنّ الإشكال إنما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً في كاشفيّة الإجازة على الوجه المشهور، من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.
أقول:

قال الميرزا الاستاذ^(١) في الجواب عن إشكال المقابس: بأن اجتماع المالكين ليس في العرض بل في الطول ولا مانع منه، وذلك: لأن ملكيّة المشتري إنما حصلت بإجازة المالك الأصلي، فهي في طول ملكيّته. قال: وأدّل دليل على إمكان الشيء وقوعه، وذلك في قولهم: العبد يملك، وهو وما يملكه لمولاه.

وفيه:

إن العبد مملوك لمولاه، وكل ما يملكه العبد مملوك للمولى باتباعه، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل، لأن هنا ملكيتين مستقلتين، وهما عرضيان لا طوليان.

التحقيق

والتحقيق في المقام هو:

إن إجازة المالك الأصلي تفيد انتساب بيع الفضولي إليه، والانتساب لا يحتاج إلى الملكية الفعلية، بل يكفي فيه الملكية حين العقد، فلما وقع البيع صار المشتري مالكا للمتعاقب في الواقع، وإن كان في الظاهر ملكاً للمالك الأصلي، فإذا أجاز انكشف انتفاء ملكيته من حين العقد.

وهذا هو الجواب الحق عن الإشكال في مطلق بيع الفضولي.

وأما الإشكال فيما نحن فيه بلزوم اجتماع الملكيتين، فيندفع بما ذكره الشيخ في الجواب عن الوجه الثالث، من ضرورة قابلية المحل لتأثير المقتضي، نظير ما ذكرناه من إجازة الوارث للبيع الواقع على المال في حياة مورثه فضولياً.

الخامس:

إن الإجازة شرط متأخر، أي: إن العقد في حينه يؤثر مشروطاً بالإجازة اللاحقة، فالمال ملك للمشتري في نفس الأمر، وحينئذ، يكون شراء الفضولي المال من المالك الأصلي متوقفاً على إجازة المشتري لأنه المالك

في الواقع، فيلزم توقف إجازة كل من المشتري والفضولي على إجازة الآخر. وذلك، لأن إجازة الفضولي للبيع الأول متوقفة على شرائه المال من المالك الأصلي، وصحة الشراء متوقفة على إجازة المشتري الأول. لكن إجازة المشتري الأول متوقفة على أن يكون مالكا، وملكيته متوقفة على صحة بيع الفضولي منه، وصحته متوقفة على إجازته - أي الفضولي -.

وهذا دور.

وأيضاً: بيع المالك يتوقف على إجازة المشتري الأول، وإجازته متوقفة على ملكية، وهي متوقفة على إجازة الفضولي، وهي متوقفة على البيع. فتوقف البيع على نفسه.

وهذا دور.

وأيضاً: يلزم عدم تملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن والمثمن، أما الثاني، فلأنه قد باعه، وأما الأول، فلأن الفضولي يملكه من المشتري الأول بالإجازة بعد الشراء، هذا بالنسبة إلى ثمن البيع الأول. وأما ثمن البيع الثاني فهو للمشتري الأول، لكونه المالك الحقيقي للمال بناءً على الكشف، كما تقدم.

وأيضاً: يلزم تملك المشتري الأول للمال بالمجان إن اتحد الثمنان، أي الثمن الذي دفعه للفضولي في البيع الأول، والثمن الذي ملكه بالبيع الثاني، وإن كان الثمن في البيع الثاني أزيد، ربح المشتري الأول الزيادة، وإن كان أقل، كان بعض المال بالمجان لا كله.

الجواب عن الوجه الخامس

قال الشيخ:

والجواب عن ذلك: ما تقدّم في سابقه من ابتئانه على وجوب كون الإجازة كاشفةً عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع...

وأما بناءً على أن الملكية الحاصلة للمشتري الأول هي من حين شراء الفضولي المال من المالك الأصلي، فلا يلزم شيء من المحاذير المذكورة. وهذا هو مسلك الشيخ في الكشف.

السادس:

إن من المعلوم أنَّ للمالك أن يجيز بيع الفضولي أو يرده، لكن الرد لا يتوقف على الإنشاء، بل إن الفعل الملازم لعدم التمكن من الإجازة كافٍ لإفادة الرد، وبيع المالك المال من الفضولي فعلاً يصادّ البيع الأول الواقع من الفضولي، ويوجب دخول ثمنه في ملك المالك الأصلي، وحينئذٍ يستحيل إجازة البيع الأول، لأنها تستلزم أنَّ يملك الثمن فيه، فيكون للمال الواحد ثمنان، وهذا محال، وإذا استحالت الإجازة فقد تحقّق الرد للبيع الأول.

الجواب عن الوجه السادس

قال الشيخ:

والجواب: إن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيّه... فليس فسخاً له، خصوصاً مع عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي...

وحاصله: إن كان المراد من كون العقد الثاني الواقع بين المالك الأصلي

والفضولي فسحاً للبيع الأول: أنه إبطال لأثر العقد الأول في الجملة، فهو مسلم، لأنه قد يخرج العقد الأول بالعقد الثاني عن قابلية الاجازة. كما لو زوّجت المرأة المعقودة فضولاً نفسها من رجلٍ آخر. وإن كان المراد أنه إبطال للعقد رأساً فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك.

وبقيت شبهة وهي: إن الفضولي قد باع مال الغير لنفسه، لكنه في حين الإجازة مالك للمال، فلا مطابقة بين الإجازة والبيع.

وتندفع: بأن الإضافة إلى المالك لا دخل لها في حقيقة البيع. فأشكل الميرزا الاستاذ: بأن الإضافة قوام البيع، لأنه عبارة عن تبديل مالٍ بمالٍ، بمعنى وقوع المبادلة بين طرفي الاضافتين، وهما المال والضمن، فينتقل المال إلى المشتري بدلاً عن الثمن والضمن إلى البائع بدلاً عن المال، ولذا اعتبر الشيخ في البيع حلول كلٍّ من العوضين في محلّ الآخر.

وفيما نحن فيه: قد وقع التبديل فضولاً بين المال المضاف إلى المالك والضمن المضاف إلى المشتري، ولما وقع البيع بين المالك والفضولي انقطعت إضافة المال عنه وحدثت بذلك إضافة للمال إلى الفضولي، فإجازته للبيع الأول بلا أثر، لأن الإجازة تنفيذ، لكن البيع قد وقع بين المشتري الأول والمالك الأصلي ولم يكن له علاقة بالفضولي حتى ينفذه.

والجواب عن ذلك هو: أنا قلنا - تبعاً لكاشف الغطاء والمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - بأن البيع تملك للمال بعوض، سواء حلّ العوضان كلٌّ في محلّ الآخر أو لا. وعليه، فالبيع قابلٌ للتنفيذ من قبل الفضولي.

السَّاعِ^(١): الروايات الدالة على بطلان هذا البيع:

منها: الخبر المستفيض عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ إِذْ قَالَ: «لَا تَبِعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ»^(٢).

وهذا النهي حكم وضعي.

الجواب عن الاستدلال بالنبوي

قال الشيخ:

فَإِنَّ النَّهْيَ فِيهَا إمَّا لِفَسَادِ الْبَيْعِ الْمَذْكُورِ مُطْلَقاً بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُخَاطَبِ وَإِلَى الْمَالِكِ، فَيَكُونُ دَلِيلًا عَلَى فسادِ الْعَقْدِ الْفُضُولِيِّ. وَإِمَّا لِبَيَانِ فَسَادِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْمُخَاطَبِ خَاصَّةً كَمَا اسْتَظْهَرْنَاهُ سَابِقاً، فَيَكُونُ دَالًّا عَلَى عَدَمِ وَقُوعِ بَيْعِ مَالِ الْغَيْرِ لِبَانَعِهِ مُطْلَقاً وَلَوْ مَلَكَهُ فَأَجَازَ...

أقول:

والظاهر هو الثاني كما ذكر.

لَكِنَّ ظَاهِرَهُ يَشْمَلُ بَيْعَ السَّلَمِ، لِأَنَّهُ يَبِيعُ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ، مَعَ أَنَّهُ صَحِيحٌ بِلَا كَلَامٍ.

وكذا بيع الكلي، مع أنه صحيح عندنا خلافاً للعامة.

إِذْ، لَا بَدَّ مِنْ رَفْعِ الْيَدِ عَنْ إِطْلَاقِهِ. هَذَا أَوَّلًا.

وثَانِيًا: إِنَّ الْبَيْعَ عِبَارَةٌ عَنِ التَّمْلِيكِ وَالتَّمَلُّكِ، وَالنَّهْيُ عَنْهُ إِرْشَادٌ إِلَى عَدَمِ

(١) ليس في مقابس الأنوار عنوان «السَّاعِ» نعم، قد استدلل بالأخبار على القول بالبطلان.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٧، أبواب أحكام العقود الباب ٧ رقم: ٢.

تحقق ذلك، وهذا فيما نحن فيه مسلم، فقد قررنا أن معاملة الفضولي لا تفيد الملكية ولا يترتب عليها الأثر إلا بالإجازة بعد التملك بالشراء من المالك، سواء قلنا بالكشف أو النقل.
فالحديث أجنبي عما نحن فيه.

الجواب عن الاستدلال برواية يحيى بن الحجاج

ومنها: رواية يحيى بن الحجاج، التي وصفها صاحب المقابس بالصحيحة، وعبر الشيخ عنها بالمصححة إليه، مشيراً إلى تصحيح المحقق المذكور، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يقول اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعينها أربحك كذا وكذا.
قال عليه السلام: لا بأس بذلك، اشتريها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها^(١).

وهذا النهي وضعي كذلك، أي: لا أثر للإيجاب قبل الشراء.
وهذا المعنى ثابت فيما نحن فيه، فإن الإيجاب والقبول، أي البيع الأول لا أثر له عند القائلين بالصحة وإنما يترتب الأثر بعد أن يشتري ويجيز، فلا استدلال به للبطلان في غير محله.

الجواب عن الاستدلال برواية خالد بن الحجاج

ومنها: رواية خالد بن الحجاج، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا وكذا.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٢، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ١٣.

قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟

قلت: بلى.

قال: لا بأس به، إنما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام^(١).

قال الشيخ:

بناءً على أن المراد...

أقول:

ذكر ثلاثة وجوه، والأظهر من بينها هو الثاني.

إلا أن هنا وجهاً رابعاً هو المختار عندنا، بأن يكون المعنى: الكلام الواحد الذي صدر من الفضولي هو محرّم للمال وضعاً، أي لا أثر له قبل أن يشتريه من مالكه، وهو المحلّل له، أي: الموجب لترتب الأثر بعد أن يشتريه. وعليه، فالتمسك به للبطلان ساقط.

الجواب عن الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم

ومنها: صحيفة محمد بن مسلم، قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي متاعاً لعلّي اشتريه منك بنقدي أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله. قال: ليس به بأس، إنما يشتريه منه بعد ما يملكه^(٢).

دلّ بالمفهوم على أن الشراء قبل الملك فيه بأس، أي: لا أثر له، وحينئذٍ يفسد البيع.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٦.

وفيه - بقطع النظر عما في إطلاقها كما تقدم - إن مسألتنا من هذا القبيل، فإن الفضولي يشتري المال من المالك الأصلي ويتملكه، ثم يجيز البيع الواقع أولاً، فيكون ممّا لا بأس به. نعم، لو كان الكشف بالمعنى الذي اختاره صاحب المقابس، كان الاستدلال بها للبطلان في محله.

الجواب عن الاستدلال بصحیحة منصور

ومنها: صحیحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السّلام: في رجل أمر رجلاً ليشتري له متاعاً فيشتريه منه. قال: لا بأس بذلك، إنّما البيع بعد ما يشتريه^(١). وفيه:

إن ظاهر الصحیحة عدم وقوع حقيقة البيع - أي النقل والانتقال - إلا بعدما يشتري المتاع. ونحن نقول بهذا المعنى في مسألتنا، فالاستدلال بها للبطلان بلا وجه. هذا، بقطع النظر عما في إطلاقها كذلك.

الجواب عن الاستدلال بصحیحة معاوية بن عمار

ومنها: صحیحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام: يجيئني الرجل فيطلب مني بيع الحرير، وليس عندي منه شيء، فيقاولني عليه واقلوله في الريح والأجل حتى نجتمع على شيء، ثم أذهب فأشتري الحرير فأدعوه إليه.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥١، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم: ٨

فقال: أَرَأَيْتَ إِنْ وَجَدَ مَبِيعاً هُوَ أَحَبُّ إِلَيْهِ مِمَّا عِنْدَكَ، أَيْسْتَطِيعُ أَنْ يَنْصَرِفَ إِلَيْهِ وَيَدْعَكَ، أَوْ وَجَدْتَ أَنْتَ ذَلِكَ، أَتَسْتَطِيعُ أَنْ تَنْصَرِفَ عَنْهُ وَتَدْعَهُ؟
قلت: نعم.
قال: لا بَأْسَ^(١).

وهذه الصَّحِيحَةُ أَجْنَبِيَّةٌ عَمَّا نَحْنُ فِيهِ وَالِاسْتِدْلَالُ بِهَا عَجِيبٌ، لِأَنَّ صَرِيحَهَا الْمَقَاوِلَةَ، وَكَلَامُنَا فِي الْبَيْعِ، فَهِيَ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ مَجْرَدَ الْمَقَاوِلَةَ لَا يُوْجِبُ الْإِلْزَامَ وَالِاتِّزَامَ، وَهَذَا مَفَادُ الصَّحِيحَتَيْنِ السَّابِقَتَيْنِ أَيْضاً.

الجواب الأخير عن النصوص

ولو تَنَزَّلْنَا عَنْ جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ، فَهَذِهِ النُّصُوصُ مَحْمُولَةٌ عَلَى التَّقْيَةِ، لَكُونِهَا مَعَارِضَةً بِمَا عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَجَّاجِ وَإِسْحَاقَ بْنِ عَمَّارٍ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنِ الرَّجُلِ يَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرَّجُلِ لَيْسَ عِنْدَهُ، فَيَشْتَرِي مِنْهُ حَالاً.

قال: لَيْسَ بِهِ بَأْسٌ.

قلت: إِنْ هُمْ يَفْسُدُونَهُ عِنْدَنَا.

قال عَلَيْهِ السَّلَامُ: وَأَيُّ شَيْءٍ يَقُولُونَ فِي السَّلَمِ؟

قلت: لَا يَرُونَهُ بِأَسْأً، يَقُولُونَ هَذَا إِلَى أَجَلٍ، فَإِذَا كَانَ إِلَى غَيْرِ أَجَلٍ وَلَيْسَ عِنْدَ صَاحِبِهِ فَلَا يَصْلَحُ.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٥٠، أبواب أحكام العقود، الباب ٨ رقم ٧.

قال عليه السّلام: فإذا لم يكن إلى أجلٍ كان أجود وأحقّ^(١).

وعن صفوان عن عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله عليه السّلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً وليس عندي أيصلح أن أبيعهُ إياه وأقطع له سعراً...

قال: لا بأس بذلك^(٢).

وملخص الكلام:

أما روايات: «لا تبع ما ليس عندك»، فالنهي فيها وضعي، أي: لا أثر لبيع ما ليس عندك، وهو أعمّ من الكلّي والشخصي، فلا مناص من تقيدها بما دلّ على الجواز في الكلّي، فيختصّ بالشخصي. لكنّ الفضولي عندما يشتري المال من المالك الأصلي يكون مالكاً، فليس من بيع ما ليس عندك.

وأما الروايات الواردة في بيع العين الشخصية، فقد ظهر عدم دلالتها على البطلان في مسألتنا، وحملها على التقية بدعوى كونها بسياق ما ورد في بيع الكلّي كما في كلام الشيخ، خلاف الظاهر.

وأما الروايات في بيع الكلّي، فهي خلاف ما عليه المذهب، فتحمل على

التقية.

بل من الجائز الاستدلال بالروايات المذكورة كلّها على صحّة بيع الفضولي الذي أجازه بعد تملك المبيع، وهو أولى من الاستدلال بها على الفساد.

(١) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٦، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ١٨ / ٤٩، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، رقم: ٢.

وتبقى إشكالات:

أحدها: ما ذكره صاحب المقابس في الإشكال على الشهيد، قال: وما يظهر من الشهيد رحمه الله من حمل نحو هذه الأخبار على ما إذا أراد اللزوم بمجرد الانتقال لا بالإجازة بعده، فبعيد ظاهر، فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، ولم يؤمر بفعله بعده، مع أن التسليم كان يحصل بعده وهو في حكم الإجازة، لأنها تحصل بالفعل كما تحصل بالقول...^(١) فاعترضه صاحب المقابس قائلاً:

وقد أورد الشيخ هذا الإشكال وأجاب عنه فقال:

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية. مدفوع...

وحاصل الجواب هو: إن الإجازة - وإن كانت أعم من القول والفعل - غير التسليم، والذي في هذه الروايات هو التسليم للمال باعتقاد أن البيع الواقع مملّك فيجب تسليم المال لصاحبه، ولا ربط لذلك بالإجازة المالكية المعبر فيها اختيار المالك بأن يجيز أو يرد. وهذا جواب متين لا غبار عليه.

والثاني ما طرحه الشيخ نفسه وأجاب عنه، حيث قال:

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد... ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه... لكن الظاهر بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم: إرادة اللزوم من الطرفين...

أقول:

وهذا الجواب عجيب جداً - بقطع النظر عما قررنا في البحوث السابقة من أن هيئة المفاعلة غير موضوعة لصدور المبدء من الطرفين، فقد وردت في صدوره من الطرف الواحد مثل: خاطب القوم، ساعد الفقير، وارى الميت إلى غير ذلك، فجعل الخبر المتقدم المتضمن للمواجهة قرينةً على المدعى، في غير محله - فإن الرواية صريحة في عدم اللزوم من ناحية الأصيل. والتحقيق في الجواب: بالإضافة إلى ما ذكرنا سابقاً من عدم اللزوم من طرف الأصيل أيضاً، هو: إن الرواية ظاهرة في الردع عن جعل المقابلة السابقة بيعاً، فهي أجنبية عن معاملة الفضولي.

والثالث: قوله أيضاً:

إن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع، وعدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقاً حتى مع الإجازة...

وفيه:

إنه لو رتب الحكم على الموضوع ثم ورد القيد، فهل يرجع القيد بحسب ظاهر اللفظ إلى الموضوع أو إلى الحكم؟

ففي الرواية: «لا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها» فهل قوله «قبل...» قيد لـ «لا تواجهه» أو لـ «البيع»؟

هذا أولاً.

وثانياً: القبلية الزمانية قد تكون دخيلة في الحكم كقولك: لا تدخل الدار قبل زيد، وقد لا تكون كذلك، كقولهم: لا أثر للمقتضي قبل شرطه، إذ المعنى عدم تأثير المقتضي بدون شرطه.

والرواية من هذا القبيل، إذ المراد أن المعاملة مشروطة بالملكية وأنه لا أثر للبيع من غير المالك، لأن القبليّة الزمانيّة دخيلة في الحكم. وعليه، فإنّ الفضولي بعد ما اشترى المال من المالك الأصلي حصلت له الملكية، ولمّا أجاز البيع السّابق تحقق استناده إليه فكان البيع من المالك، فيترتب عليه الأثر، والإطلاق بالنسبة إليه محال.

وعلى الجملة، فإنّ ظاهر الروايات دوران الفساد مدار عدم الملكية، فإذا حصلت الملكية انتفى الفساد.

قال الشيخ:

فيقوى في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضاً... أريد بها الكراهة أو وردت في مقام التقيّة... لكنّ الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الرواتين المتقدّمتين الواردين في بيع الشخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلّي، خلاف الإنصاف... فتدبرّ.

أقول

إن اعتماده للقول بالبطلان في البيع الشخصي -بالإضافة إلى الرواتين - على عموم التعليل، عجيب جدّاً، فإنّ التعليل في صحيحتي محمد بن... مسلم ومنصور بن حازم - بعد حملهما على التقيّة كما اعترف هو أيضاً - صوري، فكيف يستدلّ به؟

فإن قيل:

لعلّ المتاع الذي طلب الرجل شرائه كان عيناً شخصيّة غير أنّ الراوي عبّر بالنكرة، وعدم استفصال الإمام يدلّ على العموم.

قلت:

يلزم من ذلك استعمال لفظ البأس في أكثر من معنى، بأن يكون في بيع الشخصي دالاً على الحرمة الوضعيّة، وفي الكلّي على الكراهة ومحمولاً على التقية. [١]

النظر في رأي الشيخ

قال الشيخ:

فالأقوى العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور.

أقول:

أي: عملاً بالروايتين في بيع الشخصي. وأما ما ورد في بيع الكلّي، فقد وافق على حمله على التقية.

[١] ولعلّ الشّيخ رحمه الله قد أشار بالأمر بالتدبر إلى ما أفاده السيد رحمه الله، وإن اختلفت كلمات الأكابر في وجهه، قال الشيخ المحقّق الإصفهاني: لا يخفى أنه لا يمكن التبعض في التعليل، بحمله على التقية أو الكراهة في بعض موارد وهو الكلّي، وبإبقائه على حاله في الشخصي، خصوصاً مع أن مورده الكلّي، فبالقائه في مورده المنصوص وإبقائه في غيره، في غاية البعد. ولعلّه أشار رحمه الله إليه بالأمر بالتدبر، فيقوى احتمال الكراهة مطلقاً لئلا يقع في كلفة ما لعلّه لا يتمكّن من تحصيله مقدّمة للوفاء في الكلّي وتثميماً للمعاملة في الشخصي. (١)

وفيه:

أما صحيحة يحيى بن الحجاج، فالجواب عن الاستدلال بها على بطلان بيع ما لا يملك هو: أنه يحتمل قوياً أن يكون البطلان من جهة كون بيع الثوب والدابة مع الريح قبل شرائهما بيعاً غريباً، لعدم العلم بقيمة الشراء. فهي أجنبية عما نحن فيه.

هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا أنه نهى عما لا يملك، لكنّ المواجهة هي تثبيت البيع لعدم سلطته على ملك الغير، وهذا لا ينافي استيجاب البيع بعد حصول سلطته على المال بشرائه من مالكة ودخوله في ملكه.

وبعبارة أخرى: هذا النهي وضعي، أي: المواجهة على ملك الغير لا أثر لها، فإذا دخل في ملكك جازت المواجهة وترتب الأثر عليها.

وأما رواية خالد بن الحجاج - أو ابن نجيح - المعتبرة بابن أبي عمير، فالجواب هو: إن محصل فقهاء أن الاستدعاء غير ملزم، بل الملزم هو الكلام المعاملي، فلا ربط لها بما نحن فيه. هذا أولاً.

وثانياً: لو سلمنا، فلعلّ النهي من جهة لزوم الغرر لا من جهة بيع ما لا يملك، ولا أقل من الإجمال.

قال الشيخ:

ومما يؤيد المنع - مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق - رواية الحسن بن زياد الطائي... فإنها ظاهرة بل صريحة في...

وهذا نصّ الرواية قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً، فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟

فقال: علموا أنك تزوّجت؟

قلت: نعم. قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً.

قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك»^(١).

وتقريب الاستدلال هو: إنّ علّة البقاء بعد العتق على التزوّج الذي وقع فضولياً، هو إقرار المولى المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه وتصرّفاته مسوّغةً للبقاء على تزوّجه وعدم الحاجة إلى التجديد، لم يحتاج إلى استفصال الإمام عن أن المولى لما علم سكت أم لا، للزوم العقد على كلّ تقدير.

فكذلك في بيع الفضولي ما لا يملك، فإن شرائه لما باعه وإجازته للبيع غير مؤثّر.

وفيه:

إن بين مورد الرواية ومحلّ البحث بوناً بعيداً، لأنّ شرط صحّة البيع هو رضا المالك، سواء كان المالك الأصلي أو الفعلي وهو الفضولي، بخلاف مورد الرواية، فإن الشرط إجازة المولى مادام المتزوّج عبداً، وله أن يجيز أو لا يجيز، وأمّا بعد صيرورته حرّاً فقد تبدّل العنوان، واشتراط إجازة المولى حينئذٍ باطل.

الواجب هو الاقتصار على مورد الروايات

قال الشيخ:

ثم إنّ الواجب على كلّ تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات...

(١) وسائل الشيعة ٢١/١١٨، الباب ٢٦ من أبواب أحكام العبيد والإماء رقم: ٣.

أقول:

إن مورد الروايات هو البيع الجزمي، وهذا معنى «المواجهة» في قوله عليه السلام: «لا تواجهه البيع»، وكذلك معنى: «لا تبع ما ليس عندك»، إذ المنهي عليه هو البيع الشائع المتعارف، وهو البيع الثابت المستقر. أما لو باع منوطاً بالإجازة ومرتقياً لها فهو ليس بموردٍ لها. وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة^(١) نافياً للخلاف في فساد.

فروع لا حاجة للبحث عنها

ثم ذكر الشيخ عدّة فروع لا حاجة للبحث عنها، لوضوح النظر في بعض كلماته ممّا ذكرناه في مناقشتنا لكلماته السابقة. وهذا تمام الكلام في المسألة الثانية.

المسألة الثالثة

مالو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف
فبان كونه جائز التصرف

وفيها أربع صور:

الصورة الأولى: (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه ولياً على البيع)

قال الشيخ:

فلا ينبغي الإشكال في اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولي.

أقول:

وفي المقابس^(١): لوجود المقتضي وعدم المانع. وذلك لأنه في واقع الأمر ذو ولاية على البيع، والاعتقاد بالخلاف لا دخل له في حقيقة العقد ولا يوجب تغيير الواقع عما هو عليه، فالعقد صادر من أهله وواقع في محله، فلا يحتاج إلى الإجازة.

وعن القاضي ابن البراج الإشكال في خصوص بيع وشراء العبد: أنه إذا

أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشترى وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذوناً في التجارة، ولا يجوز له شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشترى وباع جاز ما فعله بعد الإذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له، كان بيعه وشرائه منهم جائزاً، وجرى ذلك مجرى الإذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز^(١).

ويرد على ما ذهب إليه الشيخ تبعاً لصاحب المقابس: أنه مبني على طريقة العلم والاعتقاد إلى الواقع، وهذا يستلزم المحال بناءً على ما عليه المشهور - وهو المختار عند الشيخ - من أن الملكية أمر واقعي والعقد آلة لوجودها، لأن استعمال الآلة يحتاج إلى القصد، ومن يعتقد بعدم ولايته ويعلم بعدم آلية العقد الذي يجريه، كيف يعقل تسببه وتشبته به لإيجاد الملكية الواقعية؟

نعم، يندفع هذا الإيراد، بناءً على اعتبارية الملكية كما هو المختار عندنا، كما ذكرنا مراراً.

فالحق: عدم لزوم، بل يتوقف ترتب الأثر على الإجازة بعد العلم بالولاية أو الوكالة.

وأما المحكي عن القاضي رحمه الله، فيرجع إلى النظر في مدلول روايات اعتبار إذن المولى في تصرفاته في أمواله، وأنها ظاهرة في كفاية الرضا الباطني أو اعتبار إظهار الرضا أو إنشاء الإذن والترخيص الصريح؟ وجوه. ولعل فتوى القاضي هو الوجه الثاني، ويشهد بذلك قوله «فإن أمر السيد

قوماً...» وعليه، فلا ربط لكلامه بما نحن فيه.

وأما قول المحقق الخراساني هنا: يشكل فيما كان جواز تصرفه من جهة ولايته، كالأب والجد مثلاً: بأن منصرف أدلة نفوذ تصرفات الولي غير ما إذا كان تصرفه كذلك أي: باعتقاده أنه غير ولي وغير جائز التصرف. فتأمل^(١). فالظاهر منه الفرق بين موارد دخل الإذن في التصرف، كما في الوكيل والوصي، فالواقع كافٍ وإن اعتقد الخلاف، وموارد الولاية، فإنه يعتبر فيها التصرف لكون زمام الأمر بيده، بدليل انصراف الأدلة إلى هذا، فلو كان معتقداً بالخلاف لم يكن تصرفه بهذه الحيثية، فلا يترتب عليه الأثر. [١]

[١] أقول: هكذا بين السيد الجد رحمه الله مراد المحقق الخراساني، وترك الإشكال عليه بعدم الموجب للانصراف الذي ادّعاه، ولعله لوضوحه. ومنهم من فسر كلامه بنحو آخر فأشكل عليه بلزوم المحال، قال: فأدلة إثبات الولاية للأب والجد ونفوذ تصرفات الوكيل بعد كون مفادها جعل نفس الولاية ومالكية الأمر والمختارية في ذات الولي والوكيل، لا يعقل انصرافها إلى حال العلم بالولاية والوكالة، كما ادّعاه بعض الأساطين في حاشيته على هذا المقام من مكاسب شيخنا المرتضى رحمه الله...^(٢) أي: إن تقييد جواز التصرف بالعلم بجواز التصرف معناه أخذ علة الحكم في موضوع الحكم، وهو محال. لكن المحقق الخراساني لا يريد ذلك حتى يرد عليه الإشكال من هذه الناحية.

(١) حاشية المكاسب المحقق الخراساني: ٤٢.

(٢) كتاب البيع للشيخ الأراكي ١ / ٣٨١.

الصورة الثانية (أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً)

قال الشيخ:

فالظاهر أيضاً صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا يقدر. وفي توقفه على إجازته للمولى عليه وجه... فتأمل.

أقول:

لا يمكن المساعدة على ما ذكر، لأن البيع أمر إنشائي، والإنشاء لا يكون بلا قصد، بل هو تابع للقصد، فلا بد من المطابقة بينهما. هذا من جهة. ومن جهة أخرى: البيع مبادلة مال بمال، أو إنشاء تملك عين بعوض كما عليه الشيخ، أو التبديل بين طرفي الإضافتين كما عليه الميرزا الاستاذ. وعلى كل تقدير، فإن من يعلم بأن المتاع ملك للغير ويعتقد بعدم جواز تصرفه فيه، لا يتمشى منه قصد البيع لنفسه ودخول الثمن في ملكه جداً، نعم، يمكن قصد المعاوضة منه ادعاءً للملكية، ونتيجة ذلك قيام كل من العوضين مقام الآخر ادعاءً.

فالصحيح عدم صحة العقد.

وأما توقفه على إجازته للمولى عليه، فإنه إذا كان أباً أو جداً أو قتيماً، كان له أن يجيز البيع للمولى عليه بعد لحاظ المصلحة. وأما الوكيل في الواقع والجاهل بوكالته في البيع، فإنه بعد انكشاف الواقع ليس له أن يجيز، لأن المفروض كونه وكيلًا في البيع دون الإجازة.

إذن، لا بد من التفصيل.

هذا كله بناءً على المسالك المذكورة في حقيقة البيع.
 وأما على مسلك الشيخ الكبير - وهو المختار - من أن البيع هو التملك
 لا بالمجان، من دون لزوم قيام العوض مقام المعوض - وإن كان الظهور
 الإطلاقي للبيع يقتضي ذلك - فالإجازة إن كانت من الموكل أو المرخص في
 البيع، تقتضي صحة البيع ودخول الثمن في ملك الوكيل، وأما في مثل
 الصغير ونحوه، فلا، لأنها على خلاف المصلحة.
 فظهر مواقع النظر في كلام الشيخ رحمه الله في هذه الصورة.

الصورة الثالثة (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه مالكاً)

قال الشيخ:

المشهور الصحة... إلا أن الشهيد^(١) ذكر في قواعده: أنه لو قيل بالبطلان
 أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده...
 لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً، فالمشهور الصحة، بل ربما استفيد
 من كلام العلامة في القواعد^(٢) والإرشاد^(٣) - في باب الهبة - الإجماع...

(١) القواعد والفوائد ٢ / ٢٣٨.

(٢) إرشاد الأذهان ١ / ٤٥٠.

(٣) إرشاد الأذهان ١ / ٤٥٠.

وجوه البطلان والجواب عنها

وقد ذكر للبطلان ثلاثة وجوه:

الأول: إنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه.

والثاني: إنه وإن كان منجزاً في الصورة إلا أنه معلق. والتقدير: إن مات مورثي فقد بعته. كذا في الإيضاح^(١). والظاهر أن الصحيح: إن كان أبي حياً فقد بعته.

والثالث: إنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره.

أجاب الشيخ:

أما عن الأول، فإنه يبيع عن أبيه من حيث أنه مالك، فهو قاصد في الحقيقة البيع عن المالك، لكنه قد أخطأ في التطبيق، فليس من بيع من لا يملك.

وأما عن الثاني، فبوجهين:

أحدهما: إنه يخالف مقتضى الدليل الأول.

وهذا الإيراد في محله كما لا يخفى.

والآخر: منع كونه في معنى التعليق... إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى

النقل معلق على تملك الناقل وبدونه فالقصد صوري. لكن فيه حينئذٍ: إن هذا القصد الصوري كافٍ، أي: له الصحة التأهيلية، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي.

وأما عن الثالث، فبأنه ليس عابثاً بل الداعي العقلاني موجود. فهذه أدلة القول بالبطلان في مقابل المشهور، وأجوبة الشيخ عنها. ولكن ينبغي البحث في المسألة بالتفصيل، بذكر سائر الأقوال وأدلتها وأنظار المتأخرين عن الشيخ وبعض مشايخنا في المقام، فنقول:

تفصيل الكلام في المقام

في هذه المسألة أربعة أقوال:

- ١- إنه بيع صحيح ولازم، وهو المشهور.
- ٢- إنه باطل، احتمله العلامة والشهيد والفخر.
- ٣- إنه بيع فضولي، فيحتاج إلى الإجازة، وعليه الشيخ تبعاً للمحقق والشهيد الثانيين.
- ٤- إنه بيع خيارى، قواه صاحب المقابس.

دليل القول المشهور

إن حقيقة البيع صادقة هنا على جميع الأقوال، والخصوصية الشخصية للمالكين غير دخيلة في حقيقتها عند الكل، فهو بيع صحيح. وهو أيضاً لازم ولا يحتاج إلى الإجازة لما سيأتي.

دليل القول بالبطلان

وجوه ثلاثة ذكرناها.

تقريب الأول: إنه باع عن أبيه، أي إنه قد قصد وقوع البيع لأبيه وخروج الشيء عن ملك والحال أنه خارج عن ملك نفسه، فلو قلنا بصحة هذا العقد لزم أن لا تتبع العقود للقصود، وهو باطل.

وتقريب الثاني: إن هذا البيع لنفسه، وحيث أنه معتقد حياة أبيه يكون في الحقيقة معلقاً على موته بالتقدير المذكور.

وتقريب الثالث: إنه مع الاعتقاد بعدم كون المال له ولا سلطنة له على البيع، غير قاصدٍ للانشاء.

النظر في الأجوبة

أجاب الشيخ عن الأول: بأنه قد قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده...

أقول:

يرد على قول الشيخ: أما قصد نقل الملك عن الأب، فلا يقدر في وقوعه، لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده...:

أولاً: الحيثية التعليلية عبارة عن ترتب الحكم على ذات الموضوع بعلة كذا. فالعلة واسطة في ثبوت الحكم للموضوع. والتقييدية عبارة عن ترتب الحكم على الموضوع بقيد انصافه بكذا، فهي جزء للموضوع ولا يصح القول بكونها تمام الموضوع.

فلو قيل: بعته عن أبي الذي كان مالكا، ليس بمعنى بعته عن المالك.

وثانياً: إن القضايا إما حقيقية، وهي التي يترتب الحكم فيها على صرف وجود الكلّي الطبيعي، فيعمّ الأفراد المحقّقة بالفعل والمقدّرة الوجود. أو خارجيّة، وهي التي يكون الحكم فيها مترتباً على الوجود الخارجي. والمقسم للحيثيّة التعليليّة والتقيديّة هو القضايا الحقيقيّة، أمّا في الخارجيّة

فالدواعي والعلل هي الحثّيات، ولا معنى للحيثيّة التعليليّة أو التقيديّة في القضايا الخارجيّة. ويرد عليه أيضاً:

إنّ القول بأن الحيثيّة تعليليّة والعلّة خارجة، أولى من جعلها تقيديّة. وأيضاً: إنه إذا كان المالك تمام الموضوع - كما هو صريح العبارة - فلماذا قال بعد ذلك بأنّ الأقوى وقوفه على الإجازة؟

وأجاب الشيخ عن الثاني:
أولاً: إنه ينافي مقتضى الدليل الأوّل.
وفيه: إنّ المقصود أنه باع مال الغير لنفسه، فلا منافاة.

وثانياً: إنّ لا تعليق في الإنشاء، وأنّما هو في ترتب الأثر الشرعي فإنّه المعلّق على موت الأب، وهذا لا ربط له بالإنشاء. وأجاب عن الثالث:

إنّ له الدّاعي العقلاني على الإنشاء، وربما كان برجاء الإجازة من الغير، فليس عابثاً.

وعلى الجملة، فإن ما يمكن المساعدة عليه من الوجوه هو الأوّل، ومن

أجله وافق المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ فخر المحققين على القول بالبطلان، وملخص كلامهما^(١) بتقريب منا هو:

إن مورد البحث هو أن يبيع الولد عن أبيه ولأبيه، فكيف يقع صحيحاً عن نفسه ولنفسه، والحال أن العقود تتبع القصد؟
وأيضاً، كيف تؤثر إجازته البيع عن أبيه ولأبيه فيكون عن نفسه ولنفسه،
والحال أن من شرط الإجازة أن تكون على طبق ما وقع عليه المجاز؟
أقول:

تارةً: يبيع عن الغير وله بقصد كونه وكيلاً عن الغير، فهو فضولي في الوكالة، وأخرى: يبيع فيوجد المبادلة بين المالين بمالهما من الملكية في حدّ نفسهما. فإن كان الأول، فالبطلان بلا ريب. وإن كان الثاني، فالبيع صحيح لكنه موقوف على الإجازة. ووجه الحاجة إليها هو أن أثر الإجازة هو الرضا أو إسناد البيع، وهنا الإسناد حاصل، لكنّ رضاه بأن يكون الذي وقع لنفسه موقوف على الإجازة، نظير بيع المكره.
فالتحقيق هو التفصيل، بين ما هو باطل محض، وما هو صحيح لازم.

دليل القول بالصحة وعدم الحاجة إلى الإجازة

قال الشيخ:

ظاهر المحكي عن غير واحد^(٢): لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة.

(١) حاشية الخراساني: ٤٢، حاشية الإصفهاني ٢/٢٤٣.

(٢) أنظر: مقابس الأنوار: ١٣٦.

فذكر دليلين:

أحدهما: إن المالك هو المباشر للعقد، فلا وجه لإجازة فعل نفسه.
والثاني: إن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل
المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه وإن لم يشعر به، فهو أولى من
الإذن في ذلك فضلاً عن إجازته، وإلا توجه عدم وقوع العقد له.
أما الأول، ففيه: إن الإجازة ليست من أجل الاستناد، بل من أجل إظهار
الرضا كما في بيع المكره.

وقد أجاب عنه جامع المقاصد^(١): بأنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك
الآن، بل مع إجازة المالك.

قال الشيخ: هذا الجواب مندفع، بما ذكره جامع المقاصد بقوله: إلا أن
يقال: إن قصده إلى أصل البيع كاف.

قال: وتوضيحه: أن انتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة
المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه،
وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود... مع أن عدم القصد المذكور
لا يقدر بناءً على الكشف، بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه.

لكن شيخنا الاستاذ أوضح عبارة جامع المقاصد بوجه آخر^(٢).

وأما الثاني، فقد أجاب عنه الشيخ بما حاصله:

إن حقيقة البيع نقل العين الخارجية إلى الغير بعوض، لكن هذا لا يكفي
لجواز تصرف المشتري فيه، لأن تصرفه منوط برضا المالك، فمن باع

(١) جامع المقاصد ٧٦/٤.

(٢) الحاشية على المكاسب ٢٤٥/٢.

معتقداً بأن المال ليس له - وإن كان في الواقع له - لا أثر لرضاه، لأنه إنما يؤثر حيث يعلم بكونه ملكاً له. وهذا وجه الحاجة إلى الإجازة، لأن الغرض من لزومها حصول الاستناد إليه بها.

وتوضيح ذلك هو: إن من الأمور ما موطنه الخارج، ومنها ما موطنه النفس بإيجادٍ منها. والأول: منه ما يترتب عليه الأثر بما هو، سواء قصد عنوانه أو لا، فإن حلية العصير العنبي بذهاب الثلثين، وحلية السمك بالموت في خارج الماء، سواء علم بذلك أو لا، نعم للعلم الطريقية في مقام ترتيب الأثر. ومنه ما يكون للعلم فيه الموضوعية، كما في أغلب محرمات الإحرام، وكما في التكلم في الصلاة مثلاً، بخلاف الاستدبار، فهو مبطل على كل حال، ومن هنا يظهر أنه يمكن أن يكون العلم في بعض خصوصيات الشيء الواحد طريقيّاً وفي بعضها الآخر موضوعيّاً، بحسب مقتضى الأدلة في كل منها.

هذا في القسم الأول وهو الأفعال الخارجية.

وأما الثاني - أي الأفعال النفسانية - فلا تحقّق لها إلا بالعلم، فما لم يعلم بالشيء لا يحصل له الرضا أو الحب أو البغض والتمني والترجي... بالنسبة إليه أبداً.

فمتى رتب الشارع الحكم على أمرٍ نفساني فلا بد من العلم به، ومتى رتب على أمرٍ خارجي، فالمتبع في ذلك هو الدليل.

وعلى هذا، فلما كان الإنشاء وكذا الرضا بالمنشأ من الأمور النفسانية، فلا بد من العلم، ومع عدم العلم لا يترتب عليه الأثر، فلو باع شيئاً أو أعتق عبداً وهو غير عالم بكونه ملكاً له، لم يترتب عليه الأثر، لأنه غير راضٍ بذلك.

نعم، الفرق بين العقود والإيقاعات، هو أن للعقود الفاقدة للعلم والرضا في حينها القابلية للصحة بلحوقه بها، بخلاف الإيقاعات، فما كان منها فاقداً للرضا المقارن لا يقبل الصحة.

وبعبارة أخرى: العقود لها الصحة التأهيلية والصحة الفعلية، وليس للإيقاعات إلا الصحة الفعلية.

دليل القول بالصحة مع الخيار

فالنقل والانتقال حاصل، غير أنه قابل للفسخ، بخلاف الإجازة، فإنه لولاها لم يتحقق النقل والانتقال. وأيضاً: الإجازة تتعلق بنفس العقد، أما الفسخ فيتعلق بأمر خارج عن العقد.

فقال صاحب المقابس^(١): إن لزوم هذا العقد ضروري.

وفيه: إن نتيجة جريان قاعدة نفي الضرر أن له أن يجيز أو يرد، لأن يمضي أو يفسخ.

لا يقال: إن كان الملاك لترتب الأثر هو الرضا فتتوقف المعاملة على الإجازة، ففي بيع المعيب أو المغبون فيه وغير ذلك كذلك، فلماذا يقال هناك بالخيار وهنا بالإجازة؟

لما تقدم من أن الحيثية في القضايا الخارجية تعليلية، فهو يشتري الشيء راضياً به لاعتقاده كونه سالماً ومساوياً للثمن، وهكذا... فالاعتقاد والرضا هناك حاصل.

قال الشيخ:

ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقف على القول بصحة عقد الفضولي، بل يجئ على القول بالبطلان، إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير...

أقول:

إن أدلة القول بالبطلان هي: آية التجارة، فالبيع الواقع على ملك الغير ليس «عن تراض»، وآية الوفاء، إذ المعتبر فيها «عقودكم»، والحديث «لا تبع ما ليس عندك» وغير ذلك.

وهذه الأدلة لا تجري فيما نحن فيه، لأن المال مال البائع في نفس الأمر، واعتقاده بكونه للغير لا أثر له، فالآيتان وغيرهما من الأدلة شاملة له.

إلا أن يستدل على بطلان عقد الفضولي بأخبار «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره» لأن مفادها حكم عقلائي، والموضوع فيها الاعتقاد والعلم، وهو هنا معتقد بكون المال للغير، وهذا القبح العقلي يستلزم الحرمة الشرعية وهي تستلزم الفساد.

ولكن التحقيق عدم تمامية الاستدلال بهذه الأخبار على بطلان عقد الفضولي. كما ذكرنا في محله.

الصورة الرابعة (أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فينكشف أنه له)

قال الشيخ:

والأقوى هنا أيضاً الصحة... بمثل ما مر في الثالثة. وفي عدم الوقوف هنا وجه

لا يجري في الثالثة...

أقول:

لا حاجة إلى تكرار ما سبق. ويبقى ما أشار إليه بقوله: وفي عدم الوقوف... وتوضيحه:

إنه إنما أقدم على البيع في المسألة الثالثة لدعواه الملكية للشيء كما ذكر الشيخ في الغاصب، أو من باب المجاز من باب الأول والمشاركة، أو على تقدير موت مورثه كما ذكر الفخر، فهو هناك يبيع بانياً على كونه مالكاً. فهو في الصورة الثالثة يبيع عن الغير وللغير، والذي انكشف هو كون البيع عن نفسه ولنفسه، فهناك مخالفة بتمام المعنى بين الذي أنشأه وبين الحقيقة. بخلاف ما نحن فيه، حيث المخالفة ليست بتلك المثابة، فهناك يحتاج إلى الإجازة دون هذه الصورة.

ولكن التحقيق عدم الفرق بين الصورتين، وأنه لا بد من التفصيل.

القول

في المُجاز

واستقصاؤه يكون ببيان امور:

الأمر الأول اعتبار كون العقد جامعاً للشرائط

قال الشيخ:

يشترط فيه كونه جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك...
في هذا الأمر جهتان: إحداهما: اشتراط كون العقد جامعاً للشرائط،
والثانية: هل يشترط ذلك بقاء أو لا؟

ما هي الشرائط؟

أما الأولى، فالشرائط خمسة أقسام:

أحدها: شرائط العقد بما هو عقد، كالعربية والماضوية والموالة...

الثاني: شرائط المتعاقدين، كالبلوغ والعقل...

والثالث: شرائط العوضين، كالمالية والملكية والطلقية.

والرابع: رضا المالك.

والخامس: كون المشتري مسلماً إن كان المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً.

ولما نبحت عن أن الإجازة اللاحقة لعقد الفضولي من المالك تغني عن الرضا

المقارن أو لا، فإنه يشترط أن يكون العقد واجداً للأقسام الثلاثة الأولى المذكورة.

ولا يتوهم: كفاية الشرائط في الأصل لكونه أحد طرفي المعاملة حقيقة، ولذا يكون العقد لازماً في حقّه، وأمّا الفضولي فأجنبي عن المعاملة. قال الشيخ: وذلك، لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه، وعلى أيّ حال، فيعتبر اجتماع الشروط عنده. ولهذا لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين. [١]

[١] قال المحقق الإصفهاني: قوله: وذلك لأنّ العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه... هذا تعليل لعدم كفاية تحقق الشروط في الأصل فقط كشافاً ونقلًا، وأنه لا بدّ من تحققها في الفضول أيضاً في مرحلة تحقق العقد بينه وبين الاصل. توضيحه: أنّ الشرط له الارتباط بالسبب والمقتضي لا بالمسبب والمقتضى، فلا يكفي وجوده عند وجود المسبب فقط مع عدم إقتران السبب به، فالشرائط مربوطة بالبيع الانشائي الذي يتسبب به إلى الملكية دون البيع بالحمل الشائع. ومنه يعلم أنّ الإجازة سواء كانت شرط تأثير البيع الانشائي أو جزء السبب المؤثر لا يكفي تحقق الشرائط عندها، لا من حيث إنّ الشرط مربوط بالسبب لا بالمسبب، لأنّ فرض جزئيتها للسبب المؤثر يصحح ارتباطه بالسبب، بل من حيث إنّ ظاهر أدلة الشرائط ارتباطها بالبيع الذي لا بدّ من حمله^(١) على البيع الإنشائي، ومن المعلوم أنّ الإجازة ليست مقوّمه للبيع الانشائي، وإنّ كانت على فرض الجزئية مقوّمه للسبب المملوك، ففرض الشرطية يوجب عدم ارتباطها بالبيع بالحمل الشائع، وفرض

وعلى الجملة، فإنه يشترط في عقد الفضولي المجاز من قبل المالك توفر الشرائط المذكورة فيه.

نعم، لو دلّ دليل على اعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في اعتباره في أصل الإنشاء، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، ولعلّ من هذا القليل القدرة على التسليم وإسلام المشتري المصحف والعبد المسلم.

شرطيتها للبيع يوجب عدم ارتباطها بالسبب المملك، بل بالبيع الانشائي الذي هو جزء السبب المملك.

كما أنه تبين مما ذكرنا: عدم الفرق بين لزوم تحقق الشرائط في كل من جزئي العقد حال تحققها في الجزء الآخر - كما في المثال الذي ذكره المصنف قدس سره - وعدم لزوم تحققه إلا حال وجود نفس الجزء، إذ هذا المعنى - وهو لزوم تحققها كما عرفت - معتبر في جزئي البيع الانشائي لا في جزئي السبب، فالإجازة سواء كانت شرطاً أو جزءاً غير داخلة في حقيقة البيع الانشائي، ليعتبر فيها ما يعتبر في البيع الانشائي.

نعم لو قلنا بأن الإجازة إما إيجاب متأخر لقبول الاصيل أو قبول لا يجابه - وكان العقد بينهما لا بين الأصيل والفضول - للزم الاكتفاء بحصول الشرائط في المجيز دون الفضول، إلا أن المبنى سخيّف جداً.

هل هي معتبرة بقاء؟

وأما الثانية، فقد قال الشيخ:

لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما... وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضاً غير بعيد.

أقول:

لابد من ذكر أمور حتى يتبين التحقيق في هذا الأمر:
أولاً: من جملة شرائط المتعاقدين أن لا يكون العاقد مكرهاً عليه، ولكن عقد الفضولي المكره صحيح بالإجازة اللاحقة من المالك، فقوله باشتراط كون العقد المجاز جامعاً لجميع الشرائط، منقوض بالموارد المذكور.

وما اخترناه من تحقق العقد بالإجازة وأنها متممة لحقيقته لاموجبه لانتسابه، فإنما هو بالإضافة إلى العقد المعنوي الذي يعتبره الشارع أو العرف بين المتعاقدين المكلفين بالوفاء، لا بالإضافة إلى العقد الإنشائي الذي منزلته من العقد المعنوي منزله السبب لمسببه، والآلة لذي الآلة، وقد عرفت ارتباط الشرائط بالسبب، كما أن اعتبار الوفاء والحل - البديل للعقد مرتبطان بالعقد - الحقيقي المعنوي فتدبر.^(١)

وقد تعرض شيخنا دامت بركاته لهذا الكلام في البحث، وأورد عليه بوجوه، نكتفي بواحد منها وهو: أن ما ذكره من أن الشروط إنما تتعلق بالسبب والمقتضي، يصح في شرائط الأمور التكوينية، دون الاعتبارية.

وثانياً: قوله: نعم، لو دَلَّ الدليل... غير صحيح على إطلاقه، لأنه إنما يتم على النقل دون الكشف، لتحقق الملكية من حين العقد للمشتري والمفروض كونه كافراً، وتملكه للمصحف والعبد المسلم غير جائز. نعم، ذكر بعض الأكابر أن لا مانع من ملكية الكافر لهما، غير أنه يمنع من التصرف فيهما، فإن أسلم عند إجازة المالك ارتفع الحظر^(١). وفيه: إنه لو كان المناط عدم جواز التصرف لجاز تملكه لهما كافراً حين الإجازة أيضاً. هذا أولاً.

وثانياً: إن المستفاد من الأدلة عدم جواز ملكية الكافر للمسلم والمصحف، بل إن الملكية نفسها من «السبيل» الممنوع في الآية المباركة ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^(٢). إن قلت: إنه - بناءً على الكشف الانقلابي - يجوز أن يكون المشتري مسلماً حين الإجازة.

قلت: إن المناط بحسب المستفاد من الأدلة المانعة هو كفر المشتري حين ثبوت الملكية له، وهو هنا كذلك، فالعقد فاسد. وأما بالنسبة إلى القدرة على التسليم، فما ذكره تام بناءً على النقل، وأما على الكشف، فإن ترتب الأثر من حين العقد والحال أن لا قدرة عليه في ذلك الوقت ممنوع، بل الصحيح أن يقال: إن القدرة على التسليم شرط في المالك العاقد، وهذا المعنى يتحقق بالإجازة، فتكفي القدرة على التسليم في زمان

(١) حاشية المحقق الإصفهاني ٢/ ٢٥٢.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٤١.

الإجازة ولو على الكشف، وإن كان ظرف التسليم متأخراً، كما سيأتي في محله.

وثالثاً: قوله بعدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما حتى على النقل، عجيب، لأنه لو كان المشتري هو الفضولي والبائع هو الأصيل، وصار الأصيل عند الإجازة مفلساً مثلاً، فإنه على النقل يبطل العقد. إذن، لابد من التفصيل بين شروط المتعاقدين بناءً على النقل.

ورابعاً: قوله في شروط العوضين باعتبار بقائها على النقل، أما على الكشف فوجهان والاعتبار غير بعيد، يتنافى مع قوله سابقاً - ردّاً على صاحب الجواهر - بعدم اعتبار ذلك بناءً على الكشف، مستدلاً بفحوى خبر تزويج الصغيرين.

وغاية ما يمكن أن يقال في توجيه نفي البعد على الكشف هو: إن متعلق الإجازة هو البيع بالمعنى الاسم المصدري - لا الإنشائي - والبيع بالمعنى المذكور يتقوم بالعوضين، فمادام العوضان موجودين مع الشروط يكون العقد قابلاً للتنفيذ، وأما لو تلفا أو زال بعض ما يعتبر فيهما شرعاً، فلا شيء يتعلق به الإجازة، فلا بد من استمرار وجود العوضين كذلك.

لكن يرد عليه: إن متعلق البيع بالمعنى المذكور هو نفس ما تعلق به البيع الإنشائي وليس غيره، والمفروض تحققه حين الإنشاء، ولا حاجة إلى استمراره، وإنما اللازم استمرار البيع بأن لا يعرضه الفسخ أو الرد.

الأمر الثاني هل يعتبر كون المجاز معلوماً بالتفصيل؟

قال الشيخ:

وجهان، من كون الإجازة كالإذن السابق، فيجوز تعلّقه بغير المعين... ومن أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد... أقول:

هل يشترط في العقد المجاز المعلوم للمجيز وقوعه، كونه معلوماً له بالتفصيل، من تعيين العوضين وتعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنس العقد من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها، أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع العقد بواسطة الفضولي على ملكه، قابل للإجازة منه؟ فهذا جهة.

والجهة الأخرى هي: ما لو جهل بأصل وقوع العقد. قال الشيخ: ومن هنا يظهر قوة احتمال اعتبار العلم بوقوع العقد ولا يكفي مجرد احتمال فيجيز على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه...

هل يكفي العلم الاجمالي أو يشترط تفصيلاً؟

أما في الجهة الاولى، فوجه كفاية العلم الاجمالي: هو أنَّ الإجازة كالإذن السابق، فإنَّ للمالك أن يوكل أحداً في ماله وكالة مطلقة ويخوله تخويله كاملاً، فكذلك الإجازة، من غير فرقٍ إلا في السبق واللاحق.

ووجه اشتراط العلم التفصيلي هو: إن الإجازة في الحقيقة ركن العقد. وكان الميرزا الاستاذ يفرق بين الإذن والإجازة، بأن الإذن يتعلق بما سيقع، فيمكن كونه مطلقاً غير معين، والإجازة تنفيذ لما وقع خارجاً وهو لا يقبل الإطلاق، فكما لا يتعلق الإذن بالمبهم، كذلك لا تتعلق الإجازة بالمبهم. وأيضاً: أثر الإجازة استناد العقد إلى المجيز فيكون هو العاقد، فإذا كان غير عالم بالتفصيل، كان العقد بالنسبة إليه غريباً. وأيضاً: لو جهل بالخصوصية - كأن يكون العقد مردداً بين البيع والصلح - احتمل وقوع التعليق في الإجازة، إذ يقول: إن كان بيعاً أجزته وإن كان صلحاً أجزته. [١]

[١] أقول: وهذا نصّ كلام الميرزا: لا يخفى أنه لا يجري في المقام ما يجري في الوكالة، فإنها تصحّ على نحو الإطلاق وإن لم تصح على نحو الإبهام. وأما الإجازة، فلا معنى لتعلقها بالعقد على نحو الإطلاق، لأن عقد الفضولي وقع على شئ خاص، وهو لو كان مجهولاً عند المجيز فلا تشمله الأدلة الدالة على نفوذ الإجازة، بل حكمها حكم تعلق الوكالة بالأمر المبهم التي لا اعتبار بها عند العقلاء، مع أنها تندرج في عموم نهى

أقول:

ويضاف إلى ما نقلنا عن الميرزا الاستاذ من وجوه الفرق بين الإجازة والإذن: أن الإذن كما يمكن أن يكون كلياً، كذلك يمكن أن يكون على وجه التخيير، بأن يوكله مخيراً بين البيع والصلح. وأما الإجازة فلا يتعلّق بأمرٍ كلي، لأنّ الواقع في الخارج جزئي، وأيضاً: لا يعقل أن يجعل المجيز نفسه مخيراً. وتقدّم لزوم الغرر، وقد كان الميرزا رحمه الله يقول بعدم اختصاص الغرر بالبيع، لأنّ الحديث: «نهى النبي عن الغرر».

ولكنّ يرد عليه: أنّ الموجود الخارجي يقبل التوسعة بحسب الاحتمالات في الصفات، فلو أجاز المعاملة الواقعة التي يجهل بخصوصياتها بأن يقول: أجزت المعاملة على أيّ صفة وقعت، كانت الإجازة صحيحة نافذة.

النبي صلى الله عليه وآله عن الغرر. وبالجمله، مقتضى ما ذكرنا من أن الاستناد يتحقّق بالإجازة عدم صحّة تعلّقها بالأمر المبهّم وتعلّقها بالأمر المشكوك بأن يجيزه على تقدير وقوعه، فإنها تقع لغواً وإنّ انكشف وقوعه، لما ذكره المصنف قدس سرّه من أن بالإجازة يخاطب المالك بالوفاء بالعقد فتشبه العقود، فبطلان التعليق فيها مستلزم لبطلانه فيها، فإن مجرّد الشبهة لا يوجب الإلحاق في الحكم بل لما ذكرنا من أن بها يتحقّق الاستناد، وهي من الإيقاعات، والإيقاع لا يقبل التعليق. ثم إنّ هذا كنه بناءً على بطلان التعليق مطلقاً، وأما بناءً على صحّته إذا كان المعلّق عليه حاصلًا كما في المقام، وصحّته فيما إذا كان موضوعاً، يتعلّق الطلاق على الزوجيّة، فلا وجه لاحتمال البطلان ولعلّه لهذا أمر بالتأمّل.^(١)

(١) منية الطالب ١/ ٢٧٨، وانظر المكاسب والبيع ٢/ ٢١٦.

وبعبارة أخرى: الإجازة موجبة لإسناد المعاملة إلى المالك، فهو يبرز بها الرضا باستناد المعاملة إليه بأي صفة وقعت، ولا يلزم أي غرر. فما ذكره مندفع.

وأشكل شيخنا الاستاذ قدس سره فيما لو كان الجهل بمتعلق البيع هل هو الدار أو البستان مثلاً، - وإن أمكن إسراؤه إلى الجهل بعنوان المعاملة هل هو البيع أو الإجازة مثلاً -: بأن المعاملة قائمة بالمالك المجيز، وهو العاقد بحسب الحقيقة، فكما لو باع هو بنفسه أحد الأمرين كان باطلاً للزوم الغرر، كذلك لو باع الفضولي وأراد المالك الإجازة. [١]

[١] وهذا نص كلام المحقق الإصفهاني: وجه الصحة: اغتفار الجهالة في الإجازة كما في الإذن والتوكيل. ووجه الفساد مع عدم العلم التفصيلي كون الإجازة أحد طرفي المعاهدة الحقيقية وإن لم تكن أحد طرفي العقد الإنشائي. ويدل عليه ما أفاده قدس سره في الفرع الآتي من أن المخاطب بالوفاء هو العاقد بالحقيقة، وما لم تتحقق الإجازة من المالك لا يخاطب بالوفاء، فيعلم أنه بإجازته يكون عاقداً عليه الوفاء.

وربما يستند في اشتراط العلم التفصيلي إلى النهي عن الغرر، إمّا لكون الإجازة غررية والغرر منهي عنه مطلقاً، وإمّا لكون العقد المجاز غررياً من المجيز، وهو منهي عنه، ولو لم يكن الغرر في الإجازة منهيّاً عنه.

وتحقيق القول في ذلك يتبني على مقدمة: هي أن التوكيل تارة يتعلق بالمبهم المردد، وأخرى بالمجهول، وثالثة بتعميم الوكالة بحيث تسع كل ما يؤدي إليه نظر الوكيل واختياره.

ويمكن الجواب عنه:

بأن الوكالة تارة: تكون في صرف الإنشاء وإجراء العقد، ولا يشترط أن يكون الوكيل عالماً تفصيلاً بالخصوصيات، بل يكفي أن ينشئ الصيغة على ما اتفق عليه المتعاملان. واخرى: تكون في المعاملة، بأن يقول له: أنت وكيل عني في أمر هذه الدار، فهذه وكالة مطلقة، ولا يعتبر أن يكون الموكل عالماً بما فعل الوكيل بالتفصيل.

والاول في نفسه غير معقول؛ إذ المردد بما هو لا ثبوت له ذاتاً وحقيقة؛ ماهية وهوية، فالأذن فيه إذن في أمر غير معقول، فهو غير معقول من العاقل غير الغافل، وعلى فرض المعقولية فهو فيما نحن فيه مفروض العدم، لأن العقد الصادر من الفضول معين لا مردد واقعاً، فإجازته إجازة المجهول لا إجازة المردد.

والثاني وهو التوكيل في المجهول، كأن يوكله في البيع بما لا يعلم الموكل والوكيل أنه فضة أو ذهب مثلاً، فمثله غير نافذ من الموكل بالمباشرة فكذا بالتسبيب، ومثله إجازة بيع المجهول بهذا الوجه.

والثالث ما إذا فوّض الأمر إلى الوكيل وجعله مستقلاً في العمل بأي وجه يختاره، فكما أنه للموكل التصريح ببيع ماله بأدون من ثمن المثل، أو بهبة ماله، وليس التوكيل غررياً ولا المعاملة غررية، لا من حيث مباشرة الوكيل ولا من حيث تسبيب الموكل، وكذلك له هذا المعنى بالتعميم، فالمعاملة الصادرة من الوكيل إذا كانت في نفسها واجدة للشرائط تكون منتسبة إلى الموكل، فهذه المعاملة الصحيحة تسببية من الموكل وإن جهل الموكل بما فعله الوكيل، ومثل هذا التعميم هنا - مع كون المجاز عقداً

أما في الصورة الاولى، فيشترط أن يكون الموكل على علم بالخصوصيات ولا يلزم الغرر، وكذا المجيز إن كان الصادر من الفضولي مجرد الإنشاء.

خاصاً - وإن كان معقولاً نظراً إلى أنه يرضى بأي وجه أوقعه الفضول، بيعاً كان أو هبةً بضمن المثل أو بأنقص. إلا أن الفرق بين التوكيل والاجازة، أن الاقدام على المعاملة عمل الوكيل المستقل في أمرها، فيعتبر أن يكون عقلاً غير سفهاني من حيث كونها غررية خطيرة، ولا إقدام على المعاملة من الموكل كي يعتبر علمه لثلاً يلزم الغرر، فلا غرر في التوكيل، لا من حيث إن التوكيل عمل يعتبر أن لا يكون غررياً، ولا من حيث إن المعاملة المنتسبة إليه غررية.

بخلاف الاجازة؛ فإن الفضول أجنبي عن المال وعن التصرف في المال، فلا معنى لغرره وخطره، بل الاقدام على المعاملة من المجيز، فهو بإجازته مقدم على المعاملة، فهذا العقد الاجازي كعقده المباشري، فلا بد من أن يكون هذا الاقدام منه عقلاً غير سفهاني.

ومما ذكرنا تبين أن الاجازة كالإذن والتوكيل، وأنه لا يختص أحدهما بخصوصية من حيث غررية التوكيل والاجازة وعدمها، بل الفرق من حيث إن المعاملة مع الجهل غررية من المجيز دون الموكل، للوجه المتقدم.

وأما ما أفاده قدس سره - في المتن في وجه الفساد مع عدم العلم التفصيلي، بأن المعاهدة الحقيقية تحصل بين المالكين بالاجازة فيشبه القبول إلى آخر ما أفاد قدس سره - فوجبه من حيث كون المجيز طرف المعاهدة الحقيقية، فإن الاجازة كما حققناه سابقاً متممة لحقيقة المعاقدة، لا شرط تأثير المعاهدة الحقيقية المفروغ عن ثبوتها،

ولكنَّ بيع الفضولي من قبيل الصّورة الثّانية، إذ المفروض أن البيع الواقع منه جامع لجميع الشرائط المعتبرة المذكورة في الأمر الأوّل، والإجازة أثرها إسناد المعاملة إلى المالك المجيز، وحينئذٍ، فالبيع الجامع للشرائط قد أسند بالإجازة إلى المالك وكان بذلك هو العاقد حقيقةً.

إنَّ المالك قد يكون جاهلاً بسنخ المعاملة الواقعة على ملكه، هل كانت بيعاً أو إجارة، وقد يكون جاهلاً بالمتعلّق، وقد يكون جاهلاً بكليهما. والقول بعدم كفاية العلم الإجمالي يبتني على ما ذكره المحقق الخراساني من أن العلم الذي هو أشرف الصفات يقبل الإبهام والتردد. ولكن التحقيق أنه لا يعقل تعلّق العلم بالمردّد، والعلم الإجمالي مركب من العلم والجهل، فالعلم الإجمالي بمجئ زيد أو عمرو ينحلُّ إلى العلم بمجئ الإنسان والجهل بالخصوصية.

وعلى هذا، فلمّا يجيز المعاملة، يكون قد أجاز ما هو المعلوم عنده بالتفصيل، لأنه أجاز أمراً مجهولاً، وإنما جهل بالخصوصيّة من حيث السنخ أو المتعلّق أو كليهما.

لكن اشتراط العلم التفصيلي إذا كان في طرفي العقد الانشائي الذي هو سبب للمعاقدة الحقيقية ولتأثيرها في الملكية، فإجرائه فيما يشبه القبول يحتاج إلى دليل، فالوجه ما ذكرنا من اشتراط العلم لئلا يلزم الغرر في الاقدام العقدي، وإجازة العقد إقدام عقدي إجازي في قبال الاقدام العقدي المباشري، فيعتبر أن لا يكون غررياً.^(١)

وأما ما أفاده شيخنا الاستاذ فتقريبه: إن اللام «العقود» في آية الوفاء عوض عن المضاف إليه، أي «عقودكم» والإجازة أثرها الاستناد فلما أجاز يكون البيع بيعه، ولما كان جاهلاً بالعوضين مثلاً فهو بيع غرري. والجواب هو: إن المستند هو البيع الجامع لجميع الشروط المعتمدة، وحينئذ لا غررية في هذا البيع. هذا كله في الجهة الاولى.

حكم مالوجهل بوقوع العقد

وأما الجهة الثانية، فيرد على قول الشيخ: «لأن الإجازة وإن لم تكن من العقود... إلا أنها بمعناها...» وجهان: أحدهما: ما أورده شيخنا الاستاذ بقوله:

لا نسلم ذلك في حق من يضاف إليه العقد ولو بالإجازة، فإن قوله تعالى «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» حيث لا وفاء لمن لا عقد له، لا يقتضي إلا إضافة العقد إلى المخاطب لا كونه عاقداً، حتى يجب أن تكون إجازته محققة لعقده، ولعله أشار قدس سره إليه بالامر بالتأمل.

وأما بناءً على ما قويناه من أن الإجازة محققة للعقد لا موجبة لإضافته إليه، فنقول: إن التعليق الممنوع هو التعليق في مرحلة السبب - أعني العقد الانشائي -، لا في مرحلة العقد المعنوي، كيف ودليله الاجماع والمتيقن منه ذلك.

ثم هذا أيضاً إذا علق إجازته على العقد، بأن يقول «إن باع فلان مالي فقد

أجزته» وأما لو لم يعلقها عليه بل أجازته وهو غير عالم به مترقباً لحصوله ولنفوذه بها فلا تعليق حينئذ، وإن كان هو أيضاً محل الكلام في محله، إلا أن الحق هناك ما ذكرناه هنا.

والثاني: ما أورده المحقق الخراساني إذ قال:

يمكن أن يقال: إنها وإن كانت في معناه إلا أن التعليق الممنوع ما إذا كان على ما ليس ممّا لا بدّ منه، ومن الواضح وقوع للعقد ممّا لا بدّ منه عقلاً فيها، مع أن المنع عن التعليق إنما هو بالإجماع، والقدر المتيقّن منه التعليق في نفس العقد لا فيما هو بمعناه. ولعلّه أشار إليه بأمره بالتأمّل^(١)

ولعلّ أمره بالتأمّل إشارة إلى ما ذكره.

الأمر الثالث في حكم العقود المترتبة

إذا باع الفضولي المال الواحد لأشخاص متعدّدة بأسعارٍ مختلفة في أوقاتٍ مختلفة، كان للمالك أن يجيز أيّاً من البيوع شاء ويكون هو النافذ والباقي باطل. وهذا خارج عن البحث.

ولو باع المال بمتاع، ثم وقعت العقود الفضولية المتعددة على المتاع، كان للمالك أن يجيز أيّاً منها شاء، بناءً على أن إجازة الثمن تستلزم إجازة البيع الفضولي الأول. وهذا أيضاً خارج عن البحث.

إنما الكلام في وقوع بيوع متعدّدة لها أوّل وآخر ووسط، فيما يجيز العقد الأوّل على ماله أو الآخر أو المتوسط بين العقدين على ماله، أو بين العقدين على الثمن، أو بين سابقٍ واقع على ماله ولاحقٍ واقع على الثمن، أو بالعكس.

قال الشيخ:

المجاز: إما العقد الواقع على نفس مال الغير وإما العقد الواقع على عوضه، وعلى كلّ منهما: إما أن يكون المجاز أوّل عقد وقع على المال أو عوضه أو آخره أو عقداً بين سابقٍ ولاحقٍ واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف.

أقول:

قال السيّد: الغرض من عقد المسألة بيان حكم العقود المترتبة إمّا بالطبع - كما هو ظاهر عنوان الفقهاء - أو بمجرد الزّمان، كما هو ظاهر عنوان المصنّ، قدّس سرّه، وأنّ إجازة بعضها هل تقتضي صحّة البعض الآخر أو لا؟ ومجمل الكلام في ذلك: أن العقود المتعدّدة إمّا واقعة على مال الغير، أو على عوضه في كلّ طبقة، بأنّ يكون العوض في كلّ عقد معوّضاً في العقد اللاحق...^(١)

لكنّ الظاهر أن مراد الشيخ: إن الواقع في حيّز البيع تارةً هو العوض، واخرى عوضه، أي بدل البدل.

قال:

ويجمع الكلّ فيما إذا باع عبداً لمالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث بدينار، وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم برغيف، ثم بيع الدرهم بحمار، وبيع الرّغيف بعسل. فالبيع الأوّل الواقع فضولياً هو بيع العبد الذي هو ملك الغير بفرس، والبيع الآخر هو بيعه بدينار، وفي الوسط بيع العبد بكتاب الواقع بين البيعين الواقعين عليه والخمسة الباقية كلّها ابتداءً ببيع الفضولي الأوّل الفرس بدرهم وانتهاءً ببيعه الرغيف بعسل، واقعة على العوض.

فالواقع من الفضولي أربعة بيوع.

والمجموع ثمان صور، ولكنّها بالنظر إلى جعل العوض بمعنى بدل

البدل - كما تقدّم - اثنا عشر صورة، وكلّ واحدة متوقفة على سابقتها، وهذا هو المقصود من الترتيب.

ولا يخفى أن البحث يبتني على كفاية مالكيّة المجيز حين الإجازة، وأما اشتراطها حين العقد، ففيه كلام كما تقدّم في محله.

وهو في جهتين:

احدهما: ما وقع على نفس مال المالك.

والثانية: ما وقع على عوضه وبدله.

حكم العقود الواقعة على مال المالك المجيز

قال الشيخ:

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك...

أقول:

لو أجاز المالك العقد الأوّل وهو بيع العبد بالفرس، فبناءً على الكشف يكون المشتري للعبد مالكاً حين العقد ويصحّ بيعه بالكتاب، لأنه بيع واقع في ملكه، وكذا بيع المشتري منه إياه بدينار. وأما بناءً على النقل، فمالكيّة المشتري الأوّل للعبد - وهو الذي اشتراه بفرس - تتحقّق من حين الإجازة، وحينئذٍ، فإن قلنا بعدم اشتراط مالكيّة المالك المجيز حين العقد، صحّ بيعه العبد بكتاب، وإن قلنا بالاشتراط كان باطلاً.

ولو أجاز مالك العبد العقد الوسط - وهو بيع العبد بكتاب - كانت إجازته ردّاً للبيع الأوّل، وملزمة له بالنسبة إلى العقد المجاز ولما بعده - وهو

بيع العبد بالدينار - بناءً على الكشف، لكونه واقعاً في ملكه. وأمّا على النقل، فيبني على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، كما أن قابلية مشتري العبد بالكتاب للإجازة - أي إجازة بيع العبد بالفرس - مبنية على ذلك أيضاً.

ولنا هنا كلمة وهي: إنه إن كان الثاني والثالث، أعني صاحب الكتاب والدينار يعتقدان بكون العبد ملكاً لفلانٍ توقّف على الإجازة، وإن كانا يعتقدان بكونهما مالكين، كان من صغريات مسألة ما إذا باع ملك الغير معتقداً بكونه ملكاً له، وقد قلنا هناك بعدم التوقف على الإجازة. هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مال المالك المجيز.

حكم العقود الواقعة على عوضه

قال الشيخ:

وأمّا العقود الواقعة على عوض مال المجيز...

أقول:

وأمّا العقود الواقعة على عوض العبد، وهو الفرس - والمراد من العوض هو الأعم من العوض بلا واسطة أو معها - وهي: «بيع الفرس بالدرهم» وما بعده، فالسابقة على العقد المذكور يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس، أي المشتري من الفضولي في العقد الأول، وهذا واضح، وأمّا العقد اللاحق له، وهو بيع الدينار بجارية، فيلزم بلزوم العقد المذكور، لأنه بيع واقع في الملك.

وأما إجازة العقد الواقع على العوض - وهو بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه كلها، لأن ملكية كل واحد مما وقع عليه البيع ملازم الملكية السابق عليه، وأما اللاحق للعقد المذكور فبيع الدرهم بالحمار، وبيع الرغيف بالعسل.

أما الأول، فإنه بعد أن أُجيز بيع الدرهم بالرغيف، فإن صاحب الرغيف مالك للدرهم فيبيعه بالحمار، نعم، يختلف الأمر بحسب الكشف والنقل، لأنه قد باع الدرهم بالرغيف قبل الإجازة، فعلى النقل يندرج تحت عنوان من باع شيئاً ثم ملكه، هل تؤثر إجازته أو لا؟

وأما الثاني، فمتمحض في الفضولية ويتوقف على إجازة مالك الرغيف.

قال الشيخ:

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المعجز، فإن وقعت من أشخاص متعددة، كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده على الكشف، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر. ولعل هذا هو المراد من المحكي عن الإيضاح والدروس...

أقول:

لو باع زيد مال المالك بعمره، وباع عمرو عين المال من خالد، وخالد من بكر... وهكذا، وأجاز المالك بيع عمرو مثلاً، كان فسخاً لما قبله وإجازة لما بعده على القول بالكشف.

قال بعض الفقهاء: وفي الثمن ينعكس.

مثلاً: لو باع زيد مال المالك بدينار، فباع الدينار بمتاع، ثم باع المتاع بدرهم، ثم باع الدرهم بعسل، وأجاز المالك بعض العقود، كان ما قبله صحيحاً وما بعده باطلاً.

وقد عبّر الشيخ بالأشخاص المتعدّدة والشخص الواحد، والسرّ في ذلك أنه إذا تعدّدت العقود من الشخص الواحد لم تكن مترتبة، بمعنى توقّف صحة اللاحق على صحة السابق، وإلا فليس المناط تعدّد الأشخاص.

ومراده من قوله: إن وقعت من شخص واحد، أن تقع العقود المتعددة المترتبة من شخص واحد على مال المالك وبدله وبدل بدله، كالمثال الذي ذكرناه.

حكم ما لو علم المشتري بالغصب

قال الشيخ:

ثم إن إشكالاً في شمول الحكم بجواز تنجّع العقود لصورة علم المشتري بالغصب، أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد^(١) وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة إليه...

أقول:

لو باع الفضولي مال المالك بدينار، وباع الدينار بجارية، فإن كان المشتري يعلم بأن البائع غاصب، فقد سلّطه على الدينار، - ولذا لو تلف بيد الغاصب لم يكن له المطالبة به - والجارية ملك له، أي للغاصب، فلو قال المالك: أجزت بيع الدينار بالجارية، لم يكن للإجازة موقع، لأنه لم يكن

مالكاً للدينار، وإنما كان ملكاً للغاصب بتسليط من ماله، فقولهم في الأثمان: لو أجاز المالك بعضها صحّ وما قبله، منقوض بهذا المورد.

هذا هو الإشكال، وهو يجري على كلا القولين من الكشف والنقل. وتقريبه هو: لو باع الغاصب مال الغير لنفسه وكان المشتري عالماً بكونه غاصباً فسلمه الثمن، ثم اشترى به الغاصب متاعاً، لم يكن موقع لإجازة المالك شرائه المتاع، وذلك لعدم كون الغاصب ضامناً للثمن - وهو الدينار -، إذ مع فرض علم المشتري وتسليطه لا تجري قاعدة اليد، فلا مجال لضمان اليد، كما لا مجال للضمان المعاملي، لعلم المشتري بعدم تحقق المعاوضة، ولذا لو تلف الدينار بفعل من الغاصب لم يكن ضامناً، لأن مقتضى التسليط هو الترخيص في مطلق التصرف. وعليه، فهو مأذون في أن يشتري بالدينار - بعد أن يكون ملكاً له آنماً على المشهور - ويكون مالكاً له، فلا معنى بعد ذلك لإجازة المالك اشتراء الغاصب المتاع.

بل يسري الإشكال إلى أصل بيع الغاصب المال بالدينار، لأن الإجازة إنما تؤثر فيما لو انتقل الدينار إلى المالك المجيز، والحال أن المشتري قد سلط الغاصب على الدينار وأذن بالتصرف فيه، فخرج بذلك عن القابلية لأن يكون ثمناً، فإجازة المالك - والحال هذه - تستلزم كون المبيع بلا ثمن، وهو مستحيل.

قال الشيخ:

والمحكي عن الإيضاح^(١): ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع

علم المشتري، على كون الإجازة ناقلَةً... وظاهر كلامه: أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف. وهذا هو المتَّجه.

أقول:

وجه الإشكال بناءً على النقل هو: أن الأصحاب على أن المشتري - في فرض العلم بكون البائع غاصباً - إذا سلّم الثمن للغاصب، لم يكن له استعادته منه، وعليه، فإنّ المفروض خروج الدينار عن ملك المشتري، وهو غير داخل في ملك المالك، لأنه لم يجز البيع بعد، فلو قلنا بعدم ملكية الغاصب له أيضاً، لزم تحقّق الملك بلا مالك وهو مستحيل، فلا بدّ من الالتزام بتمليك المشتري الدينار للغاصب مجّاناً وإعراضه عنه، لأنّه مجرد التسليط له عليه وإذن بالتصرّف فيه، حتى يحتاج إلى التملك آنأماً قبل شراء المتاع به كما عن المشهور، وعلى هذا، فلا موقع لإجازة المالك شراء المتاع بالدينار، لكونه في ملكه.

وأما على الكشف، فكلا العقدين صحيح، لدخول الدينار في ملك المالك من حين العقد بالإجازة اللاحقة منه، ولو سلّط المشتري الغاصب على الدينار، فقد سلّطه على ملك الغير - أي المالك - فلا أثر له. هذا ملخّص كلام فخر المحقّقين.

وقد أيّده الشيخ رحمه الله بلزوم الدّور على النقل. قال:

لأن إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لأنّه قبلها أجنبي عنه، والمفروض أنّ تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل.

التحقيق ضمن بيان امور

أقول:

هنا امور:

الأول: قولهم بالبطلان لا يختص بالبائع الغاصب وإن مثلوبه، لأن المناط علم المشتري بعدم كون المتاع ملكاً للبائع، فيجري البحث فيما لو باع البائع معتقداً كون المتاع له، لكن المشتري يعلم بكون اعتقاده على خلاف الواقع.

والثاني: مورد البحث هو ما لو كان الثمن عيناً خارجية، أما لو كان في الذمة، كان للمالك إذا أجاز البيع أن يأخذ الدينار من المشتري، سواء على النقل والكشف، حتى لو كان قد دفع ديناراً إلى الغاصب، لأن تعيين ما في الذمة في الخارج موقوف على إجازة المالك.

والثالث: ما وجه استكشاف الفخر مالكية الغاصب للثمن من فتوى الأصحاب بأن ليس للمشتري استعادة الثمن الذي أعطاه الغاصب مع العلم بكونه غاصباً؟

كأن الوجه في ذلك: أنه لولا حصول الملكية للغاصب لكان للمشتري الاستعادة، بمقتضى حديث «الناس مسلطون على أموالهم»، فقولهم بعدم الاستعادة يكشف عن خروج المال عن سلطنة المشتري، والسبب في ملكية الغاصب له هو لزوم الملك بلا مالك، وهو محال.

والرابع: إن المعاملة بين المشتري والغاصب يحتمل: أن تكون مبنية على أن الغاصب يدعي الملكية للمتاع، والمشتري يدفع إليه الثمن، بانياً على

أنه - أي الغاصب - مالك للمتع الذي بيده. ويحتمل: أن تكون لرجاء المشتري تحصيل إجازة المالك. ويحتمل: أن يكون دفعه الثمن للغاصب لا بقصد المعاوضة، بل بغرض الوصول إلى المتاع ويكون هو الغاصب له بقاء. ويحتمل: أن يكون في مقام الإعراض عن ديناره مقدمةً للحصول على المتاع. ويحتمل: أن يكون قد وهب الدينار على وجه الحقيقة وأخذ المتاع من الغاصب.

وفي هذه الاحتمالات يسلم المشتري الدينار ويسلط الغاصب عليه. لا يقال: إنه بناءً على الاحتمال الثاني، إنما يسلم الثمن ويملكه للغاصب على تقدير عدم إجازة المالك، كما جاء في عبارة الشيخ إذ قال: «لعله لأجل التسلط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع».

لأن هذا المعنى غير معقول، لأن القيود في الأفعال الخارجية دواعي، لأن القيد عبارة عما لا يوجد المقيد بدونه، وما كان محققاً خارجاً لا يعقل تقييده، بل إنه يسلط الغاصب بداعي رجاء إجازة المالك.

الخامس: إنه قد سلط المشتري الغاصب على الثمن لأن يتصرف فيه كيفما شاء، لا لأن يحتفظ به ويبقى عنده، فلو اشترى به شيئاً، فالمشهور على أن التصرف المتوقف على الملك يتحقق بالملكية - للمال المباح له - آنأماً قبل التصرف، حتى يقع في الملك، وعلى هذا، يكون ما اشتراه ملكاً له. لكن التحقيق عدم الحاجة إلى الالتزام بذلك، ولذا قلنا بأنه لو أعطى غيره درهماً ليشتري به خبزاً فإكله، كانت المعاملة صحيحة وإن كان المعطى له مالاً للخبز. ويدل عليه الخبر عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام:

في الرجل يكون لي عليه الدراهم، فيبيع خمرًا وخنزيرًا ثم يقضي منها.
قال: لا بأس. أو قال: خذها^(١).

وعن محمد بن يحيى قال:

سألت أبا عبدالله عليه السلام: عن الرجل يكون لنا عليه الدين، فيبيع
الخمر والخنازير فيقضيها.

فقال: لا بأس به، ليس عليك من ذلك شيء^(٢).

السادس: ذكر صاحب الإيضاح عن الأصحاب القول بأن ليس
للمشتري استعادة الثمن وإن كان موجوداً وحتى لو استرجع المالك المتاع،
أما إذا تلف الثمن عند الغاصب، فقد أجمعوا على أن ليس للمشتري المطالبة
بالبدل. ولعل السر في قولهم بعدم الاستعادة هو إعراضه عنه، ولكن
الإعراض ليس من موجبات الخروج عن الملكية، إذ الملكية حكم وضعي
شرعي، فكما يكون وضعه بيد الشارع كذلك رفعه، وكما ليس للمكلف
دخل في وضعه، كذلك ليس له دخل في رفعه، فالقول بأن الإعراض عن
الملك مسقط للملكية ليس له دليل يعتمد عليه، نعم، الاستيلاء على المال
المعرض عنه مملك، ولذا قال العلامة رحمه الله:

«لو ترك دابة بمهلكة، فأخذها إنسان فأطعمها وسقاها وخلصها،
تملكها» ثم روى: ما رواه عبدالله بن سنان في الصحيح عن الصادق عليه
السلام قال: من أصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الأرض، قد كَلَّتْ وسيئها

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣. كتاب التجارة. أبواب ما يكتسب به، الباب ٦٠، رقم: ٣.

(٢) وسائل الشيعة ١٧ / ٢٣٣، أبواب ما يكتسب به، الباب ٦٠ رقم ٤.

صاحبها لما لم يتبعه، فأخذها غيره، فأقام عليها وأنفق نفقةً حتى أحيّاها، من الكلال ومن الموت، فهي له...^(١)

ويدلّ عليه أيضاً الخبر: «للبد ما أخذت»^(٢) الذي هو دليل مملكيّة الحيازة، فإنه مطلق يعمّ المال المعرض عنه. فهذا وجه قول المشهور.

السابع: ما ذكرنا من أن الثمن لو تلف عند الغاصب لم يكن للمشتري المطالبة ببدله بالاجماع، ثابت حتى بناءً على القول بعدم مملكيّة تسليط المشتري وأنه مجرد إباحة للتصرف، لعدم ضمان الغاصب. أمّا عدم جريان قاعدة اليد، فلأن موضوعها «ما أخذت» لا ما أعطيت كما في المقام، وأمّا عدم جريان الضمان المعاملي، فلعدم الموضوع، لأن الغاصب لم يلتزم بدفع عوض الثمن من ماله، ولأن المشتري جعل العوض على ذمة الغاصب.

وعلى الجملة، فإن إعطاء الثمن بمثابة الهبة الفاسدة، وما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده.

الثامن: إنه بناءً على مالكيّة الغاصب للثمن، لا يبقى موضوع لإجازة المالك على النقل والكشف، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن كما قال الشهيد رحمه الله. وأمّا بناءً على إفادة التسليط الإباحة المطلقة، فما لم يشتري الغاصب بالثمن شيئاً يكون للإجازة مجال على القولين، وأمّا إذا اشترى، فلها مجال

(١) تذكرة الفقهاء ٢/ ٢٦٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣/ ٣٩١، أبواب السيد، الباب ٣٩ رقم ١ و ٢٥/ ٤٦١ كتاب اللقطة، الباب ١٥ رقم ٢.

على الكشف، والإباحة باطلّة، وكذا الشراء، لكونهما في ملك الغير. وأمّا على النقل، فالبيع الأوّل باطل والشراء صحيح للغاصب.

التاسع: إنه يرد على دعوى لزوم الدور، كما تقدّم عن الشيخ: أولاً: النقض بما صرح به في العقود المترتبة، من أن إجازة العقد الوسط على الثمن مؤثرة، مع أن إجازة المالك العقد الثاني متوقفة على ملكيته، وهي متوقفة على الإجازة، ولا دخل لعلم المشتري وجهله. وثانياً: النقض أيضاً، بما لو كان الثمن كلياً في الذمة، فإن الإجازة متوقفة على الملكية، وهي متوقفة على الإجازة.

وثالثاً: النقض أيضاً، بما لو باع الفضولي للمالك واشترى بالثمن متاعاً للمالك، فإن إجازة المالك متوقفة على الملكية، وهي متوقفة على الإجازة. ورابعاً: إن حلّ المسألة هو: إن بطلان الدور هو من جهة توقف كل من الشئيين على الآخر ثبوتاً، سواء مع الوساطة أو بدونها، وأمّا في مقام الإثبات والدلالة فلا يلزم الدور.

وهنا: إجازة العقد الثاني تدلّ بالالتزام على إجازة العقد الأوّل الذي يوجب الملكية للدينار، ويكون مقدّماً رتبةً على العقد الثاني الموجب لخروج الدينار عن ملكه، فلا دور.

نعم، لو قال الشيخ: إن إجازة المالك العقد الثاني متوقفة على ملكيته للدينار، وهو غير متمكن من ملكيته، لكونه تحت سلطنة الغاصب تملكياً أو إباحةً من المشتري، فلا أثر لإجازة العقد الثاني، لكان وارداً، لكنّه ليس من الدور في شيء.

العاشر: إنه لا يعقل الجمع بين القول بأن تسليم الثمن للغاصب تسليط

له عليه، والقول بتأثير الإجازة للمعاملة الواقعة بينهما كشفاً أو نقلاً.

الحادي عشر: قد يقصد الغاصب بتسليمه المتاع للمشتري التمليك له، لأن التمليك أمر اعتباري خفيف المؤنة، وقد لا يقصد، والمشتري يأخذ المتاع لأن يتسلط عليه، ويسلط الغاصب على الثمن، وهو - أي الغاصب - غير ضامن له، لما تقدّم من عدم جريان قاعدة اليد وغيرها، ولو أتلفه لم يضمّنه كذلك. ولا يتوهّم جريان قاعدة من أتلف، لأنها قاعدة مصطادة من الحكم في موارد خاصّة، ولا وجه لحملها على الإطلاق إلا إذا كانت موارد مطلقّة، ولا إطلاق لموارد هذه القاعدة ليشمل ما نحن فيه. ولو شك فالأصل عدم الضمان.

هذا، والظاهر أن المشتري لا يقصد تمليك الغاصب الثمن، وإنما يعطيه إياه ليأخذ المتاع. نعم، باستيلاء الغاصب عليه يكون ملكاً له. وقد يكون تسليمه الثمن برجاء أن يرضي المالك ولو بدفع مال إليه، وهذا نادر.

وأندر منه كون التسليم بعنوان الوديعة.

فليس كلّ تسليم منه بتسليط.

الثاني عشر: إنه لا يعقل أن يكون المشتري قاصداً للمعاوضة الحقيقية مع العلم بكون البائع غاصباً يبيع لنفسه، ولذا تكون هذه المعاوضة صوريّة. ولا يتوهّم: إن البيع مبادلة مالٍ بمالٍ، والقصد وغير ذلك خارج عن مفهوم البيع وحقيقته. لأن المبادلة لابد وأن تكون في جهة، وهي الملكية، لكن الملكية الحقيقية مستحيلة، فهي صوريّة مجازيّة.

فإن قلت: إن البائع يدّعي الملكية فيبيع من حيث أنه مالك، فتقع

المعاملة للمالك كما تقدم عن الشيخ وكذلك المشتري، فإنه لما يسلم الثمن فإنما يسلمه في الحقيقة للمالك، وقد كان الميرزا الاستاذ يقرب هذا على مسلكه في حقيقة البيع.

قلت: قد تقدم الجواب عن ذلك بالتفصيل.

ولو سلمنا، فإن المشتري لا يقصد الحيثية التقييدية أصلاً، فهو لا يدفع الثمن للغاصب بعنوان أنه المالك، وإنما يسلمه الثمن ليأخذ منه المتاع. ولو فرض قصده ذلك أو برجاء إجازة المالك، فغاية الأمر أنه إن أجاز المالك كان الثمن له، وإن رد فلا يمكن للمشتري أخذ الثمن، لأنه قد أعرض عنه على تقدير عدم الإجازة.

القول

في الردّ

مسألة في أحكام الردّ

قال الشيخ:

لا يتحقّق الردّ قولاً إلا بقوله «فسخت» و «رددت» وشبه ذلك ممّا هو صريح في الردّ.

الردّ لمعاملة الفضولي يتحقّق بالقول والفعل. فإن كان بالقول، اشترط أن يكون صريحاً بالنصّ أو الظهور، كأن يقول: فسخت، أو رددت، وشبه ذلك، وإلا يستصحب بقاء اللزوم من طرف الأصيل، وقابلية العقد للإجازة من طرف المجيز.

هذا كلامه قدّس سرّه.

أقول:

لو عقد الفضولي على مال المالك، كان له الحق بأن يجيز أو يرد، والكلام الآن فيما يتحقّق به الردّ، ولم يبيّن الشيخ رحمه الله ماهيّة الردّ، غير أنه أشار إلى الفسخ.

حقيقة الردّ

وفيه: إن الردّ ليس الفسخ، لأنّ الفسخ إنّما يكون من العاقد، وهو هنا الفضولي، فقوله يتحقّق الردّ من المالك بـ«فسخت»، في غير محلّه.

وهل هو المنع من تحقّق الشيء بمعنى الدفع، أو بمعنى الزّفع لأمر ثابت؟ وعلى الثاني، هل هو رفعٌ لأثر عقد الفضولي أو حلٌّ لأصل العقد؟ أمّا حلّ العقد وفسخه، فليس من شأن المالك كما عرفت.

والتحقيق: إنّ إجازة المالك أو ردّه لعقد الفضولي على ملكه، نظير إجازة الغريم أو ردّه لعقد المفلس على ماله، والمرتهن لعقد الرّاهن على المال المرهون، فإنّ الغريم أو المرتهن لا يمكنه فسخ العقد، وإنما يطالب الغريم بماله والمرتهن بحقه المتعلّق بالمال، وبذلك ينتفي موضوع العقد الواقع من المفلس أو الرّاهن.

وربما يتخيّل: [١] كما أنّ للمالك الحق في الإجازة لعقد الفضولي، فكذلك له الحقّ في رفعه، لحديث «الناس مسلّطون على أموالهم».

[١] قال المحقّق النّائبي: لازم السّلطنة على ماله صحّة جميع تصرّفات الوجوديّة والعدميّة، ولا إشكال في أنّ إنشاء تمليك من الفضولي تمليك إنشائي بوجوده الإنشائي، فللمالك رفعه بمقتضى سلطنته، فكما أنّ سلطنته على ماله تقتضي صحّة تمليكه الإنشائي، كذلك تقتضي ردّ ما أحدث بإنشاء غيره وهو المملكيّة الإنشائيّة، وعدم تمكّنه من إبطال التملك الإنشائي قسر سلطنته، وهو مناف مع عموم سلطنته،

وهو يندفع بالفرق بين السُّلْطَنَةِ على المال وخيار الفسخ، إذ الثاني يدور أمره بين الضدين، فإِذَا يَنْفُذُ الْعَقْدَ وَإِذَا يَحْلَهُ، وَالْأَوَّلُ يدور أمره بين النقيضين، فإِذَا أَنْ يَفْعَلَ وَإِذَا أَنْ لَا يَفْعَلَ. فالمالك بما له من السُّلْطَنَةِ إِذَا أَنْ يَجِيزَ أَوْ لَا يَجِيزَ. هذا، وقد ذكر الشيخ في البحوث السابقة: إِنَّ مَقْتَضَى سُلْطَنَةِ النَّاسِ عَلَى أَمْوَالِهِمْ تَأْثِيرَ الرَدِّ فِي قَطْعِ عِلَاقَةِ الْطَرَفِ الْآخَرَ عَنْ مَلِكِهِ^(١). وظاهره أَنَّ الرَدَّ عبارة عن رفع الأمر الثابت في المال على أثر عقد الفضولي، وهو علاقة المالك الأصل به، وتوضيح ذلك هو:

إِنَّ مَالَ الْمَالِكِ قَبْلَ عَقْدِ الْفَضُولِيِّ عَلَيْهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ الشَّائِنَةُ لِأَنْ يَكُونَ مَلِكًا لِلطَّرَفِ الْآخَرِ الْأَصِيلِ، وَقَدْ حَصَلَ لَهُ ذَلِكَ بِالْعَقْدِ، وَصَارَ مُسْتَعِدًّا لِلدَّخُولِ فِي مَلِكِ الْأَصِيلِ بِالْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ، فَإِنْ رَدَّ الْمَالِكُ الْعَقْدَ بِمَقْتَضَى سُلْطَنَتِهِ عَلَى الْمَالِ، انْتَفَتْ هَذِهِ الشَّائِنَةُ وَزَالَتِ الْعِلَاقَةُ الْمَذْكُورَةُ بَيْنَ الْمَالِ وَبَيْنَ الْأَصِيلِ.

وهو مردود نقضاً وحلاً.

أَمَّا نَقْضًا، فَبِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الشَّيْخِ فِي مُحَلِّهِ مِنَ الْقَوْلِ بِتَأْثِيرِ الْإِجَازَةِ بَعْدَ

فِيكَونَ سُلْطَانًا عَلَى رَدِّ مَا أَنْشَأَ الْفَضُولِيُّ، كَمَا أَنَّ لَهُ إِجَازَتَهُ. فَيَكُونُ طَرَفَا السُّلْطَنَةِ أَمْرَيْنِ وَجُودِيَيْنِ، أَعْنِي الرَدَّ وَالْإِجَازَةَ، كَمَا فِي الْخِيَارِ، لَا الْأَمْرَ الْوُجُودِيَّ وَالْعَدْمِيَّ، أَعْنِي الْإِجَازَةَ وَعَدْمَهَا.^(٢)

(١) المكاسب ٣/ ٤٢٦.

(٢) المكاسب والبيع ٢/ ٢٤٢.

المنع والدفع، فلو كان الردّ بمعنى رفع العلاقة كما ذكر هنا، لزم أن تكون الإجازة مؤثرة بعد الردّ بالأولوية.

وأما حلاً، فإن حقيقة المطلب هو: إن للمال القابلية ذاتاً لأن تكون ملكاً للغير، وقد عيّن الفضولي «الغير» بالطرف الآخر الأصيل، فالقابلية ذاتية للمال، لأنها حصلت بعقد الفضولي.

الردّ عدم الإجازة

فالصحيح أن يقال: الردّ هو عدم الإجازة. ويشهد بذلك ما في صحيحة محمد بن قيس، فإنه لو كان الردّ رفع العلاقة أو فسخ العقد، فإنها قد ارتفعت وانفسخ العقد بأخذ الوليدة وابنها، وما كان موقع للإجازة بعد ذلك، لكن صريح الصحيحة في آخرها: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه»^(١) بل المعنى: أنه بأخذ الوليدة وابنها قد أظهر عدم قبوله للبيع، ثم لما رأى ذلك أجازته. والحاصل: إن «الرد» ليس «الدفع» ولا «الرفع» ولا «الفسخ» بل هو «عدم الإجازة».

ولو قيل: ما الفرق بين ما ذكرتموه وما ذكره الشيخ؟ قلنا: إنه إن كان الردّ هو الفسخ، كان محتاجاً إلى الإنشاء قولاً أو فعلاً، لكون الفسخ من الإنشائيات.

وأيضاً: لو باع المالك المال بعد عقد الفضولي من شخص آخر ثم ردّ العقد، فإن كان الردّ بمعنى الفسخ انحلّ عقد الفضولي، وإن كان بمعنى عدم

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء الباب ٨٨ رقم: ١.

الإجازة، أمكن للمشتري من المالك إجازة العقد الواقع من الفضولي، بناءً على كفاية المالكية حين الإجازة.

وأما قوله: لأصالة بقاء اللزوم... ففيه:

عدم جريان الاستصحاب هنا، إذ يشترط في المستصحب أن يكون حكماً شرعياً أو موضوعاً للحكم الشرعي، والقابلية ليست كذلك.

تحقق الردّ بالفعل المخرج عن الملك

قال الشيخ:

وكذا يحصل بكل فعلٍ مخرج له عن ملكه...

أقول:

فالفعل على قسمين:

الأول: ما إذا كان مخرجاً للمال عن الملك - كما لو كان من المأكولات فأكله، أو أعتق العبد أو باعه أو وهبه أو زوج الأمة ونحو ذلك - سقط العقد عن القابلية للإجازة، أما على النقل فواضح، إذ لا محل للإجازة، لفرض عدم المال بالإتلاف أو خروجه عن الملك، وأما على الكشف، فالمعتبر عند الشيخ والميرزا - في كاشفة الإجازة عن الملكية حين العقد - أن تكون من المالك، والمفروض عدم بقاء المال أو عدم بقاء مالكية المالك للمال، فالإجازة لاغية.

وبعبارة أخرى: إنه قد تقدّم مراراً أن في الإجازة جهتين: انتساب العقد إلى المالك ليصدق عنوان «عقودكم» ويجب الوفاء به، والرّضا بالعقد الواقع.

ولمّا كان المال خارجاً عن الملك لم يبق موضوع للانتساب وترتب وجوب الوفاء، فلا أثر للإجازة.

هذا محصل كلامه بتوضيح منّا.

أقول:

أمّا على النقل، فما ذكره تامّ بلا إشكال، لما أوضحناه.

وأما على الكشف، فإنّ كان المراد الكشف الحكمي، فكذلك، لأنّه عبارة أخرى عن النقل، لأنّه عبارة عن التعبد الشرعي بترتيب آثار الملكية من حين العقد، وإذا خرج المال عن الملكية - مثلاً - لم يبق محلّ للإجازة حتى يتعبد الشارع بترتيب الآثار من حين العقد.

وإن كان المراد الوجوه الثلاثة الأخرى من الكشف، ففيما ذكر بحث

ونظر، فنقول:

أمّا بناءً على الكشف الحقيقي - على كلا الوجهين فيه - فلو باع المالك المتاع قبل الإجازة ثم أجاز، كانت الإجازة مؤثرة وبطل بيعه، لأنّه قد وقع في ملك المشتري الأصيل، وكذا غير البيع من التصرفات المخرجة للمال عن الملك. فظهر ما في قول السيّد: صدر من أهله ووقع في محله، لأنّه قد صدر من غير أهله ووقع في غير محله. وكذا قول الميرزا الاستاذ: من له أن يبيع فله أن يجيز^(١)، لأنّه إذا باع ثم أجاز بيع الفضولي، فقد وقع البيع منه في مال الغير في نفس الأمر، فيكون باطلاً بناءً على الكشف الحقيقي.

وعلى الجملة، فإنَّ الإجازة على هذا المبنى مؤثرة، وقد يؤيد ذلك بصحيحة أبي عبيدة في تزويج الصغيرين، بتقريب: أنه كما أن الإجازة أثرت بعد موت الزوج، فهي مؤثرة بعد تلف أو بيع المال، لأنَّ الزوجين في النكاح ركنان، كما أن العوضين في البيع ركنان.

ولو قيل: بأنَّه لمَّا خرج عن ملك المالك ببيعه سقط بيع الفضولي عن قابلية الإضافة للمالك، فالإجازة اللاحقة غير مؤثرة لإضافته إليه، ليصدق «عقودكم» ويجب الوفاء به.

فالجواب: إنَّ لازم هذا إنكار الكشف من أصله، لكنَّ القائل به يقول إنَّ أثر الإجازة هو انتساب العقد الواقع من الفضولي بماله من المضمون إلى المالك في حين الإجازة، لأنَّ موضوع «عقودكم» يتحقَّق في حينها، فإنَّ هذا هو النقل.

وأما بناءً على الكشف الانقلابي - وأنه لا أثر للعقد الواقع من الفضولي، وأنما الشارع يعتبر من حين الإجازة من المالك الملكية التي كانت له، للأصيل المشتري من الفضولي - فقد وقع البيع في ملكه، وهو صحيح، ولو أتلَّف المال فهو غير ضامن له، لعدم الدليل على بطلان البيع والضَّمان للمال. نعم، يجب عليه دفع البدل عن انتفاعاته بالمال قبل التصرُّف المخرج له عن الملكية.

ولمَّا كان هذا المبنى هو المختار عندنا تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ، فإنَّ الحق هو صحَّة المعاملات الواقعة من المالك بعد عقد الفضولي وقبل الإجازة، وأنه لا موقع للإجازة حينئذٍ.

ولا يخفى أنَّ البحث عن تأثير الإجازة وعدمه بعد الردَّ القولي أو وقوع

الفعل المخرج للمال عن الملكية، إنما هو على مبنى المشهور من عدم تأثير الإجازة بعد الرد، وقد تقدّم في محله الإشكال منّا على ذلك وأنّ المختار خلافه.

ولكنّ لما كان القول بالكشف على خلاف القاعدة، ولم يكن في موارد الأخبار المستدلّ بها عليه ولا مورد واحد وقع الردّ فيه من المالك بعد العقد وقبل الإجازة، وجب الاقتصار على مقتضى موارد تلك الأخبار، وكان القول بتأثير الإجازة بعد الردّ قولاً من غير دليل إلّا صحيحة محمد بن قيس. إلّا أنّ يقال بعدم ثبوت أخذ الوليدة وابنها في مجلس المرافعة عملاً. ولو سلّمنا، فهي قضية في واقعة لا يقاس عليها غيرها، والله العالم.

حكم مالو كان الفعل غير مخرج عن الملكية

قال الشيخ:

وأما التصرف غير المخرج عن الملك... فهو وإنّ لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلّا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد... والثاني: ما إذا لم يكن الفعل الواقع من المالك على المال مخرجاً له عن الملكية، كما لو باع الفضولي الأمة واستولدها المالك قبل الإجازة، أو الدابة فأجرها قبله، فالشيخ على التنافي بين صحّة الإجازة وصحّة تلك التصرفات وأنهما لا يجتمعان، للتناقض بينهما، فإما القول بامتناع الإجازة أو القول ببطلان التصرف، أو حملة على غير وجهه بأنّ يقال: الواقع هو التحليل والإباحة لا الإجازة أو التزويج، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين، لأنّ هذه

التصرّفات قد وقعت على وجهها صحيحةٌ ولا تنقلب عمّا وقعت عليه،
تعيّن الأول وهو القول بامتناع الإجازة.
أقول:

أمّا على النقل، فإن الدابة - مثلاً - باقية على ملكه، وله أن يوجرها وتكون
صحيحةً، فإن أجاز بيع الفضولي انتقلت الدابة من حين الإجازة إلى
المشتري، ولا تناقض بين الأمرين، لأن الإجازة تمليكٌ للمنافع على
المشهور، والبيع تمليكٌ للعين، غير أن للمشتري خيار الفسخ.

وفي الأمة المستولدة، إن قلنا بعدم قابلية أم الولد للتمليك إلى الغير
مطلقاً - كما عليه النص والفتوى - كانت الإجازة باطلةً، وإن قلنا بأن الممنوع
بيعها لا تمليكها، فالإجازة جائزة.

وفي الأمة المزوجة، تكون الإجازة مؤثرة ولا خيار للمشتري، وذلك:
لأن مفاد البيع غير مفاد التزويج، فلا منافاة، وللمشتري إقرار التزويج أو
إبطاله، فلم يتوجّه ضرر عليه حتى يثبت له الخيار.

قال أبو بصير سألت أبا عبدالله عليه السلام أنكح أمته حرّاً أو عبد قوم
آخرين.

فقال: ليس له أن ينزعها. فإن باعها، فشاء الذي اشتراها أن ينزعها من
الرجل فعل^(١).

وعن أبي الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام: قال: إذا بيعت الأمة ولها

(١) وسائل الشريعة ٢١/ ١٥٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٤٧ رقم: ٦.

زوج، فالذي اشتراها بالخيار، إن شاء فَرَقَ بينهما وإن شاء تركها معه^(١).
إن قلت:

إنه إن نزعها وجب عليه الصبر في مدة العدة وهو ضرر عليه، فيثبت له الخيار.
قلت:

أولاً: لا مناص من الصبر، لوجوب استبرائها.
وثانياً: لا ملازمة بين التزويج والوطيء.
وثالثاً: إن التزويج لا يوجب التفاوت في القيمة حتى يثبت له خيار تخلف الوصف.

وعلى الجملة، التزويج صحيح والإجازة مؤثرة، فيملكها المشتري، نعم، له إبطال التزويج.

هذا، ولو باع الفضولي دار المالك فرهنها قبل الإجازة، كانت الإجازة مؤثرة، غير أن تعلق حق المرتهن بها يعدّ عيباً عرفاً أو يوجب الغبن أو تخلف الوصف، فيثبت الخيار للمشتري.

ولو باع الفضولي عبد المالك، فجنى العبد جنائياً توجب تعلق حق أولياء المجنّي عليه به، فالإجازة مؤثرة أيضاً، لجواز بيع العبد الجاني خلافاً لشيخ الطائفة، ولكن تعلق الحق به موجب للخيار كذلك.
هذا كله على النقل.

وأما على الكشف، فقد تقدّم قول الشيخ بامتناع الإجازة، والظاهر

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ١٥٧ أبواب نكاح العبد والإماء، الباب ٤٨ رقم ١.

-بقرينة قوله فيما بعد: نعم، لو قلنا...- ابتناؤه على الكشف الحكمي.
وما ذكره صحيح في مثال الاستيلاد، لأنَّ تعبد الشارع بملكيّة المشتري
الأمة - وهي ذات ولدٍ - غير معقول.

أما في مثال الدابة، فلا، لأن بيع الفضولي إنما وقع على الدابة، وأما
سلطنة المشتري على منافعها فحكم شرعي، فإذا أجاز المالك البيع، حكم
الشارع بترتيب آثار البيع من حين العقد، والآثار هي المنافع، ولمّا كانت
المنافع في حيازة الغير بالإجارة، وجب دفع بدلها، أي اجرة المثل، إلى
المشتري، سواء كانت أكثر من أجرة المسمى أو أقل.

فظهر أن لا تناقض بين الأمرين، غير أن على المالك دفع بدل المثل.
وكذا في تزويج الأمة، فإن الشارع يحكم بترتيب أثر البيع من حين
العقد، والأثر هو تفويض أمر زواجها إلى المشتري، إن شاء فرّق بينهما وإن
شاء تركها معه.

هذا بناءً على الكشف الحكمي، وقد ظهر أن التحقيق هو التفصيل بين
مورد الاستيلاد ومورد الإجارة والتزويج.

وأما على الكشف الانقلابي، فتصحّ الإجارة في الثلاثة، لأن كلاً من
الاستيلاد والإجارة والتزويج واقع في ملك المالك، فإذا أجاز البيع الواقع
من الفضولي على الأمة أو الدابة، يعتبر الشارع في حينها تحقّق الملكية
للمشتري من حين العقد، وحيث أن المالك قد أتلف الأمة باستيلادها، فإنه
يضمن للمشتري قيمة المثل.

وكذا الحكم بالنسبة إلى منافع الدابة والأمة المزوجة.

وهنا شبهة نذكرها بعد كلمة قصيرة هي:

إنه لو ورد في مورد خاص حكم لا مقتضي له، وجب الالتزام بما يخرج عن اللغوثة، صوناً للكلام الحكيم عنها، وأما لو ورد عام وكان حكمه في مورد على خلاف القاعدة، وجب تخصيص العام.

وعلى هذا، فإن «قاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن» المصطادة من النصوص، موضوعها «مال الغير» و«الإتلاف» متأخر عنه، لكن مقتضى الكشف الانقلابي أن تكون ملكية الغير للمال بعد الإتلاف، والحال أن القاعدة لا تشمل ولا دليل على ضمان هكذا مال.

وحينئذٍ، فالإجازة بلا أثر في الاستيلاد، وفي بيع الدابة تكون الإجازة مؤثرة، ويصح البيع، والمشتري مالك لها، لكنها مسلوقة المنفعة إلى نهاية مدة الإجازة مع الخيار.

قال الشيخ:

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى واللبس، كان عليه أجرة المثل إذا أجاز. فتأمل.

أقول:

كأنه إشارة إلى سؤال وجواب.

أما السؤال، فهو عن الفرق بين إجازة الدار وسكنائها، حيث قلتم بصحة الانتفاع مع ضمان البدل، ولم تقولوا بذلك في الإجازة بل قلتم بالبطلان.

وأما الجواب، فهو إن البيع إذا وقع على الدار استتبع ملكية المنافع، فتنافيه الإجازة لوقوعها في ملك الغير فتكون باطلة، بناءً على الكشف الحكمي، بخلاف السكنى، فإن إجازة البيع لا تنافي ضمان المنافع.

قال:

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد ووقوعها بدونه، لأن التنافي بينهما واقعي. ودعوى...

وحاصله: الإشكال على بطلان بيع الدار أو الدابة، بعدم الدليل على اشتراط قابلية تأثير الإجازة من حين العقد، فليكن تأثيرها من حين انتهاء مدة الإجازة، نظير تأثير إجازة المالك الجديد في من باع شيئاً ثم ملكه، حيث الأثر من حين الملكية.

فأجاب: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.

أقول:

إن معقد الإجماع هو حيث يوجد المقتضي مع عدم المانع، وأما حيث يوجد المانع مثل الإجازة كما نحن فيه، فهو خارج فالتأثير بعد الإجازة. هذا كله على الكشف الحكمي.

وأما على الكشف الحقيقي، فقد قال الشيخ:

نعم، لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة، كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي وتصح الإجازة.

أقول:

إن كان المراد من «العقد الملحق بالإجازة»: أن وصف الملحوقية هو الشرط لعقد الفضولي، فإنها ليست ملحوقية فعلية، لأن اللاحقية

والملحوقية عنوانان متضائفان، ولا يعقل أن يكون أحدهما فعلياً والآخر لا فعلياً له، لأن المتضائفين متكافئان في الفعلية والشأنية، فلا مناص من الإلتزام بأن عقد الفضولي الملحق شأناً مؤثراً.

وإن كان المراد من ذلك: أن الإجازة شرط متأخر. فهذا مستحيل، لأن الشرط ماله دخل في فعلية الأثر، فكيف يعقل أن يكون الأثر مترتباً على العقد بالفعل، لكن شرط التأثير غير حاصل بعد.

فتعين أن يكون المقصود هو الملحوقية الشأنية، بمعنى وقوع العقد في قطعة من الزمان متصلة بزمان الإجازة.

وإذا كان هذا هو المقصود من الكشف الحقيقي، فإن بيع المالك المال أو وقفه أو هبته أو إجارته أو غير ذلك، واقع في ملك المشتري، فهو باطل. هذا بيان مطلب الشيخ.

والتحقيق: إن مقتضى الأدلة هو شرطية رضا المالك بوجوده الخارجي في صحة عقد الفضولي وترتب الأثر عليه، ولا وجه لاعتبار الملحوقية الشأنية، وعلى هذا، فلو قام الدليل على الإجازة بنحو الكشف فهو مخصص للأدلة العامة، وقد تقرّر في الأصول فيما لو دار أمر المخصص بين الأقل والأكثر أن يؤخذ بالأقل، وحينئذ، فلو شك في شمول دليل تأثير الإجازة في عقد الفضولي - على الكشف - لموارد تصرف المالك في المال المبيع، كان مقتضى القاعدة عدم التأثير.

والحاصل: عدم الدليل على تأثير الإجازة في موارد التصرفات المخرجة عن الملك، وكذا في الاستيلاء. وأما في إجارة الدابة أو الدار وفي

تزويج الأمة، فلا إشكال في بيع الفضولي وتصرف المالك، لاختلاف متعلقيهما.

هذا كله في الفعل المخرج عن الملك وغير المخرج.

حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

قال الشيخ:

بقي الكلام في التصرفات غير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، والبيع الفاسد. وهذا أيضاً على قسمين...

١ - ما يقع مع الالتفات إلى وقوع العقد

القسم الأول: أن يقع التصرف المذكور حال إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، قال الشيخ:

فهو رد فعلي للعقد.

فلو باع المالك المتاع ببيع فاسد، كانت ملكيته للمتاع باقية، وله القابلية للانتقال إلى المشتري بالإجازة لبيع الفضولي، فإن كان ملتفتاً إلى وقوع عقد الفضولي عليه، كان بيعه بالبيع الفاسد ردّاً فعلياً للعقد، وهو يقوم مقام الردّ القولي.

وقد استدلّ لذلك بوجوه:

الأول: فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطي والبيع والعق، فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت

المؤثر فعلاً، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حين الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

أقول:

قد تقرر في الأصول: أن الدلالة التصديقية تابعة للإرادة، وبه صرح المحقق نصير الدين الطوسي رحمه الله. وتوضيحه: إن دلالة اللفظ على المعنى ثابتة بالملازمة الوضعية بينهما، بلا دخل للإرادة وعدمها فيها، ولذا ينتقل ذهن من علم بذلك الوضع من اللفظ إذا سمعه إلى معناه. وأمّا إسناد الفعل إلى الفاعل والتصديق به فلا يكون بلا إرادة، بل هو تابع لها، فإذا قيل: قد ردّ فلان البيع، لم يصح إلا إذا كان ردّه له عن الإرادة.

وعلى هذا، فدعوى دلالة البيع الفاسد على إرادة الردّ ممنوعة جداً، لأن بيعه مع علمه بفساده لغو، فكيف يدلّ على الردّ لبيع الفضولي؟

ولو كان معتقداً بصحة بيعه، كان اعتقاده بذلك مانعاً عن تمشي الإجازة لبيع الفضولي منه، فكيف يكون دليلاً على الردّ؟

هذا في فرض وقوع البيع الفاسد.

وأما تعريض المال للبيع، فيمكن أن يكون بقصد البيع حقيقة، وأن يكون بقصد الاختبار، بأن يرى هل يشتري بأكثر من الثمن الذي باعه الفضولي به أو لا؟ وعليه، فإن مجرد التعريض لا يدلّ على الردّ، فقد لا يكون بقصد البيع حقيقة حتى يدلّ على ذلك، بل يحتمل أن يجيز بيع الفضولي.

بل إن دلالة التعريض للبيع حقيقة على الفسخ والرد غير واضحة، لأن الدلالة إمّا مطابقة أو تضمنية أو التزامية، والتعريض ليس بمصداقٍ لواحدٍ من أقسام الدلالات.

وبعبارة أخرى: الدلالة هي الظهور لفظاً أو عملاً، ودلالة الظواهر دلالة تصديقيّة تابعة للإرادة كما تقدّم، وما لم يقصد بالتعريض الفسخ والردّ للبيع، لم تتم دلالاته عليه، لأنّ الردّ أمر إنشائي وهو لا يتحقق إلا بالقصد. والحاصل: عدم تماميّة دعوى دلالة العقد الفاسد والتعريض للبيع على الردّ مطلقاً، سواء علم بفساد العقد أم لم يعلم، فلو أجاز بيع الفضولي بعد ذلك لكان مؤثراً.

والثاني: صدق الردّ عليه، فيعمّه ما دلّ على أنّ للمالك الردّ، وهو: ما عن زرارة عن أبي جعفر عليه السّلام قال: سألته عن رجل تزوّج عبده امرأة بغير إذنه، فدخل بها، ثم أطلع على ذلك مولاه. قال عليه السّلام: ذلك لمولاه، إن شاء فرّق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما^(١).

لأنّ التّفريق ردّ عملي للنكاح الواقع فضولياً. وما عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السّلام إنه سأله عن رجل زوّجه أمّه وهو غائب.

قال عليه السّلام: النكاح جائز، إن شاء المتزوّج قبل وإن شاء ترك...^(٢). لأنّ الترك وإن كان عدم القبول، لكنّه ردّ عملي للتزويج الفضولي. لكنّ فيه ما ذكره الشّيخ من أنّه يمكن أن يقال: إنّ الإطلاق مسوق لبيان أنّ له الترك، فلا تعرّض فيه لكيفيّته، فالاستدلال ساقط.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ١١٥، كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٢٤ رقم: ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/ ٢٨١، أبواب عقد النكاح، الباب ٧ رقم: ٣.

والثالث: إن المانع من صحّة الإجازة بعد الردّ القولي موجود في الردّ الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. والجواب عنه ظاهر ممّا تقدّم. هذا كلّه في القسم الأوّل.

٢ - ما يقع مع عدم الالتفات إلى وقوع العقد

القسم الثاني: أن يقع التصرف المذكور مع عدم إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله. قال الشيخ: فالظاهر عدم تحقّق الفسخ به.

وذلك: لأنّ الردّ وكذا الفسخ أمر إنشائي، ومع عدم الالتفات إلى بيع الفضولي لا يتحقّق الإنشاء.

ثم إنه ليس ما نحن فيه نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً ولو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم، لوجود النصّ الخاصّ الأعمّ من العلم بالطلاق وعدمه هناك، ولولا النصّ لم يعقل كون الإنكار رجعةً، لأنّ الإنكار والرجعة متناقضان مفهوماً. والنصّ المشار إليه هو:

ما عن أبي ولاد الحنّاط عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن امرأة ادّعت على زوجها أنه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً، يعني على طهر من غير جماع، بإشهاد شهود على ذلك. ثم أنكر الزّوج بعد ذلك. فقال عليه السلام: إن كان إنكار الطلاق قبل انقضاء العدة، فإن إنكاره

الطَّلَاق رجعة لها^(١).

وعلى الجملة، فإنَّ قياس ما نحن على إنكار الطَّلَاق، بلا وجه.
ثم تعرَّض الشيخ لدعوى بعض معاصريه الاتفاق على اعتبار اللَّفْظ في
الفسخ كالإجازة.
ثم قال:

والحاصل: إنَّ المتيقَّن من الرَّد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محلِّ
الإجازة... وأمَّا الرَّد الفعلي... فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. وأمَّا مجرد
إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقُّق مفهوم الرَّد - لعدم الالتفات
إلى وقوع العقد - فالإكتفاء به مخالف للأصل.

فأقسام الرَّد أربعة:

الرَّد القولي.

والرَّد الفعلي. وهو على ثلاثة أقسام:

ما يفوت معه محلُّ الإجازة، وما ينشأ به مفهوم الرَّد، وما ينافي مفهومه
قصد بقاء العقد من غير تحقُّق مفهوم الرَّد.

والمتيقَّن هو الرَّد القولي. وفي حكمه القسم الأوَّل من الرَّد الفعلي، لأنَّ
الدليل على عدم تأثير الإجازة بعد الرَّد هو الإجماع، فيؤخذ منه بالقدر
المتيقَّن. وأمَّا الثاني، فحصول الفسخ به غير بعيد. وأمَّا الثالث، فالإكتفاء به
مخالف للأصل، وهو استصحاب بقاء عقد الفضولي على ما هو عليه من
القباليَّة للإجازة.

(١) وسائل الشيعة ٢٢/ ١٣٦ كتاب الطلاق، أقسام الطلاق، الباب ١٤ رقم: ١.

قال:

ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده، وأمّا انتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي، فلا يتوقف على الرد، بل يكفي فيه عدم الإجازة.

والظاهر أن الانتزاع بنفسه ردّ مع القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الأخذ، لأنه أعم. ولذا ذكروا أن الرجوع في الهبة لا يتحقق به. أقول:

إن ما ذكره أخيراً إنما يتم بناءً على النقل، وأمّا بناءً على الكشف، فإنه إن علم بعدم الإجازة إلى الأبد جازله الأخذ، وأمّا إن علم بأنه سيجيز، فلا يجوز الأخذ، ولو شك في أنه سيجيز أو لا؟ أمكن التمسك بالاستصحاب القهقرائي للعدم، فيجوز الأخذ.

مسائل متفرقة

لو لم يجز المالك عقد الفضولي مع تسليمه المال إلى المشتري، وقع الكلام في حكم المالك مع المشتري بالنسبة إلى المال، وفي حكم المشتري مع الفضولي بالنسبة إلى الثمن.

حكم المالك مع المشتري

قال الشيخ:

لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه، ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها على الخلاف... ومع التلف، يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده...

أقول:

أما انتزاع المال المبيع، فلقاعدة السلطنة.

وأما رجوعه بالمنافع المستوفاة، فلقاعدة الإلتاف، مضافاً إلى النصّ

الخاصّ:

عن زرارة قال قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل اشترى جارية من

سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباهما من يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة.

قال عليه السّلام: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية، ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(١).

وعن زرارة قال: قلت لأبي جعفر عليه السّلام: الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجئ الرجل فيقيم البيّنة على أنها جاريته، لم تبع ولم توهب.

فقال: يردّ إليه جاريته، ويعوّضه بما انتفع. قال: كان معناه قيمة الولد^(٢). وعن جميل بن درّاج عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام، في الرجل اشترى جاريةً، فأولدها، فوجدت الجارية مسروقةً. قال: يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته^(٣).

وأما المنافع غير المستوفاة، فعن المشهور: الضّمان، وقد استشكل فيه الشيخ بأنّ المنافع غير المستوفاة - وإن كانت مالا - لا يصدق عليها الأخذ باليد، لكي تعمّها قاعدة اليد، ولم تتلف لكي تعمّها قاعدة الإتلاف.

ولكنّا قلنا في محله^(٤): بأن السّكنى والركوب ليسا من عوارض الدار والدابة ونحو ذلك، بل من عوارض الإنسان، وما كان من العوارض للإنسان، لا يعدّ من منافع العين الخارجيّة، بل منفعة الدار هي حيّثه قابليّتها للسّكنى،

(١-٣). وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤ كتاب النكاح، أبواب نكاح العبيد، والإماء الباب ٨٨ رقم: ٤ و ٢ و ٣.

(٤) كتاب الإجارة، وقد درّسه السيد الجد في الحوزة بمدينة مشهد المقدّسة.

ومنفعة الدابة قابليتها للركوب، لكون هذه الحيثيات قائمةً بالدار والدابة، ولما كانا باليد فحيثياتهما باليد كذلك.

كما قلنا هناك بأن المنافع الفائتة لها حظٌ من الوجود لكونها من قبيل عدم الملكة، فأخذ العين ضامن لجميع تلك المنافع التي لم يحصل لها الوجود في الخارج، لأن عدم تحققها خارجاً كان بتسبب من نفس الآخذ، فقول المشهور هو المختار.

وأما لو تلف المبيع فضولياً بيد المشتري، وجب عليه دفع القيمة، قيمة يوم التلف أو أعلى القيم من زمان وقع في يده؟ والمشهور الأول.

وبناءً على الثاني، لو كان المبيع قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت القيمة عنده، ووصل المبيع إلى يد الأخير ناقصة القيمة، اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه، بل الأول.

وذهب السيد والميرزا الاستاذ^(١) قدس سرهما إلى ضمان الصفة أيضاً، فلو كان المبيع شاةً وكانت مهزولة في يد المشتري وسمنت في يد الآخر، ثم هزلت وتلفت كذلك عند الثالث. فالذي تلفت عنده يضمن قيمة يوم التلف، والذي هزلت عنده يضمن قيمة السمن.

وفي فرض زيادة القيمة ثم نقصانها عند الثاني ووصولها ناقصةً إلى الثالث وتلفها بيده، صرحا بضمان الأول والثاني معاً زيادة القيمة. والظاهر أنه المشهور.

وكأن الوجه في ذلك: إن ضمان العين ضماناً بجميع خصوصياتها من القيمة والوصف والمنفعة.

وقد قلنا بالفرق بين المنفعة والوصف، لأنَّ المنفعة حيثية قائمة بالعين من أوَّل الأمر، فالضمان لها ثابت بتبع العين، بخلاف الوصف كالسَّمن، فإنه حادث ولا ضمان له.
هذا كلّهُ حكم المالك مع المشتري.

حكم المشتري مع الفضولي

قال الشيخ:
وأما حكم المشتري مع الفضولي... فهنا مسألتان ...
وفي حكم المشتري مع الفضولي، يقع الكلام في الثمن وفيما يغرمه للمالك زائداً على الثمن. فهنا مسألتان:

١ - الكلام في الثمن

وهنا صورتان:
الاولى: أن يكون المشتري جاهلاً بكونه فضولياً
قال الشيخ:
إنه يرجع عليه بالثمن...

حكم ما لو كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع
أقول:

لو باع الفضولي المال، وظاهر حاله أنه يبيع عن نفسه ولنفسه، فاشترى

منه المشتري جاهلاً بكونه فضولياً، ثم تبين ذلك فيما بعد، إمّا باعتراف البائع أو بحصول العلم للمشتري، أو بالتراجع بين المالك والمشتري، رجع المشتري على الفضولي بالثمن، وإن كان بشرائه منه مقراً بكونه مالكا للمبيع، لأن هذا الإقرار مبني على ظاهر اليد، وأما ريثها تسقط بتبين الخلاف.

هذا في صورة كون المشتري مقراً بملكية البائع استناداً إلى الظاهر. أما لو أقر بذلك بلسانه على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة من قبل المالك على فضولية البائع - لم يرجع بشيء، لأن إقرار العقلاء على أنفسهم جائز^(١).

ولو لم يعلم استناد الإقرار إلى اليد أو إلى غيرها، ففي الأخذ بظاهر الحال، من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالة على الواقع. قال الشيخ: وجهان.

أي: من أن اعترافه بذلك بعد قيام البينة بعيد جداً، فهو واقع قبله، فله أن يرجع بالثمن. ومن أن عموم: إقرار العقلاء على أنفسهم جائز - الذي لم يخرج عنه إلا مورد العلم بالاستناد إلى ظاهر اليد - يقتضي الأخذ به، فليس له الرجوع بالثمن.

الثانية: أن يكون المشتري عالماً بكونه فضولياً.
وهنا صورتان.

(١) وسائل الشيعة ٢٣ / ١٨٤، كتاب الإقرار، الباب ٥ رقم: ٢.

حكم ما لو كان عالماً بذلك والثلثين باق

الأولى: أن يكون الثلثين باقياً.

قال الشيخ:

استرده، وفاقاً للعلامة...

واستدل له بثلاثة وجوه:

الأول: إنه لم يحصل من المشتري ما يوجب انتقال الثلثين عنه شرعاً، لأن دفع الثلثين مع العلم بكون البائع فضولياً ليس من الأسباب المملّكة الشرعية.

الثاني: النقض بأنه لو كان مجرد التسليط على الثلثين موجباً للانتقال، لزم حصوله في البيع الفاسد كما لو كان غريباً، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله، والحال أن لكل منهما استرداد ماله بالاتفاق.

والثالث: إن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك على المشهور، يستلزم تملك المالك للثلثين، فإن تملكه البائع قبله يستلزم فوات محل الإجازة، لأن الثلثين إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة.

وقد أمر الشيخ هنا بالتأمل.

أقول:

وفي جميع الوجوه نظره:

أما الأول، فإن التسليط - بما هو - لا يوجب الانتقال، لكن إذا حَفَّ بالقرائن الموجبة للدلالة على التملك ترتب عليه الأثر.

وأما الثاني، فإنه قياس مع الفارق، لأن البحث في فرض العلم بالفضوليّة، وأما البيع الفاسد، فهو مع الجهل بالفساد.

وأما الثالث، فإن الحكم بصحة البيع وكون الثمن للمالك لو أجاز، مبني على الكشف، وبذلك يكون التسليط من المشتري البائع الفضولي على الثمن لغواً. نعم، يتم ما ذكر على القول بالنقل.

وأيضاً: لو كان الثمن كلياً في الذمة، فسلم مالا بعنوان أنه المصدق للكلي، كان التسليط مملكاً ولم يفت محل الإجازة، سواء على الكشف والنقل.

وأيضاً: قد ذكر الشيخ سابقاً أن تسليط المشتري مراعى بعدم إجازة المالك، فلو أجاز ملك.

هذا، ولا يبعد أن يكون أمره بالتأمل إشارة إلى ما ذكرناه. والتحقيق:

إن مورد البحث أن يبيع الفضولي عن نفسه ولنفسه والمشتري عالم بذلك، وفي الجواهر:

قيل: إنه لا يرجع بالثمن الذي دفعه إلى البائع بسوء اختياره ومع العلم بالغصب، ففي التذكرة: قال علماؤنا ليس للمشتري الرجوع إلى الغاصب وأطلقوا القول في ذلك، وفي تخليص التلخيص: أطلق الأصحاب كافة ذلك، بل عن الإيضاح أنه نسب عدم الرجوع مع بقاء العين فضلاً عن تلفها تارة إلى قول الأصحاب، وافرأى إلى نصهم، وفي جامع المقاصد: يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين...^(١).

أقول:

البائع يملك المبيع بعوض، بأن يدخله في ملك المشتري ويدخل الثمن في ملك نفسه، فالعمدة فعل البائع والمشتري يطاوعه ويقبل، فهو يطاوعه على المبادلة التي يوجد بها بين المالكين في الملكية، ولكن المفروض علم المشتري بفصولية البائع، فهو يعلم بعدم تحقق هذه البدلية التي أنشأها البائع، وعليه، فإن مطاوعته له تكون هبة مشروطة، أو يكون تسليطه البائع على الثمن من باب الإعراض عن ماله، كما ذكر صاحب الجواهر.

فإن كان هبة، فالملكية حاصلة، وأما إن كان إعراضاً، فقد قدّمنا أن الإعراض ليس من المسقطات للملكية. نعم، قام الدليل على أن الاستيلاء على المال المعرض عنه من أسباب الملك - كما صرح العلامة - وهو عموم: للبد ما أخذت.

فما ذهب إليه الأصحاب هو المختار على الوجه الذي ذكرناه.

وهل يجوز للبائع التصرف في الثمن؟

قال الشيخ:

وجهان بل قولان، أقواهما العدم، لأنه أكل مالٍ بالباطل.

وتوضيحه: إن الثمن إنما دفع وفاءً بالعقد الواقع لا عن تراضٍ، فهو فاسد، ويدخل في المستثنى منه في آية التجارة.

فهذا وجه القول بعدم جواز التصرف.

ووجه القول بالجواز: ما ذكره المحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ

قدس سرهما، من أن البائع إنما يبيع المال بعنوان أنه مالك، والمشتري يقبل

منه لكونه مالكاً، لكن التسليط فعلٌ خارجي، وهو لا يتعلّق بالعنوان، وإنما يكون للشخص، فهو يسلّط شخص البائع على الثمن بداعي الوفاء بالعقد، والتسليط يستتبع جواز التصرف. وهذا هو الأقوى.

حكم ما لو كان الثمن تالفاً
الصورة الثانية: أن يكون الثمن تالفاً.
قال الشيخ:

فالمعروف: عدم رجوع المشتري. بل المحكي عن العلامة وولده و... الاتفاق عليه... ووجهه... أنه سلّطه على ماله بلا عوض. وقد أوضحه بما هذا شرحه ملخصاً:

إن ضمان البائع للثمن إمّا لعموم «على اليد ما أخذت» وإمّا لقاعدة الإقدام على الضمان، التي استدل بها شيخ الطائفة وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه، بتقريب: أن كلاً من المتبايعين قد أقدم على الضمان بالمسمّى، ولذا يدفع ماله في مقابل مال الآخر، وفاءً بضمانه، لكنّ المسمّى من طرف المشتري عبارة عن الثمن الخاص، وكلّ خاصّ فإنه مركّب من طبيعي وخصوصيّة، فإذا كان البيع فاسداً وزالت الخصوصية، كانت جهة الطبيعي محفوظة، فيكون ضامناً للكلّي الطبيعي.

فأمّا قاعدة اليد، فهي مخصّصة بفحوى ما دلّ على عدم الضمان في مورد الوديعة والعارية، حيث اليد موجودة ولا ضمان، فإذا كان دفع المال في

هذه الموارد غير موجب للضمان، فالتسليط على التصرف في المال وإتلافه له، ممّا لا يوجب الضمان بطريق أولى.
أقول:

لو سلّمنا الأولوية، فشمولها للإتلاف غير تام.
فالأولى أن يقال بعدم جريان قاعدة اليد في المقام، لأن موردها هو الأخذ المستتبع في حدّ نفسه للردّ، وهو غير ما نحن فيه، فالقاعدة غير شاملة للمقام، لأنها تعمّه فتخصّص بالفحوى.

ومن ذلك يعلم عدم جريان قاعدة من أتلف. فلائها قاعدة مصطادة من حكم الشارع بالضمان في موارد، وكلّ قاعدة من هذا القبيل فهي - من حيث الإطلاق والتقييد - تابعة للموارد، وعندما نراجع تلك الموارد نرى أنها في غير مورد الإذن، فلا تشمل ما نحن فيه، حيث أن المشتري بتسليطه البائع على الثمن يأذن له بالتصرف فيه بنحو الإطلاق حتى الإتلاف.

وأما قاعدة الإقدام، فقد أجاب الشيخ: بأنّ البائع لم يقدم على ضمان الثمن.

وقد كان الأولى أن يقال: بأنّ إقدام كلّ من المتبايعين كان على تضمين العوض المسمّى، وإذا فسد الخاصّ بما هو خاصّ، فلا وجه لبقاء ضمان الكلّي، حتى يجب دفع المثل أو القيمة.

فإن قلت:

إنّ المعاملة التي أوقعها الفضولي معاوضة حقيقية، وآلا لم تؤثّر الإجازة، وحينئذٍ، فلا مناص من ثبوت الضمان هنا، لثبوته في كلّ معاوضة حقيقية.

أجاب الشيخ بما حاصله:

إنَّ المعاوضة الحقيقية لها جهتان، جهة الإنشاء وجهة الواقعية، والضمان يرتبط بالجهة الثانية، كما أنَّ القابلية للحقوق الإجازة ترتبط بالجهة الاولى، فالضمان إنما يثبت في المعاملة الواقعة بين المالكين الحقيقيين، لأنه عبارة عن كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه وخروج المال عن كيسه، وإذا كان المضمون به ملكاً لغير الضامن واقعاً، فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك.

والحاصل: إنه وإنَّ تحققت المعاوضة الإنشائية بين الفضولي والمشتري، لكن الضمان إنما يترتب على المعاوضة الحقيقية - وهي التي تقع بين المالكين - والمفروض عدم تحققها.

قال الشيخ:

ومما ذكرنا يظهر أيضاً: فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد، حيث إنَّه ضمَّن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به، وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمَّن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به...

وجه الفساد: إن التضمين الحقيقي حاصل هنا، لأنَّ المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمين في نظر الشارع، لأنَّ المفروض فساد، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص، صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقي أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني أو استثمار عن مالكة، موجباً لضمانه.

وشيء منهما غير موجود فيما نحن فيه.

قال:

نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك - كالخمر والخنزير والحرّ - قوي إطراد ما ذكرنا فيه، من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرّح به شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد.

أقول:

وبه روايات عديدة.

وتلخص:

إنه لو كان البائع الفضولي بائعاً لنفسه والمشتري عالم بذلك، لم يكن له الرجوع عليه بالثمن، ولو تلف لم يكن البائع ضامناً للبدل. وأما لو كان بائعاً عن المالك، وهو إنما يسلمه الثمن لأن يوصله إليه، فقد قال الشيخ بثبوت الضمان، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضوليّة.

قال: وكذا فيما لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري.

وكذا لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها.

حكم ما لو كان الثمن كلياً

ثم قال:

ولو كان الثمن كلياً فدفع إليه المشتري بعض أفرادهِ، فالظاهر عدم الرجوع،

لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

أقول:

التحقيق في المقام: إن المشتري من الفضولي لنفسه مع العلم بذلك، قد يكون بصدد الحصول على المال غير مبالٍ بالحكم الشرعي، وأخرى: هو ملتزم بالشرع غير أنه يقدم على الشراء برضاء أن يحصل على رضا المالك، وثالثة: هو من أهل الشرع والديانة، ويقدم على الشراء لغرض من الأغراض مع اليأس عن تحصيل رضا المالك.

هذه هي الصور ولا رابع لها.

أما في الصورة الأولى، فالظاهر عدم الإعراض عن الثمن وإن سلطه عليه، فله الرجوع فيه مادام موجوداً، ومع التلف، فلا ضمان على البائع، لعدم الدليل.

وأما في الصورة الثانية، فكذلك.

وأما في الصورة الثالثة، فالإعراض عن الثمن ثابت، وليس له الرجوع سواء كان موجوداً أو تلفاً.

نعم، بناءً على عدم الضمان في صورة تلف الثمن عند البائع، أشكل الحكم بعدمه فيما لو كان للبائع خيار الفسخ لدعواه المالكية فأخذ به واسترجع المبيع.

ويمكن الجواب: بأن تسليط المشتري البائع على الثمن ليتصرف فيه حتى أن يتلفه - وإن كان بظاهره مطلقاً - متضمن لشرط أن يكون المبيع بيده، فهو مسلط له عليه مادام المبيع بيده، وأما أن يكون البائع مسلطاً على الثمن مطلقاً وإن استرجع المبيع فلا.

أَللّهُمَّ إِلَّا أَنْ يُقَالَ بِالْعَدَمِ، كَمَا قَالَ جَمَاعَةٌ بَعْدَ رَجُوعِ الْمُشْتَرِي عَلَى الْفُضُولِيِّ فِيمَا لَوْ اسْتَرْجَعَ الْمَالُكَ الْمَالُ وَالْثَمَنُ لَا يَزَالُ بَاقِيًا.

ثُمَّ إِنَّ السَّيِّدَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَفَادَ: أَنَّ الْمَنَاطَ فِي الضَّمَانِ قَاعِدَةُ احْتِرَامِ الْمَالِ إِلَّا أَنْ يَهْتَكَ الْمَالُكَ حَرَمَةَ مَالِهِ... وَحَيْثُ أَنَّ الْمُشْتَرِي فِيمَا نَحْنُ فِيهِ لَمْ يَهْتَكِ حَرَمَةَ مَالِهِ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، فَالْبَائِعُ ضَامِنٌ^(١).

وفيه:

إِنْ دَلِيلُ الْقَاعِدَةِ الْمَذْكُورَةِ مُنَحْصَرٌ بِالْخَبَرَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: الْمُسْلِمُ حَرَمَةَ مَالِهِ كَحَرَمَةِ دَمِهِ^(٢).

بِتَقْرِيْبٍ: إِنَّهُ كَمَا لَدِمَ الْمُسْلِمُ حَرَمَةَ فَتَثَبَّتْ لَهُ الدِّيَّةُ، كَذَلِكَ لِمَالِهِ حَرَمَةٌ، فَيُثَبَّتُ لَهُ الضَّمَانُ.

وَالْآخَرُ: فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ وَلَا مَالُهُ إِلَّا بِطَيِّبَةِ نَفْسِهِ^(٣).

وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى مَا ذَكَرَ.

وَالْجَوَابُ:

أَمَّا الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ، فَكَمَا يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ مِنْهُ مَا تَقَدَّمَ، كَذَلِكَ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ النَّهْيُ عَنِ التَّصَرُّفِ فِي أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ، فَالْحَدِيثُ مُجْمَلٌ.

وَأَمَّا الْحَدِيثُ الثَّانِي، فَهُوَ ظَاهِرٌ فِي الْحُكْمِ التَّكْلِيفِيِّ.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٢ / ٢٨٠.

(٢) وسائل الشريعة ٥٩٩ أبواب أحكام العشرة، الباب ١٥٢ رقم: ٩.

(٣) وسائل الشريعة ٤٢٥ / ٣ كتاب الصلاة، أبواب مكان المصلّي، الباب ٣ رقم: ٣.

والحاصل: عدم الدليل على القاعدة المذكورة.

ثم إن حكم الشيخ بضمان البائع - فيما لو سلطه المشتري على الثمن لإيصاله إلى المالك فتلف في يده - محمول على الإتيلاف أو على التفريط في الحفظ أو التواني في الإيصال، وإلا فهو أمين والأمين لا يضمن.

٢ - الكلام فيما يغرمه المشتري

قال الشيخ:

إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن، فإما أن يكون في مقابل العين... وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري...، وإما أن يكون غرامة لم يحصل في مقابلها نفع... أقول:

إن الغرامة التي يدفعها المشتري للمالك على ثلاثة أنحاء، كما ذكر

الشيخ:

١ - ما يدفعه في مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن، إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثمن عشرة.

٢ - ما يدفعه في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكنى الدار ووطي الجارية والصوف واللبن والثمره.

٣ - ما يدفعه لا في مقابل نفع، كالنفقة على الحيوان المشتري أو تعمير الدار أو حفر بئر فيها وأمثال ذلك.

فهل للمشتري أن يرجع على البائع في هذه الغرامات؟

قال الشيخ:

المشتري إن كان عالماً، فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.

وإن كان جاهلاً، فأما الثالث، فالمعروف... رجوع المشتري... أقول:

أما إن كان المشتري عالماً، فعدم الرجوع في شيء من الموارد الثلاثة واضح، لعدم الدليل عليه. وأما إن كان جاهلاً، فبين الموارد تفصيل.

هل يرجع المشتري فيما يغرمه لا في مقابل نفع؟

أما في الثالث، فالمشهور بل المدعى عليه الإجماع: الرجوع. وقد استدلل له بثلاثة وجوه:

الأول: قاعدة الغرور، فإن البائع مغرّر للمشتري وموقع إياه في خطرات الضمان ومتلف عليه ما يغرمه، والمغرور يرجع على من غره.

الثاني: قاعدة نفي الضرر، فإن مقتضاها وجوب التدارك على البائع للضرر المتوجّه إلى المشتري.

الثالث: إن البائع هو السبب لوقوع المشتري في الخسارة، وهو هنا أقوى من المباشر، فهو ضامن. أقول:

أما قاعدة الغرور، فليس بها حديث في الكتب الحديثية، وإنما أرسل في الكتب الفقهية عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنه قال: المغرور يرجع على

من غَرَّه. و«الغرور» هو الخديعة، قال تعالى: ﴿وَلَا يَغُرَّتْكُمْ بِاللَّهِ الْغُرُورُ﴾^(١)
 لكنَّ الكلام في الحديث فإنه مرسل، وتلقَّى الأصحاب له بالقبول لا
 يكشف عن عثورهم على سندٍ له، والظاهر أنَّ الفقهاء اصطادوا قاعدة الغرور
 من النصوص الواردة في موارد خاصَّة وقع فيها الخديعة عمداً أو سهواً،
 لصدق عنوان الغرر مع عدم العمد أيضاً كما في الجواهر^(٢) وكان الخادع
 ضامناً للضرر الذي وقع فيه المخدوع.

وهذا بعض تلك النصوص:

في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم وقد قضي على الرجل: ضمنوا ما
 شهدوا به غرموا، وإن لم يكن قضي طرحت شهادتهم ولم يغرموا الشهود
 شيئاً^(٣).

وعن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السَّلام في شاهد الزَّور ما
 توبته؟

قال: يؤدِّي من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله، إن كان
 النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه.^(٤)

وعن إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبد الله عليه السَّلام عن رجل نظر
 إلى امرأة فأعجبته، فسأل عنها ف قيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوّجني
 ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بها بعد أنها غير ابنته وأنها أمة؟ قال

(١)

(٢) جواهر الكلام ٣٧/ ١٨٣.

(٣) وسائل الشيعة ٣٧/ ٣٢٦ كتاب الشهادات، الباب ١٠ رقم ١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٧/ ٣٢٧ كتاب الشهادات، الباب ١١، رقم ١ و ٢.

عليه السَّلام: ترد الوليدة على موالِها والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد، يعطيه موالِي الوليدة كما غَرَّ الرجل وخدعه^(١).

وعن رفاة قال: سألت أبا عبدالله... قال: وسألته عن البرصاء. فقال عليه السَّلام: قضى أمير المؤمنين عليه السَّلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء: أن لها المهر بما استحَلَّ من فرجها، وإن المهر على الذي زوجها... لأنَّه دَلَّسها^(٢).

وعن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السَّلام قال: في كتاب علي: من زوَّج امرأة فيها عيب دَلَّسَه ولم يبيِّن ذلك لزوجها، فإنه يكون لها الصَّدَاق... ويكون على الذي زوجها ولم يبيِّن^(٣).

وعن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السَّلام: إنما يردَّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل. قلت: أرايت إن كان قد دخل بها، كيف يصنع بمهرها قال عليه السَّلام: المهر لها بما استحَلَّ من فرجها ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها^(٤).

وعن جميل عن أبي عبدالله عليه السَّلام: في الرجل يشتري الجارية من السَّوق فيولدها ثم يجئ مستحقَّ الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة

(١) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٢٠ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٧ رقم ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٢ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٤ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم ٧.

(٤) وسائل الشيعة ٢١ / ٢١٣. كتاب النكاح، أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم: ٥.

الولد التي أخذت منه^(١).

دلّت هذه النصوص على ضمان الغار إن كان عامداً في التغيرير أو لم يكن ولكن لم يبين. وأما ضمان من لم يكن ملتفتاً للمخالفة بين ظاهر حال الشيء والواقع، للضرر الذي وقع فيه المشتري - كما لو باع معتقداً بكون المال ملكاً له واشتره المشتري منه اعتماداً عليه، ثم ظهر أن المال لغيره - فمشكل، للشك في شمول إطلاق النصوص لهذه الصورة.

ثم إن استدلال الشيخ برواية جميل التي جعلها وجهاً آخر غير قاعدة الغرور، هو من جهة إلغاء خصوصية الولد، وأن المناط استيفاء المنفعة وإتلافها، وإلا فلو كان لقيمة الولد خصوصية لكانت الرواية أجنبية عما نحن فيه كما لا يخفى.

وأما قوله:

«إن في توصيف قيمة الولد بأنها اخذت منه، نوع إشعار بعلة الحكم، فيطرد في سائر ما أخذت منه»

فعجيب، لأن تعليق الحكم على الوصف إنما يشعر بالعلة فيما إذا كان الحكم مترتباً على نفس الموضوع، فالأخذ علة لأن يدفع قيمة الولد إلى المالك، وأما إطراد الحكم في سائر ما أخذ، فلا وجه له. فالرواية نظير ما لو قيل: أكرم كل العلماء الذين في المدرسة، حيث كانت العلة للإكرام كونهم في المدرسة، ولا يطرد الحكم بوجوب الإكرام لكل من في المدرسة وإن كان من العوام.

(١) وسائل الشيعة ٢١/ ٢٠٥. أبواب العيوب والتدليس، الباب ٨٨ رقم ٢.

وأما قاعدة نفي الضرر، فإنَّ مسلك الشيخ أن حديث لا ضرر نفي للحكم الشرعي الضرري، وتبعه الميرزا، خلافاً للمحقق الخراساني القائل بأنه نفي للحكم بلسان نفي الموضوع. والوجه فيما ذهب إليه هو إنَّ النفي التشريعي لا بدَّ وأنَّ يتعلَّق بالحكم، لأنَّه الذي وضعه ورفع به الشارع. وأيضاً، لأنَّ مورد نفي الحكم بلسان نفي الموضوع هو ما إذا كان للموضوع حكم، كما في: لا ربا بين الوالد والولد، ونحوه، لكنَّ ليس المقصود من الحديث رفع الحكم المترتب على الضرر، فالمراد نفي الحكم الضرري. وتطبيق ذلك على ما نحن فيه هو: أنَّ التعبد كما يتعلَّق بإثبات الحكم، كذلك يتعلَّق بنفي الحكم، فعدم إلزام البائع بتدارك خسارة المشتري ضرر عليه، وإذا ارتفع عدم الإلزام بالقاعدة، ثبت نقيضه وهو الإلزام، فيجب عليه دفع الخسارة.

هذا تقريب الاستدلال بالقاعدة على مسلك الشيخ.

وفيه:

أولاً: إنَّ التعبد بعدم الحكم إنما يكون فيما إذا ثبت الحكم في السَّابِق ولذا يستصحب، وأما إثبات الحكم عن طريق عدم الحكم بأنَّ يكون لا ضرر مشرعاً، فباطل.

وثانياً: إنَّ حديث لا ضرر حاكم على الأدلة الأولية لكونه ناظراً إليها، وهو لباً مخصَّص لها، وعلى هذا، فمفاده أن تلك الأحكام التشريعية إنَّ استلزمت الضرر فهي منتفية.

وثالثاً: إنَّه كما أنَّ عدم ضمان البائع ضرر على المشتري، فإنَّ إلزام البائع بدفع الخسارة ضرر عليه، فيقع التعارض.

فلا استدلال بقاعدة نفى الضرر هنا في غير محله.
وربما يتوهم: بأن قوله صلى الله عليه وآله: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام،
كناية عن وجوب تدارك الضرر، فدلّ على وجوب التدارك على البائع.
وفيه:

أولاً: إن تدارك الضرر مؤكّد لثبوته وليس لا رافعاً له.
وثانياً: حمل لفظ الحديث على الكناية خلاف الظاهر.
وثالثاً: سلّمنا، ولكن ما الدليل على قيام البائع بالتدارك؟
نعم، يمكن التمسك بنفي «الضرار»، لكون البائع قد أضرّ بالمشتري،
فعليه التدارك، كما في النصوص كالخبر:
عن أبي الصباح الكناني، قال قال أبو عبدالله عليه السلام: من أضرّ بشئ
من المسلمين فهو له ضامن^(١).
لكن فيه:

إنه لم يكن البائع هو الموقع للمشتري في الضرر. نعم، البائع معدّ
والمعدّ غير السبب، ولا ينسب إلى المعدّ شئ حتى يكون ضامناً.

قول صاحب الحقائق بعدم رجوع المشتري

هذا، وقد ذهب صاحب الحقائق إلى عدم الضمان، واعترض على قول
الشهيد الثاني في الروضة بأن المشتري يرجع على البائع قطعاً^(٢)، بما

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤١، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم: ٢.

(٢) الروضة البهية ٣ / ٢٣٦.

حاصله: عدم وجود الدليل في النصوص على رجوع المشتري على البائع في هذا القسم من الخسارات، مع كونها في مقام البيان، ثم ذكر رواية زريق.^(١)
فأجاب الشيخ عن استدلال صاحب الحقائق بسكوت النص مع كونه في مقام البيان، فقال:

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار، فهو لعدم كونه مسوقاً لذلك، كرواية زرارة... ورواية زريق...
أما رواية زرارة، فهذا نصها:

قلت لأبي عبدالله عليه السّلام: رجل اشترى جاريةً من سوق المسلمين، فخرج بها إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم إن أباهما من يزعم أنها له وأقام على ذلك البيّنة.

قال عليه السّلام: يقبض ولده، ويدفع إليه الجارية ويعوّضه في قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها^(٢).

وهذا نصّ رواية زريق:

قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السّلام يوماً، إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمار، وله بذلك ذكر حقّ وشهود، فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة، وذلك لأنّي وثقت به وقلت له: مرّق الذكر بالحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وعقب هذا أن طالبني بالمال ورآته وحاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند

(١) الحقائق الناضرة ١٨ / ٣٩٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١ / ٢٠٤، من أبواب نكاح العبيد والإماء، الباب ٨٨ رقم: ٤.

الحاكم فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً فتواريت من الحاكم فباع علي قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال. وهذا رجل من إخواننا إبتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثم أن ورثة الميت أقرّوا أن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يرّد عليّ معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إنّي أحب أن تسأل أبا عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة إلى صاحبها، وتخرج يدك عنها، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة ثمن الثمار، وكلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم أشتريتها يجب أن تردّ ذلك إلّا ما كان من زرع زرعه أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له ورد عليك القيمة، وكان الزرع له، قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء وغرس قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه، قلت أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكلّ محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها، كلّ ذلك فهو مردود إليه.^(١)

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٤٠ أبواب عقد البيع وشروطه، الباب ٣، رقم: ١.

جواب الشيخ

لم يذكر صاحب الحقائق إلا رواية زريق، فأضاف الشيخ رواية زرارة، وأجاب عن الخبرين بوجوه، فقال:

وفيه - مع أننا نمنع ورودهما إلا في مقام حكم المشتري مع المالك -: إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل، مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع، مع أن البائع في قضية زريق هو القاضي... أقول:

إن ظاهر الحال يقتضي أن يذكر الإمام عليه السلام هذه الخصوصية كما ذكر سائر الخصوصيات، وإن السكوت في مقام البيان يعارض الدليل المقام على الضمان من قاعدة الغرور وغيرها. نعم، ما ذكره في رواية زرارة وجيه.

وأما ما ذكره في رواية زريق من أنه «إن كان قضاء القاضي باطلاً، فالظاهر علم المشتري ببطلان قضاء المخالف وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له»

ففيه: إن ما ذكره لا يناسب حكم الإمام عليه السلام بأنه «يجب على صاحب الأرض أن يرده عليه كل ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس...» لأن وجوب الرد عليه إنما هو في صورة عدم علم المشتري.

ثم إنه يؤيد صاحب الحقائق ما جاء في الرواية من أن على مالك

الأرض، أن يردّ على المشتري ما صرفه في «دفع النوائب عنها» وغيرها، فلو كان للمشتري أن يرجع إلى البائع فيها، لزم جواز استيفائه كلّ ذلك من المالك والبائع معاً، وهذا ما لا يقول به أحدٌ.

والحاصل: إن الرواية دالة بالإلزام على عدم رجوع المشتري على البائع.

والتحقيق أن يقال:

إن كان البائع ملتفتاً إلى أن ظاهر عمله مخالف للواقع، وأن المشتري سيغترّ بهذا الظاهر، فقاعدة الغرور جارية، وأمّا في غير هذه الصورة، فلا تجري أصلاً.

فإن قيل:

في روايات رجوع الشهود عن الشّهادة ما هو مطلق، ورواية جميل أيضاً مطلقة، ومثلها بعض الأخبار الأخرى.

قلت:

أولاً: هي مقيدة بما اشتمل من الأخبار على لفظ «الخديعة» ونحوها.

وثانياً: إنه وإن لم يكن الاختيار دخیلاً في مفاهيم الأفعال، لأنه ليس مدلول الهيئة ولا المادة، لكنّ الظهور الاقتضائي يقتضي صدور الفعل عن إرادة واختيارٍ للفاعل، وعليه، فحديث «المغرور يرجع على من غره» يختص بصورة العلم والاختيار.

هذا كلّ في القسم الثالث من الخسارة والغرامة.

هل يرجع المشتري فيما يغرمه في مقابل النفع؟

قال الشيخ:

وأما الثاني - وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء،

ففي الرجوع بها خلاف، أقواها: الرجوع.

وقد استدل للرجوع بوجوه:

الأول: قاعدة الغرور، لأنه إنما انتفع بالمال لاعتقاده بكونه ملكاً له، ومنشأ هذا الاعتقاد هو اعتماده على يد البائع، فكان البائع قد غره على ذلك، فهو ضامن. نظير ما لو قَدَّم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله، إذ اتفقوا على ضمان من قَدَّم، لقاعدة الغرور.

والثاني: قاعدة نفي الضرر، فإنَّ عدم رجوع المشتري على البائع فيما أخذ منه المالك، ضرر عظيم.

وفي الرياض^(١) الإشكال على كلا الوجهين، أمَّا قاعدة الغرور، فلا إطلاق لها، إذ لا دليل عليها إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر. وأمَّا قاعدة نفي الضرر، فلا تجري، لوصول العوض إلى المشتري.

وأجاب في الجواهر^(٢): بأنَّ لا مدخلية للضرر في قاعدة الغرور، بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر.

فأشكل الشيخ عليه: بأنَّ المباشر إنَّ كان آلة لسبب التلف، كالذي يجعل دهن الغير في الشمس الموجبة لذوبانها، أو بمنزلة الآلة كما في المكره على

(١) رياض المسائل ٢/ ٣٠٧.

(٢) جواهر الكلام ٣٧/ ١٨٣.

الإتلاف، فلا ريب في عدم الرجوع إلى المباشر، لقوة السبب عليه بحيث استند إليه عرفاً. ولكن المتلف فيما نحن فيه هو المشتري والبائع معدّ لذلك، وأمّا في غير ذلك، فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود، فلا بدّ من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدّعى على تقديم السبب إذا كان أقوى، أو الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغار سبباً في تغريم المغرور.

فهو رحمه الله يفرّق بين السببية على الفعل، فإنه يسند إلى فاعله إلا إذا كان آلة أو كالآلة، بحيث يسند التلف عرفاً إلى السبب، والسببية بالنسبة إلى الأثر المترتب على فعل الغير وهو الضمان، فلا يرد عليه الإشكال بالتناقض. أقول:

لكنّ شيئاً من الوجوه الأربعة المذكورة، لا يدلّ على ضمان البائع الفضولي.

أمّا قاعدة نفي الضرر، فهي غير مشرّعة، وإنّما هي حاكمّة على الأحكام المجعولة، فلا يصحّ القول بأنّ عدم الحكم بالضمان ضرري فيرتفع ويثبت نقيضه. هذا أولاً.

وثانياً: الضرر لغّة هو النقص في النفس أو المال، وما يدفعه المشتري غرامة عن الانتفاعات ليس بضرر عليه ليرتفع بالقاعدة.

وثالثاً: قوله «بإضرار الغار به» وهو إشارة إلى «لا ضرار» في الرواية. فيه: إنّ البائع لم يحمل المشتري على الانتفاع.

ورابعاً: إن رجوع المشتري على البائع ضررٌ عليه، فالقاعدة متعارضة.

فالحق: عدم صدق الضرر والإضرار.

وأما الإجماع والأخبار، فقد نصّ على أنهما غير واردين في ما نحن فيه، ثم قال: إلّا أنّ تحقّقهما في نظائر المسألة كاف. فالإجماع - على هذا - كاشف عن المدرك لا عن رأي المعصوم، والمدرك إمّا تقديم السبب إن كان أقوى كما عن الإيضاح^(١)، أو قاعدة الغرور.

فإن كان تقديم السبب لكونه أقوى، فهو في الريح العاصف الموجب للإحراق، والشمس الموجبة لإذابة الدهن، وفي أكل الحيوان للزرع، فإنه ينسب الفعل إلى السبب، وفي المكره المسلوب عنه الاختيار، وفي شاهد الزور الذي كان السبب لتحقيق حكم الحاكم.

هذا، وليس ما نحن فيه من قبيل هذه الموارد، بل المباشر هو الضامن، كما عن زرارة في رجلٍ حفر بئراً في غير ملكه، فمرّ عليها رجلٌ فوق وقع فيها. فقال عليه السلام: عليه الضمان، لأنّ كلّ من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان.^(٢)

أقول:

وهناك موردان آخران:

أحدهما: أنّ يدلّ السارق على موضع المال مثلاً.

ولا يقال هنا بضمان السبب وإن كان آثماً.

والآخر: أنّ يعدّ لإتلاف مال الغير، كأنّ يقدّم الطّعام لأنّ يؤكل، فيأكله اعتماداً على يد المقدّم.

(١) إيضاح الفوائد ٢ / ١٩١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤٢، أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم: ١.

وهنا يكون الأكل ضامناً، فربما يقال برجوعه على السبب، لقاعدة الغرور. لكن التحقيق خلافه، لوقوع الأكل عن الاختيار والإرادة، والمعلول دائماً يستند إلى الجزء الأخير من العلة التامة وهو إرادة المباشرة. ولو قيل: إنه وإن لم يكن سبباً للفعل إلا أنه سبب للضمان. قلنا: الضمان حكمٌ وضعي شرعي، ولا معنى لأن يستند إلى الشخص. وإن كان قاعدة الغرور، فالمستند فيها هو حديث مرسل، وعمل الأصحاب إنما يكون جابراً إن أفاد الوثوق بالصدور، وإلا فلا يكون جابراً للضعف.

وأما الأخبار الواردة في الموارد المتفرقة، فمنها:

عن جميل عمّن أخبره

عن أحدهما عليهما السلام: في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم... ضمنوا ما شهدوا به وغرموا...^(١)

وعن جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: في شاهد الزور... ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل^(٢).

وقد نصت على أن الشاهد هو الضامن، فلا تدلّ على ما ذكر الشيخ.

وعن إسماعيل بن جابر... ف قيل هي ابنة فلان، فأتى أباهما فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها... قال عليه السلام: تردّ الوليدة على مواليتها، والولد

(١) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٦. كتاب الشهادات الباب ١٠ رقم: ١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٧ / ٣٢٨. كتاب الشهادات الباب ١١ رقم: ٣.

للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة ثمن الولد، يعطيه موالى الوليدة، كما غرّ الرجل وخدعه^(١).

وعن جميل عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجنى مستحقّ الجارية، قال: يأخذ الجارية المستحقّ، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع على من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه^(٢). ودلالتها على قول المشهور بالرجوع للغرور، تام.

وعن رفاة عن أبي عبدالله عليه السلام: قضى أمير المؤمنين في امرأة... وهي برصاء، أن لها المهر... وأن المهر على الذي زوجها...^(٣). دلّت على الضمان للتدليس والغرور.

وبالجملة، فالقول بضمان الغارّ، استناداً إلى هذه النصوص كما هو المشهور لا بأس به، لكنّها خاصّة بصورة الغصب، وبحثنا أعمّ من أن يكون البائع الفضولي غاصباً أو معتقداً للملكية عن جهل. نعم، المرسلة مطلقة، إلا أن يقال بظهورها في التعبير عن الإرادة.

والتحقيق: عدم تمامية الاستدلال بهذه النصوص، لأنها جميعاً واردة في مورد توجّه الضرر على المغرور، وليس ما نحن فيه من هذا القبيل. ولا يتوهم العموم في الأخبار المشتملة على لفظ الخدعة ونحوها، إذ فيه:

(١) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٢٠. أبواب العيوب والتدليس، الباب ٧ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٠٥، أبواب العيوب والتدليس، الباب ٨٨، رقم: ٢.

(٣) وسائل الشريعة ٢١ / ٢١٢ أبواب العيوب والتدليس، الباب ٢ رقم: ٢.

أولاً: إن تلك النصوص واردة في خصوص الضرر المالي أو العرضي.
 وثانياً: إنه قد تقرّر في الأصول عدم كون الندرة في الوجود منشأ
 لانصراف المطلق، بل المنشأ للانصراف خفاء الصدق، فكل فرد خفي صدق
 المطلق عليه فهو منصرف عنه، ومن المعلوم خفاء صدق «الخدعة» في تلك
 الأخبار - إن كانت مطلقة - على المورد الذي لا خسارة فيه.

فسقط الاستدلال بقاعدة الغرور أيضاً، اللهم إلا في المنفعة التي لم يكن
 المشتري ينتفع بها بطبعه الأولي من المبيع لو كان ملكاً له، كأن يركب الدابة
 ويسافر بها للتنزه، فما يدفعه غرامة في مقابل هذا الانتفاع يجوز له الرجوع
 به على البائع.

ثم إن الميرزا الاستاذ قدس سره قد وافق الشيخ في كون الغار سبباً في
 تغريم المغرور، أي الضمان، ولكن قد تقدّم أن الضمان حكم وضعي
 شرعي، ولا معنى لأن يتسبّب أحد في ثبوته. نعم، يمكن تأويل ذلك: بأن
 المراد إيجاده المقدّمة لحكم الشارع بالضمان، كما في مثال تقديم مال الغير
 لأن يؤكل، ولكن لا دليل على ضمان من كان سبباً للضمان، إلا قاعدة الغرور
 كما عرفت.

واعلم: أن كل فعل يصدر من الفاعل المختار ينسب إلى المباشر له، إلا
 أن نسبة خصوصيات الفعل إليه تدور مدار علمه بها، لكون العلم من مبادي
 الإرادة، فإن كان عالماً بجميعها، صح القول بصدور الفعل المراد منه بماله من
 الخصوصيات، وإن كان جاهلاً ببعضها، لم يعقل أن يقال كذلك، لأنه خلف،
 وهذا من القضايا التي قياساتها معها.

وعليه، فلمّا كان آكل الطعام جاهلاً بكونه لغير المقدم له، لم يصح وصفه بالمتلف لمال الغير بما هو كذلك، إذ لا معنى لكون الشيء مراداً للفاعل مع كونه مجهولاً له، لكنّه - بمقتضى إطلاق قاعدة من أتلف - ضامن. نعم، قد أجمع الأصحاب على أنه لو غصب الغاصب مال الشخص ثم جاء به وسلمه إليه، فأخذه وأكله جاهلاً بالحال، كان الغاصب ضامناً للمال وإن كان المتلف هو المالك له، ولا يصدق عليه أن إتلاف مال الغير يوجب الضمان على إطلاقه. ويدلّ عليه النصوص في باب الضمان، الظاهرة في أن جهل المتلف يوجب ضمان السبب الموقع له في الإتلاف، بل لقد أسند «الإتلاف» فيها إلى «السبب» دون المباشر، ومن تلك النصوص:

عن الجلي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الشيء يوضع على الطريق، فتمرّ الدابة فتتفرّ بصاحبها وتعقره. فقال: كلّ شيء يضرّ بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه^(١).

وعن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام، قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله... أو حفر شيئاً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب، فهو له ضامن^(٢).

وعن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن رجل دخل دار رجل، فوثب عليه كلب. في الدار فعقره. فقال: إن كان دعي فعلى أهل الدار أرش الخدش...^(٣).

(١) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٤٣. أبواب موجبات الضمان، الباب ٩ رقم: ١.

(٢) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٤٥. أبواب موجبات الضمان، الباب ١٢ رقم: ١.

(٣) وسائل الشريعة ٢٩ / ٢٥٤. أبواب موجبات الضمان، الباب ١٧ رقم: ١.

وعن زرارة عن أبي عبد الله قال قلت له: رجل حفر بئراً في غير ملكه، فمرّ عليها رجل فوقع فيها. فقال: عليه الضمان، لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان^(١).

فالمستفاد من هذه النصوص قاعدة مستقلة، وليس الضمان فيها من باب الغرور.

كما أن مورد قاعدة الغرور أن يقع الشخص عن خديعة في خلاف الواقع، وموضوع قاعدة نفي الضرر هو الخسارة، أما في قاعدتي اليد والإتلاف، فلا دخل للنفع والضرر.

ومما ذكرنا ظهر الإشكال في ظاهر كلام الشيخ عن المغرور:

فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبه المكره في عدم القصد.

لأن «المكره» يغاير «المغرور» موضوعاً وحكماً.

أما موضوعاً، فلما تقدّم من أن الخصوصية إن جهلت لا تتعلق بها الإرادة ولا يصح القول بصدورها عن ذلك، لأن العلم من مبادي الإرادة، فالمغرور لا يعقل منه الإقدام على مال الغير بالسكنى والركوب وغير ذلك، مع الجهل بكونه مال الغير، وإنما الصادر منه الإرادة بالنسبة إلى نفس الفعل. بخلاف المكره، فإنه يعلم بكون الشيء ملكاً للغير، فالفعل صادر منه مع الخصوصية عن الإرادة الواقعة عن الإكراه.

وأما حكماً، فإن المكره كالألة كما نصّ عليه الشيخ، ولذا يكون المكره هو الضامن، بخلاف المغرور، فإنه هو الضامن كما تقدّم؛ وإنما يرجع على من غره.

(١) وسائل الشيعة ٢٩ / ٢٤١. أبواب موجبات الضمان، الباب ٨ رقم ١.

اللهم! لأن يكون مراده من الشبه أن المغرور والمكره لا يكون منهما
القصد الطبيعي إلى إتلاف مال الغير.

ثم قال الشيخ:

هذا كله، مضافاً إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناءً...

والرواية هي: عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجئ
مستحق الجارية....

قال: يأخذ الجارية المستحق ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد، ويرجع
على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه^(١).

بناءً على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو الذي ذكره
المحقق بقوله: وفيه احتمال آخر^(٢)، بناءً على تفسير المسالك^(٣).

قال الشيخ: وفيه تأمل.

ولعل وجه الإشكال في كون الولد منفعة.

وهذا كله في القسم الثاني.

هل يرجع في ما يغترمه في مقابل العين؟

وأما القسم الأول، وهو الغرامة في مقابل العين من زيادة العين على
الثمان الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة فتلف، فأخذ

(١) وسائل الشريعة ٢١ / ٢٠٥. الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء. الرقم: ٥.

(٢) شرائع الإسلام ٣ / ٢٤٦.

(٣) مسالك الإفهام ٢ / ٢١٣. الحجرية.

منه المالك عشرين، فهل يرجع على البائع في العشرين، أو العشرة الزائدة، أو لا يرجع أصلاً؟ وجوه.

قال الشيخ:

لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يفرّه في ذلك... أقول:

اختار الشيخ القول الثاني، بأن يرجع في العشرة الزائدة، للغرور، وأما في عشرة الثمن، فلا، لعدم الغرور.

ووجه القول بالرجوع بالعشرين، هو: أن سبب الضمان هو الأخذ باليد، فتجري قاعدة اليد، لكن اليد مسببة عن تغيير البائع، إذ لو كان يعلم بأن البائع فضولي لما أخذ.

والمستفاد من كلام الشيخ في الجواب عن هذا الوجه هو: إن هنا سببين ومسببين، فاليد سبب لضمان تمام العشرين، والغرور سبب لرجوع المغرور إلى الغار، لكن الغرور إنما كان في المقدار الزائد، لأن المشتري قد دفع الثمن وهو العشرة باختيار منه، فلو كان على البائع دفع العشرين لزم تضرره بالعشرة بلا سبب.

ووجه القول بعدم الرجوع على البائع هو: إن مفهوم الإقدام على الضمان يناقض مفهوم الغرور، لأن الغرور أن لا يكون الإنسان هو السبب لضمان نفسه، والإقدام أن يصير هو السبب لضمانه، فهما متناقضان، ومعنى الشراء هو الإقدام على الضمان، ومع الإقدام لا معنى للغرور، كما هو

شأن فاسد كل عقدٍ يضمن بصحيحه، فلو باع شيئاً بعشرة، في معاملة ربوية مثلاً، فتلف عند المشتري، وكانت قيمته يوم التلف عشرين، ضمن العشرين لا العشرة. نعم يفترق عما نحن فيه، بأن البائع هناك هو المالك، وهنا هو الفضولي.

أجاب عنه الشيخ:

أولاً: بأن المشتري إنما يقدم على ضمان الثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الإقدام - مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له - سبباً لضمان المبيع بقيمته الواقعية، والضمان المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب عن تغرير البائع، كان المرتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغار. فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الإقدام، إلا أنها ليست مقدماً عليها.

أما فيما نحن فيه، فإن المالك يأخذ تمام القيمة الواقعية، لكن المشتري مغرور من قبل البائع الفضولي بالعشرة فيرجع عليه، وليس هنا حكم من الشارع كما كان هناك.

أقول:

إن أول من قال بأن الإقدام سبب للضمان هو شيخ الطائفة، ثم قال بذلك غيره تبعاً له، وقد قلنا سابقاً: إن مقتضى الإقدام عبارة عن ضمان المشتري للمبيع، فإذا لم يمض الشارع المعاملة كان المبيع على عهده، فلو تلف وجب عليه دفع البدل الواقعي، وهو قيمة يوم التلف، فهو غير ضامن للثمن بل ضامن للعين المشتراة، ومن هنا قال المحقق الخراساني رحمه الله

بطبيعي الضمان، وقد فسرنا كلامه: بأن المشتري يضمن نفس المبيع، وخروجه عن العهدة بدفع الثمن خصوصية زائدة، فالعهدة بالنسبة إلى العين باقية، ومعنى ذلك: أنها إذا تلفت وجب دفع البديل الواقعي. فما في كلام الشيخ من أن ضمان الثمن المسمى سبب لوجوب دفع تمام القيمة، لا دليل عليه.

وثانياً: إن أسباب الضمان معينة، والإقدام على الضمان ليس من الأسباب الشرعية، فمعنى ما قاله شيخ الطائفة هو أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض الواقع لا على وجه الائتمان، فالضمان يرجع إلى الاستدلال بقاعدة اليد.

وهذا الجواب متين جداً.

قال:

وكيف كان، فجريان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابله نفع.

أقول:

إن كان المراد أن المشتري متضرر هنا بخلاف المسألة السابقة، فالأولوية تامة، وإن كان المراد أن البائع سبب للتغريم، فإنه لا فرق بين المسألتين من هذه الجهة، بل يمكن القول بالعكس، لكون الإتلاف هناك مستنداً إلى البائع بخلاف ما نحن فيه.

قال:

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد. ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع أولى.

أقول:

والسرّ في ذلك هو إمكان القول في الصّورة الأولى بأنّه قد أقدم على الضمان بما للمال من القيمة، وأمّا في الثانية، فلا ضمان بالنسبة إلى المائيّة، فالرجوع في هذه أولى من تلك.

هذا كلّه فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة.

حكم ما يغترمه بأزاء الأجزاء التالفة

قال الشيخ:

وأما ما يغرمه بأزاء أجزائه التالفة، فالظاهر أن حكمه حكم المجموع...

أقول:

والإنصاف هو التفصيل، فمن الأجزاء ما يوجب الإزدیاد في القيمة، كالسمن في الشاة، فإنه يوجب ازدياد قيمتها، لأنّه يبذل بأزائه قسماً من الثمن، ومن الأجزاء ما يقسّط الثمن عليه، كالمنّ من الحنطة، فإن ثمنه يقسّم عليه، فلو تلف جزء منه رجع بقيمة ما تلف، بخلاف السابق، فإنه مغرور في كلّ ما به التفاوت.

حكم ما يغترمه بأزاء الأوصاف التالفة

قال:

وأما ما يغرمه بأزاء الأوصاف، فإن كان مما لا يقسّط عليه الثمن، كما عداوصف الصّحة من الأوصاف التي تتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً

فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه بالتفاوت، فالظاهر رجوع المشتري على البائع...

أقول:

ما ذكره متينٌ، إلا أن الإشكال في استثناء وصف الصحة، فإنه مثل كتابة العبد.

ولا يتوهم أن وجهه أن له قسطاً من الثمن، كما في خيار العيب حيث يختير المشتري بين الفسخ وأخذ الأرض.

فإنه فاسد، لأن الأرض عبارة عن ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب، لأنه قسط من الثمن، ولذا لو اشترى الشيء بوصف الصحة فظهر معيباً، ثبت له الخيار أو الأرض، أما لو اشترى متناً من الحنطة فبان أنه أقل من المنّ فالعقد باطل، ولو باعه بعنوان أنه معيب فظهر صحيحاً، كان البيع صحيحاً، بخلاف ما لو اشترى متناً من الحنطة فبان أنه أكثر، فإن البيع بالنسبة إلى الزائد غير متحقق.

فاستثناء وصف الصحة في غير محله.

ثم إن ما ذكر من رجوع المشتري على البائع فيما يغرمه، إنما هو إذا كان البيع صحيحاً من غير جهة كون البائع فضولياً.

حكم ما يغترمه بسبب فساد البيع

قال الشيخ:

أما لو كان فاسداً من جهة أخرى، فلا رجوع على البائع.

وذلك: لأن الغرامة كانت على أثر فساد البيع، ولم تجئ من تغير البائع الفضولي، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعوى المالكية لم تزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه.

أقول:

وتقريب ذلك: إن من القواعد المسلّمة استناد المعلول إلى ما بالذات، مثلاً: عدم دخول المشرك المسجد مستند إلى شركه لا إلى جنابته، وما نحن فيه من هذا القبيل، فإن غرامة المشتري مستندة إلى فساد العقد لا إلى تغير البائع.

ومن القواعد المسلّمة: لو كان هناك علّتان من سنخ واحد، فإن كانا مقارنين، أسند المعلول إلى كليهما، أمّا لو كانا في الطول، فإنه يسند إلى الأسبق منهما، فلو عرض المنجّسان معاً على الشيء أسندت النجاسة إلى كليهما، أمّا لو كان أحدهما أسبق من الآخر كانت مسندة إليه. وفيما نحن: الفساد أسبق العلّتين، فالغرامة مسندة إليه.

ومن القواعد المسلّمة البديهة: إنّ المعلول إنما يسند إلى الشرط إن كان مقتضي موجوداً، فيقال: هذا الحطب لكونه يابساً احترق، إنّ كانت النار موجودة، وإلا لم يصح الإسناد المذكور بل يسند إلى عدم المقتضي. وهنا إنما يصحّ إسناد الغرامة إلى البائع بشرط أن يكون غاراً إن كان البيع صحيحاً، ومع عدم صحّته لا يسند إلى تغير البائع.

هذا غاية ما يمكن أن يقال في تقريب كلام الشيخ.

إِلَّا أَنْ هَذِهِ الْقَوَاعِدُ إِنَّمَا تَحْكُمُ فِيمَا لَوْ كَانَ الْمَعْلُولُ وَاحِدًا، وَإِذَا انْتَفَتِ وَحْدَةُ الْمَعْلُولِ سَقَطَ الْاسْتِدْلَالُ بِهَا. وَحِينَئِذٍ نَقُولُ: إِنَّ الْغَرَامَةَ هِيَ مَا يَدْفَعُ لِلْمَالِكِ فِي مَقَابِلِ تَلْفِ عَيْنٍ مَالِهِ أَوْ مَنَافِعِهَا، فَالْغَرَامَةُ أَثَرُ التَّلْفِ، وَأَثَرُ الْغُرُورِ هُوَ رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ فِيمَا دَفَعَهُ إِلَى الْمَالِكِ، لَكِنَّ الْغُرُورَ يَجْتَمِعُ مَعَ فُسَادِ الْبَيْعِ، وَلِكُلِّ مِنْهُمَا أَثَرُهُ الْخَاصُّ بِهِ، فَسَوَاءٌ صَحَّ الْبَيْعُ أَوْ كَانَ فَاسِدًا، كَانَ لِلْمُشْتَرِي الرُّجُوعُ عَلَى الْبَائِعِ الْغَارِلِ. فَمَا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ لَا يُمْكِنُ الْمُسَاعَدَةُ عَلَيْهِ.

وَأَمَّا قَوْلُ الشَّيْخِ:

إِنَّ كُلَّ مَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ إِذَا أُرْجِعَ عَلَيْهِ، فَلَا يَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا رُجِعَ عَلَيْهِ... وَأَمَّا مَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ... فَيَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا غَرَمَهُ الْمَالِكُ...

فَمَتَيْنِ. أَمَّا رَجُوعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْبَائِعِ، فَلِلْغُرُورِ. وَأَمَّا عَدَمُ رَجُوعِ الْبَائِعِ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَلِأَنَّ الْمَفْرُوضَ قَرَارَ الضَّمَانِ عَلَيْهِ، وَأَمَّا مَا لَا يَرْجِعُ الْمُشْتَرِي بِهِ عَلَى الْبَائِعِ - كَمَسَاوِي الثَّمَنِ مِنَ الْقِيَمَةِ - فَيَرْجِعُ الْبَائِعُ بِهِ عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا غَرَمَهُ الْمَالِكُ، لِحَصُولِ التَّلْفِ فِي يَدِهِ.

كَيْفِيَّةُ اسْتِغْثَالِ الذَّمِّ الْمُتَعَدِّدَةِ بِالْمَالِ الْوَاحِدِ

قَالَ الشَّيْخُ:

فَإِنْ قُلْتُ: إِنَّ كَلَّامَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي يَتَسَاوَيَانِ فِي حَصُولِ الْعَيْنِ فِي يَدِهِمَا الْعَادِيَةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ لِلضَّمَانِ، وَحَصُولِ التَّلْفِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي لَا دَلِيلَ عَلَى كَوْنِهِ سَبَبًا لِرَجُوعِ الْبَائِعِ عَلَيْهِ...

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمّة كلٍّ من البيدين... مع أنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمّة واحدة...
وحاصله: إن هنا إشكالين:

أحدهما: إنّ المفروض كون التلف قهرياً، وحصوله في يد المشتري لا دليل على كونه سبباً لرجوع البائع عليه. نعم، لو كان المشتري متلفاً للعين رجع عليه البائع.

والثاني: إنّ الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمّة واحدة، فكيف يكون على كلّ واحدة من الأيدي المتعدّدة؟

الجواب عن الإشكال الثاني

فأجاب عن الإشكال الثاني بما حاصله:

إن معنى كون العين المأخوذة على اليد - كما في لفظ الحديث النبوي المشهور - كون عهدها ودركها بعد التلف عليه، فإذا تعدّدت الأيدي كان على كلّ منها الخروج عن العهدة بدفع البدل، فللمالك السّلطة على الرجوع إلى أيّ الأيدي شاء، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط عن الباقي، كما لو كانت العين موجودة فأذاها أحدهم. والوجه في السقوط: إنّ مطالبة مادام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيتها حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي له شيء في ذمّة واحد لم يكن بعنوان البدليّة، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

قال:

ويمكن أن يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث

إنه ضمَّ ذمَّةً إلى ذمَّةٍ أخرى، وضمان عهدة العوضين لكلِّ من البائع والمشتري عندنا، وضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة، وضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة، وقد حكى عن العلامة نفى المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال. قال: ونظيره في العبادات: الواجب الكفائي، وفي الأموال: الغاصب من الغاصب.

والحاصل: إنَّ ضمان البدل ثابت على سبيل البدلية، بأنَّ كلَّ واحدٍ من الأيدي ضامن وللمالك الرجوع إلى أيِّ شاء، فإذا أذى أحدهم سقط عن الباقي.
أقول:

إنَّ البدلية هنا - حتَّى على نحو الواجب الكفائي - غير معقولة، أمَّا البدلية في النكرة كما لو قيل: جثني برجلٍ، فواضح أنَّ المراد هو الواحد على البدل لكلِّ الرجال. وأمَّا التنظير بالواجب الكفائي، فإن كان تعريفه: ما يجب على كلِّ مكلف الإتيان به إن لم يأت به غيره، كان معنى الضمان على سبيل البدلية أنه إن لم يضمن المشتري فالبايع هو الضامن، وإن لم يضمن البائع، فالمشتري هو الضامن، لكنَّ نتيجة ذلك أنَّ لا يكون أحدهما ضامناً، كما ذكر شيخنا الميرزا.

إلَّا أن يقال: بأنَّ الشيخ لا يريد البدلية في الضمان، كما ذكره شيخنا فأورد عليه بما ذكر، بل مراده البدلية في الأداء، بمعنى أنه إن لم يؤدَّ البائع فعلى المشتري أن يؤدِّي، وهكذا بالعكس.

لكنَّ فيه: أنَّ المكلفين في الواجب الكفائي إن اتوا بالعمل كلَّهم معاً، كأنَّ

صَلُّوا عَلَى الْمَيِّتِ جَمَاعَةً، كَانُوا مِمْتَلِينَ وَوَقَعَ الْعَمَلُ صَحِيحًا، أَمَا فِيمَا نَحْنُ فِيهِ، فَلَيْسَ لِلْمَالِكِ أَنْ يَأْخُذَ الْبَدَلَ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي كِلَيْهِمَا.

هَذَا بِنَاءٌ عَلَى تَعْرِيفِ الْوَاجِبِ الْكِفَائِيِّ: بِأَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنْ وَجُوبِ الْفِعْلِ عَلَى كُلِّ مِنَ الْمَكْلُفِينَ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ لَمْ يَمْتثل الْآخَرُ^(١). بِأَنْ يَكُونَ الْمُرَادُ أَنْ كَلًّا مِنَ الْأَيْدِي ضَامِنٌ بِشَرَطِ أَنْ لَا يُوْذِي الْآخَرَ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا، فَيَكُونُ ضَمَانُ كُلِّ وَاحِدٍ مُشْرُوطًا بِعَدَمِ أَدَاءِ غَيْرِهِ، وَمَا لَمْ يُوْذَ أَحَدٌ فَالْكُلُّ ضَامِنُونَ.

وَعَرَفَهُ بَعْضُ الْأَكْبَرِ مِنَ الْمَشَائِخِ^(٢): بِأَنَّهُ سَنَخَ وَجُوبٌ مُشَوَّبٌ بِجَوَازِ تَرْكِ الْعَمَلِ عَلَى تَقْدِيرِ امْتِثَالِ الْآخَرِ.

وَعَرَفَهُ الْبَعْضُ الْآخَرُ^(٣): بِأَنَّهُ مَا يَجِبُ عَلَى صَرْفِ وَجُودِ الْمَكْلَفِ، وَهُوَ قَابِلٌ لِلإِنْطِبَاقِ عَلَى الْجَمِيعِ وَعَلَى الْوَاحِدِ.

وَقَدْ ذَكَرْنَا فِي مَحَلِّهِ أَنَّهُ يُمْكِنُ الْقَوْلُ بِأَنَّ الْوَاجِبَ فِي الْوَاجِبَاتِ الْكِفَائِيَّةِ، هُوَ الْمَوْضُوعُ الْخَاصُّ، فَيَجِبُ عَلَى كُلِّ الْمَكْلُفِينَ تَطْهِيرُ الْمَسْجِدِ مَثَلًا، فَإِذَا طَهَّرَهُ أَحَدُهُمْ انْتَفَى الْمَوْضُوعُ وَسَقَطَ التَّكْلِيفُ بَانْتِفَائِهِ.

وَكَيْفَ كَانَ، فَإِنْ تَنْظِيرُ الْمُرَادِ بِالْوَاجِبِ الْكِفَائِيِّ غَيْرِ صَحِيحٍ، إِذْ يُمْكِنُ فِي الْوَاجِبِ الْكِفَائِيِّ أَنْ يَمْتثل الْكُلُّ دَفْعَةً وَاحِدَةً، كَأَنْ يَصَلُّوا جَمَاعَةً عَلَى الْمَيِّتِ، وَلَا يَعْقِلُ اجْتِمَاعُ الْكُلِّ عَلَى دَفْعِ الْبَدَلِ.

وَأَيْضًا: لَوْلَمْ يَدْفَعْ أَحَدٌ مِنَ الْأَيْدِي الْمُتَعَدِّدَةِ الْبَدَلَ، لَمْ يَجِبْ دَفْعُهُ عَلَى

(١) كَفَايَةُ الْأَصُولِ.

(٢) نَهَايَةُ الدَّرَايَةِ ٢ / ٢٧٩.

(٣) أَحْجُودُ التَّقْرِيرَاتِ ١ / ٢٧٠ - ٢٧١.

كُلِّ مِنْهُمْ، لِأَن بَدَلَ الْوَاحِدِ وَاحِدٌ، بِخِلَافِ الْوَاجِبِ الْكَفَائِيِّ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَصْلُ أَحَدٌ عَلَى الْجَنَازَةِ كَانُوا جَمِيعاً أَثْمِينَ.

نعم، يمكن توجيه كلام الشيخ هنا بما ذهب إليه في الأصول من أن الأحكام الوضعية غير مجعولة بل هي منتزعة من الأحكام التكليفية. بأن يقال: إن الواجب تكليفاً على كل يد أن تؤدّي العين أو بدلها إن تلفت إلى المالك، فيكون الضمان منتزعا من هذا الحكم، لأن في ذمة كل من الأيدي ضمان مال المالك، فالإشكال الثاني مندفع من أصله.

لكن التحقيق: أن الأحكام الوضعية أمور اعتبارية مجعولة، مضافاً إلى ما ذكرنا من استلزامه جواز أخذ المالك من كليهما إن أديا البذل في وقت واحد، وهو غير معقول.

وعلى الجملة، فإن الإشكال هو: أنه كيف يعقل أن تكون الأيدي المتعددة موجبة لضمان كليهما؟

إن الشيء الواحد ضمانه عبارة عن دفع بدله إذا تلف، فإذا تلف في اليد الأخيرة كيف يعقل ضمان الأيدي السابقة أيضاً والحال أن بدل الواحد واحد؟

إن تعدد الذمم يستلزم تعدد ما في الذمة، إذ لا يعقل تعدد المحل ووحدة الحال، فإما الذمة واحدة وإما المال التالف متعدد.

وجواب الشيخ: بأن كلاً منهما ضامن على سبيل البدلية، نظير الواجب الكفائي.

أقول:

قد عرفت ما فيه.

وقال صاحب الجواهر في كتاب الغصب بعدم اشتغال ذمة الأيدي المتعددة، وإنما تشتغل ذمة من تلف المال في يده، وأمّا الأيدي السابقة عليه فالحكم بالنسبة إليهم تكليفي^(١).

وفي أوّل كتاب الضمان^(٢) في الردّ على العامة القائلين بأن الضمان ضمّ ذمة إلى ذمة: بأنّ هذا يستلزم أن يكون الشيء الواحد في أكثر من ذمة وهو غير معقول؛ بل الضمان هو الانتقال من ذمة إلى ذمة.

وقال الميرزا: تعدّد الذمم لبدل واحد في عرض واحد غير معقول، لأنّ الذمة بمثابة المكان، ولا يعقل حلول الشيء الواحد في أمكنة متعددة^(٣). وما ذكره مطابق للبرهان، فإنّ كون الشيء في المكان من خصوصيات الشيء، وخصوصية كونه في هذا المكان مباينة لخصوصية كونه في المكان الآخر، والمتخصّص بخصوصيتين متباينتين لا تعقل وحدته. فأجاب رحمه الله:

هذا الاشتغال طولي، فالأوّل اشتغلت ذمته بذات العين، والثاني: اشتغلت ذمته بالعين المضمونة بالبدل، فهو ضامن لبدل البدل، والثالث ضامن لبدل بدل البدل، وهكذا. نظير ما إذا طلب المديون الضمان من أحد، فإن المدين ضامن للعين، والثاني ضامن لما ضمنه المديون، ولذا لو أدّى المدين الدين فلا شيء في ذمة الضامن، ولو أدّى الضامن رجع على

(١) جواهر الكلام ٣٧/٣٤.

(٢) جواهر الكلام ٢٦/١١٣.

(٣) منية الطالب ١/٢٩٩.

المدين، لأنه إنما ضمن بطلب منه.
أقول:

وما ذكره خلاف البرهان:

أما أولاً، فلأن العين لو كانت بيد الجميع فتلفت بواسطة أحدهم، فالكُل يضمنون، إذ لا سبق ولحوق فيما بينهم.

وأما ثانياً: إذا وصلت العين إلى الثاني، فهو ضامن للعين نفسها، ولا معنى لضمان البديل فعلاً مع وجودها، فالقول بأنها مضمونة هو بمعنى الضمان على تقدير التلف، وعليه، فلا بدل حتى يضمنه الثاني.

فالتحقيق في الجواب عن أصل الإشكال هو بالنظر في قاعدة اليد.

وقد ذكرنا في معنى: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» أن كلمة «على» كما في ﴿وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ...﴾^(١) ونحوه، ظاهرة في ثبوت الشيء، فأما في التكاليفيات، فتدل على ثبوت الفعل على الذمة في عالم الاعتبار، كما في الآية المباركة المذكورة، ويعبر عنه بالحكم التكليفي. وأما الضمان، فحكم وضعي تدل عليه كلمة «على»، وهو في الإصطلاح عبارة عن التعهد بالمال، كما أن الكفالة هي التعهد بالنفس.

ثم إن الضمان يشمل كون المال في العهدة، واشتغال الذمة به، والعهدة اعتبار خاص، كما أن الذمة اعتبار خاص آخر، والفرق بينهما هو أن العهدة من العهد، فيقبل النقض، بخلاف الذمة فلا تقبل الارتفاع والنقض، فما لم يؤد الشيء فهو باقٍ في الذمة. وأيضاً، العهدة مرتبطة بالعمل، والذمة وعاء

(١) سورة آل عمران، الآية: ٩٧.

للشيء الثابت فيها. وأيضاً: ما كان موجوداً في الخارج لا يعقل أن تشتغل به الذمة، لكن يصح أن يكون في العهدة.

وعلى هذا، فمعنى الحديث: أن الشيء الخارجي المأخوذ باليد، يكون على عهدة الآخذ أن يؤديه إلى مالكه، لأنه ثابت في ذمته وهي مشغولة به، فما دامت العين موجودة فعليه أن يؤديها بنفسها، وإذا تلفت يؤديها بماليتها. فالعين على عهدة جميع الأيدي المتعاقبة، وعلى كل أداؤها بشخصها بالوجوب التكليفي ما دامت موجودة، وإذا تلفت وجب على الكل كفاً أداؤها بماليتها، وللمالك أن يرجع إلى من شاء منهم لأنهم كلهم مسئولون كما في قوله عز وجل: «إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً»^(١).

ويشهد بذلك الخبر:

عن عبدالله بن ميمون عن أبي عبدالله عليه السلام:

«من دعا أخاه ليلاً فهو ضامن له حتى يرجعه»^(٢)

فقد عبّر بـ«الضمان». ومن المعلوم أن المراد «العهدة».

وتلخص: أن لا منشأ للإشكال من أصله.

هذا كله في الإشكال الثاني.

الجواب عن الإشكال الأول

إن المشهور في الأيدي المتعاقبة على مال الغير المبيع فضولة إن لم تغر اليد السابقة اليد اللاحقة، أن للمالك الرجوع إلى أي منها شاء، وإذا تلفت باليد

(١) سورة الإسراء، الآية: ٣٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩ / ٥٢ كتاب القصاص، الباب ١٩ رقم: ٢.

اللاحقة، كان للمالك أخذ البذل من السابقة ولها الرجوع فيه على اللاحقة، أما إذا أخذ المالك البذل من اليد اللاحقة، فليس لها الرجوع على السابقة. وإن كان تغريز من اليد السابقة، فبالعكس. ومحل البحث هو الصورة الاولى: قال الشيخ:

إن السابق اشتغلت ذمته بالبذل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بذل، فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البذل والمبذل على سبيل البذل... توضيحه:

إن الحديث: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» يدل على أن على كل يد ما أخذت، وقد أخذت اليد السابقة نفس العين، لكن اللاحقة أخذت العين المضمونة ببذلها، فيكون الضمان مختلفاً باختلاف المأخوذ. أشكل عليه المحقق الخراساني بأنه: لا سبق ولحوق في الضمان، لأن العين ما دامت موجودة، فالكل ضامن بالنسبة إليها ولا معنى لضمان البذل، وإذا تلفت، ضمنوا البذل في عرض واحد^(١).

فقال الميرزا الاستاذ: بأن مراد الشيخ من قوله بأن اللاحق يضمن العين التي لها البذل هو: أن للعين حيثية المضمونية، كما أن الأول يضمن العين بمعنى لحوق حيثية وصولها إلى يده، فالمراد من «البذل» هو البذل التضميني لا الفعلي^(٢).

(١) حاشية المكاسب: ٤٦.

(٢) منية الطالب ١ / ٢٩٩.

أقول:

وقد أوردنا عليه بأنه خلاف البرهان.

وقال شيخنا الاستاذ قدس سره: إنَّ الحِثِّيَّات التي هي بالقوَّة وفيها سبق ولحوق، إذا وصلت إلى مرحلة الفعلية كانت على طبق حالها بالقوَّة^(١).

توضيحه:

إن كان بين الحِثِّيَّات والشُّون ترتب، بأنَّ كانت الثانية متفرعة على الاولى والثالثة على الثانية، فلا محالة تكون في مرحلة الفعلية كذلك وإلا يلزم الخلف.

وفيما نحن فيه: الغاصب حصل له حِثِّيَّة كون العين بنفسها مضمونة وبالبذل على تقدير التلف، فلما أخذها الثاني جاء على عهده بدل المضمون بالبذل، وهذه الحِثِّيَّة مترتبة على الاولى كما هو واضح، وهكذا الثالث...

فالسَّابِق اشتغلت ذمَّته بالبذل على فرض التلف، والثاني ببذل البدل...

وهذا على مبنى المشهور وعليه الشيخ.

ومقتضى التحقيق - تبعاً للمحقق الخراساني وشيخنا الاستاذ - هو ما ذكرناه قريباً في معنى حديث على اليد.

فما ذكره الشيخ لا موضوع له أصلاً، إذ لا اشتغال للذمَّة ولا ضمان للبدل، وإنما هي العهدة، فإن كانت موجودة ردَّت، وإلا فتردَّ ماليتها إلى المالك.

(١) حاشية كتاب المكاسب ٣١٦/٢.

ويبقى الكلام في الدليل على أنه لو دفع اللاحق المائيّة لم يرجع، ولو دفعها السابق رجع على اللاحق، أما لو أتلّف اللاحق المال رجع عليه السابق فواضح، ولكن الكلام في التلّف القهري.

قال السيّد في وجه رجوع السابق على اللاحق والمفروض عدم كونه السبب في التلّف: بأنّ الوجه في رجوعه هو إبقاؤه - أي اللاحق - المال في يده، فهو بذلك يكون السبب في التلّف قال:

والتحقيق ما أشرنا إليه سابقاً من أنه لا فرق بين الإتلاف والتلف وإثبات إليه في صدق سببيّة الضمان، وأن الوجه في جواز رجوع السابق إلى اللاحق أنه السبب في ضمانه، بمعنى استقرار العوض في ذمّته، كيف؟ وإلا أمكنه أن يدفع نفس العين إلى المالك ليخرج من تبعه الضمان، فكما اعترف القائل بأن الرجوع على المتلف موافق القاعدة من جهة تسببيه للضمان، فكذا نقول بالنسبة إلى من أثبت إليه وإن لم يكن متلفاً.^(١)

أقول:

قد تقدّم أنّ حديث «على اليد» لا يدلّ على اشتغال الذم المتعدّدة. ثم قلنا بأنّ اليد اللاحقة إنّ كانت هي المتلفة، فمقتضى قاعدة «من أتلّف» الاستفادة من الموارد، اشتغال ذمّة من أتلّف مال الغير. وحينئذٍ، لو أتلّف اللاحق واشتغلت ذمّته، كان السبب لخسارة اليد السابقة، ويجوز له الرجوع على اللاحق.

وبعبارة أخرى: على عهدة الأيدي كلّها ردّ المال إلى مالكه، فلو تلف

المال عند السَّابق فهو على عهده، لأن ذلك مقتضى يده، فعليه ردّه بنفسه أو بمالّيته، أمّا الثاني الذي أتلف، فالمالّية على عهده، فلو دفع السَّابق البدل، كان له الرجوع فيه على اللاحق.

وأما في صورة التلف، فالأيدي كلّها على نسقٍ واحد، وللمالك الرجوع إلى من شاء منهم، فلماذا تشتغل ذمّة من تلفت العين عنده، ويجوز للسَّابق الرجوع إليه أو دفع البدل؟

وقول السيّد: بأنّ السَّبب إبقاؤه المال عنده وعدم ردّه إلى المالك، وأنّه لا فرق بين التلف والإتلاف في السببيّة لخسارة السَّابق. فيه:

إنّ يد السَّابق هي المقتضية لعهدته بردّ العين بنفسها أو بمالّيتها، وأمّا اللاحق، فإنّه لم يوجد المانع عن ترتب المقتضى على المقتضى، فلو ردّ المال لتحقّق المانع عن ذلك، لأنّه كان السَّبب، وسببيّة العدم لشيء محال. هذا أولاً.

وثانياً: إنّ السَّبب لخسارة السابق هو نفسه، لعدم ردّه المال إلى مالّكه، فلا وجه لرجوعه على اللاحق. وقال المحقق الخراساني:

إن الوجه في ذلك - أي في رجوع السَّابق على اللاحق في البدل - هو ضمان ما كان في ضمان الآخر وعهده، وقضيّة مثل هذا الضمان بحسب الاعتبار وعند أهل العرف هو رجوع السَّابق إلى اللاحق لو رجع إليه المالك^(١).

(١) حاشية المكاسب: ٤٨ الحجرية.

وفيه:

إن العرف إنما يرجع إليه في مداليل الألفاظ فقط، فالرجوع إلى العرف في المقام لا وجه له.

وذهب صاحب الجواهر^(١) إلى عدم الفرق بين التلف والإتلاف، فللسابق الرجوع - فيما دفعه إلى المالك - إلى اللاحق مطلقاً، وقد أورد الشيخ كلامه وأشكل عليه بوجوه.

قال الشيخ:

وربما يقال... إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك...

والحاصل:

أن الشيخ يرى - كما عرفت - أن ذمة اللاحق مشغولة بأحد الشئتين: بدل العين للمالك، أو بدل البدل للسابق، فإذا أخذ المالك البدل من السابق، تعين على اللاحق بدل البدل.

أما صاحب الجواهر فيقول: إن الذي اشتغلت ذمته هو الذي تلف المال بيده، وأما الأيدي السابقة فهم مكلفون بالأداء شرعاً، وليس عليهم ضمان، فلو رجع المالك على السابق ببطل العين التالفة، وقعت المعاوضة الشرعية القهرية بين ما دفعه السابق وما في ذمة اللاحق، فيجوز له الرجوع إليه فيه، لكونه مالكا لما في ذمته.

هذا وجه رجوع السابق على اللاحق.

وقد أشكل عليه الشيخ بقوله:

وأنت خبير...

بخمسة وجوه:

الأول: إن الدليل على اشتغال الذمة ليس إلا حديث على اليد، فإن كان مفاده الحكم التكليفي فلجميع الأيدي، وإن كان الضمان فكذلك، لأن المراد من «اليد» هو طبيعي اليد، فالحكم يأتي على الكل على السواء، فلا وجه للفرق بين اليد السابقة واللاحقة.

والثاني: إنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكر من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي.

والوجه في عدم الفرق هو: إن الحكم بالنسبة إلى جميع الأفراد تكليفي، والحكم الوضعي منتزع من الخطاب التكليفي، أو أنه كما يرجع السابق على اللاحق كذلك العكس، سواء كان الاشتغال شرعياً أو ذمياً.

الثالث: إنه كيف يقال بأن السابق ذمته غير مشغولة، والحال أن المالك إذا رجع إليه وأبى من دفع البذل أجبره الحاكم على ذلك أو أخذ من ماله ودفعه إلى المالك، فلو لم تكن ذمته مشغولة لم يكن لحكم الحاكم أو فعله المذكور وجه؟ فمن ترتب هذا الأثر وغيره يستكشف أن ذمته مشغولة بملك المالك. والرابع: لا يوجد سبب لا شرعي ولا قهري للمعاوضة بين ما يدفعه السابق للمالك وما في ذمة اللاحق الذي حصل التلف عنده.

وقد أوضح شيخنا الاستاذ^(١) مرام صاحب الجواهر: بأن الشارع قد كلف السابق بالأداء، وليس المراد أداء البذل، لكونه في ذمة اللاحق، ولا أداء الدين الذي في ذمة اللاحق. لعدم الوجه في ذلك، فالمراد أن على السابق أن

يؤدي مائة العين بدلاً عما في ذمة اللاحق، وهذا عبارة أخرى عن المعاوضة الشرعية القهرية، فهي من ناحية التكليف المتوجه على السابق بالأداء.

والخامس: إن لازم ما ذكره أن لا يرجع الغارم من بين الأيدي اللاحقة إلا إلى من تلفت العين بيده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد من الأيدي التي بينه وبين الذي تلفت عنده.

إلا أنه يمكن الالتزام بذلك، والقول بعدم رجوع السابق الذي دفع البدل إلا إلى الذي تلفت العين عنده.

وقال السيد بالمعاوضة بما حاصله^(١): إن الذي يعطيه السابق عوض عن العين التالفة فيكون مالكا لها، فيرجع إلى من تلفت عنده، لأخذ عوض العين التالفة.

إن قلت: كيف يعقل عروض الملكية على الشيء التالف؟

قلت: الملكية ليست من الأعراض الخارجية حتى يحتاج إلى الموضوع في الخارج، بل هي من الأمور الاعتبارية، والأمر الاعتباري يمكن تعلقه بالمعدوم إذا وجد المصحح العقلاني لذلك.

إن قلت: سلمنا، لكن الملكية أمر ثبوتي، وثبوت الشيء للشيء فرع ثبوت المثبت له، فلا يعقل اعتبار الملكية للشيء المعدوم.

قلت: يكفي لذلك الثبوت الاعتباري، والمفروض أن العين التالفة ثابتة اعتباراً في عهدة من تلفت عنده.

ويشهد بكون المالك مالكا لتملك العين التالفة أن بإمكانه أن يصلحها

(١) حاشية المكاسب ٢/ ٣١٥-٣١٦.

مع من اشتغلت ذمته به بل غيره أيضاً. وأيضاً: له أن يجعلها زكاةً للأيدي إن كانوا يستحقون. وأيضاً: لو باع العين وجعل لنفسه خيار الفسخ ثم تلفت العين عند المشتري، جاز له الأخذ بالخيار، والحال أن الفسخ حل البيع من حينه ورجوع العوضين إلى مالكيهما، فيرجع الثمن إلى المشتري والمطالبة ببذل العين التالفة منه.

فإن قلت: كان السابق مكلفاً بأداء البذل، أما كونه عوضاً عن العين بأن يملكها فبأي دليل؟

قلت: إن إعطاء البذل في باب الغرامات عبارة عن إعطاء العوض، ومعنى العوض أن يدخل المعوض في كيس من خرج عنه العوض، ولا فرق في المعاوضة بين إنشاء المعاوضة أو إعطاء العوض بما هو عوض، ولذا يكون المعطي لبذل الحيلولة عن ملك الغير مالاً كذلك الملك، ويترتب على ذلك أثر الملكية، فلو تسبب في فرار عبد الغير ودفع بدل الحيلولة إلى المالك، جاز له أن يعتق العبد في بعض الكفارات.

ثم قال:

نعم، يبقى شيء وهو: إن لازم هذا التوجيه جواز رجوعه إلى السابقين أيضاً، لأن المفروض أنه قام مقام المالك.

ويمكن أن يقال: إن الوجه في عدم جواز رجوعه إليهم لأنه السبب في ضمانهم، بمعنى استقرار العوض في ذمتهم، فمن هذه الجهة يحصل الفرق بينه وبين المالك.^(١)

والجواب عن هذا الوجه:

أولاً: إن ما يدفعه السَّابِق غرامة وليس معاوضةً حتَّى يملك العين التالفة، نعم، تسقط ملكية المالك بأخذ الغرامة، إذ لا وجه لبقائها بعد أخذها.
ثانياً: لو فرضنا كونه عوضاً في الملكية، فإنه لا يملك ما في ذمة اللاحق، بل يملك ما في ذمته أي: يملكه آنأماً فيسقط، لأنَّ الانسان لا يملك ما في ذمته.
وثالثاً: إنه يرد عليه ما أورده بقوله: نعم... وما ذكره في الجواب غير تام.
وتحصّل:

إن جميع ما ذكره الشيخ وصاحب الجواهر والسَّيّد وغيرهم، لا يجدي في حلّ الإشكال.
والمختار هو:

إن كان الذي تلفت العين بيده هو المتلف لها، أمكن القول بأنَّ إتلافه سبب لتعيّن الخسارة على السَّابِقين، ولذا جاز للسَّابِقين الرجوع إلى خصوص من أتلف - لا إلى كلّ واحدٍ من اللاحقين، خلافاً للمشهور - لكونه السَّبب في تعيّن العين في البدل. وأمّا إن كان التلف سماوياً، فلا دليل لرجوع السَّابِق على اللاحق.
هذا كلّّه إذا تلفت العين في يد المشتري.

لو كانت العين باقيةً في الأيدي المتعاقبة

وأما إن كانت باقيةً، قال الشيخ:

يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها، فإنَّ لم يمكن انتزاعها ممَّن هي في يده، غرم للمالك بدل الحيلولة، وللمالك استردادها فيردّ بدل الحيلولة.

أي: لأنه إنما يملك بدل الحيلولة مادام غير متمكّن من العين.
فإن قلت: إن بدل الحيلولة إنما يكون حيث يتعذّر الوصول إلى العين،
فإذا كان متمكّنًا منها لم يجز له أخذه.

فأجاب: إنه بمجرد تمكّنه من العين عند الثاني لا ترتفع سلطنته على
مطالبة الأول، لأن عهدة العين على الأول، فيجب عليه تحصيلها ولو ببذل
المال، ومع عدم تمكّنه منها دفع بدل الحيلولة. نعم، ليس للمالك أن يأخذ
مؤونة الاسترداد من الأول ليباشر بنفسه.

قال:

ولو لم يقدر على استردادها إلا للمالك وطلب من الأول عوضاً عن
الاسترداد... وجوه.

أقول:

والظاهر وجوب دفع الأجرة المتعارفة عليه.

مسألة

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

قال الشيخ:

فعلى القول ببطلان الفضولي، فالظاهر أن حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه الصحة...

أقول:

أورد عليه بوجوه:

الأول: إن الإنشاء أمر قصدي، وما قصد - وهو بيع المجموع - لم يقع، وما وقع - وهو صحة البعض لم يقصد - فهو باطل.

والثاني: إن التمليك أثر العقد، والعقد أمر واحد، فالقول بتحقيق التمليك في قسم من المبيع دون غيره، يستلزم تعدد العقد، والواحد لا يتعدد.

والثالث: إن المناط في صحة البيع تعيين المال المجمعول ثمناً، وفيما نحن فيه مفقود، للجهل بما جعله ثمناً لملك شخصه، فالبيع غرري باطل.

ولنذكر الرواية قبل الجواب عن الإيرادات:

عن الصفّار: أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري عليه السلام: في رجلٍ.

باع قطاع أرضين، فيحضره الخروج إلى مكة، والقرية على مراحل من منزله، ولم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه، وعرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: إشهدوا أنني قد بعث فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا، والثاني والثالث والرابع، وإنما له في هذه القرية قطاع أرضين، فهل يصلح للمشتري ذلك، وإنما له بعض هذه القرية، وقد أقرّ له بكلّها؟
فوقع عليه السلام:

لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك»^(١).

أما الإشكال الأول، فالجواب عنه هو:

إن هنا مملوكين، لتعدد المالكين، فهنا تملكين، لأن التملك والملكية واحد في الحقيقة، فهو قاصد للملكية المتعددة بإنشاء واحد. نعم، لم يقع جميع ما قصد، وهذا لا يضرّ، فالإشكال بأن ما وقع لم يقصد وما قصد لم يقع، مندفع.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عن الإشكال الثاني.

يقول العبد: علي بن آية الله السيد نور الدين نجل آية الله العظمى السيد محمد هادي الميلاني:

(١) وسائل الشيعة ١٧ / ٣٣٩، الباب ٢ من أبواب عقد البيع، رقم: ١.

هذا آخر ما قدّر للسيد الجدّ قدس سرّه من درسه في كتاب البيع، وقد كان ذلك في اليوم السابع عشر من شهر ربيع الثاني، سنة ١٣٩٥. حيث اشتد مرضه واستمر به حتى توفي في آخر شهر رجب من السنة المذكورة. وقد بذلت الجهد في تقرير كلامه وتبيين مرامه بقدر الإمكان، وشرحت مواضع منه لمزيد الفائدة ممّا استفدته منه ومن سائر الأساتذة الأعيان.

إلاّ أنه لا بدّ من التنبيه على السقط الواقع في الصفحة ١٧٥ من الجزء الأول، إذ الصحيح: وأشكل المحقق الخراساني بوجه آخر فقال معلقاً على قول الشيخ: فهو إنما يجدي...»: بل لا يجدي في ذلك إذا شك في تشريع أصل هذا النوع أيضاً، حيث أنه مسوق لبيان سلطنة المالك وتسألته قبلاً لحجّره، لا لبيان تشريع أنهاء السلطنة كي يجدي فيما إذا شك في تشريع سلطنته، فلا يجوز التمسك به على صحّة معاملة خاصّة وجواز تصرف خاص، مع الشكّ فيهما شرعاً. فافهم كي ينفعك في غير مقام.

وفي آخر الصفحة ٦٢ من الجزء الأول: «بحيث لو لم يقع...» والصحيح: بحيث لو لم يعمل يقع...»

وأما الأغلاط المطبعية القليلة غير المغيرة للمعنى فلاحاجة إلى التنبيه عليها.

وآخر دعوانا أن الحمد لله ربّ العالمين.

الفهرس

أدلة القائلين.....	٥
ببطلان معاملة الفضولي.....	٥
الاستدلال بأية التجارة.....	٧
الجواب.....	٧
الاستدلال بالروايات.....	١٤
حديث: لا تتبع ما ليس عندك.....	١٧
التحقيق فيه والجواب عنه.....	١٨
جواب الشيخ والنظر فيه.....	٢٠
رواية الصفار.....	٢٥
رواية الحميري.....	٢٥
صحيحة محمد بن مسلم.....	٢٦
صحيحة محمد بن القاسم.....	٢٦
الاستدلال بالإجماع.....	٢٧
الاستدلال بحكم العقل بعدم جواز التصرف في مال الغير.....	٢٨
الجواب.....	٢٩

٣٣	أدلة أخرى والكلام حولها
٣٥	الثاني
٣٥	أن يبيع مع سبق منع المالك
٣٧	المسألة الثانية
٣٧	بيع الفضولي مع سبق منع المالك
٣٨	دليل المنع
٣٨	الجواب
٤١	الثالث
٤١	أن يبيع لنفسه
٤٣	المسألة الثالثة
٤٣	بيع الفضولي لنفسه
٤٤	دليل الصحة
٤٥	وجوه للقول بالبطلان والجواب عنها
٤٦	المهم منها وجهان: الأول
٤٧	جواب الشيخ والكلام حوله
٥١	التحقيق في الجواب
٥٦	الوجه الثاني
٥٧	جواب الميرزا القمي
٥٨	مناقشة الشيخ
٥٨	جواب الشيخ

- الإشكال عليه بما لو كان الفضوليّ مشترياً ٥٩
- جواب صاحب المقابس ٦٠
- جواب الشيخ والكلام حوله ٦١
- التحقيق في الجواب ٦٤
- الاشكال عليه ٦٧
- التحقيق في المقام ٦٨
- الإشكال بما لو علم المشتري بالحال ٧٠
- توجهه بناء على النقل ٧٢
- التحقيق في المقام ٧٣
- بقي أمران ٧٥
١. هل بين العين والدين فرق؟ ٧٥
٢. هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟ ٧٥
- ١ - عدم الفرق بين العين والدين ٧٧
- لو جمع بين نفسه وذمة الغير ٧٩
- حول كلام العلامة ٨٢
- ما أفاده الميرزا ٨٤
- ٢ - هل تجري مسألة الفضولي في المعاطاة؟ ٨٨
- الجواب عن الإشكال في الجريان بناءً على الملك ٨٩
- ما يستدلّ به للجريان ٩٢
- هل يجري بناءً على الإباحة؟ ٩٤

٩٧	القول.....
٩٧	في الإجازة.....
١٠٠	البحث الأول.....
١٠٠	في حكم الإجازة.....
١٠١	الاحتمالات في الكشف.....
١٠٣	أدلة القول بالكشف.....
١٠٥	هل الشروط الشرعية كالعقلية؟.....
١١١	دعوى أن الشرط هو وصف تعقب الإجازة.....
١١١	كلام السيد.....
١١٣	كلام الإصفهاني.....
١١٤	كلام الخراساني.....
١١٧	اشكال الميرزا على المحقق الخراساني.....
١١٩	الدليل الثاني.....
١١٩	وجوه الجواب: الأول.....
١٢٣	الوجه الثاني.....
١٢٥	الوجه الثالث.....
١٢٦	الاستدلال بالروايات للقول بالكشف.....
١٢٦	صحيحة محمد بن قيس.....
١٢٨	رواية عروة البارقي.....
١٢٨	صحيحة أبي عبيدة.....

- الثمرة..... ١٣٥
- بين الكشف والنقل..... ١٣٥
- الثمرة بين وجهي الكشف الحقيقي..... ١٣٧
- الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي..... ١٣٨
- الثمرة بين الكشف والنقل..... ١٤٤
- الثمرة الاولى..... ١٤٤
- الثمرة الثانية..... ١٤٥
- الثمرة الثالثة..... ١٤٩
- التحقيق..... ١٥٣
- حكم المال المنذور قبل حصول الشرط..... ١٥٧
- ثمرات ذكرها كاشف الغطاء..... ١٦١
- الثمرة الاولى الفرع الأول..... ١٦١
- الفرع الثاني..... ١٦٣
- الثمرة الثانية..... ١٦٧
- التحقيق..... ١٧٧
- ثمرات اخرى..... ١٨٠
- تنبيهات..... ١٨٥
- الإجازة..... ١٨٥
- التنبيه الأول..... ١٨٧
- الخلاف في الإجازة في حكمها الشرعي..... ١٨٧

- التنبيه الثاني..... ١٩٠
- في ما يُشترط في الإجازة..... ١٩٠
- هو يشترط اللفظ الصريح؟..... ١٩٠
- هل يكفي الفعل؟..... ١٩١
- التنبيه الثالث..... ١٩٦
- في حكم الإجازة بعد الرد..... ١٩٦
- الأدلة على اعتبار عدم سبق الرد..... ١٩٦
- النظر في تلك الأدلة..... ١٩٧
- التنبيه الرابع..... ٢٠١
- في أن الإجازة تورث أو لا..... ٢٠١
- التنبيه الخامس..... ٢٠٣
- هل إجازة البيع إجازة لقبض الثمن أو المضمن؟..... ٢٠٣
- اشتمال كلام الشيخ على مطالب..... ٢٠٣
- التحقيق في المقام..... ٢٠٥
- تنبيه..... ٢٠٧
- التنبيه السادس..... ٢٠٩
- في أن الإجازة على الفور أو لا؟..... ٢٠٩
- حكم ما لو لم يجز ولم يرد..... ٢١٠
- التنبيه السابع..... ٢١٣
- هل تعتبر مطابقة الإجازة للعقد؟..... ٢١٣

- ٢١٤..... التحقيق في المقام
- ٢١٧..... القول
- ٢١٧..... في المجيز
- ٢١٩..... الأمر الأول
- ٢١٩..... اعتبار كون المجيز جائز التصرف
- ٢٢٠..... حكم ماله أجاز المريض
- ٢٢٢..... الأمر الثاني
- ٢٢٢..... هل يشترط وجود مجيز حين العقد؟
- ٢٢٢..... القول بعدم الاشتراط
- ٢٢٣..... الكلام حول دليل الاشتراط
- ٢٢٥..... الأمر الثالث
- ٢٢٥..... هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حال العقد؟
- ٢٢٦..... المسألة الأولى
- ٢٢٦..... لو كان محجوراً عليه حال العقد
- ٢٢٦..... وارتفع الحجر حال الاجازة
- ٢٢٧..... إشكالان من المحقق الإصفهاني
- ٢٢٩..... مقدمات الجواب
- ٢٣٠..... الجواب
- ٢٣٤..... المسألة الثانية
- ٢٣٤..... لو لم يكن مالاً حين العقد فكان مالاً حين الإجازة

- ٢٣٤..... لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه وأجاز.
- ٢٣٧..... دليل القول بالصحة.
- ٢٣٨..... دليل البطلان.
- ٢٣٩..... الجواب عن الوجه الأول.
- ٢٣٩..... الجواب عن الوجه الثاني.
- ٢٤١..... الجواب عن الوجه الثالث.
- ٢٤٥..... الجواب عن الوجه الرابع.
- ٢٤٧..... التحقيق.
- ٢٤٩..... الجواب عن الوجه الخامس.
- ٢٤٩..... الجواب عن الوجه السادس.
- ٢٥١..... الجواب عن الاستدلال بالنبوي.
- ٢٥٢..... الجواب عن الاستدلال برواية يحيى بن الحجاج.
- ٢٥٢..... الجواب عن الاستدلال برواية خالد بن الحجاج.
- ٢٥٣..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة محمد بن مسلم.
- ٢٥٤..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة منصور.
- ٢٥٤..... الجواب عن الاستدلال بصحيفة معاوية بن عمار.
- ٢٥٥..... الجواب الأخير عن النصوص.
- ٢٥٧..... وتبقى إشكالات:
- ٢٦٠..... النظر في رأي الشيخ.
- ٢٦٢..... الواجب هو الاقتصار على مورد الروايات.

- ٢٦٣..... فروع لاحاجة للبحث عنها
- ٢٦٤..... المسألة الثالثة
- ٢٦٤..... ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف
- ٢٦٤..... فبان كونه جائز التصرف
- ٢٦٤..... الصّورة الأولى: (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه ولياً على البيع)
- ٢٦٧..... الصّورة الثانية (أن يبيع لنفسه وينكشف كونه ولياً)
- ٢٦٨..... الصّورة الثالثة (أن يبيع عن المالك وينكشف كونه مالكاً)
- ٢٦٩..... وجوه البطلان والجواب عنها
- ٢٧٠..... تفصيل الكلام في المقام
- ٢٧٠..... دليل القول المشهور
- ٢٧١..... دليل القول بالبطلان
- ٢٧١..... النظر في الأجوبة
- ٢٧٣..... دليل القول بالصحة وعدم الحاجة إلى الإجازة
- ٢٧٦..... دليل القول بالصحة مع الخيار
- ٢٧٧..... الصورة الرابعة (أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فينكشف أنه له)
- ٢٧٩..... القول
- ٢٧٩..... في المُجاز
- ٢٨١..... الأمر الأوّل
- ٢٨١..... اعتبار كون العقد جامعاً للشرائط
- ٢٨١..... ما هي الشرائط؟

- ٢٨٤..... هل هي معتبرة بقاء؟
- ٢٨٧..... الأمر الثاني
- ٢٨٧..... هل يعتبر كون المجاز معلوماً بالتفصيل؟
- ٢٨٨..... هل يكفي العلم الاجمالي أو يشترط تفصيلاً؟
- ٢٩٤..... حكم مالو جهل بوقوع العقد
- ٢٩٦..... الأمر الثالث
- ٢٩٦..... في حكم العقود المترتبة
- ٢٩٨..... حكم العقود الواقعة على مال المالك المجيز
- ٢٩٩..... حكم العقود الواقعة على عوضه
- ٣٠١..... حكم ما لو علم المشتري بالغصب
- ٣٠٤..... التحقيق ضمن بيان امور
- ٣١١..... القول
- ٣١١..... في الرد
- ٣١٣..... مسألة
- ٣١٣..... في أحكام الرد
- ٣١٤..... حقيقة الرد
- ٣١٦..... الرد عدم الإجازة
- ٣١٧..... تحقق الرد بالفعل المخرج عن الملك
- ٣٢٠..... حكم مالو كان الفعل غير مخرج عن الملكية
- ٣٢٧..... حكم التصرفات غير المنافية لملك المشتري

- ١- ما يقع مع الالتفات إلى وقوع العقد ٣٢٧
- ٢- ما يقع مع عدم الالتفات إلى وقوع العقد ٣٣٠
- مسائل متفرقة ٣٣٣
- حكم المالك مع المشتري ٣٣٤
- حكم المشتري مع الفضولي ٣٣٧
- ١- الكلام في الثمن ٣٣٧
- حكم ما لو كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع ٣٣٧
- حكم ما لو كان عالماً بذلك والثمن باق ٣٣٩
- حكم ما لو كان الثمن تالفاً ٣٤٢
- حكم ما لو كان الثمن كلياً ٣٤٥
- ٢- الكلام فيما يغرمه المشتري ٣٤٨
- هل يرجع المشتري فيما يغرمه لا في مقابل نفع؟ ٣٤٩
- قول صاحب الحدائق بعدم رجوع المشتري ٣٥٤
- جواب الشيخ ٣٥٧
- هل يرجع المشتري فيما يغرمه في مقابل النفع؟ ٣٥٩
- هل يرجع في ما يغترمه في مقابل العين؟ ٣٦٧
- حكم ما يغترمه بأزاء الأجزاء التالفة ٣٧١
- حكم ما يغترمه بأزاء الأوصاف التالفة ٣٧١
- حكم ما يغترمه بسبب فساد البيع ٣٧٢
- كيفية اشتغال الذمم المتعددة بالمال الواحد ٣٧٤

- الجواب عن الإشكال الثاني ٣٧٥
- الجواب عن الاشكال الأول ٣٨١
- لو كانت العين باقيةً في الأيدي المتعاقبة ٣٩٠
- مسألة ٣٩٢
- لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه ٣٩٢