



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



ارسلنا
عليكم يا صابغ
الرماد

www. **Ghaemiyeh** .com
www. **Ghaemiyeh** .org
www. **Ghaemiyeh** .net
www. **Ghaemiyeh** .ir

الإمام الفقيه

شمس الدين شيخ (٢)

الجزء الخامس

بم

أبو القاسم الأصبهاني شيخنا المصنف

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الآراء الفقهية

كاتب:

الشيخ هادي النجفي

نشرت في الطباعة:

مهر قائم

رقمي الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

5	الفهرس
15	الآراء الفقهية: (قسم البيع المجلد 5
15	هوية الكتاب
15	اشارة
18	تقرظ مع تاريخ وضع الملسات الآخرة على الجزء الخامس من كتاب
21	فصل: شرائط المتعاقدين
21	اشارة
24	1_ البلوغ
24	اشارة
25	الأول: الأجماع
29	الثاني: آية الإبلاء
33	الثالث: حدث وقع القلم عن الصبي
45	الرابع: عدم جواز أمر الصبي
47	الخامس: النصوص الدالة على أن عمد الصبي وخطؤه
61	ثم إن هاهنا فروعا لابد من التنبيه عليها:
61	الأول: ثبوت الضمان على الصبي
61	الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟
62	الثالث: هل يختص قصد الصبي أم لا؟
62	الرابع: هل يصح قبض الصبي
65	الخامس: هل تنفذ وصية الصبي أم لا؟
68	السادس: طلاق الصبي المميز
68	اشارة
73	تمة:
74	الثامن: إسلام الصبي
80	التاسع: عادات الصبي
86	العاشر: التفصيل في معاملات الصبي بين الخطير والحقير
95	الحادي عشر: التفصيل في معاملات الصبي بين استقلاله وآلته
97	الثاني عشر: هل معاملة الصبي تنفيذ إباحة التصرف؟
100	2_ العقل
100	اشارة
101	أ: الكتاب
101	ب: العقل
102	ج: الأجماع
102	د: السنة
103	و: عدم اعتبار قصده
103	اشارة
103	فرعان:

103	الأول:
103	الثاني:
105	3_ القصد
105	اشارة
106	أقسام القصد
106	اشارة
109	هل يعتبر تعيين المالكين في صحة البيع ؟
109	اشارة
109	توضيح مقالة صاحب المقابيس
111	مسألة: ذكرها المحقق الشترى على القول بالتعيين
118	هل يعتبر تعيين من له العقد؟
121	4_ الاختيار
121	اشارة
121	الأول: الإجماع
122	الثاني: الكتاب
123	الثالث: قوله صلى الله عليه وآله : لا يحل مال امرىء مسلم إلاّ عن طيب نفسه
123	الرابع: حديث الرفع
123	اشارة
126	ثم لا بدّ من التذكير بأنّ:
126	الأول: المراد من جملة: «المكروه قاصد إلى اللفظ دون المعنى»
130	الثاني: حقيقة الإكراه
133	الثالث: هل يعتبر في صدق الإكراه عدم إمكان التفضي عن الضرر؟
133	اشارة
133	المقام الأول: التفضي من الإكراه بالتورية
135	المقام الثاني: التفضي من الإكراه بغير التورية
137	الرابع: هل الفرق بين الإكراه في الحكْمَيْن التكليفي والوضعي موجود أم لا؟
140	الخامس: الإكراه على أحد الأمرين
140	اشارة
140	المقام الأول: الإكراه على الأمرين التكليفيين
142	المقام الثاني: الإكراه على الأمرين الوضعيين
147	المقام الثالث: الإكراه على الأمرين أحدهما تكليفيّ والآخر وضعيّ
148	السادس: إكراه أحد الشخصين على فعل واحد
149	السابع: متعلّق الإكراه
152	الثامن: الإكراه على بيع عبء من عبدين
155	التاسع: لو أكره على معين فضمّ غيره إليه
157	العاشر: دعوى الإكراه
158	الحادي عشر: طلاق المكروه
161	الثاني عشر: صحة عقد المكروه المتعقب بالرضا

161	اشارة
163	الأول: الأجماع
164	الثاني: مقارنة طيب النفس للعقد
164	الثالث: المكروه ليس له قصد
165	الرابع: ليس لعقد المكروه الصحة التأهيلية
166	تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولي
167	التمسك ببلية التجارة على بطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا
169	وأما التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا
172	الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟
178	الرابع عشر: الإكراه بحق
179	الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بالافصل و.....
180	السادس عشر: بيع التلجئة
181	5_ إذن السيد لو كان العاقد عبدا
181	اشارة
189	فرع:
192	فرع:
193	6_ أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع
197	عقد الفضولي
197	تعريفه والأقوال فيه
200	الاستدلال على صحة عقد الفضولي
200	اشارة
200	الوجه الأول: العمومات والإطلاقات
202	الوجه الثاني: حديث عروة البارقي
210	الوجه الثالث: صحيحة محمد بن قيس
214	الوجه الرابع: فحوى ما دلّ على صحة نكح الفضولي
223	الوجه الخامس: ما ورد في عامل المضاربة
231	الوجه السادس: الروايات الواردة في الإنجار بمال اليتيم
238	الوجه السابع: رواية موسى بن أشيم
244	الوجه الثامن: صحيحة الحلبي
254	الوجه التاسع: موثقة عبد الرحمن بن أبي عبد الله
259	الوجه العاشر: معترة مسمع أبيستار
263	الوجه الحادي عشر: خير أبحمزة الثمالي
264	الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله وبنى هاشم
266	الوجه الثالث عشر: إجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزائدة على الثلث
267	الوجه الرابع عشر: التصديق بمجهول المالك والمفظة
269	الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكب والمسكن
271	الوجه السادس عشر: إجازة السيد عقد العبد
272	الاستدلال على بطلان عقد الفضولي

272	اشارة
272	1_ الكتاب
272	قوله تعالى: « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ » ..
272	اشارة
272	التقريب الأول: الاستثناء يدل على الحصر في جواز أكل أموال الناس بالتجارة عن تراضٍ فقط، وبيع الفضولي ليس تجارة عن تراضٍ فأكل المال بسببه أكلٌ للمال بالباطل.
275	التقريب الثاني: سياق التحديد لأن كلَّ وصف ورد في مقام التحديد يدلُّ على اختصاص الحكم بمورد الوصف وإن لم نقل بمفهوم الوصف، ومن المعلوم أنَّ قيد التراضى وصف ورد مورد التحديد فيدلُّ على انحصار جواز الأكل بمورد التراضى فقط، و التراضى في بيع الفضولي مفقود.
278	2_ السنة
278	تستكوا لبطان يبيع الفضولي بعدة من الروايات:
282	ومن العميات:
284	وأما غير عميات:
297	3_ الإجماع المُدعى على البطان
300	4_ العقل
300	اشارة
305	الاستدلال على بطلان بيع الفضولي بوجه أخرى
305	الأول: الفضولي غير قادر على تسليم المبيع
307	الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده
308	الثالث: قصد النقل شرط في صحة العقد و هو مفقود في الفضولي
309	الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حليّة التصرف
310	الخامس: الرضا شرط في صحة العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد
311	السادس: البيع بالنسبة إلى الأصيل غررٌ
311	السابع: أصل الفساد
313	ثم لا بدّ هاهنا من التنبيه على أمور:
313	الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟
320	الثاني: هل يجري الفضولي في الإقاعات؟
322	الثالث: هل يجري الفضولي فيما جرت فيه الوكالة من العبادات ونحوها؟
323	الرابع: صور بيع الفضولي
325	وأما المسألة الثانية:
325	اشارة
326	مستند القول بالفساد
328	مستند القول بالصحة:
328	1_ العمومات و الاطلاقات
329	2_ وأما حديث عروة البارقي
329	3_ صحيحة محمد بن قيس
329	4_ فحوى أدلة تكاليف العبد بدون إذن مولاه
331	5_ الإتجار بمال اليتيم
331	6_ ما ورد في عامل المضاربة
334	المسألة الثالثة: بيع الفضولي لنفسه
334	اشارة

- 334 الأقال في بيع الغاصب:
- 334 اشارة
- 334 القول الأول
- 335 والقول الثاني: هو البطلان مطلقاً.
- 335 والقول الثالث: التفصيل بين الغاصب وغيره كما عن ابن ادریس فان المحكى
- 335 والقول الرابع: التفصيل المنسوب الى العلامة وولده والشهد وقلب الدين بين
- 336 أدلة صحة بيع الفضولى لنفسه
- 336 1_ العمومات و الاطلاقات
- 336 2_ فحوى الصحة فى الكاح
- 336 3_ صحیحة محمد بن قیس
- 337 4_ الروایات الواردة فى الإنجاء بمال الیتیم
- 337 5_ معتبره سمع أبى سيار
- 338 أدلة بطلان بيع الفضولى لنفسه و مناقشتها
- 338 اشارة
- 338 الوجه الأول: التبریان
- 339 الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك
- 339 الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية
- 339 اشارة
- 340 وأجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابین
- 340 اشارة
- 340 الأول: الدلیل أنخص من المدعى لأنه يخص بالغاصب
- 340 الثاني: الغاصب بعد أن يدعى أنه مالك يقصد المعاوضة الحقيقية
- 340 ثم اعترضوا على جوابی الشيخ الأعظم بأمر لا يتم بعضها:
- 340 الاعتراض الأول:
- 342 الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيروانى
- 343 الاعتراض الثالث:
- 343 الاعتراض الرابع:
- 344 الاعتراض الخامس:
- 344 لأجل هذه الاعتراضات تصدّى جماعة من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليك أقوالهم:
- 344 جواب الفقيه السيد اليزدى:
- 344 جواب المحقق الثاني:
- 346 جواب المحقق الإيروانى
- 348 جواب المحقق الاصفهاني:
- 349 جواب المحقق السيد الخوئي:
- 351 جواب المحقق السيد الخميني رحمه الله:
- 352 المختار فى الجواب و قد القسم الأخير من جواب المحقق السيد الخميني:
- 353 تنبيه:
- 355 الوجه الرابع: المُشْتَأُ غير مُجَاز و المُجَاز غير مُشْتَأُ

- 355 اشارة
- 359 جواب الشيخ الأعظم:
- 360 عبد المحقق التنرى كلام العلامة ثالث وجه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه .
- 360 ودفع الشيخ الأعظم نقض التنرى بأن: العاقد الجاهل بالوكالة .
- 363 ثم تعرض الشيخ الأعظم لـ ..
- 367 الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعا ..
- 367 اشارة
- 372 تنبيه:
- 374 بقي هنا أمران: ..
- 374 الأول: بيع الفضولي في الذمة .
- 374 اشارة
- 374 المسألة الأولى وصورها: ..
- 374 اشارة
- 374 أ: أن يكون الكلي في ذمة غير الفضولي قبل البيع ..
- 374 ب: أن يكون الكلي في ذمة نفس الفضولي .
- 374 ج: أن يجعل الكلي متعلقاً بذمة المالك بنفس بيع الفضولي .
- 377 المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتأففين ..
- 377 اشارة
- 378 ثم نقل الشيخ الأعظم كلاما من العلامة الحلبي بطوله ..
- 381 بيان الفقيه السيدي اليزدي رحمه الله : ..
- 382 بيان المحقق الثاني لتطبيق الفرع على القاعدة ..
- 383 بيان السيدي الخوني لتطبيقه على القواعد ..
- 384 الثاني: جريان الفضولي في المعاطاة ..
- 384 اشارة
- 386 الاستدلال لاختصاص الفضولي بالعقد اللفظي ..
- 386 اشارة
- 386 الأمر الأول: ..
- 387 الأمر الثاني: ..
- 388 الأمر الثالث: ..
- 389 الأمر الرابع: ..
- 390 الأمر الخامس: ..
- 393 وأنا بناء على أن المعاطاة تقيد الإباحة: ..
- 394 فقد مناقشة الشيخ الأعظم على القول بأن المعاطاة تقيد الإباحة ..
- 397 وصل: القول في الإجازة ..
- 397 اشارة
- 399 هل الإجازة كاشفة أو ناقلة أو غيرهما؟ ..
- 399 اشارة
- 401 ثم يقع الكلام في مقالتين:

401	المقام الأول: قد يقال بامتناع قولى الكشف و النقل فى مقام الثبوت
402	المقام الثانى: دليل القولين فى مقام الإثبات
402	ما استدل به على الكشف
402	الوجه الأول: حُكى عن المحقق و الشهيد الثانيتين بأن العقد بنفسه
409	الوجه الثانى: للاستدلال على الكشف
409	إشارة
409	ثم أورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة:
409	الأول: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تفكيك بزمان وقوعه
412	الثانى: قال ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد
415	الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا تجب نفوذ العقد من حين
416	ترجمة شريف العلماء المازندراني
418	وجوه الكشف فى مقام الثبوت
418	إشارة
418	الأول: الكشف الحقيقى الشرطى
418	الثانى: الكشف الحقيقى التعقّيبى
419	الثالث: الكشف الحقيقى التقديرى
419	الرابع: الكشف الحقيقى التامى
419	الخامس: الكشف الحقيقى الحصىلى
420	السادس: الكشف الحقيقى الدهرى
420	السابع: الكشف الحقيقى الحدوثى
420	الثامن: الكشف الحكيمى
421	التاسع: الكشف الحكيمى الإقتلابى
421	العاشر: الكشف الحكيمى الصورتى
424	البحث حول الوجوه فى مقام الثبوت
424	الوجه الأول: الكشف الحقيقى الشرطى
425	الوجه الثانى: الكشف الحقيقى التعقّيبى
425	الوجه الثالث: الكشف الحقيقى التقديرى
426	الوجه الرابع: الكشف الحقيقى التامى
426	الوجه الخامس: الكشف الحقيقى الحصىلى
427	الوجه السادس: الكشف الحقيقى الدهرى
428	الوجه السابع: الكشف الحقيقى الحدوثى
429	الوجه الثامن: الكشف الحكيمى
430	الوجه التاسع: الكشف الحكيمى الإقتلابى
432	الوجه العاشر: الكشف الحكيمى الصورتى
438	الوجوه فى مقام الإثبات
438	إشارة
438	الأول: الإطلاقات و العمومات
438	الثانى: حديث عروة البارقى

- 439 الثالث: صحيحة محمّد بن قيس
- 439 الرابع: فحوى مادّة على صحة تكاح الفضولى
- 439 الخامس: الروايات الواردة فى الاتجار بمال اليتيم
- 439 السادس: معترة مسمع أيبسار
- 439 السابع: بيع عقيل دور النبى صلى الله عليه وآله وبينهاشم
- 441 الثامن: التصديق بمجهول المالك والمقطة
- 441 التاسع: أخيار تحليل خمس فى الموارد الخاصة
- 441 العاشر: إجازة السيد عقد العبد
- 441 الحادى عشر: صحيحة أبيعبد
- 441 فذلّكة القول فى مقام الإثبات
- 443 ثمره النزاع بين الكشف وأقسامه والنقل
- 443 اشارة
- 443 الجهة الاولى: الثمرة بين قسمى الكشف الحقيقى
- 444 الجهة الثانية: الثمرة بين الكشف الحقيقى والحكمى
- 444 اشارة
- 445 ثم إنّ هاهنا فرعتين: تظهر الثمرة فيهما:
- 445 الفرع الأوّل:
- 447 الفرع الثانى:
- 447 اشارة
- 447 النسخة الأولى: «لو نقل المالك أمّ الولد... وعلى المجيز قيمتها»
- 448 وأما النسخة الثانية: «لو نقل المالك الولد... وعلى المجيز قيمته»
- 453 هل النسخة الصحيحة هى أمّ الولد أو الولد؟
- 454 فذلّكة القول فى حكم التصرفات الصادرة من المشتري
- 455 الجهة الثالثة: الثمرة بين الكشف والنقل
- 455 اشارة
- 455 الأولى: النماء
- 455 اشارة
- 457 فرع: تصرف المالك فى النماء
- 457 الثانية: جواز فسخ الأصيل بناء على النقل
- 464 الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه
- 464 اشارة
- 464 واستشهد بفرعين:
- 464 الأوّل: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولى
- 464 الثانى: لو وُجبت الحرة نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير
- 464 اشارة
- 467 وأما بناء على الكشف: فقدّ قال الشيخ الأعظم:
- 467 ثمّ نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف
- 467 ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن

- 468 هو_ معاصره_ هنا جدى الشيخ محمّد تقى صاحب الهداية
- 468 ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح
- 469 اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأنّ منهب المشهور في الكشف
- 469 ثمّ ذكر ترهما و هو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يجب حرمة
- 469 ولكن الشيخ الأعظم ردّ هذا الذى سناه بالتوهم بأنه مبيءٌ
- 470 ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم لما سناه دعوى: وهى إثبات جواز تصرف
- 470 و دفعها بأمرين:
- 470 اشارة
- 470 الأول: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك
- 471 الثانى: جواز تصرف الناذر في المال المنذور المشروط قبل تحقّق
- 471 اشارة
- 471 يقع الكلام في جِهَتَيْنِ:
- 471 أمّا الجهة الأولى:
- 474 و أمّا الجهة الثانية: مسألة النذر المشروط
- 481 تنبيه:
- 489 الرابعة: سقوط أهلية التملك عن الأصيل
- 494 الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية
- 499 السادسة: تجدد القابلية
- 501 السابعة: فقد شرط العقد
- 503 الثامنة: ثمرات متعددة
- 509 التاسعة: العقود المترتبة
- 509 اشارة
- 510 تنبيهات الإجازة:
- 510 الأول: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميًا
- 513 الثانى: هل الإجازة لابدٌ أن تكون باللفظ أم لا؟
- 526 الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سيق الرد
- 535 الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟
- 537 الخامس: هل الإجازة إجازة في القبض و الإقباض للفضولى؟
- 544 السادس: عدم اشتراط الإجازة بالفورية
- 549 السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)
- 549 اشارة
- 550 المسألة في رأى الشيخ الأعظم
- 551 المسألة في رأى صاحب الهداية:
- 552 المختار في حكم المسألة
- 554 الثامن: هل يعتبر في الإجازة تعيين العقد؟
- 554 التاسع: عدم اشتراط الشروط المعترية في البيع، في الإجازة
- 555 العاشر: بعض شرائط الإجازة
- 570 المطبوع من آثار المؤلف

572 بعض مشورات مكتبة آية الله العظمى

573 تعريف مركز

هوية الكتاب

بطاقة تعريف: النجفي، هادي، 1342 -

عنوان واسم المؤلف: الآراء الفقهية/ تاليف هادي النجفي.

تفاصيل المنشور: تهران: شب افروز، 1393.

مواصفات المظهر: 3 ج.

شابك : 20000 0 ريال: دوره: 978-964-7331-77-7 ؛ ج. 1: 978-964-7331-74-6 ؛ ج. 2: 978-964-7331-75-2

؛ ج. 3: 978-964-7331-85-2-شابك : 978-600-92902-8-4

حالة الاستماع: فايا/الاستعانة بمصادر خارجية.

لسان: العربية.

ملحوظة: ج. 2 و 3 (الطبعة الأولى: 1429ق. = 1387).

ملحوظة: فهرس.

موضوع : المعاملات (فقه)

موضوع : أعمال الهرم

موضوع : فقه جعفري -- قرن 14

ترتيب الكونجرس: 1393 36آ3/BP190/1

تصنيف ديوي: 297/372

رقم الببليوغرافيا الوطنية: 3555378

ص: 1

إشارة

تقریظ سماحة المرجع الديني الكبير آية الله العظمى الشيخ بشير حسين نجفی _ دام ظلہ العالی _ من النجف الأشرف.

ص: 3

تقريظ مع تاريخ وضع اللمسات الأخيرة على الجزء الخامس من كتاب

(الآراء الفقهية) تأليف سماحة آية الله الفقيه المحقق والمجتهد المدقق

الأستاذ الشيخ هادي النجفي آل صاحب الحاشية _ دام ظله _

الحمد لله الذي جعل اختلاف الفقهاء مثراً وتمحيصاً للآراء في أحكام الشريعة الغراء والصلاة والسلام على سيّد المرسلين و صفوة الأنبياء سيّدنا و نبينا أبيالقاسم محمّد و على آله الميامين النجباء أمناء دار الفناء و شفعاء دار البقاء إلى يوم اللقاء.

ثمّ أمّا بعد، فقد اطّلعتُ متفضّلاً على سماحة آية الله الفقيه النحرير و المجتهد المحقّق القدير الأستاذ الشيخ هادي النجفي _ دام ظله _ على المجلد الخامس من كتابه القيم النفيس الآراء الفقهية _ قسم البيع (2) و كنت قد اطّلتُ على المجلدين الثالث و الرابع من هذا الكتاب فإذا بهذا المجلّد ينتظم معهما من حيث التحقيق و دقّة النظر و سبر الآراء و مناقشاتها في سلك واحد كأنّ نظام الدرر الغوالي في سموط النُضار و قد كفانا سماحة شيخنا المصنّف _ دام ظله _ مؤونة إفاضة القول في وصفه و بيان مزاياه فهو دالٌّ على تبحر مؤلّفه و إحاطته بمختلف آراء الفقهاء و مناقشتها مناقشة علمية موضوعية على قدر ما يقتضيه المقام و تستدعيه الحال من غير حشو ممّلاً، و لا إيجازٍ مُخلٍّ، فهو كما قال الشاعر

ص: 4

القديم وأظنه أبا الطيب المتنبى:

سبوخ لها منها عليها شواهد

و حسب هذا الكتاب تقويما(1) و مثالة أن بادر كبار الفقهاء و المجتهدين إلى تقریظه و التنويه به، و أما أنا فلا أنتظم فى سلك أولئك الأعاظم و إنما جاء كلامى للإشارة إلى شهادات أولئك الأعلام إذ قد تكون شهادتى هنا من باب المصادرة على المطلوب و قد حضرتنى آيات على جهة الارتجال فى تقریظ هذا الكتاب بعد أن استوفيت قراءته قراءة مستأنية و أدت منه فوائد جلیلة لا يستكثر على مثل سماحة الشيخ المؤلف أن يطرف بها أهل الفضل و العلم و يتحف طلبة المعارف الإلهية.

لِلْعَلَمِ (الهادى) حَلِيفِ التَّمْيِ مَا تَرَّ قَدْ عَرَّ شَرَوَاهَا (2)

فَكَمْ لَهُ يَبُضُّ إِيَادٍ أَتَتْ تَتْرَى لِأَهْلِ الْفَضْلِ أَسْدَاهَا

وَ كَمْ بِحُوثٍ خَاصٍ فِي لُجَّهَا مُوَضَّحًا بِالسَّبْرِ فَحَوَاهَا

وَ مُبَهَمَاتُ الْفِقْهِ فِي دِينِنَا قَدْ كَشَفَ «الشَّيْخُ» خَفَايَاهَا

فَهُوَ هُوَ الْبَحْرُ بِلا سَاحِلٍ إِنْ حَرَّرَ الْقَوْلَ وَ إِنْ فَاهَا

أَعْظَمَ بِهِ مِنْ (مَاتِن) جِهَبِنِ (هاد) بِهِ الْإِسْلَامُ قَدْ بَاهَى

وَ مِنْ (مُحَسِّ) مِثْلَمَا جَدُّهُ (مَعَالِم) الْأُصُولِ حَشَّاهَا

ص: 5

1-1 . تقويما: قَوْمَ الشىء ذكر قيمته و العصريون يستعملونه بالياء (قيم) و هذا خطأ فاحش و كأنهم اغتروا بظاهر كلمة (القيمة) وفاتهم أن

أصل القيمة: (قَوْمَة) و إنما قلبت الواو ياءً لسكونها و كسر ما قبلها تخفيفاً فإذا استعمل الفعل فيكون بالواو (قَوْم). .

2-2 . شرواها: مثلها.

وَسِفْرُهُ (الآراء) مَوْسُوعَةٌ (1) فِي الْفِقْهِ قَدْ جَلَّتْ مَزَايَاهَا

وَمُدُّ أَيْ خَامِسُ أَجْزَاءِهِ يَزُفُّ لِلْحَوَازِمِ بُشْرَاهَا

بِمُنْتَهَى الضَّبْطِ (2) لَقَدْ أَرَّخُوا: مُخْتَلَفُ الْآرَاءِ جَلَّاهَا (3)

40 234 1150 9

سنة 1433 هـ

وأشكر الأستاذ الخطاط الكبير الشيخ علي بن حيدر الحسّاني النجفي الذي تطوع بأن يكتب ما أملى عليه بسبب ما عراني من ضعف الحال في هذه الأيام، والحمد لله في الأولى والآخرة.

وأمله في المدرسة المهدية العلمية الدينية في النجف الأشرف.

الأقل

عبدالستار عفا عنه المليك الغفار

ص: 6

-
- 1-1 . موسوعة: استعملت هذه الكلمة بناءً على ما شاع في لغة المتأخرين وإن لم يكن لها مدرك أصيل في لغة الفصحاء.
 - 2-2 . بمنتهى الضبط: في عبارة (بمنتهى الضبط) تورية وذلك بإضافة حرف الطاء الذي هو في آخر كلمة الضبط وقيّمته (9) إلى مادة التاريخ.
 - 3-3 . جَلَّاهَا: جاء الضمير في كلمة جَلَّاهَا مؤنثاً على حد قول العرب: قطعت بعض أصابعه. وقول الشاعر: وما حُبُّ الديار شغفن قلبي... الخ. فالتأنيث هنا لِمُراعاة المضاف إليه.

فصل: شرائط المتعاقدين

اشارة

ص:7

شرائط المتعاقدين متعددة:

1_ البلوغ

2_ العقل

3_ القصد

4_ الاختيار

5_ إذن السيد لو كان العاقد عبدا

6_ ملك أمر البيع إما بملك العوضين _ من دون حَجْر_ وإما بولاية التصرف و... .

ص: 9

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

علامة البلوغ هي خروج المنى في النوم أو اليقظة، أو إنبات شعر الخشن على العانة أو إكمال خمس عشرة سنة قمرية⁽¹⁾ للذكر و تسع سنين قمرية⁽²⁾ للإنتى، 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⁽³⁾ و الخلاف⁽⁴⁾ أو صريحهما حيث قال فيهما: «لا يصح بيع الصبي و لا شراؤه أذن له الولي أم لم يأذن» و كذا قال في المختلف⁽⁵⁾، و قضية ما في الوسيلة حيث قال: «يشترط كونهما _ يعنى المتعاقدين _ نافذى التصرف فى مالهما»⁽⁶⁾، و ما فى الغنية حيث قال: «لا ينعقد بيع من ليس بكامل العقل و لا شراؤه و إن أجازة الولي بدليل الإجماع و يحتج على المخالف بما روه من

ص: 10

1-1 . و هى أقل من الشمسية بمقدار 164 يوما تقريبا.

2-2 . و هى أقل من الشمسية بمقدار 98 يوما تقريبا.

3-3 . المبسوط 2/163.

4-4 . الخلاف 3/178، مسألة 294.

5-5 . مختلف الشيعة 5/58.

6-6 . الوسيلة 236/.

رفع القلم عن الثلاثة»، الحديث (1) (2)، 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» (3) انتهى، و صريح الشرائع (4) و النافع (5) و التذكرة (6) و نهاية الأحكام (7) و التحرير (8) [و القواعد (9)] و الإرشاد (10) و شرحه لولد المصنف (11)، و الدروس (12) و اللمعة (13) و الميسية (14) و المسالك (15) و الروضة (16) و غيرها (17) (18).

و استدلووا عليه بوجه:

الأول: الإجماع

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

ص: 11

- 1-1 . سنن البيهقي 6/57، مسند أحمد 6/100.
- 2-2 . غنية النزوع /210.
- 3-3 . المراسم /171.
- 4-4 . الشرائع /28.
- 5-5 . المختصر النافع /118.
- 6-6 . تذكرة الفقهاء 10/11.
- 7-7 . نهاية الأحكام 2/453.
- 8-8 . تحرير الأحكام الشرعية 2/275.
- 9-9 . قواعد الأحكام 2/17.
- 10-10 . ارشاد الأذهان 1/360.
- 11-11 . نقل عنه في مفتاح الكرامة 12/545.
- 12-12 . الدروس 3/192.
- 13-13 . اللمعة /110.
- 14-14 . نقل عنه في مفتاح الكرامة 12/545.
- 15-15 . المسالك 3/154.
- 16-16 . الروضة البهية 3/226.
- 17-17 . كالكفاية 1/449 و الحدائق 18/367.
- 18-18 . مفتاح الكرامة 12/545.

– فى جميع التصرفات إلا ما يستثنى كعباداته وإسلامه وإحرامه وتدييره وصيته وإيصال الهدية وإذنه فى دخول الدار على خلاف فى ذلك». (1).

وقال ولده فى شرح تنظر والده فى صحة بيع المميز وشرائه: «ينشاء من أن البلوغ شرط إجماعاً، قيل فى اعتبار الصيغة وصلاحياتها لترتب الحكم عليها لمساواته النائم والمجنون فى رفع القلم للحديث...». (2).

وعن الدروس فى تعريف البيع: «وهو الإيجاب والقبول من الكاملين...» (3) ويعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما وعقلهما، فعقد الصبى باطل وإن أذن له الولى أو أجازته أو بلغ عشرة فى الأشهر، وكذا عقد المجنون» (4).

وأنت ترى بأن التعبير بالأشهر تضعيف للإجماع لا- تأييده وليس فى كلامه المشهور كما حكاه عنه السيد المجاهد (5) والشيخ الأعظم (6).

وقال الفاضل المقداد فى آيات أحكامه: «اختلف فى معنى ابتلائهم، فقال أبوحنيفة: هو أن يدفع إليه ما يتصرف فيه، وقال أصحابنا والشافعي ومالك: هو تتبع أحواله فى ضبط أمواله وحسن تصرفه بأن يكل إليه مقدمات البيع، لكن العقد لو وقع منه كان باطلاً، يلزم على قول أبيحنيفة أن يكون العقد صحيحاً» (7).

وأنت ترى بأنه نسب إلى أصحابنا عدم صحة عقد الصبى.

وقد ناقش الأردبيلي فى اجماع التذكرة وقال: «الإجماع مطلقاً غير ظاهر» (8).

ص: 12

1-1 . تذكرة الفقهاء 14/185.

2-2 . ايضاح الفوائد 2/55.

3-3 . الدروس 3/191.

4-4 . الدروس 3/192.

5-5 . المناهل 286/.

6-6 . المكاسب 3/275.

7-7 . كنز العرفان 2/102.

8-8 . مجمع الفائدة والبرهان 8/152.

وقال السبزواری: «فیشرط أن يكون المتعاقدين (1) عاقلين بالغین _ على المشهور _ مختارين...» (2).

نسب اعتبار البلوغ إلى المشهور.

قال فی الحدائق: «ظاهره [العلامة] دعوى الإجماع... مع أنك قد عرفت وجود المخالف فی ذلك» (3). لأنه نقل من جماعة من الأصحاب وجود القول بجواز بيع الصبی و شرائه إذا بلغ عشرة و كان عاقلاً و رُدوه بالضعف. (4)

و فی شرح القواعد: «و للإجماع محصلاً و منقولاً...» (5).

و فی المفتاح: «أنّ الإجماع منقول و معلوم فلا يلتفت إلى الخلاف النادر...» (6).

و فی الجواهر: «بلا خلاف معتد به أجده فی بل الإجماع بقسمیه علیه...» (7).

و فی العناوین: «الإجماع المحصل من الأصحاب الظاهر بالتبع فی كلامهم حیث إنهم یشرطون ذلك فی جمیع العقود و الإیقات و هو الحجة و مخالفة من یذكر بعد ذلك من الأصحاب غیر قاذحة فی الاجماع...» (8).

أقول: قد مرّ من الغنية (9) إدعاء الإجماع علیه ولكن قال فی المكاسب: «المشهور... بطلان عقد الصبی» (10). و التعبير بالمشهور فی كلامه و كلام السبزواری و

ص: 13

1-1 . كذا فی الأصل، و الصواب المتعاقدان.

2-2 . الكفاية 1/449.

3-3 . الحدائق 18/368.

4-4 . راجع الحدائق 18/367.

5-5 . شرح القواعد 2/39 للشيخ الأكبر الشيخ جعفر كاشف الغطاء.

6-6 . مفتاح الكرامة 12/547.

7-7 . الجواهر 22/260.

8-8 . العناوین 2/674.

9-9 . الغنية 210.

10-10 . المكاسب 3/275.

بالأشهر في كلام الشهيد لوجود الأقوال الآخر فيها وقد أنهاها الفقيه المامقاني (1) إلى سبعة أقوال.

والحاصل: لو تم الإجماع - ولم يتم لوجود سبعة أقوال في المقام - لا يفيدنا لاحتمال أن يكون مدركيا وليس بتعبدى وأشار إلى أن الإجماع يكون مدركيا الشيخ الأعظم بقوله: «نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق والعلامة وولده والقاضى وغيرهم خصوصا المحقق الثانى - الذى بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى - يدل على عدم تحقق الإجماع» (2).

مراده: تردّد المحقق (3) فى اجارة المميّز بإذن الولى - بعد ما جزم بالصحة فى العارية (4) واستشكال العلامة (5) فيها [أى فى الاجارة] - بعد ما جزم بالبطلان - فى التذكرة (6).

وكذا قال فى القواعد: «و هل يصح بيع المميّز و شراؤه مع إذن الولى نظر» (7).

وقال ولده فى شرحه: «ينشأ من أن البلوغ شرط إجماعا... و من وقوعها بإذن الولى فصار كما لو صدر منه، و الأقوى عدم الصحة» (8).

وكذا قال القاضى ابن البراج: «و إذا اشترى الصبى التاجر أرضا، 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 فى الأرض نقصان كان الخارج بينهما على

ص: 14

1-1 . غاية الآمال / 322 و 321.

2-2 . المكاسب 3/280.

3-3 . الشرائع 2/141.

4-4 . الشرائع 2/135.

5-5 . قواعد الاحكام 2/281، تحرير الأحكام الشرعية 3/80.

6-6 . تذكرة الفقهاء 2/290 من الطبع الحجرى (18/11).

7-7 . قواعد الأحكام 1/137.

8-8 . إيضاح الفوائد 2/55.

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 شيئا». (1)

حيث يرى صحة شراء الصبي التاجر و هو بالطبع يكون مميّزا رشيدا.

و كذا ابتناء المسألة عند المحقق الثاني (2) على شرعية عبادات الصبي و تمرينيتها، دليل على عدم وجود إجماع مدركى فى المقام.

وقال الشيخ الأعظم بعد نقل ما مرّ من حجر التذكرة: «و استثناء إيصال الهدية و إذنه فى دخول الدار، يكشف بفحواه عن شمول المستثنى منه لمطلق أفعاله...» (3).

مراده: غرض العلامة أن قول الصبي و فعله كالعدم و لا يترتب عليه شىء. لأصالة الاتصال فى الاستثناء فيندرج فيه جميع أقواله و أفعاله إلا ما استثنى، فلو أجرى الصبي العقد بوكالة عن غيره لا يصح لعدم العبرة به.

وفيه: لا يتم ما ذكره من أن معقد النص و الإجماع بقريظة اتصال الاستثناء يشمل موارد التى يكون الصبي فيها كمجرد آلة نحو إنشاء عقد وكالة عن الغير أو بأمر من وليه، لعدم استقلاله فى ذلك بل الصبي فيه عاقد محض بل آلة محض بل كاللسان من الإنسان، كما يظهر الإشكال من المحققين: الخراسانى (4) و الفقيه اليزدى (5) و الإيروانى (6) و الاصفهانى (7) قدس سرهم .

الثانى: آية الابتلاء

و هى قوله تعالى: «و ابتلوا اليتيم حتى إذا بلغوا النكاح فإن أنستم منهم رشدا

ص: 15

1-1 . المهذب 2/20، مختلف الشيعة 6/188.

2-2 . جامع المقاصد 5/194.

3-3 . المكاسب 3/275.

4-4 . حاشية المكاسب /46.

5-5 . حاشيته على المكاسب 2/16.

6-6 . حاشيته على المكاسب 2/166.

7-7 . حاشية المكاسب 2/9.

فادفعوا إليهم أموالهم...»(1).

وقال تعالى قبله في صدر سورة النساء: «وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا»(2).

وكذا قال تعالى بعد الثانية وقبل الأولى: «وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا»(3).

بتقريب: لا بدّ من إعطاء أموال اليتامى إليهم ولكن بشرط عدم السفاهة فيهم، لأنّ السفاهة محجور عليه، فأمر سبحانه بامتحان اليتامى لخروجهم عن السفه بالبلوغ والرشد _ وهو العقل الذي يتشخص المصلحة عن المفسدة ويمكن به من إصلاح ماله _ وبعد حصول الأمرين المذكورين في الآية الشريفة وهما البلوغ والرشد أمر بإعطاء أموالهم.

فيظهر توقف إعطاء أموالهم إليهم على أمرين: 1_ البلوغ 2_ الرشد.

وبعد الغاء الخصوصية من الأيتام يمكن التعدي إلى كلّ صبي غير بالغ ولو لم يكن يتيمًا له.

قال الشيخ في تفسيره: «هذا خطاب لأولياء اليتامى، أمر الله تعالى بأن يختبروا عقول اليتامى في أفهامهم وصلاحهم في أديانهم وإصلاح أموالهم. وهو قول قتادة والحسن والسُّدِّي ومجاهد وابن عباس وابن زيد. وقد بيّنا أنّ الإبتلاء معناه الإختبار فيما مضى.

وقوله: «حتى إذا بلغوا النكاح» معناه: حتى يبلغوا الحدّ الذي يقدرّون على مجامعة النساء وينزل، وليس المراد الإحتلام، لأنّ في الناس مَنْ لا يحتلم أو يتأخر إحتلامه وهو قول أكثر المفسرين، مجاهد والسُّدِّي وابن عباس وابن زيد. ومنهم من قال: إذا كمل عقله وأونس منه الرشد سلم إليه ماله وهو الأقوى. ومنهم من قال: لا يسلم إليه حتى يكمل له خمس عشرة سنة، وإن كان عاقلًا لأنّ هذا حكم شرعي و بكمال العقل

ص: 16

1-1 . سورة النساء /6.

2-2 . سورة النساء /2.

3-3 . سورة النساء /5.

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

وقوله: «فإن أنستم منهم رشدا» معناه: فإن وجدتم منهم رشدا وعرفتموه وهو قول ابن عباس... .

وختلفوا في معنى الرشد، فقال السّديّ وقتادة: معناه عقلاً ودينا وصلاحا. وقال الحسن و ابن عباس: معناه صلاحا في الدين وإصلاحا للمال. وقال مجاهد و الشعبي معناه: العقل، قال: لا يدفع إلى اليتيم ماله و إن أخذ بلحيته و إن كان شيخا حتّى يؤنس منه رشده: العقل. و قال ابن جرّيج: صلاحا و علما بما يصلحه.

و الأقوى أن يحمل على أنّ المراد به العقل و إصلاح المال على ما قال ابن عباس و الحسن، و هو المروى عن أبي جعفر عليه السلام، للاجماع على أن من يكون كذلك لا يجوز عليه الحجر في ماله و إن كان فاجرا في دينه، فإذا كان ذلك إجماعا فكذلك إذا بلغ، و له مال في يد وصى أبيه أو في يد حاكم قد ولى ماله، و جب عليه أن يسلم إليه ماله إذا كان عاقلاً مصلحا لماله و إن كان فاسقا في دينه. و في الآية دلالة على جواز الحجر على العاقل إذا كان مفسدا في ماله من حيث أنّه إذا كان عند البلوغ يجوز منعه المال إذا كان مفسدا 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 إسرافا و بدارا»: فهو خطاب لأولياء اليتيم، أمرهم الله تعالى إذا بلغ اليتيم و أونس منه الرشد على ما فسّرناه، أن يسلم إليه ماله و لا يحبسّه عنه...»(1).

أقول: الذي يظهر من كلام الشيخ لزوم توفّر الشرطين لدفع أموالهم و هما: البلوغ و الرشد كما صرح في كلامه الأخير و هو ظاهر على بن ابراهيم القمي في تفسيره(2) و

ص: 17

1-1 . التبيان 3/ (116-118).

2-2 . تفسير القمي /71 من الطبع الحجري، 1/131 من الطبع الحروفى.

تبعهما جماعة، منهم: القطب الراوندى فى فقه القرآن(1) و الطبرسى فى مجمع البيان(2) و أبوالفتوح الرازى فى روض الجنان(3) و كما يظهر ذلك من الفاضل المقداد فى كنز العرفان(4) و الفيض فى تفسيره الصافى(5) و الأصفى(6).

و ذهب جماعة من العامة إلى هذا القول منهم: الثعلبى فى تفسيره(7).

ولكنَّ هناك قولاً آخر: وهو أنَّ البلوغ فى الآية غايةً للإبتلاء، كما صرح به القطب الراوندى وقال: «وقت الاختبار يجب أن يكون قبل البلوغ»(8) و أمّا، تمام الموضوع لدفع أموالهم فهو الرشد فقط من دون بلوغ كما يظهر هذا القول من جماعة من المفسرين منهم: الزمخشري فى الكشف(9) و الطبرسى فى جوامع الجامع(10) و البيضاوى فى أنوار التنزيل(11) و المشهدى فى كنز الدقائق(12).

ولذا قال المحقّق الإيروانى: «لا يبعد استفادة أنَّ المدار فى صحة معاملات الصبى على الرشد من الآية «و ابتلوا اليتامى...» على أن تكون الجملة الأخيرة استدراكاً عن صدر الآية و أنّه مع استيناس الرشد لا يتوقف فى دفع المال و لا ينتظر البلوغ و أنّ اعتبار البلوغ طريقيٌّ اعتبر أمانة إلى الرشد بلا موضوعية له بل يستفاد هذا المعنى من عدّة من

ص: 18

-
- 1-1 . فقه القرآن 2/73.
 - 2-2 . مجمع البيان 3/9.
 - 3-3 . روض الجنان 5/254.
 - 4-4 . كنز العرفان 2/103 و 104.
 - 5-5 . الصافى 108/ من طبع الحجرى.
 - 6-6 . الأصفى 138/ و 139.
 - 7-7 . الكشف و البيان 3/254.
 - 8-8 . فقه القرآن 2/73.
 - 9-9 . الكشف 1/473 و 474.
 - 10-10 . جوامع الجامع 1/237.
 - 11-11 . أنوار التنزيل 90/ من الطبع الحجرى.
 - 12-12 . كنز الدقائق 2/350.

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

أحدهما: اعتبارا لبلوغ و الرشد معا.

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

و إذا حَصَلَ الاحتمال بطل الاستدلال فلا يمكن التمسك بالآية الشريفة لإثبات اعتبار البلوغ و لا نفيه(2)، و لعلّ هذا هو سرّ عدم استدلال الشيخ الأعظم رحمه الله 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 عُمَرَ بامرأة مجنونة قد زنت فأمر بجرمها، فقال على عليه السلام: أما علمت أنّ القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتّى يحتلم، و عن المجنون حتّى يفيق و عن النائم حتّى يستيقظ.(3)

في سند هذه الرواية إيرادات:

1_ الحسن بن محمّد بن الحسن السكوني: «روى عنه التلعكبري و سمع منه في داره بالكوفة سنة 344 و ليس له منه الإجازة» كما في باب من لم يرو عنهم عليهم السلام في رجال الشيخ(4) و هو من مشايخ الصدوق في هذه الرواية.

2_ و أمّا الحضرمي: «فهو زرعة بن محمّد قال النجاشي: «أبو محمّد الحضرمي ثقة روى عن أبي عبد الله و أبي الحسن عليهما السلام و كان صحب سماعة و أكثر عنه و وقف»(5).

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

ص: 19

1-1 . حاشية المكاسب 2/170.

2-2 . كما يظهر هذا الاستدلال من العقد النضيد 2/417.

3-3 . وسائل الشيعة 1/45، ح 11، الباب 4 من أبواب مقدمات العبادات.

4-4 . رجال الشيخ /468، الرقم 34.

5-5 . رجال النجاشي /176، الرقم 466.

سند النجاشي (1) إليه أن ابن الوليد استاد الصدوق يروى عنه بواسطتين. ورواية الصدوق عن زرعة بواسطة واحدة بعيد جدًا، وإن كان المراد بالحضرمي غيره فلا ندرى من هو؟

3- و ابراهيم بن أبي معاوية: مهمل ابن مهمل و كلاهما فى السند.

و أمّا: سليمان بن مهران فهو: أبو محمد الأسدي مولا هم الأعمش الكوفي من رجال الصادق عليه السلام (2) و هو معتمد معتبر جليل عظيم معروف بالفضل و الثقة و الجلالة و التشيع و الاستقامة.

و العامة أيضا مُثَنون 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 فى الرواشح السماوية (3) للمحقّق الداماد قدس سره .

4- يونس بن ظبيان: «مولى، ضعيف جدًا لا يلتفت إلى ما رواه، كلّ كتبه تخليط» كما فى النجاشي (4). و هذا الذى يروى عن أبى عبد الله عليه السلام فى القرن الثانى من الهجرة لا يتمكن من نقل واقعة من اوائل القرن الأوّل من دون واسطة.

فهذا حال سند رواية الخصال باختصارٍ.

ولكن ورد هذا المضمون مختصرا و هذه الرواية مُفصّلةً فى إرشاد المفيد قال: «فصل: فى ذكر ماجاء من قضاياه [أى أمير المؤمنين] عليه السلام فى إمارة عمر بن خطاب: فمن ذلك ماجاءت به العامة و الخاصة... (5) و روى: أنّ مجنونة على عهد عمر فجربها رجل، فقامت البينة عليها بذلك، فأمر عمر بجلدها الحد، فمَرَّ بها على أمير المؤمنين عليه السلام لِيُجْلَدَ، فقال: ما بال مجنونة آل فلان تعتل (6)، فقيل له: أنّ رجلاً فجربها و هرب، و قامت البينة

ص: 20

1-1 . رجال النجاشي /176، الرقم 466.

2-2 . رجال الشيخ /206، الرقم 72.

3-3 . كما فى الرواشح السماوية /132، الراشحة الثانية و العشرون.

4-4 . رجال النجاشي /448، الرقم 1210.

5-5 . الإرشاد 1/202.

6-6 . تعتل: تجذب جذبا عنيفا.

عليها، فأمر عمر بجلدها، فقال لهم: زُذّوها إليه و قولوا له: أما علمت أنّ هذه مجنونة آل فلان، وأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: رُفِعَ القلمُ عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يفيق، إنّها مغلوبة على عقلها ونفسها، فُرِدّت إلى عمر، وقيل له ما قال أمير المؤمنين عليه السلام، فقال: فَرَجَ الله عنه، لقد كدّت أن أهلك في جلدتها. و درأ عنها الحدّ»(1).

مثل هذه القضية المروية في كتب الخاصة(2) و العامة(3) لا يحتاج إلى السند لشهرتها.

و من الواضح أنّ المفيد لم يذكر الاثنين 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.(4)

و منها: خبر أبي البختری عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام أنّه كان يقول في المجنون و المعتوه الذي لا يفيق، و الصبي الذي لم يبلغ عمدهما خطأ تحمله العاقلة، و قد رفع عنهما القلم.(5)

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 احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه

ص: 21

1-1 . الإرشاد 1/204 و 203 و نقل عنه في وسائل الشيعة 28/23، ح2، الباب 8 من أبواب مقدمات الحدود.

2-2 . المناقب 2/366، بحار الأنوار 79/88، ح6 و 30/680 نقل عن مصادر العامة.

3-3 . أنت تجد نحوها في مسند أحمد 1/154، سنن أبي داود 4/140، مسند أبي يعلى 1/440، سنن الدار قطنى 3/138، ح173، سنن البيهقي 8/264، سنن سعيد بن منصور 2/67، المستدرک على الصحيحين 2/59.

4-4 . فضائل الأشهر الثلاثة 116/116، ح111 و نقل عنه في مستدرک الوسائل 1/87، ح9، الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات.

5-5 . وسائل 29/90، ح2، الباب 36 من أبواب القصاص 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. (1)

في هذه الموثقة ثلاثة أحكام مخالفة للإجماع:

1_ بلوغ الغلام بالسن هو الخامسة عشرة سنةً، أو خروج المَنِيّ في النوم أو اليقظة، أو نَبات الشعر الخشن فوق العانة، وقد أُدعيَ الإجماع (2) على السنّ.

2_ بلوغ الجارية بثلاث عشرة سنة الواردة في الرواية مخالف للإجماع. (3)

بل وقد اعتبر صاحب الجواهر (4) تسع سنين في بلوغها ممّا استقر عليه المذهب.

3_ التساوى بين بلوغهما في السن فهذا أيضا مخالف 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 و المعطوف عليه» (5) و «اندارجها في عنوان الشاذ و النادر» (6) لا يضرّ بذلك بعد الذهاب إلى جواز التفكيك في الحجية.

ص: 22

1-1 . وسائل الشيعة 1/45، ح12، الباب 4 من أبواب مقدمة العبادات.

2-2 . قال في مفتاح الكرامة 16/32: «و يدل على المشهور في الذكور [خمس عشرة سنة]» الاصول الكثيرة و الإجماعات التي كادت تبلغ اثنتي عشرة إجماعا من صريح و ظاهر و مشعر به، بل هو معلوم، و مع ذلك قد أيدت بالشهرات المستفيض نقلها مع العلم بها و أخبار الباب و هي بين عامية و خاصة». و في الجواهر 26/16: «على المشهور بين الأصحاب في المقام شهرة عظيمة كادت تكون إجماعا كما اعترف بذلك في المسالك [4/144] بل نقلها مستفيض أو متواتر كالإجماع صريحا و ظاهرا...».

3-3 . قال في مفتاح الكرامة 16/34: «و يدل على بلوغ الأنثى بالتسع الإجماعات من صريح و ظاهر و هي ثمانية معتضدة بما سمعته من الشهرات و الأخبار المستفيضة».

4-4 . قال في الجواهر 26/38: «على المشهور بين الأصحاب، بل هو الذي استقر عليه المذهب».

5-5 . كما في العقد النضيد 2/421.

6-6 . كما في العقد النضيد 2/421.

و الحاصل: حديث رفع القلم عن الثلاثة تُلقَى بالقبول عند الخاصة و العامة و استدلل فقهاء المدرستين بها مثلاً الشيخ استدلل بها مكرراً فى كتابيه المبسوط(1) و الخلاف(2)، و كذا الشريف المرتضى(3) و ابن ادريس اللذان لا يعملان بالخبر الواحد إلا إذا كان مجمعا عليه أو عليه قرينة القطع عملاً بها فى بابى الوصية(4) و الحدود(5) و غيرهما(6).

و هذه الشهرة(7) التى عمل بها نحو ابن ادريس و غيره قدس سرهم تحصل لنا القطع بصدوره عن النبى صلى الله عليه و آله و آله عليهم السلام حتى لو لم يكن السند تاماً فى رواياته.

هذا كله بالنسبة إلى أسناد حديث رفع القلم و أما دلالتها:

دلالة حديث رفع القلم:

القلم المرفوع عن الثلاثة يحتمل أحد الأعمرين أو كليهما:

الأول: المرفوع هو قلم التكليف و الوضع كلاهما كما عليه صاحب الجواهر(8).

الثانى: 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.

ص: 23

1-1 . المبسوط 2/282، 3/3، 4/51، 5/52 و 194، 7/68، 8/21.

2-2 . الخلاف 2/41 و 218 و 449، 3/179، 353 و 5/176 و 324 و 6/389.

3-3 . الناصريات /282.

4-4 . السرائر 3/207.

5-5 . السرائر 3/324 و 325.

6-6 . السرائر 3/451.

7-7 . راجع لأجل تحصيلها: جواهر الفقه لابن البراج /188، غنية النزوع /43، المعبر 2/290 و 767، تذكرة الفقهاء 4/336، 5/12 و

367، 6/99 و 100 و 147، 7/23 و 40، 9/294، نهاية الأحكام 2/159 و 455، مختلف الشيعة 1/445، 4/333 و 337، 9/282،

إيضاح الفوائد 2/50، 4/101 و 520 و 600، المهذب البارع 5/192.

8-8 . الجواهر 32/5 و فيه: «... نصوص رفع القلم الشامل للوضعى و التكليفى...».

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

ولكن ناقش الشيخ الأعظم في دلالة الحديث بوجه ثلاثة:

قال: «ففيه: أولاً: 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 تمكنه من مسِّ المصحف.

و ثالثاً: لو سلّمنا 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»(1).

نقد الاشكال الأوّل للشيخ الأعظم

ذهب الشيخ الأعظم في أول 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 حتّى يرفع.

مضافاً إلى أنَّ مورده مقام الامتنان و هو يصدق في رفع المؤاخذة لا الأحكام. و إلاَّ فأى امتنانٍ في رفع حكم مشروعية عبادات الصبي و الذهاب إلى تمرينيتها مع أنَّ المختار هو القول بمشروعيتها.

ولكن يرد عليه أولاً: الأحكام التكليفية أيضاً فيها ثقل و إلاَّ لم يصدق عليها مادة الكلفة و التكليف، مضافاً إلى وجود الثقل في كثير من الأحكام الوضعية أيضاً من الضمانات و الديات و القصاص فيصدق على رفعهما الامتنان.

ص: 24

و ثانيا: 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 الامتتان أيضا يقتضى بقاء المشروعية.

فإن قلت: إن الأحكام الشرعية المجعولة بسيطة و إذا انتفى الحكم اللزومي لم يبق منه الاستحباب و المشروعية لسيطته.

قلت: نعم، بساطة الأحكام صحيحة، ولكن يمكن استفادة مشروعية عبادات الصبي من الأخبار الواردة(1) في حق أوليائه في أمرهم إياه بالصلاة و هو ابنُ ستِّ سنين أو سبع، و من المعلوم أن الأمر بالأمر يدل على مطلوية المأمور به و مشروعيته، فبهذه الأخبار يُدفع الإشكال عن مشروعية عبادات الصبي، و الأمر موكول إلى محلّه.

و ثالثا: 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 المميّز القابل للخطاب ولكن الإجماع و الضرورة ينفيان عنه الاستحقاق.

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

نقل مقالة المحقق الايرواني و نقده:

قال قدس سره : «... لا يجدى 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 القطع و قلمه في الكتابة و هذا لا يرفعه حديث الرفع. و أمّا رفع الآثار المترتبة شرعا على العناوين المتولدة من إنشائه على أن لا يكون البيع الحاصل بانشائه محكوما بأحكام البيع، فذلك في البشاعة يساوق القول بعدم ترتيب أحكام الأموات على من مات بسيفه أو أحكام المصحف على ما كتبه بقلمه و

ص: 25

1-1 . راجع وسائل الشيعة 4/18، الباب 3 من أبواب أعداد الفرائض من كتاب الصلاة.

هكذا. و معلوم بالقطع أن حديث الرفع لا يرفع إلا أحكاماً مترتبة بلا واسطة على فعل الصغير، لا أحكاماً مترتبة حتى مع الواسطة»(1).
وفيه: أولاً: لا- يظهر لنا مراده قدس سره من «أنّ تأثير الانشاء فى المنشأ تأثير تكوينى فى أمر اعتبارى»، بعد مغايرة عالمى التكوين و الاعتبار فى الوجود.

و العجب من قَوْلِهِ: «أنّ الإنشائيات تتحقق من خلال الإنشاء تكوينياً»(2).

و ثانياً: تنظير انشاء الصبى بقتله بالسيف أو كتابته المصحف أو غيرهما من الامور التكوينية لاوجه له؛ لأنّ حدوث المعاملات بالمعنى الأعم بالإنشاء يحتاج إلى إمضاء شرعى من الشارع و هو ينفى 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 يكفى فى صحتها عدم اللغوية فما الفرق بينهما؟!!

اشكال المحقق السيّد الخوئى رحمه الله على الشيخ الأعظم قدس سره و نقده:

قال قدس سره: «و يرد عليه: أنّ العقوبة و المؤاخذه _ كالمثوبة و الأجرة من الأمور التى لاصلة لها بعالم الجعل بوجه، بل هى مترتبة على الجعل ترتب الأثر على ذى الأثر و عليه فلا معنى لتعلق الرفع بما لم يتعلق به الجعل»(3).

وفيه: العقاب _ و كذا الثواب _ يمكن أن يكون أمراً مجعولاً كما هو كذلك فى الأمور الاعتبارية التى منها الشرعيات، فإذا كان أمراً مجعولاً يصح العفو عن العقوبة و التفضل و الإضعاف فى المثوبة، فلا يرد هذا الاشكال على الشيخ الأعظم كما فى العقد النضيد(4).

ص: 26

1-1 . حاشية المكاسب 2/168.

2-2 . العقد النضيد 2/430.

3-3 . مصباح الفقاهة 3/250.

4-4 . راجع العقد النضيد 2/424.

تقد اشكاله الثانى:

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

وإذا لم يرفع الأحكام الوضعية عن الصبى فلا مانع من أن يكون عقده سببا 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 فى ثبوت الأحكام الوضعية إلى غير البالغين كما اعترف به الشيخ الأعظم نفسه فى أول كلامه: «المشهور... بطلان عقد الصبى» (1) وقد ادعى عليه الإجماع فى الغنية (2) والتذكرة (3) وفى كنز العرفان (4) نسبه إلى الأصحاب، وكذا يرد الإجماع فى كلام المتأخرين نحو: الشيخ جعفر (5) و السيد العاملى (6) و صاحب الجواهر (7) و الفاضل المرعى (8) رحمهم الله كما مرّ.

وانتساب الشهرة إلى طرفى المسألة لا يتناسب مع مقامه العلمى.

و تخصيص نفوذ بعض الموارد نحو: الوصية والتدبير فى حق الصبى لا يثبت جريان جميع الأحكام الوضعية فى حقه، والمشهور هو البناء على فساد عقوده و

ص: 27

1-1 . المكاسب 3/275.

2-2 . الغنية /210.

3-3 . تذكرة الفقهاء 14/185.

4-4 . كنز العرفان 2/102.

5-5 . شرح القواعد 2/39.

6-6 . مفتاح الكرامة 12/547.

7-7 . الجواهر 22/260.

8-8 . العناوين 2/674.

إيقاعاته إلا ما خرج بالدليل كما يظهر من المحقق الأصفهاني (1) قدس سره .

ولكن اعترض المحقق السيّد الخوئي رحمه الله على الشيخ الأعظم بقوله: «ولكنّه يناقض ما قد بنى عليه في أصوله من أنّ الأحكام الوضعية منتزعة من الأحكام التكليفية، وإذا فرضنا انتفاء الحكم التكليفي عن الصبي فلا منشأ _ هنا _ لانتزاع الحكم الوضعي» (2)

وقد سبّغهُ في هذا الاشكال أستاذهُ الأصفهاني حيث يقول: «إنّ الغرض من انتزاع الوضع من التكليف، إن كان حقيقة انتزاع مفهوم يقابل التكليف _ كما هو واضح _ فمن البين أنّ فعليّة الأمر الانتزاعي بفعليّة منشأ انتزاعه، فلا يعقل ضمان فعلي مع منشأ تقديري، وإن كان الغرض أنّه لا معنى للوضع إلاّ نفس الحكم التكليفي التعليقي فهذه دعوى العينية، لا دعوى الانتزاع والإثنية في المفهوم...» (3).

وهذا لا يردُّ على الشيخ الأعظم قدس سره 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 وبأنّه معلّقاً على بلوغه، فينتزع الحكم الوضعي منه وقد صرح بهذا البيان في فرائده وقال: «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 (4): من أنّه قد يتحقّق الحكم الوضعي في مورد غير قابل للحكم التكليفي كالصبي و النائم و شبههما» (5).

و المحقق الأصفهاني رحمه الله بصير بهذه المقالة و لذا قال في أوّل كلامه الماضي: «قد اكتفى قدس سره كما في أصوله بانتزاع الوضع من الحكم المعلّق على البلوغ و قال بعدم

ص: 28

1-1 . حاشية المكاسب 2/14.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/251.

3-3 . حاشية المكاسب 2/14.

4-4 . إشارات الاصول /7، للحاجي محمّد ابراهيم الكلباسي؛.

5-5 . فرائد الاصول 3/126.

فلم يرد هذا النقد عليه ولكن يرد على المحقق السيّد الخوئي رحمه الله .

ولكن يمكن ردّ نقد الاصفهاني على الشيخ الأعظم بأنّه 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 مصححا 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 يصحح الانتزاع الاصولي و منشأه و يظهر هذا الرد من العقد النصيد.(2)

تقد اشكاله الثالث:

ذهب الشيخ الأعظم؛ في هذا الاشكال إلى التسالم الكامل مع القوم بأنّ حديث الرفع يشمل الأحكام التكليفية و الوضعية معا 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 بالجملّة: 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 قدس سره .

و يرد عليه: أولاً: بعد تَسَلُّمِهِمِ بَأَنَّ الأحكام الوضعية لا تجرى في حقّ الصبي، فما الفرق بين تأثير إنشائه على نحو الجزئية _ نحو لزوم الوفاء من جانب الكبير _ و عدم تأثيره على نحو الكلّيّة التامة _ نحو لزوم الوفاء من الجانبين _، كما أشار إليه المحقق

ص: 29

1-1 . حاشية المكاسب 2/14.

2-2 . العقد النصيد 2/427.

الإيرواني قدس سره 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» (1).

و ثانيا: كيف يمكن التّفكيكُ 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 المحقّق النائيني قدس سره بقوله: «عدم إمكان تفكيك الآثار بين البالغ و غيره في ما كان ذات الفعل موضوعا للأثر، بل في ما كان الأثر مترتبا على الفعل القصدى أيضا، فإنه لو أفاد عقد الصبي الملكية فلا يمكن أن لا يكون مؤثرا فعلاً و يصير ذا أثر بعد البلوغ، أنّ كون فعله موضوعا للأحكام المجعولة في حقّ البالغين فرع أن يكون فعله مؤثرا و هذا أول الكلام، لأنّه يحتمل أن يكون وجوده كعدمه كما في عقد المجنون و مثله، فكيف يمكن أن يكون هذا الذي صدر من مثل المجنون موضوعا لحكم البالغ العاقل؟!» (2).

أقول: قوله: «إنّ كون فعله موضوعا» إلخ يمكن أن يشير إلى الإشكال الأوّل.

فذلّة القول في حديث الرفع

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

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 (3) و جنابته و نجاسته و

ص: 30

1-1 . حاشية المكاسب 2/168.

2-2 . منية الطالب 1/360.

3-3 . تذكرة الفقهاء 14/185.

ترتب بعض التعزيرات بالنسبة إليه و بعض المجانين، ففي كلِّ مورد ثبت التخصيص فهو وإلّا تتمسك باطلاق حديث الرفع لنفي التكليف و الوضع و المؤاخذه 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...»⁽¹⁾

و قال الفاضل المراغى: «إنَّ جواز الأمر عبارة عن النفوذ و الصحة...»⁽²⁾.

و قد استدل بهذا الدليل كلُّ من أصحاب الحدائق⁽³⁾ و الرياض⁽⁴⁾ و المستند⁽⁵⁾ و المفتاح⁽⁶⁾ و العناوين⁽⁷⁾ و الجواهر⁽⁸⁾ و المكاسب⁽⁹⁾.

و مستندهم عدّة من الروايات نذكرُ ذرّوا منها فيما يلي مع بيان مدى دلالتها المُدعاة:

فمنها: صحیحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبى - 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 سفياً أو ضعيفاً.⁽¹⁰⁾

ص: 31

1-1 . مفتاح الكرامة 12/548.

2-2 . العناوين 2/676.

3-3 . حدائق 18/369.

4-4 . رياض المسائل 8/217.

5-5 . مستند الشيعة 14/263.

6-6 . مفتاح الكرامة 12/548.

7-7 . العناوين 2/675.

8-8 . الجواهر 22/261.

9-9 . المكاسب 3/276.

10-10 . وسائل الشيعة 18/412، ح5، الباب 2 من أبواب كتاب الحجر.

و أنت ترى بأنه عليه السلام علّق جواز أمر اليتيم ونفوذ تصرفاته ببلوغه. وقد ورد تفسير «أشدّه» (1) في موثقة عبدالله بن سنان (2) بالإحتلام وكذا في معتبرة هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو أشدّه، الحديث. (3)

ومنها: خبر حمران عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال: إنّ الجارية ليست مثل الغلام، إنّ الجارية إذا تزوّجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم ودفع إليها مالها و جاز أمرها في الشراء والبيع وأقيمت عليها الحدود التامة وأخذت لها وبها، قال: والغلام لا يجوز أمره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك. (4)

الرواية ضعيفة الإسناد بعبدالعزیز بن عبدالله العبدی لتصريح النجاشی (5) بِضَدِّ عَفِهِ وَأَمَّا غَيْرِهِ مِنْ رَوَاتِهَا فَهَمَّ مَعْتَبَرُونَ عِنْدَنَا. وَ دَلَالَتُهَا وَاضِحَةٌ عَلَى أَنَّ نَفُوذَ أَمْرِهِ مَنْوُوطٌ بِالْبُلُوغِ.

ومنها: مرسله الصدوق قال: قال أبو عبدالله عليه السلام إذا بلغت الجارية تسع سنين دفع إليها مالها و جاز أمرها في مالها وأقيمت الحدود التامة لها وعليها. (6)

ولكن الشيخ الأعظم استشكل في دلالة هذه الروايات بأن جواز أمره يعني جواز أمره بالاستقلال، لا أنه مسلوب العبارة بالكليّة والشاهد عليه استثناء السفیه ومن المعلوم أنّ السفیه ليس مسلوب العبارة بل هو محجور عن الاستقلال في تصرفاته المالية وظهور الاستثناء في المتصل لا المنقطع، والصبي الذي لم يبلغ كذلك ليس مسلوب العبارة بالكلية بل لايجوز ولاينفذ تصرفاته المستقلة وهذا نص عبارته بعد توضيحه:

ص: 32

1-1 . سورة الأحقاف /15.

2-2 . وسائل الشيعة 18/409، الباب 1 من أبواب كتاب الحجر، و 19/363، ح 8، الباب 44 من أبواب الوصايا.

3-3 . وسائل الشيعة 19/363، ح 9.

4-4 . وسائل الشيعة 18/410، ح 1، الباب 2 من أبواب كتاب الحجر.

5-5 . رجال النجاشی /244، الرقم 641.

6-6 . وسائل الشيعة 18/411، ح 3.

قال: «لكن الانصاف أن جواز الأمر في هذه الروايات ظاهر في استقلاله في التصرف، لأنّ الجواز مرادف للمضى، فلا ينافى عدمه ثبوت الوقوف على الإجازة، كما يقال: بيع الفضولى غير ماض، بل موقوف.

و يشهد له الاستثناء في بعض تلك الأخبار بقوله: «إلا أن يكون سفيها»، فلا دلالة لها حينئذ على سلب عبارته، وأنّه إذا ساوم (1) وليّه متاعاً، وعين له قيمته وأمر الصبي بمجرد إيقاع العقد مع الطرف الآخر كان باطلاً وكذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه» (2).

الخامس: النصوص الدالة على أنّ عمد الصبي وخطؤه

(3) سيان

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطأه واحد. (4)

وأنت ترى بأنّها عامة تشمل الجنائيات وغيرها ولم تكن مقيدة بخصوص الجنائيات ولذا استدل بها الشيخ (5) على ارتفاع الكفارة عن المحرّمات الصادرة من الصبي المُحرّم وتبعه ابن ادريس. (6)

وإذا كان عمد الصبي وخطؤه واحداً، يعنى أنّ عمدَ خطأ، وإذا كان كذلك فيكون قصده لغواً شرعاً ومن المعلوم عدم تحقق الإنشاء من دون القصد، بل قوامها به.

فهذه الصحيحة تلغى جميع عقود الصبي وإنشاءاته لعدم تحقق صدور القصد منه لأنّ عمدّه وخطأه واحد ومن الواضح أنّ في الخطأ لم يكن قصداً. فعقد الصبي باطل حتّى

ص: 33

1-1 . المساومة: هي المجاذبة والمقابلة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها.

2-2 . المكاسب 3/277.

3-3 . هذا هو الصحيح وأما «خطأ» كما في الرسم القديم خطأً.

4-4 . وسائل الشيعة 29/400، ح 2، الباب 11 من أبواب العاقلة.

5-5 . المبسوط 1/329.

6-6 . السرائر 1/636 و 637.

إذا كان بإذن وليّه أو إنشائه بإذن لولي. (1).

ثم في دلالة هذه الصحيحة تنمة و مناقشة تأتي بعد.

و منها: معتبرة اسحاق بن عمار عن جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام ، أنّ عليا عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ تحمله (يحمل على) العاقلة. (2).

هذه المعتمدة مقيدة بالجناية لتحمل العاقلة، ولكن لا تقيد صحيحة محمد بن مسلم الماضية لأنّ كليهما مثبتتان.

و منها: رواية الجعفرات بإسناده عن علي عليه السلام أنّه قال: ليس بين الصبيان قصاص، عمدهم خطأ، يكون فيه العقل. (3).

و سندها ضعيف بموسى بن اسماعيل لمجهوليته.

و منها: رسالة القاضي نعمان المصري عن علي عليه السلام أنّه قال: ما قتل المجنون المغلوب على عقله و الصبي، فعمدهما خطأ على عاقلتهما. (4).

و منها: رسالة أخرى له عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال: و ما جنى الصبي و المجنون فعلى عاقلتهما. (5).

و منها: خبر أبي البختری (6) الماضي في ذكر أحاديث رفع القلم.

و رفع القلم الوارد في ذيل هذه الرواية ليست جملة مستأنفه بل هي مرتبطة بكون

ص: 34

1-1 . كما يظهر ذلك من شيخنا الاستاذ قدس سره في ارشاده 2/214 تبعا للشيخ الأعظم في مكاسبه 3/282 حيث يقول: «و حينئذ فكلّ حكم شرعيّ تعلق بالأفعال التي يعتبر في ترتّب الحكم الشرعي عليها القصد _ بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد _ فما يصدر منها عن الصبي قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد...».

2-2 . وسائل الشيعة 29/400، ح3.

3-3 . الجعفرات 124/ ونحوها في دعائم الاسلام 2/417، ح1453، و نقل عنهما في مستدرک الوسائل 18/242، ح2، الباب 33 من أبواب القصاص.

4-4 . دعائم الاسلام 2/417، ح1454، و نقل عنه في مستدرک الوسائل 18/243، ذيل ح3.

5-5 . دعائم الاسلام 2/417، ح1454، و نقل عنه في مستدرک الوسائل 18/243، ح4.

6-6 . وسائل الشيعة 29/90، ح2، الباب 36 من أبواب القصاص في النفس.

إمّا على وجه العلية: بأنّ رفع القلم علّة لوجوب الدية على العاقلة، لأنّ برفع القلم عن المجنون والصبي يرفع المؤاخذة الأخروية والدينية _ وهي إمّا القصاص وإمّا الدية _ عنهما، وحيث لا يهدر دم امرى مسلم تحمله العاقلة.

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

وهذان الوجهان يشتركان في ما نحن بصده من عدم تحقق القصد من الصبي وحيث أنّ الإنشاء لا يتحقق من دون قصد فلا يتحقق منه إنشاء ولا عقد ولا إيقاع.

ويفترقان بالنسبة إلى الضمان بالإتلاف فعلى العلية ليس عليهما الضمان، لأنّ رفع القلم علّة لرفع المؤاخذات الأخروية والدينية ومنها الضمانات.

وأما على المعلولية، فتجرى الضمانات لأنّ الشارع نزل عمد الصبي منزلة خَطئه وحيث أن الضمانات تجرى في فرض الخطأ أيضا كما في فرض العمد فلا يرفعه حديث الرفع، لأنّ المعلول تابع لعلته سعة وضيقة وحيث أن الضمان بالإتلاف يكون خارجا عن العلة فهو خارج عن المعلول أيضا.

وهذا الافتراق لا يضرّ في ما نحن بصده كما بيّنه الشيخ الأعظم الأنصاري رحمه 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 وفي الواقع رفع القلم عنهما. و لا يخفى أنّ ارتباطهما بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور في الرواية...»(1).

اعترض عليه المحقّق الاصفهاني قدس سره وذهب إلى بطلان العلية والمعلولية في هذا الذيل بجميع وجوه العقلية المتصورة بتفصيل المذكور في كلامه ثم اختار في آخر كلامه

فى وجه ارتباط هذا الذيل بما قبله بأن: «تنزيل العمء منزلة الخطأ يقتضى بالمطابقة اثبات حكم الخطأ و هى الءىة على العاقلة و يقتضى بالالتزام نفى حكم العمء و شبهه و هو جعل القصاص و الءىة فى مالهما، فءىث قال عليه السلام: «عمءهما خطأ»، فلذا أراد بىان ما يقتضىه بالمطابقة فقال عليه السلام: «ءمله العاقلة»، و أراد بىان ما يقتضىه بالالتزام فقال عليه السلام: «و قد رفع عنهما القلم» على الترتيب بين الءالءىن»(1).

و تبعه فى نفى علىّة الذيل لما قبله و كذا المعلولة المءققان الاءروانى(2) و السىء الخوئى رءمهما الله، و استءكل الأءىر على الشىء الأءظم بقوله: «لا و جه لءعل رفع القلم علة لءون الءىة على العاقلة، لءءم العلىّة بىنهما لا شرءا و لا عرفا و لا عقلاً، بل نسبة أءءهما إلى الأءر كوءع الءجر فى ءنب الإنسان، و العءب من المءنء [الشىء الأءظم] فإنه قد التزم بثبوت العلىّة و المعلولة بىن رفع القلم عن الصبى و بىن ثبوت الءىة على العاقلة، و لكن لم يستوضء المناسبة و السنءىة بىنهما، ءاية الأمر أنه ثبت فى الشرىعة المءقءسة أن ءم المسلم لا ىذهب هءرا، و من الظاهر أن هذا الءكم مع ما ءلّ على أن عمء الصبى خطأ ىلازم ثبوت ءىة الءناىة الصاءرة من الصبى على عاقلءه.

و الصءىء أنه لا ملازمة بىنهما أىضا، لأن الءكمىن المءكورىن لا ىءلآن على ثبوت الءىة على ءصوص العاقلة إء بىمكن أن ءكون الءىة على ءمىع المسلمىن أو من بىء المال أو ءىر ءلك، كما أنه لا و جه لءعل رفع القلم معلولاً لقوله عليه السلام: «عمءهما خطأ»، فإنّ رفع القلم مءوم لءنزىل العمء بمنزلة الخطأ لا أنه معلول له»(3).

أقول: العلىّة فى الاصول أءم من العلىّة العقلىة و الشرعىة و العرفىة مءلاً ىقال: «لا ءشرب الءمر لأنه مسءر و كلّ مسءر ءرام» فصاءرت المسءرىة علة لءرمة شرب الءمر.

ثم العلىة العقلىة فى الذىل لما قبله لا ءتمّ، لءءمها بىن رفع القلم و سءوط القصاص و الءىة.

ص: 36

1-1 . ءاشىة المءاسب 2/22.

2-2 . ءاشىة المءاسب 2/171.

3-3 . مصباح الفقاهة 3/257.

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

ولكن العليّة العرفية والاصولية يمكن تصويرُهُما بأنّ الصبي إذا قتل شخصا لا يقتص منه ولا تتعلق الدية بأمواله، لانهما من مصاديق المؤاخذه وقلم المؤاخذه مرفوع عنه.

فحينئذ يمكن تصوير العلية بالنسبة إلى الذيل خلافا للأعلام قدس سرهم و تبعا للعقد النضيد. (1)

ثم المرفوع بقوله عليه السلام «رفع عنهما القلم» هو مطلق المؤاخذه ولا يعقل تصوير الدلالة الالتزامية فيه _ لأنّ المدلول الالتزامى هو المؤاخذه الخاصة _ أعنى ثبوت القصاص والدية _ لا المؤاخذه المطلقة، والمرفوع فى الذيل هو المؤاخذه المطلقة فلا يمكن حملها على المقيدة إلا على نحو العليّة العرفية الاصولية المدعاة فى كلام الشيخ الأعظم وبهذا الأخير يظهر المناقشة فى كلام المحقق الاصفهاني رحمه الله. (2)

أخذ الصبي باتلافه مال الغير

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «ثم إنّ مقتضى عموم هذه الفقرة [وقد رفع عنهما القلم] _ بناءً على كونها عدّة للحكم عدم مؤاخذتها بالإتلاف الحاصل منهما، كما هو ظاهر المحكى عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك من عموم رفع القلم ولا يخلو عن بعد» (3).

و اعترض عليه المحقق الإيروانى بقوله: «لا يخفى ما فيه، فإنّه مع القرينة المتصلة بالكلام على قصر المرفوع بقلم العمد وأنّ المرفوع أحكام أخذ فى موضوعها العمد كيف يبقى لهذه الفقرة عموم بل يتعيّن أن يكون المرفوعُ بهذه الفقرة أحكاماً أخذ فى موضوعها العمد دون أحكام أخذ فى موضوعها الخطأ، أو أحكام هي أعمّ من العمد و الخطأ _ كالضمانات _ فإنّ اطلاق أدلة تلك الأحكام يكون محفوظاً على حاله بلا دليل حاكم

ص: 37

1-1 . العقد النضيد 2/254.

2-2 . راجع العقد النضيد 2/255.

3-3 . المكاسب 3/283.

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 عامة لكل من العمد والخطأ»(1).

وأجاب عن الاعتراض الأستاذ المحقق _ مدظله _ أنّ الظاهر منه قدس سره اختصاص رفع القلم بالأمر القصدية المأخوذة فيها العمد، بالفرق بين أن يكون علة أو معلولاً، وعلى هذا بناءً على العلية، صارت ذكرها لغوا ولم تعد زائداً على المعلول شيئاً ويسقط القاعدة الدارجة أنّ العلة، تعمم وتخصّص هذا أولاً.

و ثانياً: على فرض احتفاف خبر أبي البختری بالقرينة المانعة من إطلاق ذيله _ أى رفع القلم _ ولكن لا يوجب نفى إطلاق غيرها من الروايات نحو صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطؤه واحد(2)، ويأتي الكلام حولها. وكذا لا يوجب نفى إطلاق غيرها من روايات رفع القلم الماضية لأتهما مثبتتان وليستا بمتناقضتين ومُتخالفَتَيْنِ وكذلك لا يثبت أنّ الحكم فيهما على نحو صرف الوجود وأن يكون واحداً.

وبالجملة: على فرض تقييد خبر أبي البختری بالقرينة، فغيرها من روايات عمد الصبي ورفع القلم مطلقة فيؤخذ باطلاقها(3).

هذا، وقال المحقق السيّد الخوئي رحمه 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، وهذا لا ينافي توجّه تلك الأحكام عليه بعد زمان البلوغ، وقد تقدّم أنّ فعل الصبي قد يكون موضوعاً لتوجّه الأحكام الإلزامية عليه بعد بلوغه»(4).

ص: 38

1-1 . حاشيته على المكاسب 2/172.

2-2 . وسائل الشيعة 29/400، ح 2.

3-3 . العقد النضيد 2/460 و 459.

4-4 . مصباح الفقاهة 3/262.

ولكن يرد عليه: أولاً: رفع القلم لا يمكن أن يشمل إتلاف الصبى، لأنه امتنانى، ورفع الضمان عن الصبى خلاف الامتنان على المالك فلا يشمل رفع القلم وهذا الإشكال حليٌّ.

و ثانياً: هذا السيد المحقق الجليل ذهب إلى عدم ثبوت الخمس فى مال الصبى مستدلاً برفع القلم بدليل أنّ الرفع يشمل الأحكام الوضعية والتكليفية، والخمس من الوضعيات فيرتفع برفع القلم، ثم يردُّ عليه بأنّ الضمان أيضاً من الوضعيات فيرتفع برفع القلم على قوله و مبناه، فكيف يذهب إلى ثبوت الضمان ويختص رفع القلم بالأحكام الإلزامية دون الوضعيات هنا. وهذا نقضٌ عليه قدس سره .

و الإيرادان للاستاذ المحقق(1) _ مدظله _ .

و الحاصل: الضمان ثابت على الصبى بإتلافه مال الغير و لا يرفعه رفع القلم، لأنّ فى الرفع خلاف الامتنان، ولكن توجه خطاب التكليف بالأداء يكون بعد بلوغه.

ثم هل يمكن الأخذ بإطلاق عبارة «عمد الصبى و خَطْوُهُ واحد»؟

الواردة فى صحيحة محمد بن مسلم(2) الماضية أم لا؟ ذهب القوم إلى عدم إمكان الأخذ بهذا الاطلاق و كلّ واحد منهم يستند إلى دليل خاص:

مستند المحقق الحائرى قدس سره على عدم الاطلاق و اختصاص الصحيحة بالجنايات

قال: «أولاً: إنّ الظاهر منه تنزيل العمد منزلة الخطأ و تشبيهه به فى الحكم، لا مجرد سلب حكم العمد و إلاّ لم يكن وجه لذكر الخطاء، بل كان ينبغى أن يقال: عمده كالعدم، فلا بدّ أن يكون مصبّ هذه القضية عملاً كان لعمده حكم و لخطائه حكم، فيحكم بأنّ عمده من الصبى بحكم الخطاء من غيره، و هو كما فى 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 كلّ من العمد و الخطأ فلا

ص: 39

1-1 . راجع العقد النضيد 2/458.

2-2 . وسائل الشيعة 29/400، ح 2.

يصح إجراؤه فى عمل كان عنوانه متقوماً بالقصد و مع الحظاً يرتفع موضوعه فلا يتصور فى موضوعه الخطاء، و الأول كعنوان القتل، و الثانى كعنوان العقد و الإيقاع.

و بالجملة: فيختصّ الخبر بباب الجنایات...»(1).

و اعترض عليه تلميذه المحقق السيّد الخمينى رحمه الله و قال فى ردّ اشكاله الأول: «إنّ الأظهر فى 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 _ أى العمد و الخطأ _ فلا وجه لاختصاصه بما ادعى»(2) _ أى عمد الصبى فى باب الجنایات فقط _ .

و قال فى ردّ اشكاله الثانى: «ففيه: ما لا يخفى، لأنّ الظاهر من قوله عليه السلام «عمده خطأ» أم «عمد و خطأه 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 الخطيئ لا يترتب عليه أثر فكذلك العمدى منه، فكّل ما صدر منه و أمكن تقسيمه إلى العمد و الخطأ كان عمده بمنزلته، و الاختصاص بالأفعال الذى ذكرها بلا مخصص...»(3).

ثم اختار هو وجه عدم الاطلاق فى المقام بقوله: «ورود جميع الروايات المتقدمة و غيرها الواردة فى المجنون و الأعمى فى مورد الجنائية و كون الحكم فيها معهوداً يوهن الاطلاق، لقوة احتمال إتكال المتكلم على تلك المعهودية فلم يذكر القيد»(4).

دليل المحقق النائنى على عدم الاطلاق

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

[1]: لتدليل هذه الجملة فى بعض الأخبار بكون ديتة على عاقلته الموجب

ص: 40

1-1 . كتاب البيع 1/209 و 208، لشيخنا آية الله الشيخ محمّد على الأراكى.

2-2 . كتاب البيع 2/27.

3-3 . كتاب البيع 2/26.

4-4 . كتاب البيع 2/26.

لاختصاصه باب الجنایات، و تصیر قرینة علی إرادة ذلك منه حتّی فی الأخبار الغير المذیلة بذلك الذیل.

[2]: و مع قطع النظر عن هذه القرینة یكون المتعارف فی التعبير عن هاتین الكلمتین أعنی العمد و الخطأ هو باب الجنایات و باب كفارة الإحرام، و هذا التعارف أيضا یوجب صرفهما عن الظهور فی العموم...»(1).

ولكن یرد علی الأول: بأن صحیحة محمد بن مسلم و غيرها من الروایات مثبتات و لا یمكن تقييدها بهنّ، و لعدم إحراز أنّ المطلوب فیهنّ شی واحد.

و یرد علی الثانی: أنّ «الثابت عند الأصحاب أنّ ما یوجب سقوط الاطلاق هو التشکیک فی الصدق بنحو الظهور و الخفاء _ كالتشکیک فی صدق ما لا یؤکل لحمه علی الأنسان _ دون التعارف، حیث لا یوجب انصراف الاطلاق عن غیر المتعارف إلى خصوص المتعارف». كما قاله الأستاذ المحقق (2) _ مد ظله _ .

استدلال المحقق الاصفهانی علی عدم الاطلاق

قال: «تارة للفعل العمدی حکم و للخطأ (3) حکم آخر كما فی باب الجنایات من ثبوت القصاص فی العمد و الدية فی مال الجانی فی شبه العمد و ثبوت الدية علی العاقلة فی الخطأ، و أخرى للفعل العمدی حکم و لا حکم للخطأ كما فی محظورات الإحرام ما عدا الصيد المترتب علیه الكفارة مطلقا، فغیر الصيد مرتب علی عمده الكفارة دون خطائه، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ فی الشق الأول ترتیب حکم الخطأ علی العمد المضاف إلى الصبی أو المجنون، و مقتضى تنزيل العمد منزلة الخطأ فی الشق الثانی عدم ترتیب حکم العمد علی هذا العمد الخاص...»

و علیه فالاستدل بعمد الصبی خطأ فی المعاملات باللحاظ الثانی حیث أنّ

ص: 41

1-1 . المكاسب و البیع 1/401.

2-2 . العقد النضید 2/443.

3-3 . لو قال: لِلْمُخْطِئِ... إلخ لأصابَ شاکلة الصواب، لِإِنّ الخاطِئِ ء هو مُتَعَمِّد الخَطِيئَةِ «لا یأکُلُهُ إِلَّا الخاطِئُونَ».

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

وفيه: 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 يخطى عنه كالرمى الذي يترتب عليه القتل المقصود به تارة و غير المقصود به أخرى، ولا يترتب على الأسباب المعاملية شئ قهراً حتّى يكون تارة مقصوداً من السبب و أخرى غير مقصود منه، ليوصف المترتب عليه بأنه عمدى تارة و خطئى أخرى.

فإن قلت: من يقول بعدم تبعية العقود للقصد و يدعى أنّ ما قصد يمكن أن لا يقع، وأن يقع ما لم يقصد، كالمصنف [الشيخ الأنصارى] قدس سره فى مبحث المعاظة (1) فلا محالة يتصور للعقد فردين عمدياً و خَطئياً، باعتبار ما وقع للقصد و عدم موافقته للقصد.

قلت: أولاً: إنّنا قد بينا فى محلّه أنّ الحقائق المعاملية أمور تسببية مُتَقَوِّمة بالقصد، لا أنّها فقط تحتاج إلى سبب، و أنّ الأمور المدعى ترتبها على ما لم يتسبب به إليها، إمّا 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 كالرمى بالنسبة إلى القتل و الأسباب الجعلية بالاضافة إلى المسببات الاعتبارية كالعقد بالاضافة إلى الملكية و الزوجية و نحوهما _ أنّ ترتب مسببات الأسباب الخارجية على أسبابها أمر، و ترتب حكم شرعى عليها أمر آخر، كالقتل العمدى المحكوم شرعاً بحكم، و الخطئى منه بحكم آخر. بخلاف ترتب المسببات الاعتبارية على أسبابها الجعلية، فإنّه عين كونها محكومة بشئ فى اعتبار الشارع، فمعنى ترتب الملكية المطلقة على العقد الذى قصد به الملكية المقيدة كونه محكوماً فى نظر الشارع بالتأثير فى الملكية، و كون

ص: 42

عمد الصبى خطأ بهذا المعنى خلف في المقام، لأنّ الفرض إسقاط عقده عن درجة الاعتبار، لا تأثيره شرعاً في شيء أصلاً فلا واقع حتى يوصف بأنه خطئى، فإما لا خطأ له وإما يكون تنزيل العمد منزلته هنا خلفاً، فتدبره فإنه حقيق به، هذا كله بناءً على التحفظ على التقابل بين العمد و الخطأ.

و أمّا بناءً على أنّ المراد تنزيل قصد الصبى منزلة عدمه فربّما يشكل بأنّ العقد على أى حال قصدى سواء لوحظ العقد الإنشائى و هو المتقوم بقصد ثبوت المعنى باللفظ، أو لوحظ العقد بالحمل الشائع أى التسبب إلى الملكية قصداً بلفظ أو فعل، فليس للعقد بمعنييه فردان قصدى وغير قصدى حتى ينزل الأوّل منزلة الثانى.

ويمكن دفعه: بإرادة العقد الإنشائى المقصود به التسبب إلى الملكية تارة، و ما لا يقصد به التسبب _ بل هزئاً مثلاً _ أخرى فنزل المقصود به التسبب من غير البالغ منزلة ما لا يقصد به التسبب.

نعم، يشكل بأنّ قصد التسبب دخيل فى صورة العقد بيعاً بالحمل الشائع مثلاً عقلاً لا شرعاً، فليس للقصد دخل شرعاً، بل عقلاً، و حيث لا أثر لنفس القصد شرعاً، فلا معنى لتزليه منزلة عدمه، فيكون مورد هذه الأخبار كالجنايات التى لوقوعها قصدياً أثر شرعاً⁽¹⁾.

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

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

ص: 43

انصرف فأعادها وحدها، وإن ذكر بعد الفراغ من ركعة أو ركعتين مضى على صلاته وأجزأه ذلك. (1)

و ثالثاً: ويطلق 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 فسماها بغير اسمها وكان اسمها فاطمة فسماها بغير اسمها، وليس للرجل ابنة باسم التي ذكر المزوج، فوقع: لا بأس به. (2)

و الروايتان وإن كانتا ضعيفتين من حيث السند بعبدالله بن الحسن حفيد علي بن جعفر لعدم ورود توثيقه في الأولى، وبمحمد بن شعيب الراوي عن الرضا عليه السلام ولكنه إمامي مجهول في الثانية ولكن إثبات المسألة اللغوية لا يحتاج إلى صحة السند بل يحتاج إلى ورود اللغة وإفادتها المعنى من دون عناية و مجاز و قرينة كما يظهر ذلك من الروايتين فلا يتم ما ذكره المحقق الاصفهاني قدس سره، و هذه المناقشة تظهر من الأستاذ المحقق (3) _ مد ظله _ .

المانع من انعقاد الاطلاق عند المحقق الخوئي

قال قدس سره : «فاعلم أنه لا يمكن أن يراد الإطلاق من تلك الروايات لوجود المانع وعدم المقتضى:

أما وجود المانع: فلأن 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 عمد الصبي خطأ.

و أيضا يلزم من ذلك القول بصحة صلاة الصبي إذا ترك عمدا أجزاءها التي لا يضرب

ص: 44

1-1 . وسائل الشيعة 5/442، ح 5، الباب 33 من أبواب الأذان و الإقامة.

2-2 . وسائل الشيعة 20/297، ح 1، الباب 20 من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

3-3 . العقد النضيد 2/448.

تركها خطأً بصلاة البالغين، هكذا الكلام في ناحية الزيادة العمدية فيها.

بل يلزم منه الالتزام بصحة صلاة الصبيان إذا اقتصرُوا فيها بالنية والتكبير للإحرام والركوع والسجدة الواحدة والسلام، فإن ترك ماسوى ذلك خطأً لا يضرب بصلاة البالغين، والمفروض أن عمد الصبي خطأً.

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

أما عدم المقتضى للاطلاق فلأنّ تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه على وجه الاطلاق يقتضى أن يكون هنا أثر خاص لكلّ منهما عند صدورهما من البالغين، لكى يكون تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه بلحاظ ذلك الأثر... ومن الواضح أنه لا مصداق لهذه الكبرى إلا الجنائيات فإنها إن صدرت من الجاني عمداً فيقتص منه، وإن صدرت منه خطأً فديتتها على عاقلته وعلى هذا فيصح تنزيل جناية الصبي عمداً منزلة جنايته خطأً، فتكون ديته مطلقاً على عاقلته، أما في غير الجنائيات فلا مورد لمثل هذا التنزيل أصلاً.

نعم، قد ثبت أثر خاص لكلّ من العمد والخطأ في الصلاة وفي تروك الإحرام... ولكن أمثال هذه الموارد خارجة عن حدود الروايات الواردة في تنزيل عمد الصبي منزلة خطئه، ضرورة أنّ الآثار المذكورة إنّما تترتب على الخطأ _ في تلك الموارد _ إذا صدر من غير الصبي. أما إذا صدر من الصبي ارتفع أثره بحديث الرفع...» (1).

أورد عليه ياشكالين: الأول: قوله عليه السلام «عمد الصبي وخطؤه واحد» ظاهر في جملة «عمد الصبي كلا عمد»، فلا حاجة لوجود أثر مستقل في كلّ واحد منهما حتى تختص بباب الجنائيات.

والثاني: لو تنزلنا وقلنا بعدم هذا الظهور، فلا أقل من شمول إطلاق الرواية لجملة عمده كلا عمد ويشملها الاطلاق.

ص: 45

ولكن يمكن أن يدافع عنه قدس سره و يجاب عن الأول: بعدم تحقق هذا الظهور و الفرق بين الجملتين واضح و لو أراد عليه السلام «عمد الصبي كلاعمد» لذكرها.

و عن الثاني: و حيث أنّ عدم العمد يكون معنى عاما بحيث يشمل السهو و النسيان و النوم و الغفلة و الخطأ فلا يمكن اطلاق كلمة «الخطاء» بحيث يشمل «لا عمد»، نعم إن كان اللفظ «لا عمد» فباطلقها تشمل «الخطاء» و لا عكس، لأنّ عدم العمد أعم من الخطأ و الخطاء أخص منه دائما، فاطلاق الخطأ لا يشمل «لا عمد». (1)

و استشكل الأستاذ المحقق _ مدظله _ على السيّد الخوئي رحمه الله بأنّ «إذا دققنا 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». (2)

أقول: و بالجملة: لا يمكن الأخذ باطلاق صحيحة محمد بن مسلم، لأنّ إطلاقها يستلزم تدوين فقه جديد كما مرّ من المحقق السيّد الخوئي رحمه الله في وجود مانع من تحقق 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 مأذونا من وليّه أو وكيلاً من غيره فتكون إنشائه و عقوده و إيقاعاته نافذة و مُشأً للأثر.

قال المحقق النائيني رحمه الله في فتاويه: «لو كان الصبي واسطةً في إيصال الثمن أو المثلن 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 بالغا 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». (3)

ص: 46

1-1 . يظهر الجوابان من العقد النضيد 2(448-446).

2-2 . العقد النضيد 2/450.

3-3 . الفتاوى، الصادرة منه قدس سره 2/43، جواب رقم 467، طبع دار الهدى، 1426، قم المقدسة، شرحها حفيده العلامة الشيخ جعفر النائيني _ دامت بركاته _ .

ثم إن هاهنا فروعا لابد من التنبيه عليها:

الأول: ثبوت الضمان على الصبي

قد مرّ ثبوت الضمان عليه بإتلافه مال الغير، ويتعلّق بماله و يجب عليه الأداء تكليفا 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 أذاه برئت ذمّته كما مرّ.

الثاني: هل يرتفع التعزير عن الصبي؟

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «ثم إنّ القلم المرفوع هو قلم المؤاخذه الموضوع على البالغين، فلا ينافي ثبوت بعض العقوبات للصبي كالتعزير»⁽¹⁾.

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

أقول⁽²⁾: 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.

وإن أخذ في موضوعها الصّبا فهي باقية و جارية في حقّهم لتحقق موضوعها و هي الصباوة بالنسبة إليهم و لا ينفىها حديث رفع القلم كما هو واضح.

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

ص: 47

1-1 . المكاسب 3/284.

2-2 . كما عليه المحقّق الخوئي في مصباح الفقاهة 3/263، و الاستاذ المحقّق _ مدظله _ في العقد النضيد 2/461.

الثالث: هل يعتبر قصد الصبي أم لا؟

قال الشيخ الأعظم: «و الحاصل، أنّ مقتضى ما تقدّم من الإجماع المحكى 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، وكلّ التزام على نفسه من ضمانٍ أو إقرارٍ أو نذرٍ أو إيجارٍ»(1).

أقول: قد ناقشنا وجود الإجماع في المقام وعلى فرض وجوده لا يُستفاد منه حكمٌ لكونه مدركياً، و مرّ أنّ المستفاد من الأدلة عدم نفوذ عقود الصبي وإيقاعاته على نحو الاستقلال و إما إذا كان مأذوناً من وليّه أو وكيلاً من غيره فتكون نافذة، فلا يمكن القول بعدم اعتبار قصد الصبي مطلقاً، بل يمكن أن يقال: بأنّ أيّ فعل من أفعاله لا يعدّ في الصرف تصرفاً في أمواله الموجودة على نحو الاستقلال فلا مانع من نفوذه فيحكم بصحة صيده و حيازته و تحجيرها و إحيائه الموات و نحوها.(2)

الرابع: هل يصحّ قبض الصبي

قال العلامة: «كما لا تصح تصرفاته [الصبي] اللفظية كذا لا يصحّ قبضه و لا يفيد حصول الملك في الهبة وإن اتّهب الولي له و لا لغيره و إن أمره الموهوب منه بالقبض.

و لو قال مستحقّ الدّين للمدين: سلّم حقّي إلى هذا الصبي، فسلم قدر حقّه، لم يبرأ عن الدّين و بقى المقبوض على ملكه لا يضمّنه الصبي لأنّ البراءة تستند إلى قبض صحيح و لم يثبت»(3).

و نحوها في نهايته و زاد: «... كما لو قال: ازمّ حقّي في البحر، فألقى قدر حقّه، بخلاف ما لو قال للمستودع: سلّم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر فسلم أو ألقى، لأنّه امتثل المأمور في حقّه المعين فخرج عن العهدة.

و لو كانت الوديعة للصبي فسلمّها إليه، ضمن و إن كان بإذن الولي، إذ ليس له

ص: 48

1-1 . المكاسب 3/284.

2-2 . كما على المحقّق الخوئي في مصباحه 3/264.

3-3 . تذكرة الفقهاء 10/12.

تضييعها بأمر الولي»(1).

ذكر الشيخ الأعظم (2) 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 ونهاية الأحكام»(3).

و حيث لم يعلّق عليه فهو مقبول عنده.

ولكنّ المحقّق السيّد الخوئي قدس سره اعترض عليه و على العلامة بأنّ «قبض الصبي يفيد الملكية في الهبة وغيرها لقيام السيرة على ذلك، بل مقتضى جملة من الروايات الواردة في جواز إعطاء الصدقة و الكفارة للصبيان هو صيرورتهما ملكاً بمجرد القبض»(4).

و الاستاذ المحقّق (5) _ مدّله _ ناقش السيرة بنوعيتها _ العقلانية و المتسرعة _ بالإجماع المذكور في كلام العلامة في حجر التذكرة (6) 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 التعدى من المورد إلى كلّ ما يعتبر فيه القبض.

أقول: قد مرّ في أوّل أدلة البلوغ دعوى الإجماع و المناقشة فيه، و العجب من الاستاذ (7) _ مدّله _ أنّه ناقش الإجماع ثم يراه رادعاً عن السيرة العقلانية و هذه مسافة

ص: 49

1-1 . نهاية الأحكام 2/455.

2-2 . المكاسب 3/285.

3-3 . مفتاح الكرامة 12/550.

4-4 . مصباح الفقاهة 3/260.

5-5 . العقد النضيد 2/(463-465).

6-6 . تذكرة الفقهاء 14/185.

7-7 . راجع العقد النضيد 2/416.

الخلف بين القول والعمل، وسيرة المشرعة لم تتحقق عنده.

وأما الروايات فلا بدّ من ملاحظتها وأذكر للباحث بعضُها المذكورة في كلام المحقق السيّد الخوئي قدس سره :

فمنها: معتبرة عبدالرحمن بن الحجاج قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: رجل مسلم مملوك ومولاه رجل مسلم وله مال يزكّيه و للمملوك ولد صغير حرّ، أيجزى مولاه أن يعطى ابن عبده من الزكاة؟ فقال: لا بأس به. (1)

ومنها: صحيحة أبي بصير قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يموت ويترك العيال، أيعطون من الزكاة؟ قال: نعم، حتّى ينشأوا و يبلغوا ويسألوا من أين كانوا يعيشون إذا قطع ذلك عنهم، فقلت: إنهم لا يعرفون؟ قال: يحفظ فيهم ميتهم و يحبّ إليهم دين أبيهم فلا يلبثوا أن يهتمّوا بدين أبيهم، فإذا بلغوا و عدلوا إلى غيركم فلا تعطوهم. (2)

ومنها: موثقة يونس بن يعقوب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: عيال المسلمين أعطيتهم من الزكاة فأشترى لهم منها ثيابا و طعاما و أرى أنّ ذلك خير لهم؟ قال: فقال: لا بأس. (3)

ذكر الاستاذ المحقق (4) _ 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 خيرا فيستفاد من الموثقة جواز الصرف في شؤونهم لاعدم جواز إعطائهم بل يتعلّق «لا بأس» بالإعطاء فيشمل الموردين و الله العالم.

ومنها: خبر أبي خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ذرية الرجل المسلم إذا مات يعطون من الزكاة و الفطرة كما كان يعطى أبوهم حتّى يبلغوا، فإذا بلغوا و عرفوا ما كان

ص: 50

1-1 . وسائل الشيعة 9/294، ح 1، الباب 45 من أبواب المستحقين للزكاة.

2-2 . وسائل الشيعة 9/226، ح 1، الباب 6 من أبواب المستحقين للزكاة.

3-3 . وسائل الشيعة 9/227، ح 3.

4-4 . راجع العقد النضيد 2/463.

أبوهم يعرف أعطوا، وإن نصبوا لم يعطوا.(1)

ومنها: معتبرة يونس بن عبدالرحمن عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته عن رجل عليه كفارة إطعام عشرة مساكين أُعْطِيَ [يطعم] الصغار والكبار سواء والنساء والرجال أو يفضّل الكبار على الصغار والرجال على النساء؟ فقال: كلّهم سواء، الحديث.(2)

وأنت ترى بأنّ الروايات حتّى الصحاح والمعتبرة منها لا- تَخْتَصُّ بما ذكره الاستاذ المحقّق - مدّله - ولا يمكن حمل الإعطاء فيها بالصرف فقط بل يكون ظهورها بإعطاء وأما ما نقله الاستاذ - مدّله - من فتوى المحقّق السيّد الخوئي في المنهاج حيث يقول: «و تُعْطَى أطفال المؤمنين ومجانينهم، فإن كان بنحو التمليك وجب قبول وليّهم، وإن كان بنحو الصرف مباشرة أو أمين فلا يحتاج إلى قبول الولي»(3)

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 الموصى] البلوغ والعقل والحريّة، فلا تنفذ وصية الصبي وإن كان مميّزاً في المعروف وغيره على رأي، ولا وصيّة المجنون مطلقاً ولا السكران»(4).

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

ص: 51

1-1 . وسائل الشيعة 9/227، ح.2.

2-2 . وسائل الشيعة 22/387، ح.3، الباب 17 من أبواب الكفارات.

3-3 . منهاج الصالحين 1/314، في اوصاف المستحقين للزكاة - الأول الايمان - الطبعة الثامنة والعشرون عام 1410ق.

4-4 . قواعد الأحكام 2/447.

و اختير فى المقنعة و المراسم و النهاية و المهذب و الغنية و كشف الرموز و الإرشاد و الروض و الكفاية و المفاتيح و التحرير فى باب الوكالة جواز وصية من بلغ عشرين مميّزا. فى البرّ و المعروف و هو خيرة أبى صلاح و أبى على... 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 فى التنقيح و قال أيضا: أنّه أحوط... و قال فى كشف الرموز: ذهب الشيخ و المفيد و سلّار و ابوالصلاح و أتباعهم إلى أنّ وصية من بلغ عشرين جائزة فى المعروف من وجوه البرّ، انتهى. و هو يفيد الشهرة بين المتقدمين إن لم يفد اجماعهم و لا ريب أنّ المراد إذا كان مميّزا...»(1).

أقول: الظاهر نفوذ وصية الصبى إذا بلغ عشرين لما ورد فى عدّة من الروايات الصحاح:

منها: صحيحة أبى بصير المرادى عن أبى عبد الله عليه السلام أنّه قال: إذا بلغ الغلام عشرين سنين و أوصى بثلث ماله فى حقّ جازت وصيته، و إذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير فى حقّ جازت وصيته.(2)

و منها: موثقة عبدالرحمن بن أبى عبد الله عليه السلام _ فى حديث _ قال: إذا بلغ الغلام عشرين سنين جازت وصيته.(3)

و نحوها معتبرة أخرى له.(4)

و منها: معتبرة بل صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: إذا أتى على الغلام عشرين سنين فإنّه يجوز له فى ماله ما اعتق أو تصدّق أو أوصى على حدّ معروف و حقّ فهو

ص: 52

1-1 . مفتاح الكرامة 9/388 من الطبعة الأولى.

2-2 . وسائل الشيعة 19/361، ح 2، الباب 44 من أبواب كتاب اللوصايا.

3-3 . وسائل الشيعة 19/362، ح 3.

4-4 . وسائل الشيعة 19/362، ح 5.

جائز. (1)

و منها: موثقة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: إذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته. (2)

و منها: موثقة أبي بصير و أبي أيوب عن أبي عبدالله عليه السلام في الغلام ابن عشر سنين يوصى؟ قال: إذا أصاب موضع الوصية جازت. (3)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: يجوز طلاق الغلام إذا كان قد عقل و وصيته و صدقته و إن لم يحتلم. (4)

الاستدلال يتم بناءً على أنّ الوارد في الموثقة كلمة «يجوز» كما هو الظاهر والأولى وفي أكثر نسخ الكافي وكذا ورد في التهذيب 8/76، ح 257 و الاستبصار 3/303، ح 1075، ولكن في بعض نسخه «لا يجوز» وبناءً عليه فلا يتم الاستدلال.

و منها: صحيحة محمد بن مسلم قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: إنّ الغلام إذا حضره الموت فأوصى و لم يدرك جازت وصيته لذوى الأرحام و لم تجز للغرباء. (5)

و هذه الصحيحة تفصل بين نفوذ وصيته لذوى أرحامه و عدم نفوذها للغرباء و لا بدّ من الأخذ بها و الحكم بعدم نفوذها للغرباء 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 هديّة إلى إنسان عن إذن المُهدى، فالأقرب: الاعتماد لتسامح السلف فيه» (6).

ص: 53

1-1 . وسائل الشيعة 19/362، ح 4.

2-2 . وسائل الشيعة 19/363، ح 7.

3-3 . وسائل الشيعة 19/363، ح 6.

4-4 . الكافي 11/645، ح 4 من طبعة دارالحديث عام 1430، و نقل عنه في وسائل الشيعة 22/78، ح 5، الباب 32 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

5-5 . وسائل الشيعة 19/360، ح 1.

6-6 . تذكرة الفقهاء 10/12.

أقول: الأدلة المانعة عن نفوذ أمر الصبي و حديث رفع القلم لا تشمل هذين الفرعين لأنهما خارجان عنها خروجاً موضوعياً أى يخرجان تخصّصاً لا تخصيماً.

أمّا الأوّل: وهو جواز الدخول فى 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 حتى 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 التصويرى أو أنّه يرى أنّ الباب عن عمدٍ مفتوحٍ نحو أبواب بيوت مراجع الدين فلا بأس بالدخول.

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

السابع: طلاق الصبي المميّز

إشارة

قال العلامة فى المختلف: «طلاق الصبي المميّز - وهو الذى بلغ عشر سنين فصاعداً- جوّزه الشيخ (1) هنا و تبعه ابن البراج (2) وابن حمزة (3) و رواه الصدوق فى كتابه (4) عن زرعة عن سماعة...»

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

و قال الشيخ على بن بابويه فى رسالته: و الغلام إذا طلق للسنة فطلاقه جائز.

و قال أبو الصلاح: و اشترطنا صحة التصرف احترازاً من الصبي و المجنون و

ص: 54

1-1 . النهاية /518.

2-2 . المهذب /288.

3-3 . الوسيلة /323.

4-4 . الفقيه 3/504، ح 4769.

السكران و فاقد التحصيل بإحدى الآفات(1)، و أطلق.

وقال: سلاز: من شرط المطلّق أن يكون مالكا أمره.(2)

و هذه الأقاويل كلّها تُقيّد المنع من طلاق الصبي.

وقال ابن ادريس لما نقل كلام الشيخ في النهاية: الأولى ترك العمل بهذه الرواية لأنها مخالفة لأصول المذهب و الأدلة المتظاهرة... (3).

و المعتمد أنّه لا يصح طلاق الغلام حتى يبلغ، لأنّه محجور عليه في تصرفاته... (4).

وقال سيّد الرياض: «(فلا اعتبار بطلاق الصبي) الغير المميز إجماعا و فيه أيضا على الأشهر بل عليه كافة من تأخّر و هو الأظهر للأصل و أدلة الحجر عموما في الأكثر أو فحوى في الجميع... (و) لكن ورد (فيمن بلغ) بحسب السن (عشرارواية) 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 أنّها 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 ذى التميز كما عن الإسكافي و جماعة و إن وردت به روايات بحسب الأسانيد المعتمدة... لتطرّق النظر إليها بما مضى مع لزوم تقييدها بالخبرين المقيدين إن عملنا بهما كتقييدهما بها» (5).

وقال صاحب الجواهر في شرائط المطلّق: «(البلوغ) بلاخلاف أجده فيه في الجملة بل الإجماع بقسميه عليه و النصوص به مستفيضة أو متواترة... (فلا اعتبار بعبارة

ص: 55

1-1 . الكافي في الفقه /305.

2-2 . المراسم /161.

3-3 . السرائر 2/693.

4-4 . مختلف الشيعة 7/366 و 365.

5-5 . رياض المسائل 12/(197-195).

الصبي) قبل تمييزه قطعاً، بل وبعده (قبل بلوغه عشراً) وإن حكى عن ابنِ الجنيد(1) أنه أطلق صحة طلاقه مع تمييزه لمضمّر سماعة(2)...
و موثق ابن بكير(3)... ولكن في مرسل ابن أبي عمير(4) الذي هو بحكم الصحيح عند الأصحاب... بل عن الشيخ(5) روايته عن ابن بكير
و تبعه في المسالك(6)، وإن قيل: إنه وهم(7)، و على كلّ حالٍ فيقيد به اطلاق النصوص السابقة و لعلّه إلى ذلك أشار المصنف بقوله: (و
فيمن بلغ عشراً عاقلاً و طلق للسنة رواية بالجواز فيها ضعف) و إلاّ ليس فيما حضرنا من النصوص خبر جامع للوصفين، و حكى عن
الشيخين و جماعة من القدماء العمل بذلك، إلاّ أنّ المشهور بين المتأخرين بل لعلّ عليه عامتهم اعتبار البلوغ بالعدد أو بالاحتلام أو بغير
ذلك من أماراته...)(8).

أقول: فظهر ممّا ذكرنا فساد طلاق الصبي غير المميّز إجماعاً و أمّا الصبي المميّز ففيه ثلاثة أقوال:

الأول: الصحة مطلقاً و هو المحكى عن الصدوق في الفقيه و والده و ابن الجنيد.

الثاني: عدم الصحة مطلقاً و هو المحكى عن أبي الصلاح و سلار و ابن ادريس و العلامة و سيّد الرياض و صاحب الجواهر و نسبه الأخير
إلى المشهور بين المتأخرين بل عامتهم.

الثالث: الصحة إذا بلغ عشراً و هو المحكى عن الشيخ و ابني البراج و حمزة _ كما

ص: 56

1-1 . كما مرّ من المختلف 7/366.

2-2 . وسائل الشيعة 22/79، ح 7.

3-3 . وسائل الشيعة 22/78، ح 5.

4-4 . وسائل الشيعة 22/77، ح 2.

5-5 . التهذيب 8/75، ح 173، وسائل الشيعة 22/78، ح 6.

6-6 . المسالك 9/9.

7-7 . قائله صاحب الحدائق فيها 25/151.

8-8 . الجواهر 32/5 و 4.

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 عبدالله عليه السلام قال: ليس طلاق الصبي بشئٍ [\(1\)](#).

و منها: معتبرة السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كلُّ طلاق جائز إلا طلاق المعتوه أو الصبي أو مُبرَسَم أو مجنون أو مُكْرَه! [\(2\)](#)

و منها: معتبرة بل موثقة الحسين بن علوان عن جعفر بن محمّد عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الغلام حتّى يحتلم. [\(3\)](#)

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. [\(4\)](#)

و منها: خبر أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يجوز طلاق الصبي و لا السكران. [\(5\)](#)

الطائفة الثانية: ما يدل على نفوذه

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن طلاق الغلام و لم يحتلم و صدقته؟ فقال: إذا طلق للسنة و وضع الصدقة في موضعها و حقّها، فلا بأس و هو جائز. [\(6\)](#)

لا بأس باضمارها لأنّ مضيرها سماعة.

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

ص: 57

1-1 . وسائل الشيعة 22/77، ح 1، الباب 32 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

2-2 . وسائل الشيعة 22/77، ح 3.

3-3 . وسائل الشيعة 22/79، ح 8.

4-4 . وسائل الشيعة 22/83، ح 7، الباب 34 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

5-5 . وسائل الشيعة 22/78، ح 4.

6-6 . وسائل الشيعة 22/79، ح 7.

عقل و صدقته و وصيته و إن لم يحتلم. (1)

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. (2)

بناء على نقل «يجوز» كما هو الظاهر و أمّا بناءً على ورود «لا يجوز» فتعدُّ الرواية من الطائفة الأولى.

الطائفة الثالثة: ما يدل على نفوذ طلاقه إذا بلغ عشر سنين

منها: صحيح ابن أبي عمير عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. (3)

و منها: موثقة ابن بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يجوز طلاق الصبي إذا بلغ عشر سنين. (4)

أقول: هذه الموثقة نقلها الشيخ عن الكليني ولكنها غير موجودة في الكافي بهذا السند (5)، و السند منقول قبلها بالنسبة إلى ما سبقها (6) و لذا ذهب بعض إلى خطأ الشيخ في هذا النقل كما عليه السيد صاحب المدارك في نهاية المرام (7) بل يرى صاحب الحدائق «أنه وهم» (8)، ولكن الأصل يدل على عدم خطأ الشيخ و السقط من نسخ الكافي و إن كان الأظهر الأولى بقرينة تداول الكتب الأربعة و دراستها لا سيما الكافي الشريف كون السهو منه، و هو غير ممتنع في جيلة البشر إلا من عصمه الله تعالى.

ص: 58

-
- 1-1 . وسائل الشيعة 19/212، ح2، الباب 15 من أبواب كتاب الوقوف و الصدقات.
 - 2-2 . الكافي 11/645، ح4 (6/124) و نقل عنه في وسائل الشيعة 22/78، ح5.
 - 3-3 . وسائل الشيعة 22/77، ح2.
 - 4-4 . التهذيب 8/75، ح173 و نقل عنه في وسائل الشيعة 22/78، ح6.
 - 5-5 . بل الموجود فيه يكون بالسند الرواية السابقة الماضية في أول هذه الطائفة الأخيرة.
 - 6-6 . راجع الكافي 11/645 ذيل ح4 (6/124).
 - 7-7 . نهاية المرام 2/8.
 - 8-8 . الحدائق 25/151.

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

تتمة:

و أما ما ورد في 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: أما تزويجه فهو صحيح و أما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك و أمضاه فهي واحدة بائنة و هو خاطب من الخطاب، و إن انكر ذلك و أبي أن يمضيه فهي امرأته، الحديث. (1)

و كذا ما ورد في حسنة بريد الكناسي عن أبي جعفر عليه السلام في حديث، قلت له: جعلت فداك، فإن طلقها في تلك الحال و لم يكن قد أدرك أيجوز طلاقه؟

فقال: إن كان قد مسها في الفرج فإن طلقها جائز عليها و عليه، و إن لم يمسها في الفرج و لم يلد منها و لم تلذ منه، فإنها تعزل عنه و تصير إلى أهلها فلا يراها و لا تقرّ به حتى يدرك فيسأل و يقال له: إنك كنت قد طلقت امرأتك فلانة فإن هو أقر بذلك و أجاز الطلاق كانت تطليقة بائنة و كان خاطبا من الخطاب. (2)

فلا يمكن الأخذ بهما لمخالفتهما مع الإجماع المُرَكَّب و عدم وجود القائل بالتفصيل بين الدخول و عدمه، و كذا لزوم صبر المرأة حتى يُدرك الغلام و يُمضَى ما فعله، و أما لو أنكر طلاقه فهي امرأته، فلم يقل به أحد، و الحاصل التفصيل الواردة بالنسبة إلى طلاق الصبي في هاتين الروايتين محلّ إعراض الأصحاب قدس سرهم و الله العالم.

ص: 59

-
- 1-1 . وسائل الشيعة 26/220، ح4، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج.
 - 2-2 . وسائل الشيعة 20/278، ح9، الباب 6 من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

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

وفيهم من قال: يحكم بإسلامه ظاهرا، فإذا بلغ ووصف الاسلام كان مسلما من هذا الوقت، وقال قوم: يحكم بإسلامه وارتداده غير أنه لا يقتل لأن هذا الوقت ليس بوقت للتعذيب حتى يبلغ ولا يكون تبعا للوالدين والأول أقوى»(1).

وقال في الخلاف: «المراهق إذا أسلم حكم بإسلامه فإن ارتد بعد ذلك، حكم بارتداده وإن لم يتب قتل، ولا يعتبر إسلامه بإسلام أبيه و به قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد [بن الحسن الشيباني] غير أنه قال: لا يقتل إن ارتد، لأن هذا الوقت ليس بوقت التعذيب حتى يبلغ.

وقال الشافعي: لا يحكم بإسلامه ولا بارتداده ويكون تبعا لأبويه غير أنه يفرق بينهما لكيلا يفتناه، و به قال زفر»(2).

وفي أصحابه من قال: يحكم بإسلامه ظاهرا، فإذا بلغ ووصف الاسلام يكون مسلما من هذا الوقت.

دلينا: ما رواه أصحابنا «إنَّ الصبي إذا بلغ عشر سنين أقيمت عليه الحدود التامة واقتص منه، ونفذت وصيته وعتقه» وذلك عام في جميع الحدود.

و أيضا قوله عليه السلام: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يَهُودَانَهُ وَيَنْصَرَانَهُ وَيَمَجَّسَانَهُ، حَتَّى يَعْزِبَ عَنْهُ لِسَانُهُ فَمَا شَاكَرَا أَوْ كَفَرَا» وهذا عام إلا من أخرجه الدليل.

وأجاب أصحاب الشافعي عن ذلك بأن قالوا: حَكَمْنَا بِإِسْلَامِهِ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ

1-1 . المبسوط 3/345.

2-2 . وهو من الأحناف.

بالغا، لأن أقل البلوغ عند الشافعي تسع سنين وعند أبي حنيفة إحدى عشرة سنة...»(1).

وقال الشهيد بعد نقل هذه العبارة من الخلاف: «و هو قريب»(2).

وقال العلامة في مختلف الشيعة بعد نقل قول الشيخ في الكتابين: «و الذي قواه الشيخ في المبسوط هو الأقوى، لأن التكاليف منوطة بالبلوغ وقبله لا تكليف»(3).

وقال في التحرير: «و إذا بلغ اللقيط و أسلم فهو مسلم... و لو كان صبيًا مميّزا و وصف الاسلام حيل بينه و بين الكافر و الصبي غير المميز [و] المجنون لا يتصوّر اسلامهما إلاّ تبعًا...»(4).

وقال في لقطة التذكرة: «و أمّا الصبي فلا يصح إسلامه لأنّه غير مكلفٍ و لا اعتبار بعبارته في العقود و غيرها سواء كان مميّزا أولا»(5).

وقد مرّ من حجر تذكّرتّه(6) أنّ اسلام الصبي يدخل في مستثنيات محجوريته فيكون مقبولا.

وقال في القواعد: «الاسلام: و إنّما يحصل بالاستقلال بمباشرة البالغ العاقل دون الصبيّ و إن كان مميّزا، لكن يفرّق بينه و بين أبويه خوف الاستئلال [الاستئلال(7)] و غير المميّز و المجنون لا يتصور إسلامهما إلاّ بالتبعية...»(8).

و علّق عليه المحقّق الثاني بقوله: «لأنّه غير مكلف فلا يكون إقراره بالشهادتين

ص: 61

1-1 . الخلاف 3/ (593-591) مسألة 20.

2-2 . الدروس 3/79.

3-3 . مختلف الشيعة 6/109.

4-4 . تحرير الأحكام الشرعية 4/451.

5-5 . تذكرة الفقهاء 17/336.

6-6 . راجع تذكرة الفقهاء 14/185.

7-7 . نسخة بدل.

8-8 . قواعد الأحكام 2/203.

وقال ثانی الشهيدين: «وأما الصبي فلا يصح إسلامه مطلقاً لأنه غير مكلف و عبارته مسلوقة بالأصل و للشيخ رحمه الله قول بصحة إسلام المراهق و هو ضعيف...»(2).

وقال المحقق الأردبيلي: «نعم، الحكم بإسلام المراهق غير بعيد لعموم من قال: لا إله إلا الله محمد رسول الله صلى الله عليه وآله فهو مسلم، وقاتلوهم حتى يقولوا لا إله إلا الله و أمثاله كثيرة. ولأنهم إذا قدروا على الاستدلال و فهموا أدلة وجود الواجب و التوحيد و ما يتوقف عليه، و وجوب المعرفة و النظر في المعرفة يمكن أن يجيب عليهم ذلك لأن دليل وجوب المعرفة عقلي فكل من 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 يصح منهم، بل يلزم من الحكم بالصحة و جوبه أيضاً و يترتب عليه الأحكام.

و أما لو ارتد أحد منهم بعده، يمكن الحكم بعدم ارتداده لضعف عقله فإنه لا استقلال بعقلهم، إذ قد يعرض لهم لصبوتهم و قلة 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 (وعدم) إجراء هذه الأحكام عليهم لأن هذه من الفروع الفقهية و قد أجمعوا على عدم وجوب الفروع عليهم و عدم تكليفهم بها، و لهذا صرح بعض العلماء بأن الواجبات الأصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية.

و الظاهر أن ضابطه القدرة على الفهم و الأخذ و الاستدلال على وجه مقنع، ففي كل من وجد فيه ذلك يصح و يمكن أن يجب عليه ذلك المقدار و من لم يوجد فيه ذلك لم يجب»(3).

و استشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله: «قلت: لا ريب أن الصبي قبل البلوغ

ص: 62

1-1 . جامع المقاصد 6/119.

2-2 . المسالك 12/475.

3-3 . مجمع الفائدة و البرهان 10/411.

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

نعم هناك إشكال مشترك الإلزام فى الأصول و الفروع و هو أنّ الأئمة أنقص عقلاً و أوهن نفساً و أضعف رأياً فكيف فرّق الشارع بينهما فأوجب عليها المبادرة إلى تحصيل المعرفة بالأصول و الفروع فى أوّل تمام تسع السنين؟ و قد قيل فى الجواب...»(1).

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

و أمّا قبول إسلام على عليه السلام قبل البلوغ فهو من خواصه و خواص اولاده المعصومين عليهم السلام و أمثالهم كيحى و عيسى عليهما السلام و الحجة صاحب الأمر روحى له الفداء».

ثم اسْتَعْرَبَ كلام الأردبيلي و قال فى ردّه «إذ لا يخفى عليك ما فيه من كونه كالاتجاه فى مقابلة المقطوع به نصاً و فتوى من رفع القلم عن الصبى حتّى يبلغ و لعلنا نقول بلزوم الإقرار عليه مع فرض وصوله إلى الواقع، إلاّ أنّ ذلك لا ينافى عدم جريان الأحكام عليه و ليس فيه تخصيص للدليل العقلى كما هو واضح»(2).

أقول: قد مرّ عن الحنفية(3) القول بقبول إسلام الصبى و عن الشافعية(4) عدمه، و

ص: 63

1-1 . مفتاح الكرامة 17/574 و 573.

2-2 . الجواهر 38/183-181).

3-3 . الفقه على المذاهب الأربعة 2/363.

4-4 . الفقه على المذاهب الأربعة 2/365.

مشهور الأصحاب عدم قبوله ولكن للشيخ في الخلاف والعلامة في حجر التذكرة والشهيد في الدروس والأردبيلي في مجمع الفائدة و السيد الخوني في المصباح (1) قول بقبول إسلامه.

و المختار هو قبول اسلام الصبي إذا كان مميّزا والوجه في ذلك عدم تمامية أدلة القول بأنّ الصبي مسلوب العبارة فعبارته و ألفاظه و أقواله معتبرة إذا كان مميّزا 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 صلى الله عليه و آله _ و كلّ مَنْ أقرّ بالشهادتين فهو مسلم ولو كان صبيا مميّزا. و يترتب عليه حقن دمه و حرمة ماله و الحكم بطهارته و جواز نكاحه و حلّية ذبيحته و جريان التوارث في حقّه و وجوب تجهيزه إن مات.

و تدلّ عليه موثقة سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: _ في الحديث _ الإسلام شهادة أن لا إله إلاّ الله و التصديق برسول الله صلى الله عليه و آله به حُقِّتَ الدماءُ و عليه جرث المناكحُ و المواريث و على ظاهره جماعةُ الناس، الحديث. (2)

و خبر سفيان بن السَّمُطِ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: _ في حديث _ الاسلام هو الظاهر الذي عليه الناس شهادة أن لا إله إلاّ الله و أنّ محمدا رسولُ الله و إقامة الصلاة و إيتاء الزكاة و حجُّ البيت و صيامُ شهرِ رمضانَ فهذا الإسلام، الحديث. (3)

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

و نحوهما مرسله القاضي نعمان المصري عن أبي عبدالله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام: أنّ رسول الله صلى الله عليه و آله كان إذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبها بتقوى الله في خاصة نفسه و من معه من المسلمين خيرا، و قال: اغزوا بسم الله و في سبيل الله و على

ص: 64

1-1 . مصباح الفقاهة 3/235 و ما بعده.

2-2 . الكافي 3/72، ح 1 من الطبعة الحديثة (2/25) من الطبعة السابقة).

3-3 . الكافي 3/70، ح 4 (2/24).

مدّة رسول الله، ولا تقاتلوا القوم حتّى تحتجّوا عليهم بأن تدعوهم إلى شهادة أن لا إله إلاّ الله وأنّ محمّدا رسول الله والإقرار بما جئتُ به من عند الله فإن أجابوكم فأخوانكم فى الدين، الحديث.(1)

وقبول اسلام المميّز ليس لأجل التبعية من والده أو أشرف أبويه، بل لأجل ما ذكرنا، وإن كانت رواية تبعية الاولاد لأبائهم تامة فى محلّها و هى من المسلّمات عند الفقهاء العظام و قيام السيرة المتشعبة عليها، ولكن القدر المتيقن منها هو الطفل الصغير الذى لم يبلغ إلى حدّ التمييز.

و يلحقون أطفال المؤمنين الذين ماتوا قبل البلوغ إلى آبائهم فى الجنة إقرارا(2) لأعين المؤمنين كما ورد فى خبر أبى بكر الحضرمى عن أيبعد الله عليه السلام فى قول الله عزّ وجلّ: «و الذين آمنوا و اتّبعنهم ذرّيّتهم بإيمان ألحقنا بهم ذرّيّتهم»(3) قال: فقال: قصّرت الأبناء عن عمل الآباء فألحقوا الأبناء بالآباء لتقرّ بذلك أعينهم.(4)

و أنت ترى بأنّ الرواية مطلقة لا تختص بالابن الذى لا يبلغ، و يمكن القول بشمولها للأبناء البالغين، ولكنّها مختصة بالآخرة فقط و سند الصدوق(5) إليها معتبر.

نعم ورد «فى حديث آخر: أمّا أطفال المؤمنين فيلحقون بأبائهم، و اولادُ المشركين يلحقون بأبائهم و هو قول الله عزّ وجلّ: «بايمان ألحقنا بهم ذرّيّتهم».(6)

لا خلاف و لا إشكال فى دخول أطفال المؤمنين الجنة ولكن دخول أطفال المشركين فى النار منوط بامتحان آخر يجرى عليهم فى القيامة و هو كما ورد فى صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث: فيبعث الله إليهم ملكا من الملائكة فيؤجّح

ص: 65

1-1 . دعائم الاسلام 1/369 و نقل عنه فى مستدرک الوسائل 11/31، ح.1.

2-2 . أقرّ عنيه إقرارا. و ليس من: قرّر تقريرا.

3-3 . سورة الطور /21.

4-4 . الكافى 5/612، ح6 (3/249).

5-5 . راجع التوحيد /394، ح.7.

6-6 . الكافى 5/611، ح3 (3/248).

لهم ناراً ثمَّ يبعثُ اللهُ إليهم ملكاً فيقول لهم: إِنَّ رَبَّكُمْ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تَتَّبِعُوا فِيهَا مَنْ دَخَلَهَا كَانَتْ عَلَيْهِ بَرْدًا وَسَلَامًا وَأَدْخِلَ الْجَنَّةَ وَمَنْ تَخَلَّفَ عَنْهَا دَخَلَ النَّارَ. (1)

ومثلها خبر عبد الله بن سلام مولى رسول الله صلى الله عليه وآله. (2)

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

التاسع: عبادات الصبي

العبادات إمّا واجبة و إمّا مستحبة:

لا إشكال في صحة المستحبات بالنسبة إلى الصبيان لشمول أدلتها لهم و لعدم التنافي بين حديث رفع القلم عنه و إطلاقها _ حتى على القول بأنّ المراد من رفع القلم هو قلم التشريع _ لأنّ المرفوع فيه الامتنان و لا مئة في رفع المستحبات، بل المرفوع فيه الكلفة و لا كلفة في المستحبات لجواز تركها.

أمّا 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:

الأول: التمرينية المحضة: و المراد بها أنّ عباداته بالنسبة إليه تمرينية صرّفه بجهة تمكّنه من الإتيان بها صحيحةً بعد بلوغه فحينئذ لا يترتب عليها ثواب له و ان كان لوليّه ثواب التمرين لذلك و هو مختار جماعة من الأصحاب منهم العلامة في المختلف. (3)

الثاني: الشرعية المحضة: بمعنى أنّ عباداته تكون كعبادات البالغين و مطلوبة من الشارع و يترتب عليها الثواب من الله تعالى له و هو المحكى عن مشهور الأصحاب

ص: 66

1-1 . الكافي 5/609، ح 1 (3/248).

2-2 . التوحيد/390، ح 1، باب الأطفال و عدل الله عزّوجلّ فيهم.

3-3 . مختلف الشيعة 3/386.

-رضوان الله تعالى عليهم _ كما حكاه عنهم صاحب الحدائق(1).

الثالث: الشرعية التمرينية: بمعنى أنّ الاتيان بهذه العبادات مطلوبٌ مِنْ قِبَلِ الشَّارِعِ ولكن لا لأنفسها بل لحصول التعمُّد و التمرن على العمل بعد البلوغ، حكاه صاحب العناوين(2) عن جماعة من المتأخرين و جملة من معاصريه و اختاره، و كما يظهر هذا القول من الاستاذ المحقق _ مدظله _ (3).

و الفرق بين الأقوال: فى القول الأوّل لا- يترتب على عبادات الصبى ثواب له أصلاً، و على القولين الأخيرين يترتب عليها الثواب له ولكن على الثانى يترتب على نفس عباداته من الصلاة و الصيام و على الثالث يترتب على التمرين بالعبادة لانفسها.

و كذلك تظهر الثمرة فى جواز نيابة الصبى عن ميت، أو حىّ بالأ-جرة أو بدونها، فعلى القول الثانى يجوز نيابته و على القولين _ الأوّل و الثالث _ لا يجوز.

أمّا القول المختار و دليله:

فقد يقال: اطلاق الخطابات الشرعية نحو قوله تعالى: «اقيموا الصلاة»(4) «كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ»(5) «لله على الناس حج البيت»(6) «و اعلموا انما غنمتم من شىء فان لله خمسهُ...»(7) تشمل الصبى الذى يتمشى منه القصد فتصح منه العبادة و لا يعارضه حديث رفع القلم عن الصبى 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 فى رفع مشروعية العمل و محبوبيته، نعم الإلزام به و كلفته و المؤاخذه فى تركه مرفوعة و أمّا

ص: 67

1-1 . الحدائق 13/53.

2-2 . العناوين 2/666 و 672.

3-3 . راجع تحقيق الاصول 3/378.

4-4 . سورة البقرة /43.

5-5 . سورة البقرة /183.

6-6 . سورة آل عمران /97.

7-7 . سورة الأنفال /41.

أصل مشروعيتها و مطلوبيتها باق كما هو مختار المحقق العراقي (1) و السيد الحكيم. (2)

وفيه: الوجوب بسيط و ليس مُرْكَبًا 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 مشروعيتها، إلاّ على القول بأنّ المرفوع هو المؤاخذة فقط ولكنه لا يتم عندنا، كما يظهر هذا الاشكال من السيد الخوئي في كتابه. (3)

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 (4):

منها: صحيحة محمد بن مسلم* عن أحدهما عليهما السلام في الصبي متى يصلّي؟ فقال: إذا عقل الصلاة، قلت: متى يعقل الصلاة و تجب عليه؟ قال: لِسِتِّ سنين. (5)

و هذه الصحيحة محمولة على الاستحباب لأننا نعلم بأنّ الوجوب مشروط بالبلوغ.

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: إنّنا نأمر صبياننا بالصلاة، إذا كانوا بنى خمس سنين، فمروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا بنى سبع سنين، الحديث. (6)

و منها: خبر اسحاق بن عمار* عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا أتى على الصبي ست سنين و جب عليه الصلاة، و إذا أطاق الصوم و جب عليه الصيام. (7)

و هو محمولٌ على الاستحباب، ولكنّ في السند ضعفاً بمحمد بن الحصين لأنّه مهمل أو مجهول.

ص: 68

1-1 . نهاية الأفكار 1/399.

2-2 . حقائق الاصول 1/342.

3-3 . مصباح الفقاهة 3/242، المحاضرات في اصول الفقه 3(264-266).

4-4 . قد جعلت علامة* لما تدل على مشروعيتها حتّى تتميز من روايات الامر بالامر.

5-5 . وسائل الشيعة 4/18، ح 2، الباب 3 من أبواب أعداد الفرائض.

6-6 . وسائل الشيعة 4/19، ح 5.

7-7 . وسائل الشيعة 4/19، ح 4.

و منها: خبر عبد الله بن فضالة عن أبي عبد الله أو أبي جعفر عليهما السلام _ فى حديثٍ _ قال: سمعته يقول: يترك الغلام حتى يتم له سبع سنين، فإذا تم له سبع سنين قيل له: اغسل وجهك وكفيك فإذا غسلهما قيل له: صلّ، ثم يترك حتى يتم له تسع سنين، فإذا تمت له علم الوضوء و ضرب عليه و أمر بالصلاة و ضرب عليها، فإذا تعلم الوضوء و الصلاة غفر الله لوالديه إن شاء الله. (1)

و منها: خبر الأربعمائة عن على عليه السلام: علموا صبيانكم الصلاة و خذوهم بها إذا بلغوا ثمانى سنين. (2)

و منها: ما رواه السيد فضل الله الراوندى بإسناده عن موسى بن جعفر عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: قال على عليه السلام: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: مروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء ست سنين و اضربوهم إذا كانوا أبناء سبع سنين و فرقوا بينهم فى المضاجع إذا كانوا أبناء عشر سنين. (3)

و منها: خبر الجعفرىات بإسناده عن جعفر بن محمد عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله، مروا صبيانكم بالصلاة إذا كانوا أبناء عشر سنين. (4)

و منها: معتبرة الفُضَيْلِ بْنِ يَسَارٍ قَالَ: كَانَ عَلَى بْنِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ يَأْمُرُ الصَّبِيَانَ يَجْمَعُونَ بَيْنَ الْمَغْرَبِ وَالْعِشَاءِ، وَيَقُولُ: هُوَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يَنَامُوا عَنْهَا. (5)

و منها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنا نأمر صبياننا بالصيام إذا كانوا بنى سبع سنين بما أطلقوا من صيام اليوم فإن كان إلى نصف النهار أو أكثر من ذلك أو أقل، فإذا غلبهم العطش و الغرث أفطروا حتى يتعودوا الصوم و يطيقوه، فمروا صبيانكم إذا

ص: 69

1-1 . وسائل الشيعة 4/20، ح 7.

2-2 . وسائل الشيعة 4/20، ح 8.

3-3 . مستدرک الوسائل 3/18، ح 2، الباب 3 من أبواب أعداد الفرائض.

4-4 . مستدرک الوسائل 3/19، ح 3.

5-5 . وسائل الشيعة 4/21، ح 1، الباب 4 من أبواب أعداد الفرائض.

كانوا بنى تسع سنين بالصوم ما أطاقوا من صيام، فإذا غلبهم العطش أفطروا. (1)

الغرض: الجوع

ومنها: صحيحة زرارة* عن أحدهما عليهما السلام قال: إذا حَجَّ الرجل بِأَنِّه وهو صغير فإِنَّه يأمره يلبى ويفرض الحج، فإن لم يُحسن أن يلبى لبوا عنه ويطاف به ويصلّى عنه، قلت: ليس لهم ما يذبحون، قال: يذبح عن الصغار ويصوم الكبار، ويتقى عليهم ما يتقى على المحرم من الثياب والطيب، وإن قتل صيدا فعلى أبيه. (2)

منها: خير أبان بن الحكم* قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: الصبى إذا حجَّ به فقد قضى حجة الإسلام حتى يكبر، الحديث. (3)

ولكن استشكل المحقق الخراساني (4) في دلالة هذه الروايات بتوضيح متّأ: بأن المحتمل في مقام الثبوت بالنسبة إليها ثلاثة وجوه:

الأول: أن يكون الغرض قائما بنفس الأمر، كأن يأمر بالأمر لمصلحة إثبات أمرية الثانى.

الثانى: أن يكون الغرض قائما بالفعل المأمور به _ الثانى _ كما في قوله تعالى: «بلغ ما أنزل اليك» (5).

الثالث: أن يكون الغرض قائما بالفعل الحاصل من المأمور _ الثالث _ بشخصه المنبعث من أمر هذا الأمر الثانى.

ومع هذه المحتملات الثلاثة لا يدلّ الأمر بالأمر في مقام الإثبات على كونه أمرا به إلاّ بقرينة تعيّن أنّه المحتمل الثالث، وهى مفقودة.

ص: 70

1-1 . وسائل الشيعة 10/234، ح3، الباب 29 من أبواب من يصح منه الصوم.

2-2 . وسائل الشيعة 11/288، ح5، الباب 17 من أبواب أقسام الحج.

3-3 . وسائل الشيعة 11/45، ح1، الباب 13 من أبواب وجوب الحج وشرائطه.

4-4 . راجع كفاية الاصول 1/269، مع تعليقة الشيخ عباس على الزارعى السبزواري، طبعة جماعة المدرسين، عام 1426.

5-5 . سورة المائدة/67.

و تبعه في هذه المحتملات و الإجمال المحقق الروحاني (1) قدس سره .

جوابه: ما ذكره المحقق الخراساني قدس سره جار في «العلم» لأنه قد يؤخذ جزءاً للموضوع و قد يؤخذ تمام الموضوع و قد يؤخذ طريقاً ولكن الإرتكاز العرفي من الأمر هو الطريقية إلى مطلوبية الشيء فقط (2) و الشاهد عليه «إذا أمر المولى أحد عبيده أن يأمر عبده الآخر بكذا، و اطلع عليه العبد الآخر من غير توسط أمر المأمور و ترك الفعل، فإنه مع اعترافه بالاطلاع يؤاخذ المولى بتركه» (3).

و احتمالان الآخران لا يقاومان هذا الإرتكاز العرفي و الظهور العقلائي، فما ذكره المحقق الخراساني رحمه الله 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 الطريقية لم تثمر شرعية عبادات الصبي، «لأن غاية ما يفيد ذلك هو تعلق غرض للأمر الأول بذلك الفعل كالصلاة، ولكن هل الغرض هو نفس الغرض في عبادات البالغين أو أن هناك في أمر الصبي بالصلاة غرضاً آخر؟... بل إنها صريحة في أنه «التعويد» ففي صحيحة الحلبي المتقدمة (4)... و على هذا فإن الغرض بالفعل متحقق، لكنه غرض آخر غير الغرض القائم بصلاة البالغين...» (5).

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

ص: 71

1-1 . راجع منتقى الأصول 2/515.

2-2 . راجع المحاضرات 3/ (266-264).

3-3 . الشاهد مأخوذ من شيخنا الاستاذ رحمه الله في كتابه «دروس في مسائل علم الأصول» 2/293.

4-4 . وسائل الشيعة 10/234، ح 3.

5-5 . تحقيق الاصول 3/378.

المشروع على خصوصه كما هو واضح عنده وعند الكلّ، و كما اعترف بأنّه حكمه الفقيه السبزواری رحمه الله. (1)

وعليه دلالة الأمر الوارد بأمر الأولياء أولادهم بالصلاة والصيام على مشروعية عبادات الصبي تامّة كما عليه المحقق السيّد الخوئي (2) و شيخنا الاستاذ (3) رحمهما الله .

مضافا إلى وجود عدّة من الروايات الواردة في تكليفهم بالعبادات الدالة على مشروعيتها نحو: صحيحة محمّد بن مسلم و خبر اسحاق بن عمار و صحيحة زرارة و خبر أبان بن الحكم، الماضيات كلّها آنفا (4) و الحمد لله أولاً و آخراً.

العاشر: التفصيل في معاملات الصبي بين الخطير و الحقير

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 دفعا للخرج في بعض الأحيان» (5).

وقال الشيخ اسدالله التستري بعد نقل كلام صاحب المفاتيح: «و يمكن أن يستأنس لذلك، مضافا 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. (6)

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

ص: 72

1-1 . مهذب الأحكام 16/277.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/243.

3-3 . دروس في مسائل علم الاصول 2/293.

4-4 . مع علامة* .

5-5 . مفاتيح الشرائع 3/46.

6-6 . التهذيب 6/252، ح 650 و نقل عنه في وسائل الشيعة 27/344، ح 5، الباب 22 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»(1).

وجوه الاستدلال على هذا التفصيل:

الأول: الحرج

بتقريب: أن الحكم ببطان المعاملة في المحقرات يستلزم الحرج المنفي في الشريعة المقدسة، فنفية يقتضى 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 أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها، أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء النساء على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة»(2).

ثم ذكر أنه لو أراد استقلال الصبي في البيع و الشراء بماله دون إذن الولي في المحقرات يكون مخالفاً للاجماع.(3)

و ثانياً: على فرض تحقق الحرج فهو ينفي الحكم الشرعى و لا يثبت كما مرّ مراراً. لأنه 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 الحمامى، أو شرب ماء السقائين و وضع القيمة المتعارفة في الموضع المعدّ لها، فحينئذ يرتفع الحرج من الأساس و لا يتم التفصيل.

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

ص: 73

1-1 . مقابس الأنوار /113.

2-2 . المكاسب 3/287.

3-3 . المكاسب 3/287.

من معاملاته فلا يكون حرجاً أصلاً لأنّ الولي أجازته فيكون بيعه صحيحاً وكذلك معاملاته.

الثاني: السيرة

وهي مذكورة في كلام المحقق التستري رحمه الله و مراده: قيام السيرة المستمرة الثابتة عند المتشعبة من الحكم بالصحة في معاملات الصبي في الأشياء الحقيقية.

ويرد عليها: أولاً: نعم، وجود هذه السيرة عند المتشعبة ممّا لا ينكر، ولكنّها لا تثبت صحة معاملات الصبي في المحقرات، لإمكان القول بأنّه كالألة في غيرها من المعاملات الحقيقية وجعل الثمن في المكان المعدّله كما مرّ.

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

وثالثاً: قد عرفت من المحقق التستري المستدلّ 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»(1).

الثالث: موثقة عبید بن زرارة(2)

الماضية المذكورة في كلام المحقق 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 شىءٍ بالقياس المردود في الشريعة المقدسة و لعلّ من جهة أهمية الشهادة و عدم تعطيل الحقوق و ردت هذه الرواية.

ص: 74

1-1 . مقابس الأنوار /113.

2-2 . وسائل الشيعة 27/344، ح5.

الرابع: فعل أبي الدرداء (عُوَيْمِنُ بْنُ زَيْدٍ)

قال العلامة في التذكرة: «ولا فرق بين الشئ ع اليسير والكثير في المنع من تصرّف غير المميّز. وقال أحمد: يصحّ تصرّف غير المميّز في الشئ ع اليسير، لأنّ أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي وأرسله.

وفعله ليس حجةً، و جاز أن يكون قد عرف أنّه ليس ملكا للصبي فاستنقذة منه»(1).

أقول: قد يظهر من العلامة؛ تقريب الدلالة ونقدها 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 عُرُفت بصنعة يدٍ، و نهى عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده فإنّه إن لم يجد سرق.(2)

للاستدلال بهذه الرواية أربعة تقرّيبات:

التقريب الأوّل: علّل النهي عن كسب الصبي بأنّه «إن لم يجد سرق» و مع إمكان التعليل بعدم المقتضى لم تصل النوبة إلى التعليل بوجود المانع، وإذا 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 وبالذات، أو لا أقل من وجود مقتضى الصحة فيها، لأنّ مع وجود التعليل الذاتي لم تصل النوبة إلى التعليل العرضي.

التقريب الثاني: النهي الوارد فيها يكون نهياً تنزيهياً، لا تحريمياً فيكون ظاهراً في الكراهة لا الحرمة، ولذا استفاد منها صاحب الوسائل الكراهة وقال في عنوان الباب: «كراهة كسب الصبيان الذين لا يحسنون صناعة...»(3).

ص: 75

1-1 . تذكرة الفقهاء 14/243.

2-2 . وسائل الشيعة 17/163 ح1، الباب 33 من أبواب ما يكتسب به.

3-3 . وسائل الشيعة 17/163.

و الكراهة فى المعاملة تجتمع مع الصحة حتى فى مورد الكراهة و أما فى غيرها فواضح.

التقريب الثالث: سياق الرواية يقتضى صحة معاملات الصبى لأنّ المعاملة على مكتسبات الإمام صحيحة أولاً و بالذات ولكن نهي عنها ثانياً و بالعرض باحتمال أنها «إذا لم تجد زنت» فكذلك الأمر فى الصبى.

التقريب الرابع: تقييد الموضوع بـ «الذى لا يحسن صناعة بيده» ظاهرٌ فى عدم فساد معاملة الصبى، فلو كانت معاملته باطلة يلغى هذا التقييد، لأنّ معاملته باطلة سواء أحسن صناعة أم لم يحسنها.

مع إضافة نكتة حتى تتمّ دلالتها على التفصيل المذكور و هى عدم معهودية إيكال المعاملات الخطيرة و المهمة إلى الصبيان و الإمام و العبيد فى تلك العصور و فى زماننا هذا، فالنهي الوارد فيها يختص بالمحقرات و تدلّ على التفصيل، و ليس فيها إطلاق حتى تشمل المعاملات المهمة الخطيرة و فحينئذ تدل على المطلوب. كما تظهر هذه النكتة الأخيرة من المحقق السيّد الخمينى (1) قدس سره و الأستاذ المحقق (2) _ مدّله _ .

و أمّا نقد تقاريب دلالتها:

قال المحقق الاصفهاني فى نقد التقريب الأوّل: «أولاً: فبأنّ المراد بالكسب، و إن كان مكسوبه، لا المعنى المصدري و إلا فمع فرض الموضوع لا يعقل احتمال السرقة فيه، بل المكسوب العرفى أى ما استفاده بمعاملة أو بالتقاط أو بحيازة أو باستعطاء من الغير أو بسرقة، فليس الاكتساب المعاملى مفروضاً حتى إذا لم يحرم مع العلم بعدم السرقة يكون دليلاً على نفوذ معاملته ليكون من قبيل الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى فى الحكم بعدم مقتضاه.

و أمّا ثانياً: فإنّه لو فرض تحقق الاكتساب المعاملى، كما إذا نهى عن التصرف فى

ص: 76

1-1 . كتاب البيع 2/35.

2-2 . العقد النضيد 2/472.

ما اكتسبه بالمعاملة من لاييالى بالربا، فإنّ النهى بلحاظ هذه الحيثية، لا بلحاظ إنفاذ معاملته مع عدم هذا الاحتمال، بل كسبه نافذ جائز بقواعده، فربّما يجوز وربّما لا يجوز»(1).

و اعترض عليه المحقّق الأردكاني بقوله: «إمّا ما ذكره أولاً... ففيه: أولاً: أنّه لا يبعد دعوى ظهور الكسب فى المكسوب المعاملى.

و ثانيا: سلمنا أنّ المراد منه المكسوب العرفى 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 منهيّاً وإلاّ لزم المحذور المذكور من الاستناد إلى المانع مع عدم المقتضى فى الحكم بعدم اقتضاه.

و أمّا ما ذكره ثانيا... ففيه: أنّه إذا كان النهى بلحاظ ذلك الاحتمال فيستفاد منه جواز التصرف فيما اكتسبه مع قطع النظر عنه فيكشف عن دخوله فى ملكه اللازم منه نفوذ معاملته وإلاّ لو لم يجز التصرف فيه مع قطع النظر عنه اللازم منه فساد معاملته من أصلها، لا وجه لكون النهى بلحاظ ذلك الاحتمال لاستلزامه المحذور المتقدّم»(2).

أقول: مضافا 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 أولاً.

و ثانيا: يطرق فى النهى الحيثي أيضا نفوذ معاملته وإلاّ لا يصح النهى عنها حتّى بهذه الحيثية، لما مرّ فى تقريب الاستدلال.

وقال المحقّق الاصفهاني فى نقد التّقرّيبين: الثانى و الثالث: «أنّ النهى حيثيٌّ لجهتيّ لرعاية هذا الاحتمال الراجح مع حفظ سائر الجهات، بحيث إذا أذن الولي فى التصرف فيما بيد الغلام لا ترفع الكراهة مع هذا الاحتمال، وإلاّ مع عدم إذن الولي لا يجوز

ص: 77

1-1 . حاشية المكاسب 2/26.

2-2 . غنية الطالب 2/255.

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»⁽¹⁾

وردّه المحقّق الأردكاني بقوله: «ففيه: إنّ النهي إذا كان من حيثية خاصة فالظاهر منه انتفائه من سائر الحيثيات والجهات»⁽²⁾.

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

وأما ما ذكره المحقّق الأردكاني ففيه: إمكان اجتماع النهي الحيثي والجهتي مع سائر الجهات والحيثيات كما لا يخفى.

وقال 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»⁽³⁾.

وردّه 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 فإنّه يكون احتمال كونه ممّا اكتسبه بصناعة يده في حقّه احتمالاً راجحاً فيدل على نفوذ معاملته في الجملة فتأمل»⁽⁴⁾.

نقد الشيخ الأعظم على دلالة المعتمدة:

يقول بتوضيح ممّا: تتّم دلالتها على التفصيل بتقريباتها المتعددة بناءً على أن الكسب الوارد فيها أريد به معناه المصدري من بيع أو شراء أو تجارة أو إجارة ونحوها ولكن إن أريد به معناه الاسم المصدري أي مكسوب الغلام وما وقع في يده لم تتم

ص: 78

1-1 . حاشية المكاسب 2/26.

2-2 . غنية الطالب 2/255.

3-3 . حاشية المكاسب 2/26.

4-4 . غنية الطالب 2/255.

وبناءً على ارادة المكسوب من الكسب _ أى معناه الاسم المصدرى _ لم يفرض فى الرواية كراهة معاملة الصبى حتى يستفاد منها صحتها، بل المراد منها حزاة التصرف فى ما بيد الصبى بلا فرق بين كيفية حصوله فيه من التقاط يجوز تملكها، أو أجرة إيجار، أو حيازة مباح، أو عمل من دون إيجار فأعطاه الأمر أجرة مثله، أو غيرها من أنواع استحصال المال و اكتسابه.

فالمعتبرة تدل على كراهة التصرف بما فى يد الصبى بالبيع وغيره من أنواع التصرف لاحتمال كونه من الوجوه المحرّمة، نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممّن لا يبالى بالمحرّمات، ولا تدل على كراهة المعاملة مع الصبى فلا تتم التقاريب المتعددة. (1)

وفيه: أولاً: هذا النقد مُنافٍ لما تقدم من الشيخ الأعظم (2) من عدم اعتبار قصد الصبى وقبضه وإقباضه (3) وإنشائه العقود أصالة ووكالة، فقصده بالنسبة إلى الحيازة و التملك باطل وكذلك إيجاره بل عمله لأنه يتحققه من دون قصد امتثال أمر الأمر فلا يستحق حتى أجرة المثل، فلا- يستحصل للصبى ما فى يد صحيح من هذه الأمور، فلا يمكن لغيره _ بلا فرق بين الولى وغيره _ بل نفسه التصرف فيه بل لايجوز ويحرم، ولا يكون مكروهاً أو حزاة فى التصرف.

و ثانياً: حمل الكسب على معناه الاسم المصدرى بمعنى المكسوب يكون خلافاً للظاهر ويحتاج إلى قرينة وهى مفقودة فى المقام.

نقد المحقق السيّد الخوئى فى دلالتها

قال قدس سره: «إنّ المراد من كلمة «الكسب» المضافة إلى كلمة «الغلام» فى الرواية إمّا المعنى المصدرى، أو يراد منها المكسوب المعبر عنه باسم المصدر.

ص: 79

1-1 . راجع المكاسب 3/287.

2-2 . راجع المكاسب 3/284.

3-3 . كما أشار إليه الفقيه اليزدى فى حاشيته 2/23.

وعلى الأوّل فالمراد من الكسب هو الكسب المتعارف أعنى به مباشرة الصبى التجارة عند احتياج وليه إلى ذلك، الا أنّ هذه المباشرة ليست مباشرة استقلالية بل مباشرة تبعية، وأنّ الصبى _ وقتئذ _ بمنزلة الآلة لوليه فى إيجاد المعاملة بينه وبين المشتري. وقد تعارف هذا المعنى فى الخارج كثيراً، إلا أنّ الامام عليه السلام [النبى صلى الله عليه وآله] قد نهى عنه تنزيهاً معللاً بأنّه إذا لم يحصل من تجارته شىء سرق خوفاً من وليه. و القرينة على هذه الدعوى قوله عليه السلام فى صدر الرواية: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن كسب الإمام فإنّها إن لم تجد زنت، مع أنّه لا شبهة فى نفوذ كسب الأمة بإذن مولاها. يؤيد ما ذكرناه: أنّ النبى صلى الله عليه وآله قد قيّد النهى عن كسب الأمة والغلام بعدم معرفتهما صناعة اليد، فإنّه مع العلم بذلك لا يقع الصبى على السرقة ولا أنّ الأمة تقع على الزنا، لأنّه _ وقتئذ _ ينتفى ما يوجب السرقة والزنا أعنى به الفقر، ضرورة أنّهما متمكّنان من تحصيل المال.

وعلى الثانى: فالمراد من كسب الغلام ما يتحصّله من الأموال بطريق الالتقاط أو الاستعطاء أو الحيازة من المباحات الأصلية كما أنّ المراد من كسب الأمة على هذا الاحتمال ما تتحصّله بإحدى الطرق المذكورة.

وعليه فحكمة النهى عن كسب الغلام صيانتة عن الاستراق من الناس كما أنّ حكمة النهى عن كسب الأمة محافظتها عن الفجور»(1).

ويرد على قسمه الأوّل _ أى المعنى المصدري للكسب _ إذا كانت مباشرته للكسب تبعية وأنه بمنزلة الآلة لوليه فلا يصدق عليه أنّه كسب الصبى ولا يتطرّق إليه احتمال السرقة.

وكذلك إن كانت تبعية كسبه عنده أنّه بمنزلة الصندوق والكوز المعدّ لوضع المال فيه. هذا أوّلاً.

وثانياً: إن كان مراده كسب الصبى بإذن وليه وإن كان صحيحاً عندنا ولكن القوم يذهبون إلى بطلان معاملاته مطلقاً سواء كانت بإذن وليّه أم لا.

ص: 80

و يرد على قسمه الثاني _ أى المعنى اسم المصدرى للكسب _ ما أوردناه على الشيخ الأعظم قدس سره بعنوان ثانيا، فلا نعيد.

و الحاصل: حيث مرّت المناقشة فى نقود التقريرات و كذا المناقشة فى تَقْدَى الشيخ الأعظم و المحقق السيّد الخوئى فلا بدّ من الأخذ بدلالة معتبرة السكونى على صحة معاملات الصبى الذى يحسن صنعة بل على صحة معاملاته مطلقا بعد حمل النهى على التنزيه و الكراهة بقرائن الصدر و التعليل و التقييد، و السياق عند من يعتبره، ولكن فى المحقرات فقط بقريئة عدم معهودية إيكال المعاملات المهمّة إليه فى تلك العصور، فتدلّ على تفصيل الفيض الكاشانى.

بلا فرق بين مسلكى المشهور من بطلان معاملات الصبى و المسلك المختار من صحتها مع إذن الولى، فبدلالة هذه المعتمدة يحكم على صحة معاملات الصبى فى المحقرات على مسلك المشهور، و عدم احتياجها إلى إذن الولى على المسلك المختار.

فلا يتم ما ذكره الشيخ الأعظم بالنسبة إلى تفصيل الفيض من قوله: «و كيف ما كان فالقول المذكور فى غاية الضعيف»(1).

و نحن نوافق فى دلالة المُعْتَبَرَةِ فى الجملة الفقيه السيّد اليَزْدِيّ(2)، و بالجملة السيّد الخميني(3) و الشيخ الأزدكاني(4) رحمهم الله، و الحمد لله.

الحادى عشر: التفصيل فى معاملات الصبى بين استقلاله و آليته

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

ص: 81

1-1 . المكاسب 3/287.

2-2 . راجع حاشية المكاسب 2/23.

3-3 . كتاب البيع 2/35.

4-4 . غنية الطالب 2/255.

يمكن فيه دعوى إتفاق الأمة»(1).

وزاد تلميذه السيّد العاملي عليه: «.. و هل معاطاة كما هو الظاهر أو إباحة أخرى غير المعاطاة؟ احتمالان. وقد تقدّم لنا ما يرجح الأوّل»(2).

أقول: الحق أنّه 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 التعاطى فيها، ولكن ناقش في هذا التفصيل الشيخ الأعظم بوجهين:

الأوّل: عدم اعتبار سيرة المسلمين هنا لأنّها تمكن أن تكون حادثةً أو صادرةً ممّن يتساهلون بأحكام الشرع كما فعلهم بعضهم بالنسبة إلى بعض المعاصى نحو: الكذب و الغيبة و الرّشى و حلق اللّحي [بضمّ اللّام و كسّرِها]، قال الشيخ الأعظم: «و فيه إشكال، من جهة قوة احتمال كون السيرة ناشئة من عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة»(3)!

وفيه: 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 سيرة 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 بقلّس، و إلى من بلغ ثمانى 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 أظن أنّ القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل»(4).

وفيه: لا بأس بالأخذ بالسيرة في هذا التفصيل المذكور في كلامه كما يأتي من

ص: 82

1-1 . رياض المسائل 8/217.

2-2 . مفتاح الكرامة 12/549.

3-3 . المكاسب 3/288.

4-4 . المكاسب 3/289.

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 رده على الصبي، بل على وليّه إن كان للصبي و على مالكة إن كان لكامل» (1).

أقول: ولكن المختار هو ما عليه سيّد الرياض من نفوذ معاملاته إذا كان آلة لوليه أمّا بناءً على مسلكنا فواضح وأمّا بناءً على مسلك المشهور فالسيرة تقيّد بطلان معاملته ولا بأس بالتزام بالسيرة المذكورة في كلام الشيخ الأعظم كما عن الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «الالتزام به قريب جدّاً» (2). ومن 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...» (3). وهذا الأخير محمول على الآلية وقد حكم فيها بالبراءة من الضمان.

و العجب من الشيخ الأعظم حيث استشكل في الآلية ثم ذكر تَعَمِيمَهَا إلى المجنون والسكران بل البهائم وفي الأمور الخطيرة. ثم خصّصها بالصبي والمحقرات لأنّهما المتيقن من السيرة. (4)

الثاني عشر: هل معاملة الصبي تقيّد إباحة التصرف؟

قال جدُّنا 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. ولو قيل بتملّك الأخذ منهم لدلالة مأذونيته في جميع التصرفات فيكون موجبا قابلاً لم يكن بعيداً» (5).

ص: 83

1-1 . نهاية الأحكام 2/454.

2-2 . حاشية المكاسب 2/24.

3-3 . نهاية الأحكام 2/454.

4-4 . راجع المكاسب 3/294.

5-5 . كشف الغطاء 1/256.

وقال تلميذه الشيخ أسدالله التستري في توضيح كلام استاذة: «أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة 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 منافيا له و لا يعتمد على ذلك أيضا في مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا»(1).

ثم اعترض الشيخ الأعظم على التلميذ المؤصَّح بإشكالين:

الأول: الاكتفاء في المعاطاة بمجرد الرضا من دون إنشاء إباحة أو تملك ممنوع(2) كما مرّ في ثامن تنبيهات المعاطاة.(3)

الثاني: المناط في تصحيح معاملة الصبي و كونها تقييد الإباحة هو التراضي من المالكين و العلم به في كلامه، و هذا أخص من المدعى و هو ترتب الإباحة على معاملة الصبي مطلقا.(4)

ثم اعترض الشيخ الأعظم على كاشف الغطاء في كلامه الأخير من نفى البعد عن ترتب الملك على معاملة الصبي المميّز إذا كان مأذونا من وليّه، بإشكالين:

الأول: «إنّ تولّى وظيفة الغائب _ و هو مَنْ أذنَ للصغير_ إن كان ياذن منه فالمفروض انتفاؤه، و إن كان بمجرد العلم برضاه فالاكتفاء به في الخروج عن موضوع الفضولي مشكل، بل ممنوع»(5).

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

ص: 84

-
- 1-1 . مقابس الأنوار /113 و نقل عنه الشيخ الأعظم في المكاسب 3/291 و 290.
 - 2-2 . راجع المكاسب 3/292.
 - 3-3 . راجع المكاسب 3/112.
 - 4-4 . راجع المكاسب 3/293.
 - 5-5 . المكاسب 3/293.

أقول: ولكن إشكاله الأول على آخر كلام الجَدِّ قدس سره مُنافٍ لِقَوْلِهِ فِي بَيْعِ الْفُضُولَى مِنْ تَرْجِيحِ خُرُوجِ الْمَعَامَلَةِ الْمَقْرُونَةِ بِرِضَا الْمَالِكِ عَنْ بَيْعِ الْفُضُولَى مَوْضُوعاً أَوْ حَكْماً حَيْثُ يَقُولُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ هُنَاكَ: «وَإِنْ كَانَ الَّذِي يَقْوَى فِي النَّفْسِ _ لَوْ لَا _ خُرُوجَهُ عَنْ ظَاهِرِ الْأَصْحَابِ _ عَدَمُ تَوَقُّعِهِ عَلَى الْإِجَازَةِ الْلَا حَقَّةَ بَلْ يَكْفَى فِيهِ رِضَا الْمَالِكِ الْمَقْرُونِ بِالْعَقْدِ سِوَاءِ عِلْمِ بِهِ الْعَاقِدِ، أَوْ انْكَشَفَ بَعْدَ الْعَقْدِ حَصُولُهُ حِينَهُ، أَوْ لَمْ يَنْكَشَفْ أَصْلاً فَيَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى إِمْضَاءُ مَا رَضَى بِهِ وَتَرْتِيبُ الْآثَارِ عَلَيْهِ...»(2).

تَبَّ عَلَى هَذَا التَّنَافِي الْمَحْقَقِ الْمَرْجُوحِ(3) رَحِمَهُ اللَّهُ .

ثُمَّ إِنَّ الْمَذْكُورَ فِي كَلَامِ الْجَدِّ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ جُلُوسَ الصَّبِيَّانِ مَقَامِ أَوْلِيَائِهِمْ فِي الْمَعَامَلَاتِ أَوْ تَظَاهِرَاتِهِمْ عَلَى رُؤُوسِ الْأَشْهَادِ فِيهَا يَوْجِبُ حَصُولَ الظَّنِّ النَّوْعِيِّ بِإِذْنِ أَوْلِيَائِهِمْ لَا سِيمَا فِي الْمَحْقَرَاتِ وَهَذَا الظَّنُّ النَّوْعِيُّ يَعُدُّ أَمَارَةً عَرْفِيَّةً عَلَى الْإِذْنِ، وَإِذَا نُسِبَتْ الْمَعَامَلَةُ إِلَى الْوَلِيِّ صَارَتْ نَافِذَةً.

وَهَذَا التَّقْرِيرُ عَلَى مَسَلِكِنَا مِنْ صِحَّةِ مَعَامَلَاتِهِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ وَاضِحٌ وَعَلَى مَسَلِكِ الْمَشْهُورِ مِنْ بَطْلَانِ مَعَامَلَاتِهِ يَخْصُصُ بِهَذِهِ الْأَمَارَةَ النَّوْعِيَّةَ وَبَعْدَ نَسْبَتِهَا إِلَى الْوَلِيِّ تَكُونُ صَحِيحَةً، وَالْحَمْدُ لِلَّهِ.

ص: 85

1-1 . المكاسب 3/294.

2-2 . المكاسب 3/347.

3-3 . هدى الطالب 4/87.

لم يذكره الشيخ الأعظم لوضوحه⁽¹⁾، ولذا أذكره باختصار:

وقد صرح باشرطه كل من المحقق في الشرائع⁽²⁾، والعلامة في القواعد⁽³⁾ والتذكرة⁽⁴⁾ والنهاية⁽⁵⁾، والشهيد الأول في الدروس⁽⁶⁾، والشهيد الثاني في المسالك⁽⁷⁾، والمحقق الثاني في جامع المقاصد⁽⁸⁾، والأردبيلي في مجمع الفائدة⁽⁹⁾، والبحراني في الحدائق⁽¹⁰⁾، وأصحاب الرياض⁽¹¹⁾ وشرح القواعد⁽¹²⁾ والمستند⁽¹³⁾ والمفتاح⁽¹⁴⁾ و

ص: 86

- 1-1 . قل في المفتاح 12/551 «و من تركه فلبداهته...».
- 2-2 . الشرائع 2/8.
- 3-3 . قواعد الأحكام 2/17.
- 4-4 . تذكرة الفقهاء 10/11.
- 5-5 . نهاية الإحكام 2/455.
- 6-6 . الدروس الشرعية 3/192.
- 7-7 . مسالك الأفهام 3/154.
- 8-8 . جامع المقاصد 4/61.
- 9-9 . مجمع الفائدة والبرهان 8/155.
- 10-10 . الحدائق 18/367.
- 11-11 . رياض المسائل 8/216.
- 12-12 . شرح القواعد 2/38.
- 13-13 . مستند الشيعة 14/266.
- 14-14 . مفتاح الكرامة 12/551.

الجواهر(1). قدس الله أسرارهم.

و استدل عليه بالأدلة التالية:

أ: الكتاب

قال الله تعالى: «و لا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً»(2) و المجنون من أظهر مصاديق السفية و لذا قال صاحب مجمع البيان في مقام عد أقسام السفهاء: «... و ثالثها: أنه عام في كل سفية من صبي أو مجنون أو محجور عليه للتبذير و قريب منه ما روى عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال: إن السفية شارب الخمر و من جرى مجراه و هذا القول أولى لعمومه»(3).

و قال الشيخ: «و الأولى 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...»(4).

ب: العقل

حاكم بعدم نفوذ معاملات المجنون في الجملة و كل ما حكم به العقل حكم به الشرع. كما طبقت عليه الامامية و سائر العديّة. و لعل أول من استدل بالعقل لاعتباره هو المحقق الأردبيلي(5) و تبعه صاحب المفتاح(6).

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

ص: 87

1-1 . الجواهر 22/265.

2-2 . سورة النساء /5.

3-3 . مجمع البيان 3/8.

4-4 . التبيان 3/113.

5-5 . مجمع الفائدة و البرهان 8/155.

6-6 . مفتاح الكرامة 12/551.

المجنون عندهم ولم يردع عنه الشارع بل يقرّها و يَمْضِيهَا بالدليل السابق و الأدلة التالية.

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

ج: الإجماع

الوارد في كلام السيّد ابن زهرة في الغنية(1) و قال العلامة: «و لاخلاف بين العلماء كافّة في الحجر على المجنون مادام مجنوناً و أنّه لا ينفذ شىء من تصرفاته لسلب أهليته عن ذلك»(2).

و صرح بادعاء الإجماع الأردبيلي(3) و كاشف الغطاء(4).

و سيّد الرياض(5) و الفاضل النراقي(6) تقيّم الخلاف عنه و تبعهما صاحب الجواهر و زاد: «بل الإجماع بقسميه عليه بل الضرورة من المذهب بل الدين...»(7).

د: السنة

تدل عليه منها حديث رفع القلم لأنّ فيه: «... و عن المجنون حتّى يفيق»، الحديث(8).

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

ص: 88

1-1 . الغنية /210.

2-2 . تذكرة الفقهاء 14/201.

3-3 . مجمع الفائدة و البرهان 8/155.

4-4 . شرح القواعد 2/42.

5-5 . رياض المسائل 8/216.

6-6 . مستند الشيعة 14/266.

7-7 . الجواهر 22/265.

8-8 . الارشاد 1/202، وسائل الشيعة 1/45، ح 11.

إشارة

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...»⁽¹⁾.

أقول: عدم اعتبار قصد المجنون تام ولكن قد مرّ منّا في الفرع الثالث و ما بعده من فروع البلوغ اعتبار قصد الصبي.

فرعان:

الأول:

قال في التذكرة: «المجنون إن كان له حال إفاقة فباع أو اشترى فيها صحّ وإلا فلا. ولو ادعى الجنون حال العقد، قدّم قوله. ولو لم يعرف له حالة جنون قدّم مدعى الصحة»⁽²⁾.

وقال في حبرها: «نعم، ينفذ تصرفه حال إفاقة إذا عُرِفَ رشده ولا ينفذ حالة جنونه بلا خلاف»⁽³⁾.

أقول: صحة معاملات المجنون الأدوارى في حال إفاقة مع تحقق سائر الشرائط تامة، و ما ذكره في الادعاء الأول مطابق للأصل الأولى في المعاملات و هو عدم نفوذها، الإدعاء الثانى مطابق للأصل العدمى وغيرهما محتاج إلى البيّنة.

الثانى:

وقال فيه أيضا: «لا- ينعقد بيع المجنون وإن أذن وليّه، ولا المغمى عليه ولا السكران ولا الغافل ولا الناسى ولا النائم والهازل ولا المكروه»⁽⁴⁾.

وقال في النهاية: «لا عبرة بعبارة المجنون في العقد إيجابا وقبولاً لنفسه ولغيره سواء أذن له الولى أو لا، وكذا المغمى عليه والسكران والغافل والنائم، سواء رضى كلّ منهم بما فعله بعد زوال عذره أو لا، لارتفاع العقل الذى هو مناط صحة التصرفات فأشبهه

ص: 89

1-1 . الجواهر 22/265.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/13.

3-3 . تذكرة الفقهاء 14/201.

4-4 . تذكرة الفقهاء 10/13.

غير المميز، و لقوله عليه السلام : رفع القلم عن ثلاثة...»(1).

قال فى المفتاح: «و نحوه ما فى الشرائع(2) و التحرير(3) و الإرشاد(4) و الدروس(5) تعليق الإرشاد(6) و الروضة(7) و المسالك(8) و الميسية و مجمع البرهان(9) و الكفاية(10) و المفاتيح(11) و حواشى الكتاب [قواعد الأحكام] و اللمعة(12) و جامع المقاصد(13) و ذلك كله ممّا لا ريب فيه عندهم قال فى الكفاية: «قالوا: ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عذره لم يصح عدا المكروه [استنادا إلى تعليقات اعتبارية من غير نص، فالمسألة محل إشكال.]»(14)... و فى الحدائق: «أنّ ظاهرهم الاتفاق على عدم صحة عقد ما عدا المكروه إذا رضوا به بعد زوال العذر»(15)»(16).

ص: 90

- 1-1 . نهاية الأحكام 2/455.
- 2-2 . الشرائع 2/8.
- 3-3 . تحرير الأحكام الشرعية 2/276.
- 4-4 . إرشاد الأذهان 1/360.
- 5-5 . الدروس الشرعية 3/192.
- 6-6 . حاشية الإرشاد /336 للمحق الثانى المطبوعة فى المجلد التاسع من حياته و آثاره.
- 7-7 . الروضة البهية 3/226.
- 8-8 . المسالك 3/155.
- 9-9 . مجمع الفائدة و البرهان 8/151.
- 10-10 . الكفاية 1/449.
- 11-11 . مفاتيح الشرائع 3/46.
- 12-12 . اللمعة الدمشقية /110.
- 13-13 . جامع المقاصد 4/61.
- 14-14 . الكفاية 1/449.
- 15-15 . الحدائق 18/373.
- 16-16 . مفتاح الكرامة 12/552 و 553.

قال العلامة في التذكرة: «وكذا القصد شرط في البيع إجماعاً»(1).

وفيها: «للباع الهازل لم ينعقد عندنا لأنه غير قاصد فلا يترتب عليه حكم. وللشافعي وجهان»(2).

وفي نهايته: «ويشترط الاختيار والقصد، فلا ينعقد بيع المكره ولا شراؤه، ولا فاقد القصد لغفلة أو نوم أو هزل لعموم قوله تعالى: «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم»(3) فالمناط وهو التراضي إنما يتحقق بالاختيار والقصد»(4).

وقال الشهيد في الدروس: «وقصدهما فلا ينعقد من الغافل والنائم والساهي والهازل والغالط»(5).

وقال سيّد الرياض: «يشترط في المتعاقدين... والقصد»(6).

وفي المفتاح: «وقد نص عليه الأكثر وظاهرهم عدم الخلاف فيه»(7).

ص: 91

1-1 . تذكرة الفقهاء 10/13.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/17.

3-3 . سورة النساء /29.

4-4 . نهاية الأحكام 2/455.

5-5 . الدروس الشرعية 3/192.

6-6 . رياض المسائل 8/216.

7-7 . مفتاح الكرامة 12/554.

وفى المكاسب: «و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذى يتلّفظان به... لا خلاف فيه ولا إشكال...»(1).

وفى المصباح: «قد اتفقت كلمات الأصحاب _ رضوان الله عليهم _ على هذا الشرط حتى أرسلوه فى كتبهم الفقهية إرسال المسلمات، و لذا لم ينقل الخلاف _ هنا _ من أحد، بل فى التذكرة ادعى الاجماع على ذلك»(2).

وفى كتاب البيع: «لا شبهة فى اعتبار ذلك فى المعاملات الجارية باللفظ و لا فى اعتبار القصد لمدلول العقد فى المعاطاة...»(3).

أقسام القصد

إشارة

الأول: قصد اللفظ لمتكلمه و فى قبالة المتلّفظ الغالط أو اللاعب أو الهازل أو الساهى فلو أراد أن يتكلّم بكلمة «بعث» ولكن غلط أو لعب أو هزل أو سها و قال «آجرت» فلا يصح.

الثانى: قصد الارادة الاستعمالية لا لفظ فى معناه الحقيقى و فى قبالة استعماله فى معناه المجازى نحو استعمال الإجارة فى معنى النكاح الموقّت فلا يتم.

الثالث: قصد المعنى بالارادة الجدّية و فى قبالة استعمال اللفظ فى الصيغ الانشائية بغير داعى الاتيان بها كالسخرية و المزاح و الترغيب و الترهيب و نحوها.

الرابع: قصد الداعى بمعنى أنّ المنشى لعقدٍ يُشِدُّهُ بداعٍ من الدواعى فالبائع يُشِدُّ البيع بداعى المنفعة و الناكح بداعى اللذة أو التناسل و نحوها، و أمّا الإنشاء من دون الداعى فلا يفعله العاقل لأنّهم يرتبون أفعالهم على مصالحهم، ولكنّه لو فرض تحقق انشاء من دون أى داعٍ ينطبق عليه عنوان العقد فيتمّ.(4)

الخامس: القصد تارة يستعمل بمعنى الرضا كما ورد فى بعض التعبيرات بأنّ

ص: 92

1-1 . المكاسب 3/295.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/275.

3-3 . كتاب البيع 2/37 للسيد الخمينى رحمه الله .

4-4 . كما عليه صاحب العقد النضيد 2/474.

المكره لا قصد له أو الفضولي، والمراد بالقصد هنا هو الرضا.

ثم إن محل البحث عن اعتبار القصد هو القسم الثالث، والقسمان الأولان يدخلان فيه أيضا، بمعنى عدم تحقق الارادة الجدية إلا مع ارادة قصد اللفظ واستعماله في معناه الحقيقي لا المجازي، فالأقسام الثلاثة الأول يدخلن في محل الكلام.

و العجب من المحقق النائيني رحمه 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، وإتاما الالتفات إلى المعنى وجعل اللفاظ فانيا 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...»(1).

وجه التعجب: أن الاختلاف في المقصودين لا يستلزم الاختلاف في القصدين وتمايزهما، لأن المعتمد هو صدور اللفظ والمعنى عن قصد و ارادة، ولكن القصد الذي يتعلق باللفظ أمر آلي و القصد الذي يتعلق بالمعنى أمر استقلالى ويمكن الجمع بين القصدين فلا وجه للقول بعدم وجود الجامع بينهما كما يظهر هذا من صاحب العقد النضيد.(2)

وبما ذكرنا يظهر(3) 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 اشار قدس سره إليه بقوله: «و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه...»(4).

و من جعله رحمه الله الهازل والكاذب في رتبة واحدة مع أنّهما يختلفان حقيقة و حكما

ص: 93

1-1 . المكاسب و البيع 1/404.

2-2 . العقد النضيد 2/474.

3-3 . كما عليه صاحب العقد النضيد 2/473.

4-4 . المكاسب 3/295.

فى قوله: «... كما فى الأمر الصورى فهو شبيه الكذب فى الإخبار كما فى الهازل...»(1).

كلام صاحب المسالك

قال فى المسالك: «الفرق بينهم [أى الصبى المميز و المجنون و المغمى عليه و السكران، و المُكْرَه] و بين المُكْرَه واضح، إذ لا قصد لهم إلى العقد و لا أهلية لهم، لفقد شرطه و هو العقل بخلاف المُكْرَه فإنه بالغ عاقل و ليس ثمّ مانع إلاّ عدم القصد إلى العقد حين إيقاعه، و هو مجبور بلحقه له بالاجازة، فىكون كعقد الفضولى حيث انتفى القصد إليه من مالكة الذى يعتبر قصده حين العقد، فلما لحقه القصد بالاجازة صحّ»(2).

و قال بعد سطور: «و يمكن أن يقال: إنّ القصد من المُكْرَه حاصل دون من سبق لأنّ غير العاقل لا يقصد إلى اللفظ و لا إلى مدلوله بخلاف المُكْرَه فإنه باعتبار كونه عاقلاً قاصداً إلى ما يتلفظ به و يفعله بشعوره، لكنّه بالاكراه غير قاصد إلى مدلوله و ذلك كافٍ فى صلاحيته و قبوله للصحة إذا لحقه القصد إلى مدلوله باجازته.

و مثله القول فى عقد الفضولى فإنه قاصد إلى اللفظ الصادر منه، لأنّ المفروض أهليته و جمعه للشرائط المعتبرة فى صحة العقد إلاّ الملك و لا يتحقق منه قصد مدلوله -أعنى نقل الملك و التسليط على التصرف و غيرهما من أحكام العقد- لأنّ ذلك من وظائف المالك، فإذا أجاز المالك و قصد إلى ذلك صحّ»(3).

و استفاد الشيخ الأعظم من هذا المقالة الأخيرة عدم تحقق القصد فى عقد المُكْرَه و الفضولى و قال: «كما صرح به فى المسالك حيث قال: إنّهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله»(4).

و المذكور فى كلامه رحمه الله معنى كلام ثانى الشهيدين قدس سره و قد ذكرت لك نصه.

و ردّه عليه بقوله: «لا دليل على اشتراط أزيد من القصد المتحقق فى صدق مفهوم

ص: 94

1-1 . الكاسب 3/295.

2-2 . المسالك 3/155.

3-3 . المسالك 3/156.

4-4 . المكاسب 3/295.

أقول: و تابع صاحب الجواهر(2) رحمه 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 رحمه 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 رضا و بالاجازة يحصلان، و عقد المكروه يفقد أمرًا واحدًا و هو الرضا بالعقد و بعد حصوله تمَّ العقد. و يأتي توضيح أكثر في هذا المجال في أوّل بحث بيع المكروه و بيع الفضولي فانتظر.

هل يعتبر تعيين المالكين في صحة البيع؟

إشارة

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(3) قدس سره أنّ في المسألة أوجهها و أقوالاً و أنّها في غاية الاشكال و أنّه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب _ قدس الله أرواحهم _ في تضاعيف أبواب الفقه، ثم قسّم المسألة إلى صور و ذكر حكمها:

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

الصورة الثانية: إذا كان البائع و المشتري غير متعيّنين في متن العقد فلا بدّ من تعيينهما في الخارج لإمكان أن يكون البائع أيّ منهما و كذا المشتري، كما لو كان العاقد وكيلاً عنهما في البيع و الشراء أو وليّا عليهما، و الأوّل نحو: توكيل زيد و عمرو للمعاقد

ص: 95

1-1 . المكاسب 3/296.

2-2 . الجواهر 22/267.

3-3 . راجع مقابس الأنوار /115، سطر 15.

فى تبديل بيتهما إلى معملٍ، و توكيل بكر و خالد له فى تبديل معملهما إلى بيتٍ، فحينئذ لا بدّ للعاقّد تعيين مالك البيت و مالك المعمل فى كلّ عقد و كذلك أىّ منهما يكون بائعاً أو مشترياً لترتب الأحكام المختصة بكلّ واحد منهما. و الثانى: نحو: أن يكون العاقّد حاكماً شرعياً و وليّاً على الطرفين فى طرف يوجد مفلّسان و فى طرف آخر يوجد يتيمان و الحاكم يريد شراء مال المفلّسين لليتيمين فلا بدّ من تعيينهما فى كلّ عقدٍ.

و يمكن التمثيل للأوّل بأن يكون العاقّد وكلياً عن جماعة فى بيع صاع من صبرة بمبلغ معيّن، و هكذا يكون وكلياً عن جماعة فى شراء صاع من صبرة بهذا المبلغ فحينئذ لا بدّ من تعيين البائع و المشتري فى كلّ عقد لئلا يشتهب بين الجماعتين.

و الحاصل: فى هذه الصورة يجب على العاقّد أو الوكيل أو الوليّ تعيينهما حين صدور العقد بأىّ وجه من وجوه التعيين.

ثم فى فرض وجوب التعيين إن يعيّن فهو، و إن لم يعيّن بل يُطلَقُ العقد فإن كانت هناك قرينة ينصرف الاطلاق إليها، فيؤخذ بالقرينة فينصرف الاطلاق و يصيرُ كالتعيين نحو صدور المعاملة عن نفسه أو عن غيره وكالة، تحمل على المباشرة لأنّ الوكالة تحتاج إلى مؤنّة زائدة و هى مفقودة بالأصل.

و أمّا لو قصد العاقّد الإبهام أو قصد التعيين بعد العقد، فلا ينسب المعاملة إلى رافع الإبهام و لا إلى المعيّن بعد العقد، فيكون العقد لغوا. (1)

الأدلة الواردة فى مقالة التستري على وجوب التعيين

الدليل الأوّل: لزوم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّنٍ

لو لم يعيّن العاقّد البائع و المشتري لزوم بقاء الملك بلا مالكٍ معيّنٍ فى الواقع و نفس الأمر و اللازم باطل و التالى مثله، لأنّ البيع تمليك و تملك و هما منوطان بأمرين: مالكٌ و مملوكٌ، و إذا لم يكن المالك فى البيع معيّنًا، لزوم حصول الملكيّة من دون مالكٍ و هو مستحيلٌ.

ص: 96

1-1 . تاتى الصورة الثالثة بعد ذكر أدلة التستري رحمه الله .

الدليل الثاني: لزوم تحديد المُنشئ

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 والمالكين.

و التردد في أحدها يوجب بطلان العقد إجماعاً، فتعيين المالك المعين يكون من الأمور المعتبرة في صحة العقد.

وقد عبّر الشيخ الأعمش عن هذا الدليل بقوله: «وأن لا- يحصل الجزم بشئٍ من العقود التي لم يتعين فيها العوضان ولا بشئٍ من الأحكام والآثار المترتبة على ذلك وفساد ذلك ظاهرًا»⁽¹⁾.

الدليل الثالث: جريان أصالة الفساد

أدلة نفوذ المعاملة منصرفة إلى المعاملة الشائعة المتداولة عند الناس وهم يَعيّنون العوضين والمالكين وقسم العقد من كونه بيعاً أو إجارة أو صلحاً أو غيرها، وأما إذا لم يَعيّن أحد هذه الأمور فلا تشملها أدلة نفوذ المعاملة وتصل النوبة إلى الأصل العملي في المقام، والأصل الأولى في جميع المعاملات هو الفساد وعدم جريان المعاملة وبقاء كل مال على ملك مالكة الأول.⁽²⁾

مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين

مسألة: ذكرها المحقق التستري على القول بالتعيين، لو اشترى الفضولي لغيره في الذمة، فإن عيّن ذلك الغير تعيّن ووقف على اجازته سواء ذكر اسمه أو عيّن بالإشارة أو المشخصات الفردية، وإن أبهم ولم يَعيّن مع قصد الغير بطل ولا يتوقف إلى أن يوجد له مجيزٌ.

الصورة الثالثة: إن لم يتوقف تعيّن المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معيّنين بحيث يُعلم من الخارج أنّ الثمن لزيدٍ و المثلث لعمرو و هما يُعيّنان عاقدا

ص: 97

1-1 . المكاسب 3/297.

2-2 . في هذا المجال راجع الآراء الفقهية 4/203.

أو وكيلاً لِقراءة صيغة المعاملة أو إجرائها، فَإِنْ قَرَأَ الصيغة أو أجرى المعاملة من دون تعيين المالكين، فهل هذه المعاملة تكون صحيحة أو تتوقف على تعيين البائع و المشتري فيها وجوه، ثلاثة:

الأول: لزوم التعيين أو الاطلاق المنصرف إليه.

الثاني: عدم لزوم التعيين مطلقاً سواء صرّح بالخلاف أم لم يصرّح؟ لتعيّنه في الواقع، فتصح المعاملة وإن صرّح بالخلاف فضلاً عن قصده.

الثالث: التفصيل بين التصريح بالخلاف و عدمه، فإن صرّح بالخلاف بطلت المعاملة، وإن لم يصرّح صحت، و لا تتوقف الصحة على التعيين لأنه يكون معيّناً في الخارج، نعم التصريح يكون مضرّاً للصحة.

أقوى الوجوه عند صاحب المقابس هو القول الأ-خير _ أى التفصيل _ و أوسطها هو الوسط _ أى عدم لزوم التعيين مطلقاً _ و أشبهها للأصول هو القول الأول.

هذا ما أفاده المحقق التستري (1) قدس سره .

أقول: مراده قدس سره من الأصول هي أصالة الفساد الجارية في المعاملات و استصحاب بقاء كل من العوضين على ملك مالكة الأول و أصالة عدم نقل كل من العوضين إلى الآخر و أصالة عدم ترتب الأثر.

و أمّا جعله القول الثاني هو الوسط فلا وجه له، لأنّ التعبير بالوسط يكون صحيحاً إذا كان بين القوى و الضعيف فيقع القول الوسط بينهما و أمّا إذا كان الأقوى عنده هو القول الثالث و الأشبه بالأصول هو القول الأول فلا معنى للوسط. (2)

نقد الشيخ الأعظم على المحقق التستري صاحب المقابس

المستفاد من كلامه (3): البيع هي المبادلة و المعاوضة بين المالكين و هي تقتضى

ص: 98

1-1 . راجع مقابس الأنوار / (116-115) و نقل عنه في المكاسب 3/ (299-296).

2-2 . كما عليه صاحباً «تحقيق و تقريرات في باب البيع و الخيارات» 1/373، و العقد النضيد 2/478.

3-3 . راجع نصه في المكاسب 3/299.

دخول العوضين في ملك الآخر، أعنى خروج العين من ملك البائع إلى ملك المشتري ودخول الثمن في ملكه و خروج الثمن من ملك المشتري ودخول العين في ملكه، و حيث كانت هذه المبادلة هي حقيقة البيع فلا- نحتاج مضافاً إلى ما ذكرناه إلى تعيين المالين، بل مجرد قصد المعاوضة كافٍ في صدق البيع ولا يلزم إسناده إلى المالين، وهذا الأمر بالنسبة إلى الأعيان الشخصية واضح.

و أمّا في الأعيان الكليّة فلا بدّ من تعيين المالين لا لأجل أن يكون تعيينهما شرطاً مستقلاً في العقد، كما عليه صاحب المقابس - بل لأنّ تعيين المال في الأعيان الكليّة مشروط بإضافتها إلى ذمّة خاصة معيّنة وإلا لا يصدق عليها أنّها مال بل ولا ملك، و حيث أنّ البيع مبادلة مال بمال فلا بدّ من إحراز مالية الكلي و هي لا تُحرزُ إلاّ بالإضافة إلى ذمّة معيّنة يتمكّن صاحبها من تسليمها إلى المشتري في التوقيت الخاص من النقد و النسيئة و السّلم.

فحينئذ تعيين المالين 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 لعلّ احتياج الأعيان الكلية إلى ذمّة المالك يكون موجبا لمقالة المحقّق التستري من احتياج البيع إلى تعيين المالين.

ثم اعترض الشيخ الأعظم (1) على وجوه الثلاثة في الصورة الثالثة و هي إذا كان العوضان معيّنين في الخارج إن قُصدت المعاوضة الحقيقية التي تستلزم عقلاً دخول كلٍّ 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 تعرّض لفرع ذكره التستري على اعتبار القول الوسط - و هو عدم لزوم التعيين مطلقاً سواء صرّح بالخلاف أم لم يصرّح - و هو «لرباع مال نفسه عن الغير، وقع

عنه و لغى قصد كونه عن الغير.» و قال فى ذيله: «فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنّه أمر غير معقول لا يتحقّق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته.»(1).

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

و فرّع الشيخ الأعظم على بيانه فرعا آخرَ و قال: «و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع اجازته _ كما سيجىء(2)_ و لا يقع عن نفسه أبداً»(3). و الوجه فى تفرّيعه عدم تحقق المعاوضة الحقيقية.

ثم استدرك من قوله: «لا يقع عن نفسه أبداً» بقوله: «نعم، لو ملكه فأجاز، قيل(4) بوقوعه له، لكن لا من حيث إيقاعه أولاً لنفسه، فإنّ القائل به لا يفرّق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه، فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائماً و وجوده كعدمه»(5).

و مستند الحكم بالصحة، و توضيح كلام الشيخ الأعظم فى هذا الفرض دخوله فى مسألة «من باع شيئاً ثم ملكه» و القائل بالصحة لا يفرّق بين بيع مال الغير عن نفسه ادعاءً و بين بيعه عن مالكه فضلاً، و عدم التفرّيق كاشف عن لغوية قصد وقوع البيع عن نفسه.

ص: 100

1-1 . المكاسب 3/301.

2-2 . فى المسألة الثالثة من بيع الفضولى فى المكاسب 3/376.

3-3 . المكاسب 3/301.

4-4 . القائل به المحقّق القمى فى الغنائم/554 ناسباً إيّاه إلى الأكثر، و جدّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء فى شرحه على القواعد 2/92.

5-5 . المكاسب 3/301.

ثم اعترض الشيخ الأعظم (1) على نفسه بتوضيح منّا: لماذا نحكم بعدم اعتبار قصد العاقد و وقوع البيع الفضولى بالنسبة إلى المالك لدلالة المعاوضة الحقيقية؟! بل يمكن أن نذهب من الطرف الآخر ونقول 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 فى عكس المثال المذكور بالبطلان.

حيث قال العلامة فى القواعد: «ولو قال [المالك للمرتهن] بعهُ لنفسك، بطل الإذن، لأنّه لا يُتصوّر أن يبيع ملك غيره لنفسه» (2).

وقال: «و كذا لو دفع إليه مالاّ و أمره بشراء طعامٍ له لم يصحّ الشراء و لا يتعيّن له بالقبض» (3).

وقال الشهيد فى الدروس: «ولو قال الراهن للمرتهن بعهُ لنفسك لم يصحّ البيع، لأنّ غير المالك لا يبيع لنفسه، بل يقول: بعهُ لى أو بعهُ مطلقا على الأقوى، حملاّ على الصحيح» (4).

وقال: «ولو دفع إليه مالاّ ليشتري به طعاما لنفسه بطل...» (5).

و أجاب (6) عن هذا الاعتراض بأنّ المعاملة المذكورة صحيحة لدلالة المعاوضة الحقيقية كما مرّ و القصد المذكور لغوّ، لأنّ مآل ذلك القصد إلى إرجاع فائدة البيع إلى الغير، لا أنّ الغير يكون أحد ركنى المعاوضة، فلا يعارض ظهور القصد للغير دلالة المعاوضة الحقيقية و لا يتم الاعتراض.

و مراد العَلَمَيْنِ و غيرِهِما من الحكم بالبطلان فى مثال الرهن و شراء الطعام، عدم

ص: 101

1-1 . المكاسب 3/301 قوله: «إلاّ يقال:...».

2-2 . قواعد الأحكام 2/127.

3-3 . قواعد الأحكام 2/87.

4-4 . الدروس الشرعية 3/409.

5-5 . الدروس الشرعية 3/211.

6-6 . المكاسب 3/302 قوله: «ولكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة...».

وقوعه للمخاطب و المأمور، لأنه ليس أحد ركني المعاوضة ولكنه إذا باع لنفسه يقع لمالكة فضوليا و بعد اجازته يصح.

ثم جمع الشيخ الأعظم كلامه و قال: «و بالجمله فحكمهم بصحة بيع الفضولي و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك، يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك»(1).

أقول: قد عرفت في ما نقلته لك من توضيح مقالة العَلَمين أن النزاع بينهما علميٌ بحث و لا تترتب عليه ثمرة عملية و أنّهما في مقام الإفتاء في الفروع المذكورة مُتَّحِدَان فلا ينبغي صرف الوقت أكثر من هذا في البحث العلميّ المحض الذي لا تترتب عليه ثمرة عملية ولكن مع ذلك كلّه أذكر لك حصيلة البحث من دون تعرض إلى مقالتهما لأجل إيضاح الكلام.

حصيلة الكلام

البيع باعتبار مبيعه ينقسم إلى قسمين رئيسين:

الأول: 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 مقوما و لا شرطا للبيع في هذا القسم و إذا وقع البيع على المالكين يدخل كلّ من العوضين في ملك الآخر بلا فرق بين صدور العقد من المالكين أو وكيلهما أو وليهما، 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 بدّ 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

ص: 102

بيت لولده أو طعام للفقير، وفي هذه الفروض ينتقل المبيع إلى المشتري أولاً وبالذات و ثانيا وبالعرض و بناقل شرعى ينتقل إلى الولد أو الفقير أو غيرهما. فيكون البيع بما رسمت لك صحيحا.

ومنها: 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 صحيحا و البيع نافذا بدلالة المبادلة و المعاوضة اللتين هما حقيقة البيع و يقع البيع عن مالك العين بلا احتياج إلى اجازته المجددة لأن المجرى للبيع كان وكيله.

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

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

ولكن هذا كله بالنسبة إلى العقود التي لا يكون طرفا العقد ركنا من أركانها نحو النكاح و الوقف و الهبة و الوصية و الوكالة لأن الزوج و الزوجة المعتبرين يعدان من أركان عقد النكاح و كذا الموقوف عليهم، و الموهوب له، و الموصى و كذا الوصى، و الوكيل، و فى هذا الفرض لا بد من تعيين طرفى العقد.

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

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

ثم الإنشاء لا بد أن يتعلّق بالمعلوم و لو كان بالإجمال فيصح بيع أحد الأَصْوَغِ لأنَّ

المبيع حينئذ هو الصاع المتعين المعلوم عندالله تعالى.

وكذا تصح الوصية بأحد الشئيين أو الأشياء أو لأحد الأشخاص المعينيين، لأنها إن كانت عهدية(1) فمرجعها إلى إيكال الأمر إلى الوصى ويكون من قبيل الواجب التخييري. وإن كانت تمليكية(2) إذا أراد المعلوم عندالله صحت.

وكذا عتق مملوكٍ من العبيد أو طلاق إحدى الزوجات يصحان إذا تعلق الإنشاء بالمتعین الواقعي عندالله أو مَنْ يخرج بالقرعة أو يختاره و يتعيّنه في ما بعد.

نعم، الإنشاء لايتعلق بالمبهم المطلق إذ لا معنى لإيجاده.

هل يعتبر تعيين مَنْ له العقد؟

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

وبعبارة أخرى: هل يعتبر في صحة البيع أن يعرف المشتري مالك المبيع، بأن يعرف المشتري أن العاقد الموجب هل هو مالك المبيع أم وكيله؟ ويعرف البائع مالك الثمن بأن يعرف أن العاقد القابل هل هو مالك الثمن أو وكيله؟

وبعبارة ثالثة: أن تعيين المالكيين ثبوتاً يكفي في صحة العقد أم لابد من معرفة كل منهما للآخر إثباتاً؟

الأقوى عند الشيخ الأعظم(3) قدس سره هو اعتبار التعيين في مقام الإثبات لوجهين:

الأول: حجية ظاهر كلام المتعاقدين: تدل على أنّهما يبيعان ويشتريان لأنفسهما وأما لو كان العقد لغيرهما فلا بد من التنبيه وإقامة القرينة عليه.

ص: 104

1-1 . الوصية العهدية: كان يوصى فيها بما يتعلّق بتجهيزه أو باستئجار الحج أو الصوم أو الصلاة أو الزيارات له. [كذا في الوسيلة /187 للسيد أبوالحسن الأصفهاني رحمه الله].

2-2 . الوصية التمليكية: كان يوصى بشيء من تركته لشخصٍ.

3-3 . المكاسب 3/303.

الثانى: تبعية العقود للقصود: حيث أنّ المتعاقدين لم يذكرهما غيرهما فقصدتهما 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»(1).

أقول: الوجه فى 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 فى التذكرة حيث يقول: «لرباع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فأشكال ينشأ من أنّ الآخر قصد تمليك العاقد أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم»(2).

مراد العلامة ممّا تقدّم هو وقوفه على إجازة المالك ولكن ضعّف إشكاله الشيخ الأعظم(3) بأنّه مخالف للإجماع و السيرة إلاّ أنّه مبني على كلامه من مراعاة ظاهر الكلام.

ثم يمكن أن يناقش فى وجهى الشيخ الأعظم لإثبات الاعتبار:

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

وفى الثانى: بعد ثبوت القرينة فيكون ذاك الغير مقصودا للعقد وبقاعدة تبعية العقود للقصود يقع العقد له.

ثم اطلاق «أحلّ الله البيع»(4) و «تجارة عن تراضي»(5) و «افوا بالعقود»(6) يشمل مورد عدم معرفة متبايعين للأخر إثباتا، لأنّه بيع و تجارة و عقد عرفي فتشمله الإطلاقات، فيكفى تعينهما ثبوتا و فى نفس الأمر.

ص: 105

1-1 . المكاسب 3/303.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/17.

3-3 . المكاسب 3/304.

4-4 . سورة البقرة 275/.

5-5 . سورة النساء 29/.

6-6 . سورة المائدة 1/.

حتّى فى العقود التى يكون طرفا العقد ركنا من أركانها نحو النكاح و الوقف و الهبة و الوصية لا يعتبر ذكرهما فى مقام الإثبات و يكفى تعيينهما ثبوتا كما مرّ.

فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ اسدالله التستري(1) قدس سره من الفرق فى المقام بين العقود التى لا يكون طرفا العقد ركنا من أركانها و بين ما يكون ركنا حيث ذهب فى الأول إلى عدم اعتبار التعيين فى مقام الإثبات، و فى الثانى إلى اعتباره، و استدل على الاعتبار بأنّ الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما و إذا لم يتعيّن فى 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 فى كلامه قدس سره إنّما يأتیان للاعتبار فى مقام الثبوت لا الإثبات. فلا فرق فى عدم الاعتبار بين العقود و الحمد لله.

ص: 106

و المراد به أنّ القصد الذى قد مرّ اعتباره فى العقود هل يعتبر أن يكون من طيب النفس و الرضا، لا عدمهما _ الذى يُسمّى إكراها _ وليس المراد بالاختيار هنا الاختيار فى قبال الجبر و الإلجاء.

و لذا قال الشيخ الأعظم: «المراد به القصد إلى مضمون العقد عن طيب نفس فى مقابل الكراهة و عدم طيب النفس، لا الاختيار فى مقابل الجبر»(1).

و استدل عليه بوجوه:

الأول: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «و يدل عليه قبل الإجماع»(2).

لعلّ هذا تلوّيح منه إلى احتمال مدركية الإجماع و أنّ الأدلة غيره، كافية فى إثباته.

قال الفقيه المتتبع السيّد العاملى: «و اشتراط الاختيار و عدم صحة بيع المكروه قد نفى عنه الخلاف فى الغنية(3) و الرياض(4)، و استظهر ذلك _ أعنى عدم الخلاف _ فى مجمع البرهان(5)، و ادّعى عليه الإجماع فى التذكرة(6) و الحدائق(7) و ذلك فى غير المكروه بحقّ،

ص: 107

1-1 . المكاسب 3/307.

2-2 . المكاسب 3/307.

3-3 . غنية النزوع /214.

4-4 . رياض المسائل 8/216.

5-5 . مجمع الفائدة و البرهان 8/155.

6-6 . تذكرة الفقهاء 10/13.

7-7 . الحدائق 18/374.

وَأَمَّا فِيهِ فِي الْغَنِيَّةِ (1) أَنَّ صِحَّةَ بَيْعِهِ مَعَهُ مِمَّا لِاخْتِلَافٍ فِيهِ، وَعَلَى ذَلِكَ نَصُّ جَمَاعَةِ (2) كَثِيرُونَ (3).

أَقُولُ: نَفَى الْخِلَافَ ثَابِتٌ فِي كَلِمَاتِ الْقَوْمِ وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَلَمْ يَرِدْ فِي التَّذَكُّرَةِ (4) إِلَّا عَلَى بَطْلَانِ بَيْعِ التَّلَجُّنَةِ - وَيَأْتِي الْكَلَامُ فِيهَا - وَفِي الْحَدَائِقِ (5) أَيْضًا نَفَى الْخِلَافَ فِي اشْتِرَاطِ الْاِخْتِيَارِ، نَعَمْ قَالَ بَعْدَ صَفْحَةٍ: «وَهُمْ قَدْ سَلَّمُوا بِأَنَّ عَقْدَ الْمَكْرَهِ حَالُ الْإِكْرَاهِ بَاطِلٌ إِتْفَاقًا» (6).

وَلَكِنْ قَالَ فِي الْجَوَاهِرِ: «وَالْمَكْرَهُ بَغَيْرِ حَقِّ الَّذِي هُوَ مِمَّا رَفَعَ الشَّارِعَ الْحُكْمَ عَمَّا أَكْرَهَ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ بِاخْتِلَافٍ أَجْدَهُ فِيهِ بَيْنَنَا، بَلِ الْإِجْمَاعُ بِقِسْمِيهِ عَلَيْهِ، بَلِ الضَّرُورَةُ مِنَ الْمَذْهَبِ...» (7).

الثاني: الكتاب

يَدُلُّ عَلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: «إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (8)

قَدْ مَرَّ مِنَّا فِي أَوَّلِ الْمَجْلَدِ الْأَوَّلِ مِنْ هَذَا الْكِتَابِ (9) الْبَحْثُ حَوْلَ هَذِهِ الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ وَقَلْنَا هُنَاكَ بِأَنَّ الْاِسْتِثْنَاءَ الْوَارِدَ فِيهَا مَنْقُطِعٌ وَهِيَ تَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ كُلِّ تِجَارَةٍ تَقَعُ عَنْ تَرَاضِي الطَّرْفَيْنِ، وَحَيْثُ أَنَّ الرِّضَا وَطَيْبَ النَّفْسِ مَفْقُودٌ فِي بَيْعِ الْمَكْرَهِ فَلَا يَدْخُلُ فِي

ص: 108

1-1 . غنية النزوع /214.

2-2 . منهم: ثانی الشہیدین فی المسالک 3/157 و الشیخ یوسف فی الحدائق 18/376.

3-3 . مفتح الكرامة 12/553.

4-4 . تذكرة الفقهاء 10/13.

5-5 . الحدائق 18/373.

6-6 . الحدائق 18/374.

7-7 . الجواهر 22/265.

8-8 . سورة النساء /29.

9-9 . الأراء الفقهية 1/13.

المستثنى ولا يحكم بصحته، بل يدخل في المستثنى منه وهو قوله تعالى: «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل»⁽¹⁾ و يحكم بطلانه.

الثالث: قوله صلى الله عليه وآله : لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفسه.

(2)

قد مرّ في الدليل الثالث من أدلة قاعدة ما يضمن من هذا الكتاب⁽³⁾ ورود روايات صحاح بهذا المضمون وكذا تمامية دلالتها على حرمة التصرف في مال الغير من دون طيب نفسه بلا فرق بين الحُرْمَتَيْن: التكليفية والوضعية، والأخيرة تدل على بطلان بيع المكره، فراجع ما حررناه هناك ولا نعيد.

الرابع: حديث الرفع

إشارة

وهو صحيحة حريز بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله : رفع عن أمتي تسعة أشياء: الخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون وما اضطروا إليه والحسد والطيرة والتفكر في الوسوسة في الخلوة [الخلق ن ل] ما لم ينطقوا بشفة.⁽⁴⁾

وذكر الصدوق مثلها مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله بلفظ «وُضِع» بدل «رُفِع» في الفقيه وقال: قال النبي صلى الله عليه وآله : وضع عن أمتي تسعة أشياء: السهو والخطأ والنسيان وما أكرهوا عليه وما لا يعلمون وما لا يطيقون والطيرة والحسد والتفكر في الوسوسة في الخلق ما لم ينطق الإنسان بشفة.⁽⁵⁾

وفي نوادر أحمد بن محمد بن عيسى عن اسماعيل الجعفي عن أبي عبدالله عليه السلام

ص: 109

1-1 . سورة النساء /29.

2-2 . عوالي اللآلي 2/113، ح309.

3-3 . الآراء الفقهية 4/342.

4-4 . التوحيد /353، ح24، الخصال 2/417، ح9 ونقل عنه في وسائل الشيعة 15/369، ح1، الباب 56 من أبواب جهاد النفس.

5-5 . الفقيه 1/59، ح132 ونقل عنه في وسائل الشيعة 7/293، ح2، الباب 37 من أبواب قواطع الصلاة، و8/249، ح2، الباب 30 من أبواب الخلل الواقع في الصلاة.

قال: قال سمعته يقول: وضع عن هذه الأمة ست خصال: الخطأ والنسيان و ما استكروها عليه و ما لا يعلمون و ما لا يطيقون و ما اضطروا إليه. (1)

وفيه عن ربي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: عفى عن أمتي ثلاث: الخطأ والنسيان والاستكراه، قال أبو عبد الله عليه السلام: و هنا رابعة: و هي ما لا يطيقون. (2)

وفيه عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: وضع عن أمتي الخطأ والنسيان و ما استكروها عليه. (3)

و هذه الروايات الثلاثة الأخيرة معتبرة الإسناد.

وصف الشيخ الأعظم حديث الرفع بـ «الخبر المتفق عليه بين المسلمين» (4) و أنت تجده في كتب العامة أيضا فراجعها. (5)

ثم ظاهر حديث الرفع هو رفع العقاب و المؤاخذة ولكن الأئمة عليهم السلام استشهدوا به في رفع بعض الأحكام الوضعية _ نحو بطلان الحلف بالطلاق والعتاق و الصدقة قال الشيخ الأعظم: «و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم يكن صحيحا عندنا من دون الإكراه أيضا، إلا أن مجرد استشهاد الإمام عليه السلام في عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أكرهوا عليه، يدل على أن المراد بالنبوي ليس رفع خصوص المؤاخذة و العقاب الأخرى». (6) و ورد «لعموم المؤاخذة فيه لمطلق الإلزامن عليه بشئ» (7).

ص: 110

1-1 . نوادر أحمد بن محمد بن عيسى /74، ح 157 و نقل عنه في وسائل الشيعة 23/237، ح 3، الباب 16 من أبواب كتاب الأيمان.

2-2 . نوادر أحمد بن محمد بن عيسى /74، ح 158 و نقل عنه وسائل الشيعة 23/237، ح 4.

3-3 . نوادر أحمد بن محمد بن عيسى /74: ح 159 و نقل عنه في وسائل الشيعة 23/237، ح 5.

4-4 . المكاسب 3/307.

5-5 . نحو: سنن ابن ماجه 1/659، ح 2043 و 2045، السنن الكبرى للبيهقي 6/84، فتح الباري 11/478، المعجم الأوسط للطبراني

8/161، صحيح ابن حبان 16/202، كنز العمال 4/232، ح 10306 و 10307، الجامع الصغير للسيوطي 1/277، ح 1809.

6-6 . المكاسب 3/308.

7-7 . المكاسب 3/308.

و من الروايات المُستَشَدِّهَدِ بِهَا فِي الْمَقَامِ صَحِيحَةٌ صَفْوَانُ بْنُ يَحْيَى وَأَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ أَبِي نَصْرٍ عَنْ أَبِي الْحَسَنِ عَلَيْهِ السَّلَامُ فِي الرَّجُلِ يَسْتَكْرَهُ عَلَى الْيَمِينِ فَيَحْلِفُ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ وَصَدَقَةَ مَا يَمْلِكُ أَيْلِزْمَهُ ذَلِكَ؟ فَقَالَ: لَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ: وَضَعْتُ عَنْ أُمَّتِي مَا أَكْرَهُوا عَلَيْهِ وَمَا لَمْ يَطِيقُوا وَمَا أَخْطَأُوا. (1)

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

منها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن طلاق المكره وعتقه، فقال: ليس طلاقه بطلاق ولا عتقه بعتق، الحديث. (2)

و منها: مرسل عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لو أن رجلاً مسلماً مرّ بقوم ليسوا بسلاطان، فقهره حتى يتخوّف على نفسه أن يعتق أو يطلق، ففعل لم يكن عليه شيء. (3)

و منها: حسنة يحيى بن عبدالله بن الحسن المثنى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: لا يجوز طلاق في استكراه... وإنما الطلاق ما أريد به الطلاق من غير استكراه ولا إضرار، الحديث. (4)

و منها: صحيحة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن عتق المكره؟ فقال: ليس عتقه بعتق. (5)

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

ص: 111

1-1 . وسائل الشيعة 23/226، ح 12، الباب 12 من أبواب كتاب الأيمان.

2-2 . وسائل الشيعة 23/41، ح 2، الباب 19 من أبواب كتاب العتق _ وسائل الشيعة 22/86، ح 1، الباب 37 من أبواب مقدمات الطلاق.

3-3 . وسائل الشيعة 22/86، ح 2.

4-4 . وسائل الشيعة 22/87، ح 4.

5-5 . وسائل الشيعة 23/41، ح 1.

قوم وهم له كارهون قُصَّ لهم من لحمه يوم القيامة. (1)

يمكن أن يقال: إنَّ ظاهر حديث الرفع مطلق الآثار وهي أعم من المؤاخذه الدنيوية والأخروية وغيرهما وذلك لأنَّ المرفوع التسعة تنزيلاً وجعلاً ولازمه التعميم حتّى بالنسبة إلى الأحكام الوضعية. (2)

أقول: إذا كان الفعل موضوعاً لحكم آخر ويكون في ثبوت ذلك الحكم ثقلاً يرفعه الحديث بفقرتي «ما اضطروا إليه وما استكروا عليه فلا يترتب ذلك الحكم الوضعي نحو الإكراه في البيع أو الطلاق أو العتق (3) بخلاف فقرة «لا يعلمون» لأنَّها ترفع التكليف فقط لا الوضع فنحن نذهب إلى التفصيل بين فقرات حديث الرفع في شموله للأحكام الوضعية، وفقرة الاضطرار والاستكراه تشملها وأما ما لا يعلمون فلا، و توضيحه يطلب من بحث الأصول.

فحينئذ فلا نحتاج إلى الروايات المستشهد بها استقلالاً مستقلاً ولا بضميمة عدم الفرق والفصل، والله العالم.

ثم لا بدّ من التذكير بأمرٍ:

الأول: المراد من جملة: «المكروه قاصد إلى اللفظ دون المعنى»

قال العلامة في التحرير: «لو أكره على الطلاق فطلق ناوياً له، فالأقرب أنّه غير مكروه، إذ لا إكراه على القصد» (4).

وقال الشهيد: «ويعنى بكمال المتعاقدين بلوغهما وعقلهما... واختيارهما فعقد المكروه باطل إلا أن يرضى بعد الإكراه، والأقرب أنّ الرضا كاف فيمن قصد إلى اللفظ دون مدلوله فلو أكره حتّى ارتفع قصده لم يؤثر الرضا كالسكران» (5).

ص: 112

1-1 . وسائل الشيعة 17/338، ح 11، الباب 1 من أبواب عقد البيع.

2-2 . كما عليه الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب 2/49.

3-3 . راجع دروس في مسائل علم الأصول 4/258 لشيخنا الأستاذ قدس سره .

4-4 . تحرير الأحكام الشرعية 4/51.

5-5 . الدروس الشرعية 3/192.

وقال ثانيه بعد نقل كلامه: «و هو تنبيه حسنٌ، إلا أنّ تحقق ذلك في المكره بحيث يتلفظ بالعقد غير قاصد إلى لفظه كالسكران نظر، فإنّ الإكراه على اللفظ بحيث يكون حركة اللسان من المكره غير متحقق ولا 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 وتمييزه، بخلاف المجنون والسكران ونحوهما. غير أنّ ما ادعاه (رحمه الله) إذا بلغ الإلجاء إليه و تحقق وقوعه، فالأمر فيه كما قاله»(1).

ونحوه في الروضة(2).

وقال في طلاق المسالك: «لو قصد المكره إيقاع الطلاق ففى وقوعه وجهان، من أنّ الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النية لا تعمل، و من حصول اللفظ و القصد. وهذا هو الأصح»(3).

وقال في الروضة: «... كما لا إكراه لو ألزمه بالطلاق ففعله قاصداً إليه»(4).

وقال سبطه السيّد محمّد العاملي: «ولو طلق المكره ناويا الطلاق، قيل: يقع، وهو اختيار العلامة في التحرير و جدّى في الروضة و المسالك لحصول اللفظ و القصد، ولأنّ القصد لا إكراه عليه فلو لا حصول الرضا بالعقد لما قصد إليه. وقيل: يبطل، إذا المفروض أنّه لو لا الإكراه لما فعله، و عقد المكره باطل بالنص و الإجماع، و المسألة محلّ إشكال»(5).

وقال الفاضل الأصبهاني بعد نقل كلام العلامة في التحرير: «يعنى وإن ظن أنّه يلزمه لا مجرد لفظه بالإجبار وإن كان لا يريد، أمّا لو علم أنّه لا يلزمه إلا اللفظ وله

ص: 113

1-1 . المسالك 3/156.

2-2 . الروضة البهية 3/226.

3-3 . المسالك 9/22.

4-4 . الروضة البهية 6/21.

5-5 . نهاية المرام 2/12.

تجريدته عن القصد فلا شبهة في عدم الإكراه»(1).

الظاهر من سبب الرياض قبول كلام الشهيدين حيث علل صحة عقد المكره بعد ازتضائه بقوله: «بأنه (المكره) بالغ رشيد قاصد إلى اللفظ دون مدلوله وإنما منع عدم الرضا فإذا أثر العقد، كعقد الفضولي حيث انتفى القصد إليه من مالكة مع تحقق القصد إلى اللفظ في الجملة، فلما لحقته إجازة المالك أثرت ولا يعتبر مقارنته للعقد للأصل»(2).

أقول: ولكن هذا الظاهر لا يجتمع مع ما هو بصدد من تصحيح عقد المكره بعد الرضا به، فلا بد من حمل لفظ «دون» على معنى «إذا عرّض» أو «أمكن» أو «قد أمكن»(3) لا على معنى «غير»، فلا يُستفاد من عبارته قدس سره ما ذهب إليه الشهيديان في هذا الأمر.

وقال الفاضل النراقي: «دلّ العرف وانعقد 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 خارجية وعدم ضمّ ما يوجب ظهور عدم القصد... ولا شك أنّ الإكراه من الأمور المنافية لظهور القصد، بل يوجب ظهور خلافه فمعه لا يحكم بتحقيق البيع»(4).

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

وناقش صاحب الجواهر الشهيد الثاني وقال بعد نقل كلامه في المسالك: «قلت: مرجع ذلك إلى أنّ الإكراه في الظاهر دون الواقع، وقد تكرر من العامة والخاصة خصوصاً الشهيد الثاني في المسالك والروضة في المقام وفي البيع أنّ المكره حال إكراهه لا قصد له للمدلول، و إنّما هو قاصد للفظ خاصة، وفيه منع واضح، ضرورة تحقق الإنشاء والقصد فيه ولذا ترتب عليه الأثر مع الإكراه بحقّ ومع تعقّب الإجازة بالعقد بل ظاهر قوله عليه السلام:

ص: 114

1-1 . كشف اللثام 8/9.

2-2 . رياض المسائل 8/218.

3-3 . في جمهرة اللغة لابن دُرَيْد: «دونك هذا الشيء: إذا عرّضك وأمكنك [أي قد أمكنك] راجع ترتيب جمهرة اللغة 1/664.

4-4 . مستند الشيعة 14/267.

«إنّما الطلاق»(1) إلى آخره تحقق الإرادة من المكره، بل لعلّ عدم القصد للمدلول في المكره من التورية التي لم نوجها عليه وحينئذ فالمكره قاصد على نحو غيره إلاّ أنّه قصد إكراهه لا قصد اختياره، وإن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا وعدمه...»(2).

أقول: وأنت ترى بأنّ 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 مَعْنَى آخَرَ من كلامهم وردّ على صاحب الجواهر وقال: «وليس مرادهم [أى مراد العلامة و الشهيدين] أنّه لا قصد له إلاّ إلى مجرد التكلّم... 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 مهملاً»(3).

وقال: «... لا- ينبغي أن تحمّل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذي لا يسمّى خبراً و لا إنشاءً و غير ذلك ممّا يوجب القطع بأنّ 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»(4).

وقال المحقّق 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»(5).

ولكن اعترض المحقّق الإيرواني على الشيخ الأعظم وقال: «إنّ الإكراه لا يرتفع

ص: 115

1-1 . وسائل الشيعة 22/87، ح 4 حسنة يحيى بن عبد الله بن الحسن المثنى الماضية.

2-2 . الجواهر 32/15.

3-3 . المكاسب 3/309.

4-4 . المكاسب 3/310.

5-5 . منية الطالب 1/381.

قصد اللفظ و لا قصد المعنى استعمالاً و لا القصد إلى تحقق المعنى خارجاً، وإتّما المرتفع بالإكراه هو كون الداعى إلى اللفظ و الإنشاء هو قصد تحقق المعنى و لأجل غاية تحقق المعنى المنشأ فى الخارج، فإنّ إنشائه حينئذ و بعد الإكراه ليس بذلك الداعى و إن كان قاصدا للمعنى مقارنة للإنشاء و إتّما إنشائه بداعى إكراه المكروه بحيث لو كان الداعى إليه قصد حصول المعنى بسببه خرج فعله عن الإكراه و إن قارن ذلك توعيد المكروه فإن مجرد المقارنة لا يجعله داخلاً تحت الإكراه و لعلّ مراد من قال: «إنّ المكروه إذا طلق ناوياً فالأقرب وقوع الطلاق» هو هذه الصورة و إلاّ النية لا ترتفع بالإكراه...»(1).

أقول: الظاهر عدم تمامية مقالة الشهيدين من أنّ المكروه قاصد لللفظ دون المعنى، لأنّ المكروه يقصد اللفظ و المعنى لأنّه يستعمل اللفظ فى معناه، حتّى أنّه إنّ الإنشاء و الأثر المترتب من العقد إلاّ أنّ قصده يكون عن كُره لا اختيار فلا يحصل طيب النفس المعتبر فى العقود فلا يقع، فظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم من انعدام قصد وقوع مضمون العقد فى الخارج من المكروه _ و كما عليه ظاهر الفاضل النراقى _ و تمامية مقالات المحقّقين صاحب الجواهر و النائينى و الإيروانى قدس سرهم، و كما عليه الفاضل المراغى حيث يقول: «و أمّا المكروه فهو قاصد لللفظ و قاصد لمعنى التمليك و الأثر و لكنّه فات عنه الرضا و لا يخفى ذلك على من تأمّل فى الجملة»(2). و قال: «المكروه قاصد لللفظ و المعنى معاً لكنّه فاقد للرضا و هو غير قصد المعنى»(3).

الثانى: حقيقة الإكراه

لابدّ من تحديد موضوع الإكراه و بحيث يتميّز من نظائره من الاضطرار و الجبر. و لمّا لم يكن فى المقام تحديد شرعىّ فيمكن أخذ موضوعه من اللغة و العرف:

قال الفيومى: «أَكْرَهُتُهُ عَلَى الْأَمْرِ إِكْرَاهًا: حَمَلْتُهُ عَلَيْهِ قَهْرًا، يُقَالُ: فَعَلْتُهُ كَرْهًا

ص: 116

1-1 . حاشية المكاسب 2/185.

2-2 . العناوين 2/712.

3-3 . العناوين 2/53.

بالفتح أى إكراها و عليه قوله تعالى «طوعاً أو كرها»(1) فقابل بين الضدين، قال الزجاج كل ما فى القرآن من «الكُره» بالضم فالفتح فيه جائز إلا قوله فى سورة البقرة «كتب عليكم القتال و هو كُره لكم»(2)«(3).

وقال الجوهري: «أكرهته على كذا: حملته عليه كرها»(4).

قال الشيخ: «و أما الإكراه فجملته: أن الإكراه يفتقر إلى ثلاثة شرائط:

أحدها: أن يكون المكروه قاهراً غالباً مقتدرًا على المكروه مثل سلطان أو لصٍّ أو متغلبٍ.

و الثانى: أن يغلب على ظنّ المكروه أنه إن امتنع من المراد منه وقع به فيما هو متوعدّ به.

و الثالث: أن يكون الوعيد بما يستتزرّ به فى خاصّة نفسه»(5).

وقال المحقق: «و لا- يتحقق الإكراه ما لم يكمل أمور ثلاثة: كون المكروه قادراً على فعل ما توعدّ به و غلبة الظنّ أنه يفعل ذلك مع امتناع المكروه و أن يكون ما توعدّ به مضرّاً بالمكروه فى خاصة نفسه أو منّ يجرى مجرى نفسه كالأب و الولد، سواءً كان ذلك الضرر قتلاً أو جرحاً أو شتماً أو ضرباً و يختلف بحسب منازل المكروهين فى احتمال الإهانة و لا يتحقق الإكراه مع الضرر اليسير»(6).

وقال ثانى الشهيدين: «و يتحقق [الإكراه] بالخوف من المخالفة على نفسه أو ماله أو عرضه و يختلف ذلك بحسب اختلاف أحوال الناس فى احتمال الإهانة و عدمها»(7).

ص: 117

1-1 . سور آل عمران /83، و التوبة /53، و الرعد /15، و فصلت /11.

2-2 . سورة البقرة /216.

3-3 . المصباح المنير /532.

4-4 . صحاح اللغة /2247/6.

5-5 . المبسوط /5/51.

6-6 . الشرائع /3/4.

7-7 . المسالك /3/111.

وقال فيه أيضا: «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»⁽¹⁾.

وقال الشيخ الأعظم في حقيقة الإكراه: «حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر في وقوع الفعل عن ذلك الحمل: اقتترانه بوعيد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضّر بحال الفاعل أو متعلّقه نفسا أو عرضا أو مالا»⁽²⁾.

و يمكن أن يلاحظ عليه:

أولاً: الإكراه عند الشيخ الأعظم هو حَمْلُ الغير و إجباره على القيام بفعل، فحينئذ لو تخيّل الإكراه في مورد و قام بالفعل الذي يرفعه، فالفعل يكون صحيحا على حدّ 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 لتخيّل التحميل و الاكراه.

و ثانياً: الإكراه بناءً على تعريفه قدس سره 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 الضررَ احتمالاً عقلايياً من دون أن ينطق الظالم ببنت شفة لو لم يعمل على طبق مطلوبه فحينئذ يصدق الإكراه أيضا.⁽³⁾

و ثالثاً: «الفاعل أو متعلّقه» في كلام الشيخ الأعظم قدس سره يشمل نفس المكروه أو والده أو ولده أو غيرهما ممّن يعدّ الضرر عليهم ضررا على نفسه، ولكن الأصحاب⁽⁴⁾ قدس سرهم الحقوا دفع الضرر عن المؤمنين الأجانب بالضرر على نفس المكروه أو ما يتعلّق به، فلا بدّ في كلامه من إضافة «أو غيره من المؤمنين».

وقد مرّ في بحث الولاية من قبل الجائر من هذا الكتاب بماذا يتحقق الإكراه؟

ص: 118

1-1 . المسالك 3/139.

2-2 . المكاسب 3/311.

3-3 . هاتان الملاحظتان في العقد النصيد 2/515 مع ألفاظنا.

4-4 . راجع الآراء الفقهيّة 3/194.

فراجع ما حررناه هناك ولا نعيد، والحمد لله.

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

إشارة

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(1) وذهبنا إلى أنّ التورية داخله في موضوع الكذب لـ«أنّ المعبر في اتصاف الخبر بالصدق والكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه»(2) ونحن نوافق جدّنا الشيخ جعفر(3) و تلميذيه صاحبى المفتاح(4) والجواهر(5) أنّ التورية تدخل في موضوع الكذب أو حكمه.

فحينئذ التفصي إلى التورية لم يكن مندوحة للإكراه وهو صادق حتّى 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 حيز الإكراه عرفاً»(6).

ص: 119

1-1 . الآراء الفقهية 3/64.

2-2 . القوانين 1/419.

3-3 . شرح القواعد 1/232.

4-4 . مفتاح الكرامة 12/220.

5-5 . الجواهر 22/72.

6-6 . المكاسب 3/313.

ثم ذهب إلى اعتبار إمكان التفصي بغير التورية في الإكراه وقال في آخره: «و ما ذكرناه وإن كان جاريا 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 معتبرا لأشير إليها في تلك الأخبار الكثيرة(1) المجوّزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا في قضية عمار و أبويه(2) حيث أكرهوا على الكفر... فقال له رسول الله صلى الله عليه و آله : «إن عادوا عليك فُعد»(3) و لم ينبّهه على التورية...»(4).

ثم ذهب إلى تحقّق موضوع الإكراه و لو مع إمكان التفصي بالتورية لأنّ الأصحاب(5) ذكروا من شروط تحقّق الإكراه أن يعلم أو يظنّ المكره أنه لو امتنع ممّا أكره عليه وقع فيما توعدّ عليه، فحينئذ لو علم المكره أن المكره وزي و أوجد صورة ما أمره المكره لا واقعه فيعلم بامتناعه ممّا أمر به و يفعل بما يتوعدّ به، فمع إمكان التورية يصدق الإكراه موضوعا.

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

ص: 120

1-1 . وسائل الشيعة 23/224، الباب 12 من أبواب كتاب الأيمان، و قد ذكرتها في بحث مسوغات الكذب راجع الآراء الفقهية 3/69 و ما بعده.

2-2 . للروايات الواردة حولها راجع البرهان في تفسير القرآن 3/456 طبع مؤسسة البعثة، و تفسير نورالثقلين 4/104 طبع بيروت عام 1422ق.

3-3 . وسائل الشيعة 16/225، ح2، الباب 29 من أبواب الأمر و النهي، معتبرة مسعدة بن صدقة، و وردت الرواية في الكتب العامية أيضا نحو: تفسير الطبري 7/651، تفسير الفخر الرازي 10/124، تفسير القرطبي 10/118، 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 5/170.

4-4 . المكاسب 3/315.

5-5 . راجع المبسوط 5/51، و الشرائع 3/4، و تحرير الأحكام الشرعية 4/50، و الروضة البهية 6/20، و نهاية المرام 2/11، و الكفاية 2/318.

أن لزوم مراعاة التورية مطابق للقواعد(1) مع عدم تمامية ما ذكره من الفرق بين المقامين(2). ولذا عدل عن مقالته وقال قبل بيان الفرق وبعده ما نصه: «هذا الحكم جيّد [أى مراعاة التورية فى جواز الكذب] إلاّ أنّ مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك...»(3). وقال أيضا: «... 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 فى البابين»(4).

و الحاصل: بالمآل يلحق الشيخ الأعظم قدس سره بقول عدم التفرقة بين بابى الكذب و الإكراه فى عدم مراعاة التورية.

المقام الثانى: التفصّى من الإكراه بغير التورية

الظاهر أنّ إمكان التفصّى من الإكراه بغير التورية خروج موضوعى عن الإكراه، بحيث لو أمكن التفصّى لم يصدق أنّه مكره، لأنّ من شرائط تحقّق الإكراه «كون المكره قادرا على فعل ما توعّد به» كما مرّ من المحقّق فى الشرائع(5)، و مع امكان التفصّى لم يكن المكره قادرا على فعل ما توعّد به و يخرج الإكراه عن موضوعه لعدم تحقّق أحد شرائطه.

كما يظهر ذلك من ثانى الشهيدين(6) و الشيخ يوسف(7) و الفاضل النراقى(8)

ص: 121

1-1 . المكاسب 2/26.

2-2 . راجع المكاسب 2/28.

3-3 . المكاسب 2/24.

4-4 . المكاسب 2/29.

5-5 . الشرائع 3/4.

6-6 . المسالك 9/18 و 19.

7-7 . الحدائق 25/159.

8-8 . مستند الشيعة 14/267.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «لكن الإنصاف أنّ وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلاّ مع العجز عن التفصّي بغير التورية لأنّه يعتبر فيه أن يكون الداعي عليه هو خوف ترتب الضرر المتوّعد به على الترك، ومع القدرة على التفصّي لا يكون الضرر مترتباً على ترك المكروه عليه، بل على تركه و ترك التفصّي معاً، فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين: من فعل المكروه عليه والتفصّي، فهو [المكروه] مختار في كلّ منهما ولا يصدر كلّ منهما إلاّ باختياره فلا إكراه»(1).

وهكذا اعترف بالخروج الموضوعي للإكراه مع إمكان التفصّي بغير التورية في قوله: «ولكن الأولى أن يفرّق بين إمكان التفصّي بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقيق الموضوع [أي موضوع الإكراه] في الأوّل دون الثاني»(2) واستدل بما مرّ في المقام الأوّل.

وأما ما ورد في كلامه من استظهار عدم اعتبار العجز عن التفصّي بوجه آخر غير التورية في صدق الإكراه بخبر عبدالله بن سنان فغير تام من وجوه، نذكر لك أولاً الرواية، وثانياً استدلال الشيخ الأعظم ثمّ وجوه المناقشة فيه ثالثاً:

أما الرواية: فهي خبر عبدالله بن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: لا يمين في غضب ولا في قطيعة رحم ولا في جبر ولا في إكراه، قال: قلت: أصلحك الله فما فرق بين الجبر والإكراه؟ قال: الجبر من السلطان، ويكون الإكراه من الزوجة والأمّ والأب وليس ذلك بشيء. (3).

تقريب الاستدلال: فرّقت الرواية بين الجبر من السلطان الذي لا يمكن الفرار منه وبين الإكراه من الزوجة والأمّ والأب الذين يمكن عادة التفصّي من إكراههم بالنسبة إلى الزوج والولد، فيصدق الإكراه مع إمكان التفصّي منه بغير التورية ثمّ زاد عليه حتى مع إمكان التفصّي منه بالتورية أيضاً يصدق الإكراه لاتحاد المناط ولعدم الفرق بين التخلّص

ص: 122

1-1 . المكاسب 3/314.

2-2 . المكاسب 3/316.

3-3 . وسائل الشيعة 23/235، ح 1، الباب 16 من أبواب كتاب الأيمان.

من الاكراه بالكلام أو الفعل الآخر. (1)

وأما وجوه المناقشة في استظهاره فهى: أولاً: ضعف سند رواية ابن سنان بموسى بن سعدان الحنات كما قال النجاشى في شأنه: «ضعيف في الحديث كوفى له كتب كثيرة» (2) وبعده الله بن قاسم المشترك بين جماعة كلهم ضعفاء أو مهملين ولم يرد فيهم توثيق. (3)

وثانياً: الصدق العرفى غير قابل للتعبد، فلا يمكن استظهاره من الرواية تعبدًا، ولا يستفاد منها إلحاق حكم الإكراه بهم تعبدًا _ لا التعبد في الصدق العرفى في الموضوع _، لأن الحكم يدور مدار الإكراه فلا يصلح إلحاق غيره به.

وثالثاً: الإكراه من الزوجة والأم والأب أمر ممكن بل واقع ولا يلزم في صدق الإكراه كون المكره أقوى من المكره، لإمكانهم بهتك عرض الزوج والولد.

وإذا جاء الإكراه من قبلهم موضوعاً فلا يمكن الإلحاق بالإكراه حكماً.

ورابعاً: التقابل بين الجبر والإكراه في الرواية لجهة بيان التسوية بين الموارد، وعدم الفرق بين كون المكره الجابر الذى هو السلطان الجائر أو غيره مع صدق الإكراه في كليهما ولا يعقل جعل السببية للأخص بعد جعلها للأعم للزوم اللغوية. (4)

الرابع: هل الفرق بين الإكراه فى الحكْمين التكليفى والوضعى موجود أم لا؟

ذهب إلى الفرق الشيخ أسدالله فى المقابس (5) و تبعه الشيخ الأعظم (6) و تلميذه الفاضل المامقانى (7) قدس سرهم بحجة أن المجوز فى الحكم التكليفى قيام الإكراه على خلافه و

ص: 123

1-1 . راجع المكاسب 3/314.

2-2 . رجال النجاشى /404، رقم 1072.

3-3 . المعين على معجم رجال الحديث /347.

4-4 . يظهر كلُّها من السيّد الخمينى رحمه الله فى كتابه البيع 2/66.

5-5 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /17.

6-6 . المكاسب 3/317.

7-7 . غاية الآمال /334.

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

فحينئذ نسبة الإكراه بين الحكمين هي العموم و الخصوص المطلق، الإكراه في الحكم الوضعي يكون العام و في الحكم التكليفي يكون الخاص لأنّ المعبر فيه عدم إمكان التفصّي و لا يكون عدم إمكان التفصّي معتبراً في الإكراه في الحكم الوضعي، ولكن النسبة بين منط الإكراهين في رفع كلّ منهما هي العموم و الخصوص من وجه لأنّ المنط في تحقق الإكراه في الأحكام الوضعية فقدان طيب النفس و المنط في الأحكام التكليفية توقف دفع الضرر على إتيان الفعل المكروه عليه و بين المنطين 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 المنط في رفع كلّ منهما من دون ملاحظة عنوان الإكراه كانت النسبة بينهما العموم من وجه، لأنّ المنط في رفع الحكم التكليفي هو دفع الضرر و في الحكم الوضعي هو عدم الإرادة و طيب النفس...»(1).

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 شىءٍ 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 الشىء بخلاف من كان خدمه حاضرين عنده... ولو فرض في ذلك المثال إكراهه على محرّم لم يعذر فيه بمجرد كراهة الخروج عن ذلك المنزل...»(2).

ص: 124

1-1 . المكاسب 3/319.

2-2 . المكاسب 3/317.

ثم تمسك بخبر عبدالله بن سنان(1) الماضى وقال: «فالإكراه المعتبر فى تسويغ المحظورات هو الإكراه بمعنى الجبر المذكور فى الرواية والرافع لأثر المعاملات هو الإكراه الذى ذكر فيها أنه قد يكون من الأب و الولد و المرأة و المعيار فيه عدم طيب النفس فيها لا الضرورة و الإلجاء...»(2).

أقول: لا يمكننى موافقة الشيخ الأعظم فى الفرق بين الحكمين فى الإكراه لأن الإكراه فى كليهما واحد و هو الإجبار و الإلزام و الحمل على شىء بكره و إجبار كما مر عن الشيخ(3) و المحقق(4)، فما ذكره قدس سره من مثاله لا يعدّ إكراها لا فى التكليفات و لا فى الوضعيات لإمكان التفصّى منه فى المثال بترك ذلك المكان و الخروج منه.

و أمّا تمسكه بخبر عبدالله بن سنان فقد ظهر عدم تماميته فى المناقشات الواردة حوله التى مرّ آنفاً و مختصرها التسوية بين الجبر و الإكراه الواردتان فيها و يكون كلاهما شيئاً واحداً و الإتيان بهما متعدداً بجهة التنبيه على أنّهما شىء واحد، لأنّ الإكراه من الزوجة و الأمّ و الأب قد يخفى على الناظر كونه إكراها.

و بالجملة: نحن نذهب إلى عدم الفرق فى الإكراه بين الحكمين: التكليفى و الوضعى و قولنا موافق للمشهور بين الأصحاب حيث لم يذكروا هذا الفرق فى المقام و جاء الفرق من قبل الأعلام الثلاثة و تبعهم المحقق النائينى(5) _ قدس الله أسرارهم _ .

و من المصرحين بعدم الفرق السيّد الخمينى(6) رحمه الله و الأستاذ المحقق(7) _ مدظله _ و الحمد لله.

ص: 125

1-1 . وسائل الشيعة 23/235، ح 1.

2-2 . المكاسب 3/317 و 318.

3-3 . المبسوط 5/51.

4-4 . الشرائع 3/4.

5-5 . راجع المكاسب و البيع 1/437 و مابعده.

6-6 . كتاب البيع 2/67.

7-7 . العقد النضيد 2/535.

إشارة

وهما إما تَكْلِيفِيَّانِ أَوْ وَضْعِيَّانِ أَوْ أَحَدُهُمَا تَكْلِيفِيٌّ وَالْآخَرُ وَضْعِيٌّ، فيقع الكلام في ثلاثة مقامات:

المقام الأول: الإكراه على الأمرين التكليفيين

1_ وهما إن كانا مُحَرَّمَيْنِ تَكْلِيفِيَيْنِ:

أ: و كانا متساويين في ملاك التحريم و لم يكن أحدهما أشدَّ مَبْغُوضِيَّةً مِنَ الْآخَرِ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ كَانَ الْمَكْرَهُ مَخِيرًا فِي اخْتِيَارِ أَيْ مِنْهُمَا لِأَنَّ كُلًّا مِنْهُمَا يَعْذُّ مِنَ الْمَكْرَهُ عَلَيْهِ، نَحْوَ الْإِكْرَاهِ عَلَى شَرْبِ الْخَمْرَيْنِ: الْأَحْمَرِ أَوِ الْأَسْوَدِ.

ب: و إن كانا غير متساويين، الأقدام في ملاك التحريم و كان أحدهما أشدَّ مَبْغُوضِيَّةً مِنَ الْآخَرِ فِي نَظَرِ الشَّارِعِ فَلَا بَدَّ مِنْ اخْتِيَارِ مَا كَانَ أَقْلَ مَبْغُوضِيَّةً، نَحْوَ الْإِكْرَاهِ عَلَى شَرْبِ النَّجَسِ أَوِ الْخَمْرِ. وَ الْوَجْهُ فِي ذَلِكَ لِعَدَمِ كَوْنِ الْخَمْرِ بِالْخُصُوصِ مُورَدًا لِلْإِكْرَاهِ هَذَا إِذَا كَانَ عَرَضِيَيْنِ.

ج: و أمَّا إِذَا كَانَ طَوَلِيَيْنِ بَأَنَّ أَكْرَهُ عَلَى شَرْبِ الْخَمْرِ إِمَّا فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ أَوْ يَوْمِ السَّبْتِ فَلَا يَجُوزُ لَهُ الشَّرْبُ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَكْرَهُ عَلَيْهِ وَ قَادِرٌ عَلَى تَرْكِهِ فَلَا تَجُوزُ الْمُبَادَرَةُ إِلَيْهِ فِي يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ مَتَعَلِّقَ الْإِكْرَاهِ هُوَ الْفَرْدُ الْمَتَأَخِّرُ فَقَطْ.

د: نعم، إذا كان طوليين ولكن الثاني منهما أشدَّ حرمة و الأول أقل و يعلم المكره من الخارج ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بد أن يأتي بالأوّل لثلاث. يقع في الثاني نحو: أن يكون الأوّل شرب الخمر و الثاني قتل النَّفْسِ، و الدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشدَّ حرمة من الأوّل.

2_ و إن كان الإكراه على ترك أحد الواجبين:

أ: فإن كانا متساويين في الملاك فللمكره التخيير نحو: ترك أداء الزكاة أو الخمس.

ب: و إن كانا مُخْتَلَفَيْنِ فِيهِ فَلَا بَدَّ لِلْمَكْرَهُ مِنْ اخْتِيَارِ الْأَقْلِ وَ تَرْكِ الْأَشَدِّ، نَحْوَ تَرْكِ الْحَجِّ أَوِ الصَّلَاةِ، فِي شَهْرِ ذِي الْحِجَّةِ، وَ الثَّانِي يَكُونُ الْأَشَدَّ وَ الْأَهْمَ.

هذا إذا كانا عَرَضِيَيْنِ، و أمَّا إِذَا كَانَ طَوَلِيَيْنِ فَيَكُونُ:

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

د: نعم، إذا كان الثاني أشدّ ملاكا و المكره يعلم ببقاء الإكراه إلى زمن الثاني فلا بدّ من الاختيار الأوّل الذي يكون أقلّ ملاكا نحو: الإكراه على ترك الإنفاق على من يجب عليه إنفاقه أو ترك الصلاة، و الدليل عليه عدم وقوعه في ما يكون أشدّ حرمة.

هذا كلّه في الواجبات الاستقلالية و أمّا الواجبات الضمنية فتسقط الواجب بالإكراه بترك جزئه إلا الصلاة كما هو المعلوم. فلذا يكون الإكراه على ترك جزء أو شرط أو الاتيان بمانع مُوجِباً لِسُقُوطِ الواجب إلا في باب الصلاة(1) و فيها لا بدّ من ملاحظة دليل الجزئية أو الشرطية أو المانعية و الاتيان بالباقي لو كان الإكراه يتعلق بإحداهنّ متعيّنا ولو يتعلق بإحداهنّ مترددا لا بدّ من ملاحظة قُوّة الأدلة و الاتيان بالأقوى، مثلاً لو كان مكرها على ترك القيام أو الطمأنينة فلا بدّ من الاتيان بالقيام لأنّ دليله لفظي(2) و دليلها إجماع، أو دار الإكراه بين الوقت أو الطهور و بين غيرهما من الأجزاء و الشرائط فلا بدّ من تقديمهما على غيرهما، و التفصيل يطلب من باب التزاحم في بحث الأصول.

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

3_ و إن كان الإكراه على ترك واجب أو الاتيان بمحرّم:

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

ص: 127

1-1 . لأنّ ورد في صحيحة زرارة بالنسبة إلى المستحاضة: ... ثمّ تصلّى و لا تدع الصلاة على حال، فإن النبي صلى الله عليه و آله قال: الصلاة عماد دينكم. [وسائل الشيعة 2/373، ح 5، الباب 1 من أبواب الاستحاضة].

2-2 . ورد في صحيحة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام : ... لكنّه أعلم بنفسه إذا قوى فليقم. [وسائل الشيعة 5/495، ح 3، الباب 6 من أبواب القيام].

وبما ذكرنا من التفصيل تَظَهَّرَ لَكَ مواقع 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...»(1).

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 لابدّ من تقديم مقدمة وهي تصوير الوجوب التخييري بحيث لا يتنافى مع حقيقة الوجوب وهو عدم جواز ترك متعلّقه، والوجه في تقديم هذه المقدمة لأنّ الإكراه على الأمرين أيضا يشابه الوجوب التخييري فلا بدّ من تبين تصويرهما حيث لا يتنافى هذا مع الوجوب وذلك مع الإكراه.

ولذا أقول: المباني في تصوير الوجوب التخييري متعددة:

منها: الجامع بين الفعلين أو الأفعال يكون متعلّقا للأمر فيكون التخيير عقليًا لا شرعيًا وهذا هو مختار المحقّق الخراساني(2) قدس سره .

ومنها: الوجوب التخييري في الحقيقة وجوب تعييني متعلّق بكلّ من الفعلين لكنّه مشروط بترك الآخر.(3)

ومنها: تعلّق الوجوب بكلّ منهما تعيينا مطلقا لكنّه يسقط بفعل الآخر. وقال المحقّق النائيني: «أنّه ممّا لا يصح أن يتفوّه به أحد»(4).

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

ص: 128

1-1 . المكاسب 3/319.

2-2 . كفاية الأصول /140، طبعة مؤسسة آل البيت عليهم السلام .

3-3 . نقلها المحقّق النائيني و اعترض عليه بأربعة إیرادات راجع أجود التقريرات 1/185، الطبعة الأولى.

4-4 . أجود التقريرات 1/182.

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 البديل.

و المختار هو هذا الأخير: و التكليف يتعلق بالفرد على البديل و بأحدهما لا بعينه، بمعنى كون كل منهما متعلقاً للتكليف الواحد ولكن على البديل لا أحدهما المردد و لا كلاهما معاً، فيكون الواجب أحدهما لا بعينه كما أن المحقق النائيني رحمه الله موافق لنا في النتيجة، و السيّد الروحاني قدس سره في الاستدلال و النتيجة و التفصيل يطلب من كتابه.(1)

و إذا كان هذا حال الوجوب التخيري و هو يتعلّق بالفرد على البديل فكذلك الإكراه على الأمرين أيضا يتعلّق بكل فرد منهما على البديل و بأحدهما لا بعينه فيصدق عليه الإكراه و على الفعل المأمى به بأنه المكره عليه و على الفاعل بأنه مكره، بلا ريب و لا إشكال.

و لعلّ إلى هذا الاشكال _ و هو أنّ الإكراه يُنافى الاختيار بالنسبة إلى أخذ أحدهما أو أحدهم من المصاديق و الأفراد- أفتى العلامة في ظاهر قواعده بصحة طلاق من أكره على طلاق إحدى زوجتين فطلّق إحداهما بعينها، و قال: «ولو ظهرت دلالة اختياره صحّ 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»(2).

و استشكل في صدق الإكراه في تحريره و قال: «... ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه، فطلّق معيّنة، فأشكال»(3).

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

ص: 129

1-1 . راجع منتقى الاصول 2/ (483-495).

2-2 . قواعد الأحكام 3/122.

3-3 . تحرير الأحكام الشرعية 4/51.

تعالى فى الطلاق إنّه لو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا بعينها معيّنة وقع»(1).

أقول: لم يف المحقق الكركى قدس سره بوعده ولم يكتب كتاب الطلاق فى ضمن كتابه جامع المقاصد.

وجعل الشهيد الثانى القول بصحة الطلاق هو المحتمل الضعيف فى مسالكة وقال: «و منها: لو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه لا على التعيين فطلق واحدة بعينها، قيل يقع الطلاق، لأنّه الإكراه على طلاق إحداهما لا على طلاق هذه، و طلاق هذه طلاق إحداهما مع زيادة، و قد تقرّر فى الأصول أنّ الأمر بالكلّى ليس أمراً بجزئىّ معيّن.

و يحتمل قوياً عدم الوقوع، لأنّ متعلّق الإكراه وإن كان كلياً لكنّه يتأدّى فى ضمن طلاق كلّ واحدة بعينها و بطلاق واحدة غير معيّنة فكل واحد من الأفراد داخل فى المكره عليه و مدلول عليه بالتضمن. نعم، لو صرّح له بالحمل على طلاق واحدة مبهمّة _ بأن يقول: إحداكما طالق مثلاً _ فعدل عنه إلى طلاق معيّنة فلا شبهة هنا فى وقوع الطلاق على المعيّنة لأنّه غير مكره عليه جزماً»(2).

و جعل فى الروضة القول بعدم الصحة هو الأقوى وقال: «ولو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معيّنة فالأقوى أنّه إكراه، إذ لا يتحقق فعل مقتضى أمره بدون إحديهما، و كذا القول فى غيره من العقود و الايقاع»(3).

و السيّد السند(4) اختار كلام جده من طريق الأمّ وقال: «إمّا لو أكرهه على طلاق إحدى الزوجتين فطلق معيّنة فالأصح أنّه إكراه، إذ لا يمكن التخلص من الضرر المتوعّد به بدون ذلك»(5).

و تبعه المحقق السبزوارى وقال: «ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه لا على

ص: 130

1-1 . جامع المقاصد 9/206.

2-2 . المسالك 9/21.

3-3 . الروضة البهية 6/21.

4-4 . السيّد محمّد العاملى صاحب المدارك.

5-5 . نهاية المرام 2/12.

التعيين فطلق واحدة معينة، قيل: يقع، و الأقوى عدم الوقوع»(1).

وصاحب الحدائق بعد نقل كلام السيّد السند و جدّه في الروضة ردّ المحتمل الضعيف في كلام الجدّ بقوله: «وردّ 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: إحداكما 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 [أى قول السيّد 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»(2).

و ذكر صاحب الجواهر رحمه الله 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، وفيه: أن ذلك أحد أفراد الكلي المكره عليه، نعم، لو كان الإكراه على الإبهام و عدل إلى التعيين وقوع عليها...»(3).

وقال 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 يتّفق الإكراه، بجزئيّ حقيقيّ من جميع الجهات...»(4).

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

ص: 131

1-1 . الكفاية 2/319.

2-2 . الحدائق 25/163.

3-3 . الجواهر 32/14.

4-4 . المكاسب 3/320.

ترك بعض أفراد الواجب التخييري لا ينافي الوجوب.

فلو أكره على طلاق إحدى زوجتيه أو زوجاته فطلق إحداهما أو إحدهنَّ، لا يقع لصدق الإكراه وما ورد في كلام العلامة من الحكم بالصحة أو الإشكال في صدق الإكراه و تبعية المحقق الثاني له تُحمل بما إذا وقع المكره بطلاق إحداهما مبهمه كما حمله بعض الأجلة على ما نسب إليه المحقق التستري(1). وذكره الشيخ الأعظم(2).

فحينئذ لو أكره على الأمرين الوضعيين سواء كانا عقدين أو إيقاعين أو عقد وإيقاع واختار المكره أيًا من طرفي الإكراه _ بلا فرق بين كونه عقداً أو إيقاعاً _ لم يقع ويحكم بفساده لأجل طريان الإكراه. هذا كله إذا كان الفردان عَرَضِيَّيْنِ.

وأمّا إذا كانا طوليين بأن أحدهما في عمود الزمان يتأخر عن الآخر فهل للمكره أن يختار أيهما شاء؟ أم لا بدّ له من التأخير، ولو أتى بالفرد المقدم كان صحيحاً لأنه 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 وهو كان عالماً ببقاء الإكراه إلى يوم السبت؟ أم ليس له هذا البدار ولا بدّ أن يأتي بالفرد الأخير؟

ذهب المحقق النائيني قدس سره إلى وجود الفارق بين المحرّمات والمعاملات في الأفراد الطولية بأنّ في الأوّل لا يجوز البدار ولا بدّ من التأخير والإتيان بالفرد الأخير ولكن في المعاملات يجوز البدار ويصدق الإكراه وقال بالنسبة إلى المعاملات: «... أمّا لو كان مكرهاً في بيع داره موسّعاً فلو كان مأيوساً من التخلّص عنه فإقدامه على البيع في أوّل الوقت لا يخرج عن الإكراه، وأمّا لو احتمل التخلّص فلو باع أوّل الوقت فهو مختاراً...»(3).

واعترض عليه المحقق السيّد الخوئي رحمه الله من عدم وجود الفارق بين المحرّمات و

ص: 132

1-1 . مقابس الأنوار /118.

2-2 . المكاسب 3/320.

3-3 . منية الطالب 1/395.

المعاملات لأنَّ «الإتيان بالفرد المتقدّم مع سعة الوقت لا ينطبق عليه عنوان المكروه 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، وعليه فلا ملزم له في فعله، نعم إذا تركه لزمه الإتيان بالفرد الأخير من جهة ترتب الضرر على تركه، وعلى 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»(1).

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

و ظهر ممّا ذكرنا أنّ لو كان مكروهاً على الأمرين الوضعيين كان أحدهما باطلاً و الآخر صحيحاً، لو لم يكن الإكراه على الصحيح كالثلاث 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 كقراءة عقد الزواج على بنت الغير للمكروه أو على بنت المكروه، ففي كلّ هذه الأمثلة لا بدّ للمكروه 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 مكروه بخصوصه وقع صحيحاً، فلا بدّ للمكروه 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 تكليفيّ كشرب الخمر أو ترك الصلاة و الآخر

ص: 133

وضعی کبیع داره أو طلاق زوجته، فحينئذ لا بدّ للمکره أن يختار الأمر الوضعی و ترک الحرام التکلیفی أو الاتیان بالواجب، و الأمر الوضعی الذی أتى به لم يقع لأنّه المکره علیه. و هذا واضح لا ريب فيه.

و من هنا لو كان مکرها على الأمرين المردين بين الحرام أو ترک الواجب و المباح فلا بدّ له أن يختار المباح و لا یصدق الإکراه بالنسبة إلى الحرام أو ترک الواجب فلا يجوز الإیتان به أو التکرک بذا.

مثلاً لو كان مکرها على شرب أو أكل شیءٍ مباحٍ یتنفر طبعه منه أو شرب الخمر أو ترک الصیام، فلا بدّ له من الإیتان بالمباح.

و كذلك لو كان الإکراه مردداً بین أمر مباح و أمر وضعی نحو: الجماع مع زوجة المکره العجوز التي لا یريدها أو طلاق إحدى زوجاته و هی الشابة الجديدة، فلا بدّ له أن يختار المباح و ترک الأمر الوضعی و هو فی المثال الطلاق، فلو أتى بالطلاق لكان صحیحاً، و إن كان فی النفس بالنسبة إلى هذا الأخير شیءٌ، و هو لو اختار الأمر الوضعی و أتى به من دون قصد و لأنّه كان مکرها بالنسبة إليه لعدم ارتضاء نفسه بالإیتان بهذا الشرب أو الأكل أو الجماع، لتنفّر طبعه منها فیصدق الإکراه عرفاً فلا أثر للأمر الوضعی المکره علیه أيما كان من عقدٍ أو إيقاعٍ.

السادس: إکراه أحد الشخصین على فعلٍ واحدٍ

و هذا الفعل الواحد إمّا تکلیفیّ أو وضعیّ.

أ: إمّا التکلیفی: فنحو إکراه أحد الشخصین على شرب الخمر أو ترک الصلاة، يجوز لأحدهما ارتکابه دفعا للضرر المتوقع به من المکره، ولكن إن علم أو اطمأن بأنّ الآخر یفعله لكثرة خوفه أو لضعف إيمانه فلا يجوز للآخر الإیتان به. و إن علم أو اطمأن بأنّ الآخر لا یفعله أو حتّى احتمال احتمالاً عقلاً بأنّه لا یفعله يجوز له ارتکابه. و يكون هذا الإکراه مشابهاً للوجوب الکفائی فی تصویره و تقریره.

ب: و إمّا الوضعیّ: فنحو إکراه أحد الشخصین على بیع الدار و هما صاحب الدار و وکیلها، أو العقد على البنت و هما أبوها و جدّها، و الكلام فيه کالكلام فی التکلیفی بلا

فرق.

أما مقالة الشيخ الأعظم من: «انَّ إكراه أحد الشخصين على فعل واحد _ بمعنى إزماء عليهما كفايةً و إعادهما على تركه _ كإكراه شخصٍ واحدٍ على أحد الفعلين، في كون كلٍّ منهما مُكرهاً»⁽¹⁾.

لابدّ من تقييد جملة «كإكراه شخص واحد على أحد الفعلين» بالعرضيين، لأنّ قد مرّ عدم اتصاف الطوليين بالإكراه إلاّ الفرد الأخير فقط. فلا بدّ من تقييد الفعلين بالعرضيين عندنا، ولكن حيث أنّ الشيخ الأعظم لم يتعرّض في ظاهر كلامه للفعلين الطوليين فهذا التقييد غير لازم له.

السابع: متعلّق الإكراه

الإكراه قد يتعلّق بالمالك العاقد _ كما هو الغالب _ وقد يتعلّق بالمالك دون العاقد وقد يتعلّق بالعاقد دون المالك فللمسألة صورٌ ثلاثٌ: الأولى: تقدم الكلام فيها وأن حكمها بطلان العقد المكره عليه.

الثانية: كالإكراه على التوكيل لبيع داره أو طلاق زوجته، أعنى 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 أنّ عقد الوكالة وقع عن كرهه فيكون باطلاً فلم يستند العقد كالبيع والإيقاع كالطلاق إلى المالك و الزوج فلا إشكال في عدم وقوعهما.

بعبارة أخرى: التوكيل حيث يكون إكراهياً فيكون كالعقد 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 و بالنسبة إلى الطلاق بناءً على صحة الإيقاعات الفضولية يكون صحيحاً.

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

ص: 135

المالك لغيره: بع مالى أو طلق زوجتى وإلا... .

ذهب الشيخ الأعظم إلى أن «الأقوى هنا الصحة»(1).

واحتمل الشهيد الثانى بعد أن جعل وقوع الطلاق _ مثلاً_ أصح الوجهين، عدم الوقوع و الصحة فى قوله: «لو قال: طلق زوجتى وإلا قتلتك أو غير ذلك مما يتحقق به الإكراه، فطلق فى وقوع الطلاق وجهان، أصحهما الوقوع، لأنه أبلغ فى الإذن، ووجه المنع: أن الإكراه يسقط حكم اللفظ، فصار كما لو قال لمجنون: طلقها فطلق. و الفرق بينهما: أن عبارة المجنون مسلوبة أصلاً، بخلاف عبارة المكره، فإنها مسلوبة لعارض تخلف القصد، فإذا كان الأمر قاصداً لم يقدح إكراه المأمور»(2).

وقال أيضاً: «لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل فى صحته وجهان أيضاً، من تحقق اختيار الموكل المالك للتصرف، و من سلب عبارة المباشر»(3).

ولكن التحقيق أن لهذه الصورة أقساماً:

الأول: أن يكون الإكراه من المالك و كان العاقد الوكيل مكرهاً فى إجراء عقده أو إيقاعه، فحينئذ لا إشكال فى صحة العقد أو الإيقاع لصحة انتسابهما إلى المالك فيتّمان، و إكراه العاقد أو عدم رضايته بالعقد لا يضرّ بصحته لأنه أجنبيّ فى المقام و لا أثر لعدم رضايته بعد رضا المالك.

لا يقال: حديث الرفع ينفى الصحة من هذا العقد لوجود الإكراه بالنسبة إلى العاقد.

لأننا نقول: العاقد المكره ليس هنا لفعله أثر بالنسبة إلى شخصه حتى يرفعه الحديث، و أمّا جريان حديث الرفع بالنسبة إلى المالك أيضاً فلا يتم لأنه أولاً: لم يكن مكرهاً، بل هو المكره هنا، و ثانياً: يكون خلافاً للامتنان.

إشكال: 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

ص: 136

1-1 . المكاسب 3/322.

2-2 . المسالك 9/22.

3-3 . المسالك 9/23.

المحقق التستري قال في مقابسه: «إنَّ إرادة مدلول اللفظ لا بدَّ منها في صحة العقد وإن تجرَّد من الرضا به ولذلك بطل عقد الهازل وقاصد التورية ونحوهما وإذا صدر العقد من مختار بالغ عاقل حكمننا بما هو الظاهر من حصول ذلك بخلاف ما إذا صدر من مكره إذ لا ظهور لعبارة في قصد المعنى المطلوب ولا عبرة بالدلالة المجردة عن الإرادة، فكيف يحكم بالصحة بمجرد صدور العقد والرضا...»(1).

أجاب عن هذا الاشكال صاحب الجواهر بقوله: «قلت: هذا مبنيٌّ أيضاً على ما سمعت من خلو المكره عن القصد وقد عرفت الحال»(2)، وقال قبله: «... فالمكره قاصد على نحو غيره إلاَّ أنه قصد إكراه لا قصد اختيار، وإن شئت عبّرت عن ذلك بالرضا وعدمه»(3).

و أجاب الشيخ الأعظم عنه بوجهين(4) بتوضيح منّا:

1_ نعلم بأنَّ العاقد المكره لا يتكلّم لاغيّاً ولا مورياً، فيكون قاصدا للعقد، لعدم وجود الشق الرابع.

2_ المالك في ظهور العقد هو كون الفعل اختيارياً في مقابل الاضطرار كحركة يد المرتعشة، ومن المعلوم أنّ الإكراه لا يصل إلى حدّ 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 _ أى لوكيل المالك _ ويكون العقد باطلاً لعدم انتساب العقد إلى المالك _ وهو واضح _ ولا إلى وكيله لأنّه مُكرهٌ وعقد المكره

ص: 137

1-1 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /18.

2-2 . الجواهر 32/16.

3-3 . الجواهر 32/15.

4-4 . المكاسب 3/323.

باطلٌ.

نعم، إذا علم رضا المالك بالعقد و إذنه فيه حُكم بصحة العقد، لأنَّ رضا الوكيل إنّما يعتبر بما أنّه طريق و كاشف عن رضا موكله، فلو علم رضا الموكل و إذنه بالعقد مع صدور العقد من الوكيل حُكم بصحته.

و ظهر ممّا كرنا أنّفا عدم صحة قياس المكره بالمجنون، لأنّه مسلوب العبارة فلا تأثير لعقده بخلاف المكره.

الثامن: الاكراه على بيع عبد من عبيد

قال العلامة في التذكرة: «لو أكرهه على بيع عبد فباع اثنين أو نصفه فأشكال»(1).

ما يصدر من المكره من العقود و الإيقاعات مع متعلّق الإكراه إمّا مساوٍ أو متباين أو يزيد عليه أو ينقص منه، فهذه أزيح صور:

الصورة الاولى: التساوى

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

الصورة الثانية: التباين

إذا أكرهه على بيع داره فأجرى العقد و باع دكانه له، أو أكرهه على طلاق زوجته فطلّق غيرها، فلا إشكال في صحة العقد و الإيقاع لأنّه غير مكره 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 أنّه من جهة الاضطرار»(2).

ص: 138

1-1 . تذكرة الفقهاء 10/14.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/323.

لو أتى بالمكره عليه مع زيادة وهي على قِسْمَيْنِ:

القسم الأول: التدريجية

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

واحتمل الشيخ الأعظم الرجوع إلى البائع في تعيين البيع المكره عليه لو كان مثليين نحو عبد من العبدین أو دار من الدارين لأنه أعرف بقصده وقال: «مع احتمال الرجوع إليه في التعيين سواء ادعى العكس أم لا»⁽¹⁾. يعني سواء المكره ادعى أن الثاني هو المكره عليه أم الأول يؤخذ بقوله لأنه لا يعرف التعيين إلا من قبله فيتبع قوله.

ويرد 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.

ولا-يقال: «بل لا يبعد صحة البيع الثاني حتى فيما إذا كان متفرعا على الإكراه و من تبعات بيع الأول كما إذا أكرهه الجائر على بيع أحد مصراعى 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 وبغير كره فيحكم بصحته»⁽²⁾.

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

ص: 139

1-1 . المكاسب 3/324.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/324.

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 حكمهما: «ولو باعهما دفعة احتمال صحة الجميع، لأنه 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»(2).

و هنا احتمال ثالث ذهب إليه المحقق السيد الخوئي(3) و هو تعيين البيع المكره عليه بالقرعة و الحكم بالصحة بالنسبة إلى الآخر.

ثم اعترض على نفسه بأن «القرعة إنما يرجع إليها فيما إذا كان المطلوب متعيناً واقعا و مجهولاً ظاهراً، و من الواضح أن المكره عليه مردد بين الأمرين ظاهراً و واقعا من غير أن يكون له تعيين في مرحلة من المرحلتين».

و أجاب عنه بأن أدلة القرعة مطلقة و أنها تجرى في كل أمر مشتبه أو مشكل، و من هنا ذهب الفقهاء إلى الرجوع إلى القرعة فيما إذا طلق شخص إحدى زوجاته من غير تعيين مع أن المطلقة حينئذ لا تعيين لها لا واقعا و لا ظاهراً.(4)

أقول: في هذا الفرع لا بد من القول بالصحة في الجميع لأنه 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 بأن المكره عليه أحدهما و لا تعيين له في الواقع، و الحكم بفساد أحدهما معينا دون الآخر ترجيح بلا مرجح.

و وجه عدم التمامية: أن المكره عليه أحدهما بشرط أن لا يكون معه الآخر، و هو

1-1 . إرشاد الطالب 2/254 مع تصرف مختصر.

2-2 . المكاسب 3/324.

3-3 . مصباح الفقاهة 3/324.

4-4 . راجع مصباح الفقاهة 3/325.

أتى بكليهما وهو أحدهما بشرط الآخر ومن المعلوم أنّ الماهية بشرط لا غير الماهية بشرط شىء فلا ينطبق المكروه عليه على ما أتى به المكروه، فيحكم بالصحة ولا- نحتاج إلى التعيين فى المكروه عليه حتى نذهب إلى الفساد لعدم امكان الأخذ بأحدهما معينا دون الآخر حيث يكون ترجيحها بلا مرجح.

وكذا لا يتم ما ذكره المحقق السيّد الخوئى قدس سره من الاحتمال لأننا لا نحتاج إليه مضافا إلى عدم جواز تعيين الفاسد من الصحيح بالقرعة، لأنّ الأصحاب لم يعملوا بإطلاق أدلة القرعة- لو كانت مطلقة- بل عملوا بها فى موارد خاصة وهى موارد وجود القول بها فيها- «كما هو المشهور بين المعاصرين وغيرهم»⁽¹⁾- ولعلّ مثال الطلاق المذكور فى كلامه منها وأما فرعا هذا فلم يقل أحد بالقرعة فيه إلاّ هو فلا يمكن العمل بالقرعة فيه، والتفصيل يطلب من البحث حول قاعدة القرعة.

الصورة الرابعة: النقيصة

وهى بيع ما يكون أنقص من المكروه عليه نحو: الإكراه على بيع الدارين، فباع إحديهما أو طلاق الزوجتين فطلق إحديهما. لو أتى بهذه النقيصة رجاء له بأنّ المكروه اكتفى بذلك ولا يكرهه على الآخر، فلا إشكال فى صدق الإكراه و بطلان العقد أو الإيقاع. وكذلك لو أكرهه على بيع داره فباع له نصفها لرجاء أن يكتفى المكروه به يصدق الإكراه ويحكم بالبطلان. والدليل عليه: أنّ الإكراه على المجموع إكراه على البعض خارجا و واقعا.

التاسع: لو أكره على معين فضمّ غيره إليه

باختياره نحو: الإكراه على طلاق زوجة معينة فطلق معها غيرها أيضا، أو الإكراه على بيع الدار فضمّ إليها دكانه. لا إشكال فى صحة طلاق غير المكروه عليها أو بيع الدكان، لأنهما وقعا باختيار و

ص: 141

1-1 . راجع القواعد الفقهية 1/432، للأستاذ آية الله الشيخ محمد الفاضل اللنكرانى قدس سره .

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: طلق زوجتك زينب، فقال لها و لفاطمة: أنتما طالقتان، وقع عليهما، لأن ذلك خلاف المكره عليه وقد عدل عنه إلى غيره فلا مانع من صحته، وإن قال: زينب طالق و فاطمة طالق، طلقت فاطمة و لم تطلق زينب، لأنها مكره عليها بخلاف الأخرى. و منهم من لم يفصل بين العبارتين و أطلق الحكم بوقوع الطلاق عليهما، و الفرق متجه»(1).

جعل ثانى الشهيدان 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 معينة فطلّقها مع غيرها بلفظ واحد فإنه يشعر باختياره أيضاً، نعم لو طلقهما بصيغتين وقع الطلاق على غير المكره عليها و بطل في الأخرى، و قد يحتمل عدم الفرق بينهما»(2).

ولكن الشيخ أسدالله التستري(3) 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 معين فضم إليه غيره و باعهما دفعة فالأقوى الصحة في غير ما أكره عليه»(4).

أقول: تفصيل الشهيد الثاني قدس سره تام عندنا لما مرّ في الزيادة الدفعية و هنا و الحمد لله.

ص: 142

1-1 . المسالك 9/21.

2-2 . الجواهر 32/14.

3-3 . راجع مقابسات الأنوار، كتاب البيع /15.

4-4 . المكاسب 3/324.

قال فى المسالك: «لو تلفظ بالطلاق ثم قال: كنتُ مكرهاً و أنكرت المرأة، فإن كان هناك قرينة تدلُّ على صدقه _ بأن كان محبوباً أو فى يد متغلبٍ و دلت القرينة على صدقه _ قبل قوله بيمينه و إلا فلا. ولو طلق فى المرض ثم قال: كنت مغشياً علىَّ أو مسلوب القصد لم يقبل قوله إلا- بيينة تقوم على أنه كان زائل العقل فى ذلك الوقت، لأن الأصل فى تصرفات المكلف الصحة إلى أن يثبت خلافها. و إنما عدلنا فى دعوى الإكراه عن ذلك بالقرائن لظهورها و كثرة وقوعها و وضوح قرائنها بخلاف المرض»(1).

وفى الحدائق يرى مسألة الإكراه فى كلام الشهيد الثانى هى أمرٌ: «مقطوع به فى كلام الأصحاب»(2) ولكن اعترض عليه فى 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 فى المسألة الاولى اعتماداً على القرائن فى الموضوعين»(3).

وقال الشيخ الأعظم: «لكن فى سماع دعوى البائع ذلك [أى الإكراه] مع عدم الأمارات نظر»(4).

أقول: إن ادعى الإكراه و عنده القرائن يقبل قوله و إلا يحتاج إثباته إلى البيينة الشرعية و كذا الأمر بالنسبة إلى المرض بلا فرق كما على الأول ثانى الشهيدين و صاحب الحدائق و على الثانى الأخير فقط.

1-1 . المسالك 9/23.

2-2 . الحدائق 25/165.

3-3 . الحدائق 25/165.

4-4 . المكاسب 3/325.

قد مرّ فى الأمر الأول (1) كلام العلامة فى التحرير بأن: «لو أكره على الطلاق فطلق ناويا له فالأقرب أنه غير مكره، إذ لا- إكراه على القصد» (2).

فحكم قدس سره بوقوع الطلاق مستدلاً بأنه غير مكره فى نيته وقصده و تبعه ثانى الشهيدين المسالك (3) و الروضة (4) كما مرّ.

ولكن الشيخ الأعظم (5) قسّم الفرع المذكور إلى ستّ صور:

1- أن يكون الطلاق الصادر من المكره مقترناً بالرضا وطيب النفس من دون أن يستند وقوعه إلى الإكراه لا بنحو الداعى المستقل ولا منضمّاً إلى غيره من الدواعى، بل يقترن الطلاق بما بعد الإكراه زماناً، نحو أن يكون الزوج قاصداً الطلاق ولكن قبل إجرائه الصيغة أكره الظالم مع جهله بحاله وقصده فجرى الصيغة فوق الطلاق، لأنه لم يستند إلى الإكراه أصلاً.

2- أن يكون الإكراه جزءاً لسبب الطلاق وجزءه الآخر سوء خلقها أو انزجاره منها أو غيرهما من دواعى الطلاق، و الجزان يؤثران فى وقوع الطلاق فهل يحكم بصحته استناداً إلى الجزء المختار؟ أو يحكم بطلانه استناداً إلى الجزء المكره عليه؟ كلُّ محتملٌ.

ذهب السيّد الخوئى رحمه الله إلى البطلان «لأنّ المناط فى بطلان عقود المكره وإيقاعاته هو عدم وجود ما يقتضى الصحة لأنّ الأدلة على اعتبار الرضا فى العقود والإيقاعات ظاهرة فى كون الرضا سبباً مستقلاً لصدورها، لا جزءاً لذلك، و عليه فإذا اقترن الرضا بالإكراه واجتمع معه استند الفعل إليهما لا إلى الرضا فقط و حينئذ بالإكراه وإن لم يقتض الفساد، إلا أنّ ما يقتضى الصحة - أيضاً - غير متحقّق، لعدم صدور الطلاق عن الإرادة و

ص: 144

1-1 . راجع هذا المجلد صفحة 112.

2-2 . تحرير الأحكام الشرعية 4/51.

3-3 . المسالك 9/22.

4-4 . الروضة البهية 6/21.

5-5 . المكاسب 3/327.

و تابعه شيخنا الأستاذ قدس سره وقال: «لا يبعد شمول حديث رفع الإكراه على الطلاق في الفرض باعتبار أن رفعه يناسب الامتنان، حيث أن المفروض عدم وقوعه لو لا الإكراه»(2).

أقول: حيث يأتي الإكراه ولو على سبيل جزء العلة _ لا تامتها _ يحكم بالبطان، لأن النتيجة تتبع أحسن المقدمتين أو المقدمات، ويصدق على المطلق هنا بأنه مكروه ولو لا الإكراه لم يطلق لعدم تحقق العلة التامة، فالحكم بالبطان تام كما عليه العلمان رحمهما الله .

3_ أن يكون الداعي إليه هو دفع الضرر الوارد على المكروه (بالكسر) كما إذا هدّد شخص والده بأن يقول له: «طلق ضرة والدتي وإلا قتلت نفسي»، فطلق الوالد ضررتها قاصدا الطلاق، و الطلاق باطل عندنا ويأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة في هذه الصورة.

4_ أن يكون الداعي إلى الطلاق شفقة دينية على المكروه لئلا يقع في معصية كما إذا قال: «طلق زوجتك لأتزوجها وإلا زنيّت بها» فطلقها قاصدا.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في صورتين لا يخلو من إشكال»(3) أي صورتين الثالثة والرابعة.

أقول: يأتي كلام العلامة من الحكم بالصحة.

5_ أن يكون الطلاق لأجل التخلص من الضرر المتوقع به على المكروه لأجل اعتقاده بعد امكان التخلص إلا بايقاع الطلاق حقيقة لغفلته عن عدم توقف التخلص على ذلك.

6_ أن يوقع الطلاق حقيقة لأجل التخلص من ظلم المكروه، لجهل المكروه برفع حكم الطلاق الإكراهي وهو (المكروه) زعم أن الطلاق الإكراهي صحيح فطلق حقيقة.

ص: 145

1-1 . مصباح الفقاهة 3/328.

2-2 . إرشاد الطالب 2/257.

3-3 . المكاسب 3/327.

قال الشيخ الأعظم: «و الحكم في هاتين الصورتين [الأخيرتين] لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب»(1).

أقول: يأتي كلام العلامة في هاتين الصورتين الأخيرتين أيضا، وبالجملة يأتي كلامه في أربع صور من الصور الست. ولكن الطلاق في جميع الصور الأربعة الأخيرة باطل عندنا لصدق الإكراه. نعم، في الصورة الرابعة _ الشفقة الدينية _ لو لم تبلغ إلى حد الإكراه، ورضى بالطلاق قاصدا إليه يكون صحيحا، كما عدّه شيخنا الأستاذ(2) قدس سره الإظهر.

نعم، هنا صورتان لم يتعرض الشيخ الأعظم لهما.

7_ أن يطلقها على إكراه ولكن يرضى به بعد التأمل لسوء خلقها أو لعدم تمكنه من نفقتها أو غيرهما. وقد يقال بصحة هذا الطلاق للحقوق الرضا به، وهذا هو الفرع الذي يأتي في ما بعد فانتظر قليلا.

8_ أن يكون كل واحد من الرضا والإكراه عدّة تامة و سببا مستقلا في نفسه لوقوع الطلاق بحيث لو لم يكن إكراه لوقع الطلاق وهكذا العكس.

قوى المحقق النائيني فساد الطلاق في هذا الفرض وقال: «حيث لا يمكن توارد علتين مستقلتين على معلول واحد فتصير كلّ واحدة إذا اجتماعا جزء السبب والفعل يسند اليهما معا. وهذه الصورة يحتمل فيها وجهان، ولكن الأقوى فيها الفساد لأنها وإن لم تكن إكراهيا إلا أنها لا تكون «تجارة عن تراض» أو أنها وإن كانت عن رضا إلا أنها عن إكراه أيضا.

و كلّ علتين مستقلتين 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 داعيا مستقلا صحت العبادة»(3).

و اعترض عليه تلميذة السيّد الخوئي بقوله: «إن الإكراه لا يقتضى الفساد لكي

ص: 146

1- 1 . المكاسب 3/328.

2- 2 . إرشاد الطالب 2/258.

3- 3 . منية الطالب 1/406.

يكون المقام من قبيل توارد العلتين المستقلتين على معلول واحد. بل مع وجود الإكراه ينعدم ما يقتضى الصحة، وإذا تحقق الرضا وُجد ما يقتضى الصحة، وعليه فيكون المقام من قبيل تعارض ما يقتضى الشئ مع ما لا يقتضيه، لا من قبيل تعارض المقتضين»(1) و حكم بالصحة.

أقول: يمكن أن يُناقش المحقق السيّد الخوئي قدس سره بأنّ فرض المقتضى لا يجتمع مع العلة النامة و السبب المستقل، فما ذكره قدس سره خارج عن محلّ البحث، و أمّا ما ذكره من قول المحقق النائيني رحمه الله 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 مقدّمًا 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:

9_ لو قال الأجنبي: «طلّق زوجتك و إلّا قتلت نفسي» أو «زنيت بغيرها»، لا يجب الطلاق و لا يصدق الإكراه أيضا لأنّ الضرر المتوقع به لم يرد على المكره بل يرد على المكره نفسه، فلو طلّقها قاصدا وقع، كما عليه شيخنا الأستاذ(2) رحمه الله و المحقق المروج(3) قدس سره .

الثاني عشر: صحة عقد المكره المتعقب بالرضا

إشارة

قال في المفتاح: «المشهور أنّ المكره لو باع ثمّ رضى بعد زوال عذره انعقد بيعه. و في الرياض(4) و الحدائق(5): أنّ ظاهرهم الاتفاق على ذلك. و هو ظاهر الكفاية(6) حيث

ص: 147

1-1 . مصباح الفقاهة 3/329.

2-2 . إرشاد الطالب 2/258.

3-3 . هدى الطالب 3/267.

4-4 . رياض المسائل 8/218.

5-5 . الحدائق 18/373.

6-6 . الكفاية 1/449.

قال: قالوا، فتأمل.

وقد يلوح ذلك من جامع المقاصد حيث قال: «إن كانت المسألة إجماعية فلا بحث وإلا فلننظر فيه مجال»⁽¹⁾. وقد نص على ذلك في الشرائع⁽²⁾ و التذكرة⁽³⁾ و التحرير⁽⁴⁾ و الإرشاد⁽⁵⁾ و شرحه لفخر الإسلام⁽⁶⁾ و نهاية الأحكام⁽⁷⁾ و حواشى الشهيد⁽⁸⁾ و الدروس⁽⁹⁾ و اللمعة⁽¹⁰⁾ و الروضة⁽¹¹⁾ و المسالك⁽¹²⁾ و المفاتيح⁽¹³⁾. و ظاهر المحقق الثاني فى تعليق الإرشاد⁽¹⁴⁾ و جامع المقاصد _ و قد سمعت كلامه فى الأخير _ التوقف أو الميل إلى عدم الصحة كما هو خيرة مجمع البرهان⁽¹⁵⁾ و فى الكفاية: أن فيه إشكالاً⁽¹⁶⁾، و فى طلاق الخلاف التصريح بعدم صحة عقده و الإجماع عليه قال: طلاق

ص: 148

- 1-1 . جامع المقاصد 4/62.
- 2-2 . الشرائع 2/8.
- 3-3 . تذكرة الفقهاء 10/13.
- 4-4 . تحرير الأحكام الشرعية 2/276.
- 5-5 . إرشاد الأذهان 1/360.
- 6-6 . شرح الإرشاد / مخطوط.
- 7-7 . نهاية الأحكام 2/456.
- 8-8 . حواشى النجارية للشهيد 218/.
- 9-9 . الدروس 3/192.
- 10-10 . اللمعة 110/.
- 11-11 . الروضة البهية 3/226.
- 12-12 . المسالك 3/155.
- 13-13 . مفاتيح الشرائع 3/47.
- 14-14 . حاشية الإرشاد 336 المطبوعة فى المجلد التاسع من حياة المحقق الكركى و آثاره.
- 15-15 . مجمع الفائدة و البرهان 8/156.
- 16-16 . الكفاية 1/449.

المكره وعتقه و سائر العقود التي يكره عليها لا تقع إجماعاً منّا، وبه قال الشافعي، وقال أبوحنيفة وأصحابه: طلاق المكره وعتاقه واقع، وكذلك كل عقد يلحقه فسخ، فأما ما لا يلحقه فسخ مثل البيع والصلح والإجارة فإنه إذا أكره ينعقد عقداً موقوفاً فإن أجازها وإلا بطلت. (1) انتهى. فليتأمل في كلامه، بل قد يقال: إن الإجماع مقدوح بمصير الأكثر إلى خلافه في البيع كما عرفت، وفي النكاح بل في الطلاق كما هو رأي بعض (2).

وفي الجواهر: «على المشهور نقلاً إن لم يكن تحصيلاً بل في الرياض والحدائق أن ظاهرهم الاتفاق عليه» (3).

وفي المكاسب: «ثم المشهور بين المتأخرين أنه لو رضى المكره بما فعله صحّ العقد، بل عن الرياض تبعاً للحدائق أن عليه إتفاقهم لأنه عقد حقيقي فيؤثر أثره مع اجتماع باقي شرائط البيع، وهو طيب النفس» (4).

أقول: المشهور - كما عرفت - هو الصحة، والقائل بالبطلان منحصر في الشيخ في الخلاف والمحقق الثاني والأردبيلي والسبزواري قال: «فالمسألة محل إشكال»، وصاحب الجواهر ذهب إلى التفصيل بين المكره القاصد للعقد فحكم بصحة عقده بعد تعقبه بالرضا، وبين المكره الذي ليس له قصد العقد، فحكم ببطلان عقده لفوات القصد. (5)

ولكن استدلو بالبطلان بوجوه:

الأول: الاجماع

المنقول في خلاف (6) الشيخ الذي مرّ آنفاً.

ويرد عليه: أن أول من خالفه هو الشيخ نفسه في نهايته حيث يقول: «ولا يصحّ

ص: 149

1-1 . الخلاف 4/478، مسألة 44.

2-2 . مفتاح الكرامة 12/554.

3-3 . الجواهر 22/267.

4-4 . المكاسب 3/328.

5-5 . الجواهر 22/269.

6-6 . الخلاف 4/478، مسألة 44.

بيع يكرهه، ولا يثبت إلا بإيثار صاحبه»(1). مضافاً إلى ما مرّ من ذهاب المشهور إلى القول بالصحة، فهذا الإجماع لا يتم بل هو مقدوح فيه كما مرّ 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 المحقق الثاني في قوله: «و أعلم أنّ هذه المسألة إن كانت إجماعية فلا بحث، وإلا 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»(2).

وفي الجواهر: «بعد ما عرفت من اعتبار مقارنة النية بمعنى القصد للعمل»(3).

ويرد عليه: لم يدل دليل على هذه المقارنة، ولو شك في اعتبارها إطلاق أدلة الوفاء بالعقد و حليّة البيع و تجارة عن تراض ينفىها.

الثالث: المكروه 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 الجديّ لمداول العقد فينتفى مفهوم العقد بانتفاء القصد.

كما أشار إلى هذا الاستدلال المحقق الأردبيلي وقال: «... الظاهر البطلان حينئذٍ لعدم حصول القصد، بل و عدم صدور العقد عن تراض، و الظاهر اشتراطه على ما هو ظاهر الآية، و لأنّه 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(4) بين كلامهم (الطفل و المجنون و

ص: 150

1-1 . النهاية /406.

2-2 . جامع المقاصد 4/62.

3-3 . الجواهر 22/267.

4-4 . الفارق هو الشهيد الثاني في المسالك 3/155.

المغمى عليه و السكران) _ بأنه لا اعتبار به بخلاف كلام المكره فإنه معتبر إلا أنه لارضاء معه، فإذا وجد الرضا صح لوجود شرطه _ بعيداً جدا لما عرفت.

وبالجملة: لا إجماع فيه ولا نص، والأصل والاستصحاب وعدم الأكل بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض، وما مرّ تدل على عدم الانعقاد وهو ظاهر، إلا أن المشهور الصحة، وما نعرف لهم دليلاً، وهم أعرف رحمهم الله لعلّ لهم نصاً ما نُقل إلينا(1).

وفي الجواهر: «ضرورة عدم اندارجه في العقود بعد فرض فقدان قصد العقدية»(2).

ويرد عليه: قد مرّ في الأمر الأول أن هنا قصّة دَيْن، القَصْد الاختياري وَ القَصْد الإكراهي، فالمكره أيضاً له القصد إلى مدلول العقد، مضافاً إلى عدم ترتب انتفاء القصد الجدى على فقدان طيب النفس، والشاهد عليه بيع المضطر، وكذلك لا يتم اعتبار هذه المقارنة في مفهوم العقد والشاهد عليه عقد الفضولي.

ولذا قال ثانی الشهيدين: «... فلا مانع من الصحة إلا تخيّل اشتراط مقارنة القصد للعقد ولا دليل عليه، وينبّه على عدم اعتباره عقد الفضولي، وعموم الأمر بالوفاء بالعقد يشمل»(3).

الرابع: ليس لعقد المكره الصحة التأهيلية

لابدّ من المقارنة بين رضا العاقد والإنشاء في العقد، وحيث أن العقد الإكراهي فاقد لها، فلم يتحقق عقد حتى نبحت عن صحته التأهيلية. ويرد عليه نقضاً: حكمهم بصحة عقد المكره بحقّ كما يأتي فيتحقّق العقد، والحكم بصحة عقده (أى عقد المكره بحقّ) تعبدية في غاية البعد، وكذلك عقد الفضولي.

وَحَلًا: بعدم اعتبار هذه المقارنة في العقود ولم يدل دليل على اعتبارها في مقام الإثبات وتحقق القصد من المكره إلى إنشاء العقد فيتحقق العقد بالصحة التأهيلية وهو

ص: 151

1-1 . مجمع الفائدة و البرهان 8/156.

2-2 . الجواهر 22/267.

3-3 . المسالك 3/155.

منوط بالرضا، فإذا تحقق الرضا يتم العقد.

تأييد عدم اعتبار المقارنة بالبيع الفضولي

وأيّد الشيخ الأعظم (1) قدس سره بفحوى صحة عقد الفضولي، بتقريب و توضيح و نقد منّا:

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 أنشأ بنفسه و بأشرف 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 إنشاء البيع من المالك بالمباشرة أو بالتسبيب أو بالوكالة، و الرضا و طيب النفس و الإذن من المالك، و عقد المكره فاقد لأمر واحد و هو الرضا و طيب النفس، و إذا صح عقد الفضولي بالرضاية و الإذن، فتكون صحة عقد المكره بعد الرضاية و طيب النفس بطريق أولى.

ولكن يمكن أن يناقش هذا التأييد أولاً: على القول بأنّ صحة عقد الفضولي تكون على خلاف القاعدة و بجهة الأخبار الخاصة و النصوص الواردة نحكم بصحته، فحينئذ فقدنا الأولوية لأنّ الأخبار و النصوص في المكره مفقودة. (2)

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 المكره، فإنّه حين صدوره من المالك و انتسابه إليه قد حكم عليه بالفساد، و لم يصدر منه عقد ثانياً و إنّما رضى بالعقد السابق و هو لا ينقلب عمّا هو عليه» (3).

و يمكن الجواب عن المناقشتين:

أمّا الأولى: فهذه المناقشة مبنائية لأنّها لم ترد على القول بأنّ صحة الفضولي على

ص: 152

1-1 . المكاسب 3/329.

2-2 . كما ذكره الفقيه اليزدي في حاشيته على المكاسب 2/70.

3-3 . مصباح الفقاهة 3/332، و قد اختصر مقالة استاذة النائيني في المكاسب و البيع 1/458.

طبق القاعدة، والنصوص والأخبار تؤيدها.

وَأَمَّا الثانية: فَقَدْ نَاقَشَهَا الْمُحَقِّقُ السَّيِّدُ الْخَوَّيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ بِأَنَّ التَّجَارَةَ بِالْمَعْنَى الْمَصْدَرِيَّ لَيْسَ لَهَا بَقَاءٌ وَلَكِنَّ التَّجَارَةَ بِالْمَعْنَى الْإِسْمِيَّ الْمَصْدَرِيَّ لَهَا بَقَاءٌ وَبِهَذَا الْمَعْنَى الثَّانِي أَمَرْنَا بِإِنْهَاءِ الْعَقْدِ وَإِتْمَامِهِ، فَالتَّجَارَةُ الصَّادِرَةُ مِنَ الْمَكْرَهِ بِالْمَعْنَى اسْمِ الْمَصْدَرِيَّ إِذَا تَعَقَّبَهَا الرِّضَا وَالْإِجَازَةُ يَصْدُقُ عَلَيْهَا أَنَّهَا تِجَارَةٌ عَنِ تَرَاضٍ فَيَدْخُلُ فِي الْآيَةِ الشَّرِيفَةِ فِي الْمُسْتَثْنَى لَا الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ وَهِيَ قَوْلُهُ تَعَالَى: «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالِكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ» (1). (2)

التمسك بآية التجارة على بطلان عقد المكره المتعقب بالرضا

ثم الشيخ الأعظم (3) يناقش في دلالة هذه الآية الشريفة على اعتبار المقارنة بين الرضا والعقد بمفهومى الحصر والوصف.

وَأَمَّا نَفْيُ مَفْهُومِ الْحَصْرِ: فَإِنَّ اسْتِفَادَةَ الْحَصْرِ مِنَ الْإِسْتِثْنَاءِ إِنَّمَا تَتِمُّ فِي الْإِسْتِثْنَاءِ الْمُتَّصِلِ فَقَطْ وَقَالَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ: «أَنَّ دَلَالَتَهُ عَلَى الْحَصْرِ مَمْنُوعَةٌ لِانْقِطَاعِ الْإِسْتِثْنَاءِ - كَمَا هُوَ ظَاهِرُ اللَّفْظِ وَصَرِيحُ الْمُحْكِي عَنِ جَمَاعَةٍ مِنَ الْمَفْسَّرِينَ (4) - ضَرُورَةٌ عَدَمُ كَوْنِ التَّجَارَةِ عَنِ تَرَاضٍ فَرْدًا مِنَ الْبَاطِلِ خَارِجًا عَنْ حُكْمِهِ» (5).

أقول: مرّ في أول الكتاب (6) من أنّ الاستثناء فيها منقطع.

وَأَمَّا نَفْيُ مَفْهُومِ الْوَصْفِ: فَعَلَى الْقَوْلِ بِهِ إِنَّمَا يَتِمُّ إِذَا لَمْ يَرِدِ الْوَصْفُ مُورَدَ الْغَالِبِ وَإِلَّا فَلَا مَفْهُومَ لَهُ كَمَا فِي الْآيَةِ الرَّبَائِبِ (7)، وَمِنْ الْمَعْلُومِ أَنَّ وَصْفَ التَّرَاضِيِّ فِي الْآيَةِ

ص: 153

1-1 . سورة النساء /29.

2-2 . راجع الآراء الفقهية 1/13.

3-3 . المكاسب 3/331.

4-4 . التبيان 3/178، مجمع البيان 2/36، الكشاف 1/502.

5-5 . المكاسب 3/364.

6-6 . راجع الآراء الفقهية 1/13.

7-7 . سورة النساء /23.

ثم قال: «و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة»⁽¹⁾ و حاول الإجابة عن الدعوى فى بحث بيع الفضولى.⁽²⁾

وقال هناك: «و أمّا سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو _ مع تسليمه _ مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فى ما نحن فيه و فى قوله تعالى: «و ربائبكم اللاتي فى حجوركم» مع احتمال أن يكون «عن تراض» خيرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدها _ و إن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد _ فىكون المعنى: إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و تكون عن تراض»⁽³⁾.

أقول: الشيخ الأعظم قدس سره يستشكل فى مفهوم الحصر بأنه يختص فى بحث الاستثناء بالمتصل منها، و فى مفهوم التحديد بالوصف بأنه:

أولاً: مبنائى و جمع يقولون بأنّ تحديد الوصف ليس له مفهوم.

و ثانيا: على فرض وجود المفهوم لتحديد الوصف يختص فى مفهوم لم يرد فى مورد الغالب.

و ثالثا: يحتمل أن يكون عن تراض خيرا للتجارة و ليس قيدها.

و رابعا: حتّى لو أنكر الاشكالات الثلاثة، عقد المكره بعد تعقب الرضا يدخل فى تجارة عن تراض، لرضاية المكره بالعقد.⁽⁴⁾ فالآية الشريفة لا تدل على بطلان عقد المكره بعد تعقب الرضا.

لا يقال⁽⁵⁾: إنّ الآية الشريفة تدل على الحصر و إن كان الاستثناء منقطعا، لأّنه

ص: 154

1-1 . المكاسب 3/331.

2-2 . المكاسب 3/331.

3-3 . المكاسب 3/364.

4-4 . كما ذكرها المحقق المروج رحمه الله فى هدى الطالب 3/478.

5-5 . كما عليه المحققان السيّدان الخوئى فى مصباح الفقاهة 4/81 و المروج فى هدى الطالب 3/292.

تعالى كان فى مقام بيان الأسباب المشروعة للمعاملات وفضّل بين صحيحها وفسادها، و كان الإهمال مخللاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من الآية بالقرينة المقامية.

لأننا نقول: القرينة المقامية غير تامة عندنا، لأنه تعالى ليس فى مقام بيان تمام الأسباب المشروعة لأكل المال فى المعاملات والشاهد عليه أنه تعالى ليس فى مقام بيان تمام الأسباب الغير المشروعة لأكل المال فيها، فعدم تمامية الأسباب يجرى فى العقدين من الاستثناء أى المُستثنى والمستثنى منه، لأنه تعالى لم يذكر مصاديق أكل المال بالباطل فى الآية الشريفة كما لم يذكر انحاء أكل المال بالحقّ و فقط ذكر العامل الرئيسى وهو التجارة عن تراض، ونحن نعلم بأنّ مصاديق أكل المال بالباطل فى الخارج كثيرون نحو: القمار والربا والبيوع الفاسدة مثل بيع الخمر والخنزير والميتة... وكذلك مصاديق أكل المال بالحقّ أيضا كثيرون نحو: الإرث والمهر والصلح والوقف والإجارة والهبة و... .

وإذا لم يكن تعالى فى مقام بيان جميع الأسباب الباطلة والمشروعة فلا يكون إهمال بعضها بل كثيرها مخللاً بالمقصود ولا يستفاد مفهوم الحصر من الآية الشريفة.

وأما التمسك بحديث الرفع لبطلان عقد المكروه المتعقب بالرضا

فباطلٌ عند الشيخ العظم(1) قدس سره لوجهين:

الأول: حديث الرفع بفقرة «ما أكرهوا عليه»(2) يرفع المؤاخذة والأحكام الالزامية نحو رفع حرمة شرب الخمر و حدّه، وأما «الحكم بوقوف عقد المكروه على رضاه راجع إلى أنّ له أن يرضى بذلك، وهذا حقٌّ له لا عليه»(3) فلا يرتفع بحديث الرفع الوارد فى مقام الامتنان.

ص: 155

1-1 . المكاسب 3/332 و 331.

2-2 . الخصال 417/، ح 9، التوحيد 353، ح 24 ونقل عنهما فى وسائل الشيعة 15/369، ح 1، الباب 56 من أبواب جهاد النفس.

3-3 . المكاسب 3/331.

لا يقال (1): الأمر كما ذكرت بالنسبة إلى المكره وأما بالنسبة إلى مَنْ اشترى منه، فليس له أن يتصرف في المثلثين و يجب عليه الصبر حتى يختار المكره الرد أو أجاز البيع، ووجوب 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، ولا مانع من التفكيك بين طرفي العقد في حكم عقدٍ شخصيٍّ خاصٍ.

وهذا 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، وكذلك 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 مؤاخذه و لا إلزام فلا يجري حديث الرفع، لأنه مرَّ أنه يجري في رفع موارد المؤاخذه و الأحكام الالزامية.

الثاني: يحتاج إلى مقدمة وهي:

الآثار المترتبة على الأفعال على ثلاثة أقسام:

1_ الأثر الَّذِي يترتب على الفعل المقيّد بالعمد كالقصاص في قتل العمد

2_ الأثر الَّذِي يترتب على الفعل الموصوف بكونه خطأً أو نسياناً كما في وجوب سجدة السهو لنسيان التشهد أو الدية الثابتة على العاقلة في الجناية الخطائية المحضه.

3_ الأثر الَّذِي يترتب على ذات الفعل مع الغض عن طروء العناوين.

ثم حديث الرفع لا يجري في القسم الأول لأن القصاص ينفي بنفي موضوعه و هو العمد فلا يجري القصاص في القتل الخطأ، وكذلك لا يجري في القسم الثاني لاستحالة كون مقتضى الشيء رافعاً له، ولكنه يجري في القسم الثالث و هو الأثر الذي يترتب على ذات الفعل.

بعد وضوح هذه المقدمة فإنَّ الأثر المترتب على ذات العقد مجرد تحققه في

ص: 156

1- 1 . مذكور في كلامه بقوله: «نعم قد يلزم...» راجع المكاسب 3/331.

الخارج بأدلة صحة المعاملات هو الصحة و ما يجرى عليها من الآثار، و هذا الأثر في عقد المكره منفي بحديث الرفع فلا يحكم بصحة عقد المكره و جريان آثارها عليه. فحديث الرفع يقتضى رفع السببية المستقلة عن العقد بمجرد عن الرضا. ولكن لا ينافى ذلك كون العقد جزءاً للسبب و وقوف تأثيره في الرضا المتأخر.

ثم ناقش الشيخ الأعظم(1) هذا الوجه الثانى المذكور فى كلامه بما حصله: حكومة حديث الرفع على الاطلاقات الدالة على صحة العقود تقتضى 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 العملى و هو يقتضى الفساد.

و أجاب بنفسه عن هذه المناقشة بما حصله: المطلقات الواردة على صحة العقود قيّدت بالأدلة الأربعة الدالة على حرمة أكل المال الباطل و مع عدم الرضاية، و بعد هذا التقييد تشمل العقود التى تقع بين طرفى 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 الملحوق بالرضا، و بعد حكم المطلقات بالصحة فلا يجرى حديث الرفع لأن جريانه مختص بما إذا كان الأثر مترتباً على ذات الشئ من غير دخل الاختيار و الإكراه فيه، و ذات العقد هنا لا أثر له إلا أنه جزء السبب المؤثر و لا يمكن رفع هذا بحديث الرفع.

أقول: يمكن ردّ وجهى الشيخ الأعظم و النقاش فيهما:

أمّا النقاش فى الأوّل: فإنّ المرفوع بحديث الرفع ليس منحصرًا بالمؤاخذه و الأحكام الالزامية بل المرفوع هو نفس المجعول الشرعى المتعلّق بالمكره عليه و المترتب عليه من الأحكام التكليفية أو الوضعية. فما ذكره قدس سره بالانحصار غير تام. هذا أولاً.

و ثانياً: توقف عقد المكره على الرضا المتأخر لم يكن حكماً مجعولاً حتّى يقال

ص: 157

أنه حكم له لا عليه، فلا يشمل حديث الرفع كما ذكره قدس سره _ هذا الاشكال يأتي بناءً على اتحاد الحق والحكم كما عليه جمع، منهم السيد الخوئي قدس سره _ .

و ثالثاً: المرفوع بحديث الرفع هو الصحة في العقد الإكراهي لكنه ليس مطلقاً، بل مادام الإكراه باقياً لأن الأول (مطلقاً) خلاف الامتنان، فإذا تعقّب بالرضا يشمل الاطلاقات الدالة على صحة العقود.

و أما النقاش في الثاني فنقول:

أولاً: مقتضى الاطلاقات هو سببية العقد مطلقاً لترتب الأثر عليه، لكن حديث الرفع اقتضى عدمه في ما إذا لم يكن العاقد راضياً به لا مقارنة للعقد ولا لاحقاً به، فيبقى ما لحقه الرضا تحت المطلقات، فلا يرجع فيه إلى الأصل العملي المقتضى للفساد.

و ثانياً: و أما ما ذكره من تقييد المطلقات بمادّة على حرمة أكل المال بالباطل ثم ملاحظة النسبة بينها وبين حديث الرفع: فعبر تام، لأن حديث الرفع يكون في عرض سائر المقيدات و نتیجتها أنّ العقد الذي لم يكن مرضياً لا مقارنة للعقد و لا لاحقاً به لم يؤثر أثره و يكون باطلاً. فيدخل عقد المكروه المتعقّب بالرضا تحت مطلقات صحة العقود. (1)

الثالث عشر: الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟

بعد البناء على صحة عقد المكروه إذا تعقبه الرضا كما عليه المشهور و الصحيح يجرى هذا النزاع بأن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف؟ و كذلك هذا النزاع مبني على كون الرضا بوجوده الخارجي دخیلاً في صحة العقد، لإئنه لو كانت صِدْحَتُهُ مَسْرُوطَةً بالرضا المتأخر يتعين القول بالكشف، و لا يأتي احتمال النقل.

قال الشيخ الأعظم قدس سره: «مقتضى الأصل و عدم حدوث حلّ مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول، إلا أنّ الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني» (2).

ص: 158

1-1 . كما في مصباح الفقاهة 3/337 و 335.

2-2 . المكاسب 3/335.

مراده بالأصل: أصالة الفساد الجارية في المعاملات و هو استصحاب عدم ترتب الأثر و هو في البيع النقل و الانتقال و جواز التصرف في مال الغير _ تدل على النقل _ و لذا فسّره بواو العطف بعدم حدوث حليّة مال الغير إلاّ عن طيب نفسه. حتّى لا يلزم الجمع بين الأصل العملي و الدليل الاجتهادي في دليل واحد، و هو كما ترى لتأخر الأصل العمليّ عن الدليل الاجتهادي رتبةً، و لئلا يلزم التمسك بالدليل في الشبهة المصدقية، لأنّه لا يُعلم كون الرضا اللاحق مصداقاً للرضا المنوط به الحِلّ.

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 ابنُ سيدها و أبوها غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاماً ثم جاء سيدها الأول، فخاصم سيدها الآخر، فقال: وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها، فناشده الذي اشتراها، فقال له: خذ ابنه الذي باعك الوليدة حتّى يُنفذ لك البيع، فلمّا أخذه قال له أبوه: أرسل ابني، قال: لا و الله، لا أرسلُ إليك ابنك حتّى تُرسلَ ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه. (1)

قال الشهيد بعد ذكر الرواية: «و هي قضية علىّ عليه السلام في واقعة، و لعلّ ذلك استصلاح منه عليه السلام و فيها دلالة على أنّ عقد الفضولي موقوف و على أنّ الإجازة كاشفة» (2).

و منها: صحيحة أبي عبيدة قال: سألتُ أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجتهما وليّان لهما، و هما غير مدركين، قال: فقال: النكاح جائز، أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما و لا مهر، إلاّ أن يكونا قد أدركا و رضيا.

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر، قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضى.

ص: 159

1- 1 . الكافي 10/209، ح 12 (5/211)، الفقيه 3/222، ح 382، التهذيب 7/488: و الاستبصار 3/205، و نقل عنهم في وسائل

الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

2- 2 . الدروس 3/233.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية، ورضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثره؟ قال: نعم، يعزل ميراثها منه حتى تدرك، وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاهما بالتزويج، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر.

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا، لأن لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك، قال: يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية. (1)

وأنت ترى بأن الإمام عليه السلام حكم بالتوارث بينهما إذا مات أحدهما، ولكن بعد إحلاف الحى على أن إمضاه لعقد النكاح ليس من ناحية الطمع فى المال، بل من جهة رغبته فى النكاح ونحوها فى التقريب الرواية الآتية:

ومنها: صحيحة الحلبي قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه فى صغره، يجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟ قال: فقال: أما تزويجه فهو صحيح وأما طلاقه فينبغى أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك، فيعلم أنه كان قد طلق، فإن أقر بذلك وأمضاه فهي واحدة بانئة وهو خاطب من الخطاب، وإن أنكر ذلك وأبى أن يمضيه فهي امرأته.

قلت: فإن ماتت أو مات؟ قال: يوقف الميراث حتى يدرك أيهما بقى، ثم يحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا الرضا بالنكاح، ويدفع إليه الميراث. (2)

وقال الشيخ الأعظم فى بحث بيع الفضولى بالنسبة إلى صحيحة أبي عبيدة الماضية أنها: «ظاهرة فى قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة، كان العزل مخالفا لقاعدة «تسلط الناس على أموالهم»، فإطلاق الحكم بالعزل منضمًا إلى عموم «الناس مسلطون على أموالهم»، يفيد أن العزل لاحتمال كون

ص: 160

1-1 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج.

2-2 . وسائل الشيعة 26/220، ح 4.

الزوجة الغير المدركة وارثه في الواقع، فكأنه احتياط في الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة، كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر ما يُحتمل»(1).

أقول: و أمّا بالنسبة إلى صحيحة محمد بن قيس فَسَتَأْتِي مُوهِنَاتٌ فِي بَحْثِ الْفُضُولَى تُعَكِّرُ عَلَى الْاِسْتِدْلَالِ بِهَا:

1_ منها: الحكم بأخذ الوليدة قبل أن يسمع من المشتري دعواه.

2_ و منها: الحكم بأخذ الوليدة و ابنها مع عدم السؤال أنه يريد الإجازة أو لا؟

3_ و منها: الحكم بأخذ ابنها مع أنه ولد الحر.

4_ و منها: الحكم بأخذ ابن السيّد مع أنّ ذلك لا يجوز.

5_ و منها: تعليم الحيلة توسط الإمام عليه السلام مع أنّ ذلك ليس من وظيفة الحاكم.

6_ و منها: كون الإجازة بعد الرد.

ولكن قال الشيخ بالنسبة إليها: «و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة»(2).

و يمكن أن يجاب عن الأول: الإمام عليه السلام عالمٌ بالموضوع خارجاً من عدم وقوع العقد بإذن السيّد أو رضاه و لذا أمر بأخذ الوليدة، مضافاً إلى أنّ الوليدة ماله فأراد التسليط عليه، و ليس في البين محاكمة بل يسأل عن المسألة الشرعية و أجابه الامام عليه السلام .

و عن الثاني: إنّ السيّد لم يُرد الإجازة و لذا أمر الإمام بأخذ الوليدة و ابنها، أمّا لو أراد الإجازة فإِنَّهُ لَا يُرَاجِعُ 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: لعلّ كانت هناك مصلحة تقتضيه، لأجل المصالحة بين الناس، أو تعليمه أنّ للمشتري مطالبة البائع بثمنه.

و عن السادس: لم يرده السيّد بل لم يجزه أولاً، و عدم الإجازة غير الردّ(3) و

ص: 161

1-1 . المكاسب 3/410.

2-2 . المكاسب 3/354.

3-3 . راجع لتفصيل الموهنات و جوابها في حاشية الفقيه السيّد اليزدي على المكاسب 2/110.

يأتي تفصيل الجواب عن هذا الاشكال في بيع الفضولي.

وكذلك يأتي الجوابان العايمان عن هذه الموهنات في بيع الفضولي فانتظر. فيمكن الأخذ بصحيفة محمد بن قيس.

وأما بالنسبة إلى روايتي توارث الزوجين الصغيرين فيمكن أن يناقش في دلالتها: أن الروايتين وردتا في نكاح الفضولي والتعدى منه إلى بيع المكروه المتعقب بالرضا لا يتم لعدم الدليل المثبت عليه، لوجود الفارق بينهما لأن معاملة الفضولي يستند إلى المالك من حين إجازته فيمكن الحكم بصحته من أول الأمر، ولكن بيع المكروه لا يستند إلى المالك من أول الأمر لأنه لا يحكم بصحته إلا بعد تحقق الرضا وهذا الاشكال يأتي بالنسبة إلى صحيفة محمد بن قيس أيضا.

ولكن يرد عليها: ظاهر الروايات أن الاجازة والرضا وإن كانت متأخرة عن العقد ولكنهما متعلقتان به وامضاء له و لازم ذلك هو الحكم بتأثير العقد من أول العقد، فيتم القول بالكشف ويأتي توضيح ذلك في بحث بيع الفضولي.

والحاصل: مقتضى الأصل في المقامين _ بيع المكروه المتعقب بالرضا وبيع الفضولي _ هو النقل، لأن الشرط في نفوذ العقد وجود الاجازة خارجا، والمشروط لا يتحقق إلا بعد تحقق شرطه وهو الاجازة، وهذا يعنى القول بالنقل.

ولكن مقتضى الدليل الاجتهادي هو القول بالكشف، لأن الوارد فيها صحة العقد من أول الأمر فصارت الاجازة كاشفة.

والحق في المقتضين مع الشيخ الأعظم قدس سره .

إشكال: أن الأصل هنا وفي الفضولي هو الكشف، لأن متعلق الرضا هو النقل الواقع في زمان العقد والرضا تنفيذ لذلك وهذا يعنى كاشفية الرضا لا ناقلية. كما يظهر ذلك من صاحب الجواهر حيث صرح في الفضولي بـ: «أن الأقوى كون الاجازة المتعقبه للعقد وغيره مما يعتبر في الصحة كاشفة، وفاقا لصريح الشهيدين (1) وغيرهما (2)، بل في

ص: 162

1-1 . الدروس 3/192 و 233، و اللمعة/110، المسالك 3/158، الروضة البهية 3/229.

2-2 . منهم: الفاضل المقداد في التنقيح الرائع 2/26، والمحقق الكركي في جامع المقاصد 4/74.

الرياض (1) أنه الأشهر كما عن مجمع البرهان (2) أنه مذهب الأكثر لأنها رضى بمقتضى العقد الذى هو النقل حينه...» (3).

وقال فى بيع المكروه: «... ولا- ريب فى كونه حينئذ كالفضولى فتأمل جيدا... وعلى كلِّ حالٍ فحيث يكون كالفضولى يجب انتظار غير مجبور...» (4).

وذكر الشيخ الأعظم عن هذا الكلام بـ«ربما يُدعى» فى المكاسب (5).

ورده (6) بما حاصله: عدم تسليم كون مقتضى العقد النقل من حينه، بل مقتضاه نفس النقل، لأنَّ الشارع اعتبر رضاية المكروه، وهذا الاعتبار دليل على تأثيره فى العقد وترتب الأثر عليه، فيتم العقد ويؤثر أثره بعد الرضا وهذا يعنى النقل لا الكشف، كما حكم الشارع بتحقيق الملك بعد القبول فى جميع العقود، أو بعد القبض فى ما يعتبر فيه القبض كالصرف و السلم و الهبة، أو بعد انقضاء زمن الخيار بناءً على مسلك الشيخ (7) من توقف الملكية على انتها زمان الخيار.

إن قلت: توقف حكم الشارع على الرضا لا يقتضى النقل، لأنه حكم بعد الرضا ولكن متعلّق الرضا هو النقل الواقع حين العقد ويحكم الشارع على طبق المتعلّق، وهذا يعنى الكشف.

قلت: لا يتخلّف الجعل عن المجعول من حيث الزمان، و من المعلوم اعتبار الملكية فى زمن الرضا فلا بدّ من حصولها فى ذلك الزمان، و الشاهد عليه تحقق الفسخ و

ص: 163

1-1 . رياض المسائل 8/227.

2-2 . مجمع الفائدة و البرهان 8/159.

3-3 . الجواهر 22/285.

4-4 . الجواهر 22/269.

5-5 . المكاسب 3/335.

6-6 . المكاسب 3/335.

7-7 . الخلاف 3/22.

هو وإن كان حلاً للعقد السابق ولكنه من حينه لا من حين العقد. و العبرة بزمان حدوث الفسخ لا بزمان متعلقه وهو العقد.

هذه المناقشة و الجواب أيضا كانا من الشيخ الأعظم (1) بتوضيح و تقريب و تهذيب متا.

ولكن المحقق السيد الخوئي (2) تبعا لأستاذه النائيني (3) يرى أنّ الشارع يحكم بصحة العقد من حينه بعد الرضا، لأنّ الرضا يتعلّق بالعقد هنا وفي الفضولي معا و ردّ استشهاد الشيخ الأعظم بالفسخ لوجود الفارق بينه و بين ما نحن فيه لأنّ الفسخ عبارة عن حلّ العقد فيصير من حين الفسخ وفي 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 حق، و أمّا إذا كان بحق فهو صَحِيحٌ و لا يضره الإكراه، و في الغنية (4) أن صحة بيعه معه ممّا لا خلاف فيه.

منها: كان عليه دين فيتوجّه عليه بيع ماله لأداء دينه.

و منها: شراء مال أسلم إليه قيمته فأكرهه الحاكم عليه.

و منها: تقويم العبد على مُعْتَقٍ نصيبه منه.

و منها: تقويم العبد في فكّه من الرق ليرث.

و منها: إكراهه على البيع لنفقته و نفقة زوجته و نفقة واجبي النفقة عليه مع

ص: 164

1-1 . المكاسب 3/336.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/340.

3-3 . المكاسب و البيع 1/474 و 475.

4-4 . غنية النزوع /214.

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 قهرا.

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 (1) و تبعه الشيخ يوسف في الحدائق (2).

الخامس عشر: لو حصل الرضا بعد العقد بلا فصل ...

قال جدنا الشيخ جعفر قدس سره: «ولو حصل الرضا بعد تمام العقد بلا فصل، فلا بحث على القول بالصحة. ولو فسخ فسَدَ العقد. ولو استمر الجبر بلا فسخ، ثم تعبَّ الرضا قوياً وجه الصحة. وفي كونه كاشفاً أو ناقلاً وجهان، أقواهما الأول. ولو بعَّض 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» (3).

و علَّق تلميذه صاحب الجواهر رحمه الله على قوله «قوى 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» (4).

و علَّق على قوله: «فالظاهر البطلان»: «أى لصدق الإكراه» (5).

1-1 . المسالك 3/157.

2-2 . الحدائق 18/376.

3-3 . شرح القواعد 2/45.

4-4 . الجواهر 22/269.

5-5 . الجواهر 22/266.

وعلق على قوله: «فلا جبر»: «قلت: المدار على صدق الإكراه ومع الشك الأصل عدمه». (1)

السادس عشر: بيع التلجنة

قال في التذكرة: «وفي معنى الإكراه بيع التلجنة وهو: أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلاً على إظهار شرائه منه ولا يريد بيعاً حقيقياً، ذهب إليه علماؤنا أجمع - وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد - لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهائزين».

وقال أبو حنيفة والشافعي: يصح بيع التلجنة لأنه تم بأركانه وشروطه خالياً عن مقارنة مُفسدٍ فصَحَّ كما لو اتفقا على شرطٍ فاسدٍ ثم عقداً بغير شرط ونمى المقدمات» (2).

وكذا قال في نهايته: «وبيع التلجنة باطل، وهو أن يخاف أن يأخذ الظالم ملكه فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحفظه من الظالم، لا يريد بيعاً حقيقياً لأنهما لم يقصدا البيع فكانا كالهائزين» (3).

هذا تمام الكلام في الشرط الرابع من شروط المتعاقدين، وهو الاختيار، والحمد لله.

ص: 166

1-1 . الجواهر 22/266.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/13.

3-3 . نهاية الأحكام 2/456.

نتعرض للبحث تبعاً للشيخ الأعظم قدس سره ولكن باختصار، وعدم وجدان موضوعه لا يوجب ترك استنباط أحكامه و مسائله وفروعه، نعم المناسبُ فيه عدم التطويل.

قال المحقق: «ولو باع المملوك أو اشترى بغير إذن سيّده لم يصحّ، فإن أذن له جاز»⁽¹⁾.

الأقوال في تصرفات العبد و هي ثلاثة:

الأول: 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، و بالجملة: 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 معتدّاً به و مثله بأكله و شربه و نومه و تكلمه. و عدم نفوذها في ما يعدّ شيئاً معتدّاً 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

ص: 167

يتعلّق بسائر الناس من التصرف في أموالهم وأنفسهم بعقد وإيقاع، فصحة هذا القسم يتوقف على إذن مولاه وإجازته. فيحكم بلغوية تصرفاته من دون إذن مولاه فلا تصح وكالة العبد عن غيره. حتّى في إجراء الصيغة فضلاً عن كونه وكيلاً مفوضاً، واختار الشيخ الأعظم (1) و المحقّق النائيني (2) هذا القسم الأخير.

و استدل الشيخ الأعظم له بقوله تعالى: «ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ» (3).

و بصحيفة زرارة عن أبي جعفر عليه السلام و أبي عبد الله عليه السلام قالوا: المملوك لا يجوز طلاقه و لا نكاحه إلا بإذن سيّده، قلت: فإن السيّد كان زوّجه، بيد منّ الطلاق؟ قال: بيد السيّد «ضرب الله مثلاً عبدا مملوكا لا يقدر على شىء»، أفشىء الطلاق (4)؟!

بتقريب: كلّ ما يصدق عليه أنّه شىء معتد به فلا يقدر العبد على التصرف فيه شرعا 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 بشىء و التعهد بضمان أو دين حالياً كان أو استقبالياً.

فالآية الشريفة تدلّ على عدم استقلال العبد في جميع تصرفاته مطلقاً لعدم قدرته عليه أى عدم نفوذ تصرفاته، فيصير شأن العبد شأن الصبي من عدم نفوذ تصرفاته إلا بإذن وليّه. و الشاهد لما ذكرنا استشهاد الإمام عليه السلام بالآية بعدم استقلاله في الطلاق و كذلك النكاح. (5)

ولذا قال الشيخ الأعظم قدس سره: «و الظاهر من القدرة _ خصوصاً بقريئة الرواية _ هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره في فعل غير قادر عليه، فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق

ص: 168

1-1 . المكاسب 3/338.

2-2 . المكاسب و البيع 1/476.

3-3 . سورة النحل /75.

4-4 . وسائل الشيعة 22/101، ح 1، الباب 45 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه.

5-5 . راجع وسائل الشيعة 21/113 و 114، الباب 23 و 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

عليه أنه شيء، فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعا بمنزلة العدم، لا يترتب عليه الأثر المقصود منه...»(1).

والحاصل: المملوكية و الرقية مساوقة للعجز و عدم القدرة. فلا نحتاج أن نأخذ «لا يقدر على شيء» قيذا توضيحيًا لا احترازيًا كما عليه المحقق النائيني(2) قدس سره . لأن المراد بها عدم نفوذ التصرف و هو حكم وضعي فلا معنى لأخذه قيذا للموضوع أو توضيحا له.(3)

فلا يجوز له التصرف في أمواله و شؤونه و أمّا أموال و شؤون السيد أيضا فكذلك لأنه لا يقدر على شيء و نحوه أموال و شؤون الآخرين و بالجملة من ليس له التصرف في أموره و شؤونه فأمور الآخرين و شؤونهم بطريق أولى ليس له التصرف فيها بلا فرق بين مولاه و غيره.

فلا- يتم ما ذكره المحقق السيد الخوئي(4) قدس سره تبعا لصاحب الجواهر(5) رحمه الله من عدم نفوذ تصرفات العبد في أمور سيده و آخرين ليس من جهة كونه عبدا مملوكا 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 تصرفا في لسانه الذي هو ملك السيد فإنه لا دليل على حرمة أولاً، و حرمة لا توجب الفساد ثانيا، فلا تكون حرمة منشأ التزام المشهور بفساد عقد العبد للغير كما عليه المحقق النائيني(6) رحمه الله .

ص: 169

- 1-1 . المكاسب 3/338.
- 2-2 . راجع المكاسب و البيع 1/477.
- 3-3 . كما عليه المحقق الخوئي راجع مصباح الفقاهة 3/343.
- 4-4 . مصباح الفقاهة 3/344.
- 5-5 . الجواهر 22/271 و 25/70.
- 6-6 . منية الطالب 1/432.

و يظهر الفرق بيننا وبينه: أنا نحكم ببطلان عقود العبد وإيقاعاته للغير مطلقاً لأنه لا يقدر على شىء، ولكنه قدس سره يحكم بصحتها إذا كان للغير لأن رقيته لا يلازم سقوط ألفاظه وعباراته وعقوده وإيقاعاته.

نعم، لا يجوز له توكيل الغير فى التصرف فى أمواله إلا مع إذن سيده عندنا و عنده.

و أما هل يجوز له أن يتوكل عن غيره فى معاملة أو إيقاع؟ بناءً على ما ذكرنا لا يجوز و وجهه واضح و أمّا بناءً على ما ذكره يجوز.

و على قولنا بعدم الجواز لو تصدى و تصرف فى مال الغير وكالة عنه أو مال نفسه _ بناءً على مالكيته _ من دون إذن سيده _ و كان باطلاً _ ولكن أجازة المولى فى ما بعد، فهل يحكم بصحته أم لا؟

احتمل الشيخ الأعظم (1) أولاً عدم الصحة لأن المانع من الصحة لا يرجع إلى العوضين بحيث لم يكونا ملكاً للسيّد حتى لم تصحها إجازة السيّد، بل المانع هو نفس الإنشاء الصادر من العبد استقلالاً بدون إذن سيده و يحكم بطلانه، و الإجازة اللاحقة من السيّد لا يخرج منه من الاستقلال و البطلان لأن الشىء لا ينقلب عما هو عليه.

ولكنه قدس سره عدل عن عدم الصحة و ذهب إلى أن الأقوى (2) الصحة فى تصرفات العبد إذا لحقها الإجازة من سيده، و استدل لها بوجوه ثلاثة:

الوجه الأول: العمومات و المطلقات الدالة على صحة العقود تشملها، لأنها 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 سيده سابقاً أو لاحقاً، و يبقى الباقي تحتها.

ثمّ لو شكنا فى المخصص بأن كان مردداً بين الأقل و الأكثر _ الأقل: العقد

ص: 170

1-1 . المكاسب 3/338.

2-2 . المكاسب 3/338.

الصادر من العبد دون إذن سيّده سابقا أو لاحقا، الأكثر: العقد الصادر منه من دون إذن سيّده سابقا فقط _ لابدّ من الأخذ بالأقل، لأنّ المخصص المنفصل إذا كان مرددا بين الأقل والأكثر لابدّ من الأخذ بالقدر المتيقن منه وهو الأقل.

وما ذكره المحقّق النائيني من عدم «إجمال المخصص وهو مبينٌ، فإن دليل اعتبار الإذن ظاهر في الإذن السابق و الاجازة غير الإذن»(1).

غير تام، لأنّ الدليل دالّ على عدم استقلال العبد في تصرفاته، وهذا غير ظاهر في الإذن السابق _ المدعى بنظره قدس سره كما أنّه ظاهرٌ في الآية الشريفة(2) وقد مرّ، وأما صحيحة زرارة(3) فالذّي يُستفاد منها بطلان نكاح و طلاق العبد من دون إذن سيّده و بالاستقلال و هو غير ظاهر في أنّ المراد بالإذن هو الإذن السابق فقط، فهذا الوجه تام.

الوجه الثاني: صحيحة زرارة الماضيه تدل على صحة النكاح و الطلاق بالإذن، و حيث وردت عدّة من الروايات(4) في صحة النكاح لو لحقه الإجازة، فيصحّ جميع العقود بالإجازة اللاحقة لعدم الفرق بينها.

ثم توجّه و تفتّن الشيخ الأعظم قدس سره: بأنّ لازم هذا القول صحة الطلاق بالإجازة اللاحقة أيضا و لا يلتزمون بها، و هو إشكال على هذا الوجه.

وردّه: بأنّ الطلاق خرج بالدليل الخارجى(5) و إلّا نقول بصحته بالإجازة اللاحقة و بجهة التعميم، و لا يلزم تأخير البيان عن وقت الحاجة لأنّ الكلام مسوّق لنفى استقلال العبد في الطلاق، لا لصحته مطلقا حتّى بالإجازة.

ص: 171

1-1 . منية الطالب 1/430.

2-2 . سورة النحل /75.

3-3 . وسائل الشيعة 22/101، ح 1.

4-4 . راجع وسائل الشيعة 21/114، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماماء. منها: صحيحة زرارة، ح 1، في الباب المذكور، و موثقه، ح 2.

5-5 . راجع وسائل الشيعة 22/98، الباب 43 من أبواب مقدمات الطلاق و شرائطه. ح 4، صحيحة علي بن يقطين، و ح 2، معتبرة ليث المرادى بناءً على اعتبار أبي جميلة.

ولكن يمكن أن يُناقش بوجهين(1):

أولاً: يمكن أن يقال: بأن أدلة صحة النكاح بالإجازة اللاحقة حاكمة على الدليل الدال على اعتبار الإذن و يوسّع دائرة الموضوع تعبداً، فلا يستفاد منها أعمية الإذن مفهوماً من الإذن السابق والإجازة اللاحقة.

وثانياً: يمكن استظهار عكس ما ذكره الشيخ الأعظم قدس سره من الصحيحة بأن يقال: لما كانت الصحيحة مشتملة على الطلاق الذى لا يصحّ بلحوق الإجازة نستشكف أنّ المراد من الإذن هو الإذن السابق، وصحة النكاح بالإجازة اللاحقة فإنّما يستفاد من الدليل الخارجى 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 فى الطلاق، بأنّه لو كانت الصحيحة مسوقة لبيان نفى استقلال العبد فى الطلاق لكانت كذلك فى النكاح أيضاً، ولا تدلّ على صحة النكاح بالأعم من الإذن والإجازة، فمن أين تُستفاد الصحة بالإجازة من الصحيحة؟!

الوجه الثالث: الروايات الواردة فى صحة نكاح العبد إذا أجازته المولى _ بلا فرق بين أنّ المباشر لإجراء الصيغة هو العبد أو غيره _ وإذا صحّ نكاحه فيصحّ جميع تصرفاته بلا فرق ولو كانت وكالة عن الغير.

منها: صحيحة زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده، فقال: ذاك إلى سيّده، إن شاء أجازته وإن شاء فرّق بينهما. قلتُ: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة و ابراهيم النخعى وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلّ إجازة السيّد له، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده، فإذا أجازته فهو له جائز. (2)

ص: 172

1-1 . كما فى منية الطالب 1/430.

2-2 . وسائل الشيعة 21/114، ح 1، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

و منها: معتبرته بل موثقتة عنه عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فيدخل 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 صداقا كثيرا. وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأوّل. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصيا، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنّما أتى شيئا حلالاً و ليس بعاصٍ لله إنّما عصى سيّده و لم يعص الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة و أشباهه. (1)

و منها: صحيحة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير و لا تزويج و لا إعطاء من ماله إلا بإذن مولاه. (2)

و منها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في مملوك تزوج بغير إذن مولاه، أعاص لله؟ قال: عاص لمولاه، قلت: حرام هو؟ قال: ما أزعّم أنّه حرام و نوله (3) أن لا يفعل إلا بإذن مولاه. (4)

و منها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلى أبي عبدالله عليه السلام فقال: إنّني كنت مملوكا لقوم و إنّني تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالىّ ثمّ اعتقوني بعد ذلك، فأجدّد نكاحي إيّاها حين أعتقت؟ فقال له: أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة و أنت مملوك لهم؟ فقال: نعم، و سكتوا عنيّ و لم يغيروا عليّ، قال: فقال: سكتوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، أثبت على نكاحك الأوّل. (5)

يمكن الاستدلال بهذه الروايات في المقام بتقريبين:

التقريب الأوّل (6): ترك الاستفصال الوارد في هذه الصحاح بين أن يكون العاقد

ص: 173

- 1-1 . وسائل الشيعة 21/115، ح 2.
- 2-2 . وسائل الشيعة 21/113، ح 1، الباب 23 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
- 3-3 . نولك أن تفعل: أي حقّقك و ينبغي لك. [صحاح اللغة 5/1836].
- 4-4 . وسائل الشيعة 21/113، ح 2.
- 5-5 . وسائل الشيعة 21/117، ح 1، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
- 6-6 . المكاسب 3/339: يؤيد المختار.

لصيغة النكاح هو العبد أو غيره، وإذا كانت إجازة المولى تصحح تصرف العبد في سلطان المولى _ وهو تصرف العبد في نفسه بالنكاح _، ولا يمكن أن يصح اسم المصدر _ النكاح _ ولا يصح المصدر أى الإنشاء _ أعنى صيغة النكاح _ فصارت صيغة النكاح والنكاح صحيحة بالإجازة من المولى بلا فرق بين أنه باشر في إجراءها أو وَّكَّل غيره.

وإذا صح النكاح وهو تصرف العبد في نفسه، _ أى سلطان المولى _ فبطريق الأولى تصحح الإجازة غيره من التصرفات في ماله ونفسه و في مال ونفس غيره بالوكالة عنه.

التقريب الثانى(1): التعليل الوارد فى صحيحة زرارة بـ«أنه لم يعص الله وإنما عصى سيده»(2)، يستفاد منه كل ما لم يكن العبد عاصياً لله تعالى بل عصى سيده فقط، يمكن تصحيحه بالإجازة من السيد، فمعيار صحة معاملات العبد بعد عدم كونها مخالفة لله تعالى هو إذن السيد أو إجازته.

فكما يمكن تصحيح تصرفات العبد بالإجازة فى نفسه و ماله فكذلك يمكن تصحيح تصرفاته فى مال الغير أو نفسه بالوكالة، لأن العبد فيها أيضاً لم يعص الله، وبعد الإجازة يحكم بصحتها.

مناقشة المحقق النائينى فى التقريب الأول

قال: «إن ترك الاستفصال وإن كان مفيداً للتعميم فى باب النكاح ونحوه إلا أنه للتعدى إلى غير مورد لا يفيد، لأنه لو فرض بأنه عليه السلام صرح بأن نكاح العبد يصح بالإجازة ولو باشره بنفسه لما أمكن التعدى إلى مورد وكالة العبد لغيره أو إجرائه الصيغة وإيجاده العلقة فضولاً، لأن صحة نكاحه لنفسه وإن استلزم تصحيح جهة إصداره أيضاً حيث إنه الإجازة ترجع إلى ما يتعلق مضمونه بالمولى فصحة جهة إصداره إنما لوحظ معنى حرفياً، وإذا دلّ الدليل على صحة النتيجة بالإجازة فيدلّ على صحة جهة الإصدار، لأنها من

ص: 174

1-1 . المكاسب 3/339: مع أنّ تعليل الصحة بأنه... .

2-2 . وسائل الشيعة 21/114، ح 1.

مقدمات حصول النتيجة إلا أنّ هذا الدليل لا يمكن أن يدلّ على صحة جهة الإصدار إذا لوحظت معنًى اسميًا، وعقد العبد لغيره فضولاً أو وكالةً جهة توقّفه على إجازة المولى هو جهة إصداره وإلا فمضمونه غير راجع إلى المولى، ولم يدلّ دليل على أنّ الإجازة أيضا كالإذن في جهة الإصدار كما لا يخفى.

إلا أن يقال: إنّ الأخبار الدالة على صحة نكاح العبد إذا أجازته المولى الواردة في ردّ حكم ابن عيينة و ابراهيم النخعي ظاهرة في إعطاء قاعدة كليتة وهي أنّ كلّما رجع جهة الصحة إلى إذن السيّد فإجازته كإذنه»(1).

و أجابه السيّد الخوئي بقوله: «ولكن لا وجه لهذه المناقشة بديهة أن كون متعلّق الإجازة ملحوظا للمجيز استقلالاً تارة و تبعاً أخرى لا يرتبط بجهة الاستدلال»(2).

أقول: وبعبارة أخرى: السيّد أجاز عقد العبد بما هو عليه من تماميته كما إذا أجرى صيغة النكاح لنفسه أو باع و اشترى من ماله وفيه، أو عدم تماميته العقد لأنّه 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 وكّله فيلحق بالقسم الأوّل من تماميته العقد.

وبعبارة 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 أمرٌ أن يشتري نفسه من مولاه فباعه مولاه صحّ و

ص: 175

1-1 . منية الطالب 1/431.

2-2 . مصباح الفقاهة 3/350.

لزم، بناءً على كفاية رضا المولى _ الحاصل من تعريضه للبيع _ من إذنه الصريح، بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمني»(1).

أقول: قال شيخ الطائفة قدس سره: «إذا وكل رجل عبدا في شراء نفسه من سيده فهل يصح ذلك أم لا؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: يصح كما لو وكله في شراء عبد آخر بإذن سيده.

والثاني: لا يصح ذلك لأن يد العبد كيد سيده وإيجابه وقبوله بإذنه بمنزلة إيجاب سيده وقبوله، فإذا كان كذلك وأوجب له سيده فقبله هو صار كأن السيد هو الموجب القابل للبيع وذلك لا يصح فكذلك هاهنا. والأول أقوى...»(2).

ونقل العلامة في المختلف عن القاضي ابن البراج قوله: «الأقوى عندي أنه لا يصح إلا أن يأذن له سيده في ذلك، فإن لم يأذن له فيه لم يصح»(3).

وأنت ترى بأن استدلال القاضي ابن البراج على البطلان لا يرجع إلى اتحاد الموجب والقابل الذي نسبه إليه الشيخ الأعظم، بل القاضي يرى البطلان إذا كانت الوكالة من دون إذن المولى وأما إذا كانت مع إذنه فيذهب إلى الصحة ولذا قال العلامة بعد نقل فتوى القاضي: «والحق ما قوّاه الشيخ لأن بيع مولاه رضا منه بالتوكيل»(4).

ونُسب(5) القول بالبطلان إلى القاضي في بعض الكتب الفقهية مطلقا أو مع الاستدلال له باتحاد الموجب والقابل وكلاهما غير تامين.

قد يناقش في صحة هذا الشراء بوجهين:

الأول: اتحاد عبارة العبد مع عبارة السيد فيلزم منه اتحاد القابل والموجب فيبطل

ص: 176

1-1 . المكاسب 3/342.

2-2 . المبسوط 3/393.

3-3 . مختلف الشيعة 6/35.

4-4 . مختلف الشيعة 6/35.

5-5 . والناسب هو الصميرى في غاية المرام 2/12، وصاحب الحدائق 22/50 وصاحب الجواهر 22/271 والشيخ الأعظم في المكاسب 3/343.

العقد به _ وقد مرّ في أحد وجهي الشيخ _ .

ويرد عليه: أولاً: لا دليل على اعتبار التباير بين الموجب والقابل ويكفي تغايرهما اعتباراً.

وثانياً: المملوكية لا توجب إتحاد العبد مع مولاه.

وثالثاً: هذا الدليل لو تمّ يقتضى بطلان معاملات العبد الموكّل عن غيره ولو أذن له سيّده بالوكالة، مع السيّد.

الثاني(1): لزم بالنسبة إلى المتعاقدين قابليتهما للإتشاء عند تحقق الإيجاب والقبول، فلو فقد أيُّ منهما القابلية قبل تحقق العقد لا ينعقد المعاهدة والمعاقدة، وحيث أنّ العبد في الفرع المذكور غير قابل لطرفي العقد لأنّه غير مأذون منه فيحكم بفساد العقد.

ويرد 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 وكذا عكسه. فلذا لو التفت أحدهما بإنشاء صاحبه وقبل فسخه وإبطاله، وأتى بما هو عليه لكان العقد صحيحاً. و المفروض الحاق الاجازة بالوكالة صريحاً أو ضمناً فيصح قابلية العبد فيتم المعاقدة.

هذا كلّ في ما إذا وكّل المشتري العبد في الاشرء من سيّده.

وأما لو وكّله في الاشرء من وكيل المولى، فإن كان الوكيل وكيلاً مفوضاً في أمور المولى فلا شبهة في أنّ شأنه شأن المولى ولا تردّ شبهة. و أمّا إن كان الوكيل وكيلاً في خصوص إجراء الصيغة فلا شبهة في احتياج الاشرء إلى الاجازة من المولى، ولعلّ نظر المحقّق والشهيد الثانيين(2)(3) من إطلاق القول بعدم الصحة في الشراء من وكيل المولى إلى الصورة الأخيرة.

ص: 177

1-1 . انظر المناقشة و جوابها في المكاسب 3/343 قوله قدس سره : و لا يقدر عدم قابلية المشتري للقبول.... .

2-2 . جامع المقاصد 4/68.

3-3 . المسالك 3/158.

لم يذكره الشيخ الأعظم قدس سره و هو هل إجازة المولى لعقد العبد كاشفة أو ناقلة؟

مقتضى القاعدة هو النقل ولكن مقتضى الروايات هو الكشف كما يدلُّ عليه قوله عليه السلام في صحيحة معاوية بن وهب: «أثبت على نكاحك الأول»⁽¹⁾، و التفصيل يطلب من بيع الفضولي. و الحمد لله.

ص: 178

1-1 . وسائل الشيعة 21/117، ح 1.

6_ 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 الوصى، أو مأذونين من الشارع كالحاكم أو أمينه ووكيله.

وبعبارة أخرى: لا بدّ أن يكونَ الْمُتَعَاقِدَانِ مالِكَي التصرف والأمر والعقد إمّا بالملكية للعوضين أو الإذن من المالك أو الشارع.

والعنوان المذكور في أعلاه من الشيخ الاعظم (1)، وهو عند تلميذه الفقيه المامقاني (2) من جوامع الكلم لشموله لجميع أقسام من يصحّ منه البيع كالمالكيين للعوضين والمأذونين منهم كوكالاتهم، والمأذونين من الشارع، وهم الأولياء المنصوبون منه كالأب والجدّ والحاكم الشرعي ومنصوبه والمأذون من قبله، وكذا المنصوب من الأب أو الجدّ قيما على الصغير ونحوها من الموارد التي تنتفى الفضولية منها.

فالأولى أن يقال: لا بدّ في المتعاقدين أنّهما يملكان أمر العقد الذي يقومان به، والمراد بالملك هنا ليست المالكية بل الاستيلاء على العقد والأمر. حتّى نفذ عقدهما، وإلاّ يرد عليه عقد الرهن على العين المرهونة وتصرفات المريض في مرض موته بالبيع المحاباتي فيما زاد على الثلث وبيع السفينة والمفلس، لأنّ تصرفاتهم موصوفة بالفضولية

ص: 179

1- 1 . المكاسب 3/345.

2- 2 . غاية الآمال /350.

مع أنّهم ملائكة، وأقرّ الشيخ الأعظم (1) بهذه النقوض و حكم بدخولها بعد سطور.

و توجيه العنوان بأنّ المراد منه شرطية المالكية في نفوذ تصرفات المتعاقدين، مردود لأنّه ينتهي إلى الدور، لأنّ «لا شك أنّ شرط المطلوب هو شرط النفوذ، وينتهي الأمر إلى صيرورة النفوذ شرطا في نفوذ التصرف و هو دورٌ باطلٌ» (2).

ثم فرّع الشيخ الأعظم على عنوانه: «فالعقد الفضولي لا يصحّ» (3). تبعا للمحقق في الشرائع حيث يقول: «وأن يكون البائع: مالكا أو ممّن له أن يبيع عن المالك كالأب والجدّ للأب والوكيل والوصى والحاكم وأمينه فلو باع ملك غيره وقف على اجازة المالك أو وليّه على الأظهر» (4). ونحوه في النافع (5).

وقال العلامة في قواعد تبعا لأستاده: «ويشترط كون البائع: مالكا أو وليّا عنه، كالأب والجدّ له والحاكم وأمينه والوصى، أو وكيلاً، فبيع الفضولي موقوف على الإجازة على رأى» (6). ونحوه في التذكرة (7).

وقال الشهيد في الدروس: «وتملكها أو حكمه كالأب والجدّ والوصى والوكيل والحاكم وأمينه والمقاصّ فبيع الفضولي غير لازم...» (8).

واعترض المحقّق الكركي على عبارة قواعد العلامة وقال: «هذا التفريع أيضا غير جيد لأنّ المتبادر من اشتراط ما ذكره بطلان البيع هنا، لانتفاء الشرط إن كان ذلك شرطا في الصحة، أو عدم لزومه إن كان شرطا في اللزوم، فكونه موقوفا على الاجازة لا يظهر

ص: 180

1-1 . المكاسب 3/346 قوله: «و كيف كان فيشمل العقد الصادر...».

2-2 . العقد النضيد 3/6.

3-3 . المكاسب 3/345.

4-4 . الشرائع 2/8.

5-5 . المختصر النافع /118.

6-6 . قواعد الأحكام 2/19.

7-7 . تذكرة الفقهاء 10/14.

8-8 . الدروس الشرعية 3/192.

وجه تفريره، إلا إذا حملنا العبارة على أن الاشتراط في اللزوم، وأن المراد بكونه موقوفاً عدم لزومه، لأنه في قوته، لكن قوله: (على رأى) لا موقع له حينئذ، وكيف كان فالعبارة لا تخلو من تكلف...»(1).

قد تصدى لدفع الإشكال الشهيد الثانى وقال: «مقتضى التفریع أن يقال: فبيع الفضولى غير صحيح لفقد الشرط، و هو كون البائع مالكا أو فى معناه، لكن لما كان المراد بالصحة هنا اللزوم كان قوله: «أنه موقوف»، فى قوة قوله: «غير لازم» المناسب للتفریع.

وفيه: مع إفادته الفائدة التصريح بالحكم المطلوب من بيع الفضولى، و عليه يترتب الرأى المذكور بعده، لأنه أيضا غير لازم من التفریع، لكن اقتضاه الحكم بالوقوف بالقصد الثانى مراعاة للإيجاز»(2).

و الشيخ الأعظم بعد تفسير عدم الصحة فى بيع الفضولى بعدم اللزوم قال: «... فاعتراض جامع المقاصد عليه [أى على العلامة فى عبارة القواعد] بأن التفریع فى غير محلّه، لعلّه فى غير محلّه»(3).

أقول: الظاهر عدم تمامية هذا التفسير، بل لعل المراد بها _ عدم الصحة _ هى عدم الصحة الفعلية و موقوفة العقد على اجازة المالك و عدم نفوذه، و عدم الصحة الفعلية لا ينافى الصحة التأهيلية و توقفه على الاجازة، مضاف إلى أن عدم اللزوم المذكور فى كلام المحقق الكركى على نحو قضية مانعة الجمع و لم يكن إبداعا من الشيخ الأعظم.

و الحاصل: اعتراض المحقق الكركى رحمه الله على العلامة واردٌ و كذلك يردُّ على المحقق فى الشرائع و النافع، و الشهيد فى الدروس و كل من فرّع بيع الفضولى على العنوان، و جواب الشيخ الأعظم مأخوذ من أحد احتمالات الكركى و لعلّه فى غير محلّه لعدم مناسبه لقوله بعد ذلك: «على رأى»، و لذا الفقيه المتتبع العاملى تابع الكركى و قال: «كان التفریع غير جيّد و قد أشار إلى ذلك فى جامع المقاصد و قد وقع عين ذلك للمحقق

ص: 181

1-1 . جامع المقاصد 4/68.

2-2 . فوائد القواعد /531.

3-3 . المكاسب 3/345.

فى الشرائع و النافع، و غيره و الأمر فىه سهل»(1).

فلا يتم عندى ما ذكره المحققون الشهيدى(2) و المروج(3) رحمه الله و شيخنا الأستاذ(4) قدس سره فى توجيه كلام الشيخ الأعظم قدس سره فراجع.

نعم، لو كان المشروط مرددا على نحو ما شرحه جدنا شارح القواعد يدفع الإشكال حيث يقول: «و يشترط فى لزوم البيع و نحوه أو صحته مع عدم تعقبه بالإجازة...»(5).

ولكن حتى التردد فى المشروط لا يفيد لقوله «على رأى».

ص: 182

-
- 1-1 . مفتاح الكرامة 12/590.
 - 2-2 . هداية الطالب 3/10.
 - 3-3 . هدى الطالب 4/348.
 - 4-4 . إرشاد الطالب 2/268.
 - 5-5 . شرح القواعد 2/69.

الفضول في اللغة (1) جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد استعمل الجمع استعمال المفرد في ما لا خير فيه، ولهذا نُسب إليه على لفظه فقيل: فضولِي لِمَنْ يشتغل بما لا يعنيه، لأنّه جعل علماً على نوع من الكلام فنزّل منزلة المفرد و سمّي بالواحد.

وفي الاصطلاح هو: «الكامل غير المالك للتصرف فيه سواء كان غاصباً أو لا» كما عن الشهيد (2). وهو واضح عند القوم.

و الفضولي في العنوان صفة للعاقد و قديوصف 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» (3) بالنسبة إلى الأخير.

و بالجملة: هو كلُّ عقدٍ تام صدر ممّن ليس له ملكيّة العقد و أمره و نفوذه.

قال الجدّ العلامة التقي قدس سره: «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 (4) و المفيد (5) و السيّد (6) و الشيخ في النهاية (7) و

ص: 183

1-1 . راجع كتب اللغة منها: المصباح المنير /475.

2-2 . غاية المراد 3/37.

3-3 . المكاسب 3/346.

4-4 . نقل العلامة عن ابن الجنيد في المختلف 5/53 و عن ابن أبي عقيل فيه 7/119.

5-5 . المقنعة /606.

6-6 . الناصريات /330، مسألة 154.

7-7 . النهاية /385.

الديلمي (1) و القاضي (2) و الطوسي (3) [و الحلّي (4)] و الحلبي (5) و المحقّق الكركي (6) و السيوري (7) و جماعة من المتأخرين (8).

وقد حكى الشهرة عليه جماعة منهم: السيوري في كنزالعرفان (9) و الشهيد الثاني في المسالك (10) و الروضة (11) و المحقّق الأردبيلي (12) و صاحب الكفاية (13) و المفاتيح (14).

و ذكره بلفظ «عندنا» في مواضع من التذكرة (15)، و هو يشير إلى الاجماع. و أسنده أخرى (16) إلى «علمائنا»، و هو أيضا ظاهر في دعوى الاتفاق عليه.

و ذهب الشيخ في الخلاف (17) و السيّد ابنُ زُهْرَةَ في الغنية (18) إلى بطلانه من أصله

ص: 184

- 1-1 . المراسم /148.
- 2-2 . المهذب /1/350.
- 3-3 . الوسيلة /249.
- 4-4 . الشرائع /2/8، المختصر النافع /118.
- 5-5 . الكافي في الفقه /353 و 352 و 292.
- 6-6 . جامع المقاصد /4/69 و 8/243.
- 7-7 . التنقيح الرائع /2/25.
- 8-8 . نحو صاحبي الرياض /8/222 و شرح القواعد /2/72.
- 9-9 . كنزالعرفان /2/34.
- 10-10 . المسالك /3/158، و في /7/159: «بذهاب الأكثر إلى الصحة».
- 11-11 . الروضة البهية /3/229.
- 12-12 . مجمع الفائدة /8/157.
- 13-13 . كفاية الأحكام /1/449.
- 14-14 . مفاتيح الشرائع /3/47.
- 15-15 . تذكرة الفقهاء /10/19 و 215 و 218.
- 16-16 . تذكرة الفقهاء /10/15.
- 17-17 . الخلاف /3/168، /4/257.
- 18-18 . غنية النزوع /207.

مدّعين عليه الإجماع. و به قال الحلّي في السرائر(1)، و حكى القول به عن المبسوط(2) و الديلمي في ظاهر المراسم(3) و فخرالإسلام في الإيضاح(4) و الشهيد في نكت الإرشاد(5) و السيّد الداماد(6). و حكاه المقداد عن شيخه(7). و هو الظاهر من المحقّق الأردبيلي(8) و المحدّث الحر العاملي(9). في التذكرة(10) أنّه قول لنا فيه إشارة إلى قائله.

و الأظهر الأوّل»(11).

و كذلك لأجل تفصيل الأقوال راجع مفتاح الكرامة(12).

ص: 185

-
- 1-1 . السرائر 2/275 و 415.
 - 2-2 . المبسوط 2/158 و 4/163.
 - 3-3 . المراسم /172.
 - 4-4 . إيضاح الفوائد 1/416، 3/27.
 - 5-5 . لم أجدّه 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 3/40.
 - 6-6 . نقل صاحب الحدائق 18/377 عنه في رسالته الرضاعية. المسمّاة بضوابط الرضاع (كلمات المحقّقين) /56.
 - 7-7 . التنقيح الرائع 2/25 عن شيخه السعيد.
 - 8-8 . مجمع الفائدة 8/158، زبدة البيان /428.
 - 9-9 . وسائل الشيعة 17/333، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - 10-10 . تذكرة الفقهاء 10/14.
 - 11-11 . تبصرة الفقهاء 3/332 و 331.
 - 12-12 . مفتاح الكرامة 12/590.

قد استدل على صحته بعدة من الوجوه:

الوجه الأول: العمومات و الاطلاقات

الواردة في العقود نحو قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»⁽¹⁾ و العقد الفضولي عقد ينسب إلى مالكه بعد صدور الإجازة منه فيدخل في عموم الآية الشريفة.

وقوله تعالى: «تجارة عن تراض»⁽²⁾ و المعاملات الفضولية تدخل في إطلاق الآية الشريفة بعد مجيء الإجازة من أربابها.

وقوله تعالى: «أحلّ الله البيع»⁽³⁾ و البيع الفضولي يدخل في إطلاق الآية الشريفة، لأنه يبيع بعد قبول المالك له.

نعم، في العقود و التجارات و البيوع لا بدّ من انتسابها إلى أوليائها، و الانتساب كما يتم بالمباشرة و الوكالة و الأذن السابق فكذلك يتم بالاجازة اللاحقة بلا ريب.

ولذا قال العلامة في الاستدلال على صحة بيع الفضولي: «لنا أنه يبيع 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 فلائنه وقع على عين يصحّ تملكها و ينتفع بها و تقبل النقل من مالك إلى غيره، و أمّا الصحة فلثبوت المقتضى السالم عن معارضة كون الشيء غير مملوك للعاقده غير مانع من صحة العقد، فإنّ المالك لو أذن

ص: 186

1-1 . سورة المائدة /1.

2-2 . سورة النساء /29.

3-3 . سورة البقرة /275.

قبل البيع لصحّ فكذا بعده، إذ لا فارق بينهما»(1).

واعترض عليه الشهيد وقال: «فيه نظرٌ لأنّه من باب المصادرات»(2).

ولعلّ مراده قدس سره: 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 رحمه الله حيث يدخل عقد الفضولي تحت العمومات و الإطلاقات كما مرّ.

واعترض المحقّق الإيرواني رحمه الله على التمسك بالعمومات و الإطلاقات بـ: «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 مبنّى على ثبوت عموم أزمانى فى العمومات، و ليس له وجود و قد اعترف به المصنف(3) رحمه الله فى خيار الغبن»(4).

لا- يدعى الشيخ الأعظم رحمه الله و المستدلّ بالعمومات شمولها للعقد الفضولى من حين العقد ثم خروجه عنها إلى زمان الاجازة بالمخصص ثم دخوله فيها بعد الاجازة حتّى يكون محتاجا إلى ثبوت العموم الأزمانى، بل يدعى: «زمان الاجازة إنّما هو أول زمان صار العقد الفضولى مصداقا للعمومات الدالة على صحة العقود»(5).

ص: 187

1-1 . مختلف الشيعة 5/54.

2-2 . غاية المراد 3/40.

3-3 . المكاسب 5/207.

4-4 . حاشية المكاسب 2/215.

5-5 . كما فى مصباح الفقاهة 4/21.

ورد في مسند أحمد عن عروة بن أبي جَعْدِ البارقي قال: عرض للنبي صلى الله عليه وآله جَلَبٌ (1) فأعطاني ديناراً وقال: أى عروة أنت الجَلَبُ فاشتر لناشاة، فاتيْتُ 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: وصنعتَ كيف؟ قال: فحدثته الحديث، فقال: اللهم بارك له في صفقة يمينه، فلقد رأيتني أقف بكناسة الكوفة فأريح أربعين ألفاً قبل أن أصل إلى أهلى _ وكان يشتري الجوارى و يبيع _ (2).

الصَّفْقَةُ: ضرب اليد على اليد فى البيع و البيعة، كذا قاله الخليل (3).

وفيه: عن عروة البارقي أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث معه بدينار يشتري له أضحية وقال: مرة أو شاة، فاشترى له اثنتين فباع واحدة بدينار وأتاه بالأخرى، فدعا له بالبركة فى بيعه، فكان لو اشترى التراب لَرِيحَ فيه. (4)

رواهما ابن الأثير فى جامع الأصول (5)، و صاحب التاج الجامع للأصول (6).

الراوى و هو عروة مذكور فى كتاب «الإصابة فى تمييز الصحابة» و قال فى شأنه: «و حديثه مشهور و هو الذى دفع إليه النبى صلى الله عليه وآله ديناراً ليشتري به شاة» (7).

أقول: رواية عروة وردت فى المستدرک عن أبى جعفر محمد بن على الطوسى صاحب الوسيلة فى كتابه الثاقب فى المناقب: عن عروة بن أبى جعد البارقي قال: قدم

ص: 188

1-1 . الجَلَب: ما جُلِب من خيل و ابل و متاع إلى الأسواق للبيع. [لسان العرب 1/268].

2-2 . مسند أحمد 4/376، و روى البيهقى نحوها فى السنن الكبرى 6/112.

3-3 . كتاب العين 523.

4-4 . مسند أحمد 4/375، و روى البيهقى نحوها فى السنن الكبرى 6/112.

5-5 . جامع الأصول 12/289، ح 9231 و 9232.

6-6 . التاج الجامع للأصول 2/221.

7-7 . الإصابة فى تمييز الصحابة لابن حَجَرٍ العسقلانى 2/476.

جَلَبْتُ، فَأَعْطَانِي النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ دِينَارًا، وَقَالَ: اشْتَرِ بِهَا شَاةً، فَاشْتَرَيْتُ شَاتَيْنِ بَدِينَارٍ فَلَحَقْنِي رَجُلٌ فَبَعْتُ أَحَدَهُمَا مِنْهُ بَدِينَارًا، ثُمَّ أَتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بِشَاةٍ وَدِينَارًا، فَرَدَّهُ عَلَيَّ وَقَالَ: بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِي صَفْقَةِ يَمِينِكَ، وَلَقَدْ كُنْتُ أَقُومُ بِالْكَنَاسَةِ _ أَوْ قَالَ: بِالْكَوْفَةِ _ فَأَرْبِحُ فِي الْيَوْمِ أَرْبَعِينَ أَلْفًا. (1)

رواها في سنن الدار قطنى (2)، و سنن الترمذى (3).

و هناك رواية أخرى رواها شيخ الطائفة في أماليه بسنده المتصل عن حكيم بن حزام: أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ بَعَثَ مَعَهُ بَدِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ أَصَدَجِيَّةً، فَاشْتَرَاهَا بَدِينَارًا، وَبَاعَهَا بَدِينَارَيْنِ، فَرَجَعَ فَاشْتَرَى أَصْحِيَّةً بَدِينَارًا وَجَاءَ بَدِينَارًا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ فَتَصَدَّقَ بِهِ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَدَعَا لَهُ أَنْ يَبَارَكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ. (4)

و رواها البيهقي في سننه (5).

وقال الشيخ في شأن حكيم بن حزام: «بن خويلد بن أسد، وهو ابن عمّ الزبير، وهو من المؤلفة قلوبهم، ومات سنة خمس وخمسين، يكنى أبا خالد. قال الواقدي، سنة أربع وخمسين وهو ابن عشرين ومائة سنة» (6).

و أنت ترى بأن الروايات كلها من طريق العامة، ضعيفة الإسناد لأثرى من طرقنا. ولذا قال الأردبيلي: «و معلوم عدم صحة الرواية» (7) و صاحب الحدائق (8) لا يراها حجة

ص: 189

-
- 1-1 . الثاقب في المناقب /112، ح108 ونقل عنه في مستدرک الوسائل 13/245، ح1، الباب 18 من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - 2-2 . سنن الدار قطنى 3/10، ح29.
 - 3-3 . سنن الترمذى 3/559، ح1258.
 - 4-4 . أمالى الطوسى، المجلس الرابع عشر، ح38/399، رقم 890 ونقل عنه فى بحار الأنوار 100/136، ح4 (42/90).
 - 5-5 . سنن البيهقى 6/113.
 - 6-6 . أمالى الطوسى /400.
 - 7-7 . مجمع الفائدة و البرهان 8/158.
 - 8-8 . الحدائق 18/381.

«وإن اشتهر نقلها في كتب الاستدلال حيث أنها عامية». هذا من جهة السند.

ولكن مع ذلك قال جدنا العلامة التقي رحمه 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»(1).

ووصف قبله جدّ أولاده الشيخ جعفر حديث عروة بـ: «الذي أغنت مشهوريته واستفاضته عند الفريقين عن النظر في سنده»(2).

وقال سيّد الرياض: «خبر البارقي العامي المشهور المجبور ضعفه... بالشهرة العظيمة...»(3).

وقال في الجواهر: «خبر عروة البارقي الذي أغنت شهرته عند الفريقين عن النظر في سنده... والمناقشة في سنده مدفوعة بما عرفت من الانجبار»(4).

دلالة رواية عروة على بيع الفضولي تكون من جهتين:

الأولى: شراء شاتين للنبي صلى الله عليه وآله مع أنّه صلى الله عليه وآله أمره بشراء شاة واحدة فقد خرج عن مورد الوكالة فصار شراءً فضولياً.

الثانية: بيعه للواحدة منهما بعد الشراء، فإنّه فضوليٌّ، لإعّنه ليس له توكيل في البيع.

يرد على الأولى: إذا وكله صلى 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.

ويجاب عنه: الزيادة في المثل لا يدلُّ عليه الفحوى بل ما يقتضيه الفحوى هو شراء شاة بنصف دينار، فما تقتضيه الأولوية والفحوى هو شراء بالمثل الأقل لا بالمثل الأكثر. فيكون الشراء فضولياً.

ص: 190

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/334.

2-2 . رياض المسائل 8/223.

3-3 . شرح القواعد 2/77.

4-4 . الجواهر 22/276 (23/448).

قال فى الجواهر: «و الفحوى لا تجزى فى الوكالة قطعاً _ لعدم الإنشاء وعدم الرضا فعلاً _ بل ولا فى إخراج العقد الفضولية، بل أقصاها جواز الدفع و القبض و بها أقدم عروة عليهما، فلا إشكال حينئذ فى دلالة الخبر على المطلوب»(1).

و يرد على الثانية: بأن عروة وكيل له صلى الله عليه و آله فى معاملاته أو مأذونا مِنْ قَبْلِهِ صلى الله عليه و آله أو يكون فى المقام ما يدل على إذنه صلى الله عليه و آله ، و ليس فى الرواية إلا حكاية الحال فلا عموم فيها.

قال الإيروانى: «قضية عروة لاشتباهاها و احتمال مأذونية عروة من النبى صلى الله عليه و آله فى أمر المعاملات و ما يرجع إلى السوق لاتصلح للاستدلال بها فلا وجه لإتعا ب النفس فيها»(2).

و تبعه المحقق السيّد الخوئى و قال: «إنّ كون الصادر من عروة فضولياً... متوقف على عدم كونه وكياً مطلقاً و مفوضاً من النبى صلى الله عليه و آله فى أمر شراء الشاة أو مطلقاً الذى سمى فى لغة فارس بكلمة «وكيل خرج» و من المحتمل أن يكون هو كذلك و عليه، فلا يمكن الاستدلال بالرواية على صحة بيع الفضولى إذ لا قرينة فى الرواية و لا من الخارج على كون البيع الصادر من عروة فضولياً»(3).

و تبعهما فى العقد النضيد و قال: «إنّ قضية عروة مجتملة لاحتمال كون عروة وكياً مفوضاً بأن كان قد وكله رسول الله صلى الله عليه و آله و أعطاه الاختيار التام فى إنشاء البيع و المعاملة، و حينئذ يصحّ ما قام به من البيع و القبض و الإقباض و ذلك من جهة وكالته عنه لا من جهة الرضا المتأخر»(4).

و يجاب عنه: و كالتة عنه صلى الله عليه و آله فى مطلق المعاملات أو كونه مأذونا فيه كذلك مخالف لظاهر الرواية و فهم الأصحاب قدس سرهم ، قال الجد التقي: «و الاحتجاج إنّما هو الظاهر المُنجبرُ بفهمهم»(5).

ص: 191

1-1 . الجواهر 22/277 (23/449) من طبع جماعة المدرسين).

2-2 . حاشية المكاسب 2/216.

3-3 . مصباح الفقاهة 4/25.

4-4 . العقد النضيد 3/18.

5-5 . تبصرة الفقهاء 3/335.

وقال صاحب الجواهر: «ظاهر الخبر كون المحكى تمام ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله وعروة، على أنّ الأصل عدم غيره» (1).

وبما ذكرنا ظهر الجواب عن مناقشة أخرى وهى: كَوْنُ عروة عالما برضاه صلى الله عليه وآله من الفحوى ولذا تصدّى لدفع العوض لأنّه حرام بدون العلم، وإذا جاء العلم يمكن الاكتفاء به فى صحة التصرف وأنّه يقوم مقام التوكيل فيخرج به عن البيع الفضولى.

يظهر الجواب من مقالة صاحب الجواهر رحمه الله الماضية أنّها وما مرّ من أنّ العلم بالرضا ومجرد الفحوى يفيدان إباحتها التصرف غير الناقلة فى مال الغير، وأمّا النقل والانتقال والمعاملات فتحتاج إلى الإجازة والإذن الخارجيين وهما مفقودان فى المقام، وقيام العلم بالرضا مقام التوكيل فى التصرفات الناقلة بحيث لا يحتاج معه إلى الإذن والإجازة، لا يدل عليه دليل، بل الدليل على خلافه.

نعم، غاية الأمر هذا العلم بالرضا وفحوى الإذن الأول يصححان دفع العوض والقبض والإقباض فى مال الغير، يخرجانه من عدم الجواز، ولكنهما لا يقومان مقام الإذن والإجازة التى تصحح البيع الفضولى وكذلك لا يقومان مقام التوكيل كما مرّ.

لا يقال: العلم بالرضا يكفى فى مجرد الإباحتها دون البيع الناقل للعين، فعمل عروة هو مجرد إباحتها التصرف فى شاة للغير لا البيع الناقل.

لأننا نقول: الظاهر من قوله صلى الله عليه وآله: «بارك الله فى صفقة يمينك» هو البيع الناقل لا الإباحتها فى التصرف فقط، كما فهمه معظم الفقهاء - رضوان الله تعالى عليهم - كذلك.

والمدار فى الأدلة ظاهرها لاسيما إذا كان منجبرا بفهم الأصحاب قدس سرهم .

وبما ذكرنا يظهر عدم تمامية مقالة الشيخ الأعظم حيث يقول: «إنّ الظاهر علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله بما يفعل وقد أقبض المبيع وقبض الثمن، ولا ريب أنّ الإقباض والقبض فى بيع الفضولى حرام، لكونه تصرفا فى مال الغير، فلا بدّ إمّا من التزام أنّ عروة فعل الحرام فى القبض والإقباض وهو مناف لتقرير النبي صلى الله عليه وآله . وإمّا من القول بأنّ البيع الذى يعلم بتعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناءً على كون الإجازة

ص: 192

فيدور الأمر بين ثالث وهو جعل هذا الفرد من البيع _ وهو المقرون برضا المالك _ خارجا على الفضولى... و رابع وهو علم عروة برضا النبي صلى الله عليه وآله بإقباض ماله للمشتري حتى يستأذن و علم المشتري بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة... ولكن الظاهر هو أول الوجهين [أى الثالث] كما لا يخفى»(1).

ثم احتمال (2) فى المقام احتمالا - خامسا وهو المعاطاة المفيدة للإباحة لا - الملك لأن المناط فيها هو مجرد الرضا و وصول كل من العوضين إلى الآخر بأى نحو ولو كان - الواصل - صبيًا أو حيوانا، و ليس هذا معاملة الفضولى بل الفضولى هنا فقط صار آلة فى الإيصال و العبرة برضا المالك المقرون به.(3)

وجه الظهور: علم عروة البارقي برضا النبي صلى الله عليه وآله يصح إقباض المثلث و قبض الثمن فلا يرتكب حراما، و البيع و كذا الشراء قبله يكونان فضوليين يحتاجان إلى إجازة النبي صلى الله عليه وآله ، و أجازة صلى الله عليه وآله بالدعاء له، فالرواية تدل على صحة بيع الفضولى من دون احتياج إلى محتملات الشيخ الأعظم رحمه الله مضافا إلى ضعف جميعها: أما الأولان: فقد ورد ضعفهما فى كلام الشيخ الأعظم فلا أعيد.

و أما الثالث: فإن البيع الفضولى لا يخرج علم الفضول برضا المالك عن الفضولية، لما مر من أن التصرفات الناقلة تحتاج إلى الاستناد إلى المالك و هو لا يتم إلا بالوكالة أو الإذن أو الإجازة، و لا يكفى فيها الرضا. نعم، الرضا يصح التصرفات غير الناقلة، فلا يتم هذا الاحتمال.

و كذلك يراها المحقق الخراسانى(4) من الفضولى فى ما عقد على ملك الغير ولو كان عالما برضايته.

و أما الرابع: فيتم فى مقام الثبوت و أما فى مقام الإثبات علم عروة برضا

1-1 . المكاسب 3/351.

2-2 . المكاسب 3/352.

3-3 . راجع مصباح الفقاهة 4/(27-25).

4-4 . حاشية المكاسب /53.

النبي صلى الله عليه وآله يصح قبضه المثلث في الشراء وإقباضه المثلث في البيع أيضا، وأما بالنسبة إلى البائع في شرائه والمشتري في بيعه حيث لم يرد في روايته علمهما بأن الشراء والبيع فضوليان فإنهما يعاملان مع عروة، وَتَكُونُ المعاملة من جانبهما أُصِيلَيْنِ تَامَيْنِ (1)، و لذا قَبَضَ البائعُ الدينار من عروة والمشتري الشاة منه. وبالجملة علمهما بالفضولية وجعلهما عروة أمينا على المثلث في الشراء، والمثلث في البيع فدون إثباتهما خرط القتاد.

مضافا إلى ما مرّ من صاحب الجواهر قدس سره من: «ظاهر الخبر كون المحكى تمام ما وقع من النبي صلى الله عليه وآله وعروة، على أنّ الأصل عدم غيره» (2).

وبما ذكرنا ظهر عدم تمامية تطبيق شيخنا الاستاذ (3) قدس سره الرواية على الاحتمال الرابع في كلام الشيخ الأعظم رحمه الله . وإن كان هذا المحتمل يُوافق صحة بيع الفضولي.

وقال المحقق الهَمَداني رحمه الله: «يمكن أن يقال: إنّه لا يحتاج إلى علم المشتري بكونه فضولياً واستيمانه بل يكفي علم عروة _ لو كان عالماً _ بأنّ المشتري كان راضياً بالبيع على أيّ حال ولو كان فضولياً، أنّه يكون راضياً بتصرف عروة في ماله قبل انتقاله إلى النبي صلى الله عليه وآله» (4).

وأما الخامس: فَبَعْدَ قبول جريان الفضولية في المعاطاة لأنّها عندنا بيع كما مرّ مفصلاً في بحثها لا يضر هذا الاحتمال بالاستدلال وصحة الفضولي، ولكن لم يرد في الرواية ما يدلّ على أن فعل عروة كان معاطاةً. بل ورد فيها كَلِمَتَا: «اشتريتُ» و «فأبيعه» وأنّهما غير ظاهرَتَيْنِ في المعاطاة لو لم نقل بأنّهما ظاهرَتان في غيرها، لا سيما إذا كان ذلك الغير على نحو آلة إيصال مضافا إلى مخالفته لِفَقْرَةٍ: «بارك الله في صفقة يمينك» لأنّ عروة

ص: 194

1- 1 . وجدتُ بعد كِتَابَةِ هذا البيان في حاشية الأصفهاني 2/84 حيث يقول: «وأما قبض الثمن من المشتري فيكفي في جوازه رضا المشتري فعلاً لإعتقاده أصالة عروة وتمامية المعاملة وإن تخلف عن الواقع، لأنّ تخلف الدواعي لا يضرّ بالرضا الفعلي».

2- 2 . الجواهر 22/276 (23/449).

3- 3 . إرشاد الطالب 3/293، طبعة عام 1431ق.

4- 4 . حاشية المكاسب/197.

إذا كان آلة إيصال فلا يتم هذا التبريك.

ودعوى أنّ الغالب في المعاملات هو المعاطاة في ذاك الزمان مضافا إلى جزافيتها، أنّ هذه الغلبة _ لو سلمناها _ لا تقيد إلا الظن و هو لا يغني من الحق شيئا كما يظهر هذا الأخير من المحقق السيّد الخوئي (1).

ولذا قال السيّد اليزدي بالنسبة إلى هذا الاحتمال: لم أفهم وجه هذا الدعوى، و لم أدر من أين هذا الظهور» (2).

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» (3).

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» (4).

فَعَجِبُ لأنّ المناقش لا يرى ظهور الرواية في الفضولي.

و الحاصل: رواية عروة البارقي تدلّ على صحة بيع الفضولي بعد ما مرّ من الإجابة عن الإشكالات الواردة عليها عندنا، خلافا لجماعة من المُحسِّين على المكاسب (5) و الفاضل النراقي (6) حيث يراها ضعيفة سندا و دلالة.

ص: 195

1-1 . مصباح الفقاهة 4/26.

2-2 . حاشية المكاسب 2/110.

3-3 . مصباح الفقاهة 4/26.

4-4 . أنوار الفقاهة 1/280.

5-5 . نحو: الإشكوري في بغية الطالب 1/345، و السيّد اليزدي 2/110، و الشهيدى 3/21 و 22، و الإيروانى 2/216، و السيّد الحكيم 351/، و السيّد القمى 2/285.

6-6 . مستند الشيعة 14/275.

التي رواها المشايخ الثلاثة⁽¹⁾ بأسناد صحاح⁽²⁾ عن محمد بن قيس عن أبي جعفر⁽³⁾ عليه السلام قضى أمير المؤمنين _ صلوات الله عليه _ في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه غائب فاستولدها الذي اشتراها فولدت منه غلاما، ثم جاء سيدها الأول 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 ابني حتى تُرسلَ ابني، فلما رأى ذلك سيّد الوليدة، أجاز بيع ابنه.⁽⁴⁾

قد مرّ البحث حول هذه الصححة في بحث المقبوض بالعقد الفاسد⁽⁵⁾، و حول الموهنات الواردة حولها في بحث بيع المكروه⁽⁶⁾، فلا نعيد.

و أما الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي فيقع في فقرتين منها:

الأولى: ما ورد في كلام أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «خُذَابْنُهُ الَّذِي بَاعَكَ الْوَلِيدَةَ حَتَّى يُنْفَذَ⁽⁷⁾ لَكَ الْبَيْعَ».

الثانية: قول أبي جعفر عليه السلام: «فلما رأى ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه».

ولكنّ هنا إشكالان مشهوران في الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي لا بدّ من التعرّض بهما والجواب عنهما:

ص: 196

1-1 . الكافي 10/209، ح 12 (5/211)، الفقيه 3/222، ح 3826، التهذيب 7/488، ح 1960 و 7/74، ح 319، والاستبصار 3/205، ح 739 و 3/85، ح 288.

2-2 . نعم، أحد سندی الشيخ في التهذيب 7/488، ح 1960 موثق بعلى بن الحسن بن فضال.

3-3 . نقلت نص الحديث من نقل الكليني في الكافي الشريف.

4-4 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الاماء.

5-5 . الآراء الفقهية 4/413.

6-6 . راجع صفحة 157 من هذا المجلد.

7-7 . في الاستبصار، ح 739 «حتى ينقد»، وكذا احدى طبعات الكافي.

تقريب الاشكال: فى الصحیحة عدّة أمور ظاهرها ردّ سیّد الولیة بیع ابنه:

منها: قوله علیه السلام: «الحکم أن یأخذ ولیدته و ابنها». لأنّ هذا الحکم لا یصحّ إلاّ بعد الردّ.

و منها: قوله علیه السلام: «ثم جاء سیّدھا الأول فخاصم سیّدھا الآخر». لأنّ المخاصمة لو لم أقلّ بأنّها بعد الردّ لأقلّ من أنّها ظاهرة فى الردّ.

و منها: مناشدة المشتري للإمام علیه السلام و جوابه علیه السلام له: «خذ ابنه الذی باعک الولیة». لأنّ المناشدة و علاج الإمام علیه السلام لا یكون إلاّ بعد الردّ.

و إذا ردّ سیّد الولیة بیع ابنه الفضول فلیس له الاجازة بعد الردّ إجماعاً(1)، فلا بدّ إمّا من حمل الصحیحة و الاجازة الواردة فى آخرها على البیع الجدید _ و هو خلاف الظاهر _ أو من حملها على قضاء أميرالمؤمنین علیه السلام و حیلہ فیها التی كان یتوسل بها إلى ظهور ما هو الواقع _ كما عن العلامة المجلسی(2) رحمه الله - أو من حملة على قضية شخصية فى واقعة بحيث لا یمکن استفادة الحکم العام منها _ كما عن المحقّق الخوئی(3) قدس سره _ .

جوابه: لم یکن فى الصحیحة ما یدلّ على ردّ المالك للبیع، نعم لم یکن راضیا بالبیع كما یتضح ممّا مرّ فى الاشكال و عدم الرضاية غیر الردّ، لأنّ الردّ هو فسخ العقد و حلّه و رفضه كما علیه المحقّق الاصفهانى(4) رحمه الله، أو «یکون متردداً فى البیع من جهة ما یتربّ علیه من مطالبه من ابنه و تعاسره إیّاه، فإن رأى سهولة الخطب ردّه، و إلاّ أجازہ لیخلّص ابنه حسبما صدر منه اخيراً بعد تعاسر المشتري إیّاه»، كما علیه المحقّق التقی(5) قدس سره .

ص: 197

1-1 . كما عن المحقّق التقی فى تبصرة الفقهاء 3/336.

2-2 . راجع مرآة العقول 19/238.

3-3 . مصباح الفقاهة 4/34.

4-4 . راجع حاشيته للمكاسب 2/86.

5-5 . تبصرة الفقهاء 3/337.

و الإشكال (1) على الأصفهاني بأن مفهوم الردّ يكون غير الحلّ، و الردّ يبين الإجازة و الحلّ يبين 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 و إن ردّ انحل. نعم، الإجازة تتحقّق بالقول و الفعل معا.

و الحاصل: المالك يكون غير راض بالبيع أو مترددا فيه ولكن بعد ما وقع رضى به أو رفع تردده و أجاز البيع، و الشاهد على بقاء البيع على ما كان عليه من فضوليته بعد أخذ الوليدة و المخاصمة و المناشدة قوله عليه السلام: «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 (2) 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 ثانيا: الحكم بأخذ ولد المشتري لا يكون من جهة رقيته 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 ثالثا: إنّ مولانا الإمام أمير المؤمنين عليه السلام اختار في قضايا بعض الطرق غير المتعارفة لكشف الواقع المتلبس على عامة الناس. كما مرّ عن العلامة المجلسي (3) رحمه الله و ما ورد في هذه الصحيحة يكون من هذه الطرق و الأساليب غير المتعارفة فلا يمكن أن يعد هذا من الموهنات بل الكلّ يتعلّمون منه القضاء و أحكامه و قال رسول الله صلى الله عليه و آله في

ص: 198

1-1 . كما في العقد النضيد 3/56.

2-2 . راجع صفحة 157 من هذا المجلد.

3-3 . مرآة العقول 19/238.

شأنه: «أفضاكم عليّ»(1).

وبالجملة: بعد دفع الإشكاليين يمكن استفادة صحة بيع الفضولي من هذه الصحيحة كما عليه جلّ الأصحاب(2) _ قدس الله أسرارهم _ .

ص: 199

1-1 . الغدير 3/96، الاستيعاب 2/461، فتح الباري 10/487، شرح نهج البلاغة 7/219 لابن أبي الحديد، الجامع الصغير 1/58، فيض
القدير 1/285، مطالب السؤل 23/، مواقف القاضى الإيجى 3/276.

2-2 . منهم: الشيخ جعفر فى شرح القواعد 2/80، و سيّد الرياض فيه 8/224، و العلامة التقى فى تبصرة الفقهاء 3/336، و صاحب
المقابس فيه كتاب البيع 23/ و صاحب الجواهر فيه 22/277 (23/449) و الشيخ الأعظم فى المكاسب 3/354 و 355.

تَمَسَّكَ جَمَاعَةٌ مِنَ الْفُقَهَاءِ بِفَحْوَى الرِّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى صِحَّةِ نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ، عَلَى صِحَّةِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ نَحْوَ أَصْحَابِ غَايَةِ الْمَرَادِ (1) وَغَايَةِ الْمَرَامِ (2) وَشَرْحِ الْقَوَاعِدِ (3) وَالرِّيَاضِ (4) وَالمَنَاهْلِ (5) وَالمُقَابِسِ (6) وَتَبْصِرَةِ الْفُقَهَاءِ (7) وَالمِفْتَاحِ (8) وَالجَوَاهِرِ (9) وَالمَكَاسِبِ (10).

وَبِالإِجْمَاعَاتِ الْمُنْقُولَةِ فِي صِحَّةِ نِكَاحِ الْفُضُولِيِّ كَمَا عَنِ الشَّرِيفِ الْمُرْتَضَى (11) مُطْلَقًا - أَيْ فِي الْحَرِّ وَالْعَبْدِ - وَابْنِ إِدْرِيسَ (12) فِي الْحَرِّ خَاصَّةً وَتَبِعَهُ الشَّهِيدُ (13)، وَالشَّيْخَ (14) فِي الْعَبْدِ خَاصَّةً. وَكَذَلِكَ حَكَاهَا أَصْحَابُ الْكُتُبِ الْمَاضِيَةِ مُطْلَقًا مَنْضَمًا إِلَى الْفَاضِلِ الْأَصْبَهَانِيِّ (15).

مع العلم بأن الاحتياط في الفروج أكد والأمر فيها أشدّ كما ورد في حسنة العلاء

ص: 200

- 1-1 . غاية المراد 3/41.
- 2-2 . غاية المرام 2/11.
- 3-3 . شرح القواعد 2/74.
- 4-4 . رياض المسائل 8/223.
- 5-5 . المناهل 287/.
- 6-6 . مقابس الأنوار، كتاب البيع 26/.
- 7-7 . تبصرة الفقهاء 3/333.
- 8-8 . مفتاح الكرامة 12/602.
- 9-9 . الجواهر 22/276 (23/447).
- 10-10 . المكاسب 3/356.
- 11-11 . الناصريات 330/، مسألة 154.
- 12-12 . السرائر 2/565.
- 13-13 . غاية المراد 3/41.
- 14-14 . الخلاف 4/266، مسألة 18.
- 15-15 . كشف اللثام 7/102.

ابن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في حديث: إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج ومنه يكون الولد، الحديث. (1)

وفي صحيحة شعيب الحداد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل من مواليك يقرؤك السلام وأراد أن يتزوج امرأة وقد وافقته وأعجبه بعض شأنها، وقد كان لها زوج فطلقها على غير السنة، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمر فتكون أنت تأمره، فقال أبو عبدالله عليه السلام: هو الفرج وأمر الفرج شديد ومنه يكون الولد ونحن نحتاط فلا يتزوجها. (2)

وإذا تم نكاح الفضولي بما ورد في الروايات الآتية والإجماعات المحكية وكان الأمر فيها أشد بالنسبة إلى البيع وغيره فيدل الفحوى بالصحة فيه.

وهذا الفحوى - وهو قياس الأولوية - وإن لم يكن من دلالة اللفظ ولكنه حجة عند الأكثر كما يستفاد ذلك من فروعهم من مقامات لا تحصى. (3)

ولذا قال الشهيد رحمه الله: و«تكلّف الفرق النظرى بينهما - أي بين النكاح والبيع - فيه ما فيه، بل الاحتياط في الفروج أولى» (4).

وقال سيّد الرياض في كتاب النكاح: «ومن هذه الأخبار - وإن اختصّ مواردها بالنكاح - يستفاد جواز الفضولي في سائر العقود بفحوى الخطاب؛ للاتفاق فتوى ورواية على شدة أمر النكاح، وعدم جواز المسامحة فيه بما ربما يتسامح في غيره، فإذا جاز الفضولي في مثله جاز في غيره بطريق أولى، كما لا يخفى على أولى البصيرة والنهي» (5).

ص: 201

1-1 . وسائل الشيعة 19/163، ح 2، الباب 2 من أبواب كتاب الوكالة، ووسائل الشيعة 20/259، ح 3، الباب 157 من أبواب مقدمات النكاح.

2-2 . وسائل الشيعة 20/258، ح 1، الباب 157 من أبواب مقدمات النكاح.

3-3 . كما عن صاحب مفتاح الكرامة 12/602.

4-4 . غاية المراد 3/41.

5-5 . رياض المسائل 11/104.

وأما الروايات الدالة على صحة نكاح الفضولي في الحرّ والعبد فإنّها كثيرةٌ نذكر لك بعضها:

فمنها: مضمرة وصحيحة محمد بن اسماعيل بن بزيع قال: سأله رجلٌ عن رجلٍ مات وترك أخوين وابنةً، و البنت صغيرة فعهد أحد الأَخوين الوصى فزوج الابنة من ابنه، ثمّ مات أبو الإبن المزوّج فلمّا أن مات قال الآخر: أخى لم يزوّج ابنه فزوج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أىّ الزوجين أحبّ إليك: الأول أو الآخر؟ قالت: الآخر.

ثم إنّ الأخ الثانى مات، وللأخ الأول ابن أكبر من الابن المزوّج فقال للجارية: اختارى أيهما أحبّ إليك: الزوج الأول أو الزوج الآخر؟

فقال: الرواية فيها أنّها للزوج الأخير وذلك أنّها تكون قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ما عقده بعد إدراكها(1)

الصحيحة مضمرة وابن بزيع وإن أدرك الأئمة الكاظم والرضا والجواد عليهم السلام ولكن الظاهر أنّ الرواية من الإمام الكاظم عليه السلام لأنّ ابن بزيع كان من موالى أبى جعفر المنصور وهو كان معاصرا للإمام الكاظم عليه السلام والإضمار يكون للتقية التى ابتلى بها ابن بزيع فلا يضربها مضافا إلى جلالته وأنّه لم يرو من غير المعصوم.

ولعلّ كلمة «ابنه» فى فقرة: «قال الآخر: أخى لم يزوج ابنه» تكون تصحيفا لـ «ابنته»، فيكون كلّ من الأخوين المتوفيين زوج الابنة لابنه، فيكون التزويجان فضولين.

واختارت الابنة الزوج الأخير وقرره الإمام عليه السلام ، ولكن علّله ضمنا بأنّه إن كان الثانى فضوليا أجازها وتصريحا بأن كان فى زمن بلوغها فكان بإذنها من حين العقد.

ومنها: معتبرة محمد بن الحسن الأشعري قال: كتب بعض بنى عمى إلى أبى جعفر الثانى عليه السلام: ما تقول فى صبيّة زوّجها عمّها، فلمّا كبرت أبت التزويج، فكتب لى: لا تكره

ص: 202

1 - 1 . الكافي 10/763، ح 3 (5/397)، التهذيب 7/387، ح 30، عنهما فى وسائل الشيعة 20/282، ح 1، الباب 8 من أبواب عقد النكاح.

على ذلك و الأمر أمرها. (1)

و منها: صحيحة أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام و جارية زوّجتهما وليّان لهما و هما غير مدركين.

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 رضى.

قلت: فإن كان الرجل الذى أدرك قبل الجارية و رضى النكاح، ثم مات قبل أن تدرك الجارية، أثرته؟

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، لأنّها لها الخيار إذا أدركت.

قلت: فإن كان أبوها هو الذى زوّجها قبل أن تدرك.

قال: يجوز عليها تزويج الأب، و يجوز على الغلام، و المهر على الأب للجارية. (2)

عزل ميراث الجارية المتزوجة - من زوجها الصغير الذى بلغ و أجاز نكاح وليّه ثمّ مات - حتى 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 الفضولى من حين العقد بعد إجازتها.

و منها: موثقة الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام - فى حديث - قال: إذا زوّج الرجل ابنه فذاك إلى ابنه، و إذا زوّج الابنة

جاز. (3)

ص: 203

1-1 . وسائل الشيعة 20/276، ح2، الباب 6 من أبواب عقد النكاح.

2-2 . وسائل الشيعة 26/219، ح1، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج.

3-3 . وسائل الشيعة 20/277، ح4، و 21/287، ح1، الباب 28 من أبواب المهور.

فى المطبوعة من الكافى «إلى أبىه» بدل «إلى ابنه» ولكن فى بعض نسخه (1) و التهذىب (2) و الوافى (3) «إلى ابنه» و الاستدلال مبنى على قرأه «ابنه».

و منها: خبر محمد بن مسلم عن أبى جعفر عليه السلام أنه سأله عن رجل زوجه أمه و هو غائب؟ قال: النكاح جائز، إن شاء المتزوج قبل، و إن شاء ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه. (4)

الرواية ضعيفة الإسناد بإسناد إسماعيل بن سهل لأن النجاشى قال فى شأنه: «ضعفه أصحابنا» (5).

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوكة بين رجلين زوجها أحدهما و الآخر غائب، هل يجوز النكاح؟ قال: إذا كره الغائب لم يجر النكاح. (6)

سند الشيخ فى التهذىب 8/220، ح 704 مرسل لأنه لم يذكر سنده إلى محمد بن أحمد بن إسماعيل الهاشمى العلوى فى مشيخته و سند الحميرى أيضا ضعيف بعبدالله بن الحسن بن على بن جعفر على المشهور، ولكن رواها على بن جعفر فى كتابه و لصاحب الوسائل طريق صحيح إلى كتابه و لذا عبرنا عن الرواية بالصحيحة.

و منها: خبر عبيد بن زرارة عن أبى عبدالله عليه السلام فى عبد بين رجلين زوجها أحدهما و الآخر لا يعلم، ثم أنه علم بعد ذلك، أنه أن يفرق بينهما؟ قال: للذى لم يعلم و لم يأذن أن يفرق بينهما و إن شاء تركه على نكاحه. (7)

ص: 204

1-1 . كما ذكرها فى هامش الكافى 10/771 طبع دارالحديث.

2-2 . التهذىب 7/389.

3-3 . الوافى 21/415.

4-4 . وسائل الشيعة 20/280، ح 3، الباب 7 من أبواب عقد النكاح.

5-5 . رجال النجاشى 28/، رقم 56.

6-6 . وسائل الشيعة 21/190، ح 1، الباب 70 من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

7-7 . وسائل الشيعة 21/116، ح 1، الباب 25 من أبواب نكاح العبيد و الأماء.

الرواية ضعيفة بعبد العزيز بن عبدالله العبدى لأنّ النجاشى (1) ضعفه.

ولكن الشيخ الأعظم (2) رحمه الله 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 البضع ليس له عوض. ولكن في النص ردّ الإمام عليه السلام 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 صحّت المعاملة المالية صح النكاح ولا عكس، و الفحوى مبنية على عكسه فلا يتم.

وبعبارة أخرى: النص يدل في كلّ مورد صحّت المعاملات المالية صحّ النكاح، فالبيع أصل والنكاح فرع ولا يمكن إثبات حكم الأصل بإثباته في الفرع. و الفحوى المذكورة على عكسه تقول بأنّ لو صح النكاح لصحّت المعاملات المالية فالنكاح أصل والبيع فرع، وأنت ترى بأنّ النص يعارض الفحوى المدعاة.

و أما النص: فهو ماجاء في حسنة العلاء بن سيابة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة وكّلت رجلاً بأن يزوّجها من رجل فقبل الوكالة فأشهدت له بذلك، فذهب الوكيل فزوّجها، ثمّ إنّها أنكرت ذلك الوكيل وزعمت أنّها عزلته عن الوكالة فأقامت شاهدين أنّها عزلته، فقال: ما يقول من قبلكم في ذلك؟

قال: قلت: يقولون: ينظر في ذلك فإن كانت عزلته قبل أن يزوّج فالوكالة باطلة و التزويج باطل، وإن عزلته وقد زوّجها فالتزويج ثابت على ما زوّج الوكيل، وعلى ما اتفق معها من الوكالة إذا لم يتعدّ شيئاً ممّا أمرت به و اشترطت عليه في الوكالة.

قال ثمّ قال: يعزلون الوكيل عن وكالتها ولم تعلمه بالعزل؟

قلت: نعم، يزعمون أنّها لو وكّلت رجلاً وأشهدت في المأى وقالت في المأى (3):

ص: 205

1-1 . رجال النجاشى /244، رقم 641.

2-2 . المكاسب 3/256 و ما بعده.

3-3 . فى المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت 19/163: «النمأ».

أشهدوا أنّي قد عزلته، أبطلت وكالته بلا أن يعلم بالعزل و ينقضون جميع ما فعل الوكيل في النكاح خاصة، و في غيره لا يبطلون الوكالة إلا أن يعلم الوكيل بالعزل، و يقولون: المال منه عوض لصاحبه و الفرج 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 علياً عليه السلام أتته امرأة استعدته (1)(2) على أخيها: فقالت: و كُلتُ أخي هذا بأن يزوجني رجلاً و أشهدتُ له ثمّ عزلته من ساعته تلك، فذهب فزوّجني و لي بيّنة أنّي عزلته قبل أن يزوّجني فأقامت البيّنة، فقال الأخ: يا أمير المؤمنين إنّها و كُلتني و لم تعلمني 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 إنّّي قد عزلت أخي فلانا عن الوكالة بتزويجي فلانا و إنّّي مالكة لأمرى قبل أن يزوّجني فلانا، 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 واقعا، 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. (3)

أقول: عبّرتُ عن الرواية بالحسنة لأنّ سند الصدوق إلى العلاء بن سيابة صحيح، و قد روى عنه أصحاب الإجماع نحو أبان بن عثمان و محمّد بن أبي عمير و غيرهما و له

ص: 206

1-1 . في المطبوعة من وسائل الشيعة، طبعة آل البيت: «تستعديه».

2-2 . استعداه: استغائه و استنصره. [قاموس اللغة].

3-3 . الفقيه 3/84، ح 3383، التهذيب 6/214، ح 5، و نقل عنهما في وسائل الشيعة 19/163، ح 2، الباب 2 من أبواب كتاب الوكالة.

19 رواية فى الكتب الأربعة فلا يبعد القول بأنه من المعاريف ولم ىرد فىه قدح فهو معتبر أو لأقل من حسنه. و سند الشىخ إلى العلاء أيضا صحيح.

و الوكالة عندنا عقد جائز من الطرفين فلولوكيل 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 أمرا قبل أن يبلغه العزل كان نافذا.

و الرواية ردّ على العامة من حيث أنهم يفرّقون بين النكاح و غيره و يبطلون الوكالة فى النكاح بالعزل ولو لم يطلع عليه الوكيل، و فى غيره لا يبطلون الوكالة إلاّ 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 إنّ 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 فى الوكالة فأين هذا من وهن المدعى فى كلام الشىخ الأعظم بأنّها تدل على عكس الفحوى؟!

و كذا لا يتم تعبيره عنها بالصحيحة(1) مع ما عرفت فى سندها. و لا يتم توجيهه(2) فى الاحتياط الوارد فى كلام الإمام عليه السلام بالنسبة إلى النكاح من حملة على الاحتياط الإضافى لا- الاحتياط التام المدرك به الواقع بل الإمام يكون فى مقام نفى تفصيلهم المبتنى على الاستحسان فأرشدهم إلى جانب الاحتياط نقيّةً و جدلاً عليهم ثمّ ذكر لهم قضاء على عليه السلام و حكمه بصحة النكاح ردّا على تفصيلهم. فالمراد بالاحتياط فى الرواية ليس احتياطاً إضافياً بل هو احتياط جدلّيّ و تقيّتيّ حيث لم يتمكن من الردّ عليهم صريحا و الشاهد عليه تمسّكه عليه السلام بقضاء على عليه السلام المقبول عندهم.(3)

و إلاّ الاحتياط التام فى النكاح إمّا يكون بالطلاق أو بتجديد العقد عليها أو بإجازتها قبل ردّها كما هو الواضح.

ص: 207

1-1 . المكاسب 3/358.

2-2 . المكاسب 3/357.

3-3 . كما يظهر من المحقّق الاصفهانى 2/91.

وبالجملة: الرواية لم توهن الفحوى ولم تكن صحيحة الإسناد والاحتياط فيها لم يكن الاحتياط الإضافي بل يكون ردًا لاستحسانهم وهو احتياط جدليّ وتقييّي. فالفحوى تامة في المقام تصحح بيع الفضولي كما عليه جمع من الأعلام ولا تتم القاعدة المدعاة من الشيخ الأعظم رحمه الله على عكس الفحوى المذكورة بأن «إمضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس»⁽¹⁾.

ص: 208

1-1 . المكاسب 3/358.

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 فأتجر معهم ونحوها يكون العامل ضامنا وعليه الخسارة ولكن الربح بينهما على ما شرطاه، و تقسيم الربح بينهم متوقف على أحد الأمرين:

أ: بعد ظهور الربح يرضى المالك، و الرضا كاف عند الشيخ الأعظم ولو لم يكن في البين استناد وإجازة، فيستأنس بها لصحة بيع الفضولي لاشترائه مع مورد الروايات في عدم لزوم الإذن السابق في نقل المال.

ب: الإجازة اللاحقة من المالك تصحح معاملة العامل السابقة، وهذا يعنى صحة بيع الفضولي بعد تعقبه بالإجازة.

قال الشيخ الأعظم ما نصه: «فإنها أُبقيت على ظاهرها من عدم توقف ملك الربح على الإجازة _ كما نسب إلى ظاهر الأصحاب(1) وعدّ هذا خارجا عن بيع الفضولي بالنص كما في المسالك(2) وغيره(3) _ كان فيها استئناس لحكم المسألة، من حيث عدم اعتبار إذن المالك سابقا 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 دلّ على اعتبار رضا المالك في نقل ماله و النهي عن أكل المال بالباطل _ اندرجت المعاملة في الفضولي.

وصحّتها في خصوص المورد وإن احتمل كونها للنص الخاص، إلا أنّها لا تخلو

ص: 209

1-1 . راجع: جامع المقاصد 8/110، و المسالك 4/353، و الروضة 4/213، و ملاذ الأختيار 11/337 للعلامة محمّدباقر المجلسي، و رياض المسائل 9/346، و المناهل 207/، و المقابس، كتاب البيع/26، و الجواهر 26/354.

2-2 . المسالك 4/352.

3-3 . الحدائق 21/207، المناهل 207/.

عن تأييدٍ للمطلب»(1).

هذا هو استدلال الشيخ الأعظم في المقام.

وأما الروايات الواردة فكثيرة:

منها: صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج؟ قال: يضمن المال والريح بينهما.(2)

ومنها: صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل يعطى المال فيقول له: أنت أرض كذا وكذا ولا تجاوزها واشتر منها، قال: فإن جاوزها وهلك المال فهو ضامن، وإن اشترى متاعاً فوضع فيه فهو عليه وإن ربح فهو بينهما.(3)

ومنها: صحيحة الكنانى قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المضاربة يعطى الرجل المال يخرج به إلى الأرض، وينهى أن يخرج به إلى غيرها، فعصى فخرج به إلى أرض أخرى فعطب المال؟ فقال: هو ضامن، فإن سلم فربح فالريح بينهما.(4)

ومنها: موثقة جميل عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل دفع إلى رجل مالا يشتري به ضرباً من المتاع مضاربة فذهب فاشترى به غير الذى أمره، قال: هو ضامن والريح بينهما على ما شرط.(5)

ومنها: موثقة أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال: هو له ضامن والريح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه.(6)

ومنها: خبر زيد الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام في المضاربة إذا أعطى الرجل المال و

ص: 210

1-1 . المكاسب 3/359.

2-2 . وسائل الشيعة 19/15، ح 1، الباب 1 من أبواب كتاب المضاربة.

3-3 . وسائل الشيعة 19/15، ح 2.

4-4 . وسائل الشيعة 19/17، ح 6.

5-5 . وسائل الشيعة 19/18، ح 9.

6-6 . وسائل الشيعة 19/18، ح 10.

نهى أن يخرج بالمال إلى أرض أخرى فعصاه فخرج به، فقال: هو ضامن و الربح بينهما(1).

الرواية ضعيفة الإسناد بأبي جميلة المفضل بن صالح.

ومنها: صحيحة أخرى للحلي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في المال الذي يعمل به مضاربة: له من الربح و ليس عليه من الوضيعة شىء، إلا- أن يخالف أمر صاحب المال، فإنّ العباس كان كثير المال و كان يعطى الرجال يعملون به مضاربة و يشترط عليهم أن لا ينزلوا بطن وادٍ، و لا يشتروا ذا كبد رطبة فإن خالفت شيئا ممّا أمرت به فأنت ضامن للمال.(2)

قال الشيخ أسد الله التستري قدس سره بعد نقل موثقة جميل الماضية: «و يعضدها أخبار أخر قد عمل بها الأصحاب بلا خلاف يعرف بينهم، و وجه الاستدلال بها: أن 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 - أى على تقسيم الربح بينهما - الرواية، فهي محمولة على تحقق الإجازة مع الربح كما هو الغالب دون الخسران، و إنّما قسّم الربح بينهما بناءً على اطلاق عقد المضاربة و تعلّقه بكلّ عقد صحيح وقع بذلك المال برضا المالك سابقاً أو لاحقاً. و في هذا كلامٌ يبيّن في محلّه»(3).

وقال صاحب الجواهر رحمه الله في كتاب المضاربة من كتابه في ما إذا خالف العامل ما شرطه ربّ 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»(4).

أقول: لا بدّ أولاً من توضيح محتملى كلام الشيخ الأعظم قدس سره ثمّ نقدهما:

أمّا الاحتمال الأوّل:

فحكم الإمام عليه السلام بتقسيم الربح في عقد المضاربة التي خالف العامل فيها ما شرط

ص: 211

1-1 . وسائل الشيعة 19/18، ح 11.

2-2 . وسائل الشيعة 19/17، ح 7.

3-3 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /26.

4-4 . جواهر الكلام 26/351.

عليه صاحب المال، مع عدم التنبية على أنّ العامل لابدّ له من أخذ الإجازة من المالك في هذه المعاملات المنهى عنها، فهو ظاهرٌ في اختصاص المضاربة بحكم تعديّ وهو صحة هذه المعاملات بلا توقف على إجازة المالك، وإذا صحت معاملة من دون استئذان من المالك، يمكن أن يصحح بيع الفضولي من دون الإجازة السابقة و من دون النهي السابق من المالك مع الإجازة المتأخرة ولعلّ هذا هو المراد من الاستيناس في كلامه رحمه الله .

وفيه: استفادة الاستيناس من هذه الروايات لا يتم، لأنّ مع عدم لحوق إجازة ربّ المال يستفاد منها أنّ المورد من الموارد التي يكون التصرف في مال الغير نافذاً بلا إذن مالكة أو إجازته اللاحقة كنفوذ التصدّق بالمال المجهول مالكة و كبيع الوكيل قبل بلوغ عزله إليه، هذا أولاً. (1)

وثانياً: على فرض وجود الاستيناس، فهو لا يفيد إلاّ الظن، و الظن لا يغني عن الحقّ شيئاً. (2)

و ثالثاً: اشتراك مورد النصوص مع العقد الفضول في عدم اقتران العقد بإذن المالك لا يتقضى الاتحاد من جميع الجهات، و الا لا يحتاج عقد الفضولي حتّى إلى الإجازة اللاحقة، لفقدانها في مورد النصوص. (3)

و أمّا الاحتمال الثاني:

فتوضيحه: أنّ الغرض الواقعي من المضاربة هو تنمية المال و إزدياده، ولو شرط المالك على العامل شروطاً يراها أفضل لحصول هذا الغرض، ولو تخلف العامل و حصل على الربح ظهر خطأ المالك و رضى بتصرفاته كما يظهر من المحقّق و الشهيد الثانيين. (4)

و كذلك اقتضاء الجمع العرفي بين الضرورة الفقهية و إطلاق نصوص المضاربة

ص: 212

1-1 . يظهر من شيخنا الأستاذ قدس سره في إرشاد الطالب 3/305.

2-2 . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي في مصباحه 4/52.

3-3 . كما يظهر من المحقّق السيّد الخوئي في مصباحه 4/52.

4-4 . جامع المقاصد 8/85، و المسالك 4/353، و حاشية المكاسب 2/221 للمحقّق الإيرواني، و حاشية العروة الوثقى 5/165 للسيّد البروجردى.

يدلنا على حمل هذه النصوص على صورة إجازة المالك بعد ظهور الربح، خصوصا بعد مطالبته بالربح فتكون إجازة عملية في نفوذ تصرفات العامل.

فلا يكون تملك الربح في نصوصها تعبدا محضاً. (1)

وفيه: بعد قبول الفضولية في هذه المعاملة لا بد أن يكون تمام الربح للمالك، لا بعضها المقرّر لأنّ عقد المضاربة بتعدى النهى تكون باطلة، فيصير تصرفات العامل فضولية و أجازها المالك فصارت صحيحة و تمام الربح يكون له، و لا يستحق العامل حتّى أجرة المثل، لأنّ عمله لم يصدر بأمر من المالك و لا إذنه. (2)

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.

مضافا 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. (3)

فحينئذ لا بدّ من القول في هذه الروايات بأنّها محمولة على التعبد المحض و تختص بباب المضاربة فقط (4) و لا يمكن التعدى منها إلى غيرها من الأبواب نحو: الوكالة و البيع.

ص: 213

1-1 . كما يظهر من المحقّق المروج في هدى الطالب 4/433.

2-2 . كما يظهر من شيخنا الأستاذ قدس سره في إرشاد الطالب 3/305 و قبله السيّد الخوئي في مصباحه 4/52.

3-3 . كما عليه المحقّق الخوئي في مصباحه 4/53.

4-4 . كما يظهر من الشيخ محمّد الحسين كاشف الغطاء و المحقّق العراقي في تعليقيهما على العروة الوثقى 5/165 و شيخنا الأستاذ قدس سره في إرشاده 3/311.

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله: «فالأولى أن يقال: إنّ مجرد منع المالك عن تصرف خاص أو السفر إلى جهة خاصة لا يستلزم عدم الرخصة في المعاملة، وبعبارة أخرى يمكن أن يكون منعه منعاً تكليفياً منه، لا وضعياً حتّى يستلزم كون التصرف غير مأذون فيه بالإذن الوضعي، وإن شئت فقل إنّها 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 وهو أصل التجارة المربحة ويشير إلى ذلك ذيل صحيحة الحلبي (1) 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، وعلى هذا فلا دخل لها بمسألة الفضولي أصلاً» (2).

و تبعه المحقّق الاصفهاني في حاشيته على المكاسب (3).

و يرد عليه: أولاً: بالنسبة إلى حملة 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 تمليكه 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 حملة على التقييد و عدم صحة المضاربة إذا خالف الشرط، فيحنثذ تكون الروايات الواردة على تقسيم الربح على خلاف القواعد.

1-1 . وسائل الشيعة 19/17، ح7.

2-2 . حاشية المكاسب 2/117

3-3 . حاشيته على المكاسب 2/93.

و ثانيا: 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، وهذا يعنى عدم تعدد المطلوب بل تكون هنا مضاربة مقيدة بشروط، فاذا خالف الشرط لا تكون مضاربة أصلاً، فلا يتم تعدد المطلوب.

الثانى: مقالة المحقق الإيروانى رحمه الله :

قال: «... بل من المحتمل قوياً وجود الرضا المقارن من ربّ المال بالمعاملة و إنّما قصّر ر 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 فى صورة الربح.

و أمّا فى صورة الخسران فقد حكم الإمام عليه السلام بأنّ العامل ضامن و معنى ضمانه هو تميمه لرأس المال فإمّا من كيسه مع إبقاء المعاملة أو بردّ المعاملة، و المالك راض فى صورة التميم من ماله بإبقاء المعاملة على حالها» (1).

أقول: يرجع بيانه رحمه الله إلى الخطأ فى التطبيق و تخيّل عدم وجود النفع فى المنهى عنه، مع وجوده فيه واقعا.

وفيه: أولاً: لا- يمكن القول بالخطأ فى التطبيق فى جميع الموارد المنهى عنها، نعم فى موارد العلم بمطلق الاسترباح تجرى و أمّا فى غيرها فلا و يمكن أن ينهى المالك من تجارة فيها حضاضة عرفية نحو الإتجار مع الكفار أو بيع السلاح أو المخدرات و نحوها، و فى هذه الفروض لا يتم القول بالخطأ فى التطبيق.

و ثانيا: فى موارد العلم بمطلق الاسترباح لعلّ المعاملة التى عمل بها العامل يكون أقلّ ربحاً من غيرها فلا يحصل غرض استرباح المالك، فلا يتم كبرى الخطأ فى التطبيق حتّى فيها.

و ثالثاً: لا دليل على اتباع غرض المالك فى العقود و الإيقاعات ما لم يبرز بمظهر

ص: 215

خارجي وإلا يصح ذلك في جميع الموارد و يلزم منه تأسيس فقه جديد كما هو الواضح.(1)

ورابعا: كون الخسران على العامل في مورد الروايات ليس من ناحية الاشتراط وإلا كان تخلفه موجبا للخيار، لا كون الوضعية على العامل، بل هو من قبيل اشتراط كون الوضعية على العامل في صورة المخالفة إن اتفقت(2)، وإحراز رضاية المالك بعد جبران الخسارة من مال العامل بإبقاء المعاملة على حاله دون إثباته خرط القتاد.

والحاصل: لا يمكن من هذه الروايات استفادة صحة بيع الفضولي، بل هي نصوص تعبدية يأخذ بها في مورد خاص لصحة أسنادها و تمامية دلالتها وعمل الأصحاب بها كما مرّ ولا يمكن تطبيقها على القواعد العامة في الفقه، فيعمل بها على القدر المتيقن منها والله العالم.

ص: 216

1-1 . كما عن المحقق السيّد الخوئي رحمه الله في مصباحه 4/55.

2-2 . كما عن المحقق السيّد الخوئي رحمه الله في مصباحه 4/56.

الوجه السادس: الروايات الواردة في الإتجار 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 ضمَّنه واتَّجَرَ لنفسه و كان مليّاً و كان الربح له و يُسْتَحَبُّ له الزكاة، أمّا لو لم يكن مليّاً أو لم يكن وليّاً كان ضامناً و لليتيم الربح و لا زكاة هنا»⁽¹⁾.

في الفرض الثاني من الأخير في كلام المحقق قدس سره بأنّ المُتَاجِرَ بمال اليتيم لو لم يكن الولي غنياً أو لم يكن المتاجر وليّاً كان ضامناً لماله و الربح لليتيم و لا زكاة هنا، ذهب جماعة من الفقهاء تبعاً للشهيد في الدروس⁽²⁾ من أنّ التجارة كانت بإذن الولي بعدها فتصير من أفراد الفضولي.

منهم: المحقق الثاني⁽³⁾ و الشهيد الثاني⁽⁴⁾ و السيّد محمّد العاملي⁽⁵⁾ و صاحب الحدائق⁽⁶⁾ و صاحب الجواهر⁽⁷⁾.

ولو حملت الروايات على إطلاقها - كما عن جماعة ممّن تقدّم - لم تكن من أفراد الفضولي ولكن يستأنس بها له بما مرّ من عدم اعتبار الإذن السابق من المالك في نقل ماله إلى الغير، ولأنّ صحة الاتّجار بمال الغير بدون إذن سابق و لا إجازة لاحقة يقتضى صحتها بعد الإجازة بطريق أولى.

و من هذه الجماعة المتقدّمة: الشيخ⁽⁸⁾ و ابن ادریس⁽⁹⁾ و المحقق⁽¹⁰⁾ و العلامة⁽¹¹⁾

ص: 217

- 1-1 . الشرائع 1/128.
- 2-2 . الدروس 1/229.
- 3-3 . جامع المقاصد 3/5.
- 4-4 . المسالك 1/375.
- 5-5 . المدارك 5/30.
- 6-6 . الحدائق 12/26.
- 7-7 . الجواهر 15/23 طبعة اسلامية.
- 8-8 . النهاية /175، المبسوط 1/234.
- 9-9 . السرائر 1/441.
- 10-10 . الشرائع 1/128.
- 11-11 . تذكرة الفقهاء 5/14، القواعد 1/329.

و ابنه (1). و تبعهم سيّد الرياض (2).

ولو حملت الروايات على إطلاقها ربما احتتمل (3) دخولها في مسألة الفضولي بأنّ الحكم بالصحة إجازة إلهية لاحقة للمعاملة، فتأمل.

هذه مقالة الشيخ الأعظم (4) حول هذا الوجه. و أمره بالتأمل لعلّ إشارة إلى أنّ حكم الشارع أجنبيّ عن الإجازة اللاحقة للعقد لأنّه ثابت حين العقد و قبله و ليس حادثاً بعد العقد حتى عمّد 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. (5) أو أنّ قياس إذن مالك الحقيقي بإجازة مالك الاعتباري مع الفارق.

وقال قبله الشيخ جعفر كاشف الغطاء قدس سره: «و كذا [فيما دلّ على حكم صحة الفضولي] الأخبار الواردة في اقتراض مال الصبي _ مع عدم الإذن الشرعي _ ليّجر به الدالة على أنّ الربح للصبي و تطبيقها على القواعد باشرط الإجازة ممّن له أهليتها أو بإغناء الموافقة للمصلحة الشرعية عنها، أولى من طرحها أو الجمود عليها في مخالفة القاعدة» (6).

نقل صاحب الجواهر (7) عين عبارة أستاذه الشيخ جعفر رحمهما الله .

ص: 218

1-1 . إيضاح الفوائد 1/167.

2-2 . رياض المسائل 5/38.

3-3 . الْمُحْتَمَلُ هو الشيخ جعفر كاشف الغطاء في شرحه على القواعد 2/75 و تبعه تلميذه صاحب الجواهر 23/450 (22/277).

4-4 . راجع المكاسب 3/360.

5-5 . كما ذكره المحقّق المروج في هدى الطالب 4/442.

6-6 . شرح القواعد 2/75.

7-7 . الجواهر 23/450 (22/277).

وقال تلميذه الآخر جدنا الشيخ محمد تقي قدس سره: «... ولو لا صحة العقد حينئذ مع الإجازة لما أمكن تصحيح ذلك، فإن مقتضى الفساد تغريم المتصرف لمال الصبي لضمانه بالتصرف المذكور، و العوض إلى مالكة، فتملك الصبي الربح مبنئ في (1) صحة العقد من جهة الإجازة وإن لم يصرح به في الرواية أو بعد حصول الربح يكون مصلحة لليتيم فيجيزه الولي» (2).

وقال السيد محمد بحر العلوم رحمه الله: «و منها: ما ورد مستفيضا _ وفيه الصحيح والمعتبر _ فيمن اتجر بمال الطفل لنفسه بغير إذن وليه أنه يضمن المال و الربح للطفل أو اليتيم، و التقريب فيه ما تقدّم حرفا بحرف» (3).

أقول: هاهنا مقامان من البحث:

المقام الأول: حكم التجارة بمال اليتيم بمقتضى القواعد الشرعية الأولية

التجارة بماله تارة تكون من الولي وأخرى من الأجنبي:

أما تصرف الولي فهو على قسمين:

أ: تارة يستقرض مال اليتيم ويتجر به لنفسه، فيكون ضامنا لمال اليتيم بضمان القرض و تنتسب التجارة للولي و الربح يكون له. و النصوص أيضا تدلّ على صحة هذا التصرف كما يأتي.

ب: أخرى يتصرف الولي في مال اليتيم ويتجر به لليتيم مضاربة بأن يجعل سهما من الربح له أو حتى كله له، و لا شبهة في صحة هذا التصرف لأنه كان بمقتضى ولايته، و لا ضمان على الولي حينئذ لعدم الضمان على الأمين و المحسن.

أما تصرف الأجنبي فأیضا يكون على قسمين:

أ: تارة يتعامل بئمن ما في ذمته ثم يسدده من مال اليتيم، فمقتضى القواعد ضمانه بالنسبة إلى مال اليتيم لأنه يتصرف فيه من دون إذن، و صحة معاملة المتعامل لنفسه و

ص: 219

1-1 . كذا في المطبوعة، والأولى تبديله بـ«على».

2-2 . تبصرة الفقهاء 3/334.

3-3 . بلغة الفقيه 2/214 و نقل عنه السيد الخوئي في مصباحه 4/58 و ردّ عليه.

تملكه للربح.

ب: وأخرى يتعامل بعين مال اليتيم فمعاملته هذه تكون فضولية و يتوقف صحتها على إجازة الولي فإن أجازها صحت وإلا تكون فاسدة.

هذا كله في المقام الأول. (1)

المقام الثاني: ما يستفاد من النصوص في حكم الإتجار بمال اليتيم

لابدّ أولاً من سرد الروايات ثم بيان ما يستفاد منها وهى كثيرة:

منها: معتبرة أو صحيحة سعيد السّمان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: ليس فى مال اليتيم زكاة إلا أن يتّجر به، فإن اتّجر به فالربح لليتيم، وإن وضع فعلى الذى يتّجر به. (2)

ومنها: صحيحة زرارة وبكير عن أبى جعفر عليه السلام قال: ليس على مال اليتيم زكاة إلا أن يتّجر به، فإن اتّجر به ففيه الزكاة والربح لليتيم، وعلى التاجر ضمان المال. (3)

ومنها: معتبرة أبى الربيع قالت: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون فى يديه لأخ له يتيم وهو وصيّه أ يصلح له أن يعمل به؟ قال: نعم، كما يعمل بمال غيره والربح بينهما، قال: قلت: فهل عليه الضمان؟ قال: لا، إذا كان ناظراً له. (4)

ومنها: موثقة منصور الصيقل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مال اليتيم يعمل به؟ قال: فقال: إذا كان عندك مالٌ وضمنته فلك الربح وأنت ضامن للمال، وإن كان لا مال لك وعملت به فالربح للغلام وأنت ضامن للمال. (5)

ومنها: معتبرة أسباط بن سالم قال: قلت لأبى عبد الله عليه السلام: كان لى أخ هلك، فأوصى إلى أخ أكبر منى وأدخلنى معه فى الوصية وترك ابناً له صغيراً وله مال، أفيضرب

ص: 220

1-1 . العقد النضيد 3/79.

2-2 . وسائل الشيعة 9/87، ح 2، الباب 2 من أبواب من تجب عليه الزكاة.

3-3 . وسائل الشيعة 9/89، ح 8.

4-4 . وسائل الشيعة 9/89، ح 6.

5-5 . وسائل الشيعة 9/89، ح 7.

به أخى؟ فما كان من فضل سلمه لليتيم وضمن له ماله؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف فلا بأس به، وإن لم يكن له مال فلا يعرض لمال اليتيم. (1)

ومنها: صحيحة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في مال اليتيم، قال: العامل به ضامن ولليتيم الربح إذا لم يكن للعامل مال، و قال: إن عطب أذاه. (2)

ومنها: صحيحة ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: في رجل عنده مال اليتيم، فقال: إن كان محتاجا وليس له مال فلا يمسه ماله، وإن هو اتجر به فالربح لليتيم وهو ضامن. (3)

ومنها: خبر أسباط بن سالم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام فقلت: أخى أمرنى أن أسألك عن مال اليتيم في حجره يتجر به؟ فقال: إن كان لأخيك مال يحيط بمال اليتيم إن تلف أو أصابه شىء غرمه له وإلا فلا يتعرض لمال اليتيم. (4)

سند الرواية على القول باعتبار سهل بن زياد معتبر.

ومنها: صحيحة منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ولي مال يتيم أيسقرض منه؟ فقال: إن على بن الحسين عليه السلام قد كان يسقرض من مال أيتام كانوا في حجره، فلا بأس بذلك. (5)

ومنها: خبر البنزطى قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون في يده مال لأيتام فيحتاج إليه فيمد يده فيأخذه وينوى أن يردّه، فقال: لا ينبغي له أن يأكل إلا القصد ولا يسرف، فإن كان من تيته أن لا يردّه عليهم فهو بالمنزل الذى قال الله عز وجل: «إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما» (6). (7)

ص: 221

- 1-1 . وسائل الشيعة 17/257، ح 1، الباب 75 من أبواب ما يكتسب به.
- 2-2 . وسائل الشيعة 17/257، ح 2.
- 3-3 . وسائل الشيعة 17/257، ح 3.
- 4-4 . وسائل الشيعة 17/258، ح 4.
- 5-5 . وسائل الشيعة 17/258، ح 1، الباب 76 من أبواب ما يكتسب به.
- 6-6 . سورة النساء/10.
- 7-7 . وسائل الشيعة 17/259، ح 2.

سند الرواية على القول باعتبار سهل بن زياد معتبراً.

ومنها: 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» (1) قال: إنما ذلك إذا حبس نفسه عليهم في أموالهم فلم يجد نفسه فليأكل بالمعروف من مالهم. (2)

يظهر من الروايات جواز استقراض الولي من مال اليتيم، وكذلك اتجاره به لنفسه أو لهما 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 وليس على الولي ضمان، و إن لم يكن للولي مال يحيط بماله و اتجر 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 السّمان (3) و صحيحة زرارة و بكير. (4)

و أنت ترى أنّ المستفاد من النصوص لا ينطبق على القواعد الأولى إلاّ في استقراض الولي من مال اليتيم فقط، فهذه الروايات تؤخذ بها في موردّها الخاصّ تعبدًا.

نعم، في الفرض الأخير و هو تصرف الأجنبي من دون الاستيذان من الولي، من

ص: 222

1-1 . سورة النساء /6.

2-2 . وسائل الشيعة 17/258، ح5.

3-3 . وسائل الشيعة 9/87، ح2.

4-4 . وسائل الشيعة 9/89، ح8.

الحكم بالضممان في فرض الخسارة و الربح لليتيم كآه يأتي فيه محتملات الشيخ الأعمم رحمه الله الثالث، 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 الالهية _ لم يتم بما مرّ.

و الحاصل: نحن مع الشيخ الأعمم رحمه الله و غيره من الأعلام الذي مرّ ذكرهم في صحة الاستدلال بهذه الروايات و الحمد لله.

ص: 223

ذكرها الشيخ الأعظم (2) بعنوان المؤيد ولكن ظاهر المحقق التستري (3) الاستدلال بها وجماعة (4) يردون التأييد والدلالة.

وهي رواية موسى بن أشيم عن أبي جعفر عليه السلام عن عبدٍ لقوم مأذون له في التجارة دفع إليه رجل ألف درهم فقال: اشتر بها نسمة و أعتقها عنّي و حجّ عنّي 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 مواليه و ورثة الميت جميعا فاختصموا جميعا 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 عليه السلام: أمّا الحجة فقد مضت بما فيها لا تردّ، و أمّا المعتق فهو رُدّ في الرقّ لموالى أبيه، و أىّ الفريقين بعد أقاموا البينة على أنّه اشترى أباه من أموالهم كان له رقا. (5)

و السند ضعيف بموسى بن أشيم لأنه كان من الخطائبة _ و هم طائفة من الغلاة

ص: 224

- 1-1 . ضبطه السيّد الجزائري في شرح التهذيب «أشيم» بضم الهمزة وفتح الشين كما في هداية الطالب 3/36. ولكن قال المامقاني: «أشيم: بفتح الهمزة و سكون الشين المعجمة وفتح الياء المثناة من فوق بعدها ميم وزان أحمر». تنقيح المقال 5/329. و قال ابن منظور في لسان العرب 12/332: «الأشيمُ و شَيْمانُ: اسمان». و ضبطه في هامش توضيح المشتبه 1/233.
- 2-2 . المكاسب 3/361.
- 3-3 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /26.
- 4-4 . كالسيّد اليزدي في حاشيته 2/121، و الأصفهاني في حاشيته 2/94، و الإيرواني في حاشيته 2/222، و المحقق النائيني في منية الطالب 2/25، و السيّد الخوئي في مصباحه 4/69، و محاضراته في الفقه الجعفري 2/331.
- 5-5 . وسائل الشيعة 18/280، ح 1، الباب 25 من أبواب بيع الحيوان.

منسوبة إلى أبي الخطاب و تزعمون أنّ الأئمة عليهم السلام أنبياء ثم آلهة _ و قُتل مع أبي الخطاب(1) و ذمّه الصادق عليه السلام و له رواية واحدة.

تقريب الاستدلال أو التأييد: بالنسبة إلى العبد المعتق ثلاث دعاوى موجودة:

أ: موالى الأب يدعون أنّ العبد المأذون إنّما اشترى بمالهم فيبطل الشراء لأنه حينئذ يكون الثمن و المثل من مال واحد فالمعتق باق في ملكهم.

ب: موالى العبد المأذون يدعون أنّ 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، و إلاّ يكون الشراء بالنسبة إليهم أيضاً فضولياً.

ج: ورثة الميت يدعون أنّ المعتق يشتري من أموالهم فهو لهم، و حيث أنّهم لم يجيزوا هذا الشراء من قبل و هم يريدون العبد المعتق فتكون المعاملة بالنسبة إليهم فضولياً، لبطلان 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 الآخران لا بدّ أن يأتيا بالبيّنة، فأيّهما أتى بالبيّنة بأنّ العبد المعتق (الأب) يشتري من ماله فهو له.

و يظهر الاستدلال بأنّ الإمام عليه السلام حكم بإعطاء الأب المعتق إلى ورثة الميت بعد إقامة البيّنة مع أنّ المعاملة بالنسبة إليهم فضولياً و مطالبتهم الأب تكون في حكم إجازتهم للبيع و بعد إقامة البيّنة من الشراء من مالهم فهو لهم. فيتم الاستدلال بها في صحة العقد الفضولي أو التأييد له.

و لذا قال المحقق التستري: بأنّه عليه السلام اكتفى في الحكم بتملّك العبد بثبوت كون الشراء وقع بماله، فلو لم تكن إجازة المالك الفضولي كافية في صحة العقد لم يكن كذلك، لعدم استلزام العام للخاص فتدبر»(2).

ص: 225

1-1 . راجع معجم رجال الحديث 19/17.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /26.

وقال الشيخ الأعظم: «بناءً على أنه لو لا كفاية الاشتراء بعين المال في تملك المبيع بعد مطالبته المتصّمة منة لإجازة البيع، لم يكن مجرد دعوى الشراء بالمال ولا إقامة البينة عليها كافية في تملك المبيع»⁽¹⁾.

ولكن يرد على الاستدلال أو التأييد: إذا كان العبد مأذوناً في التجارة من قبل مواليه لهم ولغيرهم وأجرى عقداً فتعيين مَنْ له العقد يكون بيد العبد العاقد إذا اشترى بالذمة كما هو الغالب والمتعارف في المعاملات، نعم إذا اشترى بالثمن الخارجي الخاص تكون المعاملة شخصية ولَمَْنْ له الثمن، والاستدلال أو التأييد للفضولي يبتنى على شخصية المعاملة وتنفيه المتعارف والغالبية في المعاملات هذا أولاً.

وفيه: مورد الرواية الشراء بمالهم _ ولذا ادعى كل من الورثة والموالي أن الشراء كان بمالهم _ وظهرها الشراء بالثمن الخارجي الخاص وعين أموالهم فتكون المعاملة شخصية ومضافاً إلى أن الغالب في المعاملات معاطة وهي لا تتم إلا بالمعاوضة بين الأعيان الخارجية نوعاً، ومضافاً إلى أن حجية قول من لا يعلم الأمر إلا من قبله في مقام التخاصم غير ظاهرة بنحو الإطلاق كما عن المحقق السيد الخميني⁽²⁾ رحمه الله .

وثانياً: الفضولية لا تثبت إلا بعد سقوط الإذن والوكالة ولا سبيل إلى إحراز السقوط إلا في بعض محتملات الرواية كما مرّ.

وفيه: مورد الرواية الشراء بعد الموت وبه تسقط الوكالة وتتم الفضولية.

وثالثاً: متن الرواية مخالف لعدّة من القواعد العامة الجارية في الفقه:

منها: عدم صحة حجج العبد من دون إجازة مولاه، بعد ارجاع العبد إلى مواليه الأولين يظهر عدم تمامية تحريره فحين الحج يكون عبداً ولم يأذن مولاه فيه وتصرف العبد بأعمال الحج في نفسه تصرف في ملك مولاه من دون إذنه وهو حرام والنهي في العبادة مبطل لها.

ص: 226

1-1 . المكاسب 3/361.

2-2 . كتاب البيع 2/130.

و ما ذكره المحقق السيّد الخميني تحت عنوان: «يمكن أن يقال: أن قوله عليه السلام: «الحجة قد مضت بما فيها لا ترد»، لا يكون بصدد بيان حكم الحج صحة وفسادا، بل بصدد التقابل بينه وبين العبد، بأنّ العبد باق قابل للردّ دون الحج الذي مضى و تصرم...»(1).

غير تام لأنّ «ظاهر مضى الحج صحته، و ظاهر عدم رده عدم جواز استرداد ما دفع إليه بعنوان الأجرة على الحج»، كما عن شيخنا الاستاذ(2) رحمه الله .

و مضافاً لأنّ «المراد بردّ العبد إلى مواليه ليس هو الردّ الخارجى التكويني بل المراد به الردّ التشريعى و هو الحكم برقيته، فالمقصود بعدم ردّ الحج بقرينة المقابلة هو عدم الردّ شرعاً، أى الصحة»(3).

نعم، بطلان الحج ليس مستندا على أنّ صحة حجّ العبيد مشروطة بإذن المولى _ كما عليه شيخنا الأستاذ(4) _ أو أنّ الإذن المقارن شرط لصحة المناسك _ كما عليه المحقق السيّد المروج(5) _ بل حجة الإسلام مشروطة بالحرية فقط و مع عدم إذن المولى تكون تصرفات العبد بأعمال الحج تصرفاً فى ملك الغير فيكون منهيّاً عنه و باطلاً لاستلزام أنّ النهى فى العبادة يدُلُّ على البطلان، حتّى على القول بجواز اجتماع الأمر و النهى على المختار بأنّ المبعّد لا يكون مُقرّاً.

و أمّا مع فرض غفلة العبد عن بطلان عتقه لا يترتب النهى _ لأنّ نهى الغافل قبيح _ و إذا 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 فى تصحيح الحج فإن قبلت فهو و إلا فتحمل على التعبد الخاص.

ص: 227

1-1 . كتاب البيع 2/129.

2-2 . إرشاد الطالب 3/318.

3-3 . كما عن المحقق المروج فى هدى الطالب 4/449.

4-4 . إرشاد الطالب 3/318.

5-5 . هدى الطالب 4/450.

و منها: مقتضى قواعد باب القضاء تقديم قول الورثة لأنهم منكرون لموافقة قولهم الحجّة لأنّ قول الوكيل حجّة في المقام فيكون الورثة منكرًا وغيرهم مدعيًا، فتقديم قول موالى العبد المدعيين وإرجاعه رفقًا لهم خلاف قواعد باب القضاء.

وفيه: أنّ العبد المأذون كان وكيلًا للميت وبطلت وكالته بموته و ظاهر الرواية وقوع الشراء و العتق و الحج بعد موت الموكل و بعد بطلان الوكالة لا يكون قول الوكيل حجّة حتّى يكون قول الورثة من حيث مطابقتها مع قول الوكيل حجّة فيرتفع الاشكال من رأسه.

و منها: ما ورد في الرواية من رجوع العبد إلى مواليه السابقين كان مورد الاستصحاب لكنّه مخالف لأصالة الصحة الحاكمة عليه المقتضية لخروج العبد عن ملكهم.

وفيه: مورد أصالة الصحة الشك في صحة العقد بعد تحققه و وجوده و مع قابليته للصحة أو الفساد، و أمّا إذا دار الأمر بين أمرين أحدهما الصحيح و الآخر ليس عقدا و معاملة أصلاً، لأنّ اشتراء العبد بمال مالكة لا يكون معاملة فيحتمل لا يحرز العقديّة و الصحة بأصالة الصحة.

و بعبارة أخرى: أصالة الصحة لا تجرى إلّا مع إحراز عنوان العمل المشكوك صحته ككونه بيعاً أو إجارة أو غيرهما إذ مع عدم إحراز عنوانه لا يترتب على جريانها أثراً، بل يجرى فيه أصالة العدم و ينفى ترتب العنوان الخاص ففى المقام يجرى أصالة عدم وقوع البيع و تنفى البيعيّة و لا تصل النوبة إلى أصالة الصحة.

و منها: الرجوع إلى الموالى السابقين مطابق للاستصحاب ولكنه مخالف لقاعدة «من ملك شيئاً ملك الاقرار به» لأنّ العبد المأذون المالك لأمر العقد يعترف بالشراء بمال الميت فيقدم قوله على الأصل العملى و هو الاستصحاب.

و قال الشيخ الأعظم بالنسبة إلى هذه القاعدة: «ولكن الانصاف أنّ القضية المذكورة [قاعدة من ملك...] فى الجملة إجماعية بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب ممّن وصل إلينا كلامهم إلّا و قد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد بحيث نعلم أن لا مستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا فى بعض موارد القاعدة ولكنهم عملوا

بها في مورد آخر»(1).

وفيه: نعم، على قاعدة من ملك يعتبر قول العبد المأذون في الشراء قبل موت صاحب الألف لأنه كان مالكا حين الإقرار و كان إقراره حال تسلطه على الشراء بقرينة «ملك» الأولى الواردة في القاعدة، و أما بعد موته فلا عبرة بإقراره لارتفاع سلطنته و ملكيته لأمر العقد، لانعزال الوكيل بموت الموكل فلا يكون إقراره بعد الموت نافذا.

و منها: «الظاهر من الرواية أن الدافع دفع الألف بعنوان الوصية فورثته يدعون الشراء بالألف ليكون ولاء العتق لهم و يؤيد ذلك قوله عليه السلام: «أما الحجة فقد مضت بما فيه لا ترد» فالورثة لا ينكرون الوصية حتى يكون شراء العبد المأذون أباه فضوليا» كما عن المحقق النائيني(2)، فلا يتم الحكم بارجاع العبد المعتق إلى مواليه، و لا الحكم عليه لِمَنْ أقام البينة، لتامة عتقه فلا يرجع إلى الرق.

وفيه: 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 بحريته، مضافا إلى أن ولاء العتق مشروط بكون التبرع في العتق، فلو كان العتق واجبا 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 اشيم كما عليه الشيخ الأعظم و تبعه المحققون الهمداني(3) و الشهيد(4) و الخميني(5) و ظاهر شيخنا الأستاذ(6) رحمه الله حيث استشكل عليه بضعف السند فقط.

ص: 229

1-1 . الطهارة 2/450، رسائل فقهية /194.

2-2 . منية الطالب 2/23.

3-3 . حاشية المكاسب /200.

4-4 . هداية الطالب 3/38.

5-5 . كتاب البيع 2/129.

6-6 . إرشاد الطالب 3/318.

التي رواها المشايخ الثلاثة بسند صحيح عنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا (و لم يشترط على صاحبه شيئا فكرهه) ثم ردّ على صاحبه، فأبى أن يقبله إلا بوضعية قال: لا يصلح له أن يأخذه بوضعية، فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأول ما زاد. (1)

الإقالة بالوضعية باطلة عند الأصحاب _ كما عليها الصحيحة _ إلا ابن الجنيد.

قال في القواعد: «الأقالة فسخ لا بيع في حق المتعاقدين وغيرهما، و شرطها عدم الزيادة و النقصان في الثمن فتبطل بدونه...» (2).

وقال في شرحه في المفتاح: «... و هي فسخ لا بيع إجماعا كما في مجمع البرهان (3) و عندنا كما التذكرة (4) و الروضة (5)، و إليه ذهب الإمامية كما في كشف الحق (6) في حق المتعاقدين وغيرهما، سواء كان قبل القبض أو بعده كما في الوسيلة (7) و الخلاف (8) و التحرير (9)، و سواء وقعت بلفظ الفسخ أم الإقالة كما في التذكرة (10) و الروضة (11)، و لا تثبت بها الشفعة عندنا كما في التذكرة (12)» (13).

ص: 230

- 1-1 . وسائل الشيعة 18/71، ح 1، الباب 17 من أبواب أحكام العقود.
- 2-2 . قواعد الأحكام 2/97.
- 3-3 . مجمع الفائدة و البرهان 9/46.
- 4-4 . تذكرة الفقهاء 12/117.
- 5-5 . الروضة البهية 3/546.
- 6-6 . نهج الحق و كشف الصدق 488/.
- 7-7 . الوسيلة 257/.
- 8-8 . الخلاف 3/205.
- 9-9 . تحرير الأحكام الشرعية 2/440.
- 10-10 . تذكرة الفقهاء 12/117.
- 11-11 . الروضة البهية 3/546.
- 12-12 . تذكرة الفقهاء 12/118.
- 13-13 . مفتاح الكرامة 14/834.

وقال فى شرح قوله: «وشرطها...»: «إجماعاً كما سمعت حكايته عن الخلاف(1) وكشف الحق(2) وبه _ أى الشرط المذكور_ طَفَحَتْ عبارتهم... ولا فرق فى الزيادة بين أن تكون عينية أو حكمية...»(3).

وقال فى شرح قوله: «فتبطل بدونه»: أى الإقالة بدون الشرط كما فى الوسيلة(4) والشرائع(5) وغيرهما(6) واستدل عليه فى الخلاف(7) بالإجماع المركّب وستمع عن الشهيد(8) نسبته إلى الأصحاب»(9).

وفى الجواهر: «... واصطُح المتبايعان بزيادة أو تقيصة صح عند ابن الجنيد والأصحاب على خلافه لأنّها فسخ لا بيع»(10).

وإذا كانت هذه الإقالة باطلة فالعين للمشتري، والبائع جاهل بأنّها له وباعه بأكثر من ثمنه الأوّل، لا بدّ له من ردّ الزيادة إلى المشتري الأوّل لأنّ العين كانت له فيقع بيع البائع للعين فضولياً وللعلم بإجازة المشتري الأوّل للبيع إذا أخبره بالمال عادة. فردّ الزيادة على المشتري لا تتم إلاّ بصحة بيع الفضولى.

فالصحيحة تدلّ على صحة بيع الفضولى ولذا استدلّ جماعة من الفقهاء بها:

منهم: الجدّ الشيخ جعفر قال: «و للصحيحة عن الصادق عليه السلام: أنّه لا يجوز لمن باع

ص: 231

1-1 . الخلاف 3/205.

2-2 . نهج الحق وكشف الصدق /488.

3-3 . مفتاح الكرامة 14/835.

4-4 . الوسيلة /257.

5-5 . الشرائع /2/60.

6-6 . كالكفاية 1/525.

7-7 . الخلاف 3/206.

8-8 . الحاشية النجارية /260.

9-9 . مفتاح الكرامة 14/835.

10-10 . الجواهر 24/353.

ثوباً أن يأخذه من المشتري بوضيعة فإن أخذه جهلاً فباعه بأكثر من ثمنه، ردّ على صاحبه الأوّل مازاداً»(1).

وقال الجدّ العلامة التقي رحمه الله : «ووجوب دفع الزايد على صاحبه مبنئ على صحة العقد، للعلم بإجازته له إذا أخبره بالمال كما هو قضية المقام وحينئذ فدلالتها على المدعى ظاهرة، ومع الغص عنه فلا بدّ من تقييد إطلاقها بذلك للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»(2).

وأنت ترى بأنّ الجدّين استدلاً بالصحيحة له ولكن صاحباً الجواهر والمكاسب يؤيدان صحة بيع الفضولي بالصحيحة.

قال صاحب الجواهر في عداد المؤيدات: «وفيمن باع ثمّ أقال بوضيعة ثمّ باع بأكثر من الثمن: أنّ الربح للمالك الذي اشترى أولاً»(3).

وقال الشيخ الأعظم: «فإنّ الحكم بردّ مازاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولي لنفسه»(4).

وقال تلميذه المامقاني: «وإذا صح بيع الفضولي لنفسه ولزم بإجازة المالك فصحة بيع الفضولي للمالك ولزومه بإجازته أولى»(5).

ويرى السيّد الحكيم عدم البأس بالاستدلال بها لصحة بيع الفضولي ولكن تأمّل في آخر كلامه حيث يقول بعد رواية مسمع [التي تأتي]: «وقريب منه صحيح الحلبي الوارد في الإقالة بوضيعة فتأمّل»(6).

ص: 232

1-1 . شرح القواعد 2/79.

2-2 . تبصرة الفقهاء 3/338.

3-3 . الجواهر 23/451 (22/279).

4-4 . المكاسب 3/362.

5-5 . غاية الآمال 357.

6-6 . نهج الفقاهة 359.

ولكن استشكل على الاستدلال أو التأييد بوجوه:

الأول: الاحتمال البعيد في كلام الفقيه اليزدي

قال: «ويمكن على بُعد أن يحمل على شرائه ثانياً من المشتري بوضيعة وحينئذ 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 بوضيعة ولا دخل له بصاحبه الأول و هو المشتري»(1).

وتبعه الشيخ أبو الحسن الشعراني في تعاليقه على الوافي(2).

أقول: وهذا الاحتمال كما اعترف ببعده الفقيه السيّد اليزدي رحمه الله لا يتم مع جملة «ثمّ ردّ على صاحبه فأبى أن يقيله إلا بوضيعة» الواردة في كلام السائل حيث صرّح بالإقالة وهو غير البيع بل فسخه، وكذا لا يتم مع جواب الإمام عليه السلام: «لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة» وهذا الأخذ يرجع إلى ذاك الردّ وهو 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 والجواهر(3).

وكذلك ظهور ردّ مازاد على الوجوب لا ينكر، فحملة على الاستحباب مشكل.

نعم، هناك خلاف في ضبط كلمة «يقيله» بالياء الثانية وهي المروية في الفقيه(4) و الوافي(5) و الوسائل(6) و بعض نسخ الكافي(7) و مرآة العقول(8)، بتبديله بالياء الموحدة

ص: 233

1-1 . حاشية المكاسب 2/121.

2-2 . الوافي 17/441.

3-3 . الجواهر 24/353.

4-4 . الفقيه 3/217، ح 3806.

5-5 . الوافي 17/441.

6-6 . وسائل الشيعة 18/71، ح 1.

7-7 . كما في الكافي 10/151.

8-8 . مرآة العقول 19/212، حيث يقول فيه: «ويدلّ على ما هو المشهور بين الأصحاب من أنّه لا يجوز الاقالة بزيادة على الثمن ولا نقصان منه».

«يقبله» كما فى متن الكافى (1) و التهذيب (2). و على القراءۃ الثانية «يقبله» بالباء الموحدة يرفع البعد عن احتمال الفقيه اليزدى رحمه الله و يأتى فى المقام و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

اللهم إلا أن يقال: ولو كانت ما ورد فى الرواية كلمة «يقبله» بالباء الموحدة مع ذلك تدلّ على الإقالة لا المعاملة الحديثة بقريظة كلمة «ردّ» الواردة قبلها حيث لا يصدق الردّ إلا فى الإقالة، ولو كانت المعاملة الجديدة لا بدّ أن يقال «باع» أو «صالح» ونحوهما.

و هنا جواب آخر للسيد اليزدى يأتى فى ضمن إشكال المحقق الإيروانى فانتظر.

الثانى: مقالة المحقق الإيروانى

قال: «ظاهر التعبير بلفظ لا يصلح فى 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 «الإلّا» (3) باع أو لم يبيع.

و على تقدير البيع بأى 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 استدلووا بها عليه.

و أيضا لو كانت الإقالة باطلة و البيع الثانى فضوليّا لزم الاستجازه من المشتري الأوّل لا الحكم برّد مازاد بضرر قاطع، إلا أن يقال: إنّ القطع حاصل برضاه إمّا مطلقا إذ رضى بالاقالة و مضى بسبيله أو فى صورة بناء البائع على ردّ مازاد و هذا المقدار من الرضا كاف فى الإجازة و حينئذ يقال: إذا كان الرضا المذكور كافيا فى الإجازة كان كافيا فى خروج البيع عن الفضولية إذا كان هذا الرضا سابقا على العقد و من المعلوم سبق الرضا

ص: 234

1-1 . كما فى الكافى 10/151.

2-2 . التهذيب 7/56، ح 42.

3-3 . كذا فى المصدر و الظاهر زيادتها.

فى المقام على العقد فلا تصلح الصحيحة للتأيد على صحة الفضولى»(1).

أقول: وفيه: أولاً: لم تكن لفظة «لا يصلح» ظاهرةً فى الكراهة والشاهد عليها عدّة من الروايات التى تستعمل «لا يصلح» فى الفساد و البطلان.(2) ولا أدرى كيف يكون ظهور التعليق فى الاستحباب حتّى فى المقام؟!

و ثانياً: على تقدير صحة الإقالة بالوضيعة _ كما عليه ابن الجنيّد _ كيف لم يكن مخلص من المشتري الأوّل ووجب عليه ردّ عين ماله، إذا كانت الإقالة بالوضيعة صحيحة تمت مالكية البائع على العين فكيف ووجب ردّ عين مال البائع إلى المشتري الأوّل؟! سبحان من لا يسهو.

و ثالثاً: الإقالة باطلة و البيع الثانى يكون فضولياً و لزم الاستجازه من المشتري الأوّل و يكفى فيها أخذه الزيادة و هذا الأخذ إجازة عمليّة فى بيع الفضولى.(3)

و الرضا لا يكفى فى الانتقالات كما مرّ مراراً، و لا يخرج البيع من الفضولية. و بما ذكرنا يظهُرُ ضعف مقالة المحقّق الشهيدى حيث يقول: «لا وجه لذلك [تأيد بيع الفضولى بالصحيحة] أصلاً، إذ غاية ما يدلّ عليه قوله «لا يصلح» إنّما هو كراهة الإقالة بالوضيعة بل نفى رجحانها و أنّ طريق تدارك ذلك _ على تقدير الإقدام عليها _ ردّ مازاد على صاحبه الأوّل فلا يرتبط بالفضولى، إذ الإقالة صحيحة إلاّ أنّها مكروهة و مع الصحة يكون البائع مالكا فيقع المبيع فى ملكه...»(4).

الثالث: احتمال المحقّق النائينى

قال: «و يحتمل أن يكون البائع اشتراه من المشتري ثانياً فيكون ردّ الزائد استحبابياً. و يشهد لهذا قوله عليه السلام: «صاحبه الأوّل» فإنّ التعبير بصاحبه الأوّل لا يناسب مع

ص: 235

1-1 . حاشية المكاسب 2/223.

2-2 . راجع وسائل الشيعة 17/341، ح 1، الباب 4 من أبواب عقد البيع و شروطه، و 17/353، ح 1 و 2 من الباب 11 من أبواب عقد البيع و شروطه.

3-3 . كما عليه شيخنا الأستاذ رحمه الله فى إرشاد الطالب 3/320.

4-4 . هداية الطالب 3/39.

كون الثوب ملكا للمشتري فعلاً»(1).

أقول: وفيه: مرّ هذا الاحتمال البعيد من الفقيه السيّد اليزدي و المحقّقين الإيرواني و الشهيدى و قد عرفت ما فيه فلا نعيد.

وقال السيّد الخوئى فى توضيح كلام استاده: «و الظاهر أنّ منشأ هذا الاحتمال إنّما هو ارجاع الضمير فى كلمة «صاحبه» إلى لفظ «الثوب» فيكون معنى 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»(2).

و اعترض عليه بقوله: «إنّ ارجاع الضمير إلى المال خلاف ظاهر الحديث بملاحظه قوله عليه السلام: «ردّ» فإنّ وحدة السياق تقتضى ارجاع الضمير فى لفظة «صاحبه» إلى ما يرجع إليه ضمير «ردّ» يعنى أنّ البائع يردّ إلى صاحبه أى طرف معاملته الأوّل الذى هو المشتري الأوّل و عليه فلا يمكن استظهار أنّ البائع أيضاً مالك و يحكم بذلك على استحباب ردّ ما زاد فى الإقالة، هذا.

مضافاً إلى أنّ 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 يرد عليه ما زاد، فلاوجه لوصف المشتري بالمالك الأوّل دفعا عن ردّه إلى غيره، و بالجمله ليس هناك مالك إلاّ المشتري و البائع، و البائع لا يردّ إلى نفسه فوصف المشتري بالمالك الأوّل لا يخلو عن البشاعة»(3).

أقول: وفيه: لا أدري كيف صار هذا الارجاع منشأ احتمال المحقّق النائينى، مضافاً إلى أنّ الضمير فى «صاحبه» و «يأخذه» و «فأخذه» و «بإعائه» و «صاحبه الأوّل» فى كلّها يرجع إلى الثوب، و أمّا المراد من مجموع كلمتى «صاحبه الأوّل» فهو المشتري الأوّل، لأنّ هناك مُشْتَرِيَيْنِ الأوّل المستقيل الرادّ، و الثانى الذى اشترى بما زاد، فما

ص: 236

1-1 . منية الطالب 2/25.

2-2 . مصباح الفقاهة 4/73.

3-3 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/401.

ذكره قدس سره من قوله: «و بالجمله ليس هناك مالك إلا المشتري و البائع» لم يتم لأنّ البائع باع ماله إمّا بالمشتري الأوّل أو الثاني و لذا عبّر عن المشتري الأوّل بصاحبه الأوّل في مقابل المشتري الثاني الذي هو صاحبه الثاني، و لا بشاعة في البين.

الرابع: مقالة المحقّق السيّد الخوئي

وقد جمع و بيّن مقالتي استاذيه النائيني (1) و الأصفهاني (2) و قال: «إنّ الرواية غريبة عن بيع الفضولي إذ البيع الواقع بالزيادة ليس بفضولي لأنّه لو كان فضوليّاً لكان فضوليّاً 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 ترقّ القيمة السوقية...» (3).

وقال: «... 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 للترقّي بحسب القيمة السوقية فيما بين زمان الإقالة و زمان البيع...» (4).

وقال: «... و في المقام يكون نفس إقدام المشتري على الإقالة دالّاً على الرضا بالمبادلة بالأكثر بالدلالة الالتزامية حيث إنّ دالّاً بالدلالة المطابقة على رضاه بأخذ البائع الثوب بالوضعية و يدلّ على جواز أخذه بالأكثر لغير البائع بالدلالة الالتزامية و إن لم

ص: 237

1-1 . منية الطالب 2/25.

2-2 . حاشية المكاسب 2/95.

3-3 . مصباح الفقاهة 4/70 و 71.

4-4 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/333.

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 ولا ربط بالفضولي»(1).

أقول: يمكن أن يُناقش في وجوده: أولاً: عدم التعرض في الصحيحة لصورتى تساوى الثمن مع ما رده البائع أولاً إلى المشتري أو نقصانه، لعدم ترتب الثمرة العملية في فرض التساوى وندرة فرض النقصان، فما يقع غالباً هو صورة الزيادة ولذا تعرض لحكمها.

وثانياً: فرض ترقى القيمة السوقية لاسيما في تلك الأيام وإن كان متصوراً ولكنه بعيد في الغاية بالنسبة إلى الأيام المعدودات.

وثالثاً: إقدام المشتري على الإقالة لم يدلّ على الرضا بالبيع، لأنّهما شيئان مختلفان أحدهما فسخ البيع والآخر بيع وهما تقيضان. وإذا كانت الإقالة باطلة فالبيع فضولياً يحتاج إلى إجازة المالك _ وهو هنا المشتري الأوّل _ وأجاز البيع عملاً بأخذه الزيادة.

ورابعاً: كفاية الرضا في المبادلات المالية والمعاملات محلّ مناقشة بل منع كما مرّ مراراً.

الخامس: مقالة الفقيه المعاصر

قال السيّد محمّد سعيد الحكيم _ مدّله _ : «نعم، حمل النصوص على صورة إجازة المشتري الأوّل للبيع لا يناسب إطلاقها الظاهر في صحة البيع واستحقاق 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 الثانى حيث يكون مقتضى القاعدة ضمان البائع له لو فرض عدم الإجازة وتعذر الاسترجاع الثوب بسبب أخذ المشتري الثانى له. فعدم التنبيه لذلك فى الصحيح و

ص: 238

الاقتصار فيه على استحقاق الزيادة من دون تنبيه لاشتراط الإجازة يناسب صحة البيع الثانى من دون حاجة للإجازة تعبداً ولو لأنه الأنسب بفرض المالك غالباً و تجنباً للمشاكل المترتبة على بطلان البيع نظير ما(1) سبق فى نصوص المضاربة و من ثمَّ يشكل الاستدلال و الاستئناس بالصحيح فى المقام»(2).

أقول: وفيه: أولاً: لابد من حمل إطلاق النص _ لا النصوص _ على صورة إجازة المشتري الأول للبيع، كما مرَّ من الجدد العلامة التقى قدس سره: «للإجماع على عدم صحة العقد مع عدم إجازة المالك»(3).

و ثانياً: إذا كان البيع الثانى صحيحاً من دون الإجازة تعبداً فلا يكون أنفع للمشتري كما إذا ارتفعت القيمة السوقية، لآءنَّه بعد الحكم بصحة البيع تعبداً لا يستحقَّ المشتري شيئاً.

و ثالثاً: مع إمكان الحمل على القاعدة، حمل الصحيحة على التعبد لا يتم.

و الحاصل: بعد الجواب عن الإشكالات تمَّ الاستدلال أو لأقل من التأييد لصحة بيع الفضولى بالصحيحة والحمد لله.

ص: 239

1-1 . فى المصدر «مما».

2-2 . مصباح المنهاج _ كتاب التجارة 2/216.

3-3 . تبصرة الفقهاء 3/338.

قال: سألتُ أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار (1) يشتري بالأجر فيُدفع إليه الورق ويشترط عليه أنك إن أتى بما نشترى (2) فما شئتُ أخذتهُ وما شئتُ تركته فيذهب فيشترى ثم يأتي بالمتاع فيقول: خذ ما رضيتُ ودع ما كرهتُ؟ قال: لا بأس. (3)

بتقريب من الشيخ الأعظم (4): أن احتمالات الرواية ثلاثة:

الأول: أن يكون شراء السمسار - وهو الدلال - لنفسه، ويكون الورق - وهو الدرهم المضروب من الفضة جمعه أوراق وورق - من المشتري عليه قرصاً وبيع ما اشتراه بالورق على صاحب الورق المشتري ويؤدى بذلك دينه. ويكون قوله عليه السلام: «يشترى بالأجر» قيدا توضيحياً لمعنى السمسار الذى هو الدلال. وهذا الاحتمال أجنبيٌّ عن الفضولى.

الثانى: أن يكون شرائه لمالك الورق - المشتري - بإذنه مع جعل الخيار له على البائع بتمامية البيع فى ما شاء المشتري وفسخه فى ما كره. وهذا الاحتمال أيضا بيع مع الإذن فيخرج عن الفضولى.

الثالث: أن يكون الشراء من السمسار لمالك الورق - المشتري - فضولياً بحيث يختار ما يشاء ويأذن فيه ويرد ما لا يريد ولم يأذن فى بيعه. وهذا الاحتمال الأخير ينطبق على الفضولى.

ثم: إذا كانت احتمالات مورد السؤال متعددة وتشمل الثلاثة ولم يسأل الإمام عليه السلام عنها، وترك الاستفصال يقتضى عموم الحكم لجميع الاحتمالات التى منها شراء الفضولى، فيتم على أن قوله عليه السلام: «لا بأس» يجرى بالنسبة إلى الفضولى أيضا فيحكم بصحته.

أقول: احتمالات الرواية لا تنحصر فى الثلاثة ويمكن أن يضاف إليها:

ص: 240

1-1 . فى الكافى 10/159، ح: 5: ليست همزة الاستفهام.

2-2 . فى المصدر: تشتري.

3-3 . وسائل الشيعة 18/74، ح: 2، الباب 20 من أبواب أحكام العقود.

4-4 . المكاسب 3/363 و 362.

الرابع: أن يكون الغرض من دفع الورق مجرد دفعها إلى صاحب الأمتعة ليكون وثيقة عنده لدفع الأمتعة إلى السمسار ليشتري بعد ماشاء. (1)

الخامس: أن يكون شراء السمسار لنفسه من دون استقراض و من دون استئذان من صاحب الورق نظير شراء الغاصب لنفسه. (2)

السادس: السمسار يشتري لنفسه بالورق الذي دفعه إليه صاحبه، فالمبيع له ثم إن شاء المشتري صاحب الورق _ يشتري من السمسار وإن شاء ترك. (3)

السابع: «وقوع الاشتراء بالمساومة وإطلاقه عليه إطلاق شائع أو مجاز بالمشاركة ويكون دفع الورق لطمأنينة السمسار و هو كثير الوقوع سيما مع الدلال و السمسار». ذكر هذا الاحتمال صاحب البلغة و جعله أظهر الاحتمالات. (4)

وقال السيد الخوئي في ذيله: «و هذا الاحتمال أيضا لا بأس به» (5).

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 (6) قدس سره .

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 يعطى 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 (7) و لعل المراد

ص: 241

1-1 . كما في بغية الطالب 1/353.

2-2 . كما في بغية الطالب 1/353.

3-3 . كما في حاشية المكاسب للإيرواني 2/223.

4-4 . بلغة الفقيه 2/219 و نقل عنه في مصباح الفقاهة 4/76.

5-5 . مصباح الفقاهة 4/76.

6-6 . إرشاد الطالب 3/321.

7-7 . مصباح المنهاج، كتاب التجارة 2/218.

بالاحتمال السابع الذى هو مختار صاحب البلغة أيضا هذا. فلا يتم العموم ولا الفضولى.

وغيرها من المحتملات ولا تضر بالاستدلال لو تم تعدد مورد السؤال وترك استفعال الإمام عليه السلام بحيث يقتضى عموم الحكم لجمعها.

ولكن ناقش المحقق الإيروانى فى تعدد محتملات مورد السؤال عند السائل الذى يسأل مسألة صاحب الورق بأن موضوع السؤال عنده واضح و كان ما وقع بين صاحب الورق و السمسار عند السائل معينا و إنما يسأل من حكمه فقط و أجابه الإمام عليه السلام بقوله: «لا باس».

«نعم، نحن لا نعلم ذلك الذى جرى ماذا؟ و نحتمل أن يكون شىء من الأمور المذكورة، و هذا لا يوجب الحكم بالعموم، فإن عدم الاستفعال الذى هو دليل العموم هو عدم الاستفعال فى موضوع عدم تبين موضوع السؤال [عند السائل] لا موضوع تبينه [السائل] و كان الاشتباه فى حق غير المخاطبين كما فى المقام (1).

و تبعه السيد الخوئى رحمه الله و قال: «إنما يتمسك بترك الاستفعال فيما إذا كان المسئول عنه مرددا منقسما إلى أقسام عديدة بأن كان حكما كلياً، و لا يجرى ذلك فيما إذا كان المسئول عنه قضية شخصية» (2).

و يمكن أن يجاب عن هذه المناقشة: بعدم الفرق بين القضيتين الشخصية و الحقيقية بالنسبة إلى ترك الاستفعال و إفادته العموم لأن الوجه فيه هو لزوم الإغراء بالجهل و فوات الغرض بلا فرق بين الحكم الكلى _ القضية الحقيقية _ و الجزئى _ القضية الشخصية _ لأن فى كل مورد ترك الاستفعال يوجب الإغراء بالجهل و فوات الغرض _ و لا يمكن انتساب الأمرين إلى الشارع _ فيحكم بإفادته ترك الاستفعال للعموم بلا فرق بين القضيتين (3).

و أمّا ما أفاده المحقق الإيروانى من تبين الموضوع عند السائل و عدمه عند غير

ص: 242

1-1 . حاشية المكاسب 2/224.

2-2 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/335.

3-3 . كما يظهر من المحقق المروج راجع هدى الطالب 4/465.

المخاطبين فدون إثباته خرط القتاد.

و كذا ما ذكره السيّد الخوئي من قوله: «... إذا علم المسؤول مراد السائل بقرائن حالية أو مقالية فأجابه بشىء و نحن لم نعلم المراد و تردّدنا بين الاحتمالات فهذا كيف يمكن أن يكون دليلاً على العموم»(1).

ثم: لو تمّ ما أفاده المحقّقان الإيرواني و السيّد الخوئي رحمهما الله من عدم تمامية العموم فتكون الرواية مجملّة، كما اعترف به الفقيه المعاصر(2) _ مد 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(3) و الأصفهاني(4) و الشريعتمداري(5) و الأردكاني(6) و المروج(7) و الأستاذ المحقّق(8) _ مد ظله _ .

و إلى تعيّن الاحتمال الأوّل الشهيدي(9).

و إلى تعيّن الاحتمال الثاني السيّد الإشكوري(10) و المحقّق النائيني(11) و السيّد

ص: 243

-
- 1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/403.
 - 2-2 . مصباح المنهاج، كتاب التجارة 2/217.
 - 3-3 . حاشية المكاسب 2/122.
 - 4-4 . حاشيته على المكاسب 2/95.
 - 5-5 . تحقيق و تقريرات في باب البيع و الخيارات 2/72.
 - 6-6 . غنية الطالب 2/328.
 - 7-7 . هدى الطالب 4/463.
 - 8-8 . العقد النضيد 3/94.
 - 9-9 . هداية الطالب 3/40.
 - 10-10 . بغية الطالب 1/354.
 - 11-11 . منية الطالب 2/25.

الخوئي (1) و شيخنا الأستاذ (2) قدس سره لكن مع تقييد كما مرّ ويأتي.

ولكن نفى المؤسس الحائري (3) البُعْد في كونها ظاهرة في الاحتمال الثالث أي الفضولي.

وقد مرّ أنّ الاحتمال السادس مُتَعَيَّنٌ عند المحقق الإيرواني.

والاحتمال السابع متعيّن عند صاحب البلغة.

والاحتمال الثامن عند شيخنا الأستاذ رحمه الله .

وقد مرّ أنّ الاحتمال المختار عندنا هو الاحتمال التاسع فلا يتم الاستدلال بها لصحة بيع الفضولي.

وأما ما ورد في أحدٍ تقريرات السيّد الخوئي رحمه الله من: «أنّ الرواية غير نقية السند» (4).

وحمله الأستاذ المحقق (5) _ مدّله _ من أنّه يقصد أولئك الرواة الذين روى عنهم الحسن بن محمّد بن سماعة لجهالة «غير واحد».

لا يتم لأنّ المراد بغير واحد جماعة من الرواة ولأقل من دخول ثقة فيهم، مضافاً إلى أنّ الصدوق رواها في الفقيه (6) بسند صحيح و الشيخ بسند مُوثَّقٍ في التهذيب (7).

ص: 244

1-1 . مصباح الفقاهة 4/76، محاضرات في الفقه الجعفري 2/335، التنقيح في شرح المكاسب 1/403.

2-2 . ارشاد الطالب 3/321 و 320.

3-3 . كتاب البيع 1/308 لشيخنا آية الله محمّد علي الأراكي.

4-4 . مصباح الفقاهة 4/76.

5-5 . العقد النضيد 3/94.

6-6 . الفقيه 3/218، ح 3809.

7-7 . التهذيب 7/56، ح 43.

قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إني كنتُ استودعتُ رجلاً مالاً فجحديني و حلف لي عليه ثمَّ جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذي كنتُ استودعته إيَّاه، فقال: هذا مالك فخُذْه و هذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالِك فهي لك مع مالِك و اجعلني في حلٍّ، فأخذت المال منه و أبيتُ أن آخذ الربح و أوقفت المال الذي كنت استودعته و أتيت حتى أستطلع رأيك فما ترى؟ قال: فقال: خذ الربح و أعطه النصف و أحله، إنَّ هذا رجل تائب و الله يحبُّ التوابين. (1)

سند الشيخ ضعيف بالحسن بن عُمارة، ذكره الشيخ في أصحاب علي بن الحسين عليه السلام مع توصيفه بالكوفي (2) و في أصحاب الباقر عليه السلام وصفه بأنَّه عامي (3) و في أصحاب الصادق عليه السلام قال: «الحسن بن عمار بن المضرب أبو محمَّد البجلي الكوفي أسند عنه» (4).

و قال ابن حجر في شأنه: «الحسن بن عمار بن المضرب البجلي مولا هم الكوفي أبو محمَّد كان على قضاء بغداد في خلافة المنصور...» (5).

و قال في تقريب التهذيب الحسن بن عمار البجلي مولا هم أبو محمَّد الكوفي قاضي بغداد متروك من السابعة مات سنة ثلاث و خمسين [أي بعد المائة] (6).

و قال الذهبي في ميزان الاعتدال: «الحسن بن عمار الكوفي الفقيه مولى بجيلة...» ثم ذكر تضعيفه عن جماعة إلى أن قال: _ مات سنة ثلاث و خمسين و مائة و كان من كبار الفقهاء في زمانه ولى قضاء بغداد» (7).

ص: 245

1-1 . وسائل الشيعة 19/89، ح 1، الباب 10 من أبواب كتاب الوديعة.

2-2 . رجال الشيخ /88، الرقم 19.

3-3 . رجال الشيخ /115، الرقم 17.

4-4 . رجال الشيخ 166، الرقم 15.

5-5 . تهذيب التهذيب 2/304، الرقم 532.

6-6 . تقريب التهذيب 1/169، الرقم 298.

7-7 . ميزان الاعتدال 1/513، الرقم 1918.

قال الشيخ محيي الدين المامقاني رحمه الله : «الذى يظهر من إصرار العامة على تضعيفه -مع أنه من قضاتهم- ورواية ثقات رواتنا مثل أبان بن عثمان الثقة الجليل و الحسن بن محبوب الثقة الجليل عنه، أن المترجم إما كان متقيًا في مذهبه و كان في الباطن إماميًا، أو أنه كان عاميًا إلا أنه غير معاند للحق وثقة في مذهبه عند رواتنا و حيث أنا لم نجزم بأحد الاحتمالين ينبغي أن نعهده ممن لم يتضح لنا حاله و إن كان المظنون كونه موثقًا»(1).

أقول: الاحتمالان يجريان بالنسبة إليه، و أما توثيقه فلا يحصل العلم به إلا على القول بأن أصحاب الإجماع لا يروون إلا عن الثقة و هو لا يتم عندي.

و كذلك الرواية ضعيفة بأبيه عمارة بن المضرب و هو مهمل و ليس له إلا هذه الرواية. هذا كله بالنسبة إلى سند الشيخ.

ولكنها مروية في الفقيه(2) بإسناده عن مسمع أبي سيار، و ذكر الصدوق سنده في المشيخة هكذا: «و ما كان عن مسمع بن مالك البصرى فقد روته عن أبي - رضى الله عنه - عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن الحسين بن سعيد عن القاسم عن محمد عن أبان عن مسمع بن مالك البصرى و يقال له: مسمع بن عبدالمالك البصرى لقبه كردين و هو عربى من بنى 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 عبدالمالك»(3).

رجال السند كلهم ثقات إلا القاسم بن محمد الجوهري و هو معتبر عندنا فالسند معتبر، فصارت الرواية معتبرة الأسناد بسند الصدوق.

تقريب الاستدلال: أمر الإمام عليه السلام بأخذ الريح من جانب المالك لا يتم إلا بامضاء معاملات الودعى الجاحد حتى يجوز له تملك ربحها و أمّا أمره عليه السلام باعطاء الودعى الجاحد التائب النصف فهو أمر استحبابى لأنه تائب و يكون الإعطاء تشويقا له.

ص: 246

1-1 . تعليقه تحت عنوان حصيلة البحث على كتاب والده تنقيح المقال 20/289.

2-2 . الفقيه 3/305، ح 4091.

3-3 . الفقيه 4/451.

لم يذكر الشيخ الأعظم هذه المعتبرة ولكنّ تمسّك بها جماعة من الأصحاب رحمهم الله :

منهم: الشيخ جعفر رحمه الله قال: «الرواية مسمع أبي سيّار عن الصادق عليه السلام_ في رجل استودع رجلاً مالا فجحده الودعي و استريح به أربعة آلاف درهم_ الدالة على أنّ الربح لصاحب المال»(1).

ومنهم: الجدّ العلامة التقي قال بعد نقل الرواية: «و الظاهر أنّ تملكه للريح مبنّى على إجازته للعقد الصادر منه المشتمل على الربح، و أمره عليه السلام برّد نصف الربح عليه على وجه الندب كما يشير إليه التعليل المذكور و دلالتها على المدعى ظاهرة أيضا»(2).

ومنهم: صاحب الجواهر قال في ضمن المؤيدات: و كذ ما ورد في ودعيّ جحد الوديعة و اتّجر بها: من أنّ الربح للمالك»(3).

ومنهم: الفقيه اليزدي قال: فإنّ ظاهر ذيله أنّ تمام الربح له و أنّه أمره بإعطائه النصف منه من جهة أنّه تائب و هو لا ينطبق إلاّ على صحة الفضولي»(4).

ولكن استشكل عليها المحقّق السيّد الخوئي بإشكالين و قال: «وفيه: أوّلاً: أنّ الرواية ضعيفة السند كما مرّ فلا يمكن الاستناد إليها في الحكم الشرعيّ.

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»(5).

و يمكن الإجابة عنهما أمّا الأوّل: فقدّ عرفت ضعف سند الشيخ و اعتبار سند الصدوق بالرواية، لاسيما أنّ القاسم بن محمّد الجوهريّ المختلف فيه عند الأصحاب، فهو عند المحقّق السيّد الخوئي(6) رحمه الله معتبر فسند الصدوق عنده و عندنا معتبر(7)، فرمّيه

ص: 247

1-1 . شرح القواعد 2/79.

2-2 . تبصرة الفقهاء 3/338.

3-3 . الجواهر 23/450 (22/279).

4-4 . حاشية المكاسب 2/122.

5-5 . مصباح الفقاهة 4/77.

6-6 . راجع معجم رجال الحديث 14/47، الرقم 9542.

7-7 . راجع الآراء الفقهية 3/352.

وأما الثاني: فلو كانت معاملات الودعي الجاحد بالكلّي في الذمة لا بالعين المودعة عنده، يكون تمام الربح للودعي ولا يستحقُّ أبو سيّار شيئاً منه، مع أنّ الإمام عليه السلام أمره بأخذ الربح، وهذا الأمر أقوى قرينة على أنّ المعاملات وقعت على عين الوديعة. ومن 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 ويرجع ربحها إلى صاحب العين ويناسب ذلك مع ارتكاز العرف، ألا ترى أنّ العصاة والظلمة مع شرائهم وتحصيلهم لما يملكونه غالباً بالثمن في ذمتهم يقال: إنّ ما بيدهم مالٌ لغيرهم، فإن لم يكن على خلاف هذا المطلب إجماع نقول به...» (1).

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 _ (2).

لأنّنا نقول: البذل مقابل التحليل وان كان محتملاً ومتعارفاً في العادة ولكنّه 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 وربح ماله. وهذا مخالف للبذل مقابل التحليل.

وقوله: «واجعلني في حلّ» لا يدل على أنّ البذل مقابل التحليل.

فدلالة المعبرة على صحة بيع الفضولي تامة.

1-1 . كتاب البيع 1/310 لشيخنا آية الله الشيخ محمّد علي الأراكي.

2-2 . منهاج المصباح، كتاب التجارة 2/221.

عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الزكاة تجب علىّ في موضع لا يُمكننى أن أوّديها؟ قال: اعزلها فإن اتجرت بها فأنت ضامن لها و لها الربح، و إن تويّت (1) في حال ما عزّلتها من غير أن تشغلها في تجارة فليس عليك و إن لم تعزلها و اتّجرت بها في جملة مالك فلها بقسطها من الربح و لا وضيعة (2) عليها. (3)

بتقريب: إذا وجبت الزكاة مع بشّرائها المعلومة في مال يجب إخراجها و إن لم يتمكن المالك من أدائها يجب عزلها، فإن عزلها و تلفت من دون تقريط ليس عليه شىء ولكن إن لم يعزلها و اتّجرت بها، يتعلّق بها الربح بقدرها من دون أن يتعلّق بها الضرر.

و تعلّق ربح التجارة بمال الزكاة من دون الضرر يكون من مصاديق بيع الفضولى الذى أجازهُ الشارع ولاية على مستحقى الزكاة و حفظا لمنافعهم، و الضرر يكون في مال المالك لآئه يتصرف في الزكاة من دون إجازة أربابها فيكون ضامنا لها و لا يتعلّق بها الخسارة.

و استدللّ الفقيه السيّد اليزدى (4) على صحة بيع الفضولى بهذه الرواية.

و يمكن أن يناقش عليه: بحمل الرواية على التعبد كما هو الظاهر مضافا على ضعف سندها بجهالة عمّن حدّث عنه على بن محمّد و إهمال معلىّ أو يعلى بن عبيد في كتب الرجل و ليس لهما - على فرض تعدّدهما - إلا هذه الرواية، فالاستدلال بها لا يتم.

ص: 249

1-1 . تويت: هلكت.

2-2 . الوضيعة: الخسارة.

3-3 . الكافي 7/361، ح 2 (4/60) و نقل عنه في وسائل الشيعة 9/307، ح 3، الباب 52 من أبواب المستحقين للزكاة.

4-4 . حاشية المكاسب 2/123.

الوجه الثاني عشر: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله وبنى هاشم

روت العامة في صحاحهم(1) وسيرهم(2) أنّ عقيلاً عمداً إلى دور بني هاشم في مكة _ وكانت قريش تعطي من لم يُسلم مالاً من أسلم بعد هجرة المسلمين إلى المدينة _ فباعها حتى دار رسول الله صلى الله عليه وآله ، فلما دخل رسول الله صلى الله عليه وآله مكة يوم الفتح قال له أسامة بن زيد: أتزل غداً في دارك يا رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ فقال صلى الله عليه وآله : وهل ترك لنا عقيل من ربيع(3)؟!

وردت الرواية في كتبنا التفسيرية(4) والفقهية(5) والتراجمية(6).

واستدل بها الشيخ جعفر لصحة بيع الفضولي وقال: «ولحديث بيع عقيل دار النبي صلى الله عليه وآله بمكة من دون إذنه فلما أخبره أجازته»(7).

وتبعه صهره العلامة التقي الجدد وقال: «ومنها: من أنّ عقيلاً باع دوراً للنبي صلى الله عليه وآله بمكة من دون إذن، فلما أخبره بذلك أجازته»(8).

وقال قبلهما السيّد مهدي بحر العلوم في رسالة سمّاها «مبلغ النظر في حكم قاصد الأربعة من مسائل السفر» بعد نقل الرواية: «وظاهره أنّه أجاز ما صنعه عقيل تكراً ما و

ص: 250

- 1-1 . صحيح البخارى 2/181، صحيح مسلم 2/984، ح 1351، سنن ابن ماجه 2/912، ح 2730، مسند أحمد 5/202، فتح البارى 8/12، شرح مسلم للنووى 9/120، المستدرک للحاکم 2/602، المعجم الكبير للطبرانى 1/168.
- 2-2 . السيرة الحلبية 3/85، المغازى للواقدي 2/829، أخبار مكة 2/161، سير أعلام النبلاء 10/68.
- 3-3 . ربيع جمع الرّبْع: الدار بعينها حيث كانت. الصحاح 3/1211.
- 4-4 . نحو: مجمع البيان 9/147 في تفسير الآية 30 من سورة ق من الجزء السادس والعشرين.
- 5-5 . نحو: تذكرة الفقهاء 10/40 وغيرها التي تذكر.
- 6-6 . نحو: الدرجات الرفيعة 154/ في ترجمة عقيل، للسيّد على خان المدني صاحب شرح الصيحفة.
- 7-7 . شرح القواعد 2/77.
- 8-8 . تبصرة الفقهاء 3/338.

يستفاد منه صحة بيع الفضولي إذا تعقبه الإجازة ولو كان غصباً»(1).

أقول: على فرض وقوع هذه القضية _ كما أنّ الظاهر وقوعها حيث لم يرد من الأئمة المعصومين عليهم السلام نفيها _ وإجازة النبي صلى الله عليه وآله وبنهائشم له، استفادة صحة بيع الفضولي منها لا ينكر.

فلا- يصغى إلى مقالة الفاضل النزاقى حيث يقول: «واحتجوا بما ورد من تقرير النبي صلى الله عليه وآله بيع عقيل داره بمكة وضعفه ظاهر»(2).

ص: 251

1-1 . نقلها بتمامها السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة 10/333-435)، و العبارة المنقولة فيه 10/370.

2-2 . مستند الشيعة 14/276.

الوجه الثالث عشر: اجازة الوارث بالنسبة إلى الوصية الزائدة على الثلث

الوصية جائزة و نافذة في أموال الموصى إذا بلغت إلى حدّ ثلث أمواله، و أمّا مازاد على الثلث فلا يجوز إلاّ بعد إمضاء الورثة و إجازتهم(1)، نعم لو أجاز بعضهم في حياة الموصى فليس له الرجوع عنها بعد مماته.(2)

و كأنّ الوصية من الموصى في مازاد على ثلث الأموال تصرف في مال الورثة فلذا يحتاج إلى إذنتهم و بعد الإذن تكون نافذة، نظير بيع الفضولي لكونه تصرفاً في مال المالك و بعد إذنه يكون نافذاً.

قال الشيخ جعفر: «وفي اجازة السيّد عقد العبد و الوارث للوصية بما زاد على الثلث إشعار بذلك»(3).

و تبعه العلامة التقي الجدّ و قال: «و ممّا يستأنس به للقول المذكور [صححة بيع الفضولي] دلّ على صححة الوصية الزائدة على الثلث إذ اجازته الورثة»(4).

و ذكرها صاحب الجواهر(5) من المؤيدات.

أقول: الإشعار و الاستيناس و التأييد لا بأس به، و أمّا دلالة فرع على فرع آخر فهى من القياس المحرّم عندنا مضافاً إلى ما أورده الفقيه السيّد اليزدى 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»(6).

و تبعه السيّد الخوئي(7).

ص: 252

1-1 . راجع وسائل الشيعة 19/275، الباب 11 من أبواب كتاب الوصايا.

2-2 . راجع وسائل الشيعة 19/283، الباب 13 من أبواب كتاب الوصايا.

3-3 . شرح القواعد 2/76.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/338.

5-5 . الجواهر 23/451 (22/279).

6-6 . حاشية المكاسب 2/123.

7-7 . مصباح الفقاهة 4/77.

الوجه الرابع عشر: التصدق بمجهول المالك و اللقطة

وردت في بعض الروايات(1) 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 أما إذا لم يجز فيجوز له طلب ماله من المتصدق.(2)

و أنت ترى و جُودَ التشابه بين هذ التصدق بعد اجازة المالك بيع الفضولي بل هو تصدق الفضولي.

و عدّها الشيخ جعفر من الأمور المُشعّرة 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»(3).

و تبعه العلامة التقى 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 أجزاء»(4).

و جعلها صاحب الجواهر(5) 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 شرعى في المقام.

و ممّا ذكرنا يظهِرُ عدم تمامية مقالة الفقيه السيّد اليزدى حيث يقول: «أنّ الإذن

ص: 253

1-1 . راجع وسائل الشيعة 25/450، الباب 7 من أبواب كتاب اللقطة.

2-2 . راجع ما حررته في هذا المجال في الآراء الفقهية 3/349.

3-3 . شرح القواعد 2/76.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/338.

5-5 . الجواهر 23/451 (22/279).

الشرعى حاصل فى التصدق وهو صحيح على كل حال أجاز المالك أو لا، وضمائه على فرض عدم الرضا حكم تعبدى، وعدم ضمائه فى غير هذا الفرض حكم تعبدى»(1).

و تبعه السيد الخوئى وقال: «أنه لا- شبهة فى صحة التصدق هناك للإذن الشرعى وإن لم يرض به المالك، وإنما الرضا يؤثر فى عدم الضمان تعبدًا كما أن عدمه يؤثر فى عدمه كذلك»(2).

أقول: الرضا بل الإذن يصح تصدق الفضولى وعدمه يصح الضمان لأن المالك يطالب بماله فمن أين نحتاج إلى التعبد. نعم، فى فرض عدم وجدان المالك الإذن الشرعى من المالك الحقيقى يصح التصدق، والله العالم.

ص: 254

1-1 . حاشية المكاسب 2/123.

2-2 . مصباح الفقاهة 4/77.

الوجه الخامس عشر: أخبار تحليل خمس المناكح و المساكن

وردت عدّة من الروايات فى تحليل خمس المناكح(1) و المساكن(2) و ورد فى بعضها(3) طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فى مال الخمس فأجازهم.

بتقريب: إنّ الناس يشترّون المساكن و المناكح و فيها حقّ الإمام عليه السلام ، أو غيرهما بالمال المخمّس ثمّ أجازهم الإمام عليه السلام و بعد إجازته تخرج المعاملة من الفضولية أو الغصبية بالنسبة إلى طرف الذى أحلّ له، فىمكن استفادة صحة الفضولى منها.

و لا ینافی تقدّم صدور التحليل أو الإجازة منهم لما ذكره فى الجواهر: «وقد عرفت أنّه لا ینافی الفضولية تقدّم الإذن لخصوص المشتري و إن كان البائع باقيا على غصبيته نحو ما سمعته فى الخراج»(4).

و إمكان التفكيك فى صحة المعاملة بين الطرفين خلافا للفقهاء المعاصر(5) _ مدظله _ حيث يرى امتناعه.

قال الشيخ جعفر: «وفى أخبار الخمس من تحليل المناكح و المساكن و خصوص ما صرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى و إجازة الإمام لأهل الحقّ فى ذلك ما يُرشد إليه و إن احتملت وجه آخر»(6).

ص: 255

1-1 . منها: صحیحة أبى خدیجة سالم بن مکرم المروية فى وسائل الشیعة 9/544، ح4، الباب 4 من أبواب الأنفال. و منها: صحیحة الفضلاء المروية فى وسائل الشیعة 9/543، ح1. و منها: صحیحة ضریس الكناسى المروية فى وسائل الشیعة 9/544، ح3. و منها: صحیحة الفضیل المروية فى وسائل الشیعة 9/547، ح10.

2-2 . منها: صحیحة أبى سيار مسمع بن عبدالمک المروية فى وسائل الشیعة 9/548، ح12. و منها: صحیحة على بن مهزيار المروية فى وسائل الشیعة 9/501، ح5.

3-3 . منها: معتبرة یونس بن یعقوب المروية فى وسائل الشیعة 9/545، ح6.

4-4 . الجواهر 23/451 (22/279).

5-5 . مصباح المنهاج، کتاب التجارة 2/223.

6-6 . شرح القواعد 2/76.

ولعلّ مراده من الوجه الآخر صدور الإجازة والإذن قبل الشراء فتخرج المعاملة عن الفضولية فلا يستفاد منها صحة بيع الفضولى.

وتبعه المحقّق التقى وقال: «و ممّا يستأنس... وكذا فيمن يشتري من مال الخمس من الجوارى من إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الولاية، وما ورد من تحليل المناكح والمسكن لأهل الحقّ»(1).

وقال صاحب الجواهر فى ضمن المؤيدات: «و بالنصوص الواردة فى باب الخمس المشتمل. بعضها على التصرف فيه من بعضهم و طلب الإجازة من الإمام عليه السلام فأجاز... بل فى نصوص المناكح والمسكن سيّما ما صرّح فيه منها بالشراء من مال الخمس من الجوارى المشتملة على إجازة الإمام عليه السلام ذلك لأهل الحقّ ما يؤيد ذلك أيضا»(2).

أقول: وجه التأييد أو الاستيناس أو الإرشاد و عدم الاستدلال فى كلامهم هو وجود الاحتمال الآخر فى كلام الشيخ جعفر كما مرّ و إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

نعم، هذا الاحتمال لا يجرى بالنسبة إلى التصرف الفعلى فى مال المخمس ثمّ الاستيدان من الإمام عليه السلام و صدور الإجازة منه عليه السلام، و ليس هذه المعاملة إلاّ فضوليا بالنسبة إلى حقّه عليه السلام و حصّته عليه السلام و بعد صدور الإجازة منه عليه السلام تمت. فيتم الاستدلال بهذا الأخير.

و لا يردّ على هذا الأخير ما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من قوله: «و الصحيح أنّ التحليل المزبور لا يرتبط بإجازة شراء الفضولى و لا بالتوكيل...»(3).

ص: 256

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/338.

2-2 . الجواهر 23/451 (22/279).

3-3 . إرشاد الطالب 3/325.

قد مرّ في الشرط الخامس من شرائط المتعاقدين بأنّ إذن السيّد لو كان العاقد عبداً يصحح العقد. بلا فرق بين أن يكون العقد نكاحاً(1) 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 إذنه وإلا صار فضولياً بالنسبة إليه.

ثم إجازة السيّد تصحح عقد العبد فكذلك إجازة المالك تصحح بيع الفضولي.

ولذا قال الشيخ جعفر: «و في إجازة السيّد عقد العبد... إشعار بذلك»(2).

وتبعه صهره العلامة التقى وقال: «... و من ذلك الأخبار الدالة على صحة عقد العبيد مع إجازة الولي فإنه عقد فضولي قطعاً، و من البيّن أنّ الأمر في الفروج و شدّة الاحتياط فيها أكد كما ورد في الرواية(3) و نصّ عليه جماعة من الأجلة فيدلّ بالفحوى على الصحة في غيرها»(4).

أقول: قد مرّ البحث حول هذه الفحوى في الوجه الرابع(5) من أدلة صحة بيع الفضولي فراجع.

وتبعهما صاحب الجواهر وقال: «بل يؤيّده أيضاً: ما ورد في إجازة السيّد عقد العبد...»(6).

ص: 257

-
- 1-1 . عدّة من الروايات تدلّ على صحة نكاح العبد بعد إجازة مولاه من حين عقد النكاح راجع في هذا المجال وسائل الشيعة 21/114، ح1 صحيحة زرارة، و وسائل الشيعة 21/115، ح2 موثقة، و وسائل الشيعة 21/116، ح1 خبر عبيد بن زرارة، و وسائل الشيعة 21/117، ح1 صحيحة معاوية بن وهب، و وسائل الشيعة 21/118، ح1 حسنة على بن جعفر، وغيرها.
 - 2-2 . شرح القواعد 2/76.
 - 3-3 . وسائل الشيعة 19/163، ح2 = 20/259، ح3 حسنة العلاء بن سيابة.
 - 4-4 . تبصرة الفقهاء 3/333.
 - 5-5 . راجع هذا المجلد صفحة 200.
 - 6-6 . الجواهر 23/451 (22/279).

إشارة

احتجوا للبطلان بالأدلة الأربعة:

1_ الكتاب

قوله تعالى: « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض »

إشارة

(1)

تمسكوا بدلالة الآية الشريفة على البطلان بتقريبين:

التقريب الأول: الاستثناء يدل على الحصر في جواز أكل أموال الناس بالتجارة عن تراض فقط، و بيع الفضولي ليس تجارة عن تراض فأكل المال بسببه أكل للمال بالباطل.

إن قلت: لحوق الإجازة يدرجه في التجارة عن تراض فيجوز أكل المال به.

قلت: إذا لم يكن حين العقد ثَمَّةً مِصْدَاقٌ للتجارة عن تراض، فَلُحُوقُ الإجازة بها لا يجعله مصداقاً لها.

ناقش الشيخ الأعظم (2) 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 مر (3) في بحث بيع المكروه في التمسك بالآية الشريفة على بطلانه حتى إذا تعقبه الرضا.

ص: 258

1-1 . سورة النساء /29.

2-2 . المكاسب 3/364.

3-3 . راجع هذا المجلد صفحة 153.

واعترض 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 ووجوده في كتابه الكريم الذي نزل بعنوان الإعجاز والتحدى تعالى كلامه عزّ وجلّ عن ذلك علواً كبيراً. فالاستثناء في الآية الشريفة استثناء متصل ولو كان ذلك بالعبارة (1).

والثاني: الاستثناء في الآية من قبيل المتصل دون المنقطع، إذ قد يحذف من الجملة شىءٌ ويُقام مقامه علته نظير قوله تعالى: «و من كفر فإن الله غنيٌّ عن العالمين» (2) 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... وفي المقام أيضاً كذلك فكأنّ الآية كذا: ولا تأكلوا أموالكم بينكم بشىءٍ من الأسباب كالنهب والقمار والبيع - فإنّها باطلة إلاّ إذا كان ذلك السبب تجارة عن تراض وعليه فالاستثناء متّصل مفرغ (3).

والثالث: ولو كان الاستثناء منقطعاً يفيد الحصر لأنّ الله تعالى كان بصدد بيان الأسباب المشروعة للمعاملات و تمييز صحيحها عن فاسدها وكان الإهمال ممّلاً بالمقصود فلا محالة يستفاد الحصر من القرينة المقامية وتحصل 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 وهو بطلان التجارة عن غير تراض ومنها بيع الفضولي (4).

أقول: يرد عليه أولاً: لم يكن الاستثناء المنقطع من الأغلاط ولا من أوضحها بل هو نوع من الكلام ويحسن استعماله في محلّه فلا إشكال في وروده في المعجزة الخالدة

ص: 259

1-1 . مصباح الفقاهة 4/79، نقلته مختصراً.

2-2 . سورة آل عمران 97.

3-3 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/338، التنقيح في شرح المكاسب 1/406.

4-4 . مصباح الفقاهة 4/81.

أعنى الكتاب الكريم، ولو لم يرد فيه فكيف يفسّر السيّد الخوئي رحمه الله قوله تعالى: «وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين»(1)، وقوله تعالى: «يوم لا ينفع مالٌ ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم»(2)، وقوله تعالى: «مالهم به من علمٍ إلا اتباع الظن»(3)، وهل تتّم الفصاحة وَ تَطَرُّدُ صِحَّةِ الْمَعْنَى فِيهَا وَ نَظَائِرُهَا إِلَّا بِانْقِطَاعِ الْإِسْتِثْنَاءِ.

و ثانياً: يمكن في بعض الموارد حذف الجزاء و قيام تعليله مقامه نحو قوله تعالى: «وإن يسرق فقد سرق أخ له من قبل»(4)، ولكن الآية الشريفة لم تكن كذلك، و لم تكن قرينة على قيام تعليل الجزاء مقامه بل القرينة على خلافه و هي باء السببية الواردة على الباطل أى 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 قدس سره 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(5) فراجع ما حررناه هناك و لا نعيد.

و نضيف هنا بأنّ على بن إبراهيم القمي في تفسيره(6) و الطبرسي في مجمعه(7) يذهبان إلى التوسّع في مدلول الآية بحيث تشمل أخذ المال من الظالم و في موثقة سماعة(8) استشهاد الإمام عليه السلام على حرمة تصرّف الرجل في أمواله مع تعلق الدين بذمّته

ص: 260

- 1-1 . سورة البقرة /35.
- 2-2 . سورة الشعراء /89.
- 3-3 . سورة النساء /157.
- 4-4 . سورة يوسف /77.
- 5-5 . راجع هذا المجلد صفحة 155.
- 6-6 . تفسير القمي 1/136.
- 7-7 . مجمع البيان 2/36.
- 8-8 . الكافي 9/587، ح 2 (5/95).

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 و إن لم نقل بمفهوم الوصف، و من المعلوم أنّ قيد التراضى وصف ورد مورد التحديد فيدلّ على انحصار جواز الأكل بمورد التراضى فقط، و التراضى في بيع الفضولى مفقود.

و أورد عليه الشيخ الأعظم بالوجوه الأربعة الماضية في بحث بيع المكروه (1) فلا نعيد.

و ناقشه السيّد الخوئي رحمه الله 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 عليه السلام في جواب السائل عمّا لا ينفعل بالملاقاة؟ كرّ من الماء (2). (3)

و ذكر التراضى في الآية من هذا القسم لأنّها متوجّهة إلى فصل الأسباب الصحيحة للمعاملة عن الأسباب الباطلة لها و حصر أسبابها الصحيحة بالتجارة عن تراض. (4)

و كذلك ناقشه في «احتمال أن يكون «عن تراض» خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدها و إن كان غلبة توصيف النكرة تؤيد التقييد...».

بقوله رحمه الله: «فلاّته في حدّ نفسه خلاف ظاهر الآية، لأنّ ظاهر الآية الشريفة أنّ الجميع كلام واحد متصل لا أنّه خبر بعد خبر و قد اعترف قدس سره بأنّ غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد، هذا أوّلاً.

و ثانيا: فلو سلّمنا أنّه خبر بعد خبر فهل ذلك يرفع الإشكال، لأنّ معنى الآية حينئذ

ص: 261

1-1 . راجع هذا المجلد صفحة 154.

2-2 . نحوها معتبرة بل صحيحة اسماعيل بن جابر راجع وسائل الشيعة 1/159، ح7، الباب 9 من أبواب الماء المطلق.

3-3 . التنقيح في شرح المكاسب 1/406.

4-4 . مصباح الفقاهة 4/82.

كما مرّ أنّ السبب لا بدّ أن يكون تجارة ولا بدّ أن يكون عن تراض فبانتهاء كلّ واحد من الأمرين يرتفع الحليّة والمفروض أنّ الفضولي ليس عن تراض»(1).

ثم قال: «و من هنا ظهر الجواب عمّا ذكره المحقّق صاحب المقاييس من أنّه يمكن أن يكون التقدير على كلتا القرائتين إلاّ «أن تكون تجارة كاملة عن تراض أو ممضاة عن تراض فيندرج عقد الفضولي في الآية لأنّ كماله و امضائه بالإجازة و هذا نظير ما حكى في المجمع(2) عن مذهب الإمامية و الشافعية و عن غيرهم من أنّ معنى التراضى بالتجارة امضاء البيع بالتفرّق أو التّخاير بعد العقد»(3)، فإنّ هذا أيضا بعيد عن ظاهر الآية و التزام بالتقدير بلا ملزم»(4).

و لتوضيح هذا الأخير راجع حاشية المكاسب(5) للمحقّق الاصفهاني رحمه الله .

و أضيف إلى مناقشاته على الشيخ الأعظم في قيده الوارد مورد الغالب بأنّ: «ظهور قيد «عن تراض» [يكون] في الاحتراز و التحديد و يؤكّده كونه نصّا قرآنيّا و قانونا تشريعيّا دستوريّا لا يناسبه القيد الغالبى بقدر ما يناسبه كونه قييدا احترازيا مع عدم الشاهد الواضح على الاحتمال المقابل و مجرد الاحتمال لا ينفع و لا يقتضى إجمال الخطاب و لا يمسّ الظهور في احترازية القيد»(6).

أقول: يمكن أن يدافع عن الشيخ الأعظم قدس سره و ردّا على السيّد الخوئي في مناقشته الاولى عليه: بأنّ الشيخ الأعظم لا يقول بعدم ثبوت المفهوم للتحديد بالوصف، بل يقول بأنّه مبناي و الاستدلال لا بدّ بأنّ يتم على جميع المباني فلا يرد النقاش عليه.

و يمكن أن يجاب عن مناقشته الثانية: «تكون» الواردة في الآية كما يمكن أن

ص: 262

1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/406.

2-2 . مجمع البيان 2/37.

3-3 . مقاييس الأنوار 128/.

4-4 . مصباح الفقاهة 4/83.

5-5 . حاشيته على المكاسب 2/100.

6-6 . بُشرى الفقاهة 4/23 لآية الله الشيخ محمّد أمين المامقاني _ مدظله _ .

تكون ناقصة، يمكن أن تكون تامة و ظهور الآية الشريفة لا ينافي تمامية كان، كما أنّ 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 معا _ لاكل واحد منهما _ يرتفع الحلّيّة.

و يمكن أن يجاب عن مناقشة تلميذ الشيخ الأعظم لِشَيْخِهِ: بأنّ كون قيد «عن تراض» نصاً قرآنيّاً و قانوناً تشريعياً دستورياً لا يردّ القيد الغالبى كما فى قيد «فى حجوركم»⁽¹⁾ و الشاهد على غالبية «عن تراض» موجود و هو تحقق نوع التجارة مع تراضى الطرفين. نعم، يمكن أن يوجد تجارة ليست فيها رضاية أحد الأطراف نحو بيع المضطر.

فما ذكره الشيخ الأعظم تامّ، و الذى يُهَوُّنُ الخُطْبُ أنّ المحقّق التستري و الشيخ الأعظم و السيّد الخوئى و تلميذه و هذا القاصر كلتّا نرى أنّ بيع الفضولى مع صدور الإجازة و الإذن من المالك يكون من مصاديق المستثنى أعنى «تجارة عن تراض» لا فرق بين القول بانقطاعه أو اتصاله، و دلالته على الحصر أو عدمه، و تمامية «تكون» أو ناقصيته، و غالبية قيد «عن تراض» أو احترازيته، و خبريّة «عن تراض» بعد الخبر أو قيديته، فهذه المناقشات لا تثمر عمليّاً و لا يتم الاستدلال على بطلان بيع الفضولى بهذه الآية الكريمة و الحمد لله.

و لذا قال الجدّ الشيخ جعفر رحمه الله: «و أضعف منه [أى من الاستناد إلى الأخبار المنقولة عند العامة و الخاصة الآيتين] الاستناد إلى آية: «تجارة عن تراض» لأنّ التجارة لا تتمّ إلاّ بالنقل و الانتقال و هما ناشئان عن التراضى و إن تأخّر عنهما، و مثل ذلك كثير فى أبواب النكاح، و لا بحث فى جريان الفضولى فيه»⁽²⁾.

ص: 263

1-1 . سورة النساء /23.

2-2 . شرح القواعد 2/83.

تمسكوا بطلان بيع الفضولي بعدة من الروايات:

بعضها عاميات: نحو قوله صلى الله عليه وآله لحكيم بن حزام: لا تبع ما ليس عندك. (1)

ورواها الصدوق (2) في حديث مناهى النبي صلى الله عليه وآله من طريقنا هكذا: ونهى عن بيع ما ليس عندك.

ولكن سند الصدوق إلى حديث مناهى النبي صلى الله عليه وآله ضعيف لوجود عدة من المجاهيل في السند ومنهم شعيب بن واقد.

والعجب من المحقق السيد المروج (3) كيف حكم بصحة سند حديث المناهى إلى شعيب بن واقد؟!

نعم، رواها الشيخ (4) بسنده الصحيح عن سليمان بن صالح _ الجصاص الثقة _ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع وعن يبعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن.

ويراها الشيخ (5) نصاً في بطلان بيع الفضولى.

بتقريب: أن الفضول «باع ما لا يقدر على تسليمه فأشبهه الأبق والطير في الهواء» (6)، ولأن جواز التصرف في العقود معلول للملك وهو [الملك] سببٌ وعلّة له

ص: 264

1-1 . سنن ابن ماجه 2/737، ح 2187، سنن أبى داود 3/283، ح 3503، سنن الترمذى 3/534، ح 1232، سنن النسائى 7/289، سنن البيهقى 5/267، 317، 339، مسند أحمد 4/403 و 455، المعجم الكبير 3/217 و 218 للطبرانى.

2-2 . الفقيه 4/8، ح 4968 و نقل عنه فى وسائل الشيعة 17/357، ح 12، الباب 12 من أبواب عقد البيع وشروطه، و 18/48، ح 5، الباب 7 من أبواب أحكام العقود.

3-3 . هدى الطالب 4/486.

4-4 . التهذيب 7/230، ح 1005 و نقل عنه فى وسائل الشيعة 18/47، ح 2.

5-5 . الخلاف 3/169، مسألة 275.

6-6 . كما فى تذكرة الفقهاء 10/15.

[الجواز التصرف (1)]، ولأنَّ «عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلّطه على تسليمه لعدم تملكه» (2)، والحاصل: البيع لا يتم إلا في الملك وحيث أنّ الفضول لا يكون مالكا فبيعه باطلٌ.

و يرد عليه: «النهى في المعاملات لا يقتضى الفساد و نصرفه إلى باع عن نفسه و يمضى فيشتره من مالكة لأنه ذكره صلى الله عليه وآله جوابا لحكيم بن حزام حين سأله انه أنه يبيع الشئ ء ثم يمضى و يشتره و يسلمه و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازة» (3).

و «الأخبار العامة على ضعفها غير واضحة الدلالة... لاحتماله المنع عن بيع غير المقدور على تسليمه... و ربما قيل (4): بانتقاضه ببيع الوكيل... و أنّ في أخبارنا ما يعارض هذا الخبر معربا عن كون المنع مذهباً للعامة ففي الصحيح _ كما قيل (5) _ عمّن باع ما ليس عنده، قال: لا بأس، قلت: إنّ من عندنا يفسده، قال: و لِمَ؟ قلت: باع ما ليس عنده، قال ما يقول في السلم قد باع صاحبه ما ليس عنده (6). فتأمل» (7).

و الفضول لا يبيع لنفسه حتّى يشملها النبوى الشريف بل يبيع لمالكة فيكون البيع في ملكه و بعد إجازته ينسب إليه و يقدر الفضول على تسليمه، و يتم البيع و بما ذكرنا صحّ تعجّب التستري (8) من الشيخ حيث يرى هذا النبوى نصا في بطلان بيع الفضولى.

و حاصل الرد: المراد من الموصول في الحديث الأعيان الشخصية الخارجية و إلاّ

ص: 265

1-1 . كما في مفتاح الكرامة 12/595.

2-2 . كما في المكاسب 3/365.

3-3 . كما في تذكرة الفقهاء 10/15.

4-4 . كما في الحدائق 18/379 و الرياض 8/222 و شرح القواعد 2/83.

5-5 . القائل صاحب الرياض 8/226.

6-6 . وسائل الشيعة 18/47، ح3، صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج.

7-7 . مفتاح الكرامة 12/596 و 597.

8-8 . مقاييس الأنوار، كتاب البيع /30.

جواز بيع الكلّي مطلقاً - حالاً و سلفاً - عند الإمامية من الواضحات، و كذا عند العامة(1) ولكن في خصوص بيعه سلفاً لأنهم لا يجوّزون 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 يمضى فيشتره من مالكة و يدفعه إلى من باعه منه، و هذا غير بيع الفضولي. هذا أولاً.

و منه يظهر أنّ ما ورد في تقارير المحقّق النائيني من «أنّ بيع الكلّي سلفاً أو حالاً جائز باتفاق الفريقين»(2) 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 يمضى 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:

1- 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.

2- و على فرض عموميته، هذا الحديث بعمومه يدلّ على بطلان بيع الفضولي و ما مرّ من الروايات الدالة على صحته تدلّ بالخصوص على صحته فيخصصن عمومه.

هذا توضيح ما أفاده الشيخ الأعظم(3) 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

ص: 266

1-1 . الفقه على المذاهب الأربعة 2/164 و 240 و 304.

2-2 . منية الطالب 2/28.

3-3 . المكاسب 3/367 و 368.

و الخصوص وقال: «لو سلّم 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...»(1).

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 يذهبون 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 صلى الله عليه و آله بقوله: «لا تبع ما ليس عندك» و من الظاهر أن [عموم] نهيه صلى الله عليه و آله 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»(2).

مقالة المحقّق الإيرواني

يرى الإيرواني النسبة بينهما هو العموم من وجه و قال: «... المنفى 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...»(3).

ص: 267

1-1 . منية الطالب 2/29.

2-2 . التنقيح في شرح المكاسب 1/409.

3-3 . حاشيته على المكاسب 2/230.

مراده قدس سره : الحديث عن بيع ما ليس عندك عام سواء تعقبه الإجازة أم لا ويختص ببيع البائع لنفسه، و الروايات الدالة على صحة الفضولي أيضا عام سواء باعه الفضولي لنفسه أو لمالكة ولكن إذا تعقبه الإجازة.

فيتعارضان في بيع الفضول لنفسه إذا تعقبه الإجازة ولماذا في محل الاجتماع تقدّمون الروايات الدالة على صحة الفضولي؟ ولا تقدّمون الحديث؟!!

أجاب الإيرواني بنفسه عن الاشكال بقوله: «... إن نتيجة التعارض بين الطائفتين بالعموم من وجه هو التسايط و الرجوع إلى العمومات و مقتضى العمومات كما تقدّم هو الصحة»⁽¹⁾. هذا أولاً إذا تمّ العموم من وجه.

و ثانيا: 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 ثالثا: 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.⁽²⁾

و من العاميات:

النبي الآخر عنه صلى الله عليه وآله : لا طلاق إلا في ما يملك و لا عتق إلا في ما يملك و لا بيع إلا في ما يملك.⁽³⁾

ص: 268

1-1 . حاشيته على المكاسب 2/230.

2-2 . راجع محاضرات في الفقه الجعفري 2/341.

3-3 . سنن الترمذي 3/486، ح 1181، مسند أحمد 2/207، السنن الكبرى 7/318، سنن الدار قطنى 4/14، ح 42، المصنّف 6/417، ح 11456 لعبد الرزاق، كنز العمال 9/641، ح 27779، مستدرک الحاكم 2/17.

رواها النورى فى مستدرکه(1) عن ابن أبى جمهور الأحسائى فى كتابه عوالى اللالى(2) ثلاث مرات كلها مرفوعات و بلفظ «لا تملك» بالتاء لا الياء.

نعم، ورد فى صحيحه الصفار أنه كتب إلى أبى محمد الحسن بن على العسكرى عليه السلام : فى رجل باع قطاع أرضين فيحضره الخروج إلى مكة و القرية على مراحل من منزله و لم يكن له من المقام ما يأتى بحدود أرضه و عرف حدود القرية الأربعة، فقال للشهود: أشهدوا أنى قد بعثت فلانا _ يعنى المشتري _ جميع القرية التى حدّ منها كذا، و الثانى و الثالث و الرابع و إنما له فى هذه القرية قطاع أرضين فهل يصلح للمشتري ذلك و إنما له بعض هذه القرية و قد أقرّ له بكلها؟ فوقع عليه السلام : لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك.(3)

قال صاحب الحدائق: «و الأصحاب قد افتوا فى هذه المسألة التى هى مضمون هذه الرواية بلزوم البيع فيما يملكه و وقوفه فيما لا يملك على الإجازة من المالك بمعنى أنه صحيح لكونه فضوليًا موقوفًا فى لزومه على إجازة المالك، و الرواية _ كما ترى _ تنادى بأنه «لا يجوز» الدال على التحريم، و ليس ثمة مانع يوجب التحريم سوى عدم صلاحية المبيع للنقل بدون إذن مالكة»(4).

وفيه: على فرض قبول ما ذكره قدس سره من المانع، لا يدخل فى بيع الفضولى لمالكة بعد صدور الإجازة منه التى هى إعلام و إظهار للرضا و إذن منه فلا يشمل الفضولى.

مضافًا: إلى أن 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

ص: 269

1-1 . مستدرک الوسائل 13/230، ح 3 و 4، و 15/293، ح 5.

2-2 . عوالى اللالى 2/247، ح 16، 3/205، ح 38، 1/233، ح 136.

3-3 . وسائل الشيعة 17/339، ح 1، الباب 2 من أبواب عقد البيع و شروطه.

4-4 . الحدائق 18/386.

غير مسألتنا هذه.

هذا كله بالنسبة إلى الصحيحة.

وأما النبوى الآخر بالتقريب و الردّ اللذين مَصِيَا أَنفَا فِي النبوى الأَوَّل فلا نعيد بناءً على القراءَةِ بصيغة المعلوم.

وَأَمَّا بِنَاءً عَلَى القِرَاءَةِ بصيغة المجهول: فتكون دليلاً على بطلان بيع ما هو غير مملوك كالمسك في البحر و الطير في الهواء و الدابة الوحشية على الجبال، و كذا عتق العبد قبل استرقاقه بأن يقول: لو تملكْتُكَ فَأَنْتَ حرٌّ، و كذا طلاق المرأة قبل تزوّجها بأن يقول: لو تزوّجْتُكِ فَأَنْتِ طالق، أو أن يطلقها أولاً ثمّ يتزوّجها ليؤثر الطلاق بعد النكاح، و أنت تعلم بأنّها كلّها خارجة عمّا نحن بصدده في المقام من أدلة بطلان بيع الفضولى.

وَأَمَّا غير عاميات

فعدة من الروايات:

منها: صحيحة محمد بن القاسم بن الفضيل قال: سألت أبا الحسن الأول عليه السلام عن رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم، و كتب عليها كتاباً بأنها قد قبضت المال و لم تقبضه، فيعطيهما المال أم يمنعها؟ قال: قل له ليمنعها أشدّ المنع فإنّها باعتها مالم تملكه. (1)

قال الفيض: «فلانٌ كناية عن العباس، و في الكافي (2) من امرأة من العباسيين. و القطائع: محالٌّ ببغداد أقطعها المنصور لأناس من أعيان دولته ليعمروها و يسكنوها، و إنّما لم تملكها لأنّها كانت للإمام عليه السلام» (3).

أقول: القطائع: جمع القطيعة و هي طائفة من أرض الخراج و اسم للشىء الذى يُقَطَع، و اسم لما ينقل من المال كالقرى و الأراضى و الأبراج و الحصون. (4) و الظاهر أنّ

ص: 270

1-1 . وسائل الشيعة 17/333، ح 2، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه.

2-2 . الكافي 9/712، ح 8 (5/133).

3-3 . الوافي 17/294، ح 17310.

4-4 . راجع القاموس المحيط 2/1008، و مجمع البحرين 4/381.

العراق كلّ مفتوح عنوة فكانت أراضيهم ملكاً للمسلمين _ لا الإمام عليه السلام _ ولذا نهأ الإمام عليه السلام عن قبض الثمن.

قال الياقوت الحموي في معجم البلدان: «و أمّا القطيعة فلها معنيان:

أحدهما: أن يعمد الإمام الجائر الأمر والطاعة إلى قطعة من الأرض يفرزها عمّا مجاورها ويهبها ممّن يرى ليعمّرها وينتفع بها، إمّا أن يجعلها منازل يسكنها من يشاء، و أمّا أن يجعلها مزدرعاً ينتفع بما يحصل من غلتها ولا خراج عليه فيها، وربما جعل على مزدرعها خراج، وهذه حال قطائع المنصور وولده بعده ببغداد في محالّها فمن ذلك قطيعة الربيع وقطيعة أمّ جعفر وقطيعة فلان... .

القطيعة الأخرى: فهي أن يقطع السلطان من يشاء من قواده وغيرهم القرى والنواحي ويقطع عليهم عنها شيئاً معلوماً يؤدونه في كلّ عام قلّ أو كثر، توقّر محصولها أو نزر لا مدخل للسلطان معه في أكثر من ذلك»(1).

قال في الحدائق في تذييل الصحيحة: «فلو كان البيع الفضولي صحيحاً _ كما يدّعونهُ _ ودفع الثمن للبائع الفضولي جائزاً _ كما يقولونه _ لما أمر عليه السلام بمنعها أشدّ المنع معللاً ذلك بأنّها باعت ما لا تملكه»(2).

ثمّ العجب من شيخنا الاستاذ قدس سره حيث يقول: «و لا يخفى ضعف الرواية سنداً لعدم ثبوت توثيق لأبي عبد الله البرقي [محمد بن خالد]»(3).

لأنّ الشيخ(4) وثقه في رجال الرضا عليه السلام وعده من أصحاب أبي الحسن موسى عليه السلام، كما ذكره في أصحاب الجواد عليه السلام قائلاً: «من أصحاب موسى بن جعفر والرضا عليهما السلام»(5). و

ص: 271

1-1 . معجم البلدان 1/42.

2-2 . الحدائق 18/386.

3-3 . إرشاد الطالب 3/332.

4-4 . رجال الشيخ 386/، رقم 4.

5-5 . رجال الشيخ 404/، رقم 1.

أما مقالة النجاشي في شأنه: «كان محمّد ضعيفاً في الحديث»⁽¹⁾ يرجع إلى تضعيف حديثه لا نفسه لأنه يقال: «يروى عن الضعفاء و يعتمد المراسيل»⁽²⁾ فيبقى توثيق الشيخ بلا معارض كما عليه السيّد الخوئي⁽³⁾ ولذا وثّقه العلامة وقال: «و الاعتماد عندي على قول الشيخ أبي جعفر الطوسي رحمه الله من تعدّله»⁽⁴⁾.

و الصحيحة منعت عن إقباض الثمن في بيع الفضولي، ولا بأس بالالتزام بها ولا دلالة لها على فساد بيع الفضولي بل تؤيد صحته إذ لم يعدّل الإمام عليه السلام المنع عن إقباض الثمن ببطلان البيع بل علّله بأنّها باعته مالم تملكه مع أنّه لو كان باطلاً لكان التعليل به أولى و أنسب.⁽⁵⁾

وبعبارة 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»⁽⁶⁾.

مضافاً إلى أنّها لم تبعه لمالكه _ و هو المسلم _ بل باعته لنفسها مع ادعاء المالكية فالرواية خارجة عن محلّ بحثنا فعلاً و هو بيع الفضولي لمالكه إذا تعقّبته الإجازة منه.

ومنها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام 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 إلاّ برضا أهلها.⁽⁷⁾

ص: 272

1-1 . رجال النجاشي /335، رقم 898.

2-2 . رجال الغضائري /93، رقم 132.

3-3 . راجع معجم رجال الحديث 16/67، رقم 10688.

4-4 . ترتيب خلاصة الأقوال 376، رقم 98.

5-5 . راجع التنقيح في شرح المكاسب 1/411.

6-6 . إرشاد الطالب 3/332.

7-7 . وسائل الشيعة 17/334، ح 3.

النيل: موضع قريب ببغداد بينه وبين واسط(1) قال الياقوت الحموي: «النيل: بكسر أوله بلفظ النيل الذى تصبغ به الثياب فى مواضع: أحدها: بليدة فى سواد الكوفة قرب حلّة بنيمزيد يخترقها خليخ كبير يتخلّج من الفرات الكبير حفره الحجاج بن يوسف و سما بنيل مصر، و قيل: إنّ النيل هذأيستمدّ من صراة جاماسب ينسب إليه خالد بن دينار النيلي...»(2).

و الأستان: أربع كُور(3) ببغداد: عال و أعلى و أوسط و أسفل.(4)

قال صاحب الحدائق فى ذيلها: «لا يقال: إنّ السؤال فى الرواية إنّما وقع عن أرض متنازع فيها، معلوم عدم إجازة المالك فيها على تقدير الفضولية.

لأنّ نقول: موضع الاستدلال فى الخبر إنّما هو قوله: «لا تشتريها إلاّ برضا أهلها» الدال على تحريم الشراء قبل تقدّم الرضا.

و دعوى قيام الإجازة المتأخّرة مقام الرضا السابق، مع كونه لا دليل عليه، مردود بما ينادى به الخبر من المنع و التحريم إلاّ مع تقدّم الرضا.

و حاصل معنى الجواب تطبيقا على السؤال: أنّ الأرض المذكورة لما كانت محلّ النزاع فلا تشتريها حتى تعلم مالكةا من أىّ الفريقين و يكون راضيا بالبيع»(5).

أقول: اعتبر الإمام عليه السلام رضا أهلها _ أى أهل النيل _ دون أهل الأستان لأنّهم ذوّو اليد عليها و اليد أمانة للملكية حتّى يثبت خلافها، و رضا المالك يدخل فى صحة البيع بلا- كلام، و القائل بصحة بيع الفضولى مع لحوق الإجازة به يرى الإجازة إظهارا لرضا المالك بالبيع و إلاّ لم يجزه.

ص: 273

-
- 1-1 . فى القاموس المحيط 2/407: النيل _ بالكسر _ : نهر بمصر، و قرية بالكوفة، و أخرى ببزد، و بلدة بين بغداد و واسط.
 - 2-2 . معجم البلدان 5/334.
 - 3-3 . كُور: جمع الكورة: المدينة و الناحية.
 - 4-4 . القاموس المحيط 2/1583، الوافى 18/992، ح 18689.
 - 5-5 . الحدائق 18/387.

فالصحيحة لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، فلا يتم ما ذكره صاحب الحدائق قدس سره .

ومنها: 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، و أكرّته(1) ربّما زرعو 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 قديما للسلطان، فإن جاز شراؤها من السلطان كان ذلك صونا و صلاحا له و عمارة لضييعته، 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.

فأجابه عليه السلام: الضيعة لا يجوز ابتياعها إلّا من مالها أو بأمره أو رضا منه.(2)

قال في الحدائق: «و التقريب فيها ما تقدّم من تحريم الشراء إلّا بعد تقدّم رضا المالك»(3).

أقول: الرواية مرسلة سنداً. و لا تدلّ على بطلان بيع الفضولي، لأنّه بعد صدور الإجازة من المالك يكون بيعا من المالك و بأمره و إجازته و رضايته، فأيرادها هنا بلا وجه و مرّ ما في كلام صاحب الحدائق قدس سره .

ومنها: 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.(4)

ومنها: 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،

ص: 274

1-1 . الأكرّة: جمع أكار: الفلاح، راجع الصحاح 2/580.

2-2 . وسائل الشيعة 17/337، ح 8.

3-3 . الحدائق 18/387.

4-4 . وسائل الشيعة 18/50، ح 4، الباب 8 من أبواب أحكام العقود.

اشترها ولا تواجهه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها.(1)

بتقريب: أَنَّ الرَّوَايَتَيْنِ تَدْلَانِ عَدَمَ جَوَازِ بَيْعِ مَالِ الْغَيْرِ مَطْلَقًا إِلَّا بَعْدَ دَخُولِهِ فِي مَلِكِ الْبَائِعِ وَحَيْثُ أَنَّ الْفَضُولَ يَبِيعُ مَالَ غَيْرِهِ تَنْفِيهِ الرَّوَايَتَانِ.

ويردّه: تنفى الروايتان بيع مال الغير عن نفسه ثمَّ شرائه من مالك و تحويله للغير، و هذا البيع الشخصى باطل عندنا، ولكن إذا كان على وجه البيع الكلى فلا إشكال فيه كما مرّ.

ولذا قال الشيخ الأعظم: «... و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتى خالد و يحيى الآيتين فى بيع الفضولى لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا ينافى أهليته لتعقب الإجازة من المالك...»(2).

و مراده من هذا المعنى ما مرّ من البيع الشخصى لنفسه لا مالكة، و لا البيع الكلى.

ثم قال بعد سطور: «و أمّا الروايتان فدالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح»(3).

مراده قدس سره من السابقين: النبويان السابقان كما عن الفقيه المامقانى(4) و أمّا المراد من الروايتين فهما روايتا خالد و يحيى ابنى الحجاج الماضيتان كما قاله الفقيه اليزدى(5) و المحققون الشهيدى(6) و الخوئى(7) و المروج(8) و شيخنا الاستاذ(9) رحمهم الله ، لا التوقيعان

ص: 275

1-1 . وسائل الشيعة 18/52، ح 13.

2-2 . المكاسب 3/367.

3-3 . المكاسب 3/368.

4-4 . غاية الآمال/364.

5-5 . حاشية المكاسب 2/132.

6-6 . هداية الطالب 3/51.

7-7 . مصباح الفقاهة 4/99.

8-8 . هدى الطالب 4/500.

9-9 . إرشاد الطالب 3/337.

للفنار و الحميرى كما عن الفقيه المامقانى(1) رحمه الله .

أعنى: لابد من أن تحملا على النبويين اللذين مرّا.

ومنها: التوقيع المروى بسند معتبر وفيه: و أمّا ما سألت عنه من أمر الضياع التى لناحيتنا هل يجوز القيام بعمارتها و أداء الخراج منها و صرف ما يفضل من دخلها إلى الناحية احتسابا للأجر و تقرّبا إليكم؟ فلا يحل لأحد أن يتصرف فى مال غيره بغير إذنه، فكيف يحلّ ذلك فى مالنا؟! من فعل شيئا من ذلك لغير أمرنا فقد استحلّ متّما ما حرم عليه، و من أكل من مالنا شيئا فإتّما يأكل فى بطنه نارا و سيصلى سعيرا.(2)

صاحب الحدائق أصرّ على أنّ عقد الفضول تصرف فى مال الغير فيكون حراما و باطلاً و يقول: «... من حرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه إلاّ ما استثنى، و ليس منه هذا، و لا شك أنّ هذا العقد الواقع بغير اذن المالك و ما يترتب عليه من دفع المبيع و قبض الثمن من ذلك القبيل، و إذنه أخيرا.

لا يخرج تلك التصرفات السابقة على أن تكون غصبا.

نعم، يعفى عمّا جنّاه من ذلك كما لوجنى شخص على شخص ثم أبراه من ذلك. ولو لم يأذن المالك فإنّ حكم الغصب باق فيكون هو مؤاخذا لجميع تصرفاته دينا و دنيا، أمّا الأوّل فبالمعاقبة و أمّا الثانى فبوجوب إرجاع كلّ إلى حقّ مستحقّه»(3).

وقرب المحقق التقى الاستدلال بقوله: «أنّه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه فيكون قبيحا عقلا و شرعا فيكون فاسدا»(4).

وقربه الشيخ الأعظم بقوله: «و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا»(5).

ثم ردّ المحقق التقى هذا الاستدلال و قال: «... و دعوى كونه تصرفا فى ملك الغير

ص: 276

1-1 . غاية الآمال /364.

2-2 . وسائل الشيعة 9/540، ح 7، الباب 3 من أبواب الأنفال.

3-3 . الحدائق 18/382.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/339.

5-5 . المكاسب 3/371.

محرمًا أو هن شىءٍ، للمنع من عدّ مجرد إيقاع الصيغة تصرفاً عرفاً و منع حرمة مثله لو عدّ تصرفاً، ولو سلّم كونه محرّمًا فبعثه على الفساد ممنوع أيضاً لكون النهى عنه لأمر خارج»(1).

وقال السيّد العاملي: «أمّا دعوى التصرف فممنوعة، لأنّ البيع بمجرّده مع كون المال عند صاحبه وأنّ أمره موكل إليه إن شاء أجاز وإن شاء لم يجز لا يسمّى تصرفاً»(2).

وكذلك قال صاحب الجواهر: «منع كون إيقاع لفظ العقد _ الذى لم تتحقّق تأثيره إلا برضا المالك _ تصرفاً فى مال الغير، حتّى من الغاصب ضرورة أصالة براءة ذمّته من حرمة القول المزبور، نعم يحرم عليه تصرفاته فيه بالقبض والإقباض ونحوهما. على أنّ حرمة ذلك عليه لا تقتضى الفساد عقلاً بل ولا شرعاً لعدم تعلّق النهى به على وجه يفهم منه عرفاً ذلك»(3).

وقال الشيخ الأعظم: «و الجواب: أنّ العقد على مال الغير متوقّعا لإجازته غير قاصد لترتيب الآثار عليها ليس تصرفاً فيه»(4).

أقول: ردّ القوم تام وأنت تجد هذا الرد فى كلام صاحبي المقابس(5) و شرح القواعد(6).

هذا كلّهُ ما ذكرهُ الشيخ الأعظم من الروايات، و بقيَ بعضها الآخر وَ هُوَ مذكُورٌ فى كلام صاحب الحدائق(7) و تركها الشيخ الأعظم لعلّ لوضوح جوابها عنده:

و استشهد صاحب الحدائق بالروايات الواردة فى النهى عن شراء الخيانة و

ص: 277

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/340.

2-2 . مفتاح الكرامة 12/595.

3-3 . الجواهر 23/457 (22/282).

4-4 . المكاسب 3/371.

5-5 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /28.

6-6 . شرح القواعد 2/84.

7-7 . الحدائق 18/387 و ما بعدها.

منها: موثقة سماعة قال: سألته عن شراء الخيانة و السرقة فقال: إذا عرفت أنه كذلك فلا إلا أن يكون شيئاً اشترته من العامل.(1)

قال صاحب الحدائق في تقريب الاستدلال بها: «فقد نهى عليه السلام عن الشراء مع العلم و النهى دليل التحريم، و ليس ذلك إلا من حيث أن المبيع غير صالح للنقل لكون التصرف فيه غصبا محضاً و التصرف في المغصوب قبيح عقلاً و نقلاً. و الأصحاب في مثل هذا يحكمون بالصحة و الوقوف على الإجازة و هل هو إلا ردّ لهذا الخبر و نحوه...»(2).

و منها: في حديث مناهى النبي صلى الله عليه و آله : و من اشترى خيانة و هو يعلم فهو كالذي خانها.(3)

و منها: صحيحة أبي بصير قال: سألت أحدهما عليهما السلام عن شراء الخيانة و السرقة؟

قال: لا إلا أن يكون قد اختلط معه غيره، فأما السرقة بعينها فلا، إلا أن يكون من متاع السلطان فلا بأس بذلك.(4)

قال العلامة المجلسي رحمه الله : «قوله عليه السلام : إلا أن يكون من متاع السلطان، الظاهر أن الاستثناء منقطع و إنما استثنى عليه السلام ذلك لأنه كالسرقة و الخيانة من حيث أنه ليس له أخذه. و على هذا لا يبعد أن يكون الاستثناء متصلاً. و قيل(5): المعنى أنه إذا كانت السرقة من مال السلطان يجوز للشيعه اتباعها بإذن الإمام. و قيل: أريد به ما إذا سرق الانسان مال ظالم على وجه التقاص. و الأول أوجه»(6).

و منها: معتبرة جراح المدائني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يصلح شراء السرقة و

ص: 278

1-1 . وسائل الشيعة 17/336، الباب 1 من أبواب عقد البيع و شروطه.

2-2 . الحدائق 18/387.

3-3 . وسائل الشيعة 17/333، ح 1.

4-4 . وسائل الشيعة 17/335، ح 4.

5-5 . الظاهر أنه من الفيض في الوافي 17/289 ذيل ح 17302.

6-6 . مرآة العقول 19/268.

و منها: صحيحة على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل سرق جارية ثم باعها يحل فرجها لمن اشتراها؟ قال: إذا أنبأهم أنها سرقة فلا يحل، وإن لم يعلم فلا بأس. (2)

قال صاحب الحدائق في ذيل هذه الروايات: «فهذه جملة من الأخبار الواضحة الظهور كالنور على الطور في عدم جواز بيع الفضولى وعدم صحته ولو كان ما يدعونه من صحة بيع الفضولى و تصرفه بالدفع و القبض صحيحا وإنما يتوقف على الإجازة، لصرح به بعض هذه الأخبار أو أشير إليه و لأجابوا عليهم السلام بالصحة، وإن كان اللزوم موقوفا على الإجازة فى بعض هذه الأخبار إن لم يكن فى كلها مع أنه لا أثر فيها لذلك ولو بالإشارة، فضلا عن صريح العبارة» (3).

قال الجدد فى نقد هذا الاستشهاد ما نصه: «... و أضعف من ذلك (4) الاحتجاج على ذلك (5) بما ورد فى الأخبار من المنع عن شراء السرقة و الخيانة و المنع عن وطى الجارية المسروقة إذا اشتراها عن السارق و نحو ذلك، فإن تلك الروايات ظاهرة جدًا بل صريحة فى غير صورة رضا المالك و تنفيذه للبيع الواقع فلا وجه للاحتجاج بها فى المقام. و هو ظاهر على أنه لو سلم إطلاقها فلا ريب فى تنزيلها على غير صورة الإجازة إذا قلنا بصحة فضولى الغاصب مع تعقب الإجازة بناءً على شمول الأدلة له فهى المقيّدة لإطلاقها و إن لم نقل بصحّته فلا كلام» (6).

و قال صاحب الجواهر فى نقده: «فمن الغريب الاستدلال بهذه النصوص على

ص: 279

1-1 . وسائل الشيعة 17/336، ح7.

2-2 . وسائل الشيعة 17/338، ح12.

3-3 . الحدائق 18/388.

4-4 . أى: من الاستدلال بالروايات السابقة.

5-5 . أى: على بطلان بيع الفضولى.

6-6 . تبصرة الفقهاء 3/341.

ذلك، فضلاً عن التبجّح(1) والتعجّب من الاهتداء إليها دون الأصحاب، إذ لا يخفى أنّ العجب من ذلك أعظم(2). وقال في موضع آخر: «... أنّه لم يفهم محلّ النزاع وتخيّل أنّ القائل بالصحة يريد حصول أثرها من الملك و التملك و جواز التصرف و غير ذلك عدا اللزوم فأبرق و أردد ثم ترّم و غرّد(3) و ساق جملة من النصوص الدالة على خلاف ذلك متبجّحاً بالعثور عليها و الاهتداء إلى الاستدلال بها...»(4).

وقال السيّد الخوئي: «و يتوجّه على الاستدلال بها على ما نحن فيه أنّها ظاهرة في إرادة التملك من الابتاع المذكور بحيث تترتب عليه الآثار نحو ترتبها على الابتاع من المالك، فلا إشعار في شيء منها ببطان بيع الفضولي فضلاً عن الدلالة عليه و من نظر إليها بعين الإنصاف و جانب طريق الاعتساف يرى صدق ما ذكرناه، و العجب من صاحب الحقائق 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 محل النزاع كما يظهر من كلامه المتقدم حيث جعل بيع الفضولي تصرفاً في المغصوب ابتجّح...»(5).

أقول: مضافاً إلى ما ذكره الأعلام قدس سرهم 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 الجّد قدس سره .

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 حقّ و شهودٌ فأخذ المال و لم استرجع منه الذكر بالحقّ و لا كتبت عليه كتاباً و لا

ص: 280

1-1 . بجح بالشئء: إذا فخر به و تبجّح به، كذلك. [موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام 4/47].

2-2 . الجواهر 23/461 (22/285).

3-3 . غرّد: كلّ صانئٍ طرّب الصوت فهو غرّدٌ و قد غرّد تغريداً. [ترتيب كتاب العين /710].

4-4 . الجواهر 23/453 (22/281).

5-5 . مصباح الفقاهة 4/98.

أخذت منه براءة، وذلك لأني وثقت به وقلت له: مَزَّقَ الذكر بالحقِّ الذي عندك، فمات و تهاون بذلك ولم يمزِّقها، وعَقَبَ هذا أن طالبني بالمال وزيَّاته و حاكموني وأخرجوا بذلك الذكر بالحقِّ وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذتُ بالمال وكان المال كثيرا فتوارثت من الحاكم فباع عليّ قاضي الكوفة معيشة لي وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا إبتلى بشراء معيشتي من القاضي، ثمَّ أنَّ ورثة الميت أقرُّوا أنَّ المال كان أبوهم قد قبضه وقد سألوه أن يرُدَّ عليّ معيشتي ويعطونه في أنجم معلومة، فقال: إنني أحبُّ أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن هذا، فقال الرجل - يعني المشتري - جعلني الله فداك كيف أصنع؟ فقال: تصنع أن ترجع بمالك علي الورثة وتردَّ المعيشة إلى صاحبها، وتخرج يدك عنها، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبني بغير هذا؟ قال: نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغلَّة ثمن الثمار، وكلَّ ما كان مرسوما في المعيشة يوم اشتريتها يجب أن تردَّ ذلك إلَّا ما كان من زرع زرعت أنت، فإنَّ للزارع إمَّا قيمة الزرع وإمَّا أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له و ردَّ عليك القيمة وكان 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 ردَّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها و ردَّ البناء و الغرس و كلَّ محدث إلى ما كان أو ردَّ القيمة كذلك يجب علي صاحب الأرض أن يرُدَّ عليه كلَّ ما خرج عنه في إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة و دفع النوائب عنها كلَّ ذلك فهو مردود إليه. (1)

قال صاحب الحدائق في تقريب الاستدلال بهذه المعتمدة: «هذا الخبر وإن تضمن أنَّ البائع هو الحاكم و هو صحيح بحسب الظاهر، بناءً علي ما ورد عنهم عليهم السلام من الأخذ بأحكامهم في زمان الهدنة و التقية، إلَّا أنَّه بعد ظهور الكاشف عن بطلانه و اعتراف الورثة بقبض الدين يكون من باب البيع الفضولي و هو كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - علي

ص: 281

أحدهما: ما يكون المشتري عالماً بالغصب و أنه ليس ملكاً للبائع،

و ثانيهما: أن يكون جاهلاً أو ادعى 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...»(1).

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»(2).

ص: 282

1-1 . الحدائق 18/389.

2-2 . مصباح الفقاهة 4/100.

قال الشيخ في الخلاف: «إذا باع انسانٌ ملك غيره بغير إذنه، كان البيع باطلاً و به قال الشافعي. و قال أبوحنيفة: ينعقد البيع و يقف على إجازة صاحبه و به قال قوم من أصحابنا.

دليلنا: إجماع الفرقة و مَنْ خالف منهم لا يعتدّ بقوله، و لأنّه لا خلاف أنّه ممنوع من التصرف في ملك غيره، و البيع تصرّف»(1).

أقول: أنت ترى بأنّ الشيخ اعترف بخلاف قوم من أصحابنا للأجماع و من المخالفين: الشيخ نفسه في نهايته(2) و جماعة من المتقدمين عليه و أساتيده و معاصريه كالقديمين(3) و أبي الصلاح(4) و المفيد(5) و الشريف المرتضى(6) و سلاّر(7) و ابنيّ البراج(8) و حمزة(9) و غيرهم كما مرّ(10). و مع وجود هذه الشهرة في طرف الخلاف فادّعاء الإجماع لا يتم.

و ادّعى ابن زهرة(11) الإجماع أيضاً و الحلّي(12) في باب المضاربة عدم الخلاف في بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب.

ص: 283

1-1 . الخلاف 3/168، مسألة 275.

2-2 . النهاية /385.

3-3 . نقل العلامة عن ابن الجنيد في المختلف 5/53 و عن ابن أبي عقيل فيه 7/119.

4-4 . الكافي في الفقه /353 و 352 و 292.

5-5 . المقنعة /606.

6-6 . الناصريات /330، مسألة 154.

7-7 . المراسم /148.

8-8 . المهذب /1/350.

9-9 . الوسيلة /249.

10-10 . راجع صفحة 179 من هذا المجلد.

11-11 . غنية النزوع /207.

12-12 . السرائر /2/415.

وقد مرّ (1) في أوّل البحث ذكّر القائلين بالبطلان فلا نعيد.

فظهر لك عدم تمامية هذا الإجماع أولاً.

و ثانياً: لو تمّ هذا الإجماع المُدعى - ولم يتم - فَمِنَ المحتمل جدّاً أنّه مدرَكِيّ وليس بتعبديّ ويكون مستندهم ما مرّ من أدلة البطلان فلا يفيد في المقام شيئاً.

ولذا قال الشيخ جعفر رحمه الله : و أمّا القول بالفساد مع الإجازة فهو قول نادر، و من (2) زعم كثرة القائل به مستندا إلى اشتراطهم الملك في صحة العقود فهو اشتباه منه، لأنّ مثل ذلك يجرى على لسان كلّ من الفريقين و مرادهم أنّ حصول الأثر موقوف عليه. و لم أعرف فيه قائلًا محقّقًا من القدماء سوى من ادعى الإجماع فيه و تبعهما ابن ادريس و أنّي لهما بإثباته؟! و كيف يمكن العمل بروايتهما له بعد اتفاق الفقهاء متقدّميهم و متأخريهم - سوى من شدّ منهم - على خلافه! فالاستناد إلى الإجماع لا وجه له» (3).

وقال الجدّ العلامة التقي: «و أمّا الإجماع فموهون باشتهار خلافه و ذهاب جماعة من أساطين المتقدمين إلى صحة بل ذهاب ناقله إلى خلافه حسبما عرفت» (4).

وقال السيّد العاملي: «و أمّا الإجماع فيوهنه عدم وجود القائل به غير مدّعيه و من شدّ ممّن تأخّر عن الشيخ، مع مخالفة الشيخ له في النهاية و نسبة الخلاف في «الخلاف» إلى قوم من أصحابنا و قد عرفت من ذهب إلى الصحة ممّن تقدّم على الشيخ فينبغي تأويله إن أمكن أو طرحه» (5).

قال في الجواهر: «و من الغريب دعوى الشيخ و ابن زهرة الإجماع على ذلك، و لم نعرف القائل به من غير من عرفت، بل المحكى عن أعظم الأصحاب كالنفيد و ابن الجنيد و غيرهم الصحة أيضا. على أنّ المحكى عن نهاية الشيخ ذلك أيضا بل عبارته في

ص: 284

1-1 . راجع صفحة 180 من هذا المجلد.

2-2 . هو صاحب الحدائق فيه 18/386.

3-3 . شرح القواعد 2/82.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/340.

5-5 . مفتاح الكرامة 12/595.

محكّي المبسوط(1) غير صريحة في البطلان أيضا. فمثل هذا الإجماع الذى يقوى الظن بخلافه لم تثبت حجّيته مضافا إلى قصوره عن معارضته بعض ما عرفت فضلا عن جميعه...»(2).

وقال الشيخ الأعمش: «عدم الظن بالإجماع، بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء... على الصحة وإطباق المتأخرين عليه عدا فخرالدين(3) وبعض متأخرى المتأخرين(4)»(5).

وقال الفقيه السيّد اليزدى: «الإنصاف أنّ التمسك بالإجماع فى مثل المسألة على أحد الطرفين أوهن شىء»(6).

ص: 285

-
- 1-1 . راجع المبسوط 2/100 وعبارته هكذا: «من باع ما لا يملك كان البيع باطلاً».
 - 2-2 . الجواهر 23/454 (22/281).
 - 3-3 . إيضاح الفوائد 1/416 و 417.
 - 4-4 . نحو الأردبيلى فى مجمع الفائدة 8/158، البحرانى فى الحدائق 18/378 و 391.
 - 5-5 . المكاسب 3/370.
 - 6-6 . حاشية المكاسب 2/133.

مستقل ببطلان عقد الفضولي بالتقريب التالي:

التصرف في مال الغير بدون إذنه ظلم في حق مالكه و الظلم قبيح عقلاً لاستقلال العقل بقبحه، و الرضا اللاحق لا يرتفع هذا القبح لأنّ الشئ لا يتغيّر عما وقع عليه، و هذا القبح العقلي يستتبع النهي الشرعي بقاعدة كلّما حكم به العقل حكم به الشرع، هذه كبرى الاستدلال.

و أمّا صغراه: فَيَصَدُّقُ عَلَى بَيْعِ الْفُضُولِ أَوْ عَقْدِهِ التَّصَرُّفُ كَمَا صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ فِي الْخِلَافِ وَقَالَ: «... لَا خِلَافَ أَنَّهُ [الْفُضُولُ] مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي مَلِكٍ غَيْرِهِ وَ الْبَيْعِ تَصَرُّفٌ»(1).

و لأنّه لم يقصد بعقده الهزل و المزاح و إلاّ كان إنشأؤه لغوا 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(2) عن هذا الاستدلال بوجوه خمسة:

الأول: منع الصغرى: إنّ العقد على مال الغير مُتَوَقَّفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ غَيْرَ قَاصِدٍ لِتَرْتِيبِ الْآثَارِ عَلَيْهِ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِيهِ. و هذا الجواب تام كما مرّ في ذيل التوقيع المروى بسند معتبر.

الثاني: منع الكبرى: لأنّه ليس كلّ تصرف في مال الغير منهيًا عنه لجواز مثل الاستئناء بنور الغير و الاصطلاء بناره و الاتكاء على جداره و الاستغلال بشجرته التي تخرج إلى الشارع، فلو فرض أنّ العقد على مال الغير تصرف فهو من هذا القبيل ممّا استقلّ العقل بجوازه.

ص: 286

1-1 . الخلاف 3/168.

2-2 . راجع المكاسب 3/371.

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 المُدعى.

الرابع: منع دلالة النهى و التحريم على الفساد كالنهى 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 اليزدي رحمه الله: «أنّ الفضولي إنّما يقصد النقل و الانتقال جدّاً مطلقاً، لا هزلاً و لا معلقاً على الإجازة، و إلاّ لم يكن صحيحاً مع الإجازة أيضاً و حينئذٍ فلا يبعد صدق التصرف عليه عرفاً كما يصدق على بيع الغاصب...»(1).

و يرد عليه أولاً: صرف قصد النقل و الانتقال لا يكون تصرفاً عرفاً 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.(2)

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

ص: 287

1-1 . حاشية المكاسب 2/133.

2-2 . راجع مصباح الفقاهة 4/104، التنقيح في شرح المكاسب 1/415.

تصرفا نحو أمثلتنا المذكورة آنفا، وقد يكون تصرفا و لا يكون انتفاعا نحو إتلاف مال الغير عمدا من دون الانتفاع به، وقد يجمع بينهما نحو غصب أرض الغير وزرعه أو السكنونة فيه، وإجراء العقد على مال الغير فضولاً لا يكون تصرفا و لا انتفاعا فيخرج من هذه الأمثلة. (1)

الجواب الثالث: هذا الجواب لا ينافي استدلال المستدل على الفساد على نحو الموجبة الجزئية.

نعم، لو كان القائل بالفساد يريد السلب الكلى فحينئذ يكفي في نقضه الإيجاب الجزئي. فيكون الجواب تاما. (2)

الجواب الرابع: أُورد عليه المحقق النائيني بكلام يطول ذكره في الأصول (3) وإجماله: أنّ النهى فى المعاملة تارةً يتعلّق بنفس السبب بما هو كالنهي عن البيع فى وقت النداء أو فى أثناء الصلاة مثلاً، فلا يدل على الفساد لعدم الملازمة بين حرمة السبب و ترتب المسبب عليه و صحته.

وأخرى: يتعلّق بالمسبب كالنهي عن بيع الخمر أو عن بيع السلاح لاءعداء الدين أو بيع المصحف من الكافر فيدلّ على الفساد بالالتزام، لأنّ من شرائط صحة العقد الاختيار و القدرة عليه شرعا، و النهى عن الشىء يدلّ على سلب قدرة المكلف عنه شرعا و حيث يكون مسلوب القدرة عن إيقاعه و يوقعه يقع فاسدا. (4)

و اعترض المحقق السيّد الخوئى على أستاذة نقضا و حلاً:

فأمّا النقض: فهو فيما لو كانت المعاملة واجبة كما لو اشترط بيع داره فى ضمن عقد لازم أو اضطرّ إلى بيعه لنفقة عياله، لأنّ الواجبات أيضا غير مقدورة شرعا لأنّ الأمر يسلب القدرة على الترك كما إنّ النهى يسلب القدرة عن الفعل، و لا يمكن الالتزام بفساد

ص: 288

-
- 1-1 . راجع منية الطالب 2/30، و إرشاد الطالب 3/339.
 - 2-2 . راجع مصباح الفقاهة 4/103.
 - 3-3 . راجع فوائد الاصول 2/471، فى النهى عن المعاملة.
 - 4-4 . منية الطالب 2/31.

المعاملات الواجبة وإن عطف قدس سره الحرمة على الوجوب في تقرير بحثه وقال: «إن ما كان واجبا أو حراما يخرج عن تحت قدرة المكلف» (1) الظاهر في اشتراك المعاملات الواجبة مع المعاملات المحرمة. ولكنه لا يلتزم ببطان المعاملات الواجبة.

وأما الحل: فما تكون المعاملات مشروطة بها هي القدرة الوضعية أى العقلية، لا التكليفية أى الشرعية، وما يسلبها الأمر والنهي هي الثانية لا الأولى والتفصيل يطلب من محله. (2)

ثم قرب السيد الخوئي جواب الشيخ الأعظم في عدم دلالة النهي في المقام على الفساد بقوله: «أن النهي في المعاملات تارة يتعلق بنفس المعاملة _ كما في النهي عن بيع الغرر مثلا _، وأخرى يتعلق بعنوان آخر متحد معها وجودا _ كما في المقام _ فإن كان من قبيل الأول يدل على الفساد _ لا لما ذكره الأستاذ النائيني قدس سره من ملازمة النهي مع الفساد _ بل من جهة ظهور النهي حينئذ في الفساد فيكون إرشاديا نظير النهي المتعلق بالمواع أو الأمر المتعلق بالأجزاء في المركبات نحو: «لا تكفر في الصلاة» أو «اقرأ الحمد فيها».

وإن كان من قبيل الثاني لا يدل على الفساد وإنما يدل على الحرمة التكليفية فقط، والمقام من هذا القبيل. فهذا الجواب من الشيخ الأعظم متين جدا. (3)

أقول: ولذا قال المحقق النقي: «ولو سلم كونه [العقد تصرفا] محرما فبعثه على الفساد ممنوع أيضا، لكون النهي عنه لأمر خارج». (4)

الجواب الخامس: ومراده قدس سره أن البيع بعد الاجازة يكون بيع المالك و من هذه الجهة يكون صحيحا لا من جهة استناده إلى البائع الفضولى.

وإتضى المحقق النائيني هذا الجواب وقال: «... فالأوجه الإيراد [الجواب] الخامس وهو أن الفساد من قبل الفضولى لا ينافى الصحة من قبل المالك بإجازته فإن

ص: 289

1-1 . منية الطالب 2/31.

2-2 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/345، التنقيح فى شرح المكاسب 1/414.

3-3 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/345، التنقيح فى شرح المكاسب 1/414.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/340.

الفضولي أوجد المادة القابلة لأن تُصوّر بصورة المالكية بإجازة المالك لأن جميع شروط البيع المالكي موجودة فيه سوى الرضا والاستناد إليه، فإذا تحققت الإجازة تحققت الشروط طرّاً، لأن المفروض أن العقد من حيث الإنشاء تام...»(1).

و استشكل عليه السيّد الخوئي(2) بناءً على ما يراه النائيني من أن نفس إنشاء البيع يكون منهيّاً عنه وأن النهي يدلّ 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 مُجديّ.

و أمّا بناءً على مختار الشيخ الأعظم و السيّد الخوئي و مختارنا فيكون الجواب الخامس تاماً.

ثم ختم الشيخ الأعظم مقاله وقال: «و ممّا ذكرنا ظهر الجواب عمّا لو وقع العقد من الفضولي قاصداً لترتيب الأثر من دون مراجعة المشتري، بناءً على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرّم، لا نفس القصد المقرون بهذا العقد»(3).

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 أن 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 الشهيد إذ قال: «حق العبارة أن يقول: من دون مراجعة المالك»(4).

ص: 290

1-1 . منية الطالب 2/31.

2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/345، التنقيح في شرح المكاسب 1/415.

3-3 . المكاسب 3/371.

4-4 . هداية الطالب 3/54.

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»⁽¹⁾.

و صاحب الحدائق⁽²⁾ استدلّ به على بطلان بيع الفضولي.

و أنت ترى هذا الاستدلال في كلام ولده⁽³⁾ و السيّد المجاهد⁽⁴⁾ و الشيخ أسدالله⁽⁵⁾ و الشيخ الأعظم⁽⁶⁾.

ورده العلامة نفسه بقوله: «و القدرة على التسليم من المالك موجودة إن أجازها»⁽⁷⁾.

وقال الشيخ جعفر: «و أضعف منها [أى من الأدلة السابقة على بطلان عقد الفضولي] الاستناد إلى أنّه لا قدرة على التسليم فيه و هي شرط، لمنع الشرطية في العاقد

ص: 291

1-1 . تذكرة الفقهاء 10/15.

2-2 . الحدائق 18/382.

3-3 . إيضاح الفوائد 1/417.

4-4 . المناهل 288/.

5-5 . مقابس الأنوار 128/.

6-6 . المكاسب 3/372.

7-7 . تذكرة الفقهاء 10/15.

وإلا بطل عقد أكثر الوكلاء وأما في المالك فمسلّمة وهي حاصلّة»(1).

وقال جدى التقي: «و كذا الحال [أى هذا الاستدلال أو هن شىء] فى دعوى عدم القدرة على التسليم، إذ مع تعقّب الإجازة لا مانع من التسليم. ولو فرض مانعٌ خارجيٌّ عنه فهو خارج عن محلّ الكلام»(2).

وقال السيّد العاملي: «و القدرة على التسليم حاصلّة(3) إذا أجاز المالك، لأنّه هو المخاطب بالإيفاء و التسليم و هو قادر على ذلك، وليس الفضولى إلاّ كالوكيل على إيقاع الصيغة لا يترقّب منه إيفاءٌ ولا تسليمٌ»(4).

وقال صاحب الجواهر: «و ما دلّ على اعتبار القدرة على تسليمه، إنّما هو فى البائع ذى السلطنة الذى يراد منه الإقباض حتّى يقبض الثمن، لا البائع بمعنى العاقد، ضرورة تخلفه فى الوكيل على الصيغة و نحوه كما هو واضح»(5).

وقال الشيخ الأعظم بعد أن وصف الاستدلال بأقوى الوجوه فى ردّه: «مضافا إلى أنّ الفضولى قد يكون قادرا على إرضاء المالك بأنّ هذا الشرط غير معتبر فى العاقد قطعاً، بل يكفى تحقّقه فى المالك فحينئذ يشترط فى صحّة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه أو قدرة المشتري على تسلّمه على ما سيّجىء(6)»(7).

وقال المحقّق النائيني: «من اعتبر قدرته عليه [أى على التسليم] و هو المالك قادر و من هو عاجز [الفضول] فلا يعتبر قدرته»(8).

ص: 292

- 1-1 . شرح القواعد 2/84.
- 2-2 . تبصرة الفقهاء 3/340.
- 3-3 . ممكنة، نسخة بدل.
- 4-4 . مفتاح الكرامة 12/596.
- 5-5 . الجواهر 23/457 (22/283).
- 6-6 . المكاسب 4/175، الثالث من شروط العوضين: القدرة على التسليم.
- 7-7 . المكاسب 3/372.
- 8-8 . منية الطالب 2/31.

وقال المحقق السيّد الخوئي: «جواب واضح كما ذكره [الشيخ الأعظم] قدس سره، 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 ولم يكن البائع قادراً عليه، وتعبير الفقهاء بالقدرة على التسليم من باب الغلبة. وبالجملة هذا الاستدلال لم يفهم له وجهها»(1).

الثاني: الفضولي غير قاصد للنقل و الانتقال في عقده

قال الشيخ أسدالله في تقريب الاستدلال: «يشترط في صحة العقد مقارنته لقصد المدلول فإنّ العقود تتبع القصد وهو منتف في الفضولي لأنّه لا يتعلّق إلاّ بالمقدور والنقل غير مقدور له فيمتنع قصده»(2).

وقد استفاد هذا الوجه من كلام ثاني الشهيدين(3) وينسب إلى السيّد بحر العلوم(4).

وقال الشيخ الأعظم في جوابه: «المعتبر في العقد هو هذا القدر من القصد الموجود في الفضولي والمكره لا يزيد منه، بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولي وبيع المكره. بحق، فإنّ دعوى عدم اعتبار القصد في ذلك للإجماع كما ترى»(5).

وقال المحقق النائيني: «إنّ ما هو مناط العقديّة _ وهو كون العاقد قاصدا للفظ والمعنى _ موجود في عقد الفضولي و ما هو مفقود في عقد الفضولي و مكره _ وهو قصد النتيجة _ ليس مناطا في العقديّة حتّى في عقد المالك أيضا، فإنّ تحقّق المنشأ في عالم الاعتبار الذي هو من الأحكام الشرعية الإيضائية لا يعتبر قصده من المالك أيضا، بل لا يمكن أن تتعلّق إرادته به، وإنّما هو من دواعي الإنشاء فلا يمكن إنشاء هذا المعنى من

ص: 293

1-1 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/346.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /27: العاشر.

3-3 . راجع المسالك 3/156.

4-4 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/346، إرشاد الطالب 3/343.

5-5 . المكاسب 3/372.

المالك فضلاً عن الفضولي الذي ليس زمام أمره بيده، لأنّ ما يمكن إنشاؤه وإيجاده هو العلقه بين المال والطرف، و أمّا تحقّقه بحيث يكون ممّا تعلق به الإضاء الشرعى فهو من أحكام هذا الإنشاء لا من منشآت المنشىء...»(1).

وقال السيّد الخوئى بعد مقالة استاذة: «... ولكن الذى يقتضيه النظر أنّ مراد السيّد [بحرالعلوم] قدس سره ليس ما استفادوا من كلامه لأنّ ما فهموه واضح الفساد كما أجابوا عنه، بل مراده أنّ بين قصد إنشاء المعنى باللفظ وقصد ترتب الأثر عليه واسطة وهى اعتبار التبادر فى نظره، و اعتباره بحيث يرى فى عالم اعتباره خروج المبيع عن ملك البائع ودخول الثمن فى ملكه، وفى جانب المشتري بالعكس، و هذا الاعتبار و القصد يكون معتبرا فى صدق العقد و إلّا لزم صحة عقد الهازل إذا تعقّبه الرضا، لأنّ قصد إنشاء المعنى باللفظ موجود فيه، و هو موجود حتّى فى الوكيل فى إجراء الصيغة فقط، و هذا المعنى غير مقصود للفضولى.

و أصل هذا الدعوى _ وإن كان صحيحاً جدّاً _ ولكن كون الفضولى غير قاصد لهذا المعنى ممنوع، بل هو أيضاً يعتبر التبادل فى نظره لكن معلقاً على إجازة المالك، و التعليق على إجازة المالك لا يوجب الفساد فى العقد لكونها ممّا يتوقّف صحته عليها، و تقدّم أنّ التعليق على ما يكون العقد معلقاً عليه واقعا لا يضرّ»(2).

أقول: و نحو ما تقدّم مذكورٌ فى الإرشاد(3).

وقد نقل الشيخ الأعظم هذين الاستدلالين فقط، ولكن أذكر لك الآن بعضها الآخر فخذ و اغتنم.

الثالث: قصد النقل شرط فى صحة العقد و هو مفقود فى الفضولى

شرط صحة العقد هو قصد نقل المبيع إلى المشتري و انتقال الثمن إلى البائع و هذا القصد مفقود فى بيع الفضولى و إذا انتفى الشرط ينتفى المشروط. أى العقد.

ص: 294

1-1 . منية الطالب 2/31.

2-2 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/346.

3-3 . إرشاد الطالب 3/343.

قال المحقق التقي في جوابه: «دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلمة إن أُريد توقف التأثير عليها بأن يكون ترتب الأثر على المشروط مقارناً لحصول الشرط ولا يلزم منه تقارنهما في الوجود. ألا ترى أنّ القبض في المجلس شرط في [صحة ن خ] بيع الصرف والسلم مع أنّ القبض قد يتأخر عن العقد وكذا الحال في قبض الوقف وقبض 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»(1).

وقال قبله جد أولاده الشيخ جعفر: «وأضعف منهنّ إيراد لزوم الخلوّ عن القصد المشروط في العقد.

وفيه: أنه إذا جعل الشرط قصد النقل الشرعي فمسلم لكنه في محل المنع. وإن أُريد العرفي فهو حاصل. ثمّ مع الاكتفاء بالقصد ولو مع التردد يندفع الإشكال. على أنّ الاكتفاء بالقصد اللاحق غير بعيد»(2).

أقول: هذا الوجه تعبيري آخر عن الوجه الثاني و يرد عليه ما يرد على الوجه الثاني، مضافاً إلى أنّ الشرط والمشروط في عالم التكوين غير الشرط ومشروطه في عالم التشريع الذي يكون من الاعتبارات وأمره بيد الشارع نحو شرطية الغسل الليلي للمستحاضة لصحة صيامها في اليوم السابق وغيرها من الشروط المتأخرة في الشريعة المقدسة، فقياس أحد العالمين على الآخر يكون مع الفارق.

الرابع: من لوازم صحة عقد البيع حليّة التصرف

وترتب سائر الآثار وانتفاء اللازم في المقام بالإجماع يكشف عن عدم الملزوم، وبتقرير آخر إن كان الفضولي داخلياً تحت عموم «أوفوا» و «أحل الله البيع» ونحوهما

ص: 295

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/340.

2-2 . شرح القواعد 2/84.

وجب الحكم بوجود الوفاء و حصول الملكية وإلا فلا يكون صحيحا.

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله فى جوابه بعد أن قرّره: «وفيه: أنّ الرضا شرط بالإجماع والأخبار فلا بدّ من حصوله أيضا وبعده يترتب جميع الأحكام فالمقام نظير صحة البيع قبل القبض فى الصرّف والسلم»⁽¹⁾.

أقول: مراده من الرضا عنده هو الإذن عندنا.

الخامس: الرضا شرط فى صحة العقد و المفروض انتفاؤه حال العقد

قال المحقّق التقى فى تقرير هذا الوجه: «أنّ الرضا شرط فى صحة العقد إجماعا 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 فى حصول الشرط بعد انتفاء السبب المشروط به أعنى العقد كالصلاة المتعقّبة للطهارة»⁽²⁾.

وقال السيّد اليزدى فى تقريره: «أنّ مقتضى شرطية الرضا فى العقود والإيقاعات وجوده حالها، وإلا فلا يثمر وجوده بعد انعدامها، كما أنّ هذا هو الحال فى سائر الشرائط من القصد للمدلول و الالتفات و المعلوماتية و القدرة على التسليم ونحو ذلك»⁽³⁾.

ثمّ أجابه المحقّق التقى بما مرّ فى جواب الوجه الثالث، وقال الفقيه السيّد اليزدى قدس سره فى جوابه: «إنّنا نمنع شرطية إلاّ فى النقل و الانتقال و ليس شرطا فى العقد إذ هو أول 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 وجوب اقتران العقد بها، وإلاّ أمكن أن يقال إذا عقد ثمّ حصل العلم صح، و السرّ أنّ البيع مع الجهل وقع غررّيّا و كذا مع انتفاء القدرة على التسليم.

نعم، لقائل أن يقول: لِمَ لا يصح بعد حصول العلم و القدرة ولو أجاز العقد الواقع.

ص: 296

1-1 . حاشية المكاسب 2/135.

2-2 . تبصرة الفقهاء 3/339.

3-3 . حاشية المكاسب 2/135.

و الجواب: عدم الدليل على تأثير مثل هذه الإجازة فتدبر»(1).

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 غررئ

للجهل بحصول أثره و قد نهى النبي صلى الله عليه و آله عن بيع الغرر.

أجاب الفقيه اليزدى رحمه الله عنه: «أنّ هذا إن قلنا باللزوم بالنسبة إليه و إلا فلا غرر، مع أنّه قد يكون واثقا بإجازة المالك»(2).

و أضاف المحقّق السيّد الخوئي قدس سره على جوابه: «أنّ عمدة الدليل على بطلان بيع الغررئ إنّما هو الإجماع لأنّ النبوى ضعيف السند و غير منجبر بشىء و المتيقن منه غير ما نحن فيه»(3).

السابع: أصل الفساد

بتقرير: أنّ الأصل الأوّل في المعاملات هو الفساد أعني به عدم انتقال المالكين إلى غير صاحبه فلو شككنا في صحة عقد الفضولى يجرى فيه هذا الأصل و يحكم بفساده. و يمكن أن يعبر عنه باستصحاب بقاء الملك. كما جرى المقدس الأردبيلي(4) 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»(5).

و قال صهره التقى في جواب هذا الوجه: «أمّا الأصل فيما عرفت من قيام الدليل

ص: 297

1-1 . حاشية المكاسب 2/135.

2-2 . حاشية المكاسب 2/135.

3-3 . مصباح الفقاهة 4/104.

4-4 . مجمع الفائدة و البرهان 8/158.

5-5 . شرح القواعد 2/85.

على الصحة، بل ما عرفت من الأصل الثانوى القاضى بصحة العقود كافٍ فى دفعه»(1).

وقال السيّد العاملى: «و احتج المانعون بالأصل... أمّا الأصل فمقطوعٌ بما ستسمعه»(2).

وقال فى الجواهر: «بالأصل المقطوع بذلك أيضا»(3).

أقول: مرادهما بالمقطوع هو أدلة الصحة التى هى تامّةٌ عندهما و عند غيرهما.

ثمّ هاهنا وجوه أخرٌ أنهاها الشيخ أسدالله فى مقابسه(4) إلى العشرة أغمضنا عنها روما للاختصار و اكتفاءً بما ذكرناه من الوجوه الحاكمة على غيرها بَعْدَمِ الاعتبار.

ص: 298

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/340.

2-2 . مفتاح الكرامة 12/595.

3-3 . الجواهر 23/455 (22/281).

4-4 . مقابس الأنوار /128.

الأول: هل الرضا بالعقد يخرج عن الفضولي؟

ذهب الشيخ الأعظم (1) قدس سره إلى صحة العقد الفضولي إذا كان مقترنا مع رضا المالك و طيب نفسه و عدم احتياجه إلى لحوق الإجازة و استدل عليه بوجوه خمسة:

الوجه الأول: عموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود» (2)

عقد الفضول مع رضا المالك و طيب نفسه تشمله الآية الشريفة فيجب الوفاء به.

وفيه: الآية الشريفة خطاب للعاقدين بأن 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» (3)

عقد الفضولي مع رضا المالك و طيب نفسه يكون مصداقاً لـ «تجارة عن تراض» فيحلّ أكل المال به و يكون صحيحاً.

وفيه: لا- تتحق «تجارة عن تراض» بمجرد الرضا الباطني بالعقد، و أنّ التجارة لا يصدق إلا بعد إذن المالك، و لا يصدق بمجرد رضا المالك بعقد غيره أنّه اتّجر أو تكسّب.

ص: 299

1-1 . المكاسب 3/ (348-346).

2-2 . سورة المائدة /1.

3-3 . سورة النساء /29.

الوجه الثالث: قوله عليه السلام: «لا يحلّ مال امرئٍ مسلمٍ إلاّ 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 خطبته بمِنى في حجة الوداع حين قضى مناسكها: فإنّه لا يحلُّ دُمّ امرئٍ مسلمٍ ولا ماله إلا بطيبة نفسه ولا تظلموا أنفسكم ولا ترجعوا بعدى كفّارا. (1)

ورواها الكليني بسند موثق عن سماعة أيضا (2) والصدوق بهذا السند الأخير في الفقيه (3). و الشيخ الحر عن الصدوق وسند أول الكليني في الوسائل (4)، وعنه وعن سندی الكليني فيه (5) أيضا.

قال المجلسي رحمه الله: «قوله صلى الله عليه وآله: إلا بطيبة نفسه، الاستثناء من المال فقط. قوله صلى الله عليه وآله: ولا تظلموا أنفسكم، أى بمخالفة الله تعالى فيما أمرتكم به ونهيتكم عنه في هذه الخطبة أو مطلقا، أو لا يظلم بعضكم بعضا فإن المسلم بمنزلة نفس المسلم» (6).

و أمّا نصها فقد رواه الأحسائي (7) وعنه النوري (8).

بتقريب: أنّ الرضا وطيب النفس موجود على الفرض فيحلّ المال به ولا يحتاج إلى الإجازة.

وفيه: قال السيّد الخوئي رحمه الله: «أنّ الحلّ لو أريد به الحلّ التكليفي فهو خارج عن محلّ الكلام، لأنّه ليس بحثنا في جواز إيقاع الإنشاء على مال الغير تكليفا برضاه أو بدونه فإنّه أمر واضح.

ص: 300

1-1 . الكافي 14/283، ح 12 (7/273).

2-2 . الكافي 14/287، ح 5 (7/275).

3-3 . الفقيه 4/94، ح 5158.

4-4 . وسائل الشيعة 5/120، ح 1، الباب 3 من أبواب مكان المصلي.

5-5 . وسائل الشيعة 29/10، ح 3، الباب 1 من أبواب القصاص في النفس.

6-6 . مرآة العقول 24/9.

7-7 . عوالي اللآلي 3/205، ح 36.

8-8 . مستدرک الوسائل 13/245.

وإن أريد به الأعم - كما هو الظاهر لأنَّ الحلَّ بمعنى الارسال وفتح الطريق في مقابل السدِّ - فيرد عليه ما ذكرناه في بعض مباحث الأصول(1)... ردا على أبي حنيفة حيث استدل على عدم دلالة الاستثناء على الحصر بقوله عليه السلام: لا صلاة إلا بطهور، ولا صلاة إلا بفاتحة الكتاب، وقلنا إنَّه في موارد نفى الحقيقة ليس الاستثناء حقيقيا كقوله: جاء القوم إلا زيدا ليدل على الحصر وإنما هي صورة استثناء. وفي الحقيقة اشارة إلى الشرطية أو الجزئية.

وبعبارة أخرى: لسان هذه التراكمات لبيان النفي - أي نفى الصحة - عند فقدان القيد لا الإثبات، أعني كفايته في الصحة وكونه علّة تامة لها... وغاية مفاده [النبوي] اعتبار طيب النفس في الحلّ، وأمّا كون الحلّ به فقط فلا يُستفاد منه، فلا ينافيه اعتبار الاستيذان بدليل(2).

الوجه الرابع: رواية عروة البارقي(3) الماضية(4)

بتقريب: تقرير النبي صلى الله عليه وآله لفعل عروة يدلّ على كفاية الرضا المقارن للعقد، لأنّ القبض والإقباض الواردين فيها لا يحلّ بدون الرضا المقارن عند الكلّ.

وفيه: يمكن القول في كفاية الرضا في التصرفات الخارجية ومنها القبض والإقباض، وإنما الكلام في كفايته في التصرفات الاعتبارية ولا دلالة فيها على ذلك.

الوجه الخامس: ما ورد في نكاح العبد، وسكوت البكر

وردت عدة من الروايات(5) في صحة نكاح العبد مع سكوت مولاه وعدم ردّه،

ص: 301

- 1-1 . محاضرات في اصول الفقه 4/294 بحث المفاهيم، طبع موسوعة السيّد الخوئي رحمه الله .
- 2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/307، ونحوها في التنقيح في شرح المكاسب 1/373.
- 3-3 . مسند أحمد 4/376، السنن الكبرى 6/112 للبيهقي، سنن الدار قطنى 3/10، ح29، سنن الترمذى 3/559، ح1258، والثاقب في المناقب 112/، ح108 لابن حمزة الطوسى متّأ.
- 4-4 . فى أوّل بحث بيع الفضولى، الوجه الثانى.
- 5-5 . منها: صحيحة معاوية بن وهب المروية فى وسائل الشيعة 21/117، ح1، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد والإماء. و منها: صحيحة أخرى له المروية فى وسائل الشيعة 21/117، ح2. و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائى المروية فى وسائل الشيعة 21/118، ح3.

وعدّة منها(1) في أنّ سكوت البكر رضاها، فيظهر منهما كفاية الرضا في العقود و منها عقد الفضولى.

وفيه: لا يبعد أن يكون سكوت المولى كاشفا عرفيا عن الرضا فيكون إذنا منه، مضافا إلى أنّ استناد العقد إلى العبد معلوم مع قطع النظر عن الرضا، ورضا المولى يصحّحه ولو لم يكن مبرزا لطيب نفسه نحو تزويج بنت أخ الزوجة أو بنت أختها لأنّ استناد النكاح إلى الزوج معلوم و إنّما اعتبر فيه رضا العمّة أو الخالة فيكفى طيب نفسها و رضاها ولو لم يكن مبرزا هناك، و هكذا بيع العين المرهونة.

و ثالثة: لا بدّ من الاقتصار على مورد الرواية حيث تكون على خلاف القاعدة.

و أمّا سكوت الباكر فلا يبعد أن يكون كاشفا عرفيا عن الرضا لأنّها لعفتها تخجل عن التصريح فتسكت لا سيما في تلك الأزمنة فيستكشف من سكوتها إذنها و لا يستدلّ بها في المقام.

ثم قال الشيخ الأعظم: «ثم أنّه لو أشكل في عقود غير المالك فلا ينبغي الاشكال في عقد العبد _ نكاحا أو بيعا _ مع العلم برضا السيّد ولو لم يأذن له، لعدم تحقّق المعصية التي هي مناط المنع في الأخبار، وعدم منافاته لعدم استقلال العبد في التصرف»(2).

أقول: قد مرّ بعض روايات نكاح العبد في الوجّهين: الرابع(3) و السادس عشر(4)

ص: 302

-
- 1-1 . منها: صحيحة البنزطى المروية في وسائل الشيعة 20/274، ح 1، الباب 5 من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد. و منها: صحيحة داود بن سرحان المروية في وسائل الشيعة 20/274، ح 2.
 - 2-2 . المكاسب 3/348.
 - 3-3 . راجع صفحة 201 من هذا المجلد.
 - 4-4 . راجع صفحة 254 من هذا المجلد.

من الاستدلال على صحة بيع الفضولي، و ظهر ممّا ذكرنا هناك أنّ المولى إذا علم بنكاح العبد و لم يفرّق بينه و بين زوجته، تمّ نكاحه و صح، و لا يحتاج إلى الإذن بل لا يحتاج إلى الرضا و طيب نفسه.

ولكن هذا يختص بنكاحه و لا- يجرى في غيره من عقود 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»(1).

و هذا الكلام منه قدس سره هو القول الفصل في المقام بلا فرق بين العبد و غيره، و لذا ما ذكره السيّد الخوئي رحمه الله من القول بالتفصيل بين الشيخ الأعظم و المحقّق النائيني رحمهما الله لم يرد على الأخير حيث يقول: «الصحيح هو التفصيل بين ما إذا كان العقد مستندا إلى منّ 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 فلفساد استدلال المصنّف بالوجه المتقدم»(2).

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 حاصلّة لإرضاء المالك، و قولهم: إنّ الإجازة لا يكفي فيها السكوت، لأنّه أعم من الرضا و نحو ذلك»(3).

ص: 303

1-1 . منية الطالب 2/3.

2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/306.

3-3 . المكاسب 3/348.

فقد اعترض عليه المحقق النائبي قدس سره وقال: «حمل الرضا في أمثال هذه الكلمات إلى «الاختيار» لا «طيب النفس» واستعمال الرضا في معنى الاختيار شائع وكثير في استعمالات أهل العرف واللغة نحو قول بحر العلوم في الدرّة: كما ارتضاه المرتضى (1)، وقوله عليه السلام: فذلك رضا منه (2) الوارد في أنّ إحداث ذى الخيار يوجب سقوط خيار، وقوله عليه السلام: ورضيكم خلفاء (3)، وقول العامة: إنّما سمّي الرضا عليه السلام بالرضا لأنّ المأمون اختاره وليّ العهد (4).

وأما اعتراض المحقق السيّد الخوئي على الشيخ الأعظم من أنّ: «ليس كلماتهم آية ولا رواية لتكون حجة يتمسك بها» (5)، فغير تامّ لأنّ الأصحاب إذا اكتفوا بالرضا بمعنى طيب النفس في هذه الكلمات، يظهر منها تمامية القول بكفاية الرضا عندهم، وهذا القول هو مدعى الشيخ الأعظم، نعم، قولهم ليس بحجة عندنا ولعلّ هذا الأخير يكون مراد السيّد الخوئي فيكون تاماً.

قال الشيخ الأعظم: «ثم لو سلم كونه فضوليّاً، لكن ليس كلّ فضوليّ يتوقف لزمه على الإجازة، لأنّه لا دليل على توقّفه مطلقاً على الإجازة اللاحقة، كما هو أحد الاحتمالات في من باع ملك غيره ثمّ ملكه» (6).

ويرد عليه: «إن دلّ دليل على كفاية الرضا المقارن في صحة العقد، فالعقد المقرون به لا يكون فضولياً وإلاّ فلا بدّ من الإجازة اللاحقة.

وبعبارة أخرى: إن قلنا بتحقيق الاستناد بمجرد الرضا وشمول عموم «أوفوا بالعقود» للعقد الفضوليّ المقرون برضا المالك فلا وجه لكونه فضولياً وإلاّ فلا بدّ من

ص: 304

1-1 . الدرّة النجفية /88.

2-2 . وسائل الشيعة 18/13، الباب 4 من أبواب الخيار.

3-3 . التهذيب 6/97 قطعة من الزيارة الجامعة.

4-4 . منية الطالب 2/5.

5-5 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/309.

6-6 . المكاسب 3/348.

الإجازة، ولا يكفي الرضا المقارن ولا واسطة بين الحدين»(1).

ثم قال الشيخ الأعظم: «مع أنه يمكن الاكتفاء في الإجازة بالرضا الحاصل بعد البيع المذكور أنا ما، إذ وقوعه برضاه لا ينفك عن ذلك مع الالتفات»(2).

ويرد عليه: «الاكتفاء بالرضا الحاصل بعد البيع ولو أنا ما في الإجازة لا معنى له، لأنه لو كان مبرزا يكتفى بتحقيقه مقارنة للعقد، وإلا فلا يكتفى بالرضا الحاصل بعد البيع كما لا يكتفى بالمقارن منه»(3).

يمكن الاستدلال لقول الشيخ الأعظم بقوله عليه السلام: «لا تشرها إلا برضا أهلها»(4)، وقوله عليه السلام: «الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا من مالها أو بأمره أو رضا منه»(5)، 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.

و ثانياً: 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 أن 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.

ص: 305

1-1 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/309.

2-2 . المكاسب 3/348.

3-3 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/309.

4-4 . وسائل الشيعة 17/334، ح3، الباب 1 من أبواب عقد البيع وشروطه. صحيحة محمد بن مسلم.

5-5 . وسائل الشيعة 17/337، ح8، رسالة توقيع الحميري.

الثانى: هل يجرى الفضولى فى الإيقاعات؟

أو أنه مختص بالعقود فلا يجرى فى الإيقاعات؟ ادعى الشهيد(1) وجود الإتفاق على بطلان الفضولى فى الإيقاعات.

قال الأردبيلي: «و الظاهر عدم القول به _ أى بالفضولى _ فى العتق لقولهم عليه السلام: لا عتق إلا فى ملك، ويمكن الجواز و التأويل كما لا بيع إلا فيما يملك»(2).

و استدلّ لعدم جريانه فى الإيقاعات بثلاثة وجوه:

الأول: الإجماع لو لم يكن حاصلًا فى جميعها، فهو موجود فى العتق و الطلاق و بعدم القول بالفصل تتعدى منهما إلى غيرهما من الإيقاعات.

وفيه: نعم قد ادعى الإجماع فيهما ولكن من المحتمل استنادهم فى الطلاق إلى ما ورد من قوله عليه السلام: الطلاق بيد من أخذ بالساق(3)، و فى العتق إلى قوله عليه السلام: لا عتق إلا بعد ملك(4)، و من الواضح عدم دلالتهما على اعتبار الإذن السابق نظير ما مرّ فى البيع من قوله عليه السلام: لا بيع إلا فى ملك، فالجواب كالجواب(5) و الإجماع إذا احتمل كونه مدركيًا فلا يفيد شيئًا.

مضافا إلى عدم اعتبار الإجماع المنقول.

و ثالثة: إنهم فى فروع الطلاق و العتق ذهبوا إلى جريان الفضولى فيهما حيث ذكروا فى الطلاق الخلع إذا كان مال الخلع زائدا على المهر أنه موقف على إجازة الزوجة، و فى عتق الراهن العبد المرهون بلا إذن المرتهن أنه صحيح يتوقف على إجازة المرتهن أو فكّ الرهن(6)، كأنهم نسوا فى البحث ما ادعوه أولاً من الإجماع فى بطلان الفضولى فى

ص: 306

1-1 . غاية المراد 3/37.

2-2 . مجمع الفائدة 9/163.

3-3 . مستدرک الوسائل 15/307.

4-4 . وسائل الشيعة 23/15، ح 2 و 6، الباب 5 من أبواب كتاب العتق.

5-5 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/305.

6-6 . هداية الطالب 3/11.

ورابعة: نمنع من عدم القول بالفصل و التعدى. على فرض ثبوته (1) فيهما. (2)

الثانى: عدم جواز التعليق فى الإيقاع، فلا يدخل الفضولى فيه.

وفيه: المشهور يذهب إلى عدم جواز التعليق فى العقود أيضا كما مرّ سابقا و مفصلاً، فلو كان دليلهم ذلك فلا بدّ أن لا يدخل الفضولى فى العقود أيضا و التالى باطل و المقدم مثله. (3)

الثالث: العقود بما أنّها من فعل اثنين يعتبر لها بقاء، و لذا يتعلّق بها الفسخ مع أنّه حلّ للعقد فى جهة بقاءه، و فى الفضولى بإجازة المالك يتم تمام الموضوع و أمّا الإيقاع بما أنّه فعل واحد فيعتبر أمرا آتيا فإن حصل ممّن له سلطنة على ذلك الأمر فهو و إلا فلا يحصل ذلك الأمر أصلاً.

وفيه: أنّ ما ذكر مجرد ادعاءٍ لأنّه كيف يمكن الالتزام ببقاء العقد اعتبارا دون الإيقاع، مع أنّه لو لم يكن له بقاء فكيف يجوز للزوج فى الطلاق الرجعى إلغاء طلاقه بالرجوع، لأنّ الرجوع فى الطلاق كالرجوع فى الهبة. (4)

و مع عدم تمامية الوجوه الثلاثة نقول: إن قلنا بصحة بيع الفضولى لشمول الاطلاقات و العمومات _ كما مرّ فى الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على صحته _ فالحاق سائر العقود به فى محلّه بل مقتضاها القول بالصحة فى الإيقاعات أيضا إلا ما خرج بالدليل. (5)

و إن قلنا بصحته بالروايات الخاصة _ حيث لم ترد إلا فى النكاح و البيع _ فالحاق

ص: 307

1-1 . الإجماع.

2-2 . أى الطلاق و العتق.

3-3 . راجع هداية الطالب 3/12.

4-4 . إرشاد الطالب 3/284.

5-5 . كما فى حاشية المكاسب 2/99 للفقير اليزدى رحمه الله .

سائر العقود بهما لا وجه له فكيف بالإيقاعات(1)؟

مع أنك ترى أنهم يجرون الفضولى فى جميع العقود، فهم يرونه على الوجه الأول فالحكم بجريانه فى الإيقاعات تام إلا ما خرج بالدليل. و الحمد لله.

الثالث: هل يجرى الفضولى فيما جرت فيه الوكالة من العبادات و نحوها؟

قال الجدّ الشيخ جعفر: «و فى جرى الفضولى فيما جرت فيه الوكالة من العبادات - كالأخماس و الزكوات و أداء النذور و الوقوف و الصدقات و نحوها من مال مَنْ و جبت عليه أو من ماله - و فيما قام الأفعال مقام العقود و نحوه، و كذا الإيقاعات ممّا لم يتم الإجماع على المنع فيها و جهان، أقواهما الجواز.

و يقوى جريانه فى الإجازة و إجازة الإجازة و هكذا. و يتفرّع عليها أحكام لا تخفى على ذوى الأفهام»(2).

و اعترض عليه تلميذه صاحب الجواهر و قال: «و إن كان قد يناقش فى فحوى أداء الخمس و الزكاة من مال مَنْ و جبت عليه إذا كان بوجه لا يصحّ له نيّة التقرب فيه ولو لعدم العلم بالإذن فيه، بل فى جريانه فى إجازة الإجازة لأنّها من الإيقاع الذى علم عدم قيام الغير مقامه فيه ولو أجاز بعد ذلك، ولكن الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرك المسألة فلا حظ ما قدّمناه و تأمل ذلك، فإنّ فيه ما اشتمل على غير العقد من القبض و الإقباض و نحوهما»(3).

أقول: نعم، «الأمر سهل بعد ما عرفت من الاتحاد فى مدرك المسألة» كما قاله صاحب الجواهر رحمه الله فىمكن القول بجريان الفضولى فى جميع ما ذكره الجدّ قدس سره من العبادات التى تقبل الوكالة و حتّى الإجازة و إجازة الإجازة.

و ممّا ذكرناه يظهُرُ وضح جريان الفضولى فى الشراء أيضا و فى غيره من العقود و لأجل التبرك نذكر لك كلام عَلمَيْن من أعلام الفقه هما:

ص: 308

1-1 . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/305.

2-2 . شرح القواعد 2/85.

3-3 . الجواهر 23/452 (22/280).

جدنا العلامة التقي قدس سره قال: «أنه كما يجرى الفضولي بالنسبة إلى البيع كذا يجرى في الشراء فيحكم بصحته مع الإجازة من غير فرق لاتحاد المناط وشمول الإطلاق للأمرين، وفي عدة من الروايات المتقدمة (1) دلالة عليه أيضا» (2).

و السيد العاملي قال: «و ليعلم أنه لا فرق في ذلك بين البيع والشراء كما صرح به جماعة منهم المصنف [العلامة الحلّي] في نهاية الأحكام (3) وأشار إليه في التذكرة (4)، والشهيد في مسائله المدونة، والمحقق الثاني في جامع المقاصد (5) وإن كانت المسألة مفروضة في البيع كالرواية (6).

و أعلم أنه يجرى في سائر العقود لأنه إذا ثبت في النكاح والبيع ثبت في جميع العقود، إذ لا قائل باختصاص الحكم بهما كما في الروضة (7) ذكر ذلك في كتاب النكاح.

نعم، قيل (8) باختصاصه بالنكاح، وقيل (9) بطلانه في النكاح وغيره» (10).

الرابع: صور بيع الفضولي

قال الشيخ الأعظم رحمه الله: إن الفضولي قد يبيع للمالك وقد يبيع لنفسه وعلى الأول

ص: 309

- 1-1 . نحو حديث عروة البارقي الذي مرّ في الوجه الثاني من وجوه صحة بيع الفضولي.
- 2-2 . تبصرة الفقهاء 3/341.
- 3-3 . نهاية الأحكام 2/476.
- 4-4 . تذكرة الفقهاء 10/217.
- 5-5 . جامع المقاصد 4/69.
- 6-6 . مراده من الرواية صحيحة محمد بن قيس التي مرت في الوجه الثالث من وجوه التي أقاموها لصحة بيع الفضولي.
- 7-7 . الروضة البهية 5/141.
- 8-8 . نقله في الروضة 5/141، وقال به صاحب الحدائق 23/257.
- 9-9 . كما مرّ عن القائلين بالبطان نحو: الشيخ في المبسوط 4/163، والفخر في الإيضاح 3/27 ونقله صاحب الحدائق 18/377 عن ميرالدّاماد.
- 10-10 . مفتاح الكرامة 12/604.

فقد لا يسبقه منع من المالك وقد يسبقه المنع، فهنا مسائل ثلاث»(1).

الظاهر أنّ المسألة الأولى _ وهى أن يبيع من لا يملك البيع للمالك من دون أن يسبقه منع منه _ تكون أساساً للمسالتين الأخريتين _ .

الثانية: أن يبيع للمالك مع سبق المنع منه.

و الثالثة: أن يبيع لغير المالك إمّا لنفسه أو لشخص ثالث.

لأنّه لو قلنا بالفساد فى الأولى فلا بدّ من القول بالفساد فى الثانية و الثالثة، و أمّا لو قلنا بالصحة فى الأولى فيمكن مجال للبحث عنهما فيبحث فى الثانية عن أنّ سبق المنع من المالك هل يوجب الفساد أم لا؟ وفى الثالثة عن أنّ وقوع البيع عن غير المالك الذى هو مناف لمقتضى العقد هل يوجب الفساد أم لا؟(2)

و ما مرّ متّاً إلى هنا من صحة بيع الفضولى كلّه كان فى المسألة الأولى.

ص: 310

1-1 . المكاسب 3/348.

2-2 . راجع محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/311.

إشارة

فهى أن يبيع الفضولى مال غيره مع سبق منع مالكة، المشهور (1) على صحته ولكن حكى (2) عن فخر المحققين (3): أن بعض المجوزين لبيع الفضولى اعتبر عدم سبق نهى المالك.

و يظهر ذلك من نكاح تذكرة والده حيث حمل النبوى: «أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو عاهر» (4) _ بعد تضعيف سنده _ على أنه نكح بعد منع مولاه و كراهته فيقع باطلاً. (5)

و استظهر الشيخ أسدالله (6) عدم الفرق بين النكاح وغيره.

و الفساد هو مُحْتَمَلُ كلام المحقق الثانى فى بيع الغاصب: «نظرا إلى القرينة الدالة على عدم الرضا و هى الغصب» (7). و إن اختار هو الصحة فيه.

قد يناقش (8) فى استظهار عدم الفرق بين النكاح وغيره بأن العلامة صرح فى باب الوكالة (9) بعدم جواز بيع الوكيل الذى نهاه الموكل عن معاملة خاصة، ولكنّه لا يستلزم البطلان لتصريحه بصيرورة الوكيل المخالف لما عيّنه عليه الموكل فضوليا وأن عقده

ص: 311

1-1 . كما فى المكاسب 3/373.

2-2 . مقابس الأنوار /121.

3-3 . ايضاح الفوائد 1/417 _ 2/314.

4-4 . سنن الترمذى 3/419 و 420، ح 1111 و 1112 _ سنن البيهقى 7/127.

5-5 . تذكرة الفقهاء 2/588 من طبع الحجرى.

6-6 . مقابس الأنوار /121.

7-7 . جامع المقاصد 4/69.

8-8 . المناقش هو المحقق المروج فى هدى الطالب 4/526.

9-9 . تذكرة الفقهاء 15/97، مسألة 715.

ولازمه اختصاص الحمل المزبور بنكاح العبد ولا سبيل لاستظهار عدم الفرق بين النكاح وغيره.

مستند القول بالفساد

1_ قال الشيخ الأعظم: «فهذا القول [الفساد] لا وجه له ظاهراً عدا تخيّل أنّ المستند في عقد الفضولي هي رواية عروة المختصة بغير المقام» (2).

في بعض الكتب الفقهية (3) ذكرت رواية عروة فقط بعنوان دليل صحة بيع الفضولي، وهي مختصة برضا النبي صلى الله عليه وآله بما صنعه عروة وعدم ورود نهى النبي صلى الله عليه وآله فلا يشمل صورة منع المالك ويجرى 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 ببطان بيع الفضولي _ كما مرَّ _ : «فيعلم أنّ من يقتصر في دليل الخروج بخبر البارقي ونحوه يجب أن لا يصحّ عنده بيع الغاصب ولا تقييد إجازة المالك في الصحة...» (4).

وأنت 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 متفكّك فكيف بفقيه.

2_ قال الشيخ الأعظم: «و أنّ العقد وقع منهياً عنه فالمنع الموجود بعد العقد _ ولو

ص: 312

1- 1 . تذكرة الفقهاء 15/105، مسألة 720، وقواعد الأحكام 2/360 وفيه: «ولو خالفه في البيع وقف على الإجازة».

2- 2 . المكاسب 3/373.

3- 3 . نحو تذكرة الفقهاء 10/14 و مختلف الشيعة 5/54 و التنقيح الرائع 2/25.

4- 4 . مستند الشيعة 14/279.

آنا ما كاف في الرد فلا ينفع الإجازة اللاحقة، بناءً على أنه لا يعتبر في الرد سوى عدم الرضا الباطني بالعقد على ما يقتضيه حكم بعضهم بأنه إذا حلف الموكل على نفي الإذن في اشتراء الوكيل انفسخ العقد لأن الحلف عليه أمانة عدم الرضا»(1).

مراده من حكمهم هو هذا الفرع المذكور في كلام المحقق: «إذا اشترى انسان سلعاً وادعى أنه وكيل لإنسان فانكر كان القول قوله مع يمينه ويقضى على المشتري بالثمن، سواء اشترى بعين أو في الذمة، إلا أن يكون ذكر أنه يبتاع له في حالة العقد»(2).

و تبعه في هذا الفرع العلامة(3) و المحقق(4) و الشهيد(5) الثائنين و السيّد العاملي(6) و صاحب الجواهر(7).

و غرضه من الاتيان بهذا الفرع و الاستشهاد به: أن المنع الموجود حال العقد من المالك يكون كافيًا في بطلان بيع الفضولي و لا يحتاج إلى إنشاء ردّ جديد بعد عقد الفضولي، كما أن إنكار الوكالة كافٍ في بطلان العقد الذي أنشاه الوكيل _ المدعى 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 آنا ما، فلم يدلّ دليل على كونه فسخًا لا ينفع بعده الإجازة»(8).

ص: 313

1-1 . المكاسب 3/374.

2-2 . الشرائع 2/163، كتاب الوكالة _ التنازع _ المسألة الرابعة.

3-3 . القواعد 2/367 _ البحث الثاني في صور النزاع (أ).

4-4 . جامع المقاصد 8/293.

5-5 . المسالك 5/300.

6-6 . مفتاح الكرامة 21/346.

7-7 . جواهر الكلام 27/435.

8-8 . المكاسب 3/375.

أقول: المنع السابق من المالك لا يستكشف منه إلا عدم الرضا الباطنى بالعقد وهو لا يكفى فى الردّ. لأنّ الردّ يحتاج إلى إبراز وإظهار و استناد إلى المالك، وعدم الرضا الباطنى أمر نفسانى و قلبى و جوانحى يحتاج إلى مبرز و مظهرٍ و مستندٍ حتى يفيد فى الردّ كما مرّ آنفا بعدم كفاية الرضا الباطنى فى الإجازة أيضا.

و العجب من الشيخ الأعظم قدس سره يرى كفاية الرضا الباطنى فى الإجازة وعدم كفاية عدمه فى الردّ، مع أنّ الأمرين من سنخ واحد و الفرق بينهما فى غير محلّه. و لم يدل دليل على الفرق.

و أما الإستشهادُ بفرع مدعى الوكالة فقد قال الشيخ الأعظم فى نقده: «و ما ذكره من حلف الموكل غير مسلّم، ولو سلّم فمن جهة ظهور الإقدام على الحلف على ما أنكره فى ردّ البيع وعدم تسليمه له»⁽¹⁾.

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 يكفى فى الردّ. فلا يستند الشراء إلى الموكل، فلا وجه للاستشهاد بهذا الفرع.

ثم لا أدرى ما المراد من قوله قدس سره : «ما ذكره من حلف الموكل غير مسلّم». لآءنّ الحلف لا يُحكّم به على ثبوت الوكالة قطعا و إذا انتفت الوكالة لا يستند الشراء إلى الموكل، و لعلّ مراده نفى الشراء له ظاهرا بالحلف، و أمّا لو كان وكيلاً عنه واقعا فيستند الشراء به و تمّ، و الإنكار و الحلف به يدل على عدم الصحة ظاهرا لا واقعا.⁽²⁾

مستند القول بالصحة:

1_ العمومات و الاطلاقات

قال الشيخ الأعظم: «و كفاية العمومات»⁽³⁾.

ص: 314

1-1 . المكاسب 3/375.

2-2 . كما عن الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب 2/138.

3-3 . المكاسب 3/374.

قد مرّ في الوجه الأول من الاستدلال على صحة عقد الفضولي دلالة العمومات والإطلاقات عليها فلا نعيد، و هما يدلان على الصحة مع سبق منع المالك أيضاً لأنه مع لحوق الإجازة يكون مشمولاً للعمومات والإطلاقات في صورتى عدم منع المالك و منعه.

2_ و أمّا حديث عروة البارقي

فلا يشمل صورة سبق منع المالك لأنّ النبي صلى الله عليه وآله أمره باشتراء شاة و لم ينه عن بيعها، فالحديث لا يجرى في هذه الصورة.

3_ صحيحة محمد بن قيس

قال الشيخ الأعظم: «مضافاً إلى ترك الاستفصال في صحيحة محمد بن قيس»(1).

مراده قدس سره: أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل من سيّد الوليدة أنّه نهى عن بيع الوليدة قبل مسافرتة أم لا، و ترك الاستفصال يفيد العموم فيشمل صورة سبق نهى المالك.

و اعترض عليه السيّد الخوئي بأنّ قول «السائل: «وليدتى باعها ابني بغير إذن»(2) و عدم الإذن و إن كان لا ينافى المنع ولكن ظاهره فيه لا ينكر»(3).

أقول: حيث أنّ السائل في مقام بيان طرح دعواه أو سؤاله الشرعى عند أمير المؤمنين عليه السلام 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 عليه السلام 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 تتمّ مقالة الشيخ الأعظم رحمه الله في المقام.

4_ فحوى أدلّة نكاح العبد بدون إذن مولاه

قال الشيخ الأعظم: «و جريانه... مع ظهور المنع فيها ولو بشاهد الحال بين الموالى

ص: 315

1-1 . المكاسب 3/374.

2-2 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1.

3-3 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/347.

و العبيد، مع أنّ رواية إجازته صريحة في عدم قدح معصية السيّد»(1).

مراده: أنّ التعليل الوارد في الروایتين: صحيحة زرارة و موثقة(2) من «أنّه لم يعص الله و إنّما عصى سيّده» و «إنّما عصى سيّده و لم يعص الله» يدلّنا على كبرى كلىّة و هي أنّ عصيان المخلوق يجبر برضاه دون عصيان الخالق فإنّه لا يجبر بشىء ففى كلّ مورد من العقود و الإيقاعات التى تجرى فيها معصية المخلوق كالبيع و النكاح و الطلاق و نحوها ترتفع برضاه الحاصل بعد العقد و لا يضرب بصحته بعد الرضا، بخلاف موارد تجرى فيها معصية الخالق لعدم تصحيحها بشىء.

أقول: هذا البيان تام بناءً على ما ذكرنا(3) من تمامية فحوى ما دلّ على صحة نكاح الفضولى على صحته فى البيع بل فى جميع العقود لأنّ الاحتياط فى الفروج أكد و الأمر فيها أشدّ، ولكنّ بناءً على مناقشة الشيخ الأعظم فى هذه الفحوى(4) و ذهابه على عكسه بأنّ امضاء العقود المالية يستلزم امضاء النكاح من دون العكس(5) فلا يتم ما ذكره قدس سره هنا لعدم تمامية هذه الفحوى عنده، و سبحانه من لا يسهو.

اللهم إلّا أن يقال: «إنّ تعليل النكاح بعصيان السيّد من سنخ العدّة المنصوصة و الحكم ثابت فى جميع العقود من باب انطباق الكلىّ _ الذى هو موضوع الحكم _ عليها عرضاً لا طويلاً حتّى تصل النوبة إلى الأولوية»(6). فيكون محور الاستدلال بالعدّة المنصوصة _ أو كبرى كلىّة _ لا الفحوى المذكور سابقاً فلا يتمّ الاشكال على الشيخ الأعظم.

ولكن هذا البيان يُنافى قوله «فحوى أدلة نكاح العبد بدون إذن مولاه...».

ص: 316

1-1 . المكاسب 3/374.

2-2 . وسائل الشيعة 21/114، ح 1 و 2، الباب 24 من أبواب النكاح العبيد و الإماء.

3-3 . مرّ فى الوجه الرابع من أدلة صحة بيع الفضولى راجع صفحة 197 من هذا المجلد.

4-4 . المكاسب 3/356 و ما بعده.

5-5 . المكاسب 3/358.

6-6 . كما فى هدى الطالب 4/535.

5_ الأتجار بمال اليتيم

قال الشيخ الأعظم: «مع جريان المؤيّدات المتقدمة له: من بيع مال اليتيم و المَغصوب»(1).

أقول: قد مرّ في الوجه السادس(2) الروايات الواردة في الأتجار بمال اليتيم و الاحتمالات الثلاثة حولها و تمامية الاستدلال على صحة بيع الفضولى هناك على بعضها، و الكلام هنا الكلام.

و أمّا عطف المَغصوب على اليتيم إن كان عطف تفسير فلا بأس به و إلاّ لم يتقدّم من الشيخ الأعظم شىءٌ في المَغصوب حتّى يصح عطفه على مال اليتيم.

اللهم إلاّ أن يقال: إنّ مراده من المَغصوب ما ورد في معتبرة مسمع أبى سيار في الوجه العاشر(3) من وجوه الاستدلال على صحة بيع الفضولى و لا ريب في أنّ الوديعه بيد الودعى المنكر لها تكونُ غصباً.

6_ ما ورد في عامل المضاربة

قال الشيخ الأعظم: «و مخالفة العامل لما اشترط عليه ربّ المال الصريح في منعه عمّا عداه»(4).

أقول: قد مرّ في الوجه الخامس(5) من وجوه الاستدلال على صحة بيع الفضولى تفصيل القول في هذه الروايات و عدم إمكان استفادة صحة بيع الفضولى منها و أنّها نصوص تعبدية يؤخذ بها في مورده الخاص.

و الحاصل: تمامية جريان بعض الأدلة الماضية بالنسبة إلى الصورة الثانية _ و هى

ص: 317

1-1 . المكاسب 3/374.

2-2 . راجع هذا المجلد صفحة 217.

3-3 . راجع هذا المجلد صفحة 245.

4-4 . المكاسب 3/374.

5-5 . راجع هذا المجلد صفحة 209.

بيع الفضولي مع سبق نهى المالك _ فيحكم بصحته.

دفع وهم: هل يكون نهى المالك مانعا من صحته؟

يمكن أن يقرب المانعية بوجوه متعددة:

منها: إذا كان الرد بعد العقد مانعا عن صحته بالإجازة كان النهى عنه أولى بالمانعية لأنّ الدفع أهون من الرفع.

وفيه: أولاً: منع الاولوية، لأنّ مانعية الردّ ثبتت بالإجماع و المتيقن منه هو إنشاء الكراهة بقول أو فعل بعد العقد، و أمّا الكراهة الباطنية المدلول عليها بالنهى السابق على العقد و الباقية إلى ما بعد العقد فخارج عن المتيقن منه.

و ثانيا: الردّ عرفا كالفسخ حلاً للعقد ولكن الأول حلّ لصحته التأهيلية و الثانى حلّ لصحته الفعلية، و لا يمكن حلّ العقد قبل وجوده و وقوعه فلا يطلق على النهى السابق الردّ.

و منها: العقد مع النهى السابق لا يضاف إلى المجيز بالإجازة.

وفيه: النهى السابق لا ينفصل ارتباط العقد و المجيز و للمالك أن يجيز العقد و ينفذه، و الشاهد عليه نهى التجار للدلالين عن معاملة خاصة و إجازتهم لها بعد وقوعها لمصالح.

و منها: النهى السابق يدل على الكراهة الباطنية و هى مانعة عن تحقق العقد و انتسابه إلى المالك.

وفيه: الكراهة الباطنية لا تمنع من تحقق العقد لا عرفا و لا شرعا. و الشاهد عليها صحة عقد النكاح على المرأة التى تكره الزواج أو بيع المضطر.

نعم، عقد المكره يكون باطلاً و هو غير من له الكراهة الباطنية.

و الحاصل: عقد الفضولى مع سبق نهى المالك صحيح إذا أجازة المالك و نهيه السابق و كراهته الباطنية لا يمنعان الصحة، و الحمد لله.

و لذا قال السيّد العاملى فى كتاب الحجر: «و اشتراط بعضهم عدم مسبقته بنهى المالك غير جيّد على إطلاقه، و إلا فالغاصب و العبد منهيان شرعا عن التصرف، فالأول

فى مال الغىر؁ و الثانى فى نفسه؁ بل قد نقول: إن هذا النهى مطلقا غير مضر؁ لكن قضية كلامهم فى هذا المقام أن الغرماء لو صرّحوا بالردّ لا يفسخ العقد؁ فإنما يعتبر كلامهم فى الإجازة لا فى الردّ؁ وأنّ الواقع موقع المجيز هو بقاء شىء من ماله يسع ذلك؁ فإن حصل ذلك كان إجازة وإلاّ كان ردّا؁ وقد تبّهنا على ذلك فى باب البيع عند قوله «و الأقرب اشتراط أن يكون مجيزا فى الحال»⁽¹⁾ و بيّنّا الحال فى ذلك»⁽²⁾.

ص: 319

1-1 . قواعد الأحكام 2/19.

2-2 . مفتاح الكرامة 16/251.

إشارة

قال الشيخ الأعظم: «و هذا غالبا يكون في بيع الغاصب»(1).

الأقوال في بيع الغاصب:

إشارة

أكثر الفقهاء عدّوا بيع الغاصب من أقسام بيع الفضولي و من أفرادهِ كما صرّح به فخر المحقّقين في الإيضاح(2)، و على أنّهُ من أفرادهِ والده العلامة في التذكرة(3) و المختلف(4) و نهاية الأحكام(5) و الشهيد في الدروس(6) و حواشيه(7) و الفاضل المقداد في التنقيح(8) و المحقّق الثاني في جامع المقاصد(9) و الصيمري في غاية المرام(10).

القول الأول

قال الشيخ أسدالله التستري: «... و هو قضية إطلاق الباقيين و اللازم من فتاواهم في

ص: 320

- 1-1 . المكاسب 3/376.
- 2-2 . إيضاح الفوائد 1/417.
- 3-3 . تذكرة الفقهاء 10/17 و 219.
- 4-4 . مختلف الشيعة 5/55.
- 5-5 . نهاية الأحكام 2/476.
- 6-6 . الدروس 3/193.
- 7-7 . نقل عنه في مفتاح الكرامة 12/599.
- 8-8 . التنقيح الرائع 2/27.
- 9-9 . جامع المقاصد 4/76 و 77.
- 10-10 . غاية المرام 2/15.

مسألة ترتيب سلسلة العقود على أحد العوضين»(1).

وقال في الجواهر: «... و من هنا كان بيع الغاصب من الفضولى عند المعظم أو الجميع»(2).

فعلى القول بصحة بيع الفضولى يكون بيع الغاصب صحيحا بإذن المالك. وهذا هو القول الأوّل.

و القول الثانى: هو البطلان مطلقا.

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس فإنّ المحكى

و القول الثالث: التفصيل بين الغاصب و غيره كما عن ابن ادريس (3) فإنّ المحكى عنه نفى الخلاف فى بطلان شراء الغاصب إذا كان بعين المغصوب.

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين

و القول الرابع: التفصيل المنسوب إلى العلامة و ولده و الشهيد و قطب الدين بين علم المشتري بالغصبية و جهله بها.(4)

أقول: بعد ظهور الأقوال الأربعة لابدّ من التذكير بأنّ هذا البيع لا يكون نادرا من غير الغاصب خلافا لما يظهر من الشيخ الأعظم حيث يقول بأنّه «وقد يتفق من غيره بزعم ملكيّة المبيع»(5)، بل كثيرا ما يقع كالبيع الفاسدة المبنيّة على الأمارات المعترية كاليد و السوق و على الاصول المعترية نحو الاستصحاب و أصالة الصحة و غيرها، و البائعون فى هذه الموارد يبيعون لأنفسهم باعتقاد الملكية لهم و إذا ظهر بطلان اعتقادهم يكون مصداقا لهذه المسألة و ضرب الشيخ الأعظم مثلاً لهذه الموارد بصحيفة الحلبي(6) التي رواها المشايخ الثلاثة فى الإقالة بالوضعية التي مرّ الاستدلال بها فى الوجه الثامن من وجوه

ص: 321

1-1 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /31.

2-2 . الجواهر 23/457 (22/282).

3-3 . نقل عنه الفقيه اليزدى فى حاشيته على المكاسب 2/138.

4-4 . كما فى مفتاح الكرامة 12/600، و المكاسب 3/387 و حاشية المكاسب 2/138 للسيّد اليزدى، و هدى الطالب 4/540.

5-5 . المكاسب 3/376.

6-6 . وسائل الشيعة 18/71، ح 1، الباب 17 من أبواب أحكام العقود.

الاستدلال على صحة الفضولي فراجعه (1) و التمثيل تام.

أدلة صحة بيع الفضولي لنفسه

1_ العمومات و الاطلاقات

بالتقريب الذي مرّ في المسألتين السابقتين، قال الشيخ الأعظم: «للعومات المتقدمة بالتقريب المتقدّم» (2).

2_ 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 أيضا.

3_ صحیحة محمد بن قيس

التي رواها المشايخ الثلاثة في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب الخ (3). 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 (4) ثمّ 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. (5) 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 فيجوز ترك الاستفصال فتأمل.

ص: 322

1-1 . راجع هذا المجلد صفحة 230.

2-2 . المكاسب 3/376.

3-3 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

4-4 . مصباح الفقاهة 4/112.

5-5 . راجع هذا المجلد صفحة 315.

4_ الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم

لأنَّ غير الولي إذا اتَّجَرَ بمال اليتيم من دون إذن الولي يكون غاصبا وضا منّا 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. (1)

5_ معتبرة مسمع أبي سيار

(2)

الماضية (3) في الوجه العاشر من وجوه الاستدلال على صحة الفضولي، و الودعي الجاحد يكون غاصبا و أمر الإمام عليه السلام بأخذ نصف الربح منه و هذا الأخذ يكون إذنا 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» (4) 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 لعلّه لا تتم دلالتها على صحة بيع الفضولي _ فالإدعاء في غير محلّه، و لذا استشكل عليه الفقيه اليزدي بقوله: «و المؤيدات المتقدمة أيضا غير جارية» (5).

ص: 323

1-1 . راجع هذا المجلد صفحة 217.

2-2 . وسائل الشيعة 19/89، ح 1، الباب 10 من أبواب كتاب الوديعة.

3-3 . راجع هذا المجلد صفحة 245.

4-4 . المكاسب 3/376.

5-5 . حاشية المكاسب 2/138.

ذكر الشيخ الأعظم (1) خمسة وجوه للبطلان و ناقش الجميع:

الوجه الأول: النبويان

الماضيان فى أول الاستدلال بالسنة الشريفة (2) على بطلان بيع الفضولى و الجواب عنهما كالجواب فلا نعيد.

قال الشيخ الأعظم: «بناءً على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه» (3).

وقال الفقيه السيّد اليزدى فى تبين مراده: «يعنى بعد ما عرفت من اختصاص موردها بالبيع لنفسه وإلاّ 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، وإلاّ فالأمر أوضح» (4).

أقول: تبينه تام، و بيع الفضولى بعد إجازة المالك يستند إليه و يدخل فى عنوان بيع ما عنده و بيع ما يملك بلا فرق بين بيعه للمالك أو مع سبق نهيه أو لنفس الفضولى و لذا قال الأستاذ المحقق _ مدظله _ «مع لحوق الإجازة يتبدّل الموضوع و يصحّ البيع» (5). هذا أولاً.

و ثانياً: على فرض تعميم الحديثين على صور بيع الفضولى أو اختصاص موردهما ببيعه لنفسه لا- لمالكه يدلان على بطلان صور بيع الفضولى أو الصورة الثالثة التى يبيع الفضولى لنفسه، و الأدلة الدالة على صحة الفضولى عمومًا أو خصوص الصورة الثالثة يخصصن عموم الحديثين بجريان قاعدة العام و الخاص.

ص: 324

1-1 . راجع المكاسب 3/3786 و ما بعده.

2-2 . راجع هذا المجلد صفحة 264 و 268.

3-3 . المكاسب 3/376.

4-4 . حاشية المكاسب 2/138.

5-5 . العقد النضيد 3/140.

الوجه الثاني: اعتبار عدم سبق منع المالك

و هذا الاعتبار مفقود في المغصوب وقد مرّ عن المحقّق الكركي(1) بأنّ الغصب قرينة عدم الرضا و معلوم بأنّ عدم الرضا يعنى الكراهة و هى عبارة أخرى عن الرّد، و بقاء هذه الكراهة _ أى الرّد _ بعد العقد ولو آنا ما كافٍ فى الرّد و البطلان و أجمع الأصحاب على بطلان العقد بعد الرد و أنّ الإجازة بعد الرد لا تصححه

و ذكر هذا الوجه الشيخ أسدالله التستري(2) و أحال جوابه على ما ذكره فى المسألة الأولى.

و ناقش فيه الشيخ الأعظم(3) بأمور:

الأول: الدليل أخصّ من المدعى، لأنّه مختص بالغاصب و البحث فى هذه الصورة أعمّ من الغاصب و غيره من الذين يرون مال الغير ملكهم خطأً.

الثانى: 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 فى بيع المضطرّ.

الوجه الثالث: فقدان قصد المعاوضة الحقيقية

إشارة

قال العلامة: «لا يتصوّر أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه»(4).

و مراده: اعتبار المعاوضة الحقيقية فى البيع و هى دخول الثمن فى ملك من يخرج المبيع من ملكه و دخول المبيع فى ملك من يخرج الثمن من ملكه، و قصد هذه المعاوضة

ص: 325

1-1 . جامع المقاصد 4/69.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /32.

3-3 . راجع المكاسب 3/377.

4-4 . تذكرة الفقهاء 13/246، و نحوها فى القواعد 2/127.

مفقودة في بيع الفضولي لنفسه، لأنّه يريد خروج المبيع من ملك مالكه ولكن دخول الثمن في ملك نفسه، وإذا لم يقصد المعاوضة الحقيقية لم يتحقق المعاودة و ما هو مقوم للعقد فلم يتحقق البيع. (1)

وأجاب الشيخ الأعظم عن هذا الوجه بجوابين

إشارة

(2):

الأول: الدليل أخص من المدعى لأنه يختص بالغاصب

الأول: الدليل أخص من المدعى لأنه يختص بالغاصب، وأما من كان معتقدا بملكية المبيع له يتمشى منه قصد المعاوضة الحقيقية.

الثاني: الغاصب بعد أن يدعى أنه مالك يقصد المعاوضة الحقيقية

الثاني: الغاصب بعد أن يدعى أنه مالك يقصد المعاوضة الحقيقية، فقصد المعاوضة الحقيقية موجودة و مبنية على أمر غير واقعي، و ادعاه يكون نظير المجاز الادعائي في الأصول.

ثم اعترضوا على جوابي الشيخ الأعظم بأمور لا يتم بعضها:

الاعتراض الأول:

الاعتراض الأول: توجيه الشيخ الأعظم «يختص بالغاصب و الموضوع في المسألة الثالثة أعم من الغاصب و يشمل البائع الذي يرى نفسه مالكا جهلاً أو خطأً أو اجتهداً حيث لا يدعى المالكية بل يرى نفسه مالكا حقيقةً منذ البداية فجوابه رحمه الله أخص من المدعى» (3).

و يرد عليه: أنّه لا بدّ أن ينظر إلى جوابي الشيخ الأعظم معاً و من الواضح أنّ من يرى نفسه مالكا يتمشى 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 الحقيقية بعد إجازة المالك و استناد البيع إليه و أخذه للثمن أو ماشاء به، فيرتفع الإشكال من رأسه.

ص: 326

2-2 . راجع المكاسب 3/377 و 378.

3-3 . العقد النصيد 3/142.

الاعتراض الثاني: قال المحقق الإيرواني رحمه الله: «إنّ دعوى الغاصب الملكية تارة تكون من قبيل الواسطة في الثبوت وأخرى من قبيل الواسطة في العروض، أعنى: [1] تارة يقصد وقوع المعاوضة لنفسه وكان مصحّحه دعواه الملكية كما تثبت الأظفار للمنيّة بدعوى أنّها سبع، [2] وأخرى يقصد وقوع المعاوضة للمالك الواقعي ثم يدعى أنّه هو هو لأجل تملك العوض... وفي هذا (1) يكون للغصب قصدان، قصد كبرويّ وهو قصد وقوع المعاملة للمالك الواقعي وآخر صغرويّ وهو قصد أنّه هو ذلك المالك الواقعي لأجل تلقي الثمن و و تملكه، فإن كان الأوّل: اتّجه عليه أنّ ادّعاء كونه مالكا لا يصحّح القصد إلى المعاوضة الحقيقية فإنّ المعاوضة المبنيّة على الإدّعاء لا تكون حقيقة، و كيف يكون حقيقيّا ما أساسه الإدّعاء ولا أدري كيف ذكر المصنف [الشيخ الأعظم] ذلك مع وضوح فساده، و هل يكون إثبات الأظفار على وجه الحقيقة للسبع الإدّعائي، فإذا كانت المعاملة الإدّعائية لم تجدها الإجازة في صيرورتها حقيقيّة وفي ترتب الأثر عليها.

و إن كان الثاني: فالمعاملة وإن كانت حينئذ حقيقيّة لكن الوجدان يكذب أن يكون للغاصب قصدان وإتّما قصد واحد للمعاملة في حقّ نفسه كالمالك الحقيقي فالادّعاء إن كان فهي من قبيل الواسطة في الثبوت دون العروض... إلى أن قال: _ كيف تكون المعاوضة المبنيّة على أمر غير حقيقي حقيقيّة و هل يزيد الفرع على أصله و لعمرى أنّ هذه الدعوى من المصنف رحمه الله في غير محلّها» (2).

و يرد عليه: أوّلاً: أنّ اعتراضه قدس سره ناشئ من عدم الوصول إلى لبّ المراد في مسلك الحقيقة الإدّعائية في باب المجاز و أنّه «ليس من وضع اللفظ محلّ اللفظ بل هو وضع المعنى محلّ المعنى» (3) فإذا جعل الغاصب نفسه مقام المالك ادّعاءً ينشئ منه قصد المعاوضة حقيقةً لا ادّعاءً فيتمّ المطلوب.

و ثانياً: كثيراً ما يترتب على أمر غير حقيقيّ أمور واقعيّة و حقيقيّة نحو عقد

ص: 327

1-1 . أي الثاني.

2-2 . حاشية المكاسب 2/238 و 239.

3-3 . كما عليه مؤسسها العلامة الجدّ في وقاية الأذهان /106.

النكاح الذى ليس إلا أن يكون اعتباريا و يترتب عليه أُمُورٌ وإِعيَّةٌ و حَقِيقِيَّةٌ كالوطى و الولد و وجوب الإنفاق و الإرث و نحوها.

و ثالثا: لا نقول بصحة بيع الغاصب أو الذى يبيع لنفسه إلا بعد صدور الإجازة من المالك و بعدها يكون نظير مَنْ باع شيئا وَ تَخَيَّلَ أَنَّهُ لغيره فبان أَنَّهُ لنفسه، أو أَنَّهُ سرقة أو خيانة فبان أَنَّهُ لنفسه صح البيع بلا خلاف فى ذلك، أو تزوّج بامرأة، بتخيّل أَنَّهُ خامسة أو ذات بعل أو أُخت زوجته فبانَت أَنَّهُ ليست كذلك بل هى امرأة خَلِيَّة يجوز تزويجها حكم بصحة النكاح اتفاقا. (1)

الاعتراض الثالث:

جواب الشيخ الأعظم رحمه الله بالنسبة إلى الغاصب يجرى فى الغاصب الملتفت لغصبه النازل نفسه منزلة المالك ادعاءً و مجازا ثم بعد هذا الالتفات و التنزيل و الإدعاء أنشأ البيع فيتم بيعه عند الشيخ الأعظم، ولكن هذه القيود يغفل عنها الغاصب غالبا _ لو لم نقل دائما _ و مع غفلته لا يتم ما ذكره قدس سره .

ولذا قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله : «... فَإِنَّا لو سَلَّمْنَا هذا الجعل من الغاصب غالبا فلا نسلّمه دائما، ولو كان الملاك ذلك لزم فى الحكم بصحته بالإجازة إحرار 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...» (2).

الاعتراض الرابع:

لازم جواب الشيخ الأعظم هو التفصيل بين الغاصب الذى يدعى الملكية لنفسه و الذى لا يدعيها، و هذا ممّا لا يلتزم به فقيه، لأنّ المشهور عندهم تصحيح بيع الغاصب بالإجازة اللاحقة من المالك.

قال الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله : «... و لازم هذا الوجه عدم الحكم بالصحة إذا علم منه

ص: 328

1-1 . كما يظهر هذا الأخير من السيّد الخوئى فى مصباح الفقاهة 4/112.

2-2 . حاشية المكاسب 2/139.

عدم التنزيل المذكور و لم يقل أحد بهذا التفصيل»(1).

الاعتراض الخامس:

و بناءً على جوابه قدس سره فلا يصح بيع الغاصب إلا بعد ادعاء المالكية، و إذا شككنا في غاصب بأنه هل يدعى المالكية أم لا؟ تحقّق الشبهة المفهومية و معها لا مجال للتمسك بأصالة الصحة في العمل الصادر منه حتّى نحكم بصحته بعد إجازة المالك الواقعي، لأنّ جريان أصالة الصحة متوقف على إحراز أصل العمل - و هو البيع هنا - ثمّ الشك في اجتماع الشرائط و فقد الموانع، و مع عدم إحراز أصل العمل لا مجال لجريانها.(2) كما مرّ كلام الفقيه اليزدي في عدم جواز التمسك بأصالة الصحة، في ذيل الاعتراض الثالث.

لأجل هذه الاعتراضات تصدّى جماعة من الأعلام لدفع هذا الوجه الثالث و اليك أقوالهم:

جواب الفقيه السيد اليزدي:

قال: «فالصواب في الجواب أن يقال: حقيقة البيع ليس إلا مبادلة مال بمال من غير نظر إلى كونه لنفسه أو لغيره، و هذا 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»(3).

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 أنّه 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.

ص: 329

1-1 . حاشية المكاسب 2/139.

2-2 . هذه الاعتراضات الثلاثة الأخيرة تظهر من العقد النصيد 3/143.

3-3 . حاشية المكاسب 2/139.

وأما تفصيلاً: فلأنّ صدور المعاملة من الغاصب مبنى على تجلّ منه في المالكية بمعنى أنّه يغصب الإضافة الحاصلة بين المالك وملكه ويسرقها وكأنّه يقطع حبل الملكيّة المتصلة بين المالك وملكه ويوصله بنفسه، فبعد سرقة الإضافة يرى السارق نفسه ذا إضافةٍ وذا جديّة اعتبارية، فيبيع ما هو ملك له كسائر أمواله التي تحت سلطنته. وبهذا الاعتبار يصدر المعاوضة منه حقيقةً ويوقع التبديل بين ملكي المالكيين.

ثمّ لا يخفى أنّ هذه المقدمة المطويّة - أي رؤية نفسه مالكا - لا تضرّ بالمعاملة وليس من موانع العقد كمانعية الفصل بين الإيجاب و القبول ونحو ذلك، فإنّ هذا البناء والتشريع كالبناء في العبادات الغير المضرّ بعباديتها... .

ففي مقامنا لو قصد المعاوضة بين ملك نفسه و ملك غيره بأن باع مال الغير لنفسه من دون بنائه على ملكية المبيع أو اعتقاده فهذه المعاوضة فاسدة لأنّه قصد تملك الثمن بلا تملك المثل من ماله.

وأخرى: يقصد المعاوضة بين ملكي المالكيين مع اعتقاده أو بنائه على أنّه مالك فهذا البناء والاعتقاد يلغى ويصحّ العقد بالاجازة والمُسْأ هو المجاز، لأنّ الاجازة تعلّقت بالتبديل بين ملكي المالكيين، لا بالقصد المقارن أو الخطأ في التطبيق»(1).

ويرد عليه: أوّلاً: الغصب يتعلّق بمال الغير أو حقّه وأمّا تعلّقه بالإضافة الملكيّة وسرقتها فهو ممّا لا يمكن أن يُعقّل، ولذا قال السيّد الخميني: «إنّ سرقة الحقيقيّة غير ممكنة ولا واقعة، والسرقّة الإدعائية لا تدفع الإشكال»(2).

ولعلّ لأجل عدم إمكان تعلّقه عدل عنه في دورته الأخيرة ولم يأت بهذا البيان بل قال: «تقوم البيع ونحوه من عقود المعاوضات على العوضين وأنّ المتعاملين ليسا ركنين فيها بخلاف النكاح...»(3).

و ثانياً: يتم ما ذكره من أن البيع هو المبادلة بين المالكين دون المالكيين ولكن لا

ص: 330

1-1 . منية الطالب 2/36 و 35.

2-2 . كتاب البيع 2/142.

3-3 . المكاسب و البيع 2/47.

ينافى حصول المبادلة القهرية بين المالكين عند البيع فحينئذ يعود الإشكال من رأسه، لأنّ بيع الغاصب يوجب خروج المبيع من ملكيّة المالك الواقعي و دخول الثمن في ملكيّة المالك الإدعائي.

و هذا الإشكال الأخير أيضا يرد على الفقيه السيّد اليزدي رحمه 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 الحسيّة الحاصلة بين السلطان و المسلّط و بين المستولى و المستولى عليه استيلاءً خارجيًا فكانّما 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 يعبّر 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 المُمسَكَيْنِ في أيديكما و يعبّر عن هذا في المقام بالبيع، فالبيع أن يأخذ كلّ من العوضين ملكيّة 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 أيضا إمّا من المالكين جميعا أو من أحدهما فيكون التبادل في العينين في ملكيتهما مع انتقال الملك من مالكة الأصلي إلى غيره فيكون هذا ثالث الأقسام و متضمّنًا لمعنى البيع و الهبة جميعا 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 المعوّض، نعم إذا أطلق كان قضيته ذلك... .

وإن تعاسرت من هذا قلنا: فلا أقل من أن يكون ما يصنعه الغاصب أو كل بايع مال غيره لنفسه أو مشتري بماله لغيره هبة معوّضة فيهب مال الغير بازاء أن يهبه الطرف المقابل مال نفسه أو يهب ماله للغير بازاء أن يهب الجانب الآخر ماله لغيره، ويكون القبول الطرف الآخر إنشاءً للهبة الأخرى فإن كان هذا من المالك صحّ بعموم أدلة صحة المعاملات وخصوص أدلة صحة الهبة، وإذا كان من الفضولي صحّ بإجازة المالك بدليل صحة معاملة الفضولي ولكن لازم هذا أن يملك الغاصب الثمن بل لازم الأول أيضا ذلك...»(1). ولإجل تفصيل كلامه راجع إلى كتابه.

أقول: يرد عليه: أولاً: المبادلة تستلزم تبادل العوضين و دخول المعوّض في ملك من خرج من ملكه العوض. وهي من العناوين ذات التعلّق وكلّ عنوان مبادلي يحتاج إلى طرف آخر ليتم من خلاله التبادل. فحقيقة المبادلة يتوقف على المبدل والبدل فلا تتحقّق هذه المبادلة في بيع الغاصب لخروج المال من ملك مالكة الواقعي و دخول الثمن في ملك الغاصب.

وثانياً: الملكية تدخل في العناوين ذات الإضافة الاعتبارية و تحتاج إلى المضاف و المضاف إليه، ففي الهبة ذات المملوك تكون باقية ولكن إضافتها الملكية تتبدّل في جهتي المالكية و المملوكية باعتبار تبادل إضافة الملكية و كذلك الحال في البيع.

و تشبيهها [أى تشبيه إضافة الملكية] بالرسن غير تام لأنّ الملكية من مقولة الإضافة و الرسن وجود رابطتيّ و بينهما برزخ لا يبغيان.

و ثالثاً: و أمّا تصوير بيع الغاصب من كونه مركبا من البيع و الهبة فغير معقول لأنّ البيع عقد متقوم بعدم المجانية و الهبة عقد متقوم بالمجانبة و الجمع بين المجانية و عدمها في عقد واحد من المحالات.

و رابعاً: و تصوير بيع الغاصب بالهبة المعوّضة أيضا غير تام لأنّ العقد أمر انشائيّ

ص: 332

قصديّ و ما يقوم به الغاصب هو البيع فكيف يمكن حمله على الهبة المعوّضة مع عدم قصدتها عند الغاصب. (1)

فلا يتم ما ذكره المحقّق الإيرواني قدس سره .

جواب المحقّق الاصفهاني:

قال بعد نقض بعض الأءجوبة: «والتحقيق: إنّ البيع ليس من المعاوضة بالمعنى المزبور [أى المبادلة الحقيقية الواردة فى كلام الشيخ الأعظم] حتّى يرد المحذور المذكور [أى الإشكال الذى طرحه الشيخ الأعظم] بل هو التملك لا مجاناً _ أى تملك شىء فى قبال شىء بحيث لا يكون مجاناً _ فالتملك بإزاء سقوط الحقّ عن ذمّته تملك شىء بإزائه شىء، لا بحيث يقوم مقامه فى ماله من الإضافة، بل قد مرّ فى محله (2) من أنّ البيع لا يجب أن يكون تملكاً كما فى بيع العبد بالزكاة فإنّ حقيقته قطع إضافة الملكية بإزاء شىء لا تملك من يؤدى الزكاة فراجع ما قدمناه» (3).

و يرد عليه: أولاً: تعريف البيع بالتملك لا مجاناً لا يطابق ما هو المرتكز عند العقلاء، لأنّه ليس عندهم مركباً من أمر وجودى و أمر عدمى، مضافاً إلى أنّ الأمر العدمى كيف يكون فصلاً للأمر الوجودى.

و ثانياً: لو تنزّلنا و قبلنا منه هذا التعريف الأخير _ أى التملك لا مجاناً _ فكيف يمكن الجمع بينه و بين تعريفه فى أوّل البيع بأنّه «البيع: هو المعنى الذى يحصل بالتسبب إليه بإنشاء» (4).

و مراده بالأخير أنّ البيع متقوم بقصد التسبب بإنشاء الملكية الشرعية و العرفية،

ص: 333

1-1 . يظهر هذه الرودود من الاستاذ المحقّق _ مدظله _ بناءً على ما ورد فى العقد النضيد 3/(150-148).

2-2 . راجع حاشية المكاسب 1/64.

3-3 . حاشية المكاسب 2/118.

4-4 . راجع حاشية المكاسب 1/64.

مضافا إلى أنه لا يمكن أن يتمشى من الغاصب التسبب بذلك. (1)

جواب المحقق السيد الخوئي:

ظهر منه قدس سره جوابان لهذا الإشكال في الدوريتين المختلفين من درسه الشريف:

1_ في الدورة الأولى تبع المحقق السيد الخوئي استاذَه الأصفهاني وقال: «حقيقة البيع... ليس إلا إعطاء لا مجان ولا يعتبر فيه دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس، لما يرد على العلامة و من تبعه [القائلين بهذا الاشتراط _ أى دخول العوض في كيس من خرج عن كيسه المعوض وبالعكس] من النقض 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» (2).

يرد عليه غير ما أورده على المحقق الأصفهاني رحمه الله في الإشكال الأول، أولاً: تعريف البيع بالإعطاء لا مجاناً مخالف لما اختاره في تعريف البيع في أول تقرير دروسه من أنه «تبديل عين بمال في جهة الإضافة» (3). و بين التعريفين بون بعيد و فرّق مديّد.

و ثانياً: و ما أورده قدس سره من النقوض على اشتراط العلامة لا يرد لأن بيع الكلّي يدل على عدم اعتبار ملكية المبيع لبائعه حين البيع، لا نفى الاشتراط المذكور.

و أما بيع الاوقاف و الزكوات فلا يدل على نفى الاشتراط المذكور لأن في هذه البيوع يدخل العوض في كيس من يخرج عن كيسه المعوض، لأن المخرج عن كيسه هو الجامع المنطبق على كل 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 (4) قدس سره .

2_ ولكن في دورته الثانية قال: «... حقيقة البيع عبارة عن الاعتبار النفساني

ص: 334

1-1 . الاشكالان للاستاذ المحقق _ مدظله _ كما في العقد النضيد 3/152.

2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/350.

3-3 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/16.

4-4 . إرشاد الطالب 3/353.

المظهر بـمـبرز خارجي، و من الظاهر أنه يمكن تحقق هذا المعنى بمحض وجود المتبايعين، 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 الإخلال 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»(1).

و يرد عليه: أولاً: ما ذكره بعنوان حقيقة البيع _ الاعتبار النفساني المُظهِر بـمـبرز خارجي _ ليس حقيقة البيع بل هو تعريف الإنشاء على مبناه الخاص المتفرد به(2) في قبال المشهور _ حيث ذهب إلى أن الإنشاء أمر نفساني أو اعتبار كذلك يظهر بـمـبرز 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 أما أن يدعى 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 يقتضى 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(3)، و لعل السيد الخوئي فطن لعوده و لذا قال بعد ما ذكرناه عنه: «نعم، يعتبر في

ص: 335

1-1 . مصباح الفقاهة 4/114.

2-2 . راجع لتفصيل البحث محاضرات في اصول الفقه 1/99 و 98، طبع موسوعته.

3-3 . راجع العقد النضيد 3/153 بتقرير منّا.

مفهوم البيع قصد المتبايعين دخول العوض في ملك من خرج المعوض عن ملكه و بالعكس وإلا 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 سببا لبطلان البيع جزما ضرورة أنّ الاشتراط المزبور على خلاف مقتضى العقد»(1).

جواب المحقق السيد الخميني رحمه 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 من يخرج من ملكه المثلث و هذا المعنى لا يتحقق في بيع الغاصب لنفسه ولو تمّشّى 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 أسبابا واقعية و عللاً لإيجاد الملكية أو الزوجية 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 واقعية، فلا يعقل أن تكون الأسباب عللاً لها، لعدم إمكان علّيتها لاعتبار العقلاء، بل له مبادٍ خاصة به فإنشاء أيّما تحقق لا يوجد الملكية، بل قد يكون موضوعا لاعتبار العقلاء كالإيجاب و القبول من الأصليين... ففي جميع الموارد لا يكون إيجاد السبب موجبا لوجود المسبب أي الملكية، و ليس التملك الواقعيان من قبيل الإيجاد و الوجود أو الكسر و الانكسار، بل الإيجاب و القبول موضوع لاعتبار العقلاء...»(2).

ص: 336

1-1 . مصباح الفقاهة 4/114.

2-2 . كتاب البيع 2/144.

وقال في دفع الإشكال العقلائي: «إنّ ماهية البيع عبارة عن مبادلة المال بالمال، وهذا المعنى لا يتقوم بإخراج المال عن ملك البائع و إخراج العوض عن ملك الطرف كما في بيع الوقف أو بيع وقف بمال وقف بناءً على عدم كون الموقوفة ملكاً لأحد و كمبادلة الزكاة بمثلها من وليين شرعيين.

نعم، بعد تأثير الإيجاب و القبول بالمعنى الذى تقدّم و صيرورة العين ملكاً للمشتري غالباً، و فى المعاملات المتعارفة يسقط ملكية البائع عن المبيع و ملكية المشتري عن الثمن و هذا غير كونهما داخلياً فى ماهية المعاملة، فالمعاملات المتعارفة من الفضولى لنفسه بل كلّ متعاملٍ هى المتبادلة بين المالكين من غير كون خروج العين من الملك و دخول الثمن فى الملك فى حريم الإنشاء فبيع الفضولى لنفسه كبيع الفضولى للمالك بل كبيع الأصليين فى مقام الإنشاء... إلّا أنّ بيع الأصيل بتعقب القبول يصح و يصير موضوعاً للأثر و بيع الفضولى يحتاج إلى الإجازة، و بالإجازة يدخل الثمن فى ملك البائع و المثلث فى ملك المشتري، و تية الفضولى _ كون الثمن داخلياً فى ملكه _ لو فرض إمكانه أو دعواه كونه منه أو اعتقاد الجاهل به غير مربوط بماهية المعاملة و البيع. و على ذلك يدفع إشكال(1) عدم لحوق الإجازة بالبيع المذكور، و أنّ ما وقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و قد اتضح أنّ هذا الجواب يدفع الإشكاليين...»(2).

المختار فى الجواب و نقد القسم الأخير من جواب المحقق السيد الخميني:

أقول: ما ذكره قدس سره فى دفع الإشكال العقلى تام، و هو ما أصّر عليه من أنّها أمور اعتبارية محضّة و لا واقعية لها أصلاً إلاّ فى عالم الاعتبار، و ليس المراد بالإنشاء هو استعمال اللفظ بقصد إيجاد المعنى فى وعائه و ترتب الإيجاد على الإنشاء مباشرة و فعلاً، بحيث يكون الإنشاء عدّة تامّة لإيجاد المُنشأ، بل المراد به استعمال اللفظ فى مقام إيجاد المعنى فى وعائه المقرّر له على نحو العلية الناقصة بحيث لو انضم إليه ماله دخل و

ص: 337

1-1 . هذا هو الإشكال الإتي فى الوجه الرابع فانتظر.

2-2 . كتاب البيع 2/146 و 145.

تأثير في تحقق المُشْتَأ فترتب عليه وإلا رُوْعَى حَتَّى يَنْصَمَّ إِلَيْهِ، فيكون الإنشاء جزءاً للعلامة لا كلها. (1) فيرتفع الإشكال من رأسه وأساسه ففي بيع الغاصب سواءً يكون ملتفتاً أم غير ملتفت وفي بيع الفضولي لنفسه روعى إنشاءه حتى يلحقه إجازة المالك فإن لحقه تم البيع وإلا فلا، وبهذا البيان يرتفع الإشكالين لأن الإجازة تم الإنشاء ويدخل الثمن في ملك المالك المجيز.

وأما 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 النَّائِنِي، و الأُولَى لِلْمُحَقِّقِ الْإِيروَانِي ولا نعيدها.

مضافاً: إلى عدم تمامية مؤيداته في بيع الوقف ونحوه كما مرّ في مناقشتنا الثانية لِلْجَوَابِ الْأَوَّلِ لِلْمُحَقِّقِ السَّيِّدِ الْخَوْنِي فلا نعيدها.

و ثالثة: 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 أن «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 كلِّ حالٍ.

تنبيه:

قال العلامة: «لو اشترى الفضولي لغيره شيئاً بمال نفسه فإن لم يُسَمِّه وقع العقد على المباشر سواء أذن ذلك الغير أو لا. وإن سمّاه فإن لم يأذن له لَعَتِ التسمية، وبه قال الشافعي... والأقرب: البطلان فيما لو أذن، إذ ليس للإنسان أن يملك شيئاً و الثمن على غيره...» (2).

وأورد الشيخ أسدالله التستري عليه بقوله: «و يلزم من كلامه أنه لو باع مال

ص: 338

1-1 . لتوضيحه راجع منتقى الاصول 1/134 و ما بعده.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/218.

غيره لنفسه ثم أذن المالك _ أى أجاز _ على ما وقع عليه العقد كان أيضاً باطلاً للعلّة المذكورة»(1).

وظاهره النقض على العلامة بالزامه بالبطلان _ بمقتضى تعليقه _ فى مسألتنا وهى بيع الفضولى مال غيره لنفسه مع ذهاب المشهور إلى صحته.

لأنّ التستري رحمه الله يرى مسألتنا _ وهى بيع الفضولى مال غيره لنفسه _ و مسألة التى ذكرها العلامة _ وهى الشراء للغير بمال نفسه و هى عكس تلك _ تكونا من باب واحد، لأنّ تنزيل الغير منزلة نفسه ثابت فيهما.

و اعترض الشيخ الأعظم على التستري وقال: «وقد تخيّل بعض المحقّقين أنّ البطلان هنا [أى فى مسألة العلامة و هى الشراء للغير بمال نفسه] يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه، لأنّه عكسه، وقد عرفت أنّ عكسه هو ما إذا قصد تملك الثمن من دون بناءٍ و لا اعتقادٍ لملك المثلث، لأنّ مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالك إذا أجاز»(2).

مراده من «قد عرفت» قوله قدس سره: «نعم، لو باع لنفسه من دون بناء على ملكيّة المثلث و لا اعتقاد له، كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالك لعدم تحقّق معنى المعاوضة»(3).

توضيح كلامه: مسألة العلامة _ الشراء للغير بمال نفسه _ هى على عكس مسألتنا _ بيع الفضولى لنفسه مال غيره _ بناءً على عدم إدعاء المالكية من البائع الفضولى لنفسه للمثلث _ العين _ و قصد تملكه الثمن، و يرد إشكال التستري عليه. و إمّا بناءً على مقالة الشيخ الأعظم من ثبوت ادعاء المالكية للبائع الفضولى لنفسه، فليست تلك عكس هذه، لأنّ فى مسألة العلامة هذا الادعاء مفقود. فلا يرد إشكال التستري على العلامة.

أقول: قد مرّ أنّ جواب الشيخ الأعظم قدس سره لم تصحح المعاوضة الحقيقية فثبوت هذا

ص: 339

1-1 . مقابس الأنوار _ كتاب البيع /32.

2-2 . المكاسب 3/378.

3-3 . المكاسب 3/378.

الإدعاء _ على فرض الشيخ الأعظم _ وعدمه فى عكسه لا يفرّق بين المسألتين فلا يتم ردّ الشيخ الأعظم على التستري، وإيراده واردٌ على كلام العلامة.

وقد ظهر من جوابنا دفع إشكال المعاوضة الحقيقية على مسألتنا _ بيع الفضولى لنفسه _ وأما بالنسبة إلى فرع العلامة _ الشراء للغير بمال نفسه _ فَيُمْكِنُ الحكم بصحته أيضاً لأنّ ما هو المتعارف فى هذه الموارد توكيل للبائع فى تمليك العين إلى ذلك الغير بعد دخوله فى ملك المشتري، فينحل إلى عقود، البيع والوكالة والهبة. كما يظهر الانحلال إلى هبة وبيع معاً من جدى كاشف الغطاء(1) قدس سره و يأتى كلامه فى ما بعد فى الإشكال الآتى [الرابع] فانتظر.

و كذلك إذا قال للغير: اشتر بمالى هذا لنفسك شيئاً، فهذا الكلام أيضاً توكيل للعاقده فى تمليك الشئ ء لنفسه بعد الشراء و دخوله فى ملك صاحب المال، أو تمليك ذلك المال من المالك على أن يصرفه العاقده فى شراء هذا الشئ ء.(2)

الوجه الرابع: المنشأ غير مجازٍ و المجاز غير منشأ

إشارة

بتقريب: إن أراد المالك أن يجيز البيع على نحو اوقعه الفضولى بأن يكون راجعاً إلى الفضولى فهذا لا يقبل إجازة المالك لعدم صحة هذا البيع بواسطة عدم تحقّق المعاوضة الحقيقية لأنّ الثمن يدخل فى ملك غير من خرج المثل من ملكه.

و إن أراد المالك أن يجيز البيع لنفسه لا _ للفضولى فهذا أمر لم ينشأ الفضولى حتّى أجازته المالك، لأنّ الفضولى أنشأ البيع لنفسه لا لمالكه.

و هذا يعنى الواقع غير مجاز و المجاز غير واقع. و هو الإشكال الرابع الذى طرحه الشيخ الأعظم.(3)

و جوابه: يظهر ممّا ذكرنا فى جواب الإشكال الماضى من أنّ انشاء الفضولى بالنسبة إلى أصل البيع _ لا كونه لنفسه _ رُوعى حتّى يلحقه إجازة المالك و بعدها يصير

ص: 340

1-1 . شرح القواعد 2/85.

2-2 . راجع إرشاد الطالب 3/353.

3-3 . راجع المكاسب 3/378.

البيع، بيع المالك و يدخل الثمن في كيسه فالمُشْتَأ والمُجَاز كلاهما واحد، لأنَّ الفضولي أنشأ أصل البيع وأجازة المالك فتمَّ الجواب.

ولكن يظهر جوابٌ آخَرُ من المحقِّق القمي في أجوبة مسائله و كتابه قال في مسألة مَنْ باع شيئاً ثم ملكه و دفع إشكال عدم كون إجازة المالك الفعلي إيثاقاً للعقد الذي أوقعه الفضولي: «ويمكن 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(1) وفاقاً لشيخه المحقِّق _ على أننا نقول: إنَّه لا مناص لهم أيضاً عن ذلك أى إلتزام العقد الجديد في بعض الصور. و توجيه صدقها عليه بملاحظة ما يشبه نوعاً من الاستخدام(2)، 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 رضا 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 تبديل 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 تبديل الرضا و الإيقاع بتحقيق لحوق الرضا من المالك عن المالك... و الحاصل: أنَّ الإجازة في بيع الغاصب إنَّما هو في معنى التزم و ورود معاملة جديدة على مال المغصوب منه، لا إمضاء للعقد السابق...»(3).

ص: 341

1-1 . كشف الرموز 1/445.

2-2 . 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 /15 للجرجاني]. وقد أُلْفَ فيه جماعةٌ و من الأدباء رسائلٌ مُسْتَقْلَةٌ.

3-3 . جامع الشتات 2/320 من الطبع الحروفي، (1/164 من الطبعة الحجرية).

وقال قبل أقل من خمسين صفحة: «... والتحقق: وإن كان انتفاء الجنس بانتفاء الفصل _ أى انتفاء جنس التملك بانتفاء فصله و هو وقوعه للغاصب _ وأنه لا بقاء للجنس بعد انتفاء الفصل و أنّ عقد الغاصب حرام و فاسد بالنسبة نفسه، لكنّه عَقَدَ البيع عرفاً. و فائدة ملاحظة الجنس هنا الإشارة إلى الصيغة، يعنى: أنّ العقد الذى وقع بضمّ الصيغة إلى قصد كونها واقعةً على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشتري العالم، قد بدّلته بغيرها على ذلك المال بعينه لنفسى، فيكون عقداً جديداً كما هو أحد الأقوال فى الإجازة... فالمعيار هو وقوع الإيجاب و القبول على ملكٍ معيّن... و لا يذهب عليك أنّ ما اخترناه من كون ذلك عقداً جديداً لا ينافى القول بالكشف، إذ معناه: إنى جعلتُ هذا العقد فى موضع ما أوقعه الفضولى، لا إنى جعلته ناقلاً من الحين كما هو الظاهر من لفظ العقد الجديد...»(1).

و ذهب إلى نظير هذا الكلام فى كتابه غنائم الأيام(2) فراجعها.

و اعترض عليه الشيخ الأعظم(3) بما حاصله: إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب و الآخر القبول.

بيان الملازمة: إيجاب العاقد الفضولى قد تبدّل بإيجاب المالك بسبب إجازته، و بعد تبديل صيغة الإيجاب لا محالة صيغة القبول تتحوّل، مع أنّ المشتري لا يُنشئ صيغة قبول جديد حتى يتملك المبيع من جديد، فلا بدّ حينئذ من الالتزام بقيام الإجازة مقام القبول أيضاً، فبالنتيجة أنّ الإجازة تقوم مقام الإيجاب و القبول الجديدين.

و هذا القيام خلاف للإجماع و العقل: لأنّه لم يقل أحدٌ من الفقهاء بقيام الإجازة مقام الإيجاب و القبول. و لا يعقل أن يتغيّر الشىء عمّا وقع عليه و يتبدّل بيع الفضولى ببيع المالك فلا يتم جواب المحقق القمى قدس سره .

و قال الفاضلُ الآبى رحمه الله: «و الذى نراه أنّ البحث مبنى على أنّ النهى هل يدلّ فى

ص: 342

1-1 . جامع الشتات 2/276 من الطبع الحروفى، (1/155 من الطبعة الحجرية).

2-2 . غنائم الأيام /541، 554، 555 من الطبعة الحجرية.

3-3 . المكاسب 3/380.

المعاملات على فساد المنهى عنه أم لا؟ فَمَنْ قال بالأول يلزمه القول بالبطلان، لأنَّ الفاسد باطل، اللهم إلا أن يقول: إنَّ عقد البيع لا يستلزم لفظاً مخصوصاً أعني «بعت» بل كلُّ ما يدلُّ على الانتقال فهو عقد فلو (فمن ظ) يلتزم هذا القول يكون إجازة المالك عنده بمثابة (بمنزلة خ ل) عقد ثان، و من قال بالثاني فله أن يقول: العقد الأول لا يوصف بالصحة و لا الفساد، بل يقف على إذن المالك فإنَّ أذن فهو صحيح و إلا ففساد.

و إذا تقرّر هذا فلا إشكال على شيخنا(1) _ دام ظله _ لأنَّ النهي عنده في المعاملات لا يقتضى الفساد، و لا للبيع لفظ مخصوص، بل يشكل على الشيخين لأنَّهما يخالفانه في المسألتين، و المختار عندنا اختيار شيخنا _ دام ظله _ (2).

يرى السيّد العاملى هذا الكلام قولاً ثالثاً في الإجازة في قبالة الكشف و النقل، و قال: «و قضية كلامه في الكتاب المذكور أنَّ الإجازة بيع فكأنَّه قول ثالث كما ستسمع»(3).

و قال أيضاً: «و قد سمعت ما في كشف الرموز عن شيخه فكأنَّه قول ثالث»(4).

و قال الشيخ الأعظم حول كلام الفاضل الأبي: «و أما القول بكون الإجازة عقداً مستأنفاً فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم و إنَّما حكى كاشف الرموز عن شيخه أنَّ الإجازة من مال المبيع بيع مستقل فهو بيع بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضمُّ إليه القبول المتقدّم من المشتري»(5).

أقول: لا بدّ من التنبيه على أنَّ كلام الفاضل الأبي يجري بالنسبة إلى الفضولى المعهود و جريانه بالنسبة إلى القسم الثالث من الفضولى على القاعدة لا لتنقيص منه عليه.

و العجب من الشيخ الأعظم رحمه الله حيث حمل كلام الفاضل الأبي على أنَّ الإجازة

ص: 343

1-1 . و هو المحقّق الحلّي صاحب الشرائع.

2-2 . كشف الرموز 1/445 و 446.

3-3 . مفتاح الكرامة 12/601.

4-4 . مفتاح الكرامة 12/606.

5-5 . المكاسب 3/380.

بيع جديد «بغير لفظ البيع قائم مقام إيجاب البائع وينضم إليه القبول المتقدم من المشتري»⁽¹⁾ ولكن حمل كلام المحقق القمي على إذا كانت الإجازة عقداً جديداً يلزم أنّها قامت مقام شيئين أحدهما الإيجاب والآخر القبول وهذا القيام عنده مخالف للإجماع والعقل، مع تصريح المحقق القمي رحمه الله بأنّ معنى كلامه: «إني جعلت هذا العقد في موضع ما أوقعه الفضولي»⁽²⁾ أي الإيجاب فقط دون القبول، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقق القمي.

جواب الشيخ الأعظم:

وحيث لم تتمّ مقالة المحقق القمي عند الشيخ الأعظم قال: «فالأولى في الجواب منع مغايرة ما وقع لما أُجيز و توضيحه...»⁽³⁾.

بيّنا: إنّ الفضولي لنفسه بإيجابه يقصد تملك العين للمشتري بأزاء الثمن، ولا يدلّ إيجابه على كون العين ملكاً له أو لغيره، ولكنّه حيث يبني على مالكيته للعين فلازم هذا الإدعاء تملك الثمن. وهذا الادعاء المترتب عليه تملك الثمن فهو خارج عن مدلول الإيجاب. فحينئذ يتحقق في إيجابه قصد المعاوضة والمبادلة الحقيقية بين العين والثمن، والمالك أجاز هذه المعاوضة والمبادلة الحقيقية ويتملك الثمن، فما وقع عين المجاز والمجاز عين ما وقع.

ولكن يشكل جريان هذا الجواب بالنسبة إلى المشتري لنفسه بمال الغير لأنّه أنشأ مثلاً تملك الثوب لنفسه وإذا أجاز مالاً للمال ينتقل الثوب إليه ولا يدخل في ملك المالك فلا يتمّ المبادلة الحقيقية. ولذا لا بدّ من الالتزام بكون الإجازة نقلاً مستأنفاً بحيث ينتقل بها الثوب للمشتري إلى مالك المال. فينصرف الإجازة عن معناها وهو التنفيذ.

وبهذا الأشكال تعلق نظر العلامة حيث يقول: «لرباع الفضولي أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أنّ الآخر إنّما قصد تملك العاقد. أمّا مع العلم فالأقوى ما تقدّم

ص: 344

1-1 . المكاسب 3/380.

2-2 . جامع الشتات 2/276.

3-3 . المكاسب 3/380.

أى الوقوف على الإجازة _ وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»(1).

مراده من الأشكال: هو أنّ الآخر مع جهله بفضولية العاقد يملكه و مع التمليك يشكل الإجازة. وفي الغاصب _ مع علم المشتري _ يكون أشكل كما ذكره قدس سره .

عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه

عدّ المحقق التستري كلام العلامة ثالث وجوه الإشكال على بيع الغاصب لنفسه ثمّ ردّه بقوله: «و يلزم عليه أنّه لو باع الوكيل أو إشتري مع الآخر جرى الإشكال. و أنّه لو علم الآخر بكونه فضوليًا و هو قد قصد البيع لنفسه كان أيضا موضع إشكال بعدم مطابقة القصدين»(2).

مراد التستري من نقضه على العلامة أنّ: الآخر الجاهل بالفضولية إذا أنشأ المالكية للفضول فلا يتمكن المالك من إجازة هذا الإنشاء، كذلك يقتضى هذا الإشكال بطلان عقد الوكيل أو الوليّ مع جهل الآخر بالوكالة أو الولاية مع أنّ الفقهاء يصححونه، و من هنا ظهر عدم العبرة بقصد الأصيل الجاهل و لا بخطابه للفضولى و لا بدّ من الحكم بالصحة هنا أيضا.

و دَفَعَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ نَقْضَ التَّسْتَرِي بِأَنَّ الْعَاقِدَ الْجَاهِلَ بِالْوَكَاةِ

و دَفَعَ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ نَقْضَ التَّسْتَرِي بِأَنَّ الْعَاقِدَ الْجَاهِلَ بِالْوَكَاةِ أَوْ الْوَلَايَةِ إِنَّمَا يَقْصِدُ بِخَطَابِهِ الْعَمُومَ بِحَيْثُ يَشْمَلُ الْوَكِيلَ أَوْ الْوَلِيَّ فَلَا يَقْصِدُ شَخْصَ الطَّرْفِ الْمَقَابِلِ _ الْمَخَاطَبِ _ بِحَيْثُ لَا يَعْمُ غَيْرَهُ. بِخِلَافِ مَنْ يَخَاطَبُ الْفُضُولِيَّ فَإِنَّهُ يَقْصِدُ تَمْلِيكَ الثَّمَنِ لَهُ بِشَخْصِهِ لَا بِمَا يَعْمُ الْغَيْرِ وَ هُوَ الْمَالِكُ، فَالْفَرْقُ بَيْنَ الْفُضُولِيِّ وَ الْوَكَاةِ وَ الْوَلَايَةِ مُوجُودٌ.

أقول: و أنت ترى بأنّ هذا الفرق لا يتم.

ثم قال الشيخ الأعظم: «قد تقطن بعض المعاصرين(3) لهذا الإشكال [الذى مرّ بالنسبة إلى المشتري لنفسه بمال الغير] فى بعض كلماته فالتزم تارة بطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنّه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف

ص: 345

1-1 . تذكرة الفقهاء 10/17.

2-2 . مقابس الأنوار _ كتاب البيع _ 33/.

3-3 . راجع مقابس الأنوار / 131 و 132.

به أخيراً(1)، وأخرى بأنّ الإجازة إنّما تتعلّق بنفس مبادلة العوضين وإن كانت خصوصية ملك المشتري الغاصب للمثمن مأخوذة فيها(2).

وردّ الشيخ الأعظم جواب الأخير للمتظن المعاصر له _ الذى ذكره بقوله وأخرى _ بقوله: «حقيقة العقد... تملكّت أو ملكتُ هذا منك بهذه الدراهم ليس إلاّ إنشأ تملكه للمبيع، فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلي له، بل يتوقّف على نقل مستأنف(3).

مراده قدس سره: إنّ إجازة مضمون هذا العقد _ المشتري لنفسه بمال الغير _ لو تمت تقييد فى مالكية المشتري الفضولى للمبيع وهو خلاف حقيقة المعاوضة، إذ يلزم خروج الثمن عن ملك مالكة من دون عوض، فلا بد من إنشاء مستأنف يتوقف عليه انتقال المبيع _ المثمن _ إلى مالك الثمن وهذا هو عود الإشكال من جديد.

أقول: الظاهر أنّ الشيخ الأعظم حمل كلام المحقّق التستري على ما لا يرضى به، لأنّه حمل القسم الأوّل من كلامه من بطلان شراء الغاصب لنفسه على ما بعد إجازة الغاصب ثم اعترض عليه بأنّه مخالف «للفتاوى وأكثر النصوص» مع أنّ التستري بقريضة عدل الثانى لكلامه وهو الإجازة اراد البطلان قبل الإجازة وهو واضح.

و حمل القسم الأخير من كلامه على أنّ المالك أجاز أصل مبادلة العوضين ولكن خصوصية انتقال المثمن إلى المشتري الغاصب أيضا مأخوذة فيها واستشكل عليه بعود إشكال عدم المعاوضة الحقيقية، مع أنّ «إن» الواردة فى كلامه نافية أعنى هذه الخصوصية غير مأخوذة فلا يعود الإشكال، فلا يتم نقد الشيخ الأعظم على المحقّق التستري رحمهما الله ولعلّه بهذين الحملان فى كلامه خرج من الإنصاف فى حقّه والله هو الغفور.

و حيث لم يتم جواب المحقّق التستري عند الشيخ الأعظم قدس سره تصدى بنفسه

ص: 346

1-1 . مقابس الأنوار _ كتاب البيع /33.

2-2 . المكاسب 3/382.

3-3 . المكاسب 3/382.

إلى جواب الإشكال بقوله: «فالأنسب في التفصّي أن يقال...»(1).

و توضيحه: أن قصد المعاملة الحقيقية يتمشى من المالكين سواء كانا حقيقيين أو ادعائيين. والحكم تابع للحيثية التقيديّة(2) الواقعية لأنها 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 ادعى مالكية الثمن وإلا بدون الادعاء لا تتحقّق منه المعاوضة الحقيقيّة ولكن لما كانت حيثية المالكية حيثية تقيديّة واقعية فتقع المعاملة للمالك الحقيقي بعد إجازته.

ولكن يرد عليه: أولاً: هذا الجواب يبتنى على جوابه عن الإشكال الثالث من أن الغاصب يدعى المالكية بالنسبة إلى ما يبيعه وقد عرفت عدم تماميته في محلّه فالبناء كذلك.

و ثانياً: الجهة المالكية في البيع ونحوه تكون من الجهات التعليلية لا التقيديّة ضرورة أن الغاصب أراد بصيغة بيعه نحو تملكّت خصوص نفسه لا المالك الواقعي وأنه _ أي نفسه الذي يدعى المالكية _ ليس إلا الغاصب.

و ثالثاً: على فرض أنها تقيديّة و كون الحكم وارداً عليها، نمنع اقتضاءها ما ذكره، إذ لا بدّ في ورود الحكم على الجهة مطلقاً من قابلية المحلّ للإطلاق وإلا فلا يستلزم الإطلاق ألا ترى أنك إذا قلت لزيد: «أدخل دارى من حيث إنك صديقى»، لا

ص: 347

1-1 . المكاسب 3/383.

2-2 . الحيثية التقيديّة: إذا كانت الحيثية على نحو جزء الموضوع كناطق للإنسان، والاختلاف فيها يوجب التكثر في الموضوع يعنى ذاتها. وفي مقابلها الحيثية التعليلية: إذا كانت الحيثية خارجاً عن ذات الموضوع نحو كون الشئ علةً أو معلولاً، لأنهما خارجان عن الذات و ان كان نفس التقيّد والتحيث داخلان، مشروطاً على أنّهما مأخوذان على نحو التحيث والتقيّد لا على نحو القيدية. والاختلاف 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 يدعى الملكية و كان تملكه للمثمن من هذه الجهة ولكنه لا يقصد إلا تملك نفسه لا المالك الواقعي.

هذه الردود الثلاثة للفقير اليزدي(1) رحمه الله .

ورابعا: أن بناء الفضولي على الملكية أخص من المدعى، إذ ليس بناء جميع الفضوليين كالغاصبين على ماليتهم حتى يقال: أنهم طبقوا طبيعي المالك الذي هو جهة تقييدية على أنفسهم.

وخامسا: في فرض اعتبار المعاوضة الحقيقية و أنها من مقومات البيع لا يفيد ادعاء الملكية من الفضولي، لأن هذا الإدعاء والبناء لا يوجب الدخول في ملك من يجب أن يدخل في ملكه و لا يتغير الواقع عمّا وقع عليه، و ليس مملكا لا شرعا و لا عرفا.

و هذان الأخيران للمحقق المروج(2) رحمه الله .

و حيث لم يتم جواب الشيخ الأعظم ذهب تلميذه الفقيه المامقاني إلى أن «الحق أن الحكم في هذا المقام غير مطابق للقواعد، فإن تم الإجماع أو دلالة النصوص فذاك، و إلا كان اللازم هو الحكم بالبطان»(3).

ولكن قد مرّ منّا الجواب عن الإشكال و عن الشراء بمال الغير فلا نعيدهما.

ثم نعرض الشيخ الأعظم لـ

جواب كاشف الغطاء قدس سره

قال جدى الفقيه الشيخ جعفر رحمه الله : «ولو أجازته [أى لو أجاز المالك بيع الغاصب] مع القصد لنفسه [أى لنفس الغاصب] على نحو ما قصد [الغاصب] احتمال رجوعه إلى هبة و

ص: 348

1-1 . راجع حاشيته على المكاسب 2/146.

2-2 . راجع هدى الطالب 4/584 و 585.

3-3 . غاية الآمال /369.

بيع معا كقوله: اشتر بمالي لنفسك كذا»(1).

وقال الشيخ الأعظم: «مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة لعقد الفضولي موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولي، ذكره شيخ مشايخنا في شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته(2)»(3).

ثم ذكر(4) عن بعض تلامذته [أى بعض تلامذة الشيخ جعفر] _ ولعل المراد بالبعض أصحاب تبصرة الفقهاء(5) و المقابيس(6) و الجواهر(7) _ فى الاستدلال له وجهين.

أحدهما: التمليك الضمنى:

بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، بعد أن يجيزهما المالك، يدخل الثمن فى الأول و المثلث فى الثانى فى ملك الفضولى _ ولو أنا ما قبل بيعه أو شرائه _ حتى يكون الانتقال من الفضولى صحيحا، ثم هذه الإجازة يتضمن تمليك ضمنى من المالك للغير الفضولى، نظير ما إذا قال: «اعتق عبدك عنى» أو قال: «بع مالى عنك» أو «اشترىك بمالى كذا» فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء.

أقول: أصل هذا البيان _ على ما وجدته مع قصر تبعى _ للعلامة فى التذكرة حيث يقول: «إنما يفتقر إلى الإيجاب و القبول فيما ليس بضمنى من البيوع، أما الضمنى ك_ «اعتق عبدك عنى بكذا» فيكتفى فيه الالتماس و الجواب و لا تعتبر الصيغ المتقدمة إجماعا»(8).

ص: 349

- 1-1 . شرح القواعد 2/85.
- 2-2 . منهم المحقق التستري فى مقابس الأنوار /132.
- 3-3 . المكاسب 3/384.
- 4-4 . المكاسب 3/384 و 385.
- 5-5 . تبصرة الفقهاء 3/349 و 350.
- 6-6 . مقابس الأنوار _ كتاب البيع /33، السطر 16.
- 7-7 . الجواهر 23/364 طبع جماعة المدرسين (22/225 طبع الإسلامية)، و 23/376 (22/232).
- 8-8 . تذكرة الفقهاء 10/10.

ولكن يرد الشيخ الأعظم (1) عليه: أولاً: أنّ الصحة في نفس هذه الأمثلة المذكورة ممنوعة بما مرّ في تنبيه الرابع من بحث المعاطاة. (2) فكيف ببحتنا البيع أو الشراء لنفسه من مال الغير أو به.

و ثانياً: قياس الإجازة على الإذن يكون مع الفارق، لأنّ دلالة الإذن يمكن أن تكوّن تامة لتقدير الملك أنا ما قبل البيع للمخاطب و وقوع البيع في ملكه حينئذ، بخلاف الإجازة لأنّها لا تتعلّق إلاّ بما وقع في السابق و هي رضا بما وقع و تنفيذ له و المفروض أنّ ما وقع هو تبديل مال المالك، لا مال الفضولي العاقد.

و بعبارة أخرى: الإذن إعلامٌ للرضا بما يقع و الإجازة إعلامٌ للرضا بما وقع و بينهما بون بعيد.

أقول: و يمكن المناقشة في الإيرادين: أمّا الأوّل: قد مرّ الصحة في الأمثلة المذكورة بما مرّ في التنبيه الواردة في ذيل الوجه الثالث الماضي (3) فلا نعيده، و يمكن تطبيق بحثنا عليها.

و أمّا الثاني: فنعم، قياس الإجازة على الإذن مع الفارق و هي (الإجازة) إعلامٌ للرضا بما وقع و تنفيذ له و هو (الإذن) إعلامٌ للرضا بما يقع، ولكن في بحثنا ما وقع عبارة عن بيع مال الغير لنفسه أو شراء لنفسه بمال الغير، و جهة الاشتراك في كليهما قيد لنفسه _ لا لمالكه _ و القول بالتمليك الضمني يصحح البيع أو الشراء مع هذا القيد _ لنفسه _ و لا مانع من الالتزام به.

و ثانيهما (4):

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 مالكه إلى

ص: 350

1-1 . المكاسب 3/385.

2-2 . المكاسب 3/83 و 85.

3-3 . راجع صفحة 335 من هذا المجلد.

4-4 . المكاسب 3/385.

المشترى، في ما قال له المالك: «بع هذا لنفسك».

وأما إذا قال له: «اشترلك بهذا» يكفي هذا البيان بعنوان الإذن في الشراء لنفسه بهذا المال، فينتقل ملك الثمن من مالكة مع إذنه إلى البائع ويملك العاقد المبيع.

ويتفرّع على هذا البيان: لو اتفق بعد البيع أو الشراء فسخ المبادلة رجع الملك إلى مالكة دون العاقد سواء كان فضوليًا أو غيره.

ويرد عليه الشيخ الأعظم رحمه الله بقوله: «فلما عرفت (1) من منافاته لحقيقة البيع التي هي المبادلة، ولذا صرح العلامة رحمه الله _ في غير موضع من كتبه _ تارة بأنه «لا يتصور» (2) وأخرى بأنه: «لا يعقل» (3) أن يشتري الإنسان بمال غيره شيئًا، بل ادعى بعضهم (4) في مسألة قبض المبيع: عدم الخلاف في بطلان قول مالك الثمن «اشتر لنفسك به طعاما» وقد صرح به الشيخ (5) و المحقق (6) و غيرهما (7) (8).

ثم استدرک على نفسه بقوله: «نعم، سيأتي في مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع

ص: 351

-
- 1-1 . في أول البيع و تعريفه قال: «هو في الأصل _ كما عن المصباح _ مبادلة مالٍ بمالٍ». [المكاسب 3/7].
 - 2-2 . قال في القواعد 2/127: «لا يتصور أن يبيع ملك غيره لنفسه». وقال في تذكرة الفقهاء 13/246: «لا يتصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه».
 - 3-3 . حكمه بالبطلان موجود في القواعد 1/87 و تذكرة الفقهاء 10/106 و تحرير الأحكام الشرعية 2/338.
 - 4-4 . وهو صاحب الجواهر قال: «بلا _ خلاف أجده فيه لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملك الغير ولو بإذنه». [الجواهر 23/174 من طبع الإسلامية].
 - 5-5 . المبسوط 2/121.
 - 6-6 . الشرائع 2/26.
 - 7-7 . كالقاضي في المهدب 1/387 و الشهيد في الدروس 3/211 و المحقق الثاني في جامع المقاصد 4/400 و الصيمري في غاية المرام 2/58 و ثاني الشهيد في المسالك 3/252، راجع مفتاح الكرامة 14/678.
 - 8-8 . المكاسب 3/386.

علم المشتري بالغضب(1) أنّ ظاهر جماعة _ كقطب الدين و الشهيد وغيرهما _: أنّ الغاصب مسلّط على الثمن وإن لم يملكه، فإذا اشترى به شيئاً ملكه، و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثلث المشتري.

إلاّ أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للثمن مطلقاً كما نسبته الفخر(2) رحمه الله إلى الأصحاب، أو أنا ما قبل أن يشتري به شيئاً تصحيحاً للشراء(3).

أقول: يمكن أن يناقش: بأنّ عدم تصور أن يبيع الإنسان مال غيره لنفسه تام ولكنّه مقيّد بعدم إذن مالكه، ولكن مع إذنه يمكن أن يتصوّر 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 وغيرهما بأنّ شراء الغاصب كان على ذمّته و على نحو ثمن الكلّي لا الشخصى فلا يحمل على مقالة الفخر.

و الحاصل: يمكن تصحيح مقالة جدى الفقيه كاشف الغطاء رحمه الله و وجّهى استدلال بعض تلامذته عليه و هما صاحبا المقابس و الجواهر كما مرّ.

الوجه الخامس: التسليط المجاني لا يكون بيعاً

إشارة

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»(4) _ و ظاهره دعوى الإجماع مع التلف و بدونه _ و مثله ما فى نهاية الأحكام و قال: «و اطلق علماؤنا ذلك»(5). و قال فى

ص: 352

1-1 . المكاسب 3/471.

2-2 . ايضاح الفوائد 1/417.

3-3 . المكاسب 3/387.

4-4 . تذكرة الفقهاء 10/18.

5-5 . نهاية الأحكام 2/478.

المختلف (1) وولده في الإيضاح (2): «قال علماؤنا: ليس للمشتري الرجوع على الغاصب» وأطلقوا القول في ذلك. ونسب عدم الرجوع مع بقاء العين في الإيضاح (3) أيضا في مقام آخر تارة إلى قول الأصحاب وأخرى إلى نصّهم وفي موضع آخر (4) إلى كثير منهم. وفي جامع المقاصد (5) يمتنع استرداده العين عند الأصحاب وإن بقيت العين، وفي موضع آخر من الكتاب (6) المذكور نسبته إلى ظاهر الأصحاب، وفي الروضة (7) نسبته إلى ظاهر كلامه وفي موضع آخر منه (8) إلى الأكثر، وفي المسالك (9) والكفاية (10) والرياض (11) نسبته إلى المشهور، كما يظهر كلّ من المفتاح (12) وفي الجواهر (13): ظهور إطباق الأصحاب، عليه [بأنّ المالك لو ردّ البيع فليس للمشتري الرجوع على البائع بالثمن _ مطلقا 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 وصحّ يكون بيعا بلا ثمن وهو مناف للمعاوضة الحقيقية المعتمدة في البيع فيكون باطلاً.

و هذا الإشكال مختص بصورة علم المشتري بالغصب فلا يجرى في صورة جهله

ص: 353

- 1-1 . مختلف الشيعة 5/55.
- 2-2 . إيضاح الفوائد 1/417.
- 3-3 . إيضاح الفوائد 1/417.
- 4-4 . إيضاح الفوائد 2/194.
- 5-5 . جامع المقاصد 4/71.
- 6-6 . جامع المقاصد 4/77.
- 7-7 . الروضة البهية 3/235.
- 8-8 . الروضة البهية 3/235.
- 9-9 . المسالك 3/160.
- 10-10 . الكفاية 1/450.
- 11-11 . رياض المسائل 8/228.
- 12-12 . مفتاح الكرامة 12/615.
- 13-13 . الجواهر 23/492 (22/306).

أو عدم غاصبية العاقد.

وأصل هذا الاشكال من العلامة الحلّي حيث قال في ما وُجد بخطه الشريف على نسخة بعض تلامذته لكتابه القواعد ونقله الشهيد في الحواشي التجارية وعنه صاحب مفتاح الكرامة قال: «و الفرق بين علم المشتري و جهله أنّ البيع إنّما يتحقّق مع الجهل بالغصبية ليقع العقد شبيها بالصحيح ويقع في ملك البائع فينتقل منه إلى المالك، أمّا مع علمه فلا يقع العقد صحيحا بوجهٍ فلا يستحق البائع الثمن حتّى يستحقّه المالك»⁽¹⁾.

وقال في التذكرة في العبارة الماضية⁽²⁾: «... وفي الغاصب مع علم المشتري أشكل، إذ ليس له الرجوع بما دفعه إلى الغاصب هنا»⁽³⁾.

وقد أجاب عنه الشيخ الأعظم⁽⁴⁾ بثلاثة وجوه:

الأوّل: لا نسلم ما حكم به الأصحاب من أنّه ليس للمشتري استرداد الثمن مع ردّ المالك.

ولذا حكم جماعة من الأصحاب بجواز رجوع المشتري إلى الثمن مع وجود عينه كالعلامة في القواعد⁽⁵⁾ و التذكرة⁽⁶⁾ والمختلف⁽⁷⁾ و نهاية الأحكام⁽⁸⁾، وولده في الإيضاح⁽⁹⁾ و شرح الإرشاد⁽¹⁰⁾، و الشهيد في الدروس⁽¹¹⁾ و اللمعة⁽¹²⁾، و المحقّق الثاني في

ص: 354

1-1 . مفتاح الكرامة 12/599.

2-2 . في صفحة 341 من المخطوطة.

3-3 . تذكرة الفقهاء 10/17.

4-4 . المكاسب 3/388.

5-5 . القواعد 2/19.

6-6 . تذكرة الفقهاء 10/18.

7-7 . مختلف الشيعة 5/56.

8-8 . نهاية الأحكام 2/478.

9-9 . إيضاح الفوائد 1/418.

10-10 . شرح الإرشاد، مخطوط، نقل عنه في مفتاح الكرامة 12/616.

11-11 . الدروس 3/193.

12-12 . اللمعة الدمشقية 110/.

جامع المقاصد(1)، والشهيد الثاني في المسالك(2) و الروضة(3)، و السبزواری فی الكفاية(4).

و كأنّ المحقّق في الشرائع(5) و العلامة في غصب القواعد(6) متردّدان كصاحب مجمع البرهان(7) كما ذكره صاحب المفتاح(8).

و تبعهم جدی الشيخ جعفر.(9)

ولكن ذهب المحقّق(10) إلى القول بالرجوع بالثمن مطلقاً - أي مع وجود عينه و تلفه - .

الثاني: إنّ المشتري لم يسلّط البائع على ماله بوجه الاطلاق، سواء أجازه المالك أم رده، و إنّما سلّطه عليه على تقدير ردّ المالك، و أمّا في صورة الإجازة فإنّما أعطاه للمالك في مقابل المبيع، و عليه إذا أجازه 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،

ص: 355

1-1 . جامع المقاصد 4/71.

2-2 . المسالك 3/161.

3-3 . الروضة البهية 3/235.

4-4 . الكفاية 1/450.

5-5 . الشرائع 2/8.

6-6 . القواعد 2/238.

7-7 . مجمع الفائدة 8/164 و 165.

8-8 . مفتاح الكرامة 12/616.

9-9 . شرح القواعد 2/105.

10-10 . المسائل الطبرية، المطبوعة ضمن الرسائل التسع /306 و 307، و نقل عنه في جامع المقاصد 4/77 و الجواهر 23/491

(22/305).

لأنّها تكشف حينئذ عن أنّ الثمن ملك للمالك من أول الأمر فيكون تسليط المشتري للبائع على ملك المالك لغوا.

وبعبارة أخرى: إنّ الإشكال إنّما يتوجّه على النقل، لأنّه حينئذ يكون المال منتقلاً إلى الغاصب قبل انتقاله إلى المالك المجيز، وأمّا على الكشف فالإجازة تكشف من أنّ التسليط كان لغواً وتسليطاً لمال الغير.

الجوابان الأوّلان تامان، وأمّا الثالث: فهو مبنيٌّ على القول بالكشف الحقيقي الدال على تحقّق الملكيّة من حين العقد للمالك وأنّ الإجازة كاشفة عنها لاحقاً، ولها المدخليّة في الكشف والإثبات دون الثبوت والواقع، فالإجازة على الكشف الحقيقي لم يتأثر في شيء. ولا يمكن الالتزام بهذا القول.

وأمّا على القول بالكشف الحكمي _ أو اشتراط الإجازة بنحو الشرط المتأخر، أو اشتراط وصف التعقب، أو الكشف الانتقالي _ فلا يتمّ جوابه، لأنّ بناءً عليه يكون المال باقياً على ملكيّة أصحابه في حدّ الفاصل بين العقد وصدور الإجازة، وإنّما تحصل الملكيّة واعتبارها من حين صدور الإجازة ولكنّ المعتبر من زمن العقد بمعنى أنّ الإجازة وإن صدرت متأخرة إلاّ أنّها تشمل الفترة السابقة على صدورها إلى حين إنشاء العقد _ وعلى هذا القول (أي الكشف الحكمي) _ يكون الثمن في الفترة الواقعة بين العقد إلى الإجازة للمشتري نفسه حقيقةً ولكنّ ينقلب إلى ملك المالك المجيز من حين صدور الإجازة بحيث تشمل ملكيته من حين العقد، فيكون تسليط المشتري الأصلي الثمن للغاصب تسليطاً على ماله نفسه لا مال الغير.

ثمّ هذا الإشكال إنّما يتمّ بناءً على جواز البيع من طرف الأصلي، إذا بناءً على لزومه ليس للأصيل تملك الثمن الغير _ الغاصب هنا _ بالتسليط أو بغير تسليط. (1)

ص: 356

إن هاهنا مسألتين: الأولى: «صحة بيع الفضولي لنفسه _ غاصبا كان أو غيره _ إنما هو في وقوعه للمالك إذا أجاز، وهو الذي لم يفرّق المشهور بينه وبين الفضولي البائع للمالك، لا لنفسه»(1).

الثانية: البائع الفضولي لنفسه أو للمالك لو تملك المبيع بعد العقد و أجازة فهل يصح لنفسه أم لا؟ لأنّ الكلام في الأولى «في وقوع البيع للمالك»(2)، وفي الثانية «في وقوعه [للفضولي] العاقد إذا ملك»(3).

ولكن ظاهر عبارة الرياض خلط المسألتين قال: «فلو باع الفضولي ملك الغير من دون إذنه مطلقا لم يلزم إجماعا، بل لم يصحّ إذا كان البيع لنفسه لا للمالك، فيمشى إلى المالك فيشتره منه كما صرح به جماعة كالفاضلين: العلامة في جملة من كتبه كالمختلف(4) والتذكرة(5) مدّعيا فيها عدم الخلاف فيه بين الطائفة، و المقداد في شرح الكتاب(6) [المختصر] وغيرهما(7)...»(8).

قال جدى العلامة الشيخ محمد تقي صاحب الهداية: «وقد حكم في الرياض بفساد المعاملة في هذه الصورة [إذا كان البيع لنفسه لا للمالك فيمشى إلى المالك فيشتره منه (المسألة الثانية)] وعدم صحتها بتعقب الإجازة حاكيا عن الجماعة... و أنت خير بأن الصورة المفروضة في التذكرة ممّا لا ربط له بهذه المسألة، إذ ليس المقصود هناك

ص: 357

1-1 . المكاسب 3/389.

2-2 . المكاسب 3/389.

3-3 . المكاسب 3/389.

4-4 . المختلف 5/55.

5-5 . تذكرة الفقهاء 10/17 و 219.

6-6 . التنقيح الرائع 2/26.

7-7 . كالشيخ في الخلاف 3/168.

8-8 . رياض المسائل 8/221.

[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 حينئذ بذلك، والظاهر عدم الخلاف بين الأمة فضلاً عن الفرقة، والظاهر أنّ ذلك هو مقصود الجماعة،...»(1).

وقال الشيخ الأعمش: «ومن هنا يعلم أن ما ذكره في الرياض من أن بيع الفضولي لنفسه باطل... في غير محلّه، إلا أن يريد ما ذكرناه [أي المسألة الثانية] وهو خلاف كلامه»(2).

هذا تمام الكلام في المسألة الثالثة من بيع الفضولي _ وهي بيع الفضولي لنفسه _ والحمد لله.

ص: 358

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/343 و 342.

2-2 . المكاسب 3/389.

بقي هنا أمران:

الأول: بيع الفضولي في الذمة

إشارة

تعرض له صاحب المقابس (1) وهو أن لا- فرق في بيع الفضولي بين كون مال الغير عينا أو كلياً في ذمة الغير- بلا فرق بين كون مال الغير ثمناً أو مثنياً، و البائع الفضولي [1] تارةً يضيف الثمن أو المثل إلى ذمة خاصة من دون أن يعقبه بما ينافيه- كإضافته إلى نفسه- [2] و أخرى أن يجمع بين المتناهيين.

فيقع الكلام في مسألتين:

المسألة الأولى و صورها:

إشارة

و هي أن يضيف البائع الثمن أو المثل إلى ذمة خاصة، و تصوّر 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- و هو عمرو- صحّ لعموم أدلة صحة بيع الفضولي و إن رده بطل.

ب: أن يكون الكلي في ذمة نفس الفضولي

نحو: أن يكون البائع الفضولي- و هو 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

1-1 . مقابس الأنوار _ كتاب البيع /40.

ثمّ حيث أن بيع الأعيان الشخصية فضولة لا يتوقف إلاّ على إجازة المالك فلا نحتاج إلى تعيينه [أى المالك] ولذا قال الشيخ الأعظم: «إنّ تعيين العوض فى الخارج يغنى عن قصد من وقع له العقد»(1).

وأما بالنسبة إلى الكلّي الذمى فلما لم يكن موجودا فى الخارج توقّف تعيينه على إضافته إلى ذمّة معيّنة ليكون أمر الإجازة بيده، فلا بدّ من تعيينه بتصريح من الفضولى بأن يقول: «بعتك طنا من الحنطة فى ذمّة زيد بكذا». أو أن نيوى الفضولى وقوع البيع لزيد _ ولو لم يصرح فى العقد باسمه بأن يقول: «بعتك طنا من الحنطة الذمّية بكذا» و يقصد اشتغال ذمّة زيد به. وفى هذه الصورة الأخيرة المنويّة _ دون المصرحة _ إن أجاز زيد صح بيع الفضول و اشتغلت ذمّة زيد، وإن ردّ زيد بطل البيع إلاّ فى صورة واحدة وهى ما إذا باع الفضول بقصد وقوعه فى ذمّة زيد و أنكر المشتري عليه _ و حلف على عدم علمه بالفضولية _ فيقع حينئذ لنفس الفضول أو يبطل من رأسه؟

قولان: ذهب أصحاب المبسوط(2) و الشرائع(3) و القواعد(4) و الإيضاح(5) و جامع المقاصد(6) و المسالك(7) إلى وقوع العقد لنفس الفضول حينئذ ظاهرا، و عن الشيخ و المحقق و العلامة و المقداد(8) فى الكتب الماضية واقعا. كما نسب(9) الأخير إلى جماعة

ص: 360

1- 1 . المكاسب 3/390.

2- 2 . المبسوط 2/386.

3- 3 . الشرائع 2/158، و لأجل توضيح كلامه راجع الجواهر 27/403 طبع الإسلامية.

4- 4 . قواعد الأحكام 2/360.

5- 5 . إيضاح الفوائد 2/347.

6- 6 . جامع المقاصد 8/251.

7- 7 . المسالك 4/379 و 5/300.

8- 8 . التنقيح الرائع 2/220.

9- 9 . الناسب هو السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة 20/557.

و ذهب الشيخ الأعظم (2) إلى البطلان واقعا و عدم وقوعه للفضولى أيضا، ولكن لو لم يصدّقه الطرف الآخر على قصد الفضولية و حلف على عدم علمه بالفضولية حكم بوقوع العقد للفضولى بحسب الظاهر كما عن المحقّق و فخرالإسلام و الكركى و ثانى الشهيدى فى الكتب الماضية.

أقول: أمّا بحسب الحكم الواقعى فالحقّ هو البطلان كما اختاره الشيخ الأعظم قدس سره لأنّ مالّية الكلى إنّما هى بحسب إضافته إلى الذمم، فالكلى المضاف إلى ذمّة غير الكلى المضاف إلى ذمّة شخص آخر، و عليه فإذا وقع أحدهما متعلّقا للعقد فلا معنى لصحة العقد بالنسبة إلى الآخر، و حيث لم يظهر أحدهما فيكون العقد باطلاً واقعا.

و أمّا بحسب الحكم الظاهرى فى فرض الترافع فالمدعى للفضولية هو المدعى، لمخالفة قوله لظاهر العقد و لأصالة الصحة، و الطرف الآخر منكر لموافقة قوله لأصالة الصحة، و حيث إنّ القصد أمر قلبى لا يمكن للمدعى 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 ينافى قصد طرفه الفضولية و حيث إنّ لا يمكن للمنكر الحلف على عدم قصد طرفه الفضولية لكونه أمرا قلبيا فلا محالة يردّ الحلف إلى المدعى فيحلف و يحكم ببطلان العقد ظاهرا.

فاتضح أنّ الحقّ هو البطلان واقعا و ظاهرا.(3)

المسألة الثانية: جمع العاقد بين المتنافىين

إشارة

قال الشيخ الأعظم: «بأن قال: «اشترى هذا فلان بدرهم فى ذمّتى» أو «اشترى هذا لنفسى بدرهم فى ذمّة فلان».

ففى [المثال] الأوّل: يحتمل البطلان، لأنّه فى حكم شراء شىءٍ للغير بعين ماله، و

ص: 361

1-1 . راجع الجواهر 26/384 طبع الإسلامية.

2-2 . المكاسب 3/390 و 391.

3-3 . راجع التقيح فى شرح المكاسب 1/426.

يحتمل إلغاء أحد القيدتين و تصحيح المعاملة لنفسه أو للغير.

و فى [المثال] الثانى: يحتمل كونه من قبيل شرائه لنفسه بعين مال الغير فيقع للغير بعد إجازته لكن بعد تصحيح المعاوضة [للغير] بالبناء على التملك فى ذمة الغير اعتقادا [لعدم إمكان غصب الكلى فى الذمة]. و يحتمل الصحة [لنفسه] بإلغاء قيد «ذمة الغير»، لأن تقييد الشراء أولاً بكونه لنفسه يوجب إلغاء ما ينافيه من إضافة الذمة إلى الغير.

و المسألة تحتاج إلى تأمل»(1).

أقول: فى المثالين: بناءً على ما اختاره الشيخ الأعظم فى معنى قصد المعاوضة الحقيقية لابد من القول بالبطلان إذ يمتنع الجمع بين القيدتين. أما ما ذكره من إلغاء أحد القيدتين فتتم المعاملة لنفسه أو لغيره فلا يتم لأن الكلام واحد و مع وقوع قيدتين متنافيين فى الكلام تبطل المعاملة للإجمال الحاصل.

و أما بناءً على ما اخترنا فى معنى قصد المعاوضة الحقيقية و تصحيح الشراء للغير بمال نفسه من انحلال العقد إلى بيع و هبة مثلاً، فيحكم بالصحة فى المثالين، ولكن فى المثال الأول؛ الهبة أو الصلح عقد تحتاج إلى قبول الموهوب له أو المتصالح اللذين هما فلان [الغير]، و فى المثال الثانى إذا أجاز صاحب الذمة و هو الغير.

و لذا قال الفقيه السيّد اليزدى: «إن قلنا بجواز الشراء للغير بمال نفسه أو العكس فلا إشكال فى الصحة فى الصورة الأولى بلا حاجة إلى الإجازة، و كذا فى الثانية مع إجازة ذلك الغير. و إن قلنا بمقالة المصنف [الشيخ الأعظم] من عدم الصحة فمقتضى القاعدة البطلان فيهما جزماً، و ذلك لأن المفروض أنه قاصد للقيدتين عن جدٍ و هما متنافيان فلا وجه لإلغاء أحدهما و الأخذ بالآخر»(2).

ثم نقل الشيخ الأعظم كلاماً من العلامة الحلّى بطوله

ثم نقل الشيخ الأعظم(3) كلاماً من العلامة الحلّى بطوله نقتهى إثره:

قال فى تذكرة الفقهاء: «لو اشترى فضولياً فإن كان بعين مال الغير فالخلاف فى

ص: 362

1- 1 . المكاسب 3/392.

2- 2 . حاشية المكاسب 2/157.

3- 3 . المكاسب 3/392 و 393.

البطلان ووقف 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 (1). (2).

حمل الشيخ الأعظم (3) هذا الكلام من العلامة على هذه المسألة الثانية - أي الجمع بين المتنافيين - بقرينة 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 و تعيينه بالنية، [الصورة ج] - التي يمكن حمل صدر كلام العلامة عليه.

والحق مع الشيخ الأعظم في هذا الحمل كما أن المشهور ذهب - في فرض التنافي - إلى أن الغير إذا ردّ المعاملة تقع عن الفضولي، ويدل عليه قول العلامة: «قال علماؤنا».

وقال الشيخ الأعظم: «لكن أشرنا سابقاً (4) إجمالاً إلى أن تطبيق هذا على

ص: 363

1-1 . أي في مذحبه الجديد عند ما سكن في مصر إذ إنه لما كان في العراق كانت له طريقة في استنباط الأحكام تقرب من مذهب أهل الرأي، وعند ما نزل في مصر عدل عن هذه الطريق وسلك مسلك أهل الحديث و لذلك كانوا يقولون: قال الشافعي في القديم، وقال الشافعي في الجديد و لكل من مذهبيه (القديم و الجديد) رُواة فمن رُواة القديم الحسن الزغفراني البغدادي و من رُواة الجديد المُرني و البويطي.

2-2 . تذكرة الفقهاء 10/15، فروع، فرع «ب».

3-3 . المكاسب 3/393.

4-4 . المكاسب 3/381.

وعلّله (2) بأنّ: المشتري العاقد، المباشر للعقد إن جعل المال في ذمّة نفسه بالأصالة ولو رجحنا نيّته من وقوع العقد لذلك الغير و خروج العوض من ملك هذا العاقد يكون باطلاً واقعا لعدم تحقق المعاوضة الحقيقية في المقام. ولو رجحنا وقوع العقد لنفس العاقد المباشر صحّ العقد لتحقيق المعاوضة الحقيقية فلا وجه لوقوعه عن الغير.

والمشتري المباشر للعقد إن جعل المال في ذمّة نفسه نيابةً ووكالةً عن الغير يترتب إشكالان:

أحدهما: صحة هذا العقد يبتنى على جريان الفضولى في الوكالة وهو مشكل، لأنّ الوكالة عبارة عن الاستنابة في التصرف و الفضولى عبارة عن المباشرة في التصرف من عند نفسه.

نعم، إن رجع مآل هذا العقد إلى أنّ الفضولى جعل نفسه نائباً عن الغير و اشترا في ذمّة الغير _ بدون تحقق النيابة عنه و صدوره عن الغير _ لا يترتب إشكال الوكالة الفضولية ولكنّه يترتب إشكال عدم تحقق المعاوضة الحقيقية.

ثانيهما: لا بدّ من الالتزام ببطلان المعاملة إن ردّها الغير _ أى المنوب عنه _ لأنّ المفروض إنشاء الشراء له، لا أنّ المعاملة تقع عن المباشر العاقد.

نعم، في هذا الفرض _ إذ جعل المشتري العاقد المال في ذمّة نفسه نيابة عن الغير _ وعجز عن إثبات النيابة على البائع، و ردّها المنوب عنه _ الغير _ تقع المعاملة على العاقد في الظاهر، كما نص عليه جماعة من الأصحاب (3) في باب التوكيل.

و كيف ما كان المعاملة إمّا باطلة رأساً أو صحيحة للفضولى العاقد، و لا تكون

ص: 364

1-1 . المكاسب 3/393.

2-2 . راجع المكاسب 3/393 و 394.

3-3 . نحو: الشيخ في المبسوط 2/386، و المحقّق في الشرائع 2/158، و العلّامة في القواعد 2/360، و ولده في الإيضاح 2/347، و الكركى في جامع المقاصد 8/251، و ثانی الشهيدين في المسالك 5/300، و لتوضيحه راجع الجواهر 27/403 من طبع الاسلامية.

مردّدة في الواقع بين الفضولي العاقد و مَنْ عقد له الشراء فلا وجه للقول بوقوع العقد مردّدا بين المباشر و المنوى.

ولكن يمكن تنزيل عبارة العلامة في التذكرة على وقوع المعاملة للمباشر ظاهرا_ كما عليه جماعة من الأصحاب ولكنه بعيد لأنّه علل كلامه وقال: «لأنّه تصرّف في ذمّته» وهذا يقتضى وقوع العقد للمباشر واقعا لا ظاهرا.

هذا تمام كلام الشيخ الأعظم بتوضيح متّنا.

بيان الفقيه السيّد اليزدى رحمه الله :

ولكن قال الفقيه اليزدى: «الظاهر أن مراده [العلامة] جعل الثمن كليّا في الذمة من غير التفات إلى كونه في ذمة نفسه أو غيره، إلاّ أنّه قصد كون الشراء للغير من غير أن يذكره في اللفظ، و على هذا فيكون قوله «للغير» خبرا بعد خبر، و أمّا احتمال كون مراده جعله في ذمة نفسه فهو مناف لما حكم به من الصحة للغير إن أجاز، و كون الأداء واجبا 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» قيّدا لذمّته، لا خبرا بعد خبر منافٍ لما ذكره بقوله: «لأنّه تصرّف في ذمّته لا في مال غيره» إذ مراده أنّه تصرّف 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 عينا خارجيا 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 أيضا بدعوى أنّ مقتضى شراء شىء في الذمة كون المباشر ملزما به و الحكم بكونه في ذمّته لا من جهة الانصراف، بل من باب الحكم العرفى بذلك و إن أغمض عن الانصراف أيضا، إلاّ 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 ذمّته، و مع عدم امضائه فالحكم العرفى الزام

بيان المحقق النائبي لتطبيق الفرع على القاعدة

وَ أَخَذَ الْمُحَقِّقُ النَّائِبِيُّ (2) أَيْضًا بِتَطْبِيقِ هَذَا الْفَرْعِ _ فِي فَرْضِ التَّنَافِي إِذَا رَدَّ الْغَيْرَ الْمَعَامَلَةَ تَقَعُ عَنِ الْفَضُولَى _ عَلَى الْقَوَاعِدِ بِوَجْهِينِ:

الأول: أن يكون مراد العاقد وقوع المعاملة لنفسه مع كون المال في ذمته 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 إلا يكون للعاقد، غاية الأمر أنه يتوقف على إحراز أن قصده للغير من قبيل جعل التولية له و إجازة الغير من قبيل القبول.

الثاني: أن يكون مراد العاقد وقوع البيع للغير و قصد إضافة الكلي إلى ذمة الغير، لكنه ضمن ذمة الغير بناءً على أن لا يكون الضمان موجباً لانتقال المال إلى ذمة الضامن كما عليه العامة (3) فيكون كل منهما ضامناً بنحو الطولية.

و اعترض السيد الخوئي (4) على الوجهين بما حاصله:

يرد على الأول: أولاً: احتساب قصد العاقد للغير من باب جعل تولية العقد له خلاف الفرض، لأن 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: أن ذلك لو تم فإنما يتم في شراء الفضولي متاعاً بثمن في ذمته فيبيع ذلك المتاع تولية للغير، و أمّا إذا باع الفضولي شيئاً في ذمته بثمن للغير فلا معنى لبيع ذلك الشيء تولية للغير لأنه باع مال نفسه للمشتري و جعل ثمنه للغير، و لم يبيع شيئاً للغير حتى يصح بإجازته، مع أن كلامهم في مطلق المعاملة الفضولية سواء كان في البيع أو الاشتراء.

ص: 366

1-1 . حاشية المكاسب 2/158.

2-2 . راجع منية الطالب 2/47 و 48.

3-3 . المغنى لابن قدامة 5/70 و 83، المجموع 14/24، المهذب 2/307.

4-4 . التنقيح في شرح المكاسب 1/428، محاضرات في الفقه الجعفري 2/356 و 357.

و ثالثاً: أنّ الفضولي ربّما يموت قبل إجازة الغير، فلو كانت الإجازة قبلاً 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 قدس سره: «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 فيشترى للغير فإن أجاز وقع له و إلاّ فيشترى لنفسه، و هذا التعليق لا- يوجب البطلان، لأنّه تعليق على ما توقّف صحة العقد عليه واقعا، لأنّ الدليل على مبطلية التعليق هو الإجماع، و المتيقّن منه غير هذا المورد - أي إنشاء بيعين طويلين - فتشمله أدلة صحة البيع و العقود، و عليه فإذا أجاز الغير وقع العقد له و إلاّ وقع للمباشر»(1).

ص: 367

هل يجرى الفضولى فى العقد المعاطاتى كما يجرى فى العقد اللفظى أم يختص بالثانى؟ فيه أقوال:

الأول: ذهب السيّد المجاهد رحمه الله إلى جريان الفضولى فى المعاطاة وقال: «لا فرق فى بيع الفضولى بين أن يكون معاطاة أو لا، فلا يشترط فى صحة بيع الفضولى عدم المعاطاة»⁽¹⁾.

الثانى: وذهب الشيخ أسدالله التستري إلى اختصاص الفضولى بالعقد اللفظى وقال: «تذنيب: فليعلم أنّ ما سبق كلّهما فيما إذا باع أو اشتري الفضولى بالصيغة، فأما لو باع أو اشتري بطريق المعاطاة فإنه يلغو ويفسد من أصله، ولا يقف على الإجازة على الأقرب للأصل و...»⁽²⁾.

وتبعه المحقق النائيني وقال: «الأقوى عدم جريان الفضولى فيها...»⁽³⁾. ونقل عنه تقريراته الآخر: «فالحكم بإجرائه [أى إجراء الفضولى] فى المعاطاة فى غاية الإشكال»⁽⁴⁾.

الثالث: ذهب الشيخ الأعظم⁽⁵⁾ إلى التفصيل بين إفادة المعاطاة للإباحة فلا يجرى الفضولى فيها، وبين إفادتها الملك فيجرى الفضولى فيها.

أقول: بناءً على مختارنا فى بحث المعاطاة من أنّها عقدٌ فعلى كالعقد اللفظى بلا فرق بينهما، الأمر يكون واضحاً فى جريان الفضولى فيها، لأنّ الفضولى عندنا لا يكون على خلاف القاعدة فلا يكون منحصرًا بالنكاح وبيع اللفظى اللذين يختص بهما رواياته.

ص: 368

1-1 . المناهل /289.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /41 و42.

3-3 . منية الطالب /150.

4-4 . المكاسب و البيع /274.

5-5 . راجع المكاسب 3/394 إلى 397.

وَأَمَّا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْمَعَاظَةَ تَقِيدُ الْمَلِكَ:

فِيَجْرَى الْفُضُولَى فِيهَا أَيْضًا لَمَّا ذَكَرَهُ الشَّيْخُ الْأَعْظَمُ رَحِمَهُ اللَّهُ بِقَوْلِهِ: «لَا فَارِقَ بَيْنَهَا [بَيْنَ الْمَعَاظَةِ] وَبَيْنَ الْعَقْدِ [الْفُظَى] فَإِنَّ التَّقَابُضَ بَيْنَ الْفُضُولِيِّينَ أَوْ فُضُولَى وَأَصِيلٍ إِذَا وَقَعَ بِنَيْبَةِ التَّمْلِيكِ وَالتَّمَلُّكِ فَأَجَازَهُ الْمَالِكُ فَلَا مَانِعَ مِنْ وَقُوعِ الْمَجَازِ مِنْ حِينِهِ أَوْ مِنْ حِينِ الْإِجَازَةِ...»(1).

وَاسْتَدَلَّ لَهُ بِقَوْلِهِ تَعَالَى: «أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ»(2) بِتَقْرِيْبٍ: أَنَّ عَمُومَهَا يَشْمَلُهَا لِأَنَّ الْمَعَاظَةَ الْفُضُولِيَّةَ بَيْعٌ مُجَازٌ. وَيُمْكِنُ أَنْ يَسْتَدَلَّ بِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَى: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»(3) بِالتَّقْرِيْبِ. وَبِقَوْلِهِ تَعَالَى: «تِجَارَةٌ عَنْ تِرَاضٍ»(4) لَشُمُولِهَا لَهَا.

وَإِيْدُهُ بِرِوَايَةِ عُرْوَةَ الْبَارِقِي(5) الْمَاضِيَّةَ بِتَقْرِيْبٍ: «إِنَّ الظَّاهِرَ وَقُوعَ الْمَعَامَلَةِ بِالْمَعَاظَةِ»(6).

لَا يُقَالُ: يُمْكِنُ أَنْ يَسْتَدَلَّ بِتَرْكِ الْاسْتِفْصَالِ فِي صَحِيْحَةِ مُحَمَّدَ بْنِ قَيْسٍ(7) الَّتِي رَوَاهَا الْمَشَايِخُ الثَّلَاثَةُ، بَعْدَ فَرَضِ صَدَقِ الْبَيْعِ عَلَى الْبَيْعِ الْمَعَاظَاتِي، كَمَا ذَكَرَهُ السَّيِّدُ الْبِزْدِيُّ(8).

لَأَنَّا نَقُولُ: فِي الْجَوَابِ لِأَبَدٍ مِنَ الْإِجَابَةِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى جِهَةِ السُّؤَالِ وَأَمَّا غَيْرُهَا فَتَفَرِّضُ صَحِيْحَةً بِمَقْتَضَى الْحَمْلِ عَلَى الصَّحَّةِ، وَإِلَّا يُمْكِنُ أَنْ تَسْرَى الصَّحِيْحَةُ بِالنِّسْبَةِ

ص: 369

-
- 1-1 . المكاسب 3/394.
 - 2-2 . سورة البقرة 275/.
 - 3-3 . سورة المائدة 1/.
 - 4-4 . سورة النساء 29/.
 - 5-5 . مسند أحمد 4/376، السنن الكبرى 6/112، سنن الدارقطني 3/10، ح 29، سنن الترمذي 3/559، ح 1258، الثاقب في المناقب 112/، ح 108 وعن الأخير في مستدرک الوسائل 13/245، ح 1، الباب 18 من أبواب عقد البيع و شروطه.
 - 6-6 . المكاسب 3/395.
 - 7-7 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.
 - 8-8 . حاشية المكاسب 2/161.

إلى البيع الغررى أو غيره وأنّ الانشاء وقع بلفظ الماضى أو غيره ونحوهما، وهذه السراية مردودٌ. كما ذكره السيد الخوئى (1).

الاستدلال لاختصاص الفضولى بالعقد اللفظى

إشارة

استدلّ لمنع جريان الفضولى فى المعاطاة بأمر:

الأمر الأول:

«إنّ الإقباض الذى يحصل به التملك محرّم لكونه تصرفاً فى مال الغير فلا يترتب عليه الأثر» (2).

ورده الشيخ الأعظم بوجه أربعة:

أولها: «قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير، كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة» (3)، فىكون الاستدلال أخصاً من المدعى.

وثانيها: «قد يقع الإقباض مقروناً برضا المالك، بناءً على ظاهر كلامهم من أنّ العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى» (4) فىكون الاستدلال أخصّ من المدعى أيضاً لعدم حرمة هذا الإقباض.

ويظهر هذان الوجهان من الشيخ التستري (5) قدس سره .

وأما ما أضافه السيّد اليزدى إلى هذا الوجه بقوله: «وأيضاً قد يقبض بتخيّل أنّه مأذون فى التصرف أو بتخيّل أنّه ماله أو نحو ذلك» (6) فلا يتم، لأنّهما ليسا من موارد عدم حرمة الإقباض حتّى لا يكون فاسداً، بل من موارد عدم تنجز الحرمة وهو لا يرفع الفساد

ص: 370

1-1 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/360.

2-2 . المكاسب 3/395.

3-3 . المكاسب 3/395.

4-4 . المكاسب 3/395.

5-5 . مقابسات الأنوار، كتاب البيع /41 تحت عنوان «إن قلت».

6-6 . حاشيته على المكاسب 2/161.

المرتتب على الحرمة الواقعية كما ذكره المحقق المروج(1).

أقول: إذا اعتقد أنّ المال ملكه أو أنّه مأذونٌ في التصرف و اشترى به شيئاً أو تصرّف فيه بأنحاء التصرف ينتفى الحرمة واقعا كما في موارد الغفلة و النسيان و الجهل المركب كما عليه السيّد الخوئي(2).

و ثالثها: «مع أنّ النهي لا يدلّ على الفساد»(3) في المعاملات لأنّه تكليفي كما هو المحقّق في محلّه، «و لعدم تعلّقه بالإقباض من حيث أنّه بيع، بل به من حيث أنّه تصرف في ملك الغير»(4) كما ذكره الفقيه اليزدي.

ورابعها: بعد تسليم تعلّق النهي بالإقباض من حيث كونه بيعاً حتّى يدلّ على الفساد _ لا من حيث أنّه تصرف في مال الغير _ نقول: «أنّه لو دلّ لدلّ على عدم ترتّب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض في السببية، فلا ينافي كونه جزء سبب»(5) لتحقق الأثر في الخارج و الجزء الآخر هو الإجازة.

و بعبارة أخرى: لو سلّمنا أنّ النهي يدلّ على الفساد، لا يقتضى إلاّ فساد المعاملة بالنسبة إلى مَنْ توجّه عليه _ و هو الفضولي _ لا بالنسبة إلى المالك بعد إجازته(6).

الأمر الثاني:

ما ذكره الشيخ التستري و قال: «... إنّ المعاطاة منوطة بالتراضي و قصد الإباحة أو التمليك للمعيّن أو المقدرّ في الذمة _ بناءً على جوازه _ و هما من وظائف المالك و لا يتصوّر صدورهما من غيره»(7).

ص: 371

1-1 . هدى الطالب 4/652.

2-2 . التنقيح في شرح المكاسب 1/431.

3-3 . المكاسب 3/395.

4-4 . حاشيته على المكاسب 2/161.

5-5 . المكاسب 3/395.

6-6 . التنقيح في شرح المكاسب 1/431.

7-7 . مقابس الأنوار /138.

ورده الشيخ الأعظم (1) بما حاصله: منع كون حقيقة المعاطة مجرد تراضى المالكين وقصد التملك أو الإباحة، لأن القبض والإقباض آلة للإنشاء كالصيغة، وليس كاشفين عن التراضى، بل هما سبب فعلى للتملك أو الإباحة. وأمّا التراضى معتبر فى المعاطة كما أنه معتبر فى البيع القولى.

ولذا صرح الشهيد فى قواعده (2) بأنّ المعاطة عند الفقهاء تكون من الأسباب الفعلية. بل «المعاطة عندهم عقد فعلى، ولذا ذكر بعض الحنفية (3) القائلين بلزومها: أنّ البيع ينعقد بالإيجاب والقبول والتعاطى» (4).

أقول: لو تمّ كلام الشيخ التستري عمّ البيع القولى ولا يختص بالمعاطة فلا يصح القول بالفضولى مطلقاً _ بلا فرق بين المعاطة والبيع القولى _ مع أنّ جريان الفضولى فى البيع اللفظى مفروغ عنه. هذا نقض اعتراضه وهو أولاً.

وأمّا ثانياً: حلّه: إنشاء التملك أمرٌ لا مؤونة فيه ويتحقّق من كلّ أحد فى كلّ مال لكلّ شخص لأنّ الإنشاء قليل المؤونة، وأمّا رضاية المالك فالمفروض أنّها حاصلة بعد المعاطة. (5)

الأمر الثالث:

ما ذكره الشيخ التستري بقوله: «... [المعاطة] مشروطة أيضاً بتحقق الإقباض من الطرفين [المالكين أو المأذونين] أو من أحدهما مقارنة للأمرين [أى مع قصد الإباحة أو التملك]» (6).

فحينئذ لا أثر للقبض والإقباض الصادرين من الفضولى الذى ليس بمالك ولا

ص: 372

1-1 . المكاسب 3/395.

2-2 . القواعد والفوائد 1/50، القاعدة 17، 1/178 القاعدة 47.

3-3 . راجع الفتاوى الهندية 3/2، لجماعة من علماء الهند، طبع دار إحياء التراث العربى، بيروت.

4-4 . المكاسب 3/396.

5-5 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب 1/431.

6-6 . مقابس الأنوار 138.

مأذون منه.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع إتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حلّ مال الغير لا يخلو عن تحكّم»(1).

أقول: مراده: التقارن بين رضا المالك و المعاملة _ مع وحدة الأدلة _ لو كان معتبرا يكون على حدّ السواء بين البيع اللفظى و المعاطاة. أمّا اعتباره فى الثانى [المعاطاة] دون الأوّل [البيع اللفظى] فهو تحكّم.

ولكن هذا التقارن لا يكون معتبرا أصلاً لما مرّ من صحة بيع الفضولى و المكروه و المضطرّ و الغصب بعد إجازة المالك و إعلام رضايته.

و لا يخفى أنّ الأمرين الأخيرين الواردين فى كلام الشيخ التستري يُشكّلان دليلاً واحداً فى كلامه و عنده و قوله «مشروطة» مبيناً للمعاطاة و إنّما أفردناهما تبعاً لظاهر الشيخ الأعظم رحمهما الله .

الأمر الرابع:

العقد الفضولى هو على خلاف الأصل و القاعدة و إنّما تمّ فى الموارد التى ورد فيها النص من البيع و النكاح فقط، فلا يجرى فى المعاطاة و لعلّ هذا مراد الشيخ أسدالله التستري(2) من استدلاله للبطلان فى المعاطاة بالأصل.

وردّه الشيخ الأعظم بقوله: «لكنك قد عرفت أنّ عقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة»(3).

و يمكن أن يقال فى نقد الاستدلال: الفضولى يجرى فى المعاطاة ولو كان على خلاف القاعدة، لأنّ الروايات الواردة فى الفضولى عامة و لا تختص شىء منها بالبيع القولى و لم يفصل فيها بين المعاطاة و العقد اللفظى.

ص: 373

1-1 . المكاسب 3/396.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /42.

3-3 . المكاسب 3/396.

ما ذكره المحقق النائيني بقوله _ مختصرا _ : «أما على الإباحة: أن الإباحة المؤثرة هي التسليط المالكى، لا تسليط غيره، وإجازة المالك تسليط الغير هي بنفسها مؤثرة لا لكونها إجازة لإباحة الغير، لأن العقود الإذنية و الأمور المتقومة برضا المالك لا تتوقف على سبب خاص، فإجازة الإباحة هي بنفسها إباحة...» .

و أما بناءً على الملك: فلأن الفعل الواقع من الفضولى لا يعنون إلا بعنوان الإعطاء و التبديل المكانى، و أما فعل المالك فإنه فى مقام البيع يعنون بالعنوان الثانوى بتبديل طرف الإضافة و الفرق بين المعاطاة و بين البيع القولى: يمكن إنفكاك حاصل المصدر من المصدر فى الإنشاء القولى، فإذا أجاز المالك و أسنده إلى نفسه وقع له.

و أما الفعل الواقع من الفضولى فاسم المصدر منه لا ينفك عن مصدره بمعنى أنه ليس للإعطاء اسم مصدر غير العطاء و هذا لا ينفك عنه و بإجازة المالك لا ينقلب الفعل عمّا وقع عليه...» (1).

و قال فى توضيح ذلك: «فى الحكم بإجراء الفضولى فى المعاطاه إشكال بل منع، و توضيحه يتوقف على بيان أمور:

(الأول): إنه قد تقدم مرارا من أن البيع إما يراد به المعنى المصدرى أعنى المعاملة الخاصة من حيث صدورها عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورها ملحوظا، و إما يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلك المعاملة بلا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي.

(الثانى): إن البيع القولى يتصور فى المعنيين معا دون الفعلى أما فى القولى فلأن آلة الإنشاء أعنى كلمة بعت 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 أما فى الفعلى، فلأنه ليس فى البين

ص: 374

دال يمكن أن يراد منه المعنى المصدرى تارة و الاسم المصدرى أخرى، بل ليس فى الـبين إلاّ فعل خارجى تكوينى و هو ذلك الفعل المعطائى الذى هو مصداق للبيع و التمليك الصادر عن الفاعل و القائم به بالقيام الصدورى.

(الثالث): الإجازة فى بيع الفضولى القولى يمكن أن يتعلق فى عالم التصور بالبيع بالمعنى المصدرى و يمكن أن يتعلّق بمعنى الاسم المصدرى و معنى تعلّقه بالأوّل هو صيرورة البيع الصادر عن الفضولى من حيث صدوره عنه بيعا للمجيز، و لازم تعلّقه بالثانى هو صيرورة نفس الصادر عن الفضول هو بيع المجيز، لكن المطابق بالوجدان هو تعلق الإجازة بمعنى الاسم المصدرى و ذلك لأنّ المعنى المصدرى فعل تكوينى و له إضافة إلى الفاعل المباشر تكوينا 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 الذى هو لحاظ ذلك الحدث مقطوع النسبة عن فاعله إذ هو قابل لأن يسند إلى المجيز فعلى هذا فطبع الإجازة المؤثرة يقتضى تعلّقها بمعنى الاسم المصدرى، اللهم إلاّ أن يقوم دليل على تعيين تعلّقها بالمعنى المصدرى فيصير أمرا تعبديا مخالفا مع القاعدة من هذه الجهة قد ثبت بالدليل.

إذا تَحَقَّقَتْ هذه الأمور، فنقول: إذا وقعت المعاطاة فضوليا فلا يخلو إمّا أن نقول بعدم قيام دليل على تعيين تعلّق الإجازة بالمعنى المصدرى أو نقول بقيامه، و على كلا التقديرين لا يتم القول بصحة الفضولى، أمّا على الأوّل فلعدم المعنى الاسم المصدرى فى المعاطاة حتّى تتعلق به الإجازة، و أمّا على الثانى فلأنّ الفضولى حينئذٍ يصير مخالفا للقاعدة فيجب فيه الاقتصار على ما ثبت فيه بالدليل و هو منحصر بالقولى ولو سلم تعميمه للفعلى بدعوى إطلاق خبر عروة مع ترك الاستفصال فيه عن اشتراطه الشاة من كونه قوليا أو فعليا على أقرب الاحتمالين أو انصرافه إلى الفعلى على أبعد الاحتمالين للزم التخصيص بباب البيع لعدم تمشى ذلك فى سائر أدلته التى العمدة منها واردة فى موارد النكاح لعدم تصوير المعاطاة فيه فاللازم حينئذٍ هو التفصيل فى جريان الفضولى فى المعاطاة بين البيع و بين غيره (و بالجملّة) فالحكم بإجرائه فى المعاطاة فى غاية

وقال تلميذه السيّد الخوئي في توضيح كلامه: «إنّا إذا بنينا على إفادة المعاطاة للإباحة فالمؤثر فيها هي التسليط المالكى لا تسليط غيره و إجازة المالك تسليط الغير، بنفسها مصداق للتسليط المالكى لا أنّها توجب تأثير التسليط السابق الصادر من غير المالك فإنّه لغو لا يترتب عليه الأثر و إنّما يترتب الأثر على تسليط المالك.

و أمّا إذا بنينا على أنّها تفيد الملك فأجازه المالك إنّما تتعلّق بما يكون قابلاً للبقاء و هذا لا يتحقّق إلاّ بالعقد اللفظى فإنّه بالعقد الذى هو بيع بالمعنى المصدرى يتحقّق أمر قابل للبقاء و هو تبديل طرفى الإضافة و يعبر عنه باسم المصدر و الإجازة اللاحقة إنّما تتعلّق بهذا الأمر الباقى. و أمّا الفعل الصادر من الفضولى فهو لا يعنون إلاّ بعنوان الإعطاء و التبديل و المكانى و ليس له اسم مصدر غير العطاء. و هذا لا ينفكّ عنه و ليس قابلاً للبقاء حتّى تتعلّق به إجازة المالك» (2).

أقول: ما ذكره من أنّ البيع تارة: يراد منه المعنى المصدرى أى المعاملة الخاصة من حيث صدورهما عن الفاعل بحيث يكون جهة صدورهما ملحوظاً، و أخرى: يراد منه معنى الاسم المصدرى و هو نفس تلك المعاملة لا حيث إسنادها إلى الفاعل بل من حيث هي، تام لا نقاش فيه.

و أمّا انحصار هذين المعنيين فى البيع القولى فقط دون البيع الفعلى الذى منه المعاطاة فَمَحَلُّ منع، بل هما يجريان فى المعاطاة أيضاً، و كذلك ما ذكره فى معنى المعاطاة بأنّها هي الإعطاء، مع وضوح الفرق بينهما، و المعاطاة يعدّ بيعاً و أمّا الإعطاء فلا!

و بالجملة: التفكيك بين المعنى المصدرى و اسمه فى المعاطاة دون البيع القولى غير تام. مضافاً مع أنّ الإنشاء أمره سهلٌ و خفيف المؤونة و لا فرق بين أنّ سببه يكون اللفظ أو الفعل.

ص: 376

1-1 . المكاسب و البيع 2/74 و 73.

2-2 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/432.

هذا كله بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الملك، وقد عرفت جريان الفضولى فيها.

وأما بناءً على أنّ المعاطاة تفيد الإباحة:

فذهب الشيخ الأعظم إلى بطلان الفضولى فيها لوجود محذورى الإثباتى والثبوتى:

وأما المحذور الإثباتى فهو قصور المقتضى بتقريب: «إنّ إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين»⁽¹⁾، مراده قدس سره من القاعدة هي قاعدة تبعية العقود للقصد، وهي تقتضى حصول الملكية دون الإباحة، فحصول الإباحة من قصد الملكية يكون خلافاً للقاعدة ولأنّ ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد فيقتصر على المتيقن من مورد الدليل _ وهو الإجماع وتسامح الأصحاب _ وهو معاطاة الأصيلين دون الفضولى.

وأما المحذور الثبوتى فهو: «إنّ حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن والآثار الأخر _ مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف _ إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثراً، فإذا أجاز حدث الإباحة من حين الإجازة»⁽²⁾.

مراده قدس سره: لغوية تعاطى الفضولى _ ولو كان إنشاءً _ لأنه على القول بالكشف لا تحصل الإباحة الفعلية قبل الإجازة حتّى تكون الإجازة كاشفة عنها، وعلى القول بالنقل إجازة المالك الكاشفة عن رضاه وإذنه تكون العلة لحدوث الإباحة فلا دخل لتعاطى الفضولى فيه ويكون لغواً.

والآثار الأخر: نحو البيع بتوسط من أخذ العين بالمعاطاة الفضولية _ بناءً على الإباحة وعلى جواز هذا التصرف _ لو يُوجب دخول المال المباح فى ملكه، خلافاً للمتعاطى الأصيل فى هذا الحكم كما تقدّم فى ملزمات المعاطاة.⁽³⁾ لأنه هنا وقع فى غير

ص: 377

1-1 . المكاسب 3/397.

2-2 . المكاسب 3/397.

3-3 . راجع الآراء الفقهية 4/165 و 169.

ثم استدرك على قوله: «و الآثار الأخر» وقال: «اللهم إلا أن يقال: بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية [الشرعية المستكشفة بالإجازة اللاحقة إلى ما قبلها إلى حين تعاطى الفضولى] إذا كشف عنها الإجازة فافهم»(1).

ولعل أمره بالفهم إشارة إلى عدم تمامية التفصيل بين الإباحة المالكية والشرعية(2) أو إلى أن على القول بالإباحة الشرعية لا تعقل في الإجازة إلا النقل ولا يتم الكشف، إذ لا يعقل الكشف في الإباحة الشرعية التكليفية لأن الحكم التكليفي يتعلّق بالمستقبل لا الماضى لمضى أمره.(3)

نقد مقالة الشيخ الأعظم على القول بأن المعاطاة تقيّد الإباحة

أقول: إن كان مراده قدس سره من الإباحة هي الشرعية الحاصلة من قصد التمليك كما هو ظاهر محذوره الإثباتي يمكن أن يناقش:

على محذوره الإثباتي: بأنّه على القول بجريان الفضولى في العقود على وفاق القاعدة_ لا خلافها_ كما يظهر من الشيخ الأعظم(4) و نحن نقف على أثره، بأنّ الفضولى يجرى في المعاطاة التي تقيّد الإباحة الشرعية من قصد التمليك، لأنّ المالك يجيز ما أنشأ الفضولى من الملكية التي هي موضوع للحكم الشارع بالإباحة. و الوجه في جريانه عموم دليله و أنّه على وفق القاعدة لا خلافها.

و إن كان مراده من الإباحة هي الإباحة المالكية المجعولة من المالكين بالمعاطاة فلا يجرى محذوره الإثباتي من أساسه لأنّه مبني على قاعدة تبعية العقود للقصد و هي في هذا الفرض متفية لأنّ المالكين قصدا هذه الإباحة.

ص: 378

1-1 . المكاسب 3/397.

2-2 . كما في هدى الطالب 4/669.

3-3 . كما في إرشاد الطالب 3/385.

4-4 . المكاسب 3/396.

وأما بالنسبة إلى محذوره الثبوتى: وبناءً على أن المراد من الإباحة هي الشرعية الحاصلة من قصد التمليك، فالإجازة على القول بالكشف الحقيقى يمكن الالتزام بجعل الإباحة الشرعية من حين تعاطى الفضولى إلى حين الإجازة من الشارع الأقدس، ولأن الإباحة حكمه و يمكن جعله هذا الحكم من أول التعاطى و الإجازة كاشفة عنها. ولكن العمدة عدم وجود الدليل فى المقام الإثبات على هذا الكشف الحقيقى و إن كان فى المقام الثبوت ممكنا.

و أما على القول بأن الإجازة كاشفة على نحو الكشف الانقلابى _ أو الحكمى _ فلا تَحْصُلُ الإباحة الشرعية بين التعاطى الفضولى و إجازة المالك، لأن الإجازة من حينها تحدث الإباحة الشرعية _ و إن كانت تحدث الحكم الوضعى من حينها ولكن معتبره من فعل الفضولى كما مر (1) و الانقلاب فى الحكم الوضعى ممكن أما الانقلاب فى الحكم التكليفى فمستحيل، فالإباحة الشرعية تحصل من حين الإجازة و يأتى هذا المحذور و هو عدم حصول الإباحة الشرعية قبل الإجازة.

و جريان المحذور على القول بالنقل فى الإجازة واضح.

و أما بناءً على أن المراد من الإباحة هي المالكية فلا شبهة فى عدم جريان الفضولى فى المعاطاة لأن الإباحة لا تحصل قبل إجازة المالك على جميع المباني فى الإجازة سواء قلنا بأنها كاشفة حقيقية أو الانقلابية _ الحكمية _ أو كانت ناقلة.

و الذى يسهل الخطب عدم تمامية هذه الأقوال فى المعاطاة عندنا و هي عقد أو إيقاع فعلى فى قبال العقود و الإيقاعات القولية اللفظية التى أُنْشِئَتْ بالصيغة، فتجرى فى جميعها إلا ما خرج بالدليل و الحمد لله الهادى إلى مَهْجَعِ السَّبِيلِ.

ص: 379

وصلُ: القول في الإجازة

أشارة

ص: 381

هل الإجازة كاشفة أو ناقلة أو غيرهما؟

إشارة

يظهر أنّها كاشفة عن صحة العقد عن ظاهر جماعة منهم المحقق فى النافع(1) و تلميذه الفاضل الآبى فى كشف الرموز(2) و ابن فهد الحلّى فى المهذب البارع(3) و صريح جماعة أخرى نحو الشهيد فى الدروس(4) و الحواشى النجارية(5) و اللمعة(6) و الفاضل المقداد فى التنقيح(7) و المحقق الثانى فى جامع المقاصد(8) و الشيخ ابراهيم القطيفى فى إيضاح النافع(9) و الشيخ لطف الله الميسى العاملى فى الميسية(10) و الشهيد الثانى فى

ص: 383

-
- 1-1 . المختصر النافع /118.
 - 2-2 . كشف الرموز 1/444 و 445.
 - 3-3 . المهذب البارع 2/356.
 - 4-4 . الدروس 3/192 و 233.
 - 5-5 . الحاشية النجارية /221 و نقل عنه فى مفتاح الكرامة 12/605.
 - 6-6 . اللمعة /110.
 - 7-7 . التنقيح الرائع 2/26.
 - 8-8 . جامع المقاصد 4/74 و 75.
 - 9-9 . إيضاح النافع /مخطوطة و نقل عنه فى مفتاح الكرامة 12/605.
 - 10-10 . الميسية /مخطوطة و نقل عنه فى مفتاح الكرامة 12/605.

المسالك (1) و الروضة (2)، وقال سيّد الرياض: «قولان، الأظهر الأوّل [كاشفة] وفاقاً للأشهر» (3) وفي جامع الشتات أنّ الكشف أنّه «مذهب الأكثر» (4) وفي موضع آخر منه «أنّه الأشهر الأقوى» (5).

و اختار المقدس الأردبيلي (6) أنّها ناقلة مع إقراره بأنّ الكشف مذهب الأكثر، و تبعه الفاضل النراقي (7)، و هي الظاهر من فخرالمحقّقين في الإيضاح (8) و قد نقل عنه الشهيد في الحواشى النجارية (9) وصرح به الفخر في موضع آخر (10)، و إليه مال الفاضل الأصبهاني في كشف اللثام (11).

و لم يرجّح المحقّق الثانی في تعليقه على الإرشاد (12)، و استشكل فيه العلامة في القواعد (13) و تبعه السبزواری في الكفاية (14).

و يظهر من الفاضل الآبی في كشف الرموز (15) قولاً ثالثاً في الإجازة و هو أنّها «بيع

ص: 384

-
- 1-1 . المسالك 3/158.
 - 2-2 . الروضة البهية 3/229.
 - 3-3 . رياض المسائل 8/227.
 - 4-4 . جامع الشتات 1/164 من الطبعة الحجرية (2/319 من طبع الحروفی).
 - 5-5 . جامع الشتات 1/155 من الطبعة الحجرية (2/279).
 - 6-6 . مجمع الفائدة 8/159.
 - 7-7 . مستند الشيعة 14/284.
 - 8-8 . إيضاح الفوائد 3/28.
 - 9-9 . لم أعر على هذا النقل في الحاشية النجارية ولكن نقل عنه في مفتاح الكرامة 12/605.
 - 10-10 . إيضاح الفوائد 1/420.
 - 11-11 . كشف اللثام 7/103.
 - 12-12 . حاشية إرشاد الأذهان /337 المطبوعة في المجلد التاسع من حياة المحقّق الكرکی و آثاره.
 - 13-13 . قواعد الأحكام 2/19.
 - 14-14 . الكفاية 1/449.
 - 15-15 . كشف الرموز 1/446.

و بمثابة عقد ثانٍ». و أكثر ما ذكرناه من الأقوال يظهر من السيّد العاملى (1) رحمه الله .

ثم يقع الكلام فى مقامين:

المقام الأول: قد يقال بامتناع قولى الكشف و النقل فى مقام الثبوت

أمّا الكشف: فلاستلزامه كون الإجازة شرطا متأخرا و هو محال، ضرورة كون الشرط من أجزاء العلة التامة و تقدّمها على المعلول من الواضحات و إلاّ يلزم تأخر بعض أجزاء العلة عن المعلول و هو مستحيل. (2)

و أمّا النقل: فلاستلزامه تأثير المعدوم _ و هو العقد _ فى الموجود أى الملكيّة أو النقل، و أمّا انعدام العقد حال الإجازة فلكونه متصرم الوجود و أمّا تأثيره فى الوجود فلاّن المفروض حصول الأثر و هو النقل و الانتقال حال الإجازة الواقعة بعد انعدام العقد. و لا يعقل تأثير العدم فى الوجود. (3)

ولكن نقول: بعدم تمامية هذين الدليلين بالنسبة إلى قولى الكشف و النقل

و أمّا ردّ دليل امتناع الكشف: فبما مرّ مرارا و تكرارا فى أبحاثنا الأصولية من أنّ امتناع تخلف المعلول عن العلة إنّما فى عالم التكوين و الوجود، ولكن فى العالم الاعتبار و الجعل الذى تجرى الأحكام الشرعية فيه ليس كذلك أى لا تكون العلة و المعلول و العلية بل الأمر يدور مدار الجعل و الاعتبار و بائى نحو جعلت و اعتبرت تكون كذلك ولو على نحو الشرط المتأخر كأجزاء من صوم النهار الذى يقع قبل غسل المستحاضة، و الغسل شرط لصحة تلك الأجزاء الماضية بل كغسلها الليلية لصوم النهار الماضى كما عن بعض، و لذا قال جدى الشيخ جعفر قدس سره: «و ليس فى تأخر بعض الشروط غرابة لا فى عبادة و لا فى معاملة» (4). و تبعه تلميذه صاحب الجواهر إذ ذهب إلى: «إنّ

ص: 385

1-1 . مفتاح الكرامة 12/605 و 606.

2-2 . كما ذكره الفخر باختصار فى الإيضاح 1/420.

3-3 . كما ذكر الفخر نحوه فى إيضاح الفوائد 1/419.

4-4 . شرح القواعد 2/95.

الشروط الشرعية ليست كالعقلية»(1). و التفصيل يطلب من بحث الشرط المتأخر في علم الأصول.

و أمّا ردّ دليل امتناع النقل: فالعقد الذى يقع فى زمن الماضى ألفاظه تكون معدومة لأنّها من متصرّجات الوجود و أمّا اعتباره و جعله الشرعى فى العالم الاعتبار يكون باقياً و يتم و يصح بالإجازة من المالك، و بردهً ينعدم و يبطل فى العالم الاعتبار الشرعى.

و الدليل على البقاء الاعتبارى عند العقلاء و المتشرعة هو صحة فسخ العقود الخيارية و صحة الإقالة و صحة لحوق القبول بالإيجاب عرفاً، فلا يلزم تأثير المعدوم فى الموجود أصلاً.

المقام الثانى: دليل القولين فى مقام الإثبات

ما استدل به على الكشف

الوجه الأوّل: حُكى عن المحقق و الشهيد الثانيين بأنّ العقد بنفسه

الوجه الأوّل: حُكى (2) عن المحقق و الشهيد الثانيين (3) بأنّ العقد بنفسه و بدون ضمّ شىء آخر يكون سبباً لوجوب الوفاء فى قوله تعالى: «وفوا بالعقود»(4) و يكون سبباً لحصول الملكية، و تَنكَّشُفُ تمامية العقد بإجازة المالك و إعلام رضاه، ولو لم يترتب الأثر لزم أن لا يكون وجوب الوفاء بنفس العقد فقط و هو خلاف الفرض.

و ردّ الشيخ الأعظم (5) على هذا الاستدلال بأنّ علّة العقد للملكية إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلّم، ولكن فى الفضولى قبل الإجازة لا يُعلم رضا المالك أصلاً، فكيف يُحكم بالملكية قبل حصول الإجازة و أمّا بعدها فلا مانع من ترتب الملكية فتكون

ص: 386

1-1 . الجواهر 23/462 و مابعده (22/286).

2-2 . حكاة السيّد المجاهد فى المناهل /290، و السيّد العاملى فى مفتاح الكرامة 12/606 عن القائلين بالكشف.

3-3 . جامع المقاصد 4/74 و 75، الروضة البهية 3/229.

4-4 . سورة المائدة /1.

5-5 . المكاسب 3/400.

وأما إذا لم يصدر العقد عن رضا المالك فعليته بالنسبة إلى الملكة محل منع واضح، لاعتبار رضا المالك في العقود المالية وغيرها.

ثم ذكر الشيخ الأعظم (1) تقريراً آخر لهذا الدليل، وهذا التقرير للشيخ الفقيه الشيخ محسن الأعسم في كتابه «كشف الظلام في شرح شرائع الإسلام» (2) المخطوط قال فيه: «احتج الكاشفون بأمور: الأول: أن السبب الناقل للملك هو العقد المشروط بشرائط وكلها حاصلة إلا رضا المالك، فإذا حصل الشرط عمل السبب التام. واشترط 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» (3).

و الفرق بين التقريرين: الإجازة اللاحقة ببيع الفضولي كاشفة عن وجود الرضا حال العقد فيها تحرز تمامية عقد الفضولي للملكية.

ولكن الإجازة اللاحقة في التقرير الثاني تكون بنفسها رضا بسببية العقد للملكية.

ورد الشيخ الأعظم على هذا التقرير بقوله: «أنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفاً عن وجود المشروط قبله؟» (4).

وبالجملة: إيراد الشيخ الأعظم يرجع إلى ما مر من امتناع القول بالكشف في مقام الثبوت.

وحاصله: سببية الإجازة اللاحقة _ وهي الرضا _ لحصول الملكة بالعقد، توجب حصول الملكية بعد الإجازة وهذا هو القول بالنقل، ولو حصل الملكية قبل حصول الإجازة، يلزم تقدّم المسبب على السبب أو المشروط على الشرط أو المعلول على العلة التامة وهو محال.

ص: 387

1-1 . المكاسب 3/400.

2-2 . كما تبه عليه المحقق الشهيدى فى هداية الطالب 3/94.

3-3 . كشف الظلام، المتاجر، مخطوط، نقل عنه المحقق المروج فى هدى الطالب 5/20.

4-4 . المكاسب 3/401.

قال: «و دعوى(1) أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية، بل هي بحسب ما يقتضيه جعل الشارع، فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم المسبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس [لمن خاف عدم وجدان الماء(2)] وإعطاء الفطرة قبل وقتها [من أول شهر رمضان(3)] فضلاً عن تقدّم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة [لتبعية حصوله للصوم لحصوله للصلاة(4)] و كغسل العشائين لصوم اليوم ماضى على القول به(5)»(6).

و هذه الدعوى من الشيخ الأعظم(7) مدفوعة بأن استحالة تقدّم المشروط على الشرط أو المسبب على السبب تكون من الأحكام العقلية فلا يمكن تخصيصها كاجتماع المتناقضين، و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلي.

و الأمثلة التي تُؤمّم ذلك «لابدّ فيه من التزام أن المتأخّر ليس سبباً أو شرطاً، بل السبب و الشرط الأمر المنتزَع من ذلك»(8) و هو التعقّب و اللحوق ففي الغسل تعقّب بيوم الجمعة و في الفطرة تعقّب بالإهلال و في المستحاضة تعقّب بالغسل و في الإجازة تعقّبها و لحوقها بالعقد، و اللحوق التعقّب أمر مقارن لا متأخر.

ثم يرى الشيخ الأعظم(9) هذا الأمر الانتزاعي _ و هو التعقّب و اللحوق _ خلاف

ص: 388

-
- 1-1 . المدعى كما مرّ هو صاحب الجواهر 23/464 (22/287) لأنّه قال: «قد عرفت الفرق بينها [العلة التامة أى 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...».
 - 2-2 . راجع الشرائع 1/36.
 - 3-3 . راجع المسالك 1/452.
 - 4-4 . راجع الجواهر 3/644 من طبعة جماعة المدرسين (3/366 من طبعة الاسلامية).
 - 5-5 . راجع مستند الشيعة 3/38 و 39.
 - 6-6 . المكاسب 3/401.
 - 7-7 . المكاسب 3/401.
 - 8-8 . المكاسب 3/401.
 - 9-9 . المكاسب 3/401.

ظاهر أدلة اعتبار التراضي وطيب النفس الظاهريين في موضوعيتهما دون الأمر الانتزاعي. (1)

ثم قال الشيخ الأعظم: «اللهم إلا أن يكون مراده [أى مراد هذا المدعى] بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم في زمانه على لحوقه» (2).

مراده: أن يجعل اتصاف الرضا والإجازة بالشرطية من الوصف بحال المتعلق، لائنة بناءً على الكشف يتأثر العقد من زمن وقوعه من الإجازة ويحكم بصحته من حينه، لأنه ملحق بالإجازة والملحوقية شرط مقارن للعقد، فتوصيف الرضا والإجازة بالشرطية يكون بحال متعلقه. ومن قبيل المجاز في الكلمة، لأن معنى الشرط اصطلاحاً هو ما يتوقف تأثير المقتضى على نفسه لا على لحوقه كما في هذا البيان.

ثم اعترض عليه الشيخ الأعظم بقوله: «و هذا [1] مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه، [2] غير صادق على الرضا، لأنّ الاستفادة من العقل والنقل اعتبار رضا المالك في انتقال ماله، وأنه لا يحلّ لغيره بدون طيب النفس، وأنه لا ينفع لحوقه في حلّ تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك» (3).

وعطف 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، وهو كونها لاحقة للعقد في المستقبل، فالعلة التامة: العقد الملحق بالإجازة، وهذه صفة مقارنة للعقد وإن كان نفس الإجازة متأخرة عنه» (4).

مراده: من بعض الأعلام هو جدّي العلامة الشيخ محمد تقي صاحب الهداية كما نقل عن الشيخ الأعظم تلميذه الشيخ محمد حسن المامقاني رحمه الله وقال: «و سمعت منه

ص: 389

1-1 . كما في هدى الطالب 5/27.

2-2 . المكاسب 3/401.

3-3 . المكاسب 3/402.

4-4 . المكاسب 3/402.

شفاها في بعض أبحاثه حكايته عن شرح التبصرة للشيخ الجليل محمدتقي الأصبهاني»(1).

و مراده من غير واحد من المعاصرين هم أصحاب الفصول و المستند و أنوار الفقاهة و الجواهر.

فحينئذ لا بدّ من نقل كلمات هؤلاء القوم حتّى تعرف حقيقة مرامهم فنقول:

قال العلامة الجدّ الشيخ محمدتقي صاحب الهداية رحمه الله : «و دعوى لزوم مقارنة الشرط للمشروط مسلّمة إن أُريد توقّف التأثير عليها بأن يكون ترتب الأثر على المشروط مقارنا 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 متأخرا 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»(2).

وقال أخيه صاحب الفصول: «... و من هذا القبيل كلّ شىء يكون وقوعه مراعى بحصول شىء آخر كالصحة المراعاة بالإجازة في الفضولى فإنّ شرط الصحة فيه كون العقد بحيث يتعقّبه الإجازة، و ليست مشروطة بنفس الإجازة، و إلاّ لا تمتنع قبلها»(3).

وقال الفاضل النراقى: «و الحاصل: أنّه يتوقف تأثير العقد على وجود الإجازة لا بمعنى توقّفه على وجودها الفعلى، بل على وجودها ولو في وقت آخر، فلو كان العقد في الواقع بحيث تتعقّبه الإجازة بعد مدّة يكون حين الصدور سببا تاما، و إذا كان في الواقع بحيث لم تتعقّبه الإجازة يكون فاسدا»(4).

ص: 390

1-1 . غاية الآمال /375.

2-2 . تبصرة الفقهاء 3/340؛ و كذا استظهر من عبارة هداية المسترشدين 2/175.

3-3 . الفصول الغروية /80.

4-4 . مستند الشيعة 14/283.

وقال خالى الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمهما الله : «إنَّ الإجازة ناقله من حينها... أو كاشفة عن الصحة المتقدمة بمعنى: أنَّ الصحة ثابتة من قبل إنكشف بها، لأنَّها موقوفة على حصول الشرط، وهو الرضا فى أحد الأزمنة ولو متأخراً، فبالإجازة بان حصوله. أو بمعنى أنَّ الإجازة أثرت فى صحة العقد الماضى حين صدوره، فبها انكشف أنَّ العقد الأوّل كان صحيحاً من حينه؟ وجوه أقواها الوسط وربّما كان هو المشهور»(1).

أقول: هذه العبارة كما ترى لَيْسَتْ صريحة فى شرطية الوصف المنتزع.

وقال صاحب الجواهر فى عدّ معانى الكشف: «الثالث: _ وهو التحقيق _ أن يكون الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل، الذى يعلم بوقوعه من المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم أو نحو ذلك، والمراد شرطية الرضا على هذا الوجه. و كأنّ هذا هو المتعيّن»(2).

و اعتَرَضَ عليهم الشيخُ الأعظمُ بوجوه ثلاثة:

الأوّل: هذا البيان والتعريف _ وهو شرطية اللقوق والتعقّب أو شرطيته فى الجملة ولو كان متأخراً عن المشروط كما يظهر من المحقّق التقى _ بالنسبة إلى الشرط غير تام، لأنّ الشرط هو ما يتوقّف تأثير المشروط عليه ولا يحصل المشروط من دون تحقّق شرطه.

الثانى: انتزاع التعقّب والقوق والشرطية فى الجملة من شرطية الإجازة لبيع الفضولى خلاف ظاهر أدلة اعتبار التراضى وطيب النفس الظاهريّن فى موضوعيتهما وفعليتهما.

الثالث: المستفاد من العقل والنقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله ولا ينفع اللقوق والتعقّب بالنسبة إلى الرضا فى انقطاع سلطنة المالك وتصرفات الغير فى ماله فعلاً.

وأنت ترى بأنّ الاعتراض الثالث هو عبارة أخرى عن الإعتراض الثانى.

ص: 391

1-1 . أنوار الفقاهة / مخطوط، نقل عنه المحقّق المروج فى هدى الطالب 5/30.

2-2 . الجواهر 23/466 (22/289).

وبعد هذه المناقشات على لإعلام الطائفة قال: «وقد التزم بعضهم بما يتفرّع على هذا من أنّه إذا علم المشتري أنّ المالك للمبيع سيجيز العقد، حلّ له التصرف فيه بمجرد العقد، وفيه: ما لا يخفى من المخالفة للأدلة»(1).

مراده من هذا البعض هو صاحب الجواهر رحمه الله حيث يقول: «نعم، لو أخبر المعصوم بأنّه يحصل الرضا فعلاً من المالك الذي يؤثّر رضاه، كفى ذلك في ترتّب الآثار الآن عليه لتحقق الشرط حينئذ كتحقّقه بنفس وقوعه، إذ الشرط الحصول فعلاً ولو في المستقبل، ولا 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»(2).

واعترض عليه: بأنّ التصرف في مال الغير قبل حصول الرضا وطيب النفس الفعلين خلاف لأدلة اعتبارهما.

ولكن يمكن أن يدافع عن العلامة الجدلّ وأتباعه في قبال اعتراضات الشيخ الأعظم بما يلي:

الأول: 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(3) والثلاثة المذكورة في كلام العلامة الجدلّ.

الثاني: لا يُنكر الظهور الأولى لأدلة اعتبار التراضي وطيب النفس في فعليتهما وموضوعيتهما كما عليه الشيخ الأعظم ولكن لا نسلم اعتبار رضا المالك وطيب نفسه الفعليتين في صحة الانتقال وحيّة التصرف، بل يكفي حصولهما ولحوقهما وتعقبهما ولو في ما بعد فيتمّ ما ذكره صاحب الجواهر من التفرّيع وحيث أنّ الاعتراض الثاني والثالث واحد نكتفي بجواب واحد، وهذا كلّه في توضيح كلام الشيخ الأعظم و نقده بالنسبة إلى

ص: 392

1-1 . المكاسب 3/402.

2-2 . الجواهر 23/466 (22/288).

3-3 . المكاسب 3/401.

الوجه الأول من وجوه الاستدلال على الكشف، و الحمد لله على الستر.

الوجه الثاني: للاستدلال على الكشف

إشارة

قال الشيخ الأعظم عن هذا الوجه: «انَّ الإجازة متعلّقة بالعقد، فهي رضا بمضمونه وليس إلّا نقل العوضين من حينه»⁽¹⁾.

وهذا الاستدلال لسيد الرياض قال: «... إذ ليس معناها [الإجازة] إلّا الرضا بمضمون العقد وليس إلّا إنشاء نقل العوضين من حينه»⁽²⁾.

وللمحقّق القمي في جامع شتاته⁽³⁾ و غنائم أيامه⁽⁴⁾.

والاستدلال قوامه أمور ثلاثة:

الأول: 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 تصحّح استناد العقد إلى مالكة المجيز و تكون كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه.

ثمّ اورد عليه الشيخ الأعظم بوجوه ثلاثة:

الأول: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه

الأول⁽⁵⁾: مضمون العقد هو النقل ولكن من دون تقيّد بزمان وقوعه، وإن 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

ص: 393

1-1 . المكاسب 3/400.

2-2 . رياض المسائل 8/227.

3-3 . جامع الشتات 1/155 من الطبعة الحجرية (2/279).

4-4 . غنائم الأيام 542/ من الطبعة الحجرية.

5-5 . المكاسب 3/403.

إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة»(1).

أقول: كما أنّ العقد و مضمونه و هو النقل غير مقيّد بالزمان، يمكن أن يقال بأنّ الإجازة أيضا كذلك غير مقيّدة بالزمان فيمكن أن يتعلّق بالعقد من حين وقوعه أو من حين وقوع الإجازة، فهذا البيان يكون أخص من مدعاه و هو الردّ على القول بالكشف كما يظهر ذلك من المحقّق الإيرواني.(2)

ثمّ استشهد لمقالته بأنّ مقتضى القبول ليس وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنّ مقتضى القبول ليس إلاّ الرضا بمضمون الإيجاب، بل يتمّ العقد من حين القبول.

ولكن الأؤلى 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(3) كما يأتي منه قدس سره .

ثمّ اعترض(4) على استشهاده بوجود الفارق بين القبول و الإجازة، و هو العقد لا يتمّ إلاّ بالقبول و العقد سبب للملك فلا يتقدّم الملك على سببه، ولكن في الإجازة، العقد وقع تماما و هو السبب للنقل و الإجازة هي الرضا بمضمون العقد فيكشف صحته من حين تحقّقه.

و أجاب(5) عن الاعتراض بأنّ: كما أنّ الإيجاب بنفسه ليس سببا للملك، كذلك عقد الفضولي لا يترتب عليه الأثر إلاّ بعد الإجازة فكلّ من القبول و الرضا جزء علّة الملك، فالفارق بينهما غير موجود.

ثمّ استشهد(6) بتنظير الإجازة و الفسخ، فكما أنّ الفسخ حلّ للعقد من حين وقوع

ص: 394

1-1 . المكاسب 3/403.

2-2 . حاشية المكاسب 1/127.

3-3 . كما في هدى الطالب 5/39.

4-4 . المكاسب 3/403 قوله: «و دعوى: أنّ العقد سبب للملك فلا يتقدّم عليه...».

5-5 . المكاسب 3/403 قوله: «مدفوعة بأنّ سببته...».

6-6 . المكاسب 3/404 قوله: «و لأجل ما ذكرنا أيضا...».

الفسخ فكذلك الإجازة تثبت العقد من حينها، و السّرّ في ذلك كله عدم كون الزمان قيّداً للنقل في البيع بل ظرفاً له «فجميع ما يتعلّق بالعقد من الإمضاء و الردّ و الفسخ إنّما يتعلّق بنفس المضمون دون المقيّد بذلك الزمان»(1).

ثمّ استشهد(2) بأمر آخر و هو: جواز إنشاء الإجازة بكل ما يدلّ على الرضا بنفس عقد الفضولي أو بنتيجته فيمكن صدور الإجازة بمثل قول المالك: «رضيْتُ بالعقد أو أجزته» أو قوله: «رضيْتُ 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.

ففسخ إمكان صدور الإجازة بنتيجة العقد أو بالفعل يدلّ على أنّ النقل وقع من حينها، لآئنه لم يلاحظ فيهما زمان وقوع العقد.

ثمّ أتى(3) بتقرير آخر و هو: 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 - و هو النقل - إلاّ بعد صدور الإجازة التي هي شرط للعقد أو جزء سبب للملك الذي هو مضمون العقد.

و يرى الفقيه السيّد اليزدي(4) رحمه الله هذا التقرير دليلاً مستقلاً لا دخل له بماضيه بل هو قريب بإشكاله الثاني الآتي.

ثمّ ردّف الشيخ الأعظم هذا التقرير «بعبارة أخرى» و قال: «المؤثّر هو العقد المرضي به، و المقيّد من حيث أنّه مقيّد لا يوجد إلاّ بعد القيد، و لا يكفي في التأثير وجود

ص: 395

1-1 . المكاسب 3/404.

2-2 . المكاسب 3/404 قوله: «و الحاصل: أنّه لا إشكال...».

3-3 . المكاسب 3/404 قوله: «و بتقرير آخر أنّ الإجازة...».

4-4 . حاشية المكاسب 2/180.

ذات المقيّد المجردة عن القيد»(1).

أقول: الملكية المجعولة المنشأ توسط العاقد، التي أجازها المالك تستحيل أن تكون مهملة _ أي غير مقيّدة بشىء _ لأنّ العاقد المنشى الجاعل إمّا أن يجعل الملكيّة 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 يعنى من زمان العقد إلى يوم القيامة، والإجازة إنّما تعلّقت بتلك الملكيّة المطلقة يعنى من زمان العقد فلا محالة تكون الإجازة كاشفة.

و النقص بالقبول غير وارد، لأنّ الملكية المنشأة بالإيجاب مقيّدة بالقبول وليست مطلقة فكأنّه قال: بعتك إن قبلت، وقد ذكرنا أنّ مثل هذا التعليق فى العقود ممّا لا بأس به لأنّه تعليق يقتضيه نفس العقد. فالملكية أنشأت معلّقة على القبول فلا معنى لتقدّمها عليه بخلاف(2) الإجازة.

الثانى: قال ما حاصله: سلّمنا كون مضمون العقد هو النقل المقيّد

الثانى: قال(3) 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»(4)، فالملكيّة الشرعية تحدث فى زمان إمضاء المالك لا إنشاء العاقد، وهذا يعنى أنّ الإجازة ناقلة وليست بكاشفة.

فظهر من ذلك عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «أوفوا بالعقود»، لأنّ وجوب الوفا يترتّب على عقد المالك، وعقد الفضولى لا يصير للمالك ولا يستند إليه إلّا بعد إجازته، وبعدها يترتب وجوب الوفاء بالعقد وهذا هو القول بالنقل.

ص: 396

1-1 . المكاسب 3/404.

2-2 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/441.

3-3 . المكاسب 3/405.

4-4 . سورة المائدة/1.

و ظهر عدم تمامية الاستدلال على الكشف بقوله تعالى «أحل الله البيع»⁽¹⁾، لأنّ الملك ينشأ من حليّة التصرف و هي تتوقف على الإجازة و الرضا من المالك، فقبلها لا يحلّ التصرف، «خصوصا إذا علم عدم رضاية المالك باطنا أو تردّده في الفسخ و الإمضاء»⁽²⁾، 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 زمانى الحكم و المحكوم به كما وقع عكس ذلك فى الوصية حيث حكم الموصى بالملكية للموصى له بعد موته _ فإذا جاز ذلك فليكن عكسه أيضا جائزا، ففي المقام حكم الشارع بعد الإجازة بالملكية المتقدّمة بعد العقد.⁽³⁾

و الشاهد عليه: ملاحظة باب الإجازة كما إذا أجزّ الفضولى 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.⁽⁴⁾ و يمكن أن يورد على هذا المقال بوجهين:

أ: إنّ الحكم بملكية شىء لشخصين مستحيل و العبرة بتعدّد المتعلّق لا بتعدّد زمان الاعتبار، فلو كان المتعلّق واحدا فالحكم عليه بحكمين متنافيين محال، ولو كان الحكمان و الاعتباران يتعلّقان بشىء واحد فهذا مستحيل و إن كان زمانهما غير واحد.

و أمّا إذا كان المتعلّق متعدّدا فيصحّ أن يحكم عليهما بحكمين مختلفين ولو كانا فى زمان واحد. أو فى زمانين.

و فى المقام متعلّق الحكم و الاعتبار واحد و هو الملكية قبل الإجازة، فقد يقال نعتبرها قبل الإجازة للمالك و بعدها للمشتري، فهى شىء واحد قد حكم به لشخصين و

ص: 397

1-1 . سورة البقرة /275.

2-2 . المكاسب /3/406.

3-3 . كما يظهر من المحقّق الخراسانى فى حاشيته على المكاسب /61.

4-4 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب /1/442.

يظهر هذا البيان من المحقق النائيني(1) في بحث حكم الخروج من الأرض المغصوبة.

و أجاب عنه تلميذه السيّد الخوئي رحمه الله : «أنّ ما أفاده إنّما يتم في الأحكام البعثية و الزجرية و هي التكليفية فقط حيث أنّها تحتاج إلى المتعلّق لا- محالة، و الشئ الواحد لا يمكن أن يبعث إليه و يزجر عنه و لا يمكن إيجابه و تحريره... و أمّا الأحكام الوضعية فلا، لأنّها ناشئة من مصالح في جعلها و لا مانع من أن يعتبر في زمان شخصا مالكا لشيءٍ لأجل مصلحة في هذا الاعتبار، و أن يعتبر في زمان آخر غيره مالكا له لأجل مصلحة أخرى و هذا أمر ممكن في الاعتبار...»(2).

ب: ما ذكرتم من وجود الاعتبارين بالنسبة إلى متعلّق واحد في زمانين مختلفين إنّما يتم في القضايا الخارجية و الموالى العرفية التي نظرها إلى البيوع الخارجية، و أمّا في القضايا الحقيقية و الأحكام الشرعية التي لا- نظر فيها إلى الخارج فلا يتم بوجه، بل إنّما هي مترتبة على موضوعاتها المقدّرة الوجود و صادرة قبل خلق الخلق و العالم أو حين نزول الشريعة فلا يتم أبدا، لأنّ الشارع إنّما اعتبر الملكية قبل وجود المتباعين لا محالة كما هو كذلك في الأحكام التكليفية كوجوب الحج... .

و عليه فنقول: إنّ الشارع الذي اعتبر الملكية هل اعتبرها من حين العقد أو من حين الإجازة فعلى الأوّل تكون الإجازة كاشفة حقيقة كما أنّها على الثاني تكون ناقلة فلا يبقى لاستكشاف ما ذكرتموه مجال...»(3).

ثمّ أجاب السيّد الخوئي(4) عن هذا الإيراد بجوابين:

أحدهما: إنّ الشارع بالنسبة إلى الإعتبارات ليس جاعل بل هو لم يردع عنها و

ص: 398

1-1 . راجع أجود التقريرات 2/188.

2-2 . التنقيح في شرح المكاسب 1/444.

3-3 . التنقيح في شرح المكاسب 1/445.

4-4 . التنقيح في شرح المكاسب 1/446.

أمضاها بما لها عند العقلاء وفي المقام ما أتى به المالك هو الاعتبار بعد الإجازة المتعلقة بالملكيّة السابقة والمفروض أنّ الشارع قد أمضى هذا الاعتبار في الفضولي فيقع الملكية بعد الإجازة من أول العقد.

ثانيهما: وعلى فرض أنّه جاعلٌ ومعتبرٌ واعتباره أزلّيٌّ، موضوع اعتباره هي الإجازة، لأنّه اعتبر ملكيّة المشتري من أول العقد إذا تحققت الإجازة وبعد ما تحققت فيتحقّق الحكم بالملكية من أول الأمر كما في وجوب الحج بالنسبة إلى الاستطاعة، فكون القضية حقيقيّة و يترتب الحكم فيها على موضوعاتها المقدّرة غير مضرّ بالاستدلال.

الثالث: قال ما حاصله: الإجازة لا توجب نفوذ العقد من حين

الثالث: قال (1) 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 أولاً.

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؟ (2)

ولذا لو ورد دليلٌ على وقوع عقد الفضولي من حينه بعد صدور الإجازة لا بدّ من صرفه عن ظاهره وحمله على «إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حيث ترتّب الآثار الممكنة» (3) نحو انتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشتري، وإن كان أصل الملك قبل الإجازة يكون للمالك و النماء يقع في ملكه.

وهذا القول في الكشف هو الكشف الحكمي وهو غير الكشف الحقيقي وقال الشيخ الأعظم في شأنه: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلاّ الأستاذ

ص: 399

1-1 . المكاسب 3/406.

2-2 . هدى الطالب 5/53.

3-3 . المكاسب 3/407.

ترجمة شريف العلماء المازندراني

و يرى الشيخ الأعظم(3) هذا القول في الكشف خلاف ظاهر كلام القائلين به و استشهد بكلام العلامة في القواعد حيث قال: «في زمان الإنتقال إشكال»(4)، حيث جعل النزاع في زمان الإنتقال.

و يرد على أوله: وجود الفارق بين صيغة القبول في العقد، و الإجازة في بيع

ص: 400

1-1 . هو محمّد أو محمّد شريف بن حسنعلی الآملی المازندرانی، وُلد في كربلا المقدسة و حضر على السيّد محمّد المجاهد و والده صاحب الرياض و على الأخير تسع سنين، و قد يقال: حضر سنة على الميرزا أبوالقاسم القمي صاحب القوانين و اشتغل بالسياحة في أطراف بلاد العجم و زار الإمام الرضا عليه السلام و رجع إلى كربلا و جلس على كرسى التدريس في مدرسة حسن خان، و له اهتمام تام في أمر التدريس و لذا لم يوفق للتأليف إلاّ أنّه كتب رسالة في «أمر الأمر مع علمه بانتفاء شرط الأمر» بالتفصيل. و كان له مجلسان للدرس، مجلس للمبتدئين و مجلس للمنتهين. و حضر عليه قريبا من ألف طالب و عالم أمثال الشيخ الأعظم و السيّد ابراهيم الموسوي القزويني صاحب ضوابط الأصول و الملاّ آغا الدربندي و السيّد محمّد شفيح الجابلقى و المولى اسماعيل اليزدى و سعيد العلماء المازندراني و الشيخ محمّد حسن آل ياسين. توفّي بمرض الطاعون في سنة 1245 و دفن في سرداب بيته قريبا من الجهة الجنوبية للصحن الحسيني الشريف، و خلف ولدا ذكورا توفّي في هذه السنة و لم يبق له من الأولاد. راجع: الروضة البهية (9-11) لتلميذه السيّد محمّد شفيح الجابلقى؛ معارف الرجال 2/298، رقم 358؛ أعيان الشيعة 9/364؛ و زندگانی و شخصیت شيخ انصاری 148؛ الكنى و الألقاب 2/354، رقم 388 (طبعة جماعة المدرسين)؛ هدية الأحباب 182؛ تكملة أمل الآمل 3/157، رقم 851؛ نجوم السماء 2/399، رقم 42؛ الكرام البررة 2/619، رقم 114؛ غرقاب 196/، رقم 81.

2-2 . المكاسب 3/407.

3-3 . المكاسب 3/407.

4-4 . القواعد 2/19.

الفضولي لأنَّ العقد مقيّد بالقبول و معلّق عليه كما مرّ (1)، ولكن الإجازة على القول بالكشف كاشفةً 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 تبه الفقيه السيّد اليزدي (2) على أنه أوّل الكلام.

ص: 401

1-1 . في نقد إشكاله الأوّل، صفحة 391 من هذا المجلد.

2-2 . حاشية المكاسب 2/181.

إشارة

فسرّ الكشفيون الإجازة بوجوه متعددة و لهم مسالك مختلفة نعدّ لك أهمّها:

الأول: الكشف الحقيقي الشرطي

وهو الالتزام بأن الإجازة تكون شرطا متأخرا و المشهور يذهبون إليه، و اعترض عليهم جمال المحققين في حاشيته على الروضة(1) بأن الشرط لا يتأخر.

الثاني: الكشف الحقيقي التعبّي

وهو الالتزام بأن الشرط هو تعقب العقد بالإجازة، لا- نفس الإجازة، فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و يلتزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحقّقها في مابعد، نُسب(2) هذا القول إلى جدنا العلامة التقى صاحب الهداية(3) و أخيه صاحب الفصول(4) و الفاضل النراقي(5) و خالي الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء(6) قدس سرهم .

ص: 402

1-1 . حاشية الروضة /358، لآقا جمال الخوانساري.

2-2 . المناسب إلى الجدّ هو الفاضل المامقاني في غاية الآمال /375.

3-3 . تبصرة الفقهاء 3/340؛ هداية المسترشدين /219 من طبعة مؤسسة آل البيت الحجرية (2/175 من طبعة جماعة المدرسين).

4-4 . الفصول الغروية /80.

5-5 . مستند الشيعة 14/283.

6-6 . أنوار الفقاهة / مخطوط قد مرّ عبارته في صفحة 386 من هذا المجلد.

الثالث: الكشف الحقيقي التقديرى

و هو الالتزام بكفاية الرضا التقديرى المنكشف بالإجازة بمعنى أنّ المالك لو التفت لكان راضيا و الإجازة كاشفة عنه ككشف شاهد الحال عنه، هذا قول المحقق الرشتى (1).

الرابع: الكشف الحقيقي التامى

و هو الالتزام بأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد هو سبب تام للملكية و هو مذهب ثانى المحققين (2) و الشهيدين (3) كما مرّ.

و هو المستفاد من كلام صاحب مفتاح الكرامة حيث يقول: «إنّ العقد سبب تامّ مع الإجازة و إن تأخرت عنه فعلاً فهو مراعى لا موقوف، فإن حصلت كشفت عن تأثيره من حين وقوعه لتقدمه و تعلق مقتضاها به، إذ المالك إنّما رضى 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» (4).

و تبعه معاصره _ الشيخ جواد ملاّ كتاب قدس سره _ فى شرحه على اللمعة (5): من أنّ الإجازة تكون نظير التبادر علامة كاشفة عن وضع اللفظ المتبادر منه، و كعلامات البلوغ. ولكن عدّ الفقيه البيزدى (6) رحمه الله هذا الوجه وجهاً مستقلاً.

الخامس: الكشف الحقيقي الحصولى

و هو الالتزام بأنّ «الشرط حصول الرضا ولو فى المستقبل الذى يُعلم بوقوعه من

ص: 403

1-1 . راجع كتاب الإجازة /184 للمحقق الرشتى، الطبعة الحجرية.

2-2 . جامع المقاصد 4/74.

3-3 . الروضة البهية 3/229.

4-4 . مفتاح الكرامة 12/607.

5-5 . شرح اللمعة / مخطوط، نقل عنه فى هدى الطالب 5/61.

6-6 . حاشية المكاسب 2/181.

المالك مثلاً أو بإخبار المعصوم عليه السلام أو نحو ذلك» كما عليه صاحب الجواهر (1) رحمه الله .

السادس: الكشف الحقيقي الدهرى

الشرط المتأخر بوجوده الدهرى يكون شرطاً بمعنى أن جميع الأجزاء والشروط المتعددة والمتكررة، تكون مجتمعة في وعاء الدهر فلا تقدم ولا تأخر.

نسبه المحققان الخراساني (2) و النائيني (3) إلى الميرزا الشيرازى الكبير قدس سره مع أن الأخير ذكر إعلام عدم رضاه بهذه النسبة.

السابع: الكشف الحقيقي الحدوثى

وهو الالتزام بكون «ظرف حدوث الأثر وترتبته على العقد زمان الإجازة، وظرف الحادث المترتب عليه زمان العقد» (4)، وبعبارة أخرى: الإجازة تكشف «عن حكم الشارع بعدها بحصول الملك من حين العقد كأنها وقعت حينه، وحاصله: أن زمان حكم الشارع بالملكية مابعد الإجازة وأما نفس الملكية المحكوم بها فزمانها من حين وقوع العقد» (5) وهذا الوجه هو مختار المحقق الشهيدى (6).

الثامن: الكشف الحكيمى

«وهو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع إلا بعد الإجازة» (7).

وبعبارة أخرى: «أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثراً من حينه بالنسبة

ص: 404

1-1 . الجواهر 23/466 (22/289).

2-2 . فوائد الأصول /58 للآخوند الخراسانى.

3-3 . المكاسب و البيع 2/89.

4-4 . هداية الطالب 3/106.

5-5 . هداية الطالب 3/91.

6-6 . هداية الطالب 3/92.

7-7 . المكاسب 3/408.

إلى ما أمكن من الآثار، وهذا نقل حقيقى في حكم الكشف من بعض الجهات»(1).

قال الشيخ الأعمش: «و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلاّ الاستاذ شريف العلماء قدس سره فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته»(2).

وقال: «أنّ الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثمّ بعده الكشف الحكيمى...»(3).

التاسع: الكشف الحكيمى الإقلابى

عقد الفضولى 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 الإقلاب عن هذه الإنتقال.

يراه الاستاذ المحقق _ مد ظله _ : «أتقن الوجوه في مقام الثبوت»(4). و اختاره صاحب بشرى الفقاهة(5) _ مد ظله _ .

العاشر: الكشف الحكيمى الصورتى

«و حاصله: أنّ كل أمر متقدّم يكون كالمادة الهيولائية بالنسبة إلى أمر متأخر عنه و كان المتأخر كالصورة في إفادة فعلية ذاك الأمر يكون بوجوده منشاءً لتحقّق الفعلية في ذاك المتقدم»(6) «فمقتضى القاعدة ترتيب آثار الموضوع من أول تحقّقه»(7).

نقل المحقق النائيني هذا الوجه عن استاذه المحقق جدّى الشيخ محمّد باقر النجفى الأصفهاني(8) نجل صاحب الحاشية أعلى الله مقامهما.

ص: 405

1-1 . المكاسب 3/407.

2-2 . المكاسب 3/407.

3-3 . المكاسب 3/408.

4-4 . العقد النضيد 3/230.

5-5 . بشرى الفقاهة 4/65.

6-6 . المكاسب و البيع 2/84.

7-7 . منية الطالب 2/61.

8-8 . كتب المحقق النائيني في شأن ولده الشيخ محمّد حسين صاحب التفسير و والده الشيخ محمّد باقر بقلمه الشريف ما نصه: «ولكن معظم تلمّذى و استفادتى كان من الحبر المحقق الفريد و البحر الزاخر الوحيد، من قلّ ان يسمح الزمان بمثيله أو ير عينه بعديله شيخى العلامة الشيخ محمّد حسين سبط المحقق التقى صاحب التعليقة الكبرى على المعالم و كان فيمن ادركته و رأيتة حائزاً في علمه و عمله و زهده و ورعه و طول باعه في العلوم العقلية و النقلية ما يبهر العقول و قد أكمل جميع ذلك و لم يبلغ الأربعين من عمره و مع أنّه كان من ذوى الفنون الذين قلّ أن يعهد الدهر بأمثالهم ففي كلّ واحد منها كان أبا عذرتة و الوحيد فيه، و كان له في علم الهيئة مسلك بين المسلكين

به يتضح رموز الأخبار وينحل مشكلاتها ولم يبرز من تصانيفه التي أخبرني بها إلا اليسير من تفسيره الذي لم يعمل مثله وقد أودع فيه ما ينبي عن كمال تبحره وطول باعه، وكان قدس سره من أظهر مصاديق مَنْ وصفه أمير المؤمنين _ عليه وآله أفضل الصلوة والسلام _ في خطبتي همام المروية أحدهما في الكافي [الكافي 3/573، ح 1، باب المؤمن وعلاماته وصفاته. (2/226)] والأخرى في النهج [نهج البلاغة، خطبة 193]: «يذكر الله تعالى برؤيته ويدعو إليه برويته» [لم ترد هذه العبارة في خطبة همام ولكن ورد في الكافي 1/95، ح 3، باب مجالسة العلماء (1/39) هكذا: «مَنْ تَذَكَّرَ كَمَ اللَّهُ رُؤْيَتَهُ وَيَزِيدُ فِي عِلْمِكُمْ مَنْطِقَهُ وَيُرْعَبُكُمْ فِي الآخِرَةِ عَمَلُهُ»] وقد أثرت مواعظه الشافية في سنى إقامته بأصبهان من التقوى في نفوس الخواص والعوام ما لا يوصف، وقد انقطعَتْ به واعتكفتُ عليه و كنتُ أحضر جميع أبحاثه الفقهية والأصولية والكلامية، وكتبها في مجلس البحث بكمال السرعة مترجماً لها بالعربية وأعرض عليه كراريسى ويتعجبُ هو وجميع مَنْ يحضره عن عدم فوت شىء مما كان يفيدُه ويستسخنها الحاضرون، وقد طلبها منى أخوه الفقيه البارع الزكى حضرة الشيخ محمّد دتقى المعروف بأقانجفى قدس سره ليطبّعها ولم يرض هو _ طاب رسمه _ بذلك ومنعنى عن دفعها إليه، وكان _ نور ضريحه _ أشفق بى من الوالد لولده وكثيراً ما يرغبتى ويحثنى إلى الحضور معه بحث والده الفقيه العلامة حجّة العصابة ووجهها الزاهر حضرة الآقا الشيخ محمّد دباقر _ قدس سره الزكى _ ولكننى كنتُ أرغب عن ذلك لعدم بلوغى من العمر مبلغاً يليق لى الحضور فى ذلك المجلس العظيم الذى كان يحضره أعظم العلماء البارزين و كنتُ أنا ابن تسعة عشر أو العشرين إلى أن أخذنى ذات يوم بعد فراق عن بحثه معه و أحضرنى ذلك المحضر وأجلسنى بجانبه وأظهر من جميل الصنع ما أسكن روعتى وأذهب خجلتى فكنتُ أحضر بعد ذلك بحثه وبعد الفراغ نحضر جميعاً بحث والده واستمر ذلك قريباً من خمسة العوام وكان عنوان بحثه حينئذٍ كتاب البيع وقد أدركتُ بحثه من مبحث المعاطاة إلى الخيارات وشاهدتُ من تبحره وفقاهته وطول باعه فى تنقيح قواعد المعاملات وتفرّيع الفروع عليها مع ابتلائه بتلك الرياسة العظمى واستغراق أوقاته بشئونها ما لا يكاد ينقضى عجبى عنه مهما أتذكره وكان تهجّده ومناجاته بالأسحار وكثرة بكائه فيها يقلب القلوب القواسى ويزيل الجبال الرواسى وإذ شرع فى مبحث الخيارات اختار الله تعالى له دار كرامته ونعى نفسه المقدسة وفى الجمعة الأولى أو الثانية من ذى القعدة سنة 1299 أسرّ إلى ولده المعظم السابق ذكره شيخى العلامة الشيخ محمّد حسين قدس سره وكان هو موضع سرّه أنّه ظهر له فى ذلك اليوم علامة دنو أجله ولم يذكر له أزيد من ذلك وهو _ نور مضجعه _ حدثنى به بعد ذلك فأخذ فى تصفية أموره وتجهيز سفره إلى النجف الأشرف من ذلك اليوم مسرعاً عاجلاً، وفى اليوم الثانى من ذى الحجة تلك السنة خرج من أصفهان خروج من لا يرجو العود أبداً واختار شيخى المعظم المذكور من بين أولاده لصحبته وأخذنى معه و كنتُ عازماً على المسير معهما فحالت العوائق بينى وبين نيتى وكانت كبقية سفره إلا ما حدثنى به ولده المحقق المذكور أنّه جدّ فى السير ولم يمكث فى البلاد الواقعة فى الطريق أزيد من متعارف الزوّار ولا فى الكاظمية المشرفة أزيد من ليلة وورد كربلا المقدّسة ليلة عاشورا ولم يقيم فيها مع بُعد عهده بها واشتياقه إليها أزيد من ثلاث وفى اليوم الرابع خرج إلى النجف الأشرف وفى اليوم الثانى من وروده زار بعد خروجه عن الحضرة المقدّسة مقبرة جدّه الشيخ الأكبر فقيه العصابة ومحبى ما درس من رسومها الشيخ جعفر _ أنار الله تعالى _ وعيّن موضع قبره فيها وخطه بعصاه وأمر أن يحفر من يحفره بحضرته فألح عليه من حضره من عشيرته بالقيام وتعهدوا له أنّهم يكفونه حفره، ودفع كفته إلى مَنْ يعمل الأكفان ليكتب عليه آيا من القرآن بالتربة المقدّسة وأمره أن يعجّل فى إتمامه ولما رجع إلى أهله حمى تلك العشية ولم يخرج بعده إلى أن خرج سريره وانتقل إلى الدرجات التى أعدّها لنزوله».

البحث حول الوجوه في مقام الثبوت

الوجه الأول: الكشف الحقيقي الشرطي

استشكل الشيخ الأعظم عليه بأن الشرط المتأخر محال عقلاً.

ص: 407

وقد مرّ (1) الجواب عنه فإمكان هذا الوجه عندنا باقٍ وأجاب عنه المحقق الخراساني بخسمة أجوبية استشكل في أربعة منها كانت للقوم و
اختار الخامس الذي لنفسه فراجع فوائده. (2)

الوجه الثاني: الكشف الحقيقي التعبّي

مرّ اعتراض الشيخ الأعظم على أعلام القائلين بهذا القول و جوابه منّا فراجع (3).

الوجه الثالث: الكشف الحقيقي التقديري

وهذا الوجه هو ما أفاده المحقق الميرزا حبيب الله الرشتي رحمه الله من كفاية الرضا التقديري في صحة العقد، نظير الإذن المستفاد من
شاهد الحال، قال: «إنّ الإجازة كاشفة عن ذلك جدّاً ولو بعد الردّ فإنّ الكراهة الباعثة على الردّ من حيث خفاء الجهة الراجحة، فلا منافاة
بين الردّ فعلاً و الرضا التقديري...» (4).

وفيه: دعواه مركبة من صغرى وكبرى، أمّا الأولى: فهي أنّ الإجازة كاشفة عن الرضا التقديري، و أمّا الثانية: فهي أنّ الرضا التقديري كافٍ في
صحة العقد.

ويمكن المناقشة فيهما:

أمّا الصغرى: فيمكن أنّ يناقش فيها: بأنّ المراد من الكاشفية إمّا:

أ: اللفظية: ككاشفية الجملة الخبرية عن المخبرية، فهي باطلة بالضرورة.

ب: العقلية الإتيّة: ككاشفية المعلول عن علته، بدعوى أنّ معلولية الإجازة تدل على علّية الرضا التقديري، فهي أيضا باطلة لأنّ التقدير هو
المحذوف والمعدوم لا يتصور أن يكون علّة، نعم، الرضا الفعلي يمكن أن تكون علّة لمعلول الإجازة ولكن بينهما _ الرضا التقديري و
الرضا الفعلي _ تنافى ظاهر.

ص: 408

1-1 . راجع صفحة 380 من هذا المجلد.

2-2 . فوائد الاصول (60-55)، فائدة في تقدّم الشرط على المشروط.

3-3 . راجع صفحة 386 من هذا المجلد.

4-4 . كتاب الإجازة /184، الطبعة الحجرية.

ج: العرفية: بدعوى أنّ الإجازة كاشفة عرفاً عن الرضا التقديرى فهى أيضا باطله، لأنّ الرضا التقديرى معدوم والإجازة موجودة والعرف لا يرى الملازمة بين الموجود والمعدوم.

وبالجملة: بطلان الصغرى واضح لعدم دلالة الإجازة على الرضا التقديرى بوجه من الوجوه.

وأمّا الكبرى: فيما مرّ بأنّ الرضا الفعلى _ فضلاً عن التقديرى _ لا يكفى فى صحة العقد والعقود يحتاج إلى الانتساب والاستناد إلى مالكه وهذا لا يتم إلا بإصدار الإذن سابقاً أو لاحقاً أو مقارناً. (1)

هذا مضافاً إلى ورود الإشكالات الأربعة التى ذكرها هذا القائل العظيم على مدعاه وأجاب عن ثلاث منها بجوابات لا يتم عندنا وترك الجواب عن الرابع ولعلّ وجه تركه معلوميته عن الأجوبة السابقة، فراجع كتابه.

الوجه الرابع: الكشف الحقيقى التامى

مرّ (2) استدلال القائلين بهذا القول فى الوجه الأوّل من وجوه الاستدلال على الكشف بالتقريرين ومناقشات الشيخ الأعظم عليهما، فلا يمكن الأخذ بهذا الوجه ولا نعيد الكلام فيه.

الوجه الخامس: الكشف الحقيقى الحصولى

قال صاحب الجواهر مضافاً إلى ما نقلته عنه سابقاً: «... ولكن لا بدّ فيه من حصول الرضا ولو فى المستقبل ولا يكفى فيه الرضا التعليقى بمعنى أنّه لو علم لرضى...» (3).

ولا بأس بهذا الوجه فى مقام الثبوت وأمّا اقامة الدليل عليه فى مقام الإثبات فمشكل جدّاً.

ص: 409

1-1 . راجع كتاب البيع 2/ (217-221) للمحقّق الخمينى رحمه الله .

2-2 . راجع صفحة 382 من هذا المجلد.

3-3 . الجواهر 23/467 (22/289).

المنقول عن الميرزا الشيرازى الكبير.

قال تلميذه المحقق الخراسانى فى فائدة فى تقدّم الشرط على المشروط من فوائده ما نصه: «ثالثها: ما أفاده سيّدنا الأستاذ _ أطال الله بقاءه _ من أنّ الشرط فى هذه الموارد ليس المتقدّم أو المتأخر بوجودهما الكونى الزمانى لكى يلزم المحذور، بل بوجودهما الدهرى المثالى، و هما بهذا الوجود لا يكونان إلاّ مقارنتين للمشروط، فإنّ المتفرقات فى سلسلة الزمان مجتمعات فى وعاء الدهر(1)»(2).

«و توضيحه [فى كلام تلميذه الآخر المحقق النائنى] أنّ أهل المعقول قالوا بأنّ المتغيّرات فى وعاء الزمان ثابتات فى عالم الدهر، و مرادهم من هذه العبارة أنّ لكلّ ماهية نحوين من الوجود: وجود تفصيلى يختص بها الذى به موجودة الماهية فى عالم الزمان بنحو البسط و النشر و هو يتكثر بتكثر الماهيات، و وجود واحد جمعى فى 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 متأخرا بالوجود التفصيلى الزمانى لكنّه مقارن مع المتقدم بحسب وجوده الجمعى الدهرى فهو شرط بهذا الوجود فلا تأخر للشرط...»(3).

و يرد عليه: هذا الوجه لا يدفع إشكال الشرط المتأخر لأنّ «إجتماع الزمانيات فى عالم الدهر على نحو الترتب نظير إجتماع الخط المختلف الألوان بجميع ألوانه المختلفة تحت نظر واحد حيث أنّ الألوان المختلفة مجتمعات فى النظر و اللحاظ على ما هى عليه من الترتب كما لا يخفى»(4) كما قاله المحقق النائنى.

قال المحقق الخراسانى فى نقده: «قلت: لا- يخفى أنّ ذلك و إن كان لطيفا فى نفسه إلاّ أنّه لا يكاد أن يكون شرطا للزمانى إلاّ الزمانى، مضافا إلى وضوح أنّ الشرط فى

ص: 410

1-1 . واحد، نسخة بدل.

2-2 . فوائد الأصول /58.

3-3 . المكاسب و البيع 2/89.

4-4 . المكاسب و البيع 2/89.

الموارد حسب دليله إنّما هو الشىء بوجوده الكونى، ضرورة أنّ إجازة المالك فى الفضولى... بما هى إجازة... يكون شرطاً، وهى كذلك ليست إلّا زمانية لأنّها بوجوده الدهرى لا يكون محدودة بهذه الحدود، بل بحدود آخر يجتمع الشرط والمشروط فيها... وبهذا المعنى يكون الدهر مجمع المفترقات الزمانية»(1).

بعبارة أخرى: الإجازة المعتبرة فى صحة بيع الفضولى هى الإجازة الواردة فى عمود الزمان بعد عقد الفضولى وأما الإجازة التى فى وعاء الدهر فلا عبرة بها فى الشروط الشرعية ولوازمها وصحة بيع الفضولى.(2)
فلا يتم هذا الوجه.

الوجه السابع: الكشف الحقيقى الحدوثى

قال المحقّق الميرزا فتاح الشهيدى فى الاستدلال على هذا الوجه _ وهو كما مرّ مختاره _ : «... فمقتضى أدلة الإمضاء فى مسألة الفضولى بحسب زمان حدوث الملكيّة وتحديد حدّ التقدّم على الإجازة والتأخر عنها والتقارن لها هو الثالث بمعنى حدوثها بعدها بلا فصل، وأما 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 فى هذا الباب تكون مرجعاً فى 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، أى كون الحادث بعد الإجازة هو الملك من حين العقد»(3).

أقول: قد مرّ(4) إمكان هذا الوجه فى الجواب عن الإشكال الثانى للشيخ الأعظم

ص: 411

1-1 . فوائد الأصول /58.

2-2 . راجع العقد النضيد 3/226.

3-3 . هداية الطالب 3/91.

4-4 . راجع صفحة 391 من هذا المجلد.

عن الدليل الثانى للكشفيين بما يظهر من المحقق الخراسانى.(1)

وأما الاستدلال عليه بما ذكره المحقق الشهيدى قدس سره من ضميمه أن الغالب عند المتعاقدين من أهل العرف هو تسبب الملك من العقد وأدلة إمضاء عقد الفضولى فهو غير تام، لأنه أقرّ بعدم استفادة الكشف من أدلة الإمضاء، ويمكن المناقشة فى الغلبة المدعاة بأنها فى عقد الأصيل _ لا_ الفضولى _ أو على فرض جريانها فى الفضولى، شمول دليل الإمضاء لها أول الكلام، فإذا لم تتم الضميمة لا ينتج الدليل.

الوجه الثامن: الكشف الحكيمى

وهو مختار شريف العلماء و يراه تلميذه الشيخ الأعظم الأنسب بالقواعد والعمومات بعد النقل.

ولكن اعترض المحقق السيّد الخوئى قدس سره عليه: «بأنّ الكشف الحكيمى بمعنى تنزيل غير المالك بمنزلة المالك فى جميع الآثار لا يكون ممكنًا ثبوتًا، وذلك لأنّ المنزل عليه فى باب التنزيل قد يكون أمرًا خارجيًا كقوله الفقاع خمر و الصلاة طواف(2)، وقد يكون أمرًا اعتباريًا شرعيًا يكون وضعه ورفع بيد الشارع، ففى القسم الأول يصح التنزيل _ سواء كان فى بعض الآثار أو فى جميعها _ وأما فى القسم الثانى فلا يصح التنزيل فيه إلا إذا كان فى بعض الآثار وأما فى تمام الآثار فلا معنى للتنزيل أصلاً بل يثبت حينئذ نفس المنزل عليه، فإذا نزلت المطلقة الرجعية مثلاً منزلة الزوجة فى جميع الآثار فهى زوجة حقيقة، وهكذا إذا نزل غير الواجب بمنزلة الواجب كذلك فهو واجب ولا معنى للتنزيل. و المقام من قبيل الثانى فإنّ الملكية الشرعية التى هى محلّ كلامنا اعتبار شرعى، فإذا نزل غير المالك منزلة المالك فى جميع الآثار فلا محالة اعتبر مالكا و عليه فالكشف الحكيمى بهذا المعنى فاسد ثبوتًا»(3).

ص: 412

1-1 . حاشية المكاسب /61.

2-2 . كذا، ولكن الصحيح الطواف صلاة، كما يظهر من التنقيح فى شرح المكاسب 1/448.

3-3 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/369؛ ونحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب 1/448؛ و مصباح الفقاهة 4/152 و 153.

أقول: أولاً: شريف العلماء لا يقول بترتب جميع آثار الملك من حين العقد حتى يرد إشكال السيد الخوئي قدس سره عليه، بل يقول بترتب ما أمكن من الآثار، وهذا غير جميع الآثار فلا يرد الاعتراض.

و ثانيا: ما ورد في كلامه من تنزيل المطلقة الرجعية «منزلة الزوجة في جميع الآثار فهي زوجة حقيقة عجيب، 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»(1).

الوجه التاسع: الكشف الحكمي الانقلابي

مرّ (2) تعريفه و أنّ 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»(3).

أقول: يمكن أن أورد عليه أولاً: الشرط لا يتأخر كما مرّ عن جمال المحقّقين(4).

وفيه: مرّ جوابه من وجود الفارق بين عالمي التكوين و التشريع فلا نعيد.

و ثانيا: عدم معقولية ثبوت حكمين متغايرين على موضوع واحد و زمان واحد، و إن كان زمان الحكم و الاعتبار يكون متعدداً كما مرّ عن المحقّق النائيني(5).

وفيه: عدم المعقولية ثابت في الأحكام التكليفية، و أمّا الوضعية فلا و الحكم فيها

ص: 413

1-1 . العقد النصيد 3/230.

2-2 . راجع صفحة 400 من هذا المجلد.

3-3 . العقد النصيد 3/230.

4-4 . حاشية الروضة /358.

5-5 . أجود التقريرات 2/188.

ناشئة من مصالح فى جعلها و اعتبارها كما مرّ عن السيّد الخوئى (1) (2).

و ثالثاً: الاعتباران بالنسبة إلى متعلّق واحد فى زمانين مختلفين إنّما يتمّ فى القضايا الخارجية و أمّا فى القضايا الحقيقية التى لا نظر فيها إلى الخارج فلا يمكن كما مرّ (3).

وفيه: الشارع بالنسبة إلى الأحكام الوضعية ليس بجاعل بل هو ممضٍ لما يعتبره العقلاء فيها، مضافاً إلى إمكان جعلها بأنّ موضوع الاعتبار الشرعى هى الإجازة، بحيث إذا تحقّقت الإجازة اعتبر الشارع ملكية المشتري من أوّل العقد (4) كما عن السيّد الخوئى (5).

ورابعاً: ما مرّ (6) أنّفاً _ فى الوجه الثامن: الكشف الحكمى _ من السيّد الخوئى (7) من استحالة تنزيل تمام الآثار فى الأمر الاعتبارى الشرعى.

وفيه: أوّلاً: هنا اعتباران لا اعتبار واحد.

و ثانياً: اختلاف زمان الاعتبارين يكفى فى الفرق بينهما.

و خامساً: عدم تمامية هذا الوجه فى مقام الإثبات، و الأدلة لا تشملها كما عليه الاستاذ المحقّق (8) _ مد ظله _ . و هذا هو الإشكال الوحيد فى هذا القسم.

ولكن مع ذلك كلّ قال صاحب بشرى الفقاهة _ دام ظلُّه _ : «إذن لا محذور فى

ص: 414

1-1 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/444.

2-2 . راجع صفحة 393 من هذا المجلد.

3-3 . راجع صفحة 393 من هذا المجلد.

4-4 . راجع صفحة 393 من هذا المجلد.

5-5 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/446.

6-6 . راجع صفحة 407 من هذا المجلد.

7-7 . محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/369؛ و نحوها فى التنقيح فى شرح المكاسب 1/448؛ و مصباح الفقاهة 4/152 و 153.

8-8 . العقد النضيد 3/230.

الكشف [الإتقالي] المختار ثبوتاً فإنه معقول في نفسه و ظاهر من الأدلة المطلقة إنباتا فيتعيّن التزامه من دون حاجة إلى دلالة خاصة إثباتية، و مع ذلك دلّت بعض الروايات الخاصة عليه و يأتي التعرض لها و تقريب دلالتها...»(1).

الوجه العاشر: الكشف الحكمي الصورتى

هذا الوجه هو ما نقله المحقق النائيني عن أستاذه _ جدّي _ آية الله العظمى الحاج الشيخ محمدباقر النجفى الأصفهاني (1235-1301) نجل العلامة التقي صاحب هداية المسترشدين (1185-1248 ح) و اختاره و قال: «حاصله: أنّ 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 أول تحقّقه.

مثلاً: أخذ عنوان فاضل المؤنة موضوع الخمس و ذاته يتحقّق أول 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 الساعى أو الوالى أينما وجده يكشف عن صحة البيع من أول الأمر.

و هكذا في مسألة الركوع فإنه بناءً على أن يكون من أول التقوس إلى آخر حدّ الإنحناء ركوعاً يتوقف اتصاف الجزء الأول بكونه ركوعاً على لحوق الجزء الأخير، و لكنّه بعد اللحوق يكشف عن كونه ركوعاً من أول الأمر.

و بالجملة: كلّ أمر متأخر كان بمنزلة الصورة للأمر المتقدّم، فالمتقدّم يتحقّق من

ص: 415

أول الأمر، و ينكشف بهذا المتأخر وجود المتقدم في ظرف وجوده»(1).

وقال في تقريره الآخر: «بأنه كان يجمع بين الأمرين: أعنى بين مفاد قول المحقق الثاني قدس سره بكون الإجازة مصححة للاستناد ويجعل العقد مستندا إلى المالك المجيز، وبين كون الإجازة إنفاذا للعقد السابق و موجبة لتأثيره من حين وقوعه، ثم كان يتعدى عن مورد الفضولي إلى أبواب أخر و يدعى كون الكشف الحكمى على القاعدة»(2).

«... و قد فرّع على ما أفاده من انطباق الكشف الحكمى على القاعدة فروعا كثيرة من أول الطهارة إلى كتاب الحج في مدّة تقرب من أربعة أشهر، و لا يخفى أنه أحسن ما أفيد في المقام»(3).

ثم قال: «و الأجد بحسب النظر هو تتميم الكشف الحكمى على القواعد بالتقريب... المنقول عن الشيخ محمّدباقر قدس سره و توضيحه يتوقف على بيان أمور:

الأول: إنّ ما يوجد من موارد الشرط المتأخر بحسب ما استقصيناه هو انطباقه على ما أسسه من ضابط الكشف الحكمى أعنى كون الأمر المتأخر كالصورة بالنسبة إلى الأمر المتقدم و الأمر المتقدم كالمادة الهيولانية، 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 واردا على ملك الغير كما في باب الفضولى، أو على ملك العاقد الذى يكون متعلّق حقّ الغير كما في باب عين المرهونة قبل إذن المرتهن.

الثانى: إنّ كلّ أمر متأخر يكون كالصورة بالنسبة الأمر المتقدم لا يخرج عن أحد نحوين، فإمّا أن يكون بمؤداه و مدلوله ناظرا إلى تنفيذ الأمر السابق و يكون مدلوله المطابقي إنفاذه و ذلك كالإجازة و ما يؤدى معناها من الإمضاء أى إنشاء الإجازة بلفظ

ص: 416

1-1 . منية الطالب 2/62.

2-2 . المكاسب و البيع 2/78.

3-3 . المكاسب و البيع 2/84.

أمضيت ونحوه وإما يكون متمماً للأمر السابق و موجبا لفعليته من غير أن يكون مدلوله المطابقى إنفاذاله، وذلك كما فى فك الرهانة حيث أنه ليس ناظرا إلى إنفاذ البيع السابق كالأجازة لكنّه يوجب تمامية البيع السابق بعد تحقّق تمام أركانه، فكم فرق بين القبض فى باب السلم مثلاً، وبين فك الرهانة فى بيع عين المرهونة، حيث أنّ القبض لا يكون موجبا لتأثير العقد السابق بخلاف فك الرهانة فإنّ الرهن كان مانعا عن نفوذ البيع وبالفك يرتفع المانع فيؤثر البيع برفع المانع عن تأثيره.

وإن شئت فقل: ضابط ما كان الأمر المتأخر كالصورة بالقياس إلى الأمر المتقدم، هو كون الأمر المتأخر موجبا لرفع المانع عن تأثير الأمر المتقدم من غير فرق بين أن يكون المانع لأجل ورود العقد على ملك الغير أو وروده على متعلّق حق الغير، وسواء كان لسان الأمر المتأخر لسان إنفاذ الأمر السابق أو صرف رفع المانع المترتب عليه إنفاذ الأمر السابق.

الثالث: إنّ معنى الكشف الحكيمى هو ترتيب الآثار السابقة على الأمر المتأخر المترتبة على الأمر المتقدم من حين تحقّق الأمر المتأخر لكن لا مطلقا بل كلّما يمكن ترتيبها زمان الأمر المتأخر فبالإجازة يترتب كلّ أثر ترتب على الملكية من حين العقد إلى زمان الإجازة من الآثار التى مافات وقت ترتبها وقت الإجازة، وأما ما لا يمكن ترتيبها حين الإجازة فلا يترتب بالإجازة، وعلى هذا فلو وقع النكاح على إمرة ثمّ زنى بها فأجازت بعد الزنا لم يكن الزنا بذات البعل إذ الزنا بها إنّما هو بالوطى ء على إمرة تكون فى حال الزنا بهاذات البعل وهذه المرة بالإجازة تصير ذات البعل، فلا يمكن ترتيب آثار الزنا بذات البعل على الزنا بها قبل الإجازة.

الرابع: إنّ المُنشأ بالعقد وإن لم يكن مقيدا بزمان الإنشاء عقلاً كما قدمناه، بمعنى أنّه ليس الملكية المقيدة بكونها فى حال البيع مُنشأة بالإنشاء. بل الملكية بما هى بلا تقييد بزمان هى المُنشأ لكن العرف يرون المُنشأ حاصلأ حين الإنشاء أعنى بحسب الفهم العرفى يكون المُنشأ هو الملكية المقيدة بحال الإنشاء، فإذا تعلّق بها إجازة أو ما يؤدى مؤاده 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 لذاك الأمر الإرتكازي العرفي، ويكون جرياً على ما يفهم العرف من الكشف الحكمي، وذلك كخبر محمد بن قيس (1) المتقدم الوارد في قضاء أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوه 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 أعنى صيرورة الوليدة أم الولد في زمان ولادتها الذي هو قبل الإجازة، و كالخبر (2) الوارد في تزويج الصغيرين فضلاً 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 إلاّ على الكشف الحقيقي بمعنى تحقّق الزوجية من حين العقد واقعا لا تحقّقها من حين الإجازة مع ترتيب آثار الزوجية من حين العقد وذلك لعدم استقامة الحكم بعزل سهم الزوجة لو لا الكشف الحقيقي لأنّه يكون ملكا لسائر الورثة حينئذ، وإتّما يصير ملكا للزوجة بالإجازة، فلا وجه للحكم بعزل ما دخل في ملك الغير واقعا كما لا يخفى.

قلت: الحكم بالعزل حكم احتياطي شرع لرعاية حقّ الزوجة لنلا يضيع حقّها بعد الإجازة ولا محمل له إلاّ ما ذكرناه وإلاّ فلا يستقيم حتّى على الكشف الحقيقي أيضا، وذلك لانتقال الملك إلى سائر الورثة بواسطة استصحاب عدم صدور الإجازة عن الزوجة أي الأصل الجارى في إثبات عدم تحقّق الأمر المتأخر فيما إذا كان له أثر في المتقدم المعبر عنه بالاستصحاب في الأمور المستقبلية.

ص: 418

1-1 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء، صحيحة.

2-2 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج، صحيحة أبيعبيدة.

و الحاصل: إنَّ المستفاد من أدلة الفضولي ليس أزيد من الكشف الحكمي على الضابط الذي مهَّدناه في تطبيقه على القاعدة فيكون إمضاء للأمر الإرتكازي وعلى هذا فيكون الكشف الحكمي مطابقاً مع القاعدة فيقال به ولو في غير مورد الدليل، ولا يجب فيه الاقتصار على مورد وهو المطلوب»(1).

ولكن المحقِّق النائيني مع اختياره هذا القول وإثباته في درسه اعترض عليه بقوله: «و فيه: أنَّه إذا كان العنوان اللاحق بمنزلة الصورة و السابق بمنزلة المادَّة فلا بدَّ من الالتزام بالنقل، لأنَّ فعلية الشئ إنما هي بالصورة، وبالجملة: مع دخل المتأخر في تحقِّق اتصاف السابق بوصف الموضوعية يستحيل اتصافه بهذا الوصف قبل تحقِّق المتأخر و مجرداً عنه»(2).

وقال في تقريره الآ-خر: «ولكنه لا- يخلو أيضاً عن المنع حيث أنَّ السؤال عن دخل الإجازة المتأخرة بعد باق على حاله فيقال: ذلك الأمر المتأخر إمَّا يكون دخيلاً في نفع الصورة في الأمر المتقدم أو لا؟ وإن لم يكن دخيلاً يكون خلفاً، وإن كان دخيلاً فلا تتحقَّق له الصورة إلاَّ عند تحقِّق الأمر المتأخر فيجب ترتب الأثر المترتب عليه حين الأمر المتأخر لا أن يترتب عليه قبله»(3).

المناقشات

و جعل الأستاذ المحقِّق _ مد ظله _ هذا الاعتراض هو مناقشته الأولى(4) على النائيني! مع أنَّه مذكور في كلامه.

و أمَّا مناقشته الثانية و الثالثة فهما واردتان على الأمر الرابع من أمور النائيني:

فذهب من الثانية(5) إلى عدم إمكان الجمع بين هذا الأمر و قاعدة العقود تابعة للقصد، لأنَّ إذا باع البائع قاصداً به الملكية الغير المقيّدة كيف يحقُّ للعرف أن يحمل بيعه

ص: 419

1-1 . المكاسب و البيع (85-89).

2-2 . منية الطالب 2/62.

3-3 . المكاسب و البيع 2/84.

4-4 . العقد النصيد 3/216.

5-5 . العقد النصيد 3/216.

على أنه قاصد الملكية من حين العقد؟! وما الدليل على حجية هذا الحمل العرفي؟!!

و ذهب في الثالثة(1) إلى: أن الإرتكاز العرفي المُدعى لا يجمع مع التصريح بالكشف الحكمى بمعنى ترتب آثار الملكية من حين العقد برغم عدم ثبوت الملكية فى تلك الفترة!

و حاصل إشكاله الأخير عدم إمكان الجمع بين الإرتكاز و التصريح.

الجواب عن المناقشات الثالثة

أقول: المحقق النائنى يرفع اليد عن المناقشة الأولى و اختار قول أستاذه و لعلّ الوجه فى 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 فى نفس الأمر، و فى الفضولى 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 أما المناقشة الثانية: فإنّ الملكية المطلقة عند العرف تُحمل على وقوعها من حين العقد و هذا لا ينافى قاعدة العقود تتبع القصد كما أنّ البيع المطلق تحمّل عند العرف على النقد و الحال.

و أما المناقشة الثالثة: فإنّ الإرتكاز العرفى 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 المعترف عند العقلاء و الممضى بالأدلة الشرعية.

فلا تتم الإشكالات الثلاثة و تمّ مختار الشيخ الجدد قدس سره .

هذا كلّه بالنسبة إلى مقام الثبوت.

فذلكة الكلام حول الوجه فى مقام الثبوت

قد عرفت استحالة الوُجّه الثالث (الكشف الحقيقى التقديرى)، و الرابع (الكشف الحقيقى التامى)، و السادس (الكشف الحقيقى الدهرى)، و الباقي منها فى مقام الثبوت ممكن فلا بدّ من مراجعة مقام الإثبات لتعيين الوجه المختار، و الحمد لله.

ص: 420

إشارة

أبحث فى هذا المقام عن الأدلة الواردة فى صحة بيع الفضولى و مدى دلالتها بالنسبة إلى أن الإجازة ناقلة أو كاشفه و فى الكشف تدلّ على أى الوجوه من الوجوه الممكنة فى مقام الثبوت.

الأول: الإطلاقات و العمومات

نحو الآيات الثلاث⁽¹⁾، و من الواضح أول زمان يصير العقد الفضولى مصداقا لها هو زمن الإجازة فتدلّ على النقل، لا الكشف، فلا أدرى ما المراد من قول صاحب بشرى الفقاهة⁽²⁾ من ظهور الأدلة المطلقة فى الكشف الإنقلابى إثباتا؟!

الثانى: حديث عروة البارقى

(3)

يدلّ على الكشف الحقيقى الشرطى أو التعقبى لما ورد فيه من تصرف عروة فى الشاتين بالبيع و إقباض شاة إلى المشتري و قبض دينار منه، و لم ينه النبى صلى الله عليه و آله عن هذه الأفعال.

ص: 421

1-1 . سور المائدة /1؛ النساء /29؛ البقرة /275.

2-2 . راجع بشرى الفقاهة 4/65.

3-3 . مسند احمد 4/376؛ السنن الكبرى 6/112.

(1)

ظاهرة فی الكشف كما صرح به فی الدروس (2)، لأنّ المشتري وطئ الجارية ورزق منها الولد، وانتسب الولد إلیه و صار ابنه و صارت الجارية أمّ ولده، و لم ینه أمير المؤمنین علیه السلام من هذه الأمور، و لكنّها ظاهرة فی أقسام الكشف الحقیقی الممكنة فی مقام الثبوت، كما یمكن حملها علی الكشف الحکمی الصورتی كما مرّ من المحقّق النائینی (3).

الرابع: فحوی مادّل علی صحة نکاح الفضولی

(4)

یدلّ علی النقل لا الكشف، لعدم جواز ترتّب آثار الزوجية قبل الإجازة و الإذن.

الخامس: الروایات الواردة فی الإتجار بمال الیتیم

(5)

تدلّ علی الكشف فی بعض احتمالاته _ و هو ظهور إذن الولی بعد الربح للأجنبي فی الإتجار بمال الیتیم _ و لكن الكشف الحقیقی بأقسامه الأربعة الممكنة.

السادس: معتبرة مسمع أیسیار

(6)

تدلّ علی الكشف الحقیقی بأقسامه الممكنة.

السابع: بیع عقیل دور النبی صلی الله علیه و آله و نبیهاشم

(7)

هذه الواقعة لا تدلّ علی أكثر من النقل.

ص: 422

1-1 . وسائل الشیعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نکاح العیید و الإماء.

2-2 . الدروس 3/233.

3-3 . المكاسب و البیع 2/88.

- 4-4 . راجع هذا المجلد صفحة 200.
- 5-5 . راجع هذا المجلد، صفحة 217.
- 6-6 . وسائل الشيعة 19/89، ح 1، الباب 10 من أبواب كتاب الوديعة.
- 7-7 . راجع هذا المجلد، صفحة 250، الوجه الثاني عشر.

الثامن: التصديق بمجهول المالك و اللقطة

(1)

يدلّ على الكشف الحكمي بأقسامه الثلاث.

التاسع: أخبار تحليل خمس في الموارد الخاصة

(2)

تدلّ على الكشف الحقيقي لوجود التصرفات فيها قبل إجازة الإمام عليه السلام ، بوجوه الممكنة.

العاشر: إجازة السيد عقد العبد

(3)

ظاهرة في الكشف الحقيقي بأقسامها الممكنة.

الحادي عشر: صحيحة أبيعبدة

(4)

«ظاهرة في قول الكشف، إذ لو كان مال الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلّط الناس على أموالهم...»(5).

كما يمكن حملها على الكشف الحكمي الصورتى كما مرّ من المحقّق النائينى.(6)

فذلّة القول في مقام الإثبات

قد عرفت نهوض الدليل على الكشف الحقيقي بأقسامه الممكنة _ ولأقل من القسمين الأولين _ وعلى الكشف الحكمي الصورتى، فلا بدّ من القول بالكشف بهذه الأقسام الثلاثة أعنى الكشف الحقيقي الشرطى أو الكشف الحقيقي التعقبى أو الكشف الحكمي الصورتى، فاختر أئى منها شئت، و الحمد لله الكاشف بالتوفيق عن المبهمات، الواهب لما يشاء تحقيق الحقّ بالأدلة البيّنات.

ص: 423

1-1 . راجع هذا المجلد، صفحة 253، الوجه الرابع عشر.

2-2 . راجع هذا المجلد، صفحة 255، الوجه الخامس عشر.

3-3 . راجع هذا المجلد، صفحة 257، الوجه السادس عشر.

4-4 . وسائل الشيعة 26/219، ح1، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج.

5-5 . المكاسب 3/409.

6-6 . المكاسب و البيع 2/88.

هاهنا جهات ثلاث لا بدّ من البحث حولها:

الجهة الاولى: الثمرة بين قسمي الكشف الحقيقي

وهما الأولان من أقسام الكشف الحقيقي أى الشرطى و التعقبى، ذهب الشيخ الأعظم بأن الثمرة بينهما «يظهر فى جواز التصرف كلّ منهما [أى من المتعاقدين] فيما إنتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد»⁽¹⁾ بناءً على التعقبى دون الشرطى.

و ظاهر كلامه: إنّ التصرف فيما إنتقل إليه قبل الإجازة بناءً على شرطية الإجازة [القول الأوّل] حرام واقعا لأنّه تصرفٌ فى مال الغير، و أمّا بناءً على أنّ الشرط هو تعقب العقد بالإجازة [القول الثانى] فلا، لأنّ الإجازة تكشف عن أنّ العقد كان ملحقاً و متعقباً بالإجازة واقعا، فيجوز التصرف واقعا.

وفيه: كلامه بالنسبة إلى التعقبى كلام متين و أمّا بالنسبة إلى الشرطى فلا، و لا بدّ بأن يلتزم بإباحة التصرفات فيه واقعا، لأنّ فى الكشف الحقيقى الإجازة بوجودها المتأخر تؤثر فى الملكية المتقدمة و تكشف عن الملكية حال العقد فتَجُوزُ التصرفات واقعا. هذا أولاً.

ص: 424

و ثانيا: إنَّ قوله هنا مُنافٍ لِمَا يَأْتِي لَاحِقًا مِنْهُ: «فإنَّ الوطءَ على الكَشْفِ الحَقِيقِي حَرَامٌ ظَاهِرًا لِأَصَالَةِ عَدَمِ الإِجَازَةِ، حَلَالٌ وَاقِعًا لِكَشْفِ الإِجَازَةِ عَنِ وَقُوعِهِ فِي مَلَكِهِ»(1).

وَجِهَ التَّنَافِي: حَكْمٌ أَوَّلًا بِعَدَمِ حَلِيَةِ التَّصَرُّفَاتِ بِنَاءً عَلَى الكَشْفِ الحَقِيقِي فِيمَا إِذَا كَانَ الإِجَازَةُ شَرْطًا، وَثَانِيًا حَكْمٌ بِحَلِيَةِ مِثْلِ الوَطءِ وَاقِعًا بِنَاءً عَلَى الكَشْفِ الحَقِيقِي الشَّرْطِي. وَالقَوْلَانِ مُتَنَافِيَانِ(2).

وَبِالْجُمْلَةِ: لَمْ تَظْهَرِ الثَّمَرَةُ بَيْنَ قَوْلِي الكَشْفِ الحَقِيقِي، لِأَنَّهَا بِنَاءً عَلَى الشَّرْطِي تَكُونُ تَصَرُّفَاتِ المِشْتَرِي إِذَا عِلْمٌ بِلِحُوقِ الإِجَازَةِ حَلَالٌ ظَاهِرًا وَاقِعًا لِتَحَقُّقِ المِلْكِيَّةِ مِنْ حِينِ العَقْدِ بَعْدَ الإِجَازَةِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِلِحُوقِهَا فَإِنَّ تَصَرُّفَاتِهِ مَحْرَمَةٌ ظَاهِرًا وَمَحَلَّلَةٌ وَاقِعًا.

وَأَمَّا بِنَاءً عَلَى التَّعْقِيبِي: فَالتَّصَرُّفَاتُ إِذَا عِلْمٌ بِلِحُوقِ الإِجَازَةِ _ كَانَتْ مَحَلَّلَةٌ وَاقِعًا وَظَاهِرًا لِتَحَقُّقِ المِلْكِيَّةِ مِنْ حِينِ العَقْدِ إِذَا لِحِقَهُ الإِجَازَةُ، وَآمَّا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِلِحُوقِ الإِجَازَةِ فَتَكُونُ تَصَرُّفَاتِهِ مَحَلَّلَةٌ وَاقِعًا _ إِذَا لِحِقَتْهَا الإِجَازَةُ _ وَحَرَامًا ظَاهِرًا بِمُقْتَضَى اسْتِصْحَابِ عَدَمِ تَحَقُّقِهَا.

وَالحَاصِلُ: لَمْ تَتَحَقَّقِ الثَّمَرَةُ بَيْنَ الكَشْفِ الحَقِيقِي الشَّرْطِي وَالتَّعْقِيبِي خِلافاً لِلشَّيْخِ الأَعْظَمِ قُدْسِ سِرِّهِ .

الجهة الثانية: الثمرة بين الكشف الحقيقي والحكمي

إشارة

قال الشيخ الأعظم: «وَأَمَّا الثَّمَرَةُ بَيْنَ الكَشْفِ الحَقِيقِي وَالحَكْمِي مَعَ كَوْنِ نَفْسِ الإِجَازَةِ شَرْطًا يَظْهَرُ فِي مِثْلِ مَا إِذَا وَطِئَ المِشْتَرِي الجَارِيَةَ قَبْلَ إِجَازَةِ مَالِكِهَا فَأَجَازَ، فَإِنَّ الوَطءَ على الكَشْفِ الحَقِيقِي حَرَامٌ ظَاهِرًا، لِأَصَالَةِ عَدَمِ الإِجَازَةِ، حَلَالٌ وَاقِعًا لِكَشْفِ الإِجَازَةِ عَنِ وَقُوعِهِ فِي مَلَكِهِ»(3).

ص: 425

1-1 . المكاسب 3/410.

2-2 . راجع التنقيح في شرح المكاسب 1/451؛ و محاضرات في الفقه الجعفري 2/371؛ كتاب البيع 2/252 للسيد الخميني رحمه الله

3-3 . المكاسب 3/410.

أقول: قد مرّ أنفا تنافى هذا القول _ أى الحلية الواقعية _ بناءً على الكشف الحقيقي مع ما مرّ منه من الحرمة الواقعية.

نعم، ما أفاده بناءً على الكشف الحكمى من حرمة الوطء واقعا تام، لأنّ قبل الإجازة الأمة باقية على ملك مالکها فيكون الوطء فى غير الملك و هو حرام ولو فرضناه عالما بأنّه سيعتبر مالكا لها، فالحرمة الواقعية و الظاهرية _ لأصالة عدم تحقّق الإجازة _ جاريتان فى المقام.

و بالجملّة: بناءً على قولى الكشف الحقيقي الوطء حرام ظاهرا و حلال واقعا، و على الكشف الحكمى يكون حراما ظاهرا و واقعا. لعدم إمكان جريان الحليّة فى التصرف الواقع فى ملك الغير.

ثمّ إنّ هاهنا فرعين: تظهر الثمرة فيهما:

الفرع الأول:

ما قاله الشيخ الأعظم: «ولو أولدها صارت أمّ ولد على الكشف الحقيقي و الحكمى لأنّ مقتضى جعل العقد الواقع ماضيا ترتّب حكم وقوع الوطء فى الملك، و يحتمل عدم تحقّق الاستيلاء على الحكمى، لعدم تحقّق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكيتّه للمشتري بعد ذلك»(1).

أقول: بناءً على قولى الكشف الحقيقي لا إشكال فى صيرورة أمة أمّ ولدا بالاستيلاء لأنّ الإجازة كاشفة عن وقوع الوطء فى ملك الواطئ فتصير الأمة أمّ ولد له.

و أمّا بناءً على الكشف الحكمى فيحتمل الشيخ الأعظم احتمالين:

الأول: الأمة تصير أمّ ولد بالاستيلاء للزوم ترتيب أحكام الملكية السابقة التى منها صيرورة الأمة أمّ ولد للمشتري.

الثانى: عدم صيرورتها أمّ ولد لوقوع الوطئ فى ملك الغير، لأنّ من شرائط الاستيلاء وقوع الوطئ فى ملك الواطئ و حليّته.

ص: 426

وَأَصْرَ الْمُحَقِّقِ الْإِيرَوَانِي (1) رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى الْإِحْتِمَالِ الْأَوَّلِ وَأَنَّ الْاسْتِيلَادَ صَحِيحٌ بِدَعْوَى أَنَّ الْكُشْفَ الْحَكْمِيَّ مُشْتَرِكٌ مَعَ الْكُشْفِ الْحَقِيقِيِّ فِي جَمِيعِ الْأَثَارِ غَايَةَ الْأَمْرِ أَنَّهُ مَحْتَاJ إِلَى التَّنْزِيلِ دُونَ الْكُشْفِ الْحَقِيقِيِّ.

وَتَبِعَهُ السَّيِّدُ الْخَمِينِي (2) قَدَسَ سِرَّهُ .

وَلَكِنِ الْمَخْتَارُ هُوَ الْإِحْتِمَالُ الثَّانِي لِأَنَّ ظَهْرَ أُدْلَةٍ اسْتِيلَادِ الْأُمَّةِ يَكُونُ عَلَى الْوِطَاءِ الْحَالِلِ، حِينَ الْوِطَاءِ، وَحَيْثُ بِنَاءٌ عَلَى الْكُشْفِ الْحَكْمِيِّ يَكُونُ الْأُمَّةُ مُلْكًا لِلْغَيْرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَيَقَعُ الْوِطَاءُ فِي مُلْكِ الْغَيْرِ فَيَكُونُ حَرَامًا، فَلَا يَتَحَقَّقُ شَرْطُ الْاسْتِيلَادِ.

كَمَا مَرَّ (3) مِنَ الْمُحَقِّقِ النَّائِبِيِّ قَوْلُهُ فِي تَرْتِيبِ الْأَثَارِ الْمُمْكِنَةِ عَلَى الْكُشْفِ الْحَكْمِيِّ: «فَلَوْ وَقَعَ النِّكَاحُ عَلَى إِمْرَأَةٍ [فَضُولًا] ثُمَّ زُنِيَ بِهَا فَأَجَازَتْ بَعْدَ الزِّنَا، لَمْ يَكُنِ الزِّنَا بِذَاتِ الْبَعْلِ، إِذِ الزِّنَا بِهَا إِثْمًا هُوَ بِالْوِطَاءِ عَلَى إِمْرَأَةٍ تَكُونُ فِي حَالِ الزِّنَا بِهَا ذَاتِ الْبَعْلِ وَهَذِهِ الْمَرْأَةُ بِالْإِجَازَةِ تُصَوِّرُ ذَاتَ الْبَعْلِ، فَلَا يُمْكِنُ تَرْتِيبُ آثَارِ الزِّنَا بِذَاتِ الْبَعْلِ عَلَى الزِّنَا بِهَا قَبْلَ الْإِجَازَةِ» (4).

وَقَالَ: «... فَالْحَقُّ عَدَمُ صَيْرُورَةِ الْمَوْطُوءَةِ أُمَّ وَلِدٍ بِنَاءً عَلَى الْكُشْفِ الْحَكْمِيِّ لِأَنَّهُ إِذَا حُرِّمَ عَلَيْهِ الْوِطَاءُ وَوَقَعَا لَعَدَمَ كَوْنِهَا مُلْكًا لَهُ فَبِالْإِجَازَةِ لَا يُمْكِنُ تَرْتِيبُ هَذَا الْأَثَرِ مِنْ حِينَ الْعَقْدِ، لِأَنَّ كَوْنَ الْمَوْطُوءَةِ أُمَّ وَلِدٍ مُتَرْتَّبٌ عَلَى الْمُلْكِ، لَا عَلَى مَا هُوَ فِي حُكْمِ الْمُلْكِ، وَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّ الْكُشْفَ الْحَكْمِيَّ مُطَابِقٌ لِلْقَاعِدَةِ لِأَنَّهُ لَيْسَ لِلْمَالِكِ قَلْبُ الْحَرَمَةِ إِلَى الْحَلِيِّةِ، وَلَا قَلْبُ الْغَيْرِ الْمُلْكِ إِلَى الْمُلْكِ، بَلْ لَهُ إِتْفَاقٌ مَا وَقَعَ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْأَثَارِ الَّتِي يَكُونُ الْعَقْدُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا تَمَامَ الْمَوْضُوعِ... وَهَذَا لَا يَنْفِي كَوْنَ وَلَدِهَا حَرًّا لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنَ النَّمَاءِ» (5).

أَقُولُ: الْوِطَاءُ لَا يَبْدَأُ أَنْ يَكُونَ فِي الْمُلْكِ حَتَّى يَتَحَقَّقَ الْاسْتِيلَادُ شَرْعًا، وَالزِّنَا لَا يَبْدَأُ أَنْ

ص: 427

1-1 . حَاشِيَتُهُ عَلَى الْمَكَاسِبِ 2/216.

2-2 . كِتَابُ الْبَيْعِ 2/253.

3-3 . رَاجِعْ صَفْحَةَ 412 مِنْ هَذَا الْمَجْلَدِ.

4-4 . الْمَكَاسِبُ وَالْبَيْعُ 2/87.

5-5 . مَنِيَّةُ الطَّالِبِ 2/68.

يقع على ذات البعل حتى تتحقق الحرمة الأبدية و حدّ القتل، و حيث فى الموردین لم يتحقق الملك و لا ذات البعل فلا يتحقق الاستيلاء و لا الحرمة الأبدية و القتل.

الفرع الثانى:

إشارة

قال الشيخ الأعظم: «ولو نقل المالك [أم] الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز، بطل النقل على الكشف الحقيقى، لانكشاف وقوعه فى ملك الغير _ مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد _ وبقى صحيحا على الكشف الحكمى، و على المجيز قيمته [قيمتها]، لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل، كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال متعلقه بنقل لازم»(1).

اختلفت أنظار الأعلام حول ما هو الأرجح فى ضبط عبارة الشيخ الأعظم هل هى: «أم الولد... و على المجيز قيمتها»، أو «الولد... و على المجيز قيمته»، و الفقهاء المامقانى(2)، و اليزدى(3)، و النائينى(4) و الإيروانى(5) على الأول.

و الإشكورى(6) و الأصفهانى(7) و الخونى(8) على الثانى.

و نحن نبحت الفرع و ظهور الثمرة فيه على النسختين:

النسخة الأولى: «لو نقل المالك أم الولد... و على المجيز قيمتها».

توضيحها: لو نقل المالك أم الولد _ التى باعها الفضولى و وطأها المشتري و

ص: 428

1-1 . المكاسب 3/411.

2-2 . غاية الآمال /380.

3-3 . حاشيته على المكاسب 2/188.

4-4 . منية الطالب 2/69 و 70.

5-5 . حاشيته على المكاسب 2/260.

6-6 . بغية الطالب 385/1.

7-7 . حاشيته على المكاسب 155/2.

8-8 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/459؛ محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/378؛ مصباح الفقاهة 4/166.

صارت ذات ولدٍ منه _ عن ملكه ببيعٍ أو هبةٍ قبل أن يُجيز عقد الفضولي ثم أجازته:

بناءً على الكشف الحقيقي _ وعلى جهل المالك بالبيع الفضولي _ يحتمل الأمران:

الأول: بطلان النقل

لأنَّ الإجازة المتأخرة كشفت عن دخول أمِّ الولد في ملك من اشتراها من الفضولي من حين بيعها منه، فنقل المالك لأمِّ الولد نقلٌ لمالٍ الغير وهو غير نافذ، فيحكم ببطلانه، و صحة بيع الفضولي بعد الإجازة.

الثاني: صحة النقل

لأنَّ نقل المالك أمته قبل إجازة بيع الفضولي، يكون ردًا له، فيصح النقل و تبطل الإجازة لعدم وجود موضوع لها. لأنَّ الأمة تنتقل إلى من اشتراها من مالِكها لا من الفضولي.

و أمَّا لو كان المالك عالمًا ببيع الفضولي و نقل الأمة إلى الغير بهبةٍ أو بيعٍ، يكون هذا النقل ردًا لبيع الفضولي قطعًا.

و بنا على الكشف الحكمي: فيصح نقل المالك لأمِّ الولد، لأنها باقية على ملكه، وإذا أجاز بيع الفضولي يكون صحيحًا فيتحقق 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 تصرف 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 بالبدل من المثل أو القيمة. (1) هذا كله بناءً على النسخة الأولى.

و أمَّا النسخة الثانية: «لو نقل المالك الولد... و على المجيز قيمته».

فتوضيحتها: لو نقل المالك الولد ثم أجاز بيع الفضولي فعلى الكشف الحقيقي

ص: 429

1-1 . راجع هدى الطالب 5/85.

يبطل نقل الولد، لأنَّ الإجازة كشفت عن كون الأمة وولدها ملكا للمشتري من حين العقد، ونقل المالك للولد تصرّف في ملك الغير فيبطل.

و احتمال أن تكون الإجازة لغوا وبيع النماء [الولد] يكون ردّا للعقد الفضولي فيقع بيع الولد صحيحا لا محالة.

وبناءً على الكشف الحكمي: يصحّ نقل الولد، لأنّه يكون نماءً لملكه ولم يتعلّق به حقّ غيره. و حيث أجاز بيع الفضولي للأمة فقد أتلف 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

وهي التصرفات التي لا يبقى معها محلّ للإجازة، كما إذا زوّجت المرأة فضولاً ثمّ أنّها مع الجهل بالعقد الفضولي زوّجت نفسها من آخر، التزويج الثاني ينافي العقد الفضولي ولا يبقى معه محلّ للإجازة ويكون ردّاً عملياً للعقد الفضولي، إذا لا يمكن تزويج المرأة من زوجين في زمان واحد.

وأما 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 وزوّجت نفسها من الثاني فشملتها العمومات فيصحّ عقدها. و بعد الحكم بصحة العقد الثاني لا يبقى محلّ 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 ولا يبقى محلّ لموضوع الدليل الثاني المتوقف على عدم موضوع الدليل الأوّل.

و الحاصل: الأدلة العامة في عقد الفضولي إنّما توجب صحة الفضولي من جهة استناده إلى من يملك أمر العقد، و هذا الاستناد لا يتحقّق مع العقد الثاني فلا تشمله العمومات. و الأدلة الخاصة في صحة الفضولي لا إطلاق لها حتّى تشمل ما نحن فيه.

و لا فرق في ما ذكرناه بين كشفى الحقيقي و الحكمي.

الثاني: التصرفات غير المنافية للعقد الفضولي

و هي التصرفات التي يبقى معها محلّ للإجازة كما إذا باع المالك أمته أو وهبها أو صالحها أو أعتقها ثمّ علم أنّ الفضولي قد باعها من آخر فأجاز بيع الفضولي.

هذا التصرف ليس منافيا للعقد الفضولي لأنّ بقاء العوضين ليس شرطا في الإجازة فلا يعتبر وجودهما حين استناد العقد إلى المالك، لأنّ مع عدم بقائه ينتقل إلى البدل.

و الوجه في ذلك: أنّ الإجازة كالفسخ و الردّ تتعلّق بالعقد و إن كان الردّ دفعا و الفسخ رفعا من حينهما و هما مشتركان في تعلّقهما بالعقد. و تتبعهما الإجازة فالمعتبر أن يكون المجيز مالكا حين العقد لا- حين الإجازة و إلاّ فلا تعقل الإجازة بناءً على الكشف الحقيقي لأنّ المفروض أنّ المشتري صار مالكا للمال من حين العقد فالمال يكون ملكا له حين الإجازة و كان خارجا عن ملك المجيز حين الإجازة فلا يقبل الإجازة منه، فالمعتبر أن يكون المجيز مالكا للمال حين العقد لا حين الإجازة. (1)

و ممّا ذكرناه يُظهِر عدم تمامية مقالة المحقّق النائيني من الحكم بلغوية الإجازة في ما نحن فيه لأنّ «المالك يجوز له التصرف في متعلّق عقد الفضولي ولو كان عالما بصدور العقد منه، فإذا جاز له التصرف نفذ تصرفه و إذا نفذ فلا يبقى محلّ للإجازة لصيرورة المالك إجنبيّا» (2).

و قال المحقّق السيّد الخوئي في مقالة استاذة: «و السرّ فيما أفاده أنّ الإجازة عنده

ص: 431

1-1 . راجع التنقيح في شرح المكاسب 1/456.

2-2 . منية الطالب 2/69.

تتعلّق بالعين لا- بالعقد و من الواضح أنّ البيع أو العتق أو غيرهما من التصرفات الناقلة تخرج العين عن ملك المجيز فلا- يبقى مجال للإجازة لانتفاء متعلّقاتها و موضوعها»(1).

أقول: وجه الظهور ما مرّ منّا من أنّ الإجازة كالفسخ و الردّ تتعلّق بالعقد لا بالعين.

ثمّ بناءً على الكشف الحقيقي حيث لا يكون هذا التصرف - النقل أو العتق - منافياً للعقد الفضولي و يبقى محلّ الإجازة و أجاز المالك ينتقل المال - الأمة - إلى المشتري من حين العقد فيبطل النقل أو العتق كما احتمله الشيخ الأعظم(2) أولاً.

و أمّا 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 أنّ المالك أتلف المال على المشتري بالإنتقال أو العتق، فينتقل حقّ 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 كلّه على النسخة الأولى أي أمّ الولد.

و أمّا على النسخة الثانية أي الولد

فأقول: على القول بالكشف الحقيقي: و جهل المالك بالبيع الفضولي لو نقل أو أعتق الولد [النماء] إلى الغير ثمّ أجاز البيع الفضولي يبطل نقله أو عتقه، لأنّ بالإجازة تكشف عن ملكية العين و تتبعها النماء [الولد] للمشتري، فالمالك باع ملك الغير فيكون باطلاً أو لأقلّ من أنّ يكون فضولياً.

و أمّا احتمال صحة نقل الولد و لغوية الإجازة و بطلان الفضولي الذي ذكره الشيخ الأعظم لا يجري عندنا لأنّ مجرد بيع النماء [الولد] و التصرف في منافع المبيع لا يمكن أن يكون ردّاً فعلياً للمعاملة الصادرة فضولة، و السرّ في ذلك أنّ الردّ كالإجازة من الأمور

ص: 432

1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/456.

2-2 . المكاسب 3/411.

القصدية، فإذا كان المالك جاهلاً بوقوع المعاملة الفضولية أو باع النماء مع بنائه على الإجازة لا يعدّ ذلك إنشاءً للردّ.

نعم، لو كان المالك عالماً بالبيع الفضولي وقصد بنقل النماء [الولد] ردّ المعاملة الفضولية يكون ذلك ردّاً ويقع نقل النماء [الولد] صحيحاً.

وأما بناءً على الكشف الحكمي: وجه المالك بالبيع الفضولي، فيكون تصرف المالك في الولد [النماء] في ملكه ويقع صحيحاً إلاّ أنّه يدفع قيمة النماء [الولد] إلى المشتري بعد إجازة البيع، لدخول النماء [الولد] في ملك المشتري بعد الإجازة ومقتضى الجمع بينهما هو الحكم بصحة النقل و تغريم القيمة للمشتري.

ولكن استشكل المحقّق النائني على ما ذكرناه _ وهو توضيح لمقالة الشيخ الأعظم _ بقوله: «... أن 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. وأما بناءً على الكشف الحكمي فالمفروض أنّه لم يحدث في ملكه وإنّما يحكم تبعداً أو قاعدةً أنّه في حكم حدوثه في الملك، وهذا التبعيد أو القاعدة إنّما يصح إذا كان للإجازة محلّ، وبعد صحة النقل لا يتعلّق للمجاز له حقّ به حتّى يجب على المجيز بدله جمعاً بنى الحقيين» (1).

وأجابه تلميذه السيّد الخوئي بقوله: «هذه المناقشة ظاهرة الاندفاع، لأنّ الحكم بالملكية ليس بلحاظ حال الانعدام، وإنّما هو بلحاظ حال الوجود، فمن الآن يحكم بأنّ الموجود سابقاً ملك للمشتري فيترتب عليه وجوب دفع القيمة» (2).

وقال في تقريره الآخـر: «لأنّ زمان الإنتقال وإن كان هو زمان الإجازة ولكن تنتقل العين بالإجازة من زمان العقد فيترتب جميع أحكام الملكية من ذلك الزمان تنزيلاً على الكشف الحكمي وتحقيقاً على ما ذكرنا من الكشف الحقيقي، وإذن فيكون المالك

ص: 433

1-1 . منية الطالب 2/70.

2-2 . التنقيح في شرح المكاسب 1/459.

ضامنا بالنماءات لو أتلّفها و مع نقلها إلى الغير فيكون المقام أيضا من صغريات تعاقب الأيدي كما عرفت في الكشف الحقيقي و هذا واضح جدًا»(1).

وقال: «و المراد بالولد هو ولد الحيوان لا ولد الأمة فإنه حرّ على الكشف الحقيقي، و هكذا لو كانت النسخة أمّ الولد فإنّ أمّ الولد لا يجوز بيعها في نفسها إلا في الموارد المنصوصة»(2).

أقول: الظاهر أنّ المراد بالولد هو ولد الأمة لا ولد الحيوان بقريضة الفرع الأول _ أي الاستيلاد _ فيكون «ال» في الولد للعهد الذهني بالاستيلاد. و ولدها في بعض الفروع يكون عبدا كما في بعضها يكون حرّا.

هل النسخة الصحيحة هي أمّ الولد أو الولد؟

الظاهر أنّ النسخة الصحيحة هي الولد لآئنه 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 شرعا _ كالعنق _ فات محلّها»(3).

لأنّه صريح في أنّ تصرف المالك في العين على الكشف الحكمي مفوّت لمحلّ الإجازة، و أمّا العبارة السابقة _ بناءً على اشتمالها على كلمة الأمّ ليكون التصرف في العين _ فهي صريحة 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 قدس سره، كما نبه عليه المحقّق السيّد الخوئي(4).

ص: 434

1-1 . مصباح الفقاهة 4/166.

2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/378.

3-3 . المكاسب 3/411.

4-4 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/378؛ التنقيح في شرح المكاسب 1/459.

أقول: و الشاهد عليه كلام الشيخ الأعظم في أول «مسألة في أحكام الرد» (1) فراجعه 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 لأنه 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 وضعياً واقعياً، نعم، تكون محرّمة ظاهراً لاستصحاب عدم لحوق الإجازة، فيكون المشتري متجربياً 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 لأنه تصرف في مال الغير و استصحاب عدم لحوق الإجازة.

و أمّا الحكم الوضعي فيها و إن كانت تصرفاً في ملك الغير حدوثاً ولكن بحسب البقاء _ و بعد الإجازة _ ملكاً للمشتري فيجوز تصرفاته فيه و يمضي.

نعم، لا يتحقق الاستيلاء و لا الزنا بذات البعل لأنهما يتحققان من المملوك و الزوجة الفعليين دون ما سيكون مملوكاً أو زوجة. هذا في الموردين بجهة الحكم الوضعي و أمّا وطىء الأمة يكون حراماً تكليفاً لأنه في غير ملك و الإجازة الآتية لا يحلله لأنّ الشئ لا يتقلب عمّا هو عليه كما مرّ.

ص: 435

إشارة

وهي متعددة:

الأولى: النماء

إشارة

قال الشيخ الأعظم: «فإنه على الكشف بقولٍ مطلقٍ _ أى بأقسامه المختلفة _ لِمَنْ إنتقل إليه العين، وعلى النقل لِمَنْ انتقلت عنه»(1).

و المراد بالنماء فى كلامه نماء المنفصل للعين المبيعة، وهو بناءً على الكشف يكون لمشتري العين و بناءً على النقل يكون لمالكها و هذا واضح لا ارتياب فيه.

ولكنُ للشهيد الثانى رحمه الله فى المقام كلامٍ يحتاج إلى توجيه لأنّه قال: «... و تظهر الفائدة فى 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»(2).

قال المحقق جمال الدين الخوانسارى فى حاشيته على الروضة: «فقوله: «فهما للمالك المجيز»، كما ترى إلا [1] أن يفرض كون العقد فضولياً من الطرفين و يكون المراد بكونهما للمالك المجيز كون كل منهما للمالك أصله المجيز. و فيه تكلف.

[2] أو يقال: إن المراد أن كلاً منهما للمالك المجيز ولو فى صورتين. فنماء المبيع للبائع عند كونه فضولياً من قبله، و نماء الثمن للمشتري إذا كان فضولياً من قبله. و لم يتعرض لنماء الطرف الآخر لظهوره بالمقايسة و لا يخفى بعده.

[3] و يمكن أن يقال: فى صورة كون أحد الطرفين فضولياً: إن الطرف الآخر قد رضى و أجاز من حين العقد فوقع الانتقال من طرفه، و إنَّما يبقى التزلزل من الطرف الآخر، فلا ينتقل منه إلا بعد الإجازة، و حينئذ يكون نماء كل منهما قبل الإجازة للمالك المجيز، و فيه إشكال...»(3).

ص: 436

1-1 . المكاسب 3/411.

2-2 . الروضة البهية 3/229.

3-3 . حاشية الروضة 358/، الطبعة الحجرية، لأقا جمال الخوانسارى.

ولكن قال الفقيه السيّد العاملي بعد نقل عبارة الروضة: «وفيه خفاء». أما نماء المبيع فظاهرٌ. و أما الثمن فلأنّه انتقل عن المشتري من حين العقد بقبوله. و تصرف المشتري في ملكه لا يتوقف على إجازة غيره»(1).

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 فضوليّاً دون غيره، فيكون نماء المبيع للمالك المجيز لحدوثه في ملكه و يكون نماء الثمن له أيضا لإقدام المشتري على تملكه له بإقدامه على الشراء من الفضولي»(2).

و يرى الشيخ الأعظم توجيه الأول 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: أنّه يرد على التوجيه الأول أن يكون خلافا 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 أيضا 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»(3).

و الحاصل: هذا التوجيه الثالث لا يتم صغرى و كبرى:

أما 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

ص: 437

1-1 . مفتاح الكرامة 12/608.

2-2 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/380.

3-3 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/380.

عالمًا بذلك ولكنّه اشترى بمال الصغير الذي تحت ولايته فهو لم يقدم على تملك مال نفسه وإتّما أقدم على تملك مال الصغير خلافاً للمصلحة»(1).

و أمّا الكبرى: «فلأنّ الإقدام ليس من أحد المملّكات في الشريعة المقدسة.

نعم، في التسليط الخارجى كلام بين الأعلام ولكنّه غير المقام أعنى المعاملة الفضولية كما لا يخفى»(2).

فرع: تصرف المالك في النماء

لو أقدم الفضولى على بيع العين و تصرف المالك في نمائها كالثمرة أو البيض أو نحوهما. هل يصح هذا التصرف أم لا؟ و هل يعدّ ردّاً لبيع الفضولى أم لا؟ و هل الفرق موجود بين صورتى علم المالك بالبيع و جهله أم لا؟

أقول: أمّا بناءً على النقل: فتصح تصرفاته في النماء لآئنه تصرف في ملكه لعدم صدور الإجازة منه و بعد صدورها تمت و كانت نافذة بالنسبة إلى العين دون نمائها لفقد الموضوع بالنسبة إلى النماء بلا فرق بين صورتى 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 ردّاً للبيع، لأنّ النماء فرع و تابع للعين و هى أصل، فى ما إذا كان عالماً ببيع الفضولى، و أمّا إذا كان جاهلاً به فلا يعدّ ردّاً له.

نعم، إذا لم تتم الدلالة الالتزامية فى مورد كما فى جهل المالك ببيع الفضولى أو أنّ المالك يرى الفرق بين العين و نمائها و لا يعدّ التصرف فى النماء التصرف فى العين، لأنّ النماء يكون منفصلاً فلا يعدّ التصرف فى النماء ردّاً لبيع الفضولى 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

ص: 438

1-1 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/462.

2-2 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/462.

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 لتامة 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 أنّه 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 تسلّط الآخر على فسخته، و هذا مبنى 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»⁽¹⁾.

استدلّ الشيخ الأعظم في كلامه بوجه:

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 موضوعي لا حكمي تخصيصي.

الثالث: قال تلميذه الفقيه المامقاني رحمه الله: «إنّ المصنف قدس سره كان يعلّل جواز إبطال الإنشاء في مجلس البحث بأنّ العقد عبارة عن المعاهدة المعبر عنها بالفارسية بقولهم: (پيمان)، 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 فينتفى العقد و هو معنى بطلانه»⁽²⁾.

ص: 439

1-1 . المكاسب 3/412.

2-2 . غاية الآمال /380.

وأما الوجوه المذكورة في كلام الشيخ الأعظم:

فالأول: تحقّق الإجماع على بطلان العقد إذا تخلل الفسخ و الردّ بين الإيجاب و القبول تامّ كما يرد الإجماع في كلام صاحبى الجواهر(1) و العناوين(2).

وقد مرّ في تنبيهات الموالاة بين الإيجاب و القبول قولنا: «الإجماع المحصّل من الأصحاب في أبواب مختلفة من العقود المشروطة صحتها بعدم تخلّل الرد، و كذا الإجماع المحكى المستفيض عليه»(3).

وأما تخلّل الفسخ أو الرد بعد تحقّق الإيجاب و القبول و قبل وجود شرط الصحة فهو أيضا تامّ لما مرّ من قولنا: «و كذا الردّ يبطل بتخلّله في اثناء 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»(4). فهذا الدليل تام.

فالثاني: أيضا تام 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 أيضا مبطل للإيجاب فلا ينفع القبول بعده، لأنّ مع تخلل الردّ لا يكون عقدا لا شرعا و لا عرفا حتّى يشملها إطلاقات صحة العقود و الأصل أيضا يقتضى فساده لأنّه هو الأصل في العقود كما مرّ(5).

فالثالث: أيضا تام و هو عبارة أخرى عن الدليل الثانى.

و بتمامية هذه الوجوه إلى هنا تتم مقالة الشيخ الأعظم عندنا فى الأصيل بناءً على النقل و أمّا بناءً على الكشف فالكشف الحقيقى بوجوه المختلفة الماضية يترتب الثمرة

ص: 440

1-1 . الجواهر 29/47 و فيه: «بلا خلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم».

2-2 . العناوين 2/177.

3-3 . الآراء الفقهية 4/242.

4-4 . الآراء الفقهية 4/242.

5-5 . راجع الآراء الفقهية 4/242.

لحصول النقل و الانتقال بالعقد و المفروض أنّ الإجازة تأتي فيتحقق المعلق عليها و أمّا بناءً على الكشف الحكمي بالوجوه الثلاثة من المطلق و الإنتقالي و الصورتى فلا تترتب هذه الثمرة لأنّ قبل لحوق الإجازة لا تعتبر الملكية شرعا و عرفا فيتمكن الأصيل من الفسخ.

مقالة المحقق النائيني و نقده

ولكن المحقق النائيني ذهب إلى عدم نفوذ فسخ الأصيل و ردّه حتى على القول بالنقل و قال: «و الأقوى أنّه لا يجوز تصرّفه مطلقا، بناءً على استفادة الحكم التكليفي من قوله عزّ من قائل: «اوفوا بالعقود»⁽¹⁾ لدلالته على أنّ كلّ منشي و معاهد ملزم بانشائه و عهد، فإنّ وجوب الوفاء تكليفا لا معنى له إلاّ تعلّقه بفعل المتعاقدين أى: يتعلّق بالمعنى المصدري، فيجب على كلّ منهما الالتزام بما ألزم على نفسه و هو: إيجاد المادّة بالهيئة سواء تحقّق الالتزام من الآخر أم لا...»⁽²⁾.

مراده: مفاد العمومات و منها قوله تعالى «اوفوا بالعقود» هو الحكم التكليفي لا الوضعي و عليه معناها لزوم إنها الالتزام تكليفا لكلّ من طرفى العقد ولو لم يترتب على العقد الحكم الوضعي و لأنّ الحكم التكليفي المتعلّق بالبائع غير المتعلّق بالمشتري فلا ينافى عدم ترتب الأثر الوضعي عليه فعلاً و قبل الإجازة فى بيع الفضولى.

و بعبارة أخرى: «إن كان المراد بالعقد فى الآية معناه الاسم المصدري _ أعنى 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 فى جميع العقود إلاّ المنصوصة كالوقف قبل القبض، و لا ينتقض ذلك بالإيجاب و القبول فإنّ العقد غير متحقّق بمجرد الإيجاب قبل لحوق القبول»⁽³⁾.

ص: 441

1-1 . سورة المائدة /1.

2-2 . منية الطالب 2/78.

3-3 . محاضرات فى الفقه الجعفري 2/382.

و يرد عليه: أولاً: لانزوم الحكم التكليفى بوجوب الوفاء بالعقد هو جواز العقد لأنّ الأمر بإنهاء الالتزام إنّما يصح فيما إذا كان المخاطب متمكناً من عدمه، أى من رفع اليد عن التزامه بحيث إذا خالف الحكم التكليفى وفسخ العقد كان ذلك ممضى منه شرعاً وهذا المعنى هو جواز العقد، فلا بدّ من القول بأنّ وجوب الوفاء بالعقد يكون إرشاداً إلى ترتيب آثار الملكية، فلا يعم إلاّ العقد التام من حيث الأجزاء و الشرائط و يترتب عليه أثره و هو الملكية.

و ثانياً: الخطاب التكليفى إنّما يتوجه إلى المالكين و موضوعه العقد - أى الارتباط بين التزامى المالكين - و ليس التزام الأصيل مصداقاً للعقد على القول بالنقل ما لم تتحقّق الإجازة و بهذا يفرق المقام عن النذر، فلأصيل أن يرفع يده عن العقد فينتفى به موضوع الإجازة. (1)

أقول: قد مرّ ممّا من فى بداية الكتاب (2) استفادة صحة العقود و وجوب الوفاء بها من الآية الشريفة أعنى: «أوفوا بالعقود»، فيستفاد منها الحكمان: التكليفى - أى وجوب الوفاء بها و الإيفاء بها - و الوضعى - أى صحة العقود و تماميتها - فنحن نستفيد منها الحكمين خلافاً للعلمين - النائينى و السيّد الخوئى رحمهما الله - ولكن الأخير هنا و فى بعض أبحاثه الفقهيّة و إلاّ فهو - أى السيّد الخوئى - فى بعض أبحاثه الفقهيّة الأخر و الأصولية - على ما ببالى - ذهب إلى إمكان استفادة الحكمين من الآية الشريفة و الجمع بينهما. كما هو مختارنا.

و على القول المختار - من إمكان الجمع بين الحكمين - فنحن فى فسحة من إشكال المحقّق النائينى و جواب السيّد الخوئى رحمهما الله لأنّنا نستفيد من الآية الشريفة الحكمين - أى التكليفى و الوضعى معا - فالآية كما تدلّ على لزوم الوفاء بالعقد كذلك تدلّ على صحّة حجته ولكن إذا رجع الموجب عن إيجابه لم يبق العقد على حاله و لم يكن فى

ص: 442

1-1 . الإيرادان للمحقّق الخوئى فى محاضرات فى الفقه الجعفرى 2/383.

2-2 . الآراء الفقهيّة 1/14.

البين إيجاباً حتى يلحقه القبول أو الإجازة. فيتم إلى هنا مقالة الشيخ الأعظم رحمه الله .

اعتراض للمحقق القمي (1) رحمه الله و نقده

تقريب هذا الاعتراض: ترتب الأثر على جزء السبب _ وهو العقد أو انشاء الأصيل _ بعد انضمام الجزء الآخر وهو الإجازة من الأحكام الوضعية ولا يعتبر فيه اختيار الأصيل لترتبه وإرادته وعدم رجوعه عن انشائه.

وبعبارة أخرى: الإيجاب والقبول هما جزءان للسبب المؤثر في عقد الفضولي والمفروض تحققهما، فإذا انضم إجازة المالك إلى العقد ترتب عليه النقل قهراً، سواء رجع الأصيل عن انشائه قبل إجازة المالك أم لم يرجع، لأنّ اتصاف الإيجاب والقبول بعنوان «جزء السبب» قهري.

فلا فرق بين عدم تأثير فسخ الأصيل بين قولى النقل والكشف في الإجازة، فلا يترتب هذه الثمرة (2).

ولكن ردّه الشيخ الأعظم بقوله: «و فيه: أنّ الكلام في أنّ عدم تخلّل الفسخ بين جزئى السبب شرط، فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجدي في وجود المسبّب» (3).

مراده: شرط تأثير العقد بالإجازة والحكم بصحته هو عدم تخلّل الفسخ بين الإيجاب والقبول في العقود، وفي الفضولى بين الإيجاب والإجازة، وإذا لم يتحقق هذا الشرط المعتبر، فإنّ انضمام الجزء الآخر وهو الإجازة في المقام لا يفيد شيئاً.

ثمّ قال الشيخ الأعظم رحمه الله: «فالأولى في سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلّل الفسخ بإطلاقات صحة العقود ولزومها» (4).

ص: 443

1-1 . راجع عنائم الأيام /543 من الطبعة الحجرية، جامع الشتات 2/281 (1/156 من الطبعة الحجرية).

2-2 . راجع هدى الطالب 5/104 و 105.

3-3 . المكاسب 3/412.

4-4 . المكاسب 3/413.

مراده: ردّ الشرطية المدعاة بالإطلاقات الواردة في صحة العقود ولزومها. و أجاب عنه بقوله: «و لا يخلو من إشكال»(1).

مراده من الإشكال ما مرّ في دليله الثاني من عدم صدق العقد العرفي بعد رجوع الموجب عن إيجابه، فخروج المورد عن إطلاقات صحة العقود ولزومها موضوعي و تخصصي لا حكمي و تخصصي حتى تنفيه الإطلاقات و عدم ورود المخصّص.

نعم، يمكن أن يُناقش الشيخ الأعظم بما ذكره السيد الخميني من: «... أنّ الفسخ هل هو هادم للعقد أم لا؟ فإن قلنا: أنّه هادم فلا فرق بين النقل و الكشف حتى الحقيقي منه، لأنّ تعقب العقد بالإجازة إنّما هو مؤثر إذا لم ينهدم العقد، فإذا تخلّل بين العقد و الإجازة فسخ هادم، لم يبق عقد حتى تتعقّب الإجازة.

و بعبارة أخرى: إنّ العقد إذا تعقّب الهدم قبل الإجازة، لم يكن في علم الله من الأوّل عقدا متعقبا بالإجازة حتى يكون مؤثرا. و إن لم يكن هادما فلا فرق بينهما أيضا.

نعم، لو قلنا: بأنّه على النقل هادم دون الكشف، يتم القول بالثمرة، لكن لا دليل على التفريق.

و ما قيل(2): من أنّ العقد تام من قبل الأصيل على الكشف، لا يرجع إلى محصل، فإنّ المراد من التمام إن رجع إلى أنّ الأصيل حصل منه ما هو من قبله من إنشاء العقد، فلا شبهة في أنّه على النقل أيضا كذلك، بل الموجب أيضا حصل منه ما هو من قبله.

و إن رجع إلى أنّ النقل حاصل من قبله على الكشف، فهو موقوف على القول بأنّ الإجازة لا دخالة لها، أو أنّ الفسخ غير هادم، فتمامية العقد موقوفة على عدم الهادمية و هو أول الكلام»(3).

و بالجملة: ظهور هذه الثمرة بعد قبول هذه المقالة مشكل جدّا فنرفع اليد عنها و لا نحتاج إلى البحث حولها في الكشف و الحمد لله.

ص: 444

1-1 . المكاسب 3/413.

2-2 . القائل هو الشيخ الأعظم كما مرّ، في المكاسب 3/412.

3-3 . كتاب البيع 2/256.

أقول: فسخ العقد هو حلّه من حينه _ أى من حين الفسخ _ لا هدمه من أصله، و الشاهد عليه، عدم جواز مطالبة المنافع من طرف الآخر، فالتعبير بأنّ الفسخ هادم للعقد مسامحٌ.

الثالثة: تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

إشارة

ذهب الشيخ الأعظم (1) إلى الجواز بناءً على النقل حتّى على القول بأنّ فسخه لفظاً غير مبطل لإنشائه و العدول من إيجابه لا يبطل العقد _ كما عليه المحققان القمى و النائينى رحمهما الله _ ، لأنّ الأصيل مادامت الإجازة لم تأت من المالك، فله أن يتصرف فى ماله لأنّ المال لم يخرج من ملكيته بناءً على النقل. فهذا التصرف منه تكليفاً و وضعاً جائز.

وقال: «و الحاصل: إنّ الفسخ القولى و إن قلنا أنّه غير مبطل لإنشاء الأصيل، إلّا أنّ له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محلّ الإجازة، فيفسخ العقد بنفسه بذلك» (2).

و استشهد بفرعين:

الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولى

الأول: لو باع المالك جاريته بالشراء الفضولى، فمادام لم تصدر الإجازة من المشتري يجوز للمالك وطؤها لأنّها كانت ملكه باق عليها و لم ينتقل منه فلو استولدها و صارت أمّ ولدٍ يفوت محلّ الإجازة لعدم صحة بيع أمّ الولد.

الثانى: لو زوجت الحرّة نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير

إشارة

الثانى: لو زوجت الحرّة نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير ما لم تصدر الإجازة من الغير، و التزويج الثانى يفوت محلّ الإجازة.

و فى الفرعين لو صدرت الإجازة من طرف الفضول لغت لعدم بقاء المحلّ قابلاً لقبولها.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم (3) احتمال عدم جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه حتّى على القول بالنقل كما هو كذلك على الكشف مستدلاً له _ على وجه لعلّ _ «الجريان عموم

ص: 445

1-1 . المكاسب 3/413.

2-2 . المكاسب 3/413.

وجوب الوفاء بالعقد في حق الأصيل وإن لم يجب في الطرف الآخر»(1).

مراده: كون عقد الفضولي جامعاً لجميع شرائط العقد سوى الإجازة فيشملة عموم قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(2) فيجب على الأصيل الوفاء به و مقتضاه عدم جواز تصرفه فيما انتقل عنه.(3)

و استظهر(4) هذا الاحتمال من كلام المحقق الثاني في مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث يقول: «و ليس لكل من البائع و الغاصب التصرف في العين لإمكان إجازة المالك، خصوصاً على القول بأن الإجازة كاشفة»(5).

ثم ردّ هذا الاحتمال(6): بأن الإجازة بناءً على النقل لها دخل في العقد جزءاً أو شرطاً، فما لم تتحقق الإجازة لم يتم العقد فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين، لأن موضوع وجوب الوفاء هو العقد المقيّد بالإجازة و من الواضح أنّ المقيّد لا يتحقق إلا بعد وجود قيده.(7)

و الحاصل: يجوز للأصيل أن يتصرف فيما انتقل عنه _ تكليفاً و وضعاً _ بناءً على النقل.

أقول: يمكن أن يُناقش الشيخ الأعظم بأن التفصيل بين الفسخ القولي و الفعلي ممنوعٌ، لأنّ 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

ص: 446

1-1 . المكاسب 3/413.

2-2 . سورة المائدة /1.

3-3 . راجع هدى الطالب 5/110.

4-4 . المكاسب 3/413.

5-5 . جامع المقاصد 6/331.

6-6 . المكاسب 3/413.

7-7 . راجع هدى الطالب 5/111.

«و الحاصل: أن الفسخ القولى وإن قلنا...» (1) الخ غير تام. (2)

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 الناقلة كاستيلاء أم الولد أو عتقها أو بيعها وغيرها.

و أمّا بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم:

و أمّا بناءً على الكشف: فقد قال الشيخ الأعظم: «فلا- يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة (3) و السيّد العميدى (4) و المحقق الثانى (5) و ظاهر غيرهم (6)» (7).

و الوجه فى كلامه: تحقّق الملكية من حين العقد لمن انتقل إليه فيعدّ تصرف من انتقل عنه تصرفاً فى ملك الغير، و المسألة معنونة فى كلماتهم فى كتاب النكاح لا البيع كما تعرّض لأقوالهم الشيخ الأعظم فإنّنا نقتفى أثره.

ثمّ نقل الشيخ الأعظم عن بعض معاصريه جواز تصرف

ثمّ نقل الشيخ الأعظم (8) عن بعض معاصريه جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه للشك فى تحقّق الشرط _ و هو الإجازة اللاحقة _ و يسرى هذا الشك فى تحقّق المشروط _ و هو الملكية لمن انتقل إليه _ فملكته مشكوكة و الأصل عدم تحقّقها فلا ينتقل المال من الأصيل إلى غيره، فيجوز للأصيل التصرف فى ملكه.

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن

ثمّ نقل عنه استدراكه: «نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كلّ تصرف

ص: 447

- 1- 1 . المكاسب 3/413.
- 2- 2 . كما يظهر من العقد النضيد 3/255.
- 3- 3 . قواعد الأحكام 3/16.
- 4- 4 . كنز الفوائد 2/322 و 357.
- 5- 5 . جامع المقاصد 12/160 و 297 و 298.
- 6- 6 . كالفاضل الأصفهاني فى كشف اللثام 7/107 و الشيخ يوسف فى الحدائق 23/288 و 289.
- 7- 7 . المكاسب 3/414.
- 8- 8 . المكاسب 3/414.

منافٍ لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقاءه و بدله مع تلفه. قال: «نعم، لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف» انتهى»(1).

أقول: فيرى الشيخ الأعظم كلام معاصره تاماً ولكن بناءً على مذهبه في الكشف الحقيقي التعقبي _ وهو الالتزام بأن الشرط هو تعقب العقد بالإجازة، لا نفس الإجازة وقد نُسب هذا القول إلى جدي _ صاحب الهداية _ وعمي _ صاحب الفصول _ و خالي _ الشيخ حسن ابن الشيخ الأكبر _ و الفاضل النراقي قدس سرهم (2).

هو _ معاصره _ هنا جدي الشيخ محمدتقي صاحب الهداية

و هو _ معاصره _ هنا جدي الشيخ محمدتقي صاحب الهداية قال في كتاب فقهه تبصرة الفقهاء ما نصه: «رابعها: أنه لو عقد فضولاً فهل للآخر التصرف في متعلق العقد قبل إجازة المالك أو رده، أو لا بدّ من توقّفه عن التصرف إلاّ 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 إلاّ بعد انكشاف الحال ليجرى على مقتضاه.

و الأظهر جواز تصرفاته فيه أخذاً بمقتضى الأصل لعدم العلم بصحة العقد المانع من التصرف فيه، لدورانه بين الصحيح و الفاسد.

و مجرد الاحتمال لا يقضى 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 بقائها و إلى عوضه مع تلفها.

نعم، لو علم بالفحوى إجازته له بعد ذلك لم يجز له التصرف فيه كما سنشير إليه إن شاء الله»(3).

ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح

ثم يقول الشيخ الأعظم: «ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه في الكشف من كون العقد مشروطاً بتعقبه بالإجازة، لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب

ص: 448

1-1 . المكاسب 3/414.

2-2 . راجع هذا المجلد صفحة 402.

3-3 . تبصرة الفقهاء 3/352.

الوفاء به على أحد من المتعاقدين»(1).

اعترض عليه الشيخ الأعظم: بأن مذهب المشهور في الكشف

ولكن اعترض عليه الشيخ الأعظم(2): بأن مذهب المشهور في الكشف هو الحقيقي الشرطي فيكون المؤثر التام في الانتقال هو العقد، و قد 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 و حرمة نقضه من جانبه، و الالتزام به و عدم نقضه، و لأنّ 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 فسحّ للعقد من طرف الأصيل، كما أنّ إجازته إمضاء له من طرف الفضولي»(3).

ثمّ ذكر توهمًا وهو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة

ثمّ ذكر توهمًا وهو: «أنّ العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه، لأنّ مقتضى العقد مبادلة المالكين، فحرمة التصرف في ماله مع حرمة التصرف في عوضه ينافي مقتضى العقد، أعني المبادلة»(4).

أقول: قد مرّ متّ(5) بأنّ بعضهم يلتزمون بجواز تصرف الأصيل فيما ينتقل إليه قبل الإجازة لو علم بتحقّق الإجازة في ما بعد. فهذا البعض يقرّون بهذه المبادلة بين المالكين و عوضيّة كل واحد منهما بدلاً من الآخر فلا توهم في البين بل قول في المقام.

ولكن الشيخ الأعظم ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنئ

ولكن الشيخ الأعظم(6) ردّ هذا الذي سمّاه بالتوهم بأنّه مبنئ على استفادة

ص: 449

1-1 . المكاسب 3/415.

2-2 . راجع المكاسب 3/414 و 415.

3-3 . المكاسب 3/415.

4-4 . المكاسب 3/415.

5-5 . راجع هذا المجلد صفحة 402.

6-6 . المكاسب 3/416.

حكّمين من وجوب وفاء العاقد الأصيل بما التزم به و هما حرمة التصرف فيما انتقل عنه و جواز تصرفه فيما انتقل إليه، ولكن الصحيح أنّ أدلة وجوب الوفاء بالعقد لا يدلّ إلاّ على الأوّل - أى 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 التزم 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 لما سمّاه دعوى: و هي إثبات جواز تصرف

ثمّ تعرّض الشيخ الأعظم (1) 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 تصرفه فيه بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقد، بل كان معلّقاً على تقدير الإجازة و دخول مال الغير في ملكه و المبادلة بين المالكين، و حيث لم يعلم الأصيل بتحقيق الإجازة، فتصرفه في ماله لا يعدّ نقضاً لما التزم به، لأنّ التزامه كان معلّقاً و هو لا يعلم بتحقيق المعلّق عليه و هي الإجازة.

ثمّ أتى الشيخ الأعظم (2) بتنظير لهذه المسألة في مسألة النذر المعلّق على شرط قبل تحقّق شرطه من جواز تصرف الناذر في المنذور قبل تحقّق شرطه من دون لزوم جنث للنذر.

و دفعها بأمرين:

إشارة

و دفعها (3) بأمرين:

الأوّل: التزام الأصيل بنقل ماله إلى المالك

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 متوقّعا للإجازة لا مشروطاً عليها أو معلّقاً عليها، فيجب عليه

ص: 450

1-1 . المكاسب 3/416.

2-2 . المكاسب 3/416.

3-3 . المكاسب 3/416.

الوفاء بالتزامه و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقَّعه من الإجازة فتم النقل و الانتقال من حين العقد، أو يصدر الردّ من المالك فينتقض التزام الأصيل به.

وبالجملة: تنظير المقام بمسألة النذر قياس مع الفارق، و الفرق تعليق النذر على الشرط ولكن التزام الأصيل غير معلق على الإجازة.

الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق

إشارة

الثانى: جواز تصرف الناذر فى المال المنذور المشروط قبل تحقّق شرطه لا يخلو من إشكال و لم يتسالم الأصحاب عليه. فالمسألة فى المنظر عليه أيضا غير تام فما بالك بالمنظر.

أقول:

يقع الكلام فى جهتين:

الجهة الأولى: نقد مقالة الشيخ الأعظم

الجهة الثانية: البحث حول مسألة النذر المشروط و التصرف فى المنذور قبل تحقّق شرطه.

أما 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 فى المال تكليفاً نفس الملكيّة و ما لم تحصل لا تشملها حرمة التصرف فى مال الغير»⁽¹⁾. فما ذكره الشيخ الأعظم من أنّ «مقتضى العموم حرمة نقضه على الأصيل مطلقاً فكلّ تصرف يعدّ نقضاً لعقد المبادلة... فهو غير جائز»⁽²⁾ غير تام.

و ثانياً: ما ذكره من قوله قدس سره: «بل مقتضى العموم وجوبه [أى وجوب الوفاء بالعقد و حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه] حتّى مع العلم بعدم إجازة المالك...»⁽³⁾. غير تام لأنّ فى صورة العلم بعدم الإجازة يجوز تصرف الأصيل فى ماله، للعلم بعدم صدور الإجازة و عدم تمامية العقد، فماله باق على ملكه فيجوز له التصرف فى ماله و ملكه وجدانا.

ص: 451

1-1 . مصباح الفقاهة 4/175.

2-2 . المكاسب 3/415.

3-3 . المكاسب 3/414.

و ثالثاً: حكمه قدس سره بعموم شمول آية «اوفوا بالعقود» بما التزم به لِإلْصِقِ، في عقده مع الفضولي ما لم تَتَحَقَّقَ الإجازة من المالك، مشكل جدّاً، ولأحدٍ أن يَقُولَ: أنّه تمسك بالعام في الشبهة المصدقية لذلك العام. لأنّ تامة العقد مُنَوِّطَةٌ بصدور الإجازة من المالك، فما لم تصدر الإجازة منه نشك في كون ما وقع من الأصيل و الفضولي أنّه عقدٌ أم ليس بشيٍ أصلاً، فنشك في مصداقية ما وقع عنهما بكونه عقداً أم لا؟ فلا يجوز التمسك بهذا العموم.

و بعبارة أخرى قوله تعالى: «اوفوا بالعقود» يدلّ على وجوب الوفاء بالعقد الذي يراه العرف عقداً كما هو كذلك في قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»، و العرف لا يرى عقد الفضولي و لا يبيعه قبل صدور الإجازة من المالك عقداً تاماً أو يبيعا 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 داخلياً في مفهوم المبادلة»⁽¹⁾؟ 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 تصرّف و صدر الإجازة من المالك تصير تصرفاته حراماً واقعا 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 واقعا.

ص: 452

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.

فحكم الشيخ الأعظم بحرمة تصرفات الأصيل مطلقاً ظاهراً وواقعاً في غير محلّه.

وأما 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» (1).

و استدل (2) عليه بصحيفة محمد بن مسلم عن أحدهما قال: سألته عن الرجل تكون له الأمة، فيقول: يوم يأتيها فهي حرّة، ثم يبيعها من رجلٍ ثم يشتريها بعد ذلك، قال: لا بأس بأن يأتيها، قد خرجت من ملكه. (3)

والصحيحة كما ترى مطلقة ولكن الأصحاب حملوها على صورة النذر وأفتى بها جمعٌ منهم: الصدوق (4) والقاضي ابن البراج (5) و يحيى بن سعيد (6) والعلامة في الإرشاد (7) والتحرير (8) والشهيد (9) وثانية (10).

ص: 453

1-1 . الشرائع 3/81.

2-2 . كما في المسالك 10/306 و الجواهر 34/131 و 35/412.

3-3 . وسائل الشيعة 23/94، ح 1، الباب 59 من أبواب كتاب العتق.

4-4 . المقنع 157/.

5-5 . المهذب 2/360.

6-6 . الجامع للشرائع 403/.

7-7 . إرشاد الأذهان 2/67.

8-8 . تحرير الأحكام الشرعية 4/203.

9-9 . الدروس 2/205.

10-10 . المسالك 10/306، و الروضة البهية 6/296.

ولكن ابن ادريس (1) و العلامة في بعض كتبه (2) و ولده (3) توقفوا عن الفتوى بمضمونها (4)، أو افتوا بعدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله (5) أو إعادة النذر بملك مستأنف. (6)

ثم تعدى بعض من الأصحاب من مسألة الأمة إلى غيرها و إلى التعليق بغير الوطاء كالشهيد الثاني قال: «... و المتجه التعدى نظرا إلى العدة، و يتفرع على ذلك أيضا جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط لم يوجد، و هي مسألة إشكالية. و العلامة اختار في التحرير (7) عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرٌّ، فباعه قبل الفعل ثم اشتراه ثم فعل. و ولده (8) استقرب عدم جواز التصرف في المنذور المعلق على الشرط قبل حصوله. و هذا الخبر حجة عليهما» (9).

وقال سبطه السيد محمد العاملى: «هذا الحكم مقطوع به في كلام الأصحاب و المستند في ذلك ما رواه الشيخ في الصحيح... و ليس في الرواية تصريح بنذر العتق إذا

ص: 454

- 1-1 . قال ابن ادريس: «وقد روى أنه إذا كان للرجل جارية فنذر أنه متى وطئها كانت معتقة فإن وطئها قبل أن يخرجها من ملكه انعتقت، و إن أخرجها ثم اشتراها بعد ذلك [و] وطئها لم يقع بذلك عتق. و فقه هذه الرواية إن صحت: إنه إذا أخرجها من ملكه انحل نذره، لأنه 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 3/12 و 13.
- 2-2 . القواعد 3/203، تحرير الأحكام الشرعية 4/210، مختلف الشيعة 8/31.
- 3-3 . إيضاح الفوائد 3/485.
- 4-4 . كابن ادريس في السرائر 3/12 و 13.
- 5-5 . كالفخر المحققين في إيضاح الفوائد 3/485.
- 6-6 . كالعلامة في التحرير 4/210.
- 7-7 . تحرير الأحكام الشرعية 4/210.
- 8-8 . إيضاح الفوائد 3/485.
- 9-9 . الروضة البهية 6/296.

حصل الوطؤ بل الظاهر منها أنّ العتق وقع معلقاً على شرط، لكن الأصحاب حملوها على النذر. و حملها ابن ادريس على ما إذا تعلّق النذر بوطنها 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»(1).

و قال الشيخ اسدالله التستري: «و عندى 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: _ وفيه دلالة على جواز البيع و على سقوط النذر به و إن عادت إلى ملكه...»(2).

و قال صاحب الجواهر: «(لو نذر عتق أمته إن وطأها صحّ) لما عرفت من عموم أدلّة النذر و قابلية للتعليق، و أنه ليس من العتق المعلق و حينئذ (ف) تعتق أو تنعتق 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(3) عن أحدهما عليهما 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

ص: 455

1-1 . نهاية المرام 2/267.

2-2 . مقابس الأنوار، كتاب البيع /111 و 112.

3-3 . وسائل الشيعة 23/94، ح 1.

التعليق فى العتق، وفى الروضة(1) «و يشهد له تعليله بأنها قد خرجت عن ملكه، ولو لم يكن منذورا لم يتوقف ذلك على الخروج، كما لا يخفى» وإن كان فيه ما فيه. وعلى كل حال فقد فهم الأصحاب منها ذلك و عملوا به، بل فى المسالك(2) ما وقف على رادّها إلا ما يظهر من ابن إدريس.

نعم فى الروضة(3) وكذا المسالك(4): «فى تعدية الحكم إلى غير الوطء من الأفعال وإلى غير الأمة وجهان: من كونه قياسا و الفرض مخالفة الحكم للأصل من حيث أنّ خروجها عن ملكه لا مدخل له فى انحلال النذر، لأن غايته أن تصير أجنبيّة منه و النذر يصحّ تعليقه بالأجنبيّة كنذر عتقها إن ملكها، وهى فى ملك غيره ابتداءً كما تقدّم فى نظائره _ وفيه ما عرفت من ظهور النذر فى الوطء بذلك الملك _ و من إيماء النصّ إلى العلة بقوله عليه السلام «قد خرجت عن ملكه» و ذلك يوجب التعدى إلى ما توجد فيه العلة المنصوصة». وفى الروضة(5) «و هو المتّجه».

وفيه: أنّ المبنى إذا كان ما ذكرنا من الظهور ينبغى أن يكون المدار عليه، لا نفس الخروج عن الملك مطلقا، ضرورة إمكان الفرق بين الوطء و غيره من الأفعال فى الظهور المزبور، بل ينبغى القطع بإيماء التعليق إلى ذلك، لا أنّ الحكم تعبدى.

ثمّ قال فيهما(6) أيضا: «إنّ ظاهر الصّحيح المزبور جواز التصرف فى المنذور المعلق على شرط لم يوجد، وهى مسألة إشكالية» ثمّ حكى فى الروضة عن الفاضل فى التحرير «اختيار عتق العبد لو نذر إن فعل كذا فهو حرّ فباعه قبل الفعل ثمّ اشتراه ثمّ فعل، و

ص: 456

1-1 . الروضة البهية 6/295.

2-2 . المسالك 10/306.

3-3 . الروضة البهية 6/295.

4-4 . المسالك 10/306.

5-5 . الروضة البهية 6/296.

6-6 . الروضة البهية 6/296، المسالك 10/306.

عن ولده أنه استقرب [عدم(1)] جواز التصرف في المنذور المعلق على شرط قبل حصوله، وهذا الخبر حجة عليهما(2).

قلت: قد عرفت ما يمكن الجواب به عن الأول منهما، وأما مسألة التصرف في المنذور المعلق على شرط فقد يقال: إن محلها ما لو كان المعلق عليه متوقعا كشيء فاء المريض ونحوه، 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 جيدا، والله العالم(3).

قال المحقق السيد الخوئي رحمه الله: «الكلام فيها يقع من جهتين:

1_ من جهة الحكم التكليفي 2_ من جهة الحكم الوضعي

أما الجهة الأولى، فملخص الكلام فيها: أن النذر إذا كان على نحو الاطلاق المعبر عنه بالمنجز ولم يكن مقيّدا بشيء فلا ينبغي الإشكال في أن التصرف في المال المنذور للفقراء حرام، سواء كان النذر نذر نتيجة بأن ينذر انتقال الشاة إلى ملكهم أو كان نذر فعل كنذره أن يملكها للفقراء، لأنه تصرف فيما يجب تملكه للغير فلا يجوز أكله ولا بيعه ولا غيرهما من التصرفات المنافية للوفاء بالنذر، وهذا ظاهر جدا.

كما أنه إذا كان على نحو الواجب المعلق بأن يكون النذر معلقا على شيء إلا أنه من الآن يلتزم بالعمل وإن كان ظرف العمل متأخرا وهو زمان مجيء ولده أو شفاء مريضه كما هو الظاهر فيما إذا كان المعلق عليه أمرا متيقن الحصول كما إذا قال: لله علي كذا إذا جاء الغد، فلا إشكال أيضا في عدم جواز التصرف في المال، لأن الوجوب فعلي ومع ذلك كيف يجوز له البيع أو الذبح ونحوهما.

وكذا الحال فيما إذا كان على نحو الواجب المشروط إلا أن الشرط كان معلوم الحصول، وذلك لما ذكرناه في المقدمات المفوتة من أن تقويت الملاك الملزم قبيح في

ص: 457

1-1 . ليس في المطبوعة ولكن الصحيح إثباتها.

2-2 . الروضة البهية 6/296.

3-3 . الجواهر 34/131 و 132.

نظر العقل و هو كعصيان التكليف المنجز عنده، و لا إشكال أنه بذبح الشاة أو بيعها يعجز عن إستيفاء الملاك الذى يعلم أنه يتوجّه عليه، فلا يجوز تقويت الملاك لأنه روح الأمر و حقيقته.

و أمّا إذا كان مشروطا بشرط مجهول الحصول، فإن كان بنذره ذلك قاصدا لإبقاء الشاة أيضا إلى وقت حصول الشرط المجهول كما هو الغالب فى الناظرين فلا إشكال فى عدم جواز إتلافها و بيعها أو ذبحها، لأنه بنذره ذلك أوجب أمرين: أحدهما تملك الشاة للفقراء. و ثانيهما: إبقاؤها إلى زمان الشرط، و هذا نظير ما ذكره الفقهاء فى الشروط من أنه إذا باع داره بشرط أن يبيعها المشتري للبائع فيما إذا جاء بمثل الثمن، فهو بمنزلة اشتراط أن لا يبيعها المشتري للغير.

و فى المقام أيضا يمكن أن يقال إنه بنذره ذلك نذر أن يبقى المال إلى ذلك الوقت، و هذا من دون فرق بين أن يكون الشرط اختياريا للناذر كما إذا نذر أن يفعل كذا إذا شرب التتن، و بين كونه غير اختيارى له كما إذا نذر كذا إذا نزل المطر فى 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 فى المال ببيعه و ذبحه هذا كله بحسب الحكم التكميلى.

و أمّا الجهة الثانية: و هو الحكم الوضعى، فلا ينبغى الإشكال فى أنّ النذر إذا كان نذر نتيجة و كان مطلقا، أو كان مشروطا ولكن حصل شرطه لا يصحّ التصرف فى المال المنذور صرفه فى جهات خاصّة، لأنه ملك الغير حينئذ فلا تكون التصرفات نافذة أبدا.

و أمّا فيما إذا كان نذر فعل و كان معلقا أو مشروطا مع كون الشرط معلوم الحصول، أو غير ذلك من الموارد التى حكمنا بعدم جواز التصرف فيها فى المال من دون تعلّق حقّ به و إنّما كان مجرد حكم تكليفى بعدم الجواز، فهل تصحّ التصرفات فى 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 فى الموارد التى حكمنا بالجواز فيها تكليفا.

و لا إشكال فى أنّ مقتضى العمومات و الإطلاقات صحّة التصرفات و المعاملات

الواقعة على المال فى الموارد المبحوث عنها، و هذا ممّا لا كلام فيه، وإّما المهمّ بيان ما استند إليه المانعون فى المقام.

فقد استدّلوا على بطلان البيع و سائر التصرفات بوجهين:

أحدهما: أنّ الملك فى المعاملة يعتبر أن يكون طلقاً و لا يصحّ بيع ما ليس بطلق كبيع الوقف و الرهن، و المال فى 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.

وفيه: منع الصغرى و الكبرى، أمّا الصغرى فلا، لأنّ المفروض أنّ الموجود فى البين ليس إلّا حكماً تكليفياً و لم يتعلّق بالمال حقّ بالنسبة إلى الغير لعدم تحقّق شرطه، و الذى يوضح ذلك و يدلّ على أنّ الأمر بصرفه فى الجهات الخاصّة مجرد حكم تكليفى و ليس هناك حقّ للغير هو أنّه لا يقبل السقوط بالاسقاط و لا يسقط بشىء، فلو فرضنا أنّ فقراء البلد اجتمعوا و أسقطوا حقّهم عن المال لا يسقط و جوب الصرف بذلك بل يجب عليه الوفاء بالنذر على تقدير حصول شرطه، و من المعلوم أنّه لو كان حقّاً لكان قابلاً للإسقاط لما ذكرناه فى أوائل البيع (1) من أنّ الفارق بين الحقّ و الحكم ليس إلّا ذلك، و أنّ الأوّل يسقط بالاسقاط دون الثانى و إلّا فكلّ حقّ حكم، فالملك طلق فى المقام.

و أمّا منع الكبرى فلما سيأتى (2) من أنّ هذا العنوان أى اعتبار كون المبيع ملكاً طلقاً لم يرد فى شىء من الآيات و الروايات و إنّما انتزعه الفقهاء من الموارد الخاصّة كالمنع عن بيع الوقف و الرهن و أمّ الولد و نحوها، فالعبرة إنّما هى بتلك الموارد لا بالعنوان فلا يمكن التعدّى 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.

الثانى ممّا استدلّ به على المنع: ما ذكره شيخنا الأستاذ (3) قدس سره من أنّ الممنوع شرعاً كالممتنع عقلاً، و بما أنّ الشارع أمر بصرف المال فى الجهات الخاصّة فبالملازمة

ص: 459

1-1 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب 1/30.

2-2 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب 2/252.

3-3 . لا حظ منية الطالب 2/83.

نستكشف أنّ ضدها و هو التصرف في المال و صرفه إلى غير الجهات الخاصّة حرام و منهي عنه شرعا، فيكون تسليمه إلى المشتري ضدّا لصرفه في الجهات و محرّمًا شرعا، و الممنوع شرعا كالممتنع عقلاً فيكون النهي موجبا لسلب القدرة على التسليم، و من شرائط صحّة المعاملات هو القدرة على تسليم المبيع و بهذا بنى على أنّ النهي المولوى في المعاملات يوجب الفساد، هذا.

وفيه: أنّ المتّبع هو الدليل الذى دلّ على اشتراط القدرة على التسليم و هل أنّه دلّ على اعتبار القدرة خارجا و تكويننا أو على اعتبار القدرة شرعا أيضا، و لا إشكال أنّه إنّما يقتضى اعتبار القدرة على التسليم تكويننا، و لا إشكال أنّ الناظر قادر عليه خارجا فلا محالة يصحّ بيعه و إن ارتكب محرّمًا شرعيا حينئذ، و بالجملة أنّه لا تنافى و لا تضادّ بين حرمة التصرفات و نفوذها أبدا، فلذا يصحّ البيع فيما إذا حلف على تركه غاية الأمر أنّه عاصٍ للحكم التحريمى حينئذ، و القائل أنّ الممنوع شرعا كالممتنع عقلاً إن أراد بذلك أنّه غير مقدور تكليفا فهو مسلم، و إن أراد أنّه غير مقدور وضعيا بمعنى أنّه غير نافذ فهو أول الكلام كما لا يخفى.

فالمتحصل: أنّه لا مانع من الالتزام بصحة بيع المال الذى تعلّق به النذر و وجب صرفه في جهات معيّنة و إن كان ذلك معدما له حينئذ. ثمّ إنّ لا إشكال في صحة البيع فيما إذا علم برجوعه إلى ملكه عند فعالية النذر بحصول شرطه كما إذا علم أنّه يهبه له أو يبيحه أو يبيعه منه و هكذا، و لعلّ المانع يمنعه في غير تلك الصورة أيضا بل لا يكون التصرف حراما أيضا لعدم منافاته الوفاء بالنذر»(1).

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 الفضولى أحد طرفى العقد ثبت فى حقّ المباشر تحريم

ص: 460

المصاهرة فإن كان زوجها حرم عليه الخامسة والأخت والأم والبنت، إلا إذا فسخت _ على إشكال _ في الأم، وفي الطلاق نظر، لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة، وإن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسح، و الطلاق هنا معتبر»(1).

وقال المحقق الثاني: «لو تولى العقد عن الرجل أو المرأة فضولى وباشر الآخر منهما العقد بنفسه، فقد علم من ما مضى أن العقد لازم بالنسبة إلى المباشر، وحينئذ فيثبت تحريم المصاهرة بالنسبة إليه، لأن ذلك دائر مع النكاح الصحيح، وقد علمت أن النكاح صحيح بالنسبة إليه حيث أنه لازم من طرفه.

فالمباشر إما زوج أو زوجة، فإن كان زوجها حرم عليه نكاح الخامسة لو كانت المعقود عليها فضولاً رابعة و حرم عليه أخت المعقود عليها و أمها و بنتها، لأن ذلك أثر النكاح الصحيح، إلا إذا فسخت المعقود عليها، فإن التحريم ينتفى حينئذ لانتهاء مقتضيه.

وذلك واضح في الأخت، فإنها لا تحرم إلا جمعا لا عينا وقد انفسخ النكاح، وكذا البنت، فإنها لا تحرم عينا إلا مع الدخول بأمها.

أما الأم، فإن في بقاء تحريمها بعد الفسخ وزواله إشكال، ينشأ: من أن تحريم الأم يثبت بالعقد الصحيح اللازم، وقد تبين أن العقد صحيح لازم من طرف المباشر، فيتعلق به تحريم الأم. و من أن الفسخ رفع النكاح من أصله، فارتفعت أحكامه.

و أيضا فإن النكاح لا يعقل ثبوته بمجرد القبول المعتبر من دون الإيجاب الشرعى، وإيجاب الفضولى لا أثر له من دون الرضى، وإذا لم يثبت النكاح لم يثبت التحريم.

و التحقيق: أن المباشرة من أحد الطرفين لا تقتضى ثبوت النكاح من ذلك الطرف الآخر لأن النكاح أمرٌ واحدٌ نسبيٌ لا يعقل ثبوته إلا من الجانبين.

وإنما قلنا إنه يلزم في حق المباشر، بناء على أن الإجازة كاشفة عن ثبوت العقد ولزومه من حين وقوعه، كما أن عدمها كاشف عن عدم ذلك.

فلو فسح المباشر ثم أجاز الآخر تبيّن أن فسحه وقع بعد ثبوت العقد ولزومه فلم

ص: 461

يؤثر شيئاً، والحكم بثبوت حرمة المصاهرة إنّما كان لأنّ العقد الواقع نقل عن حكم الحلّ الذي كان قبله، وإن كانت سببته وعدم سببته الآن غير معلومة، فلم يبق حكم الأصل كما كان.

ومثله 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.

وبهذا البيان يظهر أنّه مع الفسخ يتبيّن أنّه لا عقد أصلاً، فلا تحريم أصلاً، وهذا هو الأصحّ (1).

قال الفاضل الأصفهاني: «(فإن كان زوجاً حرم عليه الخامسة والأخت) بلا إشكال لصدق الجمع بين الأختين ونكاح أربع بالنسبة إليه، ولا يجدى التزلزل.

(و) لكلّ من (الأمّ وال بنت) للمعقود عليها فضولياً (إلا) أنّه قبل تبين حالها من الإجازة أو الفسخ لا إشكال في الحرمة، لحرمة الجمع قطعاً، وكذا إذا أجازت. وأما (إذا فسخت) فلا حرمة بلا إشكال في البنت، و (على إشكال في الأم) من أنّ الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له [أى للعقد] من حينه [أى من حين الفسخ] والأول أصح، فإنّ الأصح أنّ الإجازة إمّا جزءاً أو شرطاً.

(وفي) إباحة المصاهرة مع (الطلاق) قبل تبين حال الآخر من الإجازة أو الفسخ (نظر لترتبه على عقد لازم) وإلا وقف على الإجازة، ولأنّه لا يتعلّق إلاّ بالزوجية، ولا زوجية ما لم يلزم، والفضولي غير لازم ما لم يجر، فلا يصح هذا الطلاق (فلا يبيح المصاهرة).

ويحتمل الإباحة لأنّنا إنّما نسلم توقّفه على اللزوم من قبله وهو حاصل أو نقول: إنّما يتوقّف على نكاح صحيح، والإجازة كاشفة عن الصحة لا متمّمة و الفسخ كاشف عن الفساد فالطلاق مراعى، فإن أجازت تبين صحته لصحة العقد وإلاّ تبين فساده

ص: 462

لفساده، وعلى التقديرين يستباح المصاهرة إلا في الأم.

وقد يقال: لا عبرة بالطلاق مع الجهل بشرطه فلا يفيد شيئاً.

ويحتمل أن يكون أرادته [أى أراد الطلاق] المصنف بأن أراد ترتيبه على عقد معلوم الصحة.

ويمكن أن يكون مراده النظر بإباحته [أى الطلاق] الأم من ترتيبه [أى الطلاق] على عقد لازم أى تام، فلا يخلو إما أن يحكم بصحته [أى الطلاق] أو لا؟:

وعلى كل لم يكن مفيداً للإباحة [أى لإباحة الأم]، إذ على الأول يلزم العقد الصحيح على البنت، فلا تحلّ الأم، وعلى الثانى إن أجازت صح العقد فحرمت الأم، وإن فسخت فالحكم ما تقدّم.

وعلى احتمال الإباحة فيه [أى فى الطلاق] فإنما أبيحت [الأم] لفساد العقد من أصله، لا للطلاق و من أنّه [أى الطلاق] بالنسبة إليه [أى إلى الزوج المباشر] بمنزلة الفسخ قبل اللزوم بل قبل التمامية، و منع توقّفه [أى الطلاق] على اللزوم أو التمامية، فلم يتم العقد على البنت فتحلّ الأم، سواء فسخت [الزوجة التى يكون العقد بالنسبة إليها فضولياً] بعده أم أجازت.

(وإن كان المباشر زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ) و هل يحلّ لها حينئذ نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان فى إباحة الأم بالفسخ، (و الإطلاق هنا معتبر) فإنّه إذا طلق فقد أجاز قبله فلزم العقد»(1).

وقال الشيخ يوسف البحرانى بعد نقل كلام المحقّق و الشهيد الثانى من غير ترتيب و بعد كلام الأول منهما: «و مرجعه إلى أنّ تحريم المصاهرة فى الصورة المذكورة إنّما هو من حيث وقوع الشبهة بهذا العقد فى أنّ المعقود عليها قبل الإجازة أو الفسخ زوجة أم لا؟ لا أنّ العقد كان لازماً من جهة المباشرة كما ذكره فيتربّب عليه أحكام المصاهرة.

ص: 463

و الحق أن العقد في الصورة المذكورة يكون موقوفا لا يحكم عليه بلزوم ولا بطلان إلى أن تلحقه الإجازة أو الفسخ فيظهر حاله بذلك، و الحكم باللزوم بمجرد كونه من أحد الطرفين لا يخلو من مناقشة وإشكال»(1).

قال صاحب الجواهر: «(ولو بلغ أحدهما فرضى) به (لزم العقد من جهته) بناءً على أن الإجازة كاشفة، فالمراد باللزوم حينئذ من جهته عدم جواز فسخه له، بل في القواعد(2) في نحو المقام أنه نحرّم المصاهرة عليه، بل في كشف اللثام(3) نفى الإشكال فيه، فلا يجوز له إن كان الزوج نكاح الأخت والخامسة وكلّ من الأمّ والبنت إلا إذا فسخت الزوجة، فلا حرمة على إشكال في الأمّ، وفي الكشف(4) من أن الفسخ كاشف عن الفساد أو رافع له من حينه ثمّ قال فيها: ومع الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم، فلا يبيح المصاهرة إلى أن قال فيها: وإن كان الزوجة لم يحل لها نكاح غيره مطلقاً إلا إذا فسح، والطلاق هنا معتبر، وفي الكشف(5) وهل لها نكاح أبيه أو ابنه؟ فيه الوجهان في إباحة الأمّ بالفسخ، لكنّه قد يناقش باعتبار تحقّق النكاح في تحريم ذلك وليس، إذ الفرض عدم حصول الإجازة من الآخر، واحتمال حصولها غير كافٍ في تحقّقها، بل الأصل يقتضى عدمها.

بل مقتضاه جواز ذلك كلّ له حتّى تحصل وإن انكشف بعد حصولها بطلان التصرف الحاصل بين العقد وبينها، فمن باع ماله من فضولى لم يمتنع عليه الانتفاع به ولو المتلف.

اللهم إلا أن يفرّق بينه وبين النكاح المطلوب فيه الاحتياط بالأنساب وغيرها.

أو يلتزم فيهما معا بالحرمة من باب المقدمة، ضرورة أنه على الكشف بالمعنى المعروف عندهم يكون الأمر دائرا بين كونها أمّ امرأته مثلاً أو غيرها، فيحرم وطؤها مقدّمة

ص: 464

1-1 . الحدائق 23/289 و 290.

2-2 . القواعد 3/16.

3-3 . كشف اللثام 7/107.

4-4 . كشف اللثام 7/107.

5-5 . كشف اللثام 7/108.

لامتثال تحريم نكاح أم الزوجة، ويحرم عليه التصرف في المال، لدورانه بين كونه ماله و مال غيره، فيجب اجتنابه مقدمة لامتثال حرمة التصرف في مال الغير، وبذلك ينقطع استصحاب الجواز السابق، فإنه لا يعارض باب المقدمة، بل لعل موضوع المستصحب غير محقق بعد صدور ما يحتمل السببية منه المخرجة له عنه، كما أنه لم يعلم تناول أدلة الحل للفرض، إذ هي نكاح غير أم المرأة، ولم يعلم كونها كذلك، هذا أقصى ما يمكن أن يقال.

لكن الإنصاف عدم خلوه مع ذلك عن الإشكال، خصوصاً بعد ملاحظة أصل عدم حصول الإجازة.

و استصحاب أحكام الموضوع السابق(1)، مثل جريان هذا العقد والعزل في خبر الحذاء(2) إنما هو للاحتياط في حفظ المال، كالعزل للحمل، فهو مخصوص في محله، ولذا صرحوا بإعطائه للوارث مع فرض طول الانتظار ونحوه بجنون ونحوه، فتأمل.

فإنه قد يقال بمعارضة أصالة عدم الإجازة بأصالة عدم حصول المبطل للعقد المتأهل للصحة، والاستصحاب قد انقطع قطعاً، ضرورة اندراجها في المعقودة التي هي غير نافذة العقد، نعم هي محتملة لكونها من ذى العقد المقبول أو المردود، ولا أصل ينقح ذلك، فيجب الاجتناب مقدمة كالمعقودة المشتبهة بغيرها، مؤيداً ذلك بتناول أمر الوفاء بالعقد الشامل لمثل هذا العقد للأصيل مثلاً، وليس الوفاء به إلا المراعاة لحاله، وإجراء حكم المصاهرة ونحوها عليه، لأن الوفاء بكل شيء بحسب حاله، بل لعل الأمر بعزل المال في الصحيح الآتي(3) لذلك.

نعم، من الغريب ما سمعته مع احتمال تحريم الأم والاب والابن بمجرد صدور العقد فضولاً الذي تعقبه عدم الإجازة ولو من طرف واحد، لإحتمال كون الفسخ من حينه، فإنه لا يقتضيه أصل ولا قاعدة ولا فتوى، بل يمكن تحصيل الإجماع أو الضرورة بخلافه، والطلاق غير مجدٍ، ضرورة اعتبار تعقبه للنكاح، والفرض عدم تماميته لعدم

ص: 465

1-1 . أى العقد الفضولى.

2-2 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1.

3-3 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1.

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 حَقَّقناه سابقاً(1) 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»(2).

أقول: قد مرّ ممّا 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 قدس سره من قوله: «من الغريب... أو الضرورة بخلافه متين جيّداً.

و أمّا 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 نفى الإشكال وقد صرّح أيضاً جماعة بلزوم النكاح المزبور من طرف الأصيل وفرّغوا عليه تحريم المصاهرة»(3).

أقول: قد مرّ كلام الفاضل الأصبهاني من نفيه الإشكال _ في زمان الفاصل بين عقد الفضولي والإجازة أو الردّ _ بالنسبة إلى حرمة الخامسة والأخت والامّ والبنت، وأنت ترى خلو عبارته من نفى الإشكال في الأمّ بالنسبة إلى حرمتها أو حلّيتها.

و الظاهر أنّ الشيخ الأعظم استشهد بهذا الفرع في كتاب النكاح على قوله من

ص: 466

1-1 . الجواهر 23/466 و 467 (22/289).

2-2 . الجواهر 29/217 و 218.

3-3 . المكاسب 3/417.

حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كما مرّ في أول التنبيه، فاستشهاده بكلام الفاضل الأصبهاني يرجع إلى مقصوده من حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه، فأنى بنفى الإشكال فى كلامه بالنسبة إلى حرمة الخامسة و الأخت و الأمّ و البنت. فلا يرجع نقل نفى الإشكال فى كلام الأصبهاني من الشيخ الأعظم إلى الأمّ - كما تراه المحقّق المروج (1) أنّه من المتعين - ثمّ اعترض عليه بأنّه لم يجده، فاعتذر له بأنّه: «اعتمد فى نقل كلام الفاضل الأصفهاني على مطلع كلام صاحب الجواهر (2)» (3).

ثمّ قال الشيخ الأعظم: «و أمّا مثل النظر إلى المزوّجة فضولاً و إلى أمّها - مثلاً - و غيره ممّا لا يعدّ تركه نقضاً لما التزم العقاد على نفسه، فهو باق تحت الاصول لأنّ ذلك من لوازم علاقة الزوجية الغير الثابتة، بل المنفيّة بالأصل.

فحرمة نقض العقاد لما عقد على نفسه لا يتوقّف على ثبوت نتيجة العقد - أعنى علاقة الملك أو الزوجية - بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين» (4).

أقول: هذا البيان من الشيخ الأعظم تام بل ثبوت نتيجة العقد تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين كما ذكره قدس سره . فبالنسبة إلى مسألة النكاح الفضولى لا حرمة فى البين أبدا مادام لم يجر الذى أقام الفضولى العقد من طرفه، نعم، بعد إجازته تمّ عقد و تترتب الحرمة. و أمّا قبلها فلا حرمة فى البين أصلاً بلا فرق بين أن يكون الفضولى 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 العملى للعقد الفضولى السابق.

و كذا لو تزوّجت الزوجة المباشرة لنفسها للغير أو الأب أو الإبن قبل الإجازة يدلّ نفس هذا العقد الثانى على الفسخ العملى للعقد الفضولى السابق.

فلا حرمة فى البين أصلاً. نعم، مادام هو أو هى على عقدهما الفضوليان يجب

ص: 467

1-1 . هدى الطالب 5/131.

2-2 . الجواهر 29/217.

3-3 . هدى الطالب 5/131.

4-4 . المكاسب 3/417 و 418.

عليهما مراعاة الحرمة كما عليه صاحب الحدائق(1).

وبالجملة: هذه الثمرة _ حرمة تصرف الأصيل في ما انتقل عنه _ لا تتّم 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 نقف على أثره:

قال الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضا فيما لو انسلخت قابلية الملك عن أحدهما بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر _ بارتداد فطرى أو غيره _ مع كون المبيع مسلما أو مصحفا إن لم نشترط فيها ما نشترطه من الاسلام حين العقد»(2).

مراده: يمكن الخروج عن قابلية التملك بأحد أمور ثلاثة:

1. الخروج العرفى عن قابلية التملك كالموت.

2. الخروج التعبدى عن قابلية تملك أمواله السابقة كالارتداد الفطرى

3. الخروج التعبدى عن قابلية تملك بعض أمواله نحو المصحف الشريف و العبد المسلم كالإرتداد الملى.

و تظهر الثمرة بين الكشف و النقل بأنّ العاقد الأصيل إذا أنشا البيع أو الشراء و انسلخت عنه قابلية التمليك 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(3) الصغيرين اللذين مات أحدهما، لكن يمكن الجمود عليه و دعوى عدم الجواز فى

ص: 468

1-1 . الحدائق 23/290.

2-2 . شرح القواعد 2/96.

3-3 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1، الباب 11 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 مالكا، بل لا بدّ من اتصالها من حين العقد إلى حين الإجازة حتّى لا ينافى زمان التملّك الذي هو مستمرّ أيضاً من حين العقد إلى حين الإجازة»(1).

مراده: اعتبار اتصال قابلية التملّك بين زمانى العقد و الإجازة حتّى يستند خروج المال عن ملك كلّ واحد من المتبايعين إلى إجازة المجيز بحيث لولاها استمرت الملكية و لم تنقطع إلاّ بالإجازة الموجبة للانتقال.

و دليل اعتبار هذا الاتصال بعض النصوص الواردة في صحة بيع الفضولى كصحيحة محمّد بن قيس(2) و موثقة جميل(3)، إذ ظاهرهما بقاء الأصيل على أهلية التملك إلى ظرف الإجازة.

وردّ الشيخ الاعظم(4) على صاحب الجواهر بجوابين:

أحدهما: نقضى: قائلين بصحة بيع الفضولى بالإجازة تسالما(5) في مسألة ما لو تعاقب العقود المتعددة على مال المجيز، مع أنّه على القول بالكشف ليس مالكا حين الإجازة، لزوال ملكيته بها و صحة العقود المتعددة بعدها. وقد 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 حينئذٍ من المالك... و الصحة مع الإجازة منه لكون الرضا الأوّل إنّما كان و المال لغيره و لعلّ الأوّل أقوى»(6).

ص: 469

1-1 . الجواهر 23/469 (22/291).

2-2 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1.

3-3 . وسائل الشيعة 19/18، ح 9.

4-4 . المكاسب 3/419.

5-5 . راجع جامع المقاصد 4/70؛ المسالك 3/158.

6-6 . الجواهر 23/471 (22/292).

و الآخر: حلى: ظهور بعض الأخبار بل صريح بعضها فى عدم اعتبار قابلية تملك أحد المتعاقدين حال إجازة الآخر، مضافاً إلى فحوى بعضها الآخر.

الأول نحو: موثقة جميل (1)، و الثانى نحو: رواية ابن أشيم (2)، و الثالث نحو: صحيحة الحداء (3).

ولكن المحقق السيد الخوئى اعترض على الشيخ الأعظم و صاحب الجواهر كليهما و قال: «و لا يخفى أنّ تلك الأخبار بأجمعها خارجة عن بيع الفضولى على ما ذكرناه سابقاً حتى أنّ شيخنا الأنصارى لم يستدلّ على صحة الفضولى بتلك الأخبار و أنّما ذكرها تأييداً، و عليه فلم ترد رواية منها فى الفضولى حتى يستفاد منها عدم اعتبار استمرار القابلية بالصراحة أو الظهور كما هو الظاهر.

و أمّا النقض الذى أورده على صاحب الجواهر قدس سره فأعجب، لأنّ الكلام فى اعتبار قابلية المتعاقدين فى نفسهما و أمّا الخروج عن المالكية بالإجازة فهو ممّا لا مانع عنه أبداً، و من الظاهر أنّ المالك فى البيوع المتعاقبه لم يخرج عن أهلية الملك و القابلية لولا الإجازة، فهذا النقض من مثله بالنسبة إلى صاحب الجواهر غريب، هذا كلّ بالنسبة إلى ما أفاده شيخنا الأنصارى قدس سره.»

أقول: ما ذكره المحقق السيد الخوئى بالنسبة إلى نقض الشيخ الأعظم تام، و أمّا ما ذكره بالنسبة إلى جوابه الحلى فغير تام، لأنّه لو فرض عدم تمامية الاستدلال بهذه الروايات على بيع الفضولى، _ و قد عرفت فى البحث عن أدلة صحة بيع الفضولى تمامية فحوى ما دل على صحة نكاح الفضولى أى صحيحة أبى عبيدة الحداء _ كيف لا يمكن استفادة عدم اعتبار استمرار قابلية تملك عنها، مع أنّ هذا البحث الأخير لا يكون من فروع بحث بيع الفضولى، و البحث فيه عام يشمل الفضولى و غيره، فهذا البيان من مثل السيد الخوئى قدس سره _ و هو مرجع الطائفة _ غريب.

ص: 470

1-1 . وسائل الشيعة 19/18، ح 9.

2-2 . وسائل الشيعة 18/280، ح 1.

3-3 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1.

ثم قال المحقق السيّد الخوئي: «و أمّا ما ذكره صاحب الجواهر قدس سره 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 التعدّي 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 المالين و لا نظر فيها إلى المالكيين، 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 مالكا 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 يفزقوا في المرتدّ الفطري بين كون المبيع مصحفاً أو عبداً مسلماً و بين كونه من الأشياء الأخرى، و قد حكموا بالصحّة 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 تقسّم أمواله بين ورثته و تنتقل إليهم، و أمّا أنّه إذا اكتسب مالاً بعد الارتداد لا يكون مالكا له فلا يستفاد من شيء،

وعليه لا بدّ في الفطرى أيضا من التفصيل بين كون المبيع من قبيل المصحف و العبد المسلم ونحوهما ممّا لا يملكه الكافر وبين غيره فالثمرة تظهر في بيع المصحف و العبد المسلم فإنّه على الكشف يصحّ لأنّه كان مسلما حين العقد و على النقل يكون باطلاً لأنّه حين الإجازة كافر و هو لا يتملّك شيئا منهما كما لا يخفى، و أمّا في غيرهما كالفرش و الدار و نحوهما فلا يبطل على النقل أيضا حتّى في الارتداد عن فطرة، إذ لا دليل على أنّ المرتدّ الفطرى 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 فضولى و لا يكون البيع باطلاً، فلا تكون حينئذ ثمره بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما تظهر الثمرة عند كون الثمن كلياً إذ لا مال له إلاّ بالاضافة و هو قد أضيف إلى ذمّة المرتدّ، و لا ينتقل إلى الورثة لمغايرة ما أضيف إلى ذمته بالنسبة إلى ما في ذمّة الورثة.

و الحاصل: أنّ الارتداد موت شرعى، و عليه فلا فرق بينهما في البيع الشخصى 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 فضولى فيهما، كما لا فرق بينهما في البيع الكلى 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 يكنسا دار البائع أو في مقابل عمل آخر، فإنّ البيع في صورة الموت باطل، لعدم تمكّنه من الثمن و استحالة الكس أو العمل في حقّ الميّت فيبطل، اللهمّ إلاّ إذ 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 الكس 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 حق المرتدّ فلا تغفل، هذا كلّ بالنسبة إلى ارتفاع الأهلية و القابلية عن المالكين قبل الإجازة و بعد العقد»(1).

الخامسة: سقوط أحد العوضين عن المالية

قال الشيخ الأكبر كاشف الغطاء: «و تظهر الثمرة أيضا فيما لو انسلخت قابلية المنقول بتلفه أو انقلابه إلى النجس أو عروض النجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك»(2).

مراده: ظهور الثمرة بين قولى الكشف و النقل لو انسلخت قابلية المال المنقول _ ثمنا كان أو ثمنا _ للملكية من طرف الأصيل إمّا بسبب تلف ذلك المال، أو انقلابه إلى النجس نحو: غليان عصير العنبى، أو عروض النجاسة عليه بحيث لا يقبل التطهير نحو: اصابة عين النجاسة إلى اللبن أو الدهن المايح أو أمثالهما بحيث لا يقبل التطهير، فعلى القول بالكشف يصحّ الشراء و يكون المشتري مالكا للعصير العنبى مثلاً و يكون ضرره عليه، و على القول بالنقل وقع السقوط فى 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 تتقدح المناقشة فى الثانى، بل هى اوضح من الأول ضرورة كون المعبر على الكشف و النقل رضا المالك، و الفرض انتفاء ملكيته بانتفاء قابلية العين لها»(3).

توضيحه: المعبر فى باب الفضولى إجازة المالك و رضاه بالعقد، فلو انتفت قابلية العين للتملك كما إذا إنقلب الخلُّ خمرا بعد انشاء الفضولى لم يصدق على المالك أنه مالك هنا حتّى تؤثر إجازته فى صحة بيع الفضولى بلا فرق بين الكشف و النقل.

و بعبارة أخرى: سقوط المال عن الملكية يوجب انتفاء عنوان المالك، لأنّ

ص: 473

1-1 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/ (475-478).

2-2 . شرح القواعد 2/96.

3-3 . الجواهر 23/469 (22/291).

الملكية هي اضافة المال أو الملك إلى مالكه، و إذا انتفى الملك انتفت الملكية و عنوان المالك، و إذا انتفت المالك و الملكية و الملك انتفى البيع فضوليًا كان أو غيره، نرى الإجازة كاشفة أو ناقلة، و هذا هو وجه أولوية انتفاء هذه الثمرة عند صاحب الجواهر.

و أجابه الشيخ الأعظم(1) بجوابين:

أحدهما: فحوى صحيحة الحداء(2)، لأنّ المفروض فيها موت الزوج الذى هو أحد الركنين فى عقد النكاح و قد حكم بصحة العقد لو رضيت الزوجة بعد إدراكها و حلفها، فكذلك فى بيع الفضولى إذا سقط المبيع عن المالية أو الملكية بعد العقد _ لأنّ المبيع لا يكون فى البيع أهم من الزوج فى النكاح _ فيحكم بصحة بيع الفضولى بعد إجازة المالك و يكون التلف على المشتري بناءً على النقل لأنّ التلف وقع فى ملكه.

ثانيهما: الإطلاق الوارد فى قضية عروة البارقى الناشئ ء من ترك الاستفصال الدالّ على عدم اعتبار استمرار قابلية الملك إلى زمان صدور الإجازة، لأنّ عروة إذا أخبر الرسول الخاتم صلى الله عليه و آله بما فعل قال صلى الله عليه و آله : «بارك الله لك فى صفقة يمينك»(3) 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 المحقق السيّد الخوئى: «و أمّا إذا ارتفعت القابلية عن المالكين و خرجا عن قابلية التّمولّ بالتلف و شبهه كما إذا صار الخلّ خمراً لأنّه تلف شرعى قبل الإجازة، فيقع الكلام فيه من جهتين:

إحدهما: أنّ الخروج عن قابلية التّمولّ هل يوجب بطلان العقد على النقل دون الكشف، و يظهر الثمرة بينهما فى مثله أو لا؟

و ثانيهما: أنّ استمرار قابلية التّمولّ فى المالكين شرط فى صحّة العقد و الإجازة كما ادّعاه صاحب الجواهر أو أنّ الاستمرار غير لازم؟

ص: 474

1-1 . المكاسب 3/419.

2-2 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1.

3-3 . مسند احمد 4/376؛ السنن الكبرى 6/112 للبيهقى.

فأما الكلام في الجهة الأولى فملخصه: أن الخروج عن القابلية بالتلف ونحوه إن كان قبل القبض فلا إشكال في أنه يوجب البطلان على كلا القولين.

أما على النقل، فلوضوح أن المال قد تلف قبل البيع و المعاملة على المعدوم باطلة.

وأما على الكشف، فلأن الإجازة وإن تكشف عن الملكية من حين العقد إلا أن كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكة فيوجب التلف انفساخ المعاملة، إذ المفروض أن المال لم يقبض، ومعنى كل مبيع تلف قبل قبضه أن المال يدخل في ملك البائع قبل التلف بأن و يتلف في ملك البائع كناية عن انفساخ المعاملة ورجوع الثمن و المثلن إلى ملك مالكهما الأول فلا تظهر ثمرة بين القولين حينئذ.

وأما إذا خرجا عن القابلية بالتلف ونحوه 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، فإن المعاملة صحيحة على الكشف لأن الملكية حصلت حين العقد و قد قبض المشتري المال، و التلف بعد القبض لا أثر له، و ذلك لأن المفروض أن المشتري قد قبض الدار من مالكة بإذنه و إن لم يقبضها المالك بعنوان المعاملة إلا أن قبضه صحيح و مستند إلى إجازة المالك و مثله يكفي في القبض، و لكنها باطلة على النقل لأنها تلفت قبل المعاملة، و القبض قبلها لا يوجب صحة البيع أبدا لأنها قد انعدمت و المعاملة على المعدوم لا تصح.

و ثانيهما: ما إذا كان الفضولي وكيلا من قبل المالك في خصوص قبض كل ما للمالك من الأموال، و اشترى مالا للمالك فضولا و قد قبضه من البائع فتلف بعد القبض، فإنه يصح على الكشف لتقدم الملكية و القبض على التلف، و المفروض أن القابض وكيلا 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(1) قدس سره على كاشف الغطاء قدس سره فى المقام من أنّ المعاملة عند التلف باطلة على كلا القولين، أمّا على النقل فظاهر، و أمّا على الكشف فلأجل أنّ كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه، إلّا أنّك عرفت أنّ التلف يمكن أن يتصوّر بعد القبض و عليه تظهر الثمرة بين القولين لا محالة، هذا.

ثمّ إنّ شيخنا الأنصارى(2) قدس سره مثّل للخروج عن المالية بمثالين: التلف و عروض النجاسة على المبيع مع ميعانه، و لم نفهم الوجه فى المثال الثانى و أنّ عروض النجاسة على المائعات كيف يخرج المائع عن المالية و الملكية مع أنّه قدس سره صرّح بجواز بيع الممتنّجس كالدهن و نحوه للاستصباح أو لجعله صابوناً بل لطفى السفن و نحوه، فلا يمكن المصير إلى أنّ الدهن بتنّجسه يخرج عن المالية، غاية الأمر أنّ بيعه غير جائز فيما يتوقّف استعماله على الطهارة إلّا 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 فى المثال إلّا أنّه لا لأجل خروج المالىين عن المالية بل من جهة انتفاء شرط من شروط صحّة البيع، و عليه ينبغى أن يدرج ذلك فى المقام و يلحقّ بالقسمين المتقدّمين أعنى صورة خروج المالكين عن الأهلية و صورة خروج المالىين عن المالية و يقال بظهور الثمرة فيما إذا خرج المالكان عن القابلية أو خرج المالان عن التمولّ أو انتفى شرط من شرائط صحّة البيع كما عرفت، هذا كلّه فى الجهة الأولى.

أمّا الكلام فى الجهة الثانية: فقد عرفت أنّ صاحب الجواهر قدس سره قد ادّعى ظهور الأدلّة فى اشتراط استمرار القابلية و المالية و الشرائط فى صحّة المعاملة و الإجازة، و قد تبعه بعض المتأخّرين و ذكروا أنّه لا إطلاق فى أدلّة صحّة الفضولى ليمكن التعدّى، بل لا بدّ

ص: 476

1-1 . منية الطالب 2/85.

2-2 . المكاسب 3/418.

من الاقتصار على المقدار المتيقن و هو صورة استمرار القابلية و المالية و الشرائط.

إلا أنك عرفت أنّ ذلك إنّما يتمّ فيما إذا استدللنا على صحّة الفضولي بالأخبار الخاصّة الواردة في بعض الموارد المخصوصة، و أمّا إذا كان المدرك على صحّة 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 قدس سره من بطلان المعاملة على كلا القولين، بل قد عرفت أنّ الثمرة بينهما تظهر في الموارد المتقدّمة، فما ذكره كاشف الغطاء هو الصحيح، هذا ما يرجع إلى كلمات صاحب الجواهر قدس سره .

و أمّا ما أفاده شيخنا الأنصاري في مقام الجواب عن صاحب الجواهر قدس سره من أنّه لا دليل على استمرار القابلية و المالية في المعاملة، بل الدليل على عدم الاشتراط موجود و هو الروايات الواردة في صحّة الفضولي حيث إنّ ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار الحياة في المتعاقدين حال الإجازة، مضافا إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي صلى الله عليه و آله عن موت الشاة أو ذبحها و إتلافها، و إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين .

فندفع بما ذكرناه سابقا من أنّه قدس سره أراد بالظاهر ما ورد في المضاربة و في الاتّجار بمال اليتيم من أنّ الربح للمالك و الصغير، و الخسران على العامل و المتصرّف، حيث إنّهما ظاهران في الاطلاق و عدم التفصيل بين موت المالك و عدمه، إلا أنّك عرفت أنّهما أجنبيّان عن الفضولي و لا دلالة فيهما على صحّته كي يتمسك بهما في المقام، و أمّا الصريح فلم نفهم أنّه ما أراد بالصريح في الأخبار، إذ لا رواية صريحة في ذلك بين الأخبار، و أمّا رواية ابن أشيم الواردة في العبد المأذون فهي صريحة في موت الموكل و تدلّ على صحّة بيع الوكيل فيما إذا مات الموكل بعد البيع، و لا إشكال في صحّة بيع الوكيل و معاملاته فيما إذا مات الموكل بعد المعاملة، و هذه لا ربط لها بالمقام كما لا يخفى.

و أمّا ما استشهد به ثانياً ففيه: أنّ عدم الاستفصال لأجل الاطمئنان بعدم موت الشاة أو تلفها، إذ من البعيد أن تموت الشاة في ذلك الزمان القصير المتخلّل بين بيعها و إجازة النبي صلى الله عليه و آله، و على تقدير الشكّ فلاستصحاب جارٍ و أمّا ذبح الشاة و أنّه لم

يستفصل بين ذبحها وعدمه، ففيه: أنّ ذبحها لا يخرجها عن المالية والملكية كما لا يخفى والكلام فى خروج المالكين عن المالية فلا تغفل.

وأما استدلاله برواية تزويج الصغيرين فهو عجيب، إذ على تقدير صحّتها فى موردّها كيف يمكن التعدّي منها إلى المعاملات الفضولية فإنّ التعدّي منها قياس لا نقول به. ودعوى الفحوى والأولية كما صدرت منه قدس سره ممنوعة من جهة أنّا إنّما قلنا بدلالة الرواية الواردة فى صحّة النكاح الفضولى على صحّة البيع الفضولى بالأولية من أجل أنّ النكاح - بما أنّ فيه الفروج والأولاد - أهم عند الشارع قطعاً، فإذا صحّ الفضولى فى النكاح فتدلّ على صحّته فى البيع بطريق أولى.

وأما فى المقام فيما أنّه لا يترتب على صحّة النكاح بعد فرض موت الزوج ولد ولا وطء فلا يمكن التعدّي منه إلى البيع، إذ لا أهمية له عليه ولا أولوية فى البين فكيف يمكن التعدّي عن صحّة النكاح بالإجازة الذى لا يترتب عليه إلاّ إرث الزوجة إلى صحّة جميع العقود الفضولية لينتقل الثمن والمثمن إلى المالكين. فالمتحصّل أنّه لا يمكننا المساعدة على شىء ممّا أفاده فى المقام، هذا كلّه فيما إذا كان المالكان والمالان والبيع واجدين للقابلية والمالية والشروط حين العقد ولكنّها ارتفعت بعد العقد إلى زمان الإجازة»(1).

السادسة: تجدد القابلية

قال الشيخ جعفر: «و فى مقابله [أى مقابل انسلاخ قابلية الملكية - أى الثمرة الخامسة] ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حين العقد، كما لو تجددت الثمرة أو بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة»(2).

مراده: تجدد قابلية الملك من تجديد الثمرة أو بداية إصلاحها بعد العقد ولكن

ص: 478

1-1 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/ (478-483).

2-2 . شرح القواعد 2/96.

أمثلة الجَدِّ تَنَحَّصِرُ بمقابلة الثمرة الخامسة أى تجديد المالية لا تجديد المالكية فتأمل.

ولكن يمكن تصويره فى ما إذا تجددت قابلية الملك للمالك الذى بيعت ماله فضولياً، وكانت قابليته حين العقد منسلخة لموته مثلاً ولكن الفضول لا يدرى أنه مات، ولكن بعد عقد الفضولى وقبل الإجازة أحياء الله تعالى وتجددت قابليته للملك، فعلى القول بالكشف البيع باطل لأن البيع وقع فى زمن انسلاخ قابلية المالك لملكه، ولا يمكن تصحيحه بالإجازة التى كانت كاشفة من وقوع النقل والانتقال من حين العقد الفاقد لشرائط الصحة، وأما على القول بأنها ناقلة، حيث وقع النقل والانتقال من حين الإجازة الناقلة وحين الإجازة تجدد القابلية تكون المعاملة صحيحة.

وهذه الثمرة هي على عكس الثمرة الرابعة والخامسة ولذا قال الجد: «فى مقابله» (1) أى فى مقابله فى تجديد القابلية وظهور الثمرة.

واعترض عليه فى الجواهر وقال: «ووضح من ذلك فسادا، فاقد القابلية للملك حين العقد ثم وجدت قبل الإجازة، فإنه لا وجه للصحة على الكشف كما هو واضح، وعلى النقل أيضا لعدم قابلية العقد حال وقوعه للنقل فلا تنفعه الإجازة بعد أن كان فى غير محله» (2).

ووافق الشيخ الأعظم صاحب الجواهر فى الاعتراض وقال: «نعم، ما ذكره أخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة، لبطان العقد ظاهرا على القولين...» (3).

توضيح اعتراضهما: العقد لا بد أن يكون تاما من جميع الجهات حين العقد فى الفضولى إلا-إجازة المالك، وحيث فى هذا الفرض انسلخت قابلية الملك عن مالكة حين العقد يكون باطلاً بلا فرق بين الكشف والنقل.

ص: 479

1-1 . شرح القواعد 2/96.

2-2 . الجواهر 23/469 (22/291).

3-3 . المكاسب 3/420.

قال جَدُّنا الشيخ جعفر: «و فيما لو قارن العقد فقد الشروط بقول مطلق ثم حصلت و بالعكس»(1).

توضيحه: لو كان الشرط مفقودا حين العقد ولكن تجدد قبل الإجازة يكون العقد باطلاً على الكشف لوقوع العقد فاقدا للشرط ولكن يكون صحيحا على النقل لوقوع العقد واجدا للشرط حين النقل.

وأما عكسه: لو كان الشرط موجودا حين العقد ولكن فقد قبل الإجازة، فيكونُ العقد صحيحا على الكشف لوقوع العقد جامعا 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: «... و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط»(2).

ولكن قال المحقق السيد الخوئي: «و أما إذا انعكس الأمر كما إذا كان المالك غير واجدين للقابلية أو كان العوضان فاقدين للمالية أو كان البيع فاقدا للشروط حين العقد فصارا واجدين لها في زمان الإجازة فقد ذكر شيخنا الأنصاري(3) قدس سره في المقام أنّ المعاملة باطلة حينئذ على كلا القولين لعدم تمامية الشروط في العقد، ثم ذكر أنّ باب المناقشة في ذلك وإن كان واسعا إلا أنّ الأرجح في النظر ما ذكرناه، هذا.

ولكن التحقيق أن يفصل بين الشروط فإن كان الشرط راجعا إلى المتعاقدين: كالبلوغ و العقل و نحوهما و فرضنا أنّ أحدهما كان صبيّا 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 صبيّا، فلا عقد حتّى يصحّ على الكشف أو

ص: 480

1-1 . شرح القواعد 2/96.

2-2 . المكاسب 3/420.

3-3 . المكاسب 3/(420-418).

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ مِنْ شُرُوطِ نَفْسِ الْبَيْعِ: كَعَدَمِ كَوْنِهِ غَرْرِيًّا وَكَانَ ذَلِكَ الشَّرْطُ مَفْقُودًا حَالَ الْعَقْدِ الْفَضُولِيِّ ثُمَّ ارْتَفَعَ الْغَرْرُ قَبْلَ الْإِجَازَةِ كَمَا إِذَا بَاعَهُ صَنْدُوقًا مَقْفَلًا مِنْ دُونِ أَنْ يَعْلَمَ الْمُشْتَرِي بِمَا فِي الصَنْدُوقِ مِنَ الْأَمْوَالِ ثُمَّ عَلِمَهُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَالْمُعَامَلَةُ بَاطِلَةٌ أَيْضًا عَلَى كِلَا الْمَسْلُوكَيْنِ، لِاشْتِرَاطِ عَدَمِ الْغَرْرِ فِي الْبَيْعِ حَالَ الْحُدُوثِ فَوْجُودِهِ مَانِعٍ عَنِ صِحَّةِ الْبَيْعِ لَا مُحَالَةً، وَارْتِفَاعِهِ بَعْدَ ذَلِكَ لَا يَنْفَعُ فِي صَيْرُورَةِ الْبَيْعِ صَحِيحًا، فَمَا أَفَادَهُ مَتَيْنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ أَيْضًا.

وَأَمَّا إِذَا كَانَ الشَّرْطُ مِنْ شُرَائِطِ الْمَالِيْنَ فَهُوَ يَنْقَسِمُ إِلَى قَسْمَيْنِ:

فِتَارَةٌ: يَكُونُ أَحَدَ الْمُنْقُولَيْنِ أَوْ كِلَاهُمَا مَمَّا لَا مَالِيَّةَ لَهُ تَكْوِينًا أَوْ مَمَّا حَكَمَ الشَّارِعُ بِعَدَمِ مَالِيَّتِهِ شَرْعًا حِينَ الْعَقْدِ ثُمَّ انْقَلَبَ إِلَى الْمَالِ حَالَ الْإِجَازَةِ، وَهَذَا أَيْضًا لَا مَجَالَ لِصِحَّتِهِ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ، فَإِذَا بَاعَ الثَّمْرَةَ قَبْلَ بَدْوِ صِلَاحِهَا أَيْ زَمَانَ كَوْنِهَا زَهْرًا عَلَى نَحْوِ الْفَضُولِيِّ ثُمَّ بَدَأَ صِلَاحِهَا حِينَ الْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ، أَوْ كَانَ الْمَبِيعُ خَمْرًا حَالَ الْعَقْدِ ثُمَّ صَارَ خَلًّا حِينَ الْإِجَازَةِ فَإِنَّ الْعَقْدَ فِي الْمَثَالَيْنِ إِنَّمَا وَقَعَ عَلَى الْمَعْدُومِ حَقِيقَةً أَوْ شَرْعًا، لِأَنَّ الثَّمْرَةَ غَيْرَ مَوْجُودَةٍ قَبْلَ بَدْوِ الصِّلَاحِ وَقَعَا كَمَا أَنَّ الْخَمْرَ مُحْكَمَةٌ بِعَدَمِ الْمَالِيَّةِ شَرْعًا فَلَا مُحَالَةَ يَكُونُ بَاطِلًا، إِذْ لَا مَعْنَى لِصِحَّةِ الْعَقْدِ عَلَى الْمَعْدُومِ عَلَى كُلِّ مِنَ الْمَسْلُوكَيْنِ وَأَمَّا مَا وَجَدَ بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ لَمْ يَقَعْ عَلَيْهِ عَقْدٌ حَتَّى يَصَحَّ بِالْإِجَازَةِ.

وَأُخْرَى: يَكُونُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُنْقُولَيْنِ مَالًا حَقِيقَةً وَلَكِنْ تَخْتَلِفُ أَوْصَافُهُمَا فَيَتَّصِفَانِ بِشَيْءٍ عَالٍ الْعَقْدِ وَبَشَيْءٍ آخَرَ حَالَ الْإِجَازَةِ، وَفِي مِثْلِ هَذَا لَا وَجْهَ لِلْبَطْلَانِ عَلَى كِلَا الْمَسْلُوكَيْنِ كَمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ وَقْفًا أَوْ مَاءً مُتَنَجِّسًا أَوْ أُمَّمٌ وَلَدَ حَالَ الْعَقْدِ ثُمَّ صَارَ الْوَقْفُ مُورَدًا لِلْخِلَافِ بَيْنَ أَهْلِهِ حَتَّى انْتَهَى الْأَمْرُ إِلَى الْقَتْلِ وَالْجِدَالِ فَصَارَ بَيْعُهُ صَحِيحًا حَالَ الْإِجَازَةِ، أَوْ طَهَّرْنَا الْمَاءَ قَبْلَ صُدُورِ الْإِجَازَةِ مِنَ الْمَالِكِ فَجَازَ بَيْعُهُ بَعْدَ مَا كَانَ بَيْعُهُ بَاطِلًا لِاشْتِرَاطِ الطَّهَارَةِ فِي الْمَبِيعِ، أَوْ مَاتَ وَلَدُ الْأُمِّ فَصَحَّ بَيْعُهَا حَالَ الْإِجَازَةِ، وَمِثْلُ ذَلِكَ صَحِيحٌ عَلَى كِلَا الْقَوْلَيْنِ، وَأَمَّا عَلَى النُّقْلِ فَوَاضِحٌ لِأَنَّهُ حِينَ الْإِجَازَةِ مَالٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ وَقَدْ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَى هَذَا الْمَالِ فَبِالْإِجَازَةِ يَسْتَنْدُ إِلَى الْمَالِكِ وَحِينَ الْاسْتِنَادِ هُوَ وَاجِدٌ لِشَرْطِ

الصحة فتعممه العمومات، وأما على الكشف فلأن الإجازة لا تكشف عن الملكية من حين العقد حتى يقال إن المبيع حال العقد كان وقفا أو ماءً منتجساً أو أمّ ولد و كيف يحكم بدخولها في ملك المشتري مع أن بيعها غير صحيح حينئذ، وإنما تكشف عن الملكية من زمان صيرورة الوقف أو الماء أو الأمّ مما يجوز بيعه لأجل ما طرأ عليها من المجوّزات، فما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين غير تامّ في هذه الصورة.

كما أن الشرط إذا كان راجعاً إلى المالكين: لا إلى المتعاقدين ولا إلى المالكين ولا إلى البيع كاشتراط الإسلام في مالک الثمن في بيع المصحف أو العبد المسلم، فلا مانع من الالتزام بصحة البيع على كلا القولين، أما على القول بالنقل فلوضوح أن المشتري قد صار مسلماً حال الإجازة، وأما على الكشف فلأن الإجازة إنما تكشف عن الملكية من زمان إسلام المشتري للمصحف والعبد لا من زمان العقد حتى يقال إنه حين العقد محكوم بعدم التملك لهما، فإذا باع الفضولي شيئاً منهما من الكافر للنسيان أو الغفلة والاشتباه ثم أسلم الكافر قبل الإجازة فهو صحيح على كلا المسلكين، فلا وجه لما أفاده قدس سره من البطلان على كلا القولين في هذه الموارد كما هو ظاهر⁽¹⁾.

الثامنة: ثمرات متعددة

وردت في كلام جدنا الشيخ جعفر رحمه الله قال: «وفي تعلّق الخيارات والشفعة وعدم صحة التصرف من حين العقد، واحتساب مبدأ اوقات الخيار، ومعرفة مجلس الصرف والسلم واشتراط بقاء القابلية بعقل ورشد إلى حين الإجازة حيث نلحقها بالعقد الجديد إلى غير ذلك. وترتب ما يتعلّق بالعهد والنذور والأيمان غير محتاج إلى الإيضاح والبيان»⁽²⁾.

أقول: الظاهر أنه في زماننا يحتاج إلى الإيضاح والبيان ولذا قال المحقق السيّد

ص: 482

1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/ (483-485).

2-2 . شرح القواعد 2/96 و 97.

المروج في توضيح هذه الثمرات ما نصه: «أنه إذا اختلف حال المبيع صحهً 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 بأقلّ من قيمته الواقعية، ثمّ انخفضت حال الإجازة. فعلى الكشف يثبت الخيار للبائع، دون النقل.

و أمّا خيار المجلس، فالظاهر عدم تعلُّقه بعقد الفضولي، لعدم إنطباق ما في دليله من أنّه «إذا اُفتراق 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 لافضولى إلى زمان حضور المميز، و أجاز، فيثبت خيار المجلس، لكونه مجلس البيع» غير ظاهرة، إذ الكلام في حسابان مبدأ خيار المجلس، و أنّه 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 سيأتى تفصيل الكلام _ في اختصاص خيار المجلس بالأصيل، دون الفضولى و

كذا الوكيل في الانشاء _ في أوائل الخيارات إن شاء الله تعالى».

وقال في ذيل حق الشفعة: «يعنى: في مورد تبدل الشريك، كما إذا كانت الدار ملكا مشاعا لزيد وعمرو، فباع الفضولى يوم السبت حصّة زيد، وباع عمرو حصّته يوم الأحد، وأجاز زيد يوم الإثنين. فبناءً على الكشف يثبت حق الشفعة لعمرو، لأنّ حصّة زيد إنتقلت إلى من اشتري من الفضول من يوم السبت، فلعمرو الأخذ بالشفعة وفسخ البيع الواقع يوم السبت، وضمّ حصّة زيد _ المبيعة فضولاً _ إلى حصته.

فإن أخذ بالشفعة فهو، وإلّا يثبت حق الشفعة للمشتري من الفضولى، وله الأخذ به وفسخ البيع الواقع يوم الأحد بين عمرو والمشتري منه، لوقوع هذا البيع الثانى بعد تمامية البيع الأول المجاز من يوم السبت وإن صدرت الاجازة يوم الاثنين، وصيرورة المشتري من الفضولى شريكا للأصيل حينما باع حصته يوم الأحد.

وبناءً على النقل ينعكس الأمر، فيثبت حق الشفعة من يوم الأحد لزيد، لصيرورته شريكا مع المشتري من الأصيل وهو عمرو، فله إعمال حقّه، وتملك حصّة عمرو، ثمّ إجازة البيع الواقع على حصته. وحيث إنّ المفروض عدم أخذ زيد بحق الشفعة _ وإّما أجاز يوم الاثنين عقد الفضول _ فقد سقط حقّه، ويثبت للمشتري من عمرو حق الشفعة على المشتري من الفضولى».

وقال 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.

وكذا الحال لو بيع دار فضولاً، وإشترط المشتري لنفسه الخيار شهرا مثلاً، وأجاز المالك بعد أيام، فبناءً على الكشف يكون مبدأ الخيار حين العقد، وبناءً على النقل حين الإجازة».

وقال في ذيل معرفة مجلس الصرف والسلم: «فعلى القول بالكشف يكون المراد القبض فى المجلس المعتبر فى الصرف والسلم القبض فى مجلس العقد، وعلى القول بالنقل يكون المراد القبض فى مجلس الإجازة».

وقال في ذيل الأيمان: «كما إذا حلف زيد على أن يتصدّق بجميع أمواله فى يوم

الغدِير مثلاً، و كان من جملة أمواله كتابُ المكاسب الذي اشتراه من فضوليّ، و لم يُجز مالكة إلاّ 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 يوم الغدير.

ولو إنعكس الأمر، بأن يبيع شىءٌ 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 يعطى كتاب المكاسب مثلاً لزيد المشتغل بتحصيل العلم، [في يوم الجمعة] قد اشتري ذلك من فضوليّ يوم الخميس، لكن لم يجزه مالكة إلاّ يوم السبت. فعلى القول بالكشف يجب الوفاء بالنذر، لكونه مالكا لكتاب يوم الجمعة. و على القول بالنقل لا يجب، لعدم كونه مالكا للكتاب حال النذر»(1).

و اعترض صاحب الجواهر على استاذة الشيخ جعفر بقوله: «و فيه أيضاً: أنّ من المقطوع به عدم [كون] الإجازة من العقود، إذ ليست هي إلاّ 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...»(2).

و قال السيّد الخوئي رحمه الله: «ثم إنّ شيخنا الأنصاري ذكر أنّ الثمرة بين الكشف و النقل تظهر في موارد آخر كالنذر و الزكوات(3) و الخيارات و حقّ الشفعة.

أمّا النذر: فلاّته إذا نذر كذا عند كونه مالكا 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

ص: 485

1-1 . هدى الطالب 5/ (149-146).

2-2 . الجواهر 23/470 (22/291).

3-3 . لم يذكر الشيخ الأعظم الزكاة في الثمرات [المؤلف].

الإجازة لم يملك المال حتّى يجب عليه الوفاء بالندر.

وأمّا 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 فى المال، وفى المقام وإن تملك المال قبل الإجازة على الكشف إلاّ أنّه غير متمكّن من التصرف فيه شرعا، فلا يفترق الحال فى الزكاة بالنسبة إلى المشتري بين القول بالكشف و القول بالنقل، و إنّما 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 واقعا حتّى قبل الإجازة، و الزكاة إنّما تجب على المالك كما لا يخفى، و أمّا على القول بالنقل فتجب عليه الزكاة لأنّه المالك حسب الفرض، و المفروض أنّه متمكّن من التصرف فيه أيضا.

و أمّا الخيارات: ففي مثل خيار الحيوان لا بأس بالثمرة بين المسلكين لأنّه إنّما ثبت لصاحب الحيوان كما فى الأخبار، فمع القول بالكشف فالمشتري صاحب للحيوان من حين العقد، و على النقل إنّما يصير مالكا بعد الإجازة لا من حين العقد فالثلاثة فى الخيار تحتسب من حين العقد على الكشف و من حين الإجازة على النقل.

و كذا تظهر الثمرة فى خيارى 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 فى خيار العيب قبل الإجازة ولو بناءً على القول بالكشف، إذ للمالك أن يقول إنّي لم أرض بالمعاملة بعد فكيف تطالبنى بالأرش ولكنّه يتمكّن من الفسخ و الإمضاء، و هذا لا ينافى ما ذكرناه سابقا من أنّ الأصيل لا يتمكّن من الفسخ لأنّه إنّما يفسخ فى المقام من جهة الخيار.

و تظهر الثمرة(1) بين الفسخ و الردّ فى النماء المتخلّل بين العقد و الفسخ على

ص: 486

1-1 . أقول: إنّ هذه الثمرة تكون بين الفسخ و الردّ لا بين الكشف و النقل فذكرها هنا فى غير محلّها إلاّ استطرادا. [المؤلّف].

القول بالكشف، ففي فرض الفسخ يكون نماء المبيع للمشتري ونماء الثمن للبائع و أما في فرض الردّ فالأمر بالعكس.

و أما خيار المجلس: فيمكن أن يقال إنه مترتب على الإجازة على كلا القولين أما على القول بالنقل فواضح لأن «البيع» إنّما يصدق عليهما حين الإجازة دون قبلها، و أما على القول بالكشف فلأن الإجازة وإن تكشف على الملكية حال العقد إلا أن الخيار لم يترتب على الملكية في الأخبار، بل على عنوان «البيع» كما في الروايات، ولا إشكال أن البيع إنّما يسند إلى المالك بالإجازة و أما قبلها فلا بيع للمالك أبداً، فالبيع إنّما يصدق عليه بالإجازة وإن كانت الملكية متقدّمة عليه، ولا مانع من تغاير الملكية وصدق عنوان البيع و انفكاك أحدهما عن الآخر أبداً، وهذا كما إذا قلنا بصحة البيع فيما إذا باع أحد ماله فعلاً قبل ستة أشهر مثلاً بأن يكون البيع فعلاً و الملكية قبل الأشهر الستة حتى تكون المنافع للمشتري من زمان الملكية، فإن خيار المجلس إنّما يتحقّق حين البيع لا من حين الملكية المتقدّمة وذلك ظاهر، فالمناط بالمجلس حال الإجازة ولعله ظاهر. و أما ما عن شيخنا الأستاذ (1) قدس سره من أنه لا خيار في أمثال المقام فلم نجد له وجهاً، لشمول إطلاق قوله عليه السلام «البيع بالخيار» (2) لهما بعد الإجازة كما ذكرناه فلا تغفل.

و أما حقّ الشفعة: فهو أيضاً تظهر فيه الثمرة بين المسلكين، فإذا كان زيد شريكاً لعمرو في دار فباع الفضولي حصّة زيد من ثالث و قبل إجازة باع زيد عمراً حصّة نفسه من شخص رابع ثم 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

ص: 487

1-1 . منية الطالب 2/87.

2-2 . وسائل الشيعة 18/5، أبواب الخيار الباب 1، ح 1 وغيره.

التاسعة: العقود المترتبة

إشارة

قال صاحب الجواهر: «و ربّما تظهر الثمرة أيضا: فيما لو ترتّب العقود على المبيع أو الثمن أو عليهما فضولاً ولا ريب في أنّ للمالك تتبّع العقود ورعاية المصلحة له فيجيز ما شاء...»(2).

وقال الشيخ الأعظم: «و تظهر الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المثلث و سيأتي إن شاء الله تعالى»(3).

وقال المحقّق السيّد المروج في شرحه: «و حاصل هذه الثمرة: أنّه إذا باع من إشتري فضولاً متاعاً، و كان يبيعه له قبل إجازة مالك المتاع، ثمّ أجازته مالكه. فعلى القول بالكشف يصحّ البيع الثاني للمشتري، لوقوعه في ملكه، بدهة أنّ الإجازة أوجبت 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: من باع شيئاً ثمّ ملكه»(4).

أقول: يأتي هذا البحث من الشيخ الأعظم في الأمر الثالث من الامور المتعلقة بالمجاز(5) و نحن نتعرض له تبعا للشيخ الأعظم هناك فانتظر.

وقال هناك: «و ملخص ما ذكرنا: أنّه لو ترتبت عقود متعددة على مال المجيز، فإن وقعت من أشخاص متعددة كان إجازة وسط منها فسحا لما قبله، و إجازة لما بعده على الكشف، و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر»(6).

ص: 488

1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/ (485-487).

2-2 . الجواهر 23/470 (22/292).

3-3 . المكاسب 3/420.

4-4 . هدى الطالب 5/149.

5-5 . المكاسب 3/469.

6-6 . المكاسب 3/470.

ثم لا بدّ من التنبيه على أمور:

تنبيهات الإجازة:

الأول: ليس الخلاف في الكشف و النقل مفهوميًا

قال جَدُّنا الشيخ جعفر كاشف الغطاء رحمه الله: «و هل بناءً القولين [أى 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 تعدّر أحدهما أو صدّح بخلافه بطلت؟ وجهان، أقواهما الثاني»(1).

و تبعه في الجواهر وقال: «و على كلّ حال، فالظاهر أنّ بناءً القولين على اعتبار ذلك شرعا لا أنّه في حمل الإطلاق عليه و إلاّ فيجوز إرادة الكشف أو النقل بعد وجود الصارف من قبل العاقد أو الخارج بتعدّر أحدهما فيتّجه حينئذ البطلان مع ذلك، و به صدّح شيخنا في شرحه»(2).

وقال الشيخ الأعمش: «أنّ الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوى و معنى الإجازة وضعا أو انصرافا، بل في حكمها الشرعى 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»(3).

ص: 489

1-1 . شرح القواعد 2/95.

2-2 . الجواهر 23/467 (22/289).

3-3 . المكاسب 3/421.

أقول: منشأ الخلاف فى الكشف أو النقل يحتمل أن يكون أحد أمور ثلاثة:

الأول: فى سعة مفهوم اللغوى للإجازة وضيقة وضعها بحيث يشمل العقد من حينه أو من حين الإجازة وعلى الأول يكون كاشفاً وعلى الثانى يكون ناقلاً.

وبعبارة أخرى: أنها تنفيذ مضمون العقد لا غير فيكون كاشفاً، أو أنها الرضا بمضمون العقد من حينها _ لا من حين العقد _ فيكون ناقلاً.

الثانى: فى مُنصَرَفِ الاطلاق بحيث أنها(1) هى طبيعياً فى الكشف عن الرضا بالعقد وبنفسه(2) لا يقتضى الكشف أو النقل، فيدعى الكشفي انصراف هذا الاطلاق إلى ترتب أحكام المعاملة من حين العقد، ويدعى النقلى انصرافه إلى ترتب أحكامها من حين الإجازة.

وعلى هذا الاحتمال يصحّ صرف الإطلاق بقريئة مقامية أو حالية أو مقالية إلى أحد القولين.

الثالث: فى المستفاد من الأدلة الشرعية، فالكشفي يدعى أنّ الشارع حكم بأنّ الإجازة كاشفة والنقلى يدعى أنّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو النقل.

والظاهر أنّ منشأ الخلاف هو الثالث _ أى المستفاد من الأدلة الشرعية _ لا الأول _ المفهوم اللغوى الوضعى _ ولا الثانى _ المنصرف من الإطلاق _ .

ثمّ لو خالف كلُّ منهما ما يعتقده _ اجتهاداً أو تقليداً _ يعنى أراد القائل بالكشف النقل، أو أراد القائل بالنقل الكشف، فهل يلغو قصد الخلاف ولا أثر له، أو يؤثر القصد ويوجب تبديل الكشف بالنقل وعكسه، أو أنّ قصد الخلاف يوجب بطلان الإجازة من رأسها ويبقى العقد الفضولى متوقفاً على إجازة أخرى؟

وجوه واحتمالات، اختار كاشف الغطاء وصاحب الجواهر بطلان هذه الإجازة كما مرّ كلامهما، وأمّا الشيخ الأعظم ذكر احتمالى الصحة والبطلان من دون ترجيح بينهما

ص: 490

1-1 . أى الإجازة.

2-2 . أى طبيعى الرضا بالعقد.

بناءً على أنّ منشأ النزاع بين قولى الكشف و النقل سعة مفهوم اللغوى و ضيقه وضعا يحكم ببطلان ما لو خالف كلّ منهما ما يعتقده لأنّه استعمل اللفظ فى غير معناه اللغوى الوضعى فيحكم ببطلان استعماله إلاّ أن أقام القرينة بأنّه استعمل اللفظ مجازا فى غير ما وضع له.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان فى منصرف الإطلاق فيحكم بصحة مخالفة ما اعتقده، لإمكان تقييد كلّ إطلاقٍ بالقيّد، و هذا أحد مصاديقه ولكنّه لا بدّ من إظهار القيد و التقييد حالية كانت أو مقامية أو لفظية.

و أمّا بناءً على أنّ منشأ النزاع كان فى المستفاد من الأدلة الشرعية ففيه وجوه ثلاثة:

أ: وجه اللغوية: حيث أن قصد الخلاف ينافى الوضع اللغوى أو المنصرف من الإطلاق أو المستفاد من الأدلة الشرعية فيكون ملغى و لا تأثير له فيجربى 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 قهرا و هو ما أراده المجيز.

ج: و وجه البطلان: إنّ ما أجازة المجيز غير الواقع و ما هو الواقع غير ما أجازة 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 خالى الفقيه الشيخ حسن بن جعفر كاشف الغطاء فى أنوار الفقاهة(1). و كما مرّ أنّه مختار والده و صاحب الجواهر رحمهما الله أيضا.

و حيث أنّ المستفاد من الأدلة الشرعية هو محلّ الخلاف فلا يمكن تغييره بالقصد،

لأنه ليس من الأمور القصدية فهذه الإجازة المخالفة لما هو المستفاد من الأدلة الشرعية تكون باطلة ولا يُبْتَّ بها شَيْءٌ. ففي تصحيح بيع الفضولى 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 فى الأول و بالصحة فى الثانى كما يظهر من المحقق السيّد الخونى (1) رحمه الله .

الثانى: هل الإجازة لابد أن تكون باللفظ أم لا؟

يمكن انعقاد البحث فى مقامين:

الأول: مقام الثبوت

هل يشترط الإنشاء فى الإجازة أم لا؟ و على اعتبار الإنشاء هل يشترط أن يكون بالقول أم يكفى الفعل بدلاً من القول؟ و على تقدير اعتبار القول هل يشترط فيه الصراحة أو يكفى الكناية؟

و على تقدير عدم اعتبار الإنشاء هل يكفى الرضا الباطنى المقارن للعقد بدلاً من الإجازة أم لا؟

و على تقدير عدم كفاية الرضا الباطنى هل يكفى الجمل الأخبارية بدلاً من الإجازة نحو: بارك الله و ماشاء الله و أحسنت و مثلها. هذه وجوه و محتملات فى مقام الثبوت.

الثانى: مقام الإثبات

أ: هل يشترط فى الإجازة أن تكون انشاءً باللفظ؟

كما يظهر من الفاضل المقداد (2) و الشهيد الثانى (3) و المحقق القمى (4) و نسبه الفقيه

ص: 492

1-1 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب 1/488.

2-2 . التنقيح الرائع 2/27.

3-3 . الروضة البهية 3/234.

4-4 . جامع الشتات 1/154 من الطبعة الحجرية (2/273).

العاملی(1) إلى صريح جماعة و ظاهر آخرین.

ولكن قال الشيخ الأعظم ردًا على العاملی: «فی النسبة نظر»(2).

1_ استدل عليه الفاضل المقداد(3) بأن الإجازة كالبيع فی استقرار الملك فكما أن البيع لا يتحقق إلا باللفظ فكذلك الإجازة.

ولكن قال الشيخ الأعظم بعد نقله: «و هو يُشبهُ المصادرة»(4).

تقريب المصادرة: أن كون الإجازة مثل البيع فی اعتبار اللفظ فی أول الكلام لما مرّ سابقا من وقوع البيع بالمعاطاة.

فهذا التشبيه أولاً يرد عليه: بأنه قياس.

و ثانيا يرد عليه: بأن الحكم فی المقيس عليه غير ثابت بل خلافه ثابت كما مرّ مفصلاً فی بحث المعاطاة فلا نعيد.

2_ استدلّ على اعتبار اللفظ فی الإجازة: بأن اللفظ بحكم الاستقراء فی العقود اللازمة معتبر، فلذا ذهبوا فی المعاطاة إلى القول بعدم لزومها.

قال الشيخ الأعظم عن هذا الاستدلال: «و يمكن أن يوجّه: بأن الاستقراء فی النواقل الاختيارية اللازمة _ كالبيع و شبهه _ يقتضى اعتبار اللفظ، و من المعلوم أن النقل الحقيقي العرفی من المالك يحصل بتأثير الإجازة»(5).

وفيه: أولاً: لو سلّمنا عدم اللزوم فی المعاطاة و بنينا على اعتبار اللفظ فی العقود اللازمة، لانلتزم به فی المقام لأنّ الإجازة ليست عقدا ولا معاملة ولا بيعا. وإنما هي من شرائط صحة البيع الحاصل باللفظ الذى أصدره الفضولى. و نحن إذا اعتبرنا اللفظ فی

ص: 493

1-1 . مفتاح الكرامة 12/605، قال: «الإجازة كاشفة عن صحة العقد كما هو ظاهر جماعة و صريح» ثم ذكر عدّة من الكتب، و أنت ترى

بأنّ هذا البيان غير ما فى المتن.

2-2 . المكاسب 3/422.

3-3 . التنقيح الرائع 2/27.

4-4 . المكاسب 3/422.

5-5 . المكاسب 3/422.

العقود فلا يمكن أن نعتبره في شرائطها أيضا ولعله الظاهر. (1)

و ثانيا: قد مرّ متّا في بحث المعاطاة عدم اعتبار اللفظ في العقود لازمةً كانت أو جائزةً إلاّ ما خرج بالدليل. فلا نسلم اعتبار اللفظ في العقود اللازمة وغيرها، فكذلك لا نسلم القول بعدم لزوم المعاطاة.

فمما ذكرنا يظهر عدم اعتبار اللفظ في انشاء الإجازة وهي كما يمكن إنشاؤها باللفظ فكذلك يمكن انشاؤها بالفعل وإن كان الاقتصار على اللفظ هو الأحوط. (2)

ب: هل اللفظ أو الفعل الدالان على الإجازة لا بدّ أن يكونا صريحين فيها؟

أو أنّها تتحقّق بكلّ لفظ أو فعل يدلّ عليها؟

الظاهر هو الثاني وأنّ الإجازة تتحقّق بكلّ لفظ أو فعل 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 صلى الله عليه وآله: «بارك الله في صفقة يمينك» (3). فمن المعلوم أنّه بالالتزام والكناية يكشف عن الإجازة.

وكذا الروايات الواردة في الإتجار بمال اليتيم (4) وصحيحة الحلبي (5) ومعتبرة مسمع أبي سيار (6) وقصة بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه وآله وبنيتهاشم (7). والتصدّق بمجهول المالك واللقطة (8).

ص: 494

1-1 . كما عليه المحقّق الخوئي في التتقيح في شرح المكاسب 1/490.

2-2 . كما عليه الشيخ حسن كاشف الغطاء في أنوار الفقاهة، مخطوط.

3-3 . مسند احمد 4/376.

4-4 . راجع هذا المجلد صفحة 217، الوجه السادس.

5-5 . وسائل الشيعة 18/71، ح 1. راجع هذا المجلد صفحة 230، الوجه الثامن.

6-6 . وسائل الشيعة 19/89، ح 1، راجع هذا المجلد صفحة 245، الوجه العاشر.

7-7 . راجع هذا المجلد صفحة 250، الوجه الثاني عشر.

8-8 . راجع هذا المجلد صفحة 253، الوجه الرابع عشر.

ج: عدم كفاية الرضا الباطنى من الإجازة

ذهب الشيخ الأعظم (1) إلى أنّ العلم بالرضا يكفى فى صحة الإجازة و البيع كما أنّ الرضا الباطنى المقارن للعقد يخرج عن الفضولى، فالرضا الباطنى بوجوده المقارن للعقد يخرج العقد من الفضولى و بوجوده المتأخر يكفى فى الإجازة، و لا يعتبر فيها الإبراز و الاستناد بمبرز و مستند فعلى أو قولى.

و استشهد على قوله بكلمات جماعة من الأصحاب و عدّة من الروايات:

أمّا الكلمات فهى:

1_ تعليل جماعة من الأصحاب فى «عدم كفاية السكوت فى الإجازة بكونه أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه، فالعدول عن التعليل بعدم اللفظ إلى عدم الدلالة كالصريح» (2) فى اعتبار الرضا الباطنى و كفايته فى الإجازة.

كما قال العلامة فى هذا التعليل: «لأنّ السكوت كما يحتمل الرضا يحتمل غيره» (3).

و قال ثانى الشهيدين: «لأنّ السكوت أعمّ من الرضا فلا يدلّ عليه» (4).

و كذا يظهر من صاحب الجواهر (5).

و يرد عليه: أنّ السكوت غير الرضا لا أنّه أعمّ منه، و أمّا ما ذكره القوم بأنّ السكوت أعمّ من الرضا لعلّ مرادهم من حيث الكشف و الإبراز، لأنّ السكوت لا يكشف دائما عن الرضا، بل ربّما يوجد السكوت و الرضا مفقود. و من الواضح أنّ الأعم لا يدلّ على الأخص، و معناه أنّه لا بدّ فى الرضا من شىء مبرز عنه لا محالة.

بل قد مرّ منّا عدم كفاية الرضا الباطنى فى المعاملات و الانتقالات و لا بدّ فيها من

ص: 495

1-1 . المكاسب 3/422 و ما بعده.

2-2 . المكاسب 3/423.

3-3 . نهاية الأحكام 2/475.

4-4 . الروضة البهية 3/243.

5-5 . الجواهر 23/473 (22/293).

2_ انكار الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل

«قالوا في باب الوكالة: لو قال الوكيل: وكنتى على شراء الجارية بألفين، فقال الموكل: بل بألفٍ، وكان الشراء بعين ماله، أنه [الموكل] يحلف على نفي ما ادّعه الوكيل وينفسخ العقد، ولا يكون فضوليًا، لأنّ حلفه يدل على عدم رضاه»⁽¹⁾.

و من القائلين بهذا القول في الوكالة: المحقق الثاني في جامع المقاصد⁽²⁾ و فخرالمحققين في إيضاح الفوائد⁽³⁾ و المحدث البحراني في الحدائق⁽⁴⁾.

قال الشيخ الأعظم: «و حكى عن آخرين أنه إذا أنكر الموكل الإذن فيما أوقعه الوكيل من المعاملة فحلف انفسخت، لأنّ الحلف يدل على كراهتها»⁽⁵⁾.

ويرد عليه: الشيخ الأعظم يكون في مقام إثبات الرضا الباطني بدلاً من الإجازة وفي هذا الفرع يثبت كفاية الردّ الفعلي، لأنّ الموكل حيث أنكر الوكالة و حلف عليها تبطل الوكالة في هذا الشراء و يصير فضوليًا و نفس هذا التبري و الحلف على نفي الإذن يُعدّ ردًا فعليًا للبيع الفضولي. فما يثبت بهذا الفرع كفاية الردّ الفعلي في المعاملات الفضولية.

3_ كفاية السكوت بدلاً من الإجازة للعقد الواقع على البكر فضولاً.

ذهب جماعة من الأصحاب بكفاية سكوت البكر المعقود عليها فضولاً بدلاً من إذنها و إجازتها.

قال المحقق في ما لو عقد على صبيّة _ صغيرة أو كبيرة _ غير أبيها و جدّها: «لم يمض إلاّ مع إذنها أو إجازتها بعد العقد ولو كان أخا أو عمًا، و يُقتنَع من البكر بسكوتها

ص: 496

1-1 . مفتاح الكرامة 12/609، 21/365؛ الجواهر 23/474 (22/295)، و 27/403 من طبعة الإسلامية.

2-2 . جامع المقاصد 8/303.

3-3 . إيضاح الفوائد 2/360.

4-4 . الحدائق 22/112.

5-5 . المكاسب 3/423.

عند عرضِهِ عليها وَ تُكَلِّفُ الثَّيْبُ النُّطْقَ»(1).

و قال صاحب الجواهر في ذيله: «عند المشهور بين الأصحاب»(2).

و صرح بهذه الشهرة الشهيد الثاني(3) و صاحباً الحدائق(4) و الرياض(5).

و قال الشيخ الأعظم: «المراد كفاية السكوت الظاهر في الرضا و إن لم يفد القطع، دفعا للحرص عليها و علينا»(6).

أقول: قد مرَّ(7) الكلامُ بِكفايةِ سُكُوتِ البكرِ لأجلِ النصوصِ الواردة(8) فيها و لا يمكن التعمد منها إلى غيرها.

4_ 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 تعبدًا»(9).

أقول: قد مرَّ أنَّ الإجازة كما تحققت بالقول تحققت بالفعل أيضًا، لأنَّ القول و الفعل عند العقلاء سيان. 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.

ص: 497

1-1 . الشرائع 2/222.

2-2 . الجواهر 29/203.

3-3 . المسالك 7/164.

4-4 . الحدائق 23/263.

5-5 . رياض المسائل 11/106.

6-6 . المكاسب 3/423.

7-7 . راجع هذا المجلد صفحة 302.

8-8 . وسائل الشريعة 20/274، الباب 5 من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد، ح 1، صحيحة احمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي، و ح 2 صحيحة داود بن سرحان.

9-9 . المكاسب 3/424.

5_ صرح غير واحد من الأصحاب(1) بأنّ المكروه على البيع لو رضى بما أكره عليه صح ذلك، ولم يعبروا عن رضايته بالإجازة، فيظهر أنّ الرضا هو المعتبر. (2)

أقول: هذا الكلام من الشيخ الأعظم يشبه بالمصادرة إلى المطلوب، لأنّ بيع المكروه تام إلاّ من جهة رضا المالك، فالاستناد فيه حاصلٌ و الرضا مفقودٌ وإذا حصل الرضا تمّ بيعه. ولذا قال المحقّق: «لا يصح بيع الصبيّ و... المكروه، ولو رضى كلّ منهم بما فعل بعد زوال عُدّره، عدا المكروه للوثوق بعبارة» (3).

بخلاف بيع الفضولى لأنّ المفقود فيه الاستناد ولو كان الرضا موجود، و الرضا الباطنى لا يكفى فى الاستناد، لأنّ الاستناد يحتاج إلى مبرز خارجى من قول أو فعل كما مرّ.

6_ قد مرّ (4) فى أول بحث الإجازة كلام ثانى المحقّقين (5) و الشهيدين (6) بأنّ العقد سبب تام للملك لقوله تعالى: «أوفوا بالعقود» و ينكشف تمامية العقد بإجازة المالك و إعلام رضايته.

استدلّ الشيخ الأعظم بكلامهما بأنّ العقد تام و انكشف تماميته يظهر بالرضا من دون حاجة إلى اللفظ.

أقول: لا بدّ من مبرز و إعلام للرضا سواء فى ذلك القول أو الفعل و به تمّ الاستناد كما مرّ.

قد عرفت عدم تمامية تمسّكه بكلمات الأصحاب _ قدس الله أسرارهم _ .

ص: 498

-
- 1-1 . منهم المحقّق فى الشرائع 2/8؛ و العلامة فى القواعد 2/17؛ و الشهيد فى الدروس 3/192 و اللمعة 110.
 - 2-2 . راجع المكاسب 3/424.
 - 3-3 . الشرائع 2/8.
 - 4-4 . راجع هذا المجلد صفحة 386.
 - 5-5 . جامع المقاصد 4/74 و 75.
 - 6-6 . الروضة البهية 3/229.

وَأَمَّا الرَوَايَاتُ فَمِنْهَا:

1_ صحیحة ابن بزیر قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فروّجت نفسها رجلاً في سكرها، ثم أفقت فأنكرت ذلك، ثم ظنّت أنّه 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 أفقت فهو رضا منها.

قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم. (1)

استدلّ (2) الشيخ الأعظم بجواب الإمام عليه السلام: «فذلك رضا منها»، بكفاية الرضا.

ویرد علیه: أولاً: ليس في الرواية الرضا الباطني فقط بل «أقامت معه بعد ما أفقت» وهذه الإقامة بعد الإفاقة هي إبراز فعلى 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 إلا الاختيار والرضا والقصد وإذا حصلت بعد الإفاقة تمّ نكاحها، وليس نكاحها فضولياً. كما يظهر من السيّد الخوئي (3).

و ثالثاً: صحیحة ابن بزیر معركة للآراء حتّى من فقيه واحد، و ما يكون كذلك كيف يمكن الاستدلال بها.

عمل بها الصدوق (4) و الشيخ (5) و القاضي (6) و من المقارئين لزماننا يرى صاحب

ص: 499

1-1 . وسائل الشيعة 20/294، ح 1، الباب 14 من أبواب عقد النكاح و اولياء العقد.

2-2 . المكاسب 3/424.

3-3 . التنقيح في شرح المكاسب 1/491.

4-4 . المقنع 102/ و 103.

5-5 . النهاية 468/.

6-6 . المهذب 2/196.

العروة(1) عدم البأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه _ ويأتي ردّه لها في حاشية مكاسبه _ وواقفه السيّد الحكيم في المستمسك(2) _ مع ردّه لها في حاشية مكاسبه أيضا_.

ولكن ابن ادريس(3) والمحقّق(4) ردّاهما قال الأخير: «و في السكران الذي لا يعقلُ تردّد، أظهره أنّه لا يصحّ ولو أفاق فأجاز. وفي رواية: إذا زوّجتُ السكّرى نفسها ثمّ أفاقت فرضيت، أو دخل بها فأفاقت وأقرّته كان ماضيا»(5).

ولكن العلامة حملها إلى عدم بلوغ السكر إلى حدّ عدم تحصيل القصد وقال: «وإن لم يبلغ السكّر إلى ذلك الحدّ صحّ العقد مع تقريرها إيّاه. وعليه تحمل الرواية»(6).

ولكن ردّ عليه الشهيد الثاني(7) 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 الأصهباني إلى مقام التنازع والدعوى والحكم الظاهري لا الواقعي، فلو تنازعا في وقوع العقد مع القصد فادعى الزوج ذلك و انكرت المرأة تأتي هذه الصحيحة، قال: «قلتُ: ويمكن العمل بالخبر مع القول بقضية الأصل التي هي فساد العقد بأنّ يكون الزوج جاهلاً بسكرها فإنّه حينئذ وإن لم يقع نكاح في الواقع، لكنّه لا يُسمع في حقّه قول المرأة، خصوصا بعد التمكين من الدخول والإقامة معه، فليس عليه مفارقتها وله إلزامها بحقوق الزوجية، وأنها مادامت تظنّ بصحة نكاحها ليس عليها شيء، و الوطاء

ص: 500

-
- 1-1 . العروة الوثقى 2/689، مسألة 13 أحكام العقد من كتاب النكاح. (5/603 من طبعة جماعة المدرسين).
 - 2-2 . مستمسك العروة الوثقى 14/388.
 - 3-3 . السرائر 2/571.
 - 4-4 . الشرائع 2/218.
 - 5-5 . الشرائع 2/218.
 - 6-6 . مختلف الشيعة 7/115.
 - 7-7 . المسالك 7/115.

الواقع في تلك المدّة بالنسبة إليه وطء صحيح شرعى و بالنسبة إليها وطء شبهة و بعد ما علمت بالفساد فأحكام التزويج جائزة عليها أى ماضية قهراً، ولكن ليس لها فيما بينها وبين الله حقوق الزوجية و إن كان عليها الامتناع من التمكين منها ما أمكنها، مع أنّ فيه تأملاً»(1).

و حملها السيّد اليزدى في حاشية مكاسبه(2) على أنّها وكلّت غيرها في التزويج و هى سكرى و حيث أنّ التوكيل باطل لفقد القصد، فلذا كان تزويجها فضولياً موقوفاً على الإجازة و الإقامة مع الزوج إجازة فعلية، إلا أنّها مسبقة بالردّ لقول الراوى: «فانكرت ذلك»، و المراد بالإنكار و إن كان هو الكراهة و الوحشة ممّا صدر منها، لكنّه كافٍ في الردّ فلا عبرة بالإجازة بعده.

و ذهب السيّد الحكيم في تعليقه على المكاسب(3) إلى عدم إمكان العمل بظاهرها.

و التفصيل يطلب من كتاب النكاح.

2_ الروايات الدالة على أنّ سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرارٌ منه على تزويجه و يكون صحيحاً.

منها: صحيحة معاوية بن وهب.(4)

و منها: صحيحته الأخرى.(5)

و منها: موثقة الحسن بن زياد الطائى.(6)

بتقريب ذكره الشيخ الأعظم: «ما ورد في عدّة من الأخبار من أنّ سكوت المولى

ص: 501

1-1 . كشف اللثام 7/53 و 54.

2-2 . حاشية المكاسب 2/207.

3-3 . نهج الفقاهة /245.

4-4 . وسائل الشيعة 21/117، ح1، الباب 26 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

5-5 . وسائل الشيعة 21/117، ح2.

6-6 . وسائل الشيعة 21/118، ح3.

بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه له عليه»(1).

بعبارة أخرى: سكوته بعد علمه يدلّ على رضا و الرضا الباطنى يكفى فى الإذن.

و يرد عليه: أولاً: سكوت المولى بالنسبة إلى نكاح عبده بعد علمه به يكون مبرزاً عرفياً لإذنه، و إبراز يكفى فى الاستناد كما مرّ.

و ثانياً: نكاح العبد ليس من قبيل المعاملات الفضولية بل هو من أفعال نفسه ولكنّه متوقف على إجازة مولاه، نظير تزويج الزوج مع بنت أخى زوجته أو بنت أختها، لأنّه متوقف على إجازة زوجته، فإذا رضيت الزوجة أو رضى المولى فيتم النكاح. لأنّ هذا النكاح فاقد لبعض الشروط و مع حصولها تمّ النكاح و صحّ.

بخلاف المعاملات الفضولية التى لا بدّ فيها من الاستناد بقول أو فعلٍ و لا يكفى فيه الرضا الباطنى.

3_ «مادّل على أنّ قول المولى _ لعبد المتزوج بغير إذنه _ طلق، يدلّ على الرضا بالنكاح فيصير إجازة»(2).

نحو: حسنة على بن جعفر.(3)

يرد عليه: أولاً: قول المولى: «طلق» إبراز و إظهار و استناد، و المولى فى هذه الحسنة لم يكن راضياً بنكاح عبده ولكن حيث استند النكاح إليه فتمّ و هذا مناقضٌ مع مقالة الشيخ الأعظم التى أراد إثباتها من كفاية الرضا الباطنى.

و ثانياً: قد مرّ أنّ نكاح العبد ليس فضولياً.

4_ و مادّل «على أنّ المانع من لزوم نكاح العبد بدون إذن مولاه معصية المولى التى ترتفع بالرضا»(4).

ص: 502

1-1 . المكاسب 3/424.

2-2 . المكاسب 3/425.

3-3 . وسائل الشيعة 21/118، ح 1، الباب 27 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

4-4 . المكاسب 3/425.

منها: صحيحة زرارة.(1)

و منها: موثقة زرارة.(2)

يرد عليه: ما ذكرته آنفا في ذيل الروايات الدالة على أن سكوت المولى بعد علمه بتزويج عبده إقرار منه.

5_ «مادّل على أنّ التصرف من ذى الخيار رضا منه»(3).

منها: صحيحة على بن رثاب.(4)

و منها: صحيحة محمّد بن الحسن الصفار.(5)

و منها: صحيحة أخرى لعلى بن رثاب.(6)

و يرد عليه: أولاً: معاملة المتصرّف لم يكن فضولياً.

و ثانياً: التصرف فعلٌ و لم يكن الرضا الباطنى الذى ادعاه الشيخ الأعظم.

6_ قال الشيخ الأعظم: «غير ذلك»(7).

أقول: لعلّه إشارة إلى ما ذكره صاحب الجواهر بقوله: «لفحوى بعض نصوص النكاح الفضولى: أنه يحلف على عدم الرضا فى نفسه فيما بينه و بين الله»(8).

و لعلّ مراد صاحب الجواهر من بعض النصوص هى: صحيحة أبيعبدة(9) و فيها: «و تحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلاّ رضا بالتزويج».

ص: 503

1-1 . وسائل الشيعة 21/114، ح 1، الباب 24 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

2-2 . وسائل الشيعة 21/115، ح 2.

3-3 . المكاسب 3/425.

4-4 . وسائل الشيعة 18/13، ح 1، الباب 4 من أبواب الخيار.

5-5 . وسائل الشيعة 18/13، ح 2.

6-6 . وسائل الشيعة 18/13، ح 3.

7-7 . المكاسب 3/425.

8-8 . الجواهر 23/474 (22/294).

9-9 . وسائل الشيعة 26/219، ح 1، الباب 11 من أبواب ميراث الأزواج.

ويرد عليه: ما أوردته أنفاً في روايات التصرف من ذى الخيار.

فظهر لك إلى هنا عدم تمامية الرضا الباطنى بدلاً من الإجازة والاستناد والحمد لله.

بقى فى المقام: اعتراض من الشيخ الأعظم على نفسه (2)

تحت عنوان الباقي ذهب إلى اعتبار إنشاء الإجازة وعدم كفاية مطلق الرضا فى تحقق الرضا واستدلّ عليه بدليل وأيده بمؤيد:

أمّا الدليل: فإنّ كفاية مطلق الرضا فى صحة بيع الفضولى بدلاً من الإجازة يستلزم الخروج عن عنوان الفضولية إذا علم الفضول قبل بيعه رضا المالك أو أحرز الرضاية مقارنة للبيع وعدم احتياجه إلى الإجازة المتأخرة حينئذ لأنّ المفروض شرطية مطلق الرضا الباطنى، مع أنّ هذا البيان - الخروج عن الفضولية - مخالف لمذهب الأصحاب - قدس الله أسرارهم - من اعتبار الإذن السابق فى الخروج عن الفضولية سواء كان المالك راضياً حال العقد أو قبله أم لا. وإتهم ذهبوا إلى أنّ مورد إحرار رضا المالك - بلا إذن منه - مشمول لعنوان الفضولى و يتوقف نفوذه على الإجازة اللاحقة، وهذا دليل على عدم اعتبار الرضا الباطنى عندهم فى المعاملات.

وأمّا المؤيد: لو كان مجرد الرضا الباطنى يعدّ إجازة لبيع الفضولى لكان عكسه مجرد الكراهة فيكفى فى الرد وبطلان الفضولى مع عدم القائل به، بل الأصحاب قدس سرهم يذهبون إلى خلافه فى الفرعين المتقدمين:

الأول: بيع المكروه، وهو يقولون بصحته إذا لحقته رضاية المالك فى ما بعد.

الثانى: صحة البيع الفضولى المسبوق بنهى المالك، إذا عدل المالك عن نهيه وأجاز البيع فى ما بعد.

ص: 504

1-1 . وسائل الشيعة 21/330، ح 14، الباب 58 من أبواب المهور.

2-2 . المكاسب 3/425.

وهذان الفرعان شاهدان على عدم اعتبار الكراهة الباطنية في الردّ.

أقول: يمكن أن يردّ على دليله: بأنّ بعض من الأصحاب ذهبوا إلى خروج البيع مع رضا مالكة عن الفضولية و جواز التصرف فيه وعدم احتياجه بالإجازة اللاحقة، كما مرّ هذا القول في الأقوال الواردة في وجوه الكشف: الثالث: الكشف الحقيقي التقديري كما عليه المحقّق الرشدي، والخامس: الكشف الحقيقي الحصولي كما عليه صاحب الجواهر فراجعهما.

وعلى مؤيّدته: بعدم وجود الملازمة بين الرضا والإجازة وبين الكراهة والردّ، ووجود الفرق بينهما بأنّ مجرد الرضا تعدّ إجازة ولكن مجرد الكراهة لا تعدّ ردّا.

ولكن العمدة عدم تمامية الدليل على كفاية مطلق الرضا الباطني في المعاملات و احتياجها إلى الاستناد.

هذا تمام الكلام في هذا التنبيه والحمد لله.

الثالث: اشتراط الإجازة بعدم سبق الردّ

قال الشيخ الأعظم: «من شروط الإجازة أن لا يسبقها الردّ، إذ مع الردّ يفسخ العقد فلا يبقى ما يلحقه الإجازة»⁽¹⁾.

وقال 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، ويشهد له جملة من الأخبار و كلام الأصحاب⁽²⁾، وقد سمعت أنفاً خبر الوليدة»⁽³⁾.

وقال في كتاب الحجر: «وقد قلنا في باب البيع: إنّ الردّ الّذي يفسخ به الفضولي أن يقول: فسخت، فلو قال: لم أجز كان له الإجازة بعد ذلك كما تشهد به الأخبار، و به صرّح

ص: 505

1-1 . المكاسب 3/426.

2-2 . كما في الروضة البهية 3/234؛ و التنقيح الرائع 2/27.

3-3 . مفتاح الكرامة 12/609.

الشهيد في باب النكاح، بل هو ظاهر الأصحاب»(1).

و استدللّ عليه بوجوه ثلاثة:

الأول: الإجماع

قال الشيخ الأعظم: «بعد ظهور الإجماع بل التصريح به في كلام بعض مشايخنا»(2).

ورد التصريح بالإجماع في الرياض(3) و المناهل(4) و شرح القواعد(5) و الجواهر(6) و العروة الوثقى(7)، و المراد ببعض مشايخنا يمكن أن يكون صاحب الجواهر كما عبّر عنه بـ «بعض مشايخنا المعاصرين»(8)، و أمّا المراد(9) به هو السيّد المجاهد صاحب المناهل فبعيد، لأنّ الشيخ الأعظم عبّر عنه بـ «سيّد مشايخنا في مناهله(10)» أو «بعض سادة مشايخنا»(11).

و أخذ المحقّق النائيني بهذا الإجماع وقال: «إنّ دعوى الإجماع من مثل المصنّف رحمه الله [الشيخ الأعظم] كاشفٌ قطعياً عن تسالم الحكم بين الأصحاب»(12).

ولكن يرد على الإجماع: أولاً: بـ «أنّ الإجماع لا أساس له في المقام لما نُقل من

ص: 506

1-1 . مفتاح الكرامة 16/251.

2-2 . المكاسب 3/426.

3-3 . رياض المسائل 8/224.

4-4 . المناهل 289/.

5-5 . شرح القواعد 2/80.

6-6 . الجواهر 23/450 (22/278).

7-7 . العروة الوثقى 5/658، كتاب الوصية، مسألة 4، طبعة جماعة المدرسين.

8-8 . المكاسب 1/377.

9-9 . كما احتمله المحقّق المروج في هدى الطالب 5/182.

10-10 . المكاسب 5/142.

11-11 . المكاسب 4/109.

12-12 . المكاسب و البيع 2/129.

أنّ المسألة كانت مسكوتاً عنها إلى زمان الشهيد قدس سره و معه كيف يطمئن الإنسان بأنّ الحكم قد وصل يدا بيدٍ من زمن المعصومين عليهم السلام هذا»(1).

و ثانياً: الإجماع المنقول ليس بحجة

و ثالثاً: الإجماع يمكن أن يكون مدركياً و مدرکه الوجوه التالية و مع هذا الاحتمال لا يمكن الأخذ به.

الثاني: العقد ربط بين التزامين(2)

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.

وفيه: 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 _ الذى تصدى الفضولى العقد عنه _ فتصريحه بعدم القبول و عدم انتساب العقد إليه لا يقطع الارتباط، لأنّ لفظ «لا أقبل» ليس أزيد من عدم الرضا واقعا، فكما أنّه إذا لم يكن راضيا بما أصدره الفضولى أولاً ثمّ رضى به لا يمنع عدم رضاه الواقعي عن الاتصال بين الالتزامين، فكذلك الحال فيما إذا صرّح بعدم القبول ثمّ أجازته بالالتماس و نحوه.(3)

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.

ص: 507

1-1 . التنقيح في شرح المكاسب 1/493، و نحوها في محاضرات في الفقه الجعفري 2/404 و مصباح الفقاهة 4/211.

2-2 . راجع المكاسب 3/426.

3-3 . التنقيح في شرح المكاسب 1/494.

اللهم إلاّ أن نقول بمقالة المحقق الخراساني (1) رحمه الله و حاصله: الظاهر اعتبار اشتراط الإجازة بعدم سبق الرد إنّما هو لأجل أنّ الإجازة مع سبقه بالردّ لا توجب صحة إسناد العقد عرفاً إلى المجيز، و الموجب لإسناده إلى المجيز هو الإجازة غير المسبوق بالردّ، و لأقل من الشك في إسناده إليه مع سبق الإجازة به، فلا دليل حينئذ على نفوذ هذا العقد على المجيز، لأنّ التمسك بالعمومات مع هذا الشك تمسك بالدليل في الشبهة المصداقية، هذا.

الثالث: الردّ يؤثر لقاعدة السلطنة

المالك بمقتضى قاعدة السلطنة _ المقبولة عند العقلاء من ذهابهم إلى أنّ حقّ السلطنة على المال للمالك _ يتمكّن من الردّ و الإجازة في بيع الفضولي، و حيث يرده المالك فلا يبقى بيع حتّى يلحقه الإجازة. (2)

و فصلّ المحقق النائيني في المقام بقوله: «لا إشكال في سلطنة المالك على إجازة العقد الصادر عن الفضولي و أنّ السلطنة على الشئ يقتضى أن يكون مسلطاً على عديله، بحيث يكون له القدرة على طرفي الشئ و إنّما الكلام في أنّ سلطنته هل هي على الإجازة و عدم الإجازة.

و بعبارة أخرى: يكون سلطاناً على النقيضين بحيث يختار أحدهما، أو أنّه مسلط على إمضاء العقد و إبطاله و ردّه، و يكون قدرته متعلّقة بأمرين وجوديين و يكون التقابل بين متعلّقي قدرته بالتضاد لا بالسلب و الإيجاب؟

و لازم الأول [التناقض] عدم سقوط العقد عن قابلية لحوق الإجازة بسبب الردّ لأنّ المالك حينئذٍ مخيرٌ بين الإجازة و عدم الإجازة أمرٌ عدميٌّ حاصل من أول 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 أنّ عدم

ص: 508

1-1 . راجع حاشيته على المكاسب /66.

2-2 . راجع المكاسب 3/426.

الإجازة قبل الرد لا يمنع عن الإجازة فكذلك بعد الرد.

وبالجملة فالردّ يصح حينئذ أجنياً عن متعلّق سلطنة المالك فيكون وجوده كعدمه.

ولا يزم الثاني [التضاد] هو سقوط حقّ المالك بسبب الردّ حيث أنّه أعمل حقّه واستوفاه بالردّ، و معه فلا يبقى شىء حتّى يلحقه الإجازة»(1).

ويرد على الدليل و التفصيل: أولاً: الإجازة اللاحقة بعد الردّ توجب الترديد فى ملكية المميز بعدها، لأنّ على فرض تمامية الإجازة تخرج العين من ملك المميز و بعد خروجه من ملكه لا تجرى قاعدة السلطنة أو حديثها، لأنّهما فرع الملك و مَبْتَنَانِ عليه، و على فرض عدم تمامية الإجازة تبقى العين فى 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 الوضعى، أنّها جائزة بحسب التكليف و الوضع.

بالجملة: القاعدة و حديثها ساكتتان عنها، و عليه إذا اشترى لباساً و شكّ فى جواز لبسه من جهة أنّه من مختصات النساء فلا يمكن إثبات اللبس بعموم القاعدة أو حديث السلطنة، فحينئذ إنّنا نشكّ فى أنّ المالك هل يجوز أن يتصرّف فى ماله بقطع العلاقة الحاصلة بالبيع على نحو لا يصحّ بالإجازة المتأخّرة فلا يمكن التمسك بعموم السلطنة فى إثبات صحته و جوازه. هذا بالنسبة إلى الكبرى.

و ثالثاً: و أمّا الصغرى: فالإجازة المعاملة الفضولية لم تحدث شيئاً فى مال المالك حتّى نرفعه بقاعدة السلطنة أو حديثها بناءً على أنّه يثبت الجواز فى التصرفات المشكوك جوازها و صحّتها.(2)

و الحاصل: حيث لم تتمّ الوجوه الثلاثة إلى هنا فيمكن أن نقول بأنّ الردّ من المالك

ص: 509

1-1 . المكاسب و البيع 2/131.

2-2 . راجع التقيح فى شرح المكاسب 1/495.

لا يضرّ بالإجازة اللاحقة كما عليه الفقيه السيّد اليزدي حيث يقول: «الحقّ أنّ الردّ من المالك غير مانع من الإجازة بعد ذلك، ولا يوجب الفسخ وذلك لعدم تمامية الوجوه المذكورة»⁽¹⁾.

وتبعه المحقّقون السادة البروجردى⁽²⁾ والخوئى⁽³⁾ والخمينى⁽⁴⁾.

و ظهر ممّا ذكرنا عدم تمامية مقالة المحقّق النائينى من قياس الردّ بالإجازة حيث يقول: «... فردّه عقد الفضولى كجواز البيع له، فكما لا يجوز له فسخ البيع بعد صدوره منه فكذلك لا ينفذ منه إبطال ردّه بعد تحقّقه منه. وعلى هذا، فمعنى سلطنته أن يكون كلا طرفى الإجازة و الردّ راجعا إليه فإذا أعمل أحدهما فلا يبقى محلّ للآخر»⁽⁵⁾.

و الوجه فى 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 ملكا للغير، و هذا بخلاف الردّ قبل الإجازة، فإنّ غاية ما يترتّب عليه عدم بيع المالك فقط، و هذا لا ينافى ببعه بعد ذلك.⁽⁶⁾

لا- يقال: جريان حديث أو قاعدة السلطنة _ على تقدير جريانها _ للردّ يكون معارضا بجريانها فى الإجازة لأنّ نفوذ الردّ قبل الإجازة بمقتضى السلطنة يكون معارضا بنفوذ الإجازة بعد الردّ لأنّها أيضا من أنواع السلطنة.

فلا يمكن جريانها فى الردّ و الإجازة معا للمعارضة و لأحدهما دون الآخر يكون ترجّحا بلا مرجّح.

لأنّ نقول: المعارضة باطلة، لأنّ على جريانها للردّ لا يبقى محلّ للإجازة و على

ص: 510

1-1 . حاشية المكاسب 2/209.

2-2 . فى تعليقه على العروة الوثقى 5/658، كتاب الوصية، مسألة 4.

3-3 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/497.

4-4 . كتاب البيع 2/293.

5-5 . منية الطالب 2/94.

6-6 . راجع التنقيح فى شرح المكاسب 1/497.

فرض جريانها في الإجازة فلا يبقى مَحَلٌّ للردِّ وحيث أنَّ المفروض تقدّم الردِّ على الإجازة فحيث يجري في الردِّ فلا يبقى مَحَلٌّ في الإجازة. فالمعارضة مفقودة نعم، أنَّها تجرى في الردِّ لما مرّ.

ثمّ يمكن الاستدلال على عدم اعتبار الردِّ في بطلان بيع الفضولي إذا صدر بعده الإجازة بصحيفة محمّد بن قيس (1) الماضية حيث أخذ الوليدة وابتها ردّ عمليّ لبيع ولده الفضول، وبعد هذا الردّ العمليّ و ما وقع أجاز بيع ابنه.

اعترف الشيخ الأعظم (2) بظهور هذه الصحيحة في صحة الإجازة بعد الردِّ ولكن أُورد (3) عليها بأنّ الردّ الفعليّ الموجود في الصحيحة كأخذ المبيع غير كافٍ في تحقّق الردِّ بل لا بدّ من إنشاء الفسخ والردّ.

ثمّ اعترض (4) على نفسه: بأنّ الرد في المقام ليس بأولى من الفسخ في المعاملات اللازمة الخيرية بالعرض وقد 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 ونحوهما، لا مثل أخذ المبيع» (5).

ولكن يمكن إبرام جوابه بأنّ: تحقّق الفسخ الفعليّ في المعاملات اللازمة يكون من جهة أنّ المال خرج من ملك من له الخيار فتصرفه فيه بغير عنوان الفسخ يكون محرّمًا شرعيًّا فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة وأنّه لا يفعل الحرام، يوجب حمل فعله و تصرفه و أخذه على الفسخ. بخلاف تصرف المالك في البيع الفضوليّ فإنّه تصرف في ماله ولو لم يكن بعنوان الردّ فيكون جائزًا، فمن هذه الجهة يكون تصرف من له الخيار فسخًا و

ص: 511

1- 1 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإماء.

2- 2 . المكاسب 3/426.

3- 3 . المكاسب 3/427.

4- 4 . المكاسب 3/427.

5- 5 . المكاسب 3/427.

لا يكون تصرف المالك المجيز ردًا. (1) فلا يتحقق الردّ بتصرف المالك في بيع الفضولي.

أقول: بناءً على مختارنا من عدم الفرق بين القول و الفعل، الردّ الفعلي تام ويثبت به الردّ إلاّ أنّه قد مرّ أنّنا 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 (2) في الاستدلال بها على صحة بيع الفضولي.

والعجب من بعض المعاصرين _ مد ظله _ حيث اعترض على استاذة المحقّق السيّد الخوئي بأنّه لماذا لا يرى ظهور صحيحة محمّد بن قيس في تحقّق الإجازة عقيب الردّ ثمّ قال: «ويخيل لي أنّ الأستاذ الجليل قدس سره قد ذكر هذا الأمر في أوائل فقاھته، وبعد 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 افتي قدس سره به في بيع «منهاج الصالحين»...» (3).

وجه التعجب: المحقّق السيّد الخوئي لا يرى الصحيحة نصاً ولا ظاهراً في تحقّق الإجازة عقيب الردّ ولكن حيث يستشكل في الأدلة الواردة في كلام الشيخ الأعظم في عدم نفوذ الإجازة بعد الردّ، يقول بتحققها بعد الردّ في البيع (4) و النكاح (5) و في منهاجه (6).

و تبعه في كتاب فتواه تلميذاه _ و هما استاذي (7)، و أمّا السيّد السيستاني (8) ففي

ص: 512

-
- 1-1 . راجع محاضرات في الفقه الجعفري 2/408؛ التنقيح في شرح المكاسب 1/499.
 - 2-2 . راجع صفحة 192 من هذا المجلد.
 - 3-3 . بشرى الفقاهة 4/132.
 - 4-4 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/407؛ مصباح الفقاهة 4/218؛ التنقيح في شرح المكاسب 1/497.
 - 5-5 . المباني في شرح العروة الوثقى 33/261، طبع موسوعة الإمام الخوئي رحمه الله .
 - 6-6 . منهاج الصالحين 2/17.
 - 7-7 . منهاج الصالحين 2/22 لشيخنا الاستاذ التبريزي قدس سره ؛ منهاج الصالحين 3/24 لشيخنا الاستاذ الوحيد الخراساني _ مد ظله _ .
 - 8-8 . منهاج الصالحين 2/27 للسيّد السيستاني.

إشكاله على فتوى المشهور فقط.

ولكن مع ذلك يرى السيّد الخوئي رحمه الله أنّ الصحيحة لا تخلو عن الإشعار في الردّ. (1)

ويمكن الاستدلال على عدم الاشتراط بصحيفة محمّد بن اسماعيل بن بزيع (2) الماضية.

فإنّ قوله: «فأنكرت ذلك»، وقوله: «ففزعت منه» ظاهران في إظهار التفرو والمخالفة للنكاح. ولا يرب أنّهما كافٍ في الردّ. ولا يعتبر في الردّ أن تقول «رددت» أو «فسخت» أو نحوهما.

و معنى الإنكار هنا والإفزاز هما ما يقابلان الرضا والقبول، لا الإنكار لتحقق الفعل منها، وهما ردّان فعليان بل قوليان بلا إشكال كما عليه المحقّق السيّد الخميني (3) رحمه الله .

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 وهو الفضولي. (4)

لأنّنا نقول: بأنّ التوكيل في باب الزواج حتّى في العصور المتقدمة كان شائعاً و«يوجب _ على الأقل _ انقداح احتمال فحينئذٍ مع ترك الاستفصال تدلّ على عدم الفرق بين المباشرة والتوكيل» (5)، مع أنّ البحث هنا حول أنّ الردّ هل يوجب انهدام العقد أم لا؟ ومن هذه الجهة لا فرق بين إنشاء المباشرة وإنشاء الفضولي.

ص: 513

1-1 . محاضرات في الفقه الجعفري 2/407؛ مصباح الفقاهة 4/407؛ التنقيح في شرح المكاسب 1/498.

2-2 . وسائل الشيعة 20/294، ح 1، الباب 14 من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد.

3-3 . كتاب البيع 2/291.

4-4 . راجع البيع 396/ تقريرات الفقيه آية الله السيّد محمّد الحجة الكوهكمري قدس سره بقلم آية الله الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .

5-5 . كتاب البيع 2/292.

«ولو قيل: إن رضاها بالتزويج معلق على اللزوم والرضا المشروط والتعليق لا أثر له فلا يجوز الإتكال على الرواية (1)»

يقال: إن ظنّها باللزوم جهة تعليلية وبعد ذلك رضيت به، والرضا في باب المعاملات ليس بمعنى طيب النفس بل أعم منه كما في عقد المضطرّ كما مرّ (2).

أقول: قد مرّ منّا (3) سابقا عدم إمكان التعدي منها إلى الفضولي لأنّ الحكم الوارد فيها يكون خلافا للقاعدة فيجب الاقتصار عليه ولا يمكن التعدي إلى غيره.

ثمّ قال المحقّق السيّد الخميني: «ثمّ لو شككنا في أنّ الردّ موجب للفسخ فاستصحب بقاء العقد لا مانع منه فإنّ العقد إذا لحقته الإجازة يكون موضوعا لوجوب الوفاء فالعقد موجود بالأصل ولحوق الإجازة به وجدائيّ.

نعم، لو قلنا بأنّ العقد المتقيّد والمتّصف بكونه مرضيا به ومُجازا موضوع لكان الأصل مثبتا» (4).

الرابع: الإجازة حقّ أو حكم؟

إذا كانت الإجازة حقّا ينتقل إلى ورثة المالك بعد موته وإذا كانت حكما فلا، لأنّ الحكم لا ينتقل.

قد مرّ منّا (5) الفرق بين الحقّ والحكم الترخيصى _ لا- الإيجابى والتحريمى _ وقلنا: إنّ المجعول ابتداءً في الحقّ هو السلطنة وفي الحكم هو الإباحة.

وبعبارة أخرى: الداعى إلى تشريع الحقّ هو الرعاية من الشارع لحال المكلف و

ص: 514

1-1 . البيع /397 تقريرات الفقيه آية الله السيّد محمّد الحجة الكوهكمري قدس سره ، بقلم آية الله الشيخ أبوطالب التجليل رحمه الله .

2-2 . كتاب البيع 2/292.

3-3 . راجع صفحة 494 من هذا المجلد.

4-4 . كتاب البيع 2/293.

5-5 . راجع الآراء الفقهية 4/17.

لياقته للسلطنة ولكن الحكم الترخيصى الداعى إلى جعله خلوه من المصلحة و المفسدة فى نوعه.

ثمّ قد مرّ الكلامُ فى انتقال عدّة من الحقوق إلى الورثة بالموت نحو: حقّ الشفعة _ على وجه _ و الخيار و القصاص و الرهانه و التحجير و الشرط.

وقال الفقيه السيّد اليزدى(1): أنّ تشخيص صغريات الحقوق و الأحكام فى غاية الإشكال ثمّ نقل عن خالنا الفقيه الشيخ حسن ابن الشيخ جعفر كاشف الغطاء: «أنّ ذلك ممّا يميزه النبيه بذوقه و ليس له معيار كلى»(2)، و نقل عن صاحب الجواهر قوله: «كلّ ما عبّر عنه بالحقّ فى الأدلة الشرعية فهو من الحقوق، و غيره يبنى على كونه حكماً فى صورة الشك لأنّ الأصل عدم ترتب آثار الحقّ فتدبر»(3).

ثمّ إن كانت الإجازة حكماً فلا تنتقل إلى الورثة بلا إشكال، نعم المال ينتقل إليهم فلكلّ من ينتقل إليهم المال الإجازة فى نصيبه منه.

وإما إن كانت الإجازة حقاً ينتقل بعد موت المالك إلى ورثته _ على قول(4) _، ثمّ هل يرث كلّ واحد منهم الإجازة و الردّ بالنسبة إلى تمام المبيع على حسب ما ذكره فى إرث حقّ الخيار، أو يرث كلّ واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال و فى 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 _ يجرى لو لم نذهب إلى القول بلزوم أنّ المجيز لابدّ و أن يكون مالكا حين العقد، و إلاّ _ أى لو قلنا بلزومه _ فلا يجرى توريث الإجازة

ص: 515

1-1 . حاشيته على المكاسب 2/211.

2-2 . حاشيته على المكاسب 2/212.

3-3 . حاشيته على المكاسب 2/212.

4-4 . كما عليه المحقّقون المامقانى فى غاية الآمال /391، و الخراسانى فى حاشيته على المكاسب /67 و السيّد اليزدى فى حاشيته على المكاسب 2/212.

لأنه حينئذ المجيز غير المالك حين العقد، ولذا قال الشيخ الأعظم: «بناءً على ما سيجىء من جواز مغايرة المجيز و المالك حال العقد فى [بحث] من باع مال أبيه فبان ميتاً»(1).

و الفرق بين توريث الإجازة و توريث المال: فى الأول يرثها الزوجة ولو كانت بالنسبة إلى العقار، لأنها _ الزوجة _ من الورثة و فى الثانى لا يرثها لأنها ممنوعة من إرث العقار على المشهور.

و فى الأول تجرى الإحتمالات الثلاثة الماضية و فى الثانى يتعين الإحتمال الثانى فقط _ أى يرث كل واحد منهم الإجازة بالنسبة إلى ما انتقل إليه من المال _ .

و الذى يُهَوَّن الخطب عدم تمامية احتمال أن تكون الإجازة حقاً، بل على الأقوى أنها حكماً شرعياً فى المقام كما عليه ظاهر الشيخ الأعظم(2) و تبعه السيدان الخوئى(3) و الخمينى(4) رحمهم الله .

الخامس: هل الإجازة إجازة فى القبض و الإقباض للفضولى؟

أقوال:

الأول: منقول(5) عن شيخ الطائفة أن إجازة بيع الفضولى إجازة للقبض و الإقباض لأنه قال فى 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»(6).

الثانى: إنكار تلازم إجازة بيع الفضولى مع إجازة القبض و هو الظاهر من العلامة حيث علّق على كلام الشيخ بقوله: «وفيه نظر، فإن إمضاء البيع لا يوجب الإجازة فى

ص: 516

1-1 . المكاسب 3/427.

2-2 . المكاسب 3/427.

3-3 . التنقيح فى شرح المكاسب 1/499.

4-4 . كتاب البيع 2/295.

5-5 . نقل عنه العلامة فى المختلف 5/57؛ و الشهيد فى الدروس 3/194؛ و الفاضل المقداد فى التنقيح 2/27.

6-6 . النهاية 402.

قبض الثمن فحينئذ للمالك مطالبة المشتري بالثمن، سواء كان قد دفعه إلى الغاصب أو لا، نعم، لو أجاز القبض كان ما قاله الشيخ حقاً»(1).

و تبع جَدُّنا الشَّيْخُ جَعْفَرُ العَلامَةَ وقال: «وإجازة القبض من حيث المعاملة إجازة للعقد دون العكس»(2).

و تبعهما صاحب الجواهر وقال: «ثم لا يخفى عليك أن إجازة العقد ليس إجازة للقبض من غير فرق في الثمن بين كونه عينا أو دينا خلافا للمحكي عن الشيخ فجعل إجازته إجازة للقبض. ولا ريب في ضعفه، فلا يتشخص الدين _ مثلاً _ بقبض الفضولي ولا يجرى عليه حكم القبض الصحيح في العين إلا بإجازة مستقلة لذلك بناءً على ما عرفت من جريان حكم الفضولي في الأقوال والأفعال...»(3).

الثالث: واستحسن الشهيد قول العلامة مع تقييد وقال في الدروس بعد نقل اختيار الشيخ: «... واشترط الفاضل إجازة القبض وهو حسن إن كان الثمن في الذمة»(4).

و تابع الفاضل المقداد الشهيد في تقييده وقال: «لو كان البيع بالعين الحاضرة فإجازة البيع إجازة القبض»(5).

فملخص هذا القول هو التفصيل بين المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي والكلّي، بأنّ إجازة عقد الفضولي تكون إجازة بالنسبة إلى قبض أو إقباض المبيع أو الثمن الشخصي الجزئي ولا تكون إجازة بالنسبة إلى قبض أو إقباض الكلّي.

الرابع: ذهب الشيخ الأعظم إلى تفصيل آخر في المقام وقسم المسألة على ثلاثة أقسام:

أ: تارة القبض يكون جزءاً للسبب المملّك كما في بيع الصرف والسلم ففي هذا

ص: 517

1-1 . مختلف الشيعة 5/57.

2-2 . شرح القواعد 2/95.

3-3 . الجواهر 23/483 (22/300).

4-4 . الدروس 3/194.

5-5 . التنقيح الرائع 2/27.

القسم ذهب إلى وجود الملازمة بين إجازة عقد الفضولي وإجازة القبض للغوية إجازة البيع مجرداً عن إجازة القبض الذي هو جزء السبب.

وقال: «... فلو كان إجازة العقد دون القبض لغوا _ كما في الصرف و السلم بعد قبض الفضولي و التفرّق _ كان إجازة العقد إجازةً للقبض، صونا للإجازة عن اللغوية. ولو قال: أجزت العقد دون القبض ففي بطلان العقد أو بطلان ردّ القبض وجهان»(1).

ب: وأخرى: القبض يكون وفاءً بالعقد من دون دخله في ترتب الأثر على العقد ويكون العوض شخصياً، ففي هذا القسم ذهب(2) إلى عدم وجود الملازمة بين إجازة البيع وإجازة القبض، و توقف تحقّق الوفاء بالعقد على إجازة القبض بخصوصها ولو بقرينة تدلّ عليها. خلافاً للشيخ والشهيد والفاضل المقداد حيث يروون الملازمة، و وافقا للشيخ جعفر و صاحب الجواهر.

ج: وثالثة: نفس القسم الثاني ولكن مع هذا الفرق: وهو أن يكون العوض كلياً في الذمة، ففي هذا القسم استشكل في وفاء أدلة صحة البيع الفضولي بامضاء قبض الفضول وقال: «... و أمّا قبض الكلّي و تشخّصه به فوقعه من الفضولي على وجه تصحّحه الإجازة يحتاج إلى دليل معمّم لحكم عقد الفضولي لمثل القبض والإقباض، وإتمام الدليل على ذلك لا يخلو عن صعوبة»(3).

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 أفرادهِ، و هذا التشخّص خارج عن مقتضى الإجازة فلا يتحقّق بها.

و تظهر الثمرة على قول الشيخ الأعظم في ما كان الثمن معيّناً فأجازهُ 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 المثلث إذا كان معيّناً فمرجع الإجازة في إقباضه

ص: 518

1-1 . المكاسب 3/428 و 429.

2-2 . المكاسب 3/428.

3-3 . المكاسب 3/428.

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 سابقا فرضى به المالك صح الإقباض لا محالة وإذا تلف، تلف من مال المشتري.

وأما إذا كان الثمن أو المثلن كليًا يتشخص بالقبض والإقباض فلا وجه لصحة الإجازة فيهما لأن قبض غير المالك أو إقباضه لا يوجب تشخص الكلي فيما أخذه الفضولي أو أقبضه بوجه. (1)

أقول: يرد على قسمه الأول [أ]: وجود الملازمة بين عقد الفضولي وإجازة القبض في بيع الصرف والسلم لوجود اللغوية في فرض عدم الملازمة، إنما يتم فيما كان المجيز عارفاً بالملازمة ولغوية إجازة البيع من دون إجازة القبض فيقصد إجازة القبض أيضا كما عليه السيد اليزدي وقال: «هذا [صونا للإجازة عن اللغوية] إنما يتم إذا كان المجيز عالما بأن البيع بدون القبض باطل، وإلا فلا يحمل على كونه إجازة للقبض أيضا...» (2).

وأما إذا كان جاهلاً بالملازمة وصورة اللغوية في عدمها فلا وجه لكون إجازة البيع إجازة للقبض مع أنها أمر قصدي لا بد أن يقصد. لهذا قال السيد اليزدي: «لا وجه للوجه الثاني، إذ بعد كونه في مقام الجدل لا معنى للحكم بصحة العقد وبطلان رد القبض، مع أنه صرح بعدم الرضا به، فالحكم ببطلان العقد متعين» (3).

ولذا أيضا قال جدى الشيخ محمدتقى صاحب هداية المسترشدين: «لو توقّف صحة البيع على القبض كبيع الصرف والسلم وقد حصل القبض من الفضول فأجاز البيع، فإن كان بعد تفرّق المجلس وعلمه به كان إجازة للقبض في وجه قوى، إذ لولاه لكان

ص: 519

1-1 . راجع التنقيح في شرح المكاسب 1/502.

2-2 . حاشية المكاسب 2/213.

3-3 . حاشية المكاسب 2/214.

إجازته للبيع لغوا، و لحمل فعل المسلم على الصحة مع الإمكان. ولو كان جاهلاً بالتوقف ففيه إشكال، وإن كان المجلس باقياً بحسب اعتقاده»(1).

ثمّ ما ذكره الشيخ الأعظم بعده من إجازة العقد دون القبض من وجهين بلا وجه، لأنّ إذا أجاز العقد وردّ القبض و البيع في الصرف و السلم مشروط بالقبض يبطل العقد قطعاً لعدم تحقّق شرطه، فلا وجه لإحتمال الآخر من بطلان ردّ القبض مع تصريحه بالردّ.

و يرد على قسمه الثاني [ب]: من ظهور الثمرة في أنّ إجازة المالك في الإقباض تدخل العين تحت يد المشتري الآخذ فإذا تلف المال تلف من مال المشتري، وفي القبض تدخل العين تحت يد المالك فإذا تلف، تلف من ماله.

لا- يتم كما قيل: في قبض الفضولي، لأنّ «المال بعد إجازة المالك أيضاً غير واصل إليه بل بعد تحت يد الفضول فإذا تلف يصدق عليه التلف قبل القبض و أنّه من مال بانه فيوجب انفساخ البيع»(2) لأنّ يشمله عموم «كلّ مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بانه»، و هذا حكم شرعى لا يقبل الإسقاط من جانب المجيز حتّى يقال أنّه 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 المثلّم كليّاً؟

لأنّ الشيخ الأعظم يجرى الفضولي في القبض و الإقباض بحيث تصححهما إجازة المالك فيهما، فهو يرى شمول أدلة صحة الفضولي في الفعل الخارجى و هو القبض و الإقباض، فإذا يجرى الفضولي فيهما _ القبض و الإقباض _ و هما فعلاّن خارجيان فلماذا لا يرى شمولها في تعيين الكلى في الثمن أو المثلّم بيد الأجنبى و هما فعلاّن خارجيان أيضاً، فالتفصيل بينهما بلا وجه.

ص: 520

1- 1 . تبصرة الفقهاء 3/361.

2- 2 . محاضرات في الفقه الجعفرى 2/410.

ولذا نقول: كلما يقبل الوكالة يقبل الإجازة ولا 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 والإقباض وبلا فرق بين الثمن والمثمن الكليين أو الشخصيين. فبالإجازة يستند القبض والإقباض إلى المجيز وكذلك التعيين في الكلي وبما ذكرنا يظهر الجواب عما أوردناه على القسم الثاني [ب] من تقسيم الشيخ الأعظم وأن الأيراد لا يتم.

ثم يظهر مما ذكرنا ضعف ما ذهب إليه جمع من الأعلام المحشين على المكاسب من عدم جريان الفضولي في الأفعال الخارجية:

منهم: السيد أبو القاسم الإشكوري⁽¹⁾ حيث استشكل في جريان الفضولي في القبض.

و منهم: الفقيه السيد الزدى حيث يقول: «لا يخفى أن الفضولية إنما تجرى 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، لأن تشخيص الكلي المملوك بالفرد و تعيينه فيه نوع من المعاملة...»⁽²⁾.

و منهم: المحقق الخراساني قال: «... لا يقال: إن قبض الفضولي بالإجازة صار قبض الأصيل فيكون التلف بذلك تلفاً بعد القبض.

فإنه يقال: ليس كل فعل يصح انتسابه إلى غير مباشره بإجازته، و القبض لم يعلم أنه من قبيل العقد و البيع ونحوهما مما يصح 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

ص: 521

1-1 . بُغية الطالب 1/406.

2-2 . حاشية المكاسب 2/212.

الوكالة في صحة انتسابه غير مجد في صحة الانتساب بمجرد الرضا والإجازة، بعد عدم صدوره منه تسبباً ولا مباشرة، ولا يبعد أن يكون مورد الإجازة هو خصوص العناوين الاعتبارية المنتزعة من أسباب خاصة يتوسل بها إليها كالبيع والعقد والبيعة ونحوها، مما يتوسل إليها بأسباب خاصة صادرة ممن يقوم بها حقيقة أو من غيرها وكالة أو فضولة مع لحوق الإجازة بها، فالبيع والعقد حقيقة يقوم بالموكل والمجيز وينسب إليهما حيث ترى صحة اعتبار العقد والبيع وانتزاعها بالإجازة للمجيز مثل اعتبارهما للأصيل أو لغيره بالتوكيل وهذا بخلاف نفس الأفعال الخارجية كالقبض والإيجاب والقبول، فإنها لا يكاد ينسب إلى غير المباشرة إلاً تسبباً، ولا مباشرة ولا تسبب هاهنا من المجيز أصلاً، كما لا يخفى»(1).

و حاصل كلامه قدس سره أنه قسّم الأفعال الخارجية إلى ثلاثة أقسام:

- 1_ الأفعال التي ليس فيها قابلية الصدور إلاً مباشرة كالأكل والشرب والنوم والجماع حيث لا يمكن إسنادها إلاً للمباشر.
 - 2_ الأفعال التي لها قابلية الصدور بالمباشرة أو بالتسبب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة كالبيع والعقد والبيعة.
 - 3_ الأفعال التي هي الوسط بينهما فلها قابلية أن تصدر بالمباشرة أو بالتسبب من خلال الوكالة أو الإذن السابق أو الاستتابة، وأما من خلال الإجازة اللاحقة حيث يصدق عليها الفضولية فلا، والقبض والإقباض من هذا القبيل.
- و تبعهم المحقق السيّد الخميني(2) حيث يرى أنّ الأقوى عدم جريان الفضولية في القبض والإقباض وقال: «... أنّ الفضولية لا تجرى فيما يعتبر من القبض والإقباض في باب المعاملات»(3).

أقول: سيرة العقلاء جارية على أنّ كلّ ما يقبل الوكالة يقبل الإجازة وحيث أنّ

ص: 522

1-1 . حاشية المكاسب/68.

2-2 . كتاب البيع 2/296.

3-3 . كتاب البيع 2/299.

القبض والإقباض يقبلان الوكالة وكذلك الإجازة السابقة و هي الإذن والاستتابة، 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 والاستتابة و الفضولية.

وإنهم لا يروون الفرق بين الفعل الحدوثي وغيره _ لو تمّ هذا التعبير لأنّ جميع الأفعال حدوثيٌّ _ فالتفصيل بينهما _ لو تمّت الاثنية _ كما عن شيخنا الاستاذ قدس سره 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 بالاستتابة كما إذا أمر الآخر بذبحه، و أمّا إذا ذبح الآخر هديه بتخيّل أنّه هدى نفسه أو عدواناً أو بقصد النيابة عن مالكة فلا يجرى إجازة المالك في إسقاط وجوب الهدى عن نفسه» (1).

أقول: إذا تمت السيرة فخرج الفعل الحدوثي يحتاج إلى دليل خاص، لو كان تتعبد به، ولكن الظاهر أنّه مفقودٌ فتشمله السيرة و لا وجه للخروج.

نعم، الاستتابة فيما ذكره شيخنا الاستاذ قدس سره من الهدى أو رمى الجمار أو الطواف و السعى 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 الشخصى أو الكلى 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 حاصلاً حين العقد

ص: 523

فتصحّ إجازة الصبي و المجنون بعد الكمال...»(1).

وقال الفاضل المقداد: «لا يشترط الفورية في الإجازة، لما قلنا في خبر البارقي فله الإجازة ما لم يرد أولاً...»(2).

وقال الشيخ جعفر: «ولا فورية في الإجازة على الأقوى»(3).

وقال جدي الشيخ محمّد تقى: «أنّه لا يعتبر الفور في الإجازة بعد علم المالك بالحال، بل يصحّ مع التراخي أيضا. وربما يحتمل أن تكون فورية لما في التراخي من إرجاء الأمر وإيصال الضرر إلى آخر في كثير من الصور.

وفيه: أنّه مع علمه بالحال أقدم عليه، فيكون الضرر آتيا إليه من قبله.

و مع جهله و لحوق الضرر عليه يندفع ذلك بثبوت الخيار له كما مرّت الإشارة إليه»(4).

وقال السيّد العاملي: «ولا يشترط فورية الإجازة، فله الإجازة ما لم يرد كما في الدروس و التنقيح و الرياض و الحدائق»(5).

ولكن قال محقّق كتاب مفتاح الكرامة رحمه الله في تعليقه: «لم نجد في الرياض و الحدائق ما نسبه الشارح إليهما لا في البيع و لا في النكاح الفضوليين، فراجع»(6).

وقال السيّد المجاهد: «لا يشترط في الإجازة الفورية كما صرّح به في الدروس، اللهم إلا أن يترتب الضرر على من لا إجازة له، بحيث لا يتحمّل عادةً فيحتمل حينئذ إجبار من له الإجازة على اختيار أحد الأمرين الفسخ أو الإمضاء إن أمكن، وإلا فيجوز

ص: 524

1-1 . الدروس 3/193.

2-2 . التنقيح الرائع 2/27.

3-3 . شرح القواعد 2/100.

4-4 . تبصرة الفقهاء 3/361.

5-5 . مفتاح الكرامة 12/609.

6-6 . مفتاح الكرامة 12/609.

الفسخ مطلقاً»(1).

وقال الشيخ الأعظم: «الإجازة ليست على الفور...»(2).

الاستدلال على عدم الفورية:

يدلّ عليها مضافاً للعمومات نحو قوله تعالى: «أوفوا بالعقود»(3) والإطلاقات نحو قوله تعالى: «أحلّ الله البيع»(4) و«تجارة عن تراض»(5) أنّهما لم يقييدا بلحوق الإجازة فوراً.

صحيحه محمد بن قيس(6) المروية في قضا أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيدها وأبوها غائب، إلخ. حيث علّم عليه السلام المشتري بقوله: «خذابنه حتّى ينفذ لك ما باعك»، وهذا التعليم من الإمام عليه السلام يدلّ على بقاء أهلية الإجازة حتّى بعد شهر من البيع لأنّ المشتري وطأها فولدت له غلاماً وأخذ الأب المالك الوليدة مع ابنها. فالصحيحه تدلّ على عدم فورية الإجازة و أنّها على التراخي حتّى عدّة شهور.

قال الشيخ الأعظم: «وأكثر المؤيدات المذكورة بعدها»(7) [أى بعد صحيحه محمد بن قيس].

مراده من المؤيدات: الأدلة التالية:

منها: فحوى مادّ على صحة نكاح الفضولى، بما فيها من الروايات الدالة على نكاح الصغير أو الصغيرة حيث أنّهما أجازا بعد بلوغهما.

و منها: الروايات الواردة فى الأتجار بمال اليتيم، حيث أنّه أجاز بعد بلوغه.

ص: 525

1-1 . المناهل /289.

2-2 . المكاسب /3/429.

3-3 . سورة المائدة /1.

4-4 . سورة البقرة /275.

5-5 . سورة النساء /29.

6-6 . وسائل الشيعة 21/203، ح 1، الباب 88 من أبواب نكاح العبيد و الإمام.

7-7 . المكاسب /3/429.

و منها: رواية موسى بن أشيم (1)، الظاهرة في أن النزاع وقع بعد موت الدافع و مضى الحج.

و منها: صحيحة الحلبي (2)، لأنّ الأخذ بالوضعية ثمّ البيع بأكثر ثمّ ردّ مازاد بانضمام الوضعية إلى صاحبه لا يتحقّق عادة بالفور.

و منها: معتبرة مسمع أبيسيار (3)، لأنّ الودعي الجاحد جاء بالمال و ربحه أربعة آلاف درهم بعد سنين، و طلب من المالك الاستحلال.

و منها: بيع عقيل دور النبي صلى الله عليه و آله و بنيهاشم 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 (4) بعد التصرف فيهما و أخذ الإجازة في المورد الخاص من الإمام عليه السلام .

فرع:

قال الشيخ الأعظم: «ولو لم يُجز المالك و لم يردّ حتّى لزم تضرّر الأصيل بعدم تصرفه فيم انتقل عنه و إليه _ على القول بالكشف _ فالأقوى تداركه بالخيار أو إجبار المالك على أحد الأمرين» (5).

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.

ص: 526

1-1 . وسائل الشيعة 18/280، ح 1.

2-2 . وسائل الشيعة 18/71، ح 1.

3-3 . وسائل الشيعة 19/89، ح 1.

4-4 . راجع الوجه الخامس عشر من وجوه صححة بيع الفضولي، صفحة 252 من هذا المجلد.

5-5 . المكاسب 3/429.

ذهب جدى الشيخ محمدتقى (1) صاحب الهداية إلى ثبوت الخيار فى فرض جهل الأصيل و أمّا مع علمه بالحال هو أقدم عليه فيكون الضرر آتيا إليه من قبله فلا خيار، و تبعه الشيخ الأعظم (2) فى العِدْل الأوّل من اختياره، و اختاره الفقيه اليزدى (3) ثانيا و بعد الإيجاب، و الخيار هو مختار المحقق الخراسانى (4).

و ذهب السيّد محمد المجاهد (5) إلى إيجاب المالك على أحد الأمرين فى فرض إمكان الإيجاب و تبعه الشيخ الأعظم (6) فى العِدْل الثانى من اختياره، و اختار الفقيه اليزدى (7) أوّلاً الإيجاب.

و ذهب السيّد المجاهد (8) 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 فى ما يملكه قبل الإجازة بأىّ نحو كان فلا يتضرّر 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 يجرى فى حقّه جواز الفسخ مطلقاً أم إذا كان جاهلاً بالفضولية؟ لأنّه إذا كان عالماً بها يأتى إليه الضرر من قبل نفسه و هو أقدم عليه. الأظهر هو الثانى.

و أمّا إيجاب المالك على أحد الأمرين _ الإجازة أو الردّ _ فلا وجه له أصلاً لأنّه

ص: 527

- 1-1 . تبصرة الفقهاء 3/361.
- 2-2 . المكاسب 3/429.
- 3-3 . حاشية المكاسب 2/214.
- 4-4 . حاشية المكاسب 70/.
- 5-5 . المناهل 289/.
- 6-6 . المكاسب 3/429.
- 7-7 . حاشية المكاسب 2/214.
- 8-8 . المناهل 289/.

مسلط على ماله ولم يحدث منه ما يوجب الإيجاب ولم يدل دليل على جواز هذا الإيجاب.

وأما ثبوت الخيار فلا يجرى _ أيضا _ لأن بعض العقود غير قابلة له لا بالجعل ولا بغيره كالنكاح إلا في موجبات الخيار لعقد النكاح وأما في غيرها فلا يثبت الخيار.

نعم، في فرض جهل الأصيل ولحوق الضرر عليه لا يبعد الحكم بوجود الخيار له دفعا للضرر. كما عليه جدنا الشيخ محمد تقى (1) قدس سره و المحقق الخراساني (2) رحمه الله و الأستاذ المحقق (3) _ مد ظله _ .

و هو العُدل الأول في كلام الشيخ الأعظم (4) رحمه الله .

السابع: تطابق الإجازة و العقد (المجاز)

إشارة

هل تعتبر في صحة الإجازة مطابقتها للعقد من حيث العموم و الخصوص أم لا؟ وجهان.

الوجه الأول: هو الحكم بلزوم التطابق بينهما، و على المالك أن يجيز العقد بتمامه، لأن العقد واحد و المعاملة الحادثة واحدة و لا مجال لتبعّضها و إجازة جزء منها دون الآخر.

الوجه الثاني: هو الحكم بعدم لزوم التطابق بينهما، لإمكان انحلال العقد و التبعض فيه، فيمكن إجازة جزء منها دون الآخر.

ص: 528

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/361.

2-2 . حاشية المكاسب /70.

3-3 . العقد النضيد 3/341.

4-4 . المكاسب 3/429.

يرى الشيخ الأعظم(1) أنّ التفصيل هو الأقوى وقسم المسألة إلى صور ثلاث:

الصورة الأولى: إذا وقع العقد على كلّ وأجازته المالك على جزء، يصح العقد فى الجزء الذى أجازته المالك و يجبر الضرر على الأصيل بخيار تبعض الصفقة.

الصورة الثانية: إذا كان الإختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط بحيث أوقع الفضولى العقد مشروطا ولكن المالك يجيزه من دون الشرط قد حكم الشيخ الأعظم(2) بطلانها. لأنّه لا يرى العقد قابلاً للتبعض من حيث الشرط بخلاف الجزء. وإذا أبطل الشرط يسرى بطلانه إلى العقد.

الصورة الثالثة: إذا كان الإختلاف بين العقد و الإجازة على نحو الإطلاق و الإشتراط و على عكس الصورة الثانية بحيث أوقع الفضولى العقد مطلقا ولكن يجيزه المالك مشروطا فهاهنا ثلاثة احتمالات:

الأول: صحة العقد بشرط قبول الأصيل ذلك الشرط.

الثانى: صحة العقد مطلقا ولو لم يقبل الأصيل الشرط، لأنّ الإجازة تعلقت بنفس العقد و صحّحته، و أمّا الشرط فلا يجب الوفاء به، لأنّ الشرط الذى يجب الوفاء به هو خصوص الشرط الواقع فى ضمن العقد و أمّا إذا كان الشرط خارجا عن العقد فلا يجب الوفاء به، لعدم الدليل على وجوب الوفاء به.

الثالث: بطلان الإجازة و بتبعضها يبطل العقد، لأنّ الشرط حيث لم يقع فى ضمن العقد فيكون باطلاً و يسرى بطلان الشرط إلى المشروط و هو العقد لإنتفاء المشروط بانتفاء شرطه. و لأنّ مجموع العقد و الشرط التزام واحد بسيط لا متعدد و حيث ينتفى الشرط ينتفى المشروط _ أى العقد _ . و لأنّ ما أجازته المالك على نحو الإشتراط لم يقع الفضولى العقد عليه و ما وقع الفضولى العقد عليه لم يجزه المالك.

ص: 529

1-1 . المكاسب 3/429.

2-2 . المكاسب 3/430.

و يرى الشيخ الأعظم (1) هذا الإحتمال الثالث هو الأقوى. و هكذا يرى الشيخ الأعظم المسألة.

المسألة في رأى صاحب الهداية

ولكن قال جدّى الشيخ محمّد تقى صاحب الهداية _ أعلى الله مقامه الشريف _ : «أنّه لو أجاز العقد على ما هو عليه لا كلام، و لو أجاز العقد فى البعض بقسط من الثمن فهل يصحّ ذلك؟ وجهان، أجودها الصحة إلاّ أنّه يتخير المالك بين الفسخ و الإجازة لتبعض الصفقة.

و لا فرق بين أن يجيز جزءاً مشاعاً أو معيّناً، و لا بين أن يكون المبيع أمورا عديدة قد جمعها فى صفقة أو شيئا واحدا.

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 (2) عدم إجازة أحدهما.

ولو اشترط عليه شرطا فى ضمن العقد فأجازه بدون الشرط لم يبعد الحكم بالصحة إلاّ أنّه 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 فى ضمن الإجازة شيئا لم يشترط العاقد فى ضمن العقد، فينعقد الشرط مع قبول الآخر و يلتزم به حينئذ، و جهان:

[1] من عدم وقوع العقد عليه فلا تطابقه الإجازة.

[2] و من حصول الإجازة للعقد، و الشرط المذكور أمر خارج عن أصل العقد قد ألزمه به فى ضمن الإجازة المصحّحة للعقد، و قد أنيطت به الاجازة، فيلتزم به مع قبوله

ص: 530

1-1 . المكاسب 3/430.

2-2 . فى نسخة: «ظن».

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 رضى به الموجب كما إذا باعه شيئاً فقبل ذلك على أن يكون له الخيار في مدة معلومة فرضى البائع به؛ فإنه لا يبعد إجراء حكم الشرط الواقع في ضمن العقد عليه أخذاً بمقتضى الإطلاق المذكور»(1).

المختار في حكم المسألة

لا إشكال في صحة العقد إذا تطابقت الإجازة معه و لا إشكال في البطلان إذا تباين الإجازة مع العقد.

وأما إذا لم تنطبق الإجازة مع العقد ولكن لم تتباين معه أيضاً فتأتى هذه الصور:

الصورة الأولى: إذا كانت المخالفة بين الإجازة و العقد بنحو الكليّة و الجزئية تكون المعاملة صحيحة لإنحلال المعاملة عند العرف إلى بيع متعدّد، فيحكم بالصحة فيما أجازة المالك و البطلان في ما لم يجزه، غاية الأمر للمشتري الأصيل خيار تبعض الصفقة دفعا للضرر المحتمل، و لما أتى 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 أنّ تخلف الشرط لا يوجب بطلان العقد في المعاملات، غاية الأمر يوجب خيار الفسخ لمن له الشرط، و لأنّ بطلان الشرط لم يسرى إلى المشروط.

ص: 531

فعلى ما ذكرنا يكون العقد صحيحا ولم يَحْتَجَّ إلى قبول الأصيل بحيث يكون مراعى بقبوله _ كما هو أحد احتماليّ جدّي صاحب الهداية رحمه الله .

ووافقنا فى الحكم بالصحة فى هذه الصورة المحقّق النائينى(1) قدس سره و ظاهر الفقيه اليزدى حيث يرى أنّ الأمر فى الشرط أسهل منه فى الجزء(2)، خلافا للشيخ الأعظم(3) حيث حكم بالبطلان مطلقا _ أى بلا فرق بين أنّ الشرط لِمَنْ و على من _ .

الصورة الثالثة: إذا كانت المخالفة بينهما بالإطلاق و التقييد ولكن أوقع الفضولى العقد مطلقا و أجازة المالك مشروطا بشرط له على الأصيل أو للمشتري الأصيل عليه أو للفضولى على أحدهما _ البائع المالك المجيز أو المشتري الأصيل _ أو للأجنبى كذلك.

فحينئذ يحكم بالصحة، ولكن فى الفروض التى كان الشرط فيها على المشتري الأصيل لا بدّ له من قبوله، فإذا قبِلَ تمّ العقد و إلا بطل لإطلاق قَوْلِهِ صلى الله عليه و آله : «المؤمنون عند شروطهم»، و يصير كالشرط الواقع فى ضمن القبول إذا رضى به الموجب كما مرّ من جدّي الشيخ محمّد تقى(4) رحمه الله و عليه الفقيه السيّد اليزدى(5)، و قال شيخنا الأستاذ قدس سره فى هذه الصورة: «الأظهر صحة الإجازة مع رضا الأصيل بالشرط فيتم عقد الفضولى بها و يجب على الأصيل رعاية الشرط أخذا بعموم و جوب الوفاء بالعقود و نفوذ الشروط، لأنّ الشرط فى الإجازة مع رضا الأصيل به لا يكون شرطا ابتدائيا، بل هو شرط فى البيع حيث إنّ تمامه و استناده إلى المالك يكون بالإجازة فيكون إلزام المالك إلزاما فى بيعه، نظير إلزام المشتري فى قبوله البائع بأمر و رضا البائع به بعد القبول فلاحظ و تدبّر»(6).

ص: 532

- 1-1 . راجع منية الطالب 2/103.
- 2-2 . حاشيته على المكاسب 2/215.
- 3-3 . المكاسب 3/430.
- 4-4 . تبصرة الفقهاء 3/354.
- 5-5 . حاشيته على المكاسب 2/215.
- 6-6 . إرشاد الطالب 4/9.

الثامن: هل يعتبر في الإجازة تعيين العقد؟

قال جدّي الشيخ محمّد تقي رحمه الله: «هل يعتبر فيها [أى فى الإجازة] تعيين العقد من كونه بيعاً أو صلحاً أو إجازة (1) أو نكاحاً أو يجوز إمضاء العقد الواقع منه كائناً ما كان، سواء علم كميّة العقد أو جهل التعيين أو علم نوع العقد وشكّ فى الكميّة أو جهلها معاً كما إذا أجاز كلّ عقد يتعلّق به قد صدر منه فى هذا اليوم مع جهله بنوع العقد وتعدّد تلك العقود فيه إشكال.

و ظاهر ما ذكرناه من كونه بمنزلة الإذن السابق على العقد، هو الوجه الثانى.

و هل يعتبر فيها علمه بوقوع العقد من الفضول أو يجوز إمضاؤه لما يحتمل وقوعه أو على تقدير وقوعه كما إذا أخبره مجيزٌ بوقوع (2) البيع فأجازه من دون أن يتحقّق عنده وقوعه ثمّ علم بالوقوع؟ وجهان. ويقوى الاكتفاء به فى المقام (3).

أقول: إلى هنا ظهر أنّ عقد الفضولى تامٌّ من جميع الجهات إلّا من حيث انتسابه إلى المالك و بالإجازة الصادرة منه يتمُّ هذا الانتساب الذى كان اعتبارياً، فلم يدلّ دليل على اعتبار تعيين العقد و للمالك أن يجيز العقد أيّ ما كان وكذلك الأمر فى الكميّة التى وقع العقد عليها أو كميّة العقود، و الوجه فى ذلك عدم الفرق بين الإذن السابق و الإذن اللاحقّ و أنّ هذه الأمور كلّها قابلة للوكالة فكذلك للفضولية و الأذن اللاحقّ، و كذلك الأمر بالنسبة إلى احتمال الوقوع ثمّ الإجازة ثمّ العلم بالوقوع فيكون العقد تاماً.

التاسع: عدم اشتراط الشروط المعتبرة فى البيع، فى الإجازة

قال صاحب الهداية: «هل يشترط فى الإجازة الشروط المعتبرة فى البيع كمعلومية العوضين للمالك المجيز أو يكتفى بحصول تلك الشروط حال وقوع العقد؟ فلو تحقّق العلم بالعوضين للعاقدين كفى فى صحة العقد وإن جهل المجيز فيصحّ إجازته مع

ص: 533

1-1 . فى المطبوعة «إجازة»، صححته بالسياق.

2-2 . فى المطبوعة «لوقوع».

3-3 . تبصرة الفقهاء 3/360.

جهالته بها أو بأحدهما، فيرجع في التعيين إليهما أو إلى ما تقوم به النية مع الإختلاف.

وجهان: [1] من أن البائع [أ] أو المشتري على الحقيقة هو المجيز فلا بدّ من اعتبار شروط البيع بالنسبة إليه.

[2] وأنّ البيع إنّما صدر عن العاقدين دون المجيز، فلا دليل على اعتبار تلك الشروط بالنسبة إليه، فالإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدم، فكما لا يعتبر تحقّق شروط البيع بالنسبة إلى الموكل فكذلك المجيز، وهذا هو الأظهر.

ويجرى الكلام في الشروط المنصّمة إليه، ونحوها إذا جهلها وأجاز البيع على ما وقع عليه» (1).

أقول: وبهذا البيان من الجدّ الأ مجدّ قدس سره يَنحَلُّ كثيرٌ من الإشكالات في الباب وهو أنّ «الإجازة المتأخرة بمنزلة التوكيل المتقدّم»، و قد أصرنا عليه مررا وتكرارا والآن وجدنا التصريح به في كلامه قدس سره، ومقالته بالنسبة إلى عدم اعتبار الشروط تامة.

ويأتي تفصيل هذا البحث في الأمر الثاني من القول في المجاز فانظر.

العاشر: بعض شرائط الإجازة

قال الشيخ جعفر رحمه الله: «ويشترط فيها [في الإجازة] الموافقة في نفس العقد، وفي جنس الثمن والمثمن والمكان والزمان والوضع وغير ذلك على القولين [في الإجازة يعني الكشف والنقل]. وفي القدر وجهان.

ولو تعددت العقود متجانسة، فأجازها دفعة صحّ. وفي اعتبار المجلس كلام. ولو أجاز أحدها مبهما بطل. وفي المطلق بحث» (2).

مراده قدس سره: اعتبار تطابق العقد والإجازة في نوعه أي إذا كان العقد بيعا وأجاز المالك إجازة فلا يفيد وكذلك الأمر في جنس الثمن والمثمن ومكان المبادلة بينهما و

ص: 534

1-1 . تبصرة الفقهاء 3/359.

2-2 . شرح القواعد 2/100.

زمانها، وأما في مقدارهما فَوَجَّهَانِ من اعتبار الموافقة وعدمه.

وإذا وَقَعَتْ من الفضولي عُقُودٌ متجانسة متعددة على أموال المالك فأجازها دفعة واحدة كلّها صح، ولو أجاز أحدها مبهما بطل لو لم يتم قرينة على تعيينها، وأما في الإجازة على نحو الإطلاق بحث من شموله للجميع فَيَصِحُّ الكلّ و من إمكان تعيينه _ أى العقد _ بالتقييد.

إلى هنا تم بحث الإجازة وتنبیهاها و به تمّ الجزء الثاني من قسم البيع من كتابنا «الآراء الفقيهية»، في صباح يوم الأحد 21 شهر صفر الخير سنة 1433 على يد مؤلّفه العبد هادي النجفي ببلدة اصفهان صانها الله تعالى عن الحدثان.

والحمد لله أولاً و آخراً و ظاهراً و باطناً و صلى الله على سيّدنا محمّد و آله الطيّبين الطاهرين المعصومين.

ص: 535

المطبوع من آثار المؤلف

* العربية

_ موسوعة أحاديث أهل البيت عليهم السلام (12 مجلد)

_ الآراء الفقهية قسم المكاسب المحرمة و البيع (1) و (2) (5 مجلد)

_ أجود البيان فى تفسير القرآن (الجزء الثالث)

_ الأربعون حديثاً فى من يملأ الأرض قسطاً وعدلاً

_ يوم الطّف

_ ألف حديثٍ فى المؤمن

_ الكنز الجلى لولدى على

_ 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 الجلى)

_ سه سفرنامه

_ وادى مقدس

مقدمات على الكتب:

_ مقدمة تبصرة الفقهاء، تأليف المحقق التقي صاحب هداية المسترشدين

_ مقدمة شرح هداية المسترشدين، تأليف آية الله الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني

_ مقدمة غرقاب، تأليف السيّد محمد مهدي الشفتي حفيد حجّة الإسلام الشفتي

_ مقدمه رساله صلاتيه، تأليف محقق تقي صاحب هداية المسترشدين

_ مقدمه و تصحيح و تحقيق رساله امجديه (الطبع الرابع)، تأليف آية الله علامه ابوالمجدد شيخ محمد رضا نجفي اصفهاني

_ مقدمه أساور من ذهب در شرح حال حضرت زينب عليها السلام، تأليف آية الله حاج شيخ مهدي نجفي

_ مقدمه زندگانی چهارده معصوم عليهم السلام، تأليف مرحوم حجّة الإسلام شيخ غلامحسين رحيمي

_ مقدمه اختران فضيلت ج 2، تأليف حجة الاسلام حاج شيخ ناصرالدّين انصاري قمی

تحت الطبع

_ تقريرات دروس علم رجال

ص: 549

بعض منشورات مكتبة آية الله النجفي

1. تبصرة الفقهاء (ثلاث مجلدات)، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي الرازي النجفي الأصفهاني قدس سره صاحب هداية المسترشدين، تحقيق: السيد صادق الحسيني الإشكوري.
2. رساله صلواته، له أيضا، بالفارسية، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
3. شرح هداية المسترشدين، لآية الله العظمى الشيخ محمدباقر النجفي الأصفهاني نجل صاحب الهداية (المتوفى عام 1301ق)، تحقيق: الشيخ مهدي الباقرى السياني.
4. اشارات ايمانيه، لآية الله العظمى الشيخ محمدتقي آقا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام 1332ق)، تحقيق: مهدي الرضوى مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
5. نقد فلسفة دارون، لآية الله العظمى الشيخ ابوالمجد محمدالرضا النجفي الأصفهاني (المتوفى عام 1362ق)، تحقيق: الدكتور حامد ناجى الأصفهاني مع مساعدة مكتبة المجلس الشورى الإسلامى.
6. الآراء الفقهيّة - المكاسب المحرمة - و البيع (5 مجلد)، لآية الله الشيخ هادي النجفي.
7. ترجمة ارشاد الأذهان، للعلامة الحلّي، المترجم إلى الفارسية: آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام 1393ق) مع مساعدة انجمن مفاخر فرهنگى ايران.
8. أساور من ذهب در احوال حضرت زينب (سلام الله عليها)، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى 1393ق) بالفارسية، تحقيق: جوياء جهانبخش.
9. الأرائك في علم أصول الفقه، لآية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني (المتوفى عام 1393ق)، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا.
10. غرقاب (تراجم أعلام القرن الحادى عشر و ما بعده)، للسيد محمد مهدي الموسوى الشفتى (المتوفى عام 1326ق)، تحقيق: مهدي الباقرى السياني و محمود النعمتى.
11. ترجمة توحيد المفضل إلى إنجليزية، ترجم بأمر آية الله الشيخ مهدي النجفي الأصفهاني، مع مساعدة The open school شيكاغو أمريكا، و انتشارات انصاريان قم.
12. الكنز الجلى لولدى على (كنج نامه)، للشيخ هادي النجفي، ترجمة على اصغر حبيبي.

تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم
جَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ
(التوبة : 41)

منذ عدة سنوات حتى الآن ، يقوم مركز القائمة لأبحاث الكمبيوتر بإنتاج برامج الهاتف المحمول والمكتبات الرقمية وتقديمها مجاناً. يحظى هذا المركز بشعبية كبيرة ويدعمه الهدايا والندور والأوقاف وتخصيص النصيب المبارك للإمام عليه السلام. لمزيد من الخدمة ، يمكنك أيضاً الانضمام إلى الأشخاص الخيريين في المركز أينما كنت.

هل تعلم أن ليس كل مال يستحق أن ينفق على طريق أهل البيت عليهم السلام؟
ولن ينال كل شخص هذا النجاح؟
تهانينا لكم.

رقم البطاقة :

6104-3388-0008-7732

رقم حساب بنك ميلا:

9586839652

رقم حساب شيبا:

IR390120020000009586839652

المسمى: (معهد الغيمية لبحوث الحاسوب).

قم بإيداع مبالغ الهدية الخاصة بك.

عنوان المكتب المركزي :

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم 129، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي 03134490125

هاتف المكتب في طهران 021 - 88318722

قسم البيع 09132000109 شؤون المستخدمين 09132000109.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

