

الكتاب: محصل المطالب في تعليقات المكاسب

المؤلف: الشيخ صادق الطهوري

الجزء: ٣

الوفاة: معاصر

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق:

الطبعة: الأولى

سنة الطبع: ١٤٢١

المطبعة: مؤسسة النشر الإسلامي

الناشر: مؤسسة النشر الإسلامي

ردمك:

ملاحظات: موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب وتعليقات هامة رشيقة
للعلماء الأعظم (الآخوند الخراساني ، الطباطبائي اليزدي ، الإيرواني ، النائيني
، الإصفهاني)

محصل المطالب
في تعليقات المكاسب
الجزء الثالث

موسوعة فقهية تشتمل على متن المكاسب
وتعليقات هامة رشيقة للعلماء الأعظم
(الآخوند الخراساني * الطباطبائي اليزدي *
الإيرواني * النائيني * الأصفهاني *)
صادق الطهوري

(تعريف الكتاب ١)

محصل المطالب
في
تعليقات المكاسب
(ج ٣)
تأليف: صادق الطهوري
الموضوع: الفقه
طبع ونشر: مؤسسة النشر الاسلامي

(تعريف الكتاب ٢)

مقدمة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم
الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه وأفضل بريته المبعوث رحمة
للعالمين و
الناسخ بشريعته السمحاء شرائع الأولين، وعلى عترته الذين هم كرائم القرآن وكنوز
الرحمن
وعيبة علم الملك العلام، أساس الدين وعماد اليقين، فسعد من اهتدي بهداهم وشقى
من تخلف عن
ركبهم.
أما بعد، فنشكر الله تبارك وتعالى ونحمده على توفيقه لنا في تقديم هذا الجزء (الجزء
الثالث)، من
موسوعتنا، وهو يتضمن مبحث (القول في المجيز) إلى (شروط العوضين) ما عدي
مبحث أولياء
العقد، لما رمنا إليه من استيعاب البحث فيه بسرد آراء الماضين والمعاصرين، فمهدنا له
كتاباً "مستقلاً" مذكوراً "فيه الأقوال والمباني (من الماضين والمعاصرين) بصورة مبسطة
ومحققة.
أما بعد، فلا يخفى على القراء الكرام أن طريقتنا في هذه الموسوعة (من أول الجزء
الثاني) هو الاتيان
بكل كلمات المعلقين وعباراتهم، بصورة مرتبة ومنظمة في مواضع مناسبة من متن
المكاسب دون
إهمال أي منها.
مضافاً "إلى: أننا قمنا بتصحيح وتنقيح الحواشي من الأغلاط والأخطاء قدر الامكان مع
مراعاة
جانب الأمانة في النقل.
يري الناس دهنا " في قوارير صافيا ولم يدر ما يجرى على رأس سمس
قم المقدسة - سنة ١٤٢١ هـ. ق - لثمان خلون من شهر ربيع الآخر
في ذكرى ولادة أبي الحجة (عجل الله تعالى فرجه) الامام الزكي الحسن بن علي
العسكري (صلوات الله وسلامه عليهم
أجمعين)
المحتاج إلى رحمة ربه: صادق الطهوري (نوروزي)

(مقدمة الكتاب ٣)

بيع الفضولي
* القول في المجيز *

القول في المجيز القول في المجيز فاستقصائه يتم ببيان أمور
الأول: يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل
والرشد، ولو
أجاز المريض بني نفوذها على نفوذ منجزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول
بالكشف
والنقل. (١)

الثاني: هل يشترط في صحة عقد الفضولي وجود مجيز حين العقد، فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحه ولا ينفعه إجازته إذا بلغ أو إجازة وليه إذا حدثت المصلحة بعد البيع أم لا يشترط؟
قولان: أولهما للعلامة في ظاهر القواعد. [(٢)]

واستدل له بأن صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً". (٣)

وبلزوم الضرر على المشتري، لامتناع تصرفه في العين - لامكان عدم الإجازة، ولعدم تحقق المقتضي - ولا في الثمن، لامكان تحقق الإجازة، فيكون قد خرج عن ملكه.
(٤)

ويضعف الأول - مضافا " إلى ما قيل: من إنتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه
عادة - : (٥)
منع ما ذكره من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائما "، سواء قلنا
بالنقل أم
بالكشف. (٦)

وأما الضرر فيتدارك بما يتدارك به صورة النقض المذكورة. (٧)
هذا كله مضافاً " إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً " الشاملة لصورة وجود
ولي
النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولي، بناء على عدم ولاية
الحاكم
على الصغير في النكاح، وانحصار الولي في الأب والجد والوصي، على خلاف فيه.
وكيف كان، فالأقوى عدم الاشتراط، وفاقاً " للمحكي عن ابن المتوج البحراني
والشهيد
والمحقق الثاني وغيرهم، بل لم يرجحه غير العلامة رحمه الله.

ثم اعلم أن العلامة في القواعد مثل لعدم وجود المجيز: بيع مال اليتيم. وحكي عن بعض العامة - وهو البيضاوي على ما قيل - الايراد عليه بأنه لا يتم على مذهب الإمامية من وجود الإمام عليه السلام في كل عصر.

وعن المصنف قدس سره (٨) أنه أجاب بأن الامام غير متمكن من الوصول إليه. وانتصر للمورد بأن نائب الإمام عليه السلام - وهو المجتهد الجامع للشرائط - موجود، بل لو فرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول.

لكن الانتصار في غير محله، إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الامام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد والعدول أيضا "،

فإن أريد وجود ذات المجيز، فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام عليه السلام

، وإن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة، فيمكن فرض عدمه في المجتهد والعدول إذا لم يطلعوا على العقد.

فالأولى ما فعله فخر الدين والمحقق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضا " إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من من شأنه الإجازة، فإنه فرض غير واقع في الأموال. (٩)

الثالث: لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد. (١٠)

سواء كان عدم التصرف لاجل عدم المقتضي أو للمانع.
وعدم المقتضي قد يكون لاجل عدم كونه مالكا " ولا مأذونا " حال العقد، وقد يكون
لاجل
كونه محجورا " عليه لسفه أو جنون أو غيرهما. والمانع كما لو باع الراهن بدون إذن
المرتهن ثم
فك الرهن. (١١)

فالكلام يقع في مسائل، (١٢)

(١٢)

المسألة الأولى
أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة، لكن المجيز لم يكن حال العقد
جائز
التصرف لحجر.
والأقوى: صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق
الغير،
كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن، فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما
صرح به في
التذكرة. (١٣)

المسألة الثانية

أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره.
لكن عنوان المسألة في كلمات القوم هو الأول، وهو ما لو باع شيئاً " ثم ملكه وهذه
تتصور

على صور، لان غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك. والملك إما أن ينتقل إليه
باختياره

كالشراء، أو بغير اختياره كالإرث. ثم البائع الذي يشتري الملك إما أن يجيز العقد
الأول،

وإما أن لا يجيزه، فيقع الكلام في وقوعه للمشتري الأول بمجرد شراء البائع له.
والمهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك وأجاز، وما لو باع
واشتري

ولم يجز، إذ يعلم حكم غيرهما منهما.

أما المسألة الأولى: فقد اختلفوا فيها فظاهر المحقق في باب الزكاة من المعتبر - فيما
إذا باع

الملك النصاب قبل اخراج الزكاة أو رهنه - انه صح البيع والرهن فيما عدا الزكاة، فإن
اغترم

حصة الفقراء قال الشيخ رحمه الله صح البيع والرهن. (١٤)

وفيه إشكال، لان العين مملوكة، وإذا أدي العوض ملكها ملكا " مستأنفا "، فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة، كما لو باع غيره ثم اشتراه، إنتهي.
بل يظهر مما حكاه عن الشيخ: عدم الحاجة إلى الإجازة، إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن، فإن الراهن إذا باع ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم ولم يحتج إلى إجازة مستأنفة. (١٥)

وبهذا القول صرح الشهيد رحمه الله في الدروس، وهو ظاهر المحكي عن الصيمري.
والمحكي عن المحقق الثاني في تعليق الارشاد: هو البطلان ومال إليه بعض المعاصرين
تبعاً"، لبعض معاصريه.
والأقوى هو الأول، للأصل والعمومات السليمة عما يرد عليه. (١٦)

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر في في
الايضاح وجامع
المقاصد:
الأول: أنه قد باع مال الغير لنفسه، وقد مر الاشكال فيه، (١٧)

وربما لا يجري فيه بعض ما ذكر هناك. (١٨)

(٤٠)

وربما يسلم هنا عن بعض الاشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.
وفيه: أنه قد سبق إن الأقوى صحته (١٩)

الثاني: إنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك ورضي المالك والقدرة على التسليم
اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز، لأنه البائع حقيقة والفرض هنا عدم إجازته وعدم وقوع البيع عنه. (٢٠)

وفيه: أن الثابت هو إعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا،
لأن
الداعي على إعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها لغير ملاكها بغير طيب
أنفسهم وقبح التصرف فيها بغير رضاهم، وهذا المعني لا يقتضي أزيد مما ذكرنا.
(٢١)
وأما القدرة على التسليم فلا نضائق من اعتبارها في المالك حين العقد، ولا يكتفي
بحصولها
فيمن هو مالك حين الإجازة وهذا كلام آخر لا يقدح التزامه في صحة البيع المذكور،
لأن
الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها. (٢٢)

الثالث: إن الإجازة حيث صحت كاشفة - على الأصح - مطلقا "، لعموم الدليل الدال عليه،

ويلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه. (٢٣)
هو بعينه المالك القادر على التسليم حين العقد فلا دليل عليه. (ج ٢ ص ١٦٥)

لا يخفى ابتناء الجواب على المنع من كاشفية الإجازة عن تحقق النقل من حين العقد في المقام بل الكشف في المقام بالمقدار الممكن، وهو النقل من حين انتقال المبيع اليه بالشراء عن مالكه فحاصل جوابه هو دعوى صحة هذا البيع من جهة تمامية مقتضيه وعدم المنع عنه.

أما تمامية المقتضي فلشمول عمومات أدلة البيع له وعدم قصورها في الشمول، وأما عدم المنع فلأن المنع المتصور هو كون الإجازة بناء على الكشف مقتضية لانتقال المبيع عن البائع الفض ولي إلى

مشتريه من حين البيع، وهو ممنوع بل اللازم على الكشف هو الالتزام به بمقدار يمكن الالتزام به وهو في المقام دعوى حصول النقل من حين انتقال المبيع عن مالكه الأصلي إلى البائع الفضولي، لا من حين بيعه.

هذا، وفيما أفاده منع، أما بالنسبة إلى ما أفاده في وجود المقتضي للصحة فلما تقدم في الاشكال من المنع عن شمول العمومات للمقام من جهة المنع عن كونه بيعا عرفيا بعد فرض كون البيع عرفا وحقيقة تبديل طرفي الإضافة على ما تقدم شرحه.

وأما بالنسبة إلى ما أفاده في عدم المنع فلأن ما ذكره إنما يستقيم في مثل الإجازة، إذا وقعت فضولا بالنسبة إلى زمان ملكية المالك للمنفعة وزمان لا يملكه، أعني مجموع زمني مالكيته وغيره، فأجاز حيث إن إجازته هذه كاشفة عن انتقال المنفعة إلى المستأجر من زمان تملك المالك المجيز لها من حين العقد، ولا يتم هذا في عقد البيع، إذ ليس فيه تقطيع لملكية المبيع بالنسبة إلى الأزمنة المتأخرة عن العقد حتى يقال بتعلق الإجازة بقطعة منها دون الأخرى، بل العقد الواقع يقتضي الملكية على الإطلاق، وإنما استمرارها ببقائها لا أنه يقتضي استمرار الملكية إلى الأبد.

وبعبارة أوضح: عقد الإجازة يورث ملكية منفعة زمان معين محدود مذكور في العقد، لكن عقد البيع لا يقتضي ملكية العين في زمان معين محدود بحد قليل أو كثير كما لا يخفى فحيثئذ على الكشف أما لا بد من الالتزام بحصول الملك من حين البيع أو ببطالان الإجازة، ولا يصح القول بحصوله من حين انتقال المبيع إلى البائع، إذ ليس في ذاك الزمان عقد تكشف الإجازة عن تأثيره وتأثير العقد السابق في الملكية من ذاك الحين موقوف على التقطيع في الملكية الذي قد عرفت منعه.

والحاصل تمامية هذا الوجه في اثبات بطلان بيع من باع ثم ملك. (ج ٢ ص ١٦٧)
النائني (منية الطالب): (بناء على ما قلناه في التعليقة السابقة تحت الرقم ٢٣) لا يستقيم الجواب عنه
بما أفاده المصنف قدس سره من أن مقدار الكشف تابع لصحة البيع لان للمستدل المنع عن أصل
اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مر في الوجه السادس من أن بيع الأصيل ماله من البائع الفضولي
يقتضي بطلان بيع الفضولي، لان الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل أيضا ".
ثم لو سلم تحقق المقتضي فله أن يدع وجود المانع عن الصحة بدعوى أنه لا خصوصية للإجازة في
المقام تقتضي التأثير من حين اشتراء البائع لامن حين العقد فإذا امتنع العمل بما تقتضيه في المقام كان
اللازم فساد البيع.

ولا يمكن تصحيحه بأن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة
البيع إلا بعد ورود الدليل على صحة هذا البيع حتى يكون تخصيصا " لما اقتضته الإجازة من كشفها عن
تحقق الملك حين العقد وإلا يكفي
للبطالان عدم إمكان العمل بما تقتضيه وصحته تتوقف على أمرين:
الأول: عدم إعتبار كون شخص خاص طرفا " للمعاوضة لا بمعنى إمكان كونه كليا " فان هذا غير
معقول، لان الإضافة تتوقف على مضاف إليه معين بل بمعنى عدم إعتبار خصوص كونه زيدا " أو
بكرا " فلو اشترى من شخص باعتقاد كونه زيدا فتبين كونه بكرا " لا يضر وليس البيع كالنكاح.
الثاني: كون مسألة من باع شيئا " ثم ملك كمسألة إختلاف المالك حال العقد والإجازة بسبب الموت
والوراثه بأن يكون تبدل الملك كتبدل المالك فإذا تم هذان الأمران فلا محيص عن الالتزام بالصحة في
المقام وإنكار اقتضاء الإجازة كشفها الملك من حين العقد في جميع المقامات.
والامر الأول لا إشكال فيه.

واما الثاني فقد ظهر في أول مباحث البيع الفرق بين الإرث والبيع وان في الإرث التغيير والتبديل في
المالك وفي البيع التبديل في الملك فإذا باع الفضولي ملك المورث ثم انتقل إلى الوارث فحيث إن الملك
على حاله ودل الدليل على قيام الوارث مقام المورث فالوارث يجيز نفس هذا التبديل واما لو باع
الفضولي مال زيد ثم انتقل إلى نفسه فإجازته لا تتعلق بما وقع أولا " ، لان التبديل وقع بين ملك زيد

والمشتري والإجازة تتعلق بملك المشتري والفضولي الذي لم يكن ملكه طرف الإضافة. وبالحملة: كل ما تعلقت الإجازة بما انتقل من المجيز إلى الآخر ولو في عقود متتابعة فهي مؤثرة. واما لو تعلقت بغيره فلا تؤثر وان كان الملك حين الإجازة ملكا " له، لان الإجازة ليست عقدا " ابتداءيا " حتى يقع التبديل بها فعلا " ولو على النقل فضلا " عن الكشف. ولا يمكن قياس مسألتنا هذه على مسألة الإرث لأنه لو أجاز الوارث العقد الواقع على ملك مورثه تؤثر إجازته بناء على الكشف من حين العقد ولا يمكن الالتزام بهذا في المقام وليست جهة الفرق إلا أن تبديل المالك واختلافهما لا يوجب تفاوتاً في المملوك وفي المقام يوجب ذلك فالمنشأ لا تتعلق به الإجازة والمجاز ليس هو المنشأ. (ج ١ ص ٢٦٥)

الإيرواني: وقد أجاب المصنف عن ما ذكرناه الذي هو خلاصة الدليلين بأن الالتزام بالكشف من حال العقد إذا لم يمكن لم يوجب ذلك ترك عموماً الصحة رأساً " الحكم بالفساد بل يؤخذ بالعمومات وبما دل على أن الإجازة كاشفة ونتيجة الجمع بين الدليلين الحكم بالصحة ثم الكشف من حيث يمكن وهو في المقام من زمان انتقال الملك إلى المالك الثاني ويرفع اليد عن الكشف قبل ذلك إلى زمان وقوع عقد الفضولي للاستحالة العقلية أعني: لزوم خروج الملك عن المالك الثاني قبل دخول فيه ولزوم تعدد الملاك واحد. وبما حررنا يظهر لك اندفاع هذا الجواب فان الدليل على صحة بيع الفضولي وعلى كون الإجازة كاشفة دليل واحد لا دليلان كي يجمع بينهما بالالتزام بالكشف من حيث يمكن وهذا الدليل باطلاً يقتضي صحة بيع الفضولي وباقتضاء مادته أعني: مادة الوفاء الذي هو القيام بمقتضى العقد من مبدأ تحققه يقتضي الكشف ان أخذنا بهذا المدلول، فاللازم القول بالكشف من حين العقد وإن لم نأخذ فاللازم تركه رأساً " والذهاب إلى فساد بيع الفضولي.

واما التبعض بالأخذ به في الحكم بالصحة والالتزام بالكشف من حيث يمكن فذلك مبني على أن للعقد الواحد وفاءات متعددة بحسب الأزمنة وبإزاء كل وفاء خطاب إلزامي فإذا خرج وفائه في زمان عن حيز الخطاب لمخصص شرعي أو لمحذور عقلي أخذ بعموم أوفوا بالنسبة إلى وفائه في ما لا مخصص فيه ولا محذور عقلي له من الأزمنة لكن المبني باطل، إذ ليس للعقد الواحد إلا وفاء واحد

فإن كان لا بد من الكلام فينبغي في المقتضي للصحة، أو في القول بأن الواجب في الكشف عقلا " أو شرعا " أن يكون عن خروج المال عن ملك المجيز وقت العقد. وقد عرفت أن لا كلام في مقتضى الصحة، ولذا لم يصدر من المستدل على البطلان، وأنه لا مانع عقلا " ولا شرعا " من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها. (٢٥)

الرابع: أن العقد الأول إنما صح وترتب عليه أثره بإجازة الفضولي، وهي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكة الأصلي، (٢٨) فيكون صحة الأول مستلزما " لكون المال المعين ملكا " للمالك والمشتري معا " في زمان واحد، وهو محال، لتضادهما

فوجود الثاني يقتضي عدم الأول، وهو موجب لعدم الثاني أيضا "، فيلزم وجوده وعدمه في آن واحد، وهو محال. (٢٩)

فإن قلت: مثل هذا لازم في كل عقد فضولي، لان صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقعة

على بقاء ملك المالك والمستلزمة لملك المشتري كذلك، فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك

والمشتري معا " في آن واحد، فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا " أو بطلان القول بالكشف،

فلا اختصاص لهذا الايراد بما نحن فيه. (٣٠)

قلنا: يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا "، وهو الحاصل من استصحاب ملكه السابق، لأنها

في الحقيقة رفع اليد وإسقاط للحق، ولا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني. (٣١)

أقول: قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد
إجازة
العقد له هو تملك المشتري له من حين ملك العاقد، لا من حين العقد وحينئذ فتوقف
إجازة
العقد الأول على صحة العقد الثاني مسلم، وتوقف صحة العقد الثاني على بقاء الملك
على
ملك مالكة الأصلي إلى زمان العقد مسلم أيضا "، (٣٢)

فقلوله: (صحة الأول يستلزم كون المال ملكا للمالك والمشتري في زمان) ممنوع، بل صحته

تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلي. (٣٣)
نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعي وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد،
ولكن هذا أمر تقدم دعواه في الوجه الثالث وقد تقدم منعه، فلا وجه لاعادته بتقرير آخر، كما لا يخفى. (٣٤)

وهذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا "، غير الاشكال الذي استنتجه من المقدمات المذكورة، وهو لزوم كون الملك للمالك الأصلي وللمشتري. (٣٥)
نعم، يبقى في المقام الاشكال الوارد في مطلق الفضولي على القول بالكشف، وهو كون الملك
حال الإجازة للمجيز والمشتري معا "،

نعم، يلزم من ضم هذا الاشكال العام إلى ما يلزم في المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثاني، لوجوب التزام الأصلي حتى يصح العقد الثاني، ومالكية المشتري له. (٣٦)

لان الإجازة تكشف عن ذلك وملكية العاقد له لان ملك المشتري لا بد أن يكون عن ملكه،
وإلا لم ينفع إجازته في ملكه من حين العقد، لان إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره.
ثم إن ما أجاب به عن الاشكال الوارد في مطلق الفضولي لا يسمن ولا يغني، لان الإجازة إذا وقعت، فإن كشفت عن ملك المشتري قبلها كشفت عما يطلها، لان الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعي، والملك الظاهري إنما يجدي إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا " حين الإجازة، ولذا لو تبين في مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته، لان المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية. (٣٧)

ثم إن ما ذكره في الفرق بين الإجازة والعقد الثاني - من كفاية الملك الظاهري في الأول دون الثاني - تحكم صرف، خصوصا " مع تعليله بأن الإجازة رفع لليد وإسقاط للحق، فليت شعري إن إسقاط الحق كيف يجدي وينفع مع عدم الحق واقعا "؟! مع إن الإجازة رفع لليد من الملك أيضا بالبديهة. (٣٨)

والتحقيق أن الاشكال إنما نشأ من الاشكال الذي ذكرناه سابقا في كاشفية الإجازة
على الوجه
المشهور من كونها شرطا " متأخرا " يوجب حدوثه تأثير السبب المتقدم من زمانه.
(٣٩)

الخامس: أن الإجازة المتأخرة لما كشفت عن صحة العقد الأول وعن كون المال ملك
المشتري
الأول، فقد وقع العقد الثاني على ماله، فلا بد من إجازته له كما لو بيع المبيع من
شخص آخر
فأجاز المالك البيع الأول، فلا بد من إجازة المشتري البيع الثاني حتى يصح ويلزم،
(٤٠)

فعلي هذا يلزم توقف إجازة كل من الشخصين على إجازة الآخر، وتوقف صحة كل من العقد والإجازة على إجازة المشتري الغير الفضولي، (٤١)

وهو من الأعاجيب! بل من المستحيل، لاستلزام ذلك عدم تملك المالك الأصل شيئاً " من الثمن والمثمن، (٤٢)

وتملك المشتري الأول المبيع بلا عوض (٤٣) إن اتحد الثمنان، ودون تمامه إن زاد الأول، ومع زيادة إن نقص، لانكشاف وقوعه في ملكه فالثمن له، وقد كان المبيع له أيضا بما بذله من الثمن، وهو ظاهر.

والجواب عن ذلك: ما تقدم في سابقه من ابتناؤه على وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك من حين العقد، وهو ممنوع.

والحاصل: ان منشأ الوجوه الثلاثة الأخيرة شئ واحد، والمحال على تقديره مسلم بتقريرات مختلفة قد نبه عليه في الايضاح وجامع المقاصد.

السادس: أن من المعلوم أنه يكفي في إجازة المالك وفسخه فعل ما هو من لوازمهما، ولو باع المالك ماله من الفضولي بالعقد الثاني فقد نقل المال عن نفسه وتملك الثمن، وهو لا يجمع صحة العقد الأول، فإنها تقتضي تملك المالك للثمن الأول، وحيث وقع الثاني يكون فسخا " له وإن لم يعلم بوقوعه، فلا يجدي الإجازة المتأخرة. (٤٤)

وبالجملة: حكم عقد الفضولي قبل الإجازة كسائر العقود الجائزة بل أولى منها، فكما أن

التصرف المنافي مبطل لها كذلك عقد الفضولي. (٤٥)

والجواب: إن فسخ عقد الفضولي هو إنشاء رده، وأما الفعل المنافي لمضيه - كتزويج المعقودة

فضولا " نفسها من آخر وبيع المالك ماله المبيع فضولا " من آخر - فليس فسخا " له، خصوصا " مع

عدم التفاته إلى وقوع عقد الفضولي، غاية ما في الباب إن الفعل المنافي لمضي العقد مفوت

لمحل الإجازة، فإذا فرض وقوعه صحيحا " فات محل الإجازة ويخرج العقد عن قابلية الإجازة،

إما مطلقا كما في مثال التزويج، أو بالنسبة إلى من فات محل الإجازة بالنسبة إليه كما في مثال

البيع، فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلى الأول، فللمالك الثاني أن يجيز.

نعم، لو فسخ المالك الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حينه إجماعاً "،
ولعموم
تسلط الناس على أموالهم بقطع علاقة الغير عنها. (٤٦)
فالحاصل: أنه إن أريد من كون البيع الثاني فسخاً " أنه إبطال لا أثر العقد في الجملة،
فهو مسلم
ولا يمنع ذلك من بقاء العقد متزلزلاً بالنسبة إلى المالك الثاني، فيكون له الإجازة.
وإن أريد أنه إبطال العقد رأساً " فهو ممنوع، إذ لا دليل على كونه كذلك، وتسميته
مثل ذلك
الفعل رداً " في بعض الأحيان، من حيث أنه مسقط للعقد عن التأثير بالنسبة إلى فاعله
بحيث
يكون الإجازة منه بعده لغوا ".

نعم، لو فرضنا قصد المالك من ذلك الفعل فسخ العقد بحيث يعد فسخا فعليا "، لم
يعد كونه
كالإنشاء بالقول، لكن الالتزام بذلك لا يقدر في المطلب، إذ المقصود أن مجرد بيع
المالك لا
يوجب بطلان العقد، ولذا لو فرضنا انكشاف فساد هذا البيع بقي العقد على حاله من
قابلية
لحقوق الإجازة.
وأما الالتزام في مثل الهبة والبيع في زمان الخيار بانفساح العقد من ذي الخيار بمجرد
الفعل
المنافي، فلان صحة التصرف المنافي يتوقف على فسخ العقد، وإلا وقع في ملك الغير،
بخلاف ما
نحن فيه، فإن تصرف المالك في ماله المبيع فضولا " صحيح في نفسه لوقوعه في
ملكه، فلا
يتوقف على فسخه، غاية الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة. (٤٧)
ومن ذلك يظهر ما في قوله رحمه الله أخيرا " : (وبالجملة: حكم عقد الفضولي حكم
سائر العقود
الجائزة بل أولي)
فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث، على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع
الفارق،
فضلا " عن دعوى الأولوية، وسيجيء مزيد بيان لذلك في بيان ما يتحقق به الرد. (٤٨)

السابع: الأخبار المستفيضة الحاكية لنهي النبي صلي الله عليه وآله وسلم عن بيع ما ليس عندك، فإن النهي فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقاً " بالنسبة إلى المخاطب وإلى المالك، فيكون دليلاً " على فساد العقد الفضولي، وإما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة - كما استظهرناه سابقاً " - فيكون دالاً على عدم وقوع بيع مال الغير لبايعه مطلقاً " ولو ملكه فأجاز، بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع، وإلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. (٤٩)

وخصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه. قال سئلت أبا عبد الله عليه السلام:
عن
الرجل يقول لي اشتر لي هذا الثوب وهذه الدابة وبعنيها، أربحك كذا وكذا. قال: لا
بأس بذلك،
اشترها، ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. (٥٠) ورواية خالد بن الحجاج
قال:
قلت لأبي عبد الله عليه السلام الرجل يجيئني ويقول: اشتر هذا الثوب وأربحك كذا
وكذا. قال:
أليس إن شاء أخذ وإن شاء ترك؟ قلت: بلي. قال: لا بأس به، إنما يحلل الكلام ويحرم
الكلام
بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع، فيحلل نفيا " ويحرم إثباتا "، كما فهمه في
الوافي، أو يحلل
إذا وقع بعد الاشتراء ويحرم إذا وقع قبله، أو إن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا
كان
بعنوان العقد الملزم ويحلل إذا كان على وجه المساومة والمرضاة. (٥١)

وصحيحة ابن مسلم، قال: سئلته عن رجل أتاه رجل، فقال له: ابتع لي متاعاً " لعلني
أشتريه منك
بنقد أو نسيئة، فابتاعه الرجل من أجله، قال: ليس به بأس إنما يشتريه منه بعدما يملكه.
(٥٢)

وصحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أمر رجلاً ليشترى له
متاعاً " فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه.
وصحيحة معاوية بن عمار، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام يجيئني الرجل فيطلب
مني بيع
الحرير، وليس عندي شيء فيقولني عليه وأقوله في الربح والأجل حتى يجتمع على
شيء، ثم
أذهب لأشتري الحرير فأدعوه إليه، فقال: رأيته إن وجد مبيعاً " هو أحب إليه مما
عندك،
أيسطيع أن تصرف عنه وتدعه؟ قلت: نعم. قال: لا بأس، وغيرها من الروايات.
ولا يخفى ظهور هذه الأخبار - من حيث المورد في بعضها ومن حيث التعليل في
بعضها
الآخر - في عدم صحة البيع قبل الاشتراء، وإنه يشترط في البيع الثاني تملك البائع له
واستقلاله فيه، ولا يكون قد سبق منه ومن المشتري إلزام والتزام سابق بذلك المال.
(٥٣)

والجواب عن العمومات: انها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع، وهو النقل
والانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده، فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع، لامن
طرف البائع بأن يتصرف في الثمن، ولا من طرف المشتري بأن يطالب
البائع بتسليم المبيع. (٥٤)

ومنه يظهر الجواب عن الاخبار، فإنها لا تدل - خصوصا بملاحظة قوله عليه السلام
ولو تواجهه
البيع قبل أن تستوجبها - إلا على أن الممنوع منه هو الالتزام والالتزام من المتبايعين
بآثار
البيع المذكور قبل الاشتراء، فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة، وهي المسألة الآتية،
أعني: لزوم
البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة، وسيأتي إن الأقوى فيها
البطلان. (٥٥)

وما قيل: من أن تسليم البائع للمبيع بعد اشترائه إلى المشتري الأول مفروض في مورد الروايات وهي إجازة فعلية. مدفوع: بأن التسليم إذا وقع باعتقاد لزوم البيع السابق وكونه من مقتضيات لزوم العقد وإنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع، فهذا لا يعد إجازة ولا يترتب عليه أحكام الإجازة في باب الفضولي، لأن المعتبر في الإجازة قولاً " وفعلاً " ما يكون عن سلطنة واستقلال، لأن ما يدل على إعتبار طيب النفس في صيرورة مال الغير حلالاً " لغيره، يدل على عدم كفاية ذلك. (٥٦)

نعم، يمكن أن يقال: إن مقتضى تعليل نفي البأس في رواية خالد المقدمة بأن المشتري إن شاء أخذ وإن شاء ترك: ثبوت البأس في البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل، وهذا محقق فيما نحن فيه، بناء على ما تقدم من: أنه ليس للأصيل في عقد الفضولي فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده، لكن الظاهر - بقرينة النهي عن مواجهة البيع في الخبر المتقدم - إرادة اللزوم من الطرفين. (٥٧)

والحاصل: أن دلالة الروايات عموماً " وخصوصاً " على النهي عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لانكاره، ودلالة النهي على الفساد أيضاً مما لم يقع فيها المناقشة في هذه المسألة،
(٥٨)

إلا أنا نقول: أن المراد بفساد البيع عدم ترتب ما يقصد منه عرفاً من الآثار، في مقابل
الصحة
التي هي إمضاء الشارع لما يقصد عرفاً من إنشاء البيع، مثلاً " لو فرض حكم الشارع
بصحة
بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذي يقصده أهل المعاملة، كان يترتب عليه بعد البيع
النقل
والانتقال، وجواز تصرف البائع في الثمن، وجواز مطالبة المشتري البائع بتحصيل المبيع
من
مالكه وتسليمه، وعدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه، ففساد البيع بمعنى
عدم
ترتب جميع ذلك عليه، وهو لا ينافي قابلية العقد للحقوق الإجازة من مالكه حين العقد
أو ممن
يملكه بعد العقد.
ولا يجب على القول بدلالة النهي على الفساد وقوع المنهي عنه لغواً غير مؤثر أصلاً"،
كما
يستفاد من وجه دلالة النهي على الفساد. فإن حاصله: دعوى دلالة النهي على إرشاد
المخاطب وبيان أن مقصوده من الفعل المنهي عنه - وهو الملك والسلطنة من الطرفين
- لا
يترتب عليه، فهو غير مؤثر في مقصود المتبايعين، لا أنه لغو من جميع الجهات فافهم.
(٥٩)

اللهم إلا أن يقال: ان عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد في نظر الشارع مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة - كالقبض في الهبة ونحوها والإجازة في الفضولي - لا يقتضي النهي عنها بقول مطلق، إذ معني صحة المعاملة شرعا أن يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من إنشائه ولو مع شرط لاحق، وعدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا يوجب النهي عنه إلا مقيدا بتجرده عن لحوق ذلك الشرط، فقصدتهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن ويطالبون المبيع لا يوجب الحكم عليه بالفساد. (٦٠)

فالانصاف: أن ظاهر النهي في تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع وعدم ترتب أثر الانشاء المقصود منه عليه مطلقا " حتى مع الإجازة،
وأما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز، فلان النهي راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع،
فلا تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز، فيرجع فيه إلى مسألة الفضولي. (٦١)
نعم، قد يחדش فيها: أن ظاهر كثير من الاخبار المتقدمة، ورودها في بيع الكلي، وإنه لا يجوز
بيع الكلي في الذمة ثم اشتراء بعض أفراده وتسليمه إلى المشتري الأول، والمذهب
جواز ذلك
وإن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر، (٦٢)

فيقوي في النفس: أنها وما ورد في سياقها في بيع الشخصي أيضا " - كروايتي يحيي
وخالد
المتقدمتين - أريد بها الكراهة، أو وردت في مقام التقية، لان المنع عن بيع الكلي حالا
" مع عدم
وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة - كما صرح به في بعض الاخبار
-
مستندين في ذلك إلى النهي النبوي عن بيع ما ليس عندك، (٦٣)
لكن الاعتماد على هذا التوهين في رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين في بيع
الشخصي، وعموم مفهوم التعليل في الأخبار الواردة في بيع الكلي، خلاف الانصاف،
إذ غاية
الامر حمل الحكم في مورد تلك الأخبار - وهو بيع الكلي قبل التملك - على التقية،
وهو لا
يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا "، فتدبر. (٦٤)

فالأقوى: العمل بالروايات والفتوى بالمنع عن البيع المذكور. (٦٥)

مما يؤيد المنع - مضافا إلى ما سيأتي عن التذكرة والمختلف من دعوى الاتفاق - :
رواية
الحسن بن زياد الطائي الواردة في نكاح العبد بغير إذن مولاه، قال: قلت لابي عبد الله
عليه
السلام إني كنت رجلا مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاي ثم أعتقني بعد، فأجدد
النكاح فقال:
علموا إنك تزوجت؟ قلت نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئا ". قال: ذلك
إقرار منهم،
أنت على نكاحك. الخبر، فإنها ظاهرة بل صريحة في أن علة البقاء بعد العتق على ما
فعله
بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته، فلو كان صيرورته حرا مالكا لنفسه
مسوغة
للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولي سكت أم لا، للزوم
العقد
حينئذ على كل تقدير. (٦٦)

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات، وهو ما لو باع البائع
لنفسه
واشتري المشتري غير مترقب لإجازة المالك ولا إجازة البائع إذا صار مالكا " (٦٧)

وهذا هو الذي ذكره العلامة رحمه الله في التذكرة نافيا " للخلاف في فساد، قال: لا يجوز أن يبيع
عينا لا يملكها ويمضي ليشترها ويسلمها، وبه قال الشافعي وأحمد، ولا نعلم فيه خلافا
"، لقول
النبي ص: لا تبع ما ليس عندك ولا شتمالها على الغرر، فإن صاحبها قد لا يبيعها، وهو
غير
مالك لها ولا قادر على تسليمها، أما لو اشترى موصوفا في الذمة - سواء كان حالا " أو
مؤجلا " - فإنه جائز إجماعا "، إنتهي
وحكي عن المختلف أيضا الإجماع على المنع أيضا "، واستدلالة بالغرر وعدم القدرة
على
التسليم ظاهر، بل صريح في وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز، بل وقع على
وجه يلزم
على البائع بعد البيع تحصيل المبيع وتسليمه (٦٨) فحينئذ لو تباعا على أن يكون العقد
موقوفا على الإجازة، فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه، لم يدخل في
مورد
الاحبار ولا في معقد الاتفاق. ولو تباعا على أن يكون لزوم موقوفا على تملك البائع
دون
إجازته، فظاهر عبارة الدروس: أنه من البيع المنهي عنه في الاخبار المذكورة، حيث
قال:
وكذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز، ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما
ليس
عنده، وقد نهي عنه، إنتهي

لكن الانصاف: ظهورها في الصورة الأولى، وهي ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل
والانتقال
وعدم الوقوف على شئ. (٦٩)

وما ذكره في التذكرة كالصریح في ذلك، حيث علل المنع بالغرر وعدم القدرة على التسليم.

وأصرح منه كلامه المحكي عن المختلف في فصل النقد والنسيئة. (٧٠)
ولو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع فأجازه فالظاهر أيضا الصحة، لخروجه عن مورد

الانخبار. نعم، قد يشكل فيه من حيث أن الإجازة لا متعلق لها، لان العقد السابق كان إنشاء

للبيع عن المالك الأصلي، ولا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه. (٧١)

ويمكن دفعه بما اندفع به سابقا الاشكال في عكس المسألة وهي ما لو باعه الفضولي
لنفسه،
فأجازه المالك لنفسه، فتأمل. (٧٢)

ولو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا " عليه عدوانا "، فإن أجاز المالك فلا كلام في الصحة، بناء على المشهور من عدم إعتبار وقوع البيع عن المالك، وإن ملكه الثالث وأجازته، أو ملكه البائع فأجازته، فالظاهر أنه داخل في المسألة السابقة. (٧٣)

(المسألة الثانية)
ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا في المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى، وهي ما لو لم
يجز البائع
بعد تملكه، (٧٤) فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الاخبار المذكورة يقينا
"، (٧٥)

مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم، وعدم صيرورتها حلالا " من دون طيب النفس،
فإن المفروض إن البائع بعدما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشتري الأول،
والتزامه
قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشتري ليس التزاما إلا بكون مال غيره له. (٧٦)

اللهم إلا أن يقال: ان مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود والشروط على كل عاقد وشارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه وإن كان قبل ذلك أجنبيا " لا حكم لوفائه ونقضه (٧٧)

ولعله لاجل ما ذكرنا رجع فخر الدين في الايضاح - بناء على صحة الفضولي - صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة.
قيل: ويلوح هذا من الشهيد الثاني في هبة المسالك، وقد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية في المعتبر.
لكن يضعفه: أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب، والمقام مقام استصحاب
حكم الخاص، لا مقام الرجوع إلى حكم العام، فتأمل. (٧٨)

مضافا " إلى معارضة العموم المذكور بعموم سلطنة الناس على أموالهم وعدم حلها
لغيرهم إلا
عن طيب النفس، (٧٩)

وفحوى الحكم المذكور في رواية الحسن بن زياد المتقدمة في نكاح العبد بدون إذن مولاه وأن عتقه لا يجدي في لزوم النكاح لولا سكوت المولي الذي هو بمنزلة الإجازة. (٨٠) ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة فإنما هو فيما إذا باع الفضولي لنفسه، أما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو، فجريان عموم الوفاء بالعقود والشروط بالنسبة إلى البائع أشكل. (٨١)

ولو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل، فلا إشكال في عدم وقوع البيع له بدون الإجازة ولا معها، نعم يقع للوارث مع إجازته. (٨٢)

* تنبيهاً *

المسألة الثالثة

ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف. وعدم جواز التصرف المنكشف خلافه، إما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا"، وإما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا". وعلى كل منهما، فإما أن يبيع عن المالك، وإما أن يبيع لنفسه، فالصور أربع (٨٣)

الأولى: أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا " على البيع. فلا ينبغي الاشكال في
اللزوم حتى
على القول ببطلان الفضولي. (٨٤)

لكن الظاهر من المحكي عن القاضي: أنه إذا أذن السيد لعبده في التجارة فباع واشتري وهو لا يعلم بإذن سيده ولا علم به أحد، لم يكن مأذونا في التجارة، ولا يجوز شيء مما فعله، فإن علم بعد ذلك واشتري وباع جازما فعله بعد الاذن، ولم يجز ما فعله قبل ذلك، فإن أمر السيد قوما " أن يبايعوا العبد والعبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه وشراؤه منهم جائزا "، وجري ذلك مجري الاذن الظاهر، فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم وباع جاز، إنتهي. (٨٥)

الثانية: أن يبيع لنفسه وانكشف كونه ولياً". (٨٧)

فالظاهر أيضا صحة العقد، لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع ولا
يقدر، وفي
توقفه على إجازته للمولي عليه وجه، (٨٨)

لان قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون، فتأمل. (٨٩)

الثالثة: أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا ". (٩٠)

وقد مثله الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا " (٩١)
والمشهور الصحة، بل ربما استفيد من كلام العلامة في القواعد والارشاد في باب الهبة
الاجماع، ولم نعثر على مخالف صريح، إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر في قواعده: أنه
لو قيل
بالبطلان أمكن، وقد سبقه في احتمال ذلك العلامة وولده في النهاية والايضاح، لأنه
إنما قصد
نقل المال عن الأب، لاعنه، ولأنه وإن كان منجزا في الصورة إلا أنه معلق، والتقدير:
إن مات
مورثي فقد بعثك، ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد، لاعتقاده أن المبيع لغيره، إنتهي.
(٩٢)

أقول: أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدر في وقوعه، لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث أنه مالك باعتقاده، ففي الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ في اعتقاده إن المالك أبوه، وقد تقدم توضيح ذلك في عكس المسألة، أي: ما لو باع ملك غيره باعتقاد أنه ملكه.

(٩٣)

نعم، من أ بطل عقد الفضولي لاجل إعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوي البطلان عنده
هنا، لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه، - ولذا نقول نحن كما سيجيئ -
باشترط
الإجازة من المالك بعد العقد، لعدم حصول طيب النفس حال العقد].

وأما ما ذكر من: أنه في معني التعليق، ففيه مع مخالفته لمقتضي الدليل الأول، كما لا يخفى: (٩٤)

منع كونه في معني التعليق، لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه، كما هو ظاهر هذا الدليل، فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه في علمه، فبيعه كبيع الغاصب مبني على دعوى

على المال، لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالإرث عن مورثه، لأن ذلك لا يجمع مع

ظن الحياة. (٩٥)

اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقي إلى النقل معلق على تملك الناقل، وبدونه فالقصد صوري،

على ما تقدم من المسالك من أن الفضولي والمكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. لكن فيه حينئذ: أن هذا القصد الصوري كاف، ولذا قلنا بصحة عقد الفضولي.

ومن ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد، معللا بعلمه بكون المبيع لغيره. (٩٦)
وكيف كان، فلا ينبغي الاشكال في صحة العقد، إلا أن ظاهر المحكي من غير واحد لزوم العقد وعدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة، لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه، (٩٧)

وتوضيحه: ان انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدر قصد خلافه، وإنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب إختلافها في التوقف على الأمور المتأخرة وعدمه، (١٠٠)

مع أن عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف، (١٠١)

(١٧٢)

بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه (١٠٢)، فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة في اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم، وعدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم، وحرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض. (١٠٣) وبالجملة: فأكثر أدلة اشتراط الإجازة في الفضولي جارية هنا.

وأما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغني عن الإجازة، وإلا فسد العقد.

ففيه: إنه يكفي في تحقق صورة العقد القابلة للحقوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين. وقصد

كونه ماله أو مال غيره مع خطئه في قصده أو صوابه في الواقع لا يقدح ولا ينفع، ولذا بنينا

على صحة العقد بقصد مال نفسه مع كونه مالا لغيره. (١٠٤)

وأما أدلة إعتبار التراضي وطيب النفس، فهي دالة على إعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله، لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له في الواقع، فإن حكم طيب النفس

والرضا لا يترتب على ذلك، فلو أذن في التصرف في مال معتقد إنه لغيره، والمأذون يعلم أنه

له، لم يجز له التصرف بذلك الاذن.

ولو فرضنا إنه أعتق عبدا عن غيره فبان إنه له لم ينعق، وكذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبان زوجته، لان القصد المقارن إلى طلاق زوجته وعق مملوكه معتبر فيهما، فلا تنفع الإجازة.

ولو غره الغاصب فقال: (هذا عبدي اعتقه عنك) فأعتقه عن نفسه، فبان كونه له، فالأقوى

أيضا عدم النفوذ، وفاقا للمحكي عن التحرير وحواشي الشهيد وجامع المقاصد مع حكمه

بصححة البيع هنا ووقوفه على الإجازة، لان العتق لا يقبل الوقوف، فإذا لم يحصل القصد إلى

فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلا، بخلاف البيع، فلا تناقض بين حكمه ببطالان العتق وصححة البيع مع الإجازة، كما يتوهم. نعم، ينبغي إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم

النفوذ، وحكم في البيع باللزوم وعدم الحاجة إلى الإجازة، فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين

هو مال المنشئ في الواقع من غير علمه به، إن كان يكفي في طيب النفس والرضا المعتبر في

جميع إنشاءات الناس المتعلق بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق، وإن اعتبر في طيب النفس

المتعلق باخراج الأموال عن الملك، العلم بكونه مالا له ولم يكف مجرد مصادفة الواقع، وجب

الحكم بعدم لزوم البيع. فالحق: إن القصد إلى الانشاء المتعلق، بمال معين مصحح للعقد، بمعنى

قابليته للتأثير، ولا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له، لكن لا يكفي ذلك في تحقق الخروج عن

ماله بمجرد الانشاء، ثم إن كان ذلك الانشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما

في العقود، وإلا وقع الانشاء باطلا كما في الايقاعات. (١٠٥)

(١٧٥)

ثم إنه ظهر مما ذكرنا في وجه الوقوف على الإجازة: إن هذا الحق للمالك
من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ، (١٠٦)

ففعده متزلزل من حيث الحدوث، لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا، وتبعه بعض من عاصرناه، معللا بقاعدة نفي الضرر، إذ فيه: أن الخيار فرع الانتقال، وقد تقدم توقفه على طيب النفس. وما ذكره من الضرر المترتب على لزوم البيع، ليس لامر راجع إلى العوض والمعوض، وإنما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه ورضاه، إذ لا فرق في الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق في الفضولي، أو يعلمه ويجهل تعلقه بماله. (١٠٧)

ومن المعلوم: أن هذا الضرر هو المثبت لتوقف عقد الفضولي على الإجازة، إذ لا يلزم
من
لزومه بدونها سوى هذا الضرر. (١٠٨)
ثم إن الحكم بالصحة في هذه الصورة غير متوقفة على القول بصحة عقد الفضولي بل
يجئ
على القول بالبطلان، (١٠٩)

إلا أن يستند في بطلانه بما تقدم من قبح التصرف في مال الغير، فيتجه عنده حينئذ
البطلان، ثم
يغرم المثلثان وان كان جاهلا ". (١١٠)

الرابعة: أن يبيع لنفسه باعتقاد أنه لغيره فأنكشف أنه له، والأقوى هنا أيضا الصحة ولو
على
القول بطلان الفضولي والوقوف على الإجازة، بمثل ما مر في الثالثة، (١١١)

وفي عدم الوقوف هنا وجه لا يجري في الثالثة، ولذا قوي اللزوم هنا بعض من قال
بالخيار في
الثالثة. (١١٢)

بيع الفضولي
* القول في المجاز *

وأما القول في المجاز فاستقصاؤه يكون ببيان أمور:
الأول: يشترط فيه كونه جامعا " لجميع الشروط المعتبرة في تأثيره عدا رضا المالك
(١).

فلا يكفي اتصاف المتعاقدين بصحة الانشاء، (٢) ولا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلى
الأصيل
فقط على الكشف، للزومه عليه حينئذ (٣) بل مطلقاً، لتوقف تأثيره الثابت - ولو
على القول
بالنقل - عليها، (٤) وذلك لان العقد إما تمام السبب أو جزئه، (٥)

وعلى أي حال فيعتبر إجتماع الشروط عنده، ولهذا لا يجوز الايجاب في حال جهل
القابل
بالعوضين، (٦) بل لو قلنا بجواز ذلك لم يلزم منه الجواز هنا، لان الإجازة على القول
بالنقل
أشبه بالشروط (٧)، ولو سلم كونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد، فيكون جميع ما دل
من
النص والاجماع على إعتبار الشروط في البيع ظاهرة في اعتبارها في إنشاء النقل
والانتقال
بالعقد. (٨)

نعم، لو دل دليل على إعتبار شرط في ترتب الأثر الشرعي على العقد من غير ظهور في
اعتباره في أصل الانشاء، أمكن القول بكفاية وجوده حين الإجازة، (٩)
ولعل من هذا القبيل: القدرة على التسليم، وإسلام مشتري المصحف والعبد المسلم.
(١٠)

بما هي معاملة، ومن إن لم تكن موجبة إلا لاستناد المعاملة إلى المالك، إلا أن المالك بسبب الإجازة يصير طرفاً " للعقد، فكأنه يصير عاقداً " فيعتبر فيه حينئذ ما يعتبر في المتعاقدين.

ويؤيده: مناسبة الحكم والموضوع بالنسبة إلى بعض تلك الشرائط، فإن اعتبار معلومية العوضين مثلاً "، إنما هو لأجل رفع الخطر في المعاملة الراجع إلى المالك، فإنه هو الذي يقع في الخطر من ناحية الجهالة، فالمناسب في اعتبار المعلومية إنما هو اعتبار علم المالك الذي ينشأ من جهله الخطر، وعلى هذا فيمكن أن يفصل في الشرائط بين ما إذا كان كذلك كالمعلومية فيقال فيها باعتبارها في المجيز، وبين ما لم يكن كذلك فيقال فيها بعدم الاعتبار.

لكن الكلام الكلي هو القول بالاعتبار مطلقاً "، سواء كان مما تقتضي المناسبة بين الحكم والموضوع اعتبارها أم لا، وذلك لأن العقد وإن كان قائماً بالمتعاقدين الفضول والطرف الأصيل، لكن المعاملة قائمة بالفضول والمالك المجيز معاً من طرف والطرف الأصيل من طرف آخر، لتوقف تحققها على إجازة المالك، ومع قيام المعاملة بهما معاً " يعتبر اجتماع الشرائط فيهما فيعتبر تحقق الشرائط في المجيز بعين ملاك تحققها في الفضول، لكن اللازم من ذلك اعتبار الشرائط في المالك المجيز حين الإجازة. وأما اعتبارها حين العقد أو استمرارها من حين العقد إلى حين الإجازة فليس عليه دليل أصلاً ".

ومما ذكرناه ظهر الفرق بين الفضولي في المقام وبين الوكيل المفوض في باب المضاربة، حيث إن المعتبر في الوكيل المفوض هو واجديته للشرائط دون المالك بخلاف المقام، فإنه يعتبر جامعية العاقد الفضولي والمالك المجيز للشرائط المعتبرة في المتعاقدين معاً "، ووجه الفرق هو قيام المعاملة بالمالك المجيز في المقام

كقيامها على الفضول بخلاف باب المضاربة، فإن المعاملة فيه قائمة بالوكيل ولا استناد لها إلى المالك أصلاً " (ج ٢ ص ٢١٢)

الأصفهاني: ومن الشرائط ما يعتبر في من له العقد سواء كان مالكا " للعين أو للتصرف كالولي، وهو كالقدرة على التسليم، فإن العمدة في وجه اعتبارها ج كما سيحجى إن شاء الله تعالى - دليل نفي الغرر،

ثم هل يشترط بقاء الشرائط المعتبرة حين العقد إلى زمان الإجازة، أم لا؟ لا ينبغي
الاشكال في
عدم اشتراط بقاء المتعاقدين على شروطهما على القول بالنقل. (١١)

وأما شروط العوضين، فالظاهر اعتبارها بناء على النقل، وأما بناء على الكشف فوجهان، واعتبارها عليه أيضا غير بعيد. (١٣)

الثاني: هل يشترط في المجاز كونه معلوما للمجيز بالتفصيل - من تعيين العوضين،
وتعيين نوع
العقد من كونه بيعا أو صلحا، فضلا " عن جنسه من كونه نكاحا لجاريته أو بيعا لها -
أم يكفي
العلم الاجمالي بوقوع عقد قابل للإجازة؟ وجهان: من كون الإجازة كالإذن السابق
فيجوز
تعلقه بغير المعين (١٤)

إلا إذا بلغ حدا " لا يجوز معه التوكيل، (١٥)

(٢١٨)

هنا يظهر قوة احتمال إعتبار العلم بوقوع العقد، ولا يكفي مجرد إحتماله فيجيزه على تقدير وقوعه إذا انكشف وقوعه، لان الإجازة وإن لم تكن من العقود حتى يشملها معاقد إجماعهم على عدم جواز التعليق فيها، إلا أنها في معناها (١٧)، ولذا يخاطب المجيز بعدها بالوفاء بالعقد السابق، أن الوفاء بالعقد السابق لا يكون إلا في حق العاقد، فتأمل. (١٨)

الثالث: المجاز، إما العقد الواقع على نفس مال الغير، وإما العقد الواقع على عوضه،
(١٩)

--

وعلى كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو عوضه، أو آخره،
(٢٠)

أو عقدا " بين سابق ولاحق واقعين على مورده، أو بدله، أو باختلاف. (٢١)
ويجمع الكل: فيما إذا باع عبدا لمالك بفرس، ثم باعه المشتري بكتاب، ثم باعه الثالث
بدينار،
وباع البائع الفرس بدرهم، وباع الثالث الدينار بجارية، وباع بائع الفرس الدرهم
برغيف، ثم
بيع الدرهم بحمار، وبيع الرغيف بعسل.]

أما إجازة العقد الواقع على مال المالك - أعني العبد بالكتاب - فهي ملزمة له ولما
بعده مما
وقع على مورده - أعني العبد بالدينار - بناء على الكشف، (٢٢)

وأما بناء على النقل، فيبني على ما تقدم من إعتبار ملك المجيز حين العقد وعدمه، وهي
فسخ

بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده، أعني بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز.

(٢٣)

أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة وهو المشتري بالكتاب فقابليته للإجازة مبنية على
مسألة

اشتراط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السابقة واللاحقة على مورده، أعني
مال المجيز.

وأما العقود الواقعة على عوض مال المجيز: - فالسابقة على هذا العقد وهو بيع الفرس
بالدرهم - يتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلي للعوض وهو الفرس، واللاحقة له
- أعني

بيع الدينار بجارية - (٢٤) تلزم بلزوم هذا العقد. (٢٥)

وأما إجازة العقد الواقع على العوض - أعني بيع الدرهم برغيف - فهي ملزمة للعقود السابقة عليه، سواء وقعت على نفس مال المالك - أعني بيع العبد بالفرس - أو على عوضه وهو بيع الفرس بالدرهم، وللعقود اللاحقة له إذا وقعت على المعوض، وهو بيع الدرهم بالحمار. (٢٦)

أما الواقعة على هذا البذل المجاز - أعني بيع الرغيف بالعسل - فحكمها حكم العقود الواقعة

على المعوض ابتداء. (٢٧)

وملخص ما ذكرنا: أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخا " لما قبله وإجازة لما بعده على الكشف (٢٨) وإن

وقعت من شخص واحد انعكس الامر. (٢٩)

ولعل هذا هو المراد من المحكي عن الايضاح والدروس في حكم ترتب العقود من: أنه إذا أجاز عقدا " على المبيع صح وما بعده، وفي الثمن ينعكس، فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من اشخاص متعددة، (٣٠) وأما العقود المترتبة على الثمن، فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصي مرارا، لان حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع، على ما سمعت سابقا من قولنا: أما الواقعة على هذا البديل المجاز إلى آخره، بل مرادهما ترامي الأثمان في العقود المتعددة، كما صرح بذلك المحقق والشهيد الثانيان. (٣١) وقد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا في المقسم من العقد المجاز على عوض مال الغير، ليس العوض الشخصي الأول له، بل العوض ولو بواسطة. (٣٢)

ثم إن هنا إشكالا في شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشتري بالغصب،
أشار إليه
العلامة رحمه الله في القواعد، وأوضحه قطب الدين والشهيد في الحواشي المنسوبة
إليه. (٣٣)

فقال الأول فيما حكي عنه: أن وجه الاشكال إن المشتري مع العلم يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، ولذا لو تلف لم يكن له الرجوع، ولو بقي ففيه الوجهان، (٣٤) فلا ينفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمناً عن مبيع اشتراه، ومن أن الثمن عوض عن العين المملوكة ولم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك، فإذا أجاز جري مجري الصادر عنه، إنتهي. (٣٥) وقال في محكي الحواشي: أن المشتري مع علمه بالغصب يكون مسلطاً للبائع الغاصب على الثمن، فلا يدخل في ملك رب العين، (٣٦) فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعاً فقد اشتراه لنفسه وأتلفه عند الدفع إلى البائع فيتحقق ملكيته للمبيع، فلا يتصور نفوذ الإجازة هنا لصيرورته ملكاً للبائع.

وإن أمكن إجازة البيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا "، لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له في إتلافه فلا يكون ثمنا "، فلا تؤثر الإجازة في جعله ثمنا، فصار الاشكال في صحة البيع وفي التتبع، ثم قال: إنه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع في المبيع، لاستحالة كون المبيع بلا ثمن فإذا قيل: إن الاشكال في صحة العقد كان صحيحا " أيضا، إنتهي. (٣٧)

واقصر في جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيرا في وجه سراية هذا الاشكال إلى صحة عقد الفضولي مع علم المشتري بالغصب والمحكي عن الايضاح: ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشتري على كون الإجازة ناقلة، فيكون منشأ الاشكال في الجواز والعدم: الاشكال في الكشف والنقل. (٣٨)

قال في محكي الايضاح: إذا كان المشتري جاهلا فللمالك تتبع العقود ورعاية مصلحته والربح
في سلسلتي الثمن والمثمن، وأما إذا كان عالما بالغصب فعلي قول الأصحاب من: أن المشتري
إذا رجع عليه بالسلعة لا يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه، فيكون قد ملك الغاصب
مجانا، لأنه بالتسليم إلى الغاصب ليس للمشتري استعادته من الغاصب بنص الأصحاب،
والمالك قبل الإجازة لم يملك الثمن، لان الحق أن الإجازة شرط أو سبب، فلو لم يكن للغاصب
فيكون الملك بغير مالك، وهو محال، فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك
المالك له - أي الإجازة - فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله،
ويكون ما يشتري الغاصب بالثمن وربحه له، وليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب. (٣٩)
وعلى القول بأن إجازة المالك كاشفة، فإذا أجاز العقد كان له، ويحتمل أن يقال:
لمالك العين
حق تعلق بالثمن، فإن له إجازة البيع وأخذ الثمن، وحقه مقدم على حق الغاصب، لان
الغاصب يؤخذ بأخس أحواله وأشققها عليه، والمالك مأخوذ بأجود الأحوال. (٤٠)

ثم قال: والأصح عندي انه مع وجود عين الثمن، للمشتري العالم أخذه، ومع التلف ليس له الرجوع به. إنتهي كلامه رحمه الله وظاهر كلامه: أنه لا وقع للاشكال على تقدير الكشف، وهذا هو المتجه، (٤١) إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب والشهيد: بأن تسليط المشتري للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ما ملكه الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالاقباض، فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل مقتضاه، وإذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطاً " من المشتري على ماله، فليس له أن يسترده، بناء على ما نقل من الأصحاب. (٤٢)

نعم، على القول بالنقل يقع الاشكال في جواز إجازة العقد الواقع على الثمن، لان إجازة مالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن، لان قبلها أجنبي عنه، والمفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل. (٤٣) وكذا الاشكال في إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد اتلافه إياه على الخلاف في اختصاص عدم رجوع المشتري على الثمن بصورة التلف وعدمه، لان تسليط المشتري للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة، فلا يبقى مورد للإجازة.]

وما ذكره في الايضاح من: احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق وإنه أولي من الغاصب
المأخوذ بأشق الأحوال، فلم يعلم له وجه بناء على النقل، لان العقد جزء سبب لتملك
المجيز،
والتسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب، فكيف يكون حق المجيز أسبق.؟!
(٤٤)

نعم، يمكن أن يقال: إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن، لعله لاجل التسليط
المراعي بعدم
إجازة مالك المبيع، (٤٥)

لا لان نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديري الرد والإجازة، وحيث
أن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع
على عقد فاسد، وجب الاقتصار فيه على المتيقن، وهو التسليط على تقدير عدم الإجازة، فافهم.
(٤٦).

بيع الفضولي * احكام الرد *

* المدخل *

(٢٨٥)

مسألة
في أحكام الرد
لا يتحقق الرد قولاً إلا بقوله: (فسخت) و (رددت) وشبه ذلك مما هو صريح في الرد،
(١)

لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصل وقابليته من طرف المجيز، وكذا يحصل بكل فعل
منخرج
له عن ملكه بالنقل أو بالاتلاف وشبههما، كالعق والبيع والهبة والتزويج (٢) ونحو
ذلك،
والوجه في ذلك: أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة، لفرض خروجه عن
ملكه. (٣)

لان صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة، وإذا فرض وقوعها صحيحة
منعت
عن وقوع الإجازة. (٥)

والحاصل: أن وقوع هذه الأمور صحيحة، مناقض لوقوع الإجازة لأصل العقد، فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحاً " فلا بد من امتناع وقوع الآخر، أو إبطال صاحبه، أو إيقاعه على غير وجهه، وحيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. وبالجمله: كل ما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثر من حين العقد فوقوعه صحيحاً مانع من لحوق الإجازة، لامتناع إجتماع المتنافيين. (٦)

نعم، لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكني واللبس، كان عليه أجره المثل إذا أجاز فتأمل. (٧)

ومنه يعلم: أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد، ووقوعها بدونها،
لان
التنافي بينهما واقعي. ودعوى: أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد في
الإجازة، ولذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئاً " ثم
ملكه.
مدفوعة: بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه.
(٨)

نعم، لو قلنا: بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقي - الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد
الملحوق بالإجازة (٩) - كانت التصرفات مبنية على الظاهر، وبالإجازة ينكشف عدم
مصادفتها للملك، (١٠) فتبطل هي وتصح الإجازة.

بقي الكلام في التصرفات الغير المنافية لملك المشتري من حين العقد، كتعريض المبيع
للبيع،
والبيع الفاسد، وهذا أيضا على قسمين: لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع
العقد
من الفضولي على ماله، وإما أن يقع في حال عدم الالتفات. (١١)

أما الأول، فهو رد فعلي للعقد، (١٢) والدليل على إلحاقه بالرد القولي - مضافا " إلى
صدق الرد
عليه، فيعمه ما دل على أن للمالك الرد، مثل: ما وقع في نكاح العبد والأمة بغير إذن
مولاه، (١٣)

وما ورد فيمن زوجته أمه وهو غائب، من قوله عليه السلام: (إن شاء قبل وإن شاء ترك)
(١٤)

إلا أن يقال: أن الاطلاق مسوق لبيان أن له الترك، فلا تعرض فيه لكيفيته - : أن المانع
من
صحة الإجازة بعد الرد القولي موجود في الرد الفعلي، وهو خروج المجيز بعد الرد عن
كونه
بمنزلة أحد طرفي العقد، (١٥)

مضافاً " : إلى فحوى الاجماع المدعي على حصول فسخ ذي الخيار بالفعل، كالوطء
والبيع
والعتق، فإن الوجه في حصول الفسخ هي دلالتها على قصد فسخ البيع، (١٦)

وإلا فتوقفهما على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها، (١٧) بل يوجب بطلانها، لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك.

وأما الثاني - وهو ما يقع في حال عدم الالتفات - فالظاهر عدم تحقق الفسخ به، لعدم دلالة
على إنشاء الرد، والمفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة، (١٨) وكيف كان، فإذا
فسخ الفعلي لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا"، صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من
الحدوث القابل للتأثير، بطريق أولي.
ولا يكفي مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف
على
القصد والالتفات إلى وقوع المردود، نظير إنكار الطلاق الذي جعلوه رجوعا ولو مع
عدم
الالتفات إلى وقوع الطلاق، على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. (١٩)

نعم، لو ثبت كفاية ذلك في العقود الجائزة كفي هنا بطريق أولي، كما عرفت، لكن لم يثبت ذلك هناك، فالمسألة محل إشكال. (٢٠) بل الاشكال في كفاية سابقه أيضا"، فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ في الفسخ كالإجازة (٢١)، ولذا استشكل في القواعد في بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد على متعلقها جاهلا " بفساده، وقرره في الايضاح وجامع المقاصد على الاشكال. (٢٢)

والحاصل: أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولي، وفي حكمه تفويت محل الإجازة
بحيث لا يصح وقوعها على وجه يؤثر من حين العقد. وأما الرد الفعلي - وهو الفعل للمنشأ به مفهوم
الرد -
فقد عرفت نفي البعد عن حصول الفسخ به. (٢٣)

وأما مجرد إيقاع ما ينافي مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد - لعدم الالتفات إلى وقوع العقد - فالإكتفاء به مخالف للأصل. (٢٤)

وفي حكم ما ذكرنا: الوكالة والوصاية، ولكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلي أوضح.
(٢٥)

وأما الفسخ في العقود الجائزة بالذات أو الخيار، فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلي.
وأما فعل ما لا يجمع صحة العقد - كالوطء والعرق والبيع - فالظاهر أن الفسخ بها من
باب
تحقق القصد قبلها، لا لمنافاتها لبقاء العقد، (٢٦)

لان مقتضى المنافاة بطلانها، لا انفساخ العقد، عكس ما نحن فيه، وتمام الكلام في محله.
ثم إن الرد إنما يثمر في عدم صحة الإجازة بعده، وأما انتزاع المال من المشتري لو أقبضه
الفضولي فلا يتوقف على الرد، بل يكفي فيه عدم الإجازة، والظاهر أن الانتزاع بنفسه
رد مع
القرائن الدالة على إرادته منه، لا مطلق الاخذ، لأنه أعم، ولذا ذكروا أن الرجوع في
الهبة لا
يتحقق به. (٢٧)

فروع

(٣٣٦)

بيع الفضولي
احكام الرد
* حكم المشتري من الفضولي *

مسألة

لو لم يجز المالك، فإن كان المبيع في يده فهو، وإلا فله انتزاعه ممن وجده في يده مع بقاءه، (١)

ويرجع بمنافعه المستوفاة وغيرها - على الخلاف المتقدم في البيع الفاسد. -
ومع التلف يرجع إلى من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلى القيم من زمان وقع في يده (٢)

ولو كان قبل ذلك في ضمان آخر، وفرض زيادة القيمة عنده، ثم نقصت عند الأخير،
(٣) إختص

السابق بالرجوع بالزيادة عليه، كما صرح به جماعة في الأيدي المتعاقبة.
هذا كله حكم المالك مع المشتري.]

وأما حكم المشتري مع الفضولي، فيقع الكلام فيه تارة في الثمن، وأخري فيما يغرمه للمالك
زائدا " على الثمن، فهنا مسألتان:
الأولى
أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا " بكونه فضوليا "، سواء كان باقيا " أو تالفا "
[٤]

نعم لو اعترف به على وجه يعلم عدم استناده إلى اليد - كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام
البينة - لم يرجع بشيء. ولو لم يعلم استناد الاعتراف إلى اليد أو إلى غيره، ففي الأخذ
بظاهر الحال من استناده إلى اليد أو بظاهر لفظ (الاقرار) من دلالته على الواقع وجهان. (٦)

وإن كان عالما " بالفضولية، فإن كان الثمن باقيا استرده وفقا " للعلامة وولده
والشهيدين
والمحقق الثاني رحمه الله، إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا "، ومجرد
تسليطه عليه لو
كان موجبا " لانتقاله لزم الانتقال في البيع الفاسد، لتسليط كل من المتبايعين صاحبه
على ماله.
(٧)

ولان الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك - كما هو المشهور - يستلزم تملك المالك للثمن، فإن تملكه البائع قبله يلزم فوات محل الإجازة، لان الثمن إنما ملكه الغير، فيمتنع تحقق الإجازة فتأمل. (٨)

وهل يجوز للبائع التصرف فيه؟ وجهان، بل قولان، أقواهما عدم، لأنه أكل مال
بالباطل. (٩)

هذا كله إذا كان باقيا "، وأما لو كان تالفا "، فالمعروف عدم رجوع المشتري، بل المحكي عن العلامة وولده والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم الاتفاق عليه، (١٠) ووجهه - كما صرح به بعضهم كالحلي والعلامة وغيرهما ويظهر من آخرين أيضا " - أنه سلطه على ماله بلا عوض. (١١)

توضيح ذلك: أن الضمان إما لعموم (على اليد ما أخذت) (١٢)

وإما لقاعدة الاقدام على الضمان الذي استدل به الشيخ وغيره على الضمان في فاسد ما
يضمن بصحيحه. (١٣)

والأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك ودفعه إليه لحفظه
كما في
الوديعة، أو الانتفاع به كما في العارية، أو استيفاء المنفعة منه كما في العين
المستأجرة، فإن
الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان، فالتسليط على التصرف فيه وإتلافه له مما
لا
يوجب ذلك بطريق أولي. (١٤)

قلت: الضمان كون الشيء في عهدة الضامن وخسارته عليه، وإذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقي مع علمهما بذلك. (١٦)

وما ذكر: من بناء المتعاقدين في هذا العقد على كون المثلث ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال غير فهو إنما يصح وقوع عقد التمليك والتملك منهما إدعاء مع عدم كون البائع أهلاً لذلك في الواقع، وإلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين والضمان والتضمين الحقيقي بالنسبة إليهما، ولذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع ويدخل في ضمانه بمجرد الإجازة. والحاصل: أنه لا تضمين حقيقة في تسليط المشتري البائع على الثمن، (١٧)

وأما رجوع المشتري مع إعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطأ - مع أنه إنما ضمنه بمال الغير - فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه من دون ضمان، وإن كان ما ضمنه به غير ملك له. (١٨) ولا يتحقق به التضمين، لأنه إنما طاب نفسه بتصرف البائع لاعتقاد المثمن ملكا " له وصيرورته مباحا " له بتسليطه عليه، وهذا مفقود فيما نحن فيه، لأن طيب النفس بالتصرف والاتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. (١٩)

ومما ذكرنا يظهر - أيضا " - فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشتري بالفساد،
حيث إنه ضمن
البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به. وكذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشتري بما
يعلم
أن المشتري لا يضمن به، فكأنه لم يضمنه بشئ.
وجه الفساد: أن التضمن الحقيقي حاصل هنا، لأن المضمون به مال الضامن. (٢٠)
غاية الامر أن فساد العقد مانع عن مضي هذا الضمان والتضمن في نظر الشارع، لأن
المفروض فساد، فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على
الضمان
الحقيقي، أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون تسليط مجاني واستيمان عن مالكة،
موجبا
لضمانه - على الخلاف في مدرك الضمان في فاسد ما يضمن بصحيحه - وشئ منهما
غير
موجود فيما نحن فيه، كما أوضحناه بما لا مزيد عليه،

وحاصله: أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا " للمبيع
وتسليطه على إتلافه، في أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.
نعم، لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك - كالخمر والخنزير والحر - قوي
إطراد ما
ذكرنا فيه: من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال، كما صرح به شيخ
مشايخنا في شرحه على القواعد. (٢١)

هذا، ولكن إطلاق قولهم: (أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده) يقتضي
الضمان فيما
نحن فيه وشبهه، نظرا " إلى أن البيع الصحيح يقتضي الضمان ففاسده كذلك، (٢٢)

إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقا " من: أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساد، ولا ريب أن العقد فيما نحن فيه - وفي مثل المبيع بلا ثمن والإجارة بلا أجر - إذا فرض صحيحا " لا يكون فيه ضمان، فكذلك مع الحكم بالفساد. (٢٣)

لكنك عرفت ضعف هذا المعني فيما ذكرناه سابقا في توضيح هذه القضية، فإن معناه ان كل عقد تحقق الضمان في الفرد الصحيح منه يثبت الضمان في الفرد الفاسد منه، فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان، لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا " وأخري فاسدا ".
نعم، يمكن تطبيق المعني المختار فيما نحن فيه وشبهه، بأن لا يكون المراد من العقد في موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود - كالبيع والصلح - بل يراد مطلق المعاملة المالية التي يوجد لها فردان صحيح وفاسد. (٢٤)

وبالجملة: فمستند المشهور في مسئلتنا لا يخلو من غموض فيقال: أن ما نحن فيه
والبيع بلا
ثمن والإجارة بلا أجر، تمليك بلا عوض من مال الآخر، والفرد الصحيح من هذه
المعاملة
وهي الهبة الغير المعوضة - لا ضمان فيها، ففاسدها كذلك، فتأمل. (٢٥)
ولذا لم يصرح أحد بعدم الضمان في (بعثك بلا ثمن) مع اتفاقهم عليه هنا، (٢٦)

وصرح بعضهم بضمان المرتشي مع تلف الرشوة التي هي من قبيل الثمن فيما نحن فيه.
نعم، ذكر الشهيد رحمه الله وغيره عدم الضمان في الإجارة بلا أجرة. (٢٧)

ويؤيد ما ذكرنا: ما دل من الاخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا". (٢٨)

وإن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه في التحريم، فلا ينافي عدم الضمان مع التلف كأصل السحت. (٢٩)

ثم إن مقتضى ما ذكرناه في وجه عدم الرجوع بالثمن: ثبوت الرجوع إذا باع البائع
الفضولي
غير بائع لنفسه، بل باع عن المالك ودفع المشتري الثمن إليه لكونه واسطة في إيصاله
إلى
المالك فتلف في يده، إذ لم يسلطه عليه ولا إذن له في التصرف فيه، فضلا " عن إتلافه،
ولعل
كلماتهم ومعاهد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه، وإن كان ظاهر بعضهم ثبوت
الحكم
في مطلق الفضولي مع علم المشتري بالفضولية.
وكذا يقوي الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشتري، بل أخذه بناء على
العقد
الواقع بينهما، فإنه لم يحصل هنا من المشتري تسليط إلا بالعقد، والتسليط العقدي مع
فساده
غير مؤثر في دفع الضمان، ويكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف
البائع
الغاصب فيه مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد في الإباحة. (٣٠)

وكذا يقوي الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها. (٣١)

ولو كان الثمن كليا " فدفع إليه المشتري بعض أفرادہ، فالظاهر عدم الرجوع، لأنه كالثمن المعين في تسليطه عليه مجانا ". (٣٢)

تنبيهان *

(۳۹۵)

المسألة الثانية

(٣٩٦)

فإما أن يكون من مقابل العين، كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشتري، كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين والثلث عشرة. وإما أن يكون في مقابل ما استوفاه المشتري، كسكني الدار ووطي الجارية واللبن والصوف والثمرة. وإما أن يكون غرامة لم يحصل له في مقابلها نفع، كالنفقة وما صرفه في العمارة، (٣٤) وما تلف منه أو ضاع من الغرس والحفر، أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حراً ونحو ذلك، أو نقص من الصفات والاجزاء.

ثم المشتري، إن كان عالما فلا رجوع في شئ من هذه الموارد، لعدم الدليل عليه.
(٣٥)

وإن كان جاهلا"، فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب - كما في الرياض وعن

الكفاية -: رجوع المشتري الجاهل بها على البائع، بل في كلام بعض تبعها " -
للمحكي عن فخر

الاسلام في شرح الارشاد - دعوى الاجماع على الرجوع بما لم يحصل في مقابله نفع
وفي السرائر: أنه يرجع قولاً واحداً"، وفي كلام المحقق والشهيد الثانيين - في كتاب
الضمان -:

نفي الاشكال عن ضمان البائع لدرك ما يحدثه المشتري إذا قلعه المالك. وبالجمله:
فالظاهر

عدم الخلاف في المسألة، للغرور فإن البائع مغرر للمشتري وموقع إياه في خطرات
الضمان

ومتلف ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذي يرجع إليه إذا رجع عن شهادته (٣٦)

مضافا " إلى ظاهر رواية جميل أو فحواها (عن الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه). فإن حرية ولد المشتري إما أن يعد نفعا عائدا إليه أو لا، وعلى التقديرين يثبت المطلوب، مع أن في توصيف قيمة الولد بأنها (أخذت منه) نوع إشعار بعلية الحكم فيطرد في سائر ما أخذت منه. (٣٨)

وأما السكوت عن رجوع المشتري إلى البائع في بعض الاخبار، فهو لعدم كونه مسوقا لذلك.

كرواية زرارة: (في رجل اشترى من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلى أرضه فولدت منه

أولادا"، ثم أتاها من يزعم أنها له وأقام على ذلك البينة، قال: يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها وخدمتها) (٣٩)

ورواية زريق، قال: (كنت عند أبي عبد الله عليه السلام يوما " إذ دخل عليه رجلان، فقال أحدهما: إنه كان على مال لرجل من بني عمار، وله بذلك ذكر حق وشهود، فأخذ المال ولم أسترجع عنه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتابا "، ولا أخذت منه براءة بذلك، وذلك لأني وثقت به، وقلت له: مزق الذكر الحق الذي عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقه، وعقيب هذا طالبني بالمال وراثته وحاكموني وأخرجوا بذلك ذكر الحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فأخذت بالمال، وكان المال كثيرا "، فتواريت عن الحاكم، فباع على قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا أبتلي بشراء معيشتي من القاضي. ثم إن ورثة الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال، وقد سألوه أن يرد على معيشتي ويعطونه الثمن في أنجم معلومة، فقال: إني أحب أن أسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا. فقال الرجل - يعني المشتري - : كيف أصنع جعلت فداك؟ قال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة، وترد المعيشة إلى صاحبها وتخرج يدك عنها. (٤٠) قال: فإذا فعلت ذلك، له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار، وكل ما كان مرسوما في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك، إلا ما كان من زرع زرعت أنت، فإن للزارع إما قيمة الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له، ورد عليك القيمة وكان الزرع له. (٤١)

قلت: جعلت فداك! فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا "؟ قال: له قيمة ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه. قلت: رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء؟ فقال: يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان، أورد القيمة كذلك، يجب على صاحب الأرض كلما خرج منه في إصلاح المعيشة، من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة، ودفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود إليه. (٤٢) وفيه: - مع أنا نمنع ورودها إلا في مقام حكم المشتري مع المالك - : إن السكوت في مقام البيان لا يعارض الدليل (٤٣)

مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع (٤٤)، مع أن البائع في قضية
زريق هو القاضي، فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم، (٤٥) لان الحاكم من قبل
الشارع ليس غارا من جهة حكمه على طبق البيئة المأمور بالعمل بها،

وإن كان قضاؤه باطلاً - كما هو الظاهر - فالظاهر علم المشتري ببطان قضاء
المخالف
وتصرفه في أمور المسلمين، فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له. (٤٦)

وأما الثاني، وهو ما غرمه في مقابل النفع الواصل إليه من المنافع والنماء، ففي الرجوع بها خلاف، أقواها الرجوع، وفاقا للمحكي عن المبسوط والمحقق والعلامة في التجارة والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم، وعن التنقيح: أن عليه الفتوى، لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا في من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله. (٤٧)

ويؤيده: قاعدة نفي الضرر، فإن تغريم من أقدم على إتلاف شيء من دون عوض مغرورا
من
آخر بأن له ذلك مجانا"، من دون الحكم برجوعه إلى من غره، في ذلك ضرر عظيم
ومجرد رجوع
عوضه إليه لا يدفع الضرر. (٤٨)

وكيف كان، فصدق الضرر وإضرار الغار به مما لا يخفى، خصوصا في بعض الموارد.
فما في الرياض من: أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفي الضرر
المفقود
في المقام، لوصول العوض إلى المشتري، لا يخلو عن شيء. (٤٩)

مضافا إلى ما قيل عليه: من منع مدخلية الضرر في قاعدة الغرور.

بل هي مبنية على قوة السبب على المباشر. لكنه لا يخلو من نظر، لأنه إنما يدعي اختصاص
دليل الغرور من النصوص الخاصة والاجماع بصورة الضرر.
وأما قوة السبب على المباشر، فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور، إلا إذا كان
السبب
بحيث استند التلف عرفا إليه، كما في المكروه وكما في الريح العاصف الموجب
للاحراق،
والشمس الموجبة لإذابة الدهن وإراققتها. (٥١)

والمتجه في مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلاً كما نسب إلى ظاهر الأصحاب
في المكره
لكون المباشر بمنزلة الآلة وأما في غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى
دليل
مفقود فلا بد من الرجوع بالآخرة إلى قاعدة الضرر أو الاجماع المدعي في الايضاح
على تقديم
السبب إذا كان أقوى أو بالاخبار الواردة في الموارد المتفرقة (٥٢)

أو كون الغار سببا في تغريم المغرور فكان كشاهد الزور في ضمان ما يؤخذ بشهادته
ولا ريب
في ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح (٥٣)

وأما الأول فقد عرفته وأما الاجماع والاختبار فهما وإن لم يردا في خصوص المسألة إلا أن تحققها في نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه وإباحته له مورد الاجماع ظاهرا ورجوع المحكوم عليه إلى شاهدي الزور مورد الاختبار ولا يوجد فرق بينهما وبين ما نحن فيه أصلا (٥٤)

وقد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما في كلام بعض حيث عدل في رد

مستند المشهور عما في الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى (٥٥)
فإن الانصاف ان مفهوم الغرور الموجب للرجوع في باب الاتلاف وإن كان غير منقح إلا أن

المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير وإثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير بل

قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الاتلاف (٥٦) فيكون غير قاصد لاتلاف مال

الغير (٥٧)

فیشبه المکره فی عدم القصد (٥٨)

(٤٣٤)

هذا كله مضافا إلى ما قد يقال: من دلالة رواية جميل المتقدمة بناء على أن حرية الولد
منفعة
راجعة إلى المشتري وهو الذي ذكره المحقق احتمالا في الشرايع في باب الغصب بناء
على
تفسير المسالك وفيه تأمل. (٥٩)

* تنبيہات *

(۴۳۶)

ثم إن مما ذكرنا في حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه في مقابل العين من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد، كما لو باع ما يسوي عشرين بعشرة، فتلف فأخذ منه المالك عشرين، فإنه لا يرجع بعشرة الثمن، وإلا لزم تلفه من كيس البائع من دون أن يغره في ذلك، لأنه لو فرض صدق البائع في دعوى الملكية لم يزل غرامة المشتري للثمن بإزاء المبيع التالف، فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن كذب البائع. وأما العشرة الزائدة فإنما جاء غرامتها من كذب البائع في دعواه، فحصل الغرور فوجب الرجوع. (٦٠)

ومما ذكرنا يظهر اندفاع ما ذكر في وجه عدم الرجوع من: أن المشتري إنما أقدم على ضمان العين وكون تلفه منه، كما هو شأن فاسد كل عقد يضمن بصحيحه، ومع الاقدام لا غرور، ولذا لم يقل به في العشرة المقابلة للثمن (٦١)

توضيح الاندفاع: إن الاقدام إنما كان على ضمانه بالثمن، إلا أن الشارع جعل القبض على هذا النحو من الاقدام - مع فساد العقد وعدم إمضاء الشارع له - سببا لضمان المبيع بقيمته الواقعية، فالمانع من تحقق الغرور و - هو الاقدام - لم يكن إلا في مقابل الثمن، والضمان المسبب عن هذا الاقدام لما كان لاجل فساد العقد المسبب عن تغير البائع كان المترتب عليه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا على الغار، فغرامة العشرة الزائدة وإن كانت مسببة عن الاقدام، إلا أنها ليست مقدما عليها. (٦٢)

هذا كله، مع أن التحقيق - على ما تقدم سابقا " - أن سبب الضمان في العقد الفاسد هو القبض
الواقع لا على وجه الائتمان، وإن ليس الاقدام على الضمان علة له مع عدم إمضاء
الشارع
لذلك الضمان وإن استدل به الشيخ وأكثر من تأخر عنه، وقد ذكرنا في محله توجيه
ذلك بما
يرجع إلى الاستدلال باليد، فراجع. (٦٣)
وكيف كان، فجرى ان قاعدة الغرور فيما نحن فيه أولى منه فيما حصل في مقابلته نفع.
(٦٤)

هذا إذا كانت الزيادة موجودة وقت العقد، ولو تجددت بعده فالحكم بالرجوع فيه أولي. (٦٥)

هذا كله فيما يغرمه المشتري بإزاء نفس العين التالفة.
وأما ما يغرمه بإزاء أجزائه التالفة، فالظاهر إن حكمه حكم المجموع في أنه يرجع في الزائد
على ما يقابل ذلك الجزء لا فيما يقابله - على ما اخترناه - ويجئ على القول الآخر
عدم الرجوع في تمام ما يغرمه. (٦٦)

وأما ما يغرمه بإزاء أوصافه، فإن كان مما لا يقسط عليه الثمن - كما عدا وصف
الصحة من
الأوصاف التي يتفاوت بها القيمة، كما لو كان عبدا كاتباً فنسي الكتابة عند المشتري
فرجع
المالك عليه بالتفاوت - فالظاهر رجوع المشتري على البائع، لأنه لم يقدم على ضمان
ذلك. (٦٧)

ثم إن ما ذكرنا كله من رجوع المشتري على البائع بما يغرمه - إنما هو إذا كان البيع المذكور صحيحاً من غير جهة كون البائع غير مالك،
أما لو كان فاسداً من جهة أخرى فلا رجوع على البائع، لأن الغرامة لم تجئ من تغير البائع
في دعوى الملكية، وإنما جاءت من جهة فساد البيع، فلو فرضنا البائع صادقاً في دعواه لم تنزل
الغرامة، (٦٨)
غاية الأمر كون المغروم له هو البائع على تقدير الصدق، والمالك على تقدير كذبه
فحكمه
حكم نفس الثمن في التزام المشتري به على تقدير صدق البائع وكذبه.

ثم إنه قد ظهر مما ذكرنا أن كلما يرجع المشتري
به على البائع إذا رجع إليه، فلا يرجع البائع به على المشتري إذا رجع عليه، لأن
المفروض قرار الضمان على البائع. (٦٩)

وأما ما لا يرجع المشتري به على البائع - كمساوي الثمن من القيمة - فيرجع البائع به على المشتري إذا غرمه للمالك، والوجه في ذلك حصول التلف في يده. فإن قلت: إن كلا من البائع والمشتري يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان، وحصول التلف في يد المشتري ولا دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه. (٧٠)

نعم، لو أُلْف بفعله رجع، لكونه سببا " لتنجز الضمان على السابق. (٧١)

(٤٦٠)

قلت: توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل
التالف
وصيرورته في عهدة كل منهما، مع أن الشيء الواحد لا يقبل الاستقرار إلا في ذمة
واحدة
وإن الموصول في قوله عليه السلام (على اليد ما أخذت) شيء
واحد، كيف يكون على كل واحدة من الأيدي المتعددة؟ (٧٢)

فنقول: معني كون العين المأخوذة على اليد: كون عهدها ودركها بعد التلف عليه،
فإذا فرض أيدي متعددة يكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيدي، (٧٣)

لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدة المتعددة معناه: لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفه، وحيث أن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببطل واحد لا أزيد، كان معناه: تسلط المالك على مطالبة كل منهم بالخروج عن العهدة عند تلفه، فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البطل، بمعنى أنه إذا استوفى أحدها سقط الباقي، لخروج الباقي عن كونها تداركا "، لان المتدارك لا يتدارك. (٧٤)

والوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي: إن مطالبتهم ما دام لم يصل إليه المبدل ولا بدله، فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله، فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية، والمفروض عدم ثبوته بعنوان آخر.

ويتحقق مما ذكرنا: أن المالك إنما يملك البطل على سبيل البدلية، ويستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف وأصلا إلى المالك.

ويمكن ان يكون نظير ذلك: ضمان المال على طريقة الجمهور، حيث أنه ضم ذمة إلى
ذمة أخرى، (٧٥)

--

(٤٦٩)

وَضَمَانُ عَهْدَةِ الْعَوَاضِينَ لِكُلِّ مِنَ الْبَائِعِ وَالْمَشْتَرِي عِنْدَنَا - كَمَا فِي الْإِيضَاحِ - (٧٦)

وَضَمَانُ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ عَلَى مَا اسْتَقَرَّ بِهِ فِي التَّذْكَرَةِ وَقَوَاهُ فِي الْإِيضَاحِ، (٧٧)

وَضَمَانِ الْاِثْنَيْنِ لَوَاحِدٍ كَمَا اِخْتَارَهُ ابْنُ حَمْزَةَ. (٧٨)

(٤٨٨)

وقد حكي فخر الدين والشهيد عن العلامة رحمه الله في درسه: أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال، قال: (ونظيره في العبادات الواجب الكفائي. وفي الأموال الغاصب من الغاصب.) هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي. (٧٩)

وأما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض، فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق ما لم يكن السابق موجبا لايقاعه في خطر الضمان، كما لا ريب في أن السابق إذا رجع عليه وكان غارا للاحقه لم يرجع إليه، إذ لا معني لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه
له (٨٠)

فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له، فنقول: إن الوجه في رجوعه هو أن السابق
اشتغلت
ذمته بالبدل قبل اللاحق، فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل، فهذا
الضمان
يرجع إلى ضمان واحد من البدل والمبدل على سبيل البدل، إذ لا يعقل ضمان المبدل
معينا من
دون البدل، وإلا خرج بدله عن كونه بدلا"، (٨١)

فما يدفعه الثاني فإنما هو
تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول، بخلاف ما يدفعه الأول، فإنه تدارك نفس العين
معينا، إذ لم يحدث له
تدارك آخر بعد، فإن أداه إلى المالك سقط تدارك
الأول له. (٨٣)
ولا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك، لأنه من باب الغرامة والتدارك، فلا
اشتغال للذمة قبل حصول التدارك، وليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول. (٨٤)
فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه لا يستحق الدفع إليه إلا
بعد
الأداء.
والحاصل: أن من تلف المال في يده ضامن لآحد الشخصين على البذل من المالك
ومن سبقه
في اليد، فيشتغل ذمته إما بتدارك العين وإما بتدارك ما تداركها، وهذا اشتغال شخص
واحد
بشيئين لشخصين على البذل، كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة أشخاص على
البذل
بشيء واحد لشخص واحد.

وربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده لو رجع عليه إن ذمة من تلف في يده لو رجع عليه: إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل وإن جاز له إلزام غيره باعتباره الغصب بأداء ما اشتغل ذمته به، (٨٥) فيملك حينئذ من أدي بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية، قال: (وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال في يده، وبين غيره الذي خطأ به بالأداء شرعي لا ذمي، إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو) إنتهي وأنت خير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده وخطاب غيره بأن خطابه ذمي وخطاب غيره شرعي، مع كون دلالة (على اليد ما أخذت) بالنسبة إليهما على السواء، والمفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره، مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء والخطاب الذمي.

مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة
بالمال
فعلا " ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك، نظير الاشتغال بغيره من الديون في
اجباره
على الدفع أو الدفع عنه من ماله، وتقديمه على الوصايا والضرب فيه مع الغرماء،
ومصالحة
المالك عنه مع آخر، إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة. (٨٦)

مع أن تملك غير من تلف المال لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل، لا يعلم له سبب اختياري ولا قهري، بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عمن تلف في يده بمجرد أداء غيره، لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك. مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في اليد العادية إلا إلى من تلف في يده، مع أن الظاهر خلافه، فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. (٨٧) نعم، لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلف في يده. هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري.

بيع الفضولي
* بيع المملوك وغيره *

مسألة

لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه (١) فعلي القول ببطالان الفضولي فالظاهر أن حكمه

حكم بيع ما يقبل الملك مع ما لا يقبله، والحكم فيه: الصحة، لظهور الاجماع، بل دعواه عن

غير واحد، (٢)

مضافا " إلى صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله عليه السلام:
(لا يجوز بيع ما لا يملك، وقد وجب الشراء فيما يملك) ولما ذكرنا قال به من قال ببطلان الفضولي كالشيخ وابن زهرة والحلي وغيرهم. (٣)

.....

نعم، لولا النص والاجماع أمكن الخدشة فيه بما سيحى في بيع ما يملك وما لا يملك.
(٤)

وأما على القول بصحة الفضولي، فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة، بل وكذا مع الرد، (٥)

فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك (٦) غاية الامر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري مع جهله
بالحال عند علمائنا - كما عن التذكرة، (٧) وسيجيء في أقسام الخيار - بل عن الشيخ
في الخلاف
تقوية ثبوت الخيار للبائع، لكن عن الغنية الجزم بعدمه،

ويؤيده صحيحة الصفار المتقدمة.
وربما حمل كلام الشيخ على ما إذا إدعى البائع الجهل أو الاذن، وكلام الغنية على العالم. (٨)
ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيد في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة
مانع شرعي، كلزوم ربا، وبيع آبق من دون ضميمة، وسيجئ الكلام في محلها. (٩)

.....

.....

ثم إن البيع المذكور صحيح بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن، وموقوف في غيره بحصته.
(١٠)

--

(۵۶۱)

وطريق معرفة حصة كل منهما من الثمن في غير المثلي: أن يقوم كل منهما منفردا،
فيؤخذ

لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين، (١١)
مثاله - كما عن السرائر - : ما إذا كان ثمنها ثلاث دنانير، وقيل: (إن قيمة المملوك
قيراط)

وقيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي الثمن.

وما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الارشاد، حيث قال: (ويسقط المسمي على
القيمتين).
ولعله أيضا مرجع ما في الشرايع والقواعد واللمعة من: أنهما يقومان جميعا ثم يقوم
أحدهما،
ولذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الارشاد، حيث قال: (طريق تقسيط المسمي
على
القيمتين إلخ) (١٢)

لكن الانصاف: إن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الارشاد

التي اخترناها في طريق التقسيط واستظهرناه من السرائر، إذ لو كان المراد من (تقويمهما معا^{١١})

تقويم كل منهما - لا تقويم المجموع - لم يحتج إلى قولهم: (ثم يقوم أحدهما، ثم تنسب قيمته) إذ

ليس هنا إلا أمران: تقويم كل منهما، ونسبة قيمته إلى مجموع القيمتين (١٣)، فالظاهر إرادة

قيمتها مجتمعين، ثم تقويم أحدهما بنفسه، ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع.

ومن هنا أنكر عليهم جماعة - تبعاً لجامع المقاصد - إطلاق القول بذلك. (١٤)

إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة، كما في
مصراعي باب
وزوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة وتقويم أحدهما بدرهمين وكان الثمن
خمسة، فإنه
إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع
واحدا من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد، مع أنه لم يستحق من
الثمن
إلا مقدارا من الثمن مساويا لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين ونصفا". (١٥)
والحاصل: إن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع
الإجازة،
ويصح في نصيب المالك بحصة كان يأخذها مع إجازة المالك الجزء الآخر.

هذا، ولكن الظاهر إن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من: عدم زيادة القيمة ولا نقصانها بالاجتماع، أو مرادهم من (تقويمهما) تقويم كل منهما منفردا، ويراد (من تقويم أحدهما

ثانياً " ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين، (١٦) وإلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم لا يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي يمكن القول فيها - وإن كان ضعيفا " -

بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد وبين قيمة المجموع، بل ينتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة بحيث يكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد، فإن

هذا فرض ممكن (١٧) - كما صرح به في رهن جامع المقاصد وغيره - فإن الالتزام هنا بالنسبة

المذكورة يوجب الجمع بين الثمن والمثمن، كما لو باع جارية مع أمها قيمتها مجتمعين عشرة،

وقيمة كل واحد منهما منفردة عشرة، بثمانية، فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع

القيمتين نسبة الشيء إلى مماثله، فرجع بكل الثمانية. وكان من أورد عليهم ذلك غفل عن

هذا، أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد: ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل

منهما منفردا "، ونسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين. فالزيادة ظلم على المشتري، وإن

كان ما أوهمه عبارة الشرائع وشبهها - من أخذ البائع أربعة، والمشتري واحدا " -

أشد ظلما "،

كما نبه عليه في بعض حواشي الروضة، فاللزام أن يقسط الثمن على قيمة كل من

الملكين

منفردا وعلى هيئته الاجتماعية، ويعطي البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا "، ويبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا وقيمة هيئته الاجتماعية.

فإن قلت: أن المشتري إذا بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر، وهذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما، فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا "، فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة، وهو درهم واحد، قلت: فوات وصف الانضمام - كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة - ليس مضمونا في باب المعاوضات وإن كان مضمونا في باب العدوان، غاية الامر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة. (١٨)

ولا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع وملك غيره متعددين في الوجود كعبد
وجارية، أو
متحدا كعبد ثلثه للبائع وثلثاه لغيره، فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثا"،
لان
الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان، لكونه أقل رغبة منه، بل يلاحظ قيمة الثلث
وقيمة
الثلثين ويؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة. هذا كله في القيمي.
أما المبيع المثلي، فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع، فيقابل كل
من حصتي
البائع والأجنبي بما يخصه، (١٩)

وإن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي من: ملاحظة قيمتي
الحصتين
وتقسيت الثمن على المجموع، فافهم. (٢٠)

بيع الفضولي
* بيع نصف الدار *

(٥٧٥)

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف ملك الدار، فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف
الغير عمل به، (١)

وإلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله: (بعتك نصف الدار) إلا مفهوم هذا اللفظ،
ففيه احتمالان: حمله على نصفه المملوك له، وحمله على النصف المشاع بينه وبين
الأجنبي (٢)

فظهر مما ذكرنا: ان التحقيق في المقام الثاني هو الحكم بالصحة مع الحمل على الإشاعة كما في باب
الاقرار وان حكم الفقهاء بالحمل على حصته المختصة لان كلامهم انما هو في
المقام الأول لا في هذا المقام ومن العجب حمل المصنف قدس سره كلماتهم على هذا المقام.
واعجب منه، اعمال الظهورات المذكورة مع أنها لا محل لها فيه أصلا وعلى فرض الرجوع إليها لا
اشكال في حكومتها على ظهور النصف في الإشاعة من غير فرق بين جعل الظاهر لفظ النصف في
مقام البيع أو الفعل الذي هو التملك كما عرفت فلا وجه لتخصيصه الحكومة بالثاني فتدبر.
ثم إنه إذا كان وليا أو وكيلًا في النصف وأجنبيا في النصف الآخر ففي المقام الثاني (اي هذا المقام)
يحمل على الإشاعة على ما هو المختار.
واما إذا كان مالكا للنصف ووليا " أو وكيلًا " في النصف الآخر فحال المقام الثاني (اي هذا المقام)
كما مر. ثم هذا كله فيما كان مالكا للنصف المشاع أو وكيلًا فيه.
واما إذا كان مالكا للنصف المفروز فباع النصف ولم يعلم انه أراد نصفه المختص المفروز أو المشاع
المشترك، كان علم أنه لم يقصد شيئا من الامرين وانما قصد مفهوم النصف بالتحقيق ان البيع فيه باطل،
وذلك لان النصف كلي من حيث الانفراد والإشاعة فلا بد من قصد أحدي الخصوصيتين مع فرض
العدم فالبيع باطل، بل نقول إذا كان كل الدار له فباع النصف من غير قصد إلى الافراز والإشاعة
يكون بيعه باطلا لمكان جهالة البيع فتدبر. هذا كله بالنسبة إلى هذا المقام (اي المقام الثاني). (ص ١٩٢)
النائبي (منية الطالب): لا يخفى ان ظاهر العنوان اختصاص مورد البحث بما إذا علم بان البائع لم
يقصد من قوله بعثك نصف الدار الا مفهوم هذا اللفظ.
واما لو علم بأنه أراد من النصف شيئا معينا من نصفه المختص أو نصف غيره أو النصف المشاع في
الخصتين واشتبه المراد، فخارج عن موضوع البحث، مع أنه لا شبهة في تعميم النزاع، لأنه إذا حمل
النصف على الإشاعة أو النصف المختص فيما إذا علم بأنه لم يقصد من قوله: (بعثك نصف الدار) الا
مفهوم هذا اللفظ اجمالا وهو ما ارتكز في أذهان الناس.

ولذا يحمل الاقرار على الإشاعة - كما سيجيئ - أو مع ظهور إنشاء البيع في البيع
لنفسه:
لان بيع مال الغير لا بد فيه: إما من نية الغير، أو إعتقاد كون المال لنفسه، (٤)

وإما من بنائه على تملكه للمال عدوانا " - كما في بيع الغاصب - والكل خلاف المفروض هنا.

(٥)

مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه، وبين قول البائع: (بعت غانما ") مع كون الاسم مشتركاً بين عبده وعبده غيره، حيث إدعي فخر الدين الاجماع على انصرافه إلى عبده، ففاس عليه ما نحن فيه، إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور في عبد الغير فبقي ظهور البيع في وقوعه لنفس البائع، وانصراف لفظ المبيع في مقام التصرف إلى مال المتصرف، سليمين عن المعارض، فيفسر بهما إجمال لفظ المبيع. (٦)

ثم إنه لو كان البائع وكيلا في بيع النصف أو وليا عن مالكة، فهل هو كالأجنبي؟
وجهان (٧)

مبنيان على أن المعارض لظهور النصف في المشاع هو إنصراف لفظ (المبيع) إلى مال
البائع في
مقام التصرف، أو ظهور التملك في الأصالة (٨)

.....

(٦٠٥)

الأقوى هو الأول، لان ظهور التملك في الأصالة من باب الاطلاق، (٩)

(٦٠٨)

وظهور النصف في المشاع وإن كان كذلك أيضا "، (١٠) إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق. (١١) -

وما ذكره الشهيد الثاني من: عدم قصد الفضولي إلى مدلول اللفظ، وإن كان مرجعه إلى ظهور
وارد على ظهور المقيد، (١٢) إلا أنه مختص بالفضولي، لأن القصد الحقيقي موجود
في الوكيل والولي،

فالأقوى فيهما: الاشتراك في البيع، تحكيما " لظاهر النصف، (١٣) إلا أن يمنع ظهور
(النصف) إلا
في النصف المشاع في المجموع، وأما ملاحظ المالكين وإرادة الإشاعة في الكل من
حيث
أنه مجموعهما فغير معلومة، بل معلوم العدم بالفرض. (١٤)

ومن المعلوم: أن النصف المشاع بالمعني المذكور يصدق على نصفه المختص، فقد ملك كليا يملك مصداقه، (١٥) فهو كما لو باع كليا سلفا"، مع كونه مأذونا " في بيع ذلك من غيره أيضا"، (١٦)

لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره، فإن الظاهر وقوعه
لنفسه، لأنه عقد على ما يملكه، فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له. (١٧)

ولعله لما ذكرنا ذكر جماعة - كالفاضلين والشهيدين وغيرهم - لو أنه أصدق المرأة
عينا"،
فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق، استحق الزوج بالطلاق النصف الباقي، لا نصف
الباقي
وقيمة نصف الموهوب. (١٨)

وإن ذكروا ذلك احتمالا "، وليس إلا من جهة صدق (النصف) على الباقي، فيدخل في قوله

تعالى: (فنصف ما فرضتم)

وإن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم: بأنه لما كان الربع الباقي للمرأة من الموجود مثلاً "

للربع التالف من الزوج، ومساويا له من جميع الجهات، (١٩) بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار،

فلا وجه لاعتبار القيمة، (٢٠) نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية.

لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه، وإنهم عللوا استحقاقه للنصف الباقي ببقاء مقدار حقه، (٢١)

فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام (٢٢)

(٦٢٣)

ونظيره في ظهور المنافاة لما هنا: ما ذكروه في باب الصلح من: أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعين للمال بسبب موجب للشركة - كالإرث - فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعاً " في نصيبهما فإن أجاز شريكه نفذ في المجموع وإلا نفذ في الربع (٢٣)

فإن مقتضى ما ذكره هنا إختصاص المصالح بنصف المقر له، لأنه إن أوقع مع غير المقر أو معه، وإن أوقعه على مطلق النصف المشاع إنصرف أيضا إلى حصته، فلا وجه لاشتراكه بينه وبين شريكه، ولذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم إختصاصه بالمقر له. وفصل في المسالك ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف، وبين ما إذا وقع على النصف الذي أقر به ذو اليد (٢٤)، فاختار مذهب المشهور في الثالث، لان الإقرار منزل على الإشاعة، وحكم بالاختصاص في الأولين، لاختصاص النصف وضعاً في الأول وانصرافاً في الثاني إلى النصف المختص. واعترضه في مجمع الفائدة: بأن هذا ليس تفصيلاً، بل مورد كلام المشهور هو الثالث، لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به، وتامام الكلام في محله.

وعلى كل حال، فلا إشكال في أن لفظ (النصف) المقر به إذا وقع في كلام المالك
للنصف
المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضي صرفه إلى نصفه، يحمل على المشاع في
نصيبه ونصيب
شريكة، (٢٥)

ولهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما على نصف العين: بأن ثلث العين لفلان، حمل على الثلث المشاع في النصيبين، فلو كذبه الشريك الآخر، دفع المقر إلى المقر له نصف ما في يده، لان المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه في النصف ، لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث، فالسدس الفاضل في يد المنكر نسبته إلى المقر والمقر له على حد سواء، (٢٦) فإنه قدر تالف من العين المشتركة، فيوزع الاستحقاق.

ودعوى: أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما في يد كل منهما، فيكون في يد المقر
سدس، وفي يد المنكر سدس، كما لو صرح بذلك، وقال: (إن له في يد كل منهما سدساً)
وإقراره بالنسبة إلى ما في يد الغير غير مسموع، فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما في يده
وهو السدس المقر به، وقد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر.
مدفوعة: بأن ما في يد الغير ليس عين ماله، فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره
ودار غيره، وهو مقدار حصته المشاعة، كحصة المقر وحصة المقر له بزعم المقر، إلا أنه لما لم
يجبر المكذب على دفع شئ مما في يده فقد تلف سدس مشاع، يوزع على المقر والمقر له، فلا
معني لحسابه على المقر له وحده، إلا على احتمال ضعيف، وهو تعلق الغصب بالمشاع وصحة
تقسيم الغاصب مع الشريك، فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه وما يأخذه الشريك
لنفسه، لكنه احتمال مضعف في محله (٢٧)

وإن قال به أو مال إليه بعض - على ما حكى - للخرج أو السيرة. (٢٨)

نعم، يمكن أن يقال: بأن التلف في هذا المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب
لحق المقر له
باعتقاد المقر، والشارع إنما أذن له في أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له، (٢٩)

.....

(٦٤٨)

فالشارع إنما حسب السدس في يد المنكر على المقر له، فلا يحسب منه على المقر
شيء، وليس
هذا كأخذ الغاصب جزءا معيناً من المال عدواناً بدون إذن الشارع حتى يحسب على
كلا
الشريكين.
والحاصل: ان أخذ الجزء كان بإذن الشارع وإنما أذن له على أن يكون من مال المقر
له، و
لعله لذا ذكر الأكثر - بل نسبه في الايضاح إلى الأصحاب - في مسألة الاقرار
بالنسب: إن
أحد الأخوين إذا أقر بثالث، دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده، وهو الثلث، ولا يدفع
إليه
نصف ما في يده، نظراً إلى أنه أقر بتساويهما في مال المورث، فكل ما حصل كان
لهما، وكلما
توي كان كذلك. (٣٠)

هذا، ولكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة، أن الشارع ألزم - بمقتضى الاقرار

-

معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذي أقر به، (٣٠)
ومن المعلوم: أن مقتضى الواقع - لو فرض العلم بصدق المقر - هو كون ما في يده
على حسب
اقراره بالمناصفة، وأما المنكر عالما، فيكون ما في يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا
ما قابل
حقه مما في يدهما، والزائد حق لهما عليه.
وأما مسألة الاقرار بالنسب، فالمشهور وإن صاروا إلى ما ذكر، وحكاة الكليني عن
الفضل
بن شاذان على وجه الاعتماد، بل ظاهره جعل فتواه كروايته، إلا أنه صرح جماعة ممن
تأخر
عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوي في المسالك الحمل على الإشاعة، وتبعه سبطه وسيد
الرياض
في شرحي النافع. (٣١)

والظاهر: أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث، كالفضل والكليني، بل وغيرهما. فروي الصدوق مرسلا والشيخ مسندا عن أبي البختري ووهب بن وهب، عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام، قال: (قضي أمير المؤمنين عليه السلام - في رجل مات وترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه - : أنه يلزم في حصته بقدر ما ورث، ولا يكون ذلك في ماله كله، وإن أقر اثنان من الورثة وكانا عدلين أجز ذلك على الورثة، وإن لم يكونا عدلين ألزما في حصتهما بقدر ما ورثا، وكذلك إن أقر أحد الورثة بأخ أو أخت فإنما يلزمه ذلك في حصته. وبالسناد قال: (قال علي عليه السلام: من أقر لأخيه فهو شريك في المال، ولا يثبت نسبه، فإن أقر اثنان ف كذلك، إلا أن يكونا عدلين، فيثبت نسبه ويضرب في الميراث معهم). وعن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندي بن محمد، وتمام الكلام في محله من كتاب الاقرار والميراث إنشاء الله. (٣٢)

شروط المتعاقدين
* بيع مالا يقبل التملك وما لا يقبله *

(٦٥٣)

مسألة

لو باع ما يقبل التملك وما لا يقبله - كالخمر والخنزير - صفقة بثمن واحد، صح في المملوك

عندنا، كما في جامع المقاصد، وإجماعاً"، كما عن الغنية. (١)

ويدل عليه: إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة.
ودعوى: انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة. (٢)

بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة، بل اللزوم في العقود، عدا ما يقال من: أن التراضي والتعاقد إنما وقع على المجموع الذي لم يمضه الشارع قطعا"، فالحكم بالامضاء في البعض مع عدم كونه مقصودا إلا في ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود والشروط والتجارة عن تراض، (٣)

ولذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه. (٤) وقد نبه عليه في جامع المقاصد في باب
فساد
الشرط، وذكر: أن في الفرق بين فساد الشرط والجزء عسرا"، وتمام الكلام في باب
الشروط، (٥)

ويكفي هنا الفرق بالنص والاجماع (٦). نعم، ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشتري
(٧)

وكذا على القول بصحته إذا علم عدم الإجازة بل مع عدم الرجاء بحصولها، وذلك لاشتراك وجه البطلان وهو: الافضاء إلى الجهل بالثمن عند التقسيط.

نعم، إذا كان عالما بأن البعض مال الغير لكنه كان واثقا بحصول الإجازة، يمكن الحكم بالصحة لأن المعاملة بحسب الظاهر واثقة على المجموع والمدار على معلومية ثمنه.

وأما في صورتين المتقدمتين، فالمعاملة كأنها واقعة من الأول على خصوص ماله وثمرته مجهول. ثم لا يخفى أنه لا يكفي جهل المشتري فقط، بل لا بد من جهلهما معا "، والا فمع علم البائع فقط أيضا يكون البيع باطلا " من أجل جهله بالثمن عند التوزيع، وكذا الحال في المسألة المتقدمة ولا يمكن الالتزام بالبطلان من طرف البائع والصحة من طرف المشتري، لأن العقد متقوم بطرفين، فلا يمكن التفكيك بينهما في الصحة البطلان، فلا وجه لنفي البعد عنه فتدبر. (ص ١٩٦)

الإيرواني: يعني: يقيد الحكم بالصحة في المملوك بصورة جهل المشتري بعدم تملك الجزء الآخر ليكون الثمن في البيع المتوجهه انشائه إلى المجموع معلوما " وإن لم يعلم ما يقع منه بإزاء الجزء المملوك واقعا "، فإن المعتبر معلومية ثمن ما أنشأ بيعه لا ما نفذ بيعه والثمن فيما إذا أعتق القبول الجزئين للتملك، فوجه الانشاء إليهما معلوم بخلاف ما إذا علم بعدم قبول الجزء للتملك والنقل، فإنه لا يتأتى منه الانشاء إلى نقله الا صوريا " وما يتأتى انشاء نقله بجهل ثمنه.

وهذا البيان ان تم، فإنما يتم فيما لا يقبل الملك والنقل حتى عرفا "، مثل الحر وما لا يجري عليه الملك لخسة.

أما مثل الخمر والخنزير المتمولين عرفا "، فالقصد إلى بيعهما منفردا فضلا " عن بيعهما منضمما " متحقق بالوجدان، فإذا ضمهما إلى ما هو قابل للنقل شرعا " وعرفا " وانشاء بيع مجموعهما بثمن معلوم صح البيع في الجزء القابل للنقل بحصته من الثمن وإن لم يعلم مقدار ما يقع بإزائه منه، بناء على أن المعتبر معلومية العوضين المجعولين في المعاملة دون العوضين الواقعيين الذين نفذت معاملتهما. ثم لا وجه للتقييد بجهل المشتري في عبارة الكتاب بل اللازم التقييد بجهل المتبايعين جميعا " . (ص ١٥٣)

--

(٦٦٥)

لما ذكره في المسالك وفاقا للمحكي في التذكرة عن الشافعي - : من جهة إفضائه إلى
الجهل
بثمن المبيع (٨)، قال في التذكرة بعد ذلك: وليس عندي بعيدا " من الصواب الحكم
بالبطلان فيما إذا علم
المشتري حرية الآخر، أو كونه مما لا ينقل إليه، إنتهي.

ويمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بضمن المجموع الذي قصد إلى نقله عرفاً " (٩)
وإن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له، فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة،
(١٠)

فبيع الغرر المتعلق لنهي الشارع وحكمه عليه بالفساد، هو ما كان غررا في نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع، (١١)

مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضي صرف مجموع الثمن إلى المملوك، لا البطلان: (١٢)

(٦٧١)

لان المشتري القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه بعدم سلامة البعض له قادم
على
ضمان المملوك وحده بالثمن، (١٣)
كما صرح به الشهيد في محكي الحواشي المنسوبة إليه، حيث قال: (إن هذا الحكم
مقيد بجهل
المشتري بعين المبيع أو حكمه وإلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة ان القصد إلى
الممتنع
كلا قصد.) إنتهي. (١٤)

لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور، حيث حكموا بالتقسيط وإن كان
مناسبا " لما
ذكروه في بيع مال الغير من العالم من: عدم رجوعه بالثمن إلى البائع، لأنه سلطه عليه
مجانا
فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشتري بقسط غير المملوك.
اما لوقوع المجموع في مقابل المملوك - كما عرفت من الحواشي - وإما لبقاء ذلك
القسط له
مجانا " - كما قد يلوح من جامع المقاصد والمسالك - (١٥) إلا أنك قد عرفت إن
الحكم هناك لا
يكاد ينطبق على القواعد.

تذنیب

(٦٧٥)

ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك وغيره يعرف مما تقدم في بيع ماله مع مال الغير (١٦) من: أن العبرة بتقويم كل منهما منفردا"، ونسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين.

لكن الكلام هنا في طريق معرفة قيمة غير المملوك، وقد ذكروا: أن الحر يفرض عبدا بصفاته ويقوم، والخمر والخنزير يقومان بقيمتيهما عند من يراهما مالا"، ويعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك، لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار. ويشكل تقويم الخمر والخنزير بقيمتيهما إذا باع الخنزير بعنوان أنها شاة. والخمر بعنوان أنها خل فبان الخلاف، بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل والشاة كالحر. (١٧)

شروط المتعاقدين
* بيع المصحف من الكافر *

مسألة

المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر (١)، ذكره الشيخ والمحقق في الجهاد، والعلامة في

كتبه وجمهور من تأخر عنه.

وعن الإسكافي أنه قال: ولا اختار أن يرهن الكافر مصحفاً، وما يجب على المسلم تعظيمه،

ولا صغيراً من الأطفال، إنتهي.

واستدلوا عليه بوجوب احترام المصحف، وفحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر. (٢)

وما ذكروه حسن وإن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع.

وفي إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في - المبسوط - والكراهة
كما هو صريح
الشرايع (٣)، ونسبه الصيمري إلى المشهور، قولان، تردد بينهما العلامة في التذكرة.
ولا يبعد أن يكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي صلي الله عليه وآله وسلم من طرق
الآحاد حكمها
حكم ما علم صدوره منه صلي الله عليه وآله وسلم، وإن كان ظاهر ما ألحقوه
بالمصحف هو أقوال
النبي صلي الله عليه وآله وسلم المعلوم صدورها عنه صلي الله عليه وآله وسلم. (٤)
وكيف كان، فحكم أحاديث الأئمة صلوات الله عليهم حكم أحاديث النبي صلي الله
عليه وآله
وسلم