

الإمام الشافعي

شرح التلخيص (٦)

الجزء الخامس

بسم الله

أبى عبد الله محمد بن إدريس الشافعي

القدس - الثلاثاء الموافق ١٤٤١هـ

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على النبوة وآله الطاهرين
وهي آله الأئمة الأطهارين والفضلية على أئمتهم أجمعين إلى يوم الدين...
أنا بعد أن تمّ استيفاء الأوراق «الأوراق الفتوية» التي عرضت بها
براهين حشوية المجتهد في مناقرة رتبة التقويم الحسيني آية الله
والشيخ العلامة آية الله العظمى في حقه أرحم الراحمين أن رجس الله سبحانه
وأنه في خاتمة المطاف - في فقهنا السري - أنه مرجعنا اليوم -

بشير حسين النجفي

المطابق للأشرف الأئمة - حجة الله على العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم



تفريظ سماحة المرجع الديني الكبير آية الله العظمى الشيخ بشير حسين النجفي
- دام ظله العالي - من النجف الأشرف.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

تقريظ مع تاريخ وضع اللمسات الأخيرة على الجزء الخامس من كتاب
(الآراء الفقهية) تأليف سماحة آية الله الفقيه المحقق و المجتهد المدقق
الأستاذ الشيخ هادي النجفي آل صاحب الحاشية - دام ظله -

الحمد لله الذي جعل اختلاف الفقهاء مشراً و تمحيصاً للآراء في أحكام الشريعة
الغراء و الصلاة و السلام على سيد المرسلين و صفوة الأنبياء سيدنا و نبينا أبي القاسم
محمد و علي آل الميامين النجباء أمناء دار الفناء و شفعاء دار البقاء إلى يوم اللقاء.
ثمّ أمّا بعد، فقد اطلعني متفضلاً سماحة آية الله الفقيه التحرير و المجتهد المحقق
القدير الأستاذ الشيخ هادي النجفي - دام ظله - على المجلد الخامس من كتابه القيم
النفيس الآراء الفقهية - قسم البيع (٢) و كنت قد اطلعت على المجلدين الثالث و الرابع من
هذا الكتاب فإذا بهذا المجلد ينتظم معهما من حيث التحقيق و دقة النظر و سبر الآراء و
مناقشاتهما في سلك واحد كأن نظام الدرر الغوالي في سموط النضار و قد كفانا سماحة
شيخنا المصنف - دام ظله - مؤونة إفاضة القول في وصفه و بيان مزاياه فهو دالٌّ على تبحر
مؤلفه و إحاطته بمختلف آراء الفقهاء و مناقشتها مناقشة علمية موضوعية على قدر ما
يقتضيه المقام و تستدعيه الحال من غير حشو مملّ، و لا إيجازٍ مُخِلّ، فهو كما قال الشاعر

القديم وأظنه أبا الطيب المتنبي:

سبوحٌ لها منها عليها شواهدُ

و حسب هذا الكتاب تقويماً^(١) ومثالةً أن بادرَ كبار الفقهاء و المجتهدين إلى تقريظه و التنويه به، و أمّا أنا فلا أنتظم في سلك أولئك الأعاظم و إنّما جاء كلامي للإشارة إلى شهادات أولئك الأعلام إذ قد تكون شهادتي هنا من باب المصادرة على المطلوب و قد حضرتني أبيات على جهة الارتجال في تقريظ هذا الكتاب بعد أن استوفيت قراءته قراءةً مستأنية و أفدتُ منه فوائد جليلة لا يستكثر على مثل سماحة الشيخ المؤلّف أن يُطْرِف بها أهل الفضل و العلم و يُتَحَفَ طلبة المعارف الإلهية.

لِلْعَلَمِ (الهادي) حَلِيفِ التُّقَى	مَا ثَرُّ قَد عَزَّ شَرَوَاهَا ^(٢)
فَكَمْ لَهُ بَيْضُ أَيَادِي أَتَتْ	تَثْرَى لِأَهْلِ الْفَضْلِ أَشْدَاهَا
وَ كَمْ بُحُوثٍ خَاصٍ فِي لُجَّهَا	مُوضِحاً بِالسَّبْرِ فَخَوَاهَا
وَ مُبْهَمَاتُ الْفِقْهِ فِي دِينِنَا	قَدْ كَشَفَ «الشَّيْخُ» خَفَايَاهَا
فَهُوَ هُوَ الْبَحْرُ بِلا سَاحِلٍ	إِنْ حَرَّرَ الْقَوْلَ وَ إِنْ فَاهَا
أَعْظَمَ بِهِ مِنْ (مَاتِنِ) جِهْبِذٍ	(هَادٍ) بِهِ الْإِسْلَامُ قَدْ بَاهَى
وَ مِنْ (مُحَشِّ) مِثْلَمَا جَدُّهُ	(مَعَالِمِ) الْأُصُولِ حَشَّاهَا

(١) تقويماً: قَوْمَ الشَّيْءِ ذَكَرَ قِيَمَتَهُ وَ الْعَصْرِيُونَ يَسْتَعْمَلُونَهُ بِالْبَاءِ (قِيَمٌ) وَ هَذَا خَطَأً فَاحْشُ وَ كَأَنَّهُمْ اغْتَرَوْا بِظَاهِرِ كَلِمَةِ (الْقِيَمَةِ) وَ فَاتَهُمْ أَنْ أَسْلَ الْقِيَمَةِ: (قَوْمَةٌ) وَ إِنَّمَا قَلْبَتِ الْوَاوِ يَاءً لِسُكُونِهَا وَ كَثُرَ مَا قَبْلَهَا تَخْفِيفاً فَإِذَا اسْتَعْمَلَ الْفِعْلُ فَيَكُونُ بِالْوَاوِ (قَوْمٌ).

(٢) شرواها: مثلها.

٦ الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

وَ سِفْرُهُ (الآراءُ) مَوْسُوعَةٌ^(١) فِي الْفِقْهِ قَدْ جَلَّتْ مَزَايَاهَا
وَ مُذْ أَتَى خَامِسُ أَجْزَائِهِ يَزُفُّ لِلْحَوَزَاتِ بُشْرَاهَا
بِمُنْتَهَى الضَّبْطِ^(٢) لَقَدْ أَرَحُوا: مُخْتَلَفُ الْآرَاءِ جَلَّاهَا^(٣)

٤٠ ٢٣٤ ١١٥٠

٩

سنة ١٤٣٣ هـ

و أشكر الأستاذ الخطاط الكبير الشيخ علي بن حيدر الحساني النجفي الذي تطوع بأن يكتب ما أملي عليه بسبب ما عراني من ضعف الحال في هذه الأيام، و الحمد لله في الأولى و الآخرة.

و أملاه في المدرسة المهديَّة العلميَّة الدينيَّة في النجف الأشرف.

الأقل

عبدالستار عفا عنه المليك الغفار

(١) موسوعة: استعملت هذه الكلمة بناءً على ما شاع في لغة المتأخرين و إن لم يكن لها مدرك أصيل في لغة الفصحاء.

(٢) بمنتهى الضبط: في عبارة (بمنتهى الضبط) تورية و ذلك بإضافة حرف الطاء الذي هو في آخر كلمة الضبط و قيمته (٩) إلى مادة التاريج.

(٣) جَلَّاهَا: جاء الضمير في كلمة جَلَّاهَا مؤنثاً على حد قول العرب: قطعت بعض أصابعه. و قول الشعراء: و ما حُبُّ الديار شغفن قلبي... الخ. فالتأنيث هنا لمرعاة المضاف إليه.

فَصْلُ:

شُرَايَطُ الْمُتَعَاقِدِينَ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شروط المتعاقدين متعددة:

- ١- البلوغ
- ٢- العقل
- ٣- القصد
- ٤- الاختيار
- ٥- إذن السيّد لو كان العاقد عبداً
- ٦- ملك أمر البيع إمّا بملك العوضين - من دون حَجْر- و إمّا بولاية التصرف و... .

١- البلوغ:

و هو تحوّل من مرحلة الصبا إلى الشباب بتغييرات خاصة معلومة في الجسد و هو الورد في عالم الكبار.

علامة البلوغ هي خروج المني في النوم أو اليقظة، أو إنبات شعر الخشن على العانة أو إكمال خمس عشرة سنة قمرية^(١) للذكر و تسع سنين قمرية^(٢) للأنثى، و في فرض عدم معلومية مقدار عمرها تعد رؤية الدم بصفات الحيض أو الحمل يحكم بتحقق البلوغ قبلهما.

قال في المفتاح: «و اشتراط البلوغ هو قضية ما في المبسوط^(٣) و الخلاف^(٤) أو صريحهما حيث قال فيهما: «لا يصح بيع الصبي و لا شراؤه أذن له الولي أم لم يأذن» و كذا قال في المختلف^(٥)، و قضية ما في الوسيلة حيث قال: «بشترط كونهما - يعني المتعاقدين - نافذي التصرف في مالهما»^(٦)، و ما في الغنية حيث قال: «لا يتعقد بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجاز له الولي بدليل الإجماع و يحتج على المخالف بما رووه من

(١) و هي أقل من الشمسية بمقدار ١٦٤ يوماً تقريباً.

(٢) و هي أقل من الشمسية بمقدار ٩٨ يوماً تقريباً.

(٣) المبسوط ١٦٣/٢.

(٤) الخلاف ١٧٨/٣، مسألة ٢٩٤.

(٥) مختلف الشيعة ٥٨/٥.

(٦) الوسيلة ٢٣٦/٢.

شرائط المتعاقدين - البلوغ ١١

رفع القلم عن الثلاثة»، الحديث^(١) ^(٢)، وقضية ما في المراسم حيث ذكر في الشرط العام «أن يكون المبيع ملك البائع أو ملك موكله أو يكون أبا المالك و يكون هو صغيراً فإنه يبيع عليه بلا رد»^(٣) انتهى، و صريح الشرائع^(٤) و النافع^(٥) و التذكرة^(٦) و نهاية الأحكام^(٧) و التحرير^(٨) [و القواعد]^(٩) و الإرشاد^(١٠) و شرحه لولد المصنف^(١١)، و الدروس^(١٢) و اللمعة^(١٣) و الميسية^(١٤) و المسالك^(١٥) و الروضة^(١٦) و غيرها^(١٧)،^(١٨).

و استدلووا عليه بوجه:

الأوّل: الإجماع

عن حجر التذكرة: «الصغير محجور عليه بالنص و الإجماع - سواء كان مميزاً أولاً

(١) سنن البيهقي ٥٧/٦، مسند أحمد ١٠٠/٦.

(٢) غنية النزوع ٢١٠/.

(٣) المراسم ١٧١/.

(٤) الشرائع ٨/٢.

(٥) المختصر النافع ١١٨/.

(٦) تذكرة الفقهاء ١١/١٠.

(٧) نهاية الأحكام ٤٥٣/٢.

(٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٥/٢.

(٩) قواعد الأحكام ١٧/٢.

(١٠) ارشاد الأذهان ٣٦٠/١.

(١١) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٤٥/١٢.

(١٢) الدروس ١٩٢/٣.

(١٣) اللمعة ١١٠/.

(١٤) نقل عنه في مفتاح الكرامة ٥٤٥/١٢.

(١٥) المسالك ١٥٤/٣.

(١٦) الروضة البهية ٢٢٦/٣.

(١٧) كالكفاية ٤٤٩/١ و الحدائق ٣٦٧/١٨.

(١٨) مفتاح الكرامة ٥٤٥/١٢.

- في جميع التصرفات إلا ما يستثنى كعبادته وإسلامه وإحرامه وتديبره ووصيته و إيصال الهدية وإذنه في دخول الدار على خلافٍ في ذلك»^(١).
 وقال ولده في شرح تنظُر والده في صحة بيع المميّز وشرائه: «ينشاء من أن البلوغ شرط إجماعاً، قيل في اعتبار الصيغة و صلاحيتها لترتب الحكم عليها لمساواته النائم و المجنون في رفع القلم للحديث...»^(٢).
 و عن الدروس في تعريف البيع: «و هو الإيجاب و القبول من الكاملين...»^(٣) و يعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما، فعقد الصبي باطل و إن أذن له الولي أو أجازة أو بلغ عشرًا في الأشهر، و كذا عقد المجنون»^(٤).
 و أنت ترى بأن التعبير بالأشهر تضعيف للإجماع لا تأييده و ليس في كلامه المشهور كما حكاه عنه السيّد المجاهد^(٥) و الشيخ الأعظم^(٦).
 و قال الفاضل المقداد في آيات أحكامه: «اختلف في معنى ابتلائهم، فقال أبوحنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرّف فيه، و قال أصحابنا و الشافعيّ و مالك: هو تتبّع أحواله في ضبط أمواله و حُسن تصرّفه بأن يكل إليه مقدمات البيع، لكن العقد لو وقع منه كان باطلاً، يلزم على قول أبي حنيفة أن يكون العقد صحيحاً»^(٧).
 و أنت ترى بأنّه نسب إلى أصحابنا عدم صحة عقد الصبي.
 و قد ناقش الأردبيلي في اجماع التذكرة و قال: «الإجماع مطلقاً غير ظاهر»^(٨).

(١) تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

(٢) إيضاح الفوائد ٥٥/٢.

(٣) الدروس ١٩١/٣.

(٤) الدروس ١٩٢/٣.

(٥) المناهل ٢٨٦/.

(٦) المكاسب ٢٧٥/٣.

(٧) كنز العرفان ١٠٢/٢.

(٨) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٢/٨.

شرائطُ المتعاقدين - البلوغ ١٣

و قال السبزواري: «فيشترط أن يكون المتعاقدين^(١) عاقلين بالغين - على المشهور - مختارين...»^(٢).

نسب اعتبار البلوغ إلى المشهور.

قال في الحدائق: «ظاهره [العلامة] دعوى الإجماع... مع أنك قد عرفت وجود المخالف في ذلك»^(٣). لأنه نقل من جماعة من الأصحاب وجود القول بجواز بيع الصبي و شرائه إذا بلغ عشراً و كان عاقلاً و رُدوه بالضعف.^(٤)

و في شرح القواعد: «و للإجماع محصلاً و منقولاً...»^(٥).

و في المفتاح: «أن الإجماع منقول و معلوم فلا يلتفت إلى الخلاف النادر...»^(٦).

و في الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه...»^(٧).

و في العناوين: «الإجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتتابع في كلامهم حيث إتهم يشترطون ذلك في جميع العقود و الإيقاعات و هو الحجة و مخالفة من يذكر بعد ذلك من الأصحاب غير قادحة في الاجماع...»^(٨).

أقول: قد مرّ من الغنية^(٩) إدعاء الإجماع عليه ولكن قال في المكاسب: «المشهور... بطلان عقد الصبي»^(١٠). و التعبير بالمشهور في كلامه و كلام السبزواري و

(١) كذا في الأصل، و الصواب المتعاقدان.

(٢) الكفاية ٤٤٩/١.

(٣) الحدائق ٣٦٨/١٨.

(٤) راجع الحدائق ٣٦٧/١٨.

(٥) شرح القواعد ٣٩/٢ للشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

(٦) مفتاح الكرامة ٥٤٧/١٢.

(٧) الجواهر ٢٦٠/٢٢.

(٨) العناوين ٦٧٤/٢.

(٩) الغنية / ٢١٠.

(١٠) المكاسب ٢٧٥/٣.

بالأشهر في كلام الشهيد لوجود الأقوال الأخر فيها و قد أنهاها الفقيه المامقاني^(١) إلى سبعة أقوال.

و الحاصل: لو تم الإجماع - و لم يتم لوجود سبعة أقوال في المقام - لا يفيدنا لاحتمال أن يكون مدركياً و ليس بتعدي و أشار إلى أن الإجماع يكون مدركياً الشيخ الأعظم بقوله: «نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضي و غيرهم خصوصاً المحقق الثاني - الذي بنى المسألة على شرعية أفعال الصبي - يدل على عدم تحقق الإجماع»^(٢).

مراده: تردّد المحقق^(٣) في اجارة المميّز بإذن الولي - بعد ما جزم بالصحة في العارية-^(٤) و استشكال العلامة^(٥) فيها [أي في الاجارة] - بعد ما جزم بالبطلان - في التذكرة.^(٦)

و كذا قال في القواعد: «و هل يصح بيع المميّز و شراؤه مع إذن الولي نظر»^(٧).
و قال ولده في شرحه: «ينشأ من أن البلوغ شرط إجماعاً... و من وقوعها بإذن الولي فصار كما لو صدر منه، و الأقوى عدم الصحة»^(٨).

و كذا قال القاضي ابن البراج: «و إذا اشترى الصبي التاجر أرضاً، و حجره أبوه عليه فدفعها مزارعة بالنصف إلى غيره، يزرعها ببذره و عمله فعمل على ذلك كان الخارج للعامل و عليه نقصان الأرض، فإن لم يكن في الأرض نقصان كان الخارج بينهما على

(١) غاية الآمال / ٣٢٢ و ٣٢١.

(٢) المكاسب / ٣ / ٢٨٠.

(٣) الشرائع / ٢ / ١٤١.

(٤) الشرائع / ٢ / ١٣٥.

(٥) قواعد الاحكام / ٢ / ٢٨١، تحرير الأحكام الشرعية / ٣ / ٨٠.

(٦) تذكرة الفقهاء / ٢ / ٢٩٠ من الطبع الحجري (١١/١٨).

(٧) قواعد الأحكام / ١ / ١٣٧.

(٨) إيضاح الفوائد / ٢ / ٥٥.

شرطهما، فإن كان البذر من جهة الدافع كان الخارج بينهما وله عليه عوض البذر في جميع الوجهين و يغرم نقصان الأرض و هكذا لو لم يخرج الأرض شيئاً^(١).
حيث يرى صحة شراء الصبي التاجر و هو بالطبع يكون مميزاً رشيداً.
و كذا ابتناء المسألة عند المحقق الثاني^(٢) على شرعية عبادات الصبي و تمرينيتها،
دليل على عدم وجود إجماع مدركي في المقام.

و قال الشيخ الأعظم بعد نقل ما مرّ من حجر التذكرة: «و استثناء إيصال الهدية و إذنه في دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله...»^(٣).
مراده: غرض العلامة أنّ قول الصبي و فعله كالعدم و لا يترتب عليه شيء، لأصالة
الاتصال في الاستثناء فيندرج فيه جميع أقواله و أفعاله إلا ما استثني، فلو أجرى الصبي
العقد بوكالة عن غيره لا يصح لعدم العبرة به.

و فيه: لا يتم ما ذكره من أنّ معقد النص و الإجماع بقرينة اتصال الاستثناء يشمل
موارد التي يكون الصبي فيها كمجرد آلة نحو إنشاء عقد وكالة عن الغير أو بأمر من وليه،
لعدم استقلاله في ذلك بل الصبي فيه عاقد محض بل آلة محض بل كاللسان من الإنسان،
كما يظهر الإشكال من المحققين: الخراساني^(٤) و الفقيه اليزدي^(٥) و الإيرواني^(٦) و
الاصفهاني^(٧).

الثاني: آية الابتلاء

و هي قوله تعالى: ﴿و ابتلوا اليتيم حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً

(١) المهذب ٢/٢٠، مختلف الشيعة ٦/١٨٨.

(٢) جامع المقاصد ٥/١٩٤.

(٣) المكاسب ٣/٢٧٥.

(٤) حاشية المكاسب ٤٦/٤٦.

(٥) حاشيته على المكاسب ٢/١٦٦.

(٦) حاشيته على المكاسب ٢/١٦٦.

(٧) حاشية المكاسب ٢/٩.

فادفعوا إليهم أموالهم... ﴿١﴾.

و قال تعالى قبله في صدر سورة النساء: ﴿وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ (٢).
 وكذا قال تعالى بعد الثانية وقبل الأولى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقوهم فيها و اكسوهم و قولوا لهم قولاً معروفاً﴾ (٣).
 بتقريب: لا بدّ من إعطاء أموال اليتامى إليهم ولكن بشرط عدم السفاهة فيهم، لأنّ السفيه محجور عليه، فأمر سبحانه بامتحان اليتامى لخروجهم عن السفه بالبلوغ والرشد - وهو العقل الذي يتشخّص المصلحة عن المفسدة و يمكن به من إصلاح ماله - و بعد حصول الأمرين المذكورين في الآية الشريفة و هما البلوغ و الرشد أمر بإعطاء أموالهم. فيظهر توقف إعطاء أموالهم إليهم على أمرين: ١- البلوغ ٢- الرشد.
 و بعد الغاء الخصوصية من الأيتام يمكن التعدي إلى كلّ صبي غير بالغ ولو لم يكن يتيماً له.

قال الشيخ في تفسيره: «هذا خطاب لأولياء اليتامى، أمر الله تعالى بأن يختبروا عقول اليتامى في أفهامهم و صلاحهم في أديانهم و إصلاح أموالهم. و هو قول قتادة و الحسن و الشُّدِّي و مجاهد و ابن عباس و ابن زيد. و قد بيّنا أنّ الِإِبْتِلَاءَ معناه الإختبار فيما مضى.

و قوله: ﴿حتى إذا بلغوا النكاح﴾ معناه: حتّى يبلغوا الحدّ الذي يقدرّون على مجامعة النساء و ينزل، و ليس المراد الإحتلام، لأنّ في الناس من لا يحتلم أو يتأخر إحتلامه و هو قول أكثر المفسرين، مجاهد و الشُّدِّي و ابن عباس و ابن زيد. و منهم من قال: إذا كمل عقله و أونس منه الرشد سلم إليه ماله و هو الأقوى. و منهم من قال: لا يسلم إليه حتّى يكمل له خمس عشرة سنة، و إن كان عاقلاً لأنّ هذا حكم شرعي و بكمال العقل

(١) سورة النساء ٦/.

(٢) سورة النساء ٢/.

(٣) سورة النساء ٥/.

شرائط المتعاقدين - البلوغ ١٧

تلزمه المعارف لا غير، وقال أصحابنا: حدّ البلوغ إمّا بلوغ النكاح أو الإنبات في العانة أو كمال خمس عشرة سنة.

وقوله: ﴿فإن أنستم منهم رشداً﴾ معناه: فإن وجدتم منهم رشداً و عرفتموه و هو قول ابن عباس....

و اختلفوا في معنى الرشد، فقال السّدي و قتادة: معناه عقلاً و ديناً و صلاحاً. و قال الحسن و ابن عباس: معناه صلاحاً في الدين و إصلاحاً للمال. و قال مجاهد و الشعبي معناه: العقل، قال: لا يدفع إلى اليتيم ماله و إن أخذ بلحيته و إن كان شيخاً حتّى يؤنس منه رشده: العقل. و قال ابن جرّيح: صلاحاً و علماً بما يصلحه.

و الأقوى أن يحمل على أنّ المراد به العقل و إصلاح المال على ما قال ابن عباس و الحسن، و هو المروي عن أبي جعفر عليه السلام، للاجماع على أن من يكون كذلك لا يجوز عليه الحجر في ماله و إن كان فاجراً في دينه، فإذا كان ذلك إجماعاً فكذلك إذا بلغ، و له مال في يد و صي أبيه أو في يد حاكم قد ولي ماله، و جب عليه أن يسلم إليه ماله إذا كان عاقلاً مصلحاً لماله و إن كان فاسقاً في دينه. و في الآية دلالة على جواز الحجر على العاقل إذا كان مفسداً في ماله من حيث أنّه إذا كان عند البلوغ يجوز منعه المال إذا كان مفسداً له، فكذلك في حال كمال العقل إذا صار بحيث يفسد المال جاز الحجر عليه و هو المشهور في أخبارنا. و من الناس من قال: لا يجوز الحجر على العاقل، ذكرناه في الخلاف.

وقوله: ﴿فادفعوا إليهم أموالهم و لا تأكلوها إسرافاً و بداراً﴾: فهو خطاب لأولياء اليتيم، أمرهم الله تعالى إذا بلغ اليتيم و أونس منه الرشد على ما فسّرناه، أن يسلم إليه ماله و لا يحبس عنه...^(١).

أقول: الذي يظهُر من كلام الشيخ لزوم توفّر الشرطين لدفع أموالهم و هما: البلوغ و الرشد كما صرح في كلامه الأخير و هو ظاهر علي بن ابراهيم القمي في تفسيره^(٢) و

(١) التبيان ٣/ (١١٨-١١٦).

(٢) تفسير القمي ٧١/ من الطبع الحجري، ١٣١/١ من الطبع الحروفي.

تبعهما جماعة، منهم: القطب الراوندي في فقه القرآن^(١) و الطبرسي في مجمع البيان^(٢) و أبوالفتوح الرازي في روض الجنان^(٣) و كما يظهر ذلك من الفاضل المقداد في كنز العرفان^(٤) و الفيض في تفسيريه الصافي^(٥) و الأصفي^(٦).

و ذهب جماعة من العامة إلى هذا القول منهم: الثعلبي في تفسيره^(٧).

ولكنَّ هناك قولاً آخر: وهو أنَّ البلوغ في الآية غاية للإبتلاء، كما صرح به القطب الراوندي وقال: «وقت الاختبار يجب أن يكون قبل البلوغ»^(٨) و أمَّا، تمام الموضوع لدفع أموالهم فهو الرشد فقط من دون بلوغ كما يظهر هذا القول من جماعة من المفسرين منهم: الزمخشري في الكشاف^(٩) و الطبرسي في جوامع الجامع^(١٠) و البيضاوي في أنوار التنزيل^(١١) و المشهدي في كنز الدقائق^(١٢).

و لذا قال المحقِّق الإيرواني: «لا يبعد استفادة أنَّ المدار في صحة معاملات الصبي على الرشد من الآية ﴿و ابتلوا اليتامى...﴾ على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية و أنه مع استيناس الرشد لا يتوقف في دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أنَّ اعتبار البلوغ طريقيًّا اعتبر أمانة إلى الرشد بلا موضوعية له بل يستفاد هذا المعنى من عدَّة من

(١) فقه القرآن ٧٣/٢.

(٢) مجمع البيان ٩/٣.

(٣) روض الجنان ٢٥٤/٥.

(٤) كنز العرفان ١٠٣/٢ و ١٠٤.

(٥) الصافي ١٠٨/ من طبع الحجري.

(٦) الأصفي ١٣٨/ و ١٣٩.

(٧) الكشاف و البيان ٢٥٤/٣.

(٨) فقه القرآن ٧٣/٢.

(٩) الكشاف ٤٧٣/١ و ٤٧٤.

(١٠) جوامع الجامع ٢٣٧/١.

(١١) أنوار التنزيل ٩٠/ من الطبع الحجري.

(١٢) كنز الدقائق ٣٥٠/٢.

الأخبار...»^(١).

أقول: ظهر ممّا سردناه عليك أنّ في الآية الشريفة احتمالين:

أحدهما: اعتبارا لبلوغ و الرشد معاً.

و ثانيهما: اعتبار الرشد فقط و أنّ البلوغ غاية للإبتلاء.

و إذا حصّل الاحتمال بطل الاستدلال فلا يمكن التمسك بالآية الشريفة لإثبات

اعتبار البلوغ و لا نفيه^(٢)، و لعلّ هذا هو سرّ عدم استدلال الشيخ الأعظم عليه السلام بها و الله

العالم.

الثالث: حديث رفع القلم عن الصبي

قد ورد هذا المضمون في عدّة من الروايات:

منها: خبر يونس بن ظبيان قال: أتيتُ عُمراً بامرأة مجنونة قد زنت فأمر بوجعها،

فقال علي عليه السلام: أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، و عن المجنون

حتّى يفيق و عن النائم حتّى يستيقظ.^(٣)

في سند هذه الرواية إيرادات:

١- الحسن بن محمّد بن الحسن السكوني: «روى عنه التلعكبري و سمع منه في

داره بالكوفة سنة ٣٤٤ و ليس له منه الإجازة» كما في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام في رجال

الشيخ^(٤) و هو من مشايخ الصدوق في هذه الرواية.

٢- و أمّا الحضرمي: «فهو زرعة بن محمّد قال النجاشي: «أبو محمّد الحضرمي ثقة

روي عن أبي عبدالله و أبي الحسن عليهم السلام و كان صحب سماعة و أكثر عنه و وقف»^(٥).

ولكن بين هذا الحضرمي و هو زرعة بن محمّد و بين الصدوق ثلاث وسائل كما يظهر من

(١) حاشية المكاسب ١٧٠/٢.

(٢) كما يظهر هذا الاستدلال من العقد النضيد ٤١٧/٢.

(٣) وسائل الشيعة ٤٥/١، ح ١١، الباب ٤ من أبواب مقدمات العبادات.

(٤) رجال الشيخ ٤٦٨، الرقم ٣٤.

(٥) رجال النجاشي ١٧٦، الرقم ٤٦٦.

سند النجاشي^(١) إليه أن ابن الوليد استاد الصدوق يروي عنه بواسطتين. ورواية الصدوق عن زرعة بواسطة واحدة بعيد جداً، وإن كان المراد بالحضرمي غيره فلا ندري من هو؟
٣- و إِبْرَاهِيمُ بْنُ أَبِي مَعَاوِيَةَ: مهمل ابن مهمل و كلاهما في السند.

و أمّا: سليمان بن مهران فهو: أبو محمد الأَسدي مولاهم الأعمش الكوفي من رجال الصادق^(٢) و هو معتمدٌ معتبرٌ جليلٌ عظيمٌ معروفٌ بالفضل و الثقة و الجلالة و التشيع و الاستقامة.

و العامة أيضاً مُثْنون عليه، مطبقون على فضله و ثقته، مقرّون بجلالته مع اعترافهم بتشييعه... له ألف و ثلاثمائة حديث. مات سنة ثمان و أربعين و مائة عن ثمان و ثمانين سنة» كما في الرواشح السماوية^(٣) للمحقّق الداماد^(٤).

٤- يونس بن ظبيان: «مولي، ضعيف جداً لا يلتفت إلى ما رواه، كلّ كتبه تخليط» كما في النجاشي^(٥). و هذا الذي يروي عن أبي عبد الله^(٦) في القرن الثاني من الهجرة لا يتمكن من نقل واقعة من اوائل القرن الأوّل من دون واسطة.

فهذا حال سند رواية الخصال باختصارٍ.

ولكن ورد هذا المضمون مختصراً و هذه الرواية مُفَصَّلَةٌ في إرشاد المفيد قال: «فصل: في ذكر ماجاء من قضاياه [أي أمير المؤمنين] في إمارة عمر بن خطاب: فمن ذلك ماجاءت به العامة و الخاصة...^(٥) و رروا: أنّ مجنونة على عهد عمر فجر بها رجلٌ، فقامت البينة عليها بذلك، فأمر عمر بجلدها الحد، فمُرَّ بها على أمير المؤمنين^(٦) لتُجَلد، فقال: ما بال مجنونة آل فلان تعتل^(٦)، فقبل له: أنّ رجلاً فجر بها و هرب، و قامت البينة

(١) رجال النجاشي / ١٧٦، الرقم ٤٦٦.

(٢) رجال الشيخ / ٢٠٦، الرقم ٧٢.

(٣) كما في الرواشح السماوية / ١٣٢، الراشحة الثانية و العشرون.

(٤) رجال النجاشي / ٤٤٨، الرقم ١٢١٠.

(٥) الإرشاد / ٢٠٢/١.

(٦) تعتل: تجذب جذباً عنيفاً.

عليها، فأمر عمر بجلدها، فقال لهم: رُدّوها إليه و قولوا له: أما علمت أنّ هذه مجنونة آل فلان، وأنّ النبي ﷺ قال: رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يفيق، إنّها مغلوبة على عقلها و نفسها، فُرِدّت إلى عمر، و قيل له ما قال أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: فرّج الله عنه، لقد كدّت أن أهلكَ في جلدها. و درأ عنها الحدَّ»^(١).

مثل هذه القضية المروية في كتب الخاصة^(٢) و العامة^(٣) لا يحتاج إلى السند لشهرتها.

و من الواضح أنّ المفيد لم يذكر الاثني الآخرين في روايتها لأجل التلخيص و عدم وجود المصداق لهما في القضية.

و منها: خبر سليمان المروزي عن الرضا عليه السلام أنّه قال في حديث: وإنّ الصبي لا يجري عليه القلم حتّى يبلغ.^(٤)

و منها: خبر أبي البخترى عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام أنّه كان يقول في المجنون و المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأً تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم.^(٥)

و منها: موثقة عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة؟ فقال: إذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتمل قبل ذلك فقد وجبت عليه

(١) الإرشاد ٢٠٤/١ و ٢٠٣ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/٢٨، ح ٢، الباب ٨ من أبواب مقدمات الحدود.

(٢) المناقب ٣٦٦/٢، بحار الأنوار ٨٨/٧٩، ح ٦ و ٦٨٠/٣٠ نقل عن مصادر العامة.

(٣) أنت تجد نحوها في مسند أحمد ١٥٤/١، سنن أبي داود ١٤٠/٤، مسند أبي يعلى ٤٤٠/١، سنن الدار قطني ١٣٨/٣، ح ١٧٣، سنن البيهقي ٢٦٤/٨، سنن سعيد بن منصور ٦٧/٢، المستدرک على الصحيحين ٥٩/٢.

(٤) فضائل الأشهر الثلاثة ١١٦/١١١ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٨٧/١، ح ٩، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

(٥) وسائل ٩٠/٢٩، ح ٢، الباب ٣٦ من أبواب الفصااص في النفس.

الصلاة و جرى عليه القلم، و الجارية مثل ذلك إن أتى لها ثلاث عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك، فقد وجبت عليها الصلاة و جرى عليها القلم.^(١)

في هذه الموثقة ثلاثة أحكام مخالفة للإجماع:

١- بلوغ الغلام بالسن هو الخامسة عشرة سنة، أو خروج المني في النوم أو اليقظة، أو نبات الشعر الخشن فوق العانة، وقد ادعى الإجماع^(٢) على السن.

٢- بلوغ الجارية بثلاث عشرة سنة الواردة في الرواية مخالفة للإجماع.^(٣)

بل وقد اعتبر صاحب الجواهر^(٤) تسع سنين في بلوغها ممّا استقر عليه المذهب.

٣- التساوي بين بلوغهما في السن فهذا أيضاً مخالفة للإجماع.

فالأصحاب كلّهم أعرضوا عن هذه الموثقة وإعراضهم يوجب وهنها، ولكن يمكن الأخذ برفع القلم الوارد فيها لجواز التفكيك بينه وبين سنّ البلوغ الوارد فيها في الحجية.

و كونها «على نسق واحد بنحو العطف والمعطوف عليه»^(٥) و «اندرجها في عنوان

الشاذ و النادر»^(٦) لا يضرّ بذلك بعد الذهاب إلى جواز التفكيك في الحجية.

(١) وسائل الشيعة ٤٥/١، ح ١٢، الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات.

(٢) قال في مفتاح الكرامة ٣٢/١٦: «و يدل على المشهور في الذكور [خمس عشرة سنة]»
الاصول الكثيرة و الإجماعات التي كادت تبلغ أثنتي عشرة إجماعاً من صريح و ظاهر و
مشعر به، بل هو معلوم، و مع ذلك قد أُيدت بالشهرات المستفيض نقلها مع العلم بها و أخبار
الباب و هي بين عامية و خاصة».

و في الجواهر ١٦/٢٦: «على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً
كما اعترف بذلك في المسالك [١٤٤/٤] بل نقلها مستفيض أو متواتر كالإجماع صريحاً و
ظاهراً...».

(٣) قال في مفتاح الكرامة ٣٤/١٦: «و يدل على بلوغ الأنثى بالتسع الإجماعات من صريح و
ظاهر و هي ثمانية معتضدة بما سمعته من الشهرات و الأخبار المستفيضة».

(٤) قال في الجواهر ٣٨/٢٦: «على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذي استقر عليه المذهب».

(٥) كما في العقد النضيد ٤٢١/٢.

(٦) كما في العقد النضيد ٤٢١/٢.

و الحاصل: حديث رفع القلم عن الثلاثة تُلقَى بالقبول عند الخاصة و العامة و استدل فقهاء المدرستين بها مثلاً الشيخ استدل بها مكرراً في كتابيه المبسوط^(١) و الخلاف^(٢)، وكذا الشريف المرتضى^(٣) و ابن ادريس اللذان لا يعملان بالخبر الواحد إلا إذا كان مجمعاً عليه أو عليه قرينة القطع عملاً بها في بابي الوصية^(٤) و الحدود^(٥) و غيرهما^(٦).

و هذه الشهرة^(٧) التي عمل بها نحو ابن ادريس و غيره رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم تحصل لنا القطع بصدوره عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ حتى لو لم يكن السند تاماً في رواياته. هذا كله بالنسبة إلى أسناد حديث رفع القلم و أما دلالتها:

دلالة حديث رفع القلم:

القلم المرفوع عن الثلاثة يحتمل أحد الأمرين أو كليهما:

الأول: المرفوع هو قلم التكليف و الوضع كلاهما كما عليه صاحب الجواهر^(٨).
الثاني: المرفوع هو قلم المؤاخذة و العقوبة الشرعية دنيوية كانت أو أخروية، و الدنيوية بلا فرق بين كونها بدنية نحو: القصاص و الحدود و التعزيرات، أو مالية نحو: الديات، و قلم المؤاخذة هو فعل الشارع و هو قابل للوضع و الرفع.

(١) المبسوط ٢/٢٨٢، ٣/٣، ٤/٥١، ٥/٥٢ و ٧/٦٨، ٨/٢١.

(٢) الخلاف ٢/٤١ و ٣/٢١٨ و ٤/٤٤٩، ٣/١٧٩ و ٣/٣٥٣، ٥/١٧٦ و ٦/٣٨٩.

(٣) الناصريات / ٢٨٢.

(٤) السرائر ٣/٢٠٧.

(٥) السرائر ٣/٣٢٤ و ٣٢٥.

(٦) السرائر ٣/٤٥١.

(٧) راجع لأجل تحصيلها: جواهر الفقه لابن البراج / ١٨٨، غنية النزوع / ٤٣، المعتبر ٢/٢٩٠ و ٧/٧٦٧، تذكرة الفقهاء ٤/٣٣٦، ٥/١٢ و ٦/٣٦٧، ٦/٩٩ و ١٠٠ و ٧/٢٣ و ٤٠، ٩/٢٩٤، نهاية الأحكام ٢/١٥٩ و ٥٥٥، مختلف الشيعة ١/٤٤٥، ٤/٣٣٣ و ٣٣٧، ٩/٢٨٢، إيضاح الفوائد ٢/٥٠، ٤/١٠١ و ٥٢٠ و ٦٠٠، المهذب البارع ٥/١٩٢.

(٨) الجواهر ٥/٣٢ و فيه: «... نصوص رفع القلم الشامل للوضعي و التكليفي...».

و لأحد أن يَقُولَ: بأنَّ المرفوع عن الثلاثة هو الأَقلامُ الثلاثة: التكليف و الوضع و المؤاخذة.

ولكن ناقش الشيخ الأعظم في دلالة الحديث بوجه ثلاثة:

قال: «ففيه: أوَّلاً: أنَّ الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا - كالمشهور - على شرعية عبادات الصبي.

الثاني: أنَّ المشهور على الألسنة أنَّ الأحكام الوضعية ليست مختصةً بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء بعد البلوغ، أو على الولي إذا وقع بإذنه أو إجازته، كما تكونُ جنابته سبباً لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكثه من مسِّ المصحف.

و ثالثاً: لو سلَّمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين، لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ موضوعاً للأحكام المجعولة في حقِّ البالغين، فيكون الفاعل - كسائر غير البالغين - خارجاً عن ذلك إلى وقت البلوغ»^(١).

نقد الاشكال الأوَّل للشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم في أوَّل إشكالاته الثلاثة إلى أن المرفوع هو قلم المؤاخذة فقط دون الأحكام التكليفية و الوضعية، لأنَّ المرفوع لا بدَّ أن يكون ثقیلاً و ليس الثقیل إلاَّ المؤاخذة و إلاَّ الحكم بما هو حكم من دون مؤاخذة ليس فيه ثقل حتَّى يرفع. مضافاً إلى أنَّ مورده مقام الامتنان و هو يصدق في رفع المؤاخذة لا الأحكام. و إلاَّ فأبَيَّ امتنانٍ في رفع حكم مشروعية عبادات الصبي و الذهاب إلى تمرينيتها مع أنَّ المختار هو القول بمشروعيتها.

ولكن يرد عليه أوَّلاً: الأحكام التكليفية أيضاً ففيها ثقل و إلاَّ لم يصدق عليها مادة الكُلفة و التكليف، مضافاً إلى وجود الثقل في كثير من الأحكام الوضعية أيضاً من الضمانات و الدِّيات و القصاص فيصدق على رفعهما الامتنان.

و ثانياً: بالنسبة إلى مشروعية عبادات الصبي أنها تجتمع مع رفع الأحكام التكليفية الإلزامية، بحيث يرفع الإلزام من الصبي و يبقى الاستحباب و المشروعية الذاتية و الأمر غير الإلزامي، و الامتنان أيضاً يقتضي بقاء المشروعية. **فإن قلت:** إن الأحكام الشرعية المجعولة بسيطة و إذا انتفى الحكم اللزومي لم يبق منه الاستحباب و المشروعية لبساطته.

قلت: نعم، بساطة الأحكام صحيحة، ولكن يمكن استفادة مشروعية عبادات الصبي من الأخبار الواردة^(١) في حق أوليائه في أمرهم إياه بالصلاة و هو ابن ست سنين أو سبع، و من المعلوم أن الأمر بالأمر يدل على مطلوية المأمور به و مشروعيته، فهذه الأخبار يُدفع الإشكال عن مشروعية عبادات الصبي، و الأمر موكول إلى محله. و ثالثاً: لا يمكن الالتزام بأن المرفوع هو قلم المؤاخذة و رفع العقوبة، لأن رفعها يعنى رفع فعليتها مع وجود استحقاق العقوبة، و من الواضح عدم امكان استحقاق العقوبة في الثلاثة إلا في الصبي المميز القابل للخطاب ولكن الإجماع و الضرورة ينفيان عنه الاستحقاق.

و رابعاً: لا مضى لرفع المؤاخذة في المقام إلا برفع منشأ استحقاقها و هو رفع الأحكام التكليفية.

نقل مقالة المحقق الايروانى و نقده:

قال **عليه السلام**: «... لا يجدي ذلك في صحة الاستدلال بالحديث لرفع التأثير عن إنشاء الصغير، و ذلك أن تأثير الانشاء في حصول عنوان المنشأ - كعنوان النكاح و البيع و الهبة - تأثير تكويني في أمر اعتباري، فيكون كتأثير سيفه في القلع و قلمه في الكتابة و هذا لا يرفعه حديث الرفع. و أمّا رفع الآثار المترتبة شرعاً على العناوين المتولدة من إنشائه على أن لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوماً بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه أو أحكام المصحف على ما كتبه بقلمه و

(١) راجع وسائل الشيعة ١٨/٤، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض من كتاب الصلاة.

هكذا. و معلوم بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلّا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة حتّى مع الواسطة»^(١).

و فيه: أوّلاً: لا يظهر لنا مراده ﷺ من «أنّ تأثير الإنشاء في المنشأ تأثير تكويني في أمر اعتباري»، بعد مغايرة عالمي التكوين و الاعتبار في الوجود.

و العجب من قوله: «أنّ الإنشائيات تتحقق من خلال الإنشاء تكوينياً»^(٢).

و ثانياً: تنظير انشاء الصبي بقتله بالسيف أو كتابته المصحف أو غيرهما من الامور التكوينية لا وجه له؛ لأنّ حدوث المعاملات بالمعنى الأعم بالإنشاء يحتاج إلى إمضاء شرعي من الشارع و هو ينفي ذلك بالنسبة إلى الثلاثة.

و ثالثاً: إذا تمكن الشارع من الرفع بالنسبة إلى الثلاثة و أحكامهم فما الفرق بين أحكام بلا واسطة و مع الواسطة؟! و حيث أنّ الاعتبار سهل و بيد المعتمِر و يكفي في صحتها عدم اللغوية فما الفرق بينهما؟!

اشكال المحقق السيّد الخوئي ﷺ على الشيخ الأعظم ﷺ و نقده:

قال ﷺ: «و يرد عليه: أنّ العقوبة و المؤاخذة - كالمثوبة و الأجرة من الأمور التي لاصلة لها بعالم الجعل بوجه، بل هي مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذي الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل»^(٣).

و فيه: العقاب - و كذا الثواب - يمكن أن يكون أمراً مجعولاً كما هو كذلك في الأمور الاعتبارية التي منها الشرعيات، فإذا كان أمراً مجعولاً يصح العفو عن العقوبة و التفضل و الإضعاف في المثوبة، فلا يرد هذا الاشكال على الشيخ الأعظم كما في العقد النضيد^(٤).

(١) حاشية المكاسب ١٦٨/٢.

(٢) العقد النضيد ٤٣٠/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٢٥٠/٣.

(٤) راجع العقد النضيد ٤٢٤/٢.

نقد اشكاله الثاني:

ذهب الشيخ الأعظم إلى التسالم مع القوم وقبول أن القلم الوارد في حديث يشمل الأحكام ولكنه مختص بالأحكام التكليفية لا الوضعية منها لأن المشهور يذهبون إلى ثبوت الأحكام الوضعية في حق غير البالغين نحو الضمانات والأحداث مثل الجنابة ومس الميت والأخبار كنجاسته.

وإذا لم يرفع الأحكام الوضعية عن الصبي فلا مانع من أن يكون عقده سبباً لوجوب الوفاء به عليه بعد بلوغه، أو لوجوب الوفاء به على وليه إذا وقع العقد بإذنه أو إجازته.

و يرد عليه: عدم ثبوت نسبة الشهرة في ثبوت الأحكام الوضعية إلى غير البالغين كما اعترف به الشيخ الأعظم نفسه في أول كلامه: «المشهور... بطلان عقد الصبي»^(١) وقد أدعي عليه الإجماع في الغنية^(٢) و التذكرة^(٣) و في كنز العرفان^(٤) نسبه إلى الأصحاب، و كذا يرد الإجماع في كلام المتأخرين نحو: الشيخ جعفر^(٥) و السيّد العاملي^(٦) و صاحب الجواهر^(٧) و الفاضل المراغي^(٨) كما مرّ.

و انتساب الشهرة إلى طرفي المسألة لا يتناسب مع مقامه العلمي. و تخصيص نفوذ بعض الموارد نحو: الوصية و التدبير في حق الصبي لا يثبت جريان جميع الأحكام الوضعية في حقه، و المشهور هو البناء على فساد عقوده و

(١) المكاسب ٢٧٥/٣.

(٢) الغنية / ٢١٠.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

(٤) كنز العرفان ١٠٢/٢.

(٥) شرح القواعد ٣٩/٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٥٤٧/١٢.

(٧) الجواهر ٢٦٠/٢٢.

(٨) العناوين ٦٧٤/٢.

إيقاعاته إلا ما خرج بالدليل كما يظهر من المحقق الاصفهاني^(١).

ولكن اعترض المحقق السيّد الخوئي^(٢) على الشيخ الأعظم بقوله: «ولكنّه يناقض ما قد بنى عليه في اصوله من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، وإذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشأ - هنا - لانتزاع الحكم الوضعي»^(٣) وقد سبَّقه في هذا الاشكال أستاذه الأصفهاني حيث يقول: «إنّ الغرض من انتزاع الوضع من التكليف، إن كان حقيقة انتزاع مفهوم يقابل التكليف - كما هو واضح - فمن البيّن أنّ فعلية الأمر الانتزاعي بفعلية منشأ انتزاعه، فلا يعقل ضمان فعلي مع منشأ تقديره، وإن كان الغرض أنّه لا معنى للوضع إلاّ نفس الحكم التكليفي التعليقي فهذه دعوى العينية، لا دعوى الانتزاع و الأثينية في المفهوم...»^(٣).

و هذا لا يردّ على الشيخ الأعظم^(٤) لأنّه يرى انتزاع الأحكام الوضعية من الأحكام التكليفية ولو لم تكن فعلية و منجزة، و حيث يمكن عنده تصوّر تكليف غير منجز في حقّ الصبي مثلاً و بأنّه معلقاً على بلوغه، فينتزع الحكم الوضعي منه و قد صرح بهذا البيان في فرائده و قال: «و لم يدّع أحد إرجاع الحكم الوضعي إلى التكليف الفعلي المنجز حال استناد الحكم الوضعي إلى الشخص حتّى يدفع ذلك بما ذكره بعض من غفل عن مراد النافين^(٤): من أنّه قد يتحقّق الحكم الوضعي في مورد غير قابل للحكم التكليفي كالصبي و النائم و شبههما»^(٥).

و المحقق الاصفهاني^(٦) بصير بهذه المقالة و لذا قال في أوّل كلامه الماضي: «قد اكتفى^(٦) كما في اصوله بانتزاع الوضع من الحكم المعلق على البلوغ و قال بعدم

(١) حاشية المكاسب ١٤/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٥١/٣.

(٣) حاشية المكاسب ١٤/٢.

(٤) إشارات الاصول ٧/، للحاجي محمدابراهيم الكلباسي؛.

(٥) فرائد الاصول ١٢٦/٣.

اختصاصه بالحكم الفعلي المنجز»^(١).

فلم يرد هذا النقد عليه ولكن يرد على المحقق السيد الخوئي رحمته الله.

ولكن يمكن ردّ نقد الاصفهاني على الشيخ الأعظم بأنه قد خلط بين منشأ الانتزاع الفلسفي و الاصولي و مقاله بالنسبة إلى منشأ الانتزاع الفلسفي تام، ولكن منشأ الانتزاع الاصولي ليس في الواقع منشأ انتزاع بل يكون مصححاً للانتزاع و لذا يمكن أن يأخذ المصحح له من الحكم التكليفي الذي ليس له الفعلية و التنجيز نحو تصحيح حكم الضمان الوضعي لحكم الشارع بوجوب دفع الغرامة من الصبي بعد بلوغه، و هذا المقدار يصح الانتزاع الاصولي و منشأه و يظهر هذا الرد من العقد النضيد.^(٢)

نقد اشكاله الثالث:

ذهب الشيخ الأعظم؛ في هذا الاشكال إلى التسالم الكامل مع القوم بأنّ حديث الرفع يشمل الأحكام التكليفية و الوضعية معاً ولكن ما المانع من تأثير عقد الصبي بالنسبة إلى غيره الكبير الذي عقد مع الصبي من وجوب وفائه بالعقد و حرمة نقضه من جانبه و أمّا بالنسبة إلى الصبي بعد بلوغه أثر العقد أثره و لزم عليه الوفاء.

و بالجملة: نظره في هذا الاشكال إلى جواز التفكيك بين طرفي العقد في لزوم الوفاء به بالنسبة إلى الصبي يأتي اللزوم بعد بلوغه و أمّا بالنسبة إلى الكبير الذي عقد معه فيأتي اللزوم بعد عقده، نظير ذلك مثل العقد بين الفضول و الأصيل، بحيث أن العقد و كما أنّ عقد الفضولي لا يترتب عليه الملكية و كذلك عقد الصبي و الملكية فيه منوط ببلوغه و كذلك وجوب الوفاء به، هذا توضيح الاشكال الثالث له رحمته الله.

و يرد عليه: أولاً: بعد تسليمه بأنّ الأحكام الوضعية لا تجري في حقّ الصبي، فما الفرق بين تأثير إنشائه على نحو الجزئية - نحو لزوم الوفاء من جانب الكبير - و عدم تأثيره على نحو الكليّة التامة نحو لزوم الوفاء من الجانبين - كما أشار إليه المحقق

(١) حاشية المكاسب ١٤/٢.

(٢) العقد النضيد ٤٢٧/٢.

الإيرواني رحمته في حاشيته على المكاسب بقوله: «بعد الاعتراف باختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين لا يسعه الالتزام بأن إنشاء الصبي جزء المؤثر فإنه يناقض ذلك، إذ لا فرق بين الالتزام بجزء المؤثر أو تمام المؤثر في أنه التزام بعموم الحكم الوضعي لأفعال الصبي»^(١).

و ثانياً: كيف يمكن التَّفَكُّيُّكُ بين حكمي التكليفي و الوضعي و بين طرفي العقد في الحكم التكليفي، و بين لزوم الوفاء بالعقد من طرف البالغ الكبير و عدم حصول الملكية له؟! و لعل إلى ما ذكرنا أشار المحقق النائيني رحمته بقوله: «عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ و غيره في ما كان ذات الفعل موضوعاً للأثر، بل في ما كان الأثر مترتباً على الفعل القصدي أيضاً، فإنه لو أفاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن أن لا يكون مؤثراً فعلاً و يصير ذا أثر بعد البلوغ، أن كون فعله موضوعاً للأحكام المجعولة في حق البالغين فرع أن يكون فعله مؤثراً و هذا أول الكلام، لأنه يحتمل أن يكون وجوده كعدمه كما في عقد المجنون و مثله، فكيف يمكن أن يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعاً لحكم البالغ العاقل؟!»^(٢).

أقول: قوله: «إن كون فعله موضوعاً» إلخ يمكن أن يشير إلى الإشكال الأوّل.

فذلكة القول في حديث الرفع

المراد بالقلم فيه هو مطلق قلم التشريع بما فيه من الأحكام التكليفية و الوضعية و إذا ارتفع التكليف، يرتفع المؤاخذة و العقاب طبعاً. كما يظهر ذلك من تسوية الصبي و ترديفه بالمجنون و النائم. و عدم وجود مانع من هذا الإطلاق حيث ناقشنا الإشكالات الواردة من الشيخ الأعظم رحمته.

نعم، لا بأس بتخصيص هذا الإطلاق كما في غيره من نفوذ حكمه بالنسبة الوصية و التدبير و العتق و إحرامه و اسلامه و عباداته كما مرّ عن التذكرة^(٣) و جنابته و نجاسته و

(١) حاشية المكاسب ١٦٨/٢.

(٢) منية الطالب ٣٦٠/١.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

ترتب بعض التعزيرات بالنسبة إليه و بعض المجانين، ففي كل مورد ثبت التخصيص فهو و إلا نتمسك باطلاق حديث الرفع لنفي التكليف و الوضع و المؤاخذة عنه و عن مثليه.

الرابع: عدم جواز أمر الصبي

و المراد به عدم نفوذ تصرفاته بالبيع و الشراء و غيرهما من التصرفات، و إلغاء هذه التصرفات من الأثر و النفوذ و الصحة. كما قال السيّد العاملي: «و المراد بجواز أمره تصرفه بالبيع و الشراء و نحوهما... عدم جواز أمره يعنى تصرفه بجميع أنواع التصرفات...»^(١) و قال الفاضل المراغي: «إنّ جواز الأمر عبارة عن النفوذ و الصحة...»^(٢). و قد استدل بهذا الدليل كل من أصحاب الحدائق^(٣) و الرياض^(٤) و المستند^(٥) و المفتاح^(٦) و العناوين^(٧) و الجواهر^(٨) و المكاسب^(٩). و مستندهم عدّة من الروايات نذكر ذرواً منها فيما يلي مع بيان مدى دلالتها المديّة:

فمنها: صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله^(ع) قال: سأله أبي - و أنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتّى يبلغ أشده. قال: و ما أشده؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمانين سنة أو أقل أو أكثر و لم يحتلم، قال: إذا بلغ و كتب عليه الشئ جاز أمره، إلا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً.^(١٠)

(١) مفتاح الكرامة ٥٤٨/١٢.

(٢) العناوين ٦٧٦/٢.

(٣) حدائق ٣٦٩/١٨.

(٤) رياض المسائل ٢١٧/٨.

(٥) مستند الشيعة ٢٦٣/١٤.

(٦) مفتاح الكرامة ٥٤٨/١٢.

(٧) العناوين ٦٧٥/٢.

(٨) الجواهر ٢٦١/٢٢.

(٩) المكاسب ٢٧٦/٣.

(١٠) وسائل الشيعة ٤١٢/١٨، ح ٥، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجر.

و أنت ترى بأنَّه عليه السلام علَّق جواز أمر اليتيم و نفوذ تصرفاته ببلوغه. و قد ورد تفسير ﴿أشدّه﴾^(١) في موقفة عبدالله بن سنان^(٢) بِالْإِحْتِلَامِ و كذا في معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انقطع يتم اليتيم الاحتلام و هو أشدّه، الحديث.^(٣) و منها: خبر حرمان عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إنَّ الجارية ليست مثل الغلام، إنَّ الجارية إذا تزوّجت و دخل بها و لها تسع سنين ذهب عنها اليتيم و دفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء و البيع و أقيمت عليها الحدود التامة و أخذت لها و بها، قال: و الغلام لا يجوز أمره في الشراء و البيع و لا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك.^(٤)

الرواية ضعيفة الإسناد بعبدالعزیز بن عبدالله العبدي لتصريح النجاشي^(٥) بِضَعْفِهِ و أمّا غيره من روايتها فهم معتبرون عندنا. و دلالتها واضحة على أن نفوذ أمره منوط بالبلوغ. و منها: مرسله الصدوق قال: قال أبو عبدالله عليه السلام إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها في مالها و أقيمت الحدود التامة لها و عليها.^(٦) ولكن الشيخ الأعظم استشكل في دلالة هذه الروايات بأن جواز أمره يعنى جواز أمره بالاستقلال، لا أنه مسلوب العبارة بالكليّة و الشاهد عليه استثناء السفیه و من المعلوم أن السفیه ليس مسلوب العبارة بل هو محجور عن الاستقلال في تصرفاته المالية و ظهور الاستثناء في المتصل لا المنقطع، و الصبي الذي لم يبلغ كذلك ليس مسلوب العبارة بالكليّة بل لا يجوز و لا ينفذ تصرفاته المستقلة و هذا نص عبارته بعد توضيحه:

(١) سورة الأحقاف ١٥/.

(٢) وسائل الشيعة ٤٠٩/١٨، الباب ١ من أبواب كتاب الحجج، و ٣٦٣/١٩، ح ٨، الباب ٤٤ من أبواب الوصايا.

(٣) وسائل الشيعة ٣٦٣/١٩، ح ٩.

(٤) وسائل الشيعة ٤١٠/١٨، ح ١، الباب ٢ من أبواب كتاب الحجج.

(٥) رجال النجاشي ٢٤٤/، الرقم ٦٤١.

(٦) وسائل الشيعة ٤١١/١٨، ح ٣.

قال: «لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأن الجواز مرادف للمضي، فلا ينافي عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولي غير ماض، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيهاً»، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، وأنه إذا ساوم^(١) وليه متاعاً، و عين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً، وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه»^(٢).

الخامس: النصوص الدالة على أن عمد الصبي و خَطْوُهُ^(٣) سَيِّان

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله^(٤) قال: عمد الصبي و خطأه واحد.^(٤)

و أنت ترى بآنها عامة تشمل الجنایات و غيرها و لم تكن مقيدة بخصوص الجنایات و لذا استدل بها الشيخ^(٥) على ارتفاع الكفارة عن المحرمات الصادرة من الصبي المخرم و تبعه ابن ادریس.^(٦)

و إذا كان عمد الصبي و خَطْوُهُ واحداً، يعنى أنَّ عمدَ خطأً، و إذا كان كذلك فيكون قصده لغواً شرعاً و من المعلوم عدم تحقق الإنشاء من دون القصد، بل قوامها به. فهذه الصحيحة تلغى جميع عقود الصبي و إنشأته لعدم تحقق صدور القصد منه لأنَّ عمده و خطأ واحد و من الواضح أنَّ في الخطأ لم يكن قصداً. فعقد الصبي باطل حتى

(١) المساومة: هي المجاذبة و المقابلة بين البائع و المشتري على السلعة و فصل ثمنها.

(٢) المكاسب ٢٧٧/٣.

(٣) هذا هو الصحيح و أمَّا «خطأه» كما في الرسم القديم خطأً.

(٤) وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح ٢، الباب ١١ من أبواب العاقلة.

(٥) المبسوط ٣٢٩/١.

(٦) السرائر ٦٣٦/١ و ٦٣٧.

إذا كان بإذن وليه أو إنشائه بإذن لولي. (١)
 ثم في دلالة هذه الصحيحة تنمة و مناقشة تأتي بعدُ.
 و منها: معتبرة اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام، أنَّ علياً عليه السلام كان يقول:
 عمد الصبيان خطأً تحمله (يُحمل على) العاقلة. (٢)
 هذه المعترية مقيدة بالجناية لتحمل العاقلة، ولكن لا تقيّد صحيحة محمد بن
 مسلم الماضية لأنَّ كليهما مُثبتتان.
 و منها: رواية الجعفرات بإسناده عن علي عليه السلام أنه قال: ليس بين الصبيان
 قصاص، عمدهم خطأً، يكون فيه العقل. (٣)
 و سندها ضعيف بموسى بن اسماعيل لمجهولٍ لِيَتَّهِ.
 و منها: مرسله القاضي نعمان المصري عن علي عليه السلام أنه قال: ما قَتَلَ المجنون
 المغلوب على عقله و الصبي، فعمدهما خطأً على عاقلتهما. (٤)
 و منها: مرسله أخرى له عن أبي جعفر عليه السلام أنه قال: و ما جنى الصبيُّ و المجنون
 فعلى عاقلتهما. (٥)
 و منها: خبر أبي البخري (٦) الماضي في ذكر أحاديث رفع القلم.
 و رفع القلم الوارد في ذيل هذه الرواية ليست جملة مستأنفه بل هي مرتبطة بكون

(١) كما يظهر ذلك من شيخنا الاستاذ عليه السلام في إرشاده ٢١٤/٢ تبعاً للشيخ الأعظم في مكاسبه
 ٢٨٢/٣ حيث يقول: «و حينئذ فكلُّ حكم شرعيٍّ تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتب الحكم
 الشرعي عليها القصد - بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد - فما يصدر منها عن الصبي
 قصداً بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد...».

(٢) وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح ٣.

(٣) الجعفرات / ١٢٤ و نحوها في دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح ١٤٥٣، و نقل عنها في مستدرک
 الوسائل ٢٤٢/١٨، ح ٢، الباب ٣٣ من أبواب القصاص.

(٤) دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح ١٤٥٤، و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٢٤٣/١٨، ذيل ح ٣.

(٥) دعائم الاسلام ٤١٧/٢، ح ١٤٥٤، و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٢٤٣/١٨، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ٩٠/٢٩، ح ٢، الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس.

الدية على العاقلة:

إمّا على وجه العلية: بأن رفع القلم علةً لوجوب الدية على العاقلة، لأنّ برقع القلم عن المجنون والصبي يرفع المؤاخذة الأخروية والدينيوية - وهي إمّا القصاص وإمّا الدية - عنهما، وحيث لا يهدر دم امرئ مسلم تحمله العاقلة.

و إمّا على وجه المعلولية: بأنّ رفع القلم يكون معلولاً لتنزيل الشارع عمد المجنون والصبي منزلة خطأهما و يكون قصدهما كلا قصد فحينئذ ارتفعت عنهما المؤاخذة الأخروية والدينيوية.

و هذان الوجهان يشتركان في ما نحن بصدده من عدم تحقق القصد من الصبي و حيث أنّ الإنشاء لا يتحقق من دون قصد فلا يتحقق منه إنشاء و لا عقد و لا إيقاع.

و يفترقان بالنسبة إلى الضمان بالإتلاف فعلى العلية ليس عليهما الضمان، لأنّ رفع القلم علةً لرفع المؤاخذات الأخروية والدينيوية و منها الضمانات.

و أمّا على المعلولية، فتجري الضمانات لأنّ الشارع نزل عمد الصبي منزلة خطئه و حيث أنّ الضمانات تجري في فرض الخطأ أيضاً كما في فرض العمد فلا يرفعه حديث الرفع، لأنّ المعلول تابع لعلته سعة و ضيقاً و حيث أنّ الضمان بالإتلاف يكون خارجاً عن العلة فهو خارج عن المعلول أيضاً.

و هذا الافتراق لا يضرّ في ما نحن بصدده كما بيّنه الشيخ الأعظم الأنصاري رحمته الله بقوله: «فإنّ ذكر رفع القلم» في الذيل ليس له وجه ارتباط إلاّ بأن تكون معلولة لقوله: «عمدهما خطأ» يعني أنّه لما كان قصدهما بمنزلة العدم في نظر الشارع و في الواقع رفع القلم عنهما. و لا يخفى أنّ ارتباطهما بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية...»^(١).

اعترض عليه المحقق الاصفهاني رحمته الله و ذهب إلى بطلان العلية و المعلولية في هذا الذيل بجميع وجوه العقلية المتصورة بتفصيل مذكور في كلامه ثم اختار في آخر كلامه

في وجه ارتباط هذا الذيل بما قبله بأن: «تنزيل العمد منزلة الخطأ يقتضي بالمطابقة اثبات حكم الخطأ وهي الدية على العاقلة و يقتضي بالالتزام نفي حكم العمد وشبهه وهو جعل القصاص والدية في مالهما، فحيث قال عليه السلام: «عمدهما خطأ»، فلذا أراد بيان ما يقتضيه بالمطابقة فقال عليه السلام: «تحمله العاقلة»، وأراد بيان ما يقتضيه بالالتزام فقال عليه السلام: «وقد رفع عنهما القلم» على الترتيب بين الدلتين»^(١).

و تبعه في نفي عليّة الذيل لما قبله وكذا المعلولية المحققان الايرواني^(٢) والسيد الخوئي رحمهما الله، و استشكل الأخير على الشيخ الأعظم بقوله: «لا وجه لجعل رفع القلم علّة لكون الدية على العاقلة، لعدم العليّة بينهما لا شرعاً ولا عرفاً ولا عقلاً، بل نسبة أحدهما إلى الآخر كوضع الحجر في جنب الإنسان، والعجب من المصنف [الشيخ الأعظم] فإنّه قد التزم بثبوت العليّة والمعلولية بين رفع القلم عن الصبي وبين ثبوت الدية على العاقلة، ولكن لم يستوضح المناسبة والسنخية بينهما، غاية الأمر أنّه ثبت في الشريعة المقدسة أنّ دم المسلم لا يذهب هدرًا، ومن الظاهر أنّ هذا الحكم مع مادّ على أنّ عمد الصبي خطأ يلزم ثبوت دية الجنائية الصادرة من الصبي على عاقلته.

و الصحيح أنّه لا ملازمة بينهما أيضاً، لأنّ الحكمين المذكورين لا يدلّان على ثبوت الدية على خصوص العاقلة إذ يمكن أن تكون الدية على جميع المسلمين أو من بيت المال أو غير ذلك، كما أنّه لا وجه لجعل رفع القلم معلولاً لقوله عليه السلام: «عمدهما خطأ»، فإنّ رفع القلم مقوم لتنزيل العمد بمنزلة الخطأ لا أنّه معلول له»^(٣).

أقول: العليّة في الاصول أعم من العليّة العقلية والشرعية والعرفية مثلاً يقال: «لا تشرب الخمر لأنّه مسكر وكلّ مسكرٍ حرام» فصارت المسكرية علّة لحرمه شرب الخمر. ثم العلية العقلية في الذيل لما قبله لا تتّم، لعدمها بين رفع القلم وسقوط القصاص والدية.

(١) حاشية المكاسب ٢٢/٢.

(٢) حاشية المكاسب ١٧١/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٢٥٧/٣.

و كذا العليّة الشرعية، لعدم جعل الشارع العليّة لرفع القلم بالنسبة إلى عدم القصاص والدية.

ولكن العليّة العرفية و الاصولية يمكن تصويرُهُما بأنّ الصبي إذا قتل شخصاً لا يقتص منه و لا تتعلق الدية بأمواله، لأنّهما من مصاديق المؤاخذه و قلم المؤاخذه مرفوع عنه.

فحينئذ يمكن تصوير العلية بالنسبة إلى الذيل خلافاً للأعلام^(١) و تبعاً للعقد النضيد^(٢).

ثم المرفوع بقوله^(٣) «رفع عنهما القلم» هو مطلق المؤاخذه و لا يعقل تصوير الدلالة الالتزامية فيه - لأنّ المدلول الالتزامي هو المؤاخذه الخاصة - أعني ثبوت القصاص والدية - لا المؤاخذه المطلقة، و المرفوع في الذيل هو المؤاخذه المطلقة فلا يمكن حملها على المقيدة إلاّ على نحو العليّة العرفية الاصولية المدعاة في كلام الشيخ الأعظم و بهذا الأخير يظهر المناقشة في كلام المحقّق الاصفهاني^(٤).

أخذ الصبي باتلافه مال الغير

قال الشيخ الأعظم^(٥): «ثم إنّ مقتضى عموم هذه الفقرة [و قد رفع عنهما القلم] - بناءً على كونها علّة للحكم عدم مؤاخذتها بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكي عن بعض إلاّ أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم و لا يخلو عن بعد»^(٦). و اعترض عليه المحقّق الإيرواني بقوله: «لا يخفى ما فيه، فإنّه مع القرينة المتصلة بالكلام على قصر المرفوع بقلم العمد و أنّ المرفوع أحكام أخذ في موضوعها العمد كيف يبقى لهذه الفقرة عموم بل يتعيّن أن يكون المرفوع بهذه الفقرة أحكاماً أخذ في موضوعها العمد دون أحكام أخذ في موضوعها الخطأ، أو أحكام هي أعمّ من العمد و الخطأ - كالضمانات - فإنّ اطلاق أدلة تلك الأحكام يكون محفوظاً على حاله بلا دليل حاكم

(١) العقد النضيد ٢/٢٥٤.

(٢) راجع العقد النضيد ٢/٢٥٥.

(٣) المكاسب ٣/٢٨٣.

عليه.

بل أقول: هذا القصر الوارد على هذه الفقرة بالقرينة المتصلة في هذه الرواية يوجب سقوط سائر الروايات المشتملة على رفع الحكم عن الصبي والمجنون عن العموم والشمول لأحكام مختصة بعنوان الخطأ أو عامّة لكل من العمد والخطأ»^(١).

وأجاب عن الاعتراض الأستاذ المحقق - مدّ ظله - أنّ الظاهر منه عليه السلام اختصاص رفع القلم بالأمر القصديّة المأخوذة فيها العمد، بالفرق بين أن يكون علة أو معلولاً، و على هذا بناءً على العليّة، صارت ذكرها لغواً ولم تفد زائداً على المعلول شيئاً و يسقط القاعدة الدارجة أنّ العلة، تعمّم و تخصّص هذا أوّلاً.

و ثانياً: على فرض احتفاف خبر أبي البخترى بالقرينة المانعة من إطلاق ذيله - أي رفع القلم - ولكن لا يوجب نفي إطلاق غيرها من الروايات نحو صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي و خَطْوُهُ واحد^(٢)، و يأتي الكلام حولها. و كذا لا يوجب نفي إطلاق غيرها من روايات رفع القلم الماضية لأنهما مثبتتان و ليستا بمتناقضتين و مُتخالفتين و كذلك لا يثبت أنّ الحكم فيهما على نحو صرف الوجود و أن يكون واحداً. و بالجملة: على فرض تقييد خبر أبي البخترى بالقرينة، فغيرها من روايات عمد

الصبي و رفع القلم مطلقة فيؤخذ باطلاقها.^(٣)

هذا، و قال المحقق السيّد الخوئي رحمته الله في كيفية توجّه الضمانات إلى الصبي مع رفع القلم عنه: «إنّ المراد من دليل رفع القلم عن الصبي، إنّما هو رفع الأحكام الإلزامية عنه منذ نعومة أظفاره إلى حدّ بلوغه، و هذا لا ينافي توجّه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ، و قد تقدّم أنّ فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجّه الأحكام الإلزامية عليه بعد بلوغه»^(٤).

(١) حاشيته على المكاسب ١٧٢/٢.

(٢) وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح ٢.

(٣) العقد النضيد ٤٦٠/٢ و ٤٥٩.

(٤) مصباح الفقاهة ٢٦٢/٣.

ولكن يرد عليه: أولاً: رفع القلم لا يمكن أن يشمل إتلاف الصبي، لأنه امتناني، و رفع الضمان عن الصبي خلاف الامتنان على المالك فلا يشمل رفع القلم و هذا الإشكال حلي.

و ثانياً: هذا السيد المحقق الجليل ذهب إلى عدم ثبوت الخمس في مال الصبي مستدلاً برفع القلم بدليل أن الرفع يشمل الأحكام الوضعية و التكليفية، و الخمس من الوضعيات فيرتفع برفع القلم، ثم يرد عليه بأن الضمان أيضاً من الوضعيات فيرتفع برفع القلم على قوله و مبناه، فكيف يذهب إلى ثبوت الضمان و يختص رفع القلم بالأحكام الإلزامية دون الوضعيات هنا. و هذا نقض عليه عليه السلام. و الإيرادان للاستاذ المحقق ^(١) - مدظله - .

و الحاصل: الضمان ثابت على الصبي بإتلافه مال الغير و لا يرفعه رفع القلم، لأن في الرفع خلاف الامتنان، ولكن توجه خطاب التكليف بالأداء يكون بعد بلوغه. ثم هل يمكن الأخذ بإطلاق عبارة «عمد الصبي و خَطْوُهُ واحد»؟ الواردة في صحيحة محمد بن مسلم ^(٢) الماضية أم لا؟ ذهب القوم إلى عدم إمكان الأخذ بهذا الإطلاق و كل واحد منهم يستند إلى دليل خاص:

مستند المحقق الحائري عليه السلام على عدم الإطلاق و اختصاص الصحيحة بالجنايات قال: «أولاً: إن الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ و تشبيهه به في الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد و إلا لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغي أن يقال: عمد كالعدم، فلا بد أن يكون مصب هذه القضية عملاً كان لعمده حكم و لخطائه حكم، فيحكم بأن عمده من الصبي بحكم الخطاء من غيره، و هو كما في باب الجنايات فلا مساس له بالمعاملات و لا دخل له بمسألة سلب قصده و جعله كالا قصد مطلقاً. و ثانياً: الظاهر منه ما إذا كان عنوان العمل محفوظاً مع كل من العمد و الخطأ فلا

(١) راجع العقد النضيد ٤٥٨/٢.

(٢) وسائل الشيعة ٤٠٠/٢٩، ح ٢.

يصح إجراؤه في عمل كان عنوانه متقوِّماً بالقصد و مع الحظاً يرتفع موضوعه فلا يتصور في موضوعه الخطأ، و الأوّل كعنوان القتل، و الثاني كعنوان العقد و الإيقاع.

و بالجملة: فيختصّ الخبر باب الجنایات...»^(١).

و اعترض عليه تلميذه المحقّق السيّد الخميني رحمته الله و قال في ردّ اشكاله الأوّل: «إنّ الأظهر في مثل هذا التعبير إرادة سلب الإثر عن العمد كما يقال: «فلان قوله و عدم قوله سواء» يراد أنّه لا يترتب على قوله أثر، ولو منع هذا الظهور فلا أقلّ من اطلاقه لكلا الموردين - أي العمد و الخطأ - فلا وجه لاختصاصه بما ادعي»^(٢) - أي عمد الصبي في باب الجنایات فقط -.

و قال في ردّ اشكاله الثاني: «ففيه: ما لا يخفى، لأنّ الظاهر من قوله رحمته الله «عمده خطأ» أم «عمد و خطؤه واحد»، أنّ كلّ ما صدر منه عمداً خطأً تنزيلاً، فالعقد الصادر منه على قسمين: قسم صدر عمداً و قسم خطأً، كمن أراد تزويج فاطمة بزيد فأخطأ و قال: زوّجت سكينه عمراً، أو أراد إجارة ملك فأنشأ بيعه خطأً، فكما أنّ الإنشاء الخطي لا يترتب عليه أثر فكذلك العمدي منه، فكلّ ما صدر منه و أمكن تقسيمه إلى العمد و الخطأ كان عمده بمنزله، و الاختصاص بالأفعال الذي ذكرها بلا مخصص...»^(٣).

ثم اختار هو وجه عدم الاطلاق في المقام بقوله: «ورود جميع الروايات المتقدمة و غيرها الواردة في المجنون و الأعمى في مورد الجنایة و كون الحكم فيها معهوداً يوهن الاطلاق، لقوة احتمال إتكال المتكلّم على تلك المعهودية فلم يذكر القيد»^(٤).

دليل المحقّق النائيني على عدم الاطلاق

قال: «و الانصاف عدم دلالته على حجره من مطلق الأفعال القصدية و ذلك:

[١]: لتذليل هذه الجملة في بعض الأخبار بكون ديتته على عاقلته الموجب

(١) كتاب البيع ٢٠٩/١ و ٢٠٨، لشيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي.

(٢) كتاب البيع ٢٧/٢.

(٣) كتاب البيع ٢٦/٢.

(٤) كتاب البيع ٢٦/٢.

لاختصاصه بباب الجنائيات، و تصير قرينة على إرادة ذلك منه حتى في الأخبار الغير المذيلة بذلك الذيل.

[٢]: و مع قطع النظر عن هذه القرينة يكون المتعارف في التعبير عن هاتين الكلمتين أعنى العمد و الخطأ هو باب الجنائيات و باب كفارة الإحرام، و هذا التعارف أيضاً يوجب صرفهما عن الظهور في العموم...»^(١).

ولكن يرد على الأول: بأنَّ صحيحة محمد بن مسلم و غيرها من الروايات مثبتات و لا يمكن تقييدها بهنَّ، و لعدم إحراز أنَّ المطلوب فيهنَّ شئ واحد. و يرد على الثاني: أنَّ «الثابت عند الأصحاب أنَّ ما يوجب سقوط الاطلاق هو التشكيك في الصدق بنحو الظهور و الخفاء - كالتشكيك في صدق ما لا يؤكل لحمه على الأنسان - دون التعارف، حيث لا يوجب انصراف الاطلاق عن غير المتعارف إلى خصوص المتعارف». كما قاله الأستاذ المحقِّق^(٢) - مد ظله - .

استدلال المحقِّق الاصفهاني على عدم الاطلاق

قال: «تارة للفعل العمدي حكم و للخاطي^(٣) حكم آخر كما في باب الجنائيات من ثبوت القصاص في العمد و الدية في مال الجاني في شبه العمد و ثبوت الدية على العاقلة في الخطأ، و أخرى للفعل العمدي حكم و لا حكم للخطأ كما في محظورات الإحرام ما عدا الصيد المترتب عليه الكفارة مطلقاً، فغير الصيد مرتب على عمد الكفارة دون خطئه، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ في الشق الأول ترتيب حكم الخطأ على العمد المضاف إلى الصبي أو المجنون، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ في الشق الثاني عدم ترتيب حكم العمد على هذا العمد الخاص...»

و عليه فالاستدل بعمد الصبي خطأ في المعاملات باللحاظ الثاني حيث أنَّ

(١) المكاسب و البيع ٤٠١/١.

(٢) العقد النضيد ٤٤٣/٢.

(٣) لو قال: لِلْمُخْطِئِ... إلخ لأصاب شاكلة الصواب، لأنَّ الخاطيء هو مُتَعَمِّدُ الخَطِيئَةِ «لا يأكله إلا الخاطئون».

المعاملات أمور عمدية قصدية، فإذا صدرت من الصبي الذي عمدته خطأ لم يترتب عليها أحكامها وآثارها.

و فيه: إنَّ الظاهر مقابلة العمد مع الخطأ لا القصد مع عدمه، وإنَّما يتصور العمد و الخطأ فيما أمكن انقسامه إليهما، بأن يكون وقوع مسببه عليه قهراً معقولاً، فتارة يصيب القصد بالاضافة إلى ما يترتب عليه، وأخرى يخطئ عنه كالرمي الذي يترتب عليه القتل المقصود به تارة و غير المقصود به أخرى، و لا يترتب على الأسباب المعاملية شئ قهراً حتَّى يكون تارة مقصوداً من السبب و أخرى غير مقصود منه، ليوصف المترتب عليه بأنَّه عمديٌّ تارة و خطئيٌّ أخرى.

فإن قلت: من يقول بعدم تبعية العقود للقصد و يدَّعي أنَّ ما قصد يمكن أن لا يقع، و أن يقع ما لم يقصد، كالمصنف [الشيخ الأنصاري] رحمته الله في مبحث المعاظة^(١) فلا محالة يتصور للعقد فردين عمدياً و خطئياً، باعتبار ما وقع للقصد و عدم موافقته للقصد.

قلت: أولاً: إنَّنا قد بيَّنا في محلِّه أنَّ الحقائق المعاملية أمور تسببية مُتَقَوِّمة بالقصد، لا أنَّها فقط تحتاج إلى سبب، و أنَّ الأمور المدَّعى ترتبها على ما لم يتسبب به إليها، إمَّا من قبيل ترتب الأحكام على موضوعاتها، أو من قبيل ترتب المسببات على أسبابها، لا من قبيل ترتب الأمور التسببية على أسبابها.

و ثانياً: الفرق بين الأسباب الواقعية بالاضافة إلى مسبباتها الخارجية كالرمي بالنسبة إلى القتل و الأسباب الجعلية بالاضافة إلى المسببات الاعتبارية كالعقد بالاضافة إلى الملكية و الزوجية و نحوهما - أنَّ ترتب مسببات الأسباب الخارجية على أسبابها أمر، و ترتب حكم شرعي عليها أمر آخر، كالقتل العمدي المحكوم شرعاً بحكم، و الخطئي منه بحكم آخر. بخلاف ترتب المسببات الاعتبارية على أسبابها الجعلية، فإنَّه عين كونها محكومة بشئ في اعتبار الشارع، فمعنى ترتب الملكية المطلقة على العقد الذي قصد به الملكية المقيدة كونه محكوماً في نظر الشارع بالتأثير في الملكية، و كون

(١) المكاسب ٤٦/٣ و ما بعدها.

عمد الصبي خطأ بهذا المعنى خلف في المقام، لأنَّ الفرض إسقاط عقده عن درجة الاعتبار، لا تأثيره شرعاً في شيء أصلاً فلا واقع حتى يوصف بأنه خطئي، فإمّا لا خطأ له و إمّا يكون تنزيل العمد منزلته هنا خلفاً، فتدبره فإنّه حقيق به، هذا كله بناءً على التحفظ على التقابل بين العمد و الخطأ.

و أمّا بناءً على أنّ المراد تنزيل قصد الصبي منزلة عدمه فربّما يشكّل بأنّ العقد على أي حال قصدي سواء لوحظ العقد الإنشائي و هو المتقوم بقصد ثبوت المعنى باللفظ، أو لوحظ العقد بالحمل الشائع أي التسبب إلى الملكية قصداً بلفظ أو فعل، فليس للعقد بمعنييه فردان قصدي و غير قصدي حتى ينزل الأوّل منزلة الثاني.

و يمكن دفعه: بإرادة العقد الإنشائي المقصود به التسبب إلى الملكية تارة، و ما لا يقصد به التسبب - بل هزئياً مثلاً - أخرى فنزّل المقصود به التسبب من غير البالغ منزلة ما لا يقصد به التسبب.

نعم، يشكّل بأنّ قصد التسبب دخيل في صورة العقد بيعاً بالحمل الشائع مثلاً عقلاً لا شرعاً، فليس للقصد دخل شرعاً، بل عقلاً، و حيث لا أثر لنفس القصد شرعاً، فلا معنى لتنزيله منزلة عدمه، فيكون مورد هذه الأخبار كالجنايات التي لوقوعها قصدياً أثر شرعاً^(١).

و يرد عليه: أولاً: صدق اطلاق العمد و الخطأ في غير الجنايات ليست مسألة عقلية حيث بحث حولها هذا المحقق التحرير بل مسألة عرفية و لغوية، و الاستفادة من الأبحاث العقلية حول المسائل العرفية و اللغوية يوجب التعجب التام!

و ثانياً: يطلق الخطأ في الروايات على الفعل الصادر خطأ من دون أيّ عناية أو مجاز في العبادات التي تعتبر فيها النية المتقومة بالقصد، نحو خبر علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يخطئ في أذانه و إقامته فذكر قبل أن يقوم في الصلاة، ما حاله؟ قال: إن كان أخطأ في أذانه مضى على صلاته، و إن كان في إقامته

(١) حاشية المكاسب ٢/ (١٩-١٧).

انصرف فأعادها وحدها، وإن ذكر بعد الفراغ من ركعة أو ركعتين مضى على صلاته و
أجزأه ذلك.^(١)

و ثالثاً: و يطلق الخطأ في الروايات في أسباب المعاملات من دون تحقق الخطأ
في مسببه كما ورد في مكاتبة محمد بن شعيب قال: كتبت إليه: إن رجلاً خطب إلى عم له
ابنته فأمر بعض إخوانه أن يزوجه ابنته التي خطبها وأن الرجل أخطأ باسم الجارية
فسمّاها بغير اسمها و كان اسمها فاطمة فسمّاها بغير اسمها، و ليس للرجل ابنة باسم التي
ذكر المزوج، فوقع: لا بأس به.^(٢)

و الروايتان و إن كانتا ضعيفتين من حيث السند بعبدالله بن الحسن حفيد علي بن
جعفر لعدم ورود توثيقه في الأولى، و بمحمد بن شعيب الراوي عن الرضا عليه السلام ولكنّه
إمامي مجهول في الثانية و لكن إثبات المسألة اللغوي لا يحتاج إلى صحة السند بل يحتاج
إلى ورود اللغة و إفادتها المعنى من دون عناية و مجاز و قرينة كما يظهر ذلك من
الروايتين فلا يتم ما ذكره المحقق الاصفهاني عليه السلام، و هذه المناقشة تظهر من الأستاذ
المحقق^(٣) - مد ظله - .

المانع من انعقاد الاطلاق عند المحقق الخوئي

قال عليه السلام: «فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع و
عدم المقتضي:

أما وجود المانع: فلأنّ الأخذ بإطلاقها مخالف لضرورة المذهب و موجب لتأسيس
فقه جديد، ضرورة أن لازم العمل بإطلاقها هو أن لا يبطل صوم الصبي مع عدم الاجتناب
عن مبطلات الصوم، فإن ارتكابه بها خطأ لا ينقض الصوم و المفروض أن عم الصبي
خطأ.

و أيضاً يلزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي إذا ترك عمداً أجزاءها التي لا يضرّ

(١) وسائل الشيعة ٤٤٢/٥، ح ٥، الباب ٣٣ من أبواب الأذان و الإقامة.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩٧/٢٠، ح ١، الباب ٢٠ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

(٣) العقد النضيد ٤٤٨/٢.

تركها خطأً بصلاة البالغين، هكذا الكلام في ناحية الزيادة العمدية فيها. بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان إذا اقتصروا فيها بالنية والتكبير للإحرام والركوع والسجدة الواحدة والسلام، فإن ترك ماسوى ذلك خطأ لا يضرّ بصلاة البالغين، والمفروض أنّ عمد الصبي خطأً.

بل يلزم من العمل باطلاق تلك الروايات أن لا تصح عبادات الصبيان أصلاً، فإنّ صحتها متوقفة على صدورها من الفاعل بالإرادة والاختيار... و دعوى انصراف تلك الروايات عن هذه الموارد دعوى جزافية.

أمّا عدم المقتضي للاطلاق فلأنّ تنزيل عمد الصبي منزلة حَطِّهِ على وجه الاطلاق يقتضي أن يكون هنا أثر خاص لكلّ منهما عند صدورهما من البالغين، لكي يكون تنزيل عمد الصبي منزلة حَطِّهِ بلحاظ ذلك الأثر... و من الواضح أنّه لا مصداق لهذه الكبرى إلاّ الجنائيات فإنّها إن صدرت من الجاني عمداً فيقتص منه، وإن صدرت منه خطأً فدَيْتُها على عاقلته و على هذا فيصح تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأً، فتكون ديتها مطلقاً على عاقلته، أمّا في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم، قد ثبت أثر خاص لكلّ من العمد والخطأ في الصلاة و في تروك الإحرام... ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة حَطِّهِ، ضرورة أنّ الآثار المذكورة إنّما تترتب على الخطأ - في تلك الموارد - إذا صدر من غير الصبي. أمّا إذا صدر من الصبي ارتفع أثره بحديث الرفع...^(١).

أورد عليه بإشكالين: الأوّل: قوله **«عمد الصبي و حَطُّهُ واحد»** ظاهر في جملة «عمد الصبي كلا عمد»، فلا حاجة لوجود أثر مستقل في كلّ واحد منهما حتّى تختص بباب الجنائيات.

و الثاني: لو تنزّلنا و قلنا بعدم هذا الظهور، فلا أقلّ من شمول إطلاق الرواية لجملة عمده كلا عمد و يشملها الاطلاق.

(١) مصباح الفقاهة ٣/٢٥٦-٢٥٤.

ولكن يمكن أن يدافع عنه عليه السلام و يجاب عن الأوّل: بعدم تحقّق هذا الظهور و الفرق بين الجملتين واضح و لو أرادنا عليه السلام «عمد الصبي كلاعمد» لذكرها.

و عن الثاني: و حيث أنّ عدم العمد يكون معنى عاماً بحيث يشمل السهو و النسيان و النوم و الغفلة و الخطأ فلا يمكن اطلاق كلمة «الخطأ» بحيث يشمل «لا عمد»، نعم إن كان اللفظ «لا عمد» فباطلاقها تشمل «الخطأ» و لا عكس، لأنّ عدم العمد أعم من الخطأ و الخطأ أخص منه دائماً، فاطلاق الخطأ لا يشمل «لا عمد». (١)

و استشكل الأستاذ المحقّق - مدظله - على السيّد الخوئي عليه السلام بأنّ «إذا دقّقنا النظر في هذه الأخبار نجد أنّ التنزيل فيها ناظر إلى وحدة آثار العمد مع الخطأ و أنّه كما للعمد أثر كذلك للخطأ أثر و هو عدم الحكم بمقتضى رفع القلم، فالشارع بهذه الأخبار وحدّ العمد و الخطأ في عدم الأثر». (٢)

أقول: و بالجملة: لا يمكن الأخذ باطلاق صحيحة محمّد بن مسلم، لأنّ إطلاقها يستلزم تدوين فقه جديد كما مرّ من المحقّق السيّد الخوئي عليه السلام في وجود مانع من تحقّق هذا الإطلاق و الحمد لله.

و الحاصل: اعتبار البلوغ يكون من شرائط المتعاقدين - على نحو الاستقلال - بدلالة حديث رفع القلم عن الصبي و عدم جواز أمره و أمّا إذا كان مأذوناً من وليّه أو وكيلاً من غيره فتكون إنشاءاته و عقودها و إيقاعاته نافذة و منشأً للأثر.

قال المحقّق النائيني عليه السلام في فتاويه: «لو كان الصبيّ واسطةً في إيصال الثمن أو المثل إلى البالغ و كان هو البائع أو المشتري فلا بأس بهذه المعاملة، ولو كان الصبي مستقلاً في البيع أو الشراء و كان يبيع و يشتري لنفسه فالظاهر فساد المعاملة، و كذا لو كان بالغاً غير رشيد، لكن لو أذن له الوصي [الولي] في معاملة خاصة بعد تعيين العوضين فالظاهر الصحة، و كذا لو أمضى معاملته بعد صدورها منه، و الله العالم». (٣)

(١) يظهر الجوابان من العقد النضيد ٢/ (٤٤٨-٤٤٦).

(٢) العقد النضيد ٢/ ٤٥٠.

(٣) الفتاوى، الصادرة منه عليه السلام ٢/ ٤٣، جواب رقم ٤٦٧، طبع دار الهدى، ١٤٢٦، قم المقدسة،

ثم إن هاهنا فروعاً لا بد من التنبيه عليها:

الأول: ثبوت الضمان على الصبي

قد مرّ ثبوت الضمان عليه بإتلافه مال الغير، و يتعلّق بماله و يجب عليه الأداء تكليفاً بعد بلوغه، و من البديهي لو أدى وليّه من مال نفسه أو ماله أو أدى هو نفسه من ماله في صغره برئت ذمّته.

و لا يمكن مطالبة المالك من وليّه إلا إذا كان للصبي مال عند وليّه و لو أداه برئت ذمّته كما مرّ.

الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟

قال الشيخ الأعظم رحمته: «ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير»^(١).

مراده رحمته: ثبوت بعض التعزيرات للصبي نحو تعزيره لأجل تعليم الصلاة و إقامتها أو لردعه عن بعض المعاصي كالزنا و اللواط و السرقة.

أقول^(٢): التعزيرات الواردة في الشريعة المقدسة إن أخذ في موضوعها البلوغ فهي ترتفع عن الصبيان من دون جريان حديث رفع القلم، لعدم تحقق الموضوع بالنسبة إليهم. و إن أخذ في موضوعها الصّبا فهي باقية و جارية في حقّهم لتحقيق موضوعها و هي الصباوة بالنسبة إليهم و لا ينفى عنها حديث رفع القلم كما هو واضح.

و إن كان موضوعها على نحو لا بشرط بالنسبة إلى البلوغ و الصباوة و لم تقيّد بأحدهما فهي مرفوعة عنهم بإطلاق حديث رفع القلم فلا تجري في حقّهم. لأنّ هذه لو خلّيت و طبعها تجري في حقّهم ولكن بعد ثبوت حديث رفع القلم لا يتم جريانها لحكومته عليها.

→ شرحها حفيده العلامة الشيخ جعفر النائيني - دامت بركاته - .

(١) المكاسب ٢٨٤/٣.

(٢) كما عليه المحقّق الخوئي في مصباح الفقاهة ٢٦٣/٣، و الاستاذ المحقّق - مدظله - في العقد

التضيد ٤٦١/٢.

الثالث: هل يعتبر قصد الصبي أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «و الحاصل، أنَّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكي في البيع وغيره من العقود، والأخبار المتقدمة - بعد انضمام بعضها إلى بعض - عدم الاعتبار بما يصدر من الصبي من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها، كإنشاء العقود أصالةً ووكالةً، والقبض والإقباض، وكلُّ التزامٍ على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجارٍ»^(١). أقول: قد ناقشنا وجود الإجماع في المقام و على فرض وجوده لا يُستفاد منه حُكْمٌ لكونه مدركياً، و مرَّ أنَّ الاستفادة من الأدلة عدم نفوذ عقود الصبي وإيقاعاته على نحو الاستقلال وإما إذا كان مأذوناً من وليه أو وكيلاً من غيره فتكون نافذة، فلا يمكن القول بعدم اعتبار قصد الصبي مطلقاً، بل يمكن أن يقال: بأنَّ أيَّ فعلٍ من أفعاله لا يعدُّ في الصرف تصرفاً في أمواله الموجودة على نحو الاستقلال فلا مانع من نفوذه فيحكم بصحة صيده و حيازته و تحجيرها وإحيائه الموات ونحوها.^(٢)

الرابع: هل يصحُّ قبض الصبي

قال العلامة: «كما لا تصح تصرفاته [الصبي] اللفظية كذا لا يصحُّ قبضه و لا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتَّهب الولي له و لا لغيره و إن أمره الموهوب منه بالقبض. و لو قال مستحقُّ الدَّين للمديون: سلِّم حقي إلى هذا الصبي، فسَلِّم قدر حقه، لم يبرأ عن الدَّين و بقي المقبوض على ملكه لا يضمنه الصبي لأنَّ البراءة تستند إلى قبضٍ صحيح و لم يثبت»^(٣).

و نحوها في نهايته و زاد: «... كما لو قال: أَرْم حَقِّي في البحر، فألقى قدر حقه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلِّم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر فسَلِّم أو ألقى، لأنَّه امتثل المأمور في حقه المعين فخرج عن العهدة. و لو كانت الوديعة للصبي فسَلِّمها إليه، ضمن و إن كان بإذن الولي، إذ ليس له

(١) المكاسب ٢٨٤/٣.

(٢) كما على المحقق الخوئي في مصباحه ٢٦٤/٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٢/١٠.

تضييعها بأمر الولي»^(١).

ذكر الشيخ الأعظم^(٢) هذين القولين نقلاً من العلامة من دون تفكيك بين الكتابين بل نسبهما إلى التذكرة فقط، و عبارته منقولة من السيّد العاملي ولكن الأخير نسبها إلى الكتابين وقال: «فروع ذكرها في التذكرة و نهاية الأحكام»^(٣).

و حيث لم يعلّق عليه فهو مقبول عنده.

ولكنّ المحقّق السيّد الخوئي^(٤) اعترض عليه و على العلامة بأنّ «قبض الصبي يفيد الملكية في الهبة و غيرها لقيام السيرة على ذلك، بل مقتضى جملة من الروايات الواردة في جواز إعطاء الصدقة و الكفارة للصبيان هو صيرورتهما ملكاً بمجرد القبض»^(٥).

و الاستاذ المحقّق^(٦) - مدظله - ناقش السيرة بنوعها - العقلانية و المتشعبة - بالإجماع المذكور في كلام العلامة في حجر التذكرة^(٧) الماضي، و الروايات بأنّها ضعيفة الإسناد و ما صحّ إسنادها فهي التي تنصّ على إعطاء الزكاة للصبي بمعنى صرفه في شؤونه لا تملكه لأنّه يتوقف على قبول وليّه و الفرق بين التملك و الصرف واضح. ثم على فرض التنزل فهي مختصة بالزكاة و لا يمكن التعدي من المورد إلى كلّ ما يعتبر فيه القبض.

أقول: قد مرّ في أوّل أدلة البلوغ دعوى الإجماع و المناقشة فيه، و العجب من الاستاذ^(٨) - مدظله - أنّه ناقش الإجماع ثم يراه رادعاً عن السيرة العقلانية و هذه مسافة

(١) نهاية الأحكام ٤٥٥/٢.

(٢) المكاسب ٢٨٥/٣.

(٣) مفتاح الكرامة ٥٥٠/١٢.

(٤) مصباح الفقاهة ٢٦٠/٣.

(٥) العقد النضيد ٤٦٣-٤٦٥.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٨٥/١٤.

(٧) راجع العقد النضيد ٤١٦/٢.

الخلف بين القول والعمل، وسيرة المتشرعة لم تتحقّق عنده.
وأمّا الروايات فلا بدّ من ملاحظتها و أذكر للباحث بعضها المذكورة في كلام
المحقّق السيّد الخوئي رحمته:

فمنها: معتبرة عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي الحسن عليه: رجل مسلم
مملوك و مولاه رجل مسلم و له مال يزكّيه و للمملوك ولد صغير حرّ، أيجزي مولاه أن
يعطي ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس به. ^(١)

و منها: صحيحة أبي بصير قال: قلت لأبي عبدالله عليه: الرجل يموت و يترك
العيال، أيعطون من الزكاة؟ قال: نعم، حتّى ينشأوا و يبلغوا و يسألوا من أين كانوا يعيشون
إذا قطع ذلك عنهم، فقلت: إنهم لا يعرفون؟ قال: يحفظ فيهم ميتهم و يحبّب إليهم دين أبيهم
فلا يلبثوا أن يهتموا بدين أبيهم، فإذا بلغوا و عدلوا إلى غيركم فلا تعطوهم. ^(٢)

و منها: موثقة يونس بن يعقوب قال: قلت لأبي عبدالله عليه: عيال المسلمين
أعطيتهم من الزكاة فأشتري لهم منها ثياباً و طعاماً و أرى أنّ ذلك خير لهم؟ قال: فقال: لا
بأس. ^(٣)

ذكر الاستاذ المحقّق ^(٤) - مدظله - هذه الرواية فقط - و لعلّ اقتصاره عليها لأجل

تمامية إسنادها عنده - و حملها على صرف الزكاة عليهم كما هو ظاهرها.
ولكن يمكن أن يقال بإطلاق كلمة أعطيتهم و المذكور في كلام السائل أحد أقسام
الإعطاء و هو الصرف و أراه خيراً فيستفاد من الموثقة جواز الصرف في شؤونهم لاعدم
جواز إعطائهم بل يتعلّق «لا بأس» بالإعطاء فيشمل الموردين و الله العالم.
و منها: خبر أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه قال: ذرية الرجل المسلم إذا مات
يعطون من الزكاة و الفطرة كما كان يعطي أبوهم حتّى يبلغوا، فإذا بلغوا و عرفوا ما كان

(١) وسائل الشيعة ٢٩٤/٩، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاة.

(٢) وسائل الشيعة ٢٢٦/٩، ح ١، الباب ٦ من أبواب المستحقين للزكاة.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢٧/٩، ح ٣.

(٤) راجع العقد النضيد ٤٦٣/٢.

أبوهم يعرف أعطوا، وإن نصبوا لم يعطوا.^(١)

و منها: معتبرة يونس بن عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أَيْعْطِي [يطعم] الصغار والكبار سواء والنساء والرجال أو يفضّل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ فقال: كلهم سواء، الحديث.^(٢) وأنت ترى بأن الروايات حتى الصحاح والمعتبرة منها لا تختصّ بما ذكره الاستاذ المحقّق - مدّ ظله - ولا يمكن حمل الإعطاء فيها بالصرّف فقط بل يكون ظهورها بإعطاء وأما ما نقله الاستاذ - مدّ ظله - من فتوى المحقّق السيّد الخوئي في المنهاج حيث يقول: «و تُعْطَى أطفال المؤمنين و مجانينهم، فإن كان بنحو التملك و جب قبول وليّهم، وإن كان بنحو الصرّف مباشرة أو أمين فلا يحتاج إلى قبول الولي»^(٣) فهو محمولٌ على الاحتياط في الفتوى وهو ديدن الفقهاء وغير خفي على الاستاذ الفقيه المحقّق - دام ظلّه -.

الخامس: هل تنفذ وصية الصبي أم لا؟

قال العلامة في القواعد: «يشترط فيه: [في الموصي] البلوغ والعقل والحرية، فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميّراً في المعروف وغيره على رأي، ولا وصية المجنون مطلقاً ولا السكران»^(٤).

وقال السيّد المتتبع العاملي في شرحه: «وهو خيرة السرائر والتحرير والإيضاح و شرح الإرشاد لفخر الإسلام وكذا التلخيص والتبصرة وكأنّه قال به في المسالك والروضه، وفي المختلف والمهذب البارع والمقتصر و جامع المقاصد أنّه أحوط... و ظاهر التذكرة واللمعة وكذا النافع والدروس التوقف والتردد بل قد يقال أنّه في الشرائع

(١) وسائل الشيعة ٢٢٧/٩، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ٣٨٧/٢٢، ح ٣، الباب ١٧ من أبواب الكفارات.

(٣) منهاج الصالحين ٣١٤/١، في اوصاف المستحقين للزكاة - الأوّل الايمان - الطبعة الثامنة و العشرون عام ١٤١٠ق.

(٤) قواعد الأحكام ٤٤٧/٢.

متوقف.

و اختير في المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و الغنية و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفاية و المفاتيح و التحرير في باب الوكالة جواز وصية من بلغ عشرًا مميزاً. في البرّ و المعروف و هو خيرة أبي صلاح و أبي علي... و هو ظاهر الفقيه لأنّه رواه فيه، بل و الوسيلة... و هو الظاهر من غاية المراد و يمكن أن يدعى أنّه ظاهر الشرائع و النافع و الدورس... و قد نفى عنه البأس في التنقيح و قال أيضاً: أنّه أحوط... و قال في كشف الرموز: ذهب الشيخ و المفيد و سلّار و ابوالصلاح و أتباعهم إلى أنّ وصية من بلغ عشرًا جائزة في المعروف من وجوه البرّ، انتهى. و هو يفيد الشهرة بين المتقدمين إن لم يفد اجماعهم و لا ريب أنّ المراد إذا كان مميزاً...»^(١).

أقول: الظاهر نفوذ وصية الصبي إذا بلغ عشرًا لما ورد في عدّة من الروايات الصحاح:

منها: صحيحة أبي بصير المرادي عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين و اوصي بثلث ماله في حقّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقّ جازت وصيته.^(٢)

و منها: موتقة عبدالرحمن بن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: إذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته.^(٣)

و نحوها معتبرة أخرى له.^(٤)

و منها: معتبرة بل صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشر سنين فإنّه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو

(١) مفتاح الكرامة ٣٨٨/٩ من الطبعة الأولى.

(٢) وسائل الشيعة ٣٦١/١٩، ح ٢، الباب ٤٤ من أبواب كتاب اللوصايا.

(٣) وسائل الشيعة ٣٦٢/١٩، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٣٦٢/١٩، ح ٥.

جائز. (١)

و منها: موثقة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته. (٢)

و منها: موثقة أبي بصير و أبي أيوب عن أبي عبد الله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصي؟ قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت. (٣)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. (٤)

الاستدلال يتم بناءً على أن الوارد في الموثقة كلمة «يجوز» كما هو الظاهر و الأولى و في أكثر نسخ الكافي و كذا ورد في التهذيب ٧٦/٨، ح ٢٥٧ و الاستبصار ٣٠٣/٣، ح ١٠٧٥، ولكن في بعض نسخه «لا يجوز» و بناءً عليه فلا يتم الاستدلال.

و منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إن الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوي الأرحام و لم تجز للغرباء. (٥)

و هذه الصحيحة تفصل بين نفوذ وصيته لذوي أرحامه و عدم نفوذها للغرباء و لا بد من الأخذ بها و الحكم بعدم نفوذها لغرباء الصبي. و الله العالم.

السادس: قول الصبي معتبر في الإذن بدخول الدار

قال العلامة: «و لو فتح الصبي الباب و أذن في الدخول عن إذن أهل الدار أو أوصل هديته إلى إنسان عن إذن المهدي، فالأقرب: الاعتماد لتسامح السلف فيه» (٦).

(١) وسائل الشيعة ٣٦٢/١٩، ح ٤.

(٢) وسائل الشيعة ٣٦٣/١٩، ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٣٦٣/١٩، ح ٦.

(٤) الكافي ٦٤٥/١١، ح ٤ من طبعة دارالحديث عام ١٤٣٠، و نقل عنه في وسائل الشيعة

٧٨/٢٢، ح ٥، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٥) وسائل الشيعة ٣٦٠/١٩، ح ١.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٢/١٠.

أقول: الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي و حديث رفع القلم لا تشمل هذين الفرعين لأنَّهما خارجان عنها خروجاً موضوعياً أي يخرجان تخصّصاً لا تخصيصاً. أمّا الأوّل: وهو جواز الدخول في الدار مع إذن الصبي الكاشف عن إذن أهله غالباً أو حصول الاطمئنان بإذن أهله نوعاً، فهذا الكشف أو الاطمئنان يتبعان جواز الدخول لا قول الصبي، فحينئذ لو لم يكشف أو لم يطمئن من يريد الدخول، فلا يجوز أن يدخل حتّى لو أذن له الصبي لأنّ الملاك فيه الكشف أو الاطمئنان الماضيان، ولذا لو كشف أو اطمئن من غير إذن الصبي نحو فتح الباب مع الفاتح التصويري أو أنه يرى أنّ الباب عن عمدٍ مفتوحٌ نحو أبواب بيوت مراجع الدين فلا بأس بالدخول.

و أمّا الثاني: وهو إيصال الهدية إلى المهدى إليه بوساطة الصبي أيضاً فلا يدخل في الأدلة المانعة، لأنّ الصبي ليس إلا آلة في إيصالها، كإرسال الهدية بالبريد أو حيوان معلّم ونحوهما.

السابع: طلاق الصبي المميّز

قال العلامة في المختلف: «طلاق الصبي المميّز - وهو الذي بلغ عشر سنين فصاعداً- جوّزه الشيخ^(١) هنا و تبعه ابن البراج^(٢) و ابن حمزة^(٣) و رواه الصدوق في كتابه^(٤) عن زرعة عن سماعة...»

و سوّغ ابن الجنيد أيضاً طلاق الصبي إذا كان يعقل الطلاق و يضع الأمور في مواضعها، و من كان بغير هذه المنزلة منهم لا طلاق له.

و قال الشيخ علي بن بابويه في رسالته: و الغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز. و قال أبو الصلاح: و اشترطنا صحة التصرف احترازاً من الصبي و المجنون و

(١) النهاية ٥١٨/.

(٢) المهذب ٢٨٨/٢.

(٣) الوسيلة ٣٢٣/.

(٤) الفقيه ٥٠٤/٣، ح ٤٧٦٩.

السكران و فاقد التحصيل بإحدى الآفات^(١)، و أطلق.
 و قال: سلاّر: من شرط المطلق أن يكون مالكاً أمره.^(٢)
 و هذه الأقاويل كلها تُفِيدُ المنع من طلاق الصبي.
 و قال ابن ادريس لما نقل كلام الشيخ في النهاية: الأولى ترك العمل بهذه الرواية
 لأنها مخالفة لأصول المذهب و الأدلة المتظاهرة...^(٣)
 و المعتمد أنه لا يصح طلاق الغلام حتى يبلغ، لأنه محجور عليه في
 تصرفاته...»^(٤).

و قال سيد الرياض: «(فلا اعتبار بطلاق الصبي) الغير المميز إجماعاً و فيه أيضاً
 على الأشهر بل عليه كافة من تأخر و هو الأظهر للأصل و أدلة الحجر عموماً في الأكثر أو
 فحوى في الجميع... (و) لكن ورد (فيمن بلغ) بحسب السن (عشراً رواية) المراد بها
 الجنس لتعددتها (بالجواز) عمل بها النهاية و تبعه عليه جماعة كالقاضي و ابن حمزة... و
 هي و إن لم يكن (فيها ضعف) بالمعنى المصطلح إلا أنها قاصرة عن المقاومة لما مرّ من
 حيث الاستفاضة و الاعتضاد بالأصل و العمومات و الشهرة العظيمة و الاولوية المتقدمة
 فحمل تلك على هذه بالتقييد، المناقشة فيه واضحة... فالقول بهذه الرواية ضعيف البتة
 كالجواز المطلق في ذي التميز كما عن الإسكافي و جماعة و إن وردت به روايات
 بحسب الأسانيد المعتبرة... لتطرق النظر إليها بما مضى مع لزوم تقييدها بالخبرين
 المقيدين إن عملنا بهما كتقييدهما بها»^(٥).

و قال صاحب الجواهر في شرائط المطلق: «(البلوغ) بلا خلاف أجده فيه في
 الجملة بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص به مستفيضة أو متواترة... (فلا اعتبار بعبارة

(١) الكافي في الفقه / ٣٠٥.

(٢) المراسم / ١٦١.

(٣) السرائر / ٢ / ٦٩٣.

(٤) مختلف الشيعة / ٧ / ٣٦٦ و ٣٦٥.

(٥) رياض المسائل / ١٢ / (١٩٧-١٩٥).

الصبي) قبل تمييزه قطعاً، بل و بعده (قبل بلوغه عشراً) وإن حكى عن أئبن الجنيد^(١) أنه أطلق صحة طلاقه مع تمييزه لمضمر سماعة^(٢)... و موثق ابن بكير^(٣)... ولكن في مرسل ابن أبي عمير^(٤) الذي هو بحكم الصحيح عند الأصحاب... بل عن الشيخ^(٥) روايته عن ابن بكير و تبعه في المسالك^(٦)، و إن قيل: إنَّه وهم^(٧)، و على كلِّ حالٍ فيقيد به اطلاق النصوص السابقة و لعلَّه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (و فيمن بلغ عشراً عاقلاً و طلق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف) و إلا ليس فيما حضرنا من النصوص خبر جامع للوصفين، و حكى عن الشيخين و جماعة من القدماء العمل بذلك، إلا أن المشهور بين المتأخرين بل لعلَّ عليه عامتهم اعتبار البلوغ بالعدد أو بالاحتلام أو بغير ذلك من أماراته...»^(٨).

أقول: فظهر ممَّا ذكرنا فساد طلاق الصبي غير المميِّز إجماعاً و أمَّا الصبي المميِّز ففيه ثلاثة أقوال:

الأوَّل: الصحة مطلقاً و هو المحكي عن الصدوق في الفقيه و والده و ابن الجنيد.
الثاني: عدم الصحة مطلقاً و هو المحكي عن أبي الصلاح و سلار و ابن ادريس و العلامة و سيِّد الرياض و صاحب الجواهر و نسبه الأخير إلى المشهور بين المتأخرين بل عامتهم.

الثالث: الصحة إذا بلغ عشراً و هو المحكي عن الشيخ و ابني البراج و حمزة - كما

(١) كما مرَّ من المختلف ٣٦٦/٧.

(٢) وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح ٧.

(٣) وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح ٥.

(٤) وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح ٢.

(٥) التهذيب ٧٥/٨، ح ١٧٣، وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح ٦.

(٦) المسالك ٩/٩.

(٧) قائله صاحب الحدائق فيها ١٥١/٢٥.

(٨) الجواهر ٥/٣٢ و ٤.

مرّ مصادر هذه المقالات فيما سبق - .

فلا بدّ من ملاحظة روايات الباب و هنّ على طوائف:

الطائفة الاولى: ما يدل على عدم نفوذه

منها: صحيحة أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي

بشيء. (١)

و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: كلُّ طلاق جائز إلا طلاق المعتوه

أو الصبي أو مُبْرَسَم أو مجنون أو مُكْرَه! (٢)

و منها: معتبرة بل موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام

عن علي عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الغلام حتّى يحتلم. (٣)

و منها: حسنة زكريا بن آدم قال: سألت الرضا عليه السلام عن طلاق السكران و الصبي و

المعتوه و المغلوب على عقله و من لم يتزوَّج بعد، فقال: لا يجوز. (٤)

و منها: خبر أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الصبي و لا

السكران. (٥)

الطائفة الثانية: ما يدل على نفوذه

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال: إذا

طلّق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقّها، فلا بأس و هو جائز. (٦)

لا بأس باضمارها لأنّ مضمرها سماعة.

و منها: موثقة جميل بن دراج عن أحدهما عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد

(١) وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح ١، الباب ٣٢ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٢) وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح ٣.

(٣) وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح ٨.

(٤) وسائل الشيعة ٨٣/٢٢، ح ٧، الباب ٣٤ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٥) وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح ٤.

(٦) وسائل الشيعة ٧٩/٢٢، ح ٧.

عقل و صدقته و وصيته وإن لم يحتلم.^(١)
 و منها: موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل
 و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم.^(٢)
 بناء على نقل «يجوز» كما هو الظاهر و أمّا بناءً على ورود «لا يجوز» فتُعَدُّ الرواية
 من الطائفة الأولى.

الطائفة الثالثة: ما يدل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشر سنين
 منها: صحيح ابن عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق
 الصبي إذا بلغ عشر سنين.^(٣)
 و منها: موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر
 سنين.^(٤)

أقول: هذه الموثقة نقلها الشيخ عن الكليني و لكنّها غير موجودة في الكافي بهذا
 السند^(٥)، و السند منقول قبلها بالنسبة إلى ما سبقها^(٦) و لذا ذهب بعض إلى خطأ الشيخ في
 هذا النقل كما عليه السيّد صاحب المدارك في نهاية المرام^(٧) بل يرى صاحب الحدائق
 «أنّه وهم»^(٨)، و لكن الأصل يدل على عدم خطأ الشيخ و السقط من نساخ الكافي و إن
 كان الأظهر الأولى بقرينة تداول الكُتُب الأربعة و دراستها لا سيّما الكافي الشريف كون
 السهو منه، و هو غير ممتنع في جِبِلَّةِ البشرِ إلاّ من عَصَمَهُ اللهُ تعالى.

(١) وسائل الشيعة ٢١٢/١٩، ح ٢، الباب ١٥ من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات.

(٢) الكافي ٦٤٥/١١، ح ٤ (١٢٤/٦) و نقل عنه في وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح ٥.

(٣) وسائل الشيعة ٧٧/٢٢، ح ٢.

(٤) التهذيب ٧٥/٨، ح ١٧٣ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٧٨/٢٢، ح ٦.

(٥) بل الموجود فيه يكون بالسند الرواية السابقة الماضية في أوّل هذه الطائفة الأخيرة.

(٦) راجع الكافي ٦٤٥/١١ ذيل ح ٤ (١٢٤/٦).

(٧) نهاية المرام ٨/٢.

(٨) الحدائق ١٥١/٢٥.

و حيث لم تتم موثقة ابن بكير مع وجود إرسال في رواية ابن أبي عمير فالطائفة الثالثة منحلّة عندنا، فتبقى الطائفتان الأولى والثانية، الأولى منهما بإطلاقها تشمل الصبي المميز والثانية منهما ظاهر فيها فتقيدها، ونتيجتها نفوذ طلاق الصبي المميز مطلقاً كما عليه الصدوق والده وابن الجنيد الإسكافي والله العالم.

تتمّة:

و أمّا ما ورد في صحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح وأمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتّى يدرك، فيعلم أنّه كان قد طلق، فإن أقرّ بذلك وأمضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب، وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته، الحديث. (١)

و كذا ما ورد في حسنة بريد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قلت له: جعلت فداك، فإن طلقها في تلك الحال ولم يكن قد أدرك أيجوز طلاقه؟ فقال: إن كان قد مسّها في الفرج فإنّ طلاقها جائز عليها وعليه، وإن لم يمسه في الفرج ولم يلد منها ولم تلد منه، فإنّها تعزل عنه وتصير إلى أهلها فلا يراها ولا تقرّ به حتّى يدرك فيسأل ويقال له: إنك كنت قد طلقت امرأتك فلانة فإن هو أقرّ بذلك وأجاز الطلاق كانت تطليقة بائنة وكان خاطباً من الخطّاب. (٢)

فلا يمكن الأخذ بهما لمخالفتهما مع الإجماع المُرَكَّبِ وعدم وجود القائل بالتفصيل بين الدخول وعدمه، وكذا لزوم صبر المرأة حتّى يُدرك الغلام ويُمضى ما فعله، وأمّا لو أنكر طلاقه فهي امرأته، فلم يقل به أحد، والحاصل التفاصيل الواردة بالنسبة إلى طلاق الصبي في هاتين الروايتين محلّ إعراض الأصحاب عليهم السلام والله العالم.

(١) وسائل الشيعة ٢٦/٢٢٠، ح ٤، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/٢٧٨، ح ٩، الباب ٦ من أبواب عقد النكاح و أولياء العقد.

الثامن: إسلام الصبي

قال الشيخ في المبسوط: «وَأَمَّا إِنْ كَانَ إِسْلَامُهُ مَعْتَبَرًا بِإِسْلَامِ نَفْسِهِ نُظِرَتْ، فَإِنْ كَانَ طِفْلًا بَحِيثًا لَا يَعْبرُ عَنِ نَفْسِهِ دُونَ سَبْعِ سِنِينَ فَإِنْ أَسْلَمَ فَلَا حَكْمَ لَهُ بِإِخْلَافٍ، وَإِنْ كَانَ مُرَاهِقًا مُمَيَّرًا فَأَسْلَمَ فَإِنَّ عِنْدَ قَوْمٍ لَا يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا بَارْتِدَادِهِ وَيَكُونُ تَبَعًا لِلوَالِدَيْنِ غَيْرَ أَنَّهُ يَفْرُقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا لِكَيْ لَا يَفْتَنَاهُ.

وَفِيهِمْ مَنْ قَالَ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ كَانَ مُسْلِمًا مِنْ هَذَا الْوَقْتِ، وَقَالَ قَوْمٌ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَارْتِدَادِهِ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ لِأَنَّ هَذَا الْوَقْتَ لَيْسَ بِوَقْتٍ لِلتَّعْذِيبِ حَتَّى يَبْلُغَ وَلَا يَكُونُ تَبَعًا لِلوَالِدَيْنِ وَالْأَوَّلُ أَقْوَى»^(١).

وَقَالَ فِي الْخِلَافِ: «الْمُرَاهِقُ إِذَا أَسْلَمَ حَكْمُ بِإِسْلَامِهِ فَإِنْ ارْتَدَّ بَعْدَ ذَلِكَ، حَكْمُ بَارْتِدَادِهِ وَإِنْ لَمْ يَتَّبَقُ قُتِلَ، وَلَا يُعْتَبَرُ إِسْلَامُهُ بِإِسْلَامِ أَبِيهِ وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ وَ مُحَمَّدٌ [بْنُ الْحَسَنِ الشَّيْبَانِي] غَيْرَ أَنَّهُ قَالَ: لَا يَقْتُلُ إِنْ ارْتَدَّ، لِأَنَّ هَذَا الْوَقْتَ لَيْسَ بِوَقْتِ التَّعْذِيبِ حَتَّى يَبْلُغَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ وَلَا بَارْتِدَادِهِ وَيَكُونُ تَبَعًا لِأَبِيهِ غَيْرَ أَنَّهُ يَفْرُقُ بَيْنَهُمَا لِكَيْ لَا يَفْتَنَاهُ، وَبِهِ قَالَ زُفَرٌ.^(٢)

وَفِي أَصْحَابِهِ مَنْ قَالَ: يَحْكُمُ بِإِسْلَامِهِ ظَاهِرًا، فَإِذَا بَلَغَ وَوَصَفَ الْإِسْلَامَ يَكُونُ مُسْلِمًا مِنْ هَذَا الْوَقْتِ.

دَلِيلُنَا: مَا رَوَاهُ أَصْحَابُنَا «إِنَّ الصَّبِيَّ إِذَا بَلَغَ عَشْرَ سِنِينَ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ الْحُدُودُ التَّامَّةُ وَاقْتَصَّ مِنْهُ، وَنَفَذَتْ وَصِيَّتُهُ وَعَتَقَهُ» وَ ذَلِكَ عَامٌ فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ.

وَ أَيْضًا قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يَهُودَانَهُ وَ يَنْصَرَانَهُ وَ يَمَجَّسَانَهُ، حَتَّى يَعْربَ عَنْهُ لِسَانُهُ فَإِمَّا شَاكِرًا أَوْ كُفُورًا» وَ هَذَا عَامٌ إِلَّا مِنْ أَخْرَجَهُ الدَّلِيلُ. وَ أَجَابَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ عَنْ ذَلِكَ بِأَنَّ قَالُوا: حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ

(١) المبسوط ٣/٣٤٥.

(٢) وَ هُوَ مِنَ الْأَخْنَفِ.

بالغاً، لأن أقل البلوغ عند الشافعي تسع سنين و عند أبي حنيفة إحدى عشرة سنة...»^(١).
و قال الشهيد بعد نقل هذه العبارة من الخلاف: «و هو قريب»^(٢).
و قال العلامة في مختلف الشيعة بعد نقل قول الشيخ في الكتابين: «و الذي قواه
الشيخ في المبسوط هو الأقوى، لأن التكاليف منوطة بالبلوغ و قبله لا تكليف»^(٣).
و قال في التحرير: «و إذا بلغ اللقيط و أسلم فهو مسلم... و لو كان صبيّاً مميّزاً و
وصف الاسلام حيل بينه و بين الكافر و الصبي غير المميز [و] المجنون لا يتصوّر
اسلامهما إلّا تبعاً...»^(٤).
و قال في لقطه التذكرة: «و أمّا الصبي فلا يصح إسلامه لأنّه غير مكلفٍ و لا اعتبار
بعبارته في العقود و غيرها سواء كان مميّزاً أو لا»^(٥).
و قد مرّ من حجر تذكّره^(٦) أن اسلام الصبي يدخل في مستثنيات محجوريته
فيكون مقبولاً.
و قال في القواعد: «الاسلام: و إنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون
الصبيّ و إن كان مميّزاً، لكن يفرّق بينه و بين أبويه خوف الاستزلال [الاستنزال]^(٧) و غير
التمييز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلّا بالتبعية...»^(٨).
و علّق عليه المحقّق الثاني بقوله: «لأنّه غير مكلف فلا يكون إقراره بالشهادتين

(١) الخلاف ٣/ (٥٩٣-٥٩١) مسألة ٢٠.

(٢) الدروس ٣/ ٧٩.

(٣) مختلف الشيعة ٦/ ١٠٩.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٤/ ٤٥١.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٧/ ٣٣٦.

(٦) راجع تذكرة الفقهاء ١٤/ ١٨٥.

(٧) نسخة بدل.

(٨) قواعد الأحكام ٢/ ٢٠٣.

معتداً به...»^(١).

و قال ثاني الشهيدين: «و أمّا الصبي فلا يصح إسلامه مطلقاً لأنّه غير مكلف و عبارته مسلوية بالأصل و للشيخ رحمته الله قول بصحة إسلام المراهق و هو ضعيف...»^(٢).

و قال المحقّق الأردبيلي: «نعم، الحكم باسلام المراهق غير بعيد لعموم من قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله صلى الله عليه وآله فهو مسلم، و قاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله و أمثاله كثيرة. و لأنّهم - إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدلة وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقّف عليه، و وجوب المعرفة و النظر في المعرفة يمكن أن يجيب عليهم ذلك لأنّ دليل وجوب المعرفة عقلي فكلّ مَنْ يعرف ذلك يدخل تحته و لا خصوصية له بالبالغ و لا استثناء في الأدلة العقلية فلا يبعد تكليفهم، بل يمكن أن يجب ذلك، فإذا اوجب عليهم يجب أن يصحّ منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه أيضاً و يترتب عليه الأحكام.

و أمّا لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله فإنّه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصوبتهم و قلّة تعقلهم شك، و لهذا يفعلون أفعالاً غير مستقيمة مثل اللعب الذي يفعله الصبيان و إذا بلغوا لم يفعلوه يقيناً، و للشبهة فيدراً الحدود بها، فإذا درأ عنهم الحدود لم يكونوا مرتدّين، و لا يدلّ على عدم الإسلام و عدم اعتباره (و عدم) إجراء هذه الأحكام عليهم لأنّ هذه من الفروع الفقهية و قد أجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم و عدم تكليفهم بها، و لهذا صرح بعض العلماء بأنّ الواجبات الأصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية.

و الظاهر أنّ ضابطه القدرة على الفهم و الأخذ و الاستدلال على وجه مقنع، ففي كلّ مَنْ و جد فيه ذلك يصحّ و يمكن أن يجب عليه ذلك المقدار و من لم يوجد فيه ذلك لم يجب»^(٣).

و أستشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله: «قلت: لا ريب أنّ الصبي قبل البلوغ

(١) جامع المقاصد ١١٩/٦.

(٢) المسالك ٤٧٥/١٢.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٤١١/١٠.

ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة و غمرته الشهوة و و ما يتراءى من قدرة بعض الصبيان فهو سريع الزوال و لهذا يفعل الأفعال الغير المستقيمة المخالفة لأفعال الرجال كاللعب الذي يستقبحه إذا بلغ، و لذا لم يحكموا برّدّته، لأنّه قد يعرض له لصبوته شك و لم يكلفوه بالفروع مع أنّها أهون من الأصول فكان في الواقع غير قادر على الاستدلال و الأخبار كشفت عن ذلك و لا استثناء في الدليل العقلي. و إذا كان الأمر كما قلت فهلاًّ جزمت به أنت و جزم به الشهيد....

نعم هناك إشكال مشترك الإلزام في الأصول و الفروع و هو أنّ الأثنى أنقص عقلاً و أوهن نفساً و أضعف رأياً فكيف فرّق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادرة إلى تحصيل المعرفة بالأصول و الفروع في أوّل تمام تسع السنين؟ و قد قيل في الجواب...»^(١).

و قال في الجواهر: «و ما عن خلاف الشيخ... مُنافٍ لمعلومية اعتبار البلوغ في التكليف نصاً و فتوى و سلب عبارته و فعله قبله إلا ما خرج بالدليل كوصيته، و ما أرسله في الخلاف... لا جابر له أعرض عنه الأصحاب والمرسل عنه: كلّ مولود... مضافاً إلى إجمال دلالاته.

و أمّا قبول إسلام عليّ عليه السلام قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص اولاده المعصومين عليه السلام و أمثالهم كحبيبي و عيسى عليه السلام و الحجة صاحب الأمر روي له الفداء». ثم استغرب كلام الأردبيلي و قال في ردّه «إذ لا يخفى عليك ما فيه من كونه كالاتجاه في مقابلة المقطوع به نصاً و فتوى من رفع القلم عن الصبي حتّى يبلغ و لعننا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلا أنّ ذلك لا ينافي عدم جريان الأحكام عليه و ليس فيه تخصيص للدليل العقلي كما هو واضح»^(٢).

أقول: قد مرّ عن الحنفية^(٣) القول بقبول إسلام الصبي و عن الشافعية^(٤) عدمه، و

(١) مفتاح الكرامة ٥٧٤/١٧ و ٥٧٣.

(٢) الجواهر ٣٨/١٨٣-١٨١.

(٣) الفقه على المذاهب الأربعة ٣٦٣/٢.

(٤) الفقه على المذاهب الأربعة ٣٦٥/٢.

مشهور الأصحاب عدم قبوله ولكن للشيخ في الخلاف والعلامة في حجر التذكرة و الشهيد في الدروس و الأردبيلي في مجمع الفائدة و السيّد الخوئي في المصباح^(١) قول بقبول إسلامه.

و المختار هو قبول اسلام الصبي إذا كان مميّزاً و الوجه في ذلك عدم تمامية أدلة القول بأنّ الصبي مسلوب العبارة فعبارته و ألفاظه و أقواله معتبرة إذا كان مميّزاً إلاّ خرج بالدليل كاستقلاله في العقود و الايقاعات لحجره. فحينئذ اسلامه مقبول.

و لأنّ الاسلام أمر واقعي يدور مدار الإقرار بالشهادتين - التوحيد و نبوة الرسول الأعظم ﷺ - و كلّ مَنْ أقرّ بالشهادتين فهو مسلم ولو كان صبياً مميّزاً. و يترتب عليه حقن دمه و حرمة ماله و الحكم بطهارته و جواز نكاحه و حلّيّة ذبيحته و جريان التوارث في حقّه و وجوب تجهيزه إن مات.

و تدلّ عليه موثقة سماعة عن أبي عبد الله^(٢) قال: - في الحديث - الإسلام شهادة أن لا إله إلاّ الله و التصديق برسول الله ﷺ به حُقِنَت الدماء و عليه جرت المناكح و الموارث و على ظاهره جماعةُ الناس، الحديث^(٢).

و خبر سفيان بن السَّمْطِ عن أبي عبد الله^(٣) قال: - في حديث - الاسلام هو الظاهر الذي عليه الناس شهادة أن لا إله إلاّ الله و أنّ محمداً رسولُ الله و إقامُ الصلاة و إيتاءُ الزكاة و حجُّ البيت و صيامُ شهرِ رمضانَ فهذا الإسلام، الحديث^(٣).

و اطلاق هاتين الروايتين يشمل للصبي المميّز ولكن لا تترتب عليه الأحكام الإلزامية لجريان حديث رفع القلم.

و نحوهما مرسلّة القاضي نعمان المصري عن أبي عبد الله^(٤) عن آباءه^(٥) عن أمير المؤمنين^(٦) قال: أنّ رسول الله ﷺ كان إذا بعث جيشاً أو سرية أوصى صاحبها بتقوى الله في خاصة نفسه و من معه من المسلمين خيراً، و قال: اغزوا بسم الله و في سبيل الله و على

(١) مصباح الفقاهة ٢٣٥/٣ و ما بعده.

(٢) الكافي ٧٢/٣، ح ١ من الطبعة الحديثة (٢٥/٢) من الطبعة السابقة).

(٣) الكافي ٧٠/٣، ح ٤ (٢٤/٢).

مَلَّةَ رَسُولِ اللَّهِ، وَ لَا تَقَاتِلُوا الْقَوْمَ حَتَّىٰ تَحْتَجُّوا عَلَيْهِمْ بِأَن تَدْعُوهُمْ إِلَىٰ شَهَادَةِ أَن لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَ أَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ وَ الْإِقْرَارَ بِمَا جِئْتُ بِهِ مِنْ عِنْدِ اللَّهِ فَإِن أَجَابَكُمْ فَأِخْوَانَكُمْ فِي الدِّينِ، الْحَدِيثُ. (١)

و قبول اسلام المميّز ليس لأجل التبعية من والده أو أشرف أبويه، بل لأجل ما ذكرنا، وإن كانت رواية تبعية الاولاد لآبائهم تامة في محلّها و هي من المسلّمات عند الفقهاء العظام و قيام السيرة المتشرعة عليها، ولكن القدر المتيقن منها هو الطفل الصغير الذي لم يبلغ إلى حدّ التمييز.

و يلحقون أطفال المؤمنين الذين ماتوا قبل البلوغ إلى آبائهم في الجنة إقراراً (٢) لأعين المؤمنين كما ورد في خبر أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَ اتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ (٣) قال: فقال: فَصَرَّتِ الْأَبْنَاءُ عَنْ عَمَلِ الْأَبَاءِ فَأَلْحَقُوا الْأَبْنَاءَ بِالْأَبَاءِ لِتَقَرَّرَ بِذَلِكَ أَعْيُنُهُمْ. (٤)

و أنت ترى بأنّ الرواية مطلقة لا تختص بالابن الذي لا يبلغ، و يمكن القول بشمولها للأبناء البالغين، ولكنّها مختصة بالآخرة فقط و سند الصدوق (٥) إليها معتبر.

نعم ورد «في حديث آخر: أمّا أطفال المؤمنين فيلحقون بآبائهم، و اولادُ المشركين يلحقون بآبائهم و هو قول الله عزّ وجلّ: ﴿بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾. (٦)

لا خلاف و لا إشكال في دخول أطفال المؤمنين الجنة ولكن دخول أطفال المشركين في النار منوط بامتحان آخر يجري عليهم في القيامة و هو كما ورد في صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث: فَيَبْعَثُ اللَّهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا مِنَ الْمَلَائِكَةِ فَيُؤَجِّحُ

(١) دعائم الاسلام ٣٦٩/١ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٣١/١١، ح ١.

(٢) أقو عنيه إقراراً. و ليس من: قَرَّرَ تقريراً.

(٣) سورة الطور / ٢١.

(٤) الكافي ٦١٢/٥، ح ٦ (٢٤٩/٣).

(٥) راجع التوحيد / ٣٩٤، ح ٧.

(٦) الكافي ٦١١/٥، ح ٣ (٢٤٨/٣).

لهم ناراً ثمَّ يبعثُ اللهُ إليهم ملكاً فيقول لهم: إنَّ ربَّكم يأمرُكم أن تَتَّبِعُوا فيها فَمَنْ دخلها كانت عليه برداً و سلاماً و أُدْخِلَ الجنَّةَ و من تَخَلَّفَ عنها دخل النار. (١)

و مثلها خبر عبد الله بن سلام مولى رسول الله ﷺ. (٢)

نعم، لو ارتدَّ الصبي المميَّز عن الاسلام يلحق بالكفار ولكن لا تجري عليه أحكام الارتداد من وجوب قتله و تقسيم أمواله و بينونة زوجته لرفع القلم عن الصبي بالنسبة إلى الأحكام الإلزامية.

التاسع: عبادات الصبي

العبادات إمَّا واجبة و إمَّا مستحبة:

لا إشكال في صحة المستحبات بالنسبة إلى الصَّبيان لشمول أدلتها لهم و لعدم التنافي بين حديث رفع القلم عنه و إطلاقها - حتى على القول بأنَّ المراد من رفع القلم هو قلم التشريع - لأنَّ المرفوع فيه الامتنان و لا منَّة في رفع المستحبات، بل المرفوع فيه الكلفة و لا كلفة في المستحبات لجواز تركها.

أمَّا الواجبات من العبادات

فقد اتفقوا على شرطية البلوغ في ترتب الوجوب و التحريم بمعنى عدم العقاب على الصبي في تركه و فعله، و اختلفوا في شرطية البلوغ لشرعية العبادات و صحتها على أقوال:

الأوَّل: التمرينية المحضه: و المراد بها أنَّ عباداته بالنسبة إليه تمرينية صِرْفَةً بجهة تمكَّنه من الإتيان بها صحيحةً بعد بلوغه فحينئذ لا يترتب عليها ثواب له و ان كان لوليِّه ثواب التمرين لذلك و هو مختار جماعة من الأصحاب منهم العلامة في المختلف. (٣)

الثاني: الشرعية المحضه: بمعنى أنَّ عباداته تكون كعبادات البالغين و مطلوبة من الشارع و يترتب عليها الثواب من الله تعالى له و هو المحكي عن مشهور الأصحاب

(١) الكافي ٦٠٩/٥، ح ١ (٢٤٨/٣).

(٢) التوحيد ٣٩٠/١، ح ١، باب الأطفال و عدل الله عزَّ وجلَّ فيهم.

(٣) مختلف الشيعة ٣٨٦/٣.

-رضوان الله تعالى عليهم - كما حكاه عنهم صاحب الحدائق^(١).

الثالث: الشرعية التمرينية: بمعنى أنّ الاتيان بهذه العبادات مطلوبٌ مِنْ قِبَلِ الشَّارِعِ ولكن لا لأنفسها بل لحصول التعمُّد و التمرّن على العمل بعد البلوغ، حكاه صاحب العناوين^(٢) عن جماعة من المتأخرين و جملة من معاصريه و اختاره، و كما يظهر هذا القول من الاستاذ المحقّق - مدّله -^(٣).

و الفرق بين الأقوال: في القول الأوّل لا يترتب على عبادات الصبي ثواب له أصلاً، و على القولين الأخيرين يترتب عليها الثواب له ولكن على الثاني يترتب على نفس عباداته من الصلاة و الصيام و على الثالث يترتب على التمرين بالعبادة لانفسها. و كذلك تظهر الثمرة في جواز نيابة الصبي عن ميت، أو حيّ بالأجرة أو بدونها، فعلى القول الثاني يجوز نيابته و على القولين - الأوّل و الثالث - لا يجوز.

أمّا القول المختار و دليله:

فقد يقال: اطلاق الخطابات الشرعية نحو قوله تعالى: ﴿اقِيمُوا الصَّلَاةَ﴾^(٤) ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ﴾^(٥) ﴿لِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ﴾^(٦) و اعلموا أنّما غنمتم من شئٍ فأنّ لله خُمُسَهُ...^(٧) تشمل الصبي الذي يتمشّي منه القصد فتصح منه العبادة و لا يعارضه حديث رفع القلم عن الصبي لأنّ المرفوع إن كان هو خصوص المؤاخذة فواضح و إن كان المرفوع هو قلم التشريع و التكليف و المؤاخذة - كما نقول به - فكذلك لأنّ لا امتنان في رفع مشروعية العمل و محبوبيته، نعم الإلزام به و كُلفت و المؤاخذه في تركه مرفوعة و أمّا

(١) الحدائق ٥٣/١٣.

(٢) العناوين ٦٦٦/٢ و ٦٧٢.

(٣) راجع تحقيق الاصول ٣٧٨/٣.

(٤) سورة البقرة / ٤٣.

(٥) سورة البقرة / ١٨٣.

(٦) سورة آل عمران / ٩٧.

(٧) سورة الأنفال / ٤١.

أصل مشروعيته و مطلوبيته باق كما هو مختار المحقق العراقي^(١) و السيّد الحكيم^(٢).
و فيه: الوجوب بسيط و ليس مُرَكَّباً من طلب الفعل مع المنع من الترك حتّى
حديث رفع القلم يرفع المنع و يبقى طلب الفعل، بل حديث الرفع يرفع أصل الوجوب
البسيط بتمامه فلا يبقى دليل على مشروعيته، إلّا على القول بأنّ المرفوع هو المؤاخذه
فقط ولكنه لا يتم عندنا، كما يظهر هذا الاشكال من السيّد الخوئي في كتابيه^(٣).
ولكن الدليل التام على مشروعية عبادات الصبي هو الروايات الواردة على الأمر
بأمر الصبيان بالصلاة و الصوم، و بعضها في تكليفهم بالعبادات الدالة على مشروعيتها^(٤)؛
منها: صحيحة محمد بن مسلم* عن أحدهما عليه السلام في الصبي متى يصلي؟ فقال: إذا
عقل الصلاة، قلت: متى يعقل الصلاة و تجب عليه؟ قال: لست سنين^(٥).
و هذه الصحيحة محمولة على الاستحباب لأننا نعلم بأنّ الوجوب مشروط بالبلوغ.
و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: إنا نأمر صبياننا
بالصلاة، إذا كانوا بني خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بني سبع سنين،
الحديث^(٦).
و منها: خبر اسحاق بن عمار* عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا أتى على الصبي ست
سنين و جب عليه الصلاة، وإذا أطاق الصوم و جب عليه الصيام^(٧).
و هو محمولٌ على الاستحباب، ولكنّ في السند ضعفاً بمحمد بن الحصين لأنّه
مهمل أو مجهول.

(١) نهاية الأفكار ٣٩٩/١.

(٢) حقائق الاصول ٣٤٢/١.

(٣) مصباح الفقاهة ٢٤٢/٣، المحاضرات في اصول الفقه ٣/٢٦٦-٢٦٤.

(٤) قد جعلت علامة* لما تدل على مشروعيتها حتّى تتميز من روايات الامر بالامر.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/٤، ح ٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

(٦) وسائل الشيعة ١٩/٤، ح ٥.

(٧) وسائل الشيعة ١٩/٤، ح ٤.

و منها: خبر عبدالله بن فضالة عن أبي عبدالله أو أبي جعفر عليهما السلام - في حديث - قال: سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك و كفيك فإذا غسلهما قيل له: صلّ، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين، فإذا تمت له علّم الوضوء و ضرب عليه و أمر بالصلاة و ضرب عليها، فإذا تعلّم الوضوء و الصلاة غفر الله لوالديه إن شاء الله. (١)

و منها: خبر الأربعمائة عن علي عليه السلام: علّموا صبيانكم الصلاة و خذوهم بها إذا بلغوا ثماني سنين. (٢)

و منها: ما رواه السيّد فضل الله الراوندي بإسناده عن موسى بن جعفر عليهما السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال علي عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مرّوا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء ست سنين و اضربوهم إذا كانوا أبناء سبع سنين و فرقوا بينهم في المضاجع إذا كانوا أبناء عشر سنين. (٣)

و منها: خبر الجعفریات بإسناده عن جعفر بن محمد عليهما السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله، مرّوا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء عشر سنين. (٤)

و منها: معتبرة الفضيل بن يسار قال: كان علي بن الحسين عليهما السلام يأمر الصبيان يجمعون بين المغرب و العشاء، و يقول: هو خير من أن يناموا عنها. (٥)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إنّنا أمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بني سبع سنين بما أطلقوا من صيام اليوم فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش و الغرث أظفروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمرّوا صبيانكم إذا

(١) وسائل الشيعة ٢٠/٤، ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٢٠/٤، ح ٨.

(٣) مستدرک الوسائل ١٨/٣، ح ٢، الباب ٣ من أبواب أعداد الفرائض.

(٤) مستدرک الوسائل ١٩/٣، ح ٣.

(٥) وسائل الشيعة ٢١/٤، ح ١، الباب ٤ من أبواب أعداد الفرائض.

كانوا بني تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام، فإذا غلبهم العطش أفطروا. (١)

الغرض: الجوع

و منها: صحيحة زرارة* عن أحدهما عليه السلام قال: إذا حَجَّ الرجل بِأَيِّهِ و هو صغير فَإِنَّهُ يَأْمُرُهُ يَلْبِي وَيَفْرُضُ الْحَجَّ، فَإِنْ لَمْ يُحْسَنْ أَنْ يَلْبِي لَبَّوْا عَنْهُ و يَطَافُ بِهِ و يَصَلِّي عَنْهُ، قُلْتُ: لَيْسَ لَهُمْ مَا يَذْبَحُونَ، قَالَ: يَذْبَحُ عَنِ الصَّغَارِ و يَصُومُ الْكِبَارِ، و يَتَّقِي عَلَيْهِمْ مَا يَتَّقِي عَلَى الْمَحْرَمِ مِنَ الثِّيَابِ و الطَّيِّبِ، و إِنْ قَتَلَ صَيْدًا فَعَلَى أَبِيهِ. (٢)

منها: خير أبان بن الحكم* قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الصبي إذا حجَّ به فقد قضى حجة الإسلام حتى يكبر، الحديث. (٣)

ولكن استشكل المحقق الخراساني (٤) في دلالة هذه الروايات بتوضيح منّا: بأنَّ المحتمل في مقام الثبوت بالنسبة إليها ثلاثة وجوه: الأول: أن يكون الغرض قائماً بنفس الأمر، كأن يأمر بالأمر لمصلحة إثبات أمرية الثاني.

الثاني: أن يكون الغرض قائماً بالفعل المأمور به - الثاني - كما في قوله تعالى: ﴿بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ﴾ (٥).

الثالث: أن يكون الغرض قائماً بالفعل الحاصل من المأمور - الثالث - بشخصه المنبعث من أمر هذا الأمر الثاني.

و مع هذه المحتملات الثلاثة لا يدلُّ الأمر بالأمر في مقام الإثبات على كونه أمراً به إلا بقرينة تعيّن أنه المحتمل الثالث، و هي مفقودة.

(١) وسائل الشيعة ٢٣٤/١٠، ح ٣، الباب ٢٩ من أبواب من يصح منه الصوم.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨٨/١١، ح ٥، الباب ١٧ من أبواب أقسام الحج.

(٣) وسائل الشيعة ٤٥/١١، ح ١، الباب ١٣ من أبواب وجوب الحج و شرائطه.

(٤) راجع كفاية الاصول ٢٦٩/١، مع تعليقه الشيخ عباس علي الزراعي السبزي واري، طبعة جماعة المدرسين، عام ١٤٢٦.

(٥) سورة المائدة / ٦٧.

و تبعه في هذه المحتملات و الإجمال المحقق الروحاني^(١).

جوابه: ما ذكره المحقق الخراساني^(٢) جار في «العلم» لأنه قد يؤخذ جزءاً للموضوع و قد يؤخذ تمام الموضوع و قد يؤخذ طريقاً ولكن الإرتكاز العرفي من الأمر هو الطريقة إلى مطلوبية الشيء فقط^(٣) و الشاهد عليه «إذا أمر المولى أحد عبده أن يأمر عبده الآخر بكذا، و اطلع عليه العبد الآخر من غير توسط أمر المأمور و ترك الفعل، فإنه مع اعترافه بالاطلاع يؤاخذ به المولى بتركه»^(٣).

و احتمالان الآخرا لا يقاومان هذ الإرتكاز العرفي و الظهور العقلائي، فما ذكره المحقق الخراساني^(٤) لا يتم.

فحينئذ ما ورد من الروايات من أمر الأولياء أولادهم بالعبادات تدل على مطلوبيتها الشرعية و محبوبيتها و مشروعيتها.

ولكن مع ذلك كله يظهر من الأستاذ المحقق - مدظله - على فرض تسليم ظهور الأمر عرفاً في الطريقة لم تثمر شرعية عبادات الصبي، «لأن غاية ما يفيد ذلك هو تعلق غرض للأمر الأوّل بذلك الفعل كالصلاة، ولكن هل الغرض هو نفس الغرض في عبادات البالغين أو أنّ هناك في أمر الصبي بالصلاة غرضاً آخر؟... بل إنّها صريحة في أنه «التعويد» ففي صحيحة الحلبي المتقدمة^(٤)... و على هذا فإنّ الغرض بالفعل متحقق، لكنّه غرض آخر غير الغرض القائم بصلاة البالغين...»^(٥).

و العجب من سماحته - مدظله - كيف غفل بأنّ «التعود» الوارد في صحيحة الحلبي لم يرد إلا فيها، و يردّ في الصيام الباطل فقط و لا يمكن التعدي منه إلى غيرها من العبادات الصحيحة، و غايته أنه يُعدّ من حكم التشريع و ذلك لا يوجب قصر حكم

(١) راجع منتقى الأصول ٥١٥/٢.

(٢) راجع المحاضرات ٣/٢٦٦-٢٦٤.

(٣) الشاهد مأخوذ من شيخنا الاستاذ^(٤) في كتابه «دروس في مسائل علم الأصول» ٢/٢٩٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٠/٢٣٤، ح ٣.

(٥) تحقيق الاصول ٣/٣٧٨.

المشروع على خصوصه كما هو واضح عنده وعند الكلّ، وكما اعترف بأنّه حكمة الفقيه السبزواري رحمته الله (١).

و عليه دلالة الأمر الوارد بأمر الأولياء أولادهم بالصلاة والصيام على مشروعية عبادات الصبي تامّة كما عليه المحقق السيّد الخوئي (٢) و شيخنا الاستاذ رحمته الله (٣). مضافاً إلى وجود عدّة من الروايات الواردة في تكليفهم بالعبادات الدالة على مشروعيتها نحو: صحيحة محمد بن مسلم و خبر اسحاق بن عمار و صحيحة زرارة و خبر أبان بن الحكم، الماضيات كلّها آنفاً (٤) و الحمد لله أولاً و آخراً.

العاشر: التفصيل في معاملات الصبي بين الخطير و الحقيق

و المنع في الأوّل و الجواز في الثاني و يظهر هذا من الفيض الكاشاني قال في مفاتيحه: «الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به منه في الشيء الدون دفعاً للخرج في بعض الأحيان» (٥).

و قال الشيخ اسدالله التستري بعد نقل كلام صاحب المفاتيح: «و يمكن أن يستأنس لذلك، مضافاً إلى السيرة المستمرة و قضاء الحاجة و الضرورة في كلّ من المعاملة و دفع العوض و أخذه منه، بما رواه الشيخ في الموثق كالصحيح عن عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن شهادة الصبي و المملوك؟ فقال: على قدرها يوم أشهد تجوز في الأمر الدون و لا تجوز في الأمر الكثير» (٦).

و هذا القول لا يخلو من قوة إلا أنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، و أمّا السيرة و

(١) مهذب الأحكام ٢٧٧/١٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٤٣/٣.

(٣) دروس في مسائل علم الاصول ٢٩٣/٢.

(٤) مع علامة *.

(٥) مفاتيح الشرائع ٤٦/٣.

(٦) التهذيب ٢٥٢/٦، ح ٦٥٠ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٤٤/٢٧، ح ٥، الباب ٢٢ من أبواب كتاب الشهادات.

الضرورة فالتمسك بهما في مقابل إطلاق الآية و الرواية و فتوى الإمامية و غيرهم خروج عن جادة الصواب و عدول عن طريق الاحتياط»^(١).

وجوه الاستدلال على هذا التفصيل:

الأول: الحرج

بتقريب: أنّ الحكم ببطالان المعاملة في المحقرات يستلزم الحرج المنفي في الشريعة المقدسة، فنفيه يقتضي صحتها، و هذا الدليل مذكور في كلام الفيض الذي هو المؤسس لهذا التفصيل.

و يرد عليه: أولاً: بمنع الصغرى الوارد في كلام الشيخ الأعظم حيث يقول: «فإن الحرج ممنوع سواء أراد أنّ الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائعها، أم أراد أنّه يلزم من التجنّب عن معاملتهم بعد بناء النسا على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحفيرة»^(٢).

ثم ذكر أنّه لو أراد استقلال الصبي في البيع و الشراء بماله دون إذن الولي في المحقرات يكون مخالفاً للاجماع.^(٣)

و ثانياً: على فرض تحقق الحرج فهو ينفي الحكم الشرعي و لا يثبتته كما مرّ مراراً. لأنّه من الأدلة النافية للأحكام الشرعية و ليس بمثبتها.

و ثالثاً: يمكن القول بألية الصبي بالنسبة إلى المحقرات نحو أخذها و وضع أثمانها في صندوق، أو دخول الحمام و وضع الأجرة في كوز الحمامي، أو شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها، فحينئذ يرتفع الحرج من الأساس و لا يتم التفصيل.

رابعاً: هذا كلّه على مسلك المشهور من بطلان معاملات الصبي مطلقاً و أمّا على مسلك المختار من صحة بيع الصبي إذا كان مأذوناً من وليّه و كذا صحّة شرائه و غيرهما

(١) مقابس الأنوار / ١١٣.

(٢) المكاسب / ٢٨٧/٣.

(٣) المكاسب / ٢٨٧/٣.

من معاملاته فلا يكون حرجاً أصلاً لأنّ الولي أجازَه فيكون بيعه صحيحاً و كذلك معاملاته.

الثاني: السيرة

و هي مذكورة في كلام المحقّق التستري رحمته الله و مراده: قيام السيرة المستمرة الثابتة عند المتشعبة من الحكم بالصحة في معاملات الصبي في الأشياء الحقيرة. و يرد عليها: أوّلاً: نعم، وجود هذه السيرة عند المتشعبة ممّا لا ينكر، ولكنّها لا تثبت صحة معاملات الصبي في المحقرات، لإمكان القول بأنّه كالآلة في غيرها من المعاملات الحقيرة و جعل الثمن في المكان المعدّله كما مرّ.

و ثانياً: هذه السيرة لا تكشف عن نفوذ معاملاتهم استقلالاً، بل يمكن القول بجرابانها لأجل تمامية معاملاتهم بإذن أوليائهم على ما هو المختار من صحة بيع الصبي مع إذن وليه.

و ثالثاً: قد عرفت من المحقّق التستري المستدل بها كلامه في نقدها بأنّ «التمسك بها في مقابل إطلاق الآية و الرواية و فتوى الإمامية و غيرهم خروج عن جادة الصواب و عدول عن طريق الاحتياط»^(١).

الثالث: موثقة عبيد بن زرارة^(٢)

الماضية المذكورة في كلام المحقّق التستري مضافاً إلى ما ورد من نقدها في كلامه بأنّ الأصحاب تركوا العمل بالخبر، يرد عليها: أنّ الرواية مختصة بباب الشهادة و سريانها منها إلى المعاملات يكون أشبه شيءٍ بالقياس المردود في الشريعة المقدسة و لعلّ من جهة أهمية الشهادة و عدم تعطيل الحقوق و ردت هذه الرواية.

(١) مقابس الأنوار / ١١٣.

(٢) وسائل الشيعة ٣٤٤/٢٧، ح ٥.

الرابع: فعل أبي الدرداء (عُوَيْمِنُ بْنُ زَيْدٍ)

قال العلامة في التذكرة: «و لا فرق بين الشىء اليسير و الكثير في المنع من تصرف غير المميّز. و قال أحمد: يصحّ تصرف غير المميّز في الشىء اليسير، لأنّ أبا الدرداء اشترى عصفوراً من صبي و أرسله. و فعله ليس حجةً، و جاز أن يكون قد عرف أنه ليس ملكاً للصبي فاستنقذة منه»^(١).

أقول: قد يظهر من العلامة؛ تقريب الدلالة و نقدها فلا نعيد.

الخامس: معتبرة السكوني

عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماء فإنّها إن لم تجد زنت إلاّ أمة قد عرفت بصنعة يدٍ، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنّه إن لم يجد سرق.^(٢)

للاستدلال بهذه الرواية أربعة تقريبات:

التقريب الأوّل: علل النهى عن كسب الصبي بأنّه «إن لم يجد سرق» و مع إمكان التعليل بعدم المقتضي لم تصل النوبة إلى التعليل بوجود المانع، و إذا كانت معاملاته باطلة، فلا يحتاج إلى نسبة البطلان و التعليل عليه بوجود المانع و هو احتمال مسروقية المبيع. فالتعليل بوجود المانع يستفاد منه صحة معاملات الصبي أولاً و بالذات، أو لا أقل من وجود مقتضي الصحة فيها، لأنّ مع وجود التعليل الذاتي لم تصل النوبة إلى التعليل العرضي.

التقريب الثاني: النهى الوارد فيها يكون نهياً تنزيهياً، لا تحريمياً فيكون ظاهراً في الكراهة لا الحرمة، و لذا استفاد منها صاحب الوسائل الكراهة و قال في عنوان الباب: «كراهة كسب الصبيان الذين لا يحسنون صناعة...»^(٣).

(١) تذكرة الفقهاء ٢٤٣/١٤.

(٢) وسائل الشيعة ١٦٣/١٧ ح ١، الباب ٣٣ من أبواب ما يكتسب به.

(٣) وسائل الشيعة ١٦٣/١٧.

و الكراهة في المعاملة تَجْتَمِعُ مع الصحة حتَّى في مورد الكراهة و أمَّا في غيرها فواضح.

التقريب الثالث: سياق الرواية يقتضي صحة معاملات الصبي لأنَّ المعاملة على مكتسبات الإماء صحيحة أولاً و بالذات ولكن نُهي عنها ثانياً و بالعرض باحتمال أنها «إذا لم تجد زنت» فكذلك الأمر في الصبي.

التقريب الرابع: تقييد الموضوع بـ«الذي لا يحسن صناعة بيده» ظاهرٌ في عدم فساد معاملة الصبي، فلو كانت معاملته باطلة يلغى هذا التقييد، لأنَّ معاملته باطلة سواء أحسن صناعة أم لم يحسنها.

مع إضافة نكتة حتَّى تتَمَّ دلالتها على التفصيل المذكور و هي عدم معهودية إيكال المعاملات الخطيرة و المهمة إلى الصبيان و الإماء و العبيد في تلك العصور و في زماننا هذا، فالنهي الوارد فيها يختص بالمحقرات و تدلُّ على التفصيل، و ليس فيها إطلاق حتَّى تشمل المعاملات المهمة الخطيرة و فحينئذ تدل على المطلوب. كما تظهر هذه النكتة الأخيرة من المحقِّق السيِّد الخميني^(١) و الأستاذ المحقِّق^(٢) - مدظله - .
و أمَّا نقد تقاريب دلالتها:

قال المحقِّق الاصفهاني في نقد التقريب الأوَّل: «أولاً: فبأنَّ المراد بالكسب، و إن كان مكسوبه، لا المعنى المصدري و إلا فمع فرض الموضوع لا يعقل احتمال السرقة فيه، بل المكسوب العرفي أي ما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو باستعطاء من الغير أو بسرقة، فليس الاكتساب المعاملي مفروضاً حتَّى إذا لم يحرم مع العلم بعدم السرقة يكون دليلاً على نفوذ معاملته ليكون من قبيل الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضي في الحكم بعدم مقتضاه.

و أمَّا ثانياً: فإنَّه لو فرض تحقق الاكتساب المعاملي، كما إذا نهى عن التصرف في

(١) كتاب البيع ٣٥/٢.

(٢) العقد النضيد ٤٧٢/٢.

ما اكتسبه بالمعاملة من لايبالي بالربا، فإنّ النهي بلحاظ هذه الحيثية، لا بلحاظ إنفاذ معاملته مع عدم هذا الاحتمال، بل كسبه نافذ جائز بقواعده، فربّما يجوز و ربّما لا يجوز»^(١).

و اعترض عليه المحقّق الأردكاني بقوله: «إمّا ما ذكره أوّلاً... ففيه: أوّلاً: أنّه لا يبعد دعوى ظهور الكسب في المكسوب المعاملي.

و ثانياً: سلمنا أنّ المراد منه المكسوب العرفي الشامل لما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو باستعطاء من الغير أو بسرقة إلاّ أنّه يدل على أنّه لولا احتمال كونه سرقة لما كان منهياً و إلاّ لزم المحذور المذكور من الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضي في الحكم بعدم اقتضاه.

و أمّا ما ذكره ثانياً... ففيه: أنّه إذا كان النهي بلحاظ ذلك الاحتمال فيستفاد منه جواز التصرف فيما اكتسبه مع قطع النظر عنه فيكشف عن دخوله في ملكه اللازم منه نفوذ معاملته و إلاّ لو لم يجز التصرف فيه مع قطع النظر عنه اللازم منه فساد معاملته من أصلها، لا وجه لكون النهي بلحاظ ذلك الاحتمال لاستلزامه المحذور المتقدّم»^(٢).

أقول: مضافاً إلى ما ذكره المحقّق الأردكاني يمكن أن يرد عليه: بأنّ المعنى المصدري يمكن أن يجمع مع السرقة أو احتمالها لأنّه يبيع و يشتري و يكتسب مع الأموال المسروقة فيصدق عليه المعنى المصدري مع احتمال السرقة. هذا أوّلاً.

و ثانياً: يطرق في النهي الحيثي أيضاً نفوذ معاملته و إلاّ لا يصح النهي عنها حتّى بهذه الحيثية، لما مرّ في تقريب الاستدلال.

و قال المحقّق الاصفهاني في نقد التّقرّيبين: الثاني و الثالث: «أنّ النهي حيثي جهتي لرعاية هذا الاحتمال الراجع مع حفظ سائر الجهات، بحيث إذا أذن الولي في التصرف فيما بيد الغلام لا ترفع الكراهة مع هذا الاحتمال، و إلاّ مع عدم إذن الولي لا يجوز

(١) حاشية المكاسب ٢٦/٢.

(٢) غنية الطالب ٢٥٥/٢.

التصرف فيما بيد الصبي وإن علم أنه ملكه بالإرث لا بالمعاملة، فلا بدّ من حمل النهي على كونه من حيثية خاصة لا مطلقاً وبلحاظ تمام الجهات فتدبره فإنه حقيق به»^(١) و ردّه المحقّق الأردكاني بقوله: «ففيه: إنّ النهي إذا كان من حيثية خاصة فالظاهر منه انتفائه من سائر الحثيات و الجهات»^(٢).

أقول: يمكن اجتماع النهي الحثي مع كونها نهياً تنزيهياً و يستفاد من الأخير الحكم بالصحة في معاملاته و المعاملة معه، نعم، اعتبار السياق عندنا محل تأمل بل منع فلا يتم التقريب الثالث فقط.

و أمّا ما ذكره المحقّق الأردكاني ففيه: إمكان اجتماع النهي الحثي و الجهتي مع سائر الجهات و الحثيات كما لا يخفى.

و قال المحقّق الاصفهاني في نقد تقريب الرابع: «أنّ التقييد لتحقيق موضوع الكراهة فإنّ احتمال السرقة احتمالاً راجحاً إنّما يكون في حقّ من لا يحسن صناعة بيده دون من يحسنها»^(٣).

و ردّه المحقّق الأردكاني بقوله: «ففيه: إنّ الظاهر من التقييد انتفاء النهي عن كسب الغلام الذي يحسن الصناعة بيده، لأنّ من لا يحسنها يكون احتمال السرقة في حقّها راجحاً بخلاف من يحسنها فإنه يكون احتمال كونه ممّا اكتسبه بصناعة يده في حقّه احتمالاً راجحاً فيدل على نفوذ معاملته في الجملة فتأمل»^(٤).

نقد الشيخ الأعظم على دلالة المعبرة:

يقول بتوضيح منّا: تتّم دلالتها على التفصيل بتقريباتها المتعددة بناءً على أن الكسب الوارد فيها أريد به معناه المصدرى من بيع أو شراء أو تجارة أو إجارة و نحوها ولكن إن أريد به معناه الاسم المصدرى أي مكسوب الغلام و ما وقع في يده لم تتم

(١) حاشية المكاسب ٢٦/٢.

(٢) غنية الطالب ٢٥٥/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢٦/٢.

(٤) غنية الطالب ٢٥٥/٢.

الدلالة.

و بناءً على ارادة المكسوب من الكسب - أي معناه الاسم المصدري - لم يفرض في الرواية كراهة معاملة الصبي حتى يستفاد منها صحتها، بل المراد منها حزاة التصرف في ما بيد الصبي بلا فرق بين كيفية حصوله فيه من التقاط يجوز تملكها، أو أجره إيجار، أو حيازة مباح، أو عمل من دون إيجار فأعطاه الأمر أجره مثله، أو غيرها من أنواع استحصال المال و اكتسابه.

فالمعتبرة تدل على كراهة التصرف بما في يد الصبي بالبيع و غيره من أنواع التصرف لاحتمال كونه من الوجوه المحرمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرّمات، و لا تدل على كراهة المعاملة مع الصبي فلا تتم التقاريب المتعددة. (١)

و فيه: أولاً: هذا النقد مُنافٍ لما تقدم من الشيخ الأعظم (٢) من عدم اعتبار قصد الصبي و قبضه و إقباضه (٣) و إنشائه العقود أصالة و وكالة، فقصد بالنسبة إلى الحيازة و التملك باطل و كذلك إيجاره بل عمله لأنّه يتحققه من دون قصد امتثال أمر الأمر فلا يستحق حتى أجره المثل، فلا يستحصل للصبي ما في يد صحيح من هذه الأمور، فلا يمكن لغيره - بلا فرق بين الولي و غيره - بل نفسه التصرف فيه بل لا يجوز و يحرم، و لا يكون مكروهاً أو حزاة في التصرف.

و ثانياً: حمل الكسب على معناه الاسم المصدري بمعنى المكسوب يكون خلافاً للظاهر و يحتاج إلى قرينة و هي مفقودة في المقام.

نقد المحقق السيّد الخوئي في دلالتها

قال عليه السلام: «إنّ المراد من كلمة «الكسب» المضافة إلى كلمة «الغلام» في الرواية إمّا

المعنى المصدري، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر.

(١) راجع المكاسب ٢٨٧/٣.

(٢) راجع المكاسب ٢٨٤/٣.

(٣) كما أشار إليه الفقيه اليزدي في حاشيته ٢٣/٢.

و على الأوّل فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف أعني به مباشرة الصبي التجارة عند احتياج وليه إلى ذلك، إلا أنّ هذه المباشرة ليست مباشرة استقلالية بل مباشرة تبعية، وأنّ الصبي - وقتئذ - بمنزلة الآلة لوليه في إيجاد المعاملة بينه وبين المشتري. وقد تعارف هذا المعنى في الخارج كثيراً، إلا أنّ الامام عليه السلام [النبي صلى الله عليه وآله] قد نهى عنه تنزيهاً معللاً بأنّه إذا لم يحصل من تجارته شيء سرق خوفاً من وليه. والقرينة على هذه الدعوى قولهم عليه السلام في صدر الرواية: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإماء فإنّها إن لم تجد زنت، مع أنّه لا شبهة في نفوذ كسب الأمة بإذن مولاهما. يويد ما ذكرناه: أنّ النبي صلى الله عليه وآله قد قيد النهي عن كسب الأمة و الغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد، فإنّه مع العلم بذلك لا يقع الصبي على السرقة و لا أنّ الأمة تقع على الزنا، لأنّه - وقتئذ - ينتفي ما يوجب السرقة و الزنا أعني به الفقر، ضرورة أنّهما متمكّنان من تحصيل المال.

و على الثاني: فالمراد من كسب الغلام ما يتحصله من الأموال بطريق الالتقاط أو الاستعطاء أو الحيازة من المباحات الأصلية كما أنّ المراد من كسب الأمة على هذا الاحتمال ما تتحصله بإحدى الطرق المذكورة.

و عليه فحكمة النهي عن كسب الغلام صيانتته عن الاستراق من الناس كما أنّ حكمة النهي عن كسب الأمة محافظتها عن الفجور^(١).

و يرد على قسمه الأوّل - أي المعنى المصدري للكسب - إذا كانت مباشرته للكسب تبعية و أنه بمنزلة الآلة لوليه فلا يصدق عليه أنّه كسب الصبي و لا يتطرّق إليه احتمال السرقة.

و كذلك إن كانت تبعية كسبه عنده أنّه بمنزلة الصندوق و الكوز المعدّ لوضع المال فيه. هذا أوّلاً.

و ثانياً: إن كان مراده كسب الصبي بإذن وليه و إن كان صحيحاً عندنا ولكن القوم يذهبون إلى بطلان معاملاته مطلقاً سواء كانت بإذن وليه أم لا.

(١) مصباح الفقاهة ٣/٢٧١ و ٢٧٠.

و يرد على قسمه الثاني - أي المعنى اسم المصدرى للكسب - ما أوردناه على الشيخ الأعظم رحمته بعنوان ثانياً، فلا نعيد.

و الحاصل: حيث مرّت المناقشة في نقود التقريبات و كذا المناقشة في نقدي الشيخ الأعظم و المحقق السيّد الخوئي فلا بدّ من الأخذ بدلالة معتبرة السكوني على صحة معاملات الصبي الذي يحسن صنعة بل على صحة معاملاته مطلقاً بعد حمل النهي على التنزيه و الكراهة بقرائن الصدر و التعليل و التقييد، و السياق عند من يعتبره، ولكن في المحقرات فقط بقرينة عدم معهودية إيكال المعاملات المهمة إليه في تلك العصور، فتدلّ على تفصيل الفيض الكاشاني.

بلا فرق بين مسلّكي المشهور من بطلان معاملات الصبي و المسلّك المختار من صحتها مع إذن الولي، فبدلالة هذه المعتبرة يحكم على صحة معاملات الصبي في المحقرات على مسلّك المشهور، و عدم احتياجها إلى إذن الولي على المسلّك المختار. فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم بالنسبة إلى تفصيل الفيض من قوله: «و كيف ما كان فالقول المذكور في غاية الضعيف»^(١).

و نحن نوافق في دلالة المعتبرة في الجملة الفقيه السيّد اليزدي^(٢)، و بالجملة السيّد الخميني^(٣) و الشيخ الأزدكاني^(٤)، و الحمد لله.

الحادي عشر: التفصيل في معاملات الصبي بين استقلاله و آليته

قال سيّد الرياض فيه: «نعم، الأظهر جوازه فيما كان فيه بمنزلة الآلة لمن له الأهلية لتداوله في الأعصار و الأمصار السابقة و اللاحقة من غير تكبير بحيث يعدّ مثله إجماعاً من المسلمين كافةً. لكن ينبغي تخصيصه بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة، فإنّه الذي

(١) المكاسب ٢٨٧/٣.

(٢) راجع حاشية المكاسب ٢٣/٢.

(٣) كتاب البيع ٣٥/٢.

(٤) غنية الطالب ٢٥٥/٢.

يمكن فيه دعوى إيتفاق الأمة»^(١).

و زاد تلميذه السيّد العاملي عليه: «.. و هل معاطاة كما هو الظاهر أو إباحتة أخرى غير المعاطاة؟ احتمالان. و قد تقدّم لنا ما يرجح الأوّل»^(٢).
أقول: الحق أنه بيع كما مرّ في إمكان تحقّقه بالفعل، و الوجه في كونه معاطاة هو الاكتفاء في المعاملة بوصول كلّ من المالين إلى المالك الآخر مع رضا الطرفين، و بناءً على عدم اعتبار التعاطي فيها، ولكن ناقش في هذا التفصيل الشيخ الأعظم بوجهين:
الأوّل: عدم اعتبار سيرة المسلمين هنا لأنّها تمكن أن تكون حادثّة أو صادرةً ممّن يتساهلون بأحكام الشرع كما فعلهم بعضهم بالنسبة إلى بعض المعاصي نحو: الكذب و الغيبة و الرّشى و حلق اللّحي [بضمّ اللّام و كسرّها]، قال الشيخ الأعظم: «و فيه إشكال، من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة»^(٣)!

و فيه: بل يمكن أن يقال بأنّ السيرة تكون للعقلاء لا للمتشرعة حتّى يرد عليه ما ذكره الشيخ الأعظم و إن كان المذكور في كلام سيّد الرياض هو سيّرة المتشرعة.
الثاني: الإحالة على المجهول في قوله: «بما هو المعتاد في أمثال هذه الأزمنة» لعدم كونها منضبطة بل تختلف بحسب أعمار الطفل، قال الشيخ الأعظم، «فيكلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس، و إلى من بلغ ثمانيّ سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما، و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكلون إليه أمور التجارة في الأسواق و البلدان، و لا يفرّقون بينه و بين من أكمل خمس عشرة سنة... و لا أظنّ أنّ القائل بالصحة يلتزم بالعمل بالسيرة على هذا التفصيل»^(٤).
و فيه: لا بأس بالأخذ بالسيرة في هذا التفصيل المذكور في كلامه كما يأتي من

(١) رياض المسائل ٢١٧/٨.

(٢) مفتاح الكرامة ٥٤٩/١٢.

(٣) المكاسب ٢٨٨/٣.

(٤) المكاسب ٢٨٩/٣.

الفقيه السيد اليزدي رحمته الله.

ثم استشهد في الردّ على هذا التفصيل بين الآلية وغيرها بكلام العلامة في نهايته: «... وكذا لو عرض الصبي ديناراً على ناقد لينقده، أو متاعاً على مقومٍ ليُقومه فأخذه لم يجز ردّه على الصبي، بل على وليّه إن كان للصبي و على مالكه إن كان لكامل»^(١).
أقول: ولكن المختار هو ما عليه سيّد الرياض من نفوذ معاملاته إذا كان آلة لوليه أمّا بناءً على مسلكتنا فواضح و أمّا بناءً على مسلكت المشهور فالسيرة تقيّد بطلان معاملته ولا بأس بالتزام بالسيرة المذكورة في كلام الشيخ الأعظم كما عن الفقيه السيد اليزدي حيث يقول: «الالتزام به قريب جداً»^(٢). و من الممكن حمل كلام العلامة على استقلاليتها حيث يقول بعد هذا الفرع من دون فصل: «فلو أمره ولي الصبي بالدفع إليه فدفعه إليه، برئ من ضمانه إن كان المال للولي...»^(٣). و هذا الأخير محمول على الآلية و قد حكم فيها بالبراءة من الضمان.

و العجب من الشيخ الأعظم حيث استشكل في الآلية ثم ذكر تغميمها إلى المجنون و السكران بل البهائم و في الأمور الخطيرة. ثم خصّصها بالصبي و المحقرات لأنّهما المتيقن من السيرة.^(٤)

الثاني عشر: هل معاملة الصبي تفيد إباحة التصرف؟

قال جدّنا كاشف الغطاء: «فلا يصح منه العقد بالأصالة أو الوكالة إلا بعد الثبوت، نعم تثبت الإباحة في معاملة المميّزين إذا جلسوا في مقام اوليائهم أو تظاهروا على رؤس الأشهاد حتّى يظنّ أنّ ذلك عن إذن من الأولياء خصوصاً في المحقرات. و لو قيل بتملّك الأخذ منهم لدلالة ما ذونيته في جميع التصرفات فيكون موجباً قابلاً لم يكن بعيداً»^(٥).

(١) نهاية الأحكام ٤٥٤/٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢٤/٢.

(٣) نهاية الأحكام ٤٥٤/٢.

(٤) راجع المكاسب ٢٩٤/٣.

(٥) كشف الغطاء ٢٥٦/١.

و قال تلميذه الشيخ أسدالله التستري في توضيح كلام استاذہ: «أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المرآاة كيف اتفق و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة - كما هو المشهور- و جرت عادة الناس بالتسامح في الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم في التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا في المعاوضات... - إلى قوله - فالتحقيق: أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافياً له و لا يعتمد على ذلك أيضاً في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا»^(١).

ثم اعترض الشيخ الأعظم على التلميذ الموضح بإشكالين:

الأول: الاكتفاء في المعاطاة بمجرد الرضا من دون إنشاء إباحة أو تملك ممنوع^(٢) كما مرّ في ثامن تنبيهات المعاطاة.^(٣)

الثاني: المناط في تصحيح معاملة الصبي و كونها تفيد الإباحة هو التراضي من المالكين و العلم به في كلامه، و هذا أخص من المدعى و هو ترتب الإباحة على معاملة الصبي مطلقاً.^(٤)

ثم اعترض الشيخ الأعظم على كاشف الغطاء في كلامه الأخير من نفي البعد عن ترتب الملك على معاملة الصبي المميّز إذا كان مأذوناً من وليه، بإشكالين: الأول: «إنّ تولّى وظيفة الغائب - و هو منّ أذن للصغير- إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرد العلم برضاه فالإكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع»^(٥).

الثاني: «إنّ المحسوس بالوجدان عدم قصد منّ يعامل مع الأطفال النيابة عمّن أذن

(١) مقابس الأنوار / ١١٣ و نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب ٢٩١/٣ و ٢٩٠.

(٢) راجع المكاسب ٢٩٢/٣.

(٣) راجع المكاسب ١١٢/٣.

(٤) راجع المكاسب ٢٩٣/٣.

(٥) المكاسب ٢٩٣/٣.

للصبي»^(١).

أقول: ولكن إشكاله الأوّل على آخر كلام الجَدِّ عليه السلام مُنافٍ لقَوْلِهِ في بيع الفضولي من ترجيح خروج المعاملة المقرونة برضا المالك عن بيع الفضولي موضوعاً أو حكماً حيث يقول الشيخ الأعظم هناك: «وإن كان الذي يقوى في النفس - لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب - عدم توقّفه على الإجازة اللاحقة بل يكفي فيه رضا المالك المقرون بالعقد سواء علم به العاقد، أو انكشف بعد العقد حصوله حينه، أو لم ينكشف أصلاً فيجب على المالك فيما بينه وبين الله تعالى إمضاء ما رضي به و ترتيب الآثار عليه...»^(٢).

تبه على هذا التنافي المحقق المروج عليه السلام^(٣).

ثم إنَّ المذكور في كلام الجَدِّ عليه السلام أنَّ جلوس الصبيان مقام أوليائهم في المعاملات أو تظاهراتهم على رؤوس الأشهاد فيها يوجب حصول الظن النوعي بإذن أوليائهم لا سيما في المحقرات و هذا الظن النوعي يعدُّ أمانة عرفية على الإذن، و إذا تُسببت المعاملة إلى الولي صارت نافذة.

و هذا التقريرُ على مسلكننا من صحة معاملاته بإذن وليّه واضحٌ و على مسلِك المشهور من بطلان معاملاته يخصص بهذه الأمانة النوعية و بعد نسبتها إلى الولي تكون صحيحة، و الحمد لله.

(١) المكاسب ٣/٢٩٤.

(٢) المكاسب ٣/٣٤٧.

(٣) هدى الطالب ٤/٨٧.

٢- العقل

لم يذكره الشيخ الأعظم لوضوحه^(١)، ولذا أذكره باختصار:
وقد صرح باشتراطه كل من المحقق في الشرائع^(٢)، والعلامة في القواعد^(٣) و
التذكرة^(٤) و النهاية^(٥)، و الشهيد الأول في الدروس^(٦)، و الشهيد الثاني في المسالك^(٧)، و
المحقق الثاني في جامع المقاصد^(٨)، و الأردبيلي في مجمع الفائدة^(٩)، و البحراني في
الحدائق^(١٠)، و أصحاب الرياض^(١١) و شرح القواعد^(١٢) و المستند^(١٣) و المفتاح^(١٤) و

(١) قل في المفتاح ٥٥١/١٢ «و من تركه فلبداهته...».

(٢) الشرائع ٨/٢.

(٣) قواعد الأحكام ١٧/٢.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١/١٠.

(٥) نهاية الإحكام ٤٥٥/٢.

(٦) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

(٧) مسالك الأفهام ١٥٤/٣.

(٨) جامع المقاصد ٦١/٤.

(٩) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٥/٨.

(١٠) الحدائق ٣٦٧/١٨.

(١١) رياض المسائل ٢١٦/٨.

(١٢) شرح القواعد ٣٨/٢.

(١٣) مستند الشيعة ٢٦٦/١٤.

الجواهر^(١٥). قدس الله أسرارهم.

و استدل عليه بالأدلة التالية:

أ: الكتاب

قال الله تعالى: ﴿و لا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً﴾^(١٦) و المجنون من أظهر مصاديق السفية و لذا قال صاحب مجمع البيان في مقام عدّ أقسام السفهاء: «... و ثالثها: أنه عام في كل سفية من صبي أو مجنون أو محجور عليه للتبذير و قريب منه ما روي عن أبي عبد الله^(عليه السلام) أنه قال: إن السفية شارب الخمر و من جرى مجراه و هذا القول أولى لعمومه»^(١٧).

و قال الشيخ: «و الاولى حمل الآية على عمومها في المنع من إعطاء المال السفية، سواء كان رجلاً أو امرأة بالغاً أو غير بالغ. و السفية هو الذي يستحق الحجر عليه لتضييعه ماله، و وضعه في غير موضعه...»^(١٨).

ب: العقل

حاكم بعدم نفوذ معاملات المجنون في الجملة و كل ما حكم به العقل حكم به الشرع. كما اطّقت عليه الامامية و سائر العدلية.

و لعلّ أول من استدل بالعقل لاعتباره هو المحقق الأردبيلي^(١٩) و تبعه صاحب المفتاح^(٢٠).

و يمكن أن يقرر هذا الدليل على أنّ سيرة العقلاء جارية على عدم نفوذ معاملات

(١٤) مفتاح الكرامة ٥٥١/١٢.

(١٥) الجواهر ٢٦٥/٢٢.

(١٦) سورة النساء / ٥.

(١٧) مجمع البيان ٨/٣.

(١٨) التبيان ١١٣/٣.

(١٩) مجمع الفائدة والبرهان ١٥٥/٨.

(٢٠) مفتاح الكرامة ٥٥١/١٢.

المجنون عندهم و لم يردع عنه الشارع بل يقرّها و يمضيها بالدليل السابق و الأدلة التالية.

و بهذا التقرير يندفع توهم الدور في الاستدلال على اعتبار العقل في المتعاملين بالعقل.

ج: الإجماع

الوارد في كلام ألسيد ابن زهرة في الغنية^(١) و قال العلامة: «و لاختلاف بين العلماء كافة في الحجر على المجنون مادام مجنوناً و أنّه لا ينفذ شيء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك»^(٢).

و صرح بادعاء الإجماع الأردبيلي^(٣) و كاشف الغطاء^(٤).
و سيد الرياض^(٥) و الفاضل النراقي^(٦) نفياً للخلاف عنه و تبعهما صاحب الجواهر و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه بل الضرورة من المذهب بل الدين...»^(٧).

د: السنة

تدل عليه منها حديث رفع القلم لأنّ فيه: «... و عن المجنون حتّى يفيق»،
الحديث^(٨).

و قد مرّ في الدليل الثالث من أدلة اعتبار البلوغ تصحيح سنده و دلالته على رفع قلم التشريع فلا نعيد.

(١) الغنية / ٢١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢٠١/١٤.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٥/٨.

(٤) شرح القواعد ٤٢/٢.

(٥) رياض المسائل ٢١٦/٨.

(٦) مستند الشيعة ٢٦٦/١٤.

(٧) الجواهر ٢٦٥/٢٢.

(٨) الارشاد ٢٠٢/١، وسائل الشيعة ٤٥/١، ح ١١.

هـ: عدم اعتبار قصده

قال صاحب الجواهر في تقرير هذا الدليل: «لا لعدم القصد فإنه قد يفرض في بعض أفراد الجنون، بل لعدم اعتبار قصده وكون لفظه كلفظ النائم بل أصوات البهائم وهو المراد من رفع القلم عنه وعن الصبي في الخبر...»^(١).
أقول: عدم اعتبار قصد المجنون تام ولكن قد مرّ ممّا في الفرع الثالث وما بعده من فروع البلوغ اعتبار قصد الصبي.

فرعان:

الأوّل: قال في التذكرة: «المجنون إن كان له حال إفاقة فباع أو اشتري فيها صحّ و إلا فلا. ولو ادّعى الجنون حال العقد، قُدّم قوله. ولو لم يعرف له حالة جنون قُدّم مدّعي الصحة»^(٢).

و قال في حجرها: «نعم، ينفذ تصرّفه حال إفاقة إذا عُرِف رشده و لا ينفذ حالة جنونه بلا خلاف»^(٣).

أقول: صحة معاملات المجنون الأدواري في حال إفاقة مع تحقق سائر الشرائط تامة، و ما ذكره في الادعاء الأوّل مطابق للأصل الأولي في المعاملات و هو عدم نفوذها، الإدعاء الثاني مطابق للأصل العدمي و غيرهما محتاج إلى البيّنة.

الثاني: و قال فيه أيضاً: «لا ينعقد بيع المجنون و إن أذن وليّه، و لا المغمى عليه و لا السكران و لا الغافل و لا الناسي و لا النائم و الهازل و لا المكره»^(٤).

و قال في النهاية: «لا عبرة بعبارة المجنون في العقد إيجاباً و قبولاً لنفسه و لغيره سواء أذن له الولي أو لا، و كذا المغمى عليه و السكران و الغافل و النائم، سواء رضي كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، لا ارتفاع العقل الذي هو مناط صحة التصرفات فأشبهه

(١) الجواهر ٢٢/٢٦٥.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٤/٢٠١.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

غير المميز، و لقولنا ^(١): رفع القلم عن ثلاثة...»^(١).
 قال في المفتاح: «و نحوه ما في الشرائع^(٢) و التحرير^(٣) و الإرشاد^(٤) و الدروس^(٥)
 تعليق الإرشاد^(٦) و الروضة^(٧) و المسالك^(٨) و الميسية و مجمع البرهان^(٩) و الكفاية^(١٠) و
 المفاتيح^(١١) و حواشي الكتاب [قواعد الأحكام] و اللمعة^(١٢) و جامع المقاصد^(١٣) و ذلك
 كلّه ممّا لا ريب فيه عندهم قال في الكفاية: «قالوا: ولو رضي كلّ منهم بما فعل بعد زوال
 عذره لم يصح عدا المكره [استناداً إلى تعليقات اعتبارية من غير نص، فالمسألة محل
 إشكال.]»^(١٤)... و في الحدائق: «أنّ ظاهرهم الاتفاق على عدم صحة عقد ما عدا المكره
 إذا رضوا به بعد زوال العذر»^(١٥)»^(١٦).

(١) نهاية الأحكام ٤٥٥/٢.

(٢) الشرائع ٨/٢.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٦/٢.

(٤) إرشاد الاذهان ٣٦٠/١.

(٥) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

(٦) حاشية الإرشاد ٣٣٦/ للمحق الثاني المطبوعة في المجلد التاسع من حياته و آثاره.

(٧) الروضة البهية ٢٢٦/٣.

(٨) المسالك ١٥٥/٣.

(٩) مجمع الفائدة و البرهان ١٥١/٨.

(١٠) الكفاية ٤٤٩/١.

(١١) مفاتيح الشرائع ٤٦/٣.

(١٢) اللمعة الدمشقية / ١١٠.

(١٣) جامع المقاصد ٦١/٤.

(١٤) الكفاية ٤٤٩/١.

(١٥) الحدائق ٣٧٣/١٨.

(١٦) مفتاح الكرامة ٥٥٢/١٢ و ٥٥٣.

٣- القصد

قال العلامة في التذكرة: «و كذا القصد شرط في البيع إجماعاً»^(١).
و فيها: «لو باع الهازل لم ينعقد عندنا لأنّه غير قاصد فلا يترتب عليه حكم. و
للشافعي وجهان»^(٢).
و في نهايته: «و يشترط الاختيار و القصد، فلا ينعقد بيع المكره و لا شراؤه، و لا
فاقد القصد لغفلة أو نوم أو هزل لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ
مِنْكُمْ﴾^(٣) فالمناط و هو التراضي إنّما يتحقق بالاختيار و القصد»^(٤).
و قال الشهيد في الدروس: «و قصدهما فلا ينعقد من الغافل و النائم و الساهي و
الهازل و الغالط»^(٥).
و قال سيّد الرياض: «يشترط في المتعاقدين... و القصد»^(٦).
و في المفتاح: «و قد نص عليه الأكثر و ظاهرهم عدم الخلاف فيه»^(٧).

(١) تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

(٣) سورة النساء ٢٩/.

(٤) نهاية الأحكام ٤٥٥/٢.

(٥) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

(٦) رياض المسائل ٢١٦/٨.

(٧) مفتاح الكرامة ٥٥٤/١٢.

و في المكاسب: «و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلقَّظان به... لا خلاف فيه و لا إشكال...»^(١).

و في المصباح: «قد اتفقت كلمات الأصحاب - رضوان الله عليهم - على هذا الشرط حتَّى أرسلوه في كتبهم الفقهيَّة إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف - هنا - من أحد، بل في التذكرة ادعى الاجماع على ذلك»^(٢).

و في كتاب البيع: «لا شبهة في اعتبار ذلك في المعاملات الجارية باللفظ و لا في اعتبار القصد لمدلول العقد في المعاطاة...»^(٣).

أقسام القصد

الأوَّل: قصد اللفظ لمتكلمه و في قبالة المتلقِّظ الغالط أو اللاعب أو الهازل أو الساهي فلو أراد أن يتكلم بكلمة «بعث» ولكن غلط أو لعب أو هزل أو سها و قال «آجرت» فلا يصح.

الثاني: قصد الارادة الاستعمالية لا لفظ في معناه الحقيقي و في قبالة استعماله في معناه المجازي نحو استعمال الإجارة في معنى النكاح الموقَّت فلا يتم.

الثالث: قصد المعنى بالارادة الجديَّة و في قبالة استعمال اللفظ في الصبغ الانشائية بغير داعي الاتيان بها كالسخرية و المزاح و الترغيب و الترهيب و نحوها.

الرابع: قصد الداعي بمعنى أن المنشي لعقدٍ يُنشئُه بداعٍ من الدواعي فالبايع يُنشئُ البيع بداعي المنفعة و الناكح بداعي اللذة أو التناسل و نحوها، و أمَّا الإنشاء من دون الداعي فلا يفعله العاقل لأنَّهم يرتبون أفعالهم على مصالحهم، ولكنَّه لو فرض تحقق انشاء من دون أي داعٍ ينطبق عليه عنوان العقد فيتمّ.^(٤)

الخامس: القصد تارة يستعمل بمعنى الرضا كما ورد في بعض التعبيرات بأنَّ

(١) المكاسب ٢٩٥/٣.

(٢) مصباح الفقاهة ٢٧٥/٣.

(٣) كتاب البيع ٣٧/٢ للسيد الخميني رحمته الله.

(٤) كما عليه صاحب العقد النضيد ٤٧٤/٢.

المكره لا قصد له أو الفضولي، والمراد بالقصد هنا هو الرضا. ثم إن محل البحث عن اعتبار القصد هو القسم الثالث، والقسم الأولان يدخلان فيه أيضاً، بمعنى عدم تحقق الإرادة الجديدة إلا مع إرادة قصد اللفظ واستعماله في معناه الحقيقي لا المجازي، فالأقسام الثلاثة الأول يدخلن في محل الكلام. والعجب من المحقق النائيني رحمته الله حيث ذهب إلى «أن القصد لا يطلق على قصد اللفظ وقصد المعنى بجامع واحد، ضرورة أن اللفظ في الاستعمال أمر مغفول عنه ولا يشعر به ولا يلتفت إليه، وإنما الالتفات إلى المعنى وجعل اللفاظ فانياً فيه وهذا بخلاف المعنى حيث أنه أمر ملتفت إليه فيكون قصد اللفظ في مقابل صدورها عن المتكلم في حال النوم والسهو، وقصد المعنى بمعنى التفاته إليه وكونه في مقام إيقاعه على المخاطب في الأخبار أو إيجاده بآلة استعمال اللفظ في المعنى في الإنشاء في مقابل الهزل...»^(١). وجه التعجب: أن الاختلاف في المقصودين لا يستلزم الاختلاف في القصدين و تمايزهما، لأنّ المعنى هو صدور اللفظ والمعنى عن قصد وإرادة، ولكن القصد الذي يتعلق باللفظ أمر آلي والقصد الذي يتعلق بالمعنى أمر استقلالي ويمكن الجمع بين القصدين فلا وجه للقول بعدم وجود الجامع بينهما كما يظهر هذا من صاحب العقد النضيد.^(٢)

و بما ذكرنا يظهر^(٣) بعض مواقع النظر في كلام الشيخ الأعظم؛ وغيره، من أن القصد يعدّ من مقومات العقد حقيقة - لا من شروط المتعاقدين - بحيث لولاه لم يتحقق عنوان العقد ولعلّ أشار رحمته الله إليه بقوله: «و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه...»^(٤). ومن جعله رحمته الله الهازل والكاذب في رتبة واحدة مع أنّهما يختلفان حقيقة وحكماً

(١) المكاسب و البيع ٤٠٤/١.

(٢) العقد النضيد ٤٧٤/٢.

(٣) كما عليه صاحب العقد النضيد ٤٧٣/٢.

(٤) المكاسب ٢٩٥/٣.

في قوله: «... كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الإخبار كما في الهازل...»^(١).

كلام صاحب المسالك

قال في المسالك: «الفرق بينهم [أي الصبي المميز و المجنون و المغمى عليه و السكران، و المُكْرَه] و بين المُكْرَه واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد و لأهلية لهم، لفقد شرطه و هو العقل بخلاف المُكْرَه فإنه بالغ عاقل و ليس ثمَّ مانع إلاَّ عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، و هو مجبور بلحوقه له بالاجازة، فيكون كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذي يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد بالاجازة صحَّ»^(٢).

و قال بعد سطور: «و يمكن أن يقال: إنَّ القصد من المُكْرَه حاصل دون من سبق لأنَّ غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ و لا إلى مدلوله بخلاف المُكْرَه فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصد إلى ما يتلفظ به و يفعل به بشعوره، لكنَّه بالاكراه غير قاصد إلى مدلوله و ذلك كافٍ في صلاحيته و قبوله للصحة إذا لحقه القصد إلى مدلوله باجازه.

و مثله القول في عقد الفضولي فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأنَّ المفروض أهليته و جمعه للشرائط المعترية في صحة العقد إلاَّ الملك و لا يتحقق منه قصد مدلوله - أعني نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرهما من أحكام العقد - لأنَّ ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك و قصد إلى ذلك صحَّ»^(٣).

و استفاد الشيخ الأعظم من هذا المقالة الأخيرة عدم تحقق القصد في عقد المُكْرَه و الفضولي و قال: «كما صرح به في المسالك حيث قال: إنَّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله»^(٤).

و المذكور في كلامه عليه السلام معنى كلام ثاني الشهيدين عليهما السلام و قد ذكرت لك نصه.
و ردّه عليه بقوله: «لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقّق في صدق مفهوم

(١) الكاسب ٢٩٥/٣

(٢) المسالك ١٥٥/٣

(٣) المسالك ١٥٦/٣

(٤) الكاسب ٢٩٥/٣

العقد»^(١).

أقول: و تابع صاحب الجواهر^(٢) رحمته الله الشَّهيدَ الثاني في المكروه فقط فذهب إلى انتفاء قصده لو لا الإجماع على صحة عقده المتعقب بالرضا، ولكن الظاهر تمامية ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله لأنَّ القصد المعتبر في صدق مفهوم العقد موجود في عقد الفضولي و المكروه و هما يقصدان العقد ولكن عقد الفضولي يفقد أمرين و هما انتساب العقد إلى المالك و رضاهُ و بالاجازة يحصلان، و عقد المكروه يفقد أمراً واحداً و هو الرضا بالعقد و بعد حصوله تمَّ العقد. و يأتي توضيح أكثر في هذا المجال في أوَّل بحث بيع المكروه و بيع الفضولي فانتظر.

هل يعتبر تعيين المالكين في صحة البيع؟

هل يعتبر مضافاً إلى قصد مدلول العقد تعيين مالكي العوضين أي البائع و المشتري، ثم على فرض اعتباره هل يلزم تعريف البائع للمشتري و عكسه أم لا؟

توضيح مقالة صاحب المقابس

ذكر الشيخ اسدالله التستري^(٣) رحمته الله أنَّ في المسألة أوجهاً و أقوالاً و أنَّها في غاية الاشكال و أنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب - قدس الله أرواحهم - في تضاعيف أبواب الفقه، ثم قسَّم المسألة إلى صور و ذكر حكمها:

الصورة الاولى: إذا كان البائع و المشتري متعَيَّنين في متن العقد فلا تحتاج المعاملة إلى تعيينهما لتعيينهما واقعاً في متن العقد كما لو كان زيد هو البائع و عمرو هو المشتري فيجريان العقد بنفسهما أو وليَّهما أو وكيلهما.

الصورة الثانية: إذا كان البائع و المشتري غير متعَيَّنين في متن العقد فلا بدَّ من تعيينهما في الخارج لإمكان أن يكون البائع أيَّ منهما و كذا المشتري، كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما في البيع و الشراء أو وليَّاً عليهما، و الأوَّل نحو: توكيل زيد و عمرو للمعاقد

(١) المكاسب ٢٩٦/٣.

(٢) الجواهر ٢٦٧/٢٢.

(٣) راجع مقابس الأنوار / ١١٥، سطر ١٥.

في تبادل بيتهما إلى معملٍ، و توكيل بكر و خالد له في تبادل معملهما إلى بيتٍ، فحينئذ لا بدُّ للعاقِد تعيين مالك البيت و مالك المعمل في كلِّ عقد و كذلك أيّ منهما يكون بائعاً أو مشترياً لترتب الأحكام المختصة بكلِّ واحد منهما. و الثاني: نحو: أن يكون العاقِد حاكماً شرعياً و وليّاً على الطرفين في طرف يوجد مفلسان و في طرف آخر يوجد يتيمان و الحاكم يريد شراء مال المفلسين لليتيمين فلا بدُّ من تعيينهما في كلِّ عقدٍ. و يمكن التمثيل للأوّل بأن يكون العاقِد وكيلاً عن جماعة في بيع صاع من صبرة بمبلغ معيّن، و هكذا يكون وكيلاً عن جماعة في شراء صاع من صبرة بهذا المبلغ فحينئذ لا بدُّ من تعيين البائع و المشتري في كلِّ عقد لئلا يشتبه بين الجماعتين. و الحاصل: في هذه الصورة يجب على العاقِد أو الوكيل أو الولي تعيينهما حين صدور العقد بأيّ وجه من وجوه التعيين.

ثم في فرض وجوب التعيين إن يعيّن فهو، و إن لم يعيّن بل يُطلَق العقد فإن كانت هُنَاكَ قرينة ينصرف الاطلاق إليها، فيؤخذ بالقرينة فينصرف الاطلاق و يصيِّرُ كالتعيين نحو صدور المعاملة عن نفسه أو عن غيره وكالة، تحمل على المباشرة لأنّ الوكالة تحتاج إلى مؤنة زائدة و هي مفقودة بالأصل.

و أمّا لو قصد العاقِد الإبهام أو قصد التعيين بعد العقد، فلا ينسب المعاملة إلى رافع الإبهام و لا إلى المعيّن بعد العقد، فيكون العقد لغواً.^(١)

الأدلة الواردة في مقالة التستري على وجوب التعيين

الدليل الأوّل: لزوم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّنٍ

لو لم يعيّن العاقِد البائع و المشتري لزوم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّن في الواقع و نفس الأمر و اللازم باطل و التالي مثله، لأنّ البيع تمليك و تملك و هما متوطّان بأمرين: مالكٌ و مملوكٌ، و إذا لم يكن المالك في البيع معيّنًا، لزوم حصول الملكية من دون مالكٍ و هو مستحيلٌ.

(١) تأتي الصورة الثالثة بعد ذكر أدلة التستري رحمته.

الدليل الثاني: لزوم تحديد المُنْشَى

هو الاستفادة من الأدلة الشرعية، و التحديد يَكُونُ من جهات متعددة:
منها: تحديد قسم العقد من أنه بيع أو إجارة أو صلح أو نحوها.
منها: تحديده من جهات المميّزة نحو تعيين العوضين و المالكين.
و التردد في أحدها يوجب بطلان العقد إجماعاً، فتعيين المالك المعين يكون من الأمور المعتمدة في صحة العقد.

و قد عبّر الشيخ الأعظم عن هذا الدليل بقوله: «و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيها العوضان و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر»^(١).

الدليل الثالث: جريان أصالة الفساد

أدلة نفوذ المعاملة منصرفة إلى المعاملة الشائعة المتداولة عند الناس و هم يُعَيَّنُونَ العوضين و المالكين و قسم العقد من كونه بيعاً أو إجارة أو صلحاً أو غيرها، و أمّا إذا لم يعين أحد هذه الأمور فلا تشمله أدلة نفوذ المعاملة و تصل النوبة إلى الأصل العملي في المقام، و الأصل الأولي في جميع المعاملات هو الفساد و عدم جريان المعاملة و بقاء كلّ مال على ملك مالكة الأول.^(٢)

مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين، لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء ذكر اسمه أو عينه بالإشارة أو الشخصيات الفردية، و إن أبهم و لم يعين مع قصد الغير بطل و لا يتوقف إلى أن يوجد له مجيز.

الصورة الثالثة: إن لم يتوقف تعيين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين بحيث يُعلم من الخارج أنّ الثمن لزيد و المثلث لعمرو و هما يُعَيَّنَانِ عاقداً

(١) المكاسب ٢٩٧/٣.

(٢) في هذا المجال راجع الآراء الفقهية ٢٠٣/٤.

أو وكيلاً لِقِرَاءَةِ صِيغَةِ المعاملة أو إجرائها، فَإِنْ قَرَأَ الصِيغَةَ أو أجرى المعاملة من دون تعيين المالكين، فهل هذه المعاملة تكون صحيحة أو تتوقف على تعيين البائع والمشتري فيها وجوه، ثلاثة:

الأول: لزوم التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه.

الثاني: عدم لزوم التعيين مطلقاً سواء صرَّح بالخلاف أم لم يصرَّح؟ لتعيينه في الواقع، فتصح المعاملة وإن صرَّح بالخلاف فضلاً عن قصده.

الثالث: التفصيل بين التصريح بالخلاف و عدمه، فإن صرَّح بالخلاف بطلت المعاملة، وإن لم يصرَّح صحت، ولا تتوقف الصحة على التعيين لآنه يكون معيَّناً في الخارج، نعم التصريح يكون مضرراً للصحة.

أقوى الوجوه عند صاحب المقابس هو القول الأخير - أي التفصيل - وأوسطها هو الوسط - أي عدم لزوم التعيين مطلقاً - وأشبهها للأصول هو القول الأول.

هذا ما أفاده المحقق التستري^(١).

أقول: مراده^(٢) من الأصول هي أصالة الفساد الجارية في المعاملات واستصحاب بقاء كل من العوضين على ملك مالكة الأول وأصالة عدم نقل كل من العوضين إلى الآخر وأصالة عدم ترتب الأثر.

وأما جعله القول الثاني هو الوسط فلا وجه له، لأن التعبير بالوسط يكون صحيحاً إذا كان بين القوي والضعيف فيقع القول الوسط بينهما وأما إذا كان الأقوى عنده هو القول الثالث والأشبه بالأصول هو القول الأول فلا معنى للوسط.^(٣)

نقد الشيخ الأعظم على المحقق التستري صاحب المقابس

المستفاد من كلامه^(٣): البيع هي المبادلة والمعاوضة بين المالكين وهي تقتضي

(١) راجع مقابس الأنوار / (١١٦-١١٥) ونقل عنه في المكاسب ٣/ (٢٩٩-٢٩٦).

(٢) كما عليه صاحباً «تحقيق و تقريرات في باب البيع والخيارات» ٣٧٣/١، والعقد التزيد ٤٧٨/٢.

(٣) راجع نصه في المكاسب ٣/ ٢٩٩.

دخول العوضين في ملك الآخر، أعني خروج العين من ملك البائع إلى ملك المشتري و دخول الثمن في ملكه و خروج الثمن من ملك المشتري و دخول العين في ملكه، و حيث كانت هذه المبادلة هي حقيقة البيع فلانحتاج مضافاً إلى ما ذكرناه إلى تعيين المالكين، بل مجرد قصد المعاوضة كافٍ في صدق البيع و لا يلزم إسناده إلى المالكين، و هذا الأمر بالنسبة إلى الأعيان الشخصية واضح.

و أما في الأعيان الكلية فلا بد من تعيين المالكين لا لأجل أن يكون تعيينهما شرطاً مستقلاً في العقد، - كما عليه صاحب المقابس - بل لأن تعيين المال في الأعيان الكلية مشروط بإضافتها إلى ذمة خاصة معينة و إلا لا يصدق عليها أنها مال بل و لا ملك، و حيث أن البيع مبادلة مال بمال فلا بد من إحراز مالية الكلي و هي لا تُحرز إلا بالإضافة إلى ذمة معينة يتمكن صاحبها من تسليمها إلى المشتري في التوقيت الخاص من النقد و النسيئة و السلم.

فحينئذ تعيين المالكين ليس شرطاً مستقلاً في البيع بل ليس شرطاً أصلاً و نحن نستغنى عن هذه الشرطية بواسطة حقيقة البيع التي هي المبادلة و المعاوضة بما مرّ تفصيلاً و لعل احتياج الأعيان الكلية إلى ذمة المالك يكون موجباً لمقالة المحقق التستري من احتياج البيع إلى تعيين المالكين.

ثم اعترض الشيخ الأعظم^(١) على وجوه الثلاثة في الصورة الثالثة و هي إذا كان العوضان معينين في الخارج إن قُصدت المعاوضة الحقيقية التي تستلزم عقلاً دخول كل من العوضين في ملك الآخر فلا حاجة إلى تعيين مالكي العوضين لتعيينهما بتعيين العوضين بالملازمة، و إن قُصدت المعاوضة الصورية فالبيع غير منعقد فلا عبرة بتثليث الوجوه.

ثم تعرض لفرع ذكره التستري على اعتبار القول الوسط - وهو عدم لزوم التعيين مطلقاً سواء صرح بالخلاف أم لم يصرح - وهو «لو باع مال نفسه عن الغير، وقع

١٠٠.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

عنه و لغى قصد كونه عن الغير.» و قال في ذيله: «فلا إشكال في عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنَّه أمر غير معقول لا يتحقَّق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته.»^(١).

أقول: يشترك الشيخ الأعظم مع التستري صاحب المقابس رَبَّنَا في الْقَوْلِ بوقوع المعاملة في هذا الفرع عن المالك العاقد نفسه و عدم وقوعه عن الغير، ولكنَّهما يختلفان في دليل الحكم، و هو عند التستري مقام الإثبات و هو الأخذ بأصالة الظهور في «بعث» في إرادة البيع لنفسه، و عند الشيخ الأعظم مقام الثبوت و هو أنَّ قصد المعاوضة الحقيقية يوجب تحققها عن المالك لا الغير كما مرّ. و من المعلوم بعد فرض عدم إمكان المعاوضة الحقيقية عن الغير في مقام الثبوت فلا نحتاج لنفيه إلى مقام الإثبات.

و فرَّع الشيخ الأعظم على بيانه فرعاً آخرَ و قال: «و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته - كما سيجيء^(٢) - و لا يقع عن نفسه أبداً»^(٣). و الوجه في تفريعه عدم تحقق المعاوضة الحقيقية.

ثم استدرك من قوله: «لا يقع عن نفسه أبداً» بقوله: «نعم، لو ملكه فأجاز، قيل^(٤) بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أوَّلاً لنفسه، فإنَّ القائل به لا يفرِّق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكة، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه»^(٥).

و مستند الحكم بالصحة، و توضيح كلام الشيخ الأعظم في هذا الفرض دخوله في مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» و القائل بالصحة لا يفرِّق بين بيع مال الغير عن نفسه ادعاءً و بين بيعه عن مالكة فضولاً، و عدم التفريق كاشف عن لغوية قصد وقوع البيع عن نفسه.

(١) المكاسب ٣/١٠٣.

(٢) في المسألة الثالثة من بيع الفضولي في المكاسب ٣/٣٧٦.

(٣) المكاسب ٣/١٠٣.

(٤) القائل به المحقِّق القمي في الغنائم ٥٥٤/ ناسباً إِيَّاهُ إلى الأكثر، و جدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد ٩٢/٢.

(٥) المكاسب ٣/١٠٣.

ثم اعترض الشيخ الأعظم^(١) على نفسه بتوضيح منّا: لماذا نحكم بعدم اعتبار قصد العاقد و وقوع البيع الفضولي بالنسبة إلى المالك لدلالة المعاوضة الحقيقية؟! بل يمكن أن نذهب من الطرف الآخر و نقول بأنّ إيقاع العقد عن نفس العاقد كما هو الظاهر من كلامه قرينة على عدم تحقق المعاوضة الحقيقية و بطلان البيع من رأسه، و الشاهد عليه حكم العلامة و الشهيد في عكس المثال المذكور بالبطلان.

حيث قال العلامة في القواعد: «ولو قال [المالك للمرتهن] بعه لنفسك، بطل الإذن، لأنّه لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه»^(٢).

و قال: «و كذا لو دفع إليه مالاً و أمره بشراء طعام له لم يصحّ الشراء و لا يتعيّن له بالقبض»^(٣).

و قال الشهيد في الدروس: «ولو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسك لم يصحّ البيع، لأنّ غير المالك لا يبيع لنفسه، بل يقول: بعه لي أو بعه مطلقاً على الأقوى، حملاً على الصحيح»^(٤).

و قال: «ولو دفع إليه مالاً ليشتري به طعاماً لنفسه بطل...»^(٥).

و أجاب^(٦) عن هذا الاعتراض بأنّ المعاملة المذكورة صحيحة لدلالة المعاوضة الحقيقية كما مرّ و القصد المذكور لغو، لأنّ مآل ذلك القصد إلى إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لأنّ الغير يكون أحد ركني المعاوضة، فلا يعارض ظهور القصد للغير دلالة المعاوضة الحقيقية و لا يتم الاعتراض.

و مراد العَلَمَيْنِ و غيرهما من الحكم بالبطلان في مثال الرهن و شراء الطعام، عدم

(١) المكاسب ٣٠١/٣ قوله: «إلا يقال:...».

(٢) قواعد الأحكام ١٢٧/٢.

(٣) قواعد الأحكام ٨٧/٢.

(٤) الدروس الشرعية ٤٠٩/٣.

(٥) الدروس الشرعية ٢١١/٣.

(٦) المكاسب ٣٠٢/٣ قوله: «ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة...».

وقوعه للمخاطب و المأمور، لأنَّه ليس أحد ركني المعاوضة ولكنَّه إذا باع لنفسه يقع لمالكة فضولياً و بعد اجازته يَصَحُّ.

ثم جمع الشيخ الأَظم كلامه و قال: «و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك، يدلُّ على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك»^(١).
أقول: قد عرفت في ما نقلتُه لك من توضيح مقالة العَلَمين رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أَنَّ النزاع بينهما علميُّ بحث و لا تَتَرَتَّبُ عليه ثمرة عمليَّة و أنَّهما في مقام الإفتاء في الفروع المذكورة مُتَّحِدَانِ فلا ينبغي صرف الوقت أكثر من هذا في البحث العلميِّ المحض الذي لا تترتب عليه ثمرة عمليَّة ولكن مع ذلك كلُّه أذكر لك حصيلة البحث من دون تعرض إلى مقالتهما لأجل إيضاح الكلام.

حصيلة الكلام

البيع باعتبار مبيعه ينقسم إلى قسمين رئيسيين:

الأوَّل: البيع بالمبيع الشخصي و الأعيان الشخصية بحيث يَتَعَيَّنُ المالك في الواقع و نفس الأمر و المقام الثبوت فلانحتاج إلى تعيينه في الخارج و في ضمن العقد و المقام الإثبات بالقصد أو اللفظ.

فتعيينه ليس مقوماً و لا شرطاً للبيع في هذا القسم و إذا وقع البيع على المالكين يدخل كلُّ من العوضين في ملك الآخر بلا فرق بين صدور العقد من المالكين أو وكيلهما أو وليَّهما، و كذا بلا فرق بين صدوره من المالك أو الفضولي، ولكن في الأخير مع الحاق اجازة المالك بالبيع.

و حيث كانت حقيقة البيع المبادلة و المعاوضة بين المالكين و يدخل الثمن في كيس من يخرج المثل من ملكه و يدخل المثل في كيس من يخرج الثمن من ملكه فلا بدَّ في عقد البيع أن لا يقصد خلاف مقتضى العقد، و الخلاف يتصور بوجوه مختلفة:
منها: أن يذكر أو يقصد دخول الثمن أو المثل في ملك غير المتبايعين نحو شراء

شروط المتعاقدين - القصد ١٠٣

بيت لولده أو طعام للفقير، و في هذه الفروض ينتقل المبيع إلى المشتري أولاً و بالذات و ثانياً و بالعرض و بناقل شرعي ينتقل إلى الولد أو الفقير أو غيرهما. فيكون البيع بما رسمت لك صحيحاً.

و منها: أن يذكر الخلاف من باب الخطأ في التطبيق كوكيل من عدة أشخاص في بيع أموالهم فأخطأ في ذكر موكله في عقد البيع فحينئذ العقد يكون صحيحاً و البيع نافذاً بدلالة المبادلة و المعاوضة اللتين هما حقيقة البيع و يقع البيع عن مالك العين بلا احتياج إلى اجازته المجدة لأن المجري للبيع كان وكيله.

و منها: أن يذكر الخلاف عالماً عامداً من باب الإدعاء على أن غير المالك مالك نحو: بيع الغاصبين و اللصوص في الأموال المغصوبة و المسروقة فيقع البيع للمالك إذا أجاز.

الثاني: أن يكون المبيع كلياً - بلا فرق بين أن يكون الكلي في المعين نحو صاع من الصبرة أو الكلي في الذمة و كلاهما يتعين بمالك الكلي في الأول و بمن يقع الكلي على ذمته في الثاني، و بهما يتعين في الواقع و نفس الأمر و مقام الثبوت، فلا تفرق في عدم اشتراط التعيين بين المبيع الشخصي و الكلي.

ولكن هذا كله بالنسبة إلى العقود التي لا يكون طرفا العقد ركناً من أركانها نحو النكاح و الوقف و الهبة و الوصية و الوكالة لأن الزوج و الزوجة المعينين يعدان من أركان عقد النكاح و كذا الموقوف عليهم، و الموهوب له، و الموصى و كذا الوصي، و الوكيل، و في هذا الفرض لا بد من تعيين طرفي العقد.

و ما ذكرنا يكون في مقام الثبوت و مع وضوح هذا المقام فلا تصل النوبة إلى مقام الإثبات كما هو الواضح.

نعم، في مقام الإثبات ينصرف العقد إلى من يتولى له ما لم يصرح بالخلاف، لأن فعل كل فاعل يُنسب إليه و يحكم بوقوعه عنه ما لم ينصب قرينة حالية أو مقالية على خلافه، فإذا قال «بعث» و لم يتم قرينة عليه فيقع عن نفسه.

ثم الإنشاء لا بد أن يتعلّق بالمعلوم ولو كان بالإجمال فيصح بيع أحد الأصوع لأن

المبيع حينئذ هو الصاع المتعين المعلوم عندالله تعالى. وكذا تصحُّ الوصية بأحد الشئيين أو الأشياء أو لأحد الأشخاص المعيّنين، لأنَّها إن كانت عهديَّة^(١) فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصي و يكون من قبيل الواجب التخييري. وإن كانت تمليكيَّة^(٢) إذا أراد المعلوم عندالله صحت. وكذا عتقُ مملوكٍ من العبيد أو طلاق إحدى الزوجات يصحان إذا تعلَّق الإنشاء بالمتعيّن الواقعي عندالله أو مَنْ يخرج بالقرعة أو يختاره و يتعيّنه في ما بعد. نعم، الإنشاء لا يتعلَّق بالمبهم المطلق إذ لا معنى لإيجاده.

هل يعتبر تعيين مَنْ له العقد؟

بمعنى تعيين كلِّ من البائع و المشتري للآخر في مقام الإثبات، بأن يكون البائع عالماً بمن يقع الشراء له و المشتري عالماً بمن يقع البيع له، و علم الموجب بأن القابل يقبل لنفسه أو لغيره، و علم القابل بأن الموجب يوجب لنفسه أو لغيره مع معلومية الغير عندهما.

و بعبارة أخرى: هل يعتبر في صحة البيع أن يعرف المشتري مالك المبيع، بأن يعرف المشتري أنّ العاقد الموجب هل هو مالك المبيع أم وكيله؟ و يعرف البائع مالك الثمن بأن يعرف أنّ العاقد القابل هل هو مالك الثمن أو وكيله؟ و بعبارة ثالثة: أنّ تعيين المالكين ثبوتاً يكفي في صحة العقد أم لا بدّ من معرفة كلِّ منهما للآخر إثباتاً؟

الأقوى عند الشيخ الأعظم^(٣) هو اعتبار التعيين في مقام الإثبات لوجهين: الأوّل: حجية ظاهر كلام المتعاقدين: تدل على أنّهما يبيعان و يشتريان لأنفسهما و أمّا لو كان العقد لغيرهما فلا بدّ من التنبيه و إقامة القرينة عليه.

(١) الوصية العهديَّة: كان يوصى فيها بما يتعلَّق بتجهيزه أو باستئجار الحج أو الصوم أو الصلاة أو

الزيارات له. [كذا في الوسيلة / ١٨٧ للسيد أبو الحسن الأصفهاني^(٤)].

(٢) الوصية التمليكيَّة: كان يوصى بشيء من تركته لشخص.

(٣) المكاسب ٣/٣٠٣.

الثاني: تبعية العقود للقصد: حيث أنّ المتعاقدين لم يذكرها غيرهما فقصدهما إجراء العقد لأنفسهما فيقع العقد على ذلك القصد لتبعية العقد للقصد.

ثم ذكر حتّى على القول بعدم الاعتبار: «لو صرّح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده، فلا يجوز للقابل أن يقبل عن غيره»^(١).

أقول: الوجه في هذا الأخير واضح لأنّ مع ارادة المخاطب لو قبل القابل عن غيره لم يطابق القبول الإيجاب فلا يتمّ العقد. ثم استشهد بقول العلامة على كلامه الأخير في التذكرة حيث يقول: «لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أنّ الآخر قصد تمليك العاقد أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم»^(٢).

مراد العلامة ممّا تقدّم هو وقوفه على إجازة المالك ولكن ضعّف إشكاله الشيخ الأعظم^(٣) بأنّه مخالف للإجماع و السيرة إلّا أنّه مبني على كلامه من مراعاة ظاهر الكلام.

ثم يمكن أن يناقش في وجهي الشيخ الأعظم لإثبات الاعتبار:

في الأوّل: بعد حجية الظواهر ولو كانت في العقود، يمكن أن تكون مالكية المبيع أو الثمن للغير تكون قرينة عرفية على أرادته في العقد.

و في الثاني: بعد ثبوت القرينة فيكون ذاك الغير مقصوداً للعقد و بقاعدة تبعية

العقود للقصد يقع العقد له.

ثم اطلاق «أحل الله البيع»^(٤) و «تجارة عن تراض»^(٥) و «افوا بالعقود»^(٦)

يشمل مورد عدم معرفة متبايعين للآخر إثباتاً، لأنّه بيع و تجارة و عقد عرفي فتشمله الإطلاقات، فيكفي تعيينهما ثبوتاً و في نفس الأمر.

(١) المكاسب ٣/٣٠٣.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

(٣) المكاسب ٣/٣٠٤.

(٤) سورة البقرة ٢٧٥/.

(٥) سورة النساء ٢٩/.

(٦) سورة المائدة ١/.

حتَّى في العقود التي يكون طرفا العقد ركناً من أركانها نحو النكاح والوقف والهبة والوصية لا يعتبر ذكرهما في مقام الإثبات و يكفي تعيينهما ثبوتاً كما مرّ.
فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ اسدالله التستري^(١) من الفرق في المقام بين العقود التي لا يكون طرفا العقد ركناً من أركانها وبين ما يكون ركناً حيث ذهب في الأوّل إلى عدم اعتبار التعيين في مقام الإثبات، وفي الثاني إلى اعتباره، واستدل على الاعتبار بأنّ الزوجين في النكاح كالعوضين في سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما وإذا لم يتعيّن في مقام الإثبات لم يتوارد القبول على الإيجاب. و لفظ البيع و نحوه من العقود يطلق على البيع لنفسه أو موكوله أو لمالكه، و أمّا الزواج و نحوه فلا. ولكن أنت ترى بأنّ الوجهين المذكورين في كلامه^{عليه السلام} إنّما يأتيان للاعتبار في مقام الثبوت لا الإثبات. فلا فرق في عدم الاعتبار بين العقود و الحمد لله.

٤- الاختيار

و المراد به أنّ القصد الذي قد مرّ اعتباره في العقود هل يعتبر أن يكون من طيب النفس و الرضا، لا عدمهما - الذي يُسمّى إكراهاً - و ليس المراد بالاختيار هنا الاختيار في قبال الجبر و الإلجاء.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «المراد به القصد إلى مضمون العقد عن طيب نفس في مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار في مقابل الجبر»^(١).

و استدل عليه بوجوه:

الأوّل: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «و يدل عليه قبل الإجماع»^(٢).
لعلّ هذا تلويحٌ منه إلى احتمال مدركية الإجماع و أنّ الأدلة غيره، كافية في إثباته.
قال الفقيه المنتبّع السيّد العاملي: «و اشتراط الاختيار و عدم صحة بيع المكره قد نفي عنه الخلاف في الغنية^(٣) و الرياض^(٤)، و استظهر ذلك - أعني عدم الخلاف - في مجمع البرهان^(٥)، و ادّعى عليه الإجماع في التذكرة^(٦) و الحدائق^(٧) و ذلك في غير المكره بحق،

(١) المكاسب ٣/٣٠٧.

(٢) المكاسب ٣/٣٠٧.

(٣) غنية النزوع / ٢١٤.

(٤) رياض المسائل ٨/٢١٦.

(٥) مجمع الفائدة و البرهان ٨/١٥٥.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

١٠٨..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

و أمَّا فيه ففي الغنية^(٨) أنَّ صحَّة بيعه معه ممَّا لاخلاف فيه، و على ذلك نص جماعة^(٩) كثيرون^(١٠).

أقول: نفي الخلاف ثابت في كلمات القوم و أمَّا الإجماع فلم يرد في التذكرة^(١١) إلا على بطلان بيع التلجئة - و يأتي الكلام فيها - و في الحدائق^(١٢) أيضاً نفي الخلاف في اشتراط الاختيار، نعم قال بعد صفحة: «و هم قد سلّموا بأنَّ عقد المكره حال الإكراه باطل إتفاقاً»^(١٣).

ولكن قال في الجواهر: «و المكره بغير حقّ الذي هو ممّا رفع الشارع الحكم عمّا أكره عليه من قول أو فعل بلاخلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل الضرورة من المذهب...»^(١٤).

الثاني: الكتاب

يدل عليه قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾^(١٥)

قد مرّ ممّا في أوّل المجلد الأوّل من هذا الكتاب^(١٦) البحث حول هذه الآية الشريفة و قلنا هناك بأنّ الاستثناء الوارد فيها منقطع و هي تدل على صحّة كلّ تجارة تَقَعُ عن تراضي الطرفين، و حيث أنّ الرضا و طيب النفس مفقود في بيع المكره فلا يدخل في

(٧) الحدائق ٣٧٤/١٨.

(٨) غنية النزوع ٢١٤/.

(٩) منهم: ثاني الشهيدين في المسالك ١٥٧/٣ و الشيخ يوسف في الحدائق ٣٧٦/١٨.

(١٠) مفتاح الكرامة ٥٥٣/١٢.

(١١) تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

(١٢) الحدائق ٣٧٣/١٨.

(١٣) الحدائق ٣٧٤/١٨.

(١٤) الجواهر ٢٦٥/٢٢.

(١٥) سورة النساء ٢٩/.

(١٦) الآراءُ الفقهيَّة ١٣/١.

المستثنى و لا يحكم بصحته، بل يدخل في المستثنى منه و هو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أموالكم بينكم بالباطل﴾^(١) و يحكم بطلانه.

الثالث: قوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.^(٢) قد مرّ في الدليل الثالث من أدلة قاعدة ما يضمن من هذا الكتاب^(٣) ورود روايات صحاح بهذا المضمون و كذا تمامية دلالتها على حرمة التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه بلا فرق بين أَلْحُرْمَتَيْنِ: التكليفية و الوضعية، و الأخيرة تدل على بطلان بيع المكروه، فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

الرابع: حديث الرفع

و هو صحيحة حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله^(٤) قال: قال رسول الله ﷺ: رفع عن أمتي تسعة أشياء: الخطأ و النسيان و ما أكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا إليه و الحسد و الطيرة و التفكير في الوسوسة في الخلوة [الخلق ن ل] ما لم ينطقوا بشقة.^(٥)

و ذكر الصدوق مثلها مرسلًا عن النبي ﷺ بلفظ «وُضِع» بدل «رُفِع» في الفقيه و قال: قال النبي ﷺ: وضع عن أمتي تسعة أشياء: السهو و الخطأ و النسيان و ما أكرهوا عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و الطيرة و الحسد و التفكير في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطق الانسان بشقة.^(٥)

و في نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن اسماعيل الجعفي عن أبي عبدالله^(٤)

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) عوالي الآلي ١١٣/٢، ح ٣٠٩.

(٣) الآراء الفقهية ٣٤٢/٤.

(٤) التوحيد / ٣٥٣، ح ٢٤، الخصال ٤١٧/٢، ح ٩ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٦٩/١٥، ح ١،

الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٥) الفقيه ٥٩/١، ح ١٣٢ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٩٣/٧، ح ٢، الباب ٣٧ من أبواب

قواطع الصلاة، و ٢٤٩/٨، ح ٢، الباب ٣٠ من أبواب الخلل الواقع في الصلاة.

١١٠.....الآراء الفقهيّة - البيع (٣) / ج ٦

قال: قال سمعته يقول: وضع عن هذه الأمة ست خصال: الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطرّوا إليه.^(١)

و فيه عن ربعي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: عفى عن أمّتي ثلاث: الخطأ و النسيان و الاستكراه، قال أبو عبد الله عليه السلام: و هنا رابعة: و هي ما لا يطيقون.^(٢) و فيه عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمّتي الخطأ و النسيان و ما استكروها عليه.^(٣)

و هذه الروايات الثلاثة الأخيرة معتبرة الإسناد.

وصف الشيخ الأعظم حديث الرفع بـ«الخبر المتفق عليه بين المسلمين»^(٤) و أنت تجده في كتب العامة أيضاً فراجعها.^(٥)

ثم ظاهر حديث الرفع هو رفع العقاب و المؤاخذة ولكن الأئمة عليهم السلام استشهدوا به في رفع بعض الأحكام الوضعية - نحو بطلان الحلف بالطلاق و العتاق و الصدقة قال الشيخ الأعظم: «و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحاً عندنا من دون الإكراه أيضاً، إلا أن مجرد استشهداد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدلّ على أنّ المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة و العقاب الأخرى.»^(٦) و ورد «لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزامن عليه بشيء»^(٧).

(١) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٧ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٣، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

(٢) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٨ و نقل عنه وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٤.

(٣) نوادر أحمد بن محمد بن عيسى / ٧٤، ح ١٥٩ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٧، ح ٥.

(٤) المكاسب ٣/٣٠٧.

(٥) نحو: سنن ابن ماجه ١/٦٥٩، ح ٢٠٤٣ و ٢٠٤٥، السنن الكبرى للبيهقي ٦/٨٤، فتح الباري ١١/٤٧٨، المعجم الأوسط للطبراني ٨/١٦١، صحيح ابن حبان ١٦/٢٠٢، كنز العمال

٤/٢٣٢، ح ١٠٣٠٦ و ١٠٣٠٧، الجامع الصغير للسيوطي ١/٢٧٧، ح ١٨٠٩.

(٦) المكاسب ٣/٣٠٨.

(٧) المكاسب ٣/٣٠٨.

و من الروايات المُستشَّهَدِ بِهَا في المقام صحيحة صفوان بن يحيى و أحمد بن محمد بن أبي نصر عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يستكره على اليمين فيحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما يملك أيلزمه ذلك؟ فقال: لا، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن امتي ما أكرهوا عليه و ما لم يطيقوا و ما أخطأوا. (١)

و يمكن أن يستشهد بالروايات الواردة في طلاق المكره و عتقه بضميمة عدم الفرق و الفصل:

منها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره و عتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق و لا عتقه بعتق، الحديث. (٢)

و منها: مرسل عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسطان، فقهره حتى يتخوف على نفسه أن يعتق أو يطلق، ففعل لم يكن عليه شيء. (٣)

و منها: حسنة يحيى بن عبدالله بن الحسن المثنى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يجوز طلاق في استكراه... و إنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه و لا إضرار، الحديث. (٤)

و منها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق. (٥)

و منها: معتبرة بريد و محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من اشترى طعام

(١) وسائل الشيعة ٢٣/٢٢٦، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان.

(٢) وسائل الشيعة ٢٣/٤١، ح ٢، الباب ١٩ من أبواب كتاب العتق - وسائل الشيعة ٢٢/٨٦، ح ١، الباب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق.

(٣) وسائل الشيعة ٢٢/٨٦، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ٢٢/٨٧، ح ٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٣/٤١، ح ١.

قوم و هم له كارهون قُصَّ لهم من لحمه يوم القيامة.^(١)
 يمكن أن يقال: إنَّ ظاهر حديث الرفع مطلق الآثار و هي أعم من المؤاخذه
 الدنيوية و الأخروية و غيرهما و ذلك لأنَّ المرفوع التسعة تنزيلاً و جعلاً و لازمه التعميم
 حتَّى بالنسبة إلى الأحكام الوضعية.^(٢)
 أقول: إذا كان الفعل موضوعاً لحكم آخر و يكون في ثبوت ذلك الحكم ثقلاً يرفعه
 الحديث بفقرتي «ما اضطرروا إليه و ما استكروهوا عليه فلا يترتب ذلك الحكم الوضعي نحو
 الإكراه في البيع أو الطلاق أو العتق^(٣) بخلاف فقرة «لا يعلمون» لأنَّها تزفع التكليف فقط لا
 الوضع فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع في شموله للأحكام الوضعية، و
 فقرة الاضطرار و الاستكراه تشملها و أمَّا ما لا يعلمون فلا، و توضيحه يطلب من بحث
 الأصول.

فحينئذ فلا نحتاج إلى الروايات المستشهد بها استقلالاً مستقلاً و لا بضميمة عدم
 الفرق و الفصل، و الله العالم.

ثم لا بدَّ من التذكير بأُمُورٍ:

الأوَّل: المراد من جملة: «المكرَّة قاصد إلى اللفظ دون المعنى»

قال العلامة في التحرير: «لو أكره على الطلاق فطلَّق ناوياً له، فالأقرب أنَّه غير
 مكرَّه، إذ لا إكراه على القصد»^(٤).

و قال الشهيد: «و يعني بكمال المتعاقدين بلوغهما و عقلهما... و اختيارهما فعقد
 المكرَّه باطل إلَّا أن يرضى بعد الاكراه، و الأقرب أنَّ الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون
 مدلوله فلو أكره حتَّى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران»^(٥).

(١) وسائل الشيعة ٣٣٨/١٧، ح ١١، الباب ١ من أبواب عقد البيع.

(٢) كما عليه الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٤٩/٢.

(٣) راجع دروس في مسائل علم الأصول ٢٥٨/٤ لشيخنا الأستاذ رحمته الله.

(٤) تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

(٥) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

و قال ثانيه بعد نقل كلامه: «و هو تنبيه حسن، إلا أن تحقق ذلك في المكره بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظر، فإن الإكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق و لا مقدور للمكره. وإنما يتحقق الإكراه بحمل المكره للمكره على الفعل باختياره، خوفاً من المكره على نفسه أو ماله أو ما في حكمهما مع حضور عقله و تمييزه، بخلاف المجنون و السكران و نحوهما. غير أن ما ادعاه (عليه السلام) إذا بلغ الإلجاء إليه و تحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله»^(١).

و نحوه في الروضة^(٢).

و قال في طلاق المسالك: «لو قصد المكره إيقاع الطلاق ففي وقوعه وجهان، من أن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النية لا تعمل، و من حصول اللفظ و القصد. و هذا هو الأصح»^(٣).

و قال في الروضة: «... كما لا اكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه»^(٤).

و قال سبطه السيد محمد العملي: «و لو طلق المكره ناوياً بالطلاق، قيل: يقع، و هو اختيار العلامة في التحرير و جدّي في الروضة و المسالك لحصول اللفظ و القصد، و لأنّ القصد لا إكراه عليه فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. و قيل: يبطل، إذا المفروض أنه لو لا الإكراه لما فعله، و عقد المكره باطل بالنص و الإجماع، و المسألة محلّ إشكال»^(٥).

و قال الفاضل الأصبهاني بعد نقل كلام العلامة في التحرير: «يعني و إن ظن أنه يلزمه لا مجرد لفظه بالإيجاب و إن كان لا يريد، أمّا لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ و له

(١) المسالك ١٥٦/٣.

(٢) الروضة البهية ٢٢٦/٣.

(٣) المسالك ٢٢/٩.

(٤) الروضة البهية ٢١/٦.

(٥) نهاية المرام ١٢/٢.

تجريده عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه»^(١).

الظاهر من سيّد الرياض قبول كلام الشهيدين حيث علّل صحة عقد المكره بعد أرْتضائِهِ بقوله: «بأنّه (المكره) بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله وإتّما منع عدم الرضا فإذا أثار العقد، كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلمّا لحقته إجازة المالك أثرت و لا يعتبر مقارنته للعقد للأصل»^(٢).

أقول: ولكن هذا الظاهر لا يجتمع مع ما هو بصدده من تصحيح عقد المكره بعد الرضا به، فلا بدّ من حمل لفظ «دون» على مَعْنَى «إِذَا عَرَضَ» أو «أمكن» أو «قد أمكن»^(٣) لا على معنى «غير»، فلا يُسْتَفَادُ من عبارته عليه السلام ما ذَهَبَ إليه الشهيدان في هذا الأمر.

وقال الفاضل النراقي: «دلّ العرف و انعقد الإجماع القطعي على لزوم قصد النقل في تحقق البيع أو التلفظ باللفظ الظاهر فيه أو الاتيان بعمل ظاهر فيه مع عدم العلم بعدم القصد من قرينة خارجيّة و عدم ضمّ ما يوجب ظهور عدم القصد... و لا شك أنّ الاكراه من الأمور المنافية لظهور القصد، بل يوجب ظهور خلافه فمعه لا يحكم بتحقيق البيع»^(٤).

أقول: ظاهر الفاضل النراقي عليه السلام تحقق قصد اللفظ و مدلوله في عقد المكره ولكنّه نفى قصد تحقق العقد وإنشائه و ترتب الأثر عليه.

و ناقش صاحب الجواهر الشهيد الثاني و قال بعد نقل كلامه في المسالك: «قلت: مرجع ذلك إلى أنّ الاكراه في الظاهر دون الواقع، و قد تكرر من العامة و الخاصة خصوصاً الشهيد الثاني في المسالك و الروضة في المقام و في البيع أنّ المكره حال إكراهه لا قصد له للمدلول، و إتّما هو قاصد للفظ خاصة، و فيه منع واضح، ضرورة تحقق الإنشاء و القصد فيه و لذا ترتب عليه الأثر مع الاكراه بحقّ و مع تعقّب الاجازة بالعقد بل ظاهر قولنا عليه السلام:

(١) كشف اللتام ٩/٨.

(٢) رياض المسائل ٢١٨/٨.

(٣) في جمهرة اللغة لابن دُرَيْد: «دونك هذا الشيء: إِذَا عَرَضَكَ و أمكنك [أي قد أمكنك] راجع

ترتيب جمهرة اللغة ١/٦٦٤.

(٤) مستند الشيعة ٢٦٧/١٤.

«إنما الطلاق»^(١) إلى آخره تحقق الارادة من المكره، بل لعلّ عدم القصد للمدلول في المكره من التورية التي لم نوجبها عليه وحينئذ فالمكره قاصد على نحو غيره إلا أنه قصد إكراهه لا قصد اختياره، وإن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا وعدمه...»^(٢).
أقول: وأنت ترى بأن صاحب الجواهر يرى قصد اللفظ و مدلوله و تحقّق العقد و الإنشاء و ترتب الأثر عليه في عقد المكره، ولكن لم يترتب عليه الأثر لفقد الاختيار و الرضا.

وأخرج الشيخ الأعظم معنى آخر من كلامهم وردّ على صاحب الجواهر وقال: «و ليس مرادهم [أي مراد العلامة و الشهيدين] أنه لا قصد له إلا إلى مجرد التكلم... فالمراد بعدم قصد المكره عدم القصد إلى وقوع مضمون العقد في الخارج و أنّ الداعي له إلى الإنشاء ليس قصد وقوع مضمونه في الخارج، لا أنّ كلامه الإنشائي مجرد عن المدلول، كيف و هو معلول للكلام الإنشائي إذا كان مستعملاً غير مهمل»^(٣).

وقال: «... لا ينبغي أن تحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً و لا إنشاءً و غير ذلك ممّا يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود في المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه في الواقع و عدم طيب النفس به، لا عدم إرادة المعنى من الكلام»^(٤).

وقال المحقق النائيني في معنى كلام الشهيدين: «أنّ المكره قاصد إلى اللفظ غير قاصد إلى مدلوله، هو أنّ المكره لم يقصد ما هو ظاهر إنشاء كلّ منشيء من رضاه بوقوع المدلول في الخارج، كما أنّ الفضولي لم يقصد ما هو ظاهر المعاملة من وقوعها لنفسه»^(٥).
ولكن اعترض المحقق الإيرواني على الشيخ الأعظم و قال: «إنّ الإكراه لا يرتفع

(١) وسائل الشيعة ٨٧/٢٢، ح ٤ حسنة يحيى بن عبدالله بن الحسن المثني الماضية.

(٢) الجواهر ١٥/٣٢.

(٣) المكاسب ٣٠٩/٣.

(٤) المكاسب ٣١٠/٣.

(٥) منية الطالب ٣٨١/١.

قصد اللفظ ولا قصد المعنى استعمالاً ولا القصد إلى تحقق المعنى خارجاً، وإنما المرتفع بالإكراه هو كون الداعي إلى اللفظ والإنشاء هو قصد تحقق المعنى ولأجل غاية تحقق المعنى المنشأ في الخارج، فإنّ إنشائه حينئذٍ وبعد الإكراه ليس بذلك الداعي وإن كان قاصداً للمعنى مقارناً للإنشاء وإنشاءه بداعي إكراه المكره بحيث لو كان الداعي إليه قصد حصول المعنى بسببه خرج فعله عن الإكراه وإن قارن ذلك توعيد المكره فإن مجرد المقارنة لا يجعله داخلاً تحت الإكراه ولعلّ مراد من قال: «إنّ المكره إذا طلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» هو هذه الصورة وإلا النية لا ترتفع بالإكراه...»^(١).

أقول: الظاهر عدم تمامية مقالة الشهيدين من أنّ المكره قاصد للفظ دون المعنى، لأنّ المكره يقصد اللفظ والمعنى لأنّه يستعمل اللفظ في معناه، حتّى أنّه إنّ الإنشاء والأثر المترتب من العقد إلا أنّ قصده يكون عن كُزّه لا اختيار فلا يحصل طيب النفس المعتبر في العقود فلا يقع، فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم من انعدام قصد وقوع مضمون العقد في الخارج من المكره - وكما عليه ظاهر الفاضل النراقي - وتمامية مقالات المحقّقين صاحب الجواهر والنائيني والإيرواني رحمهم الله، وكما عليه الفاضل المراغي حيث يقول: «وأمّا المكره فهو قاصد للفظ وقاصد لمعنى التملك والأثر ولكنه فات عنه الرضا ولا يخفى ذلك على من تأمّل في الجملة»^(٢). وقال: «المكره قاصد للفظ والمعنى معاً لكنّه فاقد للرضا وهو غير قصد المعنى»^(٣).

الثاني: حقيقة الإكراه

لابدّ من تحديد موضوع الإكراه وبحيث يتميّز من نظائره من الاضطراب والجبر. ولتألم يكن في المقام تحديد شرعيّ فيمكن أخذ موضوعه من اللغة والعرف: قال الفيومي: «أكرهته على الأمر إكراهاً: حمّلتُهُ عليه قهراً، يقال: فعلتُهُ كرهاً

(١) حاشية المكاسب ١٨٥/٢.

(٢) العناوين ٧١٢/٢.

(٣) العناوين ٥٣/٢.

بافتح أي إكراهاً و عليه قوله تعالى ﴿طَوْعاً أَوْ كَرْهاً﴾^(١) فقابل بين الضدين، قال الزجاج كل ما في القرآن من «الكُره» بالضم فالفتح فيه جائز إلا قوله في سورة البقرة ﴿كتب عليكم القتال وهو كُرهٌ لكم﴾^(٢)،^(٣).

و قال الجوهري: «أكرهته على كذا: حملته عليه كرهاً»^(٤).

قال الشيخ: «و أمّا الإكراه فجملته: أن الإكراه يفتقر إلى ثلاثة شروط: أحدها: أن يكون المكره قاهراً غالباً مقتدرًا على المكره مثل سلطان أو لصاً أو متغلباً.

و الثاني: أن يغلب على ظن المكره أنه إن امتنع من المراد منه وقع به فيما هو متوعد

به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستضّر به في خاصّة نفسه»^(٥).

و قال المحقق: «و لا يتحقق الإكراه ما لم يكمل أمور ثلاثة: كون المكره قادراً على فعل ما توعد به و غلبة الظن أنه يفعل ذلك مع امتناع المكره و أن يكون ما توعد به مضرّاً بالمكره في خاصّة نفسه أو من يجري مجرى نفسه كالأب و الولد، سواء كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً و يختلف بحسب منازل المكرهين في احتمال الإهانة و لا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير»^(٦).

و قال ثاني الشهيدين: «و يتحقق [الإكراه] بالخوف من المخالفة على نفسه أو ماله أو عرضه و يختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس في احتمال الإهانة و عدمها»^(٧).

(١) سور آل عمران / ٨٣، و التوبة / ٥٣، و الرعد / ١٥، و فصلت / ١١.

(٢) سورة البقرة / ٢١٦.

(٣) المصباح المنير / ٥٣٢.

(٤) صحاح اللغة / ٦ / ٢٢٤٧.

(٥) المبسوط / ٥ / ٥١.

(٦) الشرائع / ٣ / ٤.

(٧) المسالك / ٣ / ١١١.

و قال فيه أيضاً: «الخوف على النفس أو المال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين على وجه لا ينبغي تحمله عادةً بحسب حال المكروه في الرفعة و الضعة بالنسبة إلى الإهانة»^(١).

و قال الشيخ الأعظم في حقيقة الإكراه: «حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضراً بحال الفاعل أو متعلِّقه نفساً أو عرضاً أو مالاً»^(٢).

و يمكن أن يلاحظ عليه:

أولاً: الإكراه عند الشيخ الأعظم هو حَمْلُ الغير و إجباره على القيام بفعل، فحينئذ لو تخيَّل الإكراه في مورد و قام بالفعل الذي يرفعه، فالفعل يكون صحيحاً على حدِّ تعريفه و يترتب عليه جميع آثاره أمّا بناءً على تعميم الإكراه لمطلق فاقد الرضا و طيب النفس يكون باطلاً لفقد الرضا و طيب النفس لا لتخيُّل التحميل و الاكراه.

و ثانياً: الإكراه بناءً على تعريفه عليه السلام يحتاج إلى فعلية تهديد الظالم و وعيده المظنون ترتبه على ترك ذلك الفعل، ولكن الإكراه لا يحتاج إلى فعلية الوعيد و التهديد، بل لو احتمل المكروه الضرر احتمالاً عقلائياً من دون أن ينطق الظالم ببنت شفة لو لم يعمل على طبق مطلوبه فحينئذ يصدق الإكراه أيضاً^(٣).

و ثالثاً: «الفاعل أو متعلِّقه» في كلام الشيخ الأعظم عليه السلام يشمل نفس المكروه أو والده أو ولده أو غيرهما ممَّن يعدُّ الضرر عليهم ضرراً على نفسه، ولكن الأصحاب عليهم السلام الحقوا دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على نفس المكروه أو ما يتعلَّق به، فلا بد في كلامه من إضافة «أو غيره من المؤمنين».

و قد مرَّ في بحث الولاية من قبل الجائر من هذا الكتاب بماذا يتحقق الإكراه؟

(١) المسالك ١٣٩/٣.

(٢) المكاسب ٣١١/٣.

(٣) هاتان الملاحظتان في العقد النضيد ٥١٥/٢ مع ألفاظنا.

(٤) راجع الآراءُ الفقهيَّة ١٩٤/٣.

فراجع ما حررناه هناك ولا نعيد، و الحمد لله.

الثالث: هل يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفصي عن الضرر؟

إمكان التفصي تارة يمكن بالتورية وأخرى بغيرها فيقع الكلام في مقامين:

المقام الأول: التفصي من الإكراه بالتورية

قد مرّ تعريف التورية في بحث الكذب من المكاسب المحرّمه في كتابنا هذا^(١) و ذهبنا إلى أنّ التورية داخلة في موضوع الكذب لـ«أنّ المعتبر في اتصاف الخبر بالصدق و الكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه»^(٢) و نحن نوافق جدّنا الشيخ جعفر^(٣) و تلميذيه صاحبَي المفتاح^(٤) و الجواهر^(٥) أنّ التورية تدخل في موضوع الكذب أو حكمه.

فحينئذ التفصي إلى التورية لم يكن مندوحة للإكراه و هو صادق حتى مع إمكان التورية و يترتب عليه حكمه هذا هو المختار في المقام.

و كما إنّ الشيخ الأعظم ذهب إلى عدم اعتبار إمكان التورية في صدق الإكراه -

كما هو مختارنا - بأربعة وجوه:

أ: عموم رفع الإكراه.

ب: خصوص النصوص الواردة في طلاق المكره و عتقه.

ج: معاهد الإجماعات

د: الشهرة المدعات

و عقبه بقوله: «أنّ القدرة على التورية لا يخرج الكلام عن حيّز الإكراه عرفاً»^(٦).

(١) الآراء الفقهية ٦٤/٣.

(٢) القوانين ٤١٩/١.

(٣) شرح القواعد ٢٣٢/١.

(٤) مفتاح الكرامة ٢٢٠/١٢.

(٥) الجواهر ٧٢/٢٢.

(٦) المكاسب ٣١٣/٣.

ثم ذهب إلى اعتبار إمكان التفصي بغير التورية في الإكراه وقال في آخره: «و ما ذكرناه وإن كان جارياً في التورية إلا أن الشارع رخص في ترك التورية... لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بُعد حملها على صورة العجز عن التورية مع أن العجز عنها لو كان معتبراً لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة^(١) المجوّزة للحلف كاذباً عند الخوف و الإكراه خصوصاً في قضية عمار و أبويه^(٢) حيث أكرهوا على الكفر... فقال له رسول الله ﷺ: «إن عادوا عليك فُعد»^(٣) و لم ينبّهه على التورية...»^(٤).

ثم ذهب إلى تحقّق موضوع الإكراه و لو مع إمكان التفصي بالتورية لأنّ الأصحاب^(٥) ذكروا من شروط تحقّق الإكراه أن يعلم أو يظنّ المكره أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، فحينئذ لو علم المكره أنّ المكره وري و أوجد صورة ما أمره المكره لا واقعه فيعلمُ بامتناعه ممّا أمر به و يفعل بما يتوعدّ به، فمع إمكان التورية يصدق الإكراه موضوعاً.

أقول: ما ذكره ﷺ في ذيل التورية في هذا المقام تام ولكنّه اختار في بحث الكذب

(١) وسائل الشيعة ٢٣/٢٢٤، الباب ١٢ من أبواب كتاب الأيمان، و قد ذكرتها في بحث مسوغات الكذب راجع الآراء الفقهيّة ٣/٦٩ و ما بعده.

(٢) للروايات الواردة حولها راجع البرهان في تفسير القرآن ٣/٤٥٦ طبع مؤسسة البعثة، و تفسير نورالثقلين ٤/١٠٤ طبع بيروت عام ١٤٢٢ق.

(٣) وسائل الشيعة ١٦/٢٢٥، ح ٢، الباب ٢٩ من أبواب الأمر و النهي، معتبرة مسعدة بن صدقة، و وردت الرواية في الكتب العامية أيضاً نحو: تفسير الطبري ٧/٦٥١، تفسير الفخر الرازي ١٠/١٢٤، تفسير القرطبي ١٠/١١٨، و أخرجها عبدالرزاق و ابن سعد و ابن جرير و ابن أبي حاتم و ابن مردويه و الحاكم و صححها و البيهقي في الدلائل من طريق أبي عبيدة محمّد بن عمار كما في الدر المنثور ٥/١٧٠.

(٤) المكاسب ٣/٣١٥.

(٥) راجع المبسوط ٥/٥١، و الشرائع ٣/٤، و تحرير الأحكام الشرعية ٤/٥٠، و الروضة البهية ٦/٢٠، و نهاية المرام ٢/١١، و الكفاية ٢/٣١٨.

أن لزوم مراعاة التورية مطابق للقواعد^(١) مع عدم تمامية ما ذكره من الفرق بين المقامين^(٢). ولذا عدل عن مقالته وقال قبل بيان الفرق وبعده ما نصه: «هذا الحكم جيد [أي مراعاة التورية في جواز الكذب] إلا أن مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص في الحلف كاذباً لدفع الضرر البدني أو المالي عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك...»^(٣). وقال أيضاً: «... أمّا على ما استظهرناه من الأخبار - كما اعترف به جماعة - من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهة العجز عن التورية فلا فرق بينه وبين الإكراه... ولكن الأحوط التورية في البابين»^(٤).

و الحاصل: بالمآل يلحق الشيخ الأعظم^{عليه السلام} بقول عدم التفرقة بين بابي الكذب و الإكراه في عدم مراعاة التورية.

المقام الثاني: التفصي من الإكراه بغير التورية

الظاهر أن إمكان التفصي من الإكراه بغير التورية خروج موضوعي عن الإكراه، بحيث لو أمكن التفصي لم يصدق أنه مكروه، لأن من شرائط تحقق الإكراه «كون المكروه قادراً على فعل ما توعد به» كما مرّ من المحقق في الشرائع^(٥)، و مع إمكان التفصي لم يكن المكروه قادراً على فعل ما توعد به و يخرج الإكراه عن موضوعه لعدم تحقق أحد شرائطه.

كما يظهر ذلك من ثاني الشهيدين^(٦) و الشيخ يوسف^(٧) و الفاضل النراقي^(٨)

(١) المكاسب ٢/٢٦.

(٢) راجع المكاسب ٢/٢٨.

(٣) المكاسب ٢/٢٤.

(٤) المكاسب ٢/٢٩.

(٥) الشرائع ٤/٣.

(٦) المسالك ٩/١٨ و ٩/١٩.

(٧) الحدائق ٢٥/١٥٩.

(٨) مستند الشيعة ١٤/٢٦٧.

-قدس الله أسرارهم -.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «لكن الإنصاف أن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصي بغير التورية لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك، ومع القدرة على التفصي لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه، بل على تركه و ترك التفصي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه و التفصي، فهو [المكروه] مختار في كل منهما و لا يصدر كل منهما إلا باختياره فلا إكراه»^(١).

و هكذا اعترف بالخروج الموضوعي للإكراه مع إمكان التفصي بغير التورية في قوله: «ولكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصي بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقيق الموضوع [أي موضوع الإكراه] في الأول دون الثاني»^(٢) و استدل بما مر في المقام الأول. و أمّا ما ورد في كلامه من استظهار عدم اعتبار العجز عن التفصي بوجه آخر غير التورية في صدق الإكراه بخبر عبدالله بن سنان فغير تام من وجوه، نذكر لك أولاً الرواية، و ثانياً استدلال الشيخ الأعظم ثم وجوه المناقشة فيه ثالثاً:

أمّا الرواية: فهي خبر عبدالله بن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: لا يمين في غضب و لا في قطيعة رحم و لا في جبر و لا في إكراه، قال: قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر و الإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، و يكون الإكراه من الزوجة و الأمّ و الأب و ليس ذلك بشيء.^(٣)

تقريب الاستدلال: فرقت الرواية بين الجبر من السلطان الذي لا يمكن الفرار منه و بين الإكراه من الزوجة و الأمّ و الأب الذين يمكن عادة التفصي من إكراههم بالنسبة إلى الزوج و الولد، فيصدق الإكراه مع إمكان التفصي منه بغير التورية ثم زاد عليه حتى مع إمكان التفصي منه بالتورية أيضاً يصدق الإكراه لاتحاد المناط و لعدم الفرق بين التخلص

(١) المكاسب ٣/٣١٤.

(٢) المكاسب ٣/٣١٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٥، ح ١، الباب ١٦ من أبواب كتاب الأيمان.

من الاكراه بالكلام أو الفعل الآخر.^(١)

و أمّا وجوه المناقشة في استظهاره فَهِيَ: أولاً: ضعف سند رواية ابن سنان بموسى بن سعدان الحنات كما قال النجاشي في شأنه: «ضعيف في الحديث كوفي له كتب كثيرة»^(٢) و بعبدالله بن قاسم المشترك بين جماعة كلهم ضعفاء أو مهملين و لم يرد فيهم توثيق.^(٣)

و ثانياً: الصدق العرفي غير قابل للتعبد، فلا يمكن استظهاره من الرواية تعبدًا، و لا يستفاد منها إلحاق حكم الإكراه بهم تعبدًا - لا التعبد في الصدق العرفي في الموضوع - لأنّ الحكم يدور مدار الإكراه فلا يصلح إلحاق غيره به.

و ثالثاً: الاكراه من الزوجة و الأمّ و الأب أمر ممكن بل واقع و لا يلزم في صدق الإكراه كون المكره أقوى من المكره، لإمكانهم بهتك عرض الزوج و الولد.

و إذا جاء الإكراه من قبلهم موضوعاً فلا يمكن الإلحاق بالإكراه حكماً.

و رابعاً: التقابل بين الجبر و الإكراه في الرواية لجهة بيان التسوية بين الموارد، و عدم الفرق بين كون المكره: الجابر الذي هو السلطان الجائر أو غيره مع صدق الإكراه في كليهما و لا يعقل جعل السببية للأخص بعد جعلها للأعم للزوم اللغوية.^(٤)

الرابع: هل الفرق بين الاكراه في الْحُكْمَيْنِ التَّكْلِيفِي وَالْوَضْعِي موجود أم لا؟

ذهب إلى الفرق الشيخ أسدالله في المقابس^(٥) و تبعه الشيخ الأعظم^(٦) و تلميذه

الفاضل المامقاني^(٧) بحجة أنّ المجوّز في الحكم التكليفي قيام الإكراه على خلافه و

(١) راجع المكاسب ٣/٣١٤.

(٢) رجال النجاشي / ٤٠٤، رقم ١٠٧٢.

(٣) المعين على معجم رجال الحديث / ٣٤٧.

(٤) يظهر كلّها من السيّد الخميني رحمته الله في كتابه البيع ٦٦/٢.

(٥) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ١٧.

(٦) المكاسب ٣/٣١٧.

(٧) غاية الآمال / ٣٣٤.

هو لا يصدق موضوعاً مع إمكان التفصّي، بخلاف الحكم الوضعي لأنّ المناط في صحة العقود هو طيب النفس و الرضا بها و مع فقدانه ولو مع إمكان التفصّي يصدق الإكراه و تبطل العقود.

فحينئذ نسبة الإكراه بين الحكّمين هي العموم و الخصوص المطلق، الإكراه في الحكم الوضعي يكون العام و في الحكم التكليفي يكون الخاص لأنّ المعتمد فيه عدم إمكان التفصّي و لا يكون عدم إمكان التفصّي معتبراً في الإكراه في الحكم الوضعي، ولكن النسبة بين مناط الإكراهين في رفع كلّ منهما هي العموم و الخصوص من وجه لأنّ المناط في تحقق الإكراه في الأحكام الوضعية فقدان طيب النفس و المناط في الأحكام التكليفية توقف دفع الضرر على إتيان الفعل المكروه عليه و بين المناطين مادة اجتماع و هي لو فعل ما أكره عليه ممّا لا يمكن التفصّي عنه مع عدم طيب النفس، و مادتي الافتراق، لو فعله مع طيب النفس و الأخرى لو فعله مع إمكان التفصّي و مع عدم طيب نفسه.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ الإكراه الراجع لأثر الحكم التكليفي أخص من الراجع لأثر الحكم الوضعي. ولو لوحظ ما هو المناط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المناط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس...»^(١).

ثم جاء بمثل في المقام و قال: «من كان قاعداً في مكان خاصّ خالٍ عن الغير متفرغاً لعبادة أو مطالعة فجاءه من أكرهه على بيع شيءٍ ممّا عنده و هو في هذه الحال غير قادر على دفع ضرر و هو كاره للخروج عن ذلك المكان، لكن لو خرج كان له في الخارج خدمٌ يكفونه شرّ المكروه فالظاهر صدق الإكراه حينئذ بمعنى عدم طيب النفس لو باع ذلك الشيء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده... ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّمٍ لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل...»^(٢).

(١) المكاسب ٣/٣١٩.

(٢) المكاسب ٣/٣١٧.

ثم تمسك بخبر عبدالله بن سنان^(١) الماضي وقال: «فالإكراه المعتبر في تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور في الرواية والرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذي ذكر فيها أنه قد يكون من الأب والولد والمرأة والمعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة والإلجاء...»^(٢).

أقول: لا يمكنني موافقة الشيخ الأعظم في الفرق بين الحكمين في الإكراه لأن الإكراه في كليهما واحد وهو الإكراه والإلزام والحمل على شيء بكره وإجبار كما مر عن الشيخ^(٣) والمحقق^(٤)، فما ذكره^(٥) من مثاله لا يعدّ إكراهاً لا في التكاليفيات ولا في الوضعيات لإمكان التفضي منه في المثال بترك ذلك المكان والخروج منه.

و أمّا تمسكه بخبر عبدالله بن سنان فقد ظهر عدم تماميته في المناقشات الواردة حوله التي مرّ آنفاً ومختصرها التسوية بين الجبر والإكراه الواردتان فيها ويكون كلاهما شيئاً واحداً والإتيان بهما متعدداً بجهة التنبيه على أنّهما شيء واحد، لأنّ الإكراه من الزوجة والأمّ والأب قد يخفى على الناظر كونه إكراهاً.

و بالجملة: نحن نذهب إلى عدم الفرق في الإكراه بين الحكمين: التكليفي والوضعي وقولنا موافقاً للمشهور بين الأصحاب حيث لم يذكروا هذا الفرق في المقام وجاء الفرق من قبل الأعلام الثلاثة و تبعهم المحقق النائيني^(٥) - قدس الله أسرارهم - و من المصرحين بعدم الفرق السيّد الخميني^(٦) والأستاذ المحقق^(٧) - مدظله - والحمد لله.

(١) وسائل الشيعة ٢٣/٢٣٥، ح ١.

(٢) المكاسب ٣/٣١٧ و ٣١٨.

(٣) المبسوط ٥/٥١.

(٤) الشرائع ٣/٤.

(٥) راجع المكاسب والبيع ١/٤٣٧ و ما بعده.

(٦) كتاب البيع ٢/٦٧.

(٧) العقد النضيد ٢/٥٣٥.

الخامس: الإكراه على أحد الأمرين

و هما إمَّا تَكْلِيفِيَّانِ أَوْ وَضْعِيَّانِ أَوْ أَحَدُهُمَا تَكْلِيفِيٌّ وَ الْآخَرُ وَضْعِيٌّ، فيقع الكلام في ثلاثة مقامات:

المقام الأوَّل: الإكراه على الأمرين التكليفيين

١- و هما إن كانا مُحَرَّمَيْنِ تَكْلِيفِيَّيْنِ:

أ: و كانا متساويين في ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشدَّ مبغوضية من الآخر في نظر الشارع كان المكروه مخيراً في اختيار أيٍّ منهما لأنَّ كلاًَّ منهما يعدُّ من المكروه عليه، نحو الإكراه على شرب الخمرَين: الأحمر أو الأسود.

ب: و إن كانا غير متساويين، الأقدام في ملاك التحريم و كان أحدهما أشدَّ مبغوضية من الآخر في نظر الشارع فلا بدَّ من اختيار ما كان أقلَّ مبغوضية، نحو الإكراه على شرب النجس أو الخمر. و الوجه في ذلك لعدم كون الخمر بالخصوص مورداً للإكراه هذا إذا كانا عَرَضِيَّيْنِ.

ج: و أمَّا إذا كانا طويلين بأن أكره على شرب الخمر إمَّا في يوم الجمعة أو يوم السبت فلا يجوز له الشرب في يوم الجمعة لأنَّه غير مكروه عليه و قادر على تركه فلا تجوز المبادرة إليه في يوم الجمعة فحينئذ يكون متعلِّق الإكراه هو الفرد المتأخر فقط.

د: نعم، إذا كان طويلين ولكن الثاني منهما أشدَّ حرمة و الأوَّل أقل و يعلم المكروه من الخارج ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بدَّ أن يأتي بالأوَّل لثلا يقع في الثاني نحو: أن يكون الأوَّل شرب الخمر و الثاني قتل النَّفْس، و الدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشدَّ حرمة من الأوَّل.

٢- و إن كان الإكراه على ترك أحد الواجبين:

أ: فإن كانا متساويين في الملاك فللمكروه التخيير نحو: ترك أداء الزكاة أو الخمس.
ب: و إن كانا مُخْتَلِفَيْنِ فيه فلا بدَّ للمكروه من اختيار الأقل و ترك الأشدَّ، نحو ترك أداء الحج أو الصلاة، في شهر ذي الحجة، و الثاني يكون الأشدَّ و الأهم.

هذا إذا كانا عَرَضِيَّيْنِ، و أمَّا إذا كانا طويلين فيكون:

ج: إذا كان أكره على ترك واجبين طويلين نحو ترك الظهرين أو المغربين، أو ترك صيام اليوم الأول من شهر رمضان أو الثاني منه فحينئذ لا بد من الإتيان بالواجب الأول منهما لأنه غير مكره على تركه وقادر على فعله فيتعين عليه ترك الثاني.

د: نعم، إذا كان الثاني أشد ملاكاً والمكره يعلم ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بد من الاختيار الأول الذي يكون أقل ملاكاً نحو: الإكراه على ترك الإنفاق على من يجب عليه إنفاقه أو ترك الصلاة، والدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشد حرمة.

هذا كله في الواجبات الاستقلالية و أما الواجبات الضمنية فتسقط الواجب بالإكراه بترك جزئه إلا الصلاة كما هو المعلوم. فلذا يكون الإكراه على ترك جزء أو شرط أو الاتيان بمانع موجباً لسقوط الواجب إلا في باب الصلاة^(١) وفيها لا بد من ملاحظة دليل الجزئية أو الشرطية أو المانعية و الاتيان بالباقي لو كان الإكراه يتعلق بإحدهن متعيناً ولو يتعلق بإحدهن متردداً لا بد من ملاحظة قوّة الأدلة و الاتيان بالأقوى، مثلاً لو كان مكرهاً على ترك القيام أو الطمأنينة فلا بد من الاتيان بالقيام لأنّ دليله لفظي^(٢) و دليلها إجماع، أو دار الإكراه بين الوقت أو الطهور و بين غيرهما من الأجزاء و الشرائط فلا بد من تقديمهما على غيرهما، و التفصيل يطلب من باب التراحم في بحث الأصول.

و بما ذكرنا قد عرفت عدم الفرق بين أن يكون مكرهاً على الاتيان بالمحرمين أو ترك الواجبين.

٣- و إن كان الاكراه على ترك واجب أو الاتيان بمحرّم:

نحو ترك الصلاة أو الزنا، فحينئذ لا بد من ملاحظة قواعد باب التراحم و في المثال يقدم ترك الصلاة.

(١) لأنّ ورد في صحيحة زرارة بالنسبة إلى المستحاضة: ... ثمّ تصلّي و لا تدع الصلاة على حال، فإنّ النبي ﷺ قال: الصلاة عماد دينكم. [وسائل الشيعة ٣٧٣/٢، ح ٥، الباب ١ من أبواب الاستحاضة].

(٢) ورد في صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام: ... لكنّه أعلم بنفسه إذا قوي فليقم. [وسائل الشيعة ٤٩٥/٥، ح ٣، الباب ٦ من أبواب القيام].

و بما ذكرنا من التفصيل تظهُرُ لكَ مواقعَ النظر في كلام الشيخ الأعظم حيث يقول: «و من هنا لم يتأمل أحد في أنه إذا أكره الشخص على أحد الأمرين المحرّمين لا بعينه فكلّ منهما وقع في الخارج لا يتصف بالتحريم...»^(١).

المقام الثاني: الإكراه على الأمرين الوضعيين

سواء كانا عقدين نحو بيع داره أو أرضه، أو إيقاعين نحو طلاق إحدى زوجاته، أو عقد وإيقاع نحو بيع الدار أو طلاق زوجته.

قبل الخَوْضِ في البحث لا بدّ من تقديم مقدمة وهي تصوير الوجوب التخيري بحيث لا يتنافي مع حقيقة الوجوب وهو عدم جواز ترك متعلّقه، والوجه في تقديم هذه المقدمة لأنّ الإكراه على الأمرين أيضاً يشابه الوجوب التخيري فلا بدّ من تبين تصويرهما حيث لا يتنافي هذا مع الوجوب وذلك مع الإكراه.

و لذا أقول: المباني في تصوير الوجوب التخيري متعددة:

منها: الجامع بين الفعلين أو الأفعال يكون متعلّقاً للأمر فيكون التخير عقلياً لا شرعياً وهذا هو مختار المحقّق الخراساني^(٢).

و منها: الوجوب التخيري في الحقيقة وجوب تعييني متعلّق بكلّ من الفعلين لكنّه مشروط بترك الآخر.^(٣)

و منها: تعلق الوجوب بكلّ منهما تعييناً مطلقاً لكنّه يسقط بفعل الآخر. وقال المحقّق النائيني: «أنّه ممّا لا يصح أن يتفوّه به أحد»^(٤).

و منها: وجوب المعين عندالله تعالى شأنه وهو ما يختاره المكلف في علمه عزّوجلّ.

(١) المكاسب ٣/٣١٩.

(٢) كفاية الأصول / ١٤٠، طبعة مؤسسة آل البيت عليه السلام.

(٣) نقلها المحقّق النائيني واعترض عليه بأربعة إيرادات راجع أجود التقريرات ١/١٨٥، الطبعة الأولى.

(٤) أجود التقريرات ١/١٨٢.

و منها: أن يكون الواجب أحدهما و هو على مسلكين:
 أ: أن يراد منه مفهوم أحدهما و عنوانه المنطبق على كل من الأمرين في نفسه.
 ب: أن يراد منه واقع أحدهما غير المعين المعبر عنه بالفرد على سبيل البدل.
 و المختار هو هذا الأخير: و التكليف يتعلق بالفرد على البدل و بأحدهما لا بعينه، بمعنى كون كل منهما متعلقاً للتكليف الواحد ولكن على البدل لا أحدهما المردد و لا كلاهما معاً، فيكون الواجب أحدهما لا بعينه كما أن المحقق النائيني رحمته الله موافق لنا في النتيجة، و السيد الروحاني رحمته الله في الاستدلال و النتيجة و التفصيل يطلب من كتابه.^(١)
 و إذا كان هذا حال الوجوب التخييري و هو يتعلق بالفرد على البدل فكذلك الإكراه على الأمرين أيضاً يتعلق بكل فرد منهما على البدل و بأحدهما لا بعينه فيصدق عليه الإكراه و على الفعل المأتي به بأنه المكره عليه و على الفاعل بأنه مكره، بلا ريب و لا إشكال.

و لعل إلى هذا الإشكال - و هو أن الإكراه يُنافي الاختيار بالنسبة إلى أخذ أحدهما أو أحدهم من المصاديق و الأفراد - أفتى العلامة في ظاهر قواعده بصحة طلاق من أكره على طلاق إحدى زوجتين فطلق إحداهما بعينها، و قال: «ولو ظهرت دلالة اختياره صح طلاقه بأن يخالف المكره مثل أن يأمره بطلاقه فيطلق اثنتين، أو بطلاق زوجة فيطلق غيرها، أو هي مع غيرها، أو بطلاق إحدى زوجتين لا بعينها فيطلق معيّنة، أو يأمره بالكناية فيأتي بالصريح»^(٢).

و استشكل في صدق الإكراه في تحريره و قال: «... ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق معيّنة، فإشكال»^(٣).

و تبعه المحقق الثاني و قال في كتاب الإقرار: «فرع: لو أكره على بيع أحد المالكين من غير تعيين فباع واحداً معيّناً ففي كون البيع مكرهاً عليه تردد، و سيأتي إن شاء الله

(١) راجع منتقى الاصول ٢/ (٤٩٥-٤٨٣).

(٢) قواعد الأحكام ١٢٢/٣.

(٣) تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

تعالى في الطلاق إنَّه لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا بعينها معيَّنة وقع»^(١).
أقول: لم يف المحقِّق الكركي رحمته بوَعده و لم يكتب كتاب الطلاق في ضمن كتابه
جامع المقاصد.

و جعل الشهيد الثاني القول بصحة الطلاق هو المحتمل الضعيف في مسالكة وقال:
«و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطَلَّق واحدة بعينها، قيل يقع
الطلاق، لأنَّه الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، و طلاق هذه طلاق إحداهما
مع زيادة، و قد تقرَّر في الأصول أنَّ الأمر بالكلِّي ليس أمراً بجزئيٍّ معيَّن.
و يحتمل قوياً عدم الوقوع، لأنَّ متعلِّق الإكراه وإن كان كلياً لكنَّه يتأدَّى في ضمن
طلاق كلِّ واحدة بعينها و بطلاق واحدة غير معيَّنة فكل واحد من الأفراد داخل في المكره
عليه و مدلول عليه بالتضمن. نعم، لو صرَّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمه - بأن
يقول: إحدا كما طالق مثلاً- فعدل عنه إلى طلاق معيَّنة فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على
المعيَّنة لأنَّه غير مكره عليه جزماً»^(٢).

و جعل في الروضة القول بعدم الصحة هو الأقوى و قال: «ولو أكرهه على طلاق
إحدى الزوجتين فطَلَّق معيَّنة فالأقوى أنَّه إكراه، إذ لا يتحقق فعل مقتضى أمره بدون
إحديهما، و كذا القول في غيره من العقود و الايقاع»^(٣).
و السيّد السند^(٤) اختار كلام جده من طريق الأمّ و قال: «إمّا لو أكرهه على طلاق
إحدى الزوجتين فطَلَّق معيَّنة فالأصحُّ أنَّه إكراه، إذ لا يمكن التخلص من الضرر المتوعَّد
به بدون ذلك»^(٥).

و تبعه المحقِّق السبزواري و قال: «ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا على

(١) جامع المقاصد ٢٠٦/٩.

(٢) المسالك ٢١/٩.

(٣) الروضة البهية ٢١/٦.

(٤) السيّد محمّد العاملي صاحب المدارك.

(٥) نهاية المرام ١٢/٢.

التعيين فطلق واحدة معينة، قيل: يقع، و الأقوى عدم الوقوع»^(١).
 و صاحب الحدائق بعد نقل كلام السيد السند و جدّه في الروضة ردّ المحتمل
 الضعيف في كلام الجدّ بقوله: «و ردّ بأن متعلّق الاكراه و ان كان كلياً لكنّه يتأدى في ضمن
 طلاق كلّ واحدة بعينها و طلاق واحدة غير معينة، فكل واحد من الأفراد داخل في
 المكره عليه و مدلول عليه بالتضمن.

نعم، لو صرّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمه بأن يقول: إحدكما طالق مثلاً
 فعدل عنه إلى طلاق معيّنة فلا شبهة هنا في وقوع الطلاق على المعينة لأنّه غير المكره
 عليه جزماً، و أنت خبير بأنّه بالنظر إلى هذه التعليقات فإن القول الأوّل [أي قول السيد
 السند و جدّه في الروضة في صدق الإكراه] هو الأقرب، إذ هو الأربط بالقواعد و الأنسب،
 إلا أنّك قد عرفت في غير موضع ممّا تقدم ما في البناء على أمثال هذه التعليقات»^(٢).

و ذكر صاحب الجواهر^(٣) في الصور التي أتى المكره بغير ما أكره عليه و أن
 مخالفته له تشعر بالاختيار أو ترفع ظهور الكراهة، قال: «و منها: لو أكرهه على طلاق
 إحدى زوجتيه فطلق واحدة معيّنة، و فيه: أنّ ذلك أحد أفراد الكلّي المكره عليه، نعم، لو
 كان الإكراه على الإبهام و عدل إلى التعيين وقوع عليها...»^(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «... الأقوى - وفاقاً لكل من تعرّض للمسألة - تحقق الاكراه
 لغة و عرفاً، مع أنّه لو لم يكن هذا مكرهاً عليه لم يتحقق الإكراه أصلاً، إذ الموجود في
 الخارج دائماً إحدى خصوصيات المكره عليه، إذ لا يكاد يتفق الإكراه، بجزئيّ حقيقيّ
 من جميع الجهات...»^(٤).

أقول: بعد ما مرّ في مقدمة هذا البحث من تقرير الإكراه على الأمرين و أنّه كتصوير
 الوجوب التخيري بلا فرق، فالاختيار في بعض المصاديق لا ينافي الإكراه، كما أنّ جواز

(١) الكفاية ٣١٩/٢.

(٢) الحدائق ١٦٣/٢٥.

(٣) الجواهر ١٤/٣٢.

(٤) المكاسب ٣٢٠/٣.

ترك بعض أفراد الواجب التخييري لا ينافي الوجوب.

فلو أكره على طلاق إحدى زوجتيه أو زوجاته فطلق إحداهما أو إحداهن، لا يقع لصدق الإكراه وما ورد في كلام العلامة من الحكم بالصحة أو الإشكال في صدق الإكراه و تبعيّة المحقق الثاني له تُحمل بما إذا قنع المكره بطلاق إحداهما مبهمه كما حمله بعض الأجلة على ما نسب إليه المحقق التستري^(١). وذكره الشيخ الأعظم^(٢).

فحينئذ لو أكره على الأمرين الوضعيين سواء كانا عقدين أو إيقاعين أو عقد و إيقاع و اختار المكره أيّاً من طرفي الإكراه - بلا فرق بين كونه عقداً أو إيقاعاً - لم يقع و يحكم بفساده لأجل طريان الإكراه. هذا كلّ إذا كان الفردان عَرَضِيَّيْن.

و أمّا إذا كانا طوليين بأن أحدهما في عمود الزمان يتأخر عن الآخر فهل للمكره أن يختار أيّهما شاء؟ أم لا بدّ له من التأخير، ولو أتى بالفرد المقدّم كان صحيحاً لأنّه لم يكره عليه بالخصوص و يتمكن من التأخير إلى الفرد الأخير؟

مثلاً لو كان مكرهاً على بيع داره في يوم الجمعة أو السبت، فهل له أن يبادر ببيعه في يوم الجمعة و هو كان عالماً ببقاء الإكراه إلى يوم السبت؟ أم ليس له هذا البدار و لا بدّ أن يأتي بالفرد الأخير؟

ذهب المحقق النائيني^(٣) إلى وجود الفارق بين المحرّمات و المعاملات في الأفراد الطوليه بأنّ في الأوّل لا يجوز البدار و لا بدّ من التأخير و الإتيان بالفرد الأخير ولكن في المعاملات يجوز البدار و يصدق الإكراه و قال بالنسبة إلى المعاملات: «... أمّا لو كان مكرهاً في بيع داره موسّعاً فلو كان ما يوسأ من التخلّص عنه فإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرجّه عن الإكراه، و أمّا لو احتمل التخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختار...»^(٣).

و اعترض عليه المحقق السيّد الخوئي^(٤) من عدم وجود الفارق بين المحرّمات و

(١) مقابس الأنوار / ١١٨.

(٢) المكاسب ٣/٣٢٠.

(٣) منية الطالب ١/٣٩٥.

المعاملات لأنَّ «الإتيان بالفرد المتقدم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكره عليه و لا المضطر إليه لكي يرتفع حكمه، سواء أكان ذلك من قبيل المعاملات أم كان من قبيل الأمور المحرّمة، فإنّ الذي يترتب عليه الضرر إنّما هو ترك المجموع، لا ترك خصوص الفرد الأوّل، و عليه فلا ملزم له في فعله، نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه، و على هذا فلو أكره أحدٌ على بيع داره إمّا يوم الجمعة أو يوم السبت فبادر إلى بيعها يوم الجمعة فإنّه يحكم بصحة هذا البيع لصدوره عن الرضا و طيب النفس»^(١).

أقول: الظاهر عدم الفرق بين المحرّمات و المعاملات في الأفراد الطولية من عدم صدق الإكراه إلّا في الفرد المتأخر، فلو أتى بغيره لم يكن مكرهاً بالنسبة إليه فيقع صحيحاً في المعاملات و حراماً في المحرّمات.

و ظهر ممّا ذكرنا أنّهُ لو كان مكرهاً على الأمرين الوضعيين كان أحدهما باطلاً و الآخر صحيحاً، لو لم يكن الإكراه على الصحيح كثلاث تطبيقات في دفعة واحدة أو الطلاق الواحد، و كبيع مال الغير أو بيع ماله، و كطلاق زوجة الغير أو طلاق زوجته، و كبيع مال الوقف أو بيع ماله الشخصي، و كقرأة عقد الزواج على بنت الغير للمكره أو على بنت المكره، ففي كلّ هذه الأمثلة لا بدّ للمكره أن يختار الأمر الوضعي الذي يكون باطلاً من قبل نفسه - و هو الأمر الأوّل في أمثلتنا - لا الأمر الوضعي الثاني في الأمثلة الذي يكون صحيحاً لو لم يكن الإكراه، و الوجه في ذلك بطلان هذه الموارد حتّى من دون الإكراه و معه بطريق أولى، فلذا لو اختار الأمر الصحيح في نفسه و هو غير مكره بخصوصه وقع صحيحاً، فلا بدّ للمكره من تركه و اختيار الشق الآخر الذي كان باطلاً، و إن كان في النفس بالنسبة إلى هذا الأخير شيئاً.

المقام الثالث: الإكراه على الأمرين أحدهما تكليفي و الآخر وضعي
إذا أكره على أحد الأمرين أحدهما تكليفي كشرب الخمر أو ترك الصلاة و الآخر

وضعيُّ كبيع داره أو طلاق زوجته، فحينئذ لا بدّ للمكره أن يختار الأمر الوضعي و ترك الحرام التكليفي أو الاتيان بالواجب، و الأمر الوضعي الذي أتى به لم يقع لأنّه المكره عليه. و هذا واضح لا ريب فيه.

و من هنا لو كان مكرهاً على الأمرين المرديين بين الحرام أو ترك الواجب و المباح فلا بدّ له أن يختار المباح و لا يصدق الإكراه بالنسبة إلى الحرام أو ترك الواجب فلا يجوز الإيتان به أو الترك بذا.

مثلاً لو كان مكرهاً على شرب أو أكل شيءٍ مباحٍ يتنفر طبعه منه أو شرب الخمر أو ترك الصيام، فلا بدّ له من الإيتان بالمباح.

و كذلك لو كان الإكراه مردداً بين أمر مباح و أمر وضعيِّ نحو: الجماع مع زوجة المكره العجوز التي لا يريدّها أو طلاق إحدى زوجاته و هي الشابة الجديدة، فلا بدّ له أن يختار المباح و ترك الأمر الوضعي و هو في المثال الطلاق، فلو أتى بالطلاق لكان صحيحاً، و إن كان في النفس بالنسبة إلى هذا الأخير شيء، و هو لو اختار الأمر الوضعي و أتى به من دون قصد و لأنّه كان مكرهاً بالنسبة إليه لعدم ارتضاء نفسه بالإيتان بهذا الشرب أو الأكل أو الجماع، لتنفر طبعه منها فيصدق الإكراه عرفاً فلا أثر للأمر الوضعي المكره عليه أيما كان من عقدٍ أو إيقاع.

السادس: إكراه أحد الشخصين على فعلٍ واحدٍ

و هذا الفعل الواحد إمّا تكليفيُّ أو وضعيُّ.

أ: إمّا التكليفي: فنحو إكراه أحد الشخصين على شرب الخمر أو ترك الصلاة، يجوز لأحدهما ارتكابه دفعاً للضرر المتوعد به من المكره، ولكن إن علم أو اطمأن بأن الآخر يفعل له كثرة خوفه أو لضعف إيمانه فلا يجوز للآخر الإيتان به. و إن علم أو اطمأن بأن الآخر لا يفعل أو حتّى احتمال احتمالاً عقلائياً بأنّه لا يفعل يجوز له ارتكابه. و يكون هذا الإكراه مشابهةً للوجوب الكفائي في تصويره و تقريره.

ب: و إمّا الوضعيُّ: فنحو إكراه أحد الشخصين على بيع الدار و هما صاحب الدار و وكيله، أو العقد على البنت و هما أبوها و جدّها، و الكلام فيه كالكلام في التكليفي بلا

فرق.

أما مقالة الشيخ الأعظم من: «أن إكراه أحد الشخصين على فعل واحد - بمعنى إلزامه عليهما كفايةً وإيعادهما على تركه - كإكراه شخص واحدٍ على أحد الفعلين، في كون كل منهما مكرهاً»^(١).

لابد من تقييد جملة «كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين» بالعرضين، لأن قد مرّ عدم اتصاف الطويلين بالإكراه إلا الفرد الأخير فقط. فلا بد من تقييد الفعلين بالعرضيين عندنا، ولكن حيث أن الشيخ الأعظم لم يتعرّض في ظاهر كلامه للفعلين الطويلين فهذا التقييد غير لازم له.

السابع: متعلّق الإكراه

الإكراه قد يتعلّق بالمالك العاقد - كما هو الغالب - وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد و قد يتعلّق بالعاقد دون المالك فللمسألة صور ثلاث:

الأولى: تقدم الكلام فيها وأن حكمها بطلان العقد المكره عليه.

الثانية: كالإكراه على التوكيل لبيع داره أو طلاق زوجته، أعني المكره الظالم - وهو العاقد مثلاً - أكره المالك أو الزوج على إعطاء الوكالة له لبيع داره أو طلاق زوجته، أو أن يوكل غير المكره في البيع أو الطلاق. و حيث أن عقد الوكالة وقع عن كرهه فيكون باطلاً فلم يستند العقد كالبيع والإيقاع كالطلاق إلى المالك والزوج فلا إشكال في عدم وقوعهما. بعبارة أخرى: التوكيل حيث يكون إكراهياً فيكون كعدمه فلا يقع العقد الذي أجراه هذا الوكيل الإكراهي.

نعم، لو لحقه الإجازة من المالك أو الزوج يكون فضولياً تتبعه الإجازة فبالنسبة إلى البيع يكون صحيحاً وبالنسبة إلى الطلاق بناءً على صحة الإيقاعات الفضولية يكون صحيحاً.

الثالثة: إكراه المالك غيره على أن يكون وكيلاً عنه في عقد أو إيقاع نحو: قول

المالك لغيره: بع مالي أو طلق زوجتي وإلا....

ذهب الشيخ الأعظم إلى أنّ «الأقوى هنا الصحة»^(١).

و احتمال الشهيد الثاني بعد أن جعل وقوع الطلاق - مثلاً - أصح الوجهين، عدم الوقوع و الصحة في قوله: «لو قال: طلق زوجتي وإلا قتلتك أو غير ذلك ممّا يتحقّق به الإكراه، فطلق ففي وقوع الطلاق وجهان، أصحهما الوقوع، لأنّه أبلغ في الإذن، و وجه المنع: أنّ الإكراه يسقط حكم اللفظ، فصاركما لو قال لمجنون: طلقها فطلق. و الفرق بينهما: أنّ عبارة المجنون مسلوبة أصلاً، بخلاف عبارة المكره، فإنّها مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدر إكراه المأمور»^(٢).

و قال أيضاً: «لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففي صحته وجهان أيضاً، من تحقّق اختيار الموكل المالك للتصرف، و من سلب عبارة المباشر»^(٣).

ولكن التحقيق أنّ لهذه الصورة أقساماً:

الأوّل: أن يكون الإكراه من المالك و كان العاقد الوكيل مكرهاً في إجراء عقده أو إيقاعه، فحينئذ لا إشكال في صحة العقد أو الإيقاع لصحة اتسابهما إلى المالك فيتمّان، و إكراه العاقد أو عدم رضايته بالعقد لا يضرّ بصحته لأنّه أجنبيٌّ في المقام و لا أثر لعدم رضايته بعد رضا المالك.

لا يقال: حديث الرفع ينفي الصحة من هذا العقد لوجود الإكراه بالنسبة إلى العاقد. لأنّنا نقول: العاقد المكره ليس هنا لفعله أثر بالنسبة إلى شخصه حتّى يرفعه الحديث، و أمّا جريان حديث الرفع بالنسبة إلى المالك أيضاً فلا يتمّ لأنّه أولاً: لم يكن مكرهاً، بل هو المكره هنا، و ثانياً: يكون خلافاً للامتنان.

إشكالٌ: عقد العاقد صحته مشروط بإحراز قصده و مع الإكراه لا يمكن إحرازه ببناء العقلاء فحينئذ لا يحكم بصحة عقد العاقد المكره لعدم إحراز قصده كما عليه

(١) المكاسب ٣/٣٢٢.

(٢) المسالك ٩/٢٢.

(٣) المسالك ٩/٢٣.

المحقق التستري قال في مقابسه: «إنَّ إرادة مدلول اللفظ لابدَّ منها في صحة العقد وإن تجرَّدَ من الرضا به و لذلك بطل عقد الهازل و قاصد التورية و نحوهما و إذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل حكمنا بما هو الظاهر من حصول ذلك بخلاف ما إذا صدر من مكره إذ لا ظهور لعبارة في قصد المعنى المطلوب و لا عبرة بالدلالة المجردة عن الإرادة، فكيف يحكم بالصحة بمجرد صدور العقد و الرضا...»^(١).

أجاب عن هذا الاشكال صاحب الجواهر بقوله: «قلت: هذا مبنيٌّ أيضاً على ما سمعت من خلو المكره عن القصد و قد عرفت الحال»^(٢)، و قال قبله: «... فالمكره قاصد على نحو غيره إلاَّ أنه قصد إكراه لا قصد اختيار، و إن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا و عدمه»^(٣).

و أجاب الشيخ الأعظم عنه بوجهين^(٤) بتوضيح منّا:

١- نعلم بأنَّ العاقد المكره لا يتكلم لاغياً و لا مورياً، فيكون قاصداً للعقد، لعدم وجود الشق الرابع.

٢- المالك في ظهور العقد هو كون الفعل اختيارياً في مقابل الاضطرار كحركة يد المرتعشة، و من المعلوم أنَّ الإكراه لا يصل إلى حدِّ الاضطرار فيمكن إجراء اصالة القصد في عقد المكره.

الثاني: أن يكون الإكراه من غير المالك لغير وكيله، كما إذا أكره زيدٌ عمراً على بيع مال بكر أو طلاق زوجته، فيكون العقد أو الإيقاع في هذا القسم فضولياً يتوقف صحته على الإجازة.

الثالث: أن يكون الإكراه من غير المالك لوكيله - أي لوكيل المالك - و يكون العقد باطلاً لعدم انتساب العقد إلى المالك - و هو واضح - و لا إلى وكيله لأنَّه مُكرهٌ و عقد المكره

(١) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ١٨.

(٢) الجواهر ١٦/٣٢.

(٣) الجواهر ١٥/٣٢.

(٤) المكاسب ٣/٣٢٣.

باطلٌ.

نعم، إذا علم رضا المالك بالعقد وإذنه فيه حُكِمَ بصحة العقد، لأنَّ رضا الوكيل إنما يعتبر بما أنه طريق وكاشف عن رضا موكله، فلو علم رضا الموكل وإذنه بالعقد مع صدور العقد من الوكيل حُكِمَ بصحته.
و ظهر ممَّا كرنا آنفًا عدم صحة قياس المكره بالمجنون، لأنَّه مسلوب العبارة فلا تأثير لعقده بخلاف المكره.

الثامن: الإكراه على بيع عبدٍ من عبيد

قال العلامة في التذكرة: «لو أكرهه على بيع عبد فباع اثنين أو نصفه فأشكال»^(١).
ما يصدر من المكره من العقود والإيقاعات مع متعلِّق الإكراه إمَّا مساوٍ أو متباين أو يزيد عليه أو ينقص منه، فهذه أُرْبِعُ صور:

الصورة الاولى: التساوي

بين العقد أو الإيقاع و ما تعلَّق به الإكراه نحو: الإكراه على بيع داره أَلْخاصَّةٍ أو إجراء الطلاق على زوجته الخاصة، فأجرى العقد أو الإيقاع على طبق ما أكرهه عليه، و قد مرَّ حكمه و هو البطلان.

الصورة الثانية: التباين

إذا أكرهه على بيع داره فأجرى العقد و باع دكانه له، أو أكرهه على طلاق زوجته فُلانَةَ فطلَّق غيرها، فلا إشكال في صحة العقد و الإيقاع لأنَّه غير مكرهٍ بالنسبة إليه و أتى به بالاختيار فيقع.

«نعم، إذا كان بيع الكتاب لأجل احتمال أن يقنع المكره (بالكسر) به فيرفع اليد عن الإكراهه كان باطلاً لا محالة، و ذلك لفقدانه طيب النفس و أنَّه من جهة الاضطرار»^(٢).

(١) تذكرة الفقهاء ١٤/١٠.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/٣٢٣.

الصورة الثالثة: الزيادة

لو أتى بالمكره عليه مع زيادة وهي على قسمين:

القسم الأول: التدريجية

كما لو أكرهه على بيع داره فباعها له ثم باع داره الأخرى أيضاً له من دون إكراه عليها، أو أكرهه على بيع أحد عبديه فباع أحدهما ثم باع الآخر له، فحينئذ فلا شبهة في بطلان بيع الأول لأنه مكره عليه، وصحة بيع الثاني لأن البائع غير مكره بالنسبة إليه وفعله باختياره.

و احتمال الشيخ الأعظم الرجوع إلى البائع في تعيين البيع المكره عليه لو كان مثلين نحو عبد من العبدین أو دار من الدارين لأنه أعرف بقصده وقال: «مع احتمال الرجوع إليه في التعيين سواء ادعى العكس أم لا»^(١). يعني سواء المكره ادعى أن الثاني هو المكره عليه أم الأول يؤخذ بقوله لأنه لا يعرف التعيين إلا من قبله فيتبع قوله. و يرد على هذا الاحتمال: بأنه بعد تحقق العقد الأول لم يبق موضوع للإكراه لكي يحتمل وقوع العقد الثاني عن كره حتى يرجع إلى البائع في التعيين.

و لا يقال: «بل لا يبعد صحة البيع الثاني حتى فيما إذا كان متفرعاً على الإكراه و من تبعات بيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعي الباب فباعه، ثم باع المصراع الثاني فإن بيع المصراع الثاني وإن كان لأجل عدم الانتفاع به وحده و من تبعات البيع الأول لكنه حيث وقع عن الرضا و بغير كره فيحكم بصحته»^(٢).

لأننا نقول: «في الموارد التي لا يمكن للمالك إبقاء أحدهما في ملكه و باع الآخر لكونه ضرراً أو حرجاً عليه كما في الحيوان و ولده أو كأحد مصراعي الباب فيحكم ببطلان بيعهما باعتبار أن الحكم ببطلان أحدهما مقتضى رفع الإكراه و الحكم ببطلان الآخر مقتضى رفع الاضطرار إليه، لأنه لو لم يقدم على بيع الآخر يتوجه الضرر أو الحرج

(١) المكاسب ٣/٣٢٤.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/٣٢٤.

عليه...»^(١).

القسم الثاني: الدفعية

لو أكره على بيع إحدى داريه، فباع المكره داريه معاً دفعة واحدة له أو أكره على بيع أحد العبدین فباعهما معاً له، قال الشيخ الأعظم في حكمها: «ولو باعهما دفعة احتتمل صحة الجميع، لأنّه خلاف المكره عليه و الظاهر أنه لم يقع شيءٌ منهما عن إكراه، و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرهاً عليه و لا ترجيح و الأول أقوى»^(٢).

و هنا احتمال ثالث ذهب إليه المحقق السَّيِّدُ الخوئي^(٣) و هو تعيين البيع المكره عليه بالقرعة و الحكم بالصحة بالنسبة إلى الآخر.

ثم اعترض على نفسه بأنّ «القرعة إنّما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعيّناً واقعاً و مجهولاً ظاهراً، و من الواضح أنّ المكره عليه مرددٌ بين الأمرين ظاهراً و واقعاً من غير أن يكون له تعيين في مرحلة من المرحلتين».

و أجاب عنه بأن أدلة القرعة مطلقة و أنّها تجري في كلّ أمرٍ مشتبه أو مشكل، و من هنا ذهب الفقهاء إلى الرجوع إلى القرعة فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين مع أنّ المطلقة حينئذ لا تعيين لها لا واقعاً و لا ظاهراً.^(٤)

أقول: في هذا الفرع لا بدّ من القول بالصحة في الجميع لأنّه غير مكره على الجميع و أتى به فالمكره عليه شيءٌ و ما أتى به المكره شيئاً آخر، فيحكم بالصحة للجميع لعدم صدق الإكراه فيه.

و بما ذكرنا لا يتم احتمال بطلان الجميع بأنّ المكره عليه أحدهما و لا تعيين له في الواقع، و الحكم بفساد أحدهما معيّناً دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و وجه عدم التمامية: أنّ المكره عليه أحدهما بشرط أن لا يكون معه الآخر، و هو

(١) إرشاد الطالب ٢٥٤/٢ مع تصرف مختصر.

(٢) المكاسب ٣٢٤/٣.

(٣) مصباح الفقاهة ٣٢٤/٣.

(٤) راجع مصباح الفقاهة ٣٢٥/٣.

أتى بكليهما وهو أحدهما بشرط الآخر و من المعلوم أنّ الماهية بشرط لا غير الماهية بشرط شيء فلا ينطبق المكره عليه على ما أتى به المكره، فيحكم بالصحة ولا نحتاج إلى التعيين في المكره عليه حتى نذهب إلى الفساد لعدم امكان الأخذ بأحدهما معيّناً دون الآخر حيث يكون ترجيحاً بلا مرجح.

وكذا لا يتم ما ذكره المحقق السبكي الخوئي رحمته من الاحتمال لأننا لا نحتاج إليه مضافاً إلى عدم جواز تعيين الفاسد من الصحيح بالقرعة، لأنّ الأصحاب لم يعملوا بإطلاق أدلة القرعة - لو كانت مطلقة - بل عملوا بها في موارد خاصة وهي موارد وجود القول بها فيها «كما هو المشهور بين المعاصرين و غيرهم»^(١) - ولعلّ مثال الطلاق المذكور في كلامه منها وأمّا فرعنا هذا فلم يقل أحد بالقرعة فيه إلا هو فلا يمكن العمل بالقرعة فيه، و التفصيل يطلب من البحث حول قاعدة القرعة.

الصورة الرابعة: النقيصة

وهي بيع ما يكون أنقص من المكره عليه نحو: الإكراه على بيع الدارين، فباع إحدَيْههما أو طلاق الزوجتين فطلق إحديهما.
لو أتى بهذه النقيصة رجاءً له بأنّ المكره اكتفى بذلك و لا يكرهه على الآخر، فلا إشكال في صدق الإكراه و بطلان العقد أو الإيقاع.
و كذلك لو أكرهه على بيع داره فباع له نصفها لرجاء أن يكتفى المكره به يصدق الإكراه و يحكم بالبطلان.

و الدليل عليه: أنّ الإكراه على المجموع إكراه على البعض خارجاً و واقعاً.

التاسع: لو أكره على معيّن فضمّ غيره إليه

باختياره نحو: الإكراه على طلاق زوجة معينة فطلق معها غيرها أيضاً، أو الإكراه على بيع الدار فضمّ إليها دكانه.
لا إشكال في صحة طلاق غير المكره عليها أو بيع الدكان، لأنّهما وقعا باختيار و

(١) راجع القواعد الفقهية ٤٣٢/١، للأستاذ آية الله الشيخ محمد الفاضل اللنكراني رحمته.

من دون إكراهٍ و بطلان المكره عليها.

ولكن قال الشهيد الثاني: «لو أكرهه على طلاق زوجته فطلّق زوجته، فإن وقع ذلك بلفظ واحد كما قال له: طلّق زوجتك زينب، فقال لها و لفاطمة: أنتما طالقتان، وقع عليهما، لأنّ ذلك خلاف المكره عليه و قد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحته، وإن قال: زينب طالق و فاطمة طالق، طلّقت فاطمة و لم تُطلّق زينب، لأنّها مكره عليها بخلاف الأخرى. و منهم من لم يفصل بين العبارتين و أطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما، و الفرق متجه»^(١).

جعل ثاني الشهيدين الصيغة الأولى «أنتما طالقتان» من مصاديق الزيادة الدفعية و حكم بالصحة في الجميع كما هو مختارنا فيما مرّ آنفاً، و جعل الصيغة الثانية «زينب طالق و فاطمة طالق» من مصاديق هذا الفرع الأخير و حكم بالبطلان بالنسبة إلى المكره عليها و صحة طلاق غير المكره عليها، فنحن موافق له في الفرعين و بينهما بون بعيد.

و تبعه صاحب الجواهر و قال: «لو أكره على طلاق زوجة معيّنة فطلّقها مع غيرها بلفظ واحد فإنه يشعر باختياره أيضاً، نعم لو طلّقهما بصيغتين وقع الطلاق على غير المكره عليها و بطل في الأخرى، و قد يحتمل عدم الفرق بينهما»^(٢).

ولكن الشيخ أسدالله التستري^(٣) لم يفرق بين إنشاء العقد أو الإيقاع بالصيغة الواحدة أو المتعددة بخلاف العَلَمين، و الظاهر تبعية الشيخ الأعظم له حيث يقول: «ولو أكره على بيع معيّن فضمّ إليه غيره و باعهما دفعة فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه»^(٤). أقول: تفصيل الشهيد الثاني رحمته الله تام عندنا لما مرّ في الزيادة الدفعية و هنا و الحمد لله.

(١) المسالك ٢١/٩.

(٢) الجواهر ١٤/٣٢.

(٣) راجع مقابس الأنوار، كتاب البيع ١٥/.

(٤) المكاسب ٣٢٤/٣.

العاشر: دعوى الإكراه

قال في المسالك: «لو تَلَقَّظَ بالطلاق ثم قال: كنتُ مكرهاً و أنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينة تدلُّ على صدقه - بأن كان محبوباً أو في يد متغلب و دلت القرينة على صدقه - قبل قوله بيمينه و إلا فلا. ولو طلق في المرض ثم قال: كنت مغشياً عليّ أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلا بيئته تقوم على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت، لأن الأصل في تصرفات المكلف الصحة إلى أن يثبت خلافها. و إنما عدلنا في دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن لظهورها و كثرة وقوعها و وضوح قرائنها بخلاف المرض»^(١).

و في الحدائق يرى مسألة الإكراه في كلام الشهيد الثاني هي أمرٌ: «مقطوع به في كلام الأصحاب»^(٢) ولكن اعترض عليه في مسألة المرض بقوله: «و إن ظهر من حال المريض اضطراب و اختلاط كعدم انتظام كلامه و تغيير أحواله ثم ادعى زوال العقل و الحال كما فرضنا فإن الظاهر قبول قوله لعين ما ذكر في المسألة الأولى اعتماداً على القرائن في الموضوعين»^(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «لكن في سماع دعوى البائع ذلك [أي الإكراه] مع عدم الأمارات نظر»^(٤).

أقول: إن ادعى الإكراه و عنده القرائن يقبل قوله و إلا يحتاج إثباته إلى البيئته الشرعية و كذا الأمر بالنسبة إلى المرض بلا فرق كما على الأول ثاني الشهيدين و صاحب الحدائق و على الثاني الأخير فقط.

(١) المسالك ٢٣/٩.

(٢) الحدائق ١٦٥/٢٥.

(٣) الحدائق ١٦٥/٢٥.

(٤) المكاسب ٣٢٥/٣.

الحادي عشر: طلاق المكره

قد مرّ في الأمر الأوّل^(١) كلام العلامة في التحرير بأن: «لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً له فالأقرب أنّه غير مكره، إذ لا اكراه على القصد»^(٢).

فحكم عليه بوقوع الطلاق مستدلاً بأنّه غير مكره في نيّته و قصده و تبعه ثاني الشهيدين المسالك^(٣) و الروضة^(٤) كما مرّ.

ولكن الشيخ الأعظم^(٥) قسّم الفرع المذكور إلى ستّ صور:

١- أن يكون الطلاق الصادر من المكره مقترناً بالرضا و طيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه لا بنحو الداعي المستقل و لا منضمّاً إلى غيره من الدواعي، بل يقترن الطلاق بما بعد الإكراه زماناً، نحو أن يكون الزوج قاصداً الطلاق ولكن قبل إجرائه الصيغة أكره الظالم مع جهله بحاله و قصده فجرى الصيغة فوق الطلاق، لأنّه لم يستند إلى الإكراه أصلاً.

٢- أن يكون الإكراه جزءاً لسبب الطلاق و وجزؤُهُ الآخر سوء خُلُقها أو انزجاره منها أو غيرهما من دواعي الطلاق، و الجزان يوثران في وقوع الطلاق فهل يحكم بصحته استناداً إلى الجزء المختار؟ أو يحكم ببطلانه استناداً إلى الجزء المكره عليه؟ كلّ محتمل. ذهب السيّد الخوئي عليه إلى البطلان «لأنّ المناط في بطلان عقود المكره و إيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضي الصحة لأنّ الأدلة على اعتبار الرضا في العقود و الإيقاعات ظاهرة في كون الرضا سبباً مستقلاً لصدورها، لا جزءاً لذلك، و عليه فإذا اقترن الرضا بالإكراه و اجتمع معه استند الفعل إليهما لا إلى الرضا فقط و حينئذ فالإكراه وإن لم يقتض الفساد، إلّا أنّ ما يقتض الصحة - أيضاً - غير متحقّق، لعدم صدور الطلاق عن الارادة و

(١) راجع هذا المجلد صفحة ١١٢.

(٢) تحرير الأحكام الشرعية ٥١/٤.

(٣) المسالك ٢٢/٩.

(٤) الروضة البهية ٢١/٦.

(٥) المكاسب ٣٢٧/٣.

الرضا»^(١).

و تابعه شيخنا الأستاذ رحمته وقال: «لا يبعد شمول حديث رفع الاكراه على الطلاق في الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث أن المفروض عدم وقوعه لو لا الإكراه»^(٢).

أقول: حيث يأتي الإكراه ولو على سبيل جزء العلة - لا تامتها - يحكم بالبطان، لأن النتيجة تتبع أخس المقدمتين أو المقدمات، و يصدق على المطلق هنا بأنه مكره ولو لا الإكراه لم يطلق لعدم تحقق العلة التامة، فالحكم بالبطان تام كما عليه العلمان رحمتهما.
 ٣- أن يكون الداعي إليه هو دفع الضرر الوارد على المكره (بالكسر) كما إذا هدد شخص والده بأن يقول له: «طلق ضرة والدتي و إلا قتلت نفسي»، فطلق الوالد ضررتها قاصداً الطلاق، و الطلاق باطل عندنا و يأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة في هذه الصورة.

٤- أن يكون الداعي إلى الطلاق شفقة دينية على المكره لئلا يقع في معصية كما إذا قال: «طلق زوجتك لأتزوجها و إلا زنيت بها» فطلقها قاصداً.
 قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في صورتين لا يخلو من إشكال»^(٣) أي صورتين الثالثة والرابعة.

أقول: يأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة.

٥- أن يكون الطلاق لأجل التخلص من الضرر المتوقع به على المكره لأجل اعتقاده بعد امكان التخلص إلا بايقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلك.

٦- أن يوقع الطلاق حقيقة لأجل التخلص من ظلم المكره، لجهل المكره برفع حكم الطلاق الإكراهي و هو (المكره) زعم أن الطلاق الإكراهي صحيح فطلق حقيقة.

(١) مصباح الفقهة ٣/٣٢٨.

(٢) إرشاد الطالب ٢/٢٥٧.

(٣) المكاسب ٣/٣٢٧.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في هاتين الصورتين [الأخيرتين] لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب»^(١).

أقول: يأتي كلام العلامة في هاتين الصورتين الأخيرتين أيضاً، وبالجملة يأتي كلامه في أربع صور من الصور ألسَّت. ولكن الطلاق في جميع الصور الأربعة الأخيرة باطل عندنا لصدق الإكراه. نعم، في الصورة الرابعة - الشفقة الدينية - لو لم تبلغ إلى حد الإكراه، ورضي بالطلاق قاصداً إليه يكون صحيحاً، كما عدّه شيخنا الأستاذ^(٢) الإظهار. نعم، هنا صورتان لم يتعرض الشيخ الأعظم لهما.

٧- أن يطلقها على إكراه ولكن يرضى به بعد التأمل لسوء خلقها أو لعدم تمكّنه من نفقتها أو غيرهما. وقد يقال بصحة هذا الطلاق للحوق الرضا به، وهذا هو الفرع الذي يأتي في ما بعد فانتظر قليلاً.

٨- أن يكون كل واحد من الرضا والإكراه علّة تامة و سبباً مستقلاً في نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن إكراه لوقع الطلاق وهكذا العكس.

قوى المحقّق النائيني فساد الطلاق في هذا الفرض وقال: «حيث لا يمكن توارد علّتين مستقلّتين على معلول واحد فتصير كلّ واحدة إذا اجتمعا جزء السبب و الفعل يسند اليهما معاً. و هذه الصورة يحتمل فيها وجهان، ولكن الأقوى فيها الفساد لأنّها وإن لم تكن إكراهياً إلا أنّها لا تكون «تجارة عن تراض» أو أنّها وإن كانت عن رضا إلا أنّها عن إكراه أيضاً.

و كلّ علّتين مستقلّتين إذا وردتا على معلول واحد و كان بينهما تدافع فلا يؤثر كلّ منهما كاجتماع الريا و قصد الأمر في العبادات بل كاجتماع التبريد و قصد الأمر، نعم، لو كان التبريد ضميمة لا داعياً مستقلاً صحت العبادة»^(٣).

و اعترض عليه تلميذة السيّد الخوئي بقوله: «إنّ الإكراه لا يقتضي الفساد لكي

(١) المكاسب ٣/٣٢٨.

(٢) إرشاد الطالب ٢/٢٥٨.

(٣) منية الطالب ١/٤٠٦.

يكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضي الصحة، وإذا تحقق الرضا وجد ما يقتضي الصحة، و عليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضي الشيء مع ما لا يقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضين»^(١) و حكم بالصحة.

أقول: يمكن أن يُناقش المحقق السيّد الخوئي رحمته بأنّ فرض المقتضي لا يجتمع مع العلة التامة و السبب المستقل، فما ذكره رحمته خارج عن محلّ البحث، وأمّا ما ذكره من قول المحقق النائيني رحمته من «عدم إمكان توارد علتين مستقلتين على معلول واحد تام، ولكن هذا لا يوجب صيرورتهما العلة الناقصة و جزء السبب كما قاله، بل الصحيح أنّ الفعل يستند إلى الأولى منهما، فلو كان الرضا مقدّم يستند الفعل إليه، ولو كان الإكراه مقدّماً يستند الفعل إليه ولكن حيث يتبعه الرضا و لحقه فيحكم بالصحة في الفرضين، فنحن نوافق السيّد الخوئي من حكمه بالصحة ولكن طريق الاستدلال يختلف.

ثم إنّ هنا صورة تاسعة لا بدّ أن نتعرض إليها:

٩- لو قال الأجنبي: «طلّق زوجتك وإلا قتلت نفسي» أو «زيت بغيرها»، لا يجب الطلاق و لا يصدق الإكراه أيضاً لأنّ الضرر المتوقع به لم يرد على المكره بل يرد على المكره نفسه، فلو طلقها قاصداً وقع، كما عليه شيخنا الأستاذ رحمته ^(٢) و المحقق المروج ^(٣).

الثاني عشر: صحة عقد المكره المتعقب بالرضا

قال في المفتاح: «المشهور أنّ المكره لو باع ثمّ رضي بعد زوال عذره انعقد بيعه. و في الرياض ^(٤) و الحدائق ^(٥): أنّ ظاهرهم الاتفاق على ذلك. و هو ظاهر الكفاية ^(٦) حيث

(١) مصباح الفقاهة ٣/٣٢٩.

(٢) إرشاد الطالب ٢/٢٥٨.

(٣) هدى الطالب ٣/٢٦٧.

(٤) رياض المسائل ٨/٢١٨.

(٥) الحدائق ١٨/٣٧٣.

قال: قالوا، فتأمل.

و قد يلوح ذلك من جامع المقاصد حيث قال: «إن كانت المسألة إجماعية فلا بحث وإلا فللنظر فيه مجال»^(٧). وقد نص على ذلك في الشرائع^(٨) و التذكرة^(٩) و التحرير^(١٠) و الإرشاد^(١١) و شرحه لفخر الإسلام^(١٢) و نهاية الأحكام^(١٣) و حواشي الشهيد^(١٤) و الدروس^(١٥) و اللمعة^(١٦) و الروضة^(١٧) و المسالك^(١٨) و المفاتيح^(١٩). و ظاهر المحقق الثاني في تعليق الإرشاد^(٢٠) و جامع المقاصد - و قد سمعت كلامه في الأخير - التوقف أو الميل إلى عدم الصحة كما هو خيرة مجمع البرهان^(٢١) و في الكفاية: أن فيه إشكالاً^(٢٢)، و في طلاق الخلاف التصريح بعدم صحة عقده و الإجماع عليه قال: طلاق

(٦) الكفاية ٤٤٩/١.

(٧) جامع المقاصد ٦٢/٤.

(٨) الشرائع ٨/٢.

(٩) تذكرة الفقهاء ١٣/١٠.

(١٠) تحرير الأحكام الشرعية ٢٧٦/٢.

(١١) إرشاد الأذهان ٣٦٠/١.

(١٢) شرح الإرشاد / مخطوط.

(١٣) نهاية الأحكام ٤٥٦/٢.

(١٤) حواشي النجارية للشهيد ٢١٨/.

(١٥) الدروس ١٩٢/٣.

(١٦) اللمعة / ١١٠.

(١٧) الروضة البهية ٢٢٦/٣.

(١٨) المسالك ١٥٥/٣.

(١٩) مفاتيح الشرائع ٤٧/٣.

(٢٠) حاشية الإرشاد / ٣٣٦ المطبوعة في المجلد التاسع من حياة المحقق الكركي و آثاره.

(٢١) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٦/٨.

(٢٢) الكفاية ٤٤٩/١.

المكره و عتقه و سائر العقود التي يكره عليها لا تقع إجماعاً منّا، و به قال الشافعي، و قال أبو حنيفة و أصحابه: طلاق المكره و عتاقه واقع، و كذلك كل عقد يلحقه فسخ، فأما ما لا يلحقه فسخ مثل البيع و الصلح و الإجارة فإنه إذا أكره ينعقد عقداً موقوفاً فإن أجازها و إلا بطلت. (١) انتهى. فليتأمل في كلامه، بل قد يقال: إن الإجماع مقدوح بمصير الأكثر إلى خلافه في البيع كما عرفت، و في النكاح بل في الطلاق كما هو رأي بعض» (٢).

و في الجواهر: «على المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً بل في الرياض و الحدائق أن ظاهرهم الاتفاق عليه» (٣).

و في المكاسب: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضي المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه إتفاقهم لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، و هو طيب النفس» (٤).

أقول: المشهور - كما عرفت - هو الصحة، و القائل بالبطلان منحصر في الشيخ في الخلاف و المحقق الثاني و الأردبيلي و السبزواري قال: «فالمسألة محل إشكال»، و صاحب الجواهر ذهب إلى التفصيل بين المكره القاصد للعقد فحكم بصحة عقده بعد تعقبه بالرضا، و بين المكره الذي ليس له قصد العقد، فحكم ببطلان عقده لفوات القصد. (٥)

ولكن استدلوا للبطلان بوجوده:

الأول: الاجماع

المنقول في خلاف (٦) الشيخ الذي مرّ آنفاً.

و يرد عليه: أن أول من خالفه هو الشيخ نفسه في نهايته حيث يقول: «و لا يصحُّ

(١) الخلاف ٤/٤٧٨، مسألة ٤٤.

(٢) مفتاح الكرامة ١٢/٥٥٤.

(٣) الجواهر ٢٢/٢٦٧.

(٤) المكاسب ٣/٣٢٨.

(٥) الجواهر ٢٢/٢٦٩.

(٦) الخلاف ٤/٤٧٨، مسألة ٤٤.

بيعُ بإكراه، ولا يَنْبُتُ إلاّ بإيثار صاحبه»^(١). مضافاً إلى ما مرَّ من ذهاب المشهور إلى القول بالصحة، فهذا الإجماع لا يتم بل هو مقدوح فيه كما مرَّ عن صاحب المفتاح.

الثاني: مقارنة طيب النفس للعقد

ليس شرط صحة العقد مطلق وجود الرضا المقارن له أو اللاحق به، بل هو خصوص الرضا المقارن لإنشاء العقد.

وقد أشار إلى هذا الاستدلال أو ما يليه المحقِّق الثاني في قوله: «و أعلم أنّ هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، وإلاّ فلننظر فيها مجال، لانتفاء القصد أصلاً ورأساً مع عدم الرضى، ولا يتحقق العقد المشروط بالقصد إذا لم يتحقق الرضى، لأنّ الظاهر من كون العقود بالقصد، اعتبار القصد المقارن لها دون المتأخر»^(٢).

وفي الجواهر: «بعد ما عرفت من اعتبار مقارنة النية بمعنى القصد للعمل»^(٣). ويرد عليه: لم يدل دليل على هذه المقارنة، ولو شك في اعتبارها إطلاق أدلة الوفاء بالعقد وحبّية البيع و تجارة عن تراض ينفىها.

الثالث: المكره ليس له قصد

المقارنة بين طيب النفس و العقد معتبرة في مفهوم العقد، بحيث لو لم تكن لم يصدق أنّه عقد، لأنّ فقدان طيب النفس يوجب انتفاء القصد الجدّي لمُدلول العقد فينتفي مفهوم العقد بانتفاء القصد.

كما أشار إلى هذا الاستدلال المحقِّق الأردبيلي وقال: «... الظاهر البطلان حينئذٍ لعدم حصول القصد، بل و عدم صدور العقد عن تراض، و الظاهر اشتراطه على ما هو ظاهر الآيّة، ولأنّه لا اعتبار بذلك الإيجاب في نظر الشارع، فهو بمنزلة العدم و هو الظاهر، لعدم الفرق بينه و بين غيره من الطفل و غيره، و الفرق^(٤) بين كلامهم (الطفل و المجنون و

(١) النهاية ٤٠٦.

(٢) جامع المقاصد ٦٢/٤.

(٣) الجواهر ٢٦٧/٢٢.

(٤) الفارق هو الشهيد الثاني في المسالك ١٥٥/٣.

المغى عليه و السكران) - بأنه لا اعتبار به بخلاف كلام المكره فإنه معتبر إلا أنه لارضاء معه، فإذا وجد الرضا صح لوجود شرطه - بعيداً جداً لما عرفت.

و بالجملة: لا إجماع فيه و لا نص، و الأصل و الاستصحاب و عدم الأكل بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، و ما مرّ تدل على عدم الانعقاد و هو ظاهر، إلا أن المشهور الصحة، و ما نعرف لهم دليلاً، و هم أعرف بالله لعلّ لهم نصاً ما نُقل إلينا^(١).
و في الجواهر: «ضرورة عدم اندارجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية»^(٢).

و يرد عليه: قد مرّ في الأمر الأوّل أنّ هنا قَصْدَيْن، القَصْد الاختياري و القَصْد الإكراهي، فالمكره أيضاً له القصد إلى مدلول العقد، مضافاً إلى عدم ترتب انتفاء القصد الجدي على فقدان طيب النفس، و الشاهد عليه بيع المضطر، و كذلك لا يتم اعتبار هذه المقارنة في مفهوم العقد و الشاهد عليه عقد الفضولي.
و لذا قال ثاني الشهيدين: «... فلا مانع من الصحة إلا تخيّل اشتراط مقارنة القصد للعقد و لا دليل عليه، و ينبّه على عدم اعتباره عقد الفضولي، و عموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمل»^(٣).

الرابع: ليس لعقد المكره الصحة التأهيلية

لابدّ من المقارنة بين رضا العاقد و الإنشاء في العقد، و حيث أنّ العقد الإكراهي فاقد لها، فلم يتحقق عقد حتّى نبحت عن صحته التأهيلية.
و يرد عليه نقضاً: حكمهم بصحة عقد المكره بحقّ كما يأتي فيتحقق العقد، و الحكم بصحة عقده (أي عقد المكره بحقّ) تعديلاً في غاية البعد، و كذلك عقد الفضولي. و خلافاً: بعدم اعتبار هذه المقارنة في العقود و لم يدل دليل على اعتبارها في مقام الإثبات و تحقق القصد من المكره إلى إنشاء العقد فيتحقق العقد بالصحة التأهيلية و هو

(١) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٦/٨.

(٢) الجواهر ٢٦٧/٢٢.

(٣) المسالك ١٥٥/٣.

منوط بالرضا، فإذا تحقق الرضا يتم العقد.

تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولي

وَأَيَّدَهُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ^(١) بِفَحْوَى صِحَّةِ عَقْدِ الْفُضُولِيِّ، بِتَقْرِيْبٍ وَ تَوْضِيْحٍ وَ نَقْدٍ

مَتَّ:

رضاية المالك و طيب نفسه بالعقد في الفضولي يستكشف من صحة عقده - العقد الذي لم يأت به المالك أو حتّى لا يعلم به إلا بعد مدّة من الزمن - فرضايته و طيب نفسه بما أنشأه بنفسه و بأشرفه فيه لكن بالإكراه كان أولى بالصحة. حيث أثر رضاه و طيب نفسه في إنشاء الأجنبي الفضولي فكان تأثيره في إنشاء نفسه - ولو كان بالإكراه - بطريق أولى. و بعبارة أخرى: عقد الفضولي فاقد لأمرين: و هما انشاء البيع من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب أو بالوكالة، و الرضا و طيب النفس و الإذن من المالك، و عقد المكروه فاقد لأمر واحد و هو الرضا و طيب النفس، و إذا صح عقد الفضولي بالرضاية و الإذن، فتكون صحة عقد المكروه بعد الرضاية و طيب النفس بطريق أولى.

ولكن يمكن أن يناقش هذا التأييد أولاً: على القول بأن صحة عقد الفضولي تكون على خلاف القاعدة و بجهة الأخبار الخاصة و النصوص الواردة نحكم بصحته، فحينئذ فقدنا الأولوية لأنّ الأخبار و النصوص في المكروه مفقودة.^(٢)

و ثانياً: «العقد الفضولي لا ينتسب إلى المالك إلا حين إجازته، فهو حين ما ينسب إلى المالك ينشأ من طيب نفسه و رضاه، هذا بخلاف عقد المكروه، فإنّه حين صدوره من المالك و انتسابه إليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانياً و إنّما رضي بالعقد السابق و هو لا يتقلب عمّا هو عليه»^(٣).

و يمكن الجواب عن المناقشتين:

أمّا الأولى: فهذه المناقشة مبنائية لأنّها لم ترد على القول بأنّ صحة الفضولي على

(١) المكاسب ٣/٣٢٩.

(٢) كما ذكره الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٢/٧٠.

(٣) مصباح الفقاهة ٣/٣٣٢، و قد اختصر مقالة استاذة النائيني في المكاسب و البيع ١/٤٥٨.

طبق القاعدة، والنصوص والأخبار تؤيدها.

و أمّا الثانية: فقد ناقشها المحقق السيّد الخوئي رحمته الله بأنّ التجارة بالمعنى المصدري ليس لها بقاء ولكن التجارة بالمعنى الأسم المصدري لها بقاء وبهذا المعنى الثاني أمرنا بإنهاء العقد وإتمامه، فالتجارة الصادرة من المكروه - بالمعنى اسم المصدري - إذا تعقبها الرضا والإجازة يصدق عليها أنّها تجارة عن تراض فيدخل في الآية الشريفة في المستثنى لا المستثنى منه وهي قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراض منكم﴾^(١).^(٢)

التمسك بآية التجارة على بطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا

ثم الشيخ الأعظم^(٣) يناقش في دلالة هذه الآية الشريفة على اعتبار المقارنة بين

الرضا والعقد بمفهوم الحصر والوصف.

و أمّا نفي مفهوم الحصر: فإنّ استفادة الحصر من الاستثناء إنّما تتم في الاستثناء المتصل فقط وقال الشيخ الأعظم: و«أنّ دلالة على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء - كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكي عن جماعة من المفسرين^(٤) - ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فرداً من الباطل خارجاً عن حكمه»^(٥).

أقول: مرّ في أول الكتاب^(٦) من أنّ الاستثناء فيها منقطع.

و أمّا نفي مفهوم الوصف: فعلى القول به إنّما يتم إذا لم يرد الوصف مورد الغالب

وإلا فلا مفهوم له كما في الآية الربائب^(٧)، و من المعلوم أنّ وصف التراضي في الآية

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) راجع الآراء الفقهية ١٣/١.

(٣) المكاسب ٣/٣٣١.

(٤) التبيان ٣/١٧٨، مجمع البيان ٢/٣٦، الكشاف ١/٥٠٢.

(٥) المكاسب ٣/٣٦٤.

(٦) راجع الآراء الفقهية ١٣/١.

(٧) سورة النساء / ٢٣.

الشريفة ورد مورد الغالب ليس للاحتراز.

ثم قال: «و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة»^(١) و حاول الإجابة عن الدعوى في بحث بيع الفضولي.^(٢)

و قال هناك: «و أمَّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو - مع تسليمه - مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه وارداً مورد الغالب كما في ما نحن فيه و في قوله تعالى: ﴿و ربائبكم اللاتي في حجوركم﴾ مع احتمال أن يكون ﴿عن تراض﴾ خبراً بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيداً لها - وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد - فيكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و تكون عن تراض»^(٣).

أقول: الشيخ الأعظم رحمته يستشكل في مفهوم الحصر بأنه يختص في بحث الاستثناء بالمتصل منها، و في مفهوم التحديد بالوصف بأنه:

أولاً: مبنائي و جمع يقولون بأنّ تحديد الوصف ليس له مفهوم.

و ثانياً: على فرض وجود المفهوم لتحديد الوصف يختص في مفهوم لم يرد في

مورد الغالب.

و ثالثاً: يحتمل أن يكون عن تراض خبراً للتجارة و ليس قيداً لها.

و رابعاً: حتى لو أنكر الاشكالات الثلاثة، عقد المكره بعد تعقب الرضا يدخل في

تجارة عن تراض، لرضاية المكره بالعقد.^(٤) فالآية الشريفة لا تدل على بطلان عقد

المكره بعد تعقب الرضا.

لا يقال^(٥): إن الآية الشريفة تدل على الحصر و إن كان الاستثناء منقطعاً، لأنه

(١) المكاسب ٣/٣٣١.

(٢) المكاسب ٣/٣٣١.

(٣) المكاسب ٣/٣٦٤.

(٤) كما ذكرها المحقق المروج رحمته في هدى الطالب ٣/٤٧٨.

(٥) كما عليه المحققان السيّدان الخوئي في مصباح الفقاهة ٤/٨١ و المروج في هدى الطالب

تعالى كان في مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و فصل بين صحيحها و فاسدها، و كان الإهمال مخللاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية. لأننا نقول: القرينة المقامية غير تامة عندنا، لأنه تعالى ليس في مقام بيان الأسباب المشروعة لأكل المال في المعاملات و الشاهد عليه أنه تعالى ليس في مقام بيان تمام الأسباب الغير المشروعة لأكل المال فيها، فعدم تمامية الأسباب يجري في العقدين من الاستثناء أي المُستثنى و المستثنى منه، لأنه تعالى لم يذكر مصاديق أكل المال بالباطل في الآية الشريفة كما لم يذكر انحاء أكل المال بالحق و فقط ذكر العامل الرئيسي و هو التجارة عن تراض، و نحن نعلم بأن مصاديق أكل المال بالباطل في الخارج كثير و نحو: القمار و الربا و البيوع الفاسدة مثل بيع الخمر و الخنزير و الميتة... و كذلك مصاديق أكل المال بالحق أيضاً كثير و نحو: الإرث و المهر و الصلح و الوقف و الإجارة و الهبة و....

و إذا لم يكن تعالى في مقام بيان جميع الأسباب الباطلة و المشروعة فلا يكون إهمال بعضها بل كثيرها مخللاً بالمقصود و لا يستفاد مفهوم الحصر من الآية الشريفة.

و أمّا التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكره المتعقب بالرضا

فباطل عند الشيخ العظم^(١) لوجهين:

الأول: حديث الرفع بفقرة «ما أكرهوا عليه»^(٢) يرفع المؤاخذة و الأحكام الالزامية نحو رفع حرمة شرب الخمر و حدّه، و أمّا «الحكم بوقوف عقد المكره على رضاه راجع إلى أن له أن يرضى بذلك، و هذا حق له لا عليه»^(٣) فلا يرتفع بحديث الرفع الوارد في مقام الامتنان.

(١) المكاسب ٣/٣٣٢ و ٣٣١.

(٢) الخصال ٤١٧/٩، التوحيد ٣٥٣، ح ٢٤ و نقل عنها في وسائل الشيعة ٣٦٩/١٥، ح ١، الباب ٥٦ من أبواب جهاد النفس.

(٣) المكاسب ٣/٣٣١.

لا يقال^(١): الأمر كما ذكرت بالنسبة إلى المكره وأما بالنسبة إلى مَنْ اشترى منه، فليس له أن يتصرف في المثلث و يجب عليه الصبر حتى يختار المكره الرد أو أجاز البيع، و وجوب هذا الصبر على المشتري ينفيه حديث الرفع.

لأننا نقول: حديث الرفع يجري في طرف المكره فقط، وأما بالنسبة إلى المكره فلا يجري، وكان عليه الصبر حتى يختار المكره أحد طرفي العقد، و لا مانع من التفكيك بين طرفي العقد في حكم عقدٍ شخصي خاصٍ.

و هذا الأمر - عدم جريان حديث الرفع بالنسبة إلى حق المكره - واضح على القول بكون الرضا ناقلاً، إذ عليه لا ملكية قبل الرضا فلا إلزام على المكره أصلاً، و كذلك على القول بالكشف - ولكنه بعد التأمل - لأن ما لم يتحقق من المكره الرضا بالعقد فلا كاشف عن تحقق الملكية من حين العقد و مع عدم الكاشف فلا مؤاخذة و لا إلزام فلا يجري حديث الرفع، لأنه مرّ أنه يجري في رفع موارد المؤاخذة و الأحكام الالزامية.

الثاني: يحتاج إلى مقدمة وهي:

الآثار المترتبة على الأفعال على ثلاثة أقسام:

- ١- الأثر الذي يترتب على الفعل المقيّد بالعمد كالقصاص في قتل العمد
- ٢- الأثر الذي يترتب على الفعل الموصوف بكونه خطأً أو نسياناً كما في وجوب سجدتي السهو لنسيان التشهد أو الدية الثابتة على العاقلة في الجناية الخطائية المحضه.
- ٣- الأثر الذي يترتب على ذات الفعل مع الغض عن طروء العناوين.

ثم حديث الرفع لا يجري في القسم الأوّل لأنّ القصاص ينفي بنفي موضوعه و هو العمد فلا يجري القصاص في القتل الخطأ، و كذلك لا يجري في القسم الثاني لاستحالة كون مقتضى الشيء رافعاً له، ولكنّه يجري في القسم الثالث و هو الأثر الذي يترتب على ذات الفعل.

بعد وضوح هذه المقدمة فإنّ الأثر المترتب على ذات العقد مجرد تحقّقه في

(١) مذکور في كلامه بقوله: «نعم قد يلزم...» راجع المكاسب ٣/٣٣١.

الخارج بأدلة صحة المعاملات هو الصحة وما يجري عليها من الآثار، وهذا الأثر في عقد المكره منفي بحديث الرفع فلا يحكم بصحة عقد المكره و جريان آثارها عليه. فحديث الرفع يقتضي رفع السببية المستقلة عن العقد المجرد عن الرضا. ولكن لا ينافي ذلك كون العقد جزءاً للسبب و وقوف تأثيره في الرضا المتأخر.

ثم ناقش الشيخ الأعظم^(١) هذا الوجه الثاني المذكور في كلامه بما حاصله: حكومة حديث الرفع على الاطلاقات الدالة على صحة العقود تقتضي تقييد الاطلاقات بمسبوقية الرضا و طيب النفس و عدم الإكراه، و بعد هذا التقييد لم يبق دليل يدل على صحة عقد المكره بعد تعقب الرضا، فيصل النوبة إلى الأصل العملي و هو يقتضي الفساد. و أجاب بنفسه عن هذه المناقشة بما حاصله: المطلقات الواردة على صحة العقود قُيدت بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل المال الباطل و مع عدم الرضاية، و بعد هذا التقييد تشمل العقود التي تقع بين طرفي العقد بالرضاية و طيب النفس بلا فرق بين المقارن منها أو المتأخر، فعليه ليس لحديث الرفع حكومة على تلك المطلقات بعد تقييدها، لأنها تشمل العقد المقرون بالرضا و كذلك العقد الملحق بالرضا، و بعد حكم المطلقات بالصحة فلا يجري حديث الرفع لأن جريانه مختص بما إذا كان الأثر مترتباً على ذات الشيء من غير دخل الاختيار و الإكراه فيه، و ذات العقد هنا لا أثر له إلا أنه جزء السبب الموثر و لا يمكن رفع هذا بحديث الرفع.

أقول: يمكن ردّ وجهي الشيخ الأعظم و النقاش فيهما:

أما النقاش في الأوّل: فإنّ المرفوع بحديث الرفع ليس منحصراً بالمؤاخذة و الأحكام الالزامية بل المرفوع هو نفس المجعول الشرعي المتعلّق بالمكره عليه و المترتب عليه من الأحكام التكليفية أو الوضعية. فما ذكره عليه السلام بالانحصار غير تام. هذا أولاً.

و ثانياً: توقف عقد المكره على الرضا المتأخر لم يكن حكماً مجعولاً حتّى يقال

أنه حكم له لا عليه، فلا يشملُه حديث الرِّفْع كما ذكره عليه السلام - هذا الاشكال يأتي بناءً على اتحاد الحقِّ والحكم كما عليه جمع، منهم السيِّد الخوئي عليه السلام - .

و ثالثاً: المرفوع بحديث الرِّفْع هو الصحة في العقد الإكراهي لكنَّه ليس مطلقاً، بل مادام الإكراه باقياً لأنَّ الأوَّل (مطلقاً) خلاف الامتنان، فإذا تعقَّب بالرضا يشملُه الاطلاقات الدالة على صحة العقود.

و أمَّا النقاش في الثاني فنقول:

أولاً: مقتضى الاطلاقات هو سببية العقد مطلقاً لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرِّفْع اقتضى عدمه في ما إذا لم يكن العاقد راضياً به لا مقارناً للعقد ولا لاحقاً به، فيبقي ما لحقه الرضا تحت المطلقات، فلا يرجع فيه إلى الأصل العملي المقتضي للفساد. و ثانياً: و أمَّا ما ذكره من تقييد المطلقات بمادَّة على حرمة أكل المال بالباطل ثم ملاحظة النسبة بينها وبين حديث الرِّفْع: فَعَبْرُ تام، لأنَّ حديث الرِّفْع يكون في عرض سائر المقيدات و نتیجتها أنَّ العقد الذي لم يكن مرضياً لا مقارناً للعقد ولا لاحقاً به لم يؤثر أثره و يكون باطلاً. فيدخل عقد المكره المتعقَّب بالرضا تحت مطلقات صحة العقود. (١)

الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

بعد البناء على صحة عقد المكره إذا تعقبه الرضا كما عليه المشهور و الصحيح يجري هذا النزاع بأنَّ الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ و كذلك هذا النزاع مبنيٌّ على كون الرضا بوجوده الخارجي دخیلاً في صحة العقد، لِأَنَّهُ لو كانت صِحَّتُهُ مَشْرُوطَةً بالرضا المتأخر يتعيَّن القول بالكشف، و لا يأتي احتمال النقل.

قال الشيخ الأعظم عليه السلام: «مقتضى الأصل و عدم حدوث حِلِّ مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأوَّل، إلا أنَّ الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني» (٢).

(١) كما في مصباح الفقاهة ٣/٣٣٧ و ٣٣٥.

(٢) المكاسب ٣/٣٣٥.

مراده بالأصل: أصالة الفساد الجارية في المعاملات وهو استصحاب عدم ترتب الأثر وهو في البيع النقل والانتقال وجواز التصرف في مال الغير - تدل على النقل - ولذا فسره بواو العطف بعدم حدوث حليّة مال الغير إلا عن طيب نفسه. حتّى لا يلزم الجمع بين الأصل العملي والدليل الاجتهادي في دليل واحد، وهو كما ترى لتأخر الأصل العمليّ عن الدليل الاجتهادي رتبةً، ولئلا يلزم التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، لأنّه لا يُعلم كون الرضا اللاحق مصداقاً للرضا المنوط به الجلّ.

و مراده بالأدلة النقلية الدالة على الكشف هي عدّة من الروايات التالية:

منها: صحيحة محمد بن قيس - التي رواها المشايخ الثلاثة - عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوها غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدته منه غلاماً ثم جاء سيدها الأوّل، فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته وبنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى يُنفذك البيع، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا والله، لا أرسل إليك ابنك حتّى تُرسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه. ^(١)

قال الشهيد بعد ذكر الرواية: «وهي قضية علي عليه السلام في واقعة، ولعلّ ذلك استصلاح منه عليه السلام وفيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف وعلى أنّ الإجازة كاشفة» ^(٢).

ومنها: صحيحة أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوجهما وليان لهما، وهما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا ورضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي.

(١) الكافي ٢٠٩/١٠، ح ١٢ (٢١١/٥)، الفقيه ٢٢٢/٣، ح ٣٨٢، التهذيب ٤٨٨/٧: و الاستبصار ٢٠٥/٣، ونقل عنهم في وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

(٢) الدروس ٢٣٣/٣.

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية، و رضي النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.
قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلتُ: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية.^(١)
و أنت ترى بأن الإمام عليه السلام حكم بالتوارث بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحيّ على أن إمضاه لعقد النكاح ليس من ناحية الطمع في المال، بل من جهة رغبته في النكاح و نحوها في التقريب الرواية الآتية:

و منها: صحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه و هو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أمّا تزويجه فهو صحيح و أمّا طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بآئنة و هو خاطب من الخطّاب، و إن أنكر ذلك و أبى أن يمضيه فهي امرأته.

قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيّهما بقي، ثم يحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح، و يدفع إليه الميراث.^(٢)

و قال الشيخ الأعظم في بحث بيع الفضولي بالنسبة إلى صحيحة أبي عبيدة الماضية أنّها: «ظاهرة في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة، كان العزل مخالفاً لقاعدة «تسلّط الناس على أموالهم»، فإطلاق الحكم بالعزل منضمّاً إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، يفيد أنّ العزل لاحتتمال كون

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

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/٢٢٠، ح ٤.

الزوجة الغير المدركة وارثة في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل وجعله أكثر ما يُحتمل»^(١).

أقول: و أمّا بالنسبة إلى صحيحة محمد بن قيس فسأتي موهنات في بحث الفضولي تُعكّر على الاستدلال بها:

- ١- منها: الحكم بأخذ الوليدة قبل أن يسمع من المشتري دعواه.
- ٢- و منها: الحكم بأخذ الوليدة و ابنها مع عدم السؤال أنه يريد الإجازة أو لا؟
- ٣- و منها: الحكم بأخذ ابنها مع أنه ولد الحر.
- ٤- و منها: الحكم بأخذ ابن السيد مع أن ذلك لا يجوز.
- ٥- و منها: تعليم الحيلة توسط الإمام عليه السلام مع أن ذلك ليس من وظيفة الحاكم.
- ٦- و منها: كون الإجازة بعد الرد.

ولكن قال الشيخ بالنسبة إليها: «و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهنة»^(٢).
و يمكن أن يجاب عن الأوّل: الإمام عليه السلام عالم بالموضوع خارجاً من عدم وقوع العقد بإذن السيد أو رضاه و لذا أمر بأخذ الوليدة، مضافاً إلى أن الوليدة ماله فأراد التسليط عليه، و ليس في البين محاكمة بل يسأل عن المسألة الشرعية و أجابه الامام عليه السلام.
و عن الثاني: إن السيد لم يُرد الإجازة و لذا أمر الإمام بأخذ الوليدة و ابنها، أمّا لو أراد الإجازة فإنّه لا يُراجع الامام عليه السلام.

- و عن الثالث: أخذ الولد لأجل أخذ قيمته.
- و عن الرابع: أمر بأخذ ابنه لأجل المطالبة بالثمن الذي دفعه إليه.
- و عن الخامس: لعل كانت هناك مصلحة تقتضيه، لأجل المصالحة بين الناس، أو تعليمه أن للمشتري مطالبة البائع بثمنه.
- و عن السادس: لم يرده السيد بل لم يجزه أولاً، و عدم الإجازة غير الرد^(٣) و

(١) المكاسب ٤١٠/٣.

(٢) المكاسب ٣٥٤/٣.

(٣) راجع لتفصيل الموهنات و جوابها في حاشية الفقيه السيد الزيدي على المكاسب ١١٠/٢.

يأتي تفصيل الجواب عن هذا الاشكال في بيع الفضولي.
و كذلك يأتي الجوابان العامان عن هذه الموهنات في بيع الفضولي فانتظر. فيمكن
الأخذ بصحيحة محمد بن قيس.

و أمَّا بالنسبة إلى روايتي توارث الزوجين الصغيرين فيمكن أن يناقش في دلالتها:
أنَّ الرُّوَايَتَيْنِ وردتا في نكاح الفضولي و التعدي منه إلى بيع المكره المتعقب بالرضا لا يتم
لعدم الدليل المثبت عليه، لوجود الفارق بينهما لأنَّ معاملة الفضولي يستند إلى المالك من
حين إجازته فيمكن الحكم بصحته من أوَّل الأمر، ولكن بيع المكره لا يستند إلى المالك
من أوَّل الأمر لأنَّه لا يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضا و هذا الاشكال يأتي بالنسبة إلى
صحيحة محمد بن قيس أيضاً.

ولكن يرد عليها: ظاهر الروايات أنَّ الاجازة و الرضا وإن كانت متأخرة عن العقد
ولكنهما متعلقتان به و امضاء له و لازم ذلك هو الحكم بتأثير العقد من أوَّل العقد، فيتم
القول بالكشف و يأتي توضيح ذلك في بحث بيع الفضولي.

و الحاصل: مقتضى الأصل في المقامين - بيع المكره المتعقب بالرضا و بيع
الفضولي - هو النقل، لأنَّ الشرط في نفوذ العقد وجود الإجازة خارجاً، و المشروط لا
يتحقق إلا بعد تحقق شرطه و هو الإجازة، و هذا يعني القول بالنقل.

ولكن مقتضى الدليل الاجتهادي هو القول بالكشف، لأنَّ الوارد فيها صحة العقد
من أوَّل الأمر فصارت الإجازة كاشفة.

و الحق في المقتضين مع الشيخ الأعظم رحمته الله.

إشكال: أنَّ الأصل هنا و في الفضولي هو الكشف، لأنَّ متعلِّق الرضا هو النقل الواقع
في زمان العقد و الرضا تنفيذ لذلك و هذا يعني كاشفية الرضا لا ناقليته. كما يظهر ذلك من
صاحب الجواهر حيث صرَّح في الفضولي بـ: «أنَّ الأقوى كون الإجازة المتعقبه للعقد و
غيره ممَّا يعتبر في الصحة كاشفة، وفاقاً لصريح الشهيدين^(١) و غيرهما^(٢)، بل في

(١) الدروس ١٩٢/٣ و ٢٣٣، و للمعة / ١١٠، المسالك ١٥٨/٣، الروضة البهية ٢٢٩/٣.

الرياض^(٣) أنه الأشهر كما عن مجمع البرهان^(٤) أنه مذهب الأكثر لأنها رضى بمقتضى العقد الذي هو النقل حينه...»^(٥).

و قال في بيع المكره: «... و لا ريب في كونه حينئذ كالفضولي فتأمل جيداً... و على كل حالٍ فحيث يكون كالفضولي يجب انتظار غير مجبور...»^(٦).

و ذكر الشيخ الأعظم عن هذا الكلام بـ«ربما يُدعى» في المكاسب^(٧).

و ردّه^(٨) بما حاصله: عدم تسليم كون مقتضى العقد النقل من حينه، بل مقتضاه نفس النقل، لأنّ الشارع اعتبر رضاية المكره، و هذا الاعتبار دليل على تأثيره في العقد و ترتب الأثر عليه، فيتم العقد و يؤثر أثره بعد الرضا و هذا يعني النقل لا الكشف، كما حكم الشارع بتحقيق الملك بعد القبول في جميع العقود، أو بعد القبض في ما يعتبر فيه القبض كالصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمن الخيار بناءً على مسلك الشيخ^(٩) من توقف الملكية على انتهاء زمان الخيار.

إن قلت: توقف حكم الشارع على الرضا لا يقتضي النقل، لأنّه حكم بعد الرضا ولكن متعلّق الرضا هو النقل الواقع حين العقد و يحكم الشارع على طبق المتعلّق، و هذا يعني الكشف.

قلت: لا يتخلّف الجعل عن المجعول من حيث الزمان، و من المعلوم اعتبار الملكية في زمن الرضا فلا بدّ من حصولها في ذلك الزمان، و الشاهد عليه تحقق الفسخ و

(٢) منهم: الفاضل المقداد في التنقيح الرائع ٢٦/٢، و المحقّق الكركي في جامع المقاصد ٧٤/٤.

(٣) رياض المسائل ٢٢٧/٨.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٩/٨.

(٥) الجواهر ٢٨٥/٢٢.

(٦) الجواهر ٢٦٩/٢٢.

(٧) المكاسب ٣٣٥/٣.

(٨) المكاسب ٣٣٥/٣.

(٩) الخلاف ٢٢/٣.

هو وإن كان حلاً للعقد السابق ولكنّه من حينه لا من حين العقد. و العبرة بزمان حدوث
الفسخ لا بزمان متعلّقه وهو العقد.

هذه المناقشة و الجواب أيضاً كانا من الشيخ الأعظم^(١) بتوضيح و تقريب و
تهذيب ممّا.

ولكن المحقّق السيّد الخوئي^(٢) تبعاً لأستاذه النائيني^(٣) يرى أنّ الشارع يحكم
بصحة العقد من حينه بعد الرضا، لأنّ الرضا يتعلّق بالعقد هنا و في الفضولي معاً و ردّ
استشهاد الشيخ الأعظم بالفسخ لوجود الفارق بينه و بين ما نحن فيه لأنّ الفسخ عبارة عن
حلّ العقد فيصير من حين الفسخ و في قبالة إمضاؤه و إقراره و تثبيته، و أمّا الإجازة
يقابلها الردّ، فلا منافاة بين أن يكون أثر الفسخ من حينه، و أثر الإجازة ترتيب أثر العقد
من حينه، فالصحيح قياس الإجازة مع الردّ دون الفسخ الذي يقاس بالجزم و الإبرام و
الإقرار و التثبيت.

و التفصيل يطلب من بيع الفضولي، و يأتي بحثه مفصلاً إن شاء الله تعالى.

الرابع عشر: الإكراه بحق

بطلان بيع المكره مختص بما إذا كان الإكراه بغير حقّ، و أمّا إذا كان بحقّ فهو
صحيحٌ و لا يضرّه الإكراه، و في الغنية^(٤) أن صحة بيعه معه ممّا لا خلاف فيه.

منها: كان عليه دين فيتوجّه عليه ببيع ماله لأداء دينه.

و منها: شراء مال أسلم إليه قيمته فأكرهه الحاكم عليه.

و منها: تقويم العبد على مُعْتِقٍ نصيبه منه.

و منها: تقويم العبد في فكّه من الرق ليرث.

و منها: إكراهه على البيع لنفقتة و نفقة زوجته و نفقة واجبي النفقة عليه مع

(١) المكاسب ٣/٣٣٦.

(٢) مصباح الفقاهة ٣/٣٤٠.

(٣) المكاسب و البيع ١/٤٧٤ و ٤٧٥.

(٤) غنية النزوع / ٢١٤.

امتناعه.

و منها: بيع الحيوان إذا امتنع من الإنفاق عليه.

و منها: العبد إذا أسلم عند الكافر

و منها: العبد المسلم و المصحف إذا اشتراهما الكافر و سوَّغناه، فإنَّهما يباعان

عليه قهراً.

و منها: الطعام عند المجاعة يشتره خائف التلف.

و منها: المحتكر مع عدم وجود غيره و احتياج الناس إليه.

ذكر هذه الوجوه كلها ثانياً الشهيدان في المسالك^(١) و تبعه الشيخ يوسف في

الحدائق^(٢).

الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بلا فصل و...

قال جدنا الشيخ جعفر^(٣): «ولو حصل الرضا بعد تمام العقد بلا فصل، فلا بحث

على القول بالصحة. ولو فسخ فسَدَ العقد. ولو استمر الجبرُّ بلا فسخ، ثم تعقَّب الرضا قَوِيَّ

وجه الصحة. و في كونه كاشفاً أو ناقلاً و جهان، أقواهما الأوَّل. ولو بَعَّض الرضا أو غيَّر

الأجل أو بعض الشروط فالظاهر البطلان. ولو جبره على البيع نقداً فأجر أو صالح أو أسلم

فلا جبر. و ما اشتهر من أنَّ الحياء من آلات الجبر لا نعرف له وجهاً»^(٣).

و علَّق تلميذه صاحب الجواهر^(٤) على قوله «قوي وجه الصحة» بقوله: «قلت:

لعلَّ وجه العدم أنَّه قد يقال بكفاية استمرار عدم الرضا في فساد العقد بحيث لا تنفع معه

الإجازة إذ دعوى احتياج فسخه إلى اللفظ يدلُّ عليه مريداً للإنشاء به لا دليل عليه»^(٤).

و علَّق على قوله: «فالظاهر البطلان»: «أي لصدق الإكراه»^(٥).

(١) المسالك ١٥٧/٣.

(٢) الحدائق ٣٧٦/١٨.

(٣) شرح القواعد ٤٥/٢.

(٤) الجواهر ٢٦٩/٢٢.

(٥) الجواهر ٢٦٦/٢٢.

و علّق على قوله: «فلا جبر»: «قلتُ: المدار على صدق الإكراه ومع الشك الأصل عدمه»^(١).

السادس عشر: بيع التلجئة

قال في التذكرة: «و في معنى الإكراه بيع التلجئة و هو: أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطي رجلاً على إظهار شرائه منه و لا يريد بيعاً حقيقياً، ذهب إليه علماؤنا أجمع - و به قال أحمد و أبو يوسف و محمد - لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازلين. و قال أبو حنيفة و الشافعي: يصح بيع التلجئة لأنه تم بأركانه و شروطه خالياً عن مقارنة مُفسدٍ فصَحَّ كما لو اتَّفقا على شرطٍ فاسدٍ ثم عقدا بغير شرط و نمنع المقدمات»^(٢). و كذا قال في نهايته: «و بيع التلجئة باطل، و هو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطي رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحفظه من الظالم، لا يريد بيعاً حقيقياً لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهازلين»^(٣). هذا تمام الكلام في الشرط الرابع من شروط المتعاقدين، و هو الاختيار، و الحمد لله.

(١) الجواهر ٢٢/٢٦٦.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٠/١٣.

(٣) نهاية الأحكام ٢/٤٥٦.

هـ- إذن السيّد لو كان العاقد عبداً

نتعرض للبحث تبعاً للشيخ الأعظم رحمته الله ولكن باختصار، و عدم وجدان موضوعه لا يوجب ترك استنباط أحكامه و مسائله و فروعه، نعم المناسب فيه عدم التطويل. قال المحقق: «ولو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيّده لم يصحّ، فإن أذن له جاز»^(١).

الأقوال في تصرفات العبد و هي ثلاثة:

الأوّل: العبد مهجور عن كلّ فعل أو قولٍ من عقد و إيقاع أو عمل قليل أو كثير، صغير أو كبير، إلا ما ثبت جوازه بالدليل».

الثاني: تصرفات العبد نافذة في ما يتعلّق به من نكاحه و طلاقه و في ما يتبع به بعد عتقه كضمانه و نحوه و في ما يكون راجعاً إلى غيره نحو توكيله عن الغير في البيع أو الشراء أو عقد أو إيقاع، وبالجملة: في كلّ ما لا يكون التصرف فيه تصرفاً في سلطنة مولاه يكون تصرفاته نافذة، و كلّ ما يعدّ التصرف فيه تصرفاً في سلطنة مولاه باطلة لأجل تعارضه لحقّ مولاه و سلطنته الحاكمة.

الثالث: نفوذ تصرفاته في كلّ ما لا يعدّ شيئاً معتداً به و مثله بأكله و شربه و نومه و تكلمه. و عدم نفوذها في ما يعدّ شيئاً معتداً به بحسب العرف و العادة بلا فرق بين ما يتعلّق بأمواله - بناءً على جواز ملكيته - أو أموال سيّده من عقد أو إيقاع، و كذلك ما

يتعلّق بسائر الناس من التصرف في أموالهم و أنفسهم بعقد و إيقاع، فصحة هذا القسم يتوقف على إذن مولاه و إجازته. فيحكم بلغوية تصرفاته من دون إذن مولاه فلا تصح وكالة العبد عن غيره. حتّى في إجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً، و اختار الشيخ الأعظم^(١) و المحقّق النائيني^(٢) هذا القسم الأخير.

و استدل الشيخ الأعظم له بقوله تعالى: ﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(٣).

و بصحيفة زرارة عن أبي جعفر^(٤) و أبي عبد الله^(٥) قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلّا بإذن سيّده، قلت: فإن السيّد كان زوّجه، بيد منّ الطلاق؟ قال: بيد السيّد ﴿ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء﴾، أفشىء الطلاق^(٤)؟!؟

بتقريب: كلّ ما يصدق عليه أنّه شيء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعاً من دون إذن مولاه. بلا فرق بين أنّه يرجع إلى نفسه - في حال عبوديته أو بعد فرض حرّيته - أو مولاه أو غيرهما، و بين إجراء العقد أو الإيقاع، و بين الالتزام بشيء و التعهد بضمان أو دين حالياً كان أو استقبالياً.

فالآية الشريفة تدلّ على عدم استقلال العبد في جميع تصرفاته مطلقاً لعدم قدرته عليه أي عدم نفوذ تصرفاته، فيصير شأن العبد شأن الصبي من عدم نفوذ تصرفاته إلّا بإذن وليّه. و الشاهد لما ذكرنا استشهاد الإمام^(٦) بالآية بعدم استقلاله في الطلاق و كذلك النكاح.^(٥)

و لذا قال الشيخ الأعظم^(٦): «و الظاهر من القدرة - خصوصاً بقريئة الرواية - هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق

(١) المكاسب ٣/٣٣٨.

(٢) المكاسب و البيع ١/٤٧٦.

(٣) سورة النحل / ٧٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٠١/٢٢، ح ١، الباب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

(٥) راجع وسائل الشيعة ١١٣/٢١ و ١١٤، الباب ٢٣ و ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

شرائط المتعاقدين - إذن السيد لو كان العاقد عبداً ١٦٩

عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعاً بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه...»^(١).

و الحاصل: المملوكية و الرقية مساوقة للعجز و عدم القدرة. فلا نحتاج أن نأخذ ﴿لا يقدر على شيء﴾ قيماً توضيحياً لا احترازياً كما عليه المحقق النائيني^(٢). لأن المراد بها عدم نفوذ التصرف و هو حكم وضعي فلامعنى لأخذه قيماً للموضوع أو توضيحاً له.^(٣)

فلا يجوز له التصرف في أمواله و شؤونه و أمّا أموال و شؤون السيد أيضاً فكذاك لأنه لا يقدر على شيء و نحوه أموال و شؤون الآخرين و بالجملة من ليس له التصرف في أموره و شؤونه فأمر الآخرين و شؤونهم بطريق أولى ليس له التصرف فيها بلا فرق بين مولاه و غيره.

فلا يتم ما ذكره المحقق السيد الخوئي^(٤) تبعاً لصاحب الجواهر^(٥) من عدم نفوذ تصرفات العبد في أمور سيده و آخرين ليس من جهة كونه عبداً مملوكاً و التصرف في أمورهم لاتنفيه الآية الشريفة بل يكون بجهة حرمة التصرف في أموال الناس من دون إذنهم.

و الوجه في عدم تماميته: لأن هذا شيء لا يقدر العبد عليه، لا لكونه تصرفاً في لسانه الذي هو ملك السيد فإنه لا دليل على حرمة أولاً، و حرمة لا توجب الفساد ثانياً، فلا تكون حرمة منشأ التزام المشهور بفساد عقد العبد للغير كما عليه المحقق النائيني^(٦).

(١) المكاسب ٣/٣٣٨.

(٢) راجع المكاسب و البيع ١/٤٧٧.

(٣) كما عليه المحقق الخوئي راجع مصباح الفقاهة ٣/٣٤٣.

(٤) مصباح الفقاهة ٣/٣٤٤.

(٥) الجواهر ٢٢/٢٧١ و ٢٥/٧٠.

(٦) منية الطالب ١/٤٣٢.

و يظهر الفرق بيننا وبينه: أنَّنا نحكم ببطلان عقود العبد و إيقاعاته للغير مطلقاً لأنَّه لا يقدر على شيءٍ، ولكنَّه ﷺ يحكم بصحتها إذا كان للغير لأنَّ رقيته لا يلزم سقوط ألفاظه و عباراته و عقوده و إيقاعاته.

نعم، لا يجوز له توكيل الغير في التصرف في أمواله إلاَّ مع إذن سيِّده عندنا و عنده. و أمَّا هل يجوز له أن يتوكَّل عن غيره في معاملة أو إيقاع؟ بناءً على ما ذكرنا لا يجوز و وجهه واضح و أمَّا بناءً على ما ذكره يجوز.

و على قولنا بعدم الجواز لو تصدَّى و تصرف في مال الغير وكالة عنه أو مال نفسه - بناءً على مالكيته - من دون إذن سيِّده - و كان باطلاً - ولكن أجازة المولى في ما بعد، فهل يحكم بصحته أم لا؟

احتمل الشيخ الأعظم^(١) أوَّلاً عدم الصحة لأنَّ المانع من الصحة لا يرجع إلى العوضين بحيث لم يكونا ملكاً للسيِّد حتَّى لم تصحها إجازة السيِّد، بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر من العبد استقلالاً بدون إذن سيِّده و يحكم بطلانه، و الإجازة اللاحقة من السيِّد لا يخرج من الاستقلال و البطلان لأنَّ الشيء لا ينقلب عما هو عليه.

ولكنَّه ﷺ عدل عن عدم الصحة و ذهب إلى أنَّ الأقوى^(٢) الصحة في تصرفات العبد إذا لحقها الإجازة من سيِّده، و استدل لها بوجوه ثلاثة:

الوجه الأوَّل: العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود تشملها، لأنَّها تشمل العقد الصادر من الأحرار و العبيد، و قد خرج منها العقد الصادر من العبد استقلالاً و من دون استناد إلى إذن المولى أصلاً لا سابقاً و لا لاحقاً، و يبقى الباقي تحتها.

و المخصص لها عدم ترتب الأثر على العقد الصادر من العبد من دون إذن سيِّده سابقاً أو لاحقاً، و يبقى الباقي تحتها.

ثمَّ لو شككنا في المخصص بأن كان مردداً بين الأقل و الأكثر - الأقل: العقد

(١) المكاسب ٣/٣٣٨.

(٢) المكاسب ٣/٣٣٨.

شرائط المتعاقدين - إذن السيد لو كان العاقد عبداً ١٧١

الصادر من العبد دون إذن سيده سابقاً أو لاحقاً، الأكثر: العقد الصادر منه من دون إذن سيده سابقاً فقط - لا بد من الأخذ بالأقل، لأن المخصص المنفصل إذا كان مردداً بين الأقل والأكثر لا بد من الأخذ بالقدر المتيقن منه وهو الأقل.

وما ذكره المحقق النائيني من عدم «إجمال المخصص وهو مبين، فإن دليل اعتبار الإذن ظاهر في الإذن السابق و الإجازة غير الإذن»^(١).

غير تام، لأن الدليل دال على عدم استقلال العبد في تصرفاته، وهذا غير ظاهر في الإذن السابق - المدعى بنظره عليه السلام كما أنه ظاهر في الآية الشريفة^(٢) و قد مر، وأما صحيحة زرارة^(٣) فالذي يُستفاد منها بطلان نكاح و طلاق العبد من دون إذن سيده و بالاستقلال و هو غير ظاهر في أن المراد بالإذن هو الإذن السابق فقط، فهذا الوجه تام.

الوجه الثاني: صحيحة زرارة الماضيه تدل على صحة النكاح و الطلاق بالإذن، و حيث وردت عدة من الروايات^(٤) في صحة النكاح لو لحقه الإجازة، فيصح جميع العقود بالإجازة اللاحقة لعدم الفرق بينها.

ثم توجه و تفتن الشيخ الأعظم عليه السلام: بأن لازم هذا القول صحة الطلاق بالإجازة اللاحقة أيضاً و لا يلتزمون بها، و هو إشكال على هذا الوجه.

و رده: بأن الطلاق خرج بالدليل الخارجي^(٥) و إلا نقول بصحته بالإجازة اللاحقة و بجهة التعميم، و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة لأن الكلام مسوق لنفي استقلال العبد في الطلاق، لا لصحته مطلقاً حتى بالإجازة.

(١) منية الطالب ١/٤٣٠.

(٢) سورة النحل / ٧٥.

(٣) وسائل الشيعة ١٠١/٢٢، ح ١.

(٤) راجع وسائل الشيعة ١١٤/٢١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإملاء. منها: صحيحة زرارة، ح ١، في الباب المذكور، و موثقته، ح ٢.

(٥) راجع وسائل الشيعة ٩٨/٢٢، الباب ٤٣ من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه. ح ٤، صحيحة علي بن يقطين، و ح ٢، معتبرة لث المرادي بناءً على اعتبار أبي جميلة.

ولكن يمكن أن يُناقشَ بوجهين^(١):

أولاً: يمكن أن يقال: بأن أدلة صحة النكاح بالإجازة اللاحقة حاكمَةٌ على الدليل الدال على اعتبار الإذن و يوسِّع دائرة الموضوع تعبدًا، فلا يستفاد منها أعميَّة الإذن مفهوماً من الإذن السابق و الإجازة اللاحقة.

و ثانياً: يمكن استظهار عكس ما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله من الصحیحة بأن يقال: لما كانت الصحیحة مشتملة على الطلاق الذي لا يصحّ بلحوق الإجازة نستشكف أنّ المراد من الإذن هو الإذن السابق، و صحة النكاح بالإجازة اللاحقة فإنّما يستفاد من الدليل الخارجي فحينئذ لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة أصلاً حتّى أجاب عنه الشيخ الأعظم بهذا الجواب البارد.

و يظهر وجه عدم تمامية جوابه بالنسبة إلى تأخير البيان عن وقت حاجته في الطلاق، بأنّه لو كانت الصحیحة مسوقة لبيان نفي استقلال العبد في الطلاق لكانت كذلك في النكاح أيضاً، و لا تدلّ على صحة النكاح بالأعم من الإذن و الإجازة، فمن أين تُستفاد الصحة بالإجازة من الصحیحة؟!

الوجه الثالث: الروايات الواردة في صحة نكاح العبد إذا أجازاه المولى - بلا فرق بين أنّ المباشر لإجراء الصیغة هو العبد أو غيره - و إذا صحّ نكاحه فيصحّ جميع تصرفاته بلا فرق ولو كانت وكالة عن الغير.

منها: صحیحة زرارة عن أبي جعفر رحمته الله قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازاه و إن شاء فرّق بينهما. قلتُ: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعي و أصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، و لا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر رحمته الله: إنّّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده، فإذا أجازاه فهو له جائز.^(٢)

(١) كما في منية الطالب ٤٣٠/١.

(٢) وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

شروط المتعاقدين - إذن السيد لو كان العاقد عبداً ١٧٣

و منها: معتبرته بل موثقه عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه؟ قال: ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً. وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئاً حلالاً وليس بعاصٍ لله إنما عصى سيده ولم يعص الله، إن ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه. ^(١)

و منها: صحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه. ^(٢)

و منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوج بغير إذن مولاه، أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعم أنه حرام و نوله ^(٣) أن لا يفعل إلا بإذن مولاه. ^(٤)

و منها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: إنني كنت مملوكاً لقوم و إنني تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن مواليّ ثم اعتقوني بعد ذلك، فأجدد نكاحي إياها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنك تزوّجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عني و لم يغيروا عليّ، قال: فقال: سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأول. ^(٥)

يمكن الاستدلال بهذه الروايات في المقام بتقريبين:

التقريب الأول ^(٦): ترك الاستفصال الوارد في هذه الصحاح بين أن يكون العاقد

(١) وسائل الشيعة ١١٥/٢١، ح ٢.

(٢) وسائل الشيعة ١١٣/٢١، ح ١، الباب ٢٣ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٣) نولك أن تفعل: أي حقك و ينبغي لك. [صاح اللغة ١٨٣٦/٥].

(٤) وسائل الشيعة ١١٣/٢١، ح ٢.

(٥) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٦) المكاسب ٣٣٩/٣: يؤيد المختار.

لصيغة النكاح هو العبد أو غيره، وإذا كانت إجازة المولى تصح تصرف العبد في سلطان المولى - وهو تصرف العبد في نفسه بالنكاح - ولا يمكن أن يصحَّ اسم المصدر -النكاح- ولا يصح المصدر أي الإنشاء - أعني صيغة النكاح - فصارت صيغة النكاح و النكاح صحيحة بالإجازة من المولى بلا فرق بين أنه باشر في إجراءها أو وكَّل غيره. وإذا صح النكاح وهو تصرف العبد في نفسه، - أي سلطان المولى - فبطريق الأولى تصح الإجازة غيره من التصرفات في ماله و نفسه و في مال و نفس غيره بالوكالة عنه.

التقريب الثاني^(١): التعليل الوارد في صحيحة زرارة بد«أنه لم يعص الله و إنما عصى سيده»^(٢)، يستفاد منه كل ما لم يكن العبد عاصياً لله تعالى بل عصى سيده فقط، يمكن تصحيحه بالإجازة من السيّد، فمعيار صحة معاملات العبد بعد عدم كونها مخالفة لله تعالى هو إذن السيّد أو إجازته. فكما يمكن تصحيح تصرفات العبد بالإجازة في نفسه و ماله فكذلك يمكن تصحيح تصرفاته في مال الغير أو نفسه بالوكالة، لأنّ العبد فيها أيضاً لم يعص الله، و بعد الإجازة يحكم بصحتها.

مناقشة المحقّق النائي في التقريب الأوّل

قال: «إنّ ترك الاستفصال وإن كان مفيداً للتعميم في باب النكاح و نحوه إلاّ أنّه للتعدي إلى غير مورده لا يفيد، لأنّه لو فرض بأنّه صريح بأنّ نكاح العبد يصحّ بالإجازة ولو باشره بنفسه لما أمكن التعدي إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجراءه الصيغة و إيجاد العلقه فضولاً، لأنّ صحة نكاحه لنفسه و إن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضاً حيث إنّ الإجازة ترجع إلى ما يتعلّق مضمونه بالمولى فصحة جهة إصداره إنّما لوحظ معنى حرفياً، و إذا دلّ الدليل على صحة النتيجة بالإجازة فيدلّ على صحة جهة الإصدار، لأنّها من

(١) المكاسب ٣/٣٣٩: مع أنّ تعليل الصحة بأنّه....

(٢) وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١.

شروط المتعاقدين - إذن السيد لو كان العاقد عبداً ١٧٥

مقدمات حصول النتيجة إلا أن هذا الدليل لا يمكن أن يدل على صحة جهة الإصدار إذا لوحظت معنى اسمياً، وعقد العبد لغيره فضولاً أو وكالة جهة توقفه على إجازة المولى هو جهة إصداره وإلا فمضمونه غير راجع إلى المولى، ولم يدل دليل على أن الإجازة أيضاً كالإذن في جهة الإصدار كما لا يخفى.

إلا أن يقال: إن الأخبار الدالة على صحة نكاح العبد إذا أجازته المولى الواردة في ردّ حكم ابن عيينة و ابراهيم النخعي ظاهرة في إعطاء قاعدة كلية وهي أن كلما رجع جهة الصحة إلى إذن السيد فإجازته كإذنه»^(١).

و أجابه السيد الخوئي بقوله: «ولكن لا وجه لهذه المناقشة بديهة أن كون متعلق الإجازة ملحوظاً للمجيز استقلالاً تارة و تبعاً أخرى لا يرتبط بجهة الاستدلال»^(٢).

أقول: و بعبارة أخرى: السيد أجاز عقد العبد بما هو عليه من تماميته كما إذا أجرى صيغة النكاح لنفسه أو باع و اشترى من ماله و فيه، أو عدم تماميته العقد لأنه موقوف على إجازة الغير كما عقد لغيره أو باع و اشترى له فضولة و من دون إذنه و وكالته، و أمّا لو أذن له الغير أو وكله فيلحق بالقسم الأول من تماميته العقد.

و بعبارة ثالثة: لا يترتب على عقده سواء كان لنفسه أو لغيره - مع إذنه أو بدونه - أو لمولاه شيئاً من الآثار إلا بعد إجازة المولى له و بالنسبة إلى الغير مضافاً إليها مع وكالته أو إذنه أو إجازته.

فحينئذ شأن إجازة المولى له كشأن إجازة الزوجة لزوجها بالنسبة إلى نكاح بنت أخيها أو بنت أختها، و المتوقف عليها ليس صحة الإنشاء بل صحة ما يصدق عليه النكاح بالحمل الشائع.

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «لو أمر العبد امرأً أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و

(١) منية الطالب ٤٣١/١.

(٢) مصباح الفقاهة ٣٥٠/٣.

لزم، بناءً على كفاية رضا المولى - الحاصل من تعريضه للبيع - من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجباً للإذن الضمني»^(١).

أقول: قال شيخ الطائفة رحمته الله: «إذا وكلَّ رجلٌ عبداً في شراء نفسه من سيِّده فهل يصحّ ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: يصحّ كما لو وكلّه في شراء عبد آخر بإذن سيِّده.

و الثاني: لا يصحّ ذلك لأنّ يد العبد كيد سيِّده وإيجابه و قبوله بإذنه بمنزلة إيجاب سيِّده و قبوله، فإذا كان كذلك و أوجب له سيِّده فقبله هو صار كأن السيِّد هو الموجب القابل للبيع و ذلك لا يصحّ فكذلك ها هنا. و الأوّل أقوى...»^(٢).

و نقل العلامة في المختلف عن القاضي ابن البراج قوله: «الأقوى عندي أنّه لا يصحّ إلا أن يأذن له سيِّده في ذلك، فإن لم يأذن له فيه لم يصحّ»^(٣).

و أنت ترى بأنّ استدلال القاضي ابن البراج على البطلان لا يرجع إلى اتحاد الموجب و القابل الذي نسبه إليه الشيخ الأعظم، بل القاضي يرى البطلان إذا كانت الوكالة من دون إذن المولى و أمّا إذا كانت مع إذنه فيذهب إلى الصحة و لذا قال العلامة بعد نقل فتوى القاضي: «و الحقّ ما قوّاه الشيخ لأنّ بيع مولاة رضاً منه بالتوكيل»^(٤).

و نُسب^(٥) القول بالبطلان إلى القاضي في بعض الكتب الفقهية مطلقاً أو مع الاستدلال له باتحاد الموجب و القابل و كلاهما غير تامين.

قد يناقش في صحة هذا الشراء بوجهين:

الأوّل: اتحاد عبارة العبد مع عبارة السيِّد فيلزم منه اتحاد القابل و الموجب فيبطل

(١) المكاسب ٣/٣٤٢.

(٢) المبسوط ٣/٣٩٣.

(٣) مختلف الشيعة ٦/٣٥.

(٤) مختلف الشيعة ٦/٣٥.

(٥) و المناسب هو الصميري في غاية المرام ٢/١٢، و صاحب الحدائق ٢٢/٥٠ و صاحب الجواهر ٢٢/٢٧١ و الشيخ الأعظم في المكاسب ٣/٣٤٣.

شروط المتعاقدين - إذن السيد لو كان العاقد عبداً ١٧٧

العقد به - وقد مرّ في أحد وجهي الشيخ - .

و يرد عليه: أولاً: لا دليل على اعتبار التغير بين الموجب و القابل و يكفي تغايرهما اعتباراً.

و ثانياً: المملوكية لا توجب إتحاد العبد مع مولاه.

و ثالثاً: هذا الدليل لو تمّ يقتضي بطلان معاملات العبد الموكّل عن غيره ولو أذن له سيّده بالوكالة، مع السيّد.

الثاني^(١): لزم بالنسبة إلى المتعاقدين قابليتهما للإنشاء عند تحقق الإيجاب و القبول، فلو فقد أيّ منهما القابلية قبل تحقق العقد لا ينعقد المعاهدة و المعاقدة، و حيث أنّ العبد في الفرع المذكور غير قابل لطرفي العقد لأنّه غير مأذون منه فيحكم بفساد العقد. و يرد عليه: القابلية المذكورة لم يدل عليها دليل نعم، المناط في تحقق العقد هو ارتباط التزام الموجب بالتزام المشتري ولو لم يكن حين الإيجاب قابلية القابل و كذا عكسه. فلذا لو التفت أحدهما بإنشاء صاحبه و قبل فسخه و إبطاله، و أتى بما هو عليه لكان العقد صحيحاً. و المفروض الحاق الاجازة بالوكالة صريحاً أو ضمناً فيصح قابلية العبد فيتم المعاقدة.

هذا كلّه في ما إذا و كّل المشتري العبد في الاشتراء من سيّده.

و أمّا لو و كّل في الاشتراء من وكيل المولى، فإن كان الوكيل وكيلاً مفوضاً في أمور المولى فلا شبهة في أنّ شأنه شأن المولى و لا تردّ شبهة. و أمّا إن كان الوكيل وكيلاً في خصوص إجراء الصيغة فلا شبهة في احتياج الاشتراء إلى الاجازة من المولى، و لعلّ نظر المحقّق و الشهيد الثانيين^(٢) ^(٣) من إطلاق القول بعدم الصحة في الشراء من وكيل المولى إلى الصورة الأخيرة.

(١) انظر المناقشة و جوابها في المكاسب ٣/٣٤٣ قوله عليه السلام: و لا يقدر عدم قابلية المشتري للقبول... .

(٢) جامع المقاصد ٤/٦٨.

(٣) المسالك ٣/١٥٨.

فرعٌ:

لم يذكره الشيخ الأعظم رحمته الله وهو هل إجازة المولى لعقد العبد كاشفة أو ناقلة؟
مقتضى القاعدة هو النقل ولكن مقتضى الروايات هو الكشف كما يدلُّ عليه
قول رحمته الله في صحيحة معاوية بن وهب: «أثبت على نكاحك الأول»^(١)، و التفصيل يطلب
من بيع الفضولي. و الحمد لله.

(١) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١.

٦- أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع

من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكيين أو وليين لهما كالأب أو الجدّ للأب، أو مأذونين منهما كالوكيل أو الوصي، أو مأذونين من الشارع كالحاكم أو أمينه ووكيله. و بعبارة أخرى: لا بدّ أن يكونَ الْمُتَعَاقِدَانِ مالِكِي التصرّف و الأمر و العقد إمّا بالملكية للعوضين أو الإذن من المالك أو الشارع.

و العنوان المذكور في أعلاه من الشيخ الاعظم^(١)، و هو عند تلميذه الفقيه المامقاني^(٢) من جوامع الكلم لشموله لجميع أقسام من يصحّ منه البيع كالمالكين للعوضين و المأذونين منهم كوكلائهم، و المأذونين من الشارع، و هم الأولياء المنصوبون منه كالأب و الجدّ و الحاكم الشرعي و منصوبه و المأذون من قبله، و كذا المنصوب من الأب أو الجدّ قيماً على الصغير و نحوها من الموارد التي تنتفي الفضولية منها.

فالأولى أن يقال: لا بدّ في المتعاقدين أنّهما يملكان أمر العقد الذي يقومان به، و المراد بالملك هنا ليست الملكية بل الاستيلاء على العقد و الأمر. حتّى نفذ عقدهما، و إلاّ يرد عليه عقد الرهن على العين المرهونة و تصرفات المريض في مرض موته بالبيع المحاباتي فيما زاد على الثلث و بيع السفينة و المفلس، لأنّ تصرفاتهم موصوفة بالفضولية

(١) المكاسب ٣/٣٤٥.

(٢) غاية الآمال / ٣٥٠.

مع أنهم مَلَّاك، وأقرَّ الشيخُ الأعظم^(١) بهذه النقوض و حكم بدخولها بعد سطور.
و توجيه العنوان بأنَّ المراد منه شرطية المالكية في نفوذ تصرفات المتعاقدين،
مردود لأنَّه ينتهي إلى الدور، لأنَّ «لا شك أنَّ شرط المطلوب هو شرط النفوذ، و ينتهي
الأمر إلى صيرورة النفوذ شرطاً في نفوذ التصرف و هو دورٌ باطلٌ»^(٢).
ثم فرَّع الشيخُ الأعظم على عنوانه: «فَعقد الفضولي لا يَصحَّ»^(٣). تبعاً للمحقق في
الشرائع حيث يقول: «و أن يكون البائع: مالِكاً أو مَمَّن له أن يبيع عن المالك كالأب و الجدَّ
للأب و الوكيل و الوصي و الحاكم و أمينه فلو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك أو
وليِّه على الأظهر»^(٤). و نحوه في النافع^(٥).
و قال العلامة في قواعده تبعاً لأُستاده: «و يشترط كون البائع: مالِكاً أو وليّاً عنه،
كالأب و الجدَّ له و الحاكم و أمينه و الوصي، أو وكيلاً، فبيع الفضولي موقوف على الإجازة
على رأي»^(٦). و نحوه في التذكرة^(٧).
و قال الشهيد في الدروس: «و تملِّكها أو حكمه كالأب و الجدَّ و الوصي و الوكيل
و الحاكم و أمينه و المقاصِّ فبيع الفضولي غير لازم...»^(٨).
و اعترض المحقِّق الكركي على عبارة قواعد العلامة و قال: «هذا التفرُّيع أيضاً غير
جيد لأنَّ المتبادر من اشتراط ما ذكره بطلان البيع هنا، لانتفاء الشرط إن كان ذلك شرطاً
في الصحة، أو عدم لزومه إن كان شرطاً في اللزوم، فكونه موقوفاً على الاجازة لا يظهر

(١) المكاسب ٣٤٦/٣ قوله: «و كيف كان فيشمل العقد الصادر...».

(٢) العقد النضيد ٦/٣.

(٣) المكاسب ٣٤٥/٣.

(٤) الشرائع ٨/٢.

(٥) المختصر النافع ١١٨.

(٦) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٤/١٠.

(٨) الدروس الشرعية ١٩٢/٣.

شروط المتعاقدين - أن يكونا مالكيين أو مأذونين من المالك أو الشارع ١٨١

وجه تفريعه، إلا إذا حملنا العبارة على أن الاشتراط في اللزوم، وأن المراد بكونه موقوفاً عدم لزومه، لأنه في قوّته، لكن قوله: (على رأي) لا موقع له حينئذ، وكيف كان فالعبارة لا تخلو من تكلف...»^(١).

قد تصدى لدفع الإشكال الشهيد الثاني وقال: «مقتضي التفریع أن يقال: فبيع الفضولي غير صحيح لفقد الشرط، وهو كون البائع مالكاً أو في معناه، لكن لما كان المراد بالصحة هنا اللزوم كان قوله: «أنه موقوف»، في قوة قوله: «غير لازم» المناسب للتفریع. وفيه: مع إفادته الفائدة التصريح بالحكم المطلوب من بيع الفضولي، و عليه يترتب الرأي المذكور بعده، لأنه أيضاً غير لازم من التفریع، لكن اقتضاه الحكم بالوقوف بالقصد الثاني مراعاةً للإيجاز»^(٢).

و الشيخ الأعظم بعد تفسير عدم الصحة في بيع الفضولي بعدم اللزوم قال: «... فاعتراض جامع المقاصد عليه [أي على العلامة في عبارة القواعد] بأن التفریع في غير محلّه، لعلّه في غير محلّه»^(٣).

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا التفسير، بل لعلّ المراد بها - عدم الصحة - هي عدم الصحة الفعلية و موقوفيّة العقد على اجازة المالك و عدم نفوذه، و عدم الصحة الفعلية لا ينافي الصحة التأهيلية و توقفه على الاجازة، مضاف إلى أن عدم اللزوم مذكور في كلام المحقق الكركي على نحو قضية مانعة الجمع و لم يكن إبداعاً من الشيخ الأعظم.

و الحاصل: اعتراض المحقق الكركي رحمته على العلامة و اردّ و كذلك يردّ على المحقق في الشرائع و النافع، و الشهيد في الدروس و كل من فرّع بيع الفضولي على العنوان، و جواب الشيخ الأعظم مأخوذ من أحد احتمالات الكركي و لعلّه في غير محلّه لعدم مناسبته لقوله بعد ذلك: «على رأي»، و لذا الفقيه المتتبع العاملي تابع الكركي و قال: «كان التفریع غير جيّد و قد أشار إلى ذلك في جامع المقاصد و قد وقع عين ذلك للمحقق

(١) جامع المقاصد ٦٨/٤.

(٢) فوائد القواعد ٥٣١/.

(٣) المكاسب ٣٤٥/٣.

في الشرائع والنافع، وغيره والأمر فيه سهل»^(١).
فلا يتمّ عندي ما ذكره المحققون الشهيدي^(٢) و المروج^(٣) و شيخنا
الأستاذ^(٤) في توجيه كلام الشيخ الأعظم^(٥) فراجع.
نعم، لو كان المشروط مردداً على نحو ما شرحه جدنا شارح القواعد يدفع
الإشكال حيث يقول: «و يشترط في لزوم البيع ونحوه أو صحته مع عدم تعقُّبه
بالإجازة...»^(٥).

ولكن حتّى التردد في المشروط لا يفيد لقوله «على رأي».

(١) مفتاح الكرامة ٥٩٠/١٢.

(٢) هداية الطالب ١٠/٣.

(٣) هدى الطالب ٣٤٨/٤.

(٤) إرشاد الطالب ٢٦٨/٢.

(٥) شرح القواعد ٦٩/٢.

عقد الفضولي

الفضول في اللغة^(١) جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد استعمل الجمع استعمال المفرد في ما لا خير فيه، ولهذا نُسب إليه على لفظه فقيل: فضوليٌّ لِمَنْ يشتغل بما لا يعنيه، لأنّه جعل علماً على نوع من الكلام فنزل منزلة المفرد وسمي بالواحد. وفي الاصطلاح هو: «الكامل غير المالك للتصرف فيه سواء كان غاصباً أو لا» كما عن الشهيد^(٢). وهو واضح عند القوم. و الفضولي في العنوان صفة للعاقد و قد يوصف به نفس العقد و يقال: «العقد الفضول» و جعل الفضولي صفة للعقد مجاز من قبيل الوصف بحال متعلّقه، و لذا قال الشيخ الأعظم «و لعلّه تسامح»^(٣) بالنسبة إلى الأخير. و بالجملة: هو كلّ عقدٍ تام صدر ممّن ليس له ملكيّة العقد و أمره و نفوذه. قال الجّد العلامة التقّي^(٤): «المعروف بين الأصحاب أنّه لو باع مال غيره من غير ولاية و لا وكالة وقف على الإجازة، فإن أجازته المالك أو من يقوم مقامه صحّ و إلا بطل و لا يقع باطلاً من أصله. و قد حكى القول به عن القديمين^(٥) و المفيد^(٥) و السيّد^(٦) و الشيخ في النهاية^(٧) و

(١) راجع كتب اللغة منها: المصباح المنير / ٤٧٥.

(٢) غاية المراد ٣/٣٧.

(٣) المكاسب ٣/٣٤٦.

(٤) نقل العلامة عن ابن الجنيد في المختلف ٥/٥٣ و عن ابن أبي عقيل فيه ٧/١١٩.

(٥) المقنعة ٦/٦٠٦.

(٦) الناصريات / ٣٣٠، مسألة ١٥٤.

(٧) النهاية / ٣٨٥.

١٨٤..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

الدلمي^(١) و القاضي^(٢) و الطوسي^(٣) [و الحلِّي^(٤) و الحلبي^(٥) و المحقِّق الكركي^(٦) و السيوري^(٧) و جماعة من المتأخرين^(٨).

و قد حكى الشهرة عليه جماعة منهم: السيوري في كنزالعرفان^(٩) و الشهيد الثاني في المسالك^(١٠) و الروضة^(١١) و المحقِّق الأردبيلي^(١٢) و صاحب الكفاية^(١٣) و المفاتيح^(١٤).

و ذكره بلفظ «عندنا» في مواضع من التذكرة^(١٥)، وهو يشير إلى الاجماع. وأسنده أخرى^(١٦) إلى «علمائنا»، وهو أيضاً ظاهر في دعوى الاتفاق عليه. و ذهب الشيخ في الخلاف^(١٧) و السيّد أبْنُ زُهْرَةَ في الغنية^(١٨) إلى بطلانه من أصله

(١) المراسم / ١٤٨.

(٢) المهذب / ٣٥٠/١.

(٣) الوسيلة / ٢٤٩.

(٤) الشرائع ٨/٢، المختصر النافع / ١١٨.

(٥) الكافي في الفقه / ٣٥٣ و ٣٥٢ و ٢٩٢.

(٦) جامع المقاصد ٦٩/٤ و ٢٤٣/٨.

(٧) التنقيح الرائع ٢٥/٢.

(٨) نحو صاحبي الرياض ٢٢٢/٨ و شرح القواعد ٧٢/٢.

(٩) كنز العرفان ٣٤/٢.

(١٠) المسالك ١٥٨/٣، و في ١٥٩/٧: «بذهاب الأكثر إلى الصحة».

(١١) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(١٢) مجمع الفائدة ١٥٧/٨.

(١٣) كفاية الأحكام ٤٤٩/١.

(١٤) مفاتيح الشرائع ٤٧/٣.

(١٥) تذكرة الفقهاء ١٩/١٠ و ٢١٥ و ٢١٨.

(١٦) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

(١٧) الخلاف ١٦٨/٣، ٢٥٧/٤.

(١٨) غنية النزوع / ٢٠٧.

أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع - عقد الفضولي ١٨٥

مدّعين عليه الإجماع. و به قال الحلّي في السرائر^(١)، و حكى القول به عن المبسوط^(٢) و الديلمي في ظاهر المراسم^(٣) و فخرالإسلام في الإيضاح^(٤) و الشهيد في نكت الإرشاد^(٥) و السيّد الداماد^(٦). و حكاه المقداد عن شيخه^(٧). و هو الظاهر من المحقّق الأردبيلي^(٨) و المحدث الحر العاملي^(٩). في التذكرة^(١٠) أنّه قول لنا فيه إشارة إلى قائله. و الأظهر الأوّل^(١١).

و كذلك لأجل تفصيل الأقوال راجع مفتاح الكرامة^(١٢).

(١) السرائر ٢/٢٧٥ و ٤١٥.

(٢) المبسوط ٢/١٥٨ و ٤/١٦٣.

(٣) المراسم / ١٧٢.

(٤) إيضاح الفوائد ١/٤١٦، ٣/٢٧.

(٥) لم أجده في غاية المراد و لعلّه استفاد ذلك من نقد الشهيد على الاستدلال للصحة بأنّه عقد صدر من أهله في محلّه و قال: «و فيه نظر لأنّه من باب المصادرات». غاية المراد ٣/٤٠.

(٦) نقل صاحب الحدائق ١٨/٣٧٧ عنه في رسالته الرضائية. المسألة بضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين) / ٥٦.

(٧) التنقيح الرائع ٢/٢٥ عن شيخه السعيد.

(٨) مجمع الفائدة ٨/١٥٨، زبدة البيان / ٤٢٨.

(٩) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(١٠) تذكرة الفقهاء ١٠/١٤.

(١١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٢ و ٣٣١.

(١٢) مفتاح الكرامة ١٢/٥٩٠.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي

قد استدل على صحته بعدة من الوجوه:

الوجه الأول: العمومات و الاطلاقات

الواردة في العقود نحو قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) و العقد الفضولي عقد ينسب إلى مالكة بعد صدور الإجازة منه فيدخل في عموم الآية الشريفة. و قوله تعالى: ﴿تجارة عن تراض﴾^(٢) و المعاملات الفضولية تدخل في إطلاق الآية الشريفة بعد مجيء الإجازة من أربابها. و قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(٣) و البيع الفضولي يدخل في إطلاق الآية الشريفة، لأنه بيع بعد قبول المالك له.

نعم، في العقود و التجارات و البيوع لابد من انتسابها إلى أوليائها، و الانتساب كما يتم بالمباشرة و الوكالة و الأذن السابق فكذلك يتم بالإجازة اللاحقة بلا ريب. و لذا قال العلامة في الاستدلال على صحة بيع الفضولي: «لنا أنه بيع صدر من أهله في محله فكان صحيحاً، و أمّا صدوره من أهله فلصدوره من بالغ عاقل مختار و من جمع هذه الصفات كان أهلاً للإيقاعات، و أمّا صدوره في محله فلأنه وقع على عين يصحّ تملكها و ينتفع بها و تقبل النقل من مالك إلى غيره، و أمّا الصحة فلثبوت المقتضي السالم عن معارضة كون الشيء غير مملوك للعاقده غير مانع من صحة العقد، فإنّ المالك لو أذن

(١) سورة المائدة / ١.

(٢) سورة النساء / ٢٩.

(٣) سورة البقرة / ٢٧٥.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الأول: العمومات و الاطلاقات ١٨٧

قبل البيع لصحّ فكذا بعده، إذ لا فارق بينهما»^(١).
و اعترض عليه الشهيد و قال: «فيه نظرٌ لأنّه من باب المصادرات»^(٢).
و لعلّ مراده عليه السلام: أن جملة: «بيع أو عقد صدر من أهله و وقع في محلّه» عين الدعوى و لذا الاستدل به يكون من المصادرة في المطلوب.
ولكن ظهر ضعف اعتراض الشهيد عليه السلام حيث يدخل عقد الفضولي تحت العمومات و الإطلاقات كما مرّ.

و اعترض المحقّق الإيرواني عليه السلام على التمسك بالعمومات و الإطلاقات ب: «القطع بخروج زمان ما قبل الاجازة من عقد الفضولي، فإنّه لم يقل أحد بوجود الوفاء على المالك بأن يجيز العقد الصادر من الفضولي حتّى القائلين في الاجازة بالكشف، و التمسك بالعموم بعد الاجازة مبنيّ على ثبوت عموم أزماني في العمومات، و ليس له وجود و قد اعترف به المصنّف عليه السلام في خيار الغبن»^(٤).

لا يدعي الشيخ الأعمش عليه السلام و المستدلّ بالعمومات شمولها للعقد الفضولي من حين العقد ثم خروجه عنها إلى زمان الاجازة بالمخصص ثم دخوله فيها بعد الاجازة حتّى يكون محتاجاً إلى ثبوت العموم الأزماني، بل يدعي: «زمان الاجازة إنّما هو أوّل زمان صار العقد الفضولي مصداقاً للعمومات الدالة على صحة العقود»^(٥).

(١) مختلف الشيعة ٥٤/٥.

(٢) غاية المراد ٤٠/٣.

(٣) المكاسب ٢٠٧/٥.

(٤) حاشية المكاسب ٢١٥/٢.

(٥) كما في مصباح الفقاهة ٢١/٤.

الوجه الثاني: حديث عروة البارقي

ورد في مسند أحمد عن عروة بن أبي جعدٍ البارقي قال: عرض للنبي ﷺ جَلَبٌ (١) فأعطاني ديناراً وقال: أي عروة ائت الجَلَبَ فاشتر لناشاة، فاتيتُ الجلب فساومتُ صاحبه فاشتريتُ منه شاتين بدينار، فجئتُ أسوقهما - أو قال: أقودهما - فلقيني رجل فساومني فأبيعه شاة بدينار فجئتُ بالدينار و جئتُ بالشاءة، فقلت: يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم. قال: و صنعتَ كيف؟ قال: فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه، فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فأريح أربعين ألفاً قبل أن أصل إلى أهلي - وكان يشتري الجواري و يبيع - (٢).

الصَّفَقَةُ: ضرب اليد على اليد في البيع و البيعة، كذا قاله الخليل (٣).

و فيه: عن عروة البارقي أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية و قال: مرة أو شاة، فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار و أتاه بالأخرى، فدعاه بالبركة في بيعه، فكان لو اشترى التراب لَرِيحَ فيه. (٤)

رواهما ابن الأثير في جامع الأصول (٥)، و صاحب التاج الجامع للأصول (٦).

الراوي و هو عروة المذكور في كتاب «الإصابة في تمييز الصحابة» و قال في شأنه:

«و حديثه مشهور و هو الذي دفع إليه النبي ﷺ ديناراً ليشتري به شاة» (٧).

أقول: رواية عروة وردت في المستدرک عن أبي جعفر محمد بن علي الطوسي

صاحب الوسيلة في كتابه الثاقب في المناقب: عن عروة بن أبي جعد البارقي قال: قدم

(١) الجَلَب: ما جُلِب من خيل و ابل و متاع إلى الأسواق للبيع. [لسان العرب ١/٢٦٨].

(٢) مسند أحمد ٤/٣٧٦، و روي البيهقي نحوها في السنن الكبرى ١١٢/٦.

(٣) كتاب العين ٥٢٣/.

(٤) مسند أحمد ٤/٣٧٥، و روي البيهقي نحوها في السنن الكبرى ١١٢/٦.

(٥) جامع الأصول ١٢/٢٨٩، ح ٩٢٣١ و ٩٢٣٢.

(٦) التاج الجامع للأصول ٢/٢٢١.

(٧) الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر العسقلاني ٢/٤٧٦.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثاني: حديث عروة البارقي ١٨٩

جَلَبُ، فأعطاني النبي ﷺ ديناراً، وقال: اشتر بها شاةً، فاشتريتُ شاتين بدينار فلحقني رجلٌ فبعْتُ أحدهما منه بدينار، ثم أتيتُ النبي ﷺ بشاةٍ ودينار، فردّه عليّ وقال: بارك الله لك في صفقة يمينك، ولقد كنتُ أقوم بالكناسة - أو قال: بالكوفة - فأربحُ في اليوم أربعين ألفاً. (١)

رواها في سنن الدارقطني (٢)، و سنن الترمذي (٣).

و هناك رواية أخرى رواها شيخ الطائفة في أماليه بسنده المتصل عن حكيم بن حزام: أن النبي ﷺ بعث معه بدينار يشتري له أضحية، فاشترها بدينار، و باعها بدينارين، فرجع فاشترى أضحية بدينار و جاء بدينار إلى النبي ﷺ فتصدّق به النبي ﷺ و دعا له أن يبارك له في تجارته. (٤)
و رواها البيهقي في سننه (٥).

و قال الشيخ في شأن حكيم بن حزام: «بن خويلد بن أسد، و هو ابن عمّ الزبير، و هو من المؤلفة قلوبهم، و مات سنة خمس و خمسين، يكنى أبا خالد. قال الواقدي، سنة أربع و خمسين و هو ابن عشرين و مائة سنة» (٦).

و أنت ترى بأن الروايات كلها من طريق العامة، ضعيفة الإسناد لا تُروى من طرفنا. ولذا قال الأردبيلي: «و معلوم عدم صحة الرواية» (٧) و صاحب الحدائق (٨) لا يراها حجة

(١) الثاقب في المناقب / ١١٢، ح ١٠٨ و نقل عنه في مستدرک الوسائل ٢٤٥/١٣، ح ١، الباب

١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) سنن الدارقطني ١٠/٣، ح ٢٩.

(٣) سنن الترمذي ٥٥٩/٣، ح ١٢٥٨.

(٤) أمالي الطوسي، المجلس الرابع عشر، ح ٣٨/٣٩٩، رقم ٨٩٠ و نقل عنه في بحار الأنوار

١٠٠/١٣٦، ح ٤ (٩٠/٤٢).

(٥) سنن البيهقي ١١٣/٦.

(٦) أمالي الطوسي / ٤٠٠.

(٧) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٨/٨.

(٨) الحدائق ٣٨١/١٨.

«وإن اشتهر نقلها في كتب الاستدلال حيث أنها عامية». هذا من جهة السند. ولكن مع ذلك قال جدنا العلامة التقي رحمته الله: «رواية عروة البارقي المشهورة في كتب الأصحاب وقد رواها الفريقان واعتضدت بالشهرة العظيمة بين الفرقة... ولا مانع من ضعف إسنادها بعد انجبارها بما عرفت»^(١).
و وصف قبله جدُّ أولاده الشيخ جعفر حديث عروة بـ: «الذي أغنت مشهوريته و استفاضته عند الفريقين عن النظر في سنده»^(٢).
و قال سيّد الرياض: «خبر البارقي العامي المشهور المجبور ضعفه... بالشهرة العظيمة...»^(٣).

و قال في الجواهر: «خبر عروة البارقي الذي أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده... و المناقشة في سنده مدفوعة بما عرفت من الانجبار»^(٤).

دلالة رواية عروة على بيع الفضولي تكون من جهتين:

الأولى: شراؤه شاتين للنبي صلّى الله عليه وآله مع أنه صلّى الله عليه وآله أمره بشراء شاة واحدة فقد خرج عن مورد الوكالة فصار شراؤه فضولياً.

الثانية: بيعه للواحدة منهما بعد الشراء، فإنه فضوليٌّ، لأنه ليس له توكيل في البيع. يرد على الأولى: إذا وكله صلّى الله عليه وآله في شراء شاة واحدة بدينار واحد، فبدلالة الفحوى أو الأولوية وكله في شراء شاتين بدينار واحد. أو أنّ الإذن في شراء شاة واحدة بدينار إذن عرفاً مطلقاً في شراء شاتين به أو لأقل في ما إذا كان الدينار مساوياً لقيمة شاتين. و يجاب عنه: الزيادة في المثلن لا يبدلُّ عليه الفحوى بل ما يقتضيه الفحوى هو شراء شاة بنصف دينار، فما تقتضيه الأولوية و الفحوى هو شراء بالمثلن الأقل لا بالمثلن الأكثر. فيكون الشراء فضولياً.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٤.

(٢) رياض المسائل ٨/٢٢٣.

(٣) شرح القواعد ٢/٧٧.

(٤) الجواهر ٢٢/٢٧٦ (٢٣/٤٤٨).

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثاني: حديث عروة البارقي ١٩١

قال في الجواهر: «و الفحوى لا تجزي في الوكالة قطعاً - لعدم الإنشاء و عدم الرضا فعلاً - بل و لا في إخراج العقد الفضولية، بل أقصاها جواز الدفع و القبض و بها أقدم عروة عليهما، فلا إشكال حينئذ في دلالة الخبر على المطلوب»^(١).

و يرد على الثانية: بأن عروة وكيل له ﷺ في معاملاته أو مأذوناً من قبيله ﷺ أو يكون في المقام ما يدل على إذنه ﷺ، و ليس في الرواية إلا حكاية الحال فلا عموم فيها. قال الإيرواني: «قضية عروة لاشتباهاها و احتمال مأذونية عروة من النبي ﷺ في أمر المعاملات و ما يرجع إلى السوق لاتصلح للاستدلال بها فلا وجه لإتعايب النفس فيها»^(٢).

و تبعه المحقق السبكي الخوئي و قال: «إن كون الصادر من عروة فضولياً... متوقف على عدم كونه وكيلاً مطلقاً و مفوضاً من النبي ﷺ في أمر شراء الشاة أو مطلقاً الذي سمي في لغة فارس بكلمة «وكيل خرج» و من المحتمل أن يكون هو كذلك و عليه، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولي إذ لا قرينة في الرواية و لا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضولياً»^(٣).

و تبعهما في العقد النضيد و قال: «إن قضية عروة مجتمعة لاحتمال كون عروة وكيلاً مفوضاً بأن كان قد وكله رسول الله ﷺ و أعطاه الاختيار التام في إنشاء البيع و المعاملة، و حينئذ يصح ما قام به من البيع و القبض و الإقباض و ذلك من جهة وكالته عنه لا من جهة الرضا المتأخر»^(٤).

و يجاب عنه: وكالته عنه ﷺ في مطلق المعاملات أو كونه مأذوناً فيه كذلك مخالف لظاهر الرواية و فهم الأصحاب ﷺ، قال الجد التقي: «و الاحتجاج إنما هو الظاهر المُنجبرُ بفهمهم»^(٥).

(١) الجواهر ٢٧٧/٢٢ (٤٤٩/٢٣) من طبع جماعة المدرسين.

(٢) حاشية المكاسب ٢١٦/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٢٥/٤.

(٤) العقد النضيد ١٨/٣.

(٥) تبصرة الفقهاء ٣٣٥/٣.

و قال صاحب الجواهر: «ظاهر الخبر كون المحكي تمام ما وقع من النبي ﷺ و عروة، على أن الأصل عدم غيره»^(١).

و بما ذكرنا ظهر الجواب عن مناقشة أخرى و هي: كَوْنُ عروة عالماً برضاه ﷺ من الفحوى و لذا تصدَّى لدفع العوض لأنَّه حرام بدون العلم، و إذا جاء العلم يمكن الاكتفاء به في صحة التصرف و أنه يقوم مقام التوكيل فيخرج به عن البيع الفضولي. يظهر الجواب من مقالة صاحب الجواهر ﷺ الماضية آنفاً و ما مرَّ من أن العلم بالرضا و مجرد الفحوى يفيدان إباحة التصرف غير الناقلة في مال الغير، و أمَّا النقل و الانتقال و المعاملات فَتَحْتَاجُ إلى الإجازة و الإذن الْخَارِجِيَّين و هما مفقودان في المقام، و قيام العلم بالرضا مقام التوكيل في التصرفات الناقلة بحيث لا يحتاج معه إلى الإذن و الإجازة، لا يدل عليه دليل، بل الدليل على خلافه.

نعم، غاية الأمر هذا العلم بالرضا و فحوى الإذن الأوَّل يصححان دفع العوض و القبض و الإقباض في مال الغير، يخرجانه من عدم الجواز، و لكنَّهما لا يقومان مقام الإذن و الإجازة التي تصحح البيع الفضولي و كذلك لا يقومان مقام التوكيل كما مرَّ. لا يقال: العلم بالرضا يكفي في مجرد الإباحة دون البيع الناقل للعين، فعمل عروة هو مجرد إباحتها التصرف في شاة للغير لا البيع الناقل.

لأننا نقول: الظاهر من قوله ﷺ: «بارك الله في صفقة يمينك» هو البيع الناقل لا الإباحة في التصرف فقط، كما فهمه معظم الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - كذلك. و المدار في الأدلة ظاهرها لاسيما إذا كان منجبراً بفهم الأصحاب قائلين.

و بما ذكرنا يظهر عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم حيث يقول: «إنَّ الظاهر علم عروة برضا النبي ﷺ بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن، و لا ريب أنَّ الإقباض و القبض في بيع الفضولي حرام، لكونه تصرفاً في مال الغير، فلا بدَّ إمَّا من التزام أنَّ عروة فعل الحرام في القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبي ﷺ. و إمَّا من القول بأنَّ البيع الذي يعلم بتعقُّبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناءً على كون الإجازة

(١) الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٩/٢٣) من طبع جماعة المدرسين).

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثاني: حديث عروة البارقي ١٩٣

كاشفة - وسيجيء ضعفه - .

فيدور الأمر بين ثالث وهو جعل هذا الفرد من البيع - وهو المقرون برضا المالك - خارجاً على الفضولي... ورابع وهو علم عروة برضا النبي ﷺ بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضولياً حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة... ولكن الظاهر هو أول الوجهين [أي الثالث] كما لا يخفى^(١).

ثم احتمل^(٢) في المقام احتمالاً خامساً وهو المعاطة المفيدة للإباحة لا الملك لأن المناط فيها هو مجرد الرضا و وصول كل من العوضين إلى الآخر بأي نحو ولو كان -الواصل - صبيّاً أو حيواناً، وليس هذا معاملة الفضولي بل الفضولي هنا فقط صار آلة في الإيصال و العبرة برضا المالك المقرون به.^(٣)

وجه الظهور: علم عروة البارقي برضا النبي ﷺ يصح إقباض الثمن و قبض الثمن فلا يرتكب حراماً، و البيع و كذا الشراء قبله يكونان فُضُولِيَيْنِ يحتاجان إلى إجازة النبي ﷺ، و أجازته ﷺ بالدعاء له، فالرواية تدلّ على صحة بيع الفضولي من دون احتياج إلى احتمالات الشيخ الأعظم ﷺ مضافاً إلى ضعف جميعها: أمّا الأولان: فقد ورد ضعفهما في كلام الشيخ الأعظم فلا أعيد.

و أمّا الثالث: فإنّ البيع الفضولي لا يخرج علم الفضول برضا المالك عن الفضولية، لما مرّ من أنّ التصرفات الناقلة تحتاج إلى الاستناد إلى المالك و هو لا يتم إلا بالوكالة أو الإذن أو الإجازة، و لا يكفي فيها الرضا. نعم، الرضا يصح التصرفات غير الناقلة، فلا يتم هذا الاحتمال.

و كذلك يراها المحقّق الخراساني^(٤) من الفضولي في ما عقد على ملك الغير ولو كان عالماً برضايته.

و أمّا الرابع: فَيَتِمُّ في مقام الثبوت و أمّا في مقام الإثبات علم عروة برضا

(١) المكاسب ٣/٣٥١.

(٢) المكاسب ٣/٣٥٢.

(٣) راجع مصباح الفقاهة ٤/(٢٧-٢٥).

(٤) حاشية المكاسب ٥٣/.

النبي ﷺ يصح قبضه المثلث في الشراء وإقباضه المثلث في البيع أيضاً، وأما بالنسبة إلى البائع في شرائه و المشتري في بيعه حيث لم يرد في روايته علمهما بأن الشراء و البيع فضوليان فإنهما يعاملان مع عروة، وَ تَكُونُ المعاملة من جانبهما أصيْلَيْنِ تامِّينِ^(١)، ولذا قَبِضَ البائعُ الدينار من عروة و المشتريُ الشاة منه. و بالجملة علمهما بالفضولية و جعلهما عروة أميناً على المثلث في الشراء، و الثمن في البيع فدون إثباتهما خرط القتاد.

مضافاً إلى ما مرّ من صاحب الجواهر^(٢) من: «ظاهر الخبر كون المحكي تمام ما وقع من النبي ﷺ و عروة، على أنّ الأصل عدم غيره»^(٣).

و بما ذكرنا ظهر عدم تمامية تطبيق شيخنا الاستاذ^(٣) الرواية على الاحتمال الرابع في كلام الشيخ الأعظم^(٤). و إن كان هذا المحتمل يُوافق صحة بيع الفضولي.

و قال المحقق الهمداني^(٤): «يمكن أن يقال: إنه لا يحتاج إلى علم المشتري بكونه فضولياً و استيمانه بل يكفي علم عروة - لو كان عالماً - بأن المشتري كان راضياً بالبيع على أي حال ولو كان فضولياً، أنه يكون راضياً بتصرف عروة في ماله قبل انتقاله إلى النبي ﷺ»^(٤).

و أمّا الخامس: فَبَعْدَ قبول جريان الفضولية في المعاطاة لآنها عندنا بيع كما مرّ مفصلاً في بحثها لا يضر هذا الاحتمال بالاستدلال و صحة الفضولي، ولكن لم يرد في الرواية ما يدلّ على أن فعل عروة كان معاطاةً. بل ورد فيها كَلِمَتَا: «اشتريتُ» و «فأبيعه» و أنّهما غير ظاهرَتَيْنِ في المعاطاة لو لم نقل بأنّهما ظاهرتان في غيرها، لا سيما إذا كان ذلك الغير على نحو آلة إيصال مضافاً إلى مخالفته لَفَقْرَةٍ: «بارك الله في صفقة يمينك» لأنّ عروة

(١) وجدتُ بعد كِتَابَةِ هذا البيان في حاشية الأصفهاني ٨٤/٢ حيث يقول: «و أمّا قبض الثمن من المشتري فيكون في جوازه رضا المشتري فعلاً لإعتقاده أصالة عروة و تمامية المعاملة و إن تخلف عن الواقع، لأنّ تخلف الدواعي لا يضرّ بالرضا الفعلي».

(٢) الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٩/٢٣).

(٣) إرشاد الطالب ٢٩٣/٣، طبعة عام ١٤٣١ق.

(٤) حاشية المكاسب / ١٩٧.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثاني: حديث عروة البارقي ١٩٥

إذا كان آلة إيصال فلا يتم هذا التبريك.

و دعوى أنّ الغالب في المعاملات هو المعاوضة في ذلك الزمان مضافاً إلى جزافيتها، أنّ هذه الغلبة - لو سلمناها - لا تفيد إلا الظن و هو لا يغني من الحق شيئاً كما يظهر هذا الأخير من المحقق السيّد الخوئي^(١).

ولذا قال السيّد اليزدي بالنسبة إلى هذا الاحتمال: لم أفهم وجه هذا الدعوى، و لم أدر من أين هذا الظهور^(٢).

و العجب من المحقق السيّد الخوئي حيث يقول في ضمن مناقشاته الشيخ الأعظم بـ: «أنّ ما صدر من عروة قضية شخصية واقعة في مورد خاص و لم يعلم جهتها، فلا يمكن الاستدلال بها على صحة البيع الفضولي و إن أصرّ عليه جمع من الفقهاء، و لا حملها على الكبرى المتقدمة»^(٣).

مراده من الكبرى المتقدمة خروج العقد الصادر من الأجنبي مع العلم بالرضا الباطني للمالك عن الفضولية.

و أمّا الإجابة عنه: بأنّ «كونها قضية في واقعة غير مانع عن الاستدلال به بعد ظهوره فيما هو المراد كما في نظائره»^(٤).

فَعَجِيبٌ لَأَنَّ الْمُنَاقِشَ لَا يَرَى ظُهُورَ الرِّوَايَةِ فِي الْفُضُولِيِّ.

و الحاصل: رواية عروة البارقي تدلّ على صحة بيع الفضولي بعد ما مرّ من الإجابة عن الإشكالات الواردة عليها عندنا، خلافاً لجماعة من المُحَسِّنِينَ على المكاسب^(٥) و الفاضل التراقي^(٦) حيث يراها ضعيفة سنداً و دلالةً.

(١) مصباح الفقاهة ٢٦/٤.

(٢) حاشية المكاسب ١١٠/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ٢٦/٤.

(٤) أنوار الفقاهة ٢٨٠/١.

(٥) نحو: الإشكوري في بغية الطالب ٣٤٥/١، و السيّد اليزدي ١١٠/٢، و الشهيدي ٢١/٣ و ٢٢، و الإيرواني ٢١٦/٢، و السيّد الحكيم ٣٥١/، و السيّد القمي ٢٨٥/٢.

(٦) مستند الشيعة ٢٧٥/١٤.

الوجه الثالث: صحبة محمد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة^(١) بأسناد صحاح^(٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر^(٣) قضي أمير المؤمنين - صلوات الله عليه - في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاماً، ثم جاء سيدها الأوّل فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذابنه الذي باعك الوليدة حتى يُنفذَ لك البيع، فلما أخذه قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا والله، لا أرسل إليك ابنك حتى تُرسل ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة، أجاز بيع ابنه.^(٤)

قد مرّ البحث حول هذه الصحيحة في بحث المقبوض بالعقد الفاسد^(٥)، و حول الموهنات الواردة حولها في بحث بيع المكره^(٦)، فلا نعيد.

و أمّا الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي فيَقَعُ في فقرتين منها:

الأولى: ما ورد في كلام أمير المؤمنين^(٧) أنه قال: «خُذَابْنُهُ الذي باعك الوليدة حتّى يُنفذَ^(٧) لك البيع».

الثانية: قول أبي جعفر^(٨): «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه».

ولكنّ هنا إشكالان مشهوران في الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي لا بدّ من

التعرّض بهما و الجواب عنهما:

(١) الكافي ٢٠٩/١٠، ح ١٢ (٢١١/٥)، الفقيه ٢٢٢/٣، ح ٣٨٢٦، التهذيب ٤٨٨/٧، ح ١٩٦٠

و ٧٤/٧، ح ٣١٩، و الاستبصار ٢٠٥/٣، ح ٧٣٩ و ٨٥/٣، ح ٢٨٨.

(٢) نعم، أحد سندي الشيخ في التهذيب ٤٨٨/٧، ح ١٩٦٠ موثق بعلي بن الحسن بن فضال.

(٣) نقلتُ نص الحديث من نقل الكليني في الكافي الشريف.

(٤) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

(٥) الآراء الفقهيّة ٤١٣/٤.

(٦) راجع صفحة ١٥٧ من هذا المجلد.

(٧) في الاستبصار، ح ٧٣٩ «حتّى يتقد»، و كذا احدى طبعات الكافي.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس ١٩٧

الإشكال الأول: صدور الاجازة بعد الردّ

تقريب الإشكال: في الصحيحة عدّة أمور ظاهرها ردّ سيّد الوليدة بيع ابنه:
منها: قوله عليه السلام: «الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها». لأنّ هذا الحكم لا يصح إلا بعد الردّ.

و منها: قوله عليه السلام: «ثم جاء سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر». لأنّ المخاصمة لو لم أقل بأنّها بعد الردّ لأقل من أنّها ظاهرة في الردّ.
و منها: مناشدة المشتري للإمام عليه السلام و جوابه عليه السلام له: «خذ ابنه الذي باعك الوليدة». لأنّ المناشدة و علاج الإمام عليه السلام لا يكون إلا بعد الردّ.

و إذا ردّ سيّد الوليدة بيع ابنه الفضول فليس له الاجازة بعد الردّ إجماعاً^(١)، فلا بدّ إمّا من حمل الصحيحة و الاجازة الواردة في آخرها على البيع الجديد - و هو خلاف الظاهر - أو من حملها على قضاء أمير المؤمنين عليه السلام و حيله فيها التي كان يتوسل بها إلى ظهور ما هو الواقع - كما عن العلامة المجلسي^(٢) - أو من حمله على قضية شخصية في واقعة بحيث لا يمكن استفادة الحكم العام منها - كما عن المحقّق الخوئي^(٣) -.

جوابه: لم يكن في الصحيحة ما يدلّ على ردّ المالك للبيع، نعم لم يكن راضياً بالبيع كما يظهر ممّا مرّ في الإشكال و عدم الرضاية غير الردّ، لأنّ الردّ هو فسخ العقد و حلّه و رفضه كما عليه المحقّق الاصفهاني^(٤) عليه السلام، أو «يكون متردداً في البيع من جهة ما يترتب عليه من مطالبته من ابنه و تعاسره إيّاه، فإن رأى سهولة الخطب ردّه، و إلا أجازه ليخلص ابنه حسبما صدر منه أخيراً بعد تعاسر المشتري إيّاه»، كما عليه المحقّق التقي^(٥) عليه السلام.

(١) كما عن المحقّق التقي في تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٦.

(٢) راجع مرآة العقول ١٩/٢٣٨.

(٣) مصباح الفقاهة ٤/٣٤.

(٤) راجع حاشيته للمكاسب ٢/٨٦.

(٥) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٧.

و الإشكال^(١) على الأصفهاني بأن مفهوم الردّ يكون غير الحلّ، و الردّ يباين الإجازة و الحلّ يباين العقد، الإجازة كما يمكن أن تكون باللفظ يمكن أن تكون بالفعل و كذلك الردّ، لا يثمر لأنّ الردّ وإن يقابل الإجازة، و الحلّ مع العقد، فالمفهومان (الرد و الحلّ) مختلفان، ولكن في بيع الفضولي و عند عامة الناس يستعملان بمعنى واحد، فإن أجاز انعقد البيع وإن ردّ انحل. نعم، الإجازة تتحقّق بالقول و الفعل معاً.

و الحاصل: المالك يكون غير راض بالبيع أو متردداً فيه ولكن بعد ما وقع رضي به أو رفع تردّده و أجاز البيع، و الشاهد على بقاء البيع على ما كان عليه من فضوليته بعد أخذ الوليدة و المخاصمة و المناشدة قولنا عَلَيْهِ السَّلَامُ: «حتى يُنْفَذَ» و «أجاز بيع ابنه». الظاهران في نفوذ بيع ابنه الفضول و إجازة المالك له.

الإشكال الثاني: اشتمال الصحيحة على أمور لا يقولون بها

قد مرّ في الموهنات^(٢) ستة منها و جوابها فلا نعيد، ولكن نضيف هنا:

أولاً: شمولها على ما لا يقولون بها، لا يمنع من العمل بالصحيحة في غيرها لما ثبت في محلّة من إمكان التبويض في الحجية.

و ثانياً: الحكم بأخذ ولد المشتري لا يكون من جهة رقبته للشبهة بل من جهة تقويمه و قبض ثمنه، و أخذ المشتري ولد المالك لأجل المطالبة بالثمن الذي دفعه إليه للوليدة، و كذلك مرّ جواب الباقي من الموهنات.

و ثالثاً: إنّ مولانا الإمام أمير المؤمنين عَلَيْهِ السَّلَامُ اختار في قضايا بعض الطرق غير المتعارفة لكشف الواقع المتلبس على عامة الناس - كما مرّ عن العلامة المجلسي^(٣) عَلَيْهِ السَّلَامُ و ما ورد في هذه الصحيحة يكون من هذه الطرق و الأساليب غير المتعارفة فلا يمكن أن يُعدّ هذا من الموهنات بل الكلّ يتعلّمون منه القضاء و أحكامه و قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في

(١) كما في العقد النضيد ٥٦/٣.

(٢) راجع صفحة ١٥٧ من هذا المجلد.

(٣) مرآة العقول ٢٣٨/١٩.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس ١٩٩

شأنهم: «أقضاكم علي»^(١).

و بالجملة: بعد دفع الإشكاليين يمكن استفادة صحة بيع الفضولي من هذه
الصحيحة كما عليه جلّ الأصحاب^(٢) - قدس الله أسرارهم -.

(١) الغدير ٩٦/٣، الاستيعاب ٤٦١/٢، فتح الباري ٤٨٧/١٠، شرح نهج البلاغة ٢١٩/٧
لابن أبي الحديد، الجامع الصغير ٥٨/١، فيض القدير ٢٨٥/١، مطالب السؤل ٢٣/٢٣، مواقف
القاضي الإيجي ٢٧٦/٣.

(٢) منهم: الشيخ جعفر في شرح القواعد ٨٠/٢، و سيّد الرياض فيه ٢٢٤/٨، و العلامة التقي في
تبصرة الفقهاء ٣٣٦/٣، و صاحب المقابس فيه كتاب البيع ٢٣/٢٣ و صاحب الجواهر فيه
٢٧٧/٢٢ (٤٤٩/٢٣) و الشيخ الأعظم في المكاسب ٣٥٤/٣ و ٣٥٥.

الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي

تَمَسَّكَ جَمَاعَةٌ من الفقهاء بفحوى الروايات الدالّة على صحة نكاح الفضولي، على صحة بيع الفضولي نحو أصحاب غاية المراد^(١) و غاية المرام^(٢) و شرح القواعد^(٣) و الرياض^(٤) و المناهل^(٥) و المقابس^(٦) و تبصرة الفقهاء^(٧) و المفتاح^(٨) و الجواهر^(٩) و المكاسب^(١٠).

و بالإجماعات المنقولة في صحة نكاح الفضولي كما عن الشريف المرتضى^(١١) مطلقاً - أي في الحرّ و العبد - و ابن ادريس^(١٢) في الحر خاصة و تبعه الشهيد^(١٣)، و الشيخ^(١٤) في العبد خاصة. و كذلك حكاه أصحاب الكتب الماضية مطلقاً منضمّاً إلى الفاضل الأصبهاني^(١٥).

مع العلم بأنّ الاحتياط في الفروج آكد و الأمر فيها أشدّ كما ورد في حسنة العلاء

(١) غاية المراد ٤١/٣.

(٢) غاية المرام ١١١/٢.

(٣) شرح القواعد ٧٤/٢.

(٤) رياض المسائل ٢٢٣/٨.

(٥) المناهل ٢٨٧/.

(٦) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/.

(٧) تبصرة الفقهاء ٣٣٣/٣.

(٨) مفتاح الكرامة ٦٠٢/١٢.

(٩) الجواهر ٢٧٦/٢٢ (٤٤٧/٢٣).

(١٠) المكاسب ٣٥٦/٣.

(١١) الناصريات / ٣٣٠، مسألة ١٥٤.

(١٢) السرائر ٥٦٥/٢.

(١٣) غاية المراد ٤١/٣.

(١٤) الخلاف ٢٦٦/٤، مسألة ١٨.

(١٥) كشف اللثام ١٠٢/٧.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي ٢٠١

ابن سيابة عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في حديث: إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد، الحديث. (١)

و في صحيحة شعيب الحداد قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل من مواليك يقرؤك السلام وأراد أن يتزوَّج امرأة وقد وافقته وأعجبه بعض شأنها، وقد كان لها زوج فطلَّقها على غير السنة، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمرك فتكون أنت تأمره، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هو الفرج وأمر الفرج شديد ومنه يكون الولد ونحن نحتاط فلا يتزوَّجها. (٢)

و إذا تمَّ نكاح الفضولي بما ورد في الروايات الآتية والإجماعات المحكية وكان الأمر فيها أشدَّ بالنسبة إلى البيع وغيره فيدل الفحوى بالصحة فيه.

و هذا الفحوى - وهو قياس الأولوية - وإن لم يكن من دلالة اللفظ ولكنّه حجة عند الأكثر كما يستفاد ذلك من فروعهم من مقامات لا تحصى. (٣)

ولذا قال الشهيد عليه السلام: و «تكلّف الفرق النظرى بينهما - أي بين النكاح والبيع - فيه ما فيه، بل الاحتياط في الفروج أولى» (٤).

وقال سيّد الرياض في كتاب النكاح: «و من هذه الأخبار - وإن اختصّ مواردها بالنكاح - يستفاد جواز الفضولي في سائر العقود بفحوى الخطاب؛ للاتّفاق فتوى ورواية على شدة أمر النكاح، و عدم جواز المسامحة فيه بما ربما يتسامح في غيره، فإذا جاز الفضولي في مثله جاز في غيره بطريق أولى، كما لا يخفى على أولي البصيرة والنهي» (٥).

(١) وسائل الشيعة ١٦٣/١٩، ح ٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكالة، و وسائل الشيعة

٢٥٩/٢٠، ح ٣، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥٨/٢٠، ح ١، الباب ١٥٧ من أبواب مقدمات النكاح.

(٣) كما عن صاحب مفتاح الكرامة ٦٠٢/١٢.

(٤) غاية المراد ٤١/٣.

(٥) رياض المسائل ١٠٤/١١.

و أمَّا الروايات الدالة على صحة نكاح الفضولي في الحرِّ و العبدِ فَإِنَّهَا كثيرةٌ نذكر لك بعضها:

فمنها: مضمرة و صحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيق قال: سأله رجلٌ عن رجلٍ مات و ترك أخوين و ابنةً، و البنت صغيرة فعهد أحد الأخوين الوصي فزوّج الابنة من ابنه، ثم مات أبو الإبن المزوّج فلمّا أن مات قال الآخر: أخي لم يزوّج ابنه فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أيّ الزوجين أحبّ إليك: الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر. ثم إنّ الأخ الثاني مات، و للأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوّج فقال للجارية: اختارى أيهما أحبّ إليك: الزوج الأوّل أو الزوج الآخر؟ فقال: الرواية فيها أنّها للزوج الأخير و ذلك أنّها تكون قد كانت أدركت حين زوّجها و ليس لها أن تنقض ما عقّدتُه بعد إدراكها! (١)

الصحيحة مضمرة و ابن بزيق و إن أدرك الأئمة الكاظم و الرضا و الجواد عليهم السلام ولكن الظاهر أنّ الرواية من الإمام الكاظم عليه السلام لأنّ ابن بزيق كان من موالي أبي جعفر المنصور و هو كان معاصراً للإمام الكاظم عليه السلام و الإضمار يكون للتقية التي أُبْتَلِيَ بها ابن بزيق فلا يضربها مضافاً إلى جلالته و أنّه لم يرو من غير المعصوم. و لعلّ كلمة «ابنه» في فقرة: «قال الآخر: أخي لم يزوج ابنه» تكون تصحيفاً لـ«ابنته»، فيكون كلّ من الأخوين المتوفّيين زوّج الابنة لابنه، فيكون التزويجان فضوليين.

و اختارت الابنة الزوج الأخير و قرّره الإمام عليه السلام، ولكن علّله ضمناً بأنّه إن كان الثاني فضولياً أجازها و تصرّحاً بأن كان في زمن بلوغها فكان بإذنها من حين العقد. و منها: معتبرة محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض بني عمّي إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام: ما تقول في صبيّة زوّجها عمّها، فلمّا كبرت أبت التزويج، فكتب لي: لا تكره

(١) الكافي ٧٦٣/١٠، ح ٣ (٣٩٧/٥)، التهذيب ٣٨٧/٧، ح ٣٠، عنهما في وسائل الشيعة ٢٠/٢٨٢، ح ١، الباب ٨ من أبواب عقد النكاح.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي ٢٠٣

على ذلك و الأمر أمرها. (١)

و منها: صحيحة أبي عبيدة قال: سألتُ أبا جعفر عليه السلام عن غلامٍ و جاريةٍ زوّجَهُما وليّانٍ لهما و هما غير مدرّكين.

قال: فقال: النكاح جائز، أيهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلا أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟

قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي.

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية و رضي النكاح، ثم مات قبل أن

تدرك الجارية، أترثه؟

قال: نعم، يعزل ميراثها منه، حتّى تدرك و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا

رضاه بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث و نصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية و لم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: لا، لأنّها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك.

قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية. (٢)

عزل ميراث الجارية المتزوّجة - من زوجها الصغير الذي بلغ و أجاز نكاح وليّه ثمّ

مات - حتّى تدرك و أجازت نكاح وليّها و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضا

بالتزويج، ثمّ اعطائها الميراث و نصف المهر، يدلّ على صحة نكاحها الفضولي من حين

العقد بعد إجازتها.

و منها: موثقة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام - في حديث - قال: إذا زوّج

الرجل ابنه فذاك إلى ابنه، و إذا زوّج الإئنة جاز. (٣)

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

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

(٣) وسائل الشيعة ٢٠/٢٧٧، ح ٤، و ٢١/٢٨٧، ح ١، الباب ٢٨ من أبواب المهور.

في المطبوعة من الكافي «إلى أبيه» بدل «إلى ابنه» ولكن في بعض نسخه (١) و التهذيب (٢) و الوافي (٣) «إلى ابنه» و الاستدلال مبنيُّ على قراءة «ابنه». و منها: خبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأله عن رجل تزوجته أمُّه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قَبْلَ، و إن شاء ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمِّه. (٤)

الرواية ضعيفة الإسناد بإسما عيل بن سهل لأنَّ النجاشي قال في شأنه: «ضعفه أصحابنا» (٥).

و منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكة بين رجلين تزوجها أحدهما و الآخر غائب، هل يجوز النكاح؟ قال: إذا كره الغائب لم يجرز النكاح. (٦)

سند الشيخ في التهذيب ٢٢٠/٨، ح ٧٠٤ مرسل لأنَّه لم يذكر سنده إلى محمد بن أحمد بن اسماعيل الهاشمي العلوي في مشيخته و سند الحميري أيضاً ضعيف بعبدالله بن الحسن بن علي بن جعفر على المشهور، ولكن رواها علي بن جعفر في كتابه و لصاحب الوسائل طريق صحيح إلى كتابه و لذا عبرنا عن الرواية بالصحيحة.

و منها: خبر عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في عبد بين رجلين تزوجه أحدهما و الآخر لا يعلم، ثمَّ أنه علم بعد ذلك، أله أن يفرِّق بينهما؟ قال: للذي لم يعلم و لم يأذن أن يفرِّق بينهما و إن شاء تركه على نكاحه. (٧)

(١) كما ذكرها في هامش الكافي ٧٧١/١٠ طبع دارالحديث.

(٢) التهذيب ٣٨٩/٧.

(٣) الوافي ٤١٥/٢١.

(٤) وسائل الشيعة ٢٨٠/٢٠، ح ٣، الباب ٧ من أبواب عقد النكاح.

(٥) رجال النجاشي ٢٨/، رقم ٥٦.

(٦) وسائل الشيعة ١٩٠/٢١، ح ١، الباب ٧٠ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

(٧) وسائل الشيعة ١١٦/٢١، ح ١، الباب ٢٥ من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي ٢٠٥

الرواية ضعيفة بعبد العزيز بن عبدالله العبدى لأنّ النجاشي^(١) ضَعَفَهُ.

ولكن الشيخ الأعظم^(٢) ناقش في هذه الفحوى بالنص الوارد في الردّ على العامة الذين فرّقوا بين تزويج الوكيل المعزول مع جهله بالعزل وبين بيعه حيث أنّهم ذهبوا إلى الصحة في البيع مستدلاً بأنّ المال له عوض، وإلى البطلان في النكاح لأنّ البُضْع ليس له عوض. ولكن في النص ردّ الإمام^(٣) عليهم بأنّ مقتضى الاحتياط في النكاح لتكوّن الولد منه هو الصحة وهو أولى بالاحتياط فيحكم بصحته، فحينئذ صار الاستدلال على عكس الفحوى المذكورة بأنّ في كلّ مورد صحت المعاملة المالية صحّ النكاح ولا عكس، والفحوى مبتنيّة على عكسه فلا يتم.

و بعبارة أخرى: النص يدل في كلّ مورد صحت المعاملات المالية صحّ النكاح، فالبيع أصل والنكاح فرع ولا يمكن إثبات حكم الأصل بإثباته في الفرع. والفحوى المذكورة على عكسه تقول بأنّ لو صحّ النكاح لصحت المعاملات المالية فالنكاح أصل والبيع فرع، وأنت ترى بأنّ النص يعارض الفحوى المدعاة.

و أمّا النص: فَهُوَ مَا جَاءَ فِي حَسَنَةِ الْعَلَاءِ بْنِ سِيَابَةَ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ امْرَأَةٍ وَكَلَّتْ رَجُلًا بِأَنْ يَزَوِّجَهَا مِنْ رَجُلٍ فَقَبِلَ الْوَكَالَתَ فَأَشْهَدْتُ لَهُ بِذَلِكَ، فَذَهَبَ الْوَكِيلُ فَزَوِّجَهَا، ثُمَّ إِنَّهَا أَنْكَرَتْ ذَلِكَ الْوَكِيلَ وَزَعَمَتْ أَنَّهَا عَزَلْتَهُ عَنِ الْوَكَالَتِ فَأَقَامَتْ شَاهِدِينَ أَنَّهَا عَزَلْتَهُ، فَقَالَ: مَا يَقُولُ مِنْ قَبْلِكُمْ فِي ذَلِكَ؟

قال: قلت: يقولون: ينظر في ذلك فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة و التزويج باطل، وإن عزلته و قد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، و على ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً ممّا أمرت به و اشترطت عليه في الوكالة.

قال ثمّ قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها و لم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم، يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً و أشهدت في الملاء و قالت في الملاء^(٣):

(١) رجال النجاشي / ٢٤٤، رقم ٦٤١.

(٢) المكاسب ٢٥٦/٣ و ما بعده.

(٣) في المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت ١٦٣/١٩: «الملاء».

أشهدوا أنّي قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، وفي غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، ويقولون: المال منه عوض لصاحبه والفرج ليس منه عوض إذا وقع منه ولد.

فقال عليه السلام: سبحان الله ما أجور هذا الحكم و أفسده إن النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد، إن عليها السلام أتته امرأة استعدته ^{(١)(٢)} على أخيها: فقالت: وكّلتُ أخي هذا بأن يزوّجني رجلاً و أشهدتُ له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجني ولي بيّنة أنّي عزلته قبل أن يزوّجني فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها وكّلتني و لم تُعلمني أنّها عزلتني عن الوكالة حتّى زوّجتها كما أمرتني.

فقال عليه السلام لها: ما تقولين؟ قالت: قد أعلمته يا أمير المؤمنين، فقال لها: ألك بيّنة بذلك؟ فقالت: هؤلاء شهودي يشهدون، قال لهم: ما تقولون؟ قالوا: نشهد إنّها قالت: اشهدوا أنّي قد عزلت أخي فلاناً عن الوكالة بتزويجي فلاناً و أنّي مالكة لأمري قبل أن يزوّجني فلاناً، فقال: أشهدتكم على ذلك بعلم منه و محضر؟ قالوا: لا، قال: فتشهدون أنّها أعلمته العزل كما أعلمته الوكالة؟ قالوا: لا.

قال: أرى الوكالة ثابتة و النكاح واقعاً، أين الزوج؟ فجاء، فقال: خذ بيدها بارك الله لك فيها.

قالت: يا أمير المؤمنين أحلفه أنّي لم أعلمه العزل و أنّه لم يعلم بعزلي إيّاه قبل النكاح.

فقال: و تحلف؟ قال: نعم يا أمير المؤمنين فحلف و أثبت وكالته و أجاز النكاح. ^(٣) أقول: عبّرتُ عن الرواية بالحسنة لأنّ سند الصدوق إلى العلاء بن سبابة صحيح، و قد روى عنه أصحاب الإجماع نحو أبان بن عثمان و محمّد بن أبي عمير و غيرهما و له

(١) في المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت: «تستعديه».

(٢) استعداه: استغاثه و استنصره. [قاموس اللغة].

(٣) الفقيه ٨٤/٣، ح ٣٣٨٣، التهذيب ٢١٤/٦، ح ٥، و نقل عنها في وسائل الشيعة ١٦٣/١٩، ح ٢، الباب ٢ من أبواب كتاب الوكالة.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي ٢٠٧

١٩ رواية في الكتب الأربعة فلا يبعد القول بأنه من المعاريف و لم يرد فيه قدح فهو معتبر أو لأقل من حسنه. و سند الشيخ إلى العلاء أيضاً صحيح.

و الوكالة عندنا عقد جائز من الطرفين فللوكيل أن يعزل نفسه مع حضور الموكل و غيبته و كذا للموكل أن يعزل الوكيل، ولكن انعزاله مشروط ببلوغه إياه، فلو أنشأ عزله ولكن لم يطلع الوكيل عليه لم ينعزل فلو أمضى أمراً قبل أن يبلغه العزل كان نافذاً.

و الرواية ردّ على العامة من حيث أنهم يفرّقون بين النكاح و غيره و يبطلون الوكالة في النكاح بالعزل ولو لم يطلع عليه الوكيل، و في غيره لا يبطلون الوكالة إلا باطلاع الوكيل على عزله بدعوى أنّ «المال منه عوض لصاحبه و الفرج ليس منه عوض»، و تعجب الإمام عليه السلام من هذا التفصيل الباطل و قال عليه السلام: «سبحان الله، ما أجور هذا الحكم و أفسده إن النكاح أحرى و أحرى أن يحتاط فيه و هو فرج و منه يكون الولد».

و أنت ترى بأنّ مصبّ الرواية ردّ تفصيل العامة بين النكاح و غيره في الوكالة فأين هذا من وهن المدعى في كلام الشيخ الأعظم بأنّها تدل على عكس الفحوى؟!

و كذا لا يتم تعبيره عنها بالصحيحة^(١) مع ما عرفت في سندها. و لا يتم توجيهه^(٢) في الاحتياط الوارد في كلام الإمام عليه السلام بالنسبة إلى النكاح من حمله على الاحتياط الإضافي لا الاحتياط التام المدرك به الواقع بل الإمام يكون في مقام نفي تفصيلهم المبني على الاستحسان فأرشدهم إلى جانب الاحتياط تقيّةً و جدلاً عليهم ثم ذكر لهم قضاء علي عليه السلام و حكمه بصحة النكاح ردّاً على تفصيلهم. فالمراد بالاحتياط في الرواية ليس احتياطاً إضافياً بل هو احتياط جدليّ و تقيّتيّ حيث لم يتمكن من الردّ عليهم صريحاً و الشاهد عليه تمسكه عليه السلام بقضاء علي عليه السلام المقبول عندهم.^(٣)

و إلا الاحتياط التام في النكاح إمّا يكون بالطلاق أو بتجديد العقد عليها أو بإجازتها قبل ردّها كما هو الواضح.

(١) المكاسب ٣/٣٥٨.

(٢) المكاسب ٣/٣٥٧.

(٣) كما يظهر من المحقق الاصفهاني ٩١/٢.

٢٠٨.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج٦

و بالجملة: الرواية لم توهن الفحوى ولم تكن صحيحة الإسناد و الاحتياط فيها لم يكن الاحتياط الاضافي بل يكون ردّاً لاستحسانهم و هو احتياط جدليّ و تقينيّ. فالفحوى تامة في المقام تصح بيع الفضولي كما عليه جمع من الأعلام و لا تتم القاعدة المدعاة من الشيخ الأعظم رحمته الله على عكس الفحوى المذكورة بأن «إمضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس»^(١).

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة ... ٢٠٩

الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة

لو خالف ما شرط عليه من تعيين السلعة الخاصة فاشترى غيرها أو المنع من السفر إلى مدينة خاصة فسافر أو المنع من المعاملة مع أشخاص معدودين فَاتَّجَرَ معهم و نحوها يكون العامل ضامناً و عليه الخسارة ولكن الربح بينهما على ما شرطاه، و تقسيم الربح بينهم متوقف على أحد الأمرين:

أ: بعد ظهور الربح يرضي المالك، و الرضا كاف عند الشيخ الأعظم ولو لم يكن في البين استناد و إجازة، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولي لاشتراكه مع مورد الروايات في عدم لزوم الإذن السابق في نقل المال.

ب: الإجازة اللاحقة من المالك تصحح معاملة العامل السابقة، و هذا يعني صحة بيع الفضولي بعد تعقبه بالإجازة.

قال الشيخ الأعظم ما نصه: «فإنَّها أُبْقِيَتْ على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة - كما نسب إلى ظاهر الأصحاب^(١) و عدَّ هذا خارجاً عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك^(٢) و غيره^(٣) - كان فيها استئناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقاً في نقل مال المالك إلى غيره.

وإن حملناها على صورة رضا المالك بالمعاملة بعد ظهور الربح - كما هو الغالب و مقتضى الجمع بين هذه الأخبار و بين ما دلَّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهي عن أكل المال بالباطل - اندرجت المعاملة في الفضولي.

و صحَّتها في خصوص المورد و إن احتمل كونها للنص الخاص، إلا أنَّها لا تخلو

(١) راجع: جامع المقاصد ١١٠/٨، و المسالك ٣٥٣/٤، و الروضة ٢١٣/٤، و ملاذ الأختيار

٣٣٧/١١ للعلامة محمدباقر المجلسي، و رياض المسائل ٣٤٦/٩، و المناهل ٢٠٧/، و

المقابس، كتاب البيع ٢٦/، و الجواهر ٣٥٤/٢٦.

(٢) المسالك ٣٥٢/٤.

(٣) الحدائق ٢٠٧/٢١، المناهل ٢٠٧/.

عن تأييدٍ للمطلب»^(١).

هذا هو استدلال الشيخ الأعظم في المقام.

و أمَّا الروايات الواردة فكثيرة:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن الرجل يعطي

المال مضاربة و ينهى أن يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال و الربح بينهما.^(٢)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطي المال فيقول

له: أئت أرض كذا و كذا و لا تجاوزها و اشتر منها، قال: فإن جاوزها و هلك المال فهو

ضامن، و إن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه و إن ربح فهو بينهما.^(٣)

و منها: صحيحة الكتاني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطي الرجل المال

يخرج به إلى الأرض، و ينهى أن يخرج به إلى غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى

فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح فالربح بينهما.^(٤)

و منها: موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالاً يشتري به

ضرباً من المضاربة فذهب فاشترى به غير الذي أمره، قال: هو ضامن و الربح بينهما

على ما شرط.^(٥)

و منها: موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة و

ينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: هو له ضامن و الربح بينهما إذا خالف شرطه

و عصاه.^(٦)

و منها: خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في المضاربة إذا أعطى الرجل المال و

(١) المكاسب ٣/٣٥٩.

(٢) وسائل الشيعة ١٥/١٩، ح ١، الباب ١ من أبواب كتاب المضاربة.

(٣) وسائل الشيعة ١٥/١٩، ح ٢.

(٤) وسائل الشيعة ١٧/١٩، ح ٦.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ٩.

(٦) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ١٠.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة ... ٢١١

نهى أن يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به، فقال: هو ضامن و الربح بينهما^(١).
الرواية ضعيفة الإسناد بأبي جميلة المفضل بن صالح.

و منها: صحيحة أخرى للحلي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربة: له من الربح و ليس عليه من الوضعية شيء، إلا أن يخالف أمر صاحب المال، فإنّ العباس كان كثير المال و كان يعطي الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ، و لا يشتروا ذا كبد رطبة فإن خالفت شيئاً ممّا أمرتك به فأنت ضامن للمال^(٢).

قال الشيخ أسد الله التستري رحمته الله بعد نقل موثقة جميل الماضية: «و يعضدها أخبار أخر قد عمل بها الأصحاب بلا خلاف يعرف بينهم، و وجه الاستدلال بها: أنّ العامل لم يكن وكيلاً في تلك المعاملة، فلو بطل عقد الفضولي لبطل عقد العامل هنا أيضاً، فوجب ردّ كلّ إلى صاحبه و لم يجز تقسيم الربح بينهما كما دلّت عليه - أي على تقسيم الربح بينهما - الرواية، فهي محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، و إنّما قُسم الربح بينهما بناءً على اطلاق عقد المضاربة و تعلّقه بكلّ عقدٍ صحيحٍ وقع بذلك المال برضا المالك سابقاً أو لاحقاً. و في هذا كلامٌ يبيّن في محلّه»^(٣).

و قال صاحب الجواهر رحمته الله في كتاب المضاربة من كتابه في ما إذا خالف العامل ما شرطه ربُّ المال عليه: «لم يمض إلا مع إجازة المالك، لكونه تصرفاً قد وقع بدون إذن المالك، و هو غير باطل عندنا و إنّما فضوليّ، فإن أجاز نفذ»^(٤).

أقول: لا بدّ أولاً من توضيح محتملي كلام الشيخ الأعظم رحمته الله ثمّ نقدهما:

أمّا الاحتمال الأوّل:

فحكم الإمام عليه السلام بتقسيم الربح في عقد المضاربة التي خالف العامل فيها ما شرط

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ١١.

(٢) وسائل الشيعة ١٧/١٩، ح ٧.

(٣) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/٢٦.

(٤) جواهر الكلام ٣٥١/٢٦.

عليه صاحب المال، مع عدم التنبيه على أنَّ العامل لا بدَّ له من أخذ الإجازة من المالك في هذه المعاملات المنهى عنها، فَهُوَ ظَاهِرٌ في اختصاص المضاربة بحكم تعديٍّ و هو صحة هذه المعاملات بلا توقف على إجازة المالك، وإذا صحت معاملة من دون استئذان من المالك، يمكن أن يصح بيع الفضولي من دون الإجازة السابقة و من دون النهي السابق من المالك مع الإجازة المتأخرة و لعلَّ هذا هو المراد من الاستيناس في كلامه ﷺ.

و فيه: استفادة الاستيناس من هذه الروايات لا يتم، لأنَّ مع عدم لحوق إجازة ربِّ المال يستفاد منها أنَّ المورد من الموارد التي يكون التصرف في مال الغير نافذاً بلا إذن مالكة أو إجازته اللاحقة كنفوذ التصدِّق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، هذا أوَّلاً. ^(١)

و ثانياً: على فرض وجود الاستيناس، فَهُوَ لا يفيد إلا الظن، و الظن لا يغني من الحق شيئاً. ^(٢)

و ثالثاً: اشتراك مورد النصوص مع العقد الفضول في عدم اقتران العقد بإذن المالك لا يتقضي الاتحاد من جميع الجهات، و الا لا يحتاج عقد الفضولي حتَّى إلى الإجازة اللاحقة، لفقدانها في مورد النصوص. ^(٣)

و أمَّا الاحتمال الثاني:

فَتوضيحه: أنَّ الغرض الواقعي من المضاربة هو تنمية المال و إزياده، ولو شرط المالك على العامل شروطاً يراها أفضل لحصول هذا الغرض، ولو تخلف العامل و حصل على الربح ظهر خطأ المالك و رضي بتصرفاته كما يظهر من المحقِّق و الشهيد الثانيين. ^(٤) و كذلك اقتضاء الجمع العرفي بين الضرورة الفقهيَّة و إطلاق نصوص المضاربة

(١) يظهر من شيخنا الأستاذ ﷺ في إرشاد الطالب ٣٠٥/٣.

(٢) كما يظهر من المحقِّق السيِّد الخوئي في مصباحه ٥٢/٤.

(٣) كما يظهر من المحقِّق السيِّد الخوئي في مصباحه ٥٢/٤.

(٤) جامع المقاصد ٨٥/٨، و المسالك ٣٥٣/٤، و حاشية المكاسب ٢٢١/٢ للمحقِّق الإيرواني، و حاشية العروة الوثقى ١٦٥/٥ للسيِّد البر وجردي.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة ... ٢١٣

يدلنا على حمل هذه النصوص على صورة إجازة المالك بعد ظهور الربح، خصوصاً بعد مطالبته بالربح فتكون إجازة عملية في نفوذ تصرفات العامل.

فلا يكون تملك الربح في نصوصها تعديلاً محضاً.^(١)

و فيه: بعد قبول الفضولية في هذه المعاملة لا بد أن يكون تمام الربح للمالك، لا بعضها المقرّر لأنّ عقد المضاربة بتعدي النهي تكون باطلة، فيصير تصرفات العامل فضولية و أجازها المالك فصارت صحيحة و تمام الربح يكون له، و لا يستحق العامل حتى أجرة المثل، لأنّ عمله لم يصدر بأمر من المالك و لا إذنه.^(٢)

بعبارة أخرى: إنّ ما وقع عليه عقد المضاربة بين المالك و العامل، لم يوجد العامل لتخلفه عن الشروط، و ما أوجده العامل غير مربوط بالمضاربة بل هو عقد فضولي آخر فإن أجازها المالك ينتسب إليه و الربح كلّ له، و إن لم يجزه بطل من أصله.

مضافاً إلى أن لو صحت الإجازة اللاحقة المضاربة السابقة، لا بد أن يكون التلف و الخسران على المالك - كما هو كذلك في المضاربة - لا على العامل، مع أنّ النص يجعله على العامل فقط.^(٣)

فحينئذ لا بدّ من القول في هذه الروايات بأنّها محمولة على التعبد المحض و تختص بباب المضاربة فقط^(٤) و لا يمكن التعدي منها إلى غيرها من الأبواب نحو: الوكالة و البيع.

(١) كما يظهر من المحقق المروج في هدى الطالب ٤/٤٣٣.

(٢) كما يظهر من شيخنا الأستاذ رحمته في إرشاد الطالب ٣/٣٠٥ و قبله السيّد الخوئي في مصباحه ٤/٥٢.

(٣) كما عليه المحقق الخوئي في مصباحه ٤/٥٣.

(٤) كما يظهر من الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء و المحقق العراقي في تعليقيهما على العروة الوثقى ٥/١٦٥ و شيخنا الأستاذ رحمته في إرشاده ٣/٣١١.

وجهان لتطبيق الروايات على القواعد

الأوّل: ما ذكره صاحب العروة

قال الفقيه السيّد البيهقي رحمته الله: «فالأولى أن يقال: إنّ مجرد منع المالك عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لا يستلزم عدم الرخصة في المعاملة، و بعبارة أخرى يمكن أن يكون منعه منعاً تكليفاً منه، لا وضعياً حتّى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالإذن الوضعي، وإن شئت فقل إنها محمولة على صورة تعدد المطلوب، فالضمان إنّما هو من جهة المخالفة في المطلوب الثاني، وكون المعاملة صحيحة و الربح بينهما من جهة الموافقة في المطلوب الأوّل و هو أصل التجارة المربحة و يشير إلى ذلك ذيل صحيحة الحلبي^(١) المشتملة على قضية العباس فإنّ ظاهره أنّه كان يشترط الضمان مع بقاء الإذن في التجارة فيكون المراد من الاشتراط فيها الضمان لا تخصيص مورد الإذن في التجارة و التقييد فيه، و على هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً»^(٢).

و تبعه المحقّق الاصفهاني في حاشيته على المكاسب^(٣).

و يرد عليه: أوّلاً: بالنسبة إلى حمله المنع على التكليف لا الوضع، يمكن القول به في العقود اللازمة بأن اشتراط العمل الخاص على أحد المتعاقدين خارجاً عن المعاملة في ما إذا كان مدلول المعاملة أمراً مغايراً لإلزام الطرف كما إذا باع شيئاً و اشترط عليه عدم تملكه إلى شخص خاص، يمكن القول بصحة البيع و هذا الاشتراط يكون تكليفاً على المشتري.

و أمّا في العقود الإذنية - التي عقد المضاربة منها - فلا يمكن هذا الحمل التكليفي، لأنّ الإذن ينافي مع التكليف، فلا يتم الحمل على التكليف في المضاربة و لا بدّ من حمله على التقييد و عدم صحة المضاربة إذا خالف الشرط، فيحتنّذ تكون الروايات الواردة على تقسيم الربح على خلاف القواعد.

(١) وسائل الشيعة ١٧/١٩، ح ٧.

(٢) حاشية المكاسب ١١٧/٢

(٣) حاشيته على المكاسب ٩٣/٢.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة ... ٢١٥

و ثانياً: بالنسبة إلى تعدد المطلوب، ظهر عدم إمكان الأخذ به، لأنه لا بدّ من حمل النهي على التقييد و بعد التقييد يحكم بعدم صحة المضاربة إذا خالف الشرط، و هذا يعني عدم تعدد المطلوب بل تكون هنا مضاربة مقيدة بشروط، فاذا خالف الشرط لا تكون مضاربة أصلاً، فلا يتم تعدد المطلوب.

الثاني: مقالة المحقق الإيرواني رحمته الله:

قال: «... بل من المحتمل قوياً وجود الرضا المقارن من ربّ المال بالمعاملة و إنّما قصّر إذنه بغيرها زعماً منه أنّ المعاملة ليست معاملة رابحة فبعد ما انكشف أنّها رابحة ظهر أنّها كانت مشمولة لرضاه من ابتداء الأمر، و إن كانت خارجة عن مورد إذنه الصريح، هذا في صورة الربح.

و أمّا في صورة الخسران فقد حكم الإمام عليه السلام بأنّ العامل ضامن و معنى ضمانه هو تنميته لرأس المال فإمّا من كيسه مع إبقاء المعاملة أو برّد المعاملة، و المالك راض في صورة التتميم من ماله بإبقاء المعاملة على حالها»^(١).

أقول: يرجع بيانه رحمته الله إلى الخطأ في التطبيق و تخيّل عدم وجود النفع في المنهي عنه، مع وجوده فيه واقعاً.

و فيه: أولاً: لا يمكن القول بالخطأ في التطبيق في جميع الموارد المنهي عنها، نعم في موارد العلم بمطلق الاسترباح تجري و أمّا في غيرها فلا، و يمكن أن ينهي المالك من تجارة فيها حضاضة عرفية نحو الإيجار مع الكفار أو بيع السلاح أو المخدرات و نحوها، و في هذه الفروض لا يتم القول بالخطأ في التطبيق.

و ثانياً: في موارد العلم بمطلق الاسترباح لعلّ المعاملة التي عمل بها العامل يكون أقلّ ربحاً من غيرها فلا يحصل غرض استرباح المالك، فلا يتم كبرى الخطأ في التطبيق حتّى فيها.

و ثالثاً: لا دليل على اتباع غرض المالك في العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر

(١) حاشية المكاسب ٢٢١/٢.

خارجي وإلا يصح ذلك في جميع الموارد و يلزم منه تأسيس فقه جديد كما هو الواضح.^(١)

و رابعاً: كون الخسران على العامل في مورد الروايات ليس من ناحية الاشتراط و إلا كان تخلفه موجباً للخيار، لا كون الوضيعة على العامل، بل هو من قبيل اشتراط كون الوضيعة على العامل في صورة المخالفة إن اتفقت^(٢)، وإحراز رضاية المالك بعد جبران الخسارة من مال العامل بإبقاء المعاملة على حاله دون إثباته خرط القتاد.

و الحاصل: لا يمكن من هذه الروايات استفادة صحة بيع الفضولي، بل هي نصوص تعبدية يأخذ بها في مورد خاص لصحة أسنادها و تمامية دلالتها و عمل الأصحاب بها كما مرّ و لا يمكن تطبيقها على القواعد العامة في الفقه، فيعمل بها على القدر المتيقن منها و الله العالم.

(١) كما عن المحقق السيّد الخوئي رحمته الله في مصباحه ٥٥/٤.

(٢) كما عن المحقق السيّد الخوئي رحمته الله في مصباحه ٥٦/٤.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه السادس: الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم . ٢١٧

الوجه السادس: الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم

قال المحقق في مَنْ تجب عليه الزكاة: «فالبلوغ يعتبر في الذهب والفضة إجماعاً. نعم، إذا اتَّجَرَ له مَنْ إليه النظر استُجِبَّ له إخراج الزكاة من مال الطفل. وإن ضمنه و اتَّجَرَ لنفسه و كان مليئاً و كان الربح له و يُسْتَحَبُّ له الزكاة، أمّا لو لم يكن مليئاً أو لم يكن ولياً كان ضامناً و لليتيم الربح و لا زكاة هنا»^(١).

في الفرض الثاني من الأخير في كلام المحقق رحمته بأنّ المتاجر بمال اليتيم لو لم يكن الولي غنياً أو لم يكن المتاجر ولياً كان ضامناً لماله و الربح لليتيم و لا زكاة هنا، ذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للشهيد في الدروس^(٢) من أنّ التجارة كانت بإذن الولي بعدها فتصير من أفراد الفضولي.

منهم: المحقق الثاني^(٣) و الشهيد الثاني^(٤) و السيّد محمّد العاملي^(٥) و صاحب الحدائق^(٦) و صاحب الجواهر^(٧).

ولو حملت الروايات على إطلاقها - كما عن جماعة ممن تقدّم - لم تكن من أفراد الفضولي ولكن يستأنس بها له بما مرّ من عدم اعتبار الإذن السابق من المالك في نقل ماله إلى الغير، و لأنّ صحة الاتجار بمال الغير بدون إذن سابق و لا إجازة لاحقة يقتضي صحتها بعد الإجازة بطريق أولى.

و من هذه الجماعة المتقدّمة: الشيخ^(٨) و ابن ادريس^(٩) و المحقق^(١٠) و العلامة^(١١)

(١) الشرائع ١٢٨/١.

(٢) الدروس ٢٢٩/١.

(٣) جامع المقاصد ٥/٣.

(٤) المسالك ٣٧٥/١.

(٥) المدارك ٣٠/٥.

(٦) الحدائق ٢٦/١٢.

(٧) الجواهر ٢٣/١٥ طبعة اسلامية.

(٨) النهاية ١٧٥/، المبسوط ٢٣٤/١.

وابنه^(١٢). و تبعهم سيّد الرياض^(١٣).

ولو حملت الروايات على إطلاقها ربما احتتمل^(١٤) دخولها في مسألة الفضولي بأنّ الحكم بالصحة إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فتأمل.

هذه مقالة الشيخ الأعظم^(١٥) حول هذا الوجه. و أمره بالتأمل لعلّه إشارة إلى أنّ حكم الشارع أجنبيّ عن الإجازة اللاحقة للعقد لأنّه ثابت حين العقد و قبله و ليس حادثاً بعد العقد حتى عدّ من الإجازة اللاحقة، أو أنّ مورد عقد الفضولي هو إجازة مالك أمر العقد التي تكون جزء السبب المملّك دون الشارع الذي تكون إجازته حكم العقد التام.^(١٦) أو أنّ قياس إذن مالك الحقيقي بإجازة مالك الاعتباري مع الفارق.

و قال قبله الشيخ جعفر كاشف الغطاء^{رحمته}: «و كذا [فيما دلّ على حكم صحة الفضولي] الأخبار الواردة في اقتراض مال الصبي - مع عدم الإذن الشرعي - ليتجر به الدالة على أنّ الربح للصبي و تطبيقها على القواعد باشتراط الإجازة ممّن له أهليتها أو بإغناء الموافقة للمصلحة الشرعية عنها، أولى من طرحها أو الجمود عليها في مخالفة القاعدة»^(١٧).

نقل صاحب الجواهر^(١٨) عين عبارة أستاذه الشيخ جعفر^{رحمته}.

(٩) السرائر ٤٤١/١.

(١٠) الشرائع ١٢٨/١.

(١١) تذكرة الفقهاء ١٤/٥، القواعد ٣٢٩/١.

(١٢) إيضاح الفوائد ١٦٧/١.

(١٣) رياض المسائل ٣٨/٥.

(١٤) اُحتمل هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد ٧٥/٢ و تبعه تلميذه صاحب

الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٧/٢٢).

(١٥) راجع المكاسب ٣٦٠/٣.

(١٦) كما ذكره المحقق المروج في هدى الطالب ٤٤٢/٤.

(١٧) شرح القواعد ٧٥/٢.

(١٨) الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٧/٢٢).

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه السادس: الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم . ٢١٩

و قال تلميذه الآخر جدنا الشيخ محمد تقي عليه السلام: «... ولو لا صحة العقد حينئذ مع الإجازة لما أمكن تصحيح ذلك، فإن مقتضى الفساد تغريم المتصرف لمال الصبي لضمانه بالتصرف المذكور، والعوض إلى مالكة، فتملك الصبي الربح مبنياً في ^(١) صحة العقد من جهة الإجازة وإن لم يصرح به في الرواية أو بعد حصول الربح يكون مصلحة لليتيم فيجيزه الولي» ^(٢).

و قال السيّد محمد بحر العلوم عليه السلام: «و منها: ما ورد مستفيضاً - وفيه الصحيح و المعتمد - فيمن أتجر بمال الطفل لنفسه بغير إذن وليه أنه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم، و التقريب فيه ما تقدّم حرفاً بحرف» ^(٣).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأوّل: حكم التجارة بمال اليتيم بمقتضى القواعد الشرعية الأوّلية

التجارة بماله تارة تكون من الولي و أخرى من الأجنبي:

أمّا تصرف الولي فهو على قسمين:

أ: تارة يستقرض مال اليتيم و يتجر به لنفسه، فيكون ضامناً لمال اليتيم بضمان القرض و تنتسب التجارة للولي و الربح يكون له. و النصوص أيضاً تدلّ على صحة هذا التصرف كما يأتي.

ب: أخرى يتصرف الولي في مال اليتيم و يتجر به لليتيم مضاربة بأن يجعل سهماً من الربح له أو حتى كّلّه له، و لا شبهة في صحة هذا التصرف لأنّه كان بمقتضى ولايته، و لا ضمان على الولي حينئذ لعدم الضمان على الأمين و المحسن.

أمّا تصرف الأجنبي فأيضاً يكون على قسمين:

أ: تارة يتعامل بثمن ما في ذمّته ثم يسدّده من مال اليتيم، فمقتضى القواعد ضمانه بالنسبة إلى مال اليتيم لأنّه يتصرف فيه من دون إذن، و صحة معاملة المتعامل لنفسه و

(١) كذا في المطبوعة، و الأولى تبديله بـ«على».

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٤.

(٣) بلغة الفقيه ٢/٢١٤ و نقل عنه السيّد الخوئي في مصباحه ٤/٥٨ و ردّ عليه.

تملكه للربح.

ب: وأخرى يتعامل بعين مال اليتيم فمعاملته هذه تكون فضولية و يتوقف صحتها على إجازة الوليِّ فإن أجازها صحت وإلا تكون فاسدة.
هذا كله في المقام الأول.^(١)

المقام الثاني: ما يستفاد من النصوص في حكم الإِتِجارِ بمال اليتيم

لابدَّ أولاً من سرد الروايات ثم بيان ما يستفاد منها وهي كثيرة:

منها: معتبرة أو صحيحة سعيد السَّمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ليس في مال اليتيم زكاة إلا أن يتَّجر به، فإن اتَّجر به فالربح لليتيم، وإن وضع فعلي الذي يتَّجر به.^(٢)

و منها: صحيحة زرارة و بكير عن أبي جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاة إلا أن يتَّجر به، فإن اتَّجر به ففيه الزكاة و الربح لليتيم، و على التاجر ضمان المال.^(٣)
و منها: معتبرة أبي الربيع قالت: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون في يديه لأخ له يتيم و هو وصيّه أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره و الربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه الضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له.^(٤)

و منها: موثقة منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: إذا كان عندك مالٌ و ضمنته فلك الربح و أنت ضامن للمال، و إن كان لا مال لك و عملت به فالربح للغلام و أنت ضامن للمال.^(٥)

و منها: معتبرة أسباط بن سالم قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كان لي أخ هلك، فأوصى إلى أخ أكبر منِّي و أدخلني معه في الوصية و ترك ابناً له صغيراً و له مال، أفيضرب

(١) العقد النضيد ٧٩/٣.

(٢) وسائل الشيعة ٨٧/٩، ح ٢، الباب ٢ من أبواب من تجب عليه الزكاة.

(٣) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح ٨.

(٤) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح ٦.

(٥) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح ٧.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه السادس: الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم . ٢٢١

به أخي؟ فما كان من فضل سلّمه لليتيم و ضمّن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم.^(١)
و منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في مال اليتيم، قال: العامل به ضامن و لليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، و قال: إن عطب أذاه.^(٢)
و منها: صحيحة ربعي بن عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجاً و ليس له مال فلا يمسّ ماله، و إن هو اتجر به فالربح لليتيم و هو ضامن.^(٣)

و منها: خبر أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام فقلت: أخي أمرني أن أسألك عن مال اليتيم في حجره يتجر به؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شيء غرمه له و إلا فلا يتعرض لمال اليتيم.^(٤)
سند الرواية على القول باعتبار سهل بن زياد معتبر.

و منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل وليّ مال يتيم أيستقرض منه؟ فقال: إن علي بن الحسين عليه السلام قد كان يستقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك.^(٥)

و منها: خبر البنظي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج إليه فيمده يده فيأخذه و ينوى أن يردّه، فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا القصد و لا يسرف، فإن كان من تيّته أن لا يردّه عليهم فهو بالمنزل الذي قال الله عزّ وجلّ: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾^(٦).^(٧)

(١) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧، ح ١، الباب ٧٥ من أبواب ما يكتسب به.

(٢) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧، ح ٢.

(٣) وسائل الشيعة ٢٥٧/١٧، ح ٣.

(٤) وسائل الشيعة ٢٥٨/١٧، ح ٤.

(٥) وسائل الشيعة ٢٥٨/١٧، ح ١، الباب ٧٦ من أبواب ما يكتسب به.

(٦) سورة النساء / ١٠.

سند الرواية على القول باعتبار سهل بن زياد معتبرٌ.

و منها: مرفوعة زرارة و محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: مال اليتيم إن عمل به الذي وضع على يديه ضمن و لليتيم ربحه. قالوا: قلنا له: قوله: ﴿و من كان فقيراً فليأكل بالمعروف﴾^(٨) قال: إنّما ذلك إذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد نفسه فليأكل بالمعروف من مالهم.^(٩)

يظهر من الروايات جواز استقراض الولي من مال اليتيم، و كذلك أتجاره به لنفسه أولهما مضاربة أو لليتيم خاصة لكنّ الإتيان منوط بأنّ للولي مال يحيط بمال اليتيم، فإن كان له مال يحيط بماله يجوز له الإتيان به، و الربح على ما قصد من أنّه مشترك أو لليتيم و ليس على الولي ضمان، و ان لم يكن للولي مال يحيط بماله و أتجر بمال اليتيم يكون الولي ضامناً للخسارة و الربح كلّه يكون لليتيم حينئذ. هذا ما يستفاد من الروايات بالنسبة إلى تصرفات الولي.

و أمّا الأجنبيّ فإنّ كان مأذوناً من الولي في تصرفاته يجري عليه ما جرى على الولي طابقاً للنعل بالنعل و إن لم يكن له الإذن من الولي فلا يجوز له التصرف في مال اليتيم فيكون ضامناً في جميع الأحوال و أمّا الربح الحاصل من تجارته لمن؟ له أو لهما أو لليتيم خاصة؟ إطلاق الروايات يدلّ على أنّه لليتيم خاصة نحو: معتبرة أو صحيحة سعيد السمان^(١٠) و صحيحة زرارة و بكير.^(١١)

و أنت ترى أنّ المستفاد من النصوص لا ينطبق على القواعد الأولى إلا في استقراض الولي من مال اليتيم فقط، فهذه الروايات تؤخذ بها في موردها الخاص تعبداً. نعم، في الفرض الأخير و هو تصرف الأجنبي من دون الاستيذان من الولي، من

(٧) وسائل الشيعة ٢٥٩/١٧، ح ٢.

(٨) سورة النساء ٦.

(٩) وسائل الشيعة ٢٥٨/١٧، ح ٥.

(١٠) وسائل الشيعة ٨٧/٩، ح ٢.

(١١) وسائل الشيعة ٨٩/٩، ح ٨.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه السادس: الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم . ٢٢٣

الحكم بالضمان في فرض الخسارة و الربح لليتيم كـله يأتي فيه محتملات الشيخ الأعظم رحمته الله الثلاث، ولذا يمكن أن يكون دليلاً على صحة الفضولي على الاحتمال الأول و هو ظهور إذن الولي بعد الربح، أو يستأنس منه الحكم الفضولي على الاحتمال الثاني كما مرّ، و أمّا الاحتمال الثالث - و هو الإجازة الإلهية - لم يتم بما مرّ.

و الحاصل: نحن مع الشيخ الأعظم رحمته الله و غيره من الأعلام الذي مرّ ذكرهم في صحة الاستدلال بهذه الروايات و الحمد لله.

الوجه السابع: رواية موسى بن أُشيم^(١)

ذكرها الشيخ الأعظم^(٢) بعنوان المؤيّد ولكن ظاهر المحقّق التستري^(٣) الاستدلال بها وجماعة^(٤) يردّون التأييد والدلالة.

وهي رواية موسى بن أُشيم عن أبي جعفر^(٥) عن عبدٍ لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عني و حجّ عني بالباقي ثم مات صاحب الألف فانطلق العبد فاشترى أباه فاعتقه عن الميت و دفع إليه الباقي يحج عن الميت فحج عنه، و بلغ ذلك موالى أبيه و موالىه و ورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الألف، فقال موالى العبد المعتق: إنّما اشتريت أباك بمالنا، و قال الورثة: إنّما اشتريت أباك بمالنا، و قال موالى العبد: إنّما اشتريت أباك بمالنا، فقال أبو جعفر^(٥): أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أمّا المعتق فهو ردّ في الرقّ لموالى أبيه، و أيّ الفريقين بعد أقاموا البيّنة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقاً.^(٥)

و السند ضعيف بموسى بن أُشيم لأنّه كان من الخطّائيّة - و هم طائفة من الغلاة

(١) ضبطه السيّد الجزائري في شرح التهذيب «أشيم» بضم الهمزة و فتح الشين كما في هداية الطالب ٣/٣٦.

ولكن قال المامقاني: «أشيم: بفتح الهمزة و سكون الشين المعجمة و فتح الباء المشناة من فوق بعدها ميم وزان أحمر». تنقيح المقال ٥/٣٢٩.

و قال ابن منظور في لسان العرب ١٢/٣٣٢: «الأشيمُ وشيمانُ: اسمان». و ضبطه في هامش توضيح المشتبه ١/٢٣٣.

(٢) المكاسب ٣/٣٦١.

(٣) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٦/٢٦.

(٤) كالسيد اليزدي في حاشيته ٢/١٢١، و الأصفهاني في حاشيته ٢/٩٤، و الإيرواني في حاشيته ٢/٢٢٢، و المحقّق النائيني في منية الطالب ٢/٢٥، و السيّد الخوئي في مصباحه ٤/٦٩، و محاضراته في الفقه الجعفري ٢/٣٣١.

(٥) وسائل الشيعة ١٨/٢٨٠، ح ١، الباب ٢٥ من أبواب بيع الحيوان.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه السابع: رواية موسى بن أشيم ٢٢٥

منسوبة إلى أبي الخطاب و تزعمون أن الأئمة عليهم السلام أنبياء ثم آلهة - وقُتل مع أبي الخطاب (١) و ذمّه الصادق عليه السلام و له رواية واحدة.

تقريب الاستدلال أو التأييد: بالنسبة إلى العبد المعتق ثلاث دعاوي موجودة:
أ: موالى الأب يدعون أن العبد المأذون إنما اشترى بمالهم فيبطل الشراء لأنه حينئذ يكون الثمن والمثمن من مال واحد فالمعتق باق في ملكهم.

ب: موالى العبد المأذون يدعون أن المعتق يشتري من مالهم فهو لهم، و حيث يكون العبد مأذوناً في الشراء لهم فلا يكون حينئذ فضولياً، بناءً على أن يكون إذنه أو وكالته عامة بحيث يشمل شراء العبيد، وإلا يكون الشراء بالنسبة إليهم أيضاً فضولياً.

ج: ورثة الميت يدعون أن المعتق يشتري من أموالهم فهو لهم، و حيث أنهم لم يجيزوا هذا الشراء من قبل و هم يريدون العبد المعتق فتكون المعاملة بالنسبة إليهم فضولياً، لبطان الوكالة بموت الموكل و انتقال ماله إلى ورثته.

و في إجابة الإمام عليه السلام حكم أولاً بصحة الحج ثم رجوع العبد المعتق (الأب) إلى مواليه السابق و المدعيان الآخرا لا بد أن يأتيا بالبينة، فأيهما أتى بالبينة بأن العبد المعتق (الأب) يشتري من ماله فهو له.

و يظهر الاستدلال بأن الإمام عليه السلام حكم بإعطاء الأب المعتق إلى ورثة الميت بعد إقامة البينة مع أن المعاملة بالنسبة إليهم فضولياً و مطالبتهم الأب تكون في حكم إجازتهم للبيع و بعد إقامة البينة من الشراء من مالهم فهو لهم. فيتم الاستدلال بها في صحة العقد الفضولي أو التأييد له.

و لذا قال المحقق التستري: بأنه عليه السلام اكتفى في الحكم بتملك العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله، فلو لم تكن إجازة المالك الفضولي كافية في صحة العقد لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص فتدبر» (٢).

(١) راجع معجم رجال الحديث ١٧/١٩.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٢٦.

و قال الشيخ الأعظم: «بناءً على أنه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتضمنة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال و لا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع»^(١).

ولكن يرد على الاستدلال أو التأييد: إذا كان العبد مأذوناً في التجارة من قبل مواليه لهم و لغيرهم و أجرى عقداً فتعيين مَنْ له العقد يكون بيد العبد العاقد إذا اشترى بالذمة كما هو الغالب و المتعارف في المعاملات، نعم إذا اشترى بالثمن الخارجي الخاص تكون المعاملة شخصيّة و لمن له الثمن، و الاستدلال أو التأييد للفضولي يبني على شخصية المعاملة و تنفيه المتعارف و الغالبية في المعاملات هذا أولاً.

و فيه: مورد الرواية الشراء بمالهم - و لذا ادعى كل من الورثة و الموالي أنّ الشراء كان بمالهم - و ظاهرها الشراء بالثمن الخارجي الخاص و عين أموالهم فتكون المعاملة شخصيّة و مضافاً إلى أنّ الغالب في المعاملات معاطاة و هي لا تتم إلا بالمعاوضة بين الأعيان الخارجية نوعاً، و مضافاً إلى أنّ حجية قول من لا يعلم الأمر إلا من قبله في مقام التخاصم غير ظاهرة بنحو الإطلاق كما عن المحقق السيّد الخميني^(٢) ع.

و ثانياً: الفضولية لا تثبت إلا بعد سقوط الإذن و الوكالة و لا سبيل إلى إحراز السقوط إلا في بعض احتمالات الرواية كما مرّ.

و فيه: مورد الرواية الشراء بعد الموت و به تسقط الوكالة و تتمّ الفضولية.

و ثالثاً: متن الرواية مخالف لعدّة من القواعد العامة الجارية في الفقه:

منها: عدم صحة حج العبد من دون إجازة مولاه، بعد ارجاع العبد إلى مواليه الأولين يظهر عدم تمامية تحريره فحين الحج يكون عبداً و لم يأذن مولاه فيه و تصرف العبد بأعمال الحج في نفسه تصرف في ملك مولاه من دون إذنه و هو حرام و النهي في العبادة مبطل لها.

(١) المكاسب ٣/٣٦١.

(٢) كتاب البيع ٢/١٣٠.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه السابع: رواية موسى بن أشيم ٢٢٧

و ما ذكره المحقق السيّد الخميني تحت عنوان: «يمكن أن يقال: أن قولنا بطلان: «الحجة قد مضت بما فيها لا ترد»، لا يكون بصدد بيان حكم الحج صحة و فساداً، بل بصدد التقابل بينه و بين العبد، بأنّ العبد باق قابل للردّ دون الحج الذي مضى و تصرم...»^(١).

غير تام لأنّ «ظاهر مضي الحج صحته، و ظاهر عدم ردّه عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأجرة على الحج»، كما عن شيخنا الاستاذ رحمته^(٢). و مضافاً لأنّ «المراد بردّ العبد إلى مواليه ليس هو الردّ الخارجي التكويني بل المراد به الردّ التشريعي و هو الحكم برقيته، فالمقصود بعدم ردّ الحج بقرينة المقابلة هو عدم الردّ شرعاً، أي الصحة»^(٣).

نعم، بطلان الحج ليس مستنداً على أنّ صحة حجّ العبيد مشروطة بإذن الموالي - كما عليه شيخنا الأستاذ^(٤) - أو أنّ الإذن المقارن شرط لصحة المناسك - كما عليه المحقق السيّد المروج^(٥) - بل حجة الإسلام مشروطة بالحرية فقط و مع عدم إذن المولى تكون تصرفات العبد بأعمال الحج تصرفاً في ملك الغير فيكون منهيّاً عنه و باطلاً لاستلزام أنّ النهي في العبادة يدُلُّ على البطلان، حتّى على القول بجواز اجتماع الأمر و النهي على المختار بأنّ المبعّد لا يكون مقرباً.

و أمّا مع فرض غفلة العبد عن بطلان عتقه لا يترتب النهي - لأنّ نهى الغافل قبيح - وإذا لم يكن نهياً لا تبطل العبادة و يشملها ما دل على مشروعية الحج عن نفسه أو غيره. فتكون الحجّة صحيحة، هذا غاية ما يمكن أن يقال في تصحيح الحج فإن قبلت فهو و إلاّ فتحمل على التعبد الخاص.

(١) كتاب البيع ١٢٩/٢.

(٢) إرشاد الطالب ٣١٨/٣.

(٣) كما عن المحقق المروج في هدى الطالب ٤٤٩/٤.

(٤) إرشاد الطالب ٣١٨/٣.

(٥) هدى الطالب ٤٥٠/٤.

و منها: مقتضى قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة لأنَّهم منكرون لموافقة قولهم الحجَّة لأنَّ قول الوكيل حجَّة في المقام فيكون الورثة منكرًا و غيرهم مدعيًا، فتقديم قول موالي العبد المدعين وإرجاعه رفقًا لهم خلاف قواعد باب القضاء.

و فيه: أنَّ العبد المأذون كان وكيلاً للميت و بطلتْ وكالته بموته و ظاهر الرواية وقوع الشراء و العتق و الحج بعد موت الموكل و بعد بطلان الوكالة لا يكون قول الوكيل حجَّة حتَّى يكون قول الورثة من حيث مطابقته مع قول الوكيل حجَّة فيرتفع الاشكال من رأسه.

و منها: ما ورد في الرواية من رجوع العبد إلى مواليه السابقين كان مورد الاستصحاب لكنَّه مخالف لأصالة الصحة الحاكمة عليه المقتضية لخروج العبد عن ملكهم.

و فيه: مورد أصالة الصحة الشك في صحة العقد بعد تحققه و وجوده و مع قابليته للصحة أو الفساد، و أمَّا إذا دار الأمر بين أمرين أحدهما الصحيح و الآخر ليس عقدًا و معاملة أصلاً، لأنَّ اشتراء العبد بمال مالكة لا يكون معاملة فيحتنذ لا يحرز العقدية و الصحة بأصالة الصحة.

و بعبارة أخرى: أصالة الصحة لا تجري إلَّا مع إحراز عنوان العمل المشكوك صحته ككونه بيعاً أو إجارة أو غيرهما إذ مع عدم إحراز عنوانه لا يترتب على جريانها أثراً، بل يجري فيه أصالة العدم و ينفي ترتب العنوان الخاص في المقام يجري أصالة عدم وقوع البيع و تنفي البيعة و لا تصل النوبة إلى أصالة الصحة.

و منها: الرجوع إلى الموالي السابقين مطابق للاستصحاب ولكنه مخالف لقاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» لأنَّ العبد المأذون المالك لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت فيقدِّم قوله على الأصل العملي و هو الاستصحاب.

و قال الشيخ الأعظم بالنسبة إلى هذه القاعدة: «ولكن الانصاف أنَّ القضية المذكورة [قاعدة من ملك...] في الجملة إجماعية بمعنى أنَّه ما من أحد من الأصحاب ممَّن وصل إلينا كلامهم إلَّا و قد عمل بهذه القضية في بعض الموارد بحيث نعلم أن لا مستند له سواها، فإنَّ من ذكرنا خلافهم إنَّما خالفوا في بعض موارد القاعدة ولكنَّهم عملوا

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه السابع: رواية موسى بن أشيم ٢٢٩

بها في مورد آخر»^(١).

و فيه: نعم، على قاعدة من ملك يعتبر قول العبد المأذون في الشراء قبل موت صاحب الألف لأنه كان مالكاً حين الإقرار و كان إقراره حال تسلطه على الشراء بقرينة «ملك» الأولى الواردة في القاعدة، و أمّا بعد موته فلا عبرة بإقراره لارتفاع سلطنته و مالكيته لأمر العقد، لانزعال الوكيل بموت الموكل فلا يكون إقراره بعد الموت نافذاً.

و منها: «الظاهر من الرواية أنّ الدافع دفع الألف بعنوان الوصية فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله عليه السلام: «أمّا الحجة فقد مضت بما فيه لا ترد» فالورثة لا ينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضولياً» كما عن المحقق النائيني^(٢)، فلا يتم الحكم بارجاع العبد المعتق إلى مواليه، و لا الحكم عليه لمن أقام البيّنة، لتمامية عتقه فلا يرجع إلى الرق.

و فيه: لم يكن في الرواية ما يدل على صدور الوصية من صاحب المال، و يمكن تصحيح الحج بما مرّ فلا نحتاج لتصحيحه إلى الوصية، و الورثة لا يدعون ولاء العتق بل يدعون أنه رقههم و لا يعترفون بحرّيته، مضافاً إلى أن ولاء العتق مشروط بكون التبرع في العتق، فلو كان العتق واجباً كالكفارة و النذر لم يثبت فحينئذ ثبوت ولاء العتق مشكوك فيه و مقتضى الأصل عدمه.

و بالجملة: حيث أجبنا عن المناقشات يمكن تأييد بيع الفضولي برواية ابن أشيم كما عليه الشيخ الأعظم و تبعه المحققون الهمداني^(٣) و الشهيدي^(٤) و الخميني^(٥) و ظاهر شيخنا الأستاذ عليه السلام^(٦) حيث استشكل عليه بضعف السند فقط.

(١) الطهارة ٤٥٠/٢، رسائل فقهية / ١٩٤.

(٢) منية الطالب ٢٣/٢.

(٣) حاشية المكاسب / ٢٠٠.

(٤) هداية الطالب ٣٨/٣.

(٥) كتاب البيع ١٢٩/٢.

(٦) إرشاد الطالب ٣١٨/٣.

الوجه الثامن: صحيحة الحلبي

التي رواها المشايخ الثلاثة بسند صحيح عنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً (و لم يشترط على صاحبه شيئاً فكرهه) ثم ردّ على صاحبه، فأبى أن يقبله إلاّ بوضعية قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضعية، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد.^(١)

الإقالة بالوضعية باطلة عند الأصحاب - كما عليها الصحيحة - إلاّ ابن الجنيد. قال في القواعد: «الأقالة فسخ لا بيع في حقّ المتعاقدين وغيرهما، و شرطها عدم الزيادة و نقصان في الثمن فتبطل بدونه...»^(٢).

و قال في شرحه في المفتاح: «... و هي فسخ لا بيع إجماعاً كما في مجمع البرهان^(٣) و عندنا كما التذكرة^(٤) و الروضة^(٥)، و إليه ذهب الإمامية كما في كشف الحقّ^(٦) في حقّ المتعاقدين و غيرهما، سواء كان قبل القبض أو بعده كما في الوسيلة^(٧) و الخلاف^(٨) و التحرير^(٩)، و سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة كما في التذكرة^(١٠) و الروضة^(١١)، و لا تثبت بها الشفعة عندنا كما في التذكرة^(١٢)»^(١٣).

(١) وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح ١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

(٢) قواعد الأحكام ٩٧/٢.

(٣) مجمع الفائدة و البرهان ٤٦/٩.

(٤) تذكرة الفقهاء ١١٧/١٢.

(٥) الروضة البهية ٥٤٦/٣.

(٦) نهج الحق و كشف الصدق ٤٨٨/.

(٧) الوسيلة ٢٥٧/.

(٨) الخلاف ٢٠٥/٣.

(٩) تحرير الأحكام الشرعية ٤٤٠/٢.

(١٠) تذكرة الفقهاء ١١٧/١٢.

(١١) الروضة البهية ٥٤٦/٣.

(١٢) تذكرة الفقهاء ١١٨/١٢.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثامن: صحيحة الحلبي ٢٣١

و قال في شرح قوله: «و شرطها...»: «إجماعاً كما سمعت حكايته عن الخلاف^(١٤) وكشف الحق^(١٥) وبه - أي الشرط المذكور - طَفَحَت عبارتهم... و لا فرق في الزيادة بين أن تكون عينية أو حكمية...»^(١٦).

و قال في شرح قوله: «فتبطل بدونه»: أي الإقالة بدون الشرط كما في الوسيلة^(١٧) و الشرائع^(١٨) و غيرهما^(١٩) و استدل عليه في الخلاف^(٢٠) بالإجماع المركب و ستسمع عن الشهيد^(٢١) نسبته إلى الأصحاب^(٢٢).

و في الجواهر: «... و اصطلح المتبايعان بزيادة أو نقيصة صح عند ابن الجنيد و الأصحاب على خلافه لأنها فسخ لا بيع»^(٢٣).

و إذا كانت هذه الإقالة باطلة فالعين للمشتري، و البائع جاهل بأنها له و باعه بأكثر من ثمنه الأول، لا بد له من ردّ الزيادة إلى المشتري الأول لأن العين كانت له فيقع بيع البائع للعين فضولياً و للعلم بإجازة المشتري الأول للبيع إذا أخبره بالمال عادة. فردّ الزيادة على المشتري لا تتم إلا بصحة بيع الفضولي.

فالصحيحة تدلّ على صحة بيع الفضولي و لذا استدلّ جماعة من الفقهاء بها:

منهم: الجدّ الشيخ جعفر قال: «و للصحيحة عن الصادق^{عليه السلام}: أنه لا يجوز لمن باع

(١٣) مفتاح الكرامة ٨٣٤/١٤.

(١٤) الخلاف ٢٠٥/٣.

(١٥) نهج الحق و كشف الصدق ٤٨٨/.

(١٦) مفتاح الكرامة ٨٣٥/١٤.

(١٧) الوسيلة ٢٥٧/.

(١٨) الشرائع ٦٠/٢.

(١٩) كالكفاية ٥٢٥/١.

(٢٠) الخلاف ٢٠٦/٣.

(٢١) الحاشية التجارية ٢٦٠/.

(٢٢) مفتاح الكرامة ٨٣٥/١٤.

(٢٣) الجواهر ٣٥٣/٢٤.

ثوباً أن يأخذه من المشتري بوضيعة فإن أخذه جهلاً فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل مازاد»^(١).

و قال الجدّ العلامة التقيُّ رحمته الله: «و وجوب دفع الزايد على صاحبه مبنيٌّ على صحة العقد، للعلم بإجازته له إذا أخبره بالمال كما هو قضية المقام و حينئذ فدلالته على المدعى ظاهرة، و مع الغص عنه فلا بدّ من تقييد إطلاقها بذلك للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»^(٢).

و أنت ترى بأنّ الجدّين استدلاً بالصحيحة له ولكن صاحباً الجواهر و المكاسب يؤيدان صحة بيع الفضولي بالصحيحة.

قال صاحب الجواهر في عداد المؤيدات: «و فيمن باع ثمّ أقال بوضيعة ثمّ باع بأكثر من الثمن: أنّ الربح للمالك الذي اشترى أولاً»^(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «فإنّ الحكم بردّ مازاد لا ينطبق بظاهره إلّا على صحة بيع الفضولي لنفسه»^(٤).

و قال تلميذه المامقاني: «و إذا صح بيع الفضولي لنفسه و لزم بإجازة المالك فصحة بيع الفضولي للمالك و لزومه بإجازته أولى»^(٥).

و يرى السيّد الحكيم عدم البأس بالاستدلال بها لصحة بيع الفضولي ولكن تأمّل في آخر كلامه حيث يقول بعد رواية مسمع [التي تأتي]: «و قريب منه صحيح الحلبي الوارد في الإقالة بوضيعة فتأمّل»^(٦).

(١) شرح القواعد ٧٩/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

(٣) الجواهر ٤٥١/٢٣ ٤٥١/٢٢ (٢٧٩/٢٢).

(٤) المكاسب ٣٦٢/٣.

(٥) غاية الآمال ٣٥٧/.

(٦) نهج الفقاهة ٣٥٩/.

ولكن استشكل على الاستدلال أو التأييد بوجوه:

الأول: الاحتمال البعيد في كلام الفقيه اليزيدي

قال: «و يمكن على بُعد أن يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضعية و حينئذ فيكون المراد من عدم الصلاح الكراهة [و] من ردّ الزيادة ردّها على وجه الاستحباب فلا دخل لها بالفضولي أصلاً، إذ يكون الثوب حينئذ للبائع لأنّه رجع إليه بالشراء من المشتري بوضعية و لا دخل له بصاحبه الأول و هو المشتري»^(١).

و تبعه الشيخ أبو الحسن الشعراني في تعاليقه على الوافي.^(٢)

أقول: و هذا الاحتمال كما اعترف ببعده الفقيه السيّد اليزيدي عليه السلام لا يتم مع جملة «ثم ردّ على صاحبه فأبى أن يقيله إلا بوضعية» الواردة في كلام السائل حيث صرح بالإقالة و هو غير البيع بل فسخه، و كذا لا يتم مع جواب الإمام عليه السلام: «لا يصلح له أن يأخذه بوضعية» و هذا الأخذ يرجع إلى ذلك الردّ و هو إذا كانت الإقالة - كما هو المستفاد من سؤال الحلبي - «لا يصلح» يحمل على الحرمة الوضعية لا الكراهة كما عليه الأصحاب من بطلان الإقالة بزيادة أو نقيصة كما مرّ من صاحبي المفتاح و الجواهر.^(٣) و كذلك ظهور ردّ ما زاد على الوجوب لا ينكر، فحملة على الاستحباب مشكل. نعم، هناك خلاف في ضبط كلمة «يقيله» بالياء الثانية و هي المروية في الفقيه^(٤) و الوافي^(٥) و الوسائل^(٦) و بعض نسخ الكافي^(٧) و مرآة العقول^(٨)، بتبديله بالياء الموحدة

(١) حاشية المكاسب ١٢١/٢.

(٢) الوافي ٤٤١/١٧.

(٣) الجواهر ٣٥٣/٢٤.

(٤) الفقيه ٢١٧/٣، ح ٣٨٠٦.

(٥) الوافي ٤٤١/١٧.

(٦) وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح ١.

(٧) كما في الكافي ١٥١/١٠.

(٨) مرآة العقول ٢١٢/١٩، حيث يقول فيه: «و يدلّ على ما هو المشهور بين الأصحاب من أنّه

«يقبله» كما في متن الكافي^(١) و التهذيب^(٢). و على القراءة الثانية «يقبله» بالباء الموحدة يرفع البعد عن احتمال الفقيه اليزدي عليه السلام و يأتي في المقام و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

اللهم إلا أن يقال: ولو كانت ما ورد في الرواية كلمة «يقبله» بالباء الموحدة مع ذلك تدلّ على الإقالة لا المعاملة الحديثة بقريئة كلمة «ردّ» الواردة قبلها حيث لا يصدق الردّ إلا في الإقالة، ولو كانت المعاملة الجديدة لا بدّ أن يقال «باع» أو «صالح» ونحوهما. و هنا جواب آخر للسيد اليزدي يأتي في ضمن إشكال المحقّق الإيرواني فانتظر.

الثاني: مقالة المحقّق الإيرواني

قال: «ظاهر التعبير بلفظ لا يصلح في الصحيحة و ظاهر تعليق ردّ مازاد على بيع أخذه بأكثر ممّا أخذ دليل الكراهة و أنّ ردّ مازاد على وجه الاستحباب فتدلّ على صحة الإقالة بوضيعة و «الإلا»^(٣) باع أو لم يبيع.

و على تقدير البيع بأيّ ثمن باع لم يكن له مخلص من المشتري الأوّل بل وجب عليه ردّ عين ماله فالصحيحة دليل لابن الجنيد القائل بصحة الإقالة بوضيعة و قد استدلوا بها عليه.

و أيضاً لو كانت الإقالة باطلة و البيع الثاني فضولياً لزم الاستجازه من المشتري الأوّل لا الحكم بردّ مازاد بضرر قاطع، إلا أن يقال: إنّ القطع حاصل برضاه إمّا مطلقاً إذ رضي بالاقالة و مضى بسبيله أو في صورة بناء البائع على ردّ مازاد و هذا المقدار من الرضا كاف في الإجازة و حينئذ يقال: إذا كان الرضا المذكور كافياً في الإجازة كان كافياً في خروج البيع عن الفضولية إذا كان هذا الرضا سابقاً على العقد و من المعلوم سبق الرضا

→ لا يجوز الاقالة بزيادة على الثمن و لا نقصان منه».

(١) كما في الكافي ١٥١/١٠.

(٢) التهذيب ٥٦/٧، ح ٤٢.

(٣) كذا في المصدر و الظاهر زيادتها.

في المقام على العقد فلا تصلح الصحيحة للتأييد على صحة الفضولي»^(١).
أقول: وفيه: أولاً: لم تكن لفظة «لا يصلح» ظاهرة في الكراهة والشاهد عليها
عدة من الروايات التي تستعمل «لا يصلح» في الفساد والبطلان.^(٢) ولا أدري كيف يكون
ظهور التعليق في الاستحباب حتى في المقام؟!
و ثانياً: على تقدير صحة الإقالة بالوضيعة - كما عليه ابن الجنيد - كيف لم يكن
مخلص من المشتري الأول و وجب عليه ردّ عين ماله، إذا كانت الإقالة بالوضيعة
صحيحة تمت مالكية البائع على العين فكيف وجب ردّ عين مال البائع إلى المشتري
الأول؟! سبحان من لا يسهو.

و ثالثاً: الإقالة باطلة و البيع الثاني يكون فضولياً و لزم الاستحباب من المشتري
الأول و يكفي فيها أخذه الزيادة و هذا الأخذ إجازة عملية في بيع الفضولي.^(٣)
و الرضا لا يكفي في الانتقالات كما مرّ مراراً، و لا يخرج البيع من الفضولية. و بما
ذكرنا يظهر ضعف مقالة المحقق الشهيدي حيث يقول: «لا وجه لذلك [تأييد بيع الفضولي
بالصحيحة] أصلاً، إذ غاية ما يدلّ عليه قوله «لا يصلح» إنّما هو كراهة الإقالة بالوضيعة
بل نفي رجحانها و أنّ طريق تدارك ذلك - على تقدير الإقدام عليها - ردّ مازاد على
صاحبه الأول فلا يرتبط بالفضولي، إذ الإقالة صحيحة إلا أنّها مكروهة و مع الصحة يكون
البائع مالكاً فيقع المبيع في ملكه...»^(٤).

الثالث: احتمال المحقق النائيني

قال: «و يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشتري ثانياً فيكون ردّ الزائد
استحبابياً. و يشهد لهذا قوله عليه السلام: «صاحبه الأول» فإنّ التعبير بصاحبه الأول لا يناسب مع

(١) حاشية المكاسب ٢/٢٢٣.

(٢) راجع وسائل الشيعة ١٧/٣٤١، ح ١، الباب ٤ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ١٧/٣٥٣،

ح ١ و ٢ من الباب ١١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٣) كما عليه شيخنا الأستاذ عليه السلام في إرشاد الطالب ٣/٣٢٠.

(٤) هداية الطالب ٣/٣٩.

كون الثوب ملكاً للمشتري فعلاً»^(١).

أقول: وفيه: مرّ هذا الاحتمال البعيد من الفقيه السيّد اليزدي و المحقّقين الإيرواني و الشهيدي و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

و قال السيّد الخوئي في توضيح كلام استاده: «و الظاهر أنّ منشأ هذا الاحتمال إنّما هو ارجاع الضمير في كلمة «صاحبه» إلى لفظ «الثوب» فيكون معني الرواية حينئذ أنّ البائع يردّ الزائد إلى صاحب الثوب و عليه فتدلّ الرواية على أنّ من اشترى شيئاً بثمن ثمّ باعه بأزيد منه فيستحب له أن يردّ الزائد على المالك الأوّل»^(٢).

و اعترض عليه بقوله: «إنّ ارجاع الضمير إلى المال خلاف ظاهر الحديث بملاحظه قولهم^(٣): «ردّ» فإنّ وحدة السياق تقتضي ارجاع الضمير في لفظة «صاحبه» إلى ما يرجع إليه ضمير «ردّ» يعني أنّ البائع يردّ إلى صاحبه أي طرف معاملته الأوّل الذي هو المشتري الأوّل و عليه فلا يمكن استظهار أنّ البائع أيضاً مالك و يحكم بذلك على استحباب ردّ ما زاد في الإقالة، هذا.

مضافاً إلى أنّا لو اغمضنا النظر عمّا ذكرناه أيضاً لا يمكن إرجاع الضمير إلى المال إذ البائع حينئذ لو ردّ لا يردّ إلاّ إلى المشتري و ليس هناك غير المشتري مالك آخر يردّ عليه ما زاد، فلا وجه لوصف المشتري بالمالك الأوّل دفعاً عن ردّه إلى غيره، و بالجملة ليس هناك مالك إلاّ المشتري و البائع، و البائع لا يردّ إلى نفسه فوصف المشتري بالمالك الأوّل لا يخلو عن البشاعة»^(٣).

أقول: وفيه: لا أدري كيف صار هذا الارجاع منشأ احتمال المحقّق النائيني، مضافاً إلى أنّ الضمير في «صاحبه» و «يأخذه» و «فأخذه» و «فباعه» و «صاحبه الأوّل» في كلّها يرجع إلى الثوب، و أمّا المراد من مجموع كلمتي «صاحبه الأوّل» فهو المشتري الأوّل، لأنّ هناك مُشْتَرِيَيْنِ الأوّل المستقيل الرادّ، و الثاني الذي اشترى بما زاد، فما

(١) منية الطالب ٢/٢٥.

(٢) مصباح الفقاهة ٤/٧٣.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠١.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثامن: صحيحة الحلبي ٢٣٧

ذكره عليه السلام من قوله: «و بالجمله ليس هناك مالك إلا المشتري و البائع» لم يتم لأنّ البائع باع ماله إما بالمشتري الأوّل أو الثاني و لذا عبر عن المشتري الأوّل بصاحبه الأوّل في مقابل المشتري الثاني الذي هو صاحبه الثاني، و لا بشاعة في البين.

الرابع: مقالة المحقّق السيّد الخوئي

و قد جمع و بيّن مقالتي استاذيه النائيني^(١) و الأصفهاني^(٢) و قال: «إنّ الرواية غريبة عن بيع الفضولي إذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولي لأنّه لو كان فضولياً لكان فضولياً من أصله من غير فرق بين وقوعه على ما يساوي الثمن المطلوب له برده و بين الزائد عليه لأنّ معنى الإقالة إنّما هو انفساخ العقد من أصله و رجوع كلّ من العوضين إلى صاحبه الأوّل... فلا وجه حينئذ لكون الناقص ملكاً للبائع في فرض الوضعية و كون الزائد ملكاً للمشتري في فرض الزيادة.

... و يضاف إلى ذلك [تبيين مقالة الأصفهاني] أنّه يمكن أن يكون للمشتري غرض خاص من الاستقالة فإذا لم يقبلها البائع حين الاستقالة فاته ذلك الغرض و إذن فلا تؤثر إقالته بعد مدّة طويلة خصوصاً مع ترق القيمة السوقية...»^(٣).

و قال: «... لو كان البيع الواقع على الثوب فضولياً لتوقف نفوذه على إجازة المشتري و لم يتعرض الإمام عليه السلام لها أصلاً مع أنّه ليس البيع بالزائد مورداً لإجازة المشتري أصلاً إذ لعلّ المبيع صار مورداً للترقي بحسب القيمة السوقية فيما بين زمان الإقالة و زمان البيع...»^(٤).

و قال: «... و في المقام يكون نفس إقدام المشتري على الإقالة دالاً على الرضا بالمبادلة بالأكثر بالدلالة الالتزامية حيث إنّ دالاً بالدلالة المطابقة على رضاه بأخذ البائع الثوب بالوضعية و يدلّ على جواز أخذه بالأكثر لغير البائع بالدلالة الالتزامية و إن لم

(١) منية الطالب ٢/٢٥.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٩٥.

(٣) مصباح الفقاهة ٤/٧٠ و ٧١.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٣٣.

يعرفه و هي كافية في صحة المعاملة لما ذكرنا في محلّه من أنّ نظر البائع في المعاملة إلى استبدال ماله من دون نظر إلى مشتر خاص فهي قائمة بالمالين لا بالمتعاقدين... فهو بيع صحيح و لا ربط بالفضولي»^(١).

أقول: يمكن أن يُناقش في وجوه: أولاً: عدم التعرض في الصحيحة لصورتي تساوي الثمن مع ما ردّه البائع أولاً إلى المشتري أو نقصانه، لعدم ترتب الثمرة العملية في فرض التساوي و ندرة فرض النقصان، فما يقع غالباً هو صورة الزيادة و لذا تعرض لحكمها.

و ثانياً: فرض ترقى القيمة السوقية لاسيما في تلك الأيام و إن كان متصوراً ولكنّه بعيد في الغاية بالنسبة إلى الأيام المعدودات.

و ثالثاً: إقدام المشتري على الإقالة لم يدلّ على الرضا بالبيع، لأنّهما شيان مختلفان أحدهما فسخ البيع و الآخر بيع و هما تقيضان. و إذا كانت الإقالة باطلة فالبيع فضولياً يحتاج إلى إجازة المالك - و هو هنا المشتري الأوّل - و أجاز البيع عملاً بأخذه الزيادة.

و رابعاً: كفاية الرضا في المبادلات المالية و المعاملات محلّ مناقشة بل منع كما مرّ مراراً.

الخامس: مقالة الفقيه المعاصر

قال السيّد محمّد سعيد الحكيم - مدظله - : «نعم، حمل النصوص على صورة إجازة المشتري الأوّل للبيع لا يناسب إطلاقها الظاهر في صحة البيع و استحقاق المشتري الزيادة بمجرد وقوعه من دون حاجة للإجازة. و لاسيما وأنّ عدم الإجازة قد يكون أنفع للمشتري لو بقي الأمر على مقتضى القاعدة كما إذا ارتفعت قيمة الثوب إلى أكثر من ثمن البيع الثاني حيث يكون مقتضى القاعدة ضمان البائع له لو فرض عدم الإجازة و تعذر الاسترجاع الثوب بسبب أخذ المشتري الثاني له. فعدم التنبيه لذلك في الصحيح و

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٠١/١.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الثامن: صحيحة الحلبي ٢٣٩

الاقتصار فيه على استحقاق الزيادة من دون تنبيه لاشتراط الإجازة يناسب صحة البيع الثاني من دون حاجة للإجازة تعبدًا ولو لآئنه الأنسب بفرض المالك غالباً و تجنباً للمشاكل المترتبة على بطلان البيع نظير ما^(١) سبق في نصوص المضاربة و من ثمَّ يشكل الاستدلال و الاستئناس بالصحيح في المقام^(٢).

أقول: و فيه: أولاً: لا بدّ من حمل إطلاق النص - لا النصوص - على صورة إجازة المشتري الأوّل للبيع، كما مرّ من الجدّ العلامة التقي^(٣): «للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»^(٣).

و ثانياً: إذا كان البيع الثاني صحيحاً من دون الإجازة تعبدًا فلا يكون أنفع للمشتري كما إذا ارتفعت القيمة السوقية، لآئنه بعد الحكم بصحة البيع تعبدًا لا يستحقّ المشتري شيئاً.

و ثالثاً: مع إمكان الحمل على القاعدة، حمل الصحيحة على التعبد لا يتم. و الحاصل: بعد الجواب عن الإشكالات تمّ الاستدلال أو لأقل من التأييد لصحة بيع الفضولي بالصحيحة والحمد لله.

(١) في المصدر «مما».

(٢) مصباح المنهاج - كتاب التجارة ٢/٢١٦.

(٣) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٨.

الوجه التاسع: موثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله

قال: سألتُ أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار ^(١) يشتري بالأجر فيُدفعُ إليه الورق و يشترط عليه أنك إن تأتي بما نشترى ^(٢) فما شئتُ أخذتُهُ و ما شئتُ تركته فيذهب فيشتري ثم يأتي بالمتاع فيقول: خُذ ما رضيتَ و دَع ما كرهتَ؟ قال: لا بأس. ^(٣)

بتقريب من الشيخ الأعظم ^(٤): أنّ احتمالات الرواية ثلاثة:

الأوّل: أن يكون شراء السمسار - وهو الدلال - لنفسه، و يكون الورق - وهو الدرهم المضروب من الفضة جمعه أوراق و ورق - من المشتري عليه قرضاً و يبيع ما اشتراه بالورق على صاحب الورق المشتري و يؤدّي بذلك دينه. و يكون قولهم عليه السلام: «يشتري بالأجر» قيّداً توضيحياً لمعنى السمسار الذي هو الدلال. و هذا الاحتمال أجنبيٌّ عن الفضولي.

الثاني: أن يكون شرائه لمالك الورق - المشتري - بإذنه مع جعل الخيار له على البائع بتمامية البيع في ما شاء المشتري و فسخه في ما كره. و هذا الاحتمال أيضاً بيع مع الإذن فيخرج عن الفضولي.

الثالث: أن يكون الشراء من السمسار لمالك الورق - المشتري - فضولياً بحيث يختار ما يشاء و يأذن فيه و يردّ ما لا يريد و لم يأذن في بيعه. و هذا الاحتمال الأخير ينطبق على الفضولي.

ثم: إذا كانت احتمالات مورد السؤال متعددة و تشمل الثلاثة و لم يسأل الإمام عليه السلام عنها، و ترك الاستفصال يقتضي عموم الحكم لجميع الاحتمالات التي منها شراء الفضولي، فيتمّ على أن قولهم عليه السلام: «لا بأس» يجري بالنسبة إلى الفضولي أيضاً فيحكم بصحته. أقول: احتمالات الرواية لا تنحصر في الثلاثة و يمكن أن يضاف إليها:

(١) في الكافي ١٥٩/١٠، ح ٥: ليست همزة الاستفهام.

(٢) في المصدر: تشتري.

(٣) وسائل الشيعة ٧٤/١٨، ح ٢، الباب ٢٠ من أبواب أحكام العقود.

(٤) المكاسب ٣٦٣/٣ و ٣٦٢.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه التاسع: موثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله ٢٤١

الرابع: أن يكون الغرض من دفع الورق مجرد دفعها إلى صاحب الأمتعة ليكون وثيقة عنده لدفع الأمتعة إلى السمسار ليشتري بعد ما شاء.^(١)

الخامس: أن يكون شراء السمسار لنفسه من دون استقراض و من دون استيذان من صاحب الورق نظير شراء الغاصب لنفسه.^(٢)

السادس: السمسار يشتري لنفسه بالورق الذي دفعه إليه صاحبه، فالمبيع له ثم إن شاء المشتري صاحب الورق - يشتري من السمسار وإن شاء ترك.^(٣)

السابع: «وقوع الاشتراء بالمساومة وإطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة و يكون دفع الورق لطمأنينة السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار». ذكر هذا الاحتمال صاحب البلغة و جعله أظهر الاحتمالات.^(٤) و قال السيد الخوئي في ذيله: «و هذا الاحتمال أيضاً لا بأس به»^(٥).

الثامن: الاحتمال الثاني مع عدم إعطاء صاحب الورق الأجرة على شراء السمسار في فرض عدم أخذه ما اشتراه السمسار.

هذا الاحتمال هو مختار شيخنا الاستاذ^(٦) رحمته الله.

التاسع: البيع إذا وقع وقع للمالك، و الشراء إن وقع وقع للمشتري الذي صاحب الورق، و السمسار يعرض المتاع على المشتري فقط و اختار هو ما اختار و حين اختياره يعطي أجرة السمسار و إلا فلا، و إعطائه الورق للسمسار لأجل أنه صادق في إرادة بيعه. هذا الاحتمال هو مختارنا و هو أحد محتملي الفقيه المعاصر^(٧) و لعل المراد

(١) كما في بغية الطالب ٣٥٣/١.

(٢) كما في بغية الطالب ٣٥٣/١.

(٣) كما في حاشية المكاسب للإيرواني ٢٢٣/٢.

(٤) بلغة الفقيه ٢١٩/٢ و نقل عنه في مصباح الفقاهة ٧٦/٤.

(٥) مصباح الفقاهة ٧٦/٤.

(٦) إرشاد الطالب ٣٢١/٣.

(٧) مصباح المنهاج، كتاب التجارة ٢١٨/٢.

بالاحتمال السابع الذي هو مختار صاحب البلغة أيضاً هذا. فلا يتم العموم ولا الفضولي. و غيرها من المحتملات ولا تضر بالاستدلال لو تم تعدد مورد السؤال و ترك استفصال الإمام عليه السلام بحيث يقتضي عموم الحكم لجميعها. ولكن ناقش المحقق الإيرواني في تعدد احتمالات مورد السؤال عند السائل الذي يسأل مسألة صاحب الورق بأن موضوع السؤال عنده واضح و كان ما وقع بين صاحب الورق و السمسار عند السائل معيّناً و إنما يسأل من حكمه فقط و أجابه الإمام عليه السلام بقوله: «لا باس».

«نعم، نحن لا نعلم ذلك الذي جرى ماذا؟ و نحتمل أن يكون شيء من الأمور المذكورة، و هذا لا يوجب الحكم بالعموم، فإن عدم الاستفصال الذي هو دليل العموم هو عدم الاستفصال في موضوع عدم تبين موضوع السؤال [عند السائل] لا موضوع تبينه [السائل] و كان الاشتباه في حق غير المخاطبين كما في المقام.^(١) و تبعه السيّد الخوئي عليه السلام و قال: «إنما يتمسك بترك الاستفصال فيما إذا كان المسؤل عنه مردداً منقسماً إلى أقسام عديدة بأن كان حكماً كلياً، و لا يجري ذلك فيما إذا كان المسؤل عنه قضية شخصيّة»^(٢).

و يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة: بعدم الفرق بين القضيتين الشخصية و الحقيقية بالنسبة إلى ترك الاستفصال و إفادته العموم لأن الوجه فيه هو لزوم الإغراء بالجهل و فوات الغرض بلا فرق بين الحكم الكلي - القضية الحقيقية - و الجزئي - القضية الشخصية - لأن في كل مورد ترك الاستفصال يوجب الإغراء بالجهل و فوات الغرض - و لا يمكن انتساب الأمرين إلى الشارع - فيحكم بإفادة ترك الاستفصال للعموم بلا فرق بين القضيتين.^(٣)

و أمّا ما أفاده المحقق الإيرواني من تبين الموضوع عند السائل و عدمه عند غير

(١) حاشية المكاسب ٢٢٤/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٣٥/٢.

(٣) كما يظهر من المحقق المروج راجع هدى الطالب ٤٦٥/٤.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه التاسع: موثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله ٢٤٣

المخاطبين فدون إثباته خرط القتاد.

و كذا ما ذكره السيّد الخوئي من قوله: «... إذا علم المسؤول مراد السائل بقرائن حالية أو مقالية فأجابه بشيءٍ و نحن لم نعلم المراد و تردّدنا بين الاحتمالات فهذا كيف يمكن أن يكون دليلاً على العموم»^(١).

ثم: لو تمّ ما أفاده المحقّقان الإيرواني و السيّد الخوئي رحمهما الله من عدم تمامية العموم فتكون الرواية مجملة، كما اعترف به الفقيه المعاصر^(٢) - مدّ ظله - .

نعم، لو كانت الرواية ظاهرة في إحدى المحتملات غير الفضولي فلا يتم العموم لعدم جريان قاعدة ترك الاستفصال.

و ذهب جماعة إلى تعيّن الإحتمالين الأوّلين كما هو مختار المحقّقين اليزدي^(٣) و الأصفهانى^(٤) و الشريعتمداري^(٥) و الأردكاني^(٦) و المروج^(٧) و الأستاذ المحقّق^(٨) - مدّ ظله - .

و إلى تعيّن الاحتمال الأوّل الشهيدى^(٩).

و إلى تعيّن الاحتمال الثاني السيّد الإشكوري^(١٠) و المحقّق النائيني^(١١) و السيّد

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٠٣/١.

(٢) مصباح المنهاج، كتاب التجارة ٢١٧/٢.

(٣) حاشية المكاسب ١٢٢/٢.

(٤) حاشيته على المكاسب ٩٥/٢.

(٥) تحقيق و تقارير في باب البيع والخيارات ٧٢/٢.

(٦) غنية الطالب ٣٢٨/٢.

(٧) هدى الطالب ٤٦٣/٤.

(٨) العقد النضيد ٩٤/٣.

(٩) هداية الطالب ٤٠/٣.

(١٠) بغية الطالب ٣٥٤/١.

(١١) منية الطالب ٢٥/٢.

الخوئي^(١) و شيخنا الأستاذ^(٢) لكن مع تقييد كما مرّ و يأتي.
ولكن نفى المؤسس الحائري^(٣) البُعْدَ في كونها ظاهرة في الاحتمال الثالث أي
الفضولي.

و قد مرّ أنّ الاحتمال السادس مُتَعَيَّنٌ عند المحقّق الإيرواني.
و الاحتمال السابع متعيّن عند صاحب البلغة.
و الاحتمال الثامن عند شيخنا الأستاذ^(٤).
و قد مرّ أنّ الاحتمال المختار عندنا هو الاحتمال التاسع فلا يتم الاستدلال بها
لصحة بيع الفضولي.
و أمّا ما ورد في أحدِ تقارير السيّد الخوئي^(٥) من: «أنّ الرواية غير نقيّة
السند»^(٤).

و حمله الأستاذ المحقّق^(٥) - مدّ ظله - من أنّه يقصد اولئك الرواة الذين روى عنهم
الحسن بن محمّد بن سماعة لجهالة «غير واحد».
لا يتم لأنّ المراد بغير واحد جماعة من الرواة و لأقل من دخول ثقة فيهم، مضافاً
إلى أنّ الصدوق رواها في الفقيه^(٦) بسند صحيح و الشيخ بسند مَوْثَقٍ في التهذيب^(٧).

(١) مصباح الفقاهة ٧٦/٤، محاضرات في الفقه الجعفري ٣٣٥/٢، التنقيح في شرح المكاسب
٤٠٣/١.

(٢) ارشاد الطالب ٣٢١/٣ و ٣٢٠.

(٣) كتاب البيع ٣٠٨/١ لشيخنا آية الله محمّد علي الأراكي.

(٤) مصباح الفقاهة ٧٦/٤.

(٥) العقد النضيد ٩٤/٣.

(٦) الفقيه ٢١٨/٣، ح ٣٨٠٩.

(٧) التهذيب ٥٦/٧، ح ٤٣.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه العاشر: معتبرة مسمع أبي سيار ٢٤٥

الوجه العاشر: معتبرة مسمع أبي سيار

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنتُ استودعتُ رجلاً مالاً فجدنيهِ و حلف لي عليه ثمَّ جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنتُ استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذهُ و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك و اجعلني في حلٍّ، فأخذت المال منه و أبيتُ أن آخذ الربح و أوقفت المال الذي كنتُ استودعته و أتيت حتَّى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحلّه، إنَّ هذا رجل تائب و الله يحبُّ التوابين. (١)

سند الشيخ ضعيف بالحسن بن عُمارة، ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين عليه السلام مع توصيفه بالكوفي (٢) و في أصحاب الباقر عليه السلام وصفه بأنه عامي (٣) و في أصحاب الصادق عليه السلام قال: «الحسن بن عماره بن المضرب أبو محمد البجلي الكوفي أسند عنه» (٤).

و قال ابن حجر في شأنه: «الحسن بن عماره بن المضرب البجلي مولاهم الكوفي أبو محمد كان على قضاء بغداد في خلافة المنصور...» (٥).

و قال في تقريب التهذيب الحسن بن عماره البجلي مولاهم أبو محمد الكوفي قاضي بغداد متروك من السابعة مات سنة ثلاث و خمسين [أي بعد المائة] (٦).

و قال الذهبي في ميزان الاعتدال: «الحسن بن عُمارة الكوفي الفقيه مولى بَجيلة... - ثم ذكر تضعيفه عن جماعة إلى أن قال: - مات سنة ثلاث و خمسين و مائة و كان من كبار الفقهاء في زمانه ولي قضاء بغداد» (٧).

(١) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

(٢) رجال الشيخ ٨٨/، الرقم ١٩.

(٣) رجال الشيخ ١١٥/، الرقم ١٧.

(٤) رجال الشيخ ١٦٦، الرقم ١٥.

(٥) تهذيب التهذيب ٣٠٤/٢، الرقم ٥٣٢.

(٦) تقريب التهذيب ١٦٩/١، الرقم ٢٩٨.

(٧) ميزان الاعتدال ٥١٣/١، الرقم ١٩١٨.

قال الشيخ محيي الدِّين المامقاني رحمته الله: «الذي يظهر من إصرار العامة على تضعيفه - مع أنه من قضاتهم - ورواية ثقات رواتنا مثل أبان بن عثمان الثقة الجليل والحسن بن محبوب الثقة الجليل عنه، أن المترجم إما كان متقياً في مذهبه وكان في الباطن إمامياً، أو أنه كان عامياً إلا أنه غير معاند للحق وثقة في مذهبه عند رواتنا وحيث أنا لم نجزم بأحد الاحتمالين ينبغي أن نعدّه ممّن لم يتضح لنا حاله وإن كان المظنون كونه موثقاً»^(١).

أقول: الاحتمالان يجريان بالنسبة إليه، وأما توثيقه فلا يحصل العلم به إلا على القول بأن أصحاب الإجماع لا يروون إلا عن الثقة وهو لا يتم عندي.

وكذلك الرواية ضعيفة بأبيه عُمارة بن المضرب وهو مهمل وليس له إلا هذه الرواية. هذا كله بالنسبة إلى سند الشيخ.

ولكنّها مروية في الفقيه^(٢) بإسناده عن مسمع أبي سيار، وذكر الصدوق سنده في المشيخة هكذا: «وما كان عن مسمع بن مالك البصري فقد روّيته عن أبي - رضي الله عنه - عن سعد بن عبدالله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن محمد بن أبان عن مسمع بن مالك البصري و يقال له: مسمع بن عبدالمالك البصري لقبه كردين وهو عربي من بني قيس بن ثعلبة و يكنى أبا سيار و يقال: إن الصادق عليه السلام قال له أول ما رآه ما اسمك؟ فقال مسمع، فقال: ابن من؟ قال: ابن مالك، فقال: بل أنت مسمع بن عبدالملك»^(٣).

رجال السند كلهم ثقات إلا القاسم بن محمد الجوهري وهو معتبر عندنا فالسند معتبر، فصارت الرواية معتبرة الأسناد بسند الصدوق.

تقريب الاستدلال: أمر الإمام عليه السلام بأخذ الربح من جانب المالك لا يتم إلا بامضاء معاملات الودعي الجاحد حتى يجوز له تملك ربحها وأما أمره عليه السلام بإعطاء الودعي الجاحد النائب النصف فهو أمر استحبابي لأنه نائب و يكون الإعطاء تشويقاً له.

(١) تعليقه تحت عنوان حصيلة البحث على كتاب والده تنقيح المقال ٢٠/٢٨٩.

(٢) الفقيه ٣/٣٠٥، ح ٤٠٩١.

(٣) الفقيه ٤/٤٥١.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه العاشر: معتبرة مسمع أبي سيار ٢٤٧

لم يذكر الشيخ الأعظم هذه المعتمدة ولكن تمسك بها جماعة من الأصحاب عليهم السلام:
منهم: الشيخ جعفر عليه السلام قال: «لرواية مسمع أبي سيار عن الصادق عليه السلام - في رجل
استودع رجلاً مالاً فجحده الودعي واستربح به أربعة آلاف درهم - الدالة على أن الربح
لصاحب المال»^(١).

و منهم: الجدّ العلامة التقي قال بعد نقل الرواية: «و الظاهر أن تملكه للربح مبنياً
على إجازته للعقد الصادر منه المشتمل على الربح، وأمره عليه السلام برّد نصف الربح عليه على
وجه الندب كما يشير إليه التعليل المذكور و دلالتها على المدعى ظاهرة أيضاً»^(٢).
و منهم: صاحب الجواهر قال في ضمن المؤيدات: و كذا ما ورد في ودعي جحد
الوديعة و أتجر بها: من أن الربح للمالك»^(٣).

و منهم: الفقيه البيهقي قال: فإنّ ظاهر ذيله أنّ تمام الربح له و أنّه أمره بإعطائه
النصف منه من جهة أنّه تائب و هو لا ينطبق إلّا على صحة الفضولي»^(٤).
ولكن استشكل عليها المحقّق السيّد الخوئي بإشكالين و قال: «و فيه: أوّلاً: أنّ
الرواية ضعيفة السند كما مرّ فلا يمكن الاستناد إليها في الحكم الشرعي.

و ثانياً: أنّ الاستدلال بها على ما نحن فيه يتوقف على وقوع المعاملة على عين
الوديعة إمّا بنحو المعاطاة أو بالعقد اللفظي ولكن لا قرينة في الرواية على ذلك»^(٥).
و يمكن الإجابة عنهما أمّا الأوّل: فقدّ عرفت ضعف سند الشيخ و اعتبار سند
الصدوق بالرواية، لا سيما أنّ القاسم بن محمّد الجوهري المختلف فيه عند الأصحاب،
فهو عند المحقّق السيّد الخوئي عليه السلام معتبر فسند الصدوق عنده و عندنا معتبر^(٧)، فرميه

(١) شرح القواعد ٧٩/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

(٣) الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٩/٢٢).

(٤) حاشية المكاسب ١٢٢/٢.

(٥) مصباح الفقاهة ٧٧/٤.

(٦) راجع معجم رجال الحديث ٤٧/١٤، الرقم ٩٥٤٢.

(٧) راجع الآراء الفقهية ٣٥٢/٣.

الرواية بضعف السند لا وجه له.

و أمّا الثاني: فلو لو كانت معاملات الودعي الجاحد بالكلّي في الذمة لا بالعين المودعة عنده، يكون تمام الربح للودعي و لا يستحقُّ أبوسيتار شيئاً منه، مع أنّ الإمام عليه السلام أمره بأخذ الربح، و هذا الأمر أقوى قرينة على أنّ المعاملات وقعت على عين الوديعة. و من المعلوم أنّ ارجاع نصف الربح من المالك على الودعي يكون تفضلاً من المالك لأجل تشويق الودعي على توبته.

و الشاهد لما ذكرنا مقالة المؤسس الحائري حيث يقول: «... أنّ البيع أو الشراء لما في الذمة إذا كان القصد حين المعاملة الدفع من عين مال الغير يكون كالمعاملة الواردة على عين المال ابتداءً فيندرج في الفضولي و يرجع ربحها إلى صاحب العين و يناسب ذلك مع ارتكاز العرف، ألا ترى أنّ العصاة و الظلمة مع شرائهم و تحصيلهم لما يملكونه غالباً بالثمن في ذمتهم يقال: إنّ ما بيدهم مالٌ لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به...»^(١).

لا يقال: «أنّ استحقاق مسمع للربح بتمامه قد يكون بسبب بذل الودعي له في مقابل تحليل مسمع له من دون أن يكون مسمع مستحقاً له بالأصل» كما عن الفقيه المعاصر - مدظله -^(٢).

لأنّ نقول: البذل مقابل التحليل و ان كان محتملاً و متعارفاً في العادة ولكنه خلاف لظاهر المعبرة حيث يقول الودعي فيها: «هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك» فحكم الودعي بأنّ أربعة آلاف درهم للمالك و ربح ماله. و هذا مخالف للبذل مقابل التحليل.

و قوله: «و اجعلني في حلّ» لا يدل على أنّ البذل مقابل التحليل.

فدلالة المعبرة على صحة بيع الفضولي تامة.

(١) كتاب البيع ٣١٠/١ لشيخنا آية الله الشيخ محمد علي الأراكي.

(٢) منهاج المصباح، كتاب التجارة ٢٢١/٢.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه الحادي عشر: خبر أبي حمزة الثمالي ... ٢٤٩

الوجه الحادي عشر: خبر أبي حمزة الثمالي

عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الزكاة تجب عليّ في موضع لا يُمكنني أن أُؤدّيها؟ قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت ضامن لها ولها الربح، وإن تويّت^(١) في حال ما عزّلتها من غير أن تشغلها في تجارة فليس عليك وإن لم تعزلها و اتّجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح ولا وضیعة^(٢) عليها.^(٣)

بتقريب: إذا وجبت الزكاة مع بشرائها المعلومة في مال يجب إخراجها وإن لم يتمكن المالك من أدائها يجب عزلها، فإن عزلها و تلفت من دون تفريط ليس عليه شيء ولكن إن لم يعزلها و اتّجربها، يتعلّق بها الربح بقدرها من دون أن يتعلّق بها الضرر. و تعلّق ربح التجارة بمال الزكاة من دون الضرر يكون من مصاديق بيع الفضولي الذي أجازته الشارع ولاية على مستحقي الزكاة و حفظاً لمنافعهم، و الضرر يكون في مال المالك لأنّه يتصرف في الزكاة من دون إجازة أربابها فيكون ضامناً لها و لا يتعلّق بها الخسارة.

و استدللّ الفقيه السيّد اليزدي^(٤) على صحة بيع الفضولي بهذه الرواية. و يمكن أن يناقش عليه: بحمل الرواية على التعبد كما هو الظاهر مضافاً على ضعف سندها بجهالة عمّن حدّث عنه علي بن محمّد و إهمال معلّي أو يعلى بن عبيد في كتب الرجل و ليس لهما - على فرض تعدّدهما - إلا هذه الرواية، فالاستدلال بها لا يتم.

(١) تويّت: هلكت.

(٢) الوضيعة: الخسارة.

(٣) الكافي ٣٦١/٧، ح ٢ (٦٠/٤) و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٠٧/٩، ح ٣، الباب ٥٢ من أبواب المستحقين للزكاة.

(٤) حاشية المكاسب ١٢٣/٢.

الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي ﷺ و بني هاشم

روت العامة في صحاحهم^(١) و سيرهم^(٢) أنّ عقيلاً عمد إلى دور بني هاشم في مكة - وكانت قريش تعطي من لم يُسلم مالَ مَنْ أسلمَ بعد هجرة المسلمين إلى المدينة - فباعها حتّى دار رسول الله ﷺ، فلما دخل رسول الله ﷺ مكة يوم الفتح قال له أسامة بن زيد: أتزل غداً في دارك يا رسول الله ﷺ؟ فقال ﷺ: وهل ترك لنا عقيل من رباع^(٣)؟! وردت الرواية في كتبنا التفسيرية^(٤) و الفقهيّة^(٥) و التراجمية^(٦).

و استدل بها الشيخ جعفر لصحة بيع الفضولي و قال: «و لحديث بيع عقيل دار النبي ﷺ بمكة من دون إذنه فلما أخبره أجازته»^(٧).

و تبعه صهره العلامة التقي الجدّ و قال: «و منها: من أنّ عقيلاً باع دوراً للنبي ﷺ بمكة من دون إذن، فلما أخبره بذلك أجازته»^(٨).

و قال قبلهما السيّد مهدي بحر العلوم في رسالة سمّاها «مبلغ النظر في حكم قاصد الأربعة من مسائل السفر» بعد نقل الرواية: «و ظاهره أنّه أجاز ما صنعه عقيل تكريمًا و

(١) صحيح البخاري ١٨١/٢، صحيح مسلم ٩٨٤/٢، ح ١٣٥١، سنن ابن ماجه ٩١٢/٢، ح ٢٧٣٠، مسند أحمد ٢٠٢/٥، فتح الباري ١٢/٨، شرح مسلم للنووي ١٢٠/٩، المستدرک للحاكم ٦٠٢/٢، المعجم الكبير للطبراني ١٦٨/١.
(٢) السيرة الحلبية ٨٥/٣، المغازي للواقدي ٨٢٩/٢، أخبار مكة ١٦١/٢، سير أعلام النبلاء ٦٨/١٠.

(٣) رباع جمع الرُبْع: الدار بعينها حيث كانت. الصحاح ١٢١١/٣.

(٤) نحو: مجمع البيان ١٤٧/٩ في تفسير الآية ٣٠ من سورة ق من الجزء السادس و العشرين.

(٥) نحو: تذكرة الفقهاء ٤٠/١٠ و غيرها التي تذكر.

(٦) نحو: الدرجات الرفيعة ١٥٤/ في ترجمة عقيل، للسيّد علي خان المدني صاحب شرح الصحيفة.

(٧) شرح القواعد ٧٧/٢.

(٨) تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي ﷺ و بني هاشم .. ٢٥١

يستفاد منه صحة بيع الفضولي إذا تعقبه الإجازة ولو كان غصباً»^(١).

أقول: على فرض وقوع هذه القضية - كما أنّ الظاهر وقوعها حيث لم يرد من الأئمة المعصومين عليهم السلام نفيها - وإجازة النبي ﷺ و بني هاشم له، استفادة صحة بيع الفضولي منها لا ينكر.

فلا يصغى إلى مقالة الفاضل النراقي حيث يقول: «و احتجوا بما ورد من تقرير النبي ﷺ و بني هاشم له ببيع عقيل داره بمكّة وضعفه ظاهر»^(٢).

(١) نقلها بتامها السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ١٠/٤٣٥-٣٣٣)، و العبارة المنقولة فيه ٣٧٠/١٠.

(٢) مستند الشيعة ٢٧٦/١٤.

الوجه الثالث عشر: اجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزائدة على الثلث
 الوصية جائزة و نافذة في أموال الموصي إذا بلغت إلى حدّ ثلث أمواله، وأمّا ما زاد على الثلث فلا يجوز إلاّ بعد إمضاء الورثة و إجازتهم^(١)، نعم لو أجاز بعضهم في حياة الموصي فليس له الرجوع عنها بعد مماته.^(٢)
 و كأنّ الوصية من الموصي في ما زاد على ثلث الأموال تصرف في مال الورثة فلذا يحتاج إلى إذنهم و بعد الإذن تكون نافذة، نظير بيع الفضولي لكونه تصرفاً في مال المالك و بعد إذنه يكون نافذاً.

قال الشيخ جعفر: «و في اجازة السيّد عقد العبد و الوارث للوصية بما زاد على الثلث إشعار بذلك»^(٣).

و تبعه العلامة التقي الجدّد و قال: «و ممّا يستأنس به للقول المذكور [صحة بيع الفضولي] دلّ على صحة الوصية الزائدة على الثلث إذ أجازته الورثة»^(٤).
 و ذكرها صاحب الجواهر^(٥) من المؤيدات.

أقول: الإشعار و الاستيناس و التأييد لا بأس به، وأمّا دلالة فرع على فرع آخر فهَي من القياس المحرّم عندنا مضافاً إلى ما أورده الفقيه السيّد اليزدي بقوله: «... فإنّ إجازته [الوارث] شرط في نفوذ تصرف الميت لنفسه فلا دخل له بالمقام من إجازة المالك للعقد الواقع على ماله على أن يكون له، إذ من المعلوم أنّ الإجازة لا تصير الوصية للوارث، بل توجب عدم انتقال المال إليهم»^(٦).
 و تبعه السيّد الخوئي^(٧).

(١) راجع وسائل الشيعة ٢٧٥/١٩، الباب ١١ من أبواب كتاب الوصايا.

(٢) راجع وسائل الشيعة ٢٨٣/١٩، الباب ١٣ من أبواب كتاب الوصايا.

(٣) شرح القواعد ٧٦/٢.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

(٥) الجواهر ٤٥١/٢٣ ٢٧٩/٢٢.

(٦) حاشية المكاسب ١٢٣/٢.

(٧) مصباح الفقاهة ٧٧/٤.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالك و اللقطة ٢٥٣

الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالك و اللقطة

وردت في بعض الروايات^(١) التصدق بمجهول المالك و اللقطة - بعد اليأس عن الظفر بصاحبهما - فإن جاء صاحبه و أمضى الصدقة مضت و إلا غرمها المتصدق و الثواب له.

و هذا التصدق تصرف في مال صاحبه و بعد إجازته لا يجوز له طلب المال من المتصدق و أمّا إذا لم يجز فيجوز له طلب مال من المتصدق.^(٢) و أنت ترى و جُودَ التشابه بين هذ التصدق بعد اجازة المالك ببيع الفضولي بل هو تصدق الفضولي.

و عدّها الشيخ جعفر من الأمور المُشعِرة بصحة بيع الفضولي و قال: «... و كذا الأخبار الدالة على التصدق بمجهول المالك عنه فإن جاء و أمضى الصدقة مضت و إلا عزم المتصدق و الثواب له لا يخلو من ظهور في ذلك»^(٣). و تبعه العلامة التقي الجد و قال: «و ممّا يستأنس به... و ما ورد في التصدق بمجهول المالك إن جاء صاحبها و أمضى الصدقة مضت، و إلا غرّمه المتصدق و إلا أجزاءه»^(٤).

و جعلها صاحب الجواهر^(٥) من المؤيدات.

أقول: تصدق الفضولي هنا واضح و صحيح و البيع مثله، و أمّا فرض الغرامة لأنّ صاحب المال يطلب ماله فيجب على المتصدق أداء ماله إليه لأنّه أتلفه عليه بالصدقة. فينطبق الحكم على شطريه على القواعد فلا نحتاج إلى تعبد شرعي في المقام. و ممّا ذكرنا يظهُرُ عدم تمامية مقالة الفقيه السيّد البيزدي حيث يقول: «أنّ الإذن

(١) راجع وسائل الشيعة ٤٥٠/٢٥، الباب ٧ من أبواب كتاب اللقطة.

(٢) راجع ما حررته في هذا المجال في الآراء الفقهية ٣٤٩/٣.

(٣) شرح القواعد ٧٦/٢.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٣٨/٣.

(٥) الجواهر ٤٥١/٢٣ ٤٥١/٢٢ (٢٧٩/٢٢).

الشرعي حاصل في التصدق و هو صحيح على كل حال أجاز المالك أو لا، و ضمانه على فرض عدم الرضا حكم تعبدي، و عدم ضمانه في غير هذا الفرض حكم تعبدي»^(١).
و تبعه السيّد الخوئي و قال: «أنه لا شبهة في صحة التصدق هناك للإذن الشرعي و إن لم يرض به المالك، و إنما الرضا يؤثر في عدم الضمان تعبدًا كما أنّ عدمه يؤثر في عدمه كذلك»^(٢).

أقول: الرضا بل الإذن يصح تصدق الفضولي و عدمه يصح الضمان لأنّ المالك يطالب بماله فمن أين نحتاج إلى التعبد. نعم، في فرض عدم وجدان المالك الإذن الشرعي من المالك الحقيقي يصح التصدق، و الله العالم.

(١) حاشية المكاسب ١٢٣/٢.

(٢) مصباح الفقاهة ٧٧/٤.

الاستدلال على صحة الفضولي - الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكين ٢٥٥

الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكين

وردت عدّة من الروايات في تحليل خمس المناكح^(١) و المساكين^(٢) و ورد في بعضها^(٣) طلب الإجازة من الإمام^(عليه السلام) في مال الخمس فأجازهم. بتقريب: إنّ الناس يشتركون المساكين و المناكح و فيها حقّ الإمام^(عليه السلام)، أو غيرهما بالمال المخمس ثمّ أجازهم الإمام^(عليه السلام) و بعد إجازته تخرج المعاملة من الفضولية أو الغصبية بالنسبة إلى طرف الذي أحلّ له، فيمكن استفادة صحة الفضولي منها. و لا ينافي تقدم صدور التحليل أو الإجازة منهم لما ذكره في الجواهر: «و قد عرفت أنّه لا ينافي الفضولية تقدّم الإذن لخصوص المشتري و إن كان البائع باقياً على غصبيته نحو ما سمعته في الخراج»^(٤). و إمكان التفكيك في صحة المعاملة بين الطرفين خلافاً للفقهاء المعاصرين^(٥) - مدظله - حيث يرى امتناعه.

قال الشيخ جعفر: «و في أخبار الخمس من تحليل المناكح و المساكين و خصوص ما صرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوّاري و إجازة الإمام لأهل الحقّ في ذلك ما يُرشد إليه و إن احتملت وجهاً آخر»^(٦).

(١) منها: صحيحة أبي خديجة سالم بن مكرم المروية في وسائل الشيعة ٥٤٤/٩، ح ٤، الباب ٤ من أبواب الأنفال.

و منها: صحيحة الفضلاء المروية في وسائل الشيعة ٥٤٣/٩، ح ١.

و منها: صحيحة ضريس الكناسي المروية في وسائل الشيعة ٥٤٤/٩، ح ٣.

و منها: صحيحة الفضيل المروية في وسائل الشيعة ٥٤٧/٩، ح ١٠.

(٢) منها: صحيحة أبي سيار مسمع بن عبد الملك المروية في وسائل الشيعة ٥٤٨/٩، ح ١٢.

و منها: صحيحة علي بن مهزيار المروية في وسائل الشيعة ٥٠١/٩، ح ٥.

(٣) منها: معتبرة يونس بن يعقوب المروية في وسائل الشيعة ٥٤٥/٩، ح ٦.

(٤) الجواهر ٤٥١/٢٣ (٢٧٩/٢٢).

(٥) مصباح المنهاج، كتاب التجارة ٢٢٣/٢.

(٦) شرح القواعد ٧٦/٢.

و لعلَّ مراده من الوجه الآخر صدور الإجازة و الإذن قبل الشراء فتخرج المعاملة عن الفضولية فلا يستفاد منها صحة بيع الفضولي.

و تبعه المحقِّق التقي و قال: «و ممَّا يستأنس... و كذا فيمن يشتري من مال الخمس من الجوارى من إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الولاية، و ما ورد من تحليل المناكح و المساكن لأهل الحق»^(١).

و قال صاحب الجواهر في ضمن المؤيدات: «و بالنصوص الواردة في باب الخمس المشتمل. بعضها على التصرف فيه من بعضهم و طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فأجاز... بل في نصوص المناكح و المساكن سيِّما ما صرَّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى المشتملة على إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الحق ما يؤيد ذلك أيضاً»^(٢).

أقول: وجه التأييد أو الاستيناس أو الإرشاد و عدم الاستدلال في كلامهم هو وجود الاحتمال الآخر في كلام الشيخ جعفر كما مرَّ و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال. نعم، هذا الاحتمال لا يجري بالنسبة إلى التصرف الفعلي في مال المخمس ثمَّ الاستيدان من الإمام عليه السلام و صدور الإجازة منه عليه السلام، و ليس هذه المعاملة إلا فضولياً بالنسبة إلى حقِّه عليه السلام و حصَّته عليه السلام و بعد صدور الإجازة منه عليه السلام تمت. فيتم الاستدلال بهذا الأخير.

و لا يردُّ على هذا الأخير ما ذكره شيخنا الاستاذ عليه السلام من قوله: «و الصحيح أنَّ التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولي و لا بالتوكيل...»^(٣).

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٣٨.

(٢) الجواهر ٢٣/٤٥١ (٢٢/٢٧٩).

(٣) إرشاد الطالب ٣/٣٢٥.

الاستدلال على صحة عقد الفضولي - الوجه السادس عشر: إجازة السيد عقد العبد .. ٢٥٧

الوجه السادس عشر: إجازة السيد عقد العبد

قد مرّ في الشرط الخامس من شرائط المتعاقدين بأنّ إذن السيد لو كان العاقد عبداً يصحّ العقد. بلا فرق بين أن يكون العقد نكاحاً^(١) أو معاملة مالية. وأن يكون الإذن سابقاً أو لاحقاً. والإذن اللاحق يسمّى إجازة غالباً. ومع لحوق الإجازة يكون عقد العبد صحيحاً بلا فرق بين أن يعقد لنفسه أو لمولاه أو لغيرهما، نعم لو كان للغير يحتاج إلى اذنه وإلا صار فضولياً بالنسبة إليه.

ثم إجازة السيد تصحّ عقد العبد فكذلك إجازة المالك تصحّ بيع الفضولي.

ولذا قال الشيخ جعفر: «و في إجازة السيد عقد العبد... إشعار بذلك»^(٢).

و تبعه صهره العلامة التقي وقال: «... و من ذلك الأخبار الدالة على صحة عقد العبيد مع إجازة الولي فإنّه عقد فضولي قطعاً، و من البين أنّ الأمر في الفروج و شدّة الاحتياط فيها أكد كما ورد في الرواية^(٣) و نصّ عليه جماعة من الأجلة فيدلّ بالفحوى على الصحة في غيرها»^(٤).

أقول: قد مرّ البحث حول هذه الفحوى في الوجه الرابع^(٥) من أدلة صحة بيع الفضولي فراجع.

و تبعهما صاحب الجواهر وقال: «بل يؤيّد أيضاً: ما ورد في إجازة السيد عقد العبد...»^(٦).

(١) عدّة من الروايات تدلّ على صحة نكاح العبد بعد إجازة مولاه من حين عقد النكاح راجع في هذا المجال وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١ صحيحة زرارة، و وسائل الشيعة ١١٥/٢١، ح ٢ موثقة، و وسائل الشيعة ١١٦/٢١، ح ١ خبر عبيد بن زرارة، و وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١ صحيحة معاوية بن وهب، و وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح ١ حسنة علي بن جعفر، و غيرها.

(٢) شرح القواعد ٧٦/٢.

(٣) وسائل الشيعة ١٦٣/١٩، ح ٢ = ٢٥٩/٢٠، ح ٣ حسنة العلاء بن سيابة.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٣٣/٣.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٠.

(٦) الجواهر ٤٥١/٢٣ ٤٥١/٢٢ (٢٧٩/٢٢).

الاستدلال على بطلان عقد الفضولي

احتجوا للبطلان بالأدلة الأربعة:

١- الكتاب

قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾^(١)

تمسكوا بدلالة الآية الشريفة على البطلان بتقريبين:

التقريب الأوّل: الاستثناء يدل على الحصر في جواز أكل أموال الناس بالتجارة عن تراض فقط، و بيع الفضولي ليس تجارة عن تراض فأكل المال بسببه أكُلٌ للمال بالباطل.

إن قلت: لحوق الإجازة يدرجه في التجارة عن تراض فيجوز أكل المال به.

قلت: إذا لم يكن حين العقد ثمةً مضائقً للتجارة عن تراض، فلحوق الإجازة بها

لا يجعله مصداقاً لها.

ناقش الشيخ الأعظم^(٢) في هذا التقريب بأن الاستثناء يدل على الحصر إذا كان

متصلاً ولكنه هنا منفصلاً لخروج تجارة عن تراض عن أكل المال بالباطل و تصريح

جماعة من المفسرين كما مرّ^(٣) في بحث بيع المكروه في التمسك بالآية الشريفة على

بطلانه حتى إذا تعقّب الرضا.

(١) سورة النساء / ٢٩.

(٢) المكاسب ٣/ ٣٦٤.

(٣) راجع هذا المجلد صفحة ١٥٣.

و اعترض عليه السيّد الخوئي؛ بوجه: الأوّل: أنّ الاستثناء المنقطع من أوضح الأغلاط إذ لا يصح أن يقال: ما رأيتُ عالماً إلاّ الجاهل، وهو لا يصدر من المبتدئين في البلاغة فكيف بصدوره من الله العظيم و وجوده في كتابه الكريم الذي نزل بعنوان الإعجاز والتحدي تعالى كلامه عزّ وجلّ عن ذلك علواً كبيراً. فالاستثناء في الآية الشريفة استثناء متصل ولو كان ذلك بالعناية.^(١)

و الثاني: الاستثناء في الآية من قبيل المتصل دون المنقطع، إذ قد يحذف من الجملة شيءٌ و يُقام مقامه علته نظير قوله تعالى: ﴿و من كفر فإن الله غنيٌّ عن العالمين﴾^(٢) لأنّ التعليل ليس مترتباً على الشرط المذكور فيه لأنّه تعالى غنيٌّ على أيّ حال حجّوا أم لم يحجّوا، كفروا أم آمنوا، إنّما هو تعليل لما حذف عن الآية... و في المقام أيضاً كذلك فكأنّ الآية كذا: و لا تأكلوا أموالكم بينكم بشيءٍ من الأسباب كالنهب و القمار و البيع - فإنّها باطلة إلاّ إذا كان ذلك السبب تجارة عن تراض و عليه فالاستثناء متّصل مفرغ.^(٣)

و الثالث: ولو كان الاستثناء منقطعاً يفيد الحصر لأنّ الله تعالى كان بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها و كان الإهمال مخّلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية و تحصل أنّها مسوقة لبيان حصر الأسباب الصحيحة بالتجارة عن تراض سواء أكان الاستثناء متصلاً أم كان منقطعاً، فدلالة الآية على مفهوم الحصر ممّا لا ريب فيه و هو بطلان التجارة عن غير تراض و منها بيع الفضولي.^(٤)

أقول: يرد عليه أولاً: لم يكن الاستثناء المنقطع من الأغلاط و لا من أوضحها بل هو نوع من الكلام و يحسن استعماله في محلّه فلا إشكال في وروده في المعجزة الخالده

(١) مصباح الفقاهة ٧٩/٤، نقلته مختصراً.

(٢) سورة آل عمران ٩٧.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٣٨/٢، التنقيح في شرح المكاسب ٤٠٦/١.

(٤) مصباح الفقاهة ٨١/٤.

أعني الكتاب الكريم، ولو لم يرد فيه فكيف يفسر السيّد الخوئي رحمته الله قوله تعالى: ﴿وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين﴾^(١)، وقوله تعالى: ﴿يوم لا ينفع مالٌ ولا بنونٌ إلا من أتى الله بقلب سليم﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿مالهم به من علمٍ إلا اتباع الظن﴾^(٣)، و هل تَنَمُّ الفصاحة وَ تَطَرُّدُ صِحَّةُ الْمَعْنَى فِيهَا وَ نظائرُها إلا بانقطاع الاستثناء.

و ثانياً: يمكن في بعضِ المواردِ حذفِ الجزاءِ و قيامِ تعليله مقامه نحو قوله تعالى: ﴿وإن يسرق فقد سرق أخ له من قبل﴾^(٤)، ولكن الآية الشريفة لم تكن كذلك، ولم تكن قرينة على قيام تعليل الجزاء مقامه بل القرينة على خلافه و هي باء السببية الواردة على الباطل أي لم يأكلوا أموالكم بينكم بالأسباب الباطلة نحو القمار و السرقة و الزنا و الربا و شرب الخمر، و حيث لم يكن من أوّل الأمر تجارة عن تراض من الأسباب الباطلة فيكون الاستثناء منقطعاً. و العجب منه رحمته الله كيف يدخل البيع في عنوان الباطل.

و ثالثاً: الاستثناء منقطعٌ و لا يستفاد منها حصر و ليست في البين قرينة مقامية تدل على الحصر كما مرّ في بحث بيع المكروه^(٥) فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

و نضيف هنا بأنّ علي بن إبراهيم القمي في تفسيره^(٦) و الطبرسي في مجمعه^(٧) يذهبان إلى التوسّع في مدلول الآية بحيث تشمل أخذ المال من الظالم و في موتقة سماعة^(٨) استشهد الإمام عليه السلام على حرمة تصرّف الرجل في أمواله مع تعلق الدين بدمته

(١) سورة البقرة / ٣٥.

(٢) سورة الشعراء / ٨٩.

(٣) سورة النساء / ١٥٧.

(٤) سورة يوسف / ٧٧.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ١٥٥.

(٦) تفسير القمي / ١٣٦/١.

(٧) مجمع البيان / ٣٦/٢.

(٨) الكافي / ٥٨٧/٩، ح ٢ (٩٥/٥).

بالآية الشرفة و هذه تدل على عدم الحصر.

التقريب الثاني: سياق التحديد لأنّ كلّ وصف ورد في مقام التحديد يدلّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف وإن لم نقل بمفهوم الوصف، و من المعلوم أنّ قيد التراضي وصف ورد مورد التحديد فيدلّ على انحصار جواز الأكل بمورد التراضي فقط، و التراضي في بيع الفضولي مفقودٌ. و أورد عليه الشيخ الأعظم بالوجوه الأربعة الماضية في بحث بيع المكره^(١) فلا نعيد.

و ناقشه السيّد الخوئي^(٢) في عدم المفهوم في تحديد الوصف بأنّ: نعم عدم المفهوم للوصف تام ولكن إذا كان الوصف في مقام التحديد - كما في المقام - يدلّ على انتفاء الحكم عند انتفاء الحدّ نظير قوله^(٣) في جواب السائل عمّا لا يفعل بالملاقاة؟ كرّ من الماء^(٢).^(٣)

و ذكر التراضي في الآية من هذا القسم لأنها متوجّهة إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها و حصر أسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراضي^(٤). و كذلك ناقشه في «احتمال أن يكون ﴿عن تراضي﴾ خبراً بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيداً لها وإن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد...». بقوله^(٥): «فلأنه في حدّ نفسه خلاف ظاهر الآية، لأنّ ظاهر الآية الشريفة أنّ الجميع كلام واحد متصل لا أنّه خبر بعد خبر و قد اعترف^(٦) بأنّ غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد، هذا أولاً.

و ثانياً: فلو سلّمنا أنّه خبر بعد خبر فهل ذلك يرفع الإشكال، لأنّ معنى الآية حينئذ

(١) راجع هذا المجلد صفحة ١٥٤.

(٢) نحوها معتبرة بل صحيحة اسماعيل بن جابر راجع وسائل الشيعة ١/١٥٩، ح ٧، الباب ٩ من أبواب الماء المطلق.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٦.

(٤) مصباح الفقاهة ٤/٨٢.

كما مرَّ أنَّ السبب لا بدَّ أن يكون تجارة و لا بدَّ أن يكون عن تراض فبانتهاء كلِّ واحد من الأمرين يرتفع الحليَّة والمفروض أنَّ الفضولي ليس عن تراض»^(١).
ثم قال: «و من هنا ظهر الجواب عمَّا ذكره المحقِّق صاحب المقاييس من أنه يمكن أن يكون التقدير على كلتا القرائنين إلَّا «أن تكون تجارة كاملة عن تراض أو ممضاة عن تراض فيندرج عقد الفضولي في الآية لأنَّ كماله و امضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى في المجمع^(٢) عن مذهب الإمامية و الشافعية و عن غيرهم من أنَّ معنى التراضي بالتجارة امضاء البيع بالتفرُّق أو التَّخاير بعد العقد»^(٣)، فإنَّ هذا أيضاً بعيد عن ظاهر الآية و التزام بالتقدير بلا ملزم»^(٤).

و لتوضيح هذا الأخير راجع حاشية المكاسب^(٥) للمحقِّق الاصفهاني رحمته الله.
و أُضيف إلى مناقشاته على الشيخ الأعظم في قيده الوارد مورد الغالب بأنَّ: «ظهور قيد ﴿عن تراض﴾ [يكون] في الاحتراز و التحديد و يؤكِّده كونه نصّاً قرآنيّاً و قانوناً تشريعياً دستورياً لا يناسبه القيد الغالبي بقدر ما يناسبه كونه قيداً احترازياً مع عدم الشاهد الواضح على الاحتمال المقابل و مجرد الاحتمال لا ينعف و لا يقتضي إجمال الخطاب و لا يمَسُّ الظهور في احترازية القيد»^(٦).

أقول: يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم رحمته الله و ردّاً على السيّد الخوئي في مناقشته الاولى عليه: بأنَّ الشيخ الأعظم لا يقول بعدم ثبوت المفهوم للتحديد بالوصف، بل يقول بأنَّه مبناي و الاستدلال لا بدَّ بأنَّ يتم على جميع المباني فلا يرد النقاش عليه. و يمكن أن يجاب عن مناقشته الثانية: ﴿تكون﴾ الواردة في الآية كما يمكن أن

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٠٦/١.

(٢) مجمع البيان ٣٧/٢.

(٣) مقاييس الأنوار / ١٢٨.

(٤) مصباح الفقاهة ٨٣/٤.

(٥) حاشيته على المكاسب ١٠٠/٢.

(٦) بُشرى الفقاهة ٢٣/٤ لآية الله الشيخ محمد أمين المامقاني - مدظله - .

تكون ناقصة، يمكن أن تكون تامة و ظهور الآية الشريفة لا ينافي تامة كان، كما أن القراءة بهما موجودة، و القرينة على تماميته هي عدم الحصر و إذا كانت تامة فالأسباب الصحيحة لأكل المال شيئان هما: التجارة و الاكل عن تراض بحيث لو ينعدم كلاهما معاً - لاكل واحد منهما - يرتفع الحليّة.

و يمكن أن يجاب عن مناقشة تلميذ الشيخ الأعظم لِشَيْخِهِ: بأنّ كون قيد ﴿عن تراض﴾ نصّاً قرآنيّاً و قانوناً تشريعياً دستورياً لا يردّ القيد الغالبي كما في قيد ﴿في حجوركم﴾^(١) و الشاهد على غالبية ﴿عن تراض﴾ موجود و هو تحقق نوع التجارة مع تراضي الطرفين. نعم، يمكن أن يوجد تجارة ليست فيها رضاية أحد الأطراف نحو بيع المضطر.

فما ذكره الشيخ الأعظم تام، و الذي يُهَوَّنُ الخُطْبُ أَنْ المحقّق التستري و الشيخ الأعظم و السيّد الخوئي و تلميذه و هذا القاصر كلنا نرى أنّ بيع الفضولي مع صدور الإجازة و الإذن من المالك يكون من مصاديق المستثنى أعني ﴿تجارة عن تراض﴾ لا فرق بين القول بانقطاعه أو اتصاله، و دلالته على الحصر أو عدمه، و تامة ﴿تكون﴾ أو ناقصيته، و غالبية قيد ﴿عن تراض﴾ أو احترازيته، و خبريّة ﴿عن تراض﴾ بعد الخبر أو قيديته، فهذه المناقشات لا تثمر عملياً و لا يتم الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بهذه الآية الكريمة و الحمد لله.

و لذا قال الجدّ الشيخ جعفر^(٢): «و أضعف منه [أي من الاستناد إلى الأخبار المنقولة عند العامة و الخاصة الآتين] الاستناد إلى آية: ﴿تجارة عن تراض﴾ لأنّ التجارة لا تتمّ إلّا بالنقل و الانتقال و هما ناشئان عن التراضي و إن تأخّر عنهما، و مثل ذلك كثير في أبواب النكاح، و لا بحث في جريان الفضولي فيه»^(٢).

(١) سورة النساء ٢٣/.

(٢) شرح القواعد ٨٣/٢.

٢- السنة

تمسَّكوا لبطلان بيع الفضولي بعدة من الروايات:

بعضها عاميات: نحو قوله ﷺ لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك.^(١)
و رواها الصدوق^(٢) في حديث مناهي النبي ﷺ من طريقنا هكذا: ونهى عن بيع ما ليس عندك.

ولكن سند الصدوق إلى حديث مناهي النبي ﷺ ضعيف لوجود عدة من المجاهيل في السند و منهم شعيب بن واقد.
و العجب من المحقق السيّد المروج^(٣) كيف حكم بصحة سند حديث المناهي إلى شعيب بن واقد؟!

نعم، رواها الشيخ^(٤) بسنده الصحيح عن سليمان بن صالح - الجصاص الثقة - عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله ﷺ عن سلف و بيع و عن بيعين في بيع، و عن بيع ما ليس عندك و عن ربح ما لم يضمن.

و يراها الشيخ^(٥) نصاً في بطلان بيع الفضولي.

بتقريب: أنّ الفضول «باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الآبق و الطير في الهواء»^(٦)، و لأنّ جواز التصرف في العقود معلول للملك و هو [الملك] سببٌ و علةٌ له

(١) سنن ابن ماجه ٧٣٧/٢، ح ٢١٨٧، سنن أبي داود ٢٨٣/٣، ح ٣٥٠٣، سنن الترمذي ٥٣٤/٣، ح ١٢٣٢، سنن النسائي ٢٨٩/٧، سنن البيهقي ٢٦٧/٥، ٣١٧، ٣٣٩، مسند أحمد ٤٠٣/٤ و ٤٥٥، المعجم الكبير ٢١٧/٣ و ٢١٨ للطبراني.

(٢) الفقيه ٨/٤، ح ٤٩٦٨ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٣٥٧/١٧، ح ١٢، الباب ١٢ من أبواب عقد البيع و شروطه، و ٤٨/١٨، ح ٥، الباب ٧ من أبواب أحكام العقود.

(٣) هدى الطالب ٤٨٦/٤.

(٤) التهذيب ٢٣٠/٧، ح ١٠٠٥ و نقل عنه في وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح ٢.

(٥) الخلاف ١٦٩/٣، مسألة ٢٧٥.

(٦) كما في تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

[الجواز التصرف] ^(١)، ولأنَّ «عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلُّطه على تسليمه لعدم تملكه» ^(٢)، والحاصل: البيع لا يتم إلا في الملك وحيث أن الفضول لا يكون مالكاً فبيعه باطلٌ.

و يرد عليه: «النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد و نصرفه إلى باع عن نفسه و يمضي فيشتره من مالكة لأنه ذكره ﷺ جواباً لحكيم بن حزام حين سأله انه أنه يبيع الشيء ثم يمضي و يشتره و يسلمه و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازته» ^(٣).

و «الأخبار العامية على ضعفها غير واضحة الدلالة... لاحتماله المنع عن بيع غير المقدور على تسليمه... و ربما قيل ^(٤): بانتقاضه ببيع الوكيل... و أن في أخبارنا ما يعارض هذا الخبر معرباً عن كون المنع مذهباً للعامّة ففي الصحيح - كما قيل ^(٥) - عمّن باع ما ليس عنده، قال: لا بأس، قلت: إن من عندنا يفسده، قال: ولم؟ قلت: باع ما ليس عنده، قال ما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده ^(٦)! فتأمل» ^(٧).

و الفضول لا يبيع لنفسه حتّى يشمل النبي الشريف بل يبيع لمالكة فيكون البيع في ملكه و بعد إجازته ينسب إليه و يقدر الفضول على تسليمه، و يتم البيع و بما ذكرنا صح تعجّب التستري ^(٨) من الشيخ حيث يرى هذا النبي نصاً في بطلان بيع الفضولي.
و حاصل الرد: المراد من الموصول في الحديث الأعيان الشخصية الخارجية و إلاّ

(١) كما في مفتاح الكرامة ٥٩٥/١٢.

(٢) كما في المكاسب ٣٦٥/٣.

(٣) كما في تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

(٤) كما في الحدائق ٣٧٩/١٨ و الرياض ٢٢٢/٨ و شرح القواعد ٨٣/٢.

(٥) القائل صاحب الرياض ٢٢٦/٨.

(٦) وسائل الشيعة ٤٧/١٨، ح ٣، صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج.

(٧) مفتاح الكرامة ٥٩٦/١٢ و ٥٩٧.

(٨) مقاييس الأنوار، كتاب البيع ٣٠/.

جواز بيع الكلّي مطلقاً - حالاً و سلفاً - عند الإمامية من الواضحات، وكذا عند العامة^(١) ولكن في خصوص بيعه سلفاً لأنّهم لا يجوزون بيع الكلّي حالاً، فلا يمكن الاستدلال به على بطلان بيع الفضولي لأنّ الظاهر منه إرادة بيع شيء لنفسه مع أنّه غير مالك له حين المعاملة على أن يمضي فيشتره من مالكة و يدفعه إلى من باعه منه، وهذا غير بيع الفضولي. هذا أوّلاً.

و منه يظهر أنّ ما ورد في تقارير المحقّق النائيني من «أنّ بيع الكلّي سلفاً أو حالاً جائز باتفاق الفريقين»^(٢) غير تام.

و ثانياً: لو تنزّلنا عن هذا الظاهر يكون الحديث مجملاً إذ لا نعلم أنّ المراد منه إرادة مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه - حتّى يشمل بيع الفضولي - أو خصوص البيع الشخصي لنفسه على أن يمضي و يشتره و يدفعه إلى المشتري، فلا يمكن التمسك به في بطلان بيع الفضولي لإجماله.

و ثالثاً: على تقدير أنّ المراد من الحديث إرادة مطلق بيع ما هو خارج عن ملكه، لا يدلّ على بطلان بيع الفضولي لجهتين:

١- بيع الفضولي بعد إجازة المالك و استناد البيع إليه يدخل في عنوان بيع ما عنده و ما هو مالكة فيخرج من عموم الحديث كما مرّ.

٢- و على فرض عموميته، هذا الحديث بعمومه يدلّ على بطلان بيع الفضولي و ما مرّ من الروايات الدالة على صحته تدلّ بالخصوص على صحته فيخصن عمومه.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ الأعظم^(٣) في ردّه.

مقالة المحقّق النائيني

ولكن اعترض النائيني على الشيخ الأعظم في تخصيص عموم الحديث بالروايات الخاصة الدالة على صحة بيع الفضولي، لأنّه يرى النسبة بينهما التباين لا العموم

(١) الفقه على المذاهب الأربعة ١٦٤/٢ و ٢٤٠ و ٣٠٤.

(٢) منية الطالب ٢٨/٢.

(٣) المكاسب ٣٦٧/٣ و ٣٦٨.

الاستدلال على بطلان عقد الفضولي - السنة ٢٦٧

و الخصوص و قال: «لو سلم دلالتها [على المنع بالعموم] فلا يمكن تخصيصها بالأدلة الدالة على صحة الفضولي لأنّ تعارضهما ليس بالعموم و الخصوص المطلق [بل بالتباين] بتقريب: أنّ مفاد الأدلة المانعة هو أنّ بيع مال الغير لا يجوز سواء قصد لنفسه أم للمالك و سواء أجاز أم لم يجز.

و مفاد الأدلة المجوّزة صحة البيع المالك إذا أجاز لأنّه لم يكن البيع لنفسه أو للمالك بلا إجازته محلاً لتوهم الصحة حتّى يرد المنع بنحو العموم، بل التعارض بينهما بالتباين...»^(١).

و ناقشه في هذا الاعتراض السيّد الخوئي بقوله: «أنّ ما أفاده ذهول عن طريقة الجاهين و من جهة عدم التوجّه إلى أفعال الظالمين و المسلمين غير المباليين بالدين، أفلا ينهبون أموال الناس و يبيعونها و الناس [الآخرون] يشترون منهم، و هذا في زماننا كثير فكيف بزمان الجاهلية فإنّ النهب و السرقة كان شعارهم و كانوا يفتخرون بذلك بينهم أفلا يصحّ مع ذلك أن ينهاهم النبي ﷺ بقوله: «لا تبع ما ليس عندك» و من الظاهر أن [عموم] نهيه ﷺ بمكان من الصحة و المتانة ليرتدعوا بذلك عن بيع أموال الناس و عليه فالنسبة بينهما عموم و خصوص فيتقدّم الروايات [الخاصة الدالة على صحة الفضولي] عليه لا محالة هذا»^(٢).

مقالة المحقّق الإيرواني

يرى الإيرواني النسبة بينهما هو العموم من وجه و قال: «... المنفي في هذه الأخبار [لا تبع ما ليس عندك] لو كان هو البيع لنفسه كانت هذه الأخبار أخص من هذه الجهة و إن كانت أعم من حيث إجازة المالك فتكون النسبة عموماً من وجه و تقديم تلك على هذه ليس أولى من العكس بتقديم هذه و الحكم ببطلان البيع لنفسه و إن أجاز المالك كما قالوه في بيع الغاصب...»^(٣).

(١) منية الطالب ٢/٢٩.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٠٩.

(٣) حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

مراده ﷺ: الحديث عن بيع ما ليس عندك عام سواء تعقبه الإجازة أم لا و يختص ببيع البائع لنفسه، و الروايات الدالة على صحة الفضولي أيضاً عام سواء باعه الفضولي لنفسه أو لمالكة ولكن إذا تعقبه الإجازة.

فيتعارضان في بيع الفضول لنفسه إذا تعقبه الإجازة و لماذا في محل الاجتماع تقدّمون الروايات الدالة على صحة الفضولي؟ و لا يقدّمون الحديث؟!
أجاب الإيرواني بنفسه عن الاشكال بقوله: «...إنّ نتيجة التعارض بين الطائفتين بالعموم من وجه هو التساقط و الرجوع إلى العمومات و مقتضى العمومات كما تقدّم هو الصحة»^(١). هذا أولاً إذا تمّ العموم من وجه.

و ثانياً: على فرض وجود هذه النسبة بين الحديث و الروايات المجوّزة يكون مورد المعارضة بينهما و محل اجتماعهما هو بيع مال الغير لنفسه مع لحوق الاجازة و هو خارج عن محل بحثنا فعلاً لأنّ محل البحث بيع الفضول مال الغير مع عدم سبق النهي منه و صدور الاجازة منه بعد العقد.

و ثالثاً: لا يتم العموم من وجه لأنّ الروايات الدالة على صحة الفضولي ليس فيها ما يدلّ على صحة بيع الفضول لنفسه أو من دون إجازة المالك، غاية الأمر تدل على صحة بيع الفضولي إذا باعه لمالكة مع صدور إجازته، فلم يكن بينهما نسبة و ترتفع المعارضة من رأسه، لأنّ الحديث يختص ببيع البائع لنفسه سواء تعقبه الإجازة أم لا، و الروايات المجوّزة تدل على صحة بيع الفضول لمالكة مع صدور إجازته و لم يكن بينهما محل اجتماع.^(٢)

و من العاميات:

النبي الآخر عنه ﷺ: لا تطلق إلا في ما يملك و لا تعتق إلا في ما يملك و لا يبيع إلا في ما يملك.^(٣)

(١) حاشيته على المكاسب ٢/٢٣٠.

(٢) راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٤١.

(٣) سنن الترمذي ٣/٤٨٦، ح ١١٨١، مسند أحمد ٢/٢٠٧، السنن الكبرى ٧/٣١٨، سنن الدار

رواها النوري في مستدركه^(١) عن ابن أبي جمهور الأحسائي في كتابه عوالي اللآلي^(٢) ثلاث مرات كلّها مرفوعات و بلفظ «لا تملك» بالتاء لا الياء.

نعم، ورد في صحيحة الصفار أنه كتب إلى أبي محمد الحسن بن علي العسكري^(٣) في رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتي بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنني قد بعْتُ فلاناً - يعني المشتري - جميع القرية التي حدّ منها كذا، و الثاني و الثالث و الرابع و إنما له في هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و إنما له بعض هذه القرية و قد أقرّ له بكلّها؟ فوقع^(٤): لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك.^(٣)

قال صاحب الحقائق: «و الأصحاب قد افتوا في هذه المسألة التي هي مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملكه و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى أنه صحيح لكونه فضولياً موقوفاً في لزومه على إجازة المالك، و الرواية - كما ترى - تنادي بأنّه «لا يجوز» الدال على التحريم، و ليس ثمة مانع يوجب التحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون إذن مالكة»^(٤).

و فيه: على فرض قبول ما ذكره^(٥) من المانع، لا يدخل في بيع الفضولي لمالكة بعد صدور الإجازة منه التي هي إعلام و إظهار للرضا و إذن منه فلا يشمل الفضولي. مضافاً: إلى أنّ ظاهرها بيع الفضول مال غيره لنفسه لا لمالكة من دون إذنه، أو عدم صحة البيع الواقع من غير المالك على الاستقلال من دون لحوق إجازة المالك و كلاهما

→ قطني ١٤/٤، ح ٤٢، المصنّف ١٧/٦، ح ١١٤٥٦ لعبد الرزاق، كنز العمال ٦٤١/٩، ح ٢٧٧٧٩، مستدرک الحاكم ١٧/٢.

(١) مستدرک الوسائل ١٣/٢٣٠، ح ٣ و ٤، و ٢٩٣/١٥، ح ٥.

(٢) عوالي اللآلي ٢٤٧/٢، ح ١٦، ٢٠٥/٣، ح ٣٨، ٢٣٣/١، ح ١٣٦.

(٣) وسائل الشيعة ١٧/٣٣٩، ح ١، الباب ٢ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٤) الحقائق ٣٨٦/١٨.

غير مسألتنا هذه.

هذا كَلِّه بالنسبة إلى الصحيحة.

و أمَّا النبوي الآخر بالتقريب و الردّ للذين مَضَيَا آنفًا في النبوي الأوَّل فلا نعيد بناءً على القراءَةِ بصيغة المعلوم.

و أمَّا بناءً على القِراءةِ بصيغة المجهول: فتكون دليلاً على بطلان بيع ما هو غير مملوك كالسمك في البحر و الطير في الهواء و الدابة الوحشية على الجبال، و كذا عتق العبد قبل استرقاقه بأن يقول: لو تملكْتُكَ فأنت حرٌّ، و كذا طلاق المرأة قبل تزوّجها بأن يقول: لو تزوّجْتُكِ فأنت طالق، أو أن يطلقها أولاً ثمّ يتزوَّجها ليؤثر الطلاق بعد النكاح، و أنت تعلم بأنّها كلّها خارجة عمّا نحن بصدده في المقام من أدلة بطلان بيع الفضولي.

و أمَّا غير عاميات

فعدّة من الروايات:

منها: صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الأوَّل عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتاباً بأنّها قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها أشدّ المنع فإنّها باعته مالم تملكه. (١)

قال الفيض: «فلانٌ كناية عن العباس، و في الكافي (٢) من امرأة من العباسيين. و القطائع: محالٌّ ببغداد أقطعها المنصور لأناس من أعيان دولته ليعمروها و يسكنوها، وإنّما لم تملكها لأنّها كانت للإمام عليه السلام» (٣).

أقول: القطائع: جمع القطيعة و هي طائفة من أرض الخراج و اسم للشيء الذي يُقَطَّع، و اسم لما ينقل من المال كالقرى و الأراضي و الأبراج و الحصون. (٤) و الظاهر أنّ

(١) وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، ح ٢، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) الكافي ٧١٢/٩، ح ٨ (١٣٣/٥).

(٣) الوافي ٢٩٤/١٧، ح ١٧٣١٠.

(٤) راجع القاموس المحيط ١٠٠٨/٢، و مجمع البحرين ٣٨١/٤.

الاستدلال على بطلان عقد الفضولي - السنة ٢٧١

العراق كله مفتوح عنوة فكانت أراضيه ملكاً للمسلمين - لا الإمام عليه السلام - ولذا نهأه الإمام عليه السلام عن قبض الثمن.

قال الياقوت الحموي في معجم البلدان: «وَأَمَّا الْقَطِيعَةُ فَلَهَا مَعْنِيَانِ:

أحدهما: أن يعمد الإمام الجائر الأمر و الطاعة إلى قطعة من الأرض يفرزها عمّا مجاورها و يهبها مَمَّن يرى ليعمّرها و ينتفع بها، إمّا أن يجعلها منازل يسكنها من يشاء، و أمّا أن يجعلها مزدراعاً ينتفع بما يحصل من غلتها و لا خراج عليه فيها، و ربّما جعل على مزدرعها خراج، و هذه حال قطائع المنصور و ولده بعده ببغداد في محالّها فمن ذلك قطعة الربيع و قطعة أمّ جعفر و قطعة فلان....

القطيعة الاخرى: فهي أن يقطع السلطان من يشاء من قواده و غيرهم القرى و النواحي و يقطع عليهم عنها شيئاً معلوماً يؤدونه في كلّ عام قلّ أو أكثر، توقّر محصولها أو نزر لا مدخل للسلطان معه في أكثر من ذلك»^(١).

قال في الحدائق في تذييل الصحيحة: «فلو كان البيع الفضولي صحيحاً - كما يدّعونه - و دفع الثمن للبائع الفضولي جائزاً - كما يقولونه - لما أمر عليه السلام بمنعها أشدّ المنع معللاً ذلك بأنّها باعت ما لا تملكه»^(٢).

ثمّ العجب من شيخنا الاستاذ عليه السلام حيث يقول: «و لا يخفى ضعف الرواية سنداً لعدم ثبوت توثيق لأبي عبدالله البرقي [محمد بن خالد]»^(٣).

لأنّ الشيخ^(٤) وثقه في رجال الرضا عليه السلام و عدّه من أصحاب أبي الحسن موسى عليه السلام، كما ذكره في أصحاب الجواد عليه السلام قائلاً: «من أصحاب موسى بن جعفر و الرضا عليه السلام»^(٥).

(١) معجم البلدان ٤٢/١.

(٢) الحدائق ٣٨٦/١٨.

(٣) إرشاد الطالب ٣٣٢/٣.

(٤) رجال الشيخ ٣٨٦، رقم ٤.

(٥) رجال الشيخ ٤٠٤، رقم ١.

أمّا مقالة النجاشي في شأنه: «كان محمّد ضعيفاً في الحديث»^(١) يرجع إلى تضعيف حديثه لا نفسه لأنّه يقال: «يروى عن الضعفاء و يعتمد المراسيل»^(٢) فيبقى توثيق الشيخ بلا معارض كما عليه السيّد الخوئي^(٣) ولذا وثّقه العلامة وقال: «و الاعتماد عندي على قول الشيخ أبي جعفر الطوسي^(٤) من تعديله»^(٤).

و الصحيحة منعت عن إقباض الثمن في بيع الفضولي، و لا بأس بالالتزام بها و لا دلالة لها على فساد بيع الفضولي بل تؤيد صحته إذ لم يعلّل الإمام^(٥) المنع عن إقباض الثمن ببطان البيع بل علّله بأنّها باعت مالم تملكه مع أنّه لو كان باطلاً لكان التعليل به أولى و أنسب.^(٥)

و بعبارة أخرى: تدلّ على «عدم جواز القبض و الإقباض للبائع غير المالك و هذا أمر متسالم عليه بين القائلين بتمام بيع الفضولي بلحقوق الإجازة به و بين المنكرين له»^(٦).

مضافاً إلى أنّها لم تبعه لمالكة - و هو المسلم - بل باعتها لنفسها مع ادعاء المالكية فالرواية خارجة عن محلّ بحثنا فعلاً و هو بيع الفضولي لمالكة إذا تعقّب الإجازة منه.

و منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر^(٧) في حديث قال: سأله رجل من أهل النيل عن أرض اشتراها بفم النيل، و أهل الأرض يقولون: هي أرضهم، و أهل الأستان يقولون: هي من أرضنا، فقال: لا تشتريها إلا برضا أهلها.^(٧)

(١) رجال النجاشي / ٣٣٥، رقم ٨٩٨.

(٢) رجال الغضائري / ٩٣، رقم ١٣٢.

(٣) راجع معجم رجال الحديث / ٦٧/١٦، رقم ١٠٦٨٨.

(٤) ترتيب خلاصة الأقوال / ٣٧٦، رقم ٩٨.

(٥) راجع التنقيح في شرح المكاسب / ٤١١/١.

(٦) إرشاد الطالب / ٣٣٢/٣.

(٧) وسائل الشيعة / ٣٣٤/١٧، ح ٣.

النيل: موضع قريب ببغداد بينه وبين واسط^(١) قال الياقوت الحموي: «النيل: بكسر أوله بلفظ النيل الذي تصبغ به الثياب في مواضع: أحدها: بليدة في سواد الكوفة قرب حلّة بني مزيد يخترقها خليخ كبير يتخلّج من الفرات الكبير حفره الحجاج بن يوسف و سما بنيل مصر، وقيل: إنّ النيل هذا يستمدّ من صراة جاماسب ينسب إليه خالد بن دينار النيلي...»^(٢).

والأستان: أربع كُور^(٣) ببغداد: عال وأعلى وأوسط وأسفل.^(٤)

قال صاحب الحدائق في ذيلها: «لا يقال: إنّ السؤال في الرواية إنّما وقع عن أرض متنازع فيها، معلوم عدم إجازة المالك فيها على تقدير الفضولية. لأنّ نقول: موضع الاستدلال في الخبر إنّما هو قوله: «لا تشتريها إلا برضا أهلها» الدال على تحريم الشراء قبل تقدّم الرضا.

و دعوى قيام الإجازة المتأخرة مقام الرضا السابق، مع كونه لا دليل عليه، مردود بما ينادي به الخبر من المنع والتحرير إلا مع تقدّم الرضا.

و حاصل معنى الجواب تطبيقاً على السؤال: أنّ الأرض المذكورة لما كانت محلّ النزاع فلا تشتريها حتى تعلم مالکها من أيّ الفريقين و يكون راضياً بالبيع»^(٥).

أقول: اعتبر الإمام^(عليه السلام) رضا أهلها - أي أهل النيل - دون أهل الأستان لأنّهم ذوّؤ اليد عليها و اليد أمانة للملكية حتّى يثبت خلافها، و رضا المالك يدخل في صحة البيع بلا كلام، و القائل بصحة بيع الفضولي مع لحوق الإجازة به يرى الإجازة إظهاراً لرضا المالك بالبيع و إلا لم يجزه.

(١) في القاموس المحيط ٤٠٧/٢: النيل - بالكسر - : نهر بمصر، و قرية بالكوفة، و أخرى ببزد، و بلدة بين بغداد و واسط.

(٢) معجم البلدان ٣٣٤/٥.

(٣) كُور: جمع الكورة: المدينة و الناحية.

(٤) القاموس المحيط ١٥٨٣/٢، الوافي ٩٩٢/١٨، ح ١٨٦٨٩.

(٥) الحدائق ٣٨٧/١٨.

فالصحيحة لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، فلا يتم ما ذكره صاحب الحدائق رحمته.
 و منها: ما ورد في التوقيع الذي رواه الحميري أنه كتب إلى صاحب الزمان عليه السلام: أن
 بعض أصحابنا له ضيعة جديدة بجنب ضيعة خراب للسلطان فيها حصّة، وأكرتة ^(١) ربّما
 زرعوا تنازعوا في حدودها، و تؤذيهم عمّال السلطان، و تتعرض في الكلّ من غلات
 ضيعته، و ليس لها قيمة لخرابها و إنّما هي بائرة منذ عشرين سنة، و هو يتخرج من شرائها
 لأنّه يقال: إنّ هذه الحصّة من هذه الضيعة كانت قبضت من الوقف قديماً للسلطان، فإن
 جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صوناً و صلاحاً له و عمارة لضيعة، و أنّه يزرع هذه
 الحصّة من القرية البائرة بفضل ماء ضيعته العامرة و ينحسم عن طمع اولياء السلطان، و إن
 لم يجز ذلك عمل بما تأمره به إن شاء الله.

فأجاب عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالها أو بأمره أو رضاً منه. ^(٢)

قال في الحدائق: «و التقريب فيها ما تقدّم من تحريم الشراء إلّا بعد تقدّم رضا
 المالك» ^(٣).

أقول: الرواية مرسلة سنداً. و لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، لأنّه بعد صدور
 الإجازة من المالك يكون بيعاً من المالك و بأمره و إجازته و رضايته، فأيرادها هنا بلا
 وجه و مرّ ما في كلام صاحب الحدائق رحمته.

و منها: معتبرة خالد بن الحجاج قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يجيء فيقول:
 اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا، قال: أليس إن شاء ترك و إن شاء أخذ؟ قلت: بلى:
 قال: لا بأس به إنّما يحلّ الكلام و يحرم الكلام. ^(٤)

و منها: صحيحة أخيه يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل قال
 لي: اشتر هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا، قال، لا بأس بذلك،

(١) الأكرّة: جمع أكرار: الفلاح، راجع الصحاح ٥٨٠/٢.

(٢) وسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح ٨.

(٣) الحدائق ٣٨٧/١٨.

(٤) وسائل الشيعة ٥٠/١٨، ح ٤، الباب ٨ من أبواب أحكام العقود.

اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها.^(١)
بتقريب: أَنَّ الرَّوَّايَتَيْنِ تَدُلُّانِ عَدَمَ جَوَازِ بَيْعِ مَالِ الْغَيْرِ مَطْلَقاً إِلَّا بَعْدَ دَخُولِهِ فِي مَلِكِ الْبَائِعِ وَحَيْثُ أَنَّ الْفُضُولَ يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ تَنْفِيهِ الرَّوَّايَتَانِ.
و يردّه: تنفي الروايتان بيع مال الغير عن نفسه ثم شرائه من مالك و تحويله للغير، وهذا البيع الشخصي باطل عندنا، ولكن إذا كان على وجه البيع الكلي فلا إشكال فيه كما مرّ.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «... و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيى الآيتين في بيع الفضولي لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك...»^(٢).
و مراده من هذا المعنى ما مرّ من البيع الشخصي لنفسه لا مالكة، و لا البيع الكلي.
ثم قال بعد سطور: «و أمّا الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقتين أوضح»^(٣).

مراده عليه السلام من السابقتين: النبويان السابقان كما عن الفقيه المامقاني^(٤) و أمّا المراد من الروايتين فهما روايتا خالد و يحيى ابني الحجاج الماضيتان كما قاله الفقيه البيزدي^(٥) و المحققون الشهيدي^(٦) و الخوئي^(٧) و المروج^(٨) و شيخنا الاستاذ عليه السلام^(٩)، لا التوقيعان

(١) وسائل الشيعة ٥٢/١٨، ح ١٣.

(٢) المكاسب ٣/٣٦٧.

(٣) المكاسب ٣/٣٦٨.

(٤) غاية الآمال / ٣٦٤.

(٥) حاشية المكاسب ١٣٢/٢.

(٦) هداية الطالب ٣/٥١.

(٧) مصباح الفقاهة ٤/٩٩.

(٨) هدى الطالب ٤/٥٠٠.

(٩) إرشاد الطالب ٣/٣٣٧.

للصفار و الحميري كما عن الفقيه المامقاني^(١) عليه السلام.

أعني: لا بدّ من أن تحملا على النبيين اللذين مرّا.

و منها: التوقيع المروي بسند معتبر وفيه: وأما ما سألت عنه من أمر الضياع التي لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتساباً للأجر و تقرباً إليكم؟ فلا يحلّ لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك في مالنا؟! مَنْ فعل شيئاً من ذلك لغير أمرنا فقد استحلّ منّا ما حرم عليه، و مَنْ أكل من مالنا شيئاً فإنما يأكل في بطنه ناراً و سيصلى سعيراً.^(٢)

صاحب الحدائق أصرّ على أن عقد الفضول تصرف في مال الغير فيكون حراماً و باطلاً و يقول: «... من حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه إلا ما استثنى، و ليس منه هذا، و لا شك أن هذا العقد الواقع بغير اذن المالك و ما يترتب عليه من دفع المبيع و قبض الثمن من ذلك القبيل، و إذنه أخيراً.

لا يخرج تلك التصرفات السابقة على أن تكون غصباً.

نعم، يعفى عمّا جناه من ذلك كما لو جنى شخص على شخص ثم أبرأه من ذلك. ولو لم يأذن المالك فإنّ حكم الغصب باق فيكون هو مؤاخذاً لجميع تصرفاته ديناً و دنياً، أمّا الأوّل فبالمعاقبة و أمّا الثاني فبوجوب إرجاع كلّ إلى حقّ مستحقّه»^(٣).

و قرّب المحقّق التقي الاستدلال بقوله: «أنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فيكون قبيحاً عقلاً و شرعاً فيكون فاسداً»^(٤).

و قرّبه الشيخ الأعظم بقوله: «و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفاً»^(٥).

ثم ردّ المحقّق التقي هذا الاستدلال و قال: «... و دعوى كونه تصرفاً في ملك الغير

(١) غاية الآمال / ٣٦٤.

(٢) وسائل الشيعة ٥٤٠/٩، ح ٧، الباب ٣ من أبواب الأنفال.

(٣) الحدائق ٣٨٢/١٨.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٣٩/٣.

(٥) المكاسب ٣٧١/٣.

الاستدلال على بطلان عقد الفضولي - السنة ٢٧٧

محرمًا أو هين شيءٍ، للمنع من عدّ مجرد إيقاع الصيغة تصرفاً عرفاً و منع حرمة مثله لو عدّ تصرفاً، ولو سلّم كونه محرمًا فبعثه على الفساد ممنوع أيضاً لكون النهي عنه لأمر خارج»^(١).

و قال السيّد العاملي: «أمّا دعوى التصرف فممنوعة، لأنّ البيع بمجرّده مع كون المال عند صاحبه و أنّ أمره موكل إليه إن شاء أجاز وإن شاء لم يجر لا يسمّى تصرفاً»^(٢). و كذلك قال صاحب الجواهر: «منع كون إيقاع لفظ العقد - الذي لم نتحقّق تأثيره إلا برضا المالك - تصرفاً في مال الغير، حتّى من الغاصب ضرورة أصالة براءة ذمّته من حرمة القول المزبور، نعم يحرم عليه تصرفاته فيه بالقبض و الإقباض و نحوهما. على أنّ حرمة ذلك عليه لا تقتضي الفساد عقلاً بل و لا شرعاً لعدم تعلّق النهي به على وجه يفهم منه عرفاً ذلك»^(٣).

و قال الشيخ الأعظم: «و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّفاً لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه»^(٤).

أقول: ردّ القوم تام و أنت تجد هذا الرد في كلام صاحبي المقابس^(٥) و شرح القواعد^(٦).

هذا كلّهُ ما ذكرهُ الشيخ الأعظم من الروايات، و بقي بعضها الآخر و هو مذكورٌ في كلام صاحب الحدائق^(٧) و تركها الشيخ الأعظم لعلّ لوضوح جوابها عنده: و استشهد صاحب الحدائق بالروايات الواردة في النهي عن شراء الخيانة و

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠.

(٢) مفتاح الكرامة ١٢/٥٩٥.

(٣) الجواهر ٢٣/٤٥٧ (٢٢/٢٨٢).

(٤) المكاسب ٣/٣٧١.

(٥) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٨/.

(٦) شرح القواعد ٢/٨٤.

(٧) الحدائق ١٨/٣٨٧ و ما بعدها.

السرقّة:

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن شراء الخيانة و السرقّة فقال: إذا عرفت أنّه كذلك فلا إلّا أن يكون شيئاً اشترته من العامل.^(١)

قال صاحب الحدائق في تقريب الاستدلال بها: «فقد نهى عليه السلام عن الشراء مع العلم والنهي دليل التحريم، وليس ذلك إلّا من حيث أنّ المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غضباً محضاً و التصرف في المغصوب قبيح عقلاً و نقلاً. و الأصحاب في مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو إلّا ردّ لهذا الخبر و نحوه...»^(٢).

و منها: في حديث مناهي النبي صلى الله عليه وآله: و من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذي خانها.^(٣)

و منها: صحيحة أبي بصير قال: سألت أحدهما عليهما السلام عن شراء الخيانة و السرقّة؟ قال: لا إلّا أن يكون قد اختلط معه غيره، فأما السرقّة بعينها فلا، إلّا أن يكون من متاع السلطان فلا بأس بذلك.^(٤)

قال العلامة المجلسي رحمته الله: «قول عليه السلام: إلّا أن يكون من متاع السلطان، الظاهر أنّ الاستثناء منقطع و إنّما استثنى عليه السلام ذلك لأنّه كالسرقّة و الخيانة من حيث أنّه ليس له أخذه. و على هذا لا يبعد أن يكون الاستثناء متصلاً. و قيل^(٥): المعنى أنّه إذا كانت السرقّة من مال السلطان يجوز للشيعّة ابتياعها بإذن الإمام. و قيل: أريد به ما إذا سرق الإنسان مال ظالم على وجه التقاص. و الأوّل أوجه»^(٦).

و منها: معتبرة جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يصلح شراء السرقّة و

(١) وسائل الشيعة ٣٣٦/١٧، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٢) الحدائق ٣٨٧/١٨.

(٣) وسائل الشيعة ٣٣٣/١٧، ح ١.

(٤) وسائل الشيعة ٣٣٥/١٧، ح ٤.

(٥) الظاهر أنّه من الفيض في الوافي ٢٨٩/١٧ ذيل ح ١٧٣٠٢.

(٦) مرآة العقول ٢٦٨/١٩.

الخيانة إذا عُرِفَتْ. (١)

و منها: صحيحة علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق جارية ثم باعها يحلّ فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنباهم أنها سرقة فلا يحلّ، وإن لم يعلم فلا بأس. (٢)

قال صاحب الحدائق في ذيل هذه الروايات: «فهذه جملة من الأخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور في عدم جواز بيع الفضولي و عدم صحته ولو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولي و تصرفه بالدفع و القبض صحيحاً و إنما يتوقف على الإجازة، لصرح به بعض هذه الأخبار أو أشير إليه و لأجابوا عليهم السلام بالصحة، و إن كان اللزوم موقوفاً على الإجازة في بعض هذه الأخبار إن لم يكن في كلّها مع أنه لا أثر فيها لذلك ولو بالإشارة، فضلاً عن صريح العبارة» (٣).

قال الجّد في نقد هذا الاستشهاد ما نصه: «... و أضعف من ذلك (٤) الاحتجاج على ذلك (٥) بما ورد في الأخبار من المنع عن شراء السرقة و الخيانة و المنع عن وطئ الجارية المسروقة إذا اشتراها عن السارق و نحو ذلك، فإن تلك الروايات ظاهرة جّداً بل صريحة في غير صورة رضا المالك و تنفيذه للبيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها في المقام. و هو ظاهر على أنه لو سلّم إطلاقها فلا ريب في تنزيلها على غير صورة الإجازة إذا قلنا بصحة فضولي الغاصب مع تعقّب الإجازة بناءً على شمول الأدلة له فهي المقيدة لإطلاقها و إن لم نقل بصحّته فلا كلام» (٦).

و قال صاحب الجواهر في نقده: «فمن الغريب الاستدلال بهذه النصوص على

(١) وسائل الشيعة ٣٣٦/١٧، ح ٧.

(٢) وسائل الشيعة ٣٣٨/١٧، ح ١٢.

(٣) الحدائق ٣٨٨/١٨.

(٤) أي: من الاستدلال بالروايات السابقة.

(٥) أي: على بطلان بيع الفضولي.

(٦) تبصرة الفقهاء ٣٤١/٣.

ذلك، فضلاً عن التبجّح^(١) و التعجّب من الاهتداء إليها دون الأصحاب، إذ لا يخفى أنّ العجب من ذلك أعظم^(٢). و قال في موضع آخر: «... أنه لم يفهم محلّ النزاع و تخيل أنّ القائل بالصحة يريد حصول أثرها من الملك و التمليك و جواز التصرف و غير ذلك عدا اللزوم فأبرق و أَرعد ثم ترثّم و غرّد^(٣) و ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك متبجّحاً بالعثور عليها و الاهتداء إلى الاستدلال بها...»^(٤).

و قال السيّد الخوئي: «و يتوجّه على الاستدلال بها على ما نحن فيه أنّها ظاهرة في إرادة التملّك من الابتياح المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتياح من المالك، فلا إشعار في شيء منها ببطلان بيع الفضولي فضلاً عن الدلالة عليه و من نظر إليها بعين الإنصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحدائق مع تبخره في الأخبار و غوره فيها قد خفى عليه ما ذكرناه مع أنّه من الواضح بمكان بل هو كالنار على المنار، و أعجب من ذلك أنّه مع عدم فهمه محلّ النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولي تصرفاً في المغصوب ابتهج...»^(٥).

أقول: مضافاً إلى ما ذكره الأعلام^{عليه السلام} في نقده إنّ النسبة بين الشراء و الخيانة و بين بيع الفضولي عن مالكة مع صدور الإجازة منه الذي هو محلّ بحثنا فعلاً، هي التباين، و الخلط بينهما يكون محلاً للتعجب، نعم، بينها و بين بيع الغاصب الفضول مع تعقّب الإجازة نسبة كما مرّ عن الجدّه^{عليه السلام}.

و منها: معتبرة رُزَيْق بن الزبير أبي العباس الخُلُقاني قال: كنت عند أبي عبد الله^{عليه السلام} إذ دخل عليه رجلان - إلى أن قال - فقال أحدهما: إنّه كان عليّ مال لرجل من بني عمار و له بذلك حقٌّ و شهودٌ فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحقّ و لا كتبت عليه كتاباً و لا

(١) بجح بالشيء: إذا فخر به و تبجّح به، كذلك. [موسوعة أحاديث أهل البيت^{عليهم السلام} ٤/٤٧].

(٢) الجواهر ٤٦١/٢٣ ٤٦١/٢٢ (٢٨٥).

(٣) غرّد: كلّ صائتٍ طرَبَ الصوت فهو غَرْدٌ و قد غَرَّدَ تغريداً. [ترتيب كتاب العين / ٧١٠].

(٤) الجواهر ٤٥٣/٢٣ ٤٥٣/٢٢ (٢٨١).

(٥) مصباح الفقاهة ٩٨/٤.

أخذت منه براءة، وذلك لأنني وثقت به وقلت له: مَزَّقَ الذكر بالحق الذي عندك، فمات و
 تهاون بذلك ولم يمزِّقها، وعَقَبَ هذا أن طالبني بالمال ورَّاثه و حاكموني وأخرجوا بذلك
 الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذتُ بالمال و كان المال كثيراً
 فتوارثت من الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي و قبض القوم المال، و هذا رجل
 من إخواننا إبتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثم أن ورثة الميت أقرّوا أن المال كان أبوهم
 قد قبضه و قد سأله أن يردّ عليّ معيشتي و يعطونه في أنجم معلومة، فقال: إني أحبّ أن
 تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟
 فقال: تصنع أن ترجع بمالك على الورثة و تردّ المعيشة إلى صاحبها، و تخرج يدك عنها،
 قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من
 الغلّة ثمن الثمار، و كلّ ما كان مرسوماً في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن تردّ ذلك إلا ما
 كان من زرع زرعت أنت، فإنّ للزارع إمّا قيمة الزرع و إمّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد
 الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له و ردّ عليك القيمة و كان الزرع له، قلت: جعلت فداك فإن
 كان هذا قد أحدث فيها بناءً و غرس، قال: له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه
 و يأخذه، قلت: أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء، فقال: يرد ذلك
 إلى ما كان أو يعزم القيمة لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها و
 ردّ البناء و الغرس و كلّ محدث إلى ما كان أو ردّ القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض
 أن يردّ عليه كلّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة
 المعيشة و دفع النوائب عنها كلّ ذلك فهو مردود إليه. ^(١)

قال صاحب الحقائق في تقريب الاستدلال بهذه المعتبرة: «هذا الخبر وإن تضمن
 أنّ البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر، بناءً على ما ورد عنهم عليهم السلام من الأخذ
 بأحكامهم في زمان الهدنة و التقية، إلاّ أنّه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثة
 بقبض الدين يكون من باب البيع الفضولي و هو كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - على

(١) وسائل الشيعة ٣٤٠/١٧، ح ١، الباب ٣ من أبواب عقد البيع و شروطه.

قسمين:

أحدهما: ما يكون المشتري عالماً بالغصب و أنه ليس ملكاً للبائع،
و ثانيهما: أن يكون جاهلاً أو أدعى البائع الإذن من المالك.
و ما اشتمل عليه الخبر من القسم الثاني إلا إن ما اشتمل عليه الخبر المذكور من
رجوع المشتري بما أغترمه على المالك خلاف ما سيأتي في كلامهم من أنه إنما يرجع إلى
البائع، و ما ذكره عليه السلام هو الأوفق بالقواعد كما سيظهر لك...^(١).
و أجابه السيّد الخوئي بقوله: «أنّ الرواية أجنبية عن بطلان بيع الفضولي، فإنّها
ليست مسوّقة لبيان بطلان البيع حتّى مع الإجازة اللاحقة، بل هي ناظرة إلى بيان حكم
الواقعة و أنه بعد كشف الخلاف فلا بدّ و أن يكون يرجع المال المأخوذ بلا حقّ إلى
صاحبه»^(٢).

(١) الحدائق ٣٨٩/١٨.

(٢) مصباح الفقاهة ١٠٠/٤.

٣- الإجماع المُدعى على البطلان

قال الشيخ في الخلاف: «إذا باع انسانٌ ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلاً و به قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا. دليلنا: إجماع الفرقة و مَنْ خالف منهم لا يعتدّ بقوله، ولأنّه لا خلاف أنّه ممنوع من التصرف في ملك غيره، و البيع تصرّف»^(١).

أقول: أنت ترى بأنّ الشيخ اعترف بخلاف قوم من أصحابنا للإجماع و من المخالفين: الشيخ نفسه في نهايته^(٢) و جماعة من المتقدمين عليه و أساتيده و معاصريه كالقديمين^(٣) و أبي الصلاح^(٤) و المفيد^(٥) و الشريف المرتضى^(٦) و سلّار^(٧) و أبني البراج^(٨) و حمزة^(٩) و غيرهم كما مرّ^(١٠). و مع وجود هذه الشهرة في طرف الخلاف فادّعاء الإجماع لا يتم.

و ادّعى ابن زهرة^(١١) الإجماع أيضاً و الحلّي^(١٢) في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

(١) الخلاف ١٦٨/٣، مسألة ٢٧٥.

(٢) النهاية ٣٨٥/.

(٣) نقل العلامة عن ابن الجنيد في المختلف ٥٣/٥ و عن ابن أبي عقيل فيه ١١٩/٧.

(٤) الكافي في الفقه ٣٥٣/ و ٣٥٢ و ٢٩٢.

(٥) المقنعة ٦٠٦/.

(٦) الناصريات ٣٣٠/، مسألة ١٥٤.

(٧) المراسم ١٤٨/.

(٨) المهذب ٣٥٠/١.

(٩) الوسيلة ٢٤٩/.

(١٠) راجع صفحة ١٧٩ من هذا المجلد.

(١١) غنية النزوع ٢٠٧/.

(١٢) السرائر ٤١٥/٢.

و قد مرَّ^(١) في أوَّل البحثِ ذكْرُ القائلين بالبطلان فلا نعيد.

فظهر لك عدم تمامية هذا الإجماع أوَّلاً.

و ثانياً: لو تمَّ هذا الإجماع المُدَّعى - و لم يتم - فَمِنَ المحتمل جداً أنه مدركي و

ليس بتعدي و يكون مستندهم ما مرَّ من أدلة البطلان فلا يفيد في المقام شيئاً.

و لذا قال الشيخ جعفر^(٢): «و أمَّا القول بالفساد مع الإجازة فهو قول نادر، و من^(٢)

زعم كثرة القائل به مستنداً إلى اشتراطهم الملك في صحة العقود فهو اشتباه منه، لأنَّ مثل

ذلك يجري على لسان كلِّ من الفريقين و مرادهم أنَّ حصول الأثر موقوف عليه. و لم

أعرف فيه قائلاً محققاً من القدماء سوى مَنْ ادعيا الإجماع فيه و تبعهما ابن ادريس و أني

لهما بإثباته؟! و كيف يمكن العمل بروايتهما له بعد اتفاق الفقهاء متقدِّميهما و متأخريهما

- سوى مَنْ شدَّ منهم - على خلافه! فالاستناد إلى الإجماع لا وجه له»^(٣).

و قال الجدُّ العلامه التقي: «و أمَّا الإجماع فموهون باشتهار خلافه و ذهاب جماعة

من أساطين المتقدمين إلى صحة بل ذهاب ناقله إلى خلافه حسبما عرفت»^(٤).

و قال السيّد العاملي: «و أمَّا الإجماع فيوهنه عدم وجود القائل به غير مدّعيه و مَنْ

شدَّ ممَّن تأخَّر عن الشيخ، مع مخالفة الشيخ له في النهاية و نسبة الخلاف في «الخلاف»

إلى قوم من أصحابنا و قد عرفت من ذهب إلى الصحة ممَّن تقدّم على الشيخ فينبغي

تأويله إن أمكن أو طرحه»^(٥).

قال في الجواهر: «و من الغريب دعوى الشيخ و ابن زهرة الإجماع على ذلك، و لم

نعرف القائل به مِنْ غير مَنْ عرفت، بل المحكي عن أعاظم الأصحاب كالمفيد و ابن

الجنيد و غيرهم الصحة أيضاً. على أنَّ المحكي عن نهاية الشيخ ذلك أيضاً بل عبارته في

(١) راجع صفحة ١٨٠ من هذا المجلد.

(٢) هو صاحب الحقائق فيه ٣٨٦/١٨.

(٣) شرح القواعد ٨٢/٢.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

(٥) مفتاح الكرامة ٥٩٥/١٢.

الاستدلال على بطلان عقد الفضولي - الإجماع ٢٨٥

محكّي المبسوط^(١) غير صريحة في البطلان أيضاً. فمثل هذا الإجماع الذي يقوى الظن بخلافه لم تثبت حجّيته مضافاً إلى قصوره عن معارضته بعض ما عرفت فضلاً عن جميعه...»^(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «عدم الظن بالإجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء... على الصحة وإطباق المتأخّرين عليه عدا فخرالدّين^(٣) وبعض متأخّري المتأخّرين^(٤)»^(٥).

و قال الفقيه السيّد البيهقي: «الإنصاف أنّ التمسك بالإجماع في مثل المسألة على أحد الطرفين أو هن شيء»^(٦).

(١) راجع المبسوط ١٠٠/٢ و عبارته هكذا: «من باع ما لا يملك كان البيع باطلاً».

(٢) الجواهر ٤٥٤/٢٣ (٢٨١/٢٢).

(٣) إيضاح الفوائد ٤١٦/١ و ٤١٧.

(٤) نحو الأردبيلي في مجمع الفائدة ١٥٨/٨، البحراني في الحدائق ٣٧٨/١٨ و ٣٩١.

(٥) المكاسب ٣٧٠/٣.

(٦) حاشية المكاسب ١٣٣/٢.

٤- العقل

مستقل ببطلان عقد الفضولي بالتقريب التالي:

التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلم في حقِّ مالكه و الظلم قبيح عقلاً لاستقلال العقل بقبحه، و الرضا اللاحق لا يرتفع هذا القبح لأنَّ الشيء لا يتغيَّر عما وقع عليه، و هذا القبح العقلي يستتبع النهي الشرعي بقاعدة كلِّما حكم به العقل حكم به الشرع، هذه كبرى الاستدلال.

و أمَّا صغراه: فيَصْدُقُّ على بيع الفضول أو عقده التصرف كما صرَّح به الشيخ في الخلاف وقال: «... لا خلاف أنَّه [الفضول] ممنوع من التصرف في ملك غيره و البيع تصرف»^(١).

و لأنَّه لم يقصد بعقده الهزل و المزاح و إلاَّ كان إنشأؤه لغواً و ساقطاً عن درجة الاعتبار بل قصد النقل و الانتقال حقيقة و لا ريب في كون ذلك تصرفاً. و النتيجة: يحكم العقل بقبح بيع الفضول و عقده الذي يتبع الحكم الشرعي بالبطلان.

و أجاب الشيخ الأعظم^(٢) عن هذا الاستدلال بوجوه خمسة:

الأوَّل: منع الصغرى: إنَّ العقد على مال الغير مُتَوَقَّفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ غير قاصد لترتيب الآثار عليه ليس تصرفاً فيه. و هذا الجواب تام كما مرَّ في ذيل التوقيع المروي بسند معتبر.

الثاني: منع الكبرى: لأنَّه ليس كلُّ تصرف في مال الغير منهيّاً عنه لجواز مثل الاستضاءة بنور الغير و الاصطلاء بنااره و الاتكاء عَلَى جِدَارِهِ و الاستظلال بشجرته التي تخرج إلى الشارع، فلو فرض أنَّ العقد على مال الغير تصرف فهو من هذا القبيل ممَّا استقلَّ العقل بجوازه.

(١) الخلاف ٣/١٦٨.

(٢) راجع المكاسب ٣/٣٧١.

الثالث: قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن في البيع من شاهد الحال أو المقال، و بناءً على أن العلم بالإذن لا يخرج عن الفضولي فيكون الدليل أخص من المدعى.
الرابع: منع دلالة النهي و التحريم على الفساد كالنهي عن البيع في وقت النداء.
الخامس: أنه لو دلّ هذا التحريم على الفساد لدلّ على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله في ذلك، و لا ينكره القائل بالصحة لأنّ البيع بعد إجازة المالك يستند إليه و يكون بيعه فيكون صحيحاً بهذا الاستناد لا من جهة استناده إلى الفضول العاقد.

مناقشة أجوبة الشيخ الأعظم

الجواب الأول: تام لا نقاش فيه كما مرّ.

ولكن قال الفقيه السيّد البيهقي رحمته الله: «أنّ الفضولي إنّما يقصد النقل و الانتقال جدّاً مطلقاً، لا هزلاً و لا معلقاً على الإجازة، و إلا لم يكن صحيحاً مع الإجازة أيضاً و حينئذٍ فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفاً كما يصدق على بيع الغاصب...»^(١).
و يرد عليه أوّلاً: صرف قصد النقل و الانتقال لا يكون تصرفاً عرفياً و لا يقاس ببيع الغاصب الذي يرى المال لنفسه و يبيع لنفسه.

و ثانياً: قد مرّ منّا في بحث التعليق في العقود بأنّه لا يبطل العقد لا سيما إذا كان التعليق على ما تتوقّف صحة العقد عليه، و هذا الأخير لا يوجب البطلان عند الكلّ نحو قول البائع: بعثك إن اشتريت أو رضيت، أو قول الزوج: فلانة هي طالق إن كانت زوجتي.^(٢)

الجواب الثاني: منع كون الاستتاءة و الاصطلاء و الإتكاء و الاستتلال من التصرف في مال الغير بل إنّها من قبيل الانتفاع بمال الغير و هذا الانتفاع محكوم في الشرع بالجواز، و بين العنوانين عموم و خصوص من وجه إذ قد يكون انتفاعاً و لا يكون

(١) حاشية المكاسب ١٣٣/٢.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ١٠٤/٤، التنقيح في شرح المكاسب ٤١٥/١.

تصرفاً نحو أمثلتنا المذكورة آنفاً، وقد يكون تصرفاً ولا يكون انتفاعاً نحو إتلاف مال الغير عمداً من دون الانتفاع به، وقد يجمع بينهما نحو غصب أرض الغير و زرعه أو السكنة فيه، وإجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون تصرفاً ولا انتفاعاً فيخرج من هذه الأمثلة. (١)

الجواب الثالث: هذا الجواب لا ينافي استدلال المستدل على الفساد على نحو الموجبة الجزئية.

نعم، لو كان القائل بالفساد يريد السلب الكلّي فحينئذ يكفي في نقضه الإيجاب الجزئي. فيكون الجواب تاماً. (٢)

الجواب الرابع: أورد عليه المحقق النائيني بكلام يطول ذكره في الأصول (٣) و إجماله: أنّ النهي في المعاملة تارةً يتعلّق بنفس السبب بما هو كالنهي عن البيع في وقت النداء أو في أثناء الصلاة مثلاً، فلا يدل على الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب و ترتب المسبب عليه و صحته.

و أخرى: يتعلّق بالمسبب كالنهي عن بيع الخمر أو عن بيع السلاح لأعداء الدين أو بيع المصحف من الكافر فيدلّ على الفساد بالالتزام، لأنّ من شرائط صحة العقد الاختيار و القدرة عليه شرعاً، و النهي عن الشيء يدلّ على سلب قدرة المكلف عنه شرعاً و حيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه و يوقعه يقع فاسداً. (٤)

و اعترض المحقق السيّد الخوئي على أستاذه نقضاً و حلاً:

فأمّا النقض: فهو فيما لو كانت المعاملة واجبة كما لو اشترط بيع داره في ضمن عقد لازم أو اضطرّ إلى بيعه لنفقة عياله، لأنّ الواجبات أيضاً غير مقدورة شرعاً لأنّ الأمر يسلب القدرة على الترك كما إنّ النهي يسلب القدرة عن الفعل، و لا يمكن الالتزام بفساد

(١) راجع منية الطالب ٣٠/٢، وإرشاد الطالب ٣٣٩/٣.

(٢) راجع مصباح الفقاهة ١٠٣/٤.

(٣) راجع فوائد الاصول ٤٧١/٢، في النهي عن المعاملة.

(٤) منية الطالب ٣١/٢.

المعاملات الواجبة وإن عطف عليه الحرمة على الوجوب في تقرير بحثه و قال: «إن ما كان واجباً أو حراماً يخرج عن تحت قدرة المكلف»^(١) الظاهر في اشتراك المعاملات الواجبة مع المعاملات المحرمة. ولكنه لا يلتزم ببطلان المعاملات الواجبة.

و أمّا الحل: فما تكون المعاملات مشروطة بها هي القدرة الوضعية أي العقلية، لا التكليفية أي الشرعية، وما يسلبها الأمر والنهي هي الثانية لا الأولى و التفصيل يطلب من محلّه.^(٢)

ثم قرّب السيّد الخوئي جواب الشيخ الأعظم في عدم دلالة النهي في المقام على الفساد بقوله: «أنّ النهي في المعاملات تارة يتعلّق بنفس المعاملة - كما في النهي عن بيع الغرر مثلاً - و أخرى يتعلّق بعنوان آخر متحد معها وجوداً - كما في المقام - فإن كان من قبيل الأوّل يدلّ على الفساد - لا لما ذكره الأستاذ النائيني عليه من ملازمة النهي مع الفساد - بل من جهة ظهور النهي حينئذ في الفساد فيكون إرشادياً نظير النهي المتعلّق بالموانع أو الأمر المتعلّق بالأجزاء في المركبات نحو: «لا تكفّر في الصلاة» أو «اقرأ الحمد فيها».

و إن كان من قبيل الثاني لا يدلّ على الفساد و إنّما يدلّ على الحرمة التكليفية فقط، و المقام من هذا القبيل. فهذا الجواب من الشيخ الأعظم متين جداً.^(٣)

أقول: و لذا قال المحقّق التقي: «ولو سلّم كونه [العقد تصرفاً] محرّماً فبعثه على الفساد ممنوع أيضاً، لكون النهي عنه لأمر خارج».^(٤)

الجواب الخامس: و مراده عليه أنّ البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك و من هذه الجهة يكون صحيحاً لا من جهة استناده إلى البائع الفضولي.

و أرزضى المحقّق النائيني هذا الجواب و قال: «... فالأوجه الإيراد [الجواب] الخامس و هو أنّ الفساد من قبل الفضولي لا ينافي الصحة من قبل المالك بإجازته فإنّ

(١) منية الطالب ٣١/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٥/٢، التنقيح في شرح المكاسب ٤١٤/١.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٥/٢، التنقيح في شرح المكاسب ٤١٤/١.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

الفضولي أوجد المادَّة القابلة لأن تُصوَّر بصورة المالكية بإجازة المالك لأنَّ جميع شروط البيع المالكي موجودة فيه سوى الرضا و الاستناد إليه، فإذا تحقَّقت الإجازة تحقَّقت الشروط طرّاً، لأنَّ المفروض أنَّ العقد من حيث الإنشاء تام...»^(١).

و استشكل عليه السيّد الخوئي^(٢) بناءً على ما يراه النائيني من أنَّ نفس إنشاء البيع يكون منهياً عنه و أنَّ النهي يدلُّ على فساد، فحينئذ يكون ذات الإنشاء فاسداً و ملغاة شرعاً و غير قابل لترتب الأثر عليه ولو بعد الإجازة و لحوق الإجازة بالإنشاء الفاسد غير مُجدِّ.

و أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم و السيّد الخوئي و مختارنا فيكون الجواب الخامس تاماً.

ثم ختم الشيخ الأعظم مقاله و قال: «و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أنَّ العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد»^(٣).

مراده من الجواب: هو جوابه الخامس من عدم ترتب الأثر على العقد من الفضولي بالاستقلال، لا عدم ترتبه عليه مطلقاً ولو مع إجازة المالك. فمراد بالفساد مع هذا القصد ما مرّ، و بناءً على أنَّ القصد لا يكون محرّماً بل العقد المقرون بهذا القصد يكون قبيحاً و محرّماً و فاسداً، و الأولى بل الصواب تبديل «المشتري» في كلامه بـ«المالك» كما عليه المحقّق الشهيدي إذ قال: «حق العبارة أن يقول: من دون مراجعة المالك»^(٤).

(١) منية الطالب ٣١/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٥/٢، التنقيح في شرح المكاسب ٤١٥/١.

(٣) المكاسب ٣٧١/٣.

(٤) هداية الطالب ٥٤/٣.

الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجوه أخرى

الأول: الفضولي غير قادر على تسليم المبيع

قال العلامة في عدّة أدلة البطلان: «... ولأنّه باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الآبق

و الطير في الهواء»^(١).

و صاحب الحدائق^(٢) استدلّ به على بطلان بيع الفضولي.

و أنت ترى هذا الاستدلال في كلام ولده^(٣) و السيّد المجاهد^(٤) و الشيخ أسدالله^(٥)

و الشيخ الأعظم^(٦).

و ردّه العلامة نفسه بقوله: «و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن

أجازّه»^(٧).

و قال الشيخ جعفر: «و أضعف منها [أي من الأدلة السابقة على بطلان عقد

الفضولي] الاستناد إلى أنّه لا قدرة على التسليم فيه و هي شرط، لمنع الشرطية في العاقد

(١) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

(٢) الحدائق ٣٨٢/١٨.

(٣) إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

(٤) المناهل ٢٨٨/.

(٥) مقابس الأنوار ١٢٨/.

(٦) المكاسب ٣٧٢/٣.

(٧) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠.

وإلا بطل عقد أكثر الوكلاء وأما في المالك فمسلمة وهي حاصلة»^(١).
 وقال جدي التقي: «وكذا الحال [أي هذا الاستدلال أو هن شيء] في دعوى عدم
 القدرة على التسليم، إذ مع تعقّب الإجازة لا مانع من التسليم. ولو فرض مانعٌ خارجيٌّ
 عنه فهو خارج عن محلّ الكلام»^(٢).
 وقال السيّد العاملي: «و القدرة على التسليم حاصلة^(٣) إذا أجاز المالك، لأنّه هو
 المخاطب بالإيفاء و التسليم و هو قادر على ذلك، و ليس الفضولي إلا كالوكيل على إيقاع
 الصيغة لا يترقّب منه إيفاءً و لا تسليمًا»^(٤).
 وقال صاحب الجواهر: «و ما دلّ على اعتبار القدرة على تسليمه، إنّما هو في
 البائع ذي السلطنة الذي يراد منه الإقباض حتّى يقبض الثمن، لا البائع بمعنى العاقد،
 ضرورة تخلفه في الوكيل على الصيغة و نحوه كما هو واضح»^(٥).
 وقال الشيخ الأعظم بعد أن وصف الاستدلال بأقوى الوجوه في ردّه: «مضافاً إلى
 أنّ الفضولي قد يكون قادراً على إرضاء المالك بأنّ هذا الشرط غير معتبر في العاقد قطعاً،
 بل يكفي تحقّقه في المالك فحينئذ يشترط في صحّة العقد مع الإجازة قدرة المميز على
 تسليمه أو قدرة المشتري على تسلّمه على ما سيجيء^(٦)»^(٧).
 وقال المحقّق النائيني: «مَنْ اعتبر قدرته عليه [أي على التسليم] و هو المالك
 قادر و من هو عاجز [الفضول] فلا يعتبر قدرته»^(٨).

(١) شرح القواعد ٨٤/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٤٠/٣.

(٣) ممكنة، نسخة بدل.

(٤) مفتاح الكرامة ٥٩٦/١٢.

(٥) الجواهر ٤٥٧/٢٣ (٢٨٣/٢٢).

(٦) المكاسب ١٧٥/٤، الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم.

(٧) المكاسب ٣٧٢/٣.

(٨) منية الطالب ٣١/٢.

الاستدلال على بطلان الفضولي بوجه آخرى - الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده . ٢٩٣

و قال المحقق السيّد الخوئي: «جواب واضح كما ذكره [الشيخ الأعظم]، ولذا ترى صحة عقد الوكيل في إنشاء العقد فقط وإن لم يكن قادراً على التسليم فالمعتبر قدرة المالك على التسليم، بل قدرة المشتري على التسلم وإن لم يكن المالك قادراً على التسليم كالمال الواقع في البحر إذا كان المشتري قادراً على إخراجه و لم يكن البائع قادراً عليه، و تعبير الفقهاء بالقدرة على التسليم من باب الغلبة. و بالجملة هذا الاستدلال لم نفهم له وجهاً»^(١).

الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده

قال الشيخ أسدالله في تقريب الاستدلال: «يشترط في صحة العقد مقارنته لقصد المدلول فإن العقود تتبع القصد و هو منتف في الفضولي لأنه لا يتعلّق إلا بالمقدور و النقل غير مقدور له فيمتنع قصده»^(٢).

و قد استفاد هذا الوجه من كلام ثاني الشهيدين^(٣) و ينسب إلى السيّد بحر العلوم^(٤). و قال الشيخ الأعظم في جوابه: «المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي و المكروه لا أزيد منه، بدليل الإجماع على صحّة نكاح الفضولي و بيع المكروه. بحق، فإن دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى»^(٥).

و قال المحقق النائيني: «إنّ ما هو مناط العقديّة - و هو كون العاقد قاصداً للفظ و المعنى - موجود في عقد الفضولي و ما هو مفقود في عقد الفضولي و مكروه - و هو قصد النتيجة - ليس مناطاً في العقديّة حتّى في عقد المالك أيضاً، فإنّ تحقّق المنشأ في عالم الاعتبار الذي هو من الأحكام الشرعية الإمضائية لا يعتبر قصده من المالك أيضاً، بل لا يمكن أن تتعلّق إرادته به، و إنّما هو من دواعي الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٦/٢.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٢٧/ العاشر.

(٣) راجع المسالك ١٥٦/٣.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٦/٢، إرشاد الطالب ٣٤٣/٣.

(٥) المكاسب ٣٧٢/٣.

المالك فضلاً عن الفضولي الذي ليس زمام أمره بيده، لأنَّ ما يمكن إنشاؤه وإيجاده هو العلقه بين المال و الطرف، وأمَّا تحقُّقه بحيث يكون ممَّا تعلَّق به الإمضاء الشرعي فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشآت المنشئ...»^(١).

وقال السيّد الخوئي بعد مقالة استاذهِ رحمته: «... ولكن الذي يقتضيه النظر أنَّ مراد السيّد [بحرالعلوم] رحمته ليس ما استفادوا من كلامه لأنَّ ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه، بل مراده أنَّ بين قصد إنشاء المعنى باللفظ و قصد ترتب الأثر عليه واسطة و هي اعتبار التبادر في نظره، و اعتباره بحيث يرى في عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع و دخول الثمن في ملكه، و في جانب المشتري بالعكس، و هذا الاعتبار و القصد يكون معتبراً في صدق العقد و إلزام صحة عقد الهازل إذا تعقَّبه الرضا، لأنَّ قصد إنشاء المعنى باللفظ موجود فيه، و هو موجود حتَّى في الوكيل في إجراء الصيغة فقط، و هذا المعنى غير مقصود للفضولي.

و أصل هذا الدعوى - وإن كان صحيحاً جداً - ولكن كون الفضولي غير قاصد لهذا المعنى ممنوع، بل هو أيضاً يعتبر التبادل في نظره لكن معلقاً على إجازة المالك، و التعليق على إجازة المالك لا يوجب الفساد في العقد لكونها ممَّا يتوقَّف صحته عليها، و تقدّم أنَّ التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعاً لا يضرُّ»^(٢).

أقول: و نحو ما تقدّم مذكورٌ في الإرشاد^(٣).

و قد نقل الشيخ الأعظم هذين الاستدلاليين فقط، ولكن أذكر لك الآن بعضها الآخر فخذ و اغتنم.

الثالث: قصد النقل شرط في صحة العقد و هو مفقود في الفضولي

شرط صحة العقد هو قصد نقل المبيع إلى المشتري و انتقال الثمن إلى البائع و هذا القصد مفقود في بيع الفضولي و إذا انتفى الشرط ينتفي المشروط. أي العقد.

(١) منية الطالب ٣١/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٤٦/٢.

(٣) إرشاد الطالب ٣٤٣/٣.

الاستدلال على بطلان الفضولي بوجه أخرى - الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حليّة التصرف ٢٩٥

قال المحقق النقي في جوابه: «دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلمة إن أريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتّب الأثر على المشروط مقارنةً لحصول الشرط ولا يلزم منه تقارنهما في الوجود. ألا ترى أنّ القبض في المجلس شرط في [صحة ن خ] بيع الصرف و السلم مع أنّ القبض قد يتأخّر عن العقد وكذا الحال في قبض الوقف و قبض الهبة.

على أنه قد يكون الشرط وجوده في الجملة ولو متأخراً عن المشروط فلا يتوقف تأثير المشروط على وجوده حين تأثيره، فيكشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حين التأثير كما هو الحال في المقام بناءً على القول بكون الإجازة كاشفة»^(١).
و قال قبله جد أولاده الشيخ جعفر: «و أضعف منهنّ إيراد لزوم الخلوّ عن القصد المشروط في العقد.

و فيه: أنه إذا جعل الشرط قصد النقل الشرعي فمسلم لكّنه في محل المنع. و إن أريد العرفي فهو حاصل. ثمّ مع الاكتفاء بالقصد ولو مع التردّد يندفع الإشكال. على أنّ الاكتفاء بالقصد اللاحق غير بعيد»^(٢).

أقول: هذا الوجه تعبير آخر عن الوجه الثاني و يرد عليه ما يرد على الوجه الثاني، مضافاً إلى أنّ الشرط و المشروط في عالم التكوين غير الشرط و مشروطه في عالم التشريع الذي يكون من الاعتبارات و أمره بيد الشارع نحو شرطية الغسل الليلي للمستحاضة لصحة صيامها في اليوم السابق و غيرها من الشروط المتأخرة في الشريعة المقدسة، فقياس أحد العالمين على الآخر يكون مع الفارق.

الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حليّة التصرف

و ترتب سائر الآثار و انتفاء اللازم في المقام بالإجماع يكشف عن عدم الملزوم، و بتقرير آخر إن كان الفضولي داخلاً تحت عموم «أوفوا» و «أحل الله البيع» و نحوهما

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠.

(٢) شرح القواعد ٢/٨٤.

وجب الحكم بوجود الوفاء و حصول الملكية و إلا فلا يكون صحيحاً.
قال الفقيه السيّد اليزدي رحمته الله في جوابه بعد أن قرّره: «و فيه: أنّ الرضا شرط بالإجماع و الأخبار فلا بدّ من حصوله أيضاً و بعده يترتب جميع الأحكام فالمقام نظير صحة البيع قبل القبض في الصرف و السّلم»^(١).
أقول: مراده من الرضا عنده هو الإذن عندنا.

الخامس: الرضا شرط في صحة العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد
قال المحقّق التقي في تقرير هذا الوجه: «أنّ الرضا شرط في صحة العقد إجماعاً و المفروض انتفاؤه حال العقد و قضية انتفاء الشرط انتفاء المشروط به و حصوله عقيب العقد غير نافع، إذ قضية الشرطية اعتبار مقارنة الشرط، إذ لا فائدة في حصول الشرط بعد انتفاء السبب المشروط به أعني العقد كالصلاة المتعقّبة للطهارة»^(٢).
و قال السيّد اليزدي في تقريره: «أنّ مقتضى شرطية الرضا في العقود و الإيقاعات وجوده حالها، و إلا فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أنّ هذا هو الحال في سائر الشرائط من القصد للمدلول و الالتفات و المعلوماتية و القدرة على التسليم و نحو ذلك»^(٣).
ثمّ أجابه المحقّق التقي بما مرّ في جواب الوجه الثالث، و قال الفقيه السيّد اليزدي رحمته الله في جوابه: «إنّنا نمنع شرطيةه إلا في النقل و الانتقال و ليس شرطاً في العقد إذ هو أوّل الكلام، و هذا بخلاف الالتفات و القصد إلى المدلول و نحو ذلك، و أمّا المعلوماتية و القدرة على التسليم و نحوهما فقد ثبت من الأدلة و جوب اقتران العقد بها، و إلاّ أمكن أن يقال إذا عقد ثمّ حصل العلم صح، و السرّ أنّ البيع مع الجهل وقع غررياً و كذا مع انتفاء القدرة على التسليم.
نعم، لقائل أن يقول: لمّ لا يصح بعد حصول العلم و القدرة ولو أجاز العقد الواقع.

(١) حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣٣٩/٣.

(٣) حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

الاستدلال على بطلان الفضولي بوجه أخرى - السابع: أصل الفساد ٢٩٧

و الجواب: عدم الدليل على تأثير مثل هذه الإجازة فتدبر^(١).
أقول: الرضا عنده هو الإذن عندنا و القدرة على التسليم ترجع بالقدرة على تسلّم المشتري كما مرّ في الوجه الأوّل.

السادس: البيع بالنسبة إلى الأصيل غرريّ
للجهل بحصول أثره و قد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.
أجاب الفقيه اليزدي رحمه الله عنه: «أنّ هذا إن قلنا باللزوم بالنسبة إليه و إلا فلا غرر، مع أنّه قد يكون واثقاً بإجازة المالك»^(٢).
و أضاف المحقّق السيّد الخوئي رحمه الله على جوابه: «أنّ عمدة الدليل على بطلان بيع الغرري إنّما هو الإجماع لأنّ النبوي ضعيف السند و غير منجبر بشيء و المتيقن منه غير ما نحن فيه»^(٣).

السابع: أصل الفساد

بتقرير: أنّ الأصل الأوّلي في المعاملات هو الفساد أعني به عدم انتقال المالين إلى غير صاحبه فلو شككنا في صحة عقد الفضولي يجري فيه هذا الأصل و يحكم بفساده. و يمكن أن يعبر عنه باستصحاب بقاء الملك. كما جرى المقدس الأردبيلي^(٤) هذا الأصل.
قال الشيخ جعفر في جوابه: «و أضعف من الجميع الرجوع إلى الأصل بعد الشك في دلالة أدلة الصحة لأنّنا بيّنا قوة الأدلة على وجه لا يمكن ردّها»^(٥).
و قال صهره التقي في جواب هذا الوجه: «أمّا الأصل فيما عرفت من قيام الدليل

(١) حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

(٢) حاشية المكاسب ١٣٥/٢.

(٣) مصباح الفقاهة ١٠٤/٤.

(٤) مجمع الفائدة و البرهان ١٥٨/٨.

(٥) شرح القواعد ٨٥/٢.

على الصحة، بل ما عرفت من الأصل الثانوي القاضي بصحة العقود كافٍ في دفعه»^(١).
و قال السيّد العاملي: «و احتج المانعون بالأصل... أمّا الأصل فمقطوعٌ بما
ستسمعه»^(٢).

و قال في الجواهر: «بالأصل المقطوع بذلك أيضاً»^(٣).
أقول: مرادهما بالمقطوع هو أدلة الصحة التي هي تامّةٌ عندهما و عند غيرهما.
ثمّ هاهنا وجوهٌ آخرٌ أنهاها الشيخ أسدالله في مقابسه^(٤) إلى العشرة أغمضنا عنها
روماً للاختصار و أكتفاءً بما ذكرناه من الوجوه الحاكمة على غيرها بَعْدَ الاعتبار.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠.

(٢) مفتاح الكرامة ١٢/٥٩٥.

(٣) الجواهر ٢٣/٤٥٥ (٢٢/٢٨١).

(٤) مقابس الأنوار/١٢٨.

ثم لا بدّ هاهنا من التنبيه على أمور:

الأوّل: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟

ذهب الشيخ الأعظم (١) إلى صحة العقد الفضولي إذا كان مقترناً مع رضا المالك و طيب نفسه و عدم احتياجه إلى لحوق الإجازة و استدل عليه بوجه خمسة:

الوجه الأوّل: عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ (٢)

عقد الفضول مع رضا المالك و طيب نفسه تشمله الآية الشريفة فيجب الوفاء به. و فيه: الآية الشريفة خطاب للعاقدين بأنّ كل مكلف يجب عليه الوفاء بعقد نفسه و الفضولي لا يتمكن من الوفاء به استقلالاً و من دون الإجازة اللاحقة للمالك، و مجرد رضا المالك و طيب نفسه لا يستند العقد إليه و لا يصير عقد الأجنبي عقد المالك بمجرد رضاه.

الوجه الثاني: قوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض﴾ (٣)

عقد الفضولي مع رضا المالك و طيب نفسه يكون مصداقاً لـ ﴿تجارة عن تراض﴾ فيحلّ أكل المال به و يكون صحيحاً.

و فيه: لا تتحقّ ﴿تجارة عن تراض﴾ بمجرد الرضا الباطني بالعقد، وأنّ التجارة لا يصدق إلّا بعد إذن المالك، و لا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره أنّه اتّجر أو تكسّب.

(١) المكاسب ٣/ (٣٤٨-٣٤٦).

(٢) سورة المائدة ١/.

(٣) سورة النساء ٢٩/.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلّا عن طيب نفسه»

ورد شبيه هذه الفقرة في صحيحة أبي أسامة زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه قال في خُطْبَتِهِ بِمِنَى في حجة الوداع حين قضى مناسكها: فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ دُمٌ امْرِئٍ مُسْلِمٍ وَلَا مَالَهُ إِلَّا بِطَيْبَةِ نَفْسِهِ وَلَا تَظْلَمُوا أَنْفُسَكُمْ وَلَا تَرْجِعُوا بَعْدِي كَفَّارًا. (١) و رواها الكليني بسند موثق عن سماعة أيضاً (٢) و الصدوق بهذا السند الأخير في الفقيه (٣). و الشيخ الحر عن الصدوق و سند أوّل الكليني في الوسائل (٤)، و عنه و عن سندي الكليني فيه (٥) أيضاً.

قال المجلسي عليه السلام: «قوله عليه السلام: إلّا بطيبة نفسه، الاستثناء من المال فقط. قوله صلى الله عليه وآله: و لا تظلموا أنفسكم، أي بمخالفة الله تعالى فيما أمرتكم به و نهيتكم عنه في هذه الخطبة أو مطلقاً، أو لا يظلم بعضكم بعضاً فإنّ المسلم بمنزلة نفس المسلم» (٦). و أمّا نصها فقد رواه الأحمدي (٧) و عنه النوري (٨).

بتقريب: أنّ الرضا و طيب النفس موجود على الفرض فيحلّ المال به و لا يحتاج

إلى الإجازة.

و فيه: قال السيّد الخوئي عليه السلام: «أنّ الحلّ لو أُريد به الحلّ التكليفي فهو خارج عن محل الكلام، لأنّه ليس بحثنا في جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفاً برضاه أو بدونه فإنّه أمر واضح.

(١) الكافي ٢٨٣/١٤، ح ١٢ (٢٧٣/٧).

(٢) الكافي ٢٨٧/١٤، ح ٥ (٢٧٥/٧).

(٣) الفقيه ٩٤/٤، ح ٥١٥٨.

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

(٥) وسائل الشيعة ١٠/٢٩، ح ٣، الباب ١ من أبواب القصاص في النفس.

(٦) مرآة العقول ٩/٢٤.

(٧) عوالي اللآلي ٢٠٥/٣، ح ٣٦.

(٨) مستدرک الوسائل ٢٤٥/١٣.

تنبيهات بيع الفضولي - الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟ ٣٠١

وإن أُريد به الأعم - كما هو الظاهر لأنَّ الحلَّ بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل السدِّ - فيرد عليه ما ذكرناه في بعض مباحث الأصول^(١)... رداً على أبي حنيفة حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: لا صلاة إلا بطهور، ولا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، وقلنا أنَّه في موارد نفي الحقيقة ليس الاستثناء حقيقياً كقوله: جاء القوم إلا زيداً ليدل على الحصر وإنما هي صورة استثناء. وفي الحقيقة إشارة إلى الشرطية أو الجزئية.

و بعبارة أخرى: لسان هذه التراكيب لبيان النفي أي نفي الصحة - عند فقدان القيد لا الإثبات، أعني كفايته في الصحة و كونه علّة تامة لها... و غاية مفاده [النسوي] اعتبار طيب النفس في الحلّ، و أمّا كون الحلّ به فقط فلا يُستفاد منه، فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل^(٢).

الوجه الرابع: رواية عروة البارقي^(٣) الماضية^(٤)

بتقريب: تقرير النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لفعل عروة يدلّ على كفاية الرضا المقارن للعقد، لأنَّ القبض و الإقباض الواردين فيها لا يحلّ بدون الرضا المقارن عند الكلّ. و فيه: يمكن القول في كفاية الرضا في التصرفات الخارجية و منها القبض و الإقباض، و إنّما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتبارية و لا دلالة فيها على ذلك.

الوجه الخامس: ما ورد في نكاح العبد، و سكوت البكر

وردت عدة من الروايات^(٥) في صحة نكاح العبد مع سكوت مولاه و عدم ردّه،

(١) محاضرات في اصول الفقه ٢٩٤/٤ بحث المفاهيم، طبع موسوعة السيّد الخوئي رَضِيَ اللهُ عَنْهُ.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٧/٢، و نحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٣٧٣/١.

(٣) مسند أحمد ٣٧٦/٤، السنن الكبرى ١١٢/٦ للبيهقي، سنن الدار قطني ١٠/٣، ح ٢٩، سنن الترمذي ٥٥٩/٣، ح ١٢٥٨، و الناقب في المناقب ١١٢/، ح ١٠٨ لابن حمزة الطوسي ممّا.

(٤) في أوّل بحث بيع الفضولي، الوجه الثاني.

(٥) منها: صحيحة معاوية بن وهب المروية في وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١، الباب ٢٦ من

٣٠٢.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

وعدَّة منها^(١) في أنّ سكوت البكر رضاها، فيظهر منهما كفاية الرضا في العقود ومنها عقد الفضولي.

و فيه: لا يبعد أن يكون سكوت المولى كاشفاً عرفياً عن الرضا فيكون إذناً منه، مضافاً إلى أنّ استناد العقد إلى العبد معلوم مع قطع النظر عن الرضا، ورضا المولى يصحّحه ولو لم يكن مبرزاً لطيب نفسه نحو تزويج بنت أخ الزوجة أو بنت أختها لأنّ استناد النكاح إلى الزوج معلوم وإنّما اعتبر فيه رضا العمّة أو الخالة فيكفي طيب نفسها ورضاها ولو لم يكن مبرزاً هناك، وهكذا بيع العين المرهونة.

و ثالثة: لا بدّ من الاقتصار على مورد الرواية حيث تكون على خلاف القاعدة. وأمّا سكوت الباكر فلا يبعد أن يكون كاشفاً عرفياً عن الرضا لأنّها لعقبتها تخجل عن التصريح فتسكت لا سيما في تلك الأزمنة فيستكشف من سكوتها إذنها ولا يستدلّ بها في المقام.

ثم قال الشيخ الأعظم: «ثم أنّه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد - نكاحاً أو بيعاً - مع العلم برضا السيّد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، و عدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف»^(٢). أقول: قد مرّ بعض روايات نكاح العبد في ألَوْجَهَيْنِ: الرابع^(٣) و السادس عشر^(٤)

→ أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و منها: صحيحة أخرى له المروية في وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ٢.

و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائي المروية في وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح ٣.

(١) منها: صحيحة البرزطي المروية في وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، ح ١، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

و منها: صحيحة داود بن سرحان المروية في وسائل الشيعة ٢٧٤/٢٠، ح ٢.

(٢) المكاسب ٣/٣٤٨.

(٣) راجع صفحة ٢٠١ من هذا المجلد.

(٤) راجع صفحة ٢٥٤ من هذا المجلد.

تنبيهات بيع الفضولي - الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟ ٣٠٣

من الاستدلال على صحة بيع الفضولي، وظهر ممّا ذكرنا هناك أنّ المولى إذا علم بنكاح العبد و لم يفرّق بينه وبين زوجته، تمّ نكاحه و صح، و لا يحتاج إلى الإذن بل لا يحتاج إلى الرضا و طيب نفسه.

ولكن هذا يختص بنكاحه و لا يجري في غيره من عقودها و فيها يحتاج إلى الإذن و لا يكفي الرضا و طيب النفس، لأنّ العقود يحتاج إلى الاستناد، و الاستناد لا يتحقّق بالرضا و طيب النفس لما ذكره المحقّق النائيني من أنّ: «الاستناد و التنفيذ من الأمور الإنشائية و يكونان كسائر الإيقاعات لا بدّ من إيجادهما إمّا باللفظ أو بالفعل، فلا الكراهة الباطنية ردّ و لا الرضا الباطني إجازة بل كلّ منهما يحتاج إلى كاشف»^(١).

و هذا الكلام منه عليه السلام هو القول الفصل في المقام بلا فرق بين العبد و غيره، و لذا ما ذكره السيّد الخوئي عليه السلام من القول بالتفصيل بين الشيخ الأعظم و المحقّق النائيني عليه السلام لم يرد على الأخير حيث يقول: «الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان العقد مستنداً إلى من يعتبر استناده إليه مع قطع النظر عن الرضا و الإجازة، و ما إذا كان استناده إليه غير ثابت و اريد إثباته بالرضا المقارن فيكفي الرضا و طيب النفس في الأوّل دون الثاني، أمّا عدم الكفاية في الثاني ففساد استدلال المصنف بالوجوه المتقدمة»^(٢).

و الوجه في عدم وروده لأنّ الكلام هنا في القسم الثاني، و أمّا القسم الأوّل فهو الندم على البيع بعد الرضا به إذا فرض الرضا المقارن أو بيع المكره إذا فرض الرضا المتأخر.

و أمّا ما ذكره الشيخ الأعظم من: «أنّ كلمات الأصحاب في بعض المقامات يظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولي و عدم وقوفه على الإجازة مثل قولهم في الاستدلال على الصحة: إنّ الشرائط كلّها حاصلة إلّا رضا المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه أعم من الرضا و نحو ذلك»^(٣).

(١) منية الطالب ٣/٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٦/٢.

(٣) المكاسب ٣٤٨/٣.

فَقَدَ اعترض عليه المحقّق النائيّني رحمته وقال: «حمل الرضا في أمثال هذه الكلمات إلى «الاختيار» لا «طيب النفس» و استعمال الرضا في معنى الاختيار شايع و كثير في استعمالات أهل العرف و اللغة نحو قول بحر العلوم في الدرّة: كما ارتضاه المرتضى ^(١)، و قولهم رحمته: فذلك رضاً منه ^(٢) الوارد في أنّ إحداث ذي الخيار يوجب سقوط خيار، و قولهم رحمته: و رضيكم خلفاء ^(٣)، و قول العامة: إنّما سمّي الرضا رحمته بالرضا لأنّ المأمون اختاره وليّ العهد» ^(٤).

و أمّا اعتراض المحقّق السيّد الخوئي على الشيخ الأعظم من أنّ: «ليس كلماتهم آية و لا رواية لتكون حجة يتمسك بها» ^(٥)، فَعَبَّرُ تامّاً لأنّ الأصحاب إذا اکتفوا بالرضا بمعنى طيب النفس في هذه الكلمات، يظهر منها تمامية القول بكفاية الرضا عندهم، و هذا القول هو مدعى الشيخ الأعظم، نعم، قولهم ليس بحجّة عندنا و لعلّ هذا الأخير يكون مراد السيّد الخوئي فيكون تامّاً.

قال الشيخ الأعظم: «ثم لو سلّم كونه فضولياً، لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقّف لزومه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثمّ ملكه» ^(٦).

و يرد عليه: «إنّ دَلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد، فالعقد المقرون به لا يكون فضولياً و إلاّ فلا بدّ من الإجازة اللاحقة.

و بعبارة أخرى: إن قلنا بتحقّق الاستناد بمجرد الرضا و شمول عموم ﴿أوفوا بالعقود﴾ للعقد الفضولي المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضولياً و إلاّ فلا بدّ من

(١) الدرّة النجفية / ٨٨.

(٢) وسائل الشيعة ١٣/١٨، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٣) التهذيب ٩٧/٦ قطعة من الزيارة الجامعة.

(٤) منية الطالب ٥/٢.

(٥) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٩/٢.

(٦) المكاسب ٣٤٨/٣.

تنبيهات بيع الفضولي - الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟ ٣٠٥

الإجازة، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطة بين الحدين»^(١).
ثم قال الشيخ الأعظم: «مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور آنأما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات»^(٢).
ويرد عليه: «الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو آنأما في الإجازة لا معنى له، لأنه لو كان مبرزاً يكتفى بتحقيقه مقارناً للعقد، وإلا فلا يكتفى بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفى بالمقارن منه»^(٣).

يمكن الاستدلال لقول الشيخ الأعظم بقوله عليه السلام: «لا تشتريها إلا برضا أهلها»^(٤)، وقوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضاً منه»^(٥)، وقد مرّت الروايتان.

بتقريب: اكتفى في الأولى منهما بالرضا، وفي الثانية قرن الرضا من المالك بالابتياح منه أو أمره، فيستفاد منهما كفاية الرضا بدلاً من أمر المالك. وفيه: أولاً: لا يبعد أن يراد به الرضا المبرز لا مطلقاً. وثانياً: لو تنزلنا يكون نظير قوله عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه، من اعتبار الرضا وطيب النفس لا بدليته للإذن والإجازة لما مرّ من أنّ الاستناد المعتبر في العقود لا يتم بالرضا وطيب النفس. و ثالثاً: لسانهما النفي لا الإثبات فلا يستفاد منه صحة العقد بمجرد رضا المالك وعدم تحقق بقية الشرائط بل استفاد منه اعتبار الرضا في الصحة، فلا ينافيه اعتبار الإذن والإجازة بدليل مستقل.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٩/٢.

(٢) المكاسب ٣٤٨/٣.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٩/٢.

(٤) وسائل الشيعة ٣٣٤/١٧، ح ٣، الباب ١ من أبواب عقد البيع و شروطه. صحيحة محمد بن مسلم.

(٥) وسائل الشيعة ٣٣٧/١٧، ح ٨، مرسلّة توقيع الحميري.

الثاني: هل يجري الفضولي في الإيقاعات؟

أو أنه مختص بالعقود فلا يجري في الإيقاعات؟ ادعى الشهيد^(١) وجود الإتفاق على بطلان الفضولي في الإيقاعات.

قال الأردبيلي: «و الظاهر عدم القول به - أي بالفضولي - في العتق لقولهم^(٢): لا عتق إلا في ملك، و يمكن الجواز و التأويل كما لا يبيع إلا فيما يملك»^(٣).

و استدلَّ لعدم جريانه في الإيقاعات بثلاثة وجوه:

الأوّل: الإجماع لو لم يكن حاصلًا في جميعها، فهو موجود في العتق و الطلاق و بعدم القول بالفصل نتعدى منهما إلى غيرهما من الإيقاعات.

و فيه: نعم قد ادَّعِيَ الإجماع فيهما ولكن من المحتمل استنادهم في الطلاق إلى ما ورد من قولهم^(٤): الطلاق بيد من أخذ بالساق^(٥)، و في العتق إلى قولهم^(٦): لا عتق إلا بعد ملك^(٧)، و من الواضح عدم دلالتهما على اعتبار الإذن السابق نظير ما مرّ في البيع من قولهم^(٨): لا يبيع إلا في ملك، فالجواب كالجواب^(٩). و الإجماع إذا احتمل كونه مدركيًا فلا يفيد شيئاً.

مضافاً إلى عدم اعتبار الإجماع المنقول.

و ثالثة: إنهم في فروع الطلاق و العتق ذهبوا إلى جريان الفضولي فيهما حيث ذكروا في الطلاق الخلع إذا كان مال الخلع زائداً على المهر أنه موقوف على إجازة الزوجة، و في عتق الراهن العبد المرهون بلا إذن المرتهن أنه صحيح يتوقف على إجازة المرتهن أو فكّ الرهن^(١٠)، كأنهم نسوا في البحث ما ادعوه أولاً من الإجماع في بطلان الفضولي في

(١) غاية المراد ٣٧/٣.

(٢) مجمع الفائدة ١٦٣/٩.

(٣) مستدرک الوسائل ٣٠٧/١٥.

(٤) وسائل الشيعة ١٥/٢٣، ح ٢ و ٦، الباب ٥ من أبواب كتاب العتق.

(٥) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٥/٢.

(٦) هداية الطالب ١١/٣.

تنبيهات بيع الفضولي - الثاني: هل يجري الفضولي في الإيقاعات؟ ٣٠٧

الإيقاع.

ورابعة: نمنع من عدم القول بالفصل والتعدي. على فرض ثبوته^(١) فيهما.^(٢)
الثاني: عدم جواز التعليق في الإيقاع، فلا يدخل الفضولي فيه.
وفيه: المشهور يذهب إلى عدم جواز التعليق في العقود أيضاً كما مرّ سابقاً و
مفصلاً، فلو كان دليلهم ذلك فلا بدّ أن لا يدخل الفضولي في العقود أيضاً و التالي باطل و
المقدّم مثله.^(٣)

الثالث: العقود بما أنّها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، ولذا يتعلّق بها الفسخ مع أنّه
حلّ للعقد في جهة بقائه، و في الفضولي بإجازة المالك يتم تمام الموضوع و أمّا الإيقاع
بما أنّه فعل واحد فيعتبر أمراً أنيّاً فإن حصل ممّن له سلطنة على ذلك الأمر فهو و إلا فلا
يحصل ذلك الأمر أصلاً.

و فيه: أنّ ما ذكر مجرد ادعاءٍ لأنّه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتباراً دون
الإيقاع، مع أنّه لو لم يكن له بقاء فكيف يجوز للزوج في الطلاق الرجعي إلغاء طلاقه
بالرجوع، لأنّ الرجوع في الطلاق كالرجوع في الهبة.^(٤)

و مع عدم تمامية الوجوه الثلاثة نقول: إن قلنا بصحة بيع الفضولي لشمول
الاطلاقات و العمومات - كما مرّ في الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على صحته -
فإلحاق سائر العقود به في محلّه بل مقتضاها القول بالصحة في الإيقاعات أيضاً إلاّ ما
خرج بالدليل.^(٥)

و إن قلنا بصحته بالروايات الخاصة - حيث لم ترد إلاّ في النكاح و البيع - فإلحاق

(١) الإجماع.

(٢) أي الطلاق و العتق.

(٣) راجع هداية الطالب ١٢/٣.

(٤) إرشاد الطالب ٢٨٤/٣.

(٥) كما في حاشية المكاسب ٩٩/٢ للفقير اليزدي رحمته الله.

سائر العقود بهما لا وجه له فكيف بالإيقاعات^(١)؟

مع أنك ترى أنهم يجرون الفضولي في جميع العقود، فهم يرونه على الوجه الأوّل فالحكم بجريانه في الإيقاعات تام إلا ما خرج بالدليل. والحمد لله.

الثالث: هل يجري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات ونحوها؟

قال الجدّ الشيخ جعفر: «و في جري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات -كالأخماس والزكوات وأداء النذور والوقوف والصدقات ونحوها من مال من وجبت عليه أو من ماله- و فيما قام الأفعال مقام العقود ونحوه، وكذا الإيقاعات ممّا لم يقم الإجماع على المنع فيها وجهان، أقواهما الجواز.

و يقوى جريانه في الإجازة وإجازة الإجازة وهكذا. و يتفرّع عليها أحكام لا تخفى على ذوي الأفهام»^(٢).

و اعترض عليه تلميذه صاحب الجواهر وقال: «وإن كان قد يناقش في فحوى أداء الخمس والزكاة من مال من وجبت عليه إذا كان بوجه لا يصحّ له نيّة التقرب فيه ولو لعدم العلم بالإذن فيه، بل في جريانه في إجازة الإجازة لأنّها من الإيقاع الذي علم عدم قيام الغير مقامه فيه ولو أجاز بعد ذلك، ولكن الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد في مدرك المسألة فلا حظ ما قدّمناه وتأمّل ذلك، فإنّ فيه ما اشتمل على غير العقد من القبض والإقباض ونحوهما»^(٣).

أقول: نعم، «الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد في مدرك المسألة» كما قاله صاحب الجواهر رحمته الله فيمكن القول بجريان الفضولي في جميع ما ذكره الجدّ رحمته الله من العبادات التي تقبل الوكالة وحتى الإجازة وإجازة الإجازة. و ممّا ذكرناه يظهُر وضوح جريان الفضولي في الشراء أيضاً وفي غيره من العقود ولأجل التبرك نذكر لك كلام علّمين من أعلام الفقه هما:

(١) راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٣٠٥/٢.

(٢) شرح القواعد ٨٥/٢.

(٣) الجواهر ٤٥٢/٢٣ (٢٢٠/٢٢).

تنبيهات بيع الفضولي - الرابع: صور بيع الفضولي ٣٠٩

جدنا العلامة التقي رحمته الله قال: «أنه كما يجري الفضولي بالنسبة إلى البيع كذا يجري في الشراء فيحكم بصحته مع الإجازة من غير فرق لا تّحاد المناط وشمول الإطلاق للأمرين، وفي عدّة من الروايات المتقدمة^(١) دلالة عليه أيضاً»^(٢).

و السيد العاملي قال: «و ليعلم أنّه لا فرق في ذلك بين البيع و الشراء كما صرّح به جماعة منهم المصنف [العلامة الحلّي] في نهاية الأحكام^(٣) و أشار إليه في التذكرة^(٤)، و الشهيد في مسائله المدوّنة، و المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٥) و إن كانت المسألة مفروضة في البيع كالرواية^(٦).

و أعلم أنّه يجري في سائر العقود لأنّه إذا ثبت في النكاح و البيع ثبت في جميع العقود، إذ لا قائل باختصاص الحكم بهما كما في الروضة^(٧) ذكر ذلك في كتاب النكاح. نعم، قيل^(٨) باختصاصه بالنكاح، و قيل^(٩) ببطلانه في النكاح و غيره»^(١٠).

الرابع: صور بيع الفضولي

قال الشيخ الأعظم رحمته الله: إنّ الفضولي قد يبيع للمالك و قد يبيع لنفسه و على الأوّل

(١) نحو حديث عروة البارقي الذي مرّ في الوجه الثاني من وجوه صحة بيع الفضولي.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٤١١.

(٣) نهاية الأحكام ٢/٤٧٦.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٠/٢١٧.

(٥) جامع المقاصد ٤/٦٩.

(٦) مراده من الرواية صحيحة محمد بن قيس التي مرت في الوجه الثالث من وجوه التي أقاموها لصحة بيع الفضولي.

(٧) الروضة البهية ٥/١٤١.

(٨) نقله في الروضة ٥/١٤١، و قال به صاحب الحدائق ٢٣/٢٥٧.

(٩) كما مرّ عن القائدين بالبطلان نحو: الشيخ في المبسوط ٤/١٦٣، و الفخر في الإيضاح ٣/٢٧ و نقله صاحب الحدائق ١٨/٣٧٧ عن مير الداماد.

(١٠) مفتاح الكرامة ١٢/٦٠٤.

٣١٠.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

فقد لا يسبقه منع من المالك و قد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث»^(١).
الظاهر أنَّ المسألة الأولى - وهي أن يبيع من لا يملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه - تكون أساساً للمسالتين الأخيرتين - .
الثانية: أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه.
و الثالثة: أن يبيع لغير المالك إمَّا لنفسه أو لشخص ثالث.
لأنَّه لو قلنا بالفساد في الأولى فلا بدّ من القول بالفساد في الثانية و الثالثة، و أمَّا لو قلنا بالصحة في الأولى فيمكن مجال للبحث عنهما فيبحث في الثانية عن أن سبق المنع من المالك هل يوجب الفساد أم لا؟ و في الثالثة عن أن وقوع البيع عن غير المالك الذي هو مناف لمقتضى العقد هل يوجب الفساد أم لا؟^(٢)
و ما مرَّ منّا إلى هنا من صحة بيع الفضولي كلّه كان في المسألة الأولى.

(١) المكاسب ٣/٣٤٨.

(٢) راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٣١١/٢.

و أما المسألة الثانية:

فهي أن يبيع الفضولي مال غيره مع سبق منع مالكة، المشهور^(١) على صحته ولكن حُكي^(٢) عن فخر المحققين^(٣): أن بعض المجوزين لبيع الفضولي اعتبر عدم سبق نهي المالك.

و يظهر ذلك من نكاح تذكرة والده حيث حمل النبوي: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر»^(٤) - بعد تضعيف سنده - على أنه نكح بعد منع مولاه و كراهته فيقع باطلاً^(٥).

و استظهر الشيخ أسدالله^(٦) عدم الفرق بين النكاح و غيره. و الفساد هو مُخْتَمَلُ كلام المحقق الثاني في بيع الغاصب: «نظراً إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هي الغصب»^(٧). و إن اختار هو الصحة فيه.

قد يناقش^(٨) في استظهار عدم الفرق بين النكاح و غيره بأن العلامة صرح في باب الوكالة^(٩) بعدم جواز بيع الوكيل الذي نهاه الموكل عن معاملة خاصة، ولكنه لا يستلزم البطلان لتصريحه بصيرورة الوكيل المخالف لما عينه عليه الموكل فضولياً و أن عقده

(١) كما في المكاسب ٣/٣٧٣.

(٢) مقابس الأنوار / ١٢١.

(٣) إيضاح الفوائد ١/٤١٧ - ٢/٣١٤.

(٤) سنن الترمذي ٣/٤١٩ و ٤٢٠، ح ١١١١ و ١١١٢ - سنن البيهقي ٧/١٢٧.

(٥) تذكرة الفقهاء ٢/٥٨٨ من طبع الحجري.

(٦) مقابس الأنوار / ١٢١.

(٧) جامع المقاصد ٤/٦٩.

(٨) المناقش هو المحقق المروج في هدى الطالب ٤/٥٢٦.

(٩) تذكرة الفقهاء ١٥/٩٧، مسألة ٧١٥.

موقوف على الإجازة ولا يبطل رأساً.^(١)
و لازمه اختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد ولا سبيل لاستظهار عدم الفرق بين
النكاح وغيره.

مستند القول بالفساد

١- قال الشيخ الأعظم: «فهذا القول [الفساد] لا وجه له ظاهراً عدا تخيّل أن
المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام»^(٢).
في بعض الكتب الفقهية^(٣) ذُكرت رواية عروة فقط بعنوان دليل صحة بيع الفضولي،
وهي مختصة برضا النبي ﷺ بما صنعه عروة و عدم ورود نهى النبي ﷺ فلا يشمل صورة
منع المالك و يجري فيها أصالة الفساد الجارية في العقود. هذا توضيح مقالة الشيخ
الأعظم.

ولكن تخيّل وحدة الدليل في رواية عروة، لا أدري أصدَرَ من أحد أم لا؟! لأنّ
المذكور في كلام الفاضل النراقي القائل ببطلان بيع الفضولي - كما مرّ -: «فيعلم أنّ من
يقتصر في دليل الخروج بخبر البارقي ونحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب و لا تفيد
إجازة المالك في الصحة...»^(٤).

و أنت ترى بأنّه عطف على خبر البارقي «و نحوه» و ذكر قبل ورقة بعض الأدلة
الواردة في صحة بيع الفضولي من الروايات فهو لا يرى أنّ مستند عقد الفضولي هي رواية
عروة فقط.

فالتخيّل المذكور لم يصدر من الفاضل النراقي بل لم يصدر من متفقّة فكيف بفقهيّه.

٢- قال الشيخ الأعظم: «و أنّ العقد وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد - ولو

(١) تذكرة الفقهاء ١٠٥/١٥، مسألة ٧٢٠، و قواعد الأحكام ٣٦٠/٢ و فيه: «ولو خالفه في

البيع وقف على الإجازة».

(٢) المكاسب ٣/٣٧٣.

(٣) نحو تذكرة الفقهاء ١٤/١٠ و مختلف الشيعة ٥٤/٥ و التنقيح الرائع ٢٥/٢.

(٤) مستند الشيعة ٢٧٩/١٤.

المسألة الثانية من بيع الفضولي: بيع الفضولي مع سبق نهي مالكة ٣١٣

آناً ما- كافٍ في الردّ فلا ينفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الردّ سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأنّ الحلف عليه أمانة عدم الرضا»^(١).

مراده من حكمهم هو هذا الفرع المذكور في كلام المحقق: «إذا اشترى انسان سلعةً وادّعى أنه وكيلٌ لإنسانٍ فانكر كان القول قوله مع يمينه و يقضي على المشتري بالثمن، سواءً اشترى بعين أو في الذمة، إلا أن يكون ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد»^(٢).
و تبعه في هذا الفرع العلامة^(٣) و المحقق^(٤) و الشهيد^(٥) الثاينين و السيّد العاملي^(٦) و صاحب الجواهر^(٧).

و غرضه من الاتيان بهذا الفرع و الاستشهاد به: أنّ المنع الموجود حال العقد من المالك يكون كافياً في بطلان بيع الفضولي و لا يحتاج إلى إنشاء ردّ جديد بعد عقد الفضولي، كما أنّ إنكار الوكالة كافٍ في بطلان العقد الذي أنشاه الوكيل - المدعي للوكالة - و لا يحتاج إلى إنشاء ردّ جديد.

و كما لا تنفع إجازته بعد الإنكار لو أجاز الموكل عقد الوكيل فكذلك لا تنفع الإجازة بعد المنع الصادر من المالك لو أجاز عقد الفضولي.

و ردّ الشيخ الأعظم نفسه هذا الاستدلال بقوله: «و أمّا ما ذكر من المنع الباقي بعد العقد ولو آناً ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسحاً لا ينفع بعده الإجازة»^(٨).

(١) المكاسب ٣/٣٧٤.

(٢) الشرائع ١٦٣/٢، كتاب الوكالة - النزاع - المسألة الرابعة.

(٣) القواعد ٣٦٧/٢ - البحث الثاني في صور النزاع (أ).

(٤) جامع المقاصد ٨/٢٩٣.

(٥) المسالك ٥/٣٠٠.

(٦) مفتاح الكرامة ٢١/٣٤٦.

(٧) جواهر الكلام ٢٧/٤٣٥.

(٨) المكاسب ٣/٣٧٥.

أقول: المنع السابق من المالك لا يستكشف منه إلا عدم الرضا الباطني بالعقد وهو لا يكفي في الردّ. لأنّ الردّ يحتاج إلى إبراز وإظهار و أستناد إلى المالك، و عدم الرضا الباطني أمر نفسيّ و قلبيّ و جوانحيّ يحتاج إلى مبرز و مظهرٍ و مستندٍ حتّى يفيد في الردّ كما مرّ آنفاً بعدم كفاية الرضا الباطني في الإجازة أيضاً.

و العجب من الشيخ الأعظم رحمته الله يرى كفاية الرضا الباطني في الإجازة و عدم كفاية عدمه في الردّ، مع أنّ الأمرين من سنخ واحد و الفرق بينهما في غير محلّه. و لم يدلّ دليل على الفرق.

و أمّا الإستشهادُ بفرع مدعي الوكالة فقد قال الشيخ الأعظم في نقده: «و ما ذكره من حلف الموكل غير مسلم، ولو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره في ردّ البيع و عدم تسليمه له»^(١).

أقول: الحلف على إنكار الوكالة يبطل الشراء للموكل - المدعى عليه - و يصير الشراء للوكيل لأنّ الحلف على إنكار الوكالة إظهار و إبراز للكراهة الباطنية بالبيع و هذا الإظهار و الإبراز يكفي في الردّ. فلا يستند الشراء إلى الموكل، فلا وجه للاستشهاد بهذا الفرع.

ثم لا أدري ما المراد من قوله رحمته الله: «ما ذكره من حلف الموكل غير مسلم». لأنّ الحلف لا يُحكّم به على ثبوت الوكالة قطعاً و إذا انتفت الوكالة لا يستند الشراء إلى الموكل، و لعلّ مراده نفي الشراء له ظاهراً بالحلف، و أمّا لو كان وكيلاً عنه واقعاً فيستند الشراء به و تمّ، و الإنكار و الحلف به يدل على عدم الصحة ظاهراً لا واقعاً.^(٢)

مستند القول بالصحة:

١- العمومات و الاطلاقات

قال الشيخ الأعظم: «و كفاية العمومات»^(٣).

(١) المكاسب ٣/٣٧٥.

(٢) كما عن الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ٢/١٣٨.

(٣) المكاسب ٣/٣٧٤.

المسألة الثانية من بيع الفضولي: بيع الفضولي مع سبق نهي مالكة ٣١٥

قد مرّ في الوجه الأوّل من الاستدلال على صحة عقد الفضولي دلالة العمومات و الإطلاقات عليها فلا نعيد، و هما يدلان على الصحة مع سبق منع المالك أيضاً لأنّه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات و الإطلاقات في صورتها عدم منع المالك و منعه.

٢- و أمّا حديث عروة البارقي

فلا يشمل صورة سبق منع المالك لأنّ النبي ﷺ أمره باشتراء شاة و لم ينه عن بيعها، فالحديث لا يجري في هذه الصورة.

٣- صحيحة محمد بن قيس

قال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس»^(١). مراده عليه السلام: أنّ الإمام عليّاً لم يستفصل من سيّد الوليدة أنّه نهى عن بيع الوليدة قبل مسافرتها أم لا، و ترك الاستفصال يفيد العموم فيشمل صورة سبق نهي المالك. و اعترض عليه السيّد الخوئي بأنّ قول «السائل: «وليدتي باعها ابني بغير إذني»^(٢) و عدم الإذن و إن كان لا ينافي المنع ولكن ظاهره فيه لا ينكر»^(٣).

أقول: حيث أنّ السائل في مقام بيان طرح دعواه أو سؤاله الشرعي عند أمير المؤمنين عليّاً ولو كان نهى عن بيع الوليدة ذكره له و حيث لم يذكره فلم ينه عنه و هذا الاستدلال - اطلاق الدعوى و عدم تقييده بنهيه - يوجّه ترك استفصال الإمام عليّاً فلا يدل على عموم يشمل صورتين فيتم اعتراض السيّد الخوئي بهذا البيان - و أمّا ادّعاء ظهور عدم الإذن في عدم المنع فهو قابل للمناقشة - و لا تتنمّ مقالة الشيخ الأعظم عليه السلام في المقام.

٤- فحوى أدلّة نكاح العبد بدون إذن مولاه

قال الشيخ الأعظم: «و جريانه... مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالي

(١) المكاسب ٣/٣٧٤.

(٢) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، ح ١.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٣٤٧.

و العبيد، مع أنَّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيِّد»^(١).
مراده: أنَّ التعليل الوارد في الروایتين: صحيحة زرارة و موثقة. ^(٢) من «أنه لم يعص الله و إنما عصى سيِّده» و «إنما عصى سيِّده و لم يعص الله» يدلُّنا على كبرى كليَّة و هي أنَّ عصيان المخلوق يجبر برضاه دون عصيان الخالق فإنَّه لا يجبر بشيءٍ ففي كلِّ مورد من العقود و الإيقاعات التي تجري فيها معصية المخلوق كالبيع و النكاح و الطلاق و نحوها ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد و لا يضرُّ بصحته بعد الرضا، بخلاف موارد تجري فيها معصية الخالق لعدم تصحيحها بشيءٍ.

أقول: هذا البيان تام بناءً على ما ذكرنا^(٣) من تمامية فحوى ما دلَّ على صحة نكاح الفضولي على صحته في البيع بل في جميع العقود لأنَّ الاحتياط في الفروج أكد و الأمر فيها أشدَّ، ولكنَّ بناءً على مناقشة الشيخ الأعظم في هذه الفحوى^(٤) و ذهابه على عكسه بأنَّ امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس^(٥) فلا يتم ما ذكره^(٦) هنا لعدم تمامية هذه الفحوى عنده، و سبحان من لا يسهو.

اللهم إلا أن يقال: «إنَّ تعليل النكاح بعصيان السيِّد من سنخ العلة المنصوصة و الحكم ثابت في جميع العقود من باب انطباق الكلِّي - الذي هو موضوع الحكم - عليها عرضاً لا طويلاً حتَّى تصل التوبة إلى الأولوية»^(٦). فيكون محور الاستدلال بالعلَّة المنصوصة - أو كبرى كليَّة - لا الفحوى المذكور سابقاً فلا يتم الاشكال على الشيخ الأعظم.

ولكن هذا البيان يُنافي قوله «فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه...».

(١) المكاسب ٣/٣٧٤.

(٢) وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١ و ٢، الباب ٢٤ من أبواب النكاح العبيد و الإماء.

(٣) مرَّ في الوجه الرابع من أدلة صحة بيع الفضولي راجع صفحة ١٩٧ من هذا المجلد.

(٤) المكاسب ٣/٣٥٦ و ما بعده.

(٥) المكاسب ٣/٣٥٨.

(٦) كما في هدى الطالب ٥٣٥/٤.

المسألة الثانية من بيع الفضولي: بيع الفضولي مع سبق نهي مالكه ٣١٧

٥- الإِتْجَارُ بِمَالِ الْيَتِيمِ

قال الشيخ الأعظم: «مع جريان المؤيّدات المتقدمة له: من بيع مال اليتيم و المغصوب»^(١).

أقول: قد مرّ في الوجه السادس^(٢) الروايات الواردة في الإِتْجَارِ بِمَالِ الْيَتِيمِ و الاحتمالات الثلاثة حولها و تمامية الاستدلال على صحة بيع الفضولي هناك على بعضها، و الكلام هنا الكلام.

و أمّا عطف المغصوب على اليتيم إن كان عطف تفسير فلا بأس به و إلا لم يتقدّم من الشيخ الأعظم شيء في المغصوب حتّى يصح عطفه على مال اليتيم.

اللهم إلا أن يقال: إن مراده من المغصوب ما ورد في معتبرة مسمع أبي سيار في الوجه العاشر^(٣) من وجوه الاستدلال على صحة بيع الفضولي و لا ريب في أن الوديعة بيد الودعي المنكر لها تكون غصباً.

٦- ما ورد في عامل المضاربة

قال الشيخ الأعظم: «و مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصريح في منعه عمّا عداه»^(٤).

أقول: قد مرّ في الوجه الخامس^(٥) من وجوه الاستدلال على صحة بيع الفضولي تفصيل القول في هذه الروايات و عدم إمكان استفادة صحة بيع الفضولي منها و أنّها نصوص تعبدية يؤخذ بها في مورده الخاص.

و الحاصل: تمامية جريان بعض الأدلة الماضية بالنسبة إلى الصورة الثانية - و هي

(١) المكاسب ٣/٣٧٤.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧.

(٣) راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥.

(٤) المكاسب ٣/٣٧٤.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٩.

بيع الفضولي مع سبق نهي المالك - فيحكم بصحته.

دفع وهم: هل يكون نهي المالك مانعاً من صحته؟

يمكن أن يقرب المانع بوجوه متعددة:

منها: إذا كان الردّ بعد العقد مانعاً عن صحته بالإجازة كان النهي عنه أولى بالمانعية

لأنّ الدفع أهون من الرفع.

و فيه: أولاً: منع الاولوية، لأنّ مانعية الردّ تثبت بالإجماع و المتيقن منه هو إنشاء

الكراهة بقول أو فعل بعد العقد، و أمّا الكراهة الباطنية المدلول عليها بالنهي السابق على العقد و الباقية إلى ما بعد العقد فخارج عن المتيقن منه.

و ثانياً: الردّ عرفاً كالفسخ حلاً للعقد ولكن الأوّل حلّ لصحته التأهيلية و الثاني

حلّ لصحته الفعلية، و لا يمكن حلّ العقد قبل وجوده و وقوعه فلا يطلق على النهي السابق الردّ.

و منها: العقد مع النهي السابق لا يضاف إلى المجيز بالإجازة.

و فيه: النهي السابق لا ينفصل ارتباط العقد و المجيز و للمالك أن يجيز العقد و

ينفذه، و الشاهد عليه نهي التجار للدلالين عن معاملة خاصة و إجازتهم لها بعد وقوعها لمصالح.

و منها: النهي السابق يدل على الكراهة الباطنية و هي مانعة عن تحقق العقد و

انتسابه إلى المالك.

و فيه: الكراهة الباطنية لا تمنع من تحقق العقد لا عرفاً و لا شرعاً. و الشاهد عليها

صحة عقد النكاح على المرأة التي تكره الزواج أو بيع المضطر.

نعم، عقد المكره يكون باطلاً و هو غير من له الكراهة الباطنية.

و الحاصل: عقد الفضولي مع سبق نهي المالك صحيح إذا أجازته المالك و نهيه

السابق و كراهته الباطنية لا يمتنعان الصحة، و الحمد لله.

و لذا قال السيّد العاملي في كتاب الحجر: «و اشتراط بعضهم عدم مسبوقيته بنهي

المالك غير جيّد على إطلاقه، و إلا فالغاصب و العبد منهيان شرعاً عن التصرف، فالأوّل

المسألة الثانية من بيع الفضولي: بيع الفضولي مع سبق نهي مالكة ٣١٩

في مال الغير، و الثاني في نفسه، بل قد نقول: إنَّ هذا النهي مطلقاً غير مضرّ، لكنّ قضية كلامهم في هذا المقام أنّ الغرماء لو صرّحوا بالردّ لا يفسخ العقد، فإنّما يعتبر كلامهم في الإجازة لا في الردّ، وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء شيء من ماله يسع ذلك، فإن حصل ذلك كان إجازة و إلا كان ردّاً، وقد نبّهنا على ذلك في باب البيع عند قوله «و الأقرب اشتراط أن يكون مجيزاً في الحال»^(١) و بيّنا الحال في ذلك»^(٢).

(١) قواعد الأحكام ١٩/٢.

(٢) مفتاح الكرامة ٢٥١/١٦.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه

قال الشيخ الأعظم: «و هذا غالباً يكون في بيع الغاصب»^(١).

الأقوال في بيع الغاصب:

أكثر الفقهاء عدّوا بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي و من أفرادهِ كما صرّح به فخر المحقّقين في الإيضاح^(٢)، و على أنّه من أفرادهِ والده العلامة في التذكرة^(٣) و المختلف^(٤) و نهاية الأحكام^(٥) و الشهيد في الدروس^(٦) و حواشيه^(٧) و الفاضل المقداد في التنقيح^(٨) و المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٩) و الصيمري في غاية المرام^(١٠).

قال الشيخ أسدالله التستري: «... و هو قضية إطلاق الباقيين و اللازم من فتاواهم في

(١) المكاسب ٣/٣٧٦.

(٢) إيضاح الفوائد ١/٤١٧.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٠/١٧ و ٢١٩.

(٤) مختلف الشيعة ٥/٥٥.

(٥) نهاية الأحكام ٢/٤٧٦.

(٦) الدروس ٣/١٩٣.

(٧) نقل عنه في مفتاح الكرامة ١٢/٥٩٩.

(٨) التنقيح الرائع ٢/٢٧.

(٩) جامع المقاصد ٤/٧٦ و ٧٧.

(١٠) غاية المرام ٢/١٥.

المسألة الثالثة من بيع الفضولي: بيع الفضولي لنفسه ٣٢١

مسألة ترتيب مسلسلة العقود على أحد العوضين»^(١).

و قال في الجواهر: «... و من هنا كان بيع الغاصب من الفضولي عند المعظم أو الجميع»^(٢).

فعلى القول بصحة بيع الفضولي يكون بيع الغاصب صحيحاً بإذن المالك. و هذا هو القول الأوّل.

و القول الثاني: هو البطلان مطلقاً.

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس^(٣) فإنّ المحكي عنه نفي الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين علم المشتري بالغصبية و جهله بها.^(٤)

أقول: بعد ظهور الأقوال الأربعة لابدّ من التّدكير بأنّ هذا البيع لا يكون نادراً من غير الغاصب خلافاً لما يظهر من الشيخ الأعظم حيث يقول بأنّه «و قد يتفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع»^(٥)، بل كثيراً ما يقع كالبيع الفاسدة المبنيّة على الأمارات المعترية كاليد و السوق و على الاصول المعترية نحو الاستصحاب و أصالة الصحة و غيرها، و ألبائعون في هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد الملكية لهم و إذا ظهر بطلان اعتقادهم يكون مصداقاً لهذه المسألة و ضرب الشيخ الأعظم مثلاً لهذه الموارد بصحيفة الحلبي^(٦) التي رواها المشايخ الثلاثة في الإقالة بالوضعية التي مرّ الاستدلال بها في الوجه الثامن من وجوه

(١) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٣١.

(٢) الجواهر ٤٥٧/٢٣ ٤٨٢/٢٢.

(٣) نقل عنه الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب ١٣٨/٢.

(٤) كما في مفتاح الكرامة ٦٠٠/١٢، و المكاسب ٣٨٧/٣ و حاشية المكاسب ١٣٨/٢ للسيد

اليزدي، و هدى الطالب ٥٤٠/٤.

(٥) المكاسب ٣٧٦/٣.

(٦) وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح ١، الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود.

الاستدلال على صحة الفضولي فراجعه^(١) و التمثيل تام.

أدلة صحة بيع الفضولي لنفسه

١- العمومات و الاطلاقات

بالتقريب الذي مرّ في المسألتين السابقتين، قال الشيخ الأعظم: «للعومات المتقدمة بالتقريب المتقدّم»^(٢).

٢- فحوى الصحة في النكاح

التي مرّت في الوجه الرابع من وجوه الاستدلال على المسألتين، و الفحوى تام عندنا و لم يتم عند الشيخ الأعظم كما مرّت، و الكبرى الكليّة المستفادة من رواياتها و التعليل الوارد فيها تام و تشمل هذه المسألة أيضاً.

٣- صحيحة محمّد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب الخ^(٣)! ظاهرة في بيع الوليدة لابن لا الأب فضولة و هو عين مسألتنا هذه. لأنّ الحكم مستفاد من ترك الاستفصال و هو أمانة العموم كما عليه السيّد الخوئي^(٤) ثم فرّق بين جريانه في المسألتين الثانية و الثالثة بعدم جريانه في الثانية و جريانه في الثالثة، و التفصيل بين المسألتين بلا وجه كما يظهر من مقالتنا في المسألة الثانية حولها.^(٥) و إن كان السيّد الخوئي يمنع جريان ترك الاستفصال في المسألة الثانية بادعاء أنّ ظهور عدم الإذن في عدم المنع لا ينكر ولكن هذا الظهور مفقود في المسألة الثالثة فيجري ترك الاستفصال فتأمل.

(١) راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٠.

(٢) المكاسب ٣/٣٧٦.

(٣) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٤) مصباح الفقاهة ٤/١١٢.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٣١٥.

المسألة الثالثة من بيع الفضولي: بيع الفضولي لنفسه ٣٢٣

٤- الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم

لأنّ غير الولي إذا تَجَرَ بمال اليتيم من دون إذن الولي يكون غاصباً و ضامناً لأصل ماله و الربح يكون لليتيم و لا زكاة هنا، و بعد أن يأخذ اليتيم ربحه يحكم بصحة معاملات المتاجر الغاصب و يمكن استفادة صحة بيع الفضولي في هذه الصورة من هذه الروايات.^(١)

٥- معتبرة مسمع أبي سيار^(٢)

الماضية^(٣) في الوجه العاشر من وجوه الاستدلال على صحة الفضولي، و الودعي الجاحد يكون غاصباً و أمر الإمام عليه السلام بأخذ نصف الربح منه و هذا الأخذ يكون إذناً و إجازة في معاملاته السابقة الغاصبة فيكون بيع الفضولي لنفسه صحيح، و المعتبرة يكون كالنص في صحته.

و هذا المقدار من الأدلة يكفي في الحكم بالصحة و أمّا ادّعاء جريان «أكثر ما تقدّم من المؤيدات»^(٤) كما عن الشيخ الأعظم فهو غير تام، لعدم جريان غير ما ذكرها إلا هذه المعتبرة و هي غير مذكورة في ما تقدّم من كلام الشيخ الأعظم - و لعله لا تتم دلالتها على صحة بيع الفضولي - فالادّعاء في غير محلّه، و لذا استشكل عليه الفقيه اليزدي بقوله: «و المؤيدات المتقدمة أيضاً غير جارية»^(٥).

(١) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧.

(٢) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الودعية.

(٣) راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥.

(٤) المكاسب ٣/٣٧٦.

(٥) حاشية المكاسب ٢/١٣٨.

أدلة بطلان بيع الفضولي لنفسه و مناقشتها ذكر الشيخ الأعظم^(١) خمسة وجوه للبطلان و ناقش الجميع: الوجه الأوّل: النويان

الماضيان في أوّل الاستدلال بالسنة الشريفة^(٢) على بطلان بيع الفضولي و الجواب
عنهما كالجواب فلا نعيد.

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولي لنفسه»^(٣).
و قال الفقيه السيّد اليزدي في تبين مراده: «يعني بعد ما عرفت من اختصاص
موردها بالبيع لنفسه و إلّا فالاستدلال بها ليس مبنياً على الاختصاص، إذ مع الإطلاق
أيضاً يمكن الاستدلال بها للمقام بدعوى أنّ صورة البيع للمالك خارجة عنها بالدليل،
هذا إن قلنا فيه بالصحة، و إلّا فالأمر أوضح»^(٤).

أقول: تبينه تام، و بيع الفضولي بعد إجازة المالك يستند إليه و يدخل في عنوان
بيع ما عنده و بيع ما يملك بلا فرق بين بيعه للمالك أو مع سبق نهيه أو لنفس الفضولي و لذا
قال الأستاذ المحقّق - مدّظله - «مع لحوق الإجازة يتبدّل الموضوع و يصحّ البيع»^(٥). هذا
أولاً.

و ثانياً: على فرض تعميم الحديثين على صور بيع الفضولي أو اختصاص
موردهما ببيعه لنفسه لا لمالكه يدلان على بطلان صور بيع الفضولي أو الصورة الثالثة التي
يباع الفضولي لنفسه، و الأدلة الدالة على صحة الفضولي عموماً أو خصوص الصورة الثالثة
يخصن عموم الحديثين بجريان قاعدة العام و الخاص.

(١) راجع المكاسب ٣/٣٧٨٦ و ما بعده.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٢٦٤ و ٢٦٨.

(٣) المكاسب ٣/٣٧٦.

(٤) حاشية المكاسب ٢/١٣٨.

(٥) العقد النضيد ٣/١٤٠.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٢٥

الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك

و هذا الاعتبار مفقود في المغصوب و قد مرّ عن المحقّق الكركي^(١) بأنّ الغصب قرينة عدم الرضا و معلوم بأنّ عدم الرضا يعني الكراهة و هي عبارة أخرى عن الردّ، و بقاء هذه الكراهة - أي الردّ - بعد العقد ولو آناً ما كافٍ في الردّ و البطلان و أجمع الأصحاب على بطلان العقد بعد الردّ و أنّ الإجازة بعد الرد لا تصححه و ذكر هذا الوجه الشيخ أسدالله التستري^(٢) و أحال جوابه على ما ذكره في المسألة الأولى.

و ناقش فيه الشيخ الأعظم^(٣) بأمور:

الأوّل: الدليل أخصّ من المدعى، لأنّه مختص بالغاصب و البحث في هذه الصورة أعمّ من الغاصب و غيره من الذين يرون مال الغير ملكهم خطأً.

الثاني: أنّ الغصب ليس قرينة على عدم الرضا بالبيع مطلقاً حتّى للمالك و رجوع الثمن إليه، بل قرينة على عدم الرضا بكون البيع للغاصب و رجوع الثمن إليه، فلا يعدّ ردّاً للبيع لمالكة و تملكه للثمن.

الثالث: «قد عرفت أنّ سبق منع المالك غير مؤثّر»، و أنّه ليس ردّاً، و الكراهة السابقة بعد ورود الإجازة لا عبرة بها، مع أنّ أصل الكراهة غير مضرة بالصحة كما مرّ نظيره في بيع المضطرّ.

الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية

قال العلامة: «لا يتصوّر أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه»^(٤).

و مراده: اعتبار المعاوضة الحقيقية في البيع و هي دخول الثمن في ملك من يخرج المبيع من ملكه و دخول المبيع في ملك من يخرج الثمن من ملكه، و قصد هذه المعاوضة

(١) جامع المقاصد ٦٩/٤.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٣٢/.

(٣) راجع المكاسب ٣٧٧/٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ٢٤٦/١٣، و نحوها في القواعد ١٢٧/٢.

مفقودة في بيع الفضولي لنفسه، لأنّه يريد خروج المبيع من ملك مالكه ولكن دخول الثمن في ملك نفسه، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقيّة لم يتحقق المعاودة و ما هو مقوم للعقد فلم يتحقّق البيع.^(١)

و أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين^(٢):

الأوّل: الدليل أخص من المدعى لأنّه يختص بالغاصب، وأمّا من كان معتقداً بملكية المبيع له يتمشّي منه قصد المعاوضة الحقيقية.
الثاني: الغاصب بعد أن يدعي أنّه مالك يقصد المعاوضة الحقيقية، فقصد المعاوضة الحقيقية موجودة ومبنية على أمر غير واقعي، و ادعاءه يكون نظير المجاز الادّعائي في الأصول.

ثم اعترضوا على جوابي الشيخ الأعظم بأمر لا يتم بعضها:

الاعتراض الأوّل: توجيه الشيخ الأعظم «يختص بالغاصب و الموضوع في المسألة الثالثة أعمّ من الغاصب و يشمل البائع الذي يرى نفسه مالكاً جهلاً أو خطأً أو اجتهاداً حيث لا يدعي المالكية بل يرى نفسه مالكاً حقيقةً منذ البداية فجوابه ﷺ أخص من المدعى»^(٣).

و يرد عليه: أنّه لا بدّ أن ينظر إلى جوابي الشيخ الأعظم معاً و من الواضح أنّ من يرى نفسه مالكاً يتمشّي منه قصد المعاوضة الحقيقية فيتمّ جوابه في الفرضين.

اللهم إلا أن يقال: بعدم كفاية قصد المعاوضة الحقيقية بل لا بدّ من نفس المعاوضة الحقيقية و هي مفقودة في الفرضين فيعود الإشكال.

ولكن يمكن أن يقال: بتحقيق المعاوضة الحقيقيّة بعد إجازة المالك و استناد البيع إليه و أخذه للثمن أو ماشاء به، فيرتفع الإشكال من رأسه.

(١) قد مرّ هذا الوجه الثاني و الثالث من وجوه الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجوه أخرى

فراجع هذا المجلد صفحة ٢٩٣ و ٢٩٤.

(٢) راجع المكاسب ٣/٣٧٧ و ٣٧٨.

(٣) العقد النضيد ٣/١٤٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٢٧

الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيرواني رحمته الله: «إن دعوى الغاصب الملكية تارة تكون من قبيل الوسطة في الثبوت و أخرى من قبيل الوسطة في العروض، أعني: [١] تارة يقصد وقوع المعاوضة لنفسه و كان مصحح دعواه الملكية كما تثبت الأظفار للمنيّة بدعوى أنّها سبع، [٢] و أخرى يقصد وقوع المعاوضة للمالك الواقعي ثم يدّعي أنّه هو هو لأجل تملك العوض... و في هذا ^(١) يكون للغصب قصدان، قصد كبرويّ و هو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي و آخر صغروي و هو قصد أنّه هو ذلك المالك الواقعي لأجل تلقي الثمن و و تملكه، فإن كان الأوّل: اتّجه عليه أنّ ادّعاء كونه مالكا لا يصحّ القصد إلى المعاوضة الحقيقية فإنّ المعاوضة المبنية على الادّعاء لا تكون حقيقة، و كيف يكون حقيقياً ما أساسه الادّعاء و لا أدري كيف ذكر المصنف [الشيخ الأعظم] ذلك مع وضوح فساده، و هل يكون إثبات الأظفار على وجه الحقيقة للسبع الإدعائي، فإذا كانت المعاملة الإدعائية لم تجدها الإجازة في صيرورتها حقيقة و في ترتب الأثر عليها.

وإن كان الثاني: فالمعاملة وإن كانت حينئذ حقيقة لكن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان و إنّما قصد واحد للمعاملة في حقّ نفسه كالمالك الحقيقي فالادعاء إن كان فهي من قبيل الوسطة في الثبوت دون العروض... - إلى أن قال: - كيف تكون المعاوضة المبنية على أمر غير حقيقي حقيقة و هل يزيد الفرع على أصله و لعمري أنّ هذه الدعوى من المصنف رحمته الله في غير محلّها» ^(٢).

و يرد عليه: أوّلاً: أنّ اعتراضه رحمته الله ناشئ من عدم الوصول إلى لبّ المراد في مسلك الحقيقة الإدعائية في باب المجاز و أنّه «ليس من وضع اللفظ محلّ اللفظ بل هو وضع المعنى محلّ المعنى» ^(٣) فإذا جعل الغاصب نفسه مقام المالك ادعاءً ينشئ منه قصد المعاوضة حقيقة لا ادعاءً فيتمّ المطلوب.

و ثانياً: كثيراً ما يترتب على أمر غير حقيقي أمور واقعية و حقيقة نحو عقد

(١) أي الثاني.

(٢) حاشية المكاسب ٢/٢٣٨ و ٢٣٩.

(٣) كما عليه مؤسسها العلامة الجّد في وقاية الأذهان ١٠٦/١.

النكاح الذي ليس إلا أن يكون اعتبارياً و يترتب عليه أُمُورٌ واقعيَّةٌ و حقيقيَّةٌ كالوطني و الولد و وجوب الإنفاق و الإرث و نحوها.

و ثالثاً: لا نقول بصحة بيع الغاصب أو الذي يبيع لنفسه إلا بعد صدور الإجازة من المالك و بعدها يكون نظير مَنْ باع شيئاً وَ تَحَيَّلَ أَنَّهُ لغيره فبان أَنَّهُ لنفسه، أو أَنَّهُ سرقة أو خيانة فبان أَنَّهُ لنفسه صح البيع بلا خلاف في ذلك، أو تزوَّج بامرأة، بتخيل أَنُّها خامسة أو ذات بعل أو أخت زوجته فبانَت أَنُّها ليست كذلك بل هي امرأةٌ خليةٌ يجوز تزويجها حكم بصحة النكاح اتفاقاً.^(١)

الاعتراض الثالث:

جواب الشيخ الأعظم رحمته الله بالنسبة إلى الغاصب يجري في الغاصب الملتفت لغضبه النازل نفسه منزلة المالك ادعاءً و مجازاً ثم بعد هذا الالتفات و التنزيل و الإدعاء أنشأ البيع فيتم بيعه عند الشيخ الأعظم، ولكن هذه القيود يغفل عنها الغاصب غالباً - لو لم نقل دائماً - و مع غفلته لا يتم ما ذكره رحمته الله.

و لذا قال الفقيه السيِّد اليزدي رحمته الله: «... فَإِنَّا لو سلَّمنا هذا الجعل من الغاصب غالباً فلا نسلِّمه دائماً، ولو كان الملاك ذلك لزم في الحكم بصحته بالإجازة إحراز هذا الجعل منه بالعلم، إذ مع عدمه لا وجه للحمل عليه إلا من باب حمل فعله على الصحة، و المفروض فساد فعله جهة حرمة بيعه...»^(٢).

الاعتراض الرابع:

لازم جواب الشيخ الأعظم هو التفصيل بين الغاصب الذي يدعي الملكية لنفسه و الذي لا يدعيها، و هذا ممَّا لا يلتزم به فقيه، لأنَّ المشهور عندهم تصحيح بيع الغاصب بالإجازة اللاحقة من المالك.

قال الفقيه السيِّد اليزدي رحمته الله: «... و لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه

(١) كما يظهر هذا الأخير من السيِّد الخوئي في مصباح الفقاهة ١١٢/٤.

(٢) حاشية المكاسب ١٣٩/٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٢٩

عدم التنزيل المذكور و لم يقل أحد بهذا التفصيل»^(١).

الاعتراض الخامس:

وَبِنَاءٍ عَلَى جَوَابِهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَلَا يَصِحُّ بَيْعُ الْغَاصِبِ إِلَّا بَعْدَ ادِّعَاءِ الْمَالِكِيَّةِ، وَإِذَا شَكْنَا فِي غَاصِبٍ بِأَنَّهُ هَلْ يَدْعِي الْمَالِكِيَّةَ أَمْ لَا؟ تَحَقُّقُ الشَّبَهَةِ الْمَفْهُومِيَّةِ وَمَعَهَا لَا مَجَالَ لِلتَّمَسُّكِ بِأَصَالَةِ الصَّحَّةِ فِي الْعَمَلِ الصَّادِرِ مِنْهُ حَتَّى نَحْكُمَ بِصِحَّتِهِ بَعْدَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ الْوَاقِعِيِّ، لِأَنَّ جَرِيَانَ أَصَالَةَ الصَّحَّةِ مَتَوَقَّفٌ عَلَى إِحْرَازِ أَصْلِ الْعَمَلِ - وَهُوَ الْبَيْعُ هُنَا - ثُمَّ الشُّكُّ فِي اجْتِمَاعِ الشَّرَائِطِ وَفَقْدِ الْمَوَانِعِ، وَمَعَ عَدَمِ إِحْرَازِ أَصْلِ الْعَمَلِ لَا مَجَالَ لِجَرِيَانِهَا.^(٢) كَمَا مَرَّ كَلَامُ الْفَقِيهِ الْبِزْدِيِّ فِي عَدَمِ جَوَازِ التَّمَسُّكِ بِأَصَالَةِ الصَّحَّةِ، فِي ذَيْلِ الْإِعْتِرَاضِ الثَّلَاثِ.

لأجل هذه الاعتراضات تصدّى جماعة من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليك أقوالهم:

جواب الفقيه السيّد البيزدي:

قال: «فالصواب في الجواب أن يقال: حقيقة البيع ليس إلا مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، وهذا المعنى موجود في بيع الغاصب، و قصد كونه لنفسه خارج عن حقيقته و لا ينافيه أيضاً، و لا فرق فيه بين الوجهين من التنزيل و عدمه»^(٣). أقول: يأتي نقده في ردّ جواب المحقق النائيني الآتي.

جواب المحقق النائيني:

قال: «الحقّ امكان تحقّق قصد المعاوضة الحقيقية من الغاصب فضلاً عن الجاهل المعتقد بأنّه ملكه. أمّا اجمالاً: فلما نرى خارجاً من قصد المعاوضة حقيقة من الظلمة و السرّاق بل لا يفرّقان بين ملكهما الموروثي و الملك الذي بيدهما من غيرهما.

(١) حاشية المكاسب ١٣٩/٢.

(٢) هذه الاعتراضات الثلاثة الأخيرة تظهر من العقد النضيد ١٤٣/٣.

(٣) حاشية المكاسب ١٣٩/٢.

و أمّا تفصيلاً: فلأنّ صدور المعاملة من الغاصب مبنيّ على تجعّلٍ منه في المالكية بمعنى أنّه يغصب الإضافة الحاصلة بين المالك و ملكه و يسرقها و كأنّه يقطع حبل الملكية المتصلة بين المالك و ملكه و يوصله بنفسه، فبعد سرقة الإضافة يرى السارق نفسه ذا إضافةٍ و ذا جدةٍ اعتبارية، فيبيع ما هو ملك له كسائر أمواله التي تحت سلطنته. و بهذا الاعتبار يصدر المعاوضة منه حقيقةً و يوقع التبديل بين ملكي المالكين.

ثمّ لا يخفى أنّ هذه المقدمة المطوية - أي رؤية نفسه مالكاً - لا تضرّ بالمعاملة و ليس من موانع العقد كمانعية الفصل بين الإيجاب و القبول و نحو ذلك، فإنّ هذا البناء و التشريع كالبناء في العبادات الغير المضرّ بعباديتها....

ففي مقامنا لو قصد المعاوضة بين ملك نفسه و ملك غيره بأن باع الغير لنفسه من دون بنائه على ملكية المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضة فاسدة لأنّه قصد تملك الثمن بلا تمليك المثل من ماله.

و أخرى: يقصد المعاوضة بين ملكي المالكين مع اعتقاده أو بنائه على أنّه مالك فهذا البناء و الاعتقاد يلغى و يصحّ العقد بالاجازة و المنشأ هو المجاز، لأنّ الإجازة تعلّقت بالتبديل بين ملكي المالكين، لا بالقصد المقارن أو الخطأ في التطبيق»^(١).

و يرد عليه: أوّلاً: الغصب يتعلّق بمال الغير أو حقّه و أمّا تعلّقه بالإضافة الملكية و سرقتها فهو ممّا لا يمكن أن يُعقّل، و لذا قال السيّد الخميني: «إنّ سرقة الحقيقيّة غير ممكنة و لا واقعة، و السرقة الإدعائية لا تدفع الإشكال»^(٢).

و لعلّ لأجل عدم إمكان تعقّله عدل عنه في دورته الأخيرة و لم يأت بهذا البيان بل قال: «تقوم البيع و نحوه من عقود المعاوضات على العوضين و أنّ المتعاملين ليسا ركنين فيها بخلاف النكاح...»^(٣).

و ثانياً: يتم ما ذكره من أن البيع هو المبادلة بين الملكين دون المالكين ولكن لا

(١) منية الطالب ٣٦/٢ و ٣٥.

(٢) كتاب البيع ١٤٢/٢.

(٣) المكاسب و البيع ٤٧/٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٣١

ينافي حصول المبادلة القهرية بين المالكين عند البيع فحينئذ يعود الإشكال من رأسه، لأن بيع الغاصب يوجب خروج المبيع من ملكية المالك الواقعي و دخول الثمن في ملكية المالك الإدعائي.

و هذا الإشكال الأخير أيضاً يرد على الفقيه السيد الزدي رحمته الله.

جواب المحقق الإيرواني

قال: «منع توقّف المبادلة على قصد دخول أحد العوضين في ملك مالك الآخر و

توضيح ذلك يتوقّف على شرح حقيقة الملكية:

فاعلم أنّ الملكية علاقة اعتبارية بين المالك و المملوك تشبه العلاقة الحسية الحاصلة بين السلطان و المسلّط و بين المستولي و المستولى عليه استيلاءً خارجياً فكانت هناك حبل واصل بينهما أحد طرفي هذا الحبل متصل بالمالك و الآخر متصل بالمملوك... و هذه الملكية و الاعتبار الوهمي قد تتغيّر بتغيّر المالك مع حفظ إضافتها إلى جانب المملوك كما تعطي في مثل الدابة المقود عن يدك إلى غيرك، و يعبر عن هذا في المقام بالهبة فيقوم المالك و يجلس مالك آخر مكانه مع انحفاظ اضافة الملكية في جانب المملوك.

و قد تتغيّر بتغيّر المملوك مع حفظ إضافتها إلى المالك كما في مثال الدابة محلّ رسن الدابة من رأس دابتك و تربطه بدابّة صاحبك بازاء أن يحلّ صاحب رسن دابته و تربطه بدابتك مع بقاء المُمسكّين في أيديكما و يعبر عن هذا في المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كلّ من العوضين ملكية صاحبه و يعطيه ملكية نفسه، و هذا تارة يكون مع انحفاظ الإضافة إلى المالكين كما في [ما] ذكرناه من المثال و كما في أغلب البيوع.

و أخرى: يكون مع نقل هذه الإضافة أيضاً إمّا من المالكين جميعاً أو من أحدهما فيكون التبادل في العينين في ملكيتهما مع انتقال الملك من مالكة الأصلي إلى غيره فيكون هذا ثالث الأقسام و متضمناً لمعنى البيع و الهبة جميعاً فكان لنا هبة ساذجة و بيع ساذج و مركب من الأمرين....

و من هنا ظهر أنّ حقيقة البيع و المعاوضة و المبادلة غير متقوّمة بقصد دخول

العوض في ملك مالك المعوِّض، نعم إذا أطلق كان قضيته ذلك....
 وإن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب أو كلُّ بايع مال غيره لنفسه أو مشتري بماله لغيره هبة معوِّضة فيهب مال الغير بازاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه أو يهب ماله للغير بازاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره، و يكون القبول الطرف الآخر إنشاءً للهبة الأخرى فإن كان هذا من المالك صحَّ بعموم أدلة صحة المعاملات و خصوص أدلة صحة الهبة، وإذا كان من الفضولي صحَّ بإجازة المالك بدليل صحة معاملة الفضولي ولكن لازم هذا أن يملك الغاصب الثمن بل لازم الأوَّل أيضاً ذلك...»^(١). و لإجل تفصيل كلامه راجع إلى كتابه.

أقول: يرد عليه: أوَّلاً: المبادلة تستلزم تبادل العوضين و دخول المعوِّض في ملك من خرج من ملكه العوض. و هي من العناوين ذات التعلُّق و كلُّ عنوان مبادلي يحتاج إلى طرف آخر ليتم من خلاله التبادل. فحقيقة المبادلة يتوقف على المبدل و البديل فلا تتحقَّق هذه المبادلة في بيع الغاصب لخروج المال من ملك مالكة الواقعي و دخول الثمن في ملك الغاصب.

و ثانياً: الملكية تدخل في العناوين ذات الإضافة الاعتبارية و تحتاج إلى المضاف و المضاف إليه، ففي الهبة ذات المملوك تكون باقية ولكن إضافتها الملكية تتبدل في جهتي المالكية و المملوكية باعتبار تبادل اضافة الملكية و كذلك الحال في البيع.

و تشبيهها [أي تشبيه اضافة الملكية] بالرسن غير تام لأنَّ الملكية من مقولة الإضافة و الرسن وجود رابطيٌّ و بينهما برزخ لا يبغيان.

و ثالثاً: و أمَّا تصوير بيع الغاصب من كونه مركباً من البيع و الهبة فَعَبْرُ معقول لأنَّ البيع عقد متقومٌ بعدم المجانية و الهبة عقد متقومٌ بالمجانبة و الجمع بين المجانية و عدمها في عقد واحد من المحالات.

و رابعاً: و تصوير بيع الغاصب بالهبة المعوِّضة أيضاً غير تام لأنَّ العقد أمرٌ انشائيٌّ

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٣٣

قصدي و ما يقوم به الغاصب هو البيع فكيف يمكن حمله على الهبة المعوّضة مع عدم قصدها عند الغاصب.^(١)

فلا يتم ما ذكره المحقق الإيرواني رحمته الله.

جواب المحقق الاصفهاني:

قال بعد نقض بعض الأُجوبية: «و التحقيق: إنّ البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المزبور [أي المبادلة الحقيقية الواردة في كلام الشيخ الأعظم] حتى يرد المحذور المذكور [أي الإشكال الذي طرحه الشيخ الأعظم] بل هو التملك لا مجاناً - أي تملك شيء في قبالة شيء بحيث لا يكون مجاناً - فالتملك بإزاء سقوط الحق عن ذمته تملك شيء بإزائه شيء، لا بحيث يقوم مقامه في ماله من الإضافة، بل قد مرّ في محله^(٢) من أنّ البيع لا يجب أن يكون تملكاً كما في بيع العبد بالزكاة فإنّ حقيقته قطع إضافة الملكية بإزاء شيء لا تملك من يؤدي الزكاة فراجع ما قدمناه»^(٣).

و يرد عليه: أولاً: تعريف البيع بالتملك لا مجاناً لا يطابق ما هو المرتكز عند العقلاء، لأنّه ليس عندهم مركباً من أمر وجودي وأمر عدمي، مضافاً إلى أنّ الأمر العدمي كيف يكون فصلاً للأمر الوجودي.

و ثانياً: لو تنزّلنا و قبلنا منه هذا التعريف الأخير - أي التملك لا مجاناً - فكيف يمكن الجمع بينه و بين تعريفه في أوّل البيع بأنّه «البيع: هو المعنى الذي يحصل بالتسبيب إليه بإنشاء»^(٤).

و مراده بالأخير أنّ البيع متقوم بقصد التسبيب بإنشاء الملكية الشرعية و العرفية،

(١) يظهر هذه الرودود من الاستاذ المحقق - مدظله - بناءً على ما ورد في العقد النضيد

٣/(١٥٠-١٤٨).

(٢) راجع حاشية المكاسب ٦٤/١.

(٣) حاشية المكاسب ١١٨/٢.

(٤) راجع حاشية المكاسب ٦٤/١.

مضافا إلى أنه لا يمكن أن يتمشي من الغاصب التسبب بذلك.^(١)

جواب المحقق السيّد الخوئي:

ظهر منه عليه السلام جوابان لهذا الإشكال في الدورتين المختلفين من درسه الشريف:

١- في الدورة الأولى تبع المحقق السيّد الخوئي استاذَه الأصفهاني وقال: «حقيقة البيع... ليس إلا إعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوّض و بالعكس، لما يرد على العلامة و من تبعه [القائلين بهذا الاشتراط - أي دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوّض و بالعكس] من النقص ببيع الكلّي و بيع الاوقاف و الزكوات و أمثال ذلك فلا إشكال في صحته، و أنه يقع للمالك إذا أجاز، و مجرد اقتران الإنشاء بقصد لغو لا يمنع عن الصحة»^(٢).

يرد عليه غير ما أوردناه على المحقق الاصفهاني عليه السلام في الإشكال الأوّل، أوّلاً: تعريف البيع بالإعطاء لا مجاناً مخالف لما اختاره في تعريف البيع في أوّل تقرير دروسه من أنه «تبديل عين بمال في جهة الإضافة»^(٣). و بين التعريفين بون بعيد و فرّق مديّد. و ثانياً: و ما اورده عليه السلام من النقوض على اشتراط العلامة لا يرد لأنّ بيع الكلّي يدلّ على عدم اعتبار ملكية المبيع لباعه حين البيع، لا نفي الاشتراط المذكور.

و أمّا بيع الاوقاف و الزكوات فلا يدلّ على نفي الاشتراط المذكور لأنّ في هذه البيوع يدخل العوض في كيس من يخرج عن كيسه المعوّض، لأنّ المخرج عن كيسه هو الجامع المنطبق على كلّ من الأصناف الثمانية - في بيع الزكوات - أو العنوان العام - في الوقف العام - أو الأشخاص - في الوقف الخاص - المعبر عنهم بالموقوف عليهم في الوقفين كما ذكره شيخنا الاستاذ عليه السلام^(٤).

٢- ولكن في دورته الثانية قال: «... حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفساني

(١) الاشكالان للاستاذ المحقق - مدظله - كما في العقد النضيد ١٥٢/٣.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٥٠/٢.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ١٦/٢.

(٤) إرشاد الطالب ٣٥٣/٣.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٣٥

المظهر بمرز خارجي، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبائعين، وإن لم يكن في العالم شيء من الشرع و العرف، و أما كونه ممضى للعقلاء و الشرع فهو أمر خارج عن حقيقة البيع و إنما هو من الأحكام اللاحقة له، و على هذا فالبايع الغاصب مثلاً و إن قصد دخول الثمن في ملكه مع أن المبيع قد خرج عن ملك غيره، ولكن الإخلال بذلك لا يوجب الاخلال بحقيقة البيع لأن قصد حقيقته لما كان مستلزماً لقصد دخول أحد العوضين في ملك من خرج الآخر عن ملكه تحققت المعاوضة حقيقة و إن انضم إلى ذلك قصد وقوعه لنفسه باعتبار تنزيل نفسه منزلة المالك، لأن تعيين المالك الواقعي غير معتبر في مفهوم تحقق حقيقة البيع بل القصد إلى العوض و تعيينه يغني عن القصد إلى المالك و تعيينه»^(١).

و يرد عليه: أولاً: ما ذكره بعنوان حقيقة البيع - الاعتبار النفساني المظهر بمرز خارجي - ليس حقيقة البيع بل هو تعريف الإنشاء على مبناه الخاص المتفرد به^(٢) في قبال المشهور - حيث ذهب إلى أن الإنشاء أمر نفسي أو اعتبار كذلك يظهر بمرز خارجي نحو الجمل الإنشائية - و هو غير تام عندنا و تفصيل البحث حول النقود الواردة عليه يطلب من أبحاثنا في علم الأصول.

و ثانياً: الغاصب الذي يقصد المعاوضة الحقيقية أمّا أن يدعي أنه عنوان المالك الحقيقي أو شخصه و مصداقه، و الأول - العنوان - لا يصدر منه البيع لأن حقيقة المعاوضة في شخص المالك و مصداقه، و العنوان بما هو عنوان لا ينشأ و لا يصدر منه شيء.

و الثاني - شخص المالك و مصداقه - و إن يمكن إصدار البيع منه ولكن البيع يقتضي التبادل في إطار المالكين المملوكين للمالكين و الغاصب أجنبي عنهما و يستلزم إصدار البيع منه دخول العوض في ملك من لم يخرج من كيسه المعوض فيعود الإشكال من رأسه^(٣)، و لعل السيد الخوئي فطن لعوده و لذا قال بعد ما ذكرناه عنه: «نعم، يعتبر في

(١) مصباح الفقاهة ١١٤/٤.

(٢) راجع لتفصيل البحث محاضرات في اصول الفقه ٩٩/١ و ٩٨، طبع موسوعته.

(٣) راجع العقد التضيد ١٥٣/٣ بتقرير مآ.

مفهوم البيع قصد المتبائعين دخول العوض في ملك من خرج المعوّض عن ملكه و بالعكس و إلا فلا يصدق عليه البيع، و عليه فلو اشترط على البائع دخول الثمن في ملك الأجنبي، أو اشترط على المشتري دخول المبيع في ملك غيره كان ذلك سبباً لبطلان البيع جزماً ضرورة أنّ الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد»^(١).

جواب المحقق السيّد الخميني رحمته الله:

قسّم الإشكال إلى قسمين العقلي و العقلاني، مراده بالأوّل هو قصد التسبّب بالإنشاء إلى الملكية الشرعية أو العرفية كيف يتحقق من الغاصب الملتفت إلى غصبه و إلى أنّه غير المالك، فهذا الاشكال يختص بالغاصب الملتفت.

و الثاني: أنّ البيع عبارة عن تملك العين بالعوض و هو متقوم بدخول الثمن في ملك مَنْ يخرج من ملكه المثلث و هذا المعنى لا يتحقق في بيع الغاصب لنفسه ولو تمشّى منه القصد إلى التسبب إلى الملكية الشرعية أو العرفية.

ثم قال في دفع الإشكال العقلي: «إنّ الإيجاب و القبول في البيع و سائر الأسباب في المعاملات لا تكون أسباباً واقعيّة و عللاً لإيجاد الملكية أو الزوجيّة و نحوهما، ضرورة أنّ المذكورات أمور اعتبارية لا واقعية لها في غير صقع الاعتبار، ولو كان الاعتبار أمر خارج فلا تكون الملكية من الأوصاف التكوينية الموجودة في الخارج، بل لو كان لها خارجية تكون خارجيتها خارجية اعتبارية لا واقعيّة، فلا يعقل أن تكون الأسباب عللاً لها، لعدم إمكان علّيتها لاعتبار العقلاء، بل له مبادٍ خاصة به فإنشاء أينما تحقق لا يوجد الملكية، بل قد يكون موضوعاً لاعتبار العقلاء كالإيجاب و القبول من الأصليين... ففي جميع الموارد لا يكون إيجاد السبب موجباً لوجود المسبب أي الملكية، و ليس التملك و التملك الواقعيان من قبيل الإيجاد و الوجود أو الكسر و الانكسار، بل الإيجاب و القبول موضوع لاعتبار العقلاء...»^(٢).

(١) مصباح الفقاهة ١١٤/٤.

(٢) كتاب البيع ١٤٤/٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٣٧

و قال في دفع الإشكال العقلائي: «إنّ ماهية البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال، وهذا المعنى لا يتقوم بإخراج المال عن ملك البائع وإخراج العوض عن ملك الطرف كما في بيع الوقف أو بيع وقف بمال وقف بناءً على عدم كون الموقوفة ملكاً لأحد وكمبادلة الزكاة بمثلها من وليين شرعيين.

نعم، بعد تأثير الإيجاب والقبول بالمعنى الذي تقدّم و صيرورة العين ملكاً للمشتري غالباً، و في المعاملات المتعارفة يسقط ملكية البائع عن المبيع و ملكية المشتري عن الثمن و هذا غير كونهما داخلياً في ماهية المعاملة، فالمعاملات المتعارفة من الفضولي لنفسه بل كلّ متعاملٍ هي المتبادلة بين المالكين من غير كون خروج العين من الملك و دخول الثمن في الملك في حريم الإنشاء فبيع الفضولي لنفسه كبيع الفضولي للمالك بل كبيع الأصليين في مقام الإنشاء... إلا أنّ بيع الأصيل بتعقب القبول يصح و يصير موضوعاً للأثر و بيع الفضولي يحتاج إلى الإجازة، و بالإجازة يدخل الثمن في ملك البائع و المثل في ملك المشتري، و نيّة الفضولي - كون الثمن داخلياً في ملكه - لو فرض إمكانه أو دعواه كونه منه أو اعتقاد الجاهل به غير مربوط بماهية المعاملة و البيع. و على ذلك يدفع إشكال^(١) عدم لحوق الإجازة بالبيع المذكور، و أنّ ما وقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و قد اتضح أنّ هذا الجواب يدفع الإشكاليين...»^(٢).

المختار في الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقق السيّد الخميني:
أقول: ما ذكره عليه السلام في دفع الإشكال العقلي تام، و هو ما أصّر عليه من أنّها أمور اعتبارية محضة و لا واقعية لها أصلاً إلا في عالم الاعتبار، و ليس المراد بالإنشاء هو استعمال اللفظ بقصد إيجاد المعنى في وعائه و ترتب الإيجاد على الإنشاء مباشرة و فعلاً، بحيث يكون الإنشاء علّة تامة لإيجاد المُنشأ، بل المراد به استعمال اللفظ في مقام إيجاد المعنى في وعائه المقرّر له على نحو العليّة الناقصة بحيث لو انضم إليه ماله دخل و

(١) هذا هو الإشكال الإتي في الوجه الرابع فانتظر.

(٢) كتاب البيع ١٤٦/٢ و ١٤٥.

تأثير في تحقّق المُنشأ فيترب عليه وإلا رُوِيَ حَتَّى يَنْصَمَّ إليه، فيكون الإنشاء جزءاً للعلة لا كلّها.^(١) فيرتفع الإشكال من رأسه وأساسه ففي بيع الغاصب سواءً يكون ملتفتاً أم غير ملتفت وفي بيع الفضولي لنفسه روعي إنشائه حَتَّى يلحقه إجازة المالك فإن لحقه تمّ البيع وإلا فلا، وبهذا البيان يرتفع الإشكالين لأنّ بالإجازة تمّ الإنشاء ويدخل الثمن في ملك المالك المجيز.

و أما ما ذكره في دفع الاشكال العقلائي فَلَيْسَ تاماً عندنا لما مرّ من استلزام البيع تعويض طرفي الإضافة وإلا لا يتحقق المبادلة الواقعية كما مرّ من مناقشتنا الثانية لِلْمُحَقِّقِ النَّائِبِي، والأولى لِلْمُحَقِّقِ الإيرواني ولا نعيدها.

مضافاً: إلى عدم تمامية مؤيداته في بيع الوقف ونحوه كما مرّ في مناقشتنا الثانية لِلْجَوَابِ الأوّل للمحقّق السيد الخوئي فلا نعيدها.

وثالثة: ما يرتفع به الإشكال هو الجواب عن الإشكال العقلي - كما عرفت - لا ما ذكره في جواب الإشكال العقلائي لعدم تماميته بالمناقشتين الماضيتين.

نعم، ما ذكره أخيراً من أنّ «بالإجازة يدخل الثمن في ملك البائع والمثمن في ملك المشتري» تام فيرتفع الإشكال العقلائي من أساسه.

وبما ذكرنا يظهر لك الجواب الصحيح عن الإشكال والحمد لله على كلّ حال.

تنبيه:

قال العلامة: «لو اشترى الفضولي لغيره شيئاً بمال نفسه فإن لم يُسمّه وقع العقد على المباشر سواء أذن ذلك الغير أو لا. وإن سمّاه فإن لم يأذن له لَعَت التسمية، وبه قال الشافعي... والأقرب: البطلان فيما لو أذن، إذ ليس للإنسان أن يملك شيئاً و الثمن على غيره...»^(٢).

و أورد الشيخ أسدالله التستري عليه بقوله: «و يلزم من كلامه أنّه لو باع مال

(١) لتوضيحه راجع منتقى الاصول ١٣٤/١ وما بعده.

(٢) تذكرة الفقهاء ٢١٨/١٠.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه و مناقشته - الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية ٣٣٩

غيره لنفسه ثم أذن المالك - أي أجاز - على ما وقع عليه العقد كان أيضاً باطلاً للعلّة المذكورة»^(١).

و ظاهره النقض على العلامة بإلزامه بالبطلان - بمقتضى تعليقه - في مسألتنا و هي بيع الفضولي مال غيره لنفسه مع ذهاب المشهور إلى صحته.

لأنّ التستري رحمته الله يرى مسألتنا - و هي بيع الفضولي مال غيره لنفسه - و مسألة التي ذكرها العلامة - و هي الشراء للغير بمال نفسه و هي عكس تلك - تكونا من باب واحد، لأنّ تنزيل الغير منزلة نفسه ثابت فيهما.

و اعترض الشيخ الأعمش على التستري و قال: «و قد تخيل بعض المحققين أنّ البطلان هنا [أي في مسألة العلامة و هي الشراء للغير بمال نفسه] يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنّه عكسه، و قد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناءٍ و لا اعتقادٍ لتملك المثل، لأنّ مفروض الكلام في وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز»^(٢).

مراده من «قد عرفت» قوله رحمته الله: «نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثل و لا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقق معنى المعاوضة»^(٣).

توضيح كلامه: مسألة العلامة - الشراء للغير بمال نفسه - هي على عكس مسألتنا - بيع الفضولي لنفسه مال غيره - بناءً على عدم إدعاء المالكية من البائع الفضولي لنفسه للمثل - العين - و قصد تملكه المثل، و يرد إشكال التستري عليه. و إما بناءً على مقالة الشيخ الأعمش من ثبوت أدعاء الملكية للبائع الفضولي لنفسه، فليست تلك عكس هذه، لأنّ في مسألة العلامة هذا الادعاء مفقود. فلا يرد إشكال التستري على العلامة.

أقول: قد مرّ أنّ جواب الشيخ الأعمش رحمته الله لم تصحح المعاوضة الحقيقية فثبوت هذا

(١) مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٣٢.

(٢) المكاسب / ٣٧٨/٣.

(٣) المكاسب / ٣٧٨/٣.

الإدعاء - على فرض الشيخ الأعظم - و عدمه في عكسه لا يفرِّق بين المسألتين فلا يتم ردُّ الشيخ الأعظم على التستري، وإيراده واردٌ على كلام العلامة.

و قد ظهر من جوابنا دفع إشكال المعاوضة الحقيقية على مسألتنا - بيع الفضولي لنفسه - و أمَّا بالنسبة إلى فرع العلامة - الشراء للغير بمال نفسه - فَيُمكنُ الحكم بصحته أيضاً لأنَّ ما هو المتعارف في هذه الموارد توكيل للبائع في تملك العين إلى ذلك الغير بعد دخوله في ملك المشتري، فينحل إلى عقود، البيع و الوكالة و الهبة. كما يظهر الانحلال إلى هبة و بيع معاً من جدي كاشف الغطاء^(١) و يأتي كلامه في ما بعد في الإشكال الآتي [الرابع] فانتظر.

و كذلك إذا قال للغير: اشتر بمالي هذا لنفسك شيئاً، فهذا الكلام أيضاً توكيل للعاقِد في تملك الشيء لنفسه بعد الشراء و دخوله في ملك صاحب المال، أو تملك ذلك المال من المالك على أن يصرفه العاقِد في شراء هذا الشيء.^(٢)

الوجه الرابع: المُنشأُ غيرُ مُجازٍ و المُجازُ غيرُ مُنشأٍ

بتقريب: إن أراد المالك أن يجيز البيع على نحو واقعه الفضولي بأن يكون راجعاً إلى الفضولي فهذا لا يقبل إجازة المالك لعدم صحة هذا البيع بواسطة عدم تحقُّق المعاوضة الحقيقية لأنَّ الثمن يدخل في ملك غير من خرج المثل من ملكه.

و إن أراد المالك أن يجيز البيع لنفسه لا للفضولي فهذا أمر لم ينشأ الفضولي حتَّى أجازَه المالك، لأنَّ الفضولي أنشأ البيع لنفسه لا لملكه.

و هذا يعني الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و هو الإشكال الرابع الذي طرحه الشيخ الأعظم.^(٣)

و جوابه: يظهر ممَّا ذكرنا في جواب الإشكال الماضي من أنَّ انشاء الفضولي بالنسبة إلى أصل البيع - لا كونه لنفسه - رُوعي حتَّى يلحقه إجازة المالك و بعدها يصير

(١) شرح القواعد ٨٥/٢.

(٢) راجع إرشاد الطالب ٣٥٣/٣.

(٣) راجع المكاسب ٣٧٨/٣.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غَيْرُ مُجَازٍ وَ الْمَجَازُ غَيْرُ مُشَاءٍ .. ٣٤١

البيع، بيع المالك و يدخل الثمن في كيسه فالمُشَاءُ و المُجَازُ كلاهما واحد، لأنَّ الفضولي أنشأ أصل البيع و أجازهُ المالك فتمَّ الجواب.

ولكن يظهر جوابٌ آخَرُ من المحقِّق القمي في أجوبة مسائله و كتابه قال في مسألة مَنْ باع شيئاً ثمَّ ملكه و دفع إشكال عدم كون إجازة المالك الفعلي إيثاقاً للعقد الذي أوقعه الفضولي: «و يمكن دفعه و جعله من باب إيثاق العهد لو جعلنا الإجازة عقداً جديداً كما هو أحد المحتملات في الفضولي المعهود - كما نُقل عن صاحب كتاب كشف الرموز^(١) وفاقاً لشيخه المحقِّق - على أننا نقول: إنَّه لا مناص لهم أيضاً عن ذلك أي إلتزام العقد الجديد في بعض الصور. و توجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعاً من الاستخدام^(٢)، فمعنى أجزت البيع، رضيتُ بالانتقال إليه من باب البيع.

فاللام في «البيع» أو الضمير في «أجزتها» راجع إلى الأثر المترتب على مطلق البيع، لا البيع الخاص الواقع في الخارج حتَّى يقال: إنَّه ليس رضاً به و يكفي هذا في صدق معنى الإجازة.

توضيحه: أنَّ الإجازة في صورة كون البائع غاصباً و قاصداً لبيع الملك لنفسه مصححة للبيع على الأصح، كما ذهب إليه الأكثر، و هو ليس في معنى لحوق الإجازة بالعقد كما هو كذلك في الفضولي المعهود، بل بمعنى تبادل رضا الغاصب و بيعه لنفسه و قصده لوقوع البيع لنفسه برضا المالك، و وقوع البيع عنه. و الفرق واضح بين لحوق رضا المالك بمقتضى العقد و وقوعه من قبله بالعقد، و بين تبادل الرضا و الإيقاع بتحقيق لحوق الرضا من المالك عن المالك... و الحاصل: أنَّ الإجازة في بيع الغاصب إنَّما هو في معنى التزام ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا إمضاء للعقد السابق...»^(٣).

(١) كشف الرموز ٤٤٥/١.

(٢) الاستخدام: هو أن يذكر لفظ له معنيان، فيراد به أحدهما ثم يراد بالضمير الراجع إلى ذلك اللفظ معناه للآخر، أو يراد بأحد ضميريه أحد معنييه ثم بالآخر معناه الآخر. [التعريفات ١٥/ للرجاني]. و قد ألفت فيه جماعة و من الأدباء رسائل مُشْتَقَلَّةً.

(٣) جامع الشتات ٣٢٠/٢ من الطبع الحروفى، (١/١٦٤ من الطبعة الحجرية).

و قال قبل أقل من خمسين صفحة: «... و التحقيق: وإن كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل - أي انتفاء جنس التمليك بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب - و أنه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل و أنَّ عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة نفسه، لكنَّه عقْدَ البيع عرفاً. و فائدة ملاحظة الجنسي هنا الإشارة إلى الصيغة، يعني: أنَّ العقد الذي وقع بضمِّ الصيغة إلى قصد كونها واقعةً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم، قد بدَّلتُهُ بجريانها على ذلك المال بعينه لنفسه، فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال في الإجازة... فالمعيار هو وقوع الإيجاب و القبول على ملكٍ معيَّن... و لا يذهب عليك أن ما اخترناه من كون ذلك عقداً جديداً لا ينافي القول بالكشف، إذ معناه: إني جعلتُ هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي، لا أنني جعلته ناقلاً من الحين كما هو الظاهر من لفظ العقد الجديد...»^(١).

و ذهب إلى نظير هذا الكلام في كتابه غنائم الأيام^(٢) فراجعها.
و اعترض عليه الشيخ الأعظم^(٣) بما حاصله: إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنَّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول.
بيان الملازمة: إيجاب العاقد الفضولي قد تبدل بإيجاب المالك بسبب إجازته، و بعد تبديل صيغة الإيجاب لا محالة صيغة القبول تتحوّل، مع أنَّ المشتري لا يُنشئُ صيغة قبول جديد حتى يتملك المبيع من جديد، فلا بدَّ حينئذ من الالتزام بقيام الإجازة مقام القبول أيضاً، فبالنتيجة أنَّ الإجازة تقوم مقام الإيجاب و القبول الجديدين.
و هذا القيام خلاف للإجماع و العقل: لأنَّه لم يقل أحدٌ من الفقهاء بقيام الإجازة مقام الإيجاب و القبول. و لا يعقل أن يتغيّر الشيء عمّا وقع عليه و يتبدل بيع الفضولي ببيع المالك فلا يتم جواب المحقق القمي^{رحمته}.
و قال الفاضلُ الآبي^{رحمته}: «و الذي نراه أنَّ البحث مبنيٌّ على أنَّ النهي هل يدلُّ في

(١) جامع الشتات ٢٧٦/٢ من الطبع الحروفي، (١/١٥٥ من الطبعة الحجرية).

(٢) غنائم الأيام / ٥٤١، ٥٥٤، ٥٥٥ من الطبعة الحجرية.

(٣) المكاسب ٣/٣٨٠.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غَيْرُ مُجَازٍ وَ الْمَجَازُ غَيْرُ مُشَاءٍ .. ٣٤٣

المعاملات على فساد المنهي عنه أم لا؟ فَمَنْ قَالَ بِالْأَوَّلِ يَلْزِمُهُ الْقَوْلُ بِالْبَطْلَانِ، لِأَنَّ الْفَاسِدَ بَاطِلٌ، اللَّهُمَّ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: إِنَّ عَقْدَ الْبَيْعِ لَا يَسْتَلْزِمُ لَفْظًا مَخْصُوصًا أَعْنِي «بَعْتُ» بَلْ كُلُّ مَا يَدُلُّ عَلَى الْإِنْتِقَالِ فَهُوَ عَقْدٌ فَلَوْ (فَمَنْ ظَلَمَ) يَلْتَزِمُ هَذَا الْقَوْلُ يَكُونُ إِجَازَةً لِلْمَالِكِ عِنْدَهُ بِمِثَابَةِ (بِمَنْزِلَةِ خ ل) عَقْدٌ ثَانٍ، وَ مَنْ قَالَ بِالثَّانِي فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: الْعَقْدُ الْأَوَّلُ لَا يُوَصَفُ بِالصَّحَّةِ وَ لَا الْفَسَادِ، بَلْ يَقِفُ عَلَى إِذْنِ الْمَالِكِ فَإِنْ أذِنَ فَهُوَ صَحِيحٌ وَ إِلَّا فَفَاسِدٌ.

وَ إِذَا تَقَرَّرَ هَذَا فَلَا إِشْكَالَ عَلَى شَيْخِنَا^(١) - دَامَ ظَلَمُهُ - لِأَنَّ النِّهْيَ عِنْدَهُ فِي الْمَعَامَلَاتِ لَا يَقْتَضِي الْفَسَادَ، وَ لَا لِلْبَيْعِ لَفْظَ مَخْصُوصٍ، بَلْ يَشْكَلُ عَلَى الشَّيْخَيْنِ لِأَنَّهُمَا يَخَالِفَانِهِ فِي الْمَسْأَلَتَيْنِ، وَ الْمَخْتَارَ عِنْدَنَا اخْتِيَارَ شَيْخِنَا - دَامَ ظَلَمُهُ^(٢).

يَرَى السَّيِّدَ الْعَامِلِيَّ هَذَا الْكَلَامَ قَوْلًا ثَالِثًا فِي الْإِجَازَةِ فِي قِبَالِ الْكَشْفِ وَ النُّقْلِ، وَ قَالَ: «وَ قَضِيَّةُ كَلَامِهِ فِي الْكِتَابِ الْمَذْكُورِ أَنَّ الْإِجَازَةَ بَيْعٌ فَكَأَنَّهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ كَمَا سَتَسْمَعُ»^(٣). وَ قَالَ أَيْضًا: «وَ قَدْ سَمِعْتُ مَا فِي كَشْفِ الرَّمُوزِ عَنِ شَيْخِهِ فَكَأَنَّهُ قَوْلٌ ثَالِثٌ»^(٤).

وَ قَالَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ حَوْلَ كَلَامِ الْفَاضِلِ الْأَبِيِّ: «وَ أَمَّا الْقَوْلُ بِكَوْنِ الْإِجَازَةِ عَقْدًا مُسْتَأْنَفًا فَلَمْ يَعْهَدْ مِنْ أَحَدٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَ غَيْرِهِمْ وَ إِنَّمَا حَكَى كَاشِفُ الرَّمُوزِ عَنِ شَيْخِهِ أَنَّ الْإِجَازَةَ مِنَ مَالِكِ الْمُبَيِّعِ بَيْعٌ مُسْتَقِلٌّ فَهُوَ بَيْعٌ بِغَيْرِ لَفْظِ الْبَيْعِ قَائِمٌ مَقَامَ إِجَابِ الْبَائِعِ وَ يَنْضَمُّ إِلَيْهِ الْقَبُولُ الْمُتَقَدِّمُ مِنَ الْمُشْتَرِي»^(٥).

أَقُولُ: لَا بَدَّ مِنَ التَّنْبِيهِ عَلَى أَنَّ كَلَامَ الْفَاضِلِ الْأَبِيِّ يَجْرِي بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْفَضُولِيِّ الْمَعْهُودِ وَ جَرِيَانِهِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْقِسْمِ الثَّالِثِ مِنَ الْفَضُولِيِّ عَلَى الْقَاعِدَةِ لَا لِتَنْصِيصٍ مِنْهُ عَلَيْهِ.

وَ الْعَجَبُ مِنَ الشَّيْخِ الْأَعْظَمِ رحمته الله حَيْثُ حَمَلَ كَلَامَ الْفَاضِلِ الْأَبِيِّ عَلَى أَنَّ الْإِجَازَةَ

(١) وَ هُوَ الْمُحَقِّقُ الْحَلِّيُّ صَاحِبُ الشَّرَائِعِ.

(٢) كَشْفُ الرَّمُوزِ ١/٤٤٥ وَ ٤٤٦.

(٣) مِفْتَاحُ الْكِرَامَةِ ١٢/٦٠١.

(٤) مِفْتَاحُ الْكِرَامَةِ ١٢/٦٠٦.

(٥) الْمَكَاسِبُ ٣/٣٨٠.

بيع جديد «بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدّم من المشتري»^(١) ولكن حمل كلام المحقّق القمي على إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول و هذا القيام عنده مخالف للإجماع و العقل، مع تصريح المحقّق القمي رحمته الله بأنّ معنى كلامه: «إني جعلتُ هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي»^(٢) أي الإيجاب فقط دون القبول، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقّق القمي رحمته الله.

جواب الشيخ الأعظم:

و حيث لم تُتمّ مقالة المحقّق القمي عند الشيخ الأعظم قال: «فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجزى و توضيحه...»^(٣).

بيّأنا: إنّ الفضولي لنفسه بإيجابه يقصد تمليك العين للمشتري بازاء الثمن، و لا يدلّ إيجابه على كون العين ملكاً له أو لغيره، ولكنّه حيث يبني على مالكيته للعين فلازم هذا الإدعاء تملك الثمن. و هذا الادعاء المترتب عليه تملك الثمن فهو خارج عن مدلول الإيجاب. فحينئذ يتحقق في إيجابه قصد المعاوضة و المبادلة الحقيقيّة بين العين و الثمن، و المالك أجاز هذه المعاوضة و المبادلة الحقيقيّة و يتملّك الثمن، فما وقع عين المجاز و المجاز عين ما وقع.

ولكن يشكل جريان هذا الجواب بالنسبة إلى المشتري لنفسه بمال الغير لأنّه أنشأ مثلاً تملك الثوب لنفسه و إذا أجازه مالك المال ينتقل الثوب إليه و لا يدخل في ملك المالك فلا يتمّ المبادلة الحقيقيّة. و لذا لا بدّ من الالتزام بكون الإجازة نقلاً مستأنفاً بحيث ينتقل بها الثوب المشتري إلى مالك المال. فينصرف الإجازة عن معناها و هو التنفيذ. و بهذا الأشكال تعلق نظر العلامة حيث يقول: «لو باع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تمليك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم

(١) المكاسب ٣/٣٨٠.

(٢) جامع الشتات ٢/٢٧٦.

(٣) المكاسب ٣/٣٨٠.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غَيْرُ مُجَازٍ وَ الْمَجَازُ غَيْرُ مُشَاءٍ .. ٣٤٥

أي الوقوف على الإجازة - وفي الغاصب مع علم المشتري أشكال إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»^(١).

مراده من الأشكال: هو أنّ الآخر مع جهله بفضولية العاقد يملكه و مع التملك يشكل الإجازة. و في الغاصب - مع علم المشتري - يكون أشكال كما ذكره رحمته.

عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه ثم ردّه بقوله: «و يلزم عليه أنه لو باع الوكيل أو اشتري مع الآخر جرى الإشكال. و أنه لو علم الآخر بكونه فضولياً و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضاً موضع إشكال بعدم مطابقة القصدين»^(٢).

مراد التستري من نقضه على العلامة أنّ: الآخر الجاهل بالفضولية إذا أنشأ المالكية للفضول فلا يتمكن المالك من إجازة هذا الإنشاء، كذلك يقتضي هذا الإشكال بطلان عقد الوكيل أو الولي مع جهل الآخر بالوكالة أو الولاية مع أنّ الفقهاء يصححونه، و من هنا ظهر عدم العبرة بقصد الأصيل الجاهل و لا بخطابه للفضولي و لا بدّ من الحكم بالصحة هنا أيضاً.

و دَفَعَ الشَيْخُ الْأَعْظَمُ نَقْضَ التَّسْتَرِيِّ بِأَنَّ الْعَاقِدَ الْجَاهِلَ بِالْوَكَالَةِ أَوْ الْوَالِيَةَ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِخَطَابِهِ الْعُمُومَ بِحَيْثُ يَشْمَلُ الْوَكِيلَ أَوْ الْوَالِيَّ فَلَا يَقْصِدُ شَخْصَ الطَّرْفِ الْمَقَابِلِ - الْمُخَاطَبَ - بِحَيْثُ لَا يَعْمَ غَيْرَهُ. بِخِلَافِ مَنْ يَخَاطِبُ الْفُضُولِيَّ فَإِنَّهُ يَقْصِدُ تَمْلِيكَ الثَّمَنِ لَهُ بِشَخْصِهِ لَا بِمَا يَعْمَ الْغَيْرَ وَ هُوَ الْمَالِكُ، فَالْفَرْقُ بَيْنَ الْفُضُولِيِّ وَ الْوَكَالَةِ وَ الْوَالِيَةِ مَوْجُودٌ. أَقُولُ: وَ أَنْتَ تَرَى بِأَنَّ هَذَا الْفَرْقَ لَا يَتِمُّ.

ثم قال الشيخ الأعظم: «قد تفتن بعض المعاصرين^(٣) لهذا الإشكال [الذي مرّ بالنسبة إلى المشتري لنفسه بمال الغير] في بعض كلماته فالترجم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة في المسألة كما اعترف

(١) تذكرة الفقهاء ١٠/١٧.

(٢) مقابس الأنوار - كتاب البيع - ٣٣/.

(٣) راجع مقابس الأنوار / ١٣١ و ١٣٢.

به أخيراً^(١)، وأخرى بأنَّ الإجازة إنما تتعلَّق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها»^(٢).

و ردَّ الشيخ الأعظم جواب الأخير للمتفطن المعاصر له - الذي ذكره بقوله و أخرى - بقوله: «حقيقة العقد... تملَّكْتُ أو ملَّكْتُ هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشأ تملَّكه للمبيع، فأجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملَّك المالك الأصلي له، بل يتوقَّف على نقل مستأنف»^(٣).

مراده رحمته: إنَّ إجازة مضمون هذا العقد - المشتري لنفسه بمال الغير - لو تمت تفيد في مالكية المشتري الفضولي للمبيع وهو خلاف حقيقة المعاوضة، إذ يلزم خروج الثمن عن ملك مالكه من دون عوض، فلا بد من إنشاء مستأنف يتوقف عليه انتقال المبيع - المثمن - إلى مالك الثمن وهذا هو عود الإشكال من جديد.

أقول: الظاهر أنَّ الشيخ الأعظم حمل كلام المحقِّق التستري على ما لا يرضى به، لأنَّه حمل القسم الأوَّل من كلامه من بطلان شراء الغاصب لنفسه على ما بعد إجازة الغاصب ثم اعترض عليه بأنَّه مخالف «للفتاوى وأكثر النصوص» مع أنَّ التستري بقرينة عدل الثاني لكلامه وهو الإجازة اراد البطلان قبل الإجازة وهو واضح.

و حمل القسم الأخير من كلامه على أنَّ المالك أجاز أصل مبادلة العوضين ولكن خصوصية انتقال المثمن إلى المشتري الغاصب أيضاً مأخوذة فيها و استشكل عليه بعود إشكال عدم المعاوضة الحقيقية، مع أنَّ «إن» الواردة في كلامه نافية أعني هذه الخصوصية غير مأخوذة فلا يعود الإشكال، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقِّق التستري رحمته و لعلَّه بهذين الحملان في كلامه خرج من الإنصاف في حقِّه و الله هو الغفور.

و حيث لم يتم جواب المحقِّق التستري عند الشيخ الأعظم رحمته تصدى بنفسه

(١) مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٣٣.

(٢) المكاسب / ٣ / ٣٨٢.

(٣) المكاسب / ٣ / ٣٨٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غيرُ مُجَازٍ و المُجَازُ غيرُ مُشَاءٍ .. ٣٤٧

إلى جواب الإشكال بقوله: «فالأنسب في التفصّي أن يقال...»^(١).

و توضيحه: أن قصد المعاملة الحقيقية يتمشى من المالكين سواء كانا حقيقيين أو ادعائيين. و الحكم تابع للحيثية التقيديّة^(٢) الواقعية لأنّها موضوع للحكم فإجازة المالك الحقيقي للثمن إجازة للعقد الواقع بين المالكين لمالكيهما الواقعيين فينتقل المبيع - المثلث - إلى من هو مالك واقعي للثمن.

و المشتري لنفسه بمال الغير وإن ادّعى مالكية الثمن و إلا بدون الادعاء لا تتحقّق منه المعاوضة الحقيقيّة ولكن لما كانت حيثية المالكية حيثية تقيديه واقعية فتقع المعاملة للمالك الحقيقي بعد إجازته.

ولكن يرد عليه: أولاً: هذا الجواب يبتني على جوابه عن الإشكال الثالث من أنّ الغاصب يدعي المالكية بالنسبة إلى ما يبيعه و قد عرفت عدم تماميته في محله فالبناء كذلك.

و ثانياً: الجهة المالكية في البيع و نحوه تكون من الجهات التعليلية لا التقيديّة ضرورة أنّ الغاصب أراد بصيغة بيعه نحو تملكّت خصوص نفسه لا المالك الواقعي و أنّه أي نفسه الذي يدعي المالكية - ليس إلا الغاصب.

و ثالثاً: على فرض أنّها تقيديّة و كون الحكم وارداً عليها، نمنع اقتضاءها ما ذكره، إذ لا بدّ في ورود الحكم على الجهة مطلقاً من قابلية المحلّ للإطلاق و إلا فلا يستلزم الإطلاق ألا ترى أنّك إذا قلت لزيد: «أدخل داري من حيث إنّك صديقي»، لا

(١) المكاسب ٣/٣٨٣.

(٢) الحيثية التقيديّة: إذا كانت الحيثية على نحو جزء الموضوع كناطق للإنسان، و الاختلاف فيها يوجب التكثر في الموضوع يعني ذاتها.

و في مقابلها الحيثية التعليلية: إذا كانت الحيثية خارجاً عن ذات الموضوع نحو كون الشيء علّة أو معلولاً، لأنّهما خارجان عن الذات و ان كان نفس التقيّد و التحيث داخلان، مشروطاً على أنّهما مأخوذان على نحو التحيث و التقيّد لا على نحو القيدية. و الاختلاف فيها لا يوجب التكثر في الموضوع بل يوجب تكثر ما خرج عنه الموضوع.

يكون هذه الجملة الإذن لدخول مطلق صديقك. ففي المقام وإن كان الغاصب يدعي الملكية و كان تملكه للمثمن من هذه الجهة ولكنّه لا يقصد إلاّ تملك نفسه لا المالك الواقعي.

هذه الردود الثلاثة للفقير اليزدي (١) رحمته الله.

و رابعاً: أنّ بناء الفضولي على الملكية أخصّ من المدعى، إذ ليس بناء جميع الفضوليين كالغاصبين على مالكيتهم حتى يقال: أنهم طبقوا طبيعي المالك الذي هو جهة تقييدية على أنفسهم.

و خامساً: في فرض اعتبار المعاوضة الحقيقية و أنّها من مقومات البيع لا يفيد ادعاء الملكية من الفضولي، لأنّ هذا الإدعاء و البناء لا يوجب الدخول في ملك من يجب أن يدخل في ملكه و لا يتغيّر الواقع عمّا وقع عليه، و ليس مملّكاً لا شرعاً و لا عرفاً.

و هذان الأخيران للمحقّق المروج (٢) رحمته الله.

و حيث لم يتم جواب الشيخ الأعظم ذهب تلميذه الفقيه المامقاني إلى أنّ «الحقّ أنّ الحكم في هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإن تم الإجماع أو دلالة النصوص فذاك، و إلاّ كان اللازم هو الحكم بالبطلان» (٣).

ولكن قد مرّ منّا الجواب عن الإشكال و عن الشراء بمال الغير فلا نعيدهما.

ثم تعرّض الشيخ الأعظم لـ

جواب كاشف الغطاء رحمته الله

قال جدي الفقيه الشيخ جعفر رحمته الله: «ولو أجازته [أي لو أجاز المالك بيع الغاصب] مع القصد لنفسه [أي لنفس الغاصب] على نحو ما قصد [الغاصب] احتمال رجوعه إلى هبة و

(١) راجع حاشيته على المكاسب ١٤٦/٢.

(٢) راجع هدى الطالب ٥٨٤/٤ و ٥٨٥.

(٣) غاية الآمال / ٣٦٩.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غَيْرُ مُجَازٍ وَ الْمَجَازُ غَيْرُ مُشَاءٍ .. ٣٤٩

بيع معاً كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا»^(١).

و قال الشيخ الأعظم: «مع أنه ربّما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكاً للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته^(٢)»^(٣).

ثم ذكر^(٤) عن بعض تلامذته [أي بعض تلامذة الشيخ جعفر] - و لعلّ المراد بالبعض أصحاب تبصرة الفقهاء^(٥) و المقابيس^(٦) و الجواهر^(٧) - في الاستدلال له وجهين.

أحدهما: التملك الضمني:

بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، بعد أن يجيزهما المالك، يدخل الثمن في الأوّل و المثلث في الثاني في ملك الفضولي - ولو أنا ما قبل بيعه أو شرائه - حتّى يكون الانتقال من الفضولي صحيحاً، ثمّ هذه الإجازة يتضمن تملك ضمني من المالك للغير الفضولي، نظير ما إذا قال: «اعتق عبدك عني» أو قال: «بع مالي عنك» أو «اشترك بمالي كذا» فهو تملك ضمني حاصل ببيعه أو الشراء.

أقول: أصل هذا البيان - على ما وجدته مع قصر تتبعي - للعلامة في التذكرة حيث يقول: «إنما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس بضمّي من البيوع، أمّا الضمني ك«اعتق عبدك عني بكذا» فيكتفي فيه بالتماس و الجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمة إجماعاً»^(٨).

(١) شرح القواعد ٨٥/٢.

(٢) منهم المحقق التنستري في مقابيس الأنوار / ١٣٢.

(٣) المكاسب ٣/٣٨٤.

(٤) المكاسب ٣/٣٨٤ و ٣٨٥.

(٥) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٩ و ٣٥٠.

(٦) مقابيس الأنوار - كتاب البيع / ٣٣، السطر ١٦.

(٧) الجواهر ٣٦٤/٢٣ طبع جماعة المدرسين (٢٢/٢٢٥ طبع الإسلامية)، و ٣٧٦/٢٣ (٢٢/٢٣٢).

(٨) تذكرة الفقهاء ١٠/١٠.

ولكن يرد الشيخ الأعظم^(١) عليه: أولاً: أنَّ الصحة في نفس هذه الأمثلة المذكورة ممنوعة بما مرَّ في تنبيهه الرابع من بحث المعاظة.^(٢) فكيف يبحثنا البيع أو الشراء لنفسه من مال الغير أو به.

و ثانياً: قياس الإجازة على الإذن يكون مع الفارق، لأنَّ دلالة الإذن يمكن أن تكونَ تامة لتقدير الملك آنأ ما قبل البيع للمخاطب و وقوع البيع في ملكه حينئذ، بخلاف الإجازة لأنَّها لا تتعلَّق إلا بما وقع في السابق وهي رضاً بما وقع و تنفيذ له و المفروض أنَّ ما وقع هو تبادل مال المالك، لا مال الفضولي العاقد. و بعبارة أُخرى: الإذن إعلامٌ للرضا بما يقع و الإجازة إعلامٌ للرضا بما وقع و بنيهما بون بعيد.

أقول: و يمكن المناقشة في الإيرادين: أمَّا الأوَّل: قد مرَّ الصحة في الأمثلة المذكورة بما مرَّ في التنبيه الواردة في ذيل الوجه الثالث الماضي^(٣) فلا نعيده، و يمكن تطبيق بحثنا عليها.

و أمَّا الثاني: فنَعَم، قياس الإجازة على الإذن مع الفارق و هي (الإجازة) إعلام للرضا بما وقع و تنفيذ له و هو (الإذن) إعلام للرضا بما يقع، ولكن في بحثنا ما وقع عبارة عن بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، وجهة الاشتراك في كليهما قيد لنفسه - لا لمالكة - و القول بالتمليك الضمني يصحح البيع أو الشراء مع هذا القيد - لنفسه - و لا مانع من الالتزام به. و ثانيهما^(٤):

لا يشترط كون أحد العوضين ملكاً للعاقد الفضولي أو غيره في انتقال بدله إليه، بل يكفي أن يكون مأذوناً في بيعه لنفسه، فيملك الثمن بانتقال المبيع عن مالكة إلى

(١) المكاسب ٣/٣٨٥.

(٢) المكاسب ٣/٨٣ و ٨٥.

(٣) راجع صفحة ٣٣٥ من هذا المجلد.

(٤) المكاسب ٣/٣٨٥.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الرابع: المُشَاءُ غيرُ مُجَازٍ و المُجَازُ غيرُ مُشَاءٍ .. ٣٥١

المشتري، في ما قال له المالك: «بع هذا لنفسك».

و أمّا إذا قال له: «اشترك بهذا» يكفي هذا البيان بعنوان الإذن في الشراء لنفسه بهذا المال، فينتقل ملك الثمن من مالكة مع إذنه إلى البائع و يملك العاقد المبيع. و يتفرّع على هذا البيان: لو اتّفق بعد البيع أو الشراء فسخ المبادلة رجع الملك إلى مالكة دون العاقد سواء كان فضولياً أو غيره.

و يرد عليه الشيخ الأعظم رحمته الله بقوله: «فلما عرفت^(١) من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا صرح العلامة رحمته الله - في غير موضع من كتبه - تارة بأنه «لا يتصور»^(٢) و أخرى بأنه: «لا يعقل»^(٣) أن يشتري الإنسان بمال غيره شيئاً، بل ادّعى بعضهم^(٤) في مسألة قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن «اشتر لنفسك به طعاماً» و قد صرح به الشيخ^(٥) و المحقق^(٦) و غيرهما^(٧)»^(٨).

ثم استدرك على نفسه بقوله: «نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع

(١) في أوّل البيع و تعريفه قال: «هو في الأصل - كما عن المصباح - مبادلة مالٍ بمالٍ». [المكاسب ٧/٣].

(٢) قال في القواعد ١٢٧/٢: «لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه». و قال في تذكرة الفقهاء ٢٤٦/١٣: «لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه».

(٣) حكمه بالبطلان موجود في القواعد ٨٧/١ و تذكرة الفقهاء ١٠٦/١٠ و تحرير الأحكام الشرعية ٣٣٨/٢.

(٤) و هو صاحب الجواهر قال: «بلا خلاف أجده فيه لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملك الغير ولو بإذنه». [الجواهر ١٧٤/٢٣ من طبع الإسلامية].

(٥) المبسوط ١٢١/٢.

(٦) الشرائع ٢٦/٢.

(٧) كالقاضي في المهذب ٣٨٧/١ و الشهيد في الدروس ٢١١/٣ و المحقق الثاني في جامع المقاصد ٤٠٠/٤ و الصيمري في غاية المرام ٥٨/٢ و ثاني الشهيدين في المسالك ٢٥٢/٣، راجع مفتاح الكرامة ٦٧٨/١٤.

(٨) المكاسب ٣٨٦/٣.

علم المشتري بالغصب^(١) أنَّ ظاهر جماعة - كقطب الدين و الشهيد و غيرهما - أنَّ الغاصب مسلَّط على الثمن و إن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلن المشتري.

إلَّا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملَّك البائع الغاصب للثمن مطلقاً كما نسبه الفخر^(٢) إلى الأصحاب، أو أنّ ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء^(٣).

أقول: يمكن أن يناقش: بأنَّ عدم تصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه تام ولكنّه مقيدٌ بعدم إذن مالكة، ولكن مع إذنه يمكن أن يتصور بانحلال إذنه أو إجازته أو بيع العاقد أو نحوه إلى عقدين أو عقود مثل بيع وهبة، أو وكالة وهبة، أو بيع و صلح، أو بيع وهبة و وكالة أو نحوها.

و يمكن حمل كلام قطب الدين و الشهيد و غيرهما بأنَّ شراء الغاصب كان على ذمته و على نحو ثمن الكلِّي لا الشخصي فلا يحمل على مقالة الفخر.

و الحاصل: يمكن تصحيح مقالة جدي الفقيه كاشف الغطاء^(٤) و وجَّهي استدلال بعض تلامذته عليه و هما صاحبا المقابس و الجواهر كما مرّ.

الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً

إذا كان الأصيل عالماً بغصبية المبيع و مع ذلك يشتري من الغاصب و يدفع إليه الثمن. فقد حكم الأصحاب [نحو العلامة في التذكرة قال: «لو كان عالماً لا يرجع بما اغترم و لا بالثمن مع علم الغصب مطلقاً عند علمائنا»^(٤) - و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه - و مثله ما في نهاية الأحكام و قال: «و اطلق علماءنا ذلك»^(٥). و قال في

(١) المكاسب ٤٧١/٣.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

(٣) المكاسب ٣٨٧/٣.

(٤) تذكرة الفقهاء ١٨/١٠.

(٥) نهاية الأحكام ٤٧٨/٢.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً ٣٥٣

المختلف^(١) وولده في الإيضاح^(٢): «قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب» وأطلقوا القول في ذلك. ونسب عدم الرجوع مع بقاء العين في الإيضاح^(٣) أيضاً في مقام آخر تارة إلى قول الأصحاب وأخرى إلى نصهم وفي موضع آخر^(٤) إلى كثير منهم. وفي جامع المقاصد^(٥) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين، وفي موضع آخر من الكتاب^(٦) المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفي الروضة^(٧) نسبته إلى ظاهر كلامه وفي موضع آخر منه^(٨) إلى الأكثر، وفي المسالك^(٩) والكفاية^(١٠) والرياض^(١١) نسبته إلى المشهور، كما يظهر كله من المفتاح^(١٢) وفي الجواهر^(١٣): ظهور إطباق الأصحاب، عليه [بأن المالك لو ردّ البيع فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن - مطلقاً أي سواء بقيت العين أم تلفت، أو مع بقائها خاصة - وهذا الحكم يكشف عن أنّ الغاصب ملك الثمن بمجرد تسليط الأصيل إياه، فلا يبقى موردٌ للحقوق الإجازة، فلو أجاز و صحّ يكون بيعاً بلا ثمن وهو مناف للمعاوضة الحقيقية المعتبرة في البيع فيكون باطلاً.

وهذا الإشكال مختص بصورة علم المشتري بالغصب فلا يجري في صورة جهله

(١) مختلف الشيعة ٥٥/٥.

(٢) إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

(٣) إيضاح الفوائد ٤١٧/١.

(٤) إيضاح الفوائد ١٩٤/٢.

(٥) جامع المقاصد ٧١/٤.

(٦) جامع المقاصد ٧٧/٤.

(٧) الروضة البهية ٢٣٥/٣.

(٨) الروضة البهية ٢٣٥/٣.

(٩) المسالك ١٦٠/٣.

(١٠) الكفاية ٤٥٠/١.

(١١) رياض المسائل ٢٢٨/٨.

(١٢) مفتاح الكرامة ٦١٥/١٢.

(١٣) الجواهر ٤٩٢/٢٣ (٣٠٦/٢٢).

أو عدم غاصبية العاقد.

و أصل هذا الاشكال من العلامه الحلّي حيث قال في ما وُجد بخطه الشريف على نسخة بعض تلامذته لكتابه القواعد و نقله الشهيد في الحواشي النجارية و عنه صاحب مفتاح الكرامة قال: «و الفرق بين علم المشتري و جهله أنّ البيع إنّما يتحقّق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيهاً بالصحيح و يقع في ملك البائع فينتقل منه إلى المالك، أمّا مع علمه فلا يقع العقد صحيحاً بوجهٍ فلا يستحق البائع الثمن حتّى يستحقّه المالك»^(١).
و قال في التذكرة في العبارة الماضية^(٢): «... و في الغاصب مع علم المشتري أشكل، إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»^(٣).
و قد أجاب عنه الشيخ الأعظم^(٤) بثلاثة وجوه:
الأوّل: لا نسلم ما حكم به الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك.

و لذا حكم جماعة من الأصحاب بجواز رجوع المشتري إلى الثمن مع وجود عينه كالعلامة في القواعد^(٥) و التذكرة^(٦) و المختلف^(٧) و نهاية الإحكام^(٨)، و ولده في الإيضاح^(٩) و شرح الإرشاد^(١٠)، و الشهيد في الدروس^(١١) و اللمعة^(١٢)، و المحقّق الثاني في

(١) مفتاح الكرامة ٥٩٩/١٢.

(٢) في صفحة ٣٤١ من المخطوطة.

(٣) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠.

(٤) المكاسب ٣٨٨/٣.

(٥) القواعد ١٩/٢.

(٦) تذكرة الفقهاء ١٨/١٠.

(٧) مختلف الشيعة ٥٦/٥.

(٨) نهاية الإحكام ٤٧٨/٢.

(٩) إيضاح الفوائد ٤١٨/١.

(١٠) شرح الإرشاد، مخطوط، نقل عنه في مفتاح الكرامة ٦١٦/١٢.

(١١) الدروس ١٩٣/٣.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً ٣٥٥

جامع المقاصد^(١٣)، و الشهيد الثاني في المسالك^(١٤) و الروضة^(١٥)، و السبزواري في الكفاية^(١٦).

و كأنَّ المحقِّق في الشرائع^(١٧) و العلامة في غصب القواعد^(١٨) متردِّدان كصاحب مجمع البرهان^(١٩) كما ذكره صاحب المفتاح^(٢٠).

و تبعهم جدي الشيخ جعفر^(٢١).

ولكن ذهب المحقِّق^(٢٢) إلى القول بالرجوع بالثمن مطلقاً - أي مع وجود عينه و تلفه -.

الثاني: إنَّ المشتري لم يسلِّط البائع على ماله بوجه الاطلاق، سواء أجاز له المالك أم ردّه، و إنّما سلّطه عليه على تقدير ردّ المالك، و أمّا في صورة الإجازة فإنّما أعطاه للمالك في مقابل المبيع، و عليه إذا أجاز له المالك يتملّك الثمن لا محالة.

و بالجملة: بناءً على تمامية ما حكم به الأصحاب، إنّما يصح إذا كان التسليط مطلقاً لا مراعى على إجازة المالك.

الثالث: الإشكال إنّما يتمّ بناءً على القول بالنقل، و أمّا على القول بالكشف فلا،

(١٢) اللعة الدمشقية / ١١٠.

(١٣) جامع المقاصد ٧١/٤.

(١٤) المسالك ١٦١/٣.

(١٥) الروضة البهية ٢٣٥/٣.

(١٦) الكفاية ٤٥٠/١.

(١٧) الشرائع ٨/٢.

(١٨) القواعد ٢٣٨/٢.

(١٩) مجمع الفائدة ١٦٤/٨ و ١٦٥.

(٢٠) مفتاح الكرامة ٦١٦/١٢.

(٢١) شرح القواعد ١٠٥/٢.

(٢٢) المسائل الطبرية، المطبوعة ضمن الرسائل التسع / ٣٠٦ و ٣٠٧، و نقل عنه في جامع المقاصد ٧٧/٤ و الجواهر ٤٩١/٢٣ (٣٠٥/٢٢).

لأنَّها تكشف حينئذ عن أنَّ الثمن ملك للمالك من أوَّل الأمر فيكون تسليط المشتري للبائع على ملك المالك لغواً.

و بعبارة أخرى: إنَّ الإشكال إنما يتوجَّه على النقل، لأنَّه حينئذ يكون المال منتقلاً إلى الغاصب قبل انتقاله إلى المالك المجيز، و أمَّا على الكشف فالإجازة تكشف من أنَّ التسليط كان لغواً و تسليطاً لمال الغير.

الجوابان الأوَّلان تامان، و أمَّا الثالث: فهو مبنيٌّ على القول بالكشف الحقيقي الدال على تحقُّق الملكيّة من حين العقد للمالك و أنَّ الإجازة كاشفة عنها لاحقاً، و لها المدخلة في الكشف و الإثبات دون الثبوت و الواقع، فالإجازة على الكشف الحقيقي لم يتأثر في شيءٍ. و لا يمكن الالتزام بهذا القول.

و أمَّا على القول بالكشف الحكمي - أو اشتراط الإجازة بنحو الشرط المتأخر، أو اشتراط وصف التعقب، أو الكشف الانقلابي - فلا يتم جوابه، لأنَّ بناءً عليه يكون المال باقياً على ملكيّة أصحابه في حدِّ الفاصل بين العقد و صدور الإجازة، و إنَّما تحصل الملكيّة و اعتبارها من حين صدور الإجازة ولكن المعتبر من زمن العقد بمعنى أن الإجازة و إن صدرت متأخرة إلاَّ أنَّها تشمل الفترة السابقة على صدورها إلى حين إنشاء العقد - و على هذا القول (أي الكشف الحكمي) - يكون الثمن في الفترة الواقعة بين العقد إلى الإجازة للمشتري نفسه حقيقةً ولكن ينقلب إلى ملك المالك المجيز من حين صدور الإجازة بحيث تشمل ملكيته من حين العقد، فيكون تسليط المشتري لأصيل الثمن للغاصب تسليطاً على ماله نفسه لا مال الغير.

ثمَّ هذا الاشكال إنما يتم بناءً على جواز البيع من طرف الأصيل، إذا بناءً على لزومه ليس للأصيل تمليك الثمن الغير - الغاصب هنا - بالتسليط أو بغير تسليط.^(١)

(١) راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٣٥٢/٢، التنقيح في شرح المكاسب ٤٢٤/١، العقد النضيد ١٦٧/٣.

المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه - أدلة بطلانه - الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً ٣٥٧

تنبيه:

إنّ هاهنا مسألتين: الأولى: «صحة بيع الفضولي لنفسه - غاصباً كان أو غيره - إنّما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه»^(١).

الثانية: البائع الفضولي لنفسه أو للمالك لو تملك المبيع بعد العقد و أجازته فهل يصح لنفسه أم لا؟ لأنّ الكلام في الأولى «في وقوع البيع للمالك»^(٢)، و في الثانية «في وقوعه [للفضولي] العاقد إذا ملك»^(٣).

ولكن ظاهر عبارة الرياض خلط المسألتين قال: «فلو باع الفضولي ملك الغير من دون إذنه مطلقاً لم يلزم إجماعاً، بل لم يصحّ إذا كان البيع لنفسه لا للمالك، فيمشي إلى المالك فيشتريه منه كما صرح به جماعة كالفاضلين: العلامة في جملة من كتبه كالمختلف^(٤) و التذكرة^(٥) مدّعياً فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، و المقداد في شرح الكتاب^(٦) [المختصر] وغيرهما^(٧)...»^(٨).

قال جدي العلامة الشيخ محمد تقي صاحب الهداية: «و قد حكم في الرياض بفساد المعاملة في هذه الصورة [إذا كان البيع لنفسه لا للمالك فيمشي إلى المالك فيشتريه منه (المسألة الثانية)] و عدم صحتها بتعقب الإجازة حاكياً عن الجماعة... و أنت خبير بأنّ الصورة المفروضة في التذكرة ممّا لا ربط له بهذه المسألة، إذ ليس المقصود هناك

(١) المكاسب ٣/٣٨٩.

(٢) المكاسب ٣/٣٨٩.

(٣) المكاسب ٣/٣٨٩.

(٤) المختلف ٥/٥٥٥.

(٥) تذكرة الفقهاء ١٧/١٠ و ٢١٩.

(٦) التنقيح الرائع ٢/٢٦.

(٧) كالشيخ في الخلاف ٣/١٦٨.

(٨) رياض المسائل ٨/٢٢١.

المسألة الثانية التي عنونها صاحب الرياض [تصحيح تلك المعاملة من جهة لحوق إجازة المالك، بل المقصود تصحيحها من جهة الشراء من المالك بعد ذلك، ولا ريب في عدم صحتها حينئذٍ بذلك، و الظاهر عدم الخلاف بين الأمة فضلاً عن الفرقة، و الظاهر أنّ ذلك هو مقصود الجماعة...»^(١).

وَقَالَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ: «و من هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل... في غير محلّه، إلا أن يريد ما ذكرناه [أي المسألة الثانية] و هو خلاف كلامه»^(٢).

هذا تمام الكلام في المسألة الثالثة من بيع الفضولي - و هي بيع الفضولي لنفسه - و الحمد لله.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٣ و ٣٤٢.

(٢) المكاسب ٣/٣٨٩.

بقي هنا أمران:

الأول: بيع الفضولي في الذمة

تعرّض له صاحب المقابس^(١) وهو أن لا فرق في بيع الفضولي بين كون مال الغير عيناً أو كلياً في ذمة الغير - بلا فرق بين كون مال الغير ثمناً أو مئماً - و البائع الفضولي [١] تارةً يضيف الثمن أو المئمن إلى ذمة خاصة من دون أن يعقبه بما ينافيه - كماضافته إلى نفسه - [٢] وأخرى أن يجمع بين المتنافيين.

فيقع الكلام في مسألتين:

المسألة الأولى و صورها:

وهي أن يضيف البائع الثمن أو المئمن إلى ذمة خاصة، و تتصوّر على ثلاث صور:

أ: أن يكون الكلي في ذمة غير الفضولي قبل البيع نحو: أن يبيع الفضولي طناً من الحنطة مملوكاً لعمرو في ذمة بكر، - و الوجه في اشتغال ذمة بكر لايهمنا لأنه من الممكن أن يكون بسلف أو تلف أو غيرهما - فباع الفضولي هذا الطن من الحنطة الذي كان ملكاً لعمرو في ذمة بكر بكذا، فإن إجازة المالك - وهو عمرو - صحّ لعموم أدلة صحة بيع الفضولي وإن رده بطل.

ب: أن يكون الكلي في ذمة نفس الفضولي

نحو: أن يكون البائع الفضولي - وهو زيد مثلاً - مديوناً لعمرو طناً من الحنطة، فباع هذه الحنطة الذميمة لعمرو من بكرٍ بكذا، فالبكر يكون مشترياً لمال عمرو الذي في ذمة زيد البائع، فإن أجاز عمرو البيع صحّ و يدخل الثمن في ملكه و يشتغل ذمة زيد لبكر.

ج: أن يجعل الكلي متعلقاً بذمة المالك بنفس بيع الفضولي

نحو: باع الفضولي طناً من حنطة في ذمة عمرو لبكرٍ بكذا - مع عدم اشتغال ذمة عمرو شيئاً من الحنطة لأحدٍ قبل هذا البيع - و أجازة عمرو فيستقرّ في ذمته بنفس هذا

(١) مقابس الأنوار - كتاب البيع / ٤٠.

البيع.

ثمَّ حيث أن بيع الأعيان الشخصية فضولة لا يتوقف إلا على إجازة المالك فلا نحتاج إلى تعيينه [أي المالك] ولذا قال الشيخ الأعظم: «إنَّ تعيين العوض في الخارج يعني عن قصد من وقع له العقد»^(١).

وأما بالنسبة إلى الكلِّيِّ الذمِّي فلما لم يكن موجوداً في الخارج توقَّف تعيينه على إضافته إلى ذمَّة معيَّنة ليكون أمر الإجازة بيده، فلا بدَّ من تعيينه بتصريح من الفضولي بأن يقول: «بعتك طناً من الحنطة في ذمَّة زيد بكذا». أو أن نبوي الفضولي وقوع البيع لزيد - ولو لم يصرح في العقد باسمه بأن يقول: «بعتك طناً من الحنطة الذمِّيَّة بكذا» و يقصد اشتغال ذمَّة زيد به. و في هذه الصورة الأخيرة المنويَّة - دون المصرحة - إن أجاز زيد صح بيع الفضول و اشتغلت ذمَّة زيد، وإن ردَّ زيد بطل البيع إلا في صورة واحدة و هي ما إذا باع الفضول بقصد وقوعه في ذمَّة زيد و أنكر المشتري عليه - و حلف على عدم علمه بالفضولية - فيقع حينئذ لنفس الفضول أو يبطل من رأسه؟

قولان: ذهب أصحاب المبسوط^(٢) و الشرائع^(٣) و القواعد^(٤) و الإيضاح^(٥) و جامع المقاصد^(٦) و المسالك^(٧) إلى وقوع العقد لنفس الفضول حينئذ ظاهراً، و عن الشيخ و المحقِّق و العلامة و المقداد^(٨) في الكتب الماضية واقعاً. كما نسب^(٩) الأخير إلى جماعة

(١) المكاسب ٣/٣٩٠.

(٢) المبسوط ٢/٣٨٦.

(٣) الشرائع ٢/١٥٨، و لأجل توضيح كلامه راجع الجواهر ٢٧/٤٠٣ طبع الإسلامية.

(٤) قواعد الأحكام ٢/٣٦٠.

(٥) إيضاح الفوائد ٢/٣٤٧.

(٦) جامع المقاصد ٨/٢٥١.

(٧) المسالك ٤/٣٧٩ و ٥/٣٠٠.

(٨) التنقيح الرائع ٢/٢٢٠.

(٩) الناسب هو السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٢٠/٥٥٧.

بقي هنا أمران - الأول: بيع الفضولي في الذمة ٣٦١

في بعض فروع المضاربة.^(١)

و ذهب الشيخ الأعظم^(٢) إلى البطلان واقعاً و عدم وقوعه للفضولي أيضاً، ولكن لو لم يصدقه الطرف الآخر على قصد الفضولية و حلف على عدم علمه بالفضولية حكم بوقوع العقد للفضولي بحسب الظاهر كما عن المحقق و فخر الإسلام و الكركي و ثانيي الشهيدين في الكتب الماضية.

أقول: أمّا بحسب الحكم الواقعي فالحق هو البطلان كما اختاره الشيخ الأعظم^(٣) لأنّ ماليتة الكلّي إنما هي بحسب إضافته إلى الذم، فالكلّي المضاف إلى ذمّة غير الكلّي المضاف إلى ذمّة شخص آخر، و عليه فإذا وقع أحدهما متعلّقاً للعقد فلا معنى لصحة العقد بالنسبة إلى الآخر، و حيث لم يظهر أحدهما فيكون العقد باطلاً واقعاً.

و أمّا بحسب الحكم الظاهري في فرض الترافع فالمدعي للفضولية هو المدعي، لمخالفة قوله لظاهر العقد و لأصالة الصحة، و الطرف الآخر منكر لموافقة قوله لأصالة الصحة، و حيث إنّ القصد أمر قلبي لا يمكن للمدعي إقامة البينة عليه، تصل النوبة إلى حلف المنكر، و لا بدّ للمنكر أن يحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لا على عدم العلم به، لأنّ عدم علمه لا ينافي قصد طرفه الفضولية و حيث إنّ لا يمكن للمنكر الحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لكونه أمراً قلبياً فلا محالة يردّ الحلف إلى المدعي فيحلف و يحكم ببطلان العقد ظاهراً.

فاتضح أنّ الحق هو البطلان واقعاً و ظاهراً.^(٣)

المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتنافيين

قال الشيخ الأعظم: «بأن قال: «اشتريتُ هذا فلان بدرهم في ذمّتي» أو «اشتريتُ

هذا لنفسي بدرهم في ذمّة فلان».

ففي [المثال] الأول: يحتمل البطلان، لأنّه في حكم شراء شيءٍ للغير بعين ماله، و

(١) راجع الجواهر ٣٨٤/٢٦ طبع الإسلامية.

(٢) المكاسب ٣/٣٩٠ و ٣٩١.

(٣) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٢٦/١.

يحتمل إلغاء أحد القيدين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

و في [المثال] الثاني: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة [للغير] بالبناء على التملك في ذمة الغير اعتقاداً [لعدم إمكان غصب الكلّي في الذمة]. و يحتمل الصحة [لنفسه] بإلغاء قيد «ذمة الغير»، لأنّ تقييد الشراء أوّلاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير. و المسألة تحتاج إلى تأمل»^(١).

أقول: في المثالين: بناءً على ما اختاره الشيخ الأعظم في معنى قصد المعاوضة الحقيقية لا بدّ من القول بالبطان إذ يمتنع الجمع بين القيدين. أمّا ما ذكره من إلغاء أحد القيدين فتتم المعاملة لنفسه أو لغيره فلا يتم لأنّ الكلام واحدٌ و مع وقوع قيدين متنافيين في الكلام تبطل المعاملة للإجمال الحاصل.

و أمّا بناءً على ما أخترنا في معنى قصد المعاوضة الحقيقية و تصحيح الشراء للغير بمال نفسه من انحلال العقد إلى بيع و هبة مثلاً، فيُحكّم بالصحة في المثالين، ولكن في المثال الأوّل؛ الهبة أو الصلح عقد تحتاج إلى قبول الموهوب له أو المتصالح اللذين هما فلان [الغير]، و في المثال الثاني إذا أجاز صاحب الذمة و هو الغير.

و لذا قال الفقيه السيّد الزدي: «إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا إشكال في الصحة في الصورة الأولى بلا حاجة إلى الإجازة، و كذا في الثانية مع إجازة ذلك الغير. و إن قلنا بمقالة المصنف [الشيخ الأعظم] من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطان فيهما جزماً، و ذلك لأنّ المفروض أنّه قاصد للقيدين عن جدٍ و هما متنافيان فلا وجه لإلغاء أحدهما و الأخذ بالآخر»^(٢).

ثمّ نقلَ الشيخ الأعظم^(٣) كلاماً من العلامة الحلّي بطوله نفتني إثره:

قال في تذكرة الفقهاء: «لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف في

(١) المكاسب ٣/٣٩٢.

(٢) حاشية المكاسب ٢/١٥٧.

(٣) المكاسب ٣/٣٩٢ و ٣٩٣.

بقي هنا أمران - الأول: بيع الفضولي في الذمة ٣٦٣

البطلان والوقف على الإجازة، إلا أن أبا حنيفة قال: يقع للمشتري بكل حال. وإن كان في الذمة لغيره وأطلق اللفظ، قال علماؤنا: يقف على الإجازة، فإن أجازته صحّ ولزمه أداء الثمن، وإن ردّ نفذ عن المباشر - وبه قال الشافعي في القديم وأحمد - وإنما يصحّ الشراء، لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره، وإنما وقف على الإجازة لأنه عقد الشراء له، فإن أجازته لزمه، وإن ردّه لزم من اشتراه، ولا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا.

وقال أبو حنيفة: يقع عن المباشر. وهو جديد للشافعي^(١).^(٢)
حمل الشيخ الأعظم^(٣) هذا الكلام من العلامة على هذه المسألة الثانية - أي الجمع بين المتنافيين - بقريئة تعليقه بقوله: «لأنه تصرف في ذمته [أي ذمة نفسه أي المباشر] لا في مال الغير»، لأن هذا التعليل لا يأتي بالنسبة إلى المسألة الأولى - قصد وقوع الكلي في ذمة الغير وتعيينه بالنية، [الصورة ج] - التي يمكن حمل صدر كلام العلامة عليه. و الحقّ مع الشيخ الأعظم في هذا الحمل كما أنّ المشهور ذهب - في فرض التنافي - إلى أنّ الغير إذا ردّ المعاملة تقع عن الفضولي، ويدل عليه قول العلامة: «قال علماؤنا».

وقال الشيخ الأعظم: «لكن أشرنا سابقاً^(٤) إجمالاً إلى أنّ تطبيق هذا على

(١) أي في مدّحه الجديد عند ما سكن في مضر إذ إنّه لما كان في العراق كانت له طريقة في استنباط الأحكام تقرب من مذهب أهل الرأي، وعند ما نزل في مضر عدل عن هذه الطريق و سلك مسلك أهل الحديث و لذلك كانوا يقولون: قال الشافعي في القديم، و قال الشافعي في الجديد و لكل من مذهبه (القديم والجديد) رُواة فمن رواة القديم الحسن الزغفراني البغدادي و من رواة الجديد المزني و البؤيطي.

(٢) تذكرة الفقهاء ١٥/١٠، فروع، فرع «ب».

(٣) المكاسب ٣/٣٩٣.

(٤) المكاسب ٣/٣٨١.

القواعد مشكل»^(١).

و علَّله^(٢) بأنَّ المشتري العاقد، المباشر للعقد إن جعل المال في ذمَّة نفسه بالأصالة ولو رجَّحنا نيَّته من وقوع العقد لذلك الغير و خروج العوض من ملك هذا العاقد يكون باطلاً واقعاً لعدم تحقق المعاوضة الحقيقية في المقام. ولو رجحنا وقوع العقد لنفس العاقد المباشر صحَّ العقد لتحقق المعاوضة الحقيقية فلا وجه لوقوعه عن الغير. و المشتري المباشر للعقد إن جعل المال في ذمَّة نفسه نيابةً و وكالةً عن الغير يترتب إشكالان:

أحدهما: صحة هذا العقد يبتني على جريان الفضولي في الوكالة و هو مشكل، لأنَّ الوكالة عبارة عن الاستنابة في التصرف و الفضولي عبارة عن المباشرة في التصرف من عند نفسه.

نعم، إن رجع مآل هذا العقد إلى أنَّ الفضولي جعل نفسه نائباً عن الغير و اشترا في ذمَّة الغير - بدون تحقق النيابة عنه و صدوره عن الغير - لا يترتب إشكال الوكالة الفضولية ولكنَّه يترتب إشكال عدم تحقق المعاوضة الحقيقيَّة.

ثانيهما: لا بدَّ من الالتزام ببطلان المعاملة إن ردَّها الغير - أي المنوب عنه - لأنَّ المفروض إنشاء الشراء له، لأنَّ المعاملة تقع عن المباشر العاقد.

نعم، في هذا الفرض - إذ جعل المشتري العاقد المال في ذمَّة نفسه نيابة عن الغير - و عجز عن إثبات النيابة على البائع، و ردَّها المنوب عنه - الغير - تَقَعُ المعاملة على العاقد في الظاهر، كما نص عليه جماعة من الأصحاب^(٣) في باب التوكيل. و كيف ما كان المعاملة إمَّا باطلة رأساً أو صحيحة للفضولي العاقد، و لا تكون

(١) المكاسب ٣/٣٩٣.

(٢) راجع المكاسب ٣/٣٩٣ و ٣٩٤.

(٣) نحو: الشيخ في المبسوط ٢/٣٨٦، و المحقِّق في الشرائع ٢/١٥٨، و العلَّامة في القواعد ٢/٣٦٠، و ولده في الإيضاح ٢/٣٤٧، و الكركي في جامع المقاصد ٨/٢٥١، و ثاني الشهيدين في المسالك ٥/٣٠٠، و لتوضيحه راجع الجواهر ٢٧/٤٠٣ من طبع الاسلامية.

بقي هنا أمران - الأول: بيع الفضولي في الذمة ٣٦٥

مرددة في الواقع بين الفضولي العاقد و مَنْ عقد له الشراء فلا وجه للقول بوقوع العقد مردداً بين المباشر و المنوي.

ولكن يمكن تنزيل عبارة العلامة في التذكرة على وقوع المعاملة للمباشر ظاهراً كما عليه جماعة من الأصحاب ولكنه بعيد لأنه علل كلامه و قال: «لأنه تصرف في ذمته» و هذا يقتضي وقوع العقد للمباشر واقعاً لا ظاهراً. هذا تمام كلام الشيخ الأعظم بتوضيح منّا.

بيان الفقيه السيّد اليزدي رحمته الله:

ولكن قال الفقيه اليزدي: «الظاهر أن مراده [العلامة] جعل الثمن كلياً في الذمة من غير التفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلا أنه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، و على هذا فيكون قوله «للغير» خبراً بعد خبر، و أمّا احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه فهو مناف لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، و كون الأداء واجباً على ذلك الغير، لأنّ لازم ذلك إمّا البطلان أو الصحة مع كون الثمن على المباشر إن قلنا بصحة الشراء للغير بمال نفسه، كما أنّ احتمال كون المراد جعله في ذمة ذلك الغير، بأن يكون قوله «للغير» قيداً لذمته، لا خبراً بعد خبر منافٍ لما ذكره بقوله: «لأنه تصرف في ذمته لا في مال غيره» إذ مراده أنه تصرف في ذمة نفسه لا في ذمة غيره كما هو واضح.

و الحاصل: أنّ الظاهر من مجموع العبارة ما ذكرنا، من أنّ المراد الشراء في الذمة، بمعنى عدم كون الثمن عيناً خارجياً من غير تعيين لذمة النفس أو الغير، و من غير التفات إلى ذلك، لكن مع قصد كون الشراء للغير و حينئذ فيمكن تطبيقه على القاعدة أيضاً بدعوى أنّ مقتضى شراء شيء في الذمة كون المباشر ملزماً به و الحكم بكونه في ذمته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفي بذلك و إن أغمض عن الانصراف أيضاً، إلا إذا عيّن كونه في ذمة الغير، فحينئذ ينصرف إلى ذلك الغير، أو قصد كون الشراء لذلك الغير فحينئذ يجوز له أن يمضيه و يكون الثمن في ذمته، و مع عدم امضائه فالحكم العرفي الزام

المباشر...»^(١).

بيان المحقّق النائي لتطبيق الفرع على القاعدة

وَأَخَذَ المحقّق النائي^(٢) أيضاً بتطبيق هذا الفرع - في فرض التنافي إذا ردّ الغير

المعاملة تقع عن الفضولي - على القواعد بوجهين:

الأوّل: أن يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال في ذمّته و يكون قصده للغير من باب جعل تولية العقد للغير، و تكون إجازة الغير من قبيل القبول، و حينئذ فإن أجاز الغير التولية يكون البيع له و إلاّ يكون للعاقد، غاية الأمر أنه يتوقف على إحراز أنّ قصده للغير من قبيل جعل التولية له و إجازة الغير من قبيل القبول.

الثاني: أن يكون مراد العاقد وقوع البيع للغير و قصّد إضافة الكلّي إلى ذمّة الغير، لكنّه ضمن ذمّة الغير بناءً على أن لا يكون الضمان موجباً لانتقال المال إلى ذمّة الضامن كما عليه العامة^(٣) فيكون كلّ منهما ضامناً بنحو الطولية.

و اعترض السيّد الخوئي^(٤) على الوجهين بما حاصله:

يرد على الأوّل: أوّلاً: احتساب قصد العاقد للغير من باب جعل تولية العقد له خلاف الفرض، لأنّ المفروض أنه لو أجاز ينتقل المال من مالكة إليه لا من ملك العاقد، و على التولية ينتقل المال من ملك المالك إلى العاقد و من ملك العاقد إلى ملك المجيز. و ثانياً: أنّ ذلك لو تمّ فإنّما يتمّ في شراء الفضولي متاعاً بثمن في ذمّته فيبيع ذلك المتاع تولية للغير، و أمّا إذا باع الفضولي شيئاً في ذمّته بثمن للغير فلا معنى لبيع ذلك الشيء تولية للغير لأنّه باع مال نفسه للمشتري و جعل ثمنه للغير، و لم يبع شيئاً للغير حتى يصحّ بإجازته، مع أنّ كلامهم في مطلق المعاملة الفضولية سواء كان في البيع أو الاشتراء.

(١) حاشية المكاسب ١٥٨/٢.

(٢) راجع منية الطالب ٤٧/٢ و ٤٨.

(٣) المغني لابن قدامة ٧٠/٥ و ٨٣، المجموع ٢٤/١٤، المهذب ٣٠٧/٢.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٤٢٨/١، محاضرات في الفقه الجعفري ٣٥٦/٢ و ٣٥٧.

بقي هنا أمران - الأول: بيع الفضولي في الذمة ٣٦٧

و ثالثاً: أنّ الفضولي ربّما يموت قبل إجازة الغير، فلو كانت الإجازة قبولاً لبيع التولية فلا محالة يبطل البيع لخروج الموجب عن أهلية العقد قبل تحقّق القبول مع أنّهم يلتزمون بالصحة في هذا الفرض.

و يرد على الثاني: أولاً: أنّه لو لم يجز الغير العقد فلا معنى لوقوع العقد للضامن و كونه ملزماً بالأداء.

و ثانياً: أنّه لو أجاز الغير العقد و لم يؤد المال يلزم أن يكون الضامن ملزماً بأدائه.

بيان السيّد الخوئي لتطبيقه على القواعد

قال رحمته الله: «يمكن حمله بحيث ينطبق على القواعد على ما إذا اشترى بالكلّي و التزم هو بأدائه إمّا من مال غيره فيكون الشراء للغير، و إمّا من ماله فيكون الشراء لنفسه ولكن الملتزم بالأداء هو المباشر لا الغير، و ينحلّ هذا الشراء إلى شرائين طويلين فيشتري للغير فإن أجاز وقع له و إلا فيشتري لنفسه، و هذا التعليق لا يوجب البطلان، لأنّه تعليق على ما توقّف صحة العقد عليه واقعاً، لأنّ الدليل على مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقّن منه غير هذا المورد - أي إنشاء بيعين طويلين - فتشملة أدلة صحة البيع و العقود، و عليه فإذا أجاز الغير وقع العقد له و إلا وقع للمباشر»^(١).

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٢٧/١.

الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة

هل يجري الفضولي في العقد المعاطاتي كما يجري في العقد اللفظي أم يختص بالثاني؟ فيه أقوال:

الأوّل: ذهب السيّد المجاهد^(١) إلى جريان الفضولي في المعاطاة وقال: «لا فرق في بيع الفضولي بين أن يكون معاطاة أو لا، فلا يشترط في صحة بيع الفضولي عدم المعاطاة»^(١).

الثاني: و ذهب الشيخ أسدالله التستري إلى اختصاص الفضولي بالعقد اللفظي و قال: «تذنب: فليعلم أنّ ما سبق كلّه فيما إذا باع أو اشتري الفضولي بالصيغة، فأما لو باع أو اشتري بطريق المعاطاة فإثمه يلغو و يفسد من أصله، و لا يقف على الإجازة على الأقرب للأصل و...»^(٢).

و تبعه المحقّق النائيني و قال: «الأقوى عدم جريان الفضولي فيها...»^(٣). و نقل عنه تقريراته الآخر: «فالحكم بإجرائه [أي إجراء الفضولي] في المعاطاة في غاية الإشكال»^(٤).

الثالث: ذهب الشيخ الأعظم^(٥) إلى التفصيل بين إفادة المعاطاة للإباحة فلا يجري الفضولي فيها، و بين إفادتها الملك فيجري الفضولي فيها.

أقول: بناءً على مختارنا في بحث المعاطاة من أنها عقدٌ فعليٌّ كالعقد اللفظي بلا فرق بينهما، الأمر يكون واضحاً في جريان الفضولي فيها، لأنّ الفضولي عندنا لا يكون على خلاف القاعدة فلا يكون منحصراً بالنكاح و البيع اللفظي اللذين يختص بهما رواياته.

(١) المناهل / ٢٨٩.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع / ٤١ و ٤٢.

(٣) منية الطالب / ١ / ٥٠.

(٤) المكاسب و البيع / ٢ / ٧٤.

(٥) راجع المكاسب / ٣ / ٣٩٤ إلى ٣٩٧.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٦٩

و أمّا بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملك:

فيجري الفضولي فيها أيضاً لما ذكره الشيخ الأعظم رحمته الله بقوله: «لا فارق بينها [بين المعاطاة] و بين العقد [اللفظي] فإنّ التقابض بين الفضوليين أو فضوليّ و أصيل إذا وقع بنية التمليك و التملك فأجازته المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة...»^(١).

و استدللّ له بقوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾^(٢) بتقريب: أنّ عمومها يشملها لأنّ المعاطاة الفضولية بيعٌ مجازٌ. و يمكن أن يستدل بإطلاق قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣) بالتقريب. و بقوله تعالى: ﴿تجارةً عن تراضٍ﴾^(٤) لشمولها لها. و أيده برواية عروة البارقي^(٥) الماضية بتقريب: «إنّ الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة»^(٦).

لا يقال: يمكن أن يستدل بترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس^(٧) التي رواها المشايخ الثلاثة، بعد فرض صدق البيع على البيع المعاطاتي، كما ذكره السيّد اليزدي^(٨).

لأنّ نقول: في الجواب لا بدّ من الإجابة بالنسبة إلى جهة السؤال و أمّا غيرها فتفرض صحيحةً بمقتضى الحمل على الصحة، و إلاّ يمكن أن تسري الصحيحة بالنسبة

(١) المكاسب ٣/٣٩٤.

(٢) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) سورة النساء / ٢٩.

(٥) مسند أحمد ٤/٣٧٦، السنن الكبرى ٦/١١٢، سنن الدارقطني ٣/١٠، ح ٢٩، سنن الترمذي ٣/٥٥٩، ح ١٢٥٨، الثاقب في المناقب / ١١٢، ح ١٠٨ و عن الأخير في مستدرک الوسائل ١٣/٢٤٥، ح ١، الباب ١٨ من أبواب عقد البيع و شروطه.

(٦) المكاسب ٣/٣٩٥.

(٧) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٨) حاشية المكاسب ٢/١٦١.

٣٧٠.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

إلى البيع الغرري أو غيره وأنّ الانشاء وقع بلفظ الماضي أو غيره ونحوهما، وهذه السراية مردودٌ. كما ذكره السيد الخوئي^(١).

الاستدلال لاختصاص الفضولي بالعقد اللفظي

استدلّ لمنع جريان الفضولي في المعاطاة بأمور:
الأمر الأوّل:

«إنّ الإقباض الذي يحصل به التملك محرّم لكونه تصرفاً في مال الغير فلا يترتب عليه الأثر»^(٢).

و ردّه الشيخ الأعظم بوجوه أربعة:

أولها: «قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولي لغيره في الذمّة»^(٣)، فيكون الاستدلال أخصاً من المدعى.

و ثانيها: «قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك، بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولي»^(٤) فيكون الاستدلال أخصّ من المدعى أيضاً لعدم حرمة هذا الإقباض.

و يظهر هذان الوجهان من الشيخ التستري^(٥).

و أمّا ما أضافه السيّد البيهقي إلى هذا الوجه بقوله: «و أيضاً قد يقبض بتخيّل أنّه مأذون في التصرف أو بتخيّل أنّه ماله أو نحو ذلك»^(٦) فلا يتم، لأنّهما ليسا من موارد عدم حرمة الإقباض حتّى لا يكون فاسداً، بل من موارد عدم تنجز الحرمة وهو لا يرفع الفساد

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٦٠/٢.

(٢) المكاسب ٣٩٥/٣.

(٣) المكاسب ٣٩٥/٣.

(٤) المكاسب ٣٩٥/٣.

(٥) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٤١/ تحت عنوان «إن قلت».

(٦) حاشيته على المكاسب ١٦١/٢.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٧١

المرتتب على الحرمة الواقعية كما ذكره المحقق المروج^(١).
أقول: إذا اعتقد أن المال ملكه أو أنه مأذون في التصرف و اشترى به شيئاً أو
تصرف فيه بأنحاء التصرف ينتفي الحرمة واقعاً كما في موارد الغفلة و النسيان و الجهل
المركب كما عليه السيد الخوئي^(٢).

و ثالثها: «مع أن النهي لا يدل على الفساد»^(٣) في المعاملات لأنه تكليفي كما هو
المحقق في محله، «و لعدم تعلّقه بالإقباض من حيث إنه بيع، بل به من حيث أنه تصرف
في ملك الغير»^(٤) كما ذكره الفقيه البيزدي.

و رابعها: بعد تسليم تعلّق النهي بالإقباض من حيث كونه بيعاً حتّى يدلّ على
الفساد - لا من حيث أنه تصرف في مال الغير - نقول: «أنه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر
المقصود و هو استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب»^(٥) لتحقق الأثر
في الخارج و الجزء الآخر هو الإجازة.

و بعبارة أخرى: لو سلّمنا أن النهي يدل على الفساد، لا يقتضي إلا فساد المعاملة
بالنسبة إلى مَنْ توجّه عليه - و هو الفضولي - لا بالنسبة إلى المالك بعد إجازته^(٦).

الأمر الثاني:

ما ذكره الشيخ التستري و قال: «... إنّ المعاطاة منوطة بالتراضي و قصد الإباحة
أو التملك للمعيّن أو المقدّر في الذمة - بناءً على جوازه - و هما من وظائف المالك و لا
يتصوّر صدورهما من غيره»^(٧).

(١) هدى الطالب ٦٥٢/٤.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٣١/١.

(٣) المكاسب ٣٩٥/٣.

(٤) حاشيته على المكاسب ١٦١/٢.

(٥) المكاسب ٣٩٥/٣.

(٦) التنقيح في شرح المكاسب ٤٣١/١.

(٧) مقابس الأنوار ١٣٨/.

و ردّه الشيخ الأعظم^(١) بما حاصله: منع كون حقيقة المعاطة مجرد تراضي المالكين و قصد التمليك أو الإباحة، لأنّ القبض و الإقباض آلة للإنشاء كالصيغة، و ليسا كاشفين عن التراضي، بل هما سبب فعليّ للتمليك أو الإباحة. و أمّا التراضي معتبر في المعاطة كما أنّه معتبر في البيع القولي.

و لذا صرّح الشهيد في قواعده^(٢) بأنّ المعاطة عند الفقهاء تكون من الأسباب الفعلية. بل «المعاطة عندهم عقدٌ فعليّ، و لذا ذكر بعض الحنفية^(٣) القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي»^(٤).

أقول: لو تمّ كلام الشيخ التستري عمّ البيع القولي و لا يختص بالمعاطة فلا يصح القول بالفضولي مطلقاً - بلا فرق بين المعاطة و البيع القولي - مع أنّ جريان الفضولي في البيع اللفظي مفروغ عنه. هذا نقض اعتراضه و هو أولاً.

و أمّا ثانياً: حلّه: إنشاء التمليك أمرٌ لا مؤونة فيه و يتحقّق من كلّ أحد في كلّ مال لكلّ شخص لأنّ الإنشاء قليل المؤونة، و أمّا رضاية المالك فالمفروض أنّها حاصلّة بعد المعاطة.^(٥)

الأمر الثالث:

ما ذكره الشيخ التستري بقوله: «... [المعاطة] مشروطة أيضاً بتحقيق الإقباض من الطرفين [المالكين أو المأذونين] أو من أحدهما مقارناً للأمرين [أي مع قصد الإباحة أو التمليك]»^(٦).

فحينئذ لا أثر للقبض و الإقباض الصادرين من الفضولي الذي ليس بمالك و لا

(١) المكاسب ٣/٣٩٥.

(٢) القواعد و الفوائد ١/٥٠، القاعدة ١٧، ١٧٨/١ القاعدة ٤٧.

(٣) راجع الفتاوى الهندية ٢/٣، لجماعة من علماء الهند، طبع دار إحياء التراث العربي، بيروت.

(٤) المكاسب ٣/٣٩٦.

(٥) راجع التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٣١.

(٦) مقابس الأنوار ١٣٨.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٧٣

مأذون منه.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلي دون القولي مع إتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس في حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم»^(١).

أقول: مراده: التقارن بين رضا المالك و المعاملة - مع وحدة الأدلة - لو كان معتبراً يكون على حدّ السواء بين البيع اللفظي و المعاطاة. أمّا اعتباره في الثاني [المعاطاة] دون الأوّل [البيع اللفظي] فهو تحكّم.

ولكن هذا التقارن لا يكون معتبراً أصلاً لما مرّ من صحة بيع الفضولي و المكره و المضطرّ و الغصب بعد إجازة المالك و إعلام رضايته.

و لا يخفى أنّ الأمرين الأخيرين الواردين في كلام الشيخ التستري يُشكّلان دليلاً واحداً في كلامه و عنده و قوله «مشروطة» مبيّناً للمعاطاة و إنّما أفردناهما تبعاً لظاهر الشيخ الأعظم رحمته الله.

الأمر الرابع:

العقد الفضولي هوّ على خلاف الأصل و القاعدة و إنّما تمّ في الموارد التي ورد فيها النص من البيع و النكاح فقط، فلا يجري في المعاطاة و لعلّ هذا مراد الشيخ أسدالله التستري^(٢) من استدلاله للبطلان في المعاطاة بالأصل.

و ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «لكنك قد عرفت أنّ عقد الفضولي ليس على خلاف القاعدة»^(٣).

و يمكن أن يقال في نقد الاستدلال: الفضولي يجري في المعاطاة ولو كان على خلاف القاعدة، لأنّ الروايات الواردة في الفضولي عامة و لا تختص شيء منها بالبيع القولي و لم يفصل فيها بين المعاطاة و العقد اللفظي.

(١) المكاسب ٣/٣٩٦.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع ٤٢/.

(٣) المكاسب ٣/٣٩٦.

الأمر الخامس:

ما ذكره المحقق النائيني بقوله - مختصراً - : «أمّا على الإباحة: أنّ الإباحة المؤثرة هي التسليط المالكى، لا تسليط غيره، وإجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثرة لا لكونها إجازة لإباحة الغير، لأنّ العقود الإذنية و الأمور المتقومة برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص، فإجازة الإباحة هي بنفسها إباحة...»

و أمّا بناءً على الملك: فلأنّ الفعل الواقع من الفضولي لا يعنون إلا بعنوان الإعطاء و التبديل المكاني، و أمّا فعل المالك فإنّه في مقام البيع يعنون بالعنوان الثانوي بتبديل طرف الإضافة و الفرق بين المعاطاة و بين البيع القولي: يمكن إنفكاك حاصل المصدر من المصدر في الإنشاء القولي، فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له. و أمّا الفعل الواقع من الفضولي فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى أنّه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفك عنه و بإجازة المالك لا يتقلب الفعل عمّا وقع عليه...»^(١).

و قال في توضيح ذلك: «في الحكم بإجراء الفضولي في المعاطاة إشكال بل منع، و توضيحه يتوقف على بيان أمور:

(الأوّل): أنّه قد تقدم مراراً من أنّ البيع إمّا يراد به المعنى المصدرى أعني المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظاً، و إمّا يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلك المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي هي.

(الثاني): إنّ البيع القولي يتصور في المعنيين معاً دون الفعلى أمّا في القولي فلأنّ آلة الإنشاء أعني كلمة بعث المركبة من الهيئة و المادة الواردة هيئتها على مادتها يصح أن يراد من البيع الوارد عليه الهيئة بالمعنى المصدرى، كما يصح أن يراد منه المعنى الاسم المصدرى، و ذلك لوجود لفظ صالح لكلا المعنيين، و أمّا في الفعلى، فلأنّه ليس في البين

(١) منية الطالب ٥٢/٢.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٧٥

دال يمكن أن يراد منه المعنى المصدرى تارة و الاسم المصدرى أخرى، بل ليس في البين إلا فعل خارجي تكويني و هو ذلك الفعل المعاطاتي الذي هو مصداق للبيع و التملك الصادر عن الفاعل و القائم به بالقيام الصدوري.

(الثالث): الإجازة في بيع الفضولي القولي يمكن أن يتعلق في عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى و يمكن أن يتعلّق بمعنى الاسم المصدرى و معنى تعلّقه بالأوّل هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولي من حيث صدوره عنه بيعاً للمجيز، و لازم تعلّقه بالثاني هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الإجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلك لأنّ المعنى المصدرى فعل تكويني و له إضافة إلى الفاعل المباشر تكويناً و هذا غير قابل لان يرتبط إلى المجيز بسبب الإجازة كالضرب الحاصل من الضارب حيث أنّه بالإجازة لا يصير فعل المجيز، و هذا بخلاف المعنى الاسم المصدرى الذي هو لحاظ ذلك الحدث مقطوع النسبة عن فاعله إذ هو قابل لأن يسند إلى المجيز فعلى هذا فطبع الإجازة المؤثرة يقتضي تعلّقها بمعنى الاسم المصدرى، اللهم إلا أن يقوم دليل على تعيين تعلّقها بالمعنى المصدرى فيصير أمراً تعدياً مخالفاً مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل.

إذا تَحَقَّقَتْ هذه الأمور، فنقول: إذا وقعت المعاطاة فضولياً فلا يخلو إما أن نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلق الإجازة بالمعنى المصدرى أو نقول بقيامه، و على كلا التقديرين لا يتم القول بصحة الفضولي، أمّا على الأوّل فلعدم المعنى الاسم المصدرى في المعاطاة حتّى تتعلق به الإجازة، و أمّا على الثاني فلأنّ الفضولي حينئذٍ يصير مخالفاً للقاعدة فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل و هو منحصر بالقولي ولو سلم تعميمه للفعل بدعوى إطلاق خبر عروة مع ترك الاستفصال فيه عن اشتراطه الشاة من كونه قولياً أو فعلياً على أقرب الاحتمالين أو انصرافه إلى الفعلي على أبعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشي ذلك في سائر أدلته التي العمدة منها واردة في موارد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه فاللازم حينئذٍ هو التفصيل في جريان الفضولي في المعاطاة بين البيع و بين غيره (و بالجملة) فالحكم بإجرائه في المعاطاة في غاية

الإشكال»^(١).

و قال تلميذه السيّد الخوئي في توضيح كلامه: «إنا إذا بنينا على إفادة المعاظة للإباحة فالمؤثر فيها هي التسليط المالكي لا تسليط غيره وإجازة المالك تسليط الغير، بنفسها مصداق للتسليط المالكي لا أنّها توجب تأثير التسليط السابق الصادر من غير المالك فإنّه لغو لا يترتب عليه الأثر وإنّما يترتب الأثر على تسليط المالك. و أمّا إذا بنينا على أنّها تفيد الملك فأجازة المالك إنّما تتعلّق بما يكون قابلاً للبقاء وهذا لا يتحقّق إلّا بالعقد اللفظي فإنّه بالعقد الذي هو بيع بالمعنى المصدرى يتحقّق أمر قابل للبقاء وهو تبديل طرفي الإضافة ويعبر عنه باسم المصدر وإجازة اللاحقة إنّما تتعلّق بهذا الأمر الباقي. و أمّا الفعل الصادر من الفضولي فهو لا يعنون إلّا بعنوان الإعطاء والتبديل والمكاني وليس له اسم مصدر غير العطاء. وهذا لا ينفك عنه وليس قابلاً للبقاء حتّى تتعلّق به إجازة المالك»^(٢).

أقول: ما ذكره من أنّ البيع تارة: يراد منه المعنى المصدرى أي المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظاً، وأخرى: يراد منه معنى الاسم المصدرى وهو نفس تلك المعاملة لا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي هي، تام لا نقاش فيه.

و أمّا انحصار هذين المعنيين في البيع القولي فقط دون البيع الفعلي الذي منه المعاظة فَمَحَلُّ منع، بل هما يجريان في المعاظة أيضاً، وكذلك ما ذكره في معنى المعاظة بأنّها هي الإعطاء، مع وضوح الفرق بينهما، والمعاظة بعدّ بيعاً و أمّا الإعطاء فلا! وبالجملة: التفكيك بين المعنى المصدرى و اسمه في المعاظة دون البيع القولي غير تام. مضافاً مع أنّ الإنشاء أمره سهلٌ و خفيف المؤونة و لا فرق بين أنّ سببه يكون اللفظ أو الفعل.

(١) المكاسب و البيع ٧٤/٢ و ٧٣.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٣٢/١.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٧٧

هذا كله بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملك، وقد عرفت جريان الفضولي فيها.

و أمّا بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الإباحة:

فذهب الشيخ الأعظم إلى بطلان الفضولي فيها لوجود محذوري الإثباتي و

الثبوتي:

و أمّا المحذور الإثباتي فهو قصور المقتضي بتقريب: «إنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطي المالكين»^(١)، مراده عليه السلام من القاعدة هي قاعدة تبعيّة العقود للقصود، وهي تقتضي حصول الملكيّة دون الإباحة، فحصول الإباحة من قصد الملكيّة يكون خلافاً للقاعدة ولأنّ ما قصد لم يقع و ما وقع لم يقصد فيقتصر على المتيقن من مورد الدليل - وهو الإجماع و تسالم الأصحاب - و هو معاطاة الأصيلين دون الفضولي.

و أمّا المحذور الثبوتي فهو: «إنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأخر - مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف - إذا وقعت في غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة»^(٢).

مراده عليه السلام: لغوية تعاطي الفضولي - ولو كان إنشاءً - لأنّه على القول بالكشف لا تحصل الإباحة الفعلية قبل الإجازة حتّى تكون الإجازة كاشفة عنها، و على القول بالنقل إجازة المالك الكاشفة عن رضاه و إذنه تكون العلة لحدوث الإباحة فلا دخل لتعاطي الفضولي فيه و يكون لغواً.

و الآثار الأخر: نحو البيع بتوسّط من أخذ العين بالمعاطاة الفضولية - بناءً على الإباحة و على جواز هذا التصرف - لو يُوجب دخول المال المباح في ملكه، خلافاً للمتعاطي الأصيل في هذا الحكم كما تقدّم في ملزمات المعاطاة.^(٣) لأنّه هنا وَقَعَ في غير

(١) المكاسب ٣/٣٩٧.

(٢) المكاسب ٣/٣٩٧.

(٣) راجع الآراء الفقهية ١٦٥/٤ و ١٦٩.

زمان الإباحة الفعلية فلا يفيد شيئاً.

ثم استدرِك على قوله: «و الآثار الأخر» وقال: «اللهم إلا أن يقال: بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية [الشرعية المستكشفة بالإجازة اللاحقة إلى ما قبلها إلى حين تعاطي الفضولي] إذا كشف عنها الإجازة فافهم»^(١).

و لعلَّ أمره بالتفهم إشارة إلى عدم تمامية التفصيل بين الإباحة المالكية و الشرعية^(٢) أو إلى أنَّ على القول بالإباحة الشرعية لا تعقل في الإجازة إلا النقل و لا يتم الكشف، إذ لا يعقل الكشف في الإباحة الشرعية التكليفية لأنَّ الحكم التكليفي يتعلَّق بالمستقبل لا الماضي لمضي أمره.^(٣)

نقد مقالة الشيخ الأعظم على القول بأنَّ المعاطاة تفيد الإباحة

أقول: إن كان مراده^(٤) من الإباحة هي الشرعية الحاصلة من قصد التمليك كما هو ظاهر محذوره الإثباتي يمكن أن يناقش:

على محذوره الإثباتي: بأنَّه على القول بجريان الفضولي في العقود على وفاق القاعدة - لا خلافها - كما يظهر من الشيخ الأعظم^(٤) و نحن نقتفي أثره، بأنَّ الْفُضُولِيَّ يَجْرِي فِي الْمَعَاوَةِ الَّتِي تَفِيدُ الْإِبَاحَةَ الشَّرْعِيَّةَ مِنْ قِصْدِ التَّمْلِيكِ، لِأَنَّ الْمَالِكَ يَجِيزُ مَا أَنْشَأَهُ الْفُضُولِيَّ مِنَ الْمَلَكِيَّةِ الَّتِي هِيَ مَوْضُوعٌ لِلْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ بِالْإِبَاحَةِ. وَ الْوَجْهُ فِي جَرِيَانِهِ عَمُومٌ دَلِيلُهُ وَ أَنَّهُ عَلَى وَفْقِ الْقَاعِدَةِ لَا خِلَافَهَا.

و إن كان مراده من الإباحة هي الإباحة المالكية المجعولة من المالكين بالمعاطاة فلا يجري محذوره الإثباتي من أساسه لأنَّه مبني على قاعدة تبعية العقود للقصد و هي في هذا الفرض منتفية لأنَّ المالكين قصدوا هذه الإباحة.

(١) المكاسب ٣/٣٩٧.

(٢) كما في هدى الطالب ٤/٦٦٩.

(٣) كما في إرشاد الطالب ٣/٣٨٥.

(٤) المكاسب ٣/٣٩٦.

بقي هنا أمران - الثاني: جريان الفضولي في المعاظة ٣٧٩

و أمّا بالنسبة إلى محذوره الثبوتي: و بناءً على أن المراد من الإباحة هي الشرعية الحاصلة من قصد التمليك، فالإجازة على القول بالكشف الحقيقي يمكن الالتزام بجعل الإباحة الشرعية من حين تعاطي الفضولي إلى حين الإجازة من الشارع الأقدس، و لأنّ الإباحة حكمه و يمكن جعله هذا الحكم من أول التعاطي و الإجازة كاشفة عنها. ولكن العمدة عدم وجود الدليل في المقام الإثبات على هذا الكشف الحقيقي وإن كان في المقام الثبوت ممكناً.

و أمّا على القول بأن الإجازة كاشفة على نحو الكشف الانقلابي - أو الحكمي - فلا تَحْصُلُ الإباحة الشرعية بين التعاطي الفضولي و إجازة المالك، لأنّ الإجازة من حينها تحدث الإباحة الشرعية - وإن كانت تحدث الحكم الوضعي من حينها ولكن معتبره من فعل الفضولي كما مرّ^(١) و الانقلاب في الحكم الوضعي ممكن أمّا الانقلاب في الحكم التكليفي فمستحيل، فالإباحة الشرعية تحصل من حين الإجازة و يأتي هذا المحذور و هو عدم حصول الإباحة الشرعية قبل الإجازة.

و جريان المحذور على القول بالنقل في الإجازة واضح.

و أمّا بناءً على أن المراد من الإباحة هي المالكية فلا شبهة في عدم جريان الفضولي في المعاظة لأنّ الإباحة لا تحصل قبل إجازة المالك على جميع المباني في الإجازة سواء قلنا بأنّها كاشفة حقيقية أو الانقلابية - الحكمية - أو كانت ناقلة.

و الذي يسهّل الخطب عدم تمامية هذه الأقوال في المعاظة عندنا و هي عقد أو إيقاع فعليّ في قبالة العقود و الإيقاعات القولية اللفظية التي أُنشئت بالصيغة، فتجري في جميعها إلا ما خرج بالدليل و الحمد لله الهادي إلى مهيع السبيل.

(١) راجع صفحة ٣٥٢ من هذا المجلد.

وصلُّ:

القول في الإجازة

صحة الفضولي يتوقف على الإجازة بالاتفاق ولكن:

هل الإجازة كاشفة أو ناقلة أو غيرهما؟

يظهر أنها كاشفة عن صحة العقد عن ظاهر جماعة منهم المحقق في النافع^(١) و تلميذه الفاضل الآبي في كشف الرموز^(٢) و ابن فهد الحلبي في المهذب البارع^(٣) و صريح جماعة أخرى نحو الشهيد في الدروس^(٤) و الحواشي النجارية^(٥) و اللمعة^(٦) و الفاضل المقداد في التنقيح^(٧) و المحقق الثاني في جامع المقاصد^(٨) و الشيخ ابراهيم القطيفي في إيضاح النافع^(٩) و الشيخ لطف الله الميسي العاملي في الميسية^(١٠) و الشهيد الثاني في

(١) المختصر النافع / ١١٨.

(٢) كشف الرموز / ١/ ٤٤٤ و ٤٤٥.

(٣) المهذب البارع / ٢/ ٣٥٦.

(٤) الدروس / ٣/ ١٩٢ و ٢٣٣.

(٥) الحاشية النجارية / ٢٢١ و نقل عنه في مفتاح الكرامة / ١٢/ ٦٠٥.

(٦) اللمعة / ١١٠.

(٧) التنقيح الرائع / ٢/ ٢٦.

(٨) جامع المقاصد / ٤/ ٧٤ و ٧٥.

(٩) إيضاح النافع / مخطوطة و نقل عنه في مفتاح الكرامة / ١٢/ ٦٠٥.

(١٠) الميسية / مخطوطة و نقل عنه في مفتاح الكرامة / ١٢/ ٦٠٥.

المسالك^(١) و الروضة^(٢)، و قال سيّد الرياض: «قولان، الأظهر الأوّل [كاشفة] وفاقاً للأشهر»^(٣) و في جامع الشتات أنّ الكشف أنّه «مذهب الأكثر»^(٤) و في موضع آخر منه «أنّه الأشهر الأقوى»^(٥).

و اختار المقدس الأردبيلي^(٦) أنّها ناقلة مع إقراره بأنّ الكشف مذهب الأكثر، و تبعه الفاضل النراقي^(٧)، و هي الظاهر من فخرالمحقّقين في الإيضاح^(٨) و قد نقل عنه الشهيد في الحواشي النجارية^(٩) وصرح به الفخر في موضع آخر^(١٠)، و إليه مال الفاضل الأصبهاني في كشف اللثام^(١١).

و لم يرجّح المحقّق الثاني في تعليقه على الإرشاد^(١٢)، و استشكل فيه العلامة في القواعد^(١٣) و تبعه السبزواري في الكفاية^(١٤).

و يظهر من الفاضل الآبي في كشف الرموز^(١٥) قولاً ثالثاً في الإجازة و هو أنّها «بيع

(١) المسالك ١٥٨/٣.

(٢) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٣) رياض المسائل ٢٢٧/٨.

(٤) جامع الشتات ١٦٤/١ من الطبعة الحجرية (٣١٩/٢ من طبع الحروفي).

(٥) جامع الشتات ١٥٥/١ من الطبعة الحجرية (٢٧٩/٢).

(٦) مجمع الفائدة ١٥٩/٨.

(٧) مستند الشيعة ٢٨٤/١٤.

(٨) إيضاح الفوائد ٢٨/٣.

(٩) لم أعثر على هذا النقل في الحاشية النجارية ولكن نقل عنه في مفتاح الكرامة ٦٠٥/١٢.

(١٠) إيضاح الفوائد ٤٢٠/١.

(١١) كشف اللثام ١٠٣/٧.

(١٢) حاشية إرشاد الأذهان ٣٣٧/ المطبوعة في المجلد التاسع من حياة المحقّق الكركي و آثاره.

(١٣) قواعد الإحكام ١٩/٢.

(١٤) الكفاية ٤٤٩/١.

(١٥) كشف الرموز ٤٤٦/١.

و بمثابة عقد ثانٍ». وأكثر ما ذكرناه من الأقوال يظهر من السيّد العاملي (١) رحمته الله.

ثم يقع الكلام في مقامين:

المقام الأوّل: قد يقال بامتناع قولي الكشف و النقل في مقام الثبوت

أمّا الكشف: فلاستلزامه كون الإجازة شرطاً متأخراً و هو محال، ضرورة كون الشرط من أجزاء العلة التامة و تقدّمها على المعلول من الواضحات و إلا يلزم تأخر بعض أجزاء العلة عن المعلول و هو مستحيل. (٢)

و أمّا النقل: فلاستلزامه تأثير المعدوم - و هو العقد - في الموجود أي الملكية أو النقل، و أمّا انعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود و أمّا تأثيره في الوجود فلاّن المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعة بعد انعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم في الوجود. (٣)

ولكن نقول: بعدم تمامية هذين الدليلين بالنسبة إلى قولي الكشف و النقل

و أمّا ردّ دليل امتناع الكشف: فيما مرّ مراراً و تكراراً في أبحاثنا الأصولية من أنّ امتناع تخلف المعلول عن العلة إنّما في عالم التكوين و الوجود، ولكن في العالم الاعتبار و الجعل الذي تجري الأحكام الشرعية فيه ليس كذلك أي لا تكون العلة و المعلول و العلية بل الأمر يدور مدار الجعل و الاعتبار و بأيّ نحو جعلت و اعتبرت تكون كذلك ولو على نحو الشرط المتأخر كإجزاء من صوم النهار الذي يقع قبل غسل المستحاضة، و الغسل شرط لصحة تلك الأجزاء الماضية بل كغسلها الليلي لصوم النهار الماضي كما عن بعض، و لذا قال جدي الشيخ جعفر رحمته الله: «و ليس في تأخر بعض الشروط غرابة لا في عبادة و لا في معاملة» (٤). و تبعه تلميذه صاحب الجواهر إذ ذهب إلى: «إنّ

(١) مفتاح الكرامة ٦٠٥/١٢ و ٦٠٦.

(٢) كما ذكره الفخر باختصار في الإيضاح ٤٢٠/١.

(٣) كما ذكر الفخر نحوه في إيضاح الفوائد ٤١٩/١.

(٤) شرح القواعد ٩٥/٢.

الشروط الشرعية ليست كالعقلية»^(١). و التفصيل يطلب من بحث الشرط المتأخر في علم الأصول.

و أمَّا ردّ دليل امتناع النقل: فالعقد الذي يقع في زمن الماضي ألفاظه تكون معدومة لأنّها من متصرّات الوجود و أمّا اعتباره و جعله الشرعي في العالم الاعتبار يكون باقياً و يتم و يصح بالإجازة من المالك، و برّدّه ينعدم و يبطل في العالم الاعتبار الشرعي.

و الدليل على البقاء الاعتباري عند العقلاء و المتشعبة هو صحة فسخ العقود الخيارية و صحة الإقالة و صحة لحوق القبول بالإيجاب عرفاً، فلا يلزم تأثير المعدوم في الموجود أصلاً.

المقام الثاني: دليل القولين في مقام الإثبات

ما استدل به على الكشف

الوجه الأوّل: حُكي^(٢) عن المحقّق و الشهيد الثانيين^(٣) بأنّ العقد بنفسه و بدون ضمّ شيء آخر يكون سبباً لوجوب الوفاء في قوله تعالى: ﴿**أوفوا بالعقود**﴾^(٤) و يكون سبباً لحصول الملكية، و تتكشفُ تمامية العقد بإجازة المالك و إعلام رِضاهُ، ولو لم يترتب الأثر لزم أن لا يكون وجوب الوفاء بنفس العقد فقط و هو خلاف الفرض.

و ردّ الشيخ الأعظم^(٥) على هذا الاستدلال بأنّ عليّة العقد للملكيّة إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلّمٌ، ولكن في الفضولي قبل الإجازة لا يُعلم رضا المالك أصلاً، فكيف يُحكم بالملكيّة قبل حصول الإجازة و أمّا بعدها فلا مانع من ترتب الملكيّة فتكون

(١) الجواهر ٤٦٢/٢٣ و ما بعده (٢٨٦/٢٢).

(٢) حكاة السيّد المجاهد في المناهل / ٢٩٠، و السيّد العاملي في مفتاح الكرامة ٦٠٦/١٢ عن القائلين بالكشف.

(٣) جامع المقاصد ٧٤/٤ و ٧٥، الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٤) سورة المائدة / ١.

(٥) المكاسب ٤٠٠/٣.

الإجازة ناقلة لا كاشفةً.

و أمّا إذا لم يصدر العقد عن رضا المالك فعليته بالنسبة إلى الملكية محلّ منع واضح، لاعتبار رضا المالك في العقود المالية وغيرها.

ثمّ ذكر الشيخ الأعظم^(١) تقريراً آخرأ لهذا الدليل، وهذا التقرير للشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعمش في كتابه «كشف الظلام في شرح شرائع الإسلام»^(٢) المخطوط قال فيه: «احتج الكاشفون بأمور: الأول: أنّ السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط و كلّها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. و اشتراط المقارنة في تأثير العقد محتاج إلى الدليل بعد عموم الأمر بالوفاء بالعقود. فلو توقف العقد على أمر آخر لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة، بل هو مع الأمر الآخر»^(٣).

و الفرق بين التقريرين: الإجازة اللاحقة ببيع الفضولي كاشفة عن وجود الرضا حال العقد فيها تحرز تامة عقد الفضولي للملكية.

ولكن الإجازة اللاحقة في التقرير الثاني تكون بنفسها رضاً بسببية العقد للملكية. و ردّ الشيخ الأعظم على هذا التقرير بقوله: «أنّه إذا اعترف أنّ رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟»^(٤).

و بالجملة: إيراد الشيخ الأعظم يرجع إلى ما مرّ من امتناع القول بالكشف في مقام الثبوت.

و حاصله: سببية الإجازة اللاحقة - وهي الرضا- لحصول الملكية بالعقد، توجب حصول الملكية بعد الإجازة وهذا هو القول بالنقل، ولو حصل الملكية قبل حصول الإجازة، يلزم تقدّم المسبّب على السبب أو المشروط على الشرط أو المعلول على العلة التامة وهو محال.

(١) المكاسب ٤٠٠/٣.

(٢) كما نبّه عليه المحقّق الشميدي في هداية الطالب ٩٤/٣.

(٣) كشف الظلام، المتاجر، مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج في هدى الطالب ٢٠/٥.

(٤) المكاسب ٤٠١/٣.

قال: «و دعوى^(١) أنّ الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبّب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس [من خاف عدم وجدان الماء]^(٢) وإعطاء الفطرة قبل وقتها [من أوّل شهر رمضان]^(٣) فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة [لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاة]^(٤) وكغسل العشاءين لصوم اليوم ماضي على القول به^(٥)»^(٦).

و هذه الدعوى من الشيخ الأعظم^(٧) مدفوعة بأنّ استحالة تقدّم المشروط على الشرط أو المسبّب على السبب تكون من الأحكام العقلية فلا يمكن تخصيصها كاجتماع المتناقضين، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي.
و الأمثلة التي تُوهّم ذلك «لابدّ فيه من التزام أنّ المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط الأمر المنتزَع من ذلك»^(٨) و هو التعقّب و اللحوق ففي الغسل تعقّبه بيوم الجمعة و في الفطرة تعقّبه بالإهلال و في المستحاضة تعقّبه بالغسل و في الإجازة تعقّبه و لحوقها بالعقد، و اللحوق التعقّب أمر مقارن لا متأخر.
ثم يرى الشيخ الأعظم^(٩) هذا الأمر الانتزاعي - و هو التعقّب و اللحوق - خلاف

(١) المدعي كما مرّ هو صاحب الجواهر ٤٦٤/٢٣ (٢٨٧/٢٢) لأنّه قال: «قد عرفت الفرق بينها [العلة النامة أي العقلية] و بين ما نحن فيه من العلل الشرعية التي لا غرابة في تأخّر الشرائط فيها - في عبادة و لا معاملة - ولكن على الوجه المزبور...».

(٢) راجع الشرائع ٣٦/١.

(٣) راجع المسالك ٤٥٢/١.

(٤) راجع الجواهر ٦٤٤/٣ من طبعة جماعة المدرسين (٣/٣٦٦ من طبعة الاسلامية).

(٥) راجع مستند الشيعة ٣٨/٣ و ٣٩.

(٦) المكاسب ٤٠١/٣.

(٧) المكاسب ٤٠١/٣.

(٨) المكاسب ٤٠١/٣.

(٩) المكاسب ٤٠١/٣.

ظاهر أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس الظاهرين في موضوعيتهما دون الأمر الانتزاعي.^(١)

ثم قال الشيخ الأعظم: «اللهم إلا أن يكون مراده [أي مراد هذا المدعي] بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه»^(٢).

مراده: أن يجعل اتصاف الرضا و الإجازة بالشرطية من الوصف بحال المتعلق، لأنه بناءً على الكشف يتأثر العقد من زمن وقوعه من الإجازة و يحكم بصحته من حينه، لأنه ملحق بالإجازة و الملحوقية شرط مقارن للعقد، فتوصيف الرضا و الإجازة بالشرطية يكون بحال متعلقه. و من قبيل المجاز في الكلمة، لأن معنى الشرط اصطلاحاً هو ما يتوقف تأثير المقتضي على نفسه لا على لحوقه كما في هذا البيان.

ثم اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «و هذا [١] مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه، [٢] غير صادق على الرضا، لأنّ الاستفادة من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، و أنه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، و أنه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك»^(٣).

و عطف على هذا المقال قوله: «و ممّا ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله في المقام بعض الأعلام - بل التزم به غير واحد من المعاصرين - من أنّ معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة، شرطية الوصف المنتزع منها، و هو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق بالإجازة، و هذه صفة مقارنته للعقد و إن كان نفس الإجازة متأخرة عنه»^(٤).

مراده: من بعض الأعلام هو جدّي العلامة الشيخ محمّد تقي صاحب الهداية كما نقل عن الشيخ الأعظم تلميذه الشيخ محمّد حسن المامقاني رحمته الله و قال: «و سمعت منه

(١) كما في هدى الطالب ٢٧/٥.

(٢) المكاسب ٤٠١/٣.

(٣) المكاسب ٤٠٢/٣.

(٤) المكاسب ٤٠٢/٣.

شفاهاً في بعض أبحاثه حكايته عن شرح التبصرة للشيخ الجليل محمّد تقي الأصبهاني»^(١).

و مراده من غير واحد من المعاصرين هم أصحاب الفصول و المستند و أنوار الفقاهاة و الجواهر.

فحينئذ لا بدّ من نقل كلمات هؤلاء القوم حتّى تعرف حقيقة مرامهم فنقول:
قال العلامة الجّد الشيخ محمّد تقي صاحب الهداية عليه السلام: «و دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمة إن أريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتب الأثر على المشروط مقارناً لحصول الشرط، و لا يلزم منه تقارنهما في الوجود، ألا ترى أنّ القبض في المجلس شرط في (صحة، ن ل) بيع الصرف و السّلم مع أنّ القبض قد يتأخر عن العقد، و كذا الحال في قبض الوقف و قبض الهبة.

على أنّه قد يكون الشرط وجوده في الجملة ولو متأخراً عن المشروط، فلا يتوقف تأثير المشروط على وجوده حين تأثيره، فيكشف وجوده المتأخر عن اقتران الشرط بالمشروط حين التأثير كما هو الحال في المقام بناءً على القول بكون الإجازة كاشفة»^(٢).
و قال أخيه صاحب الفصول: «... و من هذا القبيل كلّ شيء يكون وقوعه مراعى بحصول شيء آخر كالصحة المراعاة بالإجازة في الفضولي فإنّ شرط الصحة فيه كون العقد بحيث يتعقّبه الإجازة، و ليست مشروطة بنفس الإجازة، و إلا لا تمتنع قبلها»^(٣).
و قال الفاضل النراقي: «و الحاصل: أنّه يتوقف تأثير العقد على وجود الإجازة لا بمعنى توقّفه على وجودها الفعلي، بل على وجودها ولو في وقت آخر، فلو كان العقد في الواقع بحيث تتعقّبه الإجازة بعد مدّة يكون حين الصدور سبباً تاماً، و إذا كان في الواقع بحيث لم تتعقّبه الإجازة يكون فاسداً»^(٤).

(١) غاية الآمال / ٣٧٥.

(٢) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠؛ و كذا استظهر من عبارة هداية المسترشدين ١٧٥/٢.

(٣) الفصول الغروية / ٨٠.

(٤) مستند الشيعة ٢٨٣/١٤.

و قال خالي الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته الله: «إنَّ الإجازة ناقلَةٌ من حينها... أو كاشفة عن الصحة المتقدمة بمعنى: أنَّ الصحة ثابتة من قبل إنكشف بها، لأنَّها موقوفة على حصول الشرط، وهو الرضا في أحد الأزمنة ولو متأخراً، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنى أنَّ الإجازة أُثرت في صحة العقد الماضي حين صدوره، فيها انكشف أنَّ العقد الأوَّل كان صحيحاً من حينه؟ وجوه أقواها الوسط و ربَّما كان هو المشهور»^(١).

أقول: هذه العبارة كما ترى لَيْسَتْ صريحة في شرطية الوصف المنتزع.

و قال صاحب الجواهر في عدِّ معاني الكشف: «الثالث: - وهو التحقيق - أن يكون الشرط حصول الرضا ولو في المستقبل، الذي يعلم بوقوعه من المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم أو نحو ذلك، والمراد شرطية الرضا على هذا الوجه. و كأنَّ هذا هو المتعيَّن»^(٢).

و أَعْتَرَضَ عليهم الشيخُ الأعظمُ بوجوه ثلاثة:

الأوَّل: هذا البيان و التعريف - وهو شرطية اللحوق و التعقُّب أو شرطيته في الجملة ولو كان متأخراً عن المشروط كما يظهر من المحقِّق التقي - بالنسبة إلى الشرط غير تام، لأنَّ الشرط هو ما يتوقَّف تأثير المشروط عليه و لا يحصل المشروط من دون تحقُّق شرطه.

الثاني: انتزاع التعقُّب و اللحوق و الشرطية في الجملة من شرطية الإجازة لبيع الفضولي خلاف ظاهر أدلة اعتبار التراضي و طيب النفس الظاهرين في موضوعيتهما و فعليتهما.

الثالث: المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله و لا ينفع اللحوق و التعقُّب بالنسبة إلى الرضا في انقطاع سلطنة المالك و تصرفات الغير في ماله فعلاً.

و أنت ترى بأنَّ الاعتراض الثالث هو عبارة أُخرى عن الاعتراض الثاني.

(١) أنوار الفقاهة / مخطوط، نقل عنه المحقِّق المروج في هدى الطالب ٣٠/٥.

(٢) الجواهر ٤٦٦/٢٣ ٤٦٨٩/٢٢.

و بعد هذه المناقشات على لأعلام الطائفة قال: «و قد التزم بعضهم بما يتفرَّع على هذا من أنه إذا علم المشتري أنَّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلَّ له التصرّف فيه بمجرد العقد، وفيه: ما لا يخفى من المخالفة للأدلة»^(١).

مراده من هذا البعض هو صاحب الجواهر^{عليه السلام} حيث يقول: «نعم، لو أخبر المعصوم بأنَّه يحصل الرضا فعلاً من المالك الذي يؤثّر رضاه، كفى ذلك في ترتّب الآثار الآن عليه لتحقّق الشرط حينئذٍ كتحقّقه بنفس وقوعه، إذ الشرط الحصول فعلاً ولو في المستقبل، و لا ريب في تحقّق الحصول في المستقبل بالإخبار، أو لأنّ مثل هذا الشرط لا بأس بحصول مشروطه قبله بعد أن كان من الأوضاع الشرعية التي منها ما يشبه تقدّم المعلول على العلة»^(٢).

و اعترض عليه: بأنّ التصرف في مال الغير قبل حصول الرضا و طيب النفس الفعلين خلاف لأدلة اعتبارهما.

ولكن يمكن أن يدافع عن العلامة الجدّ و أتباعه في قبال اعتراضات الشيخ الأعظم بما يلي:

الأوّل: تعريف الشرط بما يتوقف عليه المشروط صحيح بالنسبة إلى الشروط التكوينية الخارجية أمّا بالنسبة إلى الشروط الشرعية فلا، كما يظهر ذلك من الأمثلة الأربعة المذكورة في كلام الشيخ الأعظم^(٣) و الثلاثة المذكورة في كلام العلامة الجدّ.

الثاني: لا يُنكر الظهورُ الأوّل لأدلة اعتبار التراضي و طيب النفس في فعليتهما و موضوعيتهما كما عليه الشيخ الأعظم ولكن لا نسلم اعتبار رضا المالك و طيب نفسه الفعليين في صحة الانتقال و حلّيّة التصرف، بل يكفي حصولهما و لحوقهما و تعقّبهما ولو في ما بعد فيتمّ ما ذكره صاحب الجواهر من التفريع و حيث أنّ الاعتراض الثاني و الثالث واحد نكتفى بجواب واحد، و هذا كلّه في توضيح كلام الشيخ الأعظم و نقده بالنسبة إلى

(١) المكاسب ٤٠٢/٣.

(٢) الجواهر ٤٦٦/٢٣ (٢٢٨٨/٢٢).

(٣) المكاسب ٤٠١/٣.

الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف، و الحمد لله على الستر.

الوجه الثاني: للاستدلال على الكشف

قال الشيخ الأعظم عن هذا الوجه: «أنّ الإجازة متعلّقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه وليس إلّا نقل العوضين من حينه»^(١).

و هذا الاستدلال لسيد الرياض قال: «... إذ ليس معناها [الإجازة] إلّا الرضا بمضمون العقد و ليس إلّا إنشاء نقل العوضين من حينه»^(٢).

و للمحقّق القمي في جامع شتاته^(٣) و غنائم أيامه^(٤).

و الاستدلال قوامه أمور ثلاثة:

الأوّل: متعلّق الإجازة هو العقد كما أنّ متعلّق الرد و الفسخ كذلك.

الثاني: عقد الفضولي يدل على النقل من حين وقوعه.

الثالث: الإجازة هي رضا بمدلول العقد و مضمونه.

فالإجازة تصحّ استناد العقد إلى مالكة المجيز و تكون كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه.

ثمّ اورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة:

الأوّل^(٥): مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه، و إن كان

الزمان ظرف وجوده لأنّه من الزمانيات ولكن وقوعه في زمان لا يدلّ على أنّه مقيدّ بذلك

الزمان و «كما أنّ الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى

(١) المكاسب ٣/٤٠٠.

(٢) رياض المسائل ٨/٢٢٧.

(٣) جامع الشتات ١/١٥٥ من الطبعة الحجرية (٢/٢٧٩).

(٤) غنائم الأيام ٥٤٢/ من الطبعة الحجرية.

(٥) المكاسب ٣/٤٠٣.

إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة»^(١).
أقول: كما أنَّ العقد و مضمونه و هو النقل غير مقيّد بالزمان، يمكن أن يقال بأنَّ الإجازة أيضاً كذلك غير مقيّدة بالزمان فيمكن أن يتعلّق بالعقد من حين وقوعه أو من حين وقوع الإجازة، فهذا البيان يكون أخص من مدعاه و هو الرّدّ على القول بالكشف كما يظهر ذلك من المحقّق الإيرواني.^(٢)
ثمّ استشهد لمقالته بأنّ مقتضى القبول ليس وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنّ مقتضى القبول ليس إلّا الرضا بمضمون الإيجاب، بل يتمّ العقد من حين القبول.
ولكن الأوّل تنظير الإجازة بمقابلها و هو الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ العقد من حينه لا من حين وقوع العقد، فكذلك الإجازة فإنّها تنفيذ العقد من حين وقوعها لا من حين وقوع العقد حتّى تدلّ على الكشف^(٣) كما يأتي منه وإنّ.
ثمّ اعترض^(٤) على استشهاده بوجود الفارق بين القبول و الإجازة، و هو العقد لا يتمّ إلّا بالقبول و العقد سبب للملك فلا يتقدّم الملك على سببه، ولكن في الإجازة، العقد وقع تماماً و هو السبب للنقل و الإجازة هي الرضا بمضمون العقد فيكشف صحته من حين تحقّقه.
و أجاب^(٥) عن الاعتراض بأنّ: كما أنّ الإيجاب بنفسه ليس سبباً للملك، كذلك عقد الفضولي لا يترتب عليه الأثر إلّا بعد الإجازة فكلّ من القبول و الرضا جزءٌ علّة الملك، فالفارق بينهما غير موجود.
ثمّ استشهد^(٦) بتنظير الإجازة و الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ للعقد من حين وقوع

(١) المكاسب ٤٠٣/٣.

(٢) حاشية المكاسب ١٢٧/١.

(٣) كما في هدى الطالب ٣٩/٥.

(٤) المكاسب ٤٠٣/٣ قوله: «و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه...».

(٥) المكاسب ٤٠٣/٣ قوله: «مدفوعة بأنّ سببته...».

(٦) المكاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و لأجل ما ذكرنا أيضاً...».

الفسخ فكذلك الإجازة تثبت العقد من حينها، و السرّ في ذلك كَلَهُ عدم كون الزمان قَبِداً للنقل في البيع بل ظرفاً له «فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزمان»^(١).

ثمّ استشهد^(٢) بأمر آخر وهو: جواز إنشاء الإجازة بكل ما يدلّ على الرضا بنفس عقد الفضولي أو بنتيجته فيمكن صدور الإجازة بمثل قول المالك: «رضيتُ بالعقد أو أجزته» أو قوله: «رضيتُ أو أجزتُ بانتقال مالي إلى المشتري» أو بالفعل الدال عليه نحو: تسليم المبيع إلى المشتري أو أخذ الثمن منه أو تمكين المرأة نفسها من الزوج في نكاح الفضولي.

ف نفس إمكان صدور الإجازة بنتيجة العقد أو بالفعل يدلّ على أنّ النقل وقع من حينها، لِأَنَّهُ لم يُلاحظ فيهما زمان وقوع العقد.

ثمّ أتى^(٣) بتقرير آخر وهو: الإجازة تقوم مقام الرضا و الإذن المقرّونين بالعقد الفضولي و بهما يصير المالك بمنزلة العاقد، فالإجازة إمّا شرط للعقد لكونها قائمة مقام الإذن الذي هو شرط للعقد. و إمّا جز سبب الملك لكونها قائمة مقام إنشاء المالك، و على الحالين لا يتم العقد و مضمونه - وهو النقل - إلاّ بعد صدور الإجازة التي هي شرط للعقد أو جزء سببٍ للملك الذي هو مضمون العقد.

و يرى الفقيه السيّد اليزدي^(٤) هذا التقرير دليلاً مستقلاً لا دخل له بماضيه بل هو قريب بإشكاله الثاني الآتي.

ثمّ ردّ الشيخ الأعظم هذا التقرير «بعبارة أخرى» و قال: «المؤثر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلاّ بعد القيد، و لا يكفي في التأثير وجود

(١) المكاسب ٤٠٤/٣.

(٢) المكاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و الحاصل: أنّه لا إشكال...».

(٣) المكاسب ٤٠٤/٣ قوله: «و بتقرير آخر أنّ الإجازة...».

(٤) حاشية المكاسب ١٨٠/٢.

ذات المقيّد المجردة عن القيد»^(١).

أقول: الملكية المجعولة المنشأ توسط العاقد، التي أجازها المالك تستحيل أن تكون مهملة - أي غير مقيّدة بشيءٍ - لأنّ العاقد المنشي الجاعل إمّا أن يجعل الملكية مطلقة - أي من هذا الزمان إلى يوم القيامة أو حدوث ما يزيله - أو مقيّدة بزمان - كالملكية بعد ساعة أو يوم أو أسبوع أو شهر أو... - وبما أنّها لا تكون مقيّدة فتكون مطلقة يعني من زمان العقد إلى يوم القيامة، و الإجازة إنّما تعلّقت بتلك الملكية المطلقة يعني من زمان العقد فلا محالة تكون الإجازة كاشفة.

و النقض بالقبول غير وارد، لأنّ الملكية المنشأة بالإيجاب مقيّدة بالقبول و ليست مطلقة فكأنّه قال: بعثك إن قبلت، وقد ذكرنا أنّ مثل هذا التعليق في العقود ممّا لا بأس به لأنّه تعيلق يقتضيه نفس العقد. فالملكية أنشأت معلّقة على القبول فلا معنى لتقدّمها عليه بخلاف^(٢) الإجازة.

الثاني: قال^(٣) ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد بالزمان و سلّمنا تعلّق الإجازة بهذا المضمون إلّا أنّه لا يترتّب عليه الملكية الشرعية، لتوقفها على إمضاء الشارع، وإمضائه يتوقف على إجازة المالك حتّى يشمل قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٤)، فالملكية الشرعية تحدث في زمان إمضاء المالك لا إنشاء العاقد، و هذا يعني أنّ الإجازة ناقلة و ليست بكاشفة.

فظهر من ذلك عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾، لأنّ وجوب الوفا يترتّب على عقد المالك، و عقد الفضولي لا يصير للمالك و لا يستند إليه إلّا بعد إجازته، و بعدها يترتب وجوب الوفاء بالعقد و هذا هو القول بالنقل.

(١) المكاسب ٤٠٤/٣.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤١/١.

(٣) المكاسب ٤٠٥/٣.

(٤) سورة المائدة ١/.

و ظهر عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى ﴿أحل الله البيع﴾^(١)، لأنَّ الملك ينشأ من حليّة التصرف و هي تتوقف على الإجازة و الرضا من المالك، فقبلها لا يحلّ التصرف، «خصوصاً إذا علم عدم رضاية المالك باطناً أو تردّده في الفسخ و الإمضاء»^(٢)، فإذا لم يحلّ التصرف فلا يتحقّق الملكية.

أقول: نعم، الشارع يحكم بالملكيّة بعد إجازة المالك إلاّ أنّه لا ينافي أن يحكم بعد الإجازة بالملكية من أوّل الأمر، و لا مانع من تغاير زمني الحكم و المحكوم به كما وقع عكس ذلك في الوصية حيث حكم الموصي بالملكية للموصى له بعد موته - فإذا جاز ذلك فليكن عكسه أيضاً جائزاً، ففي المقام حكم الشارع بعد الإجازة بالملكية المتقدّمة بعد العقد.^(٣)

و الشاهد عليه: ملاحظة باب الإجازة كما إذا أجزّ الفضولي دار شخص من أوّل السنة فأجازها المالك بعد شهر مضت من أوّل السنة، حكم الشارع بعد الإجازة بصحة الإجازة ولكن المحكوم به هو ملكية منافع الدار من أوّل السنة للمستأجر.^(٤)

و يمكن أن يورد على هذا المقال بوجهين:

أ: إنّ الحكم بملكية شيءٍ لشخصين مستحيل و العبرة بتعدّد المتعلّق لا بتعدّد زمان الاعتبار، فلو كان المتعلّق واحداً فالحكم عليه بحكمين متنافيين محال، ولو كان الحكمان و الاعتباران يتعلّقان بشيء واحد فهذا مستحيل و إن كان زمانهما غير واحد. و أمّا إذا كان المتعلّق متعدّداً فيصحّ أن يحكم عليهما بحكمين مختلفين ولو كانا في زمان واحد. أو في زمانين.

و في المقام متعلّق الحكم و الاعتبار واحد و هو الملكية قبل الإجازة، فقد يقال نعتبرها قبل الإجازة للمالك و بعدها للمشتري، فهي شيءٌ واحد قد حكم به لشخصين و

(١) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٢) المكاسب / ٤٠٦/٣.

(٣) كما يظهر من المحقّق الخراساني في حاشيته على المكاسب / ٦١.

(٤) راجع التنقيح في شرح المكاسب / ٤٤٢/١.

هو مستحيل.

يظهر هذا البيان من المحقِّق النَّائِنِي^(١) في بحث حكم الخروج من الأرض

المغصوبة.

و أجاب عنه تلميذه السيِّد الخوئي^(٢): «أنَّ ما أفاده إنَّما يتم في الأحكام البعثية والزجرية وهي التكليفيَّة فقط حيث أنَّها تحتاج إلى المتعلِّق لا محالة، والشئ الواحد لا يمكن أن يبعث إليه و يزجر عنه و لا يمكن إيجابه و تحريمه... وأمَّا الأحكام الوضعية فلا، لأنَّها ناشئة من مصالح في جعلها و لا مانع من أن يعتبر في زمان شخصاً مالكاً لشئٍ لأجل مصلحة في هذا الاعتبار، و أن يعتبر في زمان آخر غيره مالكاً له لأجل مصلحة أخرى و هذا أمر ممكن في الاعتبار...»^(٣).

ب: ما ذكرتم من وجود الاعتبارين بالنسبة إلى متعلِّق واحد في زمانين مختلفين إنَّما يتم في القضايا الخارجية و الموالي العرفية التي نظرها إلى البيوع الخارجية، وأمَّا في القضايا الحقيقية و الأحكام الشرعية التي لا نظر فيها إلى الخارج فلا يتم بوجه، بل إنَّما هي مترتبه على موضوعاتها المقدَّرة الوجود و صادرة قبل خلق الخلق و العالم أو حين نزول الشريعة فلا يتم أبداً، لأنَّ الشارع إنَّما اعتبر الملكية قبل وجود المتباعين لا محالة كما هو كذلك في الأحكام التكليفية كوجوب الحج...

و عليه فنقول: إنَّ الشارع الذي اعتبر الملكية هل اعتبرها من حين العقد أو من حين الإجازة فعلى الأوَّل تكون الإجازة كاشفة حقيقة كما أنَّها على الثاني تكون ناقلة فلا يبقى لاستكشاف ما ذكرتموه مجال...»^(٣).

ثمَّ أجاب السيِّد الخوئي^(٤) عن هذا الإيراد بجوابين:

أحدهما: إنَّ الشارع بالنسبة إلى الإعتبارات ليس جاعل بل هو لم يردع عنها و

(١) راجع أجود التقريرات ١٨٨/٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٤/١.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٥/١.

(٤) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٦/١.

أمضاها بما لها عند العقلاء و في المقام ما أتى به المالك هو الاعتبار بعد الإجازة المتعلقة بالملكيّة السابقة و المفروض أنّ الشارع قد أمضى هذا الاعتبار في الفضولي فيقع الملكية بعد الإجازة من أوّل العقد.

ثانيهما: و على فرض أنّه جاعلٌ و معتبرٌ و اعتباره أزليٌّ، موضوع اعتباره هي الإجازة، لأنّه اعتبر ملكيّة المشتري من أوّل العقد إذا تحققت الإجازة و بعد ما تحققت فيتحقّق الحكم بالملكية من أوّل الأمر كما في وجوب الحج بالنسبة إلى الاستطاعة، فكون القضية حقيقيّة و يترتب الحكم فيها على موضوعاتها المقدّرة غير مضرّ بالاستدلال.

الثالث: قال^(١) ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين وقوعه، وإن كانت موجبةً لنفوذ من حين وقوعها، كما أنّ مضمون صيغة القبول - وهو رضا بمضمون الإيجاب - لا يوجب ترتّب الأثر من زمن الإيجاب. هذا أوّلاً. و ثانياً: ولو كانت الإجازة موجبةً لنفوذ العقد من حين وقوعه، فلا بدّ من رفع اليد عن هذا الظهور لأنّه غير معقول لاستلزامه استحالة انقلاب الشئ عمّا وقع عليه، لأنّ عقد الفضولي لم يقع حين حدوثه مؤثراً، فكيف يصير مؤثراً بعد صدور الإجازة من زمان وقوعه؟^(٢)

ولذا لو ورد دليلٌ على وقوع عقد الفضولي من حينه بعد صدور الإجازة لا بدّ من صرفه عن ظاهره و حمله على «إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة»^(٣) نحو انتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة يكون للمالك و النمء يقع في ملكه.

و هذا القول في الكشف هو الكشف الحكمي و هو غير الكشف الحقيقي و قال الشيخ الأعظم في شأنه: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلاّ الأستاذ

(١) المكاسب ٤٠٦/٣.

(٢) هدى الطالب ٥٣/٥.

(٣) المكاسب ٤٠٧/٣.

٤٠٠.....الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج٦

شريف العلماء^(١) فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته^(٢).
و يرى الشيخ الأعظم^(٣) هذا القول في الكشف خلاف ظاهر كلام القائلين به و
استشهد بكلام العلامة في القواعد حيث قال: «في زمان الإنتقال إشكال»^(٤)، حيث جعل
النزاع في زمان الإنتقال.
و يرد على أوّله: وجود الفارق بين صيغة القبول في العقد، و الإجازة في بيع

(١) هو محمد أو محمد شريف بن حسن علي الآملي المازندراني، وُلد في كربلا المقدسة و حضر على
السيد محمد المجاهد و والده صاحب الرياض و على الأخير تسع سنين، و قد يقال: حضر سنة
على الميرزا أبو القاسم القمي صاحب القوانين و اشتغل بالسياحة في أطراف بلاد العجم و زار
الإمام الرضا^(عليه السلام) و رجع إلى كربلا و جلس على كرسي التدريس في مدرسة حسن خان، و له
اهتمام تام في أمر التدريس و لذا لم يوفق للتأليف إلا أنه كتب رسالة في «أمر الأمر مع علمه
بانتفاء شرط الأمر» بالتفصيل.

و كان له مجلسان للدرس، مجلس للمبتدئين و مجلس للمنتهين.
و حضر عليه قريباً من ألف طالب و عالم أمثال الشيخ الأعظم و السيد ابراهيم الموسوي القزويني
صاحب ضوابط الأصول و الملا آغا الدربندي و السيد محمد شفيع الجابلي و المولى اسماعيل
اليزدي و سعيد العلماء المازندراني و الشيخ محمد حسن آل ياسين.

توفي بمرض الطاعون في سنة ١٢٤٥ و دفن في سرداب بيته قريباً من الجهة الجنوبية للصحن
الحسيني الشريف، و خلف ولداً ذكوراً توفي في هذه السنة و لم يبق له من الأولاد. راجع:
الروضة البهية / (١١-٩) لتلميذه السيد محمد شفيع الجابلي؛ معارف الرجال ٢/٢٩٨، رقم
٣٥٨؛ أعيان الشيعة ٩/٣٦٤؛ و زندگانی و شخصیت شيخ انصاری ١٤٨؛ الكني و الألقاب
٢/٣٥٤، رقم ٣٨٨ (طبعة جماعة المدرسين)؛ هدية الأحاب ١٨٢؛ تكملة أمل الآمل
٣/١٥٧، رقم ٨٥١؛ نجوم السماء ٢/٣٩٩، رقم ٤٢؛ الكرام البررة ٢/٦١٩، رقم ١١٤؛
غرقاب ١٩٦/١، رقم ٨١.

(٢) المكاسب ٣/٤٠٧.

(٣) المكاسب ٣/٤٠٧.

(٤) القواعد ٢/١٩.

ما استُدل به على الكشف ٤٠١

الفضولي لأنَّ العقد مقيّد بالقبول و معلّق عليه كما مرّ^(١)، ولكن الإجازة على القول بالكشف كاشفَةٌ عن صحة العقد من حين وقوعه و بينهما برزخ لا يبغيان. و يرد على ثانيه: ما ذكره من أنَّ عقد الفضولي لم يقع من حين حدوثه، أوّل الكلام و محل نزاع بين قولي الكشف و النقل في الإجازة، فجعل محل النزاع من أركان استدلاله و هذا ليس إلاّ مصادرة بالمطلوب. كما تبيّه الفقيه السيّد اليزدي^(٢) على أنه أوّل الكلام.

(١) في نقد إشكاله الأوّل، صفحة ٣٩١ من هذا المجلد.

(٢) حاشية المكاسب ١٨١/٢.

وجوه الكشف في مقام الثبوت

فسرّ الكشفيون الإجازة بوجوه متعددة و لهم مسالك مختلفة نعدّ لك أهمّها:

الأوّل: الكشف الحقيقي الشرطي

وهو الالتزام بأنّ الإجازة تكون شرطاً متأخراً و المشهور يذهبون إليه، و اعترض عليهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة^(١) بأنّ الشرط لا يتأخر.

الثاني: الكشف الحقيقي التعقيبي

وهو الالتزام بأنّ الشرط هو تعقب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة، فراراً عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و يلتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها في مابعد، نُسب^(٢) هذا القول إلى جدّنا العلامة التقي صاحب الهداية^(٣) و أخيه صاحب الفصول^(٤) و الفاضل النراقي^(٥) و خالي الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء^(٦).

(١) حاشية الروضة / ٣٥٨، لآقا جمال الخوانساري.

(٢) المناسب إلى الجدّ هو الفاضل المامقاني في غاية الآمال / ٣٧٥.

(٣) تبصرة الفقهاء ٣/٣٤٠؛ هداية المسترشدين / ٢١٩ من طبعة مؤسسة آل البيت الحجزية (١٧٥/٢ من طبعة جماعة المدرسين).

(٤) الفصول الغروية / ٨٠.

(٥) مستند الشيعة ٢٨٣/١٤.

(٦) أنوار الفقاهاة / مخطوط قد مرّ عبارته في صفحة ٣٨٦ من هذا المجلد.

وجوه الكشف في مقام الثبوت ٤٠٣

الثالث: الكشف الحقيقي التقديري

وهو الالتزام بكفاية الرضا التقديري المنكشف بالإجازة بمعنى أنّ المالك لو التفت لكان راضياً و الإجازة كاشفة عنه ككشف شاهد الحال عنه، هذا قول المحقق الرشتي^(١).

الرابع: الكشف الحقيقي التام

وهو الالتزام بأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد هو سبب تام للملكية وهو مذهب ثاني المحققين^(٢) و الشهيدين^(٣) كما مرّ.

وهو المستفاد من كلام صاحب مفتاح الكرامة حيث يقول: «إنّ العقد سبب تامّ مع الإجازة وإن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدمه و تعلق مقتضاها به، إذ المالك إنّما رضي بانتقال ملكه عنه من وقت العقد فحينئذ هي شرط للعلم بالوقوع و التأثير لا شرط للنقل، فلذا قلنا: إنّها كاشفة، و العقد مع عدم ظهورها موقوف لا نعلم سببته و لا تأثيرها ظاهراً إذا تجرّد عنها فليتأمل جيّداً»^(٤).

و تبعه معاصره - الشيخ جواد ملاّ كتاب^(٥) - في شرحه على اللمعة^(٥): من أنّ الإجازة تكون نظير التبادر علامة كاشفة عن وضع اللفظ المتبادر منه، و كعلامات البلوغ. ولكن عدّ الفقيه اليزدي^(٦) هذا الوجه وجهاً مستقلاً.

الخامس: الكشف الحقيقي الحصولي

وهو الالتزام بأنّ «الشرط حصول الرضا ولو في المستقبل الذي يُعلم بوقوعه من

(١) راجع كتاب الإجازة / ١٨٤ للمحقق الرشتي، الطبعة الحجرية.

(٢) جامع المقاصد ٧٤/٤.

(٣) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٤) مفتاح الكرامة ٦٠٧/١٢.

(٥) شرح اللمعة / مخطوط، نقل عنه في هدى الطالب ٦١/٥.

(٦) حاشية المكاسب ١٨١/٢.

المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلك» كما عليه صاحب الجواهر (١).

السادس: الكشف الحقيقي الدهري

الشرط المتأخر بوجوده الدهري يكون شرطاً بمعنى أنّ جميع الأجزاء و الشروط المتعددة و المتكثرة، تكون مجتمعة في وعاء الدهر فلا تقدّم و لا تأخّر. نسبه المحققان الخراساني (٢) و النائيني (٣) إلى الميرزا الشيرازي الكبير (٤) مع أنّ الأخير ذكر إعلام عدم رضاه بهذه النسبة.

السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي

و هو الالتزام بكون «ظرف حدوث الأثر و ترتبه على العقد زمان الإجازة، و ظرف الحادث المترتب عليه زمان العقد» (٥)، و بعبارة أخرى: الإجازة تكشف «عن حكم الشارع بعدها بحصول الملك من حين العقد كأنّها وقعت حينه، و حاصله: أنّ زمان حكم الشارع بالملكية مابعد الإجازة و أمّا نفس الملكية المحكوم بها فزمانها من حين وقوع العقد» (٥) و هذا الوجه هو مختار المحقق الشهيدي (٦).

الثامن: الكشف الحكمي

«و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقّق الملك في الواقع إلّا بعد الإجازة» (٧).
و بعبارة أخرى: «أنّه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة

(١) الجواهر ٤٦٦/٢٣ (٢٢/٢٨٩).

(٢) فوائد الأصول / ٥٨ لآخوند الخراساني.

(٣) المكاسب و البيع ٨٩/٢.

(٤) هداية الطالب ١٠٦/٣.

(٥) هداية الطالب ٩١/٣.

(٦) هداية الطالب ٩٢/٣.

(٧) المكاسب ٤٠٨/٣.

وجوه الكشف في مقام الثبوت ٤٠٥

إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقي في حكم الكشف من بعض الجهات»^(١).
قال الشيخ الأعظم: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الاستاذ
شريف العلماء رحمته فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته»^(٢).
وقال: «أنَّ الأنسب بالقواعد والعمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمي...»^(٣).

التاسع: الكشف الحكمي الانقلابي

عقد الفضولي لا يفيد شيئاً بالنسبة إلى ملكية المشتري للمبيع و ملك المالك باق
عليه قبل الإجازة و أمّا بعدها ينقلب الأمر و يصير المبيع ملكاً للمشتري من حيث العقد،
و الإجازة تكشف على نحو الانقلاب عن هذه الإنتقال.
يراه الاستاذ المحقق - مد ظله - «أتقن الوجوه في مقام الثبوت»^(٤). و اختاره
صاحب بشرى الفقاهة^(٥) - مد ظله - .

العاشر: الكشف الحكمي الصوري

«و حاصله: أن كل أمر متقدّم يكون كالمادة الهيولائية بالنسبة إلى أمر متأخر عنه و
كان المتأخر كالصورة في إفادة فعلية ذلك الأمر يكون بوجوده منشاءً لتحقّق الفعلية في
ذلك المتقدم»^(٦) «فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه»^(٧).
نقل المحقق النائيني هذا الوجه عن استاذه المحقق جدّي الشيخ محمدباقر النجفي
الأصفهاني^(٨) نجل صاحب الحاشية أعلى الله مقامهما.

(١) المكاسب ٤٠٧/٣.

(٢) المكاسب ٤٠٧/٣.

(٣) المكاسب ٤٠٨/٣.

(٤) العقد النضيد ٢٣٠/٣.

(٥) بشرى الفقاهة ٦٥/٤.

(٦) المكاسب و البيع ٨٤/٢.

(٧) منية الطالب ٦١/٢.

(٨) كتب المحقق النائيني في شأن ولده الشيخ محمدحسين صاحب التفسير و والده الشيخ

→ محمدباقر بقلمه الشريف ما نصه: «ولكن معظم تلميذي و استفادتي كان من البحر المحقق الفريد و البحر الزاخر الوحيد، مَنْ قَلَّ ان يسمح الزمان بمثيله أو ير عينه بعديله شيخي العلامة الشيخ محمدحسين سبط المحقق التقي صاحب التعليقة الكبرى على المعالم عليه السلام و كان فيمن ادركته و رأيته حائزاً في علمه و عمله و زهده و ورعه و طول باعه في العلوم العقلية و النقلية ما يبهر العقول و قد أ كمل جميع ذلك و لم يبلغ الأربعين من عمره و مع أنه كان من ذوي الفنون الذين قَلَّ أن يعهد الدهر بأمثالهم في كل واحد منها كان أباً عذرتة و الوحيد فيه، و كان له في علم الهيئة مسلك بين المسلكين به يتضح رموز الأخبار و ينحل مشكلاتها و لم يبرز من تصانيفه التي أخبرني بها إلا اليسير من تفسيره الذي لم يعمل مثله و قد أودع فيه ما ينبئ عن كمال تحره و طول باعه، و كان عليه السلام من أظهر مصاديق مَنْ وصفه أميرالمؤمنين - عليه و آله أفضل الصلوة و السلام - في خطبتي همام المروية أحدهما في الكافي [الكافي ٥٧٣/٣، ح ١، باب المؤمن و علاماته و صفاته. (٢/٢٢٦)] و الأخرى في النهج [نهج البلاغة، خطبة ١٩٣]: «يذكر الله تعالى برويته و يدعو إليه برويته» [لم ترد هذه العبارة في خطبة الهمام ولكن ورد في الكافي ٩٥/١، ح ٣، باب مجالسة العلماء (١/٣٩) هكذا: «مَنْ تَدَّكَرَّمَهُ اللهُ رُؤْيَيْتُهُ و يَزِيدُ فِي عِلْمِكُمْ مَنَظْمَةً و يُرَغِّبُكُمْ فِي الآخِرَةِ عَمَلُهُ»] و قد أثرت مواظبه الشافية في سني إقامته بأصهان من التقوى في نفوس الخواص و العوام ما لا يوصف، و قد انقطعت به و اعتكفت عليه و كنتُ أحضر جميع أبحاثه الفقهية و الأصولية و الكلامية، و اكتبها في مجلس البحث بكمال السرعة مترجماً لها بالعربية و أعرض عليه كراريسي و يتعجب هو و جميع مَنْ يحضره عن عدم فوت شيء مما كان يفيد و يستنسخها الحاضرون، و قد طلبها مني أخوه الفقيه البارع الزكي حضرة الشيخ محمدتق المعروف بأقانجني عليه السلام ليطبعها و لم يرض هو - طاب رسمه - بذلك و منعني عن دفعها إليه، و كان - نور ضريحه - أشفق بي من الوالد لولده و كثيراً ما يرغبتني و يجتني إلى الحضور معه بحث والده الفقيه العلامة حجّة العصابة و وجهها الزاهر حضرة الآقا الشيخ محمدباقر - قدس سره الزكي - ولكي كنتُ أرغب عن ذلك لعدم بلوغي من العمر مبلغاً يليق لي الحضور في ذلك المجلس العظيم الذي كان يحضره أعظم العلماء البارزين و كنتُ أنا ابن تسعة عشر أو العشرين إلى أن أخذني ذات يوم بعد فراق عن بحثه معه و أحضرني ذلك المحضر و أجلسني بجانبه و أظهر من جميل الصنع ما أسكن روعتي و

←

البحث حول الوجوه في مقام الثبوت الوجه الأول: الكشف الحقيقي الشرطي استشكل الشيخ الأعظم عليه بأن الشرط المتأخر محالٌ عقلاً.

→ أذهب خجلتي فكنت أحضر بعد ذلك بحته و بعد الفراغ نحضر جميعاً بحث والده و استمر ذلك قريباً من خمسة العوام و كان عنوان بحثه حينئذٍ كتاب البيع و قد أدركتُ بحثه من مبحث المعاطاة إلى الخيارات و شاهدتُ من تبحره و فقاوته و طول باعه في تنقيح قواعد المعاملات و تفريع الفروع عليها مع ابتلائه بتلك الرياسة العظمى و استغراق أوقاته بشئونها ما لا يكاد ينقضي عجيبي عنه مهما أتذكره و كان تهجده و مناجاته بالأسحار و كثرة بكائه فيها يقلب القلوب القواسي و يزيل الجبال الرواسي و إذ شرع في مبحث الخيارات أختار الله تعالى له دار كرامته و نعى نفسه المقدسة و في الجمعة الأولى أو الثانية من ذي القعدة سنة ١٢٩٩ أسرَّ إلى ولده المعظم السابق ذكره شيعي العلامة الشيخ محمد حسين عليه السلام و كان هو موضع سرِّه أنه ظهر له في ذلك اليوم علامة دنو أجله و لم يذكر له أزيد من ذلك و هو - نور مضجعه - حدثني به بعد ذلك فأخذ في تصفية أموره و تجهيز سفره إلى النجف الأشرف من ذلك اليوم مسرعاً عجلًا، و في اليوم الثاني من ذي الحجة تلك السنة خرج من أصبهان خروج من لا يرجو العود أبداً و اختار شيعي المعظم المذكور من بين أولاده لصحبته و أخذني معه و كنت عازماً على المسير معها فحالت العوائق بيبي و بين نيتي و كانت كبقية سفره إلا ما حدثني به ولده المحقق المذكور أنه جد في السير و لم يمكث في البلاد الواقعة في الطريق أزيد من متعارف الزوار و لا في الكاظمية المشرفة أزيد من ليلة و ورد كربلا المقدسة ليلة عاشورا و لم يقم فيها مع بعد عهده بها و اشتياقه إليها أزيد من ثلاث و في اليوم الرابع خرج إلى النجف الأشرف و في اليوم الثاني من وروده زار بعد خروجه عن الحضرة المقدسة مقبرة جدّه الشيخ الأكبر فقيه العصابة و محيي ما درس من رسومها الشيخ جعفر - أنار الله تعالى - و عين موضع قبره فيها و خطه بعصاه و أمر أن يحفر من يحفره بحضرة فألح عليه من حضره من عشيرته بالقيام و تعهدوا له أنهم يكفونه حفرة، و دفع كفته إلى من يعمل الأكفان ليكتب عليه آياً من القرآن بالترتبة المقدسة و أمره أن يعجل في إتمامه و لما رجع إلى أهله حمى تلك العشية و لم يخرج بعده إلى أن خرج سريره و انتقل إلى الدرجات التي أعدها لنزوله».

و قد مرَّ^(١) الجواب عنه فإمكان هذا الوجه عندنا باق و أجاب عنه المحقِّق الخراساني بخسمةٍ أجبويَّةٍ استشكل في أربعة منها كانت للقوم و اختار الخامس الذي لنفسه فراجع فوائده.^(٢)

الوجه الثاني: الكشف الحقيقي التعقبي

مرَّ اعتراض الشيخ الأعظم على أعلام القائلين بهذا القول و جوابه منّا فراجع^(٣).

الوجه الثالث: الكشف الحقيقي التقديري

و هذا الوجه هو ما أفاده المحقِّق الميرزا حبيب الله الرشتي رحمته من كفاية الرضا التقديري في صحة العقد، نظير الإذن المستفاد من شاهد الحال، قال: «إنَّ الإجازة كاشفة عن ذلك جدًّا ولو بعد الردِّ فإنَّ الكراهة الباعثة على الردِّ من حيث خفاء الجهة الراجعة، فلا منافاة بين الردِّ فعلاً و الرضا التقديري...»^(٤).

و فيه: دعواه مركبة من صغرى و كبرى، أمَّا الأولى: فهي أنَّ الإجازة كاشفة عن الرضا التقديري، و أمَّا الثانية: فهي أنَّ الرضا التقديري كاف في صحة العقد. و يمكن المناقشة فيهما:

أمَّا الصغرى: فيمكن أن يناقش فيها: بأنَّ المراد من الكاشفية إمَّا:

أ: اللفظية: ككاشفية الجملة الخبرية عن المخبرية، فهي باطلة بالضرورة.

ب: العقلية الإتيية: ككاشفية المعلول عن علته، بدعوى أنَّ معلولية الإجازة تدل على عليَّة الرضا التقديري، فهي أيضاً باطلة لأنَّ التقدير و هو المحذوف و المعدوم لا يتصور أن يكون علَّة، نعم، الرضا الفعلي يمكن أن تكون علَّة لمعلول الإجازة ولكن بينهما - الرضا التقديري و الرضا الفعلي - تنافي ظاهر.

(١) راجع صفحة ٣٨٠ من هذا المجلد.

(٢) فوائد الاصول / (٦٠-٥٥)، فائدة في تقدّم الشرط على المشروط.

(٣) راجع صفحة ٣٨٦ من هذا المجلد.

(٤) كتاب الإجازة / ١٨٤، الطبعة الحجرية.

وجوه الكشف في مقام الثبوت ٤٠٩

ج: العرفية: بدعوى أن الإجازة كاشفة عرفاً عن الرضا التقديري فهي أيضاً باطلة، لأن الرضا التقديري معدوم و الإجازة موجودة و العرف لا يرى الملازمة بين الموجود و المعدوم.

و بالجملة: بطلان الصغرى واضح لعدم دلالة الإجازة على الرضا التقديري بوجه من الوجوه.

و أمّا الكبرى: فيما مرّ بأن الرضا الفعلي - فضلاً عن التقديري - لا يكفي في صحة العقد و العقود يحتاج إلى الانتساب و الاستناد إلى مالكة و هذا لا يتم إلا بإصدار الإذن سابقاً أو لاحقاً أو مقارناً.^(١)

هذا مضافاً إلى ورود الإشكالات الأربعة التي ذكرها هذا القائل العظيم على مدعاه و أجاب عن ثلاث منها بجوابات لا يتم عندنا و ترك الجواب عن الرابع و لعل وجه تركه معلوميته عن الأجوبة السابقة، فراجع كتابه.

الوجه الرابع: الكشف الحقيقي التام

مرّ^(٢) استدلال القائلين بهذا القول في الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف بالتقريين و مناقشات الشيخ الأعظم عليهما، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه و لا نعيد الكلام فيه.

الوجه الخامس: الكشف الحقيقي الحسولي

قال صاحب الجواهر مضافاً إلى ما نقلته عنه سابقاً: «... ولكن لا بدّ فيه من حصول الرضا ولو في المستقبل و لا يكفي فيه الرضا التعليقي بمعنى أنّه لو علم لرضي...»^(٣). و لا بأس بهذا الوجه في مقام الثبوت و أمّا إقامة الدليل عليه في مقام الإثبات فمشكل جداً.

(١) راجع كتاب البيع ٢/ (٢٢١-٢١٧) للمحقّق الخميني رحمته الله.

(٢) راجع صفحة ٣٨٢ من هذا المجلد.

(٣) الجواهر ٢٣/ ٤٦٧ (٢٢/ ٢٨٩).

الوجه السادس: الكشف الحقيقي الدهري

المنقول عن الميرزا الشيرازي الكبير.

قال تلميذه المحقق الخراساني في فائدة في تقدّم الشرط على المشروط من فوائده ما نصه: «ثالثها: ما أفاده سيّدنا الأستاذ - أطال الله بقاءه - من أنّ الشرط في هذه الموارد ليس المتقدّم أو المتأخر بوجودهما الكوني الزماني لكي يلزم المحذور، بل بوجودهما الدهري المثالي، و هما بهذا الوجود لا يكونان إلاّ مقارنتين للمشروط، فإنّ المتفرقات في سلسلة الزمان مجتمعات في وعاء الدهر^(١)»^(٢).

«و توضيحه [في كلام تلميذه الآخر المحقق النائيني] أنّ أهل المعقول قالوا بأنّ المتغيّرات في وعاء الزمان ثابتات في عالم الدهر، و مرادهم من هذه العبارة أنّ لكلّ ماهية نحوين من الوجود: وجود تفصيلي يختص بها الذي به موجودة ماهية في عالم الزمان بنحو البسط و النشر و هو يتكثر بتكثر الماهيات، و وجود واحد جمعي في عين وحدته وجود كلّ الماهيات فتكون الكلّ موجودة به على نحو الجمع و اللف و هو المعبر عنه بعالم الدهر، فالأمر المتأخر و إن كان متأخراً بالوجود التفصيلي الزماني لكنّه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعي الدهري فهو شرط بهذا الوجود فلا تأخر للشرط...»^(٣).

و يرد عليه: هذا الوجه لا يدفع إشكال الشرط المتأخر لأنّ «اجتماع الزمانيات في عالم الدهر على نحو الترتب نظير اجتماع الخط المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفة تحت نظر واحد حيث أنّ الألوان المختلفة مجتمعات في النظر و اللحاظ على ما هي عليه من الترتب كما لا يخفى»^(٤) كما قاله المحقق النائيني.

قال المحقق الخراساني في نقده: «قلت: لا يخفى أنّ ذلك و إن كان لطيفاً في نفسه إلاّ أنّه لا يكاد أن يكون شرطاً للزماني إلاّ الزماني، مضافاً إلى وضوح أنّ الشرط في

(١) واحد، نسخة بدل.

(٢) فوائد الأصول / ٥٨.

(٣) المكاسب و البيع ٨٩/٢.

(٤) المكاسب و البيع ٨٩/٢.

وجوه الكشف في مقام الثبوت ٤١١

الموارد حسب دليله إنما هو الشيء بوجوده الكوني، ضرورة أن إجازة المالك في الفضولي... بما هي إجازة... يكون شرطاً، وهي كذلك ليست إلا زمانية لأنها بوجوده الدهري لا يكون محدودة بهذه الحدود، بل بحدود آخر يجتمع الشرط والمشروط فيها... وبهذا المعنى يكون الدهر مجمع المفترقات الزمانية»^(١).

بعبارة أخرى: الإجازة المعتبرة في صحة بيع الفضولي هي الإجازة الواردة في عمود الزمان بعد عقد الفضولي وأما الإجازة التي في وعاء الدهر فلا عبرة بها في الشروط الشرعية ولوازمها وصحة بيع الفضولي.^(٢)
فلا يتم هذا الوجه.

الوجه السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي

قال المحقق الميرزا فتاح الشهيد في الاستدلال على هذا الوجه - وهو كما مرّ مختاره -: «... فمقتضى أدلة الإمضاء في مسألة الفضولي بحسب زمان حدوث الملكية و تحديده بحدّ التقدّم على الإجازة والتأخر عنها و التقارن لها هو الثالث بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل، و أمّا إنّ الحادث هو الملكية المقارنة لها المعبر عنها بالنقل أو الملكية السابقة عليها المعبر عنها بالكشف فهو وإن كان لا يستفاد من الأدلة العامة المذكورة بمجرد قاعدة مطردة في هذا الباب تكون مرجعاً في موارد الشك، لكن لما كان الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبّب الملك عن العقد المركب من الإيجاب والقبول، أمكن أن يقال: إنّ مقتضى القاعدة المستفادة من أدلة الإمضاء بضميمة ملاحظة الغلبة المذكورة هو الكشف، أي كون الحادث بعد الإجازة هو الملك من حين العقد»^(٣).

أقول: قد مرّ^(٤) إمكان هذا الوجه في الجواب عن الإشكال الثاني للشيخ الأعظم

(١) فوائد الأصول / ٥٨.

(٢) راجع العقد النضيد ٢٢٦/٣.

(٣) هداية الطالب ٩١/٣.

(٤) راجع صفحة ٣٩١ من هذا المجلد.

عن الدليل الثاني للكشفيين بما يظهر من المحقق الخراساني^(١).
و أمّا الاستدلال عليه بما ذكره المحقق الشهيد^(٢) من ضمنية أن الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبب الملك من العقد وأدلة إمضاء عقد الفضولي فهو غير تام، لأنّه أقرّ بعدم استفادة الكشف من أدلة الإمضاء، ويمكن المناقشة في الغلبة المدعاة بأنّها في عقد الأصيل - لا الفضولي - أو على فرض جريانها في الفضولي، شمول دليل الإمضاء لها أول الكلام، فإذا لم تتم الضميمة لا ينتج الدليل.

الوجه الثامن: الكشف الحكمي

و هو مختار شريف العلماء و يراه تلميذه الشيخ الأعظم الأنسب بالقواعد و العمومات بعد النقل.

ولكن اعترض المحقق السيد الخوئي^(٣) عليه: «بأن الكشف الحكمي بمعنى تنزيل غير المالك بمنزلة المالك في جميع الآثار لا يكون ممكناً ثبوتاً، و ذلك لأن المنزل عليه في باب التنزيل قد يكون أمراً خارجياً كقوله الفقاع خمر و الصلاة طواف^(٢)، و قد يكون أمراً اعتبارياً شرعياً يكون وضعه و رفعه بيد الشارع، ففي القسم الأول يصح التنزيل - سواء كان في بعض الآثار أو في جميعها - و أمّا في القسم الثاني فلا يصح التنزيل فيه إلا إذا كان في بعض الآثار و أمّا في تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه، فإذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزلة الزوجة في جميع الآثار فهي زوجة حقيقة، و هكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلك فهو واجب و لا معنى للتنزيل. و المقام من قبيل الثاني فإن الملكية الشرعية التي هي محلّ كلامنا اعتبار شرعي، فإذا نزل غير المالك منزلة المالك في جميع الآثار فلا محالة اعتبر مالكاً و عليه فالكشف الحكمي بهذا المعنى فاسد ثبوتاً»^(٣).

(١) حاشية المكاسب / ٦١.

(٢) كذا، ولكن الصحيح الطواف صلاة، كما يظهر من التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٨/١.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٦٩/٢؛ و نحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٨/١؛ و

مصباح الفقاهة ١٥٢/٤ و ١٥٣.

وجوه الكشف في مقام الثبوت ٤١٣

أقول: أولاً: شريف العلماء لا يقول بترتب جميع آثار الملك من حين العقد حتى يرد إشكال السيّد الخوئي عليه، بل يقول بترتب ما أمكن من الآثار، وهذا غير جميع الآثار فلا يرد الإعتراض.

و ثانياً: ما ورد في كلامه من تنزيل المطلقة الرجعية «منزلة الزوجة في جميع الآثار فهي زوجة حقيقة عجيبة، لأنها إذا كانت زوجة حقيقة فكيف يمكن وصفها بالمطلقة، وما ذكره ليس اعتبار الموضوع تنزيلاً بل هي حقيقة وهو غير معقول، و مراد الشارع تحقّق جميع آثار الزوجية في حقّها مع عدم تحقّق موضوع الزوجية»^(١).

الوجه التاسع: الكشف الحكمي الانقلابي

مرّ^(٢) تعريفه وأنّ الأستاذ المحقّق - مد ظله - يراه: «أتقن الوجوه في مقام الثبوت حيث لا تعارضه الأدلة العقلية و الارتكازات العرفية، و بناءً عليه لا بدّ من الحكم بثبوت الملكية للأصيل قبل الإجازة، و بعدها ينقلب الاعتبار و تثبت الملكية للمشتري من بداية العقد»^(٣).

أقول: يمكن أن أورد عليه أولاً: الشرط لا يتأخر كما مرّ عن جمال المحقّقين^(٤).

و فيه: مرّ جوابه من وجود الفارق بين عالمي التكوين و التشريع فلا نعيد. و ثانياً: عدم معقولية ثبوت حكّمين متغايرين على موضوع واحد و زمان واحد، و إن كان زمان الحكم و الاعتبار يكون متعدداً كما مرّ عن المحقّق النائيني^(٥). و فيه: عدم المعقولية ثابت في الأحكام التكليفية، و أمّا الوضعية فلا و الحكم فيها

(١) العقد النضيد ٢٣٠/٣.

(٢) راجع صفحة ٤٠٠ من هذا المجلد.

(٣) العقد النضيد ٢٣٠/٣.

(٤) حاشية الروضة / ٣٥٨.

(٥) أجود التقريرات ١٨٨/٢.

ناشئة من مصالح في جعلها و اعتبارها كما مرَّ عن السيّد الخوئي^(١)،^(٢).
و ثالثاً: الاعتباران بالنسبة إلى متعلّق واحد في زمانين مختلفين إنّما يتمّ في
القضايا الخارجية و أمّا في القضايا الحقيقية التي لا نظر فيها إلى الخارج فلا يمكن كما
مرّ^(٣).

و فيه: الشارع بالنسبة إلى الأحكام الوضعية ليس بجاعل بل هو ممضٍ لما يعتبره
العقلاء فيها، مضافاً إلى إمكان جعلها بأنّ موضوع الاعتبار الشرعي هي الإجازة، بحيث
إذا تحقّقت الإجازة اعتبر الشارع ملكية المشتري من أوّل العقد.^(٤) كما عن السيّد
الخوئي^(٥).

و رابعاً: ما مرّ^(٦) آنفاً - في الوجه الثامن: الكشف الحكمي - من السيّد الخوئي^(٧)
من استحالة تنزيل تمام الآثار في الأمر الاعتباري الشرعي.

و فيه: أولاً: هنا اعتباران لا اعتبار واحد.

و ثانياً: اختلاف زمان الاعتبارين يكفي في الفرق بينهما.

و خامساً: عدم تمامية هذا الوجه في مقام الإثبات، و الأدلّة لا تشملها كما عليه
الاستاذ المحقّق^(٨) - مد ظله - و هذا هو الإشكال الوحيد في هذا القسم.

ولكن مع ذلك كلّ قال صاحب بشرى الفقاهة - دام ظلُّه - : «إذن لا محذور في

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٤/١.

(٢) راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

(٣) راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

(٤) راجع صفحة ٣٩٣ من هذا المجلد.

(٥) التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٦/١.

(٦) راجع صفحة ٤٠٧ من هذا المجلد.

(٧) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٦٩/٢؛ ونحوها في التنقيح في شرح المكاسب ٤٤٨/١؛ و

مصباح الفقاهة ١٥٢/٤ و ١٥٣.

(٨) العقد النضيد ٢٣٠/٣.

الكشف [الإنقلابي] المختار ثبوتاً فإنه معقول في نفسه و ظاهر من الأدلة المطلقة إثباتاً فيتعين التزامه من دون حاجة إلى دلالة خاصة إثباتية، و مع ذلك دلّت بعض الروايات الخاصة عليه و يأتي التعرض لها و تقريب دلالتها...»^(١).

الوجه العاشر: الكشف الحكمي الصورتى

هذا الوجه هو ما نقله المحقق النائيني عن أستاذه - جدّي - آية الله العظمى الحاج الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني (١٣٠١-١٢٣٥) نجل العلامة النقي صاحب هداية المسترشدين (١٢٤٨-١١٨٥ ح) و اختاره و قال: «حاصله: أن كلّ ما يكون موضوعاً لحكم من الأحكام بتوسط الأمر المتأخر و العنوان اللاحق بحيث كان الأمر السابق بمنزلة المادة الهيولائية و العنوان المتأخر بمنزلة الصورة النوعية فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أوّل تحقّقه.

مثلاً: أخذ عنوان فاضل المؤنة موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أوّل زمان ظهور الربح، ولكن اتصافه بعنوان فاضل المؤنة إنّما هو بعد انقضاء السنة. و هكذا موضوع الزكاة في الغلات هو بلوغ المال بعد انعقاد الحبّ حدّ النصاب و لكنّه معنون ببلوغه هذا الحدّ بعد التصفية، فبعد التصفية لو كان بهذا الحدّ يكشف عن تعلق الزكاة به حين انعقاد الحبّ. و ثمرة هذا الكشف في باب الخمس و الزكاة هي صحة أدائهما قبل تحقّق هذا العنوان. ولو أتلفهما من تعلقاً بماله يحسبان عليه.

و هكذا صحة بيع الزكوى متوقفة على إخراج حقّ الفقراء، فلو أخرجه الساعي أو الوالي أينما وجده يكشف عن صحة البيع من أوّل الأمر. و هكذا في مسألة الركوع فإنه بناءً على أن يكون من أوّل التقوس إلى آخر حدّ الإنحناء ركوعاً يتوقف اتصاف الجزء الأوّل بكونه ركوعاً على لحوق الجزء الأخير، و لكنّه بعد اللحوق يكشف عن كونه ركوعاً من أوّل الأمر.

و بالجملة: كلّ أمرٍ متأخّرٍ كان بمنزلة الصورة للأمر المتقدّم، فالمتقدّم يتحقّق من

(١) بشرى الفقاهاة ٦٥/٤.

أوّل الأمر، و ينكشف بهذا المتأخر وجود المتقدّم في ظرف وجوده»^(١).
و قال في تقريره الآخر: «بأنه كان يجمع بين الأمرين: أعنى بين مفاد قول المحقّق الثاني رحمته بكون الإجازة مصححة للاستناد و يجعل العقد مستنداً إلى المالك المجيز، و بين كون الإجازة إنفاذاً للعقد السابق و موجبة لتأثيره من حين وقوعه، ثم كان يتعدّي عن مورد الفضولي إلى أبواب آخر و يدعي كون الكشف الحكمي على القاعدة»^(٢).
«... و قد فرّع على ما أفاده من انطباق الكشف الحكمي على القاعدة فروعاً كثيرة من أوّل الطهارة إلى كتاب الحج في مدّة تقرب من أربعة أشهر، و لا يخفى أنه أحسن ما افيد في المقام»^(٣).

ثم قال: «و الأجدود بحسب النظر هو تتميم الكشف الحكمي على القواعد بالتقريب... المنقول عن الشيخ محمّد باقر رحمته و توضيحه يتوقف على بيان أمور:
الأوّل: إنّ ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصيناه هو انطباقه على ما أسسه من ضابط الكشف الحكمي أعني كون الأمر المتأخر كالصورة بالنسبة إلى الأمر المتقدّم و الأمر المتقدّم كالمادة الهيولائية، كما يظهر ذلك من المراجعة إلى موارد الشرط المتأخر، مثل الإجازة بالنسبة إلى العقد، و فك الرهانة بالنسبة إلى البيع الواقع على العين المرهونة، و أداء الزكوة و الخمس بالنسبة إلى العقد الواقع على العين الزكوى و الخمس، و إجازة العمّة و الخالة للعقد الواقع على بنت الأخ أو أخت، و سائر النظائر من غير فرق، بين ما إذا كان العقد السابق وارداً على ملك الغير كما في باب الفضولي، أو على ملك العاقد الذي يكون متعلّق حقّ الغير كما في باب عين المرهونة قبل إذن المرتهن.
الثاني: إنّ كلّ أمر متأخر يكون كالصورة بالنسبة الأمر المتقدّم لا يخرج عن أحد نحوين، فإمّا أن يكون بمؤداه و مدلوله ناظراً إلى تنفيذ الأمر السابق و يكون مدلوله المطابقي إنفاذه و ذلك كالإجازة و ما يؤدى معناها من الإضاء أي إنشاء الإجازة بلفظ

(١) منية الطالب ٦٢/٢.

(٢) المكاسب و البيع ٧٨/٢.

(٣) المكاسب و البيع ٨٤/٢.

أمضيت ونحوه وإما يكون متمماً للأمر السابق و موجباً لفعليته من غير أن يكون مدلوله المطابقي إنفاذاً له، و ذلك كما في فك الرهانة حيث أنه ليس ناظراً إلى إنفاذ البيع السابق كالإجازة لكنّه يوجب تمامية البيع السابق بعد تحقّق تمام أركانه، فكم فرق بين القبض في باب السلم مثلاً، و بين فك الرهانة في بيع عين المرهونة، حيث أنّ القبض لا يكون موجباً لتأثير العقد السابق بخلاف فك الرهانة فإنّ الرهن كان مانعاً عن نفوذ البيع و بالفك يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره.

وإن شئت فقل: ضابط ما كان الأمر المتأخر كالصورة بالقياس إلى الأمر المتقدّم، هو كون الأمر المتأخر موجباً لرفع المانع عن تأثير الأمر المتقدّم من غير فرق بين أن يكون المانع لأجل ورود العقد على ملك الغير أو وروده على متعلّق حقّ الغير، و سواء كان لسان الأمر المتأخر لسان إنفاذ الأمر السابق أو صرف رفع المانع المترتب عليه إنفاذ الأمر السابق.

الثالث: إنّ معنى الكشف الحكمي هو ترتيب الآثار السابقة على الأمر المتأخر المترتبة على الأمر المتقدّم من حين تحقّق الأمر المتأخر لكن لا مطلقاً بل كلّما يمكن ترتيبها زمان الأمر المتأخر فبالإجازة يترتب كلّ أثر ترتب على الملكية من حين العقد إلى زمان الإجازة من الآثار التي مافات وقت ترتبها وقت الإجازة، و أمّا ما لا يمكن ترتيبها حين الإجازة فلا يترتب بالإجازة، و على هذا فلو وقع النكاح على إمرة ثمّ زني بها فأجازت بعد الزنا لم يكن الزنا بذات البعل إذ الزنا بها إنّما هو بالوطيء على إمرة تكون في حال الزنا بهادات البعل و هذه المرة بالإجازة تصير ذات البعل، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الإجازة.

الرابع: إنّ المُنشأ بالعقد و إنّ لم يكن مقيداً بزمان الإنشاء عقلاً كما قدمناه، بمعنى أنه ليس الملكية المقيدة بكونها في حال البيع مُنشأةً بالإنشاء. بل الملكية بما هي بلا تقييد بزمان هي المُنشأ لكن العرف يرون المُنشأ حاصلاً حين الإنشاء أعني بحسب الفهم العرفي يكون المُنشأ هو الملكية المقيدة بحال الإنشاء، فإذا تعلّق بها إجازة أو ما يؤدي مؤاذه يرونها بسبب الإنفاذ اللاحق حاصلة من حين الإنشاء، فالإجازة اللاحقة تؤثر

عندهم في تأثير العقد السابق من حينه لا من حين الإجازة.

الخامس: إنَّ ما ورد في الشرع ممَّا يدل على الكشف يكون إمضاء لذلك الأمر الإرتكازي العرفي، ويكون جريباً على ما يفهم العرف من الكشف الحكمي، وذلك كخبر محمَّد بن قيس^(١) المتقدِّم الوارد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب، وفيه قال عليه السلام: فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه (الخ) حيث يترتب على إجازة سيّد الوليدة بيع ابنه، صيرورة الوليدة أم ولد للمشتري، بمعنى أنّ الإجازة و تنفيذ البيع تصير منشأ لترتيب هذا الأثر أعني صيرورة الوليدة أم الولد في زمان ولادتها الذي هو قبل الاجازة، وكالخبر^(٢) الوارد في تزويج الصغيرين فضولاً الأمر بعزل الميراث من الزوج المدرك الذي أجاز فمات بعد الإجازة للزوجة الغير المدركة إلى أن تدرك و تحلف على أنّها أجازت للزوج لا لأجل أخذ الإرث، فإنّه يترتب على إجازتها ملكية سهمها من الإرث من حين وفاة الزوج.

فإن قلت: الخبر الأوّل وإن كان يلائم الكشف الحكمي لكن الثاني لا يستقيم إلا على الكشف الحقيقي بمعنى تحقّق الزوجية من حين العقد واقعاً لا تحقّقها من حين الإجازة مع ترتيب آثار الزوجية من حين العقد و ذلك لعدم استقامة الحكم بعزل سهم الزوجة لو لا الكشف الحقيقي لأنّه يكون ملكاً لسائر الورثة حينئذ، وإنّما يصير ملكاً للزوجة بالإجازة، فلا وجه للحكم بعزل ما دخل في ملك الغير واقعاً كما لا يخفى.

قلت: الحكم بالعزل حكم احتياطي شرع لرعاية حقّ الزوجة لئلا يضيع حقّها بعد الإجازة و لا محمل له إلا ما ذكرناه وإلا فلا يستقيم حتّى على الكشف الحقيقي أيضاً، و ذلك لانتقال الملك إلى سائر الورثة بواسطة استصحاب عدم صدور الإجازة عن الزوجة أي الأصل الجاري في إثبات عدم تحقّق الأمر المتأخر فيما إذا كان له أثر في المتقدّم المعبر عنه بالاستصحاب في الأمور المستقبلية.

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإماء، صحيحة.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ١، الباب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، صحيحة أبي عبيدة.

و الحاصل: إنَّ الاستفادة من أدلة الفضولي ليس أزيد من الكشف الحكمي على الضابط الذي مهّده في تطبيقه على القاعدة فيكون إمضاء للأمر الإرتكازي و على هذا فيكون الكشف الحكمي مطابقاً مع القاعدة فيقال به ولو في غير مورد الدليل، و لا يجب فيه الاقتصار على مورد و هو المطلوب»^(١).

ولكن المحقّق النائبي مع اختياره هذا القول و إثباته في درسه اعترض عليه بقوله: «و فيه: أنّه إذا كان العنوان اللاحق بمنزلة الصورة و السابق بمنزلة المادّة فلا بدّ من الالتزام بالنقل، لأنّ فعلية الشيء إنّما هي بالصورة، و بالجملة: مع دخل المتأخر في تحقّق اتصاف السابق بوصف الموضوعية يستحيل اتصافه بهذا الوصف قبل تحقّق المتأخر و مجرداً عنه»^(٢).

و قال في تقريره الآخر: «ولكنّه لا يخلو أيضاً عن المنع حيث أنّ السؤال عن دخل الإجازة المتأخّرة بعد باق على حاله فيقال: ذلك الأمر المتأخر إمّا يكون دخيلاً في نفع الصورة في الأمر المتقدّم أو لا؟ و إن لم يكن دخيلاً يكون خلفاً، و إن كان دخيلاً فلا تتحقّق له الصورة إلاّ عند تحقّق الأمر المتأخر فيجب ترتب الأثر المترتب عليه حين الأمر المتأخر لا أن يترتب عليه قبله»^(٣).

المناقشات

و جعل الأستاذ المحقّق - مد ظله - هذا الاعتراض هو مناقشته الأولى^(٤) على النائبي! مع أنّه مذکور في كلامه.

و أمّا مناقشته الثانية و الثالثة فهما و اردتان على الأمر الرابع من أمور النائبي: فذهب من الثانية^(٥) إلى عدم إمكان الجمع بين هذا الأمر و قاعدة العقود تابعة للقصد، لأنّ إذا باع البائع قاصداً به الملكية الغير المقيدة كيف يحقّ للعرف أن يحمل بيعه

(١) المكاسب و البيع ٢/ (٨٩-٨٥).

(٢) منية الطالب ٢/ ٦٢.

(٣) المكاسب و البيع ٢/ ٨٤.

(٤) العقد النضيد ٣/ ٢١٦.

(٥) العقد النضيد ٣/ ٢١٦.

على أنه قاصد الملكية من حين العقد؟! وما الدليل على حجية هذا الحمل العرفي؟! و ذهب في الثالثة^(١) إلى: أن الإرتكاز العرفي المُدعى لا يجمع مع التصريح بالكشف الحكمي بمعنى ترتب آثار الملكية من حين العقد برغم عدم ثبوت الملكية في تلك الفترة!

و حاصل إشكاله الأخير عدم إمكان الجمع بين الإرتكاز و التصريح.

الجواب عن المناقشات الثالثة

أقول: المحقق النائيني يرفع اليد عن المناقشة الأولى و أختار قول أستاذه و لعلّ الوجه في ذلك: بأنّ فعلية الهيولاء و المادة و نوعيتها تكون بالصورة و مادام لم يتحقق الصورة لم يتحقق المادة فعلاً بهذه الصورة الموجودة ولكن المادة قبلها موجودة في نفس الأمر، و في الفضولي ما لم يتحقق الإجازة، لا يتحقق العقد ولكن إذا تحققت الإجازة وقع العقد من حينه و يترتب عليه آثاره من حين وقوعه، لا من حين الإجازة.

و أمّا المناقشة الثانية: فإنّ الملكية المطلقة عند العرف تُحمل على وقوعها من حين العقد و هذا لا ينافي قاعدة العقود تتبع القصد كما أنّ البيع المطلق تحمّل عند العرف على النقد و الحال.

و أمّا المناقشة الثالثة: فإنّ الإرتكاز العرفي جارٍ بالنسبة إلى حمل الملكية المطلقة على وقوعها من حين العقد ولكن يقيد به بما بعد صدور الإجازة لزوم انتساب العقد إلى صاحب أمره و مالكه المعتبر عند العقلاء و الممضى بالأدلة الشرعية.

فلا تتم الإشكالات الثلاثة و تمّ مختار الشيخ الجدهيّ^(١).

هذا كلّه بالنسبة إلى مقام الثبوت.

فذلكة الكلام حول الوجوه في مقام الثبوت

قد عرفت استحالة ألوجه الثالث (الكشف الحقيقي التقديري)، و الرابع (الكشف الحقيقي التام)، و السادس (الكشف الحقيقي الدهري)، و الباقي منها في مقام الثبوت ممكن فلا بدّ من مراجعة مقام الإثبات لتعيين الوجه المختار، و الحمد لله.

الوجوه في مقام الإثبات

أبحث في هذا المقام عن الأدلة الواردة في صحة بيع الفضولي و مدى دلالتها بالنسبة إلى أن الإجازة ناقلة أو كاشفه و في الكشف تدلّ على أيّ الوجوه من الوجوه الممكنة في مقام الثبوت.

الأول: الإطلاقات و العمومات

نحو الآيات الثلاث^(١)، و من الواضح أوّل زمان يصير العقد الفضولي مصداقاً لها هو زمن الإجازة فتدلّ على النقل، لا الكشف، فلا أدري ما المراد من قول صاحب بشرى الفقهة^(٢) من ظهور الأدلة المطلقة في الكشف الانقلابي إثباتاً؟!

الثاني: حديث عروة البارقي^(٣)

يدلّ على الكشف الحقيقي الشرطي أو التعقبي لما ورد فيه من تصرف عروة في الشاتين بالبيع وإقباض شاة إلى المشتري و قبض دينار منه، و لم ينه النبي ﷺ عن هذه الأفعال.

(١) سور المائدة ١/؛ النساء ٢٩/؛ البقرة ٢٧٥/.

(٢) راجع بشرى الفقهة ٦٥/٤.

(٣) مسند احمد ٣٧٦/٤؛ السنن الكبرى ١١٢/٦.

الثالث: صحيحة محمّد بن قيس^(١)

ظاهرة في الكشف كما صرح به في الدروس^(٢)، لأنّ المشتري وطئ الجارية و
رُزق منها الولد، و انتسب الولد إليه و صار ابنه و صارت الجارية أمّ ولده، و لم يـ
أمير المؤمنين عليه السلام من هذه الأمور، ولكنّها ظاهرة في أقسام الكشف الحقيقي الممكنة في
مقام الثبوت، كما يمكن حملها على الكشف الحكمي الصورتي كما مرّ من المحقّق
النائبي^(٣).

الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي^(٤)

يدلّ على النقل لا الكشف، لعدم جواز ترتّب آثار الزوجية قبل الإجازة و الإذن.

الخامس: الروايات الواردة في الاتجار بمال اليتيم^(٥)

تدلّ على الكشف في بعض احتمالاته - و هو ظهور إذن الولي بعد الريح للأجنبي
في الاتجار بمال اليتيم - ولكن الكشف الحقيقي بأقسامه الأربعة الممكنة.

السادس: معتبرة مسمع أبي سيار^(٦)

تدلّ على الكشف الحقيقي بأقسامه الممكنة.

السابع: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله و بني هاشم^(٧)

هذه الواقعة لا تدلّ على أكثر من النقل.

(١) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٢) الدروس ٢٣٣/٣.

(٣) المكاسب و البيع ٨٨/٢.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٢٠٠.

(٥) راجع هذا المجلد، صفحة ٢١٧.

(٦) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح ١، الباب ١٠ من أبواب كتاب الوديعة.

(٧) راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٠، الوجه الثاني عشر.

الثامن: التصدق بمجهول المالك و اللقطة^(١)

يدلّ على الكشف الحكمي بأقسامه الثلاث.

التاسع: أخبار تحليل خمس في الموارد الخاصة^(٢)

تدلّ على الكشف الحقيقي لوجود التصرفات فيها قبل إجازة الإمام^(٣)، بوجوه

الممكنة.

العاشر: إجازة السيّد عقد العبد^(٤)

ظاهرة في الكشف الحقيقي بأقسامها الممكنة.

الحادي عشر: صحيحة أبي عبيدة^(٥)

«ظاهرة في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك

سائر الورثة كان العزل مخالفاً لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم...»^(٥).

كما يمكن حملها على الكشف الحكمي الصوري كما مرّ من المحقّق النائيني.^(٦)

فذلكة القول في مقام الإثبات

قد عرفت نهوض الدليل على الكشف الحقيقي بأقسامه الممكنة - و لأقل من

القسمين الأوّلين - و على الكشف الحكمي الصوري، فلا بدّ من القول بالكشف بهذه

الأقسام الثلاثة أعني الكشف الحقيقي الشرطي أو الكشف الحقيقي التعقبي أو الكشف

الحكمي الصوري، فاختر أيّ منها شئت، و الحمد لله الكاشف بالتوفيق عن المبهمات،

الواهب لما يشاء تحقيق الحقّ بالأدلة البيّنات.

(١) راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.

(٢) راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٥، الوجه الخامس عشر.

(٣) راجع هذا المجلد، صفحة ٢٥٧، الوجه السادس عشر.

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

(٥) المكاسب ٣/٤٠٩.

(٦) المكاسب و البيع ٨٨/٢.

ثمرة النزاع بين الكشف و أقسامه و النقل

هاهنا جهات ثلاث لابدّ من البحث حولها:

الجهة الاولى: الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي

و هما الأولان من أقسام الكشف الحقيقي أي الشرطي و التعقيبي، ذهب الشيخ الأعظم بأنّ الثمرة بينهما «يظهر في جواز التصرف كلّ منهما [أي من المتعاقدين] فيما إنتقل إليه بإنشاء الفضولي إذا علم إجازة المالك فيما بعد»^(١) بناءً على التعقيبي دون الشرطي.

و ظاهر كلامه: إنّ التصرف فيما إنتقل إليه قبل الإجازة بناءً على شرطية الإجازة [القول الأول] حرام واقعاً لأنّه تصرفٌ في مال الغير، وأمّا بناءً على أنّ الشرط هو تعقب العقد بالإجازة [القول الثاني] فلا، لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد كان ملحقاً و متعقباً بالإجازة واقعاً، فيجوز التصرف واقعاً.

و فيه: كلامه بالنسبة إلى التعقيبي كلام متين و أمّا بالنسبة إلى الشرطي فلا، و لابدّ بأن يلتزم بإباحة التصرفات فيه واقعاً، لأنّ في الكشف الحقيقي الإجازة بوجودها المتأخر تؤثر في الملكية المتقدمة و تكشف عن الملكية حال العقد فتجوز التصرفات واقعاً. هذا أولاً.

(١) المكاسب ٤١٠/٣.

و ثانياً: إن قوله هنا مُنافٍ لما يأتي لاحقاً منه: «فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه»^(١).
وجه التنافي: حكم أولاً بعدم حلية التصرفات بناءً على الكشف الحقيقي فيما إذا كان الإجازة شرطاً، و ثانياً حكم بحلية مثل الوطاء واقعاً بناءً على الكشف الحقيقي الشرطي. و القولان متنافيان^(٢).

و بالجملة: لم تظهر الثمرة بين قولي الكشف الحقيقي، لأنها بناءً على الشرطي تكون تصرفات المشتري إذا علم بلحوق الإجازة حلال ظاهراً و واقعاً لتحقق الملكية من حين العقد بعد الإجازة، و إن لم يعلم بلحوقها فإن تصرفاته محرمة ظاهراً و محللة واقعاً. و أمّا بناءً على التعقبى: فالتصرفات - إذا علم بلحوق الإجازة - كانت محللة واقعاً و ظاهراً لتحقق الملكية من حين العقد إذا لحقه الإجازة، و أمّا إذا لم يعلم بلحوق الإجازة فتكون تصرفاته محللة واقعاً - إذا لحقت الإجازة - و حراماً ظاهراً بمقتضى استصحاب عدم تحققها.

و الحاصل: لم تتحقق الثمرة بين الكشف الحقيقي الشرطي و التعقبى خلافاً للشيخ الأعظم رحمته الله.

الجهة الثانية: الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي

قال الشيخ الأعظم: «و أمّا الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي مع كون نفس الإجازة شرطاً يظهر في مثل ما إذا وطئ المشتري الجارية قبل إجازة مالها فأجاز، فإن الوطاء على الكشف الحقيقي حرام ظاهراً، لأصالة عدم الإجازة، حلال واقعاً لكشف الإجازة عن وقوعه في ملكه»^(٣).

(١) المكاسب ٤١٠/٣.

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٥١/١؛ و محاضرات في الفقه الجعفري ٣٧١/٢؛ كتاب البيع ٢٥٢/٢ للسيد الخميني رحمته الله.

(٣) المكاسب ٤١٠/٣.

أقول: قد مرَّ آنفاً تنافي هذا القول - أي الحلية الواقعية - بناءً على الكشف الحقيقي مع ما مرَّ منه من الحرمة الواقعية.

نعم، ما أفاده بناءً على الكشف الحكمي من حرمة الوطاء واقعاً تام، لأنَّ قبل الإجازة الأمة باقية على ملك مالكها فيكون الوطاء في غير الملك وهو حرام ولو فرضناه عالماً بأنه سيعتبر مالكا لها، فالحرمة الواقعية والظاهرية - لأصالة عدم تحقق الإجازة - جاريتان في المقام.

و بالجملته: بناءً على قولي الكشف الحقيقي الوطاء حرام ظاهراً و حلال واقعاً، و على الكشف الحكمي يكون حراماً ظاهراً و واقعاً. لعدم إمكان جريان الحليَّة في التصرف الواقع في ملك الغير.

ثمَّ إنَّ هاهنا فرْعَيْنِ: تظهر الثمرة فيهما:

الفرع الأوَّل:

ما قاله الشيخ الأعظم: «ولو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي و الحكمي لأنَّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضياً ترتّب حكم وقوع الوطاء في الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاء على الحكمي، لعدم تحقّق حدوث الولد في الملك و إن حكم بملكيتته للمشتري بعد ذلك»^(١).

أقول: بناءً على قولي الكشف الحقيقي لا إشكال في صيرورة أمة أمّ ولداً بالاستيلاء لأنَّ الإجازة كاشفة عن وقوع الوطاء في ملك الواطيء فتصير الأمة أمّ ولد له.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي فيحتمل الشيخ الأعظم احتمالين:

الأوَّل: الأمة تصير أمّ ولد بالاستيلاء للزوم ترتيب أحكام الملكية السابقة التي

منها صيرورة الأمة أمّ ولد للمشتري.

الثاني: عدم صيرورتها أمّ ولد لوقوع الوطوي في ملك الغير، لأنَّ من شرائط

الاستيلاء وقوع الوطوي في ملك الواطيء و حليته.

وَ أَصْرَ الْمُحَقِّقِ الْإِيرَوَانِيِّ ^(١) عَلَيَّ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ وَ أَنَّ الْإِسْتِيلَادَ صَحِيحًا
بِدَعْوَى أَنَّ الْكَشْفَ الْحَكْمِيَّ مُشْتَرِكٌ مَعَ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ فِي جَمِيعِ الْآثَارِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ
مُحْتَاجٌ إِلَى التَّنْزِيلِ دُونَ الْكَشْفِ الْحَقِيقِيِّ.
وَ تَبِعَهُ السَّيِّدُ الْخَمِينِيُّ ^(٢).

وَلَكِنِ الْمَخْتَارُ هُوَ الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي لِأَنَّ ظُهُورَ أُدْلَةٍ اسْتِيلَادِ الْأُمَّةِ يَكُونُ عَلَى
الْوَطْءِ الْحَلَالِ، حِينَ الْوَطْءِ، وَ حَيْثُ بِنَاءٌ عَلَى الْكَشْفِ الْحَكْمِيِّ يَكُونُ الْأُمَّةُ مُلْكًا لِلْغَيْرِ
قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَيَقَعُ الْوَطْءُ فِي مُلْكِ الْغَيْرِ فَيَكُونُ حَرَامًا، فَلَا يَتَحَقَّقُ شَرْطُ الْإِسْتِيلَادِ.
كَمَا مَرَّ ^(٣) مِنَ الْمُحَقِّقِ النَّائِبِيِّ قَوْلُهُ فِي تَرْتِيبِ الْآثَارِ الْمُمْكِنَةِ عَلَى الْكَشْفِ
الْحَكْمِيِّ: «فَلَوْ وَقَعَ النِّكَاحُ عَلَى إِمْرَأَةٍ [فَضُولًا] ثُمَّ زُنِيَ بِهَا فَأُجَازَتْ بَعْدَ الزَّانَا، لَمْ يَكُنِ الزَّانَا
بِذَاتِ الْبَعْلِ، إِذِ الزَّانَا بِهَا إِنَّمَا هُوَ بِالْوَطْءِ عَلَى إِمْرَأَةٍ تَكُونُ فِي حَالِ الزَّانَا بِهَا ذَاتِ الْبَعْلِ وَ
هَذِهِ الْمَرْأَةُ بِالْإِجَازَةِ تُصِيرُ ذَاتَ الْبَعْلِ، فَلَا يُمْكِنُ تَرْتِيبُ آثَارِ الزَّانَا بِذَاتِ الْبَعْلِ عَلَى الزَّانَا
بِهَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ» ^(٤).

وَ قَالَ: «... فَالْحَقُّ عَدَمُ صَيْرُورَةِ الْمَوْطُوءَةِ أُمًَّ وَ لِدٍ بِنَاءً عَلَى الْكَشْفِ الْحَكْمِيِّ لِأَنَّهُ
إِذَا حُرِّمَ عَلَيْهِ الْوَطْءُ وَاقِعًا لِعَدَمِ كَوْنِهَا مُلْكًا لَهُ فَبِالْإِجَازَةِ لَا يُمْكِنُ تَرْتِيبُ هَذَا الْأَثَرِ مِنْ
حِينَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ كَوْنَ الْمَوْطُوءَةِ أُمًَّ وَ لِدٍ مُتَرْتَّبٌ عَلَى الْمُلْكِ، لَا عَلَى مَا هُوَ فِي حُكْمِ الْمُلْكِ،
وَ لَوْ قُلْنَا بِأَنَّ الْكَشْفَ الْحَكْمِيَّ مُطَابِقٌ لِلْقَاعِدَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَالِكِ قَلْبُ الْحَرَمَةِ إِلَى الْحَلِيَّةِ، وَ
لَا قَلْبُ غَيْرِ الْمُلْكِ إِلَى الْمُلْكِ، بَلْ لَهُ إِنفَاذٌ مَا وَقَعَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْآثَارِ الَّتِي يَكُونُ الْعَقْدُ بِالنِّسْبَةِ
إِلَيْهَا تَمَامَ الْمَوْضُوعِ... وَ هَذَا لَا يَنَافِي كَوْنَ وَ لِدِهَا حَرًّا لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنَ النَّمَاءِ» ^(٥).
أَقُولُ: الْوَطْءُ لَا يَبْدَأُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمُلْكِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْإِسْتِيلَادُ شَرْعًا، وَ الزَّانَا لَا يَبْدَأُ أَنْ

(١) حاشيته على المكاسب ٢/٢١٦.

(٢) كتاب البيع ٢/٢٥٣.

(٣) راجع صفحة ٤١٢ من هذا المجلد.

(٤) المكاسب و البيع ٢/٨٧.

(٥) منية الطالب ٢/٦٨.

يقع على ذات البعل حتّى تتحقّق الحرمة الأبدية و حدّ القتل، و حيث في الموردین لم يتحقّق الملك و لا ذات البعل فلا يتحقّق الاستيلاء و لا الحرمة الأبدية و القتل.

الفرع الثاني:

قال الشيخ الأعظم: «ولو نقل المالك أمّ [الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقي، لانكشاف وقوعه في ملك الغير - مع احتمال كون النقل بمنزلة الردّ - و بقي صحيحاً على الكشف الحكمي، و على المجيز قيمته [قيمتها]، لأنّه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضياً من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما في الفسخ بالخيار مع انتقال متعلّقه بنقل لازم»^(١).

اختلفت أنظار الأعلام حول ما هو الأرجح في ضبط عبارة الشيخ الأعظم هل هي: «أمّ الولد... و على المجيز قيمتها»، أو «الولد... و على المجيز قيمته»، و الفقهاء المامقاني^(٢)، و اليزدي^(٣)، و النائيني^(٤) و الإيرواني^(٥) على الأوّل. و الإيشكوري^(٦) و الأصفهاني^(٧) و الخوئي^(٨) على الثاني.

و نحن نبحت الفرع و ظهور الثمرة فيه على النسختين:

النسخة الأولى: «لو نقل المالك أمّ الولد... و على المجيز قيمتها».

توضيحها: لو نقل المالك أمّ الولد - التي باعها الفضولي و وطأها المشتري و

(١) المكاسب ٤١١/٣.

(٢) غاية الآمال / ٣٨٠.

(٣) حاشيته على المكاسب ١٨٨/٢.

(٤) منية الطالب ٦٩/٢ و ٧٠.

(٥) حاشيته على المكاسب ٢٦٠/٢.

(٦) بغية الطالب ١/٣٨٥.

(٧) حاشيته على المكاسب ٢/١٥٥.

(٨) التنقيح في شرح المكاسب ٤٥٩/١؛ محاضرات في الفقه الجعفري ٣٧٨/٢؛ مصباح الفقاهة

صارت ذات ولدٍ منه - عن ملكه ببيعٍ أو هبةٍ قبل أن يُجيز عقد الفضولي ثم أجازه:
بناءً على الكشف الحقيقي - و على جهل المالك بالبيع الفضولي - يحتمل
الأمران:

الأول: بطلان النقل

لأن الإجازة المتأخرة كشفت عن دخول أمّ الولد في ملك من اشتراها من الفضولي
من حين بيعها منه، فنقل المالك لأمّ الولد نقلً لمال الغير و هو غير نافذ، فيحكم ببطلانه، و
صحة بيع الفضولي بعد الإجازة.

الثاني: صحة النقل

لأن نقل المالك أمته قبل إجازة بيع الفضولي، يكون ردّاً له، فيصح النقل و تبطل
الإجازة لعدم وجود موضوع لها. لأن الأمة تنتقل إلى من اشتراها من مالِكها لا من
الفضولي.

و أمّا لو كان المالك عالماً ببيع الفضولي و نقل الأمة إلى الغير بهبةٍ أو بيع، يكون هذا
النقل ردّاً لبيع الفضولي قطعاً.

و بنا على الكشف الحكمي: فيصح نقل المالك لأمّ الولد، لأنها باقية على ملكه،
و إذا أجاز بيع الفضولي يكون صحيحاً فيتحقّق من المالك عقدان صحيحان على المبيع
الواحد الشخصي - أي الأمة - فيتعيّن تسليم الأمة إلى المشتري من الفضولي، و دفع
قيمتها إلى من نقلها المالك إليه.

نظير تصرّف من عليه الخيار في المبيع الخياري بناقل لازم إذا فسخ ذو الخيار بعد
ذلك، حيث حكموا بصحة التصرف الناقل و بصحة الفسخ و اشتغال ذمة من عليه الخيار
بالبديل من المثل أو القيمة.^(١) هذا كلّ بناءً على النسخة الأولى.

و أمّا النسخة الثانية: «لو نقل المالك الولد... و على المجيز قيمته».

فتوضيحتها: لو نقل المالك الولد ثم أجاز بيع الفضولي فعلى الكشف الحقيقي

(١) راجع هدى الطالب ٨٥/٥.

٤٣٠..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

يبطل نقل الولد، لأنَّ الإجازة كشفت عن كون الأمة و ولدها ملكاً للمشتري من حين العقد، و نقل المالك للولد تصرّف في ملك الغير فيبطل.
و احتمال أن تكون الإجازة لغواً و بيع النماء [الولد] يكون ردّاً للعقد الفضولي فيقع بيع الولد صحيحاً لا محالة.

و بناءً على الكشف الحكمي: يصحّ نقل الولد، لأنّه يكون نماءً لملكه و لم يتعلّق به حقّ غيره. و حيث أجاز بيع الفضولي للأمة فقد أتلّف على المشتري نماءها فيضمن المالك له بدله فيجب دفع قيمة الولد إلى المشتري.
هذا توضيح ما ذكره الشيخ الأعظم في المقام.

أقول: التصرفات الصادرة من المجيز قبل الإجازة على قسَمَيْنِ:

الأوّل: التصرفات المنافية للعقد الفضولي

و هي التصرفات التي لا يبقى معها محلٌّ للإجازة، كما إذا زوّجت المرأةً فضولاً ثمّ أنّها مع الجهل بالعقد الفضولي زوّجت نفسها من آخر، التزويج الثاني ينافي العقد الفضولي و لا يبقى معه محلٌّ للإجازة و يكون ردّاً عملياً للعقد الفضولي، إذا لا يمكن تزويج المرأة من زوجين في زمان واحد.

و أمّا مع العلم بالعقد الفضولي فأقدامها على التزويج الثاني يعدّ ردّاً لما أصدره من الفضولي قطعاً.

إن قلت: يمكن أن يقال عكس ما ذكرنا بأنّ الإجازة المتأخّرة تكشف عن العقد الثاني بأنّه وقع على زوجة الغير فيكون باطلاً و العقد الفضولي يكون تاماً.

قلت: المرأة تكون ذات اختيار و زوّجت نفسها من الثاني فشملتها العمومات فيصحّ عقدها. و بعد الحكم بصحة العقد الثاني لا يبقى محلٌّ للإجازة المتأخّرة للعقد الفضولي لبطلان العقد على المرأة المتزوّجة من الغير. و لما مرّ في باب الأمارات من الأصول من أنّ الموضوع لأحد الدليلين إذا كان تنجيزياً و متحقّقاً بالفعل فلا محالة يترتّب عليه حكمه و لا يبقى محلٌّ لموضوع الدليل الثاني المتوقف على عدم موضوع الدليل الأوّل.

و الحاصل: الأدلة العامة في عقد الفضولي إنما توجب صحة الفضولي من جهة استناده إلى من يملك أمر العقد، و هذا الاستناد لا يتحقق مع العقد الثاني فلا تشمله العمومات. و الأدلة الخاصة في صحة الفضولي لا إطلاق لها حتى تشمل ما نحن فيه. و لا فرق في ما ذكرناه بين كسفي الحقيقي و الحكمي.

الثاني: التصرفات غير المنافية للعقد الفضولي

و هي التصرفات التي يبقى معها محل للإجازة كما إذا باع المالك أمته أو وهبها أو صالحها أو أعتقها ثم علم أن الفضولي قد باعها من آخر فأجاز بيع الفضولي. هذا التصرف ليس منافياً للعقد الفضولي لأن بقاء العوضين ليس شرطاً في الإجازة فلا يعتبر وجودهما حين استناد العقد إلى المالك، لأن مع عدم بقائه ينتقل إلى البديل.

و الوجه في ذلك: أن الإجازة كالفسخ و الرد تتعلق بالعقد و إن كان الرد دفعاً و الفسخ رفعاً من حينهما و هما مشتركان في تعلّقهما بالعقد. و تتبعهما الإجازة فالمعتبر أن يكون المجيز مالكاً حين العقد لا حين الإجازة و إلا فلا تعقل الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي لأن المفروض أن المشتري صار مالكاً للمال من حين العقد فالمال يكون ملكاً له حين الإجازة و كان خارجاً عن ملك المجيز حين الإجازة فلا يقبل الإجازة منه، فالمعتبر أن يكون المجيز مالكاً للمال حين العقد لا حين الإجازة.^(١)

و ممّا ذكرناه يظهر عدم تمامية مقالة المحقق النائيني من الحكم بلغوية الإجازة في ما نحن فيه لأن «المالك يجوز له التصرف في متعلق عقد الفضولي ولو كان عالماً بصدور العقد منه، فإذا جاز له التصرف نفذ تصرفه و إذا نفذ فلا يبقى محل للإجازة لصيرورة المالك إجنبياً»^(٢).

و قال المحقق السيّد الخوئي في مقالة استأذنه: «و السرّ فيما أفاده أن الإجازة عنده

(١) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٥٦/١.

(٢) منية الطالب ٦٩/٢.

تتعلَّق بالعين لا بالعقد و من الواضح أنَّ البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات الناقلة تخرج العين عن ملك المجيز فلا يبقى مجال للإجازة لانتفاء متعلِّقها و موضوعها»^(١).
 أقول: وجه الظهور ما مرَّ منَّا من أنَّ الإجازة كالفسخ و الردَّ تتعلَّق بالعقد لا بالعين. ثمَّ بناءً على الكشف الحقيقي حيث لا يكون هذا التصرف - النقل أو العتق - منافياً للعقد الفضولي و يبقى محلَّ الإجازة و أجاز المالك ينتقل المال - الأمة - إلى المشتري من حين العقد فيبطل النقل أو العتق كما احتمله الشيخ الأعظم^(٢) أولاً.
 و أمَّا بناءً على الكشف الحكمي فانتقال المال - الأمة - إلى المشتري يكون بعد الإجازة فيكون المال باقياً على ملك مالكة و انتقله إلى الغير أو أعتقها فالإنتقال و العتق يكونان تامان. و كذلك الإجازة نافذة للعقد الفضولي و حيث أنَّ المالك أتلف المال على المشتري بالإنتقال أو العتق، فينتقل حقُّ المشتري بالبدل من المثل أو القيمة. و هذا هو مقتضى الجمع بين الأدلة الدالة على صحة تصرفات المالك في ماله و بين أدله و جوب الوفا بالعقد بعد الإجازة.

هذا كلُّه على النسخة الأولى أي أم الولد.

و أمَّا على النسخة الثانية أي الولد

فأقول: على القول بالكشف الحقيقي: و جهل المالك بالبيع الفضولي لو نقل أو أعتق الولد [النماء] إلى الغير ثمَّ أجاز البيع الفضولي يبطل نقله أو عتقه، لأنَّ بالإجازة تكشف عن ملكية العين و بتبعها النماء [الولد] للمشتري، فالمالك باع ملك الغير فيكون باطلاً أو لأقلَّ من أنَّ يكون فضولياً.

و أمَّا احتمال صحة نقل الولد و لغوية الإجازة و بطلان الفضولي الذي ذكره الشيخ الأعظم لا يجري عندنا لأنَّ مجرد بيع النماء [الولد] و التصرف في منافع المبيع لا يمكن أن يكون ردّاً فعلياً للمعاملة الصادرة فضولة، و السرِّ في ذلك أنَّ الردَّ كالإجازة من الأمور

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٥٦/١.

(٢) المكاسب ٤١١/٣.

القصدية، فاذا كان المالك جاهلاً بوقوع المعاملة الفضولية أو باع النماء مع بنائه على الإجازة لا يعد ذلك إنشاءً للردّ.

نعم، لو كان المالك عالماً بالبيع الفضولي و قصد بنقل النماء [الولد] ردّ المعاملة الفضولية يكون ذلك ردّاً و يقع نقل النماء [الولد] صحيحاً.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي: و جهل المالك بالبيع الفضولي، فيكون تصرف المالك في الولد [النماء] في ملكه و يقع صحيحاً إلاّ أنّه يدفع قيمة النماء [الولد] إلى المشتري بعد إجازة البيع، لدخول النماء [الولد] في ملك المشتري بعد الإجازة و مقتضى الجمع بينهما هو الحكم بصحة النقل و تغريم القيمة للمشتري.

ولكن استشكل المحقّق النائي على ما ذكرناه - و هو توضيح لمقالة الشيخ الأعظم - بقوله: «... أنّ مثل هذا النماء المنفصل المستقل لا وجه لكونه تبعاً للعين، فلو أجاز بيع الأمّ فبناءً على الكشف الحقيقي يصحّ أن يقال: الولد للمجاز له تبعاً، لأنّه حدث في ملكه. و أمّا بناءً على الكشف الحكمي فالمفروض أنّه لم يحدث في ملكه و إنّما يحكم تبعاً أو قاعدةً أنّه في حكم حدوثه في الملك، و هذا التبع أو القاعدة إنّما يصحّ إذا كان للإجازة محلّ، و بعد صحة النقل لا يتعلّق للمجاز له حقّ به حتّى يجب على المجيز بدله جمعاً بنى الحقيين»^(١).

و أجابه تلميذه السيّد الخوئي بقوله: «هذه المناقشة ظاهرة الاندفاع، لأنّ الحكم بالملكية ليس بلحاظ حال الانعدام، و إنّما هو بلحاظ حال الوجود، فمن الآن يحكم بأنّ الموجود سابقاً ملك للمشتري فيترتب عليه وجوب دفع القيمة»^(٢).

و قال في تقريره الآخر: «لأنّ زمان الإنتقال و إن كان هو زمان الإجازة ولكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكية من ذلك الزمان تنزيلاً على الكشف الحكمي و تحقيقاً على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي، و إذن فيكون المالك

(١) منية الطالب ٧٠/٢.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٥٩/١.

ضامناً بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها إلى الغير فيكون المقام أيضاً من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت في الكشف الحقيقي و هذا واضح جداً^(١).

و قال: «و المراد بالولد هو ولد الحيوان لا ولد الأمة فإنّه حرّ على الكشف الحقيقي، و هكذا لو كانت النسخة أمّ الولد فإنّ أم الولد لا يجوز بيعها في نفسها إلاّ في الموارد المنصوصة»^(٢).

أقول: الظاهر أنّ المراد بالولد هو ولد الأمة لا ولد الحيوان بقريئة الفرع الأوّل - أي الاستيلاد - فيكون «ال» في الولد للعهد الذهني بالاستيلاد. و ولدها في بعض الفروع يكون عبداً كما في بعضها يكون حرّاً.

هل النسخة الصحيحة هي أمّ الولد أو الولد؟

الظاهر أنّ النسخة الصحيحة هي الولد لأنّه على فرض اشتمال النسخة على كلمة الأمّ يلزم التهافت بين هذه العبارة و ما ذكره الشيخ الأعظم في نفس الصفحة بعد أسطر من قوله: «و إن نافي الإجازة كإتلاف العين عقلاً أو شرعاً - كالتق - فات محلّها»^(٣).

لأنّه صريح في أنّ تصرف المالك في العين على الكشف الحكمي مفوّت لمحل الإجازة، و أمّا العبارة السابقة - بناءً على اشتمالها على كلمة الأمّ ليكون التصرف في العين - فهي صريحةٌ بصحة تصرفه مع بقاء محلّ الإجازة و نفوذها ليكون على المجيز قيمة ما نقله. فلا بدّ أن تكون العبارة الأولى ناظرة إلى تصرفه في النماء فلا يفوت به محلّ الإجازة على الكشف الحكمي، و العبارة الأخيرة ناظرة إلى تصرف المالك في العين فيفوت به محلّ الإجازة، و هذا هو الذي يقتضيه حفظ مقام المصنّف^(٤)، كما تبيّه عليه المحقّق السيّد الخوئي^(٤).

(١) مصباح الفقاهة ١٦٦/٤.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٧٨/٢.

(٣) المكاسب ٤١١/٣.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٧٨/٢؛ التنقيح في شرح المكاسب ٤٥٩/١.

أقول: و الشاهد عليه كلام الشيخ الأعظم في أوّل «مسألة في أحكام الرد»^(١) فراجعهُ و انتظر.

فذلكة القول في حكم التصرفات الصادرة من المشتري
في ما انتقل إليه فضولة قبل الإجازة:

بناءً على النقل: لا إشكال في حرمة تصرفات المشتري قبل الإجازة ظاهراً و واقعاً لأنّه تصرف في مال الغير. و أمّا بحسب الوضعي أيضاً تصرفاته باطل، نعم يكون فضولياً فلو أجاز المالك معاملته السابقة يدخل في مسألة مَنْ باع شيئاً ثم ملكه و سيأتي بحثه.

و أمّا بناءً على الكشف الحقيقي: و بعد صدور الإجازة يكشف أن تصرفات المشتري قبلها كانت جائزة تكليفاً واقعياً و نافذة وضعاً واقعاً، نعم، تكون محرّمة ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الإجازة، فيكون المشتري متجرباً في الظاهر فقط، و لذا لو كانت تصرفاته عبادياً كالوضوء و الغسل بالماء المبيع فضولة يقع فاسداً لمنافاة الحرمة الظاهرية مع قصد القرية، إلا إذا كان جاهلاً بها.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمي: فتكون تصرفاته قبل الإجازة حراماً تكليفاً واقعياً و ظاهرياً لأنّه تصرف في مال الغير و استصحاب عدم لحوق الإجازة. و أمّا الحكم الوضعي فيها و إن كانت تصرفاً في ملك الغير حدوثاً و لكن بحسب البقاء - و بعد الإجازة - ملكٌ للمشتري فيجوز تصرفاته فيه و يمضي.

نعم، لا يتحقّق الاستيلاء و لا الزنا بذات البعل لأنّهما يتحقّقان من المملوك و الزوجة الفعليين دون ما سيكون مملوكاً أو زوجة. هذا في الموردین بجهة الحكم الوضعي و أمّا و طيء الأمة يكون حراماً تكليفاً لأنّه في غير ملك و الإجازة الآتية لا يحلّله لأنّ الشيء لا ينقلب عمّا هو عليه كما مرّ.

الجهة الثالثة: الثمرة بين الكشف و النقل

و هي متعددة:

الأولى: النماء

قال الشيخ الأعظم: «فإنه على الكشف بقولٍ مطلقٍ - أي بأقسامه المختلفة - لمن إنتقل إليه العين، و على النقل لمن إنتقلت عنه»^(١).

و المراد بالنماء في كلامه نماء المنفصل للعين المبيعة، و هو بناءً على الكشف يكون لمشتري العين و بناءً على النقل يكون لمالكها و هذا واضح لا ارتياب فيه. ولكن للشهيد الثاني رحمته الله في المقام كلام يحتاج إلى توجيه لأنه قال: «... و تظهر الفائدة في النماء. فإن جعلناها كاشفة فالنماء المنفصل المتخلل بين العقد و الإجازة الحاصل من المبيع للمشتري، و نماء الثمن المعين للبائع، ولو جعلناها ناقلة فهما للمالك المجيز»^(٢).

قال المحقق جمال الدين الخوانساري في حاشيته على الروضة: «فقوله: «فهما للمالك المجيز»، كما ترى إلا [١] أن يفرض كون العقد فضولياً من الطرفين و يكون المراد بكونهما للمالك المجيز كون كل منهما للمالك أصله المجيز. و فيه تكلف.

[٢] أو يقال: إن المراد أن كلاً منهما للمالك المجيز ولو في صورتين. فنماء المبيع للبائع عند كونه فضولياً من قبله، و نماء الثمن للمشتري إذا كان فضولياً من قبله. و لم يتعرّض لنماء الطرف الآخر لظهوره بالمقايسة و لا يخفى بعده.

[٣] و يمكن أن يقال: في صورة كون أحد الطرفين فضولياً: إن الطرف الآخر قد رضي و أجاز من حين العقد فوقع الانتقال من طرفه، و إنما يبقى التزلزل من الطرف الآخر، فلا ينتقل منه إلا بعد الإجازة، و حينئذ فيكون نماء كل منهما قبل الإجازة للمالك المجيز، و فيه إشكال...»^(٣).

(١) المكاسب ٤١١/٣.

(٢) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

(٣) حاشية الروضة ٣٥٨، الطبعة الحجزية، لآقا جمال الخوانساري.

ولكن قال الفقيه السيّد العاملي بعد نقل عبارة الروضة: «و فيه خفاء. أمّا نماء المبيع فظاهر». و أمّا الثمن فلاّنه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله. و تصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره»^(١).

أقول: هذا الكلام قريب من التوجيه الثالث للمحقّق الخوانساري و هو: «أن يكون نماء كلّ من العوضين لشخص واحد على القاعدة كما إذا كان البيع من طرف المبيع فضولياً دون غيره، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه و يكون نماء الثمن له أيضاً لإقدام المشتري على تملكه له بإقدامه على الشراء من الفضولي»^(٢).

و يرى الشيخ الأعظم توجيه الأوّل من المحقّق جمال الدين الخوانساري - الذي هو توجيه المراد بحمله على خلاف الظاهر - أولى من توجيه الثالث في كلامه و هو قريب من توجيه الفقيه السيّد العاملي - الذي هو توجيه الحكم مع التحفظ على ظاهر الكلام - . و لعلّ وجه الأولوية في كلامه: أنه يرد على التوجيه الأوّل أن يكون خلافاً للظاهر فقط، لأنّ قوله: «فهما للمالك المجيز» ظاهر في كون كلا النمائين لشخص واحد.

ولكن يردّ على التوجيه الثالث: «أولاً: يمكن أن لا يكون المشتري عالماً بالفضولية، بل تخيّل أنّ البائع مالك أو وليّ أو وكيل.
و ثانياً: يمكن أن يكون الشراء أيضاً فضولياً كالبيع.
و ثالثاً: الإقدام على التملك ليس أحد المملكات.
و رابعاً: المشتري لم يقدم على تملك النماء للبائع مجاناً و إنّما أقدم على تملكه بعوض»^(٣).

و الحاصل: هذا التوجيه الثالث لا يتم صغرى و كبرى:
أمّا الصغرى: «فلأنّ الشراء قد يكون فضولياً كالبيع فلم يُقدم مالك الثمن على التملك، و قد يكون المشتري أصيلاً لكنّه جاهل بكون المعاملة فضولية، و قد يكون

(١) مفتاح الكرامة ٦٠٨/١٢.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٨٠/٢.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٨٠/٢.

عالمًا بذلك ولكنّه اشترى بمال الصغير الذي تحت ولايته فهو لم يقدم على تملك مال نفسه وإمّا أقدم على تملك مال الصغير خلافًا للمصلحة»^(١).
و أمّا الكبرى: «فلأنّ الإقدام ليس من أحد المملّكات في الشريعة المقدسة.
نعم، في التسليط الخارجي كلام بين الأعلام ولكنّه غير المقام أعني المعاملة الفضولية كما لا يخفى»^(٢).

فرعٌ: تصرف المالك في النماء

لو أقدم الفضولي على بيع العين و تصرف المالك في نمائها كالثمرة أو البيض أو نحوهما. هل يصح هذا التصرف أم لا؟ و هل يعدّ ردًّا لبيع الفضولي أم لا؟ و هل الفرق موجود بين صورتَي علم المالك بالبيع و جهله أم لا؟
أقول: أمّا بناءً على النقل: فتصح تصرفاته في النماء لأنّه تصرف في ملكه لعدم صدور الإجازة منه و بعد صدورهما تمت و كانت نافذة بالنسبة إلى العين دون نمائها لفقد الموضوع بالنسبة إلى النماء بلا فرق بين صورتَي علم المالك و جهله بالبيع.
و أمّا بناءً على الكشف: إذا تصرف المالك في نمائها فيحكم بصحة هذا التصرف و قد ثبت بالدلالة الالتزامية أنّ العين كانت له و هذا يعدّ ردًّا للبيع، لأنّ النماء فرع و تابع للعين و هي أصل، في ما إذا كان عالمًا ببيع الفضولي، و أمّا إذا كان جاهلاً به فلا يعدّ ردًّا له.
نعم، إذا لم تتم الدلالة الالتزامية في مورد كما في جهل المالك ببيع الفضولي أو أنّ المالك يرى الفرق بين العين و نمائها و لا يعدّ التصرف في النماء التصرف في العين، لأنّ النماء يكون منفصلاً فلا يعدّ التصرف في النماء ردًّا لبيع الفضولي حتّى بناءً على الكشف و له إجازته.

الثانية: جواز فسخ الأصيل بناءً على النقل

لا يخفى أنّ للمالك إمضاء العقد بالإجازة و حلّه بالردّ على النقل و الكشف، و أمّا

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٦٢/١.

(٢) التنقيح في شرح المكاسب ٤٦٢/١.

الأصيل هل يجوز له أن يفسخ العقد و يرفع اليد عن إزمه ما لم يجيزه المالك أم لا؟
 أقوال: ثالثها القول بالتفصيل بين الكشف و النقل، على الأول لا يجوز لتسامية
 العقد بالنسبة إلى الأصيل و على الثاني يجوز لأنّ العقد بالنسبة إليه غير تام و له أن يفسخه
 و هو مختار الشيخ الأعظم حيث يقول: «أنّ فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل
 له على القول بالنقل دون الكشف بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل كفسخ
 الموجب قبل قبول القابل في كونه ملغياً لإنشائه السابق، بخلاف ما لو جعلت كاشفة، فإنّ
 العقد تام من طرف الأصيل غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه، و هذا مبنيٌّ على ما
 تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل انشاء صاحبه، بل قبل تحقّق
 شرط صحة العقد كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة»^(١).

استدلّ الشيخ الأعظم في كلامه بوجوه:

الأول: الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ بين الإيجاب و القبول أو ما
 يقوم مقامهما من طرفي العقد. بل و بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط
 الصحة كالقبض في الهبة و الوقف و الصدقة و بيع الصرف و السلم.

الثاني: إذا رجع الموجب مثلاً عن إيجابه قبل تحقّق القبول، لم يصدق العقد عرفاً
 حتّى تشمله أدلة الصحة و اللزوم. فخرج هذا الإيجاب المعدّل عنه موجبه عن أدلة صحة
 العقود و لزومه موضوعيًّا لا حكميًّا تخصيضيًّا.

الثالث: قال تلميذه الفقيه المامقاني رحمته الله: «إنّ المصنّف رحمته الله كان يعلّل جواز إبطال
 الإنشاء في مجلس البحث بأنّ العقد عبارة عن المعاهدة المعبر عنها بالفارسية بقولهم:
 (بيمان)، و من المعلوم أنّ الموجب إذا رجع عن مضمون الإيجاب قبل القبول أو قبل
 وجود ما هو من شرائط صحة العقد كالقبض و نحوه انتفى معنى المعاهدة التي ليس قوام
 العقد إلّا بها فينتفي العقد و هو معنى بطلانه»^(٢).

(١) المكاسب ٣/٤١٢.

(٢) غاية الآمال / ٣٨٠.

و أمَّا الوجوه المذكورة في كلام الشيخ الأعظم:
فالأوَّل: تحقُّق الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ و الردّ بين الإيجاب و القبول تامٌّ كما يرد الإجماع في كلام صاحبي الجواهر^(١) و العناوين^(٢).
و قد مرّ في تنبيهات الموالاتة بين الإيجاب و القبول قولنا: «الإجماع المحصّل من الأصحاب في أبواب مختلفة من العقود المشروطة صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الإجماع المحكي المستفيض عليه»^(٣).

و أمَّا تخلّل الفسخ أو الرد بعد تحقُّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحة فَهُوَ أيضاً تامٌّ لما مرّ من قولنا: «و كذا الردّ يبطل بتخلّله في أثناء الإيجاب و القبول و كذلك يبطل بتخلّله بين العقد و القبض في كلّ عقد يشترط فيه القبض كالوقف و الحبس و السكنى و الهبة و القرض و الصدقة و الصرف و السّلم لعدم حصول التمليك ما لم يتحقّق القبض»^(٤). فهذا الدليل تام.

فالثاني: أيضاً تامٌّ لأنّ الردّ و الفسخ إذا تخلل بين الإيجاب و القبول لا يبقى إيجاب حتّى يلحقه القبول هذا إذا كان من الموجب و إمّا إذا كان من القابل أيضاً مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الردّ لا يكون عقداً لا شرعاً و لا عرفاً حتّى يشمله إطلاقات صحة العقود و الأصل أيضاً يقتضى فساده لأنّه هو الأصل في العقود كما مرّ^(٥).

فالثالث: أيضاً تامٌّ و هو عبارة أخرى عن الدليل الثاني.
و بتمامية هذه الوجوه إلى هنا تتم مقالة الشيخ الأعظم عندنا في الأصل بناءً على النقل و أمّا بناءً على الكشف فالكشف الحقيقي بوجوه المختلفة الماضية يترتب الثمرة

(١) الجواهر ٤٧/٢٩ و فيه: «بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم».

(٢) العناوين ١٧٧/٢.

(٣) الآراء الفقهيّة ٢٤٢/٤.

(٤) الآراء الفقهيّة ٢٤٢/٤.

(٥) راجع الآراء الفقهيّة ٢٤٢/٤.

لحصول النقل و الانتقال بالعقد و المفروض أن الإجازة تأتي فيتحقق المعلق عليها و أمّا بناءً على الكشف الحكمي بألوجوه الثلاثة من المطلق و الإقلابي و الصوري فلا تتربّ هذه الثمره لأنّ قبل لحوق الإجازة لا تعتبر الملكية شرعاً و عرفاً فيتمكن الأصيل من الفسخ.

مقالة المحقّق النائيني و نقده

ولكن المحقّق النائيني ذهب إلى عدم نفوذ فسخ الأصيل و ردّه حتّى على القول بالنقل و قال: «و الأقوى أنه لا يجوز تصرّفه مطلقاً، بناءً على استفادة الحكم التكليفي من قوله عزّ من قائل: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(١) لدلالته على أنّ كلّ منشيئ و معاهد ملزم بانشائه و عهد، فإنّ وجوب الوفاء تكليفاً لا معنى له إلّا تعلّقه بفعل المتعاقدين أي: يتعلّق بالمعنى المصدري، فيجب على كلّ منهما الالتزام بما أُلزم على نفسه و هو: إيجاد المادّة بالهيئة سواء تحقّق الالتزام من الآخر أم لا...»^(٢).

مراده: مفاد العمومات و منها قوله تعالى ﴿أوفوا بالعقود﴾ هو الحكم التكليفي لا الوضعي و عليه معناها لزوم إنها الالتزام تكليفاً لكلّ من طرفي العقد ولو لم يترتب على العقد الحكم الوضعي و لأنّ الحكم التكليفي المتعلّق بالبائع غير المتعلّق بالمشتري فلا ينافي عدم ترتب الأثر الوضعي عليه فعلاً و قبل الإجازة في بيع الفضولي.

و بعبارة أخرى: «إن كان المراد بالعقد في الآية معناه الاسم المصدري - أعني نتيجة العقد و هو حصول المبادلة و الملكية فلا يمكن أن تعم عقد الأصيل قبل الإجازة لعدم حصول نتيجته حينئذ، و أمّا إن كان المراد معناه المصدري و هو الالتزام فلا مانع من شموله لالتزام المالك [الأصيل] فيجب عليه الوفاء و لا يجوز له الفسخ و هذا جار في جميع العقود إلّا المنصوصة كالوقف قبل القبض، و لا ينتقض ذلك بالإيجاب و القبول فإنّ العقد غير متحقّق بمجرد الإيجاب قبل لحوق القبول»^(٣).

(١) سورة المائدة ١/.

(٢) منية الطالب ٧٨/٢.

(٣) محاضرات في الفقه الجعفري ٣٨٢/٢.

و يرد عليه: أوَّلاً: لازم الحكم التكليفي بوجود الوفاء بالعقد هو جواز العقد لأنَّ الأمر بإنهاء الالتزام إنَّما يصح فيما إذا كان المخاطب متمكناً من عدمه، أي من رفع اليد عن التزامه بحيث إذا خالف الحكم التكليفي وفسخ العقد كان ذلك ممضى منه شرعاً و هذا المعنى هو جواز العقد، فلا بدَّ من القول بأنَّ وجوب الوفاء بالعقد يكون إرشاداً إلى ترتيب آثار الملكية، فلا يعم إلاَّ العقد التام من حيث الأجزاء و الشرائط و يترتب عليه أثره و هو الملكية.

و ثانياً: الخطاب التكليفي إنَّما يتوجه إلى المالكين و موضوعه العقد - أي الارتباط بين التزامي المالكين - و ليس التزام الأصيل مصداقاً للعقد على القول بالنقل ما لم تتحقَّق الإجازة و بهذا يفرق المقام عن النذر، فلأصيل أن يرفع يده عن العقد فينتفي به موضوع الإجازة.^(١)

أقول: قد مرَّ ممَّا من في بداية الكتاب^(٢) استفادة صحة العقود و وجوب الوفاء بها من الآية الشريفة أعني: «**أوفوا بالعقود**»، فُيستفاد منها الحُكْمَانِ: التكليفي - أي وجوب الوفاء بها و الإيفاء بها - و الوضعي - أي صحة العقود و تماميتها - فنحن نستفيد منها الحكمين خلافاً للعلمين - النائبي و السيّد الخوئي رحمهما الله - ولكن الأخير هنا و في بعض أبحاثه الفقهيَّة و إلاَّ فهو - أي السيّد الخوئي - في بعض أبحاثه الفقهيَّة الأخر و الأصولية - على ما بيالي - ذهب إلى إمكان استفادة الحكمين من الآية الشريفة و الجمع بينهما. كما هو مختارنا.

و على القول المختار - من إمكان الجمع بين الحكمين - فنحن في فسحة من إشكال المحقِّق النائبي و جَوَابِ السيّد الخوئي رحمهما الله لأننا نستفيد من الآية الشريفة الحكمين - أي التكليفي و الوضعي معاً - فالآية كما تدلُّ على لزوم الوفاء بالعقد كذلك تدلُّ على صحَّتِهِ ولكن إذا رجع الموجب عن إيجابه لم يبق العقد على حاله و لم يكن في

(١) الإيرادان للمحقِّق الخوئي في محاضرات في الفقه الجعفري ٣٨٣/٢.

(٢) الآراء الفقهيَّة ١٤/١.

البين إيجاباً حتى يلحقه القبول أو الإجازة. فيتم إلى هنا مقالة الشيخ الأعظم رحمته الله.

اعتراض للمحقق القمي رحمته الله (١) و نقده

تقريب هذا الاعتراض: ترتب الأثر على جزء السبب - وهو العقد أو انشاء الأصل - بعد انضمام الجزء الآخر وهو الإجازة من الأحكام الوضعية ولا يعتبر فيه اختيار الأصل لترتبه وإرادته و عدم رجوعه عن انشاءه.

و بعبارة أخرى: الإيجاب والقبول هما جزءان للسبب المؤثر في عقد الفضولي و المفروض تحققهما، فإذا انضم إجازة المالك إلى العقد ترتب عليه النقل قهراً، سواء رجع الأصل عن انشاءه قبل إجازة المالك أم لم يرجع، لأن اتصاف الإيجاب والقبول بعنوان «جزء السبب» قهري.

فلا فرق بين عدم تأثير فسخ الأصل بين قولي النقل و الكشف في الإجازة، فلا يترتب هذه الثمرة. (٢)

ولكن رده الشيخ الأعظم بقوله: «و فيه: أن الكلام في أن عدم تخلل الفسخ بين جزئي السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد في وجود المسبب» (٣).

مراده: شرط تأثير العقد بالإجازة و الحكم بصحته هو عدم تخلل الفسخ بين الإيجاب والقبول في العقود، و في الفضولي بين الإيجاب و الإجازة، وإذا لم يتحقق هذا الشرط المعتبر، فإن أنضمام الجزء الآخر وهو الإجازة في المقام لا يفيد شيئاً.

ثم قال الشيخ الأعظم رحمته الله: «فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها» (٤).

(١) راجع عنائم الأيام ٥٤٣/ من الطبعة الحجزية، جامع الشتات ٢٨١/٢ (١٥٦/١) من الطبعة الحجزية).

(٢) راجع هدى الطالب ١٠٤/٥ و ١٠٥.

(٣) المكاسب ٤١٢/٣.

(٤) المكاسب ٤١٣/٣.

مراده: ردّ الشرطية المدعاة بالإطلاقات الواردة في صحة العقود و لزومها. و أجاب عنه بقوله: «و لا يخلو من إشكال»^(١).

مراده من الإشكال ما مرّ في دليله الثاني من عدم صدق العقد العرفي بعد رجوع الموجب عن إيجابه، فخروج المورد عن إطلاقات صحة العقود و لزومها موضوعي و تخصصي لا حكمي و تخصصي حتّى تنفيه الإطلاقات و عدم ورود المخصّص.

نعم، يمكن أن يُناقشَ الشيخُ الأعظمُ بما ذكره السيّد الخميني من: «... أنّ الفسخ هل هو هادم للعقد أم لا؟ فإن قلنا: أنه هادم فلا فرق بين النقل و الكشف حتّى الحقيقي منه، لأنّ تعقب العقد بالإجازة إنّما هو مؤثر إذا لم ينهدم العقد، فإذا تخلّل بين العقد و الإجازة فسخ هادم، لم يبق عقد حتّى تتعقّبهُ الإجازة.

و بعبارة أخرى: إنّ العقد إذا تعقّبهُ الهدم قبل الإجازة، لم يكن في علم الله من الأوّل عقداً متعقّباً بالإجازة حتّى يكون مؤثراً. و إن لم يكن هادماً فلا فرق بينهما أيضاً. نعم، لو قلنا: بأنّه على النقل هادم دون الكشف، يتم القول بالثمرة، لكن لا دليل على التفريق.

و ما قيل^(٢): من أنّ العقد تام من قبل الأصيل على الكشف، لا يرجع إلى محضّل، فإنّ المراد من التمام إن رجع إلى أنّ الأصيل حصل منه ما هو من قبيلهِ من إنشاء العقد، فلا شبهة في أنّه على النقل أيضاً كذلك، بل الموجب أيضاً حصل منه ما هو من قبيلهِ.

و إن رجع إلى أنّ النقل حاصل من قبيلهِ على الكشف، فهو موقوف على القول بأنّ الإجازة لا دخالة لها، أو أنّ الفسخ غير هادم، فتماميّة العقد موقوفة على عدم الهادميّة و هو أوّل الكلام»^(٣).

و بالجملة: ظهور هذه الثمرة بعد قبول هذه المقالة مشكل جدّاً فترفع اليد عنها و لا نحتاج إلى البحث حولها في الكشف و الحمد لله.

(١) المكاسب ٤١٣/٣.

(٢) القائل هو الشيخ الأعظم كما مرّ، في المكاسب ٤١٢/٣.

(٣) كتاب البيع ٢٥٦/٢.

أقول: فسخ العقد هو حلّه من حينه - أي من حين الفسخ - لا هدمه من أصله، و الشاهد عليه، عدم جواز مطالبه المنافع من طرف الآخر، فالتعبير بأنّ الفسخ هادم للعقد مسامحي.

الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى الجواز بناءً على النقل حتّى على القول بأنّ فسخه لفظاً غير مبطل لإنشائه و العدول من إيجابه لا يبطل العقد - كما عليه المحققان القمي و النائيني^(٢) -، لأنّ الأصيل مادامت الإجازة لم تأت من المالك، فله أن يتصرف في ماله لأنّ المال لم يخرج من ملكيته بناءً على النقل. فهذا التصرف منه تكليفاً و وضعاً جائز. و قال: «و الحاصل: إنّ الفسخ القولي وإن قلنا أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلا أنّ له فعل ما ينافي انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك»^(٣).

و استشهد بفرعين:

الأوّل: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولي، فمادام لم تصدر الإجازة من المشتري يجوز للمالك وطؤها لأنّها كما كانت ملكه باق عليها و لم ينتقل منه فلو استولدها و صارت أمّ ولد يفوت محلّ الإجازة لعدم صحة بيع أمّ الولد.

الثاني: لو زوجت الحرّة نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير ما لم تصدر الإجازة من الغير، و التزويج الثاني يفوت محلّ الإجازة.

و في الفرعين لو صدرت الإجازة من طرف الفضول لغت لعدم بقاء المحلّ قابلاً لقبولها.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم^(٣) احتمال عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه حتّى على القول بالنقل كما هو كذلك على الكشف مستدلاً له - على وجه لعلّ - «لجريان عموم

(١) المكاسب ١٣/٣، ٤١٣/٣.

(٢) المكاسب ١٣/٣، ٤١٣/٣.

(٣) المكاسب ١٣/٣، ٤١٣/٣.

وجوب الوفاء بالعقد في حقِّ الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر»^(١).
مراده: كون عقد الفضولي جامعاً لجميع شرائط العقد سوى الإجازة فيشملة عموم قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٢) فيجب على الأصيل الوفاء به و مقتضاه عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه.^(٣)

و استظهر^(٤) هذا الاحتمال من كلام المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث يقول: «و ليس لكلِّ من البائع و الغاصب التصرف في العين لإمكان إجازة المالك، خصوصاً على القول بأنَّ الإجازة كاشفة»^(٥).
ثم ردَّ هذا الاحتمال^(٦): بأنَّ الإجازة بناءً على النقل لها دخل في العقد جزءاً أو شرطاً، فما لم تتحقَّق الإجازة لم يتم العقد فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين، لأنَّ موضوع وجوب الوفاء هو العقد المقيد بالإجازة و من الواضح أنَّ المقيد لا يتحقَّق إلا بعد وجود قيده.^(٧)

و الحاصل: يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه - تكليفاً و وضعاً - بناءً على النقل.

أقول: يمكن أن يُناقشَ الشيخُ الأعظمُ بأنَّ التفصيل بين الفسخ القولي و الفعلي ممنوعٌ، لأنَّ آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ إن شملت الأصيل فلا يجوز له الفسخ لا قولاً و لا فعلاً، وإن لم تشملهُ فيجوز له الفسخ القولي كما يجوز له الفسخ الفعلي، فما ذكره تحت عنوان

(١) المكاسب ٤١٣/٣.

(٢) سورة المائدة ١/.

(٣) راجع هدى الطالب ١١٠/٥.

(٤) المكاسب ٤١٣/٣.

(٥) جامع المقاصد ٣٣١/٦.

(٦) المكاسب ٤١٣/٣.

(٧) راجع هدى الطالب ١١١/٥.

«و الحاصل: أنّ الفسخ القولي وإن قلنا...»^(١) الخ غير تام.^(٢)

و ما ذكره الشيخ الأعظم من جواز تصرفات الأصيل فيما انتقل عنه تام بناءً على النقل لأنّها من آثار الملكية الشرعية و مادامت الإجازة لم تصدر، فملك الأصيل باق على ماله فيجوز له التصرف فيه ولو التصرفات الناقله كاستيلاد أمّ الولد أو عتقها أو بيعها و غيرها.

و أمّا بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم: «فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة^(٣) و السيّد العميدي^(٤) و المحقّق الثاني^(٥) و ظاهر غيرهم^(٦)»^(٧).

و الوجه في كلامه: تحقّق الملكية من حين العقد لمن انتقل إليه فيعدّ تصرف من انتقل عنه تصرفاً في ملك الغير، و المسألة معنونة في كلماتهم في كتاب النكاح لا البيع كما تعرّض لأقوالهم الشيخ الأعظم فإننا نقتفى أثره.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم^(٨) عن بعض معاصريه جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه للشك في تحقّق الشرط - و هو الإجازة اللاحقة - و يسرى هذا الشك في تحقّق المشروط - و هو الملكية لمن انتقل إليه - فملكته مشكوكة و الأصل عدم تحقّقها فلا ينتقل المال من الأصيل إلى غيره، فيجوز للأصيل التصرف في ملكه.

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرف

(١) المكاسب ٤١٣/٣.

(٢) كما يظهر من العقد النضيد ٢٥٥/٣.

(٣) قواعد الأحكام ١٦/٣.

(٤) كنز الفوائد ٣٢٢/٢ و ٣٥٧.

(٥) جامع المقاصد ١٦٠/١٢ و ٢٩٧ و ٢٩٨.

(٦) كالفاضل الأصفهاني في كشف اللثام ١٠٧/٧ و الشيخ يوسف في الحدائق ٢٣/٢٨٨ و ٢٨٩.

(٧) المكاسب ٤١٤/٣.

(٨) المكاسب ٤١٤/٣.

منافٍ لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: «نعم، لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف» انتهى^(١).

أقول: فيرى الشيخ الأعظم كلام معاصره تاماً ولكن بناءً على مذهبه في الكشف الحقيقي التعقبي - وهو الالتزام بأنَّ الشرط هو تعقُّب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة و قد نُسب هذا القول إلى جدي - صاحب الهداية - و عمي - صاحب الفصول - و خالي - الشيخ حسن ابن الشيخ الأكبر - و الفاضل التراقي رحمهم الله.^(٢)

و هو - معاصره - هنا جدي الشيخ محمد تقي صاحب الهداية قال في كتاب فقهه تبصرة الفقهاء ما نصه: «رابعها: أنه لو عقد فضولاً فهل للآخر التصرف في متعلِّق العقد قبل إجازة المالك أو رده، أو لا بدّ من توقُّفه عن التصرف إلّا بعد ظهور الردّ؟ يحتمل الثاني، نظراً إلى لزوم العقد من طرف المالك على تقدير إجازة الآخر، فيدور العقد حينئذ بين الصحيح و الفاسد، فلا يجوز له التصرف فيه إلّا بعد انكشاف الحال ليجري على مقتضاه.

و الأظهر جواز تصرفاته فيه أخذاً بمقتضى الأصل لعدم العلم بصحة العقد المانع من التصرف فيه، لدورانته بين الصحيح و الفاسد.

و مجرد الاحتمال لا يقضي بارتفاع الحكم الثابت، بل لا مانع لسائر العقود الناقلة لعينه أو منافعه اللزوم أو غيره، غير أنه بعد حصول الإجازة يؤخذ بمقتضاه من الرجوع إلى العين مع بقاءها و إلى عوضه مع تلفها.

نعم، لو علم بالفحوى إجازته له بعد ذلك لم يجز له التصرف فيه كما سنشير إليه إن شاء الله^(٣).

ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقُّبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب

(١) المكاسب ٤١٤/٣.

(٢) راجع هذا المجلد صفحة ٤٠٢.

(٣) تبصرة الفقهاء ٣٥٢/٣.

الوفاء به على أحد من المتعاقدين»^(١).

ولكن اعترض عليه الشيخ الأعظم^(٢): بأنّ مذهب المشهور في الكشف هو الحقيقي الشرطي فيكون المؤثر التام في الانتقال هو العقد، وقد تحقّق العقد - والإجازة لا تكون إلا شرطاً متأخراً يكشف عن تحقّق العقد من حينه - وإذا تحقّق العقد يجب على الأصيل بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد وحرمة نقضه من جانبه، والالتزام به و عدم نقضه، ولأنّ وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى عمومه وجوب الوفاء عليه حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك - و من هنا ظهر أنّه لا فائدة في أصالة عدم الإجازة -.

نعم، «ردّ المالك فسخّ للعقد من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي»^(٣).

ثمّ ذكر توهماً وهو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادلة المالين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادلة»^(٤).

أقول: قد مرّ منّا^(٥) بأنّ بعضهم يلتزمون بجواز تصرف الأصيل فيما ينتقل إليه قبل الإجازة لو علم بتحقّق الإجازة في ما بعد. فهذا البعض يقرّون بهذه المبادلة بين المالين و عوضيّة كل واحد منهما بدلاً من الآخر فلا توهم في البين بل قول في المقام.

ولكن الشيخ الأعظم^(٦) ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنيّ على استفادة

(١) المكاسب ٤١٥/٣.

(٢) راجع المكاسب ٤١٤/٣ و ٤١٥.

(٣) المكاسب ٤١٥/٣.

(٤) المكاسب ٤١٥/٣.

(٥) راجع هذا المجلد صفحة ٤٠٢.

(٦) المكاسب ٤١٦/٣.

حكّمين من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما التزم به و هما حرمة التصرف فيما انتقل عنه و جواز تصرفه فيما انتقل إليه، ولكن الصحيح أن أدلة وجوب الوفاء بالعقد لا يدلّ إلا على الأوّل - أي حرمة التصرف فيما انتقل عنه - لأنّها هي مقتضى التزامه بخروج المال عن ملكه.

و أمّا دخول بدله في ملكه فهو خارج عن التزامه و ليس من التزام على نفسه بل هو ممّا جعله لنفسه فهو خارج عن مدلول التزامه على نفسه، و إن كان داخلاً في مفهوم المبادلة.

و حيث أنّ أدلة وجوب الوفاء بالعقد لا تشمل جواز تصرف الأصيل فيما انتقل إليه، فالمرجع في هذا التصرف هو الأصل العملي في المقام و هي أصالة عدم الانتقال. ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم^(١) لما سمّاه دعوى: و هي إثبات جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و عدم حرمة بناءً على الكشف بتقريب: التزام الأصيل بخروج ماله عن ملكه لم يكن مطلقاً حتّى يحرم تصرّفه فيه بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، بل كان معلّقاً على تقدير الإجازة و دخول مال الغير في ملكه و المبادلة بين المالكين، و حيث لم يعلم الأصيل بتحقق الإجازة، فتصرّفه في ماله لا يعدّ نقضاً لما التزم به، لأنّ التزامه كان معلّقاً و هو لا يعلم بتحقق المعلّق عليه و هي الإجازة. ثمّ أتى الشيخ الأعظم^(٢) بتنظير لهذه المسألة في مسألة النذر المعلّق على شرط قبل تحقّق شرطه من جواز تصرف الناذر في المندور قبل تحقّق شرطه من دون لزوم حنث للنذر.

و دفعها^(٣) بأمرين: الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك غير معلّق على إجازة المالك بل هو مراعى عليها بحيث أنّها تكشف عن تحقّق المبادلة من زمن العقد، فالأصيل التزم بالمبادلة متوقّعاً للإجازة لا مشروطاً عليها أو معلّقاً عليها، فيجب عليه

(١) المكاسب ٤١٦/٣.

(٢) المكاسب ٤١٦/٣.

(٣) المكاسب ٤١٦/٣.

الوفاء بالتزامه و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة فتم النقل و الانتقال من حين العقد، أو يصدر الردّ من المالك فينتقض التزام الأصيل به. و بالجملة: تنظير المقام بمسألة النذر قياس مع الفارق، و الفرق تعليق النذر على الشرط ولكن التزام الأصيل غير معلق على الإجازة. الثاني: جواز تصرف الناذر في المال المنذور المشروط قبل تحقق شرطه لا يخلو من إشكال و لم يتسالم الأصحاب عليه. فالمسألة في المنظر عليه أيضاً غير تام فما بالك بالمنظر.

أقول: يقع الكلام في جهتين:

الجهة الأولى: نقد مقالة الشيخ الأعظم

الجهة الثانية: البحث حول مسألة النذر المشروط و التصرف في المنذور

قبل تحقق شرطه.

أمّا الجهة الأولى: فيرد على الشيخ الأعظم أولاً: «إنّ موضوع وجوب الوفاء بالعقد إنّما هو الالتزام بالملكيّة، لا حصول نفس الملكيّة، و موضوع عدم جواز التصرف في المال تكليفاً نفس الملكيّة و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف في مال الغير»^(١). فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ «مقتضى العموم حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة... فهو غير جائز»^(٢) غير تام.

و ثانياً: ما ذكره من قوله ﷺ: «بل مقتضى العموم وجوبه [أي وجوب الوفاء بالعقد و حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه] حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك...»^(٣). غير تام لأنّ في صورة العلم بعدم الإجازة يجوز تصرف الأصيل في ماله، للعلم بعدم صدور الإجازة و عدم تمامية العقد، فماله باق على ملكه فيجوز له التصرف في ماله و ملكه وجداناً.

(١) مصباح الفقاهة ١٧٥/٤.

(٢) المكاسب ٤١٥/٣.

(٣) المكاسب ٤١٤/٣.

و ثالثاً: حكمه ﷺ بعموم شمول آية ﴿أوفوا بالعقود﴾ بما التزم به للأصيل، في عقده مع الفضولي ما لم تتحقّق الإجازة من المالك، مشكلاً جدّاً، ولأحد أن يقول: أنّه تمسك بالعام في الشبهة المصدّقية لذلك العام. لأنّ تمامية العقد منوّطة بصدور الإجازة من المالك، فما لم تصدر الإجازة منه نشك في كون ما وقع من الأصيل والفضولي أنّه عقد أم ليس بشيء أصلاً، فنشك في مصداقية ما وقع عنهما بكونه عقداً أم لا؟ فلا يجوز التمسك بهذا العموم.

و بعبارة أخرى قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ يدلّ على وجوب الوفاء بالعقد الذي يراه العرف عقداً كما هو كذلك في قوله تعالى: ﴿أحلّ الله البيع﴾، والعرف لا يرى عقد الفضولي ولا يبيعه قبل صدور الإجازة من المالك عقداً تاماً أو بيعاً كذلك، فلا يمكن إثبات وجوب الوفاء به بالآية الشريفة.

و رابعاً: قوام البيع بمبادلة المالكين و خروج أحد العوضين عن ملك أحد من المتبايعين و دخوله في ملك الآخر و عكسه، و في بيع الفضولي أيضاً الأصيل يبدّل ماله بمال المالك و انتقل ماله إلى المالك في قبال انتقال مال المالك إليه، فلا أدري ما المراد من قوله: «و أمّا قيد» كونه بإزاء مال «فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلاً في مفهوم المبادلة»^(١)؟ الأصيل يلتزم على نفسه بالبيع و هو المبادلة، و عليه قيد «كونه بإزاء المال» داخل في الالتزام، فإذا حرم على الأصيل التصرف فيما انتقل عنه، فيجوز له التصرف فيما انتقل إليه بهذه المبادلة التي هي قوام البيع، فالتفصيل بينهما غير وجيه.

و خامساً: لا وجه لحرمة تصرف الأصيل في ماله قبل صدور الإجازة من المالك، لأنّ ملكه باق على ماله فيجوز له التصرف في ملكه لا سيما إذا علم بعدم صدور الإجازة من المالك. نعم، لو تصرف و صدر الإجازة من المالك تصير تصرفاته حراماً واقعاً بناءً على بعض أقسام صور الكشف الحقيقي نحو الشرطي منه، لكنّها كانت حلالاً ظاهراً. نعم، إذا علم بصدور الإجازة من المالك تكون تصرفاته حراماً ظاهراً و واقعاً.

وإذا علم بعدم صدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهراً وواقعاً.
وإذا لم يعلم بصدورها منه تكون تصرفاته حلالاً ظاهراً، فإذا صدرت منه تكون حراماً واقعاً، وإذا لم تصدر منه تكون حلالاً ظاهراً وواقعاً.
فحكّم الشيخ الأعظم بحرمة تصرفات الأصيل مطلقاً ظاهراً وواقعاً في غير محلّه.

و أمّا الجهة الثانية: مسألة النذر المشروط

فأقول: قال المحقق: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ، فإن أخرجها من ملكه انحلت اليمين. ولو أعادها بملك مستأنف لم تُعد اليمين»^(١).
و استُدلَّ^(٢) عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثمّ يبيعهها من رجلٍ ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه.^(٣)
و الصحيحة كما ترى مطلقة ولكن الأصحاب حملوها على صورة النذر و أفتى بها جمعٌ منهم: الصدوق^(٤) و القاضي ابن البراج^(٥) و يحيى بن سعيد^(٦) و العلامة في الإرشاد^(٧) و التحرير^(٨) و الشهيد^(٩) و ثانية^(١٠).

(١) الشرائع ٨١/٣.

(٢) كما في المسالك ٣٠٦/١٠ و الجواهر ١٣١/٣٤ و ٤١٢/٣٥.

(٣) وسائل الشيعة ٩٤/٢٣، ح ١، الباب ٥٩ من أبواب كتاب العتق.

(٤) المقنع ١٥٧/.

(٥) المهذب ٣٦٠/٢.

(٦) الجامع للشرائع ٤٠٣/.

(٧) إرشاد الأذهان ٦٧/٢.

(٨) تحرير الأحكام الشرعية ٢٠٣/٤.

(٩) الدروس ٢٠٥/٢.

(١٠) المسالك ٣٠٦/١٠، و الروضة البهية ٢٩٦/٦.

ولكن ابن ادريس^(١) و العلامة في بعض كتبه^(٢) و ولده^(٣) توقفوا عن الفتوى بمضمونها^(٤)، أو افتوا بعدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله^(٥) أو إعادة النذر بملك مستأنف.^(٦)

ثم تعدى بعض من الأصحاب من مسألة الأمة إلى غيرها و إلى التعليق بغير الوطاء كالشهيد الثاني قال: «... و المتجه التعدي نظراً إلى العلة، و يتفرع على ذلك أيضاً جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هي مسألة إشكالية. و العلامة اختار في التحرير^(٧) عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرٌّ، فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل. و ولده^(٨) استقرّب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجة عليهما»^(٩).

و قال سبطه السيّد محمّد العاملي: «هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب و المستند في ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح... و ليس في الرواية تصريح بنذر العتق إذا

(١) قال ابن ادريس: «و قد روي أنه إذا كان للرجل جارية فنذر أنه متى وطئها كانت معتقة فإن وطئها قبل أن يخرجها من ملكه انتعتت، وإن أخرجها ثم اشتراها بعد ذلك [و] وطئها لم يقع بذلك عتق.

وفقه هذه الرواية إن صحت: إنّه إذا أخرجها من ملكه انحل نذره، لأنّه نذر في ملكه، فإذا زال ملكه عنها انحل نذره، و لا يصح في ملك الغير، فيحتاج إذا عادت إلى ملكه إلى دليل على عتقها»،

السرائر ١٢/٣ و ١٣.

(٢) القواعد ٢٠٣/٣، تحرير الأحكام الشرعية ٢١٠/٤، مختلف الشيعة ٣١/٨.

(٣) إيضاح الفوائد ٤٨٥/٣.

(٤) كابين ادريس في السرائر ١٢/٣ و ١٣.

(٥) كالفخر المحققين في إيضاح الفوائد ٤٨٥/٣.

(٦) كالعلامة في التحرير ٢١٠/٤.

(٧) تحرير الأحكام الشرعية ٢١٠/٤.

(٨) إيضاح الفوائد ٤٨٥/٣.

(٩) الروضة البهية ٢٩٦/٦.

حصل الوطؤ بل الظاهر منها أنّ العتق وقع معلّقاً على شرط، لكنّ الأصحاب حملوها على النذر. و حملها ابن ادريس على ما إذا تعلّق النذر بوطئها و هي في ملكه. و لا ريب في انحلال النذر بخروجها عن ملكه على هذا التقدير، كما أنّه لا إشكال في عدم انحلاله إذا تعلّق النذر بمطلق الوطؤ المتناول لما بعد خروجها عن الملك، و إنّما يقع الإشكال مع إطلاق النذر، و لا يبعد مساواته لصورة التميم^(١).

و قال الشيخ اسدالله التستري: «و عندي أنّه إن كان النذر مشروطاً صريحاً أو ضمناً - بما إذا وجد الشرط و المنذور باقٍ في ملكه - فأخراجه من الملك قبله جائز قطعاً، لأنّ الالتزام بالنذر حينئذ بالنسبة إلى بقاء المنذور في الملك كالواجب المشروط و لا يجب تحصيل مقدمته إجماعاً - ثمّ ذكر صحيحة محمد بن مسلم، و حمل الأصحاب لها على صورة النذر و قال: - و فيه دلالة على جواز البيع و على سقوط النذر به و إن عادت إلى ملكه...»^(٢).

و قال صاحب الجواهر: «لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ) لما عرفت من عموم أدلّة النذر و قابلية للتعليق، و أنّه ليس من العتق المعلّق و حينئذ (ف)تعتق أو تتعتق بتحقيق مسمى الوطء نعم (إن أخرجها عن ملكه انحلت اليمين فلو أعادها بملك مستأنف لم يعد اليمين) الذي كان ظاهره التعليق على الوطء بالملك الأوّل، نحو ما سمعته في الإيلاء، نعم لو قصد الأعم من العائد و الموجود فلا إشكال في عدم الانحلال، كما لا إشكال فيه مع قصده الوطء بالملك الموجود.

إنّما الكلام مع الإطلاق، و قد عرفت أنّ الظاهر منه ما ذكرناه، و يدلّ عليه مضافاً إلى ذلك صحيح محمد بن مسلم^(٣) عن أحدهما عليه السلام «سألته عن الرجل تكون له الأمة فقال: يوم يأتيها فهي حرّة، ثمّ يبيعهها من رجل ثمّ يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت عن ملكه» المحمول على النذر و شبهه، لما عرفت من عدم جواز

(١) نهاية المرام ٢/٢٦٧.

(٢) مقابس الأنوار، كتاب البيع ١١١/ و ١١٢.

(٣) وسائل الشيعة ٩٤/٢٣، ح ١.

التعليق في العتق، وفي الروضة^(١) «و يشهد له تعليله بأنها قد خرجت عن ملكه، ولو لم يكن منذوراً لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى» وإن كان فيه ما فيه. و على كلِّ حال فقد فهم الأصحاب منها ذلك و عملوا به، بل في المسالك^(٢) ما وقف على رادِّ لها إلا ما يظهر من ابن إدريس.

نعم في الروضة^(٣) وكذا المسالك^(٤): «في تعديّة الحكم إلى غير الوطاء من الأفعال وإلى غير الأمة وجهان: من كونه قياساً و الفرض مخالفة الحكم للأصل من حيث أنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له في انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيّة منه و النذر يصحّ تعليقه بالأجنبيّة كنذر عتقها إن ملكها، و هي في ملك غيره ابتداءً كما تقدّم في نظائره - و فيه ما عرفت من ظهور النذر في الوطاء بذلك الملك - و من إيماء التّص إلى العلة بقوله العلّة «قد خرجت عن ملكه» و ذلك يوجب التعدي إلى ما توجد فيه العلة المنصوصة». و في الروضة^(٥) «و هو المتّجه».

و فيه: أنّ المبنى إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغي أن يكون المدار عليه، لا نفس الخروج عن الملك مطلقاً، ضرورة إمكان الفرق بين الوطاء و غيره من الأفعال في الظهور المزبور، بل ينبغي القطع بإيماء التعليل إلى ذلك، لأنّ الحكم تعدي.

ثمّ قال فيهما^(٦) أيضاً: «إنّ ظاهر الصّحيح المزبور جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هي مسألة إشكالية» ثمّ حكى في الروضة عن الفاضل في التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل، و

(١) الروضة البهية ٢٩٥/٦.

(٢) المسالك ٣٠٦/١٠.

(٣) الروضة البهية ٢٩٥/٦.

(٤) المسالك ٣٠٦/١٠.

(٥) الروضة البهية ٢٩٦/٦.

(٦) الروضة البهية ٢٩٦/٦، المسالك ٣٠٦/١٠.

عن ولده أنه استقرب [عدم] ^(١) جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصوله، وهذا الخبر حجة عليهما ^(٢).

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأوّل منهما، وأما مسألة التصرف في المنذور المعلق على شرط فقد يقال: إن محلّها ما لو كان المعلق عليه متوقفاً كشفاء المريض و نحوه، وأما مع فرض القطع بعدمه فلا إشكال في الجواز، والفرض في المسألة أنه بالخروج عن الملك يمتنع المعلق عليه بناءً على أن المراد الوطء بذلك الملك فتأمل جيداً، والله العالم ^(٣).

قال المحقق السيّد الخوئي رحمته الله: «الكلام فيها يقع من جهتين:

١- من جهة الحكم التكليفي ٢- من جهة الحكم الوضعي

أما الجهة الأولى، فملخص الكلام فيها: أن النذر إذا كان على نحو الاطلاق المعبر عنه بالمنجز و لم يكن مقيداً بشيء فلا ينبغي الإشكال في أن التصرف في المال المنذور للفقراء حرام، سواء كان النذر نتيجة بأن ينذر انتقال الشاة إلى ملكهم أو كان نذر فعل كنذره أن يملكها للفقراء، لأنّه تصرف فيما يجب تملكه للغير فلا يجوز أكله و لا بيعه و لا غيرهما من التصرفات المنافية للوفاء بالنذر، و هذا ظاهر جداً.

كما أنه إذا كان على نحو الواجب المعلق بأن يكون النذر معلقاً على شيء إلا أنه من الآن يلتزم بالعمل و إن كان ظرف العمل متأخراً و هو زمان مجيء ولده أو شفاء مريضه كما هو الظاهر فيما إذا كان المعلق عليه أمراً متيقن الحصول كما إذا قال: لله عليّ كذا إذا جاء الغد، فلا إشكال أيضاً في عدم جواز التصرف في المال، لأنّ الوجوب فعليّ و معه كيف يجوز له البيع أو الذبح و نحوهما.

و كذا الحال فيما إذا كان على نحو الواجب المشروط إلا أن الشرط كان معلوم الحصول، و ذلك لما ذكرناه في المقدمات المفوتة من أن تفويت الملاك الملزم قبيح في

(١) ليس في المطبوعة ولكنّ الصحيح إثباتها.

(٢) الروضة البهية ٢٩٦/٦.

(٣) الجواهر ١٣١/٣٤ و ١٣٢.

نظر العقل و هو كعصيان التكليف المنجز عنده، و لا إشكال أنه بذبح الشاة أو بيعها يعجز عن إستيفاء الملاك الذي يعلم أنه يتوجّه عليه، فلا يجوز تفويت الملاك لأنّه روح الأمر و حقيقته.

و أمّا إذا كان مشروطاً بشرط مجهول الحصول، فإن كان بنذره ذلك قاصداً لإبقاء الشاة أيضاً إلى وقت حصول الشرط المجهول كما هو الغالب في الناشرين فلا إشكال في عدم جواز إتلافها و بيعها أو ذبحها، لأنّه بنذره ذلك أو جب أمرين: أحدهما تملك الشاة للفقراء. و ثانيهما: إبقاؤها إلى زمان الشرط، و هذا نظير ما ذكره الفقهاء في الشروط من أنه إذا باع داره بشرط أن يبيعه المشتري للبائع فيما إذا جاء بمثل الثمن، فهو بمنزلة اشتراط أن لا يبيعه المشتري للغير.

و في المقام أيضاً يمكن أن يقال إنه بنذره ذلك نذر أن يبقي المال إلى ذلك الوقت، و هذا من دون فرق بين أن يكون الشرط اختيارياً للناذر كما إذا نذر أن يفعل كذا إذا شرب التتن، و بين كونه غير اختياري له كما إذا نذر كذا إذا نزل المطر في وقت معلوم، نعم لو فرضناه على نحو الواجب المشروط من دون أن ينذر الإبقاء و غيره و كان الشرط مجهول الحصول، فلا مانع من التصرف في المال ببيعه و ذبحه هذا كلّّه بحسب الحكم التكليفي.

و أمّا الجهة الثانية: و هو الحكم الوضعي، فلا ينبغي الإشكال في أنّ النذر إذا كان نذر نتيجة و كان مطلقاً، أو كان مشروطاً ولكن حصل شرطه لا يصحّ التصرف في المال المنذور صرفه في جهات خاصّة، لأنّه ملك الغير حينئذ فلا تكون التصرفات نافذة أبداً.

و أمّا فيما إذا كان نذر فعل و كان معلقاً أو مشروطاً مع كون الشرط معلوم الحصول، أو غير ذلك من الموارد التي حكمنا بعدم جواز التصرف فيها في المال من دون تعلّق حقّ به و إنّما كان مجرد حكم تكليفي بعدم الجواز، فهل تصحّ التصرفات في المال حينئذ و تكون نافذة أو أنّها تقع باطلة؟ فقد وقع فيه الخلاف، فذهب بعضهم إلى الصحّة و النفوذ، و منعه بعض آخر بعد الاتّفاق على صحّة التصرفات و نفوذها في الموارد التي حكمنا بالجواز فيها تكليفاً.

و لا إشكال في أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحّة التصرفات و المعاملات

الواقعة على المال في الموارد المبحوث عنها، و هذا ممّا لا كلام فيه، و إنّما المهمّ بيان ما استند إليه المانعون في المقام.

فقد استدلّوا على بطلان البيع و سائر التصرفات بوجهين:

أحدهما: أنّ الملك في المعاملة يعتبر أن يكون طلقاً و لا يصحّ بيع ما ليس بطلق كبيع الوقف و الرهن، و المال في المقام كالرهن و الوقف ليس طلقاً لتعلّق حقّ الفقراء أو السادات به أو حقّ غيرهما ممّا نذر صرفه فيه، و عليه يكون البيع الواقع عليه باطلاً، هذا. و فيه: منع الصغرى و الكبرى، أمّا الصغرى فلا، لأنّ المفروض أنّ الموجود في البين ليس إلّا حكماً تكليفاً و لم يتعلّق بالمال حقّ بالنسبة إلى الغير لعدم تحقّق شرطه، و الذي يوضّح ذلك و يدلّ على أنّ الأمر بصرفه في الجهات الخاصّة مجرد حكم تكليفي و ليس هناك حقّ للغير هو أنّه لا يقبل السقوط بالاسقاط و لا يسقط بشيء، فلو فرضنا أنّ فقراء البلد اجتمعوا و أسقطوا حقّهم عن المال لا يسقط وجوب الصرف بذلك بل يجب عليه الوفاء بالنذر على تقدير حصول شرطه، و من المعلوم أنّه لو كان حقّاً لكان قابلاً للإسقاط لما ذكرناه في أوائل البيع^(١) من أنّ الفارق بين الحقّ و الحكم ليس إلّا ذلك، و أنّ الأوّل يسقط بالاسقاط دون الثاني و إلّا فكلّ حقّ حكم، فالملك طلق في المقام.

و أمّا منع الكبرى فلما سيأتي^(٢) من أنّ هذا العنوان أي اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً لم يرد في شيء من الآيات و الروايات و إنّما انتزعه الفقهاء من الموارد الخاصّة كالمنع عن بيع الوقف و الرهن و أمّ الولد و نحوها، فالعبرة إنّما هي بتلك الموارد لا بالعنوان فلا يمكن التعلّي عنها، و المقام ليس من قبيل الموارد المذكورة كما هو واضح، فعلى تقدير تسليم أنّ المال تعلّق به حقّ الغير لا يمكن الالتزام ببطلان بيعه.

الثاني ممّا استدلّ به على المنع: ما ذكره شيخنا الأستاذ^(٣) من أنّ الممنوع شرعاً كالممنوع عقلاً، و بما أنّ الشارع أمر بصرف المال في الجهات الخاصّة فبالملازمة

(١) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٣٠/١.

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٢٥٢/٢.

(٣) لا حظ منية الطالب ٨٣/٢.

نستكشف أنَّ ضدها و هو التصرف في المال و صرفه إلى غير الجهات الخاصَّة حرام و منهي عنه شرعاً، فيكون تسليمه إلى المشتري ضدّاً لصرفه في الجهات و محرّماً شرعاً، و الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً فيكون النهي موجباً لسلب القدرة على التسليم، و من شرائط صحّة المعاملات هو القدرة على تسليم المبيع و بهذا بنى على أنَّ النهي المولوي في المعاملات يوجب الفساد، هذا.

و فيه: أنَّ المتَّبِع هو الدليل الذي دلّ على اشتراط القدرة على التسليم و هل أنّه دلّ على اعتبار القدرة خارجاً و تكويناً أو على اعتبار القدرة شرعاً أيضاً، و لا إشكال أنّه إنّما يقتضي اعتبار القدرة على التسليم تكويناً، و لا إشكال أنّ الناظر قادر عليه خارجاً فلا محالة يصحّ بيعه و إن ارتكب محرّماً شرعياً حينئذ، و بالجملة أنّه لا تنافي و لا تضادّ بين حرمة التصرفات و نفوذها أبداً، فلذا يصحّ البيع فيما إذا حلف على تركه غاية الأمر أنّه عاصٍ للحكم التحريمي حينئذ، و القائل أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً إن أراد بذلك أنّه غير مقدور تكليفاً فهو مسلم، و إن أراد أنّه غير مقدور وضعاً بمعنى أنّه غير نافذ فهو أوّل الكلام كما لا يخفى.

فالمتحصل: أنّه لا مانع من الالتزام بصحة بيع المال الذي تعلق به النذر و وجب صرفه في جهات معيّنة و إن كان ذلك معدماً له حينئذ. ثمّ إنّ لا إشكال في صحة البيع فيما إذا علم برجوعه إلى ملكه عند فعلية النذر بحصول شرطه كما إذا علم أنّه يهبه له أو يبيحه أو يبيعه منه و هكذا، و لعلّ المانع يمنعه في غير تلك الصورة أيضاً بل لا يكون التصرف حراماً أيضاً لعدم منافاته الوفاء بالنذر»^(١).

تنبيه:

ثمّ استشهد الشيخ الأعظم على قوله بِحُرْمَةِ تصرف الأصيل فيما انتقل عنه و وجوب الوفاء و الالتزام بما عقد على نفسه بما ذكره القوم في باب النكاح:
قال العلامة: «ولو تولّى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حقّ المباشر تحريم

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٧٤-٤٧٠).

المصاهرة فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت، إلا إذا فسخت -على إشكال- في الأمّ، و في الطلاق نظر، لترتبته على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة، و إن كان المباشر زوجةً لم يحلّ لها نكاح غيره إلا إذا فسح، و الطلاق هنا معتبر»^(١).

و قال المحقق الثاني: «لو تولّى العقد عن الرجل أو المرأة فضولي و باشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أنّ العقد لازم بالنسبة إلى المباشر، و حينئذ فيثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأنّ ذلك دائر مع النكاح الصحيح، و قد علمت أنّ النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إما زوج أو زوجة، فإن كان زوجاً حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولاً رابعة و حرم عليه أخت المعقود عليها و أمّها و بنتها، لأن ذلك أثر النكاح الصحيح، إلا إذا فسخت المعقود عليها، فان التحريم ينتفي حينئذ لانتهاء مقتضيه. و ذلك واضح في الأخت، فإنّها لا تحرم إلا جمعاً لا عيناً و قد انفسخ النكاح، و كذا البنت، فإنّها لا تحرم عيناً إلا مع الدخول بأمرها.

أمّا الأمّ، فإنّ في بقاء تحريمها بعد الفسخ و زواله إشكال، ينشأ: من أن تحريم الأمّ يثبت بالعقد الصحيح اللازم، و قد تبين أنّ العقد صحيح لازم من طرف المباشر، فيتعلّق به تحريم الأمّ. و من أن الفسخ رفع النكاح من أصله، فارتفعت أحكامه.

و أيضاً فإنّ النكاح لا يعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الإيجاب الشرعي، و إيجاب الفضولي لا أثر له من دون الرضى، و إذا لم يثبت النكاح لم يثبت التحريم.

و التحقيق: أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضي ثبوت النكاح من ذلك الطرف الآخر لأنّ النكاح أمرٌ واحدٌ نسبيٌّ لا يعقل ثبوته إلا من الجانبين.

و إنّما قلنا أنّه يلزم في حقّ المباشر، بناءً على أن الإجازة كاشفة عن ثبوت العقد و لزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك.

فلو فسح المباشر ثمّ أجاز الآخر تبيّن أنّ فسحه وقع بعد ثبوت العقد و لزومه فلم

(١) قواعد الأحكام ١٦/٣.

يؤثر شيئاً، والحكم بثبوت حرمة المصاهرة إنّما كان لأنّ العقد الواقع نقل عن حكم الحلّ الذي كان قبله، وإن كانت سببته و عدم سببته الآن غير معلومة، فلم يبق حكم الأصل كما كان.

و مثله ما لو اشتبهت الزوجة المعقود عليها عقداً صحيحاً لازماً بغيرها، فإنّ تحريم المصاهرة ثابت بالنسبة إليهما معاً، وكذا القول فيما لو اشتبه الطاهر بالنجس والحلال بالحرام.

و بهذا البيان يظهر أنّه مع الفسخ يتبيّن أنّه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، وهذا هو الأصح^(١).

قال الفاضل الأصفهاني: «(فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأخت) بلا إشكال لصدق الجمع بين الأختين و نكاح أربع بالنسبة إليه، و لا يجدي التزلزل. (و) لكلّ من (الأُمّ و البنت) للمعقود عليها فضولياً (إلاّ) أنّه قبل تبين حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال في الحرمة، لحرمة الجمع قطعاً، وكذا إذا أجازت. و أمّا إذا فسخت) فلا حرمة بلا إشكال في البنت، و (على إشكال في الأُمّ) من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له [أي للعقد] من حينه [أي من حين الفسخ] و الأوّل أصح، فإنّ الأصح أنّ الإجازة إمّا جزءاً أو شرطاً.

(و في) إباحة المصاهرة مع (الطلاق) قبل تبين حال الآخر من الإجازة أو الفسخ (نظر لترتبه على عقد لازم) و إلاّ وقف على الإجازة، و لأنّه لا يتعلّق إلاّ بالزوجية، و لا زوجية ما لم يلزم، و الفضولي غير لازم ما لم يجر، فلا يصح هذا الطلاق (فلا يبيح المصاهرة).

و يحتمل الإباحة لأننا إنّما نسلم توقّفه على اللزوم من قبله و هو حاصل أو نقول: إنّهُ إنّما يتوقّف على نكاح صحيح، و الإجازة كاشفة عن الصحة لا متممة و الفسخ كاشف عن الفساد فالطلاق مراعى، فإن أجازت تبين صحته لصحة العقد و إلاّ تبين فساده

لفساده، و على التقديرين يستباح المصاهرة إلا في الأمّ.
 و قد يقال: لا عبرة بالطلاق مع الجهل بشرطه فلا يفيد شيئاً.
 و يحتمل أن يكون أرادّه [أي أراد الطلاق] المصنف بأن أراد ترتيبه على عقد معلوم
 الصحة.

و يمكن أن يكون مراده النظر إباحته [أي الطلاق] الأمّ من ترتيبه [أي الطلاق]
 على عقد لازم أي تام، فلا يخلو إما أن يحكم بصحته [أي الطلاق] أو لا؟
 و على كل لم يكن مفيداً للإباحة [أي لإباحة الأمّ]، إذ على الأوّل يلزم العقد
 الصحيح على البنت، فلا تحلّ الأمّ، و على الثاني إن أجازت صح العقد فحرمت الأمّ، و إن
 فسخت فالحكم ما تقدّم.

و على احتمال الإباحة فيه [أي في الطلاق] فإنما أبيحت [الأمّ] لفساد العقد من
 أصله، لا للطلاق و من أنه [أي الطلاق] بالنسبة إليه [أي إلى الزوج المباشر] بمنزلة الفسخ
 قبل اللزوم بل قبل التمامية، و منع توقّفه [أي الطلاق] على اللزوم أو التمامية، فلم يتم
 العقد على البنت فتحلّ الأمّ، سواء فسخت [الزوجة التي يكون العقد بالنسبة إليها فضولياً]
 بعده أم أجازت.

(و إن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ) و هل يحلّ لها حينئذ
 نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان في إباحة الأمّ بالفسخ، (و الإطلاق هنا معتبر) فإنّه إذا طلق
 فقد أجاز قبله فلزم العقد^(١).

و قال الشيخ يوسف البحراني بعد نقل كلام المحقق و الشهيد الثانيين من غير
 ترتيب و بعد كلام الأوّل منهما: «و مرجعه إلى أنّ تحريم المصاهرة في الصورة المذكورة
 إنما هو من حيث وقوع الشبهة بهذا العقد في أنّ المعقود عليها قبل الإجازة أو الفسخ
 زوجة أم لا؟ لا لأنّ العقد كان لازماً من جهة المباشرة كما ذكره فيتربّب عليه أحكام
 المصاهرة.

(١) كشف اللثام ١٠٧/٧ و ١٠٨.

و الحقّ أنّ العقد في الصورة المذكورة يكون موقوفاً لا يحكم عليه بلزوم و لا بطلان إلى أن تلحقه الإجازة أو الفسخ فيظهر حاله بذلك، و الحكم باللزوم بمجرد كونه من أحد الطرفين لا يخلو من مناقشة وإشكال»^(١).

قال صاحب الجواهر: «ولو بلغ أحدهما فرضي) به (لزم العقد من جهته) بناءً على أنّ الإجازة كاشفة، فالمراد باللزوم حينئذ من جهته عدم جواز فسخه له، بل في القواعد^(٢) في نحو المقام أنه نحرّم المصاهرة عليه، بل في كشف اللثام^(٣) نفي الإشكال فيه، فلا يجوز له إن كان الزوج نكاح الأخت و الخامسة و كلّ من الأمّ و البنت إلا إذا فسخت الزوجة، فلا حرمة على إشكال في الأمّ، و في الكشف^(٤) من أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه ثمّ قال فيها: و مع الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة إلى أن قال فيها: و إن كان الزوجة لم يحل لها نكاح غيره مطلقاً إلا إذا فسخ، و الطلاق هنا معتبر، و في الكشف^(٥) و هل لها نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان في إباحة الأمّ بالفسخ، لكنّه قد يناقش باعتبار تحقّق النكاح في تحريم ذلك و ليس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر، و احتمال حصولها غير كافٍ في تحقّقها، بل الأصل يقتضي عدمها.

بل مقتضاه جواز ذلك كلّ له حتّى تحصل و إن انكشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بين العقد و بينها، فمن باع ماله من فضولي لم يمتنع عليه الانتفاع به ولو المتلف.

اللهم إلا أن يفرّق بينه و بين النكاح المطلوب فيه الاحتياط بالأنسب و غيرها. أو يلتزم فيهما معاً بالحرمة من باب المقدمة، ضرورة أنه على الكشف بالمعنى المعروف عندهم يكون الأمر دائراً بين كونها أمّ امرأته مثلاً أو غيرها، فيحرم وطؤها مقدّمة

(١) الحدائق ٢٣/٢٨٩ و ٢٩٠.

(٢) القواعد ١٦/٣.

(٣) كشف اللثام ٧/١٠٧.

(٤) كشف اللثام ٧/١٠٧.

(٥) كشف اللثام ٧/١٠٨.

لامتنال تحريم نكاح أم الزوجه، و يحرم عليه التصرف في المال، لدورانه بين كونه ماله و مال غيره، فيجب اجتنابه مقدمه لامتنال حرمة التصرف في مال الغير، و بذلك ينقطع استصحاب الجواز السابق، فإنه لا يعارض باب المقدمة، بل لعلّ موضوع المستصحب غير محقق بعد صدور ما يحتمل السببية منه المخرجة له عنه، كما أنه لم يعلم تناول أدلة الحلّ للفرض، إذ هي نكاح غير أم المرأة، و لم يعلم كونها كذلك، هذا أقصى ما يمكن أن يقال. لكن الإنصاف عدم خلوّه مع ذلك عن الإشكال، خصوصاً بعد ملاحظة أصل عدم حصول الإجازة.

و استصحاب أحكام الموضوع السابق^(١)، مثل جريان هذا العقد و العزل في خبر الحذاء^(٢) إنما هو للاحتياط في حفظ المال، كالعزل للحمل، فهو مخصوص في محلّه، و لذا صرّحوا بإعطائه للوارث مع فرض طول الانتظار و نحوه بجنون و نحوه، فتأمل. فإنه قد يقال بمعارضة أصالة عدم الإجازة بأصالة عدم حصول المبطل للعقد المتأهل للصحة، و الاستصحاب قد انقطع قطعاً، ضرورة اندراجها في المعقودة التي هي غير نافذة العقد، نعم هي محتملة لكونها من ذي العقد المقبول أو المردود، و لأصل ينقح ذلك، فيجب الاجتناب مقدمة كالمعقودة المشتبهة بغيرها، مؤيداً ذلك بتناول أمر الوفاء بالعقد الشامل لمثل هذا العقد للأصيل مثلاً، و ليس الوفاء به إلاّ المراعاة لحاله، و إجراء حكم المصاهرة و نحوها عليه، لأن الوفاء بكلّ شيء بحسب حاله، بل لعلّ الأمر بعزل المال في الصحيح الآتي^(٣) لذلك.

نعم، من الغريب ما سمعته مع احتمال تحريم الأمّ و الأب و الإين بمجرد صدور العقد فضولاً الذي تعقّبه عدم الإجازة ولو من طرف واحد، لإحتمال كون الفسخ من حينه، فإنه لا يقتضيه أصل و لا قاعدة و لا فتوى، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة بخلافه، و الطلاق غير مجدٍ، ضرورة اعتبار تعقّبه للنكاح، و الفرض عدم تماميته لعدم

(١) أي العقد الفضولي.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ١.

حصول الإجازة، وإن قلنا بكونها كاشفة بناءً على مدخليتها في تأثير الصّحة ولو على جهة الكشف الشرعي فلا يؤثر الطلاق حينئذ فسخاً، نعم على ما حقّقناه سابقاً^(١) من عدم المدخلية لها في الصّحة، وأنّه يكفي فيها أن يرضى الذي هو في علم الله كالمحقّق يتّجه تأثير الطلاق لو صادف الصّحة على الأصح، لعدم اعتبار العلم بها فيه فتأمّل جيّداً، فإنّه دقيق»^(٢).

أقول: قد مرّ منّا بأنّ صاحب الجواهر قائل بالكشف الحقيقي الحصولي - الوجه الخامس من وجوه الكشف الذي مرّ - وهو يقول: «بأنّ الشرط حصول الرضا ولو في المستقبل الذي يُعلم بوقوعه من المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم^{عليه السلام} أو نحو ذلك... ولكن لا بدّ فيه من حصول الرضا ولو في المستقبل ولا يكفي فيه الرضا التعليقي بمعنى أنّه لو علم لرضي...».

ثمّ ما ذكره^{عليه السلام} من قوله: «من الغريب... أو الضرورة بخلافه متين جدّاً. وأمّا الطلاق قبل الإجازة فلا يتم شرعاً لعدم تمامية النكاح حتّى يترتب عليه الطلاق، ولكن يمكن أن يقال بأنّ هذا الطلاق قبل الإجازة يعدّ فسخاً عرفياً للنكاح الذي قبله فيمكن اعتباره فسخاً عرفياً لا طلاقاً شرعياً.

قال الشيخ الأعظم بعد نقل كلام العلامة في القواعد: «و عن كشف اللثام نفي الإشكال وقد صرّح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المزبور من طرف الأصيل وفرّعوا عليه تحريم المصاهرة»^(٣).

أقول: قد مرّ كلام الفاضل الأصبهاني من نفيه الإشكال - في زمان الفاصل بين عقد الفضولي و الإجازة أو الردّ - بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت، و أنت ترى خلو عبارته من نفي الإشكال في الأمّ بالنسبة إلى حرمتها أو حليّتها. و الظاهر أنّ الشيخ الأعظم استشهد بهذا الفرع في كتاب النكاح على قوله من

(١) الجواهر ٤٦٦/٢٣ و ٤٦٧ و ٤٦٨/٢٢.

(٢) الجواهر ٢١٧/٢٩ و ٢١٨.

(٣) المكاسب ٤١٧/٣.

حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كما مرّ في أوّل التنبيه، فاستشهاده بكلام الفاضل الأصبهاني يرجع إلى مقصوده من حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، فأتى بنفي الإشكال في كلامه بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت. فلا يرجع نقل نفي الإشكال في كلام الأصبهاني من الشيخ الأعظم إلى الأمّ - كما تراه المحقّق المروج^(١) أنّه من المتعين - ثمّ اعترض عليه بأنّه لم يجده، فاعتذر له بأنّه: «اعتمد في نقل كلام الفاضل الأصفهاني على مطلع كلام صاحب الجواهر^(٢)»^(٣).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «و أمّا مثل النظر إلى المزوّجة فضولاً و إلى أمّها - مثلاً - و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العاقد على نفسه، فهو باق تحت الاصول لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفيّة بالأصل.

فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجة العقد - أعني علاقة الملك أو الزوجية - بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين»^(٤).

أقول: هذا البيان من الشيخ الأعظم تام بل ثبوت نتيجة العقد تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين كما ذكره^(٥). فبالنسبة إلى مسألة النكاح الفضولي لا حرمة في البين أبداً مادام لم يجز الذي أقام الفضولي العقد من طرفه، نعم، بعد إجازته تمّ عقد و تترتب الحرمة. و أمّا قبلها فلا حرمة في البين أصلاً بلا فرق بين أن يكون الفضولي من طرف الزوجة أو الزوج، فلو تزوّج الزوج المباشر الخامسة أو الأخت أو الأمّ أو البنت قبل الإجازة صح تزويجه و نفس هذا العقد يدلّ على الفسخ العملي للعقد الفضولي السابق.

و كذا لو تزوّجت الزوجة المباشرة لنفسها للغير أو الأب أو الإبن قبل الإجازة يدلّ نفس هذا العقد الثاني على الفسخ العملي للعقد الفضولي السابق.

فلا حرمة في البين أصلاً. نعم، مادام هو أو هي على عقدهما الفضوليان يجب

(١) هدى الطالب ١٣١/٥.

(٢) الجواهر ٢٩/٢١٧.

(٣) هدى الطالب ١٣١/٥.

(٤) المكاسب ٣/٤١٧ و ٤١٨.

عليهما مراعاة الحرمة كما عليه صاحب الحدائق^(١).
و بالجملة: هذه الثمرة - حرمة تصرف الأصيل في ما انتقل عنه - لا تتَّم عندنا و الحمد لله.

الرابعة: سقوط أهلية التملك عن الأصيل

ثم تعرّض الشيخ الأعظم لأربع ثمرات ذكرها الشيخ الأكبر كاشف الغطاء بين النقل و الكشف فنحن نقتفي أثره:

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضاً فيما لو انسلخت قابلية الملك عن أحدهما بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر - بارتداد فطري أو غيره - مع كون المبيع مسلماً أو مصحفاً إن لم نشترط فيها ما نشترطه من الاسلام حين العقد»^(٢).

مراده: يمكن الخروج عن قابلية التملك بأحد أمور ثلاثة:

١. الخروج العرفي عن قابلية التملك كالموت.
٢. الخروج التعبدي عن قابلية تملك أمواله السابقة كالارتداد الفطري
٣. الخروج التعبدي عن قابلية تملك بعض أمواله نحو المصحف الشريف و العبد المسلم كالإرتداد الملّي.

و تظهر الثمرة بين الكشف و النقل بأنّ العاقد الأصيل إذا أنشا البيع أو الشراء و انسلخت عنه قابلية التملك بالموت أو الارتداد، صحت المعاملة بناءً على الكشف لأنّه حين العقد كان قابلاً و انسلخت القابلية عنه بعد العقد و بناءً على النقل كانت المعاملة باطلة لأنّ حين الإجازة و الانتقال لم يكن الأصيل قابلاً للتملك.

و اعترض صاحب الجواهر على أستاذه و قال: «إنّ الأوّل و إن كان قد يشهد له خبر^(٣) الصغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه و دعوى عدم الجواز في

(١) الحدائق ٢٣/٢٩٠.

(٢) شرح القواعد ٢/٩٦.

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

غيره بناءً على الكشف أيضاً، ضرورة أنه يمكن دعوى ظهور الأدلة في اعتبار القابلية حاله كالنقل أيضاً، وأنه لو لا الرضا لكان مالكاً، بل لا بد من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتى لا ينافي زمان التملك الذي هو مستمر أيضاً من حين العقد إلى حين الإجازة»^(١).

مراده: اعتبار اتصال قابلية التملك بين زمني العقد و الإجازة حتى يستند خروج المال عن ملك كل واحد من المتبايعين إلى إجازة المجيز بحيث لولاها استمرت الملكية و لم تنقطع إلا بالإجازة الموجبة للانتقال.

و دليل اعتبار هذا الاتصال بعض النصوص الواردة في صحة بيع الفضولي كصحيحة محمد بن قيس^(٢) و موثقة جميل^(٣)، إذ ظاهرهما بقاء الأصيل على أهلية التملك إلى ظرف الإجازة.

و ردّ الشيخ الاعظم^(٤) على صاحب الجواهر بجوابين:

أحدهما: نقضي: قائلين بصحة بيع الفضولي بالإجازة تسالموا^(٥) في مسألة ما لو تعاقب العقود المتعددة على مال المجيز، مع أنه على القول بالكشف ليس مالكاً حين الإجازة، لزوال ملكيته بها و صحة العقود المتعددة بعدها. و قد التزم صاحب الجواهر نفسه فيها بالصحة حيث يقول: «و أمّا ما بعده من العقود فلا ريب في صحتها بناءً على الكشف لوقوع التصرف حينئذ في الملك. و أمّا على النقل، فيحتمل البطلان لتعدّد الإجازة حينئذ من المالك... و الصحة مع الإجازة منه لكون الرضا الأوّل إنّما كان و المال لغيره و لعلّ الأوّل أقوى»^(٦).

(١) الجواهر ٤٦٩/٢٣ (٢٩١/٢٢).

(٢) وسائل الشيعة ٢٠٣/٢١، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ٩.

(٤) المكاسب ٤١٩/٣.

(٥) راجع جامع المقاصد ٧٠/٤: المسالك ١٥٨/٣.

(٦) الجواهر ٤٧١/٢٣ (٢٩٢/٢٢).

و الآخر: حلِّي: ظهور بعض الأخبار بل صريح بعضها في عدم اعتبار قابلية تمليك أحد المتعاقدين حال إجازة الآخر، مضافاً إلى فحوى بعضها الآخر.
الأوّل نحو: موثقة جميل^(١)، والثاني نحو: رواية ابن أشيم^(٢)، والثالث نحو: صحيحة الحداء^(٣).

ولكن المحقّق السيّد الخوئي اعترض على الشيخ الأعظم و صاحب الجواهر كليهما و قال: «و لا يخفى أنّ تلك الأخبار بأجمعها خارجة عن البيع الفضولي على ما ذكرناه سابقاً حتّى أنّ شيخنا الأنصاري لم يستدلّ على صحة الفضولي بتلك الأخبار و أمّا ذكرها تأييداً، و عليه فلم ترد رواية منها في الفضولي حتّى يستفاد منها عدم اعتبار استمرار القابلية بالصراحة أو الظهور كما هو الظاهر.

و أمّا النقض الذي اورده على صاحب الجواهر^{عليه السلام} فأعجب، لأنّ الكلام في اعتبار قابلية المتعاقدين في نفسيهما و أمّا الخروج عن المالكية بالإجازة فهو ممّا لا مانع عنه أبداً، و من الظاهر أنّ المالك في البيوع المتعاقبه لم يخرج عن أهلية الملك و القابلية لو لا الإجازة، فهذا النقض من مثله بالنسبة إلى صاحب الجواهر غريب، هذا كلّ بالنسبة إلى ما أفاده شيخنا الأنصاري^{عليه السلام}».

أقول: ما ذكره المحقّق السيّد الخوئي بالنسبة إلى نقض الشيخ الأعظم تام، و أمّا ما ذكره بالنسبة إلى جوابه الحلّي فغَيْر تام، لأنّه لو فرض عدم تمامية الاستدلال بهذه الروايات على بيع الفضولي، - و قد عرفت في البحث عن أدلة صحة بيع الفضولي تمامية فحوى ما دل على صحة نكاح الفضولي أي صحيحة أبي عبيدة الحداء - كيف لا يمكن استفادة عدم اعتبار استمرار قابلية تملك عنها، مع أنّ هذا البحث الأخير لا يكون من فروع بحث بيع الفضولي، و البحث فيه عام يشمل الفضولي و غيره، فهذا البيان من مثل السيّد الخوئي^{عليه السلام} - و هو مرجع الطائفة - غريب.

(١) وسائل الشيعة ١٨/١٩، ح ٩.

(٢) وسائل الشيعة ٢٨٠/١٨، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٢١٩/٢٦، ح ١.

ثم قال المحقق السيّد الخوئي: «وأمّا ما ذكره صاحب الجواهر رحمته فإن كان الخروج عن القابلية بالموت فالظاهر أنّ المعاملة صحيحة على كلا القولين من الكشف و النقل.

أمّا على الكشف، فلوضوح أنّ الإجازة تكشف عن صحّة البيع حين العقد و هما كانا حيّين عند العقد، و خروج أحدهما عن الأهلية بعده لا يوجب فساد المعاملة للعمومات و الاطلاقات الواردة في صحّة بيع الفضولي الشاملة لما إذا خرج أحد المتعاقدين عن القابلية حين الإجازة، نعم لو كان المدرك في صحّة البيع الفضولي هو الأخبار الخاصّة المتقدّمة كرواية عروة البارقي أو صحيحة محمّد بن قيس و نحوهما، كان اللازم أن تقتصر على موردها، و هما ظاهرتان في حياة المالكيين و المتعاقدين، و لم يمكن التعديّ منهما إلى ما إذا خرجا عن الأهلية بالموت إلاّ أنّك عرفت أنّ المدرك هو العمومات و هي شاملة للمقام من دون قصور.

و أمّا على النقل، فلأنّ المعاملة إنّما تتقوم بالمبادلة بين المالكين و لا نظر فيها إلى المالكين، فإذا صدرت الإجازة من المالك المجيز فتتوقّف صحّة المعاملة على إجازة وارث الأصيل الذي فرضناه خارجاً عن الأهلية بالموت، لأنّ الموت لا يوجب بطلان المعاملة حينئذ، غاية الأمر أن يكون بيعه بالنسبة إلى الوارث فضولياً لأنّه باع ما ملكه الوارث بعد ذلك فيتوقّف على إجازة الوارث، و سيأتي في المسألة الآتية أنّه لا يعتبر في المجيز أن يكون مالكاً حين العقد على ما ذهب إليه الشيخ أسدالله التستري، و لا مانع من أن يكون المجيز غير المالك حين العقد، هذا كلّّه بالنسبة إلى الموت.

و أمّا إذا كان الخروج عن الأهلية بالارتداد و الكفر: فالظاهر كما نقل عن كاشف الغطاء و غيره أنّهم لم يفرّقوا في المرتدّ الفطري بين كون المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً و بين كونه من الأشياء الأخرى، و قد حكموا بالصحة على الكشف و البطلان على النقل، ولكنّه مبني على أنّ الارتداد عن فطرة يوجب عدم قابلية المرتدّ للملك مطلقاً، إلاّ أنّ هذا ممّا لم يدلّ دليل على صحّته و إنّما ورد أنّ المرتدّ عن فطرة تقسم أمواله بين ورثته و تنتقل إليهم، و أمّا أنّه إذا اكتسب مالاً بعد الارتداد لا يكون مالكاً له فلا يستفاد من شيء،

و عليه لا بدّ في الفطري أيضاً من التفصيل بين كون المبيع من قبيل المصحف و العبد المسلم و نحوهما ممّا لا يملكه الكافر و بين غيره فالثمره تظهر في بيع المصحف و العبد المسلم فإنّه على الكشف يصحّ لأنّه كان مسلماً حين العقد و على النقل يكون باطلاً لأنّه حين الإجازة كافر و هو لا يتملّك شيئاً منهما كما لا يخفى، و أمّا في غيرهما كالفرش و الدار و نحوهما فلا يبطل على النقل أيضاً حتّى في الارتداد عن فطرة، إذ لا دليل على أنّ المرتدّ الفطري لا يتملّك بعد الارتداد.

ثمّ لا يخفى أنّ ما ذكرناه من بطلان بيع المصحف و نحوه عند ارتداد المشتري قبل الإجازة بناءً على القول بالنقل إنّما هو فيما إذا كان الثمن كلياً، و أمّا إذا كان شخصياً و كان الارتداد عن فطرة فهو ينتقل إلى ورثة المرتدّ فتكون المعاملة بقاءً على مال الورثة فتتوقّف على إجازتهم كما مرّ في الموت، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولي و لا يكون البيع باطلاً، فلا تكون حينئذ ثمره بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما تظهر الثمره عند كون الثمن كلياً إذ لا مالیه له إلاّ بالاضافة و هو قد أضيف إلى ذمّة المرتدّ، و لا ينتقل إلى الورثة لمغايرة ما أضيف إلى ذمّته بالنسبة إلى ما في ذمّة الورثة.

و الحاصل: أنّ الارتداد موت شرعي، و عليه فلا فرق بينهما في البيع الشخصي من حيث الصحّة فيهما على كلا القولين من النقل و الكشف، غاية الأمر أنّها على النقل تتوقّف على إجازة الوارث في كلّ واحد من الارتداد و الموت، لأنّه بالنسبة إلى الوارث فضولي فيهما، كما لا فرق بينهما في البيع الكلي من حيث البطلان في كليهما على القول بالنقل دون الكشف، لأنّ ما في ذمّة الميّت و المرتدّ غير ما في ذمّة وارثهما، فلا فرق بينهما من هذه الجهات. نعم يظهر الفرق بين الارتداد و الموت على القول بالكشف فيما إذا كان الثمن عبارة عمّا في ذمّة أحدهما من المنافع كما إذا اشترى المصحف أو العبد المسلم في مقابل أن يکنسا دار البائع أو في مقابل عمل آخر، فإنّ البيع في صورة الموت باطل، لعدم تمكّنه من الثمن و استحالة الكنس أو العمل في حقّ الميّت فيبطل، اللهمّ إلاّ إذا حكمنا بالانتقال إلى القيمة، و هذا بخلاف المرتدّ فإنّ البيع لا يبطل بالنسبة إليه بل ينتقل المصحف أو العبد إلى الوارث و يلزم المرتدّ على العمل من الكنس أو غيره لقدرته عليه إلاّ فيما إذا

كان العمل ممّا يشترط فيه الطهارة و الإسلام كالصوم و الصلاة، فالبيع بالنسبة إلى الميّت باطل لعدم قدرته على تسليم الثمن، و صحيح في حقّ المرتدّ فلا تغفل، هذا كلّه بالنسبة إلى ارتفاع الأهلية و القابلية عن المالكين قبل الإجازة و بعد العقد»^(١).

الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية

قال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضاً فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلفه أو انقلابه إلى النجس أو عروض النجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك»^(٢).
مراده: ظهور الثمرة بين قولي الكشف و النقل لو انسلخت قابلية المال المنقول - ثمناً كان أو مثنياً - للملكية من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلك المال، أو انقلابه إلى النجس نحو: غليان عصير العنبي، أو عروض النجاسة عليه بحيث لا يقبل التطهير نحو: إصابة عين النجاسة إلى اللبن أو الدهن المايح أو أمثالهما بحيث لا يقبل التطهير، فعلى القول بالكشف يصحّ الشراء و يكون المشتري مالكاً للعصير العنبي مثلاً و يكون ضرره عليه، و على القول بالنقل وقع السقوط في ملك البائع الأصيل و بطل الانتقال و يكون ضرره على البائع.

و اعترض صاحب الجواهر على أستاذه بقوله بعد الاعتراض على الثمرة السابقة: «و منه تنقذ المناقشة في الثاني، بل هي اوضح من الأوّل ضرورة كون المعترى على الكشف و النقل رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها»^(٣).
توضيحه: المعترى في باب الفضولي إجازة المالك و رضاه بالعقد، فلو انتفت قابلية العين للتملّك كما إذا إنقلب الخلُّ خمراً بعد انشاء الفضولي لم يصدق على المالك أنّه مالك هنا حتّى تؤثر إجازته في صحة بيع الفضولي بلا فرق بين الكشف و النقل.
و بعبارة أخرى: سقوط المال عن الملكية يوجب انتفاء عنوان المالك، لأنّ

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٧٨-٤٧٥).

(٢) شرح القواعد ٩٦/٢.

(٣) الجواهر ٤٦٩/٢٣ (٢٢/٢٩١).

الملكية هي اضافة المال أو الملك إلى مالكه، وإذا انتفى الملك انتفت الملكية و عنوان المالك، وإذا انتفت المالك و الملكية و الملك انتفى البيع فضولياً كان أو غيره، نرى الإجازة كاشفة أو ناقلة، وهذا هو وجه أولوية انتفاء هذه الثمرة عند صاحب الجواهر.

و أجابه الشيخ الأعظم^(١) بجوابين:

أحدهما: فحوى صحيحة الحداء^(٢)، لأنّ المفروض فيها موت الزوج الذي هو أحد الركنين في عقد النكاح و قد حكم بصحة العقد لو رضيت الزوجة بعد إدراكها و حلفها، فكذلك في بيع الفضولي إذا سقط المبيع عن المالية أو الملكيّة بعد العقد - لأنّ المبيع لا يكون في البيع أهم من الزوج في النكاح - فيحكم بصحة بيع الفضولي بعد إجازة المالك و يكون التلف على المشتري بناءً على النقل لأنّ التلف وقع في ملكه.

ثانيهما: الإطلاق الوارد في قضية عروة البارقي الناشئ من ترك الاستفصال الدالّ على عدم اعتبار استمرار قابلية الملك إلى زمان صدور الإجازة، لأنّ عروة إذا أخبر الرسول الخاتم ﷺ بما فعل قال ﷺ: «بارك الله لك في صفقة يمينك»^(٣) و لم يستفصل عن موت الشاة أو ذبحها أو تلفها، و ترك الاستفصال دليل على عدم اعتبار استمرار القابلية إلى زمان صدور الإجازة.

و قال المحقّق السيّد الخوئي: «و أمّا إذا ارتفعت القابلية عن المالكين و خرجا عن قابلية التموّل بالتلف و شبهه كما إذا صار الخلّ خمراً لأنّه تلف شرعي قبل الإجازة، فيقع الكلام فيه من جهتين:

إحدهما: أنّ الخروج عن قابلية التموّل هل يوجب بطلان العقد على النقل دون الكشف، و يظهر الثمرة بينهما في مثله أو لا؟

و ثانيهما: أنّ استمرار قابلية التموّل في المالكين شرط في صحّة العقد و الإجازة كما ادّعاه صاحب الجواهر أو أنّ الاستمرار غير لازم؟

(١) المكاسب ٤١٩/٣.

(٢) وسائل الشيعة ٢٦/٢١٩، ح ١.

(٣) مسند احمد ٤/٣٧٦؛ السنن الكبرى ٦/١١٢ للبيهقي.

فأمّا الكلام في الجهة الأولى فملخصه: أنّ الخروج عن القابلية بالتلف و نحوه إن كان قبل القبض فلا إشكال في أنه يوجب البطلان على كلا القولين.
 أمّا على النقل، فلوضوح أنّ المال قد تلف قبل البيع و المعاملة على المعدوم باطلة.
 و أمّا على الكشف، فلأنّ الإجازة وإن تكشف عن الملكية من حين العقد إلا أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكة فيوجب التلف انفساخ المعاملة، إذ المفروض أنّ المال لم يقبض، و معنى كلّ مبيع تلف قبل قبضه أنّ المال يدخل في ملك البائع قبل التلف بأن و يتلف في ملك البائع كنايةً عن انفساخ المعاملة و رجوع الثمن و المثمن إلى ملك مالكهما الأوّل فلا تظهر ثمرة بين القولين حينئذ.
 و أمّا إذا خرجا عن القابلية بالتلف و نحوه بعد القبض فلا مانع من الالتزام بالصحة على الكشف و البطلان على النقل و تظهر الثمرة بينهما حينئذ.

و التلف بعد القبض يُتصوّر على وجهين:

أحدهما: ما إذا كان المبيع بيد المشتري قبل المعاملة بإذن مالكة كما إذا استأجر الدار من مالكة و سكن فيها بإذنه ثم اشتراها بالبيع الفضولي و تلفت قبل الإجازة، فإنّ المعاملة صحيحة على الكشف لأنّ الملكية حصلت حين العقد و قد قبض المشتري المال، و التلف بعد القبض لا أثر له، و ذلك لأنّ المفروض أنّ المشتري قد قبض الدار من مالكة بإذنه و إن لم يقبضها المالك بعنوان المعاملة إلا أنّ قبضه صحيح و مستند إلى إجازة المالك و مثله يكفي في القبض، ولكنّها باطلة على النقل لأنّها تلفت قبل المعاملة، و القبض قبلها لا يوجب صحة البيع أبداً لأنّها قد انعدمت و المعاملة على المعدوم لا تصحّ.
 و ثانيهما: ما إذا كان الفضولي وكيلاً من قبل المالك في خصوص قبض كلّ ما للمالك من الأموال، و اشترى مالاً للمالك فضولاً و قد قبضه من البائع فتلف بعد القبض، فإنّه يصحّ على الكشف لتقدّم الملكية و القبض على التلف، و المفروض أنّ القابض وكيلاً في قبض أموال المالك و قبضه قبض المالك لا محالة، و يبطل على النقل لانعدام المال قبل المعاملة.

و الغرض من هذا التطويل دفع ما أورده بعضهم و منهم شيخنا الأستاذ^(١) عليه السلام على كاشف الغطاء^(٢) في المقام من أنّ المعاملة عند التلف باطلة على كلا القولين، أمّا على النقل فظاهر، و أمّا على الكشف فلاجل أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، إلاّ أنّك عرفت أنّ التلف يمكن أن يتصوّر بعد القبض و عليه تظهر الثمرة بين القولين لا محالة، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا الأنصاري^(٢) مثّل للخروج عن المالية بمثالين: التلف و عروض النجاسة على المبيع مع ميعانه، و لم نفهم الوجه في المثال الثاني و أنّ عروض النجاسة على المائعات كيف يخرج المائع عن المالية و الملكية مع أنّه^(٢) صرح بجواز بيع المنتجس كالدهن و نحوه للاستصباح أو لجعله صابوناً بل لطلي السفن و نحوه، فلا يمكن المصير إلى أنّ الدهن بتنجسه يخرج عن المالية، غاية الأمر أنّ بيعه غير جائز فيما يتوقّف استعماله على الطهارة إلاّ أنّه لا يوجب الخروج عن المالية و الملكية بوجه حتّى أنّه لو أتلفه أحد نحكم بضمانه للمالك كما هو ظاهر.

نعم تظهر الثمرة بين القولين في المثال إلاّ أنّه لا لأجل خروج المالكين عن المالية بل من جهة انتفاء شرط من شروط صحّة البيع، و عليه ينبغي أن يدرج ذلك في المقام و يلحق بالقسمين المتقدمين أعني صورة خروج المالكين عن الأهلية و صورة خروج المالكين عن المالية و يقال بظهور الثمرة فيما إذا خرج المالك عن القابلية أو خرج المالك عن التمؤّل أو انتفى شرط من شرائط صحّة البيع كما عرفت، هذا كلّ في الجهة الأولى.

أمّا الكلام في الجهة الثانية: فقد عرفت أنّ صاحب الجواهر^(١) قد ادّعى ظهور الأدلّة في اشتراط استمرار القابلية و المالية و الشرائط في صحّة المعاملة و الإجازة، و قد تبعه بعض المتأخّرين و ذكروا أنّه لا إطلاق في أدلّة صحّة الفضوليّ ليتمكن التعديّ، بل لا بدّ

(١) منية الطالب ٨٥/٢.

(٢) المكاسب ٤١٨/٣.

من الاقتصار على المقدار المتيقن و هو صورة استمرار القابلية و المالية و الشرائط.
 إلا أنك عرفت أن ذلك إنما يتم فيما إذا استدللنا على صحة الفضولي بالأخبار
 الخاصة الواردة في بعض الموارد المخصوصة، و أما إذا كان المدرك على صحة الفضولي
 هو الاطلاقات و العمومات فلا ينبغي الإشكال في إطلاقها و شمولها للمقام و بها ندفع
 اشتراط الاستمرار بحسب القابلية و المالية و الشرائط، فلا يمكن المصير إلى ما ذهب إليه
 صاحب الجواهر^{رحمته} من بطلان المعاملة على كلا القولين، بل قد عرفت أن الثمرة بينهما
 تظهر في الموارد المتقدمة، فما ذكره كاشف الغطاء هو الصحيح، هذا ما يرجع إلى كلمات
 صاحب الجواهر^{رحمته}.

و أما ما أفاده شيخنا الأنصاري في مقام الجواب عن صاحب الجواهر^{رحمته} من أنه لا
 دليل على استمرار القابلية و المالية في المعاملة، بل الدليل على عدم الاشتراط موجود و
 هو الروايات الواردة في صحة الفضولي حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار
 الحياة في المتعاقدين حال الإجازة، مضافاً إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل
 النبي^{صلى الله عليه وآله} عن موت الشاة أو ذبحها و إتلافها، و إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين.

فندفع بما ذكرناه سابقاً من أنه^{رحمته} أراد بالظاهر ما ورد في المضاربة و في الاتجار
 بمال اليتيم من أن الربح للمالك و الصغير، و الخسران على العامل و المتصرف، حيث إنهما
 ظاهران في الاطلاق و عدم التفصيل بين موت المالك و عدمه، إلا أنك عرفت أنهما
 أجنبيتان عن الفضولي و لا دلالة فيهما على صحته كي يتمسك بهما في المقام، و أما
 الصريح فلم نفهم أنه ما أراد بالصريح في الأخبار، إذ لا رواية صريحة في ذلك بين
 الأخبار، و أما رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون فهي صريحة في موت الموكل و
 تدل على صحة بيع الوكيل فيما إذا مات الموكل بعد البيع، و لا إشكال في صحة بيع الوكيل
 و معاملاتهما فيما إذا مات الموكل بعد المعاملة، و هذه لا ربط لها بالمقام كما لا يخفى.

و أما ما استشهد به ثانياً ففيه: أن عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بعدم موت
 الشاة أو تلفها، إذ من البعيد أن تموت الشاة في ذلك الزمان القصير المتخلل بين بيعها و
 إجازة النبي^{صلى الله عليه وآله}، و على تقدير الشك فالاستصحاب جارٍ و أما ذبح الشاة و أنه لم

يستفصل بين ذبحها و عدمه، ففيه: أنّ ذبحها لا يخرجها عن المالية و الملكية كما لا يخفى و الكلام في خروج المالكين عن المالية فلا تغفل.

و أمّا استدلاله برواية تزويج الصغيرين فهو عجيب، إذ على تقدير صحّتها في موردها كيف يمكن التعديّ منها إلى المعاملات الفضولية فإنّ التعديّ منها قياس لا نقول به. و دعوى الفحوى و الأولوية كما صدرت منه عليه السلام ممنوعة من جهة أنّنا قلنا بدلالة الرواية الواردة في صحّة النكاح الفضولي على صحّة البيع الفضولي بالأولوية من أجل أنّ النكاح - بما أنّ فيه الفروج و الأولاد - أهم عند الشارع قطعاً، فإذا صحّ الفضولي في النكاح فتدلّ على صحّته في البيع بطريق أولى.

و أمّا في المقام فيما أنّه لا يترتب على صحّة النكاح بعد فرض موت الزوج ولد و لا وطء فلا يمكن التعديّ منه إلى البيع، إذ لا أهمية له عليه و لا أولوية في البين فكيف يمكن التعديّ عن صحّة النكاح بالإجازة الذي لا يترتب عليه إلاّ إرث الزوجة إلى صحّة جميع العقود الفضولية لينتقل الثمن و المثلن إلى المالكين. فالمتحصّل أنّه لا يمكننا المساعدة على شيء ممّا أفاده في المقام، هذا كلّّه فيما إذا كان المالكان و المالكان و البيع واجدين للقابلية و المالية و الشروط حين العقد و لكنّها ارتفعت بعد العقد إلى زمان الإجازة»^(١).

السادسة: تجدد القابلية

قال الشيخ جعفر: «و في مقابله [أي مقابل انسلاخ قابلية الملكية - أي الثمرة الخامسة -] ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حين العقد، كما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة»^(٢).

مراده: تجدد قابلية الملك من تجديد الثمرة أو بداية إصلاحها بعد العقد ولكن

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٨٣-٤٧٨).

(٢) شرح القواعد ٢/ ٩٦.

أمثلة الجدِّ تَنَحَّصِرُ بمقابلة الثمرة الخامسة أي تجديد المالية لا تجديد المالكية فتأمل. ولكن يمكن تصويره في ما إذا تجددت قابلية الملك للمالك الذي بيعت ماله فضولياً، و كانت قابليته حين العقد منسلخة لموته مثلاً ولكن الفضول لا يدري أنه مات، ولكن بعد عقد الفضولي و قبل الإجازة أحياء الله تعالى و تجددت قابليته للملك، فعلى القول بالكشف البيع باطل لأنَّ البيع وقع في زمن انسلاخ قابلية المالك لملكه، و لا يمكن تصحيحه بالإجازة التي كانت كاشفة من وقوع النقل و الانتقال من حين العقد الفاقد لشرائط الصحة، و أمّا على القول بأنّها ناقلة، حيث وقع النقل و الانتقال من حين الإجازة الناقلة و حين الإجازة تجدد القابلية تكون المعاملة صحيحة.

و هذه الثمرة هي على عكس الثمرة الرابعة و الخامسة و لذا قال الجدِّ: «في مقابله»^(١) أي في مقابله في تجديد القابلية و ظهور الثمرة.

و اعترض عليه في الجواهر و قال: «و اوضح من ذلك فساداً، فاقد القابلية للملك حين العقد ثم وجدت قبل الإجازة، فإنّه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، و على النقل أيضاً لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان في غير محله»^(٢).

و وافق الشيخُ الأعظم صاحب الجواهر في الاعتراض و قال: «نعم، ما ذكره أخيراً من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطان العقد ظاهراً على القولين...»^(٣).

توضيح اعتراضهما: العقد لا بدّ أن يكون تاماً من جميع الجهات حين العقد في الفضولي إلا إجازة المالك، و حيث في هذا الفرض انسلخت قابلية الملك عن ماله حين العقد يكون باطلاً بلا فرق بين الكشف و النقل.

(١) شرح القواعد ٩٦/٢.

(٢) الجواهر ٤٦٩/٢٣ ٤٦٩/٢٢ (٢٩١/٢٢).

(٣) المكاسب ٤٢٠/٣.

السابعة: فقد شرط العقد

قال جدُّنا الشيخ جعفر: «و فيما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت و بالعكس»^(١).

توضيحه: لو كان الشرط مفقوداً حين العقد ولكن تجدد قبل الإجازة يكون العقد باطلاً على الكشف لوقوع العقد فاقداً للشرط ولكن يكون صحيحاً على النقل لوقوع العقد واجداً للشرط حين النقل.

و أمّا عكسه: لو كان الشرط موجوداً حين العقد ولكن فقد قبل الإجازة، فيكون العقد صحيحاً على الكشف لوقوع العقد جامعاً للشرائط، باطلاً على النقل لوقوع النقل حين فقدان شرائط الصحة.

لم يتعرض صاحب الجواهر لهذه الثمرة ولكن الشيخ الأعظم اعترض عليه بما اعترض على الثمرة السادسة لأنه قال بعد ما نقلت عنه فيها: «... وكذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»^(٢).

ولكن قال المحقق السيّد الخوئي: «و أمّا إذا انعكس الأمر كما إذا كان المالك غير واجدين للقابلية أو كان العوضان فاقدين للمالية أو كان البيع فاقداً للشروط حين العقد فصارا واجدين لها في زمان الإجازة فقد ذكر شيخنا الأنصاري^(٣) في المقام أنّ المعاملة باطلة حينئذ على كلا القولين لعدم تمامية الشروط في العقد، ثم ذكر أنّ باب المناقشة في ذلك وإن كان واسعاً إلا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه، هذا.

ولكن التحقيق أن يفصل بين الشروط فإن كان الشرط راجعاً إلى المتعاقدين: كالبلوغ و العقل و نحوهما و فرضنا أنّ أحدهما كان صبيّاً حين العقد ثم بلغ حين الإجازة، فلا ينبغي الإشكال في بطلان العقد على كلا المسلكين، لأنّ عمد الصبي و خطأه سيّان، فلا اعتبار بما صدر منه حال كونه صبيّاً، فلا عقد حتّى يصحّ على الكشف أو

(١) شرح القواعد ٩٦/٢.

(٢) المكاسب ٤٢٠/٣.

(٣) المكاسب ٤١٨/٣ - ٤٢٠.

النقل.

و أمّا إذا كان الشرط من شروط نفس البيع: كعدم كونه غررياً و كان ذلك الشرط مفقوداً حال العقد الفضولي ثم ارتفع الغرر قبل الإجازة كما إذا باعه صندوقاً مقللاً من دون أن يعلم المشتري بما في الصندوق من الأموال ثم علمه بعد البيع قبل الإجازة، فالمعاملة باطلة أيضاً على كلا المسلكين، لاشتراط عدم الغرر في البيع حال الحدوث فوجوده مانع عن صحّة البيع لا محالة، و ارتفاعه بعد ذلك لا ينفع في صيرورة البيع صحيحاً، فما أفاده متين في هذه الصورة أيضاً.

و أمّا إذا كان الشرط من شرائط المالك فهو ينقسم إلى قسمين:

فتارة: يكون أحد المنقولين أو كلاهما ممّا لا مالية له تكويناً أو ممّا حكم الشارع بعدم ماليتة شرعاً حين العقد ثم انقلب إلى المال حال الإجازة، و هذا أيضاً لا مجال لصحّته على كلا القولين، فإذا باع الثمرة قبل بدوّ صلاحها أي زمان كونها زهراً على نحو الفضولي ثم بدا صلاحها حين الإجازة من المالك، أو كان المبيع خمرّاً حال العقد ثم صار خلاً حين الإجازة فإنّ العقد في المثالين إنّما وقع على المعدوم حقيقة أو شرعاً، لأنّ الثمرة غير موجودة قبل بدوّ الصلاح واقعاً كما أنّ الخمر محكومة بعدم المالية شرعاً فلا محالة يكون باطلاً، إذ لا معنى لصحّة العقد على المعدوم على كلّ من المسلكين و أمّا ما وجد بعد ذلك فهو لم يقع عليه عقد حتّى يصحّ بالإجازة.

و أخرى: يكون كلّ واحد من المنقولين مالاً حقيقة ولكن تختلف أوصافهما فيتّصفان بشيء حال العقد و بشيء آخر حال الإجازة، و في مثل هذا لا وجه للبطلان على كلا المسلكين كما إذا كان المبيع وقفاً أو ماءً متنجساً أو أمّ ولد حال العقد ثم صار الوقف مورداً للخلاف بين أهله حتّى انتهى الأمر إلى القتل و الجدل فصار بيعه صحيحاً حال الإجازة، أو طهرنا الماء قبل صدور الإجازة من المالك فجاز بيعه بعد ما كان بيعه باطلاً لاشتراط الطهارة في المبيع، أو مات ولد الأمّ فصحّ بيعها حال الإجازة، و مثل ذلك صحيح على كلا القولين، أمّا على النقل فواضح لأنّه حين الإجازة مال يجوز بيعه و قد وقع العقد على هذا المال فبالإجازة يستند إلى المالك و حين الاستناد هو واجد لشرط

الصحة فتعمه العمومات، وأمّا على الكشف فلأنّ الإجازة لا تكشف عن الملكية من حين العقد حتّى يقال إنّ المبيع حال العقد كان وقفاً أو ماءً متنجّساً أو أمّ ولد و كيف يحكم بدخولها في ملك المشتري مع أنّ بيعها غير صحيح حينئذ، وإنّما تكشف عن الملكية من زمان صيرورة الوقف أو الماء أو الأمّ ممّا يجوز بيعه لأجل ما طرأ عليها من المجوّزات، فما أفاده عليه السلام من البطلان على كلا القولين غير تامّ في هذه الصورة.

كما أنّ الشرط إذا كان راجعاً إلى المالين: لا إلى المتعاقدين ولا إلى المالكين ولا إلى البيع كاشتراط الإسلام في مالك الثمن في بيع المصحف أو العبد المسلم، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع على كلا القولين، أمّا على القول بالنقل فلوضوح أنّ المشتري قد صار مسلماً حال الإجازة، وأمّا على الكشف فلأنّ الإجازة إنّما تكشف عن الملكية من زمان إسلام المشتري للمصحف والعبد لا من زمان العقد حتّى يقال إنّ حين العقد محكوم بعدم التملك لهما، فإذا باع الفضولي شيئاً منهما من الكافر للنسيان أو الغفلة والاشتباه ثمّ أسلم الكافر قبل الإجازة فهو صحيح على كلا المسلكين، فلا وجه لما أفاده عليه السلام من البطلان على كلا القولين في هذه الموارد كما هو ظاهر»^(١).

الثامنة: ثمرات متعددة

وردت في كلام جدّنا الشيخ جعفر عليه السلام قال: «و في تعلّق الخيارات و الشفعة و عدم صحة التصرف من حين العقد، و احتساب مبدأ اوقات الخيار، و معرفة مجلس الصرف و السّلم و اشتراط بقاء القابلية بعقل و رشد إلى حين الإجازة حيث نلحقها بالعقد الجديد إلى غير ذلك. و ترتّب ما يتعلّق بالعهد و النذور و الأيمان غير محتاج إلى الإيضاح و البيان»^(٢).

أقول: الظاهر أنّه في زماننا يحتاج إلى الإيضاح و البيان و لذا قال المحقّق السيّد

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٨٥-٤٨٣).

(٢) شرح القواعد ٩٦/٢ و ٩٧.

المروج في توضيح هذه الثمرات ما نصه: «أنه إذا اختلف حال المبيع صحةً و عيباً بأن كان صحيحاً حين العقد المفروض وقوعه يوم الجمعة، و صار معيباً حال الإجازة الصادرة يوم السبت مثلاً. فعلى القول بالكشف يكون البيع لازماً، لحدوث العيب في ملك المشتري، فلا خيار له. و على القول بالنقل يكون البيع جائزاً، لوقوع العيب في ملك البائع، فيثبت الخيار للمشتري.

ولو انعكس الأمر، بأن كان المبيع حين وقوع العقد معيباً، و صار صحيحاً عند صدور الإجازة، فعلى القول بالكشف يثبت الخيار للمشتري، لوقوع البيع على المعيب، و العيبُ يوجب الخيار. و على القول بالنقل يكون العقد لازماً، لكون المبيع صحيحاً عند صدور الإجازة المتممة للبيع، هذا.

و كذا تظهر الثمرة في خيار الغبن، كما إذا بيع المال فضولاً بأكثر من قيمته السوقية، فصار المشتري مغبوناً، و ترقّت قيمته حال الإجازة، فبناءً على الكشف يثبت خيار الغبن للمشتري، دون النقل.

ولو انعكس الأمر، بأن بيع المال بأقل من قيمته الواقعية، ثمّ إنخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلّقه بعقد الفضولي، لعدم إنطباق ما في دليبه من أنه «إذا افترقا و جب البيع» عليه، إذ لا عبرة بافتراق غير المتبايعين عن مجلس العقد، و إن كان مجلس عقد الفضولي مجلس العقد. و عليه فيختص خيار المجلس بما يكون إفتراق المتعاقدين عنه سبباً للزوم البيع.

و دعوى «ظهور الثمرة فيما لو استمرّ مجلس البيع لافضولي إلى زمان حضور المجيز، و أجاز، فيثبت خيار المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهرة، إذ الكلام في حسابان مبدأ خيار المجلس، و أنه العقد أو الامضاء، و المفروض في المثال وحدة المجلسين، و لا ريب في كون مبدأ الخيار تفرقهما عنه بعد الإجازة سواء على الكشف و النقل.

و سيأتي تفصيل الكلام - في اختصاص خيار المجلس بالأصيل، دون الفضولي و

كذا الوكيل في الانشاء - في أوائل الخيارات إن شاء الله تعالى».

و قال في ذيل حق الشفعة: «يعنى: في مورد تبدل الشريك، كما إذا كانت الدائر ملكاً مشاعاً لزيد و عمرو، فباع الفضولي يوم السبت حصّة زيد، و باع عمرو حصّته يوم الأحد، و أجاز زيد يوم الإثنين. فبناءً على الكشف يثبت حق الشفعة لعمرو، لأنّ حصّة زيد انتقلت إلى من اشتري من الفضول من يوم السبت، فلعمرو الأخذ بالشفعة و فسخ البيع الواقع يوم السبت، و ضمّ حصّة زيد - المبيعة فضولاً - إلى حصته.

فإن أخذ بالشفعة فهو، و لا يثبت حق الشفعة للمشتري من الفضولي، و له الأخذ به و فسخ البيع الواقع يوم الأحد بين عمرو و المشتري منه، لوقوع هذا البيع الثاني بعد تمامية البيع الأوّل المجاز من يوم السبت و إن صدرت الاجازة يوم الاثنين، و صيرورة المشتري من الفضولي شريكاً للأصيل حينما باع حصته يوم الأحد.

و بناءً على النقل ينعكس الأمر، فيثبت حق الشفعة من يوم الأحد لزيد، لصيرورته شريكاً مع المشتري من الأصيل و هو عمرو، فله إعمال حقّه، و تملك حصّة عمرو، ثمّ إجازة البيع الواقع على حصته. و حيث إنّ المفروض عدم - أخذ زيد بحق الشفعة - و إنّما أجاز يوم الاثنين عقد الفضول - فقد سقط حقّه، و يثبت للمشتري من عمرو حق الشفعة على المشتري من الفضولي».

و قال في ذيل مبدأ الخيارات: «كما إذا بيع حيوان فضولاً، فإن مبدأ الثلاثة من حين العقد بناءً على الكشف، و من حين الإجازة بناءً على النقل، لتوقف تمامية البيع عليها. و كذا الحال لو بيع دار فضولاً، و اشتراط المشتري لنفسه الخيار شهراً مثلاً، و أجاز المالك بعد أيام، فبناءً على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، و بناءً على النقل حين الإجازة».

و قال في ذيل معرفة مجلس الصرف و السّلم: «فعلى القول بالكشف يكون المراد بالقبض في المجلس المعترف في الصرف و السلم القبض في مجلس العقد، و على القول بالنقل يكون المراد القبض في مجلس الإجازة».

و قال في ذيل الأيمان: «كما إذا حلف زيد على أن يتصدّق بجميع أمواله في يوم

الغدير مثلاً، و كان من جملة أمواله كتابُ المكاسب الذي إشتراه من فضوليّ، و لم يُجز مالكة إلا يوماً بعد يوم الغدير. فعلى القول بالكشف يجب عليه التصدق بكتاب المكاسب، لأنّه صار من أمواله حين الحلف. و على القول بالنقل لا يجب عليه التصدق بالمكاسب، لعدم صيرورته ملكاً له يومَ الغدير. ولو إنعكس الأمر، بأن بيّع شيء من أمواله قبل الغدير فضولاً، و أجازه بعده. فعلى الكشف لا يجب عليه التصدق، لخروجه عن ملكه قبل الغدير. و بناءً على النقل يجب عليه التصدق».

و قال في ذيل النذور: «كما إذا نذر أن يعطي كتاب المكاسب مثلاً لزيد المشتغل بتحصيل العلم، [في يوم الجمعة] قد إشتري ذلك من فضوليّ يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكة إلا يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاء بالنذر، لكونه مالكاً لكتاب يوم الجمعة. و على القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكاً للكتاب حال النذر»^(١). و اعترض صاحب الجواهر على استاذة الشيخ جعفر بقوله: «و فيه أيضاً: أنّ من المقطوع به عدم [كون] الإجازة من العقود، إذ ليست هي إلا الرضا بالعقد السابق. كما لا يخفى عليك الحال بناءً على كون المراد من الكشف ما سمعته سابقاً - في أحد الاحتمالين - من كون الرضا المتأخر مؤثراً في اقتضاء العقد النقل سابقاً، فيكون شبه تقديم المسبب على السبب و يبقى العقد حينئذ مراعى...»^(٢).

و قال السيّد الخوئي رحمته الله: «ثم إنَّ شيخنا الأنصاري ذكر أنّ التمرة بين الكشف و النقل تظهر في موارد أخر كالنذر و الزكوات^(٣) و الخيارات و حقّ الشفعة. أمّا النذر: فلأنّه إذا نذر كذا عند كونه مالكاً للمال الفلاني في الوقت الفلاني فيجب عليه الوفاء بالنذر بعد العقد على المال المذكور ولو على نحو الفضولي بناءً على الكشف، لأنّ الإجازة إنّما تكشف عن الملكية حال العقد، و هذا بخلاف القول بالنقل لأنّه قبل

(١) هدى الطالب ٥/ (١٤٩-١٤٦).

(٢) الجواهر ٢٣/ ٤٧٠ (٢٢/ ٢٩١).

(٣) لم يذكر الشيخ الأعظم الزكاة في الثمرات [المؤلف].

الإجازة لم يملك المال حتّى يجب عليه الوفاء بالندر.

و أمّا الزكاة: فالظاهر أنّه لا ثمرة فيها بين المسلكين، وذلك لأنّ وجوب الزكاة لا يتوقّف على الملكية فقط ليجب إخراجها على المشتري بعد العقد على الكشف دون النقل، بل يتوقّف على الملكية مع التمكن من التصرف في المال، وفي المقام وإن تملك المال قبل الإجازة على الكشف إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرف فيه شرعاً، فلا يفترق الحال في الزكاة بالنسبة إلى المشتري بين القول بالكشف والقول بالنقل، وإنّما يجب عليه إخراج الزكاة بعد الإجازة على كلا القولين.

نعم، تظهر الثمرة فيها بالنسبة إلى المالك، لأنّه على القول بالكشف لا يجب عليه الزكاة، إذ المفروض أنّه خارج عن ملكه واقعاً حتّى قبل الإجازة، و الزكاة إنّما تجب على المالك كما لا يخفى، وأمّا على القول بالنقل فتجب عليه الزكاة لأنّه المالك حسب الفرض، و المفروض أنّه متمكّن من التصرف فيه أيضاً.

و أمّا الخيارات: ففي مثل خيار الحيوان لا بأس بالثمرة بين المسلكين لأنّه إنّما ثبت لصاحب الحيوان كما في الأخبار، فمع القول بالكشف فالمشتري صاحب للحيوان من حين العقد، و على النقل إنّما يصير مالكاً بعد الإجازة لا من حين العقد فالثلاثة في الخيار تحتسب من حين العقد على الكشف و من حين الإجازة على النقل.

و كذا تظهر الثمرة في خيار العيب و الغبن، فله الفسخ و الامضاء من حين العقد على الكشف دون النقل، لأنّه عليه لم يملك المال حتّى يحكم بالخيار له من حين المعاملة، نعم لا يصحّ له مطالبة الارش من المالك في خيار العيب قبل الإجازة ولو بناءً على القول بالكشف، إذ للمالك أن يقول إنّي لم أرض بالمعاملة بعد فكيف تطالبني بالأرش ولكنّه يتمكّن من الفسخ و الامضاء، و هذا لا ينافي ما ذكرناه سابقاً من أنّ الأصل لا يتمكّن من الفسخ لأنّه إنّما يفسخ في المقام من جهة الخيار.

و تظهر الثمرة^(١) بين الفسخ و الردّ في النماء المتخلّل بين العقد و الفسخ على

(١) أقول: إنّ هذه الثمرة تكون بين الفسخ و الردّ لا بين الكشف و النقل فذكرها هنا في غير محلّها

القول بالكشف، ففي فرض الفسخ يكون نماء المبيع للمشتري و نماء الثمن للبائع و أمّا في فرض الردّ فالأمر بالعكس.

و أمّا خيار المجلس: فيمكن أن يقال إنه مترتب على الإجازة على كلا القولين أمّا على القول بالنقل فواضح لأنّ «البيع» إنّما يصدق عليهما حين الإجازة دون قبلها، و أمّا على القول بالكشف فلأنّ الإجازة و إن تكشف على الملكية حال العقد إلا أنّ الخيار لم يترتب على الملكية في الأخبار، بل على عنوان «البيع» كما في الروايات، و لا إشكال أنّ البيع إنّما يسند إلى المالك بالإجازة و أمّا قبلها فلا بيع للمالك أبداً، فالبيع إنّما يصدق عليه بالإجازة و إن كانت الملكية متقدّمة عليه، و لا مانع من تغاير الملكية و صدق عنوان البيع و انفكاك أحدهما عن الآخر أبداً، و هذا كما إذا قلنا بصحة البيع فيما إذا باع أحد ماله فعلاً قبل ستة أشهر مثلاً بأن يكون البيع فعلاً و الملكية قبل الأشهر الستة حتّى تكون المنافع للمشتري من زمان الملكية، فإنّ خيار المجلس إنّما يتحقّق حين البيع لا من حين الملكية المتقدّمة و ذلك ظاهر، فالمناط بالمجلس حال الإجازة و لعلّه ظاهر. و أمّا ما عن شيخنا الأستاذ^(١) من أنّه لا خيار في أمثال المقام فلم نجد له وجهاً، لشمول إطلاق قولنا^(٢) «البيع بالخيار»^(٣) لهما بعد الإجازة كما ذكرناه فلا تغفل.

و أمّا حقّ الشفعة: فهو أيضاً تظهر فيه التمرة بين المسلكين، فإذا كان زيد شريكاً وعمرو في دار فباع الفضولي حصّة زيد من ثالث و قبل إجازة باع زيد عمراً حصّة نفسه من شخص رابع ثمّ أجاز زيد ما باعه الفضولي من حصّته، فعلى القول بالكشف فالشفعة للمشتري من الفضولي لأنّه صار شريكاً مع عمرو فباع عمرو حصّته من آخر فله الشفعة، و على القول بالنقل تكون الشفعة للمشتري من عمرو لأنّه صار شريكاً مع زيد فباع زيد حصّته من آخر، فالشفعة للمشتري من عمرو لأنّه المالك الشريك عند بيع زيد حصّته من

→ إلا استطراداً. [المؤلف].

(١) منية الطالب ٨٧/٢.

(٢) وسائل الشيعة ٥/١٨، أبواب الخيار الباب ١، ح ١ و غيره.

الآخر وهو واضح»^(١).

التاسعة: العقود المترتبة

قال صاحب الجواهر: «و ربّما تظهر الثمرة أيضاً: فيما لو ترتّب العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً و لا ريب في أنّ للمالك تنبّع العقود و رعاية المصلحة له فيجوز ما شاء...»^(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «و تظهر الثمرة أيضاً في العقود المترتبة على الثمن أو المثلث و سيأتي إن شاء الله تعالى»^(٣).

و قال المحقّق السيّد المروج في شرحه: «و حاصل هذه الثمرة: أنّه إذا باع مَنْ إشتري فضولاً متاعاً، و كان بيعه له قبل إجازة مالك المتاع، ثمّ أجازه مالكه. فعلى القول بالكشف يصحّ البيع الثاني للمشتري، لوقوعه في ملكه، بداهة أنّ الإجازة أوجبّت صحة شرائه، و صيرورة المتاع ملكاً له، و وقوع البيع الثاني للمشتري في ملكه. و على النقل يدخل البيع الثاني - الصادر من المشتري - في مسألة: مَنْ باع شيئاً ثمّ ملكه»^(٤).

أقول: يأتي هذا البحث من الشيخ الأعظم في الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالمجاز^(٥) و نحن نتعرض له تبعاً للشيخ الأعظم هناك فانتظر.

و قال هناك: «و ملخّص ما ذكرنا: أنّه لو ترتّبت عقود متعددة على مال المبيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسخاً لما قبله، و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر»^(٦).

(١) التنقيح في شرح المكاسب ١/ (٤٨٧-٤٨٥).

(٢) الجواهر ٢٣/ ٤٧٠ (٢٢/ ٢٩٢).

(٣) المكاسب ٣/ ٤٢٠.

(٤) هدى الطالب ٥/ ١٤٩.

(٥) المكاسب ٣/ ٤٦٩.

(٦) المكاسب ٣/ ٤٧٠.

ثمّ لا بدّ من التنبيه على أمور:

الأوّل: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميّاً

قال جدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمته الله: «و هل بناءً القولين [أي الكشف و النقل] على مقتضى الظاهر، فيجوز الانصراف عن مقتضى كلّ منهما بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو من خارج، أو على اللزوم فإذا تعذّر أحدهما أو صرّح بخلافه بطلت؟ وجهان، أقواهما الثاني»^(١).

و تبعه في الجواهر و قال: «و على كلّ حالٍ، فالظاهر أنّ بناءً القولين على اعتبار ذلك شرعاً لا أنّه في حمل الإطلاق عليه و إلاّ فيجوز إرادة الكشف أو النقل بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو الخارج بتعذّر أحدهما فيتّجه حينئذ البطلان مع ذلك، و به صرّح شيخنا في شرحه»^(٢).

و قال الشيخ الأعظم: «أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي و معنى الإجازة وضعاً أو انصرافاً، بل في حكمها الشرعي بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالك و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غيرهما من الأدلة الخارجية، فلو قصد المجيز الإمضاء من حين الإجازة على القول بالكشف أو الإمضاء من حين العقد على القول بالنقل، ففي صحتها وجهان»^(٣).

(١) شرح القواعد ٩٥/٢.

(٢) الجواهر ٤٦٧/٢٣ (٢٢٢/٢٨٩).

(٣) المكاسب ٤٢١/٣.

أقول: منشأ الخلاف في الكشف أو النقل يحتمل أن يكون أحد أمور ثلاثة: الأوَّل: في سعة مفهوم اللغوي للإجازة وضيقة وضعاً بحيث يشمل العقد من حينه أو من حين الإجازة و على الأوَّل يكون كاشفاً و على الثاني يكون ناقلاً. و بعبارة أُخرى: أنَّها تنفيذ مضمون العقد لا غير فيكون كاشفاً، أو أنَّها الرضا بمضمون العقد من حينها - لا من حين العقد - فيكون ناقلاً.

الثاني: في مُنصَرَف الإطلاق بحيث أنَّها^(١) هي طبيعيتي في الكشف عن الرضا بالعقد و بنفسه^(٢) لا يقتضي الكشف أو النقل، فيدعي الكشفي انصراف هذا الإطلاق إلى ترتب أحكام المعاملة من حين العقد، و يدعي النقلي انصرافه إلى ترتب أحكامها من حين الإجازة.

و على هذا الاحتمال يصحَّ صرف الإطلاق بقرينة مقامية أو حالية أو مقالية إلى أحد القولين.

الثالث: في المستفاد من الأدلة الشرعية، فالكشفي يدعي أنَّ الشارع حكم بأنَّ الإجازة كاشفة و النقلي يدعي أنَّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو النقل.

و الظاهر أنَّ منشأ الخلاف هو الثالث - أي المستفاد من الأدلة الشرعية - لا الأوَّل - المفهوم اللغوي الوضعي - و لا الثاني - المنصَرَف من الإطلاق -.

ثمَّ لو خالف كلُّ منهما ما يعتقده - اجتهاداً أو تقليداً - يعني أراد القائل بالكشف النقل، أو أراد القائل بالنقل الكشف، فهل يلغو قصد الخلاف و لا أثر له، أو يؤثر القصد و يوجب تبديل الكشف بالنقل و عكسه، أو أنَّ قصد الخلاف يوجب بطلان الإجازة من رأسها و يبقى العقد الفضولي متوقفاً على إجازة أُخرى؟

وجوه و احتمالات، اختار كاشف الغطاء و صاحب الجواهر بطلان هذه الإجازة كما مرَّ كلامهما، و أمَّا الشيخ الأعظم ذكر احتمالي الصحة و البطلان من دون ترجيح بينهما

(١) أي الإجازة.

(٢) أي طبيعي الرضا بالعقد.

كما مرّ.

بناءً على أنّ منشأ النزاع بين قولي الكشف و النقل سعة مفهوم اللغوي و ضيقه وضعاً يحكم بطلان ما لو خالف كلّ منهما ما يعتقدّه لأنّه استعمل اللفظ في غير معناه اللغوي الوضعي فيحكم بطلان استعماله إلاّ أنّ أقام القرينة بأنّه استعمل اللفظ مجازاً في غير ما وضع له.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان في منصرف الإطلاق فَيُحَكَّمُ بصحة مخالفة ما اعتقده، لإمكان تقييد كلّ إطلاقٍ بالقيّد، و هذا أحد مصاديقه ولكنه لا بدّ من إظهار القيد و التقييد حالية كانت أو مقامية أو لفظية.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان في المستفاد من الأدلة الشرعية ففيه وجوهٌ ثلاثة:

أ: وجه اللغوية: حيث أنّ قصد الخلاف ينافي الوضع اللغوي أو المنصرف من الإطلاق أو المستفاد من الأدلة الشرعية فيكون ملغى و لا تأثير له فيجري الكشف أو النقل.

ب: و وجه الصحة: متعلّق الإجازة هو مضمون العقد بما يقصده المجيز، فالسبب التام هو العقد و الإجازة المقصودة من المجيز و بهما يحصل المسبّب قهراً و هو ما أراده المجيز.

ج: و وجه البطلان: إنّ ما أجازّه المجيز غير الواقع و ما هو الواقع غير ما أجازّه المجيز، لأنّ الواقع هو النقل - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالكشف، أو أنّ الواقع هو الكشف - مثلاً - ولكن المجيز أجاز بالنقل، حينئذ المجاز غير الواقع، و الواقع غير المجاز.

و هذا الاحتمال الأخير قوّاه خالي الفقيه الشيخ حسن بن جعفر كاشف الغطاء رحمتهما في أنوار الفقاهاة^(١). و كما مرّ أنّه مختار والده و صاحب الجواهر رحمتهما أيضاً.

و حيث أنّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو محلّ الخلاف فلا يمكن تغييره بالقصد،

(١) أنوار الفقاهاة، كتاب البيع، مخطوطة.

٤٩٢..... الآراءُ الفقهيَّةة - البيع (٣) / ج ٦

لأنه ليس من الأمور القصدية فهذه الإجازة المخالفة لما هو المستفاد من الأدلة الشرعية تكون باطلة ولا يُثبَّتُ بها شَيْءٌ. ففي تصحيح بيع الفضولي نحتاج إلى الإجازة المستأنفة كما عليه الأعلام الثلاثة - قدس الله أسرارهم - .
و ممّا ذكرنا يظهر عدم تمامية التفصيل بين الكشف و النقل، و الحكم بالفساد في الأوّل و بالصحة في الثاني كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي^(١).

الثاني: هل الإجازة لا بدّ أن تكون باللفظ أم لا؟

يمكن انعقاد البحث في مقامين:

الأوّل: مقام الثبوت

هل يشترط الإنشاء في الإجازة أم لا؟ و على اعتبار الإنشاء هل يشترط أن يكون بالقول أم يكفي الفعل بدلاً من القول؟ و على تقدير اعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أو يكفي الكناية؟

و على تقدير عدم اعتبار الإنشاء هل يكفي الرضا الباطني المقارن للعقد بدلاً من الإجازة أم لا؟

و على تقدير عدم كفاية الرضا الباطني هل يكفي الجمل الأخبارية بدلاً من الإجازة نحو: بارك الله و ماشاء الله و أحسنت و مثلها.

هذه وجوه و محتملات في مقام الثبوت.

الثاني: مقام الإثبات

أ: هل يشترط في الإجازة أن تكون انشاءً باللفظ؟

كما يظهر من الفاضل المقداد^(٢) و الشهيد الثاني^(٣) و المحقّق القمي^(٤) و نسبه الفقيه

(١) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٨٨/١.

(٢) التنقيح الرائع ٢٧/٢.

(٣) الروضة البهية ٢٣٤/٣.

(٤) جامع الشتات ١٥٤/١ من الطبعة الحجرية (٢٧٣/٢).

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٤٩٣

العالمي^(١) إلى صريح جماعة و ظاهر آخرين.

ولكن قال الشيخ الأعظم ردّاً على العالمي: «في النسبة نظر»^(٢).

١- استدل عليه الفاضل المقداد^(٣) بأن الإجازة كالبيع في استقرار الملك فكما

أن البيع لا يتحقّق إلا باللفظ فكذلك الإجازة.

ولكن قال الشيخ الأعظم بعد نقله: «و هو يُشبهُ المصادرة»^(٤).

تقريب المصادرة: أن كون الإجازة مثل البيع في اعتبار اللفظ في أول الكلام لما

مرّ سابقاً من وقوع البيع بالمعاطاة.

فهذا التشبيه أولاً يرد عليه: بأنه قياس.

و ثانياً يرد عليه: بأن الحكم في المقيس عليه غير ثابت بل خلافه ثابت كما مرّ

مفصلاً في بحث المعاطاة فلا نعيد.

٢- استدلّ على اعتبار اللفظ في الإجازة: بأن اللفظ بحكم الاستقراء في العقود

اللازمة معتبر، فلذا ذهبوا في المعاطاة إلى القول بعدم لزومها.

قال الشيخ الأعظم عن هذا الاستدلال: «و يمكن أن يوجّه: بأن الاستقراء في

النواقل الاختيارية اللازمة - كالبيع و شبهه - يقتضي اعتبار اللفظ، و من المعلوم أن النقل

الحقيقي العرفي من المالك يحصل بتأثير الإجازة»^(٥).

و فيه: أولاً: لو سلّمنا عدم اللزوم في المعاطاة و بنينا على اعتبار اللفظ في العقود

اللازمة، لانتزمت به في المقام لأنّ الإجازة ليست عقداً و لا معاملة و لا بيعاً. و إنّما هي من

شروط صحة البيع الحاصل باللفظ الذي أصدره الفضولي. و نحن إذا اعتبرنا اللفظ في

(١) مفتاح الكرامة ٦٠٥/١٢، قال: «الإجازة كاشفة عن صحة العقد كما هو ظاهر جماعة و

صريح» ثمّ ذكر عدّة من الكتب، و أنت ترى بأنّ هذا البيان غير ما في المتن.

(٢) المكاسب ٤٢٢/٣.

(٣) التنقيح الرائع ٢٧/٢.

(٤) المكاسب ٤٢٢/٣.

(٥) المكاسب ٤٢٢/٣.

العقود فلا يمكن أن نعتبره في شرائطها أيضاً ولعله الظاهر.^(١)
 و ثانياً: قد مرّ منّا في بحث المعاطاة عدم اعتبار اللفظ في العقود لازمةً كانت أو جائزةً إلا ما خرج بالدليل. فلا نسلم اعتبار اللفظ في العقود اللازمة وغيرها، فكذلك لا نسلم القول بعدم لزوم المعاطاة.

فمما ذكرنا يَظْهَرُ عدم اعتبار اللفظ في انشاء الإجازة وهي كما يمكن إنشاؤها باللفظ فكذلك يمكن انشاؤها بالفعل وإن كان الاختصار على اللفظ هو الأحوط.^(٢)
 ب: هل اللفظ أو الفعل الدالان على الإجازة لابد أن يكونا صريحين فيها؟
 أو أنّها تتحقّق بكلّ لفظ أو فعل يدلّ عليها؟

الظاهر هو الثاني وأنّ الإجازة تتحقّق بكلّ لفظٍ أو فعلٍ يدلّ عليها ولا تحتاج إلى لفظ صريح كأجزتْ وأمضيتْ وأنفذتْ لعدم وجود الدليل على صراحة اللفظ أو الفعل.
 بل الدليل على خلافه: كرواية عروة البارقي الوارد فيها قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بارك الله في صفقة يمينك»^(٣). فمن المعلوم أنه بالالتزام والكناية يكشف عن الإجازة.

وكذا الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم.^(٤) وصحيحة الحلبي^(٥) ومعتبرة مسمع أبي سيار^(٦) وقصة بيع عقيل دور النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ و بني هاشم^(٧). و التصدّق بمجهول المالك و اللقطة.^(٨)

(١) كما عليه المحقّق الخوئي في التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٠/١.

(٢) كما عليه الشيخ حسن كاشف الغطاء في أنوار الفقاهة، مخطوط.

(٣) مسند احمد ٣٧٦/٤.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٢١٧، الوجه السادس.

(٥) وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح ١. راجع هذا المجلد صفحة ٢٣٠، الوجه الثامن.

(٦) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح ١، راجع هذا المجلد صفحة ٢٤٥، الوجه العاشر.

(٧) راجع هذا المجلد صفحة ٢٥٠، الوجه الثاني عشر.

(٨) راجع هذا المجلد صفحة ٢٥٣، الوجه الرابع عشر.

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٤٩٥

ج: عدم كفاية الرضا الباطني من الإجازة

ذهب الشيخ الأعظم^(١) إلى أن العلم بالرضا يكفي في صحة الإجازة والبيع كما أن الرضا الباطني المقارن للعقد يخرج عن الفضولي، فالرضا الباطني بوجوده المقارن للعقد يخرج العقد من الفضولي ووجوده المتأخر يكفي في الإجازة، ولا يعتبر فيها الإبراز والاستناد بمبرز و مستند فعلي أو قولي.

و استشهد على قوله بكلمات جماعة من الأصحاب و عدة من الروايات:

أمّا الكلمات فهي:

١- تعليل جماعة من الأصحاب في «عدم كفاية السكوت في الإجازة بكونه أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح»^(٢) في اعتبار الرضا الباطني و كفايته في الإجازة. كما قال العلامة في هذا التعليل: «لأنّ السكوت كما يحتمل الرضا يحتمل غيره»^(٣).

و قال ثاني الشهيدين: «لأنّ السكوت أعم من الرضا فلا يدلّ عليه»^(٤).

و كذا يظهر من صاحب الجواهر^(٥).

و يرد عليه: أنّ السكوت غير الرضا لا أنّه أعمّ منه، و أمّا ما ذكره القوم بأنّ السكوت أعم من الرضا لعلّ مرادهم من حيث الكشف والإبراز، لأنّ السكوت لا يكشف دائماً عن الرضا، بل ربّما يوجد السكوت و الرضا مفقود. و من الواضح أنّ الأعم لا يدلّ على الأخص، و معناه أنّه لابدّ في الرضا من شيء مبرز عنه لا محالة.

بل قد مرّ منّا عدم كفاية الرضا الباطني في المعاملات و الانتقالات و لابدّ فيها من

(١) المكاسب ٤٢٢/٣ و ما بعده.

(٢) المكاسب ٤٢٣/٣.

(٣) نهاية الأحكام ٤٧٥/٢.

(٤) الروضة البهية ٢٤٣/٣.

(٥) الجواهر ٤٧٣/٢٣ (٢٩٣/٢٢).

الاستناد.

٢- انكار الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل

«قالوا في باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكّلتني على شراء الجارية بألفين، فقال الموكل: بل بألفٍ، وكان الشراء بعين ماله، أنّه [الموكل] يحلف على نفي ما ادّعاه الوكيل و ينسخ العقد، ولا يكون فضوليّاً، لأنّ حلفه يدلّ على عدم رضاه»^(١).

و من الفائلين بهذا القول في الوكالة: المحقّق الثاني في جامع المقاصد^(٢) و فخرالمحقّقين في إيضاح الفوائد^(٣) و المحدث البحراني في الحدائق^(٤). قال الشيخ الأعظم: «و حكى عن آخرين أنّه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدلّ على كراهتها»^(٥).

و يرد عليه: الشيخ الأعظم يكون في مقام إثبات الرضا الباطني بدلاً من الإجازة و في هذا الفرع يثبت كفاية الردّ الفعلي، لأنّ الموكل حيث أنكر الوكالة و حلف عليها تبطل الوكالة في هذا الشراء و يصير فضوليّاً و نفس هذا التبري و الحلف على نفي الإذن يُعدّ ردّاً فعليّاً للبيع الفضولي. فما يثبت بهذا الفرع كفاية الردّ الفعلي في المعاملات الفضولية.

٣- كفاية السكوت بدلاً من الإجازة للعقد الواقع على البكر فضولاً.

ذهب جماعة من الأصحاب بكفاية سكوت البكر المعقود عليها فضولاً بدلاً من إذنها وإجازتها.

قال المحقّق في ما لو عقد على صبيبة - صغيرة أو كبيرة - غير أبيها و جدّها: «لم يمض إلّا مع إذنها أو إجازتها بعد العقد ولو كان أخاً أو عمّاً، و يُقتنَع من البكر بسكوتها

(١) مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢، ٣٦٥/٢١: الجواهر ٤٧٤/٢٣ (٢٢/٢٩٥)، و ٤٠٣/٢٧ من طبعة الإسلامية.

(٢) جامع المقاصد ٣٠٣/٨.

(٣) إيضاح الفوائد ٣٦٠/٢.

(٤) الحدائق ١١٢/٢٢.

(٥) المكاسب ٤٢٣/٣.

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٤٩٧

عند عرضِ عليها و تُكَلَّفُ الثيبُ النطقَ»^(١).

و قال صاحب الجواهر في ذيله: «عند المشهور بين الأصحاب»^(٢).

و صرح بهذه الشهرة الشهيد الثاني^(٣) و صاحباً الحدائق^(٤) و الرياض^(٥).

و قال الشيخ الأعظم: «المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع،

دفعاً للحرص عليها و علينا»^(٦).

أقول: قد مرَّ^(٧) الكلامُ بِكفايةِ سُكُوتِ البكرِ لأجلِ النصوصِ الواردة^(٨) فيها و لا

يمكن التعدي منها إلى غيرها.

٤- قال الشيخ الأعظم: «ثم إنَّ الظاهر أنَّ كل من قال بكفاية الفعل الكاشف عن

الرضا - كأكل الثمن و تمكين الزوجة - اكتفى به من جهة الرضا المدلول عليه به لا من

جهة سببية الفعل تعبداً»^(٩).

أقول: قد مرَّ أنَّ الإجازة كما تحققت بالقول تحققت بالفعل أيضاً، لأنَّ القول و

الفعل عند العقلاء سببان. لا أنَّ الفعل يدلُّ على الرضا و هو المعتبر، لأنَّ المصحح في

المعاملات هو الاستناد و هو يتحقق بالقول و الفعل، و لا يعتبر فيها كشف الرضا الباطني و

الفعل و كذا القول لم يكونا كاشفين عنه.

(١) الشرائع ٢٢٢/٢.

(٢) الجواهر ٢٠٣/٢٩.

(٣) المسالك ١٦٤/٧.

(٤) الحدائق ٢٦٣/٢٣.

(٥) رياض المسائل ١٠٦/١١.

(٦) المكاسب ٤٢٣/٣.

(٧) راجع هذا المجلد صفحة ٣٠٢.

(٨) وسائل الشريعة ٢٧٤/٢٠، الباب ٥ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، ح ١، صحيحة

احمد بن محمد بن أبي نصر البرنظي، و ح ٢ صحيحة داود بن سرحان.

(٩) المكاسب ٤٢٤/٣.

٥- صرح غير واحد من الأصحاب^(١) بأنّ المكره على البيع لو رضي بما أكره عليه صح ذلك، ولم يعبروا عن رضايته بالإجازة، فيظهر أنّ الرضا هو المعتبر^(٢).
أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم يشبه بالمصادرة إلى المطلوب، لأنّ بيع المكره تام إلا من جهة رضا المالك، فالاستناد فيه حاصلٌ و الرضا مفقودٌ وإذا حصل الرضا تمّ بيعه. ولذا قال المحقّق: «لا يصح بيع الصبي و... المكره، ولو رضي كلّ منهم بما فعل بعد زوال عُذره، عدا المكره للوثوق بعبارته»^(٣).

بخلاف بيع الفضولي لأنّ المفقود فيه الاستناد ولو كان الرضا موجود، و الرضا الباطني لا يكفي في الاستناد، لأنّ الاستناد يحتاج إلى مبرز خارجي من قول أو فعل كما مرّ.

٦- قد مرّ^(٤) في أوّل بحث الإجازة كلام ثاني المحقّقين^(٥) و الشهيدين^(٦) بأنّ العقد سبب تام للملك لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾ و ينكشف تمامية العقد بإجازة المالك وإعلام رضايته.

استدلّ الشيخ الأعظم بكلامهما بأنّ العقد تام و انكشف تماميته يظهر بالرضا من دون حاجة إلى اللفظ.

أقول: لا بدّ من مبرز وإعلام للرضا سواء في ذلك القول أو الفعل و به تمّ الاستناد كما مرّ.

قد عرفت عدم تمامية تمسّكه بكلمات الأصحاب - قدس الله أسرارهم - .

(١) منهم المحقّق في الشرائع ٨/٢؛ و العلامة في القواعد ١٧/٢؛ و الشهيد في الدروس ١٩٢/٣ و اللمعة / ١١٠.

(٢) راجع المكاسب ٤٢٤/٣.

(٣) الشرائع ٨/٢.

(٤) راجع هذا المجلد صفحة ٣٨٦.

(٥) جامع المقاصد ٧٤/٤ و ٧٥.

(٦) الروضة البهية ٢٢٩/٣.

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٤٩٩

و أمّا الروايات فمنها:

١- صحيحة ابن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنه يلزمها ففزعت منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج، أحلال هولها أم التزويج فاسدٌ لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟

فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها.

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم. ^(١)

استدلّ ^(٢) الشيخ الأعظم بجواب الإمام عليه السلام: «فذلك رضاٌ منها»، بكفاية الرضا. و يرد عليه: أولاً: ليس في الرواية الرضا الباطني فقط بل «أقامت معه بعد ما أفاقت» وهذه الإقامة بعد الإفاقة هي إبراز فعلي للرضا وإعلام له، وهذا غير ما يريد الشيخ الأعظم إثباته من كفاية الرضا الباطني فقط.

و ثانياً: لو سلّمنا كفاية مجرد الرضا الباطني في نكاح السكرى للصحيحة، فلا يمكن التعدي منه إلى الفضولي، لأنّ السكرى زوّجت نفسها باللفظ مع سائر الشرائط إلاّ الاختيار و الرضا و القصد و إذا حصلت بعد الإفاقة تمّ نكاحها، و ليس نكاحها فضولياً. كما يظهر من السيّد الخوئي ^(٣).

و ثالثاً: صحيحة ابن بزيع معركة للآراء حتّى من فقيه واحد، و ما يكون كذلك كيف يمكن الاستدلال بها.

عمل بها الصدوق ^(٤) و الشيخ ^(٥) و القاضي ^(٦) و من المقاربيين لزماننا يرى صاحب

(١) وسائل الشيعة ٢٠/٢٩٤، ح ١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

(٢) المكاسب ٣/٤٢٤.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ١/٤٩١.

(٤) المقنع ١٠٢/ و ١٠٣.

(٥) النهاية ٤٦٨.

(٦) المهذب ٢/١٩٦.

العروة^(١) عدم البأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه - و يأتي ردّه لها في حاشية مكاسبه - و وافقه السيّد الحكيم في المستمسك^(٢) - مع ردّه لها في حاشية مكاسبه أيضاً - ولكن ابن ادريس^(٣) و المحقّق^(٤) ردّاها قال الأخير: «و في السكران الذي لا يعقل تردّد، أظهره أنّه لا يصحّ ولو أفاق فأجاز. و في رواية: إذا زوّجت السكّري نفسها ثم أفقت فرضيت، أو دخل بها فأفقت وأقرّته كان ماضياً»^(٥).

ولكن العلامة حملها إلى عدم بلوغ السكر إلى حدّ عدم تحصيل القصد و قال: «و إن لم يبلغ الشكّر إلى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقريرها إيّاه. و عليه تحمل الرواية»^(٦). ولكن ردّ عليه الشهيد الثاني^(٧) بما حاصله: هذا الحمل خلاف ظاهر الرواية و مخالف للقواعد العامة الدالة على صحة العقد مع وجود قصد العاقد من دون حاجة إلى الإجازة بعده، فيردّ عليه ارتكاب هذين المحذورين، فطرح الرواية أولى.

و حملها الفاضل الأصبھاني إلى مقام التنازع و الدعوى و الحكم الظاهري لا الواقعي، فلو تنازعا في وقوع العقد مع القصد فادعى الزوج ذلك و انكرت المرأة تأتى هذه الصحيحة، قال: «قلت: و يمكن العمل بالخبر مع القول بقضية الأصل التي هي فساد العقد بأن يكون الزوج جاهلاً بسكرها فإنّه حينئذ و إن لم يقع نكاح في الواقع، لكنّه لا يُسمع في حقّه قول المرأة، خصوصاً بعد التمكين من الدخول و الإقامة معه، فليس عليه مفارقتها و له إلزامها بحقوق الزوجية، و أنّها مادامت تظنّ بصحة نكاحها ليس عليها شيء، و الوطاء

(١) العروة الوثقى ٦٨٩/٢، مسألة ١٣ أحكام العقد من كتاب النكاح. (٦٠٣/٥) من طبعة جماعة المدرسين).

(٢) مستمسك العروة الوثقى ٣٨٨/١٤.

(٣) السرائر ٥٧١/٢.

(٤) الشرائع ٢١٨/٢.

(٥) الشرائع ٢١٨/٢.

(٦) مختلف الشريعة ١١٥/٧.

(٧) المسالك ١١٥/٧.

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٥٠١

الواقع في تلك المدّة بالنسبة إليه وطء صحيح شرعي وبالنسبة إليها وطء شبهة و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها أي ماضية قهراً، ولكن ليس لها فيما بينها وبين الله حقوق الزوجية وإن كان عليها الامتناع من التمكين منها ما أمكنها، مع أن فيه تأملاً^(١).

و حملها السيّد البيزدي في حاشية مكاسبه^(٢) على أنها وكلت غيرها في التزويج و هي سكرى و حيث أن التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضولياً موقوفاً على الإجازة و الإقامة مع الزوج إجازة فعلية، إلا أنها مسبوقه بالردّ لقول الراوي: «فانكرت ذلك»، والمراد بالإنكار وإن كان هو الكراهة و الوحشة ممّا صدر منها، لكنّه كافٍ في الردّ فلا عبرة بالإجازة بعده.

و ذهب السيّد الحكيم في تعليقه على المكاسب^(٣) إلى عدم إمكان العمل بظاها.

و التفصيل يطلب من كتاب النكاح.

٢- الروايات الدالة على أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقراراً منه على تزويجه و يكون صحيحاً.

منها: صحيحة معاوية بن وهب.^(٤)

و منها: صحيحته الأخرى.^(٥)

و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائي.^(٦)

بتقريب ذكره الشيخ الأعظم: «ما ورد في عدّة من الأخبار من أنّ سكوت المولى

(١) كشف اللثام ٥٣/٧ و ٥٤.

(٢) حاشية المكاسب ٢٠٧/٢.

(٣) نهج الفقاهة / ٢٤٥.

(٤) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ١، الباب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٥) وسائل الشيعة ١١٧/٢١، ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح ٣.

بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه»^(١).

بعبارة أخرى: سكوته بعد علمه يدلُّ على رضاهُ و الرضا الباطني يكفي في الإذن. و يرد عليه: أوَّلاً: سكوت المولى بالنسبة إلى نكاح عبده بعد علمه به يكون مبرزاً عرفياً لإذنه، و الإبراز يكفي في الاستناد كما مرَّ.

و ثانياً: نكاح العبد ليس من قبيل المعاملات الفضولية بل هو من أفعال نفسه ولكِنَّه متوقف على إجازة مولاه، نظير تزويج الزوج مع بنت أخي زوجته أو بنت أختها، لأنَّه متوقف على إجازة زوجته، فإذا رضيت الزوجة أو رضي المولى فيتم النكاح. لأنَّ هذا النكاح فاقد لبعض الشروط و مع حصولها تمَّ النكاح و صحَّ. بخلاف المعاملات الفضولية التي لا بدَّ فيها من الاستناد بقولٍ أو فعلٍ و لا يكفي فيه الرضا الباطني.

٣- «مادلُّ على أنَّ قول المولى - لعبدته المتزوِّج بغير إذنه - طَلَّق، يدلُّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة»^(٢).

نحو: حسنة علي بن جعفر.^(٣)

يرد عليه: أوَّلاً: قول المولى: «طَلَّق» إبراز و إظهار و استناد، و المولى في هذه الحسنة لم يكن راضياً بنكاح عبده ولكن حيث استند النكاح إليه فتمَّ و هذا مناقضٌ مع مقالة الشيخ الأعظم التي أراد إثباتها من كفاية الرضا الباطني. و ثانياً: قد مرَّ أنَّ نكاح العبد ليس فضولياً.

٤- و مادلُّ «على أنَّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التي ترتفع بالرضا»^(٤).

(١) المكاسب ٣/٤٢٤.

(٢) المكاسب ٣/٤٢٥.

(٣) وسائل الشيعة ١١٨/٢١، ح ١، الباب ٢٧ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٤) المكاسب ٣/٤٢٥.

تنبيهات - الثاني: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟ ٥٠٣

منها: صحيحة زرارة.^(١)

و منها: موثقة زرارة.^(٢)

يرد عليه: ما ذكرته آنفاً في ذيل الروايات الدالة على أن سكوت المولى بعد علمه

بتزويج عبده إقرار منه.

٥- «مادلّ على أن التصرف من ذي الخيار رضاً منه»^(٣).

منها: صحيحة علي بن رئاب.^(٤)

و منها: صحيحة محمد بن الحسن الصفار.^(٥)

و منها: صحيحة أخرى لعلي بن رئاب.^(٦)

و يرد عليه: أولاً: معاملة المتصرّف لم يكن فضولياً.

و ثانياً: التصرف فعلٌ و لم يكن الرضا الباطني الذي ادعاه الشيخ الأعظم.

٦- قال الشيخ الأعظم: «غير ذلك»^(٧).

أقول: لعلّه إشارة إلى ما ذكره صاحب الجواهر بقوله: «لفحوى بعض نصوص

النكاح الفضولي: أنه يحلف على عدم الرضا في نفسه فيما بينه و بين الله»^(٨).

و لعلّ مراد صاحب الجواهر من بعض النصوص هي: صحيحة أبي عبيدة^(٩) و فيها:

«و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضا بالتزويج».

(١) وسائل الشيعة ١١٤/٢١، ح ١، الباب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

(٢) وسائل الشيعة ١١٥/٢١، ح ٢.

(٣) المكاسب ٤٢٥/٣.

(٤) وسائل الشيعة ١٣/١٨، ح ١، الباب ٤ من أبواب الخيار.

(٥) وسائل الشيعة ١٣/١٨، ح ٢.

(٦) وسائل الشيعة ١٣/١٨، ح ٣.

(٧) المكاسب ٤٢٥/٣.

(٨) الجواهر ٤٧٤/٢٣ ٢٩٤/٢٢.

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

و خبر عبید بن زرارة. (١)

و یرد علیه: ما اوردتُه آنفاً في روايات التصرف من ذي الخيار.
فظهر لك إلى هنا عدم تمامية الرضا الباطني بدلاً من الإجازة و الاستناد و الحمد لله.

بقي في المقام: اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه (٢)

تحت عنوان الباقي ذهب إلى اعتبار إنشاء الإجازة و عدم كفاية مطلق الرضا في تحقق الرضا و استدلل عليه بدليل و أيده بمؤيد:

أما الدليل: فإن كفاية مطلق الرضا في صحة بيع الفضولي بدلاً من الإجازة يستلزم الخروج عن عنوان الفضولية إذا علم الفضول قبل بيعه رضا المالك أو أحرز الرضاية مقارناً للبيع و عدم احتياجه إلى الإجازة المتأخرة حينئذ لأن المفروض شرطية مطلق الرضا الباطني، مع أن هذا البيان - الخروج عن الفضولية - مخالف لمذهب الأصحاب - قدس الله أسرارهم - من اعتبار الإذن السابق في الخروج عن الفضولية سواء كان المالك راضياً حال العقد أو قبله أم لا. وإتهم ذهبوا إلى أن مورد إحراز رضا المالك - بلا إذن منه - مشمول لعنوان الفضولي و يتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقة، و هذا دليل على عدم اعتبار الرضا الباطني عندهم في المعاملات.

و أمّا المؤيد: لو كان مجرد الرضا الباطني يعدّ إجازة لبيع الفضولي لكان عكسه مجرد الكراهة فيكفي في الرد و بطلان الفضولي مع عدم القائل به، بل الأصحاب عليهم السلام يذهبون إلى خلافه في الفرعين المتقدمين:

الأول: بيع المكره، و هو يقولون بصحته إذا لحقته رضاية المالك في ما بعد.

الثاني: صحة البيع الفضولي المسبوق بنهي المالك، إذا عدل المالك عن نهيه و أجاز

البيع في ما بعد.

(١) وسائل الشيعة ٣٣٠/٢١، ح ١٤، الباب ٥٨ من أبواب المهور.

(٢) المكاسب ٤٢٥/٣.

تنبيهات - الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ ٥٠٥

و هذان الفرعان شاهدان على عدم اعتبار الكراهة الباطنية في الردّ.
أقول: يمكن أن يردّ على دليله: بأنّ بعض من الأصحاب ذهبوا إلى خروج البيع مع رضاية مالكة عن الفضولية و جواز التصرف فيه و عدم احتياجه بالإجازة اللاحقة، كما مرّ هذا القول في الأقوال الواردة في وجوه الكشف: الثالث: الكشف الحقيقي التقديري كما عليه المحقّق الرشتي، و الخامس: الكشف الحقيقي الحصولي كما عليه صاحب الجواهر فراجعهما.

و على مؤيّدته: بعدم وجود الملازمة بين الرضا و الإجازة و بين الكراهة و الردّ، و وجود الفرق بينهما بأنّ مجرد الرضا تعدّد إجازة ولكن مجرد الكراهة لا تعدّد ردّاً. ولكن العمدة عدم تمامية الدليل على كفاية مطلق الرضا الباطني في المعاملات و احتياجها إلى الاستناد.

هذا تمام الكلام في هذا التنبيه و الحمد لله.

الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ

قال الشيخ الأعظم: «من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، إذ مع الردّ ينفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»^(١).

و قال السيّد العاملي: «و الردّ أن يقول: فسخت، ولو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما صرّح به الشهيد في حواشيه في باب النكاح، و يشهد له جملة من الأخبار و كلام الأصحاب^(٢)، و قد سمعت أنّاً خير الوليدة»^(٣).

و قال في كتاب الحجر: «و قد قلنا في باب البيع: إنّ الردّ الذي يفسخ به الفضولي أن يقول: فسخت، فلو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما تشهد به الأخبار، و به صرّح

(١) المكاسب ٤٦٦/٣.

(٢) كما في الروضة المهيبة ٢٣٤/٣؛ و التنقيح الرائع ٢٧/٢.

(٣) مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

الشهيد في باب النكاح، بل هو ظاهر الأصحاب»^(١).

و استدللّ عليه بوجوه ثلاثة:

الأوّل: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض

مشايخنا»^(٢).

ورد التصريح بالإجماع في الرياض^(٣) و المناهل^(٤) و شرح القواعد^(٥) و الجواهر^(٦) و العروة الوثقى^(٧)، و المراد ببعض مشايخنا يمكن أن يكون صاحب الجواهر كما عبّر عنه بـ «بعض مشايخنا المعاصرين»^(٨)، و أمّا المراد^(٩) به هو السيّد المجاهد صاحب المناهل فبعيد، لأنّ الشيخ الأعظم عبّر عنه بـ «سيّد مشايخنا في مناهله»^(١٠) أو «بعض سادة مشايخنا»^(١١).

و أخذ المحقّق النائيني بهذا الإجماع و قال: «إنّ دعوى الإجماع من مثل

المصنّف عليه السلام [الشيخ الأعظم] كاشفٌ قطعيٌّ عن تسالم الحكم بين الأصحاب»^(١٢).

ولكن يرد على الإجماع: أوّلاً: بـ «أنّ الإجماع لا أساس له في المقام لما نُقل من

(١) مفتاح الكرامة ٢٥١/١٦.

(٢) المكاسب ٤٢٦/٣.

(٣) رياض المسائل ٢٢٤/٨.

(٤) المناهل ٢٨٩/.

(٥) شرح القواعد ٨٠/٢.

(٦) الجواهر ٤٥٠/٢٣ (٢٧٨/٢٢).

(٧) العروة الوثقى ٦٥٨/٥، كتاب الوصية، مسألة ٤، طبعة جماعة المدرسين.

(٨) المكاسب ٣٧٧/١.

(٩) كما احتمله المحقّق المروج في هدى الطالب ١٨٢/٥.

(١٠) المكاسب ١٤٢/٥.

(١١) المكاسب ١٠٩/٤.

(١٢) المكاسب و البيع ١٢٩/٢.

تنبيهات - الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ ٥٠٧

أنّ المسألة كانت مسكوتاً عنها إلى زمان الشهيد^(١) و معه كيف يطمئن الإنسان بأنّ الحكم قد وصل يداً بيد من زمن المعصومين^(٢) هذا^(١).

و ثانياً: الإجماع المنقول ليس بحجة

و ثالثاً: الإجماع يمكن أن يكون مدركياً و مدركه الوجوه التالية و مع هذا

الاحتمال لا يمكن الأخذ به.

الثاني: العقد ربط بين التزامين^(٢)

حقيقة العقد هي ربط إلتزام بالتزام آخر، و هذا الربط بينهما إنّما يحصل فيما إذا لم

يكن هناك قاطع في البين، و الردّ يقطع الارتباط بينهما، و هذا نظير رجوع الموجب عن

الإيجاب فإنّه يمنع عن اتصال القبول بالإيجاب.

و فيه: أولاً: أنّ الردّ لو كان من طرف الأصيل لكان لما أفاده وجه و صار نظير

رجوع الموجب عن الإيجاب، و أمّا الردّ من طرف المالك - الذي تصدّى الفضولي العقد

عنه - فتصريحه بعدم القبول و عدم انتساب العقد إليه لا يقطع الارتباط، لأنّ لفظ «لا

أقبل» ليس أزيد من عدم الرضا واقعاً، فكما أنّه إذا لم يكن راضياً بما أصدره الفضولي أولاً

ثمّ رضي به لا يمنع عدم رضاه الواقعي عن الاتصال بين الالتزامين، فكذلك الحال فيما إذا

صرّح بعدم القبول ثمّ أجازته بالالتماس و نحوه.^(٣)

و ثانياً: التنظير في غير محلّه لأنّ رجوع الموجب عن إيجابه إنّما يكون قبل

تمامية العقد و أمّا الردّ إنّما يقع بعد العقد و بينهما بون بعيد.

و بالجملة: إذا ردّ المالك أولاً ثمّ رجع و أجاز العقد تمّ انتساب العقد إليه و يصح

العقد و تربط التزامه بالتزام الآخر و ردّ الأوّل لا يقطع هذا الربط.

(١) التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٣/١، و نحوها في محاضرات في الفقه الجعفري ٤٠٤/٢ و

مصباح الفقاهة ٢١١/٤.

(٢) راجع المكاسب ٤٢٦/٣.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٤/١.

اللهم إلا أن نقول بمقالة المحقق الخراساني^(١) و حاصله: الظاهر اعتبار اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد إنما هو لأجل أن الإجازة مع سبقه بالرد لا توجب صحة إسناد العقد عرفاً إلى المجيز، و الموجب لإسناده إلى المجيز هو الإجازة غير المسبوقه بالرد، و لأقل من الشك في إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذ على نفوذ هذا العقد على المجيز، لأن التمسك بالعمومات مع هذا الشك تمسك بالدليل في الشبهة المصادقية، هذا.

الثالث: الردُّ يؤثر لقاعدة السلطنة

المالك بمقتضى قاعدة السلطنة - المقبولة عند العقلاء من ذهابهم إلى أن حق السلطنة على المال للمالك - يتمكّن من الردّ و الإجازة في بيع الفضولي، و حيث يرده المالك فلا يبقى بيع حتى يلحقه الإجازة.^(٢)

و فضل المحقق النائيني في المقام بقوله: «لا إشكال في سلطنة المالك على إجازة العقد الصادر عن الفضولي و أن السلطنة على الشيء يقتضي أن يكون مسلطاً على عديله، بحيث يكون له القدرة على طرفي الشيء و إنما الكلام في أن سلطنته هل هي على الإجازة و عدم الإجازة.

و بعبارة أخرى: يكون سلطاناً على النقيضين بحيث يختار أحدهما، أو أنه مسلط على إمضاء العقد و إبطاله و رده، و يكون قدرته متعلّقة بأمرين وجوديين و يكون التقابل بين متعلّقي قدرته بالتضاد لا بالسلب و الإيجاب؟

و لازم الأوّل [التناقض] عدم سقوط العقد عن قابلية لحوق الإجازة بسبب الردّ لأن المالك حينئذٍ مخيّر بين الإجازة و عدم الإجازة، و عدم الإجازة أمرٌ عديمٌ حاصل من أوّل العقد إلى زمان تحقّق الإجازة و الردّ لا يوجب سقوط حقّ الإجازة، لأنّ حال المالك بالنسبة إلى ما بعد الردّ و قبله متساوٍ بالنسبة إلى تحقّق عدم الإجازة فكما أن عدم

(١) راجع حاشيته على المكاسب ٦٦/.

(٢) راجع المكاسب ٤٢٦/٣.

تنبيهات - الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد ٥٠٩

الإجازة قبل الرد لا يمنع عن الإجازة فكذلك بعد الرد.
و بالجملة فالردّ يصبح حينئذ أجنبيّاً عن متعلّق سلطنة المالك فيكون وجوده كعدمه.

و لازم الثاني [التضاد] هو سقوط حقّ المالك بسبب الردّ حيث أنّه أعمل حقّه و استوفاه بالردّ، و معه فلا يبقى شيء حتّى يلحقه الإجازة^(١).

و يرد على الدليل و التفصيل: أوّلاً: الإجازة اللاحقة بعد الردّ توجب التريديد في ملكية المجيز بعدها، لأنّ على فرض تمامية الإجازة تخرج العين من ملك المجيز و بعد خروجه من ملكه لا تجرى قاعدة السلطنة أو حديثها، لأنّهما فرع الملك و مَبْتَنِيَانِ عليه، و على فرض عدم تمامية الإجازة تَبْقَى العين في ملكه و تجرى القاعدة و حديثها.

و حيث لم نعلم تمامية الإجازة و عدمها فلا تجرى قاعدة السلطنة و عدمها.
و ثانياً: بأنّ قاعدة السلطنة و حديثها لا يُوجِبَانِ مشروعية التصرفات المشكوكة بحسب الحكم التكليفي أو الوضعي، أنّها جائزة بحسب التكليف و الوضع.

بالجملة: القاعدة و حديثها ساكتتان عنها، و عليه إذا اشترى لباساً و شكّ في جواز لبسه من جهة أنّه من مختصات النساء فلا يمكن إثبات اللبس بعموم القاعدة أو حديث السلطنة، فحينئذ إنّنا نشكّ في أنّ المالك هل يجوز أن يتصرّف في ماله بقطع العلاقة الحاصلة بالبيع على نحو لا يصحّ بالإجازة المتأخّرة فلا يمكن التمسك بعموم السلطنة في إثبات صحته و جوازه. هذا بالنسبة إلى الكبرى.

و ثالثاً: و أمّا الصغرى: فَلِأَنَّ المعاملة الفضولية لم تحدث شيئاً في مال المالك حتّى نرفعه بقاعدة السلطنة أو حديثها بناءً على أنّه يثبت الجواز في التصرفات المشكوك جوازها و صحّتها^(٢).

و الحاصل: حيث لم تتمّ الوجوه الثلاثة إلى هنا فيمكن أن نقول بأنّ الردّ من المالك

(١) المكاسب و البيع ١٣١/٢.

(٢) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٥/١.

لا يضرّ بالإجازة اللاحقة كما عليه الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «الحقّ أنّ الردّ من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك، و لا يوجب الفسخ و ذلك لعدم تمامية الوجوه المذكورة»^(١).

و تبعه المحقّقون السادة البروجردي^(٢) و الخوئي^(٣) و الخميني^(٤). و ظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة المحقّق النائيني من قياس الردّ بالإجازة حيث يقول: «... فردّه عقد الفضولي كجواز البيع له، فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه. و على هذا، فمعنى سلطنته أن يكون كلا طرفي الإجازة و الردّ راجعاً إليه فإذا أعمل أحدهما فلا يبقى محلّ للآخر»^(٥). و الوجه في عدم تماميته: أنّ القياس بين الردّ و الإجازة مع الفارق لأنّ الإجازة توجب انقطاع سلطنة المالك على المال كالبيع و الهبة و بعده لا معنى للردّ لأنّه صار ملكاً للغير، و هذا بخلاف الردّ قبل الإجازة، فإنّ غاية ما يترتب عليه عدم بيع المالك فقط، و هذا لا ينافي بيعه بعد ذلك.^(٦)

لا يقال: جريان حديث أو قاعدة السلطنة - على تقدير جريانها - للردّ يكون معارضاً بجريانها في الإجازة لأنّ نفوذ الردّ قبل الإجازة بمقتضى السلطنة يكون معارضاً بنفوذ الإجازة بعد الردّ لأنّها أيضاً من أنواع السلطنة. فلا يمكن جريانها في الردّ و الإجازة معاً للمعارضة و لأحدهما دون الآخر يكون ترجيحاً بلا مرجح.

لأنّ نقول: المعارضة باطلة، لأنّ على جريانها للردّ لا يبقى محلّ للإجازة و على

(١) حاشية المكاسب ٢٠٩/٢.

(٢) في تعليقه على العروة الوثقى ٦٥٨/٥، كتاب الوصية، مسألة ٤.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٧/١.

(٤) كتاب البيع ٢٩٣/٢.

(٥) منية الطالب ٩٤/٢.

(٦) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٧/١.

تنبيهات - الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ ٥١١

فرض جريانها في الإجازة فلا يبقى محلّ للردّ و حيث أنّ المفروض تقدّم الردّ على الإجازة فحيث يجري في الردّ فلا يبقى محلّ في الإجازة. فالمعارضة مفقودة نعم، أنّها تجري في الردّ لما مرّ.

ثمّ يمكن الاستدلال على عدم اعتبار الردّ في بطلان بيع الفضولي إذا صدر بعده الإجازة بصحيحة محمد بن قيس^(١) الماضية حيث أخذ الوليدة و ابنها ردّ عمليّ لبيع ولده الفضول، و بعد هذا الردّ العملي و ما وقع أجاز بيع ابنه.

اعترف الشيخ الأعظم^(٢) بظهور هذه الصحيحة في صحة الإجازة بعد الردّ و لكن أورد^(٣) عليها بأنّ الردّ الفعلي الموجود في الصحيحة كأخذ المبيع غير كافّ في تحقّق الردّ بل لا بدّ من إنشاء الفسخ و الردّ.

ثمّ اعترض^(٤) على نفسه: بأنّ الرد في المقام ليس بأولى من الفسخ في المعاملات اللازمة الخيارية بالعرض و قد صرّحوا بحصول الفسخ فيها بالفعل.

و أجاب عنه: بـ «أنّ الفعل الذي يحصل به الفسخ - في المعاملات - هو فعل لوازم ملك المبيع كالوطء و العتق و نحوهما، لا مثل أخذ المبيع»^(٥).

ولكن يمكن إبرام جوابه بأنّ: تحقّق الفسخ الفعلي في المعاملات اللازمة يكون من جهة أنّ المال خرج من ملك من له الخيار فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرّماً شرعيّاً فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة و أنّه لا يفعل الحرام، يوجب حمل فعله و تصرفه و أخذه على الفسخ. بخلاف تصرف المالك في البيع الفضولي فإنّه تصرف في ماله ولو لم يكن بعنوان الردّ فيكون جائزاً، فمن هذه الجهة يكون تصرف من له الخيار فسخاً و

(١) وسائل الشيعة ٢١/٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٢) المكاسب ٣/٤٢٦.

(٣) المكاسب ٣/٤٢٧.

(٤) المكاسب ٣/٤٢٧.

(٥) المكاسب ٣/٤٢٧.

لا يكون تصرف المالك المجيز ردّاً.^(١) فلا يتحقّق الردّ بتصرف المالك في بيع الفضولي.
أقول: بناءً على مختارنا من عدم الفرق بين القول والفعل، الردّ الفعلي تام ويثبت
به الردّ إلاّ أنّه قد مرّ أنّاً عدّم اشتراط الإجازة بمسبوقيتها بعدم الردّ كما على عدم
الاشتراط جمع من الأعلام.

نعم، صحيحة محمّد بن قيس لم يثبت فيه عدم الردّ الفعلي فيه كما مرّ^(٢) في
الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي.

و العجب من بعض المعاصرين - مد ظله - حيث اعترض على استاذة المحقّق
السيد الخوئي بأنّه لماذا لا يرى ظهور صحيحة محمّد بن قيس في تحقّق الإجازة عقيب
الردّ ثمّ قال: «و يخيل لي أنّ الأستاذ الجليل قد ذكر هذا الأمر في أوائل فقاھته، و بعد
نضوجها و اشتدادها رجع عنه و أقرّ بما يوافق الفهم العرفي المحاورى للرواية على ما
أفاده و ألقاه علينا في مجلس بحث نكاح العروة و أفتى^(٣) به في بيع «منهاج
الصالحين»...»^(٣).

وجه التعجب: المحقّق السيد الخوئي لا يرى الصحيحة نصّاً و لا ظاهراً في تحقّق
الإجازة عقيب الردّ ولكن حيث يستشكل في الأدلّة الواردة في كلام الشيخ الأعظم في
عدم نفوذ الإجازة بعد الردّ، يقول بتحققها بعد الردّ في البيع^(٤) و النكاح^(٥) و في منهاجه^(٦).
و تبعه في كتاب فتواه تلميذاه - و هما استاذاي^(٧)، و أمّا السيد السيستاني^(٨) ففي

(١) راجع محاضرات في الفقه الجعفري ٤٠٨/٢؛ التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٩/١.

(٢) راجع صفحة ١٩٢ من هذا المجلد.

(٣) بشرى الفقاهة ١٣٢/٤.

(٤) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٠٧/٢؛ مصباح الفقاهة ٢١٨/٤؛ التنقيح في شرح المكاسب
٤٩٧/١.

(٥) المباني في شرح العروة الوثقى ٢٦١/٣٣، طبع موسوعة الإمام الخوئي^(ع).

(٦) منهاج الصالحين ١٧/٢.

(٧) منهاج الصالحين ٢٢/٢ لشيخنا الاستاذ التبريزي^(ع)؛ منهاج الصالحين ٢٤/٣ لشيخنا

الاستاذ الوحيد الخراساني - مد ظله - .

تنبيهات - الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد ٥١٣

إشكاله على فتوى المشهور فقط.

ولكن مع ذلك يرى السيد الخوئي رحمته الله أنّ الصحيحة لا تخلو عن الإشعار في الرد. (١)
و يمكن الاستدلال على عدم الاشرط بصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع (٢) الماضية.

فإنّ قوله: «فأنكرت ذلك»، و قوله: «ففزعت منه» ظاهران في إظهار التنفرو
المخالفة للنكاح. و لا ريب أنّهما كافٍ في الرد. و لا يعتبر في الردّ أن تقول «رددت» أو
«فسخت» أو نحوهما.

و معنى الإنكار هنا و الإفراع هما ما يقابلان الرضا و القبول، لا الإنكار لتحقق
الفعل منها، و هما ردّان فعليان بل قوليان بلا إشكال كما عليه المحقق السيّد
الخميني رحمته الله (٣).

لا يقال: إنّ مورد الرواية بقرينة «فزوجت نفسها» ظاهرة في المباشرة في التزويج
منها لا التوكيل أو الفضولي لها، فحينئذٍ موردها غير ما نحن فيه و هو الفضولي. (٤)
لأنّ نقول: بأنّ التوكيل في باب الزواج حتّى في العصور المتقدمة كان شائعاً و
«يوجب - على الأقل - انقداح احتماله فحينئذٍ مع ترك الاستفصال تدلّ على عدم الفرق
بين المباشرة و التوكيل» (٥)، مع أنّ البحث هنا حول أنّ الردّ هل يوجب انهدام العقد أم لا؟ و
من هذه الجهة لا فرق بين إنشاء المباشري و إنشاء الفضولي.

(٨) منهاج الصالحين ٢٧/٢ للسيد السيستاني.

(١) محاضرات في الفقه الجعفري ٤٠٧/٢؛ مصباح الفقاهة ٤٠٧/٤؛ التنقيح في شرح المكاسب
٤٩٨/١.

(٢) وسائل الشيعة ٢٩٤/٢٠، ح ١، الباب ١٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

(٣) كتاب البيع ٢٩١/٢.

(٤) راجع البيع ٣٩٦/ تقريرات الفقيه آية الله السيّد محمد الحجة الكوهكمرى رحمته الله بقلم آية الله
الشيخ أبوطالب التجليل رحمته الله.

(٥) كتاب البيع ٢٩٢/٢.

«ولو قيل: إنَّ رضاها بالتزويج معلق على اللزوم و الرضا المشروط و التعليقي لا أثر له فلا يجوز الإتكال على الرواية.^(١) يُقال: إنَّ ظنَّها باللزوم جهة تعليليَّة و بعد ذلك رضيت به، و الرضا في باب المعاملات ليس بمعنى طيب النفس بل أعمّ منه كما في عقد المضطرّ كما مرّ»^(٢).
أقول: قد مرّ منّا^(٣) سابقاً عدم إمكان التعدي منها إلى الفضولي لأنَّ الحكم الوارد فيها يكون خلافاً للقاعدة فيجب الاقتصار عليه و لا يمكن التعدي إلى غيره.
ثمّ قال المحقّق السيّد الخميني: «ثمّ لو شككنا في أنّ الرّدّ موجب للفسخ فاستصحاب بقاء العقد لا مانع منه فإنَّ العقد إذا لحقته الإجازة يكون موضوعاً لوجوب الوفاء فالعقد موجود بالأصل و لحقوق الإجازة به وجدانيّ.
نعم، لو قلنا بأنَّ العقد المتقيّد و المتّصف بكونه مرضياً به و مُجازاً موضوع لكان الأصل مثبتاً»^(٤).

الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟

إذا كانت الإجازة حقّاً ينتقل إلى ورثة المالك بعد موته و إذا كانت حكماً فلا، لأنَّ الحكم لا ينتقل.
قد مرّ منّا^(٥) الفرق بين الحقّ و الحكم الترخيصي - لا الإيجابي و التحريمي - و قلنا: إنَّ المجعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنة و في الحكم هو الإباحة.
و بعبارة أُخرى: الداعي إلى تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المكلف و

(١) البيع / ٣٩٧ تقريرات الفقيه آية الله السيّد محمّد الحجة الكوهكمري رحمته الله، بقلم آية الله الشيخ

أبوظالب التجليل رحمته الله.

(٢) كتاب البيع ٢/٢٩٢.

(٣) راجع صفحة ٤٩٤ من هذا المجلد.

(٤) كتاب البيع ٢/٢٩٣.

(٥) راجع الآراء الفقهيّة ٤/١٧.

تنبيهات - الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟ ٥١٥

لياقتة للسلطنة ولكن الحكم الترخيصي الداعي إلى جعله خلوه من المصلحة و المفسدة في نوعه.

ثمّ قد مرّ الكلام في انتقال عدّة من الحقوق إلى الورثة بالموت نحو: حقّ الشفعة - على وجه - و الخيار و القصاص و الرهانه و التحجير و الشرط.

و قال الفقيه السيّد البيزدي^(١): أنّ تشخيص صغريات الحقوق و الأحكام في غاية الإشكال ثمّ نقل عن خالنا الفقيه الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «أنّ ذلك ممّا يميزه النبيه بذوقه و ليس له معيار كليّ»^(٢)، و نقل عن صاحب الجواهر قوله: «كلّ ما عبّر عنه بالحقّ في الأدلة الشرعية فهو من الحقوق، و غيره يبني على كونه حكماً في صورة الشك لأنّ الأصل عدم ترتب آثار الحقّ فتدبّر»^(٣).

ثمّ إن كانت الإجازة حكماً فلا تنتقل إلى الورثة بلا إشكال، نعم المال ينتقل إليهم فلكلّ من ينتقل إليهم المال الإجازة في نصيبه منه.

و إمّا إن كانت الإجازة حقّاً ينتقل بعد موت المالك إلى ورثته - على قول^(٤) - ثمّ هل يرث كلّ واحد منهم الإجازة و الردّ بالنسبة إلى تمام المبيع على حسب ما ذكره في إرث حقّ الخيار، أو يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال و في مال نفسه - كما إذا كانت الإجازة حكماً - أو يرث كلّهم من حيث المجموع فليس لواحد منهم الفسخ مستقلاً فلا بدّ من جميعهم إمّا الفسخ و إمّا الإجازة؟
وجوه أو أقوال.

ثمّ هذا البحث - توريث الإجازة - يجري لو لم نذهب إلى القول بلزوم أنّ المجيز لا بدّ وأن يكون مالكاً حين العقد، و إلّا - أي لو قلنا بلزومه - فلا يجري توريث الإجازة

(١) حاشيته على المكاسب ٢/٢١١.

(٢) حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

(٣) حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

(٤) كما عليه المحققون المامقاني في غاية الآمال / ٣٩١، و الخراساني في حاشيته على المكاسب

٦٧/ و السيّد البيزدي في حاشيته على المكاسب ٢/٢١٢.

لأنَّه حينئذ المجيز غير المالك حين العقد، ولذا قال الشيخ الأعظم: «بناءً على ما سيجيء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد في [بحث] من باع مال أبيه فبان مبيئاً»^(١).
و الفرق بين توريث الإجازة و توريث المال: في الأوّل يرثها الزوجة ولو كانت بالنسبة إلى العقار، لأنَّها - الزوجة - من الورثة و في الثاني لا يرثها لأنَّها ممنوعة من إرث العقار على المشهور.

و في الأوّل تجري الإحتمالات الثلاثة الماضية و في الثاني يتعيّن الإحتمال الثاني فقط - أي يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال - .
و الذي يُهَوَّنُ الخطبُ عدم تمامية احتمال أن تكون الإجازة حقّاً، بل على الأقوى أنّها حكماً شرعياً في المقام كما عليه ظاهر الشيخ الأعظم^(٢) و تبعه السيّدان الخوئي^(٣) و الخميني^(٤).

الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟

أقوال:

الأوّل: منقول^(٥) عن شيخ الطائفة أنّ إجازة بيع الفضولي إجازة للقبض و الإقباض لأنَّه قال في نهايته: «و متى أمضى المغصوب منه البيع لم يكن له بعد ذلك درك على المبتاع، و كان له الرجوع على الغاصب بما قبضه من الثمن فيه»^(٦).
الثاني: إنكار تلازم إجازة بيع الفضولي مع إجازة القبض و هو الظاهر من العلامة حيث علّق على كلام الشيخ بقوله: «و فيه نظر، فإنّ إمضاء البيع لا يوجب الإجازة في

(١) المكاسب ٤٢٧/٣.

(٢) المكاسب ٤٢٧/٣.

(٣) التنقيح في شرح المكاسب ٤٩٩/١.

(٤) كتاب البيع ٢٩٥/٢.

(٥) نقل عنه العلامة في المختلف ٥٧/٥؛ و الشهيد في الدروس ١٩٤/٣؛ و الفاضل المقداد في التنقيح ٢٧/٢.

(٦) النهاية ٤٠٢/.

تنبيهات - الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟ ٥١٧

قبض الثمن فحينئذ للمالك مطالبة المشتري بالثمن، سواء كان قد دفعه إلى الغاصب أو لا، نعم، لو أجاز القبض كان ما قاله الشيخ حقاً^(١).

و تبع جدُّنا الشيخُ جَعْفَرُ العَلامَةِ و قال: «و إجازة القبض من حيث المعاملة إجازة للعقد دون العكس»^(٢).

و تبعهما صاحب الجواهر و قال: «ثم لا يخفى عليك أن إجازة العقد ليس إجازة للقبض من غير فرق في الثمن بين كونه عيناً أو ديناً خلافاً للمحكي عن الشيخ فجعل إجازته إجازة للقبض. و لا ريب في ضعفه، فلا يتشخص الدين - مثلاً - بقبض الفضولي و لا يجري عليه حكم القبض الصحيح في العين إلا بإجازة مستقلة لذلك بناءً على ما عرفت من جريان حكم الفضولي في الأقوال و الأفعال...»^(٣).

الثالث: و استحسّن الشهيدُ قول العَلامَةِ مع تقييد و قال في الدروس بعد نقل اختيار الشيخ: «... و اشترط الفاضل إجازة القبض و هو حسن إن كان الثمن في الذمة»^(٤). و تابع الفاضل المقدادُ الشهيدَ في تقييده و قال: «لو كان البيع بالعين الحاضرة فإجازة البيع إجازة القبض»^(٥).

فملخص هذا القول هو التفصيل بين المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي و الكلّي، بأنّ إجازة عقد الفضولي تكون إجازةً بالنسبة إلى قبض أو إقباض المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي و لا تكون إجازةً بالنسبة إلى قبض أو إقباض الكلّي.

الرابع: ذهب الشيخ الأعظم إلى تفصيل آخر في المقام و قسم المسألة على ثلاثة

أقسام:

أ: تارة القبض يكون جزءً للسبب المملّك كما في بيع الصرف و السلم ففي هذا

(١) مختلف الشيعة ٥٧/٥.

(٢) شرح القواعد ٩٥/٢.

(٣) الجواهر ٤٨٣/٢٣ ٤٨٣/٢٢ (٣٠٠/٢٢).

(٤) الدروس ١٩٤/٣.

(٥) التنقيح الرائع ٢٧/٢.

القسم ذهب إلى وجود الملازمة بين إجازة عقد الفضولي وإجازة القبض للغوية إجازة البيع مجرداً عن إجازة القبض الذي هو جزء السبب.

و قال: «... فلو كان إجازة العقد دون القبض لغواً - كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفريق - كان إجازة العقد إجازةً للقبض، صوتاً للإجازة عن اللغوية. ولو قال: أجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان»^(١).

ب: وأخرى: القبض يكون وفاءً بالعقد من دون دخله في ترتب الأثر على العقد و يكون العوض شخصياً، ففي هذا القسم ذهب^(٢) إلى عدم وجود الملازمة بين إجازة البيع و إجازة القبض، و توقف تحقّق الوفاء بالعقد على إجازة القبض بخصوصها ولو بقرينة تدلّ عليها. خلافاً للشيخ و الشهيد و الفاضل المقداد حيث يروون الملازمة، و وفقاً للشيخ جعفر و صاحب الجواهر.

ج: و ثالثة: نفس القسم الثاني ولكن مع هذا الفرق: و هو أن يكون العوض كلياً في الذمة، ففي هذا القسم استشكل في وفاء أدلة صحة البيع الفضولي بإمضاء قبض الفضول و قال: «... و أمّا قبض الكلّي و تشخّصه به فوقوعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمّم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض و الإقباض، و إتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة»^(٣).

توضيح الصعوبة: أدلة صحة عقد الفضولي تشمل العقد الذي هو من الإنشائيات دون القبض الذي هو فعل خارجي، فإجازة المميز المالك يستند العقد إليه و لا يتشخّص الكلّي في فردٍ من أفرادها، و هذا التشخّص خارج عن مقتضى الإجازة فلا يتحقّق بها. و تظهر الثمرة على قول الشيخ الأعظم في ما كان الثمن معيناً فأجازته المالك في قبضه فمرجع الإجازة إلى إسقاط الضمان عن المشتري و أنّه إذا تلف بعد ذلك فيخرج من مال المالك لا من مال المشتري، كما أنّ الثمن إذا كان معيناً فمرجع الإجازة في إقباضه

(١) المكاسب ٤٢٨/٣ و ٤٢٩.

(٢) المكاسب ٤٢٨/٣.

(٣) المكاسب ٤٢٨/٣.

تنبيهات - الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟ ٥١٩

إلى حصول المبيع في يد المشتري برضا المالك، ولا يعتبر في الإقباض إلا ذلك المعنى، إذ لا يشترط فيه أن يأخذه المالك بيده ثم يقبضه عنه المشتري، فلذا إذا كان المبيع بيد المشتري سابقاً فرضي به المالك صح الإقباض لا محالة وإذا تلف، تلف من مال المشتري.

و أمّا إذا كان الثمن أو المثلن كلباً يتشخص بالقبض و الإقباض فلا وجه لصحة الإجازة فيهما لأن قبض غير المالك أو إقباضه لا يوجب تشخص الكلي فيما أخذه الفضولي أو أقبضه بوجه. (١)

أقول: يرد على قسمه الأوّل [أ]: وجود الملازمة بين عقد الفضولي وإجازة القبض في بيع الصرف و السلم لوجود اللغوية في فرض عدم الملازمة، إنّما يتم فيما كان المجيز عارفاً بالملازمة و لغوية إجازة البيع من دون إجازة القبض فيقصد إجازة القبض أيضاً كما عليه السيّد اليزدي و قال: «هذا [صوناً للإجازة عن اللغوية] إنّما يتم إذا كان المجيز عالماً بأنّ البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض أيضاً...» (٢).

و أمّا إذا كان جاهلاً بالملازمة و صورة اللغوية في عدمها فلا وجه لكون إجازة البيع إجازة للقبض مع أنّها أمر قصدي لا بدّ أن يقصد.

لهذا قال السيّد اليزدي: «لا وجه للوجه الثاني، إذ بعد كونه في مقام الجدّ لا معنى للحكم بصحة العقد و بطلان ردّ القبض، مع أنّه صرّح بعدم الرضا به، فالحكم ببطلان العقد متعيّن» (٣).

و لذا أيضاً قال جدي الشيخ محمّد تقي صاحب هداية المسترشدين: «لو توقّف صحة البيع على القبض كبيع الصرف و السلم و قد حصل القبض من الفضول فأجاز البيع، فإن كان بعد تفرّق المجلس و علمه به كان إجازة للقبض في وجه قويّ، إذ لولاه لكان

(١) راجع التنقيح في شرح المكاسب ٥٠٢/١.

(٢) حاشية المكاسب ٢١٣/٢.

(٣) حاشية المكاسب ٢١٤/٢.

إجازته للبيع لغواً، ولحمل فعل المسلم على الصحة مع الإمكان. ولو كان جاهلاً بالتوقف فيه إشكال، وإن كان المجلس باقياً بحسب اعتقاده»^(١).

ثم ما ذكره الشيخ الأعظم بعده من إجازة العقد دون القبض من وجهين بلا وجه، لأنَّ إذا أجاز العقد و ردَّ القبض و البيع في الصرف و السلم مشروط بالقبض يبطل العقد قطعاً لعدم تحقق شرطه، فلا وجه لإحتمال الآخر من بطلان ردَّ القبض مع تصريحه بالردِّ. و يرد على قسمه الثاني [ب]: من ظهور الثمرة في أن إجازة المالك في الإقباض تدخل العين تحت يد المشتري الآخذ فإذا تلف المال تلف من مال المشتري، و في القبض تدخل العين تحت يد المالك فإذا تلف، تلف من ماله.

لا يتم كما قيل: في قبض الفضولي، لأنَّ «المال بعد إجازة المالك أيضاً غير واصل إليه بل بعد تحت يد الفضول فإذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض و أنه من مال بئعه فيوجب انفساخ البيع»^(٢) لأنَّ يشمله عموم «كلَّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بئعه»، و هذا حكم شرعي لا يقبل الإسقاط من جانب المجيز حتَّى يقال أنه بالإجازة أسقط الضمان و معنى الضمان هنا هو إسقاط البيع.

و يرد على قسمه الثالث [ج]: لو كان القبض و الإقباض يتم بإجازة المالك فيهما - كما عليه الشيخ الأعظم في القسم الثاني [ب] فلماذا منع عن ذلك فيما إذا كان الثمن و المثلن كلياً؟

لأنَّ الشيخ الأعظم يجرى الفضولي في القبض و الإقباض بحيث تصحهما إجازة المالك فيهما، فهو يرى شمول أدلة صحة الفضولي في الفعل الخارجي و هو القبض و الإقباض، فإذا يجرى الفضولي فيهما - القبض و الإقباض - و هما فعلان خارجيان فلماذا لا يرى شمولها في تعيين الكلِّي في الثمن أو المثلن بيد الأجنبي و هما فعلان خارجيان أيضاً، فالتفصيل بينهما بلا وجه.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦١.

(٢) محاضرات في الفقه الجعفري ٢/٤١٠.

تنبيهات - الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟ ٥٢١

و لذا نقول: كلما يقبل الوكالة يقبل الإجازة و لا إشكال في أن الوكيل يترتب على فعله جميع ما يترتب على فعل موكله، فكذلك لو لم يكن وكيلاً ولكن أجاز المالك فعله فيما بعد، فيصير بالإجازة فعله فعل المجيز و ينتسب إليه بلا فرق بين القبض و الإقباض و بلا فرق بين الثمن و المثلن الكليين أو الشخصيين. فبالإجازة يستند القبض و الإقباض إلى المجيز و كذلك التعيين في الكلي و بما ذكرنا يظهر الجواب عما أوردناه على القسم الثاني [ب] من تقسيم الشيخ الأعظم و أن الإراد لا يتم. ثم يظهر مما ذكرنا ضعف ما ذهب إليه جمع من الأعلام المحشين على المكاسب من عدم جريان الفضولي في الأفعال الخارجية: منهم: السيّد أبو القاسم الإشكوري^(١) حيث استشكل في جريان الفضولي في القبض.

و منهم: الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «لا يخفى أن الفضولية إنما تجري في التصرفات المعاملية بناءً على عموم دليها، لا في الأفعال الخارجية التي لها آثار شرعية، و القبض في المعين من الأفعال الخارجية فهو أولى بالإشكال من القبض في الكلي، لأنّ تشخيص الكلي المملوك بالفرد و تعيينه فيه نوع من المعاملة...»^(٢). و منهم: المحقق الخراساني قال: «... لا يقال: إن قبض الفضولي بالإجازة صار قبض الأصل فيكون التلف بذلك تلفاً بعد القبض.

فإنه يقال: ليس كلّ فعل يصح انتسابه إلى غير مباشره بإجازته، و القبض لم يعلم أنه من قبيل العقد و البيع و نحوهما ممّا يصحّ انتسابه إلى غير المباشر بالإجازة، أو من قبيل الأفعال الخارجية التي لا يحدث له بذلك انتساب كالأكل و الشرب و غيرهما كما لا يخفى، بل دعوى أنه مثلها غير مجازفة و مجرد الفرق بينه و بينها من لزوم المباشرة فيها على صحة انتسابها و عدم كفاية النيابة و الوكالة فيها أصلاً، بخلاف القبض، ضرورة كفاية

(١) بُغية الطالب ٤٠٦/١.

(٢) حاشية المكاسب ٢١٢/٢.

الوكالة في صحة انتسابه غير مجد في صحة الانتساب بمجرد الرضا والإجازة، بعد عدم صدوره منه تسببياً و لا مباشرة، و لا يبعد أن يكون مورد الإجازة هو خصوص العناوين الاعتبارية المنتزعة من أسباب خاصة يتوسَّل بها إليها كالبيع و العقد و البيعة و نحوها، ممَّا يتوسَّل إليها بأسباب خاصة صادرة ممَّن يقوم بها حقيقة أو من غيرها وكالة أو فضولة مع لحوق الإجازة بها، فالبيع و العقد حقيقة يقوم بالموكل و المجيز و ينسب إليهما حيث ترى صحة اعتبار العقد و البيع و انتزاعها بالإجازة للمجيز مثل اعتبارهما للأصيل أو لغيره بالتوكيل و هذا بخلاف نفس الأفعال الخارجية كالقبض و الإيجاب و القبول، فإنَّها لا يكاد ينسب إلى غير المباشرة إلاَّ تسببياً، و لا مباشرة و لا تسبب هاهنا من المجيز أصلاً، كما لا يخفى»^(١).

و حاصل كلامه ﷺ أنه قسَّم الأفعال الخارجية إلى ثلاثة أقسام:

- ١- الأفعال التي ليس فيها قابلية الصدور إلاَّ مباشرة كالأكل و الشرب و النوم و الجماع حيث لا يمكن إسنادها إلاَّ للمباشر.
 - ٢- الأفعال التي لها قابلية الصدور بالمباشرة أو بالتسبب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة كالبيع و العقد و البيعة.
 - ٣- الأفعال التي هي الوسط بينهما فلها قابلية أن تصدر بالمباشرة أو بالتسبب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الاستنابة، و أمَّا من خلال الإجازة اللاحقة حيث يصدق عليها الفضولية فلا، و القبض و الإقباض من هذا القبيل.
- و تبعهم المحقِّق السيِّد الخميني^(٢) حيث يرى أنَّ الأقوى عدم جريان الفضولية في القبض و الإقباض و قال: «... أنَّ الفضولية لا تجري فيما يعتبر من القبض و الإقباض في باب المعاملات»^(٣).

أقول: سيرة العقلاء جارية على أنَّ كُلَّ ما يقبل الوكالة يقبل الإجازة و حيث أنَّ

(١) حاشية المكاسب / ٦٨.

(٢) كتاب البيع ٢/٢٩٦.

(٣) كتاب البيع ٢/٢٩٩.

تنبيهات - السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية ٥٢٣

القبض و الإقباض يقبلان الوكالة و كذلك الإجازة السابقة و هي الإذن و الاستنابة، و الإجازة اللاحقة و هي الفضولية فهما مشمولان بذلك.

وإنهم لا يروون الفرق من حيث تصحيح الانتساب إلى المالك أو مَنْ ولى أمره بين الوكالة و الاستنابة و الفضولية.

وإنهم لا يروون الفرق بين الفعل الحدوثي و غيره - لو تمّ هذا التعبير لأنّ جميع الأفعال حدوثيٌّ - فالتفصيل بينهما - لو تمّت الاثنينية - كما عن شيخنا الاستاذ رحمته في غير محلّه حيث يقول: «و الحاصل: أنّ إجازة القبض في الحقيقة توكيل، فيكون البائع الفضولي مأذوناً في استيفاء الثمن و الإمساك به، و هذا بخلاف ما إذا كان الأثر مترتباً على الفعل الحدوثي فإنّه لا يفيد فيه الإجازة اللاحقة مثلاً: للحاج ذبح هديه بالاستنابة كما إذا أمر الآخر بذبحه، وأمّا إذا ذبح الآخر هديه بتخيّل أنّه هدى نفسه أو عدواناً أو بقصد النياية عن مالكة فلا يجري إجازة المالك في إسقاط وجوب الهدى عن نفسه»^(١).

أقول: إذا تمت السيرة فخرج الفعل الحدوثي يحتاج إلى دليل خاص، لو كان نتعبد به، ولكن الظاهر أنّه مفقودٌ فتشمله السيرة و لا وجه للخروج.

نعم، الاستنابة فيما ذكره شيخنا الاستاذ رحمته من الهدى أو رمي الجمار أو الطواف و السعي و نحوها هو الأحوط.

و المختار عندنا في المقام: هو قول العلامة وَ جَدِّي كاشف الغطاء و صاحب الجواهر من عدم وجود الملازمة بين إجازة العقد و إجازة القبض و الإقباض مطلقاً، نعم إذا أجاز القبض و الإقباض فلا فرق بين ثمن الشخصي أو الكلّي و مثمنه و لا فرق بين العين أو الدين و الحمد لله.

السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية

قال الشهيد: «و لا يشترط الإجازة في الحال، و لا كون المجيز حاصلًا حين العقد

(١) إرشاد الطالب ٤٤٩/٣.

فتصحَّ إجازة الصبي والمجنون بعد الكمال...»^(١).
وقال الفاضل المقداد: «لا يشترط الفورية في الإجازة، لما قلنا في خبر البارقي
فله الإجازة ما لم يرد أولاً...»^(٢).
وقال الشيخ جعفر: «و لا فورية في الإجازة على الأقوى»^(٣).
وقال جدي الشيخ محمَّد تقي: «أنه لا يعتبر الفور في الإجازة بعد علم المالك
بالحال، بل يصحَّ مع التراخي أيضاً. وربما يحتمل أن تكون فورية لما في التراخي من
إرجاء الأمر وإيصال الضرر إلى آخر في كثير من الصور.
و فيه: أنه مع علمه بالحال أقدم عليه، فيكون الضرر آتياً إليه من قبله.
و مع جهله و لحوق الضرر عليه يندفع ذلك بثبوت الخيار له كما مرّت الإشارة
إليه»^(٤).

وقال السيّد العاملي: «و لا يشترط فورية الإجازة، فله الإجازة ما لم يرد كما في
الدروس و التنقيح و الرياض و الحدائق»^(٥).
ولكن قال محقق كتاب مفتاح الكرامة عليه السلام في تعليقه: «لم نجد في الرياض و
الحدائق ما نسبه الشارح إليهما لا في البيع و لا في النكاح الفضوليين، فراجع»^(٦).
وقال السيّد المجاهد: «لا يشترط في الإجازة الفورية كما صرَّح به في الدروس،
لأنهم إلا أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمَّل عادةً فيحتمل حينئذ
إجبار من له الإجازة على اختيار أحد الأمرين الفسخ أو الإمضاء إن أمكن، وإلا فيجوز

(١) الدروس ١٩٣/٣.

(٢) التنقيح الرائع ٢٧/٢.

(٣) شرح القواعد ١٠٠/٢.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٦١/٣.

(٥) مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

(٦) مفتاح الكرامة ٦٠٩/١٢.

الفسخ مطلقاً»^(١).

وقال الشيخ الأعظم: «الإجازة ليست على الفور...»^(٢).

الاستدلال على عدم الفورية:

يدلّ عليها مضافاً للعمومات نحو قوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾^(٣) و الإطلاقات نحو قوله تعالى: ﴿أحل الله البيع﴾^(٤) و ﴿تجارة عن تراض﴾^(٥) أنّهما لم يقييدا بلحوق الإجازة فوراً.

صحيحة محمد بن قيس^(٦) المروية في قضا أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوها غائب، إلخ. حيث علم عليه السلام المشتري بقوله: «خذاً به حتى ينفذك ما باعك»، وهذا التعليم من الإمام عليه السلام يدلّ على بقاء أهلية الإجازة حتى بعد شهر من البيع لأنّ المشتري وطأها فولدت له غلاماً و أخذ الأب المالك الوليدة مع ابنها. فالصحيحة تدلّ على عدم فورية الإجازة و أنّها على التراخي حتى عدّة شهور.

قال الشيخ الأعظم: «و أكثر المؤيدات المذكورة بعدها»^(٧) [أي بعد صحيحة محمد

بن قيس].

مراده من المؤيدات: الأدلة التالية:

منها: فحوى مادّة على صحة نكاح الفضولي، بما فيها من الروايات الدالة على

نكاح الصغير أو الصغيرة حيث أنّهما أجازا بعد بلوغهما.

و منها: الروايات الواردة في الأتجار بمال اليتيم، حيث أنّه أجاز بعد بلوغه.

(١) المناهل / ٢٨٩.

(٢) المكاسب / ٣ / ٤٢٩.

(٣) سورة المائدة / ١.

(٤) سورة البقرة / ٢٧٥.

(٥) سورة النساء / ٢٩.

(٦) وسائل الشيعة / ٢١ / ٢٠٣، ح ١، الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

(٧) المكاسب / ٣ / ٤٢٩.

و منها: رواية موسى بن أشيم^(١)، الظاهرة في أنّ النزاع وقع بعد موت الدافع و مضي الحج.

و منها: صحيحة الحلبي^(٢)، لأنّ الأخذ بالوضعيّة ثمّ البيع بأكثر ثمّ ردّ ما زاد بانضمام الوضعيّة إلى صاحبه لا يتحقّق عادة بالفور.

و منها: معتبرة مسمع أبي سيار^(٣)، لأنّ الودعي الجاحد جاء بالمال و ربحه أربعة آلاف درهم بعد سنين، و طلب من المالك الاستحلال.

و منها: بيع عقيل دور النبي ﷺ و بني هاشم حيث لم يرد إجازتهم على الفور، و من الواضح أنّها كانت بالتراخي بشهور أو لعلّ بسنين عادةً.

و منها: التصدّق بمجهول المالك و اللقطة، حيث يأتي الإذن من المالك غالباً بعد مدّة، لا على الفور.

و منها: أخبار تحليل خُمس المناكح و المساكن^(٤) بعد التصرف فيهما و أخذ الإجازة في المورد الخاص من الإمام^(٥).

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو لم يُجزِ المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصل بعدم تصرفه فيم انتقل عنه و إليه - على القول بالكشف - فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين»^(٥).

أقول: عدم إجازة المالك إذا وصل إلى حدّ الضرر بالنسبة إلى الأصيل فهل يدفع الضرر عنه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين - من الإمضاء أو الردّ - أو الفسخ مطلقاً - أي بلا فرق بين أن يكون الأصيل جاهلاً بالفضولية أو عالماً بها - وجوه بل أقوال.

(١) وسائل الشيعة ٢٨٠/١٨، ح ١.

(٢) وسائل الشيعة ٧١/١٨، ح ١.

(٣) وسائل الشيعة ٨٩/١٩، ح ١.

(٤) راجع الوجه الخامس عشر من وجوه صحة بيع الفضولي، صفحة ٢٥٢ من هذا المجلد.

(٥) المكاسب ٤٢٩/٣.

تنبهات - السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية ٥٢٧

ذهب جدي الشيخ محمدتقي^(١) صاحب الهداية إلى ثبوت الخيار في فرض جهل الأصيل و أمّا مع علمه بالحال هو أقدم عليه فيكون الضرر آتياً إليه من قبله فلا خيار، و تبعه الشيخ الأعظم^(٢) في العُدل الأوّل من اختياره، و اختاره الفقيه اليزدي^(٣) ثانياً و بعد الإيجاب، و الخيار هو مختار المحقق الخراساني^(٤).

و ذهب السيّد محمد المجاهد^(٥) إلى إيجاب المالك على أحد الأمرين في فرض إمكان الإيجاب و تبعه الشيخ الأعظم^(٦) في العُدل الثاني من اختياره، و اختار الفقيه اليزدي^(٧) أوّلاً الإيجاب.

و ذهب السيّد المجاهد^(٨) إلى جواز الفسخ مطلقاً للأصيل لو لم يتمكن من إيجاب المالك.

ولكن بناءً على المختار من عدم لزوم العقد من طرف الأصيل فالأمر واضح لأنّه يجوز له التصرف في ما يملكه قبل الإجازة بأيّ نحو كان فلا يتضرر أصلاً.

و أمّا بناءً على لزوم العقد من طرف الأصيل كما عليه جمع من أصحابنا فيجوز له الفسخ، و بجواز فسخه يندفع عنه الضرر، ولكنّه يجري في حقّه جواز الفسخ مطلقاً أم إذا كان جاهلاً بالفضولية؟ لأنّه إذا كان عالماً بها يأتي إليه الضرر من قبل نفسه و هو أقدم عليه. الأظهر هو الثاني.

و أمّا إيجاب المالك على أحد الأمرين - الإجازة أو الردّ - فلا وجه له أصلاً لأنّه

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦١.

(٢) المكاسب ٣/٤٢٩.

(٣) حاشية المكاسب ٢/٢١٤.

(٤) حاشية المكاسب /٧٠.

(٥) المناهل /٢٨٩.

(٦) المكاسب ٣/٤٢٩.

(٧) حاشية المكاسب ٢/٢١٤.

(٨) المناهل /٢٨٩.

٥٢٨..... الآراءُ الفقهيَّة - البيع (٣) / ج ٦

مسلطٌ على ماله و لم يحدث منه ما يوجب الإِجبار و لم يدل دليل على جواز هذا الإِجبار.

و أمَّا ثبوت الخيار فلا يجري - أيضاً - لأنَّ بعض العقود غير قابلة له لا بالجعل و لا بغيره كالنكاح إلَّا في موجبات الخيار لعقد النكاح و أمَّا في غيرها فلا يثبت الخيار. نعم، في فرض جهل الأصيل و لحوق الضرر عليه لا يبعد الحكم بوجود الخيار له دفعاً للضرر. كما عليه جدُّنا الشيخ محمَّد تقي^(١) و المحقِّق الخراساني^(٢) و الأستاذ المحقِّق^(٣) - مد ظله - .

و هو العِدْل الأوَّل في كلام الشيخ الأعظم^(٤).

السابع: تطابق الإِجازة و العقد (المجاز)

هل تعتبر في صحة الإِجازة مطابقتها للعقد من حيث العموم و الخصوص أم لا؟ وجهان.

الوجه الأوَّل: هو الحكم بلزوم التطابق بينهما، و على المالك أن يجيز العقد بتمامه، لأنَّ العقد واحد و المعاملة الحادثة واحدة و لا مجال لتبعضها و إِجازة جزءٍ منها دون الآخر.

الوجه الثاني: هو الحكم بعدم لزوم التطابق بينهما، لإمكان انحلال العقد و التبعض فيه، فيمكن إِجازة جزءٍ منها دون الآخر.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦١.

(٢) حاشية المكاسب / ٧٠.

(٣) العقد النضيد ٣/٣٤١.

(٤) المكاسب ٣/٤٢٩.

المسألة في رأى الشيخ الأعظم

يرى الشيخ الأعظم^(١) أن التفصيل هو الأقوى و قسّم المسألة إلى صور ثلاث: الصورة الأولى: إذا وقع العقد على كلِّ وأجازته المالك على جزء، يصح العقد في الجزء الذي أجازته المالك و يجبر الضرر على الأصيل بخيار تبعض الصفقة. الصورة الثانية: إذا كان الاختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط بحيث أوقع الفضولي العقد مشروطاً ولكن المالك يجيزه من دون الشرط قد حكم الشيخ الأعظم^(٢) بطلانها. لأنّه لا يرى العقد قابلاً للتبعض من حيث الشرط بخلاف الجزء. و إذا أبطل الشرط يسرى بطلانه إلى العقد.

الصورة الثالثة: إذا كان الاختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط و على عكس الصورة الثانية بحيث أوقع الفضولي العقد مطلقاً ولكن يجيزه المالك مشروطاً فهنا ثلاثة احتمالات: الأولى: صحة العقد بشرط قبول الأصيل ذلك الشرط.

الثاني: صحة العقد مطلقاً ولو لم يقبل الأصيل الشرط، لأنّ الإجازة تعلّقت بنفس العقد و صحّحته، و أمّا الشرط فلا يجب الوفاء به، لأنّ الشرط الذي يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع في ضمن العقد و أمّا إذا كان الشرط خارجاً عن العقد فلا يجب الوفاء به، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

الثالث: بطلان الإجازة و بتبعها يبطل العقد، لأنّ الشرط حيث لم يقع في ضمن العقد فيكون باطلاً و يسرى بطلان الشرط إلى المشروط و هو العقد لإنتفاء المشروط بإنتفاء شرطه. و لأنّ مجموع العقد و الشرط التزام واحد بسيط لا متعدد و حيث ينتفي الشرط ينتفى المشروط - أي العقد - . و لأنّ ما أجازته المالك على نحو الإشتراط لم يقع الفضولي العقد عليه و ما وقعه الفضولي العقد عليه لم يجزه المالك.

(١) المكاسب ٤٢٩/٣.

(٢) المكاسب ٤٣٠/٣.

و يرى الشيخ الأعظم^(١) هذا الإحتمال الثالث هو الأقوى. و هكذا يرى الشيخ الأعظم المسألة.

المسألة في رأي صاحب الهداية

ولكن قال جدِّي الشيخ محمَّد تقي صاحب الهداية - أعلى الله مقامه الشريف -: «أنه لو أجاز العقد على ما هو عليه لا كلام، ولو أجاز العقد في البعض بقسط من الثمن فهل يصحّ ذلك؟ وجهان، أجودها الصحة إلاّ أنه يتخير المالك بين الفسخ و الإجازة لتبويض الصفقة.

و لا فرق بين أن يجيز جزءاً مشاعاً أو معيَّناً، و لا بين أن يكون المبيع أموراً عديدة قد جمعها في صفقة أو شيئاً واحداً.

و أولى بالصحة ما لو كان لشخصين فأجاز أحدهما دون الآخر.

و يحتمل هنا سقوط الخيار مع علمه بكونه لمالكين؛ لإقدامه عليه لا سيّما مع ظنّه^(٢) عدم إجازة أحدهما.

ولو اشترط عليه شرطاً في ضمن العقد فأجازه بدون الشرط لم يبعد الحكم بالصحة إلاّ أنه لا بدّ حينئذ من قبول الآخر.

و هل يصحّ العقد قبل قبوله و له الخيار على الفسخ أو يكون مراعى بقبوله فيصحّ معه و يفسد مع عدمه؟ وجهان.

و هل يجوز أن يشترط عليه في ضمن الإجازة شيئاً لم يشترط العاقد في ضمن العقد، فينعقد الشرط مع قبول الآخر و يلتزم به حينئذ، وجهان:

[١] من عدم وقوع العقد عليه فلا تطابقه الإجازة.

[٢] و من حصول الإجازة للعقد، و الشرط المذكور أمر خارج عن أصل العقد قد ألزمه به في ضمن الإجازة المصحّحة للعقد، و قد أنيطت به الاجازة، فيلتزم به مع قبوله

(١) المكاسب ٣/٤٣٠.

(٢) في نسخة: «ظن».

تنبيهات - السابع: تطابق الإجازة و العقد ٥٣١

بمقتضى قوله «المؤمنون عند شروطهم»، فهو بمنزلة وقوعه في ضمن العقد لكون الإجازة من مآتماته.

و لا يقصر ذلك عن الشرط الواقع في ضمن القبول دون الإيجاب إذا رضي به الموجب كما إذا باعه شيئاً فقبل ذلك على أن يكون له الخيار في مدة معلومة فرضي البائع به؛ فإنه لا يبعد إجراء حكم الشرط الواقع في ضمن العقد عليه أخذاً بمقتضى الإطلاق المذكور^(١).

المختار في حكم المسألة

لا إشكال في صحة العقد إذا تطابقت الإجازة معه و لا إشكال في البطلان إذا تباين الإجازة مع العقد.

و أمّا إذا لم تنطبق الإجازة مع العقد ولكن لم تتباين معه أيضاً فتأتي هذه الصور:
الصورة الأولى: إذا كانت المخالفة بين الإجازة و العقد بنحو الكليّة و الجزئية تكون المعاملة صحيحة لإنحلال المعاملة عند العرف إلى بيوع متعددة، فيحكم بالصحة فيما أجازة المالك و البطلان في ما لم يجزه، غاية الأمر للمشتري الأصيل خيار تبعض الصفة دفعاً للضرر المحتمل، و لما يأتي في بيع ما يملك و ما لا يملك تفصيله من الانحلال.

الصورة الثانية: إذا كانت المخالفة بينهما بنحو الإطلاق و التقييد. بحيث أوقع الفضولي العقد مشروطاً بشرط للمالك على الأصيل أو للأصيل على المالك أو للفضولي على أحدهما أو للأجنبي على أحدهما و أجاز المالك العقد بلا شرط على نحو الإطلاق. فحينئذ يحكم بالصحة في جميع الصور إلا إذا كان الشرط للأصيل على المالك فله - أي للأصيل - خيار الفسخ بجهة تخلف الشرط.

و الوجه في ذلك أن تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد في المعاملات، غاية الأمر يوجب خيار الفسخ لمن له الشرط، و لأنّ بطلان الشرط لم يسري إلى المشروط.

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٤ و ٣٥٣.

فعلني ما ذكرنا يكون العقد صحيحاً و لم يَحْتَجْ إلى قبول الأصيل بحيث يكون مراعى بقبوله - كما هو أحد احتماليّ جدي صاحب الهداية رحمته الله.

و وافقنا في الحكم بالصحة في هذه الصورة المحقق النائيني رحمته الله و ظاهر الفقيه اليزدي حيث يرى أنّ الأمر في الشرط أسهل منه في الجزء ^(٢)، خلافاً للشيخ الأعظم ^(٣) حيث حكم بالبطلان مطلقاً - أي بلافق بين أنّ الشرط لَمَن و على من -.

الصورة الثالثة: إذا كانت المخالفة بينهما بالإطلاق و التقييد ولكن أوقع الفضولي العقد مطلقاً و أجازة المالك مشروطاً بشرط له على الأصيل أو للمشتري الأصيل عليه أو للفضولي على أحدهما - البائع المالك المميز أو المشتري الأصيل - أو للأجنبي كذلك.

فحينئذ يحكم بالصحة، ولكن في الفروض التي كان الشرط فيها على المشتري الأصيل لا بدّ له من قبوله، فإذا قيلَ تمّ العقد و إلا بطل لإطلاق قوله سَلَّمَ اللهُ: «المؤمنون عند شروطهم»، و يصير كالشرط الواقع في ضمن القبول إذا رضي به الموجب كما مرّ من جدي الشيخ محمّد تقي رحمته الله ^(٤) و عليه الفقيه السيّد اليزدي ^(٥)، و قال شيخنا الأستاذ رحمته الله في هذه الصورة: «الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولي بها و يجب على الأصيل رعاية الشرط أخذاً بعموم وجوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط، لأنّ الشرط في الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطاً ابتدائياً، بل هو شرط في البيع حيث إنّ تمامه و استناده إلى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاماً في بيعه، نظير إلزام المشتري في قبوله البائع بأمرٍ و رضا البائع به بعد القبول فلا حظ و تدبّر» ^(٦).

(١) راجع منية الطالب ١٠٣/٢.

(٢) حاشيته على المكاسب ٢١٥/٢.

(٣) المكاسب ٤٣٠/٣.

(٤) تبصرة الفقهاء ٣٥٤/٣.

(٥) حاشيته على المكاسب ٢١٥/٢.

(٦) إرشاد الطالب ٩/٤.

تنبيهات - التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتبرة في البيع، في الإجازة ٥٣٣

الثامن: هل يعتبر في الإجازة تعيين العقد؟

قال جدّي الشيخ محمد تقي رحمته الله: «هل يعتبر فيها [أي في الإجازة] تعيين العقد من كونه بيعاً أو صلحاً أو إجازة^(١) أو نكاحاً أو يجوز إمضاء العقد الواقع منه كائناً ما كان، سواء علم كميّة العقد أو جهل التعيين أو علم نوع العقد و شكّ في الكميّة أو جهلهما معاً كما إذا أجاز كلّ عقد يتعلّق به قد صدر منه في هذا اليوم مع جهله بنوع العقد و تعدّد تلك العقود فيه إشكال.

و ظاهر ما ذكرناه من كونه بمنزلة الإذن السابق على العقد، هو الوجه الثاني. و هل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاءه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره مجيئاً بوقوع^(٢) البيع فأجازته من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. و يقوى الاكتفاء به في المقام^(٣).

أقول: إلى هنا ظهر أنّ عقد الفضولي تامّ من جميع الجهات إلّا من حيث انتسابه إلى المالك و بالإجازة الصادرة منه يثبّت هذا الانتساب الذي كان اعتبارياً، فلم يدلّ دليل على اعتبار تعيين العقد و للمالك أن يجهز العقد أيّاً ما كان و كذلك الأمر في الكميّة التي وقع العقد عليها أو كميّة العقود، و الوجه في ذلك عدم الفرق بين الإذن السابق و الإذن اللاحق و أنّ هذه الأمور كلّها قابلة للوكالة فكذلك للفضولية و الأذن اللاحق، و كذلك الأمر بالنسبة إلى احتمال الوقوع ثمّ الإجازة ثمّ العلم بالوقوع فيكون العقد تاماً.

التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتبرة في البيع، في الإجازة

قال صاحب الهداية: «هل يشترط في الإجازة الشروط المعتبرة في البيع كمعلومية العوضين للمالك المجيز أو يكتفي بحصول تلك الشروط حال وقوع العقد؟ فلو تحقّق العلم بالعوضين للعاقدين كفي في صحة العقد و إن جهل المجيز فيصحّ إجازته مع

(١) في المطبوعة «إجازة»، صححته بالسياق.

(٢) في المطبوعة «لوقوع».

(٣) تبصرة الفقهاء ٣/٣٦٠.

جهالته بها أو بأحدهما، فيرجع في التعيين إليهما أو إلى ما تقوم به النية مع الإختلاف.
 وجهان: [١] من أن البائع [أ] والمشتري على الحقيقة هو المجيز فلا بد من اعتبار شروط البيع بالنسبة إليه.

[٢] وأن البيع إنما صدر عن العاقدين دون المجيز، فلا دليل على اعتبار تلك الشروط بالنسبة إليه، فالإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدم، فكما لا يعتبر تحقق شروط البيع بالنسبة إلى الموكل فكذلك المجيز، وهذا هو الأظهر.
 ويجري الكلام في الشروط المنضمة إليه، ونحوها إذا جهلها وأجاز البيع على ما وقع عليه^(١).

أقول: وبهذا البيان من الجدد الأجدد^{عليه السلام} يَنحَلُّ كثيرٌ من الإشكالات في الباب وهو أن «الإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدم»، وقد أصرنا عليه مرراً وتكراراً والآن وجدنا التصريح به في كلامه^{عليه السلام}، ومقالته بالنسبة إلى عدم اعتبار الشروط تامة. ويأتي تفصيل هذا البحث في الأمر الثاني من القول في المجاز فانتظر.

العاشر: بعض شرائط الإجازة

قال الشيخ جعفر^{عليه السلام}: «و يشترط فيها [في الإجازة] الموافقة في نفس العقد، وفي جنس الثمن و المثلن و المكان و الزمان و الوضع و غير ذلك على القولين [في الإجازة يعني الكشف و النقل]. و في القدر و جهان.

ولو تعددت العقود متجانسة، فأجازها دفعة صح. و في اعتبار المجلس كلام. ولو أجاز أحدها مبهماً بطل. و في المطلق بحث^(٢).

مراده^{عليه السلام}: اعتبار تطابق العقد و الإجازة في نوعه أي إذا كان العقد بيعاً و أجاز المالك إجاراً فلا يفيد و كذلك الأمر في جنس الثمن و المثلن و مكان المبادلة بينهما و

(١) تبصرة الفقهاء ٣/٣٥٩.

(٢) شرح القواعد ٢/١٠٠.

تنبيهات - العاشر: بعض شرائط الإجازة ٥٣٥

زمانها، وأمّا في مقدارهما فَوَجْهَانِ من اعتبار الموافقة و عدمه.
وإذا وَقَعَتْ من الفضولي عَقُودٌ متجانسة متعددة على أموال المالك فأجازها دفعة
واحدة كلّها صح، ولو أجاز أحدها مبهماً بطل لو لم يقر قرينة على تعيينها، وأمّا في
الإجازة على نحو الإطلاق بحث من شموله للجميع فَيَصِحُّ الكلّ و من إمكان تعيينه - أي
العقد - بالتقييد.

إلى هنا تم بحث الإجازة و تنبيهاتها و به تمّ الجزء الثاني من قسم البيع من كتابنا
«الآراء الفقيهية»، في صباح يوم الأحد ٢١ شهر صفر الخير سنة ١٤٣٣ على يد مؤلّفه العبد
هادي النجفي ببلدة اصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان.
و الحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً و صلى الله على سيّدنا محمّد و آله الطيّبين
الطاهرين المعصومين.

الفهرس

فُصِّلُ: شرائط المتعاقدين/٧

- ٩ شرائط المتعاقدين متعددة
- ١٠ ١- البلوغ
- ١١ و استدلووا عليه بوجهه: الأول: الاجماع
- ١٥ الثاني: آية الابتلاء
- ١٩ الثالث: حديث رفع القلم عن الصبي
- ٢٣ دلالة حديث رفع القلم
- ٣٠ فذلكة القول في حديث الرفع
- ٣١ الرابع: عدم جواز أمر الصبي
- ٣٣ الخامس: النصوص الدالة على أن عمد الصبي و خَطْوُهُ سَيِّانٍ
- ٣٩ ثم هل يمكن الأخذ بإطلاق «عمد الصبي و خَطْوُهُ واحد»؟
- ٣٩ مستند المحقق الحائري رحمته الله على عدم الاطلاق
- ٤٠ دليل المحقق النائيني على عدم الاطلاق
- ٤١ استدلال المحقق الاصفهاني على عدم الاطلاق
- ٤٧ ثم إن هاهنا فروعاً لا بد من التنبيه عليها
- ٤٧ الأول: ثبوت الضمان على الصبي
- ٤٧ الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟
- ٤٨ الثالث: هل يعتبر قصد الصبي أم لا؟

- ٤٨ الرابع: هل يصحُّ قبضُ الصبي .
- ٥١ الخامس: هل تنفذُ وصيةُ الصبي أم لا؟
- ٥٣ السادس: قولُ الصبي معترفٌ في الإذن بدخول الدار .
- ٥٤ السابع: طلاقُ الصبي المميِّز .
- ٥٩ تنمة .
- ٦٠ الثامن: إسلامُ الصبي .
- ٦٦ التاسع: عباداتُ الصبي .
- ٧٢ العاشر: التفصيلُ في معاملاتِ الصبي بين الخطيرِ و الحَقيرِ .
- ٨١ الحادي عشر: التفصيلُ في معاملاتِ الصبي بين استقلاله و آليته .
- ٨٣ الثاني عشر: هل معاملةُ الصبي تفيدُ إباحةَ التصرف؟
- ٨٦ ٢- العقل .
- ٨٧ و استدل عليه بالأدلة التالية: أ: الكتاب .
- ٨٧ ب: العقل .
- ٨٨ ج: الإجماع .
- ٨٨ د: السنة .
- ٨٩ هـ: عدم اعتبار قصده .
- ٨٩ فرعان: الأوَّل .
- ٨٩ الثاني .
- ٩١ ٣- القصد .
- ٩٢ أقسامُ القصد .
- ٩٥ هل يعتبر تعيين المالكين في صحة البيع؟
- ٩٥ توضيحُ مقالة صاحب المقابِس .
- ٩٧ مسألة: ذكرها المحقِّقُ التستري على القول بالتعيين .
- ١٠٤ هل يعتبر تعيين مَنْ له العقد؟
- ١٠٧ ٤- الاختيار .
- ١٠٧ و استدل عليه بوجوه: الأوَّل: الإجماع .

- ١٠٨ الثاني: الكتاب
- ١٠٩ الثالث: قوله ﷺ: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه
- ١٠٩ الرابع: حديث الرفع
- ١١٢ ثم لا بد من التذكير بأموور
- ١١٢ الأول: المراد من جملة: «المكروه قاصد إلى اللفظ دون المعنى»
- ١١٦ الثاني: حقيقة الإكراه
- ١١٩ الثالث: هل يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفصي عن الضرر؟
- ١١٩ المقام الأول: التفصي من الإكراه بالتورية
- ١٢١ المقام الثاني: التفصي من الإكراه بغير التورية
- ١٢٣ الرابع: هل الفرق بين الإكراه في الحكمين التكليفي و الوضعي موجود؟
- ١٢٦ الخامس: الإكراه على أحد الأمرين
- ١٢٦ المقام الأول: الإكراه على الأمرين التكليفيين
- ١٢٨ المقام الثاني: الإكراه على الأمرين الوضعيين
- ١٣٣ المقام الثالث: الإكراه على الأمرين أحدهما تكليفي و الآخر وضعي
- ١٣٤ السادس: إكراه أحد الشخصين على فعل واحد
- ١٣٥ السابع: متعلق الإكراه
- ١٣٨ الثامن: الإكراه على بيع عبد من عبيد
- ١٤١ التاسع: لو أكره على معين فضم غيره إليه
- ١٤٣ العاشر: دعوى الإكراه
- ١٤٤ الحادي عشر: طلاق المكروه
- ١٤٧ الثاني عشر: صحة عقد المكروه المتعقب بالرضا
- ١٤٩ ولكن استدلو للبطلان بوجوه: الأول: الاجماع
- ١٥٠ الثاني: مقارنة طيب النفس للعقد
- ١٥٠ الثالث: المكروه ليس له قصد
- ١٥١ الرابع: ليس لعقد المكروه الصحة التأهلية
- ١٥٢ تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولي

- التمسك بآية التجارة على بطلان عقد المكره المتعقب بالرضا .. ١٥٣
 وأمَّا التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكره المتعقب بالرضا ١٥٥
 الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ ١٥٨
 الرابع عشر: الإكراه بحق ١٦٤
 الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بلافضل و... .. ١٦٥
 السادس عشر: بيع التلجئة ١٦٦
 ٥- إذن السيّد لو كان العاقد عبداً ١٦٧
 فرع ١٧٥
 فرع ١٧٨
 ٦- أن يكونا مالكيّن أو مأذونيّن من المالك أو الشارع ١٧٩
عقد الفضولي/١٨٣

- تعريفه و الأقوال فيه ١٨٣
 الاستدلال على صحة عقد الفضولي ١٨٦
 الوجه الأوّل: العمومات و الاطلاقات ١٨٦
 الوجه الثاني: حديث عروة البارقي ١٨٨
 الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس ١٩٦
 الوجه الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي ٢٠٠
 الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة ٢٠٩
 الوجه السادس: الروايات الواردة في الاتّجار بمال اليتيم ٢١٧
 الوجه السابع: رواية موسى بن أشيم ٢٢٤
 الوجه الثامن: صحيحة الحلبي ٢٣٠
 الوجه التاسع: موثقة عبدالرحمن بن أبي عبدالله ٢٤٠
 الوجه العاشر: معتبرة مسمع أبي سيار ٢٤٥
 الوجه الحادي عشر: خبر أبي حمزة الشمالي ٢٤٩
 الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي ﷺ و بني هاشم ٢٥٠
 الوجه الثالث عشر: اجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزائدة على الثلث .. ٢٥٢

- ٢٥٣ الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالك و اللقطة
- ٢٥٥ الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكن
- ٢٥٧ الوجه السادس عشر: اجازة السيّد عقد العبد
- ٢٥٨ الاستدلال على بطلان عقد الفضولي
- ٢٥٨ احتجوا للبطلان بالأدلة الأربعة: ١- الكتاب
- ٢٥٨ قوله: ﴿ لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض ﴾ ..
- ٢٥٨ التقريب الأوّل: الاستثناء يدل على الحصر في جواز أكل أموال الناس بالتجارة
- ٢٦١ التقريب الثاني: سياق التحديد لأنّ كلّ وصف ورد في مقام التحديد يدلّ على .
- ٢٦٤ ٢- السنة
- ٢٦٤ تمسّكوا لبطلان بيع الفضولي بعدّة من الروايات: بعضها عاميات
- ٢٦٨ و من العاميات
- ٢٧٠ و أمّا غير عاميات
- ٢٨٣ ٣- الإجماع المُدّعَى على البطلان
- ٢٨٦ ٤- العقل
- ٢٩١ الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجه أخرى
- ٢٩١ الأوّل: الفضولي غير قادر على تسليم المبيع
- ٢٩٣ الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده
- ٢٩٤ الثالث: قصد النقل شرط في صحة العقد و هو مفقود في الفضولي
- ٢٩٥ الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حلّيّة التصرف
- ٢٩٦ الخامس: الرضا شرط في صحة العقد المفروض انتفاؤه حال العقد
- ٢٩٧ السادس: البيع بالنسبة إلى الأصيل غرريٌّ
- ٢٩٧ السابع: أصل الفساد
- ٢٩٩ ثم لا بدّ هاهنا من التنبيه على أمور
- ٢٩٩ الأوّل: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟
- ٣٠٦ الثاني: هل يجري الفضولي في الإيقاعات؟
- ٣٠٨ الثالث: هل يجري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات و نحوها؟

- ٣٠٩ الرابع: صور بيع الفضولي
- ٣١١ و أمَّا المسألة الثانية
- ٣١٢ مستند القول بالفساد
- ٣١٤ مستند القول بالصحة
- ٣١٤ ١- العمومات و الاطلاقات
- ٣١٥ ٢- و أمَّا حديث عروة البارقي
- ٣١٥ ٣- صحيحة محمد بن قيس
- ٣١٥ ٤- فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه
- ٣١٧ ٥- الاتِّجار بمال اليتيم
- ٣١٧ ٦- ما ورد في عامل المضاربة
- ٣٢٠ المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه
- ٣٢٠ الأَقوال في بيع الغاصب
- ٣٢١ القول الأوَّل
- ٣٢١ القول الثاني: هو البطلان مطلقاً
- ٣٢١ القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس فإنَّ المحكي ..
- ٣٢١ القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين ..
- ٣٢٢ أدلة صحة بيع الفضولي لنفسه
- ٣٢٢ ١- العمومات و الاطلاقات
- ٣٢٢ ٢- فحوى الصحة في النكاح
- ٣٢٢ ٣- صحيحة محمد بن قيس
- ٣٢٣ ٤- الروايات الواردة في الاتِّجار بمال اليتيم
- ٣٢٣ ٥- معتبرة مسمع أبي سيار
- ٣٢٤ أدلة بطلان بيع الفضولي لنفسه و مناقشتها
- ٣٢٤ الوجه الأوَّل: النبويان
- ٣٢٥ الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك
- ٣٢٥ الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية

- و أجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين ٣٢٦
- الأول: الدليل أخص من المدعى لأنه يختص بالغاصب ٣٢٦
- الثاني: الغاصب بعد أن يدعي أنه مالك يقصد المعاوضة الحقيقية ٣٢٦
- ثم اعترضوا على جوابي الشيخ الأعظم بأمور لا يتم بعضها ٣٢٦
- الاعتراض الأول: توجيه الشيخ الأعظم «يختص بالغاصب» ٣٢٦
- الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيرواني: «إن دعوى الغاصب . ٣٢٧
- الاعتراض الثالث ٣٢٨
- الاعتراض الرابع ٣٢٨
- الاعتراض الخامس ٣٢٩
- لأجل هذه الاعتراضات تصدّى جماعة من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث ٣٢٩
- جواب الفقيه السيّد اليزدي ٣٢٩
- جواب المحقق النائيني ٣٢٩
- جواب المحقق الإيرواني ٣٣١
- جواب المحقق الاصفهاني ٣٣٣
- جواب المحقق السيّد الخوئي ٣٣٤
- جواب المحقق السيّد الخميني رحمته الله ٣٣٦
- المختار في الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقق السيّد الخميني . ٣٣٧
- تنبيه ٣٣٨
- الوجه الرابع: المنشأ غير مجازٍ و المُجاز غير مُنشأ ٣٤٠
- جواب الشيخ الأعظم ٣٤٤
- عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالثً وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه ٣٤٥
- و دَفَع الشيخُ الأعظمُ نقض التستري بأنّ: العاقد الجاهل بالوكالة ... ٣٤٥
- ثم تعرّض الشيخ الأعظم لجواب كاشف الغطاء ٣٤٨
- الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً ٣٥٢
- تنبيه ٣٥٧
- بقي هنا أمران: الأول: بيع الفضولي في الذمة ٣٥٩

- المسألة الأولى و صورها ٣٥٩
- أ: أن يكون الكلّي في ذمّة غير الفضولي قبل البيع ٣٥٩
- ب: أن يكون الكلّي في ذمّة نفس الفضولي ٣٥٩
- ج: أن يجعل الكلّي متعلّقاً بذمّة المالك بنفس بيع الفضولي .. ٣٥٩
- المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتنافيين ٣٦١
- ثمّ نقلَ الشيخ الأعظم كلاماً من العلامة الحلّي بطوله ٣٦٢
- بيان الفقيه السيّد اليزدي رحمته الله ٣٦٥
- بيان المحقّق النائيني لتطبيق الفرع على القاعدة ٣٦٦
- بيان السيّد الخوئي لتطبيقه على القواعد ٣٦٧
- الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ٣٦٨
- الاستدلال لاختصاص الفضولي بالعقد اللفظي ٣٧٠
- الأمر الأوّل ٣٧٠
- الأمر الثاني ٣٧١
- الأمر الثالث ٣٧٢
- الأمر الرابع ٣٧٣
- الأمر الخامس ٣٧٤
- أمّا بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الإباحة ٣٧٧
- تقدّم مقالة الشيخ الأعظم على القول بأنّ المعاطاة تفيد الإباحة ٣٧٨

وصل: القول في الإجازة / ٣٨١

- هل الإجازة كاشفةٌ أو ناقلةٌ أو غيرهما؟ ٣٨٣
- ثمّ يقع الكلام في مقامين ٣٨٥
- المقام الأوّل: قد يقال بامتناع قولي الكشف و النقل في مقام الثبوت ... ٣٨٥
- المقام الثاني: دليل القولين في مقام الإثبات ٣٨٦
- ما استدل به على الكشف ٣٨٦
- الوجه الأوّل: حُكي عن المحقّق و الشهيد الثانيين بأنّ العقد بنفسه ٣٨٦
- الوجه الثاني: للاستدلال على الكشف ٣٩٣

- ٣٩٣ ثم اورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة
- ٣٩٣ الأوّل: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقييد بزمان وقوعه
- ٣٩٦ الثاني: قال ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيد
- ٣٩٩ الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين
- ٤٠٠ ترجمة شريف العلماء المازندراني
- ٤٠٢ وجوه الكشف في مقام الثبوت
- ٤٠٢ الأوّل: الكشف الحقيقي الشرطي
- ٤٠٢ الثاني: الكشف الحقيقي التعقيبي
- ٤٠٣ الثالث: الكشف الحقيقي التقديري
- ٤٠٣ الرابع: الكشف الحقيقي التام
- ٤٠٣ الخامس: الكشف الحقيقي الحصري
- ٤٠٤ السادس: الكشف الحقيقي الدهري
- ٤٠٤ السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي
- ٤٠٤ الثامن: الكشف الحكمي
- ٤٠٥ التاسع: الكشف الحكمي الإنقلابي
- ٤٠٥ العاشر: الكشف الحكمي الصوري
- ٤٠٧ البحث حول الوجوه في مقام الثبوت
- ٤٠٧ الوجه الأوّل: الكشف الحقيقي الشرطي
- ٤٠٨ الوجه الثاني: الكشف الحقيقي التعقيبي
- ٤٠٨ الوجه الثالث: الكشف الحقيقي التقديري
- ٤٠٩ الوجه الرابع: الكشف الحقيقي التام
- ٤٠٩ الوجه الخامس: الكشف الحقيقي الحصري
- ٤١٠ الوجه السادس: الكشف الحقيقي الدهري
- ٤١١ الوجه السابع: الكشف الحقيقي الحدوثي
- ٤١٢ الوجه الثامن: الكشف الحكمي
- ٤١٣ الوجه التاسع: الكشف الحكمي الإنقلابي

٤١٥	الوجه العاشر: الكشف الحكمي الصوري
٤١٩	المناقشات
٤٢٠	الجواب عن المناقشات الثالثة
٤٢٠	فذلكة الكلام حول الوجوه في مقام الثبوت
٤٢١	الوجوه في مقام الإثبات
٤٢١	الأوّل: الإطلاقات و العمومات
٤٢١	الثاني: حديث عروة البارقي
٤٢٢	الثالث: صحيحة محمّد بن قيس
٤٢٢	الرابع: فحوى مادّل على صحة نكاح الفضولي
٤٢٢	الخامس: الروايات الواردة في الإتيان بمال اليتيم
٤٢٢	السادس: معتبرة مسمع أبي سيار
٤٢٢	السابع: بيع عقيل دور النبي ﷺ و بني هاشم
٤٢٣	الثامن: التصديق بمجهول المالك و اللقطة
٤٢٣	التاسع: أخبار تحليل خمس في الموارد الخاصة
٤٢٣	العاشر: إجازة السيّد عقد العبد
٤٢٣	الحادي عشر: صحيحة أبي عبيدة
٤٢٣	فذلكة القول في مقام الإثبات

ثمرة النزاع بين الكشف و أقسامه و النقل / ٤٢٤

٤٢٤	الجهة الاولى: الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي
٤٢٥	الجهة الثانية: الثمرة بين الكشف الحقيقي و الحكمي
٤٢٦	ثمّ إنّ هاهنا فرعين: تظهر الثمرة فيهما
٤٢٦	الفرع الأوّل
٤٢٨	الفرع الثاني
٤٢٨	النسخة الأولى: «لو نقل المالك أمّ الولد... و على المجيز قيمتها»
٤٢٩	و أمّا النسخة الثانية: «لو نقل المالك الولد... و على المجيز قيمته»
٤٣٤	هل النسخة الصحيحة هي أمّ الولد أو الولد؟

- ٤٣٥ فذلكة القول في حكم التصرفات الصادرة من المشتري
- ٤٣٦ الجهة الثالثة: الثمرة بين الكشف و النقل
- ٤٣٦ الأولى: النماء
- ٤٣٨ فرع: تصرف المالك في النماء
- ٤٣٨ الثانية: جواز فسخ الأصيل بناءً على النقل
- ٤٤٥ الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه
- ٤٤٥ و استشهد بفرعين
- ٤٤٥ الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولي
- ٤٤٥ الثاني: لو زوجت الحرّة نفسها من فضولي جاز لها التزويج من الغير
- ٤٤٧ وأما بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم: «فلا يجوز التصرف ...»
- ٤٤٧ ثمّ نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف الأصيل
- ٤٤٧ ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن ...»
- ٤٤٨ هو - معاصره - هنا جدي الشيخ محمدتقي صاحب الهداية ...
- ٤٤٨ ثمّ يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح ...»
- ٤٤٩ اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأنّ مذهب المشهور في الكشف .
- ٤٤٩ ثمّ ذكر توهماً و هو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة
- ٤٤٩ ولكن الشيخ الأعظم ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنيٌّ ...»
- ٤٥٠ ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لما سمّاه دعوى: و هي إثبات جواز تصرف ..
- ٤٥٠ و دفعها بأمرين ...
- ٤٥٠ الأول: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك ...
- ٤٥١ الثاني: جواز تصرف الناذر في المال المنذور المشروط قبل تحقّق .
- ٤٥١ يقع الكلام في جهتين
- ٤٥١ أمّا الجهة الأولى
- ٤٥٣ أمّا الجهة الثانية: مسألة النذر المشروط
- ٤٦٠ تنبيه
- ٤٦٨ الرابعة: سقوط أهلية التملك عن الأصيل

- ٤٧٣ الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية
- ٤٧٨ السادسة: تجدد القابلية
- ٤٨٠ السابعة: فقد شرط العقد
- ٤٨٢ الثامنة: ثمرات متعددة
- ٤٨٨ التاسعة: العقود المترتبة
- ٤٨٩ تنبيهات الإجازة
- ٤٨٩ الأول: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميّاً
- ٤٩٢ الثاني: هل الإجازة لابدّ أن تكون باللفظ أم لا؟
- ٥٠٥ الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ
- ٥١٤ الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟
- ٥١٦ الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولي؟
- ٥٢٣ السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية
- ٥٢٨ السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)
- ٥٢٩ المسألة في رأي الشيخ الأعظم
- ٥٣٠ المسألة في رأي صاحب الهداية
- ٥٣١ المختار في حكم المسألة
- ٥٣٣ الثامن: هل يعتبر في الإجازة تعيين العقد؟
- ٥٣٣ التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتبرة في البيع، في الإجازة
- ٥٣٤ العاشر: بعض شرائط الإجازة

المطبوع من آثار المؤلف

العربية

- موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام (١٢ مجلد)
- الآراء الفقهية قسم المكاسب المحرمة و البيع (١) و (٢) (٥ مجلد)
- أجود البيان في تفسير القرآن (الجزء الثالث)
- الأربعون حديثاً في من يملأ الأرض قسطاً و عدلاً
- يوم الطّف
- ألف حديث في المؤمن
- الكنز الجليّ لولدي علي
- كتاب ابليس اللعين

الفارسية

- قبيله عالمان دين
- از چشمه خورشيد
- ولايت و امامت
- سه مقاله در اصل امامت
- معراج مؤمن
- اندوخته خداوند (ترجمة الأربعون حديثاً)
- گنج نامه (ترجمة الكنز الجليّ)
- سه سفرنامه
- وادي مقدس

مقدمات على الكتب:

- مقدمة تبصرة الفقهاء، تأليف المحقق التقي صاحب هداية المسترشدين
- مقدمة شرح هداية المسترشدين، تأليف آية الله الشيخ محمّداقرا النجفي الأصفهاني
- مقدمة غرقاب، تأليف السيّد محمّدمهدي الشفتي حفيد حجّة الإسلام الشفتي
- مقدمة رسالة صلواته، تأليف محقق تقي صاحب هداية المسترشدين
- مقدمه و تصحيح و تحقيق رساله امجديه (الطبع الرابع)، تأليف آية الله علامه ابوالمجدد شيخ محمّدرضا نجفي اصفهاني
- مقدمة أساور من ذهب در شرح حال حضرت زينب عليها السلام، تأليف آية الله حاج شيخ مهدي نجفي
- مقدمة زندگانی چهارده معصوم عليهم السلام، تأليف مرحوم حجّة الإسلام شيخ غلامحسين رحيمي
- مقدمة اختران فضيلت ج ٢، تأليف حجة الاسلام حاج شيخ ناصرالدّين انصاري قمي

تحت الطبع

- تقريرات دروس علم رجال

بعض منشورات مكتبة آية الله النجفي

١. تبصرة الفقهاء (ثلاث مجلدات)، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي الرازي النجفي الأصفهاني رحمته الله صاحب هداية المسترشدين، تحقيق: السيد صادق الحسيني الإشكوري.
٢. رسالة صلاتيه، له أيضا، بالفارسية، تحقيق: الشيخ مهدي الباقر السياني.
٣. شرح هداية المسترشدين، لآية الله العظمى الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني نجل صاحب الهداية (المتوفى عام ١٣٠١ق)، تحقيق: الشيخ مهدي الباقر السياني.
٤. اشارات ايمانيه، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي آقا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٣٢ق)، تحقيق: مهدي الرضوي مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگي ايران.
٥. نقد فلسفة دارون، لآية الله العظمى الشيخ ابوالمجد محمدالرضا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٦٢ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجي الأصفهاني مع مساعدة مكتبة المجلس الشورى الإسلامي.
٦. الآراء الفقهية - المكاسب المحرمة - و البيع (٥ مجلد)، لآية الله الشيخ هادي النجفي.
٧. ترجمة ارشاد الأذهان، للعلامة الحلّي، المترجم إلى الفارسية: آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق) مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگي ايران.
٨. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام الله عليها)، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى ١٣٩٣ق) بالفارسية، تحقيق: جويا جهانبخش.
٩. الأرائك في علم أصول الفقه، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام ١٣٩٣ق)، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا.
١٠. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادي عشر و ما بعده)، للسيد محمدمهدي الموسوي الشفتي (المتوفى عام ١٣٢٦ق)، تحقيق: مهدي الباقر السياني و محمود النعمتي.
١١. ترجمة توحيد المفضل إلى إنجليزية، ترجم بأمر آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا، و انتشارات انصاريان قم.
١٢. الكنز الجلي لولدي علي (گنج نامه)، للشيخ هادي النجفي، ترجمة على اصغر حبيبي.