

مجموعه

مباحث خارج فقه

استاد معظم

حضرت آیت اللہ یثربی «مدظلہ العالی»

«کتاب البيع»

شماره (٤١)

الوجه الثالث: «...إنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه، فلا يبقى ما تلحّقه الإجازة فتأمّل». ^١ [١]

[١] وفي هذا المقام علّق المحقق النائيني رحمه الله على ما أفاده الشيخ رحمه الله بقوله: «إنّ الحقّ خروج العقد عن قابلية لحقوق الإجازة وهذا الكلام على وفق القاعدة بوجهين: الأول: ما أشار إليه الشيخ رحمه الله بقوله: إنّ الإجازة إنّما يجعل المجيز أحد طرف العقد، وحاصله: قياس رد العقد بعد تماميته بفعل الفضولي وقبل استناده إلى المالك بالإجازة إلى رد الموجب ما إنشائه قبل تحقق القبول... ولا يخفى أنّ هذا الوجه يتمّ لو كان للمالك بعد تحقق العقد من الفضولي حقّ الردّ والسلطنة عليه، وإنّما فيرد عليه بالمنع عن تأثير ردّه قبل الإجازة في إسقاط العقد عن قابلية لحقوق الإجازة، فالعمدة هو الوجه الثاني، وهو ما أشار إليه بقوله رحمه الله: هذا مع أنّ مقتضى...».

وتوسيعه يتوقف على بيان مقدمة، وهي أنّ المالك يكون مسلطاً على إجازة عقد الفضولي وإبطاله، لا أنّه مسلط على إجازته وعدم إجازته. وتوضيح ذلك: إنّه لا إشكال في سلطنة المالك على إجازة العقد الصادر عن الفضولي وأنّ السلطنة على الشيء تقتضي أن يكون مسلطاً على عديله بحيث يكون له القدرة على طرف الشيء وإنّما الكلام في

أن سلطنته هل هي على الإجازة وعدم الإجازة. وبعبارة أخرى: أن يكون سلطاناً على النقيضين بحيث يختار أحدهما، أو أنه مسلط على إمضاء العقد وإبطاله ورده ويكون قدرته متعلقة بأمررين وجودين ويكون التقابل بين متعلقي قدرته بالتضاد لا بالسلب والإيجاب، ولازم الأول عدم سقوط العقد عن قابلية لحقوق الإجازة بسبب الرد؛ لأن المالك مخير بين الإجازة وعدم الإجازة، وعدم الإجازة أمر عدمي حاصل من أول العقد إلى زمان تحقق الإجازة والرد لا يوجب سقوط حق الإجازة؛ لأن حال المالك بالنسبة إلى ما بعد الرد وقبله متساو بالنسبة إلى تحقق عدم الإجازة، فكما أن عدم الإجازة قبل الرد لا يمنع عن الإجازة فكذلك بعد الرد. وبالجملة، فيصير الرد أجنبياً عن متعلق سلطنة المالك، فيكون وجوده كعدمه ولازم الثاني هو سقوط حق المالك بسبب الرد؛ حيث إنه أعمل حقه واستوفاه بالرد، ومعه لا يبقى شيء حتى يتحققه الإجازة، إذا ظهر ذلك فاعلم أن التحقيق يقتضي ثبوت سلطنة المالك بين الرد والإجازة ويكون طرفي قدرته وجودياً لا على الإجازة وعدمها بحيث يكون متعلق القدرة هو الفعل والترك، وذلك لأن ما يحصل بفعل الفضولي هو إضافة تأهلية بين من أوقع البيع له وبين مال المالك، أي إضافة قابلة لأن تصير بالفعل ببركة الإجازة، وهي وإن لم تكن فعلية وبالنسبة إلى البالغة إلى المرتبة الفعلية تكون معودمة، لكنها بالنسبة إلى العدم الممحض، أعني الغير الحاصلة بفعل الفضولي شيء لها الوجود وهذه المرتبة من الإضافة التأهلية بين مال المالك وبين طرف الفضولي ثابتة، ولا يخلو إما أن يكون أمر إيقائها ورفعها بيد المالك

بحيث له أن يبقيها، فيصير فعلية بعد أن كانت تأهلية صالحة للبلوغ إلى المرتبة الفعلية، وأن يعدّها و يجعلها، كما إذا لم يتحقق من الفضولي شيء وهذا معنى سلطنته على الرد والإمساء، فإن نتيجة الرد فناء تلك الإضافة ونتيجة الإمساء بلوغها إلى مرتبة الفعلية، أو يكون أمر إيقائها بيده بحث له أن يثبتها ويمضي بها، ولكن أمر رفعها لا يكون بيده، وهذا معنى التخيير بين الإجازة، وعدم الإجازة لكن عدم السلطة على رفع ما حدث بفعل الفضولي عن ماله قصر في سلطنته.

ومقتضى عموم «الناس مسلطون على أموالهم» المثبت للسلطنة المطلقة للملك هو كونه سلطاناً على إفاذ تلك الإضافة التأهلية ورفعها معًا لا أن يكون سلطاناً على وضعها من غير سلطنة له على الرفع، فظاهر أنَّ الملك مسلط على الرد والإجازة لا على الإجازة وعدمها، فإذا ردَّ ينهدم ما أحده الفضولي بفعله، أعني الإضافة التأهلية، فلا يبقى شيء يتعلّق به الإجازة...»¹.

وأورد على الشيخ الله بقوله: «...إن مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه فلا يبقى ما تلتحقه الإجازة...»: بعدم حصول العلاقة للطرف الآخر بمجرد قبوله لإيجاب الفضولي. ويدل على ذلك أنَّ قيام الفضولي بإنشاء العقد على مال الغير لا يوجب حدوث خصوصية معينة في مال الغير، كما أنَّ عقده لا يعدّ تصرّفاً منافياً مع قاعدة السلطنة، فهذه الدعوى (من حدوث حق وعلاقة

١. المكاسب والبيع: ٢: ١٣٢-١٣٠.

للطرف الآخر) ممنوعة؛ لأنّ قياس الأمور الاعتبارية مع الأمور الواقعية باطل، فإنّا وإن سلّمنا قيام القوة والاستعداد القابليتين للارتفاع والبلوغ إلى مرحلة الفعلية (كما في النواة والنطفة) ولكن لا يمكننا قياس الأمر الاعتباري إلى الأمر الواقع؛ لكونه فاقداً لهذا الاستعداد، بل يوجد ذلك من خلال الاعتبار دون القابلية الذاتية. وغاية ما يمكن أن يقال: إنّ القابلية المذكورة حادثة بالعقد وهي مصححة لتحقق موضوع الحكم الشرعي، أي أنها مقيدة بالإجازة التي هي موضوع الملكية للمشتري وليس للملك السيطرة والسلطان عليها حتى ترتفع بقاعدة السلطنة. فاتّضح أنّ سبق الرد من المالك غير مضرّ بتحقق العقد، فيمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة.

فما أفاده المحقق النائي^{الله} من إثبات القابلية الذاتية المذكورة لا يمكن المساعدة معه؛ لما يبيّنه وإنّ هذه القابلية معلولة للعقد الفضولي ولا يعقل انفكاكها عن علته (وهي العقد) نعم، مع الشك في الصحة (في إبطال العقد بعد الرد) تصل التوبة إلى الأصل الجاري وهو الفساد إلا أنّ يقيم دليل على أنّ الإجازة المسبوقة بالرد يفيد تصحيح العقد، أما الدليل العام الذي يمكن الاستناد إليه هو إطلاق قوله تعالى: **﴿أَوْفُوا** بِالْعُهُودِ**﴾** فيما أنّ الموضوع لهذه الآية هو العقد المستند إلى من بيده الأمر، فإنّ أحرزنا أنّ الرد السابق غير مانع عن تتحقق الإسناد إلى المالك ومن بيده الأمر بالإجازة، فالمقام مندرج في إطلاق الآية الشريفة، إلا أنّ نقول بزوال صلاحية الإجازة المسبوقة بالرد عن قابلية

التصحيح ومانعيته للتمسّك بإطلاق الآية نعم، قامت السيرة على قابلية الإجازة المسبرقة بالرّد في تصحيح العقود، وإنّما الكلام في سعتها وشمولها بالنسبة إلى العقود الفضوليّة، فبما أنّ السيرة دليل لبيّ لا إطلاق له، ومجرد الشك كافٍ في تحقّق الاستناد إلى من بيده الأمر، بمعنى: أنّ آية الوفاء آمرة بوجوب الوفاء بعقودكم، فهي شاملة للعقد المستند إلى المالك دون غيره، ومع الشك في شمولها للفضولي تحصل الشبهة المفهومية بوصف «عقودكم» فيبطل الاستدلال بالدليل العام.

وأمّا الدليل الخاصّ الذي ذكره الشيخ واستدلّ بظاهره، فهي صحيحة محمد بن قيس حيث قال عليه السلام: «...نعم الصّحّيحة الواردة في بيع الوليدة ظاهرة في صحة الإجازة بعد الرّد»^١ والرواية الصحيحة هي: محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضى (أمير المؤمنين عليه السلام) في وليدة باعها ابن سيدها وأبواه غائب، فاشترتها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيدها الأوّل فخاصم سيدها الأخير، فقال: هذه ولدتي باعها ابني بغير إذني، فقال: خذ ولدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابني - يعني الذي باع الوليدة - حتى ينفذ لك ما باعك، فلما أخذ البيع الإبن قال أبواه: أرسل إبني: فقال: لا أُرسل إينك حتى ترسل إبني، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الأوّل أجاز بيع إينه»^٢.

^١. كتاب المكاسب: ٤٢٦: ٣.

^٢. وسائل الشيعة: ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٨٨ ح١.

ووجه الاستدلال: اعتبار الإجازة المسبوقة بالرد، فهي قادرة على تصحيح البيع العقد الفضولي.

وأشكل في تمامية الاستدلال بها: إنّه متوقف على إثراز أنّ اعتراض المالك وإقامته الدعوي منه يعدّ ردّاً للعقد الفضولي، هذا أولاً.

وثانياً: إنّ تحقق الردّ متوقف على الإنشاء والإجازة المسبوقة بالردّ المنصاً غير مؤثرة، وفي الرواية لا دلالة على إنشاء الردّ من المالك فلا وجه لعدم نفوذ إجازته.

ودعوى: إنّ الردّ باسترئاج المالك ولديته وابنها من المشتري يعدّ فسخاً، مندفعه: بأنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء والعتق، لا مثل أخذ المبيع.

ومحصّل الكلام: «إنّ الردّ الفعلي كأخذ المبيع مثلاً غير كافٍ بل لابدّ من إنشاء الفسخ، ودعوى: أنّ الفسخ هنا ليس بأولي من الفسخ في العقود الالزمه وقد صرّحوا بحصوله بالفعل يدفعها: إنّ الفعل...»^١.

[١] بيان ما أفاده: إنّ الردّ لم يكن بأولي من الفسخ، فإنّ ردّ العقد دفعه، أمّا الفسخ فهو رفعه، فالفسخ يعدّ رفعاً للآخر، وأمّا الردّ يدفع الملكية ويمنع من تحققها، وأمر الرفع أصعب من الدفع، فإذا أمكن تتحقق الفسخ بالفعل فبالأولوية يمكن تتحقق الفسخ بالردّ الفعلي.

وأجاب بما ذكرناه عنه الله بتوضيح: أنّ الفسخ لا يتحقق بمطلق الأفعال بل يتحقق بفعل يعدّ من لوازم الملك كالوطء «لا وطي في ملك» أو

١. كتاب المكاسب: ٤٢٧: ٣.

بالبيع «لا بيع إلا في ملك» وأمّا مجرد الأخذ الذي لا يعدّ من لوازם الملك لا يؤدّي إلى تحقق الفسخ حتى يدعّي أنه لو تحقق الفسخ بمثل هذا الفعل لكان موجّهاً لتحقيق الرد بالفعل بالأولوية.

ولكن الإشكال: أنّ دعوى اختصاص الفعل الفاسخ بالأفعال التي تعدّ من لوازم الملك دون مطلق الأفعال ممنوعة؛ لأنّ المطلوب من الفسخ هو اعتبار حلّ العقد وابرازه بمبرز فيه السببية للإنشاء عرفاً أو شرعاً، فكلّ فعل متضمن لذلك يعدّ صالحًا للفسخ.

ثم إنّ الشيخ رحمه الله صرّح بعدم اعتبار الإجازة عقيب الرد وإن سلم ظهور الرواية في الرد، فلتطرح أو تأول (والتأويل: إنّ هذه قضية شخصية لتلك الغاية).

فأراد بهذا البيان عدم قدرة هذه الرواية بعد تسلّم ظهورها في قبالسائر الأدلة المذكورة الدالة على تأثير الرد في قطع علاقة الطرف الآخر عن ملكه وعدم بقاء محل للحقوق الإجازة.

إلا أن يقال: بأنّ القاعدة (السلطنة) تقتضي الحق للملك أن يجيز العقد الفضولي بعد الرد.

ولكن قد حّقّ أنّ دليل السلطنة لا يكون مشرّعاً في مفاده وناظراً إلى الأحكام الشرعية بحيث لو شكّلنا في ترتّب بعض الأحكام على الأموال يتمسّك بدليل السلطنة، كما إذا شكّلنا أنّ ليس السنّجاح جائز في الصلاة نتمسّك بدليل السلطنة للجواز وهكذا، بل التمسّك به بعد الفراغ عن الحكم الشرعي في الجواز وعدمه، والشك في أنّ للغير حقّ المنع عن ذلك وبمقتضاه يحكم بعدم جوازه، ومع التنزّل والقول

بأنّها مشرّعة فهي مشرّعة لقدرة المالك على الجواز و الرّد دون خصوص الرّد، وبالتالي تشمل بإطلاقها الموردين، وفي المقام لا يبعد القول بترجيح جانب الرّد؛ لأنّ الدليل أثبت الرّد للعقد وبطلاه في المرحلة السابقة، فلم يبق بعده موضوع للإجازة.

فالمحصل: هو القول بعدم بقاء القابلية للإجازة المسبوقة بالرّد لتصحيح العقد وفقاً للمشهور.

(التبّيه) الرابع: الإجازة أثر من آثار سلطنة المالك على ماله، فموضعها المالك فقولنا: «له أن يجيز مثل قولنا: له أن يبيع» والكل راجع إلى أنّ له أن يتصرّف، فلو مات المالك لم يورث الإجازة وإنّما يورث المال الذي عقد عليه الفضولي، فله الإجازة بناءً على ما سيجيئه من جواز مغایرة المجيز والمالك حال العقد فيمن باع مال أبيه فبان ميّتاً، والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمّل»^١.

[١] والشيخ رحمه الله في هذا التبّيه بصدق بيان أنّ الإجازة من آثار سلطنة المالك على ماله وقائمة بشخصه، فهي من الأحكام الشرعية وأنّها مع البيع وزانهما واحد، فكما أنّ للمالك أن يبيع أو يهب و... ماله فكذلك له أن يجيز ما وقع عليه فضولاً، وليس هذا الحكم مربوطاً بباب الحقوق كالخيارات و... فلا تنتقل إلى الوارث بالموت، فالإجازة لا تورث نعم أصل المال ينتقل بالإرث وللوارث حينئذٍ أن يجيزه أو يرده.

فبناءً على القول بكون الإجازة من الأحكام وأنه لم يورث بالموت بل المنتقل إلى الوارث أصل المال ويسير الوارث مالكاً ولكل مالك الإجازة، فتكون الإجازة من الوارث مصححة وإن كان بين المحيز والمالك حال العقد مغایرة، ثم إِنَّهُ بِاللَّهِ قال: «والفرق بين إرث الإجازة وإرث المال يظهر بالتأمّل».

قد ذكر في باب الإرث أنّ الزوجة لم ترث من العقار وإنّما ترث من غيرها من سائر التركة (من الأموال والحقوق وكلّ ينتقل إلى الوارث) فعلى هذا لو باع الفضولي دار شخص فضولة ومات المالك قبل الإجازة، ينتقل المال إلى وارثه، فبناءً على القول بأنّ الإجازة من الأحكام فلكلّ من الوارث المنتقل إليه المال إجازة البيع وهذا ليس من جهة إرث الإجازة؛ لأنّ المفروض كونها من الأحكام، بل من جهة انتقال موضوعها إلى الورثة، أي أصل المال وأنّ هذه الإجازة قائمة بالمالك، فبديل المالك لا يضرّ بانتقال الحكم إليه نعم، ليس للزوجة حقّ الإجازة هنا لذلك البيع، بل هو حقّ من انتقل إليه المال، والمفروض أنّ العقار لا ينتقل إلى الزوجة.

وأمّا إذا قلنا بكون الإجازة من الحقوق وقلنا في الحقوق بجواز انتقاله إلى الورثة بالموت فيدخل تحت الدليل الدالّ على أنّ «ما تركه الميت فلوارثه» ولا إشكال في أنّ حقّ الإجازة للعقد الفضولي ليس من العقار، بل من غيرها التي ترثها الزوجة أيضاً كغيرها من الوراث.

وهنا كلام للسيد عليه السلام في التعليقة: «...لو قلنا بارث المال فلا ترث الزوجة إذا كان المبيع مما يحرم منه، بخلاف ما لو قلنا بارث حق الإجازة فإنها ترثه على أحد الوجوه أو الأقوال، وأيضاً بناءً على الأول ليس لكل من الورثة إلا الإجازة في مقدار ماله من العين، بخلافه على الثاني: فإنه يمكن أن يقال: يرث كل واحد منهم الإجازة و الرد بالنسبة إلى تمام المبيع حسبما ذكروه في إرث حق الخيار، فإنّ منهم من قال هناك بأنّ كل واحد يرث ذلك الخيار، فله الفسخ والإمساء بالنسبة إلى تمام المبيع نعم، ذكر بعضهم هناك أنّ كل واحد منهم يرث حق الخيار بالنسبة إلى مقدار إرثه من العين، وبعضهم أنّ الخيار يرثه المجموع من حيث المجموع، فليس لواحد منهم الفسخ مستقلّاً لا في الكل ولا في البعض. والحاصل: أنه بناءً على الثاني يجري الخلاف المذكور في باب إرث الخيار بخلافه على الأول، فإن الإجازة تابعة لمقدار إرثه من العين قوله واحداً!».

وَمُلْكَّصٌ مَا أَفَادَهُ: إِنَّ الْأَقْوَالَ بِنَاءً عَلَى كَوْنِ الْإِجَازَةِ حَقّاً مُخْتَلِفَةً:
أَحَدُهَا: إِنَّ الْحَقَّ الْمُورُوثُ حَقٌّ وَاحِدٌ لَيْسَ فِيهِ تَبْعِضٌ وَأَنَّ الْمُنْتَقَلَ إِلَى
الْوَرَثَةِ مِنْ حِيثِ الْمُجْمُوعِ.

ثانيها: إن الحق واحد بذاته متعدد بحسب متعلقه، وعلى هذا يتعدد الحق متعدد الورثة.

١. حاشية المكاسب (للسيد اليزدي رحمه الله) ١: ١٦٠.

ثالثها: إن الحق الموروث حق مستقل لكل واحد منهم، وأمّا في الإمضاء يتعلق بالمجموع.

رابعها: إن حق الإمضاء والفسخ ثابت لطبيعي الوراث، وهذا يصدق على كل فرد من الورثة.

(التبنيه) الخامس: إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لإقباض المبيع، ولو أجازهما صريحاً أو فهم إجازتهما من إجازة البيع مضط الإجازة؛ لأنّ مرجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري، ومرجع إجازة الإقباض إلى حصول المبيع في يد المشتري برضاء البائع، فيترتب عليه جميع الآثار المترتبة على قبض المبيع...»^١ [١].

[١] وفي هذا التبنيه تعرّض إلى عدّة أمور:

الأول: إن إجازة البيع الفضولي لا تكون ولا تعدّ إجازة بالنسبة إلى ما يترتب على البيع من لزوم قبض الثمن وإقباض المبيع؛ لأنّ القبض والإقباض قد يكونان وزانهما واعتبارها وزان السبب (كما في المعاطاة) وقد يكونان جزءاً السبب (كما في الصرف والسلم) وقد يكونان شرطاً في تحقق مضمون العقد (كما في الهبة والرهن والوقف) وقد يكونان متفرّعين على العقد (كما في البيع) ولهمما أحکام خاصة، فإذا تم العقد فعلى البائع تسليم المثمن وعلى المشتري تسليم الثمن، ولذلك لو تلف المبيع المعين قبل الإقباض انفسخ البيع وكذلك الثمن المعين -

١. كتاب المكافآت: ٤٢٨: ٣.

على ما هو المشهور - والشيخ رحمه الله في صدر التبيه تعرّض لهذا الأمر من أنّ إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن من ناحية الفضول وكذا إقباضه المبيع إلى المشتري؛ لعدم الملازمة بين إجازة البيع وإجازة القبض والإلقاء؛ لأنّ كلّ منهما أمر مستقلّ غير مرّتبط بالآخر، ولذلك يقال: بأنّ قبض الثمن من ناحية الفضول لا يستلزم فراغ ذمة المشتري للأصيل، كما هو كذلك فيما لو أقبض الفضول المبيع للمشتري وأجزاء المالك؛ ولذا يحکم ببطلان المعاملة وانفساخها إذا أقبض المبيع الفضول ثم تلف؛ لأنّ دراجها في قاعدة «تلف المبيع قبل قبضه».

الثاني: «ولو أجازهما صريحاً...» ومضي الإجازة هنا بمعنى ترتّب الأثر عليها وهو في المقام عدم الضمان بالنسبة إلى الثمن والمثمن. ثم رجع عما أفاده من مضي الإجازة فيما لو صرّح بها بالنسبة إلى القبض والإقباض، أو فهمت إجازتهما فائلاً: «لكن ما ذكرنا إنما يصح في قبض الثمن المعين، وأنما قبض الكلّي وتشخصه فرّقّو عه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معّم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة»^١.

وحاصل مراده: إنَّ الأدلة الدالة على تأثير الإجازة وصحتها غايتها أنَّها دلت على مؤثرة إنشاء الفضول، وأمَّا أنَّ الأدلة تدلُّ على مطلق ما أنشأه

١. كتاب المكاسب ٤٢٨: ٣

حتى تعين الكلي في المصدق بالإجازة محل كلام ولا يخلو عن صعوبة.

وكيف كان، فالظاهر من كلام الشيخ رحمه الله بعد تصريحه «بمضي الإجازة إذا صرّح المالك بالنسبة إلى القبض والإقاض» عدم إمكان تعلق الإجازة إثباتاً بهما، والأصل عند الشك اندراج المقام في عمومات عدم حل التصرف في مال الغير «لا يحل مال امرء...» إلا أنه فصل فيما إذا كان متعلقه شخصاً دون ما إذا كان كلياً «إنما يصح في قبض الثمن المعين...».

وأماماً إذا كان الثمن كلياً، فقد التزم بعدم إمكان تعلق الإجازة بهذا القبض إثباتاً؛ لعدم قيام دليل يعمم الحكم الثابت لإجازة البيع إلى إجازة القبض؛ لأن دليل صحة الإجازة ونفوذها يختص بالبيع وتواجده وحيث إن القبض للثمن والمبيع لا يعدان من توابع البيع ومتماماته فالإجازة لا تشملهما نعم، صرّح الشيخ رحمه الله بكون الإجازة للعقد إجازة للقبض فيما إذا كان القبض جزء السبب، كالصرف والسلم، وإلا تلزم لغوية الإجازة قائلًا في ذيل كلامه: «ولو قال: أجزت العقد دون القبض، ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان...»^١.

وقد مر الكلام بالنسبة إلى القبض والإقباض وأنهما أمران تكوينيان خارجان عن البيع ومتفرّغان عليه، فعليه فإنّجازة البيع ليست إجازة لهما، وهذا أمور:

الأول: أن الأُمور التكوينية فهي على أنحاء:

منها: ما هو متقوّم بال المباشرة ولا يقبل الوكالة والنيابة كالأكل والشرب. ومنها: ما يقبل الاستنابة كالوديعة، فإنّها استنابة في حفظ المال، والقبض من هذا القبيل، فكّلما يقبل الوكالة والإجازة فهو قابل للإجازة نعم، تفيد الوكالة الانتساب إلى الموكّل حدوثاً، والإجازة تفيد الانتساب بقاءً، فلا فرق بين العين الخارجية والكلي في الذمة؛ لأنّه كما تجري الوكالة في كليهما فكذلك الإجازة.

ومنها: ما ينتزع منه عنوان قابل للاستنابة كقوله: «قبل عنّي يد فلان» فإنّ التقبيل فعل عنوان تكويني خارجي ينتزع منه عنوان التعظيم القابل للنيابة.

الثاني: إنّ قاعدة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه» قاعدة مسلّمة، إلا أنّها تارة نقول: إنّها حكم شرعي تعّبدي فلا يقبل الإسقاط، فإذاً يشكل ما أفاده الشيخ الله من أنّ «مراجع إجازة القبض إلى إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتري»^١.

وإن قلنا: إنّها إشارة إلى أمر متعارف بين الناس؛ لأنّ إقباض كلّ من المتعاملين ملكه للآخر شرط ضمني لهما وتخلف الشرط موجب

١. كتاب المكاسب: ٤٢٨: ٣.

للخيار كان ما أفاده صحيحاً؛ لأنّ لكلّ شارط أن يسقط شرطه، ولكن المعنى الثاني غير تامٌ؛ لأنّ ظاهر قوله: «... فهو من مال بائعيه» بطلان البيع وانفساحه، ولو كان المراد ثبوت الخيار بتأخّل الشرط يلزم أن يكون العبارة «فله أن يفسخ» مع آنه لا خلاف بين الأصحاب في بطلان البيع بالتلف قبل القبض، مضافاً إلى آنه لا يختص بالمباع، بل الثمن هكذا حكمه، فإنه أيضاً لو تلف قبل القبض بطل، فظاهر آنه يشكل الموافقة مع **الشيخ** الله «لأنّ مرجع إجازة القبض...» بل الصحيح ما أفاده في أحكام القبض من «أنّ الضمان فيما نحن فيه حكم شرعي لا حقّ مالي، فلا يقبل الإسقاط»^١.

الثالث: إنّ المناط قبض المالك ولا يعقل أن يضاف قبض الفضولي إلى المالك قبل إجازته للبيع؛ لأنّ ما به الانتساب والإضافة إليه هو الإجازة، فلا يعقل تحقّق النسبة قبل تحقّق ما به الانتساب، وعلى هذا فلو قبض الفضولي قبل الإجازة وتلف بطل البيع، فتوهّم كون التلف في ملك المالك بالإجازة اللاحقة بناءً على الكشف في غاية البطلان والأمور المذكورة تتعلّق بالقبض بما هو شرط، وقد مرّ أنّ إجازة البيع لا تدلّ على إجازة القبض إلا إذا صرّح المالك أو فهم بالقرائن.

الرابع: إنّ كان القبض جزءاً للسبب - كما في الصرف والسلم - فإنّ إجازة البيع لا تنفكّ عن القبض؛ لأنّ الإجازة تعلّقت بكلّ السبب ومنه

^١ كتاب المكاسب: ٦: ٢٧٢.

القبض نعم، هذا يختص بما إذا كان المالك عالماً ببيع الفضولي وعالماً بالمسألة، وإلا فلا تكفي الإجازة.

الخامس: إن قوام بيع الصرف والسلم هو القبض في المجلس، فلو أجاز العقد دون القبض، فقد مر أن الشيخ قال: «ففي بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان...» لأن رد القبض ينافض إجازة البيع وإجازته كالعدم.

والتحقيق أن يقال: إن مقتضى الخبر - عن أبي جعفر عن أمير المؤمنين عليه السلام : «لا يبتاع رجل فضة بذهب إلا يداً بيد، ولا يبتاع ذهباً بفضة إلا يداً بيد»^١ - كون القبض في الصرف والسلم من وظائف المتعاملين أي الفضولي وصاحبها، ولا ربط له بالمالك، فلو قبض المالك لم يكن مؤثراً، وعليه فلو أجاز البيع دون القبض «وكان قوله دون القبض قرينة على عدم إرادة معنى الإجازة» كانت إجازته لاغية، وإن كان قاصداً لمفهوم اللفظ وملفتاً إلى دلالته التصديقية كان ردّه للقبض لاغياً: لعدم ارتباط القبض بالمالك وجوداً وعدماً، كما تقدم لا سيما إن فصل بين الإجازة ورد القبض، هذا الذي نقلناه بيان من السيد الميلاني رحمه الله آخذاً بعضها من المحقق الأخوند رحمه الله في التعليقة توضيحاً ونقداً على كلام الشيخ رحمه الله؛ حيث إن الشيخ رحمه الله صرّح بأن إجازة البيع ليست إجازة لقبض الثمن ولا لاقباض المثمن إلا بتصریح المالك أو

^١. وسائل الشيعة ١٨: ١٦٨، أبواب الصرف ب٢ ح٣.

انفهم من القرآن، وذلك إنما يصح في قبض الثمن المعين وأشكال في الكلّي في الذمة.

وأورد عليه السيد الميلاني رحمه الله: بأنّ القبض ليس من الأفعال المتنوّمة بال مباشرة، بل هو قابلة للوكالة، فالتفصيل في كلام الشيخ رحمه الله بين العين الخارجية والكلّي غير تامّ أولاً لقابلية الوكالة في القبض، وثانياً بما نقله عن شيخ الطائفة من أنّه لو أجازه المالك بيع الغاصب لم يطالب المشتري بالثمن؛ لأنّ بين إجازة البيع وإجازة القبض والإقباض في البيع الفضولي ثبت الملازمة، سواء أكان المبيع أو الثمن شخصياً أو كلّياً وأنّه بهذا الحكم استشهد على ثبوت الملازمة بين إجازة البيع الفضولي وبين إجازة قبض الكلّي وتبديله إلى الشخصي والفرد المعين، وإن ضعف كلامه العلّامة، إلا أنّ الشيخ رحمه الله رجع عما أفاده بالنسبة إلى منع الصرف والسلم، بتوجيهه: أنّ إذا لم تكن إجازة العقد إجازة للقبض تلزم لغوية الإجازة، فلذا يقال بالملازمة بدلالة الاقتضاء.

واعتراض السيد رحمه الله على كلام الشيخ في تفصيله وقال: «لا يخفى أنّ الفضولي إنما تجري في التصرّفات المعاملية بناءً على عموم دليلها، لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية والقبض في المعين من الأفعال الخارجية فهو أولى بالإشكال من القبض في الكلّي؛ لأنّ تشخيص الكلّي المملوك بالفرد وتعيينه فيه نوع من المعاملة؛ لأنّه من باب الوفاء وهو في اللب مبادلة بين الكلّي والفرد المتّشخص، فما ذكره

المصنف من جريانه في المعين دون الكلّي لاحتياجه إلى دليل معمم كما ترى^١.

وحاصل ما أفاده الله : إنّ تصحّح المعاملة الفضوليّة بالإجازة خاصّة بالتصرّفات المعاملية، كالبيع والهبة والصلح، وأمّا الأفعال والتصرّفات الخارجّية، كالقبض، فهي موضوعات للأحكام والآثار الشرعية ولا تكون معاملة أو الأمر الاعتباري، فهي فاقدة لقابلية لحقوق الإجازة وقبيلها، ولذا إذا قلنا بإمكان تعلق الإجازة بالقبض الشخصي دون الكلّي فعلينا الالتزام بصحة تعلقها بالقبض الكلّي؛ لأنّها تعدّ معاملة ومبادلة ووفاءً، فالشيخ الله عليه الالتزام بالعكس فيما أفاد، إلّا أنّه يمكن أن يرد على ما ادعاه السيد الله من إمكان تعلق الإجازة بالتصرّفات المعاملية الفضوليّة دون الأفعال الخارجّية، بأنّه ما هو الدليل على ما أُفيد من عدم إمكان تعلق الإجازة بالأفعال الخارجّية، وإن أراد تصحّح دعوى السيد المحقّق الأصفهاني بتوجيهه: أنّ الإجازة مشتملة على إظهار الرضا الذي هو شرط التأثير، فيناسب التصرّفات المعاملية وتحقّق الانتساب إلى قبض المالك، لكنّه مع تسلّم هذا التوجيه يشكل ذلك؛ لعدم قيام دليل عقلي أو شرعي على أنّ كلّ ما يتضمّن شرط التأثير والنفوذ صالح لتعلق الإجازة به، بل الدليل قائم على أنّ كلّ فعل يتضمّن صلاحية الانتساب إلى المجاز قابل لتعلق الإجازة حتى الأفعال

١. حاشية المكاسب (للسيد الزيدي الله) : ١٦٠.

الخارجية. والشاهد على ذلك صحة إقراض المستودع الأمين ما كان قد أودعه الوديعي عنده إلى غيره فضولة بعد إجازته وصحة توصيفه بأداء الأمانة.

هذا مضافاً إلى أنّ ما ادعاه السيد الله من الالتزام بأنّ التعامل بالكليّ يعُدّ معاملة، وبعض الثمن الشخصي المدفوع إليه معاملة ثانية أمر لم يلتزم به الشيخ الله، بل الإقراض للفرد المعين من الثمن يعُدّ وفاءً بالعقد المذكور عند العقلاء، ولا يعُدّ معاملة ثانية حتى تصبح دعوى تعلق الإجازة بها كما زعمه السيد الله.

وعن المحقق الأصفهاني الله «التحقيق في عدم قبول القبض للإجازة هنا دون القبض في الصرف والسلم: هو أنّ القبض تارة يكون موضوعاً لحكم شرعي، وأخرى سبيلاً، أو شرطاً لأمر اعتباري شرعاً، فال الأول: كالقبض في قاعدة «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائمه»؛ حيث إنّ المعاملة محكومة شرعاً بالانفاسخ إذا تلف المبيع قبل قبضه. والثاني: كالقبض في الصرف والسلم؛ حيث إنّه شرط تأثير العقد في الملكية، وعلى أيّ حال فالقبض لا ينتمي إلى المالك إلاّ بالإجازة، والاتساب أمر واقعي لا يعقل تقدّمه على ما به الاتساب، ففيما إذا كان موضوعاً للحكم لا يترتب عليه الحكم إلاّ حين تحقق موضوعه، وإذا كان شرطاً للتأثير أمكن أن يكون القبض المنسوب إلى المالك حال الإجازة شرطاً متّقدّماً للملكية حال العقد، أو حال قبض الأجنبي، ففي الأول إذا كان قبض الأجنبي متّقدّماً بالتلف فهو من باب التلف قبل

القبض؛ لأنّ قبض الأجنبي كلاً قبض وحين انتسابه إلى المالك مسبوق بالتلف، وفي الثاني يكون القبض المنسوب إلى المالك حال انتسابه مؤثراً في الملكية بناءً على الكشف والنقل...، فلا إشكال في قبول القبض من حيث نفسه للانتساب، كما أنه لا إشكال في عدم اختصاص الإجازة بما عدا القبض من التصرّفات المعاملية^١!.

وحاصل كلامه: إنّه عدّ الانتساب أمراً واقعياً، فلا يتحقق إلاّ بعد الإجازة بمعنى استحالة تحقق الانتساب إلاّ بعد تحقق محقّقه في الزمن السابق عليه (أي استحالة تحقق الانتساب قبل قيام ما يحقّقه) فعندما يتحقق الانتساب فإنّه يتحقق بمعنى تحقق المفعول قبل تحقق المفعول المعنوي، فهنا لا مجال لتعلق الإجازة بهذا القبض ويعدّ تلف المال من مصاديق «كلّ مبيع تلف...».

ما أفاده الله من عدم إمكان تعلّق تقدّم الانتساب على ما به الانتساب تامّ؛ للقاعدة العقلية، وهي استحالة تحقق المعلول قبل وجود علّته ولا فرق في ذلك بين الوجودات الواقعية والاعتبارية، ولا خصوصية في المقام، هذا من حيث الصغرى.

وأيّما الكبّرى: فما ادّعاه من أنّ الانتساب أمر واقعي لا يخلو من تأمّل؛ لأنّ الانتساب من الأمور الإضافية ويدور الأمر فيه مدار المضاف إليه، فإنّ كان الطرف من الأمور الواقعية يكون الإضافة والنسبة واقعية، كالنسبة بين الأب والإبن والأخرين، وأيّما إذا كان اعتبارياً فيكون النسبة اعتبارية فإنّ إطلاق القول بكون النسبة أمر واقعي محلّ إشكال.

١. حاشية كتاب المكاسب (لالأصفهاني الله) ٢: ١٩٠.

أقول: سلّمنا عدم تقدّم الانتساب على ما به الانتساب، إلّا أنّه يمكن تبديل ذات المنتسب بمعونة تحقّق الانتساب في ظرفه؛ حيث إنّ الأمور الإضافية (المشهورة بالأمور التعليقية) كالرضا والشوق والإجازة والإنفاذ والإمساء التي لم تتحقّق ذواتها إلّا بواسطة الإضافة إلى الغير فهذه أمور قابلة للتعلق بما يحدث في الأزمنة الثلاثة، فالرضا «مثلاً» الذي من الأمور النفسانية قابل للتعلق للموجود - الذي قد يكون من الأمور الخارجية وقد يكون من الأمور الاعتبارية كالعقد والإيقاعات - في الأزمنة الثلاثة، فقد يستمرّ الإنسان في كراهته لشيء فيما مضى وفيما هو فيه ثم تقلب الكراهة إلى القبول والرضا في المستقبل، فيصير العقد الواقع مرضياً به، لكن من حين وقوعه، كما في بيع الفضولي، فيجعل العقد المكره سابقاً مرضياً، وهذا يمكن أن يتحقق من خلال القبض، فكما يمكن أن يتعلّق الرضا والإجازة بالعناوين الاعتبارية كذلك يمكن تعلّقه ببعض الأمور الخارجية المترتبة على الأمور الاعتبارية، فلا مانع من تعلّق الإجازة اللاحقة بالقبض المتحقق من الفضول وترتّب الآثار الشرعية، ولا سيّما بعد القول بكفاية مطلق الانتساب الحاصل من الرضا المستفاد من الأدلة الشرعية وأنّها تقييد كفاية مطلق الرضا في تصحّح الانتساب، سواء تحقّق ذلك من قول المالك أو فعله، وقد مرّ تحقيقه سابقاً.

وعلى الجملة: لا مانع من تعلّق الإجازة بالقبض بعد اندفاع المحاذير الثبوتية (لعدم الملازمة الشرعية بين إجازة البيع وإجازة القبض، وإنّ القبض من الأمور التكوينية ليست قابلة للانتساب بعد العمل...) وفافاً

للشيخ رحمه الله لأنَّ أمرَ التعلق يدور مدار الارتكاز العقلائي والثابت من سيرتهم جواز تعلق الإجازة بالقبض الفضولي.

وإذا انجرَ البحث هنا ينبغي أن تتكلّم حول جريان الكشف والنقل في إجازة القبض، والأقوال فيه ثلاثة:

الأول: جريان البحث عن الكشف والنقل في القبض.

الثاني: إنَّ الإجازة في القبض ناقلة ولا مجال للقول بالكشف فيها.

الثالث: التفصيل الذي ذهب إليه المحقق النائيني رحمه الله حيث قال: «...فإجازة القبض هل يجري فيها احتمال الكشف والنقل، فتكون كإجازة العقد، أو أنها ناقلة ولو قلنا في إجازة العقد بالكشف؟ وجوه، أقوالها التفصيل في القبض بين ما إذا كان في باب السلم والصرف وبين ما إذا كان في غيرهما، سواء كان فيما يتوقف الصحة عليه (أي على القبض) كباب الوقف والرهن والهبة أو لا، بالقول بمجيء الخلاف في النقل والكشف في الأول (أعني القبض في باب الصرف والسلم) دون الأخير، وذلك أمّا في باب السلم والصرف، فل تكون القبض فيهما جزء من السبب كإيجاب والقبول؛ فيكون حال إجازته كحال إجازة العقد؛ حيث إنَّه سبب يجيء الكلام في ترتيب مسببه عليه بالإجازة من حينه وهو الكشف، أو من حينها وهو النقل، وأمّا في غير باب السلم والصرف، فلأنَّ القبض ليس جزءاً من السبب بل إما شرط للصحة - كما في باب الوقف ونحوه - أو لا يكون دخيلاً في الصحة، وكيف كان فما هو المعتبر من له القبض رضاه بالقبض، وهو لا يدخل فيه الكشف،

بل الرضا إذا حصل فهو حاصل من حين حصوله فيكون حاله كحال العقود الإذنية. ولأجل ما ذكرناه من الاختلاف في باب السلم والصرف وباب الوقف ونحوه، بكونه في الأول جزء من السبب دون الأخير قالوا لو أقر بالوقف بصيغة: «وقفت هذا المال» فإنّ إقراره هذا ليس إقراراً بالقبض لأنّ القبض؛ ليس من أسباب الوقف، ولو كان إقراره بصيغة: «هذا المال وقف» كان إقراراً بالقبض، وهذا بخلاف الإقرار ببيع الصرف، فإنّ الإقرار به إقرار بالقبض، سواء أقرّ بصيغة: «بعت هذا» أو بصيغة: «هذا مبيع»؛ لأنّ الإخبار عن بيعه إخبار عن إيجاد البيع بسببه والمفروض كون القبض من أجزاء السبب.

والحاصل: إنّ المحتاج إليه في صحة القبض الصادر عن الفضولي في غير باب الصرف والسلم هو رضي من له القبض به وإذنه به، فيكون من هذه الجهة كالعقود الإذنية في أنها لو تحققت فضوليًا تكون الإجازة فيها ناقلة، ولو قلنا في باب الإجازة بالكشف؛ لأنّ المدار في صحتها على الإذن، فلا محالة يكون أثراها عند الإذن، ولا يعقل تحقق أثراها قبل صدور الإذن ولا يصحّ أن يقال بكاشفية الإجازة عن كون الإذن من أول الأمر؛ لمخالفته مع الوجdan فيما إذا لم يكن المجيز راضياً من الأول فرضي بعده»^١.

أقول: إنّ المستفاد من كلامه بنائه في التفصيل في جريان الكشف والنقل والفرق بين باب الصرف وغيره كالوقف (وإنّ في الأول يجري

١. المكاسب والبيع: ٢: ١٤٠-١٤١.

الكشف والنقل وفي الباقي غير جار) مبني على أنّ القبض اعتبر في الصرف جزءاً وفي الوقف شرطاً في الصحة (ومعلوم أنّ الجزئية والشرطية من الأحكام الوضعية الشرعية بحيث لولا جعل الشارع لما أمكن تصور الجزئية والشرطية، في قبال الجزء والشرط التكيني).

ولا إشكال في أنّ الأمور المركبة والمشروطة إنّما سمى بها لتضمنهما للجزء والشرط بمقتضى الأدلة الاعتبارية، فدعوى: اعتبار القبض جزء للسبب المؤثر في النقل موقوف على تمامية الدليل عليه، مع أنّ المستفاد من الأدلة في مقام الإثبات كون القبض قيداً في البيع، كما أنّ في الوقف كذلك، فادعاء كونه جزءاً للسبب في البيع وشرطياً في الوقف عهدها على مدعها، كما أنّ دعوى التفصيل بين الإقرار في باب الوقف وباب البيع والتصريح بأنّ الإقرار بالوقف بالصيغة ليس إقرارا بالقبض دون الإقرار بالبيع؛ حيث إنّه يعدّ إقراراً بالقبض مطلقاً، أيضاً عهدها على مدعها، هذا. مضافاً إلى أنّ البحث عن حقيقة الإجازة والإذن يرشدنا إلى عدم قابليةهما لتحمل التفصيل بملاحظة الموارد المختلفة وأنّ الإذن يعدّ ناقلاً مطلقاً ولا يتصور فيه الكشف؛ لأنّ الإذن أمر حالي ومنشأ اعتبار المأذونية متقدّم عليه في الزمان السابق، وهذا هو الفارق بين الإذن والبيع، فحقيقة البيع هو تبديل عين بعوض أو تملك عين بمال، وهذا الأمر الاعتباري يمكن أن يتعلّق بالأزمنة الثلاثة، فيصبح فيه البحث عن الكشف والنقل، بخلاف الإذن؛ حيث لا يعقل أن يتعلّق بالمأذون السابق، فلا مجال للبحث عن الكشف، بل الأمر فيه يختص بالنقل حسراً، فإذاً لا فرق بين الإذن في باب الصرف والسلم وغيره في

عدم تصور الكاشفية، هذا ما أفاده شيخنا الأستاذ مَدْ ظَلَّهُ تعليقاً على
كلام المحقق النائيني رحمه الله.

(التبنيه) «ال السادس: الإجازة ليست على الفور؛ للعمومات ولصحيحة
محمد بن قيس وأكثر المؤيّدات المذكورة بعدها...»^١. [١]

[١] استدلّ رحمه الله على عدم فورية الإجازة (فيما إذا علم بوقوع البيع على
ماله دون ما إذا كان جاهلاً؛ لأنّه لا موضوع لهذا البحث) لعمومات
البيع (كأوفوا بالعقود، أحلّ الله البيع، إلّا أن تكون تجارة عن تراض، لا
يحلّ مال امرء...، علم المولى بنكاح العبد وسكته، رواية عروة
البارقي^٢، الناس مسلطون على أموالهم) وبصحيحة محمد بن قيس
(وليديتي باعها ابني بغير إذني... أجاز بيع ابنته)^٣ بدعوى: أنّ الإجازة
مؤثّرة وإن وقع بينها وبين البيع فترة أو فترات، وهذا مقتضى ظاهر الحال
في أنّ له أن يتأمّل ويتفكّر في الحادثة، وربما استغرق ذلك وقتاً طويلاً،
فالقول بالفورية في موارده كالشفعه والغبن (مضافاً إلى الفارق الظاهر
من أنّ هذه الموارد تختصّ بتحقق المعاملة، والمقام يرتبط بعدم تتحققها
جزماً وانتظارها بلحوق الجزء الأخير لها) لأجل قيام الدليل عليه،
والدليل هو: أنّ ترك الفور والتراخي لأخذ الحقّ كاشفاً عن رضى ذي
الحقّ بترك حقّه، كما في الشفعه وخيار الغبن وعيوب الزوجة والزوج.

^١. كتاب المكاسب: ٣، ٤٢٩.

^٢. مستدرك الوسائل: ١٢: ٢٤٥، أبواب عقد البيع ب١٨ ح ١.

^٣. وسائل الشيعة: ٢١: ٢٠٣، أبواب نكاح العبيد والإماء ب٨٨ ح ١.

وأشكل عليه: بأنّ إطلاق الصحّيحة غير مختصّ لذلك، بل هي قضية في واقعة، فيتعامل معها بمقتضى سعة الواقعه وضيغها ولا أكثر، وإن أمكن التمسّك بإطلاق التعليل الوارد في نكاح العبد بقوله عليه السلام: «إذا أجاز جاز»؛ حيث إنّ طبيعة عنوان الإجازة شاملة لعموم الزمان، وأمّا العمومات ولا سيّما القاعدة السلطنة الثابتة لملاك الأموال، فهي إما مستندة إلى النبوية المشهورة (الناس مسلطون على أموالهم) وإما سيرة العقلاة.

أمّا الأولى فهي فاقدة للسند المعتمد، مضافاً إلى أنها لا تدلّ على أكثر من إثبات حقّ التصرف للملك كيف ما شاء وعدم جواز منع الغير عنه وهذا المقدار لا يفيد الإطلاق القابل للاستناد.

وأمّا الثانية: فهي من الأدلة الّبية والقاعدة تقتضي الاقتدار على المتين وهو الاقتدار بالأقلّ.

ثمّ قال: « ولو لم يجز الملك ولم يردّ حتى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرّفه فيما انتقل عنه وإليه - على القول بالكشف - فالأقوى تداركه بال الخيار أو إجبار الملك على أحد الأمرين...»^١ [١]

أقول: تارة تقول: بأنّ الأصيل أن يرفع يده عن الالتزام الحاصل بالمعاملة الفضولية متى شاء حتى قبل إجازة الملك أو ردّه، فلا موقع للبحث عن تضرّره وما يتربّى عليه من الخيار أو إجبار الملك.

١. كتاب المكاسب: ٤٢٩: ٣

وتارة نقول: ليس للأصيل رفع اليد عن التزامه بالعقد الواقع قبل ردّ المالك أو إجازته من دون فرق بين القول بالكشف أو النقل، فليس للأصيل الرجوع عنه، فيستلزم تضرّره، فهنا محلّ الكلام لكيفية خروج الأصيل عن المشكلة.

وثالثاً: القول بالتفصيل بين الالتزام بالكشف والنقل بأنّه على القول بالنقل يكون للأصيل رفع اليد عما التزم به دون القول بالكشف، فإنه ليس له رفع اليد ما يستلزم الضرر ولا يمكنه الخروج إما بال الخيار أو إجبار المالك بالإجارة أو الردّ، ما يظهر من *الشيخ* الله في المقام (وقوله بالكشف في الإجازة) هو التمسّك بقاعدة الضرر لدفع الضرر إما بـأعمال الخيار، أو إجبار المالك على أحد الأمرين.

ولكن الإشكال: أنّه على مبناه أنّ القاعدة (لا ضرر) لا تكون مشرّعة، فلا يمكن تكفلها بجعل الحكم من الخيار أو إلزام الأصيل، وإلا أن يقال: بأنّ المشكلة نشأت من حكم الشارع بلزوم الوفاء على الأصيل، فيما أنّ وجوب الوفاء هو السبب في حدوث الضرر فيمكن رفعه بقاعدة الضرر النافية لكلّ حكم ضرري، ولعلّه لذلك ذهب *السيد* الله إلى تعين الإجبار أولاً بقوله الله: «الظاهر أنّه يتعين الإجبار أولاً، فإن لم يمكن أو لم يختار أحد الأمرين فالأصيل الخيار، فالحكم بال الخيار من أول الأمر لا

دليل عليه. ثم إن هذا بناء على ما ذهب إليه المصنف ^{عليه} وغيره من لزوم المعاملة على الأصيل وإلا كما هو الحق فلا إشكال...»^١.

ولكن يرد عليه: أن اختياره الإجبار أولاًً مما لا دليل عليه؛ لأن مقتضى قاعدة السلطنة سلطنة الإنسان على نفسه وأفعاله وأمواله، ولا يحق لأحد أن يجبر غيره بعمل ينافي إرادته، إلا إذا فعل منكراً أو ترك معروفاً فيما أجاز الشارع، أو امتنع عن أداء الحق مع مطالبة ذي الحق فللحاكم إجباره؛ لأنّه ولي الممتنع، وفي المقام لا ينطبق صدق أحد الموارد، إلا أن يقال: بأن كل ما يوجب ويستلزم الضرر يجوز فيه الحكم بجواز رفعه ولكنّه دعوى عهدها على مدعها.

هذا مضافاً إلى أنه لو سلّمنا مشرعيّة القاعدة لكنّها امتنانية لا يحرّي إلا فيما إذا لم يستلزم جريانها ما يخالف المنة، وفي المقام مستلزم لذلك؛ لأنّ رفع الضرر عن الأصيل بإجبار المالك تصرّف في سلطنته وإجباره على ما يخالف إرادته.

وعن المحقق الأخوند ^{عليه}: «وجه الترديد أو التخيير: أن المنفي بقاعدة نفي الضرر وهو الحكم الضرري عنده، وأمّا بناء على ما هو المختار من أن المنفي هو حكم الأمر الضرري بنفي نفسه فالمعنى تداركه بال الخيار، حيث كان العقد من طرف الأصيل لازماً، فإذا صار ضررياً انقلب جائزأً،

١. حاشية المكاسب (للسيّد الزيدي ^{عليه}) : ١٦٠

فلا مجال لاحتمال الإجبار» ثم قال: «وفيما علقناه على مسأله خيار الغبن ما يناسب المقام فراجع»^١.

توضيح كلامه: إن حكم الشیخ رحمه الله بالتخییر مبني على أن القاعدة تبني الحكم الضرري على مختاره، وأماماً بناءً على ما اخترناه من أن القاعدة نافية للحكم الضرري بلسان نفي الموضوع وأن كلّ موضوع ضرري يكون حكمه منفياً في الشعّ، فينحصر الحكم في المقام بنفي اللزوم الذي هو موضوع للضرر دون الإجبار الذي لا يعدّ من الآثار المترتبة على العقد الضرري، فيكون النتيجة تعين تدارك الضرر بالخيار وأن الأصيل مخيّر بين الفسخ وعدمه.

وقد أفاده في خيار الغبن كما أشار إليه قوله رحمه الله: «...إذا قلنا بأن المرفوع بحديث لا ضرر الحكم الناشئ منه الضرر، وأماماً إذا قلنا بأن المرفوع ما كان للضرر من الحكم مع قطع النظر عن هذا الحديث كما استظهرناه... كان المرفوع في المعاملة الغبنية وجوب الوفاء بها وهو يستلزم جوازها، كما لا يخفى نعم، لا يستلزم ثبوت الخيار؛ ضرورة أن عدم وجوب الوفاء عليه لا يقتضي ثبوت حق له يسقطه ويصالح عنه...».

وتوضيحة: إن منشأ الضرر الحاصل في المقام إنما هو من جهة دليل الوفاء الدال على أن على الأصيل الوفاء بالتزامه وقاعدة لا ضرر ترفع

١. حاشية المكاسب (للاختوند رحمه الله): ٧٠.

الحكم باللزوم، ولكنّها عاجزة عن إثبات الخيار؛ لأنّ الضرورات تقدّر بقدرها فالقاعدة ترفع الحكم الضرري، أمّا ثبوت الخيار فإنّه لا دليل يثبت ذلك، فبالتالي دعوى الشيخ رحمه الله في ثبوت الخيار مندفع.

فما أفاده تعليقاً على كلام الشيخ رحمه الله من أنّ القاعدة نافية لحكم الضرري ولكنّها عاجزة عن إثبات جواز الإجبار لإثبات حقّ الأصيل تامّ موافق مع مدلول القاعدة النافي للحكم؛ حيث إنّ جواز الإجبار حقّ مندرج في الأمور الإثباتية، مع أنّ القاعدة عاجزة عن إثباتها.

وأمّا بناءً على مبناه (من أنّ القاعدة نافية لحكم عن الموضوع الضرري) وما التزم به هنا من أنّ العقد الفضولي في المقام (من عدم إجازة المالك ورّده) ضرري، فيترفع حكمه بالقاعدة فمشكل، بل ممنوع؛ لأنّ الضرر لم يحصل من العقد بذاته؛ لأنّه عبارة عن مبادلة مال بمال، وهذا لا يستلزم الضرر وإنّما الضرر ناش عن الحكم باللزوم المترتب على العقد، فمع عدم كون العقد ضرريًّا وإنّما الضرر من الحكم دون الموضوع نمنع جريان القاعدة في المقام، هذا مضافاً إلى ما أوردنا عليه في مبحث القاعدة.

وأمّا القول الأخير وهو القول بنفي الإجبار وال الخيار، وقد صرّح به في مصباح الفقاهة: «والظاهر أنّه لا دليل على إجبار الطرف على الإجازة أو الردّ ولا ثبوت الخيار للطرف الأصيل، أمّا الأول فلعدم الدليل عليه مضافاً إلى تسلّط الناس على أموالهم عقلاً وشرعأً، فلهم أن يفعل فيه ما يشاء، فإنّ الإجازة - كما تقدّم - ليس إلّا مثل البيع، فكما أنّ المالك له

تمام الاختيار في بيع ماله وعدمه وليس لأحد أن يجبره على ذلك وهكذا الإجازة وضرر الآخر من عدم إجازة المالك أو ردّه لا يجوز الإجبار بعد ما كان هو نفسه مقدماً على الضرر، وأماماً ثبوت الخيار فهو أيضاً لا دليل عليه بعد شمول العمومات على ذلك العقد، وليس في البين إلا تضرر المالك الأصيل لينفي لزوم العقد بدليل نفي الضرر. وفيه: أنّ الضرر على تقدير تسلیم كونه مدركاً لثبوت الخيار إنّما يكون في مورد يكون حادثاً لا موجوداً من الأول، فإنّ إقدام الأصيل على المعاملة الفضولية ضرر عليه من الأول، غاية الأمر يختلف ذلك قلة وكثرة بحسب طول الزمان وقصره، وهذا لا يوجب الفرق بينهما. والحق أنّه لا مناص من القول باللزوم بناءً على شمول العمومات عليه من حين العقد على القول بالكشف، ولعلّ عدم اللزوم بين الفقهاء من جملة ما يدلّ على ما اخترناه من عدم اللزوم من حين العقد حتى على الكشف، بل من حين الإجازة، غاية الأمر يكون المجاز عليه العقد من زمان الصدور من المتعاقدين، فإنّ **﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾** قد أسنذ ذلك العقد إلى المالك المعجيز بالإجازة...^١.

ولكن الإشكال فيما أفاده: إنّه خالف هنا مع ما اتخذه من المبني في مبحث القاعدة وأنّها نافية للحكم الذي ينشأ من إطلاقه الضرر سواء أكان الضرر حادثاً أم موجوداً من أول الأمر، هذا أولاً.

١. مصباح الفقاهة ٤: ٢٢٧-٢٢٨.

و ثانياً: إن القول بأن الأصيل أقدم على المعاملة التي يعلم بتضرره منها محل الكلام وهكذا الكلام بعدم شمول القاعدة له أيضاً؛ لأنّه قد يقدم على معاملة فضولية أبطى المالك في الإجازة و الرد، فيوجب تأخيره الضرر بمصالح الأصيل.

فالحق هو القول الأول في المقام من أن دليلاً الوفاء وإنزال الأصيل بعده ليس إنزاماً معلقاً، بل هو التزام معلقاً بالتزام الطرف الآخر؛ لأنّه لا يكون ملزماً بنقل ماله على نحو الإطلاق، سواء انتقل الطرف الآخر أم لا، فنقول بعدم تحقق وجوب الوفاء في حق الأصيل قبل لحقوق الإجازة من المالك حتى تصل النوبة عن كيفية إسقاطه، فلذلك لم يتحقق الضرر ولم يتوجه إليه، ومع التنزّل يلتزم بال الخيار بمقتضى القاعدة حيث نشأ الضرر من الأمر بوجوب الوفاء.

(التبّيه) «السابع: هل تعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للواقع عموماً أو خصوصاً أم لا؟ وجهان: الأقوى التفصيل...».^١ [١]

[١] قد مر الكلام مفصلاً في الإجازة المطابقة للعقد الواقع الفضولي بمعنى تعلّقها بعين ما صدر عن الفضولي أو الفضوليين والخلاف فيها بناءً على الكشف والنقل.

وهكذا فيما إذا لم يكن العقد المتعلق للإجازة مطابقاً للعقد الفضولي بل كان يبأينه، كما إذا تعلق العقد الفضولي مثلاً على الكتاب وتعلقت

الإجازة من المالك بالدار، فإنه لا إشكال في بطلان؛ لأنَّ ما أُجيزَ لم يتعلّق به العقد، وما تعلّق به العقد لم يتعلّق به الإجازة.

بقي الكلام فيما إذا كانت المغایرة بين متعلّق الإجازة (أي المجاز) وما تعلّق به العقد بالإطلاق والتقييد أو بالكلية والجزئية، كما إذا أوقع الفضولي العقد على متعاقدين وأجاز المالك بيع بعضها، أو كان المتعاقدين مشتركاً بين المالكين وأجاز أحدهما، فقد حكم الشيخ رحمه الله بالجواز، وهذا نصّ كلامه: «فلو أوقع العقد على صفقة فأجاز المالك بيع بعضها فالأقوى الجواز، كما لو كانت الصفقة بين المالكين فأجاز أحدهما، وضرر البعض على المشتري يجبر بال الخيار. ولو أوقع العقد على شرط فأجاز المالك مجرّداً عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناءً على عدم قابلية العقد للتبسيط من حيث الشرط وإن كان قابلاً للتبسيط من حيث الجزء، ولذا لا يؤثّر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط، ولو انعكس الأمر: بأن عقد الفضولي مجرّداً عن الشرط وأجاز المالك مشرّطاً ففي صحة الإجازة مع الشرط إذا رضي به الأصليل فيكون نظير الشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب، أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلّا إذا وقع في حيز العقد، فلا يجدي وقوعه في حيز القبول إلّا إذا تقدّم على الإيجاب ليرد الإيجاب عليه أيضاً، أو بطلانها؛ لأنَّه إذا لغى الشرط لغى المشرط؛ لكون المجموع التزاماً واحداً، أقواها الأخير...».^١ [١]

١. كتاب المكاسب: ٣: ٤٢٩-٤٣٠.

[١] وحاصله: إنّ الأقوال (في العقد الفضولي الواقع مجردًا عن الشرط وإجازة المالك مشروطًا) ثلاثة:

الأول: صحة الإجازة الواقعه مشروطًا.

الثاني: صحة مثل هذه الإجازة بدون الشرط.

الثالث: بطلان الإجازة المذكورة أي الواقعه مشروطًا، وهذا الذي قوله

الشيخ رحمه الله.

فاتضح أنّه ذهب إلى صحة الإجازة المتعلقة بالبعض إذا وقع العقد على المركب، فحيث كان الاختلاف بين العقد والإجازة بالكلّ والجزء يصح العقد في البعض المتعلق للإجازة وجران الضرر بخيار التبعّض. وأمّا إذا كان الاختلاف بين العقد والإجازة بنحو الإطلاق والاستراتط: فإذا كان العقد الواقع من الفضولي مشروطًا والمالك يجيزه دون شرطه فهنا قد حكم الشيخ رحمه الله ببطلان الإجازة؛ للفرق الواضح بين هذا المورد وما إذا تعلّق الإجازة بالجزء (وقد حكم بالصحة) فإنه في الجزء والكلّ لا يسري فساد الجزء إلى الكلّ، وأمّا إذا كان الإجازة تعلّقت بالمطلق والعقد الصادر مشروطًا فلتسريره الفساد من الشرط إلى المشروط يكون الإجازة باطلة لإتحاد العقد والشرط وسريان فساد الشرط إلى أصل العقد.

ولو انعكس الأمر: بأن كان العقد الواقع مطلقاً والإجازة مشروطًا، فاللوجوه المحتملة ثلاثة:

الأول: هو الحكم بصحة العقد بشرط قبول الأصيل.

الثاني: هو الحكم بصحة العقد وإن لم يوافق الأصيل مع الشرط، بتوجيهه: أن العقد وقع مطلقاً لكن مع شرط إضافي خارج عن العقد، فبما أن الإجازة تعلقت بنفس العقد والشرط خارج عنه ولا يجب الوفاء به، فيبطل الشرط ويتم العقد.

الثالث: بطلان الإجازة؛ لأن متعلق الإجازة غير واقع والواقع لم تتعلق به الإجازة، وهذا خيرة الشيخ رحمه الله في هذا الفرض أيضاً.

وأما المحقق النائيني رحمه الله قال: «...وتحقيق المرام يحتاج إلى بسط في الكلام، فنقول: أمّا في الجزء فالمختار عند المصنّف هو عدم اعتبار المطابقة بين الإجازة والعقد، فتصح إجازة عقد الفضولي بالنسبة إلى بعض المبيع، كما تصح إجازة كله مطلقاً، سواء كان العقد متعددًا بواسطة تعدد المبيع و اختلافه بحسب الحكم، أو بواسطة تعدد المتعاقدين، كما إذا كان الأصيل في عقد الفضولي متعددًا بأن باع الفضولي من إثنين...».

أمّا في صورة تعدد العقد بإحدى الجهاتين فجواز التبعيض في الإجازة بأن يجيز البيع بالنسبة إلى إحدى السلطتين إذا كان التعدد من ناحية اختلاف المبيع أو بالنسبة إلى أحد المشترين إذا كان التعدد من اختلاف الأصيل وتعدده واضح؛ حيث إن العقد متعدد، فله أن يجيز كل واحد منهما كما له أن يجيز المجموع كما في باب الخيار وبيع ما يملك وما لا يملك أو ما يملك وما لا يملك كالخل والخمر، فإنه يصح فسخ أحد العقددين وإمضاء الآخر إذا كان متعددًا باختلاف المبيع

أو تعدد المتعاقدين فيفسخ بيع هذه السلعة ويمضي بيع الأخرى، أو يفسخ البيع من هذا المشتري ويمضي البيع الآخر ولو كان بعقد واحد ويحكم بصحّة بيع ماله وبطلان الآخر إذا كان مما لا يملك، أو توقيفه على إجازة مالكه إذا كان مما يملك. وأمّا في صورة وحدة العقد وعدم تعدده باتفاقه ما يوجب تعدده من الجهتين فكذلك أيضًا وإن كان مع وحدة العقد لا يحكم بالتفكيك في الخيار أو الصحة والبطلان، لكنه يصحّ التفكيك في الإجازة. والسرّ في ذلك: أنّ عدم جواز التبعيض في الخيار والصحة فلم كان عدم تعدد العقد وعدم ما يوجب تعدده لا سابقًا ولا لاحقًا... .

وأمّا جواز التبعيض في الإجازة في المورد المذكورة، فلأنّ الإجازة ليست حقّاً مترتبًا على العقد الفضولي نظير الخيار، بل هو حكم مترتب على سلطنة المالك على ماله... فليست الإجازة حقّاً مترتبًا على العقد حتى تكون في الوحدة والتعدد تابعة لوحدة العقد وتعدده، بل هي حكم مترتب على السلطة يكون حالها كحال سلطنة المالك على مباشرة البيع بنفسه، فكما أنّ له بيع ما وقع عليه العقد الفضولي كلاًّ وبيع كلّ جزء من أجزائه بال مباشرة، كذلك يكون له إجازة البيع الصادر عن الفضولي، أو إجازة كلّ جزء جزء. وذلك بعد فرض تحليل بيع المجموع بالمجموع إلى بيع كلّ جزء من المثمن بما يحاذيه من الثمن»^١.

١. المكاسب والبيع: ٢: ١٤٦-١٤٨.

والإشكال فيما أفاده: أنه لو سلمنا تعدد البيع بعده متعلقه بما هو المانع من تسرية ذلك إلى الفسخ، مع أنه التزم بوحدة الفسخ وعدم إمكان تعدده، فلو قلنا بوحدة الفسخ فلابد من الالتزام بوحدة الإجازة. وكيف كان، يكون الحكم ببطلان الإجازة فيما أوقع العقد على الشرط وأجاز مجدداً عنه وكذا في عكس هذه الصورة بأن انعقد الفضولي مجرداً وأجاز المالك مسروطاً نشأاً من مشكلة التعليق في العقود، والمحتملات ثبوتًا عديدة.

تارة يكون الشرط قيداً لمتعلق المعاملة (كأن يبيع البيت على أن يكون بنائه تاماً).

وتارة يكون الشرط غاية لما أراده الشارط دون أن يكون مطلوبه حقيقة ويعبر عنه بعده المطلوب.

وتارة يكون الشرط ملزوماً للمسروط ... غير قابل للانفكاك. فالحكم بالبطلان في الصورة الأولى واضح بعد فقد القيد، وفساده يوجب فساد البيع في باب الشروط.

وكذا في الصورة الثالثة؛ لاستحالة التفكيك بين المتلازمين. وأما الثانية، فيما أن المتعلق على الشرط نفس ذات العقد بل لزومه وهو الذي عبر عنه بالالتزام بالشرط وفاءً بالبيع فلا تعليق فيه. فيما أن أغراض العقلاء مختلفة فيأخذ الشرط في إنشاء العقود فتارة يكون للشرط دخل في الغرض الأصلي من إنشاء العقد.

وتارة يكون لا دخل في الغرض الأصلي، بل الشرط فرعياً، فغاية ما يحصل انتفاء لزوم العقد عند تخلفه.

وللكلام مجال سنبحث عنه في باب الشروط.