

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الْأَرْكَانُ الْفَقْهِيَّةُ

قِسْمُ الْبَيْعِ (٣)

الْمَجْمُوعُ السَّادِسُ

تَأليف

آية الله الأستاذ الشيخ هادي البجلي

سرشناسه	: نجفی، هادی، ۱۳۴۲ -
عنوان و نام پدیدآور	: الآراء الفقهیه / تألیف هادی نجفی.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۴۰ ق. = ۱۳۹۷.
مشخصات ظاهری	: ج.
شابک	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ دوره؛ ۴-۲۸۳-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۱؛ ۱-۲۸۴-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۲؛ ۸-۲۸۵-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۳؛ ۵-۲۸۶-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۴؛ ۲-۲۸۷-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۵؛ ۹-۲۸۸-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۶؛ ۶-۲۸۹-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۷؛ ۹-۲۹۱-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸؛ ج. ۸
وضعیت فهرست‌نویسی: فیبا	
یادداشت	: عربی.
موضوع	: معاملات (فقه)
موضوع	: Transactions (Islamic law)*
موضوع	: معاملات اموال شخصی و منقول (فقه)
موضوع	: Sales (Islamic law)
موضوع	: فقه جعفری -- قرن ۱۴
موضوع	: Islamic law, Jafari -- 20th century*
شناسه افزوده	: موسسه آموزش عالی آزاد چتر دانش. مرکز تخصصی آموزش‌های حقوقی
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۷ ۳۴۴ ن/۱۹۰ BP
رده‌بندی دیویی	: ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۴۸۰۶۶۸

عنوان الكتاب	: الآراء الفقهية
الناشر	: چتر دانش
تأليف	: آية الله الاستاذ الشيخ هادي النجفي
سنة الطبع	: الطبعة الثالثة - ۱۴۰۱ ش
التعداد	: ۱۰۰۰
شابک الجزء السادس	: ۹-۲۸۸-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
شابک دوره	: ۷-۲۸۲-۴۱۰-۶۰۰-۹۷۸
سعر الجزء السادس	: ۲۷۰۰۰۰ تومان
سعر التسعة الاجزاء	: ۳۷۶۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com
کلیه‌ی حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم
الأنبياء والمرسلين محمد وآله الطيبين الطاهرين
واللعن الله لهم على أعدائهم أجمعين إلى قيام يوم الدين
أما بعد فقد قال الله تعالى في كتابه الكريم (فلولا نفر
من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا
قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون) وقد دلت هذه
الآية الكريمة على مشقة الداهية بالفتنة في الدين
وقد حاول الفقهاء العظام التجاوب لهذا الطلب الموكد
في الآية الكريمة وقد حظت الجزء الخامس الذي
حرسه العلامة آية الله الشيخ هادي الخفجي دامته
من كتابه الشريف الأراء الفقهية ووصيته مستقصيا
للأراء الفقهاء العظام وقد انقبت في ذلك ونعم صنع
واسله تعالى أن يوفقه لإدانة هذا السفر الجليل وأن لا
ينسخ من الرعاء الجليل وأقول الحمد لله على ما أنعم ولم
الشكر على ما ألهم والسلام على جميع أئمتنا المؤمنين
ومحجة الله وبركاته الأئمة السيد محمد بن الموروث

المشهد الرضوي حجاجي الأول ١٤٣٤
١٨ / ١٣٩٢ هـ
محمد بن الموروث



تقريب آية الله العظمى السيد محمد مهدي الموسوي الخليالي - مد ظله العالی -
صاحب فقه الشيعة و اصول فقه الشيعة نزيل المشهد المقدس الرضوي

تقريظ فضيلة العلامة المحقق الحجة السيد عبدالستار الحسيني البغدادي - دام ظلّه -

تأريخُ وَضِعِ (اللّمساتِ الأَخيرةِ) على الجزءِ السادسِ مِنْ كِتَابِ «الآراءِ الفِقهيةِ» لِمُنْصَدِ عَقُودِهِ وَناظِمِ فرائِدِ دُرَرِهِ في نِفايسِ سُمُوطِهِ، سَمَاحَةِ آيَةِ اللَّهِ الفقيهِ المَحَقِّقِ، النُّظَّارِ الطُّلَعَةِ مولانا الحاجّ الشَّيخِ الهادي مِنْ آلِ أَبِي المَجْدِ التَّجَفِّي، دامَ ظِلُّهُ، وَعَمَّ فَضْلُهُ.
حَضَرْتَنِي هَذِهِ الأَبْيَاتُ وَوزَنُهَا مِنْ (الطَّوِيلِ) سَاعَةً أَتَيْتُهَا مِنْ مُطالَعَةِ مَخْطُوطَةِ الكِتَابِ المذكورِ، فَأَرْجُو مِنْ سَمَاحَةِ شَيْخِنَا المُعَظَّمِ قَبُولَها على عِلَّاتِها.

بِسْفَرِكَ هَذَا خُضْتُ فِي كُلِّ لُجَّةٍ وَنَاقَشْتُ (آراءَ) الْأَعَاظِمِ سَالِكاً وَذَا (سادِسُ الْأَجْزاءِ) وافى بِحُلَّةٍ فَقُلْتُ: هُوَ بَحْرٌ بِ(الْجَواهِرِ) مَدُّهُ أَكْ وَكَيفَ عَنِ (الْهادِي) تَنَدَّدَ شِوارِدُ سَلِيلِ أَبِي المَجْدِ الَّذِي طابَ أَضْلُهُ وَهَلْ يَرِثُ الْأَسادَ غَيْرُ شُبُولِها أَجَلْ، ذاكَ خِرْبَتُ الفَقاهَةِ، جامِعُ أَكْ فَبُورِكَ سِفْرُ حَرَرَتِهِ يَراَعُهُ يَراَعُهُ (هادِي) الْفَضْلِ فارِسِ حَلَبَةِ أَكْ وَمُدَّتْ تَمَّ خَاطِبَتُ المُصَنِّفِ دَاعيَاً وفي مُنتَهى التَّوَضُّيحِ^(٢) قُلْتُ مُورِّخاً:	مِنْ أَلْفِقِهِ، فِيها غَيْرُ ذِي الْعِلْمِ يَغْرِقُ سَبِيلَ هُدًى، ما فِيهِ لِرَأْيٍ مَزَلُّقُ عَلَيْها مِنْ التَّبَحُّثِ المُوَصَّلِ رَوْنُ مَدِيدُ عَلَى طُولِ المَدَى يَتَدَفَّقُ وَتُفِلْتُ عَنْ (تَفْيِيدِ) مَنْ لَيْسَ يُسَبِّقُ كَمَا طابَ فَرْعٌ - مِنْهُ - بِالْفَخْرِ مُعْرِقُ كَمَا يَفْتَنِي آثارَ مَنْ راحَ مَنْ بَقُوا فَضائِلِ طَرّاً، وَالْفَقِيهُ المَحَقِّقُ نَدَى نَفْسِها^(١) مِنْهُ المَعارِفُ تَعْدُقُ مَآثِرِ، مَنْ في عَزَمِهِ لَيْسَ يُلْحَقُ لَهُ اللَّهُ أَنْ يَرعاهُ وَهُوَ مُوَفَّقُ (كِتابُكَ هَذَا بِالْأَدَلِّيلِ يَنْطِقُ)
--	---

(٨)

(١) النِّقْشُ: الحَبْر، المِدَاد.

(٢) في عبارة: «وفي مُنتَهى التَّوَضُّيحِ» تَوْرِيَّةٌ بِدُخُولِ (الحاءِ) وَقيَمُها في حِسابِ الجُمْلِ (٨) في مادَّةِ التَّارِيخِ، وَبِها يَتِمُّ المَقْصُودُ.

وَصَلُّ:

القول في المجيز

استقصاؤه يتمّ ببيان أمور:

الأول: شرائط المجيز

قال الشيخ الأعظم: «يشترط في المجيز أن يكون حين الإجازة جائز التصرف بالبلوغ والعقل والرشد، ولو أجاز المريض بُني نفوذها على نفوذ منجزات المريض، ولا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف والنقل»^(١).

أقول: يعتبر في المجيز - حال إجازته، لا حال العقد - أن يكون بالغاً وعاقلاً - أي لا يكون مجنوناً - ورشيداً - وهو الذي يعرف مصلحته من مفسدته ويقبض في مقابل ماله ما يساوي ماله - وجائز التصرف بعدم كونه مفلساً أو راهناً، فحينئذ لو أجاز المفلس أو الراهن بيع ماله المتعلق به حقّ الغرماء أو المرتهن لم تنفذ إجازته لعدم كونه جائز التصرف في ماله.

وأما التصرفات المالية الزائدة على ثلث أموال المريض الذي مات في ذاك المرض فإنها لا تكون نافذة إذا كانت مجانيّة وتبرّعيّة كالعتق والهبة والصدقة والوقف، والصلح والإجازة المحاباتيتين أو بعوض أقل، وأبراء الدين وشراء من ينعتق عليه ونحوها، وتحسب على ثلثه ومازاده يحتاج إلى إذن الورثة، وأمّا إذا كانت على نحو التسبيبات كإتلاف مال الغير والجناية عليه بما يوجب الأرش أو الدية أو ما يوجب الكفارة فتكون نافذة من أصل المال لا من ثلثه.

ثمّ العقود المعاوضيّة هل تلحق بالقسم الأول في عدم النفوذ والاحتساب من الثلث أو أنّها تلحق بالقسم الثاني في النفوذ والاحتساب من أصل المال، الظاهر أنّها تلحق

(١) المكاسب ٤٣١/٣.

بالقسم الثاني.

ثم إنَّ الشَّيْخَ الأعْظَمَ لا يرى فرقاً في جميع ما ذكرناه في توضيح كلامه بين قولِي النقل والكشف، لأنَّه يرى الإِجازة تصرفاً مالِياً وهو مشروط بهذه الشرائط. قوله ﷺ بناءً على النقل واضح وأمَّا بناءً على الكشف فلا يتم انتساب العقد إلى المالك إلَّا بعد الإِجازة فهي تعدّ تصرفاً مالِياً حقيقةً، لا العقد الذي إذا لم تلحقه الإِجازة فإنَّه يعدّ هباً منشوراً ويكون كتنظيم سند المعاملة وقبالتها وورقتها من دون إمضاء المالك بحيث ليس له قيمة من دون امضاءه.^(١)

ومن هنا يظهر عدم تماميه اعتراض الفقيه السيّد الزدي عليه بقوله: «يمكن أن يقال بناءً على الكشف يمضى إجازته من غير توقف على إجازة الورثة إذا كان البيع في حال صحته بدعوى أنَّه محجور من التصرفات في ماله حال المرض بمازاد على الثلث، والإِجازة ليست منها، بل هي شرط لنفوذ التصرفات فهي نظير القبض الموقوف عليه صحة المعاملة كالوقف والصرف والسَّلم...»^(٢).

وبعبارة أخرى يمكن أن يقال في جواب اعتراضه: إنَّ المجيز حتّى على القول بالكشف لا بدّ له من أهلية الإِجازة وصحة العقد تتوقف على تعقُّبه بالإِجازة لكن ليس مطلق الإِجازة بل ممّن له أهلية إصدارها.^(٣)

(١) راجع تحقيق وتقريرات في باب البيع والخيارات ١٨/٣.

(٢) حاشية المكاسب ٢١٨/٢.

(٣) راجع العقد النضيد ٣٦٠/٣.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟

يقع البحث في ضمن جهات:

الجهة الأولى: سير المسألة في كلمات الفقهاء

قال العلامة في القواعد: «والأقرب اشتراط كون العقد له مجيزاً في الحال، فلو باع مال الطفل فبلغ وأجاز لم ينفذ على إشكال وكذا لو باع مال غيره ثم ملكه وأجاز...»^(١). وقال في ذيله الفقيه العاملي: «هذا شرط شرطه أبوحنيفة^(٢) وقال الشهيد^(٣) وابن المتوَّج - على ما نقل عنه - والفاضل المقداد^(٤) والمحقق الثاني في الشرح^(٥) إنه لا يشترط.

واستشكل [العلامة] في نهاية الأحكام^(٦)، ولم يرجِّح [ولده] في الإيضاح^(٧) كتعليق الإرشاد^(٨) [للمحقق الثاني].

وإن جعلنا الاشكال الآتي في كلام المصنف راجعاً إلى اشتراط أن يكون للعقد مجيز في الحال كما ستسمعه كان المصنف [العلامة] متردداً ويكون المعنى أنه أقرب على إشكال، فليتأمل»^(٩).

(١) القواعد ١٩/٢.

(٢) المجموع، ٢٦١/٩.

(٣) الدروس ١٩٣/٣.

(٤) التنقيح الرائع، ٢٦/٢.

(٥) جامع المقاصد ٧٣/٤.

(٦) نهاية الأحكام، ٤٧٦/٢.

(٧) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٨) حاشية إرشاد الأذهان ٣٣٧/٩ المطبوعة في ضمن حياة المحقق الكركي وآثاره.

(٩) مفتاح الكرامة ٦٢١/١٢.

أقول: ومن القائلين بعدم الاشتراط: الشيخ جعفر^(١) وتلميذاه جدّي الشيخ محمّد تقّي^(٢) والفقّيه العاملي^(٣)، وصاحب الجواهر^(٤) والشيخ الأعظم^(٥).
نسب العلامة هذا الاشتراط إلى أبي حنيفة في تذكرة الفقهاء وقال: «شرط أبو حنيفة للوقف^(٦) أن يكون للعقد مُجيزٌ في الحال، فلو باع مالَ الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مالَ غيره ثم ملكه وأجاز. وهو قولٌ للشافعية تفريعاً على القديم^(٧)»^(٨).
وقال فيها: «شرط الوقف عند أبي حنيفة أن يكون للعقد مجيزٌ في الحال سواء كان مالكاً أو لا، حتّى لو أعتق عن الطفل أو طلق امرأته لا يتوقّف على إجازته بعد البلوغ. والمعتبر إجازة مَنْ يملك التصرف عند العقد حتّى لو باع مالَ الطفل فبلغ وأجاز لم ينعقد. وكذا لو باع مالَ الغير ثم ملكه وأجاز.
والمعتمد: أنّ الطلاق لا يقع موقوفاً»^(٩).

وقال تلميذه وابن اخته السيّد عميدالدين الأعرجي في بيان وجه الاشتراط: «والأدّى إلى حصول الضرر على المشتري كما إذا باع الفضولي مالَ الطفل عليه لا متناعه من التصرف فيه وفي الثمن جميعاً إلى حين بلوغ الطفل، فإنّه مع تصرفه في المبيع

(١) شرح القواعد ٩٢/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٥٦/٣.

(٣) راجع مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢ و ٦٢٣.

(٤) الجواهر ٤٨١/٢٣ (٢٩٩/٢٢).

(٥) المكاسب ٤٣٢/٣.

(٦) مراده من الوقف: توقّف صحّة تصرف الفضولي على الإجازة.

(٧) قوله: «تفريعاً على القديم»، إشارة إلى إنّ الشافعيّ كان له في فقّهِه مَسْلُكُانِ الأوّل عند ما كان في العراق، والثاني عند ما حلّ في مِصْرَ حيث خالف فيها رأيه الأوّل في كثير من المسائل ولكلٍّ من مذهبيه القديم والجديد روايةٌ معروفون فمن رواية مذهبهم القديم الحسن بن الصباح الرّعفراني في بغداد ومن رواية الجديد المُرَني في مِصْرَ.

(٨) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

(٩) تذكرة الفقهاء ٢١٩/١٠.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيز حين العقد؟ ١١

يمكن أن يفسخ عند بلوغه، فيتبين بطلان البيع وعدم انتقاله إلى المشتري، ومع تصرفه في الثمن يمكن أن يجيزه ويكون الثمن ملكاً للطفل فيمنع منهما وهو ضررٌ عظيمٌ منفيٌّ بقوله ﷺ: «لا ضرر ولا إضرار»^(١).

وقال نجله فخر المحققين: «هل يشترط ثبوت المجيز لعقد الفضولي في الحال يحتمل ذلك ويبتني على مقدمات:

(أ): معنى صحة بيع الفضولي قبل الإجازة إمكان ترتب أثره عليه إمكاناً قريباً بمعنى أقرب المراتب من مراتب الإمكان الاستعدادي لأنّه عبارة عن اجتماع الشرائط فإذا بقي من شرائط بيع الفضولي شرط واحد وهو إجازة المالك أو وليّه وكان حصولهما ممكناً إمكاناً قريباً أيضاً حكم بصحة بيع الفضولي أو صلاحيته لأنّ يترتب عليه الأثر حال وقوعه.

(ب): كلُّ آنٍ يمتنع وقوع الشرط فيه يمتنع وقوع المشروط فيه.

(ج): البيع إذا بطل في وقت بطل دائماً فحال عدم المجيز يمتنع ترتب أثره ولا يصح لترتب الأثر عليه فلا يحصل معنى الصحة بل معنى البطلان، وإذا بطل لم يمكن أن يترتب صحته.

ويحتمل عدم الاشتراط، لأنّه لا يشترط اقتران الإجازة بالعقد بل يجوز تأخيرها زماناً طويلاً فلا يسلم اشتراط استعداد قريب.

واعلم إنّ هذا الفرع يتأتى على مذهب الأشاعرة، وأمّا على قولنا ففي صورة واحدة وهي بيع مال الطفل على خلاف المصلحة أو الشراء له»^(٢).

نقل السيّد العاملي عن الشهيد في حواشيه: «إنّ بعض الجمهور اعترض على المصنف في هذه المسألة بسقوطها على مذهبه، لأنّه يعتقد وجود الإمام عليه السلام في كلّ زمان وهو وليّ من لا وليّ له، فأجاب بأنّه أراد مجيزاً في الحال يمكن الاطلاع على إجازته،

(١) كنز الفوائد ٣٨٥/١.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٨/١ و ٤١٩.

وتتعدَّر إجازة الإمام عليه السلام لاستتاره عن الناس»^(١).
ويذكرُ الشيخ الأعظم^(٢) أنَّ المعترض هو القاضي البيضاوي الشافعيُّ صاحب أنوار
التنزيل في التفسير - على ما قيل -.

وقال المحقِّق الثاني: «وجه القرب: أنَّه مع عدم من له أهلية الإجازة تكون صحة
العقد ممتنعة في الحال، وإذا امتنعت في زمان ما امتنعت دائماً، لأنَّ بطلان في زمان
يقتضي بطلانه دائماً، ولما فيه من الضرر على المشتري، لامتناع تصرُّفه في العين -
لإمكان عدم الإجازة ولعدم تحقُّق المقتضي - وفي الثمن لإمكان الإجازة فيكون قد
خرج عن ملكه.

وإنَّما يتصوَّر ذلك عندنا: إذا تصرَّف للطفل على خلاف المصلحة، وأمَّا عند
الأشاعرة فتصوُّره ظاهر.

ويضعف بانتقاضه ممَّن كان بعيداً، يمتنع إليه الوصول عادة إلَّا في زمان طويل.
والظاهر عدم الاشتراط، لعموم الدليل الدال على صحة الفضولي من غير فرق، فإنَّ عموم
﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتناولُه»^(٣).

وقال في حاشية إرشاده: «وهل يُشترط أن يكون للعقد مجيئ في الحال، بحيث لو
باع مال الطفل لم يصحَّ إذا لم يكن له ولي؟ يحتمل ذلك.

قال الشيخ فخرالدين ولد المصنف رحمهما الله: «واعلم أنَّ هذا الفرع يتأتَّى على
مذهب الأشاعرة، أمَّا على قولنا ففي صورة واحدة، وهي بيع مال الطفل على خلاف
المصلحة أو الشراء له». وقد تبَّه على ذلك بأنَّ الإمام موجود في كلِّ زمان عندنا وهو وليُّ
مَنْ لا ولي له»^(٤).

(١) الحاشية النجارية ٢٢٢/ ونقل عنه مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢ مع توضيح، وإلا عبارة
الشهيد هكذا: «وبها ينتقض عليه مذهبه، ذكره بعض الشافعية».

(٢) المكاسب ٤٣٢/٣.

(٣) جامع المقاصد ٧٢/٤.

(٤) حاشية إرشاد الأذهان ٣٣٧، المطبوعة في ضَمْنِ المُجلِّد التاسع من حياة المحقِّق الكركي

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟ ١٣

وقال الشهيد الثاني في فوائد القواعد: «المناسب التفريع على الأقرب أن يحكم بعدم النفوذ بغير إشكال ولكن نقل ولد المصنف رحمته الله عنه أنه إذا قال في المسألة: «على إشكال يكون حكماً بما ذكر قبل الإشكال وفائدته التنبيه على الخلاف، بخلاف ما لو قال: «فيه اشكال» ونحوه وهذا هو الظاهر من العبارتين، فعلى هذا لا تنافي بين الحكم السابق والتفريع، لكنّه يستغني عن إعادة ما يتّبه على الخلاف، والأمر فيه أسهل»^(١).

الجهة الثانية: وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد

الأوّل: عدم ذات المجيز وفقد ذاتٍ من شأنها الإجازة للعقد.
وهذا الوجه غير متحقّق على مذهبنا، إذ لا يتصور ملك بلا مالك يجيز العقد لأنّ الأمام عليه السلام موجود في كلّ عصرٍ وهو الولي على الإطلاق فهذا الوجه غير متصوّرٍ على مذهبنا.

بل لا يتم على مذهب العامة أيضاً لأنّهم يروّون الخلفاء أُولياء على جميع الأمور ومنها الأموال.

الثاني: عدم وجود المجيز بوصف التمكن من الإجازة وإن كانت ذاته متحقّقة إلّا أنّه حين المعاملة غير حاضر ولا يتمكّن من الوصول إليه كما لو كان المالك أو وليّه غائباً، أو الإمام عليه السلام كان في ستر الغيبة كما في زماننا هذا.
وهذا الوجه وإن كان متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره.

الثالث: تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة لكنّه ممّنوعٌ شرعاً من الإجازة والتصرف في الأموال، كما إذا باع الفضولي مال اليتيم على خلاف المصلحة فإنّ الولي لا يمكنه الإجازة حينئذٍ لأنّها على خلاف مصلحة اليتيم.

وهذا الوجه أيضاً وإن كان متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره.
والحاصل: لا ينبغي البحث حول اعتبار الأوّلين، إذا لا دليل على اشتراط ذات

→ وآثاره.

(١) فوائد القواعد / ٥٣٢.

المجيز أو المجيز بوصف التمكن من الإجازة في صحة المعاملات بل ما ورد في صحة زواج الصغيرين أدل دليل على عدم اعتبارهما بل في أدلة صحة الفضولي خير دليل على عدم اعتبارهما إذ لم يُفصلُ فيها بين وجودهما حال العقد وعدمه.

وكذلك البحث في الثالث إذ لا يعتبر في صحة الفضولي أن يكون له مجيز حال العقد شرعاً، بل الإعتبار بوجود المجيز حال الإجازة ويظهر لك عدم الاعتبار حين لحاظك بأن بيع مال اليتيم كان على وفق المصلحة حين العقد ولكن حين الإجازة خرَجَ عن المصلحة وكان على خلافها، فهل يجوز للولي إجازة هذا البيع الذي كان فعلاً على خلاف مصلحة اليتيم؟

ومن الواضح عدم جواز إجازته، فتمام العبرة بوجود المجيز حال الإجازة لا حال العقد.

ويأتي البحث من الشيخ الأعظم حول هذا القسم الثالث في الأمر الثالث^(١) الآتي فانتظر.

الجهة الثالثة: الاستدلال على وجود المجيز حين العقد بوجوه

الأوّل: ما مرّ من فخر المحقّقين^(٢) من مقدمتيه (أ) و (ج) وقال الشيخ الأعظم في الاستدلال له: «واشتدّل له بأنّ صحة العقد والحال هذه ممتنعة، فإذا امتنع في زمان امتنع دائماً»^(٣).

وقال المحقّق الأصفهاني في توضيحه وتقريبه: «إنّ العقد الفضولي يتفاوت مع العقود الفاسدة - مع اشتراكه لها في عدم التأثير فعلاً - في أنّه قابل للتأثير بالإجازة دون غيره، فلا بدّ أن يكون العقد الفضولي واجداً لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، بحيث لا يستند عدم فعلية التأثير إلّا إلى عدم فعلية الإجازة، وأمّا مع عدم إمكان الإجازة حال العقد فالعقد حينئذ غير واجد لجميع مراتب الإمكان الاستعدادي، إذ منها الإمكان من

(١) راجع صفحة ٢٤ من هذا المجلد.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

(٣) المكاسب ٤٣١/٣.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟ ١٥

ناحية امكان الإجازة فعلاً، فإذا امتنعت الإجازة فعلاً امتنعت الصحة التأهلية فعلاً، زيادة على الصحة الفعلية المقرونة بفعلية الإجازة لا بإمكانها.

ولا نعني بالصحة التأهلية إلا امكان نفوذ العقد فعلاً بالإجازة، مع أنه لا يمكن لامتناع الإجازة، وإذا امتنعت الصحة التأهلية في زمان امتنعت دائماً، لأن ما يتفاوت حاله بتفاوت الأزمان هي الصحة الفعلية - التابعة لوجود شرط الصحة الفعلية وعدمه - لا الصحة التأهلية»^(١).

لخص المحقق المروج هذا التقريب في ثلاثة أمور: «أحدها: اقتران الصحة التأهلية بالعقد وعدم انفكاكها عنه.

ثانيها: توقف هذه الصحة على إمكان الإجازة فعلاً أي من حين وقوع العقد، ومع امتناعها لا يثبت الصحة التأهلية فعلاً للعقد، فهذه الصحة منوطة باجتماع جميع مراتب الإمكان التي منها إمكان فعلية الإجازة، ومع امتناعها لعدم وجود مجيز حين العقد لا يثبت له الصحة التأهلية أيضاً. وقد عرفت عدم انفكاك الصحة التأهلية عن العقد فإمكان فعلية الإجازة دخیل في الصحة التأهلية.

ثالثها: أن المائز بين عقد الفضولي والعقود الفاسدة هو وجود الصحة التأهلية فيه دونها، هذا»^(٢).

وقال الشيخ الأعظم في نقد هذا الاستدلال: «ويضعف الأول - مضافاً إلى ما قيل^(٣): من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيداً امتنع الوصول إليه عادة [إلا في زمان طويل] - منع ما ذكره [فخر المحققين] من أن امتناع صحة العقد في زمان يقتضي امتناعه دائماً، سواء قلنا بالنقل أم بالكشف»^(٤).

(١) حاشية المكاسب ٢٠١/٢.

(٢) هدى الطالب ٢٢٤/٥.

(٣) القائل هو المحقق الثاني في جامع المقاصد ٧٢/٤ كما مرّ ولكنّ تنبّه قبله فخر المحققين نفسه في إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٤) المكاسب ٤٣١/٣.

مراده: إنَّ الملازمة بين فساد العقد حدوثاً وبقاءً وإن كانت مسلَّمة، ولكنَّ المقام ليس من صغرياتها لعدم كون وجود المجيز حال العقد من شرائط صحة العقد عندنا وليس مراده إمكان تفكيك بين بطلان العقد حدوثاً وصحته بقاءً لأنَّ فقدان شرط الصحة يقتضي بطلانه حدوثاً وبقاءً. خلافاً لما استفاد بعض الأعلام من عبارته منع الكبرى وردّه بأنَّه «منظور فيه»^(١).

وقال المحقِّق الأصفهاني في نقد تقرّيبه: «وفيه: لو كانت الصحة التأهيلية - التي يتفاوت فيها العقد الفضولي مع العقود الفاسدة ما يساوق الإمكان الاستعدادي من جميع الوجوه - لكان لما ذكر وجهه، وأمّا إذا كان المراد منها مجرد الصحة بلحوق الإجازة ولو فيما بعد، لا فعلاً في قبال ما لا يجديه لحوق شيء في صحته، فلا يكون الصحة التأهيلية مساوقة للإمكان الفعلي، بل العقد الفضولي ممكن التأثير فيما بعد بلحوق الإجازة له فيما بعد، هذا بناءً على النقل.

وأما بناءً على الكشف فهو ممكن الصحة فعلاً بإمكان لحوق الإجازة له فيما بعد، إذ ليس أمر الإمكان بأعظم من أمر الوجود، فكما أنَّ وجوده الفعلي من ناحية وجود فيما بعد، كذلك إمكانه الفعلي من ناحية إمكان الإجازة فيما بعد، فإنَّ وجود المعلول وإمكانه بوجود العلّة وإمكانها فإذا قلنا بكفاية وجودها المتأخر في وجوده المتقدّم فكذا نقول بكفاية إمكانها المتأخر في إمكانه المتقدّم»^(٢).

الثاني: ما مرَّ من السيد عميدالدين^(٣) من حصول الضرر على المشتري لأنَّه مُنع من التصرف في المبيع والتمن لاحتمال صدور الإجازة من المجيز وعدمه.

وذكر الشيخ الأعظم^(٤) في المقام تقريب المحقِّق الثاني^(٥) لهذا الاستدلال وحيث

(١) كتاب البيع ٣٢٣/٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢٠١/٢ و ٢٠٢.

(٣) كنز الفوائد ٣٨٥/١.

(٤) المكاسب ٣٤١/٣ قوله ﷺ: «وبلزوم الضرر على المشتري...».

(٥) جامع المقاصد ٧٢/٤.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيز حين العقد؟ ١٧

أنه مرّ آنفاً فلا نعيده.

ويرد على هذا الاستدلال أولاً: بما مرّ من جواز تصرف الأصيل في ماله قبل صدور الإجازة من المجيز - وإن كان الشيخ الأعظم لم يوافقنا في هذا الردّ. وثانياً: إذا كان جاهلاً بالفضولية تجري للأصيل قاعدة نفي الضرر كما مرّ من السيّد عميد الدين^(١) منع هذا الاستدلال بهذه القاعدة. وثالثاً: يمكن دفع ضرر الأصيل بجعل الخيار له بحيث إن أراد يجوز له فسخ هذه المعاملة الضررية.

ورابعاً: هذا الدليل أخص من المدعى، لأنّ المدعى بطلان البيع الفضولي إذا لم يكن مجيزاً في حال العقد، والدليل يقتضي بطلانه في صورة ضرر الأصيل ولكن إذا لم يتضرر الأصيل أو كان راضياً هو بهذا الضرر، لم يدلّ الدليل على البطلان.

الثالث: ما ذكره في العقد النضيد بقوله: «... مطلق المعاملات الفضولية فاقدة لصفتين وهما الرضا والاستناد ويمكن تصحيح المعاملة من خلال الإجازة اللاحقة فيتمّ بها الصفتان، وهو النهي الوارد عن التقرب إلى مال اليتيم في قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٢)، وبالتالي فلا مجال لتصحيح المعاملة التي يتضرر منها الصبي لأنّ تصحيحها يستلزم قيام إطلاق يدلّ على إمكان تصحيح مطلق العقود الفضولية وإن كان محذورها من غير ناحية الرضا والاستناد، وهو ما نعجز عن إثباته لقصور الأدلة الخاصة، وعدم قيام أدلة مطلقة تفيد ذلك وبالتالي فإنّه يصل الدور إلى الشك، والمرجع حينئذ أصالة الفساد»^(٣).

يرد عليه: أولاً: كلام العلامة^(٤) عام بالنسبة إلى وجود المجيز حال عقد الفضولي

(١) كنز الفوائد ٣٨٥/١.

(٢) سورة الأنعام ١٥٢/.

(٣) العقد النضيد ٣٦٤/٣.

(٤) قواعد الأحكام ١٩/٢.

١٨ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

ولا يختص ببيع مال الطفل على خلاف المصلحة وإن كان نجله^(١) يَخُصُّه بصورة واحدة وهي هذه المسألة، فالدليل أخص من مُدَّعى العلامة.
وثانياً: العقود الفضولية فاقدة لصفة واحدة وهي الاستناد وبالإجازة يَتِمُّ الاستناد كما مرَّ مُفَصَّلاً فيما سبق.

وثالثاً: الأدلة الواردة في صحة عقد الفضولي عام تشمل هذه المسألة بعد صدور الإجازة من المالك بعد بلوغه ورشده كما يأتي.

الجهة الرابعة: مادل على عدم اعتبار وجود المجيز حين العقد امور:

الأوّل: الأدلة الواردة في صحة عقد الفضولي عامة ومطلقة ولا تخصّص ولا تقيد بوجود مجيز في حال العقد.

ولذا قال المحقّق الثاني: «والظاهر عدم الاشتراط لعموم الدليل الدال على صحة الفضولي من غير فرق، فإنّ عموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ يتناولهُ»^(٢).

وقال الشيخ جعفر: «لقضاء عمومات الكتاب والسنة بالعموم»^(٣).

وقال صاحب الجواهر بعد نقل كلام العلامة: «إلاّ أنّه - كما ترى - لا دليل عليه، بل مقتضى إطلاق ما سمعته من أدلة الفضولي خلافه...»^(٤).

الثاني: ما ذكره الفقهاء^(٥) - قدس الله أسرارهم - في باب النكاح من أنّه لو زوّج الفضولي الصغيرين اللذين لا وليّ لهما صحّ وتدلّ عليه الروايات:

(١) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٢) جامع المقاصد ٧٢/٤.

(٣) شرح القواعد ٩٢/٢.

(٤) الجواهر ٤٧٩/٢٣ ٢٩٧/٢٢.

(٥) منهم المحقّق الثاني في جامع المقاصد ١٥٠/١٢، والشهيد الثاني في المسالك ١٧٧/٧، وسيد

الرياض فيه ١٠٣/١١.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيزٍ حين العقد؟ ١٩

منها: معتبرة محمد بن الحسن الأشعري.^(١)

ومنها: صحيحة مقطوعة محمد بن اسماعيل بن بزيع.^(٢)

ومنها: صحيحة أبي عبيدة.^(٣)

ومنها: خبر عباد بن كثير.^(٤)

ولذا قال الشيخ جعفر: «وشهادة مادلّ على جواز إنكاح الفضوليين الصبيّين ثمّ مات أحدهما وبقي الآخر حتّى بلغ وأنه تمضي إجازته مع اعتبار بعض الشروط الآخر على ذلك بطريق الأولوية»^(٥).

قال الشيخ أسدالله التستري: «لو كان شيء ممّا ذكر في المنع صالحاً لذلك لعلم جميع العقود وثبت في النكاح أيضاً، بل بالطريق الأولى. لكن نكاح الفضولي للصغير والصغيرة مع إجازتهما بعد البلوغ جائز إتفاقاً نصّاً وفتوىً فكذلك سائر العقود»^(٦).

وقال في الجواهر: «مضافاً إلى خبر الصغيرين»^(٧).

وقال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى الأخبار الواردة في تزويج الصغار فضولاً الشاملة لصورة وجود وليّ النكاح وإهماله الإجازة إلى بلوغهم، وصورة عدم وجود الولي، بناءً على عدم ولاية الحاكم على الصغير في النكاح وانحصار الولي في الأب والجدّ والوصي على خلاف فيه»^(٨).

الثالث: قال السيّد العاملي: «... بل قد لا نشترط المجيز بالكلّيّة فإنّهم قالوا بأنّ

(١) وسائل الشيعة ٢٠/٢٧٦، ح ٢، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٢، ح ١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٤) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ٢.

(٥) شرح القواعد ٢/٩٢.

(٦) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٣٥/٣٥.

(٧) الجواهر ٢٣/٤٧٩ (٢٢/٢٩٧).

(٨) المكاسب ٣/٤٣٢.

المحجور عليه لفلس إذا باع بعض أعيان ماله المحجر عليه فيها، أو وقف أو وهب أو عتق أنه كالفضولي فلا تباع هذه الأعيان التي باعها في دَيْن الغرماء بل تأخَّر فإن وقى غيرها بمال الغرماء لزيادة القيمة أو لإبراء بعض الديان نفذ بيعه وإلا فلا، فكان وفاء المال كالإجازة وعدمه كالردِّ. وقد حرَّرتنا المسألة في باب الحَجْر فلا بدَّ من مراجعتها»^(١).

وفي ذيل كلام العلامة في كتاب الحَجْر: «أمَّا لوصادف المال في الحال: فإن كان مورده عين مال: كالبيع والهبة والرهن والعتق، احتمال البطلان من رأس، والإيقاف، فإن فضلت تلك العين من الدين لارتفاع القيمة أو الإبراء أو غيرهما نفذ»^(٢).

قال: «إذا صادف تصرفه عين المال بالإتلاف بالمعاوضة كالبيع والإجازة أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة أو بالمنع من الانتفاع كالرهن ففي المبسوط^(٣) والشرائع^(٤) والتحرير^(٥) والإيضاح^(٦) أنه يبطل. وهو المحكي^(٧) عن أبي عليٍّ لأنَّه ممنوع منه على وجه سلبت أهليته وكانت عبارته كعبارة الصبيِّ فلا يصحَّ وأنَّ لحقته الإجازة وهذا هو المناسب للحَجْر فإنَّ معنى قول الحاكم: حَجَزْتُ عليك: مَنَعْتُكَ من التصرف ومعناه تعذَّر وقوع هذه العقود منه.

وأما الإيقاف فقد نفى عنه البأس في التذكرة^(٨) وقال في جامع المقاصد^(٩): فيه قوَّة وفي المسالك^(١٠): لعلَّه الأقوى.

(١) مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢.

(٢) قواعد الأحكام ١٤٣/٢.

(٣) المبسوط ٢٧٢/٢ ونحوه في الخلاف ٢٦٩/٣، مسألة ١١.

(٤) الشرائع ٧٨/٢.

(٥) تحرير الأحكام الشرعية ٥٠٩/٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٦٥/٢.

(٧) الحاكي هو العلامة في مختلف الشيعة ٤٥٣/٥.

(٨) تذكرة الفقهاء ٢٥/١٤.

(٩) جامع المقاصد ٢٢٩/٥.

(١٠) المسالك ٩٠/٤.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيز حين العقد؟ ٢١

والوجه فيه أنه لا يقصّر عن التصرف في مال الغير فيكون كالفضولي. وحينئذ فلا ينافيه منعه من التصرف المنافي لحقّ الغرماء، إذ لا دليل على إرادة غيره، ولأنّ عبارته لا تقصر عن عبارة السفه المحجور عليه مع صحّة تصرّفه إذا لحقته إجازة الولي، فلو كان الحَجْر يقتضي المنع من التصرفات وسلب الأهلية لسقط به اعتبار عبارة السفه. فعلى هذا إذا أجاز الغرماء نفذ وإلاّ أخر إلى أن يقسّم ماله، ولا يباع ولا يسلم إلى الغرماء، فإن لم يفضل من ماله شيء بطل، وإن فضل ما يسعه صح... فإنما يعتبر كلامهم في الإجازة لا في الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء الشيء من ماله يسع ذلك، فإن حصل ذلك كان إجازة وإلاّ كان ردّاً وقد نبهنا على ذلك في باب البيع...^(١). ويأتي تفصيل هذا البحث آنفاً في المسألة الأولى الآتية^(٢).

الجهة الخامسة: هل يدخل تحت هذا الاشتراط فرع؟

أم لا، وهل لابدّ من دخوله تحته وإلاّ يلزم اللغوية؟ أم لا. الظاهر عدم لزوم اللغوية ولو لم يكن فرعاً تحت هذا الاشتراط، لأنّ «يكفي في عدم اللغوية كونه ذا أثر ولو عند غيرنا [من المذاهب]، كما يبحث في باب الجهاد^(٣) بعض ما يتعلّق بوجود الإمام عليه السلام وتكليفه^(٤) بل قد يبحث عمّا لا يتفق الوجود له، كالبحث عن نجاسة دم مخلوق الساعة»^(٥). مضافاً إلى وجود فرع تحت هذا الاشتراط وهو ما ذكره فخر المحقّقين^(٦) من بيع مال الطفل على خلاف مصلحته أو الشراء له كذلك. وهكذا يأتي هذا الاشتراط في تزويج الصغير فضولة مع فرض عدم وجود الولي

(١) مفتاح الكرامة ٢٥٠/١٦ و ٢٥١.

(٢) راجع صفحة ٢٥ من هذا المجلد.

(٣) الجواهر ٨٦/٢٢ (٥٠/٢١).

(٤) الجواهر ٦١٢/٥ (٣٦٢/٥).

(٥) كتاب البيع ٣٢١/٢.

(٦) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

من الأب والجدّ والوصي - على خلاف فيه - وبناءً على عدم ولاية الحاكم الشرعي على الصغير في النكاح كما مرّ من الشيخ الأعظم^(١).

وقد مرّ من العلامة^(٢) تفريعه على هذا الاشتراط ببيع مال الطفل فضولاً ثمّ بلغ وأجاز ثمّ استشكل في الاشتراط لا في الفرع - على ما حكى^(٣) من نجلة فخر المحقّقين -.

واعترض^(٤) عليه بعض العامة - وهو البيضاوي على ما قيل^(٥) -: بأنّ هذا الاشتراط ساقط على مذهب العلامة - وهو مذهب أهل البيت^(عليهم السلام) - لأنّهم يعتقدون وجود الإمام^(عليه السلام) في كلّ زمان وهو ولي من لا ولي له.

ولكن قد عرفت ممّا سردناه عليك في الجهة الأولى أنّ أوّل من اعترض عليه هو نجلة فخر المحقّقين حيث قال: «واعلم أنّ هذا الفرع يتأتّى على مذهب الأشاعرة»^(٦) وإنّما يَنْحَصِرُ على مذهبينا بفرع واحد وهو بيع مال اليتيم على خلاف مصلحته كما مرّ. وأجاب الشهيد^(٧) عن الاعتراض بأنّه أراد مجيزاً في الحال [يمكن الاطلاع على إجازته].

واعترض المحقّق القمي^(٨) على جواب الشهيد بأنّ نائب الإمام^(عليه السلام) موجود ويمكن الاطلاع على إجازته. وعمّمه الشيخ الأعظم أولاً: «بأنّ نائب الإمام - وهو المجتهد الجامع للشرائط -

(١) المكاسب ٤٣٢/٣.

(٢) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٣) الحاكي هو ثاني الشهيدين في فوائد القواعد ٥٣٢/.

(٤) حكاة الشهيد في الحاشية التجارية ٢٢٢/.

(٥) هكذا نقله الشيخ الأعظم في المكاسب ٤٣٢/٣.

(٦) إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٧) الحاشية التجارية ٢٢٢/.

(٨) غنائم الأيام ٥٥٣/١، جامع الشتات ٣١٨/٢.

الثاني: هل يشترط في صحة العقد وجود مجيز حين العقد؟ ٢٣

موجود، بل لو فُرض عدم المجتهد فالعدل موجود، بل للفساق الولاية على الطفل في مصالحه مع عدم العدول»^(١).

وثانياً: دافع عن الشهيد بأنه إن أريد - في أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز - وهو الوجه الأول من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا في الجهة الثانية من البحث - لا تفيد إجابة الشهيد لأنّ ذات الإمام عليه السلام موجود وعدم التمكن من الوصول إلى إجازته لا يردّ الاعتراض.

وإن أريد - في أصل الاشتراط - وجود ذات المجيز مع فرض تمكّنه من الإجازة - وهو الوجه الثاني من وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد الذي مرّ في الجهة الثانية - تمت الإجابة لأنّ المجتهد والعدول وحتّى الفساق وإن فرض وجودهم ولكن من الممكن عدم أطلاعهم على العقد حتّى يُجيزوه.

أقول: قد مرّ منّا في الجهة الثانية من البحث أنّ الوجه الأول - عدم ذات المجيز - لا يتصوّر على مذهبنا، والوجه الثاني - عدم ذات المجيز الذي تمكّن من الإجازة - وإن كان متصوّراً ولكنه لا دليل على اعتباره.

والوجه الثالث - وهو تحقّق ذات المجيز وتمكّنه من الإجازة ولكنه ممتنع شرعاً منها - يمكن تصوّره أيضاً ولكن لا دليل على اعتباره.

قال الشيخ الأعظم: «فالأولى: ما فعله فخر الدين والمحقّق الثاني من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة، فيرجع الكلام أيضاً إلى اشتراط إمكان فعلية الإجازة من المجيز، لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنّه فرض غير واقع في الأموال»^(٢).

أقول: لا بدّ من حمل «امكان فعلية الإجازة» في كلامه عليه السلام - على الإمكان الشرعي - لا الإمكان التكويني - كما مرّ في الجهة الثانية وأنفاً.

(١) المكاسب ٤٣٣/٣.

(٢) المكاسب ٤٣٣/٣.

الثالث: هل يشترط كون المجيز جائز التصرف حين العقد؟

وهذا هو الاحتمال الثالث في وجوه تصوّر عدم المجيز في العقد، الذي مرّ منّا^(١) أنّه كان في المقام الثبوت متصوّراً ولكنّه لا دليل على اعتباره إثباتاً. ولذا نفى الشيخ الأعظم اعتباره بقوله: «لا يشترط في المجيز كونه جائز التصرف حال العقد»^(٢).

ثم قال: «سواء كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضي أو للمانع»^(٣). مراده من المقتضي: هو الملكية مع شرائط كمال المالك من البلوغ والعقل والرشد. وفي فرض عدم الملكية، الإجازة أو الوكالة في التصرف من المالك. ومراده من المانع: هو تعلّق حقّ الغير بالعين نحو: تعلّق حقّ الغرماء في الفلس، وتعلّق حقّ المرتهن بالعين المرهونة وعدم جواز بيع أمّ الولد في عدم بيعها. ثمّ ذكر أربعة مسائل لا بدّ إلّا أن نقفني أثره.

المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف لحجر أو رهن
هل يصح العقد من مالك كان ممنوعاً من التصرف لحجر أو رهن أو استيلاء في الأمانة ولكن حين إجازته ارتفع المنع من التصرف لرفع الحجر أو فك الرهن أو موت الولد؟ قد مرّ آنفاً^(٤) القول بالبطلان من الشيخ^(٥) والمحقّق^(٦) والعلامة في التحرير^(٧)

(١) راجع صفحة ١٤ من هذا المجلد.

(٢) المكاسب ٤٣٤/٣.

(٣) المكاسب ٤٣٤/٣.

(٤) راجع صفحة ١٩ من هذا المجلد: قولنا: الثالث....

(٥) المبسوط ٢٧٢/٢، الخلاف ٢٦٩/٣ مسأله ١١.

(٦) الشرائع ٧٨/٢.

(٧) تحرير الاحكام الشرعية ٥٠٩/٢.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف ؟ المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف... ٢٥

وولده^(١) وهو المحكي عن أبي علي^(٢).

ولكن العلامة في بيع التذكرة حكم بصحته وقال: «ولو باع ولم يعلم المرتهن ففكّ لزم البيع لانتفاء المعارض...»^(٣).

ونفى البأس عن إيقافه في حَجْر التذكرة وقال: «لو صادف تصرفه عين مال بالإتلاف إمّا بمعاوضة كالبيع والإجارة، أو بغير معاوضة كالهبة والعتق والكتابة، أو بالمنع من الانتفاع كالرهن قال الشيخ^(٤): يبطل تصرفه. وهو أصحّ قولي الشافعي وبه قال مالك والمزني لأنّه محجور عليه بحكم الحاكم، فوجب أن لا يصحّ تصرفه...»

والقول الثاني للشافعي: إنّ هذه التصرفات لا تقع باطلة في نفسها بل تكون موقوفة، فإن فضل ما تصرف به عن الدين إمّا لارتفاع سعر أو لإبراء بعض المستحقين نفذ، وإلاّ بأنّ أنّه كان لغواً، لأنّه محجور عليه بحقّ الغرماء، فلا يقع تصرفه باطلاً في أصله، كالمریض. وهذا القول لا بأس به عندي والأوّل أقوى...»^(٥).

وقال المحقّق الثاني: «فيه قوة»^(٥)، والشهيد الثاني: «لعلّه الأقوى»^(٦).

وحكم السيّد العاملي الصّحّة في بيع مفتاح الكرامة^(٧) وحجرتها^(٨) ولا يشترط الإجازة.

وقال صاحب الجواهر بعد نقل نفي البأس التذكرة وقوة جامع المقاصد وأقوائية المسالك: «وهو كذلك بناءً على أنّ الفضولي على القاعدة، بل وإن لم نقل بذلك للفحوى

(١) إيضاح الفوائد ٦٥/٢.

(٢) الحماكي و العلامة في المختلف ٤٥٣/٥.

(٣) تذكرة الفقهاء ٤٢/١٠.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٥/١٤ مسألة ٢٧٠.

(٥) جامع المقاصد ٢٢٩/٥.

(٦) المسالك ٩٠/٤.

(٧) مفتاح الكرامة ٦٢٢/١٢.

(٨) مفتاح الكرامة ٢٥١/١٦.

حينئذ... وعلى كلِّ حالٍ فالأقوى صحة عقده، بل ظاهر جماعة من الأصحاب بل هو كصريح التذكرة عدم بطلانه برّد الغرماء وأنه يبقى موقوفاً على أن يقسم المال لايباع ولايسلم إلى الغرماء فإن فضل لارتفاع قيمة غيره أو لإبراء بعض الديّان أو غير ذلك نفذ فيه التصرف والآبطل لسبق التعلُّق به فيه، وليس لذوي الدين ابطال التصرف وفسخ العقد قبل ذلك، وهو جيد...»^(١).

وتبعه الشيخ الأعظم وقال: «والأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلُّق حقّ الغير...»^(٢).

والوجه في عدم الحاجة إلى الإجازة لأنّ المعاملة مستندة إلى المالك وإنّما كان المانع من صحتها حقّ المرتهن أو وجود الحَجْر أو الولد وقد سقطت الموانع بفكّ الرهن ورفع الحجر وموت الولد فتمت المعاملة، كما يرى السيّد اليزدي^(٣) عدم البطلان هو التحقيق.

ثم هل يجري نزاع الكشف والنقل في الإجازة بالنسبة إلى رفع هذا المانع من صحة العقد من فكّ الرهن أو رفع الحجر أم لا؟ مع وضوح عدم جريانه في بيع أمّ الولد قبل موت ولدها.

قولان:

ذهب المحقّق الثاني^(٤) مع توغّله في الكشف بعدم جَرَيانه في المقام والتزم بالنقل هنا فقط ويرى السيّد اليزدي: «الإنصاف أنّ الحكم بالكشف مشكل»^(٥).
ولكن ذهب المحقّق النائي^(٦) إلى جَرَيان نزاع الكشف والنقل في المقام أيضاً

(١) الجواهر ٢٨٤/٢٥ و ٢٨٥ طبع الإسلامية.

(٢) المكاسب ٤٣٤/٣.

(٣) حاشيته على المكاسب ٢٢٢/٢.

(٤) جامع المقاصد ٧٥/٥ و ٧٦.

(٥) حاشيته على المكاسب ٢٢١/٢.

(٦) راجع منية الطالب ١٠٩/٢، المكاسب والبيع ١٥٩/٢.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف ؟ المسألة الأولى: إذا كان المالك حين العقد ممنوعاً من التصرف... ٢٧

كما في الإجازة. وإن كان عنده^(١) إشكال بالنسبة إلى فك الرهن. ويمكن الاستدلال للمحقق الثاني بأن نزاع الكشف والنقل إنما يجري فيما إذا كان العقد تاماً من جميع الجهات وكان متوقفاً على الاستناد إلى المالك فقط فعند حصول الاستناد إليه بالإجازة يأتي النزاع، وأما إذا كانت صحة العقد متوقفة على أمر آخر مضافاً إلى توقفها على الإجازة ففي مثله لا يمكن الالتزام بأن الإجازة كاشفة عن الملكية من حال العقد مع أنها تتوقف على أمر آخر حسب الفرض.^(٢)

ويمكن الاستدلال للمحقق النائي: بإمكان حفظ الرهن وصحة البيع فيمكن الحكم بالكشف أيضاً كما في بيع العين المرهونة مع الإعلام بوصف المرهونية وإجازة المرتهن وكبيع العين المستأجرة. مضافاً إلى أن التنافي بين حفظ الرهن وصحة البيع - على فرض وجوده - إنما يأتي بناءً على الكشف الحقيقي فقط دون أقسام الكشف الحكمي. وكذلك القول في الحجر وتعلق حق الغرماء بالمال.^(٣)

والظاهر جريان نزاع الكشف والنقل بالنسبة إلى رفع هذين المانعين من فك الرهن ورفع الحجر كما عليه المحقق الخميني^(٤) والحمد لله.

(١) راجع تعليقه على منية الطالب ١٠٩/٢. قال فيها: «ويمكن أن يقال: إذا كان حق المرتهن مانعاً عن تأثير عقد الراهن، فحكم الإسقاط ونحوه حكم القبض في باب الصرف والسلم، فإن عدم المانع من أجزاء العلة. فملكية المشتري كما تتوقف على القبض في الصرف والسلم فكذا تتوقف ملكية المشتري العين المرهونة على خروج العين عن كونها للدين، وخروجها عنها يتحقق في الإسقاط أو الفك لا زمان العقد، فلا يجري فيه نزاع الكشف والنقل، بل لا محيص عن الالتزام بالنقل».

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ١١/٢ و ١٢.

(٣) راجع هدى الطالب ٢٤٠/٥.

(٤) كتاب البيع ٣٣٢/٢.

المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه

وهي ما لو كان عدم جواز التصرف لأجل عدم المقتضي - وهو عدم الملكية للعاقـد - ولكن حصلت الملكية بعد للعاقـد الفضولي أو لغيره غير المالك الأول. وعنوان المسألة في كلمات القوم يختص بما إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي حيث عنونه بما جعلته عنواناً.

ولكنَّ صَوْرَ المسألة بلغت إلى سِتِّ عَشْرَةَ صُورَةً^(١) لأنَّ الفضولي الذي يكون غير المالك أمّا أن يبيع لنفسه أو للمالك، وانتقال الملك إلى المالك الجديد إمّا اختياراً أو قهراً، وإمّا أن يجيز المالك الجديد البيع أم لا، فبلغ إلى هنا إلى ثَمَانِي صُورٍ وهذا كلّهُ إذا كان المالك الجديد هو البائع الفضولي وأمّا إذا كان غيره فَتَبْلُغُ الصُّورُ إلى سِتِّ عَشْرَةَ صُورَةً. هذا إذا جعلنا عنوان المسألة عاماً كما جعله الشيخ الأعظم^(٢) ولكن إذا جعلنا عنوانها خاصاً كما في كلمات القوم - وكما جعلتها تبعاً لهم - فيخرج الثمانية الثانية لأنهم قالوا: «لو باع الفضولي شيئاً ثم ملكه»، وهذا العنوان لا يشمل صور الملكية الجديدة لغير البائع الفضولي.

والمهم في هذه الصور الثماني الأولى صورتان:
الأولى: أن يبيع الفضولي لنفسه ثم يشتريه من ماله ويُجيز البيع.

(١) كما في هداية الطالب ١٣٤/٣.

(٢) المكاسب ٤٣٥/٣ حيث يقول: «... فيجيز المالك الجديد سواء كان هو البائع أو غيره».

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٢٩

الثانية: أن يبيع الفضولي لنفسه ثم يشتريه من ماله ولا يُجيزه.
وحكم بقية الصور يظهر من حكم هاتين بالتأمل، فيقع الكلام فيهما، بل يظهر
حكم الصورة الثانية من الصورة الأولى كما هو الواضح ولذا بحث الشيخ الأعظم^(١) عن
هذه الصورة الأولى مفصلاً وعن الصورة الثانية مختصراً.

الصورة الأولى:

ويقع الكلام في ضمن جهات:

الجهة الأولى: كلمات الفقهاء حول المسألة

قال الشيخ في ما إذا باع أو رهن مالك النصاب قبل إخراج زكاته: «إذا وجبت
الزكاة في ماله فرهن المال قبل إخراج الزكاة منه لم يصح الرهن في قدر الزكاة ويصح فيما
عداه. وكذلك الحكم لو باعه صحّ فيما عدا مال المساكين ولا يصح فيما لهم، ثم يُنظر فإن
كان للراهن^(٢) مال غيره وأخرج حقّ المساكين منه سلم الرهن جميعه وكذلك البيع»^(٣).
وقال: «وإن كانت الهبة فاسدة فباع قبل القبض صحّ البيع، وإن باع بعد القبض فإن
كان يعلم أنّها فاسدة، وأنّه لا يملك بها صحّ البيع، وإن كان يعتقد أنّها صحيحة وأنّ
الموهوب له قد ملكها فهل يصحّ البيع؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يصحّ لأنّه صادف ملكه
وهو الصحيح.

الثاني: لا يصحّ لأنّه لا يبيع ويعتقد أنّه متلاعب بذلك.

كما نقول في الرجل يبيع ماله مورّثه وعنده أنّه ما مات، ثمّ يتفق أن يكون قد مات
قبل البيع، قيل: فيه قولان...»^(٤).

أقول: ظاهر الشيخ في الزكاة والهبة صحة بيع من باع شيئاً ثمّ ملكه من دون
حاجة إن الإجازة المستأنفة، في الزكاة كان الصحة ظاهرة وفي الهبة شبه بيع مال المورّث

(١) المكاسب ٤٥٣/٣.

(٢) في المطبوعة «الرهن» صحناه بالسياق.

(٣) المبسوط ٢٠٨/١.

(٤) المبسوط ٣٠٤/٣.

٣٠ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

بظن حياته بالهبة الفاسدة وبيع العين الموهوبة مع اعتقاد صحة الهبة واختار هو هو صحة البيع، فكذاك يكون مختاره في بيع مال المورث الصحة.

وقال المحقق: «لو باع النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه صح فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصة الفقراء، قال الشيخ رحمته: صح الرهن في الجميع وكذا البيع. وفيه إشكال لأن العين غير مملوكة له وإذا أدى العوض ملكها ملكاً مستأنفاً واقتصر بيعها إلى إجازة مستأنفة كمن باع مال غيره ثم اشتراه، و...»^(١).

وقال: «... ولو كانت الهبة فاسدة صح البيع على الأحوال. وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه. وكذا إذا أوصى برقبة معتقه وظهر فساد عتقه»^(٢).

أقول: كلامه الأوّل ظاهر في الصحة مع الإجازة والثاني في الصحة مطلقاً. قال العلامة في متاجر القواعد: «ولو باع مال أبيه بظن الحياة وأنه فضولي فبان ميّناً - حينئذ - وأن المبيع ملكه فالوجه الصحة»^(٣).

وقال في هبتها: «وإذا باع الواهب بعد الأقباض بطل مع لزوم الهبة، وصح لا معه على رأى، ولو كانت [الهبة] فاسدة صح إجماعاً. ولو باع مال مورثه معتقداً بقاءه أو أوصى بمن أعتقه وظهر بطلان عتقه فكذاك»^(٤).

قال السيّد العاملي: «وقد يلوح منه [العلامة] هناك [هبة القواعد] أنها محل إجماع فليرجع إليه»^(٥).

وقال في نهاية الأحكام: «ولو باع مال أبيه بظن أنه حيّ وهو فضوليّ، فبان أنه كان ميّناً حينئذ وأن المبيع ملكٌ للعاقدة فالأقوى الصحة لصدوره من الملك... ويحتمل البطلان لأنه وإن كان العقد منجزاً في الصورة إلا أنه في المعنى معلق، وتقديره إن مات مورثي فقد

(١) المعتبر ٥٦٣/٢.

(٢) الشرائع ١٨١/٢.

(٣) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٤) قواعد الأحكام ٤٠٩/٢.

(٥) مفتاح الكرامة ٦٢٧/١٢.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٣١

بعثك ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره»^(١).
وقال في بيع التذكرة: «لو باع بظن الحياة وأنه فضولي فبان موته وأنه مالك صحّ البيع - وهو أصحّ قولي الشافعي - لأنه بيع صدر من أهله في محله.
وأضعفهما: البطلان لأنه كالعائب عن مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره.
وله آخر: أنه موقوف على تيقن الحياة أو الموت»^(٢).
ونحوه فيها^(٣) فراجع.

وقال فخر المحققين في ذيل عبارة متاجر القواعد: «المراد بالصحة هنا اللزوم، ووجه الصحة إنه تصرف من أهله في محله.

ويحتمل وقوفه على إجازته لأنه لم يقصد البيع اللازم بل الموقوف على الإجازة متجددة من الأب أو من يقوم مقامه ولما اعتبر القصد في أصل البيع ففي أحواله أولى.
ويحتمل البطلان لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب لا عنه ولأنه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلق والتقدير إن مات مورثي فقد بعثك ولأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره»^(٤).

وقال الشهيد: «وكذا [أي تصحّ] لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجاز. ولو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده وقد نُهي عنه. نعم لو باعه موصوفاً في الذمة يطابق ما عند الغير ثم ملكه ودفعه صحّ وأطلق الحلبي^(٥) صحة بيع ما ليس عنده ويحمل على ذلك»^(٦).

وقال في القواعد والفوائد: «... ويحتمل البطلان، لأنه إنما قصد نقل الملك عن

(١) نهاية الأحكام ٤٧٦/٢ و ٤٧٧.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ٢٢٠/١٠.

(٤) إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

(٥) الكافي في الفقه ٣٥٩.

(٦) الدروس ١٩٣/٣.

الأب لا عنه، ولأنَّه وإن كان منجزاً في الصورة فهو في المعنى معلقٌ والتقدير: إن مات مورثي فقد بعته، ولأنَّه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أنَّ المبيع لغيره»^(١). وقال الفاضل المقداد: «... وكذا نقول [بالصحة] فيمن باع ملك غيره ثمَّ انتقل إليه فأجاز»^(٢).

وقال المحقق الثاني في ذيل عبارة متاجر القواعد: «قوله: (وأنَّه فضولي) مستغنى عنه. قلنا: بل أراد به الإشعار بمنشأ الوجه الضعيف أعني العقود تابعة للقصود. [و] أراد: الصحة من غير توقف على شيء آخر، أعني: اللزوم وينبغي أن يكون ذلك موقوفاً على إجازته وهو الأصح، لأنَّه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن، بل مع إجازة المالك، إلَّا أن يقال: قصده إلى أصل البيع كاف. ومثله: ما لو باعه فضولياً ثمَّ تبين شراء وكيله إيَّاه»^(٣).

وقال في تعليقه على الإرشاد: «ولو باع مورثه لظن حياته فبان ميئاً وأنَّه ملكه، أو باع مال غيره ثمَّ اشتراه فهل يصح البيع بمعنى عدم اشتراط الإجازة فيه أم لا؟ وجهان، وعدم الاشتراط في الثاني أبعد، بل البطلان متَّجه إذا قلنا بأنَّ الإجازة كاشفة، لأنَّ انتقال الملك إلى المشتري الأوَّل إذا كان من وقت العقد استلزم بطلان البيع الثاني، فينتفي الملك، وصحة البيع الأوَّل فرع له»^(٤).

وقال ثاني الشهيد في ذيل قول المحقق: «(وكذا القول فيمن باع مال مورثه وهو يعتقد بقاءه)، بمعنى أنَّه يحكم بصحة البيع على تقدير ظهور موت المورث حال البيع، وأنَّ البائع باع ما هو ملكه لحصول الشرط المعتبر في اللزوم وهو صدور البيع عن مالكٍ لأمره. ويشكل بما مرَّ من عدم قصده إلى البيع اللازم، بل إنَّما قصد بيع مال غيره وأقدم على عقد الفضولي، فينبغي أن يعتبر رضاه به بعد ظهور الحال، خصوصاً مع ادَّعائه عدم

(١) القواعد والفوائد ٢/٢٣٨، قاعدة ٢٣٨.

(٢) التنقيح الرائع ٢/٢٦.

(٣) جامع المقاصد ٤/٧٦.

(٤) حاشية الإرشاد ٣٣٧/ المطبوعة في ضَمَنِ المجلد التاسع من حياة المحقق الكركي وآثاره.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٣٣

القصد إلى البيع على تقدير كونه ملكه. ولعلّ هذا أقوى لدلالة القرائن عليه، فلا أقلّ من جعله احتمالاً مساوياً للقصد إلى البَيْع مطلقاً فلا يبقى وثوق بالقصد المعتبر في لزوم البيع. إلّا أن يقال: إنّ المعتبر هو القصد إلى البيع مطلقاً، ويمنع اعتبار القصد إلى بيعٍ لازم بدليل صحّة عقد الفضوليّ مع عدم القصد إلى بيعٍ لازم، وتوقّفه على إجازة المالك أمر آخر، لأنّ رضا المالك شرط في لزوم العقد لا في صحّته في نفسه، والأمر هنا وقع من المالك، فاجتمع القصد إلى البيع والشرط وهو بيع المالك فلا يفتقر إلى إجازة أخرى. وإلى مثل هذا نظر المصنف وجزم بصحّة البيع. مثله ما لو باع مال غيره فظهر شراء وكيله له قبل البيع.

واعلم أنّ الشهيد في الدروس لمّا نقل عن الشيخ^(١) تساوي مسألتي فساد الهبة وبيع مال مورّثه في الحكم بصحّة البيع وإن جهل الحال قال: «وقد يفرّق بينهما بالقصد إلى صيغة صحيحة في مال المورّث، بخلاف الموهوب»^(٢) ولا يخفى عليك فساد هذا الفرق، فإنّ القصد إلى الصيغة الصحيحة بالمعنى المقابل للباطل حاصل في المسألتين وبمعنى اللزوم منتفٍ فيهما، فلا فرق بينهما أصلاً كما لا يخفى»^(٣).

وقال الصيمري: «الثالث: لو باع مال غيره ثمّ ملكه قبل فسخ المالك وإجازته، افتقر إلى الإجازة من البائع، لأنّه باع وهو غير مالك ولا بدّ من إجازة المالك وقد صار مالاً فلا بدّ من إجازته...»^(٤).

فذلكة القول في احتمالات المسألة وأقوالها

وهنّ ثلاثة:

الأوّل: الصحة من دون توقّفها على إجازة البائع بعد تجدد الملك له: وهو الظاهر من كلام شيخ الطائفة في بيع مال الزكويّ قبل إخراج الزكاة منه إذا غرم حصة

(١) المبسوط ٣/٣٠٤.

(٢) الدروس ٢/٢٨٩.

(٣) المسالك ٦/٥١.

(٤) غاية المرام ٢/١٥.

الفقراء بعد البيع، وفي بيع الهبة الفاسدة مع اعتقاد البائع الصحة كما مرّ.
وهو مختار المحقّق في الشرائع والعلّامة في متاجر القواعد وهبتها وبيع التذكرة
ويراه الأقوى في النهاية، وهو مختار الجدّ الشيخ جعفر.^(١)
الثاني: صحتها مع توقّفها على الإجازة: وهو الظاهر من معتبر المحقّق والشهيد
في الدروس والفاضل المقداد في التنقيح ونقله الشهيد عن ابن المتوّج^(٢) وهو مختار
المحقّق الثاني في جامع المقاصد، والشهيد الثاني في المسالك والصيمري في غاية المرام
وعليه صاحب الجواهر^(٣) والشيخ الأعظم^(٤).
الثالث: البطلان: وهو أضعف قول^(٥) الشافعي.
وهو مختار الشيخ أسدالله التستري^(٦) والمحقّق النائيني^(٧) كما يأتي منه في ما بعد
في غير الانتقال القهري وفيه قال بالصحة^(٨).

الجهة الثانية: إشكالات التستري على القول بالصحة

ثمّ تعرض الشيخ الأعظم^(٩) للإشكالات السبعة - التي ذكرها الشيخ أسدالله
التستري في مقابس الأنوار^(١٠) - على القول صحة، وقد مرّ بعضها من العلّامة وولده
والمحقّق الكركي فيما نقلت عنهم في الجهة الأولى.

(١) شرح القواعد ٩٨/٢.

(٢) كما حكاه السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٦٢٨/١٢.

(٣) الجواهر ٤٨٢/٢٣ (٣٠٠/٢٢)، ولكنّه في المسألة التي ذكرها الشيخ الطوسي في كتاب

الزكاة يظهر منه القول بالبطلان، راجع الجواهر ٢٤٥/١٥ (١٤٢/١٥).

(٤) المكاسب ٤٣٧/٣ و ٤٦٢.

(٥) أي مذهبه القديم والجديد.

(٦) مقابس الأنوار ١٣٤/.

(٧) المكاسب والبيع ١٦٧/٢ و ١٧٥.

(٨) منية الطالب ١١٨/٢.

(٩) المكاسب ٤٣٧/٣.

(١٠) مقابس الأنوار ١٣٤/ و ١٣٥.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٣٥

الاشكال الأول^(١):

لو باع مال الغير لنفسه كان باطلاً بوجوه خمسة قد مرّ في المسألة الثالثة من بيع الفضولي، تحت عنوان «أدلة بطلان بيع الفضولي لنفسه ومناقشتها»^(٢).
ولكن بعض هذه الوجوه لا يجري هنا وهما الوجهان اللذان يختصان بالغاصب - أي الوجه الثاني^(٣): اعتبار عدم سبق منع المالك، والوجه الثالث^(٤): فقدان قصد المعاوضة الحقيقية - لأنّ البائع هنا ليس غاصباً بل يكون مالِكاً.

وفيه: قد مرّت هذه الأدلة ومناقشتها مفصلاً فلا نعيدها فراجع ما حررته هناك.^(٥)

الاشكال الثاني^(٦):

يعتبر في صحة البيع أمور ثلاثة: ١- الملك، ٢- رضا المالك، ٣- القدرة على التسليم. وفي بيع الفضولي يتحقق جميع هذه الأمور من جانب المالك. ولكن في مسألتنا - من باع شيئاً ثم ملكه - المالك خرج عن قابلية الإجازة بالموت أو بالبيع للعاقد فلا يتحقق هذه الأمور الثلاثة، والمالك الجديد لا يكون مالِكاً حين العقد، والمالك حال العقد لا يعتبر رضاه.

وقد أجاب عنه الشيخ الإِعْظَم^(٧) بجوابين:

الأوّل: بالنسبة إلى عدم رضاية من يعتبر رضاه، ذهب إلى أنّ المعتبر من الرضا إنّما هو رضا المالك حال الإجازة، لا رضا المالك حال العقد، لأنّ دليل اعتبار الرضا في

(١) مقابس الأنوار / ١٣٤.

(٢) راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

(٣) راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

(٤) راجع الآراء الفقهية ٣٢٥/٥.

(٥) راجع الآراء الفقهية ٣٢٤/٥.

(٦) مقابس الأنوار / ١٣٤.

(٧) المكاسب ٤٣٧/٣.

المعاملات هو آية التجارة^(١) وقوله **عَلَيْهِ**: لا يحلّ مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه^(٢). ومدلولهما اعتبار رضا المالك حين الإجازة لا حين العقد.

الثاني: بالنسبة إلى القدرة على التسليم، ذهب إلى أنّ القدرة على التسليم معتبرة في حق المالك حين العقد ولا يفيد حال الإجازة إلا أنّه كلام آخر لا ربط له بالمقام. لأنّ الكلام في صحة البيع الصادر عن الفضولي فيما إذا ملكه وأجاز، وبطلانه من أجل عدم القدرة على التسليم أمر آخر غير ما نحن بصددّه.

أقول: بل يمكن أن يجاب عن الثاني بأنّ المعتبر هو القدرة على التسليم حال الإجازة بل القدرة على التسليم في موعد التسليم لا القدرة عليه حال العقد، والقدرة عليه حين الإجازة بل في موعد التسليم، وهي موجودة في هذا العقد.

الإشكال الثالث^(٣):

الإجازة كاشفة على الأصح عندنا وعند الشيخ التنسري عن الملكية حال العقد، وإذا فرضنا صحة البيع في مسألتنا فلازمه أن يكون المال ملكاً للمشتري من حين العقد مع أنّ المفروض عدم دخوله في ملك المالك المجيز حين العقد حتّى يدخل منه إلى ملك المشتري، والخروج من أملك فرع للدخول فيه، وما لم يدخل في ملكه كيف يعقل خروجه عنه، وهذا يكشف عن بطلان المعاملة.

جواب الشيخ الأعظم^(٤): الإجازة على القول بالكشف توجب انتقال المال إلى المشتري من حين العقد إذا لم يكن هناك محذور في البين، وأمّا إذا وجد محذور - كما ورد في الإشكال - فالمتّبع هو دليل الاعتبار فيحكم بكاشفية الإجازة من زمن يمكن الانتقال من المالك المجيز إلى المشتري وهو أوّل زمان انتقال الملكية إلى المالك الثاني الذي أجاز البيع، فدخل المبيع آنأما في ملكه ومنه ينقل إلى المشتري ويرفع المحذور.

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٢٠/٥، ح ١، الباب ٣ من أبواب مكان المصلي.

(٣) مقابس الأنوار / ١٣٤.

(٤) المكاسب ٤٣٨/٣.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٣٧

مضافاً إلى أن مقتضي الصحة موجود في مسألتنا - وهو العمومات والإطلاقات الواردة في صحة البيع - ولا مانع عن الصحة إلا إجازة المالك الجديد وإذا حصلت تلك الإجازة فهي تكشف عن ثبوت الملكية من أول أزمته إمكان قابلية الملك إلى المشتري له من دون ترتب محال عقلي أو شرعي في المقام.

ثم ذكر^(١) أن مسألتنا لا تُقاس بما إذا خصص المالك المجيز الإجازة بزمان متأخر عن العقد مثلاً بأن أجازه من حين الإجازة فيحكم بالبطلان لأن العقد قابل لترتيب الأثر من حينه فلا وجه لتقييد توسط المالك فيكون باطلاً من رأسه.

وأما في مسألتنا فليس العقد قابلاً لترتب الملكية عليه من حينه، فيترتب عليه من أول أزمته إمكانه وهو كما مر انتقال الملك إلى المالك الجديد. انتهى جواب الشيخ الأعظم بتقريب منّا.

ولكن المحقق النائيني^(٢) استدلل للبطلان بمنع اقتضاء البيع للصحة في المقام لما مر من أن بيع الأصيل ماله من البائع الفضولي يقتضي بطلان بيع الفضولي لأن الرد كما يتحقق بالقول يتحقق بالفعل أيضاً.

ولكن يرد عليه أولاً: قد مر في تنبيهات الإجازة^(٣) أن الرد لا يقتضي بطلان البيع الفضولي فراجع ما حررته هناك.

وثانياً: أن الدليل أخص من المدعى لأن ما ذكره إنما يجري فيما إذا ملك البائع ما باعه بالشراء كما مثل له ولكن لا يجري فيما إذا ملكه بالإرث، والوجه في ذلك أن انتقال الملك بالإرث لا يعدّ ردّاً من المورث للعقد الصادر عن الوارث.

وثالثاً: وعلى فرض أن الرد يقتضي بطلان البيع الفضولي إنما يقتضي ذلك إذا ردّ المالك العقد الواقع على ملكه، وأما العقد الواقع على ملك غيره فليس للمالك رده، وفي مسألتنا العقد يقع في ملك المالك الجديد فعلاً - بعد الشراء أو الإرث - فليس للمالك

(١) المكاسب ٤٣٩/٣.

(٢) منية الطالب ١١٧/٢.

(٣) راجع الآراء الفقهية ٥٠٥/٥.

السابق ردّه، وللمالك الجديد إجازته أو ردّه على القول بلزوم الصحة الإجازة المُستأنفة منه.

ثم لا يُدرى ما الفرق بين الإرث والبيع في انتقال المال إلى المالك الجديد؟! حيث ذهب المحقق النائيني^(١) إلى أنّ إجازة الوارث تكشف عن الملكية من حين العقد للمشتري في حياة المورث بادّعاء قيام الوارث مقام المورث في الأموال فكأنّ العقد صدر من المورث بنفسه، ولكن إذا كان الانتقال بالشراء فتأثير الإجازة لحصول الملكية للمشتري من حين ملكية المالك الجديد يحتاج إلى دليل مفقود.

ولا ينقضي تعجبي من المحقق السيّد الخوئي حيث استشكل على الشيخ الأعظم بأنّ المقايضة بين ما إذا خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد ومساءلتنا تامة - خلافاً للشيخ الأعظم ومرّ منه بأنّ المقايضة بينهما باطلة - وقال: «الوجه فيه [أي في البطلان هناك] ليس إلّا أنّ المنشأ بالعقد إنّما هي الملكية المطلقة من حين العقد، فإذا تعلّقت الإجازة بالملكية المتأخرة عنه لم تتعلّق الإجازة بما وقع، فما وقع لم يجز وما اجيز لم يقع، وفي المقام [مساءلتنا] أيضاً يجري هذا الوجه، لأنّه إذا سُئل المشتري من أيّ زمان اشتريت؟ أجاب بأنّي اشتريت من حين العقد، والمفروض عدم تعلّق الإجازة بالملكية من حين الشراء ولو كان ذلك لمانع شرعي فلو قلنا بالبطلان هناك لابدّ من القول به في المقام أيضاً»^(٢).

وجه التعجب: تخصيص الانتقال بزمان ما بعد العقد في ما إذا كان الانتقال من حين العقد ممكناً - شرعاً وعقلاً - يضرّ بالبيع ويصيره باطلاً، وأمّا إذا كان الانتقال من حين العقد فلا يكون ممكناً - شرعاً أو عقلاً - ولا يضرّ بصحة العقد الذي مدلوله الانتقال من حينه لأنّ المال غير قابل للانتقال شرعاً إلّا أوّل أزمنة تملك المالك المجيز، فتكون عموم الإجازة بالنسبة إلى ما قبل ذلك الزمن ملغاةً، وكان ذلك نظير الإجازة في ما إذا كان

(١) راجع منية الطالب ١١٨/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٣٢/٢.

الثالث: هل يشترط كونه جائز التصرف حين العقد؟ المسألة الثانية: لو باع شيئاً ثم ملكه ٣٩

القبض فيه شرطاً للانتقال كما عليه شيخنا الاستاذ (١).

الإشكال الرابع (٢):

القول بصحة مسألتنا - من باع شيئاً ثم ملكه - يستلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، واستحالة ملكية المشتري للعين المشتراة.

وأما الأول: فعلى القول بالكشف، الإجازة تكشف عن ملكية المشتري للعين من حين العقد، والمفروض أن المال في ذلك الوقت يكون للمالك الأول ولذا صح انتقاله منه إلى المالك الثاني المجيز بالانتقال الاختياري أو القهري، ثم بعد حصول الانتقال إلى المالك الثاني المجيز صحت إجازته للعقد لأنه صار مالكا للعين.

ولو لم تكن العين للمالك الأول لم يصح شراء الثاني المجيز منه - أو انتقالها إليه - فلم تصح إجازته للعقد، ولزم ذلك أن تكون العين من حين العقد إلى حين الانتقال للمالك المجيز مملوكة للمالكين - المالك الأول والمشتري -.

وأما الثاني: فإن ملك المشتري للعين من حين العقد يستلزم عدم كون المالك الأول مالكا لها من حين العقد لاستحالة كونها ملكاً للإثنين بالاستقلال، وإذا لم تكن ملكاً له - أي للمالك الأول - فلا يصح انتقالها إلى المالك الثاني المجيز وبالتالي لم تصح إجازة المالك المجيز للعقد السابق فلا تتم ملكية المشتري للعين حال العقد، فيلزم من ملكية المشتري من حين العقد عدم ملكيته، وما يلزم من وجوده عدمه محالاً، فملكية المشتري للعين مستحيلة والعقد باطل.

جوابه: لا يرد الإيرادان على القول بالصحة حتى على القول بالكشف في الإجازة لما مرّ آنفاً في الجواب عن الإشكال الثالث بأن العين تنتقل إلى المشتري من أول أزمته إمكان انتقالها من المالك الثاني المجيز إليه، وهو أول زمان دخلت العين في ملكه - أي المجيز - بالشراء أو الإرث، فحينئذ قبل انتقال العين إلى المجيز كانت في ملكية المالك

(١) راجع إرشاد الطالب ٢٨/٤.

(٢) راجع مقابس الأنوار ١٣٤/.

الأوّل بلا تراحم، فلا يلزم اجتماع المالكين على ملك واحد، ولا يلزم من وجوده عدمه.

الإشكال العام للمحقّق التستري

ثمّ ذكر التستري^(١) إشكالاً عاماً على جميع المعاملات الفضولية بناءً على الكشف من حين العقد أو من قابلية المحلّ كما في مسألتنا - تحت عنوان إن قلت - وهو أنّ الإجازة تكشف عن ملكية المشتري للعين من حين العقد أو من حين قابلية المورد، ولازم ذلك أن لا تكون العين ملكاً للمجيز حال الإجازة ومعه كيف تؤثر في تملك المشتري من حين العقد أو من حين قابلية المورد، ولازم صحّة إجازته أن تكون العين ملكاً للمجيز والمشتري - معاً - في حال إجازة المجيز.

جوابه: وأجاب التستري نفسه عن الإشكال - تحت عنوان قلنا^(٢) - بأنّ ملكية الصورية الظاهرية الحاصلة بالاستصحاب للمجيز كافية في صحّة الإجازة وإن لم يكن مالكاً واقعياً لأنّ الإجازة رفع لليد وإسقاط للحقّ وفيه يكفي الملك الصوري الظاهري، بخلاف العقد الثاني - شراء المجيز العين من المالك الأوّل - لأنّه يحتاج إلى الملك الواقعي لأنّه عقدٌ وصحة العقد تتوقّف على الملك واقعاً.

ولكن الشيخ الأعظم أورد على جوابه بإيرادات أربعة:

الأوّل: الملك الصوري الاستصحابي لا يكفي في الإجازة لأنّ الفضولي لو باع مال أحدٍ وقبل إجازة المالك باعه وكيل المالك من شخص آخر ولم يعلم به المالك ثمّ أجاز المالك البيع الفضولي باستصحاب ملكه، وبعد ذلك ظهر أنّه لم يكن مالكاً للمال حال الإجازة لأنّ الوكيل باعه من شخص آخر، فلا يمكن الالتزام بصحة الإجازة حينئذ مع أنّ الملك الصوري متحقّق في المثال. ومنه يظهر أنّ الإجازة متوقّفة على الملك الواقعي ولا يكفي فيها الملك الاستصحابي.

الثاني: الفرق بين الإجازة والعقد الثاني غير موجود لأنّ الإجازة ليست رفعاً لليد

(١) مقابس الأنوار / ١٣٤.

(٢) مقابس الأنوار / ١٣٤.