

هَذَا كِتَابُ الْإِسْلَامِ

الَّذِي

شَرَحَ الْمَكَّانِي

تَأَلَّفَ

سَيِّدُ أَوْلِيَاءِ اللَّهِ

السَّيِّدُ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ

ابْنُ إِسْمَاعِيلَ

الْقَائِمُ

مَوْلَى مَوْلَى رَسُولِ اللَّهِ

بَيْرُوتَ - لُبْنَانَ

هُدَى كَلِمَاتِ رَبِّ الْعَالَمِينَ

إِلَى

شَرْحِ الْمِكَاتِبِ

تَأليفُ

سَيِّمَةَ آيَةَ اللَّهِ

السَّيِّدِ مُحَمَّدٍ جَعْفَرِ بْنِ إِسْرَائِيلَ الْكَلْبِيِّ



الجزء الخامس من

الناشر

مؤسسة الأئمة في العربية
بيروت - لبنان

الطبعة للذوات

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

THE ARABIC HISTORY

Publishing & Distributing

مؤسسة التاريخ العربي

للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - شارع دكاش - هاتف ٥٤٠٠٠٠ - ٥٤٤٤٤٠ - ٥٥٥٥٥٩ - فاكس ٨٥٠٧١٧ - ص.ب. ١١/٧٩٥٧

Beyrouth - Liban - Rue Dakkache - Tel: 540000 - 544440 - 455559 - Fax: 850717 - p.o.box 7957/11

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيّد الأنبياء
و المرسلين محمّد و آله الطيبين الطاهرين، لا سيّما
الإمام المبين و غياث المضطرّ المستكين عجل الله تعالى
فرجه الشريف و اللعن المؤبّد على أعدائهم أجمعين.

القول في الإجازة و الرد^(١)

أما الكلام في الإجازة فيقع تارة في حكمها و شروطها، و أخرى في المجيز، و ثالثة في المجاز.

أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي - بعد إتفاقهم على توقعها

القول في الإجازة و الرد

(١) لا يخفى أنّ ما تقدم من مباحث البيع الفضولي، و القول بصحته، و توقعه على الإجازة ناظر إلى تمامية المقتضي لصحته، في قبال القائلين ببطلانه رأساً، و لغوية إنشائه. و من المعلوم توقف صحته الفعلية على إجازة من يده أمر العقد، و لذلك تصل النوبة إلى المباحث المتعلقة بالإجازة و الرد. فعلى تقدير الإجازة تنتهي الصحة الإقتضائية إلى الفعلية، و على تقدير الرد يصير العقد كالعدم.

و قدّم المصنف رحمته الكلام في الإجازة، و عرّف مواضع ثلاثة لإستقصاء جهات البحث فيها، ففي الموضوع الأوّل تعرّض لكونها كاشفةً أو ناقلةً، و ما يترتب على كل منهما من ثمرات. و في الموضوع الثاني تكلم عمّا يتعلّق بالمجيز و ما يعتبر فيه، و في الموضوع الثالث بحث عن المجاز عندما تتعدّد العقود الفضولية على الثمن أو المشمن أو كليهما. و سيأتي الكلام في كلّ منها مفصلاً إن شاء الله تعالى.

و ما أفاده في الموضوع الأوّل يتضمن مقامات ثلاثة، أوّلها في حكمها من حيث كونها كاشفة أو ناقلة، ثانيها في الثرة بين أنحاء الكشف، و بين الكشف و النقل، ثالثها في تبيّيات الإجازة، و سيأتي البحث عنها بالترتيب إن شاء الله تعالى. و الكلام فعلاً في المقام الأوّل.

على^(١) الإجازة - في^(٢) كونها كاشفة^(٣) بمعنى^(٤) أنه يُحکم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد.

الإجازة كاشفة أو ناقلة

(١) هذا من قيود موضوع الإجازة، إذ لو لم تكن الإجازة مؤثرة في صحة العقد - بأن كان عقد الفضولي باطلاً، وغير قابل للإجازة - لم يبق موضوع لهذا البحث. ولذا قال المصنف رحمته: «فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي».

ثم إن مرجع كاشفية الإجازة إلى اتصال الإجازة المتأخرة بالعقد كاتصال الإذن به، وإلى فرض تخلل الزمان بينها وبين العقد كالعدم. و مرجع ناقلية الإجازة إلى اتصال العقد بها.

فالإجازة بناءً على الكشف متصلة بالعقد حدوثاً كاتصال الإذن به، فيقع العقد حال الإجازة كوقوعه حال الإذن. وعلى النقل متصلة به بقاءً، فكان الإجازة وقعت حال العقد.

(٢) متعلق بقوله: «اختلف».

(٣) وهو المشهور، على ما حكى، وسيظهر قريباً إن شاء الله تعالى.

ثم إن المراد بالإجازة هنا ما يقابل الإذن الذي هو الترخيص في إيجاد فعلٍ من الأفعال التي يترتب عليها أحكام و آثار، فالإجازة تنفيذٌ لما وقع سابقاً، فهي متأخرة. وإن كانت قد تستعمل بمعنى الإذن في بعض الموارد، كما في إجازات نقل الروايات مثل «أجزت له أن يروي عني» فإن معناه «أذنت له».

و كيف كان فالإجازة والرّد يردان على ما يقبل كليهما، وهو العقد الصادر من

الفضولي

(٤) هذا هو الكشف الحقيقي المترتب على تنزيل الإجازة منزلة الإذن المقارن للعقد، فكان الإجازة وقعت كالإذن مقارنة للعقد، فأثر العقد من حين وقوعه. بخلاف النقل، حيث إن العقد كأنه وقع حال الإجازة المتأخرة زماناً، ولذا يؤثر من حين حصول الإجازة.

و الثمرة بين الكشف والنقل تظهر في النماءات الحاصلة في الزمان المتخلل بين

٧ بيع الفضولي، الإجازة و الرد
أو ناقلة^(١) - بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأنَّ العقدَ وقع حال الإجازة -
على^(٢) قولين. فالأكثر على الأول^(٣) (*).

صدور العقد و الإجازة. فعلى القول بالكشف تكون غمات كل من الثمن و المشتمن لصاحبها، بمعنى كون غمات المشتمن للمشتري، و غمات الثمن للبائع؛ لصيرورتها ملكاً لها تبعاً للعين حين صدور العقد. و على القول بالنقل يكون غمات المشتمن للبائع، و غمات الثمن للمشتري، تبعاً للعينين اللتين هما باقيتان على ملك البائع و المشتري إلى زمان وقوع الإجازة.

(١) معطوف على «كاشفة». والقائلون بالنقل جماعة، منهم فخر المحققين و المحقق الأردبيلي و الفاضل الزاقي رحمهما، فإنهم إلتزموا بالنقل بعد التنزل عن مختارهم من بطلان بيع الفضولي رأساً. قال فخر المحققين - بعد نقل دليل الكشف و النقل - ما لفظه: «و الأخير - أي النقل - هو الأجود إن قلنا بصحة بيع الفضولي، و منعه عندي أشبه»^(١).
و كذلك إختاره الفاضل الاصفهاني في نكاح الفضولي بقوله: «بل هو - أي الإجازة - أحد جزئي علّة الاباحة»^(٢).

(٢) متعلق بقوله: «اختلف» و ضمير «حينها» راجع إلى الإجازة.
(٣) و هو الكشف، بل هو المشهور على ما حكي. و هو «مذهب جماعة» كما حكي عن فخر المحققين^(٣)، أو «مذهب الأكثر» كما في المتن وفاقاً للمحقق الأردبيلي و موضع من

(* ينبغي التكلم هنا في مقامين: أحدهما: ثبوتها، و الآخر: إثباتها.

أما المقام الأول فمحصله: أنه قيل بامتناع كل من الكشف و النقل.

أما الأول فلاستلزامه كون الإجازة شرطاً متأخراً، و هو محال، ضرورة كون الشرط من

«١» إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢٠؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٩؛ مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٨٤.

«٢» كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ١٧، السطر ٢٧ (الطبعة الحجرية).

«٣» نسبه إليه في المناهل، ص ٢٩٠.

جامع الشتات^(١). أو «أنه الأشهر» كما في الرياض و موضع آخر من جامع الشتات^(٢). قال السيد العاملي رحمته: «كما هو ظاهر جماعة و صريح الدروس و حواشي الكتاب و للمعة و التنقيح و جامع المقاصد و إيضاح النافع و المسيية و المسالك و الروضة و الرياض ...»^(٣).

أجزاء العلة التي تقدمها على المعلول من الواضحات، وإلا يلزم تأخر ماله دخل في وجود المعلول عن المعلول، وليس هذا إلا التناقض، لأنه يلزم دخل الشرط في وجود المشروط، و عدم دخله فيه.

و بالجملة يلزم بناءً على الكشف وجود المعلول - و هو النقل و الانتقال في بيع الفضولي - قبل شرطه، و هو الإجازة.

و أما الثاني فلاستلزامه تأثير المعدوم - و هو العقد - في الموجود أعني به الملكية أو النقل. أما إنعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود. و أما تأثيره في الوجود فلأن المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعة بعد إنعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم في الوجود، لعدم السنخية بينهما.

و هذا من غير فرقي بين كون العقد تمام السبب المؤثر في النقل و الانتقال، و بين كونه جزء السبب، إذ لا بد في وجود الأثر من وجود المؤثر مطلقاً، سواء أكان تمام السبب أم جزئه. و لازم إمتناع كل من الكشف و النقل الالتزام ببطلان عقد الفضولي، و عدم إمكان تصحيحه بالإجازة، هذا.

ولكن ادّعي وقوع كليهما - و الوقوع أدل دليل على الإمكان - فيقع الكلام هنا تارة في الشرط المتأخر، و أخرى في تأثير المعدوم في الموجود.

أما الأول فحاصل البحث فيه: أنه قد ادّعي وقوعه في موردين:

«١» مجمع الفائدة و البرهان. ج ٨. ص ١٥٩: جامع الشتات (الطبعة الحجرية). ج ١. ص ١٦٤

«٢» رياض المسائل. ج ١. ص ٥١٣: جامع الشتات. ج ١. ص ١٥٥

«٣» مفتاح الكرامة. ج ٤. ص ١٨٩

أحدهما: الأجزاء، كأجزاء العبادات الإرتباطية كالصلاة، فإنَّ كلَّ واحد من أجزائها جزء في نفسه و شرط لغيره من الأجزاء المتقدمة عليه و المتأخرة عنه. فتكبيرة الاحرام مثلاً جزء في نفسها و شرط لما يتعقبه من الأجزاء. كما أنَّ الشاهد أيضاً جزء في نفسه، و شرط لما سبقه و يلحقه من الأجزاء. ففي المركبات العبادية الإرتباطية يكون كلُّ من الشرط المتقدم و المتأخر و الوجوب المعلق موجوداً.

و ثانيهما: الشرائط، كشرطية غسل المستحاضة بعد الفجر للصوم، فإنَّ جزءاً من صوم النهار يقع قبل الغسل الذي هو شرط، فيتحقق الشرط بعد المشروط. بل كغسلها الليلي أيضاً لصوم النهار الماضي كما عن بعض، و إن كان هذا القول شاذاً.

وكيف كان فيمكن أن تكون الإجازة في عقد الفضولي من هذا القبيل. و عليه فليست كاشفية الإجازة من المحالات.

أقول: منشأ الإشكال في الشرط المتأخر هو حصول المشروط قبل تحقق شرطه، بحيث يصح المشروط و يسقط أمره لتحقق المشروط قبل الشرط. و هذا الاشكال لا يندفع مع فرض كون الشرط من أجزاء العلة التي تقدمها رتبةً بجميع أجزائها و شرائطها على المعلول من البديهيات. من دون فرق في ذلك بين كون المشروط أمراً خارجياً تكوينياً و أمراً إعتبارياً تشريعياً، مع فرض كون الشرط مؤثراً في وجود المشروط، إذ لا يعقل تأخر المؤثر عن المتأثر الضعيف الوجود الذي هو من رشحات فيض وجود المؤثر. و إعتبارية المتأثر لا تسوّغ تأخر المؤثر، و إلا يلزم الخلف و المناقضة.

فإذا أناط الشارع و جوب زكاة الأنعام بمضي عام عليها إقتضت هذه الإناطة عدم الوجوب قبل مضيها، لأنَّ تشريع الوجوب قبله يوجب الخلف أي خلاف فرض شرطية مرور العام، و المناقضة، و هي دخل الحول في الوجوب و عدم دخله فيه.

و الحاصل: أن إمتناع الشرط المتأخر من الأحكام العقلية غير القابلة للتخصيص. ولذا إنتاج جماعة إلى جعل الشرط عنوان التعقب، فالتكبيرة التي يتعقبها القراءة و الركوع و غيرها واجبة، فالشرط لحوقها بالتكبيرة لا أنفسها. و قالوا: إنَّ اللقوق شرط مقارن لا متأخر.

و لعل هذا أيضاً مقصود صاحب الجواهر من قوله: «ان الشروط الشرعية ليست كالعقلية». لا أن الشروط الشرعية يمكن جعلها متأخرة عن المشروطات، فإن ذلك مما لا يليق صدوره من هذا العلامة الكبير.

لكن فيه: أن شرطية عنوان اللحق خلاف ظاهر الأدلة.

إلا أن يقال: إن دلالة الإقتضاء ألجأتهم إلى الإلتزام بذلك.

لكن جعل الشرط عنوان التعقب ليس دافعاً للإشكال، بل هو إقرار به، وإلتزام بامتناع تأخر الشرط عن المشروط. فليس الإلتزام بجعل الشرط وصف التعقب دافعاً لإشكال الشرط المتأخر، بل هو إقرار به.

كما إلتجأ غير واحد أيضاً إلى دفع إشكال الشرط المتأخر بجعل الشرط هو اللحاظ لا وجوده الخارجي، فلحاظ الإجازة شرط في صحة عقد الفضولي، ولحاظ الغسل الليلي شرط في صحة صوم المستحاضة، لا نفس الإجازة والغسل بوجودهما العيني الخارجي. وهذا أيضاً كسابقه في الضعف، حيث إن الشرط وجوده العيني دون اللحاظي، ضرورة أن الإجازة بوجودها الخارجي شرط للحكم الوضعي وهو الملكية. وكذا شرائط الحكم التكليفي كالاستطاعة التي هي شرط وجوب الحج. وكذا شرائط الأمور به، كغسل المستحاضة في الليل لصوم يومها الماضي، فإن الغسل بوجوده العيني شرط لصحة صومها لا بوجوده اللحاظي.

نعم لحاظ الشرائط والعلم بها شرط لتحقيق الداعي إلى تشريع الحكم وإنشائه. وأما فعالية الحكم فهي منوطة بوجود موضوعه خارجاً بجميع ما يعتبر فيه شرطاً وشرطاً. فشرط إنشاء الحكم المسمّى بالجعل هي اللحاظ والوجود العلمي، وشرائط المجمعول - أعني به فعالية الحكم من التكليفي والوضعي - هي الأمور التي تكون بوجوداتها الخارجية دخيلة في الحكم، كالإجازة في عقد الفضولي، فإنها بوجودها العيني شرط في تأثير عقده. ولا أثر لوجودها اللحاظي في تأثير العقد في النقل أصلاً.

وكذا لا يندفع إشكال الشرط المتأخر بما أفاده سيدنا الأستاذ الشاهرودي رحمته في مجلس الدرس من «أن إمتناع تخلف المعلول عن العلة إنما يكون في المؤثر والمتأثر

الحقيقيين، دون الأحكام الشرعية التي هو أمور اعتبارية مجعولة لموضوعاتها، وليست رشحات لها، لما ثبت في محله من إمتناع جعل السببية. فكلٌ من الدلوك والعقد ونحوهما موضوع للوجوب والملكية والزوجية، لا سبب وعلّة لها، إذ لو كانت أسباباً لم تكن الأحكام أفعالاً إختيارية للشارع، بل كانت من رشحات أسبابها، كالمعلولات التكوينية التي هي رشحات عللها التكوينية. فالشروط دخيلة في موضوع الحكم الشرعي، و لا تأخر لشيءٍ من الشروط عن الحكم حتى يقال بامتناعه، إذ لا يحكم الشارع بحكم فعلي إلا بعد تمامية موضوعه مع فرض كون كل شرط موضوعاً^١.

وجه عدم إندفاع إشكال الشرط المتأخر بما أفاده ﷺ: أن مرجع هذا الوجه إلى إنكار الشرط المتأخر، لا إلى دفع إشكاله مع تسليم وجوده. ولكنه متين في نفسه، لتوقف الحكم على موضوعه كتوقف المعلول على علته. و لا محيص عن الالتزام بإناطة فعلية كل حكم بفعلية موضوعه.

و عليه فالتقل و الانتقال في عقد الفضولي لا يتحقق إلا بعد حصول جميع شرائطه التي منها إجازة المالك. وكذا الحال في أجزاء العبادات و الشروط كغسل المستحاضة، فإن الحكم بصحة كل جزءٍ من أجزاء العبادات و سقوط أمره الضمني منوط بوجود غيره من الأجزاء. و محذور الشرط المتأخر لا يلزم إلا على القول بصحة كل جزء، و إمتثال أمره بمجرد وجوده مع البناء على شرطية ما يلحقه من الأجزاء.

و الحاصل: أن غائلة الشرط المتأخر لا تندفع بشيءٍ من الوجوه المذكورة في الكتب الأصولية. و قد تعرضنا لجلها في الجزء الثاني من شرحنا على الكفاية مع بعض ما يتعلّق بها^٢.

و قد تحصل من جميع ما ذكرناه في المقام الأول - المتكفل لامتناع الكاشفية و الناقلية و إمكانهما - إستحالة كاشفية الإجازة، و عدم صحة ما استدلّ به على وقوع الشرط المتأخر في أجزاء العبادات الإرتباطية كالصلاة، و الشرائط كالأغسال الليلية للمستحاضة

«١» نتائج الافكار، و هو تقرير بحث الأصول للسيد الشاهودي ﷺ.

«٢» راجع منتهى الدراية، ج ٢، ص ١٣٧ - ١٤٤.

الكثيرة لصحة صوم يومها الماضي، هذا.

و اما ناقلية الإجازة فلا وجه لإستحالتها عدا ما يتوهم من صفرويتها لكبرى تأثير المعدوم في الموجود، حيث إن المؤثر في النقل والانتقال - وهو العقد - معدوم حال الإجازة التي هي ظرف تأثير العقد، وتأثير العدم في الوجود محال.

لكنه مدفوع بأن المعدوم هو ألفاظ العقد التي هي من متصرمات الوجود، دون ما يوجد بها في وعاء الاعتبار، إذ العاقد الفضولي يُوجد بالعقد النقل والانتقال في عالم الاعتبار، والمالك يجيز ما أنشأه العاقد، والإجازة والرد كالفسخ ترد على الشيء الموجود لا المعدوم، فإن حقيقة الإجازة تنفيذ ما وقع و وجد، فلا يلزم تأثير المعدوم في الموجود. وعليه فلا ينبغي الارتباب في إمكان ناقلية الإجازة.

فتلخص ممّا ذكرناه في المقام الأول إستحالة كاشفية الإجازة، وإمكان ناقليتها، هذا. و اما المقام الثاني - وهو مرحلة الاثبات والاستظهار من أدلة صحة عقد الفضولي - فمحصل البحث فيه: أنه قد تقدم في المقام الأول إمتناع كاشفية الإجازة، لابتنائها على الشرط المتأخر، ولذا إلتزم غير واحد كصاحب الفصول وأخيه والمحقق النائيني رحمهم الله بكون الشرط هو التعقب، لكونه مقارناً للعقد كما قيل، لا نفس الإجازة، حتى تندرج في الشرط المتأخر المحال.

ولكن فيه ما لا يخفى، إذ عنوان السبق واللاحق والتقدم والتأخر - مضافاً إلى كونها خلاف ظاهر الأدلة - من الأمور المتضايقة، فلا يتصف العقد فعلاً بالملحوقية، إذ الاتصاف بها كذلك منوط بتحقق الإجازة خارجاً، كما أن إتصاف الإجازة بالمسبوقية منوط بوجودها فعلاً في زمان متأخر عن زمان العقد، فيعود إشكال الشرط المتأخر. ولا يندفع بجعل الشرط لللاحق، حيث إن السبق واللاحق متضايقان، فهما متكافئان في القوة والفعلية، فقبل حصول الإجازة لا يعقل إتصاف العقد فعلاً بالملحوقية، كما لا يتصف الإجازة قبل وجودها باللاحقية كذلك.

و عليه فلا يكون التعقب شرطاً مقارناً للعقد حتى يندفع به محذور الشرط المتأخر. وقيل: إن دلالة الاقتضاء دعت جماعة إلى رفع اليد عن ظاهر ما دل على شرطية نفس

الإجازة المتأخرة عن العقد، والالتزام بكون الشرط هو التعقب. لكن لا حاجة إلى هذا التمثل غير المفيد وإرتكاب خلاف الظاهر، مع إمكان الأخذ بظاهر الأدلة، وهو كون الشرط نفس الإجازة، لا عنوان التعقب. ولا جعل الإجازة كاشفة عن الرضا التقديري، كما عن المحقق الرشتي رحمته الله، لما فيه من المنع صغرى وكبرى. أما الصغرى فلعدم كليتها، إذ قد لا يرضى المالك حين العقد لو إلتفت، لعدم المصلحة في ذلك الوقت. وأما الكبرى فلعدم دليل على إعتبار الرضا التقديري. وذلك لما مرّ آنفاً من إمتناع جعل السببية، وكون الشروط راجعة إلى الموضوع، ومن المعلوم أن فعلية الحكم إنما تكون بفعلية موضوعه. فالحكم لا يصير فعلياً إلا بوجود الموضوع وشرائطه التي منها الإجازة في عقد الفضولي، فلا يحكم بتأثير العقد في الملكية إلا بعد الإجازة. وإشكال الشرط المتأخر أجنبي عن الإجازة، إذ مورده تأثير الشرط قبل وجوده في المشروط. وليس المقام كذلك، إذ المفروض أن الأثر الشرعي وهو النقل لا يترتب على عقد الفضولي إلا بعد حصول الإجازة. فالصواب ما أفاده سيدنا الاستاذ المتقدم رحمته الله من عدم كون الشروط الشرعية كالشروط الحقيقية مؤثرة في وجود المشروط، بل هي دخيلة في موضوع الحكم الشرعي، لدخلها في الملاك الداعي إلى الجعل والتشريع. والعجب من المحقق النائيني رحمته الله أنه - مع إلتزامه برجوع كل شرط إلى الموضوع - ذهب إلى شرطية التعقب دون نفس الإجازة^(١). مع أن مقتضى رجوع كل شرط إلى الموضوع هو كون نفس الإجازة شرطاً، والالتزام بناقليتها. وكيف يلتزم هو رحمته الله بشرطية التعقب دون نفس الإجازة؟ مع أنه أولاً: خلاف مبناه من رجوع كل شرط إلى الموضوع. وثانياً: أن التعقب عنوان إنتزاعي لا يقوم به الملاك الداعي إلى التشريع. وثالثاً: أن التعقب كما مرّ آنفاً من الأمور المتضايقة، فلا يتصف العقد بالملحوقية فعلاً قبل تحقق الإجازة، لأن المتضايقين متكافئان فعلاً وقوة.

و استدلل عليه^(١) - كما عن جامع المقاصد و الروضة -

ما استدلل به على القول بالكشف

(١) أي: و استدلل على الكشف، و ينبغي تمهيد أمر قبل توضيح الدليل، و هو: أنه لا ريب في إمتناع تخلف المسبب عن سببه التام من المقتضي و الشرط و عدم المانع، سواء أكان تخلفه عنه بتقديمه عليه زماناً أم بتأخره عنه كذلك. و كذا يمتنع تخلف الحكم عن موضوعه التام. كما لا ريب في أن النقل البيعي منوط بوجود المقتضي، و هو العقد، و بوجود شرطه كرضا المالك، و إنتفاء المانع كالحجر. فإن اجتمعت أجزاء العلة التامة إمتنع إنفكاك الأثر عنها.

و على هذا فإن كان العاقد هو المالك المختار ترتب النقل على العقد، لاستحالة تخلف الحكم عن موضوعه، و إن كان العاقد هو الفضولي لم يترتب أثره عليه، لفقد الشرط أعني به رضا مالك أمر العقد.

و حينئذٍ فإن قيل بأن الإجازة ناقلة للملك من حينها لم يلزم إشكال، إذ بانضمام الشرط إلى المقتضي يتم موضوع الأثر. و إن قيل بأن الإجازة كاشفة عن حصول الأثر

و عليه فلا يكون التعقب شرطاً مقارناً، بل يكون كنفس الإجازة متأخراً، لا مقارناً للعقد، حتى لا يرد عليه محذور الشرط المتأخر.

وكيف كان فالمظنون قوياً أن مراد صاحب الجواهر بقوله: «إن الشروط الشرعية ليست كالعقلية» هو ما أفاده سيدنا الاستاد، لا أن مراده جواز ترتيب الأمور الاعتبارية - و منها الأحكام الشرعية - قبل تحقق شروطها، و أن عدم جواز ترتيب الأثر قبل شرطه مختص بالشروط العقلية، فإن هذا المعنى مما لا يليق بعلو مقامه العلمي. فإن ملاك الاشكال في الشرط المتأخر هو تحقق المشروط قبل شرطه بناءً على جعل السببية، أو فعلية الحكم قبل وجود موضوعه بناءً على جعل الحكم عند تحقق موضوعه، فإن الشرط دخيل في موضوع الحكم، و قبل حصوله لا يتم الموضوع حتى يصير حكمه فعلياً.

فالإجازة بنفسها شرط، و مقتضى شرطيتها عدم ترتب الأثر على عقد الفضولي إلا بعد الإجازة، فلا محيص عن الذهاب إلى ناقلة الإجازة.

بأن^(١) العقد سبب تامّ في الملك، لعموم (*) قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وتاممه^(٢) في الفضولي إنما يُعلم بالاجازة.

من حين العقد لزم ترتب المشروط على العقد قبل وجود شرطه. وهذا المحذور دعا القائلين بالكشف تفريرَ الدليل بنحوٍ يسلم من الاشكال.

إذا إتضح هذا قلنا: إنَّ المصنف رحمته نقل وجوهاً ثلاثة للقول بالكشف، ثم ناقش فيها كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

والدليل الأوّل حكاة السيد المجاهد وغيره عن المحقق والشهيد الثانيين عليهما السلام «١»، و تفريره: أنَّ العقد بنفسه - بدون ضمِّ ضميمة - سبب أي موضوع تامّ للملكية، لكونه تمام الموضوع لوجوب الوفاء بمقتضى قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» و ينكشف تماميته في عقد الفضولي بإجازة وليّ أمر البيع، فإذا أجاز علم وجوب الوفاء به، و لزم ترتيب الآثار على صحته، إذ لو لم يترتب عليه الأثر لزم أن لا يكون موضوع وجوب الوفاء نفس العقد فقط، بل هو مع شيءٍ آخر، و ذلك خلاف الفرض.

(١) متعلق بـ «استدل» و هذا أوّل وجهي الاستدلال، و قد أوضحناه بقولنا «ان العقد بنفسه ... الخ».

(٢) مبتدئة، و خبره «إنّما يعلم» و ضميره راجع إلى العقد، و الأوّل أن يقال: «وتماميته» يعني: و تمامية العقد إنّما تُعلم بالاجازة. و قوله: «يعلم» ظاهر في كون الإجازة أمانة كاشفةً عن تمامية العقد، من دون أن تكون مؤثرة في سببية العقد.

(*) هذا لا يخلو من إشكال التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، إذ تمامية العقد الموجبة لاندراج عقد الفضولي في العموم المزبور أوّل الكلام، لاحتساب اعتبار مقارنة الرضا للعقد في موضوعيته لوجوب الوفاء به كما هو ظاهر التجارة عن تراخيص.

فإذا أجاز تبين^(١) كونه تاماً يوجب ترتب الملك^(٢) عليه، وإلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل به مع شيء آخر.
و بأن^(٣) الإجازة متعلقة بالعقد.

(١) هذا كالصريح - بل نفسه - في تمامية العقد قبل الإجازة، وكون الإجازة كاشفةً عنها، وإلا كان اللازم أن يقول: «فإذا أجاز صار العقد تاماً» أو: «فإذا أجاز فقد تم العقد». وهذا ينطبق على الكشف الحقيقي.

(٢) لعلّ الأولى إبدال «الملك» بالتبديل، لأنّه أشمل، بل هو نفس مفهوم البيع كما تقدم في تعريف البيع بأنه «مبادلة مال بمال».
نعم لا بأس به على مبنى المحقق الثاني رحمته في تعريف البيع بـ «نقل الملك بالصيغة المخصوصة».

(٣) معطوف على قوله: «بأن العقد» وهذا إشارة إلى ثاني وجهي الاستدلال على كاشفية الإجازة، إستدلّ به صاحب الرياض والمحقق القمي رحمتهما^(١). وهو مؤلف من أمور ثلاثة:

أحدها: أنّ متعلق الإجازة كالرد والفسخ هو العقد.

ثانيها: أنّ مضمون العقد المنشأ من الفضولي هو النقل من زمان وقوعه.

ثالثها: أنّ الإجازة رضاً بمضمون العقد.

ومقتضى هذه الأمور نفوذ العقد من زمان وقوعه، والحكم بتحقيق مضمونه - أعني نقل العوضين - من حين إنشاء البيع، لأنّ متعلق إجازة المالك وإمضاء الشارع هو إنشاء الفضولي لا أمر آخر، فالإجازة تصحّح إستناد البيع إلى المالك المحيز، ويضاف إليه بها، ويصير موضوعاً لخطاب الشارع «أيتها الملاك أوفوا بعقودكم». ومن المعلوم أنّ ما أنشأه الفضولي هو النقل حال العقد، لا النقل المتأخر عن العقد، فلا بدّ أن تكون إجازة المالك منقذةً لذلك النقل المقيد، وإمضاء الشاع ممضية له أيضاً، وهذا هو الكشف المدعى. ثم إنّ هذا الدليل مبينٌ لوجه كون عقد الفضولي سبباً تاماً كما إدعاه جامع المقاصد

فهي^١ رضاً بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه.
وعن فخرالدين في الإيضاح: الاحتجاجُ لهم^٢ «بأنها لو لم تكن كاشفةً لزِم
تأثير المعدوم في الموجود، لأنَّ العقد حالها^٣ عدم» إنتهى.

و الروضة في الدليل الأول. فالدليل الأول بمنزلة المدعى، و الدليل الثاني بمنزلة برهانه،
لأنه يُثبت تقييد النقل و الانتقال بزمان وقوع العقد.

(١) أي: فالإجازة متعلقة بالعقد، و نتيجة تعلقها بالعقد هي كونها رضاً بمضمونه
و تنفيذاً له، و المفروض أنّ مضمونه ليس إلا نقل العوضين من حين وقوع العقد.
(٢) أي: للقائلين بالكشف، مضافاً إلى الدليلين المتقدمين. و الحاكمي هو السيد
المجاهد رحمته، قال: «و منها: ما حكى الاحتجاج به فخرُ الاسلام عن القائلين بأنَّ الإجازة
كاشفة من أنها لو لم تكن كاشفة...»^١ إلى آخر ما في المتن. و ظاهره: أن القائل
بالكشف إحتج بهذا الوجه الثالث، لا أنّ فخر المحققين إحتج لهم به كما هو ظاهر المتن.
قال في الإيضاح: «احتج القائلون بكونها كاشفةً بأنه لولاه لزم تأثير المعدوم في
الموجود... الخ»^٢. و عليه فكان الأحسن أن يقال: «و عن فخرالدين في الإيضاح
حكاية إحتجاجهم بأنَّها...».

و كيف كان فحصل هذا الوجه الثالث هو: أنه لو لم تكن الإجازة كاشفةً عن تأثير
العقد من زمان وقوعه، و كان تأثيره من زمان وقوع الإجازة، لزم تأثير المعدوم -
و هو العقد الزماني المتصرم - في الموجود و هو النقل و الانتقال، ضرورة أنّ العقد حال
تأثيره - و هو زمان الإجازة - معدوم، و من المعلوم أنّ عدمه ليس، فكيف يترشح منه
الأيس؟

(٣) هذا الضمير و ضمير «بأنها» راجعان إلى الإجازة.

هذا ما نقله المصنف عن القائلين بالكشف من وجوه ثلاثة، و ستأتي المناقشة فيها.

«١» المناهل، ص ٢٩٠؛ و نقله السيد العامل من دون إسناده إلى فخرالمحققين، مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠

«٢» إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٩

و يرد على الوجه الأوّل^(١): «أته^(٢) إن أريد (*) بكون العقد سبباً تاماً كونه^(٣) علّة تامّة للنقل إذا صدّر عن رضا المالك،

المناقشة في ما استدل به على القول بالكشف

(١) أي: أوّل وجوه الاستدلال على الكشف، و هو قول الثانيين يُخَيَّرُ: «أنّ العقد سبب تام في الملك ... الخ» ومحصل إشكال المصنف يُخَيَّرُ عليه هو: أنه إن كان المراد «بكون العقد سبباً تاماً» كونه علّة تامّة للنقل و الانتقال إذا صدر عن رضا المالك، فذاك مسلم. إلا أنّ مجرد ذلك لا يجدي في المقام ما لم تدلّ الإجازة على تحقق ذلك السبب التام، ولا تدلّ عليه، إلا إذا دلّت على حصول العقد مقارناً للرضا الفعلي، و لا تدلّ على ذلك أصلاً، خصوصاً مع عدم إطلاعه على هذا العقد، لغيبته أو سفره أو جنونه. إلا أنّ أدلّة صحة عقد الفضولي تنزّل عقده منزلة العقد المقارن للرضا، فلإجازة دخل في هذا التنزيل، فقبل حصول الإجازة لا يتحقق هذا التنزيل، فلا يترتب الأثر على العقد.

و الحاصل: أنّ أدلّة صحة الفضولي تقيم الإجازة مقام شرط تأثير العقد، و هو مقارنة الرضا للعقد، فترتب الأثر على عقد الفضولي مشروط بالإجازة، فلا وجه لترتب الأثر على العقد قبلها، فلا بدّ حينئذٍ من الالتزام بناقلية الإجازة.

و إن أريد بكون العقد سبباً تاماً كونه علّة تامّة للنقل - ولو لم يحرز رضا المالك - فهو ممنوع، لمنافاته لما يعترف به الكلّ من دخل رضا المالك في تأثير العقد في النقل و الانتقال.

و بهذا ظهر بطلان الوجه الأوّل المتقدم عن المحقق و الشهيد الثانيين يُخَيَّرُ.

(٢) الضمير للشأن، و الجملة فاعل لقوله: «يرد».

(٣) نائب فاعل «أريد».

(*) لا يخفى: أنّ قول المصنف يُخَيَّرُ: «إن أريد بكون العقد سبباً تاماً ... الخ» يقتضي أن يكون له عدل، و لم يذكره في الكلام، و لا بدّ أن يكون عدله هذا: «و إن أريد كون العقد بمجردة علّة تامّة للتبديل من دون رضا المالك، فهو منافٍ لشرطية الرضا المدلول عليها بقوله يُخَيَّرُ: لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفسه».

فهو^(١) مسلّم، إلا أنّ بالإجازة لا يُعلم^(٢) تمام ذلك السبب، ولا يتبيّن كونه^(٣) تامّاً، إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا. غاية الأمر أنّ لازم صحة عقد الفضولي كونها قائمة مقام الرضا المقارن^(٤) (*)، فيكون لها دخل [مدخل] في تمامية السبب كالرضا المقارن، فلا معنى لحصول الأثر قبلها^(٥).

١) أي: فكون الإجازة كاشفةً مسلّم. والجملته جواب الشرط في «إن أريد».
 ٢) في العبارة مسامحة، والأولى أن يقال: «لا يعلم أنه ...» حتى يكون إسماً مؤخراً لـ «أن».

٣) أي: ولا يعلم كون العقد سبباً تامّاً.

٤) تقوم الإجازة مقام الرضا المقارن في كفايتها في صحة العقد وتأثيره بعد حصولها، لا في جعل العقد مؤثراً من حين وقوعه كما إدّعه المحقق الكركي رحمته. فدلّل صحة عقد الفضولي حاكم على دليل إعتبار مقارنة الرضا للعقد حكومة موسّعة، فالشرط مطلق الرضا وإن تأخّر عن العقد.

٥) هذا الضمير وضميراً «كونها، لها» راجعة إلى الإجازة.

(* لا يخفى أنه - بناءً على إعتبار مقارنة الرضا في صحة العقد، وبناءً على كون البيع بمعناه المصدري - يكون عقد الفضولي حينئذٍ على خلاف القاعدة. و أمّا بناءً على معناه الاسم المصدري يكون الرضا مقارناً دائماً، من غير فرق فيه بين عقد الأصيل والفضولي. فقولُه: «إن لازم صحة عقد الفضولي ... الخ» غير ظاهر بنحو الإطلاق، إذ لا يتمّ إلا بناءً على إعتبار مقارنة الرضا لنفس العقد، لا لأثره الذي لا ينفك عنه أصلاً في شيء من الموارد من الأصيل المكروه والفضولي وغيرهما، إذ الأثر - وهو النقل والانتقال - يترتب دائماً على الرضا، ولا يتأخّر الرضا عنه.

ولا يبعد حكومة دليلي صحة عقدي المكروه والفضولي بعد حصول الطيب والإجازة حكومة شارحة لما دلّ بظاهره على إعتبار مقارنة الرضا، كأية التجارة عن تراض، بأن يقال: إنهما يدلّان على تحقّق المقارنة بين الرضا وبين نقل العوضين الذي هو المعنى الاسم المصدري، فلا يلزم تخصيص في أدلة إعتبار المقارنة، ولا تصرف في معنى التجارة،

و منه ^(١) يظهر فساد

(١) يعني: و مما أوردناه على أوّل وجهي إستدلال المحقق و الشهيد الثانيين على الكشف يظهر فساد... الخ. و الظاهر أنّ مقصود المصنف ممّن قرّر دليل الكشف بما في المتن هو الشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعمش رحمته في شرحه على الشرائع الموسوم بكشف الظلام. على ما حكاه العلامة الشهيدي ^(١) رحمته عن بعض، و ليس المراد من هذا المقرّر الشهيد الثاني في الروضة و إن كان أصل الدليل مذكوراً فيها، لأنّ الموجود في الروضة وجه واحد، و قد أشار إليه المصنف في أوّل الاستدلال بقوله: «و استدل عليه كما في جامع المقاصد و الروضة» فينبغي أن يراد تقرير الدليل بوجه آخر.

و كيف كان فالأولى نقل جملة من كلام الشيخ الأعمش و قوفاً على حقيقة مرامه، فإنّه رحمته جمع و جوهراً سبعة للقول بالكشف، و قال: «احتج الكاشفون بأمر: الأول: أن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط، و كلّها حاصلة إلّا رضئ المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. و إشتراط المقارنة في تأثير العقد محتاج إلى الدليل بعد عموم الأمر بالوفاء بالعقود. فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن [لا] يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الأمر الآخر.

فإن قلت: إنما أمر بالوفاء بالعقود المرضية عند المتعاقدين لا مطلقاً. و حينئذ فلا يتوجه الأمر بالوفاء به إلى المالك إلّا بعد الإجازة الواقعة بعد العقد. فالآية إنّما أمرت بالعقد المقيّد على أنه جزء من الملك أو شرط فيه و إن كان مستفاداً من خارج الآية من آية أخرى و غيرها.

فإنّ معناها عرفاً هو النقل و التبديل، و القول و الفعل آلة الانشاء لا نفس التجارة. فمقتضى هذه الحكومة إعتبار مقارنة الرضا للتجارة بمعناها العرفي أي الاسم المصدرى، و هو إنتقال العوضين. و المقارنة بهذا المعنى موجودة في جميع موارد إنتقال الأموال، سواء أكان المتعاملان أصليين أم وليّين أم وكيلين أم فضولين.

«١» هداية الطالب إلى اسرار المكاسب، ص ٢٨٦، و يستظهر هذا التقرير من الفاضل العراقي، فراجع: مستند

تقرير الدليل^(١): «بأن^(٢) العقد الواقع جامع لجميع الشروط، وكلها^(٣) حاصلة إلا رضا المالك،

قلت: العقد لما وقع أفاد التمليك من حينه كما هو قضية إنشاء معناه، غاية ما هناك أنه معلق متزلزل إلى الإجازة، و الإجازة إنما أفادت الرضى بمقتضى العقد من التمليك و التملك من ذلك الوقت. ولو كانت مفيدة ملكاً جديداً احتاجت إلى قبول كذلك، إذ رضى كل من المتعاقدين شرط في تأثير ما يصدر منه أو جزء كذلك.

و الحاصل: أن العقد المرضي سبب تام و إن تأخر الرضى فعلاً، فيكون العقد مراعى غير معلوم صحته أو فساده إلى حين الإجازة، فإذا تحققت حصل العلم بأن العقد جامع للشرائط. و بهذا يجاب عما ذكره بعضهم في الرد على الدليل المذكور من أن العقد سبب تام ... و وجه دفعه بما ذكرناه واضح^(٤)».

و محصل هذا التقرير: أن العقد الواقع من الفضولي جامع لجميع الشروط المتبعة في صحته إلا رضا المالك، فإذا حصل رضاه بالإجازة عمل السبب التام - و هو العقد - عمله، و أثر أثره من حين وقوع العقد.

و الفرق بين التقريرين: أن الإجازة المتأخرة في عبارة المحقق الثاني كاشفة عن وجود الرضا حال العقد الفضولي، لأنه تَوَكَّلَ جعلها أمارة على تحقق الشرط أعني به طيب نفس المالك، و معناه كون الإجازة محرزة لكون عقد الفضولي تمام السبب الناقل، حيث قال في تقرير الدليل: «و تمامه في الفضولي إنما يعلم بالإجازة».

ولكن الإجازة في التقرير الثاني ليست أمارة على وجود الرضا حال العقد، كما أنها ليست جزء السبب المملك، و إنما تكون رضاً بسببية العقد للملك شرعاً. هذا.

(١) أي: الدليل الأول الذي نقله المصنف عن التانيين رَضِيَ في (ص ١٥) بقوله: «بأن العقد سبب تام في الملك ... الخ».

(٢) متعلق بـ «تقرير» و مبين له، و قد عرفته آنفاً.

(٣) أي: و كل شروط الإمضاء حاصلة إلا رضا المالك.

فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله^(١) «فإنه^(٢) إذا إعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط^(٣) قبله؟ ودعوى^(٤) «أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب

(١) يعني: من حين وقوعه، لأنه مقصود القائل بالكشف.

(٢) هذا إشكال المصنف رحمته على هذا التقرير، وحاصله: أنه إذا كان رضا المالك - باعتراف المستدل - من شرائط صحة العقد، كان له دخل موضوعي في صحته كسائر الشروط، نظير البلوغ والعقل وغيرهما، ولا يثبت الرضا المقارن بالإجازة، لتأخرها عن العقد. بل الحاصل بالإجازة - كما هو ظاهر قوله: «فإذا حصل بالإجازة» و إلا كان اللازم أن يقول: «فاذا إنكشف بالإجازة» - هو الرضا المتأخر وجوده عن العقد. ومقتضاه تأثير العقد من حين حصول الإجازة كما هو مقتضى ناقلية الإجازة، لا من حين إنشاء العقد، كما هو مقتضى كاشفتها التي أرادها المستدل.

و الحاصل: أن شرطية الرضا للعقد تقتضي إناطة وجود الأثر - وهو نقل العوضين - بوجود الرضا، ومع هذه الإناطة الموجبة لتأخر النقل عن الرضا كيف يكون الرضا كاشفاً عن وجود المشروط أعني النقل قبل الرضا؟ وليس هذا إلا من تقدم المشروط على الشرط، والمعلول على بعض أجزاء علته.

(٣) وهو نقل العوضين قبل الرضا الحاصل بالإجازة، بل لا بد أن يقال «موجباً» بدل «كاشفاً» فيكون الرضا موجباً لوجود المشروط بعده.

هذا ما يتعلق بالدليل الأول على الكشف بذلك التقرير الآخر، وقد إتضح عدم

تأثيره.

(٤) هذه الدعوى من صاحب الجواهر رحمته، وغرضه منها دفع محذور الشرط المتأخر، وتصحيح القول بالكشف، حيث قال - بعد الاستدلال على مختاره بأن الإجازة رضاً بمقتضى العقد الذي هو النقل من حينه - ما لفظه: «مضافاً إلى ظهور ما دلّ في تسبب العقد مسببه، وأنه لا يتأخر عنه، السالم عن معارضة ما دلّ على اشتراط رضا المالك، بعد احتمال كون المراد من شرطية في المقام: المعنى الذي لا ينافي السببية المزبورة، وهو الشرط الكشفي الذي لا مانع من تصوره في العلل الشرعية التي هي بحكم العلل العقلية.

إن لم يكن هناك مانع من الشرع ما يقتضي خلاف ذلك، كما جاء في تقديم غسل الجمعة يوم الخميس ...» إلى آخر ما نقله الماتن عنه.

ثم قال: «و قد عرفت الفرق بينها - أي بين العلل العقلية - وبين ما نحن فيه من العلل الشرعية التي لا غرابة في تأخر الشرائط فيها في عبادةٍ ولا معاملَةٍ، لكن على الوجه المزبور. بل يمكن كونه مثلها بناءً على أنّ الشرط أن يحصل الرضا، لا حصوله فعلاً»^(١).

و محصل ما أفاده يرجع إلى أحد وجهين.

الأول: أنّ الشروط الشرعية تابعة لكيفية جعلها شرعاً، فيمكن جعل شيءٍ غير موجود شرطاً، أي: يلاحظ إناطة وجود شيءٍ بما يوجد في المستقبل، حيث إنّ الأحكام الشرعية ليست من الأمور التكوينية التي يتوقف وجودها على عللها الموجودة قبلها رتبة، بل هي من الأمور الاعتبارية التي حقيقتها عين الاعتبار، فلا مانع من أن يعتبر الشارع شيئاً شرطاً متأخراً غير موجود لأمرٍ متقدّم، و كيفية إعتبار الأمور الاعتبارية بيد معتبرها.

وكذا الحال في جعل السببية لشيءٍ، و عليه فلا مانع من إعتبار سببية إهلال سؤال لجواز إعطاء الفطرة قبله، و جعل الشرطية للأغسال الليلية لصوم اليوم الماضي للمستحاضة على القول به.

و بالجملة: فرجع هذا الوجه إلى: أنّ الشروط الاعتبارية ليست كالشروط العقلية، فلا مانع من إعتبار الشرع السبب أو الشرط متأخراً عن المسبب أو المشروط، هذا.

الثاني: أن يكون الشرط عنوان التعقب و اللحوق، لا نفس الإجازة بوجودها الخارجي، و هذا العنوان شرط مقارن للعقد، لا متأخر عنه، فتخرج الإجازة على هذا الوجه عن الشرط المتأخر، و تندرج في الشرط المقارن.

ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب^(١) على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس^(٢)، وإعطاء الفطرة قبل وقتها^(٣) - فضلاً^(٤) عن تقدم المشروط على الشرط، كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة^(٥)، وكغسل العشاين لصوم اليوم الماضي على القول به^(٦).

(١) التعبير بالشبه لأجل عدم تسبب الأحكام - تكليفية أم وضعية - عن موضوعاتها، وإنما تترتب عليها بجعل الشارع تأسيساً أو إمضاءً. فوجه الشباهة إمتناع فعلية الحكم قبل فعلية موضوعه.

(٢) قال المحقق رحمته: «و يجوز تعجيله يوم الخميس لمن خاف عوز الماء»^(١).

(٣) بإعطائها زكاة قبل هلال شوال، قال الشهيد الثاني: «فإن المشهور جواز تقديمها زكاةً من أول شهر رمضان»^(٢)، واختاره رحمته. وهذا هو مراد صاحب الجواهر، وأما إعطاؤها قرضاً للمستحق بقصد الزكاة فهو الأحوط بلا ريب.

(٤) التعبير بـ «فضلاً» لأجل أن تقديم ما كان من قبيل المسبب على سببه أشد إشكالاً من تقديم المشروط على الشرط، لوجود بعض أجزاء العلة - وهو المقتضي - في باب الشرط، بخلاف السبب.

(٥) يعني: أن المستحاضة التي يجب عليها الغسل - وهي المتوسطة والكثيرة - يجوز لها تأخير الغسل إلى بعد طلوع الفجر، فتكون في آن طلوعه صائمةً ومحدثةً بالاستحاضة، قال في الجواهر: «كما أن الأقوى أيضاً عدم وجوب تقديم غسل الفجر عليه، وفاقاً لظاهر المعظم و صريح البعض، لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاة»^(٣).

ثم حكى إيجاب تقديم الغسل على الفجر عن الذكرى ومعالم الدين، لئلا يلزم تقديم المشروط على شرطه.

(٦) يعني: أن صحة صوم اليوم الماضي - من المستحاضة - مشروطة بأن تغتسل في

«١» شرائع الاسلام، ج ١، ص ٤٤

«٢» مسالك الأنفهام، ج ١، ص ٤٥٢

«٣» جواهر الكلام، ج ٣، ص ٣٦٦

مدفوعة^(١) بأنه لا فرق فيما فرض شرطاً أو سبباً بين الشرعي وغيره، وتكثير الأمثلة لا يوجب^(٢) وقوع المحال العقلي، فهي^(٣) كدعوى أن التناقض الشرعي بين الشيتين^(٤) لا يمنع عن إجتماعهما^(٥)، لأن النقيض الشرعي غير العقلي.

الليلة اللاحقة للعشائين. فكما أن صلاتها الليلية مشروطة بالئسل، فكذا صيام نهارها الماضي مشروط به، وهذا من أظهر موارد الشرط المتأخر. والمسألة وإن كانت خلافية، ولم يلتزم صاحب الجواهر بالاشتراط، لكن يكفي في الاستشهاد به إلتزام البعض به كالفاضل الزاقي رحمته، حيث قال: «و يحتمل قوياً عدم الحكم بالبطان إلا مع ترك جميع الأغسال النهارية و الليلية الماضية و المستقبلية، و دعوى القطع بعدم مدخلية الليلة المستقبلية غير مسموعة»^(١).

(١) خبر «و دعوى» و إنكار و ردُّ لها، و محصله: أنه لا فرق في إستحالة تأخر الشرط عن المشروط بين الشرط الشرعي و العقلي. و المراد بالشرط الشرعي ما جعله الشارع شرطاً، و بعد إتصافه بالشرطية يكون كالشرط العقلي في إمتناع تأخره عن المشروط، لأنه من الأحكام العقلية غير القابلة للتخصيص.

(٢) خبر قوله: «و تكثير» يعني: أن تكثير الأمثلة لا يوجب إمكانه فضلاً عن وقوعه، فلا بد من علاج تلك الأمثلة المذكورة في كلام صاحب الجواهر رحمته.

(٣) أي: فدعوى «أن الشروط الشرعية» تكون في المنع نظير دعوى إمكان التناقض في المجموعات الشرعية.

(٤) كجعل الحدث شرعاً مناقضاً للطهارة، فإنه لا ريب في حكم العقل بعد ذلك باستحالة إجتماع الحدث و الطهارة. و لا يوجب كون التناقض شرعياً تصرف الشارع في حكم العقل بامتناع الاجتماع و تبديله بالجواز.

(٥) تعليل لدعوى عدم منع التناقض الشرعي بين الشيتين عن الاجتماع، بتوهم أن النقيض الشرعي غير العقلي.

فجميع^(١) ما ورد مما يُوهم ذلك^(٢) [أنه] لا بدّ [فيه] من إلزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط [هو] الأمر المنتزَع^(٣) من ذلك^(٤).
 لكن ذلك^(٥) لا يمكن فيما نحن فيه^(٦) بأن يقال: إنّ الشرط^(٧)، تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد. و هذا^(٨) أمرٌ مقارن للعقد على تقدير^(٩) الإجازة،

(١) هذا نتيجة وحدة حكم الشرط و السبب الشرعيين و التكوينيّين في إمتناع تقدم المشروط و المسبب عليهما.

(٢) أي: تأخر الشرط عن المشروط الذي هو محال عقلي.

(٣) و هذا الأمر المنتزَع قد إلتم به صاحبُ الجواهر و غيره، و هو ثاني الوجهين المذكورين في كلامه. و تقدم نقله في (ص ٢٣) بقولنا: «بل يمكن كونه مثلها بناءً على أن الشرط أن يحصل الرضا، لا حصوله فعلاً» و غرض المصنف ﷺ إمكان الالتزام بهذا الأمر الإنتراعي في الأمثلة المذكورة، دون الإجازة.

و عليه فشيءٌ من الوجهين المذكورين في الجواهر لا ينهضان بإثبات الكشف.

(٤) أي: من المتأخر الذي سُمّي بالشرط المتأخر، لكنه ليس شرطاً، بل الشرط هو الأمر المنتزَع منه، و ذلك المنتزَع في الأمثلة التي ذكرها صاحب الجواهر ﷺ و نظائرها هو التعقب و اللحوق. فالشرط في غُسل يوم الخميس تعقُّبه بيوم الجمعة، و في إعطاء الفطرة - قبل وقتها - تعقُّبه بالإهلال، و في صوم المستحاضة تعقبه بالفُسل بعد الفجر. و من المعلوم أنّ وصف التعقب أمر مقارن على ما قيل، لا متأخر عنه.

(٥) أي: لكن الأمر المنتزَع - و هو عنوان التعقب - لا يجري في الفضولي و إن جرى في تلك الأمثلة، لمخالفته لدليل شرطية الرضا و طيب النفس، الظاهر في شرطية نفس الرضا، لا الوصف الانتزاعي.

(٦) و هو عقد الفضولي، بأن يقال: إنّ الشرط فيه هو تعقبه بالإجازة.

(٧) أي: أن الشرط في عقد الفضولي هو لحوق الإجازة بالعقد.

(٨) أي: تعقّب الإجازة و لحوقها بالعقد مقارن للعقد على ما قيل، لا متأخر عنه.

(٩) أي: على تقدير صدور الإجازة من المالك الأصيل. و أمّا على تقدير الرد فلا

منشأً لإنتراع وصف التعقب بالاجازة، بل ينتزَع تعقب العقد بالرد.

٦) تعليل لعدم إمكان كون حقوق الإجازة شرطاً على تقدير صدورها من المالك. و حاصل التعليل: أن جعل الشرط أمراً منتزِعاً - وهو التعقب - خلاف ظاهر أدلة الاعتبار، حيث إنها تدل على شرطية التراضي و طيب النفس الظاهرين في موضوعيتها، دون الأمر الانتزاعي و هو التعقب المطلوب في كاشفة الإجازة.

(*) لا يخفى أن جعل المؤثر في العقد هو وصف التعقب لا نفس الإجازة بوجودها الزماني المتأخر عن العقد لا يلتزم مع ما تقرّر عندهم من تكافؤ المتضايقين فعلاً و قوة، و حيث إن المتعقب - وهو الإجازة - معدوم في أفق الزمان، فالوصف الانتزاعي معدوم أيضاً. و الانصاف أن العويصة في المتضايقين المتدرجين وجوداً - كالسابق و اللاحق - قد يشكل حلها، لكون أحد الطرفين معدوماً في ظرف وجود المضائف الأخر. و التحويل على أن المتفرقات في هذه النشأة مجتمعات في وعاء الدهر مشكل أيضاً، لأن المتصف بالسابق و اللاحق هما الموجودان الزمانيان لا الخارجان عن أفق الزمان. و قد تصدئ المحقق الاصفهاني لحلّ العويصة في كل من الزمان و الزماني.

أما في الزمان بكفاية جمعية الوجود غير القارّ باتصاله، يعني أن الزمان موجود تدريجي متصل بعض أجزائه ببعض، و لا ينفك بعضها عن بعض. و بهذا اللحاظ يقال انه وجود واحد. و يكفي في معية أجزاء الزمان الموصوفة بالتقدم و التأخر اتصال بعضها ببعض.

و أما في الزماني - كالعقد المتقدم زماناً و الإجازة المتأخرة كذلك - فبأن إتصافهما بالمقدم و المتأخر ليس بلحاظ نفسها، بل هو بالعرض، فهما وصفان بحال المتعلق، فالموصوف بهما هو الزمان السابق و اللاحق. و حيث كان الوصف بحال المتعلق صحّ تعنون العقد بالمتعقب مع تأخر المتعقب، لأن الوحدة الجامعة لهما هي الزمان، و هو واحد جمعي متصل^(١)، هذا.

اللهم^(١) إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في

(١) هذا توجيه لما أفاده تؤكّد من مخالفة شرطية لحقوق الإجازة لظواهر الأدلة بوجه لا يخالفها. و مرجع هذا التوجيه إلى جعل إتصاف الرضا بالشرطية من الوصف مجال المتعلق، بتقريب: أن الشرط نفس الرضا كما هو ظاهر الأدلة، وغير مخالف له، لكنّه مخالف لظاهر الشرطية، حيث إنّه اصطلاحاً عبارة عمّا يتوقف تأثير السبب على نفسه، لا على عنوان لحوقه و تعقبه كما هو المقصود من كاشفية الإجازة، حيث إنّ تأثير العقد - بناءً على الكشف - إنّما هو بسبب لحقوق الإجازة لانفسها، إذ تأثيره بنفس الإجازة هو مقتضى ناقليتها.

و أمّا تأثيره من زمان وقوعه فهو لأجل ملحقته بالاجازة، و الملحقية شرط مقارن للعقد على ما زعموا. فتوصيف الرضا حينئذٍ بالشرطية يكون مجال متعلقه. و عليه فيتصرف في معنى الشرطية.

و الحاصل: أنّ الشرط الحقيقي - و هو اللحق - غير متأخر، بل مقارن، و المتأخر - و هو نفس الرضا - ليس بشرط. فإطلاق الشرط عليه مبني على المسامحة، و من قبيل المجاز في الكلمة، لأنّ معنى الشرط اصطلاحاً هو ما يتوقف تأثير المقتضي على نفسه، لا على لحوقه كما هنا، إذ إرادة الشرط من كلمة «الرضا» ليست إرادةً لمعناه المصطلح، فإن الشرط - و هو اللحق - غير الرضا.

أقول: بناءً على تسليم ما قرّره تؤكّد لحلّ المعضلة في الزمان، فقد يشكل تسليمه في الزماني بإرجاعه إلى الزمان، و ذلك لأنّ جعل الوصف بحال المتعلق يقتضي صحة سلبه عن الزماني السابق و اللاحق، كصحة سلب الحركة عن جالس السفينة باعتبار ثبوتها بالذات للسفينة، مع أنّ إتصاف المتضايقين الزمانيين بالسابق و اللاحق حقيقة عقلاً و عرفاً، و بلحاظ نفسهما، كحملهما على الزمان المتقدم و المتأخر. ولو صحّ هذا الإرجاع لزم إنكار الموجودات التدريجية، لفرض أنّ الموصوف بالسابق و اللاحق هو الزمان الذي فرضناه موجوداً واحداً جمعياً، فلا بدّ أنّ تكون المتصرّمات مجتمعة الأجزاء في الوجود.

و الظاهر أن الاشكال لا يندفع إلا بالتصرف فيما يراد بالفعلية في قولهم: «المتضايقان متكافئان فعلية و قوة» بأن يراد فعلية كل منهما في ظرفه، لا مطلقاً حتى في ظرف وجود المضائف الآخر. لكنه ممّا يباهه أهل الفن أيضاً. و الله العالم بحقائق الأمور.

زمانه على لحوقه^(١).

و هذا^(٢) - مع أنه^(٣) لا يستحق إطلاق الشرط عليه - غير^(٤) صادق على الرضا، لأنَّ المستفاد من العقل والنقل إعتبارُ رضا المالك في إنتقال ماله، لأنَّه لا يحلُّ لغيره بدون طيب النفس، وأنه^(٥) لا ينفع لحوقه في حلِّ تصرف الغير وإنتطاع سلطنة المالك.

و مما ذكرنا^(٦) يظهر ضعف ما احتمله في المقام

(١) أي: لحوق الشرط، و هو متعلق بـ «يتوقف». و اللحق مذهب الفصول

وغيره.

(٢) هذا إشكال على التوجيه المذكور، و هو يكون على وجهين:

أحدهما: أنَّ هذا التوجيه لا يوجب إستحقاق إطلاق الشرط على الرضا، إذ اللحق المفروض كونه شرطاً غير الرضا، فأطلاق الشرط على «الرضا» غير جديرٍ.

ثانيهما: عدم صدق اللحق على الرضا، لأنَّ المستفاد من العقل والنقل هو إعتبار الرضا في الملكية بنحو الشرط المتقدم، لا إعتباره بنحو الشرط المتأخر.

(٣) هذا إشارة الى الوجه الأول المتقدم بقولنا: «أحدهما: أن هذا التوجيه ... الخ».

(٤) هذا إشارة الوجه إلى الثاني الذي تعرّضنا له بقولنا: «ثانيهما عدم صدق اللحق ... الخ».

(٥) معطوف على «لانه» و وجه عدم نفع لحوق الرضا في حل تصرف الغير هو ظاهر قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يحل مال امرئ لغيره الا بطيب نفسه» لظهوره في إناطة حدوث الطيب بالرضا، و هو دال على توقف حلية تصرف الغير على الطيب، فلا بد من اعتبار الطيب على نحو الشرط المتقدم، و لذا لم يميز التصرف إلا بعد إجازة المالك. ولو كان الشرط هو اللحق لجاز التصرف قبل الإجازة، هذا.

ولكن حكى في المتن عن بعض جواز ترتيب آثار الصحة على العقد قبل تحقق

الإجازة مع العلم بمحصولها فيما بعد كما سيصرح به المصنف رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٦) أي: و من عدم إمكان كون الوصف المنتزع - و هو التعقب - شرطاً يظهر

ضعف ما احتمله بعض الأعلام من: أنَّ معنى شرطية الإجازة مع بنائهم على كاشفتها شرطية وصف التعقب.

بعضُ الأعلام^(١)، بل إلترم به غيرُ واحد من المعاصرين

(١) المراد به ظاهراً صاحبُ الحاشية على المعالم، على ما نقله الفاضل المامقاني عن المصنف بقوله: «و سمعت منه شفاهاً في بعض أبحاثه حكايته عن شرح التبصرة للشيخ الجليل المحقق محمد تقي الاصبهاني»^(١). وإختار شرطية التعقب صاحبُ المستند^(٢).
و لعلّ مقصود المصنف رحمته من قوله: «غير واحد من المعاصرين» هو أصحاب الفصول و الجواهر و أنوار الفقاهة رحمته. أما صاحب الفصول فلقوله: «و من هذا القبيل كل شيء يكون وقوعه مراعىً بمحصول شيءٍ آخر كالصحة المراعاة بالاجازة في الفضولي، فإن شرط الصحة فيه كون العقد بحيث يتعقبه الإجازة، و ليست مشروطةً بنفس الإجازة، و إلا لامتنعت قبلها»^(٣).

و أمّا صاحب الجواهر فلأنّه جعل شرطية التعقب أحد الوجهين لتصحیح الكشف^(٤)، و سيأتي نقل كلامه في (ص ٣٢ و ٣٣).

و أمّا الشيخ الفقيه الشيخ حسن كاشف الغطاء فلأنّه بيّن احتمالين للكشف و قوّى أولهما، حيث قال: «أنّ الإجازة ناقله من حينها ... أو كاشفة عن الصحة المتقدمة، بمعنى: أنّ الصحة الثابتة من قبل إنكشف بها، لأنها موقوفة على حصول الشرط، و هو الرضا في أحد الأزمنة ولو متأخراً، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنى أنّ الإجازة أثرت في صحة العقد الماضي حين صدوره، فبها إنكشف أنّ العقد الأول كان صحيحاً من حينه؟ وجوه أقواها الوسط، و ربّما كان هو المشهور»^(٥).

و نحوه كلامه في إجازة النكاح الفضولي.

و العبارة و إن لم تكن صريحةً في شرطية الوصف المنتزع، لكن يمكن إستفادته منها كما استفيد من تعبير صاحب الجواهر رحمته: «إذ الشرط المحصول فعلاً ولو في

«١» غاية الآمال. ص ٣٧٥

«٢» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٨٣

«٣» الفصول الغروية، ص ٨٠

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٧

«٥» أنوار الفقاهة (مخطوط) نقلًا من نسخة موجودة في مكتبة آية الله السيد المرعشي رحمته بقم المقدسة.

من^(١): أن معنى شرطية الإجازة - مع كونها^(٢) كاشفةً - شرطية^(٣) الوصف المنتزع منها، و هو^(٤) كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق به الإجازة، وهذه^(٥) صفة مقارنة للعقد وإن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه^(٦).
و قد إلتم بعضهم^(٧)

المستقبل.

و لعل مقصود المصنف جماعة أخرى من معاصريه ممن لم تقف على كلامهم.

(١) بيان لـ «ما» الموصولة في قوله: «ما احتمله».

(٢) يعني: مع بنائهم على كون الإجازة كاشفةً، المقضي لشرطية نفس الإجازة، لا الوصف، و هو «تعقبُ الإجازة للعقد».
(٣) خبر قوله: «أن معنى».

(٤) الضمير راجع الى الوصف المنتزع، أي: أن الوصف المنتزع عبارة عن كون الإجازة لاحقة للعقد في الزمان المستقبل. و يسمى هذا الوصف في لسان جماعة بالتعقب. و عليه فيكون المؤثر التام هو العقد الملحق به الإجازة فيما بعد، و هذا الوصف من الأوصاف المقارنة للعقد، فلا مانع من كون الإجازة كاشفةً بهذا المعنى، لعدم ترتب محذور الشرط المتأخر عليه.

(٥) أي: و لحوق الإجازة بالعقد صفةً مقارنة للعقد، لا متأخرة عنه حتى يرد عليه محذور الشرط المتأخر، و إن كانت نفس الإجازة متأخرة، لكنّها ليست شرطاً، إذ الشرط على الفرض هو لحوق الإجازة لا نفسها.

(٦) أي: عن العقد.

(٧) أي: بعض الملتزمين بشرطية التعقب و اللحقوق، و هذا البعض صاحب الجواهر رحمته حيث إلتم بما يتفرع على جعل التعقب شرطاً في تأثير العقد، من جواز ترتيب الأثر على بيع الفضولي لو عُلِمَ بمحصول رضا المالك - بهذا البيع - في المستقبل.

قال رحمته - بعد الاشكال على كون الرضا شرطاً للعلم بالانتقال لا لنفس الانتقال - ما لفظه: «نعم لو أخبر المعصوم بأنه يحصل الرضا فعلاً من المالك الذي يؤثر رضاءه، كفى ذلك في ترتب الآثار الآن عليه، لتحقق الشرط حينئذٍ كتحققه بنفس وقوعه، إذ الشرط

بما يتفرّع على هذا^(١) (*) من^(٢) «أنّه إذا علم المشتري أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد».

و فيه^(٣) ما لا يخفى من المخالفة للأدلة.

المحصل فعلاً ولو في المستقبل. و لا ريب في تحقق الحصول في المستقبل بالإخبار»^(١).

و قال بعد أسطر في بيان مختاره من احتمالات الكشف: «الثالث وهو التحقيق: أن يكون الشرط حصول الرضاء ولو في المستقبل، الذي يُعلم بوقوعه من المالك مثلاً، أو بإخبار المعصوم، أو نحو ذلك. و المراد شرطية الرضاء على هذا الوجه، و كان هذا هو المعنى...»^(٢).

(١) أي: على كون الشرط هو الوصف الانتزاعي أعني به لحوق الإجازة بالعقد.

(٢) بيان لـ «ما» الموصولة في قوله: «بما يتفرّع» و حاصل هذا الفرع المتفرع على شرطية الوصف الانتزاعي هو: جواز تصرف المشتري بمجرد العقد في المبيع الذي باعه العاقد الفضولي، إذا كان المشتري عالماً بأن مالك المبيع يُجيز العقد في المستقبل، فإنّ لازم شرطية الأمر الانتزاعي - الذي هو مقارن للعقد - حليّة التصرف قبل تحقّق الإجازة.

(٣) أي: و في إلزام بعضهم بحليّة التصرف بمجرد العقد فيما لو علم المشتري بأنّ المالك سيجيز العقد - مع البناء على شرطية وصف التعقب - ما لا يخفى من الاشكال. و محصل النظر و الاشكال في هذا الالتزام هو مخالفة حليّة التصرفات - بمجرد العقد - للأدلة الدالة على إناطة جواز التصرف في مال الغير بطيب نفسه الذي لا يحصل إلّا

(*) ظاهر كلامه رحمته ترتب هذا الفرع على خصوص الكشف التعقبى، بأن يكون الشرط خصوص التعقب فقط. مع أنّه ليس كذلك، لتفرعه على الشرط المتأخر أيضاً، ضرورة أنّه بناءً عليه تكون الملكية حاصلة قبل تحقق الإجازة التي تجيء في المستقبل. و لعلّه رحمته لاستحالة الشرط المتأخر فرع هذا الفرع على خصوص شرطية التعقب.

و يرد^(١) على الوجه الثاني أولاً: أن^(٢) الإجازة وإن كانت رضاً بمضمون العقد، إلا أن مضمون العقد

بإجازة المالك. فقبل الإجازة الكاشفة عن الرضا و طيب النفس لا يحل التصرف، فعدم صحة الالتزام بهذا الفرع يكشف عن عدم صحة الالتزام بالأصل، و هو شرطية التعقب. (١) معطوف على قوله في (ص ١٨): «و يرد على الوجه الأول» و هذا إشكال على ثاني الوجهين اللذين إحتج بهما صاحب الرياض و غيره للقول بالكشف، و حكاها المصنف رحمته بقوله: «و بان الإجازة متعلقة بالعقد فهي رضا بمضمونه ... الخ».

(٢) قد أورد المصنف رحمته على ثاني وجهي الاستدلال بوجوه ثلاثة:

الأول: أن الإجازة وإن كانت متعلقةً بالعقد و رضاً بمضمونه، إلا أن مضمون العقد ليس هو نقل العوضين من حين وقوع العقد حتى يكون هذا المضمون مورداً للإجازة و الرضا، و يلتزم لأجله بالكشف، بل مضمون العقد نفس النقل من دون تقييده بزمان وقوعه، فالزمان ظرفٌ لوقوعه، حيث إن العقد كغيره من الزمانيات و المكاتبات - المحتاجتين في وجودهما إلى زمانٍ و مكانٍ - لا بد أن يقع في زمانٍ و مكانٍ، من دون أن يكون شيءٌ منها قيداً له.

و بعبارة أخرى: ما تقدم في تقرير الدليل من «أن مضمون العقد ليس إلا نقل العوضين من حين العقد» ممنوع، فإن المنشأ هو الملكية المرسله، لا المقيدة بمصولها من زمان العقد، و من المعلوم الفرق بين تملك شيءٍ للمشتري مقيداً بزمان العقد، و بين تملكه إياه و حصول الملكية له حين العقد.

و إن شئت فلاحظ نظيره في العلل التكوينية، فالحرارة مثلاً معلولة للنار، لكنّها غير مقيدة بها زماناً و مكاناً، وإنما توجد في زمانٍ و مكانٍ من جهة أن الموجود المادّي لا يخلو منها.

و عليه فوقع الزماني في الزمان لا يستلزم كون الزمان قيداً له، بل قد يكون قيداً و قد يكون ظرفاً محضاً. و المدعى هو أن الملكية المحاصلة بالإنشاء الفضولي معزاة عن إعتبار الزمان قيداً، و غير مقيدة بمصولها من زمان الانشاء. و حينئذٍ تتعلق إجازة المالك بأصل التملك، و هو المضى شرعاً، لا الملكية من زمان الانشاء حتى يثبت القول بالكشف.

ليس هو النقل من حينه^(١) حتى يتعلّق الإجازة والرضا بذلك النقل المقيّد بكونه في ذلك الحال^(٢)، بل هو^(٣) نفس النقل مجرّداً عن ملاحظة وقوعه في زمانٍ، وإتّما الزمان من ضروريات إنشائه^(٤)، فإنّ قول العاقد: «بعثت» ليس «نقلتُ من هذا(*)» الحين^(٥)» وإن كان النقلُ المنشأُ به واقعاً في ذلك الحين، فالزمان ظرف

و يشهد لكون المنشأ طبيعاً الملكية - لا المقيدة - أمور:

أحدها: مورد الايجاب و القبول، فإنّ تمليك الموجب بقوله: «بعثت» لو كان مقيّداً بمصوله من حينه لزم تحقق الملكية للمشتري في وعاء الاعتبار قبل إنضمام القبول اليه. مع أنه ليس كذلك قطعاً، إذ لم يقل أحد بأنّ القبول كاشف عن حصول الملك حال الايجاب. فلا مناص من كون الملكية المقصودة للموجب هو الملكية المرسله، أي غير مقيدة بزمان الايجاب و لا بزمان القبول.

ثانيها: الفسخ، و ثالثها الإجازة، و سيأتي بيان الكلّ إن شاء الله تعالى.

فتحصل: أن الدليل الثاني على الكشف مبني على تأثير العقد في الملكية المقيدة، حتى تتعلّق بها إجازة المالك، ثم إمضاء الشارع. و قد إتّضح منع المبني المزبور، فلا وجه للكشف، هذا.

(١) أي: من حين العقد، حتى يكون ذلك النقل المقيّد متعلّقاً للإجازة و الرضا.

(٢) أي: حال العقد.

(٣) يعني: بل مضمون العقد نفس النقل بدون تقيّده بزمان وقوعه.

(٤) لكون الإنشاء من الزمانيات التي لا بدّ من وقوعها في الزمان كوقوعها في المكان، فكما أنّ المكان ليس قيّداً للنقل، فكذلك الزمان.

(٥) يعني: ليس مفهوم «بعثت» النقل المقيّد بالزمان، بل مجرّد النقل بدون قيد الزمان.

(*) نعم ليس الزمان مأخوذاً في مفهوم «بعثت» إلا أنّ قرينة التعارف تُخرجه عن

الإهمال، و توجبّ ظهوره عرفاً في النقل حال الانشاء، بحيث لو أنكر منشيء العقد عدم إرادة النقل حين الانشاء لا يُسمع إنكاره. فللقائل بالكشف أن يدعي هذا الظهور العرفي، بحيث يكون مضمون «بعثت» نقلتُ في هذا الآن. و المفروض أنّ الإجازة تتعلّق بهذا

المضمون.

وعليه فما أنشأه الفضولي هو نقل العوضين إنشائياً في زمان تحقق العقد، والإجازة تتعلق بهذا المضمون. فالنتيجة كاشفية الإجازة، هذا.

فالحق في الجواب عن هذا الوجه الثاني أن يقال: إن الفضولي أنشأ النقل، وهذا النقل الانشائي جزء لموضوع حكم الشارع بالملكية الفعلية، وجزؤه الآخر إجازة المالك، فإذا أجاز صار موضوع حكم الشارع تاماً، فيحكم الشارع بالنقل الفعلي.

وبيان آخر: يصير النقل الانشائي الصادر من العاقد الفضولي فعلياً بإجازة المالك. فإمضاء المالك للنقل الانشائي موضوع لحكم الشارع بالنقل الفعلي، وهذا ينطبق على ناقلة الإجازة.

ثم إن المحقق الأيرواني رحمته الله أورد على المتن - من كون الملكية المنشأة مهملة غير مقيدة بوقوعها من زمان الانشاء لئتجه القول بالكشف - تارة بأنه إن كان غرض المصنف إهمال المنشيء في مقام القصد كما هو ظاهر العبارة فهو باطل بالضرورة، إذ لازمه بطلان المعاملة وعدم وقوعها في شيء من الأزمنة، فإن إنشاء النقل في زمان ما لا يوجب وقوعه فعلاً بالإجازة، كما أنها تبطل لو أنشأ وقوعها في زمان متأخر عن العقد، فيتعين أن يكون مقصود المنشيء حصول النقل فعلاً.

وإن كان الغرض الإهمال في العبارة وعدم التصريح بحصول النقل من زمان الإنشاء، فهو وإن كان صحيحاً، لكنه لا يضر القائل بالكشف، لكفاية إطلاق العقد حينئذ في تعيين النقل حال العقد، كتعيين كون المعاملة نقداً بهذا الإطلاق.

وأخرى بأن كلام المصنف في الجواب أخص من المدعى، لإمكان تقييد النقل والتملك بزمان الانشاء، فيقول: «بعثك هذه الدار فعلاً» فيلزم أن يلتزم المصنف بالكشف، لغرض تعلق الإجازة بهذا النقل المقيد، مع أن غرضه رحمته الله إبطال دليل الكشف أصلاً ورأساً^١.

أقول: لا ريب في إمتناع الإهمال من المنشيء، لكون الانشاء فعلاً إختيارياً منوطاً

للتقل لا قيد له^(١).

فكما أن^(٢) إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد

(١) أي: للتقل، حتى يدل على حدوث النقل حين تحقق إنشاء العقد من الفضولي، ويكون دليلاً على كاشفية الإجازة.

(٢) غرضه بَيِّنُ تضعيف القول بالكشف بتنظير الإجازة بنفس العقد الفضولي وبامضاء الشارع من جهة كون الزمان ظرفاً في الجميع، وليس قيداً في شيء منها. وبيانه: أن العقد إما يصدر ممن له ولاية أمره، وإما من الأجنبي. فإن صدر من الأول إقتضى ترتب أثره - وهو النقل - في زمان وقوعه، لأنه عقد صدر من أهله، وتقتضي أدلة الإمضاء حصول أثره فوراً. لكن لا لأجل كون المنشأ هو النقل المقيد بحال العقد -

بالقصد والالتفات، فلا يخلو إما أن يقصد النقل المقارن للإنشاء أو المتأخر عنه، والثاني باطل بالضرورة، فيتعين كون النقل في حال العقد.

وهذا وإن كان صحيحاً، لكنه لا يرد على المصنف شيء من الإيرادين:

أما عدم ورود الأول فلأن المصنف لم يدع كون المنشيء قاصداً للتقل في الجملة حتى يكون تقييده ببعض الأزمنة كزمان العقد بلا مرجح، وإنما غرضه إنشاء النقل المرسل المعرئ عن الزمان كليةً، فليس الزمان مأخوذاً في الإنشاء أصلاً لا في الجملة ولا بالجملة. معه لا موضوع للإيراد عليه بأن النقل في زمان في الجملة لا يتعين وقوعه فعلاً بالإجازة.

و عليه فالشق الأول من الإيراد ممنوع، لابتناؤه على أخذ زمان ما في الإنشاء حتى يمتنع وقوعه فعلاً. وقد عرفت أنه مخالف لتصريح المصنف، كقوله: «إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه ... بل هو نفس النقل مجرداً عن ملاحظة وقوعه في زمان».

وأما الأشكال الثاني فهو وإن كان متجهاً على المصنف ظاهراً، لكن يمكن منعه بما سيأتي منه بأن قصد المنشيء الفضولي لا يترتب عليه أثر أصلاً، لأن موضوع إمضاء الشارع للبيع الفضولي هو العقد المستند إلى المالك بإجازته. ولما كان المتبع دلالة دليل الامضاء، و كان ظاهره وقوع البيع من زمان الإجازة، لم يقدح تخلف قصد الفضولي من وقوع النقل حال العقد، هذا.

في زمان^(١) يوجب وقوعه من المنشيء في ذلك الزمان^(٢)، فكذلك^(٣) إجازة ذلك النقل في زمان يوجب وقوعه^(٤) من المميز في زمان الإجازة.
وكما أن^(٥) الشارع إذا أمضى نفس العقد^(٦) وقع النقل من زمانه، فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة^(٧).

بميت يكون لوقوعه فيه دخل - بل لأجل أن هذا الإنشاء المؤثر أمر زماني وقع في زمانٍ، فلا بد أن يحصل أثره في ذاك الزمان.

وإن صدر من الثاني وهو الفضولي لم يؤثر في النقل، لتوقفه على إجازة المالك وإمضاء الشارع، فإن أجاز لزم حصول الأثر من زمان الإجازة الذي هو ظرف الامضاء الشرعي. ولكن لا بمعنى تقيّد النقل بزمان الإجازة، بل لأن النقل والتمليك أمر زماني يقع في ظرف وجود الإجازة. فتكون الإجازة مفيدة للنقل لا للكشف.

والمحصل: أن الزمان كما لم يؤخذ قيداً في الإجازة ولا في إمضاء الشارع، فكذا لم يؤخذ في إنشاء العقد سواء من المالك لأمره، أم من الأجنبي وهو الفضولي، فلا وجه لجعل الإجازة كاشفة عن حصول النقل من حين إنشاء الفضولي، هذا.

(١) متعلق بـ «إنشاء» حيث إن الإنشاء - الذي هو أمر زماني - يقتضي وقوع النقل في زمان الانشاء، من جهة ظرفية الزمان، لا قيديته له.

(٢) أي: زمان إنشاء النقل. وقوله: «يوجب» خبر قوله: «ان إنشاء».

(٣) متعلق بـ «فكما» وهذا يفيد النقل في زمان الإجازة، لا في زمان العقد.

(٤) هذا الضمير و ضمير «وقوعه» المتقدم راجعان إلى النقل، والمراد بالوقوع وقوع المظروف في الظرف، من دون تقييده به.

(٥) ما أفاده بقوله: «فكما أن إنشاء» كان ناظراً إلى إختلاف نفس العقد والإجازة في الأثر، مع كون الزمان ظرفاً في كليهما. وما أفاده بقوله: «و كما» ناظر إلى إختلاف مفاد الامضاء، فإن كان العقد صادراً من أهله فعنى صحته ترتب الأثر عليه من حينه. وإن كان صادراً من غير أهله كانت صحته من حين الإجازة، لا من زمان العقد.

(٦) أي: العقد الصادر من أهله.

(٧) كما في عقد الفضولي، فإن النقل يقع من حين إجازة المالك التي أمضاها الشارع.

و لأجل ما ذكرنا^(١) لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب، مع أنه^(٢) ليس إلا رضاً بمضمون الإيجاب. فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه^(٣) و كان القبول رضاً بذلك، كان^(٤) معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، لأن^(٥) الموجب ينقل من حينه، و القابل يستقبل

(١) من عدم أخذ الزمان قيداً للنقل الذي أنشأه الفضولي. و كذا من قوله: «فكما أن إنشاء مجرد النقل الذي هو مضمون العقد الخ» و من قوله: «فكذلك اجازة ذلك النقل» و من قوله: «و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد ... الخ» و قوله: «فكذلك إذا أمضى إجازة المالك».

يظهر من ذلك كله: أن مقتضى القبول و إن كان رضاً بمضمون الإيجاب، لكنه ليس قبولاً للملك الواقع من زمان الإيجاب، إذ ليس مضمون الإيجاب النقل المقيد من حينه حتى يكون القبول رضاً بذلك، و يكون معنى إمضاء الشارع حينئذ للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، بأن يقال: إن الموجب ينقل المبيع إلى المشتري من حين الإيجاب، و المشتري يتقبل ذلك و يرضى به.

و عليه فحال الإجازة حال القبول الذي لا يقتضي حصول النقل من زمان الإيجاب، و لا يكون كاشفاً عن ترتب الأثر حين إنشاء الموجب. بل النقل منوط بانضمام القبول فيما كان المتعاقدان أصيلين، و بلحوق الإجازة فيما كان أحدهما فضولياً، أو كلاهما فضوليين، فكيف تقتضي الإجازة حصول النقل من حين العقد؟

و لا يخفى أن تنظير الإجازة بالقبول هو الشاهد الأوّل على بطلان الكشف، لا اشتراكهما في الرضا بالإيجاب و العقد، و قد تقدم توضيحه في (ص ٣٤).

(٢) يعني: مع أن مقتضى القبول ليس إلا الرضا بمضمون الإيجاب.

(٣) أي: من حين الإيجاب، و كان القبول رضاً بهذا المضمون، أي النقل من حين

الإيجاب.

(٤) جواب «فلو كان» و قوله: «الحكم» خبر «كان معنى».

(٥) تعليل للحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب، إذ الموجب ينقل متاعه إلى

المشتري من حين الإيجاب.

ذلك^(١) و يرضى به (*).

و دعوى^(٢) «أنّ العقد سبب للملك، فلا يتقدّم^(٣) عليه» مدفوعة^(٤)

(١) أي: يتقبّل نقلَ المال إليه و يرضى به من حين نقل الموجب، و هو زمان إنشائه العقد. مع أنّ الأمر ليس كذلك، إذ لا يترتب الأثر الشرعي إلاّ بعد تمامية العقد، لا خصوص الايجاب. كما أنّ المال في البيع الفضولي ينتقل إلى المشتري حين صدور الإجازة من المالك، لا من حين صدور العقد من العاقد الفضولي.

(٢) هذه الدعوى إشكال على إستشهاد المصنف رحمته الله - بعدم حصول الملك من زمان الايجاب - على عدم أخذ النقل من حين الايجاب في مفهومه.

و حاصل الاشكال هو الفرق بين الايجاب و العقد، حيث إنّ الايجاب بنفسه ليس سبباً للملك، بل السبب له هو الإيجاب المنضمّ معه القبول المعبر عنه بالعقد، فبعد انضمام القبول إليه يتم العقد، و يترتب عليه الأثر. و هذا بخلاف عقد الفضولي، فإنّه سبب للملك، و المميز يُنفذ هذا المضمون، فتكون إجازته كاشفة.

و بعبارة أخرى: الفارق بين القبول و الإجازة هو: أنّ القبول و إن كان رضياً بفعل الموجب المتكفل لإنشاء تملك عين بمال، إلاّ أنّ القبول جزء السبب المملّك، و يتمتع عقلاً تقدم السبب على سببه التام و هو العقد. فلم يتحقق شيء - في وعاء الاعتبار - بمجرد الايجاب حتى يكون القبول كاشفاً عنه، فلا معنى للالتزام بالنقل من حين الإيجاب. و هذا بخلاف الإجازة، لفرض تمامية السبب، و لم يحصل من المميز إلاّ الرضا بمضمون العقد، فيتجه كونها كاشفة عن تحقق النقل من حين العقد.

و الحاصل: أنّه لا يصح الاستشهاد بالقبول على منع كاشفية الإجازة، لكون القبول جزء السبب، و الإجازة تنفيذاً للسبب.

(٣) يعني: فلا يتقدم الملك - الذي هو السبب - على سببه أعني به العقد.

(٤) هذا دفع الإشكال المذكور، و محصل دفعه: أنّ الفرق المزبور بين الايجاب

(* الأولى تنظير الإجازة بمقابلها و هو الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين وقوع العقد، فكذلك الإجازة، فإنّها تنفيذ العقد من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد حتى تدل على الكشف.

بأن سببته^(١) للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه، فإذا فرض مقتضاه مركباً من نقلٍ في زمان^(٢) و رضا بذلك^(٣) النقل، كان^(٤) مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب^(٥).

و العقد غير شديد، إذ كما أن الإيجاب بنفسه ليس سبباً للملك، كذلك عقد الفضولي، فإنه لا يترتب عليه الأثر إلا برضا المالك، فكل من القبول و الرضا جزء علّة الملك، غاية الأمر أن القبول جزء المقتضي، و الرضا شرط تأثير المقتضي.

و على هذا فلا فرق في كون العقد سبباً تاماً بين الإجازة و القبول، إذ المراد بالسببية التامة هو إمضاء الشارع للعقد، و الحكم بتحقيق مقتضاه في وعاء الاعتبار، و المفروض تركب هذا السبب التام من إيجاب و قبول، و مقتضى الإيجاب هو النقل من زمانه، و مقتضى القبول هو الرضا بذلك النقل الخاص. و بتحقيق هذا الإيجاب و القبول يتم موضوع إمضاء الشارع - الذي هو منشأ إنتزاع سببية العقد - و وقوع مضمون العقد على حسب مقتضاه، و هو النقل في زمان الإيجاب، و يتعين كون القبول رضاً بهذا النقل الخاص.

و يتجه الاستشهاد بالقبول على عدم كون الإجازة كاشفةً، إذ لم يقل أحد بأن وجوب الوفاء بالعقود يقتضي ترتيب الأثر - كالنقل و الانتقال - على الإيجاب من زمان وقوعه، فلا بد أن يكون وجوب الوفاء بعقد الفضولي بعد الإجازة مقتضياً لترتب مقتضاه عليه من زمان لحوق الإجازة، لا من زمان العقد.

(١) أي: سببية العقد للملك، و ضمير «لمقتضاه» في الموضعين راجع الى «العقد».

(٢) و هو زمان الإيجاب.

(٣) أي: النقل الحاصل من زمان الإيجاب، و المراد بالرضا هو القبول.

(٤) جواب الشرط في قوله: «فإذا فرض».

(٥) و الحاصل: أن الزمان غير مأخوذ في إيجاب إلا ظرفاً لا قيداً، إذ لو كان

مدلول إنشاء الموجب «بعثك الكتاب بدينار» هو تملكه من هذه الحال، و كان القبول رضاً بهذا الإيجاب لزم كون إمضاء الشارع - سببية العقد للتملك - من حين الإيجاب، إذ ليس الإمضاء إلا تنفيذاً للإيجاب و القبول. مع أنه لا سبيل للالتزام بحصول الملك من

و لأجل ما ذكرنا^(١) أيضاً^(٢) لا يكون فسخُ العقد إلاً بإحلاله من زمانه^(٣)، لا من زمان العقد، فإنَّ الفسخ نظير الإجازة، و الرد^(٤) لا يتعلّق إلاً بمضمون العقد، و هو النقل من حينه^(٥)، فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذاً في العقد على

زمان الإيجاب، فليكن الأمرُ في عقد الفضولي كذلك، أي: حصول الملك من حينها لا من زمان العقد.

هذا تمام الكلام في النقض بالقبول، و إتحاد حكمه مع الإجازة في عدم كاشفتها عن ترتب الأثر قبل تحققها.

(١) أي: و لأجل ما ذكرنا - من فرض مقتضى العقد مركباً من نقل في زمانٍ و رضاً بذلك النقل، و كون مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب - لا يكون فسخ العقد إلاً بإحلاله من زمان الفسخ.

و غرضه إقامة شاهد آخر على عدم سببية العقد للملكية المقيدة بحصولها من حين العقد حتى تكون الإجازة كاشفةً عنها، و بيان هذا الشاهد: أنّهم قالوا بكون الفسخ في العقد الخياري حلاً للعقد من زمان الفسخ، حيث إنّ الفسخ في مقابل الإجازة، فكما أنّ الإجازة تُثبت العقد و توجب الملك من حين الإجازة، فكذلك الفسخ ينفي العقد و يزيله من حين تحقق الفسخ.

فلو كان الزمان دخيلاً في مفهوم العقد لزم كون الفسخ مزيلاً للملك الحاصل بالعقد، فكأنه لم يوجد العقد أصلاً، مع أنّهم جعلوا الفسخ إنحلالاً له من حينه، لا من حين العقد، و هذا كاشف عن عدم كون العقد مملوكاً من حينه بنحو التقييد، و إنّما هو سبب للملكية المرسلّة المعرّاة عن إعتبار الزمان، فكذلك لا تكون الإجازة كاشفةً عن حصول الملك حال العقد.

(٢) يعني: كما لا يكون القبول قبولاً للملك من حين الإيجاب، فكذا الفسخ ... الخ.

(٣) أي: من زمان الفسخ.

(٤) مبتدء، و «لا يتعلّق» خبره، و «من حينه» متعلق «بمضمون». يعني: و الرد

لا يتعلّق بشيءٍ إلاً بمضمون العقد من حين الرد، لا من حين إنشاء العقد.

(٥) يعني: بنحو القضية الحينية لا على وجه القيدية، إذ لو كان الزمان قيداً للنقل

كان الفسخ موجباً لنفي الآثار و الأحكام من حين العقد، مع أنّه ليس كذلك، إذ المسلّم

وجه القيدية لكان رده وحله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد.
 و السّر في جميع ذلك^(١) ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلّا ظرفاً، فجميع
 ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون^(٢)، دون
 المقيّد بذلك الزمان.
 و الحاصل^(٣): أنّه لا إشكال في حصول الإجازة بقول المالك: «رضيْتُ بكون
 مالي لزيدٍ بإزاء ماله» أو «رضيْتُ بانتقال مالي إلى زيد»

عند الأصحاب كون الفسخ حلّاً للعقد و قاطعاً لاستمراره من حين حصول الفسخ، لا
 حلّاً لأصل العقد من حين وقوعه، فالمقابل للفسخ هو إبقاء العقد و الإلتزام به.
 (١) أي: من عدم تعلق الإجازة بمضمون العقد من زمان وقوع العقد، و من كون
 الفسخ إنحلال العقد من زمان الفسخ، و من أنّ الردّ لا يتعلّق إلّا بمضمون العقد من حين
 الرد.

و محصل الوجه في جميع ذلك هو عدم تقيّد مضمون العقد بالزمان بحيث لا يكون
 زمان إنشاء العقد قيدياً له، بل ظرفاً له، فلا محالة يتعلّق الامضاء و الرد و الفسخ بنفس
 مضمون العقد مجرداً عن الزمان.

(٢) أي: بدون ملاحظة تقيده بزمان وقوع العقد.

(٣) أي: حاصل ما تقدم - من عدم قيدية الزمان للنقل، و من عدم قيدية الزمان
 لمفهوم الإيجاب - هو: أنّه لا إشكال ... إلخ. و هذا الحاصل يتضمّن تقضاً ثالثاً على أخذ
 الزمان قيدياً في العقد.

و بيانه: أنّه سيأتي في ثاني تنبيهات الإجازة جوازُ إنشائها بكلّ ما يدلّ على الرضا
 بنفس العقد الفضولي أو بنتيجته، فيجوز تنفيذ العقد بمثل قوله: «أجزتُ أو رضيْتُ
 بالعقد»، و يجوز تنفيذ نتيجة العقد إمّا بالقول كأن يقول: «رضيْتُ بكون مالي لزيدٍ بكذا»
 أو «رضيْتُ بانتقال مالي لزيدٍ»، أو بالفعل الدال عليه، بأن يُسلّم المبيع إلى المشتري، أو
 بتمكنين المرأة - المزوّجة فضولاً - نفسها من الزوج. فإنّ الفعل كاشف عن الرضا بأثر
 العقد، لا بنفسه حتى يدلّ على اجازة العقد المقيّد بالزمان.

و بناءً على هذا نقول: لو كان الزمان ملحوظاً قيدياً في العقد لزم أحد أمرين

وغير^(١) ذلك من الألفاظ^(٢) التي لا تعرّض فيها لإنشاء الفضولي فضلاً عن زمانه^(٣).

كيف^(٤)؟ و قد جعلوا تمكينَ الزوجة بالدخول عليها إجازةً منها.

لا سبيل للالتزام بشيء منها:

الأول: إنشاء الإجازة بخصوص الألفاظ الدالة على تنفيذ العقد الفضولي مثل «أجزتُ أو أنفذتُ العقد» حتى يكون مفاده الرضا بالنقل المقيّد بزمان عقد البيع، فلا يجوز إنشاء الإجازة بما يدلُّ على قبول نتيجة العقد.

الثاني: التفصيل في ألفاظ الإجازة، بأن يقال: يجوز إنشائها بكل ما يقتضي الرضا بالعقد و بأثره، لكنها إن تعلّقت بالعقد كقوله: «أجزتُ العقد» كانت كاشفةً عن النقل المقيّد بزمان العقد. و إن تعلّقت بنتيجة العقد كقوله: «رضيتُ بكون مالي لزيدٍ بكذا» لم تكشف عن النقل المقيّد، بل تكشف عن نفس النقل.

و كلا الأمرين ممنوع. أما الأول فلتصريحهم بجواز إنشاء الإجازة بالفعل كالتمكين ممّا لا يكشف إلّا عن الرضا بمضمون العقد.

و أما الثاني فلأنّ القائل بكاشفية الإجازة لم يفرّق بين ألفاظها من حيث ظهور اللفظ في إمضاء العقد أو أثره.

و يبطلان الأمرين يظهر عدم صحة المبنى، و هو كون العقد سبباً للنقل المقيّد بزمانه.

(١) معطوف على «قول المالك» أي: و بغير «رضيتُ» من ألفاظ الإجازة التي لا تعرّض لإنشاء الفضولي.

(٢) مثل «قبلتُ نقلَ مالي إلى زيدٍ بكذا» حيث إنه غير مستعرض لتنفيذ إنشاء الفضولي حتى يدل على زمان حصول النقل.

(٣) أي: زمان الإنشاء.

(٤) يعني: كيف يمكن إعتبار دلالة ألفاظ الإجازة على زمان إنشاء العقد؟ مع أنّ الفقهاء جعلوا تمكينَ الزوجة بالدخول عليها إجازةً منها لعقد نكاحها، مع أنّ التمكين فعلٌ

و نحو^(١) ذلك. و من المعلوم أنّ الرضا يتعلّق بنفس نتيجة^(٢) العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولي.

لا يدلّ على الرضا بالنكاح المقيد بوقوعه في زمان كذا.

قال المحقق رحمته - فيما لو زوج الأخوان أختها من دون أن تُوكّلها في ذلك - ما لفظه: «و إن لم تكن أذنت لهما أجازت عقد أيهما شاءت. و بأيهما دخلت قبل الإجازة كان العقد له».

و قال الشهيد الثاني في شرح المسألة: «و يعلم من ذلك أنّ الإجازة تصحّ أن تكون فعلية. فلو تصرف المالك في ثمن ما بيع من ماله فضولاً بعد علمه بالحال، أو في المثلن المشتري له كذلك، كان إجازةً بطريق أولى، لأنّ النكاح أولى بمراعاة جانب الاحتياط، و صيانة تصرف المسلم عن المحرمّ مشترك بينهما»^(١).

و المقصود أنّ الأخ لما لم يكن له ولاية على تزويج أخته كان العقد فضولياً، و المفروض أنّ كلّ واحد من الأخوين زوج أخته من رجلٍ، فلها إجازة أيهما شاءت، أو ردهما معاً، فإن أجازت بقولها: «أجزت عقد الأخ الأكبر» مثلاً فلا كلام.

و إن مكنت نفسها من أحد الزوجين كان تمكينها إجازةً فعليةً. و غرض المصنف من التعرض لهذا الفرع الإستشهاد به على كفاية إمضاء نتيجة العقد في الإجازة، و عدم إعتبار تنفيذ الزوجية المنشأة بالعقد من حينه.

(١) معطوف على «تمكين» أي: و نحو التمكين، كسكوتهما إذا عقّد عليها من دون إذنها السابق، فإنّه يكفي هذا السكوت في الإمضاء، و لا حاجة إلى الإجازة القولية. قال المحقق رحمته: «و يُقتنع من البكر بسكوتهما عند عرضه عليها»^(٢).

(٢) و هي معنى الإسم المصدرى، كإنتقال كلّ من العوضين عن صاحبه إلى الآخر.

«١» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٧٩ - ٢٨٠: مسالك الأفهام، ج ٧، ص ١٩٤. و لاحظ أيضاً جواهرالكلام،

ج ٢٩، ص ٢٣٢. و نحوه كلامه في ص ٢٣٧

«٢» شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٧٨

و بتقرير آخر^(١) (*): أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولي، أو مقام نفس إنشائه، فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلاّ

(١) محصل هذا التقرير - المغاير للتقرير الأول الذي مناطه عدم قيديّة الزمان لمضمون العقد - هو: أن إجازة المالك قائمة مقام رضا المالك و إذنه المقرون بإنشاء الفضولي، و موجبة لصيرورة المالك منزلة العاقد. فالإجازة إمّا شرط للعقد، لكونها قائمة مقام الإذن الذي هو شرط للعقد. و إما جزء سبب الملك، لكونها قائمة مقام إنشاء نفس المالك بناءً على كون الإجازة عقداً جديداً ولو من حيث الإيجاب على ما عن بعضٍ. فهذا التقريب ملزوم التقريب السابق، لأنّ بناء هذا التقريب على شرطية الإجازة للعقد، كشرطية الإذن و الرضا له، أو على جزئيتها للعقد.

و بناء التقريب السابق على ظرفية الزمان للنقل لا قيديته له، و مقتضاه وقوع النقل من زمان الإجازة. و وقوعه من حين الإجازة من لوازم دخل الإجازة جزءاً أو شرطاً في العقد، إذ لو لم يكن للإجازة دخل أصلاً - لا جزءاً و لا شرطاً - كان وقوع النقل قبل الإجازة.

(* لا يخفى أن السيد رحمته الله أورد على هذا التقرير بأنه وجه آخر، و ليس له ربط بالتقرير الذي مناطه عدم دخل الزمان في مفهوم العقد، حيث إنه يجتمع مع فرض دخل الزمان في مفهومه. فهذا التقرير وجه آخر و جواب مستقل عن دليل المحقق الثاني رحمته الله هذا^(١)

لكن الظاهر إتحاد التقريرين، و رجوع الثاني إلى الأول، لكون الثاني ملزوماً للأول، حيث إن دخل الإجازة في تأثير العقد - لكونها جزء السبب أو شرطاً إصطلاحياً له - يوجب إناطة المشروط أو المسبب بها، و إمتناع حصوله قبل الإجازة، و إلّا لزم الخلف. و لازم هذه الإناطة عدم أخذ الزمان دخيلاً في مفهوم العقد، و إلّا كانت الإجازة كاشفةً عن تحقق أثر العقد حين صدوره من الفضولي، لا مؤثرة فيه بسببيتها أو شرطيتها.

بعد الإجازة، فهي^(١) إما شرط أو جزء سبب للملك.
و بعبارة أخرى: المؤثر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث إنّه مقيّد
لا يوجد إلاّ بعد القيد^(٢)، و لا يكفي في التأثير وجود ذات المقيّد^(٣) المجردة عن القيد.
و ثانياً^(٤): أنا [فلان] لو سلّمنا عدم كون الإجازة

(١) أي: الإجازة إما شرط أو جزء سبب للملك كما مرّ آنفاً.
(٢) و هو رضا المالك، و المراد بالمقيّد هو العقد المرضي به.
(٣) و هي عقد الفضولي، فإنّه لا يؤثر بدون قيده و هو رضا المالك.
(٤) معطوف على قوله: «أولاً: أنّ الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد، إلاّ أنّ
مضمون العقد ... الخ» و هذا ثاني الوجوه الثلاثة التي أجاب بها عن ثاني الأدلة على
كاشفية الاجازة.

و الحاصل: أنّ دخل الإجازة - التي هي كالإذن - في تأثير العقد يكشف عن كون
مضمون العقد هو صرف النقل و نتيجته من دون تقيّده بزمان.
و بهذا البيان يرجع قوله ﷺ: «و بتقرير آخر ان الإجازة من المالك» إلى الوجه الأول،
و يصير بياناً آخر له، لا جواباً مستقلاً، فتدبر.
و يمكن أن يكون التقرير الآخر بياناً ثانياً لما ذكره بقوله: «و الحاصل» لا تقريراً لأصل
الإيراد المتقدم بقوله: «أولاً»، و بيانه - على ما أفاده المحقق الاصفهاني ﷺ -: أن الإجازة لما
كانت جزء السبب المؤثر أو شرطه إمتنع تعلّقها بنفس العقد الذي مدلوله النقل المقيّد
بالزمان، بل لا بدّ من تعلّقها بنتيجة العقد، و هي الملكية الخالية عن إعتبار
الزمان، لئلا يلزم محذور تأخر العلة عن معلولها، و ذلك لأنّ الإجازة إن أثرت في حصول
الملكية المقيدة لزم تأخر العلة عن معلولها. و إن أثرت في حصول الملكية حال الإجازة لزم
عدم كونها إجازة لمضمون العقد، الذي فرض تقيده بزمان العقد، بل كانت إجازة لبعض
مضمونه و هو أصل الملكية، مع أنّه لا وجه لهذا التبعض. فيتعيّن تعلق الإجازة دائماً بنتيجة
العقد، و هي معرفة عن إعتبار زمان خاص^(١).

و هذا الوجه الثاني ناظر إلى منع الأمر الثاني من الأمور الثلاثة التي تألف منها دليل الحق القمي، و ذلك الأمر هو قوله **تَوَكَّلْ** (في ص ١٦ و ١٧) : «فهي رضا بضمونه، و ليس إلا نقل العوضين من حينه» ولكنه ببيان آخر كما سيوضح إن شاء الله تعالى.

و ينبغي قبل توضيح أصل الإيراد تقديم أمرٍ يتضمن بيان كيفية دخل الإجازة في العقد، و أنه بنحو الاشتراط أو الانقلاب ليمتاز مبنى هذا الإيراد عما كان عليه الإيراد الأول، فنقول و به نستعين: إن الإجازة تارة تكون بنفسها و بوجودها المتأخر - عن وجود العقد - دخيلةً دخلَ الشرط في حصول المشروط. و قد تقدم في الإيراد الأول إمتناعه، لاستحالة تأخر المشروط عن الشرط. و أخرى لا تكون الإجازة شرطاً لحصول الملكية، لفرض كون السبب المؤثر فيه نفس العقد، ولكن الإجازة متممة للعقد الذي هو السبب المستقل في التأثير، فهي تجعله سبباً تاماً.

و هذا يتصور على نحوين: فتارة تكون الإجازة علةً لتمامية العقد من حين صدوره، بحيث تستند تماميته في السببية إلى الإجازة المتأخرة، و هذا أيضاً ممتنع بمناط استحالة تأخر العلة التامة عن معلولها و هو الملكية. و أخرى يكون العقد علةً ناقصةً إلى زمان الإجازة، و لا يترتب الملكية عليه. ولكن بمجرد تحققها ينقلب العقد عما وقع عليه - من صفة عدم التأثير - و يترتب الملك عليه من حينه، لا من حين الإجازة.

و هذا النحو من الكشف الانقلابي جعله المصنف **تَوَكَّلْ** محوراً للإيرادين، فأورد عليه باستحالته ثبوتاً كما سيأتي في قوله: «و ثالثاً»، و بعدم وفاء مقام الإثبات به، كما أفاده في قوله: «و ثانياً ... لكن نقول ...».

و من هنا يظهر أن المناسب تقديم المحذور الثبوتي على الإثباتي، لتقدمه عليه طبعاً، بأن يذكر في الإيراد الثاني إمتناعه ثبوتاً، فيبطل أساس القول بالكشف بعد إستقصاء أنحاء دخل الإجازة. و أن يذكر في الإيراد الثالث قصور مقام الإثبات. و هذا غير مهم، إنما اللازم تحقيق أصل المطلب.

إذا عرفت ما ذكرناه من مبنى هذا الإيراد الثاني فنقول: محصل ما أفاده المصنف **تَوَكَّلْ** فيه: أنا و إن سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيد بالزمان، و سلّمنا أيضاً تعلق الإجازة بهذا المضمون. إلا أنه لا يترتب عليه الملكية الشرعية، لتوقفها على

إصطلاحياً^(١) - ليؤخذ فيه تقدّمه على المشروط، و لا جزء^(٢) سبب، و إنّما^(٣) هي من المالك مُحدّثة للتأثير في العقد السابق، و جاعلة له سبباً تامّاً حتّى كأنّه وقّع^(٤) مؤثراً، فيتفرّع عليه^(٥) أنّ مجرد رضا المالكِ بنتيجة العقد أعني محض الملكية

إمضاء الشارع، و من المعلوم أنّ هذا الإمضاء يتوقف على إجازة المالك حتى يصير عقد الفضولي عقده كي يشمل مثل عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ فالملكية الشرعية تحدث في زمان الامضاء، لا في زمان الانشاء، فكيف تكون الإجازة كاشفة عن حصول النقل حال العقد؟

(١) حتى يتوقف وجود المشروط على تقدم وجود الشرط عليه عقلاً. و هذا هو أول أنحاء دخل الإجازة في سببية العقد للملكية، و هو مبنى الإيراد الأول.

(٢) معطوف على «شرطاً» و ليس المراد مجزء السبب ما هو ظاهره من كون الإجازة ناقلة، لكونها بعض المؤثر، و بعضه الآخر هو العقد، بل المراد به ما يلتزم مع كاشفية الإجازة، و هو النحو الثاني المتقدم بيانه آنفاً، أعني به كون سبب الملكية هو العقد فحسب، ولكن الإجازة المتأخرة متممة لسببته من حين صدوره.

و قلنا باستحالته لامتناع تأخر العلة التامة - أي العقد الذي تؤثر الإجازة في تمامية عليته للملكية - عن معلولها.

(٣) أي: و إنّما الإجازة مُحدّثة للتأثير و جاعلة له سبباً تامّاً من حين صدوره، بعد أن كان سبباً ناقصاً إلى زمان الإجازة فبالإجازة تنقلب العلة الناقصة إلى التامة. و هذا ثالث أنحاء دخل الإجازة بنحو الكشف، و هو مبنى هذا الإيراد الثاني كما تقدّم آنفاً.

(٤) يعني: وقّع العقد مؤثراً من زمان وقوعه.

(٥) أي: فيتفرّع على القول بأنّ الإجازة تكون مُحدّثة للتأثير في العقد السابق: أنّ مجرد الرضا ... الخ. و غرض المصنف رحمته بيان لازم ثالث أنحاء دخل الإجازة في العقد.

و تقريبه: أنّ كون الإجازة موجبةً لإنتقال العقد الناقص بالتام يتوقف على إجازة نفس العقد بأن يقول المجيز: «نقدت عقد الفضولي» و نحوه. و لا يكفي إنشاء الرضا بأثر العقد بأن يقول: «رضيتُ بأن يكون مالي لزيدٍ بكذا» و جه عدم الكفاية: أن المقصود من الإجازة تميم السبب الناقص بالانتقال، و السبب هو العقد لا نتيجته، فالرضا بالنتيجة لا ينفع القائل بكاشفية الإجازة.

من^(١) غير التفاتٍ إلى وقوع عقد سابقٍ، ليس^(٢) بإجازة، لأن^(٣) معنى إجازة العقد: جعله جائزاً نافذاً ماضياً^(٤) - لكن^(٥) نقول: لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه^(٦) (*).

ولا يخفى أنه قد تقدم (في ص ٤٤ - ٤٢) في ردّ ثاني وجهي الكشف فسادُ التفصيل بين تعلق الإجازة بالعقد وبين تعلقه بنتيجته، وهو كافٍ لبطان ما نحن فيه أعني به كون الإجازة جاعلةً للعقد سبباً تاماً مؤثراً من حين وقوعه.

(١) متعلق برضا المالك بنتيجة العقد، بأن لا تكون الإجازة رضاً بالعقد.

(٢) خبر قوله: «أنّ مجرد».

(٣) تعليل لعدم كون الرضا بالنتيجة إجازةً مفيدةً، فلا يترتب أثر الصحة على العقد الفضولي الذي تعلقت إجازة المالك بنتيجة العقد.

(٤) مع أنه لا وجه للالتزام به، لتصريحهم بكفاية إظهار الرضا بالعقد أو بأثره.

(٥) إستدراك على قوله: «فلاناً لو سلمنا» وهذا هو الإيراد الثاني، ومحصله: أنه - بعد تسليم كون مضمون العقد مقيداً بالزمان، وأن الإجازة متممة لسببية العقد - أنه لا يمكن القول بترتب الملكية الشرعية من زمان العقد حتى يجب على المالك المميز الوفاء بالعقد، وذلك لأنّ الملكية الشرعية منوطة بإمضاء الشارع، وهو متوقف على إجازة المالك، حتى يصير العقدُ بسببها عقدَ المالك، لأنّ المخاطب بوجوب الوفاء هو المالك الذي أضيف إليه العقد، ومن المعلوم إناطة هذه الاضافة بالإجازة، وإجازته يتحقق موضوع إمضاء الشارع.

ولا دليل على كون إمضاء الشارع لإجازة المالك موجباً للملكية الشرعية من زمان العقد، بل هو موجب للملكية الشرعية بعد إجازة المالك.

وبالجملة: فتقيد مضمون العقد بالزمان وعدم كون الإجازة شرطاً إصطلاحياً لا يوجبان كاشفية الإجازة.

(٦) أي: جعل العقد السابق ماضياً و نافذاً من حين حدوثه.

(*). يكفي في دلالة دليل الإمضاء على جعل العقد السابق نافذاً من حين حدوثه كون إنشاء الملك من العاقد الفضولي في زمانٍ، وتعلق الإجازة بذلك الإنشاء دون غيره، إذ

لأن^{١٦} وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجّه إلى العاقدين، كوجوب الوفاء بالعهد

(١) تعليل لعدم إضاء الشارع إجازة المالك على هذا الوجه، ومحصله: أنّ فعلية كل حكم منوطة بوجود موضوعه، و من المعلوم أنّ وجوب الوفاء بالعقد حكم تكليفي منوط بوجود موضوعه و هو العاقد. و لا ريب في أنّ المالك الأصيل لا يصير عاقداً - حتى يشمله عموم وجوب الوفاء بالعقود - إلاّ بعد أن يميز عقد الفضولي، إذ الإجازة توجب إضافة العقد إليه، و صحّة حمل «العاقد» عليه، و توجّه وجوب الوفاء بالعقد إليه، و إنتزاع الملك الشرعي من هذا الحكم الشرعي و هو وجوب الوفاء. و بالجملة: فالملكية الشرعية الفعلية مترتبة على الحكم التكليفي أعني به وجوب الوفاء الذي موضوعه العاقد الذي هو صفة المالك بالإجازة. و هذه السلسلة المترتبة تقضي بتوقف الملكية الفعلية الشرعية على الإجازة. و عليه فلا ملكية قبل الإجازة حتى تكون الإجازة كاشفةً عن تحققها بالعقد حين صدوره من الفضولي.

المفروض وجود المعلول بمجرد وجود علته، و عدم إمكان إهمال المعلول و هو الملكية الانشائية. و حيث إنّ هذه الملكية هي الملكية المرضية للمالك الممضاة شرعاً فلا مانع من اعتبار الملكية الشرعية أيضاً من حين حدوث العقد.

و لا غرو في كون الاعتبار متأخراً و المعتبر متقدماً، فإنّ الأمر الاعتباري الذي لا وعاء له إلاّ عالم الاعتبار يوجد في وعائه بنفس الاعتبار. فقد يكون زمان الاعتبار و المعتبر و متعلقه متحداً كوجوب الصلاة عند الدلوك، فإنّ زمان الاعتبار و المعتبر - و هو الحكم - و زمان المتعلق و هو الصلاة واحد، لكون زمان جميعها - و هو الزمان المتخلل بين الزوال و الغروب - متحداً.

و قد يكون زمان الاعتبار متقدماً و زمان المعتبر متأخراً، كالوصية، فإنّ الموصي يعتبر فعلاً مالكية الموصى له للمال بعد موته، فالإعتبار قبل الموت فعلي، و المعتبر و هو الملكية تعليلي، و لا يصير فعلياً إلاّ بعد الموت.

و الفرق بين الوصية و الواجب التعليلي هو: أنّ المعتبر - و هو الوجوب في الواجب التعليلي - فعلي، و متعلقه أمر متأخر إستقبالي، و لذا يجب تحصيل مقدمات الواجب

و النذر، و من المعلوم أنّ المالك لا يصير عاقداً أو بمنزلة إلا بعد الإجازة، فلا يجب الوفاء إلا بعدها. و من المعلوم أنّ الملك الشرعي يتبع الحكم الشرعي، فالملك يجب الوفاء فلا ملك^(١) (*).

و مما ذكرنا^(٢) يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء

(١) إذ المفروض ترتيبه على وجوب الوفاء المتوقف على الإجازة. فقبل الإجازة لا ملك حتى تكشف هي عنه، لعدم وجود منشأ لإنتزاعه و هو الحكم التكليفي.
 (٢) أي: و من تبعية الملك الشرعي للحكم الشرعي - و هو وجوب الوفاء - يُعلم عدم صحة الاستدلال - كما عن جماعة لكاشفية الإجازة - بدليل وجوب الوفاء بالمعقود،

المعلّق، بخلاف باب الوصية، فإنّ المعتبر - و هو ملكية المال للموصى له فيه - غير فعلي و متأخر عن الاعتبار، لإناطته بالموت.

و قد يكون الاعتبار متأخراً و المعتبر متقدماً، فيعتبر في هذا الآن الملكية قبل شهر مثلاً. و مع إمكان هذا الاعتبار لا مانع من الالتزام بذلك في عقد الفضولي، و القول بحصول اعتبار الملكية حين تحقق عقد الفضولي بعد صدور الإجازة من المالك.

أقول: هذا الذي أفاده سيدنا الخوئي رحمته الله - على ما في تقرير بحثه الشريف^(١) - متين في نفسه. لكن تطبيقه في المقام مشكل، إذ المفروض دخل رضا المالك في اعتبار الملكية جزءاً أو شرطاً، فإذا كان اعتبار الملكية منوطاً برضاه، فكيف يصح إعتبارها في الأزمنة السابقة على رضاه؟ فإنّ لازم صحة إعتبار الملكية في الزمان المتقدم على الرضا هو إلغاء دخل الرضا في إعتبار الملكية. و هذا خلاف ما فرضناه من دخل الرضا في إعتبارها بنحو من أنحاء الدخل، فيلزم تقدم الحكم على الموضوع، و هو في الاستحالة كتقدم المعلول على علته التكوينية.

(*) إذ الملكية بناء على ما أفاده رحمته الله منتزعة من الحكم التكليفي. و فيه بحث مذكور في الاصول.

بالعقود، بدعوى^(١) «أنّ الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد».

و قس^(٢) على ذلك ما لو كان دليلُ الملكِ عمومَ ﴿و أَحَلَّ اللهُ الْبَيْعَ﴾ فإنَّ^(٣) الملكَ ملزومَ (*). لِحليّة التصرف، فقبل الإجازة لا يحلّ التصرف، خصوصاً^(٤)

و تقدّم الاستدلال بهذه الآية على الكشف في ما نقله عن جامع المقاصد والروضة و غيرها.

(١) متعلق بـ «الاستدلال» و تقريب له، و حاصله: أنّ الوفاء بالعقد الواقع من الفضولي بعد حصول الإجازة من المالك يتحقق بالالتزام بالنقل من حين وقوع العقد لا من حين الإجازة.

(٢) هذا الكلام من المصنف رحمته، يعني: و قس على الاستدلال بآية: ﴿أوفوا بالعقود﴾ - على كاشفية الإجازة - ما لو كان دليل الملك عموم ﴿و أحل الله البيع﴾.

(٣) هذا وجه عدم الاستدلال بآية ﴿أوفوا﴾ و نظائرها، و حاصله: أنّ الملك يتبع التكليف و هو الحِلّ الذي يتوقف على الإجازة، فقبل الإجازة لا ملكية حتى تكون الإجازة كاشفةً عنها، خصوصاً مع العلم بعدم رضا المالك، فإنّه لا إباحة أيضاً للتصرف، لانتفائها مع العلم بعدم الرضا، أو مع التردد في الفسخ و الإمضاء، إذ لا بدّ في جواز التصرف من إحراز الرضا.

(٤) الوجه في الخصوصية واضح، إذ المستفاد من مثل «لا يحل لأحد أن يتصرّف في مال غيره بغير إذنه» هو اعتبار إحراز الإذن بإظهاره بقول أو فعلٍ. نعم لو علم رضا المالك بالتصرف فيما اشتراه من الفضولي أمكن القول بخروجه موضوعاً عن عقد الفضولي، على ما تقدّم تفصيله في أوّل المسألة، أو القول بجواز التصرف للعلم برضاه. و أما إذا علم كراهته لما صنعه الفضولي أو علم تردّده بين فسخه و إمضائه لم تبقى ذريعة للتصرف في ماله، لكفاية حديث الحِلّ في إثبات حرمة.

(*). الظاهر أن الأولى إيداله بـ «لازم» بناءً على ما تقدّم منه رحمته من أنّ الملك الشرعي

يتبع الحكم الشرعي.

إذا عَلِمَ عدمُ رضا المالك باطناً، أو تردُّده في الفسخ و الإمضاء.
و ثالثاً^(١): سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على طبق مفهومها (*) (اللغوي و العرفي أعني جعل العقد السابق جائزاً ماضياً،

(١) معطوف على قوله: «أولاً: بأن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد ... الخ» و هذا ثالث الوجوه الثلاثة التي أجاب بها عن ثاني أدلة الكشف المتقدم في (ص ١٦). و هذا الوجه الثالث ناظر إلى ردِّ ثالث الأمور التي تألّف منها هذا الدليل. و محصله: أنه - بعد تسليم كون مورد إمضاء الشارع العقد المجاز، و أنّ مفهوم الإجازة جعل العقد السابق ماضياً و نافذاً من حين وقوعه، كما هو مقتضى كلام المحقق القمي: «و ليس إلّا نقل العوضين من حينه» و أنّ معنى الوفاء بالعقد هو العمل بمقتضاه بمعنى ترتيب الأثر عليه من زمان صدوره من العاقد الفضولي - نقول: فيه أولاً: أنّ الإجازة و إن كانت موجبةً لنفوذ العقد السابق، لكنّها لا توجب نفوذه من حين وقوعه. كما أنّ مفهوم القبول مع كونه رضا بمفهوم الإيجاب لا يوجب ترتب الأثر عليه من زمان الإيجاب.

و ثانياً: أنّه لو كانت الإجازة موجبةً لنفوذ العقد من حين وقوعه، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظهور، لكونه غير معقول، لاستحالة إنقلاب الشيء عمّا وقع عليه، فإنّ عقد الفضولي لم يقع حين حدوثه مؤثراً، فكيف يصير مؤثراً بعد ذلك من زمان وقوعه؟ و بالجملة: فدلالة الاقتضاء تصرفه إلى ما يمكن الالتزام به من ترتيب آثار المالك على العقد المجاز كما سيتضح ذلك عند تعرض المصنف له.

(*) لا يخفى أنّ المستدلّ لم يدعِ دلالة إجازة المالك على تأثير العقد من حين وقوعه، حتى يدل دليل الإمضاء على إمضاء ما يدلّ عليه الإجازة. بل ادّعى أنّ مضمون نفس العقد هو تأثيره من حين وقوعه. لا أنّ مفهوم الإجازة ذلك، و وقع إمضاء الشارع على طبق مفهوم الإجازة. فجوابه حينئذٍ ما تقدّم سابقاً من منع قيدية الزمان للعقد. نعم قوله: «سلّمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك» و ارد على الاستدلال على الكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقد، بدعوى: أنّ الوفاء بالعقد هو الالتزام بالنقل من حين العقد.

بتقريب^(١) أن يقال: إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفي^(٢)، فإذا صار العقد بالإجازة^(٣) كأنه^(٤) وقع مؤثراً ماضياً، كان^(٥) مقتضى العقد المجاز عرفاً ترتب^(٦) الآثار من حينه^(٧)، فيجب شرعاً العمل به على هذا الوجه^(٨). لكن نقول: - بعد الإغماض^(٩) عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق لجائزاً نافذاً لا يوجب^(١٠) كون مقتضى العقد و مؤداه العرفي

(١) هذا التقريب هو مدعى القائل بالكشف، و قد تقدم آنفاً بقوله: «بدعوى أن الوفاء بالعقد، و العمل بمقتضاه ... الخ».

(٢) و هو النقل المجرد عن لحاظ زمان وقوعه.

(٣) الباء للسببية، يعني: إذا صار العقد بسبب الإجازة كأنه وقع مؤثراً ماضياً - بعد أن لم يكن في نفسه مؤثراً - كان مقتضى العقد المجاز ترتيب الآثار من حين وقوعه.

(٤) جملة «كأنه وقع مؤثراً ماضياً» خبر قوله: «صار العقد».

(٥) جواب الشرط في قوله: «فإذا صار» غرضه أن مؤثرية العقد من حين حدوثه ناشئة من الإجازة العارضة له، لما مر آنفاً من كون الزمان ظرفاً للعقد، لا قيداً له، و تقيده بالزمان نشأ من ناحية الإجازة الموجبة لكون العقد مؤثراً من زمان حدوثه.

(٦) خبر قوله: «كان مقتضى».

(٧) أي: من حين العقد، لأن الإجازة جعلته مؤثراً من حينه، على ما ادّعاه

المستدل.

(٨) أي: جعل العقد السابق المجاز ماضياً مؤثراً من حين صدوره من الفضولي.

(٩) هذا إشارة الى الجواب الأوّل الذي بيّناه بقولنا: «فيه أولاً: أن الإجازة و إن كانت موجبة لنفوذ العقد السابق ... الخ» و هو نقض الإجازة بالقبول، و قد تقدم تفصيله في (ص ٣٤) عند مناقشة دليل الكشف، فراجع.

(١٠) خبر «أن مجرد» و وجه عدم الإيجاب هو: أن معنى الإجازة لغةً و عرفاً ليس

ترتب الأثر من حين العقد، كما أن العقد أيضاً ليس الزمان قيداً له، و المفروض أن ترتب الأثر من حين وقوع العقد منوط بأحد الأمرين، و هما قيدية الزمان للعقد، و دخله في مفهوم الإجازة لغةً أو عرفاً.

ترتب^(١) الأثر من حين العقد، كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الايجاب و إمضاء له لا يوجب ذلك^(٢) حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب، فتأمل^(٣) - إن^(٤) هذا المعنى^(٥) على حقيقته^(٦) غير معقول، لأن^(٧) العقد الموجود على صفة عدم التأثير^(٨)

(١) خبر قوله: «كون مقتضى».

(٢) أي: لا يوجب ترتيب آثار العقد من حين الايجاب، بأن تكون الملكية مثلاً حاصلةً من الايجاب.

(٣) لعلّه إشارة إلى الفرق بين الايجاب الملحق به القبول، وبين العقد الملحق به الإجازة، حيث إن الإيجاب المجرد عن القبول لا يحصل به الأثر كالملكية. بخلاف العقد، فإنه صالح لذلك، غاية الأمر أنه مشروط بإجازة المالك.

و إن شئت فقل: إن الايجاب كالقبول جزء المقتضي، و العقد مقتضى للتأثير، و الإجازة شرط له.

(٤) مقولٌ لقوله: «لكن نقول بعد الاغراض» و هذا إشارة إلى الجواب الثاني الذي تقدم بقولنا: «و ثانياً: أنه لو كانت الإجازة موجبة لنفوذ العقد ... الخ» و هذا الامتناع الثبوتي هو المقصود بيانه في الإيراد الثالث، كما أشرنا إليه (في ص ٤٧) من إستحالة الانقلاب.

(٥) و هو ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه.

(٦) و هي ترتب الأثر - كنفس الملكية - على العقد، و هو الكشف الحقيقي، لا ترتب أثر الملكية و حكمها و هو الكشف الحكمي على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

(٧) تعليل لعدم معقولية ترتب أثر العقد عليه حقيقةً حين صدوره من العاقد الفضولي، و محصل وجه عدم المعقولية هو: خروج الشيء عمّا وقع عليه، فإن المفروض وقوع العقد غير مؤثر، فكيف ينقلب إلى المؤثرية من حين وقوعه؟ و ليس ذلك إلا التناقض، إذ مقتضى ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه بعد تحقق إجازة المالك له كون العقد حين وقوعه مؤثراً و غير مؤثر، و هذا تناقض مستحيل.

(٨) خبرٌ قوله: «لأن العقد» و جه الاستحالة عدم وجود شرط التأثير - و هو رضا

المالك - حين وقوع العقد.

يستحيل لحوق صفة التأثير له^(١)، لإستحالة خروج الشيء عما وقع عليه^(٢). فإذا^(٣) دلّ الدليل الشرعي على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول، فلا بد^(٤) من صرفه بدلالة الإقتضاء^(٥) إلى^(٦) إرادة معاملة العقد (*) بعد الإجازة معاملة^(٧) العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتب الآثار الممكنة.

(١) أي: للعقد، بأن يتصف بالسببية النامة - من زمان وقوعه - بلحوق الإجازة.

(٢) من عدم كونه مؤثراً، لفقدان شرط تأثيره و هو رضا المالك الأصلي.

(٣) هذه نتيجة الإستحالة المزبورة، و حاصل ذلك: أنه مع فرض دلالة دليل إمضاء إجازة المالك على هذا الوجه المستحيل، فلا بد - صوناً لكلام الحكيم عن اللغوية - من صرف هذه الدلالة إلى ترتيب آثار صحة العقد - مثل أحكام الملك - بقدر الامكان، لا البناء على ثبوت نفس الملك.

و مراد المصنف رحمه الله بالدليل هو الأدلة الخاصة مثل صحيحة محمد بن قيس وأبي عبيدة الآيتين في (ص ٦٦ و ٧٠) و ظاهرهما الكشف الحقيقي، و ترتب البيع و النكاح على العقدين الفضوليين. و يتعين صرفهما عن ظاهرهما إلى ترتيب خصوص ما يمكن ترتيبه على العقد، لا جعل نفس العقد سبباً تاماً من حين وقوعه.

(٤) جواب الشرط في قوله: «فإذا دلّ» .

(٥) و هي التي تلجئنا إلى صرف الدليل عن ظاهره المستحيل إلى معنى يمكن الالتزام به، و هو ما عرفته من ترتيب آثار الملك - لا نفسه - بمقدار الإمكان.

(٦) متعلق بـ «صرفه».

(٧) مفعول به لـ «إرادة».

(*) بل لا بد من طرحه و الرجوع إلى القواعد، لأنّ الظاهر لا يصادم حكم العقل الضروري. لا حملة على معنى، فانه حمل تبرعي خارج عن طريقة الاستدلال. فاستظهار الكشف الحكمي من عدم معقولة ترتب الأثر على العقد من زمان وقوعه مشكل جداً. و لا يمكن أن يكون الحمل التبرعي الناشئ عن عدم معقولة ظاهر الدليل دليلاً على الكشف الحكمي، هذا.

فإذا^(١) أجاز المالك حَكْمًا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري وإن كان أصلُ الملك قبل الإجازة للمالك^(٢)، و وقع^(٣) النماء في ملكه.
و الحاصل^(٤)؛ أنه يُعامل بعد الإجازة معاملة^(٥) العقد الواقع مؤثراً من حينه^(٦) بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار^(٧).

(١) هذا بيان لترتيب الآثار الممكنة.

(٢) لتوقف إنتقال الملك عنه إلى غيره على إجازته التي لم تكن حاصلة حين العقد.
هذا تمام ما أفاده المصنف في الأيراد الثالث على ثاني دليلي الكشف، و غرضه فيما يأتي تقريب الكشف الحكمي الذي قال به أستاذه شريف العلماء المازندراني رحمته.
(٣) ولو قال: «و وقوع النماء» لكان أحسن، ليكون معطوفاً على «أصل» من عطف المفرد على المفرد.

(٤) يعني: و حاصل المعنى الذي تقتضيه دلالة الاقتضاء - التي هي قرينة عقلية على صرف دليل الامضاء شرعاً عن ظاهره المستحيل - هو تنزيل العقد الذي لم يكن مؤثراً حين وقوعه منزلة العقد المؤثر من زمان حدوثه في الآثار التي يمكن ترتيبها، كالحكم بأنّ النماءات الحاصلة - بين زماني حدوث العقد و صدور الإجازة من المالك الأصيل - إن كانت نماءات المبيع فهي للمشتري، و إن كانت نماءات الثمن فهي للبائع. و إن كانت نفس الثمن و الثمن باقيتين على ملك البائع و المشتري إلى زمان صدور الإجازة.

و لذا لو تصرّف مالك المبيع في ماله ببيعه من شخص آخر أو هبته له أو وقفه، كان صحيحاً و موجباً لردّ العقد الفضولي، و هذا دليل على بقاء رقبه المال على ملكه.
ولكنه لو لم يتصرف فيه بهذا النحو و التفت إلى وقوع عقد عليه فضلاً و أجازه، أمكن الالتزام بالكشف الحكمي أي ترتيب بعض آثار صحة العقد دون بعض. و هذا المعنى من الكشف معقول ممكن في نفسه، ولكن الالتزام به منوط بمساعدة الدليل عليه.
(٥) مفعول مطلق نوعي لقوله: «يعامل».

(٦) أي: من حين العقد.

(٧) كالنماءات التي توجد في المدة المتخللة بين زماني وقوع العقد و صدور الإجازة

كما مرّ آنفاً.

و هذا^(١) نقل حقيقي^(٢) في حكم الكشف من بعض الجهات^(٣)، و ستأتي الثمرة بينه^(٤) و بين الكشف الحقيقي^(٥). و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف^(٦) إلا الأستاذ شريف العلماء رحمته فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته. و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن^(٧) الانتقال في زمن العقد، و لذا^(٨)

(١) يعني: أن معاملته عقد الفضولي بعد الإجازة معاملته العقد الواقع مؤثراً و ماضياً - من حين وقوعه - نقل حقيقي، إذ المفروض حصول الملكية بالنسبة إلى كل من العوضين بالإجازة، و بقاء كل من المالين على ملك صاحبه حتى تصدر الإجازة. (٢) لما مر من توقف إنتقال كل من المالين عن مالكة إلى الآخر على الإجازة، و هذا نقل حقيقي.

(٣) للحكم بانتقال ثمن المشتري إلى المشتري، و ثمن البائع قبل الإجازة، و نشأ هذا التفكيك بين العين و الثمن من إقتضاء الأدلة الخاصة للقول بالكشف، و ليس هذا كشفاً حقيقياً، و إنما هو حكمي. (٤) أي: بين هذا النقل الحقيقي الذي هو بحكم الكشف، و سيأتي بيان الثمرة في (ص ٧٧).

(٥) و هو الكشف عن وقوع الملك و آثاره للمشتري، و كذا للبائع من حين وقوع العقد، بعد صدور الإجازة من المالك الأصيل.

(٦) و هو الكشف الحكمي الذي هو نقل حقيقي و كشف حكمي. (٧) خبر قوله: «فظاهر» أي: الانتقال مطلقاً، من نفس العوضين و ثمناتها، و هو الكشف الحقيقي، لا إنتقال خصوص ثمناتها المتخللة بين زمني صدور العقد و الإجازة، و إنتقال العينين بعد الإجازة الذي هو الكشف الحكمي. و ظاهر كلمات القائلين بالكشف هو الكشف الحقيقي الذي تقدم إمتناعه ثبوتاً و إثباتاً.

(٨) أي: و لأجل ظهور كلمات القائلين بالكشف في الانتقال من زمان صدور العقد، عنون العلامة رحمته الخلاف بينهم في الكشف و النقل بقوله: «و في وقت الانتقال إشكال، و يترتب الثمن»^(٩)، فإن هذا العنوان ظاهر في إرادة الكشف الحقيقي، لأن إنتقال العين

عنون العلامة عليه السلام في القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله: «و في زمان الإنتقال إشكال» فَبَجَلَ النزاع في هذه المسألة نزاعاً في زمان الإنتقال^(١).

و قد تحصّل مما ذكرنا^(٢): أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة (*) قال بكل

منها قائل :

ونماها إنما يتّجه بناءً على الكشف الحقيقي.

(١) غرضه: أن النزاع في زمان الانتقال يكشف عن كون مرادهم بالكشف هو الكشف الحقيقي، لأنّ إنتقال ملك العينين و نائها في زمان صدور العقد لا ينطبق إلّا على الكشف الحقيقي، فمن قال به جعل زمان الانتقال زمان العقد، و من قال بالنقل جعله زمان الإجازة.

(٢) أي: في حكم الإجازة بقوله: «أما حكمها فقد اختلف القائلون بصحة الفضولي بعد إتفاقهم على توقفها على الإجازة ... الخ» إلى هنا. حيث إنّه تعرّض لنقل أدلة ثلاثة على الكشف، و ناقش في إثنين منها بالتفصيل، و في أثناء الإيراد على الدليل الأوّل تعرّض للكشف الحقيقي بمناط شرطية التعقب الذي إلترّم به جماعة. و في ذيل الإيراد الثالث على الدليل الثاني تعرّض لكلام أستاذه الشريف من القول بالكشف الحكمي.

و يتحصّل من المجموع وجوه ثلاثة من القائلين بالكشف.

أحدها: المشهور، و هو الكشف الحقيقي.

و ثانيها: قول جماعة من معاصري المصنف و غيرهم، و هو الكشف التعقب.

و ثالثها: الكشف الحكمي، و هو المعزّي إلى المحقق شريف العلماء.

(*) بل خمسة :

أحدها: الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر. و هو المنسوب إلى المشهور كما في المتن.

ثانيها: الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية وصف التعقب، بزعم كونه شرطاً مقارناً للعقد. و قد ذهب إليه جمع من المحققين كصاحب الفصول و أخيه و المحقق النابيني عليه السلام.

ثالثها: الكشف الحقيقي المعتمد على كفاية الرضا التقديري. بمعنى: أن المالك

لو التفت لكان راضياً، والإجازة كاشفة عنه ككشف شاهد الحال عنه. وقد ذهب إليه المحقق الرشتي في كتاب الإجازة.

وهذه الوجوه الثلاثة مشتركة في دلالتها على إنتقال المال عن مالك العوض حين تحقق العقد.

رابعها: الكشف الحقيقي الانقلابي المعتمد على كون الإجازة رضاً بمضمون العقد، وتأثيره من حين صدوره بناءً على دخل الزمان في مضمون العقد، وتقييد النقل به.

ولا محذور فيه إلا محذور الانقلاب، فإن الشيء الزماني لا يمر عليه الزمان مرتين حتى يتصف تارةً بصفة التأثير وأخرى بصفة عدم التأثير.

ولكن فيه ما سيحيي إن شاء الله تعالى.

وهذا الوجه يفترق عن الوجوه الثلاثة المتقدمة في أنها توجب الإنتقال حين حدوث العقد قبل تحقق الإجازة. بخلاف هذا الوجه الرابع، فإن الانتقال فيه يكون بسبب الإجازة، فقبل الإجازة يكون كل واحد من العوضين باقياً على ملك مالكة الأصلي، وبسبب الإجازة تنقلب الملكية، وتنقل ملكية العوض إلى من إشتراه من حين العقد. وبهذه المناسبة يسمّى بالكشف الانقلابي.

وقيل: إن هذا الكشف يستفاد من ثاني أدلة الكشف الذي نقله المصنف في (ص ١٦) بقوله: «و بأن الاجازة متعلقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه، وليس إلا نقل العوضين من حينه».

خامسها: الكشف الحقيقي الذي يظهر من عبارة الجواهر، وهو: أن الشرط نفس الإجازة وإن كانت متأخرة، لأن إمتناع تأخر الشرط عن المشروط في العلل العقلية لا يقتضي إمتناعه في العلل الشرعية.

وبعبارة أخرى: لا يراد بالشرط الشرعي معناه الاصطلاحي.

سادسها: الكشف الحقيقي، وجعل الإجازة طريقاً واسطة في العلم بحصول النقل، من دون دخل للإجازة في تأثير العقد في النقل.

وإن شئت فقل: إن الإجازة أمانة وعلامة على حصول النقل. وقد نُسب هذا القول

إلى صاحب مفتاح الكرامة رحمته حيث جعل الإجازة شرطاً للعلم بانتقال المال، لا شرطاً لنفس الانتقال، قال رحمته: «إن العقد سبب تام مع الإجازة وإن تأخرت عنه فعلاً، فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه... وفي جامع المقاصد ما يشير إلى هذا الجواب»^١.

و احتمله بعضٌ معاصريه أيضاً في شرحه على اللمعة من أن الإجازة تكون نظير التبادر علامة كاشفة عن وضع اللفظ للمعنى المتبادر منه، وكعلامات البلوغ^٢.
و أشار إلى هذا القول في الجواهر أيضاً، فراجع^٣.

و الظاهر رجوع هذا الوجه السادس إلى الوجه الثالث، بل هو عينه.

و عليه فتكون الإجازة طريقاً إلى العلم بتحقيق النقل من دون دخل ثبوتي فيه.

و إن شئت فقل: إن الإجازة علة للعلم بحصول النقل.

لكن الحق بطلان هذا القول، لأن مقتضى مثل قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ و ﴿لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه﴾ وغيرهما من الأدلة دخل الرضا في الجل، و عدم كونه مجرد علامة.

سابعها: الكشف الحكمي، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان. هذا تمام الكلام في مقام الثبوت.

و أما مقام الإثبات، فيبحث فيه تارة عما يقتضيه الأدلة العامة، و أخرى عما تقتضيه الأدلة الخاصة.

أما البحث الأول فمحصله: أن العمومات «كأوفوا بالعقود و تجارة عن تراض و لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» و نحوها - الظاهرة في شرطية الرضا في صحة المعاملة - تقتضي ناقلية الإجازة الكاشفة عن الرضا و طيب النفس، حيث إن العناوين المأخوذة في

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠

«٢» شرح اللمعة (مخطوط) للشيخ جواد ملا كتاب. و هو من تلامذة الشيخ الأكبر كاشف الغطاء رحمته.

لاحظ: الذريعة، ج ١٤، ص ٤٧

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٨٨

أحدها: - و هو المشهور - الكشف الحقيقي^(١)، و إلزام كون الإجازة فيها^(٢)

(١) و هو - كما تقدم آنفاً - كشف الإجازة عن تأثير العقد من حين وقوعه، و حصول الملك من زمان تحققه.

(٢) أي: في كاشفيتها. و قوله: «و إلزام» معطوف على «الكشف».

الخطابات الشرعية ظاهرة عرفاً في الفعلية، دون التقديرية التي هي معدومة حال إنشاء المعاملة، و دون الطريقية و الأمارية، لظهور العناوين في الموضوعية. و عليه فصحة المعاملات الفضولية منوطة بطيب النفس فعلاً، و مع هذه الإنابة لا محيص عن الالتزام بناقلية الإجازة. و أما البحث الثاني - و هو مقتضى الأدلة الخاصة - فيرجع فيه إلى ما أفاده المصنف رحمته، فلاحظ.

أقول: لا يبعد إستفادة قاعدة كلية من عزل الإرث للجارية بعد بلوغها و حلفها كما في صحيح أبي عبيدة الذي سيشير إليه في المتن. و كذا من عزل الارث للحمل. و المراد بتلك القاعدة هو جعل الاحتياط في كل مورد وُجد فيه مقتضى الحكم الشرعي التكليفي كوجوب الحج، و الوضعي كملكية المال في الارث، أو في حيازة المباحات، كما إذا حَجَّر أرضاً ميتة، فإنَّ إحتمال إحيائها الموجب لملكيتها أوجب له حقَّ الاختصاص، بحيث يحرم على غيره مزاحمته في ذلك.

و كذا في الاستطاعة المالية إذا كان للمستطيع مانع عن الحج مباشرة، ولو كان غير المرض الذي لا يبرجئ زواله، فإنه يجب عليه الاستنابة. و الحاصل: أن وجود المقتضي للحكم مع إحتمال حصول شرطه يوجب الاحتياط. و هذا مقدّم على أصالة عدم المانع، و إن كانت قاعدة المقتضي و المانع حجة. كما أن هذا الاحتياط يقَدِّم على أصالة عدم الإجازة في باب عقد الفضولي. و لا غرر في تشريع الاحتياط في موارد وجود المقتضي للحكم مع إحتمال حصول شرطه، كما شرِّع في الموارد الثلاثة الدماء و الأعراض و الأموال.

شروطاً متأخراً^(١). ولذا^(٢) إعتراضهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة: «بأنَّ الشرط لا يتأخَّر»^(٣)»^(١).

الثاني: الكشفُ الحقيقي، وإلزامُ كون الشرطِ تعقُّبَ العقدِ بالإجازة لانفس الإجازة^(٤) فراراً (*) عن لزوم تأخُّر الشرط عن المشروط،

(١) إذ الإلتزام بدخول الإجازة في الملكية - مع فرض تأخير العقد من حين وقوعه - يوجب لا محالة كون الإجازة شرطاً متأخراً.

(٢) أي: ولأجل كون الإجازة في الكشف الحقيقي شرطاً متأخراً إعتراض عليهم المحقق الخوانساري رحمته.

(٣) وجه عدم تأخر الشرط عن المشروط هو كون الشرط من أجزاء علته التي يكون تقدمها رتبةً على المشروط من البديهيات.

ثم إن العبارة المذكورة في المتن نقلٌ بالمعنى، إذ الموجود في حاشية الروضة معترضاً على الشارح هو قوله: «لا يخفى أنه إذا اعترف بأنَّ رضاء المالك من الشرائط، فإذا حصل عمل السبب التام أثره، فيلزم أن لا يتحقق أثره - وهو نقل الملك - إلا عند حصوله. و هذا دليل على نقيض مارامه. وكأنه زعم أنَّ الشرط ما يتوقف عليه التأثير، ولكن ليس جزء المؤثر، بل تحققه يوجب تحقق تأثير السبب في وقتٍ وإن كان قبل تحقق الشرط بخلاف الجزء، فإنه لا بد من مقارنته ومدخليته في التأثير. وهذا كما ترى ... الخ».

(٤) هذا هو الفارق بين هذا الكشف والكشف الحقيقي المتقدم، بعد اشتراكهما في ترتب الأثر على العقد من حين وقوعه. وحاصل الفرق بينهما هو: أنَّ الشرط في الكشف الحقيقي الأوَّل نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر، وفي الكشف الحقيقي الثاني وصف التعقب الذي هو شرط مقارن لا متأخَّر، على ما قيل.

(*) قد عرفت في (ص ١٣ و ٢٧) أنَّ جعل الشرط وصف التعقب - فراراً عن محذور الشرط المتأخر - ليس بسديد، لأنَّ وصف التعقب لا يعرض العقد إلا بعد صدور الإجازة من

و إلترزم^(١) (*) بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث: الكشف الحكي، و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان^(٢)، مع عدم تحقق الملك في الواقع إلا بعد الإجازة.

و قد تبين من تضاعيف كلماتنا^(٣) أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل^(٤)،

(١) الملتزم به صاحب الجواهر، و تقدم نصُّ كلامه في (ص ٣١). إذ مراده من قوله: «كفى ذلك في ترتب الآثار الآن عليه» هو مثل جواز تصرف الأصيل في ما اشتراه من الفضولي، بعد العلم بلحوق إجازة المالك.

(٢) كانتقال النماء الى المشتري حين العقد بعد صدور الإجازة، و إن كان أصل ملك العين قبل الإجازة للمالك، فإنتقال النماء يكون من حين العقد، و إنتقال العين بعد صدور الإجازة.

(٣) أي: من ردِّ دليل المحقق الثاني بَيِّنُهُ في كاشفة الإجازة، و من ردِّ مَنْ استدَلَّ على القول بالكشف بأية ﴿أوفوا بالعقود﴾ و آية ﴿أحل الله البيع﴾ .

(٤) أي: النقل الحقيقي، و ذلك لأنَّ مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» و «التجارة عن تراض» و عموم «عدم حلِّ مال امرء مسلم إلا بطيب نفسه» و نحوها من

المالك، ضرورة أن التعقب من الأمور المتضايفة، و من المعلوم تكافؤ المتضايفين قوةً و فعلاً، فلا يتصف العقد فعلاً بكونه متعقباً بالإجازة إلا بعد صدورهما من المالك. كما أن الإجازة لا تتصف بكونها متأخرة عن العقد إلا بعد صدورهما منه.

(*) هذا الالتزام و جيه بناءً على كون وصف التعقب الذي جعل شرطاً حاصلًا للعقد حين تحققه بحيث يكون شرطاً مقارناً له.

لكنه ليس كذلك، لما تقدّم في التعليقة السابقة و غيرها، فلاحظ. و مجرد العلم بحصول الإجازة فيما بعد لا يوجب فعلية التعقب و كونه وصفاً مقارناً للعقد، بل يوجب العلم باتصاف العقد فيما بعد بهذا الوصف. و هذا لا يكفي في جواز التصرف فعلاً، لعدم تحقق الشرط و هو التعقب الذي أنيط به تأثير العقد في النقل و الانتقال.

ثم بعده الكشفُ الحكمي^(١).

و أما الكشف الحقيقي - مع كون نفس الإجازة من الشروط^(٢) - فإتمامه بالقواعد في غاية الإشكال^(٣). و لذا^(٤) إستشكل فيه العلامةُ في القواعد، و لم يُرَجِّحه^(٥) المحققُ الثاني في حاشية الإرشاد، بل عن الإيضاح إختياراً خلافه^(٦) تبعاً للمحكّي عن كاشف الرموز^(٧)»

الأدلة هو دخل الرضا في الحِلِّ، فبدونه لا يحلّ التصرف في مال الغير. و مع دخل الرضا في صحة المعاملة كيف يحكم بكون الإجازة معرّفةً لتامة المعاملة؟ و المفروض أنّ تاميتها منوطة بالرضا.

(١) جمعاً بين ما دلّ على ترتيب أحكام النقل و الانتقال قبل صدور الإجازة من المالك، و بين ما دلّ على شرطية الرضا في الانتقال، الموجبة لتوقفه على وجود الرضا، فيقال: بترتب أحكام النقل قبل الإجازة، و حصول النقل بعد الإجازة.

(٢) أي: من شروط العقد على حدّ سائر الشروط.

(٣) لأنّ الإجازة حينئذٍ من أجزاء العقد الذي هو علةٌ للنقل و الانتقال، و لا بدّ من تقدم أجزاء العلة على المعلول، فكيف يمكن حصول المشروط قبل وجود شرطه؟ فإشكاله إشكالُ الشرط المتأخر.

(٤) أي: و لأجل أنّ إتمام الكشف الحقيقي بالقواعد مشكّلٌ إستشكل العلامةُ تبيُّهُ في الكشف في القواعد^(٢)، لقوله فيها: «و في زمان الانتقال إشكال» و كذا لم يرجِّح الكشفُ المحققُ الثاني تبيُّهُ في حاشية الإرشاد^(٣).

(٥) و إن رجَّحه في جامع المقاصد.

(٦) أي: خلاف الكشف، و هو النقل، و تقدم كلامه في (ص ٧) فراجع.

(٧) حيث إن الفاضل الآبي جعل الإجازة عقداً مستقلاً و مستأنفاً، بناءً على إرادة

«١» إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢٠: كشف الرموز، ج ١، ص ٤٤٥ - ٤٤٦، و الحاكي عنه هو السيد العامل

في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٨٩

«٢» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩

«٣» حاشية الارشاد، مخطوط، الورقة ٢١٩

و قوَاه^(١) في مجمع البرهان^(١)، و تبعهم كاشف اللّام في النكاح^(٢).

هذا^(٢) بحسب القواعد و العمومات.

و أمّا الأخبار^(٣)، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس^(٤) الكشف، كما صرح

به في الدروس^(٣)، و كذا^(٥) الأخبار التي بعدها.

النقل من هذا التعبير، و إلّا فظاهره قول ثالث مقابل الكشف و النقل، و تقدم تفصيله في بيع الغاصب لنفسه، فراجع^(٤).

(١) أي: و قوَى مختار صاحب الايضاح المحقّق الأردبيلي توفي في شرح الارشاد.

(٢) أي: عدم القول بالكشف الحقيقي إنّما هو بحسب القواعد و العمومات الدالة على

إعتبار الرضا و طيب النفس في التجارة.

(٣) يعني: و أمّا بحسب الأخبار، فظاهر بعضها - و هو صحيحة محمد بن قيس -

الكشف.

(٤) وجه ظهور الصحيحة في الكشف هو: أنّ الحكم بأخذ المشتري للولد بدون

دفع قيمته إلى مالك الجارية يلائم تكوّن الولد في ملكه، لا في ملك سيّدها. و هذا ينطبق

على الكشف، إذ على القول بالنقل يكون الولد لمالك الجارية، لأنّه نساء ملكه. و على

المشتري دفع قيمة الولد إليه لو وطأ الجارية شبهة.

(٥) معطوفة على «فالظاهر من صحيحة» و ضمير «بعدها» راجع إلى «صحيحة».

و قد تقدم ذكر هذه الأخبار - إستدلالاً و تأييداً و إستيناساً - في أولى مسائل البيع

الفضولي فراجع^(٥).

فإنها: ما دلّ على صحة نكاح الفضولي في الحرّ و العبد بعد لحوق الإجازة، فإنها

«١» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٥٩

«٢» تقدم تخريجه في ص ٧، فراجع.

«٣» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ٢٢٣

«٤» هدى الطالب، ج ٤، ص ٥٦٩

«٥» هدى الطالب، ج ٤، ص ٤٠٧ الى ص ٤٦٨

لكن لا ظهور فيها^(١) للكشف بالمعنى المشهور^(٢)، فتحتمل الكشف الحكمي^(٣) (*).

ظاهرة في صحته من حين العقد، لا من حين الإجازة، كقوله **طَيَّبَ** في نكاح العبد: «فإذا أجاز جاز» أي: نَفَذَ العقدُ.

ومنها: ما دلَّ على تقسيم الربح بين ربِّ المال وبين العامل في باب المضاربة إذا خالف العامل ما أشرط عليه - بناءً على كونه من موارد الفضولي، وتوقف ملك ربِّ المال للربح على إجازته، لا للتعبد على ما سبق تفصيله هناك - فإنَّ ظاهره كون الإجازة كاشفةً عن صحة معاملات العامل، وترتب الأثر عليها من حين وقوعها، وأنَّ حصَّة كل واحد منها من الربح كانت له من حين ظهوره، وهو زمان البيع والشراء برأس المال، لا من حين الإجازة.

ومنها: ما ورد في إجماع غير الولي بمال اليتيم، بناءً على حملها على صورة إجازة الولي حتى يندرج موضوعاً في باب الفضولي. وتقریب الكشف كما تقدم آنفاً. وهكذا سائر الأخبار الخاصة المذكورة في المسألة الأولى، فراجع.

(١) أي: في الأخبار المذكورة بعد صحيحة محمد بن قيس.

(٢) وهو الكشف الحقيقي المعتمد على شرطية نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر.

(٣) لصلاحيه ما ذكر فيها من الأحكام لكل من الكشف الحقيقي والحكمي.

(*): بل لا يبعد الكشف الانقلابي. ولا يخفى أنه لا مانع من طروء عنوان على شيء وجد مجرداً عن عنوان كعقد الفضولي، فإنه وجد مجرداً عن صفة المؤثرية، فيمكن حينئذ أن يطرد عليه عنوان كإجازة المالك الأصيل لهذا العقد، الموجبة لصيرورته مرتبطاً بالمالك وعقداً له. وهذا العنوان يوجب كون العقد مؤثراً من حين وقوعه.

فلاشكال عليه تارةً بعدم المعقولية «لأنَّ العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له» إلى آخر ما أفاده المصنف **تَوَكَّلْ** في (ص ٥٥). وأخرى بلزوم اجتماع مالكين على مالٍ واحد في زمانٍ واحد، وهو ما بين زماني تحقق العقد وصدور الإجازة.

مندفع في الأول بما مرَّت الإشارة إليه من أنَّ الاستحالة المزبورة إنما هي في

الأعراض الخارجية، لاستحالة إنقلاب بياض الجسم الذي كان ملوئاً به من طلوع الفجر إلى الزوال مثلاً إلى السواد في ذلك الزمان المتخلل بين طلوع الفجر والزوال. لا في الأمور الاعتبارية التي منها الملكية، فإن للملكية أثراً حالياً وإستقبالياً كما لا يخفى.

وفي الثاني بعدم لزوم إجتماع المالكين، بل المالك واحد، وهو المميز إلى زمان الإجازة، وبسبب الإجازة ينقلب ملكيته الثابتة له فيما قبل الإجازة إلى ملكية شخص آخر، وهو المجاز له في ما قبل الإجازة، فإن إختلاف العناوين الطارئة على شيءٍ يوجب إختلاف الاعتبار، فإن طرء الإجازة على العقد أوجب إعتبار المؤثرية له من حين وقوعه. ولا غرو في إختلاف الاعتبار الناشيء من إختلاف الطوارئ. فإن أجزاء العبادات كذلك، ضرورة أن أجزاء الصلاة مثلاً لا تتصف حين وجودها بالجزئية، بل بعد وجود تمام الصلاة بشرائطها تنصف بها، لأن جزئية كل من الأجزاء مشروطة بوجود الجزء الآخر. فالتكبير مثلاً لا تعنون بالجزئية إلا بعد الاتيان بسائر الأجزاء. وكذا سائر المركبات التدريجية الارتباطية كالحج.

ونظير ذلك الصوم، فإن المكلف إذا أمسك بدون نية الصوم، ثم نوى الصوم قبل الزوال في الواجب غير المعين، أو قبل الغروب في الصوم المندوب، كفى وإن لم يكن الزمان السابق على النية معنوئاً بعنوان الصوم، لكنه صار معنوئاً بعنوانه بسبب النية المتأخرة عنه.

ومن هذا القبيل ثبوت طهارة ماءٍ أو ثوب في الساعة الأولى من النهار مثلاً بقاعدة الطهارة، وقيام بينة بعد ذلك على نجاسته قبل الساعة الأولى من النهار، فإن الاستصحاب يقتضي نجاسته في الساعة الأولى، مع أنه كان محكوماً فيها بالطهارة لقاعدتها. وليس إختلاف الحكم إلا لأجل إختلاف الطوارئ.

وقد ظهر مما ذكرنا: أن الأوفق بالفهم العرفي هو الكشف الحقيقي الانقلابي، إذ الإجازة تتعلق بمضمون العقد - وهو الانتقال حين وقوعه - وإن لم يكن زمان إنشاء العقد قيداً له، بل كان ظرفاً له، لكن العرف يحكم بأن مضمون العقد والمسبب عنه كالمسببات الحقيقية المترتبة على أسبابها في المقارنة وعدم الإنفكاك زماناً عن أسبابها. وهذا الحكم الارتكازي العرفي قرينة على حمل العمومات على تنفيذ عقد الفضولي المجاز من حين وقوعه.

نعم^(١) صحيحة أبي عبيدة^(٢) - الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً،

(١) إستدراك على ما أفاده آنفاً من عدم دلالة الأخبار - المستدل بها على صحة البيع الفضولي - على خصوص الكشف الحقيقي، لاحتمال الكشف الحكمي فيها.
وأما صحيحة أبي عبيدة فظاهرة في خصوص الكشف الحقيقي، كما سيأتي ان شاء الله تعالى.

(٢) و هي ما رواه أبو عبيدة، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارياة

و قد ظهر ممّا ذكرنا: أن الأقرب من أقسام الكشف الحقيقي هو الانقلابي، لا الحكمي، إذ مع فرض عدم المعقولة يخرج عن العمومات خروج الفرد عن حيّز العموم، لا أنه يحمل على النفوذ الحكمي، لأنه تصرف غير عرفي في العام من دون قرينة عليه. هذا بالنسبة إلى العمومات.

وأما بالنسبة إلى الأخبار الخاصة، فرواية عروة - بعد فرض دلالتها على كون موردها عقد الفضولي - ظاهرة في الكشف الحقيقي، لا الانقلابي و لا الحكمي، لأنه تصرف تصرفاً خارجياً من قبض الدينار و إقباض الشاة، فهذا يناسب إعتبار الملكية قبل حصول الإجازة. وهذا هو الكشف الحقيقي غير الانقلابي، كما لا يناسب الكشف الحكمي فضلاً عن النقل. و صحيحة محمد بن قيس ظاهرة في الكشف من غير ظهور لها في أحد أقسامه، في مقابل النقل، لأنه على تقدير النقل يلزم أخذ الولد الذي هو نماء ملك السيد الأول مجاناً، لعدم وقوع الوطي في ملكه حقيقةً أو حكماً. كما لا تصير الجارية أم ولد، ولا يلحق به الولد، لأنه زان.

و صحيحة أبي عبيدة الواردة في نكاح الصغيرين - إذا مات أحدهما قبل أن يجيز الآخر - ظاهرة بل صريحة في الكشف، إذ لا معنى لناقلية الإجازة مع موت أحد الزوجين. لكن لا يظهر أنه أي قسم من أقسام الكشف.

و بالجملة: فلو لم يثبت كون الإجازة كاشفةً بأنحاء الكشف المتقدمة، أو ناقلةً، ووصلت النوبة إلى الأصل العملي، فمقتضى أصالة الفساد عدم ترتيب آثار صحة العقد إلا بعد الإجازة، و هذا ينطبق على ناقلتها، فإن إستصحاب الملكية إلى زمان الإجازة جارٍ بلا مانع، فمالكية المالك الأصلي باقية إلى زمان الإجازة.

زَوْجَهَا وَلِيَان لَهَا، وَ هَا غَيْر مُدْرِكِينَ؟ قَالَ: فَقَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ، أَتَيْسَا أَدْرِكُ كَان لَه الْخِيَارُ، فَإِنْ مَاتَا قَبْلَ أَنْ يُدْرِكَا فَلَا مِيرَاثَ بَيْنَهُمَا وَلَا مَهْرٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَا قَدْ أَدْرَكَا وَرَضِيَا. قُلْتُ: فَإِنْ أَدْرِكُ أَحَدَهُمَا قَبْلَ الْآخَرِ؟ قَالَ: يَجُوزُ ذَلِكَ عَلَيْهِ، إِنْ هُوَ رَضِيَ. قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ الرَّجُلُ الَّذِي أَدْرِكُ قَبْلَ الْجَارِيَةِ وَرَضِيَ النِّكَاحَ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الْجَارِيَةَ، أَتَرْتَهُ؟ قَالَ: نَعَمْ، يَعْزَلُ مِيرَاثُهَا مِنْهُ حَتَّى تُدْرِكَ وَتَحْلِفَ بِاللَّهِ مَا دَعَاها إِلَى أَخْذِ الْمِيرَاثِ إِلَّا رِضَاها بِالزَّوْجِ، ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَيْهَا الْمِيرَاثَ وَنِصْفَ الْمَهْرِ. قُلْتُ: فَإِنْ مَاتَتِ الْجَارِيَةُ وَ لَمْ يَكُنْ إِدْرَاكُ، أَيْرِثُهَا الزَّوْجُ الْمُدْرِكُ؟ قَالَ: لَا، لِأَنَّهَا الْخِيَارُ إِذَا أَدْرَكَتْ.

قُلْتُ: فَإِنْ كَانَ أَبُوها هُوَ الَّذِي زَوَّجَهَا قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ؟ قَالَ: يَجُوزُ عَلَيْها تَزْوِيجُ الْأَبِ، وَ يَجُوزُ عَلَى الْفَلَامِ، وَ الْمَهْرُ عَلَى الْأَبِ لِلْجَارِيَةِ»^(١). وَ مُحْضَلٌ مَدْلُولُ الصَّحِيحَةِ: أَنَّ أبا عبيدة الحَدَّاءَ سَأَلَ الْإِمَامَ أبا جَعْفَرَ الْبَاقِرَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ عَنْ حُكْمِ تَزْوِيجِ الصَّغِيرِينَ بِأَنْ يُزَوَّجَ وَلِيُّ الصَّغِيرَةِ صَغِيرًا، فَيَقْبَلُ وَلِيُّهُ. وَ لِسُؤَالِ مُورِدَانَ يَخْتَلِفُ حُكْمُهُمَا، فَتَارَةً يَكُونُ الْوَلِيُّ هُوَ الْأَبُ، وَ لَا يَتَوَقَّفُ تَزْوِيجُهُ عَلَى إِجَازَةِ الصَّبِيِّ أَوْ الصَّبِيَّةِ بَعْدَ الْبُلُوغِ، وَ أُخْرَى يَكُونُ الْمَزْوُوجُ وَلِيًّا شَرْعًا كَالْوَصِيِّ وَ الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ مِمَّنْ لَيْسَ لَهُ وَلايَةٌ عَلَى نِكَاحِ الصَّغِيرِ. وَ الْمُرَادُ بِالْوَلِيِّ فِي صَدْرِ الرَّوَايَةِ هُوَ هَذَا بَقْرِيْنَةُ ذَيْلِ الرَّوَايَةِ مِنْ نَفْوْذِ تَزْوِيجِ الْأَبِ.

وَ عَلَيْهِ فَإِذَا زَوَّجَ الْحَاكِمُ الشَّرْعِيُّ مِثْلًا طِفْلَةً مِنْ طِفْلِ، تَوَقَّفَتْ صِحَّتُهُ عَلَى إِجَازَةِ كُلِّ مِنْهُمَا بَعْدَ بُلُوغِهِ، فَإِنْ أَجَازَهُ فَهُوَ، وَ إِنْ لَمْ يَجْزِهِ أَحَدُهُمَا بَطُلٌ. وَ مِنْ فُرُوعِ الْمَسْأَلَةِ أَنْ يُدْرِكَ الزَّوْجُ قَبْلَ أَنْ تُدْرِكَ الزَّوْجَةَ الصَّغِيرَةَ، فَأَجَازَ الرَّجُلُ الْعَقْدَ وَ مَاتَ. فَأَجَابَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَ السَّلَامُ بِأَنَّهُ يَجِبُ عِزْلُ نِصْفِ الْمَهْرِ وَ حِصَّةِ الزَّوْجَةِ مِنَ الْإِرْثِ، وَ يُنْتَظَرُ بُلُوغُهَا، فَإِنْ رَدَّتِ الْعَقْدَ بَطُلَ النِّكَاحِ، وَ لَمْ يَكُنْ لَهَا شَيْءٌ مِنْ أَمْوَالِ الزَّوْجِ وَ لَا الْمَهْرِ. وَ إِنْ رَضِيَتْ بَعْدَ النِّكَاحِ الْوَاقِعِ حَالَ صِغَرِهَا طَلِبَ مِنْهَا الْحَلْفَ عَلَى أَنَّ الدَّاعِيَ إِلَى إِظْهَارِ قَبُولِ النِّكَاحِ هُوَ الرِّضَا بِكَوْنِهِ زَوْجًا لَهَا لَوْ كَانَ حَيْثُ لَا الطَّمْعُ فِي أَمْوَالِهِ.

الآمرة^١ بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فات - للزوجة^٢ غير المدركة حتى تُدرك، وتحلف، ظاهرة^٣ في قول الكشف^٤.

فإن حلفت كان لها نصف المهر ونصيبها من الإرث، هذا.

و الشاهد في ظهور حكمه عليه الصلاة والسلام بعزل نصيبها - إلى أن تُدرك وتميز العقد الفضولي - في كون الإجازة كاشفة حقيقةً، وأن الزوجة صارت مالكة للمهر، وتحققت زوجيتها حال العقد. مع أن موت أحد المتعاقدين قبل القبول مُبطل للعقد.

و لولا كاشفية الإجازة لم يتجه أمره عليه السلام بالعزل مطلقاً، بل كان اللازم تقيده بما إذا رضي ورثه الزوج بإفراز مقدار من أمواله حتى تبلغ زوجته الصغيرة، كي تجيز أو تردّ. فالأمر بالعزل بقولٍ مطلقٍ شاهد على أن الزوجة ورثت كسائر الورثة من زمان العقد، وهذا هو الكشف الحقيقي.

(١) هذا و «الواردة» نعتان للمبتدء و هو «صحيحة». و الأمر بالعزل يستفاد من الجملة الخبرية في مقام الإنشاء، و هي قوله عليه السلام: «نعم يعزل ميراثها».

(٢) متعلق بـ «عزل» و قوله: «حتى تدرك» قيد للعزل.

(٣) خبر قوله: «صحيحة أبي عبيدة».

(٤) أي: في الكشف الحقيقي المثبت للزوجية حين العقد، لأنها هي التي توجب الإرث. و الاستدلال بهذه الصحيحة على الكشف الحقيقي منوطٌ بمقدمتين:

الأولى: بقاء عموم قاعدة السلطنة على حالها، و عدم ورود تخصيص عليها، إذ لو قلنا بتخصيص هذا العموم لا يبقى مجال لاستظهار الكشف الحقيقي.

و بيانه: أن قاعدة الإرث المستفادة من قوله عليه السلام: «ما تركه الميت فلوارثه» تقتضي إنتقال جميع أموال الزوج إلى ورثته الموجودين حال الموت، و هم ما عدا هذه الزوجة الصغيرة التي لم يُعلم كونها زوجته واقعاً. و مقتضى قاعدة السلطنة إستقلال الورثة بجميع ما تركه الزوج، و عدم جواز مزاحمتهم فيه.

إلا أن صحيحة أبي عبيدة أمرت بعزل نصيب الزوجة من الميراث، إلى أن تُدرك، فإن أجازت العقد كان لها نصيبها من الإرث، و إن ردته كان المال المعزول

لسائر الورثة. وهذا الأمر بالغلز يحتل فيه وجهان:

أحدهما: أن يكون تخصيصاً لعموم قاعدة السلطنة، بأن يقال: إن المال المعزول ملك للورثة، إلا أنهم محجورون عن التصرف فيه، نظير حجر الملاك عن أموالهم كالصبي والمجنون ونحوهما بمن لا سلطنة له على التصرف في ملكه. وبناءً على هذا الاحتمال لا تصلح الصحيحة لإثبات الكشف، لفرض إنتقال المال إلى الورثة بمجرد الموت، و إستحقاق الزوجة لنصيبها بالإجازة لا يدل على الكشف الحقيقي حينئذٍ، وإنما يجب على الورثة تسليم حصتها من الإرث، وهو يناسب الكشف الحكمي والنقل.

ثانيهما: أن يكون حرمة تصرف الورثة في حصة الزوجة - وهو المال المعزول - أجنبياً عن تخصيص قاعدة السلطنة، لكونه من باب التخصُّص، بأن تلتقي الزوجة المهزَّ - وحصتها من الإرث - من الزوج بمجرد موته، فلم ينتقل حصتها إلى الورثة بالموت، حتى يكون المنع من التصرف فيه تخصيصاً لقاعدة السلطنة. يعني: أن الزوجة الصغيرة إستحققت هذا المال المعزول من حين موت الزوج، فكأنها كانت زوجة كبيرة ورثت زوجها بموته.

وبناءً على هذا الاحتمال تدل الصحيحة على الكشف الحقيقي، لكشف الإجازة عن ثبوت الزوجية من زمان العقد، وترتب آثارها من حينه.

فإن قلت: بعد تكافؤ إحتالي التخصيص و التخصُّص في قاعدة السلطنة لاسبيل لإستظهار الكشف الحقيقي، لإحتال الكشف الحكمي، بأن يكون الأمر بالغلز تخصيصاً في قاعدة السلطنة، فالمال يتامه ملك الورثة، ولكنه يحرم عليهم التصرف في بعضه وهو حصة الزوجة، ولا معين لإحتال التخصُّص حتى يستفاد الكشف الحقيقي منه.

قلت: إن عموم قاعدة السلطنة وإن كان قابلاً للتخصيص شرعاً كما خصص في موارد حجر الملاك، إلا أن المتعين في المقام هو الالتزام بأن منع الورثة عن المال المعزول خارج عن قاعدة السلطنة موضوعاً، وذلك لما قرره المصنف رحمته في الأصول من حجية أصالة العموم في إحراز حال الفرد غير المحكوم بحكم العام، لو تردّد أمره بين الخروج موضوعاً أو حكماً، وأنه يحكم على الفرد بخروجه تخصصاً عن العموم.

إذ^١ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية^٢ على ملك سائر الورثة، كان^٣ العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق^٤ الحكم بالعزل

و مثل له هناك بطهارة الفسالة، و دورانها بين تخصيص «كل نجس منجس» يعني أنها نجس غير منجس، و بين طهارتها واقعاً و عدم مصداقيتها لخطاب «النجس منجس».

و بناءً على هذا الأصل المقرّر يقال في المقام: إنّ الورثة ممنوعون من التصرف في المال المعزول، و هذا المنع مردّد بين كون المال لهم و حجرهم عنه حتى تخصّص قاعدة السلطنة. و بين كون المال أجنبيّاً عنهم و أنّه للزوجة، فحرمة تصرفهم فيه ليس للحجر، بل لعدم كونه مملوكاً لهم. و يتعيّن الاحتمال الثاني، لحجية أصالة العموم لإحراز حال الفرد، هذا.

المقدّمة الثانية: إلغاء إحتال خصوصية المورد، فإنّ الصحيحة و إن دلت على الكشف الحقيقي، لكن يحتمل إختصاصه بموردها و هو نكاح الصغيرة، أو مطلق النكاح. فالتعدّي منه إلى العقود المالية الفضولية منوط بإسقاط خصوصية المورد، إمّا لمساواتها ملاكاً، و إمّا لأهميّة الأعراض من الأموال.

و هذه المقدمة الثانية و إن لم يصرّح بها في المتن، لكنها تستفاد من نصوص نكاح العبد و غيره مما تقدّم في أدلّة صحّة البيع الفضوليّ، فراجع.

(١) هذا تقريب دلالة الصحيحة على كاشفية الإجازة، و حاصله: أنّه لو كان مال الميت باقياً على ملك سائر الورثة قبل الإجازة - كما هو مقتضى ناقلية الإجازة - كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلط الناس على أموالهم، إذ للورثة المنع عن هذا العزل.

(٢) كذا في النسخ، و المناسب «باقياً»، لكونه خبر «مال».

(٣) جواب الشرط في قوله: «لو كان».

(٤) هذا منشأ الحكم بكاشفية الإجازة كشفاً حقيقياً، و حاصله: أنّ إطلاق الحكم بالعزل و عدم تقييده برضا الورثة و إذنهم - مع حفظ عموم قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، و عدم تخصيصه - يقتضي أن يكون العزل لإحتال صحة النكاح و صيرورة الصغيرة زوجةً من حين وقوع العقد، و وارثةً في الواقع كما هو مقتضى الكشف الحقيقي.

منصفاً^(٤) إلى عموم الناس مسلطون على أموالهم (*) يفيد^(١) أن العزل لاحتمال كون الزوجة المدركة وارثة في الواقع، فكأنه^(٢) إحتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل^(٣) و جعله^(٤) أكثر ما يحتمل.

فهذا الاحتمال أوجب الاحتياط في الأموال، و حكمه على أصالة عدم الإجازة المتقتضية لعدم تحقق الزوجية.

و هذا العزل نظير عزل نصيب الحمل في الزوجة الحامل التي مات زوجها، فإنه يُحتاط في الإرث، و يُعزل للحمل نصيب ذكرين إحتياطاً، على التفصيل المحرر في كتاب الميراث.

(٤) حال لـ «إطلاق» يعني: مع التحفظ على عموم قاعدة السلطنة، و عدم تخصيصه بهذه الصحيحة. و الوجه في عدم التخصيص عند دوران الأمر بينه و بين التخصيص ما تقرّر في الاصول من حجية أصالة العموم لإحراز حال الفرد غير المحكوم بحكم العام.

(١) خبر قوله: «فإطلاق»، و قوله: «لاحتمال» خبر: «ان العزل».

(٢) أي: فكأن العزل إحتياط في الأموال.

(٣) المماثلة تكون في مراعاة الاحتمال، فكما أن إحتمال تولد الحمل حياً أوجب الاحتياط بعزل نصيب ذكرين له من تركة الميت، فكذلك إحتمال حصول الزوجية في المقام أوجب الاحتياط بعزل نصيب الزوجية حتى يتبين الحال.

(٤) معطوف على «عزل» أي: و كجعل نصيب الحمل أكثر من نصيب ذكر، حيث

(*) مخالفة قاعدة السلطنة منوطة بدخول المال المعزول في ملك الورثة، حتى يكون تلقى الزوجة لنصيبها منهم مخالفاً لقاعدة سلطنتهم على أموالهم. و أما بناءً على عدم دخوله في ملكهم فلا يلزم إلا مخالفة قاعدة «ما تركه الميت فلورثه».

هذا مضافاً إلى منافاة إستظهار الكشف الحقيقي من هذه الصحيحة لما تقدّم منه في (ص ٥٥) من كونه غير معقول، فلا بدّ من توجيه الصحيحة على الوجه المعقول، و هو الكشف الحكمي أو الانقلابي.

وإلى: أن مبنى الكشف الحقيقي هو التحفظ على عموم قاعدة السلطنة. مع أن المبنى

ممنوع، كما قرّر في الاصول.

بقي الكلامُ في بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته^(١) و النقل، فنقول:
 أما الثمرة على الكشف الحقيقي^(٢) بين كون نفس الإجازة شرطاً،
 و كون الشرط تعقب العقد بها، و لحوقها له، فقد^(٣) يظهر في جواز تصرف
 كلٍّ منها^(٤) فيما إنتقل إليه بانشاء الفضولي إذا علم^(٥) إجازة المالك

إنه يعزل له نصيب ذكرين كما مرّ آنفاً.

و قد تحصل مما أفاده المصنف في المقام الأول: دلالةٌ صحيحةٌ أبي عبيدة على
 الكشف الحقيقي، هذا.

الثمره بين أنحاء الكشف

(١) الثلاثة المتقدمة في مقام الثبوت. و هذا شروع في المقام الثاني، و هو ثمرة
 القولين، ولكنه بين أولاً الثمرة بين أقسام الكشف، ثم بين الكشف و النقل. فتارةً يبحث
 عن الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي، و أخرى بين الكشف الحقيقي و الحكمي، و ثالثةً بين
 الكشف و النقل، فهنا جهات ثلاث.

الثمره بين قسمي الكشف الحقيقي

(٢) هذه هي الجهة الأولى، و هي الثمرة المختصة بكلا قسمي الكشف الحقيقي
 المذكورين في المتن، و هما: كون نفس الإجازة شرطاً، و كون الشرط تعقب العقد
 بالإجازة. و تظهر الثمرة بينهما في جواز تصرف كل منها فيما إنتقل إليه بانشاء الفضولي إذا
 علم إجازة المالك فيما بعد بناءً على شرطية التعقب، و عدم الجواز بناءً على شرطية نفس
 الإجازة بوجودها الخارجي حتى مع العلم بصدور الإجازة من المالك فيما بعد.

(٣) جواب «أما» و التعبير بـ «قد» - الظاهر في التقليل - إنما هو لإحتمال كون
 التعقب وصفاً للعقد مطلقاً، أو حين حصول الإجازة، أو العلم بتحققها فيما بعد. و إلا فع
 توقف وصف التعقب على وجود الإجازة خارجاً تنتفي الثمرة بين شرطية نفس الإجازة
 و شرطية التعقب، لعدم حصول شرط الملكيّة - و هو الإجازة أو التعقب - حتى يجوز
 التصرف.

(٤) أي من المتعاقدين.

(٥) كما صرح به صاحب الجواهر في عبارته المتقدمة في (ص ٣١).

(١) لا تخلو العبارة من قصور، فلا بد أن ينضم إلى المتن جملة «بناءً على الثاني دون الأول».

أقول: إن ترتب هذه الثمرة على القسمين المذكورين منوط بكون وصف التعقب ثابتاً للعقد بنحو الشرط المقارن. وهذا مشكل كما ذكرناه في التعليقة.

و عليه فالإجازة و التعقب بوزان واحد من حيث الشرطية. فالملكية التي هي موضوع جواز التصرف منوطة بوجود الإجازة خارجاً، سواء أكان الشرط نفس الإجازة أم التعقب، لحصول كليهما بصور الإجازة.

فالمتحصل: عدم جواز التصرف قبل وجود الإجازة مطلقاً، سواء أكان الشرط

(*) ينبغي أن يقال: إن الكشف الحقيقي تارة يكون بشرطية التعقب بالإجازة، مع الالتزام بكون التعقب وصفاً مقارناً للعقد. فالعلم بحصول الإجازة فيما بعد علمٌ بتحقيق الشرط فعلاً، و هو التعقب، و العلم به علم بالمشروط فعلاً و هو الملكية، فيجوز التصرف حينئذ أي قبل حصول الإجازة، لفعلية الشرط الموجبة لفعلية المشروط.

و أخرى يكون بشرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر المصطلح عليه. و وزان هذه الصورة وزان شرطية التعقب في فعلية الشرط و المشروط، إذ مع فرض جواز الشرط المتأخر يكون كل من الشرط و المشروط مع العلم بحصول الإجازة فعلياً، فلا مانع من التصرف.

و ثالثة يكون بشرطية الإجازة المتأخرة الموجبة للإنتقال. و من المعلوم أن العلم بحصول سبب الإنتقال - و هو الإجازة فيما بعد - لا يكون علماً بالإنتقال فعلاً حتى يترتب عليه الملك الذي هو سبب جواز التصرف.

و قد ظهر من هذا البيان ترتب الثمرة على هذه الأقسام من الكشف الحقيقي، لجواز التصرف قبل صدور الإجازة في القسمين الأولين، لفعلية الشرط و المشروط في كليهما على التفصيل المتقدم. بخلاف القسم الثالث، ضرورة أن الإجازة بوجودها الخارجي سبب للإنتقال، فالعلم بصورها فيما بعد علمٌ بحصول السبب فيما بعد، و ذلك ليس علماً بفعلية سبب الإنتقال حتى يترتب عليه الملكية التي أنيط بها جواز التصرف.

وأما الثمرة بين الكشف الحقيقي^(١) والحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً، [فبأنه]^(٢) يظهر في مثل ما إذا وطأ المشتري الجارية قبل إجازة مالكةا، فأجاز

نفس الإجازة أم التعقب. و الثمرة المذكورة ليست ثمرةً للكشف الحقيقي المعتمد على شرطية نفس الإجازة أو التعقب.

الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي

(١) و هو كون الشرط نفس الإجازة بنحو الشرط المتأخر أو تعقب العقد بها، وهذا شروع في الجهة الثانية، و هي الثمرة المترتبة على كل من الكشف الحقيقي - بكلا قسميه - والحكمي.

(٢) محصل الثمرة الاستفادة من كلام المصنف رحمته الله هو: أنه إن اشترى شخص من البائع الفضولي جاريةً، و تصرف فيها قبل المراجعة إلى المالك ليظهر أنه يجيز البيع أو يردّه، ثم أجاز المالك. فيقع الكلام في جواز إستمتاعه بها، ثم فيما يتفرع عليه من فرعين:

أحدهما: صيرورة الجارية أم ولدٍ.

و ثانيهما: فيما إذا نقل المالك هذه الجارية - التي إستولدها المشتري - إلى الغير ببيع أو هبة مثلاً قبل أن يجيز بيع الفضولي.

أما ظهور الثمرة في حكم الاستمتاع بها قبل إجازة المالك، فبيانه: أنه بناءً على كون الإجازة ناقلةً لا يجوز التصرف قبل الإجازة واقعاً و ظاهراً. و كذا بناءً على الكشف الحكمي مع شرطية نفس الإجازة، سواء أكان عالماً بلحوق الإجازة أو بعدمه، أم كان شاكاً في لحوقها.

أما على الأوّل فلعدم تحقق سبب الجواز فعلاً. و العلم بتحقيقه فيما بعد لا يوجب فعلية السبب. و أما على الثاني فلأصالة عدم الإجازة. و هذا حكم ظاهري، فيكون تصرفه تجريباً، لمهرته ظاهراً و إن كان حلالاً واقعاً.

و أما بناءً على الكشف الحقيقي - مع كون وصف التعقب شرطاً - فع العلم

فإن^(١) الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة، و حلالاً

بلحوق الإجازة يجوز التصرف (*). لحصول إنتزاع وصف التعقب بالعلم بحصول الإجازة.

و أما مع كون الشرط نفس الإجازة، فظاهر المصنف ﷺ عدم الجواز ظاهراً كالنقل، سواء أكان عالماً بتحقيق الإجازة أم شاكاً فيه.

إذ على الأول ليس السبب كاملاً و إن علم باستكمالها فيما بعد، لكنه لا يجدي في جواز التصرف قبل إستكمال السبب كما في النقل.

و على الثاني يستند عدم الجواز إلى أصالة عدم تحقق الإجازة.

و أما الحكم الواقعي فهو الجواز مع فرض تحقق الإجازة.

و يترتب على الجواز الواقعي و المنع الظاهري ما يترتب عليهما من الأحكام.

فالتصرف - بناءً على عدم الجواز ظاهراً - فاسق، فيستحقّ التعزير و العقاب بناءً على القول بشوته على المتجري.

كما أنّ الولد حُرٌّ و ملحق به، لأنّ الرقية - كوجوب الحد - من آثار عدم الجواز الظاهري و الواقعي معاً. فلو جاز أحدهما كان كافياً في الحرية و الإلحاق و سقوط الحد، فالولد حُرٌّ و ملحق به على احتمالات الكشف.

نعم على القول بالنقل يكون رقاً، لعدم جواز الوطي ظاهراً، و عدم صيرورته ملكاً له قبل الإجازة، بل يجب عليه الحد أيضاً. هذا حكم غير الاستيلاء. و أما الاستيلاء فسيأتي حكمه.

(١) تعليل لقوله: «يظهر» و بيان للفارق - بين الكشف الحقيقي و الحكمي - في شراء

الجارية فضولاً.

(*) بل لا يجوز التصرف، لعدم كفاية العلم بحصول الإجازة في إنتزاع وصف

التعقب، لأنّ منشأ إنتزاع هذا الوصف هو وجود الإجازة خارجاً، دون العلم بوجودها فيما بعد، كما مرّ سابقاً.

واقعاً، لكشف الإجازة^(١) عن وقوعه^(٢) في ملكه.
ولو أولدها^(٣) صارت أمٌ ولدٍ على الكشف الحقيقي والعلمي،

(١) أي: الإجازة الصادرة من المالك، فإنها كاشفة عن وقوع الوطاء في ملكه.
(٢) يعني: عن وقوع الوطاء في ملك المشتري، وهذا بخلاف الكشف الحكمي، حيث إن الوطاء حرام، لوقوعه في غير ملكه.
فعلُ القول بإجراء الأحكام الممكنة - كما مرَّ في كلام المصنف رحمته - لا يمكن إجراؤها هنا، لعدم إمكان الحِلِّ في التصرف الواقع في ملك الغير (*).
(٣) أي: ولو أولد المشتري الجارية صارت أمٌ ولد، ولا يجوز بيعها حينئذٍ. وهذا شروع في أوّل الفرعين المترتين على وطئ الجارية - المشتراه فضولاً - قبل إجازة المالك. وينبغي تقديم أمرٍ قبل توضيح المتن، وهو: أنهم حكموا في كتاب الاستيلاء بأن أمٌ الولد مملوكة، ولكن لا يجوز بيعها ما دام ولدها حياً، إلا في بعض الموارد. فإن مات مولاه - وولدها حيٌ - جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه^(١).
وإشترطوا في صيرورتها أمٌ ولدٍ أن تحمل من حُرٍّ، وأن تكون مملوكةً له حال الوطاء، سواء أكان الوطاء مباحاً، أم محرماً كالوطء في حال الحيض وشبهه. فلو حملت - وهي غير مملوكة له - لم تكن أمٌ ولدٍ، سواء حملت من مملوكٍ بالزنا أم من حُرٍّ غير مالك لها واقعاً بالمفرور، والمشتري لجارية ظهرت مستحقة للغير.
قال المحقق رحمته: «فلو أولد أمة غيره مملوكاً، ثم ملكها لم تصير أمٌ ولده ولو أولدها حُرّاً ثم ملكها، قال الشيخ: تصير أمٌ ولده. وفي رواية ابن مارد: لا تصير أمٌ ولده»^(٢).

(*) لكن الحق بناءً على الكشف الحكمي حلية الوطاء، لأن مقتضى تنزيل غير الملك منزلة الملك هو حلية الوطاء، فإن دليل التنزيل حاكم على ما دلَّ على إعتبار الملك في حلية الوطاء، أو كونه موجباً لصيرورة الأمة أمٌ ولدٍ لواطئها، كسائر التنزيلات الشرعية كالاستنطاق البذلية والمسافة التلقيفية.

«١» راجع: شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٣٩

«٢» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٣٨، ولاحظ جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ٣٧٢ و ٣٧٣

لأن^(١) مقتضى جعل الواقع ماضياً ترتب^(٢) حكم وقوع الوطء في الملك.
و يحتمل^(٣) عدم تحقق الاستيلاء على الحكمي، لعدم^(٤) تحقق حدوث الولد

و الاستفادة منه أن ترتب أحكام أم الولد على الأمة منوط بكون ولدها حراً،
وحريته تتوقف على الملك، سواء أكان الوطء مباحاً أم حراماً لعارض، فلو لم تكن
مملوكة للواطيء كان ولدها مملوكاً تابعاً لأمه، و لا تصير محكومة بأحكام أم الولد.

و يقع الكلام في أن الملكية المستكشفة بإجازة المالك كافية في صدق «أم الولد»
عليها، أم لا بد من الملكية الثابتة قبل المباشرة، فنقول: إن حاصل ما أفاده بَيِّنَةٌ: أنه
لا إشكال في تحقق الاستيلاء بناءً على الكشف الحقيقي، لكشف الإجازة عن وقوع الوطء
في ملك الواطيء، فتصير الأمة أم ولده. كما لا ينبغي الإشكال في عدم صيرورتها أم ولده
للمشتري بناءً على ناقلية الإجازة، لوقوع الوطي في ملك الغير.

و أما على القول بالكشف الحكمي فيه وجهان:
أحدهما: الاستيلاء، نظراً إلى لزوم ترتيب أحكام الملكية السابقة التي منها
صيورة الأمة أم ولده للمشتري.

ثانيهما: عدم الاستيلاء، لوقوع الوطي في ملك الغير الذي هو محكوم بالبقاء إلى
أن تصدر الإجازة من مالك الأمة، فلا تصير حينئذ أم ولده للمشتري.

(١) تعليل لصيرورتها أم ولده بناءً على الكشف الحكمي، لأن قوله بَيِّنَةٌ: «ترتب
حكم وقوع الوطي في الملك» كالصريح في عدم وقوع الوطي في الملك حقيقة، بل نُزِّل
منزلة وقوعه في الملك، فحكمه حكم الوطي الواقع في الملك حقيقةً في كونه موجباً
لصيورة الأمة أم ولده.

(٢) خبر قوله: «لأن» أي: مقتضى جعل العقد الفضولي نافذاً هو ترتب ... الخ.

(٣) هذا إشارة إلى الوجه الثاني الذي تعرضنا له بقولنا: «ثانيهما: عدم الاستيلاء ...

الخ».

(٤) تعليل لعدم تحقق الاستيلاء بناءً على الكشف الحكمي، لظهور بعض النصوص
في أن صيرورة الأمة أم ولده منوطة بحدوث الولد في الملك، أي كونها مملوكة للسيد حين
تكوّن الولد، فلو لم تكن مملوكةً لسيدها في تلك الحالة لم تصر أم ولده، وإن حكم الشارع

في الملك، وإن حكم بملكيتِه^(١) للمشتري بعد ذلك (*).

بترتب آثار الملكية عليها في حال تكوُّن الولد.

ففي معتبرة محمد بن مارد عن أبي عبدالله عليه السلام : «في الرجل يتزوج الأمة، فتلد منه أولاداً، ثم يشتريها، فتمكث عنده ما شاء الله، لم تلد منه شيئاً بعد ما ملكها، ثم يبدو له في بيعها. قال: هي أمته ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك، وإن شاء أعتق^(٢)». فإن قوله عليه السلام : «هي أمته ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك» - أي بعد ما ملكها - كالصريح في اشتراط صيرورتها أم وُلِدَ بمحدث الولد في ملكه. وهذا لا يصدق على من لم تكن ملكاً للواطي حين الحمل، وإنما صارت ملكه بعد تحقق الإجازة كما في مورد البحث.

(١) أي: بملكية الولد بعد صدور الإجازة من المالك الأصيل، لأنه حينئذٍ غناء ملكه.

(*) لا يخفى أنه بناءً على جميع وجوه الكشف تصير الأمة أم وُلِدَ، لأنها وإن لم تكن ملكاً للمشتري حال الوطء بناءً على الكشف الانقلابي والحكمي، لكنها لصيرورتها بعد إجازة عقد الفضولي ملكاً حقيقةً أو حكماً للمشتري - الذي اشتراها من الفضولي - صارت أم وُلِدَ للمشتري.

وأفاسائر وجوه الكشف الحقيقي الستة التي ذكرناها في مرحلة الثبوت، فتفصيله: أنه مع العلم بجصول الإجازة من المالك يجوز التصرف لكل منهما قبل صدور الإجازة واقعاً وظاهراً على الوجه الأول والثاني والثالث والخامس والسادس، لوجود الشرط فيها حين العقد.

أما على الوجه الأول والخامس - وهما شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر - فوجود المشروط فعلاً، إذ المفروض جواز تقدم المشروط على الشرط العقلي في الأول،

«١» وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٥٨٩، الباب ٨٥ من أبواب نكاح العبيد والاماء، الحديث ١، والظاهر تمامية السند وإن كان يحدس فيه في بعض الكلمات من جهة ضعف إسناد الشيخ إلى ابن محبوب باین بطة. وجه الصحة شهادة الشيخ في الفهرست بأن له سنداً صحيحاً إلى جميع كتب إسن محبوب ورواياته. ولا إشكال من جهة سائر الرواة كما لا يخفى على من راجع تراجمهم.

والشرعي في الخامس الذي إرتضاه صاحب الجواهر رحمته، فيجوز التصرف لكليهما قبل حصول الإجازة.

وكذا على الوجه الثاني الذي يكون الشرط فيه وصف التعقب بناءً على كونه وصفاً مقارناً للعقد. والوجه الثالث الذي يكون الشرط فيه الرضا التقديري. والوجه السادس الذي يكون الإجازة فيه مجرد العلامة و الأمانة على حصول النقل والانتقال بنفس العقد، إذ بناءً على الوجوه الثلاثة يكون العقد من حين وقوعه تاماً مؤثراً.

وأما الكشف الانقلابي والحكمي فقد عرفت صيرورة الأمة أم ولد فيهما بعد الإجازة. هذا كله بحسب الحكم الواقعي.

وأما الحكم الظاهري فهو عدم جواز التصرف في جميع أنحاء الكشف، لأصالة عدم الإجازة، إذ مع عدم العلم بلحوق الإجازة يكون مقتضى الأصل عدم جواز التصرف.

وأما مع العلم بلحوقها فلا إشكال في جواز التصرف في صورتها شرطية التعقب و شرطية الإجازة بنحو الشرط المتأخر، و في صورتها شرطية الرضا التقديري، و أمارية الإجازة على تأثير العقد، و حصول النقل والانتقال من دون دخل للإجازة في تأثير العقد.

وأما الكشف الانقلابي والحقيقي الذي تقدم من صاحب الجواهر فلا يكفي العلم بوجود الإجازة فيما بعد، إذ المفروض دخل الإجازة بوجودها الخارجي في الملكية التي يترتب عليها جواز التصرف، والعلم تعلق بما يصير بعد ذلك سبباً لجواز التصرف. وهذا لا يكفي في فعلية سبب جواز التصرف حتى يصير مسبباً فعلياً.

ثم إنه قد يُمنع ما أفاده المصنف رحمته - من صيرورة الأمة أم ولد بناءً على الكشف الحكمي - بما في تقرير السيد المحقق الخوئي رحمته من: أن الشارع وإن حكم بعد إجازة المالك بكون الأمة ملكاً للمشتري من الفضولي، و أن الولد تكوّن في ملكه، إلا أن ظاهر الأدلة المتكفلة لأحكام أم الولد - كحرمة بيعها - هو حدوث الولد في ملك الواطي، والمفروض أن هذه الأمة لم تكن ملكه حين الوطي، وإنما صارت ملكه بقاءً أي بعد إجازة المالك، فلم يتحقق الاستيلاء في ملك المشتري، ومثلها غير مشمول لتلك الأدلة.

وهذا نظير أخبار مبطلية الزيادة، فإنها مختصة بما إذا إتصف الفعل - كقراءة الآية أو

ولو نقل المالكُ الولدَ [أمُّ الولد] من ملكه

(١) و هي التي بيعت فضولاً. و هذا إشارة إلى ثمرة ثانية - بين الكشف الحقيقي و الحكمي - تظهر في بيع جارية الغير فضولاً، التي أولدها المشتري. بأن باعها الفضولي في الساعة الأولى، ثم أخرجها السيد عن ملكه في الساعة الثانية، ثم أجاز بيعها فضولاً في الساعة الثالثة.

السورة - بأنه زائد حين وقوعه، لا ما إذا إتصف به بعد وقوعه، لظهور الدليل في إحدث الزائد، لا جعل الحادث سابقاً زائداً بعد حدوثه^(١).

أقول: و لعل من هذا الباب حكمه **تَبَيُّرًا** باعتبار خروج البدن كلاً أو بعضاً من الماء في الغُسل الارتعاسي، و عدم كفاية الارتعاس لغرض آخر، ثم نية الغُسل في هذه الحالة، فإن المراد من الاغتسال إحدائه و إيجاداه، و لا يصدق عند كونه مرتعساً^(٢).

و كيف كان، فيمكن منع ما أفاده **تَبَيُّرًا**. أمّا في مبطلية الزيادة فلأن دعوى اختصاصها بقصد الزيادة من حين الشروع في الزائد محل تأمل، لإطلاق «من زاد» الدال على إخلال الزيادة العمدية في الصلاة. فلو شرع في سورة ثم عدل عنها إلى أخرى، صدق عنوان الزائد على الأولى، لكنها مغتفر فيها، للنص الدال على جواز العدول إلى سورة أخرى قبل بلوغ النصف، لا لعدم صدق الزائد على المأتي به أولاً، فإن الزيادة المخلة تتوقف على قصد الجزئية، و المفروض تحققه في مثل السورة. لكن لا بد من تقييد إطلاق «من زاد». و دعوى الانصراف الى خصوص الزيادة الحدوثية ممنوعة أيضاً.

كما أنه يمكن التأمل في وجوب إخراج معظم البدن من الماء في الغسل، بدعوى: أن المكث فيه بقصد الغُسل فعل إختياري يتعلق به قصد إمتثال الأمر. ولو شك في اعتبار أمر زائد عليه يُنفى بالأصل. هذا في المقيس عليه.

و أمّا الأمة فالظاهر أنها محكومة بكونها أم ولد بمقتضى الكشف الحكمي و الانقلابي كما تقدم. هذا كله بحسب القاعدة. و لكن يمكن إستفادة إعتبار ملكيتها في منع بيعها من معتبرة محمد بن مارد المتقدمة في التوضيح.

(١) «مصباح الفقاهة، ج ٤، ص ١٥٧ و ١٥٨

(٢) «منهاج الصالحين، ج ١، ص ٥٦، المسألة: ١٥٣ من كتاب الطهارة.

و ينبغي التنبيه على أمرٍ قيل توضيح الثمرة، و هو: أن الموجود في كثير من نسخ الكتاب - حتى النسخة المصححة التي نعتمد عليها - هو: «ولو نقل المالك الولد من ملكه» وكذا بتذكير الضمير فيما سيأتي من قوله: «و على المميز قيمته» لكن كتب فوق كلمة «الولد» كلمة «أم» مع علامة «ظاهراً». و لم يتضح أن الصادر من قلم شيخنا الاعظم رحمته هو «نقل الولد» أو «نقل أم الولد».

و اختلفت أنظار أعلام الشراح و المحشين في ما هو الأرجح في ضبط العبارة. فمنهم من إعتد على نسخة «ولو نقل المالك أم الولد» فشرح العبارة أو إعترض عليها^(١). و منهم من جعل الأنسب بما ذكره المصنف رحمته في ضابط الكشف الحكمي هو نسخة «ولو نقل المالك الولد»^(٢).

و كيف كان فينبغي توضيح المتن بناءً على كلتا النسختين، ثم التعرض في التعليقة لما يظهر بالتأمل في كلمات المصنف، فنقول و به نستعين:

أما بناءً على نسخة «أم الولد» فتظهر الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي، لو نقل السيد أم الولد عن ملكه ببيع أو هبة قبل أن يُميز عقد الفضولي، ثم أجازة. فبناءً على الكشف الحقيقي يحتمل كل من صحة هذا النقل و بطلانه، و بناءً على الكشف الحكمي يصح نقلها كما يصح بيعها فضولياً بالاجازة.

و ليعلم - قبل تقريب الصحة و البطلان - أن محل الوجوه المزبورة هو جهل سيد الأمة - حين نقل أمته - بأنها بيعت فضولاً، إذ لو كان عالماً ببيعها فضولاً كان نقلها إلى الغير مبهمةً أو بيعاً ردّاً لذلك البيع الفضولي.

و بعد وضوح محل النزاع نقول: بناءً على الكشف الحقيقي يحتمل أمران، بطلان النقل و صحته.

«١» لاحظ: غاية الآمال، ص ٣٨٠؛ حاشية السيد، ج ١، ص ١٥٤؛ منية الطالب، ج ٢، ص ٢٤٣؛ واحتمل المرزا النسخة الأخرى، لكن الاستفادة منه ترجح كون المنقول هو الأم، حاشية المكاسب للمحقق

الايرواني، ج ١، ص ١٢٩

«٢» حاشية السيد الاشكوري، ج ١، ص ٨٦؛ حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني، ج ١، ص ١٥١

أما الاحتمال الأول و هو بطلان النقل، فلأن الإجازة المتأخرة كشفت عن دخول أمّ الولد في ملك من إشتراها من الفضولي من حين بيعها منه، فنقل السيد لها نقل مال الغير، و هو غير نافذ إلا بإجازته.

و أما الاحتمال الثاني - و هو صحة نقل السيد لأمّ الولد، و بطلان الإجازة المتأخرة - فلأن الأمة تكون ملكاً لسيدّها قبل إجازة بيعها فضولاً، و لم يتعلّق بها بعد حقّ مانع من نفوذ نقله، فلا يبقى موضوع للإجازة، لما سيأتي في ثالث تنبيهات الإجازة (في ص ١٨١) من توقف تأثير الإجازة على عدم تحلّل ردّ المالك بين العقد الفضولي و بين إجازته. كما سيأتي أيضاً في أحكام الردّ إنشاء الردّ بكلّ من القول و الفعل. فراجع (ص ٤٤٥ - ٤٤٦). و بناءً عليه يحتمل كون نقل أمّ الولد ردّاً لذلك البيع الفضولي و مفوّتاً لمحلّ الإجازة، و من المعلوم أنّ الردّ الفعلي كالقولي في عدم بقاء موضوع الإجازة. هذا بناءً على الكشف الحقيقي.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي فيصحّ نقل أمّ الولد. لبقائها على ملك سيّدّها، فإذا أجاز بيعها فضولاً فقد تملّكت منها بإجازته، فيتحقق عقدان صحيحان. و لما لم يتمكن السيد من الوفاء بكلّا العقدين - لكون المنقول و المبيع واحداً شخصياً و هو الأمة - تعيّن تسليم العين للمشتري من الفضولي، و دفع قيمتها إلى من نقلها السيد إليه.

أما تسليم الأمة للمشتري من الفضولي فلاّنه مقتضى تنفيذ بيع الفضولي بإجازته، و صيرورة ذلك البيع مضافاً إلى نفس السيد بالإجازة المتأخرة.

و أمّا تسليم القيمة إلى الثاني، فلكونه مقتضى صحة نقله الواقع قبل حكم الشارع بصيرورة الأمة ملكاً للمشتري من الفضولي، و من المعلوم أنّه عند تعذر تسليم العين لصاحبها يلزم ردّ البدل و هو المثل في المثلي و القيمة في القيمي.

و نظير هذه المسألة - من الحكم بصحة البيع الفضولي و نقل المالك، و تسليم العين لأحد المشتريين و البدل إلى الآخر - هو تصرف من عليه الخيار في البيع الخياري بناقلٍ لازمٍ إذا فسّخ ذو الخيار بعد ذلك، حيث إنهم حكموا بصحة ذلك التصرف الناقل كحكمهم بصحة الفسخ، و إشتغال ذمة من عليه الخيار بالبدل، و سيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

هذا توضيح الثمرة بناءً على كون المنقول هو الأمّ المبيعة فضولاً.

قبل الإجازة^(١)، فأجاز، بَطَّلَ^(٢) النقلُ على الكشف الحقيقي، لإكتشاف وقوعه^(٣) في ملك الغير. مع احتمال^(٤) كون النقل بمنزلة الرد. و يبقى^(٥) صحيحاً على الكشف

و أما بناءً على نسخة «ولو نقل الولد» فتوضيح الثمرة: أنه بناءً على الكشف الحقيقي يبطل نقل الولد، إذ الإجازة المتأخرة كشفت عن كون الأمة و ولدها ملكاً للمشتري من الفضولي، لتبعية النماء للعين، فهو ملك الغير، و نقل مالك الأمة له - قبل الإجازة - تصرفٌ في ملك الغير.

و بناءً على الكشف الحكمي يصح نقل الولد، لأنه نماء ملكه، و لم يتعلق به حق أحدٍ بعد. ولكن حيث أجاز البيع الأمة فضولاً فقد أتلّف على المشتري نماءها، فيضمن المالك بدله، فيجب دفع قيمة الولد إلى المشتري من الفضولي.
فإن قلت: لم لا يكون نقل الولد ردّاً فعلياً لبيع الأمة؟ حتى لا يبقى محلّ لإجازة البيع، و لا موضوعٌ لدفع البدل إلى المشتري.

قلت: لا يكون نقل الولد منافياً لإجازة بيع الأمة، لأنّ مصبّ البيع الفضولي هو نفس الأمة لا نماؤها، فالإجازة و الردّ يتعلقان بمورد ذلك البيع، لا بما هو خارج عنه. و عليه فنقل الولد لا يُزاحم إجازة بيع الأمّ، و يتجه حينئذٍ وجوب دفع قيمته إلى المشتري، فيمكن الالتزام بصحتها معاً.

(١) أي: قبل أن يجيز المالك بيع أمته فضولاً.

(٢) جواب «ولو نقل» أي: بطل النقل الذي أنشأه مالك الأمة بناءً على الكشف الحقيقي. و المراد بالبطلان كونه فضولياً موقوفاً على إجازة المشتري من الفضولي، و ليس المراد بطلان النقل رأساً و خروجه عن قابلية الصحة حتى لو أجاز المشتري.

(٣) أي: وقوع نقل السيد - للأمة - في ملك الغير، و هذا الغير هو المشتري من الفضولي.

(٤) تقدم توضيح هذا الاحتمال بقولنا: «و يحتمل كون نقل الأمّ ردّاً لذلك البيع الفضولي...».

(٥) معطوف على «بطل» يعني: أنّ النقل الصادر من المالك باطل على الكشف الحقيقي و صحيح على الكشف الحكمي، لبقاء المال المبيع فضولاً على ملكه، فوقّع النقل في ملكه.

الحكمي، وعلى المجيز^(١) قيمته^(٢) [قيمتها] لآته^(٣) مقتضى الجمع (*) بين جعل

(١) و هو المالك الأصيل المجيز لبيع الفضولي بعد نقل أمّ الولد عن ملكه إلى الغير.
 (٢) اختلفت النسخ في ضبط هذه الكلمة أيضاً - كما أشرنا إليه - ففي كثير منها «قيمتة» وهو يناسب كون مصبّ الثمرة نقل الولد. لكنها صُحِّحت بـ «قيمتها» ليناسب كون المنقول هو الأمّ، لا الولد.

(٣) أي: لأنّ ثبوت قيمة أمّ الولد على المالك هو مقتضى الجمع بين جعل عقد الفضولي ماضياً و نافذاً من حين وقوعه، و بين صحة نقل المالك الأصيل أمّ الولد الذي وقع قبل حكم الشارع بنفوذ بيع الفضولي، فإنّ مقتضى الجمع بين صحة عقد الفضولي و بين صحة النقل المزبور هو تسليم أمّ الولد إلى المشتري الثاني الذي

(*) هذا التعليل يناسب كون المنقول هو الأمّ، فإنّ الولد و إن كان تابِعاً لأمّه في الملكية - لتبعية النماء للعين - إلا أنّ الجمع بين مقتضى الكشف الحكمي و صحة النقل يقتضي كون موضوع البيع الفضولي و نقل المالك واحداً حتى يجمع بينهما، إذ لو كان المنقول هو الولد، و المُجاز بيع أمّه، لم يكن تناهي بينهما، بل المتعين دفع قيمة الولد، لكون نقله إتلافاً له على مالكة.

و كذا ما تقدم من قوله: «مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ» يلتزم أيضاً مع كون المنقول هو الأمّ، لما سيأتي بعد أسطر من أنّ التصرف المنافي للبيع الفضولي المفوّت لمحلّ الإجازة يكون ردّاً فعلياً للعقد، و من المعلوم أنّ مورد الإجازة و الرد هو بيع الأمة، فلو كان المنقول هو الولد لم يكن منافياً لبيع الأمّ، و إنّما يجب عليه البذل، لكون هذا النقل إتلافاً لنماء العين التي تترتب عليها أحكام الملك من زمان العقد. ولو كان المنقول هو الأمّ كان ردّاً لبيع الفضول.

و لعلّ الأكثر لأجل هاتين الجملتين إلتزموا بأنّ المنقول هو الأمّ.

إلّا أنّ الظاهر من التعليل الآتي في قوله: «و ضابط الكشف الحكمي ...» كون المنقول هو الولد لا الأمّ. قال المحقق الاصفهاني رحمته: «و هذا - أي كون المنقول الولد - هو الأنسب بما صرح به على الكشف الحكمي من أنّه لا موقع للإجازة و ترتيب الأثر مع تفويت محلّ

العقد ماضياً من حين وقوعه^(١)، و بين مقتضى صحة النقل الواقع قبل

إشترى أم الولد من مالکها الأصلي، و إعطاء قيمتها إلى المشتري الذي إشتراها من البائع الفضولي.

و ما نحن فيه نظير بيع من عليه الخيار - كمن يشتري دكاناً مثلاً بثمن معين - مع جعل الخيار للبائع في مدة معينة، ثم يبيع المشتري - الذي عليه الخيار المجهول للبائع - ذلك الدكان في زمان الخيار بيعاً لازماً، فإن على المشتري الذي عليه الخيار أن يدفع قيمة الدكان الذي باعه، إلى من له الخيار، لأن بيع من عليه الخيار لمتعلق الخيار إتلاف له على من له الخيار، فعليه دفع قيمته إلى ذي الخيار.

هذا وجه صحة كل من البيع الفضولي بالإجازة، و نقل المالك للأُم إلى شخص آخر، و وجوب دفع قيمتها إلى الأول.

و إن كان المنقول هو الولد فوجوب دفع قيمته أوضح وجهاً، و قد تقدم بيانه (في ص ٨٦) بقولنا: «و بناءً على الكشف الحكمي يصح نقل الولد، لأنه نماء ملكه... الخ».

(١) لا يخفى إقتضاء جميع أقسام الكشف جعل العقد ماضياً من حين وقوعه، في

الإجازة شرعاً أو عقلاً، فإن الجارية محل الإجازة و مورد العقد، فلا ملك للمجيز حال إجازته حتى يجيز، و يجب ترتيب آثار العقد الصحيح من الأول. بخلاف نقل الولد أو مطلق نمائه، فإنه ليس مصباً للعقد و مورداً للإجازة، فتصح الإجازة، و يرجع بالإضافة إلى منافع و نمائه إلى البدل. و من المعلوم أن مورد الكشف الحقيقي و الحكمي أمر واحد، و ليس هو إلا الولد...»^(١).

و ما أفاده هـ - من إقتضاء كلام المصنف في ضابط الكشف الحكمي كون المنقول هو الولد - متين جداً و لا غبار عليه. إلا أنه لا يلتزم مع الجملتين المتقدمتين الظاهرتين في كون المنقول هو الأم. فالإنصاف عدم خلو العبارة في بيان هذه الثمرة - من تشويش، و هو أعلم بما أفاد.

حكم الشارع^(١) بهذا الجعل. كما في الفسخ بالخيار مع إنتقال متعلقه بنقل لازم^(٢) (*).

قبال النقل. و لما كان المقصود ترتيب الثمرة على الكشف الحكمي، فلا بد من أن يراد من قوله: «جعل العقد ماضياً من حين وقوعه» الحكمُ بترتيب آثار الملكية من حين العقد، في قبال الكشف الحقيقي الموجب لإعتبار نفس الملكية من زمان العقد.

(١) إذ لو وقع النقل بعد حكم الشارع بنفوذ عقد الفضولي فلا إشكال في بطلانه، لوقوعه في ملك الغير، حيث إن الإجازة - سواء أكانت كاشفةً بأخفاء الكشف، أم ناقلة - أوجبت ملكية المبيع فضولاً لمن اشتراه من البائع الفضولي، فالمالك الأصيل صار أجنبياً عن المبيع، بحيث لا سلطنة له على نقله إلى الغير.

(٢) إذ لو كان بنقلٍ جائزٍ لذي الخيار فسحُّه، لأنَّ النقل الجائز لا يُسقط الخيار.

(*) الظاهر صحة النقل حتى على الكشف بجميع أنحاءه، إلّا بناءً على كفاية الرضا التقديري وكون الإجازة كاشفةً عنه.

توضيحه: أنه بناءً على النقل وقع نقل المالك الأصيل في ملكه، فلا مانع من صحته، إذ بيع الفضولي لا يترتب عليه أثر قبل إجازة المالك، والمفروض عدم حصولها قبل النقل، فيصحَّ نقل المالك، لوقوعه في ملكه، ويكون رافعاً لموضوع الإجازة.

وبناءً على الكشف بأقسامه - سوى كفاية الرضا التقديري - يصح أيضاً نقل المالك، وذلك لأنَّ صحة عقد الفضولي منوطة بإجازة المالك المنوط نفوذها ببقاء مالكيته حين الإجازة. وحيث إنَّ النقل لم يكن نفوذه مشروطاً بشيءٍ، فحين وقوعه أثر وخرج المبيع عن ملكه، ولا يبقى معه موضوع للإجازة.

وإن شئت فقل: إنَّ نفوذ عقد الفضولي مشروط بالإجازة من مالك أمر هذا العقد، ونقل المالك الأصيل للمبيع فضولاً إلى غير من اشتراه من البائع الفضولي أخرجته عن ملكه، وجعله أجنبياً عن المبيع، فلو أجاز بعد هذا النقل وقع هذه الإجازة في غير ملكه، فلا تنفذ، و تكون كالعدم.

والحاصل: أن صحة عقد الفضولي معلقة على تقدير، ونقل المالك يهدم ذلك

التقدير، و هو إجازته حين كونه مالكاً، فإن نقله - حيث إنه مطلق غير معلق على شيء - أوجب خروج المبيع عن ملكه، ودخوله في ملك من اشتراه منه، وعدم صلاحيته لأن يصير ملكاً لمن اشتراه من البائع الفضولي.

نعم بناءً على كفاية الرضا التقديري - وجعل الإجازة طريقاً محضاً إلى ذلك الرضا - يشكل صحة نقل المالك الأصيل، إذ المفروض إنتقال المبيع فضولاً إلى من اشتراه من العاقد الفضولي، فيقع نقل المالك في غير محله، لوقوعه في غير ملكه.

لكن المبنى فاسد، لما مرّ سابقاً، كفساد طريقية الإجازة وأماريتها على الرضا وطيب النفس من دون دخلٍ لنفس الإجازة، إذ لازمه خروج صورة العلم برضا المالك عن عقد الفضولي، و هو خلاف مذهبهم من كونه من صفريات عقد الفضولي.

وقد ظهر ممّا ذكرنا - من رافعية نقل المالك الأصيل للمبيع فضولاً لموضوع الإجازة - عدم إجتماع عقدين و تزاممهما حتى نحتاج إلى الجمع بينهما بتسليم عين الأمة إلى من اشتراها من مالكها، و دفع قيمتها إلى من اشتراها من الفضولي.

و بالجملة: تصرف المالك الأصيل في ماله الذي بيع فضولاً قبل إجازته رافع لموضوع الإجازة، حيث إن الإجازة منوطة بمالكية المجيز لأمر العقد رداً و إجازةً حين الإجازة، و تصرفه فيه قبل الإجازة رافع لموضوعها.

و قياس المقام بفسخ من له الخيار لمتعلق العقد الخياري - بعد نقل من عليه الخيار - في غير محله، لأنّ لذي الخيار حقاً في متعلقه، فليس لمن عليه الخيار نقله، فإذا نقله فقد أتلّف متعلق حق ذي الخيار، فيضمن بدله. و هذا بخلاف المقام، فإنّ المالك مسلّط على ماله، فتصرفه فيه نافذ بلا مانع.

هذا مضافاً الى ما أفيد من «أن الفسخ متعلق بالعقد من حينه لا من حين العقد، و الإجازة متعلقة به من حينه على الكشف، لا من حينها»^(١).

و حاصل الكلام: أنّ النقل إمّا يقع قبل الإجازة، و إمّا يقع بعدها. و على التقديرين إمّا تكون الإجازة كاشفةً أو ناقلة.

وضابط^{١١} الكشف الحكمي الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته -

١) الظاهر أنه يُقَرَّرُ أراد من بيان هذا الضابط - مع عدم كونه من الثمرات المترتبة على الكشف والنقل - تعليل ما ذكره من الحكم بصحة البيع الفضولي والنقل بناءً على الكشف الحكمي. وبيانه: أن تصرف المالك قبل الإجازة يكون على صورتين: إحداهما: أن لا يكون التصرف منافياً لإجازة البيع الفضولي. ومثّل له بإتلاف غناء

فإن وقع النقل بعد الإجازة، فلا أثر له أصلاً، سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة كما هو واضح.

وإن وقع النقل قبل الإجازة، فإن قلنا بناقليتها فلا ينبغي الإشكال في جواز النقل تكليفاً ووضعا، لوقوعه في ملكه.

وإن قلنا بكاشفتيتها، فالمصنف يُقَرَّرُ ذهب إلى الجمع بين نقل المالك وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل، فإن صحة النقل والإجازة تقتضي الرجوع إلى بدل الأمة لمن اشتراها من الفضولي، لأن مالكةا الأصل جعلها بسبب نقلها كالتالف، فيضمن المالك قيمتها له، ويدفع الأمة إلى المشتري الذي اشتراها من نفسه. نظير بيع من عليه الخيار للمبيع في زمن الخيار، في لزوم دفع قيمة المبيع إلى ذي الخيار.

لكن قد عرفت في صدر التعليقة صحة النقل الواقع قبل الإجازة مطلقاً. أما بناءً على النقل فواضح، لوقوع النقل في ملك مالكة الذي له سلطنة تامة على ماله. وأما على الكشف بأقسامه - سيوى كفاية الرضا التقديري - فلتوقف تأثير الإجازة في العقد وتنفيذها على اعتبارها المنوط بعدم تصرف المالك في المال الذي وقع عليه عقد الفضولي. ومع تصرفه فيه لا يبقى موضوع للإجازة، سواء إلتفت المالك إلى عقد الفضولي أم لا. غاية الأمر أن تصرفه فيه مع الالتفات ردُّ لعقد الفضولي، وبدون الالتفات مفوت لموضوع الإجازة ورافع له.

نعم في صورة كفاية الرضا التقديري في الكشف لا يصح النقل، لوقوعه في ملك الغير، وهو من اشتراه من العاقد الفضولي.

كإتلاف^(١) التّماء و نقله و لم يناف الإجازة - جُمع^(٢) بينه^(٣) و بين مقتضى الإجازة

المبيع، و ينقله إلى الغير، ثم تنفيذ البيع الفضولي. و في هذه الصورة يجمع بين صحة البيع و التصرف في التّماء، فتترتب بالإجازة آثار ملكية المشتري من الفضولي من حين شراء الأمة، و يحكم بتبعية التّماء للعين، و بصحة نقل التّماء أيضاً، و يضمن قيمته للمشتري من الفضولي، لكون نقله بحكم الإتلاف.

و ثانيهما: أن يكون تصرف المالك منافياً لإجازة البيع الفضولي، كما إذا تصرف في نفس المبيع، بأن أعتق الأمة أو باعها من شخص آخر، فإنّ هذا النحو من التصرف مزيلٌ لموضوع الإجازة و مفوّتٌ محلّها، فيبطل البيع الفضولي، و يصح تصرف المالك بالنقل أو بالعتق.

و هذا التفصيل بين الصورتين قد أفاده في مباحث الرد كما سيأتي إن شاء الله تعالى في (ص ٤٤٦) و هو يناسب كون المنقول هو الولد لا الأمّ.

و الوجه في كون هذا التفصيل أنسب بنسخة «ولو نقل المالك الولد» هو: أنّه بناءً على الكشف الحكمي لا منافاة بين تصرف المالك في تّماء المبيع فضلاً و بين إجازة البيع، فيصح بيع الأمّ، و يصح نقل الولد أيضاً، لكنه يوجب الانتقال إلى البدل. بخلاف التصرف في نفس المبيع، فإنّه مفوّتٌ محل الإجازة و مُبطلٌ للعقد الفضولي رأساً.

و بناءً على الكشف الحقيقي لا يصح نقل الولد، لأنّ الإجازة اللاحقة كشفت عن كونه ملكاً للمشتري الأوّل تبعاً للأمة، فنقله إلى الثاني تصرف في مال الأوّل، فإن أجاز صح، و إلّا وقع باطلاً. هذا توضيح ما أفاده في ضابط الكشف الحكمي.

(١) يعني: أنّ إتلاف تّماء المملك و نقل التّماء إلى الغير يكون جائزاً لكلّ مالكٍ بمقتضى سلطنته على شؤون ماله، و هذا المقدار غير منافٍ لإجازة بيع العين فضلاً و لا مفوّتٌ محلّها.

(٢) جواب الشرط في قوله: «فإنّ ترتّب شيء». و وجه تعيّن الجمع بين صحّة بيع العين و جواز تصرف المالك في التّماء هو: إعمال كلّ من دليل نفوذ البيع الفضولي بالإجازة، و دليل سلطنة المالك، و قاعدة الضمان بالإتلاف و شبهه.

(٣) أي: بين الشيء الذي هو من آثار ملكية المالك الأصيل - كإتلاف التّماء و نقله و بيع و صلح و نحوهما - و بين مقتضى الإجازة.

بالرجوع^(١) إلى البديل. وإن^(٢) نافي الإجازة - كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً كالعتق - فات^(٣) محلها (*).

(١) متعلق بـ «مُجمَع» يعني: أن الرجوع ببديل المنقول هو مقتضى الجمع بين صحة النقل والإجازة.

(٢) معطوف على «لم يناف» يعني: وإن ترتب شيء من آثار ملكية المالك ونافي ذلك الترتب إجازة المالك لبيع الفضولي، فقد فات محل الإجازة، ويطل البيع. ومثال التصرف المفوت محل الإجازة إتلاف العين المبيعة فضولاً، إما إتلافاً حقيقياً بإعدامها عن صفحة الوجود. وإما إتلافاً شرعياً، ومثل له المصنف هنا بعتق المملوك، لامتناع رده إلى الرقية بعد تحرره. ولكن لا خصوصية في العتق، بل المراد من التصرف المفوت محل الإجازة - كما صرح به في مباحث الرد - هو كل فعلٍ مخرجٍ عن ملكه كالبيع والهبة.

وكذا الفعل المنافي لتأثير الإجازة في صحة العقد من حينه، كما إذا بيعت أمته فضولاً، ثم زوجها المالك، ثم أجاز ذلك البيع، فإن التزويج وإن لم يكن إخراجاً عن الملك لكنه ينافي إنتقال الأمة إلى المشتري من حين العقد.

ولا بد أن يكون مراده هنا من الإتلاف الشرعي ما يعم مثل البيع والهبة، إذ الكلام في صحة نقل المالك، ومنافاته للإجازة.

وقد تحصل مما أفاده بقوله: «و ضابط الكشف الحكمي» أن تصرف المالك إن كان في نفاء المبيع فضولاً، لم يكن منافياً لإجازة بيع العين ذات النماء. وإن كان في نفس العين المبيعة فضولاً كان رداً فعلياً للبيع، ورافعاً لموضوع الإجازة.

(٣) جواب الجملة الشرطية، وهي «وإن نافي».

(*) (أورد غير واحد على جعل إتلاف العين عقلاً أو شرعاً منافياً للإجازة: بأنه مالفارق بين إتلافها كذلك، وبين نقل المالك العين عن ملكه قبل الإجازة، حيث حكم هناك بصحة الإجازة وإستحقاق المشتري للبديل، وحكم هنا بطلان الإجازة، وجعل إستحقاق البديل احتمالاً^(١)).

مع احتمال^(١) الرجوع إلى البديل.

(١) يعني: كما تقدم من تعين الرجوع إلى بدل التمام، فكذلك يحتمل الرجوع إلى

أقول: المناقشة بالتنافي بين كلامي المصنف رحمته قد أوردها الفقيه المامقاني رحمته على المتن أيضاً، لكنه دفعها ببيان الفارق بين نقل الأمة إلى الغير وبين عتقها، بمنع كون البيع إتلافاً شرعاً، لإمكان إعادة المبيع إلى الملك بالفسخ والإرث والنقل الجديد كالهبة والشراء، ونحوها، فلا يكون نقلها إتلافاً. بخلاف العتق، لعدم كونه مجرد إخراج العين عن الملك حتى يتحد حكمه مع البيع، بل فيه زيادة عليه، وهي إمتناع إعادة المعتق إلى الرقبة شرعاً، فلذا يكون عتق الأمة إتلافاً مفوّتاً لمحلّ الإجازة. بخلاف نقلها، لإمكان الجمع بين تنفيذ البيع الفضولي ونقلها إلى الآخر بتسليم العين إلى المشتري من المالك، وتسليم البديل إلى المشتري من الفضولي، هذا^(١).

لكن الظاهر عدم إندفاع التهافت بين كلامي المصنف بهذا البيان، وذلك لأثمه - مضافاً إلى تصريح المصنف رحمته في أحكام الرد بأن وزان البيع والهبة وزان العتق في تفويت محلّ الإجازة، ومنافاة كل منها لصحة البيع الفضولي - ينافي تنظيره وجوب دفع القيمة بناءً على الكشف الحكمي بالفسخ بالخيار مع إنتقال متعلقه بعقد لازم، فإن هذا التنظير قرينة على أن مراده بالإتلاف الشرعي ليس خصوص العتق، بل كل ما يخرج المبيع فضولاً عن الملك، وإلا لم يكن وجه للإنتقال إلى البديل، إذ لو أجاز المالك بيع أمته فضولاً لم تصل النوبة إلى دفع بدلها إلى المشتري، بل أمكن تكليف المالك بفسخ النقل الثاني، بالاقالة أو الإتهاب، أو شرائها منه ليسلمها إلى المشتري من الفضولي.

فحكمه رحمته بصحة النقل، والإنتقال إلى البديل، وعدم إلزامه بإعادتها في ملكه لا يتمشئ إلا بجعل الإتلاف أعم من العتق ومن النقل اللازم.

وعليه فالظاهر عدم خلو كلمات المصنف رحمته من التهافت، ولذلك قلنا إن ما أفاده في دفع القيمة يناسب كون النسخة «نقل الأم» وما أفاده بقوله: «و ضابط الكشف الحكمي...» يناسب نقل الولد. وهو أعلم بما قال.

و سيجيء^(١).

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع^(٢):

البدل في التصرف المنافي للإجازة. و عليه فيصح نقل المالك في كلتا صورتين، و هما التصرف في العين و النماء، و لا يفوت محلُّ الإجازة لو تصرف في العين، بل يرجع إلى البدل.

و لا يخفى أن هذا الاحتمال غير معتنى به، و لذا لم يذكره في مباحث الرد، و جَزَم هناك بأن التصرف في العين ردُّ فعليٌّ للبيع الفضولي.

(١) يعني: و سيجيء في أحكام الرد تفصيلُ الكلام في التصرف المنافي المفوت محلُّ الإجازة، حيث قال: «و كذا يحصل - يعني الرد - بكلِّ فعلٍ مُخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبهها كالعتق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك ... و أما التصرف غير المخرج عن الملك كاستيلاء الجارية و إجازة الدار و تزويج الأمة فهو وإن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه، إلا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد ... الخ» (راجع (ص ٤٤٦ و ٤٤٧).

و كيف كان فلم يتعرض المصنف هناك لاحتمال الرجوع إلى البدل، بل جَزَم بكون التصرف المنافي ردًّا فعلياً لعقد الفضولي.

هذا تمام الكلام في الجهة الثانية المتكفلة للثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي. و سيأتي الكلام في الثمرة بين الكشف و النقل.

ثمرات الكشف و النقل

(٢) ذكرنا في (ص ٧٥) أن المقام الثاني من مباحث الإجازة - يتكفل ببيان ثمرات الكشف و النقل، و تقدم الكلام في جهتين، و هما ثمرة قسمي الكشف الحقيقي، و ثمرة الكشف الحقيقي و الحكمي. و يقع الكلام في الجهة الثالثة، و هي ثمرات الكشف - مطلقاً - و النقل، و جملتها المذكورة في الجواهر و في شرح القواعد أيضاً. و قدّم المصنف **بَيِّنَات** ثمرات ثلاث معروفة، ثم تعرض لثمرات أخرى ذكرها كاشف الغطاء **بَيِّنَات** و تبعه في أنوار الفقاهة و كشف الظلام.

منها^(١): النماء، فإنه على الكشف بقولٍ مطلق^(٢) لَمَنْ إنتقل إليه العين، و على النقلِ لَمَنْ إنتقلت عنه^(٣).
و للشهيد الثاني في الروضة عبارة^(٤):

الاولى: النماء

(١) أي: من تلك المواضع التي ذكرها للشرة بين الكشف و النقل.
(٢) أي: بأقسامه الثلاثة المذكورة سابقاً في كلام المصنف رحمته من الكشف الحقيقي، مع كون الشرط فيه نفس الإجازة بناءً على إمكان الشرط المتأخر. و من الكشف الحقيقي مع كون الشرط فيه الوصف المنتزِع و هو التعقب. و من الكشف الحكمي الذي هو نقل حقيقي و كشف حكمي، أعني به القول بانتقال النماء إلى المشتري، مع القول ببقاء الملك على ملك مالكة إلى زمان الإجازة.
و محصل هذه الثمرة هو: أنَّ النماء على القول بالكشف - مطلقاً - يكون لمن إنتقل إليه العين بالعقد الفضولي.
و على القول بالنقل يكون لَمَنْ إنتقل عنه و هو المالك الأصلي، إذ لم يترتب أثر على العقد الفضولي حتى يكون النماء لَمَنْ إنتقل إليه.
(٣) لأنَّه نماء ملكه.

(٤) مبتدئ مؤخر، و خبره «و للشهيد الثاني» و عبارة الروضة هي «و تظهر الفائدة في النماء. فإن جعلناها كاشفةً فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع. ولو جعلناها ناقلةً فهما للمالك المميز»^(١).
و لما كان قوله: «فهما للمالك المميز» مخالفاً لما تسالموا عليه - من أن نماء كل واحد من العوضين تابع لأصله، و هو للمالكة - فلذا أشار إليه المصنف رحمته، و أنه لا بد من توجيهه بما يطابق القاعدة. و قد وجهه المحقق الخوانساري رحمته بوجوه ثلاثة، حَكَم على الأوّل منها بالتكلف، على الثاني بالبعد، و على الثالث بالاشكال. و وجهه السيد الفقيه العاملي رحمته بوجهٍ آخر.

و ينبغي نقل كلام الفقيهين، ثم النظر في أولوية أحدهما من الآخر، فنقول: قال المحقق الخوانساري - بعد شرح عبارة الروضة - ما لفظه: «فقوله: - فهذا للمالك المميز - كما ترى، إلا أن يفرض كون العقد فضولياً من الطرفين، و يكون المراد بكونها للمالك المميز كون كل منهما للمالك أصله المميز. و فيه تكلف.

أو يقال: إن المراد أن كلاً منهما للمالك المميز ولو في صورتين. فناء المبيع للبائع عند كونه فضولياً من قبّله، و نماء الثمن للمشتري إذا كان فضولياً من قبّله. و لم يتعرّض لنماء الطرف الآخر، لظهوره بالمقايسة. و لا يخفى بُعدُه.

و يمكن أن يقال في صورة كون أحد الطرفين فضولياً: إن الطرف الآخر قد رضي و أجاز من حين العقد، فوقع الإنتقال من طرفه، و إنما يبقى التزلزل من الطرف الآخر، فلا ينتقل منه إلا بعد الإجازة، و حينئذ فيكون نماء كل منهما قبل الإجازة للمالك المميز. و فيه إشكال ... الخ»^(١).

و قال السيد العاملي بعد نقل عبارة الروضة: «و فيه خفاء. أما نماء المبيع فظاهر. و أما الثمن فلأنه إنتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله. و تصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره»^(٢).

و هذا البيان قريب من الوجه الثالث المتقدم في عبارة المحقق الخوانساري. و كيف كان ففرض المصنف رحمته ترجيح أول الوجوه الثلاثة التي أفادها المحقق الخوانساري، و هو: أن المراد بالمالك كمي المميز الذي له فردان، مع فرض الكلام في كون كلا الطرفين فضولياً. فالنتيجة حينئذ: أن نماء المبيع للمالك الذي من شأنه الإجازة إذا كان الفضولي من طرفه، و نماء الثمن للمالك الذي من شأنه الإجازة إذا كان الفضولي من طرفه. و الحاصل: أن نماء المبيع المتكوّن بين زمان العقد و الإجازة - بناءً على ناقلية الإجازة - يكون للبائع الذي هو المالك المميز إذا كان الفضولي من طرفه. و نماء الثمن

«١» حاشية الفقيه المحقق جمال الدين على الروضة، ص ٣٥٨، و تجدها أيضاً في هامش شرح اللمعة، طبعة

عبدالرحيم ١٣٠٩، ج ١، ص ٣١٢

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠

توجيه^(١) المراد منها - كما فعله بعضٌ - أولى من توجيه حكم ظاهرها، كما تكلفه^(٢) آخر^(٣) (*).

كذلك يكون للمشتري الذي هو المالك المميز إذا كان الفضولي من طرفه، و هذا التوجيه على طبق القاعدة، إذ بناءً على ناقلية الإجازة يكون كل من العوضين مع غنائها باقياً على ملك مالكة إلى زمان صدور الإجازة.

و أما كون هذا التوجيه خلاف ظاهر عبارة الروضة، فلأنَّ ظاهرها كونُ الثمانين كليهما - بناءً على النقل - للمالك المميز. و هذا الظاهر خلاف القاعدة المقتضية لبقاء كلٍّ من الثمانين - تبعاً لنفس العوضين - على ملك مالكة إلى صدور الإجازة.

(١) مبتدئ و خبره «أولى» و الجملة صفة للعبارة.

(٢) أي: تكلفَ التوجيه بعضٌ آخر و ضميراً «منها ظاهرها» راجعان إلى العبارة.

(٣) و هو صاحب مفتاح الكرامة و من تبعه، و محصل ما أفاده في ذلك: أنه فسّر المالك المميز بالبائع، و قال في وجه كون نماء المبيع له «أنه ظاهر» حيث إنه لم ينقل البائع قبل الإجازة المبيع إلى غيره، فهو و ما يتبعه من النماء باقٍ على ملكه إلى أن يميز. و أما وجه كون نماء الثمن له، فلأنَّ المشتري الذي هو مالك الثمن قد سلّطَ البائع عليه و على ما يتبعه من النماء، كتسليط المشتري البائع الفاصب على الثمن مع علم المشتري بغاصبية البائع، في أنه هو المسلّط للفاصل على إتلاف الثمن بدون الضمان.

و هذا التوجيه و إن كان إبقاءً لظاهر عبارة الشهيد «فهما للمالك المميز» على حالها، لكن إرادة رضى المشتري بتصرف البائع في الثمن و نائه مشكلة، فإنَّ السبب الناقل لم يتم بعدُ بالنسبة إلى الثمن، فكيف بنائه؟ لأنَّ قبول المشتري لا يترتب عليه أثر ما لم تتحقق

(* و من الثمرات التي لم يتعرض لها المصنف ما أفاده الفاضل المامقاني رحمته من:

لزوم المعاطاة، و لغوية رجوع أحد المتعاطيين فيها بناءً على كاشفية الإجازة، و صحة رجوعه و عدم لغويته بناءً على ناقليتها^(١).

الإجازة المتأخرة، و المفروض أن الرضا الموجود حين العقد هو الرضا المعاملي، لا مطلق الرضا بالتصرف، فتسليم الثمن إلى البائع الفضولي يكون بعنوان الوفاء بالمعاملة. مضافاً إلى: ما أورده المحقق القمي رحمته «^١» عليه بأنه أخص من المدعى من جهتين: إحداهما: عدم جريانه فيما كان المشتري فضولياً أيضاً، إذ لا أثر لرضاه بالتصرف في الثمن و غنائه، ثم أجاز المالكان.

و ثانيتهما: إختصاص فرض رضا المشتري بعلمه بكون البائع فضولياً، إذ يقال بأنه نقل الثمن إليه مجتأناً. و لا يتم في المشتري الجاهل بفضولية البائع، فإنه لا ينقل المال إليه إلا

توضيح ذلك: أنه لو اشتري زيد في الساعة الأولى من عمرو بالبيع المعاطاتي، ثم باع بكر فضولاً في الساعة الثانية ذلك الكتاب من بشر، ثم رجع عمرو في الساعة الثالثة إلى المبيع، و هو ذلك الكتاب، ثم أجاز زيد المشتري هذا البيع الفضولي في الساعة الرابعة. فعلى القول بالكشف صار الكتاب ملكاً لبشر في الساعة الثانية قبل رجوع عمرو، فيلغو رجوعه، لوقوعه بعد التصرف الملزم للمعاطاة، و هو بيع بكر فضولاً في الساعة الثانية الذي أجازة زيد.

و على القول بالنقل يصح رجوع عمرو إلى المبيع، لوقوع رجوعه قبل التصرف الملزم للمعاطاة، لوقوع الإجازة الناقلة للمين بعد رجوع عمرو، فينحل به البيع المعاطاتي، و لا أثر للإجازة.

و الحاصل: أن البيع المعاطاتي يلزم بناءً على كاشفية الإجازة، لصيرورة بيع الفضولي - بسبب إجازة زيد المشتري للكتاب بالمعاطاة له - بيعاً لازماً، و تصرفاً ملزماً موجباً للزوم المعاطاة، و لغوية رجوع عمرو، لوقوعه بعد التصرف الناقل الذي هو أحد ملزمات المعاطاة. و بناءً على ناقلية الإجازة يصح الرجوع، و تنحل به المعاطاة، لوقوع إجازة عقد الفضولي بعد بطلان المعاطاة، و إنسائها برجوع عمرو الذي هو أحد المتعاطيين أي بائع الكتاب.

ومنها^(١): «أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطلٌ له^(٢) على القول بالنقل دون الكشف (*). بمعنى: أنه^(٣) لو جعلناها ناقلةً كان فسخ

على وجه المعاوضة التي لم تتحقق بعد، فالتمن و نأوه باقيا على ملك المشتري واقعاً، ولا رضا إلا بالمعاوضة المنتفية حسب الفرض.

فحصل مما ذكرناه: أنه لا بدّ من التصرف في كلام الشهيد الثاني رحمته ليخرج عن مخالفة المتسالم عليه بينهم من «أنّ نداء المبيع للبائع، و نداء الثمن للمشتري بناءً على كون الإجازة ناقلة».

و الأولى حمل العبارة على خلاف ظاهرها بدعوى: أنّ المراد الجدّي هو كون كلا المتعاملين فضولياً. و لولاه يلزم التكلف في إبقاء العبارة على ظاهرها، مع عدم تمامية توجيه هذا الظاهر في نفسه. هذا تمام الكلام في الثمرة الأولى من ثمرات الكشف و النقل.

الثانية: جواز فسخ الأصيل، بناءً على النقل

(١) أي: و من المواضع التي ذكروها للثمرة بين الكشف و النقل: أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر - فيما إذا كان أحد المتعاقدين فضولياً - يوجب بطلان العقد بناءً على النقل، دون الكشف، لأنّه بناءً على النقل يكون فسخه مبطلاً للعقد، لما حكي من الاجماع على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء الآخر، بل قبل تمامية شرائط صحة العقد كالقبض في المجلس فيما يعتبر فيه القبض.

و بناءً على الكشف لا يكون فسخه مبطلاً للعقد، لكون العقد تاماً من طرف الأصيل و إن كان الآخر مُسلطاً على فسخه.

(٢) أي: للعقد، و ضمير «جعلناها» راجع إلى الإجازة.

(٣) الضمير للشأن، و غرضه من قوله: «بمعنى» تفسير النقل.

(*). لا يخفى أنّ المسلّم من جواز الإبطال قبل إنشاء الآخر إنّما يكون في مورد عدم صدق العقد عليه، كإبطال الإيجاب قبل تحقق القبول. و أمّا مع صدق العقد فجواز إبطال إنشائه لفقدان شرطٍ من شرائط الصحة غير معلوم، لأنّه خلاف إطلاق أدلة الصحة و اللزوم، حيث إنّ إطلاقها الأحوالي يقتضي عدم بطلان إنشاء الأصيل بفسخه قبل إجازة الآخر.

إلا أنه قيل بأن الاجماع المنعقد على شرطية عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب يقتضى جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشائه قبل إنشاء الآخر، بل وبعده قبل وجود شرط الصحة، كالقبض في الهبة والوقف والصدقة وبيع الصرف والسلم. فلو بُني على جواز إبطال الإنشاء قبل حصول شرط الصحة جاز للأصيل إبطال إنشائه قبل الإجازة، حيث إنها شرط صحة العقد بناءً على النقل، لاقتضاء الاجماع المزبور ذلك. بخلاف الكشف الحقيقي، حيث إن الإجازة بناءً عليه ليست شرطاً لصحة العقد، فلا يشمله الاجماع، بل يرجع فيه إلى الإطلاقات المقترضة لعدم البطلان.

فالتتيحة: أن مقتضى الاجماع جواز إبطال الأصل إنشائه قبل الإجازة بناءً على النقل دون الكشف.

أقول: لا يخفى عدم تمامية هذه الثمرة في الكشف الانقلابي والحكمي، والكشف على نحو الشرط المتأخر، لكون الإجازة في هذه الأقسام من شرائط صحة العقد، فلو أبطل الأصيل إنشائه قبل الإجازة جاز ذلك، للاجماع المتقدم.

وعليه فلا يختص جواز إبطال الأصل إنشائه بالنقل، بل يجوز إبطاله أيضاً بناءً على الكشف، فهذه الثمرة ساقطة، هذا.

ثم إن الفقيه المامقاني رحمته الله نقل عن بعض الأفاضل «أن المصنف رحمته الله كان يعلل جواز إبطال الإنشاء في مجلس البحث بأن العقد عبارة عن المعاهدة المعبر عنها بالفارسية بقولهم: يمان، ومن المعلوم أن الموجب إذا رجع عن مضمون الإيجاب قبل القبول أو قبل وجود ما هو من شرائط صحة العقد كالقبض ونحوه إنتفى معنى المعاهدة التي ليس قوام العقد إلا بها، فينتفي العقد، وهو معنى بطلانه»^١.

قلت: ما حكي عن المصنف متين جداً بالنسبة إلى رجوع الموجب عن مضمون الإيجاب قبل القبول، لعدم صدق العقد عرفاً عليه حتى تشمله أدلة الصحة واللزوم، ويحكم بعدم جواز رجوع الموجب عن إنشائه قبل القبول. فخرج هذا عن أدلة الصحة واللزوم موضوعي لا حكمي تخصيصي، إذ لا ينبغي الاشكال في عدم صدق العقد العرفي عليه.

فالفرق بين الإجماع وهذا الوجه: أن الإجماع إخراج حكمي، وهذا الوجه إخراج موضوعي.

وأما بالنسبة إلى فقدان شرط الصحة، فجوازُ إبطال الإنشاء غيرُ ظاهرٍ بعد صدق العقد عرفاً، لشمول أدلة الصحة له. و خروجه عن تلك الأدلة بالإجماع المذكور غير ثابت، إذ المتيقن من معقده هو صورة عدم صدق العقد عرفاً. إلا أن يدعى عدم صدقه أيضاً مع فقدان شرط الصحة، أو الشك في صدق العقد الموجب للشك في إندراجه في تلك الأدلة.

لكن الظاهر صدق العقد عرفاً على فاقد شرط الصحة كالتقبض في بيع الصرف والسلم وغيرهما مما يعتبر القبض في صحته، إذ لا ينبغي الارتياح في صدق العقد عرفاً عليها مع فقد شرط الصحة كالتقبض فيها، حيث إن أسامي المعاملات موضوعة للأعم من الصحيحة.

نعم لا إشكال في عدم صدق العقد عرفاً مع فسخ الموجب إنشاءه قبل إنشاء القبول، لكون إنشائه أحد ركني العقد عرفاً.

ولا يخفى أن الفقيه المامقاني رحمته بعد نقل العبارة المتقدمة عن الشيخ رحمته قال: «ولا يخفى عليك أن هذا وجه إعتباري غير مستلزم للمدعى، إذ لا مانع من تجويز الشارع تعقيب الإيجاب المعدول عنه بالقبول، وجعله مثل ذلك الإيجاب والقبول من قبيل الأسباب الشرعية. فالعمدة هو الوجه الأول، وهو تسالمهم على ذلك»^١.

وفيه: أن مثل «أوفوا بالعقود» خطاب لأهل العرف، وموضوع حكمه العقد العرفي، ومن المعلوم عدم صدقه عرفاً على الإيجاب المعدول عنه المتعقب بالقبول. وإحتمال جعله من الأسباب التبعية متوقف على العدول عن العقد العرفي. ولو بُني على الاعتداد بهذا الإحتمال لانسدَّ باب التمسك بتلك الإطلاقات، لعدم إحراز موضوعها مع هذا الإحتمال، لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. ومن المعلوم تمسك الأصحاب قديماً وحديثاً بمثل «أوفوا بالعقود» في موارد الشك في دخل شيء في صحة العقد العرفي، وهذا التمسك مبني على إرادة العقد العرفي من الأدلة.

ثمرة القول بالكشف و النقل - فسخ الأصل ١٠٣

الأصيل كفسخ^(١) الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق. بخلاف ما لو جعلت^(٢) كاشفة^(*)، فإنَّ العقد تامّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه. وهذا^(٣) مبنيٌّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال

(١) خير قوله: «كان»، و قوله: «في كونه ملغياً» متعلق بـ «فسخ الموجب».

(٢) أي: جعلت الإجازة كاشفةً.

(٣) أي: و كون فسخ الأصيل لإنشائه مبطلاً للعقد مبنيٌّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين إنشاءه قبل إنشاء الآخر، بل فوق ذلك، و هو قبل تحقق شرط من شروط صحة العقد كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة و غيرها.

قال الشهيد الثاني رحمته في شرح قول المحقق في عقد النكاح: «إذا أوجب الولي ثمَّ جُنَّ أو أُعْمِيَ عليه، بطل حكم الإيجاب ... و كذا في البيع» - ما لفظه: «وجهه: أنَّ العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائز، يجوز لكلٍّ منها فسخه، و يبطل بما يبطل به الجائز ... و لا فرق بين النكاح و البيع و غيرها من العقود اللازمة في ذلك»^(١).
و قال في الجواهر: «بلا خلاف أجده فيه، كما اعترف به بعضهم»^(٢).

(*) لا يخفى أنَّ العقد على الكشف لو كان تاماً نافذاً من طرف الأصيل كان كذلك على النقل أيضاً، إذ التفاوت بين الكشف و النقل - في دخل الرضا في التأثير بنحو الشرط المتقدم على النقل، و الشرط المتأخر على الكشف - لا يوجب تفاوتهما في تمامية العقد من ناحية الأصيل، و عدم تماميته.

بل لو قلنا بكون الإجازة أمارةً محضةً على تمامية العقد من دون أن تكون مؤثرةً في صحته، كانت تمامية العقد بالنسبة إلى الأصيل و الفضولي أيضاً، لاستواء نسبة العقد إليهما.

«١» شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢٧٤: مسالك الأفهام، ج ٧، ص ١٠٠

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٤٧ و لاحظ كلامه أيضاً في جواز رجوع الموصي عن الوصية في ج ٢٨، ص

أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه^(١)، بل^(٢) قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة^(٣) و الوقف و الصدقة.
فلا^(٤) يرد ما اعترضه

(١) هذا من موارد عدم صدق العقد عرفاً.

(٢) معطوف على «قبل إنشاء» يعني: تسالموا على جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل تحقق شرط صحة العقد.

و الوجه في الإتيان بكلمة «بل» هو الترتي من جواز الإبطال في أحد الفردين - مما يكون حكماً واضحاً - إلى جوازه في الفرد الآخر الذي لا يكون الحكم فيه بتلك المثابة من الوضوح. و بيانه: أن المقتضي للملكية هو العقد المؤلف من الإيجاب والقبول. فتسالمهم على جواز إبطال الإيجاب قبل إنضمام القبول معناه المنع عن وجود المقتضي للملكية، و لا محذور فيه.

و أما جواز إبطال العقد قبل إنضمام الشرط إليه، فعناه إبطال ذلك المقتضي للتأثير، و من المعلوم توقف إلغاء هذا المقتضي على دليل، و هو التسالم الذي أشار إليه بقوله: «بل».

(٣) بناءً على كون القبض شرطاً لصحتها كما هو المعروف من مذهب الأصحاب - كما في جامع المقاصد^(١) - لا شرطاً للزومها، كما حكى عن جماعة^(٢).

(٤) هذا متفرع على ما أفاده من جواز إبطال الإنشاء بناءً على النقل، للاجماع على جواز إبطاله مع فقد بعض شرائط صحة العقد، و ردّ على الاعتراض «بأنّ منع جواز إبطال الإنشاء لا يختص بالكشف، بل يطرد في النقل أيضاً، و يقال بعدم جواز إبطاله بناءً عليه».

أما تقريب الاعتراض، فهو: أن ترتب الأثر على جزء السبب - و هو العقد، أو إنشاء الأصيل بعد إنضمام الجزء الآخر و هو الإجازة - من الأحكام الوضعية،

«١» جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٤٨

«٢» لاحظ جواهر الكلام، ج ٢٨، ص ١٦٤

بعض^١ من منع جواز الإبطال على القول بالنقل، معللاً بأن ترتب الأثر على

و لا يعتبر فيه إختيار الأصل لترتبه وإرادته له و عدم رجوعه عن إنشائه.
و بعبارة أخرى: أن تأثير العقد في النقل و الإنتقال يكون نظير تأثير العلة
التكوينية في معلولها في عدم دخل الإرادة و الاختيار في وجود المعلول، و إمتناع تخلفه
عنه بمجرد إجتماع أجزاء العلة من مقتضي و الشرط و عدم المانع، كاحتراق الثوب بالنار
عند المماسه و فقد الرطوبة.

و كذا الحال في العقد و الإجازة، فالإيجاب و القبول جزء السبب المؤثر في باب
الفضولي، و المفروض تحققه، فإذا إنضمّ رضا المالك المميز إلى العقد ترتب عليه النقل قهراً،
سواء رجع الأصل عن إنشائه قبل إجازة المميز أم لم يرجع، فإن إتصاف الإيجاب و
القبول بعنوان «جزء السبب» قهري، كإتصاف النار بكونها مقتضية للإحراق.

و عليه فلما كان العقد بناءً على النقل جزء المؤثر لم ينفك عنه هذا الإقتضاء. فلا
فرق في عدم تأثير فسخ الأصل بين الكشف و النقل، هذا توضيح نظر المحقق القمي رحمته.
و أمّا تقريب ردّه، فهو ما أفاده المصنف رحمته من مخالفة هذا الكلام لما تسالموا عليه
من إعتبار عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب، فانضمام الجزء الآخر - من دون تحقق هذا
الشرط - لا يجدي في وجود المسبب، و هو النقل و الانتقال.

و ببيان آخر: أن تأثير العقد في حصول الملكية و إن كان حكماً وضعياً كما أفاده
المحقق القمي، إلا أنه لما لم يكن إهمالاً في التأثير دار أمر هذا الإقتضاء الناقص بين كونه
مطلقاً، أي سواء تحقق شرط التأثير أم لم يتحقق، و يتجه كلام الميرزا القمي رحمته حينئذٍ.
بين كونه مقيداً بوجود الشرط المتسالم عليه، أعني به عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب.
و هذا هو المتعين.

و عليه فلو فسخ الأصل لم يترتب أثر على إنضمام إجازة المالك إلى العقد.

(١) و هو المحقق القمي رحمته «١».

و تلخص مما تقدم أمور:

جزء السبب بعد إنضمام الجزء الآخر^(١) من^(٢) أحكام الوضع، لا مدخل لإختيار المشتري فيه.

و فيه^(٣) : أنّ الكلام في أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب شرط^(٤)، فإنضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدي في وجود المسبّب. فالأولى^(٥) في سند المنع دفع احتمال إشتراط عدم تخلّل الفسخ

الأول: جواز إبطال الأصيل إنشائه قبل الإجازة على النقل دون الكشف. الثاني: أنّ دليل جواز الإبطال هو الإجماع على إعتبار عدم تخلّل فسخ أحد المتعاقدين إنشائه قبل إنشاء صاحبه.

الثالث: إعتراض المحقق القمي رحمته بعدم إختصاص حرمة إبطال الإنشاء بالقول بالكشف، بل هو ثابت على القول بالنقل أيضاً.

الرابع: ردّ هذا الاعتراض بالاجماع على شرطية عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب.

الخامس: بطلان هذه الثمرة كما ذكر في التعليقة.

(١) و هو الإجازة المنضمة إلى جزء السبب و هو العقد.

(٢) خبر قوله: «بأن» يعني: أنّ ترتب الأثر على جزئي المؤثر يكون من الأحكام الوضعية التي لا مدخل لإختيار المشتري فيها.

(٣) هذا ردّ الإعتراض المذكور، و الأنسب بملاحظة قوله: «فلا يرد ما اعترضه بعض ... الخ» إبدال «و فيه» بـ «إذ فيه» أو «و ذلك» أو «لأن الكلام» فإنّ هذا ما يقتضيه سوق البيان.

و محصل الرد هو: أنّ مقتضى أدلة الصحة و اللزوم و إن كان هو عدم بطلان إنشاء الأصيل بفسخه قبل الإجازة، لكن الاجماع قام على أنّ فسخ الأصيل إنشائه قبل إجازة الآخر مبطل للعقد و مقيد لإطلاقات الصحة و اللزوم، و عليه فإنضمام الجزء الآخر - و هو الإجازة - لا يجدي في ترتب المسبّب و هو الأثر المقصود من العقد.

(٤) خبر قوله: «أن عدم» و وجه شرطيته كونه متسالمًا عليه.

(٥) بعد أن ردّ المصنف رحمته إستدلال المحقق القمي على عدم جواز إبطال الأصيل

بإطلاقات^(١) صحة العقود ولزومها.

و لا يخلو^(٢) من إشكال^(٣).

ومنها^(٤): جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه^(٥) بناءً على النقل، وإن^(٦) قلنا

إنشاءه قبل إجازة الآخر، أراد أن يستدلّ على ذلك بوجه، يكون أولى من وجه إستدلال به المحقق المتقدم.

ومحصل هذا الوجه هو الاستدلال بالاطلاقات الدالة على صحة العقود ولزومها، بتقريب: دفع إحتيال إعتبار عدم تحلّل الفسخ بين جزئي السبب - وهما إنشاء الأصيل وإجازة الآخر - بإطلاقات صحة العقود ولزومها، فيثبت بتلك الاطلاقات أنّ فسخ الأصيل لإنشائه لا يبطل العقد بناءً على النقل، فلا فرق حينئذٍ في عدم بطلان العقد بفسخ الأصيل لإنشائه بين الكشف والنقل.

(١) متعلق بـ «دفع» يعني: أنّ الاطلاقات دافعة للاحتيال المزبور.

(٢) أي: و لا يخلو دفع إحتيال شرطية عدم تحلّل الفسخ بين جزئي السبب بإطلاقات الصحة عن إشكال.

(٣) كما سيأتي التصريح به في الثمرة الثالثة في (ص ١٠٩). وجه الاشكال هو المنع عن صدق العقد العرفي مع رجوع الأصيل عن إنشائه وفسخه له قبل الإجازة، ومعه لا يمكن التمسك بالاطلاقات، لعدم كون هذا الايجاب والقبول موضوعاً لها.

الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

(٤) أي: و من تلك الثمرات المترتبة على القول بالكشف والنقل جواز تصرف العاقد الأصيل في ماله الذي إنتقل عنه بناءً على القول بالنقل، إذ لا ينتقل المال عنه إلّا في زمان صدور الإجازة، فتصرفه فيه تصرف في ملكه، و لا يخرج عن ملكه إلّا بالإجازة. بخلاف القول بالكشف، فإنّ تصرفه باطل لو أجاز المالك، لكونه تصرفاً في ملك غيره.

(٥) المراد بـ «ما انتقل عنه» هنا ليس خصوص المبيع أو الثمن، بل كل ما تعلق به العقد، وذلك بقرينة التنظير له بالنكاح الفضولي.

(٦) وصلية، يعني: لا فرق في جواز تصرف الأصيل - بناءً على النقل - بين القول بأنّ فسخ الأصيل يبطل لإنشائه، فلا يبقى موضوع للإجازة، وبين قول المحقق القمي رحمته

بأنّ فسخه^(١) غير مبطل لإنشائه.

فلو^(٢) باع جاريةً من فضوليّ جاز له وطؤها، وإن استولدها صارت أمّ وليدٍ، لأنّها ملكه. وكذا لو زوّجت نفسها من فضوليّ جاز لها التزويج من الغير. فلو حصلت الإجازة في المثالين^(٣) لَعَثَتْ، لعدم بقاء المحلّ^(٤) قابلاً. والحاصل^(٥): أنّ الفسخ القويّ وإن قلنا إنّه غير مبطل لإنشاء

من عدم بطلان إنشاء الأصل بفسخه.

و عليه فجواز تصرف الأصل - بناء على النقل - غير متفرع على ما تقدم في الثمرة الثانية، وذلك لأنّه بناء على كون فسخه مبطلاً لإنشائه - كما هو رأي ما عدا الميرزا القمي - يجوز له التصرف في ماله، لعدم خروجه عن ملكه، لأنّ المخرج له عن ملكه هو العقد غير المتحقق حسب الفرض. وبناء على كون فسخه غير مبطل لإنشائه - كما ذهب إليه المحقق القمي رحمته - فكذا يجوز للأصيل التصرف في ماله، لبقائه على ملكه إلى أن يميز المالك، فيكون تصرفه في ملكه.

(١) أي: بأنّ فسخ الأصل غير مبطل لإنشاء نفسه كما اختاره المحقق القمي رحمته.

(٢) هذا متفرع على جواز تصرف الأصل في متعلق العقد قبل الإجازة - بناء على

النقل. واستشهد المصنف بفرعين، أحدهما بيع الأمة، والآخر تزويج الحُرّة. وفي كليهما يكون الفضولي في جانب القابل كالمشتري في باب البيع، والزوج في باب النكاح.

و الفرع الأوّل هو: أنّه لو باع الجارية مالِكها الأصل من فضوليّ، بمعنى كون

المشتري فضولياً، جاز له وطؤها، لأنّها ملكه، ولم يخرج بعد عن ملكه، فلو استولدها صارت أمّ وليدٍ له، و يفوت محلّ الإجازة حينئذٍ.

و الفرع الثاني هو: أنّ الحُرّة لو زوّجت نفسها من زيدٍ فقبل عمرؤ عنه فضولاً،

جاز لها تزويج نفسها من بكرٍ قبل إجازة زيد، و تلفو إجازة زوجها الأوّل و هو زيد، لعدم بقاء المحلّ.

(٣) و هما بيع الجارية من فضوليّ، و تزويج المرأة نفسها من فضوليّ.

(٤) بعد الوطء في المثال الأوّل، و بعد التزويج من الغير في المثال الثاني.

(٥) غرضه من هذا الحاصل بيان الفرق بين ما إذا فسخ الأصل بقوله: «فسختُ

الأصيل^(١)، إلا أن له^(٢) فعل ما ينافي إنتقال المال عنه على وجه^(٣) يفوت محل الإجازة^(٤)، فينفسخ العقد بنفسه^(٥) بذلك^(٦).
وربما أُحتَمِلُ عدمُ جواز التصرف على هذا القول^(٧) أيضاً^(٨).

العقد ورجعتُ عما أنشأته مع الفضولي»، و بين تصرفه - في ما إنتقل عنه بذلك العقد - بما يتوقف على مالكه له، و ينافي إنتقاله عنه، فيفوت بذلك محل الإجازة.
و محصلُ الفرق بين الفسخ القولي و التصرف هو: أن الفسخ متعلق بالعقد، لأنه حلُّ العقد، فاحتمال شرطية عدم تحلل الفسخ بين إنشاء الأصيل و الإجازة يُدفع بمثل ﴿أوفوا بالعقود﴾ فلا يُبطل الفسخ إنشاء الأصيل قبل الإجازة و التصرف متعلق بالمال، فيعمّه عموم دليل السلطنة و خصوص أدلة نفوذ التصرفات الخاصة.
و عليه فالتصرف جائز تكليفاً و ضعاً، و حيث إنَّ موضوع الأمر بالوفاء بالعقود مقيّد براضى الطرفين، فقَبِلَ الإجازة لايتعلق بالأصيل وجوبُ الوفاء حتى يمنع عن نفوذ التصرفات. و بعد البناء على جواز التصرفات وضعاً و تكليفاً لايبقى للحقوق الإجازة أثر حتى يُبطل التصرف، لأنَّ صحة أحد المتنافيين تنافي وقوع المنافي الآخر صحيحاً، فلا جرم ينفسخ العقد قهراً.

(١) وفاقاً للمحقق القمي رحمته الله كما تقدم في ثمرة الثانية.
(٢) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى الأصيل، و الجملة خبرُ قوله: «إنَّ الفسخ».

(٣) متعلق بـ «ينافي» أي: التصرف المنافي لانتقال المال عنه بالعقد الفضولي يكون مفوّتاً لمحل الإجازة. و على هذا فقوله: «على وجه» مبينٌ للمنافاة و التفويت، و ليس للتنوع، بأن يكون المنافي مفوّتاً تارةً لمحل الإجازة، و غير مفوّت له أخرى.

(٤) فلا تقع الإجازة مؤثّرةً بعد وقوع التصرفات صحيحةً.

(٥) لإنتفاء موضوعه بالتصرف الجائز تكليفاً و ضعاً.

(٦) أي: بسبب الفعل المنافي المفوّت لمحل الإجازة، كالوطة و التزويج من الغير.

(٧) و هو كون الإجازة ناقلة. و قوله: «و ربما احتمل» في قبال قوله: «و منها جواز

تصرف الأصيل فيما انتقل عنه ... الخ».

(٨) أي: كعدم جواز التصرف الأصيل فيما إنتقل عنه على القول بالكشف.

و لعلّه^(١) لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب^(٢) في الطرف الآخر، وهو^(٣) الذي يظهر من المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب، حيث قال: «لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين^(٤)، لإمكان^(٥)»

(١) أي: ولعلّ وجّه عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه على القول بالنقل هو كون عقد الفضولي جامعاً لجميع الشرائط سوى الرضا، فيشملة عموم «أوفوا بالعقود» فيجب على الأصيل الوفاء بالعقد، ومقتضاه عدم جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه.

(٢) لإناطة وجوب الوفاء على الطرف الآخر بأن يجيز العقد.

(٣) أي: وعدم جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه على القول بالنقل لأجل جريان عموم وجوب الوفاء بالعقد هو الذي يظهر من المحقق الثاني. و العبارة منقولة بالمعنى، وإليك نصّها: «و ليس لكل من البائع والغاصب التصرف في العين، لإمكان إجازة المالك، خصوصاً على القول بأن الإجازة كاشفة».

(٤) وهي عين المبيع المنتقلة عن البائع الأصيل، فإنّ الظاهر من حكم المحقق الثاني أنّ عدم جواز تصرف البائع في العين المنتقلة عنه إنّما هو لأجل كونه أصيلاً، وتامة العقد مع إضافته إليه الموجبة لحرمته تصرفه فيما إنتقل عنه. و أمّا عدم جواز تصرف المشتري الغاصب فلعدم إنتقال المبيع إليه، و كونه أجنبياً عنه، لأنّ المبيع في صورة إجازة المغصوب منه يكون ملكاً له، و في صورة عدم الإجازة يكون باقياً على ملك البائع، فتصرف المشتري الغاصب فيه عدواني على كلا التقديرين.

(٥) تعليل لعدم جواز تصرف البائع في المبيع، و حاصله: أنّه مع إحتيال لحوق الإجازة من المغصوب منه - و هو مالك الثمن - و صيرورته ملكاً للمالك الثمن، لا يجوز للبائع التصرف فيه، رعاية لهذا الاحتمال، فكأنّ هذا الاحتمال يحجر المالك عن التصرف في ماله.

الإجازة (*) و لا سيما على القول بالكشف» إنتهى^١.

و فيه^(١): أن الإجازة على القول بالنقل له^(٢) مدخل في العقد شرطاً أو شرطاً، فالمدخل يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيّد الذي لا يوجد إلا بعد القيد. وهذا^(٣) كله على النقل.

(١) أي: و في إحتمال عدم جواز تصرف الأصيل. و الغرض من هذا الكلام دفع إحتمال عدم جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه بناءً على النقل نظراً إلى عموم وجوب الوفاء بالعقد.

توضيح وجه الدفع هو: أن الإجازة على القول بالنقل لها دخل في العقد جزءاً أو شرطاً، فقبل حصول الإجازة لا يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين، لعدم تمامية موضوع وجوب الوفاء و هو العقد المقيّد بالإجازة، و من المعلوم أن المقيّد لا يوجد إلا بعد قيده.

(٢) خبر: «أن الإجازة».

(٣) أي: البحث عن جواز تصرف الأصيل و عدمه فيما إنتقل عنه بناءً على النقل.

و قد تحصل: أن الحق جواز تصرف الأصيل على النقل، و سيأتي حكم تصرفه بناءً على الكشف.

(*) هذا التعليل عليل جداً، إذ لا دليل عقلاً و لا نقلاً - بعد وضوح عدم خروج المال عن ملك الأصيل بناءً على النقل - على مانعية العلم بلحوق الإجازة - فضلاً عن إحتماله - عن تصرف المالك في ماله. نعم بناءً على بعض أنحاء الكشف يتجه ما أفاده المحقق الثاني رحمته، و هو ما يكون الإجازة فيه كاشفةً عن تمامية العقد من حين وقوعه، بأن تكون الإجازة واسطةً في الإثبات فقط من دون دخل لها في مؤثرية العقد.

و أما على القول بالكشف^(١) فلا يجوز التصرف^(٢) فيه، على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة و السيد العميدي و المحقق الثاني، و ظاهر غيرهم^(٣).

(١) بأقسامه الثلاثة، من قسمين للكشف الحقيقي، و قسم للكشف الحكمي. أما قسما الحقيقي فهما: كون الشرط نفس الإجازة بناءً على الشرط المتأخر، و كون الشرط الوصف المنتزع، و هو تعقب الإجازة و لحوقها.
و أما الكشف الحكمي فهو: إنتقال الثمن إلى المشتري مع بقاء أصل المال على ملك مالكة إلى زمان صدور الإجازة من المالك الأصيل.
و محصل ما أفاده بناءً على الكشف هو عدم جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه على ما يظهر من جماعة.

(٢) أي: تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه. و الظاهر أن المسألة معنونة في النكاح لا في البيع، و إن كانا متحدين مناطاً. و سيأتي في (ص ١٢٨) نقل كلام العلامة في فروع النكاح الفضولي، و محصله: أنه إذا كان الزوج - مثلاً - أصيلاً، و زوج المرأة فضولي، و جب على الزوج ترتيب أحكام العقد الصحيح، فتحرم عليه أخذ المعقودة عليها و بنتها و أمها في الزمان المتخلل بين العقد و الإجازة أو الفسخ.
و قال المحقق الثاني في شرحه: «و إنما قلنا إنه يلزم في حق المباشر بناءً على أن الإجازة كاشفة عن ثبوت العقد و لزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك. فلو فسخ المباشر ثم أجاز الآخر تبين أن فسخه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم يؤثر شيئاً...».

و يظهر من فخر المحققين و الفاضل الاصفهاني رحمتهما إبتناء حرمة الخامسة و الأخت - على الأصيل - على كون الإجازة كاشفة، فراجع^(٤). و إن كانت عندهما ناقلة كما ذكرناه في (ص ٧).
فالمتحصل: أن حرمة تصرف الأصيل في متعلق العقد بما ينافيه مسلّمة عند جماعة بناءً على الكشف.

«١» قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٦ (طبعة مركز النشر الاسلامي)؛ كنز الفوائد، ج ٢، ص ٣٢٢ و ٣٥٧

جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٦٠ و ٢٩٧ و ٢٩٨

«٢» ايضاح الفوائد، ج ٣، ص ٢٨ و ٣٠؛ كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ١٨ و ٣١

وربما اعترض عليه^١ بعدم^٢ المانع له من التصرف؛ لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطنة الثابتة له، ولذا^٣ صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً^٤.

نعم إذا حصلت الإجازة^٥ كشفت عن بطلان

(١) أي: على عدم جواز تصرف الأصيل - فيما ينتقل عنه - على الكشف. وهذا الاعتراض يستفاد مما حكاه صاحب الجواهر في النكاح الفضولي بقوله: «لكنه قد يناقش - يعني في تحريم المصاهرة - باعتبار تحقق النكاح في تحريم ذلك. وليس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر. واحتمال حصولها غير كافٍ في تحققها. بل الأصل يقتضي عدمها، بل مقتضاه جواز ذلك كله له حتى تحصل، وإن إنكشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بين العقد و بينها. فمن باع ماله من فضولي لم يمتنع عليه الانتفاع به ولو المتلف»^١. لكن تأمل فيه صاحب الجواهر بمنزل ما سيأتي في المتن. فراجع.

(٢) متعلق بـ «اعترض» و تقريب للاعتراض. توضيحه: أنه لا مانع من جواز تصرف الأصيل فيما ينتقل عنه قبل الإجازة، إذ المانع المتوهم هو احتمال انتقال المال عن ملكه، وذلك ليس بمانع عن السلطنة الثابتة له على ماله بمقتضى قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، ولذا صرح بعض جواز التصرف للأصيل مطلقاً من غير فرق بين الكشف بكلا قسميه و النقل.

(٣) أي: و لأجل عدم قدح مجرد احتمال انتقال المال عن الأصيل في السلطنة الثابتة له، صرح بعض المعاصرين ... الخ.

(٤) أي: سواء أكان التصرف و الانتفاع مُتلفين للعين أم لا، فإن لم يكن التصرف مُتلفاً ردّ العين بعد الإجازة، و إلّا ردّ بدله كما سيصرّح به.

(٥) بعد تصرف الأصيل فيما ينتقل عنه، فالإجازة تكشف عن بطلان كل تصرف منافٍ لانتقال مال الى المميز، لأنّه تصرف في مال غيره بدون إجازته.

كلُّ تصرّفٍ منافعٍ^(١) لإنتقال^(٢) المال إلى المجهز، فيأخذ^(٣) المالك مع بقائه، و بدّله مع تلفه، قال^(٤): «نعم لو علم^(٥) بإجازة المالك لم يجز له التصرف»^(٦) انتهى.

أقول^(٦): مقتضى عموم وجوب الوفاء

(١) صفة لـ «تصرف».

(٢) متعلق بـ «منافعٍ» يعني: يبطل كلُّ تصرّفٍ يكون منافعياً لإنتقال المال إلى المجهز و ملكية ذلك المال له، كعتق العبد المسيب، فإنّه ينافي ملكية هذا العبد للمجهز، فيبطل العتق.

(٣) يعني: فيأخذ المجهز. و هذه نتيجة كشف الإجازة عن بطلان التصرف المنافي للملكية المال للمجهز.

(٤) يعني: قال بعض المعاصرين.

(٥) يعني: لو علم الأصيل بإجازة المالك لم يجز له التصرف. و هذا مبني على الكشف الحقيقي التعقبي، ضرورة كفاية العلم بمحصل إجازة المجهز في ترتيب أحكام العقد من زمان وقوعه.

(٦) هذا تأييد لعدم جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه بناءً على الكشف، و ردُّ للاعتراض بعدم مانع من جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه.

و توضيح ما أفاده المصنف رحمته هو: أنّ مقتضى ﴿أوفوا بالعقود﴾ وجوب وفاء الأصيل بعهده، و لزوم العقد من ناحيته، ضرورة إنحلال هذا الخطاب إلى كلِّ من له عقدٌ و التزامٌ. و الفضولي و إن لم يخاطب بالوفاء، لكونه أجنبيّاً عن العوضين. إلّا أن طرفه الأصيل - لكونه وليّاً على عقده - يجب عليه البقاء على التزامه بنقل ماله إلى المجهز، فلا وجه لجواز تصرفه فيما إنتقل عنه، بل عليه التربص إلى تحقق الإجازة أو الرّد من المالك الذي عقّد الفضولي على ماله.

«١» لم أظفر بهذه العبارة في الجواهر و المستند و أنوار الفقاهة و كشف الظلام. لكن المنع من التصرف في صورة العلم بلحوق الإجازة قد التزم به صاحبُ الجواهر فيما سبق من كلامه في (ص ٣١) فراجع. فلعلم ما في المتن نقل له بالمعنى، و إن كان ظاهره حكاية نصّ كلام القائل.

ثمرة القول بالكشف والنقل - تصرف الأصيل ١١٥
وجوبه^(١) على الأصيل، ولزوم^(٢) العقد و حرمة^(٣) نقضه من جانبه. و وجوبُ
الوفاء عليه^(٤) ليس مراعى بإجازة المالك، بل مقتضى العموم وجوبه^(٥) حتى مع
العلم بعدم إجازة المالك^(٦).

(١) خبر «مقتضى». و هذا ظاهر في كون وجوب الوفاء تكليفيّاً، كما يقتضيه ظاهر
صيغة الأمر. خصوصاً مع تفسير العقود بالعهود كما في صحيحة ابن سنان. و من المعلوم
أعمية العهد من العقد، لشموله للالتزم و التعهد من طرف واحد كما في النذر و العهد.
(٢) لزوم العقد خطاب و ضعي يُنتزع من التكليف بناءً على ما حققه المصنف في
بحث الأحكام الوضعية من الاستصحاب. و ليس المراد جعل الأمر بالوفاء إرشاداً إلى
الحكم الوضعي من الصحة أو اللزوم.
(٣) هذا يناسب وجوب الوفاء تكليفاً، كما أنّ عدم نفوذ الفسخ يناسب للزوم
الوضعي.

(٤) هذا دفع دخل، حاصله: أنّه لا وجه لتحريم تصرف الأصيل في ماله تمسكاً
بالأمر بالوفاء. و ذلك لعدم تنجز هذا الخطاب في حقه قبل الإجازة، فإن حصلت
الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف، و إن لم تحصل صحّ التصرف، و حيث إنّ لم يعلم
تحقق الإجازة لم يحرز توجه خطاب الوفاء إلى الأصيل، هذا.

و محصل دفعه: أنّ الأصيل يجب عليه الوفاء بمجرد عقده مع الفضولي، و ليس
الوجوب في حقه مراعى بإجازة المالك، لما عرفت من إخلال الأمر، و عدم كونه من قبيل
الإرتباطين. فلو شك الأصيل في أنّ الآخر يميز عقد الفضول أم يردّه، حرم عليه
التصرف أيضاً.

(٥) أي: وجوب الوفاء. و الوجه في الترتي واضح، فإنّه مع العلم بعدم إجازة
الطرف الآخر يعلم الأصيل بعدم إنتقال ماله عن ملكه، فيتجه جواز تصرفه فيه. ولكن
المصنف عليه السلام منع من التصرف في هذه الصورة أيضاً، لأنّ تمام المناط هو تحقق العقد
ووجوب الوفاء به، و المفروض حصول الايجاب و القبول بين الأصيل و الفضولي عن
قصدٍ جدّي للبيع.

(٦) يعني: لا ينحلّ العقد إلا برّد المالك، فما لم ينحل برّدّه كانت المعاملة من

و من هنا^(١) يظهر أنه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة (*).

طرف الأصيل تامّة واجبة الوفاء، وإن علم بأنها لا تتم من الطرف الآخر أصلاً، لعدم إجازة المالك للمعاملة. فوجوب الوفاء على الأصيل لا يرتفع إلا برّد المالك للمعاملة، ولا يرتفع بمجرد عدم إمضاء المالك لها. فالمعاملة تامّة من ناحية الأصيل، فيجب عليه الوفاء بالعقد من حيث إنه عقد، لا من حيث إنه مؤثر في الملكية، ولا يرتفع وجوب الوفاء بالعقد إلا بالردّ الذي متعلّقه العقد كالإجازة والفسخ.

(١) أي: ومن كون مقتضى العموم وجوب الوفاء على الأصيل - حتى مع العلم بعدم إجازة المالك - يظهر منع ما أفاده القائل بجواز تصرف الأصيل على القول من التمسك بأصالة عدم الإجازة.

وجه المنع أنه لا فائدة في إجراء أصالة عدم الإجازة في ظرف الشك فيها بعد عدم إجداء العلم بعدم تحققها في إثبات جواز التصرف، لعدم ترتب أثر شرعي على الإجازة حتى يصح جريان الأصل في عدمها كما لا يخفى.

(*) قد يقال: بأن الإجازة ليست ممحّضة في إنتساب عقد الفضول إلى المالك، بل هي محقّقة لحقيقة العقد أيضاً، إذ العقد متقوم بقرارين معامليين، والقرار يتقوم بمن يقوم به القرار. فإن كان المنشئ ممن له ولاية التصرف في المال كان إنشاؤه محقّقاً لعنوان العقد والعهد. وإن لم يكن له ولاية التصرف كان إنشاؤه محقّقاً لاعتباره فقط، ولا عهد ولا عقد له عرفاً وشرعاً. وعليه فللاصيل التصرف في ما إنتقل عنه، إذ لا قرار معاملي له حقيقة عند كون الطرف فضولياً. هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن اناطة صدق العقد بلحوق الإجازة يوجب إنكار البيع الفضولي رأساً وبطلان مبنى الكشف، مع أنهم جعلوا ولاية التصرف من شرائط المتعاقدين لا العقد.

مضافاً إلى: لزوم ارتكاب خلاف الظاهر في الأدلة المتكفلة لتصحيح العقود الفضولية بالاجازة، كما في صحيحة محمّد بن قيس، لقوله عليه السلام: «فلما رأي سيد الوليدة ذلك أجاز بيع ابنه» إذ لا بد من حمله على نوع من المجاز باعتبار أول إنشاء الإبن الى البيع

لكن ما ذكره^(١) البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقبه^(٢) بالإجازة، لعدم^(٣) إحراز الشرط مع الشك، فلا يجب الوفاء به على أحدٍ من المتعاقدين.

وأما على المشهور في معنى الكشف - من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطاً^(٤) لكون^(٥) العقد السابق بنفسه^(٦)

(١) من جواز تصرف الأصيل في العين المنتقلة عنه مطلقاً، من دون فرق بين الكشف والنقل.

(٢) الذي هو وصف إنتراعي مقارن للعقد على ما قيل، كما تقدم سابقاً.
(٣) تعليل لقوله: «صحيح على مذهبه» وحاصل التعليل: أنه مع الشك في الشرط - وهو التعقب - للشك في حصول الإجازة، لا يجب الوفاء بالعقد، لأنّ موضوع وجوب الوفاء خصوص العقد المقيّد بتعقبه بها، فالعقد المجرّد عن القيد لا يجب الوفاء به.
(٤) أي: بنحو الشرط المتأخر الذي يكون مشروطه متقدماً على شرطه بناءً على إمكانه.

(٥) متعلق بـ «شرطاً»، وشرطية نفس الإجازة في مقابل شرطية الأمر الانتزاعي أعني به وصف التعقب الذي هو مختار جماعة.

(٦) أي: من دون ضمّ ضميمية - وهي الإجازة - إليه، فلا شأن للإجازة إلا جعل العقد نفسه سبباً تاماً لحصول الملكية، حيث إنّ الإجازة لكونها إنفاذاً وإمضاءً تقتضي التأثير في الملكية. فموضوع وجوب الوفاء نفس العقد من حيث إنّ العقدية تقتضي ذلك،

بإجازة الأب. وهو كمتارى. وكذا الحال في نصوص نكاح الفضولي من العبد والصغير وغيرهما، ولا وجه لرفع اليد عن هذا الظهور. وعليه فلا يتوقّف القرار المعاملي على ولاية التصرف.

نعم ما أفاده المصنف من حرمة التصرف حتّى مع العلم بعدم لحوق الإجازة مشكل، إذ بناءً على الكشف يعلم بعدم تأثير العقد أصلاً، ومثله خارج موضوعاً عن عموم الأمر بالوفاء.

مؤثراً (*) تماماً^(١) - فالذي^(٢) يجب الوفاء به هو نفس العقد^(٣) من غير تقييد^(٤).

فليس وجوب الوفاء من مقتضيات الملك. فيمتاز مقام الموضوعية لوجوب الوفاء عن مقام السببية للملكية، فإن الإجازة على الكشف الانقلابي تؤثّر في إنقلاب العقد وصورته مؤثراً من حين وقوعه، فلإجازة دخل في سببية العقد للملكية، لا في وجوب الوفاء، هذا.

لكن لا يخفى أنّ التفكيك بين موضوع وجوب الوفاء و السببية للملك - بعد وضوح كون الوفاء بالعقد هو العمل على طبقه و مضمونه الذي هو المبادلة مثلاً - في غاية الإشكال، فتدبر.

(١) من حين وقوعه على ما هو مقتضى الشرط المتأخر، حيث إنّ لازم الشرط المتأخر وجود المشروط قبل شرطه.

(٢) جواب الشرط في قوله: «و أما على المشهور».

(٣) يعني: من حيث إنّه عقد، لا من حيث إنّه سبب للملكية، كما مرّ آنفاً.

(٤) أي: موضوعية العقد لوجوب الوفاء ليست مقيدة بالإجازة، و إنما المقيد بها هو سببية العقد للملك.

(*) لم يظهر مراده نُفِيَّكَ من هذه العبارة، فإنّ شرطية نفس الإجازة تنافي استقلال العقد وكونه بنفسه مؤثراً تماماً، حيث إنّ مقتضى سببته التامة في التأثير عدم دخل شيء في تأثيره، و إلا لم يكن تاماً، بل كان العقد ناقصاً و منوطاً بتأثيره بذلك الشيء و مشروطاً به، و ليس هذا إلا التناقض.

إلا أن يقال: بما أفاده المحقق صاحب الكفاية نُفِيَّكَ : من عدم كون الإجازة قيداً للعقد، بل هي شرط لصيرورة العقد مقتضياً و سبباً و علّة تامة للتأثير، فالإجازة جهة تعليلية لحدوث المقتضي للتأثير في العقد، نظير علّة التغيير و الملاقة لصيرورة الماء مقتضياً للتنجس بهما^(١).

ثمرة القول بالكشف و النقل - تصرف الأصيل ١١٩

و قد تحقّق^(١)، فيجب^(٢) على الأصيل الالتزام به، وعدم^(٣) نقضه إلى أن ينقض. فإنّ ردّ المالك فسخٌ للعقد [فسخ العقد] من طرف الأصيل^(٤)، كما أنّ إجازته^(٥) إمضاء له من طرف الفضولي.

و الحاصل: أنّه إذا تحقّق العقدُ فقتضى العموم^(٦) - على القول بالكشف^(٧) المبني على كون ما يجب الوفاء به هو العقدُ من دون ضميمة شيءٍ شرطاً أو شرطاً - حرمة^(٨) نقضه على الأصيل مطلقاً^(٩)، فكل^(١٠) تصرفٍ يعدّ نقضاً لعقد المبادلة

(١) يعني: و قد ثبت العقدُ الذي يجب الوفاء به بإنشاء العاقد الفضولي له.

(٢) هذه نتيجة ثبوت العقد الذي يجب الوفاء به. و ضمير «به» راجع الى العقد.

(٣) معطوف على «الإلتزام» و مفسّر له.

(٤) غرضه أنّ العقد لا يبطل من طرف الأصيل إلاّ بردّ المالك، لأنّه يوجب بطلان

العقد.

(٥) أي: كما أنّ إجازة المالك إمضاء للعقد من طرف الفضولي، و حاصله: أنّ رد المالك فسخ للعقد، و إجازته إمضاء له من ناحية الفضولي.

(٦) أي: عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾.

(٧) الظاهر أنّ المراد بالكشف ما عدا الحقيقي منه المبني على كون الإجازة شرطاً متأخراً، و ذلك بقرينة قوله: «من دون ضم ضميمة شيءٍ شرطاً أو شرطاً» لوضوح كون الإجازة شرطاً بناءً على النقل، و شرطاً متأخراً بناءً على الكشف الحقيقي.

(٨) خبرٌ لقوله: «فقتضى» و ضمير «نقضه» راجع إلى العقد.

(٩) أي: سواء علم بصدور الإجازة من المالك، أم علم بعدم صدورها منه، أم شكّ

في ذلك.

(١٠) هذه نتيجة وجوب الوفاء بالعقد من دون ضمّ شيءٍ شرطاً أو شرطاً إليه، و حاصله: أنّ عقد المبادلة و الإلتزام بها يقتضي حرمة كل تصرفٍ يعدّ نقضاً لما إلترم به العاقد الأصيل و رافعاً له، بحيث لا يجتمع ذلك التصرف الناقض مع صحة العقد. فإذا اشتري الأصيل متاعاً من البائع الفضولي إقتضى إلترامه الشرائي أن لا يتصرف في الثمن، فإنّ تصرف فيه تصرفاً يتوقف على الملك - بل و غيره - ممّا ينافي إلترامه بخروجه عن ملكه و سلطنته، كان ذلك التصرف نقضاً لإلترامه الشرائي و إبطالاً له.

- بمعنى عدم^(١) إجتماعه مع صحة العقد - فهو^(٢) غير جائز.
 و من هنا^(٣) تبين فسادُ توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب^(٤) حرمة تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه، كذلك^(٥) يوجب جواز تصرفه فيما إنتقل إليه، لأن^(٦) مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه تنافي^(٧) مقتضى العقد أعني المبادلة^(٨).

(١) أي: عدم إجتماع التصرف مع صحة العقد.

(٢) خبر قوله: «فكلُّ تصرف» و الفاء لتضمن المبتدأ معنى الشرط.

(٣) أي: و من كون مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد لزوم إلتزام الأصيل بالعقد و حرمة نقضه عليه، ظهر فسادُ توهم آخر، و هو: أن لوجوب العمل بالعقد والوفاء به إقتضائين.

أحدهما: حرمة تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه كما ذكر.

و ثانيهما: جوازُ تصرفه فيما إنتقل إليه، لإقتضاء عقد المعاوضة ذلك، ضرورة أن إلتزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه لم يكن إلتزاماً به مجاناً، بل كان بعنوان العوضية و البديلية، و مقتضى هذا العنوان خروجُ ماله عن ملكه، و دخولُ مال غيره بدلاً عنه في ملكه. و لازم ذلك جواز تصرفه فيما إنتقل إليه، و حرمة تصرفه فيما إنتقل عنه.

(٤) هذا هو الاقتضاء الأول المذكور بقولنا: «أحدهما حرمة تصرف الأصيل...».

(٥) خبر «أن العمل» و هذا هو الاقتضاء الثاني المتقدم بقولنا: «و ثانيهما جواز تصرفه».

(٦) تعليل للتوهم و تثبيت له، و قد مرّ توضيح ذلك بقولنا: «لاقتضاء المعاوضة ذلك ضرورة ... الخ».

(٧) خبر قوله: «فحرمة التصرف».

(٨) حيث إن حقيقة العقد المعاوضي - و هي المبادلة بين المالكين، و عوضية كل واحد من المالكين عن الآخر - تقتضي ما ذكره المتوهم من حرمة التصرف فيما إنتقل عنه، و جوازه فيما إنتقل إليه.

توضيحُ الفساد^(١): أنَّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما إلترزم^(٢) على نفسه من المبادلة حرمةً نقضه و التخطي^(٣) عنه. وهذا^(٤) لا يدلُّ إلا على حرمة التصرف في ماله، حيث^(٥) إلترزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل. وأما دخولُ البدل في ملكه فليس ممَّا إلترزمه على نفسه^(٦)، بل ممَّا جعله لنفسه. ومقتضى الوفاء بالعقد حرمةً

(١) محصله: أنَّ التوهم المزبور مبنئ على إستفادة حكيم من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما إلترزم به، و هما حرمةُ التصرف فيما انتقل عنه، و جوازُهُ فيما إنتقل إليه. و ليس الأمر كذلك، لأنَّ ما يدلُّ عليه وجوبُ الوفاء بما إلترزم به من المبادلة ليس إلا حكاماً واحداً، و هو حرمة التصرف في ماله الذي إنتقل عنه، لأنَّ هذه الحرمة هي مقتضى إلترزاه بخروج ماله عن ملكه.

و لا يدلُّ وجوبُ الوفاء على حكم عوضِ ماله، لأنَّه خارج عن محيط إلترزاه، ضرورة أنه جعل على نفسه الإلترزام بخروج ماله عن ملكه. و أما دخول مال غيره في ملكه بدلاً عن ماله فليس ذلك من الإلترزام على نفسه، بل هو ممَّا جعله لنفسه، فلا يشملها دليلُ وجوب الوفاء بالعقد.

و الحاصل: أنَّ نقض الإلترزام بخروج ماله عن ملكه يتحقق بالتصرف فيه، فيحرم، و لا يتحقق بترك التصرف في بدله، لكونه خارجاً عن حيز إلترزاه.

(٢) يعني: العاقد الأصيل. و قوله: «من المبادلة» مفسَّر لـ «ما» الموصول. و لعلَّ الأولى إبدالُ العبارة، بأن يقال: «بما أُلزمه على نفسه» أو «بما إلترزم به من المبادلة».

(٣) معطوف على «نقضه»، و قوله: «حرمة نقضه» خبر قوله: «أنَّ الثابت».

(٤) أي: ما ثبتَّ على الأصيل من وجوب الوفاء - و هو حرمة النقض و التخطي - لا يدلُّ ... الخ.

(٥) تعليل لعدم دلالة وجوب الوفاء إلا على حرمة التصرف، و حاصله: أنَّ الإلترزام على نفسه الموجب للوفاء هو الإلترزام بخروج المال عن ملكه ولو مع البدل، و ذلك الإلترزام لا يقتضي إلا حرمة التصرف في المال الذي إنتقل عنه، إذ جواز تصرفه فيه ينافي إلترزاه بخروجه عن ملكه، و لا يقتضي جواز تصرفه في المال الذي إنتقل إليه.

(٦) حتى يجوز للأصيل التصرف فيما إنتقل إليه، و يحرم عليه نقضه بعدم جواز التصرف فيه كما زعمه المستشكل.

رفع اليد عما يلتزم على نفسه^(١). و أما قيدُ كونه^(٢) بإزاء مالٍ فهو^(٣) خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلياً في مفهوم المبادلة. فلو لم يتصرف في مال صاحبه لم يكن ذلك^(٤) نقضاً للمبادلة، فالمرجعُ في هذا التصرف^(٥) فعلاً و تركاً إلى^(٦) ما يقتضيه الأصل، و هي أصالة عدم الإنتقال. و دعوى^(٧):

(١) لا ما جعله لنفسه من دخول البديل في ملكه، فإنه خارج عن دائرة التزامه.
 (٢) أي: كون ما يلتزمه على نفسه بخروج المال عن ملكه. غرضه: أن تقيد خروج ماله عن ملكه بإزاء مال غيره لا يوجب أن يكون عدم تصرف الأصيل في مال صاحبه نقضاً لالتزامه بخروج ماله عن ملكه، و ذلك لأجنية دخول مال الغير في ملكه عن التزامه بخروج ماله عن ملكه، و هو موظف بعدم نقض ما أزمه على نفسه فقط، و هو التزامه بخروج ماله عن ملكه.

(٣) جواب «أما» و الضمير راجع إلى «قيد» و جملة «و إن كان» وصلية.
 (٤) أي: لم يكن عدم تصرف الأصيل في المال المنتقل إليه نقضاً للمبادلة، للخروج عن دائرة التزامه.

(٥) أي: تصرف الأصيل في مال صاحبه. بعد أن أثبت المصنف رحمه الله بدليل وجوب الوفاء بالعقد الذي هو دليل إجتهادي حرمة نقض التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه بالتصرف فيه - و لم يثبت به حكم تصرف الأصيل في مال صاحبه - أراد أن يبين حكمه على ما يقتضيه الأصل العملي، و حكّم بأن إستصحاب عدم إنتقاله إلى الأصيل يُثبت بقاءه على ملك مالكه، المستلزم لحرمة تصرف الأصيل فيه.

(٦) خبر قوله: «المرجع»، و الظاهر عدم الحاجة إلى كلمة «إلى» لأن المرجع هو الدليل على الحكم كالخبر، لا نفس الحكم، و من المعلوم أن ما يقتضيه الأصل هو نفس الحكم لا دليله، و هي أصالة عدم الإنتقال. و عليه فلعل الأولى أن يقال: «فالمرجع في حكم هذا التصرف ... هو الأصل، و هي أصالة ... الخ» و هي تقتضي حرمة التصرف.
 (٧) الغرض من هذه الدعوى إثبات جواز تصرف الأصيل فيما إنتقل عنه و عدم حرمة، بتقريب: أن الالتزام بخروج ماله عن ملكه لم يكن مطلقاً حتى يحرم تصرفه فيه

«أن الإلتزام المذكور^(١) إنما هو على تقدير الإجازة و دخول^(٢) البديل في ملكه. فالإلتزام^(٣) معلق على تقدير لم يعلم بتحقيقه، فهو كالنذر المعلق على شرط، حيث حكّم جماعةً بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه^(٤).

بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، بل كان معلقاً على تقدير الإجازة و دخول مال الغير في ملكه. و هذا الإلتزام نظير النذر المعلق على شرط لم يحصل بعد، حيث إن جماعةً حكموا بجواز تصرف الناذر في المال المنذور قبل تحقق شرطه، من دون لزوم جنب.

(١) و هو إلتزام الأصيل بمخروج ماله عن ملكه.

(٢) معطوف على «الإجازة» و ضمير «ملكه» راجع إلى الأصيل.

(١) يعني: فالإلتزام الأصيل بمخروج ماله عن ملكه ليس مطلقاً، بل هو معلق على تقدير حصول الإجازة التي لا يعلمها الأصيل، فيكون إلتزام الأصيل المعلق على الإجازة كالنذر المعلق على شرط لم يعلم بتحقيقه في جواز التصرف في المال المنذور قبل تحقق الشرط مع الجهل بمصوله. فكما لا يعد التصرف في المال المنذور حينئذٍ عند جماعة جنباً، فكذلك لا يعد تصرف الأصيل في ماله المنتقل عنه قبل العلم بتحقيق الإجازة أو قبل تحقق نفسها نقضاً لإلتزامه.

(٤) مقتضى هذه الجملة الشرطية عدم جواز تصرف الناذر في المال المنذور بما ينافي النذر لو علم بتحقيق الشرط، فمورد جواز التصرف المنافي هو الشك في حصول الشرط أو العلم بعدمه. كما أن المراد بالتصرف الجائز أعم من الانتفاع و من الإخراج عن الملك.

و لا يخفى أن هذه المسألة تعرض لها صاحب المقابس رحمته الله في السبب السادس من أسباب نقض الملك، و فصل بين كون الشرط المعلق عليه معلوم الوقوع و بين محتمله، فقال بعد نقل خلاف العلامة و الفخر رحمتهما الله: «و عندي أنه إن كان النذر مشروطاً صريحاً أو ضمناً - بما إذا وُجد الشرط، و المنذور باقٍ في ملكه - فإخراجه من الملك قبله جائز قطعاً، لأن الإلتزام بالنذر حينئذٍ بالنسبة إلى بقاء المنذور في الملك كالواجب المشروط، و لا يجب تحصيل مقدمته إجماعاً.

و يدل عليه أيضاً ما رواه الشيخ و الصدوق في الصحيح عن محمد بن مسلم عن

أحدهما عليه السلام قال: سألتُه عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثم يبيعهما من رجلٍ، ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه^١. وقد حمّله الأصحاب على صورة النذر، كما ذكره في الدروس والتنقيح والمسالك. وزاد في المسالك: أنه ما وقف على رادّها إلا ما يظهر من ابن إدريس. وفيه دلالة على جواز البيع، وعلى سقوط النذر به وإن عادت إلى ملكه...^٢.

وقال المحقق توفي: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ. فإن أخرجها من ملكه إنحلّت اليمين. ولو أعادها بملكٍ مستأنفٍ لم تعد اليمين»^٣.

واستدلّ عليه كما في المسالك والجواهر وغيرهما^٤ بصحيفة محمد بن مسلم المتقدمة.

وكيف كان فالاستدلال بها على ما نسبه المصنف إلى جماعة - من جواز التصرف في المنذور المشروط بمحتمل الوقوع - منوط بأمرين.

أحدهما: دلالتها على حكم النذر، مع عدم تصريح في السؤال بأن السيد نذر عتق أمته لو أتاها. والظاهر ثبوته بشهادة حمل الأصحاب لها على النذر حتى من توقّف عن الفتوى بضمونها كابن إدريس والعلامة في بعض كتبه^٥.

ثانيهما: التعدي من مورد الصحيحة - وهو وطأ الأمة المنذور عتقها - إلى غيره كما إذا نذر التصدّق بمال معيّن معلقاً على شفاء مريضٍ أو قدوم مسافرٍ، ونحوهما.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٦، ص ٦٠، الباب ٥٩ من كتاب العتق، الحديث ١

«٢» مقابيس الأنوار، كتاب البيع، ص ١١١ و ١١٢

«٣» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ١٠٨، ونحوه في المختصر النافع، ص ٢٣٧، وقال به جمع أيضاً، كالمنع، ص

١٥٧، النهاية و نكتها، ج ٣، ص ١٤ - ١٥؛ الجامع للشرائع، ص ٤٠٣؛ إرشاد الاذهان، ج ٢، ص ٦٧؛

الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٢٠٥؛ المهذب، ج ٢، ص ٣٦٠؛ الروضة البهية، ج ٦، ص ٩٦؛ نهاية المرام، ج

٢، ص ٢٦٧

«٤» مسالك الافهام، ج ١٠، ص ٣٠٦ و ٣٠٧؛ جواهر الكلام، ج ٣٤، ص ١٣١ و ج ٣٥، ص ٤١٢

«٥» السرائر، ج ٣، ص ١٢ و ١٣؛ مختلف الشيعة، ج ٨، ص ٣١ و ٣٢؛ قواعد الاحكام، ج ٣، ص ٢٠٣

فكما أن التصرف حينئذٍ^(١) لا يعدّ جنثاً، فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما^(٢) إلترمه، إذ^(٣) لم يلتزمه^(٤) في الحقيقة إلا معلقاً مدفوعة^(٥)

و الظاهر ثبوته أيضاً، لما يستفاد من قوله **عَلَّقَ**: «قد خرجت عن ملكه» الذي هو كتليل الحكم بجواز المباشرة. قال الشهيد الثاني **رَبَّيْكَ**: «و المتجه التعدي، نظراً إلى العلة. و يتفرّع على ذلك أيضاً جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد. وهي مسألة إشكالية. و العلامة إختار في التحرير عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ. فباعه قبل الفعل، ثم اشتراه، ثم فعل. و ولده إستقرب عدمّ جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجة عليها»^(٦).

فالمحصل: أنه يجوز للأصيل التصرف في ما إنتقل عنه - بالبيع الفضولي - تنظيراً له بجواز تصرف الناذر في متعلق نذره المشروط قبل تحقق الشرط.

(١) أي: فكما أن تصرف الناذر في المال المنذور - حين عدم علمه بتحقق الشرط الذي علق عليه النذر - لا يعدّ جنثاً، فكذا التصرف في المقام.
(٢) أي: لا يعدّ تصرف الأصيل - قبل تحقق الإجازة - فيما إنتقل عنه نقضاً لما إلترم به من المبادلة، كما لا يعدّ تصرف الناذر في المال المنذور قبل تحقق شرط النذر جنثاً موجباً للكفارة.

(٣) تليل لقول المدعي: «لا يعدّ نقضاً لما إلترمه» و حاصل التليل: أن إلترامه بالمبادلة لم يكن مطلقاً حتى يكون تصرفه في ماله المنتقل عنه نقضاً لما إلترم به، بل كان معلقاً على أمر غير معلوم التحقق. و مثل هذا الإلترام المعلق لا يوجب حرمة التصرف في المال قبل حصول المعلق عليه.

(٤) الضمير الفاعل المستتر فيه راجع إلى الأصيل، و الضمير المفعول البارز راجع إلى الموصول في قوله: «لما إلترمه».

(٥) خبر «و دعوى» و ردّها، و محصل الردّ وجهان، أحدهما: ناظرٌ إلى التأمل في

المقيس عليه، وهو جواز التصرف في المنذور قبل حصول الشرط، و ثانيهما: إلى منعه في المقيس، لوجود الفارق بين المسألتين.

أما الأوّل فتوضيحه: أنّ جواز التصرف في المال المنذور المشروط - قبل حصول شرطه - لا يخلو من الاشكال، ولم يتسالم الأصحاب عليه، فقد صرح العلامة و الشهيد الثاني رحمهما بأنّ المسألة مشكّلة، بل إلترّم في التحرير بعقّب العبد المنذور عتقه لو عاد إلى ملكه، كما تقدم آنفاً في عبارة الروضة.

بل في الجواهر: «ولو علّق نذر العتق على بُرء المريض مثلاً، ففي جواز بيعه قبل حصول الشرط قولان ذكرهما الصيمري في شرحه ... و ربما يشهد للعدم ما سمعته في اليمن من أنه لو حلف ليأكلنّ هذا الطعام غداً، فأتلفه قبل الغد، أثم به، و تعلّق به الكفارة. و نسبه الصيمري إلى علمائنا. و ليس إلّا لأنّ النذر قبل حصول الشرط له صلاحية التأثير، و إخراجُه عن ملكه يزيل صلاحية التأثير»^١.

و الوجه في الاشكال - كما أفاده الفقيه المامقاني رحمهما - أنّ التصرف في المال المنذور قبل تحقّق شرطه نقضٌ للإلترّم في ضمن النذر، فيكون ممنوعاً منه بحكم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالنذر. و مورد صحيح محمّد بن مسلم ليس التصرف المنافي لمقتضى النذر، بل هو رفع الموضوع برفع الشرط، أو التسبب لعدم حصوله من أوّل الأمر، فراجع «٢».

و أمّا الوجه الثاني فهو: أنّ قياس المقام بباب النذر مع الفارق. توضيحه: أنّ الشرط في باب النذر شرط لنفس الإلترّم النذري، نظير الشرط في الواجبات المشروطة الذي هو شرط لنفس الوجوب. بخلاف الإلترّم هنا، فإنّه أحد طرفي العقد المركب من الإلترامين الصادرين من المتعاقدين من دون أن يكون أحدهما شرطاً للآخر و متقدّماً عليه. فع تحقّق كلا الإلترامين يثبت العقد الذي يجب على كلّ منهما الوفاء به، و يحرم عليه نقضه، فلا يجوز للأصيل التصرف في ما إنتقل عنه مع بقائه على ملكه، إذ خروجه عن

١ «جواهر الكلام، ج ٣٥، ص ٤١٢

٢ «غاية الأموال، ص ٣٨٧

- بعد^(١) تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال - بأن^(٢) الفرق بينها أن الإلتزام هنا^(٣) غير معلني على الإجازة، و إنما إلتزم بالمبادلة متوقفاً للإجازة، فيجب عليه الوفاء به^(٤)، و يحرم عليه نقضه^(٥) إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة، أو ينتقض إلتزامه برد^(٦) المالك.

و لأجل ما ذكرنا - من إختصاص حرمة النقض بما يعدّ من التصرفات منافياً لما إلتزمه الأصيل على نفسه دون غيرها^(٧) -

ملكه موقوف على الإجازة. و منع الأصيل عن التصرف في ماله المنتقل عنه لا يستلزم جواز تصرفه فيما إنتقل إليه، لأنه ليس له ولاية الإلتزام يجعل مال الغير ملكاً لنفسه، بل ولايته تختص بالملك.

فالتتية: أن الأصيل بمقتضى إلتزامه يكون ماله ملكاً لغيره يحرم عليه التصرف في ماله الذي هو باقي على ملكه، لتوقف خروجه عن ملكه على الإجازة التي أنيط بها تأثير العقد في الملكية.

(١) هذا إشارة إلى الجواب الأول المتقدم بقولنا: «أما الأول فتوضيحه: أن جواز التصرف ... الخ».

(٢) متعلق بـ «مدفوعة» و هذا هو الجواب الأصلي عن الدعوى المذكورة، و قد مرّ تقريبه آنفاً بقولنا «توضيحه: أن الشرط في باب النذر شرط ... الخ».

(٣) أي: إلتزام الأصيل بنقل ماله إلى الغير غير موقوف على إجازة المالك، و إنما هو مراعى، بحيث تكشف الإجازة المتأخرة عن تحقق النقل و الانتقال من زمان العقد.

(٤) أي: بالإلتزام، و الضمير المستتر في «إلتزم» و البارز في «عليه» راجع إلى الأصيل.

(٥) يعني: مع بقاء المال على ملك الأصيل، فليس حرمة التصرف فيه لأجل كونه مال الغير، بل لأجل إلتزامه بصيرورته ملكاً للغير، فيحرم على الأصيل التصرف في ماله، للإلتزام المزبور.

(٦) متعلق بـ «ينتقض»، و ضمير «إلتزامه» راجع إلى الأصيل.

(٧) أي: دون التصرفات غير المنافية لما ألتزمه الأصيل على نفسه.

قال^(١) في القواعد في باب النكاح: «ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة^(٢). فإن كان^(٣) زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والأُمُّ والبنت^(٤) إلا إذا فسخت^(٥)»^(٦)

(١) أي: قال العلامة رحمته. والغرض من نقل هذا الكلام الإستشهاد به على حرمة نقض ما إلتزمه الأصيل على نفسه.

(٢) لأنَّ تحريمها مترتب على النكاح الصحيح، والمفروض تحققه بالنسبة إلى المباشر.

(٣) أي: فإن كان المباشر الأصيل زوجاً - كما إذا فرضنا أن زيداً تزوج بهنيد مثلاً، و قد زوجها به عمروً فضولاً - ثبت في حق زيد الذي هو العاقد الأصيل تحريم المصاهرة. فإن كانت المعقود عليها - وهي هند - زوجةً رابعةً لزيد حرمت عليه الخامسة، إذ يتم بالمعقود عليها العدد المحلَّل وهو الأربع. وكذلك حرمت عليه أخت المعقود عليها، لكونه جمعاً بين الأختين. وأُمُّها، لكونها أمَّ الزوجة. وبنُّها، لكونها ربيبةً له. فإنَّ تحريمهن على الأصيل إنما هو لأجل حرمة نقض ما إلتزمه بسبب العقد على نفسه.

(٤) هذه الثلاثة راجعة إلى المعقود عليها، أي: تحرم أخت المعقود عليها وأُمُّها وبنُّها، لما مرَّ آنفاً.

(٥) أي: فسخت المعقود عليها فضولاً عقد الفضولي، فإنَّ ردَّها لعقدها يرفع ما يقتضي التحريم وهو النكاح، فبعد ردِّ المعقود عليها عقد النكاح لا يكون تزويج زيدٍ بغيرها تزويجاً بالخامسة حتى تحرم. وكذا يجوز التزويج بأخت المعقود عليها، إذ ليس حينئذٍ من الجمع بين الأختين، فيجوز نكاح أختها. وكذا نكاح بنت المعقود

(*) لا يخفى أنَّ الفسخ حلُّ العقد ورفعُه، ولذا يكون من حينه لا من أصله، كما أنَّ الإمضاء إبقاء للعقد في مقابل الفسخ الذي هو إعدامه. والردُّ دفع للعقد ومنع عن تحققه، والإجازة إحداث للعقد.

وعلى هذا فلعلَّ الانسب إبدال قوله رحمته: «فسخت» بـ «ردت» فإنَّ الفسخ رفع والردُّ دفع، والفرق بينهما واضح، فالفسخ في مقابل الإمضاء، والردُّ في مقابل الإجازة.

على إشكال في الأم^١. و في الطلاق^٢ نظرًا، لترتبته على عقد لازم^٣، فلا يسبغ^٤

عليها، لأن حرمتها منوطة بالدخول بأُمها، و المفروض عدم تحققه، فيجوز للمباشر الأصيل نكاحها. و أما حرمة أم المعقود عليها بعد رد بنتها ففيها كلام سيأتي.

(١) يعني: في تحريم أم المعقود عليها بعد رد بنتها لعقد الفضولي إشكال. وجه الاشكال: أن مقتضى نكاح البنت - ولو أنما - حرمة أمها أبداً، و مقتضى رد النكاح الموجب لعدم تحققه حدوثاً عدم تحريمها، لأن مناط تحريمها هو العقد الصحيح، و رد المعقود عليها رد لأصل النكاح و دفع له، و لازمه عدم ترتب أحكامه عليه التي منها حرمة نكاح الأم.

و هذا الوجه هو الصحيح، لأن الحرّمات مترتبة على صحة عقد النكاح المؤلف من الإلتزامين الإيجابي و القبولي، و إلتزام الأصيل لا يكفي في ترتب أحكام العقد و إن لزم عليه عدم نقض ما إلتزم به حتى يتبين الحال من الردّ و الإجازة، و هذا اللزوم لو قيل به حكم ظاهري.

(٢) أي: و في كون طلاق الأصيل للمعقود عليها فضلاً رافعاً لحرمة أمها و أختها و بنتها، و نكاح الخامسة، و إباحة تزويجهن، نظر. وجه النظر هو: أن الطلاق إن كان رافعاً لعلقة النكاح صحّ نكاحهن و أبيضت المصاهرة، لأن الرد رافع لتلك العلة. و إن كان رافعاً لعلقة الزوجية فلا مورد للطلاق، إذ لازومية حقيقة قبل الإجازة حتى ترتفع بالطلاق، فالحرمة باقية، و لا تباح المصاهرة إلا بعد رد المعقود عليها أو إجازتها، ثم الطلاق.

و الأقوى هو الثاني، إذ الطلاق لا يقع إلا بالزوجة، و لا تحصل علة الزوجية إلا بعد إجازة المعقود عليها فضلاً للعقد، فلا يملك الأصيل طلاقها قبل إجازتها، لأنه لا يملك أمرها إلا إذا صارت زوجته، و لا تصير زوجته إلا بالإجازة.

(٣) أي: لازم من الطرفين حتى تتحقق الزوجية التي تتوقف صحة الطلاق عليها.

(٤) يعني: فلا تباح المصاهرة بالطلاق مع عدم لزوم عقد النكاح.

المصاهرة»^١. وإن كان^١ زوجة لم يحل لها نكاح غيره، إلا إذا فسخ^٢، و الطلاق هنا معتبر^٣ إنتهى^٢.

و عن كشف اللثام نفي الإشكال^٤.

(١) معطوف على «فإن كان» يعني: وإن كان المباشرُ زوجةً لم يحل لها نكاح غير الزوج الذي اختير لها فضولاً، لكون العقد لازماً من طرفها.

(٢) يعني: إلا إذا فسخ الزوج المختار لها فضولاً، فيجوز لها حينئذٍ نكاح غيره.

(٣) لأنَّ الطلاق المتوقف على الزوجية يكشف عن إجازة الزوج الفضولي عقد النكاح و صيرورته مالكاً لأمر الطلاق، فيصح الطلاق، ويعتبر، لوقوعه على الزوجة. وبالجملة: فكاشفة الطلاق هنا ككاشفته عن الزوجية في أمر السيد عبده الذي نكح بدون إذن مولاه، فإنه ورد في رواية ابن وهب «لأنك حين قلت له: - طلق - أقررت له بالنكاح».

(٤) قال شارحاً لعبارة القواعد المذكورة في المتن: «ولو تولَّى الفضوليُّ أحدَ طرفي العقد و باشر الآخرُ بنفسه - أو وليه أو وكيله - ثبت في حقِّ المباشر تحريم المصاهرة إلى أن يتبين عدمُ إجازة الآخر، لتامة العقد بالنسبة إليه. فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأخت بلا إشكال، لصدق الجمع بين الأختين و نكاح أربع بالنسبة إليه، و لا يجدي التزلزل. و - أي: وكذا يحرم - كلُّ من الأمِّ و البنت المعقود عليها فضولياً. إلا أنه قبل تبين حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال في الحرمة، لحرمة الجمع قطعاً. وكذا إذا أجازت و أما إذا فسخت فلا حرمة بلا إشكال في البنت، و على إشكال في الأمِّ، من أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه. و الأولُ أصحُّ، فإنَّ الأصحَّ أنَّ الإجازة إما جزء أو شرط»^٣.

«١» كذا في النسخة المصححة و القواعد المطبوعة بمركز النشر الاسلامي، و في بعض نسخ المكاسب «فلا يقع المصاهرة» و الأولى ما أئنتناه.

«٢» قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٦

«٣» كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ١٨ (الطبعة الحجرية).

ثمرة القول بالكشف والنقل - تصرف الأصيل ١٣١

و قد صرّح أيضاً^(١) جماعةً بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل،
و فرّعوا عليه تحريم المصاهرة^(٢).

و أمّا مثل النظر^(٣) إلى الزوجة فضولاً و إلى أمّها مثلاً و غيره مما لا يعدّ تركه

و قد وافق بني العلامة في حكمه بجرمة البنت و الأمّ و الأخت في مدة التربص.
وكذا الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولاً زوجةً رابعةً للزوج الأصيل. و خالفه في
جزمه بجلية الأمّ لو فسخت بنتها المعقود عليها النكاح الفضولي.

و على هذا فإن كان مراد المصنف من قوله: «نفي الاشكال» ما أفاده الفاضل
الاصفهاني من الحكم بجرمة البنت و الأمّ و الأخت و الخامسة في مدّة التربص وفاقاً
للعلامة فهو متين. و إن كان مراده أنّ الفاضل نفي الاشكال المذكور في عبارة القواعد
بالنسبة إلى حرمة الأمّ و حلّيتها بعد فسخ العقد - و لعلّه المتعين، إذ لم يستشكل العلامة
في المحرّمات بالمصاهرة إلا في الأمّ - فهو و إن كان صحيحاً، لكنه لم يُجدِّ المصنف الذي
إستشهد بكلام العلامة على وجوب إلتزام الأصيل بالترامه و عهده قبل الإجازة. و أمّا
بعد الفسخ فلا شبهة في جوازه.

و لعلّ المصنف إعتد في نقل كلام الفاضل الاصفهاني على مطلع كلام
صاحب الجواهر من قوله: «بل في كشف اللثام نفي الاشكال فيه»^(٢) و لم يلاحظه بتامه.
و كيف كان فالمستفاد من عبارة كشف اللثام عدم الإشكال في حرمة تقض ما
إلتزم به الأصيل، و لازمه تحريم المصاهرة على المباشر، فتحرم عليه الخامسة و غيرها مما
ذكر.

(١) يعني: كصاحبي القواعد و كشف اللثام، و هذا التصريح لازم ما إلتزم به الأصيل
من النكاح.

(٢) من الآثار التي تكون للمباشر الأصيل لا عليه، كالنظر إلى المرأة المزوجة

«١» لاحظ جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٥٩: المدائق الناضرة، ج ٢٣، ص ٢٨٨ و ٢٨٩ و لاحظ

كنزالفوائد أيضاً، ج ٢، ص ٣٢٤

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٩، ص ٢١٧

نقضاً لما إلتزم العاقدُ على نفسه، فهو^(١) باقٍ تحت الأصول^(٢)، لأنَّ ذلك^(٣) من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة، بل المنفعية بالأصل (*). فحرمة^(٤) نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية، بل ثبوت النتيجة تابعٌ لثبوت حرمة النقض من الطرفين^(٥).

فضولاً، وإلى أمها وجدتها، وغير النظر مما لا يعدُّ تركه نقضاً لما إلتزم به العاقد الأصل. ولما كان النظرُ ونظائره من آثار الزوجية - التي لم تثبت، لكونها متقومة بكلا الإلتزامين - فلا وجه لجوازها، بل الحكم فيها عدم الجواز باستصحاب عدم الزوجية.

(١) جواب الشرط في قوله: «و أما مثل».

(٢) والمراد بالأصل هنا هو الاستصحاب كما أُشير إليه آنفاً.

(٣) أي: مثل جواز النظر، وهذا تعليل لبقاء النظر ونظائره تحت الأصول. وحاصل التعليل: أنَّ جوازها منوط بوجود موضوعها أعني الزوجية التي لم توجد، لترتبا على كلا الإترامي الطرفين، كما إذا كان المتعاقدان أصيلين.

(٤) هذه نتيجة ما أفاده من التفكيك بين الآثار التي تثبت على العاقد المباشر كحرمة الخانسة وغيرها مما ذكر، وبين الآثار التي تكون للمباشر، فإنَّ نقض تلك الآثار حرام، لكون موضوعها نفس الإلتزام الذي إلتزم به الأصيل، وجعله على نفسه. و أما الآثار الثابتة للمباشر فلما كان موضوعها نتيجة العقد المركب من الإلتزامين - كالملكية و الزوجية - فلا تثبت له إلا بعد تحقق نتيجة العقد، ولذا لا يكون تركها نقضاً لما أُلزمه على نفسه.

فصار المتحصل: أنَّ مثل النظر إلى المرأة المعقودة مترتب على زوجيتها، لا بمجرد كونها معقودة.

(٥) كما إذا كان المتعاقدان كلاهما أصيلين. وهذا مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض

(* لا يخفى أن أصل عدم الإجازة إنما يجري على الكشف الذي تكون الإجازة فيه شرطاً متأخراً إصطلاحياً بمعنى تقدم المشروط على الشرط، إذ القطع بوجود الإجازة فيما بعد يوجب لزوم ترتيب آثار الزوجية فعلاً، فالشك في وجودها يوجب جريان

ثم إن بعض متأخري المتأخرين^(١) ذكر ثمراتٍ أُخَرَ لا بأس بذكرها للتنبيه بها،
و بما يمكن أن يقال عليها^(٢).

منها^(٣): ما لو انسلخت قابليّة التملك عن أحد المتبايعين

إختصاص حرمة النقص بالمباشر الأصيل، لكون أحد المتعاقدين فضولياً. هذا تمام الكلام
في الثمرة الثالثة.

(١) و هو الشيخ الفقيه كاشف الغطاء رحمته في شرحه على القواعد، حيث عدّ أموراً
أربعة ثمرة للكشف والنقل، و هي: إنسلاخ أهلية المالك أو المملوك، و تجدهما، و فقد
شرط العقد. و ناقش صاحب الجواهر رحمته فيها. و وافقه المصنف في الأخيرين دون
الأولين.

فهنا أمور ثلاثة لا بدّ من بيانها، أولها: تقرير الثمرة، ثانياً: إعتراض صاحب
الجواهر، ثالثاً: منع الاعتراض في بعضها، و تسليمه في بعضها. و سيأتي بيان الكل
بالترتيب إن شاء الله تعالى.

(٢) يعني: و بما يمكن أن يستشكل به في تلك الثمرات من وجوه.

الثمرة الرابعة: سقوط أحد المتبايعين عن أهلية التملك

(٣) أي: من تلك الثمرات خروج أحد المتعاقدين عن قابلية التملك، و هذا الخروج
عرفي تارة كالموت الموجب لخروج المال عن ملكه و دخوله في ملك الورثة، و شرعي
أخرى أي بتعبّد من الشارع. و هو إما مطلق بالنسبة إلى جميع أمواله، كالمرتد الفطري
الذي هو كالميت، و إما مقيد ببعض الأموال كالمرتد المي الذي تتسلخ عنه أهلية تملك
المصحف الشريف و العبد المسلم.

الاستصحاب في عدمها و ترتب آثار عدم الزوجية.

و أما على الكشف الانقلابي فلا وجه لجريان الاستصحاب في عدم الإجازة، إذ العلم
بوجودها فيما بعد لا يجدي فضلاً عن الشك فيه، لعدم ترتب آثار الزوجية فعلاً إلا بعد
وجودها، فمع الشك في حصول الإجازة بعد ذلك نقطع بعدم ترتب آثار الزوجية فعلاً، و مع
القطع لا أثر للإستصحاب حتى يجري في نفي الإجازة أو الزوجية.

بموته^(١) قبل إجازة الآخر، أو بعروض^(٢) كفر بارتداد فطري^(٣) أو غيره^(٤) مع^(٥) كون المبيع عبداً مسلماً، أو مصحفاً، فيصح حينئذ^(٥) على الكشف دون النقل (*).

و حيث كان الخروج عن قابلية التملك بأحد الأمور الثلاثة فربما يقال بظهور الفرة بين الكشف و النقل، و تقرّبه: أن العاقد الأصل سواء أكان بائعاً أم مشترياً إذا أنشأ البيع أو الشراء، و إنسلخت عنه قابلية التملك قبل إجازة الطرف الآخر المالك لأحد العوضين - مع كون المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً - صحّت المعاملة بناءً على الكشف، لكون الإجازة حينئذ كاشفةً عن سبق الملك على الانسلاخ المذكور، لكونه حيناً حين العقد، أو مسلماً مالكاً لأمواله. بخلاف القول بالنقل، فإنّ المعاملة بناءً عليه باطلة، إذ المفروض ترتب النقل و الانتقال على الإجازة المتأخرة عن الانسلاخ المزبور، فلا تجدي في الصحة.

(١) متعلق بـ «إنسلخت» و ضميره راجع الى أحد المتبايعين و «قبل» متعلق

بـ «موته».

(٢) معطوف على «بموته» و كلٌّ من الموت و الإرتداد سبب للإنسلخ.

(٣) و هو الارتداد الميّي المقابل للإرتداد الفطري.

(٤) هذا القيد راجع إلى المرتد الميّي، حيث إنّه يملك كل شيء إلا المصحف الشريف

و العبد المسلم. فإن كان المبيع أحدهما لا يملكه المرتد الميّي، فإنّ إرتداده يخرجّه عن قابلية التملك للمصحف و العبد المسلم، دون غيرها من الأموال.

(٥) يعني: فيصح البيع أو الشراء حين إنسلخ قابلية التملك عن أحد المتعاقدين بناءً

على الكشف، لما مرّ آنفاً، دون النقل، لما تقدّم أيضاً.

(*) قد يقال: إن عدم مالكية الكافر للعبد المسلم إن إستند إلى آية نفي السبيل فهي

بمقتضى ظهور حرف الاستعلاء تنفي الغلبة على المسلم و الضرر عليه، و مجرد مالكيته له بدون السلطنة عليه ليس سبباً، لكونه محجوراً عن التصرف فيه. و إن استند إلى النبوي النافي للعلو على الاسلام، فإن كان مدلوله الحرمة التكليفية أي عدم جواز الاستعلاء على

وكذا^(١) لو إنسلخت قابليّة المنقول

الثمرّة الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية

(١) هذه ثمرّة ثانية من الثمرات التي ذكرها الشيخ الفقيه كاشف النطاء رحمته الله ومحصلها: أنّه تظهر الثمرّة بين القولين لو إنسلخت قابليّة المال المنقول - عوضاً أو معوّضاً - للملكية من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلك المال، أو عروض النجاسة عليه بحيث لا يقبل التطهير، كما إذا كان دهنًا مائعاً غير قابلٍ للتطهير، و لا الإنتفاع به بشيءٍ من وجوه الحلال.

فإذا اشتري زيدٌ دهنًا من بائع فضولي، وقَبِلَ إجازة مالك الدهن خرج الدهن عن الملكية بالتلف أو عروض النجاسة عليه مع ميعانه المانع عن تطهيره، فعلى القول بالكشف يصحّ الشراء، لأنّ المشتري صار مالكاً للدهن قبل تلفه أو تنجّسه، فيكون الضرر عليه لا على البائع.

و على القول بالنقل يكون الضرر على البائع، لعدم إنتقال المبيع قبل الإجازة إلى المشتري، فوقع التلفُ ونحوه في ملك البائع، بناءً على بطلان بيع المتنجس مطلقاً، أو مع عدم المنفعة المحلّلة المقصودة للعقلاء.

المسلم كان دليلاً على ملكية الكافر، إذ لولا إمكان تملكه له لم يتجّه النهي عنه، غايته أنه تملك محرّم، فلا بدّ من إعدامه بإجبار المالك على البيع. وإن كان مدلوله عدم حدوث العلو لا عدم جوازه، إتجه القول بعدم قابلية الكافر للمسلم. هذا.

ولكن يمكن أن يقال: بدلالة الآية المباركة على عدم أهلية الكافر لتملك العبد المسلم، ضرورة كون مملوكية المسلم له منقصةً في شرفه وعزّته، وهو سبيل منفي حتى لو كان محجوراً عن إستخدامه. وقد تقرر في حديث نفي الضرر عدم إختصاص المنفي بالمال خصوصاً بملاحظة مورده وشموله للمهانة في الشرف والعرض. و عليه فلا فرق في عدم ملكية المرتد المملّي للعبد المسلم بين الآية و النبوي.

بتلفٍ (*) أو عروض نجاسة له مع ميعانه^(١)، إلى غير ذلك.
و في مقابله^(٢) ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد إنعدامها حال العقد،
كما^(٣) لو تجددت الثمرة و بدأ صلاحها بعد العقد قبل الإجازة.

(١) المانع عن قابليته للتطهير و الموجب لسقوطه عن المالية و الملحق له بالتلف.

الثمرة السادسة: تجدد القابلية

(٢) يعني: و في مقابل إنسلاخ القابلية عن المال تجدد القابلية فيه قبل الإجازة بعد
إنعدام القابلية حال العقد. فضمير «إنعدامها» راجع الى القابلية.

(٣) هذا مثال لتجدد القابلية في المال المنقول بعد أن كانت معدومة، بأن باع
الفضولي ثمرة الشجرة قبل بدو صلاحها، فأجاز المالك بعد مدة ظهرت الثمرة فيها. فعلى
القول بالكشف يصح البيع. فلو كان الزرع زكواً كانت زكاته على المشتري، لأنَّ بدو
الصلاح كان في ملكه. و على القول بالنقل كانت زكاته على البائع، لكون ظهور الثمرة و
بدو الصلاح في ملكه.

(*) إن كان نظره إلى البيوع المتعارفة ممَّا يكون الثمن بيد المشتري و المثلن بيد
البائع قبل البيع إتجه عليه ما أفاده المحقق الثاني عليه السلام من إنتفاء الثمرة، لفساد المعاملة
لو تلف المثلن بيد البائع قبل إجازته، لكونه من تلف المبيع قبل قبضه، فمجرد وجوده حين
العقد لا يصحُّ البيع بناءً على الكشف^(١).

و إن كان نظره إلى ترتب الثمرة بين الكشف و النقل في بعض الموارد، كما
إذا كان المبيع بيد المشتري أمانة كالعارية و الوديعة و الرهن، فيبيع فضولاً و تلف
بيده، إتجه ما أفاده من ترتب الثمرة عليه، لصحته بالإجازة بناءً على الكشف، و فساده على
النقل.

و فيما^١ (*) قارن العقدُ فقد الشروط [الشرط].

الثمرة السابعة: فقد شرط العقد

(١) هذه ثمرة أخرى، و عطف قوله: «و فيما» على ما قبله يكون من عطف العام على الخاص، إذ المراد بقوله: «قارن العقد فقد الشرط» أعم من شروط المتعاقدين وشروط العوضين، و من المعلوم أنّ الثمرات الثلاث المتقدمة من أفراد هذا العام، وليست خارجة عنه.

فكل شرطٍ من شروط تأثير العقد إن كان مفقوداً حين العقد و صار موجوداً بعد العقد، أو كان موجوداً حين العقد، و قُيد بعده قبل الإجازة، يكون العقدُ في الصورة الأولى - و هي فقدان الشرط حين العقد و وجدائه بعده - باطلاً بناءً على الكشف، لوقوع العقد فاقداً للشرط. و بناءً على النقل صحيحاً، لوقوع العقد واجداً للشرط. و في الصورة الثانية - و هي وجودُ الشرط عند العقد و فقداً بعده قبل الإجازة -

(*) لعل الأولى إبدال العبارة هكذا «و منها: ما لو انسلخت قابلية التملك ... الخ. و منها: ما لو انسلخت قابلية المنقول بتلف او عروض نجاسة ... الخ. و منها: ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها ... و منها: ما لو قارن العقد فقد الشرط ... الخ.» و الحاصل: أنّ السياق يقتضي تبديل العبارة بما ذكر، لأن كل واحد من الأمور المذكورة ثمرة من الثمرات التي ذكرها في شرح القواعد. فالمناسب تكرير «منها» عطفاً على «منها ما لو انسلخت قابلية التملك ... الخ.» أو إبدالها هكذا: «و ما لو انسلخت قابلية المنقول ... و ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة ... الخ. و ما لو تجددت الثمرة ... الخ.» و ما لو قارن العقد فقد الشرط ... الخ.»

و الوجه في هذا الإبدال الثاني هو: أنّ الثمرات الثلاث المذكورة بعد الثمرة الأولى - و هي: «منها ما لو انسلخت قابلية التملك ... الخ.» - معطوفة على «ما» الموصول في «منها ما لو انسلخت قابلية التملك» و هذا العطف يقتضي سقوط «في» في قوله: «و في مقابله» و في قوله: «و فيما قارن العقد».

ثمَّ حصل، و بالعكس^(١)».

و ربما يعترض^(٢) على الأوّل بإمكان دعوى ظهور الأدلّة في إعتبار إستمرار القابليّة إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة.

يكون العقد بناء على الكشف صحيحاً، لوقوع العقد جامعاً للشرائط، و على النقل باطلاً، لوقوع العقد فاقداً لشرط الصحة.

(١) و هو وجودُ الشرط حين العقد، و عدمه بعده قبل الإجازة.

(٢) المعارضُ صاحب الجواهر رحمته الله، و المراد بالأوّل هو الثمرة الأولى، و هي قوله: «ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين» و محصل الاعتراض على الثمرة الأولى هو: أنّ ظاهر أدلة صحة البيع و الشراء إعتبار إستمرار قابلية التملك من زمان صدور العقد إلى حين تحقق الإجازة على القول بالكشف كالنقل.

و عليه فإذا إنسلخت قابلية التملك عن أحد المتعاقدين قبل الإجازة يبطل العقد بناءً على الكشف و النقل معاً، فلا يصحّ جعل الثمرة الأولى ثمرةً لكاشفية الإجازة و ناقلية^(٢).

و عبارة أخرى: أنّ أدلة صحة البيع الفضولي ظاهرة في إعتبار إتصال قابلية التملك بين زماني العقد و الإجازة، حتى يستند خروج المال عن ملك كل واحد من المتبايعين إلى إجازة المميز، بحيث لولاها إستمرت الملكية، و لم تنقطع الإضافة إلاّ بالإجازة الموجبة لانتقال البديل إلى الطرف الآخر.

و الشاهد على إعتبار بقاء صلاحية الأصيل للتملك بعضُ النصوص المستدل بها على صحة الفضولي، كصحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة بغير إذن سيدها، و موثقة جميل الواردة في مخالفة العامل لما اشترط عليه ربُّ المال، و الأخبار الواردة في إجتار غير الولي بمال اليتيم^(٣)، إذ ظاهرها - بل صريح بعضها - بقاء الأصيل على

«١» شرح القواعد (مخطوط) الورقة ٦٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٠ - ٢٩١

«٣» تقدمت هذه النصوص في الجزء الرابع من هذا الشرح، ص ٣٨٨ و ٤٢٧ و ٤٤٠

وفيه^(١): أنه لا وجه لإعتبار إستمرار القابلية، ولا إستمرار التملك

أهلية التملك إلى ظرف الإجازة.

ومن المعلوم أن هذا الضابط مفقود في ما لو سقط الأصيل عن أهلية التملك قبل الإجازة، لعدم إستناد خروج المال عن ملكه إليها، بل يستند إلى المانع عن إعتبار الملكية له عرفاً كما في الموت، أو شرعاً كالإرتداد عن فطرة.

وعليه فالفرض الذي أفاده كاشف الغطاء رحمته خارج موضوعاً عما تقتضيه أدلة صحة البيع الفضولي، ولا تصل النوبة إلى ملاحظة مبنى الكشف والنقل، لأن الإجازة - بناءً على النقل أيضاً - مرتبطة بالعقد ومنفذة له، وليست إنشاءً مستأنفاً.

ونتيجة هذا البيان إعتبارُ إتصال مالكية كلٍّ منها لماله إلى زمان الإجازة، وعدم سقوطه عن أهلية التملك في المدة المتخللة بينها وبين العقد.

فإن قلت: تقدّم في صحيحة الحدّاء - الواردة في تزويج الصغيرين فضولاً - تملكُ الزوجة للإرث إذا أجازت العقد بعد بلوغها، و بعد أن بلغ الزوجُ وأجاز ومات^(١). وهذا شاهد على عدم إشتراط صحة العقد الفضولي باستمرار الأهلية إلى زمان الإجازة، وإلا لزم عدم إستحقاق الزوجة الصغيرة لحصّتها من الإرث.

قلت: نعم هذه الصحيحة وإن دلّت على عدم إعتبار بقاء أهلية التملك إلى حين الإجازة، لكنها مختصة بموردها، ولا يتعدّى منها إلى البيع الفضولي. قال في الجواهر: «وفيه: أن الأول وإن كان قد يشهد له خبرُ الصغيرين اللذين مات أحدهما. لكن يمكن الجمود عليه. ودعوى عدم الجواز في غيره بناءً على الكشف أيضاً، ضرورة أنه عليه يمكن دعوى ظهور الأدلة في إعتبار القابلية حاله كالنقل أيضاً. وأنه لولا الرضا لكان مالكا، بل لا بدّ من إتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة ... الخ»^(٢).

ثم إنه رحمته منع من ترتب الثمرة النانية، وهي تلف العين عقلاً أو شرعاً، وكذا الثمرة الثالثة وهي فقد بعض شرائط العقد، وسيأتي بيانه.

(١) هذا ردُّ إعتراض الجواهر رحمته، و مرجع هذا الرد إلى وجهين، أحدهما تقضي

«١» تقدمت في ص ٦٩، فراجع.

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩١

المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها^(١)، كما^(٢) لو وقعت بيوع متعدّدة على مالٍ، فإنهم صرّحوا^(٣) «بأنّ إجازة الأوّل^(٤) توجب صحّة الجميع» مع عدم بقاء مالكية الأوّل^(٥) مستمراً^(٥).

بالنظر الى الفتاوى، و ثانيها حلّي بالنظر إلى مفاد الأدلة.

أمّا النقضي فهو: أنّ القائلين بصحة البيع الفضولي بالإجازة تسالموا عليها في مسألة ما لو تسلسلت العقود على مال المجهيز - كما سيأتي تفصيله في (ص ٤٠٩) - مع أنّ المجهيز على القول بالكشف ليس مالكاً حين إجازة العقد الأوّل، لزوال ملكيته بها، ولا تبقى حتى تصح العقود المتأخّرة. وهذا شاهد على عدم اعتبار بقاء الملكية. وقد التزم صاحبُ الجواهر رحمته به، فقال في جملة كلامه: «و أمّا ما بعده - أي: بعد العقد المجاز - من العقود فلا ريب في صحتها بناءً على الكشف، لوقوع التصرف حينئذٍ في الملك. و أمّا على النقل فيحتمل البطلان، لتعذر الإجازة حينئذٍ من المالك. و الصحة بلا إجازة...»^(٢).

و أمّا الحلّي، فهو: ظهور بعض الأخبار و صراحة الآخر في عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، و سيأتي توضيحه إن شاء الله تعالى.

(١) متعلّق بـ «إستمرار» أي: إستمرار القابليّة إلى حين الإجازة.

(٢) هذا إشارة إلى الجواب النقضي المتقدم بيانه بقولنا: «أمّا النقضي فهو ... الخ».

(٣) أي: البيع الأوّل، فإنّ إجازته تصحّ جميع البيوع المترتبة عليه، مع عدم بقاء مالكيته مستمراً حال تلك البيوع.

(٤) أي: البائع الأوّل، فإنّه بعد البيع خرج المبيع عن ملكه، و لم يبقَ على ملكه حين الإجازة، مع أنّ الفقهاء صرّحوا بصحة جميع البيوع الواقعة عليه. و هذا التصريح لا يلائم اعتبار إستمرار قابلية التملك إلى زمان صدور الإجازة.

(٥) يعني: مستمراً إلى زمان الإجازة.

و كما يُشعر به ^(١) بعض أخبار المسألة المتقدمة، حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدمُ اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة.
مضافاً ^(٢) إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين،

(١) أي: بعدم اعتبار استمرار قابلية التملك إلى زمان صدور الإجازة. و هذا إشارة إلى الجواب الحليّ، و محصله: أنه يستفاد ظهوراً و صراحةً من أخبار مسألة الفضولي عدمُ اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، فما ذهب إليه صاحبُ الجواهر - من اعتبار إتصال الملكية من زمان العقد إلى حين الإجازة - ممنوع، لشهادة طائفتين من الأخبار بخلافه.

فالطائفة الأولى: ما تكون ظاهرةً - بمقتضى إطلاقها - في نفي شرطية الاتصال، و ذلك كموتقة جميل الواردة في المضاربة التي خالف العاملُ للشرط، حيث حكم الامام عليه السلام «بأنّ الربح يتقسم بين ربّ المال و العامل» بناءً على إستفادة حكم الفضولي منها، و أنّ توزيع الربح بينها يكون بعد إجازة ربّ المال للمعاملات التي أتى بها العامل. فإنّ حكمه عليه السلام مطلق شامل لما إذا بقي الأصيل - الذي باع و اشتري من عامل المضاربة - على أهلية التملك، و لما إذا سقط عنها.

و كأخبار الإتجار بمال اليتيم، فإنّ حكمه عليه السلام «بأنّ الربح لليتيم» - بناءً على حملها على صورة إجازة الولي لتكون من أدلة صحة الفضولي - يعمّ صورتي إستمرار ملكية الأصيل و زوالها.

و الطائفة الثانية هي رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون الذي اشتري أباه من مواله و اعتقه، فإنّها صريحة في نفي شرطية إتصال الملكية، إذ المفروض فيها موتُ دافع المال إلى العبد، مع أنه عليه السلام حكّم بقرينة أب العبد المأذون لورثة دافع المال لو أقاموا البينة على أنّ العبد المأذون اشتري أباه بمال مورثهم.

و الحاصل: أنّ سقوط الأصيل عن قابلية التملك بالموت غير مانع عن تنفيذ البيع الفضولي بالأجازة المتأخرة المستفادة من مطالبة كلٍّ من الورثة، أو مولى العبد المأذون.

(٢) غرض المصنف المناقشة مع صاحب الجواهر بالنسبة الى ترتب الثمرة الثانية على نزاع الكشف و النقل، و توضيحه: أنّ صاحب الجواهر رحمته الله إعترض على شيخه كاشف الغطاء في ما لو إنسلخت قابلية المنقول بتلف، أو ما يسقطه عن المالية عرفاً أو شرعاً.

و حاصل الاعتراض: أن هذه الثمرة أولى بالمنع من الأولى، وهي سقوط المالك عن أهلية التملك. وذلك لأنّ المتبر في باب الفضولي اجازة المالك و رضاه بالعقد، فلو إنتفت قابلية العين للتملك كما اذا إنقلب الخُلُّ خمرًا بعد إنشاء الفضولي و خرجت عن ملك المميز، لم يصدق عليه «أنه مالك» حتى تؤثر إجازته في صحة بيع الفضولي. و لا فرق في هذا بين الكشف و النقل.

و وجه أولوية إنتفاء هذه الثمرة: أن المالك مفروض الوجود في الثمرة الأولى، غاية أنه يتبدل من الأصل إلى غيره. بخلاف هذه الثمرة، لكون سقوط المال عن الملكية موجباً لانتفاء عنوان المالك رأساً، لأنّ الملكية نسبة بين المالك و المملوك أو إضافة بينها. هذا ما أفاده صاحب الجواهر رحمته.

و ناقش المصنف رحمته فيه بتثبيت الثمرة، و ذلك لوجهين.

أحدهما: فحوى صحيحة الحذاء الواردة في تزويج الصغيرين، فإنّ موردها وإن كان النكاح الفضولي، إلا أنه لا يمنع من إستفادة حكم البيع الفضولي منها، و ذلك لأنّ الزوجين ركنان في عقد النكاح كالعوضين في البيع و شبهه. و المفروض في الصحيحة موت الزوج الذي هو أحد الركنين، و قد حكم الإطلاقي بصحة العقد لورضية الزوجة بعد إدراكها و حلفها. وليكن البيع الفضولي صحيحاً بإجازة المالك لو سقط المبيع عن المالية و الملكية بعد العقد إمّا بالتلف الحقيقي بانعدام صورته النوعية، و إمّا بما يسقطه عن المالية كتجنس الدهن بإصابة القدر به.

فيقال: إنه بناء على كاشفية الإجازة يصح البيع، لكون المال مملوكاً حين العقد، و قد عرض عليه التلف بعده، فيتلف على المشتري. و بناء على النقل يتلف على البائع. و يمكن أن يستفاد من هذه الصحيحة في الرد على صاحب الجواهر بالنسبة إلى الثمرة الأولى، و ذلك بالفحوى، لأنّ تلف الركن لو لم يقدر في صحة العقد كان تلف غير الركن - و هما المتبايعان في باب البيع - أولى بعدم القدرح. فلا يكون الموت و الكفر مبطلين للمعاملة.

ثانيهما: الظهور الإطلاقي الناشئ من ترك الاستفصال في قضية عروة البارقي التي إستدل بها على صحة عقد الفضولي. توضيح دلالتها على عدم إعتبار إستمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة هو: أنه لما أخبر عروة النبي الأكرم عليه السلام بما صنع، قال عليه السلام:

الذي ^١ يصلح رداً لما ذكر في الثمرة الثانية، أعني خروج المنقول عن قابلية تعلُّق إنشاء عقدٍ أو إجازةٍ به لتلفٍ و شبهه ، فإن ^٢ موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد.

مضافاً ^٣ إلى إطلاق رواية عروة، حيث لم يستفصل (*) النبي ﷺ عن موت الشاة أو ذبحه ^٤ (***) و إتلافه.

«بارك الله لك في صفقة يمينك» و لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها. و ترك الاستفصال دليل على عدم إعتبار إستمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة.
١) صفة للخبر، لا للفحوى.

٢) هذا تقريب الفحوى، و قد تقدم توضيحه آنفاً، و قوله: «كتلف» خبر «فإن».
٣) هذا هو الوجه الثاني، و قد تقدم آنفاً بقولنا: «ثانيهما: الظهور الإطلاقي الناشء من ترك الاستفصال ... الخ».

٤) معطوف على «موت». و الأولى تأنيث الضمير في «ذبحه و إتلافه» لرجوعه إلى الشاة.

(*) أمارية ترك الاستفصال على الإطلاق أو العموم تختص بأمور جرت العادة على وقوعها، و الإعتداد بها، فإذا قال المولى: «إذا سافرت فقصر» و لم يعيّن وسيلة قطع المسافة من الطائرة أو السيارة أو غيرها مع جريان العادة على السفر بجميع تلك الوسائل النقلة، كان عدم التعيين دليلاً على أن المسافرة بكل وسيلة من تلك الوسائل توجب القصر. و من المعلوم أن موت الشاة في ذلك الزمان اليسير غير عاذي حتى يكون ترك الاستفصال دليلاً على عدم إعتبار بقاء القابلية إلى زمان صدور الإجازة كما هو مرام المصنف رحمته في مقام الرد على صاحب الجواهر رحمته القائل بإعتبار إستمرار القابلية إلى زمان الإجازة، هذا.

(***) لا يخفى ما في عطف الذبح على الموت من المسامحة، لعدم خروج الشاة بالذبح عن المالية و القابلية عرفاً و شرعاً، لوضوح أن الموت يعدم الشاة، و الذبح يبذل صفتها بصفةٍ أخرى. و تبدل الوصف بغير إنعدام الموصوف، بل الإتلاف الموجب للضمان أيضاً. و عليه فالأولى الاقتصاد في الانسلاخ عن المالية على الموت.

نعم ما ذكره أخيراً^(١) من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح^(٢) ثمرةً للمسألة^(٣)، لبطان^(٤)

(١) يعني: ما ذكره كاشف الغطاء رحمته ممنوع. و غرض المصنف رحمته موافقة صاحب الجواهر في منع الثمرة الثالثة والرابعة المتقدمتين في (ص ١٣٦) بقوله: «و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة ... و فيما قارن العقد فقد الشرط ...». فقد منعها في الجواهر بما لفظه: «و أوضح من ذلك فساداً فأقد القابلية للملك، ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح. و على النقل أيضاً، لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل، فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محله»^(١).

و حاصله: أن العقد الفاسد لشرط من شروط الصحة باطل من أصله، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة، لاعتبار إجتماع شرائط الصحة - إلا الولاية على العقد - في عقد الفضولي، حتى يؤثر بالإجازة المتأخرة. و لا فرق في ذلك بين كاشفية الإجازة و ناقليتها.

و بعبارة أخرى: العقد الفضولي يكون مقتضياً للتأثير، و تتوقف فعلية التأثير على إجازة ولي أمر العقد، و هذا الاقتضاء منوط بإجتماع شرائط حال الانشاء. و الفرق بين العقد الفضولي و عقد المالك أن الأول مقتضٍ للتأثير، و الثاني سبب تام، إلا في مثل الصرف و السلم مما يكون القبض دخیلاً فيه.

و العقد الفضولي لا يكون مقتضياً إلا باستجاء شرائط الصحة، فلو إختلت بعضها لم يتحقق ذلك الاقتضاء حتى ينتهي إلى الفعلية بانضمام الإجازة.

و هذا البيان كما يمنع الثمرة الثالثة و هي تجدد القابلية، كذلك يمنع الثمرة الرابعة، و هي فقد شرط الصحة.

(٢) خبر قوله: «ما ذكره أخيراً».

(٣) و هي مسألة الكشف و النقل.

(٤) تعليل لقوله: «لا يصلح» و قد عرفت أنفاً وجه عدم الصلاحية.

العقد ظاهراً على القولين^(١). وكذا^(٢) فيما لو قارن العقد فقد الشرط.
و بالجمله^(٣): فباب المناقشة وإن كان واسعاً

(١) و هما القول بالكشف و القول بالنقل.

(٢) أي: و كذا لا يصلح ثمرة للمسألة فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

(٣) قد إتضح أن الأقوال في الثمرة الأولى - و هي خروج أحد المتبايعين عن أهلية التملك قبل الإجازة - ثلاثه:

فالأول ما أفاده الشيخ الفقيه كاشف الغطاء من التفصيل بين الكشف و النقل، و لذا جعله ثمرة للقولين في الإجازة.

و الثاني: ما إختاره صاحب الجواهر رحمته من إعتبار إستمرار تملك المتبايعين إلى لحوق الإجازة بالبيع الفضولي مطلقاً. فتنفي الثمرة بين الكشف و النقل.

و الثالث: ما إستظهره المصنف رحمته من الأدلة من عدم الإعتبار.

و الغرض - بعد بيان هذه الكبرى - المناقشة في كلام كاشف الغطاء من تنظيره للخروج عن القابلية بالموت و الردة.

أما المناقشة في مثال الموت فلأنه يتوقف على شراء الأصيل شيئاً بثمن كلي في ذمته، و موته قبل إقباض الثمن، فيقال بصحته بناءً على الكشف، دون النقل. فلو إشتري بعين خارجية، فمات، صح حتى بناءً على الكشف، و ذلك لأن الثمن الشخصي ينتقل بموته إلى ورثته، و لهم إجازة عقد المورث، فإن أجازوا وقعت المعاملة للمورث، ثم ينتقل إليهم المبيع بالأرث، بناءً على الكشف. و بناءً على النقل تقع للورثة.

و عليه فلا يصح جعل الموت مطلقاً صغرى للخروج عن قابلية التملك.

و أما المناقشة في مثال الإرتداد الفطري، فأمران:

أحدهما: ما تقدم أنفاً من الشراء في ذمة نفسه، فلو إشتري أو باع بعين خارجية لم تبطل المعاملة، و إنما تكون فضولية، لانتقال أمواله إلى ورثته، فيبديهم الرد و الإجازة. و لا مانع من صحة البيع الفضولي إذا كان كلا الطرفين فضولياً.

و ثانيها: القول بانتقال جميع أمواله - حتى ما يتجدد له بعد الكفر باكتساب أو حيازة مباح - إلى ورثته بمجرد الارتداد. فلو قيل بظهور الدليل - على تقسيم أمواله - في

إِلَّا أَنْ الْأَرْجَحُ^(١) فِي النَّظَرِ مَا ذَكَرْنَاهُ^(٢). و ربما يقال: بظهور الثمرة في تعلق الخيارات^(٣)

خصوص ما يملكه حال الزّدة، لم تترتب الثمرة بين الكشف و النقل لو باع أو اشتري بما اكتسبه بعدها، لشمول إطلاقات أدلة المعاملات له، و عدم مانع من صحتها و نفوذها.
و أما المناقشة في التمثيل بالمرتد الميلى - بالنسبة إلى شراء المصحف الشريف و العبد المسلم، أو بيئهما - فهي: أن ترتب الثمرة يتوقف على القول بخروجها عن ملكه بمجرد الارتداد. فلو قيل بعدمه، و إنما يُجبر على نقلها إلى مسلم، لم تترتب الثمرة بين الكشف و النقل، لفرض كونه مالكا لها بعد الكفر.
هذا ما يرد على صفريات الثمرة الأولى، و أنها خارجة موضوعاً عن الثمرة بناءً على بعض التقادير، ولكنّ الكبرى - و هي عدم إعتبار استمرار القابلية - تامة.

(١) خبر قوله: «فباب المناقشة».

(٢) من عدم إعتبار استمرار القابلية من حين العقد إلى زمان الإجازة، و كذا عدم إعتبار استمرار التملك إلى زمان الإجازة.

ثمرات أخرى للقول بالكشف و النقل

(٣) توضيح هذه الثمرة - التي ذكرها كاشف الغطاء رحمته أيضاً - أنه إذا اختلف حال المبيع صحةً و عيباً بأن كان صحيحاً حين العقد المفروض وقوعه يوم الجمعة، و صار معيباً حال الإجازة الصادرة يوم السبت مثلاً، فعلى القول بالكشف يكون البيع لازماً، لحدوث العيب في ملك المشتري، فلا خيار له. و على القول بالنقل يكون البيع جائزاً، لوقوع العيب في ملك البائع، فثبت الخيار للمشتري.

ولو إنعكس الأمر، بأن كان المبيع حين وقوع العقد معيباً، و صار صحيحاً عند صدور الإجازة، فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري، لوقوع البيع على المعيب، و العيب يوجب الخيار. و على القول بالنقل يكون العقد لازماً، لكون المبيع صحيحاً عند صدور الإجازة المتممة للبيع، هذا.

و كذا تظهر الثمرة في خيار الغبن، كما إذا بيع المال فضلاً بأكثر من قيمته السوقية،

و حق الشفعة^{١)}

فصار المشتري مغبوناً، و ترقّت قيمته حال الإجازة. فبناءً على الكشف يثبت خيار الفين للمشتري، دون النقل.

ولو إنعكس الأمر، بأن يبيع المأل بأقل من قيمته الواقعية، ثم إنخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أما خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلّقه بمقد الفضولي، لعدم إنطباق ما في دليله من أنه «إذا إفترقا وجب البيع» عليه، إذ لا عبرة بافتراق غير المتبايعين عن مجلس العقد، وإن كان مجلس عقد الفضولي مجلس العقد. و عليه فيختص خيار المجلس بما يكون إفتراق المتعاقدين عنه سبباً للزوم البيع.

و دعوى «ظهور الثمرة فيما لو استمرّ مجلس البيع الفضولي إلى زمان حضور المبيع، و أجاز، فثبت خيار المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهرة، إذ الكلام في حسابان مبدأ خيار المجلس، و أنه العقد أو الامضاء، و المفروض في المثال وحدة المجلسين، و لا ريب في كون مبدأ الخيار تفرقها عنه بعد الإجازة سواء على الكشف والنقل.

و سيأتي تفصيل الكلام - في اختصاص خيار المجلس بالأصيل، دون الفضولي وكذا الوكيل في الانشاء - في أوائل الخيارات إن شاء الله تعالى.

(١) يعني: في مورد تبدل الشريك، كما إذا كانت الدار ملكاً مشاعاً لزيد و عمرو، فباع الفضولي يوم السبت حصّة زيد، و باع عمرو حصّته يوم الأحد، و أجاز زيد يوم الإثنين. فبناءً على الكشف يثبت حق الشفعة لعمرو، لأنّ حصّة زيد إنتقلت إلى من اشتري من الفضول من يوم السبت، فلعمرو الأخذ بالشفعة و فسخ البيع الواقع يوم السبت، و ضمّ حصّة زيد - المبيعة فضولاً - إلى حصته.

فإن أخذ بالشفعة فهو، و إلّا يثبت حق الشفعة للمشتري من الفضولي، و له الأخذ به و فسخ البيع الواقع يوم الأحد بين عمرو و المشتري منه، لوقوع هذا البيع الثاني بعد تمامية البيع الأوّل المجاز من يوم السبت و إن صدرت الإجازة يوم الاثنين، و صيرورة المشتري من الفضولي شريكاً للأصيل حيناً باع حصته يوم الأحد.

و بناءً على النقل ينعكس الأمر، فثبت حق الشفعة من يوم الأحد لزيد،

و احتساب^١ (*) مبدأ الخيارات، و معرفة^٢ مجلس الصرف و السلم، و الأيمان^٣

لصيورته شريكاً مع المشتري من الأصيل و هو عمرو، فله إعمال حقه، و تملك حصة عمرو، ثم إجازة البيع الواقع على حصته. و حيث إن المفروض عدم أخذ زيد بحق الشفعة - و إنما أجاز يوم الاثنين عقد الفضول - فقد سقط حقه، و يثبت للمشتري من عمرو حق الشفعة على المشتري من الفضولي.

١) كما إذا بيع حيوان فضولاً، فإن مبدأ الثلاثة من حين العقد بناءً على الكشف، و من حين الإجازة بناءً على النقل، لتوقف تمامية البيع عليها.

و كذا الحال لو بيع دار فضولاً، و اشترط المشتري لنفسه الخيار شهراً مثلاً، و أجاز المالك بعد أيام، فبناءً على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، و بناءً على النقل حين الإجازة.

٢) فعلى القول بالكشف يكون المراد بالقبض في المجلس المعتبر في الصرف و السلم القبض في مجلس العقد، و على القول بالنقل يكون المراد القبض في مجلس الإجازة.

٣) كما إذا حلف زيد على أن يتصدق بجميع أمواله في يوم الغدير مثلاً، و كان من جملة أمواله كتاب المكاسب الذي اشتراه من فضولي، و لم يُجز مالكه إلا يوماً بعد يوم الغدير. فعلى القول بالكشف يجب عليه التصديق بكتاب المكاسب، لأنه صار من أمواله حين الحلف. و على القول بالنقل لا يجب عليه التصديق بالمكاسب، لعدم صيرورته ملكاً له يوم الغدير.

ولو إنعكس الأمر، بأن بيع شيء من أمواله قبل الغدير فضولاً، و أجازه بعده. فعلى الكشف لا يجب عليه التصديق، لخروجه عن ملكه قبل الغدير. و بناءً على النقل

(*) يمكن أن يقال: إن مبدء الخيار من حين الإجازة مطلقاً ولو على الكشف، لأن الفسخ وإن كان هو حل العقد الذي أنشأه الفضولي قبل الإجازة بيوم أو أكثر. إلا أن حل العقد وظيفة من كان العقد منسوباً إليه، و من المعلوم أن العقد لا ينسب، إلى من له حله إلا بالإجازة، فمبدء الخيار من زمان الإجازة مطلقاً.

والنذور^(١) المتعلقة بمال البائع أو المشتري.

وتظهر الثمرة أيضاً^(٢) في العقود المترتبة على الثمن أو المشمن، وسيأتي^(٣)

إن شاء الله.

يجب عليه التصديق.

(١) كما إذا نذر أن يعطي كتاب المكاسب مثلاً لزيد المشتغل بتحصيل العلم، وقد اشتري ذلك من فضولي يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكة إلا يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاء بالنذر، لكونه مالكا لكتاب يوم الجمعة. وعلى القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكا للكتاب حال النذر.

ظهور الثمرة في العقود المترتبة

(٢) يعني: كالثمرات المتقدمة المترتبة على الكشف والنقل، وحاصل هذه الثمرة: أنه إذا باع من اشتري فضولاً متاعاً، وكان بيعه له قبل إجازة مالك المتاع، ثم أجازته مالكه. فعلى القول بالكشف يصح البيع الثاني للمشتري، لوقوعه في ملكه، بداهة أن الإجازة أوجبت صحة شرائه، وضرورة المتاع ملكاً له، ووقوع البيع الثاني للمشتري في ملكه. وعلى النقل يدخل البيع الثاني - الصادر من المشتري - في مسألة: من باع شيئاً ثم ملكه. (٣) في الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بالمجاز إن شاء الله تعالى شأنه، حيث قال في جملة كلامه: «و ملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة على مال المميز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسحاً لما قبله، وإجازة لما بعده على الكشف، وإن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر» فلاحظ (ص ٤١٤).

و بهذا يتم البحث في المقام الثاني المتكفل لبيان الثمرات، و سيأتي الكلام في المقام

الثالث، و هو تنبيهات الإجازة.

و ينبغي التنبيه على أمور^(١):

الأول^(٢):

تنبيهات الإجازة

(١) وهي أمور تتعلق بنفس الإجازة سواء قيل بالكشف أو النقل، مثل إعتبار قصد خصوص ما يعتقد، وإعتبار إظهارها بالألفاظ الدالة عليها عرفاً، أو كفاية الكناية والفعل، وإعتبار عدم سبق الردّ عليها، وغير ذلك مما سيبحث عنه في التنبيهات الآتية إن شاء الله تعالى.

الخلاف في الكشف و النقل حكمي لا مفهومي

(٢) الغرض من عقد هذا الأمر بيان منشأ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة، ثم النظر فيما يترتب على ما لو خالف المميز معتقده، كما لو إعتقد - إجتهداً أو تقليداً - كونها كاشفة، فقصد كونها ناقلة، أو بالعكس.

و قد تعرّض لهذا البحث الفقيه الأكبر كاشف الفطاء رحمته الله و تبعه صاحب الجواهر، و محصله: أنّ منشأ الخلاف في الكشف و النقل هو الإستظهار من الأدلة. و وافقها المصنف في المبنى، و خالفها في ما يترتب عليه من بطلان الإجازة و لغويتها لو قصد المميز خلاف معتقده.

قال في شرح القواعد: «و هل بناء القولين على مقتضى الظاهر، فيجوز الإنصراف

عن كلٍّ منها بعدَ وجودِ الصارفِ من قبلِ العاقدِ، أو من خارجِ (*)، أو على اللزومِ، فإذا تعدَّرَ أحدهما، أو صرَّحَ بخلافه بطلتْ؟ وجهان، أقواهما الثاني «١».

وتوضيحُ المطلبِ: أنَّ منشأَ الشبهةِ في الكشفِ والنقلِ يمكنُ أن يكونَ أحدُ أمورِ ثلاثة:

الأوَّلُ: الشكُّ في المفهومِ، بأن لا يكونَ معنى الإجازةِ واضحاً، فيدَّعي القائلُ بالكشفِ أنَّها بمعنى الكشفِ عن ترتبِ الأثرِ على العقدِ من حينِ وقوعه، لأنَّها تنفيذُ مضمونِ العقدِ لا غيرِ. ويدَّعي القائلُ بالنقلِ أنَّها الرضا بمضمونِ العقدِ، ومقتضى هذا المفهومِ اللغوي حصولُ الأثرِ من زمانٍ تحققَ الإجازةُ.

الثاني: أن لا يكونَ النزاعُ في المعنى اللغويِّ، بل يكونُ في منصرفِ الإطلاقِ، بأن يقال: إنَّ مفهومَ الإجازةِ هو طبيعِي الرضا بالعقدِ، وهو لا يقتضي بنفسه الكشفَ والنقلَ، لصلاحِيته لكلِّ منهما. ولكن يزعمُ القائلُ بالكشفِ إنصرافَ هذا الإطلاقِ إلى ترتبِ أحكامِ المعاملةِ من حينِ العقدِ، كما يدَّعي القائلُ بالنقلِ الإنصرافَ إلى حصَّةِ أُخرى، وهي تحقُّقُ الآثارِ من حينِ الإجازةِ. وهذا نظيرُ إنصرافِ إطلاقِ العقدِ إلى كونِ الثمنِ نقدَ بلدِ المعاملةِ.

(*) الظاهرُ أنَّ مراده من الخارجِ ما إذا امتنع كونُ الإجازةِ كاشفةً، فإنَّه خارجٌ عن موضوعِ هذا البحثِ، كما إذا باعَ شيئاً ثم ملكه، فإنَّ إجازةَ بيعِ نفسه لا توجبُ إنتقالَ المالِ إليه من زمانٍ يبعه فضولاً. وكذا لو لم يتمشَّ نزعُ الكشفِ والنقلِ، كما مثلُ له كاشفُ الغطاءِ ببيعِ الصرفِ والسلمِ فضولاً، ثم إجازته قبلَ القبضِ، قال رَبِّكَ في محكي شرح القواعد: «إنَّ من إجازةِ الفضولي ما هو صحيحٌ، ولكنه غيرُ متصفٍ بكونه كاشفاً ولا بكونه ناقلاً. مثلاً الإجازةُ اللاحقةُ لبيعِ الصرفِ أو السلمِ الواقعِ فضولاً قبلَ القبضِ، فإنَّها صحيحةٌ مؤثرةٌ، وليست بكاشفةٌ ولا ناقلةٌ...» «٢».

«١» شرح القواعد، مخطوط، و العبارة منقولة في حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي، ج ١، ص ١٥٨، وفي

غاية الآمال، ص ٣٨٩

«٢» غاية الآمال، ص ٣٩٠

و بناءً على هذا الاحتمال يصحّ صرف الإطلاق بقرينة إلى أحد الفردين، كما لو أقام القائل بالكشف قرينة على إرادة كونها ناقلةً في هذا البيع الفضولي، أو إمتنع كونها كاشفةً كما في مسألة: مَنْ باع شيئاً ثم ملكه.

الثالث: أن لا يكون منشأ الشبهة الوضع اللغوي و لا إنصراف الإطلاق، بل يستند إختلاف الفقهاء في الكشف و النقل إلى الأدلة الشرعية، فالقائل بالكشف يدّعي أنّ الشارع حكّم - بنحو الإلزام - بكونها كاشفة، و الزمّ المتعاقدين بترتيب آثار الصحة من حين العقد، لكون الرضا معتبراً بنحو الشرط المتأخر مثلاً، أو بأخذ وصف التعقب في العقد. كما أنّ القائل بالنقل يزعم دلالة الأدلة الشرعية على ترتب أثر العقد من حين صدور الإجازة، لكون الرضا شرطاً مقارناً. و من المعلوم أنّ كيفية الإستظهار مما دلّ على إعتبار الرضا في المعاملة أجنبية عن المفهوم اللغوي، لعدم أخذ خصوصية الكشف و النقل فيه.

و بعبارة أخرى: ليس معنى الإجازة إلا إمضاء ما وقع بلا اشكالٍ فيه، إنّما الكلام في أنّ مقتضى الاطلاقات و العمومات و أدلة الطيب هل هو كشف الرضا المتأخر عن تمامية السبب أعني به العقد - كما هو مقتضى القول بالكشف - أم هو كون الرضا المكشوف عنه بالاجازة جزء السبب كما هو مقتضى القول بالنقل؟

إذا إتضحّت هذه الاحتمالات الثلاث ظهر الفرق بينها في الثمرة، و هي: أنّه لا ريب في كون الإجازة من الأمور الاعتبارية المنوطة بالقصد، لكونها من الإيقاعات. فالقائل بالكشف يقصد ترتب الأثر على العقد، كما أنّ القائل بالنقل يريد ترتب الأثر من حين صدور الإجازة.

و حينئذٍ لو خالف كل منهما ما يعتقد، بأن أراد الكشفي حصول الأثر من زمان الإجازة، و أراد الثقلي تحقّقه من حين العقد، فهل يلفو هذا القصد، و تؤثر الإجازة بناءً على الكشف أثرها من زمان العقد، و من حينها بناءً على النقل؛ أم يكون تأثيرها تابعاً لقصد الجيز، أم أنّها تبطل رأساً، و يبقى العقد الفضولي متوقفاً على إجازة أخرى؟ و جوه تتفرّع على أنّ منشأ نزاع الكشف و النقل هو المفهوم أو الشرع.

أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي ومعنى الإجازة وضعاً^١ أو إنصرافاً^٢، بل في حكمها الشرعي^٣ (*) بحسب ملاحظة

فإن كان النزاع في مفهوم الإجازة لغةً كان العقد فاسداً بقصد الخلاف، لأنَّ القائل بالكشف يزعم أنَّ معناها الحقيقي إنفاذ العقد، ومقتضاه نفوذه من حين وقوعه، ولا بدَّ أن يقصد هذا المعنى حتى تؤثر في العقد، فلو أراد المميزُ حصول الأثر من زمان إجازته لم يكن قاصداً لمعنى الإجازة حقيقةً، لأنَّ قصد النقل أجنبي عن معناها الحقيقي، فلم يكن العقد مجازاً بحقيقة الإجازة.

وكذا يجري هذا التعليل لو قصد القائل بالنقل حصولَ مضمون العقد من حينه. وإن كان النزاعُ في ما ينصرف إليه إطلاق اللفظ بمعنى أنَّ طبيعي معنى الإجازة لا يقتضي شيئاً من خصوصيتي الكشف والنقل، وكان إنسبائُ أحدهما للإرسال والانصراف، لزم صحة العقد على النحو الذي قصده، لأنَّ الانصراف إلى الشيء لا ينافي تقييده بما ينافي مقتضى الانصراف.

وإن كان النزاعُ في الاستظهار من الأدلة، فقد جزم الفقهاء كاشفُ الغطاء وصاحبُ الجواهر رحمتهما ببطلان هذه الإجازة ولغويتها، وإقتصر المصنّف على إيداء احتمالي الصحة والبطلان من دون ترجيح بينهما.

(١) هذا و«إنصرافاً» تمييزان، أي: من جهة الوضع أو الانصراف، وقوله: «وضعاً» إشارة إلى الإحتمال الأول، أي: كون منشأ النزاع الشبهة المفهومية، والجهل بالموضوع له لغةً. (٢) هذا إشارة إلى الإحتمال الثاني، وهو كون الموضوع له طبيعي الإيضاء والإنفاذ، وإنما ينصرف إلى أحد المعنيين.

(٣) هذا إشارة إلى الاحتمال الثالث، يعني: أنَّ منشأ الخلاف في الكشف والنقل هو جعل الشارع.

(*) بل منشأ الخلاف في الكشف والنقل هو الخلاف في مضمون العقد، وأنه طبيعي النقل، أم النقل المقيد بزمان وقوعه؟ والإجازة إجازة لمفهوم العقد بلا إشكال. فاختلاف مفهوم العقد يسري قهراً إلى الإجازة، فينبغي إجراء النزاع في مفهوم العقد، لافى الحكم

إعتبار رضا المالك^(١)، وأدلة^(٢) وجوب الوفاء بالعقود، وغيرهما^(٣) من الأدلة الخارجية. فلو^(٤) قصد المميزُ الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف، أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان^(٥).

(١) يستفاد إعتبار رضا المالك من آية «التجارة عن تراض» ومن حديث «لا يحمل مال إمراً مسلم إلا يطيب نفسه».

(٢) معطوف على «إعتبار».

(٣) كصحيحتي محمد بن قيس والهداء المستدلّ بهما على الكشف. و عليه فالمراد بالدليل الخارجي ما يقابل إطلاق حلّ البيع والوفاء بالعقود.

(٤) هذا تفريع على كون منشأ النزاع الإستظهار من الأدلة، وقد تقدّم توضيحه آنفاً.

(٥) وجه الصحة: أنّ متعلق الإجازة مضمون العقد لا حكمه، والمفروض حصول العقد وإجازته، فالسبب تام، وبه يحصل المسبب قهراً. وقصد ترتب حكم غير الحكم الشرعي على العقد لغو، لا أثر له، لعدم تقييد مضمون العقد ولا حكمه بما يكون الواقع معياراً للعقد المجاز.

و وجه البطلان في كل من الكشف والنقل عدم كون المجاز هو الواقع، وعدم كون الواقع هو المجاز، إذ في الأوّل يكون المنشأ النقل حين العقد، والإجازة تعلقت به من حين الإجازة. وفي الثاني يكون المنشأ النقل المطلق، وقد أجزى مقيّداً بيمين العقد، فالمجاز غير الواقع، والواقع غير المجاز.

و هذا الاحتمال قواه الشيخ الفقيه الشيخ حسن كاشف الغطاء رحمته الله «١».

الشرعي للإجازة إذ مقتضى أدلة طيب النفس وجوب الوفاء بالعقود ليس إلا تنفيذ مضمون العقد، فاللازم تشخيص مضمونه، لأنّه متعلّق بالإجازة.

الثاني^(١):

أنه (*) يشترط^(٢) في الإجازة أن تكون باللفظ الدالّ عليها على

هل يشترط في الإجازة التلفظ بها؟

(١) هذا ثاني الأمور التي تبه عليها المصنف رحمته. و الغرض من عقده تحقيق جهةٍ أخرى مما يتعلق بالإجازة، و هي أنها مجرد الرضا الباطني بالمقد الواقع فضلاً على ما له ولاية عليه، أم أنها لما كانت من الأمور الإنشائية توقفت حصول أثرها على إنشائها. و على الثاني فهل يكفي مجرد الفعل الدال على الرضا، أم يعتبر إبرازه باللفظ. و على الثاني فهل يكفي اللفظ الكنائي، أم لا بد من الصراحة العرفية؟ في المسألة وجوه أربعة سيأتي التعرّض لها إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا الإشتراط إنما يكون بعد الفراغ عن عدم كفاية الرضا الباطني في صحة عقد الفضولي و تأثيره. و الحاجة إلى الإجازة لإسناد العقد إلى المجيز، إذ لا يكفي مجرد الرضا الباطني في الاضافة إليه. و بعد إثبات الافتقار إلى الإجازة و الحاجة إلى إنشائها يقع الكلام في أنّ الدال عليها لا بدّ أن يكون هو اللفظ أو يقع بالفعل أيضاً. و إعتبار اللفظ الظاهر هو القول الأوّل في المسألة، و سيأتي وجهه.

(*) في حاشية المحقق صاحب الكفاية رحمته ما محصله: أنّ الحاجة إلى الإجازة إن كانت لمجرد حصول الرضا و طيب النفس بالعقد، فنفس لحوق الرضا ممن أعتبر رضاه في نفوذ العقد - كما في نكاح العبد بدون إذن سيده، و بيع الراهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن - كافٍ في تأثير العقد كما في بيع المكره، للاكتفاء في تأثيره بمجرد لحوق رضاه. و إن كانت لتصحيح إسناد العقد الى المجيز علاوةً على ذلك - كما إذا عقد على ماله فضلاً - فالظاهر عدم كفاية مجرد لحوق الرضا في ذلك، بل لا بدّ في صحة العقد من إنشاء إمضاء العقد و إجازته، ولذا بنا على عدم خروج عقد غير المالك على ماله بدون إذنه - ولو مع العلم برضاه - عن الفضولية، و إن كان هذا البناء بنحو الاجماع لم يثبت، فتدبر^(١)، هذا. أقول: لم يظهر وجه لعدم كفاية لحوق الرضا في إسناد العقد إلى المجيز، مع كون

وجه الصراحة العرفية^(١) (*): كقوله: «أمضيتُ، وأجزتُ، و أنفذتُ، ورضيتُ»

(١) التي هي أعم من النص و الظاهر الذي يكون حجةً عند أبناء المحاورة.

رضاه رضاً بالمعنى الاسم المصدرى القائم به، فراضه رضا المالك بما أنه مالك. فإن لم يكن هذا الرضا موجباً لإضافة العقد إليه، فهل يصلح مجرد لفظ «أجزتُ» أن يكون محضاً لهذه الاضافة؟

و الحاصل: أن الرضا بانتقال ماله الى الغير بسبب عقد الفضولي لا معنى له عرفاً إلا كون سبب الانتقال و هو عقد الفضولي مضافاً إليه و عقداً له. نعم إنتسابه و إضافته إلى المجيز يكون بقاءً، و إضافة عقد المكره إلى المكره تكون حدوثاً و ذاتاً، لأنه مُنشؤه. بخلاف عقد الفضولي، فإن إضافته إلى المالك عرضية، فتدبر.

و ما أفاده أخيراً من نفي البعد عن كفاية الانشاء القلبي فيما يتوقف على الامضاء و الإجازة غير متضح المراد، فإن الانشاء عنده من أنحاء إستعمال الألفاظ في معانيها، و أنه بقصد الحكاية إخبار، و بقصد إيجاد المعنى في نفس الأمر إنشاء، كاستعمال «ملكنتك» فيهما بداعيين، و عرفه في الفوائد بأنه «القول الذي يقصد به إيجاد المعنى في نفس الأمر»^(١) و من المعلوم أن الاستعمال الذي هو إفاء اللفظ في المعنى من الكيف المسموع و لا يربط له بفعل القلب.

مضافاً إلى : أن القابل للإنشاء هو الأمر الاعتباري كالملكية و الزوجية، لا الصفة النفسانية. نعم يمكن إظهارها و إبرازها باللفظ و الفعل. و أما الانشاء المفروض كونه إيجاداً فلا. و هو **يُنشئ** أعلم بما أفاده من الإنشاء القلبي.

(*): تقدم أن احتملات الإجازة أربعة، و لعل الأولى أن يقال في عنوان المسألة:

إن الكلام يقع في مقامين، الأول في مقام الثبوت، و الثاني في مقام اثبات.

أما المقام الأول فحاصله: أنه يحتمل إعتبار الإنشاء في الإجازة قولاً صريحاً، أو كفاية الكناية، أو كفاية الفعل. و يحتمل عدم إعتبار الإنشاء فيها، و كفاية الرضا الباطني ولو بدون دال عليه.

و بيان أوضح: هل يشترط الإنشاء في الإجازة أم لا؟ و على الأول: هل يعتبر أن

و شبه ذلك^(١). و ظاهرُ رواية البارقي وقوعُها بالكناية^(٢)، و ليس^(٣) ببعيدٍ إذا أتكل

(١) كقوله: «قبلتُ أو صححتُ هذا العقد» و نظائرها في الدلالة على المقصود.
 (٢) لأنَّ قوله عَلَى الْبَيْعِ: «بارك الله لك في صفقة يمينك» كتابة عرفاً عن الإجازة المستفادة من «أجزتُ و أنفذتُ».
 (٣) يعني: و ليس وقوع الإجازة بالكناية ببعيدٍ إذا أتكل العرفُ على الكناية في الدلالة على الإجازة، و هذا إشارة الى الاحتمال الثاني في المسألة.

يكون الانشاء بالقول، أم يكتفي فيه بالفعل؟ و على تقدير إعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أم يكفي الكناية؟

و بيان أوضح: هل يشترط الانشاء في الإجازة أم لا؟ و على الأول: هل يعتبر أن يكون الانشاء بالقول، أم يكتفي فيه بالفعل؟ و على تقدير إعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أم يكفي الكناية؟

و اما المقام الثاني فنخبة الكلام فيه: أنه قد يستدل على كفاية الانشاء الكنائي بظاهر قوله عَلَى الْبَيْعِ لعروة البارقي: «بارك الله لك في صفقة يمينك» فإنه عرفاً كناية عن الإجازة لولم يكن في نظر العرف من عبارات الإجازة كقوله: «أحسنتم» فتأمل.

و على كفاية الفعل الكاشف عن الرضا كتصرف مالك المبيع فضولاً في الثمن، فإن هذا التصرف كاشف عرفاً عن إمضاء البيع. و كتمكين المرأة -المزوجة فضولاً- من الدخول بها كما صرح به العلامة رحمته.

كما أنه قد استدل على إعتبار اللفظ في الإجازة - مضافاً إلى شبهة الاجماع على إعتباره فيها - بأن الإجازة كالبيع في إستقرار الملك، فما يعتبر في البيع من اللفظ يعتبر في الإجازة أيضاً، لاشتراكهما في إيجاد إستقرار الملك، كما سيأتي ذلك في شرح قول المصنف: «و استدل عليه بعضهم بأنها كالبيع في إستقرار الملك ... الخ»

و فيه ما سيأتي في التوضيح بقولنا: «اذ سبب النقل مطلقاً حتى في عقد الفضولي ولو على النقل هو العقد، و الإجازة شرط تأثيره ... الخ».

و لعلَّ نظر هذا المستدل إلى: أن الإجازة من الأمور التسيبية المتوقعة على الانشاء. و فيه: أن الإجازة ليست من الأمور التسيبية، و إنما الأمور التسيبية - و هي البيع و الصلح و الهبة و غيرها المتوقعة على الانشاء - حاصلة في عقد الفضولي كعقد الأصيل

عليه^(١) عرفاً.و الظاهر^(٢) أن الفعل الكاشف عرفاً عن الرضا بالعقد كافٍ^(٣).

- (١) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى تأنيث الضمير، لرجوعه إلى الكناية.
- (٢) هذا إشارة الى الاحتمال الثالث، و هو جواز الاقتصار في الإجازة على الفعل الدال عليها، و استشهد المصنف رحمته له بما ذكره في مقامين:
- أحدهما: إمضاء بعض العقود المتعددة على عوض المبيع فضولاً.
- و ثانيهما: تمكين الزوجة المعقود عليها فضولاً، فإنَّ الإمضاء و التمكين فعلان صالحان لإظهار الرضا النفسي بالعقد الصادر من الفضولي.
- (٣) خبر «أنَّ» أي: كافٍ في وقوع الإجازة بدون لفظ.

بلا تفاوتٍ بينهما أصلاً.

و قد يستدل أيضاً على إعتبار الانشاء في الإجازة تارةً بعدم صدق العناوين كالبيع و الصلح و غيرهما إلا بإنشاء الإجازة، حيث إنَّ الإجازة في الفضولي كالقبول في غيره، فكما يكون العقد مركباً من الإيجاب و القبول، و هما ركنان في العقد، فكذلك الإجازة في الفضولي كالقبول.

و بالجملة: فصدق العناوين منوط بإنشاء الإجازة كإنشاء القبول.

و أخرى بأنَّ المعتبر في عقد الفضولي صيرورته عقداً للأصيل، لأنَّ معنى «أوفوا بالعقود» أوفوا بعقودكم، فلا يشمل عموم «أوفوا» - و كذا سائر الأدلة - عقد الفضولي إلا أن يصير عقد الأصيل، و لا يصير عقداً له إلا بإنشاء الإجازة، لكون الانتساب إلى الأصيل كالبيع أمراً تسيبياً لا يحصل إلا بالإنشاء، و لا يتحقق بالرضا أو إبرازه.

و أنت خير بما في كلا الوجهين من الإشكال. إذ في أولهما: عدم توقف صدق عنوان البيع مثلاً على إجازة الأصيل، إذ لا شبهة في صدق عنوانه على عقد الفضولي مطلقاً سواء أجازته الأصيل أم رده، لصدق مفهوم البيع - و هو المبادلة - على عقد الفضولي، و لا دخل لترتب الأثر في صدقه، و إلا لم تكن البيوع الفاسدة كالبيع الربوي و الغرري و نحوهما بيعاً. و قياس الإجازة على القبول في غير محله، لأنَّ القبول ركن العقد، و بدونه لا يتحقق العقد المعنون بعنوان البيع.

و في ثانيهما: أنَّ الانشاء الصادر من الفضولي فعل الفضولي حقيقة، و لذا يُحمل

«العاقدة» عليه، و لا يحمل على الأصيل، فلا يقال: الأصيل عاقدة - سواء أجازته أم ردّه - إلا مجازاً.

نعم يقال: «عقد الفضولي مرضي للأصيل» فلو كان موضوع وجوب الوفاء عقداً المالك الأصيل لم يصير عقد الفضولي بسبب الإجازة عقد المالك، و لا يشمل عموم وجوب الوفاء.

و بالجملة: فالإجازة لا توجد المضاف أي عنوان البيع و نحوه، و لا الإضافة أي صيرورة العقد عقد المالك، فإن الإجازة ليست إلا إمضاء فعل الغير و إنفاذه، و لا دليل على إعتبار الإنشاء في الإجازة. ولو شك في إعتباره فيها، فمقتضى إطلاق أدلة إعتبار الرضا عدم إعتباره. كإقتضاء إطلاقها عدم إعتبار مقارنة الرضا للعقد.

فالمتحصل: عدم دلالة شيء من الوجوه المذكورة على إعتبار الإنشاء باللفظ الصريح في الإجازة.

هذا كله بملاحظة الأدلة العامة. و قد عرفت عدم دلالتها على إعتبار الإنشاء في إجازة عقد الفضولي باللفظ الدال عليه صراحة أو كناية، لو لم نقل بدلتها بمقتضى الإطلاق على عدم إعتبار الإنشاء مطلقاً في الإجازة، لأن التراضي و طيب النفس اللذين هما من شرائط التجارة صفتان قائمتان بالنفس، كالكرهه، وليست من الأمور الاعتبارية المحتاجة إلى الإنشاء، كنفس عناوين العقود و الإيقاعات كالبيع و الصلح و الطلاق و العتق و نحوها، فإنها تنشأ بإنشاء الفضولي كما هو المفروض.

و أما بملاحظة الأدلة الخاصة كقول أبي جعفر عليه السلام في صحيحة أبي عبيدة الحذاء في غلام و جارية غير مدرّكين زوجهما وليّان لهما: «النكاح جائز أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدرّكا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي» الحديث ^(١).

و غيره من النصوص التي تأتي الإشارة إليها إن شاء الله تعالى عند شرح كلام المصنف رحمته. فلا يستفاد منها إلا إعتبار نفس الرضا.

غاية الأمر أنه لا بد في ترتيب آثار الصحة ظاهراً على العقد من إحراز الرضا بمحرز

من قولٍ أو فعلٍ دالٍّ عليه، وإن كان كتحريك رأسه أو يده ونحوه ممَّا يُبرز الرضا النفساني الذي هو الشرط حقيقةً، و يكون الفعل كاشفاً عنه.

لأن يكون الشرط هو الفعل تعبُّداً، إذ يلزم منه حرمة تلك الأفعال كتمكين المزوَّجة فضولاً من الدخول بها. وكتصرف مالك المبيع فضولاً في الثمن، سواء أكان التصرف خارجياً أم إعتبارياً، ضرورة أنَّ نفس التصرف إن كان إنشاء الإجازة لم تحصل الملكية الزوجية إلا بعد تمامية العمل الذي يتحقق به الإنشاء، فلا محالة يقع العمل قبل تحقق الملكية و الزوجية، و هو حرام، إذ المفروض توقف الملكية و الزوجية على تحقق العمل الذي يحصل به الإنشاء، و لا يحل التصرف إلا إذا كان كاشفاً عن الرضا النفساني الذي هو شرط حقيقةً.

فصار المتحصل من جميع ما ذكرنا في مقام اثبات: أنَّ ظاهر الأدلة عمومها وخصوصها - وكذا كثير من الفتاوى - عدم اعتبار الإنشاء في الإجازة، و أنَّ الشرط هو الرضا النفساني. غاية الأمر أنه لا بدُّ من إحرازه في ترتيب آثار صحة العقد، سواء أكان المبرز لفظاً أم فعلاً، إذ أصالة عدم تحقق الرضا تقتضي عدم جواز ترتيب آثار الصحة ظاهراً، فجواز التصرف ظاهراً منوط بإحراز الرضا الذي هو الشرط. فيسقط البحث عن إعتبار الإنشاء في الإجازة، و عن إعتبار كون الإنشاء باللفظ الصريح أو الكناهي، لما مرَّ من أنَّ الشرط هو الرضا، و ليس ذلك من الأمور الاعتبارية المحتاجة إلى الإنشاء.

بقي في المقام - و هو كون الشرط مجرد الرضا، و أنَّ الأفعال كالتصرف في ثمن المبيع، فضولاً و تمكين المزوَّجة فضولاً من الدخول بها و غير ذلك من التصرفات محرزات للرضا، و ليس لها موضوعية أصلاً - إشكالاً، و هو: أنَّ شرطية نفس الرضا و عدم إعتبار الإنشاء فيه تقتضي كفاية الرضا المقارن لعقد الفضولي في خروجه عن حكم الفضولية، فإذا علم زيد برضاء عمرو و بيع بضاعته، فباعها بدون إذنه لم يكن البيع فضولياً، و كان لازماً، لأنَّ ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريقٍ أولى، لإنبفاظ إحتمال إعتبار مقارنة الرضا للعقد مع السبق و المقارنة، دون الرضا اللاحق، لانتفاء هذا الإحتمال في الرضا اللاحق. مع أنَّ الظاهر عدم إلتزام الأصحاب بذلك، لبناهم على عدم خروج ذلك عن عقد الفضولي موضوعاً و حكماً.

و لعلَّ نظر الأصحاب إلى دخل ما يحرز الرضا في الشرطية ولو بنحو دخل الجزئية

في الموضوع.

أو إلى: أنه لا بدّ في لزوم العقد من إضافته إلى المجيز، ولا يضاف إليه بمجرد الرضا. ثمّ أيّد المصنف ^١ هذا الإشكال بأنّه لو كان مجرد الرضا كافياً في لزوم العقد لزم منه كون الكراهة فسخاً للعقد. فاللازم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك الكاشف عن كراهته ولو أنّاً حين العقد.

و الحاصل: أن هذا التأييد مبني على الملازمة بين ملزمة الرضا و فاسخية الكراهة، هذا.

و يمكن دفع إشكال كون الرضا المقارن موجباً للزوم عقد الفضولي - و خروجه عن الفضولية - بعدم الدليل على ذلك، إذ دليل شرطية الرضا في لزوم عقد الفضولي مختص بالرضا اللاحق، و تسريته إلى الرضا المقارن قياس لا نقول به. مع وضوح صدق تعريف الفضولي عليه. مضافاً إلى شبهة التسالم على عدم كون الرضا المقارن كاللاحق.

فالتيجة: عدم خروج العقد المقرون بالرضا عن الفضولية حكماً. و هذه الشبهة لا أقل من أنّها توجب التوقف في خروجه عن الفضولية حكماً. و مقتضى الأصل بقاء كلّ من المالين على ملك مالكة.

و أمّا الالتزام بلزومه و خروجه عن الفضولية حكماً بمجرد مقارنته لرضا المالك الأصيل مع بقائه فيه موضوعاً قطعاً - كما في كلام بعض الأجلة ^١ - فلم يظهر له وجه، بعد ما مرّ من إختصاص دليل شرطية الرضا في عقد الفضولي بالرضا اللاحق دون المقارن.

فما عن جماعة بل المشهور - من عدم خروج عقد الفضولي المقرون بالرضا المقارن عن الفضولية حكماً لا موضوعاً - هو الأقوى.

و أمّا التأييد بأنّه لو كان مجرد الرضا كافياً في لزوم العقد لزم منه كون الكراهة فسخاً، و عدم صحة عقد المكره بالرضا اللاحق، لعدم تحقق العقد مع إقترانه بالكراهة. ففيه: أنّه فرق بين الكراهة و الرضا.

و محصل الفرق هو: أنّ الفسخ أمر تسيبي إنشائي كنفس العقد، لأنّ الفسخ حلّ للعقد، فلا يحصل إلا بانثائه، و لا يتحقق بمجرد الكراهة. و هذا بخلاف الرضا، فإنّه شرط

تأثير الأمر التسيبي الحاصل في الخارج بإنشاء الفضولي. و المفروض تحقق الرضا، فلا وجه لعدم اللزوم.

و الحاصل: أنه لا يلزم من مجرد كون الرضا ملزماً أن يكون مجرد الكراهة فسخاً، كما أفاده المصنف رحمته.

فتلخص من جميع ما ذكرناه أمور:

الأول: أن شرط تأثير عقد الفضولي ليس إلا مجرد الرضا الذي هو موجود حقيقي لإعتباري إنشائي كالأمر الاعتبارية الانشائية - نظير الإجازة - حتى يبحث في أنها لا تُنشأ إلا باللفظ الصريح، أو يكفي في إنشائها اللفظ الكنائي.

الثاني: أنه لا بد من إحراز الرضا في ترتيب آثار الصحة على عقد الفضولي، من غير فرق في المحرّز بين كونه قولاً و فعلاً، بعد فرض ظهوره عرفاً في الكشف عن الرضا.

الثالث: أن وجه الحاجة إلى إحراز الرضا - مع كون الشرط نفس الرضا - هو: أن الحكم الظاهري بمقتضى أصالة عدم الرضا عدم ترتب آثار الصحة على عقد الفضولي حتى يُحرز شرط صحته و هو الرضا. فما يدل على الرضا من قولٍ أو فعلٍ طريق محض، و ليس له موضوعية أصلاً.

الرابع: عدم كفاية العلم برضا المالك مقارنة لعقد الفضولي في لزوم العقد و خروجه عن حكم عقد الفضولي.

الخامس: عدم التلازم بين ملزمة الرضا لعقد الفضولي و فاسخية الكراهة له.

السادس: أنه لا فرق في كفاية الرضا في نفوذ عقد الفضولي بين كون قصور العقد لأجل عدم المقتضي كبيع مال الغير فضولاً، و بين كون قصوره لوجود المانع كبيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن، و كبيع المفلس أمواله بدون إذن الغرماء، فإنه إذا كان طيب النفس من المالك كافياً في نفوذ الفضولي مع كون قصوره لأجل عدم المقتضي فكفايته فيما إذا كان قصوره لأجل وجود المانع - و هو تعلق حق الغير بالمال - تكون أولى، فإن حق المالك أقوى من حق غيره كالمرتهن و الغرماء، و إذن العمه و الخالة في عقد بنت الأخ و الأخت، و لا غرو في سقوط الحق برضا صاحبه. و على تقدير حاجة سقوطه إلى الإنشاء يكفي في إنشائه كل ما يدل عليه من قولٍ أو فعلٍ.

كالتصرّف في الثمن (١). ومنه (٢) إجازة البيع الواقع عليه كما سيجيء (٣). وكتمكين (٤) الزوجة من الدخول بها إذا زوّجت فضولاً، كما صرّح به العلامة رحمته.
و ربما يُحكى (٥) عن بعض إعتبار اللفظ،

(١) كما إذا باع فضولاً متاعاً زيد بدينار، فأخذ زيد ذلك الدينار من البائع الفضولي و تصرف فيه، كما إذا اشترى به كتاباً، فإن مثل هذا التصرف من المالك كافٍ عن الإجازة اللفظية.

(٢) أي: ومن التصرف إجازة البيع الواقع على ثمن المتاع الذي بيع فضولاً، كما إذا باع الفضولي مكاسب زيد بكتاب الفرائد، ثم باع فضولياً آخر كتاب الفرائد بكتاب نهاية الشيخ، فأجاز زيد بيع كتاب الفرائد الذي هو ثمن كتاب المكاسب.

(٣) يعني: في الأمر الثالث مما يتعلق بالمجاز، حيث قال في ما لو أجاز المالك بعض العقود الواقعة على عوض ماله: «و أما إجازة العقد الواقع على العوض - أعني بيع الدرهم بالرغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه ... الخ» فراجع (ص ٤١٢).

(٤) معطوف على قوله: «كالتصرف» فإن تمكينها من الدخول بها أقوى إجازة فعلية للنكاح الفضولي. وهذه الفتوى صرّح بها العلامة رحمته في فرعين من النكاح الفضولي، فقال فيما لو زوّج أخوان أختها فضولاً: «استحب لها إجازة عقد الأكبر. و لها أن تجيز عقد الآخر. ولو دخلت بأحدهما قبل الإجازة ثبت عقده» (١).

و قال المحقق الكركي رحمته: «و متى حصل الدخول بأحدهما تعيّن نكاحه، فإنّ الدخول يجب صيافته عن التحريم مها أمكن، فيكون محسوباً إجازة» (٢).

و قال العلامة في مسألة أخرى: «ولو ادّعى إذنهما - أي: ادّعى الزوج إذن المرأة للعقد - فأنكرت قبل الدخول قدّم قولها مع اليمين ... و بعده فالأقرب تقديم قوله، لدلالة التمكين عليه» (٣).

(٥) المحاكمي هو السيد العاملي، و المحكي عنه هو الفاضل المقداد، قال في التنقيح - بعد نفي كفاية السكوت في مقام الإجازة - : «بل لا بدّ من لفظ يدل عليها، لأنّها كالبيع

«١ و ٣» قواعد الأحكام، ج ٣، ص ١٧

«٢» جامع المقاصد، ج ١٢، ص ١٦٦ و ١٦٩

بل نُسب^(١) إلى صريح جماعةٍ و ظاهر آخرين. و في النسبة نظر^(٢).
و إستدلّ عليه^(٣) بعضهم بأنّها كالبيع في إستقرار الملك. و هو^(٤) يشبه

في إستقرار الملك»^(١).

(١) المناسب هو السيد العاملي و الشيخ الأعمش، قال في مفتاح الكرامة: «و الأصح أنه لا بدّ من اللفظ كما هو صريح جماعة و ظاهر آخرين» و الظاهر أنّ مقصوده من «ظاهر آخرين» إستفادة إعتبار اللفظ من حكمهم بعدم كفاية السكوت^(٢).

(٢) لعلّ وجه النظر أنّ المصرّح باعتبار اللفظ هو بعض الأصحاب كالفاضل و المقداد و الشهيد الثاني و المحقق القمي^(٣). و هذا المقدار لا يجدي في تحقّق الاجماع ما لم ينضمّ إليه ظواهر كلمات الآخرين، و المفروض منع ظهورها في إعتبار اللفظ، و ذلك لإمكان حمل عدم كفاية السكوت على صورة عدم العلم بالرضا، كما احتمله السيد العاملي بقوله: «و كلامهم قد ينزل على عدم العلم بالرضا»^(٤).

و عليه فليس نفي السكوت مثبتاً لا اعتبار خصوص اللفظ الدال على الإجازة. قال المحقق الأردبيلي رحمته الله: «و يعلم ممّا تقدم أنّه لو علم الرضا يكفي ذلك لصحة البيع، و لا يحتاج إلى التصريح و التوكيل سابقاً»^(٥) و يشهد له ما تقدم من حكمهم بكفاية التصرف في الثمن و بتمكن الزوجة المعقود عليها فضلاً.

(٣) أي: على إعتبار اللفظ في الإجازة، و المستدل هو الفاضل المقداد كما عرفت آنفاً. و تقريب الاستدلال هو: أنّ الإجازة كالبيع، فكما أنّ البيع يوجب إستقرار الملك، فكذلك الإجازة، حيث إنّ إستقرار الملك يكون بعد صدورهما، إذ لا يحصل الإستقرار بإنشاء الفضولي، فما يعتبر في البيع من اللفظ يعتبر في الإجازة أيضاً، لاشتراكهما في إيجاد إستقرار الملك.

(٤) أي: و الاستدلال المزبور يشبه المصادرة، لما قيل في تقريب المصادرة من: أنّ

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٨: التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٢٧

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٨، كشف الظلام (مخطوط).

«٣» جامع الشتات، ج ١، ص ١٥٤ (الطبعة الحجرية): الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٣٤

«٤» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٨

«٥» مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٦٠

المصادرة (*).

و يمكن أن يوجّه^(١) بأنّ الإستقراء في النواقل الإختيارية اللازمة - كالبيع وشبهه - يقتضي إعتبار اللفظ، و من المعلوم^(٢) أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة^(٣).
و فيه^(٤) نظر، بل لولا شبهة الإجماع المحاصلة من عبارة

كون الإجازة مثل البيع في إعتبار اللفظ فيه أوّل الكلام، لما مرّ سابقاً من وقوع البيع بالمعاطة.

(١) أي: يوجّه الاستدلال المزبور بوجهٍ يُخرجه عن المصادرة، و يُدرجه في الاستدلال بالكلي على جزئيٍّ من جزئياته. و محصلُ التوجيه: أنّه ثبت بالإستقراء إعتبار اللفظ في جميع النواقل الإختيارية اللازمة كالبيع و الصلح و الإجازة و نحوها، و من المعلوم أنّ بيع الفضولي لا يوجب النقل الحقيقي العرفي من المالك إلاّ بإجازته، فهو من أفراد النواقل اللازمة المتوقفة على إجازته الصادرة باللفظ، لأنّ تأثير عقد الفضولي منوطٌ بها.

(٢) هذا تقريب صغرويّة الإجازة لكليّ النقل اللازم المعتبر فيه اللفظ على حسب الإستقراء المدعى.

(٣) كتأثير البيع في النقل اللازم، فلا بدّ أن تكون الإجازة حينئذٍ كالبيع باللفظ.

(٤) أي: و في هذا التوجيه نظر. و لعل وجه النظر هو: منع إعتبار اللفظ في الإجازة و إنّ سلّمنا إعتباره في النواقل الإختيارية اللازمة، و ذلك لاحتمال كون الإجازة شرطاً للنقل، لا نفس الناقل، إذ سبب النقل مطلقاً حتى في عقد الفضولي - ولو على النقل - هو العقد، و الإجازة شرط تأثيره.

و دعوى «إعتبار اللفظ في الناقل بجميع أجزائه و شرائطه» خالية عن البيّنة، بل

(* لعل الأولى تبديل العبارة هكذا و فيه أولاً: أنّه قياس. و ثانياً: أنّ الحكم في المقيس عليه غير ثابت، بل خلافه ثابت، لما مرّ في المعاطة من صحة البيع بالمعاطة، بل تجري المعاطة في سائر العقود اللازمة أيضاً. فالاستقراء المدعى غير تامّ. فالنتيجة عدم وجاهة التوجيه.

جماعة من المعاصرين^١ تعين^٢ القول بكفاية نفس الرضا^٣ إذا عُلِمَ حصوله من أيّ طريق، كما يستظهر^٤ من كثير من الفتاوى والنصوص، فقد^٥ علّل جماعة

البرهان على خلافها، لكفاية سكوت البكر في إجازة عقد النكاح. مع ما في النكاح من لزوم مراعاة الاحتياط.

و يحتمل قوياً أن يكون وجه النظر ما ذكرناه في التعليقة من عدم ثبوت المحكم في المقيس عليه، لجرمان المعاطاة في البيع وغيره من العقود اللازمة عند كثير، بل الأكثر.

(١) ظاهر العبارة أن كلمات جماعة من المعاصرين وإن لم تكن صريحة ولا ظاهرة في الاجماع على إعتبار اللفظ في الإجازة، إلا أنه يتحصل من مجموعها شبهة إنعقاد إتفاقهم عليه، كقول الشيخ الفقيه الأعسم رحمته - بعد نفي دلالة عبارة الشرائع و كتب العلامة على إعتبار اللفظ - : «خلافاً لصرح جماعة و ظاهر آخرين في لا بدية ذلك». و كقول صاحب الجواهر رحمته : «بل إن لم يتم الاجماع أمكن الاكتفاء هنا بتحقيق الرضا»^١.

و لم أقف على كلمات غيرها من معاصري المصنف رحمته ممن يستفاد الإجماع منه، نعم قال صاحب أنوار الفقاهاة: «ان الاقتصار على اللفظ هو الأحوط».

(٢) جواب «لولا» يعني: لو لم تكن شبهة الاجماع على إعتبار اللفظ في الإجازة قلنا بكفاية الرضا الباطني، و عدم الحاجة إلى الإنشاء اللفظي، كما هو أحد الأقوال في المسألة.

(٣) الذي هو فعل نفساني، و لاحاجة في شرطيته للعقد إلى الإنشاء اللفظي، فالشرط نفس الرضا، و القول أو الفعل محرز للشرط، لا أنه شرط.

(٤) أي: يُستظهر كفاية الرضا القلبي من النصوص و الفتاوى. و إستشهد المصنف رحمته بموارد ستة من الفتاوى - ثم بالنصوص - على أن الشرط هو الرضا المحرز، لا الإجازة المتلفظ بها.

(٥) هذا هو المورد الأول، و هو الاستشهاد بما ورد في كلام جماعة من القائلين باعتبار التلفظ بالإجازة، حيث إنهم علّلوا هذا الاشتراط بمثل «لأنّ السكوت كما يحتمل

عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه^(١) أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه^(٢).
فالعُدول^(٣) عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصرح فيما ذكرنا^(٤).
و حُكي^(٥) عن آخرين أنّه إذا أنكر الموكّل الإذنّ فيما أوقعه الوكيل من

الرضا يحتمل غيره» كما في تعبير العلامة^(١)، و «لأنّ السكوت أعمّ من الرضا، فلا يدلّ عليه» كما في كلام الشهيد الثاني رحمته^(٢).

و تقريبه: أنّ تعليل عدم كفاية السكوت بكونه أعمّ من الرضا - و مع أعميته لا يكشف عنه - يدلّ على أنّ الشرط هو الرضا، لا أنّ الشرط هو اللفظ، و إلاّ كان حق التعبير التعليل بعدم اللفظ الذي هو الشرط، لا بعدم الدلالة التي هي جهة إحراز الشرط.
(١) متعلق بـ «عللّ» و ضميره و كذا ضمير «يدلّ» راجعان إلى السكوت.
(٢) أي: على الرضا.

(٣) مبتدئة، و خبره «كالصرح» و هذا وجه إستظهار كفاية الرضا من كلام من علّل بأعمية السكوت من الرضا، و عدلّ عن التعليل بعدم اللفظ، و قد إنضح هذا من البيانات المتقدمة آنفاً.

(٤) من كفاية الرضا القلبي، و عدم الحاجة إلى الإنشاء اللفظي.
(٥) هذا هو المورد الثاني، و هو نقل فتوى جمع آخر في كفاية الرضا القلبي في الإجازة، و هي حكمهم في مخالفة الوكيل لما وُكّل فيه.

قال في الجواهر: «بل قيل: إنهم قالوا في باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكنتي على شراء الجارية بألفين، فقال الموكّل: بل بألف، و كان الشراء بعين ماله، إنّه يحلف على نفي ما إدّعه الوكيل و يفسخ العقد، و لا يكون فضولياً، لأنّ حلفه يدل على عدم رضاه»^(١).

«١» نهاية الاحكام، ج ٢، ص ٤٧٥ و ٤٧٦

«٢» الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٣٤

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٥؛ و حكاة السيد المجاهد في المناهل عن الشنية و الشرائع و النافع و التبصرة و الارشاد و القواعد و التحرير و المسالك و مجمع الفائدة و الكفاية و الرياض، فلاحظ المناهل، ص ٤٦٦، و كذا نقله السيد العامل عنهم - عدا السيد ابن زهرة - و عن اللمعة، فراجع مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ٣٦١

المعاملة، فحلف، إنفسخت^(١)، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها.
و ذكر بعض^(٢) أنّه يكفي في إجازة

و محصله: أنّه إذا أوقع الوكيلُ معاملةً، و أنكر الموكلُ الإذن فيها، فحلف، إنفسخت
المعاملة، و ذلك لأنّ الحلف يدلّ على كراهة الموكل للمعاملة، إذ لو كان راضياً بها لما
حلف. و الكراهة التي هي ضدّ الرضا إذا كانت موجبةً لفساد المعاملة، فالتقابل بين
الكراهة و الرضا يقتضي صحة المعاملة بالرضا لا باللفظ، لأنّه ليس مقابل الكراهة التي
هي من الصفات النفسانية إلا الرضا الذي هو أيضاً صفة نفسانية، دون لفظ «أجزتُ
و أمضيتُ» و نظائرها. فكلّامٌ هؤلاء يدلّ أيضاً على كفاية الرضا.

(١) جواب «إذا أنكر» و مورد إنفساخ المعاملة بالحلف و عدم وقوعها لأحدهما
ظاهراً و باطناً هو تسمية الموكل في العقد، أو الشراء بعين ماله فلو اشتري في الذمة و لم
يسمّ الموكل وقعت للوكيل ظاهراً و باطناً، أو ظاهراً خاصة، و التفصيل في محله.

(٢) هذا ثالث موارد الاستشهاد بالفتاوى على كفاية الرضا بالعقد ولو بإحرازه
بالسكوت، قال المحقق في ما لو عقد على الصبيّة - صغيرة أو كبيرة - غير أبيها و جدّها:
«لم يمض إلا مع إذنها أو إجازتها بعد العقد، ولو كان أماً أو عمّاً. و يُقنع من البكر
بسكوتها عند عرضه عليها، و تكلف الثيب النطق». و في الجواهر: «عند المشهور بين
الأصحاب»^(١).

وليكنّ هذا هو المراد من البعض، لا النادر، لأن غرضه الاستشهاد على كفاية
الرضا، و من المعلوم أن المناسب الاستناد إلى فتوى المشهور أو جماعة معتدّ بها، لا فتوى
مخالفة للمشهور تفرّد بها بعض.

و كيف كان فتوضيح هذا المورد الثالث: أنّه قال غير واحد بكفاية سكوت البكر
المعقود عليها فضولاً. و لا يتوهم من ذلك أنّ هذا البعض القائل بكفاية السكوت قال
بعدم احتياج عقد البكر فضولاً إلى الإجازة أصلاً، فإنّ هذا التوهم ممّا لا يمكن التفوّه به،
لما ثبت من دخل الإجازة في تأثير عقد الفضولي شرطاً أو شرطاً.

البكر^(١) - للعقد الواقع عليها فضولاً - سكوتها، و من المعلوم^(٢) أن ليس المراد من ذلك^(٣) أنه لا يحتاج إلى إجازتها، بل^(٤) المراد كفاية السكوت الظاهر^(٥) في الرضا وإن لم يُقدِّم القطع^(٦)؛ دفعا^(٧) للخرج عليها و علينا.

ثم^(٨) إن الظاهر أن كلَّ مَنْ قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كأكل

بل مراده أن سكوت البكر - مع علمها بالعقد عليها - يدلّ عرفاً على رضاها بذلك. فالسكوت الظاهر عرفاً هنا في الرضا هو الإجازة.

و بالجملة: فلو كان اللفظ معتبراً في الإجازة لم يكن وجه للإكتفاء بسكوتها، فالشرط هو الرضا، و السكوت في هذه الحالة محرز عرفي للرضا.

(١) التقييد بالبكر لأجل أن الثيب تُكَلَّفُ النطق كما صرَّح به المحقق تتبيّر.

(٢) هذا إشارة إلى التوهم المزبور.

(٣) أي: من كفاية سكوت البكر عن إجازة العقد الواقع عليها فضولاً.

(٤) هذا دفع التوهم المذكور، و إتضح بقولنا: «إذ المراد أن سكوت البكر مع

علمها... الخ».

(٥) ظهوره في الرضا عرفي لقرائن مقامية، لا وضعي حتى يناقش فيه.

(٦) لما مرَّ من أعمية السكوت من الرضا فلا يفيد القطع به، بل يفيد الظهور في

الرضا.

(٧) مفعولٌ لأجله، و تعليلٌ لكفاية سكوتها في الإجازة، و حاصل التعليل: أن لزوم

الخرج عليها و علينا من تكليفها بالتلفظ بألفاظ الإجازة إقتضى الإكتفاء بالسكوت الظاهر في الرضا القلبي بالنكاح. أمّا لزوم المخرج عليها من التسلفظ فلاستحيانها من التصريح بالتزويج، فالتلفظ بالتزويج خرج عليها، فلا بدّ من الإلتزام بكفاية السكوت عن الإجازة، و أمّا لزوم المخرج علينا فلصعوبة إستنتاجها علينا بعد حرجية تكلمها للإستحياء.

(٨) هذا إشارة إلى المورد الرابع، و غرضه من هذه العبارة إثبات شرطية نفس

الرضا، و أنه موضوع الشرطية، من دون دخل الإنشاء القولي أو الفعلي فيه، و أن كلَّ مَنْ قال بكفاية الفعل الكاشف عن الرضا كان مقصوده شرطية الرضا المدلول عليه بذلك

التمن^(١) و تمكين الزوجة، إكتفى^(٢) به من جهة الرضا المدلول عليه به، لا من^(٣) جهة سببىة الفعل تعبُداً^(٤).

و قد صرَح^(٥) غيرُ واحدٍ بأنّه لو رضى المكره بما فعله صحّ، و لم يعبروا بالإجازة.

الفعل، و أنّ الفعل كالقول طريقٌ و محررٌ للرضا الذي هو الشرط حقيقة.

(١) أي: ثمن المتاع الذي بيع فضولاً، فإنّ تصرف مالك المبيع في الثمن كاشفٌ عن رضاه بما باعه الفضولي له. و كذا تمكينُ الزوجة المعقود عليها فضولاً من الدخول بها، بل هو أقوى بمراتب من الإنشاء القولي من حيث الكشف عن الرضا.

(٢) خبر «انّ» في قوله: «أنّ كل من قال» أي: إكتفى بالفعل الكاشف عن الرضا.

(٣) معطوف على «من جهة الرضا» و ضمير «به» راجعٌ الى «الفعل الكاشف».

(٤) حتى ينافي ما إدّعيناه من شرطية نفس الرضا و طريقيّة الفعل الكاشف له، فالإكتفاء بالفعل الكاشف إنّما هو لدلالته على الرضا، لا لكونه سبباً تعبدياً، إذ لازم سببيته و حصول إنشاء الإجازة به حرمة التصرف و تمكين المرأة المزوجة فضولاً، وغيرهما من الأفعال، و ذلك لأنّ حصول الملكية و الزواج منوط بتحقيق العمل الذي يحصل به إنشاء الإجازة، فقبل تحقق العمل خارجاً يقع التصرف - في الثمن - في مال الغير بدون إذنه، و هو حرام. و كذا يجرم التمكين على المرأة و إن وقع به الزواج. و الالتزام بهذا اللازم كما ترى.

(٥) هذا إشارة إلى المورد الخامس، و هو الاستشهاد بظاهر عبارات غير واحد في شرطية نفس الرضا من دون حاجة إلى إنشاء قولي، و حاصله: أنّه صرَح غير واحد من الأصحاب «بأنّ المكره على البيع إذا رضى بما أكره عليه صحّ ذلك» و لم يعبروا بالإجازة، و عدمُ التعبير بالإجازة كاشفٌ عن كون الشرط نفس الرضا. قال المحقق في شرائط المتعاقدين: فلا يصح بيع الصبي ... و المكره ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره، عدا المكره للوثوق بعبارته»^(١).

و قد ورد^(١) فيمن زوّجت نفسها في حال السكر: «أنتها^(٢) إذا أقامت معه بعدما أفاقت فذلك رضاً منها» (*).

(١) هذا إشارة إلى بعض النصوص التي أشار إليها في (ص ١٦٦) بقوله: «كما يُستظهر من كثير من الفتاوى والنصوص» فإنه قد ورد في حديث: كون موضوع الشرطية هو نفس الرضا، وأنَّ الفعل دالٌّ عليه و كاشف عنه. و كان المناسب ذكر هذا النص عند التعرض للروايات بعد الفراغ من كلمات الأصحاب.

و كيف كان فهذا نص الحديث: روى محمد بن إسماعيل بن بزيع، قال: «سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ، فسكرت، فزوّجت نفسها رجلاً في سُكرها، ثم أفاقت، فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنه يلزمها ففرغت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلالٌ هو لها، أم التزويج فاسدٌ لمكان السكر، و لا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد أن أفاقت فهو رضا منها. قلت: و يجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم»^(١) فإنَّ حمل الرضا على الإقامة في قوله: عليه السلام: «فهو رضا منها» مع مباينة الفعل الخارجي - و هو الإقامة - للفعل النفسي و هو الرضا إنما هو بإعتبار كشف الإقامة عنه، فالمدار في الشرطية على المنكشف لا على الكاشف.

(٢) الجملة فاعل «وَرَدَ» و قوله: «فذلك» جواب: «إذا أقامت».

(* لا يخفى أنَّ هذه الصحيحة قد يشكل الأخذ بها من جهة تضمنها إمضاء عقد السكرى بالإجازة بعد الافاقة، مع أنَّ السكرى مسلوبة العبارة، لفقد القصد المقوم للعقد، ولو تمشى منها لم يحتاج إلى إجازة، خصوصاً مع وقوعها بعد إنكارها الذي هو ردُّ له، و لذا لم يعمل بها المشهور كما قيل.

و لا بأس بالإشارة إلى بعض المحامل و إن كان التفصيل موكولاً إلى محله، فنقول:
الأول: ما أفاده العلامة توفيق من حملها على عدم بلوغ السكر إلى حدِّ عدم التحصيل.
فقال: «و إن لم يبلغ السكر إلى ذلك الحدِّ صحَّ العقد مع تقريرها إياه. و عليه تحمل

«١» وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٢٢١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح، الحديث ١. رواه الشيخ باسناده عن الحسين بن سعيد عن ابن بزيع، و السند صحيح. و رواه الصدوق في الفقيه باسناده عن محمد بن إسماعيل، و في العيون أيضاً.

الرواية «١».

و ناقش فيه الشهيد الثاني رحمته بما حاصله: أن الحمل المزبور خلاف ظاهر الرواية، ومخالف للقواعد العامة المقترضية لصحة العقد مع قصد العاقد، من دون حاجة إلى الإجازة بعده. ولما كانت السكرى حسب الفرض قاصدة للمدلول كان توقف نفوذ عقدها على الإجازة تخصيصاً للقواعد بلا موجب. فهذا الحمل يستلزم إرتكاب محذورين: أحدهما خلاف ظاهر الرواية.

والآخر تخصيص القواعد. وإذا دار الأمر بين إرتكابهما وبين طرح الرواية كان الثاني أولى «٢».

و يمكن الذب عن كلام العلامة رحمته بعدم كونه خلاف الظاهر، إذ ليس في الرواية إطلاق يشمل جميع مراتب السكر حتى يكون إرادة خصوص السكر غير الراجع للمشاعر حملاً للرواية على خلاف ظاهرها، بدهاء أن منشأ الاطلاق هو ترك الاستفصال من السائل عن حد السكر، ولكن قوله: «فزوجت نفسها» ظاهر في خصوص السكر غير السالب للالتفات.

نعم الحكم بتوقف عقدها على الإجازة مخالف للقواعد مع فرض كونها قاصدة للمدلول، لكنه أخف مؤونة من حمل السكر على الاطلاق، لاستلزامه صحة عقد السكرى في حال عدم الالتفات وعدم تمثي قصد الانشاء، وكون صحته تعبداً محضاً ولو لم يصدق عليه العقد عرفاً، وهي مخالفة مستبشعة للقواعد جداً.

الثاني: ما أفاده الفاضل الاصفهاني رحمته من حملها على مقام الإثبات، والحكم الظاهري في مقام التداعي و التنازع، لا الحكم الواقعي، فلو تنازعا في وقوع العقد حال الالتفات والقصد فادعى عليها الزوج ذلك، وأنكرت المرأة وقالت: «إني لم أزوج نفسي في حال العقل» كان الحكم الظاهري القيام معه. قال رحمته: «و يمكن العمل بالخبر - مع القول بقضية الأصل التي هي فساد العقد - بأن يكون الزوج جاهلاً بسكرها، فإنه حينئذ وإن لم يقع نكاح في الواقع، لكنه لا يسمع في حقه قول المرأة خصوصاً بعد التمكين من

«١» مختلف الشيعة، ج ٧، ص ١١٥

«٢» مسالك الأفهام، ج ٧، ص ٩٩

و عرفت^(١) أيضاً إستدلالهم على كون الإجازة كاشفةً: بأنّ العقد مستجمعٌ

(١) عند نقل كلام جامع المقاصد في (ص ١٥) في الاستدلال على القول بالكشف، وهذا سادس موارد الاستشهاد بالكلمات، و هو قول المحقق الكركي رحمته : «بأنّ العقد الواقع جامع لجميع الشروط، و كلها حاصلة إلا رضا المالك...» فإنّ هذا الكلام أيضاً ظاهر في كون الشرط هو الرضا من دون حاجة إلى اللفظ.

الدخول...»^(١).

لكن هذا الحمل لا يخلو من بُعدٍ، لظهور الرواية في بيان الحكم الواقعي، لا الظاهري، لعدم ظهور قوله: «فأنكرت» في نفي التزويج حتى يكون من باب الدعوى و الخصومة، بل ظاهره الاستيحاش من هذا التزويج، لعدم التكافؤ بينها و بين زوجها، أو لجهة أخرى توجب عدم المصلحة في هذا التزويج.

الثالث: ما أفاده السيد رحمته في الحاشية: من حملها على أنّها وكتلت غيرها في التزويج و هي سكرى، و حيث إنّ التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضولياً موقوفاً على الإجازة، و الإقامة مع الزوج إجازة فعلية، إلا أنّها مسبوقه بالرد، لقول الراوي «فأنكرت ذلك» والمراد بالإنكار و إن كان هو الكراهة و الوحشة ممّا صدر منها، لكنه كافٍ في الرد، فلا عبرة بالإجازة بعده.

ولكنه رحمته عمل بها في العروة، فقال: «و أما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة، ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك. و ذهب جماعة إلى الصحة مستنديين إلى صحيحة ابن بزيع. و لا بأس بالعمل بها و إن كان الأحوط خلافه، لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا لتفات لها إلى ما تقول...»^(٢).

و وافقه سيدنا الاستاد رحمته في الشرح، مع أنّه ذهب في حاشية المكاسب إلى عدم إمكان العمل بظاهرها، فراجع «٣».

«١» كشف اللثام، ج ١، كتاب النكاح، ص ٩ (الطبعة الحجرية).

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٥٨ و ١٥٩: العروة الوثقى، كتاب النكاح، المسألة ١٣ من فصل العقد و أحكامه.

«٣» مستمسك العروة الوثقى، ج ١٤، ص ٣٨٨: نهج الفقاهة، ص ٢٤٥

للشرايط عدا رضا المالك، فإذا حصل عمل السبب^(١) التام عمله^(٢).

و بالجملة^(٣): فدعوى الإجماع في المسألة^(٤) دونها خرطُ القتاد.

و حينئذٍ^(٥) فالعمومات المتمسكُ بها لصحة الفضولي المسألة^(٦) عن ورود
مخصّص عليها - عدا ماددً على إعتبار رضا المالك في حلّ ماله و إنتقاله إلى الغير و
رفع^(٧) سلطنته عنه - أقوى^(٨) حجّة في المقام^(٩).

مضافاً^(١٠) إلى ماورد في عدّة أخبارٍ من «أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج

(١) و هو العقد التام برضا المالك.

(٢) و هو الأثر المرغوب منه كالنقل و الانتقال في العقد المعاوضي.

(٣) يعني: و حاصل الكلام: أنّ دعوى الإجماع على إعتبار اللفظ في الإجازة و عدم
كفاية الرضا الباطني فيها - مع ما عرفت من الفتاوى و النصوص الظاهرة في عدم إعتبار
اللفظ في الإجازة - في غاية الاشكال.

(٤) أي: في مسألة توقف عقد الفضولي على إنشاء الإجازة باللفظ.

(٥) أي: و حين عدم ثبوت الإجماع على إعتبار اللفظ في الإجازة - إذا شكّ في
إعتبار اللفظ فيها - فلا مانع من التمسك بالعمومات التي استدلّ بها على صحة عقد
الفضولي، إذ هي سالمة عن كل مخصّص، إلّا ما دلّ على إعتبار رضا المالك في حلّ ماله
للغير و الانتقال إليه، و ليس اللفظ موقوفاً للرضا الذي هو من أفعال النفس. و عليه
فلا دليل على إعتبار اللفظ في الإجازة، بل يكفي الرضا الباطني.

(٦) نعمت لـ «فالعمومات».

(٧) هذا و «إنتقاله» معطوفان على «حلّ»، و ضمير «سلطنته» راجع الى «المالك».

(٨) خبر «فالعمومات».

(٩) و هو عدم إعتبار اللفظ في الإجازة.

(١٠) بعد التمسك بالأدلة العامة يريد التشبث بالأدلة الخاصة، و هي النصوص

و لا يبعد القول بما أفاده العلامة رحمته، و حمل إنكارها بعد الإفاقة على الدهشة ممّا
أنشأتها في حال سُكرها. و ليس هذا الإنكار ظاهراً في الرد حتى يكون إقامتها مع الزوج بعده
من الإجازة بعد الرد التي لا تجدي في صحة العقد، و المسألة محتاجة إلى مزيد التأمل.

عبده إقراراً منه له عليه»^(١).

و ما^(٢) دلّ على أن قول المولى لعبده المتزوج بغير إذنه: «طَلَّقْ» يدلُّ^(٣) على الرضا بالنكاح، فيصير إجازةً.

و على^(٤) أن المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه

المتفرقة التي جعلها - كالفتاوى - شاهدةً على شرطية نفس الرضا، و عدم إعتبار اللفظ. و كيف كان فالنصوص المذكورة في المتن طوائف.

أولها: ما ورد في عدة أخبار من كون سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه للعبد على تزويجه. مثل ما رواه معاوية بن وهب، قال: «جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام، قال: إني كنت مملوكاً لقوم، و إني تزوجت امرأة حرةً بغير إذن موالي، ثم أعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوجت امرأةً و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ. قال، فقال: سكتوهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت على نكاحك الأول»^(١).

(١) أي: إقرار من المولى للعبد على تزويجه.

(٢) معطوف على قوله: «ما ورد» و هذا إشارة إلى الطائفة الثانية من النصوص، وهو ما روي صحيحاً عن ابن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام عن علي صلوات الله و سلامه عليه «أنه أتاه رجل بعبده، فقال: إن عبيدي تزوج بغير إذني فقال علي عليه السلام لسيده: فرّق بينها، فقال السيد لعبده: يا عدوّ الله طلق، فقال علي عليه السلام: أما الآن فإن شئت فطلق و إن شئت فأمسك. فقال السيد: يا أمير المؤمنين أمرٌ كان بيدي فجعلته بيد غيري؟ قال: ذلك لأنك حين قلت: طلق أقررت له بالنكاح»^(٢).

(٣) خبر قوله: «أن قول المولى».

(٤) معطوف على «أن» يعني: و ما دلّ على أن المانع ... الخ، و هذا إشارة إلى الطائفة الثالثة الدالة على عدم إعتبار اللفظ في إجازة عقد الفضولي، و محصله: أنه قد دلّ بعض النصوص على كون الرضا النفساني - من دون إعتبار القول معه - رافع المانع لزوم نكاح

«١» و مسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٥، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث ١، و نحوه

الحديث ٢ و ٣

«٢» و مسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٦، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، الحديث: ١

معصية^(١) المولى التي ترتفع بالرضا.

و ما^(٢) دلّ على أنّ التصرف من ذي الخيار رضاً منه، و غير^(٣) ذلك (*).

العبد بدون إذن مولاه، و أنّ معصية المولى ترتفع برضاه.

وذلك النص قول زرارة: «فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنه في أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئاً حلالاً، و ليس بعاصٍ لله، إنما عصى سيده و لم يعص الله عزّوجل، إنّ ذلك ليس كإتيانه ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة و أشباه ذلك»^(١).
(١) خبر «أنّ المانع».

(٢) معطوف على «ما دلّ على» و هذا إشارة إلى الطائفة الرابعة، و محصله: أنّه دلّ بعضُ النصوص على كون تصرف ذي الخيار رضاً منه ببقاء العقد الذي تعلّق به الخيار، فيسقط الخيار به.

و ذلك النصّ هو ما رواه علي بن رثاب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري اشترط أم لم يشترط، فإنّ أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه، فلا شرط. قيل له: و ما الحدث؟ قال: إنّ لامس أو قبّل أو نظّر منها ما كان يحرم عليه قبل الشراء»^(٢).

(٣) معطوف على الموصول في قوله: «إلى ما دلّ». و لعلّ مراده بهذا الغير ما أشار إليه في الجواهر بقوله: «و لفحوى بعض نصوص النكاح الفضولي: أنّه يحلف على عدم الرضا في نفسه فيما بينه و بين الله تعالى»^(٣).

(* قد يورد عليه بأنّ هذه النصوص أجنبية عن المدعى و هو كفاية الرضا، و ذلك أمّا ما ورد في خيار الحيوان و في تزويج السكرى فلتحقق الكاشف عن الرضا كلفس الجارية و إقامة المرأة مع الزوج، فهما شاهدان على كفاية الفعل و نفي إعتبار اللفظ مطلقاً في

«١» و مسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٢٣، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، باب تزويج العبد بغير اذن سيده، الحديث: ٢

«٢» و مسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٥١، الباب ٤ من أبواب الخيار، الحديث: ١

«٣» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٤

بقي^(١) في المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ،

و الظاهر أنه رضي أشار إلى ما ورد في صحيحة أبي عبيدة الحذاء من قوله عليه الصلاة والسلام: «فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالتزويج»^(١)، فإن الموضوع لجواز أخذ الإرث هو رضاها بالتزويج المحرز بالحلف. هذا بناء على عدم خصوصية في النكاح الفضولي، فيجري في البيع ما ثبت في النكاح من ترتيب آثار العقد بالرضا المتأخر.

هذا تمام الكلام في ما استند إليه المصنف رضي من الفتاوى والنصوص على عدم اعتبار التلفظ بالإجازة. وسيأتي العدول عنه.

(١) غرضه من هذا الكلام اعتبار إنشاء الإجازة و عدم كفاية مطلق الرضا في تحققها، و إستدلل عليه بوجه، و أيده بوجه.

أما الدليل فهو: أنه لو قلنا بكفاية مطلق الرضا في صحة البيع الفضولي كان لازمه كفاية تحقق الرضا السابق على العقد أو المقارن له، و عدم توقفه على خصوص الرضا اللاحق، فلو أحرز رضا المالك بقول أو فعل قبل إنشاء العقد الفضولي لزم القول بصحته وإستغنائه عن الإجازة المتأخرة، إذ المفروض شرطية مطلق الرضا، و قد أحرز وجوده. بل يلزم أولوية هذا العقد بالصحة من الفضولي المعهود و هو ما إذا لم يُعلم طيب نفس المالك حال الانشاء، و عُلم به بعده بالإجازة.

الإجازة. و أما ما ورد في رضا السيد بنكاح العبد فلائ موضوع النفوذ ليس مجرد رضاه به، لقوله عليه السلام: «فاذا أجاز جاز» فالمناط هو الإجازة، و مقتضى الجملة الشرطية فساد نكاحه بدونها. و صدقها على الرضا النفساني أول الكلام، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن قوله عليه السلام: «فذاك رضا منه» ظاهر في كون تمام الموضوع لسقوط خيار المشتري هو الرضا، و تنزيل إحداث الحدث منزله. و اللمس و التقبيل و إن كانا فعلين مظهرين للرضا، إلا أن ظاهر كلامه عليه السلام دوران سقوط الخيار مدار نفس الرضا بلا ضم شيء آخر معه. و كذلك الحال في صحيحة ابن بزيع، من جعل المناط رضاها بالعقد، و إن كانت أظهرته بالإقامة معه.

و كفاية^(١) مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي^(٢) أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك^(٣) مقارناً للعقد أو سابقاً. فإذا^(٤) فرضنا أنه علمَ رضا المالك بقول أو فعل^(٥) يدلّ على رضا ببيع ماله، كقئ^(٦) في اللزوم، لأنّ ما يؤثر بلحوقه يؤثر بمقارنته بطريق أولى^(٧).

مع أنه لا سبيل للإلتزام بكفاية مطلق الرضا في صحة العقد، لمخالفته لمذهب الأصحاب من إعتبار الإذن السابق في الخروج عن الفضولية، سواء أكان المالك راضياً حال العقد أم لا. وأنّ مورد إحراز رضا المالك - بلا إذن منه - مشمول لعنوان الفضولي، ويتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقة. فلزوم العقد إمّا بالإذن المقارن له، وإمّا بالإجازة المتأخّرة عنه.

و عليه فلا وجه للإقتصار على مطلق الرضا في الصحة. هذا تقريرُ الدليل. و أمّا المؤيّد للمطلب فسيأتي.

(١) معطوف على «عدم إعتبار» يعني: إذا قلنا بكفاية مطلق الرضا ... الخ.
 (٢) جواب «إذا» و حاصله: أنّ كفاية مطلق الرضا تقتضي خروج عقد الفضولي - المقارن لرضا المالك - عن حكم الفضولي. لكن الظاهر عدم إلتزام الأصحاب بذلك، لحكمهم بعدم خروجه عن حكم الفضولي.

(٣) أي: مثل مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه مقارناً للعقد أو سابقاً على العقد.
 (٤) هذه نتيجة كفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، و حاصله: أنّ لازم ذلك كفاية العلم برضا المالك بقولٍ دالّ عليه كأن يقول: «أرجو أن يباع متاعي عاجلاً» أو فعل يدلّ على ذلك، كأن يجعل داره بيد الدالّ للبيع.

كذا قيل، لكن فيه: أنه من المأذون من قبل المالك، و ليس من الفضولي أصلاً.

(٥) قد عرفت أنّها كلاً من القول و الفعل الدالين على الرضا بالبيع.

(٦) جواب «فإذا فرضنا» وجه الكفاية: تمامية العقد بتحقيق شرطه و هو الرضا.

(٧) وجه الأولوية: أنه لو كان للحقوق مؤثراً - مع احتمال إعتبار المقارنة في مؤثريته - فلا بدّ أن تكون مؤثريته في حال الإقتران بالعقد أولى، لوجود المقارنة التي تحتمل شرطيتها و فقدانها في فرض اللحق.

و الظاهر^(١) أن الأصحاب لا يلتزمون بذلك^(٢)، فقتضى ذلك^(٣) أن لا يصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي.
و يؤيد ذلك^(٤) أنه لو كان مجرد الرضا ملزماً

(١) هذا وجه عدم الالتزام بكفاية الرضا المقارن للعقد في الخروج عن الفضولية، ولازم ذلك عدم كفاية مطلق الرضا في صحة العقد الفضولي، بل لا بد من دال عليه.
(٢) أي: بلزوم المعاملة بمجرد رضا المالك سواء أكان مقارناً أم لاحقاً، بل يلتزمون بكون المعاملة المقرونة بالعلم برضا المالك فضولية ما لم يأذن فيها. و قد سبق التنبيه على رأي الأصحاب في أول بحث الفضولي بقوله: «و كيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطناً، و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحاً أو فحوى...» فراجع^(١).

(٣) أي: عدم التزام الفقهاء بلزوم المعاملة بمجرد رضا المالك - سابقاً على العقد أو مقارناً له - يقتضي أن لا يصح الإجازة إلا بشيء لو وقع قبل العقد كان إذناً من المالك، بحيث يخرج البيع عن بيع الفضولي. و عليه فلا فرق بين الإجازة و الإذن إلا بالسبق و اللحق، و من المعلوم أن مجرد الرضا قبل العقد لا يكون إذناً مخرجاً للعقد عن عقد الفضولي، فلا بد أن لا يكون ذلك إجازةً أيضاً إذا وقع بعد العقد.

(٤) أي: و يؤيد عدم كفاية مطلق الرضا. و توضيح هذا المؤيد: أنه لو كان مجرد الرضا كافياً في لزوم البيع و مخرجاً له عن الفضولية فلازمه كون مجرد الكراهة المقابلة للرضا فسخاً للعقد و مزيلاً له، مع أنه يمتنع الالتزام بهذا اللازم، لما تقرّر في موردين:
أحدهما: صحة البيع الفضولي المسبوق بنهي المالك، كما تقدم تفصيله في المسألة الثانية^(٢). مع أن كفاية عدم الرضا في تحقق فسخ العقد تقتضي البطلان، لأن المالك أظهر كراهته بنهي عن البيع، و من المعلوم تأثير هذه الكراهة المقارنة للعقد في فساده. فذهاب المشهور إلى صحة هذا القسم من بيع الفضولي شاهد على عدم العبرة بالكراهة الموجودة حال العقد. و بما أن الكراهة مقابلة للرضا، فلا بد من عدم تأثير هذا الرضا المقارن في الصحة أيضاً.

(١) «١» هدى الطالب، ج ٤، ص ٣٥٣

(٢) «٢» المصدر، ص ٥٢٤

كان مجرد الكراهة فسخاً (*)، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك^(١)، لأن الكراهة الحاصلة حينه وبعده - ولو^(٢) آنأماً - تكفي في الفسخ.

ثانيها: صحة بيع المكره الملحق بالرضا، كما تقدم في بيع المكره. مع كونه كارهاً للبيع و غير راضٍ به أصلاً، وإنما يأتي به خوفاً من الضرر المتوعد به. فلو كان الرضا المقارن مصححاً لبيع الفضولي لزم فساد عقد المكره، و عدم تأثير الرضا المتأخر في صحته. و حيث إنهم بنوا على صحته بهذا الرضا إستكشف منه عدم ترتب أثرٍ على الرضا و الكراهة المقارنين للعقد، بل لابدّ من الإجازة الدالة على الرضا^(٣).

و الوجه في التعبير بالتأييد - دون الدلالة - إمكان منع الملازمة بين الرضا و الكراهة في الآثار المتقابلة المترتبة عليها، و سيأتي بيانه.

(١) لما مر آنفاً من كشف النهي عن الكراهة المانعة عن وقوع العقد، فإنّ بقاء الكراهة آنأماً بعد العقد كافٍ في ردّه و المنع عن تأثيره. و قد تقدم توضيح هذا اللازم بقولنا: «أحدهما: صحة بيع الفضولي المسبوق بنهي المالك...».

(٢) هذا راجع إلى قوله «و بعده» يعني: أنّ الكراهة الباقية بعد العقد آنأماً تكفي في ردّ عقد الفضولي، الذي عبّر عنه في المتن بالفسخ.

(*) لعل الأولى إيداله بـ «رداً» لأنّ الفسخ كما تقدّمت الإشارة إليه هو رفع العقد الموجود، و الردّ هو الدفع و المنع عن تحقق الوجود له. و عليه فكراهة المالك قبل العقد دافعة للعقد، و بعده رافعة له.

ثم إنّ التأييد المزبور مبني على الملازمة بين ملزمة الرضا و فاسخية الكراهة. لكن الملازمة ممنوعة، لأنّ الفسخ حلّ العقد. فكما أنّ العقد أمر تسببي منوطٌ بالإنشاء، فكذلك حلّه بالفسخ، فإنّه أمر تسببي أيضاً محتاج إلى الإنشاء. بخلاف الرضا، فإنّه موجود حقيقي يحصل في النفس بمقدماته التكوينية، و ليس متوقفاً على الإنشاء، لعدم كونه من الإعتبارات المتوقّفة عليه.

بل^(١) يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلاً. إلا^(٢) أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسحاً وإن كان مجرد الرضا إجازةً.

الثالث^(٣):

من شروط الإجازة (*) أن لا يسبقها الرد؛ إذ مع الرد ينفسخ العقد، فلا يبقى

(١) هذا ثاني الموردین مما يستكشف منه عدم كون مجرد الرضا ملزماً، و حاصل هذا الوجه - كما تقدم آنفاً - أنه لو كان صرفُ الرضا كافياً في تأثير عقد الفضولي لزم من ذلك كونُ ضدهُ و هو الكراهةُ النفسانيةُ كافياً في ردِّ عقد الفضولي و ابطاله. و لازمُ هذا عدمُ وقوع عقد المكره أصلاً، لوجود الكراهة حين عقده، فلا يجدي الرضا اللاحقُ في صحته و نفوذه، إذ المفروضُ عدمُ وقوع عقدٍ في الخارج مع الكراهة حتى يصح و ينفذ بالرضا اللاحق، هذا.

(٢) هذا إستدراك على قوله: «لو كان مجرد الرضا ملزماً كان مجردُ الكراهة فسحاً» و محصله: إنكار الملازمة بين ملزمة مجرد الرضا لعقد الفضولي و بين مُبطلية مجرد الكراهة و مانعيتها عن تأثير العقد و نفوذه.

و وجهُ الإنكار هو عدمُ الدليل على مانعية مجرد الكراهة النفسانية، لأنَّ ما دلَّ على ملزمة الرضا للعقد لا مفهوم له حتى يدلَّ على مانعية الكراهة لصحة العقد و نفوذه، لأنَّه من اللَّقب الذي لا مفهوم له.

إشتراط الإجازة بعدم سبق الرد

(٣) الغرض من عقد هذا التنبيه بيان شرط آخر ممَّا يعتبر في تأثير الإجازة، و هو: أن لا يسبقها الرد، لكون الردِّ مسقطاً للعقد عرفاً عن قابليته للتأثير بالإجازة، فع سقطه و إنتفاته لا يبقى موضوع للإجازة، فإنَّ الردَّ إعدام لقابلية العقد للتأثير، كما أنَّ الإجازة إيجاد لمؤثرته.

(*) فإنَّ الإجازة لا بدَّ أن تكون موجبة لإضافة العقد إلى المجيز حتى يصير عقد الفضولي عقداً له على ما قيل. و يشملُه عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ فإن لم تكن مسبوقه بالرد كانت سالحة لإضافة العقد إليه، و إلا لم تكن سالحةً لذلك. و لو شكَّ في صلاحيته لذلك مع مسبوقيتها بالردِّ لم يصح التمسك بعموم «أوفوا» لكونه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية.

ما تلحقه الإجازة.

و الدليل (*) عليه^(١) بعد ظهور الإجماع - بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا - أن^(٢) الإجازة إنما تجعل المجيزَ أحدَ طرفي العقد، وإلا لم يكن مكلفاً

(١) أي: و الدليل على إعتبار عدم كون الإجازة مسبوقاً بالردّ وجوه:

الأوّل: ظهور الاجماع - بل التصريح به - على أن لا تكون الاجازة مسبوقه بالرد، وإلا لم تؤثر الإجازة و كانت لغواً.

قال السيد المجاهد رحمته: «فلو أجاز بعد الرد لم ينفع، و يبقى العقد على بطلانه. و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بين القائلين بصحة بيع الفضولي، كما أشار إليه في الرياض»^(١). و كذلك حكى في الجواهر الإجماعَ عمنّ إعترض على الاستدلال بصححة محمّد بن قيس على صحة الفضولي. و لم يناقش صاحبُ الجواهر في الإجماع، و ظاهره تسليم إتفاق الأصحاب عليه، فراجع.

(٢) خبر «و الدليل» و هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أن الإجازة تجعل المجيز أحدَ طرفي العقد، فإن كان البيعُ فضولياً تجعله بائعاً. و إن كان الشراء فضولياً تجعله مشترياً، إذ لو لم يجعل المجيز أحد طرفي العقد لم يكلف بوجود الوفاء بالعقد، لأنّ هذا الوجوب متوجّهٌ إلى المتعاقدين دون غيرها. فالإجازة تجعل المجيز أحدَ المتعاقدين.

(*) قال المحقق صاحب الكفاية رحمته ما محصله: إن الظاهر أن إعتبار ذلك إنما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه بالرد لا توجب صحة إسناد العقد عرفاً إلى المجيز، و الموجب لإسناده إلى المجيز هو الإجازة غير المسبوقه بالرد، و لا أقل من الشك في إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذٍ على نفوذ هذا العقد على المجيز، لأنّ التمسك بالعمومات مع هذا الشك تمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، هذا^(٢).

(١) المناهل، ص ٢٨٩، جواهرالكلام، ج ٢٢، ص ٢٧٨. و لعلّ مراد المصنف بـ «بعض المشايخنا» هو السيد المجاهد، كما عبّر به في سادس تنبيهات المعاطاة أيضاً، و إن عبّر عنه في بيع أم الولد بـ «بعض سادة مشايخنا» و في خيار الشرط بـ «سيد مشايخنا». كما أن الغالب التعبير عن صاحب الجواهر بـ «بعض المعاصرين» و إن أطلق عليه «بعض مشايخنا المعاصرين» كما في مسألة حرمة القمار، أو «شيخنا المعاصر» كما في بحث حرمة الاكتساب بالأعيان النجسة، و على كلّ فالجزء مراده رحمته منوط بالتبع التام في مصطلحاته.

بالوفاء بالعقد، لما عرفت^١ من أنّ وجوب الوفاء إنّما هو في حقّ العاقدين، أو من قام مقامهما. وقد (* تقرر^٢ أنّ من شروط الصيغة أن لا يحصل^٣ بين طرفي

(١) يعني: في المناقشة الثانية في ثاني وجوه الكشف، حيث قال: «لأنّ وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين...» فراجع (ص ٥٠). و مراده بالعاقدين هنا هو المالكان بقريته قوله: «أو من قام مقامهما» كالولي والوكيل.

(٢) غرضه - بعد إثبات صيرورة المجيز بسبب الإجازة أحد المتعاقدين - أن يثبت بعض أحكام العقد و شروطه لعقد الفضولي، و هو: أنّ من شروط العقد أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول ما يسقطه عن صدق العقد كالفصل بالسكوت أو بالكلام الأجنبي، فإنّ تخلل ذلك سقط عنوان عقديته، فلا يشمل مثل ﴿أوفوا بالعقود﴾. ولا ريب في أنّ الردّ قبل الإجازة مانع عن إرتباط أحد الالتزامين بالآخر.

(٣) الجملة في محلّ نصب على أنّها اسم «أنّ».

أقول: إنّ الإجازة لاتجعل عقد الفضولي عقد المجيز، ضرورة أنّ إنشاء العقد فعل مباشر للفضولي، و ليس فعلاً مباشراً للمجيز كما هو بديهي، و لا تسيبياً له، لعدم إنطباق ضابط التسيبي عليه، إذ ليس عقد الفضولي أثراً قهرياً للمجيز، بل هو فعل إرادي إختياري للفضولي. و ليست الإجازة إلاّ إنفاذ العقد الفضولي. و صيرورة عقده مضافاً إلى المجيز و مسنداً إليه ممّا لا يدلّ عليه الإجازة لا مفهوماً و لا حكماً، فتدبّر.

نعم ولاية أمر العقد من حيث الإجازة و الردّ للمجيز، فلو شك في بقاء هذه الولاية له بعد الردّ أمكن الحكم ببقائها بالاستصحاب. فتأمّل.

و الحاصل: أنّه لا دليل على اعتبار إضافة عقد الفضولي إلى المجيز حتى يقال: إنّ الردّ يسقطه عن قابلية إضافته إلى المجيز بالإجازة المسبوقه بالرد. و أمّا الإضافة بمعنى إرتباط ما للعقد بمالك الأصيل فهي حاصلة بتعلق إنشاء الفضولي بمالك المالك. و هذه الإضافة القهرية كافية في إرتباط العقد بالمالك.

(* الظاهر أجنبية قوله: «و قد تقرر أنّ من شروط الصيغة... الخ» عن المقام، و ذلك لأنّ اعتبار عدم تخلل ما يسقط العقد عن صدق العقد إنّما هو لأجل دخله في صدقه عرفاً، إذ مع وجوده لا يصدق العقد، مثلاً إذا رفع الموجب يده عن إيجابه لم يجد إنشاء القبول بعده. و هذا بخلاف المقام، لأنّ العقد قد تحقق، و الإجازة دخيلة في صحته و ترتب الآثار الشرعية

العقد ما يُسقطها عن صدق العقد الذي هو في معنى المعاهدة^(١)، هذا.
مع^(٢) أن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم، تأثيرُ الردِّ في قطع (*) علاقة

(١) يعني: و تحلُّ ذلك المانع يمنع تحقق المعاهدة التي هي حقيقة العقد.
(٢) هذا ثالث الوجوه الدالة على أن من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردُّ،
ومحصّله: أن مقتضى قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» تأثيرُ ردِّ من عُقد على ماله
فضولاً - لعقد الفضولي - في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فإذا باع الفضولي مال
زيد على عمرو، فإن مقتضى سلطنة زيد على ماله كون ردِّه لعقد الفضولي قاطعاً لملقة
المشتري عن مال زيد، فلا يبقى حينئذٍ عقدٌ تلحقه الإجازة، لزواله بالردِّ.

عليه، لا في أصل صدق العقد، إذ لا ريب في حصوله بإنشاء الفضولي.
فقوله **تَبَيَّنَ**: «و قد تقرر ... الخ» لا يناسب المقام الذي تمّ إنشاء العقد من الفضولي،
وتحققت به المعاهدة و المعاقدة العرفية، وليست إجازةً المجيز إلا شرطاً لتأثيره.
لكن هذا الاشكال مندفع بأن قوله **تَبَيَّنَ** مبني على كون المجيز بسبب الإجازة أحد
طرفي العقد، فإذا صار أحد طرفي العقد كان قوله **تَبَيَّنَ**: «و قد تقرر ... الخ» في محله.
فلاشكال عليه كما في بعض الحواشي «بأنه لا دخل لذلك في المقام، ضرورة أن
إعتبار ذلك لتحقق العقد هناك، و قد كان العقد محققاً هاهنا، و الإجازة إنما تكون لتصحیح
إضافته، لا لأصل تحققه» غير ظاهر، لأن مقتضى كون المجيز أحد طرفي العقد تحقق العقد
بالإجازة، فيشترط فيه ما يشترط في غيره من العقود، فردُّ مالك أمر العقد ردُّ بين الإيجاب
و القبول، و مانع عن تحقق العقد.

(*) الأولى إيداله هكذا: «تأثير الرد في سقوط عقد الفضولي عن قابلية لحوق الإجازة
به» إذ لا يتحقق علاقة لطرف الفضولي بالمال المعقود عليه فضولاً حتى تنقطع بالرد، لجريان
قاعدة السلطنة فيه.

ثم إن المحقق الثاني **تَبَيَّنَ** نبه على أمرٍ في المقام، لا بأس ببيانه، و هو: أن قاعدة
السلطنة تقتضي سلطنة المالك على إمضاء العقد، و عدم إمضائه، لوضوح أن السلطنة على
الشيء لا تصدق إلا بالقدرة على طرفيه. إنما الكلام في أن طرف الإجازة هو الرد أو عدم

(٣) أي: عن ملك من عَقِدَ على ماله فضولاً، كزيدٍ في المثال المزبور.

الإجازة؟

و بعبارة أخرى: هل تكون الإجازة و عدلها متقابلين بتقابل التضاد، فهما أمران وجوديان، أم أنهما متقابلان بتقابل السلب و الايجاب؟
و يتفرّع على هذين الاحتمالين أنه بناءً على التقابل بنحو التناقض لا يسقط العقد عن قابلية لحوق الإجازة به بعد ردّ المالك له، و ذلك لأنّ عدم الإجازة أمر عديمي حاصل من زمان إنشاء الفضول، و لا خصوصية للردّ، و المالك مخيّر بين الإجازة و عدم الإجازة، و الردّ لا يسقط حقّ الإجازة، لاستواء حال المالك - ما بعد الردّ و ما قبله - بالنسبة الى عدم تحقق الإجازة، فكما أن عدم الإجازة قبل الردّ لا يمنع عن الإجازة، فكذلك بعد الرد. و المهم أنّ الردّ أجنبي عن متعلق سلطنة المالك، فوجوده كعدمه.

و بناءً على احتمال كون التقابل بنحو التضاد يسقط الردّ العقد عن قابلية تأثير الإجازة فيه، لأنّه بمجرد الردّ قد أعمل حقّه و استوفاه، و لا تبقى له سلطنة على العقد حتى يجيزه. و الصحيح من هذين الاحتمالين هو كون عدل الإجازة و بدلها هو الردّ، لا عدم الإجازة، و ذلك لأنّه لو كان طرفاً السلطنة الإجازة و عدمها لزم قصر سلطنة المالك بخصوص الإجازة، فإنه و إن كان مخيّرأ بين أن يجيز و أن لا يجيز، إلّا أنّ رفع تلك الاضافة الاقتضائية ليست بيده، لما تقدم من أنّ عدم الإجازة حاصل من حين العقد، و لا يؤثر إنشاء الرد فيه أصلاً. فإن أجاز لزم العقد، و إن لم يجز بقيت قابلية لحوق الإجازة على حالها.

و هذا بخلاف كون طرفي السلطنة الإجازة و الرد، فإن قاعدة السلطنة كما تقتضي كونه سلطاناً على إنفاذ إنشاء الفضول ليستند العقد إلى نفسه، كذلك تقتضي سلطته على هدمه و إعدامه و جعله كأن لم يكن. و من المعلوم أنّ تحديد سلطنة المالك بخصوص طرف الامضاء تقييد للإطلاق بلا مقيد. و حيث كان عدل الإجازة هو الردّ قلنا بعدم تأثير الإجازة بعده، لاسقوط حقه بالردّ^(٤).

فلا يبقى ما تلحقه الإجازة، فتأمل^(١) (*).

(١) لعلّه إشارة إلى ما قيل من معارضة قاعدة السلطنة بمنهاتها، بتقريب: أن مقتضاها تأثير الإجازة بعد الرد، هذا.

أقول: لم يظهر وجه للمعارضة بعد البناء على جريان قاعدة السلطنة في الرد، إذ مقتضاها زوال العقد وإحلاله بالرد. كما أن مقتضاها بقاء العقد ونفوذه بالإجازة. ومعها لا يبقى مورد للإجازة حتى تجري فيها قاعدة السلطنة

نعم للمعارضة مجال فيما إذا حصل الردّ والإجازة في زمان واحد، كما إذا كان للمالك المال المعقود عليه فضولاً وكيلاً أجاز أحدهما عقد الفضولي وردّه الآخر في آن واحد. ويمكن أن يكون إشارة إلى عدم جريان قاعدة السلطنة في الرد، حيث إن موردها هي التصرفات النافذة في الأموال، وليست في مقام بيان أنحاء السلطنة وتشميرها. والمقام ليس من تلك التصرفات، بل من تشريع سبب الرد لانحلال العقد، وهذا من الأحكام، وليس الناس مسلّطين على الأحكام، فقاعدة السلطنة لا تجري في الرد.

(*) قد أورد على الاستدلال بقاعدة السطنة تارة: بأنّه لم يثبت علاقة للطرف الآخر حتى يكون الردّ بمقتضى قاعدة سلطنة المالك على ماله قاطعاً لتلك العلاقة، ومع إنقطاعها لا يبقى مورد للإجازة، فلو أجاز بعد الرد كانت الإجازة غير مؤثرة، لعدم موضوع لها.

وأخرى: بأن إسقاط عقد الفضولي بسبب الرد راجع إلى حكم شرعي وضعي، وهو سبب الردّ لسقوط العقد عن قابلية لحوق الإجازة به، وهذا الحكم الشرعي ليس سلطنة على المال حتى تشمله قاعدة السلطنة، بل سلطنة على الحكم، وهي أجنبية عن مفاد القاعدة، إذ مفادها عدم محجورية الناس عن التصرفات الجائزة في أموالهم، وسبب الرد ليست من أنحاء السلطنة على المال، فلا تجري القاعدة في الردّ، لعدم كونه موضوعاً لها.

وثالثة بأنّه على فرض كون الردّ من أنحاء السلطنة على المال لا تشمله قاعدة السلطنة أيضاً، لأنها لا تشرع السلطنة التي شكّ في مشروعيتها، لما ثبت من أن القاعدة لا تشرع أنحاء السلطنة، بل تدل على عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة في ماله.

ورابعة بأن قاعدة السلطنة - بناءً على شمولها للردّ - تشمل الإجازة أيضاً، فإن كلاً من

الردّ والإجازة مشمول لقاعدة السلطنة، فيصير الردّ بالتعارض كالعدم، فلو أجاز المالك بعد ذلك كانت الإجازة حينئذٍ مؤثرة.

هذا ما قيل أو يقال في الاشكال على جريان قاعدة السلطنة لإثبات كون الرد مانعاً عن تأثير الإجازة في نفوذ عقد الفضولي. ولعلّ المصنف رحمته أراد هذه الاشكالات أو بعضها بقوله: «فتأمل».

أقول: افا الإشكال الأوّل فلا موضوع له، لعدم تحقق علاقة شرعاً لطرف الفضولي بالمال المعقود عليه فضلاً، بل المال بعد عقد الفضولي باقٍ على ما كان عليه قبل عقد الفضولي من حيث عدم تعلق علاقة أحدٍ به، فلا وجه لإجراء قاعدة السلطنة لقطع علاقة الطرف عنه حتى لا يبقى مورد للإجازة.

و افا الاشكال الثاني والثالث ففيهما: أنّه لا إشكال في كون الردّ كالإجازة من التصرفات المالية دون الأحكام، و يكفي في مشروعيتهما العمومات الدالة على جواز التصرف خارجياً وإعتبارياً لكل مالك في ماله. بل وكذا أدلّه نفوذ بيع الفضولي بإجازة المالك، فإنّ جواز البيع بإجازته يستلزم جواز إبطاله برده، فيكون المالك مسلطاً على بيع ماله بالمباشرة، و بإجازة العقد الواقع على ماله و رده.

و بالجملة: فلا ينبغي الإرتياب في جريان قاعدة السلطنة في الردّ وإنحلال العقد به. و افا الاشكال الرابع ففيه: أنّ مقتضى قاعدة السلطنة في الردّ هو بطلان العقد و عدم صلاحيته للحقوق الإجازة به، فلا يبقى مورد للإجازة. و ليس المراد بالسلطنة السلطنة على الجمع بين الردّ و الإجازة، لأنّه جمع بين الضدين، فإذا إختار أحدهما لا يبقى مورد للآخر. كاختيار ذي الخيار الفسخ أو إقرار العقد، فلا معنى لمعارضة قاعدة السلطنة في الردّ و الإجازة.

و افا ما أفاده بعض الأجلّة من «أنّ إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتى يؤثر رده في زواله، فوجود الردّ كعدمه. فإذا أجاز المالك الأصيل بعد رده صحّت الإجازة و ترتبت آثار الصحة على العقد»^١. ففيه: أنّ الانشاء و إن كان فعل الفضولي، إلّا أنّ نفوذه بإجازة المالك، فإذا ردّ المالك سقط الانشاء عن التأثير، و بعد سقوطه لا معنى لعوده، فتأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن وزان الإجازة في عقد الفضولي وزان شرائط العلل التكوينية، والرّد رافع للشرط وهو الإجازة، وليس رافعاً لإقتضاء المقتضي، بل المقتضي باقٍ على إقتضائه، فإذا وُجد الشرط بعد إنعدامه أثر المقتضي أثره. مثلاً تكون النار مقتضية للإحراق بشرط بيوسة الجسم، فمع رطوبته لا يحترق، وإذا إرتفعت الرطوبة إحترق الجسم بلا ريب، لتامة المقتضي بارتفاع المانع وهي الرطوبة وحصول الشرط وهو البيوسة. والظاهر أن الرّد فيما نحن فيه كالرطوبة مانع عن تأثير المقتضي وهو العقد، فإذا إرتفع الرّد وتبدّل بالإجازة أثر العقد أثره.

وقياس الرّد بفسخ ذي الخيار الموجب لزوال العقد رأساً - بحيث لا يبقى موضوع لإمضائه - في غير محله، لأن الخيار هو ملك إزالة العقد وإقراره، فإذا فسخ ذو الخيار كان فسخه رافعاً لأصل المقتضي، ومع إرتفاعه لا عقد حتى يصحّ إقراره بالإمضاء. بخلاف الإجازة والرّد، فإنهما في رتبة الشرط والمانع مع بقاء المقتضي في حال وجودهما. أما كون الإجازة والرّد في رتبة الشرط والمانع فهو ظاهر مثل قوله تعالى ﴿ تجارة عن تراض ﴾ حيث إن ظاهره كون التراضي شرطاً للتجارة التي هي مقتضية لتبادل الأموال، والرّد الحاكي عن الكراهة في رتبة الإجازة الكاشفة عن التراضي. فالنتيجة: نفوذ الإجازة في عقد الفضولي بعد الرّد.

إلا أن يقال: إنه فرق بين المقام والعلل التكوينية، وحاصل الفرق: أنه في العلل التكوينية - كالنار في المثال المذكور - وإن كان حدوث الشرط فيها كالبيوسة بعد إرتفاع المانع وهو الرطوبة موجباً لتأثير المقتضي أعني به النار في إحتراق الجسم، لكنه في العلل التشريعية لا بدّ من متابعة الدليل في كيفية شرطية الشرط ومانعية المانع، كجعل مانعية «ما لا يؤكل» في خصوص حال العلم بكون الحيوان ممّلاً لا يؤكل، فإن الشرطية والمانعية من الأمور الاعتبارية الشرعية التابعة لكيفية إعتبارها شرعاً سعةً وضيقةً.

وعليه فلا محيص عن الالتزام بأن الرّد بمقتضى إطلاق قاعدة السلطنة مانع عن تأثير الإجازة، لإقتضاء إطلاقها الأحوالي تأثير الرّد مطلقاً سواء لحقته الإجازة أم لا. كما أن إقتضاءها بالنسبة إلى الإجازة أيضاً كذلك، فإذا أجاز الأصيل عقد الفضولي فليس له بعد الإجازة رده.

فصار المتحصل: أن الرّد مانع مطلقاً، وليست مانعيته كمانعية الموانع التكوينية

المرتفعة بوجود الشرائط، و قد ثبت إطلاق مانعية الردّ بالإطلاق الأحوالي الثابت لقاعدة السلطنة. وعليه فلا أثر للإجازة بعد الرد.

اللهم إلا أن يقال: إن قاعدة السلطنة لا إطلاق لها، لأنها في مقام بيان إثبات عدم محجورية المالك عن التصرفات المشروعة في ماله على النحو الذي شُرعت، فلا بدّ من مراجعة أدلة مشروعيتها، وأتة هل لها إطلاق أم لا؟ فإن ثبت لها إطلاق فلا إشكال.

و إلا فالوجه في عدم تأثير الإجازة المسبوقه بالرد إما عدم إضافة عقد الفضولي إلى المالك عرفاً، فلا يشمل مثل عموم «أوفوا بالعقود» كما أفاده صاحب الكفاية^(١). وإما إستصحاب عدم نفوذ العقد حين الرد، إذ الشك إنما هو في صيرورة العقد نافذاً بالإجازة، فلا مانع من إستصحاب عدم نفوذه.

فالمتحصل: أنه لا دليل على نفوذ عقد الفضولي بالإجازة المسبوقه بالرد.

فتلخص من جميع ما ذكرنا: أنه لا أثر للإجازة المسبوقه بالرد، وأنها كالعدم، لا لكون الوجه في ذلك إطلاق قاعدة السلطنة أحواليّاً، ولا لقياس مانعية الردّ بمانعية الموانع التكوينية، لما عرفت فيهما من الإشكال. بل لعدم إضافة عقد الفضولي عرفاً بعد الردّ إلى المالك الأصلي حتى يشمل «أوفوا بالعقود» ولا أقلّ من الشك في الشمول، فيندرج الاستدلال به في التمسك بالعامّ في الشبهة المصدقية كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية تؤكّد على المتن^(٢).

و لو لم يتمّ هذا الوجه أيضاً فلا مانع من التثبيت بالإستصحاب كما أشرنا إليه آنفاً، ضرورة أنه كان العقد حين الردّ غير نافذ قطعاً، وبعد صدور إجازة المجيز يشكّ في إرتفاع عدم النفوذ و إنتقاضه بالنفوذ، فيستصحب عدمه. وهذا الإستصحاب حجة، لكونه من الشك في رافعية الموجود، كالشك في رافعية المذي مثلاً للطهارة الحديثة.

بقي الكلام فيما يستأنس به أو يستظهر منه نافذية الإجازة المسبوقه بالرد، وهو أمران:

أحدهما: ما أفاده بعض الأجلّة، وهو ما أشرنا إليه آنفاً من أن إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتى يؤثر ردّه في زواله، فمع بقائه تؤثّر الإجازة في نفوذ عقد الفضولي.

و فيه: ما عرفته من أن المراد بالردّ زوال قابلية الانشاء للنفوذ بسبب الإجازة، لا زوال نفس الانشاء المتحقق بألفاظ خاصة، إذ لا ريب في عدم كونه فعلاً مباشراً ولا تسيبياً للمالك الأصيل، فإنّ إنشاء الوكيل أو الولي مع كمال إرتباطه بالمالك لا يكون فعلاً، بل يقال: إنّه فعل العاقد مع طيب نفس المالك به.

و ثانيهما: روايات:

منها: صحيحة محمد بن قيس^١ المتقدمة في أدلة صحة البيع الفضولي، فإنّه قد ادّعى ظهورها في نفوذ الإجازة بعد الرد، بتقريب: أن أخذ السيد جاريته وإينها بأمر الإمام أميرالمؤمنين صلوات الله عليه من المشتري الذي إشتري الجارية فضولاً من ابن سيدها ردّ فعلي لعقد ابن السيد فضولاً، ومع هذا الردّ الفعلي جعل إجازة السيد لعقد إينه البائع للوليدة فضولاً نافذة، حيث إن الامام عليه السلام جعل فكاك البائع الفضولي عن حبس المشتري منوطاً بإجازة السيد عقد إينه، وهذه الإجازة تكون بعد تحقق الردّ.

وبالجملة: هذه الصحيحة تدلّ على صحة عقد الفضولي ونفوذها بالإجازة المسبوقه بالرد، كدلالتها على أصل صحة عقد الفضولي، ودلالتها على كون الإجازة كاشفة. وهذه الدلالة تنافي ما تقدم من عدم تأثير الإجازة المسبوقه بالردّ في صحة عقد الفضولي. وقد تقدم تقريب هذه الدلالات الثلاث عند الاستدلال بهذه الصحيحة^٢.

والعمدة فعلاً هي البحث عن عدم تحقق الرد في هذه الصحيحة حتى تدلّ على نفوذ الإجازة بعد الردّ. و ليعلم أنّ هذا البحث منوط بمقدمتين.

إحدهما: كون الردّ أعمّ من القولي والفعلي.

ثانيتهما: كون الأخذ في الصحيحة ظاهراً في الردّ. والأولى ثابتة، والثانية غير ثابتة.

ومنها: معتبرة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدم في (ص ١٧١) بتقريب: أن قوله: «فأنكرت ذلك» وقوله: «ففرغت منه» ظاهران في إظهار المخالفة والتفرغ للنكاح. وهذا كافٍ في الردّ، إذ لا يعتبر في الردّ أن يقول: «رددت». ولا يراد بقوله: «أنكرت» إنكار أصل العقد

«١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والاماء، ح ١، وتقدّمت في الجزء

الرابع من هذا الشرح، ص ٣٨٨

«٢» هدى الطالب، ج ٤، ص ٣٩١ - ٣٩٩

حتى يخرج عن مورد البحث، وهو ردّ العقد المسلّم وجوده، فالمراد بالإنكار هو الكراهة في مقابل الرضا، فالفرع هو إبراز عدم الرضا، وهذا ردّ فعلي.
لا يقال: ان قوله: «فزوجت نفسها» ظاهر في تزويج نفسها مباشرة لا توكيلاً في تزويجها، وهذا غير الفضولي الذي هو مورد البحث.

فإنه يقال: - مضافاً إلى شيوع التوكيل في التزويجات في العصور، بحيث ينصرف الذهن إلى التزويج التوكيلي، فترك الاستفصال حينئذٍ يدلّ على عدم الفرق في الحكم بين المباشرة والتوكيل - إن جهة السؤال في هذه الرواية هي: أن الردّ هل يؤثر في إنهاء العقد أم لا؟ وهذه الحيثية لا فرق فيها بين الانشاء المباشري وغيره كأنشاء الفضولي.
كما لا يرد على الإستدلال بهذه الرواية بطلان العقد في نفسه لأجل السكر المزيل للعقد، والموجب لعدم فهم معاني الألفاظ، فالإنشاء حينئذٍ لا يصلح للحقوق الإجازة به ولنفوذه بها.

وجّه عدم الورد هو: أن للسكر مراتب، وليس بجميع مراتبه رافعاً للعقل بحيث، يرفع التمييز والالتفات إلى معاني الألفاظ، إذ لو كان كذلك لم يتحقق العقد رأساً، لعدم حصول المعاهدة مع فقد التمييز وعدم الالتفات إلى معاني الألفاظ. فقول الامام عليه السلام: «نعم» جواباً لقول السائل: «قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟» يدل على عدم زوال عقلها بحيث لا تميّز الألفاظ ومعانيها.

أقول: قد عرفت سابقاً: أن النزاع صفروي، بمعنى أن النزاع في صفروية الأفعال - من أخذ الوليدة وإبناها كما في صحيحة محمد بن قيس المتقدمة، وإنكار المرأة و فزعا كما في هذه الرواية - للردّ الفعلي، فإن ثبتت صفرويتها له و وقعت الإجازة بعد الردّ الفعلي صارت الروايتان مخالفتين للاجماع أو الشهرة، ولا بدّ من طرحهما، للإعراض الراجع لحجيتهما، فلا سبيل إلى القول بنفوذ الإجازة المسبوقة بالردّ، هذا.

ولكن قد تقدّم الإشكال في إستفادة صفروية تلك الأفعال للردّ الفعلي من الروايتين، فلا تدلّان على نفوذ الإجازة بعد الردّ، كما هو مقصود من إستدلّ بهما.

وأما ما أفاده بعض الأجلّة من قوله: «ثم لو شككنا في أن الردّ موجب للفسخ، فاستصحاب بقاء العقد لا مانع منه، لكونه عقداً مرضياً به حينئذٍ، كسائر الموضوعات المركبة التي يحرز بعض أجزائها بالتعبد، والأخر بالوجدان، فيترتب عليه الأثر»^١ فهو منافٍ لما

نعم^(١) الصحيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الردّ.
 اللَّهُمَّ^(٢) إلا أن يقال: إن الردّ الفعليّ - كأخذ المبيع مثلاً - غير كافٍ، بل لابدّ
 من إنشاء الفسخ.

(١) استدراك على ما أفاده من إعتبار عدم كون الإجازة مسبقة بالردّ، و أنه
 لا مورد للإجازة بعد الرد. و حاصل الاستدراك: أن صحيحة محمد بن قيس الواردة في
 بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرد، حيث إن المولى أخذ الجارية و إنهما كما
 أمره الامام عليه الصلاة و السلام، و أخذها ردّ فعليّ، و مع ذلك أجاز المولى بيع ابنه
 الذي باع وليدته فضولاً، على ما حكاه أبو جعفر عليه السلام بقوله: «فلما رأى ذلك سيد الوليدة
 أجاز بيع ابنه».

(٢) غرضه: أن الردّ الفعليّ كأخذ المبيع - و هو الوليدة في صحيحة ابن قيس
 المتقدمة - لا يكفي في الردّ المانع عن تأثير الإجازة. فالكبرى - و هي مانعية الردّ عن

أفاده قُيِّل ذلك من: «أن إنشاء الفضولي ليس فعل المجيز حتّى يؤثر ردّه في زواله، فوجود
 الردّ كعدمه، فإذا أجاز المالك الأصيل بعد ردّه صحت الإجازة».

وجه المنافاة: أن الردّ لمّا لم يكن متعلّقاً بنفس العقد و كان أجنبيّاً عنه، لكون العقد
 فعل الغير، لم يزل بردّ الأصيل، فلا وجه للشك في بقاء العقد بسبب الردّ حتّى يستصحب.
 فالشكّ لابدّ أن يتعلق بقابلية العقد للنفوذ بإجازة المجيز.

و حينئذٍ فإذا ارتفعت به القابلية فهو المطلوب، أي: لا يؤثر الإجازة، لعدم ورودها في
 محل قابل للإجازة. و إلا يلزم عدم ارتفاع القابلية بالردّ أصلاً، لوحدة حكم الأمثال فيما يجوز
 و ما لا يجوز. و يلزم عدم كون ردّ قابلية العقد تحت قدرة المالك في شيءٍ من الأزمنة، و هو
 كما ترى.

فالمتحصل: أن الردّ يرفع قابلية العقد للنفوذ بالإجازة المتأخرة عن الرد، فالإجازة
 المسبوقه بالردّ كعدمها في عدم تأثيرها في عقد الفضولي. و هذا من غير فرقٍ بين كاشفية
 الإجازة بأنحاء الكشف و ناقلتها، إذ بعد البناء على ارتفاع قابلية العقد للنفوذ بسبب الرد
 لا يبقى محل قابل للإجازة.

و دعوى^{١١} «أنّ الفسخ هنا^٢ ليس بأولى من الفسخ في العقود اللازمة، و قد صرّحوا بمحصله^٣ فيها بالفعل» يدفعها^٤ أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل^٥ أخذ المبيع. و بالجملة^٦: فالظاهر [من الاصحاح] هنا^٧ و في جميع الإلزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقيب الفسخ.

الإجازة - مسلمة، لكن الكلام في صفويّة الردّ الفعلي لها، حيث إنّه لا بدّ في تحقق الردّ من إنشاء الفسخ، و الفعل من حيث هو ليس ردّاً، بل لا بد من إنشاء الردّ به.

(١) الغرض من هذه الدعوى إثبات كون الفعل كالقول ردّاً، حيث إنّ الردّ الفعلي الموجب لانحلال عقد الفضولي ليس بأولى من انحلال العقود اللازمة بالردّ الفعلي، فإنّهم صرّحوا بمحصل الفسخ فيها بالفعل. و لا فرق بين العقود اللازمة و بين عقد الفضولي، بل هذا أولى من العقود اللازمة من انحلاله بالردّ الفعلي.
(٢) أي: عقد الفضولي.

(٣) أي: بمحصل الفسخ في العقود اللازمة بالفعل، فحصول الفسخ بالفعل في عقد الفضوليّ يكون بطريقيّ أولى، من دون حاجة الفسخ فيه إلى اللفظ.

(٤) خبر قوله: «و دعوى» أي: يدفع الدعوى المزبورة، و محصل دفعها: أنّ كل فعل لا يصلح لأن يكون ردّاً للعقد، بل لا بدّ أن يكون ذلك الفعل من لوازم ملك المال المعقود عليه فضولاً. فإذا زوج الفضولي من زيد امرأة، فرتب زيد آثار الزوجية - من الوطء وغيره - على العقد بعد إطلاعه عليه. أو اشتري الفضولي له عبداً، فلمّا علم بذلك أعتقه، إلى غير ذلك من التصرفات و الأفعال التي تدل على الرضا بما عقّد له الفضولي. و عليه فلا يكفي مجرد أخذ المال المعقود عليه فضولاً من دون دلالة له على تملكه لذلك المال.

(٥) معطوف على «فعل لوازم».

(٦) يعني: و حاصل الكلام: أنّ الظاهر في جميع الإلزامات العقدية عدم تأثير الإجازة الواقعة بعد الفسخ، و أنّ المعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبقيتها بالردّ.

(٧) يعني: في عقد الفضولي، و قوله: «عدم الاعتبار» خبر قوله: «فالظاهر».

فإن سلّم (*) ظهور الرواية^(١) في خلافه^(٢) فلتطرح^(٣) أو تأوّل^(٤).

(١) و هي صحيحة محمد بن قيس المذكورة في أدلّة بيع الفضولي^(١).

(٢) و هو صحّة الإجازة بعد الردّ، بأن يقال: إنّ إجازة بيع الوليدة من سيدها صدرت بعد الردّ الحاصل بأخذ السيد الوليدة و إنّها بحكم المولى أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه، و لما أخذ مشتري الوليدة البائع الفضوليّ - و هو ابن سيد الوليدة - اضطّرّ السيّد إلى أن يجيز بيع الوليدة ليستردّ ابنه البائع الفضولي من المشتري، فأجاز السيّد بيع الوليدة. فهذه الإجازة صدرت بعد الردّ الناشئ من أخذ الوليدة و إنّها و الحاصل: أنّ هذه الصحيحة تخالف ما دلّ على أنّه يعتبر في تأثير الإجازة عدم مسبوقتها بالردّ.

(٣) غرضه: أنّ صحيحة ابن قيس المشار إليها - بعد تسليم ظهورها في صحّة الإجازة بعد الردّ - لا تصلح لرفع اليد عمّا بنى عليه الأصحاب من اشتراط تأثير الإجازة بأن لا يسبقها الردّ، و ذلك لمخالفتها لعمل الأصحاب، فلا بدّ من طرحها للإعراض، أو تأويلها.

(٤) أي: تأويلها بما هو خلاف ظاهرها، كحملها على كون سيّد الوليدة كاذباً في دعواه عدم الإذن لابنه في بيع الوليدة، فراجع ما ذكره المصنف في توجيه هذه الصحيحة. و اقتصر هناك على لزوم تأويلها دون طرحها، لأنّه نحو جعلها من أدلّة صحّة بيع

(*) و لا يسلمّ ظهور الرواية في الردّ حتى تكون الإجازة بعد الردّ، و ذلك لعدم صدور قولٍ و لا فعلٍ يدلّ على الردّ. و أخذ السيّد الوليدة و إنّها لا يدلّ عليه، و إنّما غاية ما يدلّ عليه هي الكراهة، و هي غير الردّ. و حبس ابن الوليدة مع كونه حرّاً - لحرية ابيه المشتري، لتولده شبهة أو من نكاح صحيح - إنّما هو لأخذ قيمة الولد، و ثمن الجارية الذي أخذه البائع الفضولي، حيث إنّ غالب الأولاد يتصرفون في أموال آبائهم تصرف الملاك في أموالهم، و لذا أخذ السيّد الوليدة و إنّها حتى يستوفي ثمن الوليدة و قيمة إنّها من المشتري.

الرابع^(١):

الإجازة أثر من آثار سلطنة (*) المالك (***) على ماله، فموضوعها

الفضولي، فلاحظ قوله: «والمحاصل: أن ظهور الرواية في ردّ البيع مما لا ينكره المنصف، إلا أن الانصاف أن ظهور الرواية في أن أصل الإجازة مجدية في الفضولي ... فلا بدّ من تأويل ذلك الظاهر»^(١).

الإجازة لا تورث

(١) هذا رابع التنبيهات المتعلقة بالإجازة، و الغرض من عقده - على ما قيل - دفع ما يتوهم من بعض العبارات من كون الإجازة و الردّ من الحقوق المورثة. و محصل ما أفاده هو: كون الإجازة حكماً لا حقاً، حيث إنّها من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضوع الإجازة هو المالك، فيصح أن يقال: «للمالك أن يبيز»

(*) من آثار الملك، لا من آثار السلطنة على الملك، إذ المراد بالسلطنة هو القدرة الشرعية على كل تصرف تسيبي و مباشري جائز شرعاً بالجواز التكليفي و الوضعي، و عدم الحجر عنه، سواء أكان التصرف خارجياً أم إعتبارياً. فجواز التصرف مطلقاً موضوع للسلطنة. فمعنى القاعدة هو القدرة على جميع التصرفات المشروعة في المال، و منها إجازة البيع كنفس البيع، فالإجازة كإنشاء نفس البيع و الصلح و غيرها من آثار الملك. و ليست القاعدة مشرعة لأنحاء السلطنة حتى تكون الإجازة من آثارها.

و هذا مراد المصنف أيضاً بقرينة قوله: «مثل قولنا: له أن يبيع» فإن جواز البيع حكم الملك. فينبغي إبدال «من آثار السلطنة» بـ «من آثار الملك و أحكامه» فالسلطنة من لوازم جواز التصرف في الملك. فجواز التصرف فيه من الإجازة و غيرها ملزوم لقاعدة السلطنة. (***) لعلّ الأولى إبدال «المالك» بمن له ولاية العقد، ليكون أشمل، فإنّ المرتهن وليّ أمر عقد الراهن على العين المرهونة بدون إذن المرتهن، و لذا لا ينفذ إلا بإجازة

كما يصح أن يقال: «له أن يبيع» ومرجع الكلّ إلى السلطنة على التصرف المشروع في ماله. ومقتضى كون الإجازة حكماً لاحقاً عدم إنتقالها إلى الوارث، إذ موضوع الإرث هو المالّ والحقّ، كحقّ الخيار والتجوير وغيرهما، و الإجازة ليست مالاً و لاحقاً. والمحكم الشرعي لا ينتقل إلى الوارث، و المنتقل إليه نفس المال الذي هو موضوع الإجازة التي هي حكم لاحق.

المرتهن، مع أنه ليس مالكاً للمبيع. وإحتمال إرادة المصنف رضي الله عنه من «المالك» مالك أمر البيع في غاية البعد، إذ ينافيه قوله: «على ماله» و الظاهر إرادة المصنف ما هو الغالب من عقد الفضولي في الخارج و هو بيع مال الغير، و بيع الراهن بدون إذن المرتهن بيع لمال نفسه.

ثم إنه لا يكفي في منع إرث الإجازة و الردّ مجرد عدم كونهما من الحقوق، إذ يمكن أن يكونا من الحقوق، و مع ذلك لا ينتقلان إلى الورثة، لكونهما من الحقوق غير القابلة للانتقال إلى الغير، كحقّ الأبوة و حقّ ولاية الحاكم و نحوهما مما لا ينتقل إلى الغير لأختياراً و لا قهراً. و يمكن أن يكون الإجازة و الردّ من الحقوق القابلة للانتقال الاختياري و القهري كحقي الخيار و التجوير.

و عليه فلا بدّ في التزام عدم إنتقال الإجازة و الردّ إلى الوارث من إثبات كونهما من الأحكام لا الحقوق، أو من الحقوق غير القابلة للانتقال، فنصح حينئذ دعوى عدم إنتقالهما إلى الوارث مطلقاً و إن كانا من الحقوق، فلا يندرجان فيما تركه الميت.

لا يقال: إنه يمكن التمسك بالاستصحاب لإثبات كونهما من الحقوق القابلة للانتقال، و إندراجهما فيما تركه الميت، كاستصحاب عالمية من كان عالماً و شكّ في بقاء علمه لإحراز صفرويته لكبرى وجوب «إكرام العلماء» حتى لا يكون إثبات وجوب إكرامه من التمسك بالعام في الشبهة المصدقية. ففي المقام يستصحب بقاء الإجازة بعد موت المالك الأصلي، فتندرج الإجازة فيما تركه الميت، و تنتقل إلى الوارث.

و هذا من القسم الثاني من أقسام إستصحاب الكلّي، نظير الحيوان المررد بين

المالك^(١)، فقولنا: «لَه أن يُجيز» مثلُ قولنا: «لَه أن يبيع»^(٢)، و الكلُّ^(٣) راجعٌ إلى أن له أن يتصرف، فلو^(٤) مات المالك لم يُورث الإجازة، وإنما يُورث المال الذي عقد

(١) دون غيره كالوارث، نعم الوارث يرث المال ويملكه، وإجازته حينئذٍ ليست من جهة إرث الإجازة، بل لأجل صيرورته مالكاً بسبب إرث موضوعها و هو نفس المال.

(٢) غرضه من المثلية المائلة بين البيع و الإجازة في السلطنة التي هي حكم شرعي، فكما أن جواز البيع حكمٌ لمالك المبيع، فكذلك جواز الإجازة حكم له ولولي أمر العقد، و ليس حقاً حتى ينتقل إلى الوارث كالحقوق و الأموال التي تنتقل إلى الورثة.

(٣) يعني: قولنا: «للمالك أن يجيز و أن يبيع» عبارة أخرى عن جواز التصرف الذي هو حكم لاحق.

(٤) هذا متفرع على كون الإجازة حكماً لاحقاً، فلا تنتقل الإجازة إلى الوارث،

ما يعيش ثلاثة أيام و ما يعيش سنة، فبعد مضي الثلاثة لا مانع من إستصحاب كلي الحيوان. و نظير إستصحاب كلي الطهارة فيما إذا شك في أن طهارته كانت هي الوضوء أو الغسل، فإن كانت هي الوضوء فقد إنتقضت يقيناً، و إن كانت هي الغسل فهي باقية، فيستصحب كلي الطهارة.

فإنه يقال: فرق بين المقام و بين هذين المثالين. توضيحه: أن جريان الاستصحاب في القسم الثاني من إستصحاب الكلي مشروط بكون الأثر مرتباً على الكلي كالطهارة، فإن الأثر الشرعي و هو جواز الدخول في المشروط بالطهارة يترتب على كلي الطهارة الحديثة سواء حصلت من الغسل أم الوضوء. و في مثال تردد الحيوان بين طويل العمر و قصيره لا يجري الاستصحاب إلا إذا كان الأثر مرتباً على كلي الحيوان. و من المعلوم أن نفوذ إجازة الوارث مشروط بكون الإجازة حقاً قابلاً للانتقال. و هذا لا يثبت باستصحاب مطلق مجعول الشارع إلا على القول بحجية الأصل المثبت، لأن بقاء المجعول إلى زمان موت المالك ليتقل إلى الوارث من لوازم كون المجعول من الحقوق القابلة للانتقال، و من المعلوم أن إستصحاب اللازم قاصرٌ عن إثبات الملزوم، و كالعكس، لعدم حجية الاصول المثبتة.

عليه الفضولي،^(١) فله^(٢) الإجازة بناءً على ما سيجيء^(٣) من جواز مغايرة المجهز والمالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميباً^(٤).
والفرق^(٥) بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمل^(٥).

لعدم كونها مالاً و لاحقاً حتى يصدق عليها «ما تركه الميت». و عليه فالمنتقل إلى الوارث هو المال المقود عليه فضولاً، فأجازته حينئذٍ كبيع من أحكام ماله، و الناس مسطون على أموالهم، لا أحكام أموالهم كجواز بيعها و صلحها و هبتها و غير ذلك من التصرفات الجائزة في المال.

(١) أي: للفضولي الذي ورث من المورث المال - المقود عليه فضولاً - أن يميز العقد الصادر منه فضولاً، لصيرورته مالاً للمال، لا لكونه وارثاً للإجازة.

(٢) في المسألة الثالثة من مسائل الأمر الثالث من مباحث المجهز و ما يعتبر فيه فلاحظ (ص ٣٥٤). و كلمة «من» الجارة بيان لـ «ما» الموصول.

(٣) هذا الفرع مثال لآحادها لا مغايرتها، إذ المفروض كون والد الفضولي ميباً حين العقد كما هو ظاهر «فبان ميباً» إذ معناه: فظهر كونه ميباً في زمان الإنشاء. فالفضولي حينئذٍ هو المالك حال العقد، لإنتقال المبيع فضولاً إليه حينه بالإرث، فالمجهز و المالك حين العقد واحد، و هو العاقد الذي تحمّل حال الإنشاء أنه فضولي، ولكنه كان مالاً واقعاً للمبيع وقت العقد.

فالأولى إبدال «فبان» بـ «فصار ميباً» أو «فبان بعده» حتى يكون مثلاً لمغايرة المجهز و المالك حين العقد، كما إذا باع مال غيره ثم اشتراه.

(٤) كان الأنسب بيان هذا الفرق بعد قوله: «و إنما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي» لأن هذا الكلام بمنزلة التعليل لقوله، «و إنما يورث المال ... الخ».

(٥) الفرق بينها هو: أنه إذا كانت الإجازة من الحقوق - كالحقار - إنتقلت إلى جميع الورثة حتى إلى من لا يرث من المبيع الذي هو مورد الإجازة، كالزوجة التي لا ترث من العقار، لكنها ترث الإجازة كإرث الحقار و غيره من الحقوق المنتقلة إلى جميع الورثة، فلها إجازة بيع العقار و إن لم يكن لها فيها نصيب، فإن مقتضى كون الإجازة من الحقوق كالحقار هو إنتقالها إلى جميع الورثة.

الخامس^(١):

إجازة البيع ليست إجازة

و إذا كانت الإجازة من الأحكام فهي لا تنتقل إلى الوارث، وإنما المنتقل إليه هو المال، فلكل وارث - يرث منه - أن يميز البيع في خصوص نصيبه مما ورثه، فليس للزوجة أن تميز البيع أو ترده، لعدم إرثها من المبيع.

و بناءً على كون الإجازة حقاً موروثاً، فهل ينتقل إلى مجموع الوارث من حيث المجموع، أم أنه يتعدد هذا الحق بعدد الورثة، فلكل منهم حق يخصه. أم يكون لطبيعي الوارث الصادق على كل فردٍ منهم، ولازمه كفاية صرف الوجود من الفسخ والامضاء، أم غير ذلك؟ وجوه، وتحقيق المطلب موكول إلى أحكام الخيارات.

إجازة البيع ليست إجازة للقبض

(١) الفرض من عقده البحث عن وجود الملازمة بين إجازة البيع وإجازة قبض الثمن والتمن، وعدمها، فإذا قال مالك المبيع فضولاً: «أجزتُ البيع» كانت هذه الإجازة إجازة لقبض الثمن وإقباض المبيع، أو لا. مع أن البيع أمر إعتباري، والقبض فعل خارجي. ولا ريب في أن الإجازة تتعلق بالأمر الاعتبارية كالملكية والزوجية وتنقذها، ولكنها هل تؤثر في الفعل الخارجي وهو تسليم الثمن مثلاً أم لا؟

وقد اختلفت كلمات الأصحاب فيها، فمنهم من جعل إجازة بيع الفضولي القابض للثمن إجازة لكل من بيعه وقبضه، كما يظهر من شيخ الطائفة رحمته في عبارته الآتية في المتن.

ومنهم من نفى ذلك، وقال بتوقف القبض على إجازة مستقلة، ولا يكفي إمضاء البيع عنها، كالعلامة في كلامه الآتي قريباً. وهو مختار صاحب الجواهر وشيخه كاشف الغطاء رحمته القائلين بجرى الفضولية في نفس القبض وتوقفه على إجازة مستقلة، سواء أكان الثمن عيناً أم ديناً، فراجع^(١).

ومنهم من فصل بين الثمن الشخصي والكلّي الذمي، بتوقف الثاني على إجازة بمياله، وكفاية إجازة البيع عن إجازة القبض في الثمن الشخصي، كما ذهب إليه الفاضل المقداد والشهيد رحمته. قال في الدروس بعد حكاية مختار الشيخ: «و اشترط الفاضل

لقبض^(١) الثمن، ولا^(٢) لإقباض المبيع (*).

إجازة القبض. و هو حسن إن كان الثمن في الذمة^(١).
 و ذهب المصنف رحمته إلى تفصيل آخر في المسألة، و هو الفرق بين موارد ثلاثة،
 ومحصله: أن القبض تارة يكون جزء السبب المملوك كما في بيع الصرف و السلم، وأخرى
 يكون بعنوان الوفاء بالعقد من دون دخله في ترتب الأثر على العقد. و على الثاني فتارة
 يكون العوض شخصياً، وأخرى كلياً في الذمة.
 ففي القسم الأول قال بالملازمة بين إجازة العقد و إجازة القبض، للغوية إجازته
 مجرداً عن القبض الذي هو جزء السبب.
 و في القسم الثاني نفى الملازمة، و حكم بتوقف تحقق الوفاء بالعقد على إجازة
 القبض بخصوصها، ولو بقرينة تدل عليها.
 و في القسم الثالث إستشكل في وفاء أدلة صحة البيع الفضولي بإمضاء قبض
 الفضول، كما سيظهر إن شاء الله تعالى.

(١) غرضه رحمته نفي إستلزام إجازة البيع لإجازة القبض كلياً كما إستفاد من كلام
 شيخ الطائفة رحمته. و محصل ما أفاده المصنف في ذلك: أنه لا ملازمة بينهما، لإمكان
 التفكيك بينهما بأن يُجيز البيع و لا يجيز القبض و الإقباض، فنفس إجازة البيع لا
 تُلازمها. نعم لو أجازها صريحاً أو قامت قرينة مقالية أو مقامية على التلازم المزبور
 صحّت الإجازة و ترتب عليها أثرها، و هو سقوط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، إذ
 بدون إجازة المالك لقبض الفضولي و إقباضه لا يسقط الضمان، و كان الثمن باقياً في ذمة
 المشتري، إذ قبض الفضولي له بدون إجازة مالك المبيع لا أثر له، لأن قبضه بدون الإجازة
 كلابض، لعدم إنتسابه إلى المالك.

(٢) أي: و لا إجازة لإقباض المبيع، لما مرّ آنفاً من عدم التلازم.

(* في هذا التنبيه جهات من البحث:

الأول: مرحلة الثبوت، و هو إمكان تعلق الاجازة و عدمه بالقبض و الاقباض.
 قد يقال: بعدم إمكانه، لعدم تغير الفعل الخارجي التكويني عمّا وقع عليه.

لكن الحق إمكانه، لأنه وإن لم يتغير الفعل عمّا وقع عليه، إلا أنه إذا كان على وجوده بقاء أثر شرعي فلا مانع من ترتب ذلك الأثر إذا تحقق غير ذلك الفعل ممّا له دخل في ترتب الحكم الشرعي عليه.

فإذا كان ممّا له الدخل في الأثر رضا المالك مثلاً بما وقع عن الفضولي من العنوان كالبيع، فإذا رضي المالك بذلك أثر العقد أثره. فالقبض بوجوده الحدوثي وإن لم يكن له أثر وهو سقوط الضمان عن مالك المبيع فضولاً، لكن له أثر بعد الإجازة وهي الرضا بقبض الفضولي، فيسقط الضمان عن البائع بعد رضاه.

الجهة الثانية: في مرحلة الإثبات، وحاصلها: أنه في العقود المتوقفة صحتها على القبض تكون الملازمة بين إجازة العقد وإجازة القبض والإقباض ثابتة بدلالة الاقتضاء، لأن إجازة العقد بدون إجازة لغيره، إذ المفروض عدم صحة العقد بدون القبض والإقباض، لما قيل من أنهما كالإيجاب والقبول من حيث الدخل في الصحة.

وهذا من غير فرق بين كلفة الثمن وشخصيته، ضرورة أن إجازة الثمن الكلي - أو المضمن كذلك - تقتضي رضا المالك بتطبيق الكلي على أحد أفراده.

وهذا بخلاف العقود غير المتوقفة صحتها على القبض، فإن إجازة نفس العقد لا تلازم إجازة الإقباض والقبض، إذ المفروض صحتها ولو بدون القبض، فدلّل الاقتضاء لا تقتضي الملازمة بين إجازة العقد وإجازة الإقباض والقبض، من غير فرق في هذه العقود الصحيحة بدون القبض بين كون العوضين أو أحدهما كلياً أو شخصياً.

الجهة الثالثة: في أنه هل يعتبر في جريان دلالة الإقتضاء علمً المجيز بتوقف صحة العقد على القبض أم لا؟ الظاهر جريانها فيما تعلقت الإجازة بعقد جامع لكافة شرائط صحته وإن لم يعلمها تفصيلاً، نظرية الصوم مع العزم على ترك جميع المفطرات مع عدم علمه بها تفصيلاً، كجريان دلالة الإقتضاء في صورة العلم بدخل القبض في صحة العقد.

الجهة الرابعة: في أنه بعد البناء على جريان الفضولية في الإقباض والقبض يقع الكلام في أنه هل يجري نزاع الكشف والنقل فيهما أم لا؟

ينبغي أن يقال: إن الموجود إن كان من الأمور الاعتبارية التي لها بقاء في وعاء الإعتبار جرى فيه نزاع الكشف والنقل، لصحة إعتبار كل من الكشف والنقل فيه. وإن كان من الأمور الخارجية التكوينية كالقبض والإقباض ونحوهما ممّا ليس له وجود إعتباري بقاء

ولو أجازها صريحاً^(١) أو فهم إجازتها من إجازة البيع مضت^(٢) الإجازة^(٣) لأن^(٤) مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، و مرجع

(١) كما إذا قال: أجزتُ البيع و قبضَ الثمن و إقباضَ المبيع.

(٢) جواب الشرط في «ولو أجازها».

(٣) أي: صحّت الإجازة، لوقوعها في محلّها من دون مانع عن شمول الإجازة

للقبض و الاقباض.

(٤) الظاهر أنه علة لصحة الإجازة و مضيتها، لكنّه غير مناسب للعلية، لأن سقوط الضمان من آثار صحة الإجازة و أحكامها، لا أنه علة لصحتها، بل علة صحتها هو الدليل الدالّ على صحتها، و أنّ قبض الثمن و إقباض المبيع كإنشاء البيع من الأفعال القابلة لجرى الفصولية فيها.

و كيف كان فراد المصنف رحمته أنّ إجازة قبض الثمن توجب سقوط الضمان عن المشتري، كسقوطه عنه مباشرة نفس مالك المبيع لقبض الثمن. فليس عليه بعد ذلك دفع الثمن نانياً إلى البائع الأصيل، كما أنّ إجازة إقباض المبيع تُسقط ضمان البائع، لارتفاع موجب الضمان، و هو تلف المبيع قبل قبضه.

و بالجملة: إجازة القبض و الاقباض ترفع الضمان عن البائع و المشتري معاً.

ثم إنّ المصنف رحمته علّل مضي الإجازة في القبض و الاقباض بأن مرجع اجازة قبض الثمن إلى إسقاط ضمان المشتري، و مرجع إجازة إقباض المبيع إلى رضا المالك بكون المبيع في يد المشتري. و ينبغي توضيح وجه الاتيان بكلمة «المرجع» هنا، و وجه اختلاف التعبير في إجازة القبض و الاقباض.

فلا يجري فيه نزاع الكشف و النقل.

نعم إذا حصل القبض و استمر إلى زمان الإجازة و أجاز المميز كانت الإجازة ناقلة أو كاشفة. و أمّا إذا تلف المقبوض أو خرج عن تحت يده، فلا بقاء له إعتباراً حتى يتعلق به الإجازة، كتعلقها بالعقد الذي له وجود إعتباري بقاءً. فإذا أجاز المميز حيثلّ كانت الإجازة كاشفة لا محالة، و لا يمكن أن تكون ناقلة، لعدم وجود له لا عيناً و لا إعتباراً.

إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا البائع.

أما التعبير بالمرجع فلأنّ المفروض عدم تأثير إجازة نفس البيع في صحة القبض الواقع بين الأصيل و الفضولي، لعدم كون القبض من لوازم العقد حتى يستتبع إمضاء الملزوم إمضاء لازمه، فإنّ أدلة صحة العقد الفضولي تفيد إستناده إلى المالك بإجازته، ولا يستفاد منها إستناد القبض إليه بالإجازة، فالمعتبر في الوفاء بالعقد أن يقع القبض مباشرة المالك أو بتسيبه كالمأذون من قبله كالوكيل.

فجرّد رضا المالك بالقبض - بإجازة نفس العقد أو بإجازة القبض - لا يوجب حصول القبض المحقّق لعدم ضمان المبيع و الثمن. نعم يكون رضا المالك بقبض الفضول رضاً بأثره، وهو في المقام إسقاط الضمان.

و أما التعبير في قبض الثمن بإسقاط الضمان، فوجهه: أنّ المالك المميز لبيع الفضولي يجب عليه الوفاء به بمجرد إجازته، وكذا يجب على المشتري الأصيل تسليم الثمن للمميز، ويتسلّم الثمن منه، و بما أنّ المشتري لم يسلمّ الثمن إلى المميز حتى يصدق عليه «أنّه قبض» و إنّما سلّمه إلى الفضولي، فلذا كان رضاه بقبض الفضولي إسقاطاً لما في ذمة المشتري من الثمن.

و أما التعبير في إقباض الثمن بأنّ إجازة المالك رضاه بحصول المبيع في يد المشتري - دون التعبير بإسقاط الضمان - فوجهه: أنّ المشتري صار مالكاً لما تسلّمه من الفضولي، لأنّ الإجازة المتأخّرة أوجبت إتصاف المميز بكونه بائعاً مالكاً للثمن. و المشتري بكونه مالكاً للثمن، فيتصف قبض المشتري بأنّه «قبض المالك» و يترتب عليه عدم إنفساخ المعاملة لو تلف المبيع عنده، لكونه من تلف المبيع بعد القبض لا قبله. هذا ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته الله بتوضيح منّا (*) «١» .

(*) ثم أورد على المصنف بمنافاة إلتزامه بكون مرجع إجازة قبض الثمن إلى اسقاط ضمان المشتري به لما سيأتي في أحكام القبض من كون الضمان المعاوضي من أحكام العقد، وليس كضمان الغرامة حقاً مالياً قابلاً للإسقاط. و عليه لا فرق في ضمان المشتري للثمن بين كونه تالفاً حين الإجازة أو باقياً، فراجع.

فترتب^(١) عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع. لكن^(٢) ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين.

و أما قبض الكلي و تشخيصه به^(٣) فوقعه من الفضولي على وجه تصححه الإجازة محتاج^(٤) إلى دليل معتم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام

(١) هذا متفرع على كون مرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان، و حاصله: أنه بعد البناء على صحة جريان الفضولي في القبض و الإقباض - كجريانه في نفس العقد - يترتب على إجازة المالك الأصيل لقبض الفضولي للثمن أو المثلن جميع الآثار المترتبة على قبض نفس المالك الأصيل، كسقوط ضمان المبيع عن البائع إذا تلف عند المشتري، لكون تلفه بعد القبض الحاصل من الفضولي برضا المالك الأصيل.

و كسقوط ضمان المشتري للثمن بعد قبض الفضولي، و إجازة مالك المبيع لهذا القبض، فإذا تلف بعد هذا القبض فلا ضمان للمشتري حينئذٍ، لأنه تلف بعد القبض. و ككون نماء الثمن لصاحبه، و كذا نماء المثلن لمالكة. فالقبض الصادر من الفضولي بعد إجازة المالك كقبض المالك في الآثار.

(٢) هذا استدراك على قوله: «ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما ... الخ» و غرضه بيان حكم ما إذا كان الثمن ذمياً كما أشرنا إليه في أول التنبيه. و محصله: أن صحة إجازة المالك الأصيل للقبض و الإقباض الصادرين من العاقد الفضولي تختص بالثمن الشخصي لا الكلي، إذ تشخيص الكلي من الفضولي و تطبيقه على عين خارجية - و تأثير إجازة المالك الأصيل فيه كتأثيرها في قبض الثمن الشخصي فضولاً - محتاج إلى الدليل.

نعم الفرق بين الثمن الشخصي و الكلي أن إجازة قبض الفضول للثمن الشخصي مآله إلى إسقاط ضمان المشتري كما تقدم. و لكن في الثمن الكلي حيث إنه لم يقم دليل على تنزيل قبض الفضول منزلة قبض المالك فلذا يبقى الثمن الكلي في ذمة المشتري حتى يتعين قبض المميز.

(٣) أي: تشخيص الكلي و تعينه بالقبض.

(٤) خبر «فوقعه» و الجملة جواب الشرط في «و أما قبض الكلي».

الدليل على ذلك^(١) لا يخلو^(*) عن صعوبة^(٢).

(١) أي: على عموم حكم عقد الفضولي للقبض والإقباض الصادرين من الفضولي مع كون المال المعقود عليه كلياً ذمياً، لا معيئاً خارجياً.
 (٢) لكون مورد دليل الصحة نفس عقد الفضولي الذي هو من الإنشائيات، دون القبض الذي هو فعل خارجي، فدليل الفضولي لا يشمل الإنشاء والقبض معاً، فإن إجازة المالك لعقد الفضولي لا تقتضي إلا إستناد العقد إليه، وإنتقال المال عن نفسه إلى صاحبه. وأما تشخيص الكلي في فرد من أفرادها فهو خارج عن مقتضى الإجازة. وعليه فالمانع عن صحة قبض الكلي بتعيين فرده إثباتي، لعدم الدليل على صحته، لا ثبوتي، لعدم إمتناعه.

(*) قد يقال: إن المانع عن صحة القبض ثبوتي لا إثباتي، لأن قبض الفضولي ليس قبضاً للمالك لا مباشرة ولا تسيبياً، فالإجازة وإن تعلقت صريحاً بالقبض لا تصححه، لأن الإجازة لا توجب إنتساب القبض إلى المالك، ولا تجعله قبض المالك، إذ ليس كل فعل صالحاً لأن يصح إنتسابه إلى غير مباشره بالإجازة، كالأكل والشرب ونحوهما من الأفعال الخارجية التي تختص آثارها وفوائدها بفاعليها. والشك في صحة الانتساب كافي في عدم ترتب آثار فعل نفسه، فلا ترتب آثار قبض المالك على قبض الفضولي مع الإجازة، لكفاية الشك في صحة الانتساب في عدم ترتب الآثار، هذا.

لكن يمكن أن يقال: إن الضابط في صحة الانتساب هو صحة الإذن والوكالة للغير في فعل من الأفعال وعدم صحتها، فإن صح الإذن والوكالة في فعل صححت إجازة الفضولي فيه أيضاً. ومن المعلوم أن قبض كل من المعين الخارجي والكلي الذمي من الأفعال التي تجري فيها الوكالة والإذن، فتجري فيها الإجازة أيضاً، لارتضاع الإذن والإجازة من ندي واحد، فإن الإذن رضا بما يقع، والإجازة رضا بما وقع، وكل منهما يصحح الإنتساب الى غير المباشر.

نعم يبقى الكلام في الدليل الذي هو مقام الاثبات. والظاهر أن دليل صحة عقد الفضولي بنفسه قاصر عن شموله للقبض بكلا قسميه. والملازمة - مطلقاً من الشرعية

و عن المختلف^(١) أنه حكى عن الشيخ «أنه لو أجاز المالك بيع الغاصب لم يطالب^(٢) المشتري بالثمن»، ثم ضَعَفَهُ^(٣) بعدم إستلزام إجازة العقد لإجازة القبض.

(١) الغرض من هذا النقل التنبيه على كون إستلزام إجازة عقد الفضولي لإجازة قبض المال - المعقود عليه فضولاً - محلّ الخلاف بين الأصحاب، فالعلامة حكى في المختلف عن الشيخ قَالَ: أَنَّ الغاصب إِذَا باع مَالَهُ الْغَيْرِ فَضُولاً، ثُمَّ أَجَازَ الْمَالِكُ الْأَصِيلَ بَيْعَ الْفُضُولِيِّ، كَانَتْ إِجَازَةُ الْبَيْعِ إِجَازَةً قَبْضِ الثَّمَنِ أَيْضاً، وَ لَيْسَ لِلْمَالِكِ الْمُبِيعِ مَطَالِبَةُ الْمَشْتَرِيِّ بِالْثَمَنِ، لِأَنَّ إِجَازَةَ الْبَيْعِ إِجَازَةُ قَبْضِ الثَّمَنِ بِالْمُلَازِمَةِ.

قال العلامة قَالَ: «قال في النهاية: لو أمضى المفضوب منه البيع، لم يكن له بعد ذلك درك على المتباع، و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن. وفيه نظر، فإنّ إمضاء البيع لا يوجب الإجازة في قبض الثمن»^(١). و ظاهر كلاميها الإطلاق، يعني سواء أكان الثمن كلياً أم شخصياً.

(٢) أي: لا يجوز للمالك المفضوب منه مطالبة الثمن من المشتري، بل له مطالبته من الغاصب، لأنّ إجازته للبيع إمضاء للقبض أيضاً. و لما كان بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي صحّت دعوى الملازمة بين إجازة البيع و إجازة قبض الثمن في جميع أقسام الفضولي.

(٣) يعني: أنّ العلامة ضَعَفَ ما حكاه عن شيخ الطائفة بإنكار الملازمة بين إجازة العقد و إجازة القبض. و الوجه في إنكارها عدم اللزوم الشرعي و العرفي، لما مرّ من إمكان التفكيك بينهما، فلا وجه حينئذٍ لدعوى الملازمة.

و العرفية - بين إجازة نفس عقد الفضولي و بين القبض أيضاً غير ثابتة كما مرّ آنفاً، فلا يكون قبض الفضولي قبض المالك بمجرد إجازة عقده.

و أمّا مع تحقق الإجازة بالنسبة إلى القبض بالصرحة أو بالقرينة فلا ينبغي الإشكال في نفوذ الإجازة، و ترتب آثار قبض المالك على قبض الفضولي بعد إنطباق الضابط المذكور آنفاً على إجازة القبض.

و على أي حال^(١) فلو كانت إجازة العقد - دون القبض - لغواً كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرّق كانت^(٢) إجازة العقد إجازة القبض (*) صوناً للإجازة عن اللغوية^(٣).

(١) أي: سواء إلترّم الفقهاء بالملازمة المزبورة أم لا فلو كانت ... الخ. و هذا إشارة إلى تفصيل آخر أشرنا إليه في أول التنبيه، و هو إثبات إستلزام إجازة البيع لإجازة القبض، و توضيحه: أنّ إجازة المالك الأصيل للعقد إن كانت بدون إجازة القبض لغواً كما في بيع الصرف و السلم، حيث إنّ القبض في المجلس شرط صحتها، فإن لم تستلزم إجازة البيع إجازة الفضولي للقبض في المجلس بعد التفرّق عن المجلس كانت إجازة البيع لغواً، لفقدان شرطه و هو القبض في المجلس، و عدم إمكان تداركه، لتفرّق المتعاقدين. فلا بدّ حينئذٍ بمقتضى دلالة الإقتضاء من الإلتزام بإستلزام إجازة عقد الفضولي لإجازة قبضه الحاصل في المجلس. و إن لم تكن إجازة المالك مستلزماً لإجازة قبض الفضولي كما في غير العقد المشروط بالقبض في المجلس، فلا وجه لدعوى الملازمة المزبورة.

(٢) جواب الشرط في قوله: «فلو كانت».

(٣) هذا إشارة إلى دلالة الإقتضاء الحاكم بها العقل كما أشرنا إليها آنفاً.

(*) هذا الاستلزام منوط أولاً بقبالية القبض لجريان الفضولية فيه ثبوتاً، و قد مرّ في التعليقة السابقة صحّة جريانها فيه بمقتضى الضابط المذكور فيها.

و ثانياً: بإستلزام إجازة العقد لإجازة القبض إثباتاً. و هذا بمقتضى تبعية العقود للقصد منوط بقصد ما يعتبر في العقد شرطاً و شرطاً، و بدون قصده لا يترتب على إجازة المالك الأصيل، فإجازة العقد لا تكون إجازة للقبض المعترف فيه إلا إذا قصد القبض، و هذا القصد موقوف على علم المالك تفصيلاً بشرطية القبض في العقد، أو علمه إجمالاً بأن يقول: أجزتُ هذا العقد مع جميع ما يعتبر فيه شرعاً. و لا يكفي أن يقول: أجزته مع جميع ما يعتبر فيه عرفاً، لأنّ القبض في المجلس في بيع الصرف شرط شرعي لا عرفي. فإجازة العقد بشرطه العرفي لا تدلّ على إجازته بشرطه الشرعي.

و بالجملة: فاستلزام إجازة العقد لإجازة شرائطه الشرعية مشروط بقصد تلك الشرائط تفصيلاً أو إجمالاً.

ولو قال^(١): «أجزتُ العقد دون القبض» ففي بطلان العقد^(٢)، أو بطلان^(٣) ردّ القبض، وجهان^(٤).

السادس^(٥):

(١) هذا إشارة لما يتفرع على الملازمة بين إجازة البيع و القبض، و أنه لو صرح المالك بإجازة بيع الصرف دون القبض، فهل يبطل العقد رأساً أم يصح و يلغو ردّ القبض؟ (٢) رأساً، لتقومه بالقبض في مثل بيع الصرف، و المفروض أنه لم يميز القبض، فيبطل العقد، و لا مصحح له بعد إنقضاء المجلس.

(٣) بطلان ردّ القبض عبارة أخرى عن صحة القبض المستلزمة لصحة العقد، فكأنه قال: ففي بطلان العقد و صحته وجهان.

(٤) ناشتان من لغوية الإجازة مع كون القبض ركناً في بيع الصرف، فيبطل كل من العقد و القبض، إذ لا معنى لإجازة بيع الصرف المجرد عن القبض الصحيح، فالمعاملة فاسدة حينئذٍ.

و من أن إجازة العقد مصححة له. و لا أثر لردّ القبض بعدها، لأنّ إمضاء العقد إمضاء للقبض الملازم له، فليغو ردّه بعد إمضائه، فيصح العقد.

لكن الحق بطلانها معاً، لأنّ مقتضى بناء أبناء المحاورة على الأخذ بظواهر الألفاظ - بعد فراغ المتكلمين عن كلامهم - هو بطلان العقد في المقام، لقرينية ردّ القبض على عدم الأخذ بظهور قوله: «أجزت العقد».

و هذا الفرض لا يزيد على ما إذا باشر المالك بيع الصرف بدون القبض حتى إنقضى المجلس، إذ لا شبهة في بطلان البيع حينئذٍ و عدم وجه لصحته. فعنى قوله: «أجزت البيع دون القبض» أجزتُ بيعاً باطلاً.

نعم يصح ذلك في البيع الذي لا يشترط في صحته القبض في المجلس، إذ لا مانع من صحة البيع فقط بالإجازة دون القبض.

لا تشترط الإجازة بالفور

(٥) الفرض من عقد هذا الأمر التنبيه على عدم اشتراط إجازة البيع الفضولي بوقوعها فوراً بعد العلم به، و قد صرح جمع من الأصحاب بذلك كالشهيد و الفاضل

الإجازةُ ليست على الفور^(١)

المقداد وأصحاب الحدائق والرياض - كما في مفتاح الكرامة^(١) - و المناهل، ففي الأخير: «لا يشترط في الإجازة الفورية كما صرَّح به في الدروس، اللهم إلا أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمَّل عادةً، فيحتمل حينئذٍ إجبار من له الإجازة على إختيار أحد الأمرين الفسخ أو الامضاء إن أمكن، وإلا فيجوز الفسخ مطلقاً»^(٢).

وقد تعرَّض المصنف رحمته أيضاً لما يتفرع على عدم إعتبار الفور في الإجازة، وهو: أنه لو تضرَّر الأصيل بعدم جواز تصرفه في شيء من العوضين في مدة التربص، فهل يُجبر المالك على الإجازة أو الردَّ أم لا؟ و سيأتي بيانه.

(١) كما إذا علم ببيع ماله فضولاً، و لم يجزه إلا بعد أسبوع، فإنه يصح، و ينفذ العقد، و ليست إجازة عقد الفضولي إلا كنفس البيع في عدم الفورية، و ليست كخيار الغبن في سقوطه لو لم يأخذ به المغبون بعد علمه بالغبن.

وإستند المصنف رحمته في نفي دخل الفور في الإجازة إلى أكثر ما تقدم من الأدلة و المؤيِّدات المذكورة في أول بحث البيع الفضولي.

فن الأدلة إطلاق آية التجارة عن تراض، و عدم تقييدها بلحوق الرضا بالتجارة فوراً.

و منها: صحيحة محمد بن قيس الواردة في بيع الوليدة، لوضوح أن مالكها الأصلي نفَّذ البيع بعد وقوعه بمدةٍ طويلةٍ، لكونه في السفر، و بعد رجوعه منه و إطلاعه على إقدام ولده ببيع الجارية لم يُجزَّ البيع فوراً، بل أخذها من المشتري، و إنتهى الأمر إلى الترافع إلى أمير المؤمنين صلوات الله و سلامه عليه، ثم أجاز بيع ابنه. ولو كانت الفورية معتبرة في الإجازة لحكَّم عليه الصلاة و السلام بفساد البيع من جهة الفصل الكثير الموجب لفوات شرط تأخير الإجازة لو أجاز المالك، مع أنه عليه السلام علم المشتري طريق الوصول إلى حقِّه، فقال له: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفَّذ البيع لك» و هذا التعليم شاهد على بقاء بيع الوليدة فضولاً على أهلية لحوق الإجازة به.

(١) مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٠؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٤؛ التنقيح الرائع، ج ٢، ص ٢٦

رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٢

(٢) المناهل، ص ٢٨٩

للمومات، و لصحيحة محمد بن قيس^(١) و أكثر المؤيّدات المذكورة^(٢) بعدها.
ولو لم يجز^(٣) المالك و لم يردّ حتىّ لزمَ تضرُّر الأصيل بعدم تصرفه فيما إنتقل
عنه على القول بالكشف^(٣)

و عليه فيجوز للمجيز التواني في الإجازة، و لا يقدرح في الامضاء، هذا.
(١) كأخبار الإتجار بمال البيتيم، و تخلف عامل المضاربة عن الشرط، و تصرف
الودعي عدواناً في الوديعة^(٢)، فإنّ إجازة المالك و الولي في هذه الموارد لم تصدر بعد العلم
- بوقوع المعاملة الفضولية - مباشرة، بل مع الفصل. و لا أقل من الإطلاق، و أنّ تلك
المعاملة قابلة للتنفيذ و الامضاء سواء وقعا فوراً أم تراخياً.
و لعلّ التعبير بالأكثر - دون جميع المؤيّدات - لأجل ظهور بعضها في تحقق كلّ من
الإجازة أو الردّ بعد العلم بالفضولية، كما في حكاية فعل السمسار في موققة عبدالله
«فيذهب فيشتري، ثم يأتي بالمتاع، فيقول: خذ ما رضيت، و دع ما كرهت. قال:
لا بأس»^(٣) فإنه - بناءً على حمله على الفضولية - ظاهر في صدور الإجازة بعد العلم
بشرائه فضولاً من دون تراخ في البين.

(٢) هذا متفرع على عدم كون الإجازة على الفور، و حاصله: أنّه لو أهمل مالك
المال المعقود عليه فضولاً، فلم يجز العقد و لم يردّه حتى تضرّر الأصيل الذي هو أحد
طرفي العقد بعدم تصرفه فيما إنتقل عنه و إليه - بناءً على الكشف - فالأقوى تدارك ذلك
الضرر بالخيار، أو بإجبار المالك الأصيل على الإجازة أو الرد.

(٣) قيد للزوم الضرر على الأصيل، لأنّه على الكشف ينتقل بدل ماله إليه حين
العقد الذي أنشأه الفضولي، فتأخير الإجازة يوجب الضرر عليه من ناحية عدم تصرفه
فيما إنتقل عنه و ما إنتقل إليه، بناءً على لزوم العقد من طرفه، و عدم جواز تصرفه فيما
إنتقل عنه و إليه. بخلاف القول بالنقل، لبقاء المالكين على ملك مالكيهما، فيجوز للأصيل أن
يتصرف فيما إنتقل عنه. و قد تقدم في ثمرات الكشف و النقل حكمُ تصرف الأصيل،
فراجع (ص ١٠٧).

«١» تقدمت في ج ٤، ص ٣٨٨

«٢» المصدر، ص ٤٢٨ و ٤٢٧ و ٥٣١

«٣» المصدر، ص ٤٦٠ - ٤٦٤

فالأقوى^(١) تداركه بالخيار، أو إجبارُ المالك (*) على أحد الأمرين^(٢).

(١) جواب قوله: «ولو لم يميز».

(٢) وهما الإجازة و الرد.

(*) وجه هذا التخيير هو مبنى المصنف رحمته في قاعدة نفي الضرر من أن المنفي بها هو نفس الحكم الضرري، فكل حكم ضرري مرفوع بها. ففي المقام يكون كل من لزوم عقد الفضولي على الأصيل، و من عدم جواز إجبار المالك على أحد الأمرين ضرراً، فهما مرفوعان. و لازم ذلك هو الخيار، أو إجبار المالك.

بخلاف البناء على ما أفاده صاحب الكفاية رحمته من أن المنفي بقاعدة نفي الضرر هو الحكم بلسان نفي الموضوع، فإن حكم الموضوع الضرري - أعني به العقد - و هو لزومه على الأصيل منفي. فالمتعین هو الخيار. و أما عدم جواز الإجبار فليس من أحكام العقد حتى يكون منفيًا بقاعدة نفي الضرر.

أقول: الظاهر تعین الخيار على كلا المسلكين، و عدم الوجه للتخيير بينه و بين إجبار المالك. إذ مورد الإجبار هو الامتناع عن الحق حتى يندرج في الممتنع الذي يكون الحاكم وليه، فيجبره على أداء الحق إلى صاحبه، أو الامتناع عن أداء التكليف الالزامي الشرعي ليجبره الحاكم على إمتثاله من باب الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر. و ليس المقام كذلك، لعدم إيجاب عقد الفضول حقاً للأصيل على المالك، و لا وجوباً شرعاً للإجازة و الرد عليه.

و بيان أوضح: أن حرمة إجبار المالك ليست كاللزوم من أحكام العقد حتى تنفي بقاعدة الضرر، و يختير الأصيل بين الفسخ و بين إجبار المالك، ضرورة أن حرمة الإجبار من آثار الملك، لا من آثار العقد حتى ترتفع القاعدة، فالقاعدة بكلا مسلكي المصنف و صاحب الكفاية رحمته لا تشمل عدم جواز الإجبار، لعدم كونه حكماً للعقد حتى يندرج في الموضوع الضرري أو في نفس الحكم الضرري أي في النفي البسيط في قاعدة نفي الضرر كما هو مبنى المصنف، أو في النفي المركب كما هو مسلك صاحب الكفاية. فالنزاع صفروي و هو عدم كون حرمة الإجبار من أحكام العقد حتى تندرج في قاعدة الضرر و ترتفع بها، إذ لو كانت من أحكام العقد لم يكن إشكال في إرتفاعها بها.

فتحصل ممّا ذكرنا: أن المتعین في المقام هو الخيار فقط، لعدم موجب لجواز إجبار المالك أصلاً.

السابع^(١) :

هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد الواقع عموماً أو خصوصاً^(٢).

هل تعتبر مطابقة الإجازة للمجاز؟

(١) هذا سابع الأمور التي ينبغي التنبيه عليها، و هو: أنه هل يعتبر في صحة الإجازة مطابقتها من حيث العموم والخصوص لما وقع عليه عقد الفضولي أم لا؟ فإذا وقع العقد على شيئين - فرشٍ وكتابٍ مثلاً - وأجاز مالكهما بيع الفرش فقط، فهل يصح ذلك؟ أم لا بد من إجازتها معاً ليحصل التطابق بين الإجازة وبين ما وقع عليه العقد، كصورة كون العقود عليه شيئاً واحداً معيّناً في مطابقة الإجازة لما وقع عليه العقد بالخصوص.

ظاهر المتن أن في المسألة إحتالات:

الأول: صحة الإجازة فيما خالفت العقد بالعموم والخصوص، كما في مثال بيع كتاب و فرش فضولاً، وإجازة بيع أحدهما. والوجه فيه أن للمالك سلطنة على بيع ماله كلاً أو بعضاً، ومطلقاً أو مقيداً، مباشرة أو تسببياً، فتصح مخالفة الإجازة للعقد. الثاني: بطلان الإجازة، لكون المجاز هو ما وقع من العقد، فلا بد في صحة الإجازة من مطابقتها له.

الثالث: التفصيل بين كون المخالفة بنحو الكل والجزء، فيصح العقد، و يثبت للأصيل خيار تبعض الصفقة، و بين كونها بنحو الاطلاق و الاشتراط، بأن كان العقد مشروطاً بشيء، فأجازه مجرداً عن الشرط فيبطل. ولو إنعكس بأن كان البيع مطلقاً و أجاز مشروطاً بشيء، ففيه إحتالات: أحدها: الصحة بشرط قبول الأصيل.

ثانيها: الصحة مطلقاً حتى لو رفض الأصيل الشرط.

ثالثها: البطلان، و هو مختار المصنف رحمته، و سيأتي الكلام في هذه الصور

وأحكامها إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا و «عموماً» تميزان لـ «مطابقتها» يعني: مطابقتها من حيث العموم

والخصوص.

أم لا؟ وجهان^(١). الأقوى التفصيل^(٢)، فلو أوقع العقد على صفقة، فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى^(٣) الجواز، كما لو كانت الصفقة بين مالكين، فأجاز أحدهما، وضرر التبضع على المشتري يجبر بالخيار^(٤).
ولو أوقع العقد^(٥) على شرط، فأجاز المالك مجرداً عن الشرط.

(١) يعني: الصحة مطلقاً، والبطلان كذلك، في قبال التفصيل الآتي، وقد تقدم أنفاً وجه الصحة و الفساد.

(٢) الأولى أن يقال: «التفصيل بين الجزء و الشرط، فلو أوقع ... الخ» إذ لم يذكر شيئاً قبله حتى يفرع عليه قوله: «فلو أوقع».

و كيف كان فحصل هذا التفصيل هو: أنه إذا وقع العقد على جملة من أشياء، فأجاز المالك بيع بعضها، فالأقوى الجواز، لإحلال العقد إلى عقود عديدة. نظير ما إذا كانت الصفقة بين مالكين، فأجاز أحدهما، فإنه لا إشكال في صحة البيع فيما أجازه أحد المالكين، كما لو كانت الدار ملكاً مشاعاً لزيد و عمرو، فباعها الفضولي، فأجازه زيد و لم يجزه عمرو، إذ يصح البيع بالنسبة إلى حصة زيد، فينتقل النصف المشاع إلى المشتري، و يثبت له الخيار، فإن شاء فسخ العقد، و إن شاء إقتنع بالنصف.

و الوجه في الصحة ما تقرّر في محلّه من إحلال العقد الواقع على متعدّد إلى عقود عديدة، كما لو باع ما يملك كالشاة و ما لا يملك كالحنّزير بإنشاء واحد، فيصح في الشاة، و يبطل في الحنّزير.

و إذا وقع للعقد على شيء مقيداً، فأجاز المالك مطلقاً فسيأتي.

(٣) جواب الشرط في «فلو أوقع» و وجه الجواز ما عرفت من إحلال العقد الواقع على شيئين أو أشياء إلى عقود عديدة.

(٤) و هو خيار تبعض الصفقة للمشتري.

و لا يخفى أنّ مقتضى ما أفاده في الأمر السابق من تدارك ضرر الأصيل بالخيار أو بإجبار المالك هو جبران ضرر تبعض الصفقة بالخيار أو بإجبار المالك أيضاً، لا بالخيار فقط، على ما هو ظاهر قوله ﷺ: «يجبر بالخيار».

(٥) هذا شروع في حكم مخالفة الإجازة للعقد المجاز مخالفة الإطلاق و التقييد، كما إذا كان عقد الفضولي مشروطاً بشرط الخياطة مثلاً، و أجاز المالك مجرداً عن ذلك الشرط. و المصنف ﷺ حكم فيه بالبطلان بناءً على إختصاص إحلال العقود بالأجزاء.

فالأقوى^(١) عدم الجواز بناءً على عدم قابلية العقد للتبعض من حيث الشرط، وإن كان قابلاً للتبعض من حيث الجزء، ولذا^(٢) لا يؤثر بطلانُ الجزء، بخلاف بطلان الشرط^(٣).

ولو إنعكس الأمر، بأن عَقَدَ الفُضُولِيُّ مجرّداً عن الشرط^(٤) وأجاز المالك مشروطاً، ففي^(٥) صحّة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصيل، فيكون نظير

وعدم تطرّقه في الشرائط، إذ مع تطرّقه فيها كنتطرّقه في الأجزاء يكون المستعینُ الحكمَ بالصحة لأجل إنحلال العقد من حيث الشرط كإنحلاله من حيث الجزء.

فبني بطلان العقد في المخالفة بالإطلاق والتقييد هو عدمُ إنحلال العقد في الشروط، إذ المفروض وحدة العقد وبساطته، وعدم تعدده بالإنحلال. وحيث إنّه قيّد بقيد قد نفاه مالكُ العقد فلا سبيل حينئذٍ إلى تصحيحه.

(١) جواب «ولو أوقع». و قوله: «مجرّداً عن الشرط» قيّد لـ «عدم الجواز».

(٢) أي: ولأجل قابلية العقد للتبعض من ناحية الجزء - وعدم قابليته للتبعض من حيث الشرط - لا يؤثر بطلانُ الجزء في بطلان العقد، كما إذا ظهر كون ذلك الجزء مستحقاً للغير.

(٣) فإن بطلانه يؤثر في بطلان العقد، لأنّه واحد غير متعدد حتى يصح في عقدي مجاز، ويبطل في غيره. والوجه في عدم إنحلاله من حيث الشرط ما قيل من عدم وقوع شيء من الثمن بازائه.

(٤) كما إذا باع دارٌ زيدٌ فضولاً بلا شرط، وأجازهُ المالكُ بشرط أن يصلّي المشتري الصلواتَ اليومية أوّل أوقاتها مثلاً، ففي حكمه وجوه ثلاثة:

أحدها: صحّة الإجازة مع الشرط الذي إشتراطه المالك إذا رضي الأصيلُ بذلك الشرط، قياساً على الشرط الواقع في ضمن القبول، كما إذا قال البائع: «بعتك هذا الكتاب» ولم يشترط شيئاً، ولكن المشتري إشتراط وقال: «إشتريتُ هذا الكتاب بشرط أن تجعل لي منه درساً» ورضيَ الموجبُ بهذا الشرط.

و بالجملة: ففقدَ الفُضُولِيُّ مع شرط المالك المميز - ورضا الطرف الأصيل به - صحیحٌ و يجب الوفاء به.

(٥) جواب الشرط في قوله: «ولو إنعكس».

الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب، أو بدون^(١) الشرط، لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع في حيز العقد، فلا يُجدي وقوعه في حيز القبول إلا إذا تقدّم^(٢) على الإيجاب ليردّ الإيجاب عليه أيضاً^(٣). أو بطلانها^(٤)، لأنّه إذا لغا الشرط لغا المشروط، لكون المجموع إلزاماً واحداً، وجوه^(٥)، أقواها الأخير^(٦) (*).

(١) معطوف على «مع الشرط» وهذا هو الوجه الثاني، وحاصله: أنّ العقد صحيح دون الشرط، لأنّ الشرط الذي يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع في حيز العقد وفي ضمنه، وحيث إنّ شرط المالك لم يقع في ضمن عقد الفضولي، إذ المفروض وقوعه مجرداً عن الشرط، فلم يرد الإيجاب عليه حتى يندرج في الشرط الواقع في ضمن العقد ويشمله دليل وجوب الوفاء بالشرط.

(٢) أي: إذا تقدّم القبول الحاوي للشرط، كأن يقول المشتري: «إشتريتُ هذا الكتاب بشرط أن يجعل لي البائع منه درساً» و يقول البائع: «بعتك هذا الكتاب مع الشرط المزبور».

فالتنتيجة: صحة العقد المجاز مجرداً عن الشرط، وعدم بطلان العقد به.

(٣) يعني: كورود القبول على الشرط كما مرّ، و ضمير «عليه» راجع إلى الشرط.

(٤) معطوف على «صحة الإجازة» وهذا هو الوجه الثالث، ومحصله: بطلان الإجازة الموجب لبطلان العقد، وذلك لسراية بطلان الشرط إلى المشروط وهو العقد، لما قيل: من إنتفاء المشروط بانتفاء شرطه. بدعوى: أنّ مجموع العقد و الشرط إلزام واحد بسيط، لا متعدد حتى لا يلتزم من إنتفاء البعض إنتفاء الكلّ.

(٥) مبتدئ مؤخر، و جملة «ففي صحة الإجازة» خبره.

(٦) و هو بطلان الإجازة الموجب لبطلان العقد و الشرط معاً، و هذا مبني على مفسدية الشرط الفاسد للعقد، و هو خلاف مختاره في باب الشروط من عدم مفسديته له. و الظاهر أنّ مفسدية الشرط للعقد و عدمها مبنية على وحدة المطلوب و تعدده. فعلى الأوّل يفسد العقد دون الثاني.

(* تفصيل الكلام في المقام هو: أنّ الإجازة قد تطابق العقد، كما إذا باع الفضولي

دَكَانٌ زَيْدٍ، وَلَمَّا عَلِمَ زَيْدٌ بِذَلِكَ أَجَازَ الْبَيْعَ كَمَا وَقَعَ مِنْ دُونِ تَفَاوُتِ أَصْلًا. وَهَذَا لَا إِشْكَالَ فِي صِحَّتِهِ.

وَقَدْ تَخَالَفَ الْعَقْدُ، إِذَا مَخَالَفَةً تَبَايُنِيَّةً، كَمَا إِذَا وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى الدَّكَانِ مَثَلًا، وَأَجَازَ الْمَالِكُ بَيْعَ الدَّارِ. وَلَا إِشْكَالَ فِي بَطْلَانِهِ.

وَإِذَا مَخَالَفَةً بِالْجُزْئِيَّةِ وَالْكُلِّيَّةِ، كَمَا إِذَا بَاعَ الْفُضُولِيُّ تَمَامَ الدَّكَانِ، وَأَجَازَ الْمَالِكُ نِصْفَهُ. وَالظَّاهِرُ صِحَّتُهُ، لَمَا ثَبِتَ فِي مَحَلِّهِ مِنْ إِنْحِلَالِ الْبَيْعِ بِحَسَبِ أَجْزَاءِ الْمَبِيعِ، فَالْمَجَازُ بَعْضُ الْعُقُودِ الَّتِي إِنْحَلَّ إِلَيْهَا عَقْدُ الْفُضُولِيِّ، لِاجْمِيعِهَا. وَهَذَا نَظِيرُ بَيْعِ مَا يَمْلِكُ وَمَا لَا يَمْلِكُ، وَبَيْعِ الْمَالِ الْمَشْرُوكِ بَيْنَ شَخْصَيْنِ إِذَا أَجَازَ أَحَدُهُمَا بَيْعَ مَالِهِ دُونَ الْآخَرِ. غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ الطَّرْفَ الْآخَرَ يَثْبِتُ لَهُ خِيَارَ تَبْعُضِ الصَّفَقَةِ.

وَإِذَا مَخَالَفَةً بِالْإِطْلَاقِ وَالتَّقْيِيدِ، كَمَا إِذَا بَاعَ الْفُضُولِيُّ دَكَانَ زَيْدٍ بِلا شَرْطٍ، وَأَجَازَ الْمَالِكُ ذَلِكَ الْبَيْعَ بِشَرْطٍ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرٍ بَدِينَارٍ، أَوْ الْعَكْسَ، كَمَا إِذَا بَاعَ الدَّكَانَ بِشَرْطٍ أَنْ يَصُومَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ، وَأَجَازَ الْمَالِكُ هَذَا الْبَيْعَ بِدُونِ ذَلِكَ الشَّرْطِ.

وَالْمَصْنَفُ يُؤَيِّدُ حُكْمَ بَعْدِ الْجَوَازِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ، لِعَدَمِ قَابِلِيَّةِ الْعَقْدِ لِلتَّبْعِيضِ مِنْ حَيْثُ الشَّرْطِ وَإِنْ كَانَ قَابِلًا لَهُ مِنْ حَيْثُ الْأَجْزَاءِ، وَحُكْمَ فِي الصُّورَةِ السَّابِقَةِ بِكَوْنِ أَقْوَى الْوَجْهِ بَطْلَانِ الشَّرْطِ وَالْمَشْرُوطِ، لَمَا أَفَادَهُ فِي الْمَتْنِ.

أقول: ينبغي البحث عن جهات:

الأولى: أَنَّ الْبَحْثَ عَنْ إِعْتِبَارِ مِطَابَقَةِ الْإِجَازَةِ لِلْعَقْدِ صَفْرُوي لا كِبْرُوي، لِأَنَّ مَفْهُومَ الْإِجَازَةِ - وَهُوَ إِتْفَاقُ الْعَقْدِ - مَتَقَوِّمٌ بِمِطَابَقَةِ الْإِجَازَةِ لَهُ، وَإِلَّا لَمْ تَكُنْ إِتْفَاقًا لَهُ. وَهَذِهِ الْمِطَابَقَةُ كَمِطَابَقَةِ الْقَبُولِ لِلإِجَابِ الَّتِي قَالَ الْمَصْنَفُ فِيهَا: إِنَّهَا مِنَ الْقَضَايَا الَّتِي قِيَاسَاتُهَا مَعَهَا. فَالْبَحْثُ عَنْ وَجُودِ الْمِطَابَقَةِ فِي الْأَجْزَاءِ دُونَ الشَّرَائِطِ مَثَلًا صَفْرُوي.

الثانية: أَنَّ الضَّابِطَ فِي صِحَّةِ إِجَازَةِ بَعْضِ الْعَقْدِ وَعَدَمِهَا - وَمِطَابَقَتُهَا لَهُ فِي جَمِيعِ الصُّورِ مِنَ الْعَمُومِ وَالْخُصُوصِ وَالشَّرْطِ وَالْمَشْرُوطِ - هُوَ تَعَدُّ الْإِتْمَانِ الْعَقْدِيِّ وَوَحْدَتِهِ، دُونَ الْجُزْءِ وَالشَّرْطِ كَمَا عَلَيْهِ الْمَصْنَفُ يُؤَيِّدُ، حَيْثُ إِنَّهُ جَعَلَ مُورِدَ صِحَّةِ إِجَازَةِ بَعْضِ الْعَقْدِ خُصُوصَ الْمَبِيعِ ذِي الْأَجْزَاءِ، دُونَ الْعَقْدِ الْمَشْرُوطِ، فَإِنَّهُ أَبْطَلَ إِجَازَةَ الْمَشْرُوطِ بِدُونِ الشَّرْطِ،

لأن الشرط إن كان قيداً للبيع دون المبيع أوجب ذلك تعدد الالتزام، كما إذا قال: «بعتك كتاب المكاسب بشرط أن تقرأ منه كل يوم ورقة» فإن هنا التزامين أحدهما الالتزام ببيع الكتاب، والآخر بالقراءة منه. فلا مانع حيثئذٍ من إجازة المالك إلتزام بيعه دون شرطه.

نعم إن كان الشرط قيداً للمبيع كأن يقول: «بعتك حقة حنطة كردية» حيث إن المبيع حصة خاصة من طبيعة الحنطة الكردية، والتبديل أو التملك تعلق بخصوص تلك الحصة، كان الالتزام واحداً، وليس للمالك إجازة حصة من طبيعة الحنطة سواء أكانت كردية أم غيرها.

فتلخص ممّا ذكرنا: أن صحة إجازة بعض العقد منوطة بتعدد الالتزام، من دون تفاوت بين الجزء و الشرط.

الثالثة: أنه لا فرق في اعتبار مطابقة الإجازة للعقد بين الكشف والنقل، لأن مقتضى مفهومها - وهو إنفاذ العقد - عدم الفرق بين إنفاذه من حين وقوع العقد وبين إنفاذه من حين الإجازة، فإن متعلق الإجازة هو نفس العقد سواء أثرت فيه من زمان وقوعه أم من حين الإجازة، غاية الأمر أنها على الكشف شرط متأخر، وعلى النقل شرط متقدّم.

و أمّا^(١) القول في المجيز، فإستقصاؤه يتمّ ببيان أمور^(٢)؛
الأوّل^(٣): يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ
والعقل و الرشد (*).

الكلام في ما يعتبر في المجيز

- (١) معطوف على ما ذكره في (ص ٥) بقوله: «أمّا حكمها».
- (٢) هذه الأمور متعلقة بشرائط المجيز، و تُذكر في طيّ مسائل.

اعتبار الكمال حين الإجازة

(٣) هذا أوّل تلك الأمور، و ينبغي أن تعدّ الشرائط الأربعة المذكورة في هذا الأمر
من القضايا التي قياساتها معها، لما مرّت الإشارة إليه في رابع تنبيهات الاجازة من أنّ
الإجازة من أحكام الملك كجواز البيع، فكلّ ما يشترط في البيع الإبتدائي يشترط في
الإجازة، لكونها تصرفاً مالياً. فالمجيز لعقد الفضولي يكون كالبايع إبتداءً في إعتبار البلوغ
و العقل و الرشد فيه، فكما لا يكفي في صحة البيع مالكية البائع للمبيع، بل يعتبر سلطنته
على التصرف و عدم حجره عنه، فكذا تعتبر أهلية التصرف حال الإجازة.

(*). إعتبارهما يكون في حال الإجازة، فلو فقدهما بعد الإجازة لم يقدح في صحّة
العقد، كما أنّهما لو لم يكونا قبل الإجازة و وجدنا حال الاجازة كفى في صحّة العقود،
كالجنون الأدواري إذا وقعت الإجازة في دور إفاقة.

ولو^(١) أجاز المريضُ بُني نفوذها^(٢) على نفوذ منجزات المريض.
و لا فرق فيما ذكر^(٣) بين القول بالكشف و النقل.

و عليه فلو أجاز الراهنُ أو المفلسُ بيعَ ماله المتعلق به حق المرتهن أو الغرماء لم تؤثر إجازته، لعدم جواز تصرفه في ماله من جهة تعلق حق المرتهن أو الغرماء به، فإن إجازة البيع تصرفٌ ماليّ، وليس للراهن أو المفلس التصرف فيه قبل فكّه عن الحق المتعلق به.

(١) الأولى ابدال الواو بالفاء، لأنّه متفرّع على قوله: «جائز التصرف».

(٢) أي: نفوذ الإجازة، وهذا مبني على تعميم عدم نفوذ منجزات المريض - زائداً على الثلث - للعقود المعاوضيّة، و عدم اختصاصها بالمجانبات و التبرعات كالتق و الهبة و الصدقة و الوقف و الصلح و الاجارة المحاباتيتين، أو بعوض أقلّ، و إبراء الدين، و شراء من ينعق عليه و نحو ذلك. دون التسبيبات كإتلاف مال الغير و الجناية على الغير بما يوجب الأرش أو الدية، أو ما يوجب الكفارة، فإنّ جميع ذلك دين يخرج من صلب المال، لامن الثلث.

و هذا التعميم غير ثابت كما يظهر بالمراجعة إلى تلك المسألة. و عليه فليس المريضُ مجبوراً عن التصرف المعاوضي في ماله، فلا بأس بإجازته لما وقع على ماله من عقد الفضولي.

(٣) أي: لا فرق فيما ذكر - من إشتراط إجتماع هذه الأمور في المميز - بين كون الإجازة كاشفةً و ناقلة، و ذلك لكون الإجازة تصرفاً إعتبارياً في المال، إذ بدونها لا يؤثر العقد في النقل و الانتقال، و جواز التصرف المالي مشروطٌ بهذه الشروط، غاية الأمر أنّ الإجازة بناءً على الكشف شرط متأخر، و على النقل شرط متقدم.

نعم بناءً على الكشف المحض، و كون العقد سبباً تاماً، و عدم دخلي للإجازة في تأثيره كما قيل - أو بناءً على شرطية الرضا التقديري المقارن للعقد، و كون الإجازة كاشفةً عنه - لا يعتبر جوازُ تصرف المميز حين الإجازة، لعدم كون الإجازة حينئذٍ

الثاني^(١): هل يشترط في صحة عقد الفضوليّ

تصرفاً مالياً، فلا بأس بأن يميز مثل المحجور عليه لسفه أو غيره، لعدم حجره عن إتيان ما يكشف عن أمر سابق عليه.

اشتراط وجود مجيز حال العقد

(١) هذا ثاني الأمور المبحوت عنها في المميز، و غرضه من عقد هذا الأمر تحقيق جهةٍ أخرى في مَنْ يُجيز البيع الفضولي، و هي: أنه هل يشترط في صحة عقده أن يكون له مجيز حال العقد أم لا يشترط؟ بأن يكفي وجود المميز حال إجازته.

و المراد بالمميز وجود من هو أهل للإجازة، بأن لا يمنع مانع عنها، بحيث لو أجاز لنفذ البيع، كما إذا بيع مال الصغير فضولاً بأقل من ثمن المثل، و إمتنع وليه عن إجازة البيع من جهة مخالفته لصالح الطفل و غبطته، و لكن المتاع إنخفض سعره السوقى بعد أيام بحيث صار أقل قيمةً ممّا باعه الفضول به، فلو لم يميز الولي ذلك البيع تضرّر الصبي أكثر من بقاء المتاع في ملكه، فيقال: إنّ إمضاء بيع الفضولي مشروط بعدم مانع عن إجازة العقد، أم لا؟ فبناءً على مسلك العلامة لم يكن البيع حال وقوعه بصالح الصغير، فلا يقبل الإجازة بعده، و بناءً على مسلك المشهور يكون المدار على المصلحة حال الإجازة، لا حال العقد، و لاعتبرة بالمانع الموجود حاله.

ثم إنّ المناسب تقديم هذا الأمر الثاني على الأمر الأول، - كما أشار إليه السيد رحمته - لأنّ وجود المحل مقدّم على وجود عرضه رتبةً، فالبحث عن أصل وجود المميز حين العقد مقدم على البحث عن أوصافه من بلوغه و عقله و رشده كما لا يخفى.

قال السيد رحمته: «الكلام في أمور، أخذها: يشترط في المميز أن يكون جائز التصرف حال الإجازة.

الثاني: هل يشترط وجود مجيز جائز الإجازة حال العقد أو لا؟

الثالث: هل يشترط كون المميز جائز التصرف حال العقد بناءً على اشتراط وجود مجيز جائز الإجازة أولاً؟ و أمّا بناءً على عدم اشتراطه فن المعلوم أنّه لا يشترط ذلك.

فالمسألة الثالثة مبنية على اشتراط وجود المجيز، فيكون الكلام في أنه هل يجب أن يكون هو الذي كان حال العقد جائز الإجازة، أو يجوز أن يكون غيره.

الرابع: هل يشترط أن يكون مالكا حال العقد أو لا؟ كما إذا باع شيئاً ثم ملك^١. وكيف كان فكلام المصنف في هذا الأمر يقع في مقامين أحدهما: تحقيق حكم المسألة من حيث الاشتراط وعدمه، و ثانيهما: النظر فيما قيل حول عبارة العلامه. والكلام فعلاً في المقام الأول.

١) متمكن عادة من الإجازة، وليس المراد ذات المجيز، لأنه موجود دائماً، كالامام عليه السلام و نائبه الفقيه المأمون و عدول المؤمنين، بل المراد هو الصالح للإجازة فعلاً.

(*) لا يخفى أنه بعد وضوح عدم إمكان إرادة وجود ذات المجيز حين العقد، لأنه حاصل في جميع الموارد، ولا يتصور خلوه عقدي في زمانٍ عن ذات المجيز، فلما حيصص عن إرادة اشتراط وجود مجيز يتمكّن عادةً من إجازته و الإطلاع عليه. فبيع الولي مال الطفل بدون مصلحته مع تجدد حال الإجازة من البيوع التي ليس لها مجيز قابل للإجازة حال العقد، إذ لا ولاية للولي على مثل هذا التصرف، فيصدق حينئذٍ عدم وجود مجيز قابل للإجازة حين العقد، لفقدان شرط صحته و هو مصلحة الطفل، ولكن المجيز و هو الطفل بعد البلوغ و سائر الشرائط قابل للإجازة.

هذا ما يمكن أن يُراد من العنوان المذكور في هذا الأمر الثاني. ولا بد أن يراد بقوله: «الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد ... الخ» المجيز الفعلي، و هو المجيز حين الإجازة، يعني: لا يعتبر أن يكون المجيز حين الإجازة جائز التصرف حال العقد، سواء قلنا باعتبار وجود مجيز متمكّن من الإجازة حين العقد أم لم نقل به. فإن لم يكن حين العقد جائز التصرف كانت إجازته نافذة، فلا يلزم التكرار و وحدة العنوانين.

فيمكن أن يكون المجيز حال الإجازة جائز التصرف حين العقد كبيع مال اليتيم مع

فلا يجوز^(١) بيع مال اليتيم لغير^(٢) مصلحة، و لا تنفعه إجازته^(٣) إذا بلغ (*) أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة^(٤) بعد البيع، أم لا يشترط^(٥) قولان:
أولهما^(٦) للعلامة في

(١) هذا متفرع على اشتراط صحة عقد الفضولي بوجود مجيز حين العقد، إذ لازم هذا الاشتراط عدم صحة بيع مال اليتيم - بدون المصلحة - بإجازته بعد بلوغه، أو بإجازة وليه قبل البلوغ بعد طروء المصلحة.

وجه عدم الصحة: أن مثل هذا التصرف ليس له مجيز قابل للإجازة حال العقد وإن كان قابلاً لها حين الإجازة، فإن مقتضى إعتبار وجود مجيز قابل للإجازة حين العقد عدم فائدة في إجازة الولي أو اليتيم بعد بلوغه، و بعد طروء المصلحة. و لافرق في عدم القابلية بين أن يكون لعدم المقتضي، و بين أن يكون لوجود المانع كجهل الولي بالمعاملة.

(٢) التقييد بعدم المصلحة ظاهر الوجه، إذ لو كانت المصلحة في بيع ماله خوفاً من الضرر كان المجيز حال بيعه فضولاً موجوداً، فكان الولي يُضيئه و يصح، و يخرج عن محل الكلام. فحلّ البحث هو وجود المانع عن إجازته، بأن يترتب مفسدة على إمضاء بيع مال اليتيم فضولاً. مع وضوح اشتراط التصرف في ماله بكونه خيراً له، أو بعدم المفسدة.

(٣) أي: و لا ينفع البيع إجازته، و ضميراً «إجازته، وليه» راجعان إلى اليتيم.

(٤) يعني: و لو صار العقد من حيث طروء المصلحة و تبدل المفسدة بها صحيحاً، ولكنه لأجل عدم وجود مجيز صالح للإجازة - حين العقد - فاسد من أصله.

(٥) معطوف على «هل يشترط»، و قوله: «قولان» مبتدء، و خبره محذوف.

(٦) و هو اشتراط وجود مجيز صالح للإجازة حين العقد.

المصلحة، فإن وليه حين العقد و الإجازة جائز التصرف. و يمكن أن لا يكون كذلك، كما إذا بيع مال اليتيم فضولاً بدون المصلحة، فأجاز اليتيم بعد البلوغ، فإن اليتيم حين العقد لم يكن جائز التصرف، و صار جائز التصرف بعد البلوغ و حين الإجازة.

(*) هذا مبني على كون المصلحة شرطاً للصحة كشرطية معلومية العوضين حين

(١) قال في القواعد: «والأقرب إشتراط كون العقد له مجيز في الحال، فلو باع مالَ الطفل، فبلغ و أجاز، لم ينفذ على إشكالٍ»^(١)، فإنَّ قوله: «في الحال» ظاهر في حال العقد، لاحال الإجازة.

و تعبيره بـ«في ظاهر القواعد» لعلَّه لأجل عدم الجزم بأن مراد العلامة تتوكل إعتبار وجود مجيز حال العقد، و الوجه في عدم الجزم بالمطلب إستشكاله في فرع المسألة بقوله: «لم ينفذ على إشكال» إذ لو كان هذا الشرط مسلماً كان المناسب ترجيح عدم نفوذ بيع مال الطفل و عدم الإشكال فيه.

هذا إذا كان الإشكال راجعاً إلى عدم نفوذ بيع مال الطفل.

و احتمل السيد العاملي تتوكل رجوع الاشكال إلى أصل إشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال، فكأنه قال: «و الأقرب على إشكال إشتراط...» فيكون العلامة متردداً - في القواعد - في هذا الشرط، كما إستشكل فيه في نهاية الأحكام.

و يظهر من صاحب المقابس تتوكل تطرُق إحتالين في عبارة القواعد، و لذا قال بعد نقل كلمات جمع كفخر المحققين و المحقق الكركي و الفاضلين السيوري و الصيمري و الشهيد: «فراده - أي العلامة - إشتراط وجود من يجيز العقد حال صدوره، أو كونه على الأوصاف المتبعة في الإجازة من الكمال و الملك»^(٣). فيظهر منه الترديد في أن المراد إعتبار وجود مجيز حال العقد، أو إعتبار إجتماع شروط الإجازة حالها.

وكيف كان فالمصنف إستظهر إشتراط صحة بيع الفضولي بأن يكون للمجيز قابلية الإجازة حين العقد، كما نقله صاحب الجواهر عن بعض بقوله: «قيل»^(٤).

(٢) أي: للقول الأوّل و هو الاشتراط، و المصنف تتوكل نقل وجهين لكلام العلامة المذكورين في جامع المقاصد، و الأوّل منها لفخر المحققين، و بناء على مقدمات ثلاث

«١» قواعد الاحكام، ج ٢، ص ١٩، نهاية الاحكام، ج ٢، ص ٤٧٦

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٥.

«٣» مقابس الانوار، كتاب البيع، ص ٣٤.

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٧.

بأن^١ صحة العقد و الحال هذه ممتعة.

سيأتي توضيحها، فلخصه المحقق الثاني، ثم ناقش فيه بما ذكره الفخر وجهاً لعدم الاشتراط وقواه. و الوجه الثاني للسيد العميد رحمته.

و العبارة المنقولة في المتن للمحقق الثاني رحمته، قال: «وجه القرب: انه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحة العقد ممتعة في الحال، و إذا امتنعت في زمانٍ امتنعت دائماً، لأن بطلان العقد في زمانٍ يقتضي بطلانه دائماً. و لما فيه من الضرر على المشتري ... الخ»^١.

١) هذا أول الوجهين المستدل بهما على الاشتراط، و محصله - على ما في الايضاح - بتوضيح بعض المحققين رحمته هو: «أن عقد الفضولي مع اشتراكه مع العقود الفاسدة - في عدم التأثير فعلاً - يمتاز عنها في أنه قابل للتأثير بالاجازة دون غيره، فلا بد أن يكون عقد الفضولي واجداً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير إلا إلى عدم فعلية الإجازة.

و أما مع عدم إمكان الإجازة حال العقد فلا يكون العقد حينئذٍ واجداً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، إذ منها الإمكان من ناحية إمكان الإجازة فعلاً، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً امتنعت الصحة التأهلية فعلاً زيادةً على الصحة الفعلية المقرونة بفعليّة الإجازة لا بإمكانها. و لا نفي بالصحة التأهليّة إلا إمكان نفوذ العقد فعلاً بالاجازة. مع أنه لا يمكن، لإمتناع الإجازة. و إذا امتنعت الصحة التأهلية في زمانٍ امتنعت دائماً، لأن ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هي الصحة الفعلية التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية و عدمه، لا الصحة التأهلية»^٢.

و ملخص هذا التقريب أمور.

أحدها: إقتران الصحة التأهلية بالعقد و عدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحة على إمكان الإجازة فعلاً أي من حين وقوع العقد، و مع إمتناعها لا يثبت الصحة التأهلية فعلاً للعقد، فهذه الصحة منوطة باجتماع جميع مراتب

١» و لاحظ: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٢. ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٨ و ٤١٩، كنز الفوائد، ج ١، ص ٣٨٥

٢» حاشية المكاسب للمحقق الاصفهاني قده، ج ١، ص ١٦٤.

فيذا إمتنع^(١) في زمانٍ إمتنع دائماً. و بلزوم^(٢) الضرر على المشتري، لإمتناع^(٣) تصرفه في العين، لإمكان^(٤) عدم الإجازة، و لعدم^(٥)

الإمكان التي منها إمكان فعلية الإجازة، و مع إمتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهيلية أيضاً. و قد عرفت عدم إنفكاك الصحة التأهيلية عن العقد، فإمكان فعلية الإجازة دخیل في الصحة التأهيلية.

ثالثها: أنّ المائز بين عقد الفضولي و العقود الفاسدة هو وجود الصحة التأهيلية فيه دونها، هذا.

(١) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى كما في جامع المقاصد «إمتنعت».

(٢) معطوفٌ على «بأنّ» و هذا ثاني الوجهين على إعتبار وجود مجيز حال العقد و هو للسيد العميد.

و حاصل هذا الوجه الثاني: لزوم الضرر على المشتري - الذي يجب عليه الوفاء بالعقد، لكونه أصيلاً - من جهة إمتناع تصرفه في كل من المئمن و الثمن. أما في المئمن فلا إمكان عدم إجازة مالكة الكاشف عن بقائه على ملك مالكة، و كون تصرف المشتري فيه تصرفاً عدوانياً، إذ بناءً على شرطية الإجازة - و لو بنحو الشرط المتأخّر - لسببية العقد للملكية و ترتب الأثر لا يخرج المئمن عن ملك مالكة قبل الإجازة.

و أما في الثمن فلا إمكان حصول الإجازة الكاشف عن خروجه عن ملكه، و دخوله في ملك البائع، فيكون تصرف المشتري فيه تصرفاً في ملك غيره. و من المعلوم أنّ منعه عن التصرف في كلٍّ من المبيع و الثمن ضرر على المشتري الأصيل.

(٣) تعليل للزوم الضرر، فإنّ منع تصرفه - في العين التي إشتراها من الفضولي - ضرر عليه.

(٤) هذا تعليلٌ لإمتناع تصرف المشتري في المبيع، و ناظرٌ إلى شرطية الإجازة للعقد و لو بنحو الشرط المتأخّر. و حاصلُ التعليل: إحتالُ عدم إجازة المالك الأصيل، فيكون تصرف المشتري في ملك الغير، و هو حرام.

(٥) معطوف على «لا إمكان» و هذا ناظرٌ إلى جزئية الإجازة للعقد، فكأنه قيل:

تحقق المقتضي (*). و في الثمن^(١)، لإمكان^(٢) تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.

و يصف الأول^(٣)

«إمتناع تصرف المشتري الأصيل في العين المنتقلة إليه إما لفقد شرط تأخير العقد و هو الإجازة، و إما لعدم تحقق المقتضي و هو العقد، باعتبار عدم حصول جزئه أعني الإجازة». و على هذا المعنى ينبغي تبديل واو العطف بـ «أو» بأن يقال: «أو لعدم» لكن المذكور في جامع المقاصد هو العطف بالواو.

(١) معطوف على «في العين» يعني: و لامتناع تصرف المشتري في الثمن أيضاً.

(٢) تعليل لعدم جواز تصرف المشتري في الثمن أيضاً، و حاصل التعليل: إحتمال صدور الإجازة من مالك الثمن، و خروج الثمن عن ملك المشتري و دخوله في ملك البائع، فيكون تصرف المشتري الأصيل حينئذ في الثمن تصرفاً في ملك الغير.

(٣) أي: الدليل الأول للمحقق الثاني رحمته و هو «أن لازم إمتناع العقد في زمان إمتناعه دائماً» و قد أجاب المصنف رحمته عن هذا الدليل بوجهين، أحدهما نقضي، و الآخر حلي.

أما النقضي فحاصله: أن عدم المميز حين العقد منقوض بما إذا كان المميز موجوداً

(*) و يحتمل أن يراد بـ «لا مكان عدم الإجازة» شرطية عنوان التعقب، حيث إن إحتمال عدم تحقق الإجازة يوجب الشك، في إتصاف العقد فعلاً بعنوان التعقب الذي هو شرط نفوذ العقد. و أن يراد بـ «و لعدم تحقق المقتضي» عدم تحقق الإجازة بناءً على شرطية الإجازة بوجودها الخارجي.

و بهذا الإحتمال يُدفع التهافت بين إحتمال عدم الإجازة، و عدم تحقق المقتضي الذي يراد به الإجازة أيضاً.

إلا أن يقال: إن إرادة الكشف التعقب من كلام المحقق الكركي منافية لمبناه من القول بالكشف الحقيقي، و أن شرطية الوصف الانتزاعي حدثت من عصر المحققين صاحبي الحاشية و الفصول.

- مضافاً^(١) إلى ما قيل: من إنتقاضه بما إذا كان المجهز بعيداً^(٢) إمتنع الوصول إليه

حال العقد، ولكن كان بعيداً عن المكان الواقع فيه عقد الفضولي بحيث يمتنع الوصول إليه عادةً، فإنه لا يمكن الالتزام ببطلان هذا النقص، مع جريان ما استدل به العلامة في هذه الصورة - أي صورة النقص - أيضاً، إذ يصدق فيها «عدم وجود مجيز يتمكن من الإجازة حين العقد» فإن هذا العقد صحيح، ويُجبر ضرر المشتري بالخيار.

و هذا النقص - كما أشرنا إليه - مذكور في كلام فخر المحققين وجهاً لعدم الاشتراط، وجعله المحقق الكركي نقضاً على العلامة، قال: «و يضعف بانتقاضه بمن كان بعيداً، يمتنع الوصول إليه عادةً إلا في زمان طويل»^(١).

و أما الحلي، فهو منع إستلزام بطلان العقد في زمانٍ لبطلانه دائماً، لعدم توقف الصحة التأهيلية على وجود مجيز حال العقد، وأن صحته تأهلاً تكون من حين وقوعه، من دون إنفكاكها عنه في آنٍ.

وبيانه: أن المدار في الصحة التأهيلية - التي يمتاز بها عقد الفضولي عن العقود الفاسدة - يكون على ما يستفاد من الأدلة الشرعية، و من المعلوم أن المستفاد منها هو مجرد صحة العقد بلحوق الإجازة له فيما بعد، و لا يستفاد منها بوجهٍ إعتبار وجود مجيز حين العقد في الصحة التأهيلية، لأن هذه الإستفادة منوطة بكون المراد بالصحة التأهيلية ما يساوق الإمكان الاستعدادي من جميع الوجوه حتى يعتبر وجود مجيزٍ قابلٍ فعلاً للإجازة حين العقد. بل إطلاق الأدلة - كنتجارة عن تراضٍ - يدفع إعتباره.

و الحاصل: أن الصحة التأهيلية لعقد الفضولي لا تتوقف على وجود مجيزٍ يتمكن من الإجازة حال العقد.

(١) هذا إشارة إلى الجواب النقضي الذي تقدم بقولنا: «أما النقضي فحاصله:

أن ... الخ».

(٢) أي: بعيداً عن محل العقد الذي أنشأه الفضولي، بحيث يمتنع الوصول إليه عادة

لأن يجيز.

عادةً - يمنع^(١) ما ذكره (**) من أن إمتناع صحة العقد في زمانٍ يقتضي إمتناعه^(٢) دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف^(٣).
و أما الضرر^(٤) (***) فيتدارك

- (١) متعلق بـ «يضعف» وهذا هو الجواب الحلّي المتقدم بقولنا: «وأما الحلّي ... الخ».
(٢) الأولى أن يقال: «لامتناعها» رعايةً لمرجع الضمير، وهو الصّحة.
(٣) يعني: أنه لا فرق في منع الملازمة - بين بطلان العقد في زمانٍ وبين بطلانه دائماً - بين كاشفية الإجازة وناقليتها، وذلك لأنّ وجود المميز حين العقد بناءً على إعتباره دخيل في الصحة التأهيلية، سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة. ففي فرض عدم وجود المميز حين العقد يكون العقد في نفسه باطلاً، كبطلانه بفقْدان سائر شرائط صحة العقد. فلا تصحّ الإجازة مطلقاً كاشفةً كانت أم ناقلة.
(٤) هذا ردّ الوجه الثاني المذكور في كلام المحقق الكركي في تقريب ما اشترطه

(*) ظاهره منع إقتضاء بطلان العقد حدوثاً لبطلانه بقاءً، بل يمكن التفكيك ببطلانه حدوثاً وصحته بقاءً. وهذا غير مراد قطعاً، لوضوح أنّ فقد شرط صحة العقد يقتضي البطلان حدوثاً وبقاءً، بل المراد نفي البطلان حدوثاً حتى يدعى بطلانه بقاءً.
والحاصل: أنّ النزاع صفروي، وهو عدم بطلان العقد حدوثاً لأجل عدم مجيز حين العقد، لأنّه باطل حدوثاً وصحيح بقاءً، فإنّ الكبرى - وهي الملازمة بين بطلان العقد حدوثاً وبقاءً - مسلمة، وليست قابلة للحدْثة، فإنّ البيع الربوي وبيع المجهول وغيرهما من البيوع الباطلة باطلة حدوثاً وبقاءً، ولا يمكن تصحيحها بقاءً.
فغرض المصنف منع الملازمة صفروياً لا كبروياً، بمعنى: أنّ الملازمة بين فساد العقد حدوثاً وبقاءً وإن كانت مسلمة، ولكن المقام ليس من صفرياتها، لعدم كون وجود المجيز حين العقد شرطاً في صحة العقد.
(**) لا يخفى أنّ الضرر يتدارك بالخيار في ظرف الجهل. وأما في حال العلم فلا موجب لرفعه لمكان الإقدام عليه.

لكن بعض محققي المحشّين رحمهم الله قال: «والتحقيق أنّ صحة هذا العقد واقعاً وكذا لزومه الناشئ من صحّته لا توجب ضرراً، ولذا لا يترتب ضررٌ مع القطع بصحّته ولزومه، والضرر ينشأ من الجهل بالصحة والفساد، ودوران كلٍّ من العوضين بين أن يكون ماله أو

العلامة، و كان المناسب سوق العبارة هكذا: «و يَضَعُ الثاني و هو قاعدة نفي الضرر بمنعه، لتداركه بما يتدارك... الخ».

و كيف كان فقد ردّه المصنف بناءً على كون الفضولي على طبق القاعدة، و أنّ الأدلة العامة تقتضي صحته. فحصل الردّ حينئذٍ: أنّ ضرر المشتري الأصيل الناشئ من منع تصرفه في كلِّ من الثمن و المئتمن يُجبر بالخيار، كما يُجبر به ضرر عدم إمكان الوصول إلى المالك الأصيل في صورة النقص المذكورة في المتن.

مأل غيره. و ليس للجهل حكمٌ شرعي ضرري حتى يرتفع، بل وجوب الاحتياط حكمٌ عقلي، و قد بينّا في محله أنّ المرفوع بقاعدة الضرر و الحرج هو الحكم الشرعي الضرري أو الحرجي، لا ما ليس من مجعولات الشارع^١.

أقول: لا ينبغي الإرتياب في كون منشأ الضرر هو لزوم العقد و صحته، من غير فرقٍ فيه بين العلم باللزوم و الجهل به، غاية الأمر أنّ الحكم الضرري لما كان رفعه إمتنائياً كان رفعه في حال وجود الامتتان و هو حال الجهل. و أمّا مع العلم بالضرر و الإقدام عليه فلا إمتتان في البين حتى تجري فيه قاعدة الضرر. فالضرر ناشئ من لزوم العقد في كلتا حالتَي العلم و الجهل. غاية الأمر أنّ إقدامه على الضرر مع العلم به يدفع الامتتان و يمنع عن قاعدة الضرر.

و الحاصل: أنّ الموجب للضرر على كل حال هو لزوم العقد، لكن قاعدة الإقدام تمنع عن جريان قاعده الضرر.

و ما نحن فيه نظير سائر موارد الضرر كالبيع الغبني، فإنّ الإقدام على الغبن مع العلم به لا يرفع لزوم البيع الذي نشأ منه الضرر.

و بالجملة: فقاعدة الضرر تجري في حال الجهل، لوجود المقتضي و عدم المانع، و لا تجري في حال العلم، لوجود المانع و هو قاعدة الإقدام.

نعم هذا الدليل أخص من المدعى، و هو إعتبار وجود مجيز حين العقد، لا اختصاصه بصورة الضرر مع الجهل به.

بما يتدارك به^(١) صورة^(٢) النقص المذكورة.

هذا كله مضافاً^(٣) إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار

(١) الضمير راجع إلى الموصول في قوله: «بما» المراد به الخيار. ولم يبيئه هنا اعتماداً على ما ذكره في سادس الأمور المتعلقة بالإجازة من قوله: «و لو لم يجز المالك و لم يرد حتى لزم تضرر الأصيل بعدم تصرفه فيما انتقل عنه و إليه على القول بالكشف، فالأقوى تداركه بالخيار» فلاحظ (ص ٢١٠).

(٢) و هي صورة كون المجهز بعيداً عن محل عقد الفضولي، بحيث يمتنع الوصول إليه في مدة قصيرة حتى يميز العقد.

(٣) غرضه منع أصل الاشتراط المذكور في كلام العلامة رحمته، و محصله: الاستدلال بفحوى النصوص الواردة في نكاح الصغيرين فضولاً، كما استدل بها جماعة على نفي أن يكون للعقد مجيز في الحال. قال صاحب المقابس: «لو كان شيء مما ذكر في المنع صالحاً لذلك لعم جميع العقود و ثبت في النكاح أيضاً، بل بالطريق الأولى. لكن نكاح الفضولي للصغير و الصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ جائز اتفاقاً نصاً و فتوى، فكذلك سائر العقود»^(١).

و في الجواهر: «مضافاً إلى خبر الصغيرين»^(٢).

و توضيح ما أفاده المصنف رحمته: أنه يستفاد من النصوص الواردة في تزويج الصغار صحة العقد مطلقاً سواء أكان لهم ولي، و أهمل الإجازة إلى بلوغهم، أم لم يكن لهم ولي.

فن تلك النصوص ما رواه عباد بن كثير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سألته عن رجل زوج ابناً له مُدْرِكاً من يتيمه في حجره. قال: ترثه إن مات، و لا يرثها، لأن لها الخيار، و لا خيار عليها»^(٣). و قريب منه غيره^(٤).

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٥

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٧؛ جامع الشتات، ج ١، ص ١٦٣ (الطبقة الحجرية) مفتاح الكرامة،

ج ٤، ص ١٩٥

«٣» وسائل الشيعة ج ١٧، ص ٥٢٨؛ الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، الحديث ٢

«٤» المصدر، ج ١٤، ص ٢٠٧، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد، الحديث ٢

فضولاً الشاملة^(١) لصورة وجود وليّ النكاح وإمهاله^(٢) الإجازة إلى بلوغهم،
وصورة^(٣) عدم وجود الولي؛ بناءً^(٤) على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح،
وإنحصار^(٥) الولي في الأب والجدّ والوصي، على خلاف فيه^(٦).
وكيف كان^(٧) فالأقوى عدم الإشتراط وفقاً للمحكي^(٨) عن ابن المتوجّج

فإنّ الأخبار الواردة في تزويج البنات اليتامى فضولاً لو لم تكن منصرفاً إلى
خصوص موارد عدم وجود مجيز حال العقد، فلا أقلّ من إطلاقها الشامل لصورة عدم
المجيز حينه، فإنّ ثبوت الإرث لليتيمة - وكذا الخيار لها - يدلّان على صحة التزويج مع
عدم وليّ حين التزويج يمكنه فعلاً إجازة العقد.
(١) صفة للأخبار.

(٢) الظاهر أنه مفعول معه وقوله: «إلى بلوغهم» متعلق بالامهال.

(٣) معطوف على «صورة وجود وليّ النكاح».

(٤) قيد لعدم وجود الولي، يعني: أنّ فرض عدم وجود الولي مبنيّ على عدم ولاية
الحاكم الشرعي على الصغير في النكاح، وإلا فالوليّ موجود دائماً، لأنّه إمّا الحاكم وإمّا
عدول المؤمنين.

(٥) معطوف على «عدم ولاية» يعني: وبناءً على إنحصار الولي في الأب والجد
بلاشكال.

(٦) أي: في الوصي، فإنّ في ولايته على نكاح الصغير خلافاً بين الفقهاء. فقوله: ﴿...﴾

«على خلاف فيه» قيد لمخصوص الوصي، دون من تقدّمه من الأب والجدّ.

(٧) يعني: سواء أكان ما ذكرناه - من النقص والحلّ - في رد ما استدلّ به لقول
العلامة صحيحاً بتمامه، أم كان بعضه صحيحاً، فالأقوى عدم إشتراط صحة عقد الفضولي
بوجود مجيز حين العقد. وهذا وجيه بناءً على كون الفضولي على طبق القاعدة، لشمول

«١» الحاكي عنهم هو السيد العاملي، لكن ظاهر عبارة السيد عدم الظفر بكلام ابن المتوجّج، وإنما نقل عنه
بواسطة، فقال: «على ما نقل عنه» فلاحظ مفتاح الكرامة ج ٤، ص ١٩٥. وهو كما في أمل الآمل ورياض
العلماء «الشيخ ناصر بن أحمد بن عبدالله بن المتوجّج البحراني، صاحب الذهن الوقّاد، فاضل محقق قبه حافظ...»
لاحظ أمل الآمل، ج ٢، ص ٣٣٣؛ رياض العلماء، ج ٦، ص ٣٤

البحراني و الشهيد^١ و المحقق الثاني^٢ و غيرهم^٣، بل لم يرجّحه^١ غير العلامة عليه السلام.

ثمّ اعلم أنّ العلامة^٢ في القواعد مثّل لعدم وجود المميز ببيع مال اليتيم.

العمومات و الاطلاقات له.

و أمّا بناءً على كونه على خلاف القاعدة، و إستناد صحته إلى الأخبار الخاصة - كصحيحة محمد بن قيس و ماورد في الإتجار بمال اليتيم و نحوها - فيشكل القول بصحته، لاختصاص مواردّها بصورة وجود المميز حال العقد.

(١) يعني: لم يرجّح إشتراط وجود مميز حال العقد غير العلامة، فيكون قوله مخالفاً للمشهور. بل لم يظهر موافق للعلامة. و بهذا ظهر وجه الإتيان بكلمة «بل» و أنّ المخالف في المسألة أي النافي للإشتراط غير منحصّر في المذكورين، بل المعظم أو الكل ذهبوا إلى عدم الإعتبار. هذا ما أفاده المصنف في المقام الأوّل. و سيأتي الكلام في المقام الثاني الناظر إلى ما قيل حول عبارة القواعد.

(٢) قد تعرض المصنف عليه السلام حول كلام العلامة - من إشتراط وجود المميز في حال

العقد - لمطالب:

الأوّل: تمثيل العلامة لعدم المميز حال العقد ببيع مال اليتيم.

الثاني: إيراد بعض العامة عليه: بأنّ عدم المميز حين العقد فرض غير واقع على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام عليه الصلاة و السلام، و عدم خلوّ زمانٍ عنه عليه السلام، و هو وليٌّ من لا وليّ له، و عليه فوليُّ بيع مال اليتيم موجود حين البيع.

الثالث: ردّ العلامة عليه السلام لهذا الإيراد، و محصل ردّه هو: عدم التمكن من الوصول

إليه عليه السلام، فيصدق حينئذٍ عدم وجود مميز لبيع مال اليتيم حين البيع.

الرابع: إنتصار بعض الفقهاء - للمورد العامي المتقدّم - بما حاصله: أنّ الإمام عليه السلام وإن كان غائباً لا يمكن الوصول إليه، لكن يمكن الوصول إلى نائبه، و هو المجتهد

«١» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٣

«٢» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٣

«٣» كالفاضل المقداد في التفتيح الرابع، ج ٢، ص ٢٦، و حكاها عنه في مقابسات الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٤

وحُكي عن بعض العامة^(١) - وهو البيضاوي على ما قيل^(٢) - الإيراد عليه^(٣):
بأنه لا يتم على مذهب الإمامية القائلين بوجود الإمام عليه السلام في كل عصر.
وعن المصنف^(٤) رحمته الله أنه أجاب: بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه.

الجامع للشرائط، بل لو فرض عدمه أيضاً فعدول المؤمنين موجودون، بل مع فرض عدمهم أيضاً تكون الولاية على مصالح اليتيم لفساق المؤمنين.

الخامس: ردُّ المصنف لهذا الإلتصار الدافع عن البيضاوي، ومحصل الردِّ: أنه لا بدَّ من تحليل كلام العلامة وتشخيص مراده حتى يظهر ورود الإشكال عليه وعدمه، فنقول: إن كان مراد العلامة من اشتراط وجود مجيز حين العقد ذات المجيز سواء أكان متمكناً فعلاً من الإجازة أم لا فإيراد البيضاوي وارد عليه، ولا يندفع بما ذكره العلامة في رده من أن الامام عليه السلام لغيبته لا يتمكّن من الوصول إليه.

وإن كان مراد العلامة من اشتراط وجود مجيز حين العقد من يتمكّن فعلاً من الإجازة، فيندفع به إيراد البيضاوي، لإمكان عدم الوصول إلى المجتهد العادل والعدول أيضاً، لعدم حضورهم، أو عدم إمكان إعلامهم بالعقد حتى يجيزوا، فيصدق في هذه الصورة عدم وجود مجيز حين العقد.

(١) قال السيد الفقيه العاملي رحمته الله: «وقال الشهيد في حواشيه - يعني حواشيه على قواعد العلامة - أن بعض الجمهور إعترض على المصنف في هذه المسألة بسقوطها على مذهبه، لأنه يعتقد وجود الامام عليه السلام في كل زمان، وهو وليٌّ من لا وليَّ له. فأجاب - يعني المصنف وهو العلامة - بأنه أراد مجيزاً في الحال يمكن الإطلاع على إجازته، وتعدُّر إجازة الامام عليه السلام، لاستتاره عن الناس»^(٢).

(٢) أي: على العلامة، وهذا إشارة إلى المطلب الثاني الذي تقدّم بقولنا: «الثاني: إيراد بعض العامة عليه ... الخ».

(٣) متعلّق بالإيراد وبيان له.

(٤) هذا التعبير من الشهيد في حواشي القواعد، وكان المناسب أن يقول الماتن:

«١» لم نثر على القائل ولا على كلام البيضاوي في فتاواه.

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٥

و انتصِر للمورد^(١) بأن نائب الإمام - وهو المجتهد الجامع للشرائط - موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون، بل للفَسَاقِ الوِلايَةُ على الطفل في مصالحه مع عدم العدول^(٢).

لكنّ الانتصار^(٣) في غير محلّه، إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام يمكن عدم إطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضاً.

فإن أُريد^(٤) وجودُ ذات المجيز، فالأولى^(٥) منع تسليم دفع الاعتراض بعدم^(٦) التمكن من الإمام عليه السلام.

«و عن العلامة» و هو إشارة إلى المطلب الثالث المذكور بقولنا: «الثالث ردّ العلامة عليه السلام لهذا الإيراد، ومحصل ردّه هو عدم التمكن ... الخ».

(١) و هو البيضاوي، و هذا إشارة إلى المطلب الرابع المتقدم بقولنا: «الرابع: انتصار» و المنتصر هو المحقق القمي عليه السلام «١».

(٢) فعلى ما ذكره المنتصر لا يتصور فرض لا يكون المجيز فيه موجوداً حال العقد. و بهذا تمّ إنتصار المحقق القمي لبعض الجمهور.

(٣) هذا إشارة إلى المطلب الخامس المذكور بقولنا: «الخامس ردّ المصنف لهذا الانتصار».

(٤) هذا إشارة إلى أوّل شقّي الترديد الذي مرّ بقولنا: «إن كان مراد العلامة من اشتراط مجيز حين العقد ذات المجيز ... الخ».

(٥) جواب «إن» الشرطية في قوله: «فإن أُريد». و المراد بالاعتراض إيراد البيضاوي، و المراد بدفعه ما أفاده العلامة من عدم الوصول إلى الامام الذي هو وليُّ من لا وليَّ له. و المراد بمنع هذا الدفع ما أفاده المصنف.

و وجه الأولوية: مغايرة المثبت و المنفي، إذ المثبت المفروض هو ذات المجيز، و المنفي هو التمكن من الامام عليه السلام.

(٦) متعلق بـ «دفع».

و إن أُريد^(١) وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرضُ عدمه في المجتهد والعدول إذا^(٢) لم يطلعوا على العقد.

فالأولى^(٣) ما فعله فخرالدين^(٤) و المحقق الثاني^(٥) من تقييد بيع مال اليتيم بما^(٥) إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع^(٦) الكلام أيضاً إلى إشتراط إمكان

(١) هذا إشارة إلى ثاني شقي التردد الذي قد تقدّم بقولنا: «و إن كان مراد العلامة من إشتراط وجود مجيز حين العقد من يتمكن فعلاً ... الخ».

(٢) متعلق بـ «فيمكن» يعني: أن إمكان عدم وجود المجيز الفعلي جارٍ في المجتهد والعدول في فرض عدم إطلاعهم على وقوع عقدٍ على مال الطفل حتى يُجيزوه.

(٣) يعني: بعد الخدشة في تفصي العلامة عن إعتراض بعض العامة يكون الأولى - في التمثيل لعدم وجود المجيز ببيع مال اليتيم، و حكمه ببطلان هذا البيع - ما فعله فخرالدين رحمته من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، إذ لو كان مع المصلحة فالبيع صحيح، و الإجازة تقع في محلها. و لو كان بدون المصلحة فولّي الطفل مادام ولياً - و هو زمان صغر الطفل - ليس له الإجازة لا في حال العقد ولا بعده، مع أن ذات المجيز موجود. فمن ليس له الإجازة فعلاً و يصير مجيزاً بعد ذلك هو اليتيم. فالمنفي حينئذٍ هو فعلية الإجازة من اليتيم الذي من شأنه الإجازة بعد البلوغ، فرجع بطلان بيع الفضولي حينئذٍ إلى إشتراط فعلية إمكان الإجازة، لا ما هو ظاهر كلام العلامة رحمته: «عدم وجود المجيز» لظهوره في عدم ذات المجيز.

(٤) قال في الايضاح: «و اعلم أن هذا الفرع إنما يتأتى على مذهب الأشاعرة. و أمّا على قولنا في صورة واحدة، و هي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة، أو الشراء له» و نحوه عبارة جامع المقاصد.

(٥) متعلق بـ «تقييد».

(٦) يعني: فيرجع الكلام الذي صدر به هذا التنبيه - و هو قول المصنف رحمته: الثاني هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد - إلى عنوان الأمر

فعليّة الإجازة من المجهز، لا وجود^١ ذاتٍ من شأنه الإجازة^٢، فإنّه فرض غيرُ واقع في الأموال^٣.

الثالث، بناءً على تقييد المثال بكون مال اليتيم على خلاف المصلحة.

ثم إنَّ قوله: «فيرجع...» تفرّيع على تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة على ما نقله المصنف رحمته عن الفخر والمحقق الثاني رحمتهما. ومحصّل التفرّيع: أنّ مرجع هذا التقييد إلى اشتراط إمكان فعليّة الإجازة من المجهز حين العقد، لا إلى اشتراط وجود ذاتٍ من شأنه الإجازة، إذ لو كان كذلك تلفو الشرطية المذكورة، لعدم خلوّ زمان عقد الفضولي عن ذات مجهزٍ من المالك الأصيل أو وليّه.

ففي زمان صدور العقد يكون ذات المجهز موجوداً دائماً، فيرجع عنوان إعتبار وجود مجهزٍ حين العقد إلى العنوان الآتي في الأمر الثالث، وهو: اشتراط كون المجهز جائر التصرف حين العقد، إذ الوليُّ ليس له الإجازة في العقد الذي لامصلحة فيه، كبيع مال اليتيم، و يتوقف جواز إجازته على إقلاّب المفسدة مصلحةً.

فبناءً على رجوع عنوان «إعتبار وجود مجهزٍ حين العقد» إلى عنوان «إعتبار كون المجهز جائر التصرف حين العقد» لم يكن داعٍ إلى عقد أمرين لهما. وهذا الشقّ قد صرّح به العلّامة في التذكرة، حيث إنّه - بعد نقل كلام بعض العامة في إعتبار وجود مجهزٍ في الحال - قال: «والمعتبر إجازة من يملك التصرف عند العقد، حتى لو باع مال الطفل، فبلغ وأجاز لم ينعقد»^١.

(١) يعني: ولا يرجع الكلام إلى اشتراط وجود ذاتٍ من شأنه الإجازة.

(٢) يعني: كما هو ظاهر عبارة القواعد من اشتراط وجود مجهزٍ حين العقد.

(٣) التقييد بالأموال لإمكان عدم وجود ذات المجهز في غيرهما، كما في نكاح الصغير، بناءً على ما قيل: من إختصاص الولاية في النكاح بالأب والمجدد والوصي.

لكن فيه: أنّ ذات المجهز - وهو نفس الصغير - موجود، والمفقود هو المجهز الذي

الثالث: لا يشترط في المجيز^(١) كونه جائز التصرف حال العقد، سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضي^(٢)

تنفذ إجازته فعلاً أي حين العقد كما في حاشية السيد عليه السلام «١». و عليه فذات المجيز حين العقد موجود في جميع المقامات، و لامعنى لإشتراطه تعبدًا.

هل يشترط في المجيز جواز التصرف حال العقد؟

(١) الظاهر أن المراد به عدم إشتراط كون المجيز الفعلي جائز التصرف حين العقد، فلو لم يكن المجيز الفعلي جائز التصرف حين العقد، و صار كذلك حين الإجازة، لَنَقَذت إجازته أيضاً، كما إذا بيع مال الصغير مع مصلحته، و أهمل الوليُّ و لم يجز البيع حتى بلغ الطفل، و أجاز، فإنَّ المجيز الفعلي - و هو الطفل - لم يكن جائز التصرف حين العقد، بل كان الولي جائز التصرف حينه.

فجهة البحث في الأمر الثاني - بعد البناء على عدم إمكان إرادة وجود ذات المجيز منه - هي إعتبار وجود مجيز يتمكّن من الإجازة حين العقد. و في هذا الأمر الثالث هي عدم إشتراط كون المجيز حين الإجازة هو الذي كان حين العقد متمكناً من الإجازة، و جائز التصرف، و أهمل و لم يجز العقد، فلا يشترط إتحد هما، بل يمكن تغايرهما. و من المعلوم أن إشتراط وجود مجيز متمكّن من الإجازة غير إشتراط كونه نفس المجيز الفعلي، كما مرّ في بيع مال الصغير مع مصلحته، و إهمال وليّه إجازة البيع حتى بلغ الطفل و أجاز. و عليه فلاوجه لإرجاع عنوان الأمر الثاني - و هو إعتبار وجود مجيز يتمكّن من الإجازة - إلى عنوان الأمر الثالث، و هو كون المجيز حال الإجازة جائز التصرف حال العقد.

و بالجملة: فجهة البحث في الأمرين مختلفة، إذ هي في الأمر الثاني إعتبار وجود مجيز متمكّن من الإجازة حين العقد، و في الأمر الثالث عدم إشتراط كون المجيز الفعلي نفس من كان متمكناً من الإجازة حين العقد، و جواز تعددهما.

(٢) المراد بالمقتضي هنا - لجواز التصرف و سلطنة الشخص على المال - هو الملكية

أم للمانع^(١). و عدم^(٢) المقتضي قد يكون لأجل عدم كونه مالكاً و لا مأذوناً حال العقد، و قد يكون لأجل كونه محجوراً عليه لسفه أو جنون أو غيرهما^(٣). و المانع^(٤) كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن، ثم فكَّ الرهن، فالكلام يقع في مسائل:

الأولى^(٥) (*): أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز

مع كمال المالك بالبلوغ و العقل و الرشد، فكمال المالك كنفس الملكية من أجزاء المقتضي لجواز التصرف، و عدم الكمال الموجب لعدم جواز التصرف إنما هو لعدم تمامية أجزاء المقتضي، لا لأجل وجود المانع، و إنما المانع تعلق حق الغير بالعين كحق الغرماء، و حق المرتهن، و حق أم الولد في عدم بيعها.

و بالجملة: فالمقتضي لسلطنة الشخص و جواز تصرفه هو الملك المطلق، لا مطلق الملك و لو كان المالك قاصراً، أو الإذن من المالك.

(١) و هو تعلق حق الغير بالعين كما عرفت آنفاً.

(٢) مبتدء، خبره «قديكون» و الواو إستينافية لا عاطفة، و غرضه بيان منشأ عدم المقتضي كما عرفت توضيحه.

(٣) كالصغر و نحوه مما يرفع كمال المالك الذي هو جزء المقتضي لجواز التصرف.

(٤) مبتدء، خبره قوله: «كما لو باع» و هذا تفسير للمانع الذي هو مقابل قوله: «المقتضي»، و المراد بالمانع - كما مر آنفاً - هو تعلق حق الغير بالعين. مثاله بيع الراهن العين المرهونة بدون إذن المرتهن.

المسألة الأولى: لو كان المالك المجيز محجوراً عن التصرف

(٥) توضيح هذه المسألة: أن المالك حال إنشاء العقد إذا كان هو المالك حال الإجازة، و لكن لم يكن المجيز حين العقد جائز التصرف - تعلق حق الغير كحق الرهانة، و باع العين المرهونة بدون إذن المرتهن، و بعد البيع فكَّ الرهن - فالأقوى صحة الإجازة، لإجتماع شرائط الصحة فيه، كسائر العقود الصحيحة القابلة للإجازة.

(*). يقع البحث هنا في جهات.

الأولى: في صحة بيع المالك ماله الذي تعلق به حق الغير، و عدمها.

لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر، فالأقوى صحة الإجازة، بل عدم الحاجة

والثانية: في إحتياجه إلى الإجازة بعد سقوط حق الغير، و عدمه.

والثالثة: في جريان نزاع الكشف و النقل فيه و عدمه.

أما **الجهة الأولى** فمحصّلها: أنّ الظاهر صحة البيع، لعموم دليل وجوب الوفاء بالعقود، و عمومه يشمل جميع أفراد العقود التي منها هذا البيع المبحوث عنه، و الخارج عن الإطلاق الأحوالي الشامل لجميع حالات الأفراد خصوصاً بعض حالات الفرد، كتعلّق حق الغير به. توضيحه: أنّ عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود كما أنّ له عموماً أفرادياً، كذلك له إطلاق أحوالي ناشئ من مقدمات الحكمة. و مقتضى هذا الإطلاق موضوعية كل فرد في جميع حالاته لوجوب الوفاء، فإذا خرج بعض حالات فرد عن الإطلاق الأحوالي كان الخارج خصوص ذلك الحال من الفرد، لا نفس الفرد، و لا غير ذلك الحال من حالاته. فالفرد باقٍ تحت العموم الأفرادي، و لم يتلّم إلاّ الإطلاق الأحوالي بالنسبة إلى بعض حالاته. فإذا زال ذلك الحال صار جميع حالاته تحت الإطلاق.

و هذا نظير الربح المصروف في المؤونة بناءً على كون خروجها عن أدلة وجوب الخمس في الفوائد بنحو التقييد لا التخصيص، إذ لو كان خروجها عنها من باب التخصيص - أي إخراج الفرد - كان خروج المؤونة في جميع الحالات، إذ المفروض خروج الفرد بما له من الحالات، و إن خرجت عن عنوان المؤونة، كخروج «زيد العالم» عن عموم دليل وجوب «إكرام العلماء» فإنّ الخارج هو زيد مع حالاته.

و نظير المقام أيضاً باب الخيارات، فإنّ المحكم فيها بعد إنقضائها عموم أدلة اللزوم، لكون خروج الخيار عنه من باب التقييد لا التخصيص.

و بالجملة: فمقتضى العموم الأفرادي و الإطلاق الأحوالي صحة بيع المالك المال المتعلق لحق الغير كالرهن. و بعد الفك يترتب الأثر على البيع من دون حاجة إلى إجازة المالك، لما مرّناً من كون العقد عقداً للمالك.

و أما **الجهة الثانية** فقد ظهر حكمها مما ذكرناه في الجهة الأولى، حيث إنّ مقتضى إطلاق مثل «أوفوا بالعقود» أحواليّاً هو لزوم الوفاء بالعقد، و عدم الحاجة إلى الإجازة بعد فك

إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير، كما لو باع الراهن، فك الرهن

الرهن الذي كان مانعاً عن الإطلاق الأحوالي، و مقيداً له مادام موجوداً. و بعد إرتفاعه يتشبه به.

بل يمكن أن يقال: بصحة البيع و إنتقال المبيع بوصف المرهونية و الإستيناق للدين إلى المشتري. نظير بيع العين المستأجرة، فإن بيعها بهذا الوصف صحيح. غاية الأمر أنها تنتقل إلى المشتري مسلوبة المنفعة في مدة الإجارة. نعم يحكم بثبوت الخيار للمشتري مع الجهل في بيع العين المرهونة و المستأجرة. هذا فيما كان المانع تعلق حق الغير الموجب للتزاحم مع سلطنة المالك في ماله، فلاحاجة إلى الإجازة بعد إرتفاع المزاحم و هو حق الغير.

و أما إذا كان المانع ما يرجع إلى قصور المالك، فالظاهر الحاجة إلى الإجازة حتى يُسند العقد إلى السلطان، و لا يُسند إليه إلا بالإجازة الواقعة بعد إرتفاع قصور المالك كالسف.

ففرق بين تعلق حق الغير كالرهن، و بين قصور المالك كالسف، فإن الرهن يزاحم سلطنة المالك، و السفه يرفع سلطنته. و حق الغرماء نظير حق الرهانة في إيجاد المزاحمة مع سلطنة المالك، و عدم الحاجة إلى الإجازة بعد سقوط حق الغرماء مع رضاه بالبيع، فلأمورد للإجازة الموجبة لإسناد العقد إلى المالك، و لإضافة العقد إليه.

نعم إذا كان العاقد غير الراهن و المفلس المالكيين فلا بد بعد فك الرهن و بعد سقوط حق الغرماء - و إرتفاع الحجر عنه - من إجازة المالك الراهن و المفلس حتى يُسند العقد إليهما، و يحصل رضاهما به.

و أما الجهة الثالثة فيقع الكلام فيها تارة في جريان نزاع الكشف و النقل في الإجازة. و أخرى في جريانه في فك الحق كالرهانة.

أما في الإجازة فقد يقال: بعدم الجريان فيها، إذ لازم الكشف النقل من حين العقد، و هو زمان تعلق حق الرهن بالمبيع، فيلزم تأثير العقد مع حفظ الرهن. و هو غير معقول.

لكن فيه أولاً: عدم المنافاة بين حفظ الرهن و صحة البيع، إذ المبيع حينئذ هو العين

قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة^(١) إلى الإجازة كما صرح به في التذكرة^(٢).

(١) إذ الإحتياج إلى الإجازة إنما هو لإسناد العقد إلى المالك، وإضافته إليه، أو لتحقيق رضا بالعقد. وكلاهما مفروض الوجود، لصدور العقد من المالك برضا، ولا مانع من صحته إلا تعلق حق الغير، فإذا زال المانع بزوال سببه بأداء الدين أو الإبراء أثر المقتضي أثره، لعموم أدلة السببية.

(٢) قال في كتاب البيع منها: «و لو باع ولم يعلم المرتهن، فكأنك لزم البيع، لانتهاء المعارض. و من أبطل بيع الفضولي لزم الابطال هنا».

المرهونة بوصف المرهونية، كبيع العين المستأجرة.

و ثانياً: أن المنافاة - بعد تسليمها - تختص بالكشف الحقيقي دون الحكمي، فلا مانع من كشف الإجازة عن صحة البيع بعد الفك. و بالجملة: فيمكن جريان نزاع الكشف في الإجازة بناءً على الاحتياج إليها في بيع المالك ماله الذي تعلق به حق الغير.

و أما جريان نزاع الكشف و النقل في فك الحق بناءً على صحة البيع بمجرد الفك، و عدم الحاجة بعده إلى الإجازة، ففيه خلاف. و الظاهر جريانه فيه أيضاً بناءً على كون مضمون العقد حصول النقل من حين صدوره، و مانعه و هو الرهن إذا ارتفع حصل الانتقال من حين العقد، و هو لا ينافي حق الرهانة كما أشرنا إليه آنفاً.

و نظير حق الرهانة حق الغرماء، فيجري فيه ما تقدم في حق الرهانة.

و أما إذا كان المانع السفه فيجري فيه نزاع الكشف، إذ لا يصح العقد إلا بصدوره ممن له السلطنة على العقد، و يتوقف صدوره من السلطان على الإجازة، فيصح النزاع في أن الإجازة كاشفة عن حصول النقل من زمان العقد أو من حين الإجازة.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٥، السطر ٣٤، (الطبعة الحديثة، ج ١٠، ص ٤٢) و نحوه ج ٢، ص ٥٠،

الثانية^(١):

أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد، سواء أكان هو البائع^(٢) أم غيره.

لكن عنوان المسألة^(٣) في كلمات القوم هو الأول، و هو ما لو باع شيئاً ثم ملكه.

المسألة الثانية: عدم جواز تصرف المجيز لعدم الملك

(١) أي: المسألة الثانية من المسائل الثلاث المتعلقة بالمجيز، و هي ما لو كان عدم جواز تصرف العاقد لأجل عدم المقتضي، و هو عدم الملكية، و تجدد الملك بعد العقد الفضولي، و العقد إما بقصد وقوعه لنفس العاقد، و إما لغيره.

(٢) أي: سواء أكان المالك الجديد هو البائع الفضولي أم غيره. فنال الأول أن يبيع زيد فضولاً مألّ عمرو، ثم صار مالكاً له قبل أن يجيز زيد. و تملكه له إما بسبب قهري كالإرث، أو إختياري كالشراء، فهل يصح البيع لو أجاز زيد بعد التملك أم لا؟ ففرض المسألة هنا كون المجيز - و هو المالك الجديد - نفس البائع الفضولي.

و مثال الثاني - و هو مغايرة البائع للمجيز - أن يبيع زيد مألّ عمرو، فينتقل المال إلى ابنه بالإرث أو بالشراء، فهل تمضي إجازة الابن للبيع الواقع فضولاً على مال أبيه، أم لا؟ و المسألة ذات أقوال ثلاثة كما يظهر من المتن و المقابس^(١) أيضاً، و سيأتي نقلها.

(٣) كقول المحقق في عبارته الآتية في المتن: «كما لو باع مال غيره ثم اشتراه»، و كقول العلامة: «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضي ليشترها و يسلمها»^(٢)، و كقول الشهيد^(٣): «و كذا - يعنى يصح البيع - لو باع ملك غيره ثم إنتقل إليه فأجاز... الخ»^(٣).

و الحاصل: أن محل الكلام في هذه المسألة صيرورة البائع الفضولي مالكاً للبيع بعد البيع، فلو لم يملكه كان خارجاً عن حريم البحث.

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٥ و ٣٦

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣، السطر ٥، ٤٨٦، السطر ١٨ (الطبعة الحديثة ج ١٠، ص ٦١٦، و نحوه

في ص ٢١٩)، قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩، مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥

«٣» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٣.

وهذه ^(١) تتصور على صور ^(٢)، لأنَّ غير المالك إمَّا أن يبيع لنفسه أو للمالك ^(٣)، و الملك إمَّا أن ينتقل إليه بإختياره كالشراء، أو بغير إختياره كالإرث ^(٤)، ثمَّ البائع ^(٥) الذي يشتري الملك إمَّا أن يجيز العقدَ الأوَّل ^(٦)، و إمَّا أن لا يجيزه، فيقع

(١) أي: المسألة الثانية، و هي: ما لو باع شيئاً ثمَّ ملكه بسبب إختياري كالشراء ونحوه من النواقل الإختيارية، أو بسبب قهريِّ كالإرث أو الإرتداد.

(٢) و هي ثمانية حاصلة من ضرب إثنين - و هما بيع غير المالك لنفسه و للمالك - في صورتين، و هما: إنتقال الملك إلى البائع قهراً و إختياراً، ثمَّ ضرب هذه الصور الأربع في إثنين، و هما إجازةُ البائع الفضولي الذي ملك المبيع بالشراء، و عدمُ إجازته. فهذه صور ثمان، و إليك تفصيلها.

الأولى: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثمَّ يملك المبيع بالشراء، فأجاز البيع.

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثمَّ يملك المبيع بالإرث، فأجاز البيع.

الثالثة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثمَّ يملك المبيع بالشراء، فأجاز البيع.

الرابعة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثمَّ يملك المبيع بالإرث، فأجاز البيع.

الخامسة: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثمَّ يملك المبيع بالشراء و لم يجز البيع.

السادسة: أن يبيع الفضولي لنفسه، ثمَّ يملك المبيع بالإرث و لم يجز البيع.

السابعة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثمَّ يملك المبيع بالشراء و لم يجز البيع.

الثامنة: أن يبيع الفضولي للمالك، ثمَّ يملك المبيع بالإرث و لم يجز البيع.

(٣) هذا الكلامُ إشارةٌ إلى الصورتين الأوليين.

(٤) هاتان هما اللتان ضربت فيهما الصورتان الأوليان.

(٥) هذا إشارةٌ إلى صورتين ضربت فيهما الصور الأربع المتقدمة. و هذا الضرب

أنتج الصور الثمان المذكورة فيما عنونه القوم، و هو ما لو باع شيئاً ثمَّ ملكه. و أمَّا ما عداها من الصور التي ذكرها الشيخ العلامة الشهيد رحمته الله ^(١) فهو خارج عن عنوان القوم كما لا يخفى.

(٦) و هو العقد الذي أنشأه الفضولي، و صار المبيع بعده ملكاً له.

الكلام في وقوعه للمشتري الأول^(١) بمجرد شراء البائع له.
و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه^(٢)، ثم اشتراه من المالك و أجاز،
وما^(٣) لو باع و اشتري و لم يجز^(٤)، إذ^(٥) يُعلم حكم غيرهما منها.
أما المسألة الأولى^(٦): فقد اختلفوا فيها.

(١) و هو الذي اشتري المبيع من البائع الفضولي، كما إذا فرضنا أن زيداً باع فضولاً
كتاب أبيه من بكر، ثم إنتقل الكتاب إليه من أبيه بسبب الشراء، فيقع الكلام في أن مجرد
إنتقال الكتاب إلى زيد بالشراء من أبيه هل يوجب وقوع البيع الفضولي لبكر أم لا؟
والمهم هنا التعرض لحكم صورتين: إحداهما ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من ماله و أجاز.
ثانيتها: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من ماله، و لم يجز بيعه الفضولي.
(٢) هذا إشارة إلى الصورة الأولى المتقدمة بقولنا: «أحداهما ما لو باع ... الخ».
(٣) معطوف على «ما لو باع» و هذا إشارة إلى الصورة الثانية التي تقدمت بقولنا:
«ثانيتها: ما لو باع لنفسه ثم اشتراه ... الخ».
(٤) ضمائر الفاعل المستترة في «باع، اشتري، يجز» راجعة إلى البائع الفضولي.
(٥) تعليل لقوله: «و المهم» و علية أهميته هي كون هاتين الصورتين كالأصل لسائر
الصور، لسببيتها لمعرفة أحكام سائر الصور، حيث إن صحة البيع لنفسه تستلزم صحة
البيع للمالك بالأولية.

حكم ما لو باع الفضولي ثم اشتراه فأجاز

(٦) و هي «ما لو باع لنفسه، ثم اشتراه من المالك و أجاز» و قد اختلف الفقهاء
رضوان الله تعالى عليهم في حكمها، و سيأتي تفصيله إن شاء الله تعالى. و المنقول في المتن
أقوال ثلاثة:

أحدها: الصحة من دون توقُّفها على إجازة البائع بعد تجدد الملك له، و هو المستفاد
من كلام شيخ الطائفة في بيع المال الزكوي قبل إخراج الزكاة منه إذا غرم حصة الفقراء
بعد البيع.

و ثانياً: للمحقق و الشهيد من صحته و توقُّفه على الإجازة.
و ثالثاً: البطلان، و هو لجماعة كالعلامة و المحقق الثاني، و صاحبي الجواهر
و المقابس.

فظاهرُ المحقّق^(١) في باب الزكاة من المعتبر - فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة، أو رهنه^(٢) - «أنّه^(٣) صحّ البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإنّ إغترم^(٤) حصّة الفقراء، قال الشيخ: صحّ البيع والرهن^(٥)».

(١) الأولى نقل نص عبارة المحقق، وهي: «مسألة: لو باع النصاب قبل إخراج الزكاة، أو رهنه، صحّ في ما عدا الزكاة. فإنّ إغترم حصّة الفقراء، قال الشيخ رحمته صحّ الرهن في الجميع، وكذا البيع. وفيه إشكال، لأنّ العين غير مملوكة له. وإذا أدّى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، وإفتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كمن باع مال غيره ثم اشتراه»^(١).
(٢) معطوف على «باع»، وتقريب هذا الفرع الذي هو مثال لما نحن فيه - من: أنّ الفضولي يبيع مال غيره لنفسه، ثم يشتريه من المالك - هو: أنّ مالك النصاب ليس مالكاً للزكاة، ومع ذلك يبيعه لنفسه مع ماله. قال المحقق رحمته: إنّ البيع والرهن صحيحان في ماله، ولا يصحّان في الزكاة ولو أدّى الزكاة من مالٍ آخر.

و قال الشيخ رحمته: إنّ كلا البيع والرهن صحيح بلا إجازة. ولكن إستشكل فيه المحقق بما حاصله: أنّ الزكاة مملوكة للفقراء، فإذا أذاها المالك من مال آخر فقد ملكها ملكاً جديداً، وإحتاج إنتقالها إلى المشتري إلى إجازة المالك البائع للنصاب، لأنّ بيع النصاب كان بالنسبة إلى الزكاة فضولياً.

(٣) «إنّ» مع إسمها وخبرها خبر لقوله: «فظاهر المحقق» يعني: فظاهرُ المحقق صحة البيع والرهن فيما عدا الزكاة، ولا موجب لتقدير الخبر كما في بعض المحواشي^(٢)، فهذا نظير قولك: «صاحب هذه الدار أنّه صديق» فهي جملة مستقلة اسمية من دون تقدير خبر أصلاً.

(٤) يعني: فإنّ أدّى البائع المالك للنصاب حصّة الفقراء إليهم فقد ملكها.

(٥) يعني: صحّ البيع والرهن في تمام النصاب. فجرد إنتقال حصّة الفقراء - بدفع بدلها إليهم - إلى بائع النصاب يوجب صحة بيعها ورهنها، ويكون من صغريات «من باع شيئاً ثمّ ملكه» حيث إنّ مالك النصاب باع جميع النصاب - ومنه حصّة الفقراء -

«١» المعتبر، ص ٢٧٦ (الطبقة الحجزية) ج ٢، ص ٥٦٣ (الطبعة الحديثة).

«٢» حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي رحمته، ج ١، ص ١٦٢.

و فيه ^(١) إشكال، لأنَّ العين ^(٢) مملوكة. و إذا أدَّى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة ^(٣) كما لو باع مال غيره ثمَّ اشتراه ^(٤)»

لنفسه، و بعد دفع حصّتهم إليهم من سائر أمواله صارت ملكاً له، و إندرج مالكُ النصاب بالنسبة إلى الزكاة في «مَنْ باع شيئاً ثمَّ ملكه».

و الأولى نقل كلام الشيخ الطائفة، قال رحمته: «إذا وجبت الزكاةُ في ماله، فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه، لم يصح الرهن في قدر الزكاة، و يصح فيما عداه. و كذلك المحكم لو باعه صحَّ فيما عدا مال المساكين، و لا يصحّ فيها لهم. ثمَّ يُنظر، فإن كان الرهن ^(٥) مال غيره و أخرج حق المساكين منه سلم الرهن جميعه، و كذلك البيع» ^(١).

(١) هذا كلام المحقق يعني: و فيما قاله الشيخ - من صحة البيع و الرهن - إشكال، و هذا الإشكال هو الذي مرَّ آنفاً يقولنا: «إنَّ الزكاة مملوكة للفقراء... الخ».

(٢) أي: الزكاة مملوكة للفقراء، و ليست ملكاً للبائع حتى لا يحتاج بيعها أو هبتها إلى إجازة، و يكون بيعُ تمامِ النصاب كافياً في صحة بيعها.

هذا بناءً على ما نقله المصنف من مضمون كلام المحقق، و إلاّ فعبارته المتقدمة هي: «لأنَّ العين غير مملوكة له». و المعنى: أن العين - بناءً على الإشاعة أو الكلي في المعين - غير مملوكة للبائع بتأماها حتى ينفذ بيع جميع المال، و لا يحتاج إلى إجازة جديدة.

(٣) لفظ «المستأنف» في كلا الموردين لا يخلو من المسامحة، لأنَّ كلمة الاستيناف تستعمل - كسائر موارد إستعمالها - في دخول مالٍ في ملك إنسانٍ بعد خروجه عن ملكه. و من المعلوم عدم كون الزكاة كذلك، لأنَّها لم تكن سابقاً ملكاً للمالك حتى يتجدد ملكه لها. فلملَّ الأولى أن يقال: «و إذا أدَّى العوض من ماله الآخر صارت الزكاة ملكاً له، فافتقر بيعها إلى إجازة».

(٤) غرضه تنظير بيع الزكاة ببيع مال آخر من الأموال المملوكة لأشخاص، كما إذا باع مال زيدٍ فضولاً، فكما يتوقف صحة بيعه على إجازة زيد، فكذلك يتوقف صحة بيع

«•» كذا في النسخة المطبوعة، و الظاهر أن الصحيح: «فإن كان للراهن مال غيره».

انتهى^(١).

بل يظهر^(٢) مما حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلا^(٣) أن يقول

حصّة الفقراء على الإجازة من ولي أمرها أو ممن يشتريها.

(١) يعني إنتهى كلام المحقق رحمته في المعبر.

(٢) يستفاد هذا الظهور من إطلاق قوله: «صح البيع والرهن» مع كونه في مقام البيان. ولعل الوجه في الإتيان بكلمة «بل» التنبية على خصوصية في نظر شيخ الطائفة، وهي: أنه وإن وافق المحقق رحمته في صحة بيع حصّة الفقراء إذا دفع إليهم حصتهم من سائر أمواله، ولكنه زاد عليه باستغناء بيعه عن إجازته بعد تملك الزكاة.

وهذه الفتوى - بناءً على عدم تعلق الخمس والزكاة بالعين كما هو بعض المباني في كيفية تعلقها بالمال - صحيحة، ولا يرد عليها إشكال المحقق. نعم يرد عليها بناءً على تعلقها بالعين بأحد النحويين - من الإشاعة والكلي في المعين - كما أشار إليه المحقق رحمته بقوله: «لأن العين مملوكة».

و بالجملّة: فالمحقّق يقول بصحة البيع مع الإجازة، والشيخ - بناءً على إستظهار المحقق - يقول بالصحة بدون الإجازة.

(٣) هذا إستدراك على قول المحقق: «و فيه إشكال» و حاصل الإستدراك: أن إشكال المحقق على شيخ الطائفة رحمته مبني على تعلق الزكاة بالعين إمّا بنحو الإشاعة، وإمّا بنحو الكلي في المعين. دون المبني الآخر وهو تعلقها بذمته، إذ على هذا المبني يندرج بيع المال الزكوي في المسألة السابقة، وهي كون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، مع عدم كونه جائز التصرف حال العقد.

و الوجه في كون هذا البيع من صفريات تلك المسألة: أن عين المال الزكوي خالصة للمالك، لفرض إستقرار حصّة الفقراء على عهدته، فليس المألّ مشاعاً بينه وبين الأوصاف، ولأنهم سهم فيه على نحو الكلي في المعين، بل يجب على المالك أداء الزكاة، كوجوب أداء سائر الديون لتفريغ ذمته منها.

و بناءً على هذا تكون الزكاة نظير الرهن، فكما يجوز للمرتهن إستيفاء الدين ببيع العين المرهونة لو إمتنع الراهن عن أداء ما في ذمته. فكذا يجوز للمستحقين إستيفاء الزكاة

الشيخ بتعلق الزكاة بالعين، كتعلق الدين بالرهن^(١)، فإن الراهن إذا باع فكف الرهن قبل مراجعة المرتهن^(٢) لزم، ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة (*).

و إستنقأذها من أموال المالك الممتنع عن أداء الحقّ. و عليه فبيع المال الزكوي، ثم دفع حصة الفقراء صحيح، و لا يتوقف على الإجازة. كما يصح للراهن بيع الرهن ثم فكّه بأداء الدين بلا حاجة إلى إجازة جديدة. هذا بناءً على تعلقها بالدين.

و لكن القول المشهور تعلق الزكاة بالعين، إمّا بنحو الإشاعة، و إمّا بنحو الكليّ في المعين. و تظهر الثمرة بينها في تلف مقدارٍ من المال، إذ التالف يُحسب على المالك و الفقراء - بالنسبة - بناءً على الإشاعة، و على المالك خاصة بناءً على الكلي في المعين لو بقي من المال مقدار الزكاة.

و يحتمل كون الزكاة بأحد وجهين آخرين، و هما: كونها بنحو تعلق حق الرهانة بالعين المرهونة، و بنحو تعلق حقّ الجناية برقبة العبد الجاني. و التفصيل موكول إلى محله. (١) فإنّ الدين يكون في ذمة المدين مع كون العين المرهونة وثيقةً للدين، بمعنى: أنّ للمرتهن إستيفاء دينه منها، كما أنّ الزكاة تتعلّق بالذمة، و للفقير إستيفاء الزكاة من النصاب، فليست الزكاة جزءاً من النصاب حتى يكون النصاب مشتركاً بين المالك و الفقير، و محتاج بيع الزكاة إلى الإجازة.

(٢) إذ لا يترتب أثر على الفكّ بعد المراجعة إلى المرتهن و الإستيذان منه لبيع العين المرهونة.

(*) لكن يعارضه ما نقله صاحب المقابس عنه من حكمه ببطلان بيع ما لا يملك، فلاحظ قوله في المبسوط: «لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها، ثم يشتريها و يسلمها إلى المشتري» و احتل صاحب المقابس إستناد حكمه بالبطلان على مختاره من فساد البيع الفضولي، حيث إنّ الخلاف في مسألة «من باع ثم ملك» يكون بعد تسلّم صحته. (١) و لعلّ ما ذهب إليه شيخ الطائفة في مسألة بيع الزكاة و إستغنائه عن الإجازة بعد دفع حصة الفقراء تعبّد مستند إلى النص، و هو صحيح عبدالرحمان بن أبي عبدالله، قال: «قلت

و بهذا القول^(١) صرح الشهيد رحمته الله في الدروس^(٢)، وهو^(٣) ظاهر المحكي عن الصميري.

و المحكي^(٤) عن المحقق الثاني في تعليق الإرشاد: هو البطلان، و مال

(١) و هو قول المحقق بصحة بيع «مَنْ باع ثم ملك» و هذا بخلاف قول الشيخ رحمته الله، فإنه قائل بالصحة بدون الإجازة من الفضولي الذي صار مالكا بالفعل.

(٢) قال الشهيد رحمته الله: «و لا يشترط الإجازة في الحال، و لا كون المميز حاصلًا حين العقد، فتصح إجازة الصبي و المجنون بعد الكمال. و كذا لو باع ملك غيره ثم إنتقل إليه فأجاز»^(١).

(٣) أي: القول بالصحة مع الإجازة ظاهر ما حكاه صاحب المقابس عن الشيخ مفلح الصميري رحمته الله^(٢).

(٤) مبتدأ، خبره «البطلان» قال في محكي تعليق الإرشاد: «هل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟ و جهان، و عدم الاشتراط أبعد. بل البطلان يتجه إذا قلنا إن الإجازة كاشفة، لأن إنتقال الملك إلى المشتري الأول إذا كان في وقت العقد إستلزم بطلان البيع الثاني، فينتفي الملك. و صحة البيع الأول فرع له»^(٣).

لأبي عبدالله عليه السلام: رجل لم يرك إبله أو شاته عامين، فباعها، على من اشتراها أن يركها لما مضى؟ قال: نعم. تؤخذ زكاتها، و يتبع بها البائع، أو يؤذي زكاتها البائع»^(٤)، لظهور الجملة الأخيرة في كفاية أداء الزكاة من مال آخر في صحة البيع السابق، و لزومه بالنسبة إلى تمام المبيع، مع عدم كون بعضه مملوكاً له حين البيع.

و على هذا الاحتمال لاوجه لتخريج كلام الشيخ على مسألة «من باع» و التكلّف في توجيهه بابتنانه على قول شاذ عندنا، و هو تعلقه بالدين، فلاحظ و تأمل.

«١» الدروس الشرعية. ج ٣. ص ١٩٣.

«٢» مقابس الأنوار. كتاب البيع. ص ٣٦

«٣» الحاكي لكلامه السيد العاملي في مفتاح الكرامة. ج ٤. ص ١٩٦ و ١٩٧

«٤» و مسائل الشيعة. ج ٦. ص ٨٦. الباب ١٢ من أبواب زكاة الأنعام. المحدث ١

إليه^(١) بعضُ المعاصرين، تبعاً لبعض معاصريه^(٢).
و الأقوى هو الأول^(٣)

(١) أي: إلى البطلان، والمراد ببعض المعاصرين صاحب الجواهر رحمته الله، فإنه - بعد نفي اشتراط أن يكون للعقد مجيز في حال العقد - قال: «نعم قد يمتنع في نحو المثال الثاني، لأن الكشف حال العقد يقتضي عدم ملكٍ للثاني، الذي قد فرض إنتقال الملك إليه، و كل ما يستلزم وجوده عدمه غير متحقق...»^(١) و سيأتي توضيحه في بيان الوجوه المذكورة في المقابس.

و قال في كتاب الزكاة - بعد ترجيح تعلقها بالعين على جهة الإشاعة في مجموع أجزاء النصاب - مالفظة: «و حينئذ فلو باع المالك النصاب نفذ في نصيبه قولاً واحداً كما إعترف به في البيان، و وقف في حصة الفقير على إجازة الإمام عليه السلام، أو وكيله، فيأخذ من الثمن بالنسبة. و لو أدّى المالك الزكاة من غيره بعد البيع لم يُجِد في الصحة، ضرورة عدم الملك حال البيع... الخ»^(٢). و هذه الجملة الأخيرة ظاهرة بل صريحة في بطلان بيع مالا يملكه ثم تملكه بعد البيع، فراجع.

(٢) و هو المحقق الشيخ أسدالله الشوشتری صاحب المقابس رحمته الله، فالأقوال في مسألة من باع مال غيره لنفسه ثم ملكه ثلاثة.

أحدها: الصحة و لو بدون الإجازة، و هو ظاهر الشيخ رحمته الله.
ثانيها: البطلان و لو مع الإجازة، و هو المنسوب إلى المحقق الثاني و صاحب المقابس و صاحب الجواهر رحمته الله.
ثالثها: الصحة مع الإجازة، و البطلان بدونها، و هو المنسوب إلى المحقق و الشهيد و الصيمرى.

(٣) و هو الصحة مع الإجازة. و لما كانت الصحة منوطة بوجود المقتضي لها و عدم المانع عنها، فلذا إدعى المصنّف وجود المقتضي لأمرين، و هما الأصل و العموم، كما نرى

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٨.

«٢» جواهر الكلام، ج ١٥، ص ١٤٢.

المانع، و هو الوجوه المذكورة في المقابس.

(١) الظاهر أن مراده به هو الأصل العملي مع الغض عن الدليل الاجتهادي، و إلا فلا مجال للأصل مع الدليل.

ثم إن الأصل المحكم في المعاملات هو أصالة الفساد، فلعل المراد به أصل البراءة عن إشتراط مالكيّة المجيز حال العقد، بناءً على جريان البراءة في الأحكام الوضعيّة كالأحكام التكليفيّة كما هو مقتضى إطلاق بعض أدلّة البراءة مثل حديث الحجب و إن لم يكن مرضياً عند المصنف رحمته الله (*).

(*) و لو جرت أصالة البراءة عن شرطية كون المالك حين الإجازة هو المالك حين العقد، أو عن مانعية تبدله حالها بمالك آخر حاله، كانت مقدّمة على أصالة الفساد، لتسبب الشك في الفساد عن الشك في شرطية الخصوصية المحتملة أو مانعيتها. كما ذهب إليه بعض أجلة المحشين^(١).

لكن يشكل إرادة أصالة البراءة هنا بكونها مثبتة، لأن ترتب الملكية على العقد الفاقد للخصوصية المشكوكة عقلي. و كذا الكلام لو أريد بالأصل إستصحاب عدم المجعول.

و أفاد السيد الطباطبائي رحمته الله: أن الأصل هنا ليس دليلاً مستقلاً في قبال العمومات، إذ المراد به إما القاعدة الاجتهادية المستفادّة من العمومات من صحة كل عقد شك في صحته شرعاً. و إما الأصل العملي و هو أصالة عدم شرطية مالكيّة المجيز حين العقد، و هي لاتجدي إلا بضميمة العمومات، إذ بدونها يكون الأصل المحكم هو أصالة الفساد^(٢)، هذا.

و قد ذكرنا في المقدمة الباحثة عن ألفاظ العقود شطراً من الكلام حول جريان أصالة البراءة في الشك في الشرطية في المعاملات، فراجع^(٣)

«١» حاشية المكاسب للمحقق الإيرواني، ج ١، ص ١٣٤ - ١٣٥.

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٦٣.

«٣» هدى الطالب، ج ٢، ص ٣١٦ - ٣٢٦.

و العمومات^(١) السليمة عما يرد عليه، ما عدا أمور لَقَّها بعض^(٢) من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذُكِر في الإيضاح و جامع المقاصد:
الأوّل^(٣): أنه قد باع مال الغير لنفسه،

(١) و هي قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ﴿تجارة عن تراضٍ﴾ و ﴿أحلّ الله البيع﴾ فإنّ هذه العمومات تشمل ما نحن فيه أعني به بيع الفضولي مال الغير لنفسه، و وقوعه للمالك، سواء تملكه البائع بعد البيع أم لم يملكه.

و الوجه في شمول العمومات للمقام هو: أنّ العقد الواقع بين الفضولي و طرفه واجدٌ للشرائط حسب الفرض ما عدا أمرين: أحدهما: إستناد العقد إلى المالك أو من هو بمنزلة. ثانيهما: الرضا بالبيع. و المفروض حصولها بالإجازة المتأخرة.

و إحتمالُ إعتبار إتحاد المالك حال العقد و الإجازة يندفع بأصالة العموم بعد إحراز صدق «العقد و التجارة و البيع» على ما أنشأه الفضول، هذا.

(٢) لا يخفى أن الأنسب التعبير عن الوجوه المذكورة في المقابس بـ «ما حقَّقها أو أفادها» دون التلفيق، خصوصاً مع تعبير المصنف عنه في غالب الموارد بـ «بعض المحققين» مما يُنبئ عن الاعتراف بمكانته في الفقه و دقة نظره.

ثم لا يخفى أنّ الأمور التي نقلها المصنف عنه سبعة، و لكن الموجود في المقابس وجوه ستة من الخلل مانعة عن تصحيح مسألة «من باع» و الوجه السابع طائفة من الأخبار إستدلّ بها على البطلان.

(٣) أي: الأمر الأوّل من الأمور التي أوردها المحقق المتقدم على صحة بيع الفضولي مال الغير لنفسه ثم إشتراه فأجازه.

و توضيحه: أنّ صاحب المقابس رحمته الله عقّد الموضوع الثاني - من مواضع البحث في بيع الفضولي - لأجل تحقيق حكم بيع الفضولي مال الغير لنفسه لالمالكة، و ذكر وجوهاً خمسة لبطلانه، و عدم وقوعه للمالك لو أجاز، و قوئى هو الفساد، فقال في بعض كلامه: «و حيث كان الحكم على خلاف الأصل ناسب الإقتصار على محلّ اليقين، فلا يكتفى بإجازة بيع الفضولي إذا أوقعه عن نفسه - خصوصاً إذا سمى نفسه في العقد - بل يجدد العقد ثانياً».

وقد مرّ الإشكال فيه^(١)، وربما لا يجري فيه^(٢)

وقد مرّ نقل هذه الوجوه وتحقيقها في المسألة الثالثة من مسائل البيع الفضولي التي عنوانها المصنف بقوله: «أن يبيع الفضولي لنفسه، وهذا غالباً يكون في بيع الغاصب... الخ»^(١) فكان من وجوه الاشكال أن إطلاق النويين: «لا تبع ما ليس عندك؛ لا تبع إلا في ملك» يشمل بيع الفضولي لنفسه ولملكه، فكلُّ منها منهي عنه، فيقع فاسداً. ويجري فيه أيضاً سائر الاشكالات المذكورة هناك مثل قوله: «و منها: أن الفضولي إذا قصد بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة، إذ لا يعقل دخول أحد العوضين في ملك من لم يخرج عن ملكه الآخر، فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة... الخ».

و حيث كانت العقود تابعة للقصد، ولم يتمشّ قصدُ المبادلة من بيع مال الغير لنفسه، تعيّن الحكم ببطلانه، وكان هذا المحذور بنظر صاحب المقابس غير قابلٍ للتفصي عنه بوجه.

وبهذا يظهر أن هذا الوجه الأوّل لو تمّ كان معناه عدم وجود المقتضي لشمول عموم مثل «أوفوا بالعقود» لبيع الفضولي لنفسه، لأنّ شمول العموم منوطٌ بتحقق الموضوع، وهو العقد والبيع المتقوّمان بالقصد الجدّي إلى المدلول، فالإنشاء المجرد عن القصد ليس عقداً ولا بيعاً ولا تجارةً حتى يمكن تصحيحه بالعموم والإطلاق. وليس الكلام في المانع - بعد إحراز المقتضي - ليمسك بالعموم لدفعه.

(١) هذا كلام صاحب المقابس، ومقصوده من «و قدمر» ما ذكرناه آنفاً، وهو الموضوع الثاني الذي عقده للبحث عن حكم بيع مال الغير لنفسه. و عبارة المتن منقولة بالمعنى، إذ عبارة المقابس: «و قد مرّ الكلام فيه».

(٢) أي: لا يجري في ما نحن فيه - وهو مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» - بعضٌ وجوه الاشكال المتقدمة في بيع الفضولي مال الغير لنفسه.

و مراده من بعض الوجوه المختصّ ببيع الغاصب لنفسه ولا يجري في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» هو الوجه الأوّل والرابع في ما ذكره صاحب المقابس في بيع الغاصب، حيث إنّه نقل عن المحقق الكركي رحمته «أن الغصب أمانة عدم رضا المالك». فهذا الوجه

بعض ما ذكر هناك^(١).

وفيه^(٢): أنه قد سبق أن الأقوى صحته، وربما يسلم هنا^(٣) عن بعض الإشكالات الجارية هناك^(٤)، مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

لا مورد له في مسألة «من باع» لأنّ الفضولي لم يتصرف في المال، وإنما ينشئ، ببعه بقصد أن يشتريه من مالكة ليسلمه إلى المشتري.

وكذا الوجه الرابع المختص بعلم المشتري بأنّ البائع غاصب. فللمورد لهذا الوجه في مسألة «من باع» لما فيه أولاً: من إختصاصه بعلم المشتري بعدم مالكيته للمبيع. وثانياً: بما أجاب به صاحب المقابس هناك من إنفكاك أمر العقد عن القبض، فراجع^(١).

(١) أي: في مسألة بيع الفضولي لنفسه، وهو غالباً يكون في بيع الغاصب.

(٢) أي: وفيما أفاده صاحب المقابس - من الأمر الأوّل - نظر، وجهه ماتقدم في المسألة الثالثة من منع الكبرى - وهي فساد بيع الفضولي لنفسه - لما عرفت من إندفاع وجوه الخلل والاشكال فيه، وأنّ الأقوى صحته. وحيث كانت مسألة «من باع» من صفريات «بيع الفضولي لنفسه» فلذا نقول بصحتها للأصل والعمومات.

بل نقول: إنّ مسألة «من باع» أقرب إلى الصحة من مسألة «بيع الفضولي لنفسه» لأنّ الاشكال الرابع المتقدم هناك - وهو «أنّ المنشأ غير مجاز، والمجاز غير منشأ» - لا موضوع له في المقام كما سيظهر.

(٣) أي: في «من باع شيئاً ثم ملكه» فإنّه يسلم عن إشكال مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان في بيع الغاصب، حيث إنّ الإجازة تقتضي نفوذ عقد الفضولي للمالك المجيز، لإقتضاء المعاوضة خروج المثلث عن ملكه ودخول الثمن في ملكه، مع أنّه خلاف ما قصده الغاصب من بيع المال المصوب لنفسه، فالمنشأ غير المجاز، والمجاز غير المنشأ.

وهذا المحذور مفقود في بيع ما لا يملكه ثم تملكه، لأنّه باع لنفسه، والإجازة وقعت على ما قصده. فأشكال مخالفة الإجازة لما قصده العاقد الغاصب لا يجري في مسألة: «من باع ثم ملك».

(٤) أي: المسألة الثالثة المتقدمة في (ج ٤، ص ٥٣٩).

الثاني^(١): أنا حيث جَوَزْنَا ببيع غير المملوك^(٢) مع إنتقاء الملك و رضا المالك والقدرة^(٣) على التسليم، فقد إكتفينا بمحصل ذلك^(٤) للمالك المجيز^(٥)، لأنّه البائع

(١) أي: الأمر الثاني من الأمور التي أفادها صاحبُ المقابس رحمته. و محصل هذا الاشكال - على صحة بيع «من باع شيئاً ثم ملكه» - هو: أنّ بيع الفضول لا بدّ أن يكون واجداً لجميع الشرائط المعتبرة في صحته التأهلية حتى تتوقف صحته الفعلية على فعلية الإجازة فقط. و هذا في بيع الفضول للمالك ثابت، لأنّ من يراد البيع له - و هو مالك المال المعقود عليه فضولاً - واجدٌ للقدرة على التسليم، وإمكان الرضا المنوط به النقل و الانتقال، و إن كانت هذه الأمور منتفية في العاقد، لعدم إعتبارها فيه. فهذا العقد الصادر من الفضول واجدٌ لجميع ما يعتبر في الصحة التأهلية بقول مطلق.

و هذا بخلاف العقد الصادر من الفضول هنا، إذ المفروض أنّ من يراد وقوع البيع له هو نفس العاقد الفضول. و من المعلوم أنّه ليس واجداً للقدرة المؤثرة في نفوذ هذا العقد، لأنّ قدرة الأجنبي على تقدير وجودها كالعدم. وكذا الحال في رضاه، فإنّ فعليته لا تجدي فضلاً عن إمكانه. فنّ له الصحة التأهلية للعقد - و هو مالك المال - غير مراد، إذ لم يقع العقد له. و المراد هو الذي وقع البيع له أعني به العاقد الفضول. إلا أنّ العقد ليس بالإضافة إليه واجداً للصحة التأهلية. فهذا العقد الفاقد للصحة التأهلية بالإضافة إلى المالك ليس قابلاً للصحة الفعلية، لعدم تعقل الصحة الفعلية بدون الصحة التأهلية، فإنّ العقد في نفسه ليس قابلاً للصحة التأهلية.

(٢) يعني: غير المملوك للفضولي، كحصة الفقراء - في منال بيع المال الزكوي - التي لا تكون مملوكةً للعاقد الفضول.

(٣) هذا و ما قبله معطوفان على «المالك» يعني: مع إنتقاء الملك و الرضا و القدرة على التسليم عن العاقد الفضول.

(٤) أي: ما ذكر من الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم.

(٥) يعني: في الفضولي المجهود الذي يبيع للمالك، فإنّ المالك المجيز هو البائع حقيقةً، لانتساب العقد إليه بإجازته.

حقيقةً، والفرض هنا^(١) عدم إجازته^(٢)، و عدم وقوع البيع عنه.
 وفيه^(٣): «أنَّ الثابت هو إعتبار رضا مَنْ هو المالك حال الرضا^(٤)، سواءً ملكَ
 حال العقد أم لا^(٥)، لأنَّ الداعي على إعتبار الرضا سلطنةُ الناس على أموالهم،

(١) هذا هو وجه الاشكال في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» يعني: أنَّ المفروض في
 هذه المسألة الخلل من ناحيتين.

إحدهما: أنَّ المالك حال العقد لم يجز هذا البيع الفضولي، فلم يستند العقد إليه.

و ثانيتهما: عدم وقوع البيع عن المالك، إذ المفروض قصد وقوعه لنفسه.

(٢) هذا الضمير و ضمير «عنه» راجعان إلى المالك المميز.

(٣) أي: و في هذا الأمر الثاني الذي أفاده صاحبُ المقابس رحمته أنَّ الثابت... الخ.

و توضيحه: أنَّ كلام المقابس دلَّ على فقد أمرين في مسألة «من باع ثم ملك» أحدهما
 رضا المالك، و الآخر قدرته على التسليم. و المصنف رحمته أجاب عن كل منهما مستقلاً.

أمَّا رضا المالك فحصل ما أفاده فيه: أنَّ أدلة إعتبار الرضا - و هي سلطنة الناس

على أموالهم، و عدم جِلِّ الأموال لغير أربابها بغير طيب أنفسهم، و قبج التصرف فيها

بغير رضاهم عقلاً - لا تقتضي إلا إعتبار الرضا فيمن هو مالك حال الرضا، لأنَّ المالك

حين الإجازة و هو المتصف بكونه باتعاً لا بدَّ أن يكون راضياً، سواء أكان مالكاً حين

العقد أم لم يكن.

هذا بالنسبة إلى طيب نفس المالك. و أما القدرة على التسليم فسيأتي الكلام فيه.

(٤) لأنَّ الرضا يوجب النفوذ، فلا بدَّ من وجود الرضا و غيره من الشرائط حين

نفوذ العقد، سواء أكان المالك حين الإجازة و الرضا هو المالك حين العقد أم لا.

و المفروض في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» كونُ المالك حال الإجازة - و هو العاقد

الفضول الذي صار مالكاً فعلياً للمبيع - غير مالكها حين العقد، فشرائط صحة العقد

تأهلاً موجودة للمالك الفعلي المميز و هو الفضول. فلا يلزم ما ذكره المحقق صاحب المقابس

من إنتفاء رضا المالك، لأنَّ شرط صحة العقد رضا المالك حال إستناد العقد إليه، و هو

حال الإجازة.

(٥) لأنَّ إعتبار كون المميز المالك حال الإجازة هو المالك حين العقد قيّد زائد

لا دليل عليه، و هو منفي بإطلاق الأدلة.

وعدم جلتها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم، وبيع^(١) التصرف فيها بغير رضاهم. وهذا^(٢) المعنى لا يقتضي أزيد مما ذكرنا^(٣).

وأما القدرة^(٤) على التسليم فلا نضايق^(٥) من إعتبارها في المالك حين العقد، ولا يُكتفى بحصولها^(٦) فيمن هو مالك حين الإجازة. وهذا^(٧) كلام آخر لا يقدر

(١) هذا و«عدم» معطوفان على «سلطنة».

(٢) وهو كون الداعي إلى إعتبار رضا المالك هي الأدلة الثلاثة المتقدمة.

(٣) وهو أنّ الثابت من تلك الأدلة إعتبار رضا من هو مالك حين الإجازة، لأنّ المالك الفعلي للزكاة - في مثال بيعها قبل إخراجها - بعد دفع بدلها من أمواله الأخر إلى الفقراء هو مالك النصاب، فيعتبر رضا بيعها فضولاً مع بيع النصاب بمقتضى سلطنته على ماله، وغيرها.

(٤) هذا تمهيد لدفع إيراد صاحب المقابس على صحة بيع المالك مالا يملكه حال العقد بانتفاء القدرة على التسليم في هذا البيع، حيث إنّ البائع ليس مالكا للمبيع حين العقد حتى يكون قادراً على تسليمه، مع وضوح شرطية القدرة في صحة البيع.

(٥) أي: فلانضايق من إعتبار القدرة في المالك حين العقد.

وقوله: «فلانضايق» دفع لإشكال القدرة على التسليم، ومحصّله: أنّا لانتكر إعتبار القدرة في المالك حين العقد وإن لم يكن مجزئاً، فإنّ القدرة على التسليم حاصلة للمالك حين الإجازة، كحصولها للمالك حال العقد فلا يبقى مجال لدعوى إنتفاء القدرة على التسليم.

(٦) هذا الضمير و ضمير «إعتبارها» راجعان إلى القدرة.

(٧) يعني: وإعتبار القدرة في المالك حين العقد كلام آخر غير مرتبط بما نحن فيه، وهو مسألة «من باع مال الغير لنفسه فضولاً ثم ملكه بالشرء أو الإرث، فأجاز البيع».

وجه عدم إرتباطه بما نحن فيه هو: أنّ البحث في مسألة «من باع فضولاً مال الغير لنفسه ثم ملكه فأجاز البيع» إنّما يكون بعد الفراغ عن واجديّة ذلك البيع الفضولي لشرائط الصحة، إذ محطّ البحث في هذه المسألة إنّما هو في كفاية الإجازة في صحة بيع الفضولي مع صيرورته مالكا فعلياً لما باعه فضولاً، بعد فرض جامعية ذلك البيع الفضولي

إلزامه في صحة البيع المذكور^(١)، لأن^(٢) الكلام بعد إستجماعه للشروط المفروغ عنها.

الثالث^(٣): أن الإجازة

لجميع الشرائط.

وبعبارة أخرى: أنا نلتزم باشتراط صحة البيع بقدرة من هو مالك حين العقد على تسليم المبيع للمشتري. فإن كان «من باع شيئاً ثم ملكه» مطمئناً برضا المالك بإقباض المبيع فقد صحَّ بيعه، كسائر البيوع الفضولية. وإن لم يكن مطمئناً به فسَدَّ بيعه، لفقد شرط الصحة.

وعليه فلا خصوصية في مسألة «من باع شيئاً» من جهة القدرة على التسليم، لأنها من الشرائط العامة لبيع الأصيل والفضول. مع أن المقصود بالبحث فعلاً ملاحظة المحاذير المختصة بمسألة «من باع» فلا وجه لدعوى فقد التمكن من التسليم هنا.

(١) و هو: من باع شيئاً ثم ملكه.

(٢) تعليل لعدم قبح إلزام إعتبار القدرة في المالك حين العقد في صحة بيع مالا يملكه ثم تملكه. و حاصله: أن الكلام في صحة بيع الفضول - الذي صار مالاً فعلياً و أجاز - يكون بعد فرض جامعته للشروط التي ثبتت شرطيتها في البيع.

(٣) هذا ثالث الأمور التي أفادها صاحب المقابس رحمته معترضاً بها على صحة البيع بالإجازة في مسألتنا، و هي «من باع فضولاً مال الغير لنفسه ثم ملكه و أجاز».

و محصل هذا الأمر الثالث: أنه - بعد البناء على عموم دليل صحة الإجازة و كاشفتها في جميع الموارد حتى في مسألتنا هذه - يلزم أمر غير معقول، و هو إجتماع النقيضين. توضيحه: أنه إذا باع زيدٌ مثلاً مال أبيه لنفسه فضولاً يوم الجمعة على عمرو، ثم ملك ذلك المال بالشرء أو الإرث يوم السبت، فأجاز ذلك البيع الفضولي يوم الأحد، لزم بناءً على كاشفية الإجازة خروجُ المال عن ملك زيدٍ يوم الجمعة. مع أنه لم يدخل في ملكه إلا يوم السبت، و لا يعقل خروج المال عن ملك شخصٍ قبل دخوله في ملكه، فيلزم أن يكون زيد مالاً كذلك المال يوم الجمعة و غير مالكٍ له في يومها، و ليس هذا إلا التناقض.

- حيث صحت^(١) - كاشفة^(٢) على الأصح^(٣) مطلقاً^(٤)، لعموم^(٥) الدليل الدال عليه^(٥).

و يلزم أيضاً إجتماع المالكين على مالٍ في زمانٍ واحدٍ، فإن المبيع فضولاً يكون في يوم الجمعة مملوكاً للمالكين، أحدهما: المالك الأول أعني به والد زيد، والآخر: عمرو الذي هو المشتري من زيد العاقد الفضولي.

وكلا هذين اللازمين محالٌ عقلاً. ولا فرق في إستحالة إجتماع النقيضين والضدين بين الأعراض الخارجية والأمر الاعتبارية. وهذا المحذور العقلي يمنع جواز التمسك بالعمومات لصحة البيع الفضولي، فلا يحصى حينئذٍ عن الرجوع إلى الأصل العملي، وهو في المقام أصالة الفساد أي إستصحابه، إذ نشك بعد صدور الإجازة في البيع الفضولي في ترتب الأثر على العقد، فيستصحب عدمه.

فالمتحصل: عدم الدليل على صحة عقد الفضولي، فلا بد من القول ببطلانه.

(١) في قبال بطلانها وعدم تأخيرها في نفوذ بيع الفضولي، كما يذهب إلى لنوعية الإجازة من يقول بفساد العقد الفضولي رأساً.

(٢) خبر قوله: «ان الإجازة» وقوله: «على الأصح» إشارة إلى كونها ناقلةً، كما هو مختار بعضٍ. و ظاهرُ العبارة أن المحقق صاحب المقابس أورد هذا الأمر الثالث بناءً على الكشف الحقيقي أي حصول النقل من زمان العقد، لامن حين الإجازة، لا الكشف الحكمي الذي نقله المصنف عن شيخه شريف العلماء.

وكيف كان فهذا المحذور الثالث قد جعله فخرُ المحققين وجهاً لرأي العلامة من بطلان بيع ما لا يملكه ثم تملكه، قال في الايضاح: «و يحتمل البطلان، لتضاد ملكي شخصين لشيء واحد بعينه، وقد تحقّق أحد الضدين، فينتفي الآخر»، ونحوه كلام المحقق الثاني رحمته الله، فراجع^(١).

(٣) يعني: حتى في ما إذا باع الفضولي لنفسه، ثم ملك وأجاز.

(٤) تحليل لكاشفية الإجازة في جميع أفراد عقد الفضولي.

(٥) أي: على كون الإجازة كاشفة.

ويلزم حينئذ^(١) خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه^(٢).
و فيه^(٣): منع كون الإجازة كاشفةً

(١) أي: حين القول بكاشفية الإجازة مطلقاً.

(٢) أي: في ملك البائع، وهذا نقل عبارة المقابس بالمعنى، وإلا فنص كلامه هو:
«قبل دخوله في ملكه، وهو محال» فلاحظ.

(٣) أي: وفي هذا المحذور العقلي الذي أفاده صاحب المقابس رحمته إشكال.

توضيح ذلك: أن عقد الفضولي إذا كان في نفسه جامعاً لشرائط الصحة، ولم يكن مانع عن تأثيره ونفوذه إلا عدم رضا المالك، فإن أجاز المالك صح العقد من حين وقوعه. وإن لم يجزز وانتقل المال الذي عقد عليه فضولاً إلى العاقد الفضول بالشراء أو الإرث، و أجاز هو عقده الفضولي، وقّع البيع له، و نفذ من زمان الإجازة لامن زمان العقد، إذ شرط صحة الإجازة و قابليتها لتأثير العقد و تنفيذه أن تكون صادرة ممن له أهلية الإجازة، و من المعلوم إناطة أهليتها بصورها عن المالك التام المالكية، بأن لا يكون محجوراً عن التصرف في ماله.

و بالجملة: فدل على اعتبار الإجازة يدل على اعتبارها في محلّ قابل، و قابلية المحل منوطة بالمكية المميز، فبدونها ليست الإجازة قابلةً لتصحيح العقد و تنفيذه.

و على هذا فإجازة العاقد الفضول - الذي صار مالكاً فعلاً للمال المعقود عليه فضولاً - كاشفة عن صحة العقد الفضولي من زمان تملكه لما باعه فضولاً، لامن زمان وقوع العقد، لأن قابلية الإجازة للتأثير إنما تكون من زمان تملك المميز لامن زمان العقد، لعدم كونه مالكاً للمال حين العقد حتى تصلح إجازته للتأثير من زمان صدوره.

فلا يلزم حينئذ من صحة العقد الفضولي تناقض و لاتضاد حتى يضطر إلى رفع اليد عن العمومات الدالة على صحة عقد الفضولي، و نرجع إلى الأصل العملي، و هو أصالة الفساد، و نلتزم ببطلان عقد الفضولي كصاحب المقابس.

و بعبارة أخرى: كلام صاحب المقابس رحمته مبني على أن الإجازة في جميع البيوع الفضولية كاشفة عن ترتب النقل و الانتقال عليها من حين إنشائها، فلذا يتوجه المحذور المتقدم من إجتماع المالكين على مال واحد و غيره.

مطلقاً^(١) عن^(٢) خروج الملك عن ملك المجهيز من حين العقد حتى^(٣) فيما لو كان المجهيز غير مالك حين العقد^(٤)، فإن^(٥) مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع.

و هذا المبني ممنوع، لأن الإجازة وإن كانت كاشفةً، لكن المتبع هو دليل الاعتبار، والمستفاد منه إمكان الكشف، فإن أمكن ترتب النقل من زمان العقد كشفت الإجازة عنه، كما في بيع الفضول للمالك، ثم إجازته له.

وإن إمتنع ترتب الأثر من حين العقد و أمكن ترتبه عليه من زمان لاحق، كشفت الإجازة عن حصول الأثر في الزمان المتأخر، و لا يُحكم بلفوية الإجازة لمجرد إمتناع تأثيرها من زمان العقد.

و حينئذٍ فلما ثبت قابلية بيع الفضول مال الغير لنفسه للصحة - كما تقدم في المسألة الثالثة التي عقدها المصنف رحمته - قلنا: إن هذا البائع لم يكن أهلاً للإجازة حين بيع مال الغير، ولكنه بعد تملكه للمال صار أهلاً لأن يجيز، فلا مانع من وقوع البيع له و إستناده إليه بإجازته. و هذه الإجازة كاشفة عن دخول المال في ملك الأصيل - المشتري - من زمان تملك المجهيز له، لا من زمان العقد. و لأمحذور شرعاً و لاعقلاً في الإلتزام بالكشف بهذا المعنى.

و يمكن التنظير له بالهبة الفضولية، فإن المثهب لا يملك العين من زمان العقد لو أجاز المالك، بل يملكها من حين القبض، و هذا شاهد على أن القول بالكشف لا يستلزم تحقق النقل و الإنتقال من زمان العقد في جميع الموارد، لأن الإجازة تابعة للعقد المجاز. هذا.

(١) أي: سواء أكان المجهيز مالكاً حين العقد أم لا.

(٢) متعلق بـ «كاشفة» و قوله: «عن ملك، من حين العقد» متعلقان بـ «خروج».

(٣) هذا بيان المراد من قوله: «مطلقاً».

(٤) كمسألتنا، و هي: من باع شيئاً ثم ملكه.

(٥) تعليل لمنع كون الإجازة كاشفةً - في جميع الموارد - عن ترتب الأثر من زمان

العقد، بل تتبع صحة العقد المجاز. فإن كان جامعاً لشرائط التأثير عدا رضا المالك كشفت الإجازة عن ترتب الأثر من زمان العقد. و إن لم يكن جامعاً لها - كما في مسألة من باع

فاذا^(١) ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذي أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد^(٢) في المحل القابل للعقد عليه^(٣)، و لا مانع^(٤) من وقوعه إلاّ عدم رضا مالكة، فكما^(٥) أن مالكة الأوّل إذا رضي يقع البيع له، فكذلك مالكة الثاني^(٦) إذا رضي يقع البيع له. و لا دليل^(٧) على إعتبار كون الرضا المتأخّر^(٨)

شيئاً ثم ملكه - كشفت عن ترتب الأثر من أوّل أزمته الإمكان، و هو زمان دخول المال في ملك المميز.

(١) هذا بيان لوجود المقتضى لصحة عقد الفضولي لنفسه، و حاصله شمول العمومات له، كما تقدّم في المسألة الثالثة.

(٢) لكون الفضولي قاصداً جداً للمعاملة، و لم يكن داعيه الهزل و المزاح.

(٣) لكون المبيع ممّا يصحّ بيعه، لخلوّه عن الموانع.

(٤) أي: من وقوع العقد. و هذا إشارة إلى مانع الصحة، و هو عدم رضا مالك المال. فاذا حصل رضا المالك أثر العقد أثره، لوقوع الإجازة في محلّها، سواء أكان هو المالك الأوّل كما هو الحال في بيع الفضولي للمالك، فيجيزه، أم هو الثاني أي العاقد الفضولي الذي صار مالكاً فعلاً.

(٥) الجملة جواب الشرط في قوله: «فاذا ثبت».

(٦) وهو العاقد الفضولي الذي تملك المال - الذي باعه فضولاً - بالشراء أو بالإرث.

(٧) هذا إشارة إلى منشأ إشكال صاحب المقابس^{رحمته} «من خروج المال عن ملك

البائع قبل دخوله فيه» حيث إن منشأه إعتبار كون الرضا و الإجازة بمن هو مالك حال العقد، و المفروض أنه لا دليل على هذا التقييد. بل مقتضى الدليل هو صدور الرضا و الإجازة بمن يصلح رضاه لتنفيذ العقد، و هو ليس إلاّ المالك حين الإجازة، سواء أكان هو المالك الأوّل أم المالك الثاني، و هو العاقد الفضولي، أو غيره بمن ملك المال الذي بيع فضولاً.

و بالجملة: فلا دليل على إعتبار كون المميز هو المالك حال العقد.

(٨) كما في العقود الفضولية، فإن رضا المالكين فيها متأخر عن نفس العقود، بخلاف

العقود غير الفضولية، لمقارنته رضا المالكين فيها للعقود.

مَمَّن^(١) هو مالك حال العقد.

و حينئذ^(٢) فإذا^(٣) ثبتت صحته بالدليل، فلا يحيص عن القول بأن الإجازة كاشفة عن خروج المال عن ملك المميز في أول أزمته قابليته^(٤)، إذ لا يمكن الكشف فيه^(٥) على وجه آخر^(٦)، فلا يلزم من إلزام هذا المعنى^(٧) على الكشف^(٨) محال^(٩) عقلي^(١٠) ولا شرعي^(١١) حتى يرفع اليد من أجله^(١١) عن العمومات المتضمنة للصحة.

(١) خبر قوله: «كون».

(٢) أي: و حين عدم الدليل على إعتبار كون الرضا المتأخر مَمَّن هو مالك حال العقد.

(٣) هذه نتيجة ما أثبتته من صحة العقد بالدليل، و عدم دليل على إعتبار كون الرضا المتأخر مَمَّن هو مالك حين العقد.

(٤) أي: قابلية الإجازة، و الأولى تأنيث الضمير. و يمكن رجوع الضمير إلى «خروج المال». و وقت قابلية الإجازة للكشف زمان تملك العاقد الفضولي بالشراء أو الإرث المال الذي باعه فضولاً كما مرّ آنفاً.

(٥) أي: فيما نحن فيه، و هو: مالو باع لنفسه ثم اشتراه من مالكة و أجاز.

(٦) و هو الكشف مطلقاً و إن لم يكن المميز مالكاً حين العقد، كما يقول بهذا الإطلاق صاحب المقابس، و يورد عليه بلزوم خروج المال عن ملكه قبل دخوله فيه.

(٧) و هو خروج المال عن ملك المميز في أول أزمته قابليته، و هو زمان تملكه بالشراء أو الإرث.

(٨) متعلق بـ «يلزم» يعني: فلا يلزم محال على الكشف بهذا المعنى.

(٩) كاجتماع التقيضين و إجتماع الضدين، على التقريب المتقدم آنفاً.

(١٠) كمخالفة دليل شرعي يدل على لزوم كشف الإجازة عن صحة العقد من

زمان وقوعه مطلقاً و إن لم يكن المميز مالكاً حين العقد حتى يكون الإلتزام بكون الإجازة كاشفة عن صحة العقد من زمان تملك المميز مخالفاً لذلك الدليل، و محالاً شرعياً. لكن ليس من ذلك الدليل عين و لا أثر.

(١١) أي: من أجل المحال العقلي و الشرعي كما يدعيه صاحب المقابس، و يرفع

فإن كان لابد من الكلام^(١) فينبغي في مقتضى^(٢) للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف - عقلاً أو شرعاً - أن يكون عن خروج المال عن ملك المميز وقت العقد^(٣).

وقد عرفت^(٤) أن لا كلام في مقتضى الصحة، ولذا^(٥) لم يصدر^(٦) من المستدل على البطلان، وأنه^(٧) لا مانع عقلاً ولا شرعاً من كون الإجازة كاشفةً من زمان

اليد عن العمومات المقتضية للصحة، ويقول ببطان عقد الفضولي في مسألة: من باع شيئاً ثم ملكه فأجاز.

(١) أي: فإن كان لابد من الاشكال والمناقشة - في صحة بيع من باع لنفسه، ثم ملكه بالشراء أو الإرث وأجاز - فينبغي أن يكون الاشكال في ناحية مقتضى للصحة، بأن يقال: إنه لا مقتضى لصحة هذا البيع، لعدم شمول العمومات له.

أو يقال: إن اللازم في كاشفية الإجازة خروج المال عن ملك المميز حال العقد، دون غيره ممن ملك المال بعد زمان العقد كما في من باع شيئاً ثم ملك، فإن المميز - وهو العاقد الفضولي - ملك المال بعد زمان العقد.

(٢) وهي العمومات المتقدمة في (ص ٢٥٢).

(٣) بأن يكون المميز هو المالك حال العقد، دون المالك في غير زمان العقد، كمن باع مال غيره لنفسه ثم ملكه وأجاز، فإن المميز حينئذ غير المالك حين العقد.

فقوله: «وقت العقد» قيد لـ «ملك المميز» يعني: خروج المال المملوك له حال العقد عن ملكه.

(٤) أي عرفت عدم الكلام والإشكال في وجود مقتضى الصحة، حين قال في (ص ٢٦٢): «فإذا ثبت بمقتضى العمومات ... الخ».

(٥) أي: ولأجل تمامية مقتضى الصحة، وهي العمومات المتقدمة الدالة على صحة بيع من باع مال الغير لنفسه ثم ملكه وأجاز، لم يصدر من صاحب المقابس - المستدل على بطلانه بالأمر التي أفادها - كلام يُشعر ببطان البيع المذكور من ناحية مقتضى.

(٦) أي: لم يصدر كلام من المستدل.

(٧) مطوف على «أن لا كلام» يعني: وقد عرفت أنه لا مانع ... الخ.

قابلية تأثيرها^(١).

ولا يتوهم^(٢) أن هذا^(٣) نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد، إذ^(٤) التخصيص إنما يقدر مع القابلية^(٥). كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك

و غرضه من هذا الكلام ردُّ الوجه الثاني المذكور بقوله: «أو في القول بأن الواجب... الخ». كما أن قوله: «و قد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة... الخ» ردُّ للوجه الأوّل المذكور بقوله: «فان كان لا بدُّ من الكلام فينبغي في المقتضى للصحة» وقد تقدّم أنفاً تقريب كلا الرديّن.

(١) و هو زمان مالكية المميز لما باعه فضلاً.

(٢) هذا الكلام يتضمّن وهاً و دفعاً. أمّا الوهم فهو: أن تخصيص كاشفية الإجازة بزمان قابليتها للتأثير - و هو زمان تملك العاقد الفضولي لما باعه فضلاً و عدم تأثيرها من زمان صدور العقد في مسألتنا، و هي «مَن باع ثم ملك و أجاز» - يكون نظير تخصيص المالك إجازة يبيع ماله الذي يبيع فضلاً بزمان متأخر عن العقد، كما إذا باعه الفضولي يوم الجمعة، و خصص المالك إجازته بيوم السبت، بحيث يكون مبدء زمان تأثيرها و كاشفيتها يوم السبت. فكما لا يجوز التخصيص هناك، فكذلك في مسألة: من باع ثم ملك و أجاز.

و أمّا دفع الوهم المزبور فلخصه: أن القياس مع الفارق. توضيحه: أن قابلية الإجازة للكشف عن صحة العقد من حين وقوعه موجودة في المقيس عليه، فتخصيص تأثيرها بزمان متأخر خلاف المجلع الشرعي، فلا يجوز. و هذا بخلاف المقيس، فإن قابلية الإجازة للتأثير تحدث عند صيرورة المال ملكاً للفضولي بالشراء أو الإرث، فلا يعقل تأثيرها قبل حدوث القابلية لها. فتعميم تأثير الإجازة لما قبل مالكية الفضولي للمال لغو. (٣) أي: يبيع الفضولي مال الغير لنفسه، و إجازته بعد تملكه لذلك المال.

(٤) هذا تقريب دفع الوهم المذكور، و قدمرّ أنفاً بقولنا: «و أمّا دفع الوهم المزبور».

(٥) غرضه لغوية التخصيص بزمان متأخر عن العقد مع قابلية تأثير الإجازة من زمان وقوع العقد، لكون التخصيص خلاف الحكم الشرعي، و هو نفوذ الإجازة من حين العقد.

المجيز - بناء^(١) على ما سبق^(٢) في دليل الكشف: من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع، أو إمضاء العقد الذي مقتضاه النقل من حين الوقوع - غير^(٣) قادح مع عدم قابليته تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع (*).

(١) الظاهر أنه قيد لقوله: «إنما يقدح مع القابلية» يعني: أن قدح التخصيص بزمان متأخر عن العقد مبني على كون معنى الإجازة إمضاء العقد من حين وقوعه بمقتضى إطلاق العقد، وعدم تقيده بزمان دون زمان. أو كون معنى الإجازة إمضاء العقد الذي يقتضي مفهومه النقل من حين العقد.

و على التقديرين تكون الإجازة منقذة للعقد من حين وقوعه. فتخصيص نفوذ الإجازة بزمان متأخر عن العقد خلاف المجلع الشرعي، فلا عبرة به.

و على ما ذكرنا من قيدية قوله: «بناءً على ما سبق» لقوله: «إنما يقدح» ينبغي تقديم: «بناءً على ما سبق» على قوله: «كما أن تعميم الإجازة... الخ» بأن يقال: «إنما يقدح مع القابلية بناءً على ما سبق» إلى قوله «من حين الوقوع». ثم يقال: «كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز - ممن باع ثم ملك و أجازه - لما قبل ملكه غير قادح، مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع».

و الوجه في عدم قدح التعميم و التخصيص: أن المدار على الحكم الواقعي المجهول شرعاً، و ليس شيء من التعميم و التخصيص بيد المجيز، بل هما تابعان لما هو الواقع من الحكم الشرعي، فكل من التعميم و التخصيص غير المطابق للواقع لفق و لا عبرة به.

(٢) حيث إستدل القائل بالكشف «بأن الإجازة متعلقة بالعقد، فهي رضاً بضمونه، و ليس إلا نقل العوضين من حينه» فراجع (ص ١٦).

(٣) خبر قوله: «أن تعميم».

(*) لا يخفى أن للمحقق الايرواني رحمته إشكالاً على ما أفاده المصنف رحمته في هذا الأمر الثالث، و محصله: أن العمومات - التي إستدل بها على كل من صحة عقد الفضولي في مسألتنا، و هي «من باع شيئاً و ملكه و أجاز» و من كاشفية الإجازة من زمان تملك البائع الفضولي لذلك المال الذي باعه فضولاً، بتقريب: أنها بعمومها تقتضي صحة بيع الفضولي،

وبإطلاق مادة الوفاء في خطاب «أوفوا» تقتضي لزوم الوفاء بالعقد من أول زمان تحققه. وهذا هو معنى الكشف - يلزم تركها مع عدم إمكان الأخذ بالكشف لمحذور عقلي أو شرعي، وترك تصحيح بيع الفضولي بها والرجوع الى الأصل، وهو يقتضي الفساد كما أفاده صاحب المقابس رحمته.

فجواب المصنف رحمته عن ذلك - بأن الجمع بين العمومات وبين دليل كاشفية الإجازة يقتضي صحة بيع «من باع ثم ملك وأجاز» وكشف الإجازة من حيث يمكن، وهو زمان مالكية الفضولي لما باعه فضلاً - لا يدفع الاشكال، إذ ليس هنا دليلان حتى تكون نتيجة الجمع بينهما الصحة وكشف الإجازة من حيث يمكن، بل الدليل واحد، وهي العمومات المشار إليها. والمحذور العقلي أو الشرعي يوجب سقوطها، ولا دليل بعد سقوطها على صحته، وتحديد كاشفية الإجازة من زمان مالكية الفضولي لما باعه فضلاً فلامحيص عن الالتزام بفساد بيع من باع فضلاً ثم ملك وأجاز كما عن صاحب المقابس «١».

أقول: المحذور العقلي يمنع الأخذ بإطلاق مادة الوفاء زماناً وبقيدته، ولا يرفع الإطلاق رأساً، فإنه إطلاق أزمني يقبل التقييد بزمان. كما إذا وجب إكرام عالم في جميع الأزمنة بمقتضى الإطلاق الزماني. لكن عرض مانع عن إكرامه في بعض الأزمنة، فهل يصح أن يقال بعدم وجوب إكرامه بعد إرتفاع ذلك المانع إستناداً إلى سقوط إطلاق دليل وجوب إكرامه؟ فإن وزان التقييد العقلي وزان التقييد اللفظي، فإن من الواضح صحة أن يقال بوجوب الوفاء بالعقد من حين وقوعه، إلا إذا لم يكن المجيز مالكاً لما باعه حين العقد، فإن وجوب الوفاء حينئذ يكون من زمان مالكيته لما باعه فضلاً.

و عليه فما أفاده المصنف رحمته وجيه.

نعم بناءً على الكشف الانقلابي - كما في حاشية المحقق الايرواني رحمته - تصح دعوى تأثير الإجازة من زمان عقد الفضولي، لامن زمان مالكية الفضولي لما بيع فضلاً. ولا يلزم حينئذ أمر غير معقول من إجتماع التقييدين والضدين. وذلك لأن لزومه منوط باجتماع ملكية المال الواحد للمالكين في آن واحد. ولا يلزم ذلك على انكشاف الانقلابي، حيث إن

الرابع^(١): أن العقد

(١) هذا رابع الأمور التي أفادها صاحبُ المقابس رحمته معترضاً بها على القائلين بصحة بيع «من باع فضولاً لنفسه ثم ملكه وأجازه». ومحصل هذا الأمر الرابع: أنه لو باع زيد فضولاً مال أبيه على عمرو يوم الجمعة، ثم اشتراه من أبيه يوم السبت، ثم أجاز

ملكيته لهما يكون على التناوب، لا على الاجتماع والمعية.

توضيحه: أن الإجازة توجب إنقلاب ما كان مملوكاً للمالك الأول ودخوله بوجوده السابق من هذا الزمان - بسبب الإجازة - في ملك المالك، فيكون المال مملوكاً للمالكين على سبيل التناوب، لا على الاجتماع والمعية. فالملكية وإعتبار الملكية لاحق، والمملوك سابق. عكس الملكية الحالية والمملوك اللاحق كملك المنافع الآتية فعلاً، وكملك البطون اللاحقة فعلاً للعين الموقوفة بقطعها اللاحقة.

وعلى هذا المعنى من الكشف لا يلزم في المقام شيء من المحذورين، وهما: خروج العين عن ملك المميز قبل دخولها في ملكه، وإجتماع المالكين على مملوك واحد. أقول: ما أفاده رحمته - لو سلم إمكانه في نفسه - بعيد عن أذهان العرف وأبناء المحاوره، ولا يمكن إثباته بالدليل، إذ الاقتضاء العقلي لا يتمشى إلا بعد عدم الحكم العرفي في المورد. وأما معه فلا سبيل للتمسك به. وقد تقدم أنفاً أنه لا يلزم من الالتزام بكشف الإجازة عن نفوذ العقد من زمان مالكية المميز لما باعه فضولاً إلا تقيد الإطلاق الزماني الثابت لدليل وجوب الوفاء بالعقد، وتقيد الاطلاقات أمر عرفي معمول به بين أبناء المحاوره. ومع لا يحكم العقل بما ذكره.

فتلخص: أن ما أفاده المصنف رحمته من «أن الإجازة لا تؤثر إلا في محل قابل، وهو بعد صيرورة العاقد الفضولي مالكاً للمال، فيكون بيع من باع فضولاً مال الغير لنفسه ثم ملكه وأجاز صحيحاً كسائر البيوع الفضولية، حتى لو كان وقوع مضمون العقد من زمان حصوله دخيلاً في مفهوم العقد، وكانت الإجازة إنفاذاً له» متيناً جداً، وذلك لما مر من أن المحذور العقلي كالمقيد اللفظي يقيد الإطلاق الأزماني، ويكون قرينة على إرادة خلاف مفهوم العقد أو إطلاقه.

الأول^(١) إنما صحَّ و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، و هي^(٢) متوقفة على صحة العقد الثاني^(٣) المتوقفة^(٤) على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، فتكون صحة الأول^(٥) مستلزماً لكون المال المعين ملكاً للمالك^(٦) و ملكاً للمشتري معاً في زمان

زيد ذلك العقد الفضولي يوم الأحد، فالعقد الأول هو بيع زيد فضولاً، و العقد الثاني هو بيع الأب على ولده زيد. فصحة العقد الأول بمعنى إنتقال المال إلى عمرو منوطة بإجازة البائع الفضولي و هو زيد، و صحة إجازته منوطة بالعقد الثاني و هو بيع الأب ذلك المال على زيد، إذ بدون إنتقاله إليه من الأب لا يصير مالكاً حتى تصحَّ إجازته. و صحة العقد الثاني - و هو بيع الأب على زيد - متوقفة على بقاء المال على ملك الأب الذي هو المالك الأصلي، إذ لا يبيع إلا في ملك.

فصحة العقد الأول تستلزم كون المال ملكاً للأب و لعمرو في زمان واحد و هو يوم الجمعة. أما الأب فلأنَّ المال لم ينتقل منه إلى ولده زيد إلا يوم السبت، فالمال باقٍ على ملكه يوم الجمعة. و مقتضى الإجازة صيرورة المال يوم الجمعة ملكاً لعمرو، فاجتمع مالكان - أحدهما: المالك الأصلي، و هو الأب، و الآخر عمرو الذي إشتري المال بالبيع الفضولي من زيد - على مالٍ واحد في يوم الجمعة.

و مبنى الاشكال في هذا الأمر الرابع هو إجتماع مالكين على مال واحد. و مبنى الاشكال السابق هو حيثية خروج المال عن ملك البائع الفضولي قبل دخوله فيه.

(١) و هو بيع زيد فضولاً.

(٢) أي: و الإجازة متوقفة ... الخ.

(٣) و هو بيع الأب على زيد. و وجه توقُّف صحة إجازة الفضولي على صحة العقد

الثاني واضح، لأنَّ مالكية المميز للمال متوقفة على صحة العقد الثاني.

(٤) صفة لـ «صحة»، و المراد بـ «مالكة الأصلي» هو الأب في المثال المذكور.

(٥) أي: العقد الأول، و هو بيع زيد فضولاً مالاً أبيه لنفسه على عمرو يوم الجمعة.

(٥) الأصلي و هو الأب في المثال. وجه الاستلزام: أنَّ الإجازة الواقعة في يوم الأحد

الكاشفة عن صحة عقد الابن فضولاً يوم الجمعة تستلزم حدوث الملك لعمرو من يوم

واحد، و هو محال، لتضادهما^(١). فوجود الثاني^(٢) يقتضي عدم الأول^(٣)، و هو موجب لعدم الثاني^(٤) أيضاً، فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد، و هو محال.
فإن قلت^(٥):

الجمعة، و المفروض أن هذا المال كان في يوم الجمعة ملكاً للأب، إذ لم يخرج عن ملكه بناقل إلا يوم السبت. ففي يوم الجمعة كان المأل ملكاً لشخصين: أحدهما الأب، و الآخر عمرو، و هو الذي إشتهر من زيد الذي باعه فضلاً يوم الجمعة.

(١) حيث إن الملكيتين المستقلتين ضدان يمتنع إجتماعهما، و المفروض كون كل من الأب و عمرو مالكاً عرساً لهذا المال بالاستقلال. و لافرق في إمتناع الضدين بين كونها من الأعراض الخارجية كالسواد و البياض، و الأمور الاعتبارية كالملكية و الزوجية.

(٢) أي: الملك الثاني - و هو ملك زيد للمال يوم الجمعة بمقتضى كشف الإجازة عنه - يقتضي عدم ملكيته لأبيه يوم الجمعة. كما أن ملكيته لأبيه تقتضي أيضاً عدم ملكيته لزيد يوم الجمعة. فيلزم وجود الملكية و عدمها لكل من هذين المالكين في آن واحد، و هو محال، للتناقض.

(٣) أي: الملك الأول الثابت للمالك الأصلي، و هو والد زيد.

(٤) أي: الملك الثاني الثابت لزيد.

و بالجملة: الملك الثاني يبنى الملك الأول، و بالعكس، و هو محال، لكونه من إجتماع النقيضين.

(٥) هذا إشكال من صاحب المقابس على نفسه، و محصلة: أن إشكال لزوم إجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد لا يختص بهذه المسألة، و هي «من باع مال غيره لنفسه فضلاً ثم ملكه و أجاز» بل يعتم سائر البيوع الفضولية أيضاً.

توضيحه: أنه إذا باع زيد كتاب عمرو فضلاً على بكر يوم الجمعة، و أجاز عمرو هذا البيع يوم السبت، فإن مقتضى كاشفية الإجازة ملكية الكتاب لبكر من يوم الجمعة، لكون الإجازة كاشفة عن تأثير العقد من زمان وقوعه و هو يوم الجمعة. و حيث إن صحة الإجازة منوطة بملكية المبيع للمجيز و كونه ملكاً له إلى زمان صدور الإجازة منه، فيكون المال في الزمان المتخلل بين العقد و الإجازة ملكاً لعمرو و لبكر. و ليس هذا

مثل هذا^(١) لازم في كلِّ عقدٍ فضوليٍّ، لأنَّ^(٢) صحته موقوفة على الإجازة المتأخّرة المتوقّفة على بقاء ملك المالك، ومستلزمةً لملك المشتري كذلك^(٣)، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك والمشتري معاً في آنٍ واحدٍ، فيلزم^(٤) إمّا بطلانُ عقد الفضوليِّ مطلقاً، أو بطلانُ القول بالكشف، فلا اختصاص لهذا الإيراد^(٥) بما نحن فيه^(٦).
قلنا^(٧):

إلا إجتماع الضدين المستلزم لإجتماع النقيضين بالتقريب المتقدم آنفاً، فلا بدّ من الإلتزام ببطلان الفضولي مطلقاً.

- (١) أي: لزوم ملك المالكين على مالٍ واحد في زمان واحد.
- (٢) تعليل للزوم ملك المالكين على مال واحد، وقد مرّ تقريبه آنفاً.
- (٣) أي: في حال بقاء المبيع على ملك المالك الأصلي المميز، وهو عمرو في المثال المزبور.

(٤) يعني: فلازمُ صيرورة مالٍ واحد في آنٍ واحد ملكاً للشخصين - وهما المالك الأصلي المميز، والمشتري - أحدُ أمرين، إمّا بطلانُ عقد الفضولي مطلقاً، أي سواء باع الفضولي مالَ الغير لنفسه أم لملكه، وإمّا بطلانُ القول بكاشفية الإجازة، والإلتزام بناقليتها.

- (٥) وهو لزوم كون مال واحد ملكاً للمالك المميز والمشتري في زمانٍ واحدٍ.
- (٦) وهو بيع الفضولي مالَ الغير لنفسه، وإجازته لهذا البيع بعد أن ملكه.
- (٧) هذا جواب قوله: «فان قلت» ومحصّله: أنه فرق بين ما نحن فيه و سائر العقود الفضولية. توضيحه: أنه يكفي في سائر العقود الفضولية كون المميز حين الإجازة مالِكاً ملكيةً ظاهريةً إستصحابية، فإذا باع زيدُ كتاب عمرو فضولاً على بكرٍ، فأجاز عمرو هذا البيع، فإن مالكية عمرو ظاهراً تكفي في صحة إجازته، فيكون المبيع ملكاً واقعاً للمشتري وهو بكر بمقتضى كاشفية الإجازة، و ظاهراً لملكه وهو عمرو. وهذا بخلاف ما نحن فيه، وهو «من باع شيئاً فضولاً لنفسه ثم ملكه وأجاز» فإن المبيع فيه يكون ملكاً واقعاً لشخصين، أحدهما المشتري، وهو بكرٌ بمقتضى كاشفية الإجازة، والآخر عمرو وهو المالك الأصلي، وذلك لأنّ المفروض أنّ زيدا بعد أن باع فضولاً مالَ أبيه إشتراه من أبيه. ولا بدّ في صحة هذا الشراء من كون الأب البائع مالِكاً

يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً (*)، و هو الحاصل من إستصحاب ملكه السابق، لأنها^(١) في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحق، و لا يكفي الملك الصوري^(٢) في العقد الثاني^(٣).

واقعاً لهذا المال، إذ لا يبيع إلا في ملك. فإذا كان زمانُ عقد الفضولي يوم الجمعة و زمانُ الإجازة يوم الأحد، لزم أن يكون المأل في يوم الجمعة ملكاً للأب و بكرٍ واقعاً، و هذا محال. (١) هذا تعليل لكفاية الملكية الظاهرية في الإجازة، و حاصله: أن حقيقة الإجازة رفع اليد و إسقاط الحق، و يكفي فيه الملك الظاهري. بخلاف البيع، فإنه لا يكفي فيه الملك الصوري، بل لا بد فيه من الملك الواقعي.

(٢) أي: الملك الظاهري، نظير الملك الظاهري المستند إلى اليد، فإنه كافٍ في نفوذ إقرار ذي اليد على ما في يده بأنه مال الغير، و إن كان بالإقرار يخرج عن ملكه. (٣) و هو بيع الأب في المثال المزبور ذلك المأل المبيع فضولاً على ولده، فإن المال لو لم يكن ملكاً واقعاً للأب فكيف يجوز أن يبيعه على ولده؟ مع وضوح أنه «لا يبيع إلا في ملك».

(*) لعل وجه الكفاية ما في بعض الكلمات من: أن مقتضى ما دلّ عموماً أو خصوصاً على كون صحة عقد الفضولي بنحو الكشف الحقيقي، و على: أن للإجازة دخلاً و لو بنحو الشرط المتأخر - و من البديهي إمتناع إجتماع المالين في آن واحد على ملك واحد - هو الإلتزام بكفاية الملكية الظاهرية و قيامها شرعاً مقام الملكية الواقعية، كقيام الطهارة الظاهرية الخبثية مقام الطهارة الواقعية التي تكون أدلة إعتبارها ظاهرة في أنفسها في الطهارة الواقعية. إلا أن دليل إستصحاب الطهارة أو قاعدتها حاكم على تلك الأدلة.

ففي عقد الفضولي الذي لا يملك بعد العقد ما عقد عليه فضولاً إذا لحقته الإجازة يكون ذلك المبيع ملكاً واقعياً للمشتري الأصيل، و ظاهرياً للمالك الأصلي المجيز. و لامتافاة بين كون مال واحد ملكاً واقعياً لشخص و ظاهرياً لآخر.

و هذا بخلاف المقام و هو تملك العاقد الفضولي المبيع بعد ما باعه فضولاً لغيره، فإن الملك الظاهري الإستصحابي للمالك الأصلي المجيز لا يكفي في حصول الملك الواقعي

للفضولي المشتري، بل لابد من كون الملك واقعياً، ولازمه حينئذ كون مال واحد ملكاً واقعياً للمالكين في زمان واحد، وهو محال عقلاً.

ويمكن أن يكون وجه الكفاية كون مقتضى الجمع بين دليل صحة عقد الفضولي كسناً - و إمتناع الجمع بين المالكين عقلاً - هو حمل ملك المالك المعجز على الملك اللولائي، يعني: لولا الإجازة كان المال ملكاً له. ويسمى هذا الملك بالملك التقديري، وبالإجازة يخرج عن ملك المعجز. والملكية التقديرية كافية فيما عدا المقام - أعني به من باع ثم ملك - من سائر العقود الفضولية، لكفاية الملكية التقديرية في صحة إجازة المعجز فيها، وعدم كفايتها في بيع المالك الأصلي، إذ لا يبيع إلا في ملك، وهو الملك الواقعي إجمالاً. وهذه الملكية اللولائية نظير الصحة اللولائية في باب النذر، كما إذا نذر ترك الصلاة في الحمام، فإن الناذر لا يقدر على الصلاة الصحيحة إلا بإعادة الصحة لولا النذر^(١).

ويمكن أن يكون وجه صحة الإجازة في سائر العقود الفضولية ما قيل من: «أنه لا يستفاد من أدلة إعتبار طيب نفس المالك في حِلِّ ماله إلا عدم إرتفاع ملك أحد إلا بطيب نفسه. أما كون ذلك الإرتفاع بعد طيب النفس ليلزم أن يكون في رتبة سابقة على طيب النفس مالاً فلا، فيمكن أن يكون المأل بطيب نفس متأخر منتقلاً عنه في زمان سابق، وهو زمان تعلق رضا المالك بتحقيق الانتقال فيه كما هو مبني القول بالكشف... الخ»^(٢).

أقول: لا يخفى أن الظهور العرفي في دليل شرطية شيء هو تقدمه على المشروط، لأن الشرط كالجاء دخيل في الموضوع الذي هو بجميع أجزائه و شرائطه مقدّم على الحكم، وأي فرق بين أن يقال: «لا يحل مال امرء إلا إذا كان بالغاً عاقلاً» وبين أن يقال: «لا يحل مال امرء إلا إذا كان راضياً» فهل يمكن أن يقال بدخل البلوغ والعقل بأي نحو إتفق ولو بعد التصرف.

إذا كان طيب النفس شرطاً للحلية فلامحالة لا تحصل الملكية والانتقال إلا بعد الرضا المنكشف بالاجازة، لا أن يكون الرضا سبباً لحدوث الملكية بالنسبة إلى الأزمنة الماضية. نعم إن ثبت الكشف الانقلابي كان ما أفيد صحيحاً، لكنه غير ثابت، بل أحاله بعض.

«١» حاشية المكاسب للسيد الطباطبائي، ج ١، ص ١٦٤

«٢» حاشية المكاسب للمحقق الايرواني، ج ٢، ص ١٣٦.

أقول: قد عرفت^(١) أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول^(٢) بعد إجازة العاقد^(٣) له هو تملك المشتري^(٤) له من حين ملك العاقد^(٥) لا من حين العقد^(٦).

و حينئذ^(٧) فتوقف إجازة العقد الأول

(١) في دفع الاشكال الثالث من إشكالات صاحب المقابس بقوله: «و فيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً عن خروج الملك» إلى قوله: «فلا يلزم من إلتزام هذا المعنى على الكشف محال» فراجع (ص ٢٦٣ - ٢٦٠).

(٢) و هو بيع الولد فضلاً مال أبيه على بكرٍ.

(٣) يعني: العاقد الفضولي، و هو الولد. و ضمير «له» راجع إلى العقد الأول.

(٤) و هو بكر، فإنه مشتري المال من العاقد الفضولي، و هو ولد المالك الأصلي، و جملة «هو تملك... الخ» خبر «بكون الأثر».

(٥) أي: العاقد الفضولي و هو الولد، و زمان ملك العاقد لما باعه فضلاً هو زمان بيع أبيه ذلك المال على ولده العاقد الفضولي.

(٦) و هو بيع الولد مال أبيه فضلاً على بكرٍ يوم الجمعة في المثال المذكور.

(٧) أي: و حين كون الإجازة كاشفةً عن تملك المشتري للمبيع من حين ملك العاقد - لا من حين وقوع العقد - يتضح وجه توقف إجازة العقد الأول - و هو عقد الفضولي - على صحة العقد الثاني، و هو شراء ما باعه الفضولي من مالكة، ضرورة إعتبار مالكية المجهز حين الإجازة، و لا يصير العاقد الفضولي مالكاً إلا بالعقد الثاني، و هو شراؤه المبيع

و بالجملة: فالإلتزام بخروج المال عن ملك مالكة قبل الإجازة و هي الطيب - بحيث تصدر الإجازة بعد إنتقال المال إلى المشتري - مشكل، لكونه خلاف ظاهر دليل شرطية الطيب في حصول الملكية لغير المالك، حيث إن ظاهره صدور الطيب عن المالك، فلا بد أن يكون مالكاً في رتبة سابقة على الطيب حتى يصدر الطيب عنه، فإنه لا يتكر ظهور دليل الشرطية في تقدم الشرط على المشروط.

فالشرط المتأخر - بعد فرض تعقله ثبوتاً - لا دليل عليه إثباتاً، بل الدليل و - هو الظهور اللفظي - قائم على خلافه. فما أفاده المحقق الإيرواني رحمته لا يمكن المساعدة عليه.

على صحة العقد الثاني^(١) مسلّم، و توقّف صحة العقد الثاني^(٢) على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلّم^(٣) أيضاً^(٤). فقوله^(٥): «صحة الأوّل تستلزم كون المال ملكاً للمالك و المشتري في زمان واحد» ممنوع^(٦).

الفضولي من مالكة.

(١) و هو العقد الذي يوجب ملكية المال الذي بيع فضولاً للعاقدة الفضولي، و المراد بالعقد الأوّل هو عقد الفضولي.

(٢) و هو العقد الموجب لتملك الفضولي للمبيع من مالكة، و توقّف هذا العقد الثاني على بقاء المال على ملك مالكة الأصلي إلى زمان شراء الفضولي لذلك المال واضح.

(٣) خبر قوله: «و توقّف».

(٤) يعني: كتسلّم توقّف إجازة العقد الأوّل - و هو عقد الفضولي - على صحة العقد الثاني.

(٥) يعني: فقول صاحب المقابس رحمته، و هذا نقل عبارته بالمعنى، إذ عبارته هذه «فتكون صحة الأوّل مستلزماً لكون المال المعين... الخ» كما في (ص ٢٦٩) و قد تقدم هناك تقريب إستلزام صحة العقد الأوّل لكون المال المعين ملكاً للمالك الأصلي و للمشتري الأصلي.

و جملة: أنّ صحة العقد الأوّل - و هو عقد الفضولي الواقع يوم الجمعة - تستلزم إجتماع المالكين على المال الذي بيع فضولاً، حيث إنّ المشتري يملك ذلك المال من يوم الجمعة بإجازة العاقدة الفضولي في يوم الأحد، و المالك الأصلي و هو أبو العاقدة الفضولي أيضاً مالك له، و إلا لم يصح شراء ابنه العاقدة الفضولي ذلك المال منه يوم السبت. فصار المال المعين في يوم الجمعة مملوكاً للمالك الأصلي أعني به والد العاقدة الفضولي، و للمشتري الذي إشتراه من العاقدة الفضولي يوم الجمعة.

(٦) خبر: «فقله» و جه منعه هو ما أفاده قبيل ذلك من أنّ القائلين بصحة بيع «من باع فضولاً مال الغير ثم ملكه و أجاز» لم يقولوا بصحته من زمان وقوع العقد، بل يقولون بصحته من زمان ملكيته للعاقدة الفضولي. و حينئذٍ لا يجتمع مالكان على ملك واحد، إذ المشتري من الفضولي لا يملك ما إشتراه منه إلا من يوم السبت، لأنّه يوم إشتري فيه الفضولي ذلك المال من أبيه كان المال يوم الجمعة ملكاً لأبيه فقط، و لم يكن للمشتري فيه

بل صحته^(١) تستلزم^(٢) خروج العين عن ملكية المالك الأصلي^(٣).
 نعم^(٤) إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن
 الملك حين العقد. ولكن هذا^(٥) أمرٌ تقدّم دعواه في الوجه الثالث^(٦)، و قد تقدّم
 منعه^(٧)، فلا وجه لإعادته^(٨) بتقرير آخر، كما لا يخفى.

علاقة الملكية حتى يجتمع مالكان على مال واحد يوم الجمعة.

(١) يعني: بل صحة العقد الأول - وهو عقد الفضولي - تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي وهو الأب في المثال المذكور، إذ لا وجه لصحته مع بقاء العين على ملكية المالك الأصلي، لوضوح إعتبار كون الميز مالكا حين الإجازة.
 (٢) الأولى إبداله بـ «توقف» ضرورة أنّ صحة بيع الفضولي متوقفة على خروج المال عن ملك المالك الأصلي، ومن لوازمه وآثاره، وليست صحة بيع الفضولي ملزومة لخروج المال عن ملك المالك الأصلي كما لا يخفى.
 (٣) فإذا خرج عن ملك مالكة الأصلي يوم الجمعة لم يلزم إجتماع المالكين على ملك واحد في يومها.

فمراده بقوله: «بل صحته» هو: أنّ صحة العقد الأول - وهو عقد الفضولي - تُنتج ضد إجتماع المالكين على مال واحد، لا أنّ صحتها تستلزم إجتماع المالكين، كما زعمه المستشكل، حيث صرح به في أول الإشكال الرابع بقوله: «فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكاً للمالك و ملكاً للمشتري معاً في زمان واحد».

(٤) إستدراك على قوله: «ممنوع» يعني: نعم يلزم المحال - وهو إجتماع المالكين على مال واحد - بناءً على كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين وقوع العقد، لامن حين تلك العاقد الفضولي لما باعه فضولاً.

(٥) أي: كون الإجازة كاشفة عن الملك من زمان صدور العقد.

(٦) أي: الإشكال الثالث من إشكالات صاحب المقابس^١، حيث قال في

(ص ٢٥٨) «إنّ الإجازة حيث صحت كاشفة على الاصح مطلقاً».

(٧) قد تقدم ذلك في (ص ٢٦٠) بقوله: «و فيه: منع كون الإجازة كاشفة مطلقاً».

(٨) يعني: فلا وجه لإعادة أمرٍ تقدّم دعواه في الوجه الثالث، مع تقدم منعه بقوله: «و»

فيه منع كون الإجازة كاشفة ... الخ».

نعم^(١) يبقى في المقام الإشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو^(٢) كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشتري معاً^(٣). وهذا^(٤) إشكال آخر

يعني: أن ما تقدم في الاشكال الثالث يُعني عن ذكر الإشكال الرابع، فلاوجه لإعادته بتقرير آخر، وهو إجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد. لكن فيه: أن حيشية الإشكال متعدّدة، إذ هي في الوجه الثالث خروج المال عن ملك المجيز قبل دخوله في ملكه. و في الوجه الرابع إجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد. و حيشية كل من الاشكالين ملحوظة مع الغض عن الأخرى. نعم مبنى كلا الاشكالين واحد، و هو كون الإجازة كاشفةً. لكن وحدة المبنى لا توجب وحدة الإشكالين.

(١) يعني: بعد دفع الاشكال الخاص - و هو إجتماع المالكين على ملك واحد في زمان واحد - قال: يبقى في المقام - و هو بيع الفضولي مال الغير لنفسه و تملكه له بعد العقد ثم إجازته له - إشكال عامّ وارد في جميع العقود الفضولية بناءً على كون الإجازة كاشفةً عن صحة العقد من حين وقوعه، لا من حين صدور الإجازة.

(٢) أي: الإشكال الوارد في مطلق الفضولي. تقريب هذا الاشكال العام هو: أنه يلزم إجتماع مالكين - وهو المشتري و المالك الأصلي - على ملك واحد في زمان واحد. توضيحه: أنه إذا باع زيد كتاب مكاسب عمر و فضولاً على بكر يوم الجمعة، ثم أجاز عمر و يوم السبت هذا البيع الفضولي، فهذا الكتاب يكون بين زمني وقوع العقد و صدور الإجازة ملكاً للمجيز و المشتري معاً.

أما كونه ملكاً للمجيز فلاّنه لو لم يكن ملكاً له حين الإجازة لم يكن أثر لإجازته، ضرورة أن المدار في نفوذ الإجازة على مالكية المجيز حين الإجازة، و إجازة غير المالك من هو بمنزلة كعدم.

و أما كونه ملكاً للمشتري فلاّنه مقتضى الكشف عن صحة العقد من حين وقوعه. فالمبيع في الزمان المتخلل بين وقوع العقد و صدور الاجازة مملوك للمجيز و المشتري معاً. و هذا إشكال عامّ في جميع العقود الفضوليّة.

(٣) بالتقريب الذي مرّ آنفاً.

(٤) أي: الإشكال العامّ الوارد في مطلق عقد الفضولي، و هو كون الملك حال

تعرض لإندفاعه أخيراً^(١) غير^(٢) الإشكال الذي إستنتجه من المقدمات المذكورة^(٣) وهو^(٤) لزوم كون الملك للمالك الأصلي و للمشتري.

نعم يلزم من ضمّ هذا الإشكال العام^(٥) إلى^(٦) ما يلزم في المسألة^(٧) على القول بالكشف^(٨) من حين العقد إجتماع^(٩) مُلاكٍ ثلاثة^(١٠) على ملكٍ واحدٍ قبل العقد الثاني^(١١).

الإجازة للمجيز و المشتري معاً.

(١) يعني: تعرض له صاحبُ المقابس بني في (ص ٢٧١) بقوله: «قلنا يكفي في الإجازة ملكُ المالك ظاهراً، و هو الحاصل من إستصحاب ... الخ».

(٢) نعمتُ لـ «إشكال آخر».

(٣) في الأمر الرابع بقوله: «لأنّ صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء ملك المالك» إلى قوله: «فيلزم كونه بعد العقد... الخ» فراجع (ص ٢٧١).

(٤) أي: الاشكال العام الذي إستنتجه من المقدمات المذكورة.

(٥) الوارد في جميع العقود الفضولية، و هو كون المبيع للمالك الأصلي و للمشتري، لأنّ المبيع الفضولي بعد إجازة المالك الأصلي العقد الفضولي يكون في الزمان المتخلّل بين العقد و الإجازة مملوكاً للمالك الأصلي و المشتري.

(٦) متعلق بـ «ضمّ».

(٧) و هي مسألة: «من باع شيئاً ثم ملكه و أجاز».

(٨) إذ على القول بالنقل يكون المبيع الفضولي باقياً على ملك المالك الأصلي إلى زمان الإجازة، و لا ينتقل إلى المشتري إلا بالإجازة، فلا يلزم تعدد المالك على مالٍ واحدٍ بين العقد و الإجازة.

(٩) فاعلُ: «يلزم» في قوله: «يلزم من ضمّ...».

(١٠) أوْلُهُم المالكُ الأصلي، و هو الأب في مثالنا المتكرّر، و الثاني ولده، و هو البائع الفضولي، و ثالثُهُم عمرو، و هو المشتري الأوّل الذي إشتري المال من البائع الفضولي.

(١١) و هو بيع الأب ذلك المبيع على ابنه العاقد الفضولي. و التقييد بالثاني لأجل بقاء مالكية الأب، إذ بعد العقد الثاني يخرج عن المالكية، و لا يعدّ حينئذٍ من المُلاك الثلاثة.

لوجوب^(١) إلزام مالكيّة المالك الأصلي حقّاً يصحّ العقدُ الثاني^(٢)، و مالكيّة^(٣) المشتري^(٤) له، لأنّ^(٥) الإجازة تكشف عن ذلك^(٦)، و مالكيّة^(٧) العاقد له، لأنّ^(٨) ملك المشتري لا بدّ أن يكون عن ملكه^(٩)، و إلاّ^(١٠) لم تنفع إجازته في ملكه^(١١) من حين العقد، لأنّ^(١٢) إجازة غير المالك

(١) تعليل لمالكيّة المالك الأوّل و هو الأب قبل العقد الثاني، إذ لو لم يكن مالكاً لم يصحّ العقد الثاني، فإنّ المشتري - و هو عمرو - يتلقّى الملك من العاقد الفضولي الذي ملك المبيع فضولاً من أبيه بالعقد الثاني.

(٢) و هو بيع الأب ذلك المال على ولده العاقد الفضولي، إذ لو لم يكن الأب مالكاً لم يصحّ بيعه على ولده الفضولي.

(٣) «معطوف على «مالكيّة» و ضمير «له» راجع إلى «ملك».

(٤) و هو عمرو الذي اشتري المال من العاقد الفضولي.

(٥) تعليل لمالكيّة المالك الثاني - و هو عمرو في المثال - فإنّ مالكيته ناشئة عن إجازة العاقد الفضولي الذي باعه فضولاً، ثم أجاز ذلك بعد ما اشتراه من أبيه بالعقد الثاني.

(٦) أي: عن مالكيّة عمرو، لأنّ الإجازة من المالك تكشف عن تأخير العقد في مالكيّة المشتري.

(٧) معطوف على «مالكيّة»، و العاقد الفضولي هو المالك الثالث.

(٨) تعليل لمالكيّة العاقد الفضولي و هو الإبن، و حاصلُ التعليل: أنّ مالكيّة المشتري - و هو عمرو - ناشئة من إجازة الإبن، و نفوذُ الإجازة موقوف على مالكيّة المبيز، إذ ليست إجازة غير المالك و من هو بمنزلة نافذة.

(٩) أي عن ملك العاقد، و ضمير «له» راجع إلى «ملك».

(١٠) يعني: وإن لم يكن العاقد مالكاً للمال لم تنفع إجازته في مالكيّة المشتري له من حين العقد.

(١١) أي: في ملك المشتري، و ضمير «إجازته» راجع إلى العاقد.

(١٢) تعليل لقوله: «لم تنفع إجازته» حاصله: أنّ إجازة المالك تنفع في خروج المال

لا يُخرج ملك الغير إلى غيره^(١).

ثم^(٢) إنَّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يُسمن ولا يُغني، لأنَّ^(٣) الإجازة إذا وقعت، فإنَّ كشفت^(٤) عن ملك المشتري قبلها^(٥) كشفت عما يبطلها، لأنَّ^(٦) الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي.

إلى غيره، وإجازة غير المالك لا تنفع في إنتقال المال إلى الغير.

(١) أي: غير المالك، والأولى بسلاسة العبارة أن يقال: «لأنَّ إجازة الفضولي لأُخرج ملك المالك إلى غيره».

(٢) هذا إشكال ثانٍ من المصنف على صاحب المقابس تَبَيَّنَّا. أمَّا إشكاله الأول فهو الذي قد تقدم في (ص ٢٧٤) بقوله: «أقول: قد عرفت أنَّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر». و أمَّا إشكاله الثاني على جواب صاحب المقابس عن الاشكال العامَّ الوارد على جميع العقود الفضولية - بما أفاده بقوله في (ص ٢٧١): «قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً» - فهو: أنه يلزم من كاشفية الإجازة عدم مالكية المميز حين الإجازة.

توضيحه: أنه إذا باع الفضولي مالَ زيد على عمرو يوم الجمعة، وأجاز زيدُ هذا البيع يوم السبت، فلما كانت الإجازة كاشفةً عن ملكية المال لعمرو من يوم الجمعة، فقد كشفت عن بطلان الإجازة، لأنها لا تنفذ إلا إذا صدرت عن المالك الواقعي حين الإجازة، والمفروض أنَّ المال من يوم الجمعة صار ملكاً لعمرو، فلا أثر لإجازة زيد، لعدم كونه مالكاً حين الإجازة.

(٣) دليل على عدم كون جواب صاحب المقابس مغنياً، وقد مرَّ آنفاً تقريبه.

(٤) لم يذكر عدلاً لهذه الشرطية، فالأولى أن يقال: «إنَّ إجازة المالك لما كشفت ... الخ».

(٥) أي: قبل إجازة زيدٍ في المثال المذكور. والمراد بقوله: «عما يبطلها» هو صيرورة المال ملكاً لعمرو من يوم الجمعة، وخارجاً عن ملك زيد، فليس المال في يوم السبت ملكاً لزيدٍ حتى تنفذ إجازته. ومن المعلوم أنه لأثر لإجازة غير المالك. والمراد بالمالك هو المالك الواقعي دون الظاهري، ولذا لو أجاز شخصٌ باعتقاد كونه مالكاً - ولو إستناداً إلى حجة شرعية كاليد والاستصحاب - ثم تبينَّ خلافه وأنَّ المالك شخصٌ آخر، فلا أثر لإجازته، ولا بد من إجازة المالك الواقعي في صحة العقد ونفوذه.

(٥) تعليل لبطلان الإجازة، وقد مرَّ بيانه آنفاً بقولنا: «و من المعلوم أنه لا أثر لإجازة».

و المالك^(١) الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف^(٢) كون غيره مالكا حين الإجازة، و لذا^(٣) لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لأن^(٤) المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية.

ثم^(٥) إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة

(١) مبتدأ و خبره قوله: «إنما يجدي» و الواو مستأنفة.

(٢) لتقوم الحكم الظاهري بالشك و عدم إنكشاف الواقع، و مع إنكشافه لا يبق موضوع للحكم الظاهري، و المفروض إنكشافه هنا.

(٣) أي: و لأجل إناطة إجداء إجازة المالك الظاهري بعدم إنكشاف الخلاف لو تبين ... الخ.

(٤) تعليل لقوله: «لم تنفع إجازته» و حاصله: أن المالكية شرط واقعي لنفوذ الإجازة كالطهارة الحديثة للصلاة، فإن الشرط بوجوده الواقعي شرط، لا بالأعم منه و من الظاهري حتى يؤثر بطلق وجوده في المشروط. و أما كون المالكية من الشرائط الواقعية فبالضرورة و الإجماع، و بظهور الأدلة في ذلك.

(٥) هذا إشارة إلى إشكال ثالث على ما أفاده صاحب المقابس^١ في هذا الأمر الرابع في دفع إشكال لزوم إجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد في سائر العقود الفضولية بقوله في (ص ٢٧١): «قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهراً» إلى قوله: «و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني ... الخ».

و محصل هذا الاشكال الثالث الذي أورده المصنف على صاحب المقابس^٢ هو: أن الفرق بين إجازة المالك في العقد الذي لا يملك العاقد الفضولي ما باعه فضولاً بكفاية الملك الصوري في المالك إلى زمان إجازته، كما إذا باع الفضولي مال زيد على عمرو يوم الجمعة، و أجاز زيد المالك هذا البيع يوم السبت، و بين العقد الثاني فيمن باع شيئاً فضولاً ثم ملكه و أجاز، و هو بيع المالك كالأب في المثال السابق على ولده العاقد الفضولي، بعدم كفاية الملك الصوري في الأب، تحكّم صرف، و تفرقة بين العقدين بلا دليل و وجه و جبه. و المراد بالعقدين عقد الفضولي و إمضاء المالك في سائر العقود الفضولية، و عقد الأب و بيعه على ولده ذلك المال الذي بيع فضولاً في مسألة من باع ثم ملك. فإنه لا بد من المالكية الواقعية للمالكين في كلا العقدين.

و العقد الثاني^(١) - من كفاية الملك الصوري في الأوّل^(٢) دون الثاني - تحكّم^(٣) صرف، خصوصاً^(٤) مع تعليله^(٥) بأنّ الإجازة رفعٌ لليد وإسقاط للحق، فليت شعري أنّ إسقاط الحقّ كيف يُجدي و ينفع مع عدم الحقّ واقعاً؟ مع^(٦) أنّ الإجازة رفعٌ لليد من الملك أيضاً^(٧) بالبدية.

و التحقيق^(٨) أنّ الإشكال^(٩) إنّما نشأ من الإشكال الذي ذكرناه سابقاً^(١٠)

(١) و هو بيع المالك - و هو الأب في فرضنا - على ولده ذلك المال الذي باعه ولده فضلاً على عمرو.

(٢) و هو إجازة المالك في غير مسألة «مَنْ باع ثم ملك» من سائر العقود الفضولية.

(٣) خبر قوله: «أن ما ذكره».

(٤) غرضه أنّ تعليله يكون الإجازة رفعاً لليد وإسقاطاً للحقّ أب عن الإكتفاء بالملك الصوري، لأنّ الإسقاط فرع الثبوت، إذ لو لم يكن حقّ واقعاً لا يصدق الإسقاط.

(٥) أي: تعليل المستشكل و هو صاحب المقابس، فالمصدر مضاف إلى الفاعل.

(٦) هذا إشكال آخر على صاحب المقابس، و حاصله: أنّ الإجازة كنفس العقد في

كونها سبباً للنقل و رفع اليد عن الملك، فلا بدّ في الإجازة أيضاً من الملك الواقعي.

(٧) يعني: كالعقد في الدخّل شرطاً أو شرطاً فيما هو سبب النقل و الانتقال، فكما أنّ

العقد الثاني رفع اليد عن الملك، فكذلك الإجازة رفع اليد عن الملك أيضاً.

(٨) غرضه^(١١) بيان منشأ إشكال لزوم إجتماع المالكين - و هما المالك الأصلي

و المشتري - في زمان واحد في كل عقد فضولي. و منشأ هذا الإشكال هو البناء على

كاشفية الإجازة من حين العقد كما هو المنسوب إلى المشهور، إذ بناءً عليه يلزم أن يكون

المبيع بين زماني العقد الفضولي و الإجازة ملكاً لمالكه المميز و للمشتري.

أمّا المالك فللزوم مالكته حين الإجازة. و أمّا المشتري فلكشف الإجازة عن

إنتقال المبيع إليه من زمان عقد الفضول.

(٩) أي: إشكال إجتماع المالكين على مال واحد في زمان واحد ملكيةً عرضيةً.

(١٠) حيث اعترض المصنف^(١٢) على الكشف الحقيقي المنسوب إلى المشهور

بوجوه، و قال في ثالثها: «ان هذا المعنى على حقيقته غير معقول، لأنّ العقد الموجود على

صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له، لاستحالة خروج الشيء عمّا وقع عليه

... الخ» و لأجله إلترّم بمقالة شيخه شريف العلماء^(١٣) من الكشف الحكمي، فراجع (ص ٥٥).

في كاشفية الإجازة على الوجه المشهور^(١) من كونها شرطاً متأخراً يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه^(٢).

(١) و هو شرطية نفس الإجازة، بأن توجد في العقد صفة المؤثرية من حين وقوعها بعد أن لم يكن واجداً لها حين وقوعه.

(٢) متعلق بـ «تأثير» يعني: من زمان تحقق السبب المتقدم و هو عقد الفضول، والأولى تأنيث ضمير «حدوثه» لرجوعه إلى الإجازة. أو إرجاع الضمير إلى «شرطاً». وبالجملة: فعلى ما أفاده المصنف رحمته لا يلزم تعدد المالكين على مال واحد في زمان واحد، لأنَّ المالك الأصلي - و هو الأب في المثال المذكور - مالك إلى زمان العقد الثاني الواقع بين الأب والابن، و المال ملك للأب فقط إلى زمان العقد الثاني. و بعد العقد الثاني ملك للابن فقط إلى زمان إجازته لعقده الفضولي، و من زمان إجازته ينتقل إلى المشتري من زمان مالكيته الحاصلة بالعقد الثاني الواقع بينه و بين أبيه. فلم يجتمع مالكان عرضيان على مال واحد في شيء من هذه المراحل، بل المالك في جميعها واحد (*).

(* و لا يخفى أن إشكال لزوم إجتماع المالكين - بناءً على الكشف - لا يندفع إلا بالكشف الانقلابي، ضرورة أن تحديد كاشفية الإجازة بالمحل القابل لا يكفي في دفع محذور إجتماع المالكين، فإن إجازة العاقد الفضولي - وإن كان تأثيرها من زمان مالكيته لما باعه فضولاً - توجب إجتماع المالكين، و هما نفس العاقد الفضولي و مشتريه من زمان مالكيته إلى زمان إجازته.

و بالجملة: فجواب الشيخ رحمته - بكون الإجازة لا تؤثر إلا في محل قابل - لا يدفع إشكال إجتماع المالكين في زمان واحد، لأن إجازة العاقد الفضولي الذي اشتري من أبيه يوم السبت ما باعه فضولاً على عمره و إذا وقعت يوم الأحد كشفت عن مالكية عمره لهذا المال من يوم السبت. فهذا المأل صار من يوم السبت إلى زمان الإجازة مملوكاً للعاقد الفضولي ولعمره، فلا محيص عن التزام صاحب المقابس ببطان الفضولي في جميع الموارد، و عدم الوجه في التفصيل بين مسألتنا و هي من باع ثم ملك و أجاز، و بين سائر العقود الفضولية. و الحاصل: أن الجمع بين الكشف الحقيقي و بين مالكية المجيز حين الإجازة

فتلخص من جميع ما تقدم أمور:

الأول: أنّ إشكال المقابس في الأمر الرابع هو لزوم إجتماع مالكين على مال واحد في زمان واحد.

الثاني: أنّ هذا الإشكال ناشئ عن الكشف المشهوري، و هو دخل نفس الإجازة في صحة العقد الفضولي، لا وصف التعقب واللحوق.

الثالث: دفع المقابس الإشكال العام بالملكية الصورية في المميز.

الرابع: إشكالات المصنف رحمته عليه:

أحدها: ما أفاده في (ص ٢٧٤) بقوله: «قد عرفت أنّ القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر» و حاصله: أنّ القائل بصحة بيع «مَنْ باع شيئاً ثم ملكه وأجاز» إنّما يقول بصحته من زمان تملك العاقد الفضولي له، و هو يوم السبت، لامن زمان وقوع العقد الفضولي و هو يوم الجمعة، حتى يلزم المحذور الذي ذكره صاحب المقابس رحمته و هو إجتماع المالكين، و هما المالك الأصلي كالأب في المثال، و المشتري و هو عمرو الذي إشتري المال من العاقد الفضولي يوم الجمعة.

ثانيها: ما أفاده بقوله: (ص ٢٨٠): «ثم أنّ ما أجاب به عن الإشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن».

و حاصل إشكاله على صاحب المقابس هو: أنّه يلزم من الإجازة بطلانها، لكون الإجازة من غير المالك، و هي لاتجدي، و لذا لو أجاز باعتقاد كونه مالكا، ثم تبين عدم مالكيته، لم تنفع إجازته، لكون المالكية من الشرائط الواقعية.

ثالثها: ما أفاده بقوله في (ص ٢٨١): «ثم إنّ ما ذكره في الفرق بين الإجازة و العقد الثاني... الخ»، و حاصل إشكال المصنف على صاحب المقابس رحمته هو: أنّ دعوى كفاية الملك الصوري في إجازة المالك في العقود الفضولية و عدم كفايته في العقد الثاني - و هو الجاري بين المالك الأصلي و هو الأب في الفرض و ولده - تحكّم صرف.

لا يحصل إلا بالكشف الانقلابي المراد به إنقلاب العقد عن عدم مؤثرته حين وجوده إلى مؤثرته من زمان وقوعه، و إلا فلا بدّ من ناقلة الإجازة.

الخامس^(١): أن الإجازة المتأخرة^(٢) لما كشفت عن صحة

رابعها: ما أفاده في (ص ٢٨٢) بقوله: «مع أن الإجازة رفع اليد» و محصل إشكاله على صاحب المقاييس: أن الإجازة كالعقد في رفع اليد عن الملك، وقد مر تفصيله آنفاً. وقد ظهر أن صاحب المقاييس قائل بصحة عقد الفضولي فيما عدا مسألة من باع شيئاً ثم ملكه، و يبطلانه فيها.

(١) هذا خامس الأمور من وجوه الخلل في مسأله «من باع شيئاً ثم ملكه» مما إعترض بها صاحب المقاييس رحمته على القول بصحة بيع من باع ثم ملك و أجاز. و مبنى هذا الوجه الخامس كسابقه هو القول بالكشف الحقيقي. و هو يتضمن إشكالات و لوازم فاسدة.

أولها: لزوم الدور في إجازة كل واحد من البيعين.

ثانيها: لزومه في صحة كل منهما.

ثالثها: توقف صحة كل من البيعين على إجازة المشتري من الفضولي، و هو

مستلزم لتوالٍ فاسدة كما سيظهر.

و الكلام فعلاً في المهدور الأول، و توضيحه: أنه إذا باع زيد مثلاً متاع أبيه فضولاً

على عمرو يوم الجمعة، ثم اشتري زيد ذلك المتاع من أبيه يوم السبت، ثم أجاز زيد يوم الأحد ذلك العقد الفضولي الواقع في يوم الجمعة، فإجازة زيد عقده الفضولي لما كانت كاشفة عن صحته و ملكية المال لعمرو من يوم الجمعة، كشفت عن وقوع العقد الثاني الواقع بين زيد و أبيه على ملك عمرو، فلا بد من أن يميز عمرو ذلك العقد الثاني حتى يصح، لوقوعه على ملكه.

كما أن لازمه أيضاً توقف صحة العقد الأول - الصادر من الفضولي - على إجازة

المالك الأصلي و هو والد زيد، حتى يتملك المشتري و هو عمرو. فصحة كل من العقد الأول الصادر من الفضولي و العقد الثاني الصادر من المالك الأصلي منوطه بإجازة الآخر، و هذا دور محال.

(٢) و هي الصادرة يوم الأحد من المشتري الثاني، و هو العاقد الفضولي الذي

إشتري من أبيه يوم السبت ما باعه فضولاً يوم الجمعة على عمرو.

العقد الأول^(١)، و عن كون المال ملك المشتري الأول^(٢)، فقد^(٣) وقع العقد الثاني^(٤) على ماله^(٥)، فلا بُدَّ^(٦) من إجازته^(٧)، كما لو بيع المبيع من شخصٍ آخر، فأجاز المالك^(٨) البيع الأول، فلا بُدَّ^(٩) من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصحَّ ويلزم.

(١) و هو بيع الفضولي مال أبيه على عمرو يوم الجمعة.

(٢) و هو عمرو في المثال المذكور.

(٣) جوابُ «لما» التوقيفية، و المجموع - على وجه - خبر «أنَّ الإجازة».

(٤) و هو العقد الواقع بين العاقد الفضولي و أبيه على المال الذي بيع فضولاً على

عمرو.

(٥) أي: مال المشتري الأول، و هو عمرو.

(٦) هذه نتيجة كاشفية الإجازة المتأخرة عن صحة العقد الأول، و وقوع العقد

الثاني على ماله.

(٧) أي: إجازة المشتري الأول، و هو عمرو الذي إشتري المال من زيدٍ العاقد

الفضولي يوم الجمعة.

(٨) أي: المالك الأصلي إذا أجاز البيع الفضولي الأول، فلا بُدَّ أن يميز المشتري البيع

الثاني، و هو البيع الفضولي الثاني، لوقوع البيع الثاني في ملكه.

كما إذا باع زيدٌ مال عمرو فضولاً من بكرٍ، و قبل إجازة عمرو له بيع نفس المال

من شخصٍ آخر، فللمالك - و هو عمرو - إجازة أيهما شاء. و لو أجاز البيع الثاني لم يبقَ

موضوع لأنَّ يُمَيِّز البيع الأول، بل كانت إجازته للثاني ردّاً للأول، و لا كلام فيه.

و لكن لو أجاز البيع الأول، فقد دخل المال في ملك بكرٍ، و له أن يميز البيع الثاني،

لأنَّ إجازة عمرو كشفت عن دخول المال في ملك بكرٍ من زمان يبيعه منه أولاً، فوقع البيعُ

الفضولي الثاني في ملكه، فله أن يميز و أن يردَّ.

و الغرض من تنظير مسألة «مَنْ باع ثم ملك» بيع مالٍ واحد مرتين فضولاً

- متعاقباً - هو مجرد إشتراكهما في توقف صحة البيع الثاني على إجازة المشتري في البيع

الأول.

(٩) المراد باللابدية هو أن المشتري في البيع إن شاء تصحيح البيع الثاني فعلية

فعلى هذا^(١) يلزم توقّف إجازة كلّ من الشخصين على إجازة الآخر. و توقّف^(٢) صحة كلّ من العقدين و الإجازة^(٣) على إجازة المشتري غير الفضولي^(٤). و هو^(٥) من الأعاجيب، بل من المستحيل، لإستلزام ذلك^(٦) عدم تملك المالك الأصيل

إجازته، لأنّ المراد إلزامه بالإجازة على كل حال حتّى إذا لم يرغب في إجازته.

(١) هذا تنمّة كلام صاحب المقابس في تقرير الإشكال الخامس. يعني: فعلى ما تقدم - من لزوم إجازة المشتري الأوّل العقد الثاني - يلزم توقف إجازة كل من الشخصين - وهما المالك الأصلي، و المشتري الأوّل الأصيل الذي اشتري المال من العاقد الفضولي - على الآخر بالتقريب المتقدم آنفاً.

(٢) معطوف على «توقف» يعني: و يلزم توقّف صحة كل من العقدين على الآخر، حاصله: توقف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي و هو عمرو، وذلك لأنّ صحة العقد الأوّل - و هو بيع الولد مالّ أبيه فضولاً على عمرو - موقوفة على إجازة الولد الذي هو المشتري في العقد الثاني، لأنّه صار مالكاً للوالد بالعقد الثاني الذي جرى بينه و بين أبيه يوم السبت، فلا بدّ من إجازته حتّى يصحّ البيع الأوّل.

و صحة العقد الثاني متوقّفة على إجازة المشتري الأوّل و هو عمرو، لأنّه بعد إجازة الولد للعقد الأوّل يصير عمرو مالكاً للوالد من يوم الجمعة الذي هو زمان صدور العقد من الولد فضولاً، و توقف صحة كل واحد من العقدين على صحة الآخر دور محال، فلا يمكن الالتزام بصحة بيع من باع شيئاً ثم ملكه و أجاز.

(٣) هذه الكلمة غير موجودة في المقابس، إذ تقدم الكلام في تقرب الدور من ناحية الإجازة، و غرضه بيان الدور من ناحية صحة كل واحد من العقدين. و لعلّ المصنف أضاف هذه الكلمة توضيحاً.

(٤) و هو عمرو، و المشتري الفضولي هو الولد، حيث إنّه كان في العقد الأوّل فضولاً، و صار مشترياً أصيلاً في العقد الثاني.

(٥) يعني: و توقف صحة كل من العقدين - على إجازة المشتري غير الفضولي - يكون من الأعاجيب.

(٦) أي: توقّف صحة كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي يستلزم

شيئاً من الثمن و المئمن، و تملك^(١) المشتري الأوّل المبيع بلا عوض
إن اتّحد الثمنان، و دون^(٢) تمامه إن زاد الأوّل.

عدم... الخ. و هذا تعليل لكون التوقف المذكور من العجائب، و حاصله: أن التوقف
المزبور مستلزم للوازم فاسدة.

أحدها: عدم تملك المالك الأصلي - و هو الأب في المثال - شيئاً من الثمن و المئمن.
أما عدم تملكه للثمن الذي دفعه المشتري الأوّل - و هو عمرو - إلى الولد الذي هو
العاقد الفضولي، فلأنّ المفروض أن الولد باع المال يوم الجمعة على عمرو، فقبل أن يبيع
الأب الذي هو المالك الأصلي ذلك المال على ولده يوم السبت صار عمرو مالكا للمال يوم
الجمعة، لما يلحقه من الإجازة يوم الأحد، الكاشفة عن مالكية عمرو من حين العقد
الفضولي أعني يوم الجمعة. فالأب باع يوم السبت مال عمرو الذي هو المشتري الأوّل،
فيدخل الثمن في ملك عمرو أيضاً.

و أمّا عدم تملكه للمئمن فلأنّ إجازة الولد يوم الأحد تكشف عن خروج المئمن
عن ملكيته للأب من يوم الجمعة و دخوله في ملك عمرو، فلم يكن الأب يوم السبت
مالكا للمئمن حتى يدخل الثمن في ملكه، فلا يملك المالك الأصلي شيئاً من الثمن و المئمن.
(١) معطوف على «عدم» هذا ثاني اللوازم الفاسدة، و حاصله: تملك المشتري الأوّل
- و هو عمرو - المبيع بلا عوض إن اتّحد الثمنان في المقدار، كما إذا كان ثمن العقد الفضولي
الواقع في يوم الجمعة عشرة دنانير، و ثمن العقد الواقع في يوم السبت أيضاً عشرة دنانير.
فعمرو دفعّ العشرة إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة، و أخذها منه يوم السبت.

(٢) معطوف على «بلا عوض» و ضمير «تمامه» راجع إلى الثمن، يعني: أن المشتري
الأوّل و هو عمرو تملك المبيع بأقلّ من الثمن الأوّل الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم
الجمعة. كما إذا كان ذاك الثمن عشرة دنانير، و كان الثمن الثاني الواقع في عقد يوم السبت
ثمانية دنانير، فالمشتري - و هو عمرو - تملك المبيع بدنانيرين.

فالمراد بقوله: «إن زاد الأوّل» هو زيادة الثمن الأوّل على الثمن الثاني كدنانيرين في
هذا المثال.

كما أن المراد بقوله: «و مع زيادة» هو تملك المشتري الأوّل المبيع مع الزيادة، كأن

ومع^(١) زيادة إن نقص^(٢)، لأنكشاف^(٣) وقوعه^(٤) في ملكه^(٥)، فالثمن له^(٦)، وقد كان المبيع له أيضاً بما بذله من الثمن، وهو^(٧) ظاهر. والجواب عن ذلك^(٨) ما تقدم في سابقه^(٩)

يكون الثمن الأول ثمانية دنانير، والثمن الثاني عشرة دنانير، فيلزم حينئذ أن يمتلك المشتري الأول المبيع مع دينارين، لزيادة الثمن الثاني دينارين على الثمن الأول. (١) معطوف على «بلاعوض» يعني: وتملك المشتري الأول المبيع مع زيادة على الثمن الأول المفروض نقصاً عن الثمن الثاني دينارين. (٢) يعني: إن نقص الثمن الأول عن الثمن الثاني. (٣) تعليل لعدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن، وتملك المشتري الأول المبيع بلاعوض، أو مع زيادة، أو بدون تمام الثمن الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة.

(٤) أي: وقوع البيع الثاني الواقع يوم السبت بين العاقد الفضول والمالك الأصلي. (٥) أي: في ملك المشتري الأول الذي هو عمرو في المثال المذكور، والحال أن المبيع كان له أيضاً بسبب بذل الثمن الأول الذي دفعه إلى العاقد الفضولي يوم الجمعة. (٦) أي: للمشتري الأول.

(٧) أي: وإستلزام توقف كل من العقدين على إجازة المشتري غير الفضولي - وهو عمرو في المثال المفروض - عدم تملك المالك الأصيل شيئاً من الثمن والمثمن... الخ ظاهر كما عرفت تقريبه.

(٨) هذا جواب خامس الاشكالات التي أوردها صاحب المقابس رحمته على صحة بيع «من باع مال الغير، ثم ملكه وأجاز».

ومحصل هذا الجواب هو: أن الإشكال المذكور مبني على كون الإجازة كاشفة عن حصول الملك من حين العقد أعني يوم الجمعة. وهو ممنوع، لما تقدم من أن الإجازة لا بد أن تقع في محل قابل حتى تؤثر وتتفد العقد، والمحل القابل لها هو زمان تملك العاقد الفضولي للمال الذي باعه فضولاً، فإن زمان تملكه له هو يوم السبت، دون يوم الجمعة الذي وقع فيه البيع الفضولي لذلك المال على عمرو في المثال المفروض.

(٩) وهو الإشكال الرابع من إشكالات صاحب المقابس المذكور في (ص ٢٦٨).

من إبتائه^(١) على وجوب كون الإجازة كاشفةً عن الملك من حين العقد، وهو^(٢) ممنوع.

و الحاصل: أن منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة^(٣) شيء واحد^(٤)، و الحال على تقديره^(٥) مسلم بتقريراتٍ مختلفة^(٦) قد نبه عليه^(٧) في الإيضاح و جامع المقاصد. السادس^(٨): أن من المعلوم

(١) أي: من إبتناء ماتقدم، و المراد بما تقدم ذلك الجواب المذكور في الأمر الرابع، و هو منع مبنئ الإشكال أعني به كاشفية الإجازة عن صحة العقد من حين وقوعه، حيث قال: «قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد» فراجع (ص ٢٧٤).

(٢) أي: وجوب كون الإجازة كاشفةً عن الملك من حين وقوع العقد ممنوع. (٣) و هي الأمر الثالث و الرابع و الخامس من الأمور التي أفادها صاحب المقابس^(٩).

(٤) و هي كاشفية الإجازة عن النقل و الإنتقال من حين وقوع العقد.

(٥) هذا الضمير راجع إلى «شيء واحد».

(٦) من لزوم خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله في ملكه، و من لزوم إجتماع المالكين على مالٍ واحدٍ في زمان واحد، و من إستلزام وجود الشيء عدمه، و من محذور الدور.

و لا يخفى ظهور المتن في أن فخر المحققين و المحقق الثاني^(١٠) نبها على منشأ هذه المحاذير. و لكن الموجود في الإيضاح محذور إجتماع مالكين على ملك واحد، فلاحظ قوله^(١١): «و يحتمل البطلان، لتضاد ملكي شخصين لشيء واحدٍ بعينه، و قد تحقق أحد الضدين، فينتفي الآخر». و كلام المحقق الثاني و إن كان أبسط، لكن لم يصرح فيه بجميع اللوازم الفاسدة التي نبه عليها في المقابس، فراجع^(١٢).

(٧) أي: على منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة.

(٨) هذا سادس الأمور التي أفادها صاحب المقابس^(١٣)، و مرجع هذا الإشكال

أنه يكفي^(١) في إجازة المالك و فسخه فعل ما هو من لوازمها^(٢). ولو^(٣) باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه و تملك الثمن. و هو^(٤) لا يجامع صحة العقد الأول، فإنها^(٥) تقتضي تملك المالك

السادس إلى إنتفاء موضوع الإجازة، و هو عقد الفضولي في مسألة «مَنْ باع ثم ملك» توضيحه: أنه قد ثبت في محله أن الإجازة و الفسخ - من المالك - يتحققان بفعل ما يكون من لوازمها، كما إذا تزوج زيد امرأةً لعمره و فضولاً، فباشروها عمرو، فإن المباشرة إجازة منه لهذا التزويج الفضولي. كما أنه إذا تزوج عمرو بأخت تلك المرأة كان تزويج الأخت فسخاً له.

و في المقام إذا باع المالك الأصلي و هو الأب - في المثال المفروض - من ابنه بالعقد الثاني ماله الذي باعه ابنه على عمرو مثلاً، كان هذا البيع الموجب لخروج المال عن ملكه و دخول الثمن في ملكه فسخاً للعقد الفضولي الصادر من ابنه، فلا يبقى حتى يجيزه ابنه الفضولي الذي ملك المال من أبيه بالشراء مثلاً. فلا وجه لصحة بيع مَنْ باع مال الغير، ثم ملكه و أجاز.

(١) أما أنه يكفي في إجازة المالك فعل ما هو من لوازم صحة العقد فقد سبق الكلام فيه في ثاني تنبيهات الإجازة، فراجع (ص ١٧٠).

و أما كفاية فعل ما هو من لوازم الرد، فلما سيأتي في أحكام الرد من أنه يحصل الرد «بكل فعلٍ مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالاتلاف و شبههما...» فراجع (ص ٤٤٦).

(٢) أي: من لوازم الفسخ و الإجازة، و من المعلوم أن الصحة و الفسخ ضدان لا يجتمعان.

(٣) عبارة المقابض هكذا: «و لما باع ماله على الفضولي...» و كلمة «لما» هنا أنسب من «لو» لأنه بيان مورد البحث.

(٤) أي: بيع المالك ماله بالعقد الثاني من ابنه العاقد الفضولي.

(٥) هذا وجه عدم إجتماع نقل المالك المال عن نفسه و تملك الثمن، و محصله: أن الجمع بينهما جمع بين النقيضين، حيث إن الفسخ يوجب عدم تملك الثمن الأول، و صحة العقد الأول توجب تملك الثمن الأول. و الجمع بين العقد و فسخه جمع بين الوجود و العدم، و هو محال، لكونه جمعاً بين النقيضين.

للمن الأول^(١). و حيث وقع الثاني^(٢) يكونُ فسخاً له^(٣)، و إن^(٤) لم يعلم بوقوعه، فلا^(٥) تجدي الإجازة المتأخرة^(٦).

(١) و هو الثمن المجمعول في عقد الفضولي، لأنَّ صحة العقد الأوّل تقتضي خروج المبيع عن ملك المالك الأصلي و دخول الثمن في ملكه.

(٢) أي: العقد الثاني، و هو بيع الأب من ابنه المال الذي باعه ابنه فضولاً من عمرو، فإنَّ هذا العقد الثاني يكون فسخاً لعقد الفضولي، فلا يبقى مورد للإجازة.

ثم إنَّ هذه الجملة وردت في المقابض هكذا: «حيث وقع العقد الأوّل لزم أن يكون فسخاً له...» و الظاهر أنه سهو من الناسخ، و الصحيح ما أثبتته المصنف، إذ لم يجوز المالك الأصلي البيع الأوّل حتى يكون فسخاً للثاني، بل الأمر بالعكس، فإنَّه باع ماله للفضولي، و هذا البيع فسخ عملي للبيع الأوّل الفضولي.

(٣) أي: للعقد الأوّل، و حيث إنَّه لا يمكن الجمع بين مقتضى العقدين - لأنَّ العقد الأوّل يقتضي خروج المال عن ملك المالك الأصلي و إرتفاع ملكيته، و العقد الثاني يقتضي بقاء مالكيته، و هما لا يجتمعان - لزم فسخ العقد السابق.

(٤) و صليّة، يعني: و إن لم يعلم المالك الأصلي بوقوع عقد الفضولي على ماله حتى يتوهم أنه مع جهله بعقد الفضولي لا يقصد فسخه ببيع المال من العاقد الفضولي، فلا يكون هذا البيع فسخاً لعقد الفضولي، بل هو باقٍ على حاله و قابل للإجازة.

و دَفَع هذا التوهم بأنَّ الرَدَّ كما يحصل بالإنشاء و حلَّ العقد، كذلك يتحقق بفعل يفوّت محلَّ الإجازة، فينحلَّ العقد قهراً، كما في بيع المالك الأصلي ماله، أو عتق عبده الذي بيع فضولاً، فإنَّ هذا البيع - أو العتق - يفوّت محلَّ الإجازة، كخروج المال عن ملكه.

فالنتيجة: عدم صحة بيع «مَنْ باع ثمَّ ملك و أجاز» لإنعدام عقد الفضولي بالتصرُّف المنافي، كالبيع و العتق الصادرين من المالك الأصلي.

(٥) الفاء عاطفة لا جوابية، لأنَّ جواب الشرط قوله: «يكون فسخاً له».

(٦) لعدم وقوع الإجازة في محلٍّ قابلٍ بعدَّ خروج المال عن ملك مالكة، فلا تجدي الإجازة المتأخرة، و هي إجازة العاقد الفضولي الذي اشتري المال الذي باعه فضولاً من مالكة.

و بالجملته: حكمُ عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة^(١)، بل أولى^(٢) منها^(٣). فكما أن التصرف المنافي مبطل لها^(٤)، كذلك عقد الفضولي. والجواب^(٥): أن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء ردّه. و أما الفعل المنافي

(١) يعني: أن عقد الفضولي يكون كالعقود الجائزة في بطلانه بالتصرف المنافي، كما إذا وهب مالا لزيد مثلاً، ثم باعه من عمرو، فإن هذا البيع يُبطل الهبة و يفسخها.
(٢) وجه الأولوية: أنه لا يترتب شيء على عقد الفضولي قبل الإجازة، بخلاف العقود الجائزة، فإنها تقع صحيحة و مؤثرة، فإن الهبة مثلاً تؤثر في ملكية الموهوب للموهوب له، غاية الأمر أنه يجوز للواهب حل العقد و فسخه. فإذا بطلت بمجرد التصرف المنافي مع وقوعها صحيحة، كان بطلان عقد الفضولي - الذي لاثبات له - بالتصرف المنافي أولى.

و بعبارة أخرى: ان تصرف المالك في العقود الجائزة يكون رفعاً للعقد، و تصرف المالك في البيع الفضولي يكون دفعاً له، و لا ريب في كون الدفع أهون من الرفع. هذا بناء على ما نقله المصنف من قوله: «بل أولى منها». و أما بناء على ما في المقابس من قوله: «بل أدنى منها» فالمراد واضح أيضاً، يعني: أن العقد الفضولي قبل الإجازة يكون أقرب إلى البطلان من العقود الجائزة، لكون صحته و تأثيره إقتضائياً لافعلياً، بخلاف العقد الجائز، فإنه صحيح فعلاً و مؤثر في حصول مضمونه.
(٣) أي: من العقود الجائزة.

(٤) أي: مبطل للعقود الجائزة، كذلك التصرف المنافي مبطل لعقد الفضولي.

(٥) هذا جواب الشيخ الأعظم رحمته عن سادس إشكالات صاحب المقابس. تقريبه: أن فسخ العقد عبارة عن إنشاء ردّ العقد، و مع تحققه ينعدم العقد، و لا يبقى موضوع للإجازة. و لا يحيص حينئذ عن الالتزام بما أفاده صاحب المقابس من بطلان بيع «من باع شيئاً ثم ملكه و أجاز» حيث إن بيع المالك الأصلي ماله المبيع فضولاً فاسخ للعقد الفضولي و مُدمّم له، فلا يبقى عقد حتى يجيزه من إنتقل إليه المال من مالكة.

لكن الفسخ هنا غير معلوم، لعدم العلم بقصد المالك إنشاء الفسخ بالفعل المنافي، خصوصاً مع جهله بوقوع عقد الفضول على ماله، و مع عدم إحراز الفسخ لوجه للحكم بإنعدام العقد حتى يقال بعدم محلّ قابل للإجازة.
نعم غاية ما في الباب أن الفعل المنافي يفوت محلّ الإجازة، إتما مطلقاً و بالنسبة إلى

لمضيه^(١) - كتزويج المعقودة فضولاً نفسها من آخر^(٢)، وبيع^(٣) المالك ماله المبيع فضولاً من آخر^(٤) - فليس^(٥) فسخاً له، خصوصاً مع عدم إلتفاته إلى وقوع عقد الفضولي. غاية^(٦) ما في الباب أن الفعل المنافي لمضى العقد مفوت محل الإجازة، فإذا قُرض وقوعه^(٧) صحيحاً فات محل الإجازة، ويخرج العقد عن قابلية الإجازة، إما مطلقاً كما في مثال التزويج^(٨)، أو بالنسبة^(٩) إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول^(١٠).

كل أحدٍ كما في مثال التزويج، فإن محل الإجازة فيه هي المرأة غير المزوجة، فإذا زوّجت نفسها بغير من زوّجها الفضولي، فقد فات محل الإجازة مطلقاً، لصورتها مزوجة. وإما بالنسبة إلى شخص خاص، لا كل أحد كالمقام، فإن محل الإجازة بالنسبة إلى خصوص المالك الأصلي الذي نقل المال عن ملكه، فإنه لا مال له حتى يميز. وأما بالنسبة إلى غيره - وهو المالك الجديد - فلم يفت محل إجازته.

(١) هذا الضمير و ضمير «رده» راجعان إلى «عقد الفضولي».

(٢) أي: من غير من زوّجت له فضولاً.

(٣) معطوف على «تزويج المعقودة».

(٤) أي: من غير الشخص الذي باع الفضولي ذلك المال منه.

(٥) هذا جواب «و أمّا» و ضمير «له» راجع إلى «عقد الفضولي».

(٦) بعد أن نفى تحقق الفسخ بالفعل المنافي للعقد أراد إثبات فائدة الفعل المنافي و عدم

لغوئته، و قال: إن فائدته تفويت محل الإجازة مطلقاً كمثل التزويج المذكور، أو بالنسبة

إلى شخص خاص كالمالك الأصلي على ما تقدم آنفاً.

(٧) أي: وقوع الفعل المنافي صحيحاً لافسداً، إذ مع فساده لا يفوت محل الإجازة.

(٨) لما مرّ آنفاً من أنّ محل الإجازة في النكاح هي المرأة غير المزوجة، و كعتق العبد

المبيع فضولاً، فإنه مفوت محل إجازة بيع الفضول بالنسبة إلى كل أحدٍ، لا المالك المعتق

للعبد، وللعاقد الفضولي، لأن الحر لا يعود رقاً، فيزول عقد الفضول رأساً و ينعدم عقلاً.

(٩) معطوف على «إما مطلقاً»، فتختلف الأفعال المنافية للعقد من إسقاطها لقابلية

الإجازة مطلقاً، أو بالنسبة إلى بعضٍ دون بعض.

(١٠) أي: المالك الأول، فإن محل الإجازة - وهو المال - فات بالنسبة إلى ماله

فللملك الثاني^(١) أن يجيز.

نعم^(٢) لو فسخ المالك الأوّل نفس العقد^(٣) بإنشاء الفسخ بطلّ العقد من حينه^(٤) إجماعاً^(٥)، ولعموم^(٦) «تسلّط الناس على أموالهم» بقطع^(٧) علاقة الغير عنها. فالحاصل^(٨): أنّه إن أريد من كون البيع الثاني فسخاً أنّه يبطل لأثر العقد في

الأصلي، فإذا باع الفضولي كتاب زيد من عمرو، ثم باع زيد ذلك الكتاب من بكر، فإنّ محلّ الإجازة - وهو ذلك الكتاب - فات بالنسبة إلى زيد الذي هو المالك الأوّل، لمخروج الكتاب عن ملكه، ولم يفتّ بالنسبة إلى بكر الذي هو المالك الثاني، لدخول الكتاب في ملكه، فله السلطنة عليه ببيعه وإجازة عقد الفضولي الواقع عليه.

وإن شئت فقل: إنّ الكتاب بوصف كونه مبيعاً فضولاً ينتقل إلى بكر، فله الإجازة والرّد، فإذا أجاز نفذ العقد.

(١) وهو بكر الذي ملك الكتاب المبيع فضولاً بالشرء من مالكه، وهو زيد.

(٢) إستدراك على ما أفاده من بقاء محلّ الإجازة للمالك الثاني وهو بكر في المثال. وحاصل الإستدراك: أنّه قد يفوت محلّ الإجازة بالنسبة إلى المالك الثاني أيضاً، كما إذا فسخ المالك الأوّل - وهو زيد - نفس عقد الفضولي بإنشاء الفسخ، بأن يقول: «فسختُ عقد الفضول الواقع على كتابي» فإنّ العقد إذا إنفسخ وإنعدم لا يبقى محلّ لإجازة أحد من المالكين الأوّل والثاني.

(٣) يعني: من دون الإكتفاء بالفعل المنافي المعرّي عن قصد إنشاء الفسخ.

(٤) أي: من حين الفسخ، لامن حين وقوع العقد.

(٥) هذا من أدلّة بطلان عقد الفضولي على تقدير فسخ المالك له.

(٦) هذا دليل آخر على بطلان عقد الفضولي بفسخ المالك له، حيث إنّ مقتضى

قاعدة سلطنة الناس على أموالهم جواز قطع علاقة الغير عن أموالهم.

(٧) متعلق بـ «تسلّط».

(٨) يعني: فالحاصل من جواب المصنف رحمته عن سادس إشكالات صاحب

المقابس رحمته هو: أنّه إن أريد بكون البيع الثاني - أي بيع المالك ماله الذي بيع فضولاً - فسخاً للبيع الأوّل يبطل أثر العقد الأوّل الفضولي في الجملة، فهو مسلّم، حيث إنّ المالك الأوّل باع ماله الذي بيع فضولاً، فلأمال له حتى يجيز عقد الفضولي الواقع عليه سابقاً.

الجملة^(١) فهو^(٢) مسلم، و لا يمنع ذلك^(٣) من بقاء العقد مترزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة. و إن^(٤) أريد أنه إبطال للعقد رأساً^(٥) فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك^(٦). و تسمية^(٧) مثل ذلك الفعل ردّاً في بعض الأحيان من^(٨) حيث إنه^(٩) مُسقط للعقد عن التأثير بالنسبة

لكنه لا يمنع من بقاء عقد الفضولي مترزلاً و قابلاً للإجازة بالنسبة إلى المالك الثاني، و هو الذي إشتري ذلك المال من المالك الأول، فله الإجازة، لقاعدة السلطنة.
و إن أريد بكون البيع الثاني فسخاً إبطال للعقد الفضولي و حلّه رأساً و إعدامه عن صفحة الوجود - بحيث يسقط عن التأثير و إن أجاز مالكة الفعلي، و هو الذي إشتري المال المبيع فضولاً من المالك الأول - فهو ممنوع، إذ لا دليل على كون البيع الثاني كذلك. و توهم أن تعبير الفقهاء عن بيع المالك الأول بكونه ردّاً لعقد الفضولي ظاهراً في بطلان عقد الفضولي رأساً، مدفوع بأن المراد بالردّ هو إسقاط العقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعل الفعل الثاني - و هو المالك الأول - بحيث تكون الإجازة منه بعد بيعه لغواً، لأنه ليس مالكا للمال حتى تكون له الإجازة.

(١) يعني: بالنسبة إلى المالك الأول.

(٢) جواب الشرط في قوله: «إن أريد».

(٣) أي: كون الفسخ إبطالا لأثر العقد في الجملة.

(٤) معطوف على «إن أريد» و قد مرّ آنفاً توضيحه بقولنا: «و إن أريد بكون البيع

الثاني فسخاً ... الخ».

(٥) بحيث لا يقبل الإجازة من أحد أصلاً، لا من المالك الأول، و لا من المالك الثاني.

(٦) يعني: لا دليل على كون البيع الثاني إبطالا للعقد الأول الصادر من الفضول

رأساً.

(٧) هذا إشارة إلى وهمٍ إتضح آنفاً بقولنا: «و توهم أن تعبير الفقهاء عن بيع ... الخ».

(٨) خبر «و تسمية» و دفع للتوهم المزبور، و قد مرّ تقريبه بقولنا: «مدفوع بأن... الخ».

(٩) أي: ذلك الفعل، و هو البيع الصادر من المالك الأول، فإنه مُسقط لعقد الفضول

و هو العقد الأول. و وجه الإسقاط: أن المالك بسبب بيعه يصير أجنبياً عن المال،

إلى فاعله^(١) بحيث تكون الإجازة منه بعده^(٢) لغواً.
 نعم^(٣) لو فرضنا قصدَ المالك من ذلك الفعل^(٤) فسخَ العقد بحيث يعدُّ فسخاً
 فعلياً، لم يبعد^(٥) كونه كالإنشاء بالقول. لكنَّ الإلزام بذلك^(٦) لا يقدر في المطلب^(٧)،
 إذ^(٨) المقصود أن مجرد بيع المالك لا يوجب بطلان العقد^(٩)، ولذا^(١٠) لو فرضنا
 إنكشاف فساد هذا البيع بقي^(١١) العقد على حاله من قابلية لحوق الإجازة.

فلا يكون مالكا له حتى تنفذ إجازته، فلو أجاز كانت إجازته لغواً.

(١) أي: فاعل ذلك الفعل البيعي الصادر من المالك الأول.

(٢) أي: بعد الفعل، و ضمير «منه» راجع إلى «فاعله».

(٣) إستدراك على لغوية إجازة المالك الأول عقد الفضول، و حاصل الاستدراك:
 أنه يمكن أن لا تكون إجازته لغواً فيما إذا قصد المالك الأول بيعه فسخَ عقد الفضول بحيث
 يندرج فعله في الفسخ الفعلي كالإنشاء بالقول.

(٤) و هو بيع المالك الأول.

(٥) جواب الشرط في «لوفرضنا» و قوله: «فسخ» مفعول لـ «قصد المالك».

(٦) أي: بقصد المالك فسخَ عقد الفضول من بيعه.

(٧) و هو بقاء العقد الأول - أعني به عقد الفضولي - بالنسبة إلى المالك الثاني الذي

إشترى المال المبيع فضولاً من مالكة الأول.

(٨) تعليل لعدم القدرح، و حاصله: أن مجرد بيع المالك من حيث إنه بيع - ما لم يكن

مصادقاً لعنوان فسخ العقد - لا يوجب بطلان العقد الفضولي.

(٩) أي: العقد الذي أوقعه الفضول يوم الجمعة مثلاً، و إشترى العاقدُ الفضول ذلك

المال من مالكة يوم السبت.

(١٠) يعني: و لأجل عدم كون بيع المالك بنفسه بعد بيع الفضول مُبطلاً لعقد

الفضولي، لو فرض إنكشاف فساد بيع المالك الواقع يوم السبت كان عقد الفضول الواقع

يوم الجمعة باقياً على حاله، و قابلاً للإجازة، فيجوز لمالكة الأول إجازته.

(١١) جواب «لوفرضنا» أي: بقي بيع المالك الواقع في يوم السبت - الذي هو الزمان

التأخر عن زمان وقوع عقد الفضولي، و هو يوم الجمعة - على حاله.

و أمّا الإلزام^{١٦} في مثل الهبة و البيع في زمان الخيار بإنفساخ^{٢١} العقد من ذي الخيار بمجرد الفعل المنافي^٣، فلأن^٤ صحة التصرف المنافي تتوقف على فسخ العقد^٥، و إلا^٦ وقع في ملك الغير. بخلاف ما نحن فيه^٧، فإن^٨ تصرف المالك في

(١) إشارة إلى إشكالٍ على عدم كون بيع المالك موجباً لبطلان عقد الفضولي. تقريبه: أنه إذا لم يكن هذا التصرف البيعي مُبطلًا و منافيًا لعقد الفضولي قَلِمَ لم يلتزم الفقهاء ببطلان العقد الجائز بالتصرف المنافي له من بيع أو هبة أو صلح أو غيرها. كما إذا باع زيد مثلاً داره من عمرو بخيارٍ في مدة شهر، ثم باعها في أثناء مدّة الخيار من بكر، أو وهبها أو صالحها، فإنهم يلتزمون بصحة هذه العقود الجارية في مدة الخيار، و بطلان البيع الخياري بهذه العقود. وكذا إذا وهبها ثم باعها قبل لزوم الهبة، فإن صحة البيع منوطة ببطلان الهبة، و إلا لا يقع البيع صحيحاً، لوقوعه في ملك الغير.

(٢) متعلق بـ «الالتزام»، و «في زمان» ظرف مستقر.

(٣) كالبيع و الهبة و الصلح الواقعة في زمن الخيار على المبيع الخياري.

(٤) جواب «و أمّا» و هذا دفع الاشكال المزبور، و حاصله: فسأد قياس بيع المالك ماله - المبيع فضولاً - بالتصرف المنافي الصادر من ذي الخيار، أو من العاقد في العقود الجائزة كالهبة قبل عروض ما يوجب لزومها، و ذلك لأنّ صحة التصرف المنافي موقوفة على بطلان العقد الخياري أو العقد الجائز، ضرورة أنّ صحة هبة المبيع الخياري أو بيعه أو صلحه منوطة ببطلان البيع ليقع التصرف المنافي في ملكه، و إلا يقع في ملك الغير، فينقذ باطلاً.

(٥) أي: العقد الجائز ذاتاً كالهبة، أو عرضاً كالبيع المجهول فيه الخيار.

(٦) أي: و إن لم ينفسخ العقد الجائز ذاتاً أو عرضاً، وقع التصرف المنافي في ملك

الغير.

(٧) و هو بيع المالك المبيع الفضولي، للفرق بينه و بين صدور التصرف المنافي من

ذي الخيار.

(٨) إشارة إلى وجه الفرق بين ما نحن فيه و بين التصرف المنافي الصادر من ذي

ماله المبيع فضولاً صحيحاً في نفسه، لوقوعه في ملكه، فلا يتوقف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة.

و من ذلك^(١) يظهر ما في قوله ﷺ أخيراً: «و بالجملته: حكم عقد الفضولي

الخيار، و كون القياس مع الفارق.

و حاصل وجه الفرق هو: أن بيع المالك ماله المبيع فضولاً صحيح في نفسه، ولا تتوقف صحته على شيء، لوقوعه في ملكه الذي هو موضوع قاعدة السلطنة. و بيع ماله كغيره من التصرفات الخارجية و الإعتبارية من آثار سلطنته على ماله، فلا شبهة في صحته في نفسه، من دون توقف صحته على بطلان عقد الفضولي.

بخلاف التصرف المنافي من ذي الخيار، فإن صحته موقوفة على بطلان ذلك العقد الجائز ذاتاً أو عرضاً، فلا يحمي عن الالتزام ببطلان العقد الجائز، و إلا يلزم إجتماع الضدين - و هما المالكان - على مال واحد. و هذا المحذور لا يلزم من صحة كل من العقد الفضولي و التصرف المنافي.

نعم هذا التصرف البيعي يوجب - بالنسبة إلى المالك - فوات محل إجازة البيع الفضولي الصادر من الفضول قبل صدور البيع من المالك، إذ المفروض خروج المال عن ملكه، فليس له إجازة البيع الفضولي، للزوم كون المميز مالاً حين الإجازة.

(١) أي: و من وجه الفرق - بين الالتزام بإفصاخ العقد من ذي الخيار بمجرد التصرف المنافي، و بين عدم الالتزام بإفصاخ عقد الفضولي، و بطلانه ببيع المالك ماله المبيع فضولاً من العاقد الفضولي - يظهر الإشكال فيما أفاده صاحب المقابس ﷺ أخيراً من: أن حكم عقد الفضولي حكم سائر العقود الجائزة، بل أولى.

وجه الإشكال: أن عقد الفضولي متزلزل حدوثاً، إذ لا يترتب عليه أثر إلا بعد الإجازة، فحدوثه متزلزل. بخلاف العقود الجائزة، فإنها صحيحة حدوثاً، لترتب الأثر عليها، و متزلزلة بقاءً.

حكمُ سائر العقود الجائزة، بل أولى^(١)» فإن^(٢) قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على^(٣) المتزلزل من حيث البقاء قياسٌ مع الفارق (*). فضلاً عن دعوى الأولوية، وسيجيء مزيد بيان لذلك^(٤) في بيان ما يتحقق به الردُّ.

و الفرق بين التزلزل الحدوثي و البقائي واضح. فقياس المتزلزل الحدوثي على البقائي قياس مع الفارق، إذ الأول لا يمنع عن بيع المالك، فالبيع صحيح، مع بقاء عقد الفضولي متزلزلاً. بخلاف الثاني، فإنه مانع عن تصرف ذي الخيار، فيبطل العقد الجائز بقاءً بالتصرف المنافي له.

و بالجملة: فلاجامع بينها حتى يقاس العقد الفضولي بالعقود الجائزة.

(١) قد تقدم وجه الأولوية في (ص ٢٩٣).

(٢) هذا وجه الظهور، و قد مرَّ آنفاً توضيحه بقولنا: «و الفرق بين التزلزل الحدوثي

و البقائي واضح... الخ».

(٣) متعلق بـ «قياس».

(٤) أي: لبطان قياس العقد المتزلزل الحدوثي على العقد المتزلزل البقائي، والظاهر

أن مقصوده ما سيذكره في أحكام الردِّ في ما إذا تصرف المالك بما لا ينافي صحة بيع ماله

(*). قد يقال بعدم الفارق، بتقريب: أنه إذا قلنا بأن التصرف من ذي الخيار بنفسه

يوجب إنفساخ العقد و لو لم ينشأ به الفسخ كان القياس في محله، و الأولوية صحيحة، إذ

التصرف ممن له الحق إذا كان موجباً للانفساخ قهراً، فالتصرف ممن له الملك بالأولوية.

أقول: الوجه في بطلان العقد الجائز بالتصرف المنافي هو: إستحالة إجتماع الضدين،

حيث إنه يستحيل بقاء العقد الجائز الموجب للملكية مع صحة التصرف المنافي الموجب

للملكية أيضاً، لإقتضاء كليهما مالكية شخصين لمالٍ واحد في زمان واحد، و هو محال، من

غير فرق بين كون منشأ جواز التصرف ثبوت الملك أو الحق. و عليه فلاوجه للقياس

و الأولوية كما ذهب إليه المصنف رحمته.

السابع (١): الأخبارُ المستفيضةُ الحاكيةُ لنهي النبي ﷺ عن بيع ما ليس

فضولاً، حيث إنه فصل بين وقوع هذا التصرف حال إلتفاته إلى بيع ماله فضولاً، وبين وقوعه حال الغفلة عنه، فقال في حكم القسم الثاني: «فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالة على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة اللاحقة. ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بانشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد» فلاحظ (ص ٤٥٩).

و هذا ردُّ لما أفاده صاحب المقابس بقوله: «يكون فسخاً له وإن لم يعلم بوقوعه» حيث إنه حكم بعدم تأثير الإجازة حتى في صورة عدم علم المالك بما أنشأ الفضولي. فيكون حاصل إيراد المصنف عليه أنه لا وجه لكون هذا التصرف ردّاً في صورة جهل المالك، لأن الرد كالإجازة أمر إنشائي منوط بالقصد المتوقف على العلم بالعقد حتى يفرده أو يجيزه.

هذا مضافاً إلى التأمل هناك في تحقق فسخ العقد الجائز كالهبة بالتصرف غير المنافي لو وقع في حال عدم الالتفات، فراجع (ص ٤٦٧).

(١) هذا سابع الإشكالات التي أوردتها المحقق صاحب المقابس رحمته على صحة بيع «من باع فضولاً مال غيره لنفسه ثم ملكه فأجازه» فإنه لا يقع بالنسبة إلى المخاطب خاصة.

و الفارق بين هذا الوجه السابع و الستة المتقدمة أنها محاذير عقلية مترتبة على ما اشتهر بينهم من كون الإجازة كاشفة حقيقة عن ترتب الأثر على البيع الفضولي من حين إنشائه، بخلاف هذا الوجه السابع، فإنه دليل نقلي على البطلان.

و لا يخفى أن ظاهر المتن جعل هذا الوجه في عداد الأمور التي ذكرها صاحب المقابس في الحكم ببطلان «من باع شيئاً ثم ملكه». مع أنه ليس كذلك. لأن المحقق الشوشطري رحمته حكّم بالفساد، لاشتتاله على وجوه من الخلل، و هي الأمور الستة المتقدمة، ثم قال: «و يدل على ما اخترناه: الأخبار المعتمدة المستفيضة، منها: جملة من

عندك، فإنّ النهي فيها إمّا لفساد البيع المذكور مطلقاً بالنسبة إلى المخاطب و إلى

الأخبار المتقدمة في الموضع الأول»^١ و مراده بالموضع الأول بيع الفضولي عيناً بقصد وقوعه للمالك، مع وجود مجيز في حال العقد.

و مراده بجملة من الأخبار هي الأخبار التي إرتضى دلالتها على فساد بيع الفضولي، و لكنه يبيّن حملها على ما إذا قصد الفضولي البيع لنفسه، كقوله رَضِيَ اللَّهُ عَنْكَ فيما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام: «لا يبيع إلا في ملك» حيث إنه ناقش فيها صاحب المقابس بضعف السند، و بأنها محمولة على «مَنْ باع شيئاً لنفسه ثم ملكه» حيث قال: «و باحتمال أن يكون المراد بطلان بيع ما يملكه بعد العقد، بأن يبيع مال الغير عن نفسه، ثم يشتريه... و قد وقع النصّ على هذا المعنى في الروايات الكثيرة، كما يأتي بعضها في المسائل الآتية»^٢.

و كذلك حمل صاحب المقابس النبوي «الناهي عن بيع ما ليس عندك» على البيع لنفسه للمالك، ثم يضي و يشتريه من ماله، فراجع^٣.

و الغرض أن مقصوده من قوله في المقام: «الأخبار المتقدمة في الموضع الأول» هو ما ورد بلسان «لا يبيع إلا في ملك» أو «لا تبع ما ليس عندك» مما سلّم دلالته على بطلان الفضولي، و حملّه على البيع لنفسه.

و كيف كان فتقريب الاستدلال بهذه الأخبار على فساد بيع «مَنْ باع مال الغير ثم ملكه و أجاز» يتوقّف على تسلّم أمورٍ.

أحدها: دلالة النهي على فساد المعاملة، إمّا لكونه دالاً في المعاملات على الفساد كدلالاته في العبادات على الفساد، و إمّا للإرشاد إلى الفساد في خصوص المقام.

«١» المقابس. كتاب البيع. ص ٣٧.

«٢» المصدر. ص ١٩

«٣» المصدر. ص ٣٠

المالك، فيكون دليلاً على فساد العقد الفضولي^(١). وإما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة^(٢) كما إستظهرناه سابقاً^(٣)، فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال

ثانيها: إرادة عدم الملك بـ «ما ليس عندك» حتى ينطبق على المقام، لا إرادة عدم القدرة على التسليم، كبيع العبد الآبق والدابة الشاردة.

ثالثها: إرادة العين الخارجية من الموصول في قوله: «ما ليس عندك» إذ لا إشكال في صحة بيع الكلي الذمي وإن لم يكن من مصاديقه شيء عند البائع. فلو كان المراد بيع الكلي فلا بد من كون النهي تنزيهياً. وحينئذ لا يصح الاستدلال بالأخبار الناهية، للزوم حملها على التنزيه أو التقية، للإجماع على جواز بيع الكلي في الذمة.

رابعها: أن يكون النهي فيها إرشاداً إلى الفساد في حقّ المخاطب مطلقاً وإن ملكه بالشراء أو غيره و أجاز، حتى يكون دليلاً على فساد بيع «من باع شيئاً ثم ملكه و أجاز» بدعوى الإطلاق من ناحية الآثار، و هي الصحة الفعلية و التأهيلية، و من ناحية الأحوال، و هو كون النهي إرشاداً إلى عدم نفوذ عقد الفضولي بالنسبة إلى العاقد في جميع الأحوال قبل تملكه للمبيع الفضولي و بعده، و بعد الإجازة.

و أما إذا كان إرشاداً إلى فساد العقد مطلقاً حتى بالنسبة إلى المالك، فهو دليل على فساد الفضولي مطلقاً، و مفروض البحث هو صحة الفضولي في غير ما نحن فيه.

خامسها: أن يكون النهي دالاً على الفساد بقول مطلق - لا على نحو خاص - حتى يدلّ على بطلان عقد الفضولي و إن صار مالكاً، إذ لو دلّ النهي على نفي الإستقلال لم يكن دليلاً على ما نحن فيه.

(١) مطلقاً و إن صار مالكاً لما باعه فضولاً، و أجاز مالكاً.

(٢) و هو البائع الفضولي.

(٣) بقوله: «و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع ... الخ»^(١).

الغير لبائعه مطلقاً ولو^(١) ملكه فأجاز. بل^(٢) الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع^(٣)، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. وخصوص^(٤) رواية يحيى بن الحجّاج المصححة إليه^(٥)، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لي: إشتري هذا الثوب، وهذه الدابة وبعنيها،

(١) هذا بيان الإطلاق، فبيع الفضولي لا يقع له مطلقاً سواء ملكه بعد بيعه وأجاز أم لا. وهذا غير مدعى صاحب المقاس، لأنه قائل بصحة عقد الفضولي في غير «من باع فضولاً مال الغير ثم ملكه وأجاز». وهذا الدليل يدل على بطلان الفضولي في جميع الموارد.

(٢) هذا إضراب عن الإطلاق المزبور، وحاصله: أنّ مورد عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه خصوص صورة تملك البائع الفضولي للمبيع فضولاً، إذ عدم وقوعه له قبل تملكه لا يحتاج إلى البيان، لوضوح عدم كونه مالاً للكامل للمبيع الفضولي حتى يجوز له التصرف.

(٣) أي: بعد البيع الفضولي الذي أوقعه يوم الجمعة في المثال المتقدم.

(٤) معطوف على «الأخبار المستفيضة».

(٥) أي: إلى يحيى بن الحجّاج. هذه عبارة الشيخ عليه السلام، وعبارة المقاس هكذا «ومنها ما رواه الشيخ عليه السلام والكليني عليه السلام في الصحيح عن يحيى بن الحجّاج... الخ» وليس بين يحيى والامام عليه السلام واسطة أصلاً حتى يصح التعبير بقوله عليه السلام: «المصححة إليه». وبالجملة: إنّما يصح هذا التعبير فيما إذا كان هناك واسطة مجهولة، ولا يعرف كونها ثقة، والمفروض أنه ليس بين يحيى وأبي عبد الله عليه الصلوة والسلام واسطة. ولم يظهر وجه عدول المصنف عن عبارة المقاييس.

قال السيد عليه السلام في توجيه العدول المزبور ما لفظه: «لعل وجه هذا التعبير من المصنف... تأمله في الصحة بالنسبة إلى من تقدّم على يحيى من الرواة، لا من جهة التأمل في وثاقته، ولا في من قبله، إذ هو يروي عن الامام عليه السلام بلا واسطة. مع أنه أيضاً ثقة على ما في الخلاصة والنجاشي. فلا وجه لما أورد عليه من: أنه لا وجه لهذا التعبير بعد عدم الوساطة بينه وبين الامام عليه السلام، فإنّ التعبير المذكور قد يكون في مقام يكون متأملاً فيمن

أربحك كذا وكذا. قال عليه السلام: «لا بأس بذلك إشتراها، ولا تواجهه»^(١) البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها»^(٢).

ورواية^(٣) خالد بن الحجاج^(٤)، قال: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يبيعي ويقول: إشتري هذا الثوب وأربحك كذا وكذا. قال: أليس إن شاء أخذ وإن شاء

تقدّمه من الرواة إما واقعاً، أو من جهة عدم المراجعة إلى تراجعهم، فتدبر»^(٥).
و لم يظهر مراد السيد عليه السلام من عبارته التي نقلناها، فلاحظها متدبراً فيها.
(١) أي: ولا تشيء إيجاب البيع قبل أن تستوجبها أي قبل أن تقول للمالك: «يعني» أو قبل أن تشتريها: بأن تقول: «إشتريت» بعد قول المالك: «بعثكها».
(٢) معطوف على «رواية يحيى» قال في المقابس: «وما رواه الشيخ والكليني عن ابن أبي عمير عن يحيى بن الحجاج عن خالد بن الحجاج، قال.... الخ».
(٣) كما في بعض نسخ الكافي، وفي بعضها الآخر: «خالد بن نجيب» وهذا مختلف فيه: فقد يقال: إنه ممن يعتبر روايته، وقد يقال: إنه من الغلاة. وأما خالد بن الحجاج فهو ثقة، وقد تقدم في البحث عن لزوم المعاطاة صحة هذه الرواية بطريق الشيخ، لكون الراوي عن الامام عليه السلام هو خالد بن الحجاج، ولا تردد فيه بينه وبين ابن نجيب، فراجع»^(٦).

قال صاحب المقابس عليه السلام في تقريب الاستدلال بهذه الرواية: «و المراد بالكلام عقد البيع، فإنه محل نفياً ومحرم إثباتاً، أو محل ثانياً ومحرم أولاً. و المراد أن الكلام الذي جرى بينها قديماً وقد محرم بحسب اختلافه. فإن كان بطريق الإلزام حرمت المعاملة بذلك. وإن كان بطريق المراضاة من دون إلزام - وإنما يحصل الإلزام بعد شراء البائع بعقد مستأنف - كانت حلالاً»^(٧).

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٨، الباب ٨، من أبواب أحكام العقود، ح ١٣

«٢» حاشية المكاسب، ج ١، ص ١٦٥.

«٣» هدى الطالب، ج ١، ص ٥٨٢ و ٥٨٣.

«٤» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٧.

ترك؟ قلت: بلى، قال: لا بأس به، إنما يحلُّ الكلامُ و يحرمُ الكلامُ»^١؛ بناءً^٢ على أن المراد بالكلام عقدُ البيع، فيحلُّ نفيًا^٣ و يحرمُ إثباتًا، كما فهمه في الوافي^٤.

فالرواية تدلُّ على وجود البأس و المنع في ما لوباع السمسارِ الثوبِ قبل أن يشتريه من مالكة. و ينطبق التعليل بجملة «انما يحلُّ» عليه، بأنَّ الكلام قبل الشراء من مالكة إن كان بعنوان المقاوله و المراضاة لم يكن به بأس، فلكل واحد منها العدول عنه. وإن كان بعنوان إنشاء البيع كان منهيًا عنه، فيدلُّ على بطلان بيع الفضولي في مسألتنا، وهي «من باع شيئاً ثم ملكه».

١) هذا التعبير غير موجود في العبارة المتقدمة آنفاً عن المقابس، لأنه يُستظهر من جملة «انما يحلُّ» وجهاً واحداً، و هو أن محاورة السمسار مع الرجل المرید للثوب إن كانت مواءمة لم تمنع من صحة البيع بعد الشراء من مالكة. و إن كانت إنشاءً للبيع جداً كانت باطله.

ولكن المصنف يُستظهر حيث احتمل في هذا التعليل وجوهاً أربعة^٥ أراد التنبيه على توقف دلالة رواية ابن الحجاج - على بطلان بيع من باع ثم ملك - على الاحتمالين الأخيرين المذكورين هناك، و هما في الواقع وجوه ثلاثة، و هي التي ذكرها المصنف في المتن. فلو قيل بالاحتمال الأول - الذي يُستظهره القائلون بعدم إفادة المعاطاة للملك مطلقاً أو خصوص الملك اللازم - أو بالاحتمال الثاني كانت الرواية أجنبية عن مسألتنا، هذا. و لعلَّ الأنسب الإقتصار على نقل كلام المقابس، لكونه بصدد بيان أدلته على فساد البيع في «من باع شيئاً ثم ملكه» و عدم بناء الاستدلال على ما احتمله المصنف في التعليل، فإنَّ هذا الإبتناء و إن كان صحيحاً، لكن المفروض أن صاحب المقابس يُستظهر معنى واحداً و جعله مبنىً استدلاله.

٢) يعني: أن عقد البيع إن لم يجر قبل أن يشتري السمسار الثوب من مالكة حلَّ ترتيب آثار البيع من الأخذ و الترك عليه. و إن جرى عقدُ البيع قبله حرم ترتيب آثار البيع.

١) وسائل الشريعة ج ١٢، ص ٣٧٦، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٤

٢) الوافي، ج ١٨، ص ٧٠٠، ذيل الحديث ١٨١٤٤-٧، (الطبعة الحديثة).

٣) راجع هدى الطالب، ج ١، ص ٥٨٧ - ٥٩٤

لو باع ملك غيره ثم ملكه ٣٠٧
أو يحلّل إذا وقع بعد الإشتراء، و يحرم إذا وقع قبله^(١). أو أن^(٢) الكلام الواقع قبل
الإشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم، و يحلّل إذا كان على وجه المساومة
والمراضاة.

و صحيحة^(٣) ابن مسلم، قال: «سألته عن رجل أتاه رجل فقال له: ابتع لي
متاعاً لعلّي أشتريه منك بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله^(٤). قال: ليس به
بأس، إنّما يشتريه منه بعدما يملكه»^(٥).

و عليه فالتحليل و التحريم يضافان إلى وجود الكلام البيعي، و عدمه. و هذا
الاحتمال قد تبه عليه المصنف في باب المعاطاة بقوله: «أن يراد بالكلام في الفقرتين الكلام
الواحد، و يكون تحريمه و تحليله باعتبار وجوده و عدمه، فيكون وجوده محللاً و عدمه
محرمًا، أو بالعكس»^(٦).

(١) أي: قبل الإشتراء، فالتحليل و التحريم على هذا الاحتمال يضافان إلى وجود
الكلام، و هو خصوص إنشاء العقد، لاالمقاولة و المراضاة، و المدار في التحليل و التحريم
على التّقدم و التأخر، فإذا وقع بيع الثوب بعد إشتراؤه من مالكة كان محللاً، و إذا وقع قبل
الإشتراء كان محرمًا. و هذا الاحتمال تبه عليه المصنف في المعاطاة بقوله: «أو باعتبار محله
و غير محله، فيحلّ في محله، و يحرم في غيره».

(٢) هذا الاحتمال هو الذي إستظهره صاحبُ المقابس كما تقدم في عبارته، و جعله
المصنف رابع الوجوه في باب المعاطاة، و هو يتوقف على التفكيك في الكلام المحرم و
المحلّل، يجعل المحرم إنشاء البيع، و المحلّل المراضاة و المواعدة.

(٣) معطوف على: رواية يحيى بن الحجاج.

(٤) أي: من أجل ذلك الرجل، و بعبارة أخرى: طلب ذلك الرجل صار داعياً إلى
أن يشتري الرجل الآخر - كالمسار - المتاع، لا أنه صار وكيلاً عنه في الإبتيع كما قيل.

«١» وسائل الشريعة، ج ١٢، ص ٣٧٧؛ الباب ٨ من أبواب العقود، الحديث ٨.

«٢» هدى الطالب، ج ١، ص ٥٩٣.

و صحيحة^(١) منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام: «في رجلٍ أمرَ رجلاً يشتري له متاعاً، فيشتره منه. قال: لا بأس بذلك، إنما البيعُ بعد ما يشتريه»^(٢).

و صحيحة^(٣) معاوية بن عمّار، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام يخبثني الرجلُ فيطلب مني بيعَ الحرير، وليس عندي منه شيءٌ، فيقولني عليه و أقاوله في الربح والأجل حتى يجتمع عليّ شيءٌ، ثم أذهب لأشترى الحرير، فأدعوه إليه^(٤)، فقال: أرايتَ إن وجد هو مبيعاً أحبَّ إليه مما عندك أيسطيع أن ينصرف إليه عنه ويدعَكَ؟ أو: وجدتَ أنتَ ذلك أيسطيع أن تنصرف عنه؟ قلت: نعم، قال عليه السلام: لا بأس»^(٥).

و غيرها من الروايات^(٥).

(١) معطوف على: رواية يحيى بن الحجاج.

(٢) يعني: لا يبيع المتاع من ذلك الرجل الأمر إلا بعد أن يصير مالكاً لذلك المتاع بالإشتراء، إذ لا يبيع إلا في ملك.

(٣) معطوف على: رواية يحيى بن الحجاج. و ليست هذه الصحيحة المذكورة في المقابس^(٣)، و آخرُ النصوص المذكورة فيه المتعلقة بهذه المسألة هي صحيحة منصور بن حازم.

(٤) يعني: فأدعوا الرجلَ إلى إشتراء الحرير مني.

(٥) التي جمعها صاحب الوسائل رحمته في الباب الثامن من أحكام العقود، كصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال: لا بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك، تساومه، ثم تشتري له على النحو الذي طلب، ثم توجبه على نفسك، ثم تبعه منه

«١» الوسائل، ج ١٢، ص ٣٧٦، الحديث ٦

«٢» المصدر، ص ٣٧٧، الحديث ٧.

«٣» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٧

و لا يخفى^١ ظهورُ هذه الأخبار - من حيث المورد

بعد^١». و قد ذكرها المصنف رحمته في باب المعاطة معترفاً بورودها في حكم بيع مالا يملكه السمسار.

و كمعتبرة عبدالرحمان بن الحجاج، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يبيعني، يطلب المتاع، فأقاوله على الربح ثم أشتريه، فأبيعه منه. فقال: أليس إن شاء أخذ، وإن شاء ترك؟ قلت: بلى. قال: لا بأس به»^٢ الحديث.

و كمعتبرة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام، «قال: إن شاء اشتري، وإن شاء لم يشتري؟ قلت: نعم. قال: لا بأس به»^٣.

و قريب منها معتبرته الأخرى، فراجع.

١) هذا من مطالب المقابس، لكنه نقل بالمعنى، و عين عبارته هكذا: «و هذه الروايات ظاهرة الدلالة على عدم جواز البيع قبل الشراء و التملك».

و محصل تقريب الاستدلال بهذه الروايات على عدم صحة بيع الفضولي مال الغير قبل تملكه لذلك المال: أنها تدلّ من حيث المورد على ذلك، كرواية يحيى بن الحجاج المذكورة في (ص ٣٠٨ - ٣٠٤). فإنّ موردَها العينُ الشخصيةُ التي ليست ملكاً للفضولي. وقوله عليه السلام: «إن شاء أخذ و إن شاء ترك» كناية عن عدم البيع الملزم، فليس للفضولي أن يبيع مال الغير قبل تملكه له. و إطلاقه يدل على عدم البيع لنفسه.

و صحيحٌ معاوية يدل على عدم بيع مال الغير قبل تملكه له، و إطلاقه يشمل العين الشخصية.

و بعضها يدلّ من حيث التعليل على عدم جواز بيع مال الغير لنفسه قبل تملكه له، كصحيحتي ابن مسلم و منصور بن حازم، و رواية خالد بن الحجاج، فإنّ كلمة «إنما» في هذه الروايات ظاهرة في عدم جواز البيع قبل الشراء و التملك، سواء باعه لنفسه أم للمالك.

«١» و سائل الشيعة؛ ج ١٢، ص ٣٧٥، الباب ٨: من أبواب أحكام العقود، الحديث ١

«٢» و سائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٤، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود، الحديث ٣

«٣» و سائل الشيعة، ج ١٢، ص ٣٧٨؛ الباب ٨ من أبواب أحكام العقود، الحديث ١٢ و ١١

في بعضها^(١)، و من حيث التعليل في بعضها الآخر^(٢) - في^(٣) عدم صحة البيع قبل الإشتراء، و أنّه^(٤) يشترط في البيع الثاني^(٥) تملك^(٦) البائع له، و إستقلاله^(٧) فيه، و لا يكون قد سبق منه و من المشتري إلزامٌ و إلترامٌ سابق بذلك المال.
و الجواب عن العمومات^(٨): أنّها إنّما تدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود من

(١) كصحيح معاوية بن عمار و رواية يحيى بن الحجاج كما مرّ آنفاً.

(٢) كصحيحي ابن مسلم و منصور، و رواية خالد ابن الحجاج كما تقدم آنفاً.

(٣) متعلّق بـ «ظهور هذه الأخبار».

(٤) معطوف على «عدم» يعني: و ظهور الأخبار في أنّه يشترط في البيع... الخ.

(٥) و هو بيع الرجل المأمور المتاع الذي طلب منه الأمر. فالمراد بالبائع في قوله: «تملك البائع له» هو الرجل المأمور باشتراء المتاع للرجل الأمر.

(٦) نائب فاعل لقوله: «يشترط».

(٧) معطوف على «تملك» و ضميراً «له، فيه» راجعان إلى «المال» المذكور سابقاً.

(٨) هذا جواب المصنف رحمه الله عن إستدلال صاحب المقابس بالروايات على بطلان بيع من باع مال الغير لنفسه ثم ملكه و أجاز. و قد أجاب أولاً عن الاستدلال بالعمومات، و ثانياً عن الاستدلال بالأخبار الخاصة.

أما الجواب الأوّل فحاصله: أنّ النهي عن بيع مال الغير ليس نهياً تكليفاً عن السبب، و هو التلفظ بألفاظ العقد، لوضوح أنّ التلفظ بلفظ «بعث» ليس من المحرّمات التكليفية كالغناء و الغيبة، بل النهي عن بيع مال الغير إرشاد إلى حكم وضعي. و هو فساد المعاملة، و عدم ترتّب الأثر المقصود - أعني به الانتقال و تبادل المالين - عليها.

و بعبارة أخرى: المراد بالبيع المنهني عنه هنا هو البيع بمعناه الإسم المصدرى، يعني: أنّ بيع ما ليس ملكاً للبائع لا يترتب عليه أثر بالنسبة إلى كلا المتعاقدين، فليس للبائع التصرف في الثمن، و لا للمشتري التصرف في الثمن. و أمّا إذا زال عنوان «ما ليس عنده» و تبدل بعنوان «ما عنده» بسبب الشراء أو الإرث فيزول الحكم و هو الفساد، لتبعيّة الحكم لموضوعه، و يخرج عن الموضوع أعني به «ما ليس عنده» خروجاً تحضّصياً.

فلا مانع حينئذٍ من صحة بيع الفضولي مال الغير بعد أن صار العاقد الفضولي

البيع - وهو النقلُ و الإنتقال^(١) المنجز - على^(٢) بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب^(٣) الأثر على هذا البيع^(٤)، لا من طرف البائع بأن يتصرّف في الثمن، و لا من طرف المشتري بأن يطالب البائع بتسليم المبيع (*).

مالكاً له، لأنّ صحته مما تقتضيها عموماً صحة بيع المالكين لأموالهم، فلاتحتاج صحته - بمجرد إنتقال المال إلى الفضولي أو مع الإجازة - إلى دليل.
و أمّا الجواب الثاني فحاصله أنّ الأخبار الخاصة لا تدلّ إلا على عدم ترتب الأثر على بيع ما ليس عنده، فإنّ المثبت في بيع ما عنده - أعني به ترتب الأثر المقصود - هو المنفي في بيع ما ليس عنده.

(١) الذي هو البيع بمعنى الإسم المصدرى.

(٢) متعلق بـ «ترتّب الأثر».

(٣) الأولى إبداله بـ «ترتيب الأثر».

(٤) أي: بيع مال الغير فضولاً.

(*) و قد نوقش في هذا الجواب بما حاصله: أنّ إطلاق النهي عن ترتيب الأثر المقصود يشمل كلتا صورتى إجازة العاقد الفضولي الذي صار مالكاً فعلياً لما باعه فضولاً وعدم إجازته. و لا يكفي في صحة هذا العقد الفضولي العمومات الدالة على صحة العقود، وذلك لأنّ المفروض خروج المورد من حين وقوعه عن حيّزها، فلامعنى لشمولها له بعد ذلك. نظير بطلان العقد لفقد بعض الشرائط الأخر، كعدم القدرة على التسليم، فإذا باع متاعاً لا يقدر على تسليمه فهل يصح ذلك البيع بعد أن صار قادراً على تسليمه؟ أو باع شيئاً مجهولاً، و بعد مدة صار معلوماً.

و الحاصل: أنّه إذا فرض شرطية مالكية المبيع لصحة البيع فلامحالة يكون فقدانها موجباً لوقوع البيع باطلاً، فلا تشمله عموماً الصحة، فصحته بعد وجود الشرط تحتاج الى دليل. و أيّ فرق بين شرطية الملكية و بين سائر الشرائط، كمعلومية العوضين و القدرة على التسليم، و عدم الغرر، فإنّ فقدانها حين العقد يوجب بطلانه دائماً، و لا يصحّ العقد بعد وجودها.

و بالجملة: فعقد الفضولي الواقع لنفسه لالملك لا يصح، و إن إشتراه الفضولي بعد ذلك و أجاز.

و يظهر من هذا البيان حال الأخبار الخاصة، فإن مقتضى إطلاقها أيضاً بطلان البيع قبل الشراء و لو مع الإجازة. هذا بالنسبة إلى فرض المسألة.

و أفا بالنسبة إلى مطلق الفضولي فعدم التزامنا ببطلانه إنما هو لدعوى عدم شمول النهي له، حيث إن ظاهر النهي عن بيع ما ليس عنده أو ليس ملكاً له هو النهي عن بيعه لنفسه لالمالكه، فيكون مشمولاً لعمومات الصحة كما يظهر من المصنف رحمته أيضاً. هذا ما أفيد^(١).
و يمكن أن يقال: إن شرطية مالكية البائع للمبيع تكون في حال إضافة البيع بمعناه الإسم المصدري إليه و لو حصلت هذه الإضافة بعد إيجاب البيع، و من المعلوم أن عقد الفضول لا يضاف إلى العاقد الفضولي إلا بعد الإجازة، فلا يصير بائعاً إلا بعدها، و المفروض أنه في حال إتصافه بالبائعية يكون مالكاً، فتشمله عمومات صحة العقود.

و بعبارة أخرى: معنى «لاتبع ما ليس ملكاً لك» هو إعتبار ملكية المبيع للبائع حين إتصافه بالبائعية، و لا يحصل هذا الوصف له إلا بالإجازة، و المفروض كونه مالكاً حينئذ، فيتصف العاقد الفضولي بالبائعية بعد أن صار مالكاً، كما إذا باع زيد فضولاً مال أبيه من عمرو يوم الجمعة، ثم اشتراه من أبيه يوم السبت، ثم أجاز في يوم الأحد ببيع الفضولي الواقع يوم الجمعة. فهذا العاقد الفضولي صار بائعاً يوم الأحد، بعد أن ملك المبيع يوم السبت، فلا يصدق على هذا الفضول «أنه باع مال الغير» حتى يندرج في عموم: لاتبع ما ليس عندك. و الحاصل: أنه تفترق شرطية مالكية البائع للمبيع عن سائر الشرائط في أن سائر الشرائط شروط للصيغة، ففقدها حين العقد فادح في صحته، و لا يجدي في صحته حدودها بعد تحقق الصيغة.

فالتيجة: أن بيع الفضولي الذي ملك المبيع فضولاً ثم أجاز صحيح.
و توهم «كون العاقد الفضول بائعاً حين العقد، حيث إنه باع لنفسه للمالك، و المفروض أنه في ذلك الزمان لم يكن مالكاً، فيشمله عموم: لا تبع ما ليس عندك، إذ الاتصاف بالبائعية إنما يكون حين العقد لاجن الإجازة، فالبيع فاسد لامحالة» فاسد، لما مرّ مراراً من أن حقيقة البيع هي مبادلة المالين، و ليس قصد كون البيع لزيد أو لعمرو مقوماً

ومنه ^(١) يظهر الجواب عن الأخبار، فإنها لا تدلّ - خصوصاً ^(٢) بملاحظة قوله ^(٣): «ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها» ^(٤) - إلا على ^(٥) أن المنوع منه هو الإلزام والالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الإشتراء ^(٦)، فكذا بعده ^(٧)، من دون حاجة إلى إجازة، وهي المسألة الآتية، أعني لزوم البيع بنفس الإشتراء ^(٨) من دون حاجة إلى الإجازة ^(٩)، وسيأتي أن الأقوى فيها ^(١٠) البطلان.

(١) أي: ومن الجواب عن العمومات يظهر الجواب عن الأخبار الخاصة، كصحيح منصور بن حازم ورواية يحيى بن الحجاج وغيرهما، وقد تقدم آنفاً بقولنا: «و أما الجواب الثاني فحاصله ... الخ».

(٢) وجه الخصوصية: أن إيجاب البيع يوجب إلتزام المتبايعين بآثار البيع، فالمنهي عنه هو البيع الذي يترتب عليه الأثر من دون حاجة إلى إجازة مالك جديد.

(٣) كما في رواية يحيى بن الحجاج المتقدمة.

(٤) متعلق بـ «لاتدل» والمستثنى منه محذوف، أي: لا تدلّ الأخبار على شيء إلا على ... الخ.

(٥) يعني: قبل إشتراء العاقد الفضولي المتاع - الذي باعه فضولاً - من مالكة.

(٦) أي: بعد الإشتراء. والحاصل: أن المنهي عنه هو بيع الفضولي، بمعنى إلتزام المتبايعين بآثار البيع - قبل الشراء من مالكة و بعد الشراء منه - من دون حاجة إلى إجازة، بحيث يكون مجرد تملك العاقد الفضولي للمتاع كافياً في لزوم البيع.

(٧) أي: من دون إشتراء الفضولي لذلك المتاع.

(٨) أي: إجازة الفضولي الذي هو المالك الجديد.

(٩) أي: في المسألة الآتية، وهي: ما لو باع الفضولي المتاع ثم إشتراه من مالكة، فهل العقد الفضولي السابق كافٍ في الصحة؟ أم يحتاج إلى إجازة الفضولي الذي هو

لمفهوم البيع، فقصد كون البيع لفلان لغو، بإضافة البيع إلى شخص معين منوط بصيرورته مالكاً، كما أن العقد لا يكون عقداً للعاقد الفضول إلا بعد الإجازة.

ومنه يظهر وجه الحاجة إلى إجازة العاقد الفضول إذا صار مالكاً للمبيع الفضولي، وعدم كفاية مجرد صيرورته مالكاً في صحة عقده الفضولي.

و ما قيل^(١): «من أن تسليم البائع للمبيع بعد إشرائه إلى المشتري الأوّل^(٢) مفروض في مورد الروايات^(٣)، و هي إجازة فعلية» مدفوع^(٤) بأنّ التسليم إذا وقع

المالك الجديد، فلو لم يُجز ذلك العقد الفضولي الأوّل لبطل. لدخوله في مسأله «بيع مال الغير» الذي منع عنه بقوله عليه السلام: «لاتبع ما ليس عندك» و «لابيع إلا في ملك». (١) القائل صاحبُ المقابس عليه السلام أفاده في ردّ مناقشة الشهيد عليه السلام في دلالة الأخبار المتقدمة على فساد بيع «من باع ثم ملك» قال المحقق الشوشتری: «و ما يظهر من الشهيد من حمل نحو هذه الأخبار على ما إذا أراد اللزوم بمجرد الإنتقال - لا بالاجازة بعده - فبعده ظاهر، فإنه لو كانت الإجازة كافية لما نهى عن البيع قبل ذلك، و لم يُؤمر بفعله بعده. مع أنّ التسليم كان يحصل بعده، و هو في حكم الإجازة، لأنّها تحصل بالفعل كما تحصل بالقول»^(١).

و تقريب ما نقله المصنف عليه السلام عنه هو: أنّ الروايات الخاصة مع تضمنها للإجازة الفعلية - و هي تسليم البائع الفضولي المبيع إلى المشتري - منعت عن بيع الفضول مال الغير قبل تملكه له، فيستفاد من الأخبار الخاصة النهي عن بيع مال الغير و إن ملكه البائع بعد ذلك، و أجاز البيع الفضولي.

(٢) و هو الذي اشتري المتاع من البائع الفضولي يوم الجمعة.

(٣) كما في مورد رواية عبدالله بن سنان، قال: «سألْتُ أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتيني يريد مني طعاماً أو بيعاً نسيئاً، و ليس عندي، يصلح أن أبيعهُ إياه و أقطع له سعره، ثم أشتريه من مكان آخر، فأدفعه إليه؟ قال: لا بأس به»^(٢). و كذا غيرها.

(٤) خبرٌ «و ما قيل» و دفع له، توضيحه: أنّ الفعل و إن كان أحياناً إجازة كقول، لكن إتصافه بالإجازة منوط بكونه عن سلطنة و إستقلال، لأنّها من شؤون سلطنة الناس على أموالهم، فلا بدّ أن تكون الإجازة مطلقاً - فعلاً أو قولاً - صادرة عن إرادة و إختيار، لا عن الإكراه و الإيجابار.

و عليه فالتسليم إلى المشتري الأوّل إذا نشأ عن إعتقاد لزوم البيع السابق الواقع

(١) «مقابس الأنوار. كتاب البيع. ص ٣٧

(٢) «وسائل الشيعة. ج ١٢، ص ٣٧٦؛ الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث: ٢

باعتقاد لزوم البيع السابق، وكونه من مقتضيات لزوم العقد، وأنه^(١) مما لا إختيار للبائع فيه، بل يُجبر عليه إذا إمتنع، فهذا^(٢) لا يُعدّ إجازةً، ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأن^(٣) المعتبر في باب الإجازة قولاً و فعلاً ما^(٤) يكون عن سلطنة و إستقلال، لأن^(٥) ما يدلّ على إعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً لغيره يدلّ^(٦) على عدم كفاية ذلك^(٧).

نعم^(٨) يمكن أن يقال: إنّ مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد

يوم الجمعة في المثال المفروض - و صيرورته مجبوراً على التسليم إذا إمتنع - لم يكن هذا التسليم إجازةً في باب الفضولي، إذ مع إعتقاد لزوم البيع - و كون لزوم التسليم من مقتضياته - لا يبقى له سلطنة و إستقلال.

(١) هذا و «كونه» معطوفان على «لزوم» و مفسّران له.

(٢) جواب قوله: «إذا وقع» و جملة الشرط و الجواب خبر قوله: «ان التسليم».

(٣) تعليل لقوله: «لا يعدّ إجازة» و قد مرّ توضيحه آنفاً.

(٤) خبر «أن المعتبر»، و «قولاً أو فعلاً» تمييزان للإجازة.

(٥) تعليل لقوله: «لأنّ المعتبر» و محصّله: أنّ وجه إعتبار السلطنة و الاستقلال في الإجازة هو دلالة دليل الإجازة على ذلك، حيث إنّ ما يدلّ على إعتبار طيب النفس في حلية مال شخص لغيره كالصريح في ذلك، فإن طيب النفس لا يحصل إلّا في ظرف عدم مُلزمٍ لملك المال بالإجازة، إذ مع وجوده لا يحصل طيبُ النفس، بل قد تحصل الكراهة التي هي ضدّه.

(٦) خبرٌ لقوله: «لأن ما يدل».

(٧) و هو تسليم البائع الفضولي المبيع - بعد إشتراؤه من مالكة الأصلي - إلى المشتري باعتقاد لزوم البيع السابق، و كون التسليم واجباً عليه، لأنّه من مقتضياته.

(٨) إستدراك على ما أفاده في الجواب عن إستدلال صاحب المقابس بالأخبار، و حاصل الاستدراك: أنّ الامام عليه الصلاة و السلام علّل نفي البأس في رواية خالد بن المحجاج بقوله: «أليس إن شاء أخذ، و إ شاء ترك» و هذا التعليل ظاهر في ثبوت البأس و المنع في البيع المتحقق بين السمسار و المشتري منه، بحيث لو كان المشتري مُلزمًا بأخذ

المتقدِّمة^(١) «بأن^(٢) المشتري إن شاء أخذ و إن شاء ترك» ثبوت^(٣) البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصل. وهذا^(٤) محقق فيما نحن فيه^(٥)، بناءً^(٦) على ما تقدّم^(٧) من أنه ليس للأصيل في عقد الفضوليّ فسحُ المعاملة (*) قبل إجازة المالك أو ردّه.

الثوب - و لم يكن له الخيار بين الأخذ و الترك - لكان فاسداً.
و هذا المطلب محقق في مسألة «من باع ثم ملك» فيكون باطلاً، وذلك لما تقرّر في ثمرات الكشف و النقل من أن الأصيل لا يجوز له رفع اليد عمّا أنشأه مع الفضول، بل عليه التبرص إلى أن يجيز المالك أو يرد. و حيث إن المشتري من الفضولي في مسألة «من باع» ملزم شرعاً بالبقاء على مضمون العقد و مقتضاه، كان مفهوم قوله **طالباً**: «إن شاء أخذ و إن شاء ترك» دالاً على وجود البأس فيه، فيبطل بيعه.

و الحاصل: أن إلزام الأصيل بالوفاء - في الفترة بين العقد و الإجازة - يوجب بطلان البيع، لانتفاء مشيئة الأخذ و الترك، هذا.

(١) و هي رواية خالد بن الحجاج المتقدمة في (ص ٣٠٥).

(٢) متعلّق بـ «تعليل».

(٣) خبر «إن مقتضى» أي: ثبوت البأس في البيع السابق الفضولي بمجرد لزومه على المشتري الأصيل.

(٤) أي: و ثبوت البأس محقق في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه».

(٥) و هو بيع الفضول مال الغير و تملكه له، و إجازته لما باعه فضولاً.

(٦) علّة لثبوت البأس فيما نحن فيه.

(٧) تقدّم ذلك في (ص ١١٩) بقوله: «و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فقتضى العموم

... الخ».

(*) لكن ينافيه قوله: «أليس إن شاء أخذ، و إن شاء ترك» حيث إنّه نصرّ على

عدم اللزوم من طرف الأصيل، و عدم نفوذ المعاملة إذا لم يتمكن المشتري من ردها و قبولها.

لكن^(١) الظاهر - بقرينة النهي^(٢) عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم - إرادة اللزوم من الطرفين.

والمحصل^(٣): أن دلالة الروايات عموماً وخصوصاً على النهي عن البيع قبل الملك مما^(٤) لا مساع لإنكاره، ودلالة^(٥) النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة^(٦). إلا^(٧) أننا نقول: إن المراد بفساد البيع هو عدم ترتب

(١) إستدراك على قوله: «نعم» ورد له، وحاصله: أن جملة «إن شاء ترك وإن شاء أخذ» وإن كانت ظاهرة في إناطة صحة البيع بعدم لزوم البيع على الأصيل، بحيث لو كان لازماً عليه كان فيه البأس، فيشكل الأمر حينئذ في مسألة «من باع ثم ملك». إلا أن السؤال عن شراء الثوب ورد في رواية يحيى بن الحجاج أيضاً، وقد نهى^(٨) فيها عن المواجهة، لقوله: «و لا تواجهه البيع».

و من المعلوم ظهور باب المفاعلة في أن المنهي عنه هو إنشاء البيع اللازم من الطرفين، لامن طرف واحد، وهو المشتري الأصيل الذي إشتري المتاع من البائع الفضولي كما في المقام، لكون اللزوم من طرف الأصيل فقط. وأما من طرف الفضولي فلا لزوم فيه، فليس مشمولاً للرواية حتى تدل على فساد البيع.

(٢) قرينته إنما هي لكون المواجهة - الواقعة في رواية يحيى المتقدمة - من باب المفاعلة الدالة على إعتبار الالتزام من الطرفين.

(٣) يعني: وحاصل الكلام في مسألة «من باع مال الغير فضولاً ثم ملكه وأجاز» هو: أن دلالة الروايات العامة - كقوله^(٩): «لا تبع ما ليس عندك» و الروايات الخاصة، وهي رواية يحيى بن الحجاج وغيرها المذكورة في (ص ٣٠٨ - ٣٠٤) على النهي عن بيع شيء قبل تملكه مما لا ينبغى إنكاره، كما أنه لا مجال لإنكار دلالة النهي على الفساد أيضاً. وعليه فيكون بيع الفضولي في المقام فاسداً غير قابل للتصحيح.

(٤) خبر «أن دلالة»، وقوله: «على النهي» متعلق بـ «دلالة».

(٥) معطوف على «دلالة» والمراد بالنهي هو النهي الوارد في الأخبار العامة والخاصة.

(٦) وهي مسألة بيع الفضول الذي ملك ما باعه فضولاً بالشراء أو غيره، وأجاز.

(٧) غرضه أن تعلق النهي ببيع الفضول مال الغير، ودلالة النهي على الفساد وإن

كان كلاهما مما لا يقبل الإنكار، إلا أن معنى الفساد ليس هو كون البيع كالعدم بحيث

ما يقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع. مثلاً^(١) لو فُرِضَ حكمُ الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه^(٢) الذي يقصده أهلُ المعاملة - كأن^(٣) يترتب عليه^(٤) بعد البيع النقل^(٥) والانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن، و جواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل

لا يترتب عليه أثر أصلاً و إن لحقته الإجازة من مالكة، بل معناه عدم ترتب الأثر المقصود كالنقل و الانتقال في البيع، في مقابل الصحة التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من الآثار.

فالصحة و الفساد يعرضان البيع الموجود، نظير صحة الثمر و فساده، فإن الثمر مثلاً يتصف بالصحة و الفساد. بخلاف الصلاة بناءً على وضعها للصحيح، فإن فساده عبارة عن عدمها. لكن إتصاف المعاملة بالصحة و الفساد لا بد أن يكون باعتبار السبب دون المسبب، لدورانته بين الوجود و العدم، فإن الملكية مثلاً إما موجودة و إما معدومة. إلا أن يقال بتصور الصحة و الفساد في المعنى الإسمي المسببي أيضاً باختلاف الأنظار كما تقدم في أول البيع، فراجع^(٦).

(١) غرضه من هذا التمثيل بيان معنى الفساد الذي يقتضيه النهي في مثل «لاتبع ما ليس عندك» و تقريبه: أن الفساد مقابل الصحة، و المراد بصحة بيع الفضولي ما لا يملكه هو ترتيب أحكام البيع عليه من النقل و الانتقال في الملكية، و تسليم الثمن إلى المشتري بعد تحصيله، و هكذا. و المراد بالفساد عدم ترتب الأثر عليه فعلاً، لعدم كون البائع مالكاً بالفعل. و هذا لا يتنافى صحته التأهيلية و قابلية العقد للصحة الفعلية بلحوق الإجازة. و ليس المراد بالفساد ما استفاده صاحب المقابس بني من عدم قابليته للتأثير بوجه أصلاً حتى لو لحقته الإجازة.

(٢) متعلق بـ «بصحة» و المراد بالصحة على الوجه المقصود للمتبايعين هو الإمضاء.

(٣) الظاهر أنه بيان لإمضاء الشارع مقصود المتعاملين.

(٤) و يحتمل أن يكون «كان» بصيغة الماضي ليكون جواباً للشَّرْطِ في قوله: «لو فرض».

(٥) أي: على البيع، و قوله: «النقل» فاعل «يترتب».

(٦) هذا و ما بعده هو الوجه الذي يقصده أهل المعاملة من البيع.

المبيع من^١ مالكة و تسليمه^٢، وعدم^٣ جواز إمتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه^٤ - ففساد^٥ البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك^٦ عليه، وهو^٧ لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو بمن يملكه بعد العقد. ولا يجب^٨ على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع النهي عنه لغواً غير مؤثر أصلاً^٩.

(١) متعلق بـ «بتحصيل» و هو متعلق بـ «مطالبة». و ضميراً «مالكة ، تسليمه» راجعان إلى «المبيع».

(٢) معطوف على «تحصيل».

(٣) معطوف على «جواز» و ضميراً «تحصيله، تسليمه» راجعان إلى «المبيع».

(٤) هذا و «بعد تحصيله» متعلقان بـ «إمتناع».

(٥) هذا إما جواب «لو فرض» و إقترانه بالفاء لكون الجواب جملة إسمية، و إما متفرع على ما أفاده من الصحة التي هي حكم وضعي، و معناها ترتب الآثار الشرعية - من النقل و الانتقال، و جواز تصرف البائع في الثمن، و المشتري في المبيع - على العقد. فعنى الفساد الذي هو مقابل الصحة عبارة عن عدم ترتب تلك الآثار على البيع.

(٦) أي: عدم ترتب جميع تلك الآثار - من النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع في الثمن، و غير ذلك - على البيع.

(٧) أي: و الفساد بهذا المعنى - و هو عدم ترتب الآثار من النقل و الانتقال و غير ذلك على البيع - لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكة حين العقد أو بمن يملكه بعد العقد كالفضولي الذي يبيع مال الغير ثم يملكه بالشرء أو غيره، و يميز ذلك البيع الفضولي.

(٨) لعل الأولى تبديل الواو بالفاء، كما في قوله: «فساد»، حيث إن «و لا يجب» بعد بيان المراد بالفساد كالنتيجة، و حاصله: أن الفساد بالمعنى المزبور لا يستلزم أن يراد بالفساد المدلول عليه بالنهي لغويةً البيع المنهي عنه في مثل «لا تبع ما ليس عندك» و وقوعه غير مؤثر أصلاً حتى مع حقوق إجازة من له الإجازة به.

(٩) يعني: حتى مع إجازة من له ولاية الإجازة كمالكة حين العقد، أو مالكة بعد

كما يستفاد^(١) من وجه دلالة النهي على الفساد، فإنَّ حاصله دعوى دلالة النهي على إرشاد المخاطب، و بيان أنَّ مقصوده من الفعل المنهبي عنه - وهو^(٢) الملك و السلطنة من الطرفين - لا يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا^(٣) أنه لقو من جميع الجهات، فافهم^(٤).

أللهم^(٥) إلا أن يقال: إنَّ عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقدٍ بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيداً بإنضمام بعض الأمور

(١) يعني: كما يستفاد عدمُ المنافاة بين فساد البيع بالمعنى المذكور و بين قابلية العقد للحقوق الإجازة من وجه دلالة النهي على الفساد، و ذلك الوجه هو ما أفاده بقوله: «فإنَّ حاصله» من دعوى دلالة النهي في مثل «لاتبع ما ليس عندك» على إرشاد المخاطب إلى أنَّ مقصوده من البيع المنهبي عنه - وهو النقل و الانتقال - لا يترتب عليه، و لا يؤثر هذا البيع في مقصود المتبايعين. لا أنَّ هذا البيع المنهبي عنه لقو من جميع الجهات حتى لا يكون قابلاً لإجازة من له ولاية الإجازة.

(٢) أي: مقصود المخاطب، و ضمير «حاصله» راجع إلى «وجه».

(٣) معطوف على «أن مقصوده». و الضمائر في «أنه، عليه، فهو» راجعة إلى الفعل

المنهبي عنه.

(٤) لعلَّه إشارة إلى عدم الفرق في دلالة النهي بين ما نحن فيه و سائر المقامات، و من المعلوم أنه في سائر الموارد - كبيع المجهول و البيع الربوي - يدلُّ على الفساد المطلق، و عدم الصحة الفعلية و التأهلية، فلا بدَّ أن يكون كذلك فيما نحن فيه أيضاً.

(٥) هذا عدول عمَّا أفاده - من عدم دلالة النهي في الأخبار العامة و الخاصة على فساد بيع الفضوليِّ مألَّ غيره لنفسه، و تملكه بعد البيع لذلك المال، و إجازته للبيع - إلى دلالة النهي في تلك الأخبار على الفساد، كدلالته على الفساد في سائر الموارد.

تقريب وجه العدول: أنَّ النهي المطلق الظاهر في البطلان المطلق لا يلائم صحة الفعل المنهبي عنه مقيداً بشرطٍ كالإجازة فيما نحن فيه، بل المناسب أن يكون النهي مقيداً، بأنَّ يقال: «لاتبع مال الغير إلا مع إجازته» أو «لاتبع مالَّ الغير إذا لم يجرز مالكة». فإطلاق النهي و عدم تقييده يدلُّ على بطلان هذا البيع مطلقاً بحيث لا يقبل الإجازة.

اللاحقة - كالتبضع في الهبة ونحوها^(١)، والإجازة في الفضولي - لا يقتضي^(٢) النهي عنها بقول مطلق، إذ^(٣) معنى صحة المعاملة شرعاً أن يترتب عليها شرعاً المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق. وعدم^(٤) بناء المتعاملين على مراعاة ذلك

للزوم الإخلال بالغرض من إطلاق النهي مع إرادة النهي المقيد منه، كبيع الفضولي بلاإجازة، والهبة بلاقبض، وبيع الصرف بلاقبض، إلى غير ذلك من النواهي المقيدة. وبالجملة: فالنهي في «لاتبع ما ليس عندك» يدل على الفساد مطلقاً و لو مع الإجازة.

ثم إن ما أفاده المصنف بقوله: «اللهم إلا أن يقال» يستفاد من صاحب المقابس في رد كلام الشهيد^(٥) بقوله: «فإنه لو كانت الإجازة كافية لمأني عن البيع قبل ذلك، ولم يؤمر بفعله بعده، مع أن التسليم كان يحصل بعده، وهو في حكم الإجازة منه»^(٦).

(١) كبيعي الصرف والسلم.

(٢) خبر «أن» في قوله «أن عدم ترتب» و ضمير «عنها» راجع إلى المعاملة المستفادة من العبارة.

و الحاصل: أن العقد إذا كان صحيحاً على تقدير لم يصح النهي عنه بقول مطلق، إذ إطلاق النهي ظاهر في بطلان العقد بقول مطلق.

(٣) تعليل لعدم صحة النهي بقول مطلق، مع فرض صحة العقد على تقدير كصحة عقد الفضولي على تقدير الإجازة، بل لا بد من تقييد النهي بتجرده عن لحوق شرط صحته، كإجازة المالك، فإنه مع فرض الصحة على تقدير وجود الشرط الفلاني كيف يصح النهي بقول مطلق؟ إذ إطلاق النهي يدل على بطلان العقد مطلقاً. و عليه فيكون عقد الفضول باطلاً حتى مع الإجازة.

(٤) إشارة إلى وهم و دفع. أما الوهم فهو: أنه يمكن أن يكون سبب النهي المطلق بناء المتعاقدين على عدم مراعاة الشرط و هو الإجازة في عقد الفضولي التي تصدر من المالك.

الشرط لا يوجب^(١) النهي عنه إلا مقيداً بتجرده عن حقوق ذلك الشرط، فقصدهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك - بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع - لا يوجب^(٢) المحكم عليه بالفساد^(٣).

فالإنصاف^(٤) (*) أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل

(١) هذا خبر «عدم» و دفع التوهم، و محصله: أن هذا البناء لا يسوغ النهي المطلق، بل اللازم النهي مقيداً بعدم صدور الإجازة من المالك، إذ مع صدورهما تصح المعاملة، فالنهي المطلق دليل على فساد المعاملة مطلقاً و إن لحقته الإجازة.

(٢) خبر قوله: «فقصدهم»، و «على البيع» متعلق بـ «ترتب».

(٣) يعني: الفساد مطلقاً حتى مع الإجازة، فلا وجه للنهي عن هذه المعاملة بنحو

الإطلاق.

(٤) الفاء للتفريع. غرضه أن نتيجة ما ذكرناه من أن «لاتبع» في الروايات العامة و ما يضمنونه من الروايات الخاصة - الدالة على نهي المخاطب عن بيع ما ليس عنده مع البناء على دلالة النهي على الفساد - هي فساد البيع، و عدم وقوعه للمخاطب و هو البائع الفضولي الذي باع مال غيره لنفسه مطلقاً و لو مع الإجازة.

و لدلالة هذا النهي على عدم وقوعه لغير المخاطب و هو المالك إذا أجاز، لأن النهي متوجه إلى المخاطب الذي هو البائع الفضولي، فلا نهي بالنسبة إلى غير المخاطب، بل يراعى فيه حكم الفضولي، فإذا أجاز صح، و إلا فلا. و لو إنتقل المال إلى نفس المخاطب الفضولي إنتقلت سلطنة الإجازة إليه، فإن أجاز صح، و إلا بطل رأساً.

(*) يمكن أن يقال: إن شروط العقد على قسمين.

أحدهما: الأمور المقومة للعقد العرفي كالقصد و الموالاة، و فقدها يوجب إنعدام العقد العرفي، و يصير وجوده كالعدم. و هذا هو الفساد المطلق، أي: لا يترتب عليه شيء من الصحة التأهيلية و الفعلية.

ثانيهما: الأمور التي جعلها الشارع قيوداً للعقد العرفي كبلوغ المتعاقدين، و هذه الشروط قد تكون من قبيل الحقّ الآدمي، و تكون شرطيتها رعايةً لحقه، و تصير فعلية آثار

التَّمْلُكُ للبائع^(١)، و عدمُ ترتبِ أثر الإنشاء المقصود منه عليه^(٢) مطلقاً^(٣) حتى مع الإجازة. و أما صحته^(٤) بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلأن النهي راجع إلى وقوع

و بالجملة: فما ذكره في «الإيناف» موافق لما في المقابيس من بطلان بيع الفضولي لنفسه.

(١) أي: البائع الذي هو المخاطب بالنهي عن بيع ما ليس عنده المذكور صريحاً و تلويحاً في الروايات.

(٢) متعلق بـ «ترتب أثر»، و ضميره و ضمير «منه» راجعان إلى الإنشاء.

(٣) يعني: أن العقد باطل في حق المخاطب و لو أجازاه بعد أن ملكه، فهذا العقد فاقد لكل من الصحة التأهيلية و الفعلية. و هذا مطابق لما أفاده المحقق صاحب المقابيس^{رحمته} من دلالة الأخبار المتقدمة على بطلان بيع الفضولي لنفسه.

(٤) بعد أن نفي المصنف^{رحمته} صحة العقد بالنسبة إلى الفضولي الذي باع مال الغير

العقد منوطة بإسقاط الحق، كالملكية، فإنها من الشرائط التي تقتضيها سلطة المالكين على أموالهم، و لذا عبّر عن مخالفتها في نصوص نكاح العبد بدون إذن سيده «بأنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده» و معصية السيد ليست إلا من جهة مخالفته لقاعدة سلطة المالك على ماله.

فمعى كان الشرط من قبيل الملكية كان العقد صحيحاً تأهلاً، و توقفت صحته الفعلية على إمضاء المالك. فالنهي عن بيع مال الغير يوجب وقوف العقد عن التأثير الفعلي، لاعن التأثير الإعدادي، فإذا لحقه رضا المالك و إمضاؤه لرتب عليه الآثار الفعلية من لزوم التسليم و القبض و غيرهما.

و من هنا يظهر وجه حمل المصنف^{رحمته} الفساد على عدم ترتب الآثار الفعلية على البيع المنهى عنه في قوله صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك».

وقد لا تكون من قبيل الحق الأدمي كالعربية و الماضية بناءً على إعتبارهما، و مقتضى إطلاق شرطيهما هو بطلان العقد بقولٍ مطلق بحيث لا يترتب عليه أي أثر وجودي، فيقع العقد باطلاً، و لا يمكن تصحيحه بشيء من الوجوه.

و إذا شك في كون الشرط من أي قسم من أقسام الشروط، و لم يكن إطلاق لفظي يؤخذ به، و وصلت النوبة إلى الأصل العملي، فالمرجع أصالة الفساد.

البيع المذكور للبائع، فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي.

نعم^(١) قد يُخدش فيها^(٢): أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة ورودها في بيع الكلي، وأنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة، ثم إشتراء بعض أفراده، و تسليمه إلى المشتري، والمذهب جواز ذلك^(٣)

لنفسه تعرض لحكم هذا العقد بالنسبة إلى المالك، و قال: إن هذا البيع بالنسبة إلى المالك من صفريات البيع الفضولي، فإن قلنا بصحته مطلقاً قلنا بها هنا أيضاً.

(١) إستدراك على قوله: «فالإنصاف أن ظاهر النهي» و الغرض منه الخدشة فيما أفاده من ظهور النهي في تلك الروايات - عدا روايتي يحيى بن الحجاج و خالد بن الحجاج اللتين موردهما البيع الشخصي - في عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

و محصل الخدشة: أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة هو بيع الكلي، وأنه لا يجوز بيع الكلي في الذمة، ثم إشتراء بعض أفراده و تسليمه إلى المشتري. و هذا خلاف المذهب، لجواز بيع الكلي في الذمة عند الإمامية.

و عليه فلا يصح الاستدلال بتلك الأخبار على المدعى، و هو فساد بيع الفضولي مال الغير لنفسه، لسقوطها عن الحجية و الاعتبار، فلا يحصى عن حمل النهي الوارد فيها إما على الكراهة، أو على التقية، لموافقته لمذهب جماعة من علماء العامة.

و هذه الخدشة ذكرها صاحب المقابس رحمته ثم أجاب عنها بأن حمل الروايات الناهية عن بيع الكلي على التقية لا يقتضي حمل النهي الوارد عن بيع الثوب الشخصي في رواية يحيى عليها، مع فرض خلوها عن المعارض، قال رحمته: «و التحقيق أن حمل ما ورد في غير المعين على ما ذكر - مع عدم ظهورها في المنع و وجود المعارض - لا يقتضي حمل ما ورد في المعين، مع دلالتها على المنع و خلوها عن المعارض، و صحة أكثرها...»^(١)

(٢) أي: في دلالة الروايات المتقدمة على المنع عن بيع من باع ثم ملك.

(٣) أي: جواز بيع الكلي في الذمة.

وإن نُسب الخلافُ فيه^(١) إلى بعض العباثر^(٢). فيقوى في النفس أنها^(٣) وما ورد^(٤) في سياقها في بيع الشخصي أيضاً، كروايتي يحسني و خالد المتقدمين، أريد^(٥) بها الكراهة، أو وردت^(٦) في مقام التقيّة، لأنّ^(٧) المنع عن بيع الكلّيّ حالاً - مع عدم وجوده عند البائع حال البيع - مذهب^(٨) جماعة من العامة، كما صرح به^(٩) في بعض الأخبار^(١٠)، مستنديين^(١١) في ذلك إلى النهي النبويّ عن بيع ما ليس عندك.

(١) أي: في جواز بيع الكلّي الذمي.

(٢) حكى العلامة الخلاف عن العمّاني وابن إدريس تقريباً، و حكاه صاحب المقابس عن العلامة.

(٣) أي: أنّ الأخبار المتقدمة الظاهرة في عدم جواز بيع الكلّي في الذمة - الذي هو مخالف لمذهب الإماميّة، وكذا غير تلك الأخبار من الروايات الواردة في سياقها المانعة عن بيع الكلّي في الذمة، كروايتي يحسني و خالد إبني الحجاج المتقدمين في (ص ٣٠٥ - ٣٠٤) - أريد بها الكراهة. أو وردت في مقام التقيّة، حيث إنّ المنع عن بيع الكلّي حالاً مع عدم وجود شيء من مصاديقه عند البائع حال البيع مذهب جماعة من علماء العامة، كما صرح به في صحيحتي عبدالرحمان بن الحجاج^(١)، فإنّ قول عبدالرحمان للإمام عليه السلام في الصحيحة الأولى: «قلت: إنهم يفسدونه عندنا» و قوله في الصحيحة الثانية: «قلت: فإنّ من عندنا يفسده»^(٢) دليل على أن علماء السنة لا يجوزون بيع الكلّي في الذمة.

(٤) معطوف على ضمير «أنها»، و ضمير «سياقها» راجع إلى «الأخبار المتقدمة».

(٥) خبر قوله: «أنها و ماورد» و الجملة فاعل «يقوى».

(٦) معطوف على «أريد».

(٧) تعليل لقوله: «أووردت».

(٨) خبر قوله: «لأن المنع».

(٩) أي: بالمنع عن بيع الكلّي الذي هو مذهب جماعة من العامة.

(١٠) كصحيحتي عبدالرحمان المشار إليها آنفاً.

(١١) أي: حال كون هؤلاء العامة مستنديين في إفتائهم - بالمنع عن بيع الكلّي حالاً -

«١» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ١٣٠ - ١٣٢، و لاحظ السرانز، ج ٢، ص ٢٩٠

«٢» و مسائل الشيعة ج ١٢ ص ٣٧٤ و ٣٧٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود: الحديث ٣١

لكن^(١) الإعتاد على هذا التوهين^(٢) في رفع اليد عن الروایتين^(٣) المتقدمتين الواردتين في بيع الشخصي، و عموم^(٤) مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي، خلاف^(٥) الإنصاف،

إلى النبوي الناهي عن بيع ما ليس عندك.

(١) إستدراك على ما أفاده من الخدشة المذكورة في الأخبار المتقدمة، و عدول عنه، و محصل تقريب العدول: أنّ الروایات المتقدمة و إن كانت موهونة، لمخالفتها لمذهب الإمامية القائلين بجواز بيع الكلي في الذمة. ولكن هذه الخدشة لا توجب رفع اليد عن الروایتين الواردتين في منع بيع الشخصي المشار إليهما في (ص ٣٠٤ و ٣٠٥).

و كذلك لا توجب رفع اليد عن عموم مفهوم التعليل في قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيحة محمد بن مسلم: «أَمَّا يَشْتَرِيهِ مِنْهُ بَعْدَ مَا يَمْلِكُهُ» حيث إنه يدلّ مفهوماً على عدم جواز الشراء منه قبل تملكه للمبيع، لأنّ عمومه يشمل بيع الفضولي مال الغير لنفسه و إن ملكه بعد ذلك بشراءٍ أو غيره و أجاز.

و كذا عموم مفهوم قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيحة منصور بن حازم: «أَمَّا الْبَيْعُ بَعْدَ مَا يَشْتَرِيهِ» حيث إنه يدلّ مفهوماً على عدم جواز البيع قبل شراء المبيع. و عمومهُ يشمل بيع الفضولي مال الغير لنفسه و إن ملكه بعد البيع و أجاز.

و بالجملة: فالمتعمد هو عموم مفهوم التعليل في الصحيحتين المشار إليهما، و عدم الإعتناء بالخدشة المذكورة، و الالتزام بما أفاده في «الانصاف» من ظهور الروایات في عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع.

(٢) و هي الخدشة المذكورة بقوله: «نعم قد يخدش فيها».

(٣) و هما روايتا يحيى و خالد المتقدمتان في (ص ٣٠٤ و ٣٠٥).

(٤) معطوف على «الروایتين».

(٥) خبر «لكن» فحصل ما أفاده المصنف عَلَيْهِ السَّلَامُ: أنّ الاعتماد على هذا التوهين - أعني به

الخدشة المذكورة - في رفع اليد عن ظهور روايتي يحيى و خالد في الفساد في بيع المتاع

إذ^(١) غاية الأمر حملُ الحكم^(٢) في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلي قبل التملك - على التقيّة، وهو^(٣) لا يوجب طرح مفهوم التعليل رأساً، فتدبر^(٤).

الشخصي قبل تملك البائع له، ورفع اليد عن عموم مفهوم التعليل الشامل لبيع الكلي والشخصي خلاف الانصاف، إذ لا وجه لرفع اليد عن الظواهر بلاقرينة، فلا بد من الأخذ بظاهر النهي والحكم بفساد بيع الشخصي قبل تملك البائع، غاية الأمر أنه يحمل عدم جواز بيع الكلي في مورد تلك الأخبار على التقيّة.

(١) تعليل لكون الاعتماد على الخدشة المذكورة - ورفع اليد بسببها عن الروايتين وعن عموم مفهوم التعليل - خلاف الانصاف. وقد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «إذ لا وجه لرفع اليد عن الظواهر بلاقرينة... الخ».

(٢) وهو عدم جواز البيع، وقوله: «على التقيّة» متعلّق بـ «حمل».

(٣) يعني: والحمل على التقيّة لا يوجب طرح مفهوم التعليل العام الشامل لبيع الكلي والشخصي رأساً، إذ غايته خروج بيع الكلي عن حيّزه. وأمّا بيع الشخصي فلا وجه لخروجه عن عموم مفهوم التعليل، بل هو باقٍ تحت العموم، ومقتضاه عدم جواز بيع الشخصي قبل التملك.

فالمتحصل: أنّ الحمل على التقيّة لا يسوّغ طرح مفهوم التعليل في صحيحتي محمد بن مسلم و منصور بن حازم، و طرح روايتي يحيى بن الحجاج و خالد بن الحجاج.
(٤) لعلّه إشارة إلى: أنّ الحمل على التقيّة إنّما هو في فرض التعارض، و عدم الجمع العرفي، و المفروض وجوده، و هو حمل الأخبار المانعة عن بيع الكلي على الكراهة، الذي هو جمع عرفي حكمي بينها و بين مادّة على جوازه، من الإجماع و غيره.

أو إشارة إلى: أنّه من البعيد إمكان التبعض في التعليل، بحمل بعضه - وهو الكلي - على التقيّة أو الكراهة، و بإبقاء بعض مواردّه و هو الشخصي على حاله من عدم الجواز، إذ يلزم إلغاؤه في موردّه و هو الكلي، و إبقاؤه في غيره و هو بيع الشخصي. فيقوى حمل النهي على الكراهة مطلقاً حتى لا يقع في كلفة ما لعلّه لا يتمكّن من تحصيله مقدّمة للوفاء في الكلي، و تميمياً للبيع في الشخصي.

فالأقوى^(١) العمل بالروايات، و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور^(٢).
 و مما يؤيد المنع^(٣) - مضافاً إلى ما سيأتي عن التذكرة و المختلف من دعوى
 الإتفاق - رواية الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه،
 قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إني كنت رجلاً مملوكاً، فتزوجت بغير إذن مولاي، ثم
 أعتقني الله بعد، فأجدد النكاح؟ قال: فقال: علموا أنك تزوجت؟ قلت: نعم قد
 علموا، فسكتوا و لم يقولوا لي شيئاً. قال: ذلك إقرار منهم، أنت على نكاحك»^(٤)
 الخبر^(٥)؛ فإنها^(٥) ظاهرة - بل صريحة - في أن علة البقاء^(٦)

- (١) هذه نتيجة النقص و الإبرام، فوافق المصنف صاحب المقابس عليه السلام في الحكم بفساد بيع من باع مال الغير لنفسه قبل أن يملكه، و أجازته بعد تملكه له.
- (٢) و هو بيع المتاع الشخصي قبل التملك و الإجازة له بعد التملك، دون بيع المتاع الكلي، لأنه كما تقدم آنفاً جائز عندنا.
- (٣) أي: منع جواز بيع مال الغير فضولاً، و إجازته له بعد تملكه للمبيع.
- (٤) أي: إلى آخر الخبر، لكن هذا آخر الخبر، و ليس له بقية، فلم يظهر وجه هذا التعبير. و قريب منها روايتنا معاوية بن وهب^(٢).
- (٥) أي: فإن رواية الحسن بن زياد. تقريب دلالته على عدم كفاية مالكية العاقد الفضولي - و هو العبد في مورد الرواية - لنفسه في البقاء على ما فعله بغير إذن سيده هو: جعل علة البقاء إقرار المولى المستفاد من سكوته، إذ لو كانت العلة مالكيته لنفسه المحاصلة بالعتق - مع إجازته أو بدونها - لم يحتج إلى إستفصال الامام عليه الصلوة والسلام عن سكوت المولى و عدمه، لكون العقد لازماً على تقدير كفاية صيرورته مالكاً لنفسه على كلا تقديري الحاجة إلى الإجازة و عدمها، إذ المفروض حصول الإمضاء و الرضا بما فعله بغير إذن سيده على فرض الحاجة إلى الإجازة.
- (٦) أي: بقاء العبد على نكاحه الأول الذي أنشأه بدون إذن سيده.

بعد العتق^(١) على ما فعله بغير إذن مولاه، هو^(٢) إقراره المستفاد من سكوته، فلو كانت صيرورته حرّاً مالكاً لنفسه مسوّغة للبقاء - مع إجازته أو بدونها - لم يحتج^(٣) إلى الإستفصال (*) عن أنّ المولى سَكَتَ أم لا، للزوم^(٤) العقد حينئذٍ^(٥) على كلِّ تقدير^(٦).

ثم إنَّ الواجب^(٧)

(١) الموجب للملكية لنفسه.

(٢) خبر «أنَّ علّة» و تذكيره باعتبار خبره، و «مسوّغة» خبر «فلو كانت».

(٣) جواب «لو» في «فلو كانت». وجه عدم الحاجة إلى الإستفصال هو عدم دخل إقرار المولى في البقاء على النكاح، إذ المفروض كون تمام العلّة في بقائه هو مالكية العبد لنفسه بالعتق، مع الإجازة أو بدونها.

(٤) تعليل لعدم الحاجة إلى الإستفصال. فحصل وجه التأييد لما نحن فيه هو فساد النكاح بدون رضا المالك - و هو السيد - لكونه مالكاً، فبيع مال الغير لنفسه أيضاً فاسد بدون إذن المالك.

(٥) أي: حين صيرورة العبد حرّاً مالكاً لنفسه.

(٦) أي: تقديري الحاجة إلى الإجازة و عدم الحاجة إليها، و الجار متعلق بـ «للزوم».

(٧) الغرض من هذه العبارة أنّ بيع الفضول مال الغير قبل الإشتراء لما كان تارة منجزاً، من دون أن يكون موقوفاً على ملكه و إجازته، فقد يملك و يجيز، و قد يملك ولا يجيز. و أخرى موقوفاً على ملكه و إجازته معاً، أو موقوفاً على ملكه دون إجازته، فوجبّ الاقتصار على مورد الروايات المستدلّ بها على المنع، و عدم التعدي عن موردها إلى غيره.

(*) يمكن أن يكون الاستفصال لإستعلام أنّ المولى ان علم بالنكاح رده أو سكت.

و على هذا الاحتمال تكون الرواية أجنبية عن المقصود، فلا تكون مؤيدة.

و لعلّ تعبير المصنف رحمته بـ «يؤيد» دون يدّر لتضيق هذا الاحتمال، فتدبر.

على كلِّ تقديرٍ^(١) هو الإقتصارُ على مورد الروايات، و هو ما لو باع البائعُ لنفسه وإشترى المشتري غير مترقّب لإجازة المالك، و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا^(٢). وهذا^(٣) هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافياً للخلاف في فساد، قال: «و لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها و يمضي ليشتريها و يسلمها، و به قال الشافعي و أحمد، و لا نعلم فيه خلافاً، لقوله رحمه الله: لا تبع ما ليس عندك. و لإشتمالها^(٤) على الغرر، فإن^(٥) صاحبها قد لا يبيعهها.

و المصنف إستظهر أنَّ موردَها خصوصُ البيع المنجز، دون البيع الموقوف على الملك و الإجازة، و دون الموقوف على الملك دون الإجازة، فهما خارجان عن مورد الروايات و إن كان الأوّلُ داخلاً في عنوان هذه المسألة، و الثاني داخلاً في عنوان المسألة الثانية الآتية في كلام المصنف.

و وجه إستظهار المصنف كونَ مورد الروايات خصوصَ البيع المنجز هو: أنَّ المنهيَّ عنه مواجهةُ البيع المساوقة لتجزه، و مقتضى عموم الملاك المستفاد من قوله رحمه الله: «إن شاء أخذ و إن شاء ترك» جواز المعاملة إن كان زمامها بيد المتعاملين. بخلاف المنجز الذي ليس لها فيه زمامها.

و بالجملة: فورد الروايات الناهية عن بيع ما ليس عنده خصوصُ البيع المنجز الذي هو بيعٌ بالحمل الشائع.

(١) أي: سواء قلنا بالصحة أم بالفساد في المسألة الثالثة، و هي: ما لو باع الفضولي مال الغير لنفسه ثم ملكه فأجاز.

(٢) و هذا معنى البيع المنجز الذي هو مورد روايات المنع عن بيع ما ليس عنده.

(٣) أي: و كون مورد الروايات خصوصُ بيع الفضولي مالَ الغير منجزاً غير موقوف على الملك و الإجازة - و أنَّ موردَها هي المسألة الثالثة - هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافياً للخلاف في فساد. و قال الشافعي و أحمد أيضاً بعدم جواز بيع ما ليس عنده.

(٤) معطوف على «لقوله» و هذا دليله الثاني على فساد البيع، كما أنَّ النبوي دليله

الأوّل عليه.

(٥) هذا تقريب الغرر، و حاصله: أنَّ صاحب العين يمكن أن لا يبيع العين، فيتضرر

وهو^(١) غير مالك لها ولا قادر على تسليمها. أما^(٢) لو اشتري موصوفاً في الذمة - سواء أكان حالاً أم مؤجلاً - فإنه جائز إجماعاً^(٣) إنتهى^(٤).
 وحكي عن المختلف الإجماع على المنع^(٥) أيضاً.
 وإستدل^(٦) بالفرر وعدم القدرة على التسليم ظاهر - بل صريح - في وقوع

المشتري حينئذ بتأخير وصول الثمن إليه أو تلفه.

(١) يعني: و الحال أن البائع الفضولي غير مالك للعين ولا قادر على تسليمها.

(٢) هذا في بيع الكلي مقابل بيع الشخصي الذي ذكره العلامة رحمته بقوله: «و لا يجوز أن يبيع عيناً لا يملكها».

(٣) يعني: إنتهى عبارة التذكرة، و قدسقط قبل قول العلامة: «إجماعاً» قوله: «و كذا لو اشتري عيناً شخصية غائبة مملوكة للبائع، موصوفة بما ترفع الجهالة، فإنه جائز إجماعاً»^(١). و لعله لأجل كون الجواز إجماعياً في كلتا المسألتين إقتصر المصنف على حكاية الإجماع على الجواز في مورد البحث، و هو شراء العين الكليّة في الذمة، و لم ينقل تمام العبارة.

(٤) أي: على منع بيع العين التي لا يملكها و يمضي ليشترها، كما استفيد الإجماع من قوله في التذكرة: «لا نعلم فيه خلافاً». و كان المناسب أن يذكر المصنف رحمته كلام المختلف قبل نقل هذه الجملة: «أما لو اشتري موصوفاً في الذمة» عن التذكرة، كما لا يخفى.

و كيف كان فالموجود في موضعين من المختلف هو الحكم بالجواز، فبالإذن إدريس و العماي، و لم أطفر بدعوى الإجماع فيه، كما أن صاحب المقابس نقل عنه الجواز دون الإجماع، و لا بد من مزيد التبع للوقوف على منشأ حكاية الإجماع عن المختلف^(٢).

(٥) هذا كلام المصنف رحمته، و بيان وجه إستظهاره من عبارة التذكرة كون مورد النهي «عن بيع ما ليس عنده» هو بيع الفضول مال الغير لنفسه منجزاً غير موقوف على إجازة مجيز.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ٤٦٣؛ ج ١، ص ١٦ (الطبعة الهندية).

«٢» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥ و ١٣٠-١٣٢.

الإشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على وجه^(١) يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه.

فحينئذ^(٢) لو تبايعا^(٣) على أن يكون العقد موقوفاً على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك، أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل^(٤) في مورد الأخبار، و لا في معقد الإتفاق.

توضيح وجه الإستظهار هو: أن إستدلال العلامة بشيء على فساد البيع بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر - بل صريح - في وقوع البيع منجزاً، إذ لاغرر مع توقف البيع على الملك، لعلم المشتري بعدم إنتقال ماله عن ملكه إلا بدخول بدله في ملكه. كما أن البائع بعد تملكه للمبيع يصير شرعاً قادراً على تسليمه. بخلاف ما إذا كان البيع منجزاً، لعدم علم المشتري بدخول بدل ما خرج عن ملكه في ملكه. كما أن البائع ليس قادراً على تسليم المبيع فعلاً، لعدم كونه ملكاً له، و يمكن أن لا يبيعه ماله.

(١) و هو التنجزو اللزوم، فإن تنجز البيع يلزم البائع بعد البيع بتحصيل المبيع و تسليمه إلى المشتري.

(٢) يعني: فحين البناء على كون البيع المنهي عنه في الروايات العامة و الخاصة الناهية عن بيع ما ليس عنده هو بيع الفضول مال الغير منجزاً - لا موقوفاً على إجازة المالك، أو البائع إذا صار مالكاً - يقع الكلام في حكم بعض الفروع، و شمول أخبار البيع له، و عدم شمولها له. و المذكور في المتن فروع أربعة.

(٣) هذا أحد تلك الفروع، و محصله: أنه لو تبايعا - قبل أن يملك البائع المبيع - على أن يكون البيع موقوفاً على الإجازة، فاتفقت من المالك أو البائع الفضولي بعد إنتقال المبيع إليه بالناقل الإختياري أو القهري، لم يدخل في مورد الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، و لا في معقد إجماع التذكرة.

وجه عدم الدخول ما تقدم من إختصاص مورد الأخبار و معقد الاجماع بإنشاء البيع منجزاً غير مترقب لإجازة المالك، و المفروض في هذا الفرع ترقب الإجازة.

(٤) جواب «لو تبايعا»، و فاعله «البيع» أي: لم يدخل البيع في مورد الأخبار.

ولو^(١) تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفاً على تملك البائع دون إجازته، فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهى عنه في الأخبار المذكورة، حيث قال^(٢): «وكذا لو باع ملك غيره ثم إنتقل إليه فأجاز. ولو أراد^(٣) لزوم البيع بالانتقال فهو^(٤) بيع ما ليس عنده، وقد نُهي عنه» إنتهى^(٥).
 لكن الإنصاف ظهورها^(٥) في الصورة الأولى^(٦)، وهي: ما لو تبايعا قاصدين

(١) هذا فرع ثانٍ من تلك الفروع، وهو: أنه لو تبايع المتبايعان على أن يكون اللزوم منوطاً بتملك البائع - دون إجازته - فظاهر كلام الشهيد أنه من البيع المنهى عنه.
 (٢) أي: قال الشهيد رحمته: «و كذا - أي و كذا يصح البيع - ما لو باع مال غيره ثم إنتقل إليه، فأجاز».

(٣) هذا هو الفرع المذكور أعني به كون البيع موقوفاً على مجرد إنتقال المبيع إلى الفضولي من دون توفقه على إجازته. وأما قبله - وهو قوله: «و كذا لو باع ملك غيره، ثم إنتقل إليه فأجاز» - فهو محكوم بالصحة، ولا يندرج في الأخبار الناهية.
 (٤) يعني: فالبيع المفروض لزومه بانتقال المبيع إلى البائع الفضولي يكون من مصاديق «بيع ما ليس عنده» وهو منهي عنه.

(٥) أي: ظهور تلك الأخبار الناهية عن «بيع ما ليس عندك» في عدم كون زمام البيع بيد المتعاملين، بمعنى كون المنهى عنه هو البيع الذي لم يكن لهما فيه إختيار أصلاً كسائر البيوع، فإن لم يكن البيع منجزاً مطلقاً و كان زمام أمره بيدهما، فلا بأس به.
 و عليه فلو توقّف لزوم البيع على إنتقال المبيع إلى البائع الفضولي، لم يندرج في الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده.

و بالجملة: فورد تلك الأخبار الناهية خصوص البيع المنجز من جميع الجهات. فالبيع الموقوف على مجرد تملك البائع الفضولي للمبيع أو الإجازة أو كليهما خارج عن مورد الروايات، و محكوم بالصحة.

(٦) و هو البيع المنجز المطلق، أي غير موقوف على شيء من إجازة المالك الأصلي، و إجازة البائع الفضولي بعد تملكه، و مجرد تملكه للمبيع الفضولي. فإن كان البيع منجزاً من

لتنجز النقل والانتقال، و عدم الوقوف على شيء^(١).
 و ما ذكره في التذكرة كالصرح في ذلك^(٢)، حيث^(٣) علل المنع بالفرر و عدم
 القدرة على التسليم، و أصرح^(٤) منه^(٤) كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد و
 النيئة.
 ولو باع^(٥) عن المالك فاتفق إنتقاله إلى البائع، فأجازه، فالظاهر أيضاً الصحة،
 لخروجه^(٦) عن مورد الأخبار.

جميع هذه الجهات الثلاث كان مورداً لتلك الأخبار الناهية.
 (١) أي: من تلك الجهات الثلاث المذكورة، و هي: إجازة المالك الأصلي، و البائع
 الفضولي، و تملكه للمبيع فضولاً.
 (٢) أي: في كون مورد الأخبار الناهية هي الصورة الأولى، و هي وقوع البيع منجزاً.
 (٣) تعليل لكون كلام العلامة في التذكرة صريحاً في أن بيع الفضولي المنجز مورد
 الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك، و قد تقدم في (ص ٣٣١ - ٣٣٠) تقريب دلالة
 الفرر و عدم القدرة على التسليم على كون الصورة الأولى مورد الأخبار الناهية.
 (٤) أي: و أصرح^(٤) من كلامه في التذكرة كلامه في المختلف، حيث قال فيه: «و النهي
 الوارد عن النبي ﷺ للكراهة، أو ورد (أورد) عن الشيء المشخص الذي في ملك الغير
 فإنه لا يصلح بيعه، لادائه إلى التنازع، إذ ربما يمتنع مالكة من بيعه، و المشتري يطالب
 البائع به. و أما الفرر الذي إدعاه - يعني ابن إدريس - فليس في هذا الباب من شيء»^(١).
 وجه أصرحيته هو: أنه صرح في المختلف بخروجه عن مورد الأخبار، بخلاف
 كلامه في التذكرة، فإن دلالاته على الخروج إنما هي باعتبار إقتران الإستدلال بالأخبار
 بنفي الفرر و نحوه، فيظهر أن مورد الأخبار و نفي الفرر واحد.
 (٥) هذا فرع ثالث، يعني: و لو باع الفضولي عن المالك لاعتن نفسه، ثم إنتقل ذلك
 المبيع إلى الفضولي بالإرث أو الشراء فأجازه، صح، لما سيأتي. و لا يخفى أن هذا الفرع من
 المصنف لا من العلامة.
 (٦) أي: لخروج هذا البيع الفضولي عن مورد تلك الأخبار الناهية عن «بيع

نعم^(١) قد يشكل فيه^(٢) من حيث إن الإجازة لا متعلق لها [لا يتعلق بها] لأنّ العقد السابق كان إنشاءً للبيع عن المالك الأصلي، و لا معنى لإجازة هذا^(٣) بعد خروجه عن ملكه.

و يمكن^(٤) دفعه بما إندفع به سابقاً الإشكالُ في عكس المسألة، و هي

ما ليس عندك». وجهُ خروجه عن موردها عدمُ وقوعه منجزاً من جميع الجهات، إذ مع تبانها على عدم توقف البيع على الإجازة لم يكن محتاجاً إلى الإجازة.

(١) هذا استدراك على صحة البيع المذكور، و هو بيع الفضولي عن المالك ثم انتقال المبيع الفضولي إليه و إجازته له. و هذا الاستدراك إشكال على صحته، و محصله: أنه ليس هنا متعلقٌ للإجازة، لأنّ عقد الفضول كان إنشاءً متعلقاً بملك زيد، و المفروض إستفاؤه، لانتقال المال عنه، فلأ موضوع لأن يميز.

و لو قيل بأنّ المالك الجديد يميز العقد من قبل نفسه، قلنا بعدم تحقق عقدٍ على ماله حتى يكون له الإجازة و الرد. و بعبارة أخرى: المجاز غير منشأ، و المنشأ غير مجاز. (٢) أي: فيما ذكر من صحة هذا البيع.

(٣) أي: العقد السابق، و ضمير «خروجه» راجع الى المتاع المستفاد من العبارة، و ضمير «ملكه» راجع إلى المالك.

(٤) هذا دفع الإشكال، و محصله: أنه يمكن دفعه بما إندفع به الاشكال الوارد في عكس هذه المسألة - و هو مالو باعه الفضولي لنفسه، فأجازته المالك لنفسه - فإنّ الإجازة لم تتعلق بالعقد الذي أنشأه الفضولي، و قد تقدم عنه دفع الإشكال هناك بما لفظه: «فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى. و توضيحه: أنّ البائع الفضولي إنّما قصد تمليك المثمن للمشتري بأزاء الثمن ... الخ»^(١).

و محصله: وجود قصد المعاوضة فيما إذا باع الفضولي مال الغير لنفسه بانياً على كونه مالكاً عدواناً كما في الفاصب، أو إعتقداً كما إذا إستند في ملكيته للمال إلى اليد أو البيّنة مثلاً. و لما كان إيجاب البيع ساكناً عن كون الثمن ملكاً للموجب أو غيره، فيرجع فيه إلى مقتضى مفهوم المعاوضة، و هو دخول العوض في ملك مالك العوض.

و الحاصل: أنّ قصد المعاوضة في عقد الفضولي لنفسه موجود، فلا يلزم مغايرة

ما لو باعه لنفسه، فأجازه المالك لنفسه؛ فتأمل^(١).

ولو باع لثالث^(٢) معتقداً تملكه، أو بانياً عليه عدواناً، فإن أجاز المالك فلاكلام في الصحة، بناءً على المشهور من عدم إعتبار وقوع البيع عن المالك. وإن مَلَكَه^(٣) الثالثُ و أجازَه، أو مَلَكَه البائعُ فأجازَه، فالظاهرُ أَنه داخلُ في المسألة

ما وقع لم أجزى.

(١) لعلّه إشارة إلى الفرق بين المسألتين، وهو: أنّ البائع الفضولي في تلك المسألة لما بنى إعتقداً أو عدواناً على كونه مالكا، فقد قصد المعاوضة، و الملكية الثابتة للعاقدة الفضولي ثابتة له بتلك الحيثية، أعني بها حيثية البناء على ملكيته. و هذه الملكية ثابتة للمالك الأصلي بنفس تلك الحيثية أي البناء على الملكية، فتتعلق الإجازة من المالك بنفس الإنشاء الصادر من العاقدة الفضولي، فلا يلزم مغايرة المجاز لما وقع.

و هذا بخلاف هذه المسألة، لأنّ الفضولي باع للمالك الحقيقي، و لم يدع المالكية لنفسه لا عدواناً و لا إعتقداً، فلم يحصل له الوصف العنواني «و هو كونه مالكا» فلو أجاز هذا العقد الذي أنشأه للمالك الأصلي كان المجاز مغايراً لما وقع.

(٢) هذا فرع رابع، و هو: أن يبيع الفضولي مال الغير لا للملكه و لا لنفسه، بل لثالث، بأن يرجع نفعه إلى ذلك الشخص الثالث، كما إذا باع زيدُ مالَ عمروٍ لا عن نفسه و لا عن عمروٍ، بل باعه عن بكرٍ، إمّا باعتقاد تملكه للمبيع، و إمّا بالبناء عليه عدواناً. فإن أجاز المالك - و هو عمرو - فلاكلام في صحته بناءً على المشهور من عدم إعتبار وقوع البيع عن المالك في مفهوم البيع.

و إن لم يجزه المالك - و هو عمرو - ولكن خرج المبيع عن ملكه و دخل في ملك زيد أو في ملك بكر، فأجاز ذلك البيع الفضولي، إندرج في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» و يحكم بصحته.

(٣) أي: و إن ملك المبيع ذلك الشخص الثالث و أجاز، فالظاهر أَنه داخل في المسألة السابقة، و هي قوله في (ص ٣٣٤): «ولو باع عن المالك فانفق إنتقاله إلى البائع فأجازه ... الخ» فيحكم بصحته، كما يحكم بصحة ذلك البيع، لخروج كليهما عن مورد الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عندك.

السابقة^(١).

ثم إنّه قد ظهر مما ذكرناه في المسألة المذكورة^(٢) حال المسألة الأخرى، وهي^(٣): ما لو لم يُجزّ البائع^(٤) بعد تملكه، فإن^(٥) الظاهر بطلانُ البيع الأوّل^(٦)، لدخوله^(٧) تحت

و عليه فقوله: «و إن ملكه» عدلُ قوله: «فإن أجاز» و هذا العِدل يتضمّن شقين، أحدهما تملك ذلك الثالث، و الآخر تملك العاقد، كما ذكرنا في المثال آنفاً.
(١) وجه دخوله في المسألة السابقة: أنه باع لغير المالك، ثم صار غير المالك مالِكاً و أجاز، و لا خصوصية للفضولي في عدم كونه مالِكاً أولاً، و صيرورته مالِكاً ثانياً حتّى يميز في حال مالكيته.

لو باع لنفسه، ثم تملكه و لم يجز

(٢) و هي: مسألة «مَن باع شيئاً ثم ملكه و أجاز» المذكورة في (ص ٢٤٤) بقوله: «والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم إشتهر من المالك و أجاز. و ما لو باع و إشتهر، و لم يجز» إلى قوله: «أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها، فظاهر المحقق في باب الزكاة ... الخ».

و غرضه التنبيه على مسألة أخرى ممّا يتعلّق بتجدد الملك بعد العقد، و هي قوله: «و ما لو باع و إشتهر، و لم يجز».

ثم إنّ مناسبة السياق تقتضي ان يقال: «و أما المسألة الثانية» ليكون عدلاً لقوله هناك: «أما المسألة الأولى».

(٣) أي: المسألة الأخرى: ما لو لم يُجزّ البائع بعد تملكه، و الحكمُ في المسألة الأخرى هو بطلانُ البيع الفضولي، لوجوه ثلاثة سيأتي بيانها.

(٤) في بعض نسخ الكتاب «المالك» بدل ما أثبتناه من قوله: «البائع» و هو الظاهر. و إن كان توجيه «المالك» ممكناً أيضاً بارادة المالك الفعلي، و الأمر سهل.

(٥) بيان لقوله: «قد ظهر».

(٦) و هو بيع الفضول - الذي صار مالِكاً فيها بعد - مال الغير.

(٧) أي: لدخول هذا البيع تحت الأخبار الناهية، و هذا تعليل لبطلانه، و محصله: أنّ هذا البيع من صغريات «بيع ما ليس عنده» يقيناً، فتشمله الأخبار الناهية عن بيع ما ليس عنده، و حيث إنّ النهي ظاهر في البطلان فيصح أن يقال: إن الظاهر بطلان البيع، لاستناد البطلان إلى ظاهر النهي.

الأخبار المذكورة يقيناً^(١). مضافاً^(٢) إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالاً من دون طيب النفس، فإنّ المفروض أنّ البائع^(٤) بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول^(٥). و إلتزامه^(٦) قبل تملكه بكون

ولا ينافيه اليقين بدخول البيع المزبور تحت الأخبار الناهية، لأنه يقين بالموضوع، فيلتم الظهور المكتنف باحتمال الخلاف مع اليقين المزبور.

و بالجملة: البطلان ظاهر النهي، و اليقين متعلق بصرفية هذا البيع لما تعلق به النهي في تلك الأخبار، فلا تنافي بين اليقين بدخول البيع المزبور تحت الأخبار الناهية، وبين كون الظاهر بطلان البيع.

(١) قيد لقوله: «لدخوله».

(٢) هذا دليل ثانٍ على بطلان عقد الفضول مال الغير لنفسه. و هذا الدليل قاعدة السلطنة على الأموال، فإنّ القول بصحة هذا البيع مع عدم إجازة المالك - كما هو المفروض - منافٍ لقاعدة السلطنة.

(٣) معطوف على «قاعدة» و هذا دليل ثالث على بطلان بيع الفضولي مال الغير و تملكه بعده له مع عدم إجازته لذلك البيع الفضولي، و محصله: أنّ الحكم بصحة هذا البيع الفضولي منافٍ لما دلّ على توقف حليّة المال على طيب نفس مالكه، و المفروض أنّ البائع الفضولي الذي صار مالكا لما باعه فضولاً لا تطيب نفسه بكونه ملكاً للمشتري الذي إشتري منه بالبيع الفضولي.

و قوله: «فان المفروض» بيان لتطبيق هذا الدليل على المدعى، و قد تبين هذا بقولنا: «و المفروض أنّ البائع الذي صار مالكا... الخ».

(٤) و هو الذي باع فضولاً، و صار مالكا فعلياً لما باعه في حال كونه فضولاً.

(٥) و هو الذي إشتري المتاع من الفضولي المفروض صيرورته مالكا فعلاً. و أمارة عدم طيب نفسه هي عدم إجازته، مع عدم الحاجة إلى قيام أمارة على عدم الطيب، إذ العبرة بإحراز الطيب الذي هو شرط حليّة التصرف كما لا يخفى.

(٦) مبتدأ خبره «ليس إلتزاماً»، و هذا إشارة إلى وهم و دفعه. أمّا الوهم فهو: أنّ البائع الفضولي قبل تملكه للمبيع إلتزم بكون المبيع ملكاً للمشتري، و هذا الإلتزام أمارة

هذا المال المعين للمشتري ليس^(١) إلزاماً إلا بكون مال غيره له.

اللهم^(٢) إلا أن يقال: إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقدٍ و شارطٍ هو اللزوم^(٣) على البائع بمجرد انتقال المال إليه^(٤) و إن كان قبل ذلك أجنبيّاً لا حكمَ لوفاته و نقضه^(٥).

على وجود طيب نفسه بذلك بعد تملكه له.

و بيان آخر: بيعُ الفضولي لذلك المال كاشفٌ عن طيب نفسه بكون ذلك المال ملكاً للمشتري مطلقاً سواء إنتقل عنه - أو عن غيره - إلى المشتري.
و أمّا الدفع فهو: أن الإلتزام المزبور كان متعلقاً بمال غيره، لا بمال نفسه حتى يجب عليه الوفاء به، أو يؤثر نقضه في بطلان العقد، فإنه أجنبي، و ليس سلطاناً على جعل مال الغير للمشتري.

(١) هذا دفع الوهم المزبور، و ضمير «له» راجع إلى المشتري.

(٢) غرض هذا القائل إبطال الدفع المزبور و إثبات صحة العقد بمجرد انتقال المبيع إلى البائع الفضولي، بتقريب: أن مقتضى عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود و وجوب وفاء المؤمنين بشروطهم و وجوب الوفاء على كل عاقدٍ و شارطٍ، و البائع الفضولي بعد تملكه للمبيع يندرج تحت عموم هذين الدليلين العامّين بعد أن كان قبل تملكه أجنبيّاً عن أفراد هذين الدليلين، و غير مشمول لحكهما من وجوب الوفاء و حرمة النقض. نظير وجوب الحج على غير المستطيع الذي لم يكن مشمولاً لعدم دليل وجوب الحج، وبالإستطاعة صار مشمولاً له، إذ الحكم يتبع الموضوع، فبمجرد تحققه يترتب عليه حكمه.

(٣) خبر «إن مقتضى» و ضمير «إليه» راجع إلى البائع.

(٤) كصيرورة غير المستطيع بمجرد الإستطاعة من أفراد دليل وجوب الحج على المستطيع.

(٥) لعدم كونه من أفراد موضوع هذين الدليلين.

فالنّتيجة: صحة عقد الفضولي بمجرد تملكه للمبيع، و عدم احتياجه إلى الإجازة.

ولعله^(١) لأجل ما ذكرنا رجَّح فخرُ الدين في الإيضاح - بناءً^(٢) على صحة الفضولي - صحة العقد المذكور^(٣) بمجرد الانتقال من دون توقُّفٍ على الإجازة. قيل^(٤): و يلوح هذا^(٥) من الشهيد الثاني في هبة المسالك^(٦). و قد سبق

(١) الضمير للشأن، يعني: و لعله لأجل ما ذكرناه - من كون مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعهود و الشروط على كل عاقِدٍ و شارط هو لزوم على البائع بمجرد إنتقال المال إليه - رجَّح فخرُ المحققين في كتاب الايضاح - بناءً على صحة عقد الفضولي - صحة العقد المزبور بمجرد الانتقال من دون توقفه على الإجازة.

(٢) الوجه في الإتيان بكلمة «بناءً» أنه لا مجال لهذه الأبحاث بناءً على مختار فخرالمحققين من بطلان عقد الفضولي رأساً بلا فرق بين صُور المسألة.

(٣) و هو بيع الفضولي مال الغير و تملكه بعد ذلك و عدم إجازته لعقده الفضولي. (٤) القائل هو المحقق الشوشطري رحمته، ذكره في عداد الأقوال في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» بقوله: «الثالث: ما اختاره فخرالاسلام تخريجاً على صحة الفضولي، و هو: أنه إذا ملكه صحَّ البيع من غير توقُّفٍ على الإجازة، و هو الذي يلوح من الشهيد الثاني... الخ»^(١).

(٥) أي: صحة العقد المذكور و لزومه بمجرد الانتقال إلى العاقد الفضولي. (٦) أفاده رحمته في شرح كلام المحقق رحمته - من أنه لو وهب المالك ماله لأجنبي هبةً غير معوضة و أقبضه، ثم باعه الواهب من شخص آخر، فهل يبطل البيع لأنه باع ما لا يملك، أم يصح، لجواز رجوع الواهب؟ - فقال الشهيد الثاني في توجيه صحة البيع و إستغنائها عن الإجازة ما لفظه: «أو نقول: إذا تحقق الفسخ بهذا العقد إنتقلت العينُ إلى ملك الواهب، و كان العقد بمنزلة الفضولي، و قد ملكها من إليه الإجازة، فلزم من قبله. كما لو باع ملك غيره ثم ملكه، أو باع ما رهنه ثم فكَّه، و نحو ذلك. و أولى بالجواز هذا...»^(٢).

(١) مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٦

(٢) مسالك الأفهام، ج ٦، ص ٤٩

إستظهاره^(١) من عبارة الشيخ المحكيّة في المعتر^(٢).

لكن^(٣) يُضَعِّفه أنّ البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك، فيستصحب. والمقام^(٤) مقامُ إستصحاب حكم الخاصّ، لا مقامُ الرجوع إلى حكم العام^(٥)؛

و الغرض من الاستشهاد بكلامه دلالة قوله: «فلزم من قبله» على صحة بيع الواهب و إن لم تكن العين ملكه حين البيع، و لا حاجة إلى إجازته بعد التملك بالفسخ بنفس البيع، لا بإرادته قبله.

(١) عند قوله: «فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه ...» فراجع (ص ٢٤٥).

(٢) حيث قال المحقق في عبارته المتقدمة: «فإن إغترم حصّة الفقراء قال الشيخ: صحّ البيع والرهن».

(٣) غرضه تضعيف ما أفاده بقوله: «أللهم إلا أن يقال: إنّ مقتضى عموم وجوب» من صحة العقد المذكور بمجرد إنتقال المال المبيع فضولاً إلى البائع، وإثبات فساد. توضيح وجه التضعيف هو: أنّ البائع الفضول قبل تملكه للمبيع لم يكن مأموراً بوجوب الوفاء بالعقد، لعدم شمول خطاب «أوفوا بالعقود» له، فيستصحب عدم الوجوب بعد تملكه.

فالتنتيجة: عدم لزوم الوفاء بالعقد على البائع الفضول بمجرد إنتقال المبيع إليه.

(٤) هذا بمنزلة التعليل لجريان الإستصحاب، ومحصّله: أنّ المورد من موارد جريان إستصحاب الخاص، و هو عدم صحة عقد الفضولي، لا من موارد التمسك بعموم العام، و هو عموم دليل وجوب الوفاء بالعقود. وذلك لأنّ هذا العقد لم يكن قبل الإنتقال إلى البائع الفضولي واجب الوفاء، لعدم شمول العام له، و بعد الإنتقال إليه يشكّ في بقائه، فيستصحب.

فالتنتيجة: أنّ مجرد الانتقال إلى العاقد الفضولي لا يوجب صحة العقد و لزومه عليه.

(٥) و هو صحة العقد و وجوب الوفاء به الذي هو مقتضى عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ فلا يمكن تصحيح هذا العقد بعموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود و الوفاء بالشروط.

(١) الظاهر أنه إشارة إلى: أن المقام من موارد التمسك بالعام المقتضي للحكم بصحة العقد المزبور، لا من موارد التثبيت بالخاص الموجب لفساده، وذلك لأن الزمان تارة يكون مفرداً للعام و مكثراً لأفراده، كأن يقال: «أكرم الفقراء في كل يوم» فكل فقير في كل يوم فرد من أفراد الفقراء، فإذا خرج «زيد الفقير» عن عموم «أكرم الفقراء» يوم السبت، و شك في وجوب إكرامه بعد يوم السبت، يتمسك بعموم «أكرم الفقراء» لأنه شك في تخصيص زائد، و المرجع فيه كالشك في أصل التخصيص هو عموم العام، دون إستصحاب حكم الخاص، لأنه مع وجود الدليل لاتصل النوبة إلى الأصل العملي.

وأخرى يكون ظرفاً لاستمرار الحكم، كأن يقول: «أكرم الفقراء دائماً أو مستمراً» فإذا خرج فرد منه في زمان، و شك بعد إنقضاء ذلك الزمان في حكمه، يستصحب عدم وجوب إكرامه، و هو حكم الخاص، لأن ذلك الفقير الخارج فرد واحد قبل خروجه عن حكم العام، و بعد خروجه عنه، و ليس بعد خروجه فرداً آخر حتى يتمسك في حكمه بالعموم القاضي بوجوب إكرامه.

و في المقام تقول: إن بيع الفضولي مال الغير لنفسه - و تملكه له بعد البيع و عدم إجازته لبيعه الفضولي - خرج عن استمرار حكم العام، و هو لزوم الوفاء بالعقد، و يشك بعد تملكه للمبيع فضولاً في حكمه، فيستصحب حكم الخاص، و هو عدم لزوم الوفاء و بطلان العقد، هذا.

ولكن أمره ﷻ بالتأمل لا يبعد أن يكون إشارة إلى كون المقام من التمسك بالعام المقتضي لصحة البيع و لزوم الوفاء به، و ذلك لأن المقام من قبيل إرتفاع المانع من التمسك بالدليل، نظير «أكرم الفقراء إلا فساقهم» و كان أحدهم فاسقاً، و تاب و زال فسقه. فحينئذ لا مانع لإثبات وجوب إكرامه من التمسك بعموم «أكرم الفقراء إلا فساقهم».

و في ما نحن فيه خرج العاقد الفضولي عن عموم «أوفوا بالعقود» لعدم كونه مالكاً، فإذا صار مالكاً إندرج تحت عموم «أوفوا» فيصح عقده، و يلزم الوفاء به.

و يحتمل أن يكون إشارة إلى عدم جريان الاستصحاب، للشك في الموضوع، لأن عدم وجوب الوفاء كان ثابتاً للعاقد غير المالك، و بعد إقلابه إلى المالك يشك في بقاء الموضوع، لإحتمال دخل عدم المالكية في الموضوع.

أو إشارة إلى: أن عموم «أوفوا» لا يجري إلا بعد الإجازة الموجبة لإضافة العقد إليه، إذ جريانه يتوقف على أمرين:

أحدهما: كون الوفاء بالعقد و نقضه معقولاً بالنسبة إلى شخص، إذ لا معنى لوجوب الوفاء بالعقد على شخص لا يقدر على الوفاء و النقض.

ثانيهما: كون العقد عقداً له.

و الأمر الأول يحصل بالتملك، للتمكن من الوفاء به حينئذٍ.

لكن الأمر الثاني - وهو إضافة العقد إليه - لا يحصل إلا بالإجازة، إذ ليس المراد بالإضافة مجرد قيام إنشاء العقد به، و إلا كان عقد الوكيل عقداً له لا للموكل. فبناءً على هذا لا يكتفي بمجرد تملك البائع الفضولي في إضافة العقد إليه، بل لابد في تحقق هذه الاضافة من الإجازة.

فالنتيجة: أن عموم «أوفوا» لا يشمل عقد الفضول لنفسه ثم تملكه لما باعه فضولاً إلا بالإجازة. و من المعلوم أنه بعد الإجازة لامعارضة بين عموم «أوفوا» و قاعدة السلطنة، و قاعدة إناطة جلّ الأموال بطيب نفوس أربابها، و غيرها، لعدم التنافي بين عموم «أوفوا» و بين قاعدة السلطنة و نحوها، بل بينها كمال الملاءمة.

كما أنه يسقط البحث عن كون المقام من إستصحاب حكم الخاص لا التمسك بالعام، لما عرفت من أن العاقد الفضولي قبل الإجازة ليس عاقداً، فهو أجنبي عن موضوع «أوفوا» و خارج عنه تخصّصاً لا تخصيصاً، فلا يصح أن يقال: إنه عاقد، و بعد تملكه للمبيع الفضولي يصير عاقداً مالكاً، فيندرج تحت عموم «أوفوا»، نظير إندراج الفقير الفاسق بعد التوبة و صيرورته عادلاً في حيز «أكرم الفقراء غير الفساق أو الفقراء العدل».

فتلخص من جميع ما ذكرناه عدم كفاية تملك العاقد الفضولي - المأل الذي باعه لنفسه - في صحة عقده الفضولي، بل صحته منوطة بالإجازة، إذ لا يصير العقد عقداً له إلا بالإجازة.

ولو شك في صحة هذا العقد قبل إجازة العاقد الفضولي، و لم ينهض دليل على صحته و فساده، فيرجع فيه إلى أصالة الفساد.

مضافاً^(١) إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم، وعدم^(٢) حلّها لغيرهم إلاّ عن طيب النفس، و فحوى^(٣) الحكم المذكور^(٤) في رواية

و من هنا يظهر الفرق بين التمسك بدليل وجوب الحج على مَنْ لم يكن مستطيعاً في زمانٍ، و صار كذلك في زمان بعده، و بدليل وجوب «إكرام الفقراء العدول» لوجوب إكرام الفقير الذي لم يكن عادلاً، ثم تاب و صار عادلاً. و بين التشبث بدليل وجوب الوفاء بالعهود لإثبات صحة عقد الفضول بمجرد تملكه لما باعه فضولاً، و عدم إجازته. وجه الظهور: أنّ الإجازة توجب صيرورة الفضول عاقداً، بخلاف دليلي وجوب الحج و وجوب إكرام الفقير العادل، فإنّ موضوعيتها للحكم لا تتوقف إلاّ على وجود العدالة و الاستطاعة، بخلاف عقد الفضول، فإنّ إضافة العقد إليه تتوقف على الإجازة، و لا تحصل بمجرد تملكه للمبيع فضولاً.

(١) هذا دليل ثانٍ على بطلان عقد الفضولي إذا باع لنفسه، ثم ملكه و لم يجز. و هذا الدليل هو قاعدة السلطنة، فإنّ لزوم العقد عليه بدون إجازته خلاف قاعدة السلطنة.
(٢) معطوف على «عموم سلطنة» و هو دليل ثالث على البطلان، و هو قاعدة عدم حِلِّ مال أحدٍ لغيره إلاّ بطيب نفسه، يعني: و مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بعدم حلّها ... الخ.

(٣) معطوف على «عموم سلطنة» و هذا دليل رابع على البطلان، يعني: و مضافاً إلى معارضة العموم المذكور بفحوى الحكم بعدم كفاية مجرد ملكية المال للعاقد الفضولي في صحة عقده.

و ملخص هذا الدليل الموافق لفساد عقده الذي يقتضيه إستصحاب حكم الخاص - على ما أفاده المصنف رحمته - هو: أنّ عتق العبد الموجب للملكية نفسه إن لم يكن مؤثراً في صحة العقد بدون الإجازة كما هو المفروض في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في (ص ٣٢٨)، حيث إنّ سكوت المولى عن نكاح العبد الذي هو إجازة يوجب نفوذ العقد لا عتقه الموجب للملكية لنفسه، كان تملك المال أولى بعدم التأثير، إذ تملك النفس أقوى من تملك المال في تأثيره في صحة العقد.

(٤) و هو عدم صحة عقد النكاح بمجرد عتقه الموجب لصيرورته مالكاً لنفسه.

الحسن بن زياد المتقدم^(١) في نكاح العبد بدون إذن مولاه، و أن عتقه لا يُجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولى الذي هو بمنزلة الإجازة.

ثم^(٢) لو سلّم عدم التوقّف على الإجازة، فإنّما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه. أمّا لو باع فضولاً للمالك أو لثالث^(٣)، ثمّ ملك هو^(٤)، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل^(٥).

ولو باع^(٦) وكالة عن المالك فبان إنعزأه بموت الموكل، فلا إشكال في عدم

و توقف صحته على إجازة المولى المتحققه بسكوته.

(١) لكن قد تقدّم هناك ضعف دلالتها على المقصود.

(٢) غرضه أنّه لو سلّم كفاية مجرد تملك العاقد الفضولي للمال الذي باعه فضولاً في صحة العقد - و عدم توقفها على الإجازة - يرد عليه: أنّه أخصّ من المدعى الذي هو كون مجرد تملك العاقد الفضولي كافياً في صحة العقد و مُغنياً عن الإجازة، لإختصاصه بما إذا باع الفضولي لنفسه، إذ العاقد الفضولي هو العاقد المالك، فيشملة عموم «أوفوا».

و أمّا إذا باع لغيره من المالك أو الثالث، ثمّ ملك هذا البائع، فشمول عموم الوفاء بالعقود و الشروط لهذا العقد الذي يكون للمالك أو لثالث مشكل، إذ لا يصدق عليه العاقد و الشارط حتى يشمله عموم دليلي الوفاء بالعقود و الشروط، لأنّ المفروض عدم قصد العاقد الفضولي البيع لنفسه حتى يضاف العقد إليه.

(٣) و هو غير المالك و العاقد الفضولي.

(٤) أي: البائع الفضولي الذي لم يبيع لنفسه، بل باع لغيره، ثمّ ملك المبيع الذي باعه لغيره.

(٥) خبر «فجريان» و وجه أشدّيّة إشكاله - من صورة بيع الفضولي لنفسه - هو: أنّه فيما إذا قصد البيع لنفسه يصيرُ العاقدُ مالِكاً، فيشملة عموم دليلي عموم الوفاء بالعقود و الشروط. بخلاف ما إذا قصد الفضول البيع لغيره، فإنّه لا يصدق «العاقد و الشارط» على البائع الفضولي، فلا يشمله عموم دليلي وجوب الوفاء بالعقود و الشروط.

(٦) لم يظهر وجه إرتباط هذا الفرع بالمقام - كما تبه عليه غير واحد من أجلّة

وقوع البيع له^(١) بدون الإجازة، و لا معها. نعم يقع للوارث مع إجازته.

المسألة الثالثة^(٢):

ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف، فبان كونه جائز التصرف.

المحسين^(١) - ولذا إحتمل بعض كونه من أغلاط النسخة، لكنه في غاية البعد، لوروده في جميع النسخ.

وكيف كان فهذا الفرع يكون من الفضولي المتعارف، لا من فروع «من باع ثم ملك» و تقرّبه: أن يبيع الوكيل مال الموكل بزعم حياته و بقاء الوكالة، فبان بعد البيع موت الموكل قبله، و إنزال الوكيل به عن الوكالة، فيكون هذا البيع فضولياً، لإنتقال المال إلى الورثة. فإن أجازوا وقع البيع لهم، و إن ردّوا بطل بيع الوكيل رأساً.

و لا وجه لتوهم وقوع البيع للوكيل أو للموكل، بل يقع للوارث المميز، لأن مقتضى المعاوضة دخول الثمن في ملك من خرج المَوْضُ عن ملكه، و المفروض عدم تملك الوكيل للمبيع حتى يتملك الثمن بازائه. وكذا الموكل، لا تنقل المال عنه إلى ورثته، فلا يقع البيع له لو أجاز الورثة.

(١) أي: للبائع الفضولي، لما مرّ آنفاً. نعم يقع البيع للمالك الفعلي و هو الوارث مع إجازته. هذا تمام الكلام في المسألة الثانية.

المسألة الثالثة: لو باع بزعم عدم جواز التصرف، فبان جوازه

(٢) من المسائل التي أفادها في الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بمباحث المميز، حيث قال في (ص ٢٣٨): «فالكلام يقع في مسائل: الأولى: أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المميز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر... الخ. الثانية: أن يتجدد الملك بعد العقد، فيجيز المالك الجديد، سواء أكان هو البائع أم غيره. لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، و هو ما لو باع شيئاً ثم ملكه... الخ».

وعدم^١ جواز التصرف المنكشف خلافه، إمّا لعدم الولاية، فانكشف كونه ولياً، وإمّا لعدم الملك، فانكشف كونه مالكاً. و على كلٍّ منها، فإمّا أن يبيع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه؛ فالصور أربع.

و ليعلم أنّ هذه المسألة الثالثة أجنبية عن مسائل عدم كون العاقد جائز التصرف حين العقد، و صيرورته بعد العقد جائز التصرف، فلا ينبغي ذكرها في عداد تلك المسائل، فالوجه المناسب لذكرها في عدادها هو الإعتقاد بعدم جواز التصرف، لا عدم جوازه واقعاً.

ولهذه المسألة صور أربع مذكورة في المتن، و قد عدّها صاحبُ المقابس تجزي من أقسام العنوان العام الذي أفاده بقوله: «الموضع الخامس و السادس: أن يكون للعقد مجيز واقعاً أو بزعم العاقد، و حصلت الإجازة من غيره بمن إنتقل إليه ذلك المال بشراء أو إرث أو ولاية أو نحو ذلك سواء وقع العقد عن الفضولي أو عن المالك، و لذلك ستة أقسام»^١. ثم جعل القسم الأول مسألة «من باع ثم ملك» و ذكر أقساماً ثمانية أخرى، و المذكور في المتن هو القسم الرابع و الخامس و السادس و السابع.

و كيف كان فما صنعه المصنف من جعل العنوان الجامع بين الصور الأربع «ما لو باع معتقداً لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف» أولى مما صنعه صاحب المقابس، إذ ليس في بعضها إنتقال المال أصلاً، كما لا يخفى.

(١) مبتدء، خبره «إمّا لعدم» يعني: و عدم جواز التصرف الذي إعتقده البائع و إنكشف خلافه - و ظهر كونه جائز التصرف - ينشأ تارة عن عدم الولاية، فانكشف كونه ولياً، و أخرى عن عدم الملك، فانكشف كونه مالكاً. و على كلٍّ منها إمّا أن يبيع البائع عن المالك، وإمّا أن يبيع لنفسه، فالصور أربع.

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه^(١) ولياً^(٢) على البيع، فلا ينبغي الإشكال^(٣) في اللزوم (*) حتى على القول ببطلان الفضولي^(٤). لكن^(٥) الظاهر من

١ - لو باع عن المالك، فانكشف كونه ولياً

(١) أي: كون البائع الذي باع عن المالك ولياً على البيع.
 (٢) المراد بالولي هنا من ليس مالكا، ولكن له ولاية أمر البيع، للولاية الشرعية كالأب والجدّ والفقير الجامع للشرائط، أو للإذن من طرف المالك كالعبد والوكيل. فلجواز التصرف واقعاً وجوه ثلاثة: الملك والولاية والإذن.
 (٣) وجه عدم الإشكال هو: كون العاقد على الفرض ولياً واقعاً، وليس فضولياً، فصَدَرَ العقد من أهله في محله، فالمقام خارج موضوعاً عن الفضولي، فلو فرض بطلان عقد الفضولي من أصله لم يكن قادحاً في صحة العقد هنا.
 والحاصل: أن أدلة الصحة من العمومات كـ «أوفوا بالعقود و تجارة عن تراض» وغيرهما تشملها بعد وضوح ما تقتضيه أدلة الولاية والوكالة من نفوذ تصرفات الولي والوكيل.

(٤) لما عرفت من خروجه موضوعاً عن باب الفضولي.

(٥) إستدراك على قوله: «فلا ينبغي الإشكال» ومحصّل الاستدراك: أن مجرّد إذن السيد لعبد في التجارة بدون علمه - ولا علم غيره بإذن السيد - لا يصدق عليه الإذن،

(*) وإن لم يكن هذا الفرض من الفضولي، لصدور العقد من ولي أمره. إلا أن منصرف أدلة نفوذ ولاية الأب والجدّ وغيرهما من الأولياء غير من يكون تصرفه باعتقاد أنه غير ولي، كما في حاشية المحقق صاحب الكفاية رحمته «١». وهو غير بعيد.
 إلا أن يدعى كون الانصراف بدوياً. فإطلاق أدلة الولاية محكم، ويندفع احتمال التقييد بصورة الالتفات إلى الولاية. فليس حينئذ لما عن القاضي رحمته وجه ظاهر، إلا بناءً على ما سنذكره في التعليقة اللاحقة.

المحكي عن القاضي^(١) «أته إذا أذن السيد لعبده في التجارة، فباع و اشتري، و هو لا يعلم بإذن سيده، و لا عِلْمَ به أحدٌ، لم يكن^(٢) مأذوناً له في التجارة^(٣)» (*)

فلا يترتب آثار الصحة على ما فعله، خلافاً لما أفاده المصنف رحمته من أنه لا ينبغي الاشكال في اللزوم.

- (١) هو الشيخ أبو القاسم عبدالعزيز بن محرير بن عبدالعزيز بن البراج الطرابلسي الشامي، وكان من تلامذة الشيخ، و صار خليفته في البلاد الشامية، نور الله تعالى مرقده^(٤).
- (٢) جواب «إذا»، و إسم «يكن» هو الضمير المستتر الراجع الى العبد.
- (٣) ظهور هذه الجملة في إعتبار العلم في صدق الإذن مما لا ينكر.

(*) ظاهر عبارته - كما في المقابس - التشكيك في صدق الإذن على الرضا بدون إطلاع أحدٍ من المأذون له و غيره من المتعاملين و غيرهما عليه. و هذه مناقشة صغرى، فمع فرض صدق الإذن على الرضا الباطني لا يرد إشكالٌ على صحة بيع المأذون من المالك مع عدم إطلاعهم على إذنه للبايع.

و الحاصل: أن نظر القاضي ظاهراً إلى أن الرضا الباطني غير المبرز ليس إذناً حتى يخرج بيع العبد المأذون في التجارة - غير المطلع على إذن المولى في التجارة - عن البيع الفضولي. و هذا الذي أفاده القاضي رحمته غير بعيد، لأن الإذن هو الإعلام. و منه قوله تعالى: «وإن لم تفعلوا فأذنوا بحربٍ من الله و رسوله» أي: فاعلموا بالحرب، و استعمله في إبراز الرخصة و الرضا شائع.

و عليه فلا يصدق الإذن إلا على إبراز الرضا بمحضر شخص أو جماعة، و المستفاد من مجموع عبارة القاضي أن نفوذ بيع العبد و شرائه منوط بالإذن المبرز من السيد، سواء أكان مبرزاً لنفس العبد أم لغيره، هذا.

و يحتمل أن يريد القاضي إعتباراً إنشاء الإذن، و عدم كفاية الرضا الباطني. لا أن يريد

(١) لاحظ ترجمته مبسوطاً في رياض العلماء، ج ٣، ص ١٤١ - ١٤٥. و مختصراً في أمل الآمل، ج ١.

ص ١٥٢. و طبقات أعلام الشيعة، ج ٢، ص ١٠٧.

ولا يجوز^(١) شيء مما فعله. فإن عَلِمَ بعد ذلك^(٢) و اشتري و باعَ جازَ ما فَعَلَهُ بعد العلم بالاذن، و لم يجز ما فعله قبل ذلك^(٣)، فإن^(٤) أمرَ السيدُ قوماً أن يبيعوا العبدَ - و العبدُ لا يعلم بإذنه له - كان^(٥) بيعُهُ و شراؤه منهم جائزاً، و جرى ذلك^(٦) بجرى الإذن الظاهر. فإن اشتري العبدُ بعد ذلك^(٧) من غيرهم و باع^(٨)

(١) الأولى إقترانه بالفاء، لأنه بمنزلة نتيجة عدم الإذن.

(٢) أي: بعد إذن السيد له. غرضه أن تصرفات العبد من البيع و الشراء لا تصح إلا بعلمه بإذن السيد له فيها، و لا يكفي الإذن الواقعي بدون علم العبد به، فإذا علم بالإذن صحَّت تصرفاته المعاملية، و إلا فلا تصح.

(٣) أي: قبل علم العبد بإذن سيده.

(٤) هذا متفرع على قوله: «و لا علم به أحد» توضيحه: أن القاضي عليه السلام جعل عدم الإذن مساوقاً لعدم إبرازه، فإذا أبرز للعبد أو لغيره - و إن لم يعلم به العبد - جاز بيعه و شراؤه.

و قوله: «فإن أمر السيد قوماً أن يبيعوا العبد ... الخ» بيان للفرض الثاني الذي أشار إليه بقوله: «و لا علم به أحد» و حاصله: كفاية بروز الإذن لغير العبد في نفوذ تصرفاته، و عدم لزوم بروزه لنفس العبد.

(٥) جواب «فإن أمر» و «الواو» في «و العبد لا يعلم» حالية.

(٦) أي: أمر السيد قوماً أن يبيعوا عبده، فإنه بمنزلة الإذن الظاهر لنفس العبد.

(٧) أي: بعد أمر السيد قوماً أن يبيعوا عبده.

(٨) عبارة القاضي المنقولة في المقابس عن المختلف هكذا «كان ذلك جائزاً».

إعتبار علم البائع بإذن المالك. و يشهد له حكم القاضي بصحة بيع العبد مع جهله بإذن المولى فيما إذا أذن المولى لقوم في أن يبيعوه، فإن الحكم بصحة العقد إذا جهل العبد بإذن المولى مع أمره لقوم في أن يبيعوه شاهدٌ على إعتبار إنشاء الإذن، لا على إعتبار علم العبد بإذن السيد، فتأمل. و لازم ذلك صحة عقد العبد إذا أذن له المولى، ثم نسيه حال العقد.

جاز^(١) « إنتهى »^(٢).

وعن المختلف الإيراد عليه^(٣) بأنه لو أذن الولي^(٤) ولا يعلم العبد ثم باع العبد صح^(٥)، لأنه صادف الإذن، ولا يؤثر فيه^(٦) إعلام المولى بعض المتعاملين^(٧)؛ إنتهى. وهو^(٨) حسن.

(١) إن استفيد عموم الإذن لغير ذلك القوم، وإلا إختص الجواز بهم، ولا يجوز التعدي عنهم.

(٢) أي: على ما أفاده القاضي رحمته من عدم كفاية إذن السيد لعبده في التجارة إذا لم يعلم العبد بالإذن. ومحصل الإيراد هو: أن القاضي إعترف بصحة عقد العبد مع جهله بإذن المولى في صورة إعلام المولى بعض المتعاملين. وهذا شاهد على كفاية الإذن واقعاً في صحة عقد العبد، وكفاية مصادفة الإذن في صحته، وعدم إعتبار علم العبد بإذن السيد في صحته.

(٣) جواب «لو أذن» والضمير الفاعل، وكذا ضمير «لأنه» راجعان إلى البيع.

(٤) يعني: لا يؤثر في نفوذ العقد وصحته إعلام المولى بعض المتعاملين، بل المؤثر في صحته هو مصادفة عقد العبد للإذن واقعاً، وليس الإعلام إلاً طريقاً للرضا الباطني، من دون أن يكون له جهة موضوعية أصلاً.

لكن قد عرفت إحتمال تقوم الإذن بالإعلام، فالإعلام دخيل في صدق الإذن ولو بإعلام غير العبد.

(٥) يعني: وإيراد العلامة حسن، وحسنه مبني على كفاية الإذن الواقعي. وإعتراف القاضي رحمته بصحة عقد البيع مع جهله بالإذن - في صورة أمر السيد قوماً بأن يبايعوا العبد - يدل على كفاية الإذن واقعاً، وإن لم يعلم العبد به (*).

(* أقول: بل يدل على إعتبار إبراز الإذن، وعدم كفاية وجوده الواقعي.

نعم يدل على عدم إعتبار علم الولي بالإذن، وكفاية علم غيره به في نفوذ تصرفات

«١» الهاكي لكلام القاضي المنقول في المتن هو صاحب المقابس، ص ٣٨ (كتاب البيع). وحكاة العلامة عنه في

المختلف ج ٥، ص ٤٣٥

«٢» مختلف الشيمة، ج ٥، ص ٤٣٧. والهاكي لكلام العلامة هو صاحب المقابس، في كتاب البيع، ص ٣٨

الثانية^(١): أن يبيع لنفسه، فانكشف كونه ولياً (*)، فالظاهر أيضاً صحة العقد، لما عرفت^(٢) من أن قصد بيع مال الغير لنفسه

٢ - لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً

(١) أي: الصورة الثانية من الصور الأربع - المشار إليها في (ص ٣٤٧) في المسألة الثالثة - هي: أن يبيع البائع لنفسه، فانكشف كونه ولياً. و الظاهر صحة العقد كالصورة السابقة، وفاقاً لصاحب المقابس تقييماً، حيث قال في القسم السادس: «أن يبيع أو يشتري لنفسه، ثم ينكشف كونه ولياً أو وكيلاً على المال عند العقد. و حكمه يعرف مما سبق» يعني مما سبق في القسم الخامس من الحكم بالصحة، فراجع «١».

(٢) يعني: في المسألة الثالثة من المسائل الثلاث المعقودة لبيان أقسام الفضولي، حيث

الولي. و لعلّه لإطلاق أدلة الولاية. و إعتبار العلم بالاذن يكون بنحو الموضوعية، لما مرّ من عدم صدق الإذن لغةً على غير الإذن المبرز. لكنه أخذ موضوعاً بنحو الطريقية لا بنحو الصفتية، و لذا يقوم سائرُ الطرق كالبينة مقامه، فإذا شهدت البينة بأن زيدا أذن لابنه في بيع أمواله، ولم يعلم الإبن بهذا الإذن، فباع أمواله، صحّ البيع.

ولو شكّ في إعتبار علم الولي بإذن المولّي عليه في نفوذ تصرفاته، كان مقتضى إطلاق أدلة الولاية عدم إعتباره، لأنّ مرجع هذا الشك إلى الشك في تقييد إطلاق أدلة الولاية، و المرجع حينئذٍ إطلاقها.

(*) الظاهر عدم الفرق في الحكم بين الولي الخاص كالأب و الجد، و بين الولي العام كالفقيه الجامع للشرائط و عدول المؤمنين، لأنّه مقتضى إطلاق أدلة الولاية. فما عن بعض المحققين من «جعل الأشبه في الولي الخاص لزوم البيع و عدم توقفه على الإجازة، و جعل الأحوط في الولي العام إعتبارها» لم يظهر له وجه. و لعل نظره إلى إنصراف الولي إلى الولي الخاص، و لا بدّ من التأمل.

لا ينفع^(١) ولا يقدح. وفي توقُّفه على إجازته^(٢) للموئى عليه وجه، لأن^(٣) قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل^(٤).

قال في بعض كلامه: «فعلِم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ في مفهوم الايجاب حتى يتردّد الأمر بين المحذورين المذكورين»^(١). فراجع.

(١) خبر «أن قصد» يعني: لا ينفع في صيرورة البيع للعاهد، لكونه خلاف مقتضى المعاوضة. ولا يقدح في صيرورته للغير وهو المالك، لأن الأمر يرجع إلى حثية المالكية المأخوذة جهة تقييدية، فلا محالة يصير البيع للمالك، ويحتاج إلى إجازته في غير ما نحن فيه. وأما فيه فلا يحتاج إلى الإجازة، لأنها إما لتحقيق الإنتساب، أو لحصول الرضا. وكلاهما هنا حاصل، إذ المباشر هو الولي، والرضا المعتبر هو رضاء أيضاً.

(٢) أي: في توقف نفوذ العقد على إجازة العاهد. غرضه: أن نفوذ العقد ولزومه هل يتوقف على إجازة العاهد هذا العقد للموئى عليه؟ أم أن العقد بمجرد تحققه نافذ ولا يناط نفوذه بشيء.

(٣) هذا بيان وجه التوقف على الإجازة، ومحصله: أن قصد البائع كون العقد لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، وهو كون العقد للموئى عليه، وصيرورته عقداً له موقوفة على الإجازة، وإلغاء كونه لنفسه.

(٤) لعله إشارة إلى: أنه بعد لغوية قصد كونه لنفسه شرعاً وعدم نفعه و قدحه لا يبقى في المقام إلا وقوعه موقوفاً على الوجه المأذون من الشارع، وهو كون التصرف في مال الموئى عليه مقروناً بمصلحته، أو بعدم المفسدة. فإن كان هذا الشرط موجوداً فلا وجه للإجازة، إذ الفرض وجود الشرط، وإلا فلا تجدي الإجازة، لعدم وقوعها في محلها الذي هو البيع المقرون بالمصلحة أو عدم المفسدة.

أو إشارة إلى ما قيل: من التنافي بين الصدر والذيل، إذ مقتضى الصدر لغوية «لنفسه»، ومقتضى الذيل - وهو وقوع العقد على غير الوجه المأذون - قيديته الموجبة لبطلان العقد، وعدم صحته بالإجازة. ومقتضى الصدر صحته بدون الإجازة.

الثالثة^(١): أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

و بالجملته: فالعقد إما صحيح بدون الإجازة، وإما باطل لا يصح بالإجازة، هذا. القول: يمكن دفع التنافي بين الصدر والذيل بأن المراد بالصدر لغوية «لنفسه» بمعنى عدم تأثيره في صحة العقد وفساده، وذلك لا يمنع من إعتبار ما جعل شرطاً في صحة العقد، فإن الأحكام الهيئية كذلك. فالعقد من ناحية ذكر «لنفسه» لا مانع من صحته. ولكنه لا يمنع عن لزوم مراعاة ما جعل شرطاً في صحة العقد، كجعل البيع للموئى عليه. والحاصل: أن كل شرط يحفظ المشروط من قبله لا مطلقاً، فالعقد ليس فاسداً من ناحية ذكر «لنفسه» ولكنه لا ينفى شرطية غيره، كوقوعه على الوجه المأذون، وهو وقوعه للموئى عليه في مورد وجود المصلحة أو عدم المفسدة. فإذا كان البيع على الوجه المأذون فهو صحيح، وإلا فلا.

و عليه فلا منافاة بين الصدر والذيل. إذ مقتضى الصدر عدم بطلان العقد من ناحية «لنفسه» لا عدم بطلانه مطلقاً، فيمكن أن يكون لصحة العقد شرط يلزم مراعاته. ومقتضى الذيل إعتبار الوجه المأذون في الصحة.

و هذا نظير صحة الصلاة في اللباس المشكوك فيه، فإن صحتها من ناحية اللباس المشكوك فيه لا تثبت صحتها من ناحية الشك في الطهارة.

و إن شئت فقل: إن قيد «لنفسه» لا يقدح في صحة العقد، لكنه يوجب إنصافه عن الموئى عليه بحيث لا يكون مضافاً إليه، ولا يعدّ عقداً له، وإضافته إليه منوطة بإجازة وليّ العقد، وهو نفس العاقد. فلا يدور الأمر بين البطلان رأساً والصحة فعلاً من دون حاجة إلى الإجازة، كما أفاده القائل بالتنافي بين الصدر والذيل.

٣ - لو باع عن المالك، فأنكشف كونه مالكا

(١) أي: الصورة الثالثة من الصور الأربع المشار إليها في (ص ٣٤٧) هي: «أن يبيع البائع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا» وهو القسم السابع في كلام صاحب المقابس تتبعاً لقوله: «السابع: أن يبيع أو يشتري عن المالك بزعمه، ثم ينكشف كون المال له. وقد فرضه الأصحاب في من باع مال أبيه بظن الحياة وأنه فضولي، فبان موته وأنه مالك. وذكّر جماعة منهم فروضاً أخرى أيضاً من هذا القسم. وحكم العلامة في التذكرة بصحة

و قد مثل له الأكثر^(١) بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميئاً.
و المشهورُ الصحة^(٢)، بل ربما أستفيد^(٣) من كلام العلامة في القواعد

العقد ... «١».

(١) قيل: إنه لم يظهر تمثيل الأكثر - لهذه الصورة - بخصوص المثال المذكور في المتن، وإنما ذُكر هذا الفرع في كلام العلامة في القواعد، حيث قال: «ولو باع مال أبيه بظن الحياة، وأنه فضولي، فبان ميئاً، وأن المبيع ملكه، فالوجه الصحة»^(٢).

و الأمر كما ذكره القائل، لتصريح صاحب المقابس في كلامه المتقدم بوجود أمثلة أخرى، حيث قال: «و ذكر جماعة منهم فروضاً آخر لهذا القسم» فلاحظ.

فنها: قول العلامة: «و كذا لو باع العبد على أنه أبق أو مكاتب، فصادف رجوعه أو فسخ الكتابة. و كذا لو زوج أمة أبيه على ظن أنه حي، فبان ميئاً»^(٣).

و منها: ما أفاده في هبة القواعد بقوله: «و إذا باع الواهب بعد الإقباض بطل مع لزوم الهبة، و صحّ لا معه، على رأي. و لو كانت فاسدة صحّ إجماعاً. و لو باع مال مورثه معتقداً بقاءه، أو أوصى بمن أعتقه، و ظهر بطلان عتقه فكذلك»^(٤).

و منها: ما نقله السيد العاملي عن المحقق الكركي رحمته من قوله: «و مثله ما لو باع فضولياً، ثم بان شراء وكيله إياه»^(٥).

و لعلّ المتتبع في كلمات الأصحاب يقف على فروع آخر لهذه الصورة الثالثة.

(٢) كما إدّعاه الفاضل الخراساني أيضاً رحمته على ما حكاه صاحب المقابس عنه، فراجع «٦».

(٣) كذا في المقابس أيضاً، لقوله: «و ربما يستفاد منها - أي: من القواعد و الارشاد -

«١» مقابس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٨

«٢» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩

«٣» نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٧٧

«٤» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠٩؛ ارشاد الأذهان، ج ١، ص ٤٥٠

«٥» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٥ و ١٩٦؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٦

«٦» مقابس الأنوار، ص ٣٨؛ كفاية الأحكام، ص ١٤٥، السطر ٩

والإرشاد في باب الهبة الإجماع، ولم نعثر على مخالفٍ صريح، إلا أن الشهيد رحمته ذكر في قواعده: «أنه لو قيل بالبطلان أمكن»^(١).

وقد سبقه في احتمال ذلك^(١) العلامة ولده في النهاية والإيضاح «لأنه^(٢) إنما قصد نقل المال عن الأب، لا عنه^(٣). ولأنه^(٤) وإن كان منجزاً في الصورة، إلا أنه

- دعوى الإجماع عليه»^(٢). ولعلّ المستفيد هو السيد العامل رحمته، لقوله: «و في هبة الكتاب - أي القواعد - جزم بالصحة. وقد يلوح منه هناك أنها محلّ إجماع، فليرجع إليه»^(٣).

لكنك عرفت صراحة عبارة القواعد في الإجماع، ولعلّ كلمة «اجماعاً» ساقطة من بعض نسخ القواعد.

(١) أي: احتمال البطلان في هذه الصورة الثالثة. واستدل للبطلان بوجوه ثلاثة، جملتها المذكورة في الإيضاح، والأخيران مذكوران في النهاية، والمنقول في المتن عبارة الإيضاح، فراجع.

(٢) هذا أول تلك الوجوه الثلاثة، ومحصله: أن العاقد إنما قصد نقل المال عن الأب لا عن نفسه، فمن قصد البيع له لا يمكن أن يقع له البيع، لعدم كونه مالكاً، ومن يمكن أن يقع البيع له - لكونه مالكاً - لم يقصد له البيع.

والحاصل: أنه يلزم تخلف العقد عن القصد.

(٣) أي: لا عن العاقد الفضولي الذي هو ولد المالك.

(٤) هذا ثاني تلك الوجوه الثلاثة، وحاصله: أن هذا العقد فاقدٌ لشرط التنجيز وإن كان منجزاً صورةً، لكنه معلقٌ واقعاً، إذ تقدير قول الفضولي: «بعتك» هو «إن مات مورثي فقد بعتك» والتعليق مبطل العقد.

«١» القواعد والفوائد، ج ٢، ص ٢٣٨، ذيل القاعدة: ٢٣٨

«٢» مقابيس الانوار، ص ٣٨

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٥

معلق، والتقدير: إن مات مورثي فقد بعثك. ولأنه^(١) كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده^(٢) أن المبيع لغيره»^(٣) «إنتهى.

أقول^(٣): أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدر (•) في وقوعه، لأنه^(٤) إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد النقل

(١) هذا ثالث تلك الوجوه الثلاثة، وحاصله: أن هذا العاقد الفضولي كالعابث في عدم إرادة القصد الجدي بالصفة، إذ لا يتمشى هذا القصد مع اعتقاده كون المبيع لغيره.
(٢) تعليل لكون البائع كالعابث، فإنه مع هذا الاعتقاد كيف يتمشى منه القصد الجدي؟

(٣) هذا كلام المصنف رحمته، وهو إشكال على الوجه الأول من الوجوه الثلاثة التي أقيمت على البطلان، ومحصل الإشكال: أن قصد الأب لم يتعلق بخصوص شخصه، بل تعلق به من حيث كونه مالكا. فالبائع قصد البيع للمالك المبيع بحيث يشمل نفسه، غاية الأمر أنه إشتهبه في تطبيق عنوان «المالك» على أبيه. فعلى هذا يقصد البائع البيع للمالك لغيره، فلا يرد عليه: أن ما قصد لم يقع، وما وقع لم يقصد.

(٤) تعليل لقوله: «فلا يقدر» وحاصله - كما مر آنفاً - أن قصد النقل عن الأب ليس قصداً له لشخصه، بل لكونه مالكا، فالقصد تعلق بعنوان المالك الذي هو جهة تقييدية.

(•) عدم القدرح مبني على كون الملكية هنا جهة تقييدية. وليس الأمر كذلك، لأن الظن بالحياة - المراد به العلم بالحياة كما عيّر به العلامة في هبة القواعد باعتقاد الحياة، وكذا صرح المصنف رحمته فيما يأتي من قوله: «فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فيبعه كبيع الغاصب مبني على دعوى...» - يلائم قصد النقل عن شخص الأب، لا عنوان كلي المالك، فحيثية الملكية هنا تعليلية، لا تقييدية. فأيراد فخر المحققين رحمته «بأنه يلزم وقوع ما لم يقصد، وعدم وقوع ما قصد» وارد، ولا يندفع بما أفاده المصنف.

عن المالك (٢) لكن أخطأ في إعتقاده أن المالك أبوه. وقد تقدّم^١ توضيح ذلك^٢ في عكس المسألة أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنه ملكه^٣.

نعم^٤ من أبطل عقد الفضولي لأجل إعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد، قَوِي^٥ البطلان عنده

(١) أشرنا إلى كلامه المتقدم - في نالته مسائل بيع الفضولي - في (ص ٣٥٣)

فراجع.

(٢) أي: كون الخطأ في إعتقاد إنطباق عنوان المالك - الذي هو حثية تقيدية - على

أبيه.

(٣) أي: ملك البائع، كما إذا إعتقد زيد مثلاً بأن المتاع الفلاني ملكه، فباعه، ثم تبين

أنه ملك عمرو، فإنهم قد وجهوا صحة البيع هناك بأن البائع قصد البيع للمالك، غاية الأمر أنه أخطأ في تطبيق طبيعي المالك على نفسه. وهذا لا يقدر في صحة البيع.

(٤) إستدراك على ما أفاده في هذه الصورة الثالثة من صحة بيع الفضولي مال الغير

عن المالك، وحاصل الاستدراك: أن من إستند في بطلان عقد الفضولي إلى فوات مقارنة طيب نفس المالك للعقد، فلا بد من إترامه بالبطلان هنا، لفوات مقارنه الطيب فيه، لأن العاقد من حيث إنه مالك فاقد للطيب المالكي حين العقد، وإنما تطيب نفسه بنقل مال غيره حينه. وطيب نفسه ببيع ماله بعد الإنكشاف ليس طيباً مالكيّاً مقارناً للعقد.

(٥) جواب «من أبطل» المتضمن معنى الشرط.

(٢) بل قصد النقل عن شخص أبيه، لا النقل من طبيعي المالك بجملة حثية تقيدية،

وكون أبيه من مصاديقه؛ إذ إرادة طبيعي المالك وإطلاقه - بحيث يعم كلاً من العاقد وأبيه مع العلم بحياة أبيه - في حكم التعليق، لأن مرجع هذا الإطلاق إلى وقوع البيع عنه على تقدير موت والده، وعن والده على تقدير حياته. وهذا عبث ينافي القصد الجدّي في مقام المعاملة. فالمناسب هنا كون حثية المالكية جهة تعليلية كما مرّ في التعليقة السابقة.

هنا^(١) (*). لعدم طيب نفس المالك بمخروج ماله عن ملكه^(٢)، ولذا^(٣) (***) نقول نحن كما سيجيء^(٤) بإشتراط الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد.

و أما ما ذكره من «أنه^(٥) في معنى التعليق» ففيه^(٦): مع مخالفته لمقتضى الدليل

(١) أي: في هذه الصورة الثالثة المتقدمة في (ص ٣٥٤).

(٢) لأنّ العاقد حين العقد لم تطب نفسه بنقل ماله، بل طابت حينه بنقل مال غيره.

(٣) أي: و لعدم طيب نفس المالك بمخروج ماله عن ملكه مقارناً للعقد.

(٤) عند قوله في (ص ٣٦٤): «لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين وقوفه

على الإجازة».

فالتبعية: أنّ جواب الدليل الأوّل هو: أنّ قصد وقوع البيع عن الأب لا يضرّ بوقوعه، لأنّ قصد الأب يكون لأجل إعتقاد الابن بكون الأب مالكا، فهو قصد البيع عن مالكة، لكنه أخطأ في تطبيق المالك على أبيه، وهذا لا يقدح في وقوع البيع.

(٥) أي: أنّ عقد البائع. وهذا إشارة إلى ثاني أدلة العلامة والفخر، وهو كون هذا العقد معلقاً واقعاً وإن كان منجزاً صورة، لأنّه معلق على موت أبيه حتى يقع البيع له.

(٦) هذا ردّ الدليل الثاني، وقد ردّه المصنف رحمته بوجهين:

أحدهما: أنّ هذا الدليل الثاني مخالف لمقتضى الدليل الأوّل، لأنّ مقتضاه هو البيع عن أبيه منجزاً، لا اعتقاد حياته، وكون المال مال أبيه. ومقتضى الدليل الثاني هو البيع عن

(*) فإن مقتضاه بطلان عقد الفضولي في جميع الموارد، لفقدان مقارنة طيب نفس المالك للعقد في جميع العقود الفضولية. وغير الفضولي ممّا يحتاج إلى الإجازة وإن لم يكن من العقد الفضولي موضوعاً، حيث إنّ العاقد هو المالك. إلا أنّ ملاك الحاجة إلى الإجازة - وهو طيب النفس - موجود في مثل المقام، فالمحجوج إلى الإجازة فيه هو إعتبار طيب نفس المالك.

(**) تعليلاً بطلان الفضولي بعدم مقارنة طيب نفس المالك للعقد لا يصح لأن يكون سبباً لشرطية إجازة المالك لصحة العقد مع تأخرها عنه وعدم مقارنتها له، بل لا بدّ أن تكون شرطيتها مستندة إلى دليل آخر، ولا بدّ من التأمل في فهم مراد المصنف من العبارة.

الأوّل^(١) كما لا يخفى - منع^(٢) كونه في معنى التعليق، لأنّه إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو^(٣) ظاهر هذا الدليل، فهو^(٤) إنّما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في^(٥) علمه، فبيعه^(٦) كبيع الغاصب مبنيٌّ على دعوى السلطنة و الإستقلال على المال، لا على تعليق النقل بكونه^(٧) منتقلاً إليه بالإرث عن [من] مورّثه^(٨)، لأنّ ذلك^(٩) لا يُجامع مع ظنّ الحياة.

نفسه معلّقاً على موت أبيه. و من المعلوم تخالفها من حيث التنجيز والتعليق، و من مغايرة من له البيع في الدليل الأوّل والثاني.

(١) و هو قوله في (ص ٣٥٦) : «لأنّه إنّما قصد نقل المال عن الأب» و قوله: «مع مخالفته» إشارة إلى الوجه الأوّل من وجهي ردّ المصنف.

(٢) مبتدئ مؤخّر، و خبره المقدم قوله: «ففيه». و هذا ثاني وجهي الرد، و حاصله: منع التعليق حتى فيما إذا فرض أنّه يبيع مال أبيه لنفسه مع علمه بكونه مال أبيه - فضلاً عما نحن فيه من يبعه لأبيه مع تبين كون المبيع ملكه - فإنّ البيع لنفسه مع العلم بأنّه ليس ملكاً له كالغاصب مبنيٌّ على دعوى سلطنته و إستقلاله على ذلك المال، و ليس مبنيّاً على التعليق.

(٣) يعني: كما أنّ فرض بيع مال أبيه لنفسه ظاهرٌ هذا الدليل.

(٤) جواب قوله: «إذا فرض».

(٥) متعلق بـ «كونه» يعني: مع وصف إعتقاد البائع بأنّ المال ملك أبيه.

(٦) يعني: فبيعُ البائع - مع علمه بكون المبيع ملكاً لأبيه - ليس مبنيّاً على تعليق النقل بانتقاله إليه بالإرث، بل هو كبيع الغاصب مبني على دعوى الإستقلال على المال، و ذلك لأنّ التعليق لا يلائم ظنّ الحياة، إذ المراد بالظن هو العلم كما فهمه المصنف بيّنٌ حيث قال: «مع وصف كونه لأبيه في علمه» و من المعلوم أنّ التعليق مبنيٌّ على الاحتمال المضادّ للقطع.

(٧) متعلق بـ «تعليق» و الضمير راجع إلى المال.

(٨) هذا الضمير و ضمير «إليه» راجعان إلى البائع المفروض كونه ولد المالك.

(٩) أي: لأنّ التعليق، و قوله: «لأنّ» تعليل لعدم تعليق النقل، و قد إتضح بقولنا:

اللهم^(١) إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلقٌ على تملك الناقل، وبدونه^(٢) فالقصد صوريٌّ، على ما تقدّم^(٣) من المسالك من «أن الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله»^(٤).

لكن فيه^(٥) حينئذٍ «أن هذا القصد الصوري كافٍ؛ ولذا^(٦) قلنا بصحة عقد الفضولي.

«وذلك لأنّ التعليق لا يلائم ظنّ الحياة ... الخ».

(١) هذا استدراك على ما أفاده من الصحة، و غرضه إثبات بطلان العقد في هذه الصورة الثالثة بكونه معلقاً لا منجزاً، بدعوى: أن مركز التعليق هو النقل الحقيقي الذي هو معنى الإسم المصدرى، لا النقل الانشائي، فالتنجيز صوريٌّ و التعليق حقيقي، فإنّ قصد النقل الحقيقي معلقٌ على تملك الناقل، فقصد النقل بدونه صوري، و القصد الصوري ليس موضوعاً للأثر.

(٢) أي: و بدون التعليق على تملك الناقل فالقصد إلى النقل صوريٌّ.

(٣) من قوله: «و يكفي في ذلك ما ذكره الشهيد الثاني من أن المكره و الفضولي قاصدان الى اللفظ دون مدلوله» فراجع ما أفاده المصنف رحمته في بيع المكره.

(٤) أي: في قوله: «اللهم الا أن يراد» الدال على تعليق النقل.

(٥) أي: حين كون التعليق متعلقاً بالقصد الحقيقي إلى النقل، دون القصد الصوري. ومحصل ما أفاده في ردّ الاستدراك هو: أن المدار في قرح التعليق في صحة العقد هو تعليق القصد الصوري دون القصد الحقيقي. ولو كان تعليق القصد الحقيقي قادحاً في الصحة لم يكن لصحة عقد الفضولي وجه، لأنّ القصد الحقيقي في جميع العقود الفضوليّة معلقٌ على رضا من له السلطنة على إجازة العقد و رده. فصحة عقد الفضولي تكشف عن عدم قرح تعليق القصد الحقيقي في صحته، و كفاية تنجز القصد الصوري في صحته التأهيلية.

(٦) يعني: و لأجل كفاية القصد الصوري في صحة العقد قلنا بصحة عقد الفضولي.

و من ذلك^(١) يظهر ضعف ما ذكره أخيراً^(٢) من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللاً^(٣) بعلمه بكون المبيع لغيره.

وكيف كان^(٤) فلا ينبغي الإشكال في صحة العقد^(٥).

الإشكال^(٦) أن ظاهر المحكي من غير واحد

(١) أي: و مما ذكرناه في ردّ ثاني أدلة العلامة و الفخر رحمهما من كفاية القصد السوري في صحة العقد - يظهر ضعف الدليل الثالث، و هو: كون العاقد كالعابث عند إنشاء العقد، معللاً بكون المبيع لغيره. وجه الظهور: أن كفاية تنجز القصد السوري في صحة العقد تُخرج العاقد عن كونه عابثاً.

(٢) في (ص ٣٥٧) من قوله: «و لأنه كالعابث عند مباشره العقد، لاعتقاده ... الخ».

(٣) حال من فاعل «ذكره» و هو العلامة رحمهما، و ضمير «بعلمه» راجع إلى العاقد.

(٤) مقتضى السياق أن يراد بهذه الكلمة: أنه سواء تمّ ما أفاده العلامة و فخرالدين من وجوه المنع أم لا. ولكن هذا غير مراد قطعاً، بقرينة نفي الاشكال في صحة العقد و عدم فساده، سواء قيل بتوقفه على الإجازة أم لا.

فلا بدّ أن يكون مراده من قوله: «و كيف كان» أمراً آخر، بأن يقال: سواء إكتفينا - في ردّ الوجوه الثلاثة المحكية عن الايضاح - بما ذكر، أم نوقش فيها بوجهٍ آخره، فعلى كلّ لا ينبغي الإشكال في عدم فساد العقد في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكاً.

(٥) أي: في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكاً.

(٦) الأولى إبدال العبارة بأن يقال: «في صحة العقد تأهلاً، بل عن ظاهر المحكي عن غير واحد لزوم العقد، و عدم الحاجة إلى الإجازة ...» إذ الفرض بيانُ صحة العقد تأهلاً و فعلاً كما هو ظاهر المحكي عن غير واحد، فإنّ الصّحة ظاهرة في الصحة المطلقة التأهلية و الفعلية، و الاستثناء إخراج عن شيء. و من المعلوم أن ما بعد «إلا» الاستثنائية هنا لم يخرج عن الصحة، بل أيدها و تبّتها، حيث إنّ المحكي عن غير واحد صحة العقد مطلقاً أي تأهلاً و فعلاً، و لم تخرج الصحة الفعلية عن الصحة المطلقة حتى يصح إستثناؤها كما لا يخفى.

لزوم العقد^(١)، و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن^(٢) (*) المالك هو المباشر

و المحامي للصحة - من دون حاجة إلى الإجازة - هو المحقق صاحب المقاس يتوكل، فإنه بقَدِّ حكاية الصحة عن جملة من كتب العلامة قال: «و هذا هو قول المحقق في الشرائع، و ظاهر الشهيد في الدروس. و ظاهر هؤلاء: أنه يلزم حين وقوعه، و لا يفترق إلى إجازة من المباشر. و بذلك فسّر كلام العلامة في الإيضاح و جامع المقاصد»^(٣).

(١) أي: في الصورة الثالثة المذكورة في (ص ٣٥٤) و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا.

(٢) تعليل للزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، و قد علّل ذلك بوجهين: أحدهما: أن فائدة الإجازة - و هي إرتباط العقد بالمجيز، و صيرورة عقد الفضول عقده - حاصلة هنا، إذ المفروض أن المالك بنفسه أنشأ العقد، و لا معنى لإجازة فعل نفسه، لكونها من تحصيل الحاصل.

ثانيهما: أن قصد العاقد - الذي هو المالك واقعاً - إلى نقل المال المعين الذي هو ماله إن كان موجباً لحصول نقل مال نفسه فيما نحن فيه، فهو أولى من الإذن فضلاً عن الإجازة، فلا وجه حينئذٍ للإجازة، بل لا بدّ من الحكم بلزوم العقد.

(*) نعم، لكنّ الإجازة قد تفيد أمرين، أحدهما: إنتساب العقد إلى المجيز، و الآخر: إبراز الرضا و طيب النفس.

لكن الأول حاصل هنا بالمباشرة التي هي أقوى من الإجازة في حصول الانتساب. و لا معنى للانتساب بعد الإنتساب، لأنه تحصيل للحاصل.

و أما الأمر الثاني فلا يحصل هنا إلا بالإجازة. فوجه الحاجة إلى الإجازة إنما هو حصول الرضا، إذ لا ملازمة و لا مساواة بين الانتساب و الطيب، فضلاً عن الأولوية، فلا يُغني الانتساب الحاصل بالمباشرة عن الطيب المنكشف بالإجازة. فلا وجه للزوم العقد بدون الإجازة.

«١» مقاس الأنوار، كتاب البيع، ص ٣٨ و لاحظ: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ٢٣١؛ الدروس الشرعية،

للعقد، فلا وجه لإجازة فعل نفسه. و لأن^(١) قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا^(٢) بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذي هو في الواقع ملك نفسه - وإن لم يُشعر^(٣) به - فهو^(٤) أولى من الإذن في ذلك فضلاً عن اجازته^(٥)، وإلا^(٦) توجه عدم وقوع العقد له^(٧).

لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين^(٨): وقوفه^(٨) على الإجازة.

(١) هذا إشارة إلى الوجه الثاني المتقدم بيانه آنفاً.

(٢) أي: في بيع العاقد عن المالك وإنكشاف كونه مالكاً. وقوله: «إن حصل هنا» إشارة إلى ما أفاده في (ص ٣٥٥) من قوله: «و المشهور الصحة» فإن الصحة هي حصول النقل، و حصوله من العاقد بإنشائه أولى من الإذن الذي هو مجوز لتصدي غير المالك في النقل، لأن النقل بإنشائه أولى من إنشاء الغير المنوط تأثيره بإذنه.

والمحاصل: أن حصول نقل ماله بمجرد القصد إلى نقله أولى بلزومه من الإذن في ذلك. (٣) كما هو المفروض، و ظاهرُ عنوانهم «لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتاً» فإنه لا يشعر بأن المال المعين الذي نقله هو ملك له واقعاً.

وجه أولويته من الإذن: أن المباشرة أولى من الإذن في الإنتساب.

(٤) جواب الشرط في قوله: «إن حصل هنا» و جملة الشرط والجواب خبر قوله: «و لأن قصده» و ضمير «فهو» راجع إلى «قصده».

(٥) لأنها إنفاذ فعل الغير بعد وقوعه، و الإذن ترخيص في إيجاد الفعل.

(٦) أي: وإن لم يحصل قصد الولد العاقد - المفروض كونه مالكاً واقعاً للمبيع - إلى نقل مال نفسه بمجرد القصد إلى نقل المال المعين لتوجه عدم وقوع العقد للولد أصلاً. لا وقوعه موقوفاً على الإجازة، لأنه على فرض عدم حصول النقل بمجرد القصد إلى نقل المال المعين لم يحصل العقد الناقل. و مع عدم تحققه لا عقد حتى يبحث عن احتياجه إلى الإجازة و عدمه.

(٧) أي: للولد العاقد.

(٨) أي: وقوف العقد الصادر من الولد الذي هو المالك واقعاً - مع عدم علمه

لا لما ذكره في جامع المقاصد^١ من «أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن^٢، بل مع إجازة المالك»، لاندفاعه^٣ بما ذكره بقوله: «إلا أن يقال: إن قصده إلى أصل البيع كافٍ».

و توضيحه: أن إنتقال المبيع شرعاً بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس^٤

بالمالكية - على الإجازة، فإن لزومه بالنسبة إلى العاقد الذي يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا منوط بالإجازة.

(١) محصل ما أفاده المحقق الثاني رحمته في وجه توقف لزوم العقد للعاقد على الإجازة هو: أن العاقد لا اعتقاده بكون المبيع مال الغير لا يقصد تأثير هذا العقد إلا مع الإجازة. و بيان آخر: إن العاقد أنشأ العقد منوطاً بالإجازة، و لم يُنشئه بنحو يترتب عليه الأثر فعلاً و بلا حاجة إلى الإجازة.

(٢) أي: فعلاً بلا حاجة إلى الإجازة، بل قصد البيع الناقل منوطاً بإجازة المالك.

(٣) أي: لاندفاع ما ذكره المحقق الثاني رحمته. و هذا ردُّ المصنف رحمته لكلامه، و تعلييل

لقوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد» و حاصل الرد وجهان:

أحدهما: ما أفاده المحقق الثاني رحمته بقوله: «الا ان يقال» و أوضحه المصنف بما محصله: أن ما يعتبر قصده في البيع كما اشتهر أن العقود تابعة للقصد - بحيث يقدح في صحة العقد عدم قصده أو قصد خلافه - هو مدلول لفظ العقد، و ذلك في مثل «بعث» بمجرد النقل بنظر الناقل. و أما ترتب الأثر أعني به الانتقال فهو حكم شرعي يترتب على مجرد العقد أو بعد إجازة المالك، و خارج عن مدلول اللفظ، فلا يعتبر قصده. كما أنه لا يضر قصد خلافه.

نظير عقد النكاح، فإن المعتبر فيه قصد مضمون العقد، و هو علقه الزوجية، دون آثارها الشرعية كوجوب الانفاق و نحوه، فإن قصدها غير لازم، لخروجها عن مضمون عقد النكاح. فتبعية العقود للقصد تختص بمدليل أفاظ العقود و مضامينها، و لا تشمل ما هو خارج عن مداليلها، و من المعلوم أن أحكامها الشرعية خارجة عن مضامين العقود، فهي أجنبية عن قاعدة تبعية العقود للقصد.

(٤) خبر «أن الانتقال» و الضمير المستتر في «ليس» و ضميراً «قصده، خلافه»

من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده، أو يقدح قصد خلافه، وإنما هو^١ من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها^٢ في التوقف على الأمور المتأخرة، وعدمه^٣.

مع^٤ أن عدم القصد المذكور لا يقدح بناءً على الكشف^٥.

راجعة إلى «إنتقال المبيع».

(١) أي: إنتقال المبيع شرعاً يكون من الأحكام الشرعية.

(٢) أي: إختلاف العقود في توقّف نفوذها على الأمور المتأخرة عن العقود، كالقبض في الصرفِ و السلم، و الإجازة في الفضولي. فبعضُ العقود يترتب عليه الحكم بدون التوقف على أمر، لكفاية نفس إنشاء العقد في ترتب الحكم الشرعي عليه، كالعقد الصادر من المالك مباشرةً أو من وكيله أو وليه. و بعضها لا يترتب عليه الحكم الشرعي إلا بعد تحقق أمر ثبت دخله في العقد كالقبض في الصرف و السلم.

(٣) معطوف على «التوقف» أي: عدم التوقف على أمر، كبيع المالك مباشرةً كما مر آنفاً.

(٤) هذا ثاني وجهي ردّ المصنف رحمته لما ذكره جامع المقاصد «من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن». و حاصل هذا الوجه الثاني: أن عدم القصد إلى البيع الناقل الآن ليس بقادح في صحة البيع، و تحققي القصد إلى النقل الفعلي بناءً على الكشف، و ذلك لأنّ قصد النقل مع الإجازة قصد إلى النقل الفعلي، كحصول النقل بنفس العقد كما هو مقتضى كاشفية الإجازة. فالقصد إلى البيع الناقل للملك الآن موجود. فدعوى جامع المقاصد «عدم قصد البيع الناقل الآن» غير مسموعة.

نعم عدم إمكان قصد النقل فعلاً يناسب مذهب النقل في الإجازة.

و الحاصل: أن الإجازة إما كاشفة و إما ناقلة. و لو سلّمنا قبح عدم القصد إلى النقل إلا مع الإجازة فإنما يتم بناءً على النقل، من جهة أنه لا يكون المقصود حين إنشاء البيع النقل فعلاً.

و أما بناءً على الكشف - الذي إختاره المحقّق الكركي رحمته - فلا ريب في أن القصد إلى النقل مع الإجازة اللاحقة راجع إلى القصد إلى النقل الفعلي حال البيع، لا القصد إلى الملكية المتأخرة عن الإنشاء.

(٥) قد ظهر وجه التقييد بالكشف، و أنه مختار المحقّق الكركي رحمته.

بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدح^(١).

فالدليل^(٢) على إشتراط تعقب الإجازة في لزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم جلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، و حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض.

و بالجملة: أكثر أدلة إشتراط الإجازة في الفضوليّ جارية هنا^(٣).

(١) القدح المحتمل هو لزوم التعليق، لكون النقل حينئذٍ معلقاً على الإجازة، والتعليق قادح في صحة النقل.

و الحاصل: أنه مع قصد النقل بعد الإجازة يكون النقل معلقاً على الإجازة، و هو قادح في قصد النقل الفعلي، لمنافاة التعليق لفعالية النقل. و المفروض أن النقل الفعلي حاصل بنفس العقد، و الإجازة كاشفة عن هذا النقل من دون أن تكون مؤثرة في النقل.

(٢) سوق العبارة يقتضي أن يقال: «بل الدليل» ليكون إضراباً عن قوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد». و ليس الدليل على إشتراط تعقب الإجازة في لزوم نتيجة لقوله: «لا لما ذكره في جامع المقاصد» حتى يناسب الإتيان بـ «فاء» التفرع.

و كيف كان فقد إستدل المصنف رحمته على إعتبار الإجازة في لزوم العقد في الصورة الثالثة - و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكا - بوجوه ثلاثة:

الأول: عموم «الناس مسلطون على أموالهم».

الثاني: عموم «لا يحمل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه».

الثالث: عموم قوله تعالى: «و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض» فإن هذه الأدلة الثلاثة تدل على إعتبار طيب نفس المالك و رضاه من حيث كونه مالكا.

و بيان آخر: الطيب المالكى معتبر في صحة البيع. و فيما نحن فيه لم يكن الطيب حين العقد طيب المالك بنقل ماله، بل كان طيباً بنقل مال غيره. و من المعلوم أن الشرط في نقل مال هو طيب نفس مالكة بنقل ماله، لا طيب نفسه بنقل مال غيره كما هو المفروض في الصورة الثالثة، حيث إن البائع باع عن المالك لا عن نفسه، فطيبه ليس طيباً بنقل ماله من حيث كونه مالكا، و لذا يتوقف لزوم العقد على الإجازة الكاشفة عن الطيب المالكى.

(٣) أي: في الصورة الثالثة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة.

و أمّا ما ذكرناه^(١) من «أنّ قصد نقل ملك نفسه إن حصل^(٢) أغنى عن الإجازة، وإلّا^(٣) فسد العقد»^(٤) ففيه^(٥): أنّه يكفي في تحقّق صورة العقد القابلة للحقوق الزوم، القصدُ إلى نقل المال المعين. و قصدُ كونه مال نفسه أو مال غيره

(١) غرضه من هذه العبارة بيان وهمٍ ودفعه.

أمّا الوهم فهو التنافي بين ما أفاده من قوله: «لكن الأقوى وفاقاً للمحقق والشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة» و بين ما تقدم في (ص ٣٦٤) من حصول نقل ملك نفسه بمجرد قصد نقل مالٍ معيّن هو ملك له واقعاً، وإلّا يلزم عدم وقوعه أصلاً، حيث قال هناك: «و لأنّ قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين ... فهو أولى من الإذن في ذلك ... وإلّا توجّه عدم وقوع العقد له».

وجه المنافاة: أنّه مع فرض وقوع البيع للمالك بمجرد قصد النقل إلى مال معيّن - هو ملكه واقعاً - لا حاجة إلى الإجازة، وبدون وقوعه يكون فاسداً، ولا تصحّحه الإجازة، إذ مورد الإجازة هو العقد الذي له صحة تأهيلية، دون العقد الباطل الفاقدها. هذا حاصل الوهم. و أما الدفع فسيأتي.

(٢) يعني: إنّ حصل بمجرد نقله إلى مالٍ معيّن مملوكٍ له واقعاً - مع عدم علمه بذلك - أغنى عن الإجازة.

(٣) أي: وإن لم يحصل نقلُ مال نفسه بمجرد نقل مال معيّن ملك له واقعاً - مع جهله بذلك - فسَدَ العقد، ولا يصحّ بالإجازة كما مرّ آنفاً.

(٤) هذه العبارة ليست نصّ كلامه المتقدم في (ص ٣٨٣) وإمّا هي مضمونه، وقد نقلنا بعض كلامه قبل أسطر.

(٥) جواب «و أمّا» و دفع للوهم المزبور، و الغرض منه تمييز العقد القابل للزوم عن غيره. و محصله: أنّ كلّ عقدٍ قُصد به نقل المال المعين كان قابلاً للحقوق الزوم به. و قصدُ كون ذلك المعين ملك العاقد أو غيره - سواء أكان صواباً أم خطأ - لا يقدرح و لا ينفع، بمعنى: أنّ قصد كون المال لنفسه أو غيره ليس دخيلاً في صحة العقد، حتى يكون صوابه موجباً لصحة العقد، و خطؤه مانعاً عن صحته.

و على هذا فنقول: إنّنا نختار الشرطية الثانية، و هي عدم حصول قصد مال نفسه بمجرد القصد إلى مالٍ معيّن لا يعلم بكونه مالاً له واقعاً، ولكن نمنع بطلان التالي، و هو فساد العقد بمعنى عدم الصحة التأهيلية له، بل نختار صحته التأهيلية، لكفاية مجرد قصد

- مع خطئه في قصده أو صوابه^(١) في الواقع - لا يقدر^(٢) ولا ينفع. و لذا^(٣) بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالاً لغيره.
و أما^(٤) أدلة إعتبار التراضي و طيب النفس

النقل فيها من دون إعتبار قصد النقل إلى مال نفسه في صحته.
(١) معطوف على «خطئه» والضمائر في «خطئه، قصده، صوابه» راجعة الى «العاقِد» المفهوم من العبارة، فالصادر مضافة إلى الفاعل، لا إلى المفعول.
(٢) خبر «و قصد» و قد مرّ وجه عدم نفع القصد المزبور و عدم قدحه في الصحة التأهلية.

(٣) أي: و لأجل كفاية مجرد قصد النقل إلى مال معين في تحقق العقد و صحته التأهلية - و عدم نفع قصد كون المال لنفسه أو لغيره، و عدم قدحه في صحته التأهلية - بنينا على صحة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالاً لغيره. و قد أفاده في مسألة إعتبار القصد و في مواضع من بيع الفضولي، كقوله: «فالقصدُ إلى العوض و تعيينه يُغني عن تعيين المالك»^(١). و قوله: «نهى المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثراً في حقه، فلا يدل على إغائه بالنسبة إلى المالك، حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له... الخ»^(٢).

(٤) إشارة إلى وهم و دفعه. أما الوهم فحاصله: أنه - بناءً على كفاية مجرد قصد نقل المال المعين في تحقق صورة العقد - يكون طيب النفس بنقل ذلك المال المعين حاصلًا أيضاً. و معه لا حاجة إلى التمسك في إثبات لزوم الإجازة بما دلّ على إعتبار طيب النفس في حليّة مال أحدٍ لغيره، هذا.

و أما الدفع فحاصله: أن ما يعتبر في العقد إما مقوم له و إما شرط له. و الأول هو قصد مدلول العقد، و لولاه لا يتحقق العقد العرفي. و قصد نقل مالٍ شخصي مقوم للعقد العرفي و محصل له، و موجب لصحته التأهلية. و الثاني طيب نفس المالك بما هو مالك بنقل ماله، و هذا شرط صحته الفعلية.

و لا يعني ما يدلّ على ما هو مقوم للعقد عمّا يدلّ شرعاً على إعتبار ما هو شرط

فهي^(١) دالّة على إعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنّه ماله^(٢)، لا بنقل مالٍ معيّن يتفق كونه ملكاً له في الواقع، فإنّ حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك^(٣). فلو^(٤) أذن في التصرف في مالٍ معتقداً أنّه لغيره - و المأذونُ يعلم أنّه له - لم يجز^(٥) له التصرفُ بذلك^(٦) الإذن.

ولو^(٧) فرضنا أنّه أعتق عبداً عن غيره فبان أنّه له، لم ينعقد. و كذا^(٨)

صحته الفعلية، لأنّ طيب النفس ليس من مقومات العقد العرفي، فلا بدّ من حصول طيب نفس المالك بما هو مالك - لا بما هو ذات المالك - في تحقق الصحة الفعلية.

(١) جواب «و أمّا» وإشارة إلى دفع الوهم المزبور، و قد إتضح آنفاً بقولنا: «و أما

الدفع فحاصله».

(٢) يعني: و المفروض أنّ العاقد في الصورة الثالثة - و هي أن يبيع عن المالك -

لم ينقل المال بعنوان أنّه ماله، بل بعنوان أنّه مال الغير.

(٣) أي: على نقل مال معيّن يتفق كونه ملكاً للعاقد واقعاً.

(٤) هذا و ما بعده من الفروع متفرّع على ما أفاده من ترتب الحكم بالصحة الفعلية

على طيب نفس المالك بنقل ماله بعنوان أنّه ماله، لا على طيب نفس من إتفق كونه مالكاً واقعاً.

و محصل هذا الفرع هو: أنّه لو أذن شخصٌ لزيدٍ أن يتصرّف في مالٍ يعتد الآذن

أنّه مال الغير و ليس مالاً له - و المأذون يعلم أنّ المال ملك الآذن - لم يجز لزيدٍ المأذون

أن يتصرّف فيه إعتقاداً على ذلك الإذن. و ليس ذلك إلا لأجل عدم صدور الإذن من

المالك بعنوان كونه مالكاً.

(٥) جواب «فلو أذن» و الواو في قوله: «و المأذون» حالية.

(٦) الباء للسببية، أي: لا يصحّ إستناد جواز التصرف إلى ذلك الإذن.

(٧) هذا ثاني تلك الفروع، و هو: أنّه لو أعتق عبداً عن زيدٍ مثلاً، فبان أنّه ملكه - و

ليس ملكاً لزيدٍ - لم ينعقد العبد، و ليس ذلك إلا لأجل عدم صدور الإذن من المالك

بعنوان أنّه مالك.

(٨) هذا ثالث تلك الفروع، و هو: أنّه لو طلق امرأةً وكالةً عن زيدٍ مثلاً، فبان

لو طلقَ امرأةً وكالته عن غيره، فبانَت زوجته، لأنَّ^١ القصد المقارنَ إلى طلاق زوجته وعتق مملوكه معتبرٌ فيها، فلا^٢ تنفع الإجازة. ولو^٣ غرّه الغاصبُ فقال: «هذا عبدي أعتقه عنك» فأعتقه^٤ عن نفسه، فبان^٥ كونه له، فالأقوى أيضاً^٦ عدمُ النفوذ، وفاقاً للمحكّي^٧ عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد، مع حكمه^٧

زوجته، لم يقع الطلاق، لعدم شرطه وهو القصد المقارن - من الزوج بوصف كونه زوجاً - لطلاق زوجته.

(١) تعليل لعدم وقوع الطلاق و العتاق، و حاصله: فقدان شرط الصحة، و هو القصد المقارن مع طلاق زوجته و عتق مملوكه.

(٢) هذه نتيجة شرطية مقارنة القصد للعقد. توضيحه: أن الإجازة تنفع في العقد الجامع للشرائط التي منها قصدُ المالك بما هو مالك، ففقده يوجب بطلان العقد، و عدم تأثير الإجازة في صحته.

(٣) هذا رابع تلك الفروع، و محصله: أن الغاصب لو غرَّ شخصاً بأن قال له: «هذا عبدي فاعتقه عنك» فأعتقه الشخصُ المغرور عن نفسه، فبان كون العبد للمعتق المغرور، فالأقوى عدمُ الإنعتاق و عدمُ النفوذ.

(٤) يعني: فأعتقه الشخصُ المغرور عن نفسه.

(٥) أي: فتبيّن كونُ العبد للمعتق المغرور، و قوله «فالأقوى» جواب «ولو غرّه».

(٦) يعني: كالفروع المتقدمة من عتق عبديّ كونه له، و طلاق امرأةٍ هي زوجته.

(٧) أي: مع حكم جامع المقاصد بصحة البيع في هذه الصورة، و هي: أن يبيع عن

المالك ثم ينكشف كونه مالكاً، و وقوفه على الإجازة.

و غرضه تبيّن : أن حكمه بالصحة في مثال البيع ربما يوهم منافاته لحكمه ببطلان

«١» الهاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٣٢. وكذلك لاحظ تحرير الأحكام، ج ٢، ص ١٣٩، جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٣٣. وقد حكى المحقق الكركي عدم النفوذ عن التحرير و حواشي الشهيد أيضاً، فراجع.

بصحة البيع هنا^(١) و وقوفه على الإجازة، لأن^(٢) العتق لا يقبل الوقوف، فإذا (*) لم يحصل القصد إلى فكّ ماله مقارناً للصيغة وقعت باطلة^(٣)، بخلاف البيع^(٤). فلا تناقض^(٥) بين حكمه ببطلان العتق و صحة البيع

العتق، لكونها من باب واحد. ولكن سيأتي في المتن دفع هذا التوهم.

(١) أي: في الصورة الثالثة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة.

(٢) تعليق لقلوبه: «فالأقوى أيضاً عدم النفوذ» و حاصل التعليق: أن العتق من

الإيقاعات التي يُبطلها التعليق، فلا تتوقف صحته على الإجازة.

(٣) لفقدان ركنه، و هو القصد إلى فكّ ماله بعنوان أنه مالك العبد. و مع وقوع

الصيغة باطلة لا تصح بالإجازة.

(٤) فإن صيغة البيع تقع صحيحة تأهلاً، و تلزم بالإجازة.

(٥) يعني: فلا تناقض بين حكم جامع المقاصد ببطلان العتق و صحة البيع مع

الإجازة. توضيح وجه التناقض: أن كلّ واحد من العتق و البيع من الأمور الإنشائية،

فلا بدّ من الحكم ببطلانها أو صحتها، فالتفكيك بينها بصحة البيع مع الإجازة و بطلان

العتق رأساً تناقض.

و تقريب دفع هذا التناقض هو: وقوع صيغة العتق باطلة، لعدم حصول القصد إلى

فكّ ملكه مقارناً للعتق، فلا يمكن تصحيحه بالإجازة. بخلاف البيع، فإنّ صيغته تقع

صحيحة مع الإجازة.

فالفرق بين العتق و البيع - مع إنكشاف الخلاف في كليهما، لكون العبد ملكاً لمن

أعتقه، و كون المبيع ملكاً للبايع الفضولي - هو: وقوع العتق باطلاً، لفقدان ركن صحته

و هو القصد المزبور، و وقوع البيع قابلاً للصحة الفعلية بالإجازة.

(*) تفرّع هذا على قوله: «لأن العتق لا يقبل الوقوف» غير ظاهر، لأجنية التعليق عن

عدم القصد إلى فكّ ماله، لإمكان تحقق هذا القصد مع التعليق، كأن يقول مالك العبد: «أعتقته

إن قدم مسافري». فلا بدّ أن يكون عدم القصد وجهاً آخر لبطلان العتق.

فعل الأولى أن يقال بدل «فإذا»: «ولأنه لم يحصل القصد إلى فكّ ماله ... الخ».

مع الإجازة كما يتوهم^(١).

نعم ينبغي إيرادُ التناقض على مَنْ حَكَمَ هناك^(٢) بعدم النفاذ، وَ حَكَمَ في البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة، فإن^(٣) القصد إلى إنشاءٍ يتعلّق بمعيّنٍ هو مال المنشيء في الواقع من غير علمه به^(٤) إن كان^(٥) يكتفي في طيب النفس والرضا المعتبر

(١) يعني: كما يتوهم التناقض من حكم المحقق الثاني بطلان العتق و صحة البيع مع الإجازة. و المتوهم هو السيد الفقيه العاملي رحمته، حيث قال بعد نقل كلام المحقق الثاني ما لفظه: «قلت: قد قالوا في ما إذا باع مال أبيه بظنّ الحياة، و أنه فضولي، فبان ميئاً حينئذٍ، و أن المبيع ملكه: إن الوجه الصحة. بل قد يلوح من هبة الكتاب أنه محلّ إجماع. و قال في جامع المقاصد في توجيه كلامهم: إن قصده إلى أصل البيع كافٍ. و هنا يقولون: قصده إلى أصل العتق [غير] كافٍ. و كلّما أورده هنا جارٍ هناك. بل هنا زيادة ليست هناك، و هي بناء العتق على التغليب ... الخ»^(١).

(٢) أي: في باب العتق بعدم النفاذ أي البطلان، و في باب البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة، و المفروض أن العاقد في كلّ من العتق و البيع جاهل حين العقد بكون المال الذي يتعلّق به الإنشاء ملكاً له. و قد تقدم في (ص ٣٦٣) ما نسبه صاحب المقابس إلى جماعة من صحة البيع فعلاً، في هذه الصورة، فراجع.

(٣) هذا تقريب التناقض، توضيحه: أن مجرد إنشاء المنشيء على مال معيّن مملوك له واقعاً - مع جهله بذلك - إن كان كافياً في حصول الطيب المعتبر في جميع الإنشاءات المتعلقة بأموال الناس، و جَب الحكم بوقوع العتق. و إن لم يكن كافياً في حصوله، لإعتبار علم المنشيء حين الإنشاء بكون المال ملكاً له، و عدم كفاية المصادفة للواقع في تحقق الطيب، و جَب الحكم بعدم لزوم البيع، و باحتياج لزومه إلى الإجازة.

و بالجملة: كيف يجمع بين بطلان العتق و لزوم البيع في صورة إنكشاف كون المال المتعلق للإنشاء ملكاً واقعاً للمنشيء؟

(٤) أي: بأنّه ماله.

(٥) الجملة خبر قوله: «فان القصد».

في جميع إنشاءات الناس المتعلقة بأموالهم، وَجَبَ^(١) الحكمُ بوقوع العتق. وإن^(٢) اعتبر في طيب النفس المتعلق بإخراج الأموال عن الملك العلم^(٣) بكونه مالاً له ولم يكفِ مجردُ مصادفة الواقع، وَجَبَ^(٤) الحكمُ بعدم لزوم البيع.

فالحق^(٥) أَنَّ القصد إلى الإنشاء المتعلق بمال معينٍ مصححٌ للعقد، بمعنى قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم^(٦) بكونه مالاً له. لكن لا يكفي ذلك^(٧) في تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء^(٨).

(١) جواب «ان كان»، وجه الوجوب هو قصد الإنشاء من المالك الواقعي الجاهل بكون المال ملكاً له، و المفروض كفاية ذلك في تحقق المنشأ في وعاء الاعتبار.
(٢) مطوف على «ان كان».

(٣) نائب فاعل «اعتبر» يعني: وإن اعتبر العلم بكون المال ملك المنشيء في حصول طيب النفس المتعلق بإخراج الأموال عن الملك، وَجَبَ الحكمُ بعدم لزوم البيع.
(٤) جواب «و إن اعتبر» و جملة «و لم يكف» حالية.

(٥) هذا مختار المصنف رحمته في الصورة الثالثة، وهي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكاً. و محصلُ ما أفاده في ذلك هو الفرق بين البيع و العتق في فرض إنكشاف الواقع و مطابقة الظاهر للواقع، بالقول بصحة الأول و بطلان الثاني.

بتقريب: أنه يكفي في الصحة التأهيلية - بمعنى القابلية للتأثير - مجردُ الإنشاء المتعلق بمال معينٍ، و لا تتوقف على علم المنشيء بكون ذلك المال ملكاً له. ولكن لا يكفي مجرد ذلك الإنشاء في خروج المال عن ملكه. فإن كان ذلك الإنشاء من العقود القابلة للزوم بلحوق الرضا كَفَت الإجازة في اللزوم و خروج المال عن ملكه. و إن لم يكن قابلاً للزوم بالرضا للأحق وقع الإنشاء باطلاً و غير قابل للتأثير، كما في الإيقاعات، فإنها - كما قيل - لا تقبل الوقوف على الإجازة.

(٦) أي: علم المنشيء بكون المال المعين مالاً له.

(٧) أي: لا يكفي قصدُ الإنشاء - المتعلق بمالٍ معينٍ - في تحقق الخروج عن ملكه، وهذا هو الذي يعبر عنه بالصحة الفعلية.

(٨) يعني: بل يحتاج إلى إجازة، و بدونها لا يتحقق البيعُ في الخارج، فلا وجه للقول

ثم إن كان ذلك الإنشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما في العقود، وإلا^(١) وقع الإنشاء باطلاً كما في الإيقاعات^(٢).
ثم إنّه^(٣) ظهر مما ذكرنا في^(٤) وجه الوقوف على الإجازة: أن هذا الحق^(٥) للمالك من باب الإجازة^(٦).

بلزومه بدون الإجازة.

(١) أي: وإن كان ذلك الإنشاء مما لا يقبل اللزوم ... الخ.
(٢) التي منها الطلاق والعتاق، فإنه ادعى الشهيد^(٧) في غاية المراد: إتفاقهم على بطلان إيقاع الفضولي، فراجع^(٨) "١".
(٣) الغرض من هذا الكلام بيان عدم كون الإجازة هنا من باب الخيار كما سيأتي توضيحه.

(٤) من قوله: «فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس ... الخ» فلاحظ (ص ٣٦٧).

(٥) وهو وقوف صحة العقد على الإجازة، وسلطنة المميز على الإجازة.
(٦) لا من باب الإمضاء الذي هو أحد طرفي الخيار، و طرفه الآخر إزالة العقد كما قُرّر في تعريف الخيار.

توضيح المقام بنحو ينكشف به الفرق بين الإجازة والامضاء في باب الخيارات هو: أن توقف تأثير العقد على رضا المالك ببيع ماله بعنوان أنه ماله - كما تقتضيه ظواهر عمومات أدلة التجارة والسلطنة والحيل، أو مناسبة المحكم للموضوع - يقتضي عدم تحقق العقد المؤثر مع إنتفاء هذا الرضا. فإذا باع مالاً عن مالكة مع إعتقاده بعدم كونه مالاً له لم يتحقق العقد.

و عليه فالإجازة الكاشفة عن هذا الرضا جزء السبب المؤثر و مستممه، فهي توجب حدوث العقد المؤثر، بخلاف الإمضاء الذي هو أحد طرفي الخيار، فإنه يوجب بقاء العقد المؤثر.

لا من باب خيار الفسخ^(١)، ففقده^(٢) متزلزل من حيث الحدوث، لا البقاء كما قواه^(٣) بعض من قارب عصرنا، و تبعه بعض^(٤) من عاصرنا

و الحاصل: أن الإجازة توجد العقد المؤثر، و الإمضاء يبقيه. فالإجازة ليست من باب الخيار، و أجنبية عنه، فبينهما فرق واضح.

و بعبارة أخرى: الفرق بين الإجازة و إمضاء العقد الخياري هو: أن الإجازة مصححة للعقد الذي لم يكن تاماً حدوثاً، لعدم إستناده إلى المالك قبل الإجازة، و لم يحرز رضاه بالمعاملة إلا بها. فيكون العقد متزلزلاً حدوثاً، و يتوقف تماميته على الإجازة. بخلاف موارد الخيار، فإن العقد تام حدوثاً و متزلزل بقاءً، يعني بعد حدوث البيع المستند إلى المالك قد يتزلزل لثبوت الخيار فيه، و قد يلزم من أول الأمر، لانتفاء سبب الخيار.

(١) لما مرّ آتفاً من: أن الإمضاء علة مبقية للعقد، و الإجازة علة محدثة له.

(٢) أي: فعقد البائع عن المالك - مع جهله بكون المال له - متزلزل ... و الفاء للتفريع، يعني: فنتيجة إناطة صحة البيع برضا المالك بنقل ماله - بعنوان أنه ماله - هي: كون عقد البيع في هذه الصورة الثالثة متزلزلاً حدوثاً، لا بقاءً كما في باب الخيار، فإن العقد فيه متزلزل بقاءً.

(٣) يعني: كما قوى تزلزل العقد بقاءً - لا حدوثاً - بعض من قارب عصرنا، و هو صاحب المقابس، فإنه ﷺ حكم بعدم لزوم العقد من حين وقوعه لئلا يؤدي إلى الضرر المنفي في الشرع، ثم قال: «و هل جواز فسخه للعقد من باب الخيار، أو لتوقفه على الإجازة؟ وجهان. و الأول لا يخلو من قوة، لأنه مقتضى قاعدة نفي الضرر. و لأنه بناءً على صحة العقد لو سلم المال إلى المشتري و سلطه عليه، ثم إنكشف كونه ملكه، جاز للمشتري حينئذ أن يتصرف فيه، و لا يضمن شيئاً أصلاً... الخ»^(١).

(٤) قيل: إنه صاحب الجواهر ﷺ لكنني لم أظفر في كلامه - في بيع الفضولي - بترجيح تزلزل العقد بقاءً لأجل الخيار، كما رجّحه صاحب المقابس، و إنما الموجود في الجواهر - بعد ترجيح الصحة - التوقف على الإجازة أو الخيار، فلاحظ قوله: «و المتّجه

معللاً^١ بقاعدة نفي الضرر.

إذ^٢ فيه: أن الخيار فرع الانتقال، و قد تقدم^٣ توقفه^٤ على طيب النفس. و ما ذكره^٥ من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمرٍ راجع إلى العوض

فيه الوقوف على الإجازة كما سمعته من الكركي، أو إثبات الخيار، إلا أنني لم أجد من احتمله^٦، و لعله^٧ لم يقف على كلام معاصره صاحب المقابس.

١) حال من «بعض من قارب» و حاصله: أن صاحب المقابس^٨ علل ما قواه من تزلزل العقد بقاءً لا حدوثاً في الصورة الثالثة - و أنه من باب الخيار - بما محصله: أنه يمكن أن يكون بيعه مالاً يعتقد أنه للغير - بعنوان صاحبه - بأقل من قيمته الواقعية، فإذا أجاز البيع بذلك الثمن الذي وقع عليه العقد بعد إنكشاف كونه مالكاً للمبيع لزم تضرره، و الضرر منفي في الشريعة، فيجبر ضرره بالخيار.

٢) تعليل لقوله: «لا البقاء» و ضمير «فيه» راجع الى ما أفاده صاحب المقابس و ملخص إشكال المصنف^٩ عليه: أن مورد الخيار هو العقد المؤثر في النقل و الانتقال، و من المعلوم أن مؤثرية العقد - كما تقدم آنفاً - منوطة بطيب نفس المالك بنقل مالٍ بعنوان أنه ماله، و المفروض أنه مفقود في هذه الصورة الثالثة، فلم يتحقق الانتقال حتى يثبت فيه الخيار.

٣) يعني: و قد تقدم توقف تأثير العقد في الانتقال على الإجازة في (ص ٣٦٧) بقوله: «فالدليل على إشتراط تعقب الإجازة في لزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، و عدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم...».

٤) أي: توقف الانتقال على طيب النفس.

٥) هذا إشكال المصنف^{١٠} على ما ذكره صاحب المقابس و الجواهر^{١١} من التمسك بقاعدة نفي الضرر لإثبات تزلزل العقد بقاءً الموجب للخيار.

١) جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٠؛ و لا يخفى أن المصنف يعبر عن صاحب المقابس تارة ببعض المحققين كما في بيع الصبي، و أخرى بـ «من قارب عصرنا» كما في أول البيع و في مسألة «من باع ثم ملك» و نالت بـ «من عصرناه» كما في مسألة اعتبار القصد، و كذا في ما سيأتي في شرائط العوضين في بيع العين المرهونة.

والمعوض^(١)، وإنما هو^(٢) لإنتقال الملك عن مالكة من دون علمه ورضاه، إذ^(٣) لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين^(٤) أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه^(٥) و يجهل تعلقه بماله. و من المعلوم أن هذا الضرر^(٦) هو المثبت، لتوقف

و تربيته: أن الضرر تارة يترتب على العقد الصحيح الجامع لشرائط التأثير، كالضرر المالي الحاصل في العوضين الناشئ عن الجهل بالقيمة الواقعية التي هي أزيد من العوض المسمى، و حيث إن العلم بالقيمة ليس من شرائط صحة العقد حتى يبطل بفقده، فيجبر هذا الضرر المالي بالخيار المسمى بخيار الغبن.

و أخرى يتقدم على العقد، و هو الضرر الناشئ عن عدم طيب نفس المالك الذي هو شرط الانتقال و صحة العقد كما فيما نحن فيه و هو الصورة الثالثة. و مثل هذا الضرر المخل بسلطنة المالك على ماله مانع عن صحة العقد، و موجب لتزلزه حدوداً.

(١) حتى يكون العقد صحيحاً و يجبر الضرر بالخيار. و هذا إشارة إلى القسم الأول من الضرر، و قد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «ان الضرر تارة يترتب ...».

(٢) أي: الضرر الحاصل - في الصورة الثالثة - هو القسم الثاني الذي إتضح بقولنا: «و أخرى يتقدم على العقد، و هو الضرر الناشئ عن ... الخ».

(٣) تعليل لكون الضرر المتصور في هذه الصورة الثالثة هو الضرر الحاصل من إنتقال المال عن مالكة من دون علمه و رضاه. و لا فرق في الضرر الحاصل لأجل الإنتقال بين كونه ناشئاً من الجهل بأصل الانتقال كما يتفق غالباً في الفضولي، فإن المالك جاهل غالباً بأصل الإنتقال فيه، و بين كونه ناشئاً من الجهل بتعلق الانتقال بماله مع علمه بأصل الانتقال كما فيما نحن فيه، و من المعلوم أن هذا الضرر أوجب إناطة صحة عقد الفضولي بالإجازة.

(٤) الجملة خبر قوله: «لا فرق».

(٥) يعني: أو يعلم أصل الانتقال و يجهل تعلقه بماله كما في هذه الصورة الثالثة.

(٦) و هو الضرر المترتب على إنتقال المال عن مالكة بدون علمه و رضاه، و قد مرّ أن المراد بهذا الضرر هو النقص في سلطنة المالك على ماله، لا الضرر المالي الراجع إلى العوضين.

عقد الفضوليّ على الإجازة، إذ لا يلزم من لزومه^(١) بدونها سوى هذا الضرر^(٢).
ثمّ إنّ الحكم بالصحة في هذه الصورة^(٣) غير متوقّفة^(٤) على القول بصحة
عقد الفضولي، بل يجيء على القول بالبطلان^(٥). إلا^(٦) أن يستند في البطلان

(١) أي: لزوم عقد الفضولي. وهذا تعليل لتوقف عقد الفضولي على الإجازة،
وحاصله: أنّه يلزم من لزوم عقد الفضولي بدون إجازة المالك نقص في سلطان المالك
على ماله، وهذا النقص لا يُجبر بالمال، كما تقدم أنّ النقص المالي يجبر بالخيار الذي يتعلّق
بالعقد الصحيح ويجعله مترزلاً بقاءً. وإنّما يُجبر النقص السلطاني بطيب النفس الذي هو
شرط الانتقال، فبدون الرضا والطيب يكون العقد مترزلاً حدثاً، فالخيار متأخر عن
طيب النفس بمرتين: إحداها: تأخره عن نفس العقد، وثانيتهما: تأخر العقد عن طيب
النفس المتقدم على العقد.

فالتنتيجة: أنّ علّة توقف صحة عقد الفضولي على الإجازة هي لزوم الضرر، أي
النقص في سلطنة المالك على ماله، فالطيب شرط لصحة العقد وانتقال المال بالعقد.
(٢) وهو النقص السلطاني المترتب على انتقال المال عن مالكة من دون علمه
وطيب نفسه.

(٣) وهي الصورة الثالثة، وهي أن يبيع عن المالك، ثمّ تبين كونه مالكاً. غرضه: أنّ
هذه الصورة ليست من أفراد عقد الفضولي حتى تتوقف صحتها على صحة عقد
الفضولي، إذ المفروض صدور العقد عن المالك لا عن غيره، غاية الأمر أنّه كان جاهلاً
بكونه مالكاً للمبيع.

(٤) كذا في كثير من النسخ. والمناسب «غير متوقف» كما في نسخة مصححة غير ما
بأيدينا.

(٥) أي: ببطلان عقد الفضولي في جميع الموارد.

(٦) هذا استدراك على صحة العقد في الصورة الثالثة، والذهاب إلى بطلانه،
ومحصل الاستدراك الذي هو وجه البطلان: أنّه - بناءً على كون مستند بطلان عقد
الفضولي مطلقاً قبض التصرف في مال الغير - يتجه بطلان العقد في الصورة الثالثة، لأنّ
البائع باعتقاده تصرّف في مال الغير بدون إذنه، وهو قبض، إذ القبض مترتب على إعتقاد
كون المبيع ملك الغير. فإنّ كان مصادفاً للواقع كان عصياناً، وإلا - كالمقام - كان تجريباً.
إذ المفروض كونه مالكاً واقعاً. ولا فرق في القبض بين العريان والتجزي.

بما تقدم^(١) من قبح التصرف في مال الغير، فيتَّجه عنده^(٢) حينئذٍ البطلان [ثم يفرم المثلث إن كان جاهلاً]^(٣).

الرابعة^(٤): أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فانكشف أنه له.

ثم إن ما أفاده من قوله: «ثم إن الحكم بالصحة» إلى هنا لا يخلو من تعريض بصاحب المقابس، حيث إنه تَبَيَّنَ منع أيضاً من إبتناء الصحة و البطلان في هذه المسألة على صحة البيع الفضولي و فساده كليّة، حيث قال: «و اعلم أنّ هذه المسألة كبعض المسائل السابقة جارية على القول ببطلان الفضولي أيضاً»^(١).

و ظاهره الإطلاق، سواء أكان الدليل على بطلان الفضولي هو العقل أم النقل. و وجه إيراد المصنف عليه حينئذٍ هو: أنّ عدم الإبتناء المزبور متَّجه لو كان الدليل على البطلان ما عدا الوجه العقلي، و هو قبح التصرف في مال الغير. و أمّا لو كان الوجه فيه ذلك إنَّجِه بطلان البيع في مسألتنا، و هي: أن يبيع عن المالك فتبيّن كونه مالكاً، كما عرفت توضيحه آنفاً. فإطلاق كلام المقابس ممنوع.

(١) من قوله في عداد أدلة المبطلين: «الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف»^(٢).

(٢) أي: عند المستدل على البطلان حين الاستناد في بطلان عقد الفضولي إلى قبح التصرف في مال الغير.

(٣) هذه الجملة قد شطب عليها في النسخة المعتمدة. و سيأتي تفصيل حكم الغرامات في أحكام الرد إن شاء الله تعالى في ص (٤٧٢) و ما بعدها.

٤ - لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فانكشف أنه له

(٤) أي: الصورة الرابعة من الصور الأربع المفروضة في المسألة الثالثة من مسائل الأمر الثالث من الأمور المتعلقة بمباحث الجيز، و هذه الصورة هي: أن يبيع شخص لنفسه باعتقاد أنّ المبيع مال غيره، فانكشف أنه ماله.

و الحكم حينئذٍ صحة العقد حتى على القول ببطلان الفضولي في جميع الموارد، و ذلك لخروجه موضوعاً عن الفضولي، لصدور العقد من المالك لنفسه، لا صدوره من

لو باع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فإن أنه له..... ٣٨١

والأقوى هنا^(١) أيضاً^(٢) الصحة - ولو على القول ببطلان الفضولي^(٣) - و
الوقوف^(٤) على الإجازة، بمثل^(٥) ما مرَّ في الثالثة^(٦). و في عدم الوقوف هنا^(٧) وجه^(*)

غيره، فليس العاقد أجنبياً عن المالك حتى يصير العقد عقد غير المالك، و يندرج في عقد
الفضولي.

و هذه الصورة تنطبق على القسم الخامس من الأقسام التسعة التي ذكرها
صاحبُ المقابس. قال تتوكل: «الخامس: أن يبيع أو يشتري لنفسه، ثم ينكشف كونه مالكا
للمال، و أن العقد صادف ملكه. و الأقرب صحة البيع و عدم توقفه على الإجازة، و وجهه
ما مضى في الرابع»^(٨). و المصنف تتوكل وافقه في الصحة، و خالفه في الاستغناء عن
الإجازة، و إن جعله المصنف وجهاً كما سيأتي.

(١) أي: في الصورة الرابعة، و هي بيع المالك لنفسه مع إعتقاد أن المبيع لغيره.

(٢) أي: كالصورة الثالثة، و هي: بيع العاقد عن المالك، و إنكشف كونه هو المالك

للمبيع.

(٣) لما مرَّ آنفاً من خروجه موضوعاً عن الفضولي.

(٤) معطوف على «الصحة» يعني: و الأقوى صحة العقد و وقوفه على الإجازة.

(٥) متعلق بـ «الوقوف» و غرضه بيان مماثلة الصورتين في كل من الصحة و الوقوف.

(٦) أي: في الصورة الثالثة، و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف أنه هو المالك.

(٧) أي: في الصورة الرابعة و جهة لايجري في الصورة الثالثة. و محصل ذلك الوجه

هو: مطابقة ما قصد لما انكشف في هذه الصورة الرابعة، إذ المفروض أنه قصد البيع لنفسه،

و إنكشف كون المال له. بخلاف الصورة الثالثة، فإن المقصود - و هو البيع عن المالك -

و المنكشف و هو كون العاقد نفس المالك ليسا مطابقين، بل هما متغايران، فتحتاج

الصورة الثالثة إلى الإجازة، دون الرابعة.

(*) لكنه غير رجيح، لأن طيب النفس حاصل بماله الإذعائي، لا بماله الواقعي.

ولو علم بأنه من أمواله الواقعية، دون أمواله المغصوبة، فلعله لم يكن راضياً ببيعه. فلا فرق

لا يجري في الثالثة، و لذا^(١) قوَى لزومَ هنا^(٢) بعضُ من قال بالخيار في الثالثة^(٣).

(١) يعني: و لأجل هذا الوجه - و هو إتمام المقصود و المنكشف في الصورة الرابعة دون الصورة الثالثة - قوَى بعضُ الأعلام لزومَ العقد في الصورة الرابعة، و عدم حاجته إلى الإجازة. بخلاف الصورة الثالثة، فإنه إختار فيها وقوفها على الإجازة.

(٢) أي: في الصورة الرابعة، و المراد بالبعض كما عرفت صاحب المقابيس رحمته.

(٣) و هي: أن يبيع عن المالك، ثم ينكشف كونه مالكاً.

في عدم تأثير العقد بنفسه بين الرضا ببيع المال بعنوان أنه لغيره، و بين بيعه بعنوان أنه منه إذعاءً، مع كونه ماله واقعاً.

فما في حاشية السيد رحمته «و لا يضرُ الإعتقاد المفروض بعد هذا البناء»^(١) غير ظاهر، لأن الرضا ببيع مال الغير مع البناء على كونه ماله إذعاءً و عدواناً ليس رضاً حقيقة ببيع ماله الواقعي، مع ظهور أدلة إعتبار «طيب نفس المالك في حِلِّ ماله لغيره» في كون الطيب و الرضا بماله بوصف كونه ماله، لا رضاه بذات المال. و هو ما يقتضيه العقل أيضاً بقبح التصرف في مال الغير من غير رضاه.

و مع الغض عن ظهور الأدلة فالأصل - أعني به الاستصحاب - يقتضي أيضاً عدم جواز التصرف إلا برضا مالك المال بالتصرف في ماله الواقعي بما أنه ماله، لا مجرد جنس الرضا القائم بذات ماله بدون إحراز ملكية المال له واقعاً، فإنه غير مشمول لمثل قوله عليه السلام: «لا يحل مال امرئ إلا بطيب نفسه» فإن ظاهره إناطة حلية التصرف في مال الغير بطيب نفسه بالتصرف في ماله بما أنه ماله واقعاً، لا بما إعتقد أنه مال الغير كما هو مفروض بحثنا، لكن بنى إقتراحاً على أنه ماله و إن إنكشف كونه ماله واقعاً.

بل يمكن أن يقال بفساد البيع هنا، لعدم قصد المعاوضة، إذ المفروض - مع إعتقاد العاقد كون المال لغيره - أنه أخذ العوض عن المشتري مجاناً، حيث إنه بحسب إعتقاده يعطي المثل الذي ليس مالكاً له حتى يكون ما يبذل له المشتري ثمناً و عوضاً عنه، بل يأخذ الثمن من المشتري مجاناً، و هذا ينافي المعاوضة المقومة للبيع، فتأمل.

وأما^(١) القول في المجاز^(٢) فاستقواؤه^(٣) يكون ببيان أمور:
الأول^(٤): يشترط (*) فيه كونه^(٥) جامعاً لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره

الكلام في المجاز

- (١) معطوف على قوله في (ص ٥): «أما حكها...».
- (٢) صفة للعقد الذي يتوقف نفوذه على إجازة من له ولاية الإجازة.
- (٣) أي: فاستقواء القول يكون ... الخ.

إعتبار كون العقد المجاز جامعاً للشروط

(٤) هذا أول الأمور التي توجب قابلية العقد للإجازة، و يحصل هذا الأمر هو: أنه لا بدّ في تأثير العقد المجاز من إجتماع جميع الشرائط المعتبرة في تأثير العقد و نفوذه فيه - مع الفصّ عن الإجازة - من شروط المتعاقدين من البلوغ و العقل و قصد المدلول قصداً جدّياً، و شروط العوضين من المملوكية و المعلوماتية، و شروط نفس العقد من العربية و الماضية و غيرها. فالمفقود من شرائط العقد في البيع الفضولي هو رضا المالك فقط، بحيث لو أحرز رضا لأثر العقد.

(٥) هذا الضمير و ضميراً «فيه، تأثيره» راجمة إلى المجاز المراد به العقد.

(*) لا ينبغي الاشكال في أصل الاشتراط، فإنّ جهة البحث في عقد الفضول - و هي كون الرضا اللاحق كالرضا المقارن و عدمه - تنادي بأعلى صوتها بأنّ مورد هذا البحث هو العقد الجامع للشرائط الفاقدة لمقارنة رضا المالك فقط، فعقد الفضول المجاز لا بدّ أن يكون جامعاً للشرائط، و إلا فلا تُصلحه الإجازة.

و يشهد لذلك أنّ المالك لو باع ماله مع الرضا بعقدٍ فاقده لبعض شرائطه لم يكن صحيحاً، و لم يترتب عليه النقل و الانتقال. و ليس عقد الفضولي أقوى من عقد نفس المالك.

عدا رضا المالك، فلا^(١) يكفي إتصاف المتعاقدين بصحة الإنشاء، ولا^(٢) إحراز سائر

(١) هذا متفرع على إعتبار إجتماع كافة الشرائط في العقد المجاز، إذ لازمه عدم كفاية بعض الشرائط فيه - كإتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء - مع فرض إنتفاء سائر الشرائط.
(٢) معطوف على «فلا» يعني: و لا يكفي إحرازُ الشرائط بالنسبة إلى الأصيل فقط.

نعم يقع الاشكال في أن العبرة في إجتماع الشرائط هل هي بحال العقد أو الإجازة أو كليهما؟ والمرجع في ذلك أدلة الشرائط المعتبرة في العقد. والظاهر من الأدلة أن الشروط المعتبرة في المعاملة البيعية على أنحاء:

فمنها: ما يعتبر في نفس الانشاء كالعربية والماضوية والمطابقة والموالة والتنجز ونحوها، فإن هذه الشرائط معتبرة حال العقد، فلا بد أن يكون عقد الفضول جامعاً لشرائط إنشاء العقد، ومع فقدها لاتجدي الإجازة، و لا أثر لها.

ومنها: ما يعتبر في المالك، فإنه لا بد من حصوله فيه حين ترتب الأثر كالملكية على العقد، نظير إسلام مشتري العبد المسلم والمصحف الشريف، فإن دليل عدم تملك الكافر للمصحف والمسلم - على ما قيل - لا يقتضي إلا وجود الاسلام حين الملك لا حين العقد، فلو باع الفضولي العبد المسلم - والمصحف - من كافر يوم الجمعة، وأسلم المشتري الكافر يوم السبت، وأجاز مالكهما ذلك البيع الفضولي يوم الأحد، صح البيع، وإنتقلا إلى المشتري الذي أسلم يوم السبت، لثبوت الشرط فيه، وهو الاسلام حين ترتب الأثر أعني به النقل والانتقال.

ومنها: ما يعتبر في مالك العقد، سواء أكان مالكا للعين أم مالكا للتصرف، وذلك الشرط كالقدرة على التسليم، فإنها شرط في من له العقد، سواء أكان هو المباشر للعقد أم غيره، إذ دليل هذا الشرط - وهو دليل نفي الغرر - يقتضي إعتبار هذا الشرط في خصوص من له العقد، دون غيره و إن كان مجرباً للصيغة، إذ مجرد إجراء الصيغة لا يوجب إرتباطه بالمعاملة حتى يعتبر أن يكون إقدامه غير غرري و لا خطري.

و أما من له العقد، فإن باشر العقد لزم أن يكون قادراً على التسليم حين العقد، لأنه ظرف إستحقاق التسليم. و إن أجاز العقد اعتبر أن يكون قادراً على التسليم حين الإجازة حتى لا يكون إجازته الموجبة لكون العقد له غرريةً.

الشروط بالنسبة إلى الأصيل فقط على الكشف، للزومه^(١) عليه^(٢) حينئذ^(٣)، بل مطلقاً^(٤)، لتوقف^(٥) تأثيره الثابت - ولو على القول بالنقل - عليها^(٦)، وذلك^(٧) لأن

(١) علّة للمني و هو الكفاية، بتقريب: أن لزوم العقد على الأصيل من حين العقد - كما هو مقتضى الكشف - يكشف عن كفاية إجتماع الشرائط فيه، إذ مع إنتفائها لاوجه للزوم العقد عليه.

(٢) أي: لزوم العقد على الأصيل.

(٣) أي: حين البناء على الكشف، إذ بناءً على النقل لا لزوم للعقد على الأصيل من حين العقد حتى يعتبر فيه إجتماع الشروط حين العقد.

(٤) إضراب على قوله: «على الكشف» يعني: لا يختص إعتبار الشروط في الأصيل بكاشفية الإجازة، بل لا بدّ من إعتبار إجتماع الشروط فيه حتى على القول بناقلية الإجازة، وذلك لأنّ تأثير العقد مطلقاً - وإن كانت الإجازة ناقلة - موقوف على إجتماع شرائط العقد حين صدوره، لأنّ العقد الصحيح يؤثّر، إذ ليست الإجازة إلّا رضاً بالعقد وإمضاء له. وإمّا المقتضي للتأثير هو نفس العقد، ولا يؤثر إلّا إذا كان جامعاً للشروط، ولذا لو باع المالك مع طيب نفسه بالبيع و كان العقد فاقداً لبعض الشروط كالعريبة والماضوية - بناءً على إعتبارها فيه - كان فاسداً غير مؤثر في النقل و الإنتقال.

(٥) تعليل لاعتبار إجتماع الشرائط في الأصيل مطلقاً حتى على القول بالنقل. فقوله: «لتوقف» من كلام من زعم كفاية إجتماع شرائط العقد في الأصيل مطلقاً سواء أكانت الإجازة كاشفة أم ناقلة.

(٦) أي: على الشروط، و ضمير «تأثيره» راجع إلى العقد.

(٧) تعليل للمني أعني به عدم كفاية وجود الشروط في الأصيل فقط، كسفاً و نقلاً، وإناطة تأثير العقد بإجتماع جميع الشروط المعتبرة في العقد - حين صدوره - في الفضول أيضاً، لأنّ العقد إمّا تمام السبب، و الإجازة كاشفة عن تماميته، كما أفاده المحقق الثاني رحمته وقد تقدم كلامه في (ص ١٥). وإمّا جزء السبب، و العقد قائم بالأصيل و الفضول معاً، فلا بدّ من تحقق الشروط في كليهما.

العقد إمّا تمام السبب أو جزؤه. و على أيّ حال^(١) فيعتبر إجتماع الشروط عنده^(٢).
ولهذا^(٣) لا يجوز الإيجاب في حال جهل القابل بالعوضين. بل لو قلنا بجواز ذلك^(٤)
لم يلزم منه الجواز هنا^(٥)، لأن^(٦) الإجازة على القول بالنقل أشبه بالشرط.

(١) يعني: سواء أكان العقد تمام السبب في النقل و الانتقال أم جزءه، يعتبر إجتماع
الشروط عند إنشاء العقد، فإن مقتضى شرطيتها ذلك، إلا إذا دلّ دليل الشرطية على عدم
إعتبار مقارنة الشرط للعقد، كما أشرنا إليه في التعليقة السابقة.

(٢) أي: عند العقد.

(٣) أي: و لأجل إعتبار كون العقد جامعاً للشروط عند صدوره ذهب الفقهاء إلى
عدم جواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين، حيث إن علمه بها شرط للعقد عند
صدوره، فع الجهل بها لا يصحّ الإيجاب و إن علم بها حال القبول.

(٤) أي: جواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين، و علمه بها حال القبول.
و الغرض من هذا الإضراب أنه على القول بجواز الإيجاب مع جهل القابل بالعوضين
و الإكتفاء بعلمه بها عند القبول - في غير عقد الفضول - لا يلزم منه جواز خلوّ عقد
الفضول الذي هو محلّ البحث عن بعض الشرائط حال وقوع العقد مع حصوله في حال
الإجازة.

(٥) أي: في العقد الفضولي.

(٦) تحليل لعدم الملازمة بين الالتزام بجواز الإيجاب في ظرف جهل القابل
بالعوضين، و بين الالتزام بجواز خلوّ العقد عن بعض الشرائط حين إنشائه مع كون
الشرط المفقود حاصلًا حال الإجازة في عقد الفضولي.

و حاصل الفرق: أن كلاً من الإيجاب و القبول جزء للعقد، و العلم بالعوضين حال
القبول علم بحال المبيع قبل تمام إنشاء البيع. بخلاف عقد الفضولي، فإن الإجازة فيه ليست
جزءاً من البيع حتى يكون حصول شرطها قبل تحقق نفس الإجازة من حصول الشرط
قبل تمامية البيع، إذ ليس البيع إلا نفس الإيجاب و القبول. و أمّا الإجازة - على تقدير
جزئيتها - فهي جزء للمركّب من العقد و الإجازة، لا لنفس العقد.

و لو سُلم كونها^(١) جزءاً فهو جزءٌ للمؤثر^(٢) لا للعقد، فيكون جميع ما دلّ من النصّ والإجماع على اعتبار الشروط في البيع ظاهرةً في إعتبارها في إنشاء النقل و الانتقال بالعقد^(٣).

نعم^(٤) لو دلّ دليل على اعتبار شرطٍ في ترتّب الأثر الشرعيّ على العقد، من غير ظهورٍ في إعتباره^(٥) في أصل الإنشاء، أمكن^(٦) القولُ بكفاية وجوده

(١) أي: كونُ الإجازة، غرضه أنه - بعد تسليم كون الإجازة جزءاً - نقول: إن جزئيتها ليست على حدّ جزئية الإيجاب و القبول للعقد الإنشائي، بل هي جزءٌ للسبب المؤثر المركّب من العقد و الإجازة، فلا يكفي العلمُ بالشرائط قبل تمامية أجزاء العقد إلا في القبول، لأنّه جزء العقد. بخلاف الإجازة، فإنّها جزءٌ للسبب و هو العقد المنتسب إلى المالك، و ليست جزءاً لنفس العقد حتى يجدي العلمُ بمحصول شرائطها قبل تحقق نفس الإجازة.

(٢) و هو المركّب من العقد و الإجازة، فلا يصدق على حصول شرط الإجازة قبل تحقق نفسها - و بعد إنشاء الإيجاب و القبول - أنه حصل قبل تمامية إنشاء البيع، و المفروض أنّ الشرائط شرائط العقد لا المؤثر، و هو العقد و الإجازة.

(٣) و هو السبب، و حقيقة البيع عند المصنف رحمته هي: إنشاء النقل و الانتقال الشرعي الذي هو معنى إسم المصدر المترتب على النقل الإنشائي، و يسمى بأثر البيع، و المسبب عن العقد الإنشائي.

(٤) إستدراك على اعتبار الشروط في إنشاء النقل الذي هو حقيقة البيع عند المصنف، و حاصله: أنه لو دلّ دليل شرطٍ على إعتباره في المسبب و هو الأثر الشرعي، ولم يدلّ على إعتباره في النقل الإنشائي الذي هو سبب الانتقال الشرعي، أمكن أن يقال بكفاية وجود ذلك الشرط حين الإجازة الذي هو زمان المسبب أعني به الانتقال، و عدم لزوم إقترانه بالعقد.

(٥) أي: في اعتبار ذلك الشرط في أصل النقل الإنشائي الذي هو السبب.

(٦) جواب الشرط في قوله: «لو دلّ».

حين^(١) الإجازة.

و لعلّ من هذا القبيل^(٢) القدرة على التسليم، و إسلام^(٣) (*) مشتري

(١) الذي هو زمان ترتّب الأثر الشرعي أعني به الانتقال، و عدم لزوم وجوده حين العقد. وجه الإمكان هو الإطلاق المقامي إن كان، و إلا فإصالة عدم الشرطية تقتضي عدم شرطيته للإنشاء.

(٢) أي: من قبيل كفاية وجود الشرط عند الإجازة - و عدم دلالة دليل الشرط على إعتباره في إنشاء النقل الذي هو البيع حقيقةً عند المصنف كما أشرنا إليه آنفاً - شرطية القدرة على التسليم، كما إذا كان المبيع عبداً أبقاً، فإنه يقال: إن القدرة على تسليمه ليست شرطاً لإنشاء البيع، بل هي شرط حال الإجازة، لأنّ وجوب التسليم يكون بعد الانتقال الذي هو حال الإجازة. ففي هذه الحالة يعتبر أن يكون قادراً على التسليم. كما أنه إذا كان مباشر العقد نفس المالك اعتُبر فيه القدرة على التسليم حين إنشاء النقل، لأنّه ظرف الانتقال.

(٣) معطوف على «القدرة» بتقريب: أن يكون إسلامُ مشتري المصحف و العبد المسلم شرطاً لترتب الأثر و هو الانتقال، و ليس شرطاً لإنشاء النقل حتى يلزم وجود إسلام المشتري حين الإنشاء، فيكفي وجوده حين الإجازة.

(*) جعل إسلام مشتري المصحف و المسلم من قبيل الشرط المعتر حين الإجازة - دون إنشاء النقل - مبني على دلالة آية «نفي السبيل للكافر على المؤمن» على نفي السلطنة و زمام أمور المؤمن بيد الكافر، و عدم كون مجرد إضافة الملكية مع فرض محجورية الكافر عن كل تصرف في ملكه سبباً له على المؤمن حتى يكون منغياً بالآية. فحينئذ تكون القدرة على التسليم شرطاً في ترتب الأثر الشرعي، فيكفي وجودها حين الإجازة.

لكن الأمر ليس كذلك، ضرورة أنّ نفس إضافة الملكية سبباً أيضاً، لأنها سيادة و علوٌ و مولوية للكافر على المؤمن، فتكون شرطية إسلام مشتري المصحف و العبد المسلم كسائر الشروط المعترية في إنشاء النقل، فلا يكفي إسلامه حال الإجازة. و لذا لو باع المالك المصحف و العبد المسلم مباشرةً من الكافر كان البيع فاسداً، و لا يقع موقوفاً على إسلام المشتري. و هذا يدلّ على كون الإسلام شرطاً مقارناً للإنشاء.

المصحف والعبد^(١) المسلم.

ثم^٢ هل يشترط بقاء الشروط - المعتبرة حين العقد - إلى زمان^(٣) الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي الإشكال في عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها^(٤) حتى على القول بالنقل (*).

(١) معطوف على «المصحف».

(٢) غرضه التعرض لحكم بقاء الشروط بعد الفراغ عن حكم حدودها، وأن بقاءها إلى زمان تحقق الإجازة معتبر أو لا؟ وقد فصل بين الشروط، وقال: إنَّ الشروط على قسمين: فإن كانت معتبرة في تحقق المعاهدة كالبلوغ والعقل وقصد المدلول، فلا ينبغي الإشكال في عدم إعتبار بقائها إلى زمان الإجازة. وذلك لتحقيق المعاهدة وعدم زوالها بارتفاع شرط من شروطها.

وإن لم تكن معتبرة في صدق المعاهدة، بل كانت دخيلة في الملكية كالحياة والإستقلال في التصرف - في قبال المحجور - اعتبر بقاؤها إلى زمان الإجازة.

(٣) متعلق بـ «بقاء».

(٤) أي: شروط المتعاقدين - وهي العقل وقصد المدلول جدتياً - لا يعتبر بقاؤها حتى على القول بكون الإجازة ناقلة، ضرورة بقاء العقد في وعاء الاعتبار، وعدم زواله بانتفاء شروط الإنشاء.

وبيان أوضح: يكون قوله تعالى: ﴿لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ ظاهراً في نفي جعل السبيل تشريعاً للكافر على المؤمن. ولا ريب في كون إضافة الملكية جعلاً شرعياً و سبيلاً إعتبارياً لكل مالك على مملوكه. ولا وجه لجعل السلطنة في الآية سلطنة خارجية و مالكية لأزمة الأمور الدنيوية حتى يصح الإلتزام بالملكية الكافر للمؤمن تشريعاً، ولا يصح تكويناً فقط.

(*) لا يبعد إبتناء إعتبار الشروط - غير شرائط العاقد و الإنشاء - في عقد الفضول على

كون العاقد الفضول كالوكيل في إجراء الصيغة فقط، أو كالوكيل المفوض كما قيل؟

لكن الظاهر أنه كالوكيل في إجراء الصيغة، كما قد يشهد له صحة بيع الفضول صبرة من حنطة مثلاً جاهلاً بمقدارها مع علم المالك و المشتري بكيلها و وزنها، فإن إجازة المالك

حيثيذ ملزمة لهذا العقد، والقول ببطلانه وعدم نفوذ إجازة المالك فيه شططٌ من الكلام. فلو كان الفضول كالوكيل المفوض لم يكن محيص عن بطلان العقد، لأن الإجازة لا تؤثر إلا في العقد الجامع للشرائط إلا رضا المالك.

و بالجملة: فالظاهر عدم اعتبار شروط العوضين في العاقد الفضول، فالقدرة على التسليم كمعلومية العوضين من الشروط المعتبرة في من له العقد، سواء أكان مالكا للعين أم مالكا لزمام أمر البيع كالولي، وليست معتبرة في العاقد الفضولي.

نعم لو كان العوض ممّا لا يجوز لمالكة بيعه، كما إذا كان أمّ ولدي، لم يجز بيعه للفضولي أيضاً، فلا بدّ من عدم وقوع بيع الفضول على ما لا يجوز بيعه للمالك.

فتلخص: أن شرائط الانشاء والمُنشئ معتبرة في الفضول، لتقوم العقد عرفاً و شرعاً بها. وأما شروط العوضين فالمتيقن من أدلتها إعتبارها في المالك للعين، أو مالك زمام البيع كولي القاصر، والوكيل المفوض، لأن موضوع تلك الشروط في الأدلة خصوص المتبايعين، وصدق البائع على الفضول غير معلوم، فموضوعيته لتلك الأدلة مشكوك فيها، والتمسك بها لإثبات شروط العوضين له تثبت بالعام في الشبهة المصداقية، وهو غير وجهه. ومع الشك في شمول أدلة العوضين للفضول فأصالة عدم الشرطية محكمة، فتلك الشرائط معتبرة في المالك.

و يمكن أن يكون الضابط في شرائط الإنشاء منع الخالق تعالى عن المعاملة، كبيع أمّ الولد ونحوه، بحيث لا يصحّ بيعه من الأصيل أيضاً، لكون المعاملة عصياناً له سبحانه وتعالى. فإن كان المانع كذلك لم يمكن الإنشاء لا من الأصيل ولا من الفضول.

و يستفاد هذا الضابط ممّا ورد في نكاح العبد بدون إذن سيّده من التعليل لصحة النكاح «بأنه لم يعص الله وإنما عصى سيّده» ومعصية السيد تُجبر برضاه.

ولعلّ من هذا القبيل بيع المصحف والعبد المسلم من الكافر، ولذا لا يجوز للأصيل أيضاً بيعهما. فإذا باعهما الفضولي لم يصحّ بيعه، وليس للمالك إجازته، لأن العقد في نفسه باطل، كنكاح المحارم، والتزويج بأخت الزوجة قبل تطليقها. وليس قابلاً للإجازة حتى بناء على ناقلية الإجازة كما لا يخفى. فلو أسلم المشتري الكافر فلا بدّ من تجديد العقد، ولا تكفي الإجازة.

نعم^(١) على القول بكونها بيعاً مستأنفاً يقوى الإشتراط^(٢).
و أما شروط العوضين^(٣)

(١) إستدراك على قوله: «لا ينفى الاشكال في عدم اشتراط» و محصله: أنه - بناءً على كون الإجازة بيعاً مستأنفاً كما اختاره المحقق القمي وغيره^(١) لا بمجرد إمضاء و رضا بما وقع من عقد الفضول - يقوى إشتراط بقاء شرائط المتعاقدين إلى زمان الإجازة، لأنّ زمان الإجازة بناءً على كونها بيعاً مستأنفاً زمان إنشاء المعاهدة، و لا بدّ من تحقق شرائط المعاهدة - و هي شروط المتعاقدين - حين الإجازة، فلا بدّ من وجود الشرائط في الأصل و الفضوليّ حين الإجازة التي هي معاملة جديدة.

(٢) أي: إشتراط بقاء المتعاقدين على شروطها التي هي من شرائط إنشاء المعاهدة إلى زمان الإجازة. هذا بالنسبة إلى شرائط الإنشاء التي منها شروط المتعاقدين.

هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة؟

(٣) كقابليتها للملك شرعاً، و معلوميتها، و مقدوريتها للتسليم، و كونها ملكاً طلقاً للمتعاقدين.

و أما القدرة على التسليم فليست كبيع المصحف، لأنّ القدرة على التسليم اعتبرت للفر.

و أما بيع العبد الأبق و الدابة الشاردة و السمك في الماء و الطير في الهواء فهو في نفسه جائز، فإن قدر المشتري على التسلم صحّ البيع، لاندفاع الفرر به، و إن لم يقدر كلاهما على التسليم، فللمشتري خيار فسخ البيع.

تكملة: إذا شك في كون شيء شرطاً للإنشاء أو للملكية، و لم يكن موجوداً حين الإنشاء - كمعلومية العوضين - فهل تنفذ الإجازة حينئذ، أم لا؟ الظاهر العدم، لأنّ الشك في الانتقال، و أصالة الفساد تقتضي عدمه، لرجوع الشك في تحقق موضوع الإجازة و هو العقد، و مع عدم إحرازه لا تنفذ الإجازة.

فالظاهرُ اعتبارُها (*) بناءً على النقل^(١) (**). و أما بناءً على الكشف فوجهان^(٢)،
و اعتبارُها عليه أيضاً غيرُ بعيد^(٣).
الثاني^(٤):

(١) لأنه بناءً على النقل يكون زمان تأثير السبب - و هو إنشاء النقل - زمان الإجازة، فلا بدّ من تحقق الشرائط حين تأثيره، وإلا لم تكن شرطاً لتأثيره. هذا بناءً على النقل.

(٢) منشأ هذين الوجهين هو إختلاف الاستظهار من أدلة الشروط، فصاحب الجواهر رحمته إستظهر منها إعتبار إستمرار الشروط إلى زمان الإجازة بناءً على الكشف، وقد تقدم كلامه في ثمرات الكشف و النقل، و المصنف إستظهر عدم إعتبار إستمرار الشروط إلى زمان الإجازة، و ردّ كلام الجواهر في ثمرات الكشف و النقل، فراجع (ص ١٣٩ - ١٤٣).

(٣) نفى البعد عن إعتبار إستمرار الشروط منافٍ لما أفاده في ردّ الجواهر القائل باعتبار إستمرار الشروط إلى زمان الإجازة على الكشف في ثمرات الكشف و النقل من قوله: «و فيه: أنه لا وجه لاعتبار إستمرار القابلية ... الخ» فراجع (ص ١٣٩).

هل يعتبر علم المجيز بالمجاز تفصيلاً؟

(٤) هذا ثاني الأمور التي أشار إليها المصنف رحمته بقوله: «و أما القول في المجاز فاستقضاؤه يتمّ ببيان أمور» و في هذا الأمر يبحث في مقامين:

(*) و اعتبارها في المالك واضح. و أما في العاقد الفضول فغير ظاهر، لأن موضوع تلك الشرائط هو المتبايعان، و صدق البائع على الفضول غير ظاهر. فموضوع البحث في إشتراط البقاء الى زمان الإجازة هو نفس المالك الأصيل دون الفضول.

(**) بل بناءً على كون العاقد الفضول كالوكيل المفوض، إذ بناءً على كونه كالوكيل في إجراء الصيغة فقط لا يعتبر فيه إلا شرائط الإنشاء، سواء أكانت الإجازة ناقلة أم كاشفة كما أشرنا إليه سابقاً.

هل يشترط (*) في المجاز^(١) كونه معلوماً للمجيز بالتفصيل، من تعيين العوضين، و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً - فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً

الأول: في إعتبار العلم - تفصيلاً أو إجمالاً - بوقوع عقدٍ في صحة الإجازة، و عدم إعتبار العلم به مطلقاً، و كفاية إحتمال وجوده في صحة الإجازة.

و الثاني: في صحة تعلق الإجازة بالمبهم و عدمها.

(١) هذا هو المقام الأول، و حاصله: أنه هل يشترط في قابلية العقد للإجازة علمُ المجيز تفصيلاً بالعقد - من تعيين العوضين و تعيين نوع العقد من كونه بيعاً أو صلحاً، فضلاً عن جنسه من كونه نكاحاً لجاريته أو بيعاً لها - فإن لم يعلم المجيز تفصيلاً بالعقد فليس له إجازته؟ أم لا يشترط العلم التفصيلي به، بل يكفي العلم الاجمالي بوقوع عقدٍ قابل للإجازة، إذ الغرض من إعتبار الإجازة في العقد الفضولي حصول أمرين. أحدهما: رضا المالك و طيب نفسه بانتقال ماله إلى الغير.

و ثانيهما: صيرورة عقد الفضول عقداً للمالك المجيز حتى يشملهم عموم «أوفوا» و من المعلوم حصول هذين الأمرين بالعلم الاجمالي، فلا حاجة إلى إشتراط العلم التفصيلي للمجيز.

(*) ينبغي أن يعدّ هذا الشرط من شرائط صحة الإجازة، لا من شرائط العقد المجاز، بأن يقال: هل يعتبر في صحة الإجازة كون المجاز معلوماً للمجيز ... الخ. كما أنه ينبغي أن يقال في عنوان البحث: هل يعتبر العلم بوجود العقد تفصيلاً أو إجمالاً في صحة الإجازة؟ أم يكفي في صحتها الإحتمال و فرض وقوعه، كما إذا قال المالك: إن باع شخصٌ فضولاً داري أو أجرها أو صالحها فقد أجزئته. ثم إن في صورتني العلم الاجمالي بوقوع العقد أو إحتماله هل يصح تعلق الإجازة بالمبهم أم لا؟ فهنا مقامان:

الأول: في إعتبار العلم بوجود العقد و عدمه. و الثاني: في صحة تعلق الإجازة بالمبهم و عدمها، سواء قلنا باعتبار العلم بوقوع العقد، أم قلنا بعدمه.

و المصنف رحمته إختار في المقام الأول إعتبار العلم التفصيلي بوقوع العقد، إستناداً فيه إلى أنه بدون العلم بوقوعه يلزم التعليق، لأنه بمنزلة قوله: إن وقع بيعٌ على مالي فقد أجزئته.

لجاريته، أو بيعاً لها - أم يكفي العلم الإجمالي بوقوع عقدٍ قابل للإجازة؟ وجهان، من

وحيث إن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد، لحصول المعاهدة الحقيقية بين المتبايعين بها، والتعليق مبطل للعقد، فالإجازة التي هي بحكم العقد تبطل أيضاً بالتعليق، هذا.

والمحقق الثانيي رحمته أضاف إليه: عدم قابلية الايقاعات للتعليق، والإجازة من الايقاعات، فلا تقبل التعليق ^١.

أما ما أفاده المصنف رحمته فتوجه عليه أولاً: أن دليل بطلان التعليق هو الاجماع، ومعقده نفس العقد، ولا يشمل الإجازة التي هي بحكم العقد، فإلحاق الإجازة بالعقد قياس باطل عندنا.

وثانياً: أن بطلان العقد بالتعليق يختص بأمرٍ خارج عن العقد. وأما إذا كان بأمر يقتضيه نفس العقد وإن لم يصرح به في متن العقد كقوله لزوجه: «إن كنت زوجتي فأنت طالق» فلا وجه لبطلانه، فإن مثل هذا التعليق موجود في جميع العقود.

وأما ما أفاده المحقق الثانيي رحمته فلم يظهر مراده، إذ لا معنى لعدم القابلية. ولعل مراده عدم المشروعية. وكيف كان فهو معقول ومشروع كالتدبير والوصية.

فالأقوى كفاية العلم الاجمالي بوقوع عقدٍ قابل للإجازة، لحصول الغرض من الإجازة، وهو الرضا وانتساب العقد إلى المالك المجيز بالعلم الاجمالي، من دون حاجة إلى العلم التفصيلي.

بل الأقوى كفاية مجرد احتمال وقوع العقد، وصحة إجازته معلقة على وقوعه، وذلك لما مر من عدم جزئية الإجازة للعقد حتى يقدح فيها التعليق، إذ كونها وسيلةً لانتساب العقد إلى المالك لا يدل على كونها جزءاً للعقد حتى يكون حكم العقد - وهو بطلانه بالتعليق - ثابتاً لها.

مضافاً إلى: أن كل تعليق ليس مبطلاً كما عرفت.

وقد ذكر المصنف رحمته في المقام الثاني جواز تعلق الإجازة بالمبهم، لكونها كالإذن في جواز تعلقه بالمبهم. لكن القياس مع الفارق، إذ متعلق الإجازة جزئي، لكونه موجوداً خارجياً. بخلاف متعلق الإذن، فإنه ليس موجوداً خارجياً حتى لا يقبل الإبهام والتردد.

كون^(١) الإجازة كالإذن السابق، فيجوز تعلقه^(٢) بغير المعين، إلا^(٣) إذا بلغ حدًّا^(٤) لا يجوز معه التوكيل. ومن^(٥) أن الإجازة بحسب الحقيقة أحد ركني العقد.

(١) هذا دليل كفاية العلم الاجمالي، و عدم اشتراط علم المميز تفصيلاً بالعقد المجاز، توضيحه: أن الإجازة كالإذن في الدلالة على الرضا و طيب نفس المالك، فكما يجوز تعلق الإذن بغير المعين، فكذلك الإجازة، فيجوز أن يميز المالك عقد الفصول مع عدم علمه تفصيلاً بذلك العقد، و أنه هل هو بيع فرسه أم إجارة داره أم صلح عقاره؟ و لافرق بين الاذن و الإجازة إلا في كون الإذن قبل العقد و دخيلاً في حدوثه، و كون الإجازة بعده و دخيلاً في بقاته.

(٢) أي: تعلق الإذن بالمهم و غير المعين، و الأولى تأنيث الضمير ليرجع إلى ما هو المناسب للمقام، أعني به الإجازة كما لا يخفى.

(٣) إستثناء من قوله: «فيجوز تعلقه» و محصله: أن تعلق الإذن السابق بشيء مبهم مشروط بما إذا لم يبلغ الإذن حدًّا من الإبهام لا يجوز معه التوكيل، كما إذا قال: «وكلتك أو أذنت لك في بيع شيء من أموالي» فإذا بلغ ذلك الحد لم يجز شيء من الإذن و التوكيل، لبلوغ الإبهام حدًّا يخرج عن دائرة إعتبار العقلاء.

(٤) المراد بذلك ما هو الخارج عن محيط إعتبار العقلاء، بحيث يعد أمراً سفهياً و غير عقلائي. و ضمير «معه» راجع إلى «حدّ».

(٥) معطوف على «من كون» و هذا دليل اشتراط علم المميز تفصيلاً بالمجاز، و عدم

ثم إن هذين المقامين أجنيبان عن حكم الإجازة من حيث الكشف و النقل، بل يجري البحث عنهما على كلا القولين في الإجازة.

ثم إن ما ذكرناه من صحة تعلق الإجازة بالعقد المعلوم إجمالاً وقوعه أو المحتمل وقوعه إنما هو في العقد الصحيح الجامع للشرائط. فإن كان فيه خلل في نفسه مع الغض عن إجازة المالك - بحيث لو كان المالك متصدياً له كان العقد أيضاً فاسداً - فهو خارج عن مورد البحث، كما إذا كان العوضان مجهولين، أو غير مملوكين، أو لم تكن الصيغة عربية بناءً على إعتبارها.

لأن^(١) المعاهدة الحقيقية إنما تحصل بين المالكين بعد الإجازة، فتشبهه^(٢) القبول (*) مع عدم تعيين الإيجاب عند القابل.

و من هنا^(٣) يظهر قوة إحتمال إعتبار العلم بوقوع العقد، و لا يكفي بمجرد

كفاية علمه الإجمالي به، و محصله: أن المعاهدة الحقيقية القائمة بالمالكين لا تحصل إلا بالإجازة، و لا تتحقق بعقد الفضولي، لعدم كونه مالكاً و لامنصباً من قبله. فالإجازة حينئذٍ كالقبول متممة لعقد الفضول، و لذا تعدّ أحد ركني العقد، فلا بدّ أن يكون المميز عالماً بما يميزه من العقد حتى لا يلزم الغرر المنهي عنه في البيع و غيره.

(١) تعليل لكون الإجازة أحد ركني العقد، حيث إنَّها توجب المعاهدة الحقيقية وإن لم تكن أحد طرفي العقد الانشائي.

(٢) أي: فتشبهه الإجازة القبول.

(٣) أي: و من كون الإجازة أحد ركني العقد - لحصول المعاهدة الحقيقية بين المالكين بها - يظهر ... الخ. و هذا هو المقام الثاني أعني به إعتبار علم المميز بوقوع العقد، و عدم كفاية إحتمال وجوده في صحة الإجازة.

تقريبه: أنه - بناءً على كون الإجازة أحد طرفي العقد - لا بدّ من إحراز وجود العقد حتى تصحّ إجازته، و تكون أحد ركني العقد، و لئلا يلزم التعليق في الإجازة التي هي إيقاع، و إن قيل بصحة التعليق في العقود.

(*) بل الظاهر أن الإجازة تشبه الإيجاب المتأخر عن القبول، إذ المفروض وقوع القبول صحيحاً من الأصل، و إيجاب الفضول لم يقع في محله، فالإجازة تكون بمنزلة الإيجاب الواقع بعد القبول، فهي متممة للعقد، فلا بد من وجود عقد حتى تكون الإجازة متممة له.

و لعل نظره عليه السلام في تشبيه الإجازة بالقبول إلى كونها كالقبول في علية للتأثير، يعني: أن الإجازة كالقبول في كونها جزءاً أخيراً لعلّة التأثير. لكن الإيجاب المتأخر كالقبول أيضاً في كونه جزءاً أخيراً لعلّة التأثير. و لا بدّ من التأمل في كلام المصنف عليه السلام.

إحتماله^(١)، فيجيزه على تقدير وقوعه إذا إنكشف^(٢) وقوعه، لأن^(٣) الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى تشملها معاقده إجماعهم (*) على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنها^(٤) في معناها. ولذا^(٥) يُخاطَبُ المجيزُ بعدها بالوفاء بالعقد السابق، مع أنّ الوفاء

(١) أي: إحتمال وقوع العقد حتى يجيزه المجيزُ على تقدير وقوعه.

(٢) هذا راجع إلى قوله: «و لا يكفي» يعني: و لا يكفي مجرد إحتمال وقوع العقد في صحة الإجازة إذا إنكشف وقوعه، فوجود الإجازة مع إحتمال وقوع العقد كعدمها.

(٣) تحليل لعدم كفاية إحتمال وقوع العقد، توضيحه: أنّ الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى تشملها معاقده إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنها في معنى العقود، لما مرّ آنفاً من أنّ الإجازة توجب المعاهدة بين المالكين، فإذا كانت الإجازة في معنى العقد لم يجز التعليق فيها. و من المعلوم أنّ إحتمال وقوع العقد تعليق في الإجازة، لكونها معلقة على وقوع العقد، فلا تجدي هذه الإجازة لأجل التعليق.

(٤) أي: أنّ الإجازة، و ضميراً «فيها، معناها» راجعان إلى العقود.

(٥) أي: و لأجل كون الإجازة في معنى العقد يُخاطَبُ المجيزُ بعد الإجازة بالوفاء بالعقد السابق الذي وقع فضولاً، و حاصله: أنّ «أوفوا بالعقود» متوجّه إلى العاقدين، ووجوب الوفاء على المجيز بعد الإجازة يكشف عن صيرورته عاقداً بسبب الإجازة. فلو لم تكن الإجازة في معنى العقد لم يكن المجيز عاقداً مخاطباً بوجوب الوفاء

(*) قد تقدّم عن الشهيد رحمته الله في غاية المراد «إتفاقهم على بطلان الفضولي فيها»^(١) أي الإيقاعات. ولكن قد يدعى صحة الفضولي في القبض و نحوه ممّا هو من توابع العقود، وإن كان من قبيل الإيقاعات. فالمتيقّن من معقد الاجماع هو الإيقاعات المستقلة كالطلاق و نحوه.

و يمكن إستظهار جواز جريان الفضولي في الإيقاعات غير المستقلة من رواية عروة، لأنّ الظاهر أنّ إجازته رحمته الله كانت بعد إقباض عروة.

بالعقد السابق لا يكون إلا في حقِّ العاقد (*) فتأمل^١.

بالعقد. وإذا كانت الإجازة في معنى العقد لم يجز التعليق فيها.
 (١) لعلَّه إشارة إلى: ما ذكرناه من عدم اختصاص وجوب الوفاء بالعقود بالعاقدين.
 أو إشارة إلى: منع كون الإجازة في معنى العقد. وذلك لأنَّ الإجازة إمضاء للعقد
 السابق ورضاً به. نظير الإذن في العقد، فإنَّه رضاً به. ولا فرق بين الإذن والإجازة إلا في
 السبق واللاحق، وفي كون متعلِّق الإجازة جزئياً، لكونه موجوداً خارجياً صدر من
 الفصول. بخلاف الإذن، فإنَّ متعلِّقه كلي، لعدم تحلُّيه بعدُ بحلِّية الوجود الذي هو مدار
 الجزئية، ولذا لا يعتبر العلم بخصوصيات أفرادها، فيجوز الإذن في التصرف في ماله بعقد

(*) إختصاص خطاب «أوفوا بالعقود» بالعاقدين ممنوع، بل كلُّ مَنْ له العقد
 سواء أكان عاقداً مباشرة أم كان وليه أو وكيله عاقداً يجب عليه الوفاء بالعقد، فوجوب الوفاء
 على المجيز بعد الإجازة لا يدلُّ على كونه عاقداً، كما لا يدلُّ على كون الإجازة أحد ركني
 العقد سببئها لتحقق المعاهدة بين المالكين، ضرورة أنَّها لو كانت شرطاً لا ركناً لا تتحقق
 المعاهدة أيضاً إلا بعدها.

و بالجمل: فما أفاده المصنف رحمته من كون الإجازة ركناً للعقد، ومن صيرورة المجيز
 بسببها عاقداً يشملها عموم أوفوا، غير ثابت.

و أفا إستناد إعتبار العلم بوقوع العقد - و عدم كفاية إحتمال وقوعه - إلى لزوم التعليق
 في الإجازة التي هي في معنى العقد، ففيه أولاً: أنَّ تعدية الحكم بقدر التعليق من العقد إلى ما
 هو في معنى العقد محتاجة إلى الدليل، وهو مفقود.

و ثانياً: أنَّ التعليق القادح إنما هو في أمر زائد عما يقتضيه نفس العقد أو الايقاع، فإذا
 علَّق أحدهما على موضوعه، كما إذا قال: «بعثك داري إن كانت ملكاً لي» أو قال لزوجته:
 «أنت طالق إن كنت زوجتي» كان كلُّ منهما صحيحاً، لأنَّ التعليق على الملكية في البيع و على
 الزوجية في الطلاق مآ يقتضيه نفس البيع و الطلاق، فهذا تعليق واقعي سواء علَّق لفظاً أم
 لم يعلِّق. و قد تقدَّم في مسألة إعتبار التنجيز في الصيغة الكلام في تعليق الانشاء على ما هو
 متعلِّق عليه واقعاً، فراجع^١.

الثالث (١): الجواز (٢)

معاوضي من دون تعيينه من بيع أو صلح أو غيرها. وأما الإجازة فتتعلق بوجود جزئي معين واقعاً مجهول عند المميز، فإجازته إجازة المجهول، لا إجازة المردد، إذ لا يعقل التردد في الموجود الخارجي المتعين بالمشخصات الفردية.

حكم العقود المترتبة على مال الغير

(١) هذا ثالث الأمور التي أشار إليها المصنف رحمته في (ص ٣٨٣) بقوله: «وَأَمَّا القول في الجواز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور».

و الغرض من عقد هذا الأمر الثالث بيان حكم الإجازة في العقود المترتبة إما بالطبع، بأن يكون صحة بعضها علّة لصحة بعضها الآخر، كما هو المعنون في كتب الفقهاء، كما إذا اشترى من الفضولي كتاب زيد، ثم باعه المشتري من عمرو. وهكذا في طرف العوض، كما إذا وقعت بيع على ثمن الكتاب. وإفا بالزمان، كما إذا باع فضولاً واحد أو متعدد - في زمان واحد أو متعدد - عبد زيد من عمرو، ثم باعه من بكر، ثم باعه من بشر، ثم باعه من يوسف، ثم باعه من يعقوب، وهكذا. لكن تعميم البحث إلى العقود المترتبة زماناً - لا رتبةً - إنما هو من المصنف رحمته.

وكيف كان يقع الكلام في أن إجازة بعضها هل تقتضي صحة غيره مطلقاً، أم لا تقتضي كذلك، أم تقتضي صحة بعضها؟ سيأتي التعرض لها عند شرح المتن إن شاء الله تعالى.

(٢) هذا شروع في بيان أقسام العقد الجواز، توضيحه: أن العقود المترتبة تقع تارة على نفس مال المالك وهو المبيع فضولاً. وأخرى على عوضه وهو الثمن، الأعم من عوض نفس المال المبيع فضولاً، و عوض عوضه.

و نالته على كليهما. و ستأتي أمثلتها إن شاء الله تعالى.

ثم إن المصنف رحمته أضاف ترتيباً مركباً في العقد الوسط إلى الترتيب البسيط المذكور في كلمات الفقهاء رضوان الله عليهم.

إِمَّا الْعَقْدَ الْوَاقِعَ عَلَى نَفْسِ مَالٍ الْغَيْرِ^(١)، وَإِمَّا الْعَقْدَ (*) الْوَاقِعَ عَلَى عَوْضِهِ^(٢).

(١) و هو المبيع فضولاً، كالعبد الذي يبيع فضولاً يفرس في مثال المتن.

(٢) أي: على عوض مال الغير، كالفرس الذي هو عوض العبد في المثال المذكور.

(*) لعل الأولى ذكر هذا الأمر من الأمور المتعلقة بالإجازة، لأن مرجع البحث إلى أن الإجازة هل تؤثر في صحة غير العقد الذي تعلقت به من العقود السابقة على العقد المجاز والأحقة به، أم لا؟

ثم إن التقسيم تارة يكون بلحاظ وقوع العقد على مال الغير كالعبد في مثال المتن. وأخرى بلحاظ عوضه الابتدائي كبيع العبد بالفرس، أو عوضه مع الوساطة كبيع الفرس الذي هو عوض العبد بدرهم. وثالثة يكون بلحاظ العقد المجاز من حيث كونه أول العقود الجارية على نفس مال الغير أو آخرها، أو كونه أول العقود الجارية على الأعواض أو آخرها، أو كون المجاز وسط العقدين الموافقين له من حيث وقوعهما على المضمن أو الثمن، والمخالفين له. ومن حيث وحدة العاقد الفضولي وتعددته. ومن حيث كونه غير الفضول. فهنا جهات من البحث ستظهر إن شاء الله تعالى.

وكيف كان فموضوع بحث الفقهاء هو العقود الطولية التي بينها عليّة ومعلوليّة، بمعنى ترتب صحّة بعضها على صحّة الآخر، فتخرج العقود العرضية وإن كانت بحسب الزمان طولية، كما إذا وقعت عقود من فضولٍ واحدٍ أو متعدّدٍ في زمان واحدٍ أو أزمنة متعدّدة على مال المالك، فهو خارج عن محلّ الكلام. كما إذا باع الفضولي عبد المالك من زيد مثلاً، ثم باعه ذلك الفضولي أو فضولي آخر من عمرو، ثم باعه من بكر. فإن إجازة بعضها لا تصحح إلا العقد الذي تعلقت به، ولا تقتضي صحة غيره من العقود السابقة عليه واللاحقة له. كما لا تتوقف صحته على صحة غيره، فيكون غير العقد المجاز باطلاً.

نعم بناءً على عدم اعتبار مالكية المجيز حين العقد يجوز للمجاز له إجازة عقد آخر من تلك العقود مطلقاً، سواء أكانت سابقة على العقد المجاز أم لاحقة له، من غير فرق بين كاشفية الإجازة وناقليتها، حيث إن المجاز له صار بإجازة المالك لعقد الفضول مالكاً، فلما منع من إجازة أيّ عقد شاء، سواء وقع منه أم من غيره. بل يحتمل صحته بلا حاجة إلى

الإجازة إذا صدر العقد منه، لكونه من صفريات «مَنْ باع شيئاً ثم ملك». وبناءً على إعتبار مالكية المجيز حين العقد لا وجه للإجازة، فلا وجه للصحة.

و بالجمله: فعنوان المصنف رحمته يفترق عن عنوان الفقهاء في أمرين:

أحدهما: في ترتب العقود، فإن المصنف عمم الترتب إلى الترتب الزماني، والفقهاء

جعلوا الترتب خصوصاً الترتب الطولي الإنتقالي.

والآخر: الترتب البسيط، فإنه خيرة الفقهاء، والمصنف عممه إلى الترتب المركب، وهو: أن يكون طرفا العقد الوسط متخالفين، كما إذا كان الوسط بيع العبد بالكتاب، وسابقه ما وقّع على مال المالك، كبيع العبد بالفرس، ولاحقه ما وقّع على عوض مال المالك وهو بيع الفرس بالدرهم. بخلاف مسلك الفقهاء، فإنهم إكتفوا بالرتب البسيط، وهو كون طرفي العقد الوسط مثله. فإن كان واقعاً على مال الغير كانا مثله، وكذا إذا كان الوسط واقعاً على العوض كان طرفاه واقعين عليه أيضاً.

ثم إن أقسام العقد المجاز في العقود المترتبة على مال المجيز ستة:

أولها: بيع العبد بالفرس، وأخرها بيع العبد بالدينار، ووسطها بيع العبد بالكتاب. وهذه البيوع الثلاثة واقعة على نفس مال المالك وهو العبد. ووسطها - وهو بيع العبد بالكتاب - مثال للأقسام الأربعة:

أحدها: كونه وسطاً بين عقدين واقعين على نفس مال المالك، وهما بيع العبد بفرس، وبيع العبد بدينار.

ثانيها: كونه وسطاً بين عقدين واقعين على عوضي مال المالك، وهما بيع الفرس بدرهم، وبيع الدينار بجارية.

ثالثها: كونه وسطاً بين عقدين يكون سابقهما واقعاً على مال المالك، وهو بيع العبد بالفرس، ولاحقهما على بدل مال المالك، وهو بيع الدينار بجارية.

رابعها: كونه وسطاً بين عقدين يكون سابقهما واقعاً على بدل مال المالك، وهو بيع الفرس بدرهم، ولاحقهما واقعاً على مال المالك، وهو بيع العبد بالدينار.

هذه ستة أقسام العقد المجاز في العقود الواقعة على مال المجيز.

و اما الستة الواقعة على عوض مال المجيز، فهي: أن أول عقد وقع على بدل مال المجيز هو بيع الفرس بدرهم، و آخره بيع الرغيف بالعلس، فإن الرغيف عوض عن الدرهم، و الدرهم عوض عن الفرس، و الفرس عوض عن العبد. و هذا البيع وقع على عوض عوض عوض مال المالك. و وسطه بيع الدرهم - الذي هو عوض عن الفرس - برغيف، و هذا العقد مثال للأقسام الأربعة:

أحدها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطاً بين بيع العبد بفرس، و بيع العبد بدينار، اللذين وقعا على مال المالك.

ثانيها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطاً بين بيع الفرس بدرهم، و بيع الدينار بجارية، الواقعين على عوض مال المالك.

ثالثها: وقوع بيع الدرهم برغيف وسطاً بين بيع العبد بفرس الواقع على مال المالك، و بين بيع الدينار بجارية، الواقع على عوض مال المالك.

رابعها: وقوع بيع الدرهم برغيف بين بيع الفرس بدرهم الواقع على عوض مال المالك، و بين بيع العبد بالدينار الواقع على مال المالك.

و بانضمام هذه الأربعة إلى الصورتين الأوليين - و هما بيع الفرس بدرهم و بيع الرغيف بعسل - يصير أقسام العقد المجاز في العقود الواقعة على عوض مال المجيز ستة. و قد ظهر مما ذكرنا: أن البيوع الواقعة على عين مال الغير ثلاثة:

أحدها: بيع العبد بفرس.

ثانيها: بيع العبد بكتاب.

ثالثها: بيع العبد بدينار.

و البيوع الواقعة على عوض مال الغير خمسة، إثنان منها واقعان على عوضه الأولي،

و هما بيع الفرس بدرهم، و بيع الدينار بجارية.

و ثلاثة منها واقعة على عوض عوض مال المالك، و هي بيع الدرهم برغيف، و بيع

الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل. هذه أقسام العقد المجاز. واما حكمها فهو: أن الضابط الكلّي في ذلك أن كلّ عقدٍ تكون صحته مترتبة - أي لازماً لصحة العقد المجاز أو ملزوماً لها - يترتب صحته على العقد المجاز. وبعبارة أخرى: إذا كان بين عقدين عُلقةً لزوميةً، بأن يكون أحدهما لازماً لآخر، أو ملزوماً له، كانت إجازة أحدهما مستلزماً لإجازة الآخر، بمعنى: كون إجازة واحدة موجبةً لصحة كلا العقدين.

و إن لم يكن بينهما عُلقةً لزوميةً لا تكون إجازة أحدهما مستلزماً لصحة الآخر. هذا إذا كان العقدُ المجازُ العقدَ الوسطَ من العقود الواقعة على نفس مال الغير، فإنّ إجازة العقدِ الوسطِ - كبيع العبد بالكتاب - تصحّح ما بعده من بيع العبد بدينار، ولا تصحّح ما قبله كبيع العبد بفرس، بل تبطله، لأنّ إجازته تدلّ على إمضاء بيع العبد بالكتاب، وعدم رضاه بتعويض عبده بالفرس، إذ لازم رضاه بذلك دخول الفرس في ملكه بدلاً عن العبد، و لم يكن مالكا للعبد حتى يصحّح له إجازة بيع العبد بالكتاب. نعم لمالك الفرس إجازة بيع الفرس بالدرهم.

و اما إذا كان العقدُ المجازُ العقدَ الوسطَ من العقود المترتبة الواقعة على عوضٍ مالٍ الغير، كما إذا فرضنا أنّ الفضوليّ باعَ عبدَ المالك بفرس، ثم باع الفرس بدرهم، ثم باع الدرهم برغيف، ثم باع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل، فإنّ بيع الدرهم برغيف عقد وسط واقع على عوض مال الغير و هو الدرهم، حيث إنّه بدل الفرس الذي هو بدل العبد. و قبله عقدان وقع أحدهما على مورده و هو بيع الفرس بدرهم، حيث إنّ الدرهم أيضاً مورد العقد الوسط، و هو بيع الدرهم برغيف، و لم يقع ثانيهما - و هو بيع العبد بفرس - في مورده.

وكذلك بعده عقدان وقع أحدهما في مورده و هو بيع الدرهم بحمار، و لم يقع الآخرُ و هو بيع الرغيف بعسل في مورده.

فتفصيله: أنّه إذا أجاز المالكُ العقدَ الوسطَ، و هو بيع الدرهم برغيف، أو شراء الرغيف بدرهم، فعلى القول بالكشف تستلزم الإجازةُ صحةَ العقود السابقة أيضاً، ضرورة أنّ

صحة بيع الدرهم برغيف منوطة بصحة ما قبله و هو بيع الفرس بدرهم، إذ ملكية الدرهم للمجيز حتى يصح له إجازة بيع الدرهم برغيف تتوقف على صحة بيع الفرس بدرهم. وكذا صحة بيع الفرس بدرهم تتوقف على صحة بيع العبد بفرس، إذ لو لم يصح لا يصير مالكا للفرس حتى يملك الدرهم، و يصح له إجازة بيع الدرهم برغيف: أو شراء الرغيف بدرهم. هذا بناءً على القول بالكشف.

و أما على القول بالنقل، فمحصله: أنه لما وقعت البيوع السابقة في غير ملك البائع، فعلى القول بصحتها مع الإجازة أو بدونها فلا كلام، وإلا فتبطل.

هذا حال العقود السابقة على العقد المجاز من العقود الواقعة على عوض مال المجيز. وأما العقود اللاحقة له، فإن وقعت على المعوض - أي المعوض في البيع المجاز، وهو في بيع الدرهم بالرغيف - كبيع الدرهم بالحمار، فإن إجازة بيع الدرهم برغيف - الذي هو الوسط بين بيع الفرس بدرهم و بين بيع الدرهم بحمار - تكشف عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف، فيصح له بيع ذلك الدرهم بالحمار. هذا.

و إن وقعت على الرغيف - الذي هو العوض في العقد المجاز - بأن بيع الرغيف بالعسل، فصحته منوطة بإجازة مستقلة من صاحب الرغيف.

و الضابط في تأثير الإجازة في غير العقد الذي تعلقت به - سواء أكان سابقاً على العقد المجاز أم لاحقاً له - كما أشرنا إليه آنفاً هو: أن يكون بين المجاز وغيره من العقود علقه توجب صحة غير المجاز، إما لكونه لازماً للمجاز كبيع العبد بالدينار، و بيع الدينار بالجارية، فإن صحتهما من لوازم صحة بيع العبد بالكتاب. أو ملزوماً له، كبيع العبد بالفرس، و بيع الفرس بالدرهم، و بيع الدرهم بالرغيف، فإن صحة بيع الدرهم بالرغيف - المفروض كونه عقداً مجازاً - من لوازم صحة بيع الفرس بالدرهم، و صحة بيع العبد بالفرس، إذ لو لم يصحاً لا يملك المجيز الدرهم حتى يصح له إجازة بيع الدرهم بالرغيف.

فلو لم يكن بين العقد المجاز وغيره من العقود العلقه المذكورة - كما إذا باع فضولي عبداً الغير، ثم باعه فضولي آخر، وهكذا، أو باعه فضولي واحد مراراً - فإن إجازة مالك العبد لأحد هذه العقود لا تصحح إلا ما تعلقت به من العقود، ولا تصحح غيره.

و على كلٍّ منها^(١) (*) إِمَّا أن يكون المَجَازُ أَوَّلَ عَقْدٍ وَقَعَ عَلَى الْمَالِ^(٢)، أَوْ عَلَى^(٣) عَوْضِهِ، أَوْ آخِرِهِ^(٤)، أَوْ عَقْدًا^(٥)

(١) أي: و على كلٍّ من الفرضين - وهما وقوع الإجازة على مال الغير، و وقوعها على عوض ماله - إِمَّا أن يكون المَجَازُ أَوَّلَ عَقْدٍ من العقود الواقعة على المال الذي بيع فضولاً، و إِمَّا أن يكون المَجَازُ أَوَّلَ عَقْدٍ من العقود الواقعة على عوض المال المبيع فضولاً. (٢) و هو مال المالك الذي بيع فضولاً.

(٣) معطوف على «على المال» والمراد بالعوض هو ثمن المال المبيع فضولاً، يعني: وإِذَا أن يكون المَجَازُ أَوَّلَ عَقْدٍ وَقَعَ عَلَى عَوْضِ مَالِ الْغَيْرِ.

(٤) معطوف على «أَوَّلَ عَقْدٍ» و ضمير «آخِرِهِ» راجع إلى «عَقْدٍ»، يعني: أَوْ يَكُونُ الْمَجَازُ آخَرَ عَقْدٍ من العقود الواقعة على مال الغير أَوْ عَلَى عَوْضِهِ.

(٥) معطوف على «أَوَّلَ عَقْدٍ» يعني: و إِمَّا أن يكون المَجَازُ عَقْدًا وَسَطًا بَيْنَ عَقْدَيْنِ وَاقْعَيْنِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ، أَوْ عَلَى بَدَلِهِ، أَوْ بِالِاخْتِلَافِ، بَأَن وَقَعَ السَّابِقُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ، وَالْآخِرُ عَلَى عَوْضِ مَالِ الْغَيْرِ. أَوْ بِالْعَكْسِ، بَأَن وَقَعَ السَّابِقُ عَلَى الْعَوْضِ، وَالْآخِرُ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ.

فلكون المَجَازُ الْعَقْدَ الْوَسْطَ صَوْرًا أَرْبَعًا:

إِحْدَاهَا: كَوْنُ السَّابِقِ وَالْآخِرِ وَاقْعَيْنِ عَلَى نَفْسِ مَالِ الْغَيْرِ، كَبَيْعِ الْعَبْدِ بِالْفَرَسِ، وَبَيْعِ الْعَبْدِ بِالدِّينَارِ، فَإِنَّهُمَا طَرَفَانِ لِلْوَسْطِ الْمَجَازِ، وَهُوَ بَيْعُ الْعَبْدِ بِالْكِتَابِ.

ثَانِيَتُهَا: كَوْنُهُمَا وَاقْعَيْنِ عَلَى عَوْضِ مَالِ الْغَيْرِ، كَبَيْعِ الْفَرَسِ بِالذَّرْهَمِ، وَبَيْعِ الدِّينَارِ

(*) يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: فَإِن وَقَعَتِ الْإِجَازَةُ عَلَى نَفْسِ مَالِ الْغَيْرِ فَلَهُ ثَلَاثُ صُورٍ:

الْأُولَى: كَوْنُ الْعَقْدِ الْمَجَازِ أَوَّلَ الْعُقُودِ الْجَارِيَةِ عَلَى مَالِ الْغَيْرِ.

الثانية: كَوْنُهُ آخَرَ الْعُقُودِ.

الثالثة: كَوْنُهُ وَسْطَ الْعُقُودِ.

وَإِنْ وَقَعَتِ الْإِجَازَةُ عَلَى الْعُقُودِ الْجَارِيَةِ عَلَى عَوْضِ مَالِ الْغَيْرِ فَكَذَلِكَ. وَ لِلْوَسْطِ

الْمَجَازِ فِي كُلِّ مِنَ الْعُقُودِ الْجَارِيَةِ عَلَى كُلِّ مِنْ مَالِ الْغَيْرِ وَ عَوْضِهِ صُورٌ أَرْبَعٌ كَمَا سَيَأْتِي تَفْصِيلُهُ فِي الْمَتْنِ.

بين سابقٍ و لاحقٍ^(١) واقعين^(٢) على مورد^(٣)، أو بدله، أو بالإختلاف.
و يجمع الكل^(٤) فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم

بالمجارية، فإنها طرفا العقد المجاز، و هو بيع العبد بالكتاب.
ثالثتها: كون السابق واقعاً على مال الغير، و اللاحق واقعاً على بدل مال الغير،
كبيع العبد بالفرس، و بيع الدينار بالمجارية.

رابعتها: كون السابق واقعاً على عوض مال الغير، و اللاحق واقعاً على نفس مال
الغير، كبيع الفرس بالدرهم، الواقع على العوض، و بيع العبد بالدينار، الواقع على نفس
مال الغير. فإنَّ العقد الوسط المجاز - و هو بيع العبد بالكتاب - وقع بين هذين العقدين
المختلفين، لوقوع سابقها على عوض مال الغير، و لاحقها على نفس مال الغير.
(١) هما نعتان لـ «عقد» و كلمة «بين» حال لكلمة «عقدًا» أي: حال كون العقد
الوسط واقعاً بين سابقٍ و لاحقٍ.

(٢) حال لكلمتي «سابقٍ و لاحقٍ» أي: حال كون العقد السابق و اللاحق واقعين
على مال الغير، أو على بدل مال الغير، أو بالاختلاف. و قد إتضح جميع ذلك بقولنا:
«فلكون المجاز العقد الوسط صور أربع ... الخ».
(٣) أي: مورد مال المالك .

(٤) هذا شروع في بيان أمثلة الكل - أي: كلِّ الصور المتصورة في العقد المجاز - من
العقود المترتبة الواقعة على مال الغير و عوضه.

و قد ظهر من كلمات المصنف رحمته أنَّ أقسام العقد المجاز إثني عشر، ستة لكون
المجاز العقد الواقع على مال الغير، لأنَّه إما أوَّل العقود الواقعة عليه، و إما آخرها، و إما
وسطها. و للوسط أقسام أربعة، لأنَّ طرفيه إما عقدان وقعا على مال الغير، أو وقعا على
عوض مال الغير، أو إختلفا، بأن كان السابق مال الغير، و اللاحق عوض مال الغير، أو
كان السابق العوض، و اللاحق نفس مال الغير.

و بضمُّ هذه الأربعة إلى الأوَّلين - و هما كون المجاز أوَّل العقود الواقعة على مال
الغير و آخرها - تصير الأقسام ستة.

و هكذا إذا كان المجاز العقد الواقع على العوض، لأنَّه إما أوَّل العقود، و إما آخرها،
و إما وسطها.

باعه الثالثُ بدينار^(١). و باع^(٢) البائعُ الفرسَ بدرهم، و باع الثالثُ^(٣) الدينارَ^(٤) بجزارية، و باع بائعُ الفرس الدرهم^(٥) برغيف، ثمَّ بيع الدرهمُ بجمارٍ، و بيعَ الرغيفُ

و لهذا الوسط أيضاً صور أربع، لأنَّ طرفيه إما واقعان على نفس مال الغير، و إما واقعان على بدله، و إما مختلفان، بأن كان السابق واقعاً على نفس مال الغير، و اللاحق على بدله. أو كان السابق واقعاً على بدل مال الغير، و اللاحق على نفس مال الغير. و بانضمام هذه الأربعة إلى الأولين - و هما أوَّل العقود الواقعة على الموض و آخرها - تصير الأقسام ستة أيضاً.

(١) و هذه العقود الثلاثة واقعة فصولاً على الموض - و هو العبد - و ثمنه في العقد الأوَّل فرس، و في العقد الثاني كتاب، و في العقد الثالث دينار.

(٢) من هنا شرع المصنف رحمته في بيان أمثلة العقود الواقعة على عوض مال الغير. و المراد بالعوض أعمّ من العوض مع الوسطة و بدونها، كما يظهر من أمثلة العقود الواقعة على عوض مال الغير.

و هذا أوَّل العقود الواقعة على عوض مال الغير، حيث إنَّ الفرس كان ثمنَ العبد في أوَّل عقدٍ من العقود الجارية على الموض - و هو العبد - فبيعَ الفرس بدرهم أوَّل عقدٍ وقع على عوض العبد، و هو الفرس الذي بيع بدرهم، و وسطه بيعُ الدرهم - الذي هو عوض الفرس - برغيف. و آخره بيع الرغيف بالسل، فإنَّ الرغيف عوض عن الدرهم، و الدرهم عوض عن الفرس، و الفرس عوض عن العبد.

(٣) أي: باع البائع الثالث - الذي باع العبد بدينار - الدينار بجزارية. و البائع الأوَّل هو الذي باع العبد بفرس، و البائع الثاني هو الذي باع العبد بكتاب. فالدينار ثمن العبد في البيع الثالث الواقع على العبد، لكن وقع في هذا العقد مثمناً، و صارت الجارية ثمنه.

(٤) و هو ثمن العبد في البيع الثالث الواقع على العبد الذي هو مال الغير.

(٥) الذي هو عوض العوض، لأنَّه عوض الفرس، و هو عوض العبد في أوَّل العقود الواقعة على مال الغير.

أما جامعية هذه الأمثلة للأقسام الإثني عشر بالنسبة إلى الأقسام الستة في الفرض الأوَّل - و هو كون المجاز من العقود الواقعة على مال الغير - فهي كون المجاز أوَّل العقود و آخرها، و هما بيع العبد بفرس، و بيعه بدينار. و كون المجاز وسطاً بين عقدين

واقمين على نفس مال الغير، و هما بيع العبد بالفرس، و بيع العبد بالدينار، فإنَّ المجاز - و هو بيع العبد بالكتاب - وقع بينهما.

و وسطاً بين عقدين متعلقين بعوض مال الغير، و هما بيع الفرس بالدرهم و بيع الدينار بالمجارية، حيث إنَّهما واقعان على العوض، و هو الفرس و الدينار اللذان هما عوضا العبد في بيعه الأوَّل و الآخر.

و وسطاً بين العقد الواقع على المعوض - و هو بيع العبد بالفرس - و العقد الواقع على العوض و هو بيع الفرس بالدرهم.

و وسطاً بين العقد الواقع على العوض و هو بيع الفرس بالدرهم، و بيع العبد بالدينار الذي وقع على المعوض و هو العبد.

و أمَّا جامعيتُه بالنسبة إلى الأقسام الستة في الفرض الثاني - و هو كون المجاز من العقود الواقعة على عوض العبد - فتفصيلها: أنَّ أوَّل العقود الواقعة على العوض هو بيع الفرس بالدرهم، حيث إنَّ الفرس أوَّل عوضٍ عن العبد في البيوع المجارية عليه.

و ثانياً: بيع الدرهم بالرغيف، فإنَّ الدرهم كان ثمناً للفرس. و في هذا العقد صار مثنياً للرغيف.

و ثالثاً: بيع الرغيف - الذي هو عوض الدرهم الذي كان عوض الفرس - بالعلس.

و من هذه الأمثلة يظهر أنَّ المراد بالعوض أعمُّ من عوض العبد بلا واسطة كالفرس، و مع الواسطة كالدرهم و الرغيف، حيث إنَّ الدرهم بدل الفرس الذي هو بدل العبد. و الرغيف بدل الدرهم الذي هو بدل الفرس الذي هو بدل العبد.

ثمَّ إنَّ العقدَ المجاز إمَّا أوَّل هذه العقود، و هو بيع الفرس بالدرهم. و إمَّا آخرها، و هو بيع الرغيف بالعلس. و إمَّا الوسط الذي له صور أربع. فهو كالعقد المجاز في الفرض الأوَّل أعني به العقود الواقعة على المثنى، و هو العبد.

فإذا إنضمَّ ما للوسط من الصور الأربع إلى الصورتين الأوليين - و هما كون العقد المجاز أوَّل العقود الواقعة على العوض و آخرها - تكون الأقسام في الفرض الثاني و هو العقود الواقعة على العوض ستة أيضاً، فصارت الأقسام كُلُّها إثني عشر.

بعسل^(١).

أما^(٢) إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب^(٣) - فهي مُلزِمة له و لما بعده مما وَقَّعَ على مورده^(٤) أعني العبد بالدينار، بناءً على الكشف^(٥).

(١) و هذان المثالان من العقود الواقعة على عوض العوض، و كذا بيع الدرهم برغيف. فهذه الأمثلة الثلاثة أمثلة لوقوع البيع على بدل مال المالك.

(٢) هذا شروع في بيان حكم إجازة العقود الواقعة على مال الغير - و هو العبد - و على عوضه، من حيث الصحة و الفساد. و قد تعرَّض له في مقامين:

الأوَّل: حكم إجازة العقد الواقع على مال الغير كالعبد في مثال المتن.

و الثاني: في حكم إجازة العقد الواقع على عوض مال الغير.

و الكلام فعلاً في المقام الأوَّل، و محصَّله: أن إجازة العقد الواقع على مال المالك - و هو بيع العبد بالكتاب - مُلزِمة له و لما بعده مما وقع على مورده كبيع العبد بالدينار بناءً على الكشف. أما كون الإجازة مُلزِمة لعقد المالك الأصلي فواضح. و أما كونها مُلزِمة لما وقع على ما بعده من العقد الواقع على أصل مال المالك - و هو بيع العبد بالدينار - فلكون الإجازة كاشفةً عن وقوع بيع العبد بالدينار في ملك بائع العبد.

و أما بناءً على النقل فصحته مبنية على إعتبار ملك المميز حين العقد و عدمه. فإن قلنا باعتباره لم يكن إجازته مُلزِمة للعقد المجاز، و لا لما بعده من العقود، إذ المفروض عدم كون المميز مالكاً للعبد حين البيع.

و إن قلنا بعدم الإعتبار كما عليه المصنف رحمته، حيث قال في (ص ٢٣٧): «الثالث لا يشترط في المميز كونه جائر التصرف حال العقد» كانت الإجازة مُلزِمة لهذا العقد المجاز و لما بعده من العقود.

(٣) إختار هذا الفرض، لكونه وسطاً بين بيع العبد بالفرس و بيع العبد بالدينار، حتى يكون له سابق و لاحق.

(٤) أي: مورد مال المالك، و هو العبد المبيع بالدينار.

(٥) لكشف الإجازة عن وقوع بيع العبد بالدينار في ملكه، فلا وجه لعدم صحته، إذ المفروض كشف إجازة بيع العبد بالكتاب عن دخول العبد في ملك من اشتراه بالدينار.

و أما بناءً على النقل فيُبنى على ما تقدّم من إعتبار ملك المجهيز حين العقد،
و عدمه^(١).

و هي^(٢) فسُخَّ بالنسبة إلى ما قبله مما^(٣) ورد على مورده - أعني بيع العبد
بفرس - بالنسبة إلى المجهيز.
أما^(٤) بالنسبة إلى مَنْ مَلَكَ بالإجازة

(١) أي: و عدم إعتبار ملك المجهيز حين العقد، حيث إنّه لم يكن مالكا للعبد حين
بيعه بالدينار، فيصح له إجازته. و هذا مختار المصنف كما عرفت آنفاً.

(٢) يعني: و إجازة المالك العقد الواقع من الفضولي على ماله فسُخَّ للعقود السابقة
على العقد المجاز الواقعة على ماله، و هو العبد في مثال المتن. و العقد السابق على العقد
المجاز هو بيع العبد بالفرس. و إجازة بيع العبد بالكتاب عبارة عن رضا مالك العبد بملكية
العبد للمالك الكتاب، لا للمالك الفرس، فيبطل بيع العبد بالفرس.

فالمتحصل: أنّ إجازة عقدٍ من العقود الواقعة على مال المالك إمضاء للعقود
اللاحقة، و ردُّ للعقود السابقة على المجاز.

(٣) أي: من العقود الواردة على مورد مال المالك، و هو بيع العبد بالفرس، يعني: أنّ
ما ذكرناه - من كون الإجازة مُلزِمة للعقود اللاحقة الواقعة على مال المالك، و فسحاً لما
قبل العقد المجاز من العقود الواقعة على ماله و هو العبد - إنّما يكون بالنسبة إلى المالك
المجهز، و هو مالك العبد، لأنّ إجازة بيع العبد بالكتاب تقتضي إنفاسخ بيع العبد بالفرس.
فبيع الفرس بالدرهم بيع فضولي تتوقف صحته على إجازة مالك الفرس.

فصار المتحصل: صحة العقد الواقع على مال المالك - و هو بيع العبد بالكتاب -
و ما بعده من بيع العبد بالدينار، و فسُخَّ العقد السابق على العقد المجاز، و هو بيع العبد
بالفرس بالنسبة إلى المالك المجهز.

(٤) و أما بالنسبة إلى مَنْ مَلَكَ بالإجازة - و هو مَنْ اشترى العبد بالكتاب - فهل له
إجازة بيع العبد بالفرس أم لا؟ حيث إنه لم يكن مالكا للعبد حين بيعه بالفرس. المسألة
مبنية على ما سبق من إشتراط ملك المجهز حين العقد و عدمه. و قد أشرنا آنفاً إلى أنّ

- و هو المشتري^(١) بالكتاب - فقابلتيه للإجازة مبنية على مسألة إشتراط ملك المميز حين العقد.

هذا^(٢) حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده، أعني مال المميز^(٣).

و أما^(٤) العقود الواقعة على عوض مال المميز، فالسابقة^(٥) على هذا العقد^(٦)

المصنف ^{تؤكّد} لا يشترط ذلك، فله الإجازة، و لا يحتاج إلى عقد جديد.

(١) أي: المشتري للعبد بالكتاب، و هو الذي باع العبد بالدينار، و ملك العبد بإجازة مالك العبد بيعه بالكتاب.

(٢) أي: لزوم العقود اللاحقة للعقد المجاز - و بطلان العقود السابقة عليه - هو حكم العقود الواقعة على المعوض، و هو العبد في مثال المتن.

(٣) و هو المالك للمعوض كالعبد في المثال المذكور.

(٤) بعد بيان حكم الإجازة بالنسبة إلى العقود السابقة و اللاحقة الواقعة على مال المميز، أراد أن يذكر حكم الإجازة في العقود الواقعة على عوض مال المميز، مع كون العقد المجاز في كلا الطرفين - و هما العقود الواقعة على نفس مال المميز و عوضه - هو العقد الواقع على عين مال المميز، كبيع عبدالمالك بكتاب.

فقوله: «و أما العقود الواقعة على عوض مال المميز» من توابع إجازة بيع الفضول عبد المالك بكتاب، و يكون في مقابل قوله: «هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده».

ثم إن المراد بعوض مال المميز أعم من عوض مال الغير بلا واسطة، كالعبد في المثال المذكور، و مع الوسطة كبيع الدرهم برغيف، و بيع الدرهم بحمار، فإن الدرهم و الرغيف عوض بوسطة.

و يمكن أن يكون العوض مع الوسائط كبيع الرغيف بالعلس، فإن الرغيف عوض الدرهم، و هو عوض الفرس الذي يكون عوض العبد الذي هو عين مال المميز.

(٥) مبتدئ، و خبره «يتوقف» و المجموع خبر «و أما العقود».

(٦) و هو العقد المجاز، أعني به بيع العبد بالكتاب.

- وهو^(١) بيع الفرس بالدرهم - يتوقف لزومها^(٢) على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس. و اللاحقة^(٣) له - أعني بيع الدينار بجمارية - تلزم^(٤) بلزوم هذا العقد^(٥).

و أما^(٦) إجازة العقد الواقع على العوض

(١) الضمير راجع إلى «السابقة» المراد بها بيع الفرس بالدرهم، و تذكير الضمير باعتبار الخبر، و إن كان خلافَ الظاهر.

و محصل ما أفاده: أنه بإجازة بيع العبد بالكتاب ينسخ بيع العبد بالفرس، إذ مع صحته لا يكون المميز مالكا للعبد حتى تصح إجازته ببيع العبد بالكتاب، فيردّ الفرس حينئذٍ إلى مالكة الأصلي، فيكون بيع الفرس بالدرهم فضولياً، و يحتاج نفوذه إلى إجازة مالك الفرس.

(٢) أي: لزوم السابقة - و هي بيع الفرس بالدرهم - فإنّ هذا أول العقود الواقعة على عوض مال الغير و هو العبد في المثال. و قد عرفت آنفاً: أنّ إنفاسخ بيع العبد بالفرس بسبب إجازة بيع العبد بالكتاب يوجب بطلان بيع الفرس بالدرهم. و صحته منوطة بإجازة مالك الفرس، لأنّه المالك الأصلي للفرس.

(٣) معطوف على قوله: «فالسابقة» و ضمير «له» راجع إلى «هذا العقد» المراد به بيع العبد بالكتاب الذي هو العقد المجاز.

و يبيّح الدينار بجمارية عقدٌ لاحقٌ للعقد المجاز، و واقعٌ على العوض، و هو الدينار الذي يكون عوض العبد.

(٤) خبرٌ «و اللاحقة» يعني: تلزم العقود اللاحقة للعقد المجاز - الذي هو بيع العبد بالكتاب - سواء وقعت على نفس مال المميز كبيع العبد بالدينار، أم وقعت على عوض مال المميز كبيع الدينار بجمارية، حيث إنّ الدينار عوض العبد.

(٥) و هو بيع العبد بالكتاب، فإنّ لزومه بالإجازة يستلزم صحة كلا العقدين، الواقع أحدهما على نفس العبد بالدينار، و ثانيهما على عوضه، و هو بيع الدينار بالجمارية، لترتّب صحّتها على صحة ما قبلها، و هو بيع العبد بالكتاب كما هو واضح.

(٦) معطوف على «أما» في قوله: «أما إجازة العقد الواقع على مال المالك» و هذا

- أعني بيعَ الدرهم^(١) برغيفٍ - فهي^(٢) مُلزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك، أعني بيعَ العبد بالفرس، أم على عوضه و هو بيعُ الفرس بالدرهم. و للعقود^(٣) اللاحقة له إذا وقعت على المعوض^(٤)، و هو بيع الدرهم بالحمار.

هو المقام الثاني المتكفل لحكم إجازة العقد الواقع على عوض مال المجيز. كما أنّ المقام الأول تكفلَ حكمَ إجازة العقد الواقع على نفس مال المجيز و هو العبد.

(١) الذي هو عوض عن الفرس في بيع الفرس بالدرهم، و الفرس عوض عن العبد. و هذا مثال لبيع عوض العوض الذي صار مورداً للإجازة. فالمراد بقوله: «العوض» عوضُ عوض العبد، و هو الدرهم الذي هو عوض الفرس الذي هو عوض العبد. و هذا الدرهم بيع برغيفٍ.

و صحة هذا البيع منوطة بدخول الدرهم في ملك المالك الأصلي للعبد. و دخوله في ملكه منوط بإجازته بيع الفرس بالدرهم، و بيع عبده بالفرس، و لذا قال: «سواء وقعت على نفس مال المالك أعني بيع العبد بالفرس أم على عوضه».

(٢) أي: الإجازة ملزمة. محصل ما أفاده هنا: أنّ إجازة مالك العبد العقدَ الواقعَ على عوض ماله - أعني به العبد - يلاحظ حكمها تارةً بالنسبة إلى العقود السابقة عليه، و أخرىً بالنسبة إلى العقود اللاحقة له.

أما العقود السابقة عليه فهي صحيحة مطلقاً، سواء وقعت على نفس مال المالك، كبيع العبد بالفرس، أم على عوضه كبيع الفرس بالدرهم، فإنّ الفرس عوض العبد في أول البيوع التجارية على العبد، فال مالك أعمّ من العبد و عوضه.

(٣) معطوف على «للعقود». و أما العقود اللاحقة للعقد المجاز - و هو بيع الدرهم بالحمار - فمحصله: أنّ إجازة العقد الواقع على عوض العوض مُلزمة للعقود اللاحقة للعقد المجاز أيضاً إذا وقعت الإجازة على عوض العوض أيضاً، لأنّ إجازة المالك الأصيل العقدَ الواقعَ على عوض العوض توجب ملكية المبيع للمجاز له، و هذا يقتضي صحة كلّ عقد يقع بعده، لوقوعه في ملكه.

(٤) و هو الدرهم، حيث إنه معوض في بيع الدرهم بالرغيف، فإنّ الإجازة تكشف

أما الواقعة^(١) على هذا البديل^(٢) المجاز - أعني بيع الرغيف بالعلس -
فحكّمها^(٣) حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداءً.
و ملخص^(٤) ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المبيز.

عن دخول الدرهم في ملك صاحب الرغيف، فيصح له بيع الدرهم بالمجاز.
(١) أي: العقود الواقعة المترتبة على هذا البديل المجاز.

(٢) و هو الرغيف الذي كان بدلاً عن الدرهم في بيع الدرهم بالرغيف الذي أجزى.
فإذا بيع الرغيف مراراً كان فضولياً محتاجاً إلى إجازة مستقلة، كما إذا بيع الرغيف بالعلس،
ثم بيع هذا الرغيف باللبن، ثم بيع هذا الرغيف بالتمر، كان حكمها حكم العقود الواقعة على
نفس مال المبيز مراراً من أشخاص متعددة في الإحتياج إلى إجازة مستقلة.
كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث
بدينار، فإن إجازة بيع العبد بالكتاب تكون رداً لما قبله، وإجازة لما بعده كما تقدّم تفصيله
في شرح قوله: في (ص ٤٠٩): «أما إجازة العقد الواقع على مال المالك» فتكون إجازة
بيع الرغيف بالعلس رداً لما قبله، وإمضاء لما بعده.

(٣) خبر «أما الواقعة» أي: فحكم العقود الواقعة على البديل المجاز حكم العقود
الواقعة على المعوض ابتداءً - و هو العبد في مثال المصنف رحمته - حيث إن الرغيف صار
ملكاً للمبيز كملكية العبد له، فيجري عليه ما يجري على العبد من الإحتياج إلى إجازة
مستقلة، و من كون الإجازة فسخاً لما قبل العقد المجاز، وإمضاء لما بعده.

(٤) يعني: و حاصل ما ذكرناه في مسألة ترتب العقود الواقعة على مال المبيز أو
عوضه: أنه لو أنشئت عقود متعددة مترتبة على مال المبيز، فإن وقعت تلك العقود من
أشخاص متعددة - كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس من زيد، ثم باعه زيد بكتاب من
عمرو، ثم باعه عمرو بدينار من بكر - كانت إجازة المالك بيع العبد بالكتاب رداً لما قبله،
إذ لو كان بيع العبد بالفرس - الذي هو قبل العقد المجاز - صحيحاً لم يكن العبد ملكاً
لمالكة الأصلي حتى تصح له إجازة بيع العبد بالكتاب، لأن العبد حينئذ ملك لزيد،
فإجازة المالك العقد الوسط - و هو بيع العبد بكتاب - رداً لما قبله من بيع العبد
بالفرس.

فإن وَقَعْتُ^(١) من أشخاصٍ متعدّدة (*) كانت إجازةٌ وسطٍ منها^(٢) فسخاً لما قبله، وإجازة^(٣) لما بعده^(٤) على الكشف^(٥). وإن وَقَعْتُ من شخصٍ واحدٍ إنعكس الأمر^(٦).

(١) أي: فإن وقعت العقود - الواقعة على مال المجيز - من أشخاصٍ ... الخ.

(٢) أي: من العقود، و«فسخاً» خبر «كانت» وقد عرفت تقريب الفسخ.

(٣) معطوف على «فسخاً» يعني: أنّ إجازة عقدٍ من تلك العقود تكون إجازةً لما بعده من العقود، وذلك لأنّ الإجازة توجب دخول العبد في ملك صاحب الكتاب. فالعقود الواردة عليه كبيعها بالدينار صحيحة، لأنّ بائعه باعه مالاً له. والناس مسلّطون على أموالهم.

(٤) أي: لما بعد العقد الوسط المجاز، كبيع العبد بالدينار في المثال المذكور.

(٥) يعني: أنّ ما ذكرناه - من كون إجازة العقد الوسط فسخاً لما قبله وإمضاءً لما بعده - مبني على كاشفية الإجازة، حيث إنّها تكشف عن كون المبيع ملكاً للمشتري من زمان صدور العقد، فتصح العقود المتأخرة عن العقد المجاز. وهذا بخلاف ناقلية الإجازة، لعدم خروج المبيع عن ملك المالك قبل الإجازة.

(٦) يعني: إن وقعت العقود عن شخص واحد إنعكس الأمر، بأنّ الإجازة إجازةٌ لما قبله، وفسخٌ لما بعده.

(*) لم يظهر وجه التقييد بتعدد من أوقع العقود، إذ ليس المدار في كون إجازة العقد الوسط فسخاً لما قبله وإجازةً لما بعده على التعدد المذكور، بل المدار في ذلك على إناطة صحة بعضها بصحة بعضها الآخر. فيمكن أن يكون العاقد متعدداً، ومع ذلك يكون العقد المجاز فقط صحيحاً، كالعقود المتعددة الصادرة من فضولٍ متعدد على متاعٍ واحد. فإنّ إجازة المالك واحداً من تلك العقود تصحّح العقد المجاز دون غيره.

إلا أن يريد بالتعدد تعدد المشتري، بأن يكون العاقد في كل بيع هو المشتري في البيع السابق، بقريئة قوله في ذكر المثال: «و يجمع الكل فيما إذا باع عبد المالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب» فإنّ قوله: «باعه المشتري» قريئة على كون المراد بالعقود المتعددة هو وقوع كل عقدٍ منها عن خصوص المشتري في ذلك العقد، لا مطلقاً ولو من فضولي آخر.

و لعلّ هذا^(١) هو المراد من المحكي عن الإيضاح و الدروس في حكم ترتب العقود من^(٢) «أنّه إذا أجاز عقداً على المبيع^(٣) صح^(٤) و ما بعده، و في الثمن ينعكس^(٥)»^(١) فإن^(٦) العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعدّدة^(٧).

(١) أي: و لعلّ كون إجازة العقد الوسط من العقود المتعددة الصادرة من أشخاص فسخاً لما قبله و إجازة لما بعده، و كون الإجازة مع وقوع العقود من شخص واحد إجازةً لما قبله و فسخاً لما بعده - عكس الأوّل - مراد صاحبي الايضاح و الدروس من عبارتهما المحكية في حكم ترتب العقود.

(٢) بيان للعبرة المحكية عن الإيضاح و الدروس، يعني: أنّ العبارة المحكية هي هذه.

(٣) و هو مال المميز كالعبد في المثال المذكور في المتن، و المميز هو المالك.

(٤) لأنّ خروج المبيع عن ملك المالك بسبب إجازته العقد الوسط يوجب صحة كل عقد يقع عليه.

(٥) و العكس هو صحة العقد المجاز و ما قبله، و بطلان ما بعده.

(٦) هذا الكلام من المصنف، و هو تعليل لقوله: «و لعلّ هذا هو المراد» و تأييد لما احتمله من مرادهما.

(٧) مثل ما تقدّم من بيع العبد بفرس، ثم بيع المشتري له بكتاب، ثم بيعه بدينار، فإنّ صحة العقود الواقعة بعد العقد المجاز مترتبة على خروج العبد عن ملك مالكة بسبب إجازة العقد الوسط، و هو بيع العبد بالكتاب، فلا بدّ من الإلتزام بصحة ما بعد العقد المجاز من العقود، لصيرورة مالك العبد أجنبياً عن العبد مع فرض خروجه عن ملكه، فيصحّ كلُّ عقد يجري عليه بعد العقد المجاز.

بخلاف العقود السابقة على العقد المجاز، فإنّ إجازة بيع العبد بالكتاب تكشف عن

و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادها^(١) أن يعقد على الثمن الشخصي مراراً^(٢)، لأن^(٣) حكم ذلك^(٤) حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقاً من^(٥) قولنا: «أما الواقعة على هذا البديل المجاز» إلى آخره^(٦). بل^(٧) مرادها ترامي

رضاه بمبادلة عبده بالكتاب، و عدم رضاه بمبادلته بالفرس، فالعبد باقٍ على ملكه حتى يصح له إجازة يبيعه بالكتاب.

(١) أي: مراد الايضاح و الدروس، و حاصله: أن الثمن ليس كالثمن في جريان العقود العديدة على الثمن الشخصي كجريانه على المثلث الشخصي - كالعبد الواقع منمناً في العقود الثلاثة من يبيعه تارةً بالفرس، و أخرى بالكتاب، و ثالثاً بالدينار - حتى تبطل العقود السابقة، و تصح العقود اللاحقة، كصحة العقود اللاحقة الجارية على المثلث. بل المراد وقوع بيوع متعددة على أثمانٍ عديدة متغايرة، كبيع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، ثم بيع الدرهم برغيف، ثم بيع الرغيف بعسل.

(٢) كأن يبيع المشتري الرغيف الذي هو ثمن الدرهم بعسلٍ من زيد، ثم يبيع زيد الرغيف من عمرو باللبن، ثم يبيع عمرو الرغيف من بكرٍ بدبس، فإنه قد مرّ آنفاً: أن حكم البيوع الواقعة على الثمن الشخصي حكم العقود المترتبة الواقعة على المبيع، كالعبد الذي وقع عليه بيوع ثلاثة من يبيعه تارةً بالفرس، و أخرى بالكتاب، و ثالثاً بالدينار.

(٣) تعليل لقوله: «فليس مرادها» يعني: ليس مرادها من قولها: «و في الثمن ينعكس» وقوع بيوع على ثمنٍ شخصي، لأن حكم ذلك حكم العقود الواقعة على المبيع الشخصي، و هو صحة العقود اللاحقة على العقد المجاز، و بطلان السابقة عليه، مع أنها حكما بصحة السابقة و بطلان اللاحقة، فلا بد أن يريد ترامي الأثمان.

(٤) أي: حكم وقوع العقود على الثمن الشخصي مراراً حكم العقود الواقعة على المبيع الشخصي. و هو بطلان العقود السابقة على العقد المجاز، و صحة اللاحقة له.

(٥) بيان للموصول في قوله: «ما سمعت».

(٦) قد تقدم ذلك في (ص ٤١٤).

(٧) إضراب على قوله: «فليس مرادها» و قد عرفت المراد بترامي الأثمان بقولنا:

«بل المراد وقوع بيوع متعددة على أثمان عديدة ... الخ».

الأثمان في العقود، كما صرح بذلك^(١) المحقق والشهيد الثانيان^(٢).
 و قد عَلِمَ من ذلك^(٣) أَنَّ مرادنا بما ذكرنا في المقسم^(٤) - من العقد المجاز على
 عوض مال الغير^(٥) - ليس^(٦) العوض الشخصي الأول^(٧) له^(٨)، بل العوض ولو
 بواسطة^(٩).

و الحاصل: أَنَّهُ ليس مراد الايضاح و الدروس بقولها: «و في الثمن ينعكس» هو
 العقود الواقعة على الثمن الشخصي، لأنَّ حكمها حينئذٍ صحة العقود اللاحقة و بطلانُ
 السابقة، لا صحة السابقة و بطلانُ اللاحقة، كما هو مرادها بقولها: «و في الثمن ينعكس».
 (١) أي: يكون مراد فخر المحققين و الشهيد من العقود المترتبة على الثمن هو ترامي

الأثمان في العقود المتعددة، لا وقوع العقود على الثمن الشخصي مراراً.
 (٢) أي: بما ذكرناه في توضيح كلام صاحبي الايضاح و الدروس - من أَنَّ مرادها
 من العقود المترتبة على الثمن هو ترامي الأثمان، لا العقود الواقعة على الثمن الشخصي مراراً
 - عَلِمَ أَنَّ مرادنا بما ذكرناه في المقسم - و هو قوله في (ص ٣٩٩): «المجاز إما العقد الواقع
 على نفس مال الغير، و إما العقد الواقع على عوضه ... الخ» - هو العوض مطلقاً و إن كان
 مع الوساطة، فَإِنَّه قد عَلِمَ من الأمثلة التي ذكرها المصنف رحمته أَنَّ المراد بعوض مال الغير
 أعمّ من العوض الشخصي، فيشمل العوض مطلقاً سواء أكان بلا واسطة كالفرس الذي
 هو عوض العبد الذي هو مال الغير، أم مع الوساطة كالرغيف و الدرهم و العسل و الحمار،
 فإنها أبدالٌ طويّته للعبد، و أعواض مع الوساطة له.

(٣) قد مرَّ آنفاً المراد بالمقسم.

(٤) كالعبد الذي يبيع فضولاً.

(٥) خير قوله: «ان مرادنا»، و الجملة في محل رفع نائب فاعل لـ «عَلِمَ».

(٦) كالفرس الذي هو العوض الشخصي الأول عن العبد.

(٧) أي: لمال الغير.

(٨) كما مرَّ في الأمثلة المتقدمة، فإنَّ العوض - في كل بيع - يقع معوضاً في بيعه

ثم إن هنا^(١) إشكالاً في شمول الحكم بجواز تتبع العقود

الآخر، كما إذا باع الفضول عبد الغير بفرس، ثم باع الفرس بدرهم، ثم باع الدرهم برغيف، ثم باع الرغيف بمسلي.
هذا تمام الكلام في حكم إجازة بعض العقود المترتبة بناءً على كل من الكشف والنقل، و سيأتي التعرض لإشكالٍ يختص بما إذا علم المشتري بغيبية المبيع.

إشكال جواز تتبع العقود لو علم المشتري بالغصب

(١) أي: إن في جواز إجازة المالك أي عقد من العقود - الجارية على عين ماله أو على عوضه - إشكالاً في صورة علم المشتري بغيبية المبيع، نته عليه العلامة، و أوضحه فخرالدين و قطب الدين الرازي و الشهيد رحمهم، و قد تقدم الإشارة إليه في ثلاثة مسائل بيع الفضولي، فراجع "١". و ناسب التعرض له هنا أيضاً.

و كيف كان فحصل الاشكال: أنه يلزم أن يكون البيع المجازُ بيعاً بلا ثمن، و بطلانه واضح. و منشأ هذا المهدور ما ذهب إليه الفقهاء من عدم ضمان البائع - الغاصب - للثمن الذي يأخذه من المشتري بازاء المبيع المقصوب، مع فرض علم المشتري بغيبية المبيع، إذ لا يتحقق حينئذ مفهوم المعاوضة التي حقيقتها كون كل من المالكين بازاء الآخر. لفرض أنه لا يكون بازاء المبيع مال، لكون التسليط على الثمن مع العلم بغيبية المبيع مجانياً، فالضمان المعاوضي المقوم للبيع مفقود هنا، فإجازته كالعدم، لكونها إجازة لبيع بلا ثمن، و من المعلوم أنه ليس بيعاً.

فصورة علم المشتري بغيبية المبيع للبائع الفضول خارجةً موضوعاً عن مسألة تتبع العقود، و إجازة المالك لأي عقد شاء من العقود الجارية على عين ماله أو بدله.
و بعد صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري، فإذا إشتري الغاصب لنفسه سلعةً بالثمن المزبور صارت السلعة ملكاً له، فلا يكون البيع الأوّل و لا هذا الشراء - وكذا العقود اللاحقة الواقعة على هذه السلعة - مرتبطين بالمالك الأوّل حتى يكون له الإجازة و التتبع.

لصورة^(١) علم المشتري بالنصب أشار إليه العلامة رحمه الله في القواعد^(٢)، و أوضحه قطب الدين و الشهيد في الحواشي المنسوبة (*) إليه.

أما البيع الأول فلكونه بيعاً بلا ثمن، لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع. و أما البيع الثاني فلوقوعه لنفس الغاصب، بعد صيرورة الثمن بسبب التسليط ملكاً له، فيقع البيع له. و كذا ما بعده من البيوع الواقعة على ذلك الثمن المغصوب.

و أما الواقعة على عين المال لأشخاصٍ بأثمانٍ أخرى - غير ذلك الثمن المدفوع إلى البائع الغاصب - فللمالك إجازة أي واحدٍ من تلك العقود الجارية على الثمن، لعدم خروجه عن ملك مالكة، فله أن يميز أي عقدٍ شاء من العقود الجارية على عين ماله أو عوضه.

و على هذا فجعل الإشكال في الإجازة و في تتبع العقود من الخروج الموضوعي أولى من جعله من الخروج الحكمي.

(١) متعلق بـ «شمول» و المراد بالحكم هو جواز إجازة المالك العقود الواقعة على ماله أو بدله.

(٢) قال في شروط المتعاقدين: «و للمالك تتبّع العقود و رعاية مصلحته، و مع علم المشتري إشكال»^(١)، يعني: و مع علم المشتري بغصبة المبيع فضلاً إشكالاً في إجازة المالك الأصيل العقد الواقع على نفس ماله، و تتبع العقود الواقعة على ماله أو عوضه.

(*) هذه الكلمة توهم عدم الجزم بانتساب كتاب «حواشي الشهيد على قواعد العلامة» إليه. مع أن الحاشية المنقولة في المتن نسبها السيد الفقيه العاملي رحمه الله إلى الشهيد، فقال: «و قال الشهيد في حواشيه...». و الظاهر أن منشأ الشبهة كلام صاحب الرياض على ما حكاه عنه في الذريعة و إرتضاه، حيث قال: «و قال صاحب الرياض: الحق أنها بعينها الحواشي التجارية التي دونها الشيخ جمال الدين أحمد بن النجار تلميذ الشهيد. أقول:

فقال الأوّل^(١) فيما حكى عنه: «إنّ وجه الإشكال^(٢) أنّ المشتري مع العلم^(٣) يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا^(٤) لو تلف لم يكن له الرجوع. ولو بقي^(٥)

(١) و هو قطب الدين محمّد بن محمّد البويهي، من تلامذة العلامة رحمته وتسمّى حاشيته «الحواشي القطبية» كما أفاده في الذريعة^(١). و الحاكي لكلامه هو السيد الفقيه العاملي رحمته.

(٢) قد مرّ أنّاً توضيح الاشكال، و أنّ مناطه هو تسليط المشتري العالم بغصبية المبيع البائع الغاصب على الثمن. و قوله: «إنّ المشتري ... الخ» بيان لأوّل وجهي الإشكال.

(٣) أي: مع علم المشتري بغصبية المبيع، و قوله: «على الثمن» متعلق بـ «مسلطاً».

(٤) أي: و لأجل تسليط المشتري - العالم بغصبية المبيع - البائع الغاصب على الثمن، لو تلف الثمن عند البائع الغاصب فليس للمشتري مطالبة بدله. و هذا يكشف عن خروج الثمن عن ملك المشتري، و دخوله في ملك الغاصب بسبب التسليط المجاني. فتأمل، إذ مع فرض بقائه على ملكه يكون عدم جواز الرجوع إلى بدله منافياً لقاعدتي السلطنة و ضمان اليد العادية.

(٥) يعني: ولو بقي الثمن - و لم يتلف في يد الغاصب - ففيه الوجهان، من حيث نفوذ الإجازة و عدمه.

و يظهر حقيقته بتطبيق ما في النسخة المذكورة مع المطبوع من النجارية، كما ذكرناه^(٢). لكن الموجود في غير موضع من رياض العلماء نسبة الحواشي النجارية إلى الشهيد، كقوله: «ومنها الحواشي النجارية، و الحقّ أنّها بعينها حاشية الشهيد الأوّل»^(٣). و قوله: «وله أي وللشهيد أيضاً حواشي القواعد إلى آخر الكتاب، سمّاها حواشي النجارية ...»^(٤).

«١» الذريعة الى تصانيف الشيعة، ج ٦، ص ١٧٢

«٢» نفس المصدر

«٣» رياض العلماء، ج ١، ص ٣٨٧ و ج ٦، ص ٣٦

«٤» المصدر، ج ٥، ص ١٨٧

ففيه الوجهان^(١) (*). فلا ينفذ^(٢) فيه إجازة المجهيز بعد تلفه بفعل^(٣) المسلّط بدفعه ثمناً

(١) من كون عين المال موجوداً، فله المطالبة. و من أن الإعراض الحاصل بالتسليط يوجب الخروج عن الملك، فيتملكه الفاصب بالقبض، فليس للمشتري الرجوعُ بها على الفاصب.

ويمكن أن يكون بناء الوجهين على أن التسليط تمليك للفاصب، فليس للمشتري العالم بغصية المبيع الرجوعُ إلى الفاصب إلا من باب الهبة إن لم تكن من ذي الرحم، أو إذن في الإتلاف. فعلى الأول ليس له الرجوع، وعلى الثاني له الرجوع.

(٢) يعني: فلا ينفذ في بيع الفاصب مال الغير إجازة المالك الأصيل بعد تلف الثمن. وهذا متفرع على ما أفاده قطب الدين رحمته من تسليط المشتري - العالم بغصية المبيع - البائع الفاصب على الثمن.

توضيحه: أن الثمن بسبب التسليط صار ملكاً للفضولي الفاصب، و لم يدخل في ملك مالك المبيع المفضوب، فلم يتحقق مفهوم البيع المتقوم بالمبادلة بين المالكين، فلا موضوع للإجازة، ضرورة أن مرجعها إلى إجازة البيع بلا ثمن، ولذا يصير المالك الذي يشتريه الفاصب - بذلك الثمن - ملكاً له، كما صار الثمن ملكاً له بالتسليط.

(٣) الباء للسببية، و متعلق بـ «ينفذ» يعني: لا تنفذ الإجازة في هذا البيع بسبب فعل المسلّط، و هو البائع الفاصب، و المقصود بفعله هو دفع الثمن - الذي أخذه من المشتري - إلى بائع مبيعٍ اشتراه لنفسه. فتلف الثمن إنما حصل بدفعه عن سلعةٍ اشتراها الفاصب من بائعها. و هذا التلف ناشئ عن تسليط المشتري الذي هو السبب حقيقة لعدم نفوذ إجازة

(*) الظاهر كون اللام للتعريف الذكري، لكن لم يذكر الوجهان قبل العبارة المحكيّة

في المتن، و لا يحضرني حاشية قطب الدين على القواعد حتى أراجعه.

و كيف كان فالحق جواز الرجوع مع بقاء العين، لأن التسليط المجاني على تقديره إنا هبة، و إنا إياحة مالكية. و على التقديرين يجوز الرجوع إلا في هبة ذي الرحم.

لكن الحق إنتفاء كليهما، إذ ليس هناك إنشاء جديد حتى يقال: إنّه هبة أو إياحة، بل التسليط ليس إلا وفاة للثمن. و منه يظهر جواز إجازة مالك المبيع المفضوب، و اشتغال ذمة المشتري له بالثمن.

عن مبيع إشتهاره^(١). و من^(٢) أن الثمن عوض عن العين المملوكة، و لم يمنع^(٣) من نفوذ الملك فيه إلاّ عدم صدوره^(٤) عن المالك، فإذا أجاز^(٥) جرى (*).

المالك الأصلي، لصيرورة البيع بلا ثمن، و هو غير قابل للإجازة كما مرّ آنفاً.
(١) أي: عن مبيع إشتهاره الغاصب لنفسه.

(٢) هذا ثاني وجهي الاشكال المثبت لنفوذ الإجازة، مع علم المشتري بخصيية المبيع فضولاً. و الظاهر زيادة كلمة «من» و حق العبارة أن تكون «و أن الثمن» حتى يعطف «ان الثمن» على «ان المشتري» فكأنه قال: «إن وجه الاشكال: أن المشتري مع العلم ... الخ. و أن الثمن عوض».

و كيف كان فلخص هذا الوجه: أن المانع عن تملك المالك الأصلي للثمن الذي دفعه المشتري إلى البائع الغاصب - عوضاً عن العين المملوكة للغير - ليس إلاّ عدم صدور البيع عن المالك، فإذا أجاز كانت الإجازة بمنزلة صدور العقد منه، فيملك الثمن بلا مانع. كما يملك المشتري المبيع كذلك، فلا يلزم كون البيع بلا ثمن حتى لا يكون موضوعاً للإجازة.

و بالجملة: قد جعل الثمن قبل دفعه إلى الغاصب البائع ثمناً للمبيع المفضوب، و عدم إتصافه بالتمنية كان لأجل عدم صدور البيع من المالك. فإذا أجاز كانت إجازته بمنزلة صدور البيع عنه، فيتصف حينئذٍ بالتمنية و العوضية.

(٣) يعني: و لم يمنع شيء من نفوذ الملك في الثمن، سوى عدم صدور البيع من المالك.

(٤) الضمير راجع إلى «العقد» المستفاد من العبارة.

(٥) يعني: إذا أجاز مالك المبيع المفضوب - الذي باعه الفضول - جرى مجرى البيع

الصادر عن المالك.

(*) هذا بناءً على كاشفية الإجازة، حيث إن الإجازة تكشف عن صحة العقد قبل

تسليط المشتري، و عدم ملكية الثمن للبائع الغاصب، و عن إنتقال المبيع إلى المشتري قبل دفع الثمن إلى البائع الغاصب. و أما بناءً على ناقليتها فليست الإجازة نافذة، لصدورها بعد دخول الثمن في ملك البائع بالتسليط، فلا يجري عقد الفضولي حينئذٍ بسبب الإجازة مجرى العقد الصادر من المالك.

مجرى الصادر عنه» إنتهى «١» (*).

(*) لا يخفى أن قطب الدين الرازي رحمته لم يرجح أحد طرفي الاشكال. ووجه عدم صحة الإجازة - وهو عدم إنتقال الثمن إلى مالك المبيع فضلاً لأجل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن - مشترك بين الفخر و الشهيد رحمتهما، إذ كلاهما قائل بعدم المقتضي للإجازة، حيث إن المقتضي وهو البيع مفقود هنا، لتقومه بتبادل المالين المنفي في المقام، بعد فرض إنتقال الثمن إلى البائع الغاصب، وعدم إنتقاله إلى المالك الأصلي.

و لازم بطلان إجازة العقد الأول بطلان إجازة الثاني، ضرورة أنه وقع على مال الغاصب، إذ المفروض وقوع البيع على الثمن الذي صار ملكاً له بتسليط المشتري. و من المعلوم أن صحة الإجازة من المالك منوطه بكون المجيز مسلطاً شرعاً على الإجازة، بأن يكون مالكاً لأحد العوضين، أو وكيلاً عنه، أو ولياً عليه، أو مأذوناً من قبله.

و الحاصل: أن البيع الثاني وإن كان مشتملاً على عوضين و أجنبياً عن البيع بلا ثمن، لكنهما ليسا من المالك الأصلي، فلو أجازته وقعت إجازته على غير ماله، و هي غير نافذة. بخلاف البيع الأول، فإنه لا ثمن فيه، فليس بيعاً حقيقة حتى يقبل الإجازة، هذا.

لكن الحق صحة إجازة البيع الأول من مالك المبيع المغصوب، بدهاءة أن المشتري لا ينشئ تملكاً جديداً للثمن للبائع الغاصب، بل تسليطه الغاصب على الثمن يكون بعنوان الوفاء، إذ من المعلوم أنه لا يدفع الثمن إلا عوضاً عن المبيع، ولذا لم يدفع إليه المال في غير مقام المعاملة. غاية الأمر أنه يعلم بأن البائع لا يدفع الثمن إلى مالكه و هو المغصوب منه، و يتصرف فيه عدواناً، كصرفه في نفس المبيع. و هذا العلم لا يضر بقصد البيع و المبادلة، فلا مانع من إجازة المالك، إذ لا يلزم محذور البيع بلا ثمن. كما أنه لا مانع من إجازة البيع الثاني و الثالث و الرابع الجارية على الثمن أو المثلث.

تنبيه: لا يخفى أن مورد الاشكال هو الثمن الشخصي لا الكلي، لأن المبدول للغاصب ليس هو الثمن الذي وقع عليه العقد حتى تكون العقود الواردة عليه واقعة على الثمن كي تندرج هي تحت عنوان تتبع العقود الجارية على الثمن. لكنك قد عرفت عدم مملكية التسليط، و صحة إجازة مالك المبيع العقد الأول وغيره من العقود الواقعة على المبيع أو الثمن.

وقال^(١) في محكمي الحواشي: «إنَّ المشتري مع علمه^(٢) بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل^(٣) في ملك ربِّ العين (*).

(١) يعني: وقال الشهيد الأوَّل في محكمي الحواشي المنسوبة إليه على قواعد العلامة رحمته، وملخص ما أفاده: صيرورة بيع الفضول الغاصب للمبيع - مع علم المشتري بالغصب - بيعاً بلا ثمن، حيث إنَّ تسليطه البائع الغاصب على الثمن مانع عن دخول الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب، حتى يتحقق التبادل بين المالكين الذي يتقوم به البيع. فالمتاع الذي يشتري به الغاصب يكون ملكاً له، لصيرورة ثمنه ملكاً له.

و الشاهد على مملكية التسليط برهانان إتيان:

أحدهما: حكمهم بعدم جواز إسترداد الثمن من الغاصب إذا رجع المالك على المشتري بالمبيع، وهذا دليل على ملكية الثمن للبائع الغاصب.

ثانيهما: حكمهم بعدم جواز الرجوع إلى البديل إذا أتلغه الغاصب، إذ لو كان ملكاً للمشتري كان إتلافه موجباً للضمان (**).

(٢) أي: علم المشتري بفصية المبيع للبائع الفضول.

(٣) يعني: فلا يدخل الثمن مع هذا التسليط في ملك ربِّ العين، وهو مالك المبيع المغصوب.

(* هذه العبارة ظاهرة في كون الإجازة ناقلة، إذ مع الكاشفية يؤثر عقد الفضول من حينه، ويدخل الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب قبل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن، فيجوز للمالك إجازة البيع الأول من دون لزوم كونه بيعاً بلا ثمن.

(**) لكن فيهما ما لا يخفى: إذ في الأول: أن التسليط ليس من الأسباب الناقلة، إلا إذا كان هبةً. وحينئذٍ يجوز الرجوع فيه مع بقائه.

وفي الثاني: أن عدم الضمان ليس لازماً مساوياً لمالكية الغاصب للثمن، بل أعم منه. فعدم الضمان لا يدل على كون الثمن ملكاً للغاصب، بل عدم الضمان إنما هو لأجل إذن المشتري في التصرف فيه ولو باتلافه، أو لأجل العقوبة، لأنه عاوض ماله بحرام، فليس له الرجوع إلى بدله إذا أتلغه الغاصب.

فحينئذ^(١) إذا إشتري به البائع متاعاً فقد إشتراه لنفسه^(٢)، وأتلفه عند الدفع إلى البائع^(٣)، فتحقق^(٤) ملكيته^(٥) للمبيع. فلا^(٦) يتصور نفوذ الإجازة هنا^(٧).

(١) أي: فحين تسليط المشتري العالم بالفصب البائع الغاصب على الثمن كدينارٍ مثلاً - الموجب لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع المغصوب - يترتب عليه: أنه إذا إشتري البائع الغاصب بهذا الثمن متاعاً كما إذا إشتري به ثوباً، فقد إشتراه لنفسه، لصيرورة الثمن ملكاً له إما للتسليط المجاني بناءً على مملكته، وإما للبناء على جواز جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك في المعاطاة، فيصير الثوب الذي إشتراه البائع الغاصب ملكاً له، كما يصير الدينار ملكاً لبائع الثوب.

(٢) لأنه إشتراه بالثمن الذي صار ملكاً له بالتسليط المزبور. وعلى هذا فمالك المبيع المغصوب - الذي بيع فضولاً - أجنبي عن الثوب و الثمن الذي إشتري به الفضولي ثوبه.
(٣) أي: بائع ذلك المتاع، وهو الثوب في المثال.

(٤) هذه نتيجة ملكية الثمن للبائع الغاصب بسبب تسليط المشتري، يعني: فيتحقق مالكية البائع الغاصب للمبيع، وهو الثوب الذي إشتراه لنفسه بالثمن المزبور.
(٥) كذا في نسخ الكتاب، وفي مفتاح الكرامة «ملكه للمبيع» والأولى أن يقال: «ملكته» أو «ملكية المبيع للبائع الغاصب».

(٦) هذا متفرع على قوله: «فلا يدخل في ملك رب العين» يعني: أنه لا يتصور نفوذ إجازة مالك المبيع المغصوب في بيع الغاصب، لأنّ المفروض صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب، دون المالك المغصوب منه حتى يكون عوضاً عن المبيع المغصوب، فيصير بيعه بلا ثمن، وهو ليس بيعاً لاشرعاً ولا عرفاً. فأجازته لا تنفذ، لعدم موضوع لها، فبيع الفضول المأل المغصوب ليس قابلاً للإجازة، لأنه صورة بيع، وليس بيعاً حقيقاً، لكونه بلا ثمن.

(٧) أي: في العقد الثاني، وهو إشتراء البائع متاعاً بالثمن المذكور، فلا تنفذ إجازة مالك المبيع المغصوب في البيع الثاني، لصيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب، وعدم دخوله في ملك المالك الأصلي حتى تنفذ إجازته، بل يكون أجنبياً عن الثمن والمتاع الذي إشتراه به الغاصب.

لصيورته^(١) ملكاً للبائع، و إن أمكن إجازة المبيع^(٢). مع إحتال عدم نفوذها^(٣) أيضاً، لأن^(٤) ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون^(٥) ثمناً، فلا تؤثر^(٦) الإجازة في جعله ثمناً.

(١) تعليل لعدم تصور نفوذ الإجازة هنا، و محصله: أن صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب - و عدم إنتقاله إلى المالك المغصوب منه حتى يصح منه إجازة العقد الثاني - توجب كون المالك الأصيل أجنبياً عن البيع، فلو أجازه لم تنفذ فيه.

(٢) هذا راجع إلى البيع الأول، يعني: و إن احتل نفوذ إجازة المبيع المغصوب الذي باعه الفضولي، نظراً إلى ما ذكره قطب الدين في (ص ٤٢٣) بقوله: «و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة». و المانع عن دخول الثمن في ملكه عدم صدور العقد من المالك، فإذا أجاز جرت إجازته مجرى صدور العقد من المالك.

(٣) أي: عدم نفوذ الإجازة - كما هو أحد وجهي الاشكال الذي ذكره قطب الدين في كلامه - فإنه محتمل، كاحتمال نفوذها.

و حاصل وجه عدم النفوذ: أن الثمن الذي دفعه المشتري العالم بالغصب إلى البائع الغاصب يكون كالمال الذي أذن مالكه لمن قبضه في إتلافه. و القابض أيضاً أتلفه بدفعه إلى من إشتري ثوباً منه، و جقله ثمناً له. فلم يبق شيء حتى يكون ثمناً للمبيع المغصوب الذي باعه الفضولي. فإجازة المالك الأصيل لا تؤثر في جعل هذا المال التالف ثمناً لذلك المبيع المغصوب، فيصير بيع الفضول بيعاً بلا ثمن، و غير قابل للإجازة.

(٤) تعليل لإحتال عدم نفوذ الإجازة، و قد مرّ توضيحه بقولنا: «و حاصل وجه عدم النفوذ».

(٥) أي: فلا يكون ما دفعه ثمناً. و قوله: «كالمأذون» خبر «لأن».

(٦) هذه نتيجة عدم صيرورته ثمناً بالإجازة، إذ الإذن في إتلافه - المفروض حصوله - يسقطه عن قابلية العوضية عن المبيع المغصوب، فليس في البين تسليط تليكي، بل تسليط على ماله و إذن له في إتلافه، مع بقاء إضافة ملكيته له حين إتلافه، بمعنى ورود الإلتاف على ماله.

فصار^(١) الإشكال في صحة البيع^(٢) و في التبع^(٣).
ثم قال^(٤): «إنه يلزم من القول بطلان التبع^(٥)»

(١) هذا متفرع على عدم صيرورة الثمن ملكاً لمالك المبيع المصوب، يعني: فصار الإشكال في نفوذ الإجازة في البيع الأول، و هو بيع العبد بالفرس في مثال المصنف رحمه الله وفي التبع، و هو إشتراء البائع الغاصب فراشاً مثلاً بالفرس.

و وجه الإشكال في البيع الأول - و هو بيع العبد بالفرس - أنه بيع بلا ثمن، إذ المفروض عدم صيرورة الثمن المبدول و هو الفرس ملكاً لمالك العبد، فيكون بيع العبد بالفرس بيعاً بلا ثمن، و هو غير قابل للإجازة، لعدم كونه بيعاً حقيقة.

و في البيع الثاني - و هو إشتراء البائع الغاصب فراشاً بالفرس - أن مالك العبد أجنبي عن بيع الفرس بالفراش، إذ المفروض كون الفرس ملكاً للغاصب الذي إشتري به الفراش، فصار الفراش ملكاً له. فالك العبد أجنبي عن هذا البيع الثاني ثمناً و ثمنياً، فلا موضوع لإجازته. فلا تنفذ الإجازة في شيء من هذين العقدين، فهما باطلان بالنسبة إلى المالك، وليسا قابلين لإجازته.

(٢) أي: البيع الأول، و هو بيع الغاصب العبد بالفرس، فإنه أول عقد وقع على مال المميز.

(٣) و هو بيع الفرس بالفراش، و ما بعده من العقود الواقعة عليه، لأنها أجنبية عن مالك العبد عوضاً و معوضاً، فليس له إجازة شيء منها. فالتبع - و هو إجازة أي عقد من العقود الواقعة على مال المميز أو عوضه - غير جارٍ هنا.

(٤) أي: قال الشهيد الأول في الحواشي المنسوبة إليه على القواعد.

(٥) أي: عدم نفوذ إجازة مالك العبد العقد الثاني، و هو بيع الفرس بالفراش، فإن لازم بطلان التبع - لأجل أجنبية مالك العبد عن بيع الفرس بالفراش - بطلان بيع العبد بالفرس، إذ المفروض صيرورة الفرس بسبب التسليط المجاني ملكاً للبائع الغاصب، فيكون بيع العبد بالفرس بيعاً بلا ثمن، و هو ليس قابلاً للإجازة.

فيصح أن يقال: إن الإشكال في صحة البيع الأول في نفسه مع الغرض عن كونه من لوازم بطلان التبع، إذ لو لم يقع البيع الثاني كان البيع الأول باطلاً أيضاً، لأن منشأ بطلانه خلوه عن الثمن، و هو معلول التسليط المجاني على الثمن، لا وقوع البيع الثاني.

بطلانُ إجازة البيع^(١) في المبيع، لاستحالة^(٢) كون المبيع بلا ثمن. فإذا قيل: إن الإشكال في صحة العقد^(٣) كان^(٤) صحيحاً أيضاً^(٥) إنتهى^(٦).

و اقتصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد رحمته أخيراً^(٧) في وجه سرية

(١) و هو البيع الأول الذي مبيعه العبد، و معنى بطلان الإجازة عدمُ نفوذها، لعدم قابلية البيع بلا ثمن لها.

(٢) تعليل لبطلان إجازة البيع الأول، و هو واضح.

(٣) يعني: صحة العقد الأول في نفسه. و قوله: «فإذا قيل ان الاشكال» متفرع على «لاستحالة».

(٤) جواب الشرط في «فإذا قيل» و إسم «كان» هو القول المستفاد من الشرط.

(٥) يعني: كما يصح أن يقال: إن لازم بطلان القول ببطلان التبع بطلانُ إجازة البيع الأول.

(٦) و هو قوله في (ص ٤٢٧): «لأنَّ ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه، فلا يكون ثمناً، فلا تؤثر الإجازة ... الخ».

ثم إنَّ عبارة المتن ظاهرة في أنَّ المحقق الثاني رحمته اقتصر في بيان وجه الإشكال - المذكور في القواعد عند علم المشتري بالفصب - على التعرض لأحد الوجهين المذكورين في حواشي الشهيد رحمته، و لم يتعرض للوجه الآخر. يعني: أنَّ المذكور في جامع المقاصد هو خصوص ما أفاده الشهيد أخيراً من إستلزام بطلان تبع العقود بطلانُ إجازة أصل البيع الفضولي مع علم المشتري بالفصب، حيث قال الشهيد: «إنه يلزم من القول ببطلان التبع بطلانُ إجازة البيع في المبيع ... فإذا قيل: إن الاشكال في صحة العقد كان صحيحاً».

و قال المحقق الكركي - في شرح قول العلامة: و مع علم المشتري إشكال - ما لفظه: «أما مع علمه بالفصب في الحكم إشكال، ينشأ من ثبوت المعاوضة في العقد، فله تملكه بالإجازة رعايةً لمصلحته. و من إنتفائها بحسب الواقع، لأنَّ المدفوع ثمناً يملكه الغاصب، لتسليطه إتياء عليه» و هذان هما الوجهان المتقدمان في كلام الشهيد.

«١» يعني: إنتهى كلام الشهيد في الحواشي المنسوبة إليه، و الهاكي هو السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤،

هذا الإشكال^(١) إلى صحّة عقد الفضوليّ مع علم المشتري بالنصب.
و المحكيّ عن الإيضاح: إبتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري^(٢) على^(٣) كون الإجازة ناقلة.

ثم قال المحقق الكركي رحمته: «و الأصح عدم الفرق بين علمه بالنصب وعدمه، لأنّ المعتمد أنّ للمشتري إستعادة الثمن مع بقاء عينه، لعدم خروجه عن ملكه إلى الغاصب، لعدم مقتضي ... الخ»^(١).

و هذه العبارة ظاهرة بل صريحة في الحكم بصحة بيع الفضولي في فرض علم المشتري بالنصب. و لم يظهر لنا مراد المصنف من إقتصار المحقق الثاني على بيان سراية إشكال تتبع العقود إلى مطلق علم المشتري بالنصب. و هو أعلم بما قال.

و هذه المسامحة موجودة في مفتاح الكرامة أيضاً، لقوله: «و جعل الاشكال في جامع المقاصد في صحة البيع، و ذكر في توجيهه نحو ما ذكره الشهيد»^(٢).

(١) و هو: أنه كيف يتصور نفوذ إجازة مالك المبيع المنصوب مع علم المشتري بنفسه؟ الموجب لعدم دخول الثمن في ملك مالك المبيع.

(٢) بكون البائع الفضول غاصباً للمبيع. محصل ما أفاده في عبارته المحكية في المتن هو: أن عدم جواز تتبع العقود لمالك المبيع المنصوب - مع علم المشتري بنفسه - مبنيّ على مذهب القائلين بناقلية الإجازة، إذ مع كاشفيتها تكون ملكية الثمن لمالك المبيع قبل تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن، لصيرورة الثمن ملكاً لمالك المبيع حين العقد الذي أنشأه العاقد الفضولي. و هذا يُشعر بتسليمه كون التسليط مملّكاً للثمن للغاصب، فله الإجازة، لتحقق المعاوضة التي يتقوم بها البيع، فلا يلزم أن يكون البيع بلا ثمن.

بخلاف البناء على ناقلية الإجازة، فإنّ التسليط على الثمن يكون قبل الإجازة، فيملكه البائع الغاصب قبل الإجازة، فيصير البيع بلا ثمن، و هو غير صالح للإجازة. و بالجملة: فنشأ الإشكال في جواز تتبع العقود للمالك و عدمه هو الإشكال في كاشفية الإجازة و ناقليتها.

(٣) متعلق بـ «إبتناء» و هو خبر قوله: «و المحكيّ».

«١» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧١

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٢

فيكون منشأ الإشكال في الجواز^(١) و العدم الإشكال في الكشف و النقل (*).
قال^(٢) في محكي الإيضاح: «إذا كان المشتري جاهلاً فللمالك تتبعُ العقود

(١) أي: الإشكال في جواز تتبع العقود و عدمه للمالك.
(٢) يعني: قال فخرُ المحققين رحمهُمُ اللهُ. محضٌ ما أفاده: أنه في صورة جهل المشتري بغضبية المبيع يجوز للمالك تتبع العقود الواقعة على ملكه و عوضه، لأنّه مع الجهل بالغضبية لايسلّط المشتري البائع الغاصب على الثمن حتى لايدخل في ملك مالك المبيع كي يكون يبعاً بلا ثمن، و لا يتحقّق مفهومُ المعاوضة المقوّمة عرفاً و شرعاً للبيع. فللمالك حينئذٍ تتبع العقود في سلسلتي الثمن و الثمن.
و أمّا في صورة علم المشتري بغضبية المبيع، فعلى القول بناقلية الإجازة ليس للمشتري حقُّ الرجوع على البائع الغاصب و أخذ الثمن منه إذا رجع المالك على المشتري و أخذ المبيع المغصوب منه، و إن كانت عين الثمن موجودة عند البائع كما ذهب إليه الفقهاء. و ذلك لأنَّ الثمن صار ملكاً للبائع بتسليط المشتري له على الثمن و تملكه له مجاناً قبل إجازة المالك الأصيل، و المفروض أنّ الإجازة إمّا سبب أو شرط للنقل و الانتقال، ولم يحصل إلّا بعد صيرورة الثمن ملكاً للبائع الغاصب بالتسليط، فليس للمالك تتبعُ العقود، لعدم وقوعها على ملكه. كما أنه ليس للمشتري الرجوعُ على البائع و أخذ الثمن منه و إن كان موجوداً.

و على القول بكاشفية الإجازة للمالك حقُّ تتبع العقود، لأنَّ الثمن بنفس العقد صار ملكاً للمالك المبيع المغصوب، و الإجازة تكشف عن ملكية الثمن للمالك المبيع قبل تسليط

(*) هذا صحيح بناءً على كون تسليط الغاصب على الثمن مملكاً مجاناً، بأن يكون هبةً. و أمّا إذا كان التسليط و فاءً للثمن لا إنشاءً للتمليك الجديد - و لذا لم يسلّط الغاصب في زمان آخر غير زمان هذا البيع، خصوصاً بملاحظة ما تقدّم من: أنّ حقيقة البيع هي مبادلة المالكين من دون نظر إلى خصوصية المالكين - كان إنشاء بطلان جواز تتبع المالك للعقود كما عن الإيضاح على ناقلية الإجازة - بحيث يكون منشأ الاشكال في الجواز و العدم هو الإشكال في النقل و الكشف - غير ظاهر الوجه.

ورعايةً مصلحته، و الربح في^(١) سلسلتي الثمن و الثمن.

و أما^(٢) إذا كان عالماً بالغصب فعلى قول الأصحاب: من أن المشتري إذا رجع^(٣) عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون^(٤) قد ملك الغاصب مجاناً؛ لأنه^(٥) بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري إستعادته من الغاصب بنصّ الأصحاب^(٦).

المشتري البائع الغاصب على الثمن، فللمالك تتبع العقود الواقعة على الثمن، لأنها وقعت على ملكه.

فالمحصل: أنه في صورة علم المشتري بغصبة المبيع يكون جواز تتبع العقود وعدمه مبنياً على كاشفية الإجازة و ناقلتها.

(١) كذا في نسخ الكتاب، ولكنّ الصحيح - كما في الايضاح و في ما نقله عنه في مفتاح الكرامة - «و الربح له في ...» أي: للمالك. و على تقدير سقوط «له» فلا بد أن يكون الطرف - أعني به في - متعلقاً بـ «تتبع»، و يمكن تعلقه بـ «رعاية» أيضاً.

(٢) في الايضاح: «و أما إن كان» و هو معطوف على «إن كان المشتري جاهلاً» أي بالغصب.

(٣) يعني: إذا رجع مالك المبيع المغصوب على المشتري، و أخذ المبيع منه، لم يرجع المشتري على البائع الغاصب بالثمن، لسبق سبب ملكية الثمن للغاصب على سبب ملكيته للمالك.

ثم إنه قيل: إن «رجع» بصيغة المفعول، و «يرجع» بصيغة الفاعل. و إن كان الأول بصيغة الفاعل صحيحاً أيضاً.

(٤) العبارة في الايضاح هكذا: «فيكون قد ملكه الغاصب مجاناً» و الأولى أن يقال: «لأنه قد ملك الغاصب مجاناً بالتسليم إليه» لأنّ الفاء في «فيكون» ظاهر في التفریع، مع أنّ الأمر بالعكس، لأنّ تمليك الغاصب علّة لعدم الرجوع، لا معلول له.

(٥) الضمير للشأن، و هذا تعليل لتمليك الغاصب، و حاصله: أنّ التسليم إلى الغاصب علّة للملكية الثمن للبائع الغاصب، و عليه فليس للمشتري إسترداد الثمن منه.

(٦) سقط من عبارة الايضاح هنا قوله: «فقبله أولى أن لا يكون له، و المالك ...» و ظاهره الاجماع كما إدعاه والده في المختلف بقوله: «إذا رجع - أي المالك - على المشتري

والمالك^(١) قبل الإجازة لم يملك الثمن، لأنَّ الحقَّ أنَّ الإجازة شرطٌ أو سبب^(٢)، فلو لم يكن^(٣) للغاصب فيكون^(٤) الملكُ بغير مالكٍ، وهو محال^(٥)، فيكون^(٦) قد سبق

العالم، قال علماءنا: لم يكن للمشتري الرجوعُ على الغاصب البائع، لأنَّه علم بالفصب، فيكون دافعاً للمال بغير عوضٍ. وأطلقوا القولُ في ذلك. والوجه عندي التفصيلُ، وهو: أنَّ الثمن إن كان موجوداً قائماً بعينه كان للمشتري الرجوع به. وإن كان تالفاً فالحق ما قاله علماءنا^(١).

(١) مبتدئ، خبره قوله: «لم يملك» والغرض منه تأييد مالكية الغاصب للثمن، وحاصله: أنه لو لم يكن الثمنُ ملكاً للبائع الغاصب يلزم المحال، وهو: كون الملك بلا مالكٍ، توضيحه: أنَّ الثمن بعد تسليط البائع عليه خَرَجَ عن ملك المسلِّط وهو المشتري، ولم يدخل في ملك مالك المبيع، لتوقُّف دخوله في ملكه على الإجازة، ضرورة أنها إما شرط لتأثير البيع الفضولي، أو بيع مستقل، على الخلاف الذي تقدَّم سابقاً، فلا بدَّ أن يكون مالك الثمن هو الغاصب، وإلا لزم أن يكون الملكُ بلا مالكٍ، وهو محالٌ.
(٢) كما تقدمت حكاية كاشف الرموز ذلك عن شيخه^(٢).

(٣) يعني: فلو لم يكن الثمنُ ملكاً للغاصب لزم بقاء الملك بلا مالكٍ، وهو محال، لأنَّ المالكية والمملوكية من الأوصاف المتضايقة، فيمتنع إنفكاكُ إحداها عن الأخرى.
(٤) في الايضاح: «لكان ملكاً بلا مالك» والظاهر إعتاد المصنف على ما في مفتاح الكرامة من قوله: «فيكون ملكاً بغير مالك».

(٥) لإستحالة إنفكاك أحد المتضايقين عن الآخر.
(٦) هذه نتيجة دخل الإجازة - سبباً أو شرطاً - في تأثير العقد، ومحصله: أنَّ سبب ملكية الثمن للبائع وهو التسليط لما كان قبل سبب ملكية الثمن وهو الإجازة للمالك، فلا محالة يصير الثمن ملكاً للغاصب قبل حصول الإجازة، لتقدُّم سببه - وهو التسليط - على سبب ملك الثمن للمالك وهو الإجازة.

«١» مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥ و ٥٦

«٢» راجع الجزء الرابع من هذا الشرح، ص ٥٦٩

ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له^(١) أي^(٢) الإجازة. فإذا^(٣) نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك^(٤) إبطاله، ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن^(٥) و ربحه^(٦) له^(٧). و ليس للمالك^(٨) أخذه، لآفته^(٩) ملك الغاصب. و على القول^(١٠) بأن إجازة المالك كاشفة،

(١) أي: ملك المالك للثمن. و قوله: «على سبب» متعلق بـ «سبق ملك».

(٢) هذا مفسر لقوله: «سبب ملك المالك» و هذه الزيادة ليست من عبارة الايضاح، وإنما ذكرها السيد العامل توضحاً لكلام فخر المحققين.

(٣) هذه نتيجة ملكية الثمن للغاصب. بعد أن ثبت كون الثمن ملكاً للغاصب، فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه بأن اشتري به ثوباً مثلاً، كان ما اشتري به ملكاً له، و ليس لملك المبيع المصوب إبطاله، لكونه أجنبيّاً عن الثمن و غير مالك له.

(٤) أي: لملك المبيع المصوب.

(٥) سقط هنا كلمة «له» أي للغاصب.

(٦) معطوف على «ما» و الضمير راجع الموصول المراد به المال الذي يشتريه الغاصب بالثمن الذي أخذه من المشتري، كما إذا اشتري به الغاصب غنماً، فإن ذلك الغنم مع منافعه ملك للغاصب، و ليس شيء من الغنم و منافعه ملكاً للمالك العين المصوبة.

(٧) أي: للغاصب.

(٨) أي: ليس للمالك العين المصوبة أخذ المال الذي اشتراه الغاصب بالثمن الذي قبضه من المشتري.

(٩) تحليل لعدم جواز أخذ مالك المبيع المصوب المتاع الذي اشتراه الغاصب بذلك الثمن، و حاصله: أن المتاع المشتري بذلك الثمن ملك للغاصب، فليس لمالك المبيع المصوب أخذه منه.

هذا كله بناءً على ناقلية الإجازة الموجبة لتأخر سبب نقل الثمن - إلى مالك العين المصوبة - عن سبب نقله إلى الغاصب، و صيرورة الثمن ملكاً للغاصب بالتسليط الذي هو قبل الإجازة التي هي بعد التسليط.

(١٠) يعني: و بناءً على كاشفية الإجازة إذا أجاز مالك المبيع المصوب كان الثمن له،

فإذا أجاز العقد^(١) كان له^(٢).

و يحتمل^(٣) أن يقال: للمالك العين حقٌ تعلق بالثمن، فإن^(٤) له إجازة البيع و أخذ الثمن، و حقّه^(٥) مقدّم على حقّ الغاصب^(٦) (*).

لكون سببه - و هو العقد الفضولي - متقدماً على التسليط الذي هو سبب ملكية الثمن للغاصب.

(١) العبارة في الإيضاح هكذا «فإذا أجازته كان له».

(٢) أي: كان الثمن للمالك، لتقدّم سبب ملكية الثمن له على سبب ملكيته للغاصب كما مرّ آنفاً.

(٣) الغرض من إبداء هذا الاحتمال هو إثبات جواز الإجازة و تتبع العقود على النقل أيضاً، و حاصل هذا الوجه: أنّ نفس العقد يوجب لمالك المبيع المصوب حقاً متعلقاً بالثمن، و هذا الحقّ مقدّم على حقّ الغاصب، لقيامه بنفس العقد. بخلاف حق الغاصب، فإنّه قائم بالتسليط، و هو متأخر عن العقد. فللمالك إجازة البيع و أخذ الثمن منه.

(٤) تعليل لقوله: «للمالك العين حق» و حاصله: أنّ منشأ تعلق الحق بالثمن هو ثبوت حق إجازة البيع.

(٥) يعني: و حقّ المالك - لقيامه بنفس العقد - مقدّم على حق الغاصب الناشئ من التسليط.

(٦) و قد حذف أيضاً هنا قول الإيضاح: «بدفع المشتري، و لأن الغاصب ...».

(* ثبوت الحق للغاصب مبني على مملكية التسليط، أو كونه موجبا للإذن في تصرف الغاصب في الثمن مطلقاً حتى التصرف المتلف له. و قد عرفت أنّ التسليط ليس إنشاءً جديداً حتى يقال: إنه تمليك أو إذن في مطلق التصرف، بل هو وفاء للثمن الذي جعله المشتري عوضاً عن المبيع، فلا يتصور حينئذٍ للغاصب حق بالنسبة إلى الثمن حتى يكون حقّ المالك مقدماً عليه، بل للمالك حقّ الإجازة في بيع الغاصب مطلقاً، سواء أكان المشتري عالماً بفصية البائع أم لا، من دون فرق بينهما أصلاً.

٤٣٦ هدى الطالب / ج ه

لأنَّ (*) الغاصبَ يؤخذ بأخسِّ أحواله و أشقَّها عليه، و المالكَ مأخوذ^(١) بأجود الأحوال.

ثمَّ قال^(٢): «و الأصحَّ عندي - مع وجود عين الثمن - للمشتري العالم^(٣) أخذه، و مع التلف ليس له الرجوع به» إنتهى كلامه ﷺ .

١) عبارة الايضاح المنقولة في مفتاح الكرامة أيضاً هي: «و المالك بأجود أحواله»^(٤).

٢) أي: قال فخر المحققين بعد أسطر: «و الأصحَّ عندي ...». و مختاره موافق لما تقدم عن والده في المختلف. فراجع (ص ٤٣٣).

٣) أي: العالم بفصية المبيع، و قوله: «أخذه» خبر «و الأصح»، و ضميره كضمير «به» راجع إلى الثمن.

(*) الأولى التعليل بأسبقية سبب ملكية الثمن - و هو العقد - لمالك العين المفصوبة من سبب ملكية الثمن للغاصب، و إلا فمع فرض تقدم سبب ملكية الثمن للغاصب، على سبب ملكيته للمالك يحكم بملكية الثمن له دون المالك، و لا معنى حينئذٍ لأخذ الغاصب بأخسِّ أحوالها، إذ ليس البائع حينئذٍ غاصباً للثمن. و كونه غاصباً للمبيع أجنبي عن الثمن. و أخذ الغاصب بأشقِّ الأحوال إنَّما هو بعد تحقق الغاصبية له. و الكلام في المقام يكون في حدوثها، فإن أخذ الغاصب بأشقِّ الأحوال لا يمنع عن تأثير الأسباب الشرعية في حقه، فتملك المشتري إياه الثمن - كتخليكه شيئاً آخر من أمواله - في الصحة و النفوذ.

و الحاصل: أنه بناءً على سببية التسليط شرعاً للملكية و تقدمه على الإجازة التي هي السبب لملكية الثمن للمالك الأصيل لا بدَّ من الحكم بملكية الثمن للغاصب.

«١» ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٧ و ٤١٨، و الهاكي لكلامه هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٢ و ١٩٣

و ظاهر كلامه^(١) أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف.

و هذا^(٢) هو المتّجه، إذ^(٣) حينئذٍ يندفع ما إستشكله القطبُ و الشهيد^(٤) بأن^(٥)

(١) أي: كلام صاحب الايضاح. و المراد بكلامه قوله: «و على القول بأنّ إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له».

التفصيل في ورود الاشكال بين الكشف و النقل

(٢) المشار إليه عدمُ الاشكال على تقدير الكشف، و هذا هو مختار المصنف أيضاً.
 (٣) تحليل لمختاره، و محصله: أنّ هذا الوجه يدفع إشكالَ جواز إجازة المالك مع علم المشتري بغاصبية البائع، لأنّه مع فرض تأثير العقد الفضولي من حينه لا يؤثّر التسليط المتأخر عن العقد في ملكية الثمن للغاصب حتى لا يبيحُ مورد لإجازة المالك.
 (٤) المراد بما إستشكله القطب هو قوله المتقدم في (ص ٤٢١): «فقال الأوّل فيما حكى عنه: أنّ وجه الاشكال ... الخ». و المراد بما استشكله الشهيد هو قوله في (ص ٤٢٥): «ان المشتري مع علمه بالغصب ... الخ».
 (٥) متعلق بـ «يندفع» توضيح هذا الدفع: أنّ تسليط البائع الغاصب على الثمن - بناءً على كاشفية الإجازة - تسليط على ملك المالك الأصيل، لأنّه تملك الثمن بنفس العقد الذي هو سابق على التسليط، و متقدم عليه، فلا أثر حينئذٍ للتسليط أصلاً، فلا مانع من إجازة المالك بلا إشكال.

فان قلت: سبق تأثير العقد على التسليط مختص بما إذا أنشأ الغاصب البيع بالعقد حتى يستند الملك إليه. فلو كان البيع الفضولي الواقع بين الغاصب و المشتري معاطاتياً لم يكن تسلط الغاصب على الثمن مسبقاً بعقد، بل كان نفس هذا التسليط جزء السبب الناقل، و يتجه حينئذٍ إشكالُ القطب و الشهيد من عدم قابلية العقد للإجازة، بناءً على ما تقدم من جريان الفضولية في كلٍّ من البيع القولي و الفعلي.

قلت: قد تقدم في مباحث المعاطاة كفاية إعطاء المبيع و أخذ المشتري له في تحقق عنوان المعاملة الفعلية، و لا يتوقف النقلُ و الإنتقالُ على التعاطي من الطرفين.

و عليه فالقول بجريان الفضولية في المعاطاة لا يقتضي كون تسليط البائع على الثمن دخيلاً في حصول عنوان «البيع»، لحصوله بمجرد تسليم المبيع المفصوب إلى المشتري

تسليط المشتري للبائع^(١) على الثمن على تقدير الكشف تسليطاً على ما ملكه [ملك] الغير^(٢) بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض. فإذا إنكشف ذلك^(٣) بالإجازة عُيِّلَ بمقتضاه، وإذا تحقَّق الردُّ^(٤) إنكشف كون ذلك^(٥) تسليطاً من المشتري على ماله، فليس له^(٦) أن يسترده، بناءً^(٧) على ما نقل من الأصحاب.

نعم^(٨) على القول بالنقل

العالم بالنصب.

و حينئذٍ يتجه الإشكال على القطب والشهيد بَيِّنَات من: أَنَّ الإجازة اللاحقة لما كشفت عن تأخير العقد، كان مقتضاه دخول الثمن في ملك المغضوب منه قبل تسلُّط البائع الفاصب عليه.

(١) وهو العاقد الفضولي الفاصب، وقوله: «تسليط» خبر قوله: «بأنَّ تسليط». (٢) وهو المالك الأصيل، فإنه قد ملك الثمن بسبب العقد الفضولي المتقدم على التسليط.

(٣) أي: فإذا إنكشف صيرورة الثمن ملكاً للمالك المبيع بسبب الإجازة عُيِّلَ بمقتضاه، وهو جواز تتبع العقود الجارية على ماله، وإجازة أي واحد شاء منها. (٤) يعني: وإذا تحقَّق ردُّ المالك الأصيل لهذا العقد الفضولي، وثبت عدم إجازته له، فقد إنكشف أنَّ تسليط المشتري العالم بالنصب للبائع - الفضولي الفاصب - على الثمن تسليط على ماله، لا على مال المالك الأصيل.

(٥) أي: كون تسليط المشتري العالم بغاصبية البائع على الثمن تسليطاً على ماله، لا على مال الغير كما مرَّ آنفاً. و ضمير «ماله» راجع إلى المشتري.

(٦) هذا متفرِّع على كون التسليط على مال المشتري، يعني: فليس للمشتري حينئذٍ إسترداد الثمن من البائع الفاصب. و ضمير «يسترده» راجع إلى الثمن.

(٧) هذا وجه عدم إسترداد الثمن من البائع الفاصب، وحاصله: أنَّ بناءً الأصحاب (رضوان الله تعالى عليهم) على عدم إسترداد الثمن من البائع الفاصب في صورة رد المالك الأصيل البيع الفضولي مع بقاء الثمن بعينه عند البائع.

(٨) إستدراك على قوله: «لا وقع للإشكال على تقدير الكشف» ومحصل ما أفاده: أنه بناءً على ناقلية الإجازة يقع الإشكال في موردين:

يقع الإشكال^(١) في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لأن^(٢) إجازة مالك المبيع^(٣) له^(٤) موقوفة على تملكه^(٥) للثمن (*)

الأول: في إجازة العقد الثاني الواقع على الثمن، كما إذا فرض أن الفضولي الناصب باع عبد المالك بفرس، ثم اشتري بالفرس ثوباً، فإن بيع الفرس بالثوب عقد نانٍ وقَّع على الفرس الذي هو الثمن في البيع الأول أعني به بيع العبد.

تقريب الإشكال في إجازة العقد الثاني هو: أن جواز إجازة العقد الواقع على الثمن - وهو الفرس الذي جعل ثمن العبد في البيع الأول - منوط بكون الثمن ملكاً للمجيز، وهو مالك العبد، للزوم كون المجيز مالكا للعوض حين الإجازة، ضرورة عدم نفوذ إجازة الأجنبي. والمفروض أن المجيز ليس مالكا للفرس قبل الإجازة التي فرض كونها ناقلة، ولا يملك الثمن إلا بالإجازة، فتملك المجيز للثمن - وهو الفرس - موقوف على الإجازة، والإجازة موقوفة على تملكه للثمن أيضاً، وهذا دور، فأشكال جواز إجازة العقد الثاني هو محذور الدور.

(١) وهو إشكال الدور في المورد الأول، أي العقد الثاني الواقع على الثمن، وهو الفرس في المثال المذكور. وعلى هذا فلا يصح إجازة العقد الثاني الواقع على الثمن أعني به الفرس.

(٢) هذا بيان الإشكال، وقد مرّ تقريبه بقولنا: «تقريب الاشكال في إجازة العقد الثاني هو أن جواز اجازة العقد ... الخ».

(٣) وهو المبيع المغصوب الذي يبيع فضولاً في العقد الأول.

(٤) أي: للعقد.

(٥) أي تملك مالك المبيع في البيع الأول.

(*) لا يخفى أن الملكية الفعلية للمجيز ليست شرطاً لصحة الإجازة، بل الشرط هو كون المجيز قابلاً وصالحاً لتملك الثمن ولو بالإجازة، كما تبّه عليه الفقيه المامقاني رحمته الله. هذا مضافاً إلى منافاة اعتبار التملك الفعلي للثمن في صحة الإجازة لما أفاده من أن

لأنه^(١) قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه^(٢) الثمن موقوف^(٣) على الإجازة على القول بالنقل.

وكذا الإشكال^(٤) في إجازة العقد الواقع على المبيع^(٥) بعد قبض البائع الثمن.

(١) أي: لأن مالك المبيع قبل الإجازة أجنبي عن الثمن، وهذا تعليل لتوقف جواز إجازة المالك الأصيل على تملكه للثمن، وحاصل التعليل: أن مالك المبيع في البيع الأول - قبل إجازة البيع الثاني - أجنبي عن الثمن، وليس مالكا له، مع وضوح توقف صحة الإجازة على كون المميز مالكا للثمن.

(٢) أي: تملك مالك المبيع في العقد الأول.

(٣) وجه التوقف: أنه لا بد أن يكون المميز حين الإجازة - التي هي بناء على النقل سبب النقل والانتقال - مالكا حتى تصح منه الإجازة، إذ لا تصح الإجازة من غير المالك.

(٤) يعني: وكذا يقع الأشكال، وهذا إشارة إلى المورد الثاني، وهو إشكال إجازة العقد الأول الواقع من الفضولي على العبد الذي هو في المثال المزبور ملك المصوب منه.

(٥) أي: المبيع في العقد الأول، وتقريب الإشكال في إجازة العقد الأول هو: عدم صلاحية المورد للإجازة، لكونه يبعأ بلا ثمن. توضيحه: أنه بناء على ناقلية الإجازة لا ينتقل الثمن إلى المالك الأصيل، حيث إن تسليم المشتري للبائع الغاصب الموجب للملكية الثمن للبائع يكون قبل إجازة المالك الموجبة للملكية الثمن للمالك، فتقع الإجازة على بيع لا ثمن له، ومن المعلوم أنه ليس يبعأ حقيقة. فأشكال إجازة المالك الأصيل في البيع الأول هو كون البيع بلا ثمن.

صحة العقود الواقعة على عوض مال المميز بالإجازة تستلزم صحة العقود الواقعة على مال المميز، مع عدم كون المميز مالكا للعوض حين الإجازة، كما إذا باع الفضولي عبد المالك بفرس، ثم بيع الفرس بدرهم، وأجاز مالك العبد بيع الفرس بالدرهم، فإن المميز لا يملك العوض وهو الفرس حين الإجازة، ومع ذلك تصح الإجازة، فإنها تصح العقد الذي ترد عليه بالدلالة المطابقة، وغيره من العقود بالدلالة الإلزامية.

أو بعد إتلافه إياه، على الخلاف^(١) في إختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف و عدمه^(٢)، لأن^(٣) تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل^(٤) إنتقاله إلى مالك المبيع^(٥) بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.
و ما^(٦) ذكره في الإيضاح - من^(٧) إحتال تقديم حقّ المميز، لأنه أسبق، و أنه

(١) بينَ الفقهاء رضوان الله تعالى عليهم، فإتهم بين من يقول بأنّ عدم رجوع المشتري على البائع - الغاصب الفضولي - بالثمن مختص بصورة التلف عند الغاصب. و من يقول بعدم رجوع المشتري على الغاصب بمجرد تسليطه على الثمن، سواء بقي عند الغاصب أم تلف. و سيأتي تفصيل الكلام في أحكام الردّ بقوله: «و إن كان عالماً بالفضولية، فإن كان الثمن باقياً إستردّه ... و أمّا لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ...» فلاحظ (ص ٤٧٨) و ما بعدها.

(٢) يعني: و عدم إختصاص عدم رجوع المشتري على الغاصب بصورة التلف. فالمراد بالاختصاص هو عدم رجوع المشتري بالثمن مطلقاً سواء بقي أم تلف.

(٣) تعليل لقوله: «و كذا الاشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع» و قد تقدم تقريبه بقولنا: توضيحه أنه بناءً على ناقلية الإجازة ... الخ.

(٤) خبر قوله: «لأن تسليط» يعني: أن التسليط كان قبل إنتقال الثمن إلى المالك الأصلي بسبب الإجازة، إذ المفروض أنّ للإجازة دخلاً في حصول النقل و الإنتقال، و لم تصدر إلا بعد التسليط الموجب لعدم دخول الثمن في ملك المالك الأصلي، فلا يبقى مورد للإجازة.

(٥) أي: المبيع في البيع الأوّل، و «بالإجازة» متعلق بـ «إنتقاله».

(٦) مبتدأ متضمّن معنى الشرط، و خبره جملة «فلم يعلم له وجه».

(٧) بيان لـ «ما» الموصول. و غرضه من ذكر ما تقدّم في الإيضاح (ص ٤٣٥) من

قوله: «و يحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن ... الخ» دفع إشكال إجازة المالك الأصلي للبيع الأوّل الواقع على المبيع المفصوب، من: أنه بناءً على النقل يلزم كون البيع بلائثمن، و هو غير قابل للإجازة، لعدم كونه بيعاً حقيقة.

أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال - فلم يُعلم له وجه [فلم يعلم وجهه] بناءً على النقل^(١)، لأن^(٢) العقد جزء سبب لتملك المميز، والتسليط المتأخر عنه^(٣) علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المميز أسبق؟

نعم^(٤) يمكن أن يقال: إنَّ حكم الأصحاب بعدم إسترداد الثمن، لعلّه لأجل

توضيح ما أفاده الإيضاح في دفع الاشكال قد تقدم في محله مفصلاً. وملخصه: أنه يحتمل أن يكون نفس عقد الفضول موجباً لحق مالك المبيع المغصوب متعلقاً بالثمن، وهو حقٌ تملكه بالإجازة. وهذا الحق سابق على تسليط البائع الغاصب على الثمن، فلا يكون هذا التسليط مانعاً عن دخول الثمن في ملك مالك المبيع حتى يصير البيع بلا ثمن، وغير قابل للإجازة، فلا مانع حينئذٍ من إجازة المالك الأصيل البيع الأول الواقع على المبيع المغصوب.

(١) الذي تكون الإجازة مما له دخل في الأثر، وهو النقل والانتقال، بحيث لا يترتب الأثر على العقد إلا بالإجازة.

(٢) تعليل لقوله: «فلم يعلم له وجه» و محصله: أن العقد جزء السبب لتملك المميز للثمن، وليس علة تامة له، إذ المفروض دخل الإجازة في تأثير العقد. بخلاف التسليط فإنه علة تامة لتملك الغاصب للثمن من دون توقفه على شيء.

(٣) أي: عن العقد، وهذا يكون كتراحم المقتضي والألمقتضي.

(٤) غرضه تصحيح ما أفاده صاحب الإيضاح من: أن الإجازة - ولو على القول بناقليتها - توجب ملكية الثمن للمالك، وتقدّم الإجازة على التسليط الموجب لملكية الثمن للغاصب، بأن يقال: إنَّ حكم الأصحاب بعدم إسترداد المشتري - العالم بغصبية المبيع - الثمن من البائع الغاصب ليس لأجل كون التسليط علة تامة لملكية الثمن للغاصب سواء أجاز المالك أم لا. بل مملكية التسليط للثمن تكون مراعاةً بعدم إجازة المالك، فإذا أجاز المالك إستحق الثمن، فحينئذٍ يتجه كلام الإيضاح من: أنه إذا أجاز المالك إستحق الثمن ولو على القول بناقلية الإجازة.

و الحاصل: أنه لا يؤثر التسليط في ملكية الثمن للغاصب إلا بعدم إجازة المالك،

التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع، لا لأن^(١) نفس التسليط علة تامة لإستحقاق الغاصب على تقديري الردّ و الإجازة. و حيث إن حكمهم^(٢) هذا مخالفٌ للقواعد الدالة على عدم حصول الإنتقال بمجرد التسليط المتفرّع على عقدٍ فاسدٍ^(٣)، و جب^(٤) الإقتصارُ فيه^(٥) على المتيقّن،

فلا يكون التسليط مطلقاً موجباً للملكية الثمن للغاصب حتى يسقط بيع الغاصب - لصيرورته بلا ثمن - عن قابليّة الإجازة.

(١) معطوف على «لأجل» يعني: أن حكم الأصحاب بعدم إسترداد الثمن لعله لأجل التسليط المراعى، لا لأنّ نفس التسليط علة تامة لتملّك الغاصب على تقديري الردّ و الإجازة، حتى لا تؤثر إجازة المالك في صحة البيع الأوّل، للزوم كون البيع بلا ثمن.

(٢) أي: حكم الفقهاء بعدم جواز إسترداد الثمن مع بقاء عينه عند الغاصب. و غرضه من جملة: «و حيث ان حكمهم هذا ... الخ» تقوية الإحتمال الذي أشار إليه بقوله: «نعم يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب ... الخ».

و محصل ما أفاده في وجه تقويته و إثباته هو: أنه لما كان حكم الفقهاء بعدم جواز إسترداد الثمن من الغاصب مع بقاء عينه مطلقاً - حتى مع إجازة المالك الأصيل - مخالفاً للقواعد المتقتضية لحرمة أكل أموال الناس بالباطل، لعدم كون مجرد التسليط من الأسباب الناقلة الشرعية للأموال، فلا محيص عن جعل مورد حكمهم هذا - الذي قيل إنّه إجماع، و هو دليل لبي - خصوص المتيقن منه، و هو صورة عدم إجازة المالك الأصيل للعقد الفضولي، إذ لا وجه لجعل التسليط المتفرّع على عقدٍ فاسدٍ مملكاً و ناقلاً للمال، بل هو من مصاديق أكل المال بالباطل.

فلابدّ من جعل مورد حكم الأصحاب - بعدم جواز إسترداد الثمن مع وجوده من الغاصب - خصوص صورة عدم إجازة المالك لبيع ماله المقتضوب.

(٣) و هو عقد الفضول الغاصب.

(٤) هذا بمنزلة الجواب لقوله: «و حيث إن».

(٥) أي: في الحكم المخالف للقواعد المتقتضية لعدم كون مثل هذا التسليط مملكاً.

و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة^(١)؛ فافهم^(٢).

(١) فيكون التسليط المملّك مركباً من أمرٍ وجوديٍّ، و هو إعطاء الثمن إلى البائع الفاصب، و عدميٍّ و هو عدم إجازة مالك المبيع المصوب لباع الفاصب الفضول. فجرد التسليط لا يكون مملّكاً، سواء أكانت الإجازة كاشفةً أم ناقلةً.

(٢) لعله إشارة إلى: أنّ تسليط المشتري - العالم بغاصبة البائع الفضول - لا يكون مقيداً بعدم الإجازة، بل علمه بالغصبة - و مع ذلك يدفع إليه الثمن - قرينة على الاطلاق، و تسليطه الفاصب على الثمن مطلقاً، سواء أجاز المالك بيع الفاصب أم لا. فحمل التسليط على التسليط المقيد بعدم الإجازة غير ظاهر.

أو إشارة إلى: أنّ المتيقن من حكمهم بعدم جواز إسترداد الثمن هو: كون التسليط مع العلم بالغصب موجباً لعدم الضمان ولو تلف، لانصراف أدلة الضمان من قاعدتي ضمان اليد و الإتلاف عمّا إذا سلطه المالك على ماله بكلّ تصرفٍ ولو كان متلفاً، و كان بعوض مال الغير، و من المعلوم أنّ عدم الضمان لا يدلّ على التملك، لعدم كونه لازماً مساوياً له، بل أعمّ منه، لكفاية الإذن في التلف في عدم الضمان مع بقائه على ملكه.

و بالجملة: لم يظهر من حكمهم - بعدم جواز إسترداد الثمن من الفاصب - بناؤهم على ملكية الثمن للفاصب حتى يكون بيع الفاصب بيعاً بلا ثمن.

هذا تمام الكلام في حكم المجاز، و به تمّ ما يتعلّق بالإجازة، و يقع الكلام في ردّ عقد الفضولي، و ما يستتبعه من أحكام.

مسألة^(١):

في أحكام الردّ

لا يتحقّق الردّ^(٢) قولاً إلاّ بقوله: «فَسَخْتُ و رَدَدْتُ» و شبه ذلك^(٣) ممّا هو

صریح في الردّ، لأصالة^(٤) بقاء اللزوم

أحكام الردّ

أ: ما يتحقّق به الردّ

(١) كان الأوّل أن يقول «و أمّا الكلام في الردّ» ليكون مقابلاً لقوله في (ص ٥)
«أمّا الكلام في الإجازة» و كيف كان فهذه المسألة تتكفل لما يتحقّق به ردُّ عقد الفضول
ولأحكام الردّ.

(٢) هذا بيان لما يتحقّق به الردّ، و له مصداقان: قوليّ و فعليّ. أمّا الردّ القوليّ فهو
قوله: «فَسَخْتُ و رَدَدْتُ» و نحوهما.

و الظاهر من الأمثلة المذكورة في المتن أنّ المراد بالردّ أعمّ ممّا حصل بالإنشاء، و
ممّا لم يحصل به، من غير فرقٍ بين الإلتفات إلى كونه ردّاً و بين عدمه، و الأوّل يستلزم
بالردّ الحقيقيّ، و الثاني بالحكميّ.

(٣) مثل «لا أخرج أو لا أنقل هذا المال عن ملكي» و نحوها ممّا هو صریح أو
ظاهر عرفاً في الردّ، لعموم دليل إعتبار الظواهر، و عدم خروج المقام عنه.

(٤) تعليل لإعتبار كون الردّ صريحاً، و حاصله: أنّ مقتضى إستصحاب بقاء اللزوم
من طرف الأصيل هو بقاءه حتى يثبت الردّ بمجديّة من صراحة الردّ أو ظهوره، فإنّ اللفظ

من طرف الأصيل (*) و قابليته^١ من طرف المهيز.
و كذا يحصل^٢ بكل فعل مُخْرِجٍ له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبهها.

غير الصريح و الظاهر في الرد يوجب الشك في زوال اللزوم الثابت بعموم ﴿أحلَّ الله البيع﴾ و ﴿أوفوا بالعقود﴾، و الاستصحاب يقتضي بقاءه من طرف الأصيل الذي هو أحد طرفي العقد الفضولي.

(١) معطوف على «اللزوم» يعني: و لإستصحاب بقاء قابلية العقد للزوم من طرف المهيز.

(٢) و أمَّا الرَّدُّ الفعلي الذي تعرَّض له بقوله: «و كذا يحصل» فهو على أنحاء: أحدها: أن يكون موجِباً للنقل عن ملك مالك المال الذي بيع فضولاً، كما إذا باعه المالك.

ثانيها: أن يكون ذلك الفعل مُتْلِفاً للمال، كما إذا كان المبيع من المأكولات، و أَكَلَهُ المالك.

ثالثها: أن يكون ذلك الفعل شبيهاً بالمتلف كالمعتق الذي هو فكٌ للملك، و ليس إتلافاً للعبد حقيقةً عن صفحة الوجود، ولكنه أوجد فيه صفةً جعلته كالتالف من حيث عدم سلطنة المالك عليه، لخروجه عن حيطه ملكيته، فلا سلطان له عليه بعد عتقه و إخراجة عن الرقبة.

رابعها: أن يكون ذلك الفعل شبيهاً بالنقل كالتزويج، كما إذا زَوَّجَ الفضولي امرأةً حرَّةً من زيد، ثم زَوَّجَت تلك المرأة نفسها من بكر، فإن تزويجها نفسها بغير من زَوَّجَها الفضولي به - و تسليطه على بُضعها - بمنزلة النقل الموجب لردِّ العقد الفضولي.

(*) ثبوت اللزوم في حقِّه محل البحث و النظر، فحدوئه غير معلوم حتى يجري الاستصحاب في بقاءه، و قد تقدم الكلام في ذلك في ثمرات الكشف و النقل فراجع (ص ١٠٧).

كالعتق والبيع والهبة والتزويج^(١) ونحو ذلك^(٢).

و الوجهُ في ذلك^(٣): أن تصرّفه^(٤) بعد فرض صحته مفوّت^(٥) محلّ الإجازة، لفرض خروجه عن ملكه.

وأما التصرّفُ غيرُ المخرَج عن الملك^(٦) كاستيلاء الجارية، وإجارة الدابة، وتزويج الأمة، فهو^(٧) وإن لم يُخرج الملك عن قابليّة وقوع الإجازة

(١) هذا مثالٌ لشبه النقل، والعتقُ مثالٌ لشبه الإتلاف، والبيعُ والهبةُ مثالان للنقل بلا عوضٍ ومعه. ولم يذكر مثالاً للإتلاف، وهو كما إذا كان المبيع الفضولي مأكولاً وأكله مالكة، وقد مر تفصيل ذلك كلّه آنفاً، فإنّ هذه الأفعال وغيرها من نظائرها إذا صدرت عن إنشاء الرّد كإنشاء العقد كان الرّد حقيقياً، وإلا كان حكماً.

(٢) كالصلح للنقل، وتحليل الأمة لشبهه بالتزويج، والوقف لشبه الإتلاف.

(٣) يعني: أن الوجه في تحقق الفسخ بكلّ فعلٍ مخرَج للملك عن ملك مالكة الأصيل هو: أن تصرف الأصيل في المال المبيع فضولاً - بعد البناء على صحته - مفوّت محلّ الإجازة، إذ المفروض خروج المبيع عن ملكه، فلا ملك له حتى يصح له الإجازة. ثم إنّ هذه العلة لعدم صحة الإجازة مشتركة بين إنشاء الرد بالفعل المخرَج للمبيع فضولاً عن ملك مالكة، وبين عدم إنشائه لغفلة أو غيرها، لإشتراك قوات محل الإجازة بينهما، فإنّ التصرف المخرَج عن الملك يفوّت موضوع الإجازة، وهو كون المجرى مالكة حين الإجازة.

(٤) أي: تصرّف المالك، و ضمير «صحته» راجع إلى «تصرّفه».

(٥) خبر «أن»، و مجموع الجملة خبر «و الوجهُ في ذلك».

(٦) أي: عن ملك المالك، كما إذا إستولد جاريته بعد أن باعها الفضولي، و كما إذا أجر دابته بعد أن باعها الفضولي، و كما إذا زوّج أمته بعد أن باعها الفضولي.

(٧) جواب «و أمّا» أي: فالتصرف غير المخرَج عن ملك المالك الأصيل، و محصّل ما أفاده في حكم تصرف المالك في ماله الذي يبيع فضولاً تصرفاً غير مخرَج له عن ملكه هو: أن هذا التصرّف وإن لم يكن مخرِجاً للمبيع فضولاً عن الملك، لكنّه مخرَج له عن قابليّته للإجازة بناءً على الكشف، لأنّ صحّة الإجازة الكاشفة عن وقوع العقد الفضولي

عليه^(١)، إلا أنه مُخْرَج له^(٢) عن قابليّة وقوع الإجازة من زمان العقد، لأنّ^(٣) صحّة الإجازة على هذا النحو^(٤) توجب وقوعها باطلّةً، وإذا فُرِض وقوعها^(٥) صحیحَةً مَنَعَتْ عن وقوع الإجازة (*).

صحیحاً ومؤثراً من حين صدوره توجب وقوع الأفعال الصادرة من المالك المجيز - من إستيلاذ الجارية وإجارة الدابة وتزويج الأمة - باطلّةً، لوقوعها في غير محلّها، لأنّ صحّة العقد الفضولي توجب وقوع هذه التصرفات في غير ملكه، فهي باطلّة، إذ لو كانت صحیحَةً لَمَنَعَتْ عن صحّة الإجازة، لإمتناع صحتها مع صحّة تلك التصرفات الصادرة من المالك، إذ الجمع بينها جمع بين المتنافيين، فلا بدّ إمّا من صحّة الإجازة الكاشفة عن صحّة البيع الفضولي، أو صحّة تصرفات المالك.

(١) متعلق بـ «وقوع» و الضمير راجع إلى العقد الفضولي، و يمكن رجوعه إلى الملك.

(٢) أي: للملك، و ضمير «انه» راجع إلى التصرف غير المخرج.

(٣) تعليل لقوله: «مخرج له عن قابلية الإجازة ... الخ» و قد إتضح تقريب هذا التعليل بقولنا: «لأنّ صحّة الإجازة الكاشفة عن وقوع العقد الفضولي صحیحاً» وحاصله: كون صحّة الإجازة على الكشف و صحّة تصرفات المالك - من إستيلاذ الجارية و غيره - جمعاً بين المتنافيين.

(٤) و هو كون الإجازة كاشفةً، فإنّها توجب وقوع إستيلاذ الجارية و غيرها باطلّةً.

(٥) ضمير «وقوعها» في الموردین راجع إلى إستيلاذ الجارية و غيره.

(* الحق صحّة تلك التصرفات مطلقاً سواء أكانت الإجازة ناقلة أم كاشفة. أمّا على النقل فلصدور تلك التصرفات من المالك غير المحجور عن التصرف في ماله، فلا وجه لعدم صحتها مع عدم تعلّق حقّ أحدٍ بها. و أمّا على الكشف فلكون المالك جازز التصرف في ماله ما لم يجز البيع الفضولي، فإذا أجازَ قبل أن يتصرف بأحد تلك التصرفات كانت الإجازة نافذةً، و العقد الفضولي لازماً، و تلك التصرفات باطلّةً.

و أمّا إذا تصرف قبل الإجازة فلا يبقى موردّها لها، لأنّ الإجازة إمّا تؤثر فيما إذا كان المجيز مالکاً لولا الإجازة، و المفروض أنه ليس كذلك، لإرتفاع مالکيته قبل الإجازة، فليس

و الحاصل^(١): أن وقوع هذه الأمور صحيحةً مناقضٌ^(٢) لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحدُ المتنافيين^(٣) صحيحاً فلا بدّ من إمتناع وقوع الآخر^(٤)، أو إبطال^(٥) صاحبه، أو إيقاعه^(٦) على غير وجهه. و حيث لا سبيل إلى الأخيرين

(١) يعني: و حاصل الكلام في التصرفات غير المخرجة عن الملك هو: أن صحة التصرفات المذكورة تناقض صحة إجازة العقد الفضولي، فإذا صح أحدهما - كالتصرفات - فلا بدّ أن يمتنع وقوع الآخر أعني به الإجازة، أو يُبطل تلك التصرفات، أو يقع الآخر أعني به الإجازة على غير وجهه، بأن يُبنى على إنتقال المبيع إلى المشتري في العقد الفضولي بعد إنقضاء مدّة إجارة الدابة، لا من حين وقوع العقد فضولاً، أو إنتقاله إلى المشتري مسلوب المنفعة في زمان الإجارة.

و حيث إنّه لا وجه للمصير إلى الأخيرين - و هما إبطال صاحبه و إيقاعه على غير وجهه، لأنّهما من الاحتمالات التي لا يساعدها دليل في مقام الإثبات - فالمتعيّن هو القول بفساد الإجازة.

(٢) خبر «أن وقوع»، و قوله «صحيحة» حال من «الأمر».

(٣) كالتصرفات غير المخرجة عن الملك إذا وقعت صحيحة.

(٤) و هو إجازة العقد الفضولي، و إمتناع وقوعه يكون لمنافاته لصحة تلك التصرفات.

(٥) معطوف على «إمتناع» أي: إبطال الآخر - و هو الإجازة - لتلك التصرفات.

(٦) معطوف على «إمتناع» أي: إيقاع الآخر - و هو الإجازة - على غير وجهه، و هو ما تقدم أنفاً بقولنا: «بأن يبنى على إنتقال المبيع إلى المشتري في العقد الفضولي ... إلخ».

مالكاً حال الإجازة، و صار أجنبيّاً عن المال، فلا أثر لإجازته.

و الحاصل: أن مقتضى عموم أدلة الصحة مثل «أوفوا بالعقود و أحل الله البيع» هو البناء على صحة تلك التصرفات، و الحكم بعدم بقاء مورد للإجازة.

و إن شئت فقل: إنّ نفوذ عقد المالك في ماله تنجيزي، و نفوذ عقد الفضول في ماله تعليلي، لأنّه معلق على إجازته، فإذا تصرف في ماله قبل إجازته لعقد الفضول لا يبقى مورد لإجازته.

تعيّن الأوّل^(١).

و بالجملّة^(٢): كلُّ ما يكون باطلاً على تقدير لحوق الإجازة المؤثّرة من حين العقد، فوقوعه صحيحاً مانع^(٣) من لحوق الإجازة، لإمتناع إجتماع المتناقضين^(٤).
نعم^(٥) لو إنتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكّنى و اللبس، كان عليه أجره المثل إذا أجاز؛ فتأمّل^(٦).

(١) و هو إمتناع وقوع الآخر أعني به الإجازة على الفرض.

(٢) يعني: و حاصل الكلام أنّ الضابط في المقام هو: أنّ كلّ تصرف يكون باطلاً على تقدير صحة الإجازة المؤثّرة في العقد الفضولي من حين وقوعه - إذا فرض وقوع ذلك التصرف صحيحاً - فهو مانع من لحوق الإجازة، لإمتناع إجتماع المتناقضين، فإنّه لا يجتمع صحة بيع الجارية فضولاً من زيد مثلاً مع صحة تزويج مالكها إياها من عمرو. و هكذا سائر الأمثلة المتقدّمة، فإنّ صحة البيع الفضولي في هذه الأمور تنافي صحة تصرفات المالك فيها.

(٣) خبر «فوقوعه» و الجملة خبر قوله: «كلُّ ما يكون».

(٤) و هما صحة تلك التصرفات، و صحة إجازة العقد الفضولي.

(٥) إستدراك على التصرف غير المخرج عن الملك، و حاصل الاستدراك هو: أنّ التصرف الخارجى الصادر من المالك في ماله الذي بيع فضولاً، لا ينافي صحة إجازته للعقد الفضولي، كما إذا إنتفع المالك قبل الإجازة بالسكّنى في داره التي بيعت فضولاً، أو بلبس نوبه الذي بيع فضولاً، فإنّ مثل هذا التصرف الخارجى لا ينافي صحة الإجازة، غاية الأمر أنّه إذا أجاز العقد الفضولي بعد هذا التصرف فعليه أجره المثل للمشتري - عوضاً عمّا إستوفاه من منفعة السكّنى و اللبس، لقاعدة الإستيفاء - بناءً على كاشفية الإجازة، إذ بناءً على النقل لم يتصرف في ملك المشتري، و إنّما تصرف في ملك نفسه.

و الظاهر أنّ مراد المصنف رحمته من ثبوت أجره المثل للمشتري الذي إشتري المال من الفضولي هو ثبوتها بناءً على كاشفية الإجازة، لا ناقليتها.

(٦) لعلّه إشارة إلى: أنّه بناءً على النقل لا يثبت على المالك أجره المثل للمشتري، لأنّه إنتفع بملكه لا بملك المشتري. و بناءً على الكشف يمكن أن يقال: إنّ المبيع الفضولي

ومنه ^(١) يُعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه ^(٢) مع الإطلاع على وقوع العقد، ووقوعها ^(٣) بدونها، لأن ^(٤) التنافي بينها واقعي.
ودعوى ^(٥) «أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في الإجازة،

ينتقل إلى المشتري مسلوب المنفعة.

فعلى كلا القولين في الإجازة لا تشتغل ظاهراً ذمة المالك بالأجرة للمشتري. وجعل وجه التأمل عدم الفرق بين إنتفاع المالك بالسكنى و اللبس و بين الإجازة والاستيلاء بعيد، لأن الانتفاع بمال الغير ما لم يكن بتبرع المالك يوجب الضمان، لقاعدة الإستيفاء، و ليس الضمان منوطاً بإباحة التصرفات.

(١) أي: و من منافاة صحة الإجازة و تلك التصرفات معاً - و كون صحتها جمعاً بين المتناقضين - يُعلم: أنه لا فرق في وجود هذه المنافاة بين وقوع تلك التصرفات مع إطلاع المالك الأصيل على وقوع العقد من الفضول، و وقوعها بدون إطلاعها على وقوعه، و ذلك لوضوح كون التنافي بين صحتها و صحة الإجازة واقعياً غير منوطٍ بالعلم بوجود العقد و عدمه.

(٢) أي: التصرفات غير المخرجة عن الملك.

(٣) معطوف على «وقوع» أي: وقوع تلك التصرفات بدون الإطلاع على وقوع العقد.

(٤) تحليل لعدم الفرق، و قد مرّ توضيحه آنفاً بقولنا: «و ذلك لوضوح».

(٥) الغرض من هذه الدعوى دفع التنافي بين صحة تلك التصرفات و صحة الإجازة. توضيح الدعوى: أن منشأ التنافي إعتبار كون الإجازة مصححة للعقد الفضولي من حين وقوعه بناءً على الكشف، إذ يتمتع حينئذ صحة التصرفات و الإجازة من حين العقد، لعدم تعقل صحة الإجازة من حينه - الموجبة لإنتقال المبيع إلى المشتري حين العقد - مع صحة التصرفات من المالك، لوقوعها في ملك المشتري.

كما إذا أجر زيد يوم الجمعة داره التي باعها الفضولي يوم الخميس، و أجاز مالك الدار عقد الفضول يوم السبت، فإن صحة الإجازة تقتضي صحة عقد الفضول من يوم الخميس، و ذلك يستلزم وقوع الإجازة في ملك المشتري، فلا بد من تأثير الإجازة من حين وقوعها، لا من حين وقوع العقد، فيحكم بصحة تصرفات المالك إلى زمان الإجازة،

ولذا^(١) صحح جماعة^(٢) - كما تقدم - إجازة المالك الجديد في مَنْ باع شيئاً ثم ملكه» مدفوعة^(٣) بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. نعم^(٤) لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة، كانت^(٥) التصرفات مبنية على الظاهر^(٦)، و بالإجازة

وبصحة العقد من الزمان الواقع بعد الإجازة.

(١) يعني: و لأجل عدم الدليل على إعتبار كون الإجازة مؤثرة للعقد من حين صدوره ذهب جمع من الأصحاب إلى صحة إجازة المالك الجديد في مسألة «مَنْ باع شيئاً ثم ملكه» مع عدم كونه مالكا حين صدور العقد الفضولي حتى تكون إجازته مؤثرة في العقد من حين وقوعه.

(٢) كالمحقق والشهيد والصميري، كما تقدم في (ص ٢٤٩)، فراجع.

(٣) خبر^(١) لـ «دعوى» و دفع لها، و حاصله: أن القائلين بكاشفية الإجازة قد ادّعوا الاجماع على أن إجازة مَنْ يكون مالكا حين العقد الفضولي مؤثرة من حين وقوعه، وإجازة من لا يكون مالكا حين العقد تؤثر بعد دخول المبيع فصولاً في ملكه.

و الحاصل: أنه بناءً على الكشف الحقيقي - الذي مرجعه إلى كون العقد الملحق به الإجازة مؤثراً تاماً - تكون تصرفات المالك الأصيل قبل الإجازة مبنية على الظاهر، لأن المبيع الفضولي قبل إجازة المالك محكومٌ ظاهراً بكونه ملكاً للمالك، فتصرفاته قبل إجازته محكومةٌ ظاهراً بوقوعها في ملكه، و بالإجازة ينكشف وقوعها في ملك غيره.

(٤) إستدراك على كون الإجازة مؤثرة من حين العقد كما ادّعي الاجماع على ذلك، و حينئذٍ يحكم بصحة تصرفات المالك حكماً ظاهرياً. فإن لم يُجز المالك عقد الفضول كانت تصرفاته من إستيلاء الجارية و إجازة الدابة و تزويج الأمة صحيحة واقعاً، و إن أجاز إنكشف بطلانها و صحة الإجازة.

(٥) جواب قوله: «لو قلنا».

(٦) و هو صحة تصرفات المالك واقعاً إن لم يُجز، و إن أجاز إنكشف بطلانها و صحة الإجازة. هذا إذا لم يقصد المالك بتلك التصرفات ردّ عقد الفضول، و إلا كانت ردّاً له، فتصح تلك التصرفات و تبطل الإجازة.

ينكشف عدم مصادفتها للملك، فتبطل هي (*) و تصح الإجازة.

بقي الكلام في التصرفات غير^(١) المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع للبيع، و البيع الفاسد. و هذا^(٢) أيضاً على قسمين، لآته إما أن يقع حال إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي على ماله، و إما أن يقع في حال عدم الإلتفات.

أما الأوّل^(٣)، فهو ردٌ فعليٌ للعقد،

(١) هذا هو القسم الثالث من تصرفات المالك في المبيع الفضولي، و هو التصرف غير المنافي لملك المشتري - أي المشتري من البائع الفضول، كتعريض المالك الأصل للمبيع للبيع، و العقد الفاسد - في قبال القسمين الأولين، و هما التصرف المخرج عن ملك المالك الأصل، و التصرف غير المخرج عن الملك و المخرج عن قابلية الإجازة، فإن التصرف في المبيع الفضولي من ماله الأصل - كتعريضه للبيع و كإنشاء عقدٍ فاسدٍ عليه - لا ينافي ملكية المبيع للمشتري ملكيةً متزلزلة. و هذا القسم من التصرف يكون على نحوين: أحدهما: أن يقع حال إلتفات مالك المبيع إلى وقوع عقد الفضولي عليه.

ثانيهما: أن يقع في حال عدم الإلتفات إلى العقد المزبور.

(٢) أي: التصرف غير المنافي لملك المشتري يكون كالتصرف غير المخرج عن الملك المنافي لوقوع الإجازة من زمان العقد المنقسم إلى قسمين، و هما إطلاع المالك على وقوع عقدٍ من الفضولي على ماله، و عدم إطلاعه على وقوعه.

(٣) و هو وقوع التصرف غير المنافي لملك المشتري من مالك المبيع، مع إلتفاته إلى وقوع عقدٍ من الفضولي على ماله. و هذا التصرف مع إقترانه بالإلتفات ردٌ فعليٌ للعقد الفضولي.

(*) و يمكن أن يقال: إن صحة الإجازة - بناءً على الكشف الحقيقي - توجب فضولية تلك التصرفات، لوقوعها في ملك المشتري، فصحتها حينئذٍ موقوفة على إجازة المشتري، إلا في الاستيلاء إذا كان قبل عقد الفضول، فلا يحكم بطلانها بحيث لا تصلح للصحة التأهيلية القابلة للإجازة.

والدليل على إلحاقه^(١) بالرّد القولي - مضافاً^(٢) إلى صدق الرّد عليه^(٣) (*) فيعُثمُه^(٤) ما دلّ على أنّ للمالك الرّد، مثل^(٥) ما وقع في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه، وما^(٦) ورد في مَنْ زوّجته أمّه و هو غائب،

(١) أي: إلحاق التصرف الفعلي - غير المنافي للملك المشتري مع وقوعه حال إلتفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولي - بالرّد القولي.
و محصّل ما أفاده: أنّ الدليل على إلحاقه أمور ثلاثة:
أحدها: أنّ مفهوم الرّد الذي ليس له حقيقة شرعية - بل هو من المفاهيم العرفية - صادق على هذا التصرف غير المنافي للملك المشتري، فهو كالرّد القولي من مصاديق الرّد، و يكون محكوماً بحكمه.

(٢) هذا إشارة إلى الدليل الأوّل، و المتقدّم آنفاً بقولنا: «أحدها: ان مفهوم ... الخ».
(٣) أي: على التصرف غير المنافي للملك المشتري، كالتعريض للبيع، و البيع الفاسد.
(٤) بعد أن أثبت كون التصرف غير المنافي للملك المشتري مصادقاً للرّد، تشبّت لإعتبار كونه ردّاً شرعاً بعموم ما دلّ على أنّ للمالك حقّ ردّ العقد الفضولي، مثل ما ورد في نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه.

(٥) و هو ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام، قال: «سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال عليه السلام: ذاك إلى سيّده إن شاء أجازته، و إن شاء فرّق بينهما» الحديث^(١).
(٦) مجرورٌ محلاً عطفاً على الموصول في «مثل ما». و غرضه الإشارة إلى ما رواه

(*) بناءً على الملازمة بين الإلتفات و قصد الرّد. لكن الملازمة ممنوعة، لوضوح أنّ الإلتفات لا يدلّ على قصد الرّد، مع إمكان أن يكون التعريض للبيع لغرض غير الرّد، كالإطّلاع على السعر. فما لم يحرز دلالة الفعل على الرّد لا يحكم بكونه ردّاً للعقد الفضولي، فلا يُردّ العقد بمجرد التعريض للبيع و العقد الفاسد، فلو أجاز بعد هذين التصرفين كانت الإجازة في محلّها.

من قوله **طَائِلًا** : «إِنْ شَاءَ قَبْلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ» (*).

إِلَّا^(١) أَنْ يُقَالَ: إِنَّ الْإِطْلَاقَ مَسْقُوقٌ لِبَيَانِ أَنَّ لَهُ التَّرْكَ، فَلَا تَعْرُضُ فِيهِ^(٢)

محمّد بن مسلم عن أبي جعفر **طَائِلًا** : «أَنَّهُ سَأَلَهُ عَنْ رَجُلٍ زَوَّجَتْهُ أُمُّهُ وَهُوَ غَائِبٌ؟ قَالَ: النِّكَاحُ جَائِزٌ، إِنْ شَاءَ الْمُتَزَوِّجُ قَبْلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. فَإِنَّ تَرَكَ الْمُتَزَوِّجُ تَرْوِيحَهُ فَالْمَهْرُ لَزِمَ لِأُمِّهِ»^(١).

فإنّ إطلاق التفريق في الرواية الأولى و الرد في الرواية الثانية يشمل الردّ الفعلي، فإنّ المراد بالتفريق هو التفريق في الزوجية، فيشمل إطلاقه الردّ الفعلي في الجملة. وليس صريحاً ولا ظاهراً معتداً به في كون مثل التعريض للبيع ردّاً للعقد الفضولي.

(١) غرضه منع الإطلاق، وعدم صحة التمسك بهاتين الروايتين لإثبات الردّ الفعلي، ببيان: أنّ الروايتين سيقتا لبيان مشروعية الرد، لا لبيان كيفية الردّ حتى يكون له إطلاق من هذه الجهة، ويقال: إنّ الرد يتحقق بكل من القول و الفعل.

و عليه فإثبات الردّ الفعلي بها مشكل.

(٢) أي: لا تعرض في قول الامام **طَائِلًا** «إِنْ شَاءَ فَرَّقَ، إِنْ شَاءَ تَرَكَ» لكيفية الردّ.

(*) لا يخفى أنّ التمسك بهذه الروايات لصحة عقد الفضولي أولى من التثبت بها لمصادقية مثل التعريض للبيع لردّ العقد، لأنّه من التمسك بالدليل في الشبهة المصادقية، ضرورة أنّ الروايات لا تدلّ - ظاهراً - إلّا على كون الفعل كالقول مصادقاً للردّ شرعاً. و أمّا التعريض للبيع فلا تدلّ الروايات على كونه ردّاً إلّا بناءً على صحة التمسك بالعام في الشبهة المصادقية، أو بناءً على ظهور التعريض مع الالتفات عرفاً في الرد.

و كلاهما ممنوع. أمّا الأول فلما ثبت في محلّه من عدم جواز التمسك بالدليل في الشبهات المصادقية.

و أمّا الثاني فلما عرفت في التعليقة السابقة من منع الملازمة بين الالتفات إلى العقد الفضولي و قصد الرد بالتعريض. ولو شك في كونه ردّاً للعقد الفضولي فلا مانع من جريان إستصحاب العقد، وعدم إنحلّاله بالتعريض للبيع و نحوه.

لكيفيته - أن^(١) المانع من صحة الإجازة بعد الردّ القولي موجوداً (*) في الردّ الفعلي، وهو^(٢) خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. مضافاً^(٣) إلى فحوى الإجماع^(٤) المدعى على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل

(١) خبر لقوله: «و الدليل». ثم إنّ هذا ثاني الأمور الثلاثة التي استدلّ بها على حصول الردّ بالفعل، و محصله: إشتراك المانع من صحة الإجازة - بعد الردّ القولي - بين الردّ القولي و الردّ الفعلي، و هذا الإشتراك يقتضي أن يكون الردّ الفعلي كالقولي في كونه هدماً للعقد. و ذلك المانع المشترك خروج المجيز بعد الردّ عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد. و بالجملة: ملاك الردّ القولي بعينه موجود في الردّ الفعلي، فلا يحيص عن الإلتزام بكون الردّ الفعلي كالقولي مسقطاً للعقد عن قابلية لحوق الإجازة به.

(٢) أي: المانع عن صحة الإجازة بعد الردّ، و ضمير «كونه» راجع إلى «المجيز».

(٣) هذا ثالث الأمور التي استدلّ بها على إثبات الردّ الفعلي، و محصله: التشبث بالأولوية. توضيحه: أنه قد ادعى الإجماع على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل كالوطني، فيما إذا باع أمته بشرط الخيار، و وطأها أو باعها أو أعتقها في زمن الخيار، فإنّ الوطني والبيع و العتق تفسخ البيع. فإذا كان الفعل موجباً لإنفساخ العقد الثابت، كان موجباً لإنفساخ العقد الفضولي - المتزلزل حدوثاً - بطريقي أولى، لكون الدفع أهون من الرفع.

(*) هذا متجه بعد تسلّم كون الفعل كالقول ردّاً للعقد الفضولي. و هذا أوّل الكلام و مصادرة. فاللازم أولاً إثبات كون الفعل ممّا يتحقق به الردّ، ثم ترتيب آثار الردّ القولي عليه. نعم إذا ثبت كون الردّ الفعلي كالقولي - بحجة شرعية أو عقلية - كان خروج المجيز بعد الردّ الفعلي عن كونه بمنزلة أحد طرفي العقد - كخروجه عنه بعد الردّ القولي - في محله.

كالوطني والبيع والعتق (*). فإن^١ الوجه في حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع، وإلا^٢ فتوقفها^٣ على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، بل يوجب بطلانها، لعدم^٤ حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تُصادف الملك.

(١) غرضه بيان وجه حصول الفسخ بهذه التصرفات، وحاصل وجهه هو دلالة تلك التصرفات عرفاً على أن المتصرف بها - مع الالتفات - قاصد لفسخ العقد بها، وظواهر الأفعال كظواهر الألفاظ حجة عند العقلاء.

وليس وجهه توقف تلك التصرفات - أعني بها الوطني والبيع والعتق - على الملك، على ما عن الرسول الأعظم ﷺ: «لا عتق إلا في ملك، ولا بيع إلا في ملك، ولا وطاء إلا في ملك». وذلك لأن مقتضى التوقف المزبور بطلان تلك التصرفات، لعدم تحقق شرطها، وهو الملك المتوقف على حصول الفسخ قبل تلك التصرفات حتى تقع في ملكه.

وبالجملة: فالوجه في حصول الفسخ بها هو دلالتها عرفاً على قصد الفسخ.

(٢) أي: وإن لم يكن الوجه في الرد دلالتها على الفسخ - بل كان الوجه في ذلك توقّف تلك التصرفات على الملك - إقتضى ذلك الوجه بطلانها، لوقوعها في ملك غيره، لا حصول الفسخ بها.

(٣) هذا الضمير وكذا ضميراً «بها، بطلانها» راجعة إلى الوطاء والبيع والعتق.

(٤) تعليل لبطلان تلك التصرفات، فإن شرط صحتها - وهو الملك المتوقف على حصول الفسخ قبلها حتى تقع في الملك - لم يتحقق، فلا محالة تقع باطلة.

(*) لا وجه لقياس المقام بهذه الأمور، فإن حصول الفسخ بها حكم ظاهري تقتضيه أصالة الصحة التي هي مفقودة في مثل تعريض المبيع للبيع. أما حصول الفسخ بها واقعاً فهو منوط بقصد إنشاء الفسخ بالوطني وأخويه.

والحاصل: أن الأولوية المدعاة غير ظاهرة.

وكيف^(١) كان فإذا صلح الفسخُ الفعليُّ لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً، صلح^(٢) لرفع أثر العقد المتزلزل - من حيث الحدوث - القابل للتأثير بطريق أولى(*) .

(١) يعني: سواء أكانت تلك التصرفات ردّاً للعقد أم لا، نقول: إذا فرض كون فعليّ صالحاً لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلاً كما في العقد الخياري، كان صالحاً لرفع العقد الفضولي المتزلزل حدوثاً بطريق أولى، فإن الردّ في المقام دفع، و في العقد الخياري رفع، والدفع أهون منه.

(٢) جواب «فإذا اصلح»، و «بطريق أولى» متعلق بـ «صلح».

(*) إن كان منشأ إرتفاع قابلية العقد للإجازة بسبب الردّ هو الإجماع، فالمتيقن منه الردّ القولي مع الانشاء. و إن كان منشؤه عدم قابلية العقد لأنّ يضاف إلى المالك الأصل بالإجازة في محيط العقلاء، فالظاهر أنّه لا تفاوت حينئذٍ بين الردّ القولي والفعلي. ولا يبعد أن يكون هذا مدرك الإجماع على فرض وجوده، إذ من البعيد أن يكون هناك إجماع تعدي. إلا ان يقال: أنّ بناء العقلاء أيضاً دليل لبي يكون القدر المتيقن منه هو الردّ القولي. وعليه فلا دليل على الردّ الفعلي بحيث يمنع عن إجازة المالك، فاستصحاب بقاء العقد في محله.

ولا ينبغي الإرتياب في عدم كون فعليّ مثل التعريض للبيع بدون الإلتفات إلى العقد الفضولي ردّاً، مع البناء على كون ردّ العقد الفضولي كفسخ العقد الخياري والإجازة من الإنشائيات.

إلا إذا دلّ دليل على كون فعليّ بمجرد ردّاً، كما في الرجوع في عدة الطلاق الرجعي، فإنّ النصّ المعتبر قد دلّ على أنّ إنكار الطلاق بنفسه رجوع إلى النكاح، وإن لم يكن الراجع ملتفتاً إلى وقوع الطلاق حتّى يقصد الرجوع وإنشاءه بإنكاره. ولا وجه للتعدي عن مورد النصّ وهو الطلاق إلى سائر الموارد، ففي غير الطلاق لا بدّ في صدق عنوان الردّ من الإنشاء المتوقف على القصد.

بل يمكن أن يقال - كما قيل -: إنّ الوجه في كون الإنكار رجعةً هو ما ثبت في محله

وأما الثاني^(١) - وهو ما يقع في حال عدم الالتفات - فالظاهرُ عدم تحقق الفسخ به، لعدم^(٢) دلالته على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضاً للإجازة

(١) عطف على «أما الأول» أي: القسم الثاني من التصرفات غير المنافية للملك المشتري، وهو ما يقع من المالك في حال عدم إلتفاته إلى ما وَقَعَ على ماله من العقد الفضولي، وحاصل ما أفاده المصنف رحمته في ذلك هو: عدم تحقق فسخ العقد الفضولي به، لعدم المتقضي له، إذ المفروض أنه مع عدم الإلتفات إلى العقد الفضولي لا يبدل فعله على ردِّ العقد، فلا موجب لكونه إنشاءً لردّه.

(٢) تعليل لعدم تحقق الفسخ به، وحاصله: أن الرد من الإنشائيات المستقومة بالقصد، ومع عدم الإلتفات - كما هو المفروض - لا قصد، فلا ردَّ حقيقةً. كما أنه ليس بحكم الرد أيضاً، بأن يكون مفوّتاً محلَّ الإجازة، كاستيلاء الأمة، لعدم منافاته للإجازة.

من: أن المطلقة رجعيّاً زوجة أو بحكمها، فكلُّ قولٍ أو فعلٍ يدلُّ على بقاء الزوجية يكون رجوعاً، فليس الرجوع بناءً عليه من الإيقاعات المحتاجة إلى الإنشاء الموقوف على القصد. بل وزان الرجوع وزان التقييل ونحوه من الاستمتاع الدالة على زوجية المرأة، لا أنه ردُّ فعلٍ وهو الطلاق، بل هو تثبيت الزوجية وإيقاؤها. وعليه فجعل الإنكار من الردِّ الفعلي غير سديد، لما عرفت من أن إنكار الطلاق ليس ردّاً، بل هو إبقاء للزوجية، فتأمل.

وهذا الوجه لا يجري في المقام، إذ المقصود إنفساخ العقد وإنحلّاله بحيث يخرج عن قابلية الصحة بالإجازة، وهو لا يحصل إلا بالإنشاء غير الحاصل في المقام على القرض. ولا يخفى أن إنكار الطلاق في الصحيحة المتقدمة لا يشمل الردِّ الفعلي إلا إذا كان له إطلاق يشمل الإنكار القولي والفعلي، وإن كان ظاهر السياق هو الإنكار القولي.

والحاصل: أنه لا يمكن جعل إنكار الطلاق ردّاً فعليّاً ومستثنى من عدم الردِّ الفعلي، بأن يقال: إن الردِّ الفعلي منحصر في إنكار الطلاق، لوجهين:

الأول: أن الإنكار ليس ردّاً للطلاق، بل هو إبقاء للزوجية.

الثاني: - بعد تسليم كونه ردّاً - أن الظاهر من الردِّ هو الردِّ القولي دون الردِّ الفعلي.

اللاحقة^(١). و لا يكتفي بمجرد رفع اليد عن الفعل^(٢) بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الردّ الموقوف على القصد و الإلتفات إلى وقوع المردود، نظير^(٣) إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعاً

(١) يعني: حتى يكون لمفوّتيه محلّ الإجازة ردّاً حكماً لا حقيقةً.

(٢) و هو العقد الفضولي، حاصله: عدم كفاية مجرد رفع اليد عن العقد - في تحقق ردّه - بإنشاء ضده، كتعريض المالك الأصيل المبيع للبيع، بل لا بدّ في رفع اليد عن العقد الفضولي من إيجاد المالك ما يصدق عليه عنوان الردّ المنوط بالقصد و الإلتفات إلى وقوع العقد الفضولي على ماله، و هو المراد بقوله: «المردود» لأنّ العقد الفضولي بعد ردّ المالك يصير مردوداً و متّصفاً بهذا الوصف.

(٣) خبر لمبتدء محذوف، أي «و هذا نظير ... الخ». و غرضه التنظير للمنفى و هو الكفاية، و حاصله: أنّه لا يكتفي في ردّ فعل كالعقد الفضولي بمجرد رفع اليد عنه بإنشاء ضده إلّا في الطلاق، فإنّ الأصحاب ذهبوا إلى كفاية مجرد رفع اليد عن الطلاق بإنكار الطلاق ولو مع عدم إلتفات المنكر إلى وقوعه منه سابقاً، فإنكاره للطلاق رجوع إلى النكاح ولو مع عدم إلتفاتة إلى الطلاق.

و يدلّ عليه صحيحة أبي ولاد عن أبي عبدالله عليه السلام: «سألته عن امرئة ادّعت على زوجها أنّه طلقها تطليقة طلاق العدة طلاقاً صحيحاً - يعني على طهر من غير جماع - و أشهد لها شهوداً على ذلك، ثم أنكر الزوج بعد ذلك. فقال عليه السلام: إن كان أنكر الطلاق قبل إنقضاء العدة فإنّ إنكاره للطلاق رجعة لها، و إن أنكر الطلاق بعد إنقضاء العدة فإنّ على الإمام أن يفرّق بينهما بعد شهادة الشهود، بعد ما تُستحلف أن إنكاره الطلاق بعد إنقضاء العدة، و هو خاطب من الحطّاب»^(١).

و قريب منه ما في فقه الرضا^(٢).

فلا وجه لقياس المقام بباب الطلاق، فإنّ الرجوع فيه بإنكار الطلاق إنّما هو

بالتعبد.

«١» وسائل الشيعة، ج ١٥، ص ٣٧٢، الباب ١٤ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه، ح ١

«٢» مستدرک الوسائل، ج ١٥، ص ٣٣١، الباب ١٢ من أبواب أقسام الطلاق و أحكامه، ح ١

ولو^(١) مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما^(٢) يقتضيه إطلاق كلامهم^(٣).
نعم^(٤) لو ثبت كفاية ذلك^(٥) في العقود الجائزة كفي^(٦)

(١) وصلية، أي: حتى لو ثبت إنكار الطلاق في حال الغفلة عن وقوع الطلاق.
(٢) متعلق بالفعل المقدر «تَبَّتْ» يعني: أن الحكم يكون الإنكار رجوعاً يقتضيه إطلاق كلامهم، لأنهم لم يفضلوا في تحقق الرجعة بإنكار الطلاق بين التفتن إلى وقوع الطلاق الذي أنكره، فيكون إنكاره رجعةً، وبين غفلته عنه فلا يكون رجعةً، بل حكموا بأنّ الإنكار رجوع، قال المحقق رحمته الله: «ولو أنكر الطلاق كان ذلك رجعةً، لأنّه يتضمّن التمسك بالزوجية»^(١).
و قال الشهيد الثاني رحمته الله: «و ظاهرهم الاتفاق على كونه - أي الإنكار - هنا رجوعاً»^(٢).

و ادعى صاحب الجواهر الاجماع بقسميه على الحكم، ثم قال في الرّد على إعتبار إرادة البقاء على النكاح الأول: «مع أنّ النصّ وكلام الأصحاب مطلق، فلا يحصى حينئذٍ عن القول بأنّ الرجعة ليست من قسم الإيقاع، ولا يعتبر فيها قصد معنى الرجوع. بل يكفي فيها كل ما دلّ من قول أو فعل على التمسك بالزوجية فعلاً وإن ذهل عن معنى الطلاق...» فراجع^(٣).

(٣) بل وإطلاق النصّ المتقدم آنفاً أيضاً.

(٤) إستدراك على قوله: «و لا يكفي مجرد رفع اليد».

(٥) أي: التصرف غير المنافي للملك المشتري في العقود الجائزة ولو بدون الالتفات إلى وقوع عقد على ماله، كما إذا وهبّ لزيد متاعاً، ثم عرضه للبيع غافلاً عن أنّه وهبه لزيد. فعلى القول بأنّ هذا التصرف يبطل الهبة لا بدّ من القول ببطلان العقد الفضولي به بطريق أولى.

(٦) جواب الشرط في «لو ثبت» و فاعله ضمير راجع إلى «ذلك» أي التصرف.

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٣٠

«٢» مسالك الأنعام، ج ٩، ص ١٨٧

«٣» جواهر الكلام، ج ٣٢، ص ١٨٢ و ١٨٤

هنا^(١) بطريق أولى، كما عرفت^(٢). لكن لم يثبت ذلك^(٣) هناك، فالمسألة^(٤) محل إشكال، بل الإشكال في كفاية^(٥) سابقه^(٦) أيضاً، فإن^(٧) بعض المعاصرين

(١) أي: في العقد الفضولي.

(٢) أي: في (ص ٤٥٨) حيث قال: «فإذا صلح الفسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت... صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث».

(٣) أي: لم يثبت كفاية التصرفات غير المنافية للملك المشتري في العقود الجائزة، فكيف بالعقد المتزلزل حدوثاً؟

(٤) أي: مسألة كون التصرفات غير المنافية للملك المشتري رداً للعقد الفضولي - وإن لم يلتفت المالك إلى وقوع عقدٍ على ملكه، كتعريض المبيع للبيع، وإيقاع عقدٍ فاسدٍ عليه - محل إشكال.

(٥) متعلق بالخبر المحذوف، أي: بل الإشكال ثابتٌ في كفاية ... الخ.

(٦) وهو القسم الأول من القسمين اللذين ذكرهما المصنف رحمته في (ص ٤٥٣) بقوله: «لأنه إما أن يقع حال إلتفات المالك إلى وقوع العقد».

(٧) هذا منشأ الإشكال في حصول الرد بفعلٍ مع الإلتفات إلى وقوع عقدٍ فضولاً على ماله، ومحصّله: أن دعوى بعض المعاصرين الإلتفات على إعتبار اللفظ في الرد كالإجازة صارت منشأ للإشكال في كون فعلٍ مضاداً للعقد الفضولي - مع إلتفات المالك إلى وقوع عقدٍ على ماله - رداً للعقد، ومع دعوى الإجماع المزبور يُشكل الإكتفاء في ردّ عقد الفضول بالفعل.

ولعل المراد بهذا البعض هو الشيخ الأعسم رحمته، وقد تقدم في (ص ١٦٦) نقل كلامه في إعتبار اللفظ في الإجازة. وقال في إشتراط الرد بالصراحة: «و يشهد للكل جملة من الأخبار وكلمات الأصحاب».

وهذه الجملة نقلها صاحب الجواهر في مقام الاستدلال على إعتبار اللفظ في الفسخ وإن ناقش هو فيه، لكن ذكره وجهاً لإشتراط اللفظ شاهد على إستظهار الإجماع عليه، وإن كانت هذه الاستفادة محل تأمل، لأن المدعى في كلام الشيخ الأعسم رحمته هو إعتبار الصراحة في الرد، سواء أكان بالقول أم بالفعل، لأنه قال: «أنه هل

يظهر منهم^(١) [منه] دعوى الإتيان على إعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة، ولذا^(٢) استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلّقها جاهلاً

الإجازة فورية أي: من حين العلم بالعقد؟ أم لا ينافيها إلا الرد الصريح، قال في الدروس والتنقيح والحدائق والرياض بالثاني، وهو الأظهر» ثم إعتبر الصراحة في كل من القول والفعل، واستدلّ عليه بقوله: «و يشهد للكلّ ... الخ» ما نقلناه.

و على كلّ فلا بأس بما نسبته المصنف رحمته الى بعض معاصريه من دعوى الإجماع على اعتبار اللفظ في الرد، لأنّه إعتد على ما في الجواهر من قوله: «بل قيل: انه تشهد له جملة من الأخبار و كلام الأصحاب ...»^(٣) فراجع.

(١) كذا في نسخ الكتاب، إلا ما ضبطه الفقهاء السيد والمقامي رحمتهما في حاشيتها^(٢)، من نقل عبارة المتن هكذا «يظهر منه» وهو المناسب لكلمة «البعض» فلا حظ.

(٢) يعني: و لأجل دعوى بعض المعاصرين الإتيان على إعتبار اللفظ في الفسخ استشكل العلامة رحمته في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع الموكل عقداً فاسداً على متعلّق الوكالة جاهلاً بفساده، كما إذا وكلّ زيداً في بيع كتاب المكاسب، ثم وهبه هبةً فاسدةً جاهلاً بفسادها، فإنّ الهبة الفاسدة - كتعريض المبيع للبيع - فعل لا ينافي الوكالة. وإستشكل العلامة و ولدهُ و المحقق الثاني رحمتهما في كونها رداً للوكالة، و لعلّ منشأ إشكالهم هو نقل الإتيان على إعتبار اللفظ في الفسخ.

قال العلامة في باب فسخ الوكالة بفعل الموكل ما ينافي موردّها: «ولو وكلّه في بيع عبدي، ثم أعتقه عقناً صحيحاً، أو باعه كذلك، بطلت الوكالة، و لا تبطل مع فساد بيعه و عتقه مع علمه - أي مع علم الموكل بفساد البيع و العتق -، و مع جهله إشكال»^(٣).

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٢٩٤: كشف الظلام (مخطوط).

«٢» حاشية السيد، ج ١، ص ١٧٤: غاية الآمال، ص ٤٠٠.

«٣» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٣٦٥.

بفساده، و قرّره في الإيضاح و جامع المقاصد على الإشكال^(١) (*).

(١) يعني: و قرّر كلُّ واحد من صاحبي الإيضاح و جامع المقاصد العلامّة على الإشكال الذي ذكره في بطلان الوكالة بإيقاع عقدٍ فاسدٍ على متعلّقها جاهلاً بفساده.

(*) ظاهر العبارة كون منشأ إشستكال العلامّة بَيِّنَةٌ في فرض جهل الموكل بفساد بيعه عدم تحقق العزل بالقول، بحيث لو فسخ الوكالة باللفظ لانعزل الوكيل.

لكن الظاهر أنّ منشأ الإشكال أمر آخر، بشهادة إلتزام العلامّة بانعزال الوكيل في صورة كون بيع الموكل صحيحاً، و بقاء الوكالة في صورة فساده مع علمه بالفساد حتى إذا لم يكن لفظ دال على العزلٍ مثل «عزلتك أو أزلت وكالتك» و نحوهما، و إنّما قال بالعزل في الصورة الأولى من جهة التصرف المنافي لمورد الوكالة، و عدمه في الصورة الثانية.

كما أنّ ما نسبته إلى الفخر و المحقق الثاني من تقرير الإشكال غير ظاهر. أمّا فخرالدين فقد قال بعد بيان وجهي الاشكال: «و التحقيق أنّ قصد السبب هل يستلزم قصد المسبب؟ الحقّ ذلك مع العلم بالسببية، فجهله إن كان بالفساد مع علمه بسببه الصحيح للعزل إنعزل. و إن كان بالسببية لم ينعزل، لأنّه لم يقصد بذلك العزل، و إلاّ أوجد سببه. هكذا قال المصنف، و نعم ما قال»^(١).

و قوله: «لأنّه لم يقصد» كالصريح في إناطة العزل بالقصد مع إلتفاته إلى سببية البيع له. و لا إيماء في كلامه إلى كون منشأ الاشكال فقدّ الفسخ القولي.

و أما المحقق الكركي بَيِّنَةٌ فقد قال بعد بيان وجهي الاشكال: «و فيه نظر، لأنّ العقد الصحيح سبب في العزل من حيث ترتب الخروج عن الملك عليه، و ذلك مفقود مع ظهور فساده. نعم إن قصد بالمأتمني به العزل فليس ببعيد الانعزال به، و إلاّ فلاه»^(٢).

و بنى السيّد العاملي بَيِّنَةٌ العزلَ و عدمه على أنّ قصده للبيع هل يكون كفسخ الوكالة بالقول أم لا، فقال: «و التحقيق: أنّ عزمه على البيع - صحيحاً كان أو فاسداً - و إيقاعه له بمنزلة عزله بالقول، فكان كأنّه قال: عزلتُ فلاناً، فيجيء فيه حال العزل بالقول في أنه هل ينعزل

«١» إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٢٥٤

«٢» جامع المقاصد، ج ٨، ص ٢٨٢

والمحصل^(١): أَنَّ الْمُتَيَقَّنَ مِنَ الرَّدِّ هُوَ الْفَسْخُ الْقَوْلِي. و في حكمه^(٢) تفويت محل الإجازة، بحيث لا يصح وقوعها^(٣) على وجه يؤثر من حين العقد. و أما الردُّ الفعلي^(٤) - و هو الفعل المنشأ به مفهوم الردِّ - فقد^(٥) عرفت نبي

(١) يعني: و حاصل الكلام في مسألة الردِّ هو: أَنَّ الْمُتَيَقَّنَ مِنَ الرَّدِّ هُوَ الْفَسْخُ الْقَوْلِي.
 (٢) أي: و في حكم الفسخ القولي تفويت محل الإجازة، بحيث لا يصح أن تؤثر الإجازة من حين وقوع العقد، و هي التصرفات المخرجة عن الملك بالنقل أو الإتلاف كالبيع أو العتق و نحوهما، فإنَّ صحة هذه التصرفات من المالك تنافي الإجازة المؤثرة من حين صدور العقد الفضولي كما تقدم تفصيله في (ص ٤٤٦). فإنَّ هذه التصرفات و إن لم تكن ردّاً حقيقة، لعدم إنشاء الردِّ بها، لكنّها مانعة عن صحة العقد الفضولي من زمان وقوعه، فهي بحكم الردِّ من جهة فوات محل الإجازة، حيث لا يمكن صحة العقد الفضولي مع هذه التصرفات من المالك.

(٣) أي: وقوع الإجازة. هذا ما يتعلّق بالفسخ القولي و هو المتيقن من الردِّ.
 (٤) و هو الفعل الذي يُنشأ به مفهوم الردِّ، كتعريض المبيع فضولاً للبيع مع إلتفات المالك إلى وقوع العقد الفضولي على ماله.
 (٥) جواب «و أما الردِّ» و قد عرفت في (ص ٤٥٣) عند قوله: «أما الأوّل فهو ردّ فعليّ للعقد، و الدليل على إلحاقه بالردّ القولي ... الخ» و قد استدل على حصول الفسخ به بوجه ثلاثة، فراجع.

بمجرده و إن لم يبلغه الخبر، أم لا ... الخ»^(١).

و على هذا فلعلّ مقصود المصنف من المشار إليه في قوله: «و لذا هو كون المسألة محلّ إشكال، لا قضية الإجماع على دخل اللفظ في تحقق الرد. و حينئذٍ تسلم عبارة المتن من الإشكال.

البُعد^(١) عن حصول الفسخ به.

و أما^(٢) بمجردُ إيقاع ما ينافي مفهومه قصدَ بقاء العقد من غير تحقُّق مفهوم

الردّ - لعدم^(٣) الإلتفات إلى وقوع العقد^(٤) - فالإكتفاء^(٥) به مخالفٌ للأصل^(٦).

و في حكم ما ذكرنا^(٧) الوكالة^(٨) و الوصاية. و لكنّ الإكتفاء فيها^(٩) بالردّ

الفعلي أوضح^(١٠).

(١) لا يخفى أنّه جزمٌ بالفسخ هناك، و إستدلّ عليه بتلك الوجوه الثلاثة. لا أنّه نفى

البُعد عن حصول الفسخ به.

(٢) هذا إشارة إلى القسم الثاني من التصرفات غير المنافية للملك المشتري حين

العقد، و قد تعرّض لذلك في (ص ٤٥٩) بقوله: «و أما الثاني و هو ما يقع في حال عدم

الإلتفات ... الخ» و ذلك كتعريض المبيع فضولاً للبيع مع عدم إلتفات المالك إلى وقوع

العقد الفضولي عليه.

(٣) تحليل لعدم تحقُّق مفهوم الرد، حيث إنّ تحقُّقه منوط بقصدّه، و مع عدم

الإلتفات لا يحصل قصدّه.

(٤) أي: وقوع العقد الفضولي على ماله.

(٥) جواب قوله: «و أما» يعني: فالإكتفاء - بمجردُ إيقاع ما ينافي مفهومه قصدَ بقاء

العقد الفضولي - مخالفٌ للأصل.

(٦) و هو إستصحاب بقاء العقد على قابليته للإجازة عند الشكّ في بقائه.

(٧) أي: تكون الوكالةُ و الوصايةُ في حكم ما ذكرنا من تحقُّق الردّ في العقد

الفضوليّ بالقول و الفعل على التفصيل المذكور، فإذا وكلّ شخصاً أو أوصى إليه، ثم ردّ

الوكالة أو الوصاية بالقول أو الفعل، بطلت، و لا موجبٌ لنفوذهما.

(٨) مبتدأ مؤخر، و خبره المقدم قوله: «و في حكم ما ذكرنا».

(٩) أي: في الوكالة و الوصاية.

(١٠) يعني: أنّ الإكتفاء في إبطال الوكالة و الوصاية بالفعل أوضح من الإكتفاء

بالفعل في إبطال عقد الفضوليّ. و لعلّ وجه أوضحيّة الإكتفاء فيها بالردّ الفعلي - من

الإكتفاء به في البيع و غيره من العقود اللازمة - هو: أنّه لمّا كان إنعقادُ الوكالة و الوصاية

وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار^(١) فهو منحصر باللفظ أو الردّ الفعليّ.

وأما^(٢) فعلٌ ما لا يجامعُ صحّةَ العقد كالوطني والعق [والبيع] فالظاهرُ

وغيرهما من العقود الجائزة بكلّ ما يدلّ عليها سواء أكان لفظاً أم فعلاً، ولم يعتبر في إنقادها خصوص اللفظ، كان إخلالها أيضاً في إعتبار العقلاء كإنقادها بكلّ ما يدلّ عليه من قولٍ أو فعلٍ. بخلاف البيع وغيره من العقود اللازمة، فإنّ إنقادها لازمة لما كان باللفظ كان مقتضى إعتبار العقلاء إعتبار اللفظ في إخلالها أيضاً، هذا.

ويمكن أن يكون وجه الأوضحيّة في الوكالة أنّ مناط صحّة تصرّف الوكيل في متعلّق الوكالة إذنُ المالك ورضاه، فلو علم الوكيل بعدم رضا المالك بالتصرف فيه - ولو كان الدالّ على العلم بعدم الرضا فعلاً صادراً من الموكل - لا يجوز له التصرف بلا إشكال، من دون حاجة إلى لفظٍ يدلّ على إنشاء فسخ الوكالة.

والحاصل: أنّه يكفي في عدم جواز التصرف كلّ ما يدلّ على ذلك بلا حاجة إلى إنشاء، حتى يُحتمل إعتبار اللفظ فيه.

وفي الوصية أنّها جزء السبب وجزؤه الآخر الموت، ويعتبر إستمرار الرضا من الموصي إلى حصول الجزء الآخر. فلو إرتفع الرضا قبل تحقّق الجزء الآخر - ولو بدلالة فعلٍ من الموصي على ذلك - بطلت الوصية، ولا يؤثر لحوق الجزء الآخر. ولكن هذا البطان إنّما هو لأجل عدم حصول شرط إنقاد العقد، لا لأجل الردّ.

(١) معطوف على «بالذات» حاصله: أنّ الفسخ في العقود الجائزة منحصر في الإنشاء اللفظي أو الفعلي، سواء أكان جوازها بالذات، وهي العقود الإذنية، أم كان بالعرض وهي الجائزة بالخيار المجعول شرعاً كخيار الحيوان والمجلس، أو يجعل المتعاقدين كخيار الشرط.

(٢) هذا دفع توهم، أمّا التوهم فتقريبه: أنّه يتوهم حصول فسخ العقود الجائزة بالذات أو بالخيار بغير اللفظ والردّ الفعلي، وهو فعلٌ ما ينافي صحة العقد الجائز بالذات كالهبة، أو بالخيار كالبيع الخياري، فإنّ هذه التصرفات - أعني بها الوطء والعق والبيع التي أوقعها ذو الخيار في زمن الخيار، أو أوقعها بعد العقد الجائز بالذات كالهبة - فاسخة للعقد الجائز، فليس الفسخ في العقود الجائزة منحصراً باللفظ أو الردّ الفعليّ، هذا.

أَنَّ الفسخَ بها من باب تحقُّق القصد قبلها، لا^(١) لمنافاتها لبقاء العقد^(٢)، لأنَّ^(٣) مقتضى المنافاة بطلانها^(٤)، لا إنفاساخ^(٥) العقد، عكس ما نحن فيه^(٦)، وتمامُ الكلام في محلّه. ثمَّ^(٧) إنَّ الردَّ إمَّا يُشمر

و أمَّا تقريب الدفع فهو: أَنَّ الفعل المنافي لصحة العقد الجائز - كالوطة و العتق و البيع - ليس بنفسه فسخاً، بل يتحقق الفسخ بقصده آنأماً قبل حصول المنافي. ولو كان الفسخ به لأجل منافاته لصحة العقد الجائز لاقتضت المنافاة بطلانَ الفعل المنافي، لوقوعها في ملك الغير، لا إنفاساخَ العقد.

و الحاصل: أَنَّ الفسخ هنا من مصاديق الرد الفعلي، و ليس أمراً آخر حتى يتوهم أَنَّ الفسخ هنا خارج عن الفسخ القويّ و الفعليّ، فلا مجال للتوهم المزبور.

(١) يعني: أَنَّ الفسخ بالوطة و العتق و البيع إمَّا هو لتحقق قصد الفسخ قبلها.

(٢) و هو العقد الجائز بالذات أو بالخيار.

(٣) تعليلٌ لبطلان الوطة و أخويه، و محصله: أَنَّها تبطل لمنافاتها لمقتضى العقد الجائز، و هو كون ما وقع عليه هذه الأمور ملكاً لغير من صدرت هذه التصرفات منه، فلا بدّ من الحكم ببطلانها، لوقوعها في ملك الغير.

(٤) أي: بطلان الوطة و العتق و البيع، لوقوعها في ملك الغير.

(٥) معطوف على «بطلانها» يعني: أَنَّ مقتضى المنافاة بطلانُ تلك التصرفات،

لا بطلانُ العقد.

(٦) و هو عقد الفضول، و المراد بالعكس: أن تلك التصرفات في العقد الفضولي تقتضي صحّتها، لوقوعها في ملك المالك المسلّط على كل تصرف في أمواله، و بطلانَ العقد الفضولي، و عدم صحة الإجازة بعد التصرفات المنافية لصحة العقد الصادرة من المالك.

(٧) بعد أن بينَ تَبَيُّرًا ما يتحقق به ردّ العقد الفضولي، أراد أن يبيّن فائدة الرد و ما يترتب عليه شرعاً، فقال: إنَّ ثمرة ردّ المالك العقدَ الفضولي هي عدم صحة الإجازة بعد الرد، لعدم محلّها بعد تلك التصرفات. و أمَّا إنتزاع المال - الذي يبيع فضولاً - من المشتري إن كان قد قبضه من العاقد الفضولي فلا يتوقف على الرد، بل يكفي في جواز إنتزاعه عدمُ الإجازة، لأنَّ سلطنة المالك على ماله - ما لم يجز العقد الفضولي - باقية

في عدم صحّة الإجازة (*) بعده. و أمّا إنتزاع المال من المشتري لو أقبضه الفضولي، فلا يتوقّف على الردّ، بل يكفي فيه ^(١) عدم الإجازة. والظاهر أنّ الانتزاع بنفسه ردّ ^(٢) مع القرائن الدالّة على إرادته ^(٣) منه، لا مطلقاً ^(٤) الأخذ؛ لأنّه ^(٥) أعمّ.

و مقتضاها جواز إنتزاعه من المشتري.

(١) أي: في جواز إنتزاع المال من المشتري.

(٢) يعني: إذا كان هذا الانتزاع مصداقاً للردّ فلا إشكال في أنّه ينتزع ماله واقعاً و ظاهراً على النقل و الكشف الإبتلائي، و كذا بنحو الشرط المتأخر، أو بوصف التعقب المقارن للعقد مع العلم بعدم الإجازة أصلاً، فإنّ المبيع الفضوليّ في جميع هذه الصور باقٍ على ملك مالكة. و مقتضى سلطنة الناس على أموالهم جواز إنتزاع ماله من المشتري.

(٣) أي: على إرادة الردّ من الإنتزاع.

(٤) معطوف على «الانتزاع» يعني: و الظاهر أنّ الأخذ المجرد عن القرينة ليس ردّاً.

(٥) يعني: لأنّ الأخذ أعم من الردّ، لإمكان أن يكون الأخذ للإطلاع على سعره،

أو للانتفاع به مدّة.

(*) يعني: إجازة المالك الفعلي. و أمّا إذا باعه المالك من شخصٍ آخر غير المشتري

الذي اشتراه من الفضول، فالظاهر عدم مانع من إجازة المالك الجديد ذلك العقد الفضولي، فردّ المالك ليس هدماً و إعداماً له من صقع الاعتبار حتى لم يبق محلّ للإجازة مطلقاً حتى بالنسبة إلى المالك الفعلي.

بل معنى الردّ أنّه ليس له الإجازة بعد الردّ. و ليس معناه إنعدام العقد بحيث لم يكن لغير المالك إذا صار مالكاً للمبيع الفضولي إجازة العقد الفضولي، لأنّ فعل الغير - و هو الفضول - ليس تحت إختيار مالك المبيع حتى يُعدهم، بل له ردّه الذي مرجعه إلى قطع عُلقة العقد بماله. فإنّ للمالك قطع هذه العُلقة بالردّ، كما أنّ له إبقاءها و تثبيتها بالإجازة. و ليس له إنعدام العقد بحيث لا يصح لغيره - إذا ملك المبيع - أن يجيز هذا العقد الفضولي، فإنّ حدوث الأمر الإعتباري و بقاءه بيد من يده الاعتبار، و ليس المالك مالكاً لهذا الاعتبار.

ولذا^(١) ذكروا أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقق به.

(١) أي: ولأجل أعمية الأخذ من الرد ذكر جماعة من الأصحاب: أنّ الرجوع في الهبة لا يتحقق بأخذ الواهب العين الموهوبة من المتهب، قال العلامة في القواعد - بعد حكمه بتحقيق الرجوع بلفظ رجعت و شبهه و بالفعل كالبيع - ما لفظه: «و الأقرب أنّ الأخذ ليس فسخاً»^(١). و الظاهر أنّ مورد كلامه عدم وجود قرينة على إرادة الرجوع بهذا الأخذ. كما يظهر من فخر المحققين و المحقق الثاني و السيد العميد، لعدم دلالة الأعم على الأخص، فراجع.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٠٨؛ إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ٤١٨؛ جامع المقاصد، ج ٩، ص ١٦٧؛
كنزالفوائد، ج ٢، ص ١٦١؛ مفتاح الكرامة، ج ٩، ص ١٩٢ و ١٩٣

مسألة^١

لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده^٢ فهو، وإلا فله إنتزاعه ممن وجده في يده^٣ مع بقائه، ويرجع بمنافعه^٤

ب : حكم المالك مع المشتري لو لم يجز

(١) الغرض من عقد هذه المسألة بيان الحكم الوضعي - وهو ضمان المبيع الفضولي - في صورة عدم إجازة المالك، ورده البيع الفضولي.
و محصل ما أفاده فيها: أن المبيع فضولاً إن كان باقياً و كان بيد المالك، فلا كلام. وإن لم يكن بيده، فله إنتزاعه ممن وجده في يده، سواء أكان هو المشتري أم غيره. ويرجع بمنافعه المستوفاة - كاللبن و الصوف من الشاة - على من كان المبيع في يده، وإستوفى المنافع منه. وكذا يرجع المالك على من كان المبيع عنده بمنافعه التي لم يستوفها، كما إذا كان المبيع دكاناً أو داراً و لم يستوف منفعته - كما إذا كانت أجرته على تقدير إجارته في تلك المدة التي كانت بيد المشتري أو غيره عشرة دنانير مثلاً - فإن للمالك أخذ هذه الأجرة ممن كان المبيع بيده.

(٢) هذا الضمير و ضمير «فله» و الضمير المستتر في «وجده» راجعة الى المالك.

(٣) الضمير راجع إلى الموصول في «ممن» المراد به المشتري.

(٤) هذا الضمير و ضمائر «إنتزاعه، وجده، بقائه» راجعة إلى المبيع.

المستوفاة (*) و غيرها، على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد^(١). و مع التلف^(٢) يرجع إلى مَنْ تلف عنده

(١) بقوله: «و أما المنفعة الفائتة بغير إستيفاء فالمشهور فيها أيضاً الضمان» الى أن قال: «فيتحصّل من ذلك كلّهُ أنّ الأقوال في ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة ... الخ»^(١). فضمان المنافع غير المستوفاة محلّ الخلاف، هذا كلّهُ في صورة بقاء عين المبيع.

(٢) هذا شروع في حكم تلف المبيع، و محصّله: أنّه مع التلف يرجع إلى مَنْ تلف عنده - من المشتري أو غيره - بقيمته يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقوعه في يده إلى وقت تلفه، على الخلاف بين الفقهاء.

(*) على المشهور على ما قيل. بل عن السرائر «الاتفاق على ذلك» لجعله كالمغصوب عند المحصلين، و يدل عليه عموم قوله: «لا يحل مال امرء مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه» بناءً على صدق «المال» على المنافع، و لذا يجعل ثمناً في البيع و صدقاً في النكاح.

و يدل عليه أيضاً صحيح أبي ولاد المتضمن لضمان المنافع المستوفاة، ردّاً على أبي حنيفة النافي للضمان، إستناداً إلى «الخراج بالضمان» و إبطال قوله موكول إلى بحث المقبوض بالعقد الفاسد.

و أما المنافع غير المستوفاة فالمنسوبة إلى المشهور أيضاً الضمان. و يشمله إطلاق معقد إجماع السرائر من كون المقبوض بالعقد الفاسد كالمغصوب عند المحصلين.

و لعلّ وجه ضمانها صدق الأموال عليها، و قاعدة إحترام مال المسلم أيضاً تقتضي الضمان، فإنّ المنافع القائمة بالأعيان أموال، و أخذها بقبض الأعيان، هذا مجمل الكلام في ضمان المنافع بقسميها. و تقدم التفصيل في أحكام المقبوض بالعقد الفاسد، فراجع^(٢).

بقيته^(١) يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان وقَع في يده (*).

(١) أي: بقيمة المبيع يوم التلف، أو بأعلى القيم من زمان الغصب - وهو زمان وقوع المال في يده - إلى زمان وصول المال إلى مالكه، هذا إذا كان المبيع قيمياً. وإن كان مثلياً يرجع إلى مَنْ تلف عنده بمنله. فالمراد بقوله: «بقيته» هو مالية المبيع. فإن كان المبيع مثلياً يتعين بدله في المثل. وإن كان قيمياً تعين بدله في قيمته.

(* أو يوم الدفع، فيه وجوه، بل أقوال.

قيل في المقام: إن منشأ القول بقيمة يوم الغصب و يوم التلف هو كون الضمان فعلياً يوم الغصب، أو تعليقياً. فمن قال بالأول مشروطاً بشرط متأخر - وهو تلف العين - قال بالضمان يوم الغصب. ومن قال بالثاني قال بقيمة يوم التلف.

ومنشأ القول بيوم الدفع - وهو يوم الأداء - وجهان:

الأول: أن العين بجميع خصوصياتها الشخصية مضمونة على الضامن في كلتا صورتها وجود العين وتلفها. فمع التمكن من رد العين يجب ردّها، ومع تلفها يجب ردّها مثلها إن كان المال مثلياً، و ردّ قيمتها إن كان قيمياً، هذا. وفيه: ما ذكر في محلّه^(١).

الثاني: أن الشيء متقوم بماليته، مثلاً قوام الحنطة بماليته التي هي الإشباع و حفظ الحياة، وأما الخصوصيات الشخصية والمثلية فهي فضلة و خارجة عن حقيقتها، فإذا تلفت الحنطة فماليته - وهي الإشباع - تثبت في الذمة، فتقوم بقيمة يوم الدفع الذي هو يوم المطالبة، و يوم الخروج عن العهدة. ففي هذا اليوم يقوم ما في ذمة الضامن من مالية التالف، هذا.

ومنشأ القول بأعلى القيم هو كون الرغبات التي تتفاوت بها الأسعار السوقية مضمونة على الضامن، و قد تقدم الكلام في ما استدل به عليه، فراجع^(٢).

«١» راجع تفصيل هذا البحث فيما ذكرناه في أحكام المقبوض بالبيع الفاسد. هدى الطالب. ج ٣.

ص ٣٨٤ و ٣٩٧ - ٤٠١

«٢» هدى الطالب. ج ٣، ص ٤٠١ و ٥٣٩ - ٥٤٢

ولو كان قبل ذلك^(١) في ضمان آخر^(٢) و فُرِضَ زيادة القيمة عنده^(٣) ثم نَقَصَتْ عند الأخير^(٤) إختَصَّ^(٥) السابق بالرجوع بالزيادة عليه^(٦)، كما صرَّح به^(٧) جماعة في الأيدي المتعاقبة.

لكن يأتي الحمل على المائتة قوله: «يوم التلف أو بأعلى القيم».

(١) المشار إليه هو التلف، وهذا فرع آخر، وهو: أنه إذا كان المبيع قبل التلف في ضمان شخص آخر غير المشتري، و فُرِضَ إرتفاع قيمته عنده، ثم نقصت عند الضامن الأخير، كما إذا فُرِضَ أن زيداً غصب غنم عمرو، وكانت قيمتها خمسين ديناراً، ثم باعها على بكرٍ، و تزلت قيمتها عند التلف و صارت ثلاثين ديناراً، فإن المالك حينئذ يأخذ من المشتري - و هو بكر - ثلاثين ديناراً، و من زيد الغاصب عشرين ديناراً، و هو الزائد على قيمتها السوقية يوم التلف.

(٢) أي: غير المشتري، كزيد الغاصب في المثال المذكور.

(٣) أي: عند شخص آخر غير المشتري، و هو في المثال زيد الغاصب.

(٤) أي: المشتري، و هو بكر في المثال المذكور.

(٥) جواب «ولو كان» أي: إختَصَّ السابق في الضمان - و هو زيد الغاصب - بـ رجوع المالك عليه بالزيادة، و هي عشرون ديناراً في المثال.

(٦) أي: على السابق الذي زادت القيمة عنده.

(٧) أي: صرَّح جماعة بـ رجوع المالك على السابق - الذي إرتفعت قيمته السوقية عنده - في الأيدي المتعاقبة، كما إذا غصب شخص كتاب زيد، و باعه على عمرو، ثم باعه عمرو على بكرٍ، ثم باعه بكرٌ على بشرٍ، فتلف عنده الكتاب، فإنه لأجل ضمان الجميع يتخير المالك في الرجوع إلى أي واحد منهم ببدل واحد، مع إستقرار الضمان على الأخير الذي تلف المال بيده.

لكنهم فصلوا بين علم الأيدي المتعاقبة بالغصب و بين جهلهم به، ففي صورة العلم لو طالب المالك من الغاصب أو من الأيدي السابقة جاز مطالبة البدل من اليد اللاحقة. ولو رجع المالك على الأخير لم يجز له الرجوع إلى الغاصب أو اليد السابقة عليه إلا في صورة زيادة قيمة المال عند السابق و نقصانها عند الأخير، فإن الزيادة مضمونة على من زادت عنده القيمة.

هذا^(١) كلُّه حكم المالك مع المشتري (*). وأما^(٢) حكم المشتري مع الفضولي،

فلو كان سعرُ الكتاب عند الغاصب عشرة دراهم و عند الأخير ثمانية، كان المطالبُ بالزيادة هو الغاصب، لا الأخير الذي تلف عنده الكتاب.

قال العلامة رحمته : « وللمالك الرجوع على الجميع ببدلٍ واحد، لكن الثاني إن علم بالغصب طولب بكلِّ ما يطالب به الغاصب، و يستقرّ الضمان عليه إن تلف عنده، فلا يرجع على الأوّل لو رجع - أي المالك - عليه ... هذا إذا تساوت القيمة، أو كانت في يد الثاني أكثر. ولو زادت في يد الأوّل طولب بالزيادة دون الثاني ... »^(١).

و نحوه كلامه في التذكرة، و وافقه الشهيد الثاني و الفاضل السبزواري و السيد العاملي^(٢)، و هو ظاهر سكوت السيد العميد و فخر المحققين^(٣)، فراجع.

(١) يعني: أن ما ذكرناه في هذه المسألة - التي أوّلها قوله: «لو لم يميز المالك، فان كان المبيع في يده» - إلى هنا راجعٌ إلى حكم المالك مع المشتري في صورتي وجود المبيع و تلفه.

ج : حكم المشتري مع الفضولي

(٢) يعني: و أما حكم المشتري مع البائع الفضولي من حيث الضمان، فيقع الكلام فيه تارةً في الثمن الذي دفعه إلى الفضولي، و أخرى فيما يغرّمه المشتري للمالك زائداً على الثمن، كما إذا كان الثمن في البيع الفضولي خمسة دنانير، و كانت القيمة السوقية عشرة دنانير.

(* حق الكلام أن يقال: «من وجده عنده» بدل «مع المشتري» حتى يوافق قوله: «ممن وجده في يده» لأن ما ذكره - من رجوع المالك، و أخذ العين مع بدل المنافع المستوفاة و غيرها، و أخذ قيمتها مع التلف - لا يختص بالمشتري، بل ذلك حكم من وجد المبيع عنده، سواء أكان مشترياً أم غيره.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٢٤

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٧، السطر ٣٥؛ مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ١٥٦؛ كفاية الأحكام، ص ٢٥٩؛ مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٢٩

«٣» إيضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٦٩؛ كنز الفوائد، ج ١، ص ٦٥٢

فيقع الكلام فيه ^(١) تارةً في الثمن، وأخرى فيما ^(٢) يغرمه للمالك زائداً على الثمن ^(٣)، فهنا مسألتان:

الأولى:

أنه ^(٤) يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلاً بكونه فضولياً، سواء كان باقياً أم تالفاً. ولا يقدر في ذلك ^(٥)

و رجع المالك على المشتري بهذه الزيادة. فيقع الكلام في حكم هذه الزيادة من حيث رجوع المشتري بها على البائع الفضولي الغاصب و عدمه، فهنا مسألتان.

(١) أي: في حكم المشتري مع الفضولي - في الثمن الذي أخذه من المشتري - من حيث الضمان و عدمه.

(٢) أي: في المال الذي يغرمه المشتري لمالك المبيع الفضولي زائداً على الثمن المقرّر في عقد الفضول، مثل ما تقدّم آنفاً من كون الثمن خمسةً دانائير، و كون القيمة السوقية عشرةً دانائير.

و الغرض أنّ حكم المشتري مع الفضولي من حيث الضمان تارةً يقع في نفس الثمن الذي دفعه إلى البائع الفضولي، و أخرى في المال الذي أخذه المالك منه زائداً على الثمن الذي أخذه الفضولي من المشتري، فهل يكون هذا الزائد مضموناً على البائع كنفس الثمن أم لا؟

(٣) أي: الثمن المقرّر في العقد الفضولي، و هو خمسةً دانائير في المثال المذكور.

المشتري الجاهل بالفضولية يرجع بالثمن إلى الفضولي

(٤) أي: أنّ المشتري يرجع على البائع الفضولي بالثمن الذي دفعه إليه إن كان المشتري جاهلاً بكون البائع فضولياً، سواء أكان الثمن باقياً أم تالفاً، فإنّه في ظرف التلف يأخذ من البائع الفضول مثله إن كان مثلياً، و قيمته إن كان قيمياً.

(٥) المشار إليه رجوع المشتري إلى البائع، يعني: لا يقدر في رجوع المشتري إلى البائع إعراف المشتري بملكية المبيع للبائع. وجه عدم القدر: أنّ إعرافه هذا مبني على الظاهر و هو اليد، فإنّ الملكية المستندة إلى اليد حكم ظاهري، و هو حجّة ما لم ينكشف خلافه.

إِعْتَرَفُهُ^(١) بكون البائع مالِكاً، لأنَّ^(٢) إِعْتَرافه مبنيٌّ على ظاهر يده^(٣).

نعم^(٤) (*) لو إِعْتَرَف به على وجه يُعلم عدمُ إِسْتِناده إلى اليد - كأنَّ يكون إِعْتَرافه بذلك بعد قيام البيئَةِ^(٥) - لم يرجع^(٦) بشيءٍ. ولو لم يُعلم إِسْتِنادُ الإِعْتَرافِ^(٧)

(١) أي: إِعْتَراف المشتري.

(٢) تعليل لعدم كون إِعْتَراف المشتري بمالكية البائع للمبيع قادحاً في رجوعه إلى البائع، وقد إتضح بقولنا: «وجه عدم القدح أنَّ إِعْتَرافه ... الخ».

(٣) أي: يد البائع.

(٤) إِسْتِدْرَاك على أخذ الثمن من البائع الفضولي، وحاصل الاستدراك: أنه إذا كان إِعْتَرافُ المشتري بمالكية البائع للمبيع مستنداً إلى غير اليد - كما إذا إِعْتَرَف بملكية المبيع للبائع المستلزمة لكون الثمن له، بعد قيام البيئَةِ على عدم كون المبيع ملكاً للبائع - لم يرجع المشتري حينئذٍ على البائع بالثمن، لإِعْتَرافه بأنَّه له بأزاء المبيع.

(٥) أي: قيام البيئَةِ على عدم كون المبيع ملكاً للبائع الفضولي، والظاهر أنَّ في العبارة سقطاً، وكانت العبارة هكذا: «بعد قيام البيئَةِ على عدم كونه ملكاً للبائع».

والغرض من هذه العبارة هو: أنَّ المشتري - مع قيام البيئَةِ على عدم كون البائع مالِكاً للمبيع - يعترف بأنَّ المبيع ملك للبائع. فحينئذٍ ليس له أن يرجع على البائع بشيءٍ من الثمن، لكونه بدلاً عن المبيع بمقتضى إِعْتَرافه.

(٦) جواب «لو اعترف» وجملة «يُعلم عدم ... الخ» نعتٌ له «وجه».

(٧) أي: إِعْتَراف المشتري بكون المبيع ملكاً للبائع لم يعلم أنَّه مستند إلى اليد أو إلى غيرها، حتى يؤخذ بظاهر لفظ «الاقرار» الذي هو كاشف عن الواقع، وطريق عقلائي إليه.

(*) لا يخفى أنَّ هذا خارج عن مفروض البحث، وهو كون المشتري جاهلاً بالفصية، إذ فرض إِعْتَراف المشتري بمالكية البائع للمبيع مع قيام البيئَةِ على عدم مالكية البائع له خارج عن موضوع البحث، وهو جهل المشتري بمالكية البائع للمبيع، بل هو من مصاديق ما سيذكره من قوله: «وإن كان عالماً بالفضولية، فإنَّ كان الثمن باقياً إِسْتِرْدَهُ ... الخ».

إلى اليد أو إلى غيرها، في^(١) الأخذ بظاهر الحال من إستناده إلى اليد، أو بظاهر لفظ الإقرار من^(٢) دلالاته على الواقع، وجهان^(٣) (*).

و إن^(٤) كان عالماً بالفضوليّة، فإن كان الثمنُ باقياً إستردّه، وفاقاً للعلامة^(٥) و ولده و الشهيدين و المحقّق الثاني رحمتهما الله

- (١) جواب قوله: «ولو لم يعلم» و جملة الشرط و الجزاء خبر مقدّم لقوله: «وجهان».
- (٢) بيان لظاهر لفظ الإقرار الذي هو من الأمارات المحاكمية عن الواقع.
- (٣) فإن كان إستناد المشتري - في إقراره - إلى اليد، فله الرجوع على البائع الفضولي بالثمن. و إن كان إستناده فيه إلى غير اليد فيؤخذ بإقراره الدالّ على الواقع، فليس له الرجوع بالثمن إلى البائع.

التفصيل في رجوع المشتري العالم بين بقاء الثمن و تلفه

(٤) معطوف على قوله في صدر المسألة (ص ٤٧٦) «إن كان جاهلاً» و محصّله: أنه إن كان المشتري عالماً بكون البائع فضولياً، فإن كان الثمن باقياً إستردّه المشتري كما صرح به جماعة من الفقهاء كالعلامة و ولده فخر المحققين و الشهيدين و المحقّق الثاني قدس الله تعالى أسرارهم و رفع في الخلد أعلامهم.

(٥) لقوله في القواعد: «ولو فسخ - أي المالك - العقد رجّع على المشتري بالعين، و يرجع المشتري على البائع - أي الفاسد - بما دفعه ثناً... مع جهله أو إدعاء البائع إذن المالك. و إن لم يكن كذلك لم يرجع بما إغترم ولا بالثمن مع علم الفاسد، إلا أن يكون الثمن

(* لعلّ أوجههما البناء على كون الإقرار مستنداً إلى ما هو الأغلب من الإستناد إلى اليد التي هي أمانة غالبية على ملكية المال لذي اليد، فيحمل الإقرار على ذلك. و حيثئذ يكون الثمن باقياً على ملك المشتري، فله مطالبته من البائع، لما مرّ آنفاً من أنّ الملكية المستندة إلى اليد حكم ظاهريّ يرتفع بانكشاف خلافه.

إذ^(١) لم يحصل منه ما يوجب إنتقاله عنه^(٢) شرعاً. و مجرد^(٣) تسليطه عليه لو كان موجباً لإنتقاله^(٤) لزِمَ الإنتقالُ في البيع^(٥) الفاسد (*)

باقياً فالأقوى الرجوع به»^(٦).

و الشاهد في الجملة الأخيرة المفصلة بين بقاء الثمن و تلفه. و نحوه كلامه في التذكرة و المختلف.

(١) تعليل لإسترداد الثمن من البائع، و حاصله: أنه لم يحصل من المشتري ما يوجب إنتقال الثمن عنه شرعاً إلى البائع، فهو باقٍ على ملك المشتري. و لازم بقاءه على ملكه سلطنته على إسترداده.

(٢) هذا الضمير و ضمير «منه» راجعان إلى المشتري.

(٣) مبتدئ و خبره جملة «لزم الإنتقال»، و هذا دفع وهم. أمّا الوهمُ فتقريبه: أن تسليط المشتري البائع الفاسد على الثمن يوجب إنتقاله إلى البائع، و معه كيف يرجع المشتري إليه؟

و أمّا دفعه فقد ذكر له وجهين:

أحدهما: النقص بالبيع الفاسد، بتقريب: أن مجرد التسليط إن كان موجباً للملكية لكان لازمه ملكية الثمن للبائع في البيع الفاسد، و كذا ملكية المبيع للمشتري فيه، لوجود التسليط في كلٍّ منهما، مع أنه لا سبيل للإلتزام بهذه الملكية لشيءٍ منها في البيع الفاسد.
(٤) أي: لإنتقال الثمن.

(٥) أي: لزِمَ - في البيع الفاسد - إنتقالُ الثمن إلى البائع، و إنتقالُ الثمن إلى المشتري و هذا إشارة إلى أوّل وجهي دفع التوهم كما تقدّم بيانه آنفاً.

(*) هذا اللازم غير لازم في البيع الفاسد حتى مع علم المتعاقدين بفساد البيع، لأنهما - مع علمها بفساده - قاصدان للمعاوضة العرفية التي هي مقومة للبيع. فالتسليط المجاني

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣ (ج ١٠، ص ١٨، الطبعة المحدثنة)؛ مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٦؛ إيضاح الفوائد، ج ١، ص ٤١٨ و ٤٢١؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٣؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٦٠ و ١٦١ و ج ١٢، ص ٢٢٤؛ الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٣٤ - ٢٣٥

لتسليط^(١) كل من المتبايعين صاحبه على ماله. ولأن^(٢) المحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو^(٣) المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله^(٤) يلزم

(١) تعليل لقوله: «لزم الانتقال» أي: إنتقال الثمن إلى المشتري، و الثمن إلى البائع، لجرى ان هذه العلة في كليهما.

(٢) هذا ثاني وجهي دفع التوهم، و هو جواب حلي، و مرجعه إلى عدم قابليته للإجازة، لصيرورة البيع بسبب التسليط بيعاً بلا ثمن.

توضيحه: أن صحة هذا البيع الفضولي - على تقدير إجازة المالك كما هو المشهور - تستلزم تملك المالك الأصلي للثمن، على ما هو قضية المعاوضة الحقيقية، لكن تملك البائع الفضولي للثمن بسبب التسليط قبل تملك المالك بالإجازة يوجب فوات محل الإجازة، إذ المفروض تملك البائع للثمن بالتسليط قبل الإجازة، و لازمه وقوع الإجازة على بيع بلا ثمن.

(٣) أي: المحكم بصحة البيع لو أجاز المالك هو المشهور، كما تقدم التنبيه عليه في ثلاثة مسائل البيع الفضولي^(١).

(٤) أي: فإن تملك البائع الثمن - قبل أن يملكه المالك بإجازته للبيع - كان لازمه

مفقود في البيع الفاسد، بل هو وفاء للثمن، غاية الأمر أن الشارع لم يُمضِ هذا البيع. و عدم الإمضاء لا يقدح في تحقق المفهوم العرفي في المعاوضة. و ليس واحد منهما قاصداً للتسليط المجاني كما في البيع الربوي و غيره من البيوع الفاسدة، فإن التسليط فيها وفاء للثمن كما مرّ آنفاً.

نعم يمكن أن يقال: إنهما مع العلم بفساد البيع راضيان بتصرف كل منهما في مال الآخر. ولو سلّم قصد المجانية بهذا التسليط لم يُجد في ملكية الثمن للبائع، لأنه ليس من الأسباب الناقلة الشرعية. و دعوى ملكية هذا التسليط بقاعدة «الناس مسلطون على أموالهم» غير مسموعة، لعدم كون القاعدة مشرعة كما لا يخفى.

فوات محلّ الإجازة، لأنّ الثمن إنّما ملكه الغير^(١)، فيمتنع تحقّق الإجازة^(٢)، فتأمل^(٣).
و هل يجوز^(٤) للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان^(٥).

فوات محلّ الإجازة. فقوله: «يلزم» جواب الشرط في «فإن تملكه».

(١) أي: غير المالك، و هو البائع الفضولي، حيث إنّ ملك الثمن قبل الإجازة بسبب التسليط، و معه يمتنع الإجازة، لخلوّ البيع عن الثمن، إذ المفروض صيرورته ملكاً للبائع الفضولي.

(٢) وجه الإمتناع عدم بقاء محلّ الإجازة، لكون البيع بلا ثمن، و هو ليس ببيماً حقيقة كما مرّ آنفاً.

(٣) لعلّ وجهه: أنّ محذور الإجازة - و هو فوات محلّ الإجازة، لكون البيع بلا ثمن - إنّما يلزم بناءً على النقل. و أمّا بناءً على الكشف فلا يلزم، لسبق ملكية الثمن - لمالك المبيع - على التسليط الموجب لملكية الثمن للبائع الفضول، فيبطل التسليط، و لا يوجب ملكية الثمن للبائع.

أو وجه التأمل: فسادُ قياس المقام بالعقد الباطل، و ذلك لأنّ التسليط هناك معاوضيٌّ، غاية الأمر أنّ الشارع لم يُضِصّ المعاملة، بخلاف ما نحن فيه، فإنّ التسليط هنا مجانيٌّ.

أو وجه التأمل: أن مملكية التسليط منوطة بعدم الإجازة، و ليست مطلقة.

(٤) أي: و هل يجوز للبائع الفضولي التصرف في الثمن مع علم المشتري بكونه غاصباً للمبيع أم لا؟ سواء قلنا بوجود ردّ الثمن إلى المشتري أم لا، فلو قلنا بعدم جواز رجوع المشتري على البائع من جهة كونه عقوبةً له - كما في كلام المحقق وغيره^(١) - إنّجبه البحث عن جواز تصرف البائع فيه، و أنّ فيه وجهين بل قولين.

(٥) أحدهما: جواز التصرف، إستناداً إلى تسليط المشتري إيّاه على الثمن حين تسليمه، و الإذن في قبضه.

«١» لاحظ الرسائل التسع للمحقق، ص ٣٠٧ - ٣٠٨، المسألة الرابعة من المسائل الطبرية، مسالك الألفهام.

أقوامها العدم^(١)، لأنّه (*) أكل مال بالباطل.

هذا^(٢) كلّه إذا كان باقياً. و أمّا^(٣) لو كان تالفاً، فالمعروف عدم رجوع

لكن فيه: أنّ التسليط كان في مقابل المال الذي لم يكن البائع مالكاً و مستحقاً له، فلا يستحق التصرف في بدل ما لا يستحقه. نعم لو كان التسليط مطلقاً و لم يكن بدلاً عن مال كان للجواز وجه.

(١) ثانيهما: ما أفاده المصنف رحمته من عدم جواز التصرف، معللاً بأنّه أكلٌ للسّال بالباطل، حيث إنّه لم يتحقق ما يوجب جوازَ التصرف فيه من السبب الناقل للملك، أو إذن المالك في التصرف في ماله، أو إذن الشاع فيه كاللقطة و غيرها من الأمانات الشرعية، و بدون الإذن من الشارع أو المالك لا يجوز التصرف.

(٢) أي: رجوع المشتري على البائع بالتمن يكون حكمه في صورة بقائه و عدم تلفه. (٣) يعني: و أمّا إذا كان الثمن المدفوع إلى البائع تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري به على البائع، بل المحكي عن جماعة ممن ذكر في المتن رضوان الله عليهم الإلتفأ على عدم الرجوع.

و تبه بقوله: «فالمعروف» على ما نسب إلى المحقق رحمته من الخلاف في المسألة، فإنّ الاستفادة من غضب الشرائع دوران جواز رجوع المشتري بالتمن على البائع مدار علمه بالفضب و عدمه، بجواز الرجوع في صورة الجهل، دون العلم. و ظاهره عدم الفرق بين بقاء الثمن و تلفه. و كذا يظهر من كلامه في النكت^(١). كما أنّ صريح كلامه في

(*) لا يخفى أنّ هذا منافٍ لما أفاده في الفرع الآتي من جواز تصرّف البائع في الثمن، لأنّ المشتري قد سلّطه على التصرف في الثمن و إتلانفه. كما أنّ ظاهره جواز الاسترداد، لعدم حصول الملكية للبائع. و ظاهره عدم جواز الاسترداد على فرض حصول ملكية الثمن للبائع. و هو لا يخلو من غموض، لأنّه على فرض حصول الملكية تكون ملكيته مجانية، و من المعلوم جواز الرجوع في التملك المجاني الذي هو هبة.

المشتري، بل المحكي عن^(١) العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين

«الرسائل التسع»^(١) التفصيل بين بقاء الثمن و تلفه كما في المتن.

لكن نسب المحقق و الشهيد الثانيان **تَيَبُّتًا** إليه القول بجواز الرجوع بالثمن مطلقاً، ففي جامع المقاصد: «و في رسالة الشيخ أبي القاسم بن سعيد ما يقتضي الرجوع مطلقاً، و هو المتجه»^(٢). و هذه الرسالة و إن لم تحضرنى لأراجعها، لكن الظاهر أن مورد كلام المحقق صورة علم المشتري بالغصب. و بهذا يكون حكمه بجواز مطالبة الثمن من البائع الغاصب شاملاً لبقاء الثمن و تلفه، فيكون مخالفاً للإجماع المدعى في المسألة، و لذا أورد عليه في الجواهر، بمخالفته للإجماع نقلاً و تحصيلاً، فراجع.

(١) الحاكي للإجماع على عدم الرجوع عن العلامة و غيره جمع كأصحاب مفتاح الكرامة و كشف الظلام و الجواهر، أما السيد العاملي فقال - في أنه هل للمشتري العالم بالغصب مطالبة البائع الغاصب بالثمن سواء بقيت العين أم تلفت، أم ليس له المطالبة مطلقاً، أم بالتفصيل بين بقائها و تلفها - ما لفظه: «قال في التذكرة: لو كان عالماً لا يرجع بما إغترم، و لا بالثمن مع علم الغصب، مطلقاً عند علمائنا. و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه. و نحوه ما في نهاية الأحكام».

ثم نقل ظهوراً لكلام فخر المحققين و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم كصاحب تخلص التلخيص^(٣).

و كذلك نسب الإجماع إلى هؤلاء في باب الغصب. فراجع.

و أما صاحب الجواهر فقد إستظهر الإجماع من عبارة التذكرة و تخلص التلخيص و الايضاح و جامع المقاصد، ثم نقل بعد أسطر الإجماع عن ثاني الشهيدين و أستاذه

«١» الرسائل التسع، ص ٣٠٧

«٢» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧: مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ٢٢٤: جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٨٩ و ١٩٣، و ج ٦، ص ٣٠٥: كشف الظلام مخطوط (كتاب المتاجر، البيع الفضولي)؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥: و لاحظ تذكرة الفقهاء، ج ١٠، ص ١٨ (الطبعة الحديثة) و ج ١، ص ٤٦٣ (من الطبعة الحجرية)؛ نهاية الأحكام، ج ٢، ص ٤٧٨: مختلف الشيعة، ج ٥، ص ٥٥ - ٥٦: ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢١: جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٧: مسالك الأفهام، ج ١، ص ١٦١ و ج ١٢، ص ٢٢٤: الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٣٥

وغيرهم^(١) عَلَيْهِ السَّلَامُ الاتفاق عليه. ووجهه^(٢) - كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة^(٣) - وغيرهما، و يظهر من آخرين أيضاً^(٤) - : أنه^(٥) سلطه على ماله بلا عوض.

كاشف الغطاء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ على عدم الرجوع في صورة تلف الثمن، فراجع.

(١) كالمحدث البحراني و صاحب تخليص التلخيص و كاشف الغطاء رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ «٢».

(٢) مبتدئ، خبره قوله: «أنه سلطه» يعني: و وجهه عدم رجوع المشتري بالثمن التالف على البائع - كما صرح به جماعة - هو: أن المشتري العالم بعدم كون المبيع ملكاً للبائع سلطه على ماله مجتأناً، فلا موجب حينئذٍ لرجوعه بالثمن التالف على البائع.

(٣) لعل غرضه من ظهور كلام الآخرين هو: أن من إقتصر في الحكم بعدم رجوع المشتري العالم بالغصب إلى البائع عند تلف الثمن - من دون التصريح بالتسليط - نظرُه إلى الإباحة المالكية للمال بلا عوض.

و عليه فستند الكلّ - سواء صرح بالتسليط أم إكتفى ببيان الحكم - هو التسليط المالكي، لعدم وجود وجهٍ آخر عليه. قال الشهيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الشراء من الغاصب: «و يرجع بالثمن مع وجوده على كل حال، وكذا مع تلفه جاهلاً إذا رجع عليه المالك بالقيمة»^(٣). و قوله: «و كذا مع تلفه جاهلاً» يدلّ بوضوح على المنع من الرجوع عند التلف لو كان عالماً، و ليس إلاّ للتسليط.

و يستفاد التعليل بالتسليط المالكي من حكم المحقق رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غصب الشرائع والمختصر^(٤) «برجوع المشتري - الجاهل بالغصب - بالثمن، و كذا من ترجيح المحقق الثاني الرجوع في صورة البقاء خاصة بقوله: «هذا أصح». و كذا يستفاد من تقرير السيد العميد^(٥)». فراجع.

(٤) يعني: أن المشتري سلط البائع على ماله بلا عوض، إذ علمه بعدم إستحقاق

«١» السرائر، ج ٢، ص ٢٢٦ و ٢٢٥ و ٣٢٥، ولاحظ أيضاً كتب العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين في المصدر «٣» من الصفحة السابقة.

«٢» الهدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٣٩٢: شرح القواعد لكاشف الغطاء (مخطوط) الورقة ٦٤

«٣» الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١٩٣

«٤» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٥: المختصر النافع، ص ٢٥٦

«٥» كثر الفوائد، ج ١، ص ٤٧٦

و توضيح ذلك^(١): «أَنَّ الضمانَ إِذَا لِعُمومٍ «على اليد ما أخذت» وإِذَا^(٢) لقاعدة الإقدام على الضمان الذي إستدلَّ به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه^(٣).

و الأول^(٤) مخصَّصٌ بفحوى ما دلَّ على عدم ضمان مَنْ إستأمنه المالكُ، ودَقَّقه

البائع للمبيع - لعدم كونه ملكاً له، و مع ذلك يسَلطه على الثمن - قرينة على التسليط المجاني، فلا وجه حينئذٍ لرجوعه على البائع، لعدم ما يوجب ضمانَ البائع للثمن.

(١) أي: توضيح وجه عدم الرجوع إلى البائع هو: أَنَّ سبب الضمان هنا مفقودٌ، إذ هو إِذَا ضمانَ اليد الجاري في موارد الضمانات، و إِذَا قاعدة الإقدام التي إستدلَّ بها الشيخ رحمته في فاسد العقد الذي يضمن بصحيحه في قولهم: «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، و كل عقد لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» و سيأتي البحث عن كليهما إن شاء الله تعالى.

(٢) معطوف على «إِذَا لِعُمومٍ».

(٣) و أشار المصنّف رحمته إلى إستدلال الشيخ رحمته بالإقدام على الضمان بقوله: «ثم إنَّ المدرك لهذه الكليّة على ما ذكره في المسالك في مسألة الرهن المشروط بكون المرهون مبيعاً بعد إنقضاء الأجل هو إقدام الآخذ على الضمان» إلى أن قال: «و الظاهر أَنه تَبِعَ في إستدلاله بالإقدام الشيخ في المبسوط»^(١).

(٤) و هو: عموم «على اليد ما أخذت». و المصنّف بعد بيان ما يمكن أن يكون مدركاً ل ضمان البائع الفضولي للثمن الذي أخذه من المشتري - و هو إِذَا قاعدة اليد و إِذَا قاعدة الإقدام - صار بصدد تضعيف الإستدلال بها على ضمان البائع للثمن التالف.

و حاصل وجه ضعف الإستدلال بقاعدة اليد هو: خروجُ المقام عن عموم «على اليد» بفحوى ما دلَّ على عدم الضمان في موارد إستيمان المالك.

توضيحه: أَنَّ عدم الضمان في موارد إستيمان المالك على ماله - لحفظه، كما في الوديعة

(١) تقدّم نقل كلام الشيخ في ج ٣، ص ٥٨ من هذا الشرح، و لاحظ المبسوط، ج ٣، ص ٦٥ و ٨٥ و ٨٩ السرائر، ج ٢، ص ٤٨٨؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٩٦، ص ٢٨ (ج ١٠، ص ٢٩٩، الطبعة المدينة) و ج ٢، ص ٣٩٧، ص ١١؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢١٦؛ مسالك الأفيام، ج ٣، ص ١٥٤ و ج ٤، ص ٥٥ و ٥٦

إليه لحفظه، كما في الوديعة، أو الإنتفاع به كما في العارية، أو لإستيفاء المنفعة منه كما في العين المستأجرة، فإنّ الدفع على هذا الوجه^(١) إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه^(٢)

أو للإنتفاع به كما في العارية، أو لإستيفاء منفعتها كما في الاجارة، مع عدم إعراضه عن ماله، وجعله أمانةً عند من يتسلّمه لحفظه أو للإنتفاع به أو لإستيفاء منفعتها - يقتضي بالأولوية عدمّ الضمان فيما نحن فيه مع إعراض المشتري و سلب الإحترام عن ماله، و الإذن في إتلافه بلا عوض. و هذه الأولوية تخصّصُ عموم «على اليد» و ترفع الضمان عن البائع الفضولي.

(١) و هو وجه الإستيمان في الموارد الثلاثة المذكورة، و هي الوديعة و العارية و الاجارة. و كذا الحال في يد الوكيل و عامل المضاربة، و المتبرّع بعملٍ في مال غيره كالحياط الذي يخيّط للغير تبرّعاً و بلا مطالبة أجرة.

و قد أفاد المصنف رحمته عدم الضمان في موارد اليد الأمانية في قاعدة «ما لا يضمن» بقوله: «فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن: أنّ مَنْ دفع المالكُ إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوضٍ واقعي - أعني المثل و القيمة - و لا جعلي، فليس عليه ضمان»^(١).

و تقدّم هناك نقلٌ جملةً من النصوص الدالة على قاعدة عدم ضمان الأمين، كمعتبرة غياث بن إبراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام: «ان أمير المؤمنين عليه السلام أتى بصاحب حمام وُضعت عنده الثياب، فضاغت، فلم يضمنه، و قال: إنّما هو أمين»^(٢). ثم إنّ المصنف حكم هناك بعدم الضمان في الهبة الفاسدة بالأولوية، و سيأتي نقل كلامه.

(٢) كما فيما نحن فيه، فإنّ التسليط على الثمن - للتصرف فيه و إتلافه - لا يوجب الضمان، و لا يجعل يدّ البائع من الأيدي الموجبة للضمان.

«١» راجع هدى الطالب، ج ٣، ص ١٨٧ إلى ١٩٣

«٢» وسائل الشيعة، ج ١٣، ص ٢٧٠، الباب ٢٨ من أبواب أحكام الاجارة، ح ١

مما لا يوجب ذلك^(١) (*) بطريق أولى (**).
و دعوى^(٢)

(١) أي: مما لا يوجب الضمان بطريق أولى، قد تقدم آنفاً تقريب الأولوية بقولنا: «توضيحه: أن عدم الضمان في موارد إستيآن المالك على ماله ... الخ».

(٢) الغرض من هذه الدعوى ردُّ الأولوية المذكورة المخصَّصة لعموم «على اليد» وإثبات ضمان الثمن على البائع، وعدم كونه كاهبة الفاسدة التي لا ضمان فيها.

توضيحه: أن الثمن يُدفع إلى البائع عوضاً عن المبيع، لا مجاناً حتى يكون تسليط المشتري كاهبة الفاسدة في عدم الضمان.

فالتبعية: ضمان البائع، وجواز رجوع المشتري بالثمن عليه.

و تستفاد هذه الدعوى من كلام الشهيد الثاني، و ذكَّرها صاحبُ الجواهر رحمته أيضاً، ففي المسالك بعد نقل رأي المحقق رحمته من جواز الرجوع بالثمن مطلقاً على البائع.

(*) لا يخفى أن سقوط الضمان حينئذٍ يكون لأجل قاعدة إسقاط حرمة المال و هتكه، مع الغض عن الأولوية المذكورة، فإن هذه القاعدة النافية للضمان معروفة بين الفقهاء، كدفع ماله إلى صبيٍّ أو مجنون، أو جعله مبيعاً بلا ثمن، أو بيعه بعوضٍ لا مالية له عرفاً كالحشرات. ففي هذه الموارد لا ضمان، لقاعدة سلب الاحترام عن المال. و هذه القاعدة تخصَّص عموم «على اليد». لا الأولوية المذكورة، فإنها لا تفيد إلا الظن الذي لا يفتني عن الحق شيئاً.

(**) قد يمنع الأولوية المحتج بها على تخصيص عموم على اليد في المقام. توضيح وجه المنع هو الفرق بين المقام و بين موارد الأمانات، حيث إن المفروض في باب الأمانات أن المالك قاصد للاستيآن، و الشارع أمضاه. بخلاف المقام، حيث إن المالك قاصد للمعاوضة، و الشارع لم يُعضها، هذا.

لكن الظاهر أن الأولوية تكون من جهة أن المالك لم يسلب إحترام ماله في موارد الإستيآن، و مع ذلك لا يُضمن في صورة التلف، فمع سلب إحترامه كما فيما نحن فيه - حيث إن المشتري هتك ماله و سلب إحترامه بدفعه إلى البائع من دون جعل عوضه عليه - لا بد أن يكون عدم الضمان فيه أولى.

و عليه فلا ضمان على البائع.

«أنه^١) إنما سلطه في مقابل العوض، لا مجاناً حتى يشبه الهبة الفاسدة التي تقدم^٢)
 عدم الضمان فيها» مندفعة^٣) بأنه^٤) إنما سلطه في مقابل ملك غيره، فلم يضمنه^٥)
 في الحقيقة شيئاً من كيسه، فهو^٦) يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة

مالفظه: «لولا إهداء العلامة في التذكرة الاجماع على عدم الرجوع مع التلف لكان في
 غاية القوة». و وجهه ما أفاده في صورة بقاء الثمن من قوله: «لأنه إنما دفعه عوضاً عن
 شي ولا يسلم له، لا مجاناً»^١).

و قال في الجواهر: «مضافاً إلى ما عرفته سابقاً من ضمان الثمن و المثلن في القبض
 بالعقد الفاسد، من غير فرق بين التلف و عدمه، و العلم بالفساد، و عدمه»^٢). ثم ردّه
 بالاجماع، فراجع.

١) أي: أن المشتري إنما سلط البائع في مقابل العوض، لا مجاناً.

٢) تقدم عدم ضمان المتهم بالهبة الفاسدة فيما أفاده في قاعدة «ما لا يضمن» بقوله:
 «أما في الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم على اليد بفحوى ما دلّ
 على خروج موارد الاستيطان ... الخ» فراجع^٣).

٣) خبر «و دعوى» و دفع لها، و حاصله: أن تسليط البائع على الثمن قد وقع في
 مقابل مال غير البائع، و هو مالك المبيع، و لم يقع في مقابل مال البائع حتى يصير ضامناً
 له، فيكون التسليط حينئذٍ شبيهة الهبة الفاسدة التي لا ضمان فيها. فليس للمشتري الرجوع
 على البائع بالثمن إن كان تالفاً.

٤) أي: بأن المشتري إنما سلط البائع. و ضمير «غيره» راجع إلى البائع.

٥) يعني: فلم يضمن المشتري البائع الفضولي شيئاً من كيسه و ماله.

٦) يعني: فهذا التسليط يشبه الهبة الفاسدة، و البيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجر،

التي قد حكم الشهيد و غيره بعدم الضمان فيها.

«١» مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٦٠ - ١٦١

«٢» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٦

«٣» هدى الطالب، ج ٣، ص ١٩١ و ١٩٢

بلا أجره التي قد حكم الشهيد وغير واحد^(١)

(١) ظاهر العبارة أنّ عدم الضمان في الفروع الثلاثة - وهي البيع بلا ثمنٍ والإجارة بلا أجره والهبة الفاسدة - مختارُ الشهيد رحمته وغير واحد. وهو كما أفاده رحمته.
أما عدم الضمان في مثال البيع فقد حكاه السيد العاملي عنه ^(٢) بقوله: «و في حواشي الشهيد: أن ذلك - أي الضمان و عدمه - يبنى على أن العقود توقيفية أو اصطلاحية ... و على الثاني يصح، ثم نقل قولاً بأنه يُرجع إلى قصده ... وإن قصد الهبة صحت».

و أما عدمه في الاجارة، فقد حكاه المحقق و الشهيد الثانيان ^(٣) و غيرهما عنه. و قال السيد العاملي رحمته - في مسألة ضمان المنفعة المستوفاة في الاجارة الفاسدة بأجرة المثل - ما لفظه: «و قد قيدها - أي: قاعدة الضمان بأجرة المثل - الشهيد في حواشيه بما إذا لم يكن الفسادُ باسْتِطْرَاطِ عدم الأجرة في العقد، أو عدم ذكرها فيه، لدخول العامل على ذلك ... أما تقييد الشهيد فقد إستحسنه في المسالك، وكذا صاحب الرياض في الشق الأول».

و وجه صاحب الجواهر ذلك - بعد حكايته عن محكي الشهيد - بقوله: «و كأن وجهه أنه متبرّع بالمال و العمل مجاناً، قادماً على ذلك. فهو أشبه حينئذٍ بالعقود الفاسدة المجانية كالهبة و العارية و نحوها، مما لا يضمن بفاسدهما، فلا يضمن بصحيحهما» ^(٤).

و أما مثال الهبة فقد ذكره صاحباً مفتاح الكرامة و الجواهر، و نقله المحقق الكركي رحمته بقوله: «و قيل: إن قصد الهبة فلا ضمان، و إلا ثبت. و ليس بمستبعد، لأن أقل ما فيه أن يكون هبةً فاسدة، و هي غير مضمونة» ^(٥).

و على هذا فالمراد بـ «غير واحد» هو المحقق و الشهيد الثانيان، لصراحة كلاميهما - في مسائلتي البيع بلا ثمنٍ و الإجارة بلا أجره - في عدم الضمان، و إن فضل المحقق الثاني بين إجارة الأعيان و الأعمال.

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٤٤٠

«٢» جامع المقاصد، ج ٧، ص ١٢٠؛ مسالك الأفهام، ج ٥، ص ١٨٤

«٣» مفتاح الكرامة، ج ٧، ص ١٣٠؛ جواهر الكلام، ج ٢٧، ص ٢٤٧

«٤» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٢٠٩؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٤٤٠ و ٤٤١

بعدم الضمان فيها^(١).

و من ذلك^(٢) يعلم عدم جريان الوجه الثاني للضمان - وهو الإقدام على الضمان - هنا^(٣)، لأن^(٤) البائع لم يُقدِّم على ضمان الثمن

كما أنّ المراد به في مسألة الهبة الفاسدة المحقق الكركي و صاحبها المفتاح و الجواهر، فراجع.

خلافاً للعلامة رحمته، لاقتصاره على بيان وجهي الضمان و عدمه، في مسألة البيع بلا ثمن، و لفخر المحققين رحمته لترجيحه الضمان في المسألة، فراجع^(٥).

(١) أي: في الهبة الفاسدة، و البيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجره.

(٢) أي: و من تخصيص عموم «على اليد ما أخذت» بفحوى ما دلّ على عدم ضمان من إستأنه المالك يُعلم عدم جريان الوجه الثاني من وجهي الضمان - و هو عموم قاعدة الإقدام على الضمان الذي إستدلّ به الشيخ و غيره على الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - هنا، أي: في تسليط المشتري البائع الفضولي على الثمن.

وجه عدم الجريان: أنّ البائع لم يُقدِّم على ضمان الثمن بماله، و لا بدّ أن يكون الإقدام على ضمان الثمن بمال نفسه حتى يتحقق الضمان، لا بمال غيره.

(٣) المشار إليه هو تسليط المشتري البائع على الثمن. و المراد أنّ عموم الإقدام على الضمان لا يُثبت أيضاً ضمانَ البائع للثمن.

و يحتمل أن يكون المشار إليه في قوله: «و من ذلك يعلم» ما ذكره في قوله: «مندفعة» إذ المناسب لما يذكره من الإشكال في الإقدام على الضمان هو ما أفاده في ردّ «و دعوى أنه إنّما سلّطه في مقابل ... الخ» من عدم ضمان البائع شيئاً من كيسه، لأنّه ظاهر في عدم إقدام البائع على الضمان المعاوضي.

(٤) تعليل لعدم جريان قاعدة الإقدام على الضمان، و حاصله: أنّه لا موضوع لقاعدة الإقدام، لأنّ موضوعها هو الإقدام على الضمان. و هذا مفقود فيما نحن فيه، ضرورة أنّ البائع الفضولي لم يُقدِّم على ضمان الثمن إلّا بمقابل المثل الذي علم المشتري بأنّه ليس ملكاً له، فضمانه صوري، لا حقيقي حتى يتحقق ضمان واقعي معاوضي.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٥٤٧ (ج ١١، ص ٢٦٦ الطبعة المدينتية)؛ قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٤٤؛

إلا بما^(١) علم المشتري أنه ليس ملكاً له^(٢).

فإن قلت^(٣): تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير لبنائه^(٤) - ولو عدواناً - على كونه ملكاً له^(٥)، و لولا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم^(٦) في تصحيح بيع الغاصب لنفسه، فهو^(٧) إنما سلطه

فالمتحصل: أن التمسك بقاعدة الإقدام لضمان البائع للثمن - كالتثبت بعموم على اليد - غير سديد.

(١) المراد بالموصل هو المثلن، و ضمير «انه» راجع الى «ما» الموصل.

(٢) أي: للبائع.

(٣) غرض هذا القائل إثبات أن أخذ البائع الثمن من المشتري يكون من صفريات قاعدة الإقدام المقتضية للضمان، و كون البائع ضامناً للثمن بالضمان المعاوضي، بتقريب: أنه تسلط على الثمن، لبنائه على أن المبيع ملكه إدعاءً، فتسلطه على الثمن إنما هو في مقابل ملكه الإدعائي، و ليس مجتأناً، فالبائع أقدم على ضمان الثمن بمقابل المثلن الذي هو ملكه إدعاءً، ولو لم يكن هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة التي يتقوم بها البيع حتى يصح تعلق الإجازة به.

(٤) خبر قوله: «تسلطه» و ضمير «كونه» راجع إلى «مال الغير».

(٥) هذا الضمير و ضميراً «تسلطه» لبنائه» راجعة إلى البائع.

(٦) حيث قال: «فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكاً حقيقياً أو إدعائياً، فلو لم يكن أحدهما و عَقَدَ لنفسه، لم يتحقق المعاوضة و المبادلة ... الخ»^(١).

و بالجملة: فلا بد في تحقق البيع من قصد المعاوضة، و البناء عليها ولو إدعاءً، بعد الفرض عن حكم الشارع بعدم ملكية الثمن للبائع الفضولي.

(٧) أي: فالمشتري إنما سلط البائع على الثمن لا مجتأناً، بل على وجه يضمن البائع الثمن بماله المملوك له ولو إدعاءً و عدواناً، فلو تعاقدوا معرضين عن حكم الشارع بعدم ملكية المبيع للبائع - كما هو كذلك في العقود المعاوضيّة الواقعة على أموال الشُرَاق و الظلمة و سائر الغاصبين لأموال الناس، حيث إن الغاصبين يبيعون الأموال المغصوبة

على وجه^(١) يضمنه بماله. إلا أن^(٢) كلاً منها لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن، و تعاقداً مُعرضين عن ذلك^(٣) كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السُّراق و الظلّمة، بل بنى المشتري على كون المثمن ملكاً للبائع، فالتسليط^(٤) ليس مجاناً، و تضمينه^(٥) البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقياً.

بانين على أنّها مملوكة لهم، و بهذا البناء يتحقق مفهوم المعاوضة - لم يكن التسليط مجاناً، لكون الثمن عوضاً عن المثمن الذي هو ملك للبائع إدعاءً.

(١) المراد به هو المعاوضة.

(٢) لم يظهر مورد هذا الإستثناء، لأنّ ظاهره أنّه إستثناء من قوله: «و لولا هذا البناء» و من المعلوم عدم صحته، إذ لا بدّ في صحة الاستثناء من دخول المستثنى في المستثنى منه لولا الاستثناء. و ليس المقام كذلك، إذ البناء المزبور متقوم بإعراضها عن حكم الشارع. و لا يمكن إجتماع البناء المزبور مع الإعراض حتى يصحّ إخراج الإعراض عنه.

فالأولى إسقاط العبارة من قوله: «إلا أن» إلى قوله: «عن ذلك» بأن يقال: «يضمنه بماله كما هو الشأن في المعاوضات الواردة على أموال الناس ... الخ».

(٣) أي: عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن.

(٤) جواب «لما» لكن قد عرفت زيادة «لما» و ما قبله و ما بعده.

و كيف كان يكون قوله: «فالتسليط» نتيجة بناء البائع الفضول على كون المبيع ملكاً له، فلا يكون التسليط مجاناً.

(٥) معطوف على «التسليط» و بيان كيفية تضمين المشتري البائع الفضول على الثمن. و حاصله: أنّ المشتري قد ضمنّ البائع بما يقابل الثمن من ماله، و هذا التضمين حقيقي. إلا أن كون هذا المبيع ملكاً له إدعائي، نظير ما إذا ظهر كون المثمن المعين ملكاً لغير البائع، كما إذا باع زيد عيناً خارجية مثل كتاب اللّعبة مثلاً، فتبين كونها ملكاً لغيره، فإنّ المشتري يرجع حينئذٍ إلى البائع بالثمن مع تلفه إتفاقاً، مع أنّ المشتري إنّما ضمنّ البائع بالثمن بإزاء هذا المبيع الشخصي الذي ظهر كونه لغيره.

فكما أنّ التضمين هناك حقيقي، و كون المثمن ملكاً للبائع إعتقادي له و للمشتري،

إِلَّا أَنْ كُونَ الْمُثْمَنُ مَالاً لَهُ^(١) إِذْعَانِي. فَهُوَ^(٢) كَمَا لَوْ ظَهَرَ الْمُثْمَنُ الْمُعَيَّنُ مَلَكاً لِلغَيْرِ، فَإِنَّ الْمُشْتَرِيَّ يَرْجِعُ إِلَى الْبَائِعِ بِالثَّمَنِ مَعَ التَّلْفِ إِتِفَاقاً، مَعَ أَنَّهُ^(٣) إِنَّمَا ضَمَّنَهُ الثَّمَنَ بِإِزَاءِ هَذَا الشَّيْءِ الَّذِي هُوَ مَالٌ لِلغَيْرِ. فَكَمَا أَنَّ التَّضْمِينَ هُنَا^(٤) حَقِيقِيٌّ، وَكَوْنَ الْمُثْمَنِ مَالاً لَهُ^(٥) إِعْتَادِيٌّ^(٦) لَا يَقْدَحُ^(٧) تَخْلُفَهُ فِي التَّضْمِينِ، فَكَذَلِكَ بِنَاءُ الْمُشْتَرِيِّ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ^(٨) عَلَى مَلِكِ الْمُثْمَنِ عَدْوَاناً لَا يَقْدَحُ^(٩)

و لا يقدر تخلفه في تضمين المشتري البائع بما يقابل الثمن. فكذلك بناء المشتري فيما نحن فيه - و هو تسليط المشتري العالم بكون البيع فضولياً البائع الغاصب على الثمن - على ملك المبيع للبائع عدواناً لا يقدر في التضمين الحقيقي بمال البائع. فإن المبيع ليس ملكاً للبائع في كلتا صورتين، و هما: ظهور كون المبيع ملكاً لغير البائع، مع إعتقاد المتعاقدين كليهما بملكية المبيع للبائع، كما في مسألة المقيس عليه. و علم المشتري بعدم ملكية المبيع للبائع مع بناء المشتري على ملكية البائع له عدواناً كما فيما نحن فيه.

فالتنتيجة: أن إدعاء المالكية يترتب عليه أمران:

أحدهما: ضمان البائع هنا للثمن، كضمانه في مسألة إنكشاف كون المبيع ملكاً للغير. ثانيها: صحة صدور البيع عن الغاصب، و إلا لم يصح إجازة المالك له.

(١) هذا الضمير و ضمير «ماله» راجعان إلى البائع.

(٢) أي: فرجوع المشتري إلى البائع فيما نحن فيه يكون كرجوع المشتري إلى البائع

في مسألة ظهور المبيع المعين الخارجي ملكاً للغير.

(٣) أي: أن المشتري، و الضمير المفعول، في «ضمنه» راجع إلى البائع.

(٤) أي: تضمين المشتري في صورة إنكشاف كون المبيع ملكاً لغير البائع.

(٥) أي: للبائع. و قوله: «كون» معطوف على «التضمين».

(٦) لإعتقاد المتبايعين بملكية الثمن للبائع.

(٧) الجملة صفة لـ «إعتقادي» أي: لا يقدر تخلف إعتقاد البائع و المشتري في

تضمين المشتري البائع بمقابل الثمن هناك، فكذلك فيما نحن فيه.

(٨) و هو تسليط المشتري - الباني على ملكية الثمن للبائع عدواناً - البائع الفضول

على الثمن.

(٩) خبر «بناء» يعني: لا يقدر هذا البناء من المشتري في تضمينه البائع الفضول

في التضمين الحقيقي بماله^(١).

قلت^(٢): الضمان كونُ الشيء في عهدة الضامن و خسارته^(٣) عليه، و إذا كان المضمون^(٤) به ملكاً لغير الضامن واقعاً

بمقابل الثمن من مال البائع، لأنَّ هذا البناء في مقام تطبيق مال البائع على الثمن المغضوب، و هو لا يقدح في أصل تضمين البائع بماله الواقعي.

فتلخَّص مما ذكر في «إن قلت»: أنَّ المشتري العالم بفضولية البائع يرجع إلى البائع ببديل الثمن الذي تلف عنده، كرجوع المشتري إلى البائع بالثمن في ظهور ملكية المبيع لغير البائع، لاشتراك كليهما في عدم كون البائع مالكاً للمبيع واقعاً. فالتضمين هناك و هنا حقيقي، و إعتقاد كون الثمن للبائع - مع عدم كونه ملكاً له واقعاً - غير قادح في التضمين الذي هو عين المعاوضة.

(١) أي: بمال البائع.

(٢) هذا جواب الاشكال المذكور بصورة «ان قلت». و الغرض من هذا الجواب نفي الضمان الذي أثبته المستشكل، و إثبات الفرق بين ما نحن فيه - و هو صورة العلم بالفصـب - و صورة الجهل به كما في صورة كون المبيع ملكاً للغير، و عدم صحة بناء المتعاقدين على ملكية المبيع للبائع الفاصـب.

توضيحه: أنه في صورة علم المشتري بفاصيئة البائع يكون التضمينُ بالعوض بالنسبة إلى البائع الفضول إدعائياً، و بالنسبة إلى مالك المبيع حقيقياً، و لذا ينتقل الثمن إلى المالك بمجرد إجازته عوضاً عن المبيع. هذا في صورة علم المشتري بكون البائع غاصباً. و أما في صورة جهل المشتري بكون المبيع لغير البائع يكون الضمانُ لعموم قاعدة اليد، لعدم رضا المشتري بتصرف البائع في الثمن مجاناً و بلا عوض، لا للإقدام و التضمين كصورة العلم حتى يقال: بعدم الضمان للتسليط المجاني.

وكذا الحال في ثبوت ضمان البائع في سائر موارد علم المشتري بفساد البيع، لا من جهة علمه بعدم مالكية البائع، لأنَّ التضمين - و هو خروج المبيع من كيس البائع - حقيقي، لكنه ليس صحيحاً شرعاً، فيثبت ضمان اليد.

(٣) معطوف على «الشيء» أي: أنَّ الضمان هو كون خسارة الشيء على الضامن.

(٤) و هو المبيع، و لعلَّ الأولى إبدال الواو بالفاء، بأن يقال: «فإذا كان».

فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمها بذلك^(١).

وما^(٢) ذكر - من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلن ملكاً للبائع الغاصب مع كونه مال الغير - فهو^(٣) إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منها إدعاءً، مع عدم كون البائع أهلاً لذلك^(٤) في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين^(٥)، و الضمان و التضمن الحقيقي بالنسبة إليهما^(٦)، ولذا^(٧) ينتقل الثمن إلى مالك المبيع، و يدخل^(٨) في ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل^(٩): أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن.

(١) أي: مع علم المتعاقدين بعدم كون المبيع ملكاً للبائع.

(٢) مبتدأ، خبره «فهو إنما» يعني: ما ذكره المستشكل بقوله: «إلا أن كلاً منها لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثلن، و تعاقدًا معرضين عن ذلك...».

(٣) أي: بناء المتعاقدين - في هذا العقد الواقع بين الفضولي و المشتري - لا يوجب التضمن المعاوضي حتى يرجع المشتري إلى البائع الفضول بالثمن، بل بناؤها يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منها إدعاءً، مع عدم أهلية البائع واقعاً لذلك. فأصل المعاوضة حقيقة واقعة بين المالكين و هما المشتري و مالك المبيع، فالضمان و التضمن المعاوضي إنما يكون بينهما.

و الشاهد على وقوع المعاوضة حقيقةً بينها هو إنتقال الثمن إلى مالك المبيع بمجرد إجازته لهذا العقد الواقع بين البائع الفضولي و المشتري.

(٤) أي: للتمليك، لعدم كونه مالاً للمبيع حتى يكون أهلاً للتمليك.

(٥) و هما مالك المبيع و المشتري الأصيل، لأن أهلية التمليك و التملك لها دون غيرها.

(٦) أي: إلى المالكين، لأنهما مسلمان على أموالهما، فولاية المعاوضة لها.

(٧) أي: و لوقوع المعاوضة بين المالكين ينتقل الثمن إلى مالك المبيع بمجرد الإجازة.

(٨) يعني: و يدخل الثمن في ضمان مالك المبيع بالضمان المعاوضي بمجرد الإجازة، فلو لم يكن مالك المبيع أحد طرفي المعاوضة حقيقةً لم يكن له الإجازة، و لا تملك الثمن.

(٩) يعني: و حاصل ما ذكرناه - في صورة تلف الثمن مع علم المشتري بغاصبية البائع - أنه لا تضمن حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن حتى يلزمه ضمان البائع

و أما^(١) رجوع المشتري مع إعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمؤمن عند إنكشاف الخطأ^(٢) - مع أنه إنما ضمنه^(٣) بمال الغير^(٤) - فلعدم^(٥) طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمنه^(٦) به غير ملك له، ولا يتحقق به التضمن، لأنه^(٧) إنما طابت نفسه بتصرف البائع

للمن التالف.

(١) دفع وهم. أما الوهم فهو: أنه كيف تحمكون بضمان البائع للمؤمن في صورة ظهور المؤمن ملكاً لغير البائع، مع جهل المتعاقدين بكون المؤمن ملكاً للغير؟ ولا تحمكون بضمان البائع في صورة علمهما بكون المؤمن ملكاً للغير، مع أن المشتري قد ضمن البائع في كلتا صورتين بمال الغير، لا بمال نفسه.

و أما الدفع فهو: أن المشتري لم يأذن في تصرف البائع في الثمن مطلقاً، بل مقيداً بالضمان في صورة ظهور المبيع ملكاً لغير البائع، ولذا حكموا فيه بضمان البائع للمؤمن إذا تلف. بخلاف ما نحن فيه، فإن المشتري العالم بغاصبية البائع الفضول سلطه على التصرف في الثمن مطلقاً مجاناً وبلا عوض ومن دون تضمين.

و الحاصل: أن طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن في ذلك الفرع إنما هو لاعتقاد كون المؤمن ملكاً للبائع. بخلاف ما نحن فيه، لفقدان هذا الاعتقاد فيه، لعلم المشتري بعدم ملكية الثمن للبائع.

(٢) أي: خطأ إعتقادهما، و ظهور كون المؤمن ملكاً للغير.

(٣) أي: ضمن البائع، والضمير المستتر و ضمير «أنه» راجعان إلى المشتري.

(٤) يعني: مع إشترك الفرعين في كون التضمن بمال الغير، إذ المفروض عدم كون المبيع ملكاً للبائع في كلا الفرعين.

(٥) هذا جواب «و أما» و دفع الوهم، و قد تقدم توضيحه بقولنا: «و أما الدفع».

(٦) يعني: وإن كان ما ضمنه المشتري به - و هو الثمن - ليس ملكاً للبائع، و لذا لا يحصل به التضمن.

(٧) تعليل لعدم طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن بدون ضمان، و حاصله: أن طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن مقيد باعتقاد كون المؤمن ملكاً للبائع، و ليس ملكاً له، فلا تطيب نفسه بتصرف البائع في الثمن مع إنكشاف عدم كون المؤمن

لإعتقاد^(١) كون المثلن ملكاً له، و صيرورته^(٢) مباحاً له بتسليطه عليه.
و هذا^(٣) مفقود فيما نحن فيه، لأنّ طيب النفس بالتصرّف و الإلتلاف من دون
ضمان له بماله حاصل^(٤).
و ممّا ذكرنا^(٥) يظهر أيضاً فسادُ نقض^(٦) ما ذكرنا

ملكاً له، ففتضى قاعدة اليد ضمان البائع للمثلن.
(١) متعلّق بـ «طابت» و مقيد له، فإذا تبين كون المثلن ملكاً لغير البائع إنتفى الطيب
المجوّز للتصرف. و ضمير «له» راجع إلى «البائع».
(٢) معطوف على «كون» يعني: و لإعتقاد صيرورة المثلن مباحاً للمشتري بسبب
تسليط البائع للمشتري على المثلن.

(٣) أي: طيب النفس من المشتري بتصرف البائع في الثمن - لاعتقاده بكون المثلن
ملكاً للبائع - مفقود فيما نحن فيه، إذ المفروض فيه علم المشتري بعدم كون المثلن ملكاً
للبيع. فليس طيب نفس المشتري هنا مقيداً باعتقاد ملكية المبيع للبائع حتى يكون إنتفاء
الإعتقاد موجباً للضمان، بل طيب نفس المشتري بتصرف البائع في الثمن بدون الضمان
حاصل هنا.

(٤) أي: حاصل هنا، و ضمير «له» راجع إلى الثمن، و ضمير «بماله» إلى البائع.
(٥) أي: و من عدم ضمان البائع للمثلن عند تسليط المشتري له على الثمن، و الغرض
من هذا هو الإشكال النقضي على من نفى ضمان البائع في تسليط المشتري البائع في هذه
المسألة. و لم أظفر بالناقض، إلا أنّ أصل مقايمة المقام بالبيع الفاسد - من غير جهة
الغصب - و جوابه المذكور في الجواهر و غيره، فراجع^(١).

(٦) حاصل هذا الإشكال النقضي هو: أنّ نفي الضمان عن البائع الغاصب - مع علم
المشتري بغاصبيته - منقوض بما إذا علم البائع و المشتري بفساد البيع، لفقد شرط من
شرائط كالموالاتة أو التنجيز أو التطابق بين الإيجاب و القبول أو غيرها من الشرائط، فإنّ

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٧، تبعاً لما في شرح القواعد للشيخ الكبير كاشف الغطاء، و تعرض له
أيضاً تلميذه في كشف الظلام، و نجله في أنوار الفقاهة.

بالباع^(١) مع علم المشتري بالفساد، حيث إنه^(٢) ضمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به. وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما يعلم أن المشتري لا يضمن به^(٣)، فكأنه لم يضمنه بشيء.

وجه الفساد^(٤): أن التضمن الحقيقي حاصل هنا^(٥)، لأن^(٦) المضمون به مال الضامن، غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان و التضمن في نظر

كلّاً من البائع و المشتري مع علمه بفساد البيع يضمن صاحبه، فإن البائع يضمن المشتري بما يأخذه من الثمن عوضاً عن المبيع. وكذا المشتري يضمن البائع بما يأخذه منه من المبيع عوضاً عن الثمن، مع علم كل منهما بفساد هذين التضمنين، لبطان البيع. و مع علمها بالبطان يضمن كل منهما مال الآخر، فلا بد أن يكون الضمان فيما نحن فيه ثابتاً أيضاً، للعلم ببطان البيع و التضمن في كلتا المسألتين.

(١) متعلق بـ «نقض» و المراد بما ذكرنا هو نفي ضمان الثمن عن البائع الفضولي.

(٢) أي: أن المشتري، و هذا تقريب النقض، و قد تقدّم آنفاً توضيحه بقولنا:

«منقوض بما إذا علم...».

(٣) هذا العلم ناشئ من فساد البيع و عدم إضائه شرعاً. و ضمير «به» راجع إلى

الموصول في قوله: «بما يعلم» و المراد بالموصول هو الثمن.

يعني: أن البائع ضمن المشتري بمن يعلم البائع بأن المشتري لا يضمن بذلك الثمن،

لعلمها بفساد البيع المستلزم لعدم صحة تضمينها.

(٤) أي: فساد النقض المذكور. توضيحه: أن التضمن المعاوضي فاسد، لفساد البيع.

و أما التضمن الودي فهو حاصل هنا، فإن المضمون به في البيع الفاسد - لاختلال بعض شرائطه - مال الضامن. بخلاف ما نحن فيه، فإن المضمون به ليس مالا للبائع الفاسد، بل للمالكه.

(٥) أي: في العقد الفاسد - لاختلال بعض شرائطه - مع كون العوضين من

المتعاقدين. و المراد بالتضمن الحقيقي هو التضمن بالقيمة.

(٦) تعليل لحصول التضمن الحقيقي في العقد الفاسد.

الشارع، لأنَّ المفروض فساده^(١)، فإذا لم يُبضِّ الشارِعُ الضمانَ الخاصَّ^(٢) صار أصلُ إقدام الشخص على الضمان الحقيقيّ أو قاعدة^(٣) إثبات اليد على مالٍ - من دون^(٤) تسليطٍ مجتاني أو إستيماني عن مالكة - موجباً^(٥) لضمانه، على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه.

و شيءٌ منها^(٦) غيرُ موجودٍ فيما نحن فيه^(٧)، كما أوضحناه

(١) أي: فساد العقد شرعاً، و فساده يمنع عن صحة الضمان المعاوضي. و أمّا الضمان اليدي فلا مانع منه، لأنّه مقتضى عموم «على اليد» الذي لم يخصّص هنا بشيء.

(٢) و هو الضمان المعاوضي، و قوله «صار» جواب الشرط في: «فإذا لم يُبضِّ».

(٣) معطوف على «أصل» و الاتيان بكلمة «أو» لأجل إختلاف كلمات الفقهاء في مدرك قاعدة «ما يضمن» فالقدماء إستندوا إلى الإقدام على الضمان، و الشهيد الثاني في بعض كلامه إستند إلى حديث «على اليد» و قد تقدم نقل جملة من الكلمات في بحث المقبوض بالبيع الفاسد، فراجع «١».

(٤) يعني: من دون مخصّص لقاعدة اليد، من تسليطٍ مجتاني أو إستيماني كالوديعة.

(٥) خبر «صار» يعني: صار أصلُ إقدام الشخص على الضمان الحقيقيّ و هو الضمان بالقيمة أو قاعدة اليد من دون مخصّص لها - من تسليطٍ مجتاني أو إستيماني من مالكة - موجباً لضمانه.

(٦) أي: قاعدة الإقدام و قاعدة اليد.

(٧) و هو علم المشتري بغاصبية البائع. و وجهُ عدم وجودها فيما نحن فيه، أمّا قاعدة الإقدام، فلأنَّ البائع الفاصِبَ لم يُقدِّم على الضمان، لأنّه أخذ الثمن من المشتري في مقابل المبيع الذي لم يكن ملكاً له، فلم يُقدِّم على ضمان الثمن بشيءٍ من ماله، فلا مجال لقاعدة الإقدام.

و أمّا قاعدة اليد، فلأنَّ إثبات يد البائع على الثمن ليس إلا مجتانياً و بلا عوض، إذ المشتري مع علمه بعدم ملكية المبيع للبائع سلّطه على الثمن، فليس هذا التسليط إلا مجتانياً.

بما لا مزيد عليه^(١)، وحاصله^(٢): أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم^(٣) عدم كونه مالكا للمبيع، وتسليطه^(٤) على إتلافه، في^(٥) أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث (*).

نعم^(٦) لو كان فساد العقد

(١) تقدم كلامه في (ص ٤٨٥) وهو قوله: «و توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم على اليد ... وإما لقاعدة الاقدام، والأول مخصص بفحوى ... الخ».

(٢) يعني: وحاصل ما أوضحناه هو: أن دفع المشتري العالم بغاصبية البائع الثمن إلى الغاصب ليس إلا كدفع الثمن إلى شخص ثالث أي غير المالك للمبيع والبائع الفضولي، فكما لا يكون ذلك الثالث ضامناً، فكذلك البائع، لكون الدفع إلى كليهما مجانياً.

(٣) يعني: يعلم المشتري الدافع عدم كون الثالث مالكا للمبيع.

(٤) معطوف على «دفعه» في قوله: «كدفعه» يعني: كدفع الثمن إلى ثالث وتسليطه على إتلافه.

(٥) متعلق بقوله: «كدفعه» وهذا وجه التنظير، وحاصله: أن دفع الثمن إلى البائع الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث في أن رد مالك المبيع البيع الصادر من البائع الفضول كما لا يوجب الرجوع إلى الثالث بالثمن، كذلك لا يوجب الرجوع إلى البائع الفضول، لكون التسليط فيها مجانياً.

(٦) هذا استدراك على قوله: في (ص ٤٩٨) وهو قوله: «وجه الفساد أن التضمين الحقيقي حاصل هنا» وملخصه: أن التضمين الحقيقي الموجب للضمان في العقود الفاسدة - لأجل عدم قابلية العوض للملكية كالخمر والخنزير والحُرّ، سواء أكان ثمناً أم مثمناً - مفقود في هذا العقد الفاسد، لأن الضمان يكون في المال، والمفروض أن الخمر وأخوها

(* لا يخلو تنظير البائع الفضول بدفع المال إلى ثالث - يعني: غير المالك والبائع الفضول في عدم الضمان - من غموض، لأن الغرض من هذا التنظير جواز التصرف وعدم الضمان. وهذا منافٍ لما أفاده في (ص ٤٨٢) من عدم جواز تصرف البائع في الثمن، إذ لو كان البائع كالثالث لم يكن وجه لعدم تصرف البائع في الثمن.

والتحقيق عدم كون البائع كالثالث، لأن الدفع إلى البائع وفاء للثمن، بخلاف الدفع إلى الثالث، فإنه تسليط مجاني.

لعدم قبول العوض (*) للملك كالخمر و الخنزير و الحُرّ، قَوِيٌّ^(١) إِطْرَادُ ما ذكرنا فيه من^(٢) عدم ضمان عوضها^(٣) المملوك^(٤) مع علم المالك^(٥) بالحال، كما صرّح^(٦) به شيخُ مشايخنا في شرحه على القواعد، هذا.

ليست مالاً شرعاً حتى تقبل الملكية، فضمانه ليس ضماناً شرعياً. فإذا باع شاةً بخمر مثلاً، و تلفت الشاة عند المشتري، لا يرجع البائع إليه بقيمة الشاة، لأنّ تضمين بائع الشاة المشتري بالخمر غيرُ صحيح، لأنّه تضمين بما لا يقبل الملك. وكذا الحال إذا كان الثمن غيرَ مالٍ شرعاً.

(١) جواب «لو» يعني: يقوى إطراد ما ذكرنا في صورة علم المشتري بغاصبيّة البائع من عدم الضمان.

(٢) بيان للموصول، و ضمير «فيه» راجع إلى «ما نحن فيه» من فرض علم المشتري بالغصب.

(٣) أي: عوض الخمر و الخنزير و الحُرّ.

(٤) صفة للعوض، كما إذا كان عوضها مالاً مملوكاً كالفلوس.

(٥) أي: علم مالك العوض المملوك بالحال، أو علمه بكون العوض غيرَ مملوك

كالخمر.

(٦) أي: صرّح شيخُ مشايخنا - و هو كاشف الغطاء رحمته - بعدم الضمان في صورة

فساد البيع لأجل عدم مملوكية العوض، كعدم الضمان في صورة علم المشتري بغصبيّة المبيع. قال: «و يقوى تسوية الحكم في المقامين إلى كلّ ما دفع من غير مقابل، أو بمقابل غير قابل»^(١).

(*) ينبغي تقييده بما إذا لم يكن العوض قابلاً شرعاً و عرفاً للملكية كالحشرات، فإنّ

التسليط حينئذٍ يكون مجانياً، إذ عدم مالية العوض قرينة على مجانية التسليط. و أمّا إذا كان قابلاً عرفاً للملكية فمجانية التسليط غير معلومة.

ولكن^(١) إطلاق قولهم: «إن كلَّ عقد يضمن بصحيحه يُضمن بفساده» يقتضي الضمان فيما نحن فيه^(٢) و شبهه^(٣)، نظراً^(٤) إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان ففساده كذلك.

إلا^(٥) أن يفسر بما أبطناه

(١) هذا إستدراك على ما تقدم في (ص ٤٨٢) من قوله: «و أمّا لو كان تالفاً فالمعروف عدم رجوع المشتري ... الخ»، و هذا عدول عما أفاده من عدم الضمان فيما نحن فيه - و هو علم المشتري بغاصبية البائع - إلى القول بالضمان فيه إستناداً إلى إطلاق القضية المعروفة، و هي «كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفساده» فإن إطلاق الفاسد يقتضي الضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصبيّة.

(٢) و هو علم المشتري بغاصبيّة البائع. و قوله: «يقتضي» خبر «إطلاق».

(٣) و المراد بشبهه بيع ما ليس قابلاً للملكيّة، كبيع الخمر و الخنزير و الحرّ مع علم المشتري بعدم قابليتها للملكيّة.

(٤) هذا تقريب الإستدلال بالقضيّة المذكورة، و هو: أن للبيع صحيحاً و فاسداً، و صحيحه يقتضي الضمان، و كذا فاسده، فبيع الغصوب مع علم المشتري بالغصبيّة فاسد، فيقتضي الضمان.

(٥) هذا عدول عن الضمان - الذي أثبتته بقاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده» فيما نحن فيه، و هو علم المشتري بغاصبية البائع - إلى ما أفاده سابقاً من عدم الضمان، و أراد إثبات عدم الضمان بنفس هذه القاعدة، بناءً على تفسيرها بعقدٍ واحدٍ شخصي إذا فُرض تارةً صحيحاً، و أخرى فاسداً، فصحيحه لا يضمن و كذا فاسده. فإذا فُرض تارةً صحّة البيع بلا ثمن، و أخرى فساده، فلا ضمان في صحته، و كذا في فاسده. و قد تقدّم في بحث المقبوض بالبيع الفاسد نقل هذا الإحتمال عن صاحب الجواهر^(٦) و مبناه جعل العموم في «كل عقد» بلحاظ الأفراد الخارجيّة، لا أنواع العقود، و لا أصناف كل واحدٍ منها، فراجع تفصيل الكلام هناك^(٧).

سابقاً^(١) من أن كلَّ عقدٍ يُضمن على فرض صحته يُضمن على فرض فساده. و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه^(٢) و في مثل البيع [المبيع] بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة إذا فُرض^(٣) صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد. لكنك^(٤) عرفت ضعفَ هذا المعنى فيما ذكرناه سابقاً^(٥) في توضيح هذه القضية^(٦)، فإنَّ معناها^(٧): «أنَّ كلَّ عقدٍ تحقَّق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان

(١) حيث قال هناك: «و ربما يحتمل في العبارة أن يكون معناه أن كلَّ شخصٍ من العقود يضمن به لو كان صحيحاً يضمن به مع الفساد» إلى أن قال: «و يُضعف بأنَّ الموضوع هو العقد الذي وُجد له بالفعل صحيح و فاسد، لا ما يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً... الخ».

(٢) و هو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

(٣) يعني: إذا فرض العقد في البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة صحيحاً لم يكن فيه ضمان، و كذا لا ضمان فيه إذا فُرض فاسداً. فعلى هذا المعنى في قضية «ما يضمن بصحيحه» يكون كل من الصحة و الفساد فرضياً، و يصحَّ الحكم بالضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته، لأنَّه إذا فُرض صحيحاً لا يكون فيه ضمان، فكذا إذا فُرض فاسداً.

(٤) غرضه تضعيف التفسير المذكور لقضية «ما يضمن» و عدم صلاحيته للإستناد إليه في إثبات الضمان في بيع الفضولي الغاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

و حاصله: أننا قد ذكرنا سابقاً ضعفَ هذا المعنى، فلا يصحَّ أن يكون دليلاً على عدم الضمان في بيع الغاصب مع علم المشتري بالغصب.

(٥) قد نقلنا بعض عبارته قبل أسطر، فلاحظ.

(٦) و هي: كلُّ ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده.

(٧) يعني: معنى «كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده»، و محصّل ما أفاده في معنى هذه القضية هو: أن كلَّ عقدٍ ثبت الضمانُ شرعاً في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، كالبيع غير الربوي و البيع الربوي، فإنَّ الأوَّل هو الفرد الصحيح من البيع، و الثاني هو الفرد الفاسد من البيع. فهذان الفردان الفعليان للبيع يكون أحدهما الصحيح مورداً للضمان، و الآخر الفاسد أيضاً مورداً للضمان. و ليس فرد واحد شخصي يفرض تارةً صحيحاً و أخرى فاسداً، فإنَّ لفظ «يضمن» الذي هو نعت لكلمة «عقد»

في الفرد الفاسد منه^(١)، فيختصُّ موردها^(٢) بما إذا كان للعقد فردان فعليّان، لا الفردُ الواحد المفروضُ تارةً صحيحاً وأخرى فاسداً.

نعم^(٣) يمكن تطبيق المعنى

ظاهر في الاتصاف الفعلي بالضمان.

(١) هذا الضمير و ضمير «منه» المذكور قبله راجعان إلى «عقد».

(٢) يعني: يختص مورد قضية «كل عقد يضمن بصحيحه» بالعقد الذي له فردان فعليّان ثبت الضمان شرعاً في صحيحهما و فاسدهما، لا الفرد الواحد الشخصي الذي يفرض تارةً صحيحاً، وأخرى فاسداً كما هو المعنى الذي أبطلناه سابقاً.

(٣) إستدراك على الإستدلال على نفي الضمان بقضية «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده» بناءً على تفسيرها الباطل، و هو إرادة فرض الصحة و الفساد في عقد واحد شخصي.

و حاصل الاستدراك: أنه يمكن الإستدلال على عدم الضمان فيما نحن فيه - و هو بيعُ الغاصب مع علم المشتري بغاصبية البائع - بقاعدة «ما يضمن بصحيحه» بالمعنى الذي إختاره المصنّف رحمته في (ص ٥٠٣) بقوله: «فإن معناه: أن كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه» بأن يقال: إن المراد بالعقد في قاعدة «كلُّ عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ليس خصوص النوع المتعارف كالبيع و الصلح من أنواع العقود، كما كان ذلك ظاهر المعنى المختار، بل المراد ما هو أعم من ذلك.

يعني: أن المقصود بالعقد هو العقد المملك للأموال مما يكون له فردان صحيح كالبيع غير الربوي، و فاسد كالبيع الربوي، سواء أكان من النوع المتعارف كالبيع الذي هو مبادلة مال بمال، و الهبة غير المعاوضة التي هي من التملك المجاني، أم كان من النوع غير المتعارف كالبيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجر، و كتسليط المشتري البائع الفضول على الثمن بلا عوضٍ من مال البائع.

في التملك المعاوضي يكون الضمان في صحيحه و فاسده، و في التملك غير المعاوضي أيضاً صحيحٌ كالهبة غير المعاوضة، و فاسدٌ كتسليط المشتري الغاصب على الثمن بدون عوضٍ من ماله، و كالإجارة بلا أجر و البيع بلا ثمن. و في صحيح هذا العقد غير المعاوضي - كالهبة غير المعاوضة - لا ضمان، و كذا في فاسده، كبيع الغاصب بدون عوضٍ من ماله.

المختار^(١) فيما نحن فيه و شبهه^(٢)، بأن^(٣) لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع والصلح، بل يرادُ مطلق المعاملة الماليّة التي يوجد لها فردان صحيح و فاسدٌ، فيقال: إنّ ما نحن فيه^(٤) و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرّة تمليك بلا عوضٍ من مال الآخر. و الفرد^(٥) الصحيح من هذه المعاملة^(٦) - و هي^(٧) الهبة غير المعوّضة - لا ضمان فيها،

(١) و هو الذي أفاده بقوله: «فان معناه أنّ كلّ عقدٍ تحقق الضمان» إلى آخر ما نقلناه آنفاً.

(٢) كبيع ما ليس قابلاً للملكية مع علم المشتري بعدم قبوله للملكية.

(٣) هذا و «فما نحن فيه» متعلقان بـ «تطبيق»، و هذا تقريب إمكان تطبيق المعنى المختار على ما نحن فيه من بيع الغاصب مع علم المشتري.

(٤) و هو بيع الغاصب مع علم المشتري بغاصبته و دفع الثمن إليه، و محصله: أنّ المراد بالموصول في قضية «ما لا يضمن» هو المعاملة الماليّة التي لها فردان صحيح و فاسد. سواء أكانت تمليكيّاً مع العوض كالبيع، أم بدون العوض كالهبة غير المعوّضة. و للتمليك مع العوض فرد صحيح، كالبيع غير الربويّ، و فرد فاسد كالبيع الربوي. و للتمليك غير المعاوضي أيضاً فردٌ صحيح كالهبة غير المعوّضة، و فردٌ فاسد كالبيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرّة، و تسليط المشتري البائع الغاصب على الثمن.

و هذا التعميم لكلّ معاملة ماليّة يشمل ما نحن فيه، لأنّ التسليط المزبور تمليك مجّاني، لعدم كون هذا التسليم بعوضٍ من مال الغاصب، فيدلّ على عدم ضمان البائع الغاصب للثمن، كعدم ضمان الفرد الصحيح من التمليك المجّاني و هو الهبة غير المعوّضة، فيكون «ما لا يضمن بصحيحه» دليلاً على عدم ضمان البائع الغاصب للثمن الذي سلّمه المشتري إليه.

(٥) معطوف على الموصول في «ما نحن فيه» و خبره قوله: «لا ضمان».

(٦) أي: معاملة التمليك بلا عوضٍ.

(٧) أي: الفرد الصحيح. و تأنيث الضمير باعتبار الخبر. و المراد بقوله: «هذه المعاملة» هو التمليك بلا عوضٍ، الذي له فرد صحيح كالهبة غير المعوّضة، و فرد فاسد كالبيع بلا ثمن، و الإجارة بلا أجرّة.

ففسادها^(١) كذلك، فتأمل^(٢).

و بالجملـة: فستندُ المشهور^(٣) في مسألتنا^(٤) لا يخلو من غموضٍ، و لذا^(٥) لم يصرِّح أحدٌ بعدم الضمان في «بعثك بلا ثمن» (*) مع إتفاقهم عليه^(٦) [هنا] .

(١) أي: الفرد الفاسد من هذه المعاملة المالية لا ضمان فيها أيضاً، فالمعاملة المجانية - مثل ما نحن فيه و البيع بلا ثمنٍ و الإجارة بلا أجره - لا ضمان فيها.
 (٢) لعله إشارة إلى: أن المعنى المذكور - و هو إرادة مطلق المعاملة المالية من الموصول في قضية «ما يضمن بصحيحه» - و إن كان صحيحاً في نفسه، لكنه ليس ظاهر القضية المذكورة بحيث ينسب إلى الذهن، بل إرادته محتاجة إلى القرينة. فظاهر الموصول هو كلُّ نوعٍ من أنواع العقد كالبيع و الصلح و نحوهما.
 أو إشارة إلى: أن المعاملة المالية عنوان إنتراعي لا يصلح لأن يكون موضوعاً للحكم.

(٣) القائلين بعدم رجوع المشتري إلى البائع بالثمن في صورة التلف. وجه غموض المستند هو: أن مقتضى ما ذكره من التسليط المجاني عدم الضمان، لكن مقتضى قاعدة «ما يضمن بصحيحه» هو الضمان، و لذا إتفقوا على الضمان في «بعثك بلا ثمن».

(٤) و هي بيع الغاصب مع علم المشتري بكونه غاصباً.

(٥) أي: و لعدم خلوِّ مستند المشهور - النافين لرجوع المشتري إلى البائع - عن الغموض و الإشكال، لم يصرِّح أحدٌ بعدم الضمان في «بعثك بلا ثمن» مع إتفاق الأصحاب على عدم الضمان هنا، أي: في تسليط المشتري البائع الغاصب.

هذا بناءً على وجود كلمة «هنا»، و أمّا بناءً على عدمها فرجع ضمير «عليه» هو الضمان، يعني: لم يصرِّح أحدٌ بعدم الضمان في «بعثك بلا ثمن» بل إتفقوا على الضمان فيه.

(٦) أي: على عدم الضمان هنا، أي: في بيع الغاصب مع علم المشتري بغصبية المبيع.

(*) لا يخلو منافاة دعوى عدم التصريح بعدم الضمان لما تقدم في (ص ٤٨٨) من قوله: «فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجره، التي قد حكم الشهيد وغير واحد بعدم الضمان فيها» و تقدّم هناك أن عدم الضمان مختار غير واحد، فراجع ما نقلناه من الكلمات.

و صرّح^(١) بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه^(٢).

نعم^(٣) ذكر الشهيد رحمته وغيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجره.

(١) غرضه من ذكر هذا الفرع تأييد ما أفاده من غموض مستند المشهور، إذ لو لم يكن في مستندهم غموض لزم التصريح بعدم ضمان المرتشي للرشوة التالفة عنده، لأنّ الراشي سلّط المرتشي على الرشوة بلا عوض، كنسليط المشتري البائع الفاصب على الثمن مجاناً، مع أنّهم صرّحوا بضمان المرتشي. فلا بدّ من الحكم بضمان البائع الفاصب أيضاً، لوحدة الطريق في المسألتين. فهذا الاختلاف في الضمان في نظائر مسألتنا كاشف عن غموض دليل عدم الضمان فيما نحن فيه.

و المصرّح بالضمان جماعة كالمحقق والعلامة والشهيد وغيرهم، بل في الجواهر: «و كيف كان فلا خلاف و لا إشكال في بقاء الرشوة على ملك المالك، كما هو مقتضى قوله: إنّها سحت، و غيره من النصوص الدالة على ذلك. و أنّ حكمها حكم غيرها ممّا هو كان من هذا القبيل. نعم قد يشكل الرجوع بها مع تلفها و علم الدافع بالحرمة باعتبار تسليطه. و التحقيق فيه ما مرّ في نظائره»^(١).

و قال في القضاء: «و كيف كان فلو تلفت - أي الرشوة - قبل وصولها إليه ضمنها له، لعموم على اليد، و غيره ممّا تقدم ... الخ»^(٢).

نعم إستشكل الفاضل التراقي في الضمان على تقدير التلف لو كان دفع الرشوة برضا الراشي^(٣). و الظاهر أنّ قول صاحب الجواهر: «قد يشكل» إشارة إلى خلاف الفاضل، ولكنه كما ترى.

(٢) و هو يبيع الفاصب مع علم المشتري بغاصبيته.

(٣) إستدراك على عدم التصريح بعدم الضمان في «البيع بلا ثمن، و الاجارة بلا أجره» لكونها متحدتين حكماً. و حاصل الاستدراك وجود المصرّح بعدم الضمان في مسألة

«١» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ١٤٩

«٢» جواهر الكلام، ج ٤٠، ص ١٣٣ و راجع: شرائع الاسلام، ج ٤، ص ٧٨؛ قواعد الأحكام، ج ٣، ص ٤٢٩؛ الدروس الشرعية، ج ٢، ص ٧٦؛ مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ٤٢٢ و ٤٢٣

«٣» مستند الشيعة، ج ١٧، ص ٧٤

و يؤيد ما ذكرنا^(١) ما دلّ من الأخبار^(٢) على كون ثمن الكلب و الحمر سُحتاً. وإن أمكن^(٣) الذبُّ عنه بأن المراد التشبيهُ

الإجارة، و هو الشهيد رحمته الله و غيره، و قد تقدم كلامه في (ص ٤٨٩) فراجع.
و المراد بالإجارة بلا أجرٍ أن يقع العقد على تملك منفعةٍ من دون أجره، كأن يقول مالك الدار: «آجرتك هذه الدار شهراً بلا أجرٍ» ثم يستوفي المستأجر منفعة دار الموَجِر مدةً بلا أجرٍ يضمها المستأجر للموَجِر عوض المنفعة التي إستوفاهَا.
(١) و هو قوله في (ص ٥٠٢): «ولكن إطلاق قولهم: إن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضي الضمان فيما نحن فيه و شبهه».

تقريب التأييد - بعد تشبيه المبيع المغصوب بالكلب و الخنزير و كون ثمنه سُحتاً -
أن عدم جواز التصرف في السُحت يستلزم الضمان، فيجب ردُّ عينه إن كان باقياً، و ردُّ بدله إن كان تالفاً، لأنَّ أكل مال الغير سُحت، فيجب ردُّه إلى مالكه إن كان باقياً، و بدله إن كان تالفاً حتى تبرء ذمته.

(٢) مثل ما ورد في وصية النبي صلوات الله وسلامه عليه لعلي عليه السلام، قال: «يا علي! من السحت ثمن الميتة و ثمن الكلب، و ثمن الخمر، و مهر الزانية، و الرشوة في الحكم، و أجر الكاهن»^(١).
و المراد بالكلب ما ليس صيوداً، بقرينة ما ورد في أخبار آخر، مثل ما رواه أبو عبدالله العامري عن أبي عبدالله عليه السلام: «قال: سألته عن ثمن الكلب الذي لا يصيد. فقال: سُحت. و أما الصيود فلا بأس»^(٢).

(٣) هذا ردُّ التأييدِ الأولي أن يقال: «و إن أمكن ذبُّه» أي دفعه، و أمّا الذبُّ عن الشيء فهو حفظه.

و كيف كان ففرضه الخدشة في التأييد المزبور يمنع الملازمة بين حرمة التصرف و الضمان، و حاصله: أن التشبيه بالسُحت يكون في الحكم التكليفي، و هو حرمة التصرف فقط، دون الحكم الوضعي و هو الضمان، لعدم التلازم بين التكليف و الوضع، كحرمة التصرف في الأوقاف العامة كالمساجد، فإذا سكن في بعض بيوت المسجد بدون مجوز إرتكب محرماً، و ليس عليه ضمان.

«١» و مسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٦٣، الباب ٥ من أبواب ما يكسب به، ح ١

«٢» المصدر، ص ٨٣، الباب ١٤، ح ١

في التحريم (*)، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف، كأصل السحت^(١). ثم^(٢) إن مقتضى

(١) وهو الكلب والخنزير، فإن إتلافهما أو تلفهما لا يوجب الضمان إلا كلب الصيد، فإن فيه أربعين درهماً، أو قيمته، على الخلاف. وكذا كلب الغنم والحائط و كلب الزرع، فإن في هذه الثلاثة قيمتها.

(٢) كان الكلام إلى هنا فيما إذا باع البائع الفضولي لنفسه، والآن يشرع في حكم ما إذا باع الفضولي للمالك، ودفع المشتري ثمن المبيع إلى البائع للإيصال إلى المالك، فتلف الثمن في يد البائع.

و ملخص ما أفاده في حكمه: أن مقتضى ما تقدم في وجه عدم رجوع المشتري بالثمن إلى البائع - من تسليطه البائع على الثمن بلا عوض - هو ثبوت الرجوع بالثمن على البائع فيما إذا باع الفضولي للمالك، وقبض الثمن من المشتري للدفع إلى المالك، فتلف عنده، إذ المشتري لم يسلط البائع ولا أذن له في التصرف فضلاً عن إتلافه، فقاعدة اليد تقتضي الضمان، ولا مخصص لها هنا.

وما أفاده المصنف رحمته - من جواز رجوع المشتري بالثمن على البائع - قد نبه عليه الفاضل الزراقي رحمته أيضاً بقوله: «نعم لو كان البيع فضولاً لأجل المالك، وسلم المشتري الثمن إلى البائع ليسلمه المالك لو أجاز، وأتلفه البائع، فالوجه الرجوع إليه. والوجه ظاهر...»^(١).

(*) لا يخفى أنه لو كان هناك دليل لفظي على تنزيل ثمن المال المغصوب - مع علم المشتري بالغصب - منزلة ثمن الخنزير والكلب، إقتضى إطلاقه التنزيل بالنسبة إلى الحكيمين التكليفي والوضعي.

لكنه ليس في البين دليل لفظي على التنزيل، ولا دليل لبي كالأجماع حتى يؤخذ بالقدر المتيقن منه، وهو الحرمة.

ما ذكرناه^(١) في وجه عدم الرجوع بالثمن، ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولي غير^(٢) بائع لنفسه، بل باع عن المالك، ودفع المشتري الثمن إليه، لكونه^(٣) واسطة في إيصاله^(٤) إلى المالك، فتلف^(٥) في يده، إذ^(٦) لم يسلطه عليه ولا أذن له في التصرف فيه فضلاً^(٧) عن إتلافه.

ولعل^(٨) كلماتهم ومعاقدة إتفاقهم^(٩) تختص بالفاصل البائع لنفسه، وإن كان

(١) أي: ما ذكرناه في (ص ٤٨٤) من «أنه سلطه على ماله بلا عوض...».

(٢) حال من «البائع» ولو قيل - كما في نظائره -: «إذا باع البائع الفضولي عن المالك» لدل على المقصود باختصار.

(٣) هذا الضمير و ضمير «إليه» راجعان إلى البائع.

(٤) أي: في إيصال الثمن إلى المالك.

(٥) يعني: فتلف الثمن في يد البائع.

(٦) تعليل لثبوت رجوع المشتري بالثمن على البائع لا لنفسه، بل للمالك. وحاصل التعليل: أن المشتري، لم يسلط البائع على الثمن، ولم يأذن له في التصرف في الثمن فضلاً عن إتلافه، حتى يسلب إحترام ماله، ويخصص قاعدة اليد.

(٧) يعني: فضلاً عن إذنه في إتلافه الثمن، فلا إذن في شيء من التصرف والإتلاف.

(٨) إشارة إلى إشكال، وهو: أن كلمات الأصحاب في عدم رجوع المشتري على

البائع بالثمن مطلقة، فتشمل كلتا صورتى بيع الفاصل بنفسه وللمالك.

وقد دفعه بقوله: «و لعل كلماتهم ... الخ» ومحصله: أن إطلاق كلمات العلماء لعله

يختص بالفاصل البائع لنفسه، لما مر من عدم تسليط المشتري البائع على التصرف في الثمن في صورة بيع الفاصل للمالك، فقاعدة اليد الموجبة للضمان جارية في هذه الصورة بلا مانع.

(٩) تقدم في (ص ٤٨٣) التنبيه على كلمات جمع ممن إدعى الاجماع على عدم ضمان

البائع الفاصل مع علم المشتري بالفصل لو تلف الثمن، فقال: «بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه» فراجع.

ظاهر بعضهم^(١) ثبوت الحكم في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية. وكذا^(٢) يقوى الرجوع لو أخذ البائعُ الثمن من دون إذن المشتري، بل^(٣) أخذه بناءً على العقد الواقع بينهما، فإنه^(٤)

(١) غرضه أنَّ حمل كلماتهم و معاهد إجماعهم - على عدم رجوع المشتري - على خصوص ما إذا باع البائع لنفسه، خلافُ ظاهر بعض الفقهاء في عموم الحكم بعدم رجوع المشتري بالثمن على البائع مطلقاً وإن باع الغاصبُ للمالك مع علم المشتري بغاصبته. والظاهر أنَّ غرض المصنف رحمته من ظهور كلام البعض هو إطلاق تنظير الغاصب بالفضولي، في قبال مَنْ خصَّ بيع الغاصب بما إذا باع لنفسه. فالفاضلُ المقداد والمحقُّ الثاني رحمته جعلوا الغاصب كالفضولي^(١). ومقتضاه شمول حكمهم بعدم رجوع المشتري العالم بالفضولية - على البائع بالثمن التالف في يده - للغاصب أيضاً، سواء باع لنفسه كما هو الغالب، أم للمالك.

(٢) هذه صورة أخرى لضمان البائع الفضولي للثمن، وهي: ما إذا أخذ البائعُ الثمن من المشتري بدون إذنه، وإتْمَا أخذه بعنوان الوفاء بالعقد الواقع بينهما. والوجه في جواز رجوع المشتري على البائع بالثمن هو: أنه لم يحصل من المشتري ما يوجب عدم جريان قاعدة اليد في الثمن، إذ لم يتحقق من المشتري تسليطٌ خارجي على الثمن حتى يخصص عموم على اليد.

(٣) يعني: بل أخذ البائعُ الثمنَ بمقتضى العقد الواقع بين البائع الفضول والمشتري الأصيل.

(٤) الضمير للشأن، وهذا تعليلٌ لرجوع المشتري بالثمن على البائع الذي أخذ الثمن من المشتري بدون إذنه. وحاصل التعليل: أنه لم يحصل من المشتري تسليطٌ خارجي حتى يرفع الضمان اليدي، وإتْمَا حصل تسليطٌ عقدي، وهو لا يؤثر في رفع الضمان بعد وضوح فساد العقد.

لم يحصل هنا^(١) من المشتري تسليط إلا بالعقد. والتسليط العقدي مع فساد غير مؤثّر^(٢) في دفع الضمان.

و يكشف عن ذلك^(٣) تصرّح غير واحد^(٤) منهم بإباحة تصرف البائع

(١) أي: في صورة أخذ البائع الثمن بدون إذن المشتري.

(٢) لأنّ وجود العقد الفاسد كالعدم في عدم ترتب أثر عليه.

(٣) أي: يكشف عن كون التسليط الخارجي رافعاً للضمان - دون التسليط العقدي

الفاسد - تصرّح غير واحد من الفقهاء بإباحة تصرف البائع الغاصب في الثمن في صورة تسليط المشتري له، مع إتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة. فيكشف حكمهم بإباحة التصرف - مع الإتفاق على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة - عن عدم كون التسليط العقدي موجباً للإباحة، ولا رافعاً للضمان. وإنّما الموجب لها هو التسليط الخارجي.

فالنتيجة: أنّه إذا أخذ البائع الغاصب الثمنَ بغير إذن المشتري يكون ضامناً.

(٤) نقل ذلك عنهم جمع، منهم أصحاب الحدائق و مفتاح الكرامة و الجواهر^(١).

قال السيد العاملي: «... و من ثمّ قالوا: إنّ المشتري قد فوّت ماله متعمداً، لعلمه بتحريم تصرفه فيه، و دفع ماله من غير عوض، و هو يجتمع مع جواز تصرف البائع الثمن عند القائلين بالإباحة. و قد ذهبوا إلى أنّه حينئذٍ ليس أكلاً مال الغير بالباطل»^(٢).

و التعبير بالتسليط المذكور في كلامي المحقق و الشهيد الثانيين، و غيرهما، ففي

المسالك في شرح قول المحقق: «و لا يرجع بالثمن مع العلم بالغصب» ما لفظه: «و وجهوه

بكون المشتري قد دفعه إليه و سلّطه عليه، مع علمه بعدم إستحقاقه له، فيكون بمنزلة

الإباحة. و هذا يتمّ مع تلفه... الخ»^(٢).

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٤؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٥ و ٣٠٦؛ الحدائق الناضرة، ج ١٨،

ص ٣٩٦

«٢» جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧١؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٦٠

الغاصب فيه^(١)، مع إتفاقهم ظاهراً على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة.
وكذا^(٢) يقوى الضمان لو إشتراط^(٣) (*) على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ
العينَ صاحبها^(٤).
ولو كان الثمنُ كثيراً^(٥) فدفَع إليه المشتري بعض أفرادهِ، فالظاهرُ عدم الرجوعِ،
لأنَّه^(٦) كالثمن المعين في تسليطه عليه مجاناً.

-
- (١) أي: في الثمن المجموع عوضاً عن المبيع المغصوب.
(٢) معطوف على «و كذا يقوى الرجوع» يعني: و من موارد ضمان البائع الغاصب
للثمن ما إذا إشتراط المشتري الأصيلُ على البائع الفضول الرجوعَ عليه بالثمن لو أخذ
المالكُ العينَ التي بيعت فضولاً، و ردَّ البيع و لم يُجزه. ولا ينبغي الإرتياب في ضمان البائع
للثمن في هذه الصورة، لعدم موجبٍ لارتفاع الضمان مع وجود اليد أولاً، و إشتراط الضمان
ثانياً.
(٣) أي: إشتراط المشتري.
(٤) فاعل «أخذَ»، و ضميره راجع الى «العين».
(٥) كان موضوع البحث إلى الآن في الثمن المعين الشخصي. و أما الثمن الكلي - الذي
دفع المشتري فرداً منه إلى البائع - فالظاهر أنه ليس له الرجوع على البائع كالثمن
الشخصي، لأنَّ ملاك عدم الضمان فيها واحد، و هو التسليط المجاني.
(٦) تعليل لعدم ضمان البائع للثمن، و قد مرَّ تقريبه آنفاً بقولنا: «لأنَّ ملاك عدم
الضمان ... الخ». هذا تمام الكلام في المسألة الأولى المتعلقة بحكم الثمن الذي تسلَّمه البائع
الفضول من المشتري.

(*) وجه الضمان في صورة الإشتراط عدم تسليط المشتري للبائع مجاناً على الثمن
المزبور، فمقتضى عموم «على اليد» السليم من المخصَّص محكم.
لكن صحة شرط الضمان في صورة التلف محلَّ إشكال، بعد تسليم كون يد البائع
حيثنَّ يدأً أمانية. نعم شرط الضمان في صورة الإلتلاف في محله، بل لا حاجة إلى الشرط كما
هو واضح.

المسألة الثانية^(١):

أن المشتري إذا إغترم للمالك غير الثمن^(٢):

فإما أن يكون^(٣) في مقابل العين، كزيادة القيمة^(٤) على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة^(٥) منه عشرين و الثمن عشرة.

د: حكم ما يفترمه المشتري غير الثمن

(١) هذه المسألة أيضاً من فروع ردّ البيع الفضولي، وقد أشار إليها في (ص ٤٧٥) بقوله: «و أما حكم المشتري مع الفضولي فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخرى في ما يفترمه للمالك زائداً على الثمن...» وقد عقدها المصنف **توضيحاً** لبيان حكم ما يفترمه المشتري - المالك المبيع فضولاً - زائداً على الثمن المسمّى، كما سيظهر من الأمثلة المذكورة في المتن. و مورد الكلام كما سيصرّح به المصنف هو جهل المشتري بعدم مالكية البائع للمبيع، إذ لو كان عالماً بعدم مالكيته له لم يكن له الرجوع على البائع الغاصب أو الفضولي مطلقاً بشيء من الغرامات.

و توضيح ما أفاده: أنّ ما يفترمه المشتري للمالك زائداً على الثمن على ثلاثة أقسام: الأوّل: أن تكون الغرامة في مقابل العين، كما إذا تلفت العين و كانت قيمتها السوقية عشرة دنانير، و كان ثمنها المسمّى خمسة دنانير، و أخذ المالك من المشتري عشرة دنانير، فالخمس الزائدة على الثمن المسمّى غرامة في مقابل العين.

القسم الثاني: أن تكون الغرامة الزائدة في مقابل ما إستوفاه المشتري من منافع المبيع فضولاً، كما إذا أخذ المالك أجرة السكنى أو عوض اللبن أو الصوف أو الثمرة أو غيرها مما إستوفاه المشتري من العين المباعة له فضولاً.

القسم الثالث: أن يكون الزائد على الثمن مما لم يحصل في مقابله نفع للمشتري. و هذه الأقسام الثلاثة - الراجعة إلى غير الثمن مما يفترمه المشتري للمالك - موضوعات لما يذكر من الأحكام.

(٢) أي: غير الثمن المسمّى الذي هو خمسة دنانير في المثال المذكور.

(٣) اسم «يكون» هو غير الثمن، و خبره قوله: «في مقابل العين».

(٤) أي: القيمة السوقية التي هي في المثال خمسة كالثمن المسمّى.

(٥) أي: من المشتري، فالقيمة المأخوذة من المشتري - على مثال المتن - زائدة على

الثمن المسمّى بعشرة دنانير.

و إما^(١) أن يكون في مقابل ما إستوفاه المشتري، كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة.

و إما^(٢) أن يكون غرامتاً لم يحصل له^(٣) في مقابلها نفع، كالنفقة^(٤)، و ما^(٥) صرفه في العهارة، و ما^(٦) تلف منه أوضاع^(٧) من الفرس و الحفر، أو إعطائه^(٨) قيمة للولد المتعد حُرّاً، و نحو ذلك، أو نقص^(٩) من الصفات و الأجزاء.

(١) هذا هو القسم الثاني، و الضمير المستتر في «يكون» راجع إلى «غير الثمن».

(٢) هذا هو القسم الثالث، و ضمير «يكون» كسابقه راجع إلى غير الثمن.

(٣) أي: لم يحصل نفع للمشتري في مقابل تلك الغرامة.

(٤) أي: كنفقة العبد و الفرس و الحمار إذا إشتراها المشتري من البائع الفضولي.

(٥) معطوف على «النفقة» يعني: و كالمال الذي صرفه المشتري في العهارة، كما إذا كان المبيع داراً خربة، و صَرَفَ في تعميمها مالاً.

(٦) معطوف على «النفقة» يعني: و كالمال الذي تلف منه، كتلف بعض الأشجار المغروسة في البستان عند المشتري. و ضمير «منه» راجع إلى المبيع.

(٧) معطوف على «تلف» و «من» بيان لـ «ما» الموصول في قوله: «ما تلف» يعني: ضاع عند المشتري بعض أراضى المبيع بصيرورته محفوراً بالماء و غيره.

(٨) معطوف على «النفقة» يعني: و كأعطاء المشتري قيمة الولد المتعد حُرّاً، كما إذا كان المبيع فضولاً أمةً و استولدها المشتري، فحينئذ يكون الولد حُرّاً، و يلزم عليه أن يدفع قيمة الولد إلى مالك الأمة.

و الظاهر أن مورد دفع قيمة الولد - كما سيصرح به - هو جهل المشتري بالحال ليكون الولد حُرّاً للتبعية، فلو كان عالماً كان الولد رقاً، لأنه نماء الجارية يملكه السيد، ولا مورد لدفع قيمته حينئذ. و قد تقدم في ثمرات الكشف الحقيقي و الحكمي بعض الكلام فيه، فراجع (ص ٧٩ و ٨٤).

(٩) معطوف على قوله: «تلف»، و نقص الصفات كنسيان العبد الكاتب الكتابة عند المشتري. و نقص الأجزاء كتلف بعض أوراق الكتاب عند المشتري، و أخذ المالك من المشتري قيمته.

ثم المشتري^(١) إن كان عالماً فلا رجوع في شيء من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه^(٢).

وإن^(٣) كان جاهلاً، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض، و عن الكفاية - رجوع المشتري الجاهل بها^(٤) على البائع، بل في كلام

عدم الرجوع بالغرامات لو كان المشتري عالماً

(١) هذا شروع في حكم الأقسام المزبورة، وقال: أن المشتري إن كان عالماً بالفضولية و غاصبية البائع فلا رجوع له على البائع في شيء من الموارد المزبورة، لعدم الدليل على الضمان بعد إقدامه على ضرره.

(٢) أي: على الرجوع.

١ - رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما ينتفع به

(٣) معطوف على «إن كان» و حاصله: أنه إن كان المشتري جاهلاً بفضولية البائع، ففي القسم الثالث - وهو قوله: «و إما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع ... الخ» - يكون المعروف من مذهب الأصحاب كما في الرياض: رجوع المشتري الجاهل بالفضولية على البائع الفضول بالغرامات المذكورة، بل ادّعي الاجماع على الرجوع إلى البائع بالغرامات التي لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري.

و في السرائر بفتح : أن المشتري يرجع على البائع بتلك الغرامات المذكورة في القسم الثالث قولاً واحداً.

و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان: نفي الإشكال عن ضمان البائع الفضول لدرك ما يحدثه المشتري من أشجار غرسها في الأرض التي إبتاعها من الفضولي، و قلّمها مالك الأرض، فإنّ خسارة قلع تلك الأشجار بعهددة البائع الفضول.

(٤) أي: بالغرامات المذكورة في القسم الثالث. قال في الرياض: «و المعروف من مذهب الأصحاب: أن للمشتري أن يرجع بما غرمه للبائع مما لم يحصل له في مقابلته عوض، كقيمة الولد و النفقة و العمارة و نحو ذلك، لمكان التغيرير، و ترتب الضرر به مع

رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما لم ينتفع به ٥١٧

بعض^(١) - تبعاً للمحكي عن فخر الإسلام في شرح الإرشاد - دعوى^(٢) الإجماع على الرجوع^(٣) بما لم يحصل في مقابله نفع.

و في السرائر: «أنه^(٤) يرجع قولاً واحداً»^(٥).

و في كلام المحقق و الشهيد الثانيين في كتاب الضمان نفي الإشكال^(٥) عن ضمان البائع لدرك^(٦) ما يحدته المشتري إذا قلعه المالك.

عدم جابر له من العوض^(٢).

و ظاهر كلام الفاضل السبزواري الاجماع لا مجرد المعروفة، لقوله: «و ذكر أصحاب أن ما يفرمه المشتري مما لم يحصل له في مقابله نفع ... فله الرجوع به على البائع»^(٣).

(١) كصاحب الجواهر رحمته لقوله: «و الإجماع بقسميه». و قال السيد العاملي حاكياً لإجماع فخرالدين رحمته: «و يرجع المشتري على البائع ... و بما اغترمه من نفقة أو عوض ... إجماعاً أيضاً كما في شرح الارشاد»^(٤).

و بهذا ظهر الوجه في الاتيان بكلمة «بل» في المتن، لوضوح أن «المعروف» قد يوهم وجود المخالف في المسألة، و يزول هذا الوهم بالتصریح بالإجماع.

(٢) مبتدئ مؤخر، و خبره المقدم قوله: «في كلام بعض».

(٣) أي: رجوع المشتري على البائع بغرامات لم يحصل في مقابله نفع للمشتري.

(٤) يعني: أن المشتري يرجع على البائع الفضول قولاً واحداً، و هو يدل على كون الحكم إجماعياً، ذكر ذلك ابن إدريس رحمته في قيمة الولد، التي أخذها المالك من المشتري.

(٥) يعني: نفي الإشكال بحسب القواعد العلمية.

(٦) أي: لخسارة ما يحدته المشتري في أرض إبتاعها من الفضولي، كما إذا غرس

المشتري فيها أشجاراً و قلّعها المالك، فإن البائع الفضول يضمن حينئذٍ دركها.

قال المحقق الثاني في شرح قول العلامة رحمته: «و في ضمان البائع ذلك إشكال»

«١» السرائر، ج ٢، ص ٤٩٣

«٢» رياض المسائل، ج ٢، ص ٣٠٧

«٣» كفاية الأحكام، ص ٢٦٠، السطر ٣٠، و الحاكي السيد العاملي في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٩

«٤» جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠١: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ١٩٩

وبالجملة: فالظاهرُ عدم الخلاف في المسألة^(١)، للفرور^(٢) (*) فإنَّ البائع مُغرَّرُ

ما لفظه: «بل لا معنى لهذا الاشكال، لأنَّ الإشكال إن كان في ثبوت ذلك على البائع فلا وجه له، لأنَّ ذلك واجب. وإن كان في إقتضاء هذا الضمان ثبوته أيضاً ليكون مؤكداً فلا وجه له أيضاً، لأنَّه ضمان ما لم يجب بعد» ونحوه كلام الشهيد الثاني رحمته «١» فراجع.

(١) وهي رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول في القسم الثالث، وهو: أن يكون غرامة لم يحصل للمشتري في مقابلها نفع.

(٢) قد استدلَّ على رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول في القسم الثالث

بوجوه:

الأوَّل: قاعدة الفرور، تقرّبه في المقام: أنَّ البائع الفضول قد أوقع المشتري في الغرامة المزبورة بسبب بيعه إياه ما ليس له، من دون إعلامٍ وبيانٍ لحقيقة الحال. وهذا بخلاف البيع مع إعلام البائع أو علم المشتري بالحال، إذ البائع لم يُوقع المشتري حينئذٍ في خطر الضمان.

وهذه القاعدة مضمون النبوي المرسل: «المغرور يرجع على من غرّه» إستدلَّ به غير واحد، قال الفاضل التراقي رحمته: «وعموم قوله عليه السلام: المغرور يرجع على من غرّه. نقله المحقق الشيخ علي في حاشيته على الإرشاد. وضعفه غير ضائر، لأنَّ الشهرة بل الإجماع له جابر. بل هذه قاعدة مسلمة بين جميع الفقهاء متداولة عندهم، يستعملونها في مواضع متعددة، كالغصب و التديليس في المبيع، والزوجة، و الجنائيات و أمثالها» «٢».

(*) قد استدلَّ على اعتبار قاعدة الفرور بوجوه:

منها: الخبر المذكور. وفيه أولاً: عدم ثبوت كونه كلام المعصوم عليه السلام.

و ثانياً: عدم ثبوت إنجباره على فرض صدوره، لأنَّ الجابر لضعف سند الرواية هو إستناد المشهور إليها، وهو أيضاً غير ثابت.

ومنها: دعوى الاجماع محصلاً و منقولاً على رجوع المغرور على الغار.

رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما لم ينتفع به ٥١٩
للمشتري، و مُوقِعُ إِيَّاهُ فِي خَطَرَاتِ الضَّمانِ، وَ مُتَلَفٌ^(١) عَلَيْهِ^(٢) مَا يَغْرُمُهُ، فَهُوَ^(٣)
كشاهد الزور الذي يُرْجَعُ إِلَيْهِ^(٤) إِذَا رَجَعَ مِنْ شَهَادَتِهِ.

- (١) الظاهر أنه معطوف على «مغرَّر» و مفسَّر للغرور، هذا ما يقتضيه السياق.
و يحتمل بعيداً أن يكون إشارة إلى دليل آخر لضمان البائع، و هي قاعدة الإلتلاف،
إذ لو كان كذلك كان المناسب أن يقول: «و لقاعدة الإلتلاف» في قبال قوله: «للمرور».
- (٢) هذا الضمير و ضمير «إياه» راجعان إلى المشتري.
- (٣) أي: فالبائع فيما نحن فيه يكون كشاهد الزور الذي يضمن ضررَ المشهود عليه
ذا اعترف - بعد تمامية الحكم - ببطلان شهادته، و الرجوع عنها.
- (٤) أي: يُرْجَعُ إِلَى شَاهِدِ الزَّورِ فِي أَخْذِ الْمَالِ مِنْهُ. قال المحقق رحمته: «لو رجعا عن
الشهادة قبل الحكم لم يحكم. ولو رجعا بعد الحكم و الإستيفاء لم ينقض الحكم، و كان
الضمان على الشهود»^(١).
- و علَّله صاحب الجواهر رحمته بقوله: «الَّذِينَ هُمْ السَّبَبُ فِي الْإِتْلَافِ عَلَى وَجْهِ الْقُوَّةِ
عَلَى الْمَبْشَرِ عَرَفَا كَمَا هُوَ وَاضِحٌ»^(٢).

و فيه: أنه لم يثبت كونه إجماعاً تعديلاً، لقوة احتمال إستناد المجمعين إلى الرواية
المشار إليها، أو إلى غيرها من الوجوه الآتية.

و منها: أقوائية السبب من المباشر، فالمغرور و إن كان مباشراً، لكن الغاز أقوى منه، إذ
لو لم يكن بيع الغاز لم يقع المغرور في تلك الغرامات.

لكن فيه: أن هذه القاعدة تجري فيما إذا كان المباشر بمنزلة الآلة، بأن يكون الفعلُ
صادراً من المباشر بإرادة السبب. و المقام ليس كذلك، لأن إقدامه على تعمير الدار الخربة
مثلاً يكون بإرادته و إختياره.

و منها: قاعدة نفي الضرر و الضرر، حيث إن الغاز سبب لضرر المغرور، فهو ضامن،
كما يدلُّ عليه رواية «من أضرَّ بطريق المسلمين فهو ضامن»^(٣).

«١» شرائع الإسلام، ج ٤، ص ١٤٢

«٢» جواهر الكلام، ج ٤١، ص ٢٢٢

«٣» وسائل الشريعة، ج ١٩، ص ١٨٠، الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان، ح ١

و لقاعدة^(١) نفي الضرر (*).

مضافاً إلى ظاهر رواية جميل^(٢) أو فحواها: «عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية. قال: يأخذ الجارية المستحق، و يدفع

و يدل عليه مرسل جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام: «قال: في الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم، و قد قضى على الرجل، ضمنوا ما شهدوا به و غرموا. و إن لم يكن قضى طُرحت شهادتهم و لم يغمروا الشهود شيئاً»^(١). و بمضمونه نصوص أخر، فراجع. (١) معطوف على «للغرور» و هذا هو الوجه الثاني من الوجوه الدالة على ضمان البائع الفضولي في القسم الثالث. و محصل هذا الوجه هو: أن قاعدة نفي الضرر تقتضي ضمان البائع، لأنّ عدم ضمانه لغرامات المشتري ضرر على المشتري، فهذا العدم مرفوع، فيثبت ضمان البائع.

(٢) هذا ثالث الوجوه الدالة على ضمان البائع لغرامات المشتري، توضيحه: أنّ الولد الحرّ إنْ عُدّ نفعاً عائداً إلى المشتري كانت الرواية دالةً بالفحوى على ما نحن فيه.

(* لا يخلو التمسك بقاعدة نفي الضرر لإثبات ضمان البائع عن الاشكال، لأنّ هذه القاعدة من الأحكام النافية للمجعولات الشرعية التي ينشأ منها الضرر، كوجوب الوضوء و لزوم البيع. و ليست القاعدة مثبتةً لحكم، و الضمان حكم و ضعي لا تصلح القاعدة لإثباته. و الحاصل: أنّ عدم الضمان ليس من المجعولات الشرعية حتى يرتفع بالقاعدة، هذا. مضافاً إلى: أنّ الضمان ضرر أيضاً على البائع.

و إلى: أنّ القاعدة لا تجري مطلقاً حتى في ما إذا اعتقد البائع مالكيته للمبيع، فلم يُقدّم على الضرر الحاصل من ضمان غرامة المشتري. و قاعدة الغرور أيضاً لا تجري في هذه الصورة، و هي: ما إذا اعتقد البائع مالكيته، بل في خصوص ما إذا اعتقد البائع بعدم مالكيته، و يبيع مال الغير عدواناً.

رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما لم ينتفع به ٥٢١

إليه المُبتاعُ قيمةَ الولد، و يرجعُ على مَنْ باعه بثمن الجارية و قيمةَ الولد التي
خُذتْ منه»^(١). فإنَّ حرَّيةَ (*) ولد المشتري إمَّا أن تُعدَّ نفعاً عائداً إليه^(٢) أو لا،
و على التقديرين^(٣)

لأنَّ المشتري إذا كان مع وصول النفع إليه مستحقاً للرجوع إلى البائع، كان إستحقاقه
للرجوع إليه مع عدم وصول النفع إليه بطريق أولى.

و إن لم يُعدَّ الولدُ الحرُّ نفعاً عائداً إلى المشتري كانت دلالة الرواية على ما نحن فيه
من باب الظهور اللفظي، إذ المفروض عدم كون الولد الحرَّ نفعاً عائداً إلى المشتري في
مقابل غراماته كما هو المفروض.

و بالجملة: فهذه الرواية تدلُّ بالظهور أو الفحوى على رجوع المشتري على البائع
الفضولِ بالغرامات التي لم يصل في مقابلها نفعٌ إلى المشتري.

(١) هذا تقريب الإستدلال بالرواية، و قد مرَّ آنفاً.

(٢) أي: إلى المشتري.

(٣) و هما: كون الولد الحرَّ نفعاً عائداً إلى المشتري، و عدمُ كونه نفعاً عائداً إليه.

(*) لا يخفى أنَّ الولد الحرَّ ليس مالاً مملوكاً، لا عرفاً و لا شرعاً. و عدم جواز بيع
الحرِّ من أمارات عدم ملكيته، فالحكم بإعطاء قيمة الولد تعبد محض.

فيحتمل أن يكون رجوع المشتري إلى البائع بتلك القيمة التي أخذها المالك من
المشتري حكماً تعبدياً آخر. فلا وجه للتعدي عن مورده إلى الموارد الأخر، و أخذ المشتري
غير الثمن من غراماته من البائع. و قد تقدم بعض الكلام في وجه ضمان قيمة الولد في بحث
المقبوض بالبيع الفاسد، فراجع «٢».

«١» وسائل الشريعة، ج ١٤، ص ٥٩٢، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء، ح ٥، رواه معاوية بن

حكيم عن محمد بن أبي عمير عن جميل بن دراج عن أبي عبد الله عليه السلام .

«٢» هدى الطالب، ج ٣، ص ٥٣ - ٥٥

يثبت المطلوب^(١). مع أن^(٢) في توصيف قيمة الولد بأنها «أخذت منه» نوعٌ إشعارٍ لعلية الحكم^(٣)، فيطرد في سائر ما أخذت منه^(٤).
و أما السكوت^(٥) (*) عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الأخبار،

(١) و هو رجوع المشتري على البائع في الغرامات التي لم يحصل في مقابلها نفع للمشتري.

(٢) هذا وجه آخر لرجوع المشتري على البائع، و حاصله: أن تعليق الحكم على الوصف مشعر بعلية للحكم، و توصيف قيمة الولد في الرواية بأنها «أخذت» منه يُشعر بعلية الأخذ من المشتري للحكم برجوع المشتري على البائع، فهذا التعليق يقتضي إطراد حكم رجوع المشتري على البائع في كل ما يؤخذ منه، سواء وصل إليه نفع في مقابل ما يفرمه، كما في القسم الثاني، أم لا كما في القسم الثالث الذي هو مورد البحث.

(٣) و هو جواز رجوع المشتري إلى البائع.

(٤) كذا في نسخ الكتاب، و المناسب «ما أخذ منه».

(٥) هذا إشارة إلى ما اختاره صاحب الحدائق من إختصاص ضمان البائع الفضول - لما إغترمه المشتري - بالتمن دون سائر الغرامات، سواء وصل بإزائها نفعٌ إلى المشتري، كما إذا إستوفى منافع المبيع كاللبن و الصوف، أم لا كهارته و تنقيه أنهاره.

و استدلَّ المحدثُ البحراني على مختاره بسكوت بعض الأخبار عن رجوع المشتري - في غير التمن - إلى البائع، مع كونه في مقام البيان. و توضيحه: أنه ﷺ نقل عن الأصحاب: رجوع المشتري على البائع بالتمن و بما إغترمه على المبيع من

(*) يمكن أن يكون السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع لأجل الجهل بالبائع، و عدم معرفته. و مع الغض عنه - و تسليم كون السكوت في مقام البيان من هذه الجهة - يقال: إن غايته أن يكون ظاهراً في ذلك، و الأدلة الدالة على جواز الرجوع إلى البائع إما نص في جواز الرجوع، و إما أظهر من ظهور السكوت في عدمه. و مقتضى حمل الظاهر على النص أو الأظهر هو تقييد الإطلاق، و الحكم بجواز رجوع المشتري على البائع الفضولي بجميع الغرامات الواردة عليه من ناحية بيع الفضول.

فهو^١ لعدم كونه^٢ مسوقاً لذلك^٣، كرواية زرارة «في رجل إشتري من سوق المسلمين جاريةً، فخرج بها^٤ إلى أرضه، فولدت منه أولاداً، ثم أتاها من يزعم

نفقة ونحوها. ثم إعترض عليهم بقوله: «و أنت خير بأن رواية زريق المتقدمة قد صرحت بأن الرجوع بما غرمه على ذلك المبيع إنما هو على المالك، لا على البائع، وإنما يرجع بالتمن خاصة».

ثم نقل المحدث البحراني كلام الشهيد الثاني - القائل بالرجوع على البائع بما أنفق على المبيع من دون أن ينتفع به - و اعترض عليه بقوله: «و فيه: أن الاستفادة من الخبر المذكور، وقوله فيه: - تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، و تردّ المعيشة على صاحبها - أن الرجوع على البائع إنما هو بالتمن خاصة. و المقام مقام بيان، مع حكمة عليه السلام في الخبر برجوع المالك على المشتري بعوض المنافع. فلو كان للمشتري الرجوع بها على البائع، لذكره عليه السلام، مع ذكره أخيراً أن المشتري يرجع بما أنفقه على المالك، لا على البائع»^١.

و محصله: أن السكوت عن ضمان البائع لما أنفقه المشتري على المبيع - مع كون الامام عليه السلام في مقام البيان - دليل على عدم ضمانه له، فلا وجه لحكمهم بجواز رجوع المشتري على البائع الفضولي في تلك النفقة.

(١) هذا جواب «و أمّا» و ردُّ لما إختاره في الهدائق، و حاصله: أنه ليست روایتا زرارة و زريق في مقام بيان وظيفة المشتري مع البائع، بل في مقام بيان وظيفة المشتري مع المالك، فلا تدلّان على عدم جواز رجوع المشتري إلى البائع حتى يقال: بعدم رجوع المشتري إلى البائع إلا في خصوص الثمن، دون سائر الغرامات التي يتحمّلها المشتري. فسكوت الروایتين - يعني عدم تعرضها لجواز رجوع المشتري إلى البائع - إنما هو لعدم كونها في مقام البيان من هذه الجهة. ولو فرض إطلاقها يرفع اليد عنه بتقييده بسائر الروايات الدالّة على ضمان البائع الفضولي لغرامات المشتري.

(٢) أي: لعدم كون بعض الأخبار مسوقاً ... الخ.

(٣) أي: لرجوع المشتري إلى البائع الفضولي.

(٤) أي: بالجارية، و ضميراً «أرضه، منه» راجعاً إلى «رجل».

أَنتَ لَهُ، وَ أَقَامَ عَلَى ذَلِكَ الْبَيْتَةِ. قَالَ ^(١): يَقْبِضُ وَلَدَهُ، وَ يَدْفَعُ إِلَيْهِ الْجَارِيَةَ، وَ يِعْوِضُهُ مِنْ قِيَمَةِ مَا أَصَابَ مِنْ لِبْنِهَا وَ خَدْمَتِهَا» ^(٢).

وَ رَوَايَةٌ زَرِيقٍ، قَالَ: «كَنتَ عِنْدَ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عليه السلام يَوْمًا إِذْ دَخَلَ عَلَيْهِ رَجُلَانِ، فَقَالَ: أَحَدُهُمَا: إِنَّهُ كَانَ عَلَيَّ مَالٌ لِرَجُلٍ مِنْ بَنِي عَسَمَانَ، وَ لَهُ بِذَلِكَ ذِكْرٌ حَقٌّ ^(٣) وَ شُهُودٌ، فَأَخَذَ الْمَالَ، وَ لَمْ أَسْتَرْجِعْ ^(٤) عَنْهُ الذِّكْرَ بِالْحَقِّ، وَ لَا كَتَبْتُ عَلَيْهِ كِتَابًا، وَ لَا أَخَذْتُ مِنْهُ بَرَاءَةً بِذَلِكَ. وَ ذَلِكَ ^(٥) لِأَنِّي وَثِقْتُ بِهِ، وَ قُلْتُ لَهُ: مَرَّقَ الذِّكْرَ بِالْحَقِّ الَّذِي عِنْدَكَ.

فَمَاتَ ^(٦) وَ تَهَاوَنَ بِذَلِكَ وَ لَمْ يَمِزِّقْهُ ^(٧). وَ عَقِيبَ ^(٨) هَذَا طَالِبِنِي بِالْمَالِ وَرَآئِهِ، وَ حَاكِمُونِي وَ أَخْرَجُوا بِذَلِكَ ذِكْرَ الْحَقِّ ^(٩)، وَ أَقَامُوا الْعُدُولَ، فَشَهِدُوا عِنْدَ الْحَاكِمِ،

(١) أي: قال الامام الصادق عليه السلام: يقبض الرجل المشتري ولده، لأنه حرٌّ. و يدفع الجارية إلى مَنْ يزعم أنَّ الجارية له، و يدفع إليه أيضاً قيمة ما أصاب المشتري من لبن الجارية و خدمتها.

(٢) هذه الكلمة كناية عن مكتوبٍ يكون وثيقةً و حجةً على ثبوت المال بهُة الرجل المديون.

(٣) في الوسائل: «و لم استرجع منه» يعني: و لم أستردد من الدائن ذلك المكتوب، حتى يكون حجةً لي على أداء الدين.

(٤) يعني: أنَّ سبب عدم إسترداد المكتوب و عدم أخذ وثيقة من الدائن - على وصول حقه إليه - هو وثوق و إعتادي عليه بأنه يُمَرِّقُ ذلك المكتوب و يُعدمه.

(٥) كذا في نسخ الرواية، و المناسب: «فتهاون بذلك و لم يمزقه و مات».

(٦) في الوسائل: «و لم يمزقها، و عقب هذا إن طالبني ...».

(٧) منصوب على الظرفية يعني: و في عقب موت الدائن طالبني بذلك المالِ و رآتُ الدائن، و أخرجوا ذكرَ الحقِّ لأجل إنبات مطالبهم.

(٨) في الوسائل: «بذلك الذِّكْرَ بِالْحَقِّ».

رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه على ما لم ينتفع به ٥٢٥
فأخذت بالمال، وكان المال كثيراً، فتواريت^(١) عن الحاكم، فباع عليّ قاضي الكوفة
معيشة لي، و قبضَ القومُ المالَ. وهذا رجلٌ من إخواننا أتيتي بشراء معيشتي من
القاضي.

ثم إنَّ ورثة الميت أقروا أنَّ أباهم^(٢) قد قبضَ المالَ، وقد سألوه أن يرده
عليّ معيشتي، و يعطونه الثمن^(٣) في أنجم معلومة، فقال^(٤): «إني أحبُّ أن تسأل
أبا عبد الله عليه السلام عن هذا.

فقال الرجل - يعني المشتري - : كيف أصنع؟ جعلت فداك. قال^(٥): تصنع أن
ترجع بمالك على الورثة، و تردّ المعيشة إلى صاحبها و تُخرج يدك عنها».
قال^(٦): فإذا فعلتُ ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك
ما أخذت من الغلّة^(٧) من^(٨) ثمن الثمار، و كلَّ ما كان مرسوماً^(٩) في المعيشة يوم

(١) هذا هو الصحيح، كما حكاه مصحح الوسائل عن المجالس و الأخبار، لا ما في
الوسائل من قوله: «فتوارنت من الحاكم».

(٢) في الوسائل: «أن المال كان أبوهم قد قبضه».

(٣) هذه الكلمة غير مذكورة في الوسائل.

(٤) يعني: فقال الرجل الذي إشتري المعيشة: «إني أحبُّ ... الخ.

(٥) في الوسائل: «جعلني الله فداك: كيف أصنع؟ فقال: تصنع ...».

(٦) و في الوسائل: «فإذا أنا فعلتُ» يعني: قال مشتري المعيشة: فإذا فعلتُ ذلك -

أي: رددتُ المعيشة على صاحبها - هل له أن يطالبني بغير ردّ المعيشة؟ قال الإمام عليه السلام :
نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلّة.

(٧) بفتح العين: الدخل، من كراءٍ و أجر غلامٍ و فائدة أرضٍ. و نحو ذلك^(١).

(٨) لفظة «من» غير مذكورة في الوسائل.

(٩) يعني: يجب ردّ كلِّ ما كان ثابتاً و موجوداً في المعيشة يوم الإشتراء.

إشتريتها، يجب أن تردّ ذلك، إلا^(١) ما كان من زرع زرعتَه أنت^(٢)، فإنّ للزارع إمّا قيمة الزرع، وإمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع. فإن لم يفعل^(٣) كان ذلك له، و ردّ عليك القيمة، وكان الزرع له.

قلت: جعلت فداك، فإن كان هذا^(٤) قد أحدث فيها بناءً أو غرساً^(٥)؟ قال: ^(٦) له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث^(٧) بعينه يقلعه و يأخذه.

(١) الظاهر أنّه - بناءً على كون الأصل في الإستثناء الإتصال - إستثناء من «ما» في قوله ﷺ: «ما أخذت من الغلّة» فالمراد: أنّ لصاحب المعيشة أن يأخذ منك كلّ ما أخذته من الغلّة، إلا ما كان من زرع زرعتَه.

و يحتمل كونه إستثناء من: «ذلك» في قوله ﷺ: «يجب أن تردّ ذلك» حتى يكون إستثناء منقطعاً. لكنّه بعيد، لكونه خلاف الأصل و محتاجاً إلى القرينة. و الأقربيّة في العبارة لا تكون قرينةً على إرتكاب خلاف الأصل.

(٢) المراد بالمخاطب هو الرجل المشتري للمعيشة، و زرعه يكون بعد الإشتراء.

(٣) كذا في الوسائل أيضاً، و في نسخ الكتاب «فإن لم يفعل ذلك كان ذلك» يعني: فإن لم يصبر صاحبُ المعيشة إلى وقت الحصاد - حتى يكون الزرع لزارعه و هو مشتري المعيشة - كان ذلك أي: عدم الصبر حقّاً لصاحب المعيشة، ولكن عليه حينئذ ردّ قيمة الزرع على المشتري الزارع، و يصير الزرع ملكاً لصاحب المعيشة.

و الحاصل: أنّه مع صبر مالك المعيشة إلى زمان الحصاد يبقى الزرع على ملك المشتري الزارع. و مع عدم صبر المالك إلى زمان الحصاد يردّ قيمة الزرع على المشتري، و يصير صاحب المعيشة مالكاً للزرع.

(٤) يعني: إن كان المشتري قد أحدث في المعيشة بناءً أو غرساً، فهل يكون مضموناً على المالك أم لا؟

(٥) في الوسائل: «فيها بناء أو غرس» و الأولى ما في المتن.

(٦) يعني: قال الامام ﷺ: للمشتري قيمة ذلك البناء أو الغرس على صاحب المعيشة، أو قلع المشتري نفس البناء أو الغرس، و أخذه.

(٧) الظاهر أنّه إسم مفعول، يعني: أنّ للمشتري أخذ القيمة، أو قلع العين و أخذها.

قلت^(١): «أرأيتَ إن كان فيها غرسٌ أو بناءٌ، فقلَّعَ الغرسَ وهدمَ البناءَ؟ فقال: يردُّ ذلك إلى ما كان، أو يفرم القيمة لصاحب الأرض.»

فإذا^(٢) ردَّ جميع ما أخذ من غلاتها على^(٣) صاحبها، و ردَّ البناءَ والغرسَ وكلَّ محدث إلى ما كان، أو ردَّ القيمة كذلك، يجب^(٤) على صاحب الأرض [أن يردَّ عليه] كلَّ ما خرج منه في إصلاح المعيشة، من^(٥) قيمة غرسٍ، أو بناءٍ أو نفقةٍ في مصلحة المعيشة، و دفعِ النوائب.

(١) هذا كلام صاحب المعيشة، و غرضه إستسلام حكم قلع الغرس و هدم البناء، مع إستلزامهما لحفرة الأرض أو وقوع التراب و غيرها. فأجاب عليه السلام: بأن المشتري يردُّ ذلك إلى حالتها الأوَّليَّة، أو يفرم أجرة إصلاح الأرض لصاحب المعيشة.

(٢) يعني: فإذا ردَّ المشتري جميع ما أخذه من عائدات المعيشة على صاحبها، و ردَّ البناءَ و الغرسَ و كلَّ محدثٍ أحدثه صاحبُ المعيشة قبل زمان الإِستراء، أو ردَّ قيمة الغرس و البناءَ و نقص الأرض الحاصل بها، و يجب على صاحب الأرض أيضاً أن يردَّ على المشتري جميع ما صرفه في إصلاح المعيشة من قيمة غرسٍ أو بناءٍ، أو نفقةٍ في إصلاح المعيشة كبناء قنطرةٍ أو تنقية نهرٍ، و رفع موانع الزرع و الشجر من إعداد الأرض لها كقتل الحيوانات المؤذية و نحو ذلك. فإنَّ كل هذه الخسارات مردودة إلى المشتري.

لكن هذا مقيد بأن لا يكون عالماً بعدم مالكية الوُزات الباعين للمعيشة، إذ مع العلم بطلان البيع لا يستحق ما خرج منه في إصلاح المعيشة إلا عين ماله، دون عمله الذي أوجب زيادةً قيمة المعيشة كتهذيب الأرض و رفع موانع الزرع، كما قرَّر ذلك في كتاب الغصب.

(٣) في الوسائل: «إلى صاحبها» و هو متعلق بـ«ردَّ».

(٤) جواب «فإذا» و ضمير «عنه» راجع إلى المشتري.

(٥) كذا في نسخ الكتاب، و الأولى ما في الوسائل من قوله عليه السلام: «أن يرد عليه كما [كلَّ ما] خرج...».

(٦) بيان للموصول في قوله «ما خرج».

كل ذلك^(١) مردوداً إليه»^(٢).

وفيه^(٣) - مع أننا نمنع ورودها^(٤) إلا في مقام حكم المشتري مع المالك - أن^(٥) السكوت في مقام البيان لا يعارضُ الدليل.

(١) في الوسائل: «كل ذلك فهو ...» يعني: كل ما خرج من المشتري مردود إليه، بشرط جهله ببطان البيع كما مرّ آنفاً.

والاستشهاد بهذه الرواية إنما هو بعدم تعرّضها لرجوع المشتري إلى البائع في ما إغترمه المشتري للمالك، و سكوتها عنه.

(٢) هذا جواب عمّا أفاده صاحب الحدائق، وقد أجاب عنه بوجوده، بعضها مشترك بين روايتي زرارة و زريق، وبعضها مختص بإحدهما، كما سيظهر.

الأول: أننا نمنع ورود الروايات في مقام بيان حكم المشتري مع البائع، حتى يكون السكوت بياناً و دالاً على عدم الرجوع إليه في غير الثمن من الغرامات، بل هي في مقام بيان حكم المشتري مع المالك.

(٣) كذا في النسخة المصحّحة المعتمد عليها، فرجع الضمير روايتنا زرارة و زريق. وفي كثير من النسخ بإفراد الضمير، فرجعه الرواية. و الأولى بملاحظة ما يأتي من قوله: «مع أن رواية زرارة» تثنية الضمير، لتختص رواية زرارة بالاشكال الآتي.

(٤) هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أنه بعد تسليم كون السكوت هنا في مقام البيان من هذه الجهة - أي: حكم المشتري مع البائع - نقول: إن السكوت لا يعارض الدليل، لأنّ بيانية السكوت منوطة بجرىان مقدمات الحكمة فيه، التي منها عدم البيان على خلاف ما يقتضيه السكوت، و مع وجود البيان على خلافه لا يكون السكوت بياناً. فحينئذٍ لا مانع من دلالة ما دلّ على ضمان البائع لغرامات المشتري التي لم يصل إليه في مقابلها نفع.

و هذا الجواب يستفاد من صاحب الجواهر أيضاً في مقام الإيراد على صاحب الحدائق، حيث قال: «و أعمية مثل هذا الاقتصار فيه - أي في خبر زريق - من عدم

«١» وسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٣، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١، رواه عن شيخ الطائفة

في المجالس و الأخبار باسناده عن زريق، راجع الأمالي، ص ٧٠٧

مع أن^(١) رواية زرارة ظاهرها عدم التمكّن من الرجوع إلى البائع.
مع أن^(٢) البائع في قضية زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحاً لم يتوجّه إليه غرمٌ، لأنّ الحاكم من قبل الشارع ليس غازراً من جهة حكمه على طبق البيّنة المأمور بالعمل بها (*).

الرجوع»^(١).

(١) هذا وجه ثالث لردّ كلام الحدائق، وحاصله: أنّه يمكن أن يكون وجه السكوت في رواية زرارة عدم تمكّن المشتري من الرجوع إلى البائع، لعدم معرفته. حيث إنّه اشتريّ الجارية من سوق المسلمين، ولم يظهر مالُكها إلا بعد مدّة ولدت الجارية فيها من المشتري أولاداً. ولعلّ ذلك البائع الفضولي لم يكن من أهل سوق ذلك البلد، وكان من خارج ذلك القطر، فعرفة البائع بعد هذه المدة الطويلة مشكلة وغير ميسورة عرفاً. ولذا سكّ الإمام عليه السلام عن الرجوع إلى البائع. ومن المعلوم أنّ مثل هذا السكوت ليس بياناً للوظيفة، وهي عدم الرجوع إلى البائع.

(٢) هذا وجه رابع لتضعيف كلام الحدائق ومختص برواية زريق، وحاصله: أنّ البائع في قضية زريق هو القاضي، إذ فيها «فباع عليّ قاضي الكوفة معيشتي». وحينئذٍ فإن كان قضاء ذلك القاضي صحيحاً - أي مطابقاً لموازين القضاء - لم يتوجّه عليه غرامة، إذ المفروض أنّ حكمه وقع على طبق البيّنة التي أمر بالعمل بها في مسألة القضاء، فلا يكون غازراً.

(* إن لم يتوجّه عليه غرمٌ من جهة عدم كونه غازراً، على ما قيل. وإن لم يدخل عن إشكال، لعدم ثبوت إعتبار علم الغازر بكون ما يدفعه إلى الغير ملكاً لغيره. ولذا لم يفضلوا في مسألة من قدّم طعام الغير للآخر ليأكله، وقالوا بضمان المقدّم إذا رجع المالك إلى الأكل، فإنّ الأكل يرجع إلى المقدّم، من غير تفصيل بين علم المقدّم بأنّ الطعام ملكه أو ملك غيره، و بين عدم علمه بذلك.

بل عن بعضهم التصريح بالتعميم، وعدم الفرق في ضمان المقدّم بين علمه بكون الطعام مال نفسه و مال غيره. قال المحقق عليه السلام في مالو قدّم المأكول المغصوب إلى

و إن كان قضاؤه باطلاً كما هو الظاهر^(١)، فالظاهر^(٢) علم المشتري ببطان قضاء المخالف و تصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع (*)

و إن كان قضاؤه باطلاً كما هو الظاهر، لأنه من قضاة خلفاء الجور الغاصبين لحقوق الأئمة المعصومين صلوات الله عليهم أجمعين، فالظاهر أن المشتري عالم بفساد البيع، لبطان قضاء قاضي المخالفين، فلا رجوع له على البائع.

و قد نبه في الجواهر على أوّل شقّي هذا الجواب - و هو أهلية القاضي للترافع إليه - فقال بعد نقل الخبر: «و هو كما ترى لا غرور فيه، ضرورة معذورية القاضي و الشهود و الورثة، و أقصاه ظهور الخطأ في حكم القاضي الذي قد باشر البيع، و هو لا يقضي بتغريمه»^(١).

(١) لما مرّ آنفاً من أن القضاة في ذلك العصر كانوا منصوبين من قبيل خلفاء الجور.

(٢) جواب قوله: «و ان كان».

غير المالك ليأكله: «و إن أطعمه غيره، قيل: يُغْرَمُ أيهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع إلى الأكل. و إن أغرم الأكل رجع الأكل على الغاصب، لغروره. و قيل: يضمن الغاصب من رأس»^(٢).

و كيف كان فالحاكم ضامن، و إن لم يكن من جهة الغرور، بل من حيث إن خطأ القضاة في بيت مال المسلمين. فمجرد مطابقة حكم القاضي لموازين القضاء لا يرفع ضمانه، غاية الأمر أن ضمانه ليس في كيسه، بل في بيت مال المسلمين.

(*) لكن يشكل مع هذا العلم أن يحكم على مالك المعيشة بجبر ما اغترمه المشتري في إصلاحها و إعدادها للزرع، لأنه مع العلم ببطان البيع يكون غاصباً للمعيشة، و ليس له الرجوع إلى المالك بأخذ ما صرفه في إصلاحها، إذ ليس لِعِرْقِ الظالم حقّ. فجواز رجوع المشتري على مالك المعيشة بأخذ ما صرفه في إصلاحها قرينة جليّة على جهل المشتري ببطان البيع، و لذا دلت الرواية على جواز رجوع المشتري على المالك، و أخذ ما صرفه في إصلاح المعيشة من مالها.

فلا^(١) رجوع له.

و أما الثاني^(٢) - و هو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من^(٣) المنافع والنماء - ففي الرجوع بها^(٤) خلاف^(٥)، أقواها^(٦) الرجوع، وفاقاً للمحكّي^(٧) عن

(١) هذه نتيجة علم المشتري بفساد البيع، إذ مع هذا العلم لا وجه لرجوعه إلى البائع الذي هو شخص القاضي. و ضميراً «فهو، له» راجعان إلى المشتري.

٢ - ما يفرمه المشتري قبال المنافع المستوفاة

(٢) لما إنتهى بحثُ القسم الثالث من الغرامات - و هو الغرامات التي يفرمها المشتري للمالك من دون حصول نفع له في مقابلها - شرع في بيان حكم القسم الثاني، وهو ما يحصل للمشتري نفع في مقابل تلك الغرامات، كإنتفاعه باللبن والصوف ونحوهما. ففي رجوع المشتري بها إلى البائع خلافُ بين الفقهاء تتباين.

و يعتبر في هذا البحث ما تقدّم الإشارة إليه في صدر المسألة - عند ما يرّد المالك هذا البيع الفضولي و لم يُجزه - من جهل المشتري بعدم مالكية البائع للمبيع.

(٣) بيان للنفع الواصل إلى المشتري، و ضمير «إليه» راجع إلى المشتري.

(٤) أي: ففي الرجوع على البائع الفضولي بالغرامات التي إغتمها المشتري للمالك في مقابل النفع الواصل إليه خلافُ.

(٥) مبتدئ مؤخر، و خبره: «ففي الرجوع» و الجملة جواب الشرط في قوله: «و أما الثاني».

(٦) المذكور في النسخ التي ظفرتُ بها «أقواها» بالضمير المؤنث، لكن قيل: «إنّ الصواب «أقواها» بضمير التثنية، لما يقال من: أنّ في المسألة قولين لا أكثر.

و فيه ما ذكرناه في التعليقة، فراجع.

(٧) المحاكى هو السيد العاملي تتباين، و قد نقل قولين عن المبسوط، أحدهما: عدم رجوع المشتري بما اغتم في قبال منفعة إستوفاهها من المبيع. و الآخر: الرجوع.

فقال في شرح عبارة القواعد: «و في رجوع المشتري بقيمة منفعة إستوفاهها خلافُ» ما لفظه: «فالشّرخ في الخلاف و المبسوط في موضع منه، و الآبي في كشف الرموز،

المبسوط والمحقق والعلامة في التجارة^(١)، والشهيدين،

و شيخنا في الرياض، و ظاهر السرائر: أنه لا يرجع»^(١) الى أن قال: «و الشيخ في المبسوط في موضع آخر، و المحقق في تجارة النافع، و ظاهر تجارة الشرائع و فخر الاسلام في الايضاح و شرح الارشاد، و الشهيدان في الدروس و المسالك و الروضة، و المحقق الثاني في جامع المقاصد، و المقدس الأردبيلي، و المصنف في ظاهر تجارة الكتاب، و المقداد، و أبو العباس في المختصر ... أنه يرجع به. و في التنقيح: أن عليه الفتوى. و هو قضية إطلاق الباقيين»^(٢) إلى أن قال: «و لا ترجيح في غصب النافع و التذكرة و التحرير و التبصرة، و المهذب البارع، و المسالك، و الكفاية. و لا في تجارة التذكرة و التحرير و نهاية الأحكام و الإرشاد».

و نقل هذين القولين عن الشيخ فخر المحققين و الفاضل المقداد أيضاً^(٣).

أما قول الشيخ بعدم الرجوع فصريح به في موضعين من المبسوط. و أما قوله بالرجوع فلم أظفر به بعد ملاحظة كتابي البيع و الغصب بتامها. لكن نسبه إليه صاحب كشف الظلام كما في مفتاح الكرامة أيضاً. و قد نسب جمع القول بعدم الرجوع إلى الشيخ كالعلامة و الشهيد الثاني و أصحاب الكفاية و الرياض و المستند^(٤).

(١) التقييد بالتجارة لأجل إختلاف نظر العلامة - و كذا المحقق - في كتابي التجارة

«١» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٣٠١؛ و نحوه في ج ٤، ص ١٩٩؛ و لاحظ: المبسوط، ج ٣، ص ٦٩ و ٧١ و أحال على هذين الموضعين في ص ١٠٢، و كذلك في الخلاف، ج ٣، ص ٤٠٣، و وافقه ابن إدريس في السرائر، ج ٢، ص ٣٢٥ و ٤٩٣، و الفاضل الآبي في كشف الرموز، ج ٢، ص ٣٨٤، و السيد الطباطبائي في رياض المسائل، ج ٢، ص ٣٠٧

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٣٠١؛ و لاحظ: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤؛ ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩١؛ الدروس الشرعية، ج ٣، ص ١١٥؛ جامع المقاصد، ج ٦، ص ٢٣٦؛ مسالك الأفهام، ج ٣، ص ١٦٠، و ج ١٢، ص ٢٢٧ و ٢٢٨؛ الروضة البهية، ج ٣، ص ٢٣٨؛ مجمع الفائدة و البرهان، ج ٨، ص ١٦٤؛ التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٧٥، و لم أجد في ظاهر تجارة المختصر النافع، و لا بد من مزيد التبع و التأمل.

«٣» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٩١؛ التنقيح الرائع، ج ٤، ص ٧٥

«٤» لاحظ المختلف، ج ٥، ص ٥٦؛ مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ٢٢٧؛ كفاية الأحكام، ص ٢٦٠؛

رياض المسائل، ج ٢، ص ٣٠٧؛ مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٩٦

و المحقق الثاني و غيرهم^(١). وعن التنقيح: «أنّ عليه^(٢) الفتوى» (* لقاعدة
الغرور^(٣) المتفق عليها ظاهراً

والغصب، قال في غصب القواعد: «و يرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يفرمه مما
ليس في مقابلته نفع ... و في رجوعه بما حصل له نفع في مقابلته ... نظراً، ينشأ من ضعف
المباشر بالغرور، و من أولوية المباشر»^(٤).

لكنه في كتاب البيع حكم برجوع المشتري على البائع بالفرامة، و ظاهر إطلاقه
جواز الرجوع في كلا القسمين أي ما إنتفع به و ما لم ينتفع. قال شيخنا: «و يرجع المشتري
على البائع بما دفعه ثمناً، و ما إغترمه من نفقة أو عوض عن أجره أو نداء، مع جهله ...»^(٥)
و قد أشار السيد العاملي^(٦) إلى إختلاف رأي المحقق أيضاً في عبارته المتقدمة، فلاحظها.
(١) فخر المحققين و الفاضل المقداد و المحقق الأردبيلي و ابن فهد ممن أشير إليه في
عبارة السيد العاملي^(٧).

(٢) أي: أنّ على الرجوع الفتوى. و هذا ظاهر في الإجماع، فكأنّ عدم الرجوع غير
مهود و مما لم يفتّ به أحد. هذا ما نسبوه إلى التنقيح، و الموجود فيه بيان وجهين لقولي
الشيخ^(٨) ثم قال: «الفتوى على الثاني»^(٩)، و دلالته على الإجماع غير واضحة.
٣: فإنّ «الغاز» يصدق على البائع الفضول، كصدقه على مقدّم طعام غيره لآخر

(* و هذا قول ثالث للفاضل النراقي^(١٠)، و هو التفصيل بين علم البائع بأن المبيع
ملك الغير، فيرجع المشتري بالفرامات عليه. و بين جهله به فلا يرجع بها على البائع^(١١).
و يظهر من وجود هذا القول صحة قول المصنف^(١٢): «أقواها» بالضمير المؤنث،
لا الضمير المثنى. لكنّه مع ذلك لا تخلو العبارة من المسامحة، فلعلّ الأولى أن يقال: «أقواها»
أي: أقوى الخلاف، لذكر المرجع حينئذ صريحاً.

«١» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ٢٣٨ و ٢٣٩

«٢» قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩: شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٤ و ج ٣، ص ٢٤٦ بناء على وجود
جملة «وهو أشبه» و لولاها كان المحقق^(١٣) متردداً في باب النصب كترده في المختصر النافع، ص ٢٧٥. فلاحظ.

«٣» التنقيح الرابع، ج ٤، ص ٧٥

«٤» مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٩٦

في مَنْ قَدَّمَ مال الغير إلى غيره الجاهل، فأكله^(١).

و يؤيد^(٢) قاعدة نبي الضرر، فإن^(٣) تغريم من أقدم على إتلاف شيء من

جاهل بالحال. و مقتضى إطلاقهم - بل تصريح بعضهم - عدم إعتبار علم الغازِّ بكون المال الذي يصرفه المغرور ملكاً لغير الغازِّ، فيجوز لمالك الطعام الرجوع إلى المقدم أو الآكل، و إذا رجع إلى الآكل رجع هو إلى المقدم.

(١) ظاهر عبارة التذكرة الاجماع على ضمان الغاصب دون الآكل الجاهل بالغصب، لقوله فيها إذا قدم الغاصبُ الطعامَ إلى غير المالك، فأكله - بعد نقل قولين من العامة - «والثانية: يستقرُّ الضمان على الغاصب، لأنه غزَّه، و أطعمه على أن لا يضمنه. و هو الذي يقتضيه مذهبنا»^(١).

و قال السيد العاملي رحمته : «فالضمان على الغاصب بلا خلاف منَّا فيما أجد...»^(٢).
(٢) يعني: و تؤيد قاعدة الضرر رجوع المشتري على البائع بما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه.

(٣) هذا تقريب التأييد، و هو مؤلف من مقدّمات تُنتج ضمانَ البائع الفضولي إستناداً إلى قاعدة نبي الضرر.

الأولى: أنَّ المشتري المستوفي لمنفعة المبيع مغرور، قد غزَّه البائع، حيث مكَّنه من الانتفاع بناء المبيع بزعم كون النماء للمشتري مجاناً.

الثانية: أنَّ المفروض تسالمهم على ضمان المشتري لمالك المبيع عوضَ المنفعة المستوفاة، و ليس للمشتري التفضي منه بجعل البائع ضامناً للمالك.

الثالثة: أنَّ الحكم بتحمُّل المشتري للفرامة - مع عدم جواز رجوعه على البائع الغازِّ في ما إغترمه للمالك - ضرر عظيم عليه.

و بما أنَّ الضرر مني في الشريعة المقدسة، فالمتعيّن الحكم بضمان البائع الفضولي، و جواز مطالبة بدل تلك الفرامة منه حتى لا يتضرَّر المشتري.

فإن قلت: لا موضوع لقاعدة نبي الضرر في المقام، لأنَّ مفروض الكلام في القسم

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٣٧٨، السطر ١٤

«٢» مفتاح الكرامة، ج ٦، ص ٢٣٠

دون عوض مغروراً^١ من آخر - بأن^٢

الثاني هو إنتفاع المشتري ببناء المبيع كسكنى الدار، و لبن الشاة و صوفها، و من المعلوم أن دفع بدلها إلى المالك لا يوجب نقصاً في مال المشتري حتى يتمسك بقاعدة نفي الضرر لتضمن البائع الفضولي.

قلت: بل يصدق الضرر حتى مع فرض وصول عوض تلك الغرامة إلى المشتري باستيفاء منفعة المبيع. و الوجه في صدق الضرر أن المشتري لو كان عالماً بأن هذا الانتفاع يستتبع غرامة لم يُقدم عليه. و عليه فلا يندفع ضرر المشتري إلا بالرجوع إلى البائع الغار. هذا تقريب التأييد.

و لعل وجه التعبير بالتأييد دون الدلالة - مع فرض صدق الضرر العظيم على ما إغترمه المشتري - هو: أن الاستدلال بقاعدة نفي الضرر و الضرار يتوقف على أمرين، كلاهما غير ثابت.

الأول: كون القاعدة مشرعة للضمان، بأن يقال: إن مفاد قوله **«لَا ضَرَرَ»** نفي الضرر و الإضرار في وعاء التشريع. و صدق هذا النفي كما يكون منوطاً بنفي المحكم الضرري، بتقييد إطلاق الأدلة فيما ترتب الضرر على المحكم كوجوب الوضوء و لزوم البيع الغنبي، فكذا يكون منوطاً بعدم تجويز إلقاء الغير في الضرر من دون جبرانه ببدل، إذ لو جاز الإضرار بالغير بلا تدارك لم يصدق نفي الضرر شرعاً بقولٍ مطلق، لكونه موجوداً حسب الفرض، و إعدام الضرر شرعاً موقوف على جعل الضمان.

وهذا الأمر قد تقدم منه في قاعدة لا ضرر، و أنها نافية للحكم، وليست مثبتة له. الثاني: كون الغار سبباً للخسارة الواردة على المغرور، حتى يجوز الرجوع بها على البائع بمنأى تسيبه لتضرر المشتري. و هذا أيضاً محل تأمل، لعدم ترتب الغرامة على نفس البيع، و ليس المقام نظير تقديم الطعام المغصوب إلى شخص جاهل بالحال، و سيأتي توضيح ضابطة ضمان التسيب، فانتظر.

(١) حال من فاعل «أقدم» و المراد بالمقدم هو المشتري.

(٢) متعلق بـ «مغروراً» و ضمير «له» راجع الى «من» في قوله «من أقدم» المراد به

المشتري.

له ذلك^(١) مجاناً، من دون^(٢) الحكم برجوعه إلى مَنْ غرّه في ذلك^(٣) - ضرراً^(٤) عظيم (*). و مجرد^(٥) رجوع عوضه^(٦) إليه لا يدفع الضرر^(٧).

و كيف كان فصدق الضرر و إضرار الغارّ به بما لا يخفى^(٨). خصوصاً^(٩) في بعض الموارد.

(١) أي: له ذلك الشيء مجاناً، من دون الحكم برجوع المغرور - و هو المشتري - إلى مَنْ غرّه و هو البائع.

(٢) متعلق بـ «تغريم» أي: تغريم المشتري من دون الحكم بجواز رجوعه ... الخ.

(٣) أي: في إتلاف شيء من دون عوضٍ ضرر عظيم.

(٤) خبر قوله: «فإنّ تغريم».

(٥) مبتدأ، خبره قوله: «لا يدفع الضرر» و هذا إشارة إلى وهمٍ و دفعه، و قد تقدم توضيحها بقولنا: «فإن قلت ... قلت» فراجع.

(٦) أي: عوض ما إغترمه المشتري للمالك، و المراد بالعوض هو منفعة المبيع، كالثمرة التي أكلها المشتري، أو اللبن الذي شربه، أو سكنى الدار، فإنّها عوض الغرامة التي إغترمها للمالك.

(٧) و هو ما إغترمه المشتري للمالك بازاء ما إستوفاه من منافع المبيع.

(٨) إذ لو لم يبيع البائع الفضول لم يقع المشتري في الغرامات و الخسارات.

(٩) كما إذا إستوفى المشتري منافع المبيع فضولاً في غير مهمات معاشه و ضرورياته، كما إذا ركب السيارة أو الدابة دائراً بهما في الأراضي و البساتين للتنزه و إستنشاق الهواء

(*). إن كان هذا ضرراً عظيماً فهو دليل على المطلب، لا مؤيد له. و إن لم يكن ضرراً فلا وجه لكونه مؤيداً، لعدم إرتباطه بالموضوع. و الحق عدم صدق الضرر مع إستيفاء المشتري منافع المبيع فضولاً.

نعم يصدق التفرير العظيم، لا الضرر العظيم الذي هو النقص، لوضوح عدم النقص المالي بعد فرض إستيفاء المنافع، فيقع التعاوض القهري بين ما إستوفاه المشتري من المنافع، و بين المال الذي أخذه مالك المبيع من المشتري بدلاً عن المنافع. فالغرور يوجب عملاً لو لم يكن غرور لم يقع ذلك العمل في الخارج، سواء ترتب ضرر على هذا الغرور أم لا.

فما في الرياض من ^(١) «أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر المفقود في المقام، لوصول العوض إلى المشتري ^(٢)» لا يخلو ^(٣) عن شيء:

مضافاً إلى ما قيل عليه: من ^(٣) مع مدخلة الضرر في قاعدة الغرور، بل هي

السالمة عن القذارات، لا في مهات أموره و أصول معاشه و قضاء حوائجه، فإن صدق الضرر حينئذٍ ضروري، لعدم بذل المال غالباً بإزاء التصرفات غير المقومة للمعاش، فيعدّ بذل المال حينئذٍ ضرراً بخلاف ما إذا استفاد من المبيع فضلاً ما صرفه في أصول معاشه، ككراء الدابة و السيارة لأجل صرف أجرتهما في ضروريات معاشه، فلا يعدّ أخذ عوضها - بدون إرجاعه إلى الغاز - ضرراً.

(١) بيان لـ «ما» الموصول، و الفاء للتفريع، و غرضه الإشكال على السيد صاحب الرياض رحمته، و حاصل ما أفاده السيد هو: عدم دليل على قاعدة الغرور إن لم تنطبق على قاعدة نفي الضرر الذي هو مفقود في المقام، إذ المفروض وصول العوض - و هو المنفعة - إلى المشتري، لأنّه إستوفاه من المبيع الفضولي بازاء الفرامة التي إغترمها للمالك، فلا موضوع هنا لقاعدة الضرر، إذ لا يعدّ إعطاء مالٍ عوضاً عن المنفعة التي إستوفاها المعطي ضرراً. فلا تجري أيضاً قاعدة الغرور.

(٢) خبرٌ «ما» الموصول في قوله: «فما في الرياض» و جواب عن إشكال صاحب الرياض، و محصل الجواب: وجود كلتا قاعدتي الغرور و الضرر هنا. أمّا قاعدة الغرور فلإتفاق الفقهاء على كون المشتري مغروراً فيما نحن فيه.

و أمّا قاعدة الضرر فلأنّ إتلاف مال الغير مجانباً بسبب تقرير شخص آخر - بأن يقول له: تصرف فيه، فإنه لي، ثم إنكشف أنه للغير، فطلب ماله و أخذه منه - يوجب عدّ هذا الشخص متضرراً.

فالنتيجة: جواز رجوع المشتري إلى البائع.

(٣) بيان لـ «ما» الموصول، و هذا إشكال آخر من صاحب الجواهر على

مبنية على قوة السبب على المباشر»^(١).

لكنه^(١) لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعى إختصاص دليل الغرور من

سيد الرياض رحمته الله. و غرض المستشكل إثبات الضمان هنا.

وحاصل الاشكال: أن قاعدة الغرور ليست مبنية على قاعدة الضرر حتى يقال: أنه لا ضرر هنا، فلا تجري قاعدة الغرور. بل هي مبنية على قاعدة قوة السبب على المباشر، والسبب - وهو البائع في ما نحن فيه - أقوى من المباشر وهو المشتري، فيرجع على البائع بما إغترمه للمالك عوضاً عن منافع المبيع فضلاً التي إستوفاه، لأنه وإن كان مباشراً لما إستوفاه من المنافع، لكن البائع الذي هو السبب أقوى من المباشر، فيرجع المشتري إليه فيما إغترمه للمالك عوضاً عن المنافع.

فصاحب الجواهر رحمته الله قائل بضمان البائع لما إغترمه المشتري بازاء ما إستوفاه من منافع المبيع فضلاً، وردّ هو رحمته الله على سيد الرياض رحمته الله المنكر لضمان البائع لما إغترمه المشتري للمالك بازاء المنافع، إستناداً إلى عدم جريان قاعدة الغرور، لابتنائها على قاعدة الضرر المفقود هنا، لأنّ غرامة المشتري تكون بازاء المنافع، فهذه الغرامة ليست ضرراً حتى تجري فيها قاعدة الغرور المبنية على الضرر.

(١) أي: لكن ما قيل في الجواهر ردّاً على كلام الرياض لا يخلو من نظر وإشكال. توضيحه: أن صاحب الرياض لا يدعي إبتناء قاعدة الغرور على قاعدة الضرر، حتى يقال: بعدم جريانها في المقام، لعدم تضرر المشتري، لوصول عوض غرامته وهو المنافع إليه. وإنما يدعى أن إهمال دليل قاعدة الغرور - أعني به النصوص الخاصة والاجماع - يقتضي الإقتصار على القدر المتيقن منها، وهو صورة الضرر، لعدم دلالتها صريحاً على ضمان البائع لجميع ما إغترمه المشتري للمالك.

والأولى نقل كلام الرياض، فإنه رحمته الله بعد حكاية عدم الرجوع عن الشيخ والحلي، قال: «و هو أوفق بالأصل، مع عدم معلومية صلوح المعارض للمعارضة بناءً على عدم وضوح دليل على ترتب الضمان على الغارّ بمجرد الغرور وإن لم يلحقه ضرر كما في ما نحن

النصوص الخاصّة و الإجماع بصورة الضرر. و أمّا^(١) قوّة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور، إلّا^(٢) إذا كان السبب بحيث إستند التلف عرفاً إليه كما في المكره^(٣).

فيه بمقتضى الفرض، لاستيفائه المنفعة في مقابلة ما غرمه. و الاجماع على هذه الكلية غير ثابت، بحيث يشمل نحو مفروض المسألة».

(١) هذا إشكال على صاحب الجواهر المدعي لضمان البائع لما إغترمه المشتري للمالك، تمسكاً بدليل آخر على الضمان، و هو قوّة السبب على المباشر، حيث قال - بعد المناقشة المتقدمة في كلام صاحب الرياض - : «بل هو - أي ضمان الفاعز - من باب قوّة السبب على غيره ولو المباشرة»^(١).

و حاصل إشكال المصنف عليه: أنّ قوّة السبب على المباشر بنفسها لاتصلح لأن تكون دليلاً على الضمان، إلّا إذا كان السبب بمثابة يصحّ أن يستند التلف إليه عرفاً.
(٢) فحينئذٍ تكون قوّة السبب دليلاً على الضمان، لإستناد التلف إلى السبب، فيكون سبب الضمان على هذا قاعدة الإتلاف.

(٣) فإنّ المكره و إن كان مباشراً للفعل، لكنه يسند عرفاً إلى المكره، لأنّ التحميل والإكراه أوجبا ضعف إستناد الفعل إلى المباشر، بل لايصحّ إسناده إلى المكره في بعض الصور كالمملجأ، فيستند الفعل إلى المكره خاصة.

قال في الجواهر - في مقام الفرق في إستناد الفعل الى المغرور دون المكره - ما لفظه: «و لعلّه لعدم صدق (أخذت) الظاهر في الاختيارية عليه - أي على المكره - بخلاف المغرور. مضافاً إلى ظهور رجوع المغرور - أي قوله عَلَيْهِ: المغرور يرجع على من غرّه - في ضمانه و إن رجع هو ...»^(٢).

و لعلّ مراد المصنف عَلَيْهِ من التنظير بالمكره - بقرينة المثالين الآخرين - هو خصوص الملجأ المسلوب الاختيار. و يحتمل أن يكون مراده مطلق المكره، فإنّ الفعل

و كما في الريح العاصف الموجب للإحراق^(١)، و الشمس^(٢) الموجبة لإذابة الدهن وإراقتها.

و المتّجه في مثل ذلك^(٣) عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً^(٤) كما تُسبب إلى ظاهر الأصحاب في المكره، لكون المباشر بمنزلة الآلة^(٥). و أمّا في غير ذلك^(٦)

وإن كان صادراً منه باختياره، لكن الإكراه يوجب إستناده الى المكره، لقوته، لا إلى المكره لضعفه.

(١) كما إذا أجمع الناز في جهة هبوب الريح العاصف، فأطارتها الريح إلى دور الجيران، فأحرقت بعض أموالهم، فإنّ الإحراق و إن كان فعل النار، لكنّه يُسند إلى المؤجج الذي هو السبب.

(٢) يعني: و كالشمس، كما إذا وضع شخص الدهن الجامد - الذي هو مملوك لغيره - في الشمس، فذاب و أريق، كما إذا كان الدهن الجامد في الطرف المثقوب، فأذابته الشمس، و أراقتة. فإنّ الإذابة و الإراقة و إن كانتا فعل الشمس، لكنّها تُسندان إلى واضع الدهن في الشمس. و هذه الأمثلة من صغريات قوّة السبب على المباشر، بحيث لا بعدّ الفعل من أفعال المباشر، بل بعدّ من أفعال السبب.

(٣) ممّا يعدّ الفعل من أفعال المباشر دون السبب.

(٤) لعدم كون الفعل مسنداً إلى المباشر حتى يكون عليه ضمان.

(٥) في عدم الإرادة و الإختيار كالسكّين، فإنّه و إن كان قاطعاً، لكنّه لما كان بغير إرادة و شعور لم يستند الفعل إليه.

و المناسب إلى ظاهر الأصحاب صاحب الجواهر في شرح قول المحقق **تَبَيَّنَ**: «و لا يضمن المكره المال و إن باشر الإلتاف. و الضمان على من أكرهه، لأنّ المباشرة ضعفت مع الإكراه، فكان ذو السبب هنا أقوى»^(١) فراجع.

(٦) يعني: في غير موارد إستناد التلف إلى السبب، و إستناده إلى المباشر مثل ما نحن فيه أي القسم الثاني، و هو أن تكون الفرامة في مقابل ما إستوفاه المشتري بإرادته من منافع المبيع فضولاً، كسكنى الدار و ركوب الدابة و السيارة مثلاً، فضمان البائع - الذي هو سبب لوقوع المشتري في ما إغترمه للمالك - لتلك الفرامات محتاج إلى دليل

فالمضمان^(١) أو قرار الضمان^(٢) فيه^(٣) يحتاج إلى دليل مفقود^(٤). فلا بد^(٥) من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر، أو الإجماع المدعى في الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى.

مفقود هنا، إذ لا دليل على ضمان السبب الذي لا يستند التلف عرفاً إليه.

(١) أي: بأن يكون البائع هو الضامن دون المشتري المغرور، فلا يصح رجوع المالك إلى المغرور أصلاً.

(٢) بأن تكون ذمة كل من الغازّ والمغرور مشغولة للمالك، لكن الضمان مستقرّ على الغازّ، فيجوز للمالك الرجوع إلى المغرور، فيرجع هو على الغازّ.

(٣) أي: في السبب الذي ليس بتلف، كالبائع، فإن تلف المنافع مستند إلى المشتري الذي إستوفأها مختاراً و من غير إكراه.

(٤) إذ المفروض عدم كون السبب - الذي لا يستند إليه التلف - موجباً للضمان.

(٥) هذه نتيجة قوله: «فالمضمان» الذي هو جواب «أما» و حاصله: أنه بعد فقد الدليل الخاصّ على ضمان البائع الغازّ - الذي هو السبب لتلف المنافع، لكنّ سببته لتلفها ليس بمثابة يستند التلف إليه كما فيما نحن فيه، و هو القسم الثاني - فلا بدّ في إثبات ضمان السبب وهو البائع مع عدم إستناد التلف إليه عرفاً من التمسك بأحد الأمور الأربعة: أحدها: قاعدة الضرر.

ثانيها: الإجماع المدعى في الإيضاح على تقدّم السبب إذا كان أقوى. قال فخرالحقّين فيه - فيما لو اشترى داراً أو أرضاً من غاصب، و بنى فيه، فقلع المالك بناءه، وأنّ الأقرب رجوع المشتري على البائع - ما لفظه: «وجه القرب: أن البائع سبب، والمشتري ذو يدٍ كالمباشر، و السبب هنا أقوى من المباشر. وكلّما كان السبب أقوى من المباشر فالضمان على السبب. أما الأولى فلأنه إنّما شرع في العقد و التصرفات بظنّ السلامة، و سبب هذا الظنّ تقرير البائع إياه، فصار هذا السبب أقوى. و أما الثانية فإجماعية»^(١).

و ليس مراده بقوّة السبب قوّة الخاصة التي يستند الفعل إلى السبب دون المباشر، بل مراده بقرينة تطبيقه على الغرور هو الأعم، يعني سواء أكان إستناد الفعل إلى السبب

أقوى من إستانده إلى المباشر كما في المكزه، أم كان إستانده إلى كل منها على السواء، بل يصدق حتى مع قوة إستانده إلى المباشر و ضعف إستانده إلى السبب كما في المغرور، لكونه مختاراً في فعله. ولكن الوجه في ضمان البائع الغاز هو الدليل التعبدي أعني به الاجماع، حيث يكفي في صدق التسبب إعتاد المغرور على ظن سلامة المبيع له ليتصرف فيه. نالها: الأخبار المتفرقة، و الظاهر أن مقصوده منها ما ورد في التدليس في النكاح مما يشتمل على التعليل. و يمكن أن يريد أيضاً مثل خبري زرارة و جميل المتقدمين في الجارية المسروقة.

فما ورد في النكاح، خبر إسماعيل بن جابر، قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلٍ نظرَ إلى امرأةٍ فأعجبته، فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأقْبى أباهَا، فقال: زَوْجني إبتك، فزَوْجه غيرها، فولدت منه. فعلم بها بعدُ أنّها غير ابنته، و أنّها أمة. قال: تردّ الوليدة على موالِها، و الولد للرجل، و على الذي زَوْجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالِي الوليدة، كما غرّ الرجل و خدعه»^(١).

فإن قوله عليه السلام: «كما غرّ الرجل و خدعه» ظاهر - بل صريح - في عليّة الغرور لكون الأب المزوّج ضامناً لقيمة الولد. و مقتضى التعليل الحكم بضمان الغاز في غير الولد مما يكون في باب النكاح كالمهر، و كذا في غير النكاح كالمقام. و إحتال إختصاص الرجوع على الغاز بمورد الرواية - و هو ضمان قيمة الولد - غير ظاهر، لما تقرّر من عدم الفرق في التعدي عن مورد التعليل بين أن يقال: «لا تشرب الخمر، لإسكاره» أو «لأنه مسكر» لعدم إقتضاء الإضافة في التعبير الأوّل دوران الحرمة مدار إسكار الخمر خاصة، بل يؤخذ بعموم العلة في سائر الموارد. و كذا يستفاد الحكم مما رواه رفاعة عن أبي عبد الله عليه السلام: «و سألته عن البرصاء. فقال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأةٍ زوّجها وليها و هي برصاء: أن المهر لها بما إستحلّ من فرجها، و أن المهر على الذي زوّجها. و إنّما صار عليه المهر لأنّه دلّسها» الحديث^(٢).

١ «١» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٦٠٢، الباب ٧ من أبواب العيوب و التدليس، ح ١

٢ «٢» وسائل الشيعة، ج ١٤، ص ٥٩٦، الباب ٢ من أبواب العيوب و التدليس، ح ٢؛ رواه الكليني عن العدة عن سهل عن أحمد بن محمد عن رفاعة بن موسى. و رواه ابن ادريس في المستطرفات عن نوادر البرنظي عن

أو بالأخبار^(١) الواردة في الموارد المتفرقة، أو كون الغاز سبباً في تغريم المغرور، فكان^(٢) كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ لشهادته.
و لا ريب في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه.
أمّا الأخير^(٣) فواضح.

فإنّ تحليل إستقرار المهر على الولي بالتدليس كالصرح في عدم خصوصية للمورد، وأنّ المقصود تطبيق الكبرى الكلية على بعض صغرياتها.
رابعها: كون الغاز سبباً لتغريم المغرور، كسببية شاهد الزور لضمان ما يؤخذ باستناد شهادته، وقد دلّ عليه نصوص عديدة سيأتي ذكر بعضها في (ص ٥٤٧).
وهذه الوجوه الأربعة ثابتة فيما نحن فيه، وهو ما إغترمه المشتري للمالك بازاء ما إستوفاه من منافع المبيع له فضولاً.

(١) معطوف على «قاعدة الضرر» و الأولى إسقاط حرف الجرّ أو تبديله بـ «إلى» ليستقيم العطف، فكأنه قال: «فلا بدّ من الرجوع إلى الأخبار الواردة...».
ثم إن ظاهر العبارة كون هذه الأخبار المتفرقة دليلاً ثالثاً على الضمان، كما أنّ ما ورد في شاهد الزور دليل رابع عليه.

ولكن الظاهر أن قوله: «بالأخبار الواردة في الموارد المتفرقة» يعمّ ما ورد في شاهد الزور أيضاً، لما سيأتي بعد أسطر بقوله: «و أما الإجماع و الأخبار، فهما و إن لم يردا في خصوص المسألة ... إلى أن قال: و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الأخبار...».

و على هذا فالعبارة لا تخلو من مسامحة، لكون الأدلة هي قاعدة الضرر و الإجماع و الأخبار المتفرقة التي يستفاد من بعضها سببية الغاز.

(٢) يعني: فكان البائع الفضول كشاهد الزور في ضمانه لما يؤخذ بشهادته.
(٣) و هو كون البائع الفضول سبباً لتغريم المغرور و هو المشتري، فبيعه كشهادة شاهد الزور في السببية للتغريم، فثبوت الوجه الأخير - و هو الوجه الرابع فيما نحن فيه - واضح كما في المتن.

المجلسي عن أبي عبدالله عليه السلام. السرائر، ج ٣، ص ٥٦٢. و قد ورد ضمان المهر بالتدليس في الحديث ١ و ٤ و ٧ و ٨ من نفس الباب، و ح ١ من الباب ٩ ص ٦٠٤. و غيرها.

فإن قلت: إنَّ وضوح سببية الغار لتفريم المغرور ينافي ما أفاده في ردِّ كلام الجواهر بقوله: «و أما قوة السبب على المباشر فليست بنفسها دليلاً على رجوع المغرور ...» إذ لو كانت قوة السبب مضمَّنة للسبب دون المباشر لم تتَّجه المناقشة في كلام الجواهر. وإن لم تكن موجبةً لضمان السبب لم تنفع في ضمان الغارِّ لما اغترمه المشتري.

قلت: لا منافاة ظاهرةً بين الكلامين. إذ المقصود بقوة السبب - التي منعها أولاً - هو التسبب على الموضوع أي الفعل المترتب عليه الضمان. حيث لا ضمان على المباشر كالمكره. وإنما تكون الغرامة على السبب باعتبار قوته الموجبة لإسناد التلف إليه. ومن المعلوم إنتفاء التسبب بهذا المعنى في مورد الغرور، لكونه متصرفاً بإرادته.

كما أنَّ المقصود بالتسبب الذي جعله دليلاً على ضمان الغارِّ هو التسبب على الضمان. نظير إستقرار الضمان على مَنْ يُقدِّم طعام الغير إلى ضيفه. فإنَّ الأكل فعل اختياري للأكل موضوع للضمان، ولكن المُوَقع له في الضمان هو المُقدِّم. فإذا غَرَم المالك الأكل رجع هو على المُقدِّم. فكذا يرجع المشتري - في ما اغترمه على المبيع فضولاً - على البائع الغارِّ. و ضمان السبب في هذا القسم منوط بدليل تعدي. ولذا تصدَّى المصنف رحمته لإثباته بالتمسك بمثل ما ورد في ضمان شاهد الزور.

هذا بيان الفارق بين التسبيين على ما أفاده شيخ مشايخنا المحقق النائيني رحمته «١»، وإن شئت مزيد بيان له فراجع التعليقة (*).

(* و توضيحه على ما في تقرير بحثه الشريف: أن ما يطلق عليه السبب على أقسام، فتارةً يكون الضمان على السبب ابتداءً، و لا يضمن المباشر أصلاً. و أخرى يضمن المباشر ابتداءً، ولكن قرار الضمان على السبب، فيرجع المباشر إليه. و ثالثةً يضمن المباشر دون السبب.

و القسم الأول هو قاعدة الضمان بالتسبب على الفعل، بأن كان السبب مقدمةً أخيرةً من علّة وجود المسبب، بحيث لم يتخلل بين السبب و المسبب فعلٌ فاعل مختار أصلاً، كما إذا حفر بئراً، فعثر العابر و وقع فيه فمات، حيث لم يتخلل بين الحفر فعلٌ إرادي.

ومرور العابر وإن كان فعله الاختياري، لكن عثره وسقوطه في البئر غير إختياري. ونظيره ضمان فاتح قصص الطائر.

وكذا الحال لو تخللت إرادة المختار، ولكنها ضعيفة بحيث كان إستناد الأثر إلى السبب أقوى منه إلى المباشر، كما إذا وقف الطفل أو المجنون على البئر، فسقط فيه. وكذا لو كان الفعل صادراً بإرادة المباشر، لكنه غير مستقل في فعله، بل هو مُلزمٌ به، ومقهور لغيره عقلاً أو شرعاً كالمكره. وكالحاكم الذي شهد عنده شهود زور بمالٍ في ذمة زيد لعمرو، فحكم بأخذ المال من المحكوم عليه، فإن قيام البيئنة عند الحاكم توجب لأبدية الحكم على طبقها، فلا يضمن عند تبين فساد المستند، وإنما يضمن شاهد الزور كما نطقت به الأخبار.

والمقام ليس من هذا القسم، ضرورة عدم كون البيع ولا تسليط البائع على المبيع سبباً لتلف مال المشتري مما صرفه على المبيع، لعدم ترتب هذه الخسارة على البيع، ولا فيه إحداث الداعي على الإتلاف والتصرف. نعم لولا البيع لم يقع البائع في الغرامة، ولكنه ليس بمناط سببته لها، بل البيع محقق لموضوع لما إغترمه، كسائر موارد وجود الموضوع الذي هو أجنبي عن باب التسبب، فإنه لولا وجود المقتول لم يتحقق القتل، وهل يصح عدّه سبباً للقتل؟

و القسم الثاني هو الضمان بالتسبب على الضمان لا على الفعل المضمّن، بأن يتوسّط فعل إختياري بين المعدّ وبين المسبب، وأقدم الفاعل على الضمان لأجل ذلك المعدّ، بحيث يستند الضمان إلى السبب، فيتعلق الضمان بالمباشر أولاً، ثم بالسبب برجوع المباشر إليه، ويتحقق في موردين:

أحدهما: أن يستدعي المديون من شخص أن يضمن عن دينه، فيضمنه ويرجع به إلى المستدعي بعد أداء الدين.

ثانيهما: أن يكون فعل السبب موجباً لضمّان شخص آخر بإرادته، كمقدّم طعام الغير إلى ضيفه ليأكله مجاناً، فتبين عدم كون الطعام له. وعلى هذا القسم ينطبق قاعدة الغرور. فإن الأكل مغرور بفعل المقدّم، فيرجع عليه.

ومما ذكر يظهر أن مسألة الرجوع إلى شاهد الزور لا تناسب باب الغرور، إذ المفروض في قاعدة الغرور ضمان المغرور ثم رجوعه على الغاز. وهذا مفقود في المثال،

و أما الأول^(١) فقد عرفته، و أما الإجماعُ و الأخبارُ فهما و إن لم يردا في خصوص المسألة^(٢)، إلا أن تحقُّقها^(٣) في نظائر المسألة^(٤) كافٍ، فإن رجوع آكل

(١) و هو قاعدة الضرر، فقد عرفته في (ص ٥٣٤) بقوله: «و يؤيده قاعدة نفي الضرر، فإنَّ تفرُّم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوضٍ مغروراً من آخر ... الخ».

(٢) و هي رجوع المشتري على البائع الفضول بما إغترمه للمالك، في مقابل المنافع التي إستوفاها المشتري من المبيع الفضولي.

(٣) أي: تحقق الإجماع و الأخبار في نظائر المسألة كافٍ في المحكم برجوع المشتري.

(٤) و هي رجوع المشتري على البائع الفضولي فيما إغترمه المشتري للمالك، في مقابل ما إستوفاه من منافع المبيع فضولاً.

(٥) بيان لتحقيق الإجماع و الأخبار في نظائر المسألة المبحوث عنها، و هي رجوع المشتري إلى البائع الفضول. و من تلك النظائر مثال زيد الأكلٍ لطعام عمرو بتغيير بكرٍ له، بدعوى أن الطعام له، ثم بان أن الطعام ملك عمرو، و ليس ملكاً لبكرٍ، فإنَّه قام

إذ لا يضمن الحاكم، لكونه مسلوب الإختيار بعد قيام البينة عنده، فيرجع المحكوم عليه إلى الشهود ابتداءً.

و القسم الثالث ما إذا كان أثر السبب مجرد إحداث الداعي للمباشر من دون أن يستند الفعل إلى السبب، فيضمن المباشر خاصة، و لا يرجع إلى ذلك الطرف أصلاً، و ذلك كما إذا أمر شخصٌ غيره بقتل آخر، أو علّمه طريقة سرقة الأموال، فجنى باختياره.

و كذا يخرج عن مورد قاعدة التسيب - بكلا إطلاقيها المتقدمين - ما إذا وقف شخصان على شفير بئرٍ، فدفع أحدهما الآخر، فسقط فيه، فليس الضمان على الحافر، لفرض توسط فعل فاعلٍ مختار بين الحفر و الهلاك.

و بالجملة فإن كان الفعل مستنداً إلى السبب كان هو الضامن دون المباشر. و إن كان الفعل مستنداً إلى المباشر، و لم يُقدِّم على ما يترتب عليه من الضمان كأكل طعام الغير بتغيير المقدم له مجاناً، أو أقدم على الضمان بازاء عوض، كان المباشر هو الضامن، و يرجع إلى السبب بعد أداء الغرامة^(١).

طعام الغير إلى^(١) من غَرَه - بدعوى^(٢): تملكه و إباحته له - مورد^(٣) الإجماع ظاهراً. ورجوع^(٤) المحكوم عليه إلى شاهد الزور مورد الأخبار^(٥).

الإجماع ظاهراً على رجوع آكل الطعام إلى مَنْ غَرَه - و هو بكر - بما إغترمه الآكل للمالك الطعام.

(١) متعلق بـ «رجوع».

(٢) متعلق بـ «غَرَه» و ضميراً «تملكه ، إباحته» راجعان إلى الطعام، و ضمير «له» إلى الآكل.

(٣) خبر قوله: «فان رجوع» و تقدم في (ص ٥٣٤) حكاية الإجماع عن غير واحد، فراجع.

(٤) معطوف على «رجوع» في قوله: «فان رجوع» و هذا هو المورد الثاني من نظائر مسألتنا - و هي رجوع المشتري إلى البائع بالقرامات التي إغترمها لمالك المبيع الفضولي، و محصل هذا الظاهر هو رجوع المحكوم عليه بقراماتٍ - باستناد المحاكم إلى شهادة شاهد الزور - إلى شاهد الزور، و أخذ ما إغترمه المحكوم عليه من شاهد الزور و هذا الظاهر مورد الأخبار.

(٥) التي منها رواية جميل المتقدمة في (ص ٥٢٠).

و منها: رواية جميل عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور، قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه رُدَّ على صاحبه. و إن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أئلف من مال الرجل»^(١).

و منها: معتبرة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: «في رجلين شهدا على رجل غائب عن إمرأته أنه طلقها، فاعتدت المرأة و تزوجت. ثم إن الزوج الغائب قديم، فزعم أنه لم يطلقها، و أكذب نفسه أحد الشاهدين. فقال: لا سبيل للأخير عليها، و يؤخذ الصداق عن الذي شهد و رجع، فيردُّ على الأخير، و يفرق بينهما، و تعتد من الأخير، و لا يقربها الأول حتى تنقضي عدتها»^(٢). و نحوهما أخبار آخر^(٣).

«١» و مسائل الشيعة، ج ١٨، ص ٢٣٩، الباب ١١ من أبواب الشهادات، ح ٣

«٢» المصدر، ص ٢٤٢، الباب ١٣، ح ٣

«٣» المصدر، الباب ١٤، الحديث ١ و ٢ و ٣

و لا يوجد^(١) فرق بينهما^(٢) وبين ما نحن فيه^(٣) أصلاً.

و قد ظهر مما ذكرنا^(٤) فسادُ منع الغرور فيما نحن فيه، كما في كلام بعض^(٥).

و دلالتها على المقام مبنية على كون الرجوع إلى الشاهد مجرد الغرور، لا لأجل ضمان السبب من جهة كونه سبباً.

(١) بعد أن ذكر هذين النظيرين أراد أن يبين أن حكمها جارٍ في مسألتنا أيضاً، لأن كلاً منها مصداق لكبرى الغرور، فلا يكون قياساً حتى لا يجري حكم الموردین المذكورين فيه.

(٢) الضمير راجع إلى رجوع آكل الطعام و رجوع المحكوم عليه.

(٣) و هو رجوع المشتري الجاهل على البائع الفضول بكل ما اغترمه المشتري للمالك.

(٤) أي: ظهر من جريان قاعدتي الغرور و الضرر هنا و الأخبار - كخبري جميل و شاهد الزور - فسادُ منع صدق الغرور على ما نحن فيه، و هو رجوع المشتري على البائع الفضولي بما اغترمه للمالك كما عن بعض.

(٥) و هو صاحب الجواهر رحمته الله، حيث إنه ناقش في ما ادعاه صاحب الرياض رحمته الله من عدم الدليل على كبرى قاعدة الغرور لو لم يلحق الضرر بالمغرور، فإن صاحب الجواهر أثبت هذه الكلية، لكنه منع صدق الغرور في الغرامات التي بذها المشتري في مقابل النفع الواصل إليه، و قال: «لكن لعلّ خلافهم هنا يؤمي إلى عدم تحقق قاعدة الغرور في المقام ... إلى أن قال: نعم إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور، الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانية ابتداءً، كالإباحة و الهبة و العارية و نحوها. بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً، الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع، خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل»^(١).

و محصل إيراد المصنف عليه: ما مرّ آنفاً من صدق قاعدتي الغرور و الضرر فيما

حيث عدل^(١) في ردّ مستند المشهور عمّا في الرياض - من منع الكبرى^(٢) - إلى^(٣) منع الصغرى^(٤)، فإن^(٥) الإنصاف أنّ مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب

نحن فيه.

و خلاصة الكلام: أنّ مستند المشهور في رجوع المشتري إلى البائع الفضول هو: أنّ المشتري مغرور، وكل مغرور يرجع إلى مَنْ غرّه، فالنتيجة: أنّ المشتري يرجع إلى مَنْ غرّه، وهو البائع. فمستند المشهور هو قاعدة الغرور.

و صاحب الرياض رَضِيَ اللهُ عَنْهُ يمنع الكبرى - وهي كل مغرور يرجع إلى مَنْ غرّه - ويقول: أنّ الكبرى هي كلُّ مغرور متضرّر يرجع إلى مَنْ غرّه، لا كلُّ مغرور وإن لم يكن متضرراً. وهذه الكبرى لا تنطبق على المشتري، لأنّه وإن كان مغروراً، لكنّه ليس بمتضرّرٍ، فلا يرجع المشتري إلى البائع الفضول بقاعدة الغرور.

و صاحب الجواهر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عدل عما أفاده سيّد الرياض - من منع الكبرى - إلى منع الصغرى، وقال: إنّ المشتري فيما نحن فيه ليس مغروراً حتى يرجع إلى البائع، لعدم كون السبب هنا أقوى من المباشر، وبدون أقوائية السبب وهو البائع هنا من المباشر - وهو المشتري، لأنّه بالإرادة والاختيار تصرّف في المبيع الفضولي - لا يعدّ المشتري مغروراً، فلا يرجع إلى البائع.

(١) أي: عدل صاحب الجواهر في ردّ مستند المشهور، وهو قاعدة الغرور.

(٢) وهي: كل مغرور يرجع إلى مَنْ غرّه.

(٣) هذا وقوله: «عمّا» متعلقان بـ «عدّل».

(٤) وهي: عدم أقوائية السبب - وهو البائع - من المباشر أعني به المشتري.

(٥) تحليل لفساد منع الغرور من ناحية الصغرى، و حاصل وجه المنع هو: أنّ

مفهوم الغرور وإن كان غير منقّح، لعدم وضوح دليله، إلّا أنّ المتيقن من مفهومه هو إتلاف المغرور لمال الغير لا بعنوان أنّه مال الغير، بل بعنوان مال نفسه، أو بعنوان مَنْ أباح له الإتلاف، فلا يكون قاصداً لإتلاف مال الغير. نظير المكرّه في عدم القصد إلى الفعل المكره عليه.

فان قلت: إنّ عدم قصده إلى إتلاف مال الغير لا يُجدي في نفي الضمان عن المغرور، وذلك لأنّ سببته اليد و الإتلاف للضمان غير منوطة بقصد كون المال المستولى عليه أو

الإتلاف وإن^(١) كان غير منقح (*). إلا أن المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال

المتلف مالا للغير، بل وضع اليد كيفما إتفق مضمّن. وكذا الإتلاف. وعلى هذا ينبغي ضمان المغرور من جهة قاعدتي اليد والإتلاف. هذا

قلت: نعم لا دخل للقصد في التضمن باليد والإتلاف، إلا أن مقصود المصنف رحمته من قوله: «بل قصده...» بيان محقق عنوان الغرور. يعني: أن المتلف لمال الغير إن كان قاصداً لإتلافه بما أنه مال الغير لم يصدق عليه «المغرور». وإن كان غير قاصد لهذا العنوان - بأن قصد إتلاف مال نفسه، فتبين كونه للغير - صدق عنوان الغرور، فيرجع إلى من غرّه. وعلى هذا فعدم القصد إلى عنوان «إتلاف مال الغير» محقق مفهوم الغرور. (١) الجملة خبر قوله: «أن مفهوم»، وضمير «منه» راجع إلى «مفهوم الغرور».

(*) يمكن أن يقال: إن مفهوم «الغرور» المناسب لمعناه اللغوي - المذكور في المجمع بقوله: «و غرّه غرّاً و غروراً و غرّة بالكسر فهو مغرور: خدعه، و أطمعه بالباطل، فاغترّه هو»^(١) - هو الذي يكون داعياً إلى صدور الفعل من المغرور، و مؤكداً له، كداعوية الإرادة التي هي الشوق المؤكد لصدور الفعل من فاعله. ولا يوجب الغرور - كالشوق المؤكد - خروج الفعل عن الإرادي حتى يكون كالألة، مثل النار للإحراق و السكين للقطع، و السمّ للقتل، فإن هذه آلات، و التعبير عنها بالآلات صحيح. و هذا بخلاف أكل المغرور لطعام الغير، فإنه فعل إختياري له، و التعبير عن المغرور بالألة غير صحيح، لأنه ليس كالنار و السمّ و السكين و نحوها مما ليس له إرادة و إختيار.

فالغرور - على هذا - من مبادئ صدور الفعل من الفاعل المختار، كما يظهر من أمثلتهم، كتشبيه البائع الفضول بشاهد الزور، و كمقدم طعام الغير إلى شخص ليأكله، فإن الأكل فعل إختياري للأكل. و ليس كالإيجاب في الحلق في عدم كون الفعل إختيارياً.

و يظهر مما ذكرنا عدم إناطة قاعدة الغرور بقاعدة الضرر، و لا بقاعدة السبب و المباشر، فتجري قاعدة الغرور ولو لم يكن هناك ضرر و لا قوة السبب على المباشر. ثم إن الغرور هل هو من العناوين القصدية كالصوم و الصلاة و الغسل و الوضوء؟

الغير و إثبات يده^(١) عليه لا بعنوان أنه مال الغير، بل قصده إلى إتلافه [إتلاف] مال نفسه^(٢) أو مال من أباح له^(٣) الإتلاف، فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير، فيشبهه المكره في عدم القصد^(٤) (*).

- (١) أي: يد المغرور، و ضميراً «عليه، أنه» راجعان إلى المال.
 (٢) كما في ما نحن فيه، فإنّ المشتري يستوفي منافع المبيع بعنوان كونه مال نفسه لأجل إتياعه.
 (٣) هذا الضمير و المستتر في «فيكون» راجعان إلى المغرور، و الضمير المستتر في «أباح» راجع إلى الموصول المراد به البائع الفضول.
 (٤) أي: في عدم القصد إلى الفعل المكره عليه، فإنّ المغرور أيضاً لا يقصد إتلاف

أم لا؟ بل الغرور بلا قصدٍ يتحقق، و لا يتقوم بالقصد كالأكل و الشرب، فإنّهما يتصفان بهذين العنوانين حتى مع الغفلة عنهما، فإنّ عنوان الأكل و الشرب ذاتي لهما، و لذا لا يتوقف صدق هذين العنوانين عليهما على القصد و الإلتفات.

فإذا قدّم زيد طعاماً يعتقد أنه ملكه - أو ملك من أباح له إتلافه - إلى عمرو فأكله، فتبين أنه لم يكن له و لا لمن أباح له، و لا يرضى بالأكل المزبور و يطالب بدله، فالظاهر أنّ الأكل مغرور، و مقدّم الطعام غاز.

و إذا شك في اعتبار القصد و الإلتفات في مفهوم الغرور فلا دليل و لا أصل على شيء من الإعتبار و عدمه فيه، فلا بدّ من الرجوع إلى الأصل الحكمي، و هو أصالة عدم الضمان. (*). هذا منافع لما تكرر منه في مسألتي إعتبار القصد و الاختيار في المتعاقدين من كون المكره قاصداً للمعاملة، و أنّ المفقود فيه هو طيب النفس، كقوله: «... مما يوجب القطع بأنّ المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع، و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام»^(١). و من المعلوم أنه لا فرق في حصول القصد بين الفعل الإنشائي و الخارجي. فالمكره على الفعل الخارجي كالأكل و الإلتلاف كالمكره على الفعل الإنشائي.

هذا^(١) كَلْمَةٌ مضافاً^(٢)

مال غيره، بل يقصد إتلاف مال نفسه، أو مال من أباح له إتلافه.
فإن قلت: لا وجه لتشبيه المغرور بالمكره، للفرق بينهما، فإن المكره لا يخاطب بالضمان، من جهة قوة السبب و ضعف المباشر كما صرح به في (ص ٥٤٠) بقوله: «والتجّه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً، كما نسب إلى ظاهر الأصحاب في المكره» و هذا بخلاف المغرور، إذ لا كلام في جواز رجوع المالك عليه بالقرامة، ولكنّه لمكان الغرور يرجع إلى الغار. فالفرق بين المكره و المغرور ثابت.

قلت: ليس المقصود من التشبيه إثبات وحدة حكم المكره و المغرور حتى يقال بالفرق بينهما. بل المراد من التشبيه اشتراكهما في الجهة المحققة لموضوع الغرور و الإكراه مع الغض عن حكم رجوع المالك على المغرور دون المكره، و تلك الجهة الجامعة بينهما عدم استقلالهما في القصد إلى عنوان التصرف في مال الغير أو إتلافه. إذ بملاحظة إنتفاء هذا القصد صار المكره مكرهاً و المغرور مغروراً.

و بيانه: أنّ المكره يكون كالآلة للمكره من أجل اللابديّة الناشئة من التحميل، فلا يستقل في قصد عنوان «التصرف أو إتلاف مال الغير». و كذلك المغرور، فإنّه وإن كان مختاراً في فعله و مستقلاً في أصل القصد، ولكنه لجهله بالحال لا يقصد العنوان المزبور، و إنّما مقصوده التصرف في مال نفسه، و هو المبيع المنتقل إليه بالبيع.
و حيث تحققت الجهة المشتركة بين الاكراه و التفرير منعت من إستقرار الضمان على المتلف لمال الغير.

هذا ما أفاده المحقق الاصفهاني رحمته في وجه الشبهة بتوضيح و تصرف «١».

(١) أي: ما ذكرناه - من أدلة ضمان البائع الفضولي من قاعدتي الضرر و الغرور و بعض الأخبار، كخبر شاهد الزور إذا رجع عن شهادته - ثابت.

(٢) غرضه أنّ لنا دليلاً آخر على الضمان مضافاً إلى الأدلة السابقة، و هو ما قيل من دلالة رواية جميل المتقدمة في (ص ٥٢٠) على الضمان. لكن دلالتها على الضمان مبنية على كون حرّية الولد منفعه عرفاً لوالده المشتري للجارية التي ولدته، حتى يندرج في القسم الثاني، و هو ما إغترمه المشتري للمالك في مقابل المنافع التي إستوفها من

إلى ما قد يقال^(۱): من دلالة رواية جميل المتقدمة، بناءً^(۲) على أن حرّية الولد منفعة راجعة إلى المشتري، وهو^(۳) الذي ذكره المحقق إحتيلاً في الشرائع^(۴) في باب

المبيع فضولاً. وإن لم تكن حرّية الولد منفعة عرفاً، لكونه حرّاً، والحرُّ ليس مالاً ولا ملكاً لأحدٍ. فيندرج في القسم الثالث من الغرامات التي لم يصل إلى المشتري نفع في مقابلها، وتكون رواية جميل أجنبية عن المقام حينئذٍ.

(۱) القائل هو الفقيه الكبير الشيخ كاشف الغطاء رحمته ويستفاد من كلام جماعة من تلامذته كأصحاب مفتاح الكرامة^(۱) وكشف الظلام والجواهر رحمته^(۲). ففي الجواهر: «أما فيه - أي في ما حصل للمشتري نفع في مقابل ما غرمه للمالك - فالمشهور أنه كذلك أيضاً، للقاعدة المزبورة - وهي قاعدة الغرور ... وفي شرح الاستاد: أن في خبر جميل دلالة عليه» وظاهر سكوت صاحب الجواهر عن المناقشة فيه إرتضاؤه له.

و يستفاد إستدلال السيد العاملي بهذه الموثقة من ضمّ كلاميه في البيع والغصب، فاستدلّ في بيع الفضولي بها على ضمان المشتري لما إنتفع به، ورجوعه على البائع بما غرمه للمالك، فقال: «و يدل على بعض هذه الأحكام خبر جميل» ... يريد منه - أي من قيمة الولد - القيمة التي أعطاهها للمالك لفك ولده، لأنّه حرٌّ وقال في الغصب: «ان فحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابل القيمة تدلّ ...».

(۲) قيدل «دلالة» يعني: أن دلالة رواية جميل على المقصود مبنية على كون حرّية الولد منفعةً عائدةً إلى المشتري.

(۳) يعني: وكون حرّية الولد منفعةً هو الذي ذكره المحقق رحمته إحتيلاً.

(۴) قال المحقق رحمته - في ما لو إشتري جارياً من الغاصب جاهلاً بغصبيتها فأولدها - ما لفظه: «ولو أولدها المشتري كان حرّاً، و غرم قيمة الولد، ويرجع بها على البائع. و قيل في هذه: له مطالبة أيهما شاء. لكن لو طالب المشتري رجع على البائع.

(۱) مفتاح الكرامة، ج ۴، ص ۱۹۹ و ج ۶، ص ۳۰۱

(۲) جواهر الكلام، ج ۲۲، ص ۳۰۱، واستدل صاحب الجواهر بهذه الموثقة على ضمان قيمة الولد في باب الغصب، لكنه غير مبني على كون الولد منفعة عائدة إلى المشتري فراجع. ج ۳۷، ص ۱۸۱ و ۱۸۳، كشف الظلام (مخطوط)، بحث البيع الفضولي.

ولو طالب البائع لم يرجع على المشتري. وفيه إحتمال آخر»^١.
 و مورد كلام المحقق رحمته هو ما لم يحصل في مقابل غرامة المشتري نفع له، بقرينة قوله بعده: «أما ما حصل للمشتري في مقابلته نفع ... الخ».
 وإختلف نظرُ الشهيد الثاني و صاحب الجواهر رحمتهما في ما أراده المحقق من قوله: «و فيه إحتمال آخر» فالشهيدُ الثاني جَعَلَ مراده كونَ قيمة الولد خارجةً عن مورد كلامه من إغترام المشتري فيما لم ينتفع به، و أنّ هذه القيمة مندرجة في القسم الآخر، و هو ما حصل نفع للمشتري فيه. فقال في المسالك: «و يحتمل إلحاق عوض الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر، لأنّ نفع حرّية الولد يعود إليه. و هذا هو الاحتمال الذي أشار إليه، فيجري فيه الوجهان، إلا أنّ الأشهر الأول»^٢. أي: كون قيمة الولد مما لم ينتفع به المشتري.

و صاحبُ الجواهر رحمته جعل مرادَ المحقق من هذا الاحتمال أمراً آخر أقرب بحسب سياق الكلام، و هو: عدم تخيير المالك - في أخذ الغرامة - بين الرجوع إلى البائع أو المشتري، بل يتعيّن الرجوع على البائع، قال بعد بيان كلام المسالك: «و يمكن أن يريد به إحتمال عدم التخيير، بل يتعيّن رجوع المالك ابتداءً على البائع بناءً على كونه الغازر...»^٣.
 و بناءً على هذا الاحتمال يتحصّل في رجوع المالك وجوه ثلاثة:
 أوّلها: كون المشتري ضامناً ابتداءً، فلو دفع الغرامة إلى المالك جاز له مطالبتها من البائع.

و ثانيها: تخيير المالك في الرجوع إلى أيّهما شاء بلا طوليّة بينهما.
 و ثالثها: تعيّن رجوع المالك على البائع، و عدم جواز مطالبة الغرامة من المشتري.
 و بناءً على ما احتمله صاحبُ الجواهر تندرج غرامة قيمة الولد في القسم الثالث و هو ما لم يحصل فيه نفعٌ للمشتري، و تكون أجنبيّةً عن محلّ الكلام، و هو إنتفاع المشتري به في قبّال العوض.

«١» شرائع الاسلام، ج ٣، ص ٢٤٦

«٢» مسالك الأفهام، ج ١٢، ص ٢٢٨

«٣» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ١٨٢

الغصب، بناءً على تفسير المسالك^(۱). وفيه^(۲) تأمل.

ثم إنَّ مما ذكرنا في حکم هذا القسم^(۳) يظهر حکم ما یفرمه في مقابل العين من

(۱) لا بناءً على تفسير الجواهر، وقد تقدم وجهُ هذا البناء.

(۲) يحتمل رجوع الضمير إلى ما احتمله الشهيد الثاني رحمته من كون حرية الولد من المنافع الراجعة إلى المشتري، فيكون وجه التأمل فيه: أن المقصود بالنفع هي المنافع المعدودة أموالاً عرفاً كسكنى الدار والكسب في الدكان وركوب الدابة وثمرات الأشجار. وعليه تكون عبارة الشرائع أجنبيةً عما نحن فيه من ضمان بدل المنفعة المستوفاة.

و ربما يشهد له كلام المصنف في بحث المقبوض بالبيع الفاسد من «أنَّ الولد وإن كان نماءً للأمة، لكن المشتري لم يستوفه» و تقدّم بعض الكلام هناك، فراجع^(۱).

و عليه ضمان قيمة الولد تعبد، و ليس لأجل ضمان منفعة المبيع فضولاً. و يحتمل رجوع ضمير «فيه» إلى ما احتمله صاحب الجواهر من «تعين رجوع المالك ابتداءً على البائع الغار» ووجه التأمل حينئذٍ: أن مورد قاعدة الغرور ضمان الغرور للمالك، لاستناد التلف إليه، ثم رجوعه على الغار، و ليس هذا من التسبب في الفعل حتى يكون الضمان على السبب دون المباشر.

(۳) و هو القسم الثاني من الغرامات التي يصل في مقابلها نفع إلى المشتري، فإنّه يظهر من حکم هذا القسم الثاني - الذي مستنده قاعدة الغرور - حکم ما یفرمه المشتري من دون حصول نفع له في مقابل ما یفرمه، كزيادة قيمة عين المبيع على الثمن المعين حين عقد الفضول، كما إذا كان الثمن المسمى عشرة دراهم، و كانت قيمة المبيع السوقية حال العقد عشرين درهماً، و تلف المبيع، فأخذ المالك من المشتري عشرين درهماً، فهل يرجع المشتري بتمام العشرين على البائع أم بخصوص العشرة التي سلّمها المشتري إليه؟

و الكلام في حکم زيادة القيمة على الثمن عند تلف المبيع يقع في مقامين: أحدهما: تلف المبيع بتمامه، و ثانيهما: في تلف بعض أجزائه. و الكلام فعلاً في المقام الأوّل، و إن لم يكن فرق في حکم التلف بين الكل و الجزء.

زيادة القيمة على الثمن المحاصلة^(١) وقت العقد^(٢)، كما لو باع ما يسوى عشرين بعشرة، فتلف^(٣)، فأخذ منه المالك عشرين، فإنه^(٤) لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا^(٥) لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغيره في ذلك^(٦)، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف. فهذه الغرامة

٣ - حكم ما اغترمه المشتري في قبال العين

(١) صفة للقيمة، وقوله: «على الثمن» متعلق بـ «زيادة».

(٢) هذا هو القسم الأول الذي ذكره المصنف رحمته في (ص ٥١٤) بقوله: «إن المشتري إذا اغترم للمالك غير الثمن، فإما أن يكون في مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري...».

(٣) ضمير الفاعل راجع إلى الموصول في «ما يسوى» المراد به المبيع.

(٤) جواب الشرط في قوله: «لو باع» يعني: فإن المشتري لا يرجع إلى البائع بالثمن المسمى و هو العشرة من العشرين التي أخذها المالك من المشتري. وجه عدم الرجوع في عشرة الثمن هو: ضمان المشتري لها بإزاء المبيع، لأن هذا الضمان معاوضي نشأ من إقدام المشتري من دون أن يكون مغروراً من ناحية البائع، بل الغرور إنما يكون بالعشرة الزائدة على العشرة المسماة في العقد. والحكم بضمان البائع تابع للغرور، فإن الضرورات تتقدر بقدرها.

و الشاهد على ضمان المشتري للثمن المسمى - أعني به العشرة - هو: أنه مع فرض صدق دعوى البائع للملكية يكون المشتري ضامناً لهذا الثمن المسمى دون غيره.

و الحاصل: أن الغرور حاصل بالنسبة إلى العشرة الزائدة على الثمن، فتؤخذ من البائع. و أما عشرة الثمن فهي داخلة في إقدام المشتري و خارجة عن دائرة الغرور.

(٥) يعني: و إن رجع المشتري إلى البائع بالثمن - أعني به العشرة - يلزم أن يكون تلفها من كيس البائع من دون وجه، إذ المفروض أن البائع لم يغرر المشتري بالنسبة إلى عشرة الثمن حتى يكون غارراً و ضامناً من حيث الغرور.

(٦) أي: في عشرة الثمن، لأنه على فرض صدق دعوى البائع ملكية المبيع كانت غرامة المشتري ثابتة قطعاً، لأن هذه الغرامة مقتضى المعاوضة التي أقدم المشتري عليها.

للثمن لم تنشأ عن كذب البائع، و أما العشرة الزائدة^(١) فإنما جاءت غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور^(٢)، فوجب الرجوع^(٣).
و مما ذكرنا^(٤) يظهر إندفاع ما ذكر في وجه

فهذه الغرامة المعاوضة مستندة إلى إقدام المشتري، لا إلى تغير البائع و كذبه، فلا وجه لتغريم البائع بالنسبة إلى الثمن المسمّى، بل تغريمه مختص بزائد الثمن المسمّى.
(١) أي: الزائدة على الثمن الذي هو عشرة أيضاً في مثال المتن.
(٢) يعني: فحصل الغرور من البائع، لكذبه بالنسبة إلى العشرة الزائدة على الثمن المسمّى، فالمشتري مغرور بالنسبة إليها فقط، دون نفس الثمن.
(٣) يعني: فوجب رجوع المشتري إلى البائع الفضول بالعشرة الزائدة على الثمن المسمّى، لأنّها مورد الغرور.

و بالجملة: فضان البائع تابع لصدق الغرور.
(٤) أي: و من كون الغرور سبباً لضان البائع الفضول لما إغترمه المشتري للمالك - من العشرة الزائدة على الثمن المسمّى - يظهر إندفاع ... الخ. و هذا إشارة إلى إيراد أورد على رجوع المشتري إلى البائع بالزائد على الثمن المسمّى.
و حاصل الإيراد: أنّ المشتري و إن أقدم على ضمان العين التالفة بالثمن المسمّى فقط، كما هو مقتضى المعاوضة البيعية، إلا أنه لما لم يسلم المبيع شرعاً للمشتري بذلك الثمن المسمّى - لفرض بطلان البيع - إنتقل الضمان المعاوضي إلى الضمان الواقعي اليدي الموجب لإنتقال ضمان الثمن المسمّى إلى القيمة السوقية، كما هو شأن كل بيع فاسد. و مع إقدام المشتري لا ضمان على البائع أصلاً، إذ لا يكون حينئذٍ غرور، و إلا كان على البائع ضمان الثمن المسمّى أيضاً.

و الوجه في عدم الغرور مع إقدام المشتري على الضمان المعاملي هو تباين الغرور والإقدام، و لذا لا يرجع على البائع بالمسمّى من جهة إقدامه عليه.
ثم إنّ هذا الاشكال نقله صاحب الجواهر عن المسالك لبيان وجه عدم الرجوع، والأصل فيه كلام العلامة في التذكرة، حيث ذكره و جهاً لعدم الرجوع بهذه الزيادة، ثم أجاب عنه، قال **قوله**: «إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ضمن قيمتها أكثر ما كانت

عدم الرجوع^(١) من^(٢): «أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين، وكون^(٣) تلفها منه، كما هو شأنُ فاسد كلِّ عقدٍ يُضمن بصحيحه، و مع الإقدام^(٤) لا غرور، و لذا^(٥) لم يُقل به^(٦) في العشرة المقابلة للثمن.
توضيح^(٧) الإندفاع:

من يوم القبض إلى يوم التلف. و لا تضمن الزيادة التي كانت في يده أكثر قيمة، و لا يرجع بما يضمنه عالماً كان أو جاهلاً، لأنَّ الشراء عقد ضمان، و قد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه و إن كان الشراء صحيحاً. و لقاتل أن يقول ... الخ»^(١).

(١) أي: عدم رجوع المشتري على البائع.

(٢) بيان لـ «ما» الموصول، و قد تقدم توضيحه آنفاً بقولنا: «و حاصل اليراد».

(٣) معطوف على «ضمان» يعني: أنَّ المشتري إنما أقدم على كون تلف العين منه، كما هو شأنُ فاسد كلِّ عقدٍ يضمن بصحيحه. و هذا إشارة إلى دليل القائل بعدم الرجوع.

(٤) يعني: و مع إقدام المشتري على هذا الضمان المعاوضي - المنتقل إلى الضمان الواقعي بسبب فساد العقد - لا يصدق «الغائر» على البائع حتى يضمن العشرة الزائدة على عشرة الثمن المسمى، بل لا يضمن البائع شيئاً. لا الثمن و لا الزائد عليه، لعدم الغرور.

(٥) أي: و لأجل إقدام المشتري على الضمان المعاوضي لا غرور من البائع بالنسبة إلى عشرة الثمن، و لذا لم يقل أحدٌ بضمان البائع لها، و إنما يضمن البائع العشرة الزائدة لأجل الغرور بالنسبة إليها.

(٦) أي: بالضمان.

(٧) يعني: توضيح ما أشار إليه بقوله: «و ممَّا ذكرنا يظهر وجه اندفاع». و هذا توضيح ردِّ الإيراد المذكور، و هو عدم ضمان البائع لما إغترمه المشتري من قيمة العين التالفة لملكها. و قد ردّه بوجهين.

و محصل ما أفاده في الوجه الأوّل: أنَّ القبض في البيع الفاسد و إن كان مقتضياً

أَنَّ الإِقْدَامَ^(١) إِنَّمَا كَانَ عَلَى ضَمَانِهِ بِالْثَمَنِ، إِلَّا أَنَّ الشَّارِعَ جَعَلَ الْقَبْضَ عَلَى هَذَا النَّحْوِ مِنَ الإِقْدَامِ - مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له - سبباً^(٢) لضمان المبيع بقيمته الواقعية^(٣)، فالمانع^(٤) من تحقق الغرور و هو الإقدام لم يكن إلا في مقابل الثمن. والضمان^(٥) المسبب عن هذا الإقدام لما كان لأجل فساد العقد المسبب^(٦) عن تغيير البائع، كان^(٧) المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقراً على الغاز.

لإنتقال الضمان المعاوضي إلى الضمان الواقعي، لكنّه مشروط بأن لا يكون هناك مانع عن الضمان بالقيمة الواقعية. و المانع فيما نحن فيه - و هو إقدام البائع على الثمن المسمّى دون الزائد عليه - موجود، لأنّه مورد غرور البائع، فإنّ إقدام المشتري مختص بالثمن المسمّى فقط، فضمانه بالقيمة الواقعية يمنعه غرور البائع. و مقتضى قاعدة الغرور وقوع ضمان الزائد على الثمن المسمّى على البائع الفضول.

(١) أي: إقدام المشتري، فإنّه كان على ضمانه المعاوضي بالثمن المسمّى دون غيره.

(٢) مفعول ثانٍ لـ «جَعَلَ»، و قوله: «عدم إمضاء» عطف تفسير للفساد.

(٣) التي هي من مقتضيات ضمان اليد.

(٤) يعني: فالمانع من تحقق غرور البائع الفضول - الموجب لضمانه لما إغترمه

المشتري للبالك - مختص بما يقابل الثمن المسمّى، دون غيره كالقيمة السوقية.

(٥) يعني: أنّ الضمان الواقعي المسبب عن هذا الإقدام - أي إقدام المشتري على

الضمان المعاملي - و إن كان فساد عقده مقتضياً لضمان المشتري لتمام قيمة العين التالفة عنده، لكنّه لما كان فساد العقد مسبباً عن تغيير البائع، كان ضمان العشرة الزائدة على الثمن المسمّى مستقراً على البائع.

و بالجملة: فعدم ضمان المشتري لتمام قيمة العين التالفة عنده - مع كونه ممّا يقتضيه

فساد عقد البيع كسائر موارد فساد عقده - إنّما هو لأجل كون فساده ناشئاً من تغيير البائع.

(٦) صفة لـ «فساد» يعني: أنّ فساد العقد ناشٍ عن تغيير البائع و عدّ نفسه مالكاً.

(٧) جواب «لَمَّا» و المجموع خبر «و الضمان» و غرضه أنّه لما كان فساد العقد مسبباً

عن تغيير البائع الفضول، كان ضمان بعض قيمة العين التالفة و هو مقدار الغرور - أعني به

فغرامة^(١) العشرة الزائدة و إن كانت مسببةً عن الإقدام^(٢)، إلا^(٣) أنها ليست مُقدِّماً عليها.

هذا كُلُّهُ مع^(٤) أن التحقيق

العشرة الزائدة في المثال على الثمن المسمّى - ثابتاً على البائع الفضول و مستقراً عليه، لانه غارٌ، فيضمن بمقدار ما يغرّ المشتري به.

(١) غرضه أنه لا يتوهم أن غرامة العشرة الزائدة على الثمن المسمّى مسببة عن إقدام المشتري على الضمان المعاوضي، فلا بد أن تكون تلك العشرة الزائدة أيضاً على المشتري كعشرة الثمن.

(٢) أي: إقدام المشتري على الضمان المعاوضي، و كان هذا التسبب مستلزماً لضمان المشتري لجميع قيمة العين التالفة، لا خصوص الثمن المسمّى في العقد الفضولي، و هو العشرة في المثال.

(٣) هذا دفع التوهم المزبور، و محصله: أن المشتري الجاهل بالفصّب لم يُقدِّم في عقد البيع الفضولي على ضمان تمام القيمة وهي العشرون، بل أقدم على العشرة المسمّاة في العقد. (٤) هذا وجه آخر لإندفاع ما ذكر في وجه عدم رجوع المشتري على البائع بقوله: «من أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين ... الخ» فراجع (ص ٥٥٨).

و محصلُ هذا الوجه لدفع الإيراد المزبور هو: أن الموجب للضمان و المقتضي له في العقد الفاسد هو اليد التي لا إستيمان فيها، لا مالكتياً و لا شرعياً. و هذا يوجب ضمان المشتري للعين بتمام قيمتها السوقية، كما زعمه القائل بضمن المشتري، و عدم رجوعه إلى البائع. إلا أنه لمكان غروره بالنسبة إلى ما زاد على الثمن المسمّى يرجع المشتري بما زاد عليه من العشرة في مثال المتن إلى البائع.

فالفروغ مانع عن ضمان المشتري الزائد على الثمن المسمّى، فاليد المقتضية لضمان تمام القيمة على المشتري مقرونة بالمانع، وهو تفرير البائع بالنسبة إلى الزائد على الثمن المسمّى. فلم يُقدِّم المشتري على ضمان تمام قيمة المبيع الفضولي التالف، بل خصوص الثمن المسمّى. ثم إن الفرق بين هذا الوجه و الوجه السابق هو: أن هذا الوجه ناظر إلى وجود المانع عن ضمان المشتري لتتمام القيمة، مع ثبوت المقتضي له و هو اليد بلا إيمان. و الوجه

- على ما تقدّم^(١) سابقاً - أنّ سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبضُ الواقعُ لا على وجه الإستينان، وأن^(٢) ليس الإقدامُ على الضمان علةً له مع عدم إمضاء الشارع لذلك الضمان، وإن إستدل به^(٣) الشيخُ وأكثرُ من تأخّر عنه. وقد ذكرنا في محلّه^(٤) توجيه ذلك بما يرجع إلى الإستدلال باليد، فراجع^(٥).
وكيف كان^(٦) فجريان قاعدة الغرور

السابق ناظر إلى وجود المقتضي لضمان البائع لتمام القيمة، لكن إقدام المشتري على ضمان الثمن المسئى مانع عن ضمان البائع الفآز لتمام القيمة.

(١) حيث قال: «و أما العقد الفاسد فلا يكون علة تامّة أبداً، بل يفترق في ثبوت الضمان إلى القبض، فقبله لا ضمان»^(١).

(٢) معطوف على «أن سبب».

(٣) أي: إستدلّ بالإقدام على الضمان الشيخ الطوسي رحمته الله وأكثرُ من تأخّر عنه كابن إدريس والعلامة والمحقق والشهيد الثانيين^(٢).

(٤) أشار بهذا إلى ما أفاده في مسألة المقبوض بالبيع الفاسد من قوله: «ثم إنّه لا يبعد أن يكون مراد الشيخ رحمته الله ومن تبعه من الاستدلال على الضمان بالإقدام والدخول عليه بيان أنّ العين والمنفعة اللذين تسلّمهما الشخص لم يتسلّمهما مجاناً أو أمانة. فليس دليل الإقدام دليلاً مستقلاً، بل هو بيان لعدم المانع عن مقتضى اليد في الأموال وإحترام الأعمال»^(٣).

(٥) يعني: فراجع ما استدل به على قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» من مباحث المقبوض بالبيع الفاسد^(٤).

(٦) يعني: سواء كان التوجيه المزبور وجيهاً أم لا.

«١» هدى الطالب، ج ٣، ص ٩٩ و ١٠٠

«٢» تقدّم الاشارة الى مصادر الكلمات في ص ٤٨٥

«٣» هدى الطالب، ج ٣، ص ١٣٠ - ١٣١

«٤» هدى الطالب، ج ٣، ص ١١٤

فيا نحن فيه^(١) أولى منه^(٢) فيما حصل في مقابلته نفع.
هذا^(٣) إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد. ولو تجددت^(٤) بعده فالحكم

(١) و هي الغرامة التي إغترمها المشتري للمالك من دون حصول نفع له في مقابلها، كالمال المصروف في عمارة المبيع، أو نفقته كتعليف الدابة.

(٢) يعني: أولى من جريانها في القسم الثاني من أقسام الغرامات، و هو ما حصل للمشتري بإزاء الغرامات نفع.

وجه الأولوية هو: أن صدق الغرور فيما إذا وصل إلى المشتري نفع في مقابل ما إغترمه للمالك يقتضي - بالفحوى - صدق الغرور فيما لم يصل إليه نفع في مقابل الغرامات، إذ لو نوقش في صدق الغرور في صورة إستيفاء المشتري للمنافع - كما عن صاحب الرياض - لم يكن مجال للمناقشة في صدقه على الغرامة التي لم يصل في مقابلها نفع إلى المشتري. فصدق الغرور هنا أولى من صدقه على ما إذا وصل إلى المشتري نفع.

(٣) يعني: أن الحكم يرجوع المشتري إلى البائع الفضول بال عشرة الزائدة على الثمن المسمى في عقد الفضول إنما هو فيما إذا كانت زيادة القيمة ثابتة في حال عقد الفضول.

و أما إذا كانت القيمة السوقية مساوية للثمن المسمى - و هو العشرة - و حصلت زيادة القيمة على الثمن المسمى عند المشتري، فصارت قيمته السوقية عند المشتري عشرين بعد أن كانت عشرة، فالحكم بالرجوع في هذه الزيادة التي أخذها المالك من المشتري إلى البائع أولى، لأن المشتري لم يقدم على ضمان تلك الزيادة الحاصلة بعد العقد. إما لاحتمال عدم إرتفاع القيمة بعد العقد حتى يشمل إقدام المشتري على الضمان المانع عن رجوعه إلى البائع بالزيادة المتجددة.

و إما لاحتمال فساد العقد.

و بالجملة: صدق قاعدة الغرور على الزيادة المتجددة أولى من صدقها على الزيادة الموجودة حال العقد، لإحتمال إقدام المشتري في الزيادة الموجودة حال العقد دون المتجددة بعده.

(٤) يعني: تجددت زيادة قيمة المبيع فضولاً بعد العقد.

بالرجوع فيه أولى^(١).

هذا كَلِّه فيما يفرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة. و أمّا ما يفرمه بإزاء أجزائه التالفة^(٢)، فالظاهر^(٣) أنّ حكمه حكمُ المجموع في أنّه^(٤) يرجع

(١) قد مرّ آنفاً توضيح الأولوية بقولنا: «لأنّ المشتري لم يُقدم على ضمان تلك الزيادة الحاصلة بعد العقد ... الخ».

هذا تمام الكلام في المقام الأول، و هو حكم تلف تمام المبيع. و سيأتي الكلام في حكم تلف بعض أجزائه، و يبحث فيه تارةً عن إنعدام نفس الجزء، و أخرى عن إنعدام وصف قائم بالمبيع.

ما يفرمه المشتري بإزاء الجزء التالف

(٢) كما إذا كان المبيع كتابين مثلاً، و الثمنُ عشرين ديناراً، و تلف أحدُ الكتابين، و أخذَ المالك من المشتري الكتابَ الموجود مع تمام العشرين.

(٣) جواب «و أمّا» و هذا حكم تلف الجزء، و حاصله: أنّ حكمه حكم تلف المجموع في أنّ المشتري يرجع إلى البائع الفضول فيما زاد على الثمن. فإذا كانت قيمة المبيع التالف عشرين ديناراً، و كان الثمنُ عشرةً دنانير، و أخذَ المالكُ من المشتري تمامَ العشرين، رَجَعَ المشتري إلى البائع بالعشرة الزائدة على الثمن الذي هو عشرة دنانير أيضاً، إذ المفروض أنّ الزائد على الثمن عشرة دنانير. و أمّا نفسُ الثمن فليس للمشتري الرجوعُ به إلى البائع، لعدم تفريره بالنسبة إلى الثمن الذي أقدم المشتري على دفعه إلى المالك عوضاً عن المبيع. و تفريرُ البائع مختصُّ بما زاد على الثمن من قيمته الواقعية و هو العشرة. هذا حكم تلف مجموع الأجزاء.

و أمّا حكم تلف بعض أجزاء المبيع كالمثال المذكور - و هو بيع الكتابين - فهو عدم رجوع المشتري إلى البائع بما يقابل ثمن التالف و هو العشرة، لإقدام المشتري عليها، و رجوعه إلى البائع في الزائد على عشرة الثمن، و هو العشرة أيضاً.

(٤) أي: أنّ المشتري، و ضمير «حكمه» راجع إلى «ما» في قوله «و أمّا ما يفرمه». و مراده أنّ المشتري يرجع في الزائد على ثمن الجزء التالف، و لا يرجع في مقدار ثمن التالف و هو العشرة، فإنّ ثمن الجزء التالف - كالجزء الموجود - عشرة دنانير، و المشتري

في الزائد^(١) على ما يقابل ذلك الجزء، لا فيما^(٢) يقابله على ما إختارناه. و يجيء على القول الآخر^(٣) عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. وأما ما يغرمه^(٤) بازاء أوصافه، فإن كان (*) ممّا لا يقسّط عليه الثمن

يرجع بالعشرة الزائدة على عشرة الثمن، لا بمقدار الثمن.

(١) يعني: يرجع في الزائد على مقدار ثمن الجزء التالف، و المراد بهذا الثمن هو العشرة.

(٢) معطوف على «في الرائد» يعني: يرجع المشتري على البائع في الزائد على ثمن التالف، و هو على الفرض عشرة دنانير. و لا يرجع إلى البائع فيما يقابله من الثمن و هي عشرة دنانير.

و الحاصل: أنّ المشتري يرجع إلى البائع في الزائد على الثمن، لا في مقدار الثمن، بناءً على ما إختاره في (ص ٥٥٦) من قوله: «فإنّه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلاّ لزم...». (٣) الذي تعرّض له في (ص ٥٥٧) بقوله: «ما ذكر في وجه عدم الرجوع من أنّ المشتري إنّما...».

ما يغرمه المالك بازاء تلف الوصف

(٤) معطوف على «و أمّا ما يغرمه» يعني: و أمّا ما يغرمه المشتري للمالك بازاء أوصاف المبيع، فإن كان الوصف المفقود وصفاً لا يقابل بالمال، و لا يقسّط عليه الثمن، و إن كان موجباً لزيادة المالية - كما عدا وصف الصحة من أوصاف المبيع، كوصف الكتابة

(*) لم يذكر له عدل، مع وضوح إقتضاء السياق لأن يكون له عدل، و هو: أن يكون الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن.

و كيف كان، فإن كان الوصف ممّا يقسّط عليه الثمن - كوصف الصحة - جرى عليه حكم الجزء، فيتدارك الوصف الفائت باسترداد ما قابله من الثمن.

و إن كان الوصف ممّا لا يقسّط عليه الثمن رجح المشتري بغرامته إلى البائع، لعدم إقدامه على ضمان الأوصاف حتى لا يرجع إلى البائع، هذا.

كما عدا وصف الصحة من الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبداً كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري، فرجع المالك عليه^(١) بالتفاوت - فالظاهر^(٢) رجوع المشتري على البائع، لأنه^(٣) لم يُقدّم على ضمان ذلك^(٤).
ثم إن^(٥) ما ذكرنا كَلَّمه من رجوع المشتري على البائع بما يغرمة إنما هو إذا كان

والخياطة ونحوهما، و إنتفاء ذلك الوصف عند المشتري كنسيان العبد المبيع فضولاً للكتابة أو الخياطة أو غيرها عند المشتري - فالظاهر رجوع المشتري على البائع الفضول بما إغترمه للمالك من التفاوت بين واجد الوصف و فاقده. كما إذا كانت قيمة العبد الواجد للكتابة عشرة دنانير، و قيمة العبد الفاقد لها خمسة دنانير، فيرجع المشتري بخمسة التفاوت إلى البائع.

(١) أي: فرَجَعَ المالك على المشتري بالتفاوت بين واجد الوصف و فاقده.

(٢) جواب الشرط في قوله: «فإن كان».

(٣) تعليلٌ لرجوع المشتري على البائع، و حاصله: أن المشتري لم يُقدّم على ضمان ما يغرمة بازاء الأوصاف حتى لا يرجع على البائع، و إنما أقدم على ضمان الثمن الذي هو بازاء العين دون الأوصاف.

(٤) أي: ما يغرمة بازاء الأوصاف.

(٥) الغرض من هذا الكلام تعيين مورد رجوع المشتري إلى البائع الفضول بالغرامات التي إغترمها للمالك، في تمام الأقسام، سواء أكانت الغرامة في قبيل الثمن، أو ما إستوفاه من منفعة، أو ما لم ينتفع به، أو في قبيل فوات الوصف.
و محصل ما أفاده في ذلك: أن مورد رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات هو البيع الذي يكون فساده من ناحية عدم مالكية البائع للمبيع، و عدم إذن المالك في البيع حتى

لكن الحق عدم تقسيط الثمن على الأوصاف مطلقاً حتى وصف الصحة، ولذا ذكروا أن الأرش في مورد خيار العيب ليس جزءاً من الثمن، و إنما هي غرامة على البائع. و بالجملة: فالأوصاف مطلقاً - و إن كانت دخيلة في الصحة - لا يقسّط عليها الثمن، و غراماتها تكون على البائع، لعدم إقدام المشتري عليها.

البيع المذكور^(١) صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك. أما لو كان فاسداً من جهة أخرى^(٢) فلارجوع على البائع، لأن^(٣) الغرامة لم تجيء من تغير البائع في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع. فلو^(٤) فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تنزل الغرامة، غاية الأمر كون المغروم له^(٥) هو البائع^(٦) على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه، فحكمه^(٧) حكم نفس الثمن في إلزام المشتري به على

يتحقق غرور البائع الموجب لوقوع المشتري في الغرامات.

و أما إذا كان البيع في نفسه فاسداً - كمجهولية المبيع و عدم بلوغ أحد المتعاقدين ونحوها - فلارجع المشتري في الغرامات إلى البائع، لعدم تسبب تلك الغرامات عن تغير البائع و كذب دعوى ملكيته للمبيع. فلو باع الفضولي متاعاً مجهولاً غير موصوفٍ حين العقد - بوصف رافع للجهالة - و استولت عليه يد المشتري، و تلف عنده، و رجع المالك بقيمته السوقية عليه، لم يرجع المشتري بشيء من الغرامات على البائع.

(١) و هو بيع الفضول صحيحاً أي جامعاً للشرائط عدا ملكية البائع.

(٢) أي: غير ملكية البائع. و مثال هذا الغير فقد بعض شرائط العوضين.

(٣) تعليل لعدم رجوع المشتري إلى البائع بالغرامات، و حاصله: عدم تسبب الغرامات عن تغير البائع، كما مر آنفاً بقولنا: «لعدم تسبب تلك الغرامات عن تغير...».

(٤) هذا متفرع على كون الغرامة ناشئة من فساد البيع، و حاصله: أن البائع لو كان صادقاً في إدعاء ملكية المبيع له، و كان فساد البيع للجهالة المبيع مثلاً - كما إذا باع المالك متاعاً مجهولاً بعشرين، و كانت قيمته حال البيع ثلاثين، و تلف عند المشتري، ثم ظهر فساد البيع للجهالة المبيع - لم ترفع الغرامة عن المشتري. بل عليه إما أن يدفع إلى البائع المالك الثلاثين، و يسترد الثمن المسمى، لأنه مع فرض بطلان البيع لم يخرج الثمن عن ملك المشتري. و إما أن يدفع الثلاثين إلى مالك المتاع على تقدير كذب البائع.

(٥) و هو الذي يدفع إليه الغرامة من البائع إن كان صادقاً في دعوى ملكية المبيع له، أو المالك إن كان البائع كاذباً في دعوى الملكية.

(٦) خبر «كون»، و قوله: «المالك» معطوف على «البائع».

(٧) أي: حكم الغرامات التي يفترمها المشتري للمالك - و هو البائع على تقدير

تقديرى صدق البائع وكذبه.

ثم إنّه قد ظهر مما ذكرنا^(١) أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع إذا رُجع عليه، فلا يرجع^(٢) البائع به^(٣) على المشتري إذا رُجع عليه، لأنّ^(٤) المفروض قرارُ الضمان على البائع.

و أمّا^(٥) ما لا يرجعُ المشتري به على البائع كمساوي الثمن من القيمة،

صدق دعوى الملكية له، أو غيره على تقدير كذبها في صورة كون فساد البيع لجهة أخرى غير الفضولية - حكم نفس الثمن الذي يلتزم المشتري بمقتضى الضمان المعاوضي بدفعه مطلقاً، من غير فرقٍ في ذلك بين صدق البائع في دعواه وكذبه فيها.

(١) أي: وقد ظهر مما ذكرنا - من أنّ كل ما يغترمه المشتري للمالك مما كان بازاء العين، كزيادة قيمتها السوقية على الثمن المسمى في عقد الفضول، أو بازاء المنافع المستوفاة، أو غير المستوفاة، أو بازاء الأجزاء أو الأوصاف، ويرجع به إلى البائع لقاعدة الغرور - إن قرار الضمان على البائع، فإذا رجع المالك على المشتري بالفراغات رجع المشتري بها على البائع. وإذا رجع المالك على البائع لم يرجع البائع على المشتري.

(٢) خبر «أنّ كلّ» ودخول الفاء عليه لتضمّنه معنى الشرط.

(٣) هذا الضمير و ضمير «به» المتقدم راجعان إلى الموصول المراد به الفرامة.

(٤) تعليل لعدم رجوع البائع على المشتري، و محصل التعليل هو: تفريرُ البائع،

وقاعدة الغرور تقتضي قرارُ الضمان على الغاز، و هو البائع.

(٥) هذا في مقابل قوله: «أنّ كلّ ما يرجع المشتري به على البائع» و حاصله: أنّ

هنا مورداً لا يرجع المشتري فيه على البائع، بل يرجع البائع فيه على المشتري، و هو ما إذا باع الفضولي مال غيره بعشرين ديناراً مثلاً، مع كون قيمته السوقية ثلاثين ديناراً، و تلف ذلك المال عند المشتري، فرجع المالك إلى البائع، و أخذ منه ثلاثين ديناراً بدلاً عن المبيع التالف، فإنّ البائع يرجع حينئذٍ إلى المشتري، و يأخذ منه مقدارَ الثمن المسمى، و هو العشرون من القيمة الواقعية للمبيع، و لا يأخذ العشرة الزائدة على الثمن المسمى، لأنّ هذه الزيادة ناشئة عن تفرير البائع، فضائها عليه لا على المشتري.

فيرجع^(١) البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك^(٢). و الوجه في ذلك^(٣) حصول التلف في يده.

فإن قلت^(٤): إن كلاً من البائع و المشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب الضمان، و حصول^(٥) التلف في يد المشتري لادليل

(١) هذا جواب «و أمّا» و ضمير «به» راجع إلى «ما» الموصول في قوله: و أمّا ما لا يرجع.

(٢) بأن رَجَعَ إليه المالك، و أخذ منه القيمة الواقعية و هي الثلاثون.

(٣) أي: في رجوع البائع على المشتري بمساوي الثمن، و حاصل هذا الوجه: أن قرار الضمان على المشتري، لحصول التلف في يده، و عدم جريان قاعدة الغرور فيه.

(٤) الغرض من هذا الإشكال إثبات الضمان على البائع، و عدم كون المشتري ملزماً بدفع ما ساوى الثمن - من القيمة الواقعية للمبيع - إلى البائع. و محصله: أن علّة الضمان - وهي اليد العدوانية - مشتركة بين البائع و المشتري، و لذا يجوز الرجوع للمالك، إلى أيهما شاء. و يبقى وجه رجوع البائع إلى المشتري في صورة رجوع المالك إلى البائع، حيث إنه لا دليل على كون تلف المال بيد المشتري موجباً لرجوع البائع عليه.

و بعبارة أخرى: هذا الاشكال ناظرٌ إلى إستبعاد ضمان الأيدي المتعاقبة لمضمون واحد، مع أن العين الواحدة لو تلفت لها بدلٌ واحد مثلاً أو قيمةً، فكيف تستقر في ذمم أشخاصٍ وضعوا أيديهم عليها؟ و مع فرض تعدد الضامن ما الوجه في إستقرار الضمان على من تلفت عنده العين؟ حتى يجوز لغير من تلفت عنده الرجوع عليه لو طالب المالك البدل ممن لم تتلف عنده.

(٥) اختلفت نسخ الكتاب في ضبط هذه الجملة، في نسختنا المصححة «و حصول التلف في يد المشتري لا دليل ...» فبناءً على هذا يكون «حصول التلف» مبتدئاً، و خبره «لا دليل» و قريب منها ما في بعض النسخ من قوله: «و حصول التلف في يد المشتري لا وجه له، و لا دليل ...» حيث يكون «و حصول» مبتدئاً، و خبره «لا وجه له» و جملة «لا دليل» إشارة إلى الدليل.

ولكن في بعض النسخ «و حصول ... و لا دليل» إذ يتعيّن قراءته بالجرّ معطوفاً

على كونه سبباً لرجوع البائع عليه^(١).

نعم^(٢) لو أتلّف بفعله رجوع^(٣)، لكونه سبباً لتنجّز الضمان على السابق^(٤).

قلت^(٥): توضيح ذلك^(٦) يحتاج إلى الكشف عن كيفية إشتغال ذمّة كلٍّ من

على «حصول العين». وعلى كلٍّ لا يختلف مفاد العبارة باختلاف النسخ، فلاحظ.

(١) أي: على المشتري، وضمير «كونه» راجع إلى حصول التلف بيد المشتري.

(٢) إستدراك على قوله: «و حصول التلف ... لا دليل» و حاصله: أنه إذا أتلّف

المشتري المبيع بفعله، إنجّه رجوعُ البائع عليه فيما إذا دفع بدل المبيع التالف إلى المالك، وذلك لأنّ إتلاف المشتري للمبيع كما أنّه إتلاف العين على المالك، كذلك إتلافٌ للقرامة الثابتة على البائع بسبب يده العادية.

ففرق بين التلف و الإتلاف، حيث إنّ الأوّل لا يوجب رجوع البائع على المشتري،

بخلاف الإتلاف، فإنّه يوجب رجوع البائع عليه في مساوي الثمن، لأنّه إتلاف للقرامة و سببٌ لتنجّز الضمان على البائع، إذ لو لم يُتلّفها المشتري لم يتنجّز ضمانٌ على البائع، لإمكان ردّ العين حينئذٍ إلى المالك. فإتلافها سبب فعلية ضمان سابق، فجاز له الرجوع على المشتري من جهة هذا التسبب.

و عليه فالضمان اليدي و إن كان متحققاً فيها، إلّا أنّ على المشتري ضماناً بسبب

الإتلاف أيضاً، فيستقر الضمان عليه.

(٣) أي: رجوع البائع على المشتري، و ضمير «لكونه» راجع إلى إتلاف المشتري.

(٤) و هو البائع.

كيفية ضمان ذمّ متعددة لمال واحد

(٥) هذا دفع الاشكال المذكور بقوله: «فان قلت» و الغرض من هذا الدفع إثبات

رجوع البائع إلى المشتري، و بيان وجه رجوعه إليه.

(٦) أي: وجه رجوع البائع إلى المشتري، و توضيح وجهه يحتاج إلى بيان كيفية

إشتغال ذمّة كلٍّ من البائع و المشتري ببذل التالف، فينبغي التكلم في جهات:

الدين ببذل التالف، و صيرورته في عهدة كل منها، مع أن الشيء الواحد لا يقبل^(١) [لا يعقل] الاستقرار إلا في ذمة واحدة، وأن^(٢) الموصول في قوله **طعنا**: «على اليد ما أخذت» شيء واحد كيف يكون على كل واحدة من الأيادي المتعددة؟

الأولى: أنه هل يعقل ضمان شخصين أو أكثر في آنٍ واحدٍ لمالٍ واحدٍ بالاستقلال، بحيث تكون عهدة كل منها أو منها ظرفاً للمال مع الغض عن الأخرى، كالتكاليف الإستقلالية في العام الإستغراقي، أم لا؟

لا ينبغي الإشكال في إمتناع ذلك و عدم معقوليته، لأنّ الذمة في وعاء الإعتبار كالأين الخارجى، فكما لا يعقل إستقرار شيءٍ خارجى - ككتابٍ ونحوه - في زمان واحد في مكانين، فكذلك لا يعقل إستقرار مالٍ في ذمة شخصٍ و إستقراره في ذمة شخصٍ آخر في آنٍ واحد. وهذا هو الضمان العرضى الذى يقول به أكثر علماء العامة في ضمان الدين عن المديون، لبنائهم على أن الضمان ضمٌ ذمةً إلى ذمةٍ أخرى، لا نقل الدين عن ذمة المديون إلى ذمة الضامن كما يقول به الخاصة و بعض العامة.

و بالجملة: فالضمان العرضى غير معقول.

الجهة الثانية: أنه بناءً على عدم معقولية الضمان العرضى نسبتاً لا محيص عن التصرف في الأدلة إذا كانت ظاهرةً في إمكان الضمان العرضى في مرحلة الإثبات، بمحملها على الضمان الطولى.

(١) أشار بهذا إلى الجهة الأولى، و هي مقام الثبوت، الذى هو عدم معقولية الضمان

العرضى.

(٢) بيان لوجه إمتناع إشتغال ذمم متعددة بأبدالٍ لمبدلٍ واحد، و محصله: أن دليل الضمان في المقام وضع اليد على مال الغير بدون رضاه، و من المعلوم أن المراد بالموصول في «ما أخذت» هو المبيع الشخصى الواحد التالف بيد المشتري مثلاً، و لا ريب في إقتضاء وحدة المبدل التالف وحدة البدل، إذ ليس للواحد إلا بدل واحد، فكيف يتعدد هذا الواحد باستقراره في ذمم متعددة؟

و قد أفادوا لحلّ هذا الاشكال وجوهاً، و المذكور منها في المتن إثنان، أحدهما ما إختاره المصنف **رحمته**، و الآخر ما أفاده صاحب الجواهر **رحمته**، و سيأتى توضيح كل منهما.

فنقول^(١): معنى كون العين المأخوذة على اليد كونُ عهدتها و دركها بعد التلف عليه^(٢)، فإذا فرضت أيدٍ متعدّدة تكون العين الواحدة في عهدة كلٍّ من الأيادي، لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعدّدة معناه^(٣) لزوم خروج كلٍّ منها عن العهدة عند تلفه. و حيث^(٤) إنّ الواجب هو تدارك الفائت الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلّط المالك على مطالبة كلٍّ منهم بالخروج^(٥) [الخروج] عن العهدة عند تلفه، فهو^(٦) يملك ما في ذمّة كلٍّ منهم على البديل، بمعنى أنّه إذا استوفى أحدها سقط الباقي [إذا استوفى من أحدهم سقط من الباقي] لخروج الباقي^(٧) عن كونه [كونها] تداركاً، لأنّ المتدارك لا يُتدارك.

(١) هذا تقريب ضمان الأيدي المتعاقبة للمبيع التالف عند بعض الأيدي، و حاصله: تمهّد كل واحد منهم بتدارك التالف ببدله بمجرد وضع اليد عليه. لكن لا بدّ من الجمع بين هذا و بين ما يدلّ عليه «على اليد» من إقتضاء وحدة المبدل وحدة بدله.

(٢) أي: على ذي اليد، و إلّا كان المناسب تأنيث الضمير، لرجوعه إلى اليد.

(٣) أي: معنى ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة هو لزوم ... الخ.

(٤) هذا شروع في الجهة الثالثة، و هي حكم المالك مع الضامنين، أعني به جواز مطالبة المالك كلّ واحدٍ من الضامنين.

(٥) متعلق بـ «مطالبة» و بناءً على ما في بعض النسخ من قوله: «الخروج» فهو مفعول ثانٍ للمطالبة.

(٦) أي: المالك، و قوله: «فهو» نتيجة قوله: «و حيث إنّ الواجب» و حاصله: أنّه -بناءً على كون الواجب تدارك الفائت ببدلٍ واحد - يكون لازمه مالكية المالك لما في ذمّة كلّ واحدٍ من الضامنين على البديل لا على الإستقلال، و إلّا يلزم أن يكون لشيءٍ واحدٍ بدلاً متعددة، مع كون المبدل المتدارك واحداً.

(٧) أي: باقي الأبدال، فإنّ حصول تدارك الفائت ببدلٍ واحد يقتضي سقوط وجوب التدارك عن باقي الضامنين، لحصول التدارك بواحدٍ من الأبدال، و لا يتدارك المبدل المتدارك ثانياً. و لا يتصف ما عدا البديل - الذي حصل به التدارك - بكونه تداركاً للفاقت.

و الوجه^(١) في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي أن مطالبته^(٢) مادام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيهما^(٣) [فأيهما] حصل في يده لم يبق له إستحقاق بدله، فلو بقي شيء له^(٤) في ذمة واحد [واحدة] لم يكن بعنوان البدلية، و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

و يتحقق مما ذكرنا^(٥) أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية، ويستحيل إتصاف شيء منها^(٦) بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك.

و يمكن أن يكون نظير ذلك^(٧) ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث إنه ضم

(١) محصل هذا الوجه: إنتفاء موضوع المطالبة، و هو عدم وصول ماله من المبدل و البديل إليه، فللمالك إستحقاق المطالبة ما لم يصل إليه شيء من المبدل و بدله. فإذا وصل إليه أحدهما فلا يبقى موضوع لاستحقاق المطالبة. فلو بقي شيء له في ذمة شخص لم يكن ذلك بعنوان البدلية، و المفروض أنه لم يثبت شيء للمالك في الذم إلا بعنوان البدلية.

(٢) أي: مطالبة المالك منوطة بعدم وصول المبدل و بدله إليه، فقله: «مادام ...»
خبر «أن مطالبته» و هي خبر «و الوجه».

(٣) الضمير راجع إلى المبدل و البدل. و بناءً على نسخة «فأيهما» فالضمير راجع إلى الأبدال المستفاد من العبارة.

(٤) أي: للمالك، و حاصله: أنه لو بقي شيء للمالك في ذمة شخص لم يكن ذلك بعنوان البدلية.

(٥) أي: يظهر - من كون المالك مالكا لما في ذمة كل منهم على البدل - أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية، و من المعلوم إستحالة إتصاف شيء بالبدلية بعد صيرورة أحد الأبدال بدلاً عن التالف واصلًا إلى المالك، فلا يبقى حينئذ مجال لإتصاف غيره بالبدلية بعد فرض أنه ليس لمبدل واحد إلا بدلاً واحد.

(٦) أي: من الأبدال.

(٧) أي: ثبوت شيء واحد في ذم و عهديات متعددة. و قوله: «و يمكن» إشارة إلى إشكال و دفعه.

أما الاشكال فهو: أنه لا دليل على شغل ذم عديدة بمال واحد حتى في تعاقب

ذمة إلى ذمةٍ أُخرى. و ضمان^١ عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري

الأيدي الفاصبة، حيث إن الذمة المشغولة بالمفصوب واحدة، و هي ذمة من تلف المال بيده، و إن جاز للمالك الرجوع إلى كل واحدٍ من الفاصبين.

و هذا الإشكال من صاحب الجواهر رحمته حيث إنه ذهب تارة إلى إمتناع ضمان ذمتين لمالٍ واحد ثبوتاً كما في كتاب الضمان في الإيراد على كلام الجمهور من كون الضمان ضم ذمة إلى ذمة أُخرى^٢. و أُخرى إلى إمتناعه إثباتاً بمعنى عدم الدليل على ذلك^٣. و المقصود فعلاً ما أفاده في منع تصور ضمان شخصين لمال واحد. و سيأتي في (ص ٥٩١) نقل كلامه في جواز مطالبة البدل من كل واحد من الضمنا.

و أمّا دفع الاشكال فهو ما أفاده المصنف بقوله: «و يمكن» و غرضه الاستشهاد بموارد أربعة على إمكان شغل ذم متعددة بشيء واحد، و عدم استحالته.

فالمورد الأول: ضمان الدين، على مذهب العامة القائلين بأن الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المديون - لا نقل ما في ذمة إلى ذمة أُخرى - فيكون الدين في ذمّتي المديون و الضامن. بخلاف الضمان عند الخاصة، فإنه عندهم نقل الدين عن ذمة المديون إلى ذمة الضامن.

(١) معطوف على «ضمان المال» و هذا إشارة الى المورد الثاني، و هو ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشتري. كما إذا ضمن شخصٌ للبائع عهدة الثمن عند ظهور كون الثمن لغير المشتري، أو إنكشاف بطلان البيع، و ضمن للمشتري عن البائع عهدة المبيع إن ظهر كونه للغير، أو إنكشف بطلان البيع. فحينئذٍ تجتمع ذمتان: إحداها ذمة الضامن، و الأخرى ذمة البائع، أو ذمة المشتري، مع وحدة المال المضمون به، فيجوز للبائع الرجوع إلى الضامن و إلى المشتري. وكذا يجوز للمشتري الرجوع إلى الضامن و إلى البائع.

و بالجملة: تشتغل ذمتان لمالٍ واحد.

«١» جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ١١٣

«٢» جواهر الكلام، ج ٣٧، ص ٣٤

«عندنا»^(١) كما في الإيضاح.

و ضمان^(٢) الأعيان المضمونة على ما استقره في التذكرة.

(١) هذه الكلمة ظاهرة في إجماع الإمامية على صحة ضمان العهدة لكل من البائع والمشتري. ولكن لم أظفر بكلمة «عندنا» في ضمان الإيضاح، ولم ينقله عنه في مفتاح الكرامة والجواهر^(١)، وإنما هو موجود في التذكرة في مسألة ما لو باع شيئاً، فخرج المبيع مستحقاً لغير البائع، حيث يجب على البائع رد الثمن، فقال: «وإن ضمن عنه ضامن ليرجع المشتري عليه بالثمن لو خرج مستحقاً فهو ضمان العهدة، ويسمى أيضاً ضمان الدرك ... وهذا الضمان عندنا صحيح إن كان البائع قد قبض الثمن ...»^(٢).

ولعل المصنف إتكل في نسبة الإجماع إلى فخرالدين على كلام شيخه في المناهل، حيث قال في الأمور التي تبه عليها في ضمان العهدة: «هل هذا القسم ناقل أيضاً، أولاً، بل هو ضمٌ ذمّي، إلى ذمّة صرح بالأول في التحرير ... وصرح بالثاني في الإيضاح والتنقيح، وهو ظاهر بجمع الفائدة، بل تبه الأول على دعوى الاتفاق عليه، قائلاً: ضمان العهدة ضمٌ عندهم»^(٣).

(٢) معطوف على «ضمان» وهذا ثالث الموارد المشار إليها، وهو ضمان الأعيان المضمونة، كما إذا ضمن شخصٌ لمستعير الذهب والفضة، فإنه يجتمع هنا ذمّتان مشغولتان بمالٍ واحد، فيجوز للمالك المعير الرجوع إلى كلٍّ من المستعير والضامن.

وتقييد الأعيان بـ «المضمونة» لإخراج غير المضمونة، كالأمانات من الوديعة وعارية غير الذهب والفضة، ومال المضاربة والشركة، والمال في يد الوكيل، ونحوها، لدعوى الاتفاق على عدم جواز ضمانها، لكونه من ضمان ما لم يجب.

و لضمان الأعيان المضمونة - كما أفاده العلامة رحمته في التذكرة - صورتان:
الأولى: أن يضمن وجوب ردّها إلى المالك إن كانت باقية.

«١» لاحظ: مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٣٧٣؛ جواهر الكلام، ج ٢٦، ص ١٣٥

«٢» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٩١، السطر ٣٤

«٣» المناهل، ص ١٣٩، السطر ٢ - ٥

وقواه^١ في الإيضاح و ضمان^٢ (*) الإثنين لواحد، كما إختاره ابن حمزة.

الثانية: أن يضمن رد قيمتها إليه لو تلفت بيد المضمون عنه. و قال بصحة كلتا الصورتين، فراجع^١.

(١) هذه النسبة كسابقتها مما لم أظفر بها في الإيضاح، بل كلامه في هذه المسألة ظاهر في خلاف النسبة، حيث إنه - بعد بيان وجهي الاشكال المذكور في القواعد - قال: «والأصح أنه لا يصح»^٢. وكذا نقله السيد العاملي عنه، فراجع.

نعم إستقرب العلامة جواز هذا الضمان بقوله: «و في ضمان الأعيان المضمونة والمهدة إشكال، أقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن و المضمون عنه بالعين المفصولة ... الخ»^٣.

(٢) معطوف على «ضمان» و هذا رابع الموارد، و هو ضمان شخصين لواحد، كما إذا ضمن شخصان دين مديون، فإن ذمتهما تشتغل بذينه، فيجوز للدائن الرجوع إلى أيّ منها شاء.

(*) إن أريد ضمانهما دفعةً وفي زمان واحد - بأن يكون كل منهما ضامناً بالاستقلال - فهو ممتنع، و لا يشمل دليل مشروعية الضمان. و إن أريد ضمانهما على التعاقب كان الضمان الثاني باطلاً، لأنه بالضمان الأول لا يبقى شيء في ذمة المديون حتى يضمه الضامن الثاني.

و على هذا لا يتحقق ضمان الإثنين لواحد مطلقاً، من غير فرقي في ذلك بين الدفعي و التعاقبي. فما عن العلامة رحمته في درسه من نفي المنع عن ضمان الاثنين على وجه الاستقلال لا يخلو من غموض.

«١» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٩٠، السطر ٢٩ و ٣٥

«٢» ايضاح الفوائد، ج ٢، ص ١٨٥، مفتاح الكرامة، ج ٥، ص ٣٧٢

«٣» تذكرة الفقهاء، ج ٢، ص ٩٢، السطر ٢٤

و قد حكى فخرُ الدين و الشهيد عن العَلامة في درسه: أَنه نفي المنع عن ضمان الإثنين على وجه الاستقلال^(١).

(١) بأن يضمن كُلُّ من الشخصين للدائن ماله الذي في ذمة المديون في عَرَض الآخر، لا في طوله بأن يكون أحدهما ضامناً للمالك، و الآخر ضامناً للضامن. و الأقوال في هذه المسألة ثلاثة، و إستشهاد المصنف تَبَيَّنَ مبنى على قول ابن حمزة الذي نفي العَلامة تَبَيَّنَ بعده، و لا بأس بتوضيح أصل المسألة - على ما ذكره السيد العاملي تَبَيَّنَ - ثم الإشارة الى الأقوال، فنقول و به نستعين:

إنَّ ضمان الإثنين لما في ذمة شخصٍ - كالَّذين المستقر في عهدة زيد لعمرٍو - إمَّا أن يكون على التعاقب، بأن يضمنه بكرٌ في الساعة الأولى، و بشرٌ في الساعة الثانية. و إمَّا أن يكون دفعةً.

فعلى الأول ينفرد أحدهما بكونه ضامناً، و هو مَنْ رضي المضمون له بضمانه، سواء أكان هو السابق أو اللاحق، و يبطل ضمان الآخر. كأن يقول: «رضيتُ بضمان بشرٍ مثلاً» ولو قال: «رضيتُ بضمان كلِّ واحد منكما» كان الضامن هو الأول، لأنَّ رضاه بضمان كل واحد يوجب إنتقال المال إلى مَنْ تعهد أولاً، فلا يبقى موضوع لضمَّان الثاني. و على الثاني - و هو كون الضمانين دفعياً - فإنَّ قال المضمون له: «رضيتُ بضمان بكرٍ مثلاً» إنتقل كل المال إلى ذمته، و بطلَّ ضمان الآخر. و إن قال: «رضيتُ بضمانكما» كان هو مورد البحث، و فيه أقوال ثلاثة:

الأول: قول أبي علي ابن الجنيد، و هو تقسيط المال على الضامنين، فيضمن - في المثال - كل واحد منهما نصف المال.

الثاني: التخيير في مطالبة من شاء منها، و مطالبتهما معاً، و يستمى ضمان الإشتراك و الإنفراد معاً، و قد جزموا به في باب الديات في ما إذا قال: «ألتى متاعك، و على كلِّ واحدٍ منَّا ضمانه»، و هو قول ابن حمزة في المقام. و يكون المضمون له بالخيار في مطالبة المال من أيهما شاء على الإنفراد، و على الاجتماع^(١).

قال^(١): «و نظيره في العبادات: الواجب الكفائي (*)، و في الأموال^(٢): الغاصب من الغاصب».

هذا^(٣) حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي (**).

و هذا القول مورد إستشهاد المصنف على إشتغال ذمم متعددة بمال واحد. و إنتصر العلامة رحمته له بنظيرين:

أحدهما: الحكم التكليفي، و هو الواجب الكفائي، حيث إنَّ المخاطب بالتكليف عامّة المكلفين، و يسقط بامتنال أحدهم.

و ثانيهما: الحكم الوضعي، و هو ضمان الغاصب من الغاصب.

القول الثالث: البطلان، و هو قول معظم الأصحاب كما في الإيضاح^(٤).

(١) يعني: قال العلامة رحمته: و نظيره - أي: و نظير ضمان الإثنين بنحو الاستقلال - الواجب الكفائي في العبادات كغسل الميت و صلاته، فإنه يجب على كل واحد من المكلفين القيام بأمر الميت، ولكن يسقط الوجوب بقيام بعض عن الآخرين.

(٢) يعني: و نظير ضمان الإثنين عن واحد على وجه الاستقلال - في الأموال - ضمان الغاصب من الغاصب، كما إذا غصب زيد مالاً من عمرو، ثم غصب بكر ذلك المال من زيد، فحينئذٍ تشتغل كلتا ذمتي الغاصبين لشخص واحد - و هو عمرو - بمال واحد.

(٣) أي: ما ذكرناه من قولنا: «قلت: توضيح ذلك» هو حال المالك بالنسبة إلى البائع الفضول و المشتري من الأيدي المستولية على مال المالك الذي بيع فضولاً.

(*) يشكل هذا النظر بأنَّ لازمه إستحقاق المالك لجميع الأبدال إذا دفعت إليه في آن واحد، كما امتثال الجميع في صورة إتيانهم بالواجب الكفائي دفعة واحدة، مع القطع بعدم إستحقاق المالك إلا لبديل واحد من تلك الأبدال، و تعيينه بالقرعة.

(**) ينبغي لتحقيق حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي التعرض لمقامين:

الأول الثبوت، و الثاني الإثبات.

أما المقام الأول ففي بيان احتمالات دليل الضمان، وهو «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

أولها: أن يراد به خصوص الغاصب الذي أخذ المال بلا واسطة من الغاصبين، فللمالك أن يرجع إلى مبدء سلسلة الغاصبين، دون غيره منهم.

ويمكن إستظهار ذلك من كلمة «حتى تؤدي» لرجوع الضمير المستتر في «تؤدي» إلى اليد، فمعناه حينئذ: على اليد ما أخذت حتى تؤدي تلك اليد المستولية ما أخذته. وظاهر الإسناد إلى اليد هو خصوص اليد المستولية مباشرة على المال.

ثانيها: ضمان جميع الأيدي المستولية على المال لشخص المالك فقط، فله الرجوع إلى كل منهم، وليس لأحد منهم الرجوع إلى بعضهم، لعدم ضمانهم بالنسبة إلى أنفسهم، وإنما ضمانهم بالنسبة إلى شخص المالك دون غيره.

ويمكن إستظهار هذا الوجه من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «حتى تؤديه» لأن التأدية لابد أن تكون إلى مَنْ أخذ منه المال حقيقة أو حكماً، لأن الكلام في أخذ مال الغير لا في المباحات الأصلية، فلا بد أن يكون التأدية إلى مَنْ أخذ منه المال، أو مَنْ هو بمنزلة. فإذا رد المال إلى غير المأخوذ منه لم تصدق التأدية.

ثالثها: أن يراد به ضمان كل أخذ لمن أخذ المال منه، فالمالك يرجع إلى مبدء السلسلة فقط، وهو يرجع إلى الأخذ الثاني، وهو إلى الثالث، وهو إلى الرابع، وهكذا. وهنا احتمالات أخرى، ولكن المهم الإستظهار من الدليل كما سيأتي.

وأما المقام الثاني - وهو مقام الإثبات بحسب فهم العرف - فنقول: إن النبوي المذكور في مقام بيان حكم اليد الآخذة، والظاهر أن للنبوي إطلاقاً بالنسبة إلى كل أخذ بأي نحو حصل، سواء أكان الأخذ من المالك بلا واسطة أم معها، وسواء أكان الأخذ بانعاً صورة أم مشترياً، فالأخذ مطلقاً يكون ضماناً للمالك.

وبالجملة: فضمان كل أخذ للمالك - بمعنى جواز رجوع المالك إلى كل مَنْ إستولى على ماله - مما لا ينبغي الأشكال فيه.

وإنما الكلام في تضمين بعض الضمضاء لبعضهم، كأن يكون الضامن الثاني ضماناً

لما ضمنه الضامن الأول، و الضامن الثالث ضامناً لما ضمنه الغاصب الثاني، وهكذا، كما هو المشهور في الأيدي المتعاقبة، بأن يقال: إن الضامن الأول ضامن للمالك قيمة ماله، و الضامن الثاني ضامن للضامن الأول ما ضمنه للمالك، فعليه تدارك ضمان الضامن على تقدير وقوع الخسارة عليه. و الضامن الثالث ضامن للثاني ما ضمنه للأول الذي هو ضامن للمالك.

و الحاصل: أن المشهور - على ما قيل - جواز رجوع المالك على كل واحد من الضمّاء، و رجوع كل سابقٍ منهم إلى لاحقهِ لو لم يكن مغروراً من سابقه. و دليل كل ذلك هو النبوي المشهور «على اليد ما أخذت حتى تؤدي».

أما رجوع المالك إلى كل واحدٍ من الضمّاء، فلأن يد كل منهم على مال المالك عادية، و ذلك بمقتضى عموم أو إطلاق «على اليد» سبب للضمّان.

و أما ضمان بعضهم بالنسبة إلى بعضهم الآخر فلأن الضامن الثاني أخذ المال من الضامن الأول بما كان له من الخصوصية، و هي كونه مضموناً على الضامن الأول. و كذا من بعده من الضامن الثالث و الرابع، فإن كلاً منهم إستولى على مال المالك بوصف كونه مضموناً على سابقه، و لذا يرجع السابق على اللاحق إذا رجع المالك على السابق، و أخذ المال منه، إن لم يكن السابق غارزاً، و إلا فليس له الرجوع إلى اللاحق. فإن الحكم يثبت لموضوعه بخصوصيته، و المفروض أن كل لاحقٍ أخذ المال من سابقه بخصوصية كونه مضموناً على سابقه، فإنه مقتضى إنحلال «على اليد» إلى قضايا متعددة على حسب تعدد الموضوعات. و هذا معنى طولية الضمانات.

و تجرّد الموضوع عن الخصوصية منوط بالدليل، و هو مفقود.

مضافاً إلى: أن تجرّده عنها مستلزم لعرضية الضمانات، و قد تقدم إمتناعها.

و هذا بخلاف ضمان الضامن الأول الذي أخذ المال من المالك، فإنه ضامن له من دون خصوصية كونه مضموناً على أحد، بل هو ضامن للمال مجرداً عن هذه الخصوصية.

و الحاصل: أن دليل الضمان - و هو قاعدة اليد - يثبت كلا الأمرين، و هما: جواز رجوع

المالك إلى كل واحدٍ من الضمّاء، لو وقع ماله تحت يد كل واحدٍ منهم. و جواز رجوع كل

سابقٍ منهم إلى لاحقته، لوقوع المال تحت يده مضموناً على السابق، فيجتمع ضمانات الضمنا طوياً في زمان واحد مع وحدة المرتبة، وهي التلف.

لكن الحق أن التلف الموجب للضمان علة للضمان جميع ذوي الأيدي العادية لبدل مال المالك، فجميع هؤلاء يضمن بدل العين بسبب التلف للمالك طوياً، لا عرضاً حتى يلزم المحال. ولا وجه لمراعاة خصوصية كونه مضموناً على السابق بعد كون كل واحدٍ من ذوي الأيدي - بمقتضى إنحلال عموم «على اليد» - مضمولاً لقاعدة اليد، فإن كل خصوصية من خصوصيات المال ليست مضمونة على ذي اليد العادية، بل خصوص الأوصاف الدخيلة في مالية المال، والمضمون على الأيدي اللاحقة نفس بدل مال المالك، لا البدل الموصوف بكونه مضموناً على السابق، فإن هذا الوصف من الأوصاف التي لا يضمنها الضامن، ولا يتوقف ضمان اللاحق على إعتبار كون المال مضموناً على السابق، إذ ليس هذا الوصف موجباً لزيادة المالية.

والحاصل: أن الضمان معلق على تلف العين، لأنه مع بقاء العين لا ضمان؛ إذ اللازم حينئذٍ وجوب ردِّ العين إلى المالك. ولا ضمان على أحدٍ، لأن الضمان - بمعنى تدارك الخسارة الواردة على المالك - لا يتصور مع بقاء العين، إذ لا خسارة على المالك مع بقاء عين ماله، فإن عهدتها ودرکہا بعد التلف، كما أفاده المصنف رحمته في (ص ٥٧١) بقوله: «معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها ودرکہا بعد التلف عليه» و في (ص ٤٩٤) بقوله: «الضمان كون الشيء في عهدة الضامن و خسارته عليه» فإنهما يدلان على كون الضمان جبران الخسارة الواردة على المال بسبب تلف ماله.

فعليه يكون ضمان كل من وقع المال تحت يده تعليقاً، وفعليته منوطة بالتلف. فالجزء الأخير لعلّة الضمان للكل هو التلف. فكل واحد من الضامين يضمن للمالك بدل ماله في رتبة واحدة، لا أن غير الضامن الأول يضمن ما ضمنه الضامن السابق، فإنه بعيد عن أذهان العرف. فلا يكون «على اليد» ظاهراً فيه. بل ظاهره كون مال المالك بعهدته كل من ذوي الأيدي العادية.

وقد تلخص ممّا ذكرناه أمور.

الأول: أنّ ضمان كلّ من الضامين مَن يجوز للمالك الرجوع إليه - وأخذ عين ماله أو بدله منه - لأجل وقوع يد كلّ منهم على ماله.

الثاني: جواز رجوع السابق إلى اللاحق، إذا دفع البديل إلى المالك إن لم يكن السابق غارزاً له، وإلا فليس له الرجوع إليه، لقاعدة الغرور. وليس لللاحق الرجوع إلى السابق إذا دفع اللاحق البديل إلى المالك، لأنّ اللاحق متعهد لما في ذمة السابق بعد وصول العين منه، دون العكس، فليتأمل.

(وجهه: ما ظهر من مطاوي البيانات السابقة من عدم كون إتصاف المال بمعهدّة الضامن السابق من الصفات الدخيلة في المالية حتى يكون مضموناً على الضامن اللاحق). مضافاً إلى: عدم وقوع البديل تحت يد اللاحق حتى يضمنه للسابق، ضرورة أنّ البديل الثابت في ذمة السابق لم يقع في يد اللاحق حتى يضمنه لأجل قاعدة اليد.

ومضافاً إلى: عدم تقدم ضمان السابق على اللاحق، وذلك لأنّ سبب الضمان - وهو التلف - بالنسبة إلى جميع الضمّاء في رتبة واحدة، ولا تقدم لبعضها على الآخر حتى يجوز رجوع السابق إلى اللاحق.

نعم يجوز لمن دفع البديل إلى المالك أن يرجع إلى مَن تلفت العين بيده، لأنّ قرار الضمان عليه، حيث إنّ بناء العقلاء على وقوع المعاوضة القهرية بين العين التالفة وبين البديل الذي يدفعه مَن تلف عنده المال. وهذا وجه استقرار الضمان عليه.

وأما رجوع بعض الضمّاء إلى البعض الآخر - غير مَن تلف مال المالك عنده، بعد تساوي نسبة اليد العادية إلى جميع الضمّاء - فلم يظهر له وجه. ومجرّد سبق بعضهم زماناً على الآخر في وضع اليد على عين مال الغير لا يجدي في جواز رجوع بعضهم على الآخر، إذ ليس ذلك منوطاً للضمان، بل مناطه تلف العين كما مرّت الإشارة إليه. وهو يوجب ضمان الكلّ في رتبة واحدة للمالك العين التالفة من دون تقدم لأحدهم على الآخر. فقبل التلف لا ضمان على أحد مَن وقعت يده على العين إلا على نحو التعليق. وثبوته غير معلق منوط بالشرط المتأخر، لكنه بعد تسليم إمكانه غير ظاهر من أدلة الضمان.

و الحاصل: أنه أولاً لاسبق ولا لحوق في الضمانات.

و ثانياً: - على فرض السبق واللحوق - أن المضمون ليس المال بوصف كونه مضموناً على الضامن السابق، بل هذا الوصف عنوان مشير إلى ما هو الموضوع، لا أنه دخيل في الموضوع.

فاتضح أنه لا وجه لرجوع بعض الضمنا إلى بعضهم إلا إلى خصوص من تلف المال بيده. و أما إلى غيره فلا وجه له، فإن «على اليد» يثبت جواز رجوع المالك إلى أي واحد شاء من الغاصبين.

و أما رجوع بعض الغاصبين إلى البعض الآخر منهم، فلا يدل على ذلك، لأن المأخوذ - أو بدله - لا بد أن يؤدي إلى مالكة، لا إلى غاصبه الآخر، فإن الغاصب ضامن للمالك لا لغاصب آخر، فإن نفس التأدية تدل على إعتبار كون المؤدى إليه هو المالك، لأن التأدية عبارة عن إيصال الحق إلى صاحبه، فإن أداء دين زيد لا يصدق إلا على إيصاله إلى الدائن، لا إلى غيره من الأجانب.

الثالث: أن ضمان الغاصبين يكون بعد تلف العين كما أفاده المصنف في كلامه الذي نقلناه عنه آنفاً، إذ مع بقاء العين لا خسارة على المالك، والمفروض أن الضمان عبارة عن تدارك الخسارة الواردة على المالك من ناحية تلف ماله، ف ضمان البدل مترتب على تلف المبدل، فالبديل طولي، لا عرضي كخصال كفارة إفطار صوم شهر رمضان، حيث إنها أبدال عرضية.

فالغاصب مكلف أولاً بوجوب رد العين المضمونة إلى مالكةا. فإن تلفت وجب عليه تسليم بدلها إليه. فالضمان بالنسبة إلى الجميع تعليقي، و فعليته منوطة بتلف العين. و عليه فالتخيير بين دفع المبدل و البدل - كما هو ظاهر المتن - غير ظاهر، بل بدلية بدل مال المالك طولية، نظير الكفارات المرتبة - ككفارة الظهار و قتل الخطاء، فإنه يجب فيهما عتق رقبة، فإن عجز صام شهرين متتابعين، فإن عجز أطعم ستين مسكيناً - ضرورة أن ضمان البدل مترتب على تعذر المبدل و تلفه، فلا تخيير بين المبدل و البدل.

ثم إن هنا فروعاً مترتبة على الضمان الطولي:

الأول: أنّه لو رجع المالك إلى أحد الضمّناء، وأخذ منه عوض ماله، لم يكن له الرجوع إلى سائر الضمّناء، وذلك لوحدة الحقّ، وعدم إشتغال ذمتين عرضيتين بمال واحد، سواء أكان المؤدّي أوّل السلسلة أم غيره من الضمّناء، وسواء أكان من تلف عنده المال أم غيره.

الثاني: أنّ السابق إذا أدّى مال المالك جاز له أن يرجع إلى اللاحق، لأنّه باستيلاء يده على المال ضمن ما كان مضموناً على السابق. وهذا بخلاف ما إذا أدّى اللاحق المال إلى المالك، فإنّه لا يرجع إلى السابق، لأنّ السابق لم يضمّن المال بوصف كونه مضموناً على اللاحق، فتأمل.

الثالث: أنّ جواز رجوع السابق إلى اللاحق وأخذ المال منه منوط بدفع السابق المال إلى المالك، لأنّ ما يدفعه اللاحق إلى السابق إنّما هو من باب الغرامة وتدارك خسارة المالك، وليس من قبيل العوض لما في ذمّة السابق. فوزان الضامان اللاحق مع الضامان السابق وزان الضامان للذّين مع المضمون عنه في الضمان العقدي في عدم إستحقاق الضامان الرجوع إلى المضمون عنه وأخذ المال منه إلا بعد أداء الذّين إلى المضمون له.

و بالجملّة: ليس ما في ذمّة اللاحق ملكاً للسابق حتى يجب على اللاحق دفع المال إليه مطلقاً وإن لم يدفع السابق المال إلى المالك، بل يكون ما في ذمّة اللاحق ملكاً للمالك.

الرابع: لو أبرأ المالك جميع الضمّناء فلا إشكال في سقوط حقه رأساً. وأمّا إذا أبرأ أحد الضمّناء، ففي إختصاص الإبراء به، أو عمومه لجميع أحاد السلسلة، أو عمومه له ولسابقه دون لاحقه؟ وجوه، أقواها هو الثاني، لأنّه مقتضى وحدة الحقّ وطوليّة الضمانات، فإنّ موضوع جميعها وجود حقّ المالك، فإذا سقط حقّه الذي هو مدار الضمانات لم يبقّ موضوع للضمان أصلاً، حيث إنّ لعمال المالك بدلاً واحداً، وقد سقط ذلك بالإبراء الذي هو بمنزلة الإستيفاء.

نعم بناءً على عرضية الضمانات يتجه الوجه الأول، وهو إختصاص الإبراء بمن أبرأه المالك، دون غيره ممن سبقه ولحقه. لكنك عرفت عدم صحة الضمان العرضي، بل عدم معقوليته.

الخامس: أنه إذا أسقط المالك حق المطالبة عن بعض الضمنا، فالظاهر أنه إسقاط لحق المطالبة الذي هو من حقوق المالك، وإسقاطه لا يستلزم براءة ذمة الضامن عن المال، فإن إسقاطه لازم أعم من ذلك، لإمكان سقوطه مع بقاء المال في ذمة الضامن. كجواز تأجيل الدين بالإشتراط في ضمن عقد، فإن هذا الشرط صحيح مع بقاء الدين بحاله.

ففيما نحن فيه يمكن إسقاط حق المطالبة مع بقاء المال على عهدة الضامن. وليس لإسقاط حق المطالبة ظهور عرفي في إبراء الذمة. فلو فرض شك في بقاء المال على عهده فلا مانع من إستصحابه.

السادس: لو صالح المالك مع أحد الضمنا لم يكن له الرجوع إلى أحد من السابقين والأحقيين، لذهاب حقه بالصلح.

إنما الكلام في حكم المتصالح مع الضمنا، فهل يجري الصلح مجرى الإبراء حتى لا يجوز له الرجوع إليهم؟ أم يجوز ذلك. الظاهر هو الثاني، لأن جواز مطالبة المالك كان مبنياً على بقاء حقه، وبعد الصلح تبدل المالك مع بقاء الحق الموجب لجواز المطالبة. فللمتصالح مطالبة أي من الضمنا. فليس الصلح كالإبراء، لأن الصلح نقل الحق إلى الغير، والإبراء إسقاط الحق الذي هو موضوع المطالبة.

إلا أن يقال: إن الملك أناماً ليس موضوعاً للمطالبة. وهذا الملك يتعقبه الإبراء، فليس موضوعاً لجواز المطالبة، كملكية العمودين المترتب عليها الإعتاق. وهذا الملك التطرقي لا أثر له إلا مثل الإبراء والاعتناق.

هذا إذا كان المتصالح أحد السلسلة. وأما إذا كان أجنبيّاً، فجواز مطالبته الضمنا

واضح.

و أمّا^(١) حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أنّ اللاحق إذا رُجع عليه^(٢) لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجباً لإيقاعه في خطر الضمان. كما لا ريب في أنّ السابق إذا رُجع عليه^(٣) و كان غاراً للاحقه لم يَرجع إليه، إذ^(٤) لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه^(٥) له^(٦).

حكم الأيادي المتعاقبة بعضها مع بعض

(١) هذه هي الجهة الرابعة الراجعة إلى حال بعض ذوي الأيدي - المستولية على المبيع فضولاً - بالنسبة إلى البعض الآخر منهم، و به ينحلّ الإشكال المتقدم من: أنه لو رجع المالك إلى البائع و طالبه ببذل ماله التالف بيد المشتري، جاز للبائع الرجوع إلى المشتري.

و لأجل تحرير محل البحث تبه المصنف على فرعين قبل حلّ الاشكال.

أحدهما: أنه لا ريب في عدم رجوع الضامن اللاحق إلى الضامن السابق إذا رجع المالك على اللاحق و أخذ منه بدل ماله، إلا إذا كان السابق سبباً لوقوعه في خطر الضمان، كالبائع الفضول العالم بكونه غاصباً للمبيع، فإنّه غرّ المشتري. فإذا رجع المالك على المشتري، و أخذ منه بدل ماله، رجع المشتري إلى البائع، لصدق الفرور. ثانيها: أنه لا ريب في أنّ السابق - كالبائع - إذا رجع عليه المالك، و أخذ منه بدل ماله، و كان غاراً للاحقه - و هو المشتري - لم يرجع إلى اللاحق المفرور.

(٢) أي: على اللاحق، و هذا إشارة الى الفرع الأول.

(٣) أي: على السابق، و هذا إشارة الى الفرع الثاني.

(٤) تعليل لعدم رجوع السابق الغارّ - و هو البائع العالم بكونه غاصباً - إلى اللاحق المفرور، و حاصله: أنه لا معنى لرجوع السابق إلى اللاحق بما لو دفعه اللاحق كان السابق ضامناً له، كما إذا كانت قيمة المبيع السوقية ثلاثين ديناراً، و كان الثمن المستثنى عشرين، و رجع المالك إلى البائع و أخذ منه الثلاثين، فليس له أن يأخذ ما زاد على العشرين - وهي العشرة - لأنّه بقاعدة الفرور ليس على المشتري، بل على البائع الغارّ.

(٥) أي: ضمن السابق المأل. و ضميراً «للاحقه، لرجوعه» راجعان إلى السابق.

(٦) هذا الضمير و ضميراً «إليه، عليه» راجعة إلى اللاحق.

فالمقصود بالكلام^١ ما إذا لم يكن غاراً له.

فنقول^٢:

إنَّ الوجه في رجوعه^٣ هو أنَّ السابق إشتغلت ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئاً له بدل، فهذا الضمان^٤ يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على^٥ سبيل البدل، إذ^٦ لا يعقل ضمان المبدل معيئاً من دون البدل، وإلا^٧ خرج بدله عن كونه بدلاً.

(١) يعني: فالمقصود من كلامنا في رجوع السابق - إذا رجع عليه المالك - إلى اللاحق هو السابق الذي لا يكون غاراً لللاحق، وإلا فليس له الرجوع إلى اللاحق أصلاً.

(٢) هذا شروع في توجيه رجوع السابق إلى اللاحق الذي تلف المال عنده.

(٣) أي: السبب في رجوع السابق على اللاحق - إذا لم يكن السابق غاراً لللاحق - هو: أنَّ اللاحق يضمن العين مع أوصافها، و من المعلوم أنَّ العين بعد إستيلاء السابق - كالبائع - عليها صارت ذات بدل، وبهذا الوصف وقعت تحت يد اللاحق. فالتابث على السابق هو بدل نفس العين، و الثابت على اللاحق هو بدل بدل العين.

و بعبارة أخرى: اللاحق ضمن شيئاً له البدل، فيكون ضمان اللاحق في طول ضمان السابق و متعلقاً بالعين و بدلها على البدل، بخلاف ضمان السابق.

(٤) أي: ضمان اللاحق يرجع إلى ضمان بدل بدل العين، و لا يمكن ضمان العين بدون وصفها و هو كونها ذات بدل، فإنها مع هذا الوصف تعلق ضمان اللاحق بها.

(٥) متعلق بـ «ضمان واحد» يعني: أنَّ ضمان البدل - بمقتضى بدليته - يكون في طول ضمان المبدل.

(٦) تعليل لكون ضمان اللاحق لأحد الأمرين - من المبدل و البدل - على سبيل البدلية، و محصله: أنه لو كان ضامناً لخصوص المبدل - كالسابق - لخرج بدله عن كونه بدلاً، لعدم تعهده حسب الفرض لهذا البدل.

(٧) أي: و إن كان اللاحق ضامناً لخصوص المبدل معيئاً لزم خروج البدل عن كونه

فا^١) يدفعه الثاني فإتّما هو تدارك لما إستقرّ تداركُه في ذمّة الأوّل، بخلاف ما يدفعه الأوّل، فإنّه تداركُ نفس العين معيّناً، إذ لم يحدث له تدارك آخر^٢ بعد، فإنّ أدّاه^٣ إلى المالك سقط تداركُ الأوّل له^٤، و لا يجوز^٥ دفعه إلى الأوّل قبل دفع الأوّل إلى المالك، لأنّه^٦ من باب الغرامة و التدارك، فلا إستغال

بدلاً عن العين، و صيرورته أجنبيّاً عنه، و هو خلاف الفرض.

(١) هذه نتيجة ضمان الثاني كالمشتري فيما نحن فيه، فإنّ ما يدفعه الثاني تدارك لما إستقرّ في ذمّة الأوّل و هو البائع. بخلاف ما يدفعه الأوّل و هو البائع، فإنّه تدارك نفس العين معيّناً، إذ المفروض أنّه أوّل غاصبٍ إستولت يده على المال، و لم يسبقه يدٌ عادية حتى يحدث للأوّل تدارك آخر غير تدارك العين.

(٢) أي: غير تدارك الأوّل إلى الآن، و لعدم حصول تدارك آخر يكون التدارك بنفس العين معيّناً. و ضمير «له» راجع إلى الأوّل.

(٣) يعني: فإنّ أدّى الثاني البدل إلى المالك سقط تدارك الأوّل لما إستقرّ في ذمته، فليس للمالك الرجوع إلى الأوّل و أخذ البدل منه.

(٤) أي: لما إستقرّ في ذمته.

(٥) يعني و لا يجوز للثاني أن يدفع البدل إلى الأوّل قبل دفع الأوّل البدل إلى المالك.

(٦) هذا تعليل لقوله: «و لا يجوز» و حاصله: أنّ ما يدفعه الثاني إلى الأوّل إنّما هو من باب الغرامة، و ليس من قبيل العوض لما في ذمّة الأوّل حتى يجب على اللاحق دفع البدل إلى السابق مطلقاً سواء دفع السابق المال إلى المالك أم لا.

و عليه فحال الضامن الأوّل مع الضامن الثاني حال الضامن مع المديون المضمون عنه في أنّ الضامن لا يستحق الدفع من المضمون عنه إليه إلّا بعد أداء الضامن الدّين إلى المضمون له ان كان الضمان بإذنه، و إلّا فلا يستحق شيئاً من المديون المضمون عنه، لكون الضامن متبرعاً حينئذ.

للدّمة قبل فوات المتدارك^(١) [قبل حصول التدارك] (*) و ليس^(٢) من قبيل العوض لما في ذمة الأوّل.

فحال الأوّل مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنّه^(٣) لا يستحقّ

(١) كذا في نسختنا، و بعض النسخ، و في بعضها «قبل حصول التدارك» و هو أولى.
 (٢) أي: و ليس ما يدفعه اللاحق إلى السابق عوضاً عما في ذمة السابق، بل هو غرامة، و هي تتوقف على أن يدفع السابق بدلاً العين التالفة إلى المالك.
 (٣) يعني: في أنّ الضامن لا يستحقّ الأخذ من المضمون عنه إلاّ بعد أداء الدّين إلى المضمون له، كما هو كذلك في الضمان العقدي.

(*) لا يخفى أنّ قوله: «فلا إشتغال للدّمة قبل حصول التدارك» يناهض بدوياً ما تقدم في أوّل كلام المصنف رحمته من قوله: «فإذا فرض أيد متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كلّ من الأيدي» وجه التنافي: دلالة كلامه السابق على حصول الضمان بمجرد وضع اليد على مال الغير. و الالتزام بالضمان يناهض عدم إشتغال ذمة اللاحق بالبدل قبل أداء السابق الغرامة إلى المالك؛ إذ معناه كون الضمان الفعلي على ذمة السابق خاصة، و يتوقف ضمان اللاحق فعلاً على دفع السابق الغرامة إلى المالك.

لكن الظاهر عدم التنافي بين الكلامين، لما أفاده المحقق الإصفهاني رحمته من: أنّ اليد وإن اقتضت الضمان، إلاّ أنّ ضمان اللاحق للبدل لما كان معنوياً بعنوان التدارك، فلا محالة يكون له مرحلتان:

إحدهما: مرحلة إشتغال ذمة الأوّل للمالك ببدل العين، و تداركه بقيام ما في ذمة الثاني - مقام ما ملكه المالك في ذمة السابق - بعنوان كونه بدلاً عنه.

ثانيتها: مرحلة التدارك الخارجي، بأن يدفع السابقّ مثل العين التالفة بيد الثاني أو قيمتها إلى المالك، حتى يتداركه الثاني بالبدل الذي يدفعه إلى السابق.

فالسّرّ في عدم جواز مطالبة السابق من اللاحق البديل قبل إيصال بدل العين إلى المالك هو تعنون ما يدفعه الثاني بعنوان الغرامة و التدارك، و عدم كونه كسائر ما يملكه الإنسان في ذمة الغير بلا وصف و لون، هذا^(٤).

الدفع إليه إلا بعد الأداء.

والمحصل^(١): أن من تلف المال في يده ضامنٌ لأحد الشخصين على البذل من المالك و من سبقه في اليد، فيشتغل [و يشتغل] ذمته^(٢) إما بتدارك العين، وإما بتدارك ما تداركها. وهذا^(٣) إشتغال شخصٍ واحد بشيئين^(٤) لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة إشتغالُ ذمّة أشخاص^(٥) على البذل بشيءٍ واحدٍ لشخصٍ واحدٍ.

و ربما يقال^(٦) في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده

(١) يعني: و حاصل ما ذُكر - في رجوع الضامن السابق كالبائع الفضول إلى الضامن الآحق كالمشتري مع عدم كونه غاراً لللاحق - هو: أن الذي تلف المال عنده ضامن لأحد شخصين على البذل، و هما المالك و الضامن السابق و هو البائع، فتشتغل ذمته إما بتدارك العين، و إما بتدارك بدله الذي إستقرّ في ذمة الضامن السابق.

(٢) هذا الضمير و الضمير البارز في «سبقه» راجعان إلى الموصول في «من تلف».

(٣) أي: و إشتغال ذمته - إما بتدارك العين و إما بتدارك بدلها - يكون إشتغال شخص واحدٍ ... الخ.

(٤) و هما بدل العين و بدل بدلها.

(٥) كما إذا باع الفضولي متاعاً زيد على عمرو، و باع عمرو ذلك المتاع على بكر، ثم باع بكر ذلك المتاع على بشر، و تلف المتاع عند بشر، فهذا المتاع الواحد قد اجتمعت عليه الأيدي الأربع، فيملك المالك ما في ذمّة كل واحدٍ منهم على البذل، بمعنى أنه إذا إستوفى المالك ما في ذمة واحدٍ منهم سقط ما في ذمة الباقي. فإشتغال ذم عديده بمال واحد على سبيل البذل لشخص واحدٍ ممّا لا مانع منه.

(٦) القائل صاحب الجواهر رحمته، و محصل ما أفاده في وجه رجوع غير من تلف المال بيده إلى من تلف بيده - لو رجع المالك إلى غير من تلف بيده - هو: أن الذمة المشغولة بالمال المفضوب التالف واحدة، و هي ذمّة من تلف بيده. و أمّا غيره من الفاصبين فلا تشتغل ذمته بمال المالك، و إن كان إستيلاء يده العادية على المال موجباً لأن يصير مخاطباً بلزوم ردّ المفضوب إلى مالكة، و لذا جاز رجوع المالك إلى كل من إستولى

لورُجِع عليه^(١): إنَّ^(٢) ذمَّة مَنْ تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل، وإن جاز له^(٣) إلزامٌ غيره - باعتبار^(٤) الغصب - بأداء^(٥) ما إشتغل ذمَّته به. فيملك حينئذٍ^(٦) من أدَّى بأدائه مال للمالك في ذمَّته بالمعاوضة الشرعية القهرية. قال^(٧): «و بذلك إتضح

على ماله، و المطالبة بأخذ المال منه. لكنه خطاب تكليفي محض لا يستتبع وضعاً، كخطاب الإنفاق على الأقارب، فإنَّه ليس إلّا وجوب إعطاء نفقتهم، من دون إشتغال ذمَّة المخاطب بنفقتهم.

بخلاف وجوب إعطاء بدل مال المالك على مَنْ تلف المال بيده، فإنَّه خطاب تكليفي مستتبع للوضع، كوجوب الإنفاق على الزوجة، فإنَّ ذمَّة الزوج تشتغل بنفقة الزوجة. وكذلك ذمَّة مَنْ تلف المال بيده، فإنَّ خطابه بدفع بدل المال إلى مالكة تكليفي و وضعي.

(١) أي: رجع المالك إلى غير مَنْ تلف المال عنده.

(٢) هذا مقول قوله: «يقال» و قد مرَّ توضيحه بقولنا: «ان الذمة المشغولة بالمال...

الخ».

(٣) يعني: وإن جاز للمالك إلزامٌ غير مَنْ تلف المال عنده - من الغاصبين - بأداء ما إشتغلت ذمَّة مَنْ تلف المال عنده من بدل مال المالك.

(٤) متعلّق بـ «جاز» و علة له، يعني: أن سبب جواز إلزام المالك غير مَنْ تلف عنده هو إعتبار الغصب.

(٥) متعلّق بـ «الإزام» و ضمير «به» راجع إلى الموصول المراد به المال.

(٦) يعني: فيملك غير مَنْ تلف المال عنده - بسبب أدائه لبدل التالف - ما للمالك في ذمَّة الضامن الذي تلف عنده المال بالمعاوضة الشرعية القهرية التي لا تتوقف على القصد والإنشاء.

(٧) يعني: قال صاحب الجواهر رحمته الله: و بذلك - أي: و باشتغال ذمَّة مَنْ تلف المال عنده دون غيره من الضامين - إتضح الفرق بين مَنْ تلف المال في يده من الضمنا، و بين غيره منهم. و الفرق بينهما إنّما هو في أنّ الخطاب بالنسبة إلى مَنْ تلف المال بيده تكليفي و وضعي، و بالإضافة إلى غيره تكليفي فقط.

حكم الأيدي المتعاقبة بعضها مع بعض..... ٥٩١
الفرقُ بين مَنْ تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطأه بالأداء شرعي^١ لا ذمي،
إذ^٢ لا دليل على شغل ذم متعدد بمال واحد، فحينئذ يُرجع عليه، ولا يرجع هو»
إنتهى^٣.

وأنت^٤ خير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب مَنْ تلف بيده و خطاب
غيره، بأن^٥ خطابه ذميٌّ و خطاب غيره شرعيٌّ، مع كون دلالة «على اليد
ما أخذت» بالنسبة إليهما على السواء. و المفروضُ أنه لا خطاب بالنسبة إليهما
غيره^٥.

(١) أي: تكليف محض، لا ذمي، أي: لا يثبت شيئاً في الذمة حتى يدلّ على الوضع
أيضاً.

(٢) تعليل لعدم كون خطاب غير مَنْ تلف بيده ذميّاً أي وضعياً، و حاصله: أنه
لا دليل على شغل ذم متعددة بمال واحد، فيرجع على مَنْ تلف في يده، و لا يرجع هو
على غيره، و هذا معنى قرار الضمان عليه.

(٣) هذا كلام المصنف رحمته. و قد أوردَ على كلام الجواهر بوجوه خمسة:
الأوّل: أنه لا وجه للتفكيك بين خطابي مَنْ تلف بيده و غيره، بحمل خطاب الأوّل
على التكليفي و الوضعي، و حمل خطاب غيره على التكليفي فقط، مع كون الدليل - و هو:
على اليد ما أخذت - مساوياً بالنسبة إليهما.

(٤) متعلّق بالفرق، و بيان للفرق بين الخطابين، يعني: خطاب مَنْ تلف بيده،
و غيره.

(٥) أي: غير «على اليد ما أخذت» غرضه: أنه مع وحدة الدليل من أين جاء هذا
الفرق بين خطابي مَنْ تلف المال بيده و غيره؟ فقلوه: «مع كون دلالة على اليد ما أخذت»
من تمامة الجواب الأوّل، و ليس جواباً على حدة يعني: كيف يستظهر من دليل واحد
معنيين متغايران مع عدم قرينة على هذا الاستظهار؟

مع^(١) أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب

الذمي.

مع^(٢) أنه لا يكاد يُعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي

مشغول^(٣) الذمة بالمال فعلاً ما لم يسقط بأداء أحدهم، أو إبراء المالك. نظير^(٤)

(١) هذا هو الثاني من تلك الوجوه، و حاصله: أنه لا يجدي الفرق بين التكليف والوضع في صحة رجوع صاحب الخطاب التكليفي إلى صاحب الخطاب الوضعي، و عدم صحة العكس. بل قاعدة الغصب الجارية في حق كل من الغاصبين تقتضي عدم رجوع واحدٍ منهم إلى الآخر، من غير فرق بين كون الخطابين تكليفيين و وضعيين و مختلفين، و إلا فالفرق بين التكليف و الوضع واضح.

(٢) هذا هو الثالث من تلك الوجوه، و حاصله: أن تخصيص إشتغال الذمة بخصوص من تلف المال بيده خلاف ما عُرف من عدم خلاف من أحد في إشتغال ذمة كل واحد من ذوي الأيدي الغاصبة بالمال، و أنه لا يسقط إلا بأداء أحدهم، أو بإبراء المالك.

و هذا الوجه الثالث ناظر إلى قول صاحب الجواهر رحمته: «إذ لا دليل على شغل ذم متعددة بمال واحد» فإن هذا الكلام مخالف للإجماع - و نفي الخلاف عن أحد - في إشتغال ذمة كل من ذوي الأيدي العادية بالمال فعلاً، و لذا تجري أحكام الدين على ما بذمة السابق أيضاً.

و المذكور في المتن أحكام أربعة ثابتة للدين، و هي تجري في المقام من تعاقب الأيدي. فالغرض من التنظير إثبات الحكم الوضعي و إشتغال ذمة الأيدي، و نفي ما أفاده صاحب الجواهر من أن خطاب من تلفت عنده العين وضعي، و خطاب من عدها تكليفي. و سيأتي بيان تلك الأحكام الثابتة للدين.

(٣) خبر «كون» و قوله: «ما لم يسقط» متعلق بـ «مشغول الذمة».

(٤) يعني: أن إشتغال ذمة كل من الضمنا - بالمال المغصوب - يكون نظير

الإشتغال بغيره من الديون.

الإشغال بغيره^(١) من الديون في إجباره^(٢) على الدفع أو الدفع عنه من ماله،
وتقديمه^(٣) على الوصايا، والضرب^(٤) فيه مع الغرماء.

(١) أي: بغير المال المذكور وهو المفصوب.

(٢) متعلق بـ «نظير» وهذا أوّل الأحكام الأربعة الثابتة للدين. وهو: أنه يجوز إجبار المدين على أداء الدين. ولو إمتنع من الأداء، رفع أمره إلى الحاكم ليُلزمه به، لأنّه وليّ المتنع. فإن أدّى فهو، وإلا دفع الحاكم عنه من ماله، والمستفاد من كلامهم جواز إستيفاء حقه بنفسه عند تعذر الوصول إلى الحاكم.

و الفرض ثبوت هذا الحكم في ما نحن فيه بالنسبة إلى كلّ واحد من الأيدي - حتى من لم يتحقق التلف عنده - ممّا يكشف عن إشغال الذمة، وعدم كون الخطاب تكليفاً محضاً كما زعمه صاحب الجواهر رحمته.

(٣) معطوف على «إجباره» والضمير راجع إلى الدين. وهذا ثاني الأحكام الثابتة للديون، وبيانه: أنّ الآية المباركة قدّمت إخراج الديون من تركة الميت على وصاياه. وكذا دلّت الرواية عليه.

فلو أوصى بعض ذوي الأيدي فئات، جاز للمالك مطالبة ورثته ببدل العين المضمونة حتى لو تلفت بيد شخص آخر، ولزمهم أداء هذا الدين أولاً، ثم تنفيذ الوصية. وهذا كاشف عن الضمان وإشغال العهدة، لا مجرد وجوب الأداء تكليفاً.

(٤) معطوف على «إجباره» وهذا ثالث آثار الدين - على ما ذكره في المفلس - من: أنّ الغريم لو وجد عين ماله جاز له أخذها حتى لو لم يكن سواها، كما جاز له أن يضرب مع الغرماء بدينه، بأن يجعلها بين جميع الغرماء حتى يستوفي كل منهم حقه بنسبة حصّته.

و يثبت هذا الحكم في المقام، فلو رجع المالك إلى بعض الأيدي، ووجده قد أفلس، وليس عنده إلا العين المضمونة، جاز له الضرب مع الغرماء، بأن يجعل ما وجد عند المفلس مالاً مشتركاً بين الدّيان، فيأخذ كلّ منهم حصّته منه.

قال المحقق رحمته: «و من وجد منهم عين ماله كان له أخذها، ولو لم يكن سواها. وله أن يضرب مع الغرماء بدينه، سواء كان وفاءً أو لم يكن، على الأظهر»^(١).

و مصالحة^(١) المالك عنه مع آخر. إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة^(٢).
مع^(٣) أن تملك غير من تلف المأل بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد^(٤)
دفع البدل لا يعلم^(٥) له سبب إختياري ولا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا^(٦) سقوط

(١) معطوف على «إجباره» وهذا رابع آثار الدين، وهو: أنه يجوز للدائن أن يتصلح مع المديون على ما في ذمته؛ إما بعوض أو مجاناً، كي تبرأ ذمة المديون. فلو كان زيد مديوناً لعمرو بألف درهم جاز التصالح عليه بأقل منه أو بلا عوض.
و هذا الحكم ثابت في المقام، بأن يُصالح المالك مع أحد الغاصبين بعوض أو مجاناً. فإذا تعاقبت أيدي زيد وعمرو وبكرٍ على مال بشرٍ، صحت مصالحة عمرو مع زيد على ما في ذمته لبشرٍ، وكذا صحت مصالحة بشرٍ عن زيد مع عمرو، ونتيجة هذه المصالحة فراغ ذمة زيد.

و جوازُ هذه المصالحة للمالك - وهو بشر - شاهدٌ على كونه مالكاً لما في ذمة المتصالح عنه، وهو زيد.

و عليه فاليد في كلٍّ منهم ضامنة، وليس مجرد خطاب تكليفي.

(٢) كجواز بيع الدين من المديون ومن غيره، سواء أكان الثمن مساوياً أم أقل منه. و كوجوب السعي على المديون لأداء دينه. و كحرمة مطالبة المعسر وحبسه. و كوجوب عزل الدين عند وفاته لو غاب الدائن، وغيرها من الأحكام.

(٣) هذا هو الرابع من وجوه الإيراد على صاحب الجواهر رحمته و حاصله: أن ما أفاده - من تملك الضامن السابق لما في ذمة الضامن الذي تلف المال بيده بمجرد دفع بدل العين التالفة إلى المالك - لم يعلم له سبب صحيح إختياري، كالمعاوضة الإختيارية مع المالك، أو القهرية. و الأول منتفٍ، و الثاني لا دليل عليه. و إحتمالُ سببية مجرد دفع البدل شرعاً للتمليك لا يثبت ما هو مجرّد في المقام من التشريع الفعلي للسببية.

(٤) هذا و قوله: «لما في الذمة» متعلقان بـ «تملك». و قوله: «لا يعلم» خبرٌ «أن

تملك».

(٥) خبر «أن تملك».

(٦) و هو قوله: «و حيث أن الواجب هو تدارك الفائت الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد، كان معناه تسلط المالك على مطالبة كلٍّ منهم بالخروج عن المهدة، فهو يملك ما في ذمة كلٍّ منهم على البدل» فراجع (ص ٥٧١).

حقُّ المالك عمّن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم^(١) تحقُّق موضوع التدارك بعد تحقُّق التدارك.

مع^(٢) أنّ اللازم ممّا ذكره أنّ لا يرجع الغارمُ فيمّن [بمّن] لحقه في اليد [الأيدي] العادية إلّا إلى من [بمن] تلف في يده. مع أنّ الظاهر خلافه^(٣)، فإنّه يجوز له^(٤) أن يرجع إلى كلّ واحد ممّن بعده.

نعم^(٥) لو كان غير من تلف بيده، فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقرّ على من تلف في يده.

هذا^(٦) كلّهُ إذا تلف المبيع في يد المشتري.

و الحاصل: أنّ المتّجه - بناءً على هذه العبارة - سقوط حقِّ المالك عن الضامن الذي تلف المال بيده بمجرد أداء غيره.

(١) تعليل للسقوط، و حاصله: إنتفاء موضوع التدارك عمّن تلف المال بيده، فلا يبقى موضوع لحقِّ المالك بعد تحقُّق التدارك ببدلٍ واحد.

(٢) هذا هو الخامس من تلك الوجوه، و حاصله: أنّ لازم ما ذكر - من تملك السابق لما في ذمة من تلف المال في يده - عدم رجوع السابق بعد أداء بدل التالف إلّا إلى خصوص من تلفت العين بيده، لا إلى كل غاصبٍ ممّن تسلّم المفضوب منه و إن لم يتلف عنده. مع أنّ الظاهر خلاف ذلك، و جواز رجوع مؤدّي البديل إلى كلّ واحدٍ من الغاصبين بعده.

(٣) أي: خلاف اللازم المزبور.

(٤) أي: يجوز لمؤدّي البديل إلى المالك أن يرجع إلى كلّ ممّن بعده من ذوي الأيدي.
(٥) يعني: لو كان واحد ممّن بعده - و هو الذي رجع إليه مؤدّي البديل إلى المالك - غير من تلف المال بيده، فهو يرجع إلى أحد لواحقه من الغاصبين، إلى أن يستقرّ الضمان على من تلفت العين في يده.

و بالجملة: فيرجع الغارم إلى كلّ من تسلّم المال منه من الغاصبين بعده حتى ينتهي إلى من تلف عنده. هذا ما يتعلق بكلام صاحب الجواهر.

(٦) يعني: أنّ موضوع الحكم بضمان كلّ واحدٍ من الغاصبين لبديل العين المفضوبة، و رجوع المالك على السابق مطلقاً - و إن تلفت العين عند اللاحق - هو صورة تلف العين

و قد عرفت^(١) الحكم أيضاً في صورة بقاء العين، و أنه^(٢) يرجع المالك بها على من في يده، أو من جرت يده عليها^(٣).

فإن لم يمكن إنتزاعها^(٤) ممن هي في يده غرم^(٥) للمالك بدل الحيلولة، و للمالك إستردادها^(٦) [إسترداده] فبرّد بدل الحيلولة.
و لا ترتفع^(٧) سلطنة المالك

في يد المشتري. و بهذا ينتهي البحث عن ضمان الأيدي في فرض تلف العين عند أحدهم.
حكم بقاء العين عند بعض الأيدي المتعاقبة

(١) حيث قال في (ص ٤٧١): «لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، و إلاّ فله إنتزاعه ممن وجده في يده مع بقائه».

(٢) معطوف على «الحكم» و الضمير للشأن، أي: و قد عرفت رجوع المالك ... إلخ.
و غرضه أنه مع بقاء العين المغصوبة يرجع المالك على من تكون العين في يده فعلاً، أو من كانت العين تحت يده سابقاً. هذا إذا أمكن إنتزاع العين ممن هي في يده. و إن لم يمكن إنتزاع العين ممن هي في يده، غرم للمالك من جرت يده على العين بدل الحيلولة.
(٣) هذا الضمير و ضمير «بها» راجعان إلى «العين».

(٤) أي: لم يمكن إنتزاع العين لمن جرت يده عليها ممن هي في يده فعلاً.
(٥) يعني: غرم من جرت يده سابقاً على العين كالمشتري الأول، فإنه يغرم بدل الحيلولة. ولكن للمالك حقّ إسترداد العين ممن هي في يده فعلاً. فإذا إستردّ المالك و أخذ العين ممن كانت تحت يده ردّ بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

(٦) أي: إسترداد العين، فلا يسقط حق المالك عن العين ببذل الحيلولة، فبمجرد وصول العين إليه يرّد بدل الحيلولة إلى من أخذه منه.

هذا بناءً على كون النسخة «إستردادها» كما هو الظاهر. و بناءً على ما في بعض النسخ من «إسترداده» فلا بدّ من إرجاع الضمير إلى الموصول في «من هي في يده» أي: يجوز للمالك إسترداد من في يده العين، فالمعنى أنّ للمالك مطالبة الردّ ممن تكون العين في يده. ولكن الأقرب بسلاسة العبارة تأنيث الضمير لرجوعه إلى العين.

(٧) غرضه أن مجرد تمكن المالك من إسترداد العين من الضامن الثاني لا يرفع سلطنة المالك على مطالبة الضامن الأول، و ذلك لأنّ ضمان العين على الضامن الأول،

على مطالبة الأول^(١) بمجرد تمكُّنه من الإسترداد من الثاني، لأنَّ^(٢) عهدها على الأول، فيجب عليه تحصيلها وإنْ بذل^(٣) ما بذل.
نعم^(٤) ليس للمالك (*) أخذ مؤونة الإسترداد، ليباشر بنفسه.

فيجوز للمالك مطالبته، و يجب على الضامن تحصيلها.

(١) أي: الضامن الأول كالمشتري الأول، والمراد من الثاني الضامن الثاني.

(٢) تعليل لقوله: «و لا ترتفع» و قد ذُكر توضيحه بقولنا: «و ذلك لأنَّ ضمان

العين... الخ».

(٣) يعني: وإنْ بذل الضامنُ الأول في تحصيل العين - و أخذها من الثاني - ما بذل

من المال.

(٤) غرضه أنْ سلطنة المالك على مطالبة الضامن الأول باقية، لكنَّها لا تقتضي أخذ مؤونة الإسترداد من الضامن الأول ليباشر المالك أخذ العين منه بنفسه، إذ الواجب على الغاصب ردُّ العين المغصوبة، لا دفع مؤونة الاسترداد.

و عليه فلا موجب لجواز أخذ المالك مؤونة الاسترداد من الضامن الأول، لأنَّ ردَّ المغصوب وإصاَّله إلى المالك وظيفَةُ الغاصب، و هو مختار في كيفية الردِّ، و ليس للمالك إختيار كيفية من كيفية الردِّ.

(*) قد يقال: بأنَّه لا يبعد أن يكون للمالك ذلك فيما إذا لم تكن الأجرة المأخوذة زائدةً على أجرة المثل، لأنَّ العين للمغصوب منه، و لا يجوز للأخرين التصرف فيها ولو بالاسترداد المزبور. و عمل المالك محترم، فيستحق الأجرة عليه، هذا.

و يتوجه عليه: أنْ ردَّ المغصوب إلى مالكة وظيفَةُ الغاصب، و من المعلوم أنْ الردَّ متوقف على التصرف، لعدم تحقق الرد بدونه، فجواز هذا التصرف ممَّا يقتضيه نفس وجوب الرد. و عمل المالك إن كان برضا الغاصب فهو محترم يجوز أخذ الأجرة عليه، و إلا فلا.

و يظهر ممَّا ذكرنا: أنه مع تمكن الغاصب من ردِّ العين بدون صرف المال و طلب المالك أجرةً، لم يجب على الغاصب قبول ذلك، لأنَّ الردَّ بشؤونه وظيفَةُ الغاصب، و التخلص عن الغصب ليس بحكم الغصب، خصوصاً مع التوبة.

ولو لم يقدر^(١) على إستردادها إلا المالك، و طلب من الأول^(٢) عوضاً^(٣) عن الاسترداد، فهل يجب عليه^(٤) بذلُ العوض، أو ينزّل^(٥) منزلة التعذر،

(١) محصله: أنه لو لم يقدر أحدٌ من إسترداد العين المغصوبة إلا المالك الذي لم يأخذ من أحدٍ من الضامنين بدلَ المحيلولة، و طلب من الضامن الأول أجره لإسترداد العين، ففي حكم هذا البذل وجوه ثلاثة.

الأول: وجوب بذل مؤونة الاسترداد على الضامن.
الثاني: عدم وجوب البذل، لأنه يُنزّل عدم القدرة على الإسترداد منزلة التعذر، فيأخذ من الغاصب الأول بدل المحيلولة.

الثالث: التفصيل بين الأجرة المتعارفة للإسترداد، فيجوز أخذها منه، و بين الأجرة الزائدة على المتعارفة المحققة على الغاصب الأول، فلا يأخذ المالك عند إسترداده العين الأجرة الزائدة على الأجرة المتعارفة.

(٢) أي: من الغاصب الأول.

(٣) أي: أجرة للاسترداد.

(٤) أي: على الغاصب الأول، و هذا هو الاحتمال الأول، و وجه وجوب بذل العوض إلى المالك: أنه مع فرض بقاء العين تجب المبادرة إلى ردّها إلى المالك، و حيث إن إقدامه باسترداد ماله عملٌ محترم إستحقّ الأجرة عليه، فيجب على الضامن دفعها إليه، سواء أكانت الأجرة متعارفة أم أزيد منها، إذ لا ينتقل إلى بدل المحيلولة إلا بامتناع الوصول الى نفس العين المضمونة، فع تمكّن المالك من ذلك يتعيّن تهديد مقدمته و هي بذل الأجرة إلى المالك.

و لا مجال للتمسك بحديث نبي الضرر لو كانت الأجرة زائدة على أجرة المثل حتى ينتقل إلى بدل المحيلولة.

وجه عدم المجال: إختصاص قاعدة نبي الضرر بالأحكام التي لا تكون ضررية بطبيعتها، و إنما يترتب الضرر على إطلاقها. و هذا بخلاف مثل وجوب ردّ العين المضمونة إلى مالكها، فإن أصل الحكم ضرري، فلا يرتفع بقاعدة نبي الضرر.

مضافاً إلى قصور المقتضي، و هو إناطة جريان القاعدة بالامتنان، و المفروض في المقام عدمه، لاستلزامه حرمان المالك من الوصول إلى عين ماله.

(٥) أي: يُنزّل عدم القدرة على الاسترداد - إلا للمالك - منزلة التعذر.

فيغرم^(١) بدل الحيلولة، أو يفرّق^(٢) بين الأجرة المتعارفة للاسترداد، و بين الزائد عليها مما يعدّ إجحافاً على الغاصب الأوّل؟ وجوه^(٣).

هذا^(٤) كلّه مع عدم تغير العين. و أمّا إذا تغيّرت فيجيء صوراً كثيرة لا يناسب المقام التعرّض لها، و إن كان كثيراً مما ذكرنا أيضاً مما لا يناسب ذكره إلّا في

(١) يعني: فيغرم الغاصب الأوّل بدل الحيلولة. و هذا هو الاحتمال الثاني، و وجهه: أنّ مخاطب برّد العين هو الضامن. فإنّ تمكّن من الرّد فهو، و إن عجز سقط عنه، و وجب عليه بدل الحيلولة. فلا تكليف له برّد العين حتى يجب عليه بذل الأجرة من باب المقدمة. (٢) بأن يقال: بوجوب بذل الأجرة المتعارفة، و بالانتقال إلى بدل الحيلولة لو طالبه المالك بأجرةٍ محمفة زائدة عن أجرة المثل. و هذا هو الاحتمال الثالث.

و وجه هذا التفصيل واضح، لما تقدّم في الوجهين السابقين. فإنّ كانت الأجرة متعارفةً فللمقدمية. و إن كانت محمفةً فللقاعدة نفي الضرر، فإنّ أصل وجوب الرّد و إن كان ضررياً، لكن قد يتأمل في الأخذ بإطلاقه من جهة إنصراف وجوب الرّد عمّا إذا استلزم بذل مالٍ كثيرٍ غير متعارف.

الآ أن يتمسك في خصوص الغاصب بما روي من «أنه يؤخذ بأشق الأحوال» لكنه ممنوع سنداً و دلالةً، و قد أشار إلى ذلك في بحث بدل الحيلولة، فراجع^(١).

(٣) مبتدئ مؤخّر، و خبره «فيه» مقدّراً المدلول عليه بقوله: «فهل يجب» و الجملة بتامها جواب الشرط في قوله: «ولو لم يقدر».

(٤) أي: ما ذكرناه - من رجوع المالك على الغاصب الأوّل، و أخذ العين المغصوبة منه مع التمكن، أو أخذ بدله بدون التمكن من أخذها و إنتزاعها ممّن هي في يده - إنّما هو في صورة عدم تغير العين.

و أمّا إذا تغيّرت - مع فرض بقائها - فتجيء فيه صور كثيرة مذكورة في كتاب الغصب، كما إذا باع الفضول قماشاً مملوكاً لزيد، و سلّمه للمشتري، ففضّله ثوباً أو قباء، و قد تغيّرت قيمته محيظاً عمّا كان عليه، فهل يرجع المالك على الفضولي أم على المشتري

باب الغصب. إلا أن الإهتمام بها دعائي إلى ذكرها في المقام بأدنى مناسبة^(١). إغتناماً للفرصة، وقفنا الله لما يرضيه عنا من العلم والعمل، إنه غفّار الزلل.

منه، الذي حدث التغيير بيده؟ و هل ضمان التفاوت على البائع أو على المشتري؟ و لو فرض كون القماش قيميّاً، فهل المناط قيمته يوم وقوعه تحت يد البائع أم المشتري، أم قيمة يوم التغيير؟

وكذا لو باع الفضولي المصير العني، فأغلاه المشتري، فنقص وزنه، فهل تضمن النقيصة في الوزن أم لا؟

و على تقدير الضمان، فهل فرار الضمان على البائع أو على المشتري؟
ولو إرتفعت قيمته السوقية فهل تضمن أم لا؟

و على تقدير الضمان فهل العهدة على الفضولي أم الثاني؟

و تتكثّر فروض المسألة لو تعاقبت أيدي أخرى على المبيع فضولاً.

و هناك فروع كثيرة موضوعها تغيير المفضوب إما بفعل الغاصب، وإما بفعل من تسلّمه منه ببيع أم بفضب أم بغيرهما، و تحقيقها موكول إلى كتاب الغصب. و كان المقصود الإشارة إلى ما أفاده المصنف رحمته من كثرة فروع التغيير.

هذا تمام الكلام في ما إذا ردّ المالك البيع الواقع على ماله فضولاً، و بذلك تمت أحكام البيع الفضولي.

(١) و هي كون المبيع فضولاً محكوماً بحكم الغصب إذا ردّ المالك البيع، فإنّه و إن لم تصدق اليد العدوانية بالنسبة إلى المشتري الجاهل، إلا أن إطلاق «على اليد» شامل له كالغاصب، فيتجه البحث عن أحكامه.

مسألة^{١)}

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى^{٢)} (*) القول ببطلان الفضولي فالظاهر أنّ حكمه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله.

بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره

١) كان الكلام قبل هذه المسألة في حكم بيع الفضولي مال غيره لنفسه أو للمالك. والفرص من عقد هذه المسألة بيان حكم بيع الفضول مال غيره مع مال نفسه. والبحث في مقامين، أحدهما: في صحته في المجموع و عدمها. ثانيها في كيفية تقسيط الثمن، والكلام فعلاً في المقام الأول.

٢) حاصله: أنه ينبغي التكلم في جهتين:

الأولى: في تحقيق حكم المسألة بناءً على بطلان الفضولي.

الثانية: في تحقيق حكمها بناءً على صحة الفضولي.

أما الجهة الأولى، فالظاهر أنّ الحكم بناءً على البطلان حكم بيع ما يقبل الملك - كالمخل - مع ما لا يقبل الملك - كالخمر - في صحة البيع في مال نفسه، والبطلان في مال غيره.

(*) لعل الأولى في عنوان المسألة أن يقال: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه، فعلى القول بالإنحلال لا ينبغي الإشكال في صحة بيع مال نفسه، سواء قلنا بصحة بيع الفضولي أم ببطلانه. وعلى القول بصحة الفضولي أجاز مالك المال الآخر أم لم يجز. وعلى القول بعدم الإنحلال لا ينبغي الإشكال في فساده، سواء قلنا بصحة عقد الفضولي أم لا. هذا ما تقتضيه القاعدة، ويؤمى إليه قوله **طائلاً** في صحيحة الصفار المشار إليها:

«لا يجوز بيع ما ليس يملك، وقد وجب الشراء من البائع على ما يملك» حيث إنه مع وحدة إنشاء البيع حَكَمَ ^{الطَّلَاةُ} بصحة بيع مال البائع، وفساد بيع مال غيره. وهذا ما تقتضيه قاعدة الإنحلال.

وبناءً على هذه القاعدة لا مجال للخدشة فيه بما سيأتي في بيع ما يقبل الملك وما لا يقبله. بل لا مجال للخدشة في تلك المسألة أيضاً بناءً على الإنحلال، كما لا يخفى. ويظهر ممَّا ذكرناه من الإنحلال إندفاع ما ذكره من الإشكالات الثلاثة: من بساطة الإنشاء، وعدم تعدده حتى يكون أحدهما صحيحاً والآخر فاسداً. ومن تخلف القصد، فإن ما قصد من بيع المجموع لم يقع، وما وقع من بيع البائع مال نفسه لم يقصد. ومن جهالة مقدار الثمن الواقع بأزاء مال نفسه.

توضيح وجه الاندفاع.

أما الأول، فلأنَّ الإنشاء واحد صورة، لكنّه متعدد بحسب تعدد المتعلق، فينحلُّ الإنشاء إلى إنشاءات عديدة. وهذا الإنحلال امر إرتكازي عقلائي جارٍ في كثير من الموارد، كيبعي الصّرف والسّلم، فإنّهما ينحلّان، ويصحّان في خصوص المقبوض في مجلس العقد، ويفسدان في غير المقبوض.

وكبيع الوكيل أموال موكله بعقد واحد، فإنَّ بيعها بإنشاء واحد ينحلُّ إلى بيوع متعددة بعدد تلك الأموال.

وكالوصية بأزيد من الثلث، فإنّها تنحلُّ إلى وصيتين، إحداهما تتعلق بالثلث، ونصح. والأخرى بأزيد من الثلث، وتقف صحتها على إمضاء الورثة.

وكذا لو قال: «أعتقت عبدي وأمّ ولدي» أو قال: «مَنْ رَدَّ عبدي وخزيري فله دينار». وما دلَّ من النقل على صحة المذكورات تارة، وبطلانها أخرى، إمضاء للسيرة العقلانية الجارية على الإنحلال، ضرورة أنَّ الصحة والفساد حكمان للعقد المتعدد، لإمتناع إتصاف عقد واحد بهما.

وبالجملة: فبطلان بيع الأصيل منوط بأحد أمرين، وحدة الانشاء ظاهراً وواقعاً، أو تعدده، لكن بشرط الاستقلال وعدم إنضمامه ببيع مال شخص آخر.

وكلاهما باطل. أمَّا أولهما فلجريان السيرة العقلانية على الإنحلال.

وأمَّا ثانيهما فلإطلاق أدلة البيع النافي لاعتبار الاستقلال في صحة بيع مال الأصيل.

و الحكم فيه الصحة، لظهور^(١) الإجماع، بل دعواه^(٢) عن غير واحد^(٣). مضافاً إلى صحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي^(٤) من قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لا يجوز

(١) يدلّ على صحة البيع في مال نفسه وجهان:

الأوّل: ظهور الاجماع، و وجه الظهور أنّه لا يحتمل الفرق بين بيع ملكه مع ملك غيره، و بين بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله بشمن واحد في صفقة واحدة.

الثاني: ما تقدم في صحة الصفار «لا يجوز بيع ما ليس بملك، و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ ظهوره في صحة بيع مال البائع ممّا لا ينكر.

(٢) مجرور تقديرأ بالعطف على «ظهور».

(٣) كالسيدّ أبي المكارم، و العلامة، و سيد الرياض، و كاشف الغطاء، و الفاضل الرافعي، و السيد العاملي، و صاحب الجواهر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ. قال في الجواهر: «و على كل حال فلا خلاف في صحة بيعه و نفوذه في ما يملك إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي

و اما الثاني فلأنّ قصد بيع ذات مال نفسه موجود في ضمن قصد بيع المجموع من مال نفسه و مال غيره. و المفقود هو قصد الاستقلال، و لا دليل على إعتباره. بل إطلاق أدلة البيع ينفي إعتباره كما مرّ آنفاً.

و هذا نظير ما إذا باع مالاً مشتركاً بينه و بين غيره الذي وكله في بيع حصته، فباع المجموع. فإنّ قصد بيع مال نفسه ضمنى، لا إستقلالي، و لا إشكالي في صحة بيع المجموع. و أمّا الثالث فلأنّ الجهالة القادحة في الصحة - و هي الموجبة للغرر - مفقودة هنا، إذ لا غرر مع إمكان معرفة الثمن بالضوابط المقررة للعلم بمقدار العوض.

ولو شكّ في قادحية هذه الجهالة و مانعيتها، فمقتضى الإطلاق - لو كان - عدم مانعيتها. ولو لم يكن إطلاق، فأصل البراءة عن المانعية تقتضي عدم المانعية، بناءً على جريان البراءة في الأحكام الوضعية كجريانها في الأحكام التكليفية. و لا تجري أصالة الفساد، لحكومة أصل البراءة حينئذٍ على أصالة الفساد، لجريان البراءة في الشك النسبي كما لا يخفى.

بيع ما لا يملك، و قد وجب الشراء فيما يملك»^(١).

و لما ذكرنا^(١) قال بها^(٢) من قال ببطلان الفضولي كالشئخ و ابن زهرة و الحلي و غيرهم^(٣).

نعم^(٤) لو لا النص و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما^(٥) سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك.

كلزوم رباء، و بيع آبق من دون ضميمة و نحو ذلك. بل ظاهرهم الاجماع عليه كما اعترف به في الرياض ...»^(٢).

(١) أي: و لما ذكرنا من الصحة - و أن حكم بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله - قال بالصحة هنا من قال ببطلان الفضولي.

(٢) أي: بصحة بيع الفضولي مال نفسه مع مال غيره، حاصله: أن القائل ببطلان الفضولي قائل بصحة بيع الفضولي مال نفسه، وإن كان قائلًا بطلانه بالنسبة إلى مال غيره. (٣) كفخر المحققين، فإنه مع التزامه ببطلان البيع الفضولي لم يعلق على كلام والده من صحة البيع في ما يملك. و ظاهره تقريره له، فراجع^(٣).

(٤) إستدراك على القول بالصحة، غرضه أن الصحة مستندة إلى النص، و هو صحيح الصفار المتقدم، و الاجماع، و مع الغرض عنها يمكن الخدشة في الصحة بما سيأتي في مسألة بيع ما يقبل الملك و ما لا يقبله.

(٥) متعلق بالخدشة، و محصل الخدشة الآتية في بيع ما يملك و ما لا يملك بقوله: «إن التراضي و التعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يعض الشارع قطعاً ... الخ» هو: أن

«١» و مسائل الشيعة، ج ١٢، ص ٢٥٢، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، ح ١

«٢» الغنية (الجوامع الفقهية) ص ٥٨٥؛ تذكرة الفقهاء، ج ١، ص ٤٦٣ (ج ١٠، ص ١٩، الطبعة المحدثية)؛

رياض المسائل، ج ١، ص ٥١١؛ شرح القواعد للفقيه كاشف الغطاء (مخطوط) مستند الشيعة، ج ١٤، ص ٢٩٧

و ٢٩٨؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٢، قال فيه: «ان اجماعنا منقطع، جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣٠٩

«٣» لاحظ: المبسوط، ج ٢، ص ١٤٥، الخلاف، ج ٣، ص ١٤٤، كتاب البوع، المسألة: ٣٢٢، الفضة،

ص ٥٨٥؛ السرائر، ج ٢، ص ٢٧٥؛ ايضاح الفوائد، ج ١، ص ٤٢١، و كذا يظهر من المحدث البحراني فراجع

المحدثات الناضرة، ج ١٨، ص ٤٠٠، و ج ١٩، ص ٣١٥

وأما^(١) على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الرد^(٢)، فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك، غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ^(٣) للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة، وسيجيء^(٤) في أقسام الخيار.

الحكم بصحة البيع بالنسبة إلى ملك البائع فقط - مع جريان البيع على المجموع بشمن واحد - مشكل، لأنّ نقل بعض المثلث ليس مقصوداً إلاّ في ضمن نقل المجموع بمجموع الثمن. كما أنّه خلاف مقتضى إطلاق دليل الإمضاء.

(١) وأما الجهة الثانية - وهي تحقيق حكم بيع الفضولي مال غيره مع مال نفسه - فحاصلها: أنّه على القول بصحة الفضولي لا ينبغي الريب في صحة بيع مال الغير بإجازته، يعني: يصحّ البيع مطلقاً، أمّا بالنسبة إلى ملك البائع فلصدوره من أهله. وأمّا بالنسبة إلى ملك الغير فلا إجازته.

(٢) غرضه أنّ بيع الفضولي بالنسبة إلى مال نفسه صحيح مطلقاً، سواء أجاز غيره أم ردّ، إذ الردّ يكون كظهور بعض المبيع غير مملوك، فإنّ البيع بالنسبة إلى البعض المملوك صحيح، مع ثبوت الخيار للمشتري مع جهله بالحال عند علمائنا كما في التذكرة، حيث عنون - في فروع تفريق الصفقة - ما لو باع شيئاً يتوزّع الثمن على أجزائه، كما لو باع عبيدين، أحدهما له، والآخر لغيره، فقال: «إذا باع ماله و مال غيره صفقة واحدة صحّ البيع في ماله. فإن كان المشتري جاهلاً بالحال فله الخيار، لأنّه دخل في العقد على أن يسلم له العبيدين، ولم يسلم. فإنّ إختار الإمضاء لزمه قسطه من الثمن، و سقط ما انفسخ البيع فيه. عند علمائنا»^(١)

(٣) أي: حين ردّ الغير البيع بالنسبة إلى ماله.

(٤) يعني: و سيجيء ثبوت الخيار للمشتري مع جهله بالحال في أقسام الخيار، كقوله في شروط خيار الغبن: «و ممّا ذكرنا يظهر ثبوت الخيار للجاهل و إن كان قادراً

بل عن الشيخ في الخلاف تقويةً ثبوت الخيار للبائع^(١)، لكن عن الغنية^(٢) «الجزمُ بعدمه^(٢). و يؤيدُه^(٣) صحيحةُ الصفّار.

وربما حُمل «٢» كلامُ الشيخ^(٤) على ما إذا ادّعى البائع الجهل أو الإذن، وكلامُ الغنية على العالم.

على السؤال، كما صرّح به في التحرير و التذكرة».

(١) لم أعثر على ثبوت الخيار للبائع في الخلاف، ولا على مَنْ نسبه إليه بعد ملاحظة بعض المواضع منه و من مفتاح الكرامة و الجواهر، بل صريحه في هذه المسألة نفي الخيار عن البائع. نعم قوّى في المبسوط ثبوته للبائع، و قد حكياه عنه أيضاً^(٣). فلاحظ، و لعلّ السهو من المناسب، أو أنه مذكور في موضع آخر من الخلاف.

و كيف كان فلعلّ وجه ثبوت الخيار للبائع - إذا ردّ المالك - هو لزوم تبعُّض الصفقة، و هو يوجب الضرر في بعض الموارد، لنقصان قيمة الإنفراد عن القيمة عند الإجماع، كما في مصراعي الباب و فردي الحُفّ.

(٢) أي: بعدم الخيار للبائع.

(٣) أي: و يؤيدُ عدمَ ثبوت الخيار للبائع صحيحةُ الصفّار المتقدمة، حيث إنّ فيها «و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك» فإنّ وجوب الشراء ظاهر في اللزوم، فلا خيار للبائع.

و ينبغي إبدال «يؤيد» بـ «يدل».

(٤) حُمل كلام الشيخ - الذي قوّى ثبوت الخيار للبائع - على ما إذا ادّعى البائع الجهل بكون بعض المبيع لغيره، أو ادّعى الإذن من الغير في بيع ماله مع مال نفسه. فإذا ردّ الغير قال الشيخ بثبوت الخيار حينئذٍ للبائع.

«١» الهاكي عن الغنية هو السيّد العاملي و صاحب الجواهر. لاحظ: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٧؛

جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣١٦؛ الغنية (الجوامع الفقهية) ص ٥٢٨، السطر ٣

«٢» الحامل هو السيّد العاملي و صاحب الجواهر، فلاحظ: مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٧؛ جواهر الكلام،

ج ٢٢، ص ٣١٦

«٣» المبسوط، ج ٢، ص ١٤٥؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٧؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣١٦

ثم إن^(١) صحة البيع فيما يملكه مع الردّ مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتوكد من عدم الإجازة مانع شرعي، كلزوم ربا^(٢)، وبيع آبق^(٣) من دون ضميمه. وسيجيء الكلام في محله^(٤).

و محيل كلام الغنية - الدالّ على المحرم بعدم ثبوت الخيار للبائع - على البائع العالم بكون بعض المبيع مال الغير.

(١) غرضه التنبيه على أنّ صحة البيع فيما يملكه البائع مع ردّ المالك الآخر لحصته ليست مطلقة، بل مقيدة في كلام صاحب الجواهر^(١) بما إذا لم يتوكد من عدم الإجازة مانع شرعي، وسيأتي بيانه.

(٢) كما إذا باع متقالاً من ذهبه الجيد مع كتاب زيد بمثقالين و نصف من الذهب الرديء، ثم ردّ زيد، فبطل بيع كتابه، وبطل البيع بالنسبة إلى البائع أيضاً، للزوم الرّبا، لأنّه بعد بطلان بيع الكتاب - الذي هو في مقابل متقال ذهب رديء - يصير المتقال الجيد من ذهب البائع في مقابل المتقال و النصف من الذهب الرديء. و هذا من أوضح مصاديق الرّبا.

و بالجملة: فالبيع باطل في كلا المالين - مال البائع و غيره - في كل مورد يلزم من عدم الإجازة مانع شرعي كلزوم الرّبا، فإنّ هذا مقتضى الأحكام الحثيثة، ضرورة أنّ البحث عن صحة البيع هنا إنّما هو من حيث كونه فضولياً، لا من حيثيات أخرى كلزوم الرّبا مثلاً.

(٣) كما إذا باع عبده الآبق مع كتاب زيد، ثم ردّ زيد، فبطل بيع العبد أيضاً، لأنّ بيع الآبق بدون الضميمة باطل.

(٤) لعلّ مقصوده ما أفاده في مسألة بيع العبد الآبق مع الضميمة من قوله: «لو عقد على الضميمة فضولاً، و لم يجوز مالكمها، إنفسخ العقد بالنسبة إلى المجموع». و هذا موافق للتقييد الذي إلترزم به صاحب الجواهر^(١).

ثم إنَّ البيع المذكور^(١) صحيح بالنسبة إلى المملوك^(٢) بحصته من الثمن، وموقوف في غيره بحصته.

و طريق^(٣) معرفة حصّة كلٍّ منها من الثمن في غير المثلي أن يقوم^(٤) كلٌّ منها منفرداً، فيؤخذ لكلٍّ واحدٍ^(٥) جزءٌ من الثمن نسبته^(٦) إليه كنسبة قيمته إلى مجموع

هذا تمام الكلام في المقام الأوّل، وهو صحة بيع المملوك، وسيأتي الكلام في المقام الثاني، وهو طريق تقسيط الثمن على المالكين.

(١) وهو بيع مال نفسه مع مال غيره، فإنّه صحيح بالنسبة إلى مال البائع بما يقابله من الثمن، وموقوف في غير مال البائع على إجازة مالكه، فإن أجاز صحّ البيع في كلا المالكين، وإن ردّ بطل البيع في ماله، وصحّ البيع في مال البائع فقط.

وعلى كلا تقديري الإمضاء والردّ لا بدّ من تقسيط الثمن، ففي صورة الإجازة يوزّع الثمن على البائع والمجيز، وفي صورة الردّ يوزّع على البائع والمشتري.

(٢) أي: مال البائع، فإنّ البيع بالنسبة إليه صحيح، لصدوره من أهله، وموقوف بالنسبة إلى مال غير البائع، فإن أجاز صحّ بالنسبة إليه أيضاً.

(٣) قد ذكر المصنف رحمته طريقين لمعرفة حصّة كلٍّ من البائع وغيره في كلتا صورتَي إجازة من بيع ماله فضولاً وعدمها فيما إذا كان المبيع قيمياً. وإن كان مثلياً فسيأتي الكلام فيه في آخر المسألة.

(٤) خبر قوله: «و طريق» وهذه هي الطريقة الأولى، ومحصّلها: أنّ كلّاً من المالكين يقوم منفرداً بالقيمة السوقية - لا تقويمها مجتمعين - فيؤخذ لكل واحد منها جزءٌ من الثمن يكون نسبة ذلك الجزء إلى تمام الثمن كنسبة قيمة كلٍّ منها إلى مجموع القيمتين. فإذا كان الثمن ثلاثة دنانير، وكانت قيمة مال البائع قيراطاً، وقيمة مال غيره قيراطين، فتكون نسبة قيمة مال غير البائع - وهي قيراطان - إلى الثمن - وهو ثلاثة دنانير - كنسبة قيمته السوقية وهي قيراطان إلى مجموع القيمتين وهو ثلاثة قيراطين. وتلك النسبة هي الثلثان، فيؤخذ للمشتري من الثمن المسمّى - وهو ثلاثة دنانير - ثلثاه، وهما ديناران.

(٥) يعني: لكلٍّ واحدٍ من مالي البائع وغيره ممن يبيع ماله فضولاً.

(٦) مبتدأ، وخبره «كنسبة» والجملة صفة لـ «جزء» يعني: نسبة ذلك الجزء إلى

لو باع الفضولي ماله مع مال الغير ٦٠٩

القيمتين. مثاله - كما عن السرائر - ما إذا كان ثمنها^١ ثلاث دنانير، وقيل: إن قيمة المملوك^٢ قيراط، وقيمة غيره^٣ قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن. و ما ذكرنا من الطريق^٤

الثمن - الذي هو ثلاثة دنانير - كنسبة القيراطين إلى القيراط الثلاثة التي هي مجموع القيمتين، و تلك النسبة هي الثلثان كما مرّ آنفاً.

(١) يعني: ثمنها المسمّى في بيع البائع مال نفسه مع مال غيره.

(٢) أي: القيمة السوقية لمال البائع قيراطاً.

(٣) أي: غير مال البائع الذي بيع فضولاً مع مال البائع.

ثم إنّ عبارة السرائر محكية معنى، والحاكمي لها هو السيد العاملي وصاحب الجواهر. والأولى نقل بعض كلام ابن إدريس رحمته، فإنّه بعد إثبات الخيار للمشتري في مسألتنا والمسألة الآتية - وهي بيع ما يملك و ما لا يملك - قال: «مثاله: باع شاةً و خنزيراً بثلاثة دنانير، فإنّ الثمن يتقسّط على قدر قيمة الشاة و قيمة الخنزير عند مستحليّه، فيقال: كم قيمة الشاة؟ فيقال: قيراطان. و يقال: كم قيمة الخنزير؟ فيقال: قيراط، فيرجع بثلث الثمن و هو دينار. و بالعكس من ذلك أن يقال: قيمة الشاة قيراط، و قيمة الخنزير عند مستحليّه قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن، و هو ديناران»^١.

و في هذا المثال تختلف القيمة الواقعية عن الثمن المسمّى بكثير، لأنّ القيراط الشرعي نصف عشر المئقال الشرعي - أي الدينار، فالدينار عشرون قيراطاً شرعياً، والقيراط الصيرفي حبة واحدة، فهو جزء من ثمانية عشر جزءاً من الدينار الشرعي^٢. و على كلّ منها يكون الثمن المسمّى أضعاف القيمة. إلّا أنّ المقصود بيان كيفية تقسيط الثمن على المبيع.

(٤) أي: الطريق الأوّل، و هو تقويم كلّ من المالين منفرداً، و لحاظ مجموع قيمتها و الأخذ لكلّ واحدٍ من المالين جزءً من الثمن تكون نسبته إلى الثمن كنسبة قيمة أحد

«١» السرائر، ج ٢، ص ٢٧٦؛ مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٣؛ جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣١٢

«٢» الأوزان و المقادير، ص ٥٢ و ٩١ - ٩٢ للعلامة الشيخ ابراهيم سليمان العاملي.

هو «المصرّح به في الإرشاد»^١، حيث قال: «و يقسّط المسئى على القيمتين»^٢ ولعلّه^٣ (*) أيضاً مرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة من «أنهما يقومان

المالين إلى مجموع قيمتهما، وقد تقدم آنفاً مثاله.

(١) أي: ما ذكرناه من الطريق الأول هو المصرّح به في الإرشاد، حيث قال: «و يقسّط المسئى على القيمتين» أي: قيمة كلٍّ من مالي البائع وغيره، فإنّ ظاهر «القيمتين» هو قيمة كل منهما منفرداً. فالمراد بمجموع القيمتين، لا قيمة المجموع، وإلا كان اللازم أن يقول: «و يقسّط المسئى على قيمة المجموع» فيكون كلام العلامة موافقاً للطريق الأول، و هو: «نسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين» لا إلى قيمة المجموع. و بينها فرق واضح.

فإذا كان المبيعُ مصراعياً الباب، وكانت قيمة مجموعها إثني عشر درهماً، وكان مجموع قيمتهما ثمانية دراهم، بأن كانت قيمة كلٍّ منها منفرداً أربعة دراهم، وكان الثمن المسئى إثني عشر درهماً. فعلى الطريق الثاني - و هو نسبة قيمة أحد المالين إلى مجموع القيمتين و هو الثمانية - يؤخذ نصف الثمن و هو الستة للمشتري، لأنّ نسبة الأربع - الذي هو قيمة أحد المالين - إلى مجموع قيمتهما - و هو الثمانية - هي النصف، فيؤخذ نصف الثمن و هو الستة للمشتري.

و على الطريق الأول - و هو أخذ نسبة قيمة أحد المالين إلى قيمة المجموع، و هي إثنا عشر درهماً - تكون هي الثلث، فيؤخذ ثلث الثمن و هو الأربع للمشتري.

(٢) أي: قيمة كلٍّ من المالين، و هو مساوق لقوله: «أن يقوّم كل منهما منفرداً».

(٣) يعني: أنّ ما ذكرناه من الطريق هو المصرّح به في الإرشاد، والمحتّم لأن يكون ذلك أيضاً مرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة «من أنّها يقومان جميعاً، ثم يقوّم كل

(*) يشكّل أن يكون الطريق المذكور - و هو تقويم كل منهما منفرداً - مرجع ما في الشرائع والقواعد واللمعة من تقويمهما جميعاً ثم تقويم أحدهما. وجه الاشكال: أنّ في

جميعاً، ثم يَقَوْمُ أحدهما»^(١) و لذا^(٢) فسّر بهذه العبارة^(٣) المحقّق الثاني عبارة الإرشاد^(٤)، حيث قال^(٥): «طريق تقسيط المسمّى على القيمتين ... الخ».

واحد منها مستقلاً. و الاحتمال المذكور في المتن قد ذهب إليه في الجواهر. فيكون كلام المصنف في ردّ هذا الاحتمال بقوله: «لكن الانصاف» ردّاً عليه.

قال صاحب الجواهر - بعد نقل عبارة السرائر -: «و هي عين ما ذكرناه، ضرورة كون النسبة بما فرضه ذلك، فراد الجميع حينئذٍ واحد، و هو: أنّه إذا كان المبيع من ذوات القيم التي هي غالباً مختلفة زيادة و نقصاً لا بدّ في معرفة تقسيط الثمن عليها من ملاحظة قيمتها التي هي متساوية الأجزاء، و بدل العين و قائمة مقامها، و معرفة النسبة، فيوزّع الثمن عليها. و هو معنى ما في الارشاد...»^(٦).

(١) أي: و لكون ما ذكره المصنف ﷺ هو المصرّح به في الارشاد - و مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللمعة - فسّر المحقّق الثاني ﷺ ... الخ.
(٢) و هي: أنّها يَقَوْمَانِ جميعاً، ثم يَقَوْمُ أحدهما.
(٣) و هي: و يقسّط المسمّى على القيمتين.

(٤) يعني: قال المحقّق الثاني في شرح عبارة الارشاد: «طريق تقسيط المسمّى على القيمتين: أن يَقَوْمَ المبيعان معاً، ثم يَقَوْمُ أحدهما على إنفراده، و تنسب قيمته إلى مجموع القيمتين. و ينظر تلك النسبة، فيؤخذ بها من الثمن ... الخ»^(٧).

طريق المصنف تقويماً واحداً، و هو تقويم كل منهما منفرداً. و في طريق الشرائع تقويماً، أحدهما: تقويم المالين معاً، ثانيهما: تقويم أحدهما، لتنسب قيمته إلى قيمة المجموع. و لا بدّ أن يكون المراد من تقويمهما جميعاً - كما عن الشرائع - تقويمهما معاً، لا تقويم كل منهما منفرداً، و إلا لم يكن وجه لتقويم أحدهما، لكونه من تحصيل الحاصل.

(١) «شرائع الاسلام، ج ٢، ص ١٥: قواعد الأحكام، ج ٢، ص ١٩: اللمعة دمشقية، ص ١١٠

(٢) «جواهر الكلام، ج ٢٢، ص ٣١٢

(٣) «حاشية الارشاد، مخلوط، ص ٢١٩، و حكاها عنه في مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٣

لكن^(١) الإنصاف أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي إختارناها^(٢) في طريق التقيسط، و إستظهرناه^(٣) من السرائر، إذ^(٤) لو كان المراد من تقويمها معاً^(٥) تقويم كل^(٦) منها^(٧) لا تقويم المجموع، لم يحتج^(٧)

(١) هذا عدول عما أفاده بقوله: «و لعلّه» من جعل مرجع كلا طريق التقيسط أمراً واحداً، فالفرض منه الإيراد على صاحب الجواهر رحمته، و محصله: أن العبارة الموجودة في الشرائع و القواعد و اللّمة لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي إختارناها في التقيسط.

(٢) بقولنا: «أن يقوّم كلّ منها منفرداً، فيؤخذ لكلّ واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبتة إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين».

(٣) مورد الاستظهار هو قول ابن إدريس: «ما إذا كان ثمنها ثلاثة دنانير، وقيل: إن قيمة المملوك قيراط، و قيمة غيره قيراطان، فيرجع المشتري بثلثي الثمن».

(٤) تعليل لعدم إنطباق ما في الشرائع و القواعد و اللّمة «من أنّها يقوّمان جميعاً، ثم يقوّم كل منها مستقلاً» على عبارة الإرشاد التي إختارها المصنف بقوله: «أن يقوّم كل منها منفرداً... الخ».

و محصل التعليل: أنه لو كان المراد بما في الشرائع «من أنّها يقوّمان جميعاً» تقويم كلّ منها - لا تقويم المجموع - كان تقويم أحدهما بعد تقويم كل منها مستدرّكاً، لمعرفة قيمته ابتداءً، و عدم الحاجة إلى تقويمه ثانياً.

فليس هنا إلاّ أمران، أحدهما: تقويم كل منها، و ثانيها: نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، مع أنّ الظاهر من كلامهم أمور ثلاثة: أحدها: تقويمها مجتمعين، ثانيها: تقويم أحدهما، ثالثها: ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

(٥) أي: جميعاً، فإنّه الوارد في عبارة الكتب المذكورة، فبدل «جميعاً» بـ «معاً».

(٦) أي: تقويم كلّ منها منفرداً، لا تقويم المجموع بالهيئة الاجتماعية إذا كان لإجتماعها دخلٌ في قيمتها كمصراعي الباب.

(٧) جواب «لو» وجه عدم الحاجة هو: حصول المعرفة ابتداءً، و معه لا حاجة إلى معرفته ثانياً.

لرباع الفضولي ماله مع مال الغير
 إلى قولهم: «ثم يَقَوْمُ أحدهما، ثم تنسب قيمته»، إذ^(١) ليس هنا إلا أمران: تقويم كل^١
 منها، و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.
 فالظاهر^(٢) إرادة قيمتها مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة^(٣) نسبة
 قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.
 و من هنا^(٤) أنكر عليهم جماعة تبعاً لجامع المقاصد

(١) تعليل لعدم الحاجة إلى قولهم: «ثم يَقَوْمُ أحدهما ... الخ» توضيحه: أنه لو أريد
 من قولهم: «إنهما يَقَوْمَانِ جميعاً» تقويم كل^١ منها منفرداً - لا تقويم المجموع - لم يكن هنا إلا
 أمران، أحدهما: تقويم كل^١ منها، و ثانيها نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.
 لكن الظاهر من قولهم أمور ثلاثة، أولها: تقويمها مجتمعين، ثانيها: تقويم أحدهما
 بنفسه، ثالثها: ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

و هذا مغاير للطريق التي إختارها المصنف في طريق التقييط و إستظهرها من
 السرائر من «تقويم كل^١ منها منفرداً» إذ ليس فيه إلا أمران، أحدهما: تقويم كل منها
 منفرداً، و ثانيها: نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

(٢) هذا نتيجة الإيراد المتقدم بقوله: «إذ لو كان المراد من تقويمها معاً تقويم كل^١
 منها، لا تقويم المجموع ... الخ». يعني: فالظاهر من عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة -
 من: «إنهما يَقَوْمَانِ جميعاً - أمور ثلاثة:

الأول: تقويمها مجتمعين. الثاني: تقويم أحدهما بنفسه. الثالث: ملاحظة نسبة قيمة
 أحدهما إلى قيمة المجموع. و قد مرّ آنفاً ذلك.

و بالجملة: فظاهر عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة لا ينطبق على عبارة الإرشاد
 التي إختارها المصنف ^{تقويم كل^١ منها منفرداً، و نسبته إلى مجموع القيمتين.}

(٣) معطوف على «إرادة» و قوله: «تقويم» معطوف على «قيمتها».

(٤) أي: و من كون الظاهر من عبارة الشرائع و القواعد و اللمعة تقويمها مجتمعين،
 ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع، أنكر جماعة
 على أرباب هذه الكتب الثلاثة - تبعاً لجامع المقاصد - إطلاق قولهم بتقويمها مجتمعين،
 بدعوى: أنه ليس في جميع الموارد لهيئة الاجتماع دخل في القيمة حتى يلزم تقويمها
 مجتمعين.

إطلاق^(١) القول بذلك^(٢)، إذ^(٣) لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لإجتاع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في مصراعي باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة، و تقويم أحدهما بدرهين، و كان الثمن خمسة، فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن

قال السيد العاملي رحمته الله : «و أما إذا كان لاجتماعها مدخل في زيادة القيمة - كمصراعي باب و زوج خف كل واحد مالك - ففي جامع المقاصد و الميسية و المسالك و الروضة و الرياض و الهدائق: أنها لا يقومان مجتمعين، إذ لا يستحق مالك كل واحد حصته إلا منفردة، فلا يستحق ما يزيد باجتماعها. و قالوا: إن طريق تقويمها - على هذا - أن يقوم كل منها منفرداً، و تُنسب قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، و يؤخذ من الثمن بتلك النسبة. فإذا كان قيمتها مجتمعين اثني عشر، و منفردين تسعة، و الثمن ستة، و قيمة أحدهما ثلاثة، أخذنا له من الثمن بقدر قيمته إلى التسعة - و هو ثلث الستة - إنسان. و لا يؤخذ بقدر نسبته إلى الإثني عشر - و هو رُبع الستة - واحد و نصف. ولو قُوم كل واحد منها منفرداً بعشرة يؤخذ نصف الثمن، لأنه نسبة أحدهما إلى المجموع ...»^(١).

(١) مفعول قوله: «أنكر».

(٢) أي: بتقويمها مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

(٣) تعليل لعدم مدخلية الهيئة الاجتماعية بنحو الاطلاق، و محصله: أنه يلزم عدم إستقامة هذا الطريق الثاني - و هو تقويمها مجتمعين، ثم تقويم أحدهما منفرداً، ثم ملاحظة نسبته إلى قيمة المجموع، و الأخذ بتلك النسبة من الثمن - في مثل كون المبيع مصراعي باب و زوج خف، و غيرها مما يكون لهيئة الاجتاع دخل في زيادة القيمة.

وجه عدم الاستقامة: أنه يلزم الإجحاف على المشتري، كما في مثال المتن، فإن الثمن المستقن - و هو خمسة دراهم - مشترك بين البائع و مالك المال الآخر بالمنافسة، و مقتضى طريق الشرائع أن يكون للبائع أربعة دراهم، و للمشتري درهم واحد، و هو خمس الثمن المستقن. مع إشتراك الثمن بين البائع و المشتري بالمنافسة، فيستحق المشتري

«١» مفتاح الكرامة، ج ٤، ص ٢٠٤؛ جامع المقاصد، ج ٤، ص ٧٨؛ مسالك الأنفهام، ج ٣، ص ١٦٢؛

الروضة البهية، ج ٢، ص ٢٣٩؛ رياض المسائل، ج ١، ص ٥١٤؛ الهدائق الناضرة، ج ١٨، ص ٤٠٢.

- نسبتُهُ إليه كنسبة الإثنين إلى العشرة - إستحقَّ^(١) من البائع واحداً^(٢) من الخمسة، فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد. مع أنه^(٣) لم يستحقَّ من الثمن إلا مقداراً من الثمن مساوياً لما يقابل المصراع الآخر، أعني درهمن ونصفاً [و نصف].

و الحاصل^(٤): أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة، و يصح^(٥) في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع إجازة مالك

من الثمن نصفه - و هو درهمن ونصف - على ما يقتضيه طريق المصنف، لأن نسبة قيمة كل واحد من المصراعين وكل واحد من الحُقَّين - و هي درهمن - إلى مجموع القميتين و هو أربعة دراهم هي النصف، فيؤخذ بهذه النسبة من الثمن المسمّى - الذي هو خمسة دراهم - درهمن ونصف درهم.

(١) جواب الشرط في «إذا رجع» و جملة «نسبته إليه ... الخ» نعت لـ «جزء من الثمن».

(٢) لأنه خمس الثمن المسمّى الذي هو خمسة دراهم، و هذا الخمس هو خمس العشرة التي هي قيمة مجموع المصراعين. و بهذه النسبة يكون الدرهم الواحد خمس الثمن المسمّى، و يعطى للمشتري. و يكون الباقي - و هو أربعة دراهم - للبائع في مقابل المصراع الواحد. و هو إجحاف على المشتري، لأنه كالبائع يستحق من الثمن مقداراً مساوياً لما يقابل المصراع الآخر، و هو درهمن ونصف.

(٣) يعني: مع أن البائع لم يستحق من الثمن إلا مقداراً يقابل المصراع الآخر، و هو درهمن ونصف، فلا وجه لأخذه أربعة دراهم.

إلى هنا تم إنكار الجماعة على طريقة الشرائع و العلامة و الشهيد في التقييم.

(٤) يعني: و حاصل الكلام أن إستحقاق كل من البائع و مالك الجزء الآخر لحصة من الثمن لا فرق فيه بين صحة البيع و بطلانه. فإذا أجاز البيع مالك الجزء الآخر إستحق نصف الثمن، و هو درهمن ونصف. و إذا رد البيع رد هذا النصف إلى المشتري. و كذا البائع، فإنه يأخذ نصف الثمن في كلتا صورتَي إجازة مالك الجزء الآخر و رده.

(٥) معطوف على «يبطل» أي: أن البيع إنما يصح في نصيب المالك.

الجزء الآخر، هذا.

ولكن^(١) الظاهر أن كلام الجماعة إما^(٢) محمولٌ على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع^(٣)، أو مرادهم^(٤) من «تقويمها» تقويم كل منها منفرداً، و يرادُ من «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين (*). وإلا^(٥) ففسادُ الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية

(١) هذا استدراك على بطلان ضابط التقسيط الذي أفاده المحقق و العلامة و الشهيد رضوان الله تعالى عليهم، و أن لازمه تضرُّر المشتري في مثل مصراعي الباب و زوج الخف كما تقدم تفصيله آنفاً. فالغرض من الإستدراك توجيه ما أفاده هؤلاء الأعلام عليهم السلام بأحد وجهين.

(٢) هذا هو الوجه الأول، و حاصله: أن ما أفادوه من الضابط المذكور محمول على الغالب، و هو عدم دخل الهيئة الإجتماعية في زيادة القيمة و نقصانها. فالضابط المذكور ليس مطرداً في جميع الموارد، بل هو مختص بما إذا لم يكن لهيئة الاجتماع دخلٌ في القيمة. (٣) أي: بإجتماع مال البائع مع مال غيره مما بيع فضولاً.

(٤) معطوف على «أما محمول» و هذا هو الوجه الثاني، و محصله: أن مراد المحقق و العلامة و الشهيد من «تقويمها»: تقويم كل منها منفرداً، لا ما هو ظاهر العبارة من تقويمها مجتمعين. والمراد بـ «تقويم أحدهما ثانياً» ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين. فيرجع كلامهم مع هذا التوجيه إلى ضابط المصنف من: تقويم كل منها منفرداً، و ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين.

(٥) أي: و لولا هذا التوجيه لكلام المحقق و العلامة و الشهيد عليهم السلام لبقيت طريقتهم لمعرفة قيمة كل من المالين على فسادها، و لا يحتاج إلى النقض بصورة دخل إجتماع المالين في زيادة القيمة، لإمكان القول فيها بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد، و بين قيمة مجموعها، كما يقول به المحقق و العلامة و الشهيد عليهم السلام.

(*) و كلاهما خلاف الظاهر، لظهور «تقويمهما» في تقويمها مجتمعين، و ظهور

«تقويم أحدهما» في تعيين قيمته، لا في ملاحظة قيمته المعينة.

الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها - و إن كان^(١) ضعيفاً - بأخذ^(٢) النسبة للمشتري^(٣) بين قيمة أحدهما المنفرد، و بين قيمة المجموع. بل ينتقض^(٤) بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة، بحيث تكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد^(٥)، فإن هذه^(٦) فرضٌ ممكنٌ كما صرح به^(٧) في رهن جامع المقاصد

- (١) يعني: و إن كان هذا القول ضعيفاً، لما ذكره في قوله: «و الحاصل: أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة ... الخ».
- (٢) متعلق بالقول، يعني: يمكن القول - في صورة دخل الاجتماع في زيادة القيمة - بأخذ النسبة لنفع المشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و هي درهمان، و بين قيمة المجموع و هي عشرة دراهم، كما هو طريقة المحقق و العلامة و الشهيد رحمهم، فيؤخذ للبائع درهم، و ذلك الخمس الثمن المسمى الذي هو خمسة دراهم، و الأربعة الباقية للمشتري.
- (٣) يعني: أن أخذ هذه النسبة إنما هو لنفع المشتري، لا لنفع البائع، لأن البائع إن كان عالماً بهذا فقد أقدم على ضرره. و إن كان جاهلاً به، فيجبر ضرره بالخيار.
- (٤) يعني: بل ينتقض أيضاً الضابط - المذكور في كلام هؤلاء الأعلام - بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة كما سيأتي في مثال المتن.
- (٥) معطوف على «مثل» الذي هو خبر قوله: «تكون».
- (٦) أي: فإن هذه الصورة - و هي مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة، بحيث تكون قيمة أحدهما منفرداً مثل قيمة المجموع أو أزيد - من الفروض الممكنة، كما صرح به المحقق الثاني رحمهم في جامع المقاصد، حيث قال في فروع رهن الأمة ذات الولد الصغير مالفظة: «لو نقصت قيمة الأم مع الضميمة عن حال الانفراد لم يدخل النقص على المرتين، لاستحقاقه قيمتها منفردة، و الضميمة حقٌ و يجب على الراهن»^(١).
- و قال الشهيد رحمهم: «لأن الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه - أي إلى الولد الصغير - لمكان اشتغالها بالحضانة، و الولد تنقص قيمته منفرداً، لضياعه»^(٢).
- (٧) أي: بإمكان نقصان القيمة بالاجتماع. و المراد بغير المحقق الثاني هو الشهيد و صاحب الجواهر.

وغيره، فإنّ الالتزام هنا^(١) بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المضمن، كما لو باع جاريةً مع أمّها - قيمتها مجتمعتين عشرة، و قيمة كل واحدٍ منها منفردة عشرة - بثمانية^(٢)، فإنّ نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين^(٣) نسبة^(٤) الشيء إلى مائله، فيرجع^(٥) [فرجع] بكل الثمانية.

(١) أي: في صورة مدخلية الإجتماع في نقصان القيمة. و قوله: «فإنّ الإلتزام» بيان لانتقاض مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة.

توضيحه: أنه بناءً على الطريقة التي أفادها الأعلام المحقق و العلامة و الشهيد رحمهم الله - و هي تقويمها مجتمعين، ثم تقويم أحدهما منفرداً، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع - يلزم الجمع بين الثمن و المضمن.

مثالُه كما في المتن: ما لو باع جاريةً مع أمّها بثمانية دراهم، و كانت قيمتها مجتمعتين عشرة دراهم، و قيمة كل واحدة منها منفردة عشرة أيضاً. فإنّ نسبة العشرة - التي هي قيمة إحداهما منفردة - إلى العشرة التي هي قيمتها بنحو الاجتماع نسبة الشيء إلى مائله، فإذا رجع المشتري بتام الثمن - و هي الثمانية - يلزم الجمع بين العوض و المعوّض. و هو لازم باطل، فيبقى مال البائع بلا ثمن.

و هذا بخلاف طريقة المصنف رحمهم الله، لأنّه ينسب قيمة كل واحدة - و هي العشرة - إلى مجموع القيمتين و هي العشرون، فيردّ من الثمن إلى المشتري بنسبة العشرة إلى العشرين، و هي النصف أعني به أربعة دراهم. فضايط المصنف مطّرد في موارد تساوي قيمة كل منها منفرداً مع قيمة المجموع، و إختلافها بالزيادة و النقصان.

(٢) متعلق بقوله: «باع» و قوله: «فان نسبة» بيان لوجه لزوم الجمع بين العوض و المعوّض.

(٣) أي: قيمتها بنحو الإجتماع، لا مجموع قيمتها و هو العشرون. فالأولى تبديل «مجموع القيمتين» بـ «قيمتها بنحو الاجتماع» أو «قيمتها مجتمعين».

(٤) خير قوله: «فانّ نسبة».

(٥) أي: فيرجع المشتري بكل الثمانية التي هي تمام الثمن المستحق، و هذا جمع بين الثمن و المضمن عند المشتري، كما مرّ آنفاً.

وكانَ مَنْ^(١) أورد عليهم ذلك^(٢) غَفَلَ عن هذا^(٣)، أو كان^(٤) عنده غيرَ ممكن.

فالتحقيق^(٥) في جميع الموارد: ما ذكرنا، من ملاحظة قيمة كلٍّ منها منفرداً، ونسبة^(٦) قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين.

فإن قلت^(٧): «إنَّ المشتريَ إنما [إذا] بذل الثمن في مقابل كلٍّ منها مقيداً

(١) المورد صاحب جامع المقاصد و مَنْ تبعه، فإنهم أوردوا على المحقق والعلامة والشهيد عليه السلام.

(٢) أي: النقص - بصورة مدخلية الاجتماع في زيادة القيمة - بقولهم: «إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع المالكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعي الباب». فراجع (ص ٦١٤)

(٣) أي: النقص بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة. ومحصل مراده عليه السلام: أَنْ عدم إيراد جامع المقاصد وغيره على ضابط المحقق والعلامة والشهيد - بالنقص بدخل الاجتماع في نقصان القيمة - لعلّه لأجل الغفلة عن إمكان دخل الهيئة الاجتماعية في نقصان القيمة، أو لأجل إعتقاده بعدم إمكان دخل الاجتماع في نقصان القيمة. وإن كان هذا الاحتمال الثاني ضعيفاً بعد التصريح بدخل الاجتماع في نقصان القيمة، كما تقدم عن رهن الدروس و جامع المقاصد.

(٤) معطوف على «غفل» و اسمه ضمير راجع إلى «هذا» المراد به النقص.

(٥) بعد الإشكال على الضابط الذي أفاده المحقق والعلامة والشهيد عليه السلام جَعَلَ التحقيق في جميع الموارد ما أفاده من ملاحظة قيمة كلٍّ منها منفرداً، و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين، و أخذ تلك النسبة من الثمن المسمّى.

(٦) معطوف على «ملاحظة»، و قوله: «إلى مجموع» متعلق بـ «نسبة».

(٧) هذا إشكال على قوله: «فالتحقيق في جميع الموارد...» و غرض المستشكل الإيراد على طريق التقييد باستلزامها للظلم على المشتري، في ما كان وصف الاجتماع دخيلاً في زيادة قيمة كلٍّ من المالكين على القيمة حال الإنفراد. و هذا الاعتراض وارد أيضاً على التقييد بالكيفية الأخرى المذكورة في الشرائع والقواعد واللمعة، كما يظهر

من بعض محثي الروضة.

و توضيح الإشكال: أن وصف الاجتماع - في ما يكون مقتضياً لزيادة القيمة - منمؤل، و قد قوبل بجزءٍ من الثمن. فإذا ردّ مالك أحد المصراعين البيع، كان الفائت على المشتري أمرين، الأول: أحد المصراعين، و هو جزء المبيع. و الثاني: الهيئة الاجتماعية. فيتعين إسترداد ما قابِل ذلك الجزء و تلك الهيئة. و لا يستقيم شيء من نحو التقييط. لإستلزامهما الظلم على المشتري.

أما مختار المصنف رحمته فلأنه حكّم بردّ درهين و نصف - من مجموع ثمن المصراعين و هو خمسة دراهم - إلى المشتري، و إبقاء درهين و نصف للبائع. مع أن المشتري بذل الثمن بإزاء المصراعين بوصف الاجتماع، لا بإزاء ذات كل واحدٍ من المصراعين المتقوم بدرهم واحد، فكيف يستحقّ البائع درهين و نصفاً؟ مع أنه ثمن مصراع الباب بوصف الإنضمام لا حال الانفرد.

و عليه فاللازم الحكمُ بإبقاء درهم عند البائع، و ردّ أربعة دراهم إلى المشتري، ليكون درهمٌ منها بإزاء المصراع الآخر، و ثلاثة منها بإزاء فوات الهيئة الاجتماعية. و بعبارة أخرى: لو أجاز مالك المصراع الآخر إستحق كل من البائع و المالك المميز درهين و نصفَ درهم، فالدرهم عوض ذات المصراع، و درهم و نصف بإزاء وصف الاجتماع الذي هو من توابع الملك. و حيث إن المفروض حصول مصراع منفرداً عند المشتري، لم يكن وجه لإستحقاق البائع ثمن مصراع بوصف الإنضمام، بل اللازم ردّ ثلاثة دراهم - هي عوض الهيئة الاجتماعية - إلى المشتري، كردّ درهم أيضاً عوض المصراع الآخر.

و أما ما يستفاد من المحقق و تابعيه في كيفية التقييط فالظلم فيه على المشتري أشدّ ممّا حكّم به شيخنا الأعظم رحمته، لأنّ إبقاء أربعة دراهم عند البائع بإزاء مصراع واحد غير ظاهر الوجه، مع كون قيمته حال الانفرد درهماً واحداً. فلم يُحكّم باستحقاق البائع أربعة دراهم، و إستحقاق المشتري درهماً واحداً مع مساواة ما بأيديهما من المصراعين المنفردين؟

و عليه فلا بد من إلتماس طريق آخر في التقييط لتلا يتضرر المشتري.

باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف^(١) لم يبق له مع رد مالك أحدهما. فالبايع^(٢) إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفرداً، فله^(٣) من الثمن جزءٌ نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة - وهو درهم واحد - فالزيادة^(٤) ظلم على المشتري. وإن كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها - من أخذ البائع أربعة والمشتري واحداً - أشد^(٥) ظلماً كما نبه عليه^(٦) في بعض حواشي الروضة.

(١) أي: والحال أن وصف الاجتماع لم يسلم للمشتري عند رد مالك المصراع الآخر المبيع فضولاً.

(٢) هذا متفرع على عدم بقاء وصف الاجتماع للمشتري، يعني: بعد عدم سلامة وصف الإنضمام للمشتري - وأنه قد فات عليه أمران - إنجه توزيع الثمن بأن يستحق البائع ثمن مصراع واحد حال الإنفراد، لا ثمنه حال الاجتماع.

و بناءً على النسخة الأخرى يكون قوله: «فالبايع» جواباً للشرط في «إذا بذل» ومجموع جملة الشرط والجواب خبرٌ قوله: «إن المشتري».

(٣) أي: فللبائع درهم واحد، لا درهماً ونصف درهم.

(٤) وهي درهم ونصف درهم، فإتباعها زائدان على الدرهم الواحد المفروض كونه ثمناً لمصراع واحد.

(٥) خبر قوله: «وإن كان» وقد تقدم تقريب أشدّية الظلم.

(٦) أي: على كونه أشدّ ظلماً، والمنبّه هو سلطان العلماء رحمهم الله في حاشية الروضة، حيث قال: «وإبقاء الباقي للبايع ظلم أيضاً على المشتري، وإعطاء للبايع زائداً على حقه. كما أن رد الثمن بقدر نسبة أحدهما إلى قيمتها مجتمعين ظلم على ما ذكره الشارح المحقق - يعني الشهيد الثاني - إلا أن الثاني أظلم. فالصواب أن يقوموا مجتمعين، ويقوم ما للبايع منفرداً، ويبقى من الثمن في يد البائع بقدر نسبة قيمة ماله منفرداً إلى قيمتها مجتمعين، وتتمة الثمن تردّ إلى المشتري، وحينئذ لا ظلم لأحدٍ أصلاً»^(١).

و حكى هذا المطلب عن حاشية الميرزا محمد المعروف بديلماج أيضاً، فراجع^(٢).

«١» نقلًا من هامش الروضة البهية، (طبعة عبدالرحيم) ج ١، ص ٣١٦؛ وحكاها المحقق الخوانساري في حاشيته عن سلطان العلماء ص ٣٥٩، فراجع.

«٢» حكاه السيد الاشكوري في حاشية المكاسب، ص ١٠٠

فالألزام: أن يُقَسَّط الثمنُ على قيمة كلِّ من الملكين منفرداً^(١) و على هيئته الإجماعية، و يُعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفرداً، و يبقى^(٢) للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفرداً، و قيمة^(٣) هيئته الإجماعية^(٤).

قلت^(٥): فواتٌ وصف الإنضمام - كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة - ليس

(١) و هو درهم واحد.

(٢) أي: و يبقى الثمن للمشتري.

(٣) معطوف على «بنسبة قيمة ملك الآخر».

(٤) و هي ثلاثة دراهم.

(٥) هذا جواب الإشكال، و محصله: منع المبني، بعدم كون الوصف مقابلاً بجزءٍ من الثمن، و إن كان مضموناً في باب الغرامات.

توضيحه: أن الوصف الموجب لزيادة قيمة العين - ككتابة العبد - مضمون عند تحقق سببه كاليد و الإتلاف، فلا يكفي ردُّ قيمة العبد الفاقدة لصفة الكتابة، بل يتوقف فراغ الذمة على أداء بدل العبد الكاتب.

ولكن يفترق باب المعاوضة عن الغصب، بأن الصفة و إن أوجبت الرغبة في بذل الثمن الكثير عوض العبد الكاتب، لكن الثمن يقع بازاء نفس الموصوف و هو العبد، و لا يتقسط على كلِّ من الموصوف و صفته، كما يتقسط الثمن على المالين الخارجيين إذا بيعا بإنشاءٍ واحدٍ. هذا كله فيما عدا وصف الصحة.

و لما كان وصف الإنضمام - في بيع مصراعي الباب - غيرَ مقابل بجزءٍ من الثمن و لا مضموناً بالضمان المعاوضي، لم يُوزع الثمنُ على نفس المصراعين، و على الهيئة الإجماعية. نعم ينجر تضرُّر المشتري - الجاهل بالحال - بالخيار عند فقد الصفة التي لوحظت في مقابلة الثمن للمتصف، كتسلُّطه على فسح البيع في موارد تخلف الصفة ككتابة العبد.

و على هذا، فإن فسح المشتري - في مثال بيع المصراعين بعد ردِّ مالك المصراع الآخر - بطلَّ البيعُ و إستردَّ تمام الثمن. و إن لم يفسح إستحقَّ البائع نصفَ الثمن المسمى أعني به درهين و نصفاً، لكون هذا النصف حصته من مجموع الثمن على تقدير إجازة المالك، و لا يلزم ظلم على المشتري.

مضموناً في باب المعاوضات، و إن كان مضموناً^(١) في باب العدوان. غاية الأمر ثبوت الخيار^(٢) مع اشتراط تلك الصفة^(٣).

و لا فرق فيما ذكرنا^(٤) بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين [متعدداً]

و ليُعلم أنّ ما أفاده المصنف رحمته من الجواب المزبور يستفاد من صاحب الجواهر رحمته أيضاً، حيث قال: «إنّ الثمن و إن لوحظ فيه الهيئة الاجتماعية، حتى أنّ زيادته بسببها، إلّا أنّ من المعلوم كونها بمنزلة الصفة لكل واحدٍ منها، فلا يقابلها شيء من الثمن عند التقسيط ... الخ» فراجع^(١).

(١) أي: و إن كان فوات وصف الانضمام مضموناً. و قوله: «ليس» خبر «فوات».

(٢) يعني: خيار تبعض الصفة، أو تخلّف الشرط.

(٣) إلى هنا ينتهي الجواب الذي أفاده بقوله: «قلت ...».

(٤) أي: من كيفية التقسيط، خلافاً لما في الشرائع و غيره. و غرضه من هذه الجملة التنبيه على أمرٍ يتعلق بطريقة تقسيط الثمن بما تقدّم، من أنّ مال البائع و مال الغير إن كانا قيميّين أعتبر تقويم أحدهما منفرداً، فيؤخذ لكل واحدٍ جزءٌ من الثمن نسبتاً إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

و محصل هذا الأمر: أنّه لا فرق في إعتبار هذه الكيفية بين كون المالكين متعددين و جوداً كما تقدم في الأمثلة كعبدین أو عبد و جارية. و بين كونها متحدین، كما إذا اشترك إثنان في عبدٍ، فكان ثلثه لأحدهما، و ثلثاه للآخر، فباعه مالكُ الثلث بتسعين ديناراً مثلاً، فإنّه لا يوزع الثمن أثلاثاً حتى يكون للبائع ثلاثون، و للمالك الثلثين ستون.

و الوجه في عدم التوزيع بهذا النحو هو عدم كون قيمة ثلث العبد ثلث قيمة رقبتة، بل هي أنقص، لقلة رغبة العرف في شراء ثلث العبد، و تعارف رغبتهم في شراء الثلثين.

و عليه لا يتموّل الثلث بنصف الثلثين، فرمياً يقوم بعشرين ديناراً، و يقوم الثلثان بسبعين ديناراً. ففي صورة ردّ مالك الثلثين لا يستحق البائع ثلث تمام الرقبة، بل له قيمة الثلث خاصة كعشرين ديناراً.

في الوجود كعبدٍ و جارية^(١). أو متحداً^(٢) كعبدٍ ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره، فإنّه^(٣) لا يُوزَع الثمنُ على قيمة المجموع أثلاثاً، لأنّ^(٤) الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه^(٥) أقلّ رغبةً منه، بل^(٦) يُلاحظ قيمةً الثلث و قيمةً الثلثين، و يؤخذ النسبة^(٧) منها^(٨) [منها] ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة.

هذا^(٩) كلّهُ في القيمي. أمّا المبيع المثلي^(١٠)، فإن كانت الحصّة مشاعاً قُسّط

(١) بأن كان العبدُ ملكاً لعمرو، و الجاريةُ ملكاً لزيدٍ، فباعها عمرو صفقةً واحدة، ثم ردّ زيدٌ بيعَ جاريته.

(٢) أي: موجوداً واحداً، ولكّنه ملك مشاع لثنتين أو أزيد.

(٣) تعليل لقوله: «لا فرق» و الغرض بيان وحدة المناط - في مقام التقسيط - بين وحدة المبيع و تعدّده.

(٤) تعليل لقوله: «لا يُوزَع» و قد مرّ توضيحه.

(٥) أي: لكون الثلث أقلّ رغبةً من الثلثين.

(٦) معطوف على قوله: «لا يُوزَع الثمن» يعني: فإنّه يلاحظ قيمة الثلث ... الخ.

(٧) فربّما كانت النسبة - بين قيمة الثلث و قيمة الثلثين - الرُّبع أو الثلث، لا النصف الذي هو نسبة الثلث إلى الثلثين.

(٨) أي: من القيمتين، و هما قيمة الثلث، و قيمة الثلثين. و على تقدير إفراد الضمير فالمرجع هو القيمة.

(٩) أي: ما تقدم من كيفية التقسيط مختص بالمبيع القيمي كالأمثلة المتقدمة من العبد و الجارية و نحوهما ممّا لا تتساوى أفرادها و جزئياته. و قد تقدم في رابع الأمور المتعلقة بالمقبوض بالبيع الفاسد ضابطُ المثلي و القيمي، فراجع^(١).

(١٠) حاصل ما أفاده في المبيع المثلي - فيما كان بعضه للبائع و بعضه لغيره - صورتان، إذ تارة يكون المبيع مشتركاً بينها بنحو الإشاعة، كظنّ من الحنطة لزيد و عمرو، لكل منها النصف، فباعها عمرو صفقةً واحدة بألف درهم، فردّ زيدٌ بيعَ حصته،

الثن على نفس المبيع^(١)، فيقابل كل من حصتي البائع والأجنبي بما^(٢) يخصه. وإن^(٣) كانت حصّة كل منها معيّنة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصّتين، و تقسيط الثمن على المجموع، فافهم^(٤) (*).

فيقسط الثمن على النصفين، و يأخذ كل منها خمسمائة درهم. وأخرى يكون المبيع معيّناً، بمعنى تشخّص حصّة كل منها من المبيع. كما إذا كان لكل من زيد وعمرو كيس فيه حقّة من الحنطة، فباعها زيد صفقة واحدة بعشرة دراهم، فردّ عمرو بيع حصته، فإنّه لا يتوزّع الثمن نصفين، بل يجري حكم القيمي هنا، فيقوم حصّة كل منها على حدة، ويردّ من الثمن بمقدارها إلى المشتري. فإن قوم كل واحد من الكيسين مستقلاً خمسة دراهم ردّ إلى المشتري ذلك، وإن قوم أربعة دراهم أو ستة ردّ إليه الزائد.

- (١) يعني: لا يلزم تقويم كل حصّة مستقلاً حتى يلاحظ نسبة الثمن إلى المجموع، بل حيث إنّ المبيع مثلي تساوي أفراده، قسط الثمن على نفس الحصّتين.
 - (٢) متعلق بـ «فيقابل» والمراد بالموصل هو الثمن.
 - (٣) هذه هي الصورة الثانية، و قد تقدم توضيحها.
 - (٤) لعلّه إشارة إلى منع إطلاق ما أفاده في الصورتين.
- أما الصورة الأولى، فلاختصاص كلامه بما إذا لم يكن لإحدى الحصّتين حال الاجتماع قيمة أكثر من قيمتها حال الإفراد، لفرض إختلاف الرغبات، فربما كانت الرغبة في شراء تسعة أمان من الحنطة - منضمّة إلى من آخر - أزيد من شراء التسعة مستقلة. وربما ينعكس الأمر، فيكون وصف الاجتماع مؤثراً في إنخفاض القيمة.

(*). أورد السيد عليه السلام على ما تقدم من كيفية تقسيط الثمن بما حاصله: أن وصف الاجتماع تارة لا يوجب تفاوتاً في القيمة.

وأخرى يوجب زيادتها في الطرفين كمصراعي الباب على السواء. وثالثة بالاختلاف، كما في مثال بيع دار مشاعة ثلثها للبائع وثلثاها لغيره، فإن بيع جميع الدار يؤثر في زيادة حصّة كليهما، لكن صاحب الثلث ينتفع أكثر من الآخر.

فأفاده تَبَيُّرٌ من تقسيط الثمن على نفس المبيع لمجرد كونه مثلياً لا يخلو من شيء. و أما الصورة الثانية، فلا يتقاض كلامه بما إذا كانت الحصتان المفروزتان متساويتين من جميع الجهات الدخيلة في التمول، إذ يتعين حينئذٍ مقابلة كل حصة بما يخصها من الثمن كالمثلي، و لا وجه لإجراء حكم القيمي عليه.

نعم يحتمل كون مفروض كلامه إختلاف الحصتين المفروزتين بالجودة و الرداءة، بأن كانت إحدهما حنطةً جيّدةً، و الأخرى رديئة، إذ يتعين إجراء حكم القيمي عليهما.

لكن يشكل هذا الإحتمال بإمكانه في صورة الإشاعة أيضاً، فلا وجه لاختصاصه بالصورة الثانية. هذا تمام الكلام في هذه المسألة.

ورابعة قد يوجب الاجتماع زيادة قيمة أحدهما و نقصان الآخر، كما لو باع جاريته الشابة و ولدها الصغير، و هو ملك غيره، فإنّ الإنضمام يوجب نقصان قيمة الأمّ من جهة قيامها بحضانة الولد و تربيته، و يوجب زيادة قيمة الطفل. و هذه كلّها فروض ممكنة.

و لا سبيل لإحراز ما وقع من الثمن بازاء كل واحد من المالين بناءً على مختار المصنف تَبَيُّرٌ . و لذا لا بدّ من طريق ثالث لتوزيع الثمن، و هو أن يقوم كلّ من المالين منفرداً في حال إنضمامه بالآخر لا مقيّداً به، فيجمع بين القيمتين، و يكون مجموع القيمتين قيمة المجموع، ثم يؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبه إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين.

قال تَبَيُّرٌ : «إذ لو قُوم كل منهما منفرداً لا في حال الانضمام يلزم الضرر على أحدهما في صورة الإختلاف. مثلاً إذا كان أحدهما يزيد قيمته بالإنضمام، و الآخر تنقص قيمته به، يلزم على طريقة المصنف تَبَيُّرٌ - فيما إذا قُوم أحدهما منفرداً باثنين، و منضمّاً بأربعة، و الآخر منفرداً بأربعة و منضمّاً باثنين - أن يكون لمالك الأوّل ثلث الثمن، و لمالك الثاني ثلثاه، مع أنّ قيمة مال الأوّل في حال الانضمام ضعف قيمة مال الثاني في تلك الحال، فينبغي أن يكون للأوّل الثلثان، و للثاني الثلث، و هكذا في سائر موارد الإختلاف. و أمّا على ما ذكرنا فلا يلزم نقص في موردٍ من الموارد»^(١).

« الفهرست »

٥ - ٦٠٠	القول في الإجازة و الزد.....
٥ - ٧٤	حكم الاجازة من حيث الكشف والنقل.....
٩	إمتناع الشرط المتأخر، و عدم اندفاع المهدور بما أفاده الأعلام.....
١٥ - ١٧	الاستدلال على الكشف بأمر ثلاثة.....
١٥	الأول: ما أفاده المحقق و الشهيد الثانيان <small>رحمهما الله</small>
١٦	الثاني: ما أفاده السيد الطباطبائي و المحقق القمي <small>رحمهما الله</small>
١٧	الثالث: ما احتج به فخر المحققين <small>رحمهما الله</small> للقاتل بالكشف.....
١٨	المناقشة في الدليل الأول.....
٢٠	تقرير الوجه الأول ببيان آخر أفاده الشيخ الأعمش <small>رحمهما الله</small>
٢٢ - ٢٥	ما أفاده في الجواهر لتصحيح الوجه الأول بالفرق بين الشرط الشرعي و العقلي، و النظر فيه.....
٢٦ - ٣٢	تصحيح القول بالكشف بالالتزام بشرطية وصف «التعقب» المقارن للعقد، و المناقشة فيه.....
٣٣ - ٥٧	منع الدليل الثاني للكشف بوجوه ثلاثة.....
٣٣ - ٤٤	الوجه الأول: كون مدلول العقد النقل المرسل، لا المقيد بزمان العقد.....
٤٥	تقرير هذا الوجه ببيان آخر.....
٤٦	الوجه الثاني.....
٥٣	الوجه الثالث.....
٥٩	تصوير الكشف بأنحاء ثلاثة قال بكل منها قائل.....
٥٩ - ٦٢	تحقيق أنحاء الكشف نبوتاً و إثباتاً.....
٦٢	النحو الأول: الكشف الحقيقي بالالتزام بالشرط المتأخر.....
٦٣	النحو الثاني: الكشف الحقيقي بالتزام بشرطية تعقب الاجازة للعقد.....
٦٤	النحو الثالث: الكشف الحكمي.....
٦٦	إستظهار الكشف من جملة من الأخبار.....
٦٩	إستظهار الكشف الحقيقي من صحيحة الهداء.....
٧٥ - ٩٤	الثمرة بين أنحاء الكشف.....
٧٥	أ - الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي و التعقيبي.....
٧٧	ب - الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي.....
٩٥ - ١٤٩	ج - الثمرة بين الكشف - بأنحائه - و النقل.....
٩٦ - ٩٩	١ - الغاء، و توجيه عبارة الروضة.....
١٠٠ - ١٠٧	٢ - فسخ الأصيل.....

- ١٠٤ إعتراض المحقق القمي على هذه الثمرة، والنظر فيه
- ٣ - تصرف الأصيل ١٣٢ - ١٠٧
- جواز الفسخ بناءً على الكشف التقبي ١١٧
- حرمة تصرف الأصيل في ما ينتقل إليه بناءً على الكشف ١٢٠
- قياس المقام بالنذر المعلق على شرط لم يعلم تحققه، والحدشة فيه ١٢٣ - ١٢٧
- اختصاص حرمة تصرف الأصيل كما يعدّ ناقضاً للعقد ١٢٧
- الاستشهاد بكلام العلامة في حرمة المصاهرة بالنسبة إلى الزوج الأصيل ١٢٨
- ثمرات أخرى للمقول بالكشف والنقل رتبها الشيخ الأكبر كاشف الغطاء رحمته ١٣٣ - ١٤٩
- ١ - سقوط أحد المتبايعين عن أهلية التملك ١٣٣
- ٢ - خروج أحد العوضين عن قابلية التملك ١٣٥
- ٣ - تجدد القابلية ١٣٦
- ٤ - فقد شرط العقد ١٣٧
- ما أفاده صاحب الجواهر والمصنف حول هذه الثمرات الأربع ١٣٨
- ٥ - ظهور الثمرة في تعلق الخيارات وإحتساب مبدئها وحق الشفعة وغيرها ١٤٦
- تنبيهات الإجازة** ٢١٧ - ١٥٠
- التنبيه الأول: منشأ الخلاف في الكشف والنقل هو الشبهة في الحكم الشرعي لا المفهوم ومنصرف الاطلاق ١٥٥ - ١٥٠
- التنبيه الثاني: هل يعتبر اللفظ في الإجازة؟ أم يكفي الكناية والفعل ١٥٥ - ١٨١
- إعتبار اللفظ عند جمع ونقل الإجماع عليه ١٦٣
- استشهاد المصنف بالنصوص وكلمات الفقهاء على كفاية الفعل الكاشف عن الرضا ١٦٦ - ١٧٦
- تحقيق ما ورد في تزويج السكرى وإقامتها مع الزوج بعد الإفاقة ١٧١
- إعتبار انشاء الإجازة وعدم كفاية نفس الرضا ١٧٧
- التنبيه الثالث: يعتبر في تأثير الإجازة عدم تحلل الردّ بينها وبين العقد ١٨١ - ١٩٤
- الاستدلال عليه بالإجماع وعدم صدق المعاهدة وبقاعدة السلطنة ١٨٢
- تحقيق المسألة ١٨٦
- ظهور صحيحة محمد بن قيس في نفوذ الإجازة بعد الرد ١٩٢
- التنبيه الرابع: الإجازة لا تورث ١٩٥ - ١٩٩
- التنبيه الخامس: إجازة البيع ليست إجازةً للقبض ولا للإقباض ١٩٩ - ٢٠٨
- حكم ما لو وقع البيع على الكيِّ فقَبِضَ الفضولي ثم أجاز المالك ٢٠٤
- كلام شيخ الطائفة في إستلزام إجازة بيع الفاصب لإجازة قبضه، وتطرّف العلامة فيه ٢٠٦
- التنبيه السادس: الإجازة ليست على الفور ٢٠٨ - ٢١١
- التنبيه السابع: هل تعتبر مطابقة الإجازة للمجاز أم لا؟ ٢١٢ - ٢١٧
- لو عقد الفضولي على الشرط فأجاز المالك مجرداً عنه ٢١٣

- لو عقد الفضولي مجرداً عن الشرط فأجاز المالك مشروطاً و رضي به الأصيل ٢١٤
- القول في المميز،** و يبحث فيه عن أمور ٢١٨ - ٢٨٢
- الأول: إعتبار كون المميز جائز التصرف حال الإجازة ٢١٨
- الثاني: إشتراط وجود مميز حين العقد، و عدمه ٢٢٠ - ٢٣٦
- لو بيع مال اليتيم بغير مصلحة، ثم أجاز الولي أو بلغ الطفل فأجاز ٢٢٢
- قول العلامة بعدم الجواز، و الاستدلال له بوجهين ٢٢٣
- مناقشة المصنف في الوجهين ٢٢٦
- البحث حول كلام العلامة من إعتبار المميز حال العقد ٢٣٢
- الثالث: إعتبار كون المميز جائز التصرف حال العقد، و عدمه ٢٣٧ - ٢٨٢
- تعدّد صور المسألة بتعدد سبب المنع من التصرف ٢٣٨
- المسألة الأولى:** لو لم يجر التصرف للحجر ٢٣٩ - ٢٤١
- المسألة الثانية:** لو لم يجر التصرف لعدم الملك، و يبحث عن مسألتين ٢٤٢ - ٢٤٥
- المسألة الأولى: لو باع شيئاً ثم ملكه، و الأقوال فيها ثلاثة ٢٤٤
- قول شيخ الطائفة رحمته في بيع الزكاة بالصحة و الاستغناء عن الإجازة ٢٤٥
- اشكال المحقق عليه، و توقف صحة البيع على الإجازة ٢٤٦
- قول المحقق الثاني و صاحبي المقابس و الجواهر بالبطان رأساً ٢٤٩
- مختار المصنف هو الصحة مع الإجازة ٢٥٠
- استدلال صاحب المقابس بوجود سبعة على البطان ٢٥٢ - ٢٢٧
- الأول: أنه بيع مال الغير لنفسه، و النظر فيه ٢٥٢ - ٢٥٤
- الثاني: عدم إجازة المالك حين العقد، فيبطل، و النظر فيه ٢٥٥ - ٢٥٨
- الثالث: إستحالة كشف الإجازة عن كون المبيع ملكاً للمميز حال العقد ٢٥٨ - ٢٦٨
- منع إعتبار الكشف بهذا المعنى، و كفاية الكشف عن الصحة من حين التملك ٢٦٠
- الرابع: ترتب محذور إجتماع مالكين في زمان واحد على مال واحد ٢٦٨ - ٢٧٢
- منع الوجه المزبور بإيرادات ثلاثة ٢٧٤ - ٢٨٤
- الخامس: ترتب لوازم فاسدة على صحة بيع من باع ثم ملك ٢٨٦ - ٢٨٩
- منع ترتب ما ذُكر بالتصرف في ما يراد بالكشف ٢٨٩
- السادس: امتناع أن يميز المالك الأول البيع الفضولي بعد إخراج المال عن ملكه ٢٩٠ - ٣٠٠
- عدم كون بيع المالك الأصلي فسخاً لبيع الفضولي ٢٩٤
- الفرق بين بيع المالك ماله للفضولي و بين إنشاء فسخ البيع الفضولي ٢٩٥
- الفرق بين الرجوع عن العقد الجائز و بين فعل ما ينافي البيع الفضولي ٢٩٨
- السابع: الأخبار المستفيضة النهائية عن بيع ما ليس ملكاً للبائع ٣٠١ - ٣٠٨
- منع الاستدلال بالأخبار بكون المنهي عنه البيع المنتجز لا المنوط بالإجازة ٣١٠
- ما أفاده صاحب المقابس في الذب عن دلالة الاخبار على المدعى، و النظر فيه ٣١٤

- ٣٢٤ المحدشة في دلالة الأخبار بمنافاتها للتسام على صحة بيع الكلي، ومنعها
- ٣٢٨ تأييد بطلان بيع «من باع ثم ملك» برواية الطائي
- ٣٢٩ مختار المصنف وفاء الأخبار بمنع البيع المزبور لو باع لنفسه ثم تملك
- ٣٣١ دعوى العلامة للاجماع على بطلان البيع المزبور
- ٣٣٢ فروع أربعة ترتبط بالمسألة
- ٣٣٧ مسألة: لو باع ملك الغير فتملكه ولم يميز، فالظاهر البطلان
- ٣٤٠ ما أفاده فخرالدين وغيره من الصحة والاستثناء عن الاجازة
- ٣٤١ تضعيف القول المزبور بالرجوع الى حكم الخاص لا الى العام
- ٣٤٦ - ٣٨٢ المسألة الثالثة: لو باع متقدماً لعدم جواز التصرف فيان جوازه، و الصور أربع
- ٣٤٨ الاولى: لو باع عن المالك، فانكشف كونه ولياً
- ٣٤٩ كلام القاضي في معاملة العبد المأذون غير العالم بالاذن، وإشكال العلامة عليه
- ٣٥٢ الثانية: لو باع لنفسه فانكشف كونه ولياً
- ٣٥٤ الثالثة: أن يبيع عن المالك، فانكشف كونه مالكاً
- ٣٥٥ صحته عند المشهور، وإحتمال جمع بطلانه، لوجوه ثلاثة
- ٣٥٧ منع الوجوه المذكورة
- ٣٦٤ تقوية القول بالصحة والوقوف على الاجازة
- ٣٧١ لو قال العاصب: هذا عبدي أعتقه عنك، بطل
- ٣٧٥ بيع الفضولي متزلزل حدوثاً، لا بقاء، بخلاف مورد الخيار
- ٣٧٦ ما أفاده صاحب المقابس والجواهر من ثبوت الخيار
- ٣٨١ الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره، فيان أنه له
- ٣٨٣ - ٤٤٤ القول في المجاز، وفيه أمور
- ٣٨٣ الأول: إعتبار كون العقد جامعاً للشروط
- ٣٨٧ لو كان الشرط مما يعتبر حصوله حين ترتب الأثر لم يعتبر تحققه حال العقد
- ٣٩١ هل يعتبر بقاء شروط العوضين إلى زمان الإجازة؟ أم لا
- ٣٩٢ - ٣٩٨ الثاني: هل يعتبر علم المميز بالمجاز تفصيلاً؟ أم لا
- ٣٩٩ - ٤٤٤ الثالث: حكم العقود المترتبة على العوض أو العوض
- ٤٠٠ - ٤٠٥ توضيح صور المسألة، وهي إثنين عشر صورة
- ٤٠٦ المثال الجامع لتام صور المسألة
- ٤٠٩ حكم إجازة العقد الفضولي الواقع على نفس مال المالك بناءً على الكشف
- ٤١٠ حكم المسألة بناءً على النقل
- ٤١١ حكم العقود الواقعة على عوض مال المميز
- ٤١٦ كلام فخر المحققين في إستلزام اجازة العقد على المبيع لصحة ما بعده، بخلاف الثمن
- ٤١٩ - ٤٣٧ إشكال جمع على صحة العقود المترتبة لو علم المشتري بالنصب

- التفصيل في ورود الاشكال بين الكشف و النقل ٤٣٧
- أحكام الرّد** ٦٠٠ - ٤٤٥
- أ : ما يتحقق به الرّد، انشاء الفسخ بالقول و الفعل ٤٤٥ - ٤٧٠
- التصرف غير المخرج عن الملك، و المنافي لتملك المشتري من حين العقد ٤٤٧
- التصرف غير المنافي لتملك المشتري من حين العقد ٤٥٣
- حكم التصرف غير المنافي لو وقع في حال عدم الالتفات إلى بيع الفضولي ٤٥٩
- فسخ العقد الجائز ذاتاً أو بالخيار منحصر بالانشاء قولاً أو فعلاً ٤٦٧
- ب : حكم المالك مع المشتري لو لم يجر بيع ماله فضولاً ٤٧١
- ج : حكم المشتري مع الفضولي، و فيه مسألتان ٤٧٥
- المسألة الاولى:** المشتري الجاهل يرجع بالتمن الفضولي لو كان باقياً ٤٧٦
- لو كان التمن تالفاً فالمعروف عدم الرجوع، للتسليط ٤٨٢
- الضمان يستند إلى قاعدة اليد أو الاقدام على الضمان ٤٨٥
- منع جريان قاعدة اليد في موارد الاستئمان المالكى و نحوه ٤٨٦
- منع جريان قاعدة الاقدام في المقام ٤٩٠
- توجيه الاستدلال بقاعدة «ما يضمن بصحيحه» بناءً على كلام صاحب الجواهر رحمته الله ٥٠٣
- توجيه الاستدلال بالقاعدة بتقريب آخر ٥٠٥
- غموض مستند المشهور في مسألتنا ٥٠٦
- ضمان المرتشي للرشوة التالفة ٥٠٧
- كلام الشهيد رحمته الله في عدم الضمان في الاجارة بلا أجره ٥٠٧
- تأييد الضمان هنا بما ورد من كون ثمن الكلب سحتاً ٥٠٨
- جواز الرجوع الى البائع الفضول لو قبض التمن وفاةً بالعقد ٥١١
- جواز الرجوع الى البائع لو اشترط المشتري رجوعه بالتمن ٥١٣
- المسألة الثانية:** حكم ما يفترمه المشتري غير التمن ٥١٤
- عدم رجوع المشتري العالم بفضولية البائع في شيءٍ من الغرامات ٥١٦
- ١ - رجوع المشتري الجاهل بما اغترمه بازاء ما لم ينتفع به ٥١٦
- الاستدلال عليه بقاعدة الفرور و نفي الضرر و رواية جميل ٥١٨
- إستدلال صاحب المدائق على عدم الضمان بروايته زريق و زرارة ٥٢٣
- منع دلالة الروايتين على عدم ضمان ما غرمه بازاء المنفعة ٥٢٨
- ٢ - رجوع المشتري الجاهل بالغرامة في قبيل المنافع المستوفاة ٥٣١ - ٥٥٥
- الإستدلال على الرجوع بقاعدة الفرور ٥٣٣
- تأييد الضمان بقاعدة نفي الضرر ٥٣٤
- الإشكال على صاحب الرياض في منع الاستدلال بقاعدة الفرور ٥٣٥
- إشكال صاحب الجواهر على صاحب الرياض، و التأمل فيه ٥٣٧

- استدلال صاحب الجواهر على الضمان بقوة السبب على المباشر، والنظر فيه ٥٣٨
- تحقيق موارد الضمان بالتسبيب ٥٤٤
- الاستدلال على الضمان بما ورد في ضمان شاهد الزور ٥٤٧
- تامة الاستدلال بقاعدة الغرور في المقام ٥٤٨
- دلالة رواية جميل في شراء الجارية المسروقة على ضمان المنفعة ٥٥٢
- ٣- ضمان ما يفتقره المشتري في قبالة العين من زيادة الثمن ٥٥٦
- ما قيل في وجه عدم الرجوع، وردّه بوجهين ٥٥٧ - ٥٦٠
- الرجوع في الزيادة المتجددة بعد العقد أولى مما حصل في مقابلة النفع ٥٦١
- ٤- ما يفرمه المشتري بازاء الجزء التالف ٥٦٣
- مورد الغرامات الاربع المتقدمة صحة البيع من غير جهة الفضولية ٥٦٥
- إختصاص رجوع المشتري على البائع في ما يستقر الضمان على البائع ٥٦٧
- كيفية ضمان ذم متعددة بمال واحد لو تلف عند أحدهم ٥٦٩
- التنظير لضمان جماعة لمال واحد بموارد أربعة ٥٧٢
- تحقيق المسألة ٥٧٧ - ٥٨٤
- حكم الأيادي المتعاقبة بعضها مع بعض ٥٨٥
- ما أفاده صاحب الجواهر في رجوع السابق على من تلف عنده المال ٥٨٩
- تقد كلامه بوجود خمسة ٥٩٥ - ٥٩١
- لو بقيت العين وتمكن المالك من إستردادها فهل يجب بذل المؤونة أم لا؟ ٥٩٦
- حكم ما اذا تغيرت العين ٥٩٩
- مسألة: لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه.** ٦٣٦ - ٦٠١
- ما يمكن كونه وجهاً للبطلان بالنسبة إلى ما بيع مال نفسه، والخذشة فيه ٦٠٢
- تضافر نقل الاجماع على الصحة ٦١٣
- ثبوت الخيار لو لم يجز المالك الآخر ٦٠٥
- تقييد الصحة في كلام صاحب الجواهر بما لم يستلزم مانعاً شرعياً ٦٠٧
- كيفية تقسيط الثمن في القيمي بطريقتين ٦٠٨
- الأول: ما ورد في الارشاد ٦١٠
- الثاني: ما ورد في الشرائع والقواعد واللمعة ٦١١
- احتمال أول الطريق الثاني الى الأول، والتأمل فيه ٦١١
- التقص بما لو كان لوصف الاجتماع دخل في زيادة القيمة أو نقصانها ٦١٧
- عدم وقوع بعض الثمن بازاء ما عدا وصف الصحة ٦٢٢
- عدم الفرق في المسألة بين كون المال واحداً وبين المالكين أو متعدداً ٦٢٣
- تقسيط الثمن في المثلي ٦٢٤
- الفهرست ٦٢٧