

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت الله یثربی «مدظله العالی»

«کتاب البیع»

شماره (۳۹)

أمّا الأخبار، فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف - كما صرّح به في «الدروس»^١ - وكذا الأخبار التي بعدها، لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور، فتحتمل الكشف الحكمي...^٢. [١]

[١] أمّا الصحيحة (فقد استدل بها لصحة العقد الفضولي مع عدم سبق منع من المالك) عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيّدها، وأبوه غائب، فاستولدها الذي اشتراها منه، فولدت منه غلاماً ثمّ جاء سيّدها الأول، فخاصم سيّدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني، فقال عليه السلام: الحكم أن يأخذ وليدته وابنها، فنأشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتى ينفذ لك البيع، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا والله لا أرسل إليك إنيك حتى ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه»^٣.

قال في «الدروس»: «وفيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف وعلى أنّ الإجازة كاشفة» وأمّا توجيه الدلالة على الكشف هو إجازة المالك الأول بيع ابنه الذي وقع فضولياً وتعير الصحيحة «حتى ينفذ لك ما باعك» فهذه الإجازة ليست بناقلة؛ لأنّه عبّر عن التنفيذ، وهذا بمعنى وقوعها من حين صدور العقد لا من حين صدور الإجازة، ويشهد لذلك

١. الدروس الشرعية ٣: ٢٣٣.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤٠٩.

٣. التهذيب ٧: ٧٤، وانظر وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء ٨٨ ح ١.

بل يؤيده: عدم تعرّض الامام عليه السلام بحكم الغرامة؛ لأنّ مقتضى القاعدة دفع الغرامة إذا أُولد الحرّ الأمة عن شبهة (والغرامة هي قيمة الولد لو كان عبداً) فلاّ أنّ العقد الفضولي الواقع صحيحاً، فكان تصرّفه فيها بالاستيلاء صحيحاً غير موجب للضمان، وهذا يناسب القول بالكشف الحقيقي.

ثم إنّ الشيخ رحمته الله وافق الشهيد رحمته الله وردّ جميع الموهنات إلّا الإشكال في تأثير الإجازة بعد الردّ، وسنبحث عنها آنفاً.

ومن الأخبار المستدلّ بها رواية عروة البارقي^١ ودعاء الرسول صلّى الله عليه وآله في معاملته الواقعة فضولياً، وهي بيع إحدى الشاتين بعد أن اشتراها للنبي صلّى الله عليه وآله، مع أنّه لو كان أمره عليه السلام بشراء شاة واحدة كان عروة في اشترايه شاتين فضولياً، فلو لم تكن معاملته صحيحة الدالّ عليها بدعائه لكان أخذه الثمن من المشتري محرّماً؛ لكونه تصرّفاً في مال الغير، فالقضية المنقولة دالّة على كاشفية الإجازة.

وكذا صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ فقال عليه السلام: «ذاك إلى سيّده، إن شاء أجاز وإن شاء فرق بينهما»، قلت: أصلحك الله، أنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له،

^١ . مستدرک الوسائل ١٣: ٢٤٥، أبواب عقد البيع ب ١٨، ح ١.

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنَّه لم يعص الله وإنَّما عصى سيِّده، فإذا أجازَه فهو له جائز»^١.

فمن هذه الرواية يستفاد أنَّ العقد حينما أنشأ لم يكن مهماً، بل قاصداً لإيجاد علاقة الزوجية من حين العقد وإجازة المولى مصحح للعقد الواقع قبلها، وهذا هو موضوع لاعتبار الشارع، فمدلول الرواية أنَّه ما أوقعه العبد معجاز، وهذا هو معنى الكشف.

ومنها: صحيحة أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدرّكين؟ قال: فقال عليه السلام: «النكاح جائز أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا»، قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي»، قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثرته؟ قال: «نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر»، قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت أيرثها الزوج المدرك، قال: «لا؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت»، قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك، قال: «يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية»^٢.

١. وسائل الشيعة ٢١: ١١٤، أبواب نكاح العبيد والإماء: ب ٢٤، ح ١.

٢. وسائل الشيعة ٢٦: ٢١٩، أبواب ميراث الأزواج: ب ١١، ح ١.

تقريب الاستدلال بها على المدّعي (كاشفية الإجازة): إنّ بعد كون المراد من «الوليّان» فضولين وعدم كونهما وليّين شرعيين بقرينة قول السائل في ذيل الرواية: «فإن كان أبوها هو الذي زوجها، (بناءً على فتوى المشهور من المعروف أنّه «لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدّها، بل هو لازم عليها...» وادّعي فيه عدم الخلاف، إلّا أنّ في المسألة رواية صحيحة دالّة على ثبوت الخيار لها وللصغير بعد بلوغهما، وعدّة من الأعلام أفتى بعدم ترك الاحتياط في المسألة) أنّه حكم الإمام عليه السلام بنفوذ نكاح الفضولي بإجازة البنت التي بلغت بعد موت الزوج، وهذه الإجازة كاشفة لبطلان القول بناقليتها؛ لأنّه على القول بالناقلية يلزم تحقّق الزوجية الشرعية بعد موت الزوج، وهذا غير صحيح، بل ممنوع؛ لأنّ الزوجية هي الوصلة والعلاقة بين الأحياء (وفي المقام: حيّين) وليست هي بين الميت والحي، فعلى هذا لا بدّ من القول بتحقّق الزوجية من حين العقد وحينما كان الزوج حيّاً. ثمّ إنّ بعد أن حكم الإمام عليه السلام بلزوم عزل الميراث جواباً عمّا سألّه عن موت الرجل قبل أن تدرك الجارية وعدم انتقال التركة بأجمعها إلى الورثة هو احتمال أن تدرك الزوجة ورضيت بالزواج، فيكون رضاها كاشفاً عن صحة العقد الواقع فضولياً.

فالمتحصّل: أنّ الحكم بالعزل بناءً على الكشف على وفق القاعدة، بخلاف ما قلنا بالنقل، فإنّه لا يمكن تصحيح الحكم بالعزل؛ لأنّه بناءً

على النقل فالجارية بعد أن أدركت وأجازت التزويج صارت زوجة وأماً قبلها فلا وجه؛ لكونها من الورثة.

فيكون الميراث لغيرها (من الوالدين...) والحكم بالعزل ينافي قاعدة السلطنة ووجوب إيصال الحق إلى ذوي الحق، هذا أولاً.

وثانياً: أن الميراث ينتقل إلى الورثة (الوالدان...) بالنقل القهري بالموت، فلم يبق شيء حتى يعزل للزوجة، وبهذا البيان ظهر عدم موافقة هذه الرواية الكشف الحكمي؛ لأنه بناءً عليه لا يترتب الآثار ما لم تأت الإجازة، مع أن الموت موجب لانتقال القهري إلى الوراث نعم، يستفاد منها الكشف بنحو الشرط المتأخر، إلا أنه قد تقدّم أنه مخالف لمقام الإثبات؛ حيث إن الأدلة تدلّ على عدم تحقق الملكية قبل لحوق الإجازة، مع أن الشرط المتأخر يقتضي القول بتحقيق الملكية قبل لحوق الإجازة وإن لم يكن مالكاً بحسب الظاهر، فهذه الصحيحة لا تدلّ على المراد؛ لأنها لا توافق مقتضى الأدلة الدالة على شرطية الرضا في تحقق الملكية وآثارها بعد ثبوت الانتساب، وهو غير واقع إلا بعد تحقق الرضا، هذا أولاً.

وثانياً: لو سلّمنا ثبوتها في النكاح فهي تختصّ بباب النكاح، والقول بشمول الحكم فيها يحتاج إلى إلغاء الخصوصية، ولا يبعد القول بدلالة صحيحة محمد بن قيس على الكشف الانقلابي في العقد الفضولي وكذا رواية زرارة ولا سيما ما جاء في ذيل رواية زرارة: «... فإذا أجاز فهو له جائز».

بقي الكلام في بيان الثمرة بين الكشف - باحتمالاته - والنقل . فنقول:

أما الثمرة على الكشف الحقيقي...^١ [١]

[١] يستفاد من كلماته في المقام أمور:

الأول: حكم جواز تصرف كل من المتعاملين فيما انتقل إليه إذا علم بإجازة المالك فيما بعد وعدمه بناءً على القول بالكشف الحقيقي على جميع الاحتمالات فيه من كون العقد سبباً تاماً، كما عن الشهيد والمحقق الثانيين والإجازة أمانة له، أو كونه مؤثراً في تحقق الملكية بشرط تعقب الإجازة، أو أنّ العقد مؤثر بنحو الاقتضاء والإجازة بشرط لا بشرط التعقب، بل هي أمانة.

فالثمره الحاصلة عنده - بين القول بالكشف بناءً على شرطية الإجازة وبين الكشف بنحو شرط التعقب أي الكشف الحكمي - هي جواز التصرف على الأخير وإنه بناءً عليه يستلزم صحة تصرفات المشتري وجوازها حقيقة إلا أنها محرمة ظاهراً؛ للشك في حقوق الإجازة وعدمه واستصحاب عدم الحقوق، ففيما لو باع الفضولي جارية الغير - مثلاً - فوطئها المشتري قبل إجازة مالكة، فأجاز المالك البيع، فعلى الكشف الحقيقي يكون وطئها حرام ظاهراً وحلال واقعاً. أما الحرمة، فلائها مقتضى الاستصحاب الاستقبالي؛ لعدم الإجازة. وأما الحلّة فكشف الإجازة عن وقوع الوطء في ملك المشتري.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

وأما بناءً على الكشف الحكمي، فالحكم هو الحرمة ظاهراً وواقعاً؛ لأن اعتبار الشارع الحلّية وترتب الآثار لم يتحقّق إلا بعد إجازة المالك والمفروض وقوع الوطاء قبلها وهو حرام، وأما بناءً على النقل فالحرمة محكمة. وأما بناءً على الكشف الانقلابي فكذلك؛ لأن سبب الانقلاب هو الإجازة فهي تصدر بعد عن المالك، فلا انقلاب، فالأمة لم تدخل في ملك المشتري، فالحلّية الواقعية متحقّقة بناءً على الكشف الحقيقي، وما ذكر هنا بالنسبة إلى الحكم التكليفي، وأما بالنسبة إلى الحكم الوضعي قال الشيخ رحمته الله: «ولو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي والحكمي؛ لأن مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتّب حكم وقوع الوطاء في الملك...»^١.

والوجه: أنّ القائل بالكشف الحكمي يري ترتّب جميع آثار الملك على الأمة بإجازة المالك.

فالحكم على جميع المباني واضح؛ لأنّه بناءً على النقل يكون جميع تصرّفات المشتري محرّمة؛ لعدم الشّأنية لعقد الفضول في إثبات الملكية للمشتري، فالتصرّفات الواقعة منه محكومة بالحرمة؛ لاندراجها في عموم أدلة الحرمة.

وأما بناءً على القول بالكشف بنحو الشرط المتأخّر، فيكون جميع التصرّفات من المشتري جائزة ومحلّلة ظاهراً وواقعاً فيما إذا علم بلحوق

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٠.

الإجازة؛ لتحقق الملكية من حين العقد لتأثير الإجازة المتأخرة، فالملكية للمشتري حاصلة مشروطة بتحقق شرطها.

نعم إذا لم يعلم بلحوق الإجازة فإن تصرفاته محكومة بالحرمة ظاهراً وإن كانت محللة واقعاً. وأمّا بناءً على الكشف بنحو الشرط المتعقب فهنا لا إشكال في جواز التصرفات واقعاً (من جهة الحكم التكليفي) إذا علم بلحوق الإجازة؛ لتحقق الملكية من حين لحوقها، وأمّا مع الشك في لحوقها فإن تصرفاته وإن كانت حلال واقعاً إلا أنها محكومة بالحرمة ظاهراً للاستصحاب (أي استصحاب عدم تحققها).

وأمّا بناءً على الكشف اعتباراً، فالحق هو الحرمة واقعاً؛ لبقاء المال على ملك المالك الأصيل ما لم تلحقه الإجازة، فلم يتحقق الانتقال، وأمّا قبل الإجازة فلا اعتبار ولا ملكية، فالتصرفات مندرجة تحت عموم قوله: «لا يحل لأحد أن يتصرف...».

الأمر الثاني: في بيان الحكم بالنسبة إلى التصرفات من المالك الأصيل في العين المبتاعة فضولة، ثم أجاز البيع الفضولي وهذا ما أفاده رحمته الله بقوله: «ولو نقل المالك (أم) الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز...»^١ فهنا التزم الشيخ رحمته الله ببطلان بيعه ونقله على الكشف الحقيقي؛ لانكشاف وقوعه في ملك الغير، ثم احتمل كون النقل بمنزلة الرد، وبقي صحيحاً على الكشف الحكمي وعلى المجيز قيمتها؛ لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه وبين مقتضى

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقة بنقل لازم.

ثم تصدّى لبيان الضابط للكشف الحكمي: «الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشتري من حين العقد، فإنّ ترتّب شيء من آثار ملكية المالك قبل إجازته - كإتلاف النماء ونقله - ولم يناف الإجازة، جمع بينه وبين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل...»^١.

فبناءً على الكشف يحكم بصحة المعاملة الصادرة من المالك الأصلي، وعليه دفع البدل إلى العاقد الفضولي؛ لأنّه قد تصرف في ملك (بمقتضى الجمع بين الأدلّة فيهما) وحكم الأصيل هنا حكم من له الخيار؛ حيث يجوز ويحق له المعاملة (من صحة معاملته ودفع البدل). فاتضح أنّ الشيخ رحمته الله قال أولاً ببطلان البيع الصادر من المالك الأصلي (في المقام)؛ معللاً بوقوعه في ملك الغير؛ لكاشفة الإجازة عن صحة البيع الفضولي.

ثم احتمل كون البيع والنقل منه بمنزلة الردّ، فيكون البيع الفضولي باطلاً. وعن السيد رحمته الله «بل يتعيّن كونه بمنزلة الردّ»^٢ وسيأتي الكلام فيه عند التعرّض لمسألة الردّ.

وأما المحقّق النائيني فقال: «ولا يخفى ما في هذه الثمرة أيضاً من المنع وذلك لما يأتي من اعتبار جامعية المجيز لشرائط الإنشاء حين

١. كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

٢. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمته الله) ١: ١٥٤.

الإجازة بمعنى: أنَّ الإجازة تنفذ ممن ينفذ إنشائه لو صدر منه الإنشاء بدل الإجازة، والذي انتقل عنه المال بالعقد السابق لا ينفذ إنشائه اللاحق المخالف لعقده السابق، فلا تنفذ إجازته؛ ضرورة عدم صحة نفوذ الإجازة الصادرة عن كلِّ أحد بالنسبة إلى كلِّ عقد ولو لم يكن بين المجيز وما تعلّق به ربط وعلقة أصلاً^١.

إلا أنَّ الإشكال فيه واضح بناءً على القول بالكشف الحقيقي؛ حيث إنَّ الإجازة كاشفة عن ملكية المشتري حين وقوع العقد وأنّه لا حقّ للمالك ولا علة له بالمال حين إنشاء النقل، هذا. وقد فصل المحقّق الخوئي رحمته الله في المقام بينما إذا كانت تصرفاته منافيةً مع العقد الصادر من الفضولي وما لم يكن منافياً مع العقد كالبيع.

ففي الصورة الأولى قال: «... إنَّ العقد الفضولي إنّما يحكم بصحّته مقتضى العمومات أو الأدلّة الخاصّة إذا انتسب ذلك العقد إلى المالك ليحكم عليه بأنّه يجب عليك الوفاء، وأمّا إذا انعدم فلا تشمل الإطلاقات والعمومات ذلك العقد، فإنّ معنى وجوب الوفاء بالعقد ليس أنّه يجب لكلِّ شخص أن يفي بكلِّ عقد حتى لو باع أحد مال غيره فيجب عليه أن يفي بذلك، بل هذا ونظائره خطاب لمالك العقد ولمن يكون العقد عقده، فإذا انتفى المالك فلا يبقى موضوع لوجوب الوفاء بالعقد وغيره من الأدلّة الخاصّة والعامة، بل هذا الذي ذكرنا هو من حملة المرتكزات الشرعية؛ حيث إنّ من البديهيات في عالم الشريعة أنّه

^١ . المكاسب والبيع ٢: ٩٢.

لو زوّج أحد امرأة فضولة ولم تكن المرأة عالمة بذلك، فتزوّج نفسها بزواج آخر وعرض العقد الأول إليه بعد سنين بحيث صارت كثيرة الأولاد وأجاز العقد الأول، فهل يتوهم أحد أنّ جميع هذه الأولاد والاستمتاع وقعت شبهة؟ وليس كذلك قطعاً...» فبناءً على ما أفاده يكون موضوع النكاح الأول منتفياً ولذلك صرح قبل ذلك:

«...فإنّه بعد ما زوّجت المرأة نفسها بغير الذي زوّجها الفضولي إيّاه فلا شبهة في بطلان العقد الأول وكون العقد الثاني ردّاً عملياً للعقد الأول. والسرّ في ذلك: إنّ بعد تزويج المرأة نفسها من الزوج الآخر لا يبقى موضوع لإجازة العقد الأول، ولا يكون هنا مجيز حتى يجيز العقد الفضولي؛ لانتفاء ركن العقد وقوامه وانعدام ما ينسب إليه العقد وينضمّ به بحيث يكون العقد عقده ويكون منسوباً إليه»^١.

أمّا الصورة الثانية: «أمّا في غير الزوجية: فلا يتمّ ما ذكره شيخنا الأستاذ رحمته الله، وذلك لأنّ تصرّف المالك في المبيع من عتق الأمة، أو العبد، أو بيعهما للغير، أو غير ذلك من التصرفات لا ينافي العقد الأول ولا يوجب انعدام موضوع ذلك العقد؛ لبقاء المجيز على قابلية أن يجيز العقد الأول ومالكاً لذلك قبل الإجازة، فإنّ قوام العقد الفضولي وبقائه لم يكن ببقاء العين وإن كان حين الحدوث من مقومات العقد. والسرّ في ذلك: أنّ الإجازة والردّ كالإمضاء والفسخ في باب الخيارات يتعلّقان بنفس العقد دون العين الخارجية... غاية الأمر أنّ الفسخ رفع والردّ دفع،

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ١٥٩.

والإجازة تنجيز والإمضاء وعدم الفسخ يثبت، وإلا فجميع ذلك متعلق بالعقد، وهو مركز لجميع ذلك... فانتقال العين من ملك المالك المجيز إلى غيره لا يوجب ارتفاع موضوع الإجازة وانتفاء قابلية المجيز بل هو باق على قابليته الأولى. إذن فمقتضى الجمع بين جواز تصرفاته ونفوذه في العين وبين وجوب الوفاء بالعقد بعد الإجازة والإمضاء ممن له ذلك هو الحكم بانتقال المبيع إلى البذل...»^١.

فاتضح بما نقلناه عنه رحمه الله وجود الفارق بين الموردين، أي الزوجية والبيع والمنافاة في الزوجية مع العقد الصادر فضولة وعدم منافاة التصرف في البيع مع العقد الفضولي.

ولكن الإشكال في واجدية التأثير وفاعليته في الإجازة بعد تصرف المالك الأصل فيما انتقل عنه بالعقد الفضولي من دون الفرق بين أنواع التصرفات من الزوجية والبيع وغيرهما؟ ما يستفاد من الأدلة الدالة على الكشف هو مؤثرية العقد الفضولي وترتب الآثار عليه بإجازة المالك لاحقاً عندما لم يصدر عنه ما ينافي بمقتضى إجازته، فلو صدر عنه قبلها ما ينافي بمقتضاها سقطت عن التأثير وبطل العقد الفضولي؛ لأن المتيقن من تلك الأدلة ما لم يصدر من المالك قبل إجازته ما ينافي بمقتضى الإجازة، فالأدلة العامة كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ و﴿وَأَحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وإن كانت ناظرة إلى وجوب الوفاء لكل عقد

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ١٦١.

مستند إلى المالك، إلا أنّها مشروطة بشرط تمامية الاستناد وكيفية تحقّق الاستناد وشروطه. فالآية غير متكفّلة لبيانها؛ لأنّها غير واردة في خصوص موضوع الفضولي، فتمامية الاستناد وكذا أسباب زواله وانتفائه يعلم من العرف، ولعلّه لذلك صرّح السيد الخوئي رحمته الله: «إنّ أدلّة صحة العقد الفضولي وإن قلنا إنّها ظاهرة في الكشف، إلا أنّها تدلّ على صحة العقد الذي يكون متعارفاً وعلى وفق مذاق العرف والشرع والذي يفهم العرف من لسان الأدلّة الشرعية هو ما يكون العقد مقارناً برضا المالك، ومثل ذلك العقد يكون مؤثراً في النقل والملكية والزوجية...»^١.

والمتحصّل: أنّ صرف أدلّة صحة الفضولي إلى مثل المقام خلاف الظاهر، هذا كلّ بناءً على الكشف الحقيقي. وأمّا بناءً على الكشف الحكمي وقول الشيخ رحمته الله: بأنّه بقي صحيحاً بناءً عليه (أي الفعل الصادر من المالك الأصيل) والحكم بوجوب دفع القيمة على المجيز جمعاً بين الأدلّة الدالّة على صحة الفضولي ومقتضى صحة الفعل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل...^٢.

فهذا لا يمكن الموافقة معه؛ لما حقّقناه وقلنا بعدم تمامية العقد الفضولي واخترنا صحة البيع من المالك، فلم يبق حقّ للمشتري حتى يجب على المالك الأصيل دفع البدل أو القيمة.

١. مصباح الفقاهة ٤: ١٦٣.

٢. مصباح الفقاهة ٤: ٤١١.

والعمدة - بناءً على ما اخترناه - : إنّنا وإن سلّمنا تمامية العقد الفضولي على منهج الكشف، إلّا أنّ المتيقّن من مورد شمول هذه الأدلّة هو ما إذا لم يتصرّف المالك في العين المبتاعة، ومعه لم يبق وجه لشمول أدلّة الفضولي للمقام لمنع المقتضى، هذا. وقد أشكل المحقّق النائيّ بنفوذ تصرّفات المجيز حتى الكشف الحقيقي؛ لعدم بقاء الموضوع بعد تصرّفه، قد مرّ أنّه قال بورود الإجازة على المحلّ القابل وبالتصرّف ينعدم الموضوع، وأمّا نحن وإن أشكلنا في تمامية ما أفاده وقلنا بانسلاخ علقه المجيز بعد القول بكون الإجازة كاشفة، ولكن لم يتم عند شمول الأدلّة العامّة والخاصّة (بالنسبة إلى العقد الفضولي) فيما إذا تصرّف المالك الأصيل في العين المبتاعة، فلا تأثير للإجازة، فعدم شمول الإجازة للعقد الفضولي لقصور المقتضى دون حدوث المانع.

هذا كلّ بناءً على القول بصحة النسخة المذكورة «بنقل أمّ الولد عن ملكه قبل الإجازة» وأمّا بناءً على أنّ النسخة «الولد» وأنّ الولد نماء للأمة، وهذه النسخة مناسبة لكلام الشيخ في ضابط الكشف الحكمي، بعد كون الولد نماء للأمة، فلو باع المالك الولد قبل الإجازة، ثمّ أجاز البيع الفضولي كان البيع صحيحاً؛ لأنّ متعلّق الإجازة هو الأمة، فترتب الآثار شرعاً على بيع الأمة بالإجازة، ومتعلّق بيع المالك الأصيل هو الولد فالبيع واقع في ملكه وليس عليه دفع قيمته؛ لتبعية الولد لأُمّه والتبعية منوطة بتحقّق حدوثة في ملك المشتري والمفروض عدم تحقّقه فيه.

الأمر الثالث: منها: النماء، فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين وعلى النقل لمن انتقلت عنه...^١ [١]

[١] وهذا بظاهره ممّا لا بأس به؛ لأنّه بناءً على النقل يكون العين باقية على ملك مالکها الأصيل، فلا إشكال في جواز تصرفاته بين العقد والإجازة وأمّا بناءً على الكشف، فالنماء لمن انتقل إليه العين، وإن ذهب بعضهم بأنّ التصرف في النماء (من الأصيل) تدلّ بالدلالة الالتزامية على ردّ البيع؛ لقاعدة تبعية الفرع للأصل، فلا يبقى بعد التصرف مجال للإجازة.

ولكنّ الإشكال فيه واضح بعد ما تقدّم من الإجازة وهكذا الردّ من العناوين التي تقومها بالقصد، فلو كان قاصداً للردّ بتصرفه فيها كالبيع يتمّ ذلك وإلا فلا وجه لتحقيق الردّ، بل ومقتضى القاعدة عدم بطلان الإجازة اللاحقة المتعلقة بالعين المبتاعة، فالقول بعدم نفوذ الإجازة مندفع، إلا بناءً على ما حقّقناه أخيراً من عدم تمامية المقتضي لشمول الأدلّة.

ثمّ إنّ الشيخ رحمته الله تعرّض لتوجيه عبارة الشهيد في «الروضة»، وهذه العبارة هي: «وتظهر الفائدة في النماء، فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلّل بين العقد والإجازة الحاصل من المبيع للمشتري ونماء الثمن المعيّن للبائع، ولو جعلنا ناقلة فهما للمالك المجيز»^٢.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١١.

^٢ . الروضة البهية: ٢٢٩-٢٣٠.

لا إشكال فيما أفاده بالنسبة إلى النماء بناءً على الكشف، وأمّا الحكم بكون النماء من الثمن والمثمن للمالك المجيز، فهو خلاف ما اتفق عليه الفقهاء من كون نماء الثمن للبائع ونماء المثمن للمشتري؛ لبقائهما على ملك مالكما الأصيل.

فالشَّيْخُ رحمته الله بعد الإشارة إلى كلام الشهيد رحمته الله قال: «توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر»^١.

وأما ما نسبته الشيخ إلى تكلف، فالظاهر كلام صاحب مفتاح الكرامة^٢ قائلاً: «أن يبيع الفضولي شاة للغير بشجرة من مالها الأصيل، فإنّ نماءات الشاة لمالكها الأصيل كما أنّ نماءات الشجرة لمالكها، أمّا بيع الفضولي فموقوف على إجازة مالك الشاة بخلاف مالك الشجرة، فإنّه قد سلّمها على أن يكون ملكاً لمالك الشاة على تقدير إجازته للبيع وحيث إنّ المفروض تحقّق الإجازة منه فهو مالك لنماءات الشجرة بتسليط من مالها حسب شرطها الضمني في المعاملة ولنماءات الشاة بكونه مالكا لها إلى حين الإجازة على النقل».

وأما التوجيه الثاني الذي استحسّنه الشيخ رحمته الله فهو كلام السيد جمال الخوانساري بتقريب: «أنّه إن كان البائع فضولياً، فإنّ نماءات المبيع ملك لمالكه، وإن كان المشتري فضولياً فإنّ نماءات المال المجعول ثمناً ملك لمالكه تبعاً له، وله أن يجيز أو لا، وإن كان كلاهما فضولين

١. كتاب المكاسب ٣: ٢١٢.

٢. أنظر مفتاح الكرامة ١٢: ٦٠٨.

فنماءات كلّ من العوضين لمالكه، فالمالك في قوله: «للمالك المجيز» كلّي طبيعي ينطبق على كلا المالين»^١.

وهذا وجه متين ولهذا استحسّنه الشيخ رحمته الله.

الأمر الرابع: ومنها: إنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف، بمعنى: أنّه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإنّ العقد تامّ من طرف الأصيل، غاية الأمر تسلّط الآخر على فسّخه، وهذا مبنيّ على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه، بل قبل تحقّق شرط صحة العقد كالقبض في الهبة والوقف والصدقة...^٢. [١]

[١] توجيه كلام الشيخ رحمته الله في طرح المسألة: هو ما إذا كان أحد طرفي العقد فضولياً والآخر أصيلاً، كأن يكون البائع فضولياً والمشتري أصيلاً، ففسخ المشتري الأصيل قبل لحوق الإجازة من المالك، فعلى القول بالنقل يؤثر الفسخ؛ لأنّ تحقّق ملكية المشتري مبنيّ على إجازة المالك الأصيل، والمفروض عدم وقوعه، وهذا نظير فسخ الموجب (في العقد) قبل لحوق القبول من المشتري. وأمّا لو قلنا بالكشف، فلا أثر للفسخ لتحقّق تمامية العقد ولزومه قبل الإجازة وأنّ العين المبتاعة قد خرج به

^١ . التعليقات على الروضة البهية (للاغا جمال): ٣٥٨.

^٢ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٢.

عن ملك الأصيل ودخل في ملك المشتري وإن كان الآخر مسلطاً على الفسخ.

ثم إنه تعرّض لإيراد أورده المحقق القمي - على ما نقله عنه - على القول بمؤثرية الفسخ بناءً على النقل: «من منع جواز الإبطال على القول بالنقل؛ معللاً بأن ترتّب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر (أي الإجازة) من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشتري فيه»^١.

بتوضيح: أنّ قبول المشتري قد تعلّق بإيجاب الفضولي، والإجازة دخيلة في حصول الملكية بالعقد الواقع بينهما، وبما أنّ الملكية أمر وضعي ولا دخل لاختيار المشتري فيه وأنّ أمره بيد الشارع، فالشركة المذكورة منتفية.

وأجاب الشيخ رحمته الله عن الإيراد بقوله: «وفيه: أنّ الكلام في أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقّق الشرط غير مجد في وجود المسبّب»^٢.

فالجواب ناظر إلى ما قد تسالموا عليه من اشتراط عدم تخلّل الفسخ بين أجزاء السبب (وفي المقام: وقوع العقد من الفضول وصدور الإجازة من المالك الأصيل) مضافاً إلى اشتراط عدم تحقّق الفسخ قبل تحقق شروطه الصّحة، كالقبض في الهبة والوقف والصدقة، وإلا يكون العقد

١ . جامع الشتات ٢: ٢٨١.

٢ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٢-٤١٣.

باطلاً. وكيف كان، يحكم بعدم مؤثرية الفسخ إن حصل و صدر بعد
تمامية الأجزاء والشرائط، وأما قبلها فيكون الفسخ مبطلاً ويترتب الثمرة
المذكورة (من بطلان العقد بناءً على النقل).

ثم إنَّ الشيخ رحمته الله قال: «فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم
تخلّل الفسخ بإطلاقات صحّة العقود ولزومها ولا يخلو من إشكال»^١.
ففي الأخير تصدّى لدفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ
بالإطلاقات الواردة في صحة العقود ولزومها كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ﴾ و﴿وَأَحْلَلْ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ و﴿تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ بتوضيح: أنَّ
هذه الأدلّة مطلقة تشمل العقد والبيع والتجارة سواء قلنا بكون الإجازة
اللاحقة كاشفة أو ناقلة أو تخلّل بين أجزائها وأسبابها الفسخ أم لا.
ثمَّ أشكل ولعلَّ وجهه: أنَّ بعد رجوع الأصيل عن إنشائه بالفسخ قبل
لحوق الإجازة (من الآخر) يشك في صدق العقد والعهد عليه،
والتمسك بالإطلاقات المذكورة على صحة مثل هذا العقد تمسك
بالدليل في الشبهة الموضوعية.

وعلى الجملة: حكم الشيخ رحمته الله بالتفصيل بين النقل والكشف وحكم
بجواز فسخه على الأوّل وبعده على الثاني.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٣.

وفي قبال هذا القول ما أفاده المحقق النائيني رحمته الله^١ من إنكاره التفصيل في كلام الشيخ رحمته الله وقال: بأنّه لا يحقّ للأصيل (على القول بالكشف والنقل) رفع اليد عن إيجابه أو قبوله وفسخ العقد.

واستدلّ أولاً: بأنّ موضوع دليل ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ووجوب الوفاء هو العقد بالمعنى المصدري دون الاسم المصدري؛ لأنّه بناءً على الاسم المصدري يصحّ تفصيل الشيخ لتحقيق أثر العقد، أي الملكية عند لحوق الإجازة (من المجيز) وقبل الإجازة لا نتيجة للمصدر وهي الملكية ولا المسبّب وعدمهما، بمعنى: عدم ترتّب الموضوع وعدم ترتّب الحكم وهو وجوب الوفاء.

وبعبارة واضحة: أنّ الوجوب يترتّب على الوفاء الذي هو متعلّق اسم المصدر وهو حاصل بعد لحوق الإجازة، وأمّا قبله فلا عقد حتى يجب الوفاء به، فعلى هذا يكون للأصيل أن يرفع يده عن الالتزام، سواء كان إيجاباً أو قبولاً، وأمّا بناءً على أن يكون الموضوع (للعقد) هو المصدر بمعنى: مجرد إنشاء العقد، فإنّه يتحقّق بمجرد الإنشاء، سواء لحقه الإجازة أم لا، فعليه لا يحقّ للأصيل الفسخ لتحقيق العقد من ناحيته فثبت موضوع الوفاء في حقّه (وهو العقد) وإن يلحقه الالتزام من المالك.

^١ . المكاسب والبيع ٢: ٩٩-١٠٠.

وبعبارة أخرى - على ما نقل عنه السيد الخوئي رحمته الله - : «إنَّ دليل وجوب الوفاء تارة يكون ناظراً إلى اسم المصدر أي ما يحصل من العقد أعني الملكية أو الزوجية أو نحوهما، وأخرى يتوجّه إلى المعنى المصدري أعني نفس العقد والمعاقدة، فعلى الأول فشموله موقوف على حصول النقل وحيث لم يحصل النقل قبل الإجازة فلا يشملُه دليل الوفاء بالعقد قبل الإجازة (فعلى هذا يمكن للأصيل رفع اليد عن الالتزام إيجاباً كان أو قبولاً) (والإيراد عليه: أنَّه خلاف الظاهر من أوفوا بالعقود).

وعلى الثاني - كما هو الظاهر - فيكون دليل الوفاء بالعقد شاملاً لهذا العقد تحقّقه عند المعاقدة نعم، الملكية موقوفة على الإجازة وذلك غير مربوط بالمقام.

وبالجملة: مقتضى دليل الوفاء بالعقد لزوم إتمامه وإنهائه بعد تحقّق العقد والمعاقدة، وهذا واضح جدّاً، فافهم»^١.

الاحتمالات ثلاثة وهي احتمال تأثير الفسخ في إبطال العقد مطلقاً ولو على القول بالكشف واحتمال عدمه مطلقاً ولو على النقل، واحتمال التفصيل بين الكشف والنقل؛ لعدم تأثيره بناءً على الكشف وتأثيره على النقل.

وأشكل المحقّق الخوئي رحمته الله على كلام شيخه رحمته الله بالتقريب الأول بقوله رحمته الله: «أمّا على الكشف فسيأتي الكلام فيه عن قريب، وأمّا على

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ١٧١.

النقل فكلامه هذا مبني على كون الأمر بالوفاء على العقد تكليفاً، فإنّه حينئذٍ يتم ما ذكره شيخنا الأستاذ، ولكنّه غير ممكن؛ إذ كون الأمر بالوفاء تكليفاً، أو حرمة نقضه كذلك يقتضي أن يكون متعلّقه أمراً مقدوراً بحيث يكون مختاراً في فسخه وإمضائه، فإنّ التكليف لا يتعلّق بغير المقدور ولا أنّ المراد من الفسخ لفظ «فسخت» ليقال: إنّه أمر ممكن، ومعنى كونه مختاراً في ذلك ليس إلّا كون العقد جائزاً، فيكون ذلك خلف الفرض، مع أنّ مقتضى كون العقد جائزاً وكون الوجوب تكليفاً أنّه ينفسخ بالفسخ، غاية الأمر أنّه فعل حراماً مع أنّه لا ينفسخ قطعاً بل عدمه، بل الأمر هنا إرشاد إلى الحكم الوضعي، نظير إرشاد النهي في قوله ﷺ: «نهى النبي عن بيع الغرر» إرشاداً إلى الفساد، ومعنى الوفاء به عبارة عن إتمامه وإنهائه. كما يقال: الدرهم الوافي للدرهم التمام، فيكون معنى الوفاء بالعقد أنّه لا ينفسخ هذا العقد بالفسخ، وعلى هذا لا يتوجّه دليل الوفاء بالعقد إلّا بعد إمكان تحقّق الحكم الوضعي بذلك الدليل، وهو إنّما يكون بعد إجازة المالك، لأنّه المفروض، إذن فما ذكره العلامة الأنصاري من جواز الفسخ الأصيل العقد قبل إجازة المالك هو الوجه...»^١.

واستدلّ ثانياً بقوله: «فاعلم أنّ الأقوى عدم تأثير الفسخ في البطلان مطلقاً ولو على القول بالكشف، وذلك لما تقدّم سابقاً من أنّ الإجازة تكون موجبة لاستناد العقد الصادر من الفضول إلى المجيز بعد الفراغ

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ١٧١-١٧٢.

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

ولا يخفى أنّ ما أفاده السيد الخوئي إشكالاً على شيخه رحمته الله مبني على ما استظهره من كلامه والتزامه بتكليفية الحكم في الآية الشريفة ﴿وَأَوْفُوا

^١ . المكاسب والبيع ٢: ٩٩-١٠٠.

بِالْعُقُودِ» وتكليفية الحكم علّة لجواز العقد، وبعد كون العقد جائزاً فلا مانع من جواز فسخه تكليفاً.

ثم أشكل عليه^١: بأنّه لا مجال لحمل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أي هذه الهيئة على التكليف، بل هي محمولة على الإرشاد إلى الحكم الوضعي وأنّه لا يفسخ بفسخ، فالالتزام باقٍ على حاله؛ لأنّ معنى الوفاء بالعقد إنهائه إلى الآخر وإتمامه، وبما أنّ الالتزام بناءً على النقل لم يتحقّق ولم يتمّ؛ لتوقّف حصوله على لحوق إجازة الأصيل وتحقّق الالتزام منه، فلا يشمل دليلاً الوفاء؛ حيث إنّ متعلّقه هو الملكية وحصولها موقوف على تحقّق الالتزام من الجانبين والمفروض عدمه، فلا بأس بتنظير المقام بالإيجاب قبل تمامية القبول.

هذا ولكن يمكن استظهار الحكم التكليفي عن الأمر في الآية الشريفة والقول بأنّها تفيد لزوم الوفاء بمقتضى العقد بمعنى: أنّه يجب على الملتزم بالعقد الالتزام بما يقتضيه العقد (من البيع والنكاح) والالتزام بالتكليف مما يقتضيه ذلك العقد، مضافاً إلى أنّ النصوص الواردة في ذيل الآية الشريف ربما يستظهر منها الوجوب التكليفي مثلما روى أبو مالك قال: قلت لعلي بن الحسين عليه السلام : أخبرني بجميع شرائع الدين، قال: «قول الحقّ، والحكم بالعدل، والوفاء بالعهد»^٢.

^١ . مصباح الفقاهة ٤: ١٧٣.

^٢ . مستدرک الوسائل ١١: ٣١٦، أبواب جهاد النفس: ب ٣٧، ح ١.

بناءً على حمل الآية على الأعم يلزم حمل الأمر على التكليفي. ويؤكد ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^١ وأن المراد منها الحكم التكليفي، وفي اللغة: أن العقد هو العهد المؤكد^٢، وفي صحيحة عبد العظيم: «ترك الوفاء بالعهد من الكبائر»^٣. وأيضاً ما ورد: «فيما عقد الله على الناس في خلافة أمير المؤمنين عليه السلام» من لزوم الوفاء بوصايته وأولاده الطاهرين عليه السلام.

ومع ذلك يمكن القول بتصحيح كلام الشيخ عليه السلام (من تأثير الفسخ بناءً على النقل) حيث إن الأصيل يلتزم بالملكية التزاماً معلقاً على تحقق الملكية له عرفياً، وحيث إنّه مع التعليق لم يكن ملكيته منجزة، بل هي معلقة، فيحق للأصيل فسخ العقد ويكون فسخه نافذاً مبطلاً لتصرف الفضولي ويبطل كلام المحقق النائيني عليه السلام.

وأما بناءً على الكشف: فقد مرّ أنّ الشيخ عليه السلام التزم بعدم جواز فسخ العقد وعدم تأثيره لحصول النقل والانتقال، وهذا تامّ بناءً على الكشف الحقيقي.

وأما بناءً على الكشف الحكمي والانقلابي، فلا بأس بالقول بجواز الرجوع للأصيل؛ لأنّه لا اعتبار للملكية شرعاً وعرفاً قبل لحوق الإجازة.

١. الإسراء (١٧): ٣٤.

٢. أنظر لسان العرب ٩: ٣٠٩، والقاموس ١: ٣١٥، ومجمع البحرين ٣: ١٠٣.

٣. وسائل الشيعة ١٥: ٣١٨، أبواب جهاد النفس: ب ٤٦، ح ١.

الأمر الخامس: «ومنها: جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه بناءً على النقل وإن قلنا بأنّ فسخه غير مبطل لإنشائه، فلو باع جارية من فضولي جاز له وطئها، وإن استولدها صارت أم ولد؛ لأنها ملكه، وكذا لو زوجت نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير، فلو حصلت الإجازة في المثالين لغت؛ لعدم بقاء المحل قابلاً...».

ثمّ إنّه بعد ذلك قال: «والحاصل: أنّ الفسخ القولي وإن قلنا إنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل؛ إلّا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة، فينفسخ العقد بنفسه بذلك»^١.

ثمّ احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضاً (بناءً على النقل) ولعلّه لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد في حقّ الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر (أي عدم وجوب الوفاء في الفضول مادام لم تلحقه الإجازة) وهو الذي يظهر من المحقّق الثاني رحمته الله في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب؛ حيث قال: «لا يجوز للبائع ولا للغاصب التصرف في العين لإمكان الإجازة وسيما على القول بالكشف»^٢.

والوجه في عدم جواز التصرف للغاصب: لكونه غاصباً وعلى فرض لحوق الإجازة تكون العين لصاحب الثمن، ومع عدم الإجازة تكون العين للأصيل. وأمّا وجه عدم استحقاق البائع، فلائّه التزم بملكية المال للمشتري حتى بناءً على النقل التزاماً تاماً.

١. كتاب المكاسب ٣: ٤١٣.

٢. جامع المقاصد ٦: ٣٣١.

ثم أورد عليه الشيخ رحمته الله بقوله: «وفيه: أنَّ الإجازة على القول بالنقل له مدخل في العقد شرطاً أو شطراً، فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين؛ لأنَّ المأمور بالوفاء هو العقد المقيّد (أي المقيّد بالإجازة) الذي لم يوجد إلا بعد القيد». (الإجازة على نحو الجزئية أو الشرطية).

فعلى هذا لا يكون المقام موضوعاً لحكم بوجوب الوفاء، فيحقّق للأصيل التصرف فيما انتقل عنه فضولة فتكون تصرفاته صحيحة تكليفاً ووضعاً.

«هذا كله على النقل» (بالنسبة إلى جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه وعدم جواز تصرفه).

وأما على القول بالكشف، فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة، كالعلامة والسيد العميدي^١ والمحقق الثاني وظاهر غيرهم^٢.

ثم نقل عن بعض المعاصرين له التصريح بجواز التصرف مطلقاً، أما على النقل فواضح.

وأما بناءً على الكشف، فلائّه يحتمل الإجازة وعدمها، فله استصحاب عدم الإجازة في المستقبل، كما أنَّ احتمال الإجازة لا يمنعه من الأخذ بقاعدة السلطنة؛ لأنَّ الشيء ملك له وكانت له السلطة عليه، فمع الشك

١. أنظر كنز الفوائد ١: ٣٨٥.

٢. كتاب المكاسب ٣: ٤١٤.

يستصحب بقائها، فله التصرف فيه (وهذا قول الشيخ في المقام، وربما اعترض عليه: بعدم المانع له من التصرف؛ لأنّ مجرد احتمال انتقال المال عنه في الواقع لا يقدح في السلطة الثابتة له، ولذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقاً نعم إذا حصلت الإجازة كشف عن بطلان كلّ تصرف منافٍ لانتقال المال إلى المجيز، فيأخذ المال مع بقائه وبدله مع تلفه، قال: نعم، لو علم بإجازة المالك لم يجر له التصرف»^١.

ثم تصدّى الشيخ رحمته الله للجواب عن معاصره: بأنّ في القول بالكشف تارة نقول بأنّ الإجازة شرط متأخّر (وأنّ العقد مشروط بتعقّبه بالإجازة) فمع عدم إحراز الشرط مع الشك لا يجب الوفاء بالعقد على أحد من المتعاقدين، فيصحّ كلام هذا المعاصر في جواز التصرف؛ لأنّه مع الشك في تحقّق الشرط المتأخّر يجري أصالة العدم، وتارة نقول بأنّ الإجازة تحدث تأثيراً في العقد المتقدّم وأنّ المشهور في معنى الكشف «وجوب الوفاء بالعقد من غير تقييد» تحقّق العقد، فيجب على الأصيل الالتزام به وعدم نقضه، فعليه لا يصحّ التصرف حتى مع العلم بعدم تحقّق الإجازة.

ثمّ قال رحمته الله: «والحاصل: أنّه إذا تحقّق العقد فمقتضى العموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ على القول بالكشف المبنيّ على كون ما يجب الوفاء به هو

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٤.

العقد من دون ضمنية شيء شرطاً أو شرطاً: حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً (سواء علم بإجازة المالك أم أو علم بعدم إجازته أو لا). فكلّ تصرّف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة - بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد - فهو غير جائز».

ثمّ قال: «ومن هنا (أي من وجوب التزام الأصيل بالعقد وحرمة نقضه) تبين فساد توهم أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لأنّ مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه تنافي مقتضى العقد، أعني المبادلة.

توضيح الفساد: إنّ الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه والتخطي عنه، وهذا لا يدلّ إلا على حرمة التصرف في ماله؛ حيث التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل، وأمّا دخول البدل في ملكه، فليس ممّا التزمه على نفسه، بل ممّا جعله لنفسه ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عمّا التزم على نفسه وأمّا قيد «كونه بإزاء مال» فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخلياً في مفهوم المبادلة، فلو لم يتصرّف في مال صاحبه لم يكن ذلك نقضاً للمبادلة، فالمرجع في هذا التصرف فعلاً وتركاً إلى ما يقتضيه الأصل وهي أصالة عدم الانتقال»^١.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٥-٤١٦.

فاتَّضح أنَّ ما توهم أنَّ مقتضى وجوب التزام الأصيل بمقتضى العقد وهو «عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه» أنَّه يجوز تصرفه فيما انتقل إليه؛ لدخوله في ملكه حسب ما اقتضاه مفهوم المبادلة بين المالكين بسبب العقد، مدفوع؛ لأنَّ مقتضى آية الوفاء وجوب العمل (على الأصيل) بما التزم به على نفسه وهو خروج ماله عن ملكه، وأمَّا دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه، بل مما جعله لنفسه.

ثمَّ إنَّه تصدَّى لدفع ما يترتب على مقتضى هذا الالتزام، وهو «دعوى: أنَّ الالتزام المذكور إنَّما هو على تقدير الإجازة ودخول البدل في ملكه» بإجازة المالك، فالالتزام منه معلق على تقدير لم يعلم تحقُّقه، فتصرفه لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلاّ معلقاً، وكان هذا التزام شبيه النذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف في المال المنذور قبل تحقُّق الشرط إذا لم يعلم بتحقيقه، فكما أنَّ التصرف حينئذٍ لا يعدّ حثاً فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقيق الإجازة لا يعدّ نقضاً لما التزمه؛ إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلاّ معلقاً.

وأما دفعه: إنَّ الأصيل التزم بخروج المال عن ملكه متوقعاً دخول البدل في ملكه بإجازة المالك والتوقع والرجاء أمر والتعليق أمر آخر.

فما نحن فيه من قبيل الواجب المعلق؛ حيث إنَّ الوجوب فعلي والواجب معلق؛ فيجب عليه الوفاء ويحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما

توقعه من الإجازة أو ينتقض التزامه برّد المالك، ولأجل ما ذكرنا: يختص حرمة النقص بما يعدّ من التصرفات المنافية لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها.

ثم استشهد بكلام العلامة رحمته الله في «القواعد» في باب النكاح: «ولو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة، فإن كان زوجاً حرمت عليه الخامسة والأخت والأم والبنت، إلا إذا فسخت على إشكال في الأم، وفي الطلاق نظر...»^١.

ومحصل كلام العلامة: أنّه لو تولى الفضولي الإيجاب أو القبول وكان الطرف الآخر أصيلاً حكم بثبوت حرمة المصاهرة في حق المباشر لتحقق مناط الحرمة حينئذٍ، أي وقوع النكاح الصحيح بالنسبة إلى المباشر، فيحرم عليه الخامسة إذا كانت الأربعة موجودة، وكذا يحرم عليه أخت المعقودة عليها بمجرد العقد وكذا الأم والبنت إلا إذا فسخت المعقود عليها.

فالمتحصّل مما اختاره الشيخ رحمته الله - بناءً على الكشف - التفصيل بينما إذا كانت الإجازة شرطاً وسبباً مؤثراً في العقد المتقدم، أو كانت مؤثرة بنحو الشرط المتأخّر، فعلى الأول: لا يحقّ للأصيل التصرف فيما انتقل عنه لأنّ تمام الأثر للعقد وهو حاصل بالفعل، وعلى الثاني يجوز له التصرف ظاهراً لجريان أصالة عدم تحقق الشرط.

^١ . قواعد الأحكام ٢: ٧.

وإن أشكل عليه: بأن انتساب القول إلى المشهور بأن شأن الإجازة شأن الأمارية وليس لها إلا شأن الطريقة، وعدم الموضوعية لها مطلقاً مشكل، لأن مقتضى الآيات الواردة في لزوم الوفاء وكذلك قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ...﴾ تعلق وجوب الوفاء بمن له الأهلية، ولا يكون موضوع الآية على نحو الإطلاق، بل يتقيد بالعقد المركب من العهدين ليس أحدهما فضولياً، ومع التنزل نشك في تحقق العقد المؤثر وانتقال المال عن الأصل فهنا مقتضى أصالة عدم الانتقال جواز التصرفات ظاهراً إلا إذا لحقته الإجازة فبعد لحوق الإجازة يكشف عن عدم صحة التصرفات، وإن أمكن دفع الإشكال بأن الأصل وإن كان يقتضي جواز تصرف الأصل بعد الشك في النقل واستصحاب عدمه، إلا أن الآية يلزمه بالوفاء بعهده ويمنعه عن التصرف فمقتضاها عدم جواز تصرفاته وهذا توجيه لكلامه بعد اجتماع الأصل المرخص وآية الوفاء في المقام. ولكن الإشكال في سعة دلالة الآية حتى فيما إذا علم بعدم لحوق الإجازة، مع أن الشيخ رحمته الله صرح في مقام الاستدلال على وجوب وفاء الأصل والتزامه... بأن «وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك...»^١ لأننا بعد أن قلنا بكاشفية الإجازة عن الملكية الحاصلة سابقاً بالعقد (وهذا هو منتهى الجموع في الكشف) فالإجازة بعد العلم بعدم تحققها كيف تكون كاشفة عن الملكية.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٤.

هذا وقد حَقَّقْ آناً في ذيل كلام المحقِّق النَّائِنِي رحمته الله بأنَّ الوفاء بالعقد ليس بمعنى مجرد وجوب الالتزام بالعقد وجوباً تكليفاً، بل هو بمعنى ترتيب آثار الملكية أو الزوجية أي حرمة التصرّف في ذلك المال للأصيل، فعلى هذا كيف يمكن الحكم بحرمة التصرّف بعد كونها متعلّقة بالملك دون الالتزام بالملكيّة، وقد ذكرنا أنّ الملكية تحصل بتمامية العقد، وهذه التمامية موقوفة على ربط الالتزامين وانضمامهما وهي غير حاصلة قبل الإجازة، وإلا لا يكون بين عقد البيع والهبة تفاوت مع أن الهبة محققة بالالتزام من طرف واحد، والتمليك المجاني، والبيع هو الالتزام بالتمليك مرتبطاً بالتمليك من الطرف الآخر ومنضماً أحدهما بالآخر حتى يترتب عليه وجوب الوفاء، ففي المقام حيث لا يعلم الأصيل بانضمام إجازة الآخر وإن حصل العقد فلا معنى بوجوب الوفاء قبل تحقّق الإجازة فيجوز التصرّف للأصيل فيما انتقل عنه إلا فيما إذا علم بأن المالك يجيز العقد، فهنا لا يجوز للأصيل التصرّف في ماله لخروجه عن ملكه على القول بالكشف، وأمّا ما أفاده رحمته الله في توجيه التفكيك (في دفع التوهم) بين حرمة التصرّف فيما انتقل عنه وجواز التصرّف فيما انتقل إليه: «بأنّه التزم بخروجه عن ملكه ولو بالبدل وأمّا دخول البدل في ملكه فليس مما التزمه على نفسه بل مما جعله لنفسه ومقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه وأمّا قيد كونه

بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه وإن كان داخل في مفهوم المبادلة»^١.

فمندفع، لأنه لم يستدل في دعوى جواز التصرف فيما انتقل إليه بالعقد المستفاد من آية الوفاء حتى يرد كلام الشيخ رحمته الله (في ردّ الدعوى) بأن مقتضاه التزام الأصيل بالوفاء بما التزم على نفسه لا بما جعله لنفسه، بل الاستناد في ذلك إنما هو دليل كاشفية الإجازة عن تحقّق المعاوضة الحقيقية بين المالين، وهي يستلزم حرمة التصرف فيما انتقل عنه وجواز التصرف فيما انتقل إليه، والملازمة بينهما ثابتة وجوداً وعدماً.

^١ . كتاب المكاسب ٣: ٤١٥.