

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره (٤٠)

«ثم إن بعض متأخّري المتأخّرين ذكر ثمراتٍ أخر لا بأس بذكرها للتبّه بها وبما يمكن أن يقال عليها:

منها: ما لو انسلخت قابلية الملك عن أحد المتباعين بموته قبل إجازة الآخر، أو بعرض كفر بارتداد فطري، أو غيره مع كون المبيع عبداً مسلماً أو مصحفاً، فيصح حينئذٍ على الكشف دون النقل...»^١.

[١] وهذه الثمرات نقلها عن الشيخ الكبير كاشف الغطاء^{الله}، أمّا الثمرة الأولى فالذكر فيها فروع:

الفرع الأول: لو مات أحد المتباعين: بأن انسلخت قابلية التمليك عن أحدهما بموته، فهنا قد خرج المالك عن صلاحية كونه مالكاً، لأنّ يموت الأصيل قبل إجازة المالك.

وحاصل قوله^{الله} في المقام بطلان العقد بناءً على النقل، فإنّه حين تتحقّق الملكية غير موجود؛ لأنّ المفروض عدم انعقاد العقد قبل الإجازة فهو باطل. وبعبارة واضحة: إنّ المالك الأصيل حين كونه حياً وموجوداً لم ينعقد العقد الموجب للملكية وحين انعقاد العقد فتمامية الملكية لم يكن موجوداً، فلذا لا يمكن الحكم بصحة مثل هذا العقد.

^١. كتاب المكاسب: ٣: ٤١٨.

^٢. شرح القواعد (مخطوط): ٦٢.

وأمّا بناءً على الكشف: فإنّه يحكم بصحة العقد، فإنّ الملكية قد تحقّقت، فلم يبق إلّا الإجازة من المميز، فهي حاصلة بصدورها، فيحكم بالصحة.

ثمرات:

١. جواز تصرّف كلّ من المتعاملين فيما انتقل إليه إذا علم بإجازة المالك.

٢. بيان الحكم بالنسبة إلى التصرفات من المالك الأصيل في العين المبتعادة فضولًا.

٣. النماء بناءً على الكشف لمن انتقل إليه، وعلى النقل لمن انتقلت عنه.

٤. فسخ الأصيل قبل إجازة الآخر مبطل على النقل، وعلى الكشف غير مبطل، غاية الأمر تسلّط الآخر على فسخه.

٥. جواز تصرّف الأصيل فيما انتقل عنه (على النقل) وإن قلنا: إنّ فسخه غير مبطل دون القول بالكشف فلا يجوز.

وأورد عليه في «الجواہر»^١ - على ما نقله الشیخ رحمه الله - «وربما يعترض على الأول: بإمكان دعوى ظهور الأدلة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف، فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمراً إلى حين الإجازة»^٢.

^١. جواہر الكلام ٢٢: ٢٩١.

^٢. كتاب المکاسب: ٤١٨-٤١٩.

بتوضيح: إنَّ الأدلة ظاهرة في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف مع قطع النظر عن الإجازة، فتكشف الإجازة عن حدوث الملك

ومعنى ظهور الأدلة: أنها تفيد لزوم بقاء الملكية وأنَّها تزول بالإجازة لا بغيرها وزوالها بغير الإجازة مخالف للأدلة الدالة على صحة الفضولي. ومراده أنَّ صحة العقد الفضولي متوقفة على بقاء مالكي العقد ومن يستند إليه العقد ويكون العقد عقده باقياً على قابلية ذلك المعنى وبالموت يخرجان عن ذلك القابلية ولا يمكن استناد العقد إليه.

ولمزيد التوضيح نقول: إنَّ مراده من ظهور الأدلة هو ما قربه في أول بحث الفضولي من قيام الإجماع على عدم الصحة في الفضولي وما تفيد الأدلة إمكان تصحيح العقد الفضولي مستدلاً إلى بعض الروايات كصحيحة محمد بن قيس، والأخبار الواردة في الاتّجار بمال اليتيم، وكذا ما ورد في تخلّف الشرط.

ودلالتها على صحة العقد من الفضول بشرط بقاء صلاحيته إلى حين لحقوق الإجازة وعدم عروض ما يزيشه من الموت أو الارتداد، ومقتضى هذه الأدلة التعرّض إلى ما يدلّ على لزوم بقاء الصلاحيّة إلى حين اللحوّق.

وأشكل عليه الشيخ الله نقضاً وحلاً، أمّا النقض بالعقود المتعدّدة الواقعه على مال واحد بتعاقب الأيدي فضولاً؛ حيث إنَّ تلك العقود قد وقعت فضوله وقبل تحقق الإجازة انتقل الملك إلى الآخر ولم يبق المالك مستمراً على مالكيته وعلى تلك القابلية الأولوية إلى زمان

الإجازة، فيكشف من ذلك أنّ بقاء الملك على قابليته المالكية إلى زمان الإجازة غير لازمة.

بتوسيع: أنّ الإجازة توجب تصحّح جميع العقود اللاحقة برغم فقدانه المالكية حينما يجيز الأول، أي فقده الصلاحية والقابلية المستمرة حين الإجازة، فإنّ إجازته تكون مفيدة ونافذة لجميع العقد دون العقد الأول فقط.

وأمّا حالاً، فلا وجه لاعتبار استمرار القابلية (كما يشعر بعض الأخبار المسألة المتقدمة؛ حيث إنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح ردّاً لما ذكر في الشمرة الثانية، أعني خروج المنقول عن قابلية تعلّق إنشاء عقد أو إجازة به لتمليك أو شبهه، فإنّ موت أحد الزوجين كتّل أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة؛ حيث لم يستفصل النبي ﷺ عن موت الشاة أو ذبّحه وإتلافه...).^١

ومراده للله من أنّ ظاهر بعضها وصريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين، هو رواية ابن أشيم الواردّة في أنّه دفع مبلغاً لشراء عبد وعنته ثمّ يحجّ عن أبيه وقد مات...^٢

١. كتاب المكاسب: ٣، ٤١٩.

٢. وسائل الشيعة: ٢٨٠، ١٨: ح ٢٥، أبواب بيع الحيوان بـ ١.

وأماماً رواية تزويج الصغيرين، فهي تصلح للدلالة على عدم اعتبار قابلية التملك في المتعاقدين إلى زمان صدور الإجازة؛ لأن الزوجين يعدان ركناً للعقد بخلاف البيع؛ حيث لا يكون المتباعان ركناً للعقد وإنما التبادل بين العوضين، فإن الصحة في النكاح بعد موت أحدهما (مع كونه ركناً) ففي البيع بالأولوية.

وأورد عليه: بأن القياس بين المقامين مع الفارق؛ لأن في فرض تعاقب الأيدي، تكون المالكية مستمرة مع قطع النظر عن الإجازة وإنما الإجازة أوجبت انقطاع مالك الشمن عن الشمن ومالك المثمن عن المثمن، كما أن الرد يوجب انهدام العقد وبقاء كلّ منهما في ملك صاحبه، وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإنه مع قطع النظر عن الإجازة والرد ينقطع الملك بالموت، فلا ينبغي لمثل الشيخ الله أن يورد له بمثل ذلك هذا بالنسبة إلى النقض.

وأماماً الحلّ فقال: «وفيه تقدّم أن شيئاً من تلك الأخبار لا تدلّ على صحة البيع الفضولي، بل هي خارجة عن المقصود، بل الشيخ الله أيضاً لم يستدلّ بها على ذلك وإنما ذكرها تأييداً لمرامه».

ودعوى الأولوية للبيع (في رواية تزويج الصغيرين) ممنوعة ولو كان أحد الزوجين ميتاً حين الإجازة للتبعد بمضمون هذا الخبر لاختصاصه بالمقام، ولا مجال لإسراء الحكم من مورده إلى البيع؛ لأن إلغاء الخصوصية محتاج إلى الدليل، وأماماً رواية عروة البارقي وصحيحة محمد بن قيس (في وليدة باعها ابن سيدها) - كما أفاده في المصباح -

«فلا شبهة لظهورهما في كون المالك المجيز أو الطرف الآخر حيًّا، فلا أقلّ من المتيقن منها، فإنه ليس لها إطلاق يؤخذ به، فلا تكون الأدلة الخاصة للفضولية دليلاً للمقام، فالحق مع صاحب الجواهر بِحَلْهُ، فإنّ مقتضى الاختصار بالقدر المتيقن منها هو الكفاية منها بحال حياة الطرفين من المالكين الفضوليين أو أحدهما فضوليًّا والآخر أصيلاً، وأمّا بالنظر إلى الأدلة العامة، أعني العمومات والإطلاقات كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ و﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ وغيرهما، فالظاهر أنَّه لا شبهة في صحة المعاملة (كما ذهب إليه كثير من الأعلام وأيضاً في المصباح) مع موت الأصيل أو المجيز (على القول بالكشف) لأنَّ العقد قد تَمَّ من جميع الجهات إلَّا من ناحية إجازة من كان العقد من قبله فضوليًّا وإذا حصلت الإجازة فلا معنى للحكم بالبطلان لصحة العقد من جميع الجهات وعدم نقصانه من جهة. والسرّ في ذلك: أنَّه قد تقدَّم مراراً أنَّ قوام المعاملة بالمبادلة بين المالين ولا خصوصية للمالك بوجهه، بحيث يكون هذا الشخص أو ذاك الشخص، فحيث إنَّ المبادلة والملكية قد حصلت بالعقد، فلم يبق في البين إلَّا الإجازة من المجيز، فبها يتمُّ جميع جهات المعاملة، غاية الأمر أنَّه إلى زمان موت الأصيل كان المالك للثمن أو المثمن هو، وبعد موته يكون المالك وارثه ويقومون مقامه لكن فضوله، وتبدل المالك لا يضرّ بصحة المعاملة بوجهه، وكذلك انقلابه الفضولي لا يضرّ بالمطلب، ولزوم كون البائع حال البيع مالكاً بالمباع غير لازم؛ لإمكانه في المالك المتجدد بالإرث ونحوه.

ثم ذهب ^{للله} إلى صحة المعاملة مع موت الأصيل أو المجيز بناءً على النقل أيضاً - رغمَّما أفاده الشيخ الكبير وترتب الشمرة - لأنَّ العقد قد وقع من المتعاقدين ويبقى إلى زمان الإجازة معلقاً في الهواء حتى يجيزه المجيز، فإذا أجاز يستند إليه العقد، وموت الأصيل وغيره من أحد طرفي العقد لا يضر بالعقد الواقع، فإنَّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه، إذن فتشمله العمومات والمطلقات.

وبعبارة أخرى: إنَّ العقد بعد وقوعه فضولاً مستجماً لشروط الصحة غير جهة الإجازة ليستند إلى المجيز وتشمله العمومات، فلا يخرج عن الجهة التي وقع عليها وهذا واضح. نعم، لو كان الميت هو الأصيل لصار العقد من قبل ورثته أيضاً فضولياً فتتوقف صحته على إجازتهم كتوقفها على إجازة المجيز الآخر، فلا نعرف وجهاً صحيحاً لدفع العمومات والمطلقات عن شمولها لهذه المعاملة، غاية الأمر أنَّه على الكشف ينتقل المال بموت الأصيل إلى الورثة من حين الموت، فيكون العقد فضولياً من قبله أيضاً، وعلى القول بالنقل فالعقد يكون مراعي فيكون طرفي العقد هو الوارث فضولة وباجازته ينتقل المال عنه وينسب العقد إليه، فلا تكون هذه الشمرة ثمرة للبحث في المقام^١.

والظاهر تمامية ما أفاده بناءً على القول بعدم الوجه لدعوى استمرار القابلية فيهما إلى لحوق الإجازة لوقوع العقد بناءً على الكشف والنقل

وتوقفهما على الإجازة إلا في الكشف ينتقل المال إلى الوارث بعد موته الأصيل، وفي النقل انتقاله إليه مراعي بإجازته هذا.

الفرع الثاني: فيما إذا عرض الكفر على أحدهما أو كلاهما (في الفضوليين أو كون أحدهما أصيلاً والآخر فضوليًّا) وفي المقام ينبغي تقديم البحث عن الفارق بين الارتداد الفطري والمليٰ وأيضاً عن كون الثمن كليًّا والثمن الشخص المعين، ثم البحث عن مانعية الكفر عن حدوث الملكية بالنسبة إلى مثل المصحف والعبد المسلم وعن أنَّ الكفر مانع عن بقاء الملكية؟

أما الأول: قد يقال بسقوط قابلية الفطري عن التملُّك ويعد بمنزلة الميت، أي كما أنَّ الميت فقد لقابلية التملُّك كذلك المرتد الفطري. وأيضاً يقال بانتقال أمواله إلى ورثته، وأما المليٰ فهو كسائر الناس في البيع والشراء ما عدا المصحف والعبد المسلم؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾^١ فبناءً على هذه تكون الشمرة مترتبة؛ لأنَّه على الكشف يعد المرتد (الذي كان حين العقد مسلماً ثم ارتد بعده) قابلاً للتملُّك بالإجازة، وأما بناءً على النقل يكون العاقد فقداً للصلاحية؛ لصدور الإجازة في وقت هو فقد للأهلية.

وأما الثاني: فبناءً على عدم صلاحية المرتد الفطري للتملُّك فلا يتم المعاملة في الكلي بناءً على النقل، وأما بناءً على الكشف فلا بأس بوقوع المعاملة حال كونه مسلماً، وأما في الشخصي لا وجه لترتب

١. النساء (٤): ١٤١.

الثمرة كما لو باع الفضولي متناعاً بثمن شخصي معين، فلو ارتدّ المشتري بعد ذلك فالمعاملة صحيحة ولا يفسد العقد بارتداده؛ لأنّه إن كان فطرياً فيارتداده ينتقل أمواله الشخصية إلى ورثته ونفوذ المعاملة موقوفة على إجازة الورثة، ولا فرق بين القولين في الكشف والنقل خلافاً لما التزم به كاشف العطاء.

وأمّا في الثالث: فلا ثمرة؛ لأنّه بناءً على النقل والكشف لا يملك المرتد الفطري المصحف أو العبد المسلم وكذا الملي، وإن قيل بالنسبة إليه يملك ويجبر على البيع.

وتحقيق الحق في هذا الفرع: إنّه تارة تقع المعاملة الفضولية فيما يكون المبيع عيناً شخصياً، وتارة يكون كلياً في الذمة، فعلى الأول يكون الكلام هو الكلام في الفرع الأول (موت أحد المتعاقدين) من انتقال الشمن بمجرد الارتداد إلى الورثة، فتنتقل العين الشخصية إلى الورث، فيكون هو طرفاً للعقد فيتوقف صحة العقد على إجازة الورث (بناءً على الكشف) وأيضاً على النقل كما تقدّم.

وأمّا على الثاني، فإنّ كان مفروض الكلام في كون المبيع المصحف أو العبد والأمة المسلمين فالثمرة متربّة؛ لأنّه على القول بالكشف يحكم بكون الكافر مالكاً للمصحف والعبد لحصول الملكية قبل الارتداد. وأمّا على النقل، فبما أنّ الملكية مراعى إلى الإجازة والمشتري سقط عن قابلية الملكية المصحف والمسلم فيحكم ببطلان المعاملة.

وبعبارة أخرى: لا فرق بين موت أحد المالكين وبين ارتداده (إلا في بعض الجهات) حيث إنّ الارتداد موت شرعي، فلو كان المبيع أو الشمن

مالاً شخصياً، فكما أن بموت الأصيل ينتقل إلى الورثة، فيكون الورثة طرفاً للمعاملة، فكذلك في فرض الارتداد.

وأماماً لو كان المبيع أو الشمن ديناً في الذمة، فعلى الكشف يحکم بالصحة بالإجازة والورثة يلزم بدفع الشمن أو المثمن (لأن التوريث حاصل بعد إخراج الوصية والديون) فلا فرق بين الموت والارتداد الفطري، هذا بناءً على الكشف.

وأماماً بناءً على النقل، فلا يمكن الحكم بالصحة مطلقاً لكون العقد مراعي إلى تحقق الإجازة وزمان الإجازة هو زمان النقل والانتقال، والمفروض أن الميت والمرتد غير قابلين للتملك، فإن الميت غير قابل مطلقاً للتملك.

وأماماً المرتد غير قابل إذا كان المبيع مصحفاً أو مسلماً (بناءً على القول بعدم مالكيّة المرتد لشمول آية نفي السبيل) هذا وأماماً بناءً على الكشف و كان العمل ثمناً فيظهر الشمرة بين الارتداد والموت، حينئذٍ إن بالموت يحکم بانتقال الشمن إلى الورثة في العين الشخصية وبلغزوم أدائهم في الدين، وأماماً في صورة كونه عملاً يبطل العقد في الموت؛ لعدم إمكان دفعه له (إلا على احتمال انتقاله إلى القيمة) هذا كله في ما إذا كان المبيع المصحف أو المسلم.

وأماماً إذا كان مفروض البحث في كون المبيع غير المصحف وغير المسلم، فالظاهر عدم ترتّب الشمرة بين القولين إذا قلنا بمالكية المرتد الفطري (وإن انتقل أمواله الموجودة بالارتداد إلى وارثه وتبين عنه زوجته ويقتل) لعدم موجيّة هذه الأحكام عن قابلية للتملك بالنسبة إلى

الأموال التي يحصلها بعد الارتداد بالحيازة، أو بالكسب بعمله، أو بالاتّجاه والمعاملة على الذمة، أو ببذل هبة له، فإنّه لا دليل على سقوط قابلية المرتد الفطري عن قابلية التملّك بالكلية وعلى نحو الإطلاق ولا يدلّ الدليل على أكثر من ذلك.

فما يقال: من عدم معقولية تملّكه مطلقاً، لأنّ أمواله الموجودة منتقلة إلى الوارث وبالنسبة إلى ما يحصله بعد ذلك، فإنّ الموضوع ينعدم بالقتل.

مندفع، فيما إذا لم يقتل إما بفراره عن الحكم، أو لعدم بسط يد الحكم، أو سقوط الحدّ في الغيبة وغير ذلك.

وأمّا الشمرة في الأخيرة (أي إذا انسلخت قابلية المنقول بتلف ونحوه كما إذا كان المبيع خلاً ثم صار خمراً) فهو تارة يكون قبل القبض وتارة بعده، أمّا على الأول: كما لو باع الفضولي دار زيد وقبل إقاضها انهدمت وخرجت عن استمرار القابلية للتملّك، فيحكم ببطلان العقد على القول بالكشف وأيضاً على النقل، فإنّ تلف أحد العوضين قبل القبض يوجب بطلان العقد (كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) أي ينفسخ العقد، لا أنّ المالك يجبر بدفع الغرامة، فمع البطلان لا تصل التوبة عن البحث عن الشمرة.

وأمّا على الثاني: فيكون التلف بعد القبض (كأن يكون المبيع تحت يد المشتري بالإيجار مثلاً) ثم تلف المبيع قبل الإجازة.

فإنّه على الكشف يكون التلف من مال المشتري (أي الذي انتقل إليه المال) فالإجازة يكشف تلفه منه، وأمّا على النقل فيحكم ببطلان فإنّ

في زمان العقد لم يحصل النقل وفي زمان الإجازة يكون المال معذوماً ولا يكون المعذوم قابلاً للانتقال إلى المشتري بالإجازة كما لا يصح النقل ابتداءً، وما ذكرناه مربوط بتلف أحد العوضين وترتّب الثمرة. وأمّا الكلام بالنسبة إلى الخروج عن الماليّة، كما لو كان خلاً وصار خمراً، أو عرض عليه النجاسة. ولا يخفى أنّ عروض النجاسة تارة لا يوجب السقوط عن الماليّة العقلائيّة والشرعية، وتارة يوجب السقوط عن الماليّة الشرعية دون العقلائيّة كالدهن المتنجس بناءً على القول بعدم جواز بيعه، وتارة يوجب عروض النجاسة سقوط المال عن الماليّة مطلقاً، وفي الأخير لا إشكال في تأثير لحقوق الإجازة بناءً على الكشف؛ لصدق المال والماليّة حين العقد، وأمّا بناءً على النقل، فالماليّة غير موجودة، فلا تؤثّر الإجازة؛ لفقد الشرط وهو الملكية حين العقد، وكذا الكلام فيما لو سقط عن الماليّة الشرعية هذا، بقي في المقام صورة تعّرض إليها الشيخ رحمه الله وهي ما لو تجدّدت القابلية بعد العقد حال الإجازة... .

وعدها الشيخ الكبير من الصور المترتبة عليها الثمرة (بين الكشف والنقل) والشيخ الأعظم نفاه، حيث قال بأنّها «...لا يصلح ثمرة للمسألة؛ لبطلان العقد»^١ بوضيّع: أَنَّه لابدّ من تمامية الشروط ووجودها حين تحقّق العقد، ولا فرق في ذلك بين القولين من الكشف والنقل.

١. كتاب المكاسب ٤٢٠: ٣.

إلا أنَّ المحقق النائيني رحمه الله قد فصل بين الشروط قائلاً: «إنَّ الشرط إما يكون شرط العقد مثل الماضوية وتقدم الإيجاب على القبول والتوالي بينهما ونحو ذلك مما يرجع إلى شرائط العقد، وإنَّما يكون شرط المتعاملين، مثل البلوغ والعقل والملكية وعدم الحجر عن التصرف بالفلس والسفه ونحوهما من موجبات الحجر.

وإنَّما يكون شرط العوضين كالمالية والمعلولية ومثل بدو الصلاح في بيع الأثمار (وأضاف إلى هذه الأقسام السيد الخوئي رحمه الله^١ قسماً رابعاً في عداد شرط المتعاملين أي الملكية كالإسلام في المشتري في بيع المصحف والعبد المسلم).

وأنَّما شروط العقد، فلا شبهة في اعتبارها حال العقد ويكون اختلالها موجباً لبطلان العقد، سواء قلنا بالنقل أو بالكشف فلا ثمرة بين الكشف والنقل بالنسبة إليها.

وأنَّما شرائط المتعاملين فلا يعتبر البلوغ والعقل حين العقد إذا كان مجاز حال العقد من أحد أولياء الصغير والمجنون، فلو أوقع الفضولي العقد على مال الصغير والمجنون مع وجود ولِيٍ لهما حين العقد ولم يجز الولي ولم يرد حتى بلغ الصبي وأفاق المجنون ثم أجاز أصح العقد ونفذت الإجازة، فبالنسبة إليهما أيضًا لا ثمرة بين الكشف والنقل، بل يصح العقد مع الإخلال بالبلوغ والعقل حين العقد إذا كانوا متحققين حين الإجازة قلنا بالنقل أو بالكشف، وإنَّما الملكية فهي معتبرة حين

^١. مصباح الفقاهة ٤: ٣٠٣

العقد ولا بد من بقائها إلى زمان الإجازة، فلو تجددت بعد العقد أو كانت حين العقد ولكنّه أُزيلت بسبب ثمّ تملّك الذي أخرجه عن ملكه بسبب جديد لا تتفّع الإجازة.

أمّا مع عدم وجودها حين العقد فلأنّ الإجازة إنما هي تنفيذ العقد الواقع على ملك المجيز، والمفروض عدم وقوع العقد على ملكه حين وقوعه؛ لكونه تملّك المبيع بعد العقد، فلا تكون إجازته تنفيذاً للعقد الواقع على ملكه، وأمّا مع زوالها بعد العقد ثم تملّكه للمبيع بملكية حادثة فلأجل عدم بقاء الملكية التي ورد عليها العقد إلى زمان الإجازة، بل المجيز كالمالك الجديد الذي أجنبي عن العقد وإن كان ذاته هو هو، لكن وصف مالكيته تبدّل تبدّل الملكية، كما لا يخفى، فالنسبة إلى هذا الشرط أيضاً لا ثمرة بين الكشف والنقل، بل العقد يبطل على كلا القولين.

وأمّا عدم الحجر عن التصرف فهل هو أيضاً معتبر كالملكية من حين العقد إلى زمان الإجازة مطلقاً، فلو صار مفلساً في الأثناء، أو رهن المبيع في الأثناء، ثم ارتفع الحجر برفع الفلس أو فك الرهانة بطلت الإجازة أو لا يعتبر مطلقاً، أو يفصل بين أسباب الحجر بين ما إذا كان من قبيل الفلس الذي يكون الحجر عن التصرف بمانع خارجي غير مزاحم مع السلطة الثابتة للملك على ماله ذاتاً، أي مع مقتضى سلطنته وذاك المانع الخارجي هو حكم الحاكم بالحجر وبينما إذا لم يكن كذلك، بل كان لقصور في مقتضى سلطنته كالرهن، فيقال في الأول بعدم بطلان تأثيرها في الثاني: وجوه، قال الأستاذ: الذي اخترناه سابقاً

هو الأخير، وذلك أمّا عدم بطلان الإجازة في مثل الفلس فلأنّ الحجر لا يبطل موضوعها وهو الملكية؛ حيث إنّها تنفيذ للعقد الواقع على ملكه، والمفروض بقاء شخص ملكيته التي وقع عليها العقد من حين العقد إلى زمان الإجازة وإنّما الحجر الحاصل في الأثناء يكون بسبب خارجي، لا لأجل نقصان في الملكية.

وأمّا البطلان في مثل الرهن فلأنّ استحقاق المرتهن على العين يوجب نقص سلطنة المالك عليها الموجب لقصور ملكيته، فلا تكون الملكية الموجودة من حين العقد باقية إلى زمان الإجازة، قال دامت إفاداته: ولكن التحقيق عدم الفرق بين القسمين وأنّ الأقوى نفوذ الإجازة في مثل الرهن أيضاً، وذلك لأنّ المنشأ للبطلان في صورة زوال الملكية ثمّ حدوثهما بسبب جديد في الأثناء وهو اختلاف المالك حين الإجازة معه حين العقد مفقود في المقام؛ حيث إنّ الملكية الظرفية المتحقّقة بعد فكّ الرهن هي بعينهما الملكية الموجودة حين العقد من غير تفاوت، فلا اختلاف في المالك في الحالتين، فلا مانع عن نفوذ الإجازة أصلّاً.

فتتحقق: أنّ الأقوى انتفاء الشمرة بين الكشف والنقل بالنسبة إلى شرائط المتعاملين، وأمّا شرائط العوضين، فإنّ أحّرّز كونها شرطاً حين السبب الممّلك فيبطل العقد بانتفائه حين العقد سواء قلنا بالكشف أو بالنقل ولا يبعد أن تكون المالية من هذا القبيل؛ ضرورة اعتبار مالية العوضين حين العقد لكي يرد العقد على ما يكون متّمولاً، فلو لم يكن المبيع مالاً حين العقد ولكنه صار مالاً حين الإجازة لا تفيذ الإجازة

صحته قلنا بالكشف أو بالنقل، وإن أحرز كونها شرطاً للعوضين حين التملّك أعني حين تحقق المسبّب، فيختلف الحكم حينئذٍ بين الكشف والنقل، فلو كان معدوماً حين العقد وحصل حين الإجازة، فعلى الكشف يبطل العقد ويصح على النقل، ولا يبعد أن تكون المعلومة من هذا القبيل، وإن أشكّل أمره في كونه معتبراً في العوضين في ناحية السبب أو ناحية المسبّب... ولابد في إحراز كون الشرط راجعاً إلى ناحية المسبّب من ملاحظة دليل اعتباره.

فقد تحصل من مجموع ما ذكرناه انتفاء الشمرة بين الكشف والنقل عند إخلال الشرائط الراجعة إلى العقد والراجعة إلى المتعاملين وتحقق الشمرة بين القولين في بعض أقسام شروط العوضين، فحصل بطلان ما أدّعاه صاحب الجواهر الله من انتفاء الشمرة بين القولين عند انتفاء الشرائط، بل يحكم بالبطلان مطلقاً، وبطلان ما اختاره المصنف فيه أيضاً من منع اعتبار تحقق الشروط من حين العقد إلى زمان الإجازة مطلقاً، وأن الحق هو التفصيل بين الشروط حسبما حققناه، هذا حال الشرط...»^١.

وأما الشرط الذي لحقها المحقق الخوئي الله واعتبره في المالك كإسلام مشتري المصحف أو العبد المسلم، فالحق صحة ترتيب الشمرة على القول بالكشف والنقل، فلو كان مشتريهما كافراً حين العقد ثم

١. المكاسب والبيع: ٢: ١١٥-١١٦.

أسلم قبل لحقوق الإجازة صَحَّ عقده على النقل دون الكشف، وقد مرّ بيانه.

والملاحظة على كلام الميرزا ملخصاً: إن شرائط العقد وجودها ضروري حين وقوع العقد، وأما شرائط المتعاقدين معتبرة حين الإجازة دون العقد، وأما شرائط العوضين فهي معتبرة حين العقد بناءً على الكشف، وعلى النقل معتبرة حين الإجازة.

وأما المالية فهي بعد كونها من شرائط العوضين راجعة إلى تحقق مفهوم البيع فلابدّ من وجودها في العوضين حين العقد على كلا القولين، وما يظهر من كلام الميرزا (في العوضين والقول بترتيب الشمرة) في الشروط المعتبرة في العوضين: إن شرط المالية تارة: يراد منها وحدة المالية العرفية والشرعية بين ما وقعت عليه العقد وما تعلقت به الإجازة وإن اختلّ فيما ينجرّ ويؤدي إلى بطلان العقد (وقد مرّ التفصيل فيه) وتارة: يكون ما وقع عليه العقد وما تعلقت به الإجازة متفقان، وبطلان العقد ينشأ من جهة عدم تحقق المالكية كالوقف وأمّ الولد، وما التزم به الميرزا بطلان العقد في فقد الشرط في العوضين، كما لو كان المبيع معدوداً من الأموال عرفاً عند الإجازة ولا يعدّ من الأموال حين العقد، كالثمرة على الشجرة قبل بدء صلاحها، أو كان المائع خمراً حين العقد ثم انقلب خلاً حين الإجازة، فحينئذ لا تترتب الشمرة؛ ببطلان المعاملة على القولين.

وقد يحصل المانع بالنسبة إلى الشرط المعتبر في العوضين و بتبدل المانع لم يحصل تبديل بين ما وقع عليه العقد والإجازة، كاتصاف الأمة

بأمّ الولد حين العقد وأجاز المميز بعد فقدها، كما لو مات ولدها أو باع الفضولي الأرض المقيدة بالوقفية حين العقد ثم صارت طلقاً حين الإجازة، فقد أفاد المحقق الخوئي عليه السلام بصحة هذه المعاملة وأشكل عليه ثبوتاً وإثباتاً.

وعلى الجملة: يمكن الحكم بعدم تمامية التفصيل في مطلق شروط العوضين بين الكشف والنقل؛ لبطلان المعاملة.

«ربّما يقال بظهور الشمرة في تعلق الخيارات وحق الشفعة واحتساب مبدأ الخيارات ومعرفة مجلس الصرف والسلم والأيمان والنذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري»^١. [١]

[١] وأمّا في الخيارات: ففيما إذا اختلف المبيع بحسب زمان العقد والإجازة من حيث الصحة والعيب فإنه كان معيناً عند العقد وزال العيب عند الإجازة، فإنه بناءً على الكشف يكون الخيار ثابتاً دون النقل؛ لزوال العيب عند الانتقال، وكذا في خيار الغبن، كما لو وقع اختلاف فاحش بين مالية الثمن والمثمن حين وقوع العقد وتساويها عند الإجازة، فإنه بناءً على الكشف يثبت الخيار دون النقل، وهكذا سائر الخيارات.

وأمّا بالنسبة إلى خيار المجلس: فإن قلنا: إن المستفاد من دليله مجلس النقل والانتقال، فالخيار ثابت بناءً على الكشف، ومن حين الإجازة بناءً على النقل، وأمّا إن قلنا بأنّ الخيار ثابت «للبيع» بما ورد

١. كتاب المكاسب ٤٢٠: ٣.

«البَيْعَانُ بِالْخِيَارِ...» وهو ظاهر في المتلبس بالمبدأ (أي من أُسند إليه البيع) والنسبة تثبت له بعد إجازته، فالثمرة منتفية.

ولا يخفى أنّ الشيخ رحمه الله تعرّض إلى هذه الشمرات بقوله: «ربما يقال» ولعلّه لعدم موافقته على الثمرة في هذه الشمرات، واحتمل أنّ عدم موافقته لما أوردا على القول بترتّب الثمرة ما عن المحققين الإيرواني رحمه الله والأصفهاني رحمه الله وعن الأول «إنّ هذه الثمرة مبنية على أن يكون الملاك في ثبوت هذه الحقوق والمدار فيها على تحقّق النقل، أمّا إذا كان مدارها على تحقّق العقد وإن لم يؤثّر فعلاً في النقل لترقب حصول شرط غير حاصل، لم يكن فرق بين القولين في أنّها تثبت بمجرد العقد، فتثبت حتى على القول بأنّ الإجازة ناقلة، والمراد من تعلّق الخيارات في العبارة هو أصل تعلّق الخيار، كما إذا كان الغبن والعيب حاصلاً عند العقد وارتفع في زمان الإجازة، فعلى الكشف يكون الخيار ثابتاً دونه على القول بالنقل»^١.

وأمّا ما أفاده المحقق الأصفهاني رحمه الله «يمكن أن يقال: إنّ الخيار إن كان حقّاً في البيع بمعنى ردّ الرابط الملكي، فيصبح أن يفرّق بين الكشف والنقل؛ لدوران الخيار مدار تحقّق الملك وإن كان حقّاً متعلّقاً بالعقد فلا محالة يدور مدار تحقّق العقد لا الملك، ولا ينفّاوت أمر العقد وجوداً وعدماً بتفاوت الملك إثباتاً ونفياً، فحيثئذٍ إن قلنا بأنّ الإجازة

١. حاشية المكاسب (للإيرواني رحمه الله) ١: ١٣١.

محققة للعقد الذي يقابله الحل فلا عقد إلا عند الإجازة، فإن كان مورده الصحيح فلا خيار فيه، وإن كان معيناً قبله، وإن كان مورده المعيب ففيه الخيار وإن كان صحيحاً قبله، وإن قلنا بتحقق العقد الحقيقي من حين انعقاد العقد اللغظي، فالاعتبار حينئذٍ في الصحة والعيب (مثلاً) بما ورد عليه العقد، سواء قارنه الملك أو تأخر عنه، ولا منافاة بين كون الاعتبار بالصحة والعيب حال ورود العقد وبين عدم ثبوت الحق إلا عند انتساب العقد إلى الطرفين بالإجازة لمكان تقام الحق بين له الحق، ومن لا عقد له ليس له حقٌّ حلّه فهو عند الإجازة الموجبة لانتساب العقد الذي يجب عليه الوفاء له حقٌّ فسخ العقد السابق الوارد على المعيب، فتدبر. ثم إنّ مثال العيب وتبدلـه بالصحة وبالعكس لمجرد التمثيل، وإنـا فلو وقع العقد الحقيقي على المعيب وزال قبل الرد لم يكن له خيار ولا تكون كاشفية الإجازة أزيد من مباشرة العقد، كما أنه لو وقع العقد الحقيقي على الصحيح وزال وصف الصحة قبل القبض، فإنه يثبت الخيار نعم، يمكن حمل المثال الأول على بيان اقتضاء ثبوت الخيار بمجرد العقد على المعيب وإن سقط بعد ثبوته بزوال العيب قبل الرد...»^١ انتهى.

ومحصل كلامهما: إنـه مع الالتزام بأنـّ معنى الخيار حق استرداد الملك يكون لاعتبار الكشف والنقل ثمرة متصورة (لحصول الملكية بناءً على الكشف وعدم حصوله بناءً على النقل) وأمـا لو التزمـنا بأنـّ

١. حاشية كتاب المكاسب (لالأصفهاني رحمه الله) ٢: ١٧٣-١٧٤.

الخيار حق يكون متعلقه حق حل العقد فحينئذ لا فرق بين الكشف والنقل؛ لثبوت حق الفسخ على كلا القولين. وبعبارة أخرى: إنَّه ابتنى الشمرة على المختار في حقيقة الخيار وأنَّه إنْ كان متعلقه هو العين المملوكة فالشمرة مرتبة، وإنْ كان متعلقه العقد فالشمرة منتفية.

إلا أنَّ الظاهر أنَّ المسألة مبنية على القول بكون المستند في الخيار هو النصوص الخاصة، أو قاعدة لا ضرر، أو الشرط في ضمن العقد.

أمَّا بناءً على الأول: فالظاهر أنَّه لم يجعل فيها للمجيز في العقد الفضولي حق الفسخ من زمان العقد؛ لعدم صحة انتساب ما وقع من البيع والشراء إليه؛ لأنَّ الدليل مثلاً في خيار العين قوله: «غبن المسترسل سحت»^١ وهذا لا يدل على أكثر من الحرمة التكليفية ولا يثبت به الخيار وليس فيه إطلاق يشمل المعاملة الفضولية، وعلى الأقل مشكوك الإطلاق، ويشكل نسبة الشراء إلى المجيز قبل الإجازة نعم، سلمنا ورود الدليل بالنسبة إلى العيب «من اشتري شيئاً معيناً» إلا أنَّ ما ورد في المعاملة الفضولية ليس إلا إجازته بما صدر من البيع والشراء الفضوليين ولا أكثر حتى تقول بشموله للمجيز من جميع الجهات.

وأمَّا بناءً على الثاني: فلأنَّ الضرر يصدق من حين وقوع النقل والانتقال، وأمَّا قبله فإنَّ العقد لم يكن مرتبطاً بالمجيز حتى ينطبق عليه ورود الضرر، والفضول وإنْ قام ببيع ماله، إلا أنَّه لا تأثير لعقده لموضوع الخيار.

١. وسائل الشيعة ١٧: ٣٩٥، أبواب آداب التجارة ب٩ ح .٢

وأماماً بناءً على أن يكون المستند لثبوت الخيار هو الشرط الضمني الارتكازى؛ لأن الإلزامات مبنية على سلامة العوض والمعوض، والشاهد صحة المؤاخذة عند عدم السلامة، فالخيار ثابت عند التخلف.

إلا أن هذا الشرط مفقود من المالك الأصيل عند العقد، فالعقد قبله غير مبني على هذا الشرط من المالك نعم، لا بأس بالقول بتحقق هذا الالتزام حين صدور الإجازة، فبناءً على النقل يتم الالتزام من حين الإجازة، وبناءً على الكشف يتم من حين العقد، فيمكن تصوير الثمرة، بناءً على أن الخيار حق متعلق بالعقد.

وأماماً حق الشفعة، كما لو باع الفضول كسراً مشاعاً من مال زيد ثم باع الأصيل كسراً مشاعاً آخر منه (أو لو كان زيد و عمرو شريكين على الإشاعة في ملك وباع الفضول حصة زيد من بكر، وباع عمرو حصته من خالد قبل إجازة زيد، فأجاز زيد، فأماماً على الكشف يكون بكر مالكاً لما اشتراه من الفضولي، فيكون شريكاً لعمرو في الملك وله الأخذ بالشفعة ويبطل شراء بكر).

وأماماً بالنسبة إلى احتساب مبدأ الخيارات: فخيار الحيوان ثلاثة أيام فيحاسب بناءً على الكشف من حين العقد، وعلى النقل من حين الإجازة وهكذا معرفة مجلس الصرف والسلم: فعلى النقل يكون الاعتبار بمجلس الإجازة، وعلى الكشف بمجلس العقد، وكذلك الأيمان والندور المتعلقة بمال البائع والمشتري: بأن حلف على بيع

أمواله يوم الجمعة ولم تقع الإجازة في ذلك اليوم، فعلى الكشف كان المبيع الفضولي خارجاً عن متعلق الإجازة، فتصح إجازته، وعلى القول بالنقل يحكم بفساد إجازته، وهكذا بالنسبة إلى الأيمان والندور، وأيضاً بالنسبة إلى الأخماس والزكوات، فإنه متعلقة به بناءً على النقل دون الكشف، وهذا ظاهر.

«وتظهر الشمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن والمثمن وسيأتي إن شاء الله»^١ عند قوله: وأما القول في المجاز.
«وبينبغي التنبيه على أمور:

(التنبيه) الأول: إن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي، ومعنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة رضا المالك وأدلة وجوب الوفاء وغيرهما من الأدلة الخارجية فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل ففي صحتها وجهان...»^٢.

[١] ومراده من هذا التنبيه: أن النزاع في الفضولي وكون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس من جهة الخلاف في مفهومها اللغوي ومعناها الوضعي عرفاً أو انصرافاً «بأن تكون الشبهة في الإجازة مفهومية، بمعنى: أن القائل بالكشف يدّعى أن الكشف عن وقوع العقد من حين وقوعه مأخوذاً في مفهوم الإجازة لغة، والقائل بالنقل يدّعى كون النقل مأخوذاً

^١. كتاب المكاسب: ٣: ٤٢٠.

^٢. كتاب المكاسب: ٣: ٤٢١.

في مفهومها لغة، فالنزاع بينهما في مفهوم الإجازة لغة، ويمكن أن يكون فيما يقتضيه إطلاق الإجازة انصرافاً، بمعنى: أن القائل بالكشف يدّعى انصرفها عند الإطلاق إلى الكشف، نظير انصراف إطلاق العقد إلى الحال ونقد البلد ونحوهما، والسائل بالنقل: يدّعى انصراف الإجازة إلى النقل، فلو أوقعت الإجازة مطلقة تتصرف إلى الكشف عند القائل به وإلى النقل عند القائل به، وعلى هذا فيصبح اشتراط النقل عند القائل بالكشف أو اشتراط الكشف عند القائل بالنقل؛ لكونه شرطاً مخالفًا لإطلاق الإيقاع، أعني الإجازة، كما يصح اشتراط ما يخالف إطلاق العقد كاشتراط تأجيل الثمن، أو كونه من غير نقد البلد، ويمكن أن يكون النزاع في مقتضى الإجازة، فالسائل بالكشف يدّعى أن الإجازة، أعني إيقاع استناد العقد إلى المجيز وتنفيذه يقتضي وقوع أثره من حين العقد؛ حيث إن الإجازة إمضاء لما وقع من العقد، فيقتضي وقوعه من حينه والسائل بالنقل يدّعى أنها مقتضية لوقوع أثر العقد حين الإجازة؛ لأن العقد وإن تمت أركانه حينه، لكن المفروض دخل الإجازة في تأثيره فيتوقف تحقق أثره على الإجازة، وليس للإجازة حالات يقع أثرها تارة من حين العقد، وأخرى من حينها لكي تكون عند إطلاقها مؤثرة من حين العقد على الكشف ومن حينها على النقل، كما أن البيع يقع تارة بنقد البلد وأخرى بنقد غيره، وعند الإطلاق ينصرف إلى نقد البلد، والنزاع في الكشف والنقل يكون في الأخير، وهذا هو المراد من العبارة. ويترتب على هذا أنه لو قصد المجيز الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل أو الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أن لا تقع

الإجازة المقيدة بذاك القيد، أي بقييد من حين الإجازة على القول بالكشف، أو قيد من حين العقد على القول بالنقل، بل يلغو القيد من غير غير كلام، وإنما الإشكال في وقوع الإجازة ونفوذها، فتوجب تحقّق الأثر من حين العقد على الكشف، أو حين الإجازة على النقل، أو آنّه تلغو الإجازة أيضاً، لفسادها بفساد الشرط ويحتاج إلى إجازة مستأنفة.

وتفريح الكلام في ذلك يتوقف على البحث عن جهتين: الأولى: هل هذا الشرط مخالف مع مقتضى العقد أو الإيقاع، أو آنّه مخالف للكتاب؟

والمراد بمخالفة مقتضى العقد أو الإيقاع هو كونه منافيًّا لما ينشأ المنشئ بعقده أو إيقاعه بحيث يضاد ذيل كلامه مع صدره، كما في مثل «بعتك بشرط أن لا يكون بثمن» و«أجرتك بشرط أن لا تكون مع أجرة» فإنّ مفهوم البيع هو المبادلة بين المالين، واشترط عدم الثمن فيه يؤول إلى اشتراط عدم البيع، فيكون الشرط في قوّة أن يقول: «بعتك بشرط أن لا يكون بيعاً» والمراد بما يخالف الكتاب هو أن يكون منافيًّا لحكم شرعى مترتب على المنشأ.

وبعبارة أخرى: ما كان منافيًّا لما يقتضيه المنشأ من الحكم الشرعى. إذا عرفت ذلك: فنقول: المنشأ بالإجازة إنّما هو نفوذ العقد الفضولي ومن المعلوم أنّ تقيد نفوذه بحال الإجازة لا ينافي إنشاء النفوذ بناءً على الكشف، وكذا تقييده بحال العقد لا يكون منافيًّا للمنشأ بناءً على النقل؛ إذ ليس تقييده بإحدى الحالتين كاشترط البيع بعدم الثمن، فهذا شرط لا يكون منافيًّا لمقتضى الإيقاع، بل إنّما فساده لأجل منافاته مع ما يقتضيه

ذاك الإنشاء من الحكم الشرعي، وهو كون أثره متربّاً من حين الإجازة أو من حين العقد.

الثانية: الشرط المخالف للعقد والإيقاع مفسد لما يقع فيه، وذلك واضح بعد ما عرفت من أُوله إلى اشتراط عدم المنشأ ومضادته مع إنشائه وكذا الحال في الشرط المجهول؛ حيث إنّ جهالته تسري إلى المشروط، فيبطله لأجل الجهالة، وأمّا ما عدا هذين من الشروط الفاسدة كالشرط المخالف للكتاب أو غير المقدور ونحو ذلك، فهل هو مفسد أو لا؟ أمّا بالنسبة إلى العقود ففيه خلاف وإن كان الحق عدم مفسديته للعقد وإن كان موجباً للخيار - على ما يأتي تفصيله - وأمّا بالنسبة إلى الإيقاع فالظاهر عدم تحقق الخلاف في أنه لا يكون مفسداً؛ إذ لم ينقل القول بمفسديته عن أحد، وأدلة القائلين بمفسدية الشرط الفاسد في العقد وإن كان بعضها مما يمكن أن يستدلّ به لمفسديته في الإيقاع أيضاً، إلا أنّه لم يستدلّ به في العقد لإبطال الإيقاع أيضاً. وبالجملة: فالشرط الفاسد مما عدا الشرط المخالف لمقتضى المنشأ والشرط المجهول لا يكون مفسداً للإيقاع... إذ لا معنى للخيار فيه وعلى هذا فهذا الشرط لا يكون مفسداً للإجازة وهو المطلوب إثباته...» انتهى

كلام النائي الله.

وما أفاده تبيّن لما فرع الشيخ الله في ذيل التنبية بقوله الله: «فلو قصد...» وإنّه لو كان الخلاف في المفهوم اللغوي يصح قصد الخلاف دون ما إذا

قلنا بأنّ الخلاف في الحكم الشرعي وهو ما أراد توضيحه وتنبيهه في هذه التنبيه في معنى الإجازة وأنّ حكمها يدور مدار ملاحظة رضا المالك والعمومات الدالة على لزوم البيع ووجوب الوفاء بالعقد... .

وبعبارة واضحة: إنّ الكلام والبحث في لفظ «الإجازة» الوارد في النصوص كقوله عليه السلام في صحيحة محمد بن قيس: «أجاز بيع ابنه» وفي رواية نكاح العبد «إن شاء أجاز نكاحهما» ليس في أنّ مفهومها يقتضي الكشف أو النقل.

وإنّ معناها إنّ كان هو التنفيذ فيدلّ على الكشف، وإنّ كان معناها الرضا بالفعلية يدلّ على النقل، بل البحث في مقتضى الأدلة الشرعية ومدى دلالتها وأنّ الشارع هل اعتبر البيع من حين العقد فهي كافية، أو اعتبرها ناقلة من حين الإجازة.

(التنبيه) الثاني: «إنه يشترط في الإجازة أن تكون باللفظ الدالّ عليها على وجه الصراحة العرفية، كقوله: أمضيت وأجزت وأنفذت ورضيت وشبه ذلك».^١ [١]

[١] المحتملات بل الأقوال في المقام أربعة:

الأول: اعتبار اللفظ الصريح فيها، وعدم جواز الاكتفاء بالكتابية فضلاً عن غير اللفظ.

الثاني: الاكتفاء بكلّ لفظ دالّ على الرضا ولو كتابية.

الثالث: كفاية الإنشاء الفعلى كالبيع المعاطati من دون حاجة إلى اللفظ.

والرابع: الالكتفاء بمجرد الرضا الباطني بما قام به الفضولي، وهذا في اندرابا جه في دليل الوفاء، كما يكفي الكراهة الباطنية في رد العقد.

واستدل للقول الأول - كما نقل الشيخ ابن حجر العسقلاني - : بأن الإجازة كالبيع في استقرار الملك، فكما يعتبر فيه اللفظ كذلك في الإجازة.

أورد عليه الشيخ الله: بأنه يشبه المصادر، بتوضيح: أنه لا يعتبر في إفادة البيع الملك أن يكون باللفظ، ومع التنزّل فقياس الإجازة على البيع باطل؛ لأنّ توجيه القياس - بأنّ مقتضى الاستقراء في النوافل الاختيارية الالزامة كالبيع وشبهه يتضمن اعتبار اللفظ وفي المقام أنّ النقل الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة - غير صحيح؛ حيث إنّ في الفضولي قد تم العقد فلا يتم القول بكون الإجازة مثل القبول من جميع الجهات.

وبعبارة أخرى: أن وزان الإجازة وزان الشرط لترتب الأثر، ولو سلّمنا اعتبار اللفظ في السبب للنقل والانتقال لم يقم دليل على اعتبار اللفظ في الشرط ويكتفى على حصول الشرط بالفعل ما ورد في صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن علياً عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكت فزوجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظننت أنه يلزمها، ففرزعت منه، فأقامت مع الرجل على ذلك التزويع، أحلال هو لها أو التزويع فاسد لمكان السكر ولا سيل

للزوج عليها؟ فقال عليهما: «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها»،

قلت: ويجوز ذلك التزويع عليها؟، فقال عليهما: «نعم»^١.

وتجيئ الاستدلال بهذه الرواية واضح بعد أن توكليهما في حال السكر غير معتبر وكان التزويع منها فضوليًّا، ولكن الإقامة معه فعل منها وإجازة فعلية منها للتزويع.

وإن أشكل السيد عليه السلام^٢ في الاستدلال بها أن يحملها على صورة توكيل الغير في حالة السكر وحمل التوكيل على الفضولي، وإلا فلا اعتبار بعقد السكران لو كانت بنفسها مباشرة للعقد.

ويمكن الإيراد: بأن القول ببطلان عقد السكران يستلزم بطلان عقد الوكالة منها.

فالمحصل: أن مراد الشيخ من الاستدلال بها أن نفس الإقدام بذلك إجازة فعلية وإن أبيت فتدى الرواية على صحة النكاح المعطاطي، فلا دلالة فيها على المدعي.

ثم إنّه بعد القول بأن وزان الإجازة وزان الشرط ولا يحتاج إلى اللفظ والقول وقيام النص على تمامية الإجازة الفعلية، قد يستدلّ بعدم اعتبار اللفظ في الرضا والإجازة بمقتضى العمومات من آية الحل والوفاء والتجارة، بل القول بكفاية الدلالة الالتزامية؛ لدلالة صحيحة معاوية بن

^١ وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٤، أبواب عقد النكاح ب١٤ ح.

^٢ حاشية المكاسب (للسيد اليردي عليه السلام) ١: ١٥٨.

وَهُبْ: قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةُ فَقَالَ: إِنِّي كُنْتُ مَمْلُوكًا لِّقَوْمٍ وَإِنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً حَرَّةً بِغَيْرِ إِذْنِ مَوَالِيِّ، ثُمَّ أَعْتَقْتُنِي بَعْدَ ذَلِكَ، فَأَجَدَّدْتُ نَكَاحِي إِيَّاهَا حِينَ أَعْتَقْتُهُ، فَقَالَ عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةُ: «أَكَانُوا عَلَمُوا أَنِّي تَزَوَّجْتُ امْرَأَةً وَأَنْتَ مَمْلُوكٌ لَّهُمْ؟» فَقَالَ: نَعَمْ وَسَكَتُوا عَنِّي وَلَوْ يَغْيِرُوا عَلَيَّ، فَقَالَ: «سَكُوتُهُمْ عَنِّي بَعْدَ عِلْمِهِمْ إِقْرَارُهُمْ أَثْبَتَ عَلَى نَكَاحِكَ الْأَوَّلِ»^١.

وَأَيْضًا مَا وَرَدَ فِي الْخَبَرِ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ الْمُبَارَكَةُ فِي الْعَبْدِ الَّذِي تَزَوَّجَ بِدُونِ إِذْنِ مَوْلَاهُ أَنَّهُ قَالَ: إِنْ شَئْتُ فَرَقَ بَيْنَهُمَا، فَقَالَ الرَّجُلُ لِعَبْدِهِ: يَا عَدُوَّ اللَّهِ طَلَقْ^٢، فَقُولُهُ: «طَلَقْ» يَدِلُّ بِالْمُلَازِمَةِ عَلَى إِقْرَارِهِ وَقَبُولِهِ لِلتَّزَوِّيجِ فَالرَّوَايَةُ دَالَّةٌ عَلَى كَفَايَةِ الدَّلَالَةِ الْالْتَزَامِيَّةِ عَلَى الرَّضَا وَالْإِجَازَةِ.

وَأَشْكَلَ فِي الْاسْتِدَلَالِ بِالْعُمُومَاتِ بِدُعْوَى: أَنَّ الْعُمُومَاتِ غَيْرَ شَامِلَةِ لِعَقْدِ غَيْرِ الْمَالِكِ إِلَّا بَعْدِ الْإِنْتَسَابِ، وَالْإِنْتَسَابُ لَا يَكُونُ إِلَّا بِإِنْشَاءِ الْإِجَازَةِ وَإِظْهَارِ الرَّضَا بِمَظْهَرِ فَعْلِيٍّ أَوْ قَوْلِيٍّ، وَذَلِكَ قَدْ ثَبَتَ مَمَّا مَرَّ سَابِقًا مِنْ أَنَّ مَوْضِعَ أَدْلَةِ النَّفْوذِ هُوَ الْعَقْدُ الْمُنْتَسِبُ إِلَى الْمَالِكِ وَلَيْسَ الْمُتَعَلِّقُ بِهَا مَطْلُقُ الْعَقْدِ، فَلَا يَدِلُّ مِنْ تَحْقِيقِ الْإِسْتَنَادِ إِمَّا بِالصَّدُورِ مِنْ الْمَالِكِ أَوْ وَكِيلِهِ أَوْ وَلِيِّهِ، وَإِمَّا الْفَضْوِيلِيِّ فَتَمَامِيَّتِهِ مُوقَفٌ عَلَى كُونِ الْإِجَازَةِ مَوْجِبَةً لِتَمَامِيَّةِ الْإِسْتَنَادِ وَتَحْقِيقِ الرَّضَا بِالْقَوْلِ أَوْ بِالْفَعْلِ، وَإِمَّا كَفَايَةً صِرَافِ الرَّضَا وَمَوْجِبِيَّتِهِ لِصِيرُورَةِ الْعَقْدِ عَقْدُ الْمَالِكِ يَدُورُ مَدَارِ قِيَامِ دَلِيلٍ شَرِعيٍّ عَلَى كَفَايَتِهِ، فَإِنَّهُ بِمَجْرِدِهِ يَشْكُلُ تَحْقِيقَ إِنْتَسَابِهِ إِلَى

^١ وسائل الشيعة: ٢١، ١١٧، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٢٦ ح١.

^٢ انظر وسائل الشيعة: ٢١، ١١٨، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٢٧ ح١.

المالك، ومع الشك يكون من صغريات الشبهة المفهومية، بتوسيع: أنّا نشكّ في سعة دائرة الانتساب بمعنى: أنّه هل الانتساب عنوان عام يتحقق بصرف الرضا، أو أنّه عنوان خاصّ لا يتحقق إلّا بعد صدور الإنشاء من المالك أو وكيله ومقتضى الاستصحاب عدم تحقق الاستناد عند الشكّ فيما يكون محققاً للاستناد، فالنتيجة: يكون الشك راجعاً إلى الشك في تحقق الموضوع (لأدلة وجوب الوفاء) فلم يبق مجال للاستدلال بها؛ لأنّه من التمسّك بالدليل في الشبهة المفهومية لموضوعه، فالحكم هو عدم صحة العقد بصرف الرضا ومجده من دون إنشاء الإجازة قولاً أو فعلاً، والأدلة التي أقامها الشيخ كالرواية المقدّمة وأيضاً ما ورد في تزويج العبد بدون إذن سيده؛ معللاً بأنّ سكوت سيده إقرار له بالعقد (لكفاية الرضا الباطني) ففيه: ما مرّ في الرواية الأولى، وأمّا في هذه الطائفة ربّما يقال بأنّ السكوت رضى فعلياً ويكون كاشفاً عن الرضا الباطني، مضافاً إلى أنّ هذه الروايات واردة في العبد، والعبد هو الذي يستند إليه العقد والمولى خارج عن ذلك نعم، إجازته دخيلة في صحة العقد كإجازة العمة والخالة في صحة عقد بنت الأخ والأخت، مع أنّ الإجازة في الفضولي توجب تمامية العقد وانتسابه إلى المالك، فلو دلّت هذه الروايات على كفاية الرضا الباطني لا تتجاوز عن مواردها كما ذكر ولا تصحّ بها تمامية الاستناد إلى المالك الذي يلزم تمامية الاستناد به.

وعلى الجملة: قد مرّ أنه لم يتم الدليل على اعتبار اللفظ الصريح؛ لأنّ الغاية فيها أنها شرط لتحقق النقل الحقيقي وترتّب الأثر ولا دليل على اعتبار اللفظ في الشرط ويكتفي حصوله بالفعل.

وممّا يؤيّد عدم لزوم الصراحة رواية عروة البارقي حيث خاطبه عليهما الله:

بقوله عليهما الله: «بارك الله في صفة يمينك». وأمّا الأفعال فهي - على القول بصلاحيتها للإنشاء - تعدّ من وسائل الإبراز، بخلاف ما لو قلنا بقصور الأفعال عن الدلالة على الإرادة القلبية، وغاية ما قيل في المقام: إنّ في النوافل الاختيارية اللاحزة يلزم استعمال اللفظ وأنّ تتحققها يدور مدار التلفظ بها بحسب الاستقراء (وقد مرّ نقله عن الشيخ عليهما الله).

ولكنّه قد مرّ أنه لو سلّمنا ذلك (تمامية دعوى الاستقراء) أنّ هذا يختص بباب العقود؛ لأنّ الإجماع من الأدلة اللبية التي لا إطلاق لها حتى يشمل ويعمّم الإجارة.

بقي الكلام في القول بلزوم الإنشاء (في الإجازة) فهل يجب أن يكون قوليًّا أو فعلياً، أم أنه عام شامل للإنشاء القلبي؟

فعن المحقق الأخوند عليهما الله: «إن الحاجة إلى الإجازة إن كانت لمجرد حصول الرضا والطيب بالعقد فمن اعتبر في نفوذ العقد رضاه، كما في نكاح العبد بدون إذن سيده أو بيع الراهن للعين المرهونة بدون إذن المرتهن ونحوهما فللحوق الرضا بالعقد كافٍ في تأثيره، كما في عقد المكره؛ حيث يكتفي في تأثيره بمجرد لحوقه، وإن كانت لتصحيح استناد العقد إلى المحيز مع ذلك كما في العقد على ماله بدون إذنه، فالظاهر

أنّ مجرد لحقوق الرضا به لا الاستناد، بل لابدّ في صحته من إنشاء إمضاء العقد وإجازته...»^١.

قسم العقود المتعلقة بها الإجازة إلى العقود الواقعة على متعلق الحقوق، كالعقد الواقع على العين المرهونة، أو عقد النكاح الصادر من العبد بعد تامة انتسابه إلى المالك ومن له الحق، فقال: بعد الحاجة إلى إنشاء الرضا، بل نفس الرضا بمتعلق الحق كافٍ في إثبات الحق. وإلى العقد الفاقد لالانتساب فإنه لا يكفي لتصحيح الانتساب مجرد الرضا ولا بدّ فيه من الإنشاء وإن كان الإنشاء قلبياً، حيث قال في ذيل كلامه: «نعم في كفاية إنشائه قلباً، أو لزوم إنشائه ولو بفعل أو بلفظ وإن لم يكن بداع ولو كنایة، أو لزوم إنشائه بلفظ دال ولو بالكنایة وجوه، لا يبعد أن يكون أوجهها كفاية الإنشاء القلبي، وقد انقدح بذلك أنّ كفاية مجرد الرضا في بعض الموارد لا شهادة فيها لكتفيته في جميعها، كما لا يخفى، كما لا شهادة في كفاية السكوت في الباكرة على كفاية مجرد الرضا، فإنّ السكوت منها في ذاك المقام إظهار الرضا وإنشائه، فتدبر جيداً»^٢.

ظاهر المشهور هو الالتزام بكمالية مجرد الرضا في القسم الأول من دون حاجة إلى إنشاء، ولكن أشكال المحقق النائيني بِاللَّهِ بقوله حيث قال: «لا شبهة في اعتبار إنشاء في الإجازة فيما إذا كان المقتضي

^١ حاشية المكاسب (لـالأخوند بِاللَّهِ): ٦٥.

^٢ حاشية المكاسب (لـالأخوند بِاللَّهِ): ٦٦.

للصحة قاصراً، كما في عقد الفضولي؛ حيث إنّ المانع عن صحته الفعلية إنّما هو قصور مقتضيه لأجل عدم استناده إلى المالك، وأمّا لو كان المانع من جهة تعلق حقّ الغير بمال، كما إذا باع المالك ماله الذي تعلق به حقّ الغير من حقّ رهانة أو تفليس أو جنائية ونحو ذلك، فهذا هو كالاول في الاحتياج إلى إنشاء الإجازة، أم يكفي رضا ذي الحقّ ببيع المالك ولو لم ينشأ رضاه؟ وجهان: أقواهما الأول، وذلك لأنّ نفوذ بيع المالك في متعلق حقّ الآخر يتوقف على إسقاط حقّ الآخر عن ماله، والإسقاط لابدّ له من مسقط وليس نفس الرضا باليبيع من المسقطات، وإنّما كان المسقطات متعدّداً، بل يرجع جميعها إلى شيء واحد، وهو الرضا باليبيع، كما أنّ نية الإفطار في الصوم لو كانت مفطراً لما كانت المفطرات عشرةً، وذلك لبطلان الصوم بنية الإفطار حينئذٍ قبل تحقق المفطر في الخارج، فيكون البطلان مستنداً إلى نية الإفطار لا إلى فعل المفطر، فمن تكثّر المسقطات يعلم أنّ نفس الرضا الباطني لا يكون مسقطاً لحقّ ذي الحقّ ومادام بقاء حقّه لا ينفذ البيع؛ لكون متعلقه متعلق حقّ الغير نعم، إذا كان دخل إجازة الآخر في صحة العقد لا من جهة كونه ذا حقّ حتى يتوقف على إسقاطه، بل كان صحة العقد منوطاً بإجازته لأجل احترام منه بلا ثبوت حقّ له، فيمكن أن يقال في مثله بكفاية الرضا، كما في عقد بنت الأخ أو الأخت على العمّة والخالة مع إشكال فيه أيضاً^١.

١. المكاسب والبيع: ٢: ١٢٥-١٢٦.

فإنصح أن النائي عليه السلام أيضاً انقسم العقود الصادرة من المالك المتعلقة بحقوق غيره إلى قسمين: قسم منها مما يكون المانع فيها تعلق حق غير المالك بالمبيع، وقسم منها يكون المانع رعاية احترام من أناط صحة العقد بإجازته، ففي الأول صرّح بعدم ارتفاع المانع بمجرد الرضا والتزم بلحق الإجازة إنشاءً، ولكن لو قلنا بأنّ الأمر في الصحة يدور مدار إسقاط حق ذي الحق، فلا فرق في ذلك بين إنشاء الإسقاط مطابقة أو إسقاطه بالرضا الحاصل من ذي الحق؛ لأنّ رضاه يكشف بالملازمة عن أنّ ذا الحق رفع يده عن حقه وأسقطه.

وفي الثاني: يكفي مجرد الرضا في سقوط الحق بالأولوية.

بقي الكلام في بيان حقيقة الإنسان، فعن المحقق الأخوند الله في مبحث الوضع: «ثم لا يبعد أن يكون الاختلاف في الخبر والإنشاء أيضاً كذلك (أي كاختلاف المعنى الاسمي مع المعنى الحرفي: حيث إنَّ الاسم وضع ليراد منه معنا بما هو وفي نفسه، والحرف ليراد منه معنا بما هو حالة لغيره) فيكون الخبر موضوعاً ليستعمل في حكاية ثبوت معناه في موطنها، والإنشاء ليستعمل في قصد تحققه وثبوته، وإن اتفقا فيما استعملما فيه»^١.

فيما ذكر يتضح أن الإنشاء متocom بالاستعمال ولكن الأمر القلبي لا تعتبر ولا يسمى استعمال وذكر قريباً لهذا البيان في فوائده من «أنّ

١. كفاية الأصول: ١٢.

الإنشاء هو القول الذي يقصد به إيجاد المعنى في نفس الأمر^١ وأيضاً أنكر الإنشاء النفسي في مبحث الطلب والإرادة.

وأماماً بناءً على مسلك المشهور يكون حقيقة الإنشاء هو «(الإيجاد) وفسره أهل اللغة: نشو الشيء: إيجاد الشيء من كتم العدم، هذا في إيجاد الأمور الحقيقة وجاء في وصفه سبحانه وتعالى: «ابتدأ الأشياء من لا شيء قبلها وأنشأها...».

وأقما في الأمور الاعتبارية، فعلى مسلك المشهور يكون المراد من إيجاد المعنى هو السببية اللفظية بوجوده الاعتباري، كإيجاد علقة الزوجية بلفظ «أنكحت» في وعاء الاعتبار، وعلى مسلك آخر: هو الاعتبار ثم إبرازه بمبرز خارجي من اللفظ وغيره، فعلى جميع هذه المعاني تشكل الموافقة مع ما أفاده الآخوند^{للله} من إنشاء الرضا القلبي بالإجارة وإن شائها محتاجة في وجودها إلى الاعتبار ولا يكفي إظهار الرضا؛ لأن الرضا صفة نفسانية - مضافاً إلى أن الآخوند^{للله} صرّح في ذيل كلام الشيخ^{للله}: «إن كفاية مجرد الرضا في بعض الموارد لا شهادة فيها لكتفيته في جميعها»؛ لأن الموجبة الجزئية لا تفيد فائدة الموجبة الكلية.

فانطبق بما ذكرنا عدم الالتزام بكتفية الرضا الباطني من دون الإنشاء وإبرازه، وإن مال الشيخ^{للله} أولاً «بكتفية الرضا الباطني» عند نقاشه في

١. فوائد الأصول: ١٧

الإجماع الحاصل من عبارة جماعة من المتأخرین بعدم تحققه وأنّ دعوه خرط القتاد، وأيضاً نقل جملة من الروايات في العقد الفضولي الدالّة على كفاية السكوت عن الإجازة اللفظية.

والإشكال في تمامية الاستناد إليها بقوله: «بقي في المقام أَنَّه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه، فينبغي أن يقال بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً للعقد أو سابقاً، فإذا فرضنا أَنَّه علم رضا المالك بقول أو فعل يدلّ على رضاه ببيع ماله كفى في اللزوم؛ لأنَّ ما يؤثِّر بلحوقه يؤثِّر بمقارنته بطريق أولى، والظاهر أَنَّ الأصحاب لا يلتزمون بذلك، فمقتضى ذلك أن لا يصح الإجازة إلَّا بما وقع قبل العقد كان إذناً مخرجاً للبيع عن بيع الفضولي.

ويؤيد ذلك: أَنَّه لو كان مجرد الرضا ملزماً كان مجرد الكراهة فسخاً، فيلزم عدم وقوع بيع الفضولي مع نهي المالك؛ لأنَّ الكراهة الحاصلة حينه وبعده – ولو آناماً – تكفي في الفسخ، بل يلزم عدم وقوع بيع المكره أصلًاً.

إلَّا أن يلتزم بعدم كون مجرد الكراهة فسخاً وإن كان مجرد الرضا إجازة (وعدم الملازمة بينهما)، انتهى كلام الشيخ الله.

وحاصله: إِنَّا لو قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ وكفاية مطلق الرضا أو الفعل الدالّ عليه فعلينا أن نلتزم بكفاية وقوع مثل ذلك مقارناً

١. كتاب المكاسب: ٤٢٥-٤٢٦.

للعقد أو سابقاً، فحينئذٍ لا يبقى مصداق للعقد الفضولي من جهة، ومن جهة أخرى يلزم أن يكون مجرد الكراهة فسخاً.

فالمحصل: لزوم الإنشاء وإبرازه وإظهاره بنحو من الأنحاء والأشكال ليصدق عنوان «الإجازة» وشأن الرضا الباطني ينحصر بالتصرفات الخارجية غير المتعلقة بالمعاملات.

(التبنيه) الثالث: «من شروط الإجازة أن لا يسبقها الرد؛ إذ مع الرد ينفسخ العقد، فلا يبقى ما تلحقه الإجازة، والدليل عليه - بعد ظهور الإجماع، بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا - : أن الإجازة إنما تجعل المجيز أحد طيف العقد وإلا لم يكن مكلفاً بالوفاء بالعقد...»^١.

[١] واستدلّ الشيخ الله على هذا الشرط بوجوه:

الأول: الإجماع.

وأورد عليه: بعدم عنوان المسألة في كلمات القدماء إلا في كلام الشهيد في قواعده، فعلى هذا لا تتحقق صغرى الإجماع نعم، إن محقق النائيني الله كلام يشعر بتسلمه لهذا الإجماع حيث قال: «... ولا يخفى أن دعوى الإجماع من مثل المصنف الله كاشف قطعي عن تساليم الحكم بين الأصحاب...»^٢.

^١ كتاب المكاسب: ٣: ٤٢٦.

^٢ المكاسب والبيع: ٢: ١٢٩.

ولكن الإشكال: أن دعوى التسالم من الأصحاب مشكلة جدًّا بعد عدم كون المسألة مطروحة عند القدماء مضافاً إلى أنه لو سلمنا ما ادعاه لم يق للإجماع المنقول أثر، وقد قرر عدم اعتبار الإجماعات المنقوله، هذا، مضافاً إلى أن تمام الاعتبار في الإجماع بما إذا لم يكن له مدرك معلوم ويكون مدركه التبعد بقول المعصوم لكشف الإجماع عن قوله عَلَيْهِ الْحَمْدُ وَالْكَبْرُ، ولكن مع وجود المدرك لهذه الدعوى من الوجهين الآخرين المذكورين في كلام الشيخ الله، وعلى الأقل احتمال مدركيتهما لها يشكل تسلّم دعوى الإجماع.

الوجه الثاني: إن رد المالك يوجب زوال قابلية العقد للحقوق الإجازة فلا يتم بعد الرد إسناد العقد إلى المميز عرفاً لتخلله بين الإيجاب والقبول و摩وجة لخروج لهما عن عنوان صدق العقد عليهما. وبعبارة أخرى: إن الرد يقطع العلاقة بين الالتزامين، فيؤدي إلى انفاس العقد الذي هو موضوع أدلة وجوب الوفاء.

وأورد عليه في «مصابح الفقاهة» بما حاصله: إن صحة القياس موقوفة على كون الحكم في المقيس مفروغاً عنه أولاً وعدم الفارق بين المقيس والمقيس عليه.

أما الأول: سلمنا أن الموجب إذا رفع يده عن إيجابه عدم بقاء المجال لتصحيح القبول المردود. وبعبارة واضحة: إن كان المراد من تخلل ما يجب خروج الإيجاب والقبول عن عنوانهما إعراض الموجب عن إيجابه وفسخه ما إنشائه من الإيجاب فهو متين، فإن الإيجاب إنما يؤثر

في الملكية إذا بقي على حاله ولم يعتريه ما يوجب زواله... وإن كان المراد من ذلك إعراض القابل عنه ورده على الموجب وعدم قبوله إيجابه ثم ندم فله أن يقبل ذلك الإيجاب، فإن رد القابل على الموجب لا يخرج إيجابه عن التأثير ما لم يخرج عن الإيجابية... إذن فالمطلوب ليس بتمام في المقيس عليه».

وأما الثاني أي في المقيس: إن القبول مقوم لمفهوم العقد وحقيقةه ولا إشكال في ذلك وإن قبله لم يتحقق عقد بخلاف الإجازة فهي لا تعد مقومة لمفهوم العقد، بل هي مصححة بشرط الانتساب إلى المالك، فإسراء الحكم مما يعد مقوماً للعقد إلى ما يعد شرطاً قياس مع الفارق. وبعبارة أخرى: «لو سلمنا كون رد القابل كردة الموجب موجباً لبطلان الإيجاب وعدم تأثيره في الملكية، فلا نسلم ذلك في الإجازة؛ للفرق الواضح بين القبول بالنسبة إلى الإيجاب وبين الإجازة بالنسبة إلى الإيجاب القبول، فإن العقد - كما عرفت تماميته - إنما هو بالإيجاب والقبول ولو خلا عن أحدهما لا يتحقق العقد لعدم تحقق التعاقد والتعاقد... وهذا بخلاف ما نحن فيه، فإن العقد قد تم بالإيجاب بتمامه ولم يبق في البين إلا رضاه المالك ليكون ذلك **«تجزأ عن تراضٍ»** ومنتسباً إلى المالك، وحينئذٍ إن رد الأصيل ذلك العقد مع كون أحد طرفيه أصيلاً ثم أجاز، فقد تقدم الكلام في تأثيره وعدمه، وإن رد الفضولي ثم طرأ الرضا وأجاز فهل يوجب رد هذا خروج العقد عن قابليته لحق الإجازة أو لا؟ الظاهر الثاني، لأن رد هذا لا يوجب

انحلال العقد ولا يضرّ بصدق عنوانه على ذلك وعن قابلية انتسابه إلى المالك بالإجازة... .

وبعبارة أخرى: إن دليل الوفاء بالعقد سبق بعنوان القضية الحقيقة، فإنّما تتحقّق العقد وصدق عليه عنوان العقد عرفاً، فيشمله ذلك الدليل فيحكم عليه بوجوب الوفاء وفي المقام حيث يصدق على العقد الفضولي مع تخلّل الرد^١.

فيما ذكر يتضح الإيراد فيما أفاده المحقق الخراساني رحمه الله توجيهًا لاستدلال الشيخ رحمه الله حيث قال: «إن العقد الصادر من الفضولي له القابلية لأن ينتمي إلى المالك، فلو رد المالك زالت القابلية... ولو شك في زوالها فالاصل الفساد بعد سقوط التمسك بآية الوفاء؛ لأنّه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية» وقد صرّح رحمه الله: «بأنّ الظاهر أن اعتبار ذلك إنّما هو لأجل أنّ الإجازة مع سبقه لا توجب صحة إسناد العقد عرفاً إلى المميز، فكما أنّ العقد الفضولي على ماله يصير عقداً له ومسنداً إليه بإجازته كذلك يسقط عن قابليته لذلك بردّه، فلا يضاف إليه بالإجازة مع سبقه عرفاً، ولا أقلّ من الشك فيه ومعه لا دليل على نفوذ هذا العقد، فالتمسّك بالعمومات يكون من التمسّك بالعام فيما اشتبه صدقه عليه. فإنّ المراد من العقود في الآية عقود من لهم الولاية على العقد، لا لأجل التقييد به على خلاف القاعدة، فإنّه من بعيد جدّاً

اعتبار أمر زائد في الفضولي...» وأمّا الإيراد فقد حَقَّ أن الإجازة ليست جزءاً للعقد، بل هي شرط له ولا أكثر، فلا يجوز جعلها بمنزلة الجزء وإجراء حكم الجزئية عليها، والقابلية في العقد للحقوق الإجازة من ذاتيات العقد فهي لا تنفك عن العقد حتى بعد الردّ، فدعوى رافعية الردّ ومانعيته للقابلية أول الكلام.